הלכה · משנה תורה · מפרשים · אבן האזל · ספר משפטים

אבן האזל על משנה תורה, הלכות שכירות

הרב איסר זלמן מלצר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אבן האזל על משנה תורה, הלכות שכירות

הרב איסר זלמן מלצר

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אבן-האזל-על-משנה-תורה-הלכות-שכירות/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה 39-202611200317v של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה ד 4
פרק ב 9
הלכה א 9
הלכה ג 9
הלכה ז 25
הלכה יב 32
פרק ג 41
הלכה א 41
הלכה ג 41
פרק ד 47
הלכה ו 47
פרק ה 50
הלכה א 50
הלכה ב 54
הלכה ג 56
פרק ו 59
הלכה ה 59
פרק ז 65
הלכה ג 65
הלכה ה 67
פרק ח 71
הלכה ה 71
הלכה יג 72
פרק ט 74
הלכה ג 74
פרק י 79
הלכה א 79
הלכה ב 81
הלכה ד 83
הלכה ז 85
פרק יא 87
הלכה ו 87
הלכה ז 95
פרק יב 99
הלכה ב 99
הלכה ג 102
הלכה ה 105
הלכה י 109
פרק יג 114
הלכה א 114
הלכה ב 116
הלכה ג 122
הלכה ד 124

פרק א

הלכה ד

כל שומר שפשע בתחלתו אע"פ שנאנס בסופו חייב כמו שיתבאר, ואין השואל רשאי להשאיל אפי' שאל ס"ת שכל שקורא בו עושה מצוה לא ישאילנו לאחר, וכן אין השוכר רשאי להשכיר אפי' השכירו ס"ת לא ישכירנו לאחר שהרי זה אומר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, עבר השומר ומסר לשומר השני אם יש עדים ששמרה השומר השני כדרך השומרין ונאנס פטור השומר הראשון שהרי יש עדים שנאנס, ואם אין שם עדים חייב השומר הראשון לשלם לבעלים מפני שמסר לשומר אחר ויעשה הוא דין עם השומר השני, אפי' הי' השומר הראשון שומר חנם ומסר לשומר שכר חייב, שהרי יש לבעל החפץ לומר לו אתה נאמן אצלי להשבע וזה אינו נאמן, לפיכך אם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני, ה"ז השומר הראשון פטור מלשלם וכו' שהרי הוא אומר לבעלים זה הדבר שהפקדתם אצלי או השאלתם, אמש הייתם מפקידים אצל זה שהפקדתי אני אצלו, והוא שלא ימעט שמירתו, וכו' כיצד ימעט שמירתו כגון שהי' מופקד אצלו בשכר והפקידו אצל אותו השני בחנם, או שהי' שאול אצלו והפקידו אצל אותו השני בשכר, הואיל ומיעט שמירתו פושע הוא ומשלם, אע"פ ששאל או ששכר בבעלים הרי הוא הוציא הדבר השמור מידו ליד שומר אחר. ואם הביא השומר השני ראיה שיפטר בה שומר ראשון כדין שמירתו הרי זה פטור, כיצד ש"ש שנתן הבהמה השמורה אצלו לש"ח אם הביא השומר השני עדים ששמר הבהמה כדרכה הרי השומר הראשון פטור וכן כל כיוצא בזה.

מה שכתב הרמב"ם דמיעט בשמירתו אפי' שאל או שכר בבעלים יש בזה ב' טעמים א' טעמו של המ"מ שהראשון מתחייב על רשות השני והשני אינו בבעלים, ב' טעמו של הכ"מ דמיעט שמירתו גרע מפשיעה דאף דפשיעה בבעלים פטור, אבל כשמיעט שמירתו הוי כמזיק בידים, והנה לפי טעם א' קשה דאיך נפרש מה שכתב הרמב"ם ואם הביא השומר השני ראיה שיפטר בה שומר ראשון כדין שמירתו דהא ודאי כונתו שיפטר בה אפי' אם לא הי' בבעלים, וא"כ קשה דלמה צריך ראיה שיפטר בה שומר ראשון כדין שמירתו כיון דהראשון מתחייב על רשות השני דמצד חיובו של הראשון הא שאל או שכר בבעלים, וא"כ אם השומר השני ש"ח אמאי לא סגי כשיביא עדים שיפטר בה שומר שני כדין שמירתו, דכבר לא נוכל לומר דהראשון מתחייב על רשות השני וזה אין לומר דכונתו דבאמת אינו חייב אלא אם אין עדים כלל שמתה ומשום דאינו נאמן בשבועה, אבל אם יש עדים שמתה אף שמתה בפשיעה פטור השומר הראשון כיון שהי' בבעלים,

דא"א לומר כן דבהדיא כתב הרמב"ם כיצד וכו', אם הביא השומר השני עדים ששמר הבהמה כדרכה ומוכח דאם מתה בפשיעה חייב השומר הראשון אף שהי' בבעלים, וכיון שכן קשה דלמה צריך ראי' שיפטר בה שומר ראשון כדין שמירתו.

ונראה בבאור דברי המ"מ דמה שכתב שהראשון מתחייב על רשות השני דאין כונתו שהוא מחוייב לשלם בשביל חיוב שמירתו של השני, דבזה ודאי קשה דא"כ א"צ להתחייב אלא כדין ש"ח ובאמת אין טעם לזה דהיכן התחייב עצמו הראשון בזה, אלא דכונתו דאף דאמרינן דדין בעליו עמו הוא דאם הי' עמו בשעת שאלה א"צ להיות עמו בשעת שבורה ומתה, היינו דכיון דבשעת השאלה הי' בבעלים קרינן על כל הזמן שהפקדון ברשות השומר בעליו עמו, אבל כל זה כשהפקדון ברשותו, אבל אם מסרו לשומר אחר אף דלא נסתלק מחיוב שמירתו דהא לא הי' לו רשות למסור אבל מ"מ כבר אין הפקדון ברשותו ולא קרינן בזה בעליו עמו דהא אין בעליו עם הפקדון כיון שמסרו לרשות אחר, וזהו שכתב והראשון מתחייב על רשות השני, והיינו דבמסירתו להשני כבר פעל בזה שהפקדון אינו ברשותו, ובזה ליכא פטור בבעלים, ולכן שפיר דהחיוב הוא בגדרי חיובו של השומר הראשון.

ולפי טעמו של הכ"מ דהוי כמזיק וגרע מפשיעה ולכן חייב אף שהי' בבעלים קשה, דא"כ אמאי מהני אם הי' אונס אצל השומר השני איברא דגם בלא דברי הכ"מ קשה דלחייב משום תחלתו בפשיעה וסופו באונס דהא כתב הרמב"ם דהוי פושע, וכבר הקשה כן הלח"מ וכתב משום דאין האונס בא מחמת הפשיעה, אבל תירוצו לא מהני אלא היכי דמתה כדרכה, אבל מדברי הרמב"ם שכתב אם הביא השומר השני ראיה שיפטר בה שומר ראשון כדין שמירתו מוכח דגם אם לקחו אותה ליסטים פטור, ובזה אפשר דבבית השומר הראשון לא באו הליסטים, ומה שכתב הלח"מ דבזה לא קלקל במה שמסרה להשומר הב' בחנם, דהא גם אם מסרה לו בשכר הי' בא האונס, באמת זה אינו טענה דעכ"פ עכשיו מסרה לו בחנם ואפשר שלשמור בשכר לא הי' מתרצה השומר הב' כלל להתחייב בגנבה ואבדה, וממילא ע"י הפשיעה בא האונס.

ונראה בעיקר קושיית הלח"מ דהא הוי תחלתו בפשיעה, דלא קשה כלל דדין תחלתו בפשיעה אינו מחייב אלא היכי דעכ"פ לא הי' הפקדון שמור, והי' אפשר שיארע בו ההיזק בדרך הרגיל אלא שלבסוף אירע ההיזק שלא בדרך הרגיל ובאונס, בזה אמרינן דחייב משום דעכ"פ הי' עומד שיהי' היזק בהפקדון, אבל כשמסרו לאחר והאחר שמרו אף שלא הי' לו רשות למסור, בין כשמסרו למי שאינו רגיל להפקיד בין כשמסרו למי שרגיל להפקיד אלא דגרעיה לשמירתו, אף דכתב הרמב"ם דהוי פשיעה, אינו אלא לענין

זה שאם לבסוף באמת לא נשמר הפקדון, בזה אמרינן דהוי פשיעה מצד השומר הראשון דלא הי' לו רשות למסרו, אבל אם שמרו השומר השני כראוי ואירע אונס לא מחייבינן משום תחלתו בפשיעה, דהא באמת לא הי' עומד שיארע היזק כיון שמסרו לשמרו, והוא שמרו לכן ליכא בזה דין תחלתו בפשיעה, ועיין מה שכתבתי בפ"א מה' נזקי ממון הל' א', ולפי"ז יש ליישב גם טעמו של הכ"מ דמה דכתב דהוי כמזיק זהו אם לא החזירו השני דלא נפטר הראשון אף שקבל השמירה בבעלים, דלא מהימנינן להשני שנאבד הפקדון, וכיון שהשני אינו מחזירו הוי הראשון כמו מזיק בידים במה שמסרו לו.

ויש להוכיח כן ממה שכתב הרמב"ם בפ"ד מהל' שאלה ופקדון הל' ח' דשומר שמסר הפקדון לאחר ה"ז פושע וחייב לשלם, אא"כ הביא השומר השני ראי' שלא פשע, וקשה דהא כאן כתב להדיא בטעמא משום שהשני אינו נאמן אצלו בשבועה וכרבא, וע"כ מוכח דמה שכתב כאן ושם ה"ז פושע אינו אלא בעיקר המסירה שלא הי' לו רשות למסור, ומ"מ כיון דעכ"פ היה שמור כיון שמסרה לבן דעת לא דיינינן כאן דין תחב"פ כיון שהפקדון הי' עכ"פ שמור דלא אמרינן כן אלא אם בתחלה לא הי' שמור וכנ"ל.

והנה מד' הרמב"ם בהל' שאלה ופקדון מוכח דמה שכתב כאן הואיל ומיעט שמירתו, פושע הוא, אינו דוקא על הך בבא כשמסר למי שרגיל להפקיד ומיעט שמירתו אלא דגם כשמסר למי שאינו רגיל להפקיד ולא מיעט שמירתו נמי הוי פושע, וממילא מה שכתב הרמב"ם אע"פ ששאל או שכר בבעלים קאי נמי על מסר למי שאינו רגיל להפקיד אף שלא מיעט שמירתו, וזהו העיקר מה שהוצרך הרמב"ם להוסיף טעמא דהוא פושע, וכונתו דהך פושע הוי כמזיק גמור וכמו שכתב הכ"מ וכמו שכתב הרמב"ם להדיא דאע"פ ששאל או שכר בבעלים הרי הוציא הדבר השמור מידו ליד שומר אחר והיינו שהוציא בידים, ומבואר מזה דלא כמשמע מד' הכ"מ דדוקא במיעט שמירתו הוי כמזיק, אלא דמיעט שמירתו כשמסר למי שרגיל להפקיד הוי כמו לא מיעט שמירתו ומסר למי שאינו רגיל להפקיד.

ונראה עוד דעיקר מה שהוצרך הרמב"ם לכתוב טעמא דהוא פושע אינו אלא בשביל זה לחייבו כששאל או שכר בבעלים, וזהו שכתב גם בהל' שאלה טעמא דהוא פושע כדי לחייבו גם אם הוא בבעלים, אלא דמ"מ אנו צריכין גם לטעמא דאת מהימנת לי בשבועה, וכמו שכתב הרמב"ם דמשום פושע לחוד לא סגי לחייבו כיון דאם הביא השומר השני עדים שיפטר בזה השומר הראשון כדין שמירתו ה"ז פטור וכמו שכתבנו בטעמא משום דעכ"פ לא הי' פשיעה על עיקר שמירת החפץ, ולפי"ז אם הי' בבעלים אינו צריך השני להביא ראיה אלא שנאבד החפץ, ולא איכפת לן אף אם נאבד בפשיעה דהא זהו ראיה

שיפטר בה שומר ראשון כדין שמירתו כיון שהוא בבעלים, ומה שכתב הרמב"ם דצריך להביא ראי' שלא פשע זהו אם לא הי' בבעלים דבזה צריך דוקא ראי' שלא פשע, דאל"כ הוי פשיעה במה שמסר הראשון להשני כיון שבאמת לא שמרו.

ולפי"מ שנתבאר מיושב קושיית הנתיבות בסי' רצ"א ס"ק ל' שהקשה בהא דבעי בגמ' בב"מ דף צ"ו בעל בנכסי אשתו שואל הוי או שוכר הוי ופריך למאי נ"מ דהא הוי בבעלים ולדעת הרמב"ם הא איכא נ"מ אם השכיר לאחר דאי שואל הוי חייב על רשות השני אף דהוי בבעלים, אבל לפימש"כ מיושב דמה שכתב דאפי' היה בבעלים חייב היינו כ"ז שלא נתברר בעדים שנאנס ברשות השני ובזה הא ליכא נ"מ בין אם הוא שואל או שוכר, אלא דבאמת גם תי' הנתיבות הוא נכון דבעל בנכסי אשתו יש לו רשות מתחלה להשכיר לאחרים.

אח"כ ראיתי דבעיקר מש"כ דטעם מה דחייב בגרועי גרעי' או באין רגיל להפקיד אצלו הוא משום דאמרינן דאכתי לא נאנס ולענין זה הוי כמזיק כיונתי בזה לד' הנתיבות בסי' ש"א שביאר בזה ד' הרמ"א וגם בזה כיונתי לדבריו שם, אלא שאני תמה דלמה הוצרך בסי' רצ"א לתרץ שיש להבעל רשות להשכיר דלפי מש"כ לא קשה כלל וכנ"ל.

-השמטות ומלואים-

בד"ה ויש להוכיח. עיקר כונתי להוכיח דמה שכ' הרמב"ם גבי מסר למי שאין הבעלים רגילים להפקיד דחיובו הוא משום שהשני אינו נאמן בשבועה. ואח"כ גבי מיעט שמירתו כתב שהוא פושע שאין כונתו דוקא גבי מיעט שמירתו הוא פושע ולא גבי מסר למי שאין הבעלים רגילים להפקיד. וכמו שבארתי אח"כ. אכן מה שכתבתי שם דמה שכ' הרמב"ם טעמא דהוא פושע. וכן כתב בהל' שאלה ופקדון טעמא דהוא פושע דזהו לחייבו אע"פ ששאל או שכר בבעלים לא נראה עכשיו כן דבעיקר טעם שהוא פושע הא אינו מספיק לחייבו בשביל זה כששאל או שכר בבעלים דהא פשיעה בבעלים פטור. וכאן הא הוסיף אח"כ וכתב אע"פ ששאל או שכר בבעלים הרי הוא הוציא הדבר השמור מידו ליד שומר אחר וכמו שבארתי בין לדברי המ"מ בין לדברי הכ"מ. אבל בהל' שו"פ שלא הזכיר זה רק כתב פושע הוא אינו מספיק לחייבו בבעלים.

ונראה עפ"מ שכתבתי בפ"ד מהל' נזקי ממון הל' י"א דמה דחייב בשומר שמסר לשומר משום את מהימנת לי בשבועה זהו בצירוף משום דאין לו רשות למסור לאחר. והוכחתי זה ממה דפריך בהכונס במה דתנן מסרה לרועה נכנס הרועה תחתיו. ושומר קמא איפטר ליה לגמרי הא אמר רבא שומר שמסר לשומר חייב. וקשה דהא טעמא דאת מהימנת לא שייך גבי ניזק. ומזה מבואר דעכ"פ מרבא מוכח שהשומר הראשון לא נסתלק משמירתו

דאם היה מסתלק משמירתו לא היה שייך את מהימנת לי בשבועה. וכיון שלא נסתלק משמירתו צריך להתחייב בדיני נזקין. ולכן זהו חד טעמא בשומר לגבי חיוב שמירת גופו. דכיון דאין לו רשות למסור לאחר לכן איכא טענה דאת מהימנת לי בשבועה. וזהו שכתב הרמב"ם כאן גבי גרועי גרעיה לשמירתו שהוא פושע. דאף שהבעלים היו רגילים להפקיד אצל השני בחנם מ"מ כיון שעתה הפקידו אצל זה הראשון בשכר הוי פשיעה במה שמסר להשני שיהי' שומר חנם וזה מועיל שלא נסתלק מחיובי שמירתו. ולכן אף דלא הוי פושע גמור דלא הניח הפקדון במקום בלתי משומר דהא מסרה לבן דעת. ולכן אם הביא השומר השני עדים שהי' אונס פטור הראשון, דאינו חייב משום תחלתו בפשיעה. וסופו באונס כמו שבארתי בפנים. ומה שמסרו לש"ח לא חשיב תחלתו בפשיעה. ולכל היותר לא הוי אלא תחלתו בגנבה ואבדה דפטור כמש"כ התוס' בב"מ דף צ"ג ע"ב אלא שכתבו יותר דאפי' תחלתו בגנבה ואבדה לא הוי כיון שמסרה לבן דעת.

ומה שכתב הרמב"ם בפ"ד מהל' שאלה ופקדון שאם מסר לאחר ה"ז פושע ומשלם. אף דשם לא איירי במסר למי שהבעלים רגילים להפקיד וגרועי גרעיה. וא"כ מספיק הטעם שכיון שאין לו רשות למסור אמרינן את מהימנת לי בשבועה. אבל באמת גם בזה צריך לצרף הטעם דהוי פשיעה. והיינו דלא נימא דהא מסרה לבן דעת וע"ז כתב דכיון דלא הי' לו רשות למסור א"כ כל זמן שהאחר לא החזיר הפקדון הוא פשיעה מהשומר הראשון במה שמסר למי שאינו רשאי למסור ולסמוך עליו שיחזיר. ולכן אף דלא הוי פשיעה לגבי עיקר שמירת הפקדון שנאמר שהפקדון לא היה שמור דלגבי זה מהני טעמא דמסרה לבן דעת לומר שהי' שמור. אבל זה דוקא אם מביא השני ראיה שנאנס אצלו דלא נימא דהוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס. אבל כל זמן שלא הביא ראיה שלא פשע הוי פשיעה מהשומר הראשון. זה שלא החזיר השומר השני. ומה שטען השומר השני שהי' אונס זה הא לא מהני משום דאת מהימנת לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה.

וראיתי בחדושי מים חיים להפר"ח הנדפס בסוף הרמב"ם על מש"כ המ"מ בד"ה והוא שלא ימעט שמירתו ואין לך פשיעה גדולה מזו שכתב וז"ל וקשה דאם טען השני טענת אונס שלא בא ע"י פשיעת הראשון יפטר הראשון כמש"כ המ"מ בסוף פ"ג עכ"ל ודבריו תמוהים דהא כתב הרמב"ם כאן ובפ"ד מהל' שו"פ דאם הביא השומר השני ראיה שלא פשע בה פטור השומר הראשון. אלא דבאמת אם מטעמו של הפר"ח לא הי' נפטר אלא אם מתה כדרכה. וכמו שכתב כאן הרמב"ם דדוקא באופן זה לא בא האונס מחמת הפשיעה. אבל אם אנסו ממנו גזלנים מיקרי בא האונס מחמת הפשיעה דשמא בבית הראשון לא היו באים. אכן לפימש"כ בפנים דבדעת הרמב"ם שכתב ואם הביא השומר

השני ראיה שיפטר בה שומר ראשון כדין שמירתו מוכח דאפי' אונס כזה שיש לתלות שבא מחמת הפשיעה שבבית שומר הראשון אפשר לא הי' בא האונס ומ"מ פטור, ומטעם שכתבתי דלגבי זה לא מיקרי תחלתו בפשיעה כיון שהי' שמור שמסרה לבן דעת. וא"כ קשה למה כתב הרמב"ם כיצד כגון שמתה כדרכה. וצריך לומר שלא בדוקא כתב הך כיצד והעיקר הוא שיפטר בה שומר ראשון כדין שמירתו. וכן בפ"ד מהל' שו"פ הא כתב להדיא אא"כ הביא השומר השני ראיה שלא פשע ומוכח דבזה בכל גווני פטור.

פרק ב

הלכה א

-השמטות ומילואים-

ונושא שכר או שומר אינו משלם ואם קנו מידו חייב באחריותן:

במה שכתב הרמב"ם ואם קנו מידו חייב באחריותם כתב הלח"מ בפ' הזהב דף נ"ח אוקמוה לברייתא דהשומר את הפועל לשמור את הפרה לשמור את התינוק לשמור את הזרעים אין נותנים לו שכר שבת לפיכך אין אחריות שבת עליו בשקנו מידו, ורבינו בהל' שבת לא הזכירה ואולי סמך על מה שכתב כאן דדוקא היכי דקנו מידו חייב באחריותו עכ"ל ואמר בזה חתני הגאון מוהרי"מ שליט"א דרש"י פי' לשמור הפרה פרה אדומה התינוק מהתינוקות המתעסקים בפרה, והרמב"ן בחדושיו כתב השוכר את הפועל לשמור הפרה ותינוק וזרעים כולם בשל חול ולא בשל הקדש, ומזרעים קא מותיב וזה הפי' יותר נכון מדברי רש"י שהרי היא שנויה בתוספתא פ"ח בענין השומרים ולא בענין הקדש, עכ"ל והרמב"ם בפ"ו מהל' שבת הל' כ"ה כתב השוכר את הפועל לשמור לו את הפרה ואת התינוק לא יתן לו שכרו של שבת ולא הזכיר זרעים וא"כ אין מקום לקושיית הלח"מ שבודאי הרמב"ם מפרש כפי' הרמב"ן ומדוייק מה שהשמיט זרעים שלא רצה להאריך ולכתוב בשקנו מידו דאין זה מקומו בהל' שבת והוא נכון מאד.

הלכה ג

יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גנבה ואבדה ומתה וכיוצא בהן שאם הי' שומר חנם על מטלטלין וגנבו או אבדו ישבע, ובעבדים וקרקעות ושטרות פטור משבועה, וכן אם הי' שומר שכר שמשלם גנבה ואבדה במטלטלין פטור מלשלם באלו, אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלים, ודין אמת הוא זה למבינים.

השגת הראב"ד. יראה לי שאם פשע השומר וכו' עד למזיק מטלטלין. א"א ואם אמת הוא זה 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 ש"ש מיעט את שלו מעיקר התשלומין ולא מן השבועה לבדה, אף ש"ח שמיעט את אלו אף מעיקר התשלומין ולא מן השבועה לבדה, ואין פושע מזיק שאם הי' כן פשיעה בבעלים למה פטור אלא שאין פושע דומה למזיק.

דברי הראב"ד צריכים באור במה שהתחיל בהשגתו דש"ח למה אינו נשבע וכתב ע"ז ואם נפשך לומר דהא מוב"מ אינו נשבע והשיג מטעם אחר דש"ח דומיא דש"ש, וקשה כלשון הגמ' ודקארי לה מאי קארי לה, ולמה התחיל להשיג בדבר מופרך דהא ודאי דאין נשבעין על הקרקעות ואינך, בין בשבועת מוב"מ בין בשבועת ע"א וא"כ מהיכי תיתי יהי' חייב שבועה בשבועת השומרים, והנה ידוע השאלה אם דין שבועה היא רק חיוב שבועה אלא דאם אינו נשבע משלם ונחתינן לנכסיה בשביל שאינו מקיים חיובו, או דאמרה תורה דטענתו צריכה בירור ובלא בירור צריך לשלם, ומוכיחים מהא דקיי"ל דאם אינו יכול לשבע משלם ומוכח כאופן הב', אלא דזה תלוי בדין לא הוי ליה למידע פטור, וכשיטת התוס' והראב"ד בפ"ה מהל' שאלה ופקדון, א"כ מוכח דאין הטעם משום דעיקר הטענה בלא בירור צריך לשלם, דא"כ מה מועיל דלא הוי ליה למידע, וע"כ דהוא רק חיוב שבועה ומ"מ בהוי ליה למידע משלם משום דכיון דאמרה תורה שישבע ואם לא ישבע נחתינן לנכסיה ומשלם, א"כ לא יכול לפטור את עצמו במה שטען מתחלה טענת איני יודע ואינו יכול לישבע, דכיון דעיקר הכפירה מחייבו שבועת בירור לא נפטר במה שטען שאינו יכול לברר, וכמש"כ הראב"ד שם וז"ל דהתם הוי ליה למידע ואערומי הוא דקא מערים ותובע נמי טוען עליה ואמר מידע ידעת, אבל היכי דלא הוי ליה למידע א"א לחול עליו שבועת בירור כלל, אבל לשיטת הרמב"ם דגם לא הוי ליה למידע חייב, א"כ ע"כ מוכח דעיקר הטענה צריכה בירור של פטור.

ולפי"ז יש מקום לחלק בין שבועת מוב"מ וע"א לשבועת שומרים דכיון שבארנו דלהשטות דלא הוי ליה למידע פטור אין שבועה דין בירור שבל"ז צריך לשלם מצד עיקר הטענה, וזהו דעת הראב"ד, א"כ יש לומר דכל זה הוא בשבועת מוב"מ ובשבועת ע"א, אבל בשבועת שומרים נוכל לומר דטענת אונס וכן טענת גנבה ואבדה אינה טענה מצד עצמה כלל בלא בירור של שבועה, וממילא מוכח דכיון שפטרה תורה ש"ח משבועה בקרקעות ועבדים ושטרות ע"כ משום דהוא פטור מעיקר חיוב התשלומין אלא דמ"מ לא פסיקא להראב"ד הך סברא וכתב ואם נפשך לומר דאין נ"מ בין שבועת שומרים

לשבועת מוב"מ ובא להשיג מטעם אחר לדמות פטור דש"ח לש"ש.

ובדברינו נוכל לבאר דברי הראב"ד בב"ב דף ע' גבי שטר כיס היוצא על היתומים למ"ד נשבע וגובה מחצה דהתוס' כתבו דמה דאינו משלם פלגא דפקדון משום דטענינן ליורשים שאביהן החזיר כיון דאביהן הי' נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו, אבל לא טענינן נאנסו דמילתא דלא שכיחי לא טענינן ליתמי, וכתבו בתוס' ואין להקשות אמאי פטרינן להו הא מחוייבין הן שבועה ואין יכולין לישבע דלגבי יורשין לא אמרינן משואיל"מ, והבעל המאור כתב שם וז"ל והרב ר' אברהם ז"ל דחה זו הסברא ואמר דלא אמרינן משואיל"מ אלא בענין היו שניהם חשודין דאיכא גבי לוה ריעותא דחשדא אי נמי גבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דריעא נמי טענתיה מ"ש דידע בהני ולא ידע בהני, אבל הכא דאבוהון לא הוי גביה ריעותא דאלו הוא קיים ופטר נפשיה לא אמרינן הכי, והביא ראיה מדברי ר"ח ז"ל, ולא הי' צריך לטעם שאמר ולא לראי' שהביא כי הטעם והראי' מפורסם מן הכתוב ומן ההלכה, דתני ר' אמי שבועת ד' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים, ודברי הראב"ד צריכים ביאור דלמה הוצרך להאריך בדבר ידוע בגמ' דביורשין לא אמרינן מתוך, אבל לפימש"כ הי' שפיר מקום לומר דמה דלמדנו מן הכתוב דביורשין לא אמרינן מתוך, זהו דוקא בשבועת מוב"מ כדאוקים בגמ', אבל טענת נאנסו היא טענה שצריכה בירור מצד עצמה לכן הוצרך לומר דגם בשבועת השומרים היכי דליכא ריעותא לא אמרינן מתוך, ואפשר לומר עוד בכונתו דאפי' נימא גבי שומר עצמו דצריך השבועה לעיקר הפטור זהו כמש"כ בתוס' דאונסא קלא אית ליה והי' יכול להביא עדים. דהא במקום שבודאי יש עדים לא מהני אפי' שבועה כדאיסי בן יהודה דיש רואה יביא ראי' ויפטר, אבל ביורשין דליכא ריעותא זו פטורין גם בלא שבועה, ולא עוד אלא שטוענין להם דהא כן שיטת הראב"ד, ולפי"ז נוכל לומר דאפי' לדעת הראב"ד גבי יורשין דחסרון שבועה אינו עיכוב להפטור מ"מ גבי שומר עצמו יש מקום לחלק בין שבועת השומרים לשבועת מוב"מ, ולכן הסתפק כאן בזה אם יש להוכיח מפטור שבועת מוב"מ לפטור שבועת השומרים גבי קרקעות ועבדים ושטרות.

והנה צריך ביאור מה דמוקים רבא הא דתני ר' אמי דשבועת ד' וגו' ולא בין היורשים בשבועת מוב"מ ולא בשבועת שומרים דעלה קאי קרא ובכה"ג דשטר כיס היוצא על היתומים שכתבו בזה הראשונים דמשו"ה לא אמרינן גבי היורשים. ולשיטת התו' מיושב דלא טענינן ליתמי נאנסו, אכן כבר העיר בקצוה"ח סי' ל"ט דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא היכי דרשינן קרא דולא בין היורשים, והקשה זה לפימש"כ התו' דלמ"ד שעל"ד אפי' בשעבדו בפי' לא מהני, ועיין בנתיבות שכתב דמשכחת לה בהחזיר המשכון,

וא"כ א"א לאוקמי בשטר כיס היוצא על היתומים, כיון דגם שטר לא מהני מדאורייתא, וכבר כתב שם הקצוה"ח מד' התו' בגיטין דרבא סובר שעל"ד ולאוקמי ג"כ בשנתן לו משכון יש לומר דגבי פקדון כיון דכ"ז שהחפץ בעין אכתי ליכא חיוב תשלומין, ולפי"מ שנכתוב לפנינו בדעת הרמב"ם יש חיוב על הנפקד להחזיר הפקדון, אבל עכ"פ ליכא חיוב תשלומין לא אמרינן בזה בע"ח קונה משכון, ואף דחזינן דחל שעבוד על הנכסים כשכותב לו שטר ע"ז כדמוכח מדין שטר כיס היוצא על היתומים דדייניגן בחלק הפקדון רק בדין טענת נאנסו, אבל עכ"פ הי' אפשר להשתלם גם מהיתומים מהנכסים שנשארו מאביהן, אפשר דיש לחלק בין דין שעבוד בשטר דאפשר לשעבד הנכסים גם בעד חיובו להחזיר הפקדון, אבל בע"ח קונה משכון נימא דלא הוי אלא בחוב מבורר, ולפי"ז יהי' צריך לומר דנ"מ בין אי שעבודא דאורייתא דכתב רשב"ם בב"ב דף קע"ד מקרא דיוציא אליך את העבוט, א"כ משכון ושעבוד שוים, ולרגמ"ה שפי' שם משום דכתיב עבד לוה לאיש מלוה ג"כ אינו מוכח דגבי חיוב פקדון איכא שעבוד, ובין אי שעל"ד דאמרינן דחל שעבוד בכל אופני חיוב כשנשתעבד בשטר, ויש לעיין בכ"ז.

ובעיקר הך מילתא אם בשבועת שומרים מהני השבועה לעיקר הפטור דחידשה תורה דנאמן להפטר בטענת אונס ע"י שבועה או דמן הדין הי' להשומר להיות נאמן בלא שבועה, רק דחידשה תורה לחייבו שבועה, יש לתלות בהמחלוקת בדין יש רואה דצריך להביא ראי' דהרמב"ם בפ"ב מה' שלוחין הל' ט' סובר דכן הדין בכל שבועות התורה, והטור כתב שם דהרמ"ה חולק וסובר דהוא דוקא בשבועת השומרים, ועיין מה שכתבתי שם, ויש לומר דתלוי בזה דאם נימא דבשומרים עיקר דין הנאמנות שיפטר בטענת נאנסו הוא ע"י השבועה, א"כ י"ל דדוקא בזה חידשה תורה דאם יש רואה צריך להביא ראי', אבל בטענת החזרתי שהיא טענה טובה מחמת עצמה אפי' יש רואה א"צ להביא ראי', ולכן מד' הרמב"ם דסובר דבכל שבועות כן ע"כ דסובר דגם טענת נאנסו הוי טענה מעלייתא להפטר אלא שחידשה תורה שבועה בשומרים, וממילא ילפינן דין דאיסי דיש רואה לכל השבועות, דאם יש רואה צריך להביא ראי'.

ובמה שהקשה הראב"ד דנלמד פטורו דש"ח מפטורו דש"ש נראה דהרמב"ם בפ"א הל' ב' כשכתב השלשה דינים דש"ח וש"ש ושואל לא כתב כלל דין דש"ח צריך לשלם אם פשע, וכתב רק פטורו דש"ח דאם נגנב או נאבד ואצ"ל אם נאנס נשבע ששמר כדרך השומרין ופטור, והנה בודאי מלשון זה מוכח דאם לא שמר חייב, ומ"מ צריך טעם למה לא כתב בפי' דאם פשע חייב לשלם, איברא דכן הוא לשון המשנה בב"מ דף צ"ב ע"א ש"ח נשבע על הכל, והתוס' בדף צ"ד ע"ב כתבו דלא חשיב פשיעה דבהא כולהו חייבים,

ומ"מ בדברי הרמב"ם אינו מיושב כיון דלא כתב לשון המשנה הי' לו לכתוב בפי' דאם פשע חייב ואם שמר כדרך השומרים פטור, והנה בדף צ"ה בפלוגתא דפשיעה בבעלים דפליגי אי קרא דבעליו עמו קאי אש"ח, פירש"י בד"ה אש"ח דכתיבא ביה פשיעה על כל דבר פשע, והרמב"ם לא הזכיר דין חיוב פשיעה ולא קרא דעל כל דבר פשע אף שדרכו לכתוב המקור מהכתוב, ומוכח דסובר דפשיעה מסברא חייב, ובסוף המפקיד מוקמי ב"ש וב"ה קרא זה לדין שליחות יד, ואולי סובר רש"י דתרתי ש"מ.

ונראה דהרמב"ם סובר דכל השומרים נתחייבו משעת משיכה לשמור הפקדון ולהחזירו לבעלים, ודוקא אם שמר כדרך השומרין נפטר מחיובו, ומה שהוצרך הרמב"ם לכתוב דפושע הוא מזיק היינו דלא נימא דבמה נתחייב הא לא קנו מידו שיתחייב שאם לא ישמור כדרך השומרין ישלם, ע"ז כתב שהפושע מזיק הוא והיינו דלא צריך דין חדש מדיני שומרים שיתחייב במה שקבל עליו, שנאמר דכיון שנתמעטו קרקעות ועבדים ושטרות מדיני שמירה פטור גם בפשיעה, אלא דהוא מסברא בלא דינים מיוחדים מדיני שומרים, דכיון שהמפקיד סמך עליו וקבל עליו שמירת הפקדון ופשע בו הוי כמזיק וחייב, ולכן אף שנתמעטו מדיני שומרים, חייבין על הפשיעה, ומה דפטור בפשיעה בבעלים שאני התם דגזה"כ הוא לפטור אף בש"ח, וע"כ דהוא לפטור גם מפשיעה, ונמצא דאף דכתב הרמב"ם דפשיעה הוי כמו מזיק, אבל אין הכונה דחייב על הפשיעה אלא עיקר החיוב הוא שלא קיים התחייבותו ולא שמר כדרך השומרין דאם לא שמר ממילא חייב כיון שנתחייב לשמור, אלא דמ"מ אין עיקר השבועה אלא שאין אצלו הפקדון ושאר השבועות היינו ששמר כדרך השומרין ושלא שלח ידו הוא ע"י גלגול כמו שכתב בפ"ד מה' שאלה ופקדון.

ועכשיו לא קשה מה שכתב הראב"ד דש"ח דומיא דש"ש דחיובא דש"ח לשלם אם פשע לא כתיב להדיא ואין חיובו מדין חיוב שומרים שחייבה תורה, אלא שנתחייב בעצמו לשמור וממילא אף שנתמעטו מדיני שומרים מ"מ אם פשע ולא שמר שפיר חייב, ואף דפשיעה בבעלים פטור שאני התם דאמרה תורה לא ישלם וכנ"ל ובאמת בבעלים אינו משום דנתמעט מדיני שומרים דהא מוכח מד' התוס' בב"ק דף נ"ז ע"ב דחייב שבועה, ובקצוה"ח בסי' רצ"א ס"ק י"ח הביא דהוא פלוגתא בירושלמי.

-השמטות ומלואים-

בארתי בד"ה ולפי"ז. דיש לומר דדין אם בלא הוי ליה למידע אמרינן משואיל"מ תלוי אם דין שבועה במוב"מ הוא רק חיוב שבועה, או שהטענה צריכה בירור ליפטר ולפי"ז כתבתי דיש לומר דגם להראב"ד דסובר דבלא הו"ל למידע פטור זהו דוקא בשבועת

מודה במקצת דאין הטענה בעצמה מצריכה בירור, אבל בשבועת שומרים יש לומר שהטענה בעצמה צריכה בירור, ואח"כ כתבתי בד"ה ובעיקר, דהך מילתא אם טענת נאנסו בשומרים צריכה בירור יש לתלות בהמחלוקת הרמב"ם והרמ"ה בדין יש רואה, דהרמב"ם סובר דמשבועת שומרים ילפינן גם בשאר שבועות, ולפי"ז ע"כ דסובר דגם טענת נאנסו הוי טענה מצד עצמה, והעירני נכדי הרב מ' שניאור שיחי' דיש כאן סתירה דלפימש"כ דלשיטת הרמב"ם דסובר דגם בלא הו"ל למידע משלם כשאינו יכול לישבע ע"כ דסובר דגם בשאר שבועות הטענה מצד עצמה מצריכה בירור, א"כ אין הוכחה משיטתו גבי יש רואה דשבועת השומרים אין הטענה מצריכה בירור, כיון דלשיטתו גם בשאר שבועות הטענה בעצמה צריכה בירור.

-השמטות ומלואים-

מה שכתב חתני הגאון ר' יצחק מאיר בן מנחם שליט"א בעהמ"ח ספר פרשת המלך.

מה שכתבתי בתחלת ההשמטות בשמו ממה שאמר לי מכבר נמצא זה עתה בתוך דבריו שביאר הענין ברחבה.

בפ"ב מהל' שכירות הל"ג כתב הרמב"ם דאף דעבדים וקרקעות ושטרות איתמעטו מדיני שומרים. איתמעטו רק מדין גנבה ואבדה ומתה וכיוצא בהם שאם היה ש"ח כו' פטור משבועה וכן אם היה ש"ש כו' פטור מלשלם באלו. אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלים. והר"א השיג עליו בזה מכמה טעמים. וכבוד אאמו"ר דן שם בישוב שיטת הרמב"ם מהשגותיו של הר"א.

ויש בזה להעיר על נקודה חדשה בנוגע לדברי הרמב"ם ושיטתו דכפי הנראה מדברי הדנים בשיטת הרמב"ם שכל הפושע מזיק הוא ומשו"ה חייב בפשיעה גם בעבדים וקרקעות ושטרות. כן הוא לדידיה גם בהקדשות ומפורש כן בדברי הש"ך בסימן ס"ו ס"ק קכ"ו. ודברי המשנה דשקלים המובאים בב"מ דף נ"ח דבני העיר ששלחו את שקליהם ונגנבו או שאבדו אם משנתרמה התרומה נשבעים לגזברים מביא כיסוד לדברי הרמב"ם דלדעתו ממה דהשיבו בגמ' שם על הקושיא דאיך נשבעים לגזברים דהרי הקדש נתמעט מדין שבועה. דשבועה זו תקנת חכמים היא שלא יהיו בני אדם מזלזלים בהקדשות. מוכח דמדינא אם אמנם פשע מחויב בתשלומים. ושייך לומר דתקנו בזה שלא נאמין שלא פשע אלא בשבועה וע"ש בדבריו. בכ"א נראה ברור דס"ל דשיטת הרמב"ם היא דגם בהקדש מחוייב על פשיעה. וכן נראה מדברי הלח"מ כאן דמקשה על שיטת הרמב"ם מהוכחת התוס' בב"מ נ"ז ע"ב לדבריהם דגם בפשע פטור על כל אלה ממה דהקשו בגמ'

שם דף נ"ח על הנאמר במשנה נושא שכר אינו משלם מדברי הברייתא דהשוכר את הפועל לשמור את הפרה לשמור את התינוק לשמור את הזרעים כו' לפיכך אחריות שבת עליו מאי לאו לשלם. ולא השיבו בגמ' דאיירי בדפשע אלא ודאי דאפי' בפשע בהקדש פטור והכ"נ באינך. ומבואר בדבריו דאין לחלק לשיטת הרמב"ם בין הקדש לאינך.

אמנם פשטות דברי הרמב"ם שבכאן מורה על החלוק שביניהם דבהא כותב שלשה דינים האמורים בתורה בד' השומרים אינן אלא במטלטלים כו' יצאו קרקעות ויצאו העבדים כו' ויצאו השטרות כו' ויצאו הקדשות כו' מכאן אמרו חכמים העבדים והשטרות והקרקעות והקדשות ש"ח שלהם אינו נשבע כו' ואח"כ בה"ג כותב יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהם חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גו"א כו'. ומבואר דבבואו בחדוש דבריו בדין דכשפשע חייב אינו מזכיר הקדשות רק עבדים קרקעות ושטרות. אף דבה"א מזכיר שני פעמים במפורש הקדשות. ואם דבראש דבריו בה"ג כותב שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהם. והיה אפשר לומר דנכלל בזה גם הקדשות אבל ממה דמסיק ומפרש כולם. וכותב שאינו פטור בפשע בעבדים וקרקעות ושטרות ומשמיט הקדשות נראה ודאי דדוקא קתני ובכונה השמיט להקדשות.

אלא דאפשר לומר כיון דלפני זה בה"ב מביא דתקנו חכמים שנשבעים על הקדשות שבועת השומרים כעין של תורה כדי שלא יזלזלו בהקדשות. ממילא כבר לא צריך להזכיר בה"ג שאם פשע חייב בהקדשות כיון דמתקנת חכמים גם נשבעים שלא פשע א"כ ודאי משלמים כשפשע. אמנם לאחר העיון אין זה מיישב הענין. דהרי מה דכותב בה"ב דנשבעים הוא מתק"ח ובה"ג דן מה דמחוייב בעבדים ושטרות וקרקעות אם פשע מעיקר הדין ומדאורייתא והיה לו להזכיר דין זה גם בהקדשות. ואם כפי דכבר הזכרנו מדברי הש"ך מדברי הגמ' בב"מ דשבועה זו ת"ח היא. מביא סעד לשיטת הרמב"ם דבפשע חייב מדאורייתא וכנ"ל. אמנם בדברי הרמב"ם דכותב הכל במבואר להל'. אין לומר דממה דכותב דנשבעים על ההקדשות מתקנת חכמים. כבר מבינים דבפשע מחוייב מדאורייתא. ואין לו יותר צורך להזכיר מזה ואדרבא אם יסוד הדין במה דכתב דנראה לו דבפשע חייב הוא מדברי הגמ' בהקדשות היה לו ודאי לכתוב בראש דין זה בהקדשות ולכתוב אח"כ מה דבהקדשות מת"ח גם נשבעים שבועת השומרים.

ועוד דממה דכותב הרמב"ם מת"ח שנשבעים על ההקדשות שבועת השומרים כעין של תורה. עוד אינו מבואר דנשבע שלא פשע דנדע מזה ממילא דכשפשע מחוייב. דהרי אפשר לכוון דבריו לשבועה שאינו ברשותו. דבזה ודאי אם אמנם ברשותו עליו להחזיר

ופטור מדינא גם משבועה שאינה ברשותו. ומת"ח נשבע בהקדשות ועיין במ"מ בה"ב כאן. וכן מבואר בד' הרמב"ן בחידושיו לב"מ נ"ח דבכל הנך פטור מדינא גם משבועה שאינה ברשותו. ומוכיח כן ממה דהגמ' שם לא מתרצת דנשבעים לגזברים בשבועה שאינה ברשותו וכן משמע מסתימת דברי הרמב"ם דפטור מכל שבועה מעיקר הדין. ועיין בדברי הרמב"ם והר"א בהל' טו"נ פ"ה ה"ו ודברי המ"מ שם אינם מבוארים ועיין בלח"מ שם.

ואמנם דעפי"ז כבר הורע יסוד דברי הש"ך להוכיח מגמ' דב"מ כשיטת הרמב"ם לחייב בפשיעה גם בהנך מדאמרו בגמ' שבועה זו דנשבעים לגזברים ת"ח היא. ונראה לו מכאן דרק השבועה היא מת"ח אבל התשלומים ביודעים שפשע מעיקר דין תורה הוא. דהרי גם בגמ' אפשר לפרש דכשתירצו שבועה זו כו' כונתם לשבועה שאינו ברשותו. וכדמקשה הרמב"ן דאם היתה שבועה שאינה ברשותו גם באלה מדאורייתא. היה להם לתרץ דנשבעים לגזברים בשבועה שאינה ברשותו. גם כשמתרצים דשבועה זו מת"ח היא אפשר דכונתם לשבועה שאינה ברשותו.

היוצא מכל הנ"ל דקשה לומר דמשו"ה השמיט הרמב"ם בה"ג הקדשות משום דסמך על מה דכבר כתב בה"ב אלא נראה ודאי מדבריו דשאני דין הקדשות בזה מדין קרקעות עבדים ובשטרות. ובהקדשות אפי' בפשע פטור אלא דודאי יש לחקור אחרי הטעם שיש בזה לחלק בין הקדשות לשאר הדברים דאיתמעטו מדיני שומרים.

ומה שנראה לכאורה בזה כיון דכל טעמו של הרמב"ם דאם פשע חייב לשלם הוא משום שכל הפושע מזיק הוא ועוד מוסיף הרמב"ם לבאר הדבר ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלים. א"כ שאני הקדש דהרי מזיק עצמו פטור גבי הקדש מדין תורה וכדברי התוס' בגיטין מ"ט ע"א וב"ק בדף ו' ז' וסמכו דבריהם על המבואר בירושלמי בראש הנזקין דגם בנזקי גופו נזקין להדיוט ואין נזקין להקדש. ומוכיחים כן גם מהנראה ממתני' ב"ק ט"ו ע"ש. ויש א"כ אמנם הפרש בין דין המזיק הקדש לדין המזיק הדיוט.

אלא דיש להשיב ע"ז דאם נימא כן יהיה קשה למה צריכים עצם המעוט גבי שומרים מכי יתן איש אל רעהו למעט הקדש דאם גם בפשע אף דחייב להרמב"ם בכל הנך דאיתמעטו מקרא דפרשת שומרים. בהקדש פטור משום דמזיק הקדש פטור. א"כ כש"כ דש"ש פטור על גו"א. ולא צריך קרא למעט ש"ח משבועה שלא פשע כיון דמכח הקרא הזה לא נפטר רק משבועה שלא פשע, ומשום דמזיק הקדש פטור. פטור מעיקר החוב אף בדפשע בין ש"ח בין שאר השומרים.

ובע"כ דאין לבא כאן משום דמזיק הקדש פטור ובטעם הדבר להרמב"ם במיוחד היה

אפשר לומר דלא ס"ל כלל מזה דמזיק הקדש פטור ואף דבתוס' סומכים דבריהם על הנאמר בירושלמי גיטין "אי בנזקי גופו הא תני ר' חייא נזקין להדיוט ואין נזקין להקדש". ס"ל כיון דבבבלי אינו מבואר בשום מקום דמזיק הקדש פטור. ואדרבא מהנאמר בב"מ צ"ט משא"כ במזיק דלא משלם חומשא דאמר מר איש כי יאכל קדש פרט למזיק משמע דמזיק הקדש איתמעט רק מחומש וילפי' ממזיק תרומה. כדעמדו אמנם ע"ז בתוס' שם ומה דמפרשים בתוס' דחיוב זה אינו אלא מדרבנן פשטות הדברים אינו מורה ע"ז וכן מדברי הרמב"ם בהל' גו"א פ"ג ה"ג דסתים ותני אבל בהקדש אינו כן אלא משלם עשרה משמע דחיוב הקרן הוא מעיקר הדין וע"ש.

ועיקר דבריו בזה דדרשינן כי יאכל פרט למזיק הוא בהל' תרומות פ"ו ה"ח ושם ודאי לכו"ע חיוב הקרן הוא מדאורייתא וכמבואר בתוס' עצמם שם ואף דבירושלמי מסתמך על ברייתא דר' חייא, אמנם דברי הברייתא נזקין להדיוט ואין נזקין לגבוה דהוא מתוספתא פ"ד דב"ק אפשר לפרש בכל נזקי ממון ולא בנזקי גופו. אלא דבירושלמי גיטין שם מפרשה גם בנזקי גופו. ולא נראה לי כן מבבלי שם ועיין בפני יהושע גיטין דף נ"ג גבי הכהנים שפגלו במקדש דמפרש אמנם כן בשיטת רש"י דלא ס"ל כתוס' בזה דמזיק הקדש פטור מדאורייתא גם בקרן וכדנימא כן בשיטת הרמב"ם כבר בטל הטעם הנ"ל דמשום הכי יש לפטור גבי הקדש גם בפשע אף לדידיה משום דמזיק הקדש ג"כ פטור.

ואמנם דגם בלי זה דיש לדון בשיטת הרמב"ם דיסבור דמזיק הקדש חייב ונימא דס"ל בזה כשיטת התוס' דמזיק הקדש פטור יש הכרח לומר דאין חיובי השומרים תלוי בדין חיובו דמזיק, דהרי אם נימא דתלוי זב"ז יהיה קשה גם לתוס' דס"ל ודאי דמזיק הקדש פטור למה לדידהו לקרא למעט הקדש מחיובי שומרים. כיון דאפי' בפשעו פטורים משום דמזיק הקדש פטור ונראה דאין לדידהו שום חלוק ביסוד הפטור בין הקדש לקרקעות עבדים ושטרות ממה דמוכיחים דגם בפשע פטור בכל הנך מההיא דהשומר את התנוק כו'. ולפי הנראה מדבריהם בדף נ"ח בד"ה "לשמור" אייריי זה בהקדש וכפירושו של רש"י שם וברור א"כ דס"ל גם הם דכל הפטור גבי הקדש הוא רק ממעוטא דקרא דרעהו ולא של הקדש וכמפורש בברייתא בגמ' שם. ול"ל מעוטא לזה כיון דגם מזיק הקדש פטור וכנ"ל. ובהכרח עלינו לומר דאף לאחר דנתמעט מזיק הקדש. הייתי עוד אומר דשאני דיני שומרים כיון דקבל עליו לשמור הוי כאילו התחייב עצמו בחיובים הנובעים עפ"י דיני התורה מקבלת שמירתו. ואף דנתמעט מכי יאכל פרט למזיק מחיובי מזיק גבי הקדש. לא נתמעט בזה מחיובי שומרים שקבל עליו לולא המעוט המיוחד דאיכא גבי שומרים דממעט להקדש.

ולפי"ז נראה דכבר אין לומר בדעת הרמב"ם דמשום דכותב בטעם החיוב בפשע בקרקעות ועבדים ושטרות שכל הפושע מזיק הוא. לפיכך בהקדש דגם מזיק הקדש פטור אף בפשע צריך להיות פטור הרי שאני חיוב השומרים דאף על פטור גו"א דש"ש בהקדש צריך למעוטא דקרא אף דמזיק הקדש פטור ומשום דשאני שומר דחיוביו הם כתוצאה ממה דקבל עליו לשמור וכנ"ל.

אלא דבכ"ז יש עוד לדון בישוב שיטת הרמב"ם בדרך הנ"ל ולומר דאף אם גם דעתו כן דחיובי שומרים לא מתחשבים עם דיני חיובי מזיק. ואף דמזיק הקדש פטור אפ"ה מחיובי שומרים לא היה נפטר לולא מעוטא דקרא בכ"ז בפשע בהקדש עוד יש לפטור מכח זה דמזיק הקדש פטור. והטעם שבדבר כיון דכל הנך נתמעטו מדיני שומרים וחיוביהם ואם בכ"ז ס"ל הרמב"ם דבפשע השומר חייב גם על הנך דאיתמעטו מקרא. ומשום דפושע הוי כמזיק כבר לא באים בזה מכח חיובי השומרים אלא מגדר חיובו דמזיק. וע"ז כבר י"ל דבהקדש כיון דמזיק פטור גם פושע פטור ויוצא לפי"ז אל נכון דאף דמזיק הקדש פטור, מ"מ צריך למעוטא דקרא דאין חיובי שומרים בהקדש דלולא מעוטא דקרא לא היה חיובי שומרים נמדדים כלל עם גדרי הדין דמזיק. אבל אחר דכבר נתמעט מקרא דאין מדיני שומרים בהקדש אם נבוא לומר בכ"ז בדפשע חייב להרמב"ם ומשום שכל פושע מזיק הוא, החיוב הזה כבר נמדד עם גדר הדין וחיובו דמזיק וכנ"ל.

אמנם אין עוד הדברים מספיקים דודאי גם הרמב"ם דס"ל דבפשע חייב משום דהוי כמזיק. אין כונתו לומר דחיובו אינו תלוי כלל בזה דקבל עליו להיות לשומר ואף דנראה דהבין כן בדבריו הר"א ז"ל בהשגותיו דמשיג על הרמב"ם וכותב דאין פושע מזיק שאם היה כן פשיעה בבעלים למה פטור. אבל בשיטת הרמב"ם נראה ודאי דלא כיון כלל לומר דחיובו בפשע הוא בלי קשר כלל עם זה שנעשה לשומר אלא דס"ל דאם רק נעשה לשומר ומחויב בשמירת הדבר אז בדפשע בשמירתו. כבר מחויב גם בלי זה דכתוב ומבואר חיובו בפרשת השומרים וגם באופן דנתמעט מחיובים שבפרשה מחויב בדפשע שכל פושע מזיק הוא ואין המעוטים בכל הנך באים אלא על החיובים הלמדים אותם ויודעים עליהם רק מתוך המבואר בקרא. אכן לענין שמירה בבעליו אמרי' דמועיל הפטור גם בפשע כיון דגם אז חיובו קשור בזה דשם שומר עליו. ואם מפורש בפרשה דאם בעליו עמו לא ישלם נאמר בזה דאינו כלל לשומר באם בעליו עמו. וממילא נתמעט גם בפשע כיון דגם אז יסוד חיובו הוא מה דקבל עליו לשמור. ועיין בש"ך שם בדבריו לחלק בין הנושאים בבאור דברים מעין זה וגם כבו' אאמו"ר בפנים הספר עמד ע"ז ליישב דברי הרמב"ם מהשגתו של הר"א וכיון שכן דגם להרמב"ם עיקר חיובו בפשע הוא משום

דקבל עליו להיות לשומר ע"ז. הדרנא להנ"ל דמה דס"ל דמזיק הקדש פטור אינו גורם פטור לחיוב הנובע מכח מה שקבל עליו לשמור.

ואולי בכ"ז נאמר אליביה כיון דבנדון זה חיובו בפשע אם רק קבל עליו לשמור הוא מן הסברא ומשום שכל פושע מזיק הוא כבר שייך לבא בזה מדיני פטור מזיק ואף דלולא היה שומר שקבל עליו לשמור לא היה שייך לעשותו לפושע בשמירה, אבל כיון דאם רק נעשה עי"ז לפושע כבר גדר דין מזיק עליו וזוהי סיבת חיובו ומה דצריך שיהיה לשומר היינו רק משום דבלא זה לא שייך לומר דפשע בשמירה ולכן כבר שייך לפוטרו בהקדש באם ס"ל דמזיק הקדש פטור.

ועפ"י הנ"ל דנימא בשיטת הרמב"ם דמה דחייב בפשע הוא רק בקרקעות ועבדים ושטרות ולא בהקדשות, מיושבת ודאי הקושיא דמקשים על הרמב"ם מההיא דהשוכר את הפועל לשמור את הפרה כו' דהוכיחו התוס' משם דגם בפשע פטור וכנ"ל. כיון דלפירוש רש"י ותוס' שם איירי הכל בהקדשות ולשמור את הפרה היינו הפרה האדומה שלא תפסול בעלית עול או מום ולשמור את התינוק היינו שמגדלים אותו לפרה וזרעים היינו בשדה הזרוע לעומר. והלח"מ כשמקשה על הרמב"ם מקשה ג"כ לפי הפירוש הזה וההוכחה היא ממה דמקשים בגמ' שם על הנאמר ש"ש אינו משלם ממה דאיתא בברייתא היה שכיר שבת כו' אחריות שבת עליו ולא משני כשפשע. א"כ להנ"ל בשיטת הרמב"ם דבהקדשות אמנם גם לדידיה אין חלוק בין פשע ללא פשע ולעולם פטור עולה אל נכון מה דלא משני כשפשע ואין להוכיח משם על קרקעות עבדים ושטרות.

