הלכה · שולחן ערוך · מפרשים

בית יעקב (טבשונסקי)

רבי יעקב טובטשנסקי

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

בית יעקב (טבשונסקי)

רבי יעקב טובטשנסקי

מקור הטקסט: דיקטה · רישיון: CC BY-SA 4.0

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/בית-יעקב-טבשונסקי/
הקובץ נוצר ב־19 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

חו"מ 8
סימן קכג 8
סימן קכה 16
סימן קכו 18
סימן קכז 21
סימן קכח 21
סימן קכט 25
סימן קל 32
סימן קלא 32
סימן קלב 35
סימן קלג 36
סימן קלד 37
סימן קלה 38
סימן קלו 39
סימן קלז 40
סימן קלח 40
סימן קלט 43
סימן קמ 45
סימן קמא 47
סימן קמב 49
סימן קמג 49
סימן קמד 51
סימן קמה 52
סימן קמו 52
סימן קמז 55
סימן קמח 55
סימן קמט 56
סימן קנ 61
סימן קנא 62
סימן קנב 63
סימן קנג 63
סימן קנד 64
סימן קנה 67
סימן קנו 72
סימן קנז 74
סימן קנח 76
סימן קנט 76
סימן קס 77
סימן קסא 77
סימן קסב 78
סימן קסג 79
סימן קסד 81
סימן קסה 81
סימן קסו 82
סימן קסז 82
סימן קסח 83
סימן קסט 84
סימן קע 84
סימן קעא 84
סימן קעב 87
סימן קעג 89
סימן קעד 89
סימן קעה 90
סימן קעו 93
סימן קעז 99
סימן קעח 101
סימן קעט 102
סימן קפ 103
סימן קפא 103
סימן קפב 104
סימן קפג 107
סימן קפד 110

סימן קפה 111
סימן קפו 113
סימן קפז 114
סימן קפח 115
סימן קפט 117
סימן קצ 118
סימן קצא 121
סימן קצב 122
סימן קצג 124
סימן קצד 125
סימן קצה 125
סימן קצו 128
סימן קצז 129
סימן קצח 130
סימן קצט 133
סימן ר 135
סימן רא 139
סימן רב 140
סימן רג 146
סימן רד 148
סימן רה 154
סימן רו 157
סימן רז 158
סימן רח 162
סימן רט 163
סימן רי 166
סימן ריא 167
סימן ריב 169
סימן ריג 172
סימן ריד 172
סימן רטו 173
סימן רטז 174
סימן ריז 176
סימן ריח 178
סימן רכג 179
סימן רכד 180
סימן רכה 181
סימן רכו 181
סימן רכז 182
סימן רכח 188
סימן רכט 190
סימן רל 192
סימן רלא 195
סימן רלב 196
סימן רלג 200
סימן רלד 201
סימן רלה 201
סימן רלו 205
סימן רלז 205
סימן רלח 206
סימן רלט 206
סימן רמ 207
סימן רמא 209
סימן רמב 214
סימן רמג 215
סימן רמד 217
סימן רמה 218
סימן רמו 219
סימן רמז 221
סימן רמח 222
סימן רנ 225
סימן רנב 228
סימן רנג 230
סימן רנד 241

סימן רנה 243
סימן רנו 245
סימן רנז 248
סימן רנח 251
סימן רנט 252
סימן רס 254
סימן רסא 257
סימן רסב 258
סימן רסג 264
סימן רסד 265
סימן רסה 268
סימן רסו 269
סימן רסז 269
סימן רסח 273
סימן רסט 275
סימן רע 275
סימן רעא 276
סימן רעב 276
סימן רעג 279
סימן רעד 282
סימן רעה 287
סימן רעו 292
סימן רעז 292
סימן רעח 295
סימן רעט 297
סימן רפ 299
סימן רפא 300
סימן רפב 300
סימן רפג 302
סימן רפד 303
סימן רפה 304
סימן רפו 304
סימן רפז 305
סימן רפח 306
סימן רפט 306
סימן רצ 307
סימן רצא 313
סימן רצב 320
סימן רצג 324
סימן רצד 325
סימן רצה 326
סימן רצו 328
סימן רצז 329
סימן רצח 329
סימן רצט 329
סימן ש 330
סימן שא 330
סימן שב 334
סימן שג 334
סימן שד 337
סימן שה 338
סימן שו 339
סימן שז 341
סימן שח 342
סימן שט 344
סימן שי 345
סימן שיא 345
סימן שיב 345
סימן שיג 348
סימן שיד 349
סימן שטו 350
סימן שטז 350
סימן שיז 350
סימן שיח 351

סימן שיט 351
סימן שכא 353
סימן שכב 354
סימן שכג 354
סימן שכד 355
סימן שכה 355
סימן שכו 356
סימן שכז 356
סימן שכח 356
סימן שכט 357
סימן של 357
סימן שלא 358
סימן שלב 359
סימן שלג 360
סימן שלד 365
סימן שלה 366
סימן שלו 366
סימן שלז 368
סימן שלח 372
סימן שלט 374
סימן שמ 376
סימן שמא 379
סימן שמב 381
סימן שמג 381
סימן שמד 382
סימן שמה 382
סימן שמו 382
סימן שמז 388
סימן שמח 388
סימן שמט 394
סימן שנ 395
סימן שנא 398
סימן שנב 399
סימן שנג 399
סימן שנד 400
סימן שנה 402
סימן שנו 402
סימן שנז 404
סימן שנח 404
סימן שנט 407
סימן שס 409
סימן שסא 412
סימן שסב 412
סימן שסג 413
סימן שסד 416
סימן שסה 416
סימן שסו 417
סימן שסז 418
סימן שסח 422
סימן שסט 422
סימן שע 423
סימן שעא 424
סימן שעב 425
סימן שעג 425
סימן שעד 427
סימן שעה 429
סימן שעו 430
סימן שעז 430
סימן שעח 431
סימן שעט 432
סימן שפ 432
סימן שפא 433
סימן שפב 434
סימן שפג 436

סימן שפד 436
סימן שפה 437
סימן שפו 438
סימן שפז 442
סימן שפח 442
סימן שפט 443
סימן שצ 444
סימן שצא 445
סימן שצב 447
סימן שצג 448
סימן שצד 448
סימן שצה 450
סימן שצו 450
סימן שצז 453
סימן ת 455
סימן תא 456
סימן תב 456
סימן תג 457
סימן תד 457
סימן תה 458
סימן תו 458
סימן תז 464
סימן תח 464
סימן תט 464
סימן תי 466
סימן תיא 478
סימן תיב 479
סימן תיג 480
סימן תיד 481
סימן תטו 481
סימן תטז 482
סימן תיז 482
סימן תיח 484
סימן תיט 488
סימן תכ 490
סימן תכא 501
סימן תכב 504
סימן תכג 505
סימן תכד 506
סימן תכה 509
סימן תכו 511
סימן תכז 513

חו"מ

סימן קכג

לרבי יעקב טובטשנסקי זצ"ל:

ראשית דברים:

כל פעולותיו של האדם עלי חלדו. טרם שהנן מתגשמות ונעשות לדבר מוחשי וממשי. טרם שהנן יוצאות מכח אל הפועל בשעה שהנן עוד רק בתור הריון ומצוירות רק במחשבת האדם. אז הנן מטילות בלב האדם החפץ להגשימן ולהוציאן לאור מעמסה של דאגה ועצב עמוק. על דכר פעולותיו העתידיות המצטיירות ומתרקמות כעת בשכלו. ראשית הוא דואג למצוא תכנית פעולה כללית. אשר לפיה יפעול את פעולתו. וכאשר מצוירים כבר בשכלו הקוים-הכלליים של תכניתו אז הוא שרוי בדאגה עוד פעם, הוא דואג אם פעולתו תעשה לפי פרטי תכניתו. מתעוררת בקרבו דאגה ספקנית. איך יהיה כאשר יתאחדו כל החלקים הכודדים וכל השרטוטים הפרטיים. לפעולה כלליית אחת. לפעולה מורככה ונאחדה. אם תהיה אז מתאמת לפי טעם האנשים היודעים מעט את טיב האמנות וערכה. ולא ימצאו בה חסרונות עקריים. או גם אך חלקים אשר יש בידן לקלקל את איכות הפעולה ותוכנה הפנימיי: וזה יחליט כל בר דעת כי הדאגה "אם תהיה פעולתו מתאמת לפי טעם האנשים" היא האלף והתיו של כל ההתחכמות וההתהדרות המלאכותיות התופסות מקום כל כך רחב ככל מקצעות העבודה כל אחד משתדל שעבודתו תהיה טבוע בחותם ההסכם הצבורי. ושתתפרסם לאמנותית ומשוכללת ואז תהיה עבודתו כחי נושא את עצמו. תתפשט בכל קצוי הארץ כלי יגיעה מרובה. כלי התעמלות יתירה. "מה יאמרו הבריות" זהו הרעיון הראשי. התמצותי ככל פעולות האדם עלי חלדו!:

אכן יש הבדל גדול כין סוגי הפעולות. אם הנן חמריות או רוחניות. אם בפעולות החמריות של האדם ההסכם הצבורי הוא דבר הכרחי. ומבלעדי ההסכם הצבורי אין להן זכות הקיום. הנה כפעולות הרוחניות של האדם. שם ההסכם הצבורי הוא יותר עקרי ויותר הכרחי ותופס את המקום היותר עמוק והיותר רחב ביצירת הרוח של האדם. וההבדל שבין שתי סוגי הפעולות מובן מעצמו. כל פעולה חמרית. איננה מתמדת לעולם. הכליון שלה נוצר יחד עם התהותה. כאשר אך יצאה מהרת המחשבה. ונעשתה לדבר מוחשי וגשמי. אז תיכף היא מתחלת להתנוונות אט-אט היא נפסדת. ולכן אם גם שיוצרה מחוללה מפאת אי-כשרונו במקצוע אשר הוא עובד. השאיר כעבודתו איזו שגיאות ומגרעות. גם אז לא ישא על שמו כתם נצח. בשעה שעבודתו עוד מתקיימת

ירגישו הרכה בחסרונותיה ומגרעותיה. אבל כאשר עבודתו תהיה נאכלת כשיני-העת. הכליון ישלוט עליה ותחדל להיות מוחשת. אז כל אלה האנשים אשר חטטו ומצאו את חסרונות-עבודתו. גם המה ישכחו אחרי עידן ועידנים. את כהות הכתם של הבקורת החדה. אשר הניחו על פעולתו הבלתי מוצלחה של הפועל. ואם הפועל יתפתח בכשרונו אחרי איזו עת ויחולל אז איזו פעולה משוכללה אשר ההסכם הצבורי יהיה חותמה. אז גם אותם המחפשי מומים מלפנים. אשר התיחסו בשלילה לעבודתו הקודמת. הנה לפעולתו השניה המוצלחת. לא רק שיתיחסו בחיוב. אך גם בכל אותות ההסכמה וההערצה. יעריצו ויפרסמו את שמו. יהללו את כשרונו המפותח והמקורי במקצוע עבודתו. וכל אותן חסרונות עבודתו העברו. לא יזכרו ולא יפקדו כמו שעבודתו הראשונה ירדה לתהום הנצח תהום הנשיה. כן גם מומי עבודתו ירדו לאותו התהום. אבל עונה הוא לגמרי מצב הדברים אצל פעולותיו הרוחניות של האדם היצירה הרוחנית היא אלרמותית. היא מתמדת לנצח. אף אם יוצרה ככר נקלט בהנשיה העולמית אך פרי רוחו יצירתו עוד חיה. יען שהזיק האלהי אשר היה צפון בנשמת היוצר. שופע עליה סוד קיומה. לכן אם איש הונה דעות חפץ ליצור איזו יצירה רוחניות. להוציא רוחו מתאי ראשו מקנינו הפרטי. לפני העולם הגדול כדי שתחיה לקנין כללי. אז הוא מלא עצב ודאגה פנימיית. הוא דואג בעד עתידותיה של יצירתו. איך יהיה יחס דעת הקהל ליצירתו. האם תצא יצירתו שלימה מהמכונה הלוהטת והמצרפת הנקראת "בקורת"! והדאגות הללו דיות הנה לדכא את רוח היוצר. ולהסעיר את מסכת עצביו. כי לו תצא ח"ו שמכונת הבקורת בחותם שחור. אז אומלל הוא היוצר בשתים. ראשית. כמה מח ולשד עצמות השקיע בעבודתו הכבדה יצירת הרוח.

כמה לילות עמל וכמה ימים ארוכים יגעים צלל במים האדירים של יצירת רוח האנוש. עד שיצר גם את יצירתו ואם יחסר ליצירתו ההסכם הצבורי. אז מתעוררת במה היוצר שאלה יאושית למי עמלתי? ובשביל מה עמלתי? איזה תועלת הבאתי ביצירתי?. אבל הדאגה הזאת איננה עוד העקרית. לפני היוצר נצבה דאגה יותר עמוקה ויותר אכזרית. לב היוצר ימלא רטט נפשו בזכרו כי יצירתו הבלתי מוצלחה תגיד עליו פשעו מרחוק רחוק בזמן ורחוק במקום. כאשר אך תעיף על יצירתו העין הבוחנת של האדם אשר יש לו חוש בקורתי ותמצא בה מגרעות עקריות או חלקיית. נגד ההגיון והשכל. תתפרץ מלב המבקר קריאה התולית. למה באת הלם? מדוע לא הכרת את מקומך? שם יוצר לא הולמתך. האם פלא הוא אפוא אם כל היוצרים למיניהם חלים וזעים מאימת הדין הקשה של הבקורת. וכל תשוקתם ואדיר חפצם הוא שדעת הקהל יתיחס אל יצירותיהם ביחוסים חיוביים!

אמנם המלות "יצירה רוחנית" הנן מלות כוללות המכניסות תחת מושגן כל עניני חקירת השכל וההגיון. אבל כפרטיות יש הבדל ונגוד גמור בין יצירה ליצירה.
ישנה יצירה אשר מתחלה היא נוצרה בשביל החוגים הרחבים של איזה עם ויצירה הזאת היא יותר קלה ונוחה ביחס אל היוצר. יען שבתוך החונים הרחבים ימצא תמיד איזו הערצה והכרת תודה בעד מפעלו. לא כל האנשים חוננו בחוש בקורת אחד. אם בחלק אנשים לא תמצא יצירתו חן מיוחד. הנה כחלק השני ימצא לו הסכם גמור. אבל יש יוצר יצירה אשר מתחילה היא נוצרה רק בשביל חוג צר ומוגבל בשביל האנשים היותר מפותחים. בעלי ההגיון העמוק. יוצר כזה הוי במה מסוכנה דרכו. כל נטיה קלה מן הצד תעורר:
עליו תיכף בקורת קשה וחדה. ואם בתוך החוג המצומצם הזה. לא תמצא יצירתו את ההסכם עליה. אז אין לו לקוות שההסכם יבא לה מצד אחר: כל עם ועם יש לו יוצריו הרוחנים. היוצרים ומרחיבים את תרבותו בכל מקצועות, כן גם העם העברי לא אלמן מהם. כל מפלגה ומפלגה יש לה יוצריה. גם מפלגת הדתי-תלמודית יש לה יוצריה-כל המחברים למיניהם: אולם אף במקצת לא נוכל לדמות מצב המחבר הדתי-תלמודי למצב היוצר באיזה מקצוע אחר. בשעה שכל היוצרים למיניהם חתים רק מנתוח הבקורת. אבל אם הבקורת תהיה לטובתם. אז יודעים הם כי על יצירותיהם ירבו הדורשים. בלי התעמולה המלאכותית הבזויה. אבל לא כן מצב המחברים הדתי-תלמודיים. אם אזמל הבקורת לא יעשה נתוח קשה בחיבוריהם ויצא דינם לחסד. גם אז ישארו חיבוריהם בבתי מסחר הספרים כאבן שאין לו הופכים. כי הדרישה על ספר דתי תלמודי כה דלה וכה צנומה עד שגם חיבורי גדולי וגאוני ישראל המפורסים ליצירות ענקיות גם למו אין מהלכים!!:
כל רעיונות העצב הללו התעוררו במחי כאשר התעוררה בי תשוקתי להוציא לאור ספרי הנכחי "בית יעקב" על שו"ע ח"מ חלק ב'. אמנם גם בהספרים הראשונים הדרושיים אשר הוצאתי לאור. גם אז קננה במחי השאלה העצבנית האם אמצא לי ההסכם הצבורי? ואתן תודה לאל מושיעי כי דאגתי אז היתה אך רגעיית. רק עת קצרה נסרה במחי המחשבה הספקנית על דבר ההסכם הצבורי. אבל כאשר אך יצאו ממכבש הדפוס. ונצבו לפני חוות דעת הקהל. אז נפזרו ממני כל פזורי נפשי. יען כי מהדרישה הרבה על ספרי. נוכחתי תיכף בי ההסכם הצבורי עומד לימיני. אבל לא כן הוא מצבי עתה בשעה שהנני נגש להוציא לאור את ספרי הנכחי על "חשן משפט". ספר דרושי נוצר מתחלה לחוגים יותר רחבים. בשביל כל "יודעי" תורה. וספר הלכי על חשן משפט הלא לא נוצר רק

לסלתה ושמנה של המפלגה התלמודית. לבעלי ההגיון העמוק. לבעלי התריסין אשר עין בקורתם היא חדה וחודרת. ואפחד מאד מפני הלומדים המבקרים. אולי ישאלו אותי השאלה הנושנה והתמיד חדשה "הגם שאול בנביאים"?:

ההתנצלות האחת שיש לי. כי לא באתי בחבורי הנכחי להמציא איזו המצאות חדשות מפליאות. חדושים עקדיים. חבורי זה הוא לא חדושי. הוא נושא עליו אופי באורי. כי כל דברי סובבים הולכים. לבאר את דברי רבותנו הקדושים הראשונים והאחרונים. בכל מקומות הסתומים והבלתי מחוורים אשר מפרשי השו"ע לרוחב שכלם או שקצרו במקום שהיה להם להאריך. או שלא פרשו מאומה. ואנכי אחרי חפוש מרובה בכל ספרי רבותנו ז"ל. בארתי את כל המקומות הקשים כפי הבנתי אשר ההשגחה העליונה נתנה בי. גם בכל המקומות אשר נחלקו מפרשי השו"ע לדינא. הראיתי מקום לספרם של ראשונים לעיין שם. והמעיין יכריע את הדבר כפי שכלו. במקומות הרבה הראיתי מקורים נאמנים לדברי השו"ע בש"ס וראשונים. גם הערות עצמיות חדשות למכביר ימצא המעיין בחבורי זה. ולא אשנה אם אחליט כי הלומדים שו"ע ח"מ ימצאו תועלת מספרי זה!!:

ואחרי כל אלה לא הרהבתי בנפשי עוז לגשת אל המלאכה רבת האחריות הזאת. טרם שהראיתי את ספרי לפני גדולי וגאוני זמננו. ונתנו תוקף לפעולתי. וכתבו בתעודתיהם. כי ספרי זה הוא נחוץ לכל ההוגים בשו"ע חו"מ. רק אז גשתי אל העבודה לסדרו ולהפיצו בקהל. ואל אלקי צורי אשא עיני שינהלני על מי-מנחות ויזכני ללמוד וללמד. ואת קרן התורה ירים בימינו. וביחד עם זה יחיש התשועה לעמינו. כשאיפת כל קויו ומיחליו.

אשר בכבודם יתימר המחבר. ב"ה. אסטרין כ"ד אדר. תער"ב:

הלכות הרשאה:

סימן קכ"ב:

סמ"ע ס"ק ג'. ועפ"ר כו' אבל בממון כו':

ובתומים כתב דדוחק לחלק כן. ולכאורה מתוס' גיטין כ"ת ע"א וב"מ ל"ט ע"ב משמע דלאו בכל ממון חיישינן רק ביתמי החמירו וכ"כ הריטב"א ב"מ שם בשם הרמב"ן:

ואולי גם כונת הסמ"ע לזה. ובקצוה"ח הק' בזה ולא הביא דברי הסמ"ע ודרישה. והאורים כתב דהוי כאין הולכין בממון אחר הרוב ולכאורה כאן הוי רוב וחזקה רוב לחיים וחזקת חיים והיש"ש כתב דאע"ג כשמת המלוה בטל השליחות והוא באחריות הלוה מ"מ אינו יכול לעכבו מליתן לו דמעמידין אותו בחזקת קיים. וצ"ל בכונתו ג"כ משום דהוי רוב וחזקה דבחזקה לחוד אין מוציאין ממון וזה כונתו שכתב משום דליכא ריעותא. דבאיכא

ריעותא ברוב אין מוציאין אף בחזקה עמו כמ"ש הבעה"מ כתובות רפ"ב דבחזקת הגוף בצירוף רוב גם שמואל מודה וקאמר שם בש"ס איתרע ליה רובא ועיי' שעהמ"ל פ"ד מסוכה בכלל דחיישינן שמא מת:

ש"ך ס"ק ה'. וכ"כ בתשו' מהרי"ו כו' ואין שם יורש אלא הוא כו': הש"ך קיצר בהעתקתו דהא כיון שאין שם יורש אלא הוא אין כאן בע"ד כיון שנפלה לו בירושה ולמי יתבע השליח. אבל בד"מ מובא בזה"ל אעפ"י שהמרשה חייב למורשה וא"ש:

סעי' ד'. צריך ליקח לו בקנין שהרשהו:

עיי' ש"ך ס"ק י"ג בביאור דברי הטור. אף שבעצם הבנתו בדברי הרמב"ם וראייתו כן נראה מתשו' הרשב"א מובא בש"מ ב"ק ק"ד ע"ב אבל בדברי הטור אין לומר כן דבלשון הרמב"ם שמובא בטור לא הוזכר דבעי קנין אג"ק ובריש סי' קכ"ג מביא דעת הרמב"ם ושם הו"ל להביא דעת הרמ"ה ע"ז. ובאמת מלשון הרמ"ה מובא בש"מ ב"ק משמע דא"צ קנין כלל והוא מפרש עובדא דרבי אבא בקנין ממש דלא כהרמב"ם. ועיי' נחלת שבעה בנוסח השטרות סי' מ"ד אות א'. והנה דעת הגאון בשו"ת הגאונים סי' קצ"ג דקנין אג"ק בעי וכן דעת הראב"ד מובא בחי' רשב"א ב"ק שם:

סעי' ה'. ויש מ"ש כו':

משום דהוי כשותף כמ"ש בבהגר"א:

ולפי"ז צע"ק בש"ס ואי כתיב ביה זיל כו' דהא על השאר א"צ להרשאה דהוי כשותף. ומש"כ בש"ך ס"ק י"ט בשם רש"ל. וכתב בקצוה"ח דבשכר פעולה כיון דצריך לשלם אמרי' מיגו. והנתי' חמה עליו כיון שאין לו קנין בגוף הדבר רק שהמשכיר חייב לו ל"ש מיגו דמשתעי דינא. וכסברת הקצוה"ח כן מובא בק"נ על הרא"ש גיטין פ"ק בשם גאון אחד בישוב דברי הש"ך סי' ק"ה מש"כ בישוב דברי רש"י שכתב דשליח מהני אף בחב לאחרים ר"ל בשליח בשכר. דהואיל דאית ליה זכות בהאי תפיסה כשיתפוס זכי נמי לחבריה וי"ל:

ש"ך ס"ק כ"ה. אבל בבעה"ת כו' וא"ת א"כ כו' הרשב"ם ב"ב ק"נ ע"ב מביא דעת המפ' דנפק לאפיה שלא יחזיק בהם ודחאם כיון דכותבין בהרשאה וכל כו' חזינן דשליח שויה. אבל דעת הי"מ הוא הר"י מיגש המובא בש"ך כאן דהקנאה גמורה היתה ולכן חשש וכן פירש ביד רמ"ה ב"ב ע"ז ע"ב ובשו"ת הגאונים סי' קצ"ג ביאר שלא יחזיק בקרקע שניקנית אגבה והרמ"ה כתב דמשום זה לא חייש דלכך אקני ליה אגב אסיפא שאם יבא להחזיק הוי עקיר לה ויהיב לה. וע"כ לומר דהגאון מפרש כפי' הרגמאה"ג דלאו אסיפא ממש קאמר אלא חצירו סוף ביתו ושני הפירושים מובא ברש"י ב"ק שם. אמנם דעת

הגאון בתשו' שם צ"ע שכתב דלכך מקנין אגב ד"א של א"י שלא יחזיק ביה ולא יקנהו כי אין ידוע. דגם בל"ז לא קני דבמתנה בעינן דבר מסויים וע"כ צ"ל בדעתו כדעת הי"א לק' סי' רמ"א סעי' ד' ועיי' מש"כ לק' בזה: שם. ס"ק ל"ג בא"ד.

ומש"כ דא"כ אין הב"ח כו' לאו מילתא היא כו':

נראה בכונת הב"ח דיש ללוה ג"כ נכסים אחרים ולכך רוצה הבעל לבטל השומא וכתב הב"ח דבלא"ה מצי לבטל השומא אף בלא הרשאה. ובעיקר דברי הש"ך עיי' הפלאה בקו"א סי' פ"ה ובב"מ שם מש"כ בדבריו:

שם. ס"ק ל"ד. וגם דברי הריטב"א כו':

כונת הריטב"א הוא על הפירי שתובע הבעל וא"צ הרשאה אף שגם בפירי הם שותפים שאם רוצה למכור א"י משום ריוח ביתא ע"ז אמר דבפירי ידו כידה ול"ד לשאר שותפים. ובתי' רשב"א גיטין מ"ח מבואר דגם בפירי יכולה למחות דלא כהש"ך כאן ועיי' ישועי"ק אהע"ז סי' פ"ה ס"ק ג':

סעי' א'. מדינא דגמ' כו':

וכתב רש"י ב"ק ע' הואיל ואינו ברשות הבעלים כו' הילכך אם אבד יוכל לחזור ולתבוע מיד הנאמן. וחמה הקצוה"ח דהא פקדון לכו"ע יכול להקדישו. והיה א"ל בדעת רש"י דדעתו הוא כמ"ש הראב"ן מובא במרדכי ר"פ מרובה דלישנא קמא פליגי אדר"י דר"י מיירי בגזל ולנהרדעי אפי' בפקדון לא מקדיש ויהיב. אבל דעת יחידאי היא. ויותר נראה דשיגרת לישנא היא ברש"י ואגב אחריני נקט "נאמן. אף שמיירי בגזל וכ"כ הפנ"י. ולהלכה נראה דעת רש"י כדעת גדולי הפוסקים המובא בש"מ דהיכא דאסור לכתוב כגון במטלטלי דכפריה חייב הנאמן באחריותו וחוזר עליו והיכא דהחיסרון הוא בכתיבה דלא כתב כל דמתענית וכדומה פטור מאחריות וא"ת עליו. ולכך כאן דאמר לא "כתבינן" ר"ל דאסור לכתוב ע"ז כתב רש"י דחייב באחריות דאי לאשמעינן דמצי א"ל לאו ב"ד דידי את וכמו שהק' הקצוה"ח הול"ל כלישנא דל"ק לית ביה מששא. ובזה מבואר גם מה שהק' הב"י על רש"י דלא גרע מעשאו שליח דהא על פיו נתן. דהכא גרע משלח ע"י שליח כמ"ש גדולי הפוס' הנ"ל. ומש"כ עוד המחבר אבל אין כותבין הרשאה על מלוה שבע"פ. עיי' רשב"א ב"ק בסוגיין מחלוקת הראשונים בזה. ודעת רש"י נראה כהחולקין על הרמב"ם שפירש בקדושין מ"ז ע"א והירשה עליהם היינו שכתב לה הרשאה. אבל הריטב"א עמד שם על לשון זה בש"ס: והנה התוס' ב"ק ע' ושבועות ל"ג כתבו דלמ"ד דאף בלא כפר לא כתבינן מוקי לה במקרקעי דקרקע אינה נגזלת דודאי כתבינן וכמ"ד

המשביע עידי קרקע חייב. ותמה הגרע"א בגליון דהא מבואר לק' ל"ז ע"ב דלמ"ד אין קרקע נגזלת דדריש כללי ופרטי ס"ל דמשביע עידי קרקע פטור.
וראיתי בתפארת ירושלים כתב בכונת תוס' דאף למ"ד דס"ל קרקע נגזלת אפ"ה אינה נגזלת בכפירה בעלמא כמטלטלין רק ע"י קנין גמור ותו דמי קרקע דכפריה כמטלטלין בלא כפריה. וכסברא זו כתב באמת הגרע"א ב"מ ז' להק' בש"ס שם דמוקי במסותא מקרקעי דכל עיקר החילוק הוא בין מטלטלין לקרקע הוא דמטלטלין נגזלים וקם ברשותו דגזלן וקרקע אינה נגזלת ולא קם ברשותו דגזלן. ולפי"ז, בגזל מטלטלין בלא קנין הוי כקרקע דמנחי ברשותו דנגזל ובמסותא דלא עשה קנין וכל הגזילה הוא רק במה שאמר דידי הוא וליכא קנין יכול להקדישו ועיי' גליון הגרע"א סוכה ל"א ע"א.
אבל הקצוה"ח כאן ובסי' שנ"ד העלה דכל היכי דיש לאחר תביעה ע"ז ג"כ אינו ברשותו מיקרי ולמאן דס"ל קרקע נגזלת והוי כמטלטלין הוי כאן דשא"ב. ונראה בכונת התוס' דהא מצד הסברא ודאי יש לומר דקרקע אינה נגזלת מקרא והארץ לעולם עומדת אלא מאן דס"ל משביע עידי קרקע חייב ומרבי להו גם לענין השבה הוא רק מצד גזה"כ וכן נראה להדיא ברש"י ל"ז ע"ב ולא איתרבי אלא למש"כ שם בכתוב דהיינו קרבן שבועה והשבה כמ"ש רש"י שם אבל לענין הקנאת הנגזל בדוכתא קאי לענין זה דאינה נגזלת.
ואחר זמן בא לידי שו"ת חסד לאברהם להגר"א תאומים ושם ראיתי בחלק חו"מ סי' ג' שכתב לתרץ קושית השואל שהק' קושית הגרע"א באופן שכתבתי ולא הזכיר מדברי רש"י שבועות שהבאתי שמוכח להדיא כן. ואגב ראיתי שם שכתב לתרץ קושית השואל שהק' לו על הראב"ן שבמרדכי הנ"ל שכתב דנהרדעא פליגי אדר"י וס"ל דאף בפקדון ל"מ מקדיש. ומלבד קושית התוס' ע"ז עוד תקשה מגמ' ערוכה קדושין מ"ז התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך מקודשת. ולהראב"ן הרי אין בידו להקדישו ואין הקדושין חלין על דשא"ב. ותירץ דהראב"ן ל"ק אלא בלא יחד מקום להחפץ הנפקד דאז החפץ מונח ברשות הנפקד והש"ס דקדושין מיירי ביחד לו הנפקד מקום דאז הוי רשות המזיק עפ"י דעת רשב"ם ב"ב פ' הספינה מובא לק' סי' קפ"ט ובזה שפיר יש בידו להקדישו. והנה עפי"ז היה אפשר ליישב מה שהק' האהל דוד שבועות שם דמה יענה הראב"ן לראיית התוס': דעיקר כפל בגונב מבית שומר כתיב. די"ל דמשכח"ל ביחד לו מקום דבזה הוי, רשות המפקיד ויכול להקדישו [ועיי' תפא"י שם]. אבל תירוצו הא אינו מספיק לתרץ על מה שהק' שם מהג' רמ"א אהע"ז סי' כ"ח דחטפה מעות וקידשה דהוי קדושין וכתב הב"ש משום דנעשה כפקדון ושם לא יתד מקום. עוד תקשה לתירוצו דשם אמרי' דאי מלוה ברשות בעלים לחזרה מקודשת כשלא הוציאה עדיין והתם קיבלה ע"ד להוציאה

ול"ש יחד מקום ואמאי מקודשת לא יהא אלא פקדון דלא יחד מקום דאינה מקודשת. ולפמש"כ כאן הקצוה"ח בדעת רש"י דסתם אורכתא יש לו עכ"פ טענה שע"ז מעכבו ולכך הוי דשא"ב. י"ל דגם הראב"ן ביש לו איזה טענה קאי ול"ק גם מה שהק' התסל"א. ומלבד זה, מה שהק' מהג' רמ"א אהע"ז הנ"ל לפמש"כ הא"מ שם דלגזלן עצמו ודאי יכול להקנות וה"ה דיכול לקדשה בו. ובעיקר חילוקו בין יחד לו מקום ללא יחד לו הא זהו טענתו של המהרי"ט על הרשב"ם כיון דלא יחד לו מקום במאי קנה ומובא בקצוה"ח סי' קפ"ט וע"ש מש"כ בזה ואכ"מ ועיי' שו"ח שומ"ש מהדורא תנינא ח"ג סי' קכ"ו קכ"ז מש"כ בזה והנה בבאה"ג אות ז' מובא לשון הכ"מ ע"ש. ולולא דברי הראשונים שהק' על הרי"ף מש"ס שבועות היה א"ל דבאמת אין סברא לומר דבכפירה שאח"כ תתבטל ההרשאה למפרע ועוד דכ"א יעשה כן שיכפור כדי לאישתמוטי כמ"ש הכ"מ.