אלא דכל זה לפי פרושם של רש"י ותוס' דהברייתא דהשוכר את הפועל איירי בהקדש וכנ"ל. אבל דעת הר"ח וכן הכריעו הרמב"ן והרשב"א בחידושיהם לב"מ שם דכולם בשל חול ולא בשל הקדש. ומזרעים קא מותיב דזרעים שנשרשו משמע והיינו קרקעות ומקרקעות קא פריך ומוכיחים כן ממה דבתוספתא שנאוה בענין השומרים ולא בענין הקדש. וכדנפרש כן כבר אין לבא בדרך הישוב הנ"ל ובדעתו יש להוכיח מדבריו בהל' שבת פ"ו הכ"ד דאמנם נוטה בפירושו לפירוש הר"ח דכותב שם השוכר את הפועל לשמור לו את הפרה ואת התינוק לא יתן לו שכרו של שבת כו' ואם היה השכיר שכיר שבת כו' לפיכך אחריות שבת עליו ומסתימת דבריו ביחוד ממה דכותב השוכר את הפועל לשמור לו את הפרה כו' משמע ודאי דמפרש בשל חול ומענין דאותו הדיוק יש אמנם גם בתוספתא שבת פי"ח וב"מ פ"ו דשם מובא ג"כ לשמור לו את הפרה כו' ולא כנוסח הברייתא שבגמ' לשמור את הפרה וסעד גדול מלשון התוספתא לפירושו של הר"ח. ועיין בחסדי דוד לתוספתא שבת שם דעמד על שנוי הלשון שבין התוספתא

והברייתא בגמ' בזה ועיין גם בדבריו לתוספתא ב"מ שם דהעיר ע"ז דמדברי הרמב"ם נראה כהמפרשים דאיירי בשל חול ובזה מתבאר מה דמשמיט הרמב"ם בהל' שבת שם לשמור את הזרעים כיון דבזה דהוא קרקעות כבר הקשו בגמ' ע"ז דאחריות שבת עליו. וצריך להוסיף מה דהשיבו בגמ' ע"ז דאיירי בשקנו מידו ואין מענין הדברים בהל' שבת להביא את זה דאין זה מוסיף כלל על הנוגע להל' שבת ועצם הדין דבשקנו מידו מתחייב גם בהנך דאין בהם מדיני שמירה. מביא בהל' שכירות פ"ב ה"א [אגב יש להעיר דבתוספתא שבת וב"מ שם לא נזכר כלל לשמור את הזרעים רק לשמור לו את הפרה לשמור לו את התינוק. ורק בנוסח הברייתא שבגמ' נתוסף לשמור את הזרעים וכבר יש לחשוב דהרמב"ם בהלכותיו לשבת שמביא דבריו בנוסח השנוי בתוספתא מביא בכל כהרצאת הדברים שבתוספתא ושם לא נזכר מזרעים] ובזה מתיישב הערת הלח"מ בהל' שכירות שם על דברי הרמב"ם בהל' שבת שם דלא הזכיר בשקנו מידו. דאין על הרמב"ם להזכיר מזה שם כיון דמביא רק לשמור לו את הפרה ואת התינוק ומפרש כפירוש הר"ח דהיינו בשל חולין וכנ"ל. א"כ אין צריך לקנין מיוחד בישנו בחיוב שומרים.

ולפי"ז ודאי כדי ליישב שיטת הרמב"ם דס"ל דאם פשע חייב אף בקרקעות ממה דהקשו עליו מקושית הגמ' בהשוכר את הפועל כו' לשמור את הזרעים דאחריות שבת עליו ולא משני שפשע עפ"י דברי הש"ך שם דהלשון השוכר את הפועל כו' לפיכך אחריות שבת עליו משמע בכל דיני חיוב דש"ש ואף בגנבה ואבדה.

והנה איך שלא תהיה שיטת הרמב"ם בדין חיובם של שומרים בהקדשות בדפשעו הרי ברור דשבועה שלא פשעו אין בהקדשות מעיקר הדין אלא מתקנת חכמים וכמבואר במשנה וגמ' ב"מ שם. ושבועות שיש על גו"א נראה דלא תהיה גם מת"ח ומה דאמר ר"א בגמ' דשבועה זו ת"ח היא שלא יזלזלו בהקדשות קאי על שבועה שלא פשע וכמבואר ברש"י שם בבאור דבריו דשבועה זו ליפטר מן התשלומים ובש"ח כו' ובדפשע ודאי אז משלם או מעיקר הדין לשיטת הרמב"ם אם לא נחלק בשיטתו בין הקדש לאינך או מת"ח בדנאמר כנ"ל דבהקדש גם הרמב"ם מודה דפטור השומרים הוא גם בדפשע. וש"ש על גו"א בהקדשות נראה דלא משלם אף מת"ח וממילא כבר לא שייך דנתחייבו בשבועה שלא נגנב או נאבד וכדכבר הערנו ע"ז.

ויש להעיר על כ"ז דדברי הרמב"ם בפ"ג מהל' שקלים לא מורים כן דדבריו שם בה"ח בני העיר ששלחו את שקליהם ביד שליח ונגנבו או אבדו אם ש"ח הוא הר"ז נשבע להם ונפטר כדין כל שומרי חנם והם חוזרים ונותנים שקליהם פעם שנית כו' ומסתימת דבריו אם ש"ח הוא הר"ז נשבע להם ונפטר כדרך כל שו"ח כו' משמע דהשבועה היא מעיקר

הדין ומדאורייתא. ולכאורה הר"ז נגד המבואר במשנה ובגמ' ונגד דברי עצמו בפסקיו הל' שכירות וטו"נ וכן קשה מה דכותב בה"ט שקלו את שקליהם ביד ש"ש שהרי הוא חייב בגו"א ואבדו ממנו באונס כגון שלקחום לסטים מזויינים שהוא פטור רואים אם אחר שנתרמה התרומה נאנס נשבע השליח לגזברים ובני העיר פטורים שהתורם תורם על הגבוי כו' וברשות הקדש הם ובני העיר מה היה להם לעשות הרי לא מסרו אלא לש"ש שהוא חייב בגו"א כו' ואם אבדו קודם שנתרמה התרומה עדיין ברשות בני העיר הם והשליח נשבע לפני אנשי העיר והם משלמים כו' וגם כאן נראה לכאורה מסתימת דבריו דמה דנשבע לגיזברים הוא מעיקר הדין וכמו מה דנשבעים לפני שנתרמה לאנשי העיר, ומבואר כמו כן דבידוע שנגנב משלם דאל"כ שבועה זו למה היא באה ומפורש כן בדבריו דכותב דבני העיר לא פשעו משום דמסרו לש"ש דמשלם על גו"א והדברים סובבים על אחר שנתרמה דהוא כבר שומר להקדש.

אמנם דבריו בה"ח אפשר ליישבם ולומר דאמנם כוון לזה דהשבועה היא מעיקר הדין ומדאורייתא, דהרי כבר עמד בכ"מ על מה דכותב שם דאם ש"ח הוא נשבע להם וסותם דבריו ואינו מחלק בין משנתרמה התרומה לעד שלא נתרמה כדבריו בה"ט בש"ש וכמבואר במשנה וכותב בישוב הדברים דמשמע בהדיא שהוא סובר שאם שלחום ביד ש"ח אע"פ שנתרמה תרומה שקלים אחרים תחתיהם מפני שפשעו במה ששלחו בידי ש"ח וכ"כ בהדיא בפירוש המשנה. וע"ש עוד דטרח ליישב הסוגיא בגמ' ב"מ אליביה ואיך שלא ניישב אליביה סוגית הגמ' בבבלי ב"מ ובירושלמי שקלים פ"ב ה"א. אבל זהו ודאי ברור דס"ל הכי ומבואר כן גם כאן בדבריו ממה דכותב בה"ט בטעם דבש"ש אחר שנתרמה התרומה נשבעים לגזברים ובני העיר פטורים משום דמה היה להם לעשות הרי לא מסרו אלא לש"ש שהוא חייב בגו"א והאונס אינו מצוי ויוצא א"כ מבואר דרק בש"ש אחר שנתרמה התרומה נשבעים לגזברים ובני העיר פטורים משום דמה היה להם לעשות. אבל במסרו לש"ח דהיה להם לעשות יותר ולמסור לש"ש דמחייב בגו"א נשבעים לבני העיר גם אחר שנתרמה דאין תורמים עליהם ועליהם לשקול פעם אחרת ולפי שיוצא מזה דבשו"ח גם אחר שנתרמה נשבעים לבני העיר א"כ אין זה כלל שומר להקדש ודאי דחיובו בשפשע וכן שבועתו שלא פשע היא מעיקר הדין ומדאורייתא.

אמנם כ"ז בנוגע לדבריו בה"ח בש"ח אבל דבריו בה"ח בש"ש דאחר שנתרמה התרומה נשבעים לגזברים דאז הוי ודאי כבר שומר להקדש. וגם שם נראה מסתימת לשונו כמו שהיתה השבועה והתשלומים מעיקר הדין וזה ודאי א"א ובהכרח עלינו לומר דבה"ט לא כוון לשבועה דאורייתא. אלא למה דאמר ר"א בגמ' שבועה זו ת"ח היא ומשום

דלדעתו תקנו חכמים דנשבעים על הקדשות שבועת השומרים כעין של תורה וכדבריו בפ"ב מהל' שכירות סותם וכותב דנשבעים לגזברים. וגם בזה דבש"ש יש מת"ח חיוב תשלומים על גו"א ושבועה שנאנס ישנו הרבה מן החדוש. אמנם לשיטתיה מוכרח הוא הדבר מאוקימתת ר"א בב"מ שם כיון דבשו"ח אמרי' דאף לאחר שנתרמה התרומה נשבעים לבני עיר והשבועה הוי ודאי אז מעיקר הדין ומדאורייתא. א"כ בע"כ דברי ר' אלעזר דמעמיד הנאמר במשנה דמשנתרמה התרומה נשבעים לגזברים בשבועה זו תקנת חכמים היא הם בש"ש דבזה איירי במתני' דאמרה דאם משנתרמה התרומה כבר אין להם שייכות לבני העיר והם שומרים להקדש ואין לומר דגם אם מוקמינן דברי ר"א בש"ש אין עוד הכרח דהכונה לשבועה דנגנבו באונס. ואפשר דלחייב ש"ש דהקדש בגו"א לא היתה כלל תקנה. ומה דנשבעים הוא שלא פשעו ובכ"ז השבועה היא רק מת"ח דרק בש"ח שפשע במסרו לו אז גם אחר שנתרמה התרומה נשבעים לבני העיר ומעיקר הדין. אבל אם רק מסר לש"ש דלא פשע במסירתו נשבעים לגזברים וממילא גם שבועה שלא פשע היא רק מת"ח. זה א"א דהרי מעצם מה דאמרי' דבמסרו לש"ש לא פשע מוכח ההפך דכל הטעם דלא פשע הוא משום דמה היה לו לעשות כיון דמסר לש"ש דחייב בגו"א וכנ"ל. א"כ ממילא כבר מוכח דתקנו דיתחייב בגו"א ונשבעים ע"ז דנגנבו בלסטים מזויינים.

ואף דבגמ' ב"מ שם אמרו לפנ"ז דיותר מתאים להעמיד המשנה לפי משמעותם של הדברים בשו"ח אבל זה ודאי ס"ל להרמב"ם דאינו לפי האמת וא"א כלל אליביה להעמיד בשו"ח. ומעמיד מסקנת הגמ' דהיינו תרוצו של ר"א לפי ההנחה הזאת דבמסרו לשו"ח גם אחר שנתרמה התרומה בני העיר הם הבעלים ולא ניחא ליה לאוקמי דנשבעים לבני העיר במעמד הגזברים ואומר ע"כ דשבועה זו ת"ח היא ומיירי בש"ש והכל כנ"ל.

ומתוך הדברים הללו נסתרים ממילא דברי הש"ך הנ"ל דמביא כסעד לדברי הרמב"ם דגם בהנך דאיתמעטו מדיני שמירה חייבים בפשע. ממה דאמרו בגמ' שבועה זו ת"ח היא וקאי על שבועה שלא פשע. ונראה דרק השבועה היא מת"ח אבל החיוב הוא מעיקר הדין ולפי דבריו יש מכאן סמך ג"כ דלהרמב"ם אין חלוק בין קרקעות עבדים ושטרות והקדשות בזה, דלהנ"ל דהרמב"ם בע"כ מפרש לדברי ר"א בש"ש. א"כ אין כלל כונת הגמ' דאמר שבועה זו תקנת חכמים היא על ש"ח ועל שבועה שלא פשע דבזה ישנו אליביה מחיוב שבועה דאורייתא ואינו כלל שומר של הקדש וכנ"ל. וקאי על ש"ש ונשבעים שנגנבו באונס ובזה ודאי כבר מוכרחים לומר דגם התשלומים הם מת"ח והתקנה היתה על הכל בין על חיוב התשלומים כשיודעים שנגנבה בין על חיוב שבועה

כשלא יודעים, בכ"א דוקא לשיטת הרמב"ם אין מגמ' זו שום סמך לדעתו בחיוב פושע בכל הנך דתירוצו של ר"א לא דן כלל בחיוב פשיעה והכל כנ"ל.

וכן הורו רבותי שהמוסר כרמו לשומר בין באריסות בין בשמירות חנם והתנה עמו שיחפור או יזמור או יאבק משלו, ופשע ולא עשה חייב כמו שהפסיד בידים וכן כל כיוצא בזה שהפסיד בידים חייב על כל פנים.

השגת הראב"ד. וכן הורו רבותי וכו' עד על כל פנים; א"א משנתנו היא אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, משום דבידו היא ועשאוה כתנאי ב"ד, ושכיר שהפסיד מלאכתו דבר פשוט הוא שהוא מזיק בידים שתלא טבחא אומנא מותרים ועומדים הן עכ"ל.

כתב המ"מ דמה שכתב כאן הרמב"ם אינו שייך להמשנה דאם אוביר ולא אעביד דכאן לא התנה שאם לא יעשה ישלם, וגם אין התשלומין שוים, דשם משלם מה שהי' ראוי לעשות וכאן אינו משלם אלא מה שהפסיד, והיינו אם עי"ז שעשה נתקלקל הכרם, והקשה הלח"מ דהא בפ"ח כתב המ"מ דאפי' לא כתב כמו שכתב דכתנאי ב"ד דמי, ותי' הלח"מ דמה שכתב המ"מ שם אע"פ שלא כתב היינו דכשאמר בע"פ אע"פ שלא כתב, וכאן הוא שלא אמר כלל בע"פ, ותירוצו לא נראה דכיון שכ' המ"מ דהוא כתנאי ב"ד ובתנאי ב"ד לא בעי אמירתו וכדתנן בכתובות דף נ"א ודף נ"ב בהרבה דינים בתנאי כתובה דלא כתב לה חייב שהוא תנאי ב"ד, אלא דבאמת בלשון הרמב"ם בפ"ח לא משמע כד' המ"מ דאף אם לא כתב חייב, אך גם לדברי המ"מ שם יש לומר דעיקר לשון אם אוביר ולא אעביד היינו שיניח השדה בורה שלא תכניס כלום; אבל מה שהחסיר איזה עבודה ושאר העבודות עשה והכרם עשה פירות אלא שחסר מכפי שהי' ראוי לעשות י"ל דזה לא נכנס בהך דינא דאם אוביר ולא אעביד ואינו חייב אלא בשביל מה שהבטיח שיעשה כל המלאכות האלו, לכן אין לחייבו אלא מדין פושע.

והנה הרב האי גאון בסוף ס' המקח סובר דגם באם אוביר ולא אעביד אף שלא התנה חייב מדין פושע שהוא כמזיק וצריך לשלם במיטבא; ובמתני' אשמעינן דבמה שאמר לו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא לא גרע בזה שהתנה, שנאמר דהוי אסמכתא, והבאתי דבריו בפ' י"א מה' מכירה הל' א' ובהשמטות שם בארתי כונתו מה דהוי ס"ד דע"פ התנאי יתבטל מה שהי' מחוייב ע"פ דין, משום דטעמו שכתב דהוי פושע והוא כמו מזיק זהו ע"כ משום שסמך עליו בעל השדה שבודאי יזרע השדה, וא"כ כל זה הוא כשקבל בסתם, אבל אם אמר אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא א"כ כבר הטיל ספק בקבלתו את השדה דאפשר לא יזרע רק שישלם לו במיטבא, א"כ יש סברא לומר דכבר אינו מזיק על עיקר השדה רק שאנו באין לחייבו מטעם התחייבותו, וכיון שמטעם

זה א"א לחייבו בשביל שלא התחייב מעכשיו הו"א שהוא פטור, לכן השמיענו דמה שהתחייב לשלם אינו מגרע מה שסמך עליו דבודאי יזרע ונקרא פושע וחייב לשלם.

והנה כתבתי שם עוד שדברי רה"ג אלו מפורשים ברמב"ם כאן וזהו שכתב הרמב"ם הורו רבותי, ודברי אלו אינם מדוייקים דודאי ד' הרמב"ם אינם כד' רה"ג, דרה"ג כתב דאפי' בכתב לו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא מה דמהני התחייבותו הוא משום דמעיקר דינא מחוייב מטעם מזיק; והרמב"ם בפ"ח כתב להדיא דמתחייב משום דלא הוי אסמכתא, והוא כמו שכבר בארתי שם דרה"ג סובר דפי' אסמכתא אינו משום דלא גמר והקנה אלא משום שסמך דבריו על מה שיהי' אח"כ והוי כאומר לאחר שיתקיים התנאי ולא מעכשיו, וכיון דהקנין נעשה עכשיו באופן דלא מהני על לאחר זמן לכן לא מהני הקנין או ההתחייבות, ולכן מוכרח רה"ג לבאר דגם באם אוביר ולא אעביד, ההתחייבות הוא מדין מזיק, אבל הרמב"ם דאינו סובר כן ע"כ דמה דכתב כאן דמחוייב מדין מזיק היינו משום דלא כתב ולא אמר שאם יפסיד ישלם.

ובעיקר מה דסובר רה"ג דמדין מזיק צריך לשלם מה שהיתה השדה ראוי' לעשות, ולדעת הרמב"ם לפימש"כ המ"מ אינו צריך לשלם מדין מזיק אלא מה שהפסיד בהכרם, נראה דאין כונת המ"מ דדוקא בכרם שלא עבד בו מחוייב מדין מזיק משום שנתקלקלו הגפנים, אבל שדה שהובירה לא נתקלקלה ואינו חייב אלא בשביל שהתנה, דזה אינו דהא גם בבהמה שהזיקה ואכלה שחת אין התשלומין רק בשביל השחת אלא שמין השדה כמה היתה יפה וכמה היא יפה, וא"כ ה"נ כיון דאמרינן דמה שפשע ולא עשה עבודת הכרם הוי מזיק בהכרם ה"נ מה שלא זרע השדה הוי מזיק על השדה, ושמין אותה כמה היתה יפה בשעת הזריעה שהי' אפשר לזרעה וכמה היא שוה עכשיו שעבר זמן הזריעה ולא נזרעה, אלא דמ"מ איכא נ"מ דבשביל זה אינו משלם אלא מה שיש הפסד בשויה של השדה, וגם שמין בששים כדאיתא בהכונס, ועיין מה שכתבתי בהל' נז"מ פ"ד הל' י"ד, ובאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא כתב הרמב"ם בפ"ח דשמין כמה היתה ראוי' לעשות ונותן חלקו, וי"ל דכן הוא גם כונת המ"מ.

ובדעת רה"ג דסובר דאינו משלם אלא מדין מזיק קשה דהא תנן שמין אותה כמה היתה ראוי' לעשות, ונראה דסובר דבפלוגתא דר"נ ורבא בהכונס קיי"ל כרבא דבנזקי גופו לא אמרו בששים, ודלא כהרמב"ם דסובר בפ"ד מהל' נזקי ממון דאין חילוק בין נזקי גופו לנזקי ממונו, ובמה דמחלק הגמ' בין דיקלא פרסאה לדיקלא ארמאה גם בנזקי ממונו כן, ועיין מה שבארתי שם בשטתו, וגם הרא"ה הובא בש"מ שם אינו סובר כהרמב"ם, וכתב דהחלוק בין דקלא פרסאה לארמאה אינו אלא בנזקי גופו, ויסבור רה"ג דכיון דבנזקי גופו

לא שיימינן בששים נותן לו כל מה שהיתה ראוי' לעשות, ובעובדא דר"ג לא מיירי בלקט הפירות כהרמב"ם אלא שקץ הדקל כפי' הרא"ש, וממילא לא אשכחן דבנזקי גופו ישומו אגב שדה, ואף דהוא חדוש אבל כיון דעכ"פ איכא תנאי דסברי כן גם גבי נזקי בהמתו, א"כ בנזקי גופו אפשר דלכו"ע כן הוא אליבא דרבא, ומה דקיי"ל כר"נ בדיקלא ארמאה אפשר דהוא דוקא בדיקלא ארמאה שהוא גרוע, אבל בשדה קיי"ל כרבא איברא דאכתי קשה דאיך יפרש ר"נ מתני' דאם אוביר ולא אעביד, ואפשר דכיון דעכ"פ הוא מחלוקת התנאים דריה"ג סובר גם בנזקי בהמתו דנדון במשוייר שבו, א"כ מצי ר"נ למימר דמתני' כריה"ג, אבל להלכה סובר דקיי"ל כרבא וכנ"ל, והרמב"ם לשיטתו דסובר דגם בנזקי גופו שיימינן בששים, א"כ מדתנן גבי אם אוביר ולא אעביד שמין אותה כמה היתה ראויה לעשות מוכח דאינו מדין מזיק ולכן ע"כ כשיטתו דבזה לא הוי אסמכתא וכנ"ל.

אח"כ ראיתי שהר"י מיגש בחדושיו לשבועות דף מ"ב אמתני' דואלו שאין נשבעין עליהן כתב להדיא כדברי הרמב"ם כאן ואף דבמה שכתב מקודם דחייבין על פשיעה אינו סובר הר"י מיגש כן שכתב שם להדיא דפטור אבל המוסר כרמו לשומר באריסות והתנה עמו שיעבוד בו ולא עבד כתב דחייב, ובודאי שזהו מה שכתב הרמב"ם הורו רבותי, ומדברי הר"י מיגש מבואר דלא כמו שכתבתי ליישב לדעת המ"מ בפ"ח דבאם אוביר ולא אעביד אף אם לא כתב חייב, דמה שהוצרך כאן לדין מזיק הוא משום דאם אוביר ולא אעביד היינו שהוביר לגמרי, והרמב"ם מיירי שהחסיר רק מלאכה אחת, והכרם גדל אבל לא כמו שהי' ראוי ליגדל, אבל בדברי הר"י מיגש מבואר להדיא דאפי' הוביר לגמרי צריך לדין מזיק שכתב שם ופשע ולא פלח ליה מידי, ואף דאכתי יש לחלק מכרם שעכ"פ גדל קצת הכרם אפי' בלא עבודה משדה שאם אינו זורעה הובירה לגמרי, אבל לא נראה כבר לחלק בזה כיון דעכ"פ הוא הוביר ולא עשה כלום מסתבר דנכנס בגדר אם אוביר ולא אעביד, ולכן מוכח מזה דהר"י מיגש סובר דבאם אוביר ולא אעביד דוקא אם כתב ולא כדברי המ"מ מדהוצרך לטעמא דמזיק וכמש"כ דכן משמע מדברי הרמב"ם ועמש"כ שם.

הלכה ז

קטן שהפקיד ביד גדול או השאילו הרי זה הגדול נשבע שבועת השומרים לקטן, הורו רבותי שאין זה נשבע בטענת הקטן כדי שנאמר אין נשבעין על טענת קטן שכל השומרין שבועתן שבועת שמא היא.

השגת הראב"ד. קטן שהפקיד ביד גדול וכו' עד שבועת שמא. א"א ורבותי הורו ואני מסכים עמהם שאינו נשבע כלל ואפי' היסת שאין נתינת קטן כלום ואם פקדון אין כאן

שבועה אין כאן, ואפי' כאבידה אינו דאבידה אתיא מכח בן דעת, ותמה על עצמך דכולה פרשתא עיקר בשבועת השומרים ועלה קאמר איש פרט לקטן, ועוד על ודאי שלו אין נשבעין על ספק שלו נשבעין.

כתב המ"מ דדעת הרמב"ם הוא כדברי הר"י מיגש בשבועות דף מ"ב דמה דתנן אין נשבעין על טענת קטן הוא דוקא בשבועת מוב"מ וע"א דצריך טענה דעירוב פרשיות כתיב כאן, אבל שבועת שומרים דלא צריך טענה נשבעין לקטן, ולא כתב ליישב השגת הראב"ד שמבוארת יותר בחדושי הרמב"ן שם דהא בב"ק דף ק"ו אמר ר' יוחנן הטוען טענת גנב באבדה משלם תשלומי כפל ופריך בגמ' מברייתא דתניא כי יתן איש אין נתינת קטן כלום, ומשני אבדה אתיא מכח בן דעת, ומוכח דבנתינת קטן דלא אתיא מכח בן דעת פטור מכפל, וחזינן דמדין שומרין מיעטה רחמנא לקטן ואינו חייב שבועה כדלא מחייבינן ליה כפל, ועוד אי ס"ד דחייב שבועה ודאי חייב נמי כפל דכל טוען טענת גנב שנשבע שבועת הדיינין חייב כפל, עכ"ד הרמב"ן.

והנה בדין חיוב כפל כתב הרמב"ם בפ"ד מה' גנבה דהטוען טענת גנב בפקדון של קטן ונשבע ואח"כ באו עדים ה"ז פטור מן הכפל, ומוכח דמחלק בין חיוב שבועה לחיוב כפל, וצריך באור דכיון דע"כ אמרינן דמיעוטא דכי יתן איש ממעטינן מיניה שומרים לענין כפל ולא אמרינן עירוב פרשיות דלא קאי אלא על כי הוא זה ועל מודה במקצת, א"כ למה לא נמעט מזה גם לענין חיוב שבועה.

ונראה דהחילוק הוא בפי' עירוב פרשיות דרש"י פי' בב"ק דף ק"ז דקרא דכי הוא זה שייך לאם כסף תלוה, ובפקדון גם כופר הכל חייב, והתוס' וכל הראשונים חלקו ע"ז והוכיחו דבפקדון נמי פטור בכופר הכל, ופירשו דמה דאמר בגמ' אמלוה הוא דכתיב היינו בטענה דשייך במלוה והיינו בכפירה אבל לא בטענת נאנסו, ולפי"ז אין אנו צריכין לומר בפי' עירוב פרשיות דאם לא מפרשינן כי יתן איש על שומרים לא מפרשינן כלל על שומרים, אלא דבשבועה דשייך בשומרים לא בעינן כי יתן איש כיון דלא צריך טענה, אבל מצינן למימר דבמה דשייך למעט נתינת קטן בדין שומרים גופא אפשר למעט, ולכן סוברים הר"י מיגש והרמב"ם דאף דמדין שבועה לא שייך למעט משום דלא צריך טענה, אבל מדין כפל בטוען טענת גנב שייך למעט, וטעמא דדין טוען טענת גנב יש לומר דזהו מגדר גנב, ואף דבגנב אינו חייב אלא עד שיגנוב מרשות הבעלים ה"נ גנב מבית שומר הא חייב כפל דהוי מבית האיש דרשות שומר כרשות בעלים, אבל כל זה בשומר לגדול דהוי יד שומר כיד בעלים ובית שומר כבית בעלים, ומגדר חצר הנפקד קנוי למפקיד, אבל שומר לקטן לא אמרינן דבית השומר הוא כבית הקטן ואפי' יד השומר לא אמרינן דהוא

כיד הקטן, דקטן אין לו יד ואינו זוכה בידו ובביתו של השומר שיהי' כידו וכרשותו, ולכן אף דיש דין שמירה גם לפקדון של קטן היינו דמחוייב בשמירתו ובכל חיובי שומרים כמו שחייבים בדיני שמירה לגדול, אבל הגונב מבית השומר אינו כגונב מבית הבעלים.

אלא דמ"מ הגונב מבית השומר ששמר לקטן חייב כפל משום דשומר יש לו דין מיוחד שהוא ג"כ בתורת בעלים על הפקדון כמו שהארכנו בריש פ"א מהל' נזקי ממון, אבל טוען טענת גנב שא"א לומר שהשומר גנב מרשות עצמו ואנו צריכין לומר שהשומר גנב מרשות המפקיד ובקטן לא אמרינן הכי, ועמש"כ בפ"ד מהל' גנבה הל' י' דע"כ טוען טענת גנב אינו חייב משום גנב ממש, מ"מ שפיר יש לומר כדברינו דעכ"פ חדשה התורה דטוען טענת גנב הרי הוא כמו גנב, אבל היכי דאינו ברשותו דמטעם גנב לא הי' חייב, יש לומר דאינו חייב משום טוט"ג, ואף דבודאי גם הגונב מרה"ר ממקום מיוחד חייב כפל, וה"נ מסתבר דהגונב משל קטן המונח ברה"ר חייב יש לומר דשאני ברה"ר שאינו מונח בשום רשות אחר, ומכיון דעומד ברשות הבעלים קרינן בזה וגונב מבית האיש, אבל אצל שומר דגם הוא יש לו דין בעלים וכמו שכתבנו, אלא דבגדול הוא שומר בשביל הבעלים ורשותו כרשות הבעלים, אבל בקטן אינו כן וכנ"ל, ולזה שפיר מסתבר לדרוש קרא דכי יתן איש גם גבי שומרים ולא על דין שבועה אלא על דין כפל, ובודאי בלא קרא דכי יתן איש לא הוי ממעטינן טוט"ג בפקדון של קטן מוגונב מבית האיש דהו"א דגם פקדון של קטן המונח בבית שומר הוי ברשותו דבודאי מסתבר דקטן המופלא סמוך לאיש יכול להקדישו.

ואף לפי"מ שכתבנו בהל' ג' במה שעמדנו דלמה באמת מוקי רבא דרשא דר' אמי דשבועת ד' ולא בין היורשין במודה במקצת ולא במה דקאי קרא בשבועת השומרין משום דרבא לטעמי' דסבר שעבודא לאו דאורייתא, וא"כ לדידן דקיי"ל שע"ד מוקמינן קרא נמי בשבועת השומרין וכן כתב שם הרמב"ן להדיא, וא"כ אינו מוכח דפרשה שני' נאמר בעירוב פרשיות, מ"מ כיון דעכ"פ גם מודה במקצת ילפינן מהך קרא דאמרינן ביה מתוך, וביורשין לא אמרינן מתוך, וא"כ גם בהך פרשה איכא שבועת מוב"מ ועלה שפיר קאי קרא דכי יתן איש ולא קטן.

-השמטות ומלואים-

בדעת הרמב"ם דקטן שהפקיד נשבע לו השומר דקשה מדין טוען טענת גנב דנתמעט מכי יתן איש. וכתבתי דמדין עירוב פרשיות אמרינן דהמיעוט דאיש פרט לקטן הוא רק למעט מכפל משום דאיכא סברא דגבי קטן אין רשות השומר כרשותו וגדר טוט"ג הוא שחידשה התורה דכשנשבע הוי כמו גנב וזה דוקא בגדול דהוי כמו שמונח ברשותו,

ויש להוסיף דהרמב"ם והראב"ד הולכים בזה לשיטתם דהרמב"ם סובר בפ"ד מהלכות גנבה הל' י' דשומר שגנב מרשותו חייב כפל והראב"ד השיג וכתב זה אינו כלום, ובארתי שם דהראב"ד סובר דא"א שיתחייב שומר שגנב מרשותו מדין גנב דא"א שיהי' השומר באותה שעה שומר וגנב ביחד, והיינו דאם הוא ברגע שנוטל הפקדון גנב א"כ אינו שומר ואין רשותו כרשות הבעלים וממילא לא גנב מרשות הבעלים ובדעת הרמב"ם כתבנו דשפיר אפשר שיהי' נקרא גונב מרשות הבעלים דבמחשבה בלבד הא לא נעשה גנב וא"כ אפי' ברגע שהולך ליטול הפקדון כ"ז שלא נטל הרי הוא שומר ורשותו כרשות הבעלים ועם נטילתו נעשה גנב וא"כ הרי גנב מרשות הבעלים, עכ"פ לדעת הראב"ד א"א לומר דחיוב טוען טענת גנב הוא מגדר גנב דלשיטתו א"א שיתחייב שומר שגנב מרשותו מדין גנב, וע"כ דדין טוט"ג הוא חיוב בפני עצמו וא"כ לא נוכל לומר דדוקא מדין טוט"ג מיעטה התורה כי יתן איש פרט לקטן ולא מדין שבועה וע"כ דהוא גזה"כ למעט משבועה וממילא נתמעט, גם מכפל בטוט"ג, אבל להרמב"ם לשיטתו שפיר נוכל לומר כמו שכתבנו.

-השמטות ומלואים-

מה שכתב חתני הגאון ר' יצחק מאיר בן מנחם שליט"א בעהמ"ח ספר פרשת המלך.

על הל' ז' דן כבו' אאמו"ר שליט"א בדברי הרמב"ם דמביא הוראת רבותיו דנשבעים שבועת השומרים לקטן ובכ"ז כתב בפ"ד מהל' גנבה דהטוען טענת גנב בפקדון של קטן ונשבע ואח"כ באו עדים הר"ז פטור מן הכפל. ומוכח דמחלק בין חיוב שבועה לחיוב כפל וצריך טעם לזה ואמנם מדברי הגמ' דב"ק ק"ו דמוכח משם דפטור מכפל בטוען טענת גנב בפקדון של קטן הוא עיקר קושית הרמב"ן בחידושיו לשבועות מ"ב על שיטת הר"י מיגש שהיא שיטתו של הרמב"ם דנשבעים שבועת השומרים לקטן. והקושי' משם מרומזת ג"כ בהשגת הראב"ד כאן והכל כמבואר בפנים הספר. ואחר ההנחה דאין אנו צריכים לומר בפי' ערוב פרשיות דאם לא מפרשינן כי יתן איש על שומרים לא מפרשי' כלל על שומרים. אלא דבשבועה דשייך בשומרים לא בעינן כי יתן איש כיון דלא צריך טענה אבל מדין כפל בטוען טענת גנב שייך למעט. דדין טוען טענת גנב יש לומר דזהו מגדר גנב. וטרח הרבה ליישב איך זה יחשב לגנב מרשות בעלים כשהמפקיד קטן וגם עצם היסוד דאם חיובם מגדר דין גנב כבר שייך למעט קטן מכי יתן איש אינו מבואר כ"כ הרי ס"ס לפי הדברים האלה טוען טענת גנב לא צריך טענה מצד המפקיד ודין זה כמו שהוא הוא מגדר דין גנב.

וארשום בזה מה שנראה לי בישוב דברי הרמב"ם והנה זה ודאי דהרמב"ם בדבריו בהל'

גנבה סמך על דברי הגמ' בב"ק דנראה משם ברור דלענין חיוב כפל בטוען טענת גנב ממעטינן מכי יתן איש את הקטן. ומצד השני נראה לו דעת רבו הר"י מיגש ז"ל דאין סברא למעט קטן אלא במקום דהחיוב בא מכח טענת התובע ואין טענת קטן טענה. ונראה להם כן מדברי המשנה בשבועות דנאמר שם אין נשבעים על טענת קטן. וא"כ בשבועת השומרים דנשבעים אף על שמא ולא תלוי כלל בטענה לא שני קטן מגדול וס"ל דאין סתירה לזה מהנאמר בב"ק לענין טוען טענת גנב. דיש לחלק בין הנושאים בעיקרי דיניהם ולפי המבואר בתורה. וטעם הדבר דהנה בקרא במשפטים כ"ב כתוב כי יתן איש אל רעהו וגומר אם לא ימצא הגנב ונקרב בעל הבית אל האל' אם לא שלח ידו במלאכת רעהו.

והנה עד כאן כתוב דין השבועה דש"ח פוטר עצמו בזה דנשבע דאמנם נגנב ולא שלח ידו במלאכת רעהו. ועל דין זה כיון דאינו קשור כלל בטענת הבע"ד ס"ל כרבו דאין המעוט דכי יתן איש ולא קטן קאי ע"ז וכנ"ל. ואח"כ כתוב על כל דבר פשע וגו' עד האל' יבוא דבר שניהם. אשר ירשיעון אל' ישלם שנים לרעהו. והנה במקרא זה כבר כתוב הדין דטוען טענת גנב דאחר שהוברר שטען ונשבע לשקר ישלם שנים לרעהו. וגם בב"ק שם מבואר דהנאמר עד אל' יבא דבר שניהם קאי על טוען טענת גנב ובדין זה דטוען טענת גנב דמשלם כפל כבר כתוב עד האל' יבא דבר שניהם. והיינו דכבר ישנם שני בע"ד המתדיינים זה עם זה ובאים בטענותיהם לבי"ד. ומבואר דבעת שנשבע והמפקיד לא ידע מכלום אלא השומר בא ומסר מה שקרה ונשבע ע"ז. לא נזכר כלל בפסוק דבא דבר שניהם לפני אל' אלא ונקרב בעל הבית דהוא השומר (וכפירושו של רש"י שם) אל האל' ונשבע וכיון שכן אין חלוק בין קטן לגדול וכנ"ל.

אבל אח"כ דבאים עדים שבעצמו גנב ונשבע לשקר כבר ישנו בע"ד דיודע מה לתבוע ולבא בטענות אל הנפקד. וכבר שייך בזה למעט נתינת קטן דאין טענת טענה. וכמו בשבועת עד אחד אין נשבעים לקטן לכו"ע דנחשב דהחיוב בא מחמת טענה כמבואר בהר"י מיגש שבועות שם [ודאי כיון בדבריו דע"י ע"א כבר יודע לטעון] ואין טענת קטן טענה. וכש"כ בכי הא והעיקר שבדבר מה דהתורה הגדירה במבואר דחיוב כפל בא אחר שישנו כבר דבר לשניהם. והיינו שכבר ישנו בע"ד הבא בטענה ודבר שניהם בא עד האל' ואז הם מרשיעים אותו שישלם שנים. וא"כ מבואר דחיוב זה בא מחמת טענה ואין טענת קטן טענה ממה דאיתמעט מכי יתן איש ולא קטן.

ואין מקום מהאי טעמא לטענתו של הרמב"ן בחידושיו לשבועות שם דאי ס"ד מיחייב שבועת השומרים לקטן, ודאי מיחייב נמי כפל דכל טוען טענת גנב שנשבע שבועת

הדיינים מיחייב כפילה. דאין כאן שום חסרון בשבועה אלא לפי דמבואר דהרשעת בי"ד על חיוב כפל אינו אלא בדישנו דבר שניהם לפניהם, ובדהמפקיד קטן לא בא דבר שניהם לפני בי"ד וכנ"ל.

ויוצא לפי"ז דטעם גדול לזה דמתחלק חיוב שבועת השומרים דבא שלא מחמת טענה ואין חלוק בין קטן לגדול, לחיוב כפל דבא מחמת טענה ואינו אלא בגדול דאין טענת קטן טענה וכנ"ל, וגם דברי בזה מתבססים על ההנחה הנ"ל דהמעוט דכי יתן איש קאי לא רק על חיוב שבועה דמודה במקצת אלא על כל דבר הבא מחמת טענה גם בדין שומרים גופא.

ואמנם דמדברי הר"י מיגש בחידושיו לשבועות שם נראה דלא כוון לחלק בין חיוב שבועה לחיוב כפל דהרי דבריו שם "ואע"ג דמכי יתן איש אל רעהו הוא דילפי' דהאי קרא בשומרים הוא דכתיב, לאו לענין שומרים הוא דפטריה קרא אלא לענין כי הוא זה דכתיב בהו בקרא וכו'" ומשמעות דבריו דלא נדרש כלי לענין שומרים. ומן הדוחק לומר דכוונתו דהמעוט בנוגע לחיוב שבועה אינו בשומרים אלא לענין כי הוא זה. כיון דהולך ומפרש אח"כ דקאי רק על שבועת מודה במקצת וע"א, ואולי בכ"ז מחמת גודל הקושי' מגמ' ב"ק עליו באם נימא דלא מחלק בין חיוב שבועה לחיוב כפל עלינו לפרש כן דבריו דלא דן אלא בחיוב שבועה ורק בזה כותב דאינו בשומרים, אבל בכל אופן ואיך שלא יסבור הר"י מיגש בזה בדברי הרמב"ם הרי מבואר דס"ל לחלק בין חיוב שבועה לחיוב כפל ועלינו לומר בישוב שיטתו כנ"ל.

ועפי"ז כבר אפשר ליישב גם מה דמקשה הרמב"ן בחידושיו לשבועות שם על שיטת הר"י מיגש דאע"ג דמכי יתן איש אל רעהו הוא דילפי' למעט נתינת קטן, והאי קרא בשומרים הוא דכתיב לאו לענין שומרים הוא דפטריה קרא אלא לענין כי הוא זה דכתיב בהו בקרא הרי גם בפרשה דש"ש כתיב כי יתן איש ושם לא כתוב מודה במקצת וא"כ בע"כ משבועת שומרים ממעט קרא קטן, ולהנ"ל בשיטת הרמב"ם יתיישב זה כיון דהמעוט דכי יתן איש קאי גם על חיוב שומרים היכא דשייך ואם על חיוב שבועת שומרים לא צריך טענה קאי על חיוב כפל אפשר מטעם זה לבא גם בפרשה דש"ש דאף לכאורה לא שייך בש"ש דין דטוען טענת גנבה כיון דחייב על גנבה ואבדה ולא מיפטר בטענתו זו. אבל הרי איתא בב"ק דף נ"ז דאף דס"ל שומר אבידה ש"ש הוא בכ"ז אפשר לן למיסבר דהטוען טענת גנב באבדה משלם תשלומי כפל בדטען טענת לסטים מזויין, ולסטים מזויין גנב הוא, וכן פסק הרמב"ם בפ"ז מהל' גנבה ה"ד ויוצא א"כ לפי"ז דכבר ישנו גם בש"ש מדין חיוב כפל בטוען טענת ליסטים מזויין וכבר אפשר לפי"ז לומר דגם

המעוט דכי יתן איש דפרשת ש"ש דממעט קטן מתפרש אמנם לדין שומרים גופא אבל להיכא דאפשר וצריך טענה והיינו דבא למעט מחיוב כפל בטוען טענת לסטים מזויין אבל לא ממעט מחיוב שבועה כיון דלא צריך לטענה וכנ"ל.

ואם אמנם אין זה מרווח כיון דבפרשת ש"ש אינו מבואר דין דטוען טענת גנב דמשלם תשלומי כפל ומסתבר דכל חיובו משום דלא גרע מש"ח דחייב בכפל אם פטר עצמו בטענת גנב ונשבע ע"ז ואנו נאמר דכוונת המעוט בש"ש הוא על מה דלא מפורש באותה פרשה, בכ"ז לא מן הנמנע לומר דכי יתן איש בא למעט היכא דצריך לטענה, ולפי האמת ישנו גם בש"ש שכזה לענין חיוב כפל בבא לפטור עצמו בטענת לסטים מזויין.

ולפי הנ"ל צריך להיות תלוי אם יש מפרשת ש"ש להוכיח נגד הדעה דמעוטא דכי יתן איש לא קאי על חיוב שבועה, בזה אם ללסטים מזויין דין גנב או גזלן דאם ס"ל לסטים מזויין גזלן הוא וא"כ א"א שיהיה חיוב כפל בש"ש וע"כ קאי המעוט על חיוב שבועה ובדס"ל לסטים מזויין גנב הוא מתפרש המעוט גם בפרשת ש"ש לחיוב כפל, וא"כ להל' דס"ל לסטים מזויין גנב הוא אין קושיא משם להסוברים דהמעוט דכי יתן איש ולא קטן לא קאי על חיוב שבועת שומרים וכנ"ל.

ואיברא דיש לטעון נגד קושית הרמב"ן מפרשת ש"ש גם בלי זה דישנה אפשרות של חיוב כפל בטוען טענת לסטים מזויין גם בש"ש ואף אם לא נחלק כלל בין חיוב שבועה לחיוב כפל, כיון דבכלל השומרים ישנו גם חיוב שבועה הבא מחמת טענה ובעצמו ס"ל דדין דמודה במקצת ישנו גם בשומרים, והיכא דכופר לגמרי דלא לקח ממנו נפטר כדין כופר הכל בהלואה ואינו חייב אלא במודה במקצת ואין הכונה במה דאומרים ערוב פרשיות כתוב כאן וכי כתיב כי הוא זה אמלוה הוא דכתיב, דהיינו דוקא אמלוה אלא בדוגמת מלוה איירי נמי בפקדון והיינו היכא דלא בא לפטור עצמו בטענת שומרים אלא בטענת כפירה שלא לקח ממנו, וכמבואר בדבריו בחידושיו לשבועות שם ודלא כרש"י בב"ק דף ק"ו אלא כדעת הריב"א בתוס' שם וא"כ גם בש"ש ישנו חיוב שבועה דכי הוא זה הבאה מחמת טענה, ואם דבמבואר לא כתוב בפרשה דש"ש דין דכי הוא זה הרי כבר באנו בנתינת טעם דהמעוט קאי על כל דיני אותו השומר באופן דצריך טענה גם על מה דלא מפורש במיוחד באותה פרשה, ואין כונתי בזה דלשיטת רש"י דבשומרים חייב שבועה גם בכופר הכל אין לבא בטענה זו דהרי גם בכופר הכל הוא חיוב שבועה הבאה מחמת טענה ושייך שיהיה ע"ז המעוט דכי יתן איש, אלא משום דהרמב"ן מדגיש בקושיתו דבש"ש לא כתיב כי הוא זה, ציינתי דאותו הדין ממש ישנו בפועל גם בש"ש, ואם נאמר דל"ל עוד מעוט בפרשה דש"ש הלא לחיובי השבועה הנובעים מכי הוא זה

כבר נתמעט בפרשת ש"ח דאין נשבעים לקטן הלא הרמב"ן עצמו לא בא מכח זה אלא משום דלא כתיב בפרשה דש"ש כי הוא זה, וע"ז באתי להעיר דאם רק הדין דכי הוא זה ישנו גם בש"ש כבר שייך כי סובב גם ע"ז המעוט והכל כנ"ל.

הלכה יב

זה אומר השאלתיך או השכרתיך או הפקדתיך, והלה אומר לא היו דברים מעולם, או שאמר כן היה אבל החזרתי לך ונסתלקה השמירה ולא נשארה בינינו תביעה הרי הנתבע נשבע שבועת היסת ונפטר, בד"א כשלא הי' שם שטר אבל אם הפקיד או השכיר או השאיל בשטר ואמר לו החזרתי לך הרי השומר נשבע בנקיטת חפץ מתוך שיכול לומר שומר חנם שנגנב או אבד [והשוכר שמתה] והשואל מתה בשעת מלאכה נאמן לומר החזרתי, וכשם שאם טען שנאנס נשבע מן התורה בנקיטת חפץ כך אם טען החזרתי ישבע כעין של תורה הואיל ויש שם שטר ביד התובע, בד"א כשהי' השומר יכול לטעון נאנסו, ולא נצריך אותו להביא ראי' על טענתו, אבל אם היה חייב להביא ראי' על טענתו כמו שיתבאר אינו נאמן לומר החזרתי, אלא ישבע בעל השטר בנק"ח שלא החזיר לו וישלם, אין לך מי שנשבע מתוך שיכול לומר כך וכך וישבע בנקיטת חפץ אלא השומר בלבד שיש עליו שטר, אבל שאר כל הנשבעין בדין מתוך שיכול לומר אינן נשבעין אלא היסת.

השגת הראב"ד. בד"א שהי' השומר יכול לטעון וכו' עד וישלם. א"א והוא דאמר ליה אשתבע שלא החזרתי לך, אבל אנן לכתחלה זיל שלים אמרינן ליה עכ"ל.

אין נשבעין אלא היסת, א"א והא איכא נשבע על המשכון לדעת הגאונים, אלא שאיני מודה אלא כעין מרי' חושלא דתפיס עיזי עכ"ל.

כתב המ"מ על דברי הראב"ד וז"ל דימה זה למלוה את חברו בשטר, וטען הלוה ואמר פרעתיך שאומרין ללוה לך שלם, ואם טען הלוה ואמר ישבע לי נשבע המלוה כמו שיתבאר פי"ד מה' מלוה ולוה, ונכון הוא ורבינו קצר בכאן עכ"ל, ומבואר דהרמב"ם נמי סובר כן אלא שקצר, אבל לדעתי הוא דוחק גדול דהרמב"ם מדייק בדבריו ואם לא הי' צריך לישבע אא"כ טען השומר ישבע לי לא הי' כותב הרמב"ם בסתם ישבע בעל השטר בנק"ח שלא החזיר לו וישלם, ומוכח דבלא שבועה אינו משלם ואינו צריך טענת השומר.

ונראה דדעת הרמב"ם לחלק בין מלוה את חבירו בשטר למפקיד את חבירו בשטר, דאף דבתרווייהו חייב לשלם ואינו נאמן בטענת פרעתי או החזרתי משום חזקת שטרך בידי מאי בעי מ"מ לא דמי דבלוה הרי החוב הוא בחזקת חוב, כיון דאינו נאמן לומר פרעתי ואין אנו מחדשין כלל חוב חדש, אבל במפקיד דאפי' אם נימא שנתחייב משעת

משיכה להחזיר לו הפקדון אבל עכ"פ אכתי לא נתחייב לשלם לו עד שאינו מחזיר לו הפקדון וכיון שהוא טוען שהחזיר אלא שאינו נאמן, הרי בחזקת זה שאנו מחזיקין שעדיין נמצא אצלו הפקדון אנו מחדשין חיוב ממון על השומר, ובזה אנו לומדים מנשבע על המשכון לדעת הגאונים דכיון דמחדש חיוב על הלוה בזה שהוא מוחזק במשכון חייב המלוה לישבע, אלא דאם היינו אומרים דחזקת שטרך בידי מאי בעי הוי חזקה מעליתא כמו חזקת אין אדם פורע תוך זמנו, מסתבר דלא הי' צריך לישבע אף דעכ"פ לא דמי דהתם כבר הוחזק בעיקר החוב, מ"מ כיון דחזינן דאפי' נפרע מן היתומים אינו נשבע משום חזקה, א"כ יש לומר דגם כאן אינו נשבע, אבל כ"ז הוא בחזקת תוך זמנו, אבל חזקה דשטרך בידי מאי בעי הא חזינן דלא אלימא כמו חזקת תוך זמנו, וראי' דהא בבא ליפרע מן היתומים צריך שבועה, וטעמא דלא הוי חזקה מעליא דאף דליכא למימר בפקדון אפשיטי דספרא זייר לי' דאין השומר צריך לשלם שכר השטר, מ"מ איכא למימר אשתמוטי הוא דקא משתמיט וכדאמר בב"מ דף ט"ז ע"ב, לכן שפיר סובר הרמב"ם דצריך שבועה, ולפנינו נבאר ביותר שיטת הרמב"ם בדין נשבע על המשכון, ויבואר בזה שיטתו כאן.

עכשיו נבוא לדברי הראב"ד בהשגתו השני' במה שכתב הרמב"ם אין לך מי שנשבע במתוך שיכול לומר וישבע בנק"ח אלא זה, והשיג הראב"ד דהא איכא נשבע על המשכון לדעת הגאונים, והנה הרמב"ם פי"ג מהל' מלוה הל' ג' במה שכתב שם דהמלוה נשבע בנק"ח כתב עוד וז"ל, ומפני מה אינו נשבע היסת לפי שאינו נשבע על עצמו של משכון אלא על הממון שלוקח שאילו אמר על עצמו של חפץ אתה מכרתו לי אתה נתתו לי הי' נשבע היסת ונפטר, אבל אם הי' שם עדים שחפץ זה משכון בידו, ולא ידעו על כמה וכמה אינו יכול ליטול אלא בשבועה, והואיל ואין שם עדים ויכול לומר שלי הוא נאמן לומר יש לי עליו כך וכך בשבועה עצמה שהי' נשבע אם היו שם עדים שהוא משכון שאין אומרים מיגו לפטרו משבועה אלא לפטרו מממון שלא יחזיר המשכון עד שיטול מה שטען עכ"ל, ומבואר בדבריו במה שהוצרך להתחיל מדין אם היו שם עדים ולא ידעו על כמה, שאז הי' ודאי נשבע ונוטל ובזה לבאר דין אם לא היו עדים ושנאמן במיגו, דבלא דין זה דסובר דהמוחזק במשכון ע"פ עדים אף שאין לו מיגו נאמן לטעון עליו עד כדי דמיהן בשבועה בנק"ח לא הי' אפשר לומר דהמוחזק שלא על פי עדים דיש לו מיגו דלקוח דנאמן ליטול במיגו יהי' צריך לישבע דממ"נ אם אין אנו מאמינים לו הרי שבועה לא מהני ליטול, ואם מאמינים לו למה ישבע ולא שייך בזה גדר מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, דזהו דוקא אם המיגו לא מהני אלא לפטור משבועה, אבל כאן דהמיגו מהני

לעיקר הממון הי' צריך להועיל גם לענין זה שלא לחייבו שבועה, ולכן הניח קודם יסוד זה דמוחזק במשכון אפי' אם אין לו מיגו נאמן לטעון עליו חוב בכדי דמיו, ובזה צריך לישבע מדין הגאונים ושמקורו מדין המכיר כליו וספריו ביד אחר שישבע כמה הוציא ויטול, וכמו שכתב הרמב"ם פ"ח מה' טוען הל' ו' ועל זה שפיר כתב דאף דעכשיו אנו דנין במי שמוחזק במשכון, בלא עדים שיש לו מיגו שהי' יכול לומר לקוח הוא בידי, מ"מ שפיר מחייבינן ליה שבועה דהמיגו לא עדיף ממי שהוא מוחזק במשכון ע"פ עדים, וע"י המיגו מאמינים שהלוה חייב לו ושהוא מוחזק, וכיון שהוא מוחזק במשכון הרי הוא נאמן ע"פ דין בדין מוחזק לומר כמה הוא חייב וכמו דמוחזק ע"פ עדים צריך שבועה גם הוא צריך שבועה, אלא דנאמר דמוחזק ע"פ עדים אין לו מיגו, אבל הכא שיש לו מיגו נאמינו במיגו כמה הוא חייב לו ולא יצטרך לישבע ע"ז ביאר הרמב"ם שאין אמרינן מיגו לפטרו משבועה אלא לפטרו מממון, והיינו דלא מהני המיגו לפטרו משבועה שהי' חייב אם הי' מוחזק ע"פ עדים, ובעיקר הדברים כיונתי ב"ה לד' הקצוה"ח בסי' ע"ב ס"ק כ"א, ובפ"ח מה' טוען שלמד דין זה מדין המכיר כליו כתב שם ג"כ באופן שיש לו מיגו, אבל ודאי כונתו שם בצירוף הטעם דמיגו לפטור משבועה לא אמרינן כמו שכתב כאן.

ויש להסביר עוד יותר דאם הי' מהני המיגו לבד לברר כמה הוא חייב לו עוד אינו מספיק ביאור הרמב"ם דעכ"פ למה יהי' דמי למוחזק ע"פ עדים דשם אינו נוטל אלא בדין מוחזק, אבל הכא דנוטל בדין מיגו לא יצטרך לישבע, כיון דע"י המיגו נאמינו בעיקר הממון, אלא דבאמת במיגו לחוד א"א להאמינו כמה הוא חייב לו דהא הוי מיגו להוציא, אלא מה דמהני המיגו הוא רק לעשות אותו למוחזק במשכון, וכיון שנעשה מוחזק במשכון ממילא נאמן כמה הוא חייב לו בלא מיגו וממילא נשאר המיגו רק לפטרו משבועה דלא מהני.

ועכשיו מבוארים דברי הרמב"ם במה שכתב אין לך מי שנשבע במתוך שיכול לומר וישבע בנק"ח אלא זה, אבל שאר הנשבעין בדין מתוך שיכול לומר הוא כמו לקוחה היא בידי במיגו דלהד"מ או החזרתי גבי אומן שאינו נאמן בחזקתו בלא מיגו, וכן כל הני דחזקת הבתים דנאמן לטעון לקוחה בידי במיגו דלא הי' שלך מעולם, דבכל אלו אין נשבעין רק היסת, ובכאן דנשבע כעין של תורה הוא משום דעיקר המיגו הוא מתוך שהי' יכול לומר נאנסו, וכמו דבנאנסו הי' צריך לישבע כן צריך בהחזרתי דאלא"ה ליכא מיגו, אבל בנשבע על המשכון אם הי' הנאמנות כמה חייב לו בדין מיגו באמת לא הי' צריך לישבע אלא דהנאמנות במיגו הוא רק שחייב לו ושהוא מוחזק במשכון, וכיון שהוא מוחזק במשכון נאמן לומר כמה חייב לו.

והנה במה שנתבאר למעלה נראה ליישב מה שהביא הקצוה"ח בסי' פ"ב בשם ס' נתיבות משפט להקשות על השיטות דאף דלא אמרינן מיגו להוציא אבל מיגו לאוקמי שטרא אמרינן ממה שכתבו תלמידי ר"י שהקשו דלמה צריכה פוגמת שבועה, הא איכא מיגו דכופר הכל, ותירצו דמיגו להוציא לא אמרינן, והקשה דהא הוי לאוקמי שטרא, אכן יש לעיין מקודם בקושייתם אם כונתם על עיקר התקנה דלמה התקינו שבועה הא יש לה מיגו אינו מובן דהא בגמ' אמרו טעמא דפרע דייק דמיפרע לא דייק, א"כ שפיר שייך שבועה כיון דאמרינן דלא דייקא וטועית לחשוב שלא קבלה אלא חצי, ועוד דמה תירצו דמיגו להוציא לא אמרינן כיון דקשה להם על עיקר התקנה דהא מבורר ועומד הוא ע"י המיגו ולמה תקנו בירור ע"י שבועה, וע"כ דבאור קושייתם היא דסוברים דאין התקנה שתיקנו שצריכה שבועה אלא לגרוע מהבירור של השטר והיינו שבכל שטר גובה בעל השטר בלא שבועה ואינו נאמן הלוה לטעון פרעתיך אא"כ טוען הלוה אשתבע לי, ובזה גרעו חזקת השטר הפוגמת והצריכו שבועה, אבל אם תהי' להפוגמת ראי' אחרת שתוכל לגבות בלא השטר סוברים דבזה לא תיקנו חכמים ותוכל לגבותם בלא שבועה.

ובזה מיושב מה שהקשו בתוס' בשבועות דף מ"ה במה דאמר הגמ' גבי שכיר דנשבע ונוטל דאם שכרו שלא בעדים נאמן הבעלים במיגו דלא שכרתיך, והקשו בתוס' דהא מה דנשבע השכיר ונוטל אינו משום דחשדינן לבעה"ב למשקר, אלא משום דהוא טרוד בפועליו והוא סבור שפרע א"כ מאי מהני מיגו, ולפי"מ שבארתי י"ל דסבר הגמ' דכיון דבאמת אינו ודאי אלא דאנו חוששין שמא שכח לכן לא היתה התקנה אלא על זה דמעיקר הדין מי שהוא חייב נאמן לטעון פרעתי משום דחוב עומד לפרעון, ותיקנו בזה דלא יהי' נאמן לטעון פרעתי והחוב ישאר בחזקתו והשכיר ישבע ויטול אבל היכי שיש לו מיגו דגם בלא דין שהלוה נאמן יש לו ראי' להפטר בזה לא תיקנו שלא יהי' נאמן, ובכה"ג ממש הוא הא דתיקנו שבועה בפוגמת משום דמיפרע לא דייק, דלא תיקנו אלא לגרוע לענין זה כח השטר והצריכו שבועה.

ועכשיו מיושב מה שהקשו תלמידי ר"י בפוגמת שתהי' נאמנת במיגו, והיינו שתגבה בלא כחו של השטר, וע"ז תירצו דהוי מיגו להוציא, ועכשיו לא קשה דהא הוי מיגו לאוקמי שטרא דזה לא מהני אלא לאלם כחו של השטר ושישאר בחזקתו, וכמו בהא דסטראי נינהו שכתבו התוס' בב"ב דף ל"ב דמה דמהני מיגו הוא דהוי מיגו לאוקמי שטרא דבלא מיגו כיון דנתן לו בסתם מעות לפרעון איתרע השטר ואם השטר נפרע כבר אינו של המלוה וע"ז מהני המיגו להחזיק חזקתו בהשטר, אבל הכא בפוגמת כיון דמשום סברא דמיפרע דייק גרעו חכמים חזקת השטר והצריכו שבועה, א"כ לא מהני

המיגו לאוקמי שטרא ובמיגו לחוד אינה יכולה לגבות דהוי מיגו להוציא.

והנה הרמב"ם בפי"ד מה' טוען הל' ח' כתב וז"ל מי שהחזיק בנכסי קטן שנים רבות וטען ואמר משכונא הן בידי ויש לי חוב עליהן כך וכך, הואיל ואילו רצה אמר לקוחים הן בידי נאמן, שהרי אינה מוחזקת שהי' לאביו של זה, וה"ז גובה משבחה מה שטען ותחזור ליתומים, אבל אם יצא עליה קול שהיא של יתומים אינו נאמן שהרי אין מחזיקין בנכסי קטן, ותחזור השדה וכל הפירות שאכל ליתומים עד שיגדלו ויעשה עמהן דין, אכלה שני חזקה בחיי אביהן מתוך שיכול לומר לקוחה היא בידי מאביהן נאמן לומר חוב יש לי על אביהן וגובה אותו מן הפירות וגובהו שלא בשבועה מתוך שיכול לומר לקוחה היא בידי מאביהן נאמן לומר חוב יש לי על אביהן וגובה שלא בשבועה מתוך שיכול לומר לקוחה היא בידי מאביהן נאמן לומר חוב יש לי על אביהן וגובה אותו מן הפירות וגובהו שלא בשבועה מתוך שיכול לומר שלי הן עכ"ל, וכתב ע"ז הראב"ד וז"ל, נראה מדבריו אפי' יצא עלי' קול שהיא של יתומים וזהו טעות גדולה דאיהי היא, ועוד אני אומר שלא יועיל מיגו לגבות לכתחלה בלא שבועה מידי דהוי אנשבע על המשכון לדעת הגאונים שהוא נשבע ונוטל, ורבה בר שרשום דקא בעי למיפטר נפשיה אחר אכילה קאמר עכ"ל, ומקודם נבאר השגתו דאיך מהני המיגו לפטור משבועה דהא הרמב"ם בעצמו סובר כדעת הגאונים דטוען על משכון אף שיש לו מיגו צריך לישבע.

ונראה דהנה הרמב"ם כתב דגובה מן הפירות, ולמה כתב מן הפירות ולא מן הקרקע עצמה כמו דגובה במוחזק במטלטלין וטוען שחייב לו עליו דנאמן מתוך שיכול לומר לקוחה, אכן הדבר מבואר בש"מ מדברי רבינו יונה בעליות הר"י דבקרקע אינו נאמן לגבות מן הקרקע דהוי מיגו להוציא וגם מיגו מממון לממון, וכונתו דדוקא במטלטלין דנעשה מוחזק בהם ואם טוען חוב יש לי עליהם הוא ג"כ מוחזק בתורת משכון לא הוי להוציא וגם לא הוי מממון לממון, אבל בקרקע לא נעשה מוחזק בהקרקע שנאמר שאם הוא חייב לו עלי' נעשה מוחזק בהקרקע על החוב, ולכן אף דאם בא לזכות בהקרקע עצמה במיגו יכול לזכות ולא הוי להוציא דאין הקרקע ברשות הבעלים אם טוען שלקחה, אבל היכי שהוא מודה שהקרקע של הבעלים, אלא שטוען חוב יש לי עליה הוי להוציא וגם מממון לממון.

אכן רבינו יונה ג"כ סובר כדעת הרמב"ם דהיכי דטוען משכונא היא בידי נאמן במיגו ומ"מ מפרש הא דרבה בר שרשום כדברי הראב"ד משום דבהא דרבה בר שרשום הא כבר אכל שני משכנתא ועכשיו רוצה לגבות בשביל זוזי אחריני, והנה הרמב"ם הא כתב באופן שטוען משכונא הם בידי, ובזה גם רבינו יונה סובר כהרמב"ם דנאמן במיגו

לאכול שני משכונא בטענתו, אלא דצ"ע איך יפרש הרמב"ם ד' הגמ' דאיתא להדיא דטוען בשביל זה דהוי ליה זוזי אחרינא גבי אבוהון, ואין לומר דהרמב"ם סובר דאפי' בכה"ג נאמן דא"כ למה כתב באופן שטוען משכונא הם בידי ויש לי חובה עליהן כך וכך.

ונראה דהרמב"ם מפרש דמה דטען רבה בר שרשום והוי לי זוזי אחריני גבי אבוהון אין הכונה דעכשיו רוצה לגבות מן הפירות דבזה בודאי לא מהני והוי מיגו להוציא וכמו דאינו יכול לגבות מן הקרקע דלענין חוב חדש אין נ"מ בין הקרקע להפירות, אלא דהכונה דכיון דהוי לי זוזי אחריני גביתי הפירות בשנים הקודמים בשביל זוזי אחריני דהוי לי והיא טענה כמו הא דכתובות דף פ"ה דטען סטראי נינהו דנאמן במיגו ומפרש שלא קבל המשכנתא לשנים ידועות כמו משכנתא דסורא, אלא שיחזיק המשכנתא עד שיגבה חובו, ואף דבב"מ דף ס"ז איתא דצורבא מרבנן לא ליכול בנכייתא, הא איתא התם דרבינא אכיל בנכייתא, ועמש"כ התוס' שם ועוד דהא מה דאסור בנכייתא הוא דוקא בשביל דמוזיל גביה והוי אגר נטר אבל רבה בר שרשום י"ל שהי' מחשב הפירות כפי שויין, והרמב"ם שלא כתב כלשון הגמ' משום דסובר דלדינא אין נ"מ דהתם עובדא הכי הוי, אבל אין נ"מ בזה דעכ"פ הוא טוען עכשיו הקרקע במשכנתא היא בידי, כיון דגם בעובדא דרבה בר שרשום לא ידעינן אם היא עכשיו משכנתא או לא דהא כבשה לשטר משכנתא, ולכן שפיר כתב הרמב"ם בסתם במי שטוען על הקרקע משכנתא היא בידי דנאמן לגבות מן הפירות דבזה לא הוי מיגו להוציא ולא מממון לממון דהוי כמו טוען על גופן של הפירות במיגו דטען לקוחה היא בידי דכבר קנה זכות בתחלת המשכנתא לגבות מן הפירות, וכמש"כ רבינו יונה דבכה"ג נאמן.

ועכשיו מיושב השגת הראב"ד דאמאי גובה שלא בשבועה ומ"ש מטוען על המשכון שנשבע ונוטל לפי"מ שכתב הרמב"ם דגובה מן הפירות יש לומר דלא דמי לנשבע על המשכון דהתם אף דבע"ח קונה משכון מ"מ יש ע"ז שם נוטל דעכ"פ המשכון הוא של הבעלים אלא שגובה חובו, אבל במשכנתא דקרקע כיון דחזינן דמן הקרקע אינו גובה, אף דבודאי גם ע"ז ניתנה המשכנתא, שאם לא יוכל לגבות מן הפירות כשיגיע הזמן שיגבה מן הקרקע, מ"מ לא מהני בזה מיגו משום דבקרקע אינו מוחזק שנאמר בזה בע"ח קונה משכון, ורק מן הפירות שגובה הוא דינא אחרינא משום דהוי כאילו קנה לכתחלה הקרקע לפירותי' שיגבה מהפירות כדי חובו, וא"כ אין על הפירות שם נוטל בתורת גבי', ואף שכתב הרמב"ם גובה חובו זהו משום דלמעשה כן הוא, אבל באמת נוטל מן הפירות בשביל שלענין דין גביה קנה אותם, ובזה לא ילפינן מדין הגאונים שישבע ויטול שלמדו זה מדין המכיר כליו וספריו ישבע כמה הוציא ויטול, כמו שכ' הרמב"ם בפ"ט מהל'

טוען שהבאנו למעלה דשם נוטל וגובה משל חבירו, אבל הכא הוא נוטל של עצמו.

ונראה דהרמב"ם והראב"ד אזלי לטעמייהו דבפ"ט מה' טוען הל' ח' בדין דברים העשויין להשאיל ולהשכיר שמוציא בעל החפץ אפי' מן היורשין שכתב הרמב"ם שאין בעל החפץ צריך לישבע שלא מכרו לאביהן, והראב"ד השיג עליו וכתב דכל נוטל נשבע בנקיטת חפץ, ומבואר דדעת הראב"ד הוא דדין דכל נוטל נשבע הוא אפי' בנוטל דבר שמן הדין הוא שלו, ולכן שפיר דסובר דגם בגובה מן הפירות צריך לישבע דאף דהוי כטוען על גופן של הפירות, מ"מ כיון דשם נוטל עליו ובלא מיגו הוי הקרקע והפירות בחזקת הבעלים, לכן שפיר צריך לישבע, וזהו שדימה הראב"ד דין המערער בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר לדין נשבע על המשכון לדעת הגאונים דלכאורה לא דמי זל"ז דטוען על המשכון מבואר מד' הרמב"ם דמה שהוא מוחזק במשכון נקרא מוחזק, וראי' דהא אפי' יש עדים שהוא משכון נאמן לטעון כמה הוא חייב לו עד כדי דמיו כמו שכתב בפי"ג מה' מלוה והראב"ד לא השיג שם, וע"כ מה דנשבע אינו בשביל זה דנוטל מן המוחזק אלא בשביל דעכ"פ ע"י חזקתו גובה ממון, וא"כ לא דמי לדברים העשויים להשאיל דהתם מחזקינן החפץ בחזקת המערער, כיון דחזקת התופס בהם אינה חזקה משום דעשויין להשאיל והוא נוטל חפץ שהוא שלו ממש, אכן דעת הראב"ד הוא דמי שהוא נוטל צריך לישבע כיון דעכ"פ אנו צריכין להוציא החפץ מן התפוס בו, ובמוחזק במשכון אף דאין אנו מוציאין מן התפוס דהא אם לא ירצה בעל המשכון לפדותו ימכרנו המחזיק בו בב"ד בשביל חובו, והרי אנו אומרין שהוא נקרא מוחזק מ"מ כיון דעכ"פ הממון שנוטל המוחזק במשכון אינו ממש הממון שלו, אלא שהוא גובה אותם בשביל חובו נקרא בשביל זה נוטל וצריך לישבע, אבל הרמב"ם סובר דדין נשבע על המשכון אינו אלא בשביל שהוא גובה, אבל בדברים העשויין להשאיל כיון שהוא נוטל חפץ שהוא שלו אינו נשבע, ובזה חלוקים כאן בדין הפירות דלהרמב"ם לשיטתו אינו נשבע ולהראב"ד צריך לישבע.

והנה במה שנתבאר דהרמב"ם והראב"ד חולקים אם עיקר דין השבועה מדין הגאונים בנשבע על המשכון שלמדו מדין המכיר כליו וספריו תלוי בדין נוטל או שתלוי בדין גבי' וחדוש חוב. דהרמב"ם סובר דתלוי בדין גבי' וחדוש חוב, והראב"ד סובר דתלוי בדין נוטל מבואר דהולכים לשיטתם בתחלת דברי הרמב"ם בהלכה שלפנינו והשגת הראב"ד שהרמב"ם סובר במפקיד בשטר במקום דאין השומר נאמן בטענת נאנסו דאינו נאמן בטענת החזרתי, צריך בעל הפקדון שבועה כדי ליטול, והראב"ד סובר דהוא דוקא בשאמר לו אשתבע שלא החזרתי, וכתבנו דשיטת הרמב"ם הוא דצריך לישבע מדין

נשבע על המשכון לדעת הגאונים, ושחלוק דין זה מדין מלוה בשטר דאינו צריך המלוה לישבע אא"כ אמר לו אשתבע שלא פרעתיך משום דהתם אין אנו מחדשין חיוב חדש, אבל הכא שאנו מחדשין חיוב חדש צריך לישבע.

אכן כל זה מבואר לדעת הרמב"ם אבל לדעת הראב"ד דכללא הוא דכל נוטל נשבע, א"כ אין נ"מ ממפקיד בשטר למלוה בשטר דעכ"פ גם במלוה בשטר אף דהחוב הוא בחזקתו ואין אנו מחדשין חוב חדש מ"מ הרי הוא נוטל ולא גרע מדברים העשויים להשאיל דבודאי החפץ בחזקת הבעלים מ"מ צריך לישבע לשיטתו כיון דהוא נוטל, וע"כ דמה דבמלוה בשטר דאין הלוה נאמן לומר פרעתי דאין צריך לישבע הוא משום דלזה מהני ראיה דשטרך בידי מאי בעי דא"צ לישבע א"כ גם במפקיד בשטר הכי הוא וא"צ לישבע, אבל לשיטת הרמב"ם דאין הדין תלוי בנוטל אלא בגובה וחדוש חוב חדש, ובמלוה בשטר פשוט דאין צריך לישבע ולא משום חזקת שטרך בידי מאי בעי דחזינן דהך חזקה לא דמי לתוך זמנו דהא במוציא שט"ח על היתומים צריך לישבע, ובתוך זמנו אין צריך לישבע לכן סובר שפיר דמפקיד בשטר צריך לישבע, והנה לפימש"כ הראב"ד כאן שאינו מודה אלא כגון הני עיזי דאכלי חושלא וסובר דבברי וברי א"צ לישבע בנשבע על המשכון בל"ז פשוט שלדעתו א"צ לישבע במפקיד בשטר, אלא שדברינו יועילו לשיטת הראב"ד דגם לדעת הגאונים במפקיד בשטר א"צ לישבע, ועוד דנ"מ דלשיטת הראב"ד גם בשטר כיס היוצא על היתומים באופן דליכא טענת נאנסו צריכים לשלם ואין המפקיד צריך לישבע.

ובמה שכתב הראב"ד אלא שאינו מודה אלא כגון מארי חושלא דתפס עיזי, פי' הלח"מ משום דאין שם מיגו טוב דהוי מיגו דהעזה דאם הי' אומר לקוח הוא בידי הי' מעיז. ולדבריו סובר הראב"ד דהיכי דליכא העזה אמרינן מיגו לאפטורי משבועה ורק במקום שיצטרך להעיז לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, ולפי"ז גבי של יתומים אם תפוס משל אביהם ואומר אביכם חייב לי דנאמן במיגו, דאי בעי אמר לקוח הוא בידי א"צ שבועה לשיטת הראב"ד כיון דלא הוי מיגו דהעזה, אבל בבעה"ת שער מ"ט חלק ב' הובא בש"ך סי' ע"ב מבואר שיטת הראב"ד דאחר שהביא שם דברי הרמב"ם בפי"ג מה' מלוה בדין נשבע על המשכון, וכן דברי הר"י מיגש בזה כתב הבעה"ת וז"ל, ורבינו בספר כתוב שם (אולי כונתו לספר הזכות להרמב"ן שמביא השגות הראב"ד על הרי"ף, ובגירסתנו מתחיל הרמב"ן בלשון "כתוב בהלכות" ואולי בגירסתו הי' "כתוב שם" והראב"ד מתחיל בהשגותיו על הרי"ף תמיד בלשון אמר אברהם כמו בהשגותיו על הרמב"ם כנראה בהשגותיו על הרי"ף בסדר מועד הנדפס בדפוס ראם, וזה ודאי שרבינו אצל הבעה"ת הוא

הרמב"ן כנראה בכל הספר) כתב אמר אברהם באמת וברור זה קשה עלינו כל הימים על מה שחברו כל המחברים נשבע על משכונו שהיא שבועה חמורה דהא איכא מיגו והאריך ובסוף דבריו כתוב כי הוא סבור כי מי שאמרה הוציא אותה על מארי דחושלא דתפסינהו להנהו עיזי וההיא ודאי שבועה בעי דהא לא ידע מארי עיזי להההוא נזקא כמה הוי וכל מידי דלא אפשר ליה לידע לנתבע לא גבי מיניה אלא בשבועה כדין מוציא הוצאות על נכסי אשתו וכדין המכיר כליו וספריו ביד אחר ישבע כמה הוציא ליטול, והבאים האריכו בזה ואמרו על כל משכון ואפשר שהי' טעות בידם או אנו הטועים ויש לי קושיא אחת עליהם מרבה בר שרשום דאי בעי לאפרועי מינייהו בעי לאשתבועי וכו' והשתא קשיא דרבה בר שרשום כדין טוען על המשכון היה ולדבריו איך נצל משבועה חמורה, ויש לתרץ דבדת קאכל ובתר דאכיל להו לא משבעינן ליה כל זה טרחנו להעמיד דברי הגאונים אבל איני יודע [על] מה סמכו עכ"ל.

ובאור ד' הראב"ד הוא ע"פ מה שכתב הר"נ בהלכות פ' האשה שנפלו אמתני' דהמוציא הוצאות על נכסי אשתו ישבע כמה הוציא ויטול בשם הר"ח והביאו גם הרמב"ן בשבועות בדף מ"ח וז"ל, ומהא שמעינן דכל היכי דאיהו ידע והיאך לא ידע נשבע איהו דידע ושקיל וה"מ בעושה ברשות עכ"ל, וסובר הראב"ד דזהו עיקר דינא דהיכי שמי שצריך ליטול ממנו אינו יודע נשבע המוציא, וסובר דזהו נמי טעמא דהמכיר כליו וספריו דצריך לישבע, אבל הגאונים והרמב"ם סוברים דהתם צריך לטעמא דאיהו ידע והיאך לא ידע לעיקר הדין שיהי' נאמן ליטול דהא אינו מוחזק ומ"מ נאמן, וזהו שכתב וה"מ בעושה ברשות והיינו דכיון דירד ברשות האמינוהו חכמים אם השני אינו יודע דעל סמך זה ירד דאל"כ לא יוציא ההוצאות כיון שלא יהי' נאמן, אבל מה דנשבע ונוטל זהו כלל שלמדין ממנו בכל מקום אפי' היכי דנאמן גם כשמכחישו הנתבע בברי כגון בנשבע על המשכון דכיון שצריך ליטול נשבע, ולפי"ז הוא דלא כמו שכתבנו לדברי הלח"מ דמה שכתב הראב"ד שאינו מודה אלא בכגון מארי דחושלא דתפס עיזי, משום דהוי מיגו דהעזה דלפי"ז אם תפס משל אביהם של יתומים וטוען חוב הי' לי על אביכם דאינו צריך לישבע כיון דלא הוי מיגו דהעזה, אבל לפי המבואר מדברי הראב"ד בבעה"ת אינו כן דעיקר טעמא הוא דחד ידע וחד לא ידע וחולק בנשבע על המשכון היכי דהלוה קיים ומכחיש, אבל היכי דנפרע מיתומים ודאי מודה הראב"ד דצריך שבועה.

והנה הש"ך כתב דהראב"ד אינו חולק על דין הגאונים להלכה דהא כתב גבי דינא דרבה בר שרשום בפי"ד מה' טוען שלא יועיל מיגו לגבות לכתחלה בלא שבועה, ולפי המבואר לא חזר הראב"ד כלל דבהא דרבה בר שרשום מודה ג"כ הראב"ד כיון דהיתומים

אינם יודעים, ואף דהראב"ד בבעה"ת כתב ויש לי קושיא עליהם מרבה בר שרשום, ולפימש"כ אין הקושיא דוקא על הגאונים, אבל גם שם אין כונתו על מה שאינו מודה לדבריהם, אלא על מה שהוא מודה לדבריהם דהיכי שהנתבע אינו יודע נשבע המוציא, ומזה הקשה מרבה בר שרשום, והיינו דאף דלכאורה הוא מתני' דהמוציא הוצאות על נכסי אשתו וכן המכיר כליו וספריו ביד אחר, אבל באמת אינו ראי' דהתם עיקר הנאמנות הוא חדוש שאינו מוחזק ונאמן להוציא, ובזה תנן שפיר דאף דנאמן משום דירד ברשות אינו אלא בשבועה, אבל בנשבע על המשכון שנוטל במיגו או משום חזקתו או בהא דרבה בר שרשום שיש לו מיגו ונוטל בכח המיגו שלו, ומיגו מהני בזה להוציא כמו שבארנו א"כ שפיר יש לומר דלא צריך שבועה, ולכן שפיר הקשה דמודה על זה מהא דרבה בר שרשום, ולזה תי' דרבה בר שרשום למיפטר נפשיה אחר אכילה קאמר, והיינו דאף דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן וזה מוכח מכאן דנפרע מן היתומים צריך שבועה אפי' אחר אכילה, וכמו שהוכיח הרא"ש מדהוצרך למיגו, מ"מ לא דמי דכאן כיון דעיקר דין הנאמנות לענין ממון הוא ע"י מיגו אין מחייבין אותו שבועה כלל דמה דילפינן מדין המכיר כליו דכל היכי שנפרעין ממי שאינו יודע צריך המוציא לישבע זהו דוקא כשגם עכשיו אנו צריכין להוציא ממון, אבל כשכבר תפס הלה וגבה ויש לו מיגו ואנו מחזיקין אותו בהמיגו ליפטר מממון אינו צריך לישבע, וזהו שכתב דלמיפטר נפשיה אחר אכילה קאמר.

-השמטות ומלואים-

לעיל בד"ה ובמה שכתב הראב"ד, הבאתי דברי הבעה"ת שכתב ורבינו בספר כתוב שם, וכתבתי על זה אולי כונתו לספר הזכות להרמב"ן וכו' וטעיתי בזה שלא ידעתי באותה שעה מהספר "כתוב שם" שהוא השגות הראב"ד על הבעה"מ, וגם א"א לומר שכונת הבעה"ת על הרמב"ן שהרי לא הביא שם אלא דברי הראב"ד.

פרק ג

הלכה א

עיין מה שכתבתי בפ"ב מהלכות שלוחין ושותפין הלכה ט.

הלכה ג

הסבל ששבר חבית של יין לחנוני ונתחייב לשלם והרי היא שוה ביום השוק ארבעה ובשאר הימים שלשה אם החזירו ביום השוק חייבין להחזיר חבית של יין או ישלמו לו ארבע, והוא שלא הי' לו יין למכור ביום השוק, אבל אם הי' לו יין מחזירין לו

שלשה, החזירו לו בשאר הימים מחזירין לו שלשה ומנכין לו בכל זמן טורח שהי' טורח במכירתו ופגם הנקב שהי' נוקב החבית וכן כל כיוצא בזה.

השגת הראב"ד. הסבל ששבר חבית וכו' עד וכן כל כיוצא בזה. א"א לא נהיר דהו"ל לאפלוגי נמי בהא בין דה"ל חמרא או לאו עכ"ל.

בב"מ פ' השואל איתא הני שקולאי דתברי חביתא דחמרא לחנונאה, ביומא דשוקא מזדבנא בה' בשאר יומי מזדבנא בארבע, אהדרו ליה ביומא דשוקא מהדרי ליה חביתא דחמרא בשאר יומי מהדרי ליה ה', ולא אמרן אלא דלא ה"ל חמרא לזבוני, אבל ה"ל חמרא לזבוני מיבעי ליה לזבוני, ופירש"י דביום השוק או קודם שיגיע יום השוק ראשון יכול לפטור עצמו בחבית יין, אבל בשאר יומי אינו יכול לפטור עצמו בחבית יין דהא אינה שוה אלא ארבע, נמצא דלגירסתנו אם החזירו בשאר הימים הוא לחומרא על המזיק, ולדעת הרמב"ם אם החזירו בשאר הימים קיל יותר, וכתב המ"מ בשיטתו דהם יש להם לשלם לו חבית יין, לפיכך כל שמשלמים דמים רואין כמה היא שוה בשעת החזרה, ודברי המ"מ תמוהים דהיכן מצינו שיהי' השומא כשעת החזרה, והדבר פשוט דשומת ההיזק הוא כמו שהחפץ שוה בשעת הנזק, ולא כמה שהוא שוה בשעת החזרה וכבר תמה כן הקצוה"ח סי' ש"ד סק"א.

והנה המ"מ הביא דברי הראב"ד בפירושיו דכי משלמי חמשא דוקא בשברוה ביומא דשוקא ושכן הסכים הרשב"א, וכן הוא גם בדברי הרא"ש דאי שברוה בשאר יומי לא משלמי אלא ארבע שכך היו דמיה בשעת שבירה, וקשה דעת הרמב"ם בתרתי חדא שכתב בסתם ומשמע דאפי' שברוה בשאר יומי הוא כן, ועוד דעכ"פ אם צריך לשלם בשער היוקר מה מהני מה שבא לשלם בשאר יומי שהיין בזול, דהא צריך הוא לשלם כשעת היוקר, והקצוה"ח הוכיח מד' רש"י דסובר ג"כ דאפי' שברוה בשאר הימים משלמי כשער יום השוק, וכתב בטעמא משום דהו"ל גורם לממון דאף דלא קיי"ל כר"ש דגורם לממון כממון דמי זהו לענין כפל, אבל קרן צריך לשלם, ובאמת אינו ראי' דדוקא בדבר שהוא ודאי גורם לממון כמו קדשים שחייב באחריותן או שומר שנגמר דין השור בבית שומר דודאי צריך לשלם, אבל הכא כיון דבשאר הימים מזדבן בארבע, א"כ אפשר שאם הי' בא לוקח לחנוני זה הי' ג"כ מוכרו בארבע ולמה צריך הסבל לשלם חמש.

לכן נראה דדעת הרמב"ם דעיקר השומא של החבית הוא כשער יום השוק כיון דע"פ רוב עומד להמכר ביום השוק, והרמב"ם הולך בזה לשיטתו במה דפסק בפ"ד מה' אישות גבי חיישינן שמא שוה פרוטה במדי, דדוקא אם הוא דבר המתקיים עד מדי, ופירשו הרשב"א והר"נ בשיטתו דסובר דאם באמת שו"פ במדי מקודשת מדאורייתא, והקשה

הרמב"ן דהא גזל ונשבע דצריך להוליך אחריו דאמרינן דאם אינו שו"פ א"צ להוליך ולא חיישינן שמא תייקר, ולא אמרינן שמא שו"פ במדי, וטעמא משום דאין לממון אלא מקומו ושעתו וכדתנן בערכין דף כ"ד דמרגלית אף שבכרך היא שוה יותר אין להקדש אלא מקומו ושעתו, וכתב בזה הר"נ בהלכות דטעמו של הרמב"ם הוא משום דכיון דקבלה הקדושין הוי כאומרת לדידי שוה לי כדאמרינן לעיל גבי ה' סלעים, ודברי הר"ן צריכים ביאור דאי משום דהוי כאומרת לדידי שוה לי א"כ למה צריך לשמא שו"פ במדי וע"כ כמש"כ הר"נ דבדבר שאינו שו"פ אינו יכולה לעשות ממון מדבר שאינו ממון, ואף שכתב שם בלשון ספק אבל לדבריו כאן דמסתמא הוי כאומרת לדידי שוה לי א"כ ע"כ צריך לומר דבפחות משו"פ לא מהני לדידי שוה לי, א"כ מאי מהני הצירוף, כיון דכאן אינה שו"פ ואין לממון אלא מקומו ושעתו.

ונראה דאיכא נ"מ בדין שוה כסף אם עיקר הדין הוא כסף רק דשוה כסף נתרבה ככסף בזה הוי טעמא משום דאפשר למכור השוה כסף ולקבל כסף, ובזה אמרינן דאין לממון אלא מקומו ושעתו, אבל בדבר דלא צריך מעיקר הדין דוקא כסף, וכמו בקדושין שכתב הרשב"א דלא צריך כלל רבוי דשוה כסף הוא ככסף משום שהיא מקבלת בדעתה בודאי הוי שו"כ ככסף. בזה א"צ דוקא שיהי' עכשיו במקום זה ראוי לקבל כסף, אלא דהשו"כ בעצמו חשוב כמו כסף, ובזה אם אינו עומד לימכר עכשיו אלא בזמן היוקר, וכן אם אינו עומד לימכר כאן אלא במקום היוקר וכמו מרגלית לכרך שבהכפר אינו מצוי קונים עלי' שפיר שומת המרגלית הוא כמקום היוקר, אלא דבערכין אין שמין כן משום דעיקר דינו הוא כסף, וכיון דא"א לקבל כאן עבורה כסף כבמקום היוקר לכן שיימינן כמה שאפשר לקבל כאן במקום הזול.

אלא דכל זה הוא אם בודאי אינו עומד לימכר במקום הזול ובזמן הזול, אבל מה שעומד לימכר גם במקום הזול או בזמן הזול, אלא שאם יוליכו למקום היוקר או אם ימתינו לזמן היוקר יקבלו יותר בזה בודאי לא נימא דכיון שאפשר לקבל יותר נעשה כך שומתו, ומיושב הא דגזל ונשבע דלא חיישינן שמא שו"פ במדי דעכ"פ אינו עומד דוקא שיוליכו הגזילה למדי וכאן אינה שוה פרוטה, אבל גבי קדושין כיון דיש מציאות שהחפץ יהי' שוה להאשה פרוטה כגון אם הולכת עכשיו למדי ותביא החפץ לשם ותקבל פרוטה, לכן בזה מהני הא שקבלה האשה מדעתה והוי כאומרת לדידי שוה לי, ובזה מהני לדידי שוה לי כיון דאין אנו אומרים שהחפץ בודאי אינו ממון כיון דבמדי הוא ממון וגם כאן אפשר שיהי' ממון חשוב אצל האשה לכן מהני קבלתה, וכל זה הוא בשביל דגבי קדושין לא אמרינן אין לממון אלא מקומו ושעתו וכמו שבארנו.

ועכשיו מיושב דגבי מזיק כשאנו שמין את החפץ שהוזק דבזה בודאי שוה כסף מעיקר הדין דינו כמו כסף לא שיימינן כמה שוה דוקא עכשיו ביום שהוזק ובמקום שהוזק, דאם אינו עומד לימכר אלא ביום השוק וכן מרגלית כשהוא בכפר אם אינה עומדת לימכר אלא בכרך, שפיר שיימינן ההיזק בכמה שהיא עומדת לימכר, ומבואר דעת הרמב"ם ורש"י דגם אם שברוה בשאר הימים דינו כמו שברוה ביום השוק.

והנה בב"ק דף ז' בהא דמשני אביי רומיא דקראי דמיטב שדהו וישיב לרבות שו"כ, ואמר אביי כדמר הרי שהיו לו בתים שדות וכרמים וכו' וה"נ גבי נזקין דיניה בעידית, ועיין מה שכתב שם בנחלת דוד ותוכן דבריו הוא דבין לפירש"י בלשון א' בין לפי' הרי"ף והרמב"ם מה דיליף אביי מהא דרבה הוא דעיקר השומא של השדות דביומי ניסן יקרי וביומי תשרי זילי, הוא כשומא של ימי ניסן, ומ"מ אמר אביי דאי שקלית כדינך שקול כדהשתא, ובטעמו של דבר צ"ל כמו שכתבתי משום דעיקר דין תשלומי נזקין הוא בכסף וכשמשלם בשו"כ הוא באופן שיכול הניזק לקבל כסף, וכדאיתא בדף ז' דאי לא מזדבן הכא וכו', ולכן כשאנו באין לדין שומא אנו צריכין לשום כמה שוה עכשיו כדי שיוכל הניזק לקבל עכשיו כסף ולא להמתין על ימי ניסן, אלא דאי אמר הניזק הב לי בינונית מצי אמר לי' שקיל כיוקרא דלקמיה כיון דאין זה עיקר דינו יכול לשום כעיקר שומתו, כיון שרוצה לשלם לו היזקו ממיטב.

עכ"פ נתבאר לנו דדין שומת ההיזק הוא כשעת המכירה והוא כיום השוק, ושומת מה שגובה בב"ד הוא כמו ששוה עכשיו, ולפי"ז הי' צ"ל דאם שבר לו חבית בשאר הימים שאנו אומרים דההיזק הוא חמשה כיום השוק אינו יכול לפטור א"ע עכשיו בחבית של יין, דהא לענין גוביינא אינה שוה אלא ארבע, אלא דמ"מ לא אמרינן כן משום דעכ"פ הא משלם לו כמו שהזיקו, ונראה דזהו מה דאמר בב"מ דף צ"ט קודם הסוגיא דהני שקולאי, האי מאן דגזיל חביצא דתמרי מחבריה ואית בה נ' תמרי אגב הדדי מזדבנן בנ' נכי חדא, חדא חדא מזדבנן בנ', להדיוט משלם נ' נכי חדא, ופריך נימא אנא חדא חדא הוי מזבנינא להו, ומשני שמין בית סאה באותה שדה תנן, והקשו בתוס' דהיכי מייתי ראי' מקרקעי אמטלטלי דהא במטלטלי אין שמין בששים, ותירצו דמייתי ראי' דכיון דמקילינן כ"כ במקרקעי אין לנו להחמיר במטלטלין ולומר חדא חדא הוי מזבנינא להו, ותירוצם דחוק קצת לכאורה ונראה בכונתם דאף דודאי ליכא דין בששים משום דמטלטלין כל דבר הניזוק הוא בפני עצמו ולא שייך לצרפו לדברים אחרים, אבל עכ"פ מדין שומא בקרקע דשמין בששים מוכח דאין חיוב ליתן לניזק אלא כמה שהי' לו היזק ולא כמה שהי' לו באפשר לקבל בשביל דבר הניזק, ומשו"ה אם אכלה ערוגה אף דאם היינו שמין כמה

היו שוין פירות הערוגה הי' שוה יותר, מ"מ אנו מצרפין כל השדה ושמין כמה יש לו היזק אם הי' מוכר כל השדה, ולכן אפי' במטלטלין דלא שייך שומא זו, אבל עכ"פ א"צ לשום לניזק יותר ממה שהי' לו היזק, וא"כ הך חביצא דתמרי אף שהי' יכול למוכרה חדא חדא, אבל כיון שאפשר לקנות החביצא בעד נ' נכי חדא א"כ יותר לא הי' היזק.

ועכשיו שבארנו דזה ודאי דיכול לשלם לו חביתא דחמרא א"כ אנו צריכין לדון כשמשלם לו במעות כמה צריך לשלם לו דאף שכבר בארנו דצריך לשלם לו חמשה (או ארבע לגירסת הרמב"ם דביום השוק שוה ארבע) מ"מ חולקין בזה הרמב"ם והראב"ד, דהרמב"ם סובר דכיון דעכ"פ בשאר הימים אפשר לקנות בעד ארבע, א"כ כשמשלם לו ארבע הא אפשר להניזק לילך ולקנות חבית, וכדאמרינן גבי חביצא דתמרי דאף שהי' יכול למכור חדא חדא ועד שבא לב"ד כבר עבר היום ויש לו מניעת הריוח, מ"מ אינו צריך לשלם לו בעד זה אלא בשביל עיקר שוייה, וה"נ בשאר יומי הא אפשר לילך ולקנות חביתא דחמרא, ולכן אפי' משלם לו עכשיו אחר שכבר עבר יום השוק והי' לו היזק שהי' יכול להרויח מ"מ אינו משלם לו בעד מניעת הריוח ומשלם לו ארבע, ויקנה הניזק בזה חבית יין, וכשמשלם לו ביום השוק דאז שיווי החבית הוא חמשה משלם לו חבית יין או חמשה, ודוקא שלא הי' לו יין למכור, אבל כשהי' לו יין כיון דע"כ תשאר החבית על אחר יום השוק ואז לא תהי' שוה אלא ארבע לכן נותן לו ארבע, והראב"ד אף דבעצמו יש לו שיטה אחרת דבשאר יומי צריכים לשלם חמש ולא מיפטרי בחביתא דחמרא כמבואר ברא"ש, מ"מ כאן בהשגות אינו הולך על דרך זה ומשיג על הרמב"ם לשיטתו, וסובר דגם כשהחזירו לו בשאר הימים כיון שעבר יום השוק והי' יכול למכרה בחמש, אינו דין שיפטור עצמו בארבע, דבשלמא כשנותן לו חבית יין שפיר פוטר עצמו דמה שהי' יכול להרויח ביום השוק אינו אלא מניעת ריוח, אבל כשנותן לו מעות ועיקר שיווי החביתא דחמרא הי' חמש למה יפטור עצמו בארבע דדוקא כשלא הי' לו היזק כלל אמרינן לניזק אין לך הפסד שתקבל ארבע ותקנה חבית יין, אבל כשהי' לו הפסד ובדין שומת ממון הא אמרינן דנתחייב לו חמש למה יפטור עצמו המזיק בארבע, והרמב"ם סובר דדמים הוא תמיד חשוב כמו עצם הדבר, וכיון דבחבית יין יכול להפטר יכול ליתן לו דמים בכמה שאפשר לקנות חבית יין.

אכן עוד צריכים אנו לבאר דברי הראב"ד במה שכתב דהו"ל לאפלוגי נמי בהא בין דה"ל חמרא או לא, ומשמע דבין כשהחזירו לו ביום השוק בין כשהחזירו לו בשאר הימים הו"ל לאפלוגי דאם הי' לו יין אינו משלם אלא ארבע ואם לא הי' לו יין משלם חמש, וזה תימה דהא בגמ' מחלק בין החזירו ביום השוק ובין החזירו בשאר הימים, אלא דבאמת

יש נ"מ גדולה דבהחזירו לו ביום השוק אינו נפטר בארבע, אלא א"כ כשעכשיו בשעת החזרה יש לו יין למכור, שאם יחזיר לו חבית יין תשאר על אחר יום השוק, ולדעת הראב"ד צריך נמי שביום השוק שעבר הי' לו יין למכור שממילא לא הי' לו הפסד של מניעת הריוח, ונמצא דצריך ב' תנאים, ובהחזירו לו בשאר הימים א"צ אלא זה דביום השוק שעבר הי' לו יין למכור שלא הי' לו הפסד, אבל הרמב"ם אינו סובר תנאי זה שלא הי' לו יין למכור ביום השוק שעבר, דלא איכפת לן במניעת הריוח שלו, ובהחזירו לו ביום השוק תלוי רק אם ביום זה הי' לו יין למכור, דממילא היתה נשארה החבית על שאר הימים ואין שוייה אלא ארבע, ובהחזירו לו בשאר הימים ליכא תנאי כלל ונפטר בארבע בכל אופן.

והנה בפ"ה מה' טוען הל' ב' כתב הרמב"ם וכן החופר בשדה חברו בורות שיחין ומערות והפסידה והרי הוא חייב לשלם בין שטענו שחפר והוא אומר לא חפרתי או שטענו שחפר ב' מערות והוא אומר לא חפרתי אלא אחת, או שהי' שם ע"א שחפר והוא אומר לא חפרתי כלום, ה"ז נשבע היסת על הכל, וכתב ע"ז הראב"ד נראין הדברים שתבעו למלאת החפירות ולהשוות החצרות, אבל אם תבעו לשלם פחתו ה"ה כשאר תביעת ממון, וכמו שאמר חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת עכ"ל, ודברי הראב"ד צריכים באור במה שכתב שתבעו למלאת החפירות דהיכן מצינו שיכול ניזק לתבוע לתקן ולא מצינו אלא תשלומין, אכן באור דבריו הוא עפ"מ שכתבנו דאם ביום השוק שוה החבית חמש ובשאר ימים ארבע מן הדין הוא שבשאר הימים לא יוכל לפטור עצמו בחבית יין כיון דעכשיו אינה שוה אלא ארבע והוא מחוייב לו חמשה, אלא דמ"מ יכול לפטור עצמו בחבית יין, כיון דעכ"פ נותן לו מה שהזיקו, א"כ גם הכא בחפר בור בשדה חברו משכחת לה שיהיו התשלומין על דמים ומשכחת לה שיהיו התשלומין שהמזיק יתקן לו את ההיזק, והיינו דאם נבוא לשום כמה הי' שוה החצר קודם שחפרוהו וכמה שוה עכשיו יהי' ההיזק פחות מכפי שצריך לעלות ההוצאה על מלוי החפירות, אז ודאי שדין התשלומין הוא לפי שיעור ההיזק מפחת שיווי החצר, אבל לפעמים משכחת להיפוך שלמלא החפירות יהי' ההוצאה פחות מכפי שיעור פחת החצר, דמי שירצה לקנות חצר ויראה אותו מקולקל יפחית מדמיו עוד יותר מכפי שיעלה הוצאות מילוי החפירות, דאז ודאי לא יוכל הניזק לתבעו בדין אלא מילוי החפירות וכמו גבי חביתא דחמרא שיחזיר לו חבית יין.

וזהו שכתב הראב"ד דאם תבעו למלאת החפירות והיינו שלפי שיעור שומת ההיזק יהי' בדין שהתביעה תהי' למלאת החפירות משום שזה יהי' פחות אז הוי התביעה על

קרקע, אבל אם תהי' התביעה לשלם פחת וכאופן הא' שכתבנו אז הוי רק תביעת ממון, ודברי הרמב"ם מקורן מגמ' דב"מ דף ד' דאיתא שם למ"ד הילך פטור כי איצטריך קרא למעוטי קרקע משבועה היכי דחפר בה בורות שיחין ומערות כמו שכתב המ"מ, ולזה הוא שהוצרך הראב"ד לומר דזה משכחת לה היכי שתבעו למלאת החפירות.

אכן לפי"מ שכתבנו דהרמב"ם והראב"ד חולקים גבי חביתא דחמרא דהרמב"ם סובר דהיכי שמשלם לו בשאר יומי סגי שישלם לו ד' אף שמעיקר דינא משעת ההיזק נתחייב לשלם ה'. מ"מ כיון דעכ"פ אם יחזיר לו חבית יין שילם היזקו וממילא יוכל ליתן לו ד' שיוכל לקנות בזה חבית יין דמה לי הן מה לי דמיהן, א"כ לפי"ז היכי שמילוי החפירות עולה פחות מכפי פחת שומת היזק החצר אז ודאי אינו יכול לתבעו אלא דמים מה שצריך להוציא על מילוי החפירות, וא"כ אם נימא דדמי קרקע אינו כקרקע אכתי הו"ל מטלטלין אפי' בתבעו למלאות החפירות, אבל הראב"ד דסובר דהיכי דלא הו"ל חמרא לזבוני שהיה לו היזק ביום השוק של שבירה, אף דגם הוא סובר דיכול לפטור עצמו בחבית יין משום דגרם מניעת הריוח אינו היזק שמחייב תשלומין, מ"מ לפטור עצמו בד' אינו יכול משום דמעיקר דינא נתחייב לשלם ה', ולכן אף דבחבית יין יוכל לפטור עצמו אבל אם בא לשלם דמים צריך לשלם ה'. ומוכח דאינו סובר דדמים הוי ממש כמו חבית משום דמה לי הן מה לי דמיהן, לכן גם כאן היכי דעיקר תביעתו הוא על מילוי החפירות שפיר הוי תביעת קרקע, ולא נוכל לומר דעכ"פ אין כאן אלא תביעת דמים, משום דדמים הן כמו מילוי החפירות דהראב"ד אינו סובר כן דהא היכי דאיכא שום נ"מ סובר דאינו יוצא בדמים, ולכן עיקר התביעה כאן הוא מילוי החפירות, ושפיר הוי תביעת קרקע.

פרק ד

הלכה ו

השוכר את הבהמה לשאת עליה משקל ידוע והוסיף על משאו אם הוסיף חלק משלשים על השיעור שפסק עמו ומתה חייב, פחות מכאן פטור, אבל נותן הוא שכר התוספות, שכר סתם אינו נושא אלא במשקל הידוע במדינה לאותה בהמה, ואם הוסיף חלק משלשים כגון שדרכה לשאת שלשים וטען עליה ל"א ומתה או נשברה חייב וכן ספינה שהוסיף בה אחד משלשים על משאה וטבעה חייב לשלם דמיה.

כתב המ"מ וז"ל: והרמב"ן ז"ל חולק בזה ואמר שאם שכר החמור להביא עליה חצי לתך חטים והביא עליה יותר שעורים או חטים עד כדי משוי כל חמור כיוצא בו אע"פ

שאין לו לעשות כן וכדאמרינן לרכוב עליה איש לא תרכוב עליה אשה, אם עבר ועשה אינו חייב לשלם שמאחר שדרך כל חמור לישא לתך אינו יכול לומר לחצי לתך השכרתי לך, ובשביל התוספת מתה שהרי דרך כל חמור לישא כך, וכן אם הוסיף על הדרך כגון ששכרה לחמשה מילין והלך עשרה מילין אם מתה פטור והאריך בזה ואמר שהוא פטור אא"כ מתה ודאי מחמת המשאוי כך נראה לו ז"ל והביא ראי' לזה אלא שאינה מכרחת, עכ"ל המ"מ.

והנה ראיית הרמב"ן היא בחדושיו שכתב וז"ל דאלת"ה למה לי תקלא כתקלא ונפחא לתוס' אפי' בתוס' כל דהו ליחייב, ודברי הרמב"ן צריכים ביאור במה שהקשה מרבא דסבר הכי בשינה מחטים לשעורים ואמאי לא הוכיח ממתני' דתנן דאם הוסיף בחטים ג' קבין לחמור וסאה לגמל הוי תוספות ואמאי לא הוי תוספות בכל שהו, וע"כ דכך שיערו חכמים דפחות משיעור זה לא הוי תוספות ואינו צריך לצמצם שיהי' בדיוק, א"כ למה הקשה מרבא, ואולי דסברתו דפחות מג' קבין לחמור וסאה לגמל אפשר לומר דשיעור קטן כ"כ אינו חשוב תוספות שאין אדם מדייק לצמצם כל כך, אבל בשינה מחטים לשעורים כיון דבנפח איכא שיעור גדול למה צריך תקלא כתקלא ונפחא לתוספות כיון דהתוספת ניכר גם בפחות, אבל גם זה אינו הוכחה דרבא סבר דכל זמן דליכא תקלא כתקלא והמשא של שעורים אף שהוא גדול בנפחו הוא פחות במשקל משל חטים בודאי אינו מזיק להחמור בשום אופן, ואפשר שגם הבעלים אינם מקפידים בזה ומרוצים שיתנו עלי' יותר נפח והמשא תהי' פחות, ולכן כל זמן שאין המשא שנתן כמשא ששכר אז הנפח אינו תוספת, עוד כתב הרמב"ן וז"ל ועוד ראיה לדבר הא דאמרינן בגמ' ת"ש להביא לתך חטין והביא שש עשרה שעורין חייב הא ג' קבין פטור קשיא לאביי, ואמאי לא אוקימנא בגמל דתוספת שלו סאה אלא ש"מ דגמל אם הוסיף סאה אלתך פטור שדרך כל גמל לישא יותר מלתך, וראי' זו ג"כ אינה כדאי לדחות שיטת הרמב"ם דהרמב"ן בעצמו הביא בסוף דבריו דהך ברייתא בחמור היא שנויה בתוספתא ע"ש בדבריו.

אכן שיטת הרמב"ם קשה ממה שכתב בהל' א' השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה אם הוחלקה פטור אע"פ שעבר על דעת משלחו, ואם הוחמה חייב, וזהו סיפא דמתני' בב"מ דף ע"ח ורישא תנן בסתמא השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה, בבקעה והוליכה בהר ומתה חייב, ופריך בגמ' מ"ש רישא דלא קא מפליג ומ"ש סיפא דקא מפליג ומשני דבי ר' ינאי שמתה מחמת אויר, ריב"ח אמר שמתה מחמת אובצנא רבה אמר כגון שהכישה נחש, ר' יוחנן אמר הא מני ר"מ דאמר כל המעביר על דעת בעה"ב נקרא גזלן, וכתב המ"מ דהרמב"ם פסק כר' יוחנן דרישא

ר"מ ולא קיי"ל כוותי'. ואפשר שר' יוחנן חולק על האוקימתות האחרות ולומר דלרבנן כל זמן שאין פשיעתו ניכרת פטור, דאי לא לא הוי מוקים לה דלא כהלכתא עכ"ד המ"מ, וחזינן דשיטת הרמב"ם דצריך דוקא שיהי' ודאי שע"י השינוי מתה כמו אם הוחלקה בהר והוחמה בבקעה, וא"כ אמאי סובר דאם הוסיף על משקל ששכרה אף שסתם בהמה כזו יכולה לשאת הרבה יותר, מ"מ אם הוסיף אחד משלשים חייב.

עוד קשה לי טובא דהא קיי"ל בב"ק דף צ"א יש אומד לנזקין, ופסק כן הרמב"ם בפ"א מהל' חובל ומזיק הל' י"ח דאף שהכהו בדבר שאינו ראוי להזיק וחבל בו חבלה שאין חפץ זה ראוי לעשותו הרי זה פטור שנאמר באבן או באגרוף דבר הראוי להזיק, וא"כ הא ודאי דמה שהוסיף אחד משלשים אינו ראוי להזיק דהא יכולה הבהמה לשאת הרבה יותר, ואין לומר בזה דוקא בחבלה דאדם דהא בגמ' שם מייתי ע"ז מתני' דבור שאין בו עשרה טפחים ומת השור פטור, וכן מבואר מדברי הרמב"ם בפי"ח מה' נז"מ הל' ט"ו דטעמא הוא משום אומדנא שכתב דהוי כמו אונס ועמש"כ שם בהל' י"ט ובהוזק סובר הרמב"ם דחייב בבור כל שהוא שהנזק בכ"ש מצוי, ומסתבר דכונתו רק בבור כ"ש דבנפלה לבור אפשר להיות ניזוק בכ"ש, אבל הכה בהמה בצרור קטן שאין בו כדי להזיק מסתבר דפטור כמו בנזקי אדם בחבלה, ועכ"פ הכא הא איירינן במתה הבהמה, וא"כ אמאי סובר הרמב"ם דחייב בשכרה למשקל ידוע והוסיף על משאה אף שהבהמה ודאי יכולה לשאת הרבה יותר.

ונראה בשיטת הרמב"ם דאין החיוב כאן משום שהבהמה מתה עי"ז שהוסיף עלי' משא אלא דהוא חיוב מדין שליחות יד דהא איתא בב"מ דף מ"א דהניח מקלו ותרמילו עליה והכישה במקל ורצתה לפניו חייב, ולמ"ד שליחות יד צריכה חסרון מוקי שם שהכחישה במקל, אבל לדידן דקיי"ל דא"צ חסרון לא בעינן שהכחישה, וא"כ אם שכר הבהמה להוליך עלי' חצי לתך אף שיכולה לשאת לתך אבל כל מה שהוסיף הא לא גרע מהניח מקלו ותרמילו עלי' דהא אין לו רשות להוסיף, ומה דבעינן אחד משלשים אין זה משום דאמרינן דבשיעור זה כשהוסיף מתה עי"ז, אלא דפחות משיעור זה אין זו הוספה והבעה"ב אינו מקפיד שאין דרך לדייק ולצמצם משקלו, ולא דמי לרועה דאף כשהניח מקלו ותרמילו חייב דרועה אין לו רשות להניח עלי' כלל, אבל השוכר ששכרה למשא אין בעה"ב מקפיד בהוספה קטנה אא"כ הי' א' משלשים ממה שפסק, וא"כ הך דינא דהוסיף על משאו לא דמי כלל להא דהוליכה בהר והוליכה בבקעה דהתם לא הוסיף משא אלא שינה והוי רק מעביר על דעת בעה"ב דאינו חייב, ולכן צריך דוקא שיהי' השינוי גורם למיתת הבהמה, דשינוי מהר לבקעה אינו ברור דמקפיד ולכן לא הוי ש"י

ומ"מ אם מתה ע"י השינוי חייב כיון דלא נתן לו רשות מפורש ע"ז, אבל הכא כשהוסיף הא משא ההוספה אין לו רשות כלל והוי שליחות יד וכן מה שכתב הרמב"ן כששכרה להוליך עליה חמשה מילין והוליך עשרה מילין דלשיטתו פטור, כיון שיכולה לשאת הרבה יותר, אבל לשיטת הרמב"ם בודאי חייב, דבזה א"צ לחייב משום שמתה על ידי זה, אלא מדין שליחות יד, דכיון שכבר הוליכה חמשה מילין הא אין לו כבר רשות להוליך עליה, והוי אז רק שומר עד שיחזירה וממילא פשיטא דהוי של"י וחייב ושיטת הרמב"ם מבוארה ומבוררה.

פרק ה

הלכה א

השוכר את הבהמה וחלתה או נשתטית או נלקחה לעבודת המלך אע"פ שאין סופה לחזור אם נלקחה דרך הלוכה הרי המשכיר אומר לשוכר הרי שלך לפניך וחייב ליתן לו שכרו משלם, בד"א בששכרה לשאת עליה משוי שאפשר להשליכה בלא הקפדה, אבל אם שכרה לרכוב עליה או לשאת עליה כלי זכוכית וכיוצא בהן חייב להעמיד לו חמור אחר, ואם לא העמיד יחזיר השכר ויחשוב עמו על שכר כמה שהלך בו.

השגת הראב"ד. השוכר את הבהמה וכו' בד"א ששכרו לשאת עליה משא וכו' עד אלא תרעומות. א"א אנשתטית קאי.

המ"מ כתב דגם דעת הרמב"ם הוא דהחלוק בין לרכוב עליה ובין למשא לא קאי על נלקחה לעבודת המלך ואינו חולק על הראב"ד אלא בחלתה, ומפרש דחלתה נמי מירי ביכול להשתמש בה ע"י הדחק, ואם אמנם שכן כתבו גם הסמ"ע והגר"א בסי' ש"י אבל לדעתי ב' הפירושים הם דחוקים א' מה דמפרשים דחלתה היינו דוקא ביכול להשתמש בה ע"י הדחק, אף שהטור מפרש כן בדברי הגמ' אבל הרמב"ם שסתם דבריו משמע בכל גווני, ב' מה דמפרשים דעל נלקחה לעבודת המלך לא קאי מה שמחלק בין לרכוב לבין למשא בודאי הוא דוחק גדול דפשטות ד' הרמב"ם דקאי על כל מה שהתחיל, אלא שבאמת צריך טעם מאי נ"מ בין שכרה לרכוב עליה ובין שכרה למשא בנלקחה לעבודת המלך שאין סופה לחזור, וכן אם נפרש חלתה שאינו יכול להשתמש בה כלום.

ולבאר זה צריכים אנו מקודם לבאר שיטתו של הרמב"ם באנגריא שאינה חוזרת שהוא כפי' הר"ח שאף שאין סופה לחזור והמשכיר אינו יכול להשתמש בה לעולם מ"מ חייב השוכר לשלם שכרה דאמרינן מזלו גרם כיון שאין מחפשים בבתים, וצריך ביאור דכיון דמתה הבהמה אינו חייב השוכר ליתן בשביל הדרך שלא הלך ומבואר דאין השוכר

צריך ליתן שכר אלא כשמשתמש במה ששכר וא"כ למה נחייבו כאן בשכירות ונאמר מזלו גרם דהא לא פשע השוכר בזה שלקחוה לעבודת המלך בדרך הליכתה דהא שכרה להוליכה בדרך זו והרמב"ן בחדושיו וכן הריטב"א בש"מ פירשו דבאמת אינו חייב לשלם בשביל הדרך שלא הלכה ומה דתניא אומר לו הש"ל אינו אלא לענין זה שאינו חייב המשכיר להעמיד לו חמור אף שהשכירו חמור סתם אבל שיטת הרמב"ם צריכה ביאור.