ואולי גם כונת הרי"ף אינו אלא כגון שלאחר כתיבת ההרשאה טרם הגיע המורשה בהרשאתו להנאמן נזדמנו הבע"ד וכפר בו בלא עדים ע"ז אמר הרי"ף דנתבטל ההרשאה למפרע אבל בלא נשמע כפירת הבע"ד עד שבא המורשה בהרשאתו גם הרי"ף מודה דלא נתבטלה. ואולי י"ל דגם הכ"מ הבין כן בדעת הרי"ף דאל"כ למה לא הביא דעת הרי"ף החולק דאף לאחר, הכתיבה נתבטל וע"כ דלאחר ההרשאה לגמרי מודה הרי"ף. ולשון רש"י שבועות שם שכתב שכבר נשמע כפירתו מורה דאתי לאפוקי מדעת הרי"ף: ש"ך ס"ק י"ד. ואפשר גם דעת הסמ"ע כן:

בפרישה כתב להדיא דבביטל להדיא גם בלא ידע הנתבע חייב. גם מש"כ הש"ך לדייק כן מלשון בעה"ת. שם בפרישה מדייק מדבריו איפכא ע"ש:

סעי' ט"ו. בד"א כו':

צ"ע על השמטת הפוס' דעת רש"י שכתב משום דהבע"ד עצמו היה מפשר עמו משא"כ המורשה דלפי"ז ל"ל חילוק, התוס' וכ"מ בהג' אשר"י וכ"כ הר"ן ובב"י מובא לשון הג' אשר"י בשם רשב"ם והוא ט"ס וצ"ל רש"י:

בבאה"ט מביא מהגד"ת דהיכא דהמורשה מקבל שכר ונהנה ל"ש ואשר לא טוב עשה. ול"מ כן בש"ס דאמר שמואל זה הלוקח שדה שיש עליה עסוקין וע"כ דנהנה מלקיחתו ומשום דיש עליה עירעורין וטענות אין מהראוי ליכנס בעירעורין ואף דיש לו הנאה. ומש"כ הקצוה"ח ס"ק ג' לדחות ראיית התה"ד דמשום חרם הוא כ"כ להדיא בתשו' הרא"ש מובא בב"י יור"ד סי' רכ"ח ועיי' תשובת מהר"ם מובא בנוב"ת חיור"ד סי' קמ"ו ועיי' שו"ת שם אריה חיור"ד סי' מ"א מש"כ בזה:

סימן קכ"ד:

הנתבע א"י כו':
עיי' שו"ת רמ"א סי' ק"ד מש"כ בזה ובנחלת שבעה טופס שטר הרשאה סי' מ"ד אות ו'. ובשו"ת דברי מלכיאל חלק ג' סי' קס"ז דן דכ"ז בשליח בעלמא אבל אם יש לו להנתבע איש שעוסק בעסקיו יכול לשלחו ומביא ראיות לזה. ועיי' עוד במשפט שלום סי' קע"ו סעי' כ"ה מש"כ האחרונים בזה:

סימן קכה

סעי' א'. ואם החזיר כו':
אבל בעשאו שליח לכו"ע חייב אם החזיר אף בלא העני כמ"ש הב"ח. ובזה י"ל בביאור לשון הש"ס גיטין י"ד כי אתא לקמיה א"ל שפיר עבדת כו' לישנא אחריני כו' וצ"ל הנ"מ בין הלישנא. ועוד לפרש"י דקאי על שלא קיבל עליו אחריות ל"ש הלשון דשפיר עבדת דהלא מובן דבלא אחריות יותר טוב מקבלת אחריות. וי"ל דשפיר עבדת קאי על שלא החזיר להם דאם החזרת היה הערבות עליך. ובל"א לא אמר לא שוית נפשך אלא סתם עבד לוה לאיש מלוה משמע דאף בכל מקום גם בלא שליחות אם החזיר ג"כ חייב כפסק הרמב"ם דהשליח חייב לכך אמר סתם עבד כו' לומר דאף בכל מקום הוא כן כן היה נראה לפרש לולא פרש"י:
ש"ך ס"ק ז'. העלה דלהרמב"ם אף בהחזיר מחמת אונם חייב. והק' המפ' ע"ז דאיך יפרש הש"ס בעובדא דר"ד דמינה דייק הרשב"א דהחזיר מחמת אונס פטור והתומים רוצה לחלק עפ"י שיטת הראשונים דאונס שאינו בגוף הפקדון חייב ולא עלה לו חילוקו בחידוש דין דהיתר שימוש ע"ש. ולכאורה י"ל באופן אחר קצת עפ"י מה שהעלה הש"ך סי' כ"א דאונסא רחמנא חייביה לא אמרי' ע"ש. ומעתה י"ל דמש"כ תוס' ב"ק לחלק דאונס בגופו של שומר לא הוי אונס תליא בתרי לישנא שבש"ס כתובות ל"ד וב"ק קי"ב אי משעת משיכה איחייב באונסיה שפיר י"ל דאונס בגופו, של שומר אין האונס פוטרו. וללישנא דמיחייב משעת אבידה הוי אונס רחמנא פטריה ולא מיתחייב ע"י אונס. וי"ל דש"ס דגיטין אזלא ללישנא דמיתחייב משעת האונס לכך פטור באונס אף בגופו של שומר. והרמב"ם דפסק בפ"א משאלה דמשעת משיכה שפיר פסק דאף מחמת אונס חייב. אלא דא"א לומר כן לפי מה שכתבו המפ' לתרץ סתירת פסקי הרמב"ם שפסק בפ"ג מגניבה כר"פ. והעלו דהחיוב משעת שאלה אינה אלא כעין תנאי ולאו חיוב ממש עיי' קצוה"ח סי' שמ"א בשם השמ"ק. ויותר י"ל עפ"י מש"כ הסמ"ע והש"ך להק' בפסק המחבר דהחזיר מחמת איום ואונס פטור ממ"ש הרב בהגה בשם המרדכי. וכתב התומים לחלק דעובדא דש"ס לא היה היזק ברור של המפקיד דהא אילו קבלו אחריות

היו מניחים אותו בידו ואין כאן היזק ברור לכן במקום אונם פטור ובעובדא דהמרדכי דהוא אומר שיחזיר לו כי טעה ואין מגיע ממנו לראובן כלום ובהחזרת המעות היה ראובן מאבד שלו לגמרי וברי היזקא ובזה לא פטרוהו בשביל איום להחזיר הפקדון ולהפסיד חבירו מעתה י"ל בדעת הרמב"ם דדוקא שם דגלו דעתי' דניחא להו רק בקבלת אחריות ורצונם להחזיר ואם הוא לא קיבל אחריות עליו ישלחו ע"י אחר ובזה פטור כשמחזיר מחמת אונס דבודאי יחזרוהו או ע"י עצמם או ע"י שליח אחר. אבל בסתם כשכופין אותו להחזיר ולא גילו דעתם דניחא להו בהחזרה ואולי הם חוזרים הוי כברי היזקא כשמחזיר. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ט' לחלק בין עשאו שליח ללא עשאו ובט"ז וש"ך תמהו עליו. וביותר תמיהת הט"ז מעובדא דש"ס דמיירי בעשאן שלוחין ואפ"ה ילפי' מינה דמחמת אונס פטור ונ"ל כונת הסמ"ע לחלק דשם מיירי בעשאו שליח רק לקבלם מידו וכיון שכבר קיבל נגמר שליחותו וכשבא האונס עליו לא מחמת השליחות הוא דהוי כממון אחרים בידו. משא"כ בש"ס דהוי שלוחים גם על החזרה להביאם להשולחן וכשנאנסו בעת שלא נגמר עוד שליחותן פטור. ואף שאין זה בלשון הסמ"ע אבל י"ל כן בכונתו: סעי' ב'. דוקא כשהוחזק המפקיד כפרן:

אבל בהלואה אפי' לא הוחזק כפרן כמ"ש בסמ"ע ולא כמש"כ המהרש"א בתוס' שם והת"ש בטור דגם בהלואה בעינן הוחזק כפרן דמסתימת הפוס' ל"מ כן. ודברי התוס' שם י"ל כמ"ש שם הק"נ ברא"ש לפרש והקדימו הרש"ל דאשרתא דסרבלא הוי פקדון. ויותר נכון מש"כ הפנ"י שם להגיה דיבור זה אעובדא דלבתרא דר"ד דמיירי בפקדון. ותמהני למה נדחק הסמ"ע בין פקדון להלואה דהא הטעם פשוט כמש"כ הרש"א שם דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ל"ש אלא בחפץ. וגם טעם הסמ"ע אינו מספיק לאם היה ש"ש דהשמירה גם לטובתו. וגם במלוה לרווחים דהוי טובת המלוה והפוס' לא חילקו וצ"ע:

סעי' ה'. אפי' עשאו שליתח לקבל:

עיי' בהגר"א דמיושב בזה קושית התוס' ל"ב ע"ב. וכבר עלה על דעת הרשב"א שם ליישב כן ודחה זה ע"ש. ומה שהק' בקצוה"ח ס"ק ד' להרמב"ם מגיטין י"א פלא שלא ראה בב"י כאן בשם הרשב"א:

ש"ך ס"ק ל'. ונראה וכו' וכ"מ להדיא בתוס' כו':

באורים כתב עליו דהוא כשגגה יוצא מפי השליט דהם לא מיירי כלל בהזוכה אם הוא חוב או פקדון. וחלילה לחשוד למאור עינן של ישראל בדבר פשוט כזה. וכונת הש"ך הוא עפ"י מש"כ הפנ"י גיטין י"ג דדוקא במתנה אין דעתו שיגמור המתנה עד ואתי ליד המקבל משא"כ במכירה אדרבה דעתו מסתמא להקנות:

תיכף שלא יוכל הלה לחזור ואמרי' שפיר תן כזכי וכ"כ הנתי' סי' ר' ס"ק ה'. וגם הרא"ש ע"ק דגיטין כתב כן בש"ס דפ' הספינה דאין נראה לומר דהוצרכו לתקן בשאין הפקדון ביד הנפקד. איברא דראייתו מתוס' פ"ק דגיטין קשה דמשם לא מוכח כן ועיי' פנ"י: סמ"ע ס"ק כ"א. הטעם דבפקדון כו':

הרשב"א כתב משום דמחנה לא הוי זכות גמור דכתיב ושונא מתנות יחיה. והפנ"י כתב משום דבמתנה ליתא בע"כ דאי אמר המקבל לא ניחא לי בטלה המתנה לגמרי משו"ה לא הוי תן כזכי דאינו רוצה להפקיע מרשותו עד שיגיע ליד המקבל אי לאו דאמר בהדיא זכי. ועפי"ז חידש דכשהוא במעמד המקבל כו"ע מודי דהוי תן כזכי כמו בפקדון ומלוה. וצ"ע לפי"ז מהא דגיטין י"ד א"ל רב קבא דמוריקא כו' הא אמר רב חדא זימנא כו' וקשה מנ"ל דמשום מעמד ג' קאמר דלא הדרנא דילמא משום דהוי לפניו ולכך הוי תן כזכי ואי לא הוי בפניו שפיר הוי יכול לחזור. והגרע"א הק' שם באו"א לשיטת תוס' דבמתנה לא אמרי' תן כזכי א"כ דילמא אשמעי' דדוקא באפיה קאמר דא"י לחזור מטעם מעמד ג' אבל שלא באפיה היה יכול לחזור דבמתנה לא אמרי' תן כזכי. וזה י"ל דמשמע ליה להמקשן דעיקר דיוקו דרב הוא על אי החזרה במה שלא ניתנה לחזור ולא על הדיוק במה שנשמע דבלאו מעמד ג' היה יכול לחזור וכ"מ לשון הש"ס דברים הללו לא ניתנו לחזרה ועז"ז פריך הא א"ר כו' משמע דזה הוא החידוש דברים הללו ר"ל מעמד ג' לא ניתנו לחזרה:

סימן קכו

ש"ך ס"ק א', כתב מהרשד"ם כו' ונראה דמיירי כו'. והקצוה"ח כתב כיון דא"י לכופו שיחזיר לו השאר לא הוי כמנה לי בידך עכשיו. לכאורה היה נראה דהש"ך ס"ל כהט"ז סי' ע"ד דאם משכן לו מטלטלין ורוצה לפדות חציה לפי ערך כופין אותו על מידת סדום. ואולי דבלא"ה הק' שם בתומים מה"ת יכפוהו ליתן לו שיעור מעותיו אם הוא רוצה להיות יותר בטוח. וע"כ צ"ל בסברת הט"ז דאין אדם מנית חפציו למכור ויפדנו אף בלא יהיה לו אלא שיעור מעותיו. וי"ל דבסחורה העומדת למכירה מודה הט"ז דא"י לכופו אולי תפחות מקחה ולא יהיה לו שיעור מעותיו:

שם ס"ק כ"ו. ולפי"ז קשה כו'. מלבד זה קשה על המחבר מאי קמ"ל כיון דפסק דגם בע"כ קונה אין חידוש באומר לכשארצה דלא תליא בדעתיה כלל והרשב"א קמ"ל דקני אף בע"כ. ואולי אף בשהיה הממחה מרויח לו הזמן מ"מ המומחה מחויב ליתן לו מיד ועיי' סמ"ע סי' קכ"ח ס"ק ד':

שם. ס"ק כ"ח. ויש חולקין כו':

בתומים כתב דאין חולקין אלא במוחה בפירוש ולא בסתמא ונ"ל ראיה לזה ממ"ש בש"ס אלא מעתה הני דבי בר אלישוב כו'. והק' המפ' דאין ה"נ לדיעה זו אין כאן מעמד ג' כיון דהוי בע"כ. ולמש"כ בתומים מיושב דמחמת יראתם לא היו מעיזים פניהם לומר אינו רוצה אלא היו שותקין ואין כאן משום בע"כ. ומש"כ עוד הש"ך דאי קונה בע"כ כו'. לדעת הקצוה"ח ס"ק י"ז דעל חיוב השמירה אין מעמד ג' י"ל דלכך דוקא בפניו דיתרצה על חיוב השמירה בפקדון. ובמלוה שימסרנו לידו דבלא"ה ודאי לא יתרצה המומחה ואין כאן הקה"ש. אבל הפנ"י כתב דלדיעה זו אף חיוב השמירה בע"כ וכ"מ מלשון הטור סעי' ח'. ועיי' מחנ"א הל' שומרים סי' כ'. ובש"ך ס"ק מ"ה יש ט"ס במש"כ והוא דעת בעה"ת וצ"ל "בעה"ט" דכן דעת העיטור. ודעת בעה"ת הוא דנאמן:

שם. ס"ק ג"ו. ויצא לנו מכאן דין חדש כו':

עיי' שו"ת פנים מאירות סי' ק"ז בארוכה בדברי הש"ך כאן ובשומ"ש מהדורא תנינא ת"ב סי' קע"ט מש"כ בזה:

שם. ס"ק ס"ז. ותמיה לי למה לא יתחייב לשלם כו':

עיי' תומים ס"ק י"ת מה שתירץ ע"ז ומה שחידש הנתי' דאם היה מונח חפץ ראובן כו'. ובכל דבריהם יש הרבה לפקפק ומצאתי בשו"ת ציוני האריך בראיות חזקות להש"ך ודחה דין הנתי' שחידש:

שם. ס"ק ע"ג. שנתחייב החוכר להקהל בקנין כו':

לכאורה למש"פ בהגה סי' כ"ב ובסוס"י קס"ג דמעשה הקהל א"צ קנין א"כ אפי' בדיבור בעלמא ג"כ סגי והב"י בבדה"ב שכתב קנין לשיטתו אזיל שכתב בסי' כ"ד הדין של הג"מ רק לענין מחוסר אמנה ובדעת הרא"ש א"ש שנראה דעתו בתשו' כלל ו' סי' ה' וסי' י"ט דגם מעשה קהל צריך קנין. ועיי' מה שכתבתי בזה לק' סוס"י קס"ג:

שם. ס"ק ע"ו. דין זה כו':

הקצוה"ח כאן חידש דלכו"ע אין חיוב עד שעת החזרה. ולשון הרא"ש בתשו' מובא בקצוה"ח לק' רסי' ש"ו שכ' דמיחייב עלה בעל הכלי כו' משמע דאף קודם החזרה יש חיוב השכר. ואי"ל דמיירי אחר החזרה דהו"ל לפרש. ובעיקר דבריו עיי' מחנ"א הל' שכירות סי' י"ד מש"כ בזה. ויפה הק' בשו"ת ר"ב סי' כ"ד דאין דבריו מספיקים כלל לתרץ תשו' הרא"ש דאף אם נאמר כסברתו עכ"ז הוא רק בפועל כמו עשה לי שירים נזמים וטבעות דהנאת שכר מלאכת הפועל נכנסת בהכלי שהפועל עושה בו ועיקר השכירות היא בשביל ההנאה שתביא לבעל הכלי אח"כ וע"כ כתבו התוס' שפיר דצריך להחזיר לו הכלי. ול"ש זה בשכירות חפץ שמשכיר להשתמש דפשיטא דחוב השכירות מתחולל

כל שעה כפי שווי השימוש שנשתמש בהכלי אי ישנה לשכירות מתחילה ומה חזרה שייך בחפץ של המשכיר לתלות בה חוב השכירות. ובעובדא דרא"ש שהוא שכר שימוש אין חילוקו שייך כלל. וגם דברי התומים צ"ע בזה. ויותר תמוה דבא"מ סי' כ"ח ס"ק מ"ו כתב בעצמו סברא זאת לתמוה על הרא"ש. ועיי' שעהמ"ל פ"ת מאישות הל' כ' מש"כ בזה: סעי' כ'. מעמ"ש ע"י שליח כו':

הרא"ש מביא ראיה לזה מעובדא דאיסור גיורא. והקשו עליו דהא לדעת המפ' דליתא בע"כ ע"כ מוכרחין אנו לפרש משום דיתבייש מפניו א"כ בשליח ודאי לא יקבל והא הרמב"ן דעתו דליתא בע"כ עיי' תומים. והמדקדק בלשון הרא"ש יראה שכתב כן בלשון קושיא "ולא היה ירא שמא יעשה איסור שליח" והר"ן שדעתו ג"כ כדעת הרמב"ן דליתא בע"כ כתב בלשון אחר "הול"ל נמי ואי שלח לי לא קבילנא" דשייך שפיר לאסיק בלישנא דרבא כלומר בפניו לא אוכל להעיז פניו ע"כ לא אזילנא ולשליח אינו חושש דבדעתי הוא ולא אקבל. ולהר"ן היינו דבר אחד. וגם בל"ז אין הכרח לפרש כן לדידהו דהא י"ל בפשיטות "לא אזילנא" ר"ל הליכתי היא למותר דגם אי אזילנא לא אקבל. וגם התוס' ורא"ש לא כתבו דהכרח לפרש כן לדידהו. שוב מצאתי בחי' רמב"ן שכתב וז"ל דהתם מאי דהוי עביד קאמר ולמה ילך ולא יקבל עליו. והנמוק"י כתב דלא היה חושש רבא אלא להקנאות הרגילות. וי"ל דע"י שליח אינו מהקנאות הרגילות. ומש"כ עוד המחבר ואם אמר הנותן כו' יש מי שאומר כו'. עיי' ש"ך ותומים. אבל ברדב"ז ח"ג סי' תקע"ד חילק בזה דבנותן ומקבל לא מהני שליחות ובלוה ונפקד שפיר מהני שליחות. ומביא ג"כ בשם י"א דשליחו כמותו בכל מקום וכמ"ש הש"ך בסה"ד. והנה התומים תלי לה בגירסת המפ' דרב מרי בי רב הוי וע"כ ע"י שלית המקבל. ותמיהני דהא הרמב"ן כתב זה לתרץ מה שהק' דליקני אגב קטיני דארעא כמעשה במדוני וע"כ כתב דר"מ בי רב הוי ואיסר לא היה גמיר. ואי ע"י שליח המקבל הדרא קושיא לדוכתא דאי ר"מ ידע מזה דעי"ז שלח שליח הו"ל לאגמורי לאיסר ההקנאות אגב קרקע ולא היה צריך לשליחות. ובפשיטות יש לפרש דהא הוי מב"ב של ר"מ בכאן ולהם היה יכול להקנות במעמד ג'. ובהג' רש"ש שם כתב לפרש להך גירסא דה"ק אף דר"מ בי רב הוי וגמיר עכ"ז לא ימצא עצה איך לקנות אבל ר"מ היה כאן. ומלבד שהוא דחוק ואין במשמע לשון הש"ס עוד זאת לא ראה מש"כ הרמב"ן לפרש להך גירסא. והנה המהרשד"ם בתשו' סי' שנ"ט כתב לענין שליח המקבל דבמקבל מומר לא מהדרינן בזכותיה לטעם הרא"ש משום דהוי זכות המקבל. וצ"ע דהא לא פלוג חכמים בתקנתם כמ"ש הפוס'. ואף בשליח הנותן שכ' הרא"ש דלא מהני מפני שהוא לחובתו כתב ג"כ הפרישה דל"פ ואף במקום דהוי לטובתו

כעובדא דאיסר. ואולי משום דהוי מן המורידין ולא מעלין אבל ל"מ כן שם: סעי' כ"א. מפי הכתב:

כאן קשה ג"כ מה שהק' התומים ס"ק ס"ג שהבאתי לעיל דלהפוס' דדוקא מדעתיה אין ראיה:

סעי' כ"ב ואם הנותן עכו"ם כו' מה שהק' בתומים דהוי הפקעת הלואתו. אולי מיירי בגונא שאסור כגון במקח שכתב רש"ל דאסור מובא בש"ך לק' סי' שמ"ח ס"ק ג'. ועיי' תומים סי' קכ"ח ס"ק ב':

פת"ש ס"ק ב'. וכתב בס' שעמ"ש כו':

מדוע לא הביא דברי התומים והקצוה"ח כאן מזה. ובראיית התומים מב"מ ע"א עיי' חי' מקור מים חיים בגליון יור"ד רס"י קס"ט מש"כ בזה. והנה הקצוה"ח ס"ק ד' הכריח דלמ"ד דיכול למחול ע"כ ס"ל דסמכה דעתו ובזה דחה ראיית הרא"ש ע"ש. ותמוה דהא הרמב"ן דעתו ג"כ דיכול למחול משני שינויא אחריני בהא דקדושין מובא ברשב"א פ"ק דגיטין בסוגיין ואין הכרת:

סימן קכז

סעי' ב':

בד"א כו':

בתוס' הקשו על רש"י מב"ב קמ"ט מובא בסמ"ע. ואולי י"ל דבש"ס קדושין משמע דרבא ל"ל לחלק בין היתה הורתו בקדושה לשלא בקדושה רק סתמא דש"ס אמר כן. דאל"כ רבא דאמר שם כותי את הגר כו' הול"ל ולחלק כחילוק הש"ס וע"כ דל"ל לחלק וס"ל דבכל גונא אין ר"ח נוחה הימנו. ולזה אמר בב"ב קא מגמרי כו' ולא רצה להחזיר. והנה בדרישה הק' על הטור שפסק כרש"י וע"כ מוכרחין אנו לחילוק הרא"ש והר"ן והו"ל לחלק דדוקא כשאב ואם שניהם גיורים. ובאמת אין הכרח לזה דהא י"ל כמ"ש הנמוק"י שם בשם י"מ דאם רוצה שיקוב הדין את ההר שומעין לו ועיי' תוס' ב"ב שם בשם ריב"ם. ובעיקר דברי הסמ"ע ס"ק ג'. עיי' פרמ"ג אור"ת סי' שכ"ט וברי"ט אלגזי פ"ח דבכורות ובחי' הגרע"א אור"ח סי' של"א ובחמדת שלמה חאהע"ז סי' ב' ג' ובהג' זר זהב לאו"ה דין פיקוח נפש מש"כ בזה. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ד' וגר יורש כו' תמוה. ואולי ט"ס היא וצ"ל וגוי יורש כו':

סימן קכח

ש"ך ס"ק ג' בא"ד. ומשמע ליה להירושלמי דמקריב משלו כו':

ותמה בתומים דלא מצינו בקינים פטור אחריות. והקצוה"ח תפסו ממשנה ערוכה פ"ז דשקלים ע"ש. ולענ"ד דשם מיירי במעות הקינים שנתנו בלשכה כמ"ש שם הרמב"ם בפירושו ועיי' רמב"ם פ"א ממחוסרי כפרה הל' י"ב ובלח"מ שם. משא"כ יחיד שמביא קן ונאבד או נפסל בזה לא היה תנאי ב"ד שיקריבו משל ציבור. אלא דצ"ע מטעם אתר דאיך מפרש הש"ך בהקריב משלו דהא כה"ג בבע"ח ליתנו לו ממש לית מאן דפליג דאסור וא"כ בקרבן בע"כ מזכה לו דהא בעינן משלו וכה"ג ודאי אסור. ואולי גם בבע"ת כה"ג במזכה לו ע"מ שלא ליהנות בהם הנאה אחרת אלא לפרוע לבע"ת נמי שרי דאין בהם הנאה כלום וה"נ בקרבן אף דזוכה לשעה אין בהם אלא הנאת קרבן:

סעיף ב'. מי שנתפס כו' א"ח חייב לשלם והוא מירושלמי ב"ק כריב"ל ואף דרב פליג כיון דר"י ס"ל כריב"ל כותיה פסקינן עיי' ב"י. והנה ז"ל הירושלמי אר"י והלא אמרו אין קרקע נגזלת ולמה אמרו חייב להעמיד לו שדה. קנס קנסוהו נטלוה מסיקין מן הגזלן מחמת הנגזל מהו דו יכיל מימר לו מ"מ הב לי דידי ומאן דבעי ייתי ויסיב מיני. ריב"ל אמר אין אד נתפס על חבירו וחייב ליתן לו אלא בארנון וגולגולת. רב אמר יכול מימר לו את שרי עביטך מיני. והק' בנתי"ר שם דאיך אפשר לומר לריב"ל דאף אם נטלו מחמת הנגזל חייב להעמיד לו שדה הלא במתני' תנן אם מחמת הגזלן חייב מבואר להדיא דאם לא מחמת הגזלן פטור. ובירושלמי כתובות פי"ג הל' ב' מבואר כן להדיא דאיתא שם ריב"ל אמר אין לך אדם כו' רב אמר כל הנחפם על חבירו חייב ליתן לו. חייליה דרב מן הדא הגוזל שדה ונטלוה מציקין ולא שמע מה דאר"י קנס קנסו לגזלן. ועיי' בראש שם סי' ח' מביא דברי הירושלמי וביאורו א"מ ע"ש. והנתי"ר נדחק בדברי הרא"ש ונ"ל בהקדם מש"כ הרשב"א דברי הירושלמי בגירסא אחרת וז"ל אלא כולה מתני' קנסא היא וכן אמרו בירושלמי קנס קנסו בגזלן דגרסי' התם אר"י והלא אין קרקע נגזלת ולמה חייב. קנס קנסו חכמים בגזלן דגרסי' ריב"ל אומר אין אדם נתפס כו' רב אמר דו יכול מימר כו'. עוד אמרו שם נטלוה מסיקין מן הגזלן מחמת הנגזל מהו יכול מימר הב לי דידי ומאן דבעי ייתו ויהב מיניה. הרי דפירושו להרשב"א כיון דמן הדין קרקע אינה נגזלת וברשותיה דמרא קאי א"כ אפי' מחמת הגזלן נמי אין אדם נתפס על חבירו ואף שאנסו קרקע שלו בשביל הגזלן אין על הגזלן חיוב מדינא ומייתי ראיה מריב"ל דס"ל כן דאין אדם נתפס על חבירו. וזהו נמי כונת הירושלמי כתובות מ"ש חיילא דרב מן הדא הגוזל שדה ונטלוה מציקין ר"ל וקאמר שם אם מחמת הגזלן חייב להעמיד לו שדה וע"כ משום דנתפס על חבירו חייב לשלם וע"כ חייב הגזלן דנתפס הנגזל עבורו ולא ס"ל מסקנת הירושלמי דקנסא הוא. וזהו נמי כונת הרא"ש כתובות שם בקצרה וע"כ פסק שם הרא"ש

שפיר כריב"ל כיון דסתמא דירושלמי ב"ק מביא ממנו ראיה. ומה שהק' הירושלמי והלא אין קרקע נגזלת לכאורה למ"ש בירושלמי כלאים מובא בתוס' ב"ב מ"ג דיש יאוש לקרקע וביד המציקין הוי שינוי רשות. ולמ"ש הב"ש מובא בש"ך סי' רל"ו ס"ק ו' אפי' בע"כ הוי ש"ר. מיהו עיי' מה שכתבתי שם בזה וי"ל ועיי' ש"ך סי' שמ"ג ובנה"מ שם. ובשמ"ק בשם ר"י מיישב קושית הירושלמי דבנטלוה מסיקין שאין יכול ליכנס בה נגזלת דהוי כחפר בה בורות שיחין ומערות. והירושלמי דלא תירץ כן צ"ל דס"ל דלא גרע ממטבע ונפסל ותרומה ונטמאת דא"ל הש"ל וה"נ אין ההיזק ניכר בגוף השדה וע"כ דמשום קנס. ומה שלא קנסו להירושלמי גם בתרומה ונטמאת ומטבע שנפסל צ"ל כמ"ש בש"ס דילן קי"ז ע"א. והנה הנתי' כאן חידש דאם היו נכסי שמעון כו' מובא בפת"ש ס"ק ד'. ומש"כ בשם המע"ג דבאנס המלך גורנו הוא רק חיוב מד"ש יש לפקפק כמ"ש חותני זצ"ל דא"כ מאי פריך בגיטין מכאן על עבד שא"י לחירות. אולם בעיקר ראיית הנתי' מאנסו גורנו כתב חותני זצ"ל לדחות דשם במלך מיירי ובמלך קיי"ל דנתפס על חבירו. ולאחר זמן בא לידי שו"ת חסד לאברהם מהגר"א תאומים תלמיד מובהק להנתי' ובחלק חו"מ סי' כ"א מצאתי שנשאל על דברי הנתי' ועל עיקר דינו והחזיק דינו משני ראיות. הא' מהך גופא דנתפס על מס הקצוב למלך דצריך לשלם כמבואר כאן והוא משום דבר מתא אבר מתא מיעבט והואיל וכן הוא דינא דמלכותא שיכול לתפוס אצל אחד בעד חבירו ממילא חייב לחבירו לשלם. ובזה נדחה מש"כ חותני זצ"ל לדחות מהא דבית המלך דבית המלך ג"כ מהאי טעמא הוא. וראיה ב' מהא דתשו' הרא"ש המובא לק' בהג' רמ"א סי' קע"ו סעיף מ' רו"ש היה להם שותפות ביחד כו' ואמאי חייב ראובן לשלם נימא אין אדם נתפס על חבירו ואף דבמס חייב לשלם מ"מ היינו דוקא במס של שנה זו והרא"ש לא הזכיר מזה וע"כ משום דהיה בבית ראובן וכסבורין היו שהוא שלו חייב וכהנתי'. אמנם למש"כ הלחם רב דבשותפין ל"ש האי דינא דאין אדם נתפס על חבירו א"ש שם ואין ראיה ועיי' שו"ת חכ"צ סי' קל"ב. והנה המחנ"א הל' גביית חוב סי' ה' מביא תשו' מהרי"ט דכל שאנסוהו לפרוע חוב חבירו לא הוי פורע חוב חבירו שלא מדעתו וחייב והמחנ"א נוטה לזה. וראיותיו מתשו' הרא"ש בקל יש לדחות עפ"י מש"כ האחרונים בסי' ע"ז. ותמיהני שלא הזכיר מדברי הרמב"ם כאן וצ"ע. ובש"ך ס"ק ו' יש ט"ס וכצ"ל וכן פירש להדיא בתשו' שאר"י דברי תשו' מהרי"ק וכן הוא בגוף התשו'. ומש"כ בהגה אבל אם היה בידו כו' הק' בתומים מתוס' כתובות וב"ק דמשמע להדיא דאף בהיה בידו אמרי' כן. וי"ל דלא אמרי' כן אלא בהיה בידו משלו קודם פריעת בע"ח דאז אמרי' דלא היה דעתו לשם

מצוה כיון דשלו בידו אבל במשיב אבידה ומציל חמורו דכשהלך להציל לא היה עוד משל חבירו כלום ומי יודע אם יציל בודאי אמרי' כשהלך להציל כונתו היה לשם מצוה: ומש"כ בסמ"ע ס"ק ד' ועיי' בע"ש כו' ולקח השט"ח מיד הסוחר כו' הנה בבאה"ג העתיק וקנה השט"ח משמע דקנהו לגמרי ותמוה הוא קצת.

ומדברי רש"ל בש"ך ס"ק ט"ו לא נראה כן דמשמע דהגבאי ממשכן מיד אף שלהמלך בעצמו היה מתפייס להרויח הזמן והוא קנה מהמלך בפרעו חוב הקהל. ומש"כ בש"ך סוס"ק ו'. וכ"מ נמי מחשו' רשב"א כו':

הנה כן מוכח נמי מתשו' רשב"א מובא בב"י סי' קס"ג דנאמני הקהל שפטרו חובות עכו"ם ע"ש וכן משמע נמי פשטיות לשון תשו' הרא"ש המובא בטור אהע"ז סי' קי"ח שהק' שם הפרישה והב"ש ת"ל משום פורע חוב של עכו"ם חייב לכל"ע ונדחקו לחלק. ויותר נכון שדעת הטור כדעת הפוס' שמביא הש"ך כאן. והנה ההפלאה:

בקו"א שם הוסיף להק' דהא לא פרעה משלה כלום אלא משל בעלה ובהיה בידו משל חבירו בחוב ישראל נמי חייב כמ"ש הרמ"א כאן. והנה אף די"ל עוד אי מיקרי זה של חבירו לגמרי כיון דלא חלקו עוד. אבל בפשיטות מיושב לפמש"כ בתשו' הרא"ש מובא בתומים ס"ק ג' דאף ביש בידו משל חבירו פטור ואזיל הרא"ש לטעמו. ובזה היה אפשר לומר בטעם השמטת המחבר שם בשו"ע סעיף ב' טעם דתשו' הרא"ש מפני שהיא אפטרופסת והק' כן בח"מ שם ולמש"כ י"ל דהרא"ש כתב טעם זה רק לדעתו דאף בכה"ג פטור ולדידן דבהיה בידו חייב בלא"ה חייב:

סמ"ע ס"ק ו'. נראה דאפי' כו':

עיי' תומים ונתי'. בשו"ת בית שלמה חחו"מ סי' קכ"ג מביא לשון בעה"ת בשם רמב"ן הטעם פשוט וז"ל. בטעם הדבר שהוא פטור מפני שיכול לטעון כשתפסוך אתה או ממונך אם אנסוך שהרי שלא כדין אנסוך למשכונך בכדי שאין אדם עשוי למשכן זע"ז מה עלי אונסך כו' דמן שמיא אנסו להיאך. ושם ראיתי שהק' המחבר על הש"ך יור"ד סי' רכ"ג ס"ק ל"ה שכתב דלדעת ר"ח וסיעתו דאסרו לפרוע חוב של המודר בפריעת חוב ברור ה"ה במדיר בנו ומת דאין בע"ח כאלו נפרעים מנכסיו שיש מאביו.

דהוא נגד דברי התוס' ב"ק ק"ט דאף לר"ת כה"ג מותר. והקדימו להק' בזה בחי' הגרע"א שם. ולדעתי י"ל כונת הש"ך די"ל בלשון "ופרעם" כפשוטו הוא עצמו ממש ולא כחילוק הר"ן מובא בט"ז וכן חילקו התוס'. והרדב"ז בפירושו להרמב"ם ביאר דפורעו בעצמו וכ"כ בש"מ שם בשם המאירי דרשאי לפורעו בעצמו. ולדידהו ליתא לחילוק התוס' והר"ן. רק זה ידעינן מדברי התוס' שדינים הללו שוים מדהקשו משם רק שחילקו באופן

אחר. ואם נבין דברי הרמב"ם כפשוטו עכצ"ל כמש"כ הש"ך. הנה בהג' חכ"ש כאן הק' על השמטת הפוס' דינא דגידל בר עלאי גיטין נ"ט ע"ב ותירץ דלדידן חייב דלא גרע משורף שט"ח של חבירו וחייב מדינא דגרמי. ולא ראה מש"כ הרשב"א שם דלפי' הרמב"ן ודאי ל"ל כן דהא הרמב"ן כתב דהוי פורע חוב חבירו ולפי' הראב"ד הא כתב דלא היה להם למכור דעדיין לא נתחייבו לשנים הבאות ולא הוי משכון דלא הו"ל לפרוע בעד שנים הבאות ועיי' שו"ת ח"ס חחו"מ סי' קס"א מש"כ בזה:

ש"ך ס"ק ח'. ל"ל למה כתב כו':

לענ"ד כונת הרב שפיר דבפירוש הש"ס נחלקו רש"י והרא"ש. רש"י פירש דאם פרע המוכס להמלך שוב אין לו רשות לגבות מאחד על כולם וכן פסק הטור לק' סי' שס"ט. והב"י מביא לשון הרא"ש לחלק דאם המלך יש לו רשות לגבות משנה העברה למה יגרע כוחו של הגבאי ופירש הרא"ש דזה הוי דינא דמלכותא דאין גובין משנה העברה. והב"י כתב דלא משמע כן מפרש"י ומלישנא דש"ס. וביאר בהג' אלפס דברי הרי"ף דבש"ס אמר הואיל ואיפייס מלכא חליף משמע דאי לא אפייס מלכא אע"ג דעברה השנה גובה מהם. וכתב דאפשר ליישב דהרא"ש מפרש דדינא דמלכותא הוא כשהשנה עברה דאיפייס מלכא ממילא ואינו מבקש את המס מהם. וכתב ומיהו מלשון רש"י משמע דאינו מפרש כן. ולפנינו בש"מ מביא לשון הרא"ש אחר שמביא לשון רש"י השיג עליו כמש"כ ומפרש באמת דזה הוה דינא דמלכותא דאין גובין משנה העברה. והטור לק' פסק כרש"י משום דרוב הראשונים בש"מ שם מפרשי כרש"י והרמ"א כאן מביאו בלשון וי"א משום דעת הרא"ש החולק וכן מביאו הנמוק"י. ובעצם פירש"י צ"ע קצת דלא תליא בשנה אלא בפיוס הגבאי והו"ל להש"ס לאשמעי' עיקר דינא דאם הגבאי פייס להמלך אין גובה מאחד על כולם דאין לו כח המלך ואף באמצע שנה כשתבעו המלך נמי הדין כן ומדאמר שנה משמע כהרא"ש דאפי' דד"מ אין גובה משנה העברה. וגם הרמב"ם שהשמיטה [ומש"כ הש"ך מלשון משנה לשנה אין ברור כונתו] י"ל דמפרש כהרא"ש דד"מ הכי הוי ולא היה כן אלא בזמן רבא כמ"ש הש"ך ס"ק ט"ו בשם רש"ל לא הוצרך לפורטה דבכלל דד"מ הוא שכתב שם ואם יקום מלך ויגזור שנגבית עד שתי שנים גם זה מדינא דמלכותא הוא. אבל לרש"י הא זה הוי חידוש דין בכל הזמנים שהמוכס אין לו כח המלך אף שכבר פרע להמלך ולאפוקי מפירוש הרא"ש:

הלכות ערב:

סימן קכט

סעיף א'. או שהיה חונק כו':

מיהו אם פרע למלוה מחויב הלוה לשלם דלא גרע מפודה חבירו משביה ביור"ד סוס"י רנ"ב. מיהו הגאון מובא בנמוק"י פירש דחונקו ל"ד אלא ציערו. ומש"כ וא"ל הנח לו שהוא ערב. כן הוא לשון הרמב"ם. ובטור כתב ואני אתן וכתב הב"ח דקמ"ל דאפי' א"ל לשון טוב נמי ל"מ דמצוה היא. ולא ביאר עדיפותא דלישנא ואני אתן דהא כולהו לשון ערב הם בר מתן לי ואני נותן. ובסעי' ב' בערב דב"ד כתב ג"כ הטור אניחהו ואני אתנם או ערב לכם עיי' פרישה והרמב"ם כתב ואני ערב לכם. ומש"כ בהגה. בעד יום אחד אינו כלום. הקצוה"ח כתב דערבות הוא מטעם שליחות והנחי' כתב דליתא דהא איכא תנאי דסברי דאפי' שלא בשעת מ"מ חייב ושלא בשעת מ"מ ודאי דלא אמר לשון שליחות דתן לו רק ואני ערב גרידא ואפ"ה חייב. וי"ל דהסמ"ע ס"ק ד' כתב דאף לאחר מ"מ יש קצת הנאת הימנותא אלא דל"ח זה להנאה גמורה דבזה לבד ישתעבד ומצטרפת רק לקנין. והני תנאי דס"ל דאף לאחר מ"מ משתעבד ס"ל דזה נחשב להנאה גמורה ובזה לבד משתעבד לדידהו וכמו דלדידן בשעת מ"מ אמרי' דשליחותיה קעביד ה"נ לדידהו אף לאחר מ"מ נמי שליחותיה קא עביד. ובעיקר הדבר מש"כ בתומים ראיה מהמבשרני והמחנ"א מביא ראיה מההיא דבי ר"י בפ"ב דע"ז. לענ"ד דאין כאן החסרון מצד עצם ההשתעבדות לשאינו מבורר רק מטעם אחר דעיקר התחייבות הערבות הוא מצד הנאת דמהימן לו ולא חשיבא הנאה זו רק במכיר ויודע מי הוא הסומך. על הימנותיה. אבל בא"י מי הוא הנותן ל"ת הנאה שבזה ישתעבד דאולי כן דרכו ליתן אף לאנשים שאינם מכירן וסומך על אלמותו. וכ"ז בשאין כאן הנאה אחרת שבזה ישתעבד ובהמבשרני וההיא דע"ז וכן בכל מי שיזון את אשתי דמביא הר"א ששון מינה ראיה בכל אלו יש הנאה אחרת לבד הנאת הימנותא שפיר משתעבד אף לשאינו מבורר. ועיי' בקו"א במקנה סי' כ"ח סעי' י' שהעלה לדעת רש"י ותוס' קדושין ו' ע"ב דאף לאחר מ"מ בשפטר את הלוה לגמרי או הרויח לו זמן חייב. וכ"כ הח"מ סי' כ"ט אבל הא"מ לא ס"ל כן ע"ש:

סעיף ב'. נשתעבד הערב כתב הב"י דיליף בגמ' מאנכי אערבנו. וכתב הפרישה דאין כונת הב"י דנלמד מהא לחוד דהא פריך בגמ' עלה הא בקבלנות היא. ומסיק דילפי' מבני אם ערבת אלא ריש הסוגיא נקט. והנה בט"ז כתב דרבים מקשים אמאי לא כתב הב"י כפי המסקנא. ותירץ דר"ה דיליף מיהודה לטעמיה דס"ל לק' הלויני ואני נותן ערב ור"ח לטעמו דס"ל דהוי קבלן ולהפסק דהוי ערב ע"כ שפיר מביא הב"י הילפותא מיהודה. וצ"ע דהא יהודה אמר לשון תנה על ידי וכמ"ש הרשב"ם כאילו מקבלו בידו אחזירנו לך ובזה אין למלוה עסק עם הלוה [עיי' רש"א בחא"ג שם ובשו"ת שע"א סי' קנ"ג] ורש"י כתובות ק"ב ע"א כתב ג"כ דילפי' מאנכי אערבנו ותמה שם בגליון ע"ז. ודברי רש"י אפשר

ליישב דהא בערב היוצא אחר חיתום שטרות גם קבלן אינו משתעבד כמש"פ בסעי' ה' וכונת רש"י הוא על ערב קבלן דילפי' מיהודה [ולא כרשב"ם דהיה נו"נ ביד רק ע"ק היה ומה שיהודא לקחו היה רק עושה שליחות שהמלוה שולח ע"י שליח ובזה הוי רק ע"ק כמ"ש בנתי' ס"ק י"ג] וכתב רש"י כן לאלומי מילתא דאפי' ע"ק כי ליכא עדים פטור. ונ"ל דעצם חיוב דערבות הוי חידוש ולולא מצאנו בקרא לא הוי אמרי' כן מדעתינו. ורצה בש"ס למילף מיהודה ודחי דקבלן היה וערב מקבלן לא ילפי' ויליף מקרא אחר דגם ערב סתם מיחייב. ואחר שכבר מצאנו עצם התחייבות דערבות מקרא. לא ידענו עוד אם בהתחייבותו אמרי' שיעבודא דאורייתא דאולי לא אלים שיעבודו כשל הלוה עצמו. ע"ז יליף מקרא דיהודה. ואף דלענין עיקר התחייבות דערב לא הוי יליף מיהודה אבל לענין שיעבוד שפיר יליף מיניה. וכונת רש"י כתובות שכ' דילפי' מיהודה לא על עיקר חיובו אלא על שיעבודו דהוי מה"ח. והב"י קאי על לשון הטור שכתב הערב לחבירו משתעבד מה"ת ר"ל ככל תורת שיעבוד הלוה ע"ז כתב הב"י דשיעבוד:

דערב ילפי' מיהודה. ובזה מיושב גם מה שהק' בפרישה על לשון הטור שכתב משתעבד מה"ת דהא ילפי' מפסוק משלי שהוא בכתובים. ולמש"כ שפיר יליף שיעבודו מה"ת מיהודה:

ומש"כ בהגה. ואפי' לא נתערב בהדיא:

ע"כ משום גרמי כמ"ש בש"ך ס"ק ז' ובנתי'. אלא מש"כ דנ"מ לענין אם מת דלא קנסי' לבניו אחריו יש עוד נ"מ בכופר במקצת הערבות דחייב ש"ד כדלק' סי' קל"א סעי' ב' ובכה"ג פטור להש"ך לק' סי' שפ"ו [ע"ש בקצוה"ח] ולדעת רש"ל מובא לק' סי' שפ"ח בש"ך אי מודה מיפטר. ובזה צל"ע מש"כ התומים דדוקא בא"ל כי בטוח הוא אבל הלוהו סתם פטור והוכיח כן מסי' קכ"ו סעי' י' במעמד ג' והנפקד היה עני ועשה ערמה דהממחה חייב וראיה מירושלמי ות"ל דעפ"י דיבורו לקח זה ללוה שלו והוי כהלוהו. וע"כ צ"ל דהואיל ולא א"ל בטוח הוא רק סתם פטור דהו"ל לחקור. ולמש"כ אף אם בסתם חייב אינו אלא מדינא דגרמי ונ"מ לכמה דברים ובחוזר עליו מחמת טעות ההמחאה לא נתבטלה ההלואה. ומש"כ התומים עוד דבהכי מתיישבת קושית הר"א מב"ב מובא בש"ך סי' ש"ו דשם לא א"ל כי בטוח הוא ולא ע"ז היה ההמלכה רק אם השדה טובה וכדומה. גם זה א"מ דאף אם נאמר דבא"ל זיל זבנה פטור אכתי לא ילפי' לדהכא דבדיבור זיל זבנה אין במשמעותו בטוחות מעירעורים כמש"כ התומים רק על עצם השדה שהיא טובה אבל בדיבור "הלוהו" משמע שהוא בטוח ויכול להלותו דאין משמעות שבח אחר בדיבור זה. ועכצ"ל בכונת הר"א בקושיתו מב"ב דכן דרך העולם לחקור ולהתייעץ קודם

קנייתו אם נשמע עליה עירעור וכשא"ל זיל זבנה משמעותו דאין על שדה זו שום עירעור וא"כ אא"ל כמ"ש התומים. ועוד י"ל דלשון "הלוהו" אפשר דהוא לשון שליחות וכמש"כ הריטב"א באומר יזון לפלוני ע"מ לשלם הוא דשליחותיה קא עביד הזן:

סעיף ג' בהגה. וי"א דאם היו מעות כו':

וכתב בבהגר"א דלהשתעבד הלוה לערב ל"ב קנין דהוי כא"ל תפרע חובו וכיון דמעותיו בידו מחויב לעשות שליחותיה וכמש"ל סי' קכ"ה ונשתעבד למלוה. וצע"ק דא"כ אין זה ערב ליתבע ללוה תחילה כיון שזה שלוחו ובידו המעות והמלוה קיבלו אין לו עסק עם הלוה. ועוד דהא לא אמר הלוה לשון תן או זכי כסי' קכ"ה רק אנן אמרי' דהוי כא"ל תפרע חובי. והא כתב הש"ך סי' קכ"א ס"ק, מ"ד בשם ראב"ן דאם א"ל תפרע לבעל חובי מצי הדר ביה וא"כ כאן נמי יהא יכול לחזור ומשמע דמשתעבד מיד ככל הערבים דלא מצי הדר. [כעת בא לידי שו"ת שומ"ש מהדורא תנינא ומצאתי בסי' י"א דחה ראיות הש"ך והתומים ופסק כהרמ"א]. וראיתי בשאילת יעב"ץ סי' קס"ה הק' דבכל גונא מחויב הלוה מדר"נ ומה תמהו עליו הד"מ והש"ך. ולק"מ דמדר"נ לא מחויב אלא רק עד שיתברר בב"ד. חיובו כמ"ש סי' פ"ו סעי' ו' ומטעם ערב מתחייב בכל גונא אף שלא נתברר חיובו כיון ששומע תבעו. עוד נ"מ דמטעם דר"נ אם חייב עוד לבע"ח היו גם הם כפי חלקם ומטעם ערב רק הוא לבדו גובה. שו"ר בתומים כאן שעמד ג"כ בזה וכתב דע"כ ל"ק מהרי"ו אלא כשאותו שאמר הלוה הריני ערב לא היה ללוה נכסים כלל ואם כן משתעבד מדר"נ ולכך חל שיעבוד הערבות דהא היה לוה משועבד שלו כמו למלוה שלו והוי כערב בשעת מ"מ דהרי היה בידו להוציא המעות והניחם בידו בשביל שאמר הריני ערב משא"כ כשאז היה נכסים ללוה ואין זה משועבד כלל ול"ש ערב משתעבד דלמה ישתעבד כשאין משועבד למלוה הזה ומאי נ"מ כשיש בידו מעות של הלוה. ובזה מיושב גם קושית הש"ך ותמוה דהש"ך סי' פ"ו כתב דאף כשיש ללוה נכסים רמי שיעבודא עליה ואף שהתומים שם חולק עליו בעיקר דינו עכ"ז כתב שם ג"כ כסברת הש"ך: ובהגה כאן יש ט"ס מה שנרשם בדין הא' "תוספתא פ' המקבל, צ"ל תוספת פ' המקבל:

ושם קי"ב ע"א ד"ה חוזר כתבו כן וליתא בתוספתא:

סעיף ה' בהגה. מי שנתן מתנה כו':

עיי' מש"כ בזה המחנ"א הל' ערב סי' א' ובהגה שם:

ש"ך. ס"ק י"ב. כתב במישרים כו' ר"ל והנותן העמיד ערב כו' והקצוה"ח פירש דקאי על המקבל דהוי כהעמיד ערב שאם ילוה לאח"ז יחזיר לו. והנתי' השיג עליו דכשנולד השבת הוא תח"י המקבל ולא, הוי כמוציא ממון על פיו וי"ל בכונת הקצוה"ח דבעת

שהרווח בא בעולם הרי הוא של הנותן ומחויב להחזירו ואם המקבל עוסק גם בהרווח הוי הלואה חדשה וע"ז היה הערבות וזש"כ וה"נ האי שבתא דנותן מלוהו אח"כ עפ"י צווי הערב כיון דחלק הנותן מונח בידו. אלא שצל"ע מטעם אחר דהרווח הוי דשא"ק ואינו משתעבד לדעת הרמב"ם מובא לק' סי' קל"א סעי' י"ג. וי"ל דהיה ערב גם על הקרן וידוע דהבעה"ת הק' להרמב"ם ממשנה ערוכה אין מוציאין לאכילת פירות ולשבת קרקעות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם הא מבנ"ח גובה ותירצו האחרונים דכיון דמחייב עצמו בשיעבוד קרקע דהוא קצוב מהני גם לשא"ק. וכ"כ הכנה"ג דהמתחייב בדבר קצוב ושא"ק לכו"ע משתעבד, וה"נ כשמשתעבד על הקרן משתעבד גם לרווח. ולכאורה לפמש"כ הב"י סי' ר"ז מחו' מ"ו בשם תשו' רשב"א דדבר שמחציתו הוי אסמכתא ובמחציתו נסתלק דין אסמכתא אמרי' דעל הכל גמר ומקני ולא נתכוון לאסמכתא. והמלמ"ל פי"א ממכירה הוציא מזה למי שקנס א"ע באם לא יעשה דבר פלוני במנה מחציתו לצדקה ומחציתו לשכנגדו דכיון דעל מחצית ההקדש אין בו משום אסמכתא דאין אסמכתא להקדש גם שכנגדו קנה. ובזה מיישב בשו"ת א"ת קושית הקצוה"ח סי' פ"א סעי' ל"א בהא דפסק שם המחבר ראובן נתן מנה לשמעון ולוי להתעסק בהם בשותפות ואח"כ תבעו אחד מהשותפים שלקח רווח שלא כדין הדין עם ראובן דשותפין ערבין זל"ז ויכול לגבות כל החוב מאיזה שירצה. וקשה ממ"ש המרדכי מובא בש"ך יור"ד סי' ק"ע ובחו"מ סי' קכ"ט דכשהעמיד ערב לנותן על הרווח הו"ל לגבי הרווח ערב שלא בשעת מ"מ ואינו משתעבד אלא בקנין ותירץ בס' הנ"ל דכל שהוא ערב רק על הרווח שפיר בעי קנין ואל"ה לא משתעבד משום אסמכתא. משא"כ התם דנעשו השותפים ערבים זל"ז גם על הקרן וכיון דעל הקרן דהוי בשעת מ"מ אין בו משום אסמכתא שוב אמרי' דעל הכל גמר ומקני דלא נתכוון לאסמכתא דאין דיבור אחד מתחלק לחצאים. וא"כ בדידן דדשא"ק להרמב"ם הוא משום אסמכתא כמ"ש המפ' בדעתו יש להביא ראיה לזה מתשו' הרשב"א הנ"ל אלא דיש שחלקו בין דשא"ק לאסמכתא דאסמכתא החסרון הוא מצד המוכר דלא גמר והקנה ודשא"ק החסרון הוא מצד הקונה דאין סומך בדעתו לקנות [עיי' שומ"ש מהדורא תנינא סי' א' ובשו"ת יד יוסף להגר"י יואל דייטש שהוכיחו כן] וא"כ אין ראיה מהב"י. ובזה היה אפשר לקרב אל הסברא מש"כ בשיורי כנה"ג סי' ס' דאפשר דע"י שליח מתחייב לכו"ע אף בדשא"ק והמפ' מחולקים בכונתו. י"א שכונתו למש"כ המהרי"ט מובא בקצוה"ח סי' ס' דלא נאמר אלא בבא להתחייב בדשא"ק. אבל מוכר שכתב לקונה לפרוע כל מה שיוציא בשבילו שליחותיה קעביד בכל מה שבונה וסותר וסומך על אמונתו שמרשהו בכך ויש שפירשו דאם אמר לאחר

אמור ללוי שאני מתחייב לו בדבר פלוני אף שא"ק מתחייב [עיי' ש"ת מערכת ד'] ותמוה מאוד דמאי עדיפותיה דשליח להתחייב בדשא"ק. ולמש"כ שהחסרון הוא מצד הקונה י"ל דכ"ז כששומע מפי המתחייב שמתחייב בדשא"ק.