ונראה דהנה בהל' ג' פסק הרמב"ם דבספינה סתם ויין זה צריך השוכר ליתן גם בעד חצי הדרך שלא הלך, והוא כשיטת הרי"ף, ובתוס' הקשו ע"ז דהא קיי"ל דכל אונס שלא הי' לבעה"ב לידע הוי פסידא דפועלים ותירצו בשם ריב"ן דשאני הכא דבעל הספינה הפסיד ספינתו, ומ"מ הביאו אח"כ בשם ריב"ם דאינו חייב אלא בעד חצי הדרך שהלך, וכן הרא"ש כתב על דברי הרי"ף ולא נהירא ומהוכחת התוס', ומשמע דלא ניחא להרא"ש בתירוצו של הריב"ן שכתב כ"כ בפשטות לדחות דברי הרי"ף ובסברא ודאי משמע כדעת הרא"ש דמה בכך שהמשכיר הפסיד ספינתו אטו מדיני ישר וטוב אמרינן הא בדינא קא איירינן, וכיון דמוכח מהא דבעה"ב ופועלים דהיכי דהשוכר אנוס א"צ לשלם א"כ מה בכך שהפסיד ספינתו, והש"ך בסי' שי"א כתב בדעת הרמב"ם כתי' ריב"ן אבל אינו מיושב וכמש"כ.

ובדעת הרי"ף והרמב"ם נראה דלא דמי כלל הך דינא דספינה סתם ויין זה לדין בעה"ב ששכר פועלים, דשכירות ספינה הוי קנין לזמן השכירות שקנה בקנין שכירות במשיכת הספינה, וכן שוכר בהמה ומשכה קנה אותה לזמן השכירות אלא דמ"מ אם מתה הבהמה או נטבעה הספינה אינו חייב השוכר לשלם דאף שקנה על שכירות מ"מ לא דמי למכירה דכשקנה הלוקח כבר נתחייב בדמים, ואם מתה מתה ללוקח אבל שוכר לא קנה אלא לזה שישתמש בדבר השכור וישלם דמי התשמיש וכשמתה הבהמה או נטבעה הספינה אין בשביל מה לחייבו, אבל בספינה סתם ויין זה דבמשיכת הספינה נתחייב בדמי תשמיש של ספינה סתם לא איכפת לן מה דהשוכר הוא אנוס דכבר קנה ונתחייב בדמי השכירות על אופן שישתמש, וכיון דשכר ספינה סתם ובעל הספינה משלים תנאו מחויב לשלם, אבל בשוכר פועל לא קנה גוף הפועל אפי' בגדר קנין שכירות דאין קנין לפועל דהא יכול לחזור בו ומה דחייב לשלם בחזר בו בעה"ב הנה מד' התוס' בדף ע"ו ע"ב משמע דאינו אלא משום שגרם להפועל הפסד, אכן לפי המבואר בחו"מ סי' של"ג דאפי' אם לא היו יכולין מבערב להשתכר מ"מ חייב לשלם מוכח דאינו משום גרם הפסד וע"כ צ"ל דהתחלת מלאכה הוא קנין שכירות מ"מ לא דמי דהתחלת מלאכה נעשה חיוב על הבעלים שיקיים מה שהתנה שיעבוד והוא ישלם, אבל עכ"פ לא קנה בגוף הפועל שום

קנין דנימא דכבר נתחייב בשביל זה שקנה גופו דהא הפועל יכול לחזור, ואף דבב"מ דף י' אמרינן כל כמה דלא הדר ביה כיד בעה"ב הוא, מ"מ אין זה סתירה דאיברא דבשעה שהוא עושה כפועל ידו כיד בעה"ב מ"מ אין לבעה"ב קנין בו כיון שיכול לחזור בו.

ויסוד נאמן לדברינו דבב"ב דף פ"ו ע"ב במה דתניא שם השוכר את הפועל לעשות עמו לגורן היום בדינר ולגורן יפה סלע אסור, אבל אם שכרו מהיום בדינר ליום מותר, ואמר בגמ' דסיפא דקא עביד בהדיה מהשתא לא מיחזי כאגר נטר וכתבו בתוס' וז"ל, נראה לרשב"א דהא דתנן באיזהו נשך מרבין על השכר ואין מרבין על המכר הרי דשרי להרבות על השכר כגון שנכנס מיד לתוך הבית דבענין אחר לא שרי להרבות כדאמרינן הכא עכ"ל, אבל המ"מ בפ"ז מה' מלוה הל' י"ב במה שכתב הרמב"ם השוכר את הפועל וכו' כתב וז"ל, וכתב הרשב"א וז"ל כתב מורי דדוקא פועל הוא דאסור בשאינו עושה מעתה שנראה כרבית הואיל ולא משתעבד פועל לגמרי מהשתא דהא יכול לחזור בו, אבל בשכירות קרקע שזכה בו מעתה זכיה גמורה שרי למימר ליה מהשתא כדינר ולקמיה יפה סלע עכ"ל, ופירוש אע"פ שאינו דר מעתה בחצר עכ"ל המ"מ, ומבואר להדיא מה שכתבנו, וגם נתבאר שיטת התוס' שהולכים לשיטתם, דגם שם אין מחלקין בין שכירות פועל לשכירות בית, ולכן אין מחלקין כאן בין שכירות פועל לשכירות ספינה.

אח"כ ראיתי בהגה"מ שמביא מקודם תי' ריב"ן שהבאנו, ואח"כ כתב ועוד יש לחלק דלעיל איירי בשכירות והכא בקבלנות ולא ביאר טעמו של דבר, אבל כונתו ברורה דדעתו ג"כ לחלק משום דבשכירות פועל לא קנה את הפועל, אלא דאינו מפרש דשוכר ספינה היינו ששכר הספינה לבד, אלא דשכר הספינה והבעל הספינה מוליך אותה, ומשום זה כתב דהכא בקבלנות והוא ע"פ ד' רבינו תם בתוס' בב"מ דף מ"ח דסופר שהשכיר עצמו אם משכו ממנו קולמוס אינו יכול לחזור בו, דדוקא פועל יכול לחזור ולא קבלן, ולכן גם כאן בעל הספינה הוא קבלן וכיון שמשך השוכר הספינה אינו יכול לחזור בו ולכן כבר נתחייב השוכר בשכירות הספינה וכמו שכתבנו.

והנה בפ' המקבל תנן המקבל שדה מחברו ואכלה חגב או שנשדפה אם היתה מכת מדינה מנכה לו מן חכורו, ואמר בגמ' ע"ז דהך משנה היא בין בקבלנות בין בחכירות ושוכר הוא כמו חוכר, וכן כתב הרמב"ם בפ"ח הל' ה' השוכר או המקבל וכו', וחזינן דשוכר שדה מחברו אף שקנה השדה לשכירות מ"מ אם אכלה חגב או נשדפה אם היתה מכת מדינה מנכה לו משכירותו אף דלא נעשה שום אונס בהשדה מ"מ כיון דשכירות הוא לזרעה ולקצרה וכיון דהוא מכת מדינה הוי כמו שוכר בהמה ומתה, דאינו משלם בעד מה שלא הלך וכן ספינה זו ויין סתם, אבל אם לא הי' מכת מדינה אמרינן דמזל

השוכר גרם ולא הוי חסרון בהשדה, והוי כמו ספינה סתם ויין זה דהשוכר צריך לשלם, ועכשיו מבואר שיטת הרמב"ם גבי נעשית אנגריא דאף שאין סופה לחזור מ"מ צריך לשלם, משום דבאמת כל זמן שהבהמה קיימת אלא שאינו יכול להשתמש בשביל שלקחוה לעבודת המלך כיון שאין מחפשין בבתים לא הוי בגדר מכת מדינה, ולכן אמרינן בזה מזל השוכר גרם, והיינו דמזלו גרם שאינו יכול להשתמש בה ולא הוי כמו מתה הבהמה דמצד הבהמה אין כאן חסרון ולכן חייב לשלם כל השכר, כיון שכבר קנה הבהמה לשכירות וההיזק שלו, ואפי' חלתה הבהמה כיון שעכ"פ היא קיימת אמרינן דרק מזל השוכר גרם שאינו יכול להשתמש בה ודוקא במתה הבהמה לא אמרינן דההיזק הוא לשוכר דלא גרע ממכת מדינה דמנכה לו מן חכורו משום דמכת מדינה הוי חסרון בהשדה וכ"ש אם מתה הבהמה החסרון מצד המשכיר, אבל חלתה הבהמה דאין כאן חסרון אלא במניעת תשמישה בזה אמרינן דהחסרון לשוכר דמזלו גרם.

ולפי"מ שבארנו נוכל לבאר החלוק בין שכרו למשא או שכרו לרכוב עלי' דקאי בודאי על כל מה דתניא הבריקה או נשתטתה או נלקחה לעבודת המלך, וכן הוא בדברי הרמב"ם וכמש"כ, והחלוק הוא בזה דיש נ"מ בשכר הבהמה על מלאכה אם עיקר השכירות הוא ששכר הבהמה אלא שהזכיר איזה מלאכה תעשה אצלו, או דעיקר השכירות הוא ששכרה לעשות מלאכה זו ואז השכירות הוא על המלאכה ולא על הבהמה, והי' אפשר לפי"ז לחלק בלשון דאם שכר בהמה "על" משא או "על" רכיבה אז עיקר השכירות הוא להבהמה, ואם שכרה "לשאת" עלי' משא או "לרכוב" אז עיקר השכירות על המלאכה, אלא שאין אנו אומרים כן דאין מדייקין בזה בהלשון ואין לשון שכירות כמו "ברכה" דיש דיוק בלשון ב"על" או ב"ל", ולכן עיקר החלוק הוא לפי הענין, דאם לפי הענין יש קפידא דכשמתחיל המלאכה בבהמה זו שיגמור בה כל המלאכה אז אנו אומרים שהשכירות הוא על המלאכה, ואז לא אמרינן דאף שאינו יכול להשתמש בה יתחייב לשלם שהרי קנה הבהמה דהא לא שכרה בעצמה אלא שכר מלאכתה, אבל אם אין קפידא שדוקא בהמה זו תגמור את כל המלאכה, אז אמרינן ששכר הבהמה שממילא כשהוא בעלים עלי' יעשה בה מלאכה, אבל לא נחת בזה להתנות ששוכרה דוקא למלאכתה, ולכן שפיר אמרינן דכל זמן שהבהמה קיימת ולא נשברה והוא שכרה חייב בשכירותה, דמה שאינה יכולה עכשיו לעשות מלאכתו מזלו גרם, וכמו בשוכר קרקע ואכלה חגב או נשדפה, אם אינה מכת מדינה דאמרינן מזלו גרם ולא הוי חסרון בהקרקע.

הלכה ב

מתה הבהמה או נשברה בין ששכרה לשאת בין ששכרה לרכוב אם אמר לו חמור סתם אני משכיר לך חייב להעמיד לו חמור אחר מכל מקום, ואם לא העמיד יש לשוכר למכור הבהמה וליקח בה בהמה בדמיה או שוכר בהמה בדמיה אם אין בדמיה ליקח עד שיגיע למקום שפסק בו, אמר לו חמור זה אני שוכר לך אם שכרה לרכוב עליה או לכלי זכוכית ומתה בחצי הדרך אם יש בדמיה ליקח בהמה אחרת יקח, ואם אין בדמיה ליקח שוכר אף בדמי כולה עד שיגיע למקום שפסק עמו ואם אין בדמיה ליקח ולא לשכור נותן לו שכרו של חצי הדרך ואין לו עליו אלא תרעומות, שכרה למשא הואיל ואמר לו חמור זה ומת בחצי הדרך אינו חייב להעמיד לו אחר אלא נותן לו שכרו של חצי הדרך ומניח לו נבלתו.

השגת הראב"ד. שכרה למשא הואיל ואמר לו וכו' עד ומניח לו נבלתו. א"א אין לזה שורש וענף שאין הפרש בין רכיבה לשאר משא ולשון ההלכות הטעתו שראה שם לרכוב ולאו בדוקא נקט לה עכ"ל.

המ"מ כתב על דברי הרמב"ם דזה תלוי בהגירסות אי גרסינן במילתא דרב לרכוב עלי', אבל לא ביאר טעמו של דבר דמאי נ"מ לענין מתה בחצי הדרך אם יש בדמי' ליקח או לשכור בין שכרה למשא או שכרה לרכוב עליה וזהו שהשיג הראב"ד, והנה לפי"מ שבארנו בהל' א' במה שמחלק הרמב"ם בין שכרה למשא או שכרה לרכוב לדין חלתה או נלקחה לעבודת המלך, משום דכששכרה למשא הי' עיקר השכירות על הבהמה, וכששכרה לרכוב הי' עיקר השכירות על הרכיבה, ומ"מ אין בזה נ"מ אלא לדין חלתה או נשתטתה או נלקחה לעבודת המלך, אבל מתה או נשברה אינו חייב בשכירות משום דעכ"פ אינו כלוקח ואינו חייב בשכירות אלא אם הדבר ששכר קיים ומניעת ההשתמשות אינו אלא מצד השוכר דמזלו גרם, נוכל בזה להסביר דגם בדין מתה או נשברה יש נ"מ בין שכרה לרכוב ובין שכרה למשא לדין אם חייב להעמיד לו חמור ואם יש בדמיה ליקח או לשכור דדוקא אם שכרה לרכוב דעיקר השכירות הי' על רכיבה עד מקום שהתנה, בזה שפיר אמרינן דכשהשכיר לו חמור זה על רכיבה שפיר זכה בזה החמור שאם יש בדמיו ליקח יקח לשכור ישכור, ואף שהקפידא בכלי זכוכית או לרכוב הוא שיגמור בבהמה זו כל המלאכה מ"מ אם מתה או נשברה יש גם בזה קפידא שיוכל להשיג בהמה אחרת על ידי זה ששכר בהמה זו והיינו שיקח או ישכור בדמיה כדי שיגמור מלאכתו, אבל אם שכרה למשא כיון שלא שכר אלא זה החמור ולא הי' עיקר השכירות על המשא, א"כ כשמת החמור למה יקח או ישכור בדמיו אחר דהא לא שכר

אלא זה החמור ולא אחר, וכל זה בשכר חמור זה, אבל בשכר חמור סתם אין נ"מ בין שכר למשא בין שכר לרכוב כיון ששכר חמור סתם ונתן לו זה החמור לקיים תנאו, א"כ ודאי אם יש בדמיה ליקח או לשכור יקח וישכור אפי' בשכרו למשא כיון ששכר חמור סתם ויקח או ישכור מדמי הנבלה לקיים תנאו.

והנה הלח"מ מסתפק בכונת הרמב"ם גבי חמור סתם אם אין בדמיו ליקח ולשכור אם צריך השוכר ליתן לו בעד חצי הדרך שכבר הלך, וספיקו הוא אם מה שכתב הרמב"ם גבי חמור זה אם אין בדמיה ליקח ולא לשכור נותן לו שכרו של חצי הדרך קאי גם על חמור סתם, והנה ודאי שמפשוטן של דברי הרמב"ם מוכח דלא כתב זה אלא בחמור זה ולא בחמור סתם, וכמו שמוכיח הלח"מ דאל"כ ליכא נ"מ בין חמור סתם לחמור זה ולמה חלקם הרמב"ם וטעמא דבחמור סתם אף שלא נתחייב המשכיר להעמיד לו חמור מממון שלו, וכמו שכתב המ"מ דבמה נתחייב לו מ"מ זהו דוקא מממון שלו ממש, אבל שכרו של חצי הדרך שהלך ודאי נשתעבד שיגמור ויקיים תנאו דהא שכר ממנו חמור סתם על כל הדרך, ודוקא בחמור זה דאפי' שכרו לרכיבה, אבל עכ"פ הא לא שכר ממנו אלא חמור זה לרכיבה, ולכן מנבלתו שפיר יוכל ליקח ולשכור, אבל שכרו של חצי הדרך שהלך הרי הוא ממון המשכיר ואין לזה שייכות לחמור זה, אבל חמור סתם כיון שבעצם התנאי הי' חייב להעמיד לו חמור משלו רק שלא עשה ע"ז קנין שיתחייב לקיים תנאו, וא"כ שכר של חצי הדרך שהלך ודאי משועבד לקיום תנאו, דדמי השכירות הוא בעד כל השכירות של חמור סתם.

אלא דאכתי צריך באור בטעמא דמילתא דבמה חלוק היכי ששכרו לרכוב וחלתה או נשתטתה או נלקחה לעבודת המלך דכתב הרמב"ם דחייב להעמיד לו חמור, ואם לא העמיד יחזיר השכר ויחשוב על שכר כמה שהלך ואמאי לא אמרינן בזה דאם יש בדמיו ליקח יקח, וכן שהשכר בעד מה שהלך יהי' משועבד לקיים תנאו להעמיד לו חמור, והלח"מ עמד בזה וכתב דדוקא במתה כיון שיש לו עליו תרעומות כדכתב רש"י בשביל שהשכיר לו כחושה יש להחמיר עליו שהנבלה משועבדת ואם יש בדמיו ליקח יקח, אבל בנשתטתה אפי' תרעומות אין לו עליו דלא הי' לו לידע, אבל כל זה מיושב אם שכרה לרכוב אנשתטית קאי וכמש"כ הראב"ד, אבל לפי"מ שבארנו בהל' א' דדעת הרמב"ם הוא דקאי גם על חלתה או נלקחה לעבודת המלך, א"כ מה חילוק יש בין מתה לחלתה, ועוד דגם מה שכתב הלח"מ עפ"י דברי רש"י בטעמא דיש לו עליו תרעומות אינו מיושב בדברי הרמב"ם דרש"י פי' כן על מתה, אבל במה שהוכחנו וכן מפרש הלח"מ דברישא אינו נותן לו שכרו בעד חצי הדרך שהלך, הא הזכיר הרמב"ם מתה או נשברה ובנשברה

אין טעם לחלק בין זה לנשתטתה.

ונראה דדוקא אם מתה או נשברה דהוי נמי כמו מתה אז אמרינן דחייב להעמיד לו חמור משום דמעיקר הדין מחוייב להעמיד לו כיון שהשכיר לו חמור סתם, וכמו שכתב הרמב"ם בזה דחייב להעמיד לו חמור אחר מכל מקום, אלא דמ"מ כתב ואם לא העמיד והיינו דאף דמעיקר התנאי מחוייב להעמיד לו מ"מ אם לא העמיד אינו יכול לכופו להעמיד לו מנכסיו משום דלא נשתעבד לו על נכסיו וכמש"כ מד' המ"מ, ולכן עכ"פ שכר חצי הדרך שהלך נשתעבד, וכן החמור נשתעבד דאם יש בדמיו ליקח יקח, וגם בחמור זה אמרינן שהשכירו כדי שיעשה מלאכתו באופן שאפי' מתה או נשברה יקח או ישכור בדמיה, כיון שאין חמורו קיים אבל בחלתה או נשתטית או נלקחה לעבודת המלך דמעיקר דינא חזינן כמו שיש חמור, ומה שאין יכול להשתמש בו הא אמרינן מזל השוכר גרם, ורק דכיון דשכר לרכוב הוי כמו ששכר אצלו על רכיבה, זה לא מהני אלא לענין זה שאינו מחוייב לשלם בעד חצי הדרך שלא הלך, אבל המשכיר אינו מחוייב לקנות ולשכור לו חמור וכן אינו יכול לקנות חמור בדמיו גם באמר לו חמור זה כיון שאין החסרון מצדו דמזל השוכר גרם שאינו יכול להשתמש בו, ורק השוכר הוא שיכול לפטור את עצמו מתשלומין של חצי הדרך שלא הלך, וע"ז הוא שכתב הרמב"ם שחייב להעמיד לו חמור אם ירצה בשכר חצי הדרך השני, ואם לא העמיד א"צ לחשוב לו אלא בעד שכר חצי הדרך שכבר הלך, ובאופן אחר יש לומר דלא אמרינן אם יש בדמיה ליקח או לשכור יקח וישכור אלא במתה או נשברה שאין החמור קיים דבזה אמרינן דניחא ליה לבעל החמור למכרו וכשאמר לו חמור זה שעבד לו החמור גם על זה, אבל בחלתה או נשתטית או נלקחה לעבודת המלך כיון שהוא דבר שאפשר להשתנות ושיהיה לבעל החמור חמורו שיוכל לעבוד בו לא ניחא ליה למכרו שרוצה אדם בקב שלו ולכן גם באמר לו חמור זה לא אמרינן ששעבד לו גם למכרו אף ששכרו למלאכתו.

הלכה ג

-השמטות ומלואים-

שכר ספינה סתם ליין סתם הרי אלו חולקין בשכר:

וכן הוא בגמ'. כתב בזה הסמ"ע בסי' שי"א סעיף ה' וז"ל ולכאורה נראה דבזה אפי' לא הוליכו עדיין חצי הדרך או שהוליכו טפי מחצי הדרך עכ"פ חולקים השכר כיון דאינו מועיל חזקתו של אחד מהם וצריך ליתן לכשנגדו החצי כיון ששניהם שוים בקיום התנאי ואין אחד מהם עדיין קיימו משווים ביניהם לחלק השכר, ה"נ נאמר לענין אם הוליכו פחות או טפי מחצי הדרך, מיהו אינו מוכרע עכ"ל, וכתב על זה הש"ך ולפע"ד

הוא מוכרע ודוק עכ"ל, והנה מהא דאמר ר"פ בגמ' אבל ספינה סתם ויין סתם חולקים אין להקשות למה אמר זה דוקא על טבעה בחצי הדרך אם נימא דגם אם הלך מעט או חיסר מעט ג"כ חולקים, דר"פ לא בא לומר זה בדרך הלכה אלא לפרש הברייתא דאמר ר' נתן אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן ופריך בגמ' היכי דמי וכו', אמר ר"פ לא משכחת לה אלא בספינה זו ויין זה, אבל בספינה סתם ויין סתם חולקים, א"כ העיקר בא ר"פ לומר דבספינה סתם ויין סתם א"א לאוקמי הברייתא, אבל להלכה שכתב הרמב"ם הך דינא על טבעה בחצי הדרך קשה כיון דדין זה דספינה סתם ויין סתם הוא בכל אופן לא רק בטבעה בחצי הדרך, לא הי' לו לקבוע הדין באופן זה.

והנה בני הרב ר' צבי יהודה שיחי' הקשה לפי"מ שכתב הרמב"ן הובא במ"מ ובשו"ע דדוקא כשאין אחד מהם רוצה להשלים אבל אם זה מביא יינו וזה אינו מביא ספינה אם נתן שכר נמי יטול ויוציא מתחת ידו, וכתב הסמ"ע בשם הטור דה"ה נמי איפכא אם בעל הספינה מביא ספינה אחרת ואין בעל היין מביא יין אחר דצריך לשלם לו כל שכירתו, דלפי"ז אפי' אם שניהם אינם רוצים להשלים איך יתבע כל אחד את השני המוחזק, יאמר לו המוחזק עדיין לא קיימת תנאך ואיך תתבע ממני, ואף דאם יקיים התובע תנאו ישלם הנתבע הכל, אבל איך נוכל לפסוק דחולקין אם הנתבע יודע דהתובע ודאי לא יקיים תנאו, ונראה דבזה שפיר מובן דדוקא כמו שכתב הרמב"ם שטבעה בחצי הדרך דמעיקר הדין עשה בעל הספינה פעולתו בעד חצי הדרך ומגיע לו חצי שכרו, ורק שמצד התנאי שהתנו אינו מחוייב לשלם לו אלא כשיביא היין כל הדרך, וכן אם רוצה בעל הספינה להשלים ולהוליכו כל הדרך מחוייב בעל היין לשלם דעל זה התחיל במלאכה, ולכן כששניהם אינם מוכנים להשלים תנאם וזה אינו מביא יין וזה אינו מביא ספינה, אינו יכול כל אחד לטעון קיים תנאך דהא גם אתה אינך מקיים התנאי, לכן צריך בעל היין לשלם לו בעד חצי הדרך שהלך, וכן אם בעל הספינה מוחזק אינו יכול להחזיק אלא בעד חצי הדרך שהלך והשאר יחזיר דמצד קיום התנאי שום אחד מהם אינו יכול לטעון כיון ששניהם אינם מקיימים, ונמצא דהחלוקה היא מעיקר הדין שחולקים השכר לפי הדרך שהלך, ולפי"ז אם הלך פחות מחצי הדרך או יותר מחצי ישלם בעל היין או יחזיר בעל הספינה אם נטל הדמים, כפי חשבון.

והנה בהא דאמר רב שם השוכר את החמור לרכוב עליה ומתה בחצי הדרך נותן לו שכרו של חצי הדרך ואין לו עליו אלא תרעומות ומוקים בגמ' כשאומר לו חמור זה ומשום דאמר לו אילו בעית למיתי עד הכא לאו אגרא בעית למיתב, והקשו התוס' דהשתא מיהא דלאו עד הכא בעי למיתי למה יתן לו שכר, ותירצו דמה דמוקים בלא

שכיח לאגורי היינו לפי אותם דמים שהשכיר, אבל בטפי פורתא ימצא לשכור, ותי' ב' כתבו כגון שיוכל למכור סחורתו במקום שמת החמור, והרמב"ם והטור והמחבר כתבו ההלכה בסתם ומשמע דבכל גווני צריך ליתן לו שכר חצי הדרך, וגם הרא"ש לא הביא דברי התוס' רק בהג"א הובא, ומוכח שהפוסקים אינם סוברים כהתוס', וצריך ביאור דהא קושיית התוס' חזקה דאיזה טענה היא אילו עד הכא בעית למיתי דעכ"פ השתא אינו רוצה להשאר בחצי הדרך ולא יוכל לילך ברגל וגם חמור אינו מוצא לשכור למה יתן שכר בעד חצי הדרך.

ונראה עפ"מ שכתבתי בהל' א' בד"ה ובדעת הרי"ף, ליישב דעת הרי"ף והרמב"ם דבספינה סתם ויין זה צריך בעל היין לשלם גם בעד חצי הדרך שלא הלך, ובתוס' הקשו על זה דהא קיי"ל דכל אונס שלא הי' לבעה"ב לידע הוי פסידא דפועלים וכתבו בשם ריב"ם דאינו חייב אלא בעד חצי הדרך שהלך, וכן סובר הרא"ש, וכתבתי דשוכר בהמה או ספינה הוי קנין לזמן השכירות, אלא דמ"מ אם מתה הבהמה או נטבעה הספינה אינו חייב השוכר לשלם דהשוכר קנה קנין שכירות ע"מ להשתמש, ולא דמי ללוקח שנתחייב בדמים תיכף כשמשך, אבל בשכירות ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף ואינה משתלמת אלא לבסוף, והיינו שהקנין וחיוב דמי השכירות הוא בעד השתמשות, ולכן כשמשך הספינה ואמר לו ספינה סתם כיון שמצד בעל הספינה אין מניעה שישלים השוכר להשתמש בה, ורק השוכר לא יוכל להשתמש בשביל שאמר יין זה, לכן לגבי זה כבר נגמר חיוב הדמים של השוכר כיון שכבר קנה במשיכת הספינה להשתמש בה, וכיון שהמניעה היא מצד השוכר לא נפטר מחיובו, והא דאמרינן דכל אונס שלא הי' לבעה"ב לידע הוי פסידא דפועלים, זהו דוקא גבי פועל שהבעה"ב לא קנה אותו ופועל יכול לחזור בו, לכן אינו חייב הבעה"ב אלא דוקא בשביל עבודתו, אבל כשאינו עובד בו אפי' באונס הוא פטור.

ובזה מיושב מה שחייב השוכר חמור זה ומתה בחצי הדרך משום דאילו עד הכא בעית למיתי לאו אגרא בעית למיתב, אף דעכשיו לא הי' צריך לילך עד מקום זה אלא עד סוף הדרך, אך כונת הגמ' הוא דעכ"פ הלא נשתמש השוכר בהחמור כל חצי הדרך וכבר קנה החמור ונתחייב בדמי השכירות בעד כל מה שישתמש בהחמור, וכיון שמצד המשכיר לא הי' עיכוב דהא השכיר לו חמור זה כבר נתחייב השוכר בדמי השכירות בחצי הדרך שכבר הלך אף שאין לו תועלת בזה, דבזה לא נפטר השוכר משום טענת אונס כיון שכבר קנה החמור לדמי שכירותו.

ובדברינו מבואר ביותר מה שהתחלנו בדין ספינה סתם ויין סתם חולקין שהוא דוקא

בטבעה הספינה בחצי הדרך, דאף שאין לבעל היין תועלת במה שהוליכה הספינה היין חצי הדרך, מ"מ כיון דמעיקר דינא קנה הספינה להתחייב בדמי שכירותו בעד זה שישתמש בה, וכיון שכבר השתמש בה חצי הדרך ומצד תנאי השכירות שניהם אינם רוצים לקיים תנאם, לכן מחוייב בעל היין לשלם דמי חצי הדרך, וגם בעל הספינה לא יוכל להחזיק אם נטל השכר יותר משכר חצי הדרך וכמו שבארנו.

פרק ו

הלכה ה

הזבל שבחצר הרי הוא של שוכר לפיכך הוא מטפל בו להוציאו, ואם יש שם מנהג הולכין אחר המנהג בד"א כשהיו הבהמות שעשו הזבל של שוכר, אבל אם הבהמות של אחרים הזבל של בעל החצר שחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, אע"פ שהיא שכורה ביד אחרים.

השגת הראב"ד. בד"א כשהיו וכו' עד שכורה ביד אחרים. א"א דבר זה אינו מחוור שהרי בגמ' העמידוה בחצר דמשכיר ושוורים דאתו מעלמא, פי' חצר דמשכיר דלא אגירא ליה לשוכר דאי אגירא ליה כדידיה דמיא וקניא ליה מידי דהוי אשוכר את מקומו עכ"ל.

בגמ' פריך אמתני' דתנן הזבל של בעה"ב במאי עסקינן אילימא בחצר דאגירא ליה לשוכר ותורי דשוכר אמאי של בעה"ב אלא בחצר דלא אגירא לשוכר ותורי דמשכיר פשיטא לא צריכא בחצר דמשכיר ותורי דאתו מעלמא קנו בה, ופירש"י בחצר דמשכיר שלא השכיר את החצר וזהו פי' הראב"ד והרמב"ם מפרש שהשכיר את החצר, וכתב המ"מ להוכיח כפי' הרמב"ם ממה שאמרו בחצר דמשכיר ולא אמרו דלא אגירא ליה לשוכר, וכבר עמד בזה בלח"מ וכן הגר"א בחו"מ דהא גם לדעת הרמב"ם קשה למה אמר בחצר דמשכיר ולא אמר דאגירא ליה לשוכר ולדעת רש"י והראב"ד שפירשו דלא אגירא לי' לשוכר נראה דמפרשים בחצר דמשכיר, היינו שתשמישו הוא למשכיר דאם לומר שעיקר החצר הוא של משכיר פשיטא ומעיקרא לא בעי אלא אי דאגירא לשוכר או דלא אגירא ליה, אבל ודאי כיון דתנן הזבל של בעל הבית היינו שחצר שלו.

אכן יש להוכיח כדעת הרמב"ם מתחלת הסוגיא דאמר במאי עסקינן אילימא בחצר דאגיר ליה לשוכר ותורי דשוכר אמאי של בעל הבית, ולדעת הראב"ד למה אמר ותורי דשוכר דהא גם בתורי דאתי מעלמא קשה אמאי של בעה"ב, וראיתי שעמד בזה הריטב"א ומפרש דכונת הגמ' במה דאמר ותורי דשוכר היינו או תורי דשוכר דבין שהחצר שכור לו ותורי דעלמא בין שאין החצר שכור לו ותורי דידיה פריך דצריך להיות של השוכר, אבל

פירושו קשה דאיך יפרש אח"כ הא דאמר אלא בחצר דלא אגירא לשוכר ותורי דמשכיר פשיטא, ובזה א"א לפרש דבחצר דלא אגירא לשוכר אפי' בתורי דשוכר פשיטא דהזבל של בעל הבית דבודאי אין זה פשיטא, ואף דיש לומר דכיון דאין החצר שכור לו א"כ הפקיר השוכר הזבל אפי' מתורי דידיה, מ"מ קשה דודאי אינו פשיטא כיון דעכ"פ יש לו דריסת הרגל בחצר ויש רשות לשוורים שלו לילך דרך החצר, וכמו שכתבו התוס' בד"ה תרתי דאפי' בחצר שאינו שכור יש לו עכ"פ כניסה ויציאה וכן הוא ודאי לגבי שוורים שלו, וכן א"א לומר דמה דאמר ותורי דמשכיר היינו אפי' בחצר דאגירא לשוכר דבזה נמי אינו פשיטא דהוי דמשכיר דכיון דאין למשכיר כניסה ויציאה שפיר אפשר לומר דמפקיר הזבל, ולכן ע"כ צ"ל דבזה הכונה דוקא בצירוף שניהם דהחצר לא אגירא ליה לשוכר וגם תורי דמשכיר דבזה ודאי פשיטא, וא"כ א"א לומר דברישא הכונה או או ובסיפא שניהם ביחד.

אלא דאפשר לומר דמעיקרא לא אסיק אדעתיה כלל הך אוקימתא דמיירי בתורי דאתו מעלמא והוי סבר דהשוורים היו או של שוכר או של משכיר, ולכן שפיר פריך ע"כ אי בחצר דאגירא לשוכר ותורי דשוכר, משום דבתורי דמשכיר לא פשיטא ליה למיפרך אמאי של בעה"ב, דאפשר לא אמרינן בזה דמפקיר המשכיר הזבל כיון דעכ"פ בחצר שלו אפשר כמו דאין השוכר מקפיד שיעמדו שוריו בחצר ה"נ הוי לענין זה כמו בחצרו דאינו מפקיר הזבל, ולפי"ז כדמשני בחצר דמשכיר ותורי דאתו מעלמא, ופירשו רש"י והראב"ד דהכונה בחצר דלא אגירא לשוכר הו"מ לשנויי בחצר דאגירא לשוכר ותורי דמשכיר דג"כ הוי של המשכיר כיון דמעיקרא לא הוי פשיטא ליה למיפרך על זה, אלא דבאמת הגמ' סבר דבחצר דאגירא לשוכר גם בתורי דמשכיר אין הזבל של המשכיר דכיון דאין לו זכות להחזיק השוורים שלו אף שבמקרה היו שם לא נימא דבשביל זה אינו מפקיר הזבל, וכן לא בעי לאוקמי בחצר דלא אגירא לשוכר ותורי דשוכר, דבאמת סבר דבכה"ג כ"כ אין הזבל של בעל החצר כיון שיש להשוכר זכות כניסה ויציאה לא הפקיר הזבל.

והנה הלח"מ הקשה דאיך יפרש הרמב"ם הא דשברפת שבחצר הרי אלו של בעל הבית ואמר ע"ז רב אשי זאת אומרת המשכיר חצרו סתם לא השכיר רפת שבה דהא לדעת הרמב"ם אפי' השכיר רפת שבה הזבל של בעל הבית וכתב הלח"מ דזה איירי בתורי דשוכר ומ"מ שברפת כיון דאין לו שום כניסה ויציאה הפקיר הזבל, וכתב הגר"א בחו"מ ע"ז שהוא דוחק ודחה בשביל זה דעת הרמב"ם, ולא ידעתי למה כתב שהוא דוחק דהא גם לפירש"י ותוס' והראב"ד הך ברייתא לא מיתוקמא כמו מתני' דהא מתני'

אוקימנא לפירושו דלא אגירא לשוכר, והכא אוקמינן להדיא שהשכיר החצר, א"כ גם לדעת הרמב"ם אינו דוחק לאוקמי בתורי דשוכר דהא מעיקרא לא הוי סבר בגמ' לאוקמי מתני' בתורי דאתו מעלמא, אלמא דבסתמא אינו כן וא"כ שפיר אפשר לאוקמי הברייתא כדבעי מעיקרא לאוקמי מתני' בתורי דשוכר דהזבל שבחצר ודאי לשוכר, אלא דמ"מ שברפת של בעל הבית דהמשכיר חצרו סתם לא השכיר רפת שבה.

והנה בב"מ דף י"א ע"ב בהא דפריך בגמ' אמתני' דר"ג וזקנים וכי בצד שדהו של ר' גמליאל היו עומדים כתבו בתוס' וז"ל, וא"ת והלא התבואה היתה בביתו של ר"ג כדמוכח בירושלמי פ"ג דמעשרות וביתו של ר"ג הי' משתמר וי"ל דלגבי זקנים לא הי' משתמר שלא הי' הפסק בין תבואתו לתבואתן וא"ת שלהי השואל גבי הזבל של בעה"ב מוקי לה בגמ' בתורי דאתו מעלמא בחצר דמשכיר והשתא והלא השוכר משתמש בחצר, וא"כ הזבל משתמר לדעת השוכר בחצר ואיך יזכה המשכיר בזבל תורי דאתו מעלמא וי"ל שגם משכיר ביתו פתוח לאותו חצר ומקרי עומד בצד שדהו עכ"ל, ומה שכתבו והלא השוכר משתמש בחצר אף שהתוס' ג"כ מפרשים כפירש"י דמה דאוקימנא בחצר דמשכיר היינו דלא אגירא לשוכר כדמוכח שם מדבריהם בד"ה תרתי, מ"מ שפיר כתבו שהשוכר משתמש בחצר משום שיש לשוכר זכות כניסה ויציאה כמו שכתבו שם ואינו משתמר לגבי המשכיר, ולזה תירצו שגם המשכיר ביתו פתוח לאותו חצר והיינו דבסתמא כיון דאוקימנא בדלא אגירא לשוכר ע"כ שהמשכיר משתמש בו והוא משום שגם ביתו פתוח לחצר, אבל כל זה לדעת התוס' אבל לדעת הרמב"ם דמפרש בדאגירא לשוכר א"כ לא נוכל לומר דבסתמא בית המשכיר פתוח לחצר, וא"כ קשה דלמה כתב הרמב"ם בסתמא דהזבל של משכיר, ועוד דבר מן דין קשה טובא דהא הרמב"ם סובר בפי"ז מה' גזו"א הל' ח' ובפ"ד מה' זכי' ומתנה הל' ט' דבחצר שאינה משתמרת ועומד בצד שדהו צריך שיאמר זכתה לי וא"כ לא מהני לשיטתו תי' התוס' מה דמשכיר ביתו פתוח לחצר והוי עומד בצד שדהו דאכתי צריך שיאמר זכתה לי ואיך פסק בסתמא דהזבל של בעה"ב ולא התנה דדוקא בשאמר זכתה לי, והתוס' לשיטתם בב"מ דף י"א דא"צ שיאמר זכתה לי תירצו שפיר אבל לדעת הרמב"ם קשה.

ולבאר שיטת הרמב"ם נביא דברי הירושלמי פ"ג דמעשרות שכתבו התוס' דמוכח משם שהתבואה היתה בביתו של ר"ג, והכי איתא התם מעשרות מהיכן ניטלות מן הבית או מן השדה ושמעינה מן הדא חבר שמת והניח מגורה מלאה פירות אפי' בו ביום הכניסן הרי אלו בחזקת מתוקנים, ואפשר שלא נטרפה דעתו שעה אחת אמר ר' בון בר חייא תיפתר שמת מתוך ישוב ר' חנינא בשם ר' פנחס שמע לה מן הכא עישור אחר שאני

עמוד למוד נתון לעקיבא בן יוסף שיזכה בו לעניים הדא אמרה מן הבית ר' חייא בר אבא שמע לה מן הכא מי שהיו פירותיו במגורה ונתן סאה לבן לוי וסאה לעני הדא אמרה מן הבית ר' אבא מרי שמע לה מן הכא מן הבית זו חלה הדא אמרה מן השדה, והנה מה שכתבו התוס' דמוכח בירוש' שהפירות היו בביתו של ר"ג אף דבעיקר האבעיא לא הוכרעה בודאי דהא ר' אבא מרי פשיט מהא דמן הבית זו חלה דמצות מעשרות מן השדה, וכן מה דפשיט מקודם מהא דחבר שמת שמפרש הפ"מ דהפשיטות הוא דמן הבית הגר"א מפרש להיפוך דהפשיטות הוא דהוא מן השדה מדפסיקא לן דודאי עישר החבר והיינו דכיון שהביא לבית מסתמא עישר מקודם, וע"ז דחי שמת מתוך ישוב הדעת וההוכחה היא מדלא צוה מקודם, ולפי"ז כיון שהרמב"ם בפ"י מה' מעשרות הל' ב' כתב הך דינא בסתם ולא התנה שמת מתוך ישוב הדעת מוכח דמעשרות ניטלות מן השדה. ולכן חזקה על החבר שעישר קודם שהכניסם, ומה דמוכיח מהא דמי שהיו פירותיו במגורה אינו מובן דהא זה ודאי דאין הטבל מתחייב במעשר עד שיראה פני הבית, אלא דבדעתו להוליכן לשוק לא בעינן ראיית פני הבית וא"כ מנלן דמיירי בדעתו להוליכה לשוק ובעיקר האבעיא וגם מדינא דחבר שמת צריך לומר דאף דליכא חיוב ולא עבר על איסור טבל מ"מ כיון דאם הפריש חל המעשר מצוה להפרישם בשדה שלא יבוא לידי מכשול, אבל עכ"פ מה מוכח מהא דמי שהיו פירותיו במגורה דהא לא תנן זה דוקא בחבר ומשכחת לה במי שלא דקדק להפריש מן השדה וע"כ צ"ל דרוצה להעמיד מתני' אפי' בחבר אבל ודאי אינה ראיה מוכרחת.

עתה נבוא להוכחת ר' חנינא מהא דר"ג וזקנים דלפי' הפ"מ קשה דלמה הביא מעישור אחר שאני עתיד למוד שהוא מעשר עני נתון לעקיבא בן יוסף ולא הביא מעישור הראשון שנתן ליהושע והוא תימה, לכן נראה דהראי' הוא דוקא מעישור שנתן לעקיבא בן יוסף שהוא לעניים דהא במעשר עני המתחלק בשדה אין לבעלים טובת הנאה כדאיתא בנדרים דף פ"ד ובחולין דף קל"א, והנה בב"מ דף י"א בהא דפריך וכי ר' יהושע וזקנים בצד שדה של ר"ג היו עומדים משני דמטלטלין אגב קרקע הקנה להם, ובמעשר עני המתחלק בשדה דאין לבעלים טובת הנאה אין לו שום כח להקנותם אגב קרקע, ובב"מ שם שו"ט רק אם טובת הנאה ממון לענין להקנות אג"ק, אבל כשאין לו טובת הנאה פשיטא שאין לו זכות להקנותם, ולכן שפיר מוכח מזה דהי' בתוך הבית ואפשר להקנות בין אג"ק בין ע"י חצר, ומשום דשפיר הוי חצר המשתמרת, וכן מוכח באמת מלשון הרמב"ם בפ"ד מה' זכיה ומתנה שכתב אבל בחצר שאינה משתמרת כגון שדהו וחורבתו ומדדייק לכתוב שדהו וחורבתו מוכח דחצר הוי משתמרת אפי' כשיש בחצר עוד אנשים

כיון שאינו ירא שיקחו.

והנה מלשון הגמ' בב"מ דפריך וכי ר' יהושע וזקנים בצד שדהו של ר"ג היו עומדים משמע לכאורה שהתבואה הי' בשדה אם לא דנימא דהוא לאו דוקא ואמר בלשון זה אגב הלשון דאמר מעיקרא והוא שיהי' עומד בצד שדהו, ובדין אם מצות מעשרות מן הבית או מן השדה כבר כתבתי דלדברי הירושלמי דמוכיח מחבר שמת לפי' הגר"א מוכח להלכה דמצותו מן השדה, אלא דלפי מש"כ רש"י בפסחים דף ט' בד"ה ודאי טבילי שכתב וז"ל משום דרוב חברים מעשרים הם מיד קודם שיניחם מתחת ידו ומשמע דההוכחה הוא מאחר שהכניסם לבית שלא הי' לו להניחם מתחת ידו עד שיעשר אבל לא מדלא עישרם בשדה אבל עכ"פ לפי"ד הירוש' מוכח כן להלכה.

והנה עם כל זה שביארנו אכתי קשה דאם הבבלי מפרש שהתבואה היתה בשדה ומשו"ה פריך דהא לא היו זקנים עומדין בצד שדהו של ר"ג, א"כ היכי משני דאגב קרקע הקנה להם דהא מעשר עני המתחלק בתוך השדה אין לבעלים טובת הנאה ונראה דמה דמתחלק בתוך השדה אין לבעלים טובת הנאה זהו קודם זמן הביעור ובזמן דקיימי עניים, דאז עניים באים ונוטלים ע"כ של בעלים, אבל כשאין עניים בשדה והגיע זמן הביעור ואיכא מצוה על הבעלים לחלק את המעשרות אז ודאי יש לבעלים טובת הנאה ליתן למי שהוא רוצה, דכיון שהוא מוליך המעשרות מן השדה לבית העני הרי הוא יכול להוליך לעני שהוא רוצה, וא"כ ה"נ כשהוא בא להקנות להעני בקנין הרי אז ע"כ הוא המקנה, וכיון שהוא המקנה הרי אז יש לו טובת הנאה, וכיון שיש לו טובת הנאה ממילא יכול להקנות וזהו טעמא דמ"ד בירוש' דמצות מעשרות מן השדה, ולשון הבבלי דמוכח שהיו בשדה, ומ"מ שפיר אפשר להקנות אג"ק דבזמן הביעור יש לו טובת הנאה.

ועכשיו מבואר שפיר דהרמב"ם אינו סובר כדעת התוס' דבחצר משתמרת צריך שיהי' משתמר להקונה מצד אחרים ודוקא בשדה וחורבה שהוא מופקר לכל, הוי חצר שאינה משתמרת כמו שכתב בהל' זכיה, לכן שפיר שלא חלק כאן בדין המשכיר וכתב בסתמא שהזבל של בעה"ב.

אלא דאכתי צריך ביאור דמנ"ל לש"ס דילן למיפרך וכי ר' יהושע וזקנים בצד שדהו של ר"ג היו עומדין כיון דאם הי' התבואה בבית הוי חצר המשתמרת, וא"כ מנלן דההתבואה היתה בשדה אימא דהיתה בבית, ונראה דמזה מוכח דהבבלי ג"כ סובר כר' אבא מרי בירושלמי דמוכיח מהא דתנן מן הבית זו חלה דמעשרות ניטלין מן השדה וכיון דר"ג עישר עתה מעשרותיו ע"כ שעוד לא לקחם מן השדה לבית, ולכן שפיר פריך וכי בצד שדהו של ר"ג היו עומדין, ומ"מ שפיר משני דאג"ק הקנה להם דבשעת הביעור כשאין

עניים בשדה יש לבעלים טובת הנאה למי להוליכם ולמי להקנותם וכנ"ל.
והנה במה שבארתי דעת הרמב"ם דאף דבמעשר עני המתחלק בתוך השדה אין לבעלים טובת הנאה מ"מ כשהגיע זמן הביעור והבעלים חייבים להוציא המעשרות ואין עניים בשדה אז יש לבעלים טובת הנאה ליתן למי שהם רוצים, העירני בזה ח"א דהא בתוס' בחולין דף קל"א הביאו ד' הספרי דיליף הך דינא מקראי, כתוב אחד אומר מקצה שלש שנים תוציא את כל מעשר תבואתך והנחת, אלמא צריך להניחו בגורן ובאין עניים ונוטלין אותו, וכתוב אחד אומר כי תכלה לעשר וגו' ונתת ללוי אלמא בתוך הבית מחלקו הא כיצד עד הפסח שהוא זמן גשמים ואם מניחו בחוץ נפסד מחלקו בתוך ביתו, וזה מעשר המתחלק בתוך הבית, מכאן ואילך שהוא ימי הקיץ מניחו בחוץ בגרנות ועניים באים ונוטלים אותו, א"כ מוכח דמעשר עני שהוא בשדה אין מצות ביעור אלא להניח בגורן ואין עליו מצוה ליתן להעני, אכן נראה לי דאף דמדברי הספרי שהביאו בתוס' משמע כן דכשהמעשר בשדה אין עליו חיוב ביעור, אבל מד' הרמב"ם בהל' מע"ש פי"א לא משמע כן דלא חלק בדין ביעור, וכתב בסתם דכשהגיע זמן הביעור נותן תרומה ותר"מ לכהן ומע"ר ללוי ומעשר עני לעניים, ואף דבזמן הביעור הוא קודם הפסח מ"מ הי' לו לחלק דדוקא אם המעשר הוא בתוך הבית, ועוד דבירושלמי שהבאנו דיליף דמצות נטילת מעשר הוא מן השדה ממתני' דתנן מן הבית זו חלה דמוכח דמעשר אינו מן הבית אלא מן השדה, וכן כתב הרמב"ם הך דרשא בפי"א מהל' מעשר הל' י"ב ופירש להדיא מן הבית זו חלה שהיא המתנה של כהנים בבית, והך קרא דכתיב בערתי הקודש מן הבית הא כתיב בפרשת כי תכלה דכתיב ונתת ללוי וקאי על מעשר עני המתחלק בתוך הבית, וא"כ מנ"ל למדרש דמן הבית זו חלה דהא גם מעשר עני נמי מחלקו מתוך הבית, ועוד דעיקר דרשת הספרי אינו מבואר דאיך אפשר לומר כאן קודם הפסח כאן לאח"כ דהא תרווייהו קראי הוא על זמן הביעור שהוא בערב הפסח, ולכן ע"כ צריך לומר דכל מה דדריש בספרי זהו הכל קודם שהגיע לקריאת ודוי מעשר דצריך לבער הכל וקורא בערתי הקודש מן הבית וזה קאי על כל מה שיש ברשותו בין מן הבית בין מן השדה דהא דריש מן הבית זו חלה וכנ"ל, והספרי משמיענו רק דתחלת המצוה הוא דבשדה מניח לפני העניים וזהו דכתיב והנחת ואין לו טובת הנאה, ובבית נותן לעניים ויש לו טובת הנאה, ואשמעינן עיקר דינא דזהו סדר של כל השנים קודם זמן הביעור, וכן עכשיו בזמן הביעור הוי ג"כ כן דאם המעשר בשדה צריך להניח לפניהם, אבל זהו כשיש עניים בשדה ויש זמן שיטלו עד שיקרא פרשת ודוי מעשר, אבל כשאין עניים בשדה הוא צריך להוציא את כל המעשרות בין מן הבית בין מן השדה.

פרק ז

הלכה ג

השוכר שאמר נתתי שכר הבית שנתחייבתי בו והמשכיר אומר לא נטלתי בין שהיתה בשטר בין שהיתה בעדים, אם תבעו בתוך שלשים יום על השוכר להביא ראי' או יתן ויחרים על מי שלקח ממנו, או יטעון עליו בדמים שנתן תחלה בפני עצמה וישביעהו היסת, תבעו המשכיר לאחר ל' יום ואפי' ביום הל' על המשכיר להביא ראיה או ישבע השוכר שכבר נתן לו שכרו ויפטר, וכן אם שכר ממנו ופירש שיתן לו השכר שנה בשנה ותבעו בתוך השנה, על השוכר להביא ראיה, תבעו לאחר השנה ואפי' ביום תשעה ועשרים באלול על המשכיר להביא ראיה.

השגת הראב"ד. השוכר שאמר נתתי שכר הבית וכו' עד ומוציאו מן הבית. א"א שלשים יום לאו דוקא אלא כל תוך זמן נמי עכ"ל.

המ"מ כתב על דברי הראב"ד ופשוט הוא, וכבר ביאר רבינו באמרו וכן אם שכר ממנו ופירש שיתן לו השכר וכו', ומה שכתב שלשים הכונה בשוכר סתם, ובאותן שלשים יום של הודעה עכ"ד, והנה מה שכתב המ"מ דשלשים יום הם של הודעה דבריו תמוהים דסתם בתוך שלשים יום משמע שלשים יום של שכירות, וכבר תמה על זה הגר"א בחו"מ סי' שי"ז ס"ק ב' וכתב דהוא משום דסתם שכירות ל' יום אלא דהגר"א תולה זה במחלוקת בדין תוך זמנו לגבי הלואה אם בסתם הלואה דהוי ל' יום מיקרי כל ל' תוך זמנו, ותמיהני בזה על המ"מ שכתב דהרמב"ם מסכים להראב"ד כמו שכתב אח"כ וכן אם שכר ממנו וכו' דא"כ למה כתב ופירש שיתן לו השכר שנה בשנה דהא סגי אם שכר ממנו על שנה, וגם דברי הגר"א שכתב דשיטת הרמב"ם דסתם הלואה דהוי ל' יום הוי תוך זמנו, ומטעם זה הוי כאן גבי שכירות תוך זמנו הם תמוהים דלפי דבריו ודאי אם שכר ממנו על שנה הוי כל השנה תוך זמנו, וא"כ למה הוצרך לכתוב ופירש שיתן לו וכנ"ל.

והנה הגר"א ז"ל צירף כאן דין כותבין ונותנין כשקנו מידו שהוא חייב לו מנה שמבואר בסי' ל"ט מחלוקת הראשונים בזה, וכתב כאן ובסי' ל"ט ס"ק י"ז דשיטת הרמב"ן בשם הגאונים דשלשים יום דמי לקובע זמן, וכן כתב בסי' ע"ח ס"ק כ"ד וכאן יש ט"ס בדברי הגר"א שכתב אבל הרמב"ן עצמו וצ"ל הרב עצמו, וכונתו על המחבר כמו שכתב בסי' ע"ח ס"ק ח', וכתב כאן וכן בסי' ע"ח דכן הוא דעת הרמב"ם דסתם הלואה וסתם שכירות דהוי ל' יום הוי כמו תוך זמנו, ודברי הגר"א תמוהים דהרמב"ן בב"ב דף ה' בסוגיא דתוך זמנו כתב להדיא בשם הגאונים דדוקא קובע זמן ולא תוך שלשים ולא הביא שום חולק ע"ז, (ואפשר דבזמן הגר"א עוד לא נדפס חדושי הרמב"ן על ב"ב) וע"כ דחילוק גדול הוא

בין דין תוך זמנו דאמרינן דאיכא חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, ובין דין דאם קנו מידו לענין אם כותבין ונותנין אם חיישינן לפרעון, דשפיר יש לומר דבתוך שלשים בסתם אינו עומד לפרעון ולא חיישינן לפרעון, אבל כל זה באינו טוען פרעתי אבל בטוען פרעתי לא אמרינן דאיכא חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, אלא דוקא בקובע זמן משום דשמא לוה זה לא הי' צריך לשלשים יום, ולכן אף דלא הי' מחוייב לשלם קודם ל' יום מ"מ כיון שהיו לו מעות פרע דלא הי' צריך יותר, אלא דמ"מ למיחש לא חיישינן אם אינו טוען דבסתמא כיון דאינו מחוייב לפרוע אינו פורע, ומצינו כעין זה בדין עביד אינש דפרע ביומא דמשלם זימני' שכתב בזה הראב"ד בש"מ בב"מ דף ק"ב דלא מהני זה אלא בטוען שפרע, אבל ליתומים לא טענינן הכי דמ"מ לא שכיח שיפרע עד אחר זמנו.

אכן בדין כל שלשים יום בחזקת שלא נתן לגבי שוכר אין לזה שייכות כלל לדין סתם הלואה שלשים יום דהתם אינו אלא בדין סתם הלואה כמו שבארנו, אבל שלשים יום בדין שכירות הוא בעיקר דין תשלומים דשכירות אינה משתלמת אלא בסופה, וכיון דסתם שכירות הוא על ל' יום והוא בין לגבי השוכר בין לגבי המשכיר א"כ עיקר חיוב התשלומין הוא אחר ל' יום ובזה שפיר אמרינן דבתוך ל' הוי תוך זמנו, אלא דמ"מ סובר הרמב"ם דכל זה אינו אלא בדין כל ל' יום דבזה תניא כל ל' יום בחזקת שלא נתן, אבל אחר ל' יום אף דגם בשכירות על י"ב חודש תנן בב"מ דף ס"ה דמרבין על השכר, ואמר ע"ז בגמ' משום דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף מ"מ לא דמי דל' יום כיון דסתם שכירות בית הוא על ל' יום א"כ בודאי עוד לא נתחייב בתשלומין, אבל ביותר מזמן זה הי' מקום לומר דמה ששכר ממנו על זמן הוא רק תנאי בזמן קנין השכירות, אבל אין זה שכירות אחת וכמו אם שכר ממנו בית על חמשים שנה, לכאורה לא מסתבר שיהי' דין תשלומי השכירות אחר חמשים שנה, אלא דמצינו בדף קי"א בשכירות פועל בשכיר שבוע דהיינו שבעה שנים דאינו גובה השכירות אלא אחר השבוע, אבל מ"מ יש לומר דאף דלא יוכל המשכיר לגבות השכירות קודם משום דלא התנה שישלם לו קודם ויוכל השוכר לטעון שזהו שכירות אחת, אבל עכ"פ לא נוכל לומר דיש בזה חזקה שבודאי לא נתן השוכר שכירות קודם הזמן דאפשר השוכר בעצמו לא חשב שיהי' כל הזמן שכירות אחת, ואפשר דהזמן לא הי' רק לדין קנין השכירות שעד זמן זה לא יוכלו שניהם לחזור, ולכן כיון דתניא כל ל' יום סובר הרמב"ם דחזקה שלא נתן ליכא אלא על ל' יום דזהו הפחות שבזמן שכירות שאין שוכרין על פחות מל', וכמו שהביא הגר"א מר"ה דף ה' אבל אם שכר על יותר זמן אף דתנן דגם בשכירות על י"ב חודש אמרינן דאינה משתלמת אלא לבסוף אין זה מדין ודאי ולא נוכל לומר על זה חזקה שלא נתן דאפשר הי"ב חודש

הוא רק הארכת זמן הקנין, אבל בדעת השוכר הי' לשלם כדרך סתם שכירות שהוא בסוף חודש, וכמו בסתם הלואה שכתבו התוס' ושאר ראשונים דאף דלא יוכל לתבוע ממנו קודם מ"מ חזקה שלא פרע ליכא.

והנה התוס' בב"ב דף ה' ד"ה כי היכי הקשו על אביי ורבא דאמרי עביד אינש דפרע בגו זימניה מהא דבשוכר אמרינן דכל ל' יום בחזקת שלא נתן, ותירצו דשוכר שאני דשמא יפול ביתו של משכיר ויצטרך השוכר לצאת, ולא ידעתי מה הועילו בתירוצם, דבזה אינו מיושב אלא שלא יוכל השוכר לטעון שנתן תוך ל' יום בעד כל הל' יום, אבל למה לא יוכל לטעון באמצע הל' יום שכבר נתן חצי השכירות בעד הזמן שכבר דר, ולכן ע"כ מוכח מזה דשוכר לא דמי ללוה דבהלואה אפשר שאח"כ שקבע זמן הי' לו מעות ואינו רוצה להשהות המעות של המלוה ולקבל ממנו טובה בחנם, ובזה מהני סברא דכי היכי דלא ליטרדן, אבל כל זה בהלואה דעיקר ההלואה הוא טובה מהמלוה להלוה, אבל בשכירות שמעיקר הדין אין השוכר מחוייב ליתן שכירות קודם סוף הזמן גם אביי ורבא מודו דחזקה שלא פרע תוך הזמן ולא מהני בזה הא דכי היכי דלא לטרדן כיון דאכתי אינו מחוייב כלל לשלם, והוצרכתי לזה בשביל דעת הרמב"ם דלסברת התוס' א"כ גם בשכירות על שנה ג"כ איכא סברא דשמא יצטרך השוכר לצאת, אבל לפימש"כ מיושב דהא אין אנו דנין אלא על זמן שכבר דר, וכיון שכתבנו דבשכירות שנה ליכא חזקה לכן כתב הרמב"ם דדוקא כשפירש להדיא שישלם לו שכירות בסוף השנה דאז הוי קובע זמן וכנ"ל.

הלכה ה

השוכר פרדס או שהי' משכון בידו לו' שנים ויבש הפרדס בתוך הזמן ימכרו עציו וילקח בהן קרקע ויאכל פירותיו עד סוף זמן שכירתו או זמן המשכון, וגוף האילנות שיבשו או נקצצו שניהם אסורים משום רבית המלוה והלוה.

השגת הראב"ד. השוכר פרדס או שהי' משכון עד משום רבית המלוה והלוה. א"א אין כאן רבית אלא המלוה אסור משום דקא כליא קרנא והלוה אסור משום דמשתעבדי למלוה עכ"ל.

וגוף האילנות שיבשו, כתב המ"מ דרש"י מפרש בקונה בזמן שהיובל נוהג והר"א ורבינו מפרשים במלוה ולוה, ומה שכתב בשם פירש"י כבר העיר הלח"מ דרש"י שלפנינו פי' במשכנתא וגירסא אחרת הי' להמ"מ, אבל דברי המ"מ אינם מדוקדקים, דמקודם כתב דמקור ד' הרמב"ם הוא מעשה בהמקבל דף ק"ט ופסק כרבא, וא"כ מה שייך לומר דרש"י מפרשה בקונה שדה בזמן שהיובל נוהג דהא בזמן אביי ורבא לא נהג יובל, ועובדא

דפרדיסא דפליגי אביי ורבא ע"כ הי' במשכנתא, ואפשר לומר רק דהברייתא דפריך מינה לאביי דקתני יבש האילן או נקצץ שניהם אסורין בו הוא בקונה שדה בזמן שהיובל נוהג, אלא דבפירש"י שלפנינו גם בברייתא פי' במשכנתא קאי, ובפירש"י שלפני המ"מ הי' דקאי בקונה בזמן שהיובל נוהג, אכן הך ברייתא נמצאת בתוספתא דערכין פרק ה' א' דמתחיל בדין המוכר שדהו בשעת היובל ובהלכה זו קתני אילן שנקצץ או שיבש שניהם אסורין בו, כיצד יעשה ימכר וילקח בהן קרקע ויאכל פירות, ותימה על המ"מ דברייתא זו פסקה הרמב"ם בפי"א מה' שמיטה ויובל כלשון הברייתא וז"ל, אבל אילן שנכסח או שיבש, שניהן אסורין בו כיצד יעשה ימכר וילקח בדמיו קרקע והלוקח אוכל פירותיה עד שתגאל השדה מידו, ומבואר דהרמב"ם פסק ב' ההלכות כאן לענין משכנתא ושוכר ושם לענין קונה בזמן היובל.

איברא דבגמ' בב"מ דף ע"ט מוכח להדיא דהגמ' אינו מפרשה בקונה בזמן היובל דפריך שם מהך ברייתא לרב דאמר מכלינן קרנא דהא הכא כיון דקונה בדמיו קרקע ויוצאת ביובל וכליא קרנא, ומתרץ לבסוף דהב"ע בזמן שאין היובל נוהג, וע"כ דברייתא זו נשנית בגמ' בסתם ומפרשה הגמ' במשכנתא, ומשום זה ברש"י שלפנינו פי' דהוא במשכנתא, אבל זה הוא לפי מה דמתרץ בגמ' אליבא דרב דאמר לא מכלינן קרנא, אבל לפי"מ דקיי"ל כשמואל דמכלינן קרנא א"כ מצינן לאוקמי הברייתא במוכר בזמן שהיובל נוהג וכמו שנשנית כן בתוספתא, ומ"מ כיון דפלוגתא דאביי ורבא בפ' המקבל ודאי איירי במשכנתא, לכן קבע הרמב"ם ההלכה בין במשכנתא בין בקונה בזמן שהיובל נוהג.

ובטעמא דמילתא דשניהם אסורים בו כתב הרמב"ם דהוא משום רבית והראב"ד כתב דאין כאן רבית אלא המלוה אסור משום דכליא קרנא דלוה, והמלוה אסור משום דמשתעבד למלוה, וטעמו של הרמב"ם נראה דסובר דלשון שניהם אסורין לא משמע כד' הראב"ד דא"כ הו"ל למתני שניהם אין להם רשות ליטול, אבל אסורים משמע דאפי' ברצון שניהם ובטעמא דהוי רבית כתב המ"מ דאם המלוה יטול א"כ מה שאכל עד עתה הפירות הוי רבית, ואם יטול הלוה יצטרך להחזיר מעותיו למלוה, ונמצא שנתן הפירות ברבית, וכתב ע"ז המ"מ ועדיין הדבר צריך עיון, ובאמת עוד אינו מיושב כמו שנבאר, והנה בדין אכילת פירות במשכנתא יש ב' דרכים א' בנכייתא ב' במשכנתא דסורא, בנכייתא הוא שמנכה לו דבר מועט בכל שנה והמשכנתא היא על שנים ידועות, וככלות הזמן מחויב לשלם הקרן בנכוי הפירות שאכל לפי הדמים המועטים שקצבו, ובמשכנתא דסורא הוא באופן שככלות שני המשכנתא ינוכה כל החוב בדמי הפירות, והקרקע תחזור לבעלי', ומקצת הגאונים אוסרים בנכייתא והרמב"ם מתיר בנכייתא

בשדה ואוסר בחצר והרשב"א מתיר גם בחצר, ובדין משכנתא דסורא סובר הרמב"ם דיש רשות ללוה לסלקו תוך הזמן לשלם מותר המעות, והראב"ד כתב דא"כ מה בין זה לנכייתא, ודעת הרמב"ם דמשכנתא דסורא הוי כמו שכירות, ומה שהתנה הלוה שיוכל לסלק אינו אלא תנאי וכל תנאי בשכירות קיים, וכן כ' המ"מ דכיון דהמלוה אינו יכול לגבות הוי כמו שמכר לו הפירות.

ועכשיו קשה דלא מיבעי בנכייתא הא ודאי ככלות הזמן ישאר מותר הקרן חוב ומ"מ מותר לאכול מקודם הפירות בנכייתא בעד דבר מועט, וא"כ מה בכך שכשיבש האילן יגבה המלוה את העצים בשביל הקרן, ואף שבהיתר שדה בנכייתא כתב הרמב"ם דשמא יפסיד המלוה בזריעת השדה ואין הריוח ברור, וא"כ לכאורה אין כן בכרם, אבל באיסור בנכייתא כתב "בית" דהשכר ודאי ובפרדיסא אמר בגמ' בדף ע"ג דזימנין דאיכא תיוהא, וכן כתב רש"י בדף ס"ד ע"ב מכאן דבכרם מותר בנכייתא, ואפי' במשכנתא דסורא דליכא מלוה כלל מ"מ לדעת הרמב"ם שהלוה יכול לסלק תוך הזמן א"כ למה אסור להלוה ליקח העצים בשביל שיצטרך להחזיר המעות בתוך הזמן, והתימה על המ"מ שלא עמד בזה.

והנראה בזה דהנה מהך טעמא דסובר הרמב"ם דבשדה מותר בנכייתא דאין הריוח ברור מטעם זה סובר בפ"ו הל' ז' דמשכנתא בלא נכייתא בשדה הוי אבק רבית ובבית הוי רבית קצוצה, וכתב בטעמא שאין הממשכן את השדה דומה לממשכן בית שהרי אין בשדה פירות מצויין בעת ההלואה, ואפשר שירויח ויהיה שם פירות ואפשר שיפסיד בזריעתה ועבודתה, ולפיכך הוא אבק רבית, וקשה על זה ממה שכתב בהל' ה' המוכר בית או שדה ואמר המוכר ללוקח לכשיהיו לי מעות תחזיר לי קרקעי לא קנה, וכל הפירות שאכל רבית קצוצה ומוציאין אותם בדיינין, וכן כתב בהל' ד' דהמלוה על השדה ואמר אם לא תחזיר לי מכאן עד שלש שנים הרי היא שלי לא קנה, מפני שהוא אסמכתא, לפיכך מנכה כל פירות שאכל מפני שהוא רבית של תורה דאמאי הוי ר"ק הא אין הפירות מצויין בעת ההלואה, ובמאי גרע מכר שלא נתקיים המקח מהלואה גמורה.

והראב"ד שהשיג בהל' ד' לא השיג בהל' ה' ומה שכתב אין הדעת מקבלת שיהא זה רבית קצוצה אין זה משום דבשדה לא הוי ר"ק דהא חלק בהל' ז' על הרמב"ם, וכתב דמי שסובר דמשכנתא בלא נכייתא הוי ר"ק סובר כן אף בשדה, אלא טעמו משום דלא אמר לו שיאכל הפירות בתורת הלואה אלא שהשדה תהי' שלו בקנין, רק שאנו אומרים דהוי אסמכתא ולא גמר והקנה, וכן הוא דעת הרא"ש, אבל הרא"ש הוסיף דא"א לומר משום ר"ק דהא רבינא גופי' סבר דמשכנתא בלא נכייתא לא הוי ר"ק, ובסי' קע"ד ס"א בדין מכר לו שדה ואמר לו לכשיהיו לי מעות תחזירם לי שכתב המחבר כלשון הרמב"ם

בהל' ה' כתב הש"ך דלדעת האומרים דמשכנתא בלא נכייתא הוי אבק רבית ה"ה הכא, ולא העיר דעכ"פ דעת הרמב"ם צריך ביאור דסובר דמשכנתא בלא נכייתא בשדה הוי אבק רבית ומ"מ סובר בהל' ד' וה' דהוי ר"ק.

ונראה בדעת הרמב"ם דמחלק בין משכנתא בלא נכייתא, ובין הא דהל' ד', והל' ה', דבמשכנתא בלא נכייתא אם באנו לומר דהוי ר"ק עלינו לומר דזהו מה שהקנה לו השדה במשכנתא ע"מ שיאכל הפירות, אבל אין יכולין לומר דעיקר אכילת הפירות הוי רבית דכיון שכבר הקנה לו השדה על זה א"כ הפירות הם שלו, ולכן כתב הרמב"ם בהל' ז' דבשדה לא הוי ר"ק שהרי אין הפירות מצויין בעת ההלואה ואפשר שירויח ויהיה שם פירות ואפשר שיפסיד בזריעתה ועבודתה, אבל בב' הלכות אלו היינו בהל' ד' וה' הא לא הקנה לו השדה קנין על אכילת הפירות דבהל' ד' הא הוי אסמכתא ולא קנה ובהל' ה' הא אמר לו לכשיהיו לי מעות תחזיר לי קרקעי, וא"כ כמו שלא קנה הקרקע כן לא קנה זכות פירות בקרקע, וכיון שעכ"פ נעשה באופן שיאכל הפירות הרי הן רבית ברורה, ומה שאינו ברור אם יהיו פירות לא גרע מצד אחד ברבית גבי בתי ערי חומה, דלרבנן הוי רבית גמורה והתורה התירה, בערכין דף ל"א, ועיין בב"מ דף ס"ג ובתוס' שם, ולכן גם קציצה על ספק הוי קציצה, ומה שכתב הרמב"ם גבי משכנתא בלא נכייתא דלא חשיב קציצה, דאפשר שירויח ואפשר שיפסיד היינו דמה שהקנה לו השדה שיהי' לו זכות לאכול הפירות אין בזה ריוח ברור וממילא לא חשיב קציצה בשעת ההקנאה, ואח"כ כשאוכל הפירות הא שלו אוכל וכמש"כ.

ועכשיו נוכל לבאר מה דסובר הרמב"ם דשניהם אסורין מדין רבית, דאף דהרמב"ם סובר דמשכנתא בנכייתא מותר מ"מ כאן אסור, משום דזה ודאי דיבש האילן או נקצץ אף דאמר בגמ' מה יבש בזמנו, אין הכונה דידעו מתחלה המלוה והלוה דהא אמר להדיא דמשכין ליה פרדיסא לעשר שנין וקש לחמש שנין, ופי' בזמנו היינו דנתגלה דהפרדס זקן יותר ובחמש שנין כבר הגיע זמנו שיתייבש, ומה דאמר ע"ז בזמנו היינו משום דכשנקצץ שלא בזמנו ודאי אין להעצים דין פירות, אבל כשיבש בזמנו יש סברא לומר דהעצים יהיו כמו פירות, ולפי"ז מכיון שאנו אומרים שאין להעצים דין פירות ואין להמלוה רשות ליטלם בדין פירות, א"כ יש בזה טעות בהמשכנתא, ואם נאמר שהמלוה יטול אותם על הקרן היינו משום גדר בטול ההלואה דבלא זה אין לו עוד רשות לגבות הקרן דהא הלוה לו לעשר שנים, וכן מה שכתב המ"מ דאם יטול הלוה יצטרך לשלם להמלוה המעות הוא ג"כ משום זה דלא ע"ז הלוה לו שלא יהי' לו פירות.

וכיון דנחתינן לדין ביטול ההלואה א"כ לא דמי למשכנתא בנכייתא דהי' לו זכות קנין

בקרקע, אבל כאן כיון שאנו דנין בזה דין טעות א"כ הוי סתם הלואה בלא משכנתא דבזה אנו דנין בזמן אכילת הפירות, ואז כיון שאכל המלוה הפירות בעד דבר מועט שלא לפי שויים. שפיר הוי רבית ושפיר תניא שניהם אסורים ולא תני דאין להם רשות ליטול, דאפי' ברצון הלוה אסור משום דלא דמי למשכנתא בנכייתא, ולמשכנתא דסורא דיכול הלוה לסלקו לדעת הרמב"ם, דהתם עכשיו אוכל המלוה מדין קנין משכנתא אלא שהוא תנאי שיכול לסלקו, וכמו שכתב הרמב"ם דכל תנאי בשכירות קיים, אבל כאן שאנו דנין כמק"ט נתבטל הקנין לגמרי ונשאר כל מה שאכל בדין רבית, ואף שנתבטלה ההלואה מ"מ גם בעד ההלואה בטעות אסור ליקח רבית, ובפרט דכל הטעות הוא בזה שאין לו פירות ואין לו רווחים, ולא דמי לנוטל מעות של חברו שלא ברשות ומתעסק בו, דמבואר בחו"מ סי' רצ"ב דמותר ליקח ריוח כיון שלא הלוהו דהתם אין שם הלואה כלל, אבל הכא כיון שהי' הלואה אסור ליתן וליקח רבית.

פרק ח

הלכה ה

השוכר או המקבל שדה מחבירו ואכלה חגב או נשדפה אם אירע דבר זה לרוב השדות של אותה העיר מנכה לו מחכירו הכל לפי רוב ההפסד שארעו, ואם לא פשטה המכה ברוב השדות אינו מנכה לו מחכירו.

השוכר או המקבל, המ"מ הביא דברי רש"י במשנה דזה ליתא אלא בחכירות דאי בקבלנות, מאי מנכה איכא מה שימצאו יחלוקו, ולכן תמה המ"מ על הרמב"ם שכתב או המקבל ודחק דהכונה המקבל בחכירות, והוא תמוה דמאי נ"מ בין שוכר לחוכר, וזה כבר ציין המגיה, ועוד דבהל' א' וב' ביאר הרמב"ם להדיא דחוכר ומקבל הם שני ענינים.

ונראה דהרמב"ם סובר דגם במקבל שייך האי דינא שאם מנהג המדינה לקבל שדה בינונית שיטול המקבל שליש ובשדה זיבורית ליטול מחצה ומשום שהמקבל רוצה שיהי' לו שכר עבודתו, וא"כ אם שדה זו היא בינונית וקבל בעד שליש כיון שהוא מכת מדינה ואמרינן דהוא מזל הבעלים א"כ הוי כמו שהיא שדה זיבורית שנוטל מחצה, והנה בהא דאמר רב פפא בדף ק"ד הני תרתי מתניתא קמייתא משכחת לה בין בחכרנותא בין בקבלנותא ובהך מתני' הא תנן המקבל שדה מחבירו והיא בית השלחין או בית האילן יבש המעין ונקצץ האילן אינו מנכה לו מן חכורו, אם אמר לו חכור לי שדה בית השלחין זו, או שדה בית האילן זה יבש המעין ונקצץ האילן מנכה לו מן חכורו. ופירש"י כי היכי דבחכירות כשיבש המעין מנכה לו ה"נ בקבלנות אם קבלה לשליש ולמחצה

הכל לפי מה שנפסד, והנה א"א לומר דכונת רש"י דממילא נפסד הבעלים כיון שהיא עושה פחות, דא"כ מאי נ"מ בין רישא לסיפא דהא גם ברישא לא יטול המקבל פחות משליש או מחצי ממה שגדל, וע"כ דכונת רש"י דהכל לפי מה שנפסד ינכה לו לפי ערך ממה שצריך המקבל ליתן להבעלים, וכן מבואר בש"מ בשם הרב ר' יונתן וז"ל, והשני' והיא בית השלחין או בית האילן וכו', כמו כן בתרווייהו איתא שאם קבלה בשליש או בחכירות בעשרת כורין לשנה לא יאמר לו כיון שיבש המעין או נקצץ האילן אפחות לך מן החכירות או הוסיף לי על הקבלנות עכ"ל, והיינו ברישא דאינו מנכה לו ובסיפא ע"כ דמוסיף לו על הקבלנות.

איברא דהתוס' הקשו דלמה ינכה לו דהא גבי אכלה חגב אם מכת מדינה מנכה לו מחכירותו ולא איירי אלא בחכירות דבקבלנות אינו מנכה לו, ותירצו דהכא כיון דאמר לו בית השלחין זו ועומד בתוכה רוצה לומר כל זמן שתהא בית השלחין. אבל הרמב"ם בהל' ג' כתב בהך דינא דאם היתה מכת מדינה מנכה לו אפי' לא אמר לו בית השלחין זו. והלח"מ רוצה לפרש שם דקאי רק על חוכר וא"א לפרש כן דהא כתב להדיא החוכר או המקבל, וע"כ דהרמב"ם מפרש כפשטה דהך מתני' דאיירי בין בחכירות בין בקבלנות משום דבקבלנות שייך נמי לנכות. ומה דהוצרך הגמ' לאוקמי כגון שעומד בתוכה ואמר לו בית השלחין זו זהו בשביל מה דפריך ולימא ליה שמא בעלמא אמרי לך, וזהו דוקא כשלא הי' מכת מדינה, אבל אם הי' מכת מדינה לא צריך לזה דעכ"פ מזל הבעלים גרם שלא צמחה השדה, וכיון דהך מתני' הוא גם בקבלנות ושייך לנכות א"כ גם באכלה חגב כן, ור"פ אינו מכוין על אכלה חגב דזהו דומיא דהנך תרתי וגדר אחד להם רק דבאכלה חגב צריך מכת מדינה ושפיר כתב גם כאן השוכר או המקבל.

הלכה יג

המקבל שדה מחבירו ואחר שזכה בה הובירה שמין אותה כמה היא ראוי' לעשות ונותן לו חלקו שהי' מגיע לו, שכך כותב לבעל הקרקע אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, והוא הדין אם הוביר מקצתה, ומפני מה נתחייב לשלם מפני שלא פסק על עצמו דבר קצוב כדי שנאמר הרי היא כאסמכתא, אלא התנה שישלם במיטבא ולפיכך גמר ושעבד עצמו, אבל אם אמר אם אוביר ולא אעביד אתן לך מאה דינרין הרי זו אסמכתא ואינו חייב לשלם אלא נותן כפי מה שראויה לעשות בלבד.

שכך כותב לבעל הקרקע, כתב המ"מ ופי' אע"פ שלא כתב לו ממש לשון זה הרי דינו כמו שכתב דכתנאי בית דין דמי וכ"כ הרמב"ן והרשב"א ז"ל וכ"כ רבינו יצחק אלברצלוני תשובה לרבינו האי גאון ז"ל דהא מתניתא כתנאי ב"ד דמיא אע"פ שלא כתב

כמו שכתב דמי עכ"ל, והנה מלשון הרמב"ם לכאורה לא משמע כדברי המ"מ דכיון שכתב לשון המשנה כפשטה וביאר טעמא משום מה לא הוי אסמכתא מוכח דהוא רק בשביל שנתחייב, ואף דטעם זה מבואר בגמ'. ולדברי הרמב"ן והרשב"א וכן כתבו התוס' צ"ל דאי לא הי' מועיל תנאי מפורש לא היו עושים תנאי ב"ד, או לא מהני תנאי ב"ד. דרק כיון דמהני תנאי מפורש אמרינן דע"מ כן קבל כדרך שאר המקבלים. מ"מ בדברי הרמב"ם לכאורה לא משמע כן מדלא הזכיר זה והי' לפרש, אכן יש לחזק שיטתו של המ"מ בדעת הרמב"ם ממה שכתב דאם אמר אם אוביר ולא אעביד אתן לך מאה דינרין הרי זה אסמכתא ואינו חייב לשלם אלא כפי מה שהיא ראוי' לעשות וקשה דכיון דבמה שכתב לא נתחייב משום דהוי אסמכתא, א"כ למה יתחייב במה שהיא ראוי' לעשות וע"כ דאפי' לא כתב כמי שכתב דמי.

לכן נראה דיש יסוד לזה מדין בע"ח גובה את השבח מטעמא שכך כותב לו מוכר ללוקח אנא איקום ואשפי וכו' וממקבל מתנה אינו גובה כדאיתא בב"מ דף ט"ו ואמר שם דמתנה דלא כתיב ליה הכי ה"נ דלא טריף שבחא שכתב הרמב"ם בפ' כ"א מהל' מלוה הל' ג' וז"ל, ולמה יטרוף בע"ח חצי השבח מן הלוקח. ולא יטרוף ממקבל מתנה כלום מפני שהמוכר כותב ללוקח בשטר מכירה שאני מחוייב לך בקרן ובעמל שתעמול ובשבח שתשביח וכו', ואפי' לא כתב כבר נודע שזה דין המוכר עם הלוקח. ומבואר דאף דיסוד ההתחייבות הוא ע"י מה שכך כותב לו מ"מ ע"מ כן מכר המוכר ללוקח וע"מ כן קנה הלוקח ומדין אחריות ט"ס, ולכן גם כאן כיון שדרך המקבלים לכתוב כן מתחייב גם אם לא כתב וכדברי המ"מ. וכתב הרמב"ם זה במה שכתב בדין אם אמר אם אוביר ולא אעביד אתן לך מאה דינרין שהרי זה אסמכתא ומ"מ חייב ליתן כפי מה שראוי' לעשות וכנ"ל ועיין מש"כ בפ' ב' סוף הל' ג'.

ובמה שכתב המ"מ מדברי הר"י אברצלוני בשם רב האי גאון דהא מתני' כתנאי ב"ד דמיא אע"פ שלא כתב כמו שכתב דמי אני תמה שהוא סתירה לדבריו בספר המקח הבאתי דבריו בפי"א מהל' מכירה הל' א' ב' בד"ה והנה, דעיקר דין אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דמהני ההתחייבות הוא משום דמעיקר הדין הוא מחוייב מתורת מזיק ע"ש שבארתי דבריו, וע"כ צ"ל שיש כאן חזרה, רק שאין אנו יודעים מה כתב מקודם, אבל ליישב שניהם א"א וצ"ע.

פרק ט

הלכה ג

אמר לשלוחו צא ושכור לי פועלים וכו' אמר לו בעה"ב בארבעה והלך השליח ואמר להם בשלשה, ואמרו לו כמו שאמר בעה"ב אע"פ שמלאכתן שוה ארבעה אין להם אלא שלשה שהרי שמעו שלשה וקבלו עליהם.

אין להם אלא שלשה, בגמ' הוא אבעיא אי אדבורא דבעה"ב סמכי או אדבורא דידיה, והביא המ"מ מה שכתב הרי"ף שלא איפשטא הילכך לית להו אלא תלתא, וקשה דהרי"ף אין דרכו להביא דין דאם תפס אין מוציאין מידו, אבל הרמב"ם שכותב כן בכל ספק אבעיא, למה לא כתב דאם תפסו ארבעה אין מוציאין מידן, ועוד דמדברי הרמב"ם שכתב שהרי שמעו שלשה וקבלו עליהם מוכח דכונתו דבודאי אין להם אלא שלשה, וזהו אי אדבורא דידיה סמכי, והנה בפ"ו מהל' גירושין הל' י"ב עמד הלח"מ במה שכתב שם הרמב"ם כיון שהגיע גט לידה מגורשת, דכיון דבגמ' הוי ספק אי אדבורא דידה סמיך או אדבורא דידיה היה צריך לכתוב שאם לא הגיע הגט אלא לידו הוי ספק מגורשת, וכתב שם דכאן בהל' שכירות דהוא ספק ממון מיושב דנקטינן לקולא, אבל באמת גם כאן אינו מיושב וכנ"ל, והלח"מ מפרש שם דגם דעת הרמב"ם כן דאם לא הגיע הגט אלא לידו הוי ספק מגורשת, ולא משמע כן דבודאי הי' להרמב"ם לכתוב כן כיון דהספק מפורש בגמ'.

והנה בפ"ו מהל' גירושין הל' י"א י"ב כתב וז"ל שליח האשה שבא לקבל גט מן הבעל, ואמר לו שליח קבלה אני ואמר לו הבעל הילך גט זה כמו שאמרה כלומר איני עוקר שליחותך אלא בין שעשתה אותך שליח קבלה או שליח הבאה, הרי אתה כמו שאמרה והביא את הגט, ואמרה לו לא שליח קבלה שמתיך אלא שליח הבאה, אפי' הגיע גט לידה אינה מגורשת שהרי עקר השליח שליחות שאמרה היא, ואמר לבעל מעולם לא נעשיתי שליח הבאה לה, אמר לבעל שליח הבאה אני ואמר לו הבעל הילך כמו שאמרה והביא את הגט, ואמרה לו שליח קבלה שמתיך כיון שהגיע גט לידה מגורשת שהרי לא עקר שליחות שאמרה אלא גרע אותה שהרי היא אומרת לקבלה, והוא אומר לבעל להבאה בלבד עכ"ל, ודברי הרמב"ם תמוהים מאוד במה שכתב כלומר איני עוקר שליחותך אלא בין שעשתה אותך שליח קבלה או שליח הבאה הרי אתה כמו שאמרה דהא זהו אי אדבורא דידה קא סמיך, וכיון דהוא ספק בגמ' איך פירש בודאי שכן הוא כונת הבעל, ועוד הא מבואר בגמ' בהתקבל לי גיטי ואשתך אמרה הבא לי גיטי דאי אדבורא דידה סמיך משהגיע גט לידו מגורשת, וא"כ למה כתב בהל' י"ב דמשהגיע גט לידה מגורשת, והלח"מ הקשה רק למה לא כתב דהוי ספק מגורשת אם הגיע גט רק לידו ולפי המבואר

מדבריו דמפרש בודאי דאדבורא דידה סמיך א"כ צ"ל ודאי מגורשת.

ונראה דהרמב"ם סובר דמה דאמר בגמ' דאי אדבורא דידה קא סמיך צ"ל דמשהגיע גט לידה מגורשת היינו מקמי דאסיק רב אשי דמכאן אין ראי' משום דעקר שליחותיה, ורב אשי אמר דאי הוי אמר רב נחמן דמשהגיע גט לידה מגורשת הוי מוכח דאדבורא דידה קא סמיך, וע"כ הוי אמרינן דאף דהשליח אמר הבא לי גיטי ולא התקבל מ"מ כיון דהבעל אמר הילך כמו שאמרה ואמרינן דכונתו דסומך על דברי אשתו, וכיון שהשליח קבל ממנו הגט אמרינן דקבל על דעת זה שנתן לו ולכן נעשה שליח קבלה, ולפי"ז גם בהבא לי גיטי ואשתך אמרה התקבל לי גיטי הי' צ"ל דמשהגיע גט לידה מגורשת, ולא שייך לומר דהא עקר שליח לשליחותיה, כיון דאנו אומרים דהשליח כשקבל הגט הסכים לדברי הבעל שאמר לו הילך כמו שאמרה, אלא דרב אשי סתר סברא זו ואמר דאין ראי' מכאן דאדבורא דידיה קא סמיך משום דאפי' אם הבעל רצה ליתן לו כמו שאמרה האשה, אבל השליח הא עקר לשליחותיה ולא הסכים לדברי האשה, ולכן לפי"ז גם בהתקבל לי גיטי ואשתך אמרה הבא לי גיטי לא נימא דאי אדבורא דידה סמיך צ"ל דמשהגיע גט לידו מגורשת, דעכ"פ השליח הא אמר הבא לי גיטי ואף דלא אמרינן בזה דעקר שליח לשליחותיה, אבל גרע אותה וכמו שכתב הרמב"ם, ולפנינו נבאר החילוק בין זה לזה, ולכן שפיר נוכל לומר דהרמב"ם סובר דהמסקנא הוא דבודאי אדבורא דידה קא סמיך וכמו שכתב כלומר וכו,' וטעמו משום דפשטות הדברים מלשון הילך כמו שאמרה ודאי הוא דאדבורא דידה סמיך אלא דהגמ' הוי בעי להוכיח כן מדאמר רב נחמן דאפי' משהגיע גט לידה אינה מגורשת אבל כיון דדחי רב אשי, א"כ בודאי מפרשינן כפשטא דאדבורא דידה סמיך.

והנה עיקר דינא דהתם דאמרינן דעקר שליח לשליחותיה צריך באור דבשלמא לשיטת רש"י ושאר ראשונים דשליח הבאה היינו שליח להולכה שפיר מבואר דכיון דאמר שליח לקבלה הוינא להולכה לא הוינא, א"כ לא קבל שליחות הבעל להוליך הגט, ושליח לקבלה לא נעשה מהאשה, ובודאי גם משהגיע גט לידה אינה מגורשת, אבל לשיטת הרמב"ם דשליח הבאה הוא ג"כ שלוחה של האשה, אלא שהאשה יכולה לעשות שליח לקבל הגט שלא תתגרש אלא כשיגיע הגט לידה, וכמו שבארו הרשב"א והר"ן, ועיין מה שכתבתי בזה בפ"ו מהל' עבדים, א"כ מה איכפת לן במה שאמר השליח שהוא שליח לקבלה כיון דעכ"פ במה שעשתה האשה אותו לשליח הבאה כבר נעשה בזה ידו כידה לענין קבלת הגט, אלא שאם היתה עושית אותו לשליח קבלה היתה מתגרשת תיכף, ועכשיו אינה יכולה להתגרש תיכף בקבלתו, אבל עכ"פ כשיגיע גט לידה אמאי אינה

מגורשת, דהא במה שמתגרשת כשיגיע לידה א"צ לזה דיני שליחות, ואין לומר דכיון שהיא עשתה אותו הבאה והוא אינו רוצה להיות אלא שליח קבלה הוי כמו שאינו רוצה להיות שליח כלל דזה לא מסתבר, דא"כ למה הלך כלל אל הבעל ואמר לו שאשתך אמרה התקבל לי גיטי ונטל ממנו הגט, וע"כ שהוא חשב דאפשר שיהי' שליח קבלה, ועל אופן זה קבל הגט, וא"כ מה איכפת לן שהשליחות לא נתקיימה אלא למחצה והיינו שיהי' ידו כידה לענין קבלת הגט ולא שתתגרש מעכשיו.

עוד קשה דבהלכה י"ב גבי התקבל לי גיטי ואשתך אמרה הבא לי גיטי דפסק הרמב"ם דמשהגיע גט לידה מגורשת כתב בטעמא שהרי לא עקר השליחות אלא גרע אותה וזהו לשיטתו דבין לקבלה בין להבאה הוא שליח האשה, דלפירש"י בודאי הוא עקירת שליחותה של האשה, ורש"י בב"מ הקשה זה דאמאי לא אמרינן בזה דעקר שליחותיה, ותירץ דכיון דניחא ליה בהבאה כ"ש דניחא ליה בקבלה, אבל מדברי הרמב"ם מוכח דאינו סובר דכיון דניחא ליה בהבאה כ"ש דניחא ליה בקבלה, ומ"מ לא אמרינן דעכ"פ לא ניחא ליה בשליחות קבלה אלא בשליחות הבאה והיא לא עשתה אותו לשליח הבאה ולא הוי שליח כלל, אלא דאמרינן דהוא ענין אחד ורק שגרע מהשליחות, והיינו ששליחות הבאה הוא רק חלק משליחות קבלה וא"כ למה אמרינן דאם אמר שליח קבלה אני הוי עקירה משליחות הבאה, ואמאי לא נימא דיש בכלל מאתים מנה ובכלל שליחות קבלה יש שליחות הבאה.

ונראה דגדר שליח הבאה דאמרינן שנעשה שליח שיהי' ידו כידה רק לענין קבלת הגט ולא תתגרש בקבלתו עד שיגיע הגט לידה דלכאורה נימא שאח"כ כשיגיע הגט לידה באיזה אופן שיהי', ואפי' אם יזרוק השליח הגט והאשה תקח אותו מע"ג קרקע גם אז תהי' מגורשת, כיון שכבר נתקיים ונתן בידה בקבלת הגט, אבל מסוגיא זו מוכח דאינו כן, אלא דהשליח צריך שיהי' כידה כל הזמן ושיבוא הגט מידו לידה, וטעמא דאף דמחלקינן מעתה הנתינה לידה עם דין הגירושין או עם קנין הגט, ומטעם זה סוברים הרשב"א והר"ן דאפי' נתינה לפקדון מהני, מ"מ כיון שבשעת הגירושין עכ"פ צריך שיהי' הגט בידה, לכן צריך נמי שלא יהי' הפסק בין נתינת הבעל הגט להאשה או לחצרה, ובין שעת הגירושין ושעת קנינה את הגט, ולכן אם הופסק ע"י בטול הרשות, שיצא הגט מיד האשה או מרשותה לא מהני מה שתקח אח"כ את הגט בעצמה, ואפי' אם נימא שאם הניחו השליח הבאה בין קבלתו לנתינתו איזה זמן במקום מיוחד ואפי' לא יהי' חצרו ג"כ מהני זהו משום דעכ"פ לא נתבטלה משום זה קבלתו וברשותו הוא, אבל אם זרק הגט באופן דלא ניחא ליה שיהי' ברשותו אז לא מהני מה שתקבלו האשה בעצמה, ולפי"ז

מבואר דהיכי שאמרה האשה הבא לי גיטי והשליח אומר שאמרה התקבל כיון דאינו רוצה להיות שליח להבאה אלא שליח לקבלה, א"כ תיכף אחר שקבל הגט כבר אין ידו כידה ולא מהני מה שיבוא הגט אח"כ מידו ליד האשה, ושליח לקבלה לא עשתה אותו.

אלא דלפי"ז צריך ביאור דא"כ כשהאשה אמרה התקבל לי גיטי והשליח אמר שאמרה הבא לי גיטי אמאי מתגרשת כשתגיע גט לידה דהא האשה לא עשתה אותו לשליח להבאה.

ונראה בזה דהנה דין זה שהאשה קונית את הגט אינה צריכה כונה לקנין דהא קונית אותו אפי' בע"כ, וכן אין הבעל צריך להקנות לה וממילא קנתה הגט ע"י הנתינה, ואף דהקצוה"ח סי' כ' כתב דמשום זה מהני גיטו וידו באין כאחד משום דלא בעינן בגט תורת זכי' כיון דמהני אפי' בע"כ, אבל מהא דחזינן דבחצרה שאינה עומדת בצדה מהני לענין דין נתינה ואינה מתגרשת בזה משום דלא קנתה הגט מוכח דבעינן דין קנין בגט, אלא שבגט הוא חדוש דע"י הנתינה היא קונית את הגט ומתגרשת כאחד, ומשו"ה מהני בזה דין גיטו וידו באין כאחד ויסוד הדברים מבואר בירושלמי בתרומות פ"ד ובגיטין פ"ו דאיתא התם אף לענין מתנה כן אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו, תמן התורה זיכת אותה בגטה והיא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלה, ופי' הגר"א דבמתנה לא מהני שליח לקבלה, וכונתו דאף דאפשר לזכות לחברו ע"י אחר זהו מדעת הנותן שהוא מזכה לו בפירוש, אבל שליח לקבלה והוא נותן בסתם לא מהני ודוקא בגט מהני משום שהתורה זיכתה בגיטה.

ולפי"ז נראה דאף שכתבנו דגדר שליח הבאה לדעת הרמב"ם היא שעושית את השליח לגדר חצרה בלא עומדת בצדה כמו שכתב להדיא הרשב"א הבאתי דבריו בהל' עבדים פ"ו מ"מ כשהאשה עשתה אותו לשליח לקבלה והוא קבל השליחות ועכשיו בא להבעל ואמר שליח הבאה אני, אין כונת השליח אלא לענין זה שלא תתגרש ע"י קבלתו, וכיון דבאמת סגי בזה כשיתן לו הבעל ע"מ שלא תתגרש בקבלתו, וכמו באומר לא תתגרשי אלא לאחר ל', ואם יתן לו הבעל בפי' שתתגרש מעכשיו בודאי על אופן זה ביטל שליחותו דהא אומר בפי' שליח הבאה אני, לכן אמרינן דאין בזה עקירה בעיקר אופן קבלתו את הגט מכפי ששלחה לו האשה אלא שלא תתגרש בקבלתו וכיון שאין השליח צריך לכוון לזכות הגט. וממילא קונה אותו האשה כיון שהוא מקבלו ובאמת הוא שליח לקבלה וכיון שעכ"פ ודאי רוצה השליח שכשיבוא הגט ליד האשה תתגרש, ואם נפרש שעקר כל ענין השליחות לקבלה לא תתגרש וכמו שבארנו, לכן מפרשינן דאין כונתו אלא לזה שלא תתגרש בקבלתו אלא כשיבוא הגט לידה, ובזה סגי כשנותן לו הבעל הגט

ע"מ כן. וכשנתן לו הבעל והסכים לדבריו וכמו שבארנו דאף דאומר הילך כמו שאמרה מ"מ מסכים גם לדברי השליח ע"כ נתן לו ע"מ שלא תתגרש אלא כשיבוא הגט לידה.

ועכשיו נבאר דעת הרמב"ם בהלכה שלפנינו שלא פסק דאם תפסו ארבעה אין מוציאין מידן, דבאמת הא בארנו דאדבורא דידה קא סמיך, וא"כ גם הכא אדבורא דבעה"ב סמכי וא"כ לפי סוגיית הגמ' הוי לן למימר דמשלם ארבעה כמו שאמר בעה"ב, אכן בפ"כ מהל' מכירה הל' א' כתב הרמב"ם והוא מתוספתא הביאה הרי"ף פ"א דקדושין וז"ל המבקש לקנות מחבירו מקח, מוכר אומר במאתים אני מוכר לך והלוקח אומר איני קונה אלא במנה, והלך זה לביתו וזה לביתו ואח"כ נתקבצו, ומשך זה החפץ סתם אם המוכר הוא שתבע הלוקח ונתן לו החפץ אינו נותן אלא מנה ואם הלוקח הוא שבא ומשך זה החפץ סתם חייב ליתן לו מאתים, ולפי"ז מבואר דזהו המחלוקת בין ס"ד דגמ' ובין רב אשי דבס"ד הוי סבר דכיון דהבעל אמר הילך כמו שאמרה, והשליח קבל הגט מידו אמרינן דבסתמא נתרצה לדברי הבעל, ואי אמרינן דאדבורא דידה קא סמיך משהגיע גט לידה מגורשת, ודחה רב אשי ואמר דכאן לא דמי להא דתוספתא דהתם הלכו מקודם כל אחד לביתו, ולכן שפיר אמרינן דמי שתבע אח"כ נתרצה לדברי חבירו, אבל כאן אף דהבעל אמר הילך כמו שאמרה. אבל כיון שהשליח לא אמר שמסכים לדבריו, א"כ למה נתן לו הבעל הגט, וע"כ דבנתינתו הסכים לדברי השליח ולא שהשליח הסכים לדברי הבעל.

ולפי"ז גם בהך דינא שהבעלים אמרו לשליח לשכור בארבעה והשליח אמר לפועלים בשלשה והפועלים אמרו כמו שאמר בעה"ב, אף דס"ל דאדבורא דידה סמיך וה"נ הכא אדבורא דבעה"ב סמכי מ"מ הפועלים אין מכירים את בעה"ב ולא הוא שכרן אלא השליח הוא ששכרן, וכיון שהוא לא הסכים לדבריהם למה הלכו בסתם לעשות מלאכתן וע"כ דאף שאמרו כמו שאמר בעה"ב מ"מ בהליכתן למלאכתן נתרצו על דברי השליח שאמר להם בשלשה, והגמ' הוי סבר דכיון שאמרו להשליח כמו שאמר בעה"ב והשליח שתק הוי שתיקה כהודאה והסכים לדבריהם, ולכן מייתי בגמ' סוגיא דהתקבל לי גיטי, ומה דאמר רב אשי על זה, ומוכח מדברי רב אשי דהשליח לא הסכים לדברי הבעל אף שנטל הגט, וכ"ש כאן דליכא רק שתיקה מצד השליח ונמצא דמה דמייתי כאן הסוגיא דגיטין, ומה דאמר ע"ז רב אשי אינו כפי"מ דמפרשים דהגמ' בעי למיפשט דאדיבורא דידי' קא סמכי ואינם נוטלים אלא שלשה ורב אשי דדחי דאפשר דאדבורא דידה קא סמיך וה"נ הכא אדבורא דבעה"ב קא סמכי ונוטלים ארבעה, דבאמת רב אשי לא איירי כלל באבעיא זו דב"מ, אלא בסוגיא דגיטין ובגמ' בב"מ מייתי הסוגיא דגיטין, ומה דאמר ע"ז רב אשי ומינה מוכח דעכ"פ השליח לא הסכים לדברי הבעל, וה"נ השליח לא הסכים

למה שאמרו כמה שאמר בעה"ב, אלא כונתו היתה ששוכרם בשלשה, וכיון שהלכו לעשות כן מלאכתן הסכימו לדברי השליח וזהו שכתב הרמב"ם שהרי שמעו שלשה וקבלו עליהם ובודאי אינם נוטלים אלא שלשה וכנ"ל.

פרק י

הלכה א

המלוה את חבירו על המשכון בין שהלוהו מעות בין שהלוהו פירות בין שמשכנו בשעת הלואתו בין שמשכנו אחר שהלוהו הרי זה שומר שכר, לפיכך אם אבד המשכון או נגנב חייב בדמיו, ואם נאנס המשכון כגון שנלקח בליסטים מזויין וכיוצא בו משאר אונסין ישבע שנאנס וישלם בעל המשכון את חובו עד פרוטה אחרונה.

השגת הראב"ד. לפיכך אם אבד וכו' ואם נאנס המשכון כגון שנלקח וכו' עד פרוטה האחרונה. א"א אין אנו מודים לו ולרבותיו בזה שאם משכנו אחר הלואתו קונה אותו אף לאונסין כר' יצחק עכ"ל.

אם נאנס המשכון כתב המ"מ וז"ל גם זה כדעת הגאונים דלא קיי"ל כשמואל דאמר שאם אין המשכון קיים אין הלוה משלם כלום, וכתב הלח"מ דמשמע מדבריו דלשמואל אפי' אם אבד באונס אבדו מעותיו, וטעמא דכיון דלא אזיל בתר שיווי המשכון א"כ משמע דהוי כאילו אמר לו שלא יפרע אלא אם יחזיר לו המשכון, והביא הלח"מ שמדברי הטור לא משמע כן שכתב הר"י פסק כשמואל ומ"מ נראה שם דהיכי דנאבד באונס לא הפסיד המלוה מעותיו, והנה בדברי הרמב"ם ודאי מוכח דאינו סובר כשמואל דהא כתב הרי זה ש"ש לפיכך אם אבד המשכון או נגנב חייב בדמיו, ומוכח להדיא דיותר מדמי המשכון אינו מפסיד, ודיוק הלח"מ הוא רק ממה שציין המ"מ דבריו על ואם נאנס המשכון אפשר דאינו בדוקא, וכונתו על סוף ד' הרמב"ם דמדבריו שכתב אין הלוה משלם כלום מוכח דע"ז הוא מדייק ממה שכתב הרמב"ם חייב בדמיו, אלא דמ"מ נבאר קצת דברי המ"מ לפי הבנת הלח"מ.

והנה הלח"מ הקשה בזה דהא בגמ' איתא אמתני' דתנן המלוה על המשכון ה"ז ש"ש, פלוגתא דר"א ור"ע דר"א אמר נשבע ונוטל מעותיו, ור"ע אמר אבד המשכון אבדו מעותיו, דמחוורתא מתני' דלא כר"א, ואמר שם לימא בדלא שוי שיעור זוזי ובדשמואל קא מיפלגי, ולדברי המ"מ א"כ אמאי תנן במתני' ה"ז ש"ש, ותי' הלח"מ דעכשיו בעי לומר דבדשוי גם ר"א מודה כדפירש"י, ואף דלפי"ז ע"כ מתני' דלא כר"ע דלר"ע אפי' בלא שוי מפסיד באונס וכ"ש בדשוי, ומעיקרא אמר דא"א לאוקמי מתני' דלא כר"ע,

כתב בזה הלח"מ דעכשיו בעי למיהדר דע"כ מתני' דלא כר"ע כיון דנימא דבדשמואל קמיפלגי, ותירוצו בודאי דחוק.

והנה כקושיית הלח"מ קשה על דברי הראב"ד בהשגות שזהו דעת רש"י דלר' יצחק במשכנו שלא בשעת הלואתו קונה אותו אף לאונסין והקשו התוס' והרמב"ן דא"כ היכי בעי למימר דבדר' יצחק קא מיפלגי דהא אוקמינן כר"ע ותנן ה"ז ש"ש, וכתב בזה הרשב"א דאה"נ דעכשיו דבעינן לומר דר' יצחק הוא אף במשכנו בשעת הלואתו אינו אלא ש"ש כדמוכח ממתני', אבל למסקנא דר' יצחק אינו אלא שלא בשעת הלואתו ומתני' בשעת הלואתו אז נפרש לשון קונה משכון דקונה לגמרי, וא"כ הי' אפשר לפרש גם בהא דשמואל דאף דכדהוי סבר דבדשמואל פליגי ע"כ לא הוי לשמואל אלא ש"ש כדתנן במתני' אבל כדמסקינן דלא פליגי בדשמואל, א"כ נוכל לומר דלשמואל יפסיד אפי' באונס וכסברת הלח"מ, אלא דמ"מ אינו מיושב דאף למסקנא דפליגי בדשוי שיעור זוזי וכן מתני' בדשוי, אבל עכ"פ מוכח ממתני' דבדשוי אינו אלא ש"ש, וא"כ לא נוכל לומר דבדלא שוי שיעור זוזי עדיף יותר ומפסיד באונס, ולמה נאמר דשמואל פליג אמתני'.

אכן נראה דיש לומר דלפי"מ שכתב הלח"מ דמסתבר דלשמואל מפסיד אפי' נאבד באונס לא נאמר כן אלא דוקא בדלא שוי, אבל בדשוי אפי' לשמואל אינו אלא ש"ש וטעמא משום דבדשוי שיעור זוזי הוא משכון גמור ונטלו המלוה לבטחון, ולכן אמרינן בזה דאינו חייב המלוה אלא בדין שומר שכר, ועל זה סמך הלוה שהוא בטוח בשמירת המשכון כיון שהמלוה ש"ש עליו, אבל בדלא שוי המשכון שיעור המעות, ע"כ מכיון שהמלוה הלוהו ע"ז יותר משיעור שויו מסתמא הוא יודע שהלוה צריך להמשכון ובודאי יפדה אותו, וא"כ הלוה מצדו במה הוא בטוח בשמירת המשכון כיון שהמלוה אינו עליו אלא ש"ש ולא ישלם לו אלא כפי שויו, וע"כ דהוי כאלו התנה שלא יחזיר לו המעות אלא כשיחזיר לו משכונו ומשום זה אמרינן דאפי' בקתא דמגלא אם אבד הפסיד המלוה את כל מעותיו, ולכן שפיר מסתבר דאפי' אם אבד באונס, דהא התנאי הוא מצד הלוה דאין הלוה מחוייב לשלם אלא אם יחזיר לו משכונו, ואם כן אמרינן דאונסא לא הוי כמאן דעביד והלוה פטור, ומיושב דלא קשה על שמואל ממתני' וכן מפלוגתא דר"א ור"ע כיון דאוקימנא למסקנא בדשוי שיעור זוזי, ובזה באמת לא הוי אלא ש"ש.

איברא דלפימ"ש התוס' בטעמא דקיי"ל כשמואל משום דלרבה דקיי"ל כוותיה ע"כ פליגי ר"א ור"ע בדשמואל, וקאי ר"ע ומתני' כשמואל וא"כ להך צד דס"ל כשמואל ע"כ דאינו אלא ש"ש, אבל המ"מ בודאי לא נחית לשיטת התוס' דלפי"ז לא הי' צריך לומר דגם זה כשיטת הגאונים דלא קיי"ל כשמואל, דהרמב"ם דפסק כרב יוסף לית לן טעמא

לומר דנפסוק כשמואל, וע"כ דלא מטעם התוס' הוצרך המ"מ לומר דלא כשמואל, וא"כ שפיר נוכל לומר כפימש"כ דלשמואל הוי משום תנאי ומפסיד אפי' באונס ובזה מבואר מה שכתב הלח"מ דמדברי הטור מוכח דלא כהמ"מ שכתב הר"י פוסק כשמואל ומ"מ מוכח שם דאינו מפסיד כשנאבד באונס אבל לפימש"כ הוא פשוט דהר"י דפסק כשמואל מטעם דלרבה מתני' כשמואל ע"כ דבאונס אינו מפסיד וכנ"ל.

ובדרך החדוש יש לומר בטעמא דלפי"מ דבעי לומר דבדשמואל פליגי דאינו מפסיד כשנאבד באונס לפימש"כ דמשו"ה לשמואל מפסיד אפי' באונס משום דע"כ הוי כאלו התנה דמשום דין שמירה אין הלוה בטוח שישמור המלוה את משכונו, וכיון דהוי כאלו הלוה התנה א"כ אינו מועיל להמלוה מה שנאבד באונס דאונסא כמאן דלא עביד וכיון דבזה הוא פלוגתא בירושלמי ועיין בש"ך חו"מ סי' כ"א ור"ל סבר דאונסא כמאן דעבד א"כ יש לומר דבהו"א ע"כ הוי סבר כר"ל דאונסא כמאן דעבד ולכן אף שהוא משום תנאי חייב הלוה לשלם כיון שנאבד באונס אבל לפי"מ דקיי"ל כר' יוחנן דאונסא כמאן דלא עבד שפיר מסתבר דכיון דהוא משום תנאי מפסיד המלוה לשמואל אפי' נאבד באונס.

הלכה ב

כל האומר לחבירו שמור לי ואשמור לך הרי זה שמירה בבעלים אמר לו שמור לי היום ואשמור לך למחר, השאילני היום ואני אשאילך למחר, שמור לי היום ואשאילך למחר השאילני היום ואשמור לך למחר כולן נעשו שומרי שכר זה לזה.

המ"מ כתב דהרמב"ם מפרש דמה דפריך הגמ' ואמאי שמירה בבעלים הוא קאי על כל הברייתא, ולכן כדמשני דאמר שמור לי היום ואשמור לך למחר ה"ה דצריך לתרץ כן בכל הברייתא ולכן כתב השאילני היום ואשאילך למחר ורש"י פי' דלא קאי אלא על שמור לי ואשמור לך והנה הכ"מ מסתפק דאפשר אין כונת הרמב"ם דבכל הבבות צריך דוקא למחר מדלא כתב דין ה"ז שמירה בבעלים אלא בשמור לי ואשמור לך וכתב למחר אגב שכתב גבי שמור לי אלא שהביא דגם בפ' ב' מהל' שאלה כתב הרמב"ם השאילני היום ואשאילך למחר ורצה לדחוק גם שם אבל פשוט שאין מקום לבאר כן בדברי הרמב"ם ובודאי מדכתב למחר מוכח דהוא דוקא בכל הבבות ומה שלא כתב דהרי זה שמירה בבעלים אלא בשמור לי ואשמור לך הוא כמו שנבאר לפנינו.

והנה המל"מ הקשה דאפי' נימא דבהשאילני ואשאילך צריך דוקא ואשאילך למחר, משום דכששואלים זה מזה הרי הם שומרים זה לזה אכתי קשה משמור לי ואשאילך וכן בהשאילני ואשמור לך דבזה אחד הוא השומר והשואל, ואמאי הוי שמירה בבעלים, ולפלא על המל"מ שלא הזכיר שכדבריו מפורש בטור שהביא בשם הרמ"ה דסובר

דבכולן דוקא באומר למחר. ובלא זה הוי שמירה בבעלים וכתב ע"ז הטור דבהשאילני ואשאילך יש לומר כנ"ל. אבל בשמור לי ואשאילך וכן בהשאילני ואשמור לך אין כאן בבעלים.

וראיתי להש"ך שכתב בטעמם של הרמב"ם והרמ"ה משום דכשאמר לו אשאילך דכבר נתחייב להשאיל הוי כמו שמעכשיו החפץ ברשות השואל ובעל הפקדון שומרו עבורו והוא במלאכתו. וכתב דאם אמר לו ואשאילך למחר לא הוי כמו שמעכשיו הוא ברשות השואל. ולכאורה אינו מובן החילוק דהא גם באמר לו למחר ג"כ צריך לשמור החפץ שיוכל להשאילו למחר. ומצאתי להנתיבות שכתב ג"כ שהחילוק אינו מובן. אכן כונת הש"ך הוא פשוט דהא לא נחית משום זה לחוד שעי"ז שצריך לקיים דבריו ולהשאילו מוכרח לשמור החפץ. אלא שהוסיף לומר דכבר הוי כאלו החפץ כבר ברשות השואל. וטעמא משום דזה לחוד לא סגי דאף שהוא מחוייב להשאיל לו הוי כמו שהוא מחויב לו מנה והוא צריך לשלם לו שבודאי צריך הוא לשמור המעות שלו. ומ"מ לא נימא דבשביל זה הוי שאלה בבעלים. שזה אינו אלא חיוב ממון ולא שהוא עמו במלאכתו. ולכן בדיוק כתב הש"ך דכיון שאמר לו ואשאילך הוי כמו שכבר החפץ ברשות השואל. והיינו שאף שע"פ דין עוד לא זכה השואל בהחפץ כל זמן שלא משך אותו מ"מ מצד אמירה כיון שבכל רגע יכול השואל ליקח החפץ הוי כמו שהוא כבר ברשותו וממילא נקרא שבעל הפקדון שומר חפץ שלו. אבל באמר לו ואשאילך למחר אכתי אין החפץ ברשות השומר כלל. אלא שבעל הפקדון מחוייב מצד אמירתו להשאילו למחר אבל אינו במלאכתו של השומר.

אלא דמ"מ עיקר יסודו של הש"ך אינו מסתבר דאף דאמרינן בעלים באמירה. שבאמירתו נשתעבד למלאכתו. אבל משום זה לא נאמר דכבר נעשה החפץ שהבטיח להשאילו ברשותו של השואל שנאמר שכשהוא שומרו הוא במלאכתו. ולכן נראה וכן מצאתי ב"ה בנתיבות דזה בעצמו שהבטיחו להשאילו ועפ"י רוב הוא במעשה שצריך ליקח החפץ ממקום שהוא מונח וליתנו להשואל. זה בלבד הוי במלאכתו של השומר. ורק דלפי"ז נ"מ דאם החפץ מונח בפניו כשהוא אומר שמור לי ואשאילך וא"צ שום מעשה רק להרשות להשואל שיקח החפץ לא הוי שמירה בבעלים.