וכשהוא ע"י שלית שפיר סמך דעתו דסובר דהמשלח שפיר קצב והשליח עיוות ובזה י"ל קושית התומים על הרמב"ם ממתני' ר"פ הפועלים עד שלא יתחילו במלאכה כו'. ומה כל החרדה הזאת הא מזונות הוי דשא"ק עיי' קצוה"ח סי' ס' ס"ק ג'. ולמש"כ א"ש דשם ע"י שליח הוי ולמש"כ דהכא איירי בערב גם בעד הקרן נדחה ישוב הא"ח להבנת הקצוה"ח בדברי המישרים. ומלבד זה נ"ל דא"א לומר כן דל"ש סברא זה אלא בנעשה ערב עפ"י דיבורו אמרי' דבדיבור אחד אינו מתחלק ומסתלק האסמכתא מכל. אבל בשותפים דערבותם הוא שלא ע"י דיבורם רק בתורת אומדנא דע"ד כן נשתתפו מה"ת לומר דנתערבו גם על הריבית. ובמש"כ לעיל מיושב גם מה שהק' השומ"ש משאול שאמר והיה האיש כו' עושר גדול והא הוי דשא"ק. די"ל דההתחייבות היה גם על בתו כמ"ש ואת בתו יתן לו ומיגו דחל על בתו חל נמי ההתחייבות על העושר. ובזה מיושב נמי מה שהק' המקמ"ח מובא בשומ"ש שם מההיא דעישר שאני עתיד למוד כו' במע"ש פ"ה מ"ט והא הוי דשא"ק דשם הקנה להם גם מקום המעשרות וי"ל בזה ואכ"מ. ולמש"כ הלחם רב:

דרבים מתחייבים גם בדשא"ק י"ל עובדא דשאול דמלך הוי כמו רבים דעקר טורא ולא הדר ביה. ומש"כ הרמ"א אם הוא במקום שלא נהגי לקנות. תמה במדר"א מה ענין מנהג תגרים במו"מ לענין התחייבות דל"ש בזה מנהג. ולא ראה מש"כ הכנה"ג מובא בבאה"ט ס"ק י"ב. ומש"כ הט"ז להשיג על הסמ"ע דאף שתקע לו כפו מ"מ י"ל היתר והו"ל להתיר שבועתו. לכאורה אין זה סברא דכי מפני שנעשה לו טובה, ונעשה ערב עפ"י בקשתו יעשה ע"י קצת איסור שאין נשאלין אלא מדוחק עיי' יור"ד סי' ר"ג וצ"ע. שו"ר בשו"ת ד"מ ח"ג סי' קנ"ה האריך להוכיח דרוב הפוס' חולקים על תשו' רשב"א הנ"ל ועיי' עוד בשומ"ש מ"ק סי' ע"ב פלפול עצום בדברי הרשב"א: ש"ך. ס"ק י"ט. אבל אם יכפור כו' בתומים כתב דמיירי בא"ל סתם ללות והוא בלא עדים דבעכו"ם אשר פיהם דיבר שוא כונתו היתה להלות לו בעדים. והנחי' כתב דל"מ כן מסתימת הפוס' לחלק דאפי' בעכו"ם יכול לומר האמנתו. ולא ראה שכ"כ הרדב"ז בתשו' מובא בבאה"ט סי' צ"א ס"ק ב' ומובא גם בתומים בסי' צ"ג ס"ק י"ד:

סעיף ח' בהגה. מי ששאל כו':

בזה י"ל ע"ד החידוד במה שהק' המהרש"א פסחים קי"ח ע"ב נחל קישן יהא ערב. דסו"ס אין תובעין תחילה לערב. אלא לפי ההבטחה ליתן לו אחד ומחצה יותר מהחיוב והוי אסמכתא וערב חייב כה"ג. ומש"כ בתומים דהרשב"א לטעמו מובא לעיל סי' מ' דאינו מתחייב אלא בקנין ולהרמב"ם דפסקינן כותיה דמתחייב אף בדברים בעלמא הכא ג"כ מתחייב בעת מסירת החפץ. הנה להש"ך שם שכתב דאף דהרמב"ם דוקא במתחייב בלא תנאי וערב הוי כתנאי ל"ל כן. ונראה מדבריו שהבין דהתחייב יותר משווי החפץ. ובפשוטו נראה שהתחייב על הזמן אם לא יחזיר לזמן פלוני מתחייב בסכום כזה אף שיחזיר את החפץ אח"כ:

סעיף י"ד.

וי"ח בזה. עיי' נחי' מה שביאר בדעת הי"ח להתוס' והנמוק"י וכתב דלדינא הלכה כהתוס' ע"ש. ומצאתי בפסקי ריקאנטי סי' רצ"ב כתב גם דעת הראב"ד וריא"ז כהנ"י:

סעיף ט"ו. בהגה. ואין הלוה נאמן:

הק' בתומים מסי' ק"ת במת לוה בחיי מלוה וה"ה קבלן. ולק"מ דשם בש"ס מפרש הטעם דסו"ס ערבא בתר יתמי אזיל וכ"מ מלשון ר"י מובא בב"י שם דעיקר טעמא הוא אף שהקבלן מיחשב כנוכראה אך כיון דגובה אח"כ מיתמי זהו בכלל התקנה וזה כונת המחבר שם שדייק ואין חילוק בין ערב לקבלן "בזה" ר"ל בדין זה אין נ"מ בינם והש"ך שם רמז לדהכא ר"ל אף דכאן מחלקינן בינם. אבל גבי יתמי אין חילוק:

פת"ש ס"ק א' בא"ד. ועוד נראה כו' דהא קמן דלא הימניה שלקח משכון: כ"כ הב"י מובא במחנ"א הל' ערב. מיהו צ"ע דהתחייבות הערב הוא ג"כ מחמת בההיא הנאה דהימניה. ומ"ט מתחייב הערב אף בלקח משכון מהלוה כמבואר בתשו' רשב"א מובא בסמ"ע ס"ק כ"ו. מיהו י"ל דסמיך אהימנותיה אם יאבד המשכון בשום צד אבל בלקח משכון מהערב לא נשתעבד:

שם. ס"ק ב. עיי' תשו' הרדב"ז כו' ועיי' שעמ"ש כו'. בשו"ת פורת יוסף סי' ס"ז דחה שני הדיעות מדברי המרדכי מובא בב"י יור"ד סי' ק"ע דכתב להדיא דעל היותר לא נשתעבד דלא כהרדב"ז. וגם כתב המרדכי שם דבערב לישראל בעד העכו"ם בעד קרן וריבית דפטור מלשלם הריבית משום דנגד הריבית הוי ערב שלא בשעת מ"מ וצריך קנין. ועיי' ש"ך שם סי' ק"ע מבואר דצריך לשלם. דלא כהשעמ"ש. ופסק להלכה דנגד שווי החפץ משתעבד ולא יותר. ועיי' שו"ת גאוני בתראי סי' ד':

ס"ק ג'. וא"כ קודם שיבא השטר כו':

בתשו' חזה התנופה המובא בב"י מחו' א' משמע נמי כן. ולהש"ך לעיל סי' ל"ט ס"ק מ"ט דאף לאחר כתיבת השטר אם נתקלקל נמי מצי לחזור אפשר דהוי נמי כשעת מ"מ כדהכא:

סימן קל

סעיף א'. א"ח לערב כלום:

הנתי' כתב בטעמו דהלוה י"ל דהמלוה לא היה מעיז לישבע בשקר. אין זה טעם מספיק לתוך זמנו דגובה שלא בשבועה והפוס' סתמו ועיי' ד"מ בשם הנמוק"י:

סמ"ע ס"ק ב' בהגה. על ראובן ושמעון כו' הנתי' הק' דשנים שערבו ופרע אחד גובה מחבירו חלקו ומחויב ראובן משדר"נ. וי"ל דבטעם הרמב"ם שפסק בשני ערבין שגובה מאיזה מהם שרוצה. כתבו הרא"ש והטור דהוי ע"ק זל"ז. והרשב"א כתב דערבים הם כמו משכון ובטחון ואין שיעבוד לחצאין כמבואר בסי' ע"ז. והנה לק' בסי' קל"ב סעיף ד' פסק המחבר דאם פרע אחד מהם כל החוב גובה מהב' חלקו. והמבי"ט כתב דזה דוקא לדעת הרמב"ן שאינו גובה אלא מחצה מאחד. ובש"ך השיגו וכתב דאפי' לדעת הרמב"ם פורע הב' חלקו. והקצוה"ח סי' ע"ד כתב דתליא בחילוק הטעמים דלטעם הרא"ש והטור דהוו ע"ק זל"ז וכמו בשנים שלוו ונעשו ע"ק ודאי גובה מחבירו חלקו ה"ה ה"נ. ולטעם הרשב"א כיון דאין להם שום השתתפות זל"ז בעניני הערבות אלא להלוה נעשו ערבים ומה שפרע בעד עצמו פרע. וא"כ להרשב"א לטעמו לק"מ.

ובנד"ד בלא"ה א"י להוציא מראובן להרשב"א לשיטתיה. דבב"י סי' פ"ו מובא תשו' רשב"א להסתפק אי בעכו"ם שייך שבדר"נ ע"ש פת"ש ס"ק א' וא"כ א"י להוציא מספק דאולי אין שדר"נ בעכו"ם:

סימן קלא

סעיף ד' בהגה. כי יש חולקין בזה:

הט"ז כתב דדעת ר"נ גאון מובא לעיל סי' קכ"ט סעיף י' בהגה חולק ע"ז. להבנת הב"י שם בדבריו דערב על גופו של לוה אין ענין לכאן. אלא להבנת הסמ"ע וש"ך שם דערב על ממון לכאורה נראה דחולק על הרמב"ן. אבל למש"כ הסמ"ע סוס"ק ז' לחלק י"ל דשם מיירי נמי בליכא טירחא. ולכאורה י"ל, דעיקר טעם הרמב"ן הוא דכיון דנכנס הערב לטובתו של הלוה יכול המלוה להאריך הזמן לטובתו של הלוה אם ידרוש הלוה. וכ"ז הוא רק עושה לטובת הלוה. אבל בלא גבה מהלוה לא מחמת טובתו אלא מחמת התרפות אין בכח המלוה לשעבד את הערב בע"כ. והמהרי"ו לא מיירי בהארכת הזמן אלא שנתעצל מלגבותו אף שלא היה לטובת הלוה. ובתומים הק' על פסק רמ"א וסמ"ע

כמהרי"ו דהא דין זה נלמד מא"ל הלוה טול זוזך דפטור והמהרי"ו נמשך אחר דעת הא"ז דפטור בזה. אבל הרמ"א שמביא דעת החולקין לעיל סי' ק"כ סעי' ב' ובסי' ע"ד סתם דחייב ליתא לדינא דמהרי"ו. והנה על הסמ"ע ודאי לק"מ דהא הוא פירש בדעת הי"א שם דאף מפשיעה פטור. ועל הרמ"א ג"כ ל"ק דהא לפי' הסמ"ע שם קאי הרמ"א בסי' ע"ד אתוך זמנו דוקא. אך התומים שם לא ניחא ליה בחילוק הסמ"ע ואדרבה מכאן ראיה להבנת הסמ"ע בדברי מהרי"ו דהא המהרי"ו עצמו לא כתב מקור דינו והרמ"א בד"מ כתב בטעמו דדמי להך דסי' ק"כ ופסק הרמ"א כותיה. ומכבר הבאתי ראיה להמהרי"ו ממש"כ הנמוק"י פ' המקבל מובא בהג' רמ"א סי' קכ"ו סעי' ט' ואם נתרשל המקבל כו' עד שהעני כו' דפטור. שו"ר שהתומים שם העיר מכאן וחילק דערב הוי כהראהו בשל חבירו משא"כ התם דהשני חייב. ולמש"כ הסמ"ע דהרמב"ן איירי באינו רוצה לטרוח לק"מ משם דהסמ"ע שם כתב דמיירי כשהמעות מוכנים למלוה והכא בערב נמי כן. ולמש"כ הט"ז וכן הש"ך דהי"ח הוא מש"כ הטור ונראה כו' משמע דדוקא במתרה להדיא אבל בסתם לא יצא מהערבות וכן כתב בפת"ש בשם מהרש"ך. והמהרש"ק בהג' חכ"ש פירש דמש"כ הטור ונראה ר"ל דהערב אמר ללוה אני אפרע למלוה ואתה לי ולא יכול הלוה לומר כיון שהמלוה מרויח לי הזמן גם אתה תשאר לי ערב בע"כ. והוא כמ"ש הפת"ש מתשו' ב"א בדעת הרמב"ן. והפת"ש ס"ק ב' לא ראה דברי הנחלת שבעה סי' ח' אות ח' מש"כ בדברי הסמ"ע וגם הוא מפרש כהגר"א ע"ש וצ"ע על התכ"צ שנסתפק בריצוי אי מהני דאולי דוקא קנין. דהא מדברי הסמ"ע מוכח דלהחולקין בעינן דוקא קנין דמשום כן נהגו קנין ע"ש בנחל"ש:

סעיף ו'. ישראל שהיה בידו משכון כו':

הגר"א כתב דחייב מדינא דגרמי וכ"כ הב"ח ול"מ כן בלשון:

התשו' שכ' והרי הוא ערב והא נ"מ טובא בין ערבות לדד"ג כמש"כ לעיל סי' קכ"ח סעי' ב'. והט"ז הק' דכל חיוב הערבות הוי אסמכתא רק משום הנאת הימנותא משתעבד והכא צווח שאינו רוצה שיאמין לו. ולמש"כ הב"ח מובא לעיל בש"ך סי' קכ"ט ס"ק ל"ט דערב סתם לעכו"ם הוי קבלן כדיניהם ובקבלן א"צ לטעם דהימנותא עיי' מ"מ פכ"ה ממלוה:

סמ"ע ס"ק י"ד. משא"כ כאן כו':

הט"ז כאן והנתי' לק' סי' קע"ו ס"ק נ"א גימגמו בדבריו והמעיי' בדרישה יראה דדבריו נכונים. ובמסגה"ש כתב דמטעם הסמ"ע נראה דלא ס"ל כהט"ז לעיל רסי' ק"ל דביש שטר ביד המלוה סגי דהא הסמ"ע כתב דדוקא בעכו"ם דאזיל בחר ערב תחילה הדין כן. וליתא דהסמ"ע כתב כן אפי' שיודע שיש להלוה שובר מהעכו"ם דבכה"ג בישראל פטור:

סעיף ח'. ונעשו ערבים זל"ז כו':
עיי' ט"ז ותומים מה שחילקו בזה. והרשד"ם סי' קפ"א כתב דכ"ז כשהעלילה היא בעצם השותפות אבל עלילה צדדיית לא וכ"כ הלחם רב סי' ק"ג. ובשו"ת ב"ש חחו"מ סי' ל"ז דן בשנים שחכרו עסק מאדון אחד ונשרף העסק והעלילו עליהם שהם שרפו ותפס האדון משותף אחד ותובע להב' לסייעו בהפסידו ופסק בדרך המהרשד"ם דעלילה צדדיית היא ואינו מחיוב לסייעו:
סעיף ט'. יש שכתבו כו' לא נשתעבד לו:
הה"מ לא כתב מקורו. ומכבר אמרתי להביא ראיה מש"ס ב"ב קס"ט ההיא איתתא כו' א"ל ר"נ זיל זבין כו' והדר זבנה ניהלה באחריות. ולמה לו למיזבן לה הרי יכול לקבל עליו אחריות מתורת ערבות וע"כ דל"מ קבלת אחריות דאחר. ובדרישה כתב דלטעם הב"י בדעת הרמב"ם אם אחר שכבר קנאו מפייסו ליתן ערב ש"מ דלא ניח"ל למזבן ליומא וכי נתערב לו סומך עליו. ולטעם המ"מ לא מהני. ומש"ס שם משמע כהמ"מ דהתם הוי אחר הקנין ויקבל אחריות עליו וע"כ דלעולם ל"מ. [ועיי' שו"ת בית אפרים חחו"מ סי' ל"ד בארוכה בזה ושם בארה דשני הטעמים צריכים זל"ז] שו"ר שיש לדחות ראייה זו לדעת הרמב"ם סי' זה סעיף י"ג דאין ערב משתעבד בדשא"ק א"כ נ"מ גדולה יש לפמ"ש בסי' קט"ז דאם הוקרה או השביחה נוטלה כמו שהיא שוה כעת ואילו מחיוב ערבות לא היה יכולה לגבות ממנו היוקר דע"ז לא נשתעבד הערב לכן אמר זיל זבנה ועיי' תומים ס"ק י'. ודעת גאון מצאתי בתשו' הגאונים סי' מ"ה דמשתעבד כה"ג. ובש"ך ס"ק ט"ו חקר אי י"ל קי"ל כהרמב"ם.
ומצאנו חבר להרמב"ם מובא בהג' אשרי סוף ב"ב ע"ש:
סעיף י"א. ראובן שקנה שדה משמעון כו':
בפרישה הק' ח"ל דל"מ מטעם דנ"ר עשיתי לבעלי וכתב משום אחריות נכסים. ודוחק דלא הוזכר בתשו' מדין אחריות ויותר נכון מזה ראיה להב"ש אהע"ז סי' צ' סעי' י"ז שאם עשתה שטר בפ"ע אפי' אחר מכירה א"י לומר נ"ר עשיתי לבעלי דכולי האי לא עבדה משום נ"ר ושפיר דייק הרא"ש שתעשה שטר בפ"ע:
סעיף י"ג. כל מה שתתן לו כו' היינו דוקא באותו פעם ולא בפעם אחרת ולשון כל מה שתתן אערב לך חוזר על כמות הסחורה כן כתב במשפטי שמואל סי' מ"ה מובא בקהלת יעקב אות ק"י:
סעיף י"ד. האומר לחבירו כו':

במדר"א תמה בראיית המ"מ מסוטה ל"ז מובא בבאה"ג דהתם כ"א מישראל נעשה ערב להבוי"ת בעד ערבות של חבירו שעשה בעד חבירו האחר והוא כעין הנידון המובא בש"ך. אבל הכא אין למלוה כלום על ערב שני כ"א נגד הערב נשתעבד שני. ופשוט דאין כונת המ"מ לדמויי לגמרי לשם. וכונתו רק להוכיח דמהסברא היינו אומרים דלא מהני ערב אלא כשע"י ערבותו ניתן מעות וכדומה אבל השתעבדות ערבות על ערבות לא היינו יודעים דלא מצינו כן. וע"ז מביא ראייה משם דמצינו ערבות כה"ג וממילא לכל כה"ג. ועיין מדרש חזית ע"פ משכני אחריך אבותיכם צריכים ערבים משל למלך כו': וצ"ע בתשו' הרדב"ז מובא בקהל"י חלק מדות חכמים אות ל' שכתב דערב לערב לא עבדי אינשי ומה"ט ב' שערבו לא יכול לגבות מאחד על הכל ולא הזכיר מש"ס דסוטה. ועיי' ש"ך בשם הגד"ת. ואם המלוה יכול לתבוע להערב הראשון משום דר"נ. נסתפק בזה הגד"ת ותלי לה במחלוקת דלעיל אי ערב יכול לתבוע להלוה קודם שפרע עבורו וה"נ יכול לומר דאינו חייב רק אחר שיפרע ולא קודם. ועיי' שמ"ק ב"ק דף מ' בראובן שנתחייב לשמעון ושמעון נתחייב ללוי דשייך שדר"נ אם יוכל לגבות מהערב של ראובן כיון דשמעון היה יכול לגבות מהערב. ועיי' שו"ת שומ"ש מ"ק ח"א סימן קס"ג מש"כ בזה:

סימן קלב

סעיף א'. אבל קטן שערב כו':

בערב קבלן נסתפק הבעה"ת מובא בב"י. ובסמ"ע פשיט ליה דפטור. ומהטעם שכ' לק' סי' רל"ה דבקל מתפתה משמע דאפי' נו"נ ביד נמי פטור. ובנתערב לקטן שהלוה לאחרים יראה דאין התחייבות לקטן כמ"ש לק' סי' רמ"ג סעי' י"ט. וצ"ע בקטנה שכתבו האחרונים שם דיש התחייבות נגדה. ובל"ז י"ל דלא חשיב הימנותא דקטן הנאה להתחייב בה:

סעיף ג'. יפרע מאיזה מהם שירצה:

עיי' תומים שהק' בסתירת פסקי המחבר מסי' ק"ז. ובפשיטו י"ל דהמחבר דעתו להלכה כמש"פ בסי' ק"ז וכמו שמוכיח בתומים. וכאן מביא לשון הרמב"ם בשלימות משום הך דסעי' ה' שהיא הלכה אחת ברמב"ם וכתב כל ההלכה בלשונה ומפסיק בהך דסעי' ד' שהוא מסקנת הי"ח מלשון הטור. וראיה דבסי' ע"ז כתבם בסעי' אחד. ועיי' יד מלאכי בכללי השו"ע מהכנה"ג דאף בשני דינים דסתרי זל"ז בשו"ע אמרי' דבמקום אחד סתם כהרמב"ם לבני א"י ומערב דגרירי בתריה ובמק"א פסק כדעת החולקים לשאר המקומות שלא קבלו עליהם פסקי הרמב"ם. והנה בקצוה"ח לעיל סי' ע"ז האריך לחזק דעת המבי"ט מובא בש"ך כאן. ותוכן סברתו דלטעם הרשב"א ומהרי"ק בדעת הרמב"ם דאין

בהערבות השתתפות שפיר אינו גובה והטור כתב כן לטעמו דמדמה לשנים שלוו. ול"י מה הועיל בזה דהא הש"ך דחהו מכח פסקי המחבר והרי המחבר סי' ע"ז פסק דשנים שלוו אינו גובה מכ"א רק החצי וע"כ כהרשב"א ומהרי"ק כמש"כ בסמ"ע וש"ך שם. ופסק כאן כהרמב"ם.

והנחי' כאן כתב דשנים שערבו דמי ממש לשנים שלוו. ודחאו במשובב דהא אנן פסקינן כרשב"א ומהרי"ק דאינו גובה אלא החצי. ובזה גם הוא נתפס בדבריו. וגם במה דחה להנחי' ממ"ש הרשב"א ומהרי"ק כונת הנחי' היא דחזינן לדעת הטור בדעת הרמב"ם דערבים דמי ללוים ואף דאנן לא פסקינן כן מה"ח נימא לעשות פלוגתא רחיקתא דלהרשב"א ומהרי"ק אין בערבים משום השתתפות כלל הא מהסברא דמיא ללוים כמ"ש הנחי' להוכיח כן. וראיית הקצוה"ח ממ"ש ר"י גאון בשני לקוחות דאינו גובה מחבירו דתה הנחי' וכתב ששיבוש הוא דבשלמא בלקוחות שהטריפה הוא מצד אחריות לכך אינו חוזר על לוקח השני משא"כ בשני ערבין. וכתב במשובב דכל מה שכתב המחבר אינו ענין לכאן דנהי מאן דזבין ארעא ליומא זבין מ"מ אם היינו אומרים דכל שהוא יכול להפרע מזה ונפרע מאחר מחויב ליתן מחציתו א"כ בשני לקוחות נמי ומה ענין אחריות לכאן. הנה כונת הנתי' דהא מלוה עצמו היה ודאי גובה כל החוב עכ"ז אם גבה מהלוקח לא היה יכול למיהדר על הלוה זולת האחריות מטעם דזבין אינש ארעא ליומא ואין זה שייך בערב וגם ביתר דברי המשובב יש לערער ואכמ"ל:

הלכות חזקת מטלטלין:

סימן קלג

סעיף א'. נכון הדבר כו':

המהרש"ק בהג' חכ"ש תמה דהכא משמע דדוקא כשתובעו מכח מו"מ צריך לברר וברי' סי' ע"ה סתם דבתבעו מנה צריך לברר והרא"ש לשיטתו שם בסי' ע"ה דא"צ לברר רק בניכר רמאות. אבל המחבר פסק שם כהרמב"ם דבכל גונא צריך לברר. ולק"מ מלבד דדעת רמ"א בהגה שם דלפ' הרמב"ם והרא"ש כמ"ש שם בסמ"ע. עוד י"ל דהכא עדיף דהוי כעין בירור קצת כמ"ש הב"ח שאמר מכח מו"מ ועכ"ז כתב דצריך לברר משום דנפישי רמאי. וגם מש"כ שם עוד בענין ספרים אי הוי עשוים להשאיל ולהשכיר דמצא דעת רש"י שבועות מ"ו דלא הוי עשוים להשאיל ולהשכיר ודעת הג' אשרי:

בחז"ה דהוי עשוים להשאיל ולהשכיר ועפי"ז כתב דהוא מחלוקת הראשונים. פלא הלא במקומו שם מחולקים רש"י ותוס' בזה ובב"מ קט"ז ע"א ובהג' אשרי שם מביא מחלוקת רש"י ותוס' בזה:

סעיף ב'. אבל אם מסרו לו בעדים כו':
בסו"ס מעיי"ח בקונטרס אומן חקר במסר לו בעד אחד. ועיי' ישועי"ק בחי' חו"מ מביא ראיה מדברי הרמב"ם דאף בע"א אינו נאמן לומר החזרתי. ומצאתי ביד רמ"ה שכתב וז"ל דבאומן איכא לאחזוקי דבתורת אומנות אתא לידו דאומן בלא סהדי כחד סהדי דמי. והנה הש"ך פיקפק על מגו דנאנסו ובתומים תמה מהא דנאמן בנאנסו ואף בשטר ולמה יגרע. ולמש"כ ברשב"ם שם דדרך למידחי אבד שטרי י"ל קצת. והנה האחרונים חקרו במפקיד אי צריך להפקיד בעדים כמו במלוה ברס"י ע' [וראיתי מובא בש"ח מערכת ה' סי' פ"ת פילפולי המפ' בזה] ומכבר אמרתי קצת ראיה מיומא ד' פ"ג ר"י ור"י אשלימו לו כו' לסוף אמר להד"מ. ואי אפקידו בעדים לא היה יכול לומר להד"ם ואיך אפקידו בלא עדים.
ואף להריטב"א מגילה כ"ח שכתב דכל ענין זה אף בהלואה אינה אלא ממידת חסידות וכתבו האחרונים דע"ז סמכו העולם להלוות בלא עדים. עכ"ז מוכת דבפיקדון אף ממידת חסידות אין בו דר"י ור"י ודאי הוי מקיימי ממידת חסידות. ולמש"כ הרש"ש דכל איסור זה הוא רק באמיד בממון י"ל זה. ובפ"א דיומא כל דמשתעי ר"ל בהדיה הוי יהבי ליה עיסקא בלא סהדי מוכח דאף פלגא מלוה ופלגא פקדון מותר עי' ע"א שם. וצ"ע בדברי הש"ך רס"י ע' ס"ק ב' שכתב עפ"י דברי הסמ"ע דאף בכת"י שרי דהא בסמ"ע כתב שם משום דא"י לטעון פרעתי. ומש"כ הש"ך ס"ק ו' והקצוה"ח ס"ק ג' בדברי מבי"ט. עיי' מרדכי פ"א דב"מ סי' רכ"ה ובהג' מרדכי סי' תי"ט בביאור דברי הירושלמי:
סעיף ז'. והוא טוען שנגנבו ממני:
והוא עפ"י ביאור הב"י בדברי הרמב"ם. והוסיף בדרישה דאף א"ת שהפקידו הלה בידו ה"ז המחזיק גזלן ששלח יד בפקדון ואחזוקי אינשי בגזלנא לא מחזקינן ועוד הא אין השומר רשאי למסור לאחר. וצ"ע דהא לא קיי"ל כר"מ דאמר כל המעביר ע"ד בעה"ב נקרא גזלן כמ"ש הרי"ף ורא"ש פ' המפקיד. וגם המשאיל א"י להוציאו מיד השואל הב' כמ"ש תוס' סו"פ השואל וגם בקידושי אשה לא מיקרי גזל ועיי' מחנ"א הל' שו"פ סי' ו'. ומש"כ בתומים להק' לפירוש הש"ך בשם אביו ותירץ משום ספק מלוה ישנה מעכב אצלו. כבר הקדימו הדרישה ע"ש:

סימן קלד

סעיף א'. ואפי' אם שהה ביד האומן:
וכתב בבהגר"א מדכללן במתניתין עם איש בנכסי אשתו ושם דוקא בנתגרשה. ואין ראייה כ"כ דאיש בנכסי אשתו שכיח כן ואפי' במגורשת ואינה מגורשת כמ"ש שם בש"ס

אבל באומן הא כתב מהרי"ו בשם הרשב"א דאינו שכיח. ולכאורה יותר ראיה ממה שהק' בש"ס מ"ו וקתני אומן מהימן כו' ולישני דהכא מיירי בנשתהה זמן רב וכן משמע דשכחו הקציצה וע"כ דל"ש ובזה י"ל נמי במה שחקר המהרא"ש מובא בבאה"ט באומן שרגיל לקנות ולמכור ע"ש דהול"ל באומן כה"ג וע"כ דל"ש. וכן משמע ממהרשד"ם חחו"מ סי' פ"ד ועיי' הג' חכ"ש. ונראה דאין הבעה"ב צריך לשלם לו שכר פעולה כיון שהאומן מודה שלא נתנו לתקן. וכן דן המעיי"ח בקונטרס אומן בסוף הספר ע"ש:

סימן קלה

סמ"ע ס"ק ב'. ונראה דאפי' להראב"ד כו':

עיי' תומים מביא דברי הראב"ד מטעם אחר משום דלא ידע כמה הוא הנזק.