והנה צריכים אנו לבאר דעת רש"י דסובר דבהשאילני ג"כ אינו שמירה בבעלים וצריך ביאור דהא שואל הוא ג"כ שומר ובמאי שאני משמור לי ואשמור לך. ונראה דיש חילוק בין זה לזה דבודאי אם היו שואלים ברגע אחד זה מזה ודאי הוי שאלה בבעלים. אבל כאן אנו דנין באמר לו השאילני ואשאילך שאחד משאיל מקודם לחברו ואח"כ ישאילו

חבירו. וה"נ בשמור לי ואשמור לך. ולכן נ"מ דבשמור לי ואשמור לך כיון דהראשון שנתן לשמור התחייב באמירה שישמור את של חבירו. נקרא זה בעליו עמו דבעלים באמירה ומעכשיו מתחייב באמירתו כשתיכף כשיתן לו הפקדון שלו ישמור אותו. ומעכשיו כבר אינו יכול לילך למקום אחר ושלא לקחת את הפקדון. אבל כשאמר למחר לא נתחייב בזה עד למחר. ועכשיו אינו משועבד לזה. אבל שאלה לא דמי לשמירה וכל הנאה הוא של השואל. ולכן כשאמר לו השאילני ואשאילך כשנותן המשאיל החפץ להשואל לא נתחייב בזה לשאול ולשמור החפץ של חבירו. ואם יוותר הוא ולא ישאל לא יהי' לחבירו עליו שום טענה, ולכן לא הוי שאלה בבעלים.

ועכשיו מבואר מה שלא הזכיר הרמב"ם בדין שהוא שאלה בבעלים אלא בשמור לי ואשמור לך, וזהו משום דבזה הוי תמיד שמירה בבעלים אם לא אמר למחר דכיון דבעלים באמירה ובסתמא נתחייב תיכף לשמרו כשיתן השני להראשון את חפצו א"כ הוי שניהם בבעלים, אבל בהשאילני ואשאילך יסבור גם הרמב"ם דדוקא אם קבלו שניהם שאלה זה מזה בבת אחת אז הוי בבעלים. ובשמור לי ואשאילך לא הוי בבעלים אלא אם אינו בבת אחת ואין חפץ של המשאיל מוכן לפניהם שכשיקבל הפקדון יקבל גם החפץ לשאלה, דבזה ודאי לא הוי בבעלים, וכן בהשאילני ואשמור לך לא הוי בבעלים אלא באופן אם קבל שמירת הפקדון קודם שמסר לו בעל הפקדון החפץ לשאלה, ומשום זה לא כתב הרמב"ם בסתם דהוי בבעלים אלא בשמור לי ואשמור לך.

הלכה ד

נתן צמר לצבע והקדיחתו יורה נותן לו דמי צמרו, צבעו כעור או נתן לו לצבעו אדום וצבעו שחור, שחור וצבעו אדום, נתן עצים לחרש לעשות כסא נאה ועשה כסא רע או ספסל, אם השבח יותר על ההוצאה נותן בעל הכלי את ההוצאה, ואם ההוצאה יתירה על השבח נותן לו את השבח בלבד, אמר בעל הכלי אינו רוצה בתקנה זו אלא יתן לו דמי הצמר או העצים אין שומעין לו, וכן אם אמר האומן הא לך דמי צמרך או דמי עצך ולך, אין שומעין לו שאין האומן קונה בשבח כלי שעשה.

השגת הראב"ד. נתן צמר לצבע וכו' נתן עצים לחרש וכו' ואם ההוצאה יתירה וכו' אמר בעל הכלי וכו' עד אין שומעין לו. א"א אין לזה טעם עכ"ל.

כתב המ"מ על דברי הראב"ד וז"ל ואיני יודע למה כתב כן שהרי טעם נכון הוא שאחר שהדין הוא לחשב איזהו מועט אם ההוצאה אם השבח ויתן המועט, אם רצה צבע בזה אין בעל הכלי יכול לעכב ודאי, וכמדומה לי שכונת הר"א ז"ל היתה לומר שדבר שא"צ לכתבו הוא, אח"כ מצאתי לרש"י ז"ל שפירש שביד בעה"ב לתת לו הצמר ופירוש בדמיו

וצ"ע עכ"ל, והנה מה שרצה המ"מ לדחוק בדברי הראב"ד דכונתו דפשיטא הוא ודאי לא משמע כן בדבריו, אלא דבאמת צריך באור מהיכי תיתי יוכל בעל הצמר לטעון שישלם לו בעד צמרו דהא זהו דברי ר"מ דאמר נותן לו דמי צמרו משום דקנה בשינוי, ואנן קיי"ל כר' יהודה דאמר אם השבח יותר על היציאה וכו' וא"כ למה יהי' תלוי בדעת בעל הצמר ועיין מה שכתב הש"ך מדברי הישׁ"ש ומה שהשיג עליו ועכ"פ דברי הראב"ד צריכים באור.

ונראה דהנה בדין יורד לשדה חבירו ונטעה איכא נ"מ דאם נטעה ברשות דהיינו בשדה העשויה ליטע אינו יכול בעל השדה לומר טול עציך, אבל בנטעה שלא ברשות והיינו בשדה שאינה עשוי' ליטע יכול לומר טול עציך, וכמו שמבואר בדברי הרמב"ם פ"י מהל' גזלה, ולכן בכאן ששינה הצבע מכפי מה שנתן לו בעל הצמר שנתן לו לצבעו אדום וצבעו שחור, וכה"ג יש לדון דהוי כמו שדה שאינה עשוי' ליטע, וראי' דאם הוי חשבינן כשדה העשוי' ליטע הא שמין לו וידו על העליונה, וכיון דידו על התחתונה הא זהו דין שדה שאינה עשוי' ליטע, וא"כ הא יכול בעל הצמר לומר להצבע טול צבע שלך, ואף שאינו יכול ליקח את הצבע. וכדאמר בגמ' בב"ק דף ק"א צפון עבורי מעבר השבה לא עביד סובר הראב"ד דאין נ"מ בזה כיון דבעל השדה יכול לומר טול עציך אפי' באופן שיתקלקלו ולא יהי' שוים אלא להסקה, ה"נ אפי' אינם שוים כלום כיון שאין השדה עשוי' ליטע ולא בהסכמתו נעשה. וכל מה שצריך לשלם הוא משום דעכ"פ אינו דין שיהנה ממעות חבירו אבל כשאומר לו טול אינו חייב לו כלום. וה"נ יכול לומר לו טול צבעך וישאר צמר שלי כמו שהי'. וכיון שזה ודאי לא יחפוץ הצבע הרי כבר יתרצה לשלם לו בעד צמרו. וזהו שכתב אין לזה טעם דודאי יכול לומר כן שישלם לו בעד צמרו. ואם לא ירצה הצבע לשלם לא יתן לו בעל הצמר כלום שיאמר לו טול צבעך ולפי דברינו יהי' השגת הראב"ד רק על נתן צמר לצבע דשייך לומר טול צבעך. ואפשר דגם על נתן עצים לאומן משיג דיכול בעל העצים לומר שבור הכלי, ואף דעצים לבנין שוים יותר מעצים להסקה מ"מ יכול לומר לא איכפת לי ואיני רוצה כלי זה, וכיון שבכלי עיקר דמיו הוא עבודת האומן ממילא יוכל להכריח להאומן בזה שישלם לו בעד העצים.

ובדעת הרמב"ם נראה דאף דלענין דין ידו על העליונה או על התחתונה אמרינן כיון דשינה האומן ידו על התחתונה ויש לו דין יורד שלא ברשות, מ"מ לענין זה שיאמר לו טול לא דמי ליורד לשדה חברו שלא ברשות, דהתם יש לבעל השדה טענה באמת שרוצה הוא בשדה לבן ולא בשדה של אילנות ורוצה באמת שיטול עציו ויהי' לו שדה לבן, אבל הכא לענין זה שלא יוכל לומר לו טול ודאי לא דמי לשדה שאינה עשוי' ליטע דכיון

דאפי' יטלו הצבע בצפון לא יהי' דומה לצבע לבן ממש, ועכשיו שוה הצמר יותר מצמר לבן, דהא בהכי מיירי שיש כאן שבח, אלא שיש חילוק אם השבח יותר על היציאה או היציאה יתירה על השבח, וכיון שכן ודאי אינו טובה לבעל הצמר שיטול הצבע מהצמר וצמר לבן הוא יכול ליקח בעד הדמים שיקח כשימכור צמר זה, ולכן אמרינן דודאי הוי ניחא לי' בדיעבד לקנות הצבע, וכ"ש שלא יוכל לומר בכלי שישבור דודאי עצים להסקה אינם שוים כמו עצים לבנין, ובודאי ניחא לי' לקנות כלי זה אף שאינו כפי מה שרצה, ולכן כבר נתחייב לשלם לו כדין המשנה דאם השבח יותר על היציאה וכו'.

והנה בפ"ג מהל' שכנים הל' ד' בארתי דהרמב"ם והראב"ד חולקין כשגדר על חצר חבירו אם זכה בעל החצר בהגדר שלא יוכל בעל הגדר ליטול מה שגדר, והראב"ד סובר דאפי' בעשוי' לגדור יכול ליטול, וממילא לא נתחייב בעל החצר קודם שבאו לדין בדמי הגדר, וא"כ לשיטתו אפי' אם נימא דלענין זה הוי כמו בשדה העשוי' ליטע מ"מ הא גם בעשוי' ליטע לא אמרינן דכבר נתרצה בהנטיעות ונתחייב בהן קודם שבאו לדין דכיון דבעל הנטיעות הי' יכול לומר אטול, ממילא לא נתחייב אלא דמ"מ בשדה העשוי' ליטע אינו יכול לומר טול כיון שהשדה עומדת ליטע, אבל כאן יש לומר דלענין זה לא דמי לעשוי' ליטע, כיון דשינה וידו על התחתונה, וסברא דכבר נתרצה הא לית לי' להראב"ד, אבל הרמב"ם דסובר דבעשוי' לגדור אינו יכול לומר אטול, וממילא סובר דגם בעל השדה כבר נתרצה ונתחייב, וה"נ הכא כיון שכבר נתרצה אינו יכול לומר טול.

הלכה ז

הנוטע אילנות לבני המדינה שהפסיד, וכן טבח של בני העיר שנבל הבהמות והמקיז דם שחבל והסופר שטעה בשטרות ומלמד תינוקות שפשע בתינוקות ולא למד או למד בטעות וכל כיוצא באלו שאי אפשר שיחזרו ההפסד שהפסידו מסלקין אותן בלא התראה שהן כמותרין ועומדין עד שישתדלו במלאכתן הואיל והעמידו אותן הצבור עליהם.

השגת הראב"ד. הנוטע אילנות לבני כו' עד הצבור עליהן. א"א וכן נמי אם שתלא דיחיד עכ"ל.

כתב המ"מ על דברי הראב"ד, יצא לו מדאמרינן בגמ' רוניא שתלא דרבינא הוה אפסיד וסלקיה ויהיב ליה שבחא, ואמר רבא דשפיר עבד, ואפשר שדעת רבינו לומר דרוניא שתלא דרבים היה ובכללן היה רבינא. ואירע הדבר שהפסיד לרבינא והא דאמר רבא ספר מתא קאי אכולהו עכ"ל. ודברי המ"מ בדעת הרמב"ם דחוקים דלא הוזכר בגמ' שהי' שתלא של רבים, ועוד דלפי גירסת המ"מ דאיתא ויהיב ליה שבחא. וכן מבואר בדברי

הרשב"א בש"מ שכתב וז"ל הא דסלקיה רבינא לרוניא דאפסיד, שבחא יהיב ליה מאי דפיש על מאי דאפסיד ונוסחאות יש שכתוב בהם ויהב ליה שבחא והיינו שבחא דפיש על תשלום ההפסד עכ"ל, וא"כ לפי דברי המ"מ שהי' שתלא של כל העיר הו"ל לגמ' לומר שבני העיר נתנו לו שבחא, ומה מזכיר מה שרבינא בפרט נתן לו שבחא, ואולי סובר המ"מ דאם הוא שתלא של העיר יכול כל יחיד לסלקו כשיפסיד לו משא"כ בשתלא דיחיד, וגם זה דחוק בסברא.

לכן נראה דהרמב"ם סובר דכל דין זה אינו שייך אלא בשתלא של רבים ולא משום דשל יחיד אינו יכול לסלקו אלא משום דיחיד יכול לסלק בלא טענה וכל הדין אינו אלא בשל רבים משום דהמנויים של רבים אין מסלקים אותם אם לא נמצא עליהם פסול כמבואר בסי' נ"ג גבי חזן הכנסת ומבואר במג"א דה"ה בכל מינויי הקהל, וטעמא דיכול לסלק שתלא אף דלכאורה הא שתלא יש לו זכות בהאילנות שנטע, אלא דבאמת הזכות של השתלא מה שיש לו חצי שבח מהאילנות שנטע ודאי צריך לשלם לו כשמסלקים אותו, אבל מה שיהי' לו יתרון שיקבל לעתיד בעד עבודתו זהו כמו כל האריסין שביד הבעלים לסלקם וליקח אחרים תחתיהם.

ויש להוכיח זה מדברי הרמב"ם פ"ח מהל' שלוחין ושותפין הל' ה' ו' שבמה דאיתא בכתובות דף פ' בדין בעל שהוריד ארוסין דמחלק בגמ' בין בעל אריס הוא או לא כתב הרמב"ם מקודם בהל' ראובן שהיתה לו שדה והוריד שמעון לתוכה לזרעה או לנטעה וכו' ושמעון המטפל בעבודת הארץ ובהוצאה ובמכירת הפירות הוא הנקרא אריס וכו' ואח"כ בהל' ו' כתב בעל שהוריד אריסין תחתיו בנכסי אשתו וגרשה אם הי' הבעל אריס הואיל ונסתלק בעל נסתלקו הם ואין להם מן ההוצאה אלא שיעור השבח ובשבועה, ואם אין הבעל אריס על דעת מנהג הארץ ירדו ושמין להם כאריס, וקשה דכיון שכתב מקודם בהל' ה' דשמעון שירד לשדה לזרעה או לנטעה נקרא אריס, שלכאורה אין זה בדיוק, דלנטעה אינו אריס אלא שתלא, וע"כ דסובר דאין נ"מ בלשון והשם הכללי הוא אריס, אבל עכ"פ איך כתב בסתם תיכף בהל' ו' דין בעל שהוריד אריסין דאם אין הבעל אריס שמין להם כאריס דהא אם ירדו לנטעה אינה יכולה האשה לסלקם כלל, אם נימא דשתלא יש לו זכות בהאילנות כל ימיהם לעבדם וליקח חלקם, ולשון שאין להם כאריס הוא דמסתלקים. ומוכח דסובר דאין נ"מ דכיון דנותן להשתלא חצי שבח האילנות שנטע הרי נשאר על שנים הבאים רק כדין אריס שיש לבעלים רשות לסלקו. וכדין כל שותפין שנשתתפו בסתם שיש לכל אחד רשות להתחלק.

ונראה דיש יסוד לזה דרשות להבעלים לסלק השתלא מהך דינא דרוניא גופי' דמבואר

בהל' ו' דנוטל חצי שבח והיכי שהשתלא מסתלק מדעתו אינו נוטל אלא שתות שלא יהי' הפסד להבעלים, ואם נימא דכל מה שיכול הבעלים לסלקו הוא רק בשביל שהפסיד, א"כ למה יקח חצי ויפסידו הבעלים, וע"כ דבדין יחיד לא מהני כלל מה שהפסיד ואם הפסיד ישלם, אבל לא יפסיד בזה זכותו וכיון שהבעלים מסלקין אותו נוטל כל החצי שבח שלו, אלא דמ"מ אף שהשתלא אין לו זכות להיות תמיד אריס בהקרקע מ"מ הוא אין לו רשות להסתלק דע"מ כן נוטל חצי שיהא תמיד האריס וגם השתלא שאם ייבשו האילנות יטע אחרים תחתיהם, ולכן כשמסתלק מרצונו אין לו אלא שתות כמבואר בגמ' וברמב"ם טעמא דמילתא.

ולפי"מ שבארנו צריכים אנו לומר דעובדא דרוניא ורבינא לא הי' לרוניא טענה על רבינא מעיקר דין תורה אלא לפי שרבינא הי' צריך לנהוג לפנים משוה"ד בא רוניא לרבא לטעון שנוהג עמדו שלא ביושר במה שמסלקו, וכעובדא דהני שקולאי בסוף האומנין דתברו חביתא דחמרא לרבב"ח ואתו לקמי' דרב וחייבו לשלם לפנים משוה"ד, וכדאמר לו רבא שפיר קא עביד אמר לו הא לא התרה בי והינו דלפנים משוה"ד לא הי' לו לסלקני, וע"ז אמר לו רבא לא צריכא להתרות, ואמר בגמ' דרבא לטעמי' דכמותרין ועומדין הם אבל כל זה אינו לגרוע מדין זכות גמור אלא כמו מנויי הקהל דהוא ג"כ ע"פ סברא רק מדיני ישר וטוב שהקהל אינם צריכים להתנהג שלא ע"פ יושר לסלק מי שנתמנה מהם בלא טענה, אלא שבקהל כבר הוא דין דממילא אין רשות למנהיגי הקהל לעשות שלא כדין ודנין בזה בכמה פרטים גם דין ירושה כמבואר בפוסקים הפרטים בזה.

פרק יא

הלכה ו

כל שכיר ששכרו בעדים ותבעו בזמנו ואמר בעל הבית נתתי לך שכרך והשכיר אומר לא נטלתי כלום. תקנו חכמים שישבע השכיר בנקיטת חפץ ויטול כדין כל נשבע ונוטל מפני שבעל הבית טרוד בפועליו וזה השכיר נושא נפשו לזה, אפילו הי' השוכר קטן השכיר נשבע ונוטל.

השגת הראב"ד. אפי' הי' השוכר קטן. א"א אין הדעת מסכמת שנמסור שבועה לקטן, אלא ישבע בעל הבית ואע"פ שאין תביעת קטן כלום עכ"ל.

המ"מ רצה ליישב דברי הרמב"ם לפי גירסת הראב"ד שכתב אפי' הי' השכיר קטן משום דאמר בגמ' וליתב ליה בלא שבועה, ומשני כדי להפיס דעתו של בעה"ב, וכיון שכן גם כשהשכיר קטן לא הפסיד דינו אע"פ שאינו בר עונשין ואין בשבועתו לשוא עונש, מ"מ

משביעין אותו לאיים עליו עכ"ל, ודבריו בודאי תמוהים כמו שתמה המל"מ דאיך נמסור שבועה לקטן דאפשר ישבע לשקר הא אסור לספות לו בידים, אלא שהמל"מ כתב כן מסברא דנפשיה והוא מבואר בד' הרמב"ם פ"ה מהל' טוען הל' י' שכתב הרמב"ם ואינו יכול להפוך על קטן שאין משביעין את הקטן כלל, ואפי' חרם סתם אינו מקבל שאינו יודע עונש השבועה עכ"ל, והפשוט בד' הרמב"ם הוא גירסת הכ"מ ואפי' הי' השוכר קטן, וכמש"כ הכ"מ שכן כתב הרמב"ם בפי' ה' מהל' טוען הל' י"א וז"ל קטן שטענו הגדול וכו' ואם הי' מן הנשבעין ונוטלין כגון השכיר וכיוצא בו שיש הנייה לקטן שישתכר לו שכיר הרי זה נשבע ונוטל מן הקטן.

והמל"מ הקשה גם על גירסא זו דא"כ מאי לשון אפי' הא אדרבא קטן אין טענתו ודאית, ואם בזה שמחוייב לשלם בעד שכירותו אין זה שייך לכאן וכתבו בפ"ה מהל' טוען, נראה דזה לא קשה דגם זה הוא חדוש שחכמים יעשו תקנה על הקטן שישלם אף שאינו מן הדין, דבודאי בשאר טענות פרעתי נאמן לגבי עצמו, ולא נאמר דאין טענתו ודאית ורק להשביע לא מהני טענתו דאין משביעין אלא בטענת גדול, אלא דלכאורה יש לעורר דבקטן הי' מן הדין שישלם גם אחר זמנו כיון דליכא טעמא דאין בעה"ב עובר משום בל תלין, אלא דכיון דכל טעמא דנשבעין ונוטלין מן הקטן הוא כדי שישתכר לו שכיר כמש"כ הרמב"ם, א"כ א"צ לשלם במקום שגדול הי' פטור, ומזה מוכח דגם עיקר מה שנשבעין ונוטלין ממנו הוא כדי שישתכר לו שכיר, ולא כמו שהבין המל"מ דזהו טעם רק על עיקר תשלומי השכירות, וממילא מיושב לשון אפילו וכנ"ל.

שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא היו דברים מעולם ולא שכרתיך נאמן לומר שכרתיך ונתתי לך שכרך, וישבע בעל הבית היסת שנתן, או שבועת התורה אם הודה במקצת כשאר הטענות היה לו עד אחד ששכרו אינו מועיל לו כלום.

היה לו עד אחד המ"מ הביא דברי הרמ"ה דסובר דבעה"ב נשבע שבועה חמורה כעין של תורה דכיון דטעמא דפטור בשכרו שלא בעדים הוא משום מיגו דאי בעי אמר לא שכרתיך, וכיון שיש עד אחד שאם היה אומר לא שכרתיך הי' נשבע שבועת התורה, גם עכשיו צריך לישבע כעין של תורה, ובטעם הרמב"ם כתב המ"מ דכיון שאין שם עדים גמורים חזר הדין לדין תורה ואין שם תקנה בשכיר יותר מבשאר תובעים, אכן לא ביאר המ"מ כלל טעם לדחות טעמו של הרמ"ה דכיון דכל מה דאינו נוטל השכיר הוא משום מיגו, אם כן ע"כ צריך לישבע כמו שהי' נשבע אם הי' טוען לא שכרתיך וכדאמר בגמ' בב"ב דף ע' לענין החזרתי במיגו דנאנסו, והש"ך בסי' פ"ט כתב כעין דברי המ"מ דכיון דכל הדין דנשבע ונוטל אינו אלא מתק"ח לא תיקנו אלא בשני עדים, אבל אינו מיושב

כלל דזה שייך אם הי' מבואר כן במשנה, אבל כיון דהוא מימרא דר"נ דאמר דשכרו שלא בעדים נאמן משום דאיכא מיגו א"כ צריך לדון בזה ע"פ כללי מיגו, והנתיבות שם תי' משום דיש לו מיגו שהי' יכול לומר לא שכרתיך ועשית מעצמך ופרעתי לך דבזה אף שחייב לשלם לא תיקנו תקנת שכיר ובזה א"צ לישבע נגד העד כיון שאין העד יודע שלא פרעו, וגם לפי דברי העד אין בעה"ב מחוייב לשלם אלא כשישבע השכיר ובכה"ג ליכא שבועת ע"א כמו שכתב הטור בשם הרמ"ה בסי' ע"ה, אך הקצוה"ח כתב בזה דאם עשה בעצמו אינו נאמן הבעה"ב כלל לומר פרעתי כמו גבי יורד משום דמי יימר דמחייבו ליה רבנן, ובזה כתב הנתיבות דזה אינו אלא בשדה שאינה עשוי' ליטע דצריך שומא, אבל בעשוי' ליטע דנוטל כשתלי העיר נאמן ובפרט כאן דנוטל כשכיר יום דא"צ שומא כלל וגם החיוב ידוע.

אכן אף דתירוצו מחוור אבל יש נ"מ בזה דאם שכר הפועל ביוקר יותר משנשכרין שאר שכירים משום שהי' צריך עכשיו למלאכה זו וכה"ג, א"כ ליכא מיגו זה דאם הי' אומר לא שכרתיך לא הי' צריך לשלם לו אלא כשכירי העיר, וכשהע"א מעיד ששכרו הי' צריך לישבע כנגד העד וא"כ גם עכשיו ישבע, ומדברי הרמב"ם שסתם דבריו משמע דבכל גווני א"צ לישבע.

ונראה דהנה בהא דנסכא דר' אבא דהוי משואיל"מ הקשו בתוס' דליהמניה בטענת דידי חטפי בשבועה במיגו דהוי אמר לא חטפי. ותירצו מקודם דהיכי דהעד מחייב שבועה לא הוי מיגו להכחיש העד, ותי' זה א"א לדעת הרמב"ם כאן, עוד כתבו בתוס' לתרץ בשם הריב"ם דכיון דאיכא ע"א לחייבו שבועה הוי דינא שישבע או ישלם ואין מועיל מיגו ליפטר, וצריך באור דהא אין העד מכחישו במה דאמר דידי חטפי ורק דהיכי דליכא מיגו אינו נאמן, אבל כיון שאין כאן אלא ע"א שחטף הא עכ"פ איכא מיגו, ואמרתי מכבר בזה ואולי הוא ג"כ כונת הריב"ם עפ"מ שכתב המ"מ בפ"א מהל' טוען בשם הרמב"ן דלוה שטען על מה שתחת ידו שאינו שלו שאינו נאמן אף שיש לו מיגו משום דחזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו, וא"כ קשה דאמאי נאמן בדליכא עדים שחטף לומר אין חטפי ודידי חטפי, וצ"ל דהפה שאסר הוא הפה שהתיר עדיף ממיגו, וממילא מיושב דהיכי דאיכא ע"א אין אנו צריכים להודאתו שחטף דכיון שלא נשבע ה"ה כשנים, ולא הוי הפה שאסר וליכא אלא מיגו, ומיגו לא מהני במקום חזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו.

ובזה בארתי דין מודה בשטר שכתבו דאיכא פלוגתא אם צריך לקיימו והקשו בתוס' כתובות דף כ' מאי טעמא דמ"ד א"צ לקיימו ואינו נאמן לטעון פרוע במיגו דמזוייף, ותירצו דשמא ירא הלוה לומר מזוייף שמא יכחישוהו וליכא מיגו, ועוד כתבו מפירש"י

דדבר תורה עדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותו בב"ד ורבנן הוא דאצרכו קיום, וכי אצרכו היכי דטעין מזוייף אבל היכי דטעין פרוע לא אצרכו קיום, דתי' רש"י אינו מובן דמה מהני סברא זו עכ"פ איכא מיגו דאי בעי הוי טעין מזוייף ואז היו מצריכין קיום, ואמרתי בזה דשני התירוצים צריכים זה לזה, דתי' הראשון שירא הלוה לומר מזוייף שמא יכחישוהו לא מהני אלא על מיגו דהוי משום הוכחה וראי', אבל לסברת הפה שאסר לא מהני זה דעכ"פ כיון שהוא האוסר הוא המתיר וכל עיקר שהשטר הוא אמת ידענו רק מפיו והוא אומר פרעתי, לכן פירש"י דמעיקר הדין א"צ שטר קיום אלא היכי דטוען מזוייף, אבל היכי דטוען פרוע ליכא חסרון קיום ולא הוי הפה שאסר.

ולפי"ז נוכל לבאר דעת הרמב"ם דמה דמצינו בהחזרתי במיגו דנאנסו, דכיון דבנאנסו צריך שבועה ע"כ כן הוא בהחזרתי, זהו רק בדין מיגו שהוא משום הוכחה וראיה אבל הפה שאסר אפשר להיות מועיל אפי' באופן שאם הי' טוען להד"ם הי' צריך שבועה, ובטענה שהוא טוען עכשיו לא יהי' צריך שבועה אם ע"פ גדרי הטענות יהי' הדין כן, ולא יהי' חסרון בדין הפה שאסר.

איברא דלכאורה גם כאן אף אם אנו באים מדין הפה שאסר כיון דיש ע"א ששכרו, וכ"ז שלא נשבע העד ה"ה כשנים, א"כ ליכא הפה שאסר דאינו יכול לומר לא שכרתיך, וכמו בהא דאין חטפי ודידי חטפי, אלא דבאמת חלוק דין זה מדין אין חטפי ודידי חטפי דהתם כיון שיש ע"א שחטף ולדברי העד אינו נאמן לומר דידי חטפי משום דחזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו, א"כ העד בהגדתו מחייבו לשלם, ולכן אמרינן בזה דהוי מחוייב שבועה משום דכ"ז שלא נשבע כנגד העד הוא מחייבו לשלם ע"פ הגדתו. אבל כאן כיון דלשיטת הרמ"ה היכי דלפי דברי העד אינו משלם אלא בשבועת שכנגדו אין העד מחייבו שבועה, א"כ על טענת פרעתיך שטוען הבעה"ב אין העד מחייבו כלום ורק דנימא דעכ"פ אם הי' טוען לא שכרתיך אז הי' מחייבו שבועה, וא"כ ליכא הפה שאסר, בזה נימא דכיון דאין הד"ת כלל אם שכרו והבעה"ב מודה ששכרו אין הגדת העד מועילה עכשיו דגבי אין חטפי אמרינן הוי מחוייב שבועה משום דהעד לפי הגדתו מחייבו לשלם ונעשה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע להכחיש העד, אבל עד אחד שאינו מחייב שבועה אין הגדתו מועילה כלל, דמה דאמרינן דע"א כ"ז שלא נשבע כנגדו ה"ה כשנים היינו כשמחייבו שבועה בדין, וזהו גבי אין חטפי דלפי דברי העד חייב לשלם, אבל כאן על טענת פרעתי אינו מעיד העד כלום, ולכן זהו שכתב הרמב"ם הי' לו עד אחד ששכרו אינו מועיל לו כלום.

אכן שיטת הרמב"ם כאן קשה טובא שהוא סותר משנתו גבי נגזל בפ"ד מהל' גזלה הל'

ה' שכתב היה ע"א מעידו שנכנס ונטל כלים תחת כנפיו ואינו יודע מה הן והוא אומר לא גזלתי כלום, או שאמר בחובי נטלתי, הואיל ואין העד יודע מה היה תחת כנפיו ה"ז נשבע בנק"ח שלא גזל שאינו מוחזק בגזלנות אלא בשני עדים עכ"ל, והטור בסי' צ' כתב בזה דאינו נשבע אלא היסת, וכתב הפרישה בטעמו משום דאפי' ב' עדים אינם מחייבים אלא בשבועת שכנגדו, איברא שהתומים פי' שם שיטת הרמב"ם דהוא משום דעכ"פ בפחות שבכלים צריך הוא לשלם מדין אין חטפי ודידי חטפי, לכן על שאר הכלים חייב שבועה מדין מודה במקצת, אבל כבר הקשיתי שם על דבריו דהא בהל' ט"ז כתב הרמב"ם מתחלה דכשמשלם מקצת ע"פ עד אחד ישבע שבועת התורה, וכתב ע"ז ודעתי נוטה בזה שישבע היסת ולכן העליתי שם דע"כ הרמב"ם חולק על הרמ"ה, וא"כ דברי הרמב"ם כאן סותרים לדבריו בהל' גזילה, ובפשוטו הוא חד דינא שהעד מעיד בדבר שע"פ עדותו חייב הנתבע לשלם ע"י שבועת התובע, וכתב שם דחייב שבועה בנק"ח, וכאן כתב דאין העד מועיל כלום.

ונראה בזה דטעמו של הרמב"ם בפ"ד מהל' גזלה אינו כמש"כ שם דאינו סובר כשיטת הרמ"ה, אלא דלפי"מ שכתבתי שם בשיטתו דאפי' ראו עדים שהוציא כלים טמונים תחת כנפיו, מ"מ אין כאן העדאת עדים על פחות שבכלים, ושממילא יתחייב שבועה דאורייתא דאפשר היו כלים שבורים שאינם שוים כלום, וכן כתב הר"י מיגש דשמא הוציא עפר משום שאינו גורס כלים טמונים, והרמב"ם סובר דאפי' כלים אפשר שהיו שבורים, ולפי"ז יקשה כיון שאינו ברור שהי' כאן גזלה א"כ למה עשו תקנת נגזל, דהא אם לא היו שוים כלום אינו גזלן כלל, וע"כ דזהו גופא ג"כ מן התקנה דכיון שע"פ האומדנא הברורה ודאי לא הי' מוציא טמונים תחת כנפיו דברים שאינם שוים כלום, ונמצא דבתקנת נגזל יש בה תחלת התקנה שאנו עושים אותו לנגזל ע"פ אומדנא, ואח"כ אנו עושים תקנת נגזל להאמינו בשבועה כמה גזלו, והנה אף דאם לא ישבע הנגזל לא יטול כלום ולא נימא דישלם בפחות שבכלים, אפשר דכיון דכבר עשו תקנה להאמינו להנגזל בשבועה לא הוצרכו חכמים לתקן שיטול בפחות שבכלים בלא שבועה, ועוד דאם אינו רוצה לישבע אפשר דהוי ריעותא על האומדנא ואפשר לא גזלו כלום, ולכן כשיש כאן עד אחד סובר הרמב"ם דמצד התקנה שתקנו חכמים שע"פ האומדנא הוי נגזל ה"נ ע"פ האומדנא הוי כמו שהע"א ראה שגזלו אלא שאינו יודע כמה, ושפיר מחייבינן ליה שבועה בנק"ח דמן התקנה יש כאן עד אחד שגזלו.

והנה בפ"ה מהל' חובל ומזיק הל' ד' כתב הרמב"ם קנס קנסו חכמים לאלו השוטים בעלי זרוע שיהא הנחבל נאמן ונשבע בנק"ח שזה חבל בו חבל זה נוטל מה שראוי לו

והוא שיש שם עדים, וכתב ע"ז הראב"ד לא הי' קנס אלא שאין דרך בנ"א לחבל בעצמו ע"כ האמינוהו לזה בשבועה, וכבר כתבתי בפ"ח מהל' נז"מ הל' י"ד דטעמו של הראב"ד הוא משום דלא שייך קנס דממ"נ אם חבל בו הרי חייב לשלם, ואם לא חבל בו למה יקנסוהו, והרמב"ם סובר דע"פ ד"ת אין מוציאין ממון אלא בעדים, וראיה ברורה ולא מהני מה שאין דרך בנ"א לחבל בעצמו, לכן הוצרך הרמב"ם לטעמא דקנס דמשום טעם זה החמירו על החובל לחייבו שלא בעדים, ואם היינו אומרים דהוא גדר אחד בנגזל ונחבל א"כ יסתרו דברינו דחזינן דמה דהאמינו לנחבל גם על עיקר החבלה אינו אלא בשבועה, וא"כ ה"נ בנגזל רק ע"י שבועת הנגזל יתברר שהוא נגזל, וא"כ כשאין אלא ע"א שהוא נגזל אין טעם לחייבו שבועה לפי"מ דמוכח כאן דהרמב"ם סובר כדעת הרמ"ה.

אלא דבאמת מוכרח דדין נגזל ונחבל הם שני ענינים מדלא כתב מקודם גבי נגזל טעם זה למה חייבו אותו בדין גזלן, אף שלא נתברר בבירור גמור שגזל רק ע"פ אומדנא, וע"כ דשם א"צ לטעם זה שקנס קנסו חכמים משום דשם יש אומדנא ברורה, אבל גבי נחבל ליכא אומדנא ברורה דאף שאין דרך בני אדם לחבל בעצמו אפשר נפל ונחבל, ואפי' רדפו בעה"ב להכותו ונפל ונחבל אין בעה"ב חייב מדין חובל דאינו אלא גרמא, ועוד דהא כתב הרמב"ם בהל' ה' דאפי' הי' שם אחר ג"כ חייב ובזה ליכא אומדנא כלל, והראב"ד שכתב דלא הי' קנס אפשר דחולק על מש"כ הרמב"ם בהל' ה' דאפי' הי' שם אחר דהא אין טעם לחייבו לבעה"ב, ונכלל זה במה שחלק דליכא קנס אלא משום שאין דרך בנ"א לחבל בעצמם, ואולי סובר דכיון דהנחבל תובע לבעה"ב ולא להאחר גם זהו אומדנא לחייבו, אבל אין זה טעם ברור, וטעמו של הרמב"ם שכתב דאפי' יש שם אחר הוא דבהא דאמר שמואל דבמקום שאינו יכול לחבל בעצמו נוטל בלא שבועה פריך בגמ' ודילמא אחר, ומשני דליכא אחר ומוכח דבמתני' דנוטל בשבועה הוא אפי' בדאיכא אחר, ואני תמה בזה בדברי הגר"א בבאורו בחו"מ סי' צ' ס"ק ל"ו במש"כ המחבר ואפי' יש שם אחר שהוכיח זה מב"מ דף כ"ו לגבי סלע שנפל משנים דלדעת הרמב"ם אפי' בדליכא שתי פרוטות חייב להחזיר, והוא תימה דמה שייך דין טענת ברי מצד התובע לדין היכי שצריך עדים לחייבו באומדנא זו שהאחר לא חבלו.

ומבואר דדין נגזל ודין נחבל הם שני ענינים דבנחבל ליכא כלל אומדנא ברורה, ומ"מ משום קנס חייבו חכמים ע"פ שבועת שכנגדו, אבל בלא שבועה אין לנו בירור כלל אפי' מן התקנה שחבלו, אבל גבי נגזל ע"פ תקנת נגזל כיון דאיכא אומדנא ברורה הוי כמו שיש עדים שגזלו אלא שאין יודעין כמה, וע"ז הוא שתיקנו שהנגזל יהי' נאמן כמה גזלו, והדברים מבוררים מזה גופא שגבי נגזל כשיש רק עד אחד כתב הרמב"ם דחייב שבועה

בנק"ח וגבי נחבל כתב והוא שיהיו שם שני עדים, ומוכח דבדליכא ב' עדים לא תיקנו כלום, והוא כדברינו דבנחבל כל התקנה היא ע"י שבועת הנחבל, ולכן כשאין כאן אלא עד א' ליכא חיוב שבועה וכשיטת הרמ"ה, אבל בנגזל מדין תקנת נגזל עשאו אותו לודאי נגזל, וטעמו משום דמוכח שהם שתי תקנות ואינם שייכים זה לזה, ולכן כשיש רק עד א' שפיר חייב שבועה בנק"ח וכמש"כ.

-השמטות ומלואים-

מה שהשבתי לחתן אחותי הרב הגאון המובהק מו"ה **אליעזר מנחם שך** שליט"א ר"מ דישיבת בית יוסף בפה עיר הקודש.

במה שכתבתי בפי"א מהל' שכירות הל' ו' לבאר דין נסכא דר"א דאינו נאמן במיגו לומר דידי חטפי במיגו דאי בעי אמר לא חטפי ע"פ ד' הרמב"ן שהביא המ"מ פ"א מהל' מלוה הל' ד' דמיגו לא מהני במקום חזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו, ולכן צריך לבוא לדין הפה שאסר והיכי דאיכא ע"א ליכא הפה שאסר אלא מיגו ומיגו לא מהני, כתב ע"ז דבדעת הרמב"ם אין זה מספיק דהא כתב בפי"ד מהל' מלוה דהוציא שטר בע"א והנתבע טוען פרעתי הוי משואיל"מ והא נגד שטר נאמן אף במיגו לטעון פרעתי בלא הפה שאסר כמו בשטר פקדון דנאמן לטעון החזרתי במיגו דנאנסו, האמת שכבר הרגשתי אנכי בזה אחר שנדפס והייתי צריך לכתוב זה בעצמי ויישר כחו שהעירני בזה, אכן עתה שמתי לבי אולי יש ליישב גם לדעת הרמב"ם ולא בשביל להעמיד דברי אלא בשביל שלנכון כתבתי שם דלשיטת הרמב"ם אין מיושב תי' א' דהתוס' ותי' הריב"ם צריך באור, ועוד שאח"כ מצאתי בחדושי הגר"א על הרמב"ם שנדפס בדפוס ווילנא בסוף חלק נזיקין שכתב על ד' הרמב"ם בפ"א מהל' מלוה הל' ד' שהבאתי וז"ל, ונראה שזה מבואר בגמ' גבי נסכא דר' אבא שטען אין חטפי ודידי חטפי אינו נאמן, וטעמא כיון שיש עדות שהי' ביד חבירו אינו יכול להוציא ממנו אלא בראיה ברורה, אף כאן כיון שזה בידו אינו יכול לתלות זה באחר אלא בראיה ברורה עכ"ל, והנה ד' הגר"א הם ממש כמו שכתבתי וקשה גם על הגר"א שכתב זה לבאר שיטת הרמב"ם והרי להרמב"ם לא נוכל לומר כן כיון דסובר דין נסכא דר' אבא גם בע"א בשטר וטוען פרעתי.

ונראה לפי"מ שכתב הש"ך בסי' פ"ב בכללי מיגו מד' הכנה"ג דמיגו לאוקמי שטרא לא הוי מיגו להוציא, וכתב בטעמא דשטר העומד לגבות כגבוי דמי, ועיין בתומים שכן כתב הבעה"ת רק דקשה דהא קיי"ל לאו כגבוי דמי וכ' הכנה"ג דלכמה דברים אמרינן דהוי כגבוי, ונראה דא"צ לומר דהוי כגבוי ממש אלא דמוחזק בשטר הוי כמו מוחזק בחוב, ונכסיו משועבדים ומה שיש לחבירו טענות להפטר מן החוב מהני מיגו שלו להעמיד

החוב בחזקתו, וכיון שהחוב נשאר בחזקתו ממילא גובה אח"כ את החוב, ועיין במש"כ בפ"ו מהל' מכירה הל' י' בד' הרמב"ם במוכר שט"ח לחבירו דצריך עדים לענין תביעתו, ובמה שהשיג הראב"ד וכתבתי דבזה שוים הרמב"ם והראב"ד דמה שהוא מוחזק בשטר הוי מוחזק בחוב, ומה שאינו חשיב מוחזק לגבי הלוה כתב המ"מ דהלוה טוען דשמא בפקדון בא לידו, אבל לגבי המוכר נאמן בטענת לקוח כמו שכל אחד נאמן במה שהוא אצלו משל חבירו לטעון לקוח, אבל עכ"פ זהו משום דמוחזק בשטר הוי מוחזק בחוב.

ובזה יהי' מבואר מה שהביא התומים מה שהקשה הכנה"ג אם נימא דלענין זה שטר העומד לגבות כגבוי דמי מד' הר"נ פ' שבועת הדיינים גבי דין סטראי נינהו דאם נתן הלוה למלוה מעות בסתם וטען המלוה סטראי נאמן במיגו דאי בעי אמר במתנה נתת לי, וחלק ע"ז הר"נ דאינו דומה להא דפ' שבועת העדות דהתם לחדש עליו חוב יכול לטעון במתנה נתת, אבל הכא המלוה בא להוציא, והקשה הכנה"ג דאם אמרינן דכגבוי דמי אינו להוציא, אבל לפימש"כ דאינו משום דהוי כגבוי אלא משום דהוא מוחזק שיש לו עליו חוב והמיגו מהני לקיים שטרו כנגד טענות הלוה ושישאר החוב בחזקתו, בזה מיושב מה שחלק הר"נ. דהא צריך ביאור שיטת הר"י מיגש דנאמן לומר סטראי נינהו במיגו דבמתנה נתת לי, דקשה מאי אולמא טענת מתנה דסובר דנאמן מצד עצמה, וטענת סטראי צריכה מיגו, ועוד דהא הר"י מיגש סובר בב"ב דף ל"ב דמיגו להוציא לא אמרינן, וכתב שם הרמב"ן שהביא דבריו ואי קשיא לך הא דנאמן לומר סטראי נינהו במיגו דלהד"ם לאו קושיא היא דאיהו נאמן על מה שהוא תפוס לומר סטראי נינהו, ואע"ג דממילא מהני ליה מיגו לגבות מנה שבשטר עכ"ל, וקשה דכיון דעכ"פ בלא מיגו אינו נאמן למה נאמן לטעון במתנה נתת לי בלא מיגו.

ומוכרח לומר בדעת הר"י מיגש דאינו דומה טענת סטראי לטענת מתנה, דסטראי כיון שעכ"פ נתן לו לשם פרעון ורק שהמלוה טוען שיש לו עליו חוב אחר, בזה אינו מועיל טענתו בלא מיגו דאינו נאמן לחדש חוב והפרעון הוא ודאי וטענת החוב האחר הוא ספק, אבל טענת מתנה היינו דלא הי' לשם פרעון כלל, וע"ז חולק הר"נ דגם טענת מתנה אינה טענה בלא מיגו כמו סטראי דלא דמי להא דפ' שבועת העדות שהוא בא לחדש חוב על המקבל, אבל הכא כיון שיש עדים לא מהני בזה חזקת חוב שלו כיון שלפנינו נתן לו מעות. ולכן כמו דבסטראי צריך מיגו גם בטענת מתנה צריך מיגו.

והנה בפי"א מהל' מלוה הל' א' בסוף דברי כתבתי בדעת הרמב"ם דאף דסובר כדעת הרי"ף דעל כתב ידו נאמן לטעון פרעתי מ"מ אינו סובר כטעמו של הרמב"ן משום דאינו גובה ממשועבדים. אלא דטעמא דבשטר אינו נאמן לומר פרעתי משום דהלוה נתן לו

מתחלה זכות לגבות בשטר זה ושלא יהי' נאמן לטעון פרעתי. אבל בכת"י אפשר דהוא רק לזכרון עיין מה שבארתי שם והוכחתי כן בדעת הרמב"ם. ועתה שמעתי מהרב הגאון ר' אפרים בורידינסקי שי' בשם אדמו"ר גאון ישראל זצ"ל יסוד זה דמה דאינו נאמן לטעון פרעתי בשטר אינו רק משום ראיית שטרך בידי מאי בעי אלא משום שנתן לו זכות בהשטר שיגבה בו. ושהוכיח כן בדעת הרמב"ם ממה שכתב שם המלוה את חבירו בשטר צריך לפרעו בעדים. לפיכך אם טען ואמר פרעתי שטר זה אינו נאמן וכפשוטו דמה דאינו נאמן לטעון על שטר פרעתי הוא משום דאמר לו שטרך בידי מאי בעי אינו מוסבר לשון לפיכך והי' צריך לכתוב מקודם דאינו נאמן לטעון על שטר פרעתי לפיכך צריך לפרעו בעדים. אבל לפי"ז הוא מוסבר דמקודם כתב דמלוה בשטר צריך לפרעו בעדים. והיינו דעיקר זכות השטר כן שיהי' צריך לפרעו בעדים. ולכן אם טען פרעתי שטר זה אינו נאמן.

ועכשיו נאמר דכמו דמהני מיגו לאוקמי שטרא ולא הוי מיגו להוציא משום דהמיגו מעמיד החוב בחזקתו ה"נ גם להיפוך אם בא הלוה לטעון נגד השטר פרעתי אינו נאמן גם בלא ראיה דשטרך בידי מאי בעי. דעיקר החוב עומד בחזקת המלוה כל זמן שיש לו השטר דמוחזק בשטר הוי מוחזק בחוב ונכסיו משועבדים. ולא דמי לשטר פקדון דהתם אין עליו חוב. דאפי' למ"ד משעת שאלה משתעבד זהו אם בסוף יהי' אינם כמש"כ הריטב"א ולכן דוקא משום שטרך בידי מאי בעי. ולכן נאמן לטעון החזרתי במיגו דנאנסו. ומוסבר ביותר לפי"ז מה שכתב הרמב"ם הנזכר לפיכך אם טען פרעתי שטר זה אינו נאמן. והיינו דנ"מ אפי' אם יש לו מיגו דמטעם חזקת שטרך בידי מאי בעי הוי מהני מיגו. אבל מטעם זה דעיקר דין שטר הוא שיהי' מוחזק בהחוב לא מהני גם מיגו להוציא החוב בחזקתו. ומה דמהני פרוע במיגו דמזויף הוא מדין הפה שאסר. ועיין מה שכתבתי בפי"ד מהל' מלוה הל' י"ד בבאור ד' רש"י ותוס' בכתובות דף י"ט. ומבואר עכשיו שיטת הרמב"ם דגם גבי שטר בע"א שייך דין נסכא דר' אבא דהא שיטת הרמב"ם דגם שטר שאינו גובה ממשועבדים אינו נאמן לטעון פרעתי. ולפימש"כ גם במיגו אינו נאמן. ומה דנאמן לטעון פרוע במיגו דמזוייף הוא משום הפה שאסר וכיון דאיכא ע"א ליכא הפה שאסר.

הלכה ז

בעה"ב אומר שתים קצצתי לך והשכיר אומר שלש קצצת לי לא תקנו חכמים שישבע השכיר כאן אלא המוציא מחבירו עליו הראיה, ואם לא הביא ראיה אע"פ שכבר נתן לו שתים או שאמר לו הילך הרי בעה"ב נשבע בנקיטת חפץ, ודבר זה תקנת חכמים הוא

כדי שלא ילך השכיר בפחי נפש, בד"א בששכרו בעדים ולא ידעו כמה פסק לו ותבעו בזמנו, אבל אם שכרו שלא בעדים או שתבעו אחר זמנו ישבע בעה"ב היסת שלא קצץ לו אלא מה שכבר נתן לו או שלא נשאר אצלו אלא זה שאמר לו הילך כדין כל הטענות.

אע"פ שכבר נתן לו שתים, שיטת הרמב"ם בזה הוא ע"פ דברי הר"י מיגש דהך דינא הוא שבועת התקנה שישבע אפי' הוא כופר הכל, ובדעת הרי"ף העלו הרמב"ן והר"נ דדעתו דליכא כאן תקנה ולא חייבוהו שבועה אלא כשלא פרע לו עוד דהוי מוב"מ, אך הר"י מיגש הוכיח כדבריו מהא דפריך בדף מ"ו אינו והא תני רבה בר שמואל קצץ המע"ה ואי לא מייתי ראיה פקע, דמאי קס"ד לומר דפטור אפי' משבועה כיון דהוי מוב"מ והש"ך בסי' פ"ט סק"ט הכריע דלא כדעת הר"י מיגש והרמב"ם אלא כדעת הרי"ף, ובהוכחת הר"י מיגש כתב לתרץ כתי' הרמב"ן דהוי סבר בגמ' דבקציצה נמי לא דכיר בעה"ב ולכן אין מוסרין לבעה"ב שבועה משום דטרוד הוא ולא דכיר ופועל אינו נשבע ונוטל דליכא בקציצה משום כדי חייו דהא שקיל כדי חייו דשכר אומנות מידע ידיע ולא שכיח בטוען בעה"ב ששכרו בפחות מכדי חייו, ואני תמה על דברי הש"ך שמשום תי' זה דחה הוכחתו של הר"י מיגש, דהא הר"נ הקשה על זה שאם אנו אומרין דבעה"ב לא דכיר ואין אנו מוסרין לו שבועה, ישלם מדין משואיל"מ.

והנה תירוצו של הרמב"ן הי' אפשר להשיטות דבלא הו"ל למידע לא אמרינן משואיל"מ וכמש"כ הראב"ד בפ"ה מה' שאלה ופקדון דאמרינן לי' מידע קא ידעת וזה לא שייך אלא כשהוא אומר לא ידענא, אבל הכא שהבעה"ב טוען ודאי ורק שאנו אומרים דטרוד הוא בפועליו לא נוכל לומר דהוי כאומר לא ידענא ושהוא משקר ויודע דהא הוא טוען ודאי וגם רוצה לישבע אלא שאנו אין מניחין לו, אבל להשיטות דגם בלא הו"ל למידע כיון דעכ"פ אינו יכול לישבע משלם א"כ גם הכא למה לא ישלם, והרמב"ן בעצמו הוא מהסוברים דגם בלא הו"ל למידע אמרינן מתוך, וכן פסק הש"ך בסי' ע"ב ס"ק נ"א.

אכן עוד אפשר לומר ע"פ דברי התוס' בב"מ דף ה' דמשו"ה בחשוד שכנגדו נשבע ונוטל ולא אמרינן משואיל"מ משום דהחשוד רוצה לישבע אלא שאין מניחין לו לישבע, אבל זהו לשיטת התוס' דבחשוד ע"פ עיקר הדין פטור ולא אמרינן משואיל"מ, ומדרבנן הוא שתיקנו שיהי' שכנגדו נשבע ונוטל, והתוס' לשיטתם כשיטת ר"ת דבשניהם חשודים על השבועה קיי"ל כר' יוסי דיחלוקו, ולא אמרינן דהו"ל משואיל"מ, אבל לשיטת הרי"ף והרמב"ם וכן סובר הרמב"ן דבשניהם חשודים קיי"ל דחזרה שבועה למחוייב לה ומשואיל"מ אלמא דגם בחשוד צריך לשלם מדינא אף שהחשוד רוצה לישבע אלא שאנו אין מניחין לו, וא"כ גם הכא אם אנו אין מניחין לבעה"ב לישבע משום שאנו מחזיקין

אותו שאינו זוכר משום דטרוד הוא בפועליו ודאי דדנין בי' דין משואיל"מ וכמש"כ הר"נ.

ובזה נוכל להעמיד דבריו של הש"ך לשיטתו דבסי' צ"ב סעיף ז' במה דפסק המחבר כהרמב"ם דבשניהם חשודים אמרינן משואיל"מ, והרמ"א פסק כר"ת דיחלוקו הכריע הש"ך כדעת ר"ת דיחלוקו, א"כ לשיטתו שפיר כתב לדחות הוכחת הר"י מיגש בתירוצו, ולכן לדעת הרמב"ם דבלא הו"ל למידע אמרינן משואיל"מ, וכן בשניהם חשודים אמרינן משואיל"מ ודאי מוכרחה הוכחתו של הר"י מיגש דהגמ' מיירי בכופר הכל וחייב שבועה משום תקנה דשכיר.

ובמה שכתב הרמב"ם דאם שכרו שלא בעדים אינו נשבע אלא היסת, וכתב ע"ז המ"מ שהוא מדברי הר"י מיגש שלא יהא דין קציצה חמור מכשטוען פרעתי דפטור כששכרו שלא בעדים, ויש לתמוה דהא הר"י מיגש וכן הרמב"ם סוברים דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן אפי' היכי דלא הוי מיגו דהעזה, ועיין בדברי הרא"ש בפ' כל הנשבעין סי' ג' שחלק על הר"י מיגש וסובר דדוקא במיגו דהעזה לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, אבל הר"י מיגש סובר דבכל גווני לא אמרינן מיגו, וכן הרמב"ם בפי"ג מה' מלוה כתב דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה גבי נשבע על המשכון, ושם נמי לא הוי מיגו דהעזה, וא"כ איזה הוכחה הוא ממה שבעה"ב פטור מממון כשטוען פרעתי כששכרו שלא בעדים דודאי מהני מיגו לממון, לדין קציצה דהוא בדין שבועה דלא מהני מיגו לאפטורי משבועה, ואין לומר דדוקא מיגו לא מהני, אבל הכא הוי הפה שאסר דהא הר"י מיגש מיירי בקושיית הגמ' בשבועות דף מ"ו דשבועת השומרים היכי משכחת לה מתוך שיכול לומר להד"מ יכול לומר נאנסו ומשני באפקיד ליה בשטר ועל זה כתב הר"י מיגש דלא קיי"ל הכי אלא אע"ג דאפקיד שלא בשטר ושלא בעדים חייב שבועה משום דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, אלמא דגם הפה שאסר לא מהני לאפטורי משבועה.

ונראה בזה ע"פ מה שכתב הר"נ בפ' כל הנשבעין בהא דאמר שמואל לא שנו אלא ששכרו בעדים וכו'. ופריך רבא משבועת שומרים ומוקי דאפקיד בשטר, ואנן קיי"ל דשבועת שומרים הוא בכל גווני, ובשכיר קיי"ל כשמואל דדוקא ששכרו בעדים, וכתב הר"נ בשמו של רב שרירא גאון דמיגו דהכא לאו מיגו מעליא דהוי מיגו דהעזה דכשטוען פרעתי יאמר השכיר שהוא טרוד בפועליו ושכח, אבל כשיאמר לא שכרתיך הוא העזה, ומ"מ אמרינן מיגו זה כיון דעיקר נאמנותו של שכיר בשבועה אינה אלא מן התקנה, ורבא דפריך משבועת שומרים אינה אלא לרמב"ח דאמר כמה מעליא הא שמעתתא דמשמע דסובר דהוא מיגו טוב מן הדין, וע"ז פריך משבועת שומרים דג"כ איכא מיגו דהעזה, ומשני דאפקיד בשטר אבל לענין הלכה קיי"ל דשבועת שומרים הוא בכל גווני ומ"מ

בדינא דשכיר דייניגן ביה מיגו משום שכל דינו הוא מן התקנה.

והר"נ הקשה עוד דמאי קושיא מהא דשבועת שומרים להא דשכיר דהוא לפטור מממון דהא מיגו דהעזה אמרינן לפטור מממון ולא אמרינן לפטרו משבועה, וכתב דבדין שכיר מוכח בגמ' דאמר שקלוה רבנן לשבועה מבעה"ב ושדיוה אשכיר דמן התקנה היו חכמים מחייבים לבעה"ב שבועה אפי' קודם שתיקנו דישבע השכיר ויטול, ושמואל דאמר לא שנו אלא ששכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך, יכול לומר שכרתיך ונתתי לך שכרך היינו לפטור בעה"ב גם בלא שבועה, וע"ז פריך משבועת שומרים ולדידן נמי להלכה בשכיר פטור לגמרי בהך מיגו גרוע משום דהוא מן התקנה, ובדברי הר"נ מבואר יפה שיטת הר"י מיגש והרמב"ם דסוברים דמה דמחייבינן בטענת קציצה לבעה"ב לישבע הוא אפי' בכופר הכל והיינו משום דזו היא אותה השבועה שהי' ראוי לחייב לבעה"ב בטענת פרעתיך משום כדי חייו דשכיר, אלא דבטענת פרעתי כיון דטרוד בפועליו עקרוה לשבועה מבעה"ב ושדיוה אשכיר ובקציצה נשארה על הבעה"ב.