וכן צ"ל בהשגת הראב"ד פ"ב משכירות שכתב על סברת הגאונים אינו מודה להם אלא בחושלא. וכתב הלח"מ משום העזה. ולא היה צריך לזה. וצל"ע במש"כ המ"מ פ"י מטוען על מש"כ הרמב"ם בנק"ח שהוא כסברת הגאונים דהא גם הראב"ד מודה בחושלא. והנה בסי' ע"ב סעי' כ"א מחולקים הש"ך והתומים אי בעינן עדי ראה. דעת הש"ך שם דבלא עדי ראה מהימן לומר החזרתי או להד"מ ודעת התומים דלא בעי. ומצאתי מפורש ביד רמ"ה כדעת הש"ך. ומה שהוכיח בתומים מדברי הר"ן פ"ט דכתובות. הנה מתוס' ורא"ש שם דלא תירצו כן מוכח דלא ס"ל כהר"ן וכמ"ש תוס' שבועות מ"ו ע"ש. וקצת ראיה י"ל מהא דהק' התוס' גיטין כ' ע"ב מאי קמ"ל ר"ל וכן הק' הרמב"ן בחי' ב"ב והנמוק"י. ואולי קמ"ל דאין להם חזקה לעולם אפי' בלא עדי ראה וע"כ דל"ש משאר מטלטלין. אלא שהר"ן עצמו בגיטין הק' קושית התוס' ותירץ כתירוצם וצ"ע. ומש"כ בהגה וי"א כו'. כתב התומים דעגלים וסייחים לכו"ע לית בהו חזקה דלית בהו פירא. ולפי"ז אין ראיה דירושלמי ס"ל כר"ל עיי' בהגר"א בילקוט. ומ"מ הו"ל להתומים להביא דברי הירושלמי. והנתי' כתב דבטוען גנבת אינו נאמן. ונ"ל ראיה מש"ס יומא ע"ה ע"א זה אומר עבדי גנבת כו' והק' בתויכ"פ דהא גודרות אין להם חזקה. ולהנתי' מדוקדק היטב הלשון "גנבת" דבזה נאמן המערער מטעם אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן והמן היה מברר האמת. ומש"כ הש"ך ועוד הא במילת גודרות כו' אינו מוכרת עיי' פ"ת על הרא"ש מש"כ בזה: סעיף ב'. ואם הוא קטן כו':

הקצוה"ח הק' כיון דעבדים בני שטר נינהו לימא אחוי שטרך [בכנה"ג סי' קצ"ו כתב בשם תשו' מרן דעבד קני בכסף לבד אף במקום שכותבין שטר על קרקעות וכתב שם דכן המנהג שלא לכתוב שטר על קניית עבד ומובא בהג' ברכי יוסף יור"ד סי' רס"ז סעיף כ"ג] והנ"ל דאין כותבין שטר על עבדים אלא בשנקנים בקניני קרקע כסף חזקה ולא

סמכי דעתא עד דכתבי שטרא. אבל בשנקנה במסירה ומשיכה כשאר מטלטלין אין כותבין שטר דומיא דשאר מטלטלין. ובזה י"ל בקושית התוס' גיטין כ' מאי קמ"ל ר"ל הא מתני' היא דבקדושין כ"ב ע"ב במתני' ע"כ נקנה בכסף ושטר וחזקה. ובגמ' תנא אף בחליפין. ותנא דידן כו', וה"נ חנא דמתני' דחשיב עבדים בכלל כל הני דדמי לקרקע י"ל חזקת העבד דמיא להנך משום אחוי שטרך וכמו בקנין קרקע דכותבין שטר. ור"ל אזיל לדידן דנקנה נמי בקנין מטלטלין ואין כותבין בזה שטר וחזקתיה לאו משום שטרא הוא אלא דהוי כשאר מטלטלין. וז"ש ר"ל בלשון "גודרות" ר"ל כמו בשאר בהמות אין חזקתן משום אחוי שטרך כן לדידן עבדים שיש לו קניני מטלטלין. וע"ז קאמר רבא עבד קטן יש לו חזקה מיד. ר"ל כיון דידעינן מר"ל דעבדים בכלל גודרות ולא משום שטר לכך עבד קטן יש לו חזקה מיד. ובזה י"ל קושית התומים שהק' מ"ט לא חשיב במתני' גודרות. דלהתנא במתני' כמש"כ חזקת העבד הוא משום אחוי שטרא כקרקע אם קנינו כקנין קרקע ול"ד גודרות והתנא דברייתא חידש דדמי לגודרות וטעם חזקתן שווים. והנה האחרונים באור"ח סי' ש"ו כתבו בענין מו"מ בשבת דאסור אף ע"י משכון ואף לצורך דבר מצוה. והביאו ראיה מהא דחשיב בילקוט בדברים שפסח דותה את השבת מה שנותנים משכון ולוקחין את הפסח וראיתי בישועי"ק שם שדחה זה עפ"י שחילק דמטלטלין לאו בני שטרא נינהו דחזקה כל מה שתחת ידו הוא שלו לכך ל"ש גזירה שמא אחי למיכתב. אבל בקרקע דבעינן ג' שני חזקה ודרך לכתוב שטר גזרינן שמא אתי למיכתב. וא"כ אין ראיה מהילקוט דהא פסח הוא גדי או טלה וקיי"ל דגודרות אין להם חזקה ודרך היא לכתוב שטר עליהם וגזרה שמא אתי למיכתב. ופלא שלא נזכר מדברי בעל העיטור כאן ודברי הב"ח וסמ"ע דגם גודרות לאו בני שטרא נינהו. ועיי' פנ"י גיטין כ' ע"ב ובישועי"ק אהע"ז סי' קכ"ד ס"ק ט' מש"כ בזה:

סימן קלו

סעיף א'. ה"ז ישתמש בהם כו':

והק' הרא"ש היאך רשאי להשתמש הלא אם לא יאות הלוקח כו' מובא בסמ"ע. אבל הרמ"ה פירש וכי אין אדם כו' מכור לי טליתי וכשאבדה טליתו של זה יהיב ליה האומן טלית אחרת תחתיה ע"מ לשלם דמי לבעלים דהא אית ליה רשות לזבוני וכיון דברשות הבעלים קעביד רשאי להשתמש. והנה הרמב"ם פ"ו מגזילה כתב א"ל האומן כו' שמא כליו של אומן הוא או בעל הכלי צוה את האומן למכרו לו ומש"כ או בעל הכלי הוא כבש"ס. אבל מש"כ שמא כליו של אומן היא לא נרשם מקורו. ואולי יצא לו זה מירושלמי ב"ק פ"ו הל"א דמובא שם הך תוספתא ואמר שם ר"ת פתר לה אלא כגון הדין בר קורא

שכל הנוטל מאצלו נוטל ברשות וכל המניח אצלו מניח ברשות. ונדחקו המפ' בכפל הלשון שכל הנוטל כו'. וי"ל דהיינו דבר קורא שכיח שכל המניח אצלו מניח ברשות דהיינו:

אוקימתת ש"ם דילן ברשות למכור. וכל הנוטל ממנו נוטל ברשות דהיינו ששכיח שנותן שלו אם נאבד הכלי:

סימן קלז

ש"ך ס"ק א'. ול"נ לתרץ כו' עיי' תומים שהשיג עליו ממה דפריך שם בש"ס ממשכנתא. וממש"כ הנמוק"י דלא מסייעו שטרא דהא הניחו לאכול ואולי דשני התירוצים שבש"ך על כונה אחת הם דיודע המלוה דאם לא יאכל הפירות בתפיסה ויתבעהו לדין לא יזכה בדין משום דסתם שנין שנים משמע לכך חציף לתפוס א"נ כיון דירד בה בתורת משכונא חציף. והתומים מחלק בין לקח הפירות לבד למשכיר או ממשכן קרקע לפירות. ודחהו הנתי' דא"כ לעולם יכול המשכיר לומר לא השכרתי לך ויצטרך לפרוע שנית. לכאורה הא כן איתא בב"מ ק"ג דשניהם כותבין שטרות המשכיר והשוכר. ואולי דשם דוקא במשכיר לי' שנים כותב שטר שלא יוכל להוציאו תוך זמנו ועל שנה אחת אין כותבין. וכתב הסמ"ע סוס"ק ב' דעכ"פ לדעת שניהם אמירה בעי. והט"ז כתב דלדעת הרמ"ה ל"צ אמירה אלא על הענין קאי. ומצאתי ביד רמ"ה שכתב להדיא דל"ב אמירה אלא על עצם הענין שתהא בפרהסיא וכהבנת הט"ז בדעתו. אמנם הרשב"א מובא במ"מ כתב לחלק קושיתו מב"ק צ"א דהכא משום האמירה תחילה. וצ"ע דהרשב"א בחי' ב"ק שם חילק בין פירות לגוף הדקל כמ"ש התוס' וכמ"ש המ"מ בחילוק הב':

שם ס"ק ב'. ודעת הראב"ד כו':

תמוה דדעת הראב"ד כתוס' ואולי צ"ל הרמב"ם וכן הוא דעת הרמ"ה ביד רמה:

סימן קלח

סעיף א'. שנים שהיו אוחזין בכלי כו' והוא מלשון הרמב"ם פ"ט מטוען והק' הלח"מ דאמאי אינו נוטל עד מקום שידו מגעת. ועוד הק' על המ"מ מנ"ל לחלק בין כלי לטלית. וזה לק"מ דמש"כ הרמב"ם אוחזין ר"ל מוחזקין כמ"ש שם בהג"מ בשם הריצב"א. וכתב בתחילה כלל הדין היוצא ממשנתינו שכל דבר ששניהם מוחזקין בשוה חולקין בשבועה וכן ערימה של חיטים כו' ואח"ז כתב פרטי הדינים המתחלקים בטלית בזה אוחז בכרכשתא דל"ש בכלי וזה כונת המ"מ דל"ש פרטי דינים דטלית בכלי. והמ"מ כתב דהרמב"ם לא ס"ל כרש"י לחלק בין אני ארגתיה למצאתיה. והרשב"ץ מובא בש"מ הק' דהא הרמב"ם לא ס"ל לחלק בין אוחזין למוחזקין דהא כתב בערימה של חיטים חולקין

אף במונחת בסימטא וע"כ הא דלא אמרי' כאן כל דאלים גבר מוכרח לחלק כחילוק הריצב"א מובא בהג"מ בין איכא רמאי לליכא רמאי וא"כ ע"כ ס"ל לחלק באני ארגתיה כרש"י דהא איכא רמאי ואמאי לא חילק. ואין להכריח מזה דעת הרמב"ם דיסבור כרש"י דהא שערי חילוקים לא ננעלו והרמב"ן כתב דבזה אומר של אבותי ודאי איכא רמאי וכן בארבא מיירי נמי שאומר שירשתי מאבותי אבל בארגתיה אף דלטענותיהם הוא רמאות אבל עצם המעשה יכול להיות אמת דשניהם ארגוה כאחת. ועל דעת רש"י הק' הריטב"א מהא דאר"י שלא יהא כ"א כו' ויאמר שלי הוא יטעון ארגתיה ויהא מונח. ובאמת לרש"י נוכל לתרץ כמש"כ בש"מ דמש"ס דף ב' משמע דדוקא משום דמורי היתירא ולכך תפיס וסוגיין לא ס"ל כר"י ופסק רש"י כסוגיין או כאביי משום מלוה ישנה. אבל להרמב"ם אי ס"ל כרש"י וכמ"ש הרשב"ץ בדעתו קשה דהא פסק כטעמא דר"י. ונ"ל דלהרמב"ם לשיטתו לק"מ אף אם דעתו כרש"י דהא פסק דשנים אדוקין בטלית כ"א נוטל עד מקום שידו מגעת בלא שבועה ועל השאר נשבע. ובתוס' הקשו דהא מתקנת ר"י אף במה דתפיס צריך לישבע. עוד הק' אם השבועה הוא רק על השאר מאי קמ"ל ר"א הא מתני' היא. וע"כ דצריך שבועה אף במה דתפיס. עוד ק"ל דר"א דמחוי ובשבועה דלהרמב"ם הוא רק על השאר מנא הוי ידע דיש שאר דע"ז מחוי ובשבועה דילמא אוחזין שניהם בשוה והו"ל לפרש דאם יש שאר חולקין אותו בשבועה, וע"כ נ"ל לפרש דר"א שמע שסתמו דבמה שאוחזין א"צ שבועה אחוי להו אימתי א"צ שבועה במה שאוחזין במקום שיש שאר שאין אוחזין בו וצריך לישבע ע"ז וכיון שצריך לישבע ע"ז אין חשש שיתפוס ויאמר שלי הוא כיון דיש שבועה בזה. וז"ש "ובשבועה" ר"ל כשיש שבועה אז אין נשבע על מה שתופס אבל כשאין שבועה כגון ששניהם אוחזין בשוה ואין שאר אז נשבעין גם על מה שתופסים משום דר"י. וא"ש קושית התוס'. ומעתה פשוט דלהרמב"ם דא"צ שבועה על מה שתופס חזינן דמה שתופס חשיב כשלו ממש וכמ"ש ע"ז בש"ס ש"מ האי סודרא כו' כמאן דפסיק דמי. והתוס' לשיטתם נדחקו בזה. ומעתה גם באני ארגתיה אף דמונח עכ"ז היינו דוקא בגוונא דמתני' בתפיסי בכרכשתא. אבל כששניהם אדוקים ודאי זה נוטל, עד מקום שידו מגעת אף לדעת רש"י. ולפי"ז איכא שפיר חששא לר"י דיתפוס בגוף הבגד וכל מה שיתפוס יטול בלא שבועה ע"כ תיקנו שישבע ויפרוש בכל גוונא אף דתפיסי בכרכשתא. והנה בטעמא דאביי משום מלוה ישנה הק' הגרע"א א"כ בכלי אוכל נפש דעובר בלאו הא חשיד. ועיי' מש"כ בזה בתומים סי' ע"ב ס"ק ל"ב. ובש"מ הק' דהא לאו איכא בכל הכלים דמנתח נתוחי ולרוב הפוסקים אפי' בחוץ אסור. ואולי למה שהעלה הנתי' סי' צ"ז דבעיסקא מותר לתפוס גם בעד החצי מלוה וכן בכל הני דאין

משמטין כגון הקפת חנות ואמרי' דתפיס מכעין אלו דמותר וי"ל עוד. ומש"כ המחבר זה אומר הכל שלי כו'. חקר בס' חב"י היאך הדין באחד טוען ברי והב' שמא דלא נתבאר בפוסקים. ומבואר היא בריטב"א שכתב דדוקא בברי וברי יחלוקו אבל ברי ושמא ברי עדיף כיון דליכא לחד מיניהו חזקה דממון. ומדברי התוס' שתירצו דמיגו להוציא לא אמרי' נראה דלא ס"ל כן. ועיי' ס' נפש חיה ריש ב"מ מש"כ בזה. ובשמא ושמא עיי' מעיי"ח מהדורא ב' במתני' ועיי' ס' תפארת יעקב מחותני זצ"ל במתני' מה שחקר בזה:

סמ"ע ס"ק ה'. וה"ט משום דאין משביעין כו':

לכאורה דבריו קשים דהא גם בזמן הש"ס היו משביעין כן. והמעיי' בש"מ בסוגיין יבין כונתו וקיצר מאוד ועיי' תוס' ד"ה על:

סעיף ד'. אם הוא דבר שיפסיד כו':

עיי' נתי' בשם תה"ד ועיי' מה. שכתבתי בזה לק' סי' קע"א סעי' ה': סעיף ו'. באו שניהם אדוקין כו':

הקצוה"ח דייק מדברי רש"י דלאחר שנשבעו לא אמרי' אודויי אודי. והנה כן ראיתי במעיי"ח בשם השמ"ק שדייק כן מדברי רש"י. ומש"כ המעיי"ח דלשון הש"ס זילו פליגו משמע דמיירי לאחר גמ"ד ואחר שנשבעו. לא ראה בש"מ שעמד בזה וכתב די"ל דקודם השבועה מיירי וכגון שמחלו זל"ז השבועה. אבל מסתימת הפוסקים בזה משמע דמפרשי בכונת רש"י כמ"ש מהר"י אבוהב מובא בש"מ שם בריש הסוגיא ואין לדקדק מדברי רש"י להלכה ע"ש: סעיף ח' בהגה. במיגו שהיה אומר חטפה ממנו. והק' התומים ל"ל מיגו הא בגמ' משמע דלולא הך טעמא עד האידנא חשדת כו' היה נאמן לומר השכרתיך בלי סהדי וא"כ באמר השכרתיך בעדים והלכו למד"ה לא שייך סברא דמאי הו"ל למיעבד דהא השכירו בעדים ואטו בכיפי יתלו להו. ועיי' קצוה"ח ונתי'. והנה ז"ל הרמב"ן בש"מ והיינו דאיצטריך לומר האי טעמא דעד השתא חשדת כו' לומר דאע"ג דאיכא מיגו לא מהימן וא"כ באגרתי בפני פו"פ נמי משום מיגו הוא דכאן לא הורע כחו של המיגו. והמ"מ הא כתב דבריו להרמב"ן. שו"ר במעיי"ח שתמה בזה על התומים מסברא ולא הביא דברי הרמב"ן דמשמע להדיא כמ"ש דגם בש"ס משום מיגו הוא. ומש"כ בסמ"ע ס"ק ט"ז והשתא אוגרתה בלא סהדי כו' והק' בהג' מהרי"ש על הגליון דאפי' בסהדי הא יכול לטעון נאנסו והיאך סמך עליו. וכן תמה במעיי"ח וכתב דע"כ צ"ל דאמר השכרתי בפני פו"פ וגם קבלת כל אחריות ושלא תחזיר אלא בפני עדים ותמה על הפוסקים שלא ביארו זה ובאמת להלכה י"ל כמ"ש הש"ך לעיל סי' קכ"ה ס"ק כ"א לתרץ קושית מהרא"ש דמיירי בענין שא"י לטעון נאנסו כסי' רצ"ו סעי' ג' דהיינו במקום רואים

וה"נ י"ל כאן. והנה הש"ך מביא דברי מהרי"ו והשיג עליו ובתומים הק' דהא הוי טענו חיטים והודה לו בשעורים דטענה עבדיי אתם א"כ הרי מחלה הכתובה. וכתב דצ"ל כי אמרי' טענו חיטים והודה בשעורים פטור היינו כשיש לנתבע חזקת ממון ובטענה כל דהו אין מוציאין ממון מיד המוחזק אבל כאן בחבילה שאין אחד מוחזק בו לא אמרי' טענו חיטים והודה בשעורים פטור כיון דאין לנתבע תפיסה בו וה"ז כאילו תפס התובע דקיי"ל דחייב ועפי"ז: היה אפשר ליישב דברי הירושלמי ב"מ פ"א הל' ב' מובא ברשב"א קדושין ס"ה וז"ל צריכה גט משניהם והיא משחררת את שניהם ושניהם משחררין זא"ז ובבהמה ובמשוי שלשתן שווין. ולא קתני נוטלת כתובה ועמד בזה הרשב"א. וי"ל דהא הרשב"א כתב שם דבירושלמי מיירי כשהחבלה יוצאת מתחת ידן לפיכך שלשתן שווין בחבלה ובזה שפיר הוי טענו חיטים והודה בשעורים. אלא דהרשב"א לא נחית לזה וכתב דהירושלמי אתיא אליבא דרבנן דס"ל מטלטלי לא משתעבדי לכתובה. והנה ראיתי בש"מ ב"מ ט' מובא דברי הירושלמי וחקר הרמ"ך שם אם יש לה כתובה משום דהו"ל טענו חיטים והודה בשעורים. ונ"ל דלהירושלמי י"ל דלא הוי טענו חיטים והודה בשעורים דהא עמדו הראשונים בש"ס קדושין ס"ה דקפריך מי מצי אמרה אלו עבדי וחבלה שלי. ודילמא אית לה נמי סהדי לדידה. ואי משום דלא קתני בברייתא ושניהם צריכים גט זמ"ז והיא משתררת את שניהם מאי קושיא דילמא מיסהדי רק על החבלה שהיא שלה דהא ע"כ גם סהדי דהאי ודהאי ג"כ לאו אגופן קמסהדי דא"כ ליתני ושניהם צריכין גט זמ"ז עיי' רשב"א וריטב"א. והנה בירושלמי דקתני להדיא דשניהם משחררין זא"ז והיא משתררת את שניהם מוכת דמיירי באית לה סהדי והש"ך לעיל סי' פ"ת העלה להלכה כהפוסקים דביש עדים לא אמרי' טענו חיטים והודה בשעורים פטור והרמ"ך דלא תירץ כהרשב"א צ"ל דס"ל דאף לרבנן גביא מחיים ממטלטלין וכן דעת מהריב"ל בתשו' שכתב דדעת רוב הפוסקים דמיניה דידיה מטלטלין משתעבדי לכתובה וכן י"ל בדעת מהרי"ו שהעתיק דינא דש"ס אף דשם מוקי לה כר"מ ואנן קיי"ל כרבנן דדעתו ג"כ דמיניה דידיה אף לרבנן משתעבד ול"צ למש"כ התומים ע"ש. והרשב"א לטעמו דדחה שם דעת הראב"ד דס"ל כן. ובעיקר קושית הש"מ והתומים צ"ע דהא אנן קיי"ל בכתובות נ"ו כר"י דכתובה דרבנן ועשו חיזוק דלא מהני מחילה ועיי' מקנה שם:

סימן קלט

ש"ך ס"ק ב'. ודעת התוס' פ"ק דב"מ כו' עיי' בהגר"א. ופלא דבשמ"ק ב"מ שם מובא פירוש הרא"ש כפירוש התוס' אות באות. ובתפארת שמואל הק' על הג' אשרי שם

שמביא פירוש התוס' על הרא"ש דלהרא"ש ל"ש כן ויותר פלא דהרא"ש עצמו מפרש כתוס'. ודעת הנמוק"י כהרא"ש וכן דעת השל"ג וכ"מ דעת הרמ"ך בש"מ שם:
שם ס"ק ג'. וכ"מ לענ"ד דעת הרמב"ם כו':
דעת הרמ"ה דלעולם אינו יוצא ידי השבה אף אם משלם לשניהם ול"ד לגזל מחמשה דכי משלם הגזילה לכ"א יוצא ידי השבה דהתם ברירא מילתא דהאי ממונא דחד מהני חמשה הוי וממ"נ הא קא מהדר למריה. אבל הכא דחד מהני לית ליה דררא דממונא בהאי גזילה כלל אע"ג דמשלם גזילה לכל חד מינייהו נמי לא נפיק ידי השבה דדילמא דאינש דעלמא הוא. וכן ראיתי שכתב בש"מ. וא"כ אין ראיה מהרמב"ם דאולי ס"ל כהרמ"ה דלעולם א"י ידי השבה אף במשלם לשניהם ולכך ל"צ למיכתב וכן אין ראיה מרבינו ירוחם.
ועפי"ז י"ל גם בדעת הרשב"ם כן דלא מהני כאן השבה בשום אופן ולשונו שכתב ולא להוציאה מתחת ידו ולהפקירה ל"ד נקט וה"ה אף במשלם לשניהם נמי ל"מ. ורא"ה דהא מדמה להו לעונשן של מדות דל"מ להו תשובה וכן משמע נמי דעת הג' מיימוני פט"ו מטוען שכתב שלא ניתן להשבון פירוש דלא מצי למיעבד השבה מעליא והיינו כהרמ"ה דאי מהני השבה לשניהם הו"ל לכתוב כן. וכתב וכן פסק רשב"ם והיינו כמש"כ בדעתו. לולא שהרמב"ן לא הבין כן בדעת רשב"ם וצ"ע. ומש"כ המחבר בא שלישי ותטפה כו' עיי' באה"ג שהוא מפירוש רשב"ם. וכתב הב"י דפשוט הוא דכיון שיש לו טענה לא גרע משנים הראשונים. אבל בש"מ משמע דלא פשוט כ"כ וז"ל שלא תאמר הואיל ובאו השנים תחילה ונפסק להם הדין כד"ג הרי הוחזק זה הקרקע לאחד מהם וה"ז כדין אחד שראינוהו יום אחד שהחזיק בקרקע ולא ידענו שהחזיק שם אחר מתחילה שהשדה בחזקת שלו הוא. ה"נ שדה זו בחזקת אחד משניהם ואין אחר יכול להחזיק בה קמ"ל. הרי דלא פשוט כ"כ. וכתב עוד ומ"מ הא דמייתי עלה דתני ר"ת גזלן של רבים ל"ש גזלן נראה דמיירי בגזלן שהחזיק שלא בטענה דא"א לפרש דמיירי בהחזיק בטענה דא"כ לא הוי קרי לו גזלן כו'. וא"כ אין ראיה מרשב"ם דפירש שלא בטענה היינו משום דקרי ליה גזלן. ובש"מ הק' לרשב"ם דאם איתא כדבריו הא אית ליה תקנתא להשיב לכאו"א. ולמש"כ גם זה אין תקנה לדעתו:
סעיף ד'. אלא על פיו:
משמע דאף לגירסת הרמב"ם כמ"ש הה"מ נמי מהני הודה וכמ"ש הלח"מ די"ל דאיהו גריס דאודי דאיהו קריב טפי. וי"ל בזה לשון המחבר שכתב וה"ה כו' דקשה דהא גירסת הרמב"ם כש"כ היא כמש"כ הה"מ. די"ל דקאי על מש"כ בסוף וצריך להחזיר כו' אלא

על פיו דקמ"ל דהודאה מהני אף להרמב"ם לחזרת הפירות. ומש"כ בהגה מתה"ד עיי' מלמ"ל פט"ו מטוען מה שהק' ברמב"ם פ"ד מעירכין ועיי' נתי' בחידושים כאן:
הלכות חזקת קרקעות:

סימן קמ

סעיף ב' בהגה. התומים מביא מהבעה"ת בהבנת הרמב"ם לחלק דבטוען גזילה אינו נשבע דאחזוקי אינש בגזלנא לא מחזקינן ודוקא בשאלה ושכירות כתב הרמב"ם דנשבע. ולכאורה תמוה מאוד ממ"ש הרמב"ם מובא בשו"ע לק' סי' רמ"ה סעיף ת' או גזולה היא בידך כו' נשבע היסת. ועכצ"ל לדבריו דדוקא בטוען אתה גזלתיה בתחילתה א"צ לישבע דבזה י"ל אחזוקי כו' אבל בטוען כה"ג שתחילתה בהיתר באתה לידו בשאלה ושכירות ורק עתה מחזיקה בגזילה שכבר נשלם הזמן שכיח שמורה היתר לעכבה בטענה לפי דעתו. ומש"כ שם גזולה צ"ל כעת היא בידך בגזל. ומש"כ המחבר כאן בלשון הרמב"ם שהיא גזולה בידו ובאמת ברמב"ם כתב שאלה או שכורה צ"ל כונת המחבר ג"כ דהיא עתה בידך בתורת גזל שמעכבה משאלה או שכירות ועיי' ש"ך סוס"י קל"ג ובתומים שם. ואולי דעת התוס' ג"כ כהבעה"ת. ובזה י"ל במש"כ הקצוה"ח ס"ק א' ליישב קושית התוס' כ"ט ע"ב ע"ש ולהבעה"ת הא יכול גם לאחר ג' לטעון שאולה או שכורה. וכן לפמש"כ הנתי' ס"ק ב' י"ל בהיפוך: סעיף ג'. טען שמעון כו' או שטר אמנה כו':
וכתב הב"י דנלמד מהא דמודה בשטר שכתבו בסי' פ"ב ולא היה צריך ללמוד מהלואה דכן מבואר להדיא בש"ס ב"ב קנ"ד במכר ורמז לזה הגר"א. והנה לעיל בסוס"י מ"ו בש"ך ס"ק קי"ז מביא דיעות הפוס' דגם במודעה בכת"י יוצא ממק"א אינם נאמנים ותמה התומים דבריש סי' שם ובסי' פ"ב דאם מודה בשטר ואומר אמנה הוא דנאמן והא להפוס' כר"נ אף במיגו דמזויף אינו נאמן לומר אמנה כמ"ש תוס' כתובות י"ט וב"ב מ"ת. והקצוה"ח תירץ דכל זה לר"נ שכתבו התוס' דס"ל דאמנה הוי שטר ולא אתי ע"פ ומרע לשטרא. ואנן קיי"ל כמר בר"א דאמנה לא הוי שטר דעולה היא ולגבי דידיה דהוי בעל דבר שפיר מצי טעין אמנה. והנה בחי' רשב"א מפרש ג"כ כהתוס' דבאין כת"י יוצא ממק"א איירי ומפרש לר"נ טעמא דאמנה משום דעולה היא וז"ל ואמנה ודאי לכו"ע עולה היא ואעולה לא תתמי. וכ"כ בתוס' רי"ד דטעמא הוא משום עולה ומשוי נפשי' רשיעי ולא מהימני אפי' במיגו. וזה א"ש יותר דלתירוץ הקצוה"ח עדיין יש לפקפק עיי' שומ"ש מהדורא תנינא ח"ג סי' קע"א. ומש"כ הב"ח כאן דקמ"ל אף בקרקע דהוי מוחזק יש לפקפק בדבריו דאינו נקרא מוחזק דכל שטוען אמנה ולא התחיל במכירה כלל הראשון נקרא מוחזק:

סעיף ח'. ולהרמב"ם אפי' לא טען כו':
המפ' האריכו בדברי הרמב"ם והסמ"ע דחהו מהלכה ומה שנ"ל בכונת הרמב"ם עפ"י מש"כ הרמ"ה ב"ב לפרש דמ"ז אדרבא ור"א קאי דמכשרי בעדות אגירי ולא אמרי' נוגעים בעדותם הם וקאמר, מ"ז דאי טעין ליתי הני אגירי סהדי דדרו בו תלת שנין ביממא ובלילא דלא ניחא ליה לקבולי סהדותא דאגירי משום דנוגעים בעדותם הם, דכבר יהבו ליה אגרא למחזיק והאי דנקיטי אגרא בידי' ערומי קא מערמי טענתו טענה ואי לא מייתי סהדי אחריני מוקמינן לארעא בחזקתיה דתובע ומחייבי למיתב ליה אגר ביתו. וכן כתב בפסק הלכה. וי"ל דזה נמי כונת הרמב"ם ולעולם דנקיטי אגר ביתא בידי' ולא כמו שהבין הראב"ד. ובהל' עדות:
סתם הרמב"ם דבנקיטי מהימנא לפי שאין עיקר הדין שם וכן ביאר יותר אף דבנקיטי מ"מ אי טען כן צריכין לברר וע' חי' אבן העוזר עוד הק' שם ברמ"ה מ"ט לא מוקי שם הש"ס בשכירו ולקיטו שרגיל ליכנס אצל הבעה"ב תדיר דלא גרע משיבבי. ותירץ כי היכי דלא לוקמא מתני' דלא כר"י בסנהדרין דפסל שושבין לעדות כ"ש בשכירו ולקיטו ולפי"ז לדידן דשושבין כשר לעדות קשה [עי' פת"ש רס"י ל"ג]. שו"ר בתומים רס"י ל"ג שכתב להוכיח מזה דפסול וכתב דלא מצא כתוב כן ויש לו תנא דמסייע הלא הוא הרמ"ה. ומש"כ המחבר ועפ"י השכנים כו'. והק' המפ' לדעת הרמב"ם בהל' עדות דהכחשה והזמה ביחד הוי הכחשה א"כ קשה לדעת האומרים דבד"מ בעינן עשאי"ל והכא אם יוזמו תתבטל גם החזקה עצמה והוי עדות שא"א י"ל. ולמש"כ התומים רסי' ל"ח בכונתו א"ש כאן. עוד י"ל לפמש"כ הפרי תבואה סי' נ"ד בישוב קושית המקנה קדושין מ"ג אמר לשנים צאו וקדשו לי כו' ולהרמב"ם הא הוי עדות שאאי"ל דגם גוף הקדושין יתבטל. ותירץ הנ"ל דהרמב"ם לא כתב כן אלא כשמכחישים גם גוף המעשה שהוא ודאי שקר שראו שלא זה הרג את זה כו'. משא"כ כאן דאף שהם היו שלוחים בדבר עכ"ז אפשר שגוף מעשה קדושי האשה היה ע"י הבע"ד עצמם או שליחות אחרים. וה"נ יכול להתברר ע"י עדים אחרים שראו הקנין וכדומה. ומש"כ בפת"ש ס"ק ו' דבבתים כו' ל"מ בהו כו'. אין הספר בידי לראות אם לא הביא מסמ"ע סוס"ק י"א ובנתי' שם ועי' ים התלמוד ב"ק כ"א מש"כ בזה, ומש"כ בהג"ה. מקומות ביהכנ"ס כו'. בתשו' הרא"ש מסיים דהו"ל למחוק את השם. ולפ"ז צ"ע בהיו שמותיהם שווים. ועי' תומים דביושבים כ"א על מקומו ל"ש זה. ואם יש להמערער מקום אחר בביה"כ שיושב שם אין ראיה מזה. ובעיקר מקורו עי' שמ"ק מובא תשו' רמ"ה שצווח ע"ז:
סעיף ט'. אפי' אם השאילו להם:

כן כתב הרשב"א מובא בב"י. ולא הביא דעת הרמ"ה שכתב דדוקא אגירי ולא בשאלה. וגם לא ביאר המחבר דלפי"ז לא בעינן דידור בו הלוקח אפי' חד יומא כמ"ש בנמוק"י לדיעה זו ועי' מש"כ הראב"ד בש"מ:

סעיף יא. דאי בעי אמרי כו':

עיי' ט"ז שהק' מסי' ע"ב דבב' עדים ל"א מיגו הנה כבר עמד ע"ז בש"מ. ולכאורה עמדתי על מה שלא תירץ כמ"ש תוס' קדושין דלפטור אמרי' וי"ל בזה ואכ"מ ועיי' דרישה. שו"ר בתומים מזה:

סימן קמא

סעיף ג. שה"ה אומר לא הוברתי אותה כו':

והוא כלישנא בתרא. והנה הנמוק"י כתב דלל"ב נ"מ אפי' בין שדות זרועות יכול לומר כן וכ"כ הרמ"ה. ומשמע דאם היא בין זרועות וגם טובה א"י לומר כן וכ"כ הב"ח וא"כ צ"ע על המחבר דסתם יותר מדאי. וגם צ"ע דהשמיט דעת הרמב"ם המובא בטור דבעינן ניר. ובש"מ יש חולקין ע"ש: סעיף ד'. יש מי שאומר דהוי חזקה:

הב"ח פירשו באתרא דמקצתם מוברים והתומים דחהו ומפרשו באתרא דכולהו מוברי וכן משמע כונת הר"י ובזה א"ש מקורו כמ"ש בבהגר"א והט"ז שהקשה. לא ירד לזה:

סמ"ע ס"ק י"א. כבר כתב המחבר כו':

בפשיטו י"ל עפ"י מש"כ הב"ח דלפירוש רבינו האי צ"ל דמיירי דלא אכל הפירות לסוף אותה שנה דאי אכיל לבסוף לא גרע מניר דהוי חזקה. לדעת הרא"ש והטור. וזה שהוסיף הרמ"א כאן דתליא במחלוקת דלדעת הרא"ש והטור הוי חזקה באכלה פירות סוף שנה וסתימת המחבר מיירי בלא אכלה פירות: סעיף י"א. אעפ"י שנהנה בעבירה:

דעת הרמב"ם ותמהו עליו מכתובות פ' האשה. ולכאורה גם להראב"ד בהשגות קשה שכתב דאכילת עצים שמה אכילה הואיל דליכא פירי אחריני וא"כ מה ראייה מייתי שם מחזקה דליכא פירי אחרינא לאכילת הבעל דהניח פירות אחרות ואכל הזמורות.

והתומים כתב בשם הרמב"ן לחלק בין כלאים לערלה ושביעית דבכלאים אמרינן למערער למה לא מחית הלא היית יכול לאכול מתוך שדך בהיתר פירות דכי היית מחויב לזרוע כלאים שתאסור בהנאה, ול"י דהא גם בערלה היה יכול המערער להנות בהיתר לחלוף או למכור לעכו"ם כמ"ש ביור"ד סי' רצ"ד סעי' י"ד ועיי' ט"ז לק' סי' קס"ח. ומש"כ עוד התומים ואני מוסיף עוד טעם דבאכילת כלאים לפי טענת המערער אינו אוכל באיסור כלל כמ"ש הרמב"ם פ"ה מכלאים דין ח' שאין אדם אוסר דשא"ש. באמת דעת הרמב"ם שם דלהרוחה נאסר כמ"ש הכ"מ והרדב"ז שם רק דעת הראב"ד שם דדוקא

פועל אבל אינש אחריני לא וצל"ע באם היה אחד מהשנים נטע רבעי אם עלתה לו דהיה על המערער לחשוב אולי פדאו. גם צ"ע באכל בשוגג ערלה שסבר שכבר עברו עליהם שנות ערלה וגם המערער יודע שאוכלו בשוגג דל"ש לומר גלית אדעתך כו'. ועיי' פי' הרגמה"ג על הגליון שפירש דאכלן מפוזרים וצע"ג למה דחק לפרש כן:

סעיף ט"ו. אעפ"י שעמדו על האילן כו':

עיי' ב"ח וסמ"ע. ולולא דבריהם הק' היה נ"ל דפירוש ר"ה גאון ברא"ש ופי' ר"ח חדא היא ומש"כ הרשב"ם בפיר"ת קודם בישולן הוא לאו דוקא והב"י לא העתיק קודם בישולן בסעי' א' זולת בסעי' ה'. ולפרושו כל החסרון הוא משום דלא גדר בעצמו ואי קודם בישולן דוקא הא החסרון הוא מצד אחר משום דלא נגמר הפירי זולת לפירוש הרמב"ן בפיר"ח המובא בדרישה רס"י זה הוא בדיוק דוקא קודם בישולן ע"ש אבל הב"י לא הבין כן כמ"ש שם בדרישה לפירוש הא'. ועכצ"ל דקודם ר"ל עם גמר בישולן ולאפוקי אתי מפירוש הרמ"ה שכתב דדוקא בשהה אחר גמר בישולן הרבה ודוקא באופן זה לא עלתה לו חזקה משום דהיה לו לגודרו עם גמר בישולו.

ולולא יראתי י"ל דט"ס ברא"ש ובמקום "רב האי גאון" צ"ל "ר"ת גאון" ונתחלף להמדפיס ח' לה' וכן משמע ברמ"ה שהביא סתם פירוש זה דמשיר פירותיו ולא כתב קודם זמן בישולו:

סעיף ט"ז. היתה כו' י"א כו':

הק' בתומים דהא הטור מדמי זה לניר וכיון שפסק בסעיף ט' דניר אינו עולה היאך פסק כאן דעולה. באמת בתוס' ר"פ חזקת ד"ה שלשה מחלקין בין הך לניר עיי' בהגר"א אות כ"ו וגם כונת הטור אינו לדמויי לגמרי ע"ש: סמ"ע ס"ק כ"ד. בטור כתב כגון בנות שוח כו':

והוא פיר"ת מובא ברשב"ם ותוס'. והנה בתוס' הק' לפירושו דהא בעינן בעידנא דאיתא להאי פירא ליתא להאי פירא. ותירצו כיון דיש שנה מחניטתו עד גמר שלהן. וראיתי מי שתמה עליהם מש"ס ריש פירקין דלא אמרי' כן רק להולכי אושא דילפי משור המועד ורבנן פליגי עלה. אבל כונת התוס' דהא יליף כאן מר"י דכל מה דסגי לר"י בשנה אחת אמרי רבנן ג' שנים מאן הולכי אושא ר"י כדאמר שם וכהאי גונא דבנות שוח הא גם לר"י לא הוי חזקה וליכא למילף גם לדידן:

שם ס"ק ל"ב. אעפ"י כו' וגם המוכר כו':

הוא עפ"י פירוש רשב"ם ותוס'. והנה בלח"מ סיפי"ב נדחק בדברי המ"מ מאיזה פירוש אתי לאפוקי. ופשוט דאתי לאפוקי מפירוש ר"מ מובא בש"מ דנהרדעי דוקא בדיקלא

קאמרי משום דאין גזעו מחליף. והפוס' לא פירשו כן. ומה שהקשו התוס' שם לפי' רשב"ם דהו"ל להק' כן ממתני' דהספינה ולא מסברא. הנה הרשב"ם ד"ה מתקיף כו' כתב מאחר דתנן לא קנה קרקע כלל לא קנה. הרי דפירש באמת כן. אלא דנהרדעי פירשו דמתני' אין לו קרקע כדי אורה וסלו קאמר אבל תחתיהן יש להן וע"ז הק' רבא דפשעות דמתני' שם ל"מ כן וא"ש:

פת"ש ס"ק א'. יש להסתפק כו':

עיי' תוספתא ב"ב פ"ב יש להוכיח כן ובמב"כ שם כמדומה ט"ס וצ"ל תשו' פמ"א והוא המובא בפת"ש אהע"ז:

סימן קמב

סעיף ב'. כיון שהיה הסיוע בטעות:

עיי' קצוה"ח מש"כ בישוב קושית התוס'. ובנתי' דחהו מדא"ל זיל אהדר והא הוי הפקר. ואין בזה כדי דיחוי דהא זיל אהדר א"ל קודם ששמע טענת מחילה ועיי' ש"מ שם. ומש"כ בפת"ש ס"ק א' דל"א כן רק בדבר מועט. כ"כ הקהלת יעקב בשם מהרשד"ם סי' שכ"ד. אלא שהמגיה ביד רמה השיג עליו דמשמע משם דאפי' ביותר משויו נמי אמרי' כן. ומש"כ בס"ק ב': בא"ד ומבואר בתומים כו' ט"ס הוא וצ"ל ש"ך ס"ק כ"ב. בש"ך ס"ק ד' יש ט"ס ובמקום "כהמחבר" צ"ל "כהרמב"ם":

סימן קמג

סעיף א'. כל אותם ל' יום כו':

צ"ע שהשמיט מש"כ הרמב"ם דדוקא ל' יום ולא יותר ומש"כ הרב בהגה וי"א כו'. הוא דעת הנמוק"י ועיי' עליות הר"י בש"מ והנה הקצוה"ח מדמי לה למש"כ הנמוק"י ב"ק בשם הרמ"ה וא"כ למה השמיטה המחבר כאן ובאור"ח לענין תפילה בסי' ק"ת פסק כהרמ"ה. במג"א שם כתב דהרמב"ם והב"י סברי דהוי אונס וביור"ד סי' רל"ב בהגה שם מביא שני הדיעות ולא הכריע.

וצ"ל כמ"ש המג"א דלענין שבועה החמירו. ותמיה ראיתי בחי' רע"א שם דעל מש"כ המג"א בשם ב"י בחו"מ כתב דלא מצא שם. והוא בסי' ר"ז סעיף י"ג בבדה"ב בשם הריטב"א ובמג"א ט"ס במ"מ. ובעיקר דברי האגודה הק' הקצוה"ח סי' נ"ה מנתינה בע"כ ומריש כתובות ובנתי' דחהו דהוי כהלואה. ובאמת הוא מחלוקת הראשונים דהרשב"א פ"ז דגיטין מובא בחירע"א שם כתב דהוי כמכירה על תנאי. ומתוס' גיטין ע"ה ד"ה מכלל נראה דהוי כהלואה. ומש"כ הנחי' להק' מההיא דפסקיה מברא. נ"ל דהאגודה ל"כ כן רק אם האונס שאירע לו ביום האחרון לא היה אירע לו בשאר הימים הקודמים וכן בתקנת

הילל דלא היו מצניעין עצמם בכל השנה רק ביום, האחרון והיה יכול להחזיר מקודם ולא היה האונס כלל אבל באונס שהיה יכול להיות גם בשאר הימים מודה האגודה ול"ק ממברא דפסיקת המברא היה יכול להיות גם בשאר הימים אילו בא בהם. וקושית הקצוה"ח מריש כתובות דהש"ס דדייק הא חלה לא ל"ד חלה אלא ה"ה לשאר אונסין וכמ"ש רש"י ותוס' שס דומיא דמת אלא דבמת החסרון הוא משום דאין גט לאח"מ ואי בתלה כדעת האגודה לפמש"כ הקצוה"ח הא הטעם משום דלאו אונס הוא ואין זה דמיא לאונס מיתה. ומש"כ הקצוה"ח מנתינה בע"כ נ"ל דגם האגודה מפרש תקנת ר"י דהוי כתנאי וכמ"ש הקצוה"ח והגרע"א ואפ"ה שפיר דייק משם דאם להש"ס א"ש דתקנת הילל והיה נגד הדין דנתינה בע"כ בעלמא לא הוי נתינה היה לו לתקוני גם בזה דנאמר אונסא רחמנא חייביה, ובאמת בזה הוי מחלוקת בירושלמי וע"כ דלא נקרא עליו שם אונס כלל. עוד נ"ל בהא דתלה. דאם עשה תנאי אם לא אבא עד יב"ח מסתמא כשקבע זמן זה היה בדעתו שבהמשך זמן זה יהיה לו ישוב הדעת ולגמור הדבר ואיך נימא דפושע הוא במה שלא בא מקודם דאילו רצה לבא לא היה מתנה על זמן יב"ח. ועיי' ח"ס חחו"מ סי' מ"ב מש"כ בזה ובזה ראיתי בשו"ת חסד לאברהם להגר"א תאומים סי' נ' מביא ראיה מש"ס ביצה כ' ע"ב למ"ד נו"נ אין קריבין ביו"ט לא תימא כו' ורבנן הוא דגזרו גזירה שמא ישהה ופירש"י שם שישהה עד המועד שיהא בשר מצוי ברגל וכשיבא המועד יארע לו אונס ונמצא מאחר נדרו וקשה מה איכפת לן אם יארע לו אונס ברגל שלא יקריבו הלא לא יעבור על בל תאחר דאנוס הוא ויקריב אתר התנ ופשיטא דמי שנאנס ולא היה יכול להקריב כל הימים עד עבור ג' רגלים דאינו עובר על ב"ת. ואף עשה דובאתם והבאתם שמה לא יפסיד דיקיימנה אחר רגל הג'. וע"כ כהאגודה דל"ת כה"ג אונס הואיל והיה יכול להקריב מקודם. והנה מש"כ ראיה מש"ס. מש"ס גופה אין שום ראיה דמשום אונס הוא דהא בש"ס נוכל לפרש כפירוש הרגמה"ג על גליון ש"ס מנחות ק' ע"ב דדילמא ישתהו הכהנים מלהקריב כ"כ קרבנות ויבואו לבית הפסול. אלא דמפרש"י לכאורה ראיה כהאגודה ולאחר העיון גם מפירש"י אין ראיה לפמש"כ הפנ"י ר"ה דאם היה אונס בכל הג' רגלים תיכף שיעבור האונס עובר על ב"ת וה"נ כונת רש"י דיהיה אנוס ברגל ולאחר הרגל כשיעבור אונסו עובר בכל יום אב"ת והוא ימתין על רגל הב' ועובר בכל יום. ובאמת צ"ע למה לא פירש"י דיעבור על עשה דובאתם והבאתם שמה דעובר ברגל אחד ויותר שכיח דיארע לו אונס ברגל אחד משיארע לו אונס בכל הג' רגלים ושיעבור על ב"ת. ולכאורה מזה ראיה למה שהעלה הפנ"י ביצה י"ט דעשה זו אינה אלא באפריש ולא אקריב אבל אמר ולא אפריש אינו עובר אף דבלאו כה"ג עובר. וגם צריך טעם למה

לא פירש בגזירה שמא ישהה משום תקלה דגיזה ועבודה וכה"ג שם י"ת פירש משום תקלה. וצ"ל כמ"ש בהג' רש"ש שם דטעם זה הוא על אמר ולא אפריש דל"ש תקלה. וא"כ יפה פירש"י משום הלאו ולא משום העשה דבכה"ג אין בה משום העשה. ואף דראיית החסל"א נדחית אבל עיקר הבנתו בדברי האגודה יפה מאוד דהאגודה לא קאמר אלא בנשבע או מחייב א"ע לעשות דבר זה עד זמן פלוני ומונח חיוב אכתפיה לעשות דבר זה בתוך זמן זה ואם היה לו זמן שלא היה אנוס ולא קיים עבר על שבועתו. משא"כ במחייב א"ע דבר על תנאי הרי לא שם החיוב על נפשו לקיים התנאי רק שהתנה שאינו נותן מתנה זו רק באופן כשלא יקיים התנאי זה בזמן זה וכשהוא אנוס בקיום התנאי בטלה המתנה דאמרי' דלא נתן המתנה רק כשלא יקיים התנאי ברצון ולא כשלא יוכל לקיימו משום אונס ואף שבתחילה לא היה אנוס הואיל ונאנס לבסוף אדעתא דהכי לא נתחייב. וניחא בזה מה שלא הובא דין האגודה באהע"ז גבי גיטין וקדושין דל"ש בהו אונס רק לענין קיום התנאי. ובזה יש לפלפל הרבה במה שכתבו האחרונים בדברי האגודה:

סעיף ב'. אבל אם א"י כו' אין דין זה מוסכם עיי' נמוק"י בעובדא דשכוני גואי ובש"מ בשם ר"י וגם ברמ"ה ל"מ כן וצ"ע. ומש"כ בבאה"ט ס"ק ה' אם ברת כו' אפשר כו'. כ"מ לכאורה מדיוק לשון רש"י כתובות י"ז ע"ב ד"ה אי ברת ע"ש:

סימן קמד

סעיף ג'. והוא שלקח בשטר:

בתומים חקר באם מכר כל שדותיו וגם שדה זו בכלל לדעת הטור. ובנתי' פשוט לו דהוי חזקה אפי' בסתם. הנה מצאתי ביד רמה שכתב דדוקא בשדה זו ולא בסתם וכן בג' לקוחות. מש"כ הנתי' לדחות דברי התומים ממש"כ הרמב"ן ע"ש. א"מ דהא הרמב"ן כתב שם דא"א לאוקמי תרוי' בסתם דהא אמר כי תניא ההיא.

ועכצ"ל כמ"ש התומים דמצי מיירי בכל שדותיו וגם שדה זו וא"כ אין לנו הוכתה על סתם. ומש"כ בסמ"ע ס"ק ה' בשם תשו' הרשב"א הק' בנתי' דא"כ אפי' מכר שלא בשטר נמי תמיהני דאין ה"נ דהא כתב הה"מ מובא כאן בב"י דדעת הרשב"א כדעת הר"י דאפי' שלא בשטר נמי. וצ"ל דכונתו להק' לדיעה הא' כאן. אלא שדברי הרשב"א גופא צ"ע שכ' אפי' הקדישה שלא בשטר כו' דמאי צריך לטעם שאין לו תובעים דכי גרע הקדש ממכירת הדיוט כיון דס"ל דבהדיוט נמי אפי' שלא בשטר:

סעיף ד'. והוא שמכרו בשטר:

בטור נסתפק בדעת הרא"ש להיכן היא נוטה. והק' המפרשים דהא מפורש כן בדברי הרא"ש עיי' דרישה ותומים. ומצאתי בש"מ בסוגיין בשם תוס' הרא"ש שהק' קושית

התוס' וכתב לחלק כדעת הר"י ואח"כ כתב דיש לחלק באו"א והטור היה בקי בנוסח הרא"ש ובגירסתו:

סימן קמה

סעיף א'. שאין העד מדקדק בזה:

עיי' תומים ונתי' מה שחקרו לדעת התוס'. ובאמת דברי התוס' אינם לדינא דא"צ לחילוק התוס' כמ"ש הבעה"מ לחלק וכן בש"מ. ובהג' אשרי לא העתיק רק דברי התוס':

סעיף ב'. העיד האחר כו':

אבל אחד מעיד על אב"ג ואחד על דה"ו מצטרפין כמ"ש סמ"ע בשם הטור.

והנה הירושלמי סנהדרין פ"ג הל' ט' נראה שחולק ע"ז דפריך שם בפשיטות אילו אחד מעיד שאכלה שנה ראשונה שניה ושלישית ואחד מעיד שאכלה רביעית וחמישית ושישית שמא כלום הוא. ובש"ק סוטה פ"א הל' א' הק' הא לעיל מזה איתא מודים חכמים לריב"ק בשני חזקה דמצטרפין. וראיתי בהג' יפ"ע סנהדרין ל' מגיה בירושלמי זה אומר אג"ה וז"א בד"ו. וכן מש"כ בירושלמי בשטר ע"ש מיירי נמי בקרא ערעור על אחד מהם שהוא פסול דבטל כל העדות וצריך לקיים ולהכשיר כולם. הנה הרשב"א ז"ל מובא בש"מ ב"ב כ"ט הביא גירסת הירושלמי כמו שלפנינו וחלי לה במחלוקת דרבנן וריב"ק והירושלמי כת"ק דריב"ק ס"ל. ולפנינו נדפס תי' הרמ"ה על ב"ב ומצאתי שם נ"ו ע"ב מביא הירושלמי הזה והק' קושית הש"ק ומפרש לה באופן שהני חזקות שייכים להדדי ומשכח"ל באתרא דמוברי באגי דאובר פלגא ואכל פלגא בראשונה והדר בשניה אובר מאי דאכל ואכל מאי דאוביר וכן בכל שתא ושתא עד דמישלם שית דאשכח דלא קיימא ליה חזקה עד שית שנין ועוד: מצייר שם באו"א. ובשטר מפורש שם כמ"ש היפ"ע.

והמפרשים לא ראו דבריו דבזה נסתרו כל מש"כ בזה:

סעיף ד'. בכל אלו כו' עיי' תומים שכתב דגם גבי מערער לא הוי מיגו להוציא. וראיתי מי שהק' מתוס' ב"מ ק"ט ד"ה א"ל שהק' לעולם יהא בעל הקרקע נאמן כו' א"נ הוי מיגו להוציא. הרי דלא כהתומים. אבל ראיתי בכללי מיגו להתומים שהוכיח כן מתוס' ב"ב וכ"כ שם בנתי' וצ"ע דהתומים שם הוכיח כן מש"ס פ"ב דכתובות ועיי' קצוה"ח שם:

סימן קמו

סעיף א'. ואפי' זקנים כו':

הרמב"ם השמיט זה. וכתב הלח"מ שהוא כש"כ מא"ל אל תימרו לו.