ועכשיו מבוארים דברי הר"י מיגש והרמב"ם כיון דהיכי דבעה"ב טוען פרעתיך דפטור כששכרו שלא בעדים הוא פטור לגמרי בין מדינא דשכיר נשבע ונוטל, ובין מדין שבועה שהי' צריך הבעה"ב לישבע מן התקנה בלא תקנת שכיר נשבע ונוטל אלא שצריך להוסיף דלהר"י מיגש והרמב"ם כל מה שכתב הר"נ מהא דהוי מיגו גרוע, לשיטתם דבכל גווני לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה צריך לומר כן בעיקר מילתא מה דמהני כאן מיגו לאפטורי משבועה דזהו משום דלא הוי אלא מן התקנה, ולכן ה"נ בטענת קציצה דמחייבינן לבעה"ב שבועה אפי' בכופר הכל הוא דוקא בשכרו בעדים, אבל שכרו שלא בעדים פטור משבועה ולא אמרינן בזה מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן כיון דהשבועה הוא מן התקנה וכמו שלא חייבו לבעה"ב שבועה בשכרו שלא בעדים.

אכן צריך להוסיף עוד מה שכתב הר"נ דאף דגבי שבועת שכיר מהני מיגו גרוע בשביל שהוא רק מן התקנה מ"מ הבו דלא להוסיף עלה ולא נימא כן בשבועת השותפים דאף שנשתתף עמו שלא בעדים ויכול לומר לא נשתתפתי עמך מ"מ כשמודה בשותפות חייב שבועת השותפין, ודברי הר"נ הם מפורשים בהר"י מיגש בדין מיגו לאפטורי משבועה, אלא שהר"נ כתב זה לשיטתו בדין מיגו גרוע, אלא דדברי הר"נ צריכים באור שכתב אין לך אלא מה שמנו חכמים, דזה הי' מיושב אי הוי תנן הכי במתני' דבשכיר הוא דוקא כששכרו בעדים, אבל כיון דהוא רק מימרא דשמואל ומשום סברא דמיגו מנלן לחלק בין שכיר לשאר תקנות.

ונראה דיש לומר דהך דינא דבשכיר ליכא תקנת שבועה היכי דשכרו שלא בעדים יש

להוכיח כן ממתני' מעיקר דינא דכיון דזה ודאי לגבי דינא דשכיר נשבע ונוטל דהוא לחייב ממון ודאי מהני מיגו ואפי' מיגו גרוע מהני, וכמו שהוכיח הר"נ, וע"כ דהך דינא הוא דוקא בשכרו בעדים וכיון דעיקר תקנת שכיר דנשבע ונוטל נמשך מדין חיוב שבועה שהיה ראוי להטיל על בעה"ב משום כדי חייו דשכיר, וכמו שכתב הר"נ א"כ למה לא תנן במתני' להדיא הך תקנה שהבעה"ב נשבע היכי ששכרו שלא בעדים, וע"כ דבדין שכיר אפי' בדין תקנת שבועתו מהני בי' מיגו ואינו דומה לכל תקנות שבועה, ובטעמא נראה דכל תקנת שבועה הוא משום טעמא דשייך בעיקר הדין שראו חכמים שצריך לחייב להנתבע שבועה, אבל בשכיר ליכא טעמא בעיקר הד"ת דהא מה דבעה"ב טרוד בפועליו משום זה מחייבינן ליה לשלם, ועיקר תקנת שבועה על בעה"ב הוא משום כדי חייו דשכיר ולכן לא אלימא הך שבועה דהיכי דאיכא מיגו וטענת בעה"ב עדיפא מטענת שכיר לא חייבוהו חכמים לבעה"ב שבועה, אבל היכי דאיכא טעמא בעיקר הדין לחייב שבועה לא מהני מיגו וכן כתב הרמב"ם בפ"ט מהל' שלוחין ושותפין הל' ד' ובפי"ג מהל' מלוה הל' ג'.

והנה מה שכתב הר"נ דשמואל דאמר דכששכרו שלא בעדים נאמן לומר שכרתיך ונתתי לך שכרך, הוא לפטור אותו לגמרי אפי' משבועה שהיתה ראוי' לחייב להבעה"ב הוא לשיטתו דחולק על הרמב"ן שהבאנו למעלה שכתב דכיון דבעה"ב טרוד בפועליו לא נוכל למסור לו שבועה, דלפי דברי הרמב"ן אין כאן חדוש שהוא פטור משבועה דהא ודאי א"א להשביעו, אך הר"נ אינו סובר כן והוא מוכרח לשיטתו דכיון דסובר דאם אין יכולים למסור לבעה"ב שבועה משום שהוא טרוד הו"ל אינו יכול לישבע ומשלם, וא"כ כשבעה"ב טוען פרעתי מחצה למה צריך השכיר לישבע, וע"כ דסברא דבעה"ב טרוד בפועליו אינו עושה שאין יכולים למסור לו שבועה, ורק משום תקנת שכיר אמרו דכיון דבעה"ב טרוד בפועליו שדיוה לשבועה אשכיר, וכן הוא דעת הרמב"ם, ומבואר מה שכתב כאן דכששכרו שלא בעדים אינו נשבע אלא היסת, דהמיגו פוטרו אפי' משבועה שחייב בדין קציצה כמו דנפטר בטענת פרעתי וכנ"ל.

פרק יב

הלכה ב

מה בין העושה בתלוש לעושה במחובר, שהעושה בתלוש אוכל בדבר עד שלא נגמר מלאכתו, ומשתגמר מלאכתו אסור לו לאכול, והעושה במחובר כגון בוצר וקוצר אינו אוכל אלא כשיגמור עבודתו, כגון שיבצור ויתן בסל עד שימלאנו, וינפץ הסל למקום

אחר ויחזור ויבצור וימלאנו ואינו אוכל אלא עד אחר שימלא הסל, אבל מפני השב אבדה לבעלים אמרו חכמים שיהיו הפועלין אוכלין בהליכתן מאומן לאומן, ובחזירתן מן הגת כדי שלא יבטלו ממלאכתן וישבו לאכול, אלא אוכלין בתוך המלאכה כשהן מהלכין ואין מבטלין.

השגת הראב"ד. מה בין העושה וכו' עד אחר שימלא הסל. א"א לא ידעתי מאין זה, ואולי זה הוא מ"ש מפני השב אבדה לבעלים אוכלין בהליכתן מאומן לאומן, ובחזירתן מן הגת דהיינו כשימלא הסל וינפצו ויחזרו מן הגת, ומה שאמר מפני השב וכו' פי' הוא למה שאמר עכ"ל.

כתב המ"מ דבמה דתנן וכולן לא אמרו אלא בשעת מלאכה גורס הרמב"ם כגירסת הרי"ף דגורס בשעת גמר מלאכה וכתב עוד וז"ל, ונראה שרבינו מפרש גמר מלאכה בכאן משנתמלא הסל, אבל מפני השב אבדה שלא יאכלו בשעת עשיית המלאכה, אמרו שיאכלו בעודן ממלאין הסל בהליכתן משורה לשורה או בהחזירתן הסל שנפצו לגת עכ"ל, והנה מה שכתב דמפני השב אבדה הוא שלא יאכלו בשעת עשיית המלאכה קשה, דהא הרמב"ם כתב כדי שלא יבטלו ממלאכה וישבו לאכול, וכן פירש"י במתני', ונראה דגם כונת המ"מ כן דמש"כ שלא יאכלו בשעת עשיית המלאכה היינו דכשיאכלו יתבטלו מהמלאכה, וכן הוא בדברי הרמב"ם בפיהמ"ש שכתב ולא יאכלו בשעת מלאכה ויתבטלו כל זמן שאוכלין.

ובעיקר מה שכתב המ"מ דגמר מלאכה הוא משנתמלא הסל לא ביאר טעמו של דבר, וזהו שכתב הראב"ד לא ידעתי מאין זה, והנה מדברי המ"מ משמע דעיקר מילוי הסל הוא תנאי בהיתר אכילתו משום דזה נקרא גמר מלאכה, ועל זה שפיר הקשה הראב"ד דמנלן גדר זה, ומשום דזה ע"כ פשוט דכונת הרמב"ם דאוכלין אחר מילוי כל סל וסל, דא"א לומר דכונתו אחר שיתמלאו כל הסלים, דא"כ לא יאכל עד סוף היום והא פועל אוכל בשעת מלאכה, וע"כ דכונתו דאוכל אחר מילוי כל סל וזמן האכילה צריך לומר דזהו כשמנפץ הסל למקום אחר, וזהו שהזכיר הרמב"ם וינפץ וכו' דא"א לומר דאינו עושה כלל כשהוא אוכל דהא כתב דהמבטל ממלאכתו ואכל עובר בל"ת וכיון דא"א לומר דכונתו שאוכל אחר שעבד כל היום, בהכרח שהוא אוכל בשעה שהוא עושה דאי לא"ה הרי הוא מבטל ממלאכתו, ולכן ע"כ דזהו כשמנפץ הסל, איברא שראיתי להריטב"א בש"מ שלא נחית לזה והקשה על הרמב"ם דבכולי פרקין מוכח דפועל אוכל בשעה שהוא עוסק במלאכתו, אבל כונת הרמב"ם כמש"כ ועל זה שפיר הקשה הראב"ד דמנלן לפרש גדר זה של מילוי סל, ואף דהא תנן לגירסת הרי"ף שאינו אוכל אלא בשעת גמר

מלאכה, דעת הראב"ד לפרש כפי' הרמב"ן בחידושיו דהכונה בשעת מלאכה שהוא גמר ולא קודם מלאכה ולאחר מלאכה או דמפרש לאפוקי עודר ומנכש וכדפירש"י במתני' קמייתא אבל הרמב"ם סובר שהם שני ענינים דזה ודאי דאינו אוכל אלא בעושה במחובר בדבר שהוא גמר מלאכה כגון קוצר ובוצר לאפוקי עודר ומנכש וכמו שכתב הרמב"ם בהל' ד' המנכש בבצלים וכו' אינו אוכל מפני שאין מעשיהם גמר מלאכה, וזהו דעיקר המעשה אינה גמר מלאכה, אבל מה דתנן דאינו אוכל אלא בשעת גמר מלאכה מפרש הרמב"ם דזהו ענין אחר דגם במעשה שהוא גמר מלאכה כגון קוצר ובוצר אינו אוכל אלא בשעת גמר מלאכה, אלא דמ"מ צריך ביאור דמנלן דגמר מלאכה הוא מילוי הסל.

ונראה דבאור דברי הרמב"ם הוא באופן אחר דמה שכתב הרמב"ם דאינו אוכל אלא אחר שיתמלא הסל אינו משום דמילוי הסל הוא גדר בגמר מלאכה, אלא משום דכל זמן שלא נתמלא הסל הרי עוסק הפועל בקצירה או בתלישה, וזה הא כתב בהל' ג' דלמדנו מקרא דוחרמש לא תניף שכל זמן שהוא עוסק בקצירה לא יניף חרמש לאכילתו, ומזה למד דהמבטל ממלאכתו ואכל או שאכל שלא בשעת גמר מלאכה ה"ז עובר בל"ת, ובזה מבואר דמה דמפני השב אבדה לבעלים אוכלין הפועלים בהליכתן מאומן לאומן דמה"ת אין אוכלין, אינו משום דאכתי לא נתמלא הסל כמש"כ המ"מ דכאן אינו טעם כלל לפימש"כ, כיון דעכ"פ בהליכתן מאומן לאומן אינם עוסקין בקצירה, אלא דבאמת הא מבואר בגמ' דטעמא הוא משום דמהלך לאו כעושה מעשה או משום דאוכל בגפן זה אינו אוכל בגפן אחר, והלח"מ דחק לפרש הגמ' לפי דברי המ"מ דמייתי רק מבחזירתן, אבל פשטות הגמ' אינו כן וגם אין שום צורך לדחוק בזה דדברי הרמב"ם מבוארים להדיא דטעמא דאינו אוכל אלא בשעת גמר מלאכה הוא משום שכל זמן שהוא עוסק בקצירה אסור לאכול.

ונמצא דזהו טעמא דמילוי הסל משום דאכתי הוא עומד בעבודת הקצירה אבל בהליכתן מאומן לאומן הי' מן הדין שיאכלו דהא אין עוסקין בקצירה רק משום טעמי הגמ' וכנ"ל, אלא דמ"מ ודאי צריך שגם אחר הקצירה יעסוק באיזה דבר השייך לעבודתו וזהו בשעה שמנפץ הסל למקום אחר, דבשעה שאינו עושה כלל ודאי שאינו אוכל.

והראב"ד שהשיג עליו כאן הוא לשיטתו במה שהשיג גם בהל' ג' ואינו סובר הך דינא שכל זמן שהוא עוסק בקצירה אסור לו לאכול, אלא דאסור לו לקצור בחרמש ולאכול, אבל אין זה משום גדר גמר מלאכה ולשיטתו בשעה שהוא קוצר מותר לו לקטוף מלילות בידו השנית וכדכתיב וקטפת מלילות, ועיין מש"כ בהל' ג' בדעת הרמב"ם והראב"ד.

הלכה ג

המבטל ממלאכתו ואכל או שאכל שלא בשעת גמר מלאכה הרי זה עובר בל"ת שנאמר וחרמש לא תניף וגו' מפי השמועה למדו שכל זמן שהוא עוסק בקצירה לא יניף חרמש לאכילתו וכן כל כיוצא בזה.

השגת הראב"ד. המבטל ממלאכתו וכו' מפי השמועה למדו שכל זמן עד וכן כל כיוצא בזה. א"א דברים אלו אין להם שורש, ובספרי דרשו וקטפת מלילות בידיך שלא יהא קוצר במגל ואוכל, וחרמש לא תניף בשעה שאתה מניף חרמש על קמת בעה"ב ולא מפני בטול מלאכה, אלא שלא יעשה אכילתו קבע כעין מלאכתו עכ"ל.

המ"מ הביא דברי ההשגות וכתב על זה וז"ל, והרמב"ן פירש הברייתא שאין הכונה אלא להוציא עודר ומקשקש או מנכש בעשבים שאינן עושין בגמר מלאכה כמו שנתבאר בגמ', וכתב על דברי רבינו וכמדומה לי שטעה בפירוש ברייתא זו שבספרי, ורש"י ז"ל פירש המשנה שהבאתי למעלה כך וכולן לא אמרו שיאכל אלא בשעה שהוא עסוק במלאכה, ולא שישב ויאכל לומר הרי מנעתי את עצמי עד כאן ולא בטלתי עכשיו אשב לי עכ"ל, וקרובים דבריו לדברי רבינו עכ"ל המ"מ, ודבריו תמוהים במה שכתב לסייע לדברי הרמב"ם מפירש"י דהא הראב"ד והרמב"ן לא השיגו על הרמב"ם במה שכתב דאסור לאכול כשהוא מבטל ממלאכתו אלא על שאכל שלא בשעת גמר מלאכה, ולמד זה מקרא דוחרמש לא תניף שכל זמן שהוא עוסק בקצירה לא יניף חרמש לאכילתו, וע"ז השיג הראב"ד דקרא לא קאי לזה שלא יאכל שלא בשעת גמר מלאכה אלא שלא יאכל ע"י קצירה במגל.

והרמב"ן בחדושיו כתב וז"ל הכי משתמע קרא וקטפת מלילות בידיך לאכול ולא תהא קוצר במגל לצורך אכילה שאם נתן דעתו על המלילות לאכלן אינו רשאי לקצרן במגל, וכן אם קצרן במגל לצורך בעה"ב שוב אינו רשאי לאכלן דהו"ל תלוש והוא עושה במחובר, והעושה במחובר אינו אוכל בתלוש, ומבואר דהראב"ד והרמב"ן חולקים ע"ז שכתב הרמב"ם שאינו אוכל בשעת קצירה, ופי' בזה גירסת הרי"ף שאינו אוכל אלא בשעת גמר מלאכה, והרמב"ן פי' שם גירסת הרי"ף שלא יאכלו אלא בשעת מלאכה שהוא גמר ע"ש בדבריו, עכ"פ לא שייך להביא סיוע מד' רש"י לד' הרמב"ם דרש"י ודאי אינו סובר כן ואינו גורס במתני' בשעת גמר מלאכה, אלא בשעת מלאכה לאפוקי שלא ישב לאכול ויתבטל ממלאכתו.

והנה הרמב"ן משיג על הרמב"ם עוד יותר שהוא מפרש בד' הרמב"ם שהפועל אינו אוכל בשעת מלאכה אלא אחר המלאכה שכתב שם וז"ל והוצרכתי לפרש כל זה

מפני שראיתי לר"מ הספרדי שאמר העושה במחובר אינו אוכל אלא כשיגמור עבודתו, והמבטל ממלאכתו ואוכל בשעת מלאכה הרי זה עובר בל"ת שנאמר וחרמש לא תניף מפי השמועה למדו שכל זמן שהוא עוסק בקצירה לא יניף חרמש לאכילתו וכמדומה לי שטעה בפי' ברייתא זו שבספרי, אלא קרא למאי דכתבינן אתא ואכילת פועל במחובר כאכילתו בתלוש אוכל בשעה שהוא עושה, ודומיא דבהמה דאוכלת בשעת מעשה דקרא כתיב לא תחסום שור בדישו עכ"ל, ומבואר מדבריו דמפרש בדעת הרמב"ם שהוא אוכל אחר מלאכתו ממש, וכבר כתבנו בהל' ב' שאין כן כונת הרמב"ם, וכפי שנראה הי' להרמב"ן גירסא אחרת בדברי הרמב"ם שהביא בדבריו שכתב המבטל ממלאכתו ואוכל בשעת מלאכה, ולפי גירסתו אפשר לפרש דברי הרמב"ם דזהו חדא מילתא שמבטל ממלאכתו בזה שאוכל בשעת מלאכה, אלא דעיקר דינו הוא שיאכל כשיגמור עבודתו, אבל לגירסתנו בדברי הרמב"ם הרי הם שני דינים דאסור לפועל לבטל ממלאכתו בשביל אכילתו, וגם שאסור לו לאכול שלא בשעת גמר מלאכה, וא"כ קשה דהיכי אפשר שני הדינים האלו דאסור לו לאכול קודם גמר מלאכתו, וגם אסור לו להתבטל ממלאכתו אם לא שלא יאכל אלא כשיגמור עבודתו וזהו בסוף היום, וזה אי אפשר, ואולי מפרש הרמב"ן שאוכל בזמן אכילה ואין זה מבטל ממלאכתו אלא כשאוכל בזמן עבודה, אבל באמת זה אי אפשר כמו שהקשה הרמב"ן.

אכן דעת הרמב"ם מבואר בדבריו בפיהמ"ש שכתב וז"ל, אמרה תורה בשכיר שהתירה לו לאכול ואל כליך לא תתן, וקבלנו בפי' זה הכתוב בזמן שאתה נותן לכליו של בעה"ב אתה אוכל, אין אתה נותן לכליו של בעה"ב אין אתה אוכל, ולפיכך אינו אוכל עד גמר מלאכה וכשיהי' הדבר שהוא עוסק בו תלוש מן הקרקע יש לו לאכול בשעת מלאכתו, ולמדנו זה מדקאמר רחמנא לא תחסום שור בדישו, וכמו שאוכל שור בתלוש בשעת מלאכה כן יאכל הפועל עכ"ל, ומבואר דהוא ג"כ סובר דאכילת הפועל הוא בשעת מלאכתו, ומה שכתב שהעושה במחובר אינו אוכל עד גמר מלאכה היינו גמר מלאכת המחובר, וזהו כשהוא נותן לכליו של בעה"ב והוא כמו שכתבתי בהל' ב' דכונתו שאוכל כשמנפץ הסל למקום אחר, משום דנתינה בסל כשהוא בוצר אין זה עבודה מיוחדת אלא בשעת הבצירה נותן בסל ובשעת בצירה אסור לו לאכול, אלא דהרמב"ם כאן למד זה מקרא דוחרמש לא תניף דכל זמן שהוא עוסק בקצירה אינו אוכל.

אלא דבאמת צריך ביאור דהא כתיב בקרא וקטפת מלילות בידיך ואמר ע"ז בספרי שלא יהא קוצר במגל ואוכל, והרמב"ם לא חלק כלל, ומוכח דסובר דכשהוא קוצר אסור לו באותה שעה לקטוף מלילות, וגם לא הזכיר כלל שהוא צריך לאכול דוקא ע"י קטיפת

מלילות ולא ממה שקצר לצורך בעה"ב, ונראה דהרמב"ם אינו סובר כן ובשעת גמר עבודת המחובר מותר לו לאכול ממה שקצר ואינו סובר כהרמב"ן דעושה במחובר אינו אוכל בתלוש, אלא דוקא אחר גמר עבודת המחובר אוכל, ולמד זה מהא דדרשינן בשעה שאתה נותן לכליו של בעה"ב אתה אוכל, וכמו שכתב בפיהמ"ש, ולכן כשהוא עוסק בקצירה גם ע"י קטיפת מלילות אסור לאכול דהא אינו נותן באותה שעה לכליו של בעה"ב, וע"כ דהוא אוכל בשעה שאינו עסוק בקצירה אלא בסדור מה שקצר כשהוא נותן לכליו של בעה"ב, ומה דכתיב וקטפת מלילות בידיך אינו אלא לומר דאסור לו לקצור לצורך עצמו, וכדמסיים קרא וחרמש לא תניף על קמת רעך, וזהו משום דקצירה בחרמש אינה נעשה בשעה שהוא עוסק בנתינה לכליו של בעה"ב כמו כשינפץ הסל למקום אחר, ולכן אמרה תורה וקטפת מלילות והיינו שלא יעשה מלאכה קבועה לצורך אכילתו, דנמצא דבאותה שעה אינו עובד ואין לו רשות לאכול, ואם יאכל ממה שקוצר בשעת קצירתו נמצא שקוצר לצורך עצמו והוי כמו שהניף חרמש לצורך עצמו, ולכן כ"ז שהוא עוסק בקצירה אסור לו לאכול.

אלא דמהך קרא הי' אפשר לומר דמ"מ מותר לו לקטוף מלילות בידו השנית בשעה שהוא קוצר לצורך בעה"ב ובזה גלי קרא דואל כליך לא תתן דאין לו רשות לאכול אלא כשהוא נותן לכליו של בעה"ב כמו שכתב בפיהמ"ש, וכאן בהלכותיו לא הזכיר הך קרא דקרא זה אינו אלא למוד, אבל לא לאו מפורש דעיקר קרא הא אתא שלא יתן לכליו אלא דמהך קרא ילפינן פירושא דקרא דוחרמש לא תניף, וגלה לנו דבשעה שהוא מניף חרמש אסור לו לאכול דאין היתר לאכול אלא כשהוא נותן לכליו של בעה"ב, והיינו אחר שגמר עבודת המחובר ואין נ"מ אם גם הרבה פעמים גומר עבודת המחובר ועוסק בסדור הנתלשים מותר לו אז לאכול.

והנה הרמב"ן השיג על הרמב"ם וכתב שכמדומה שטעה בפי' הברייתא שבספרי וזהו כמו שכתב שם מקודם דפירוש הספרי הוא להיפוך דפועל אינו אוכל אלא כשהוא מניף חרמש על קמת בעה"ב, וכדאמר בגמ' דדרשינן מהך קרא בשעת חרמש אכול שלא בשעת חרמש לא תיכול ולכאורה דברי הרמב"ם תמוהים שפירש הספרי להיפוך מדברי הגמ', אבל כשנדייק לשון הספרי נראה שדברי הרמב"ם נכונים דהכי קתני התם כי תבוא בקמת רעך יכול לעולם ת"ל וחרמש לא תניף בשעה שאתה מניף חרמש על קמת רעך, מכלל שנאמר רעך פרט לעכו"ם רעך פרט לגבוה, וקטפת מלילות בידיך שלא תהא קוצר במגל וחרמש לא תניף בשעה שאתה מניף חרמש על קמת בעה"ב, והרמב"ן הביא כל הספרי [אלא שבמקום על קמת בעה"ב כתב על קמת רעך] ומדברי הרמב"ן

מוכח שאינו מחלק כלל מהא דקתני מקודם בספרי בשעה שאתה מניף חרמש על קמת רעך, והא דקתני הך דרשא עוד בסוף הברייתא, והוא באמת תימה דמה הוסיפה כאן הברייתא ומה הוצרכה לכפול, ולכן מפרש הרמב"ם דזהו תרי דרשות דבדרשא קמייתא דריש דסתם אדם אין לו רשות לאכול אלא כשהוא מניף חרמש על קמת רעך, אח"כ דריש הא דוחרמש לא תניף להא דקאמר שלא תהא קוצר במגל, ואמר וחרמש לא תניף בשעה שאתה מניף חרמש על קמת בעה"ב אסור לך לאכול, וזהו שכל זמן שהוא עוסק בקצירה אסור לו לאכול. וראיתי אח"כ בילקוט שמעוני שמביא ד' הספרי והגירסא שם בסיפא וחרמש לא תניף אפילו בשעה שאתה מניף חרמש על קמת בעה"ב, ולשון "אפילו" מוכרח דהוא לאיסור וכפירושו של הרמב"ם, ובודאי דגירסת הרמב"ם בספרי היה כגירסת הילקוט ודבריו ברורים.

והנה הרמב"ן כתב וז"ל, ובנוסח משנתנו של רבינו ז"ל גרסינן וכולן לא אמרו אלא בשעת גמר מלאכה כגון פורק וטוען כלומר בשעת מלאכה שהוא גמר אבל לא קודם מלאכה ולאחר גמר מלאכה ממש וכו' ובשאר כל הנוסחאות גרסינן וכולן לא אמרו אלא בשעת מלאכה ודא ודא אחת היא עכ"ל, וצריך באור במה שרצה לדחוק גירסת הרי"ף שיהי' כגירסת רש"י דהא כתב למעלה שהאוכל במחובר אינו אוכל בתלוש ואיך קתני כגון פורק וטוען ולמעלה באר מה דקתני בתוספתא, ר' יהודה אומר אינו אוכל אלא בשעה שפורק ובשעה שטוען דהוא מדין תק"ח ובמתני' הא תנן זה קודם הא דמפני השב אבדה לבעלים, ואולי יפרש דמה דתנן כגון פורק וטוען זה קאי על עושה בתלוש וצ"ע, אבל עכ"פ לשיטת הרמב"ם הדברים מפורשים במתני' לגירסת הרי"ף שאינו אוכל כשעושה במחובר אלא בגמר מלאכה כשהוא פורק וטוען וכמו שבארנו.

הלכה ה

הבודל בתמרים ובגרוגרות אינו אוכל מפני שנגמרה מלאכתן למעשר, העושה בחטים וכיוצא בהן אחר שעשו כגון ששכרו לבור צרורות או לנפח אותן או לטחון הרי אלו אוכלין שעדיין לא נגמרה מלאכתן לחלה, אבל הלש והמקטף והאופה אינו אוכל מפני שנגמרה מלאכתן לחלה ואין הפועל אוכל אלא מדבר שעדיין לא נגמרה מלאכתן לחלה ולמעשר.

השגת הראב"ד. העושה בחטים וכו' עד למעשר ולחלה. א"א טעה הוא וכל האומר כן שלא הוזכרה חלה אלא בכרוך ותני אבל משעת מעשר פקעה אכילתם.

כתב המ"מ דהרמב"ם מפרש כפירש"י דהראוי לחלה אוכל אף שנגמרה מלאכתו למעשר כ"ז שלא נגמרה מלאכתו לחלה, והראב"ד סובר דחלה לא הוזכרה אלא בשיטפא

דלישנא דכיון שנגמר מלאכתו למעשר אינו אוכל, והקשה על פי' הראב"ד דא"כ לא הו"ל להזכיר חלה כלל, ועוד דנקטה הברייתא במה שאינו אוכל בתבואה דבר שנגמרה מלאכתו לחלה ולא נקטה בורר בחטים דומיא דבודל בתמרים, ודברי הראב"ד באמת תמוהים שבא להשיג על פי' רש"י והרמב"ם ולומר פי' שאינו מתקבל דחלה בכדי נקט ואינו צריך כלל.

ונראה דאין כונת הראב"ד כמו שפי' המ"מ בדבריו ובודאי חלה הוא ג"כ תנאי בדין אכילה דמשכחת דפועל אוכל עד שתגמר מלאכתן לחלה, אלא דאינו סובר דגמר מלאכה למעשר לא מהני בדבר הראוי לחלה, ומשכחת לה שטחן מעט חטים מן הדישה כשהיא עוד במוץ שלה וגם לשה עם המוץ והמורסן שלא נגמר מלאכתה למעשר, והשגת הראב"ד הוא דלפי' רש"י נמצא דמה דאמר כרוך ותני אינו אלא בשביל הך ברייתא דקתני למעשר וכדפירש"י דלא תיתני חדא למיתני בקמייתא למעשר דא"כ ש"מ הא נגמרה למעשר לא אכיל וקשיא בתרייתא, ולפי"מ דפי' בכרוך ותני נמצא דלמעשר אינו מעכב כלל בדבר הראוי לחלה, ועל זה חולק הראב"ד וסובר דגם לחלה לא הוזכר אלא בכרוך ותני שגם בתבואה משנגמר מלאכתו למעשר אינו אוכל, אלא אם לא נגמרה מלאכתו למעשר אינו אוכל משנגמר מלאכתו לחלה.

וראיתי בירושלמי שיש קצת סיוע משם להראב"ד, דקתני התם מה דיש שלא בא לזיקת המעשרות יצא הלש והמקטף והאופה שבא לזיקת מעשרות, ולשיטת רש"י והרמב"ם קשה דהא כבר בא מקודם לזיקת מעשרות והו"ל למימר לזיקת חלה, וצריך לומר דהכונה לזיקת כל המעשרות דשייך בה, והיכי דראוי לחלה גם לזיקת חלה, אבל לפי' הראב"ד מיושב דהא דנגמר מלאכתו לחלה אינו אוכל הוא בדלא נגמר מלאכתו למעשר, והא דאמר כרוך ותני היינו דבין מעשר בין חלה מעכבין וזהו דתני בירושלמי שבא לזיקת מעשרות והיינו דאף שלא נגמר מלאכתו למעשר כיון שנגמר לחלה נקרא בא לזיקת מעשרות.

והנה לדברי המ"מ מבואר דהרמב"ם ורש"י הם בחדא שיטה, אכן בהא דפרות המרכסות בתבואה דאינו עובר משום בל תחסום בדף פ"ט ע"ב פירש"י ששורין שעורין במים ומיבשין אותן בתנור ודשין אותן בפרות להסיר קליפתן והיא חושלא, ובדף צ' ע"א פירש"י דטעמא דאינו עובר משום בל תחסום משום דגמר מלאכתן למעשר משעת דישה, והרמב"ם בפ' י"ג הל' ד' פירש פרות המהלכות על התבואה לפי שירט להן הדרך והיינו שאין עושות בתבואה זו אלא הולכות עליה והראב"ד הביא שם פירש"י. ובתוס' שם כתבו לא לעשות לחם מיירי דהיכי דשייכא חלה לא אזלינן בתר גמר מלאכה למעשר

אלא בתבואה לעשות קליות או שתית מיירי, והרמב"ן בחידושיו בהא דאמר רבא כרוך ותני הביא פירש"י דהראוי למעשר ולא לחלה כגון פירות האילן הוא משנגמר מלאכתו למעשר, והראוי לחלה כגון תבואה אוכל עד שתגמר מלאכתו לחלה, והקשה ע"ז מהא דפרות המרכסות בתבואה אינו עובר משום בל תחסום ופירש"י משום דנגמר מלאכתן למעשר, ואמאי הא לא הגיעו לחלה, וכתב ע"ז ונראה שהוא ר"ל כגון שמירח והוקבעו למעשר והרי הוא טבל ואסור להאכיל לבהמה, וא"ת יעשר, בדישו אמר רחמנא ולא האסור, ואחר שהביא עוד פירושי ראשונים כתב עוד ויש לפרש לפי דרך פירש"י דבדבר שאינו ראוי לחלה כגון בורר חטים אינו אוכל לפי שכבר נגמרה מלאכתו למאוחר שבו, אבל מאחר שעשו חטין קמח פועל אוכל עד שיגיעו לחיוב חלה משתגלגל העיסה ואע"פ שכבר הגיעו לעונת המעשרות כשהם חטים שפנים חדשות באו לכאן וזה אינו נכון עכ"ל, והריטב"א בש"מ כתב כתירוץ זה וכתב ע"ז וכן כתב רבינו הגדול הרמב"ן ז"ל, ומוכח שלא הי' בגירסתו שכתב הרמב"ן ע"ז שזה אינו נכון.

ולפי תי' הב' של הרמב"ן וכפי דברי הריטב"א שהחזיק בתי' זה יש חילוק בין שיטתו של רש"י לשיטתו של הרמב"ם, דלדעת הרמב"ם כשהוא בורר חטין כיון שהוא עומד לעשות עיסה הפועל אוכל עד שתגמר מלאכתו לחלה, ולשיטת רש"י אינו אוכל דדוקא כשנעשה קמח ופנים חדשות באו לכאן אוכל עד שתגמר מלאכתו לחלה.

והנה שיטתו של הרמב"ן צריכה באור דלמה הקשה לדעת רש"י דהא דברי התוס' ברורים דפרות המרכסות בתבואה הוא שלא ע"מ לעשות מזה לחם, וכן פירש"י להדיא שהוא לקלף שעורים לעשות חושלא וא"כ אינה באה לידי חיוב חלה, וראיתי בריטב"א בש"מ שהביא תי' התוס' דמיירי בתבואה שאינה עומדת אלא לקליות או לשתית של קליות דלא אתי לכדי חיוב חלה, וכתב ע"ז ואינו מחוור עדיין חדא דמידי חיוב חלה קתני מידי דחזי לחלה אמר רחמנא, ועוד למה לי כרוך ותני נימא כאן במידי דחזי לחלה וכאן במידי דלא חזי לחלה, והנה לקושייתו הב' אינו מובן מה מיושב בתירוצו שהוא תי' הרמב"ן דג"כ מצי לשנויי כאן במידי דאכתי לא חזי לחלה שהיא מלאכה בחטים וכאן משבאה לידי חיוב חלה שהיא מלאכה בקמח, וצ"ל דאי תני בברייתא רק חלה הוי משמע דגם חטים מותר לאכול עד שתגמר מלאכתן לחלה, ולדעת הרמב"ן אינו אוכל, אבל לתי' התוס' מיושב דבדבר שראוי לחלה אה"נ דאוכל וכי קתני דמשתגמר מלאכתן למעשר אינו אוכל זהו באינו ראוי לחלה וזה הוי כמו תמרים, אבל עיקר סברתו במה שחולק על דברי התוס' אינו מובן כלל דמה הקשה דמידי חיוב חלה קתני מידי דחזי לחלה אמר רחמנא, דהא אה"נ דבמידי דחזי לחלה תליא אבל חושלא אינו ראוי לחלה

אלא לבשלן בתבשיל וכמש"כ הלח"מ שם, וכן מה שכתבו התוס' דהוא לעשות קליות הא אין עומדין לעשות מהן לחם אלא או לאכלן או לעשות שתית, וא"כ צריך באור למה הוצרך הרמב"ן לתרץ תירוצים שונים לפי פירש"י כיון דהוא פשוט ומבואר, וכן במה שכתב הרמב"ם בפרות המרכסות פי' אחר כתב הנמוק"י דהוא לשיטתו דבכל גווני אוכל פועל עד שתגמר מלאכתו לחלה, וקשה דזהו עכ"פ בדבר העומד לבוא לידי חלה.

ונראה בדעת הרמב"ן וזהו דעת הרמב"ם משום דיש להסתפק בהך דינא דמשנגמר מלאכתו למעשר ולחלה אינו אוכל אם זהו דין דוקא בדבר הראוי לחיוב מעשר או לחיוב חלה, או דחיוב מעשר וחלה אינם עיקר והעיקר הוא דאין אוכלין אלא עד שתגמר מלאכתן, וכדתנן במתני' ובתלוש מן הקרקע עד שלא נגמרה מלאכתו אלא דגדר נגמרה מלאכתו ילפינן מדיש דזהו עד שנגמרה מלאכתו למעשר או לחלה, ויש להוכיח זה מדין ראה פני הבית דהא עד שראה פני הבית עוד לא נתחייב מדאורייתא במעשר, דאף שנגמר מלאכתו מ"מ עוד לא הוקבע חיובו למעשר ומ"מ אין פועל אוכל אף קודם שראה פני הבית, וכן מבואר להדיא בש"מ, וע"כ דעיקר דינא הוא גמר מלאכה אלא שאמרו חכמים דגמר מלאכה חשוב הוא שנגמר מלאכתו למעשר, וא"כ כשמקלף שעורים שיהי' אפשר לבשלן זהו גמר מלאכתן של השעורים שלא בא לטחנן אלא להסיר קליפתן וקליפת השעורים לבשלן צריך להיות כמו טחינת החטים לעשות פת, ואפשר דזהו כונת הריטב"א במה שכתב אטו חיוב חלה קתני מידי דחזי לחלה אמר רחמנא, והיינו דתנאי של נגמר מלאכתו לחלה אינו משום חיוב החלה אלא משום דחזי לחלה וזהו גמר מלאכתו, וא"כ ה"נ בחושלא או בקליות עד שתגמר מלאכתן שיהיו ראויין לבשול או לשתית צריך להיות פועל אוכל בו.

ובדעת התוס' צ"ל דכיון דכך למדנו שנגמר מלאכתו למעשר או לחלה אין אנו משגיחין על גמר מלאכה אחר ודוקא בגמר מלאכה למעשר או לחלה תליא אף דאינו צריך דוקא חיוב גמור וגם קודם שראה פני הבית אינו אוכל, וכן משמע בירושלמי שהבאנו דקתני מה דיש שלא בא לזיקת המעשרות ומשמע דבזיקת מעשרות תליא ולא בגמר מלאכה, והיינו משום דגם קודם שראה פני הבית כבר איכא זיקת מעשרות ויכולין לעשר על שראה פני הבית לאפוקי קודם שנגמר מלאכתו אסור לעשר על שנגמר מלאכתו.

ומבואר לפי דברינו דהרמב"ם ורש"י אינם שיטה אחת דלתירוצו הב' של הרמב"ן הא סובר רש"י דגם בורר חטין אינו אוכל ורק משבא לידי קמח אוכל עד שתגמר מלאכתו לחלה, ולפי' התוס' איכא נ"מ להיפוך דלרש"י אינו אוכל אפי' בדבר שיש לו גמר מלאכה אחר כגון חושלא, ולהרמב"ם גם בעשיית חושלא אוכל, ומשו"ה פי' המרכסות

בתבואה שאינן עושות בתבואה זו אלא מהלכות עליה, ורק לתי' א' של הרמב"ן יסבור גם רש"י דכיון דאיכא עוד גמר מלאכה אחר אוכל, ומה דאין הבהמה אוכלת הוא משום שנתחייבה התבואה במעשר אבל לא משמע כן מדברי רש"י, ועוד דהא איכא נ"מ בלא ראה פני הבית ובריית סתמא קתני, והראב"ד סובר דהיכי דכבר נגמר מלאכתו למעשר בכל גווני אינו אוכל וגמר מלאכה לא הוזכר אלא היכי דליכא גמר מלאכה למעשר וכמו שבארנו.

הלכה י

היה עושה בתאנים לא יאכל בענבים שנאמר בכרם ואכלת ענבים, והעושה בגפן זו אינו אוכל בגפן אחרת, ולא יאכל ענבים ודבר אחר ולא יאכל בפת ולא במלח, ואם קצץ עם בעה"ב על שיעור מה שיאכל אוכל אותן בין במלח בין בכל דבר שירצה.

השגת הראב"ד. ולא יאכל ענבים וכו' עד שירצה. א"א דוקא אחת אחת בספיתת מלח עראי אבל לא מליחה גמורה ולא עם הפת משום אסור טבל עכ"ל.

כתב המ"מ דהרמב"ם לא הכניס עצמו בכאן בדין המעשר אלא בדינו עם בעה"ב ובודאי דבשתים חייב לעשר, וכבר כתב זה רבינו פ"ה מהל' מעשרות, והנה לא כתב המ"מ אלא על תחלת דברי הראב"ד במה שכתב דדוקא אחת אחת, ולא כתב על מה שכתב אח"כ ולא מליחה גמורה ולא עם הפת שזה לא הוזכר גם בפ"ה מהל' מעשרות, אלא דבאמת דברי הראב"ד צריכים באור דמנין לו לחלק בין בספיתת מלח עראי ובין מליחה גמורה, דבמליחה גמורה אפי' אחת אינו אוכל וכבר תמה בזה המגדל עוז, וגם מה שכתב ולא עם הפת לא כתב שום מקור לזה, ובש"מ מבואר באריכות יותר דברי הראב"ד, ומדברי הרשב"א שדן בדבריו מוכח שלא מצא מקור לזה וז"ל הרשב"א ובפתן לא יאכל אלא א"כ נטלו רשות מבעה"ב, ולא יספות במלח ויאכל כלומר ואפי' נטלו רשות משום מעשר קאמר דספיתה קובעת למעשר, וכתב הראב"ד וכי ספיתה יותר היא קובעת מאכילתן, ופי' דאם נטלו רשות מעשרין ואוכלין, ומה דתניא ולא יספות במלח הוא ג"כ עד שיטול רשות ויעשר, ואני תמה על זה אם אכילה בפת קובעת למעשר למה לי למעט ענבים ודבר אחר תיפוק לי שהוקבע למעשר ויש לומר דקביעות זה אינו תורה דבעינן כעין מקח, ועוד יש לומר שאפי' היתה אכילתו בפת קובעת למעשר אי לאו דמיעט הכתוב מענבים ולא ענבים ודבר אחר הי' מותר לעשר ולאכול דדיש לא מיעט אלא כל שנגמרה מלאכת בעה"ב למעשר קודם אכילת פועל וזה נ"ל עיקר דספיתה קובעת למעשר אפי' דאורייתא כנ"ל עכ"ל הרשב"א הבאתי כל דבריו כדי לדון בהם.

והנה מה שהקשה הרשב"א דאם אכילה עם הפת קובעת למה צריך להא דולא ענבים

בדבר אחר הוא תימה דהא גם מלח נתמעט מולא ענבים ודבר אחר כדאיתא בדף פ"ט, וכן בדף פ"ז בהא דדריש ולא ענבים ודבר אחר פירש"י לטבול ענבים במלח למתקן שיאכל הרבה וספיתה במלח הא אינה קובעת אלא שתים שתים, ורק לאכול עם הפת סובר הראב"ד דקובע אפי' אחת אחת, ומה שכתב דקביעות זה אינו תורה דבעינן כעין מקח הוא תימה דהא הראב"ד סובר דלאכול עם הפת קבע יותר ממקח דהא קצץ אוכל אחת אחת, וגם מה דמשמע מדבריו דמקח קובע מדאורייתא הנה בירושלמי פ"ג דמעשרות הביא הכ"מ פ"ד דמעשרות איתא להדיא אמר ר' יוחנן מקח וחצר ושבת אינן תורה, ונראה שהוא ט"ס ובמקום שכתוב "ובעינן כעין מקח" דבאמת אינו מובן דמה שייך אכילה עם הפת למקח צ"ל "וכענין" מקח ובשביל שבמקום "וכענין" הי' כתוב "ובעינן" הוסיפו אח"כ "כעין" אבל באמת צ"ל וכענין מקח, ומה שכתב דספיתא צ"ל וספיתא ובזה הוא חולק על הרמב"ם שכתב בפ"ד הל' ב' וז"ל, יראה לי שאין לוקין מן התורה על הטבל עד שיקבע בכניסתו לבית כמו שבארנו מפי השמועה, אבל אם נקבע בשאר הששה דברים שמנינו אין לוקין עליו אלא מכת מרדות מדבריהם והביא הכ"מ ע"ז דברי הירושלמי הנ"ל, ומה שכתב יראה לי הוא בשביל שאר השלשה דברים והוא אש ומלח ותרומה, וזהו שכתב הרשב"א דמלח קובע מדאורייתא ובודאי סובר כן גם באש ותרומה ומשום דר' יוחנן נקט רק אלו הג' דברים סובר דהשאר קובעין מדאורייתא.

עכשיו נבוא לבאר דברי הראב"ד במה שכתב דאכילתן עם הפת קובע למעשר שלא מצינו קביעות זו, ועוד שהוא עדיף ממלח דאינו קובע אלא בשתים ולא באחת, וגם במה שכתב דבמליחה גמורה ג"כ אסור לאכול אפי' אחת, והנה בפ"ד דמעשרות משנה א' תנן הכובש השולק המולח בשדה חייב, וכתב הרמב"ם בפ"ה הל' י"ח המולח פירות בשדה נקבעו, טבל הזיתים אחת אחת במלח ואכל פטור, ולכאורה היה אפשר לדייק דדוקא בטבל במלח ואכל תיכף אוכל אחת אחת, אבל במלח מליחה גמורה ששהה קצת במלחו אפי' אחת קובע, אבל במה דתנן שם משנה ה' הנוטל זיתים מן המעטן טובל אחד ואחד ואוכל אם מלח ונתן לפניו חייב איתא בירושלמי הובא שם בר"ש דבעינן דוקא מלח וציורף, ובביצה דף ל"ה הגירסא ונתן לפניו עשרה, וא"כ משמע דגם במולח דהוא מליחה גמורה צריך דוקא הרבה פירות או לפחות שתים וכמו ספת במלח דאוכל אחת אחת, וקשה לחלק בין מולח בשדה לנוטל מן המעטן, ומדוייק לשון הרמב"ם שכתב המולח פירות בשדה שהוסיף על לשון המשנה וכתב פירות והיינו משום דאחת אינו קובע, וכיון שכן צריך להבין מש"כ הראב"ד דבמליחה גמורה אסור לפועל לאכול אפי' אחת אחת.

ונראה דמה דסובר הראב"ד דלאכול עם הפת וכן במליחה אסור אפי' אחת אחת, הוא משום דדין מליחה דקובע הוא בדין הפירות שהפירות הוקבעו למעשר, ובזה אמרינן בביצה דחצר ותרומה ושבת ומקח אין קובעין אלא בדבר שנגמר מלאכתו, והרמב"ם הוסיף גם אש ומלח ולפנינו נבאר בזה, אבל אכילת קבע הא אסור גם בדבר שלא נגמרה מלאכתו וכ"ש בשנגמרה ולא ראה פני הבית, ולכן סובר דאכילה עם הפת זהו אכילת קבע ואינו דין בקביעת הפירות, וכן מה דמלח קובע למעשר זהו בטובל במלח ואוכל דהמלח קובע להפירות להתחייב במעשר שיהי' אסור לאכלן אפי' אכילת ארעי, אבל כשמולח הפירות מליחה גמורה ע"מ לאכלן ומליחה גמורה שישהא במלח שיקלטו הפירות ויהיו מלוחים זהו הכנה גמורה לאכילה והוי אכילת קבע, ולהדיא איתא בביצה דף ל"ד ע"ב דאף דשבת אינו קובע למעשר אלא בדבר שנגמרה מלאכתו, מ"מ קתני במתני' בשביעית דוקא משום דכיון דאמר מכאן אני אוכל למחר קבע לה והיינו דהוי אכילת קבע.

איברא דלכאורה מהך מתני' שהבאנו דתנן המולח בשדה וכתב הרמב"ם המולח פירות בשדה, וכתבנו דבעינן דוקא צירוף וכן מהך מתני' דלוקח מן המעטן דאיתא בירוש' דדוקא ע"י צירוף, ואם נימא כדברינו דהיכי שמולח מליחה גמורה אין אנו דנין על קביעות הפירות למעשר אלא משום דהוי אכילת קבע א"כ למה לי צירוף, אכן יש לומר דחלוק דין מולח בשדה או לוקח מן המעטן ומלח ונתן לפניו דאינו מוכח דמולח ומכין לעצמו לאכול, ואפשר הוא מולח בעד בני ביתו או לאחרים והם יאכלו אכילת ארעי, ולכן לא דיינינן אלא על קביעת הפירות למעשר, ובזה בעינן מליחה וצירוף כדאמר בירוש' אבל פועל שעושה מליחה גמורה זהו ודאי הכנה לעצמו לאכילה וזהו אכילת קבע ועדיף מהא דאמר בביצה מכאן אני אוכל למחר דהכא קבע אכילתו ע"י מעשה, ושפיר כתב הראב"ד דאסור לאכול אפי' אחת אחת משום אכילת קבע, וכן מוסבר מה דסובר דאכילה עם הפת אסור משום דאכילה עם הפת חשוב אכילת קבע ואינו דומה לסופת במלח דלא הוי אלא קובע להפירות ואינו אסור אלא בצירוף שתים ועם הפת הוי עיקר האכילה אכילת קבע, ולכן שפיר אסור אפי' אחת.

והנה במה שהבאנו למעלה דברי הרמב"ם דאש ומלח ג"כ אין קובעין אלא לאחר שנגמרה מלאכתן כתב הכ"מ דנלמד מהא דאמר בביצה דף ל"ה דשבת ותרומה וחצר ומקח אין קובעין אלא בדבר שנגמרה מלאכתו, ולכאורה אין ראי' מהני דאינם שינוי בגוף הפירות לאש ומלח והי' אפשר להוכיח להיפוך מדלא הזכיר ר' יוחנן אלא הני מכלל דאינו כן באש ומלח, ולכאורה הוא גמ' מפורשת בב"מ דף פ"ז והוא בהל' שלפנינו דספת

במלח אוכל אחת אחת, וטעמא דקובע בשתים מבואר שם דשתים הוי גורן ודריש לה מקרא, וכתבו בתוס' דהוי גמר מלאכה והכונה דהצירוף עם מלח או מקח מחשיב שתים לגמר מלאכה וכן כתב רש"י שם בד"ה שתים, דשתים מכי מטי להו מילתא דחשיבותא כגון קציצה או מקח חייל עלייהו שם גורן וכו', עכ"פ מבואר דקודם גמר מלאכה גם מלח אינו קובע, ואף דמדברי הירוש' שהבאנו גבי לוקח מן המעטן הי' אפשר לומר דעיקר קביעותו של מלח אינו אלא ביחד עם צירוף, אבל א"צ לומר כן כיון דבאמת ע"כ צ"ל דעם צירוף הוי גמר מלאכה א"כ מבואר דבלא צירוף אינו קובע.

אלא דעיקר מה דאמר הירוש' וקשיא אם מלח למה לי צירף ואם צירף למה לי מלח קשה דהא אין מלח קובע בדבר שנגמרה מלאכתו וגם צירף לבד פשיטא דלא מהני דאפי' אם הוי בצירף גמר מלאכה אינו קובע בלא ראיית פני הבית או החצר או שאר הדברים שקובעים, וכבר תמה ע"ז בלחם שמים ועיין בגליון הש"ס מה שכתב בזה דמ"מ יקשה דאף צירף אינו מועיל דצירף לא מעלה ולא מוריד, ועוד אינו מיושב, ונראה דהירוש' סובר דמדין אכילת קבע אתאן עלה ובשעת אכילה, ולכן שפיר פריך דלמה אינו מועיל בחד ומשני דע"י שניהם נעשה אכילת קבע.

והנה בביצה דף י"ג ע"ב גבי מקלף שעורים דאוכל אחת אחת ואם קלף ונתן לתוך ידו חייב דרש"י פי' משום דהו"ל קבע, ותוס' הקשו דהא בגמ' מוכח משום דהו"ל גמר מלאכה, ובדברי הרמב"ם בפ' ג' הל' י"ט מוכח כדברי רש"י שכתב דאין זה ארעי ואף שכתב זה גבי מולל מלילות משמע דקאי גם על מקלף שעורים, וא"כ לכאורה נוכיח מזה דגם גבי מולח דחייב בשתים ג"כ אין הטעם משום דבשתים הוי גמר מלאכה אלא משום דהוי קבע, אבל באמת אינה ראיה דבמקלף הא אין כאן דבר שקובע וא"כ אפי' אי הוי גמר מלאכה לא מהני זה לחוד דהא לא תנן שמקלף בבית או בחצר, וע"כ משום דהו"ל קבע אף דבגמ' מבואר דהו"ל גמר מלאכה צ"ל בדעת רש"י והרמב"ם דכיון דאמרינן דהו"ל קבע ממילא כבר הו"ל גמר מלאכה כיון דאינו עומד לגמר מלאכה אחר, אבל עכ"פ גמר מלאכה לחוד הא לא מהני, ולכן כתב הרמב"ם דאין זה ארעי אבל במלח שפיר יש לומר דטעמא משום דבשתים הו"ל גמר מלאכה וכדאמר בגמ', ובזה מהני מליחה לקבוע למעשר.

ובמה דפסק דאש אינו קובע אלא בדבר שנגמרה מלאכתו הי' אפשר להוכיח מהא דבעי פועל מהו שיהבהב באור ויאכל ואם קובע למעשר הא אין פועל אוכל אלא דלפימש"כ הרשב"א שהבאתי למעלה דדוקא אם נגמר מלאכתו למעשר קודם אכילת הפועל אינו

אוכל אין הוכחה מזה, אלא דכיון דבמלח צריך נגמר ה"ה באש דשניהם הם בתיקון הפירות.

אסור לפועל למוץ בענבים שנאמר ואכלת ענבים, ולא יהיו בניו או אשתו מהבהבין לו השבלים באור שנאמר ואכלת ענבים כנפשך ענבים כמות שהן וכן כל כיוצא בזה.

השגת הראב"ד. ולא יהיו בניו ואשתו וכו'. א"א בעיא היא ולא איפשטא עכ"ל.

הלח"מ כתב דאם השגת הראב"ד הוא למה לא כתב דאם אכל אין מוציאין מידו, א"כ קשה דלמה לא השיגו גבי הא דאוכל בגפן זה אינו אוכל בגפן אחר, וכתב בזה דמשום דבהך אבעיא אמר אליבא דאיכא דאמרי לעולם אימא לך עושה בגפן זה אינו אוכל בגפן אחר ומהלך כעושה מעשה דמי לכן פסק כן, אבל זה אינו מיושב אלא לשיטת הראב"ד דפוסק בתורת ודאי כאיכא דאמרי, אבל בשיטת הרמב"ם משמע דסובר דהוי ספיקא דדינא ועיין בפ"א מהל' ברכות הל' י"ב ובדין נא ומבושל ובשאר מקומות, וא"כ אינו מיושב בזה דמעיקרא אמר בגמ' להיפוך ואכתי הוי ספיקא דדינא, וקשה בין כאן בין גבי עושה בגפן זה למה לא כתב דאם אכל אין מוציאין מידו, וכאן שכתב שנאמר ואכלת ענבים ודאי מוכח שאינו ספק וקשה יותר וכמו שהשיג הראב"ד.

ונראה ע"פ מה דסובר הרמב"ם בהל' שאלה ופקדון פ"ב הל' ח' גבי שאלה בבעלים דבכל הבעיות שם בגמ' דהוי ספיקא דדינא אם הוי שאלה בבעלים או לא, דאם מתה אינו משלם ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידם, פשע בה הרי זה משלם, והוא תימה דהא פסק דפשיעה בבעלים פטור וממילא כיון דהוי ספיקא דדינא למה חייב לשלם, וכתב המ"מ דכיון דפושע הוא כמזיק ואין שם ראי' ברורה לפטרו חייב לשלם, ומוכח דסובר דהיכי דע"פ דין מטעם סברא צריך להיות חייב לשלם, ורק שחידוש הוא שחידשה תורה דבבעלים פטור אינו נפטר משום דין ספק דשמא הוא בבעלים, ודוקא במתה דעיקר דין חיוב תשלומין הוא חיוב שחייבה תורה וכשהוא בבעלים לא חייבה תורה ולכן אם יש ספק אם הוא בבעלים ג"כ אינו מחוייב, אבל אם פשע דבפשוטו צריך להיות חייב ורק דהוא גזה"כ לפטור בבעלים בזה לא נפטר כשהוא ספק, ואף שבודאי הוא חדוש גדול לומר כן דכיון דעכ"פ פטרה התורה גם פשיעה כשהוא בבעלים וכיון דספק לנו אם הוא בבעלים איך נוכל לחייבו ולהוציא ממנו ממון, אבל עכ"פ הרמב"ם סובר כן בהחלט, וא"כ נוכל בזה לבאר גם שיטתו כאן דלא אמרינן בספק אבעיא אם תפס אין מוציאין מידו אלא היכי דמעיקר הדין הוי ספק בהממון אם מגיע להתובע או להנתבע, אבל כאן בדין פועל דקיי"ל פועל משל שמים הוא אוכל, וחדוש הוא שחדשה תורה דפועל יאכל, א"כ אם יש ספק באופן זה אם הוא נכנס בדין היתר פועל או לא נכנס ודאי אמרינן

לשיטתו דמספק אינו אוכל וגם חייב לשלם אם יאכל, דאין לו זכות היתר אכילה מספק, והוא ק"ו מדין פשיעה בשאלה בספק בבעלים דעכ"פ השואל מוחזק לגמרי מ"מ סובר הרמב"ם משום סברא הנ"ל דחייב לשלם, כ"ש כאן דמהני סברא זו שלא תועיל תפיסתו.

ומה שכתב הרמב"ם שנאמר ואכלת ענבים כנפשך ענבים כמות שהן, אף דדרשא זו לא בגמ' ולא בספרי, נראה דבאמת כונתו ע"פ בעיית הגמ' אי הוי כענבים ודבר אחר, וכיון דסובר דמספק אסור לאכול בתורת ודאי, א"כ הי' צריך לכתוב דהוא ענבים ודבר אחר, וזה אי אפשר דודאי הבהוב באור אין כאן ענבים ודבר אחר, וע"כ מפרש דכונת הגמ' דכמו דאסור ענבים ודבר אחר משום דלא הותר לו לאכול אלא ענבים בעצמן ה"נ אסור לו להבהב באור, וזהו שכתב ענבים כמות שהן והיינו שלא יאכל אותם עם דבר אחר ולא יתקן אותם בשום דבר.

פרק יג

הלכה א

הבהמה אוכלת כל זמן שהיא עושה בגדולי קרקע בין במחובר בין בתלוש, ואוכלת ממשאוי שעל גבה עד שתהי' פורקת ובלבד שלא יטול בידו ויאכילנה.

ואוכלת ממשאוי שעל גבה, כתב המ"מ על זה ונחלקו המפרשים אם זה מדין תורה או מפני התקנה לפי שסמוכה היא במשנה להא דאבל מפני השב אבדה וכו', ומדברי רבינו נראה שהוא דבר תורה עכ"ל, והנה לא ביאר המ"מ טעמן של הסוברים שאינה אוכלת מדין תורה, וראיתי בדברי הרשב"א בש"מ שכתב שמביא ד' הראב"ד שמפרש במה דפריך הגמ' כשהיא פורקת ס"ד, דהוא משום שכבר גמרה מלאכתה במשאוי זה ואחר גמר מלאכה אינה אוכלת, והקשה אמאי אינה אוכלת אחר שפרקה אם היא צריכה להוליך עוד משא מ"ש מפועל שאוכל בחזירתו מן הגת, ותי' דפועל כשאוכל בחזירתו מן הגת לא ממה שפירק לגת הוא אוכל שאותן כבר נעשה מלאכתן ובדישו אמר רחמנא ולא אחר דישו, אלא מן הגפנים שהוא פוגע בחזירתו כיון שעתיד לבצור אותם ומשום התקנה וכתב הרשב"א ע"ז וז"ל, ואני תמה כי בודאי הא דקתני במתני' ובחמור כשהיא פורקת מן התקנה קאמר ולא מד"ת מדקתני לה בהדי תקנת השבה של פועל, ועל כן נ"ל שלא אמרו בעושה בתלוש שהן אוכלין אלא בשעת דישה או בשעה שהפירות תלושין לפניהם כדי להטעינן ולהוליכן לגת, אבל ממשאוי שכבר טענו להוליך לגת הרי הוא כאילו פרקוהו לגת דחלק בעלים הוא וממה שטענו לצורך בבעלים אינם אוכלין, והיינו דקתני אוכלים בשעה שהם חוזרים מן הגת ולא קתני ממשאוי שעל גביהם, ומפני שהחמור אינו יכול

לאכול מן הגפנים המחוברים לפי שאין מלאכתו במחובר אלא בתלוש לפיכך תקנו לו לאכול מן המשוי שהוא נושא עדיין עליו לגת של בעה"ב ומן התקנה הוא אוכל ולא מד"ת, אע"פ שראיתי לרבותי שפירשו דמן המשוי שעל גביו אוכל דבר תורה מה שנ"ל כתבתי עכ"ל הרשב"א.

והנה דברי הרשב"א אינם מבוארים כלל דלמה לא יאכל החמור מן המשא שעל גביו כיון דגם נושא משא הוי מלאכה ומה טעם במה שכתב דמה שכבר הטעינו עליו להוליך לגת הרי הוא כאלו פרקוהו לגת דחלק בעלים הוא, הא כל התבואה של בעלים הוא והתורה אמרה שיאכלו הפועל והבהמה, וגם מה שכתב הרי הוא כאלו פרקוהו לגת אינו מובן דאותם שפרקוהו לגת הטעם שאין אוכלין משום שכבר נגמרה מלאכתן וכמש"כ הראב"ד דפועל אינו אוכל ממה שפירק לגת לפי שאותן כבר נעשה מלאכתן, ומוכח דאף דיש לפועל עוד לעשות מלאכה אבל אילו שנגמרו מלאכתן אין פועל אוכל בהם, אבל ממשא שעל גבה שצריכה עוד לשאת למה לא תאכל.

ונראה בדעת הרשב"א דפועל ובהמה אינם אוכלין ממה שכבר עשו בזה מלאכתן לצורך בעה"ב ואינם אוכלין אלא במה שהוא צריך לעשות בהם וכמו שור בדישו שבשעה שהוא דש אינו אוכל מן הגרעינים שהם למטה אלא מן השבלים, וזהו כמו שאמר הכתוב וקטפת מלילות בידיך, אבל אינו אוכל ממה שקצר ולפי שיטת הרמב"ן הבאנו דבריו בפ' י"ב בלא"ה אינו אוכל ממה שקצר משום דעושה במחובר אינו אוכל בתלוש, אבל לשיטת הרשב"א מטעם אחר אינו אוכל ממה שקצר משום דזה שנעשה במלאכתו בשביל הבעה"ב אינו אוכל, ואוכל רק ממה שהוא צריך בהם לעשות, וטעמא דלא אמרה תורה אלא וקטפת מלילות דאינו אוכל ומפסיד מה שעשה במלאכתו ושבעה"ב משלם לו בשביל מלאכתו, וכן שור בדישו שאוכל מן השבלים שצריך הוא לדושן, ולכן כתב הרשב"א דממה שכבר הטעינו על החמור להוליכן לגת הוי כאילו כבר פרקו לגת וטעמא דהוא סובר דמה דאינו אוכל מן הגת אף שצריך הוא עוד לעשות מלאכה, הוא משום דבמה שעשה אינו אוכל.

וזהו שכתב הרשב"א שלא אמרו בעושה בתלוש שהן אוכלין אלא בשעת דישה או בשעה שהפירות תלושין לפניהם כדי להטעינם ולהוליכם לגת, וכתב עוד והיינו דקתני אוכלים בשעה שהן חוזרים מן הגת ולא קתני ממשאוי שעל גביהם, ומפרש דמה דתנן אוכלים בהליכתן מאומן לאומן הוא ג"כ דוקא מן הגפנים ולא ממשא שעל גביהם, ואינו סובר כדעת הראב"ד דדוקא מן הגת אינם אוכלים שכבר נגמר מלאכתן של אותם הפירות המונחים בגת אלא דבכלל במה שכבר נעשה מלאכה אין פועל ובהמה אוכלין.

אכן כל זה הוא בדעת הרשב"א דאינו סובר דהפועל אסור לו לאכול בשעת קצירה, אבל הרמב"ם דסובר בפ' י"ב דאסור לו לאכול בשעת קצירה ומפרש דמה דתנן לגירסת הרי"ף וכולן לא אמרו אלא בשעת גמר מלאכה היינו בגמר מלאכת המחובר ואוכל בשעה שמנפץ הסל למקום אחר ואינו סובר כהרמב"ן דעושה במחובר אינו אוכל בתלוש, א"כ ע"כ דלא כשיטת הרשב"א דבמה שכבר עשה מלאכתו אינו אוכל דלשטתו דוקא במה שכבר עשה אוכל, א"כ ודאי שהבהמה אוכלת ממשא שעל גבה דבר תורה.

הלכה ב

כל המונע הבהמה לאכול בשעת מלאכתה לוקה שנאמר לא תחסום שור בדישו. אחד שור ואחד כל מיני בהמה וחיה בין טמאין בין טהורין, ואחד החרישה ואחד כל שאר המלאכות של גידולי קרקע. ולא נאמר שור בדישו אלא בהווה. והחוסם את הפועל פטור. אחד החוסם אותה בשעת מלאכה אחד החוסם אותה מקודם ועשה בה מלאכה והיא חסומה אפי' חסמה בקול לוקה, שכר בהמה וחסמה ודש בה לוקה ומשלם ארבעת קבין לפרה ושלשת קבין לחמור שמשעת משיכה נתחייב במזונותה ואינו חייב מלקות עד שידוש בה חסומה.

-השמטות ומלואים-

כתב הרמב"ם אחד שור ואחד כל מיני בהמה וחיה והוא תימה שלא כתב ועוף כדתנן בב"ק דף נ"ד ומה דבעי בגמ' הדש באווזין ותרנגולים הא אינו אלא לר' יוסי בר' יהודה, ועיין תוס' שם ומצאתי שכבר עמד בזה המנחת חינוך ונשאר בצ"ע. אך באמת לא רק כאן בדין חסימה השמיט אלא דבכל מה דתנן שם לא הזכיר הרמב"ם דגם עוף בכלל אלא בכלאים ובשבת, איברא דבהני דגם באינם בע"ח כמו בתשלומי כפל והשבת אבדה לא הוצרך לכתוב, אבל גם גבי פריקה לא כתב חיה ועוף וכתב רק ובהמתו, ונראה דסמך על מה שכתב בפי"ב מהל' נז"מ גבי נפילת הבור לא נאמר שור וחמור אלא בהוה, רק גבי שבת כתב משום דזהו עיקר הלמוד דילפינן שור משבת, וגם גבי כלאים משום דאינו דומה הרבעת עוף להרבעת בהמה, אבל בפריקה וחסימה סמך על מה שכתב גבי נפילת הבור. [ע"כ]

אחד החוסם אותה בשעת מלאכה ואחד החוסם אותה מקודם ועשה בה מלאכה והיא חסומה, דברי הרמב"ם צריכים ביאור דמשמע מדבריו דדוקא אם הוא חסם אותה והו"ל להשמיענו יותר דאפי' אם חסם אותה אחר והוא דש בה חסומה חייב, כיון דאמרינן לא תדוש בחסומה אמר רחמנא. ועוד דהא יליף בגמ' הך דינא מקרא דיין ושכר אל תשת דהתם בשעת ביאה לא תהא שכרות ה"נ בשעת דישה לא תהא חסומה והתם ודאי החיוב

שלא ליכנס שתויי יין למקדש ואפי' אם לא שתה בדרך שתיה כגון שהכניס לו חבירו יין בעל כרחו לתוך בית הבליעה אסור ליכנס למקדש כיון דעכ"פ הוא שכור וא"כ ה"נ בשעת דישה לא תהא חסומה אפי' חסמה אחר צריך להיות חייב.

והנראה בזה דהנה בגמ' בעי רמב"ח הושיב לה קוץ בפיה מהו ופריך הושיב לה חסימה מעלייתא היא אלא ישב לה קוץ בפיה, והקשו בתוס' הא אמרינן לקמן לא תדוש בחסומה ותירצו דה"מ כשחסמה מבחוץ כדי שלא תאכל, אבל הכא שישב לה מאליו דילמא הוי כחלתה, ואין כונת התוס' בשביל שהקוץ הוא בפיה דומה לחלתה דהא חילקו מחסמה מבחוץ שחסמה כדי שלא תאכל ומוכח דאי הוי משכחת לה חסימה ממילא הוי ג"כ ספק אי הוי כחלתה, וכן הוא בישב לה ארי מבחוץ דאף דהושיב לה הוי חסימה מעלייתא, אבל ישב לה מיבעי ליה וי"ל דגם בזה אפשר הוי כחלתה אבל בדעת הרמב"ם יש לומר דלא ניחא ליה בחילוק זה לומר דישב לה ארי מבחוץ הוי כחלתה אלא דזה גופא מיבעי לגמ' דשמא בעינן עכ"פ דוקא מעשה שלו בחסימה היינו דלא תדוש ע"י חסימה שהיתה קודם ולומר דלאו דוקא לא תחסום בדישו בשעת דישו. אבל דש בשור חסום פטור ומה דבעי בכה"ג בישב לה קוץ וברבץ ארי מבחוץ ולא בעי אם חסם אחר יש לומר דהגמ' בעי אי חייב או מותר ובחסם אחר והוא דש בה נעשה האיסור ע"י שניהם בזה ודאי אסור אף דאינו חייב כל אחד ולכן בעי בכה"ג שהחסימה נעשית ממילא ומה דבעי אח"כ באמר לעכו"ם חסום פרתי ודוש בה ולא בעי בחסום פרתי ודש בה הישראל זהו משום דבעי בדין אמירה לעכו"ם שבות ובדש הישראל הא נשאר ספק אפי' בנחסמה ממילא.

איברא דמה שכתבתי דבשור חסום הוא האבעיא אי דוקא לא תדוש בחסימה הנה בירושלמי בתרומות פ"ט הל' א' איתא להדיא לא תדוש בשור חסום. אכן ע"כ צ"ל דהבבלי חולק בזה על הירושלמי וסובר דדוקא לא תדוש בחסימה חייב ולא בשור חסום מדבעי היכי דהיתה החסימה ממילא וכמו שבארנו אלא דאכתי קשה מה שהקשינו דהא יליף דלא תדוש בחסימה אמר רחמנא מיין ושכר אל תשת דהתם נמי בזמן ביאה לא תהא שכרות, ושם הא אפי' נעשה שכור שלא בדרך שתיה כגון שהכניסו לו משקין בע"כ לתוך בית הבליעה ונשתכר ג"כ אסור ליכנס למקדש, אכן יש לומר דבאמת יש שני דינים דגבי יין כתב הרמב"ם בפ"א מהל' ביאת המקדש אם שתה יין וגבי שאר משקין כתב הי' שכור משאר משקין, ומוכח דבשאר משקין לא בעי שיהי' שכור ע"י שתיה, וביחוד דהא אפי' אכל דבילה ונשתכר אסור לו ליכנס למקדש וזה ודאי דאכילה אינו בכלל שתיה, ורק שתיה הוא בכלל אכילה ומוכח דמקרא דשכר דרשינן דעיקר הוא שישתכר, וביותר מיושב לפי"מ דאמר ר' אליעזר בכריתות יין אל תשת ושכר אל תשתהו בדרך שכרותו

והוא לפי גירסת הגמ' שלנו ועיין במלבים, ונמצא דדריש אל תשת רק על יין, אלא דמ"מ דרשינן נמי ושכר לשאר משקין שאם נשתכר אסור לו ליכנס למקדש.

ומבואר דשפיר נוכל לומר דגבי שתיית יין דחייב מיתה ומחלל עבודה אף דאמרינן דלאו דוקא בבואכם אלא אפי' מישתי ומיעל אסור מ"מ דוקא ע"י שתיה כדכתיב, אבל אם נשתכר בין מיין בין משאר משקין בכל גווני אסור וה"נ גבי חסימה אף דחסמה מבחוץ חייב מ"מ אם נחסמה ממילא מיבעי לן דעכ"פ כתיב בקרא לא תחסום אלא דלפי הך צד דנימא דאפי' נחסמה ממילא חייב אפשר דה"נ גבי שתיית יין לא צריך דוקא ע"י שתיה, והנה לפי דברי המלבים בחומש דשכור אינו חייב אלא משום שאינו שוה בזרע של אהרן, וכן כתב החק נתן, בודאי מיושב כדברינו אלא דקשה לומר כן דלפי דבריהם שכור אינו חייב מדין יין ושכר אל תשת אלא מדין בכל מום ולא משמע כן בדברי הרמב"ם. ועמש"כ בפ"א מהל' ביאת מקדש.

ב) **ואם** חסמה בקול לוקה. עיין מה שכתבו בזה המ"מ והלח"מ והארכתי בדבריהם ובבאור שיטת הרמב"ם בפ"א מהל' איסורי מזבח הל' ב'.

ג) **שמשעת** משיכה נתחייב במזונותיה, קשה דהא קיי"ל בפועל משל שמים הוא אוכל ואם אמר תנו לאשתי ובני אין שומעין לו וא"כ אמאי לא נימא כן גם גבי בהמה דאף דאסור לחסמה אין לבעל הבהמה זכות באכילתה ואמאי אמרינן דכבר נתחייב השוכר במה שהיא יכולה לאכול, ואף דבפועל אינו עובר בלא תחסום מ"מ מסתבר דבאכילת בהמה שלו לא שייך לומר שהבהמה יש לה זכות באכילתה וא"כ ה"נ בשל אחרים, אח"כ ראיתי שכבר הקשה כן הרשב"א בש"מ וז"ל ולענין פסק הלכה אסיקנא דמשל שמים הוא אוכל, והלכך אם אמר תנו לאשתי ובני אין שומעין לו, וקשיא לי דא"כ היכי קתני בברייתא לעיל, החוסם את הפרה ודש בה משלם ד' קבין לפרה וג' קבין לחמור דהא לגבי פרה וחמור מאי דהוי הוי דכי זכי להו רחמנא לאכול אינהו בשעת מלאכה וכיון דלא אכלי איסורא דעבד עבד, ואמאי משלם לבעלים דהא לא גזל משל בעלים כלום, וליתא דודאי בדכוותה בעבדו ושפחתו אם חסמן בע"כ משלם הוא להם, וכל שמשלם הוא להם תשלומין דבעלים נינהו, ואפי' למ"ד משל שמים הוא אוכל שהרי לא אכל, וה"ה והוא הטעם בבהמתו עכ"ד הרשב"א ולכאורה כונת הרשב"א לומר דאף בפועל דמשל שמים הוא אוכל מ"מ אם אינו מניח לו לאכול צריך הוא לשלם לו, ונקט בעבד שמשלם לבעלים, ואולי דכונתו דוקא בעבד משום דפועל הא אינו יכול לכוף אותו לעבוד אם אינו מניח לו לאכול, אבל בעבד משכחת לה שכפה אותו לעבוד ולא הניח לו לאכול לכן חייב לשלם, אלא דאינו ברור טעם החיוב ואפי' נימא דחייב על מה שהזיקו בזה

שלא הניחו לאכול, אבל מ"מ קשה דעכ"פ איך נימא משעת משיכה נתחייב במזונותיה דעכ"פ מקודם לא נתחייב אלא דבשעה שדש בה הי' לה רשות לאכול ולא הניח.

ונראה לחלק באופן אחר דגבי בהמה שפיר אמרינן דמשעת משיכה נתחייב במזונותיה שע"מ כן השכיר לו בעל הפרה שיניח לה לאכול כדין התורה א"כ ממילא נכנס זה בתנאי השכירות. ולכן נתחייב ג"כ מדין שכירות אבל בפועל כיון דפועל יכול לחזור בו אפי' בחצי היום א"כ בעה"ב לא נתחייב מתחלה בשכירותו אלא כשיעבוד הפועל אז נתחייב בשכירות ואיכא למ"ד דמתחייב מעט מעט דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף, ואיכא למ"ד דאינה אלא לבסוף, וכבר כתב בקונטרס הספיקות כלל ז' אות ה' דהאי פלוגתא דישנה לשכירות מתוע"ס ואינה אלא לבסוף לא שייכא אלא בשכירות פועל אבל שכירות קרקעות ומטלטלין מיד שנגמר השכירות וקנאו השוכר להדבר ההוא נתחייב בכל השכירות דשכירות ליומא ממכר הוא ומה לי שקנאן לחלוטין או קנאן לשנה משא"כ בפועל דיכול לחזור אפי' בחצי היום והלכך לא שייך גביה שנתחייב בכל השכירות ע"ש שהביא ראיה לזה מתשובת הרשב"א, ולפי"ז מבואר דלא שייך לומר שמשעת משיכה נתחייב במזונותיה, אלא בפרה שכמו שנתחייב בשכירותה כן נתחייב במזונותיה ולהניח לה לאכול מתוך דישתה, אבל בפועל לא נתחייב מתחלה בשכירותו אלא כל רגע ורגע כשעובד, ואף דבעה"ב אסור לו לחזור זהו מדינא דגרמי שמפסידו כמו שכתבו בתוס' בב"מ דף ע"ו, אבל אכתי לא נתחייב הבעה"ב בשכירותו כיון שהפועל יכול לחזור ולא קנה אותו, ולכן לא נתחייב ג"כ מתחילת השכירות בתנאי השכירות שיהי' לו זכות לאכול כיון דלא נתחייב מתחלה כלל, ולכן כל רגע ורגע שעובד זכה רק בדין התורה לאכול ומשל שמים הוא אוכל ולכן אינו יכול למסור זכותו לאשתו ולבניו, ולפימש"כ במה שכתב הרשב"א אם שכר עבדו של חבירו ולא הניח לו לאכול באמת יתחייב לשלם כיון שעבד הוא לדין זה כבהמה דאפשר לקנות אותו על זמן, וממילא כששכרו נתחייב בשכירותו ובמזונותיו ושיאכל בשעת מלאכתו ואם לא הניחו שפיר חייב לשלם.

-השמטות ומלואים-

מה שהשבתי לידידי הרב הגאון המפורסם מו"ה **יצחק אריאלי** שליט"א רב דשכונות כנסת, ורו"מ ישיבת מרכז הרב.

במה שכתבתי בפ' י"ג מהל' שכירות ה"ב בדעת הרמב"ם דסובר דאף דאמרינן לא תדוש בחסימה מ"מ דוקא אם חסמה הוא חייב, כתב ע"ז דהטור כתב דאפי' חסמה אחר חייב, ולא הביא דעת הרמב"ם, וכן הריטב"א על ישב לה קוץ בפ"ה כתב בפי' דחסמה אחר

חייב, ובברייתא דהחוסם את הפרה והמזווג בכלאים פטור ואינו לוקה אלא דש ומנהיג בלבד פירש"י החוסם את הפרה ואחר דש בה, וכיון דתניא דאינו חייב אלא דש משמע אפי' אחר חסם, והנה מה שכתב זה בדרך הוכחה על שיטת הרמב"ם מדלא כתב הטור דעת הרמב"ם מצוי הרבה פעמים שהטור אינו מביא דעת הרמב"ם, וגם אנכי כתבתי זה בתורת חדוש בדעתו דמדברי התוס' שהבאתי בד"ה ישב לו קוץ בפיה שהקשו דהא אמרינן לא תדוש בחסימה שתירצו דה"מ שחסמה מבחוץ כדי שלא תאכל, אבל הכא שישב לה מאליו בעי דילמא הוי כחלתה ודאי פשוט דכונתם דדוקא על ישב מאליו בעי דילמא הוי כחלתה, אבל חסמה אחר כדי שלא תאכל ודאי זה הוי חסימה והבהמה נקראת חסומה ועל זה אמרינן לא תדוש בחסימה, וכן הי' כונתי לפרש וזהו שכתב כן הריטב"א וכתבתי שהרמב"ם אינו סובר דישב לה קוץ מספקא לגמ' דילמא הוי כחלתה, אלא דזה גופא הבעיא אם צריך דוקא שיחסמנה הוא, ומה דלא בעי בחסמה אחר משום דבעי אם מותר וחסמה אחר שלא תאכל ודאי אסור שנעשה העבירה ע"י שניהם, ולכן אין חידוש אצלי מדברי הריטב"א שכתב ממש כד' התוס' אלא שפירש להדיא דחסמה אחר חייב הדש.

אבל דברי הרמב"ם ברורים שכתב כל המונע הבהמה מלאכול בשעת מלאכתה לוקה וכו' אחד החוסם אותה בשעת מלאכתה ואחד החוסם אותה מקודם ועשה בה מלאכה, ומה שהוכיח מד' הרמב"ם גבי שכר בהמה וחסמה ודש בה שכתב ואינו חייב מלקות עד שידוש בה חסומה, אין ראיה להיפוך כיון דלא נחת כאן להך דינא, וכתב רק דבמזונותיה נתחייב משעת משיכה ואינו לוקה עד שידוש בה חסומה והוא על מה שכתב מקודם שחסמה וכן כתב הרמב"ם מקודם ועשה בה מלאכה והיא חסומה, ובזה כתב להדיא החוסם אותה עוד מבואר כן מד' הסמ"ג מל"ת קפ"ד שכתב לא תחסום שור בדישו, מכאן הזהירה תורה שבהמה העושה מלאכה בגדולי קרקע שלא יחסמנה ואם חסמה לוקה, ואף דלשונו אינו מדוקדק שלא כתב שעשה בה מלאכה והוא בודאי קיצור לשון אבל עכ"פ כתב הלאו על החסימה.

אכן מה שהוכיח מהחוסם את הפרה שפירש"י ואחר דש בה והוכיח דע"כ מה דתניא ואינו לוקה אלא דש ומנהיג בלבד, הכונה אף שאחר חסם דומיא דמנהיג, ועוד דאם דש אינו חייב אלא היכי דחסם וצריך חסימה ודישה איך תניא החוסם פטור ואינו לוקה אלא דש דהא שניהם שוים ואין לוקין עד שיעשה שניהם, זהו בודאי הוכחה חזקה, אבל יש להוכיח כמו שכתבתי בדעת הרמב"ם מפלוגתא דר' יוחנן ור"ל בחסמה בקול, ופירש"י כשהיתה שוחה לאכול היה גוער בה, ומוכח דהדישה לא הי' בקול אלא הנהיגה

על התבואה בידים ורק חסמה בקול, וקשה דמה תליא זה בדין אם עקימת שפתיו הוי מעשה, ואין לומר דאי לא הוי מעשה הוי כמו ממילא והוי כחלתה דזה לא מסתבר, ועוד דעכ"פ לא תליא זה בדין אם לגבי מלקות הוי עקימת שפתיו מעשה, ואף דכאן יש לומר דמייתי הגמ' במכ"ש דאם לגבי מלקות הוי מעשה כ"ש לגבי חסימה, אבל בסנהדרין דף ס"ה הביאו כאן התוס' מייתי הגמ' להיפוך מחסמה בקול ראיה לדין מגדף.

ומצאתי בש"מ שהביא ד' התוס' שאנץ שכתבו וז"ל חסמה בקול הו"ל למנקט דש בשעת חסימה בקול אלא שם המצוה נקט דכתיב לא תחסום, ומבואר דמפרשים דלא כפירש"י אלא חסמה בקול היינו דש בה בקול ונקט שם המצוה דנקרא חסימה, אבל רש"י הא פי' להדיא דבקול הוא על החסימה, וכן הביא בש"מ פי' הר"ר יהונתן, ובדברי הרמב"ם מפורש ג"כ כפירש"י דהא כתב אחד החוסם אותה בשעת מלאכה ואחד החוסם אותה מקודם ועשה בה מלאכה והיא חסומה אפי' חסמה בקול לוקה, ומפורש דהבקול קאי על החסימה.

אכן מה שהקשה מהברייתא דהחוסם את הפרה הוא באמת קשה טובא לפי"מ שנאמר בדעת הרמב"ם דדוקא חסם ודש בה חייב, והנה הך ברייתא דהחוסם את הפרה היא תוספתא במס' כלאים פ"ה ושם איתא החוסם את הפרה והמזווג בכלאים פטור אין לך שהוא חייב אלא הנוהג והמנהיג בלבד, וכתב שם המנחת בכורים שצ"ל הדש והמנהיג, אבל ראיתי בד' הרמב"ם פ"ט מהל' כלאים הל' ז' שכתב אבל מזווגן פטור עד שימשוך או ינהיג, ופשוט שכן הוא גירסתו בתוספתא אלא המושך והמנהיג, ונמצא דסיפא לא מיירי כלל בחסימה ועיקר הברייתא היא בדין כלאים, אלא דברישא נקט גם דין החוסם למימר דגם חוסם לבד והוא לא דש אלא אחר פטור, והכונה ודאי אפי' חוסם בשעת דישה ממש ובזה דמי למזווג והיינו אפי' מזווג בשעה שאחר מנהיגם, אבל בסיפא לא קתני מדין חסימה משום דלא דמי דבכלאים כתיב לא תחרוש ובחסימה כתיב לא תחסום, ויהי' מוכרח לומר דהרמב"ם גורס גם בגמ' כמו בתוספתא, והסוברים דחייב גבי חסימה אפי' חסם אחר יפרשו גבי חסמה בקול כפי' תוס' שאנץ דחסמה בקול הכונה דשה בקול ושם המצוה נקט וכנ"ל.

במה שכתבתי שם אות ג' לדברי הרשב"א דגבי פועל אם חסמו פטור מלשלם ודוקא בעבד דינו כבהמה, כתב דבטור מבואר מדברי הרמ"ה דאם חסם לפועל חייב לשלם, וכן פסק הרמ"א בשו"ע, והנה הרמ"ה בטור כתב בפועל אם חסמו בע"כ וכן פי' הסמ"ע בדברי הרמ"א וצריך ביאור הא יכול הפועל שלא לעבוד, ואפשר דכונתו שחסמו בע"כ וגם עשה בו מלאכה בע"כ, ובזה שפיר דחייב לשלם דכיון דעכ"פ בשעה שהוא עושה יש

לו זכות לאכול וכיון שעשה בו מלאכה וחסמו חייב לשלם, והנה חילקתי שם בין בהמה לפועל דבבהמה כיון שע"מ כן השכיר לו שתאכל כדין התורה ממילא כבר נתחייב במזונותיה בשעת משיכה שכבר קנה אותה קנין שכירות, אבל בפועל כיון שיכול לחזור בו לא קנה הבעה"ב אותו קנין שכירות, ואף שהבעה"ב אינו יכול לחזור זהו מדד"ג, לכן בפועל דאמרינן משל שמים הוא אוכל אין לו זכות במזונות קודם עבודתו ולפי"ז כתבתי דבעבד יהי' הדין כמו בהמה דיכול לקנות בו קנין שכירות, ולפי"ז בעבד אפי' חסמו בע"כ ולא כפה אותו לעשות מלאכה ועשה מלאכה בלא אכילה חייב השוכר לשלם, ובזה יהי' מבואר מה שכתב הרשב"א דחייב גבי עבד ולא גבי פועל.

אכן בכונת דברי הרשב"א נראה עכשיו דאין כונתו להקשות מהא דר"פ שמשעת משיכה נתחייב במזונותיה, אלא מתירוצא דאביי ורבא והחיוב הוא בשעת דישה וחסימה וע"ז הקשה כיון שמשל שמים הוא אוכל א"כ איסורא דעבד עבד וליכא תשלומין, וע"ז כתב דליתא דגבי עבד נמי אם חסמו בע"כ משלם לבעלים, והיינו אפי' לא כפה אותו לעשות מלאכה דאפי' למ"ד משל שמים הוא אוכל מ"מ בשעת מלאכה יש לו זכות לאכול, רק שאינו יכול לומר תנו לאשתי ולבני, וכן יש ללמוד מדברי הרמב"ם שכתב בפי"ב הל' י"ג פועל שאמר תנו לאשתי ובני וכו' אין שומעים לו שלא זכתה תורה אלא לפועל עצמו, ומבואר שאינו רק דין היתר ואוכל משל שמים אלא דבשעת מלאכתו יש לו זכות וכשחסמו ומנע ממנו זכותו צריך השוכר לשלם לו אפי' לא כפה אותו לעשות מלאכה דאף שהפועל אוכל משל שמים זהו קודם מלאכתו דאינו יכול לומר תנו לאשתי ובני, אבל בשעת מלאכתו כבר יש לו זכות ואם חסמו והפועל לא רצה לחזור בשביל זה ועשה מלאכתו כפי שהתנו כיון שלא מחל לו בפירוש על אכילתו שפיר יש לומר דחייב הבעלים לשלם לו, ויהי' כן פי' הרמ"ה במה שכתב חסמו בע"כ דחייב לשלם, ולפי"ז נימא דמה דכתב הרשב"א עבד הוא ללמד על בהמה אבל גם בפועל אפשר דיסבור כהרמ"ה.

הלכה ג

ישראל הדש בפרתו של עכו"ם עובר משום בל תחסום, והעכו"ם הדש בפרתו של ישראל אינו עובר משום בל תחסום, אמר לעכו"ם חסום פרתי ודוש בה ישב לה קוץ בפיה ודש בה והרי אינה אוכלת [הרביץ] (רבץ) לה ארי מבחוץ או שהרביץ בנה מבחוץ הרי שצמאה ואינו משקה אותה, פרס עור ע"ג הדייש כדי שלא תאכל כל זה וכיוצא בו אסור ואינו לוקה, היה הדבר שהיא עושה בו רע לבני מעיה ומזיקה או שהיתה חולה ואם תאכל מזה מתרזת מותר למנעה שלא הקפידה תורה אלא על הנאתה והרי אינה נהנית.

המ"מ הביא דברי רש"י, אברייתא דעכו"ם הדש בפרתו של ישראל דפירש הבעלים שאמרו חסום פרתי ודוש בה תבואה שלך וכתב ע"ז המ"מ ולאו דוקא תבואה שלך דאפי' בתבואה של ישראל אינו עובר בלאו, ובהא דאמר לעכו"ם חסום פרתי ודוש בה כתב המ"מ ורש"י הלך בזה לשיטתו ופירש ודוש בה דישתך והקשו עליו דבדישת העכו"ם מותר גמור הוא שאין איסור אמירה לעכו"ם אלא במלאכת ישראל, אבל במלאכת העכו"ם מותר הוא דומיא דשבת דמותר ישראל לומר לעכו"ם לעשות מלאכת העכו"ם עצמו אלא ודוש בה דישתי קאמר, ומדברי המ"מ משמע דמפרש גם בדעת הרמב"ם כדעת הרמב"ן דדוקא בדישתי, אבל באמת מלשון הרמב"ם שסתם משמע דבכל גוונא אסור ומה שכתב המ"מ דהא גבי שבת מותר במלאכת העכו"ם, וכן סוברים הרמב"ן והרשב"א הנה הר"נ בחידושיו כתב ליישב דעת רש"י דאינו דומה הכא שהבהמה שלו.

אכן נראה דצריך להוסיף על דברי הר"נ דלכאורה אין זה טענה דמה בכך שהבהמה שלו אטו יש שמירת בהמתו שלא תדוש כשהיא חסומה, וא"כ לגבי אמירה לעכו"ם שבות הא אין לנו לדון אלא על דישת התבואה ושל מי היא המלאכה, אכן באמת יש להסביר יותר דאם הישראל השכיר לעכו"ם את בהמתו לדוש בה והוא נוטל שכר בעד דישתה, א"כ בודאי כשמשכירו על אופן שתדוש כשהיא חסומה יתן לו יותר שכר, ונמצא דהוא מלאכה של ישראל ולכן אפי' אם אינו משכירו אלא משאילו כיון דיש לו טובת הנאה מן העכו"ם גם זה מיקרי שכר והוי כמו מלאכה של ישראל כיון שהישראל נהנה ממה שהבהמה דשה כשהיא חסומה.

והנה הלח"מ כתב דהמ"מ מפרש בדעת רש"י דהיכי דהדישה שלו עובר בלא תחסום והוכיח זה ממה שכתב אח"כ גבי אמר לעכו"ם חסום פרתי ודוש בה דרש"י הלך לשיטתו ופירש ודוש בה דישתך, ודבריו תמוהין דאיך אפשר לפרש דעת רש"י כן דעובר בלאו על מעשה שעשה העכו"ם ומה בכך שהדישה שלו עכ"פ אף שיש איסור חסימה אבל הוא לא עשה מעשה אלא ע"י אמירה לעכו"ם, ואינו עובר בזה על לאו שאין בו מעשה דהא על עיקר הלאו דלא תדוש בחסימה לא עבר אלא ע"י מעשה עכו"ם וכמו סירוס ע"י עכו"ם ומה שכתב המ"מ דרש"י הלך לשיטתו היינו במה דרש"י סובר דגם בדישה של העכו"ם איכא איסור וע"ז הביא דעות החולקים שהם הרמב"ן והרשב"א דבזה אפי' איסורא ליכא, ועוד הוסיף הלח"מ לכתוב שגם הטור סובר כן בעצמו וגם מפרש כן בדעת רש"י, ואף דכתב הטור בדברי רש"י שהבעיא הוא אפי' אמר לו דוש בה תבואה שלך דאפי' בזה איכא איסורא דאין כונת הטור דגם אם דש דישה של הישראל נמי ליכא אלא איסור, אלא דבזה עובר בלאו ורק דגם בדישה של העכו"ם אסור, ודבריו לא ניתנו ליאמר

כלל, ובודאי גם בדישה של הישראל אינו עובר ומה שהוכיח הלח"מ ממה שפרש"י בברייתא דאינו עובר בלא תחסום דהוא בדישה של העכו"ם וכן פי' בהאבעיא ודוש בה דישה שלך לא ראה הלח"מ דברי הר"נ בחידושיו והובאו גם בש"מ שכתב על פירש"י בהאבעיא שהוצרך לומר כן דאי דישה שלי קאמר למה ליה למימר פי פרתי לימא פי פרתך, דהא ישראל הדש בפרתו של גוי עובר בלא תחסום וכה"ג איכא למיבעי מהו שיאמר לגוי, אלא ודאי מדנקט פי פרתי ש"מ דדוש בה דישה שלך קאמר.

אמנם דברי הר"נ אינם מיושבים אלא על מה שפירש"י כן בהאבעיא אבל במה דתניא בברייתא דעכו"ם הדש בפרתו של ישראל אינו עובר בלא תחסום הא לא צריך לפרש שהדישה של עכו"ם דהא כאן הרבותא דאינו עובר וא"כ שפיר קמ"ל דאפי' פרתו של ישראל ודישה של ישראל אינו עובר, וצ"ל בדעת הר"נ דזה פשוט לרש"י דלענין לעבור בלאו ע"י מעשה העכו"ם דכיון דהישראל לא עשה מעשה ודאי אינו עובר, ומה שפירש"י גם בברייתא בדישה של העכו"ם זהו משום דרש"י מפרש הברייתא כדבעי בגמ' למיפשט מברייתא דאיסורא איכא, ובזה מבואר מה דהרמב"ם כתב זה בשני דינים, מקודם כתב עכו"ם הדש בפרתו של ישראל אינו עובר, ולא הזכיר שהישראל אמר לו לדוש ואח"כ כתב דין אמר לעכו"ם חסום פרתי משום דהרמב"ם סובר דלמסקנא ג"כ אין צריך לפרש הברייתא דאינו עובר אלא איסורא איכא, אלא כדדחי דגם איסורא ליכא ולכן נוכל לפרש בלא אמר לו ומ"מ אשמעינן בברייתא דלא נימא כיון דהפרה שלו מצוה הישראל שלא להניח לדוש בה לכן קמ"ל דבזה אינו עובר ובאמת גם איסורא ליכא, ואח"כ כתב דין אמר לעכו"ם דאיכא איסורא אבל רש"י מפרש הברייתא כדבעי למיפשט וסובר דהוי רק דיחוייא דאינו עובר ואינו אסור כיון דנפשט דאמירה לעכו"ם אסור ופשטה דברייתא דאינו עובר אלא איסורא איכא, ולכן פירש"י ואמר לו הישראל חסום פרתי ודוש בה ולכן פי' בדישה של עכו"ם דאפי' בזה איכא איסורא וכמש"כ הטור בד' רש"י בהאבעיא דכונתו אפי' בדישה שלך.

הלכה ד

פרה של ישראל שהיה כהן דש בה בתרומה ובתרומת מעשר של ודאי, וכן פרות הדשות במעשר שני, ופרות המהלכות על התבואה לפי שירט להן הדרך אינו עובר עליהן משום בל תחסום, אבל מפני מראית העין אם היו דשות בתרומה ומעשר שני מביא מעט מאותו המין ותולה להן בקרסטלין שבפיהן.

השגת הראב"ד וכן פרות הדשות וכו' א"א דומה שהוא מפרש פרות המרכסות בתבואה כלומר עוברות על התבואה דרך הליכתן למקום אחר כדי לקצר הליכתן, והמפרשים לא

כך פירשו אלא תבואה שנשרית במים ורוצה להשיר קליפתה והוא חושלא עכ"ל.

המ"מ הביא דברי הראב"ד בהשגות וכתב על זה ועיקר הפירוש כדברי רבינו מלשון והרכסים לבקעה, והרמב"ן ז"ל מסייעו מדגרסינן בירושלמי פ"ט דתרומות דתני בדישו ולא בדרכו ודרכו הוא כדברי רבינו עכ"ל, והנה כן גירסת הרמב"ן והמ"מ ומפרשים מלשון דרך, אבל גירסתנו בירוש' בדורכו והוא ע"כ מלשון דורך בגת, וכן מפרש הפ"מ שם אם דורך ענבים ע"י הבהמה אינו עובר בלאו דחסימה, אכן בטעמא מפרש דס"ל לת"ק דברייתא דהוא גזה"כ שלא נאמר לאו דחסימה אלא במלאכת דישה ולא על שאר מלאכות, וע"ז חולק שם בברייתא ואומר אף בדורכו, וכתב המרה"פ דזהו מה שכ' הרמב"ם בפי"ג הל' ב' ואחד הדישה ואחד כל שאר המלאכות של גדולי קרקע ולא נאמר שור בדישו אלא בהווה וזהו כראב"י ופסק כוותיה משום דבגמ' תניא מה דיש מיוחד דבר שגידולי קרקע ובשעת גמר מלאכה ופועל אוכל בו וכו', דאף שאינו מבואר כ"כ להדיא, ובספרי מבואר להדיא דדריש בדישו אין לי אלא בדישו מנין לרבות שאר עבודות ת"ל לא תחסום מ"מ, א"כ למה נאמר בדישו מה דיש מיוחד וכו' ומה שכתב הפ"מ דבברייתא דבגמ' אינו מבואר להדיא אף דמסיק בברייתא יצא המנכש בשומים ובצלים, וכן בברייתא השני' יצא הבודל בתמרים, אלא דבאמת הני ברייתות קיימי בפועל רק דיליף לדין גמר מלאכה מדיש, ובפועל ודאי הא כתיב בכרם רעך, ומה שכתב דבספרי מבואר להדיא היינו מדתניא א"כ למה נאמר בדישו ומפורש שרק ע"ז נאמר בדישו, אבל גם גבי שור אין נ"מ בין דישה לשאר מלאכות.

אכן עיקר פירושו של הפ"מ אינו נראה דלא מסתבר דת"ק דברייתא יסבור דלא אמרה תורה לא תחסום אלא בדיש וכל הברייתות משוין אכילת בהמה לפועל. ולמדין זה מזה ולא אישתמיט בגמ' דידן לאתויי תנא דסבר דבהמה אינה אוכלת אלא בדישה ולא בדבר אחר, לכן נראה דפלוגתא דת"ק דברייתא וראב"י לפי גירסתנו הוא מטעמא אחרינא, והוא לפי"מ שנבאר מקודם ד' התוספתא בב"מ פ' ח' הל' ג' וז"ל כל שאינו כיוצא בו בא לעונת המעשרות אסור אחר גרם לו, שכרו סתם פודה ומאכיל מעשר ומאכיל, ואם קצץ עמו ה"ז אינו אוכל, כל שהוא כיוצא בו אינו בא לעונת המעשרות היתר אחר גרם לו, שכרו סתם אינו אוכל ואם קצץ עמו ה"ז אוכל, ומפרש המג"א הא דרישא דקאי אמתני' דנטע רבעי וכן נתפתחו חביות לבור וזהו פודה ומאכילן, וכן מעשר ומאכילן, וכן מבואר בירוש' דקבע הך תוספתא על הך מתני', אלא דשם איתא שכיוצא בו בא והפ"מ דחק בפירושו ואח"כ הביא ד' התוספתא ושצריך כן לגרוס בירוש', ובסיפא דתוספתא דקתני כל שכיוצא בו אינו בא ודאי צריך לגרוס בא דאל"כ היינו רישא ומה מסיים היתר אחר

גרם לו, וכן כ' הפ"מ, אכן בפירושא דהיתר אחר גרם לו כתב המג"א פי' שמן הדין הי' לו להתחייב במעשר רק שהיתר אחר גרם לו שאינו חייב במעשר, וא"כ הפועל השכיר עצמו אדעתא שלא יאכל לפי שסבר שחייב ולכן אינו אוכל ואם קצץ עמו פי' שהתנה עם הבעה"ב שיאכל ה"ז אוכל, וסתם פירושו ולא פי' באיזה אופן משכחת שהיתר אחר גרם לו שאינו חייב במעשר, ויש לומר שהפקיר כרמו או שדהו והשכים בבוקר ובצרו ואח"כ שכר לפועל לעשות אחר שנגמר מלאכתן, דאז היתר אחר גרם לו, ולפי"ז מוכרח לפרש ואם קצץ עמו שהתנה שיאכל דאין לומר שהודיעו שהי' מופקר ואינו חייב במעשר דזה אינו דאטו חיוב מעשר קא גרים גמר מלאכה קא גרים, כדאמר בגמ' בדף פ"ט וכיון שכבר נגמר מלאכתו למעשר אין פועל אוכל, אלא דקשה טובא לפרש ואם קצץ עמו שהתנה עם הבעה"ב שיאכל כמו שפירש המג"א דא"כ פשיטא ומאי קמ"ל.

ונראה דפירושא דואם קצץ עמו דסיפא הוא כמו ברישא שהודיעו אלא דמה דאמר כל שכיוצא בו בא לעונת המעשרות והיתר אחר גרם לו הוא דאם שכרו להוליך ענבים שכבר נגמר מלאכתן לאכילה, ורק שאחר שכבר נגמר מלאכתן נמלך לדורכן ולעשות מהן יין דנמצא דעכשיו לא נגמר מלאכתן וכיון דמקודם כבר נגמר מלאכתן זהו היתר אחר גרם לו דגבי אכילת פועל הא לא משגחינן על חיוב מעשר אלא על גמר מלאכה ולכן בסתמא כששכר הפועל על מלאכה זו אפי' אם לבסוף בשעת מלאכה נודע להפועל שעוד לא נגמר מלאכתן למעשר מ"מ אינו אוכל כיון שכיוצא בו כבר נגמר מלאכתן, אבל אם קצץ עמו והיינו דבעת ששכרו אמר לו שענבים אלו עומדין לדריכה בזה אוכל הפועל כיון שעכ"פ ענבים אלו לא נגמר מלאכתן, ויש לומר יותר דא"צ לאוקמי כשליקט ע"מ לאכלן ונמלך לדורכן אלא גם בזה אמרינן כיון שכיוצא בו נגמר מלאכתן אין הפועל אוכל אלא דוקא אם הודיעו שלא נגמר מלאכתן.

ולפי"ז נוכל לפרש פלוגתא דת"ק וראב"י. דת"ק אמר בדישו ולא בדורכו דהכונה בסתם ענבים שעומדין גם לאכילה ולכן כיוצא בו כבר נגמרו מלאכתן למעשר רק שזה הבעה"ב דורכן, וסבר ת"ק דכיון דדומיא דהכי גבי פועל אם לא הי' יודע שעומדין עכשיו לדריכה אינו אוכל דבסתמן כבר נגמרו מלאכתן, רק אם הודיע לפועל שלא נגמרו מלאכתן אוכל, לכן גבי בהמה אף שהיא דורכת על הענבים מ"מ כיון שאינו שייך לומר בה דהוי כמו שיודעת, לכן דין הבהמה כמו דין הפועל בסתם שאינו אוכל, וראב"י סובר דהך סברא לא שייך אלא אם הבהמה היתה מוליכה הענבים, אבל כשהיא דורכת הרי כבר נראה גלוי שענבים אלו לא נגמר מלאכתן, ולכן לא מהני מה שכיוצא בהן כבר נגמר מלאכתן והוי כמו בפועל היכי שהודיעו שלא נגמר מלאכתן שאוכל.

אלא דלכאורה אין דמיון מפועל לבהמה דבפועל הא ליכא לאו דלא תחסום ויכול הבעה"ב לקצוץ עמו ע"מ שלא יאכל, ולכן שפיר אמרינן כיון דשכיוצא בו כבר נגמר מלאכתו נכנס הפועל אדעתא דהכי שלא יאכל. אבל מה שייך זה לבהמה דאיכא לא תחסום, אבל באמת הדברים נכונים דאם נפרש כן התוספתא לא נוכל לומר דטעמא דאינו אוכל בסתמא הוא משום שנכנס אדעתא שלא יאכל, דהא לא קצץ ולא התנה עמו, ומה שאוכל הפועל אינו משום תנאי השכירות דהא קיי"ל פועל משל שמים הוא אוכל אלא שהפועל יכול למחול על זכותו. וא"כ כאן דרק כיוצא בו נגמר מלאכתו, אבל ענבים אלו אינו ידוע בשעת שכירות אם נגמר מלאכתן או לא. וא"כ למה לא יאכל הפועל כשיודע שעוד לא נגמר מלאכתן, ולכן אם נפרש כן התוספתא אינו משום גדר קציצה או מחילה מצד הפועל אלא דהוא טעמא אחרינא דכיון דלא חיוב מעשר קא גרים, וכיון דענבים אלו כיוצא בהם כבר נגמר מלאכתן לא דמי לדישו דאכתי לא נגמר מלאכתן כלל ולכן אין פועל אוכל, אלא דכל זה אם שכרו בסתם אבל אם הודיעו שענבים אלו עומדין לדריכה א"כ שכרו לעשות מלאכה במה שצריכין עוד לגמור מלאכתן ולכן הפועל אוכל.

ובאופן זה מפרש הריטב"א אף שאינו בדרך שכתבנו מה דאיתא בגמ' דבמה שעומד לעשות לחם אוכל הפועל עד שתגמר מלאכתו לחלה והקשו בתוס' מפרות המרכסות בתבואה ותירצו דהתם בחטים שאין עומדין לעשות לחם אלא קליות, וכתב ע"ז הריטב"א ואינו מחוור דמידי חיוב חלה אמר רחמנא מידי דחזי לחיוב חלה אמר רחמנא, ולכן כתב דכל שראוי למעשר וגם לחלה יש לו שני דינים לאכילת פועל, דבעוד שעומד למעשר לחוד תלי דיניה במעשר ושוב אין פועל אוכל בעוד שלא נטחן, אבל מכיון שנטחן פנים חדשות באו לכאן ועומד הוא לדבר הראוי לחלה וכפרי אחר דמי ופועל אוכל בו עכ"ל, ומבואר דגם לדעת הריטב"א אינו תלוי בעיקר דין חיוב במעשר דהא סובר דאפי' היכי שהחטים עומדין לקליות ולא לחלה כיון דחזי לחיוב חלה פועל אוכל בו, אלא דהריטב"א דן כן לקולו של הפועל דכיון דעד שתגמר מלאכתו לחלה פועל אוכל אין אנו דנין אם חטים אלו באמת יבואו לידי חלה או יאכלו אותם קליות, אלא שחידש הריטב"א דכל זמן שלא נטחנו החטים אין דנין בגמר לחלה אלא אחר שנטחן, ולפי סברתנו ג"כ אפי' אם הבעלים חושבים שאחר שנטחנו החטים ויעשו סולת לא יעשו מזה לחם, אלא יערבו הסולת בקדירה של רוטב ולעולם לא יבואו לידי גדר חלה מ"מ כל זמן שראוי לבוא לחלה פועל אוכל, ובאופן זה פרשנו התוספתא להיפוך לחומרו של הפועל ולקולו של בעה"ב דאף שחושב הבע"ב על הענבים לדורכן מ"מ כיון שכיוצא בו בא לזיקת מעשרות, והינו שענבים שיחשוב אותם לאכילה כבר נגמר מלאכתן אין פועל אוכל דלא

הוי דומיא דדישו שלא נגמר מלאכתן כלל.

אלא דעיקר הלכה זו תליא בהך דינא דנגמר מלאכתו לחלה דבפ' י"ב הל' ה' כתב הרמב"ם העושה בחטים וכיוצא בהן אחר שעשו כגון ששכרן לבור צרורות או לנפח אותן או לטחון הרי אלו אוכלין שעדיין לא נגמר מלאכתן לחלה, והוא עפ"י הברייתא דדף פ"ט וכשינוייא דרבינא דאמר כרוך ותני מה דיש מיוחד דבר שלא נגמר מלאכתן לחלה פועל אוכל בו והראב"ד בהשגות השיג שם וכתב טעה הוא וכל האומר כן שלא הוזכרה חלה אלא בכרוך ותני, אבל משעת מעשר פקעה אכילתם עכ"ל והמ"מ כתב ע"ז ודברי רבינו ורש"י עיקר, שאם כדברי הר"א לא הי' לו להזכיר חלה כלל, ועוד דנקט בתבואה דבר שנגמרה מלאכתו לחלה, והיינו הלש והמקטף, ולא נקט בורר בחטים דומיא דבודל בתמרים עכ"ל, ונראה ליישב דעת הראב"ד דאין כונתו דאין נ"מ כלל בנגמר מלאכתו לחלה. דא"כ אין טעם למה שהזכירה הברייתא חלה וכד' המ"מ, אלא דבאמת משכחת לה שפיר דאכתי לא נגמר מלאכתו למעשר שעדיין לא עשה כרי ולא מירחו דלא נגמר מלאכתו ומותר לאכול עראי, ואפי' טחן ועשה קמח ממעט דגן כיון דאין ע"ז שם כרי מותר לאכול הקמח ארעי, אבל אם לש הקמח ואפי' אין בזה שיעור חלה ודאי נגמר מלאכתו לחלה דהא אמר בגמ' מידי חיוב מעשר גרים גמר מלאכה גרים, וא"כ ה"נ לדין חלה אף דליכא שיעור כיון דכשיצרף לזה עד כשיעור יתחייב בחלה הרי נגמר מלאכתו לחלה וא"כ בודאי יש נ"מ בדין נגמר מלאכתו לחלה, ומיושב מה דאמר בברייתא יצא הלש והמקטף דאשמעינן דאפי' לא נגמר מלאכתו למעשר כיון דנגמר מלאכתו לחלה אין פועל אוכל.

ולכן נראה דלדעת הרמב"ם ורש"י לא נוכל לומר כמו שכתבתי בדעת ת"ק דהתוספתא דאפי' בדעת הבעלים לדרוך הענבים כיון דכיוצא בו נגמר מלאכתו למעשר אין פועל אוכל בו כיון דאפי' נגמר מלאכתו למעשר אם יש לו עוד גמר מלאכה אחר לחלה פועל אוכל הרי דלא דרשינן דומיא דדיש לחומרו של הפועל, דדוקא היכי שלא נגמר מלאכתו כלל, אלא לקולא שיש לו עוד גמר מלאכה פועל אוכל, וא"כ אין סברא דאם כיוצא בו נגמר מלאכתו אף שאלו לא נגמר מלאכתן אין פועל אוכל, ובודאי לפי"ז צריך לומר לקולא דאם רק עומדין שיהי' להם גמר מלאכה אחר למעשר של יין פועל אוכל, ולפי דברי הריטב"א אפשר שנאמר עוד יותר דאפ' עומדין לאכילה כיון דחזי לגמר מלאכה אחר של יין אכתי פועל אוכל. אך אפי' אם נחלק בין גמר מלאכה דחלה ובין גמר מלאכה דמעשר גופא אבל עכ"פ בעומדין הענבים לדורכן ודאי פועל אוכל כיון דדרשינן דיש לקולא דכ"ז שלא נגמר מלאכתו לגמרי פועל אוכל. ולכן לשיטת הרמב"ם לא נוכל לפרש

בהתוספתא דכל שכיוצא בו בא לעונת המעשרות והיתר אחר גרם לו כמש"כ וממילא לא נוכל לפרש בהברייתא דמייתי הירושלמי בתרומות בדישו ולא בדורכו. ולכן גורס הרמב"ם בדישו ולא בדרכו וכמש"כ הרמב"ן, אבל לדעת הראב"ד שפיר נוכל לגרוס ולא בדורכו כיון דגם גבי חלה סובר דאם כבר נגמר מלאכתו למעשר אין פועל אוכל אף שלא נגמר מלאכתו לחלה.

ולדעת הרמב"ם נשאר לנו לבאר התוספתא דמייתי בירושלמי בב"מ דכל שכיוצא בו בא לזיקת מעשרות והיתר אחר בא לו אינו אוכל קצץ עמו הרי זה אוכל דכבר כתבנו דא"א לפרש והיתר אחר גרם לו כגון שהפקיר כרמו דא"כ לא מהני קצץ והיינו שהודיעו, ולפרש קצץ עמו ע"מ שיאכל כמו שמפרש הפ"מ אינו מיושב דודאי פשיטא וכמש"כ.

ונראה דהנה בפ"ד ובפ"ה דמעשרות פליגי ר' יוחנן ור"ל בהממרח כריו של חבירו שלא מדעתו דר' יוחנן אמר נטבל ור"ל אמר לא נטבל, ופריך ר' יוחנן לר"ל ממתני' דפיאה פ"ד עד שלא נגמרו וגמרן הגזבר ואח"כ פדאן פטורין, והרי הגזבר כאחר הוא ואת אמרת מה שעשה עשוי, ומשני תיפתר כמ"ד גיזבר כבעלים דלא כר' יוסי דר' יוסי אמר גיזבר הוא כאחר, וכיון דלר"ל צריך לאוקמי מתני' כמ"ד גיזבר כבעלים הרי דאיכא פלוגתא דתנאי בזה דמ"ד גיזבר כאחר א"א לסבור דהממרח כריו של חבירו שלא מדעתו אינו נטבל. ולפי"ז יש לומר דכיון דבאמת הרמב"ם אינו מביא להלכה סיפא דתוספתא ואינו מביא אלא מתני' דהוא רישא דתוספתא. וכיון דר' יוחנן סבר גיזבר כאחר הרי דיש לומר שפיר דבהך פלוגתא דגיזבר כאחר או כבעלים תליא נמי פלוגתא דהממרח כריו של חבירו שלא מדעתו כיון דמתני' דפיאה הוא סתם משנה וע"כ היא כהלכה ולכן יש לומר דהתוספתא סברה דהממרח כריו של חבירו שלא מדעתו אינו נטבל וא"כ יש לפרש הך סיפא דתוספתא באופן זה דכל שכיוצא בו בא לזיקת מעשר. היינו שכבר נתמרח והיתר אחר גרם לו שלא נתמרח בדעת הבעלים. ולכן שכרו סתם אינו אוכל ובזה גם להרמב"ם הדין כן כיון דתבואה זו כבר אינה עומדת לגמר מלאכה אחר. וכיון דכיוצא בו כבר נגמר מלאכתו לא דמיא לדישו ואינו אוכל. אבל אם קצץ והוא שהודיעו שנתמרח שלא מדעת הבעלים. וא"כ שכרו בפירוש לעשות בדבר שלא נגמר מלאכתו ולכן ה"ז אוכל. ומיושב מה שהרמב"ם לא הביא הך סיפא כיון שפסק כר' יוחנן דהממרח כריו של חבירו נטבל.