ולכאורה תמיה דהא התוס' כתבו דזקן או חולה גרע ונהי דהרא"ש חולק אבל לא כתב דיהא יותר עדיף. וצ"ל דלמאן דפליג הוי נמי כש"כ דבשניהם הוי מחאה משום תברך

חברא אית לו ושם הא אמר לא תימרו ואנן מדייקינן מדבריו לאחריני תימרו אבל בכל אופן יש בזה צד ספק יותר גרע מזקן או חולה דלא אמר להם כלום דמשום זה באמר להם זילו תימרו הא פליג ר"ז: סמ"ע ס"ק ד'. וטעם סברא הראשונה כו'. צ"ע אי י"ל כאן האופנים המבואר בסי' פ"א דמסלקת השטאה. ובזה היה א"ל מה שהק' בתומים על הש"ך ס"ק ד' שפסק כהרא"ה נגד הרשב"א. דהש"ך לשיטתיה שהוכיח בסי' פ"א סעי' י' כהרא"ה דהודאה בפני ע"א בזאח"ז מצטרפין וע"כ פסק גם כאן כהרא"ה. והתומים אולי לטעמו שם שחולק על הש"ך:

שם. ס"ק ז'. אבל להי"א כו':

הא כתב הנמוק"י דבגזילה לבזותו נתכוין ולכך צ"ל למכור כו' אבל בשכירות או משכונא די שאומר משכונא בידי ולא הוי כש"כ וצ"ע: סעיף ד'. בהגה. ולא מהני כו':

הרשב"א כתב משום דבמחאה צ"ל למחר אתבענו לדינא ומה היה לו לחוש ולמה יעמידהו בדין והם אינם בעל דבר שלו משמע דבל"ז הוי מחאה. ולפי"ז צ"ע בסתימת הרמ"א דהרשב"א לטעמו דצ"ל כן. והרמ"א דמביא דעת החולקין למה סתם כאן:

סעיף ז'. ערער וחזר וערער כו':

כתב הרמ"ה מובא בטור ובסמ"ע דוקא דמוכח מתוך טענתו השניה דמבטל מחאה הראשונה. וברמ"ה מביא עוד מחלוקת הראשונים הרי"ף והר"י מיגש ס"ל דוקא דשני תרי זימנא. ור"ח ורשב"ם ס"ל דדי בחדא זימנא ופסק הרמ"ה דמספק אין מוציאין מהמחזיק עד דשני תרי זימנא וגם בש"מ מובא מחלוקת בזה והשו"ע לא הזכיר מזה וצ"ע: ש"ך ס"ק ו'. וא"צ הלוקח כו':

עיי' תומים הכרעת הרשב"א בזה. ובלח"מ דייק עוד מדברי הרשב"א דלא סגי בבירור שהוא ירשו לחוד אלא צריך נמי בירור שבאה לידו בירושה. ומש"כ הקצוה"ח כאן בדברי המהרי"ט תמיהני שלא ראה דברי המלמ"ל פי"ד מטוען שדחה כל דברי המהרי"ט ע"ש: סמ"ע ס"ק כ"ג דאפי' לא החזיק בה הלוקח ג' שנים כו':

והוסיף דמ"מ האשה החזיקה ג' שנים וכן נראה להדיא בהג' דרו"פ וז"כ הסמ"ע שרמז לזה. והנתי' כתב בשם התומים שדחה דברי הסמ"ע וכתב דבעינן שיחזיק ג' שנים. ופלא שבתומים ליתא כן אלא מוסיף על דבריו ולא הזכיר דבעינן שיחזיק. והנה בד"מ מובא תשו' הרא"ש דבמקום דרגילין להכריז קרקע הנמכרת ולמעבד בה פרסום ולא עבדי בקרקע זו לא טענינן ליורש דבר שאינו שכיח ובהגה השמיט זה. אולי דיש מפקפקין בזה עיי' לחם רב סי' קל"ה שפסק דבכל גונא טוענין:

שם ס"ק כ"ח. במיגו דאי בעי אמר ביומא אחריני הואי בהדך:

והק' המפ' מה מיגו הוא זה דאם יאמר על יומא אחריני יהא צריך לברר על אותו יום עיי' פרישה ופ"ת. אבל בגוף דברי הרמ"ה כתוב להדיא דיכול לומר דכמה שני מקמי הני שני חזקה זבינא מינך ול"ד ההוא יומא קאמר ועיי' תומים:

סעיף י"ז. שהוחזק המוכר גזלן על שדה זו. וכתב הרא"ש ואע"ג דאמרי' לק' אי לאו דאודי ליה כו' מ"מ ביני לבינך היית רשאי לומר שגזלה ממך ולא היה לך להשיאני עצה לקנותה. וצ"ע למה צריך לשני הטעמים דבטעם ב' לחוד סגי וכן ראיתי מתרץ בש"מ בשם הרשב"א. ובאמת בלא"ה לק"מ דהודאה מחמת יראה הוא רק לגזלן עצמו כשמודה ולא להלוקח וצ"ע:

סעיף כ"ג. מעמידין אותה כו' של אבותיו:

והיינו דבעדי הכחשה לא אמרי' עדות שנתכחשה קצתה נתכחשה כולה כן כתבו הראשונים כאן. ותמיהני על המחנ"א הל' עדות סי' ו' שחקר בזה וחתר להביא ראיה מסוגיין ולא הביא דברי הראשונים:

סעיף כ"ד. ויש מי שחולק:

עיי' בטור שני הדיעות. ולעיל סי' פ' סתם הטור כדיעה הא' והיינו משום דעת אביו הרא"ש דס"ל כרשב"ם וכן דעת הרמ"ה וכ"פ המחבר שם. אבל צ"ע דדעת היש מי שחולק לאו דעת ר"י לחוד היא דכן פסק גם בהג' מיימוני מובא בש"מ וכ"פ המאירי סנהדרין בשם הגאונים:

והנה הש"ך כאן ס"ק ג' הק' מאוד בדברי המחבר למאי שפסק הטור לעיל כו' ע"ש. וצל"ע בדברי הש"ך דקושיית תוס' מבואר יותר בש"מ בסוגיין ושם כתב להדיא דמיירי שיש לו עדים שדרו בו אבותיו יום אחד וע"ז סובב קושית התוס'. מיהו גם בטור כתב לחילוק ר"י דמיירי שאין לו עדים שדרו בו אבותיו יום אחד וכתב ע"ז דעת הרמ"ה החולק. אבל גם זה צ"ע דסתם דיעות הסוברים דהכא לא טענינן אף ביש לו עדים שדרו בו אבותיו וכן מובא בב"י בשם מהרי"ו שני הדיעות. ומה שהק' עוד הש"ך על הטור מנ"ל דלשון ירשתיה מאבותי משמע דלקחוה וגם התוס' י"ל דלא ס"ל כן. הנה בש"מ מבואר בשם רשב"א וז"ל דלישנא דקאמר של אבותי ולא אמר מאבותי ירשתיה מסתמא משמע דשל אבותי היא משנים קדמוניות, והרשב"א שם תירץ דלא טענינן ליורש אלא כשטוען שמא ולא כהכא שטוען ברי וכן מובא תירוץ זה במ"מ. מזה משמע דלא כחילוק הסמ"ע בס"ק כ"ג. וגם מדברי רשב"ם שכתב דהכא אין צריך עדים שדרו בו אבותיו יום אחד שהרי זה טען טענה גמורה משמע דטענת ברי הוא. ודברי הרשב"ם מובא גם בדרישה. וצ"ע על המ"מ שלא הביא גם חילוק הר"י ותוס':

סעיף כ"ה. טען המערער שהוא מזויף כו':
הב"י עמד על הרמב"ם דגבי הלואה כתב אמנה או מזויף ובמכר כתב רק מזויף והשמיט אמנה. וי"ל עפ"י מה שהק' בתומים מה חשש יש במכר משום אמנה הא מכרו. ונ"ל דלהרי"ף לשיטתיה שפסק דלא אמרי' עבחז"ל שפיר יש חשש כמ"ש הטור סי' רל"ח ומובא שם בסמ"ע ס"ק ב' ע"ש. והרמב"ם דס"ל דכותבין שטרי מכר אף בלא אקנייתא כמ"ש שם הב"י וש"ך בדעתו וליכא לדידיה חשש באמנה שפיר השמיט. ומה שדחה התומים מש"כ הש"ך ס"ק כ"ו ממש"כ הרי"ף ע"ש. הא הש"ך קאי על לשון המחבר והוא מהרמב"ם שכתב והוא מקויים ע"ז כתב דאם כבר הביא לפנינו מקויים גם הרי"ף מודה:

סימן קמז

סעיף א. והרי איבד כל זכותו. הק' בתומים הא ל"מ הודאה לגזלן. והנתי' כתב דכונת השו"ע בראיות שהם שלו. וליתא דכתב הריטב"א ומובא בב"י דאפי' אם מביא עדי גזילה. וע"כ כמ"ש באופן הב'. אלא דמש"כ בתומים להוכיח מרא"ש ב"ב דאין לחלק בין גזלן לגזלן. תמוה דהרא"ש כתב להדיא שם דמוחזק בגזלנות מדאמר והא פלוני גזלנא. ועיי' בהג' הרי"ף שהרי"ף ל"ג זה. ומש"כ בהגה בשם הריטב"א ודוקא שחתם עם עד אחד כו'. באמת הריטב"א מסופק בזה עיי' ב"י. ובמדר"א הק' דלמה דקיי"ל דשני שטרות בע"א מצטרפין הו"ל למיחש דיתחום עד אחר וכי בשטר אחד שחתמו זה שלא בפני זה נמי לאו כלום הוא? והנ"ל דאין ה"נ להריטב"א. דלפי מה שנראה מפשטיות לשון הש"ס ל' ע"ב התם קעביד מעשה משמע דעיקר הוי החתימה אפי' חתימת עד אחד נמי הוי מעשה. אבל הריטב"א כתב מובא לשונו במורה צדק סי' קמ"ז ובשו"ת פמ"א סי' קנ"ז וז"ל אומר מורי לא מפני מעשה החתימה אלא שהדבר נגמר בזה וה"ה לעדות ע"פ אם נכנס ערב או קבלן כו'. וא"כ דוקא בנגמר על ידו כל המעשה ובע"א דלא נגמר ע"י כל המעשה לא הפסיד זכותו. ועפי"ז יש לדון במש"כ המבי"ט והרנא"ח מובא בפמ"א ת"א סי' צ"ב דגם בסרסור הפסיד זכותו. די"ל דוקא בהיה הגומר ולא: כשהיה רק המתחיל ועיי' מש"כ בזה המגיה ביד רמה ב"ב ל' ע"ב ומש"כ עוד בהגה וכן אם לא חתם כו' ה"ה אם הוא קרוב או נצטרף לקרוב כ"כ המלמ"ל. ומש"כ הש"ך ס"ק ג' ובנתי' השיגו וכ"כ בהפלאה שם ובק"נ וע"ש בפנ"י שדחהו מטעם אחר:

סימן קמח

סעיף ב'. אחד שקנה אותן מד' כו': הנתי' כאן העלה דהמזיק דבר שאינו במכירה לא הוי מזיק. ומקשים עליו מגזל חמץ ועה"פ דאסור בהנאה ואפ"ה אם בא אחר ושרפו תוך המועד חייב.

וכן מ"ט דר"ש דאמר דמזיק קדשים שחייב באחריותן חייב הא קיי"ל פסחים פ"ט המוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום. וי"ל דכונת הנתי' דוקא במידי דלאו בר מכירה הוא לאחרים מצד דלא שוי מידי לאחרים זולת לו שיפטר עצמו בכך או שנהנה בכך ככתובות ל"א. אבל כל שיש בה שווי רק שאינה נמכרת מצד האיסור שרכיב עליו כמו בחמץ ועה"פ או קרבן בכה"ג ודאי הוי ממון ובשו"ת א"ש סי' פ"ד חילק דע"כ ל"כ הנתי' כן אלא במקום שאין הניזק צריך לקנות חפץ אחר כמו בב"ק וכתובות דמביא הנתי' דגרמי ליכא כיון שאין צריך להוציא עוד מעות מכיסו וגם על, גוף ההיזק ג"כ אינו חייב כיון שאינו ממון למוכרו לאחרים משא"כ במזיק קדשים שחייב באחריותם או שורף חמץ נהי דפטור מטעם מזיק כיון שאינו ממון למוכרו לאחרים אבל מ"מ חייב מדינא דגרמי כיון שעי"ז צריך להוציא מעות מכיסו לקנות קרבן או לשלם לו בעד חמצו וי"ל בזה:

סימן קמט

סעיף ב'. בהגה. וכן אפי' החזיק כו' עיי' בהגר"א מביא מב"מ דק"י וצ"ע דשם משמע דבעינן תרתי יהבי טסקא וכרי כרויה ומנ"ל דמס לחודא הוי מחאה.
ובזמנינו שכיח דהמוכר פורע המס מפני שלא נכתב עוד בנימוסי המלוכה על שם הלוקח פשוט דלא הוי מחאה כה"ג:
סעיף ט'. בהגה אבל חפר כו':
הלח"מ פי"ג מטוען הק' על הרמב"ם דפסק כר"י דאפי' חפר לא הוי חזקה למה פסק כשהתנה דו"ד אין לי' בנכסיך הא לדידיה ליכא לאקשויי פשיטא דטובא אשמעי' דאפי' חפר לא הוי חזקה וכתב שדוחק לומר דלר"י נמי פשיטא. ומה שחשב לדוחק כן הוא סברת הרמ"ה בטור דדוקא כשסילק מפירות הוי חזקה דבלא"ה אפי' חפר בשו"מ לא הוי חזקה ונהי דלא פסק כוותיה בדינא כמ"ש המ"מ אבל מ"מ הסברא נכונה. והנה הט"ז העלה דע"כ לא הוי קילקול אלא לדעת האשה אבל לדעת המחזיק דצריך לזה שפיר חשיב תיקון לדידיה וכן משמע מדיוק לשון הרשב"ם שכתב והלכך מקלקל לה לצורכו ע"ש. ובזה לכאורה מיושב מה שהק' הט"ז על הר"י הלוי המובא בהגה כאן דלמה לא מוקי הש"ס הא דצריכה למחות דמיירי בחזקת תשמישין. [והקדימו להק' כן הריטב"א מובא בב"י ועיי' דרו"פ בארוכה מזה] די"ל דהש"ס דמשני בחפר בורות חידושא קמ"ל דכה"ג הוי חזקה דלא מיקרי מקלקל לגמרי הואיל דאצלו הוי תיקון. ואף דפריך עלה דאין חזקה לנזיקין הא שפיר משני לדינא. וראיתי בש"מ בשם הראב"ד שעמד בזה כמו שהק' הט"ז וכתב דאעפ"י שיש בבורות תועלת אין התועלת כנגד הנזק. וגם זה הוי חידוש דמ"מ הוי חזקה. ועפי"ז ל"ק מה שהק' הסמ"ע ס"ק י"א די"ל דלא כהה"מ בהבנת

דברי הרמב"ם אלא בנה והרס באופן דהוי מקלקל גמור בלא שום תיקון וכ"כ בנתי' אלא שהוא כתב דבנה ר"ל בתיקון לגמרי דגם בזה אין לו חזקה והרס הוי קילקול לגמרי. ולא היה צריך לזה. וכן מצאתי במלמ"ל פי"ג מטוען שמביא דברי ריב"ש על מש"כ הרמב"ם ובנה והרס דדוקא בעושה היזק אבל בונה לא דהא מתקן הוא ואפי' אם הורס ע"מ לבנות מתקן הוא. הרי דהריב"ש הבין בדברי הרמב"ם דהוי מקלקל גמור. והב"ח כתב אחרת ע"ש. ומש"כ בבהגר"א ס"ק י"ב עיי' לת"מ מש"כ בזה:

סעיף י'. כשאר כל אדם. היינו דגם הוא מחזיק בנכסיה כמ"ש הנמוק"י מהריטב"א. ומזה משמע דבמגורשת ואינה מגורשת אין הבעל אוכל פירות. ובש"מ ב"מ י"ב חקר בזה הואיל כשנשבית אינו חייב לפדותה דלא קרינן בו ואהדרינך לאינתו ופירות תחת פירקונה. ובשו"ת באר יצחק תחו"מ סי' א' פשוט ליה דאינו אוכל פירות בכה"ג כיון דפטור מספק לפדותה ממילא אין לו זכות כלל בפירות ואפי' תפס מפקינן מיניה ואפי' אי נימא דלא כהבא"י אלא אם תפס לא מפקינן מיניה כמו דמהני תפיסתה בפרקונה מ"מ בנד"ד הוי חזקה והו"ל למחות. ולכך סתם הריטב"א ולא פירש לחלק בין כתב בה דו"ד כו' ללא כתב לה דאוכל מן הדין די"ל דרק בכתב לה מיירי הואיל דמדין אין לו אלא דאפ"ה לא קפדה ובנתגרשה ספק גירושין קפדה. ומדסתם משמע דבכל גונא מיירי והיינו משום דס"ל דאין לו פירות וראייה להבא"י ואין הספר תח"י כעת. ומש"כ בהגה כאן בשם המרדכי אלמנה אצל יתומים כו' צ"ע מפשטות הירושלמי ב"ב פ"ג הל' ה' שכתב דלאחר מוחו יש לה חזקה. והנה מוכח מדברי המרדכי שם שכתב דדוקא במגורשת וא"מ דמחמת שנאה הוא ואינו נותן לה בריוח. משמע דאשה האומרת איני ניזונית ואיני עושה אין לה חזקה דגם בזה אין הבעל מקפיד והישועי"ק אהע"ז סי' ס"ט חקר מזה ע"ש ועיקר ראייתו מש"ס ב"ב נ"א פשיטא כיון דאית לה מזוני כו' ולא משני באמרה איני נזונית וע"כ מוכח כהסוברים בסי' ס"ט שם דיכולה לחזור ולכך אין לה חזקה דחיישי' שמא תחזור.

וי"ל דלכאורה פשטות קושית המקשה כיון דאית לה מזוני כו' קאי על כל אשה והיינו אף בנכסי יתומים וכמו שהוכיח המרדכי מזה דינו. וזה נראה פשוט דאף להסוברים דכל אשה האומרת א"נ וא"ע יכולה לחזור היינו רק נגד בעלה אבל אם אמרה כן להיתומים שוב א"י לחזור וכן מצאתי בע"ה בחי' כתובה סי' צ"ה וא"כ א"ש דלא משני כן במתני' דסתמא מיתניה אף נגד היורשים ובהו כה"ג יש לה חזקה שו"ר לאח"ז להמהרש"א במ"ב כאן שדיבר מזה ע"ש. ונראה להמרדכי לפמ"ש הב"ש אהע"ז סי' צ"ה להסכים עם הב"ח דהיכא דהברירה ביד היורשים לסלקה ולא ליתן לה מזונות אין מעשה ידיה שלהם דבזה

יש לה חזקה דמקפידין עליה כיון דאינה נותנת להם מעשי ידיה ועיי' שו"ת מהרי"א חאהע"ז סי' נ"א:

סמ"ע ס"ק ט"ז. לפי"ז אם כתב לה כו':

וכ"כ הח"מ אהע"ז סי' פ"ז. והב"ש שם הק' דלפי"ז למה לא מוקי בש"ס הא דצריכה למחות מיירי בכה"ג דבעל סילק א"ע מובא בקצוה"ח. ותירץ הקצוה"ח דלרב לשיטתו ל"מ סילוק. וכן כתבו ההפלאה והגרע"א מובא בפת"ש אהע"ז שם. ולכאורה עדיין אין תירוצם מספיק כמו שהק' עליהם בישועי"ק שם לפמש"כ הר"ן כתובות בשם הרמב"ן דאף דלא מהני התנאי מ"מ יוכל להתחייב א"ע שיחזור הכל ליורשי האשה ונוקמי בכה"ג הא דצריכה למחות וכן נוכל לאוקמי כהא דסו"פ מי שהיה נשוי באמר נכסי לך ואחריך לפלוני דלא ירית בעל וכ"כ בס' חב"י. אבל באמת צדקו דבריהם עפ"י מש"כ בדרישה כאן להק' אף לשיטת הרי"ף ורא"ש דמיירי בלא כתב לה כמ"ש בסמ"ע דעדיין קשה דילמא מיירי באחר וכגון שכתב לה בחיים ובמותיך. ותירץ כיון דרב סתמא אמר א"א צריכה למחות. דוחק לומר דמיירי דוקא בכתב לה בחייך ובמותך. אבל בכתב לה דין ודברים לחוד שפיר הק' התוס' מאחר דצ"ל דהמשנה דקתני ולא לאיש חזקה בנכסי אשתו מיירי דכתב לה דו"ד דבלא"ה קשה קושית הש"ס פשיטא משא"כ בחייך ובמותך דלא מיירי מינה וגם אינו שכיח לא הו"ל לסתום אלא לפרש וע"ש שמביא ראיה לזה מלשון התוס' ונמצא דשפיר כתבו האחרונים. ובזה נדחה נמי מש"כ הישועי"ק מזה מקור לדברי הרמב"ם מובא במחבר כאן שכתב ואפי' התנה שלא ירשנה. דמנ"ל, זאת דאף בזה ל"מ חזקה ובש"ס לא מיירי מזה. וכתב דאם נימא דהיכי דאינה יורשה מהני חזקה יקשה אמאי לא מוקי מילתא דרב דצריכה למחות היכי דכתב לה דו"ד אין לי בנכסיך בחייך ובמותך אלא כהרמב"ם. ולמש"כ בדרישה אין שום ראיה. ותמהני מאוד עליו שאם בדרך זה הרי יש ראיה יותר פשוטה לדברי הרמב"ם כמ"ש הלח"מ פי"ג מטוען ע"ש ולא ראה דבריו:

סעיף י"ב. ראובן שמכר כו' הט"ז הק' מאריס בסעי' כ"ו. ומה שתירץ ע"ז אינו ברור כ"כ דאריס אם יקלקל ג"כ משלם. ונ"ל דלק"מ דשם באריסי בתי אבות שסומכין עליהם כמ"ש רשב"ם ומקפידים שלא יתנו לאחר שאינם מכירין אותו ובאריס סתם ודאי הוי חזקה דכך להם אחר כמו זה והכא דראובן אינו מכיר טיב שמעון ושמירתו מה לו שהוריד אחר במקומו:

סמ"ע ס"ק י"ט. ועיי' חרישה שם כתבתי כו':

לא כן פסק הרמ"ה דאע"ג דהוחזק בגזלנות על שדות אחרות יש לו חזקה אא"כ הוחזק להרוג נפשות על עיסקי ממון ואע"ג דהוחזק בגזלנות לכמה בנ"א לא איתחזיק בגזלנות לגבי כולי עלמא דאיכא דנוח לו ואיכא דקשי לו אלא אם הוחזק להרוג נפשות ש"מ לא מוקי נפשיה בגזל:

שם. ס"ק כ'. אבל מסידור לשון כו':

וכתב הב"י דומיא דבי ריש גלותא וכ"כ הרמב"ם פי"ג מטוען. והנה הרמב"ם שם הל' י' בדין דבי ריש גלותא כתב דלא אינהו בדידן ולא אנן בדידהו ובהל' י"א כתב בגזלן שהחזיק אין אכילתו ראיה ולא הזכיר אנן בדידיה. אלא שממש"כ שם בהל' ב' וכן ראשי גליות וגזלן וחש"ו וכו' וכן המחזיק, בנכסיהם אין אכילתן ראיה מזה מפרש הב"י דקאי אכולהו ולא אחש"ו לחוד דמינה סיים. ולפי"ז תיקשי למה אהדר הרמב"ם בהל' י' לפרושי בי ריש גלותא ולא אהדר כן בהל' י"א בגזלן. וי"ל דהרמב"ם בהל' י' אתי לאפוקי ממה שפירש הרמ"ה דאין מחזיקין בהם משום דמניחין לאכול דרך נדיבות לכך כתב הרמב"ם דהטעם הוא מחמת יראה וכיון דהטעם הוא מחמת יראה ודמי לגזלן לכך בהל' י"א בגזלן לא צריך תו לפרש דאין מחזיקין בשלו דכבר פירש כן בבי ריש גלותא וטעם אחד להם:

שם ס"ק כ"א. והטור לא כתבו כו' בחזקת ישראל הקונה ממנו:

אולי עפ"י מש"כ הרמ"ה דאם הלוקח בעצמו יודע שהוא של ישראל אף דלית לתובע עדים דשלו הוא מיחייב לאהדורי נהליה. ולזה כתב הטור כן בידוע ר"ל ביודע הישראל אף דלית לתובע עדים:

שם. ס"ק כ"ב. וכתב הראב"ד והמרדכי כו':

במרדכי לא מצאתי מזה ובפ' חזקת מביא המרדכי להלכה פירוש הב' שברשב"ם דאע"ג דבשאר מקומות הוי חזקה בג' שנים אבל בארץ פרס דוקא מ' שנה. וגם מש"כ בשם הראב"ד דאם החזיק העכו"ם או הישראל הבא מכחו מ' שנה תמה הנתי' דל"כ כך אלא בהחזיק העכו"ם ע"ש. ולולא שהוא דחוק בכונת הסמ"ע י"ל דהדין נתחלק עפ"י מש"כ הרמ"ה לפרש כגון דהואי האי ארעא דגוי מעיקרא וזבנה ישראל אחריני בשטרא דאי אית ליה סהדי לישראל קמא דאכלה מ' שנין מקמי זבינא דישראל בתרא מוקמינן לה בידיה דישראל קמא וכי זבין לישראל בתרא לאו בידיה זבין ואי לית ליה סהדי על מ' שנין ולא נקט שטרא מוקמינן בידיה דישראל בתרא. וזה י"ל במש"כ הסמ"ע דאם החזיק העכו"ם הוא כמ"ש הראב"ד. או ישראל הבא מכחו הוא לפירוש הרמ"ה. והפוסקים לא הביאו זאת משום דאין לדון מחוקי הפרסיים וגם בעיקר פירוש הש"ס נבוכו הראשונים:

ש"ך. ס"ק י"ג. ומ"מ כאן א"צ כו':
והא דפסק בסי' קמ"ו סעי' ט' דנשבע ונוטל ובש"ך דאפי' בשמא נשבע ונוטל והכא עכ"פ לא גרע משמא. צ"ל דכל הטעם דנשבע שם הוא מטעם שמא מחל כמ"ש שם הב"ח וכ"ז שייך רק באומר א"י של מי הוא כו' כדאיתא שם אבל בטוען טענה ומתברר דהטענה אינה כלום ל"ש זה ועיי' קצוה"ח:
סעיף י"ט. אין מחזיקין כו':
עיי' קצוה"ח מש"כ לפרש בדברי הרמב"ם וכ"כ עוד בסי' רל"ה. ובשוש"י וערוך השולחן השיגו עליו דדוקא בפחות מבן כ' דמדאורייתא מכירתו מכירה אלא דתק"ח הוא שלא יזלזל במכירתו כתב כן הרמב"ם אבל בקטן ממש דמדאורייתא אין מכירתו מכירה בזה אף שהגדיל אין מכירתו כלום. והנה כדברי הקצוה"ח מצאתי כאן בפרישה שכתב כן בדברי הרמב"ם ועיי' מש"כ עוד בפרישה סי' רל"ה. ואולי הפרישה מפרש כאן בפחות מבן כ' כמ"ש המהרי"ט מובא בבאה"ט כאן. ועיי' לח"מ פי"ד מטוען בשם הריב"ש ראיה מש"ס להראב"ד רמז לזה הש"ך. והלח"מ דחה זה. ולפנינו בש"מ מובא פירוש הראב"ד בש"ס כמ"ש הריב"ש אלא שהוסיף עוד וכתב ואפי' משהגדיל כיון דחזה לך אכיל ואזיל סבר דידך הוא ולא מיחה. משמע דבקרוב שפיר אסיק אדעתיה כמ"ש שם בש"מ מקודם בשם משי"ח ולא כלח"מ:
סעיף כ"ג. אינו מצטרף לתשלום כו' התומים הק' מסי' קמ"ד ע"ש והוא באמת תמיה גדולה. והנכון מש"כ לתרץ בזה בשו"ת בית דוד להגרד"ט ממינסק דדוקא שם בגזילה דקי"ל בסי' ק"י דנזקקין אפי' לקטנים והיו מקבלין מחאתו שפיר הו"ל למחות. משא"כ כאן דהיה לו חזקת אבהתא מעיקרא דמבואר בסי' ק"י דאין נזקקין הוציא מידו והוי כשעת חירום בסי' קמ"ג ולא הו"ל למחות. ועיי' נמק"י ב"ב מ"ב בסברת הרמב"ן. אבל הנתי' ס"ק י"ח כתב דהמחאה הוא אולי יזהרו או קרוביהם יזהירו בשמירת שטרם דהם ג"כ לפעמים בני שמירה נינהו כמ"ש תוס' ב"ק ט' ע"ב וי"ל:
סעיף כ"ד. י"א דהוי חזקה:
עיי' תומים מש"כ לדיעה זו. ובנתי' דחהו משום דפשיעה בקרקעות פטור. ועיי' ש"ך לעיל סי' ס"ו ס"ק קכ"ו ובמפ' שם ודוק:
סעיף כ"ח. האומנים שהיו בונים בקרקע כו':
משכח"ל בבנאי או צייר שדרכו לקבל עליו חצר לבנותה או לציירה ודרכו לדור בה עד שתכלה מלאכתו כדי שיהא מזומן שם לעשות מלאכתו כ"כ הרמ"ה. והנתי' לא ראה דבריו ע"ש:

סעיף כ"ט. האפטרופסין כו':
התומים העלה דבידוע שא"ל רשות בשאר השדות לכו"ע א"ל חזקה. ומבהגר"א ס"ק נ"ה ל"מ כן דבאשה א"ל רשות כשסילק א"ע ואפ"ה א"ל חזקה, וכ"מ לשון רמ"א דהוסיף דא"ל רשות בהם. משמע דידוע דא"ל רשות בהם. ומש"כ התומים כן בשם הפרישה. הוא כתב רק דכן נוכל לפרש לשון הרמב"ם אבל לדינא משמע מסוף דבריו שם דמיירי בכל גונא:
סעיף ל"א בהגה. יחיד כו' תמיד כו': משמע מלשונו דג' פעמים עכ"פ בעינן ועיי' שע"ת אור"ח סי' קנ"ג ס"ק כ"ז ובמסגרת סוס"י ק"מ דין מ"ד. ומש"כ בפת"ש ס"ק ג' בא"ד דמי שנותן ממון לצדקה כו'. בשו"ת ברכת משה סי' א' ב' העלה מדברי הרדב"ז דדוקא משום רווח עניים רשאים לשנות למי שנותן יותר ולא משום רווח בהכנ"ס. ולא נתבאר אי מצי לדחותו גם קודם זמנו כשמוסיף או דוקא לאחר זמנו אין לו חזקה ועיי' משנה ברורה סוס"י קנ"ג:

סימן קנ

סעיף א'. ומ"מ עצה טובה כו':
או דליכתוב לו מלוה שטר הודאה שיורד בה במשכונא ולעולם לא אהא נאמן לומר לקוחה היא בידי כ"ז ששטר זה בידך. רמ"ך בש"מ ב"מ ע"א. ולפי"ז צ"ע בהא דב"מ ק"י א"ל איבעי ליה למחויי ובתוס' שם דקס"ד דלא מהני אלא כשאומר פלוני אכיל לארעאי בגזלנותא והא בלא מחאה יש עצה פשוטה כמ"ש הרמ"ך:
ש"ך סוס"ק י"ג. וא"ל כיון דקטנים כו':
עיי' תומים בכללי מיגו אות ל"ת מה שפיקפק על הכנה"ג, במיגו דהחזרתי לאפטרופס. ותמוה שלא העיר מדברי הש"ך כאן. ולפמש"כ שם לפרש לדבריו בשני אפטרופסין ה"נ י"ל דעובדא דרבה ב"ש היה בשני אפטרופסין:
שם. ס"ק י"ט. דכל משכנתא דסורא קלא אית ליה והק' המעיי"ח כיון דא"י לטעון לקוח מתחילה איך יהיה נאמן שלקחו אח"כ כיון שבא לידו בתורת משכונא מי גרע ממשכון דמטלטלין ואיכא עדי פקדון וראה שאינו נאמן לטעון לקוח אח"כ כמבואר, בסי' קל"ג. אבל באמת כונת הש"ך הוא לא דאינו נאמן לטעון לקוח בתחילתו משום קול המכחיש אלא כונתו כמ"ש הרמב"ן מובא בש"מ ב"מ וז"ל ואע"ג דאי כפר ואמר מעיקרא בתורת זביני אתי לידי ע"כ מהימן אין דנין אפשר משאי אפשר דהתם לא אפשר למיעבד בה תקנתא ועוד קלא אית לה למילתא ולא שכיח דאמרי הכי. וגם כונת הש"ך כן הוא דאף דאי יטעון בודאי מהימן אבל לא חשו לזה דאינו שכיח וא"כ במיגו שפיר מהימן דאף

בדלא שכיח נמי אמרי' מיגו וראייה ממיגו דנאנסו כמ"ש הש"ך בכללי מיגו אות כ"ב ובתומים שם:

סימן קנא

סעיף א'. ובעל בנכסי אשתו:

כן הוא לשון הרמב"ם. ובטור כתב גם ואשה בנכסי בעלה. והלח"מ פי"ד מטוען תמה על השמטת הרמב"ם:

אשה בנכסי בעלה. ופלא דבמקומו כתב רבינו זה עיי' פכ"ב מאישות הל' י"ז שמבואר שם, כל פרטי הדינים. ומש"כ המחבר בנצ"ב כו' עיי' ב"י וב"ח ומלמ"ל פ"ל ממכירה מה שפילפלו בדעת הרמ"ה מובא בטור. וזכינו לאור הגנוז היד רמה על ב"ב ושם מבואר כונתו בעליל. מש"כ הב"י שהרמ"ה גרס כהר"ח. אמת הוא שכן כתב שם כהר"ח וע"כ הגירסא בטור דאינה יכולה לומר שכן הוא שם ולא כהב"ח שפירש דבריו היפוך ממש"כ שם דאף בנצ"ב א"י לומר נ"ר עשיתי לבעלי דבנצ"ב מקפדת היא כמו בנ"מ. והא דאוקמי מתני' דוקא בנ"מ משום סירכא דקושיין דהוי קשיא לן מדאמימר דהוי ס"ד.

מעיקרא דלא הוי יכילנא לאוקמי מתני' דאין לאיש חזקה הא ראיה יש בנ"מ משום דקשיא דאמימר להכי איכפל לאוקמי בנ"מ ולתרוצי דאמימר וה"ה לנצ"ב. גם מש"כ הב"ח דהרמ"ה פסק כל"ב. ליתא דהרמ"ה שם מפרש דהואב"ע לא לאיפלוגי אתי כמ"ש רשב"ם ופירש לעולם כדאמרי' מעיקרא דכי איתמר דאמימר היכא דזבין איהו לעלמא ולא זביני איהי א"נ זביני איהי לעלמא ולא זבן איהו דלא הוי זבינא מיהו לאו משום דריב"ת אלא אמימר דאמר כר"א דאמר כל היכא דגופא לחד ופירא לחד לא דיינינן ביה דין ממון גמור לחד מיניהו באפי נפשיה הילכך לא מצי חד מיניהו לזבוני וליתא להאי פירוקא דהא קיי"ל כריב"ח דס"ל דאי לאו תקנת אושא כי זביני איהי ומתה זביני זביני כר"ש ואף על גב דקיימא לן כר"א התם הוא דאמר קרא כספו המיוחד לו אבל בעלמא לו. וכ"ת נילף מינה דילמא רוצח שאני דאחמור ביה רחמנא אלא לא מתוקמא טעמא דאמימר שפיר אלא כריב"ח. העתקתי לשונו כי בזה יראה כמה הרחיק הב"ח ללכת בכונת הרמ"ה. וכן משמע מפסקי הרמב"ם כי גם הוא פירש כן. ובזה מיושב קושית התומים כאן וכן הק' הב"ח וב"ש אהע"ז סי' צ'.

אלא שצ"ע מסתמא דש"ס ב"ק צ' אמימר דאמר כר"א שו"ר בחי' רשב"א שם שעמד בזה. והרשב"ם פירש דמתני' כרבנן. ולכאורה כיון דאוקמי בש"ס מתני' בכתב לה דו"ד אין לי בנכסיך א"כ אפי' לאמימר מתוקמא. ועכצ"ל דרק עצם חידוש דמתני' אין לאיש חזקה

מוכרחין אנו לאוקמי בכתב לה דאל"כ קשה פשיטא אבל הדיוק דמתני' הא ראיה יש מתוקמא בכל גונא:

סעיף ג' בהגה. ואם כתב לו כו'. עיי' תומים שמביא ראיה לדיעה זו מפירכת הש"ס לר"ה משמואל דאמר אף, בשטר נמי ל"ק ולא משני דר"ה מיירי באחריות. וכוון לדברי הראשונים שכן כתבו בעלי דיעה זאת ראיה זו מובא בש"מ. וגם במה שעמד בפרישה במה דקאמר קמ"ל כדשמואל כו' דמשמע דמהני אחריות גם זה מבואר שם דלא קאי רק על סיקריקין. גם מה שתמה הלח"מ פי"ד מטוען אמאי אמר דר"ה אתי לאפוקי מדרב כי היכי דמחלקינן לרבינו יהודא באחריות לשמואל בין סיקריקין לגזלן ה"נ נימא כן לרב דל"ק כן אלא בסיקריקין דאינו מקפיד אם יעשה שטר וגזלן כופהו על כך כבר עמד ע"ד הרשב"א בחי' גיטין בסוגיא דסיקריקין וכתב שם הרמב"ן דרב ס"ל דאפי' אנסוהו על כתיבת השטר גמר וקנה דהא בסיקריקין כמאן דאנסו על כתיבת השטר דמי דודאי יקפיד הסיקריקין אם ימנע מהלוקח כתיבת השטר שנראה שהוא מצפה שיחזיר לו הקרקע ואפ"ה אמר רב דקנה וכ"כ בש"מ בסוגיין בשם ר"י:

סימן קנב

כל אלו כו'. סתם אף באריס. והמחבר לטעמו שפירש בסי' קמ"ט סעי' כ"ה אריס בתי אבות כהרמב"ם. אבל לפירוש רשב"ם שא"י לסלקם לעולם א"כ אף בניהם נמי אין להם חזקה. וצ"ל לפירושו כמ"ש הרשב"א בש"מ דבן אביו בחיי אביו קאמר ועיי' נמוק"י:

סוס"י. וי"א דאם בן בן הגזלן כו'. זהו דעת הרא"ש. ולכאורה מרשב"ם משמע דחולק ע"ז שכתב בד"ה אלא כו' אבל בן בנו של גזלן כו' אי אחי כו' ולא אמר כגון שאמר בפניו הודה לו דקא מיירי בה משמע דלא ס"ל לחלק כן. וכן ראיתי להרמ"ה שחולק ע"ז וכתב דדוקא מנה לו מהני בבן בנו משמע דהודה לא מהני ועיי' ש"מ:

הלכות נזקי שכנים:

סימן קנג

סעיף ב'. הוציא כו' לאלתר כו' עיי' סמ"ע ס"ק ג'. והנה הקצוה"ח ונתי' הבינו דבריו דשוים פתיחת חלון לסתימתו ובשניהם החזקה מיד ובזה נסתייע הקצוה"ח מדברי הריב"ש. אבל תמוה מנ"ל כן דבאמת כונת הסמ"ע והריב"ש דבפתיחת חלון בעינן שהה מקצת בכדי שעות לברר היזקו ובסתימת חלון ע"ו אמרו בש"ס אר"נ ולסתום לאלתר הוי חזקה לאלתר ממש וכ"מ להדיא בדברי הריב"ש. ועיי' שו"ת ב"ש חחו"מ סי' מ"ז. ומה שהק' הנתי' מ"ש דכאן מועיל מחילה מ"ש מהניח גחלת על בגדו ב"ק כ"ז. י"ל דמחילה ל"מ אלא דמהני לחבירו במחילתו ולא בנזקין שאין הנאה מזה לחבירו וי"ל עוד:

סעיף ו'. כך החזיק כו', עיי' נתי' שביאר דהוא מתורת חיוב. ותמוה שלא הביא דברי הנמוק"י במקומו דמפרש שהוא מתורת קנין ממש. וגם על הסמ"ע תמוה שפסק דלא כהריטב"א ובב"י הביא מחלוקתם ולא הכריע ובשו"ת מבי"ט סי' צ"ו הסכים להריטב"א. ובס' תב"י ראיתי שמבאר דברי הנמוק"י דלבו נוקפו על לכתחילה אבל בנפל ודאי מודה דאינו משועבד לבעל חצר. ולא ראה שכן הוא להדיא בנמוק"י:

סעיף י"ג. ואם היה סולם גדול החזיק. ה"מ היכא דהחזיק במקום ידוע בחצר אבל היכא דהוי רגיל לשנויי ממקום למקום אין לך עראי גדול מזה כ"כ הרמ"ה:

סעיף י"ז. לאחר ז' החזיק. היינו לבני א"י. ולדידן עד ח' כ"כ הרמ"ה. ובתוס' כתבו משום דאסור לסתור ולפי"ז גם בחזקת ג' שנים או ל' יום אם נשלמו ביו"ט אין חזקה עד לאחר החג ועיי' הג' יעב"ץ בש"ס. שו"ר בש"מ בשם הראב"ד שכתב להדיא לפרש כן:

פת"ש ס"ק ג'. ועוד כיון שיש להמוכר שטר כו'. לפמ"ש בפת"ש לעיל סי' י"ב ס"ק י"ד בשם הב"א דבהרחבת זמן אין ראיה מלא החזיר השטר א"כ ה"נ אין ראיה מדלא החזיר השטר דהא צריך לו להראות שיש לו שיעבוד דירה עליו ואף אם מחל לו על הקטנת החדר:

סימן קנד

סעיף א'. אחד מהשותפים כו'. הנתי' מביא קושית הרמב"ן מאי קמ"ל דאפי' בביתו אסור לשנות ומביא תירוץ הרמב"ן ע"ז. ועפי"ז תמה לפי פסק רמ"א סוסע"י ד' ע"ש. והנה על פסק רמ"א שהוא מהרמב"ם י"ל דבאמת דעת הרמב"ם אינו מוכרת ויש שכתבו בדעתו דאפי' בביתו אסור עיי' בדה"ב ובלח"מ בשם רלב"ח וקמ"ל טובא. אך לפמש"כ רוב המפ' בדעתו דס"ל כתשו' הרי"ף קשה. ובאמת הרמב"ן לא הק' כן רק לפי מה דמפרש שם להס"ד דאסור משום טענת ד' אמות וע"ז הק' דהא בביתו נמי אסור וע"ז תירץ שפיר באופן דאין נ"מ מהד"א. אבל מטעם היזק ראיה לק"מ דקמ"ל דאסור לפתות אפי' ביתו שיש לו בחצר בלי פתח והוא יש לו זכות בחצר על פתח אחד ובביתו היה יכול לפותחו ובבית זה אינו רשאי משום קפנדריא שיעשו בני החצר דרך ביתו. וא"כ אינו מוכרח דהרמב"ן חולק על הרמב"ם שבהג' רמ"א דכתב כן רק להס"ד דמשום ד"א הוא. אבל צ"ע בדברי הטור שכתב כאן דעת הרמ"ה ולא הביא מש"כ בפירוש דמותר לשנות אם סתם האחת. שו"ר בב"י שמביא בשם הרמב"ן דס"ל כדעת הרמב"ם וצ"ע:

סעיף ג'. לא יפתח כו'. בפי' רגמה"ג הנדפס על הגליון פירש במתני' כגון שאין לשאר השותפים חלונות. וצ"ע למה דחק לפרש כן.

ומש"כ המחבר בשם יש מי שאומר דכל שיש למטה ממנו ג' בתים דינו כרה"ר. כתב בשו"ת חסל"א דע"כ ל"כ הרשב"א ז"ל כן אלא לענין פתח נגד פתח דמיירי דיש לו רשות לפתות שם פתח כפרשב"ם ב"ב ס' אלא דאנו אוסרין לו משום היזק ראיה לפתוח פתח נגד פתח וכשיש ג' בתים למטה הימנו א"ל סו"ס בעית לאיצטנועי מפני הרבים. אבל במקום שאין לו רשות לפתות לו פתח וחבירו מוחה בו משום ריבוי הנכנסים ושאינו רוצה שיחזיק בד"א של פירוק משא לפני הפתח פשיטא שיכול למחות דאטו משום שיש נכנסין יוסיף להצר להם יותר. ועיי' רס"י קנ"ו:

הש"ע ס"ק י'. ומה"ט נראה כו'. כ"כ הרמ"ה בעל דיעה זו בפירוש, וראייתו הוא מהפסוק דאי מהני מחילה כי מכוונים נמי דילמא מחלי להדדי. אלא דלפי"ז ל"י מש"כ הסמ"ע דלהדיעה דחלון נגד חלון מהני הוא משום קפידא ומהני מחילה גם בפתח נגד פתח. דהא גם זה הוא דעת הרמ"ה כמו שנרשם בהגה. והרמ"ה ס"ל בפירוש דלא מהני מחילה בפתח נגד פתח וצ"ע:

שם. ס"ק י"ד. דלשון הסתכל שייך כו'. לכאורה איפכא מצאנו במתני' כתובות רפ"ב אם יש עדים שיצאת בהינומא כו' עמדו הראשונים הא אסור להסתכל באשה ותירצו בש"מ דוקא להסתכל אסור ולראות שרי ועיי' מש"כ בזה היד מלאכי אות ה' סי' קע"ט וביעיר אוזן מערכת ה' סי' נ': סעיף י"ב בהגה. וכ"ז כשסתם כו'. זהו דעת המרדכי. אבל מהנמוק"י משמע דבכל גונא הוי סתימה בלא פצימת החלון אפי' כשסתמו הוא בעצמו וכן מצאתי ביד רמה. אך בבהגר"א מביא תוספתא כהמרדכי. והנה הרדב"ז ח"ג סי' תרכ"ב פסק דאם בעל החלונות עצמו פרץ את פצימי התלונות וסתם אותם ועמדו סתומות ג' שנים אבד חזקתו. והוא דבר תמוה וצע"ג עיי' ב"י וד"מ. והריטב"א כתב דסתימה בנסרים לא הוי סתימה. וצ"ע אי קאי נמי, אסתמו חבירו. דלכאורה כיון דלא בעי פצימת החלון ה"נ אין אדם רואה שסותמין חלנותיו בנסרים ומטלוניות ושותק:

סעיף י"ג. ואפי' אמר אני אסתור כל הכותל כו' כו'. קיצור לשון הוא דהא זה יכול לעכב מטעם האמור בש"ס דחדתא בעתיקא לא קיימי. וצ"ל כמ"ש בטור אסתור לך כל הכותל או אפי' כל הבית ופשוט:

סעיף י"ט בהגה. וחייב עצמו כו'. מזה ראייה למש"כ הנוב"ק חחו"מ סי' ל"א בשט"ח שנשבע המלוה שלא יתבע ללוה אם מכר השט"ח הלוקח יכול לתובעו וא"צ לקיים שבועת המוכר. ועיי' ט"ז יור"ד סי' ט"ז ס"ק ח':

סעיף כ"א. צריך להרחיק כו'. הנה חידוש דין מצאתי ביד רמה שכתב דדוקא חלון שבלעדו לא יהיה האורה בבית כברוב בתים אבל, אי יש אורה גם בלעדי חלון זה א"צ

להרחיק. והפוס' סתמו ולא כתבו כן ועיי' תוס' ב"ב ז' ע"א סוד"ה א"ל. שוב מצאתי בתשו' הרא"ש כלל ק' סי' ו' כתב כן בשם הרמ"ה ושכן דעת התוס'. ומש"כ עוד המחבר אעפ"י שלא הרחיק מהכותל כו' כתב הנמוק"י דאפי' השפיל ד' אמות צריך להרחיק ואינו מובא בטוש"ע: סעיף כ"ה בהגה. ראובן שבנה כו'. הקצוה"ח הקשה מסי' קנ"ה ע"ש. וי"ל דהרמ"א נמי לכתחילה אמר למחות בו ומנ"ל דבדיעבד:

פת"ש ס"ק ו'. עיי' כנה"ג כו' תשוה"ג סי' רל"ה:

וכתב שם המגיה על הגליון גרם לו שלא ראה דברי תשוה"ג עצמם שמבואר שזה נותן טעם שעושה כדי לחזק כותליו. ולי תמוה למה לו הטענה משום שמא יפתח החלון ת"ל משום שמא יטען חלון פתות היה לי וסתמתי כדלק' סעי' י"ב בהגה. וי"ל עפ"י מש"כ הנתי' בחידושים לק' סי' קס"ב ס"ק ה' בשם הריב"ש דכשאין עדים שהיה פתות תחילה אף שיש לו פצימין י"ל אפשר שבנאו כך בפצימין:

שם. ס"ק י"א. עיי' בתשו' שבו"י כו'. בפנים יפות פ' שופטים כתב דמותר להשחית אילן לצורך מצוה כגון לצורך עצי סוכה. וכן פסק בשו"ת בנין ציון ת"ר סי' ט'. והפנ"י מביא ראיה מנחמיה סי' ת' צאו ההר והביאו עלי זית ועלי תמרים. ובס' אחד השיג ע"ז כי לא מצאנו איסור בקציצת ענפים משום בל תשחית, ולא עבר מה"ת אלא בקציצת אילן [עיי' חוו"י מובא ברמיזה כאן] ולענ"ד ראיה דגם בקציצת ענפים עובר מתוס' ברכות ל"ו ע"ב בהא דאין קוצצין בשביעית שהק' ת"ל משום איסור ב"ת. והא י"ל דאיצטריך משום קציצת הענפים דאסור בשביעית משום הפסד וגם בענפים יש הפסד וע"כ דגם בענפים עובר משום. ב"ת. ועיי' שו"ת ת"ס חחו"מ סי' כ"ז מ"ש בזה. שוב מצאתי במלמ"ל פ"ז מאי"מ מביא בשם הב"ש תמיד דלצורך מצוה שרי והמלמ"ל חמה עליו דבקציצת ענף לית ביה משום ב"ת. ובש"מ ב"ק מובא בשם גאון דכשכורתין הענפים שבראש האילן מתייבש כל האילן וצ"ע. [כעת נדפס הג' יד איתן על הרמב"ם וראיתי שהעיר על המלמ"ל מתוס' ברכות] והנה בשו"ת יעב"ץ סי' ע"ו הק' בש"ס ב"ק צ"א דאמר, רב דיקלא דטעין קבא אסור למיקצציה ושם אר"ת לא שכיב כו' אלא דקץ תאינתא שלא בזמנה. והק' מאי מוסיף ר"ת ארב וכן בזה הלשון מובא בש"ס ב"ב כ"ו והא רב נמי אסר בשיעור זה. ולדעתי פשוט דאי מרב הו"א דדוקא בדקל נערה כיון דנתגדל כ"כ שטוען קב אסור לקוצצו אבל באילן זקן שנזדקן כ"כ עד שאינו טעון אלא קבא הו"א דמותר כיון דקאי לגרוע יותר. לכך מוסיף ר"ח דאפי' אילן זקן נמי אסור מדקאמר בלא זמניה. וכן מצאתי בלשון הגאון מובא בש"מ ב"ק וז"ל בלא זימניה שהיתה עדיין טוענת תאנים. ועיי' מש"כ בזה המלבי"ם בהתו"ה פ' שופטים ובשו"ת בנין ציון ח"ר סי' ס"א. וראיתי בפסקי תוס'

פ' מקום שנהגו דהקוצץ אילן סרק אינו רואה סי' ברכה. ועיי' תוס' ב"ב כ"ו ע"א ד"ה אנא ל"מ כן וכן משמע מחא"ג פסחים נ' ע"ש. ועיי' שו"ת תסל"א סי' צ"ג לענין אילני יער דהפירות היוצאים מהם חשובים פירי לענין כלאים. וצ"ע אי שרי לקוצצם:

סימן קנה

סעיף ב'. מדברים שעולה מהם הבל תם הרבה. והוא מלשון הרמב"ם עיי' בהגר"א. ולכאורה י"ל למה לא פירש משום היזק העשן כמשפ"י רש"י וכן פירשו הרי"ף ורא"ש. וראיית ר"ת בתוס' י"ת ע"א מיין נסכים חלושה היא כמ"ש הרא"ש פ' המוכר פירות והר"ן פסחים פ' בתרא. וי"ל משום דבירושלמי פ"ב הל' ג' משמע דמשום החום הוא דאמר שם ביין מותר לסמוך אעפ"י שממעטו מ"מ משביחו וכן הוא בתוספתא מטבע החום למעט. ותמוה לי דבש"מ עמד על לשון המשנה דקאמר מפני שמשביתו דלמה צ"ל זה. ותירץ אעפ"י שממעטו. ולא הביא שכ"כ בתוספתא וירושלמי. והנה הב"י נדחק לתרץ דעת הטור שלא חילק בין יין א"י לשאר ארצות. והט"ז מתרץ דהוא מפרש בש"ס הני דידן ר"ל משחרב בהמ"ק בטלו טעם הפירות ואפי' של א"י נמי.

ולכאורה י"ל זה בדעת רש"י והגאונים מובא באור"ח סי' ר"ב שפסקו ביין מעושן מברכין עליו שהכל דאישתני לגריעותא. ותמהו עליהם ממתני' דקאמר מפני שמשביתו. דבמתני' איירי בזמן המקדש. אבל עתה העשן פוגם היין. אבל צל"ע בחילוק הט"ז מירושלמי דמכילתין פ"ב דקאמר שם ר' הושיע כדשמע הכין תנייה יהב תמרא גו אגריה דבני אסרית חמרא אמר המשנה הטעתי לא שהטעתי המשנה אלא דריחא דבני מסרי חמרא. ויותר הול"ל דאיך רצה לסמוך אמתני' דמיירי בזמן המקדש והני דידן אחר החורבן קשי לה:

ומש"כ המחבר ואם הוחזקה החנות בתחילה כו' עיי' קצוה"ח מה שהק' על פירוש הר"י מג"ש. ותירץ דדוקא לאביי פירש כן ועפי"ז מיישב השמטת הרי"ף זה. ואינו מוכרת דגם ביד רמה פירש כר"י מג"ש ופירש האיבעיות אלו משום דאין אדם עשוי לשנות דירתו ואף שגילה דעתו עתה אין זה כלום כיון דלכתחילה הוי דירה ולא היה לו לאסוקי אדעתיה שיעשה אוצר רק אי לכתחילה גילה דעתו שנעשה לאוצר ומש"כ הרמ"א וה"ה שלא יפתח חלון כו' ונרשם טור בשם רשב"א. לפנינו בטור איתא כן בשם רשב"ם וכן העתק בנוב"ת חחו"מ סי' ל"ז. אבל מצאתי בש"מ איתא כן בשם רשב"א וראייתו מלשון לא יפתח חנות ש"מ דאפי' פתח לא יפתח. ולענ"ד ראיה יותר חזקה מדלא אמר כאן שיעור כמו בתנור ברישא וכן דיקדק הרמ"ה וכתב דהוא מלבד שיעור ד' אמות דגבי תנור. אבל מדסתם ע"כ הכא איירי שהיה התנור של נחתום והצבעים אינה תחת עלייתו

רק בסמוך לה ואין כאן משום הרחקה דלעיל ורק משום ריחא לכן אף בסמוך לא יפתח. ומש"כ הנו"ב דע"כ הרשב"ם מפרש בנה עלייה כפירש"י ולא כר"ת. הנה בש"מ כתב לשון הרשב"א שכתב דינו אפי' לפירוש ר"ת. ובזה היה אפשר ליישב הגירסא אכסדרא תחת האוצר מהו שמחקו הדרישה. וי"ל להרשב"א שהספק באכסדרה שלפני ביתו והאוצר על האכסדרה וההבל יוצא מבית לאכסדרה אף דבשני בתים כה"ג אסור כמ"ש הרשב"א ממתני' אבל:

באכסדרה דנפישי אוירא מאי. ומש"כ הדרישה לפרש ע"ש. כן פירש הרמ"ה. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ח' ה"ה כו' והרמב"ם והמחבר כו' הוא לאפוקי ממש"כ הלח"מ פ"ט משכנים בדעת הר"מ דאספסתא אין בו משום סירחון וכל הראשונים לא פירשו כן. ומש"כ המחבר בסעי' ג' בכל אלו בעל האוצר מעכב עליו. הוא דעת הרמב"ם אבל הרא"ש חולק ע"ז עיי' בהגר"א. והב"י אחר שהביא פסק הרא"ש דא"י לעכב כתב וכן פסק הרמב"ם ולשון שאינו מדוייק הוא וצ"ע:

סמ"ע ס"ק ט"ז. גפת הוא כו'. כן פירש"י במתני'. ובמתני' שבת ל"ו ע"ב פירש פסולת של שומשמין עיי' אור"ח סי' רנ"ז סעי' ג' ובבהגר"א שם ועיי' לח"מ פ"ט משכנים הל' ב':

סעיף ט"ז. שיכול לומר כו'. הרדב"ז בתשו' כתב ראובן שהיה עליו כתובת אשה ובע"ח ומכר קרקעותיו לעכו"ם והעכו"ם מכר הקרקע לשמעון ובאו האשה והבע"ח לגבות הקרקע משמעון והשיב שמעון כיון שבא מכח העכו"ם ובדינם אין טירפא. וע"ז השיב הרדב"ז דהדין עם שמעון משום דאי שחקת מובא במלמ"ל פט"ו מטוען. והגר"צ העליר בס' טיב גיטין הק' עליו מכאן דלדברי הרדב"ז אין כאן מיגו דרוצה ליפטור מכל שיעבודי הבע"ת. ואני תמה יותר מל"ג ע"ב בש"ס זה אומר של אבותי כו' מה לי לשקר אי בעי א"ל מינך זבינתיה ואכלתיה שני חזקה ומאי מיגו הוא הא רוצה לפטור א"ע מבע"ח. וצ"ל דל"ח לזה דא"י אם יש לו בע"ח. ובעיקר כלל דאי שתקת שכתב הרדב"ז כתבתי מזה במק"א:

סעיף י"ג. אבל בעל החלונות כו'. עיי' מש"כ בסעי' א' דעת הרמ"ה החולק על הרמב"ם. וראיית הרמ"ה היא ממ"ש שם קטן לא יעשנו גדול ות"ל דבלא"ה אסור לשנות. והגר"א ס"ק ל"ז מיישב זה ומביא מזה ראייה לפסק הרמ"א שם. ומשמע דהרמ"ה חולק נמי על פסק הרמ"א שם. וראיית הגר"א כאן ס"ק ס"ב מירושלמי צ"ע דהא הירושלמי קאי על דיוקא דמתני' ועיי' נמוק"י שם. ועיי' לח"מ סופ"ז דשכנים שכתב דבכל גונא דשינוי איכא פסידא ע"ש דבלא"ה הא ל"ג ממרזב דיכול לשנותו כשאין היזק לבעל החצר. ומש"כ שם הלח"מ עוד דבהיפוך בבעל החצר נגד בעל החלון אין שום הפסד בזה. ומשמע מדבריו

דאף בבית דירה דלא כהנ"י והר"י שהבאתי וצ"ע. ולכאורה י"ל דדעת הרמב"ם נמי מוכח כהנ"י ועליות הר"י מדאשמיט אוקימתת הש"ס דאפי' לא משתמש ביה אלא בתיבנא וציבי ועמד בזה הלח"מ. וי"ל דמוכח כן מגופא דעובדא בש"ס דלא א"ל שום הקפדה על הגבהת החלונות אלא משום דקסתרת לאשיתאי כמ"ש הנמוק"י. והרמב"ם כתב עובדא דש"ס ולא היה צורך לכתוב אוקימתת הש"ס דבלא"ה מוכח כן:

סעיף כ"ב. מרחיקין את גורן קבוע כו'. עיי' סמ"ע דבגורן שאינו קבוע א"צ כלל להרחיק כהנמוק"י. אבל הרמ"ה כתב דבזה גם ר"א מודה דגורן שאינו קבוע צריך להרחיק קצת כדי שלא יזיק. וכן נראה לכאורה דעת הריטב"א חולין ה' שפירש פירכת הש"ס שם אילימא גורן ממש אטו שער שומרן גורן הוי ופירש דהיינו משום שמרחיקין גורן מן העיר נ' אמה. והא י"ל דהוי גורן שאינו קבוע ומותר אף בתוך העיר וע"כ דל"ש. והנה המ"מ פירש גורן קבוע כל שצריך ברחת ובמזרה ואינו יכול לזרות בידיו. ומשמע מדבריו דכל שא"צ ברחת אעפי' שצריך לזרות בידיו וזורה בידיו אפ"ה גורן שאינו קבוע מקרי וא"צ הרחקה. ועמד בדרישה דהא רש"י לא כתב כן אלא שאין הכרי גדול כ"כ וא"צ לזרות ברחת אלא הרוח מנשבת בכרי והמוץ נידף מאליו משמע דכל שאין נידף מאליו הו"ל כאילו זורה ברחת ובעי הרחקת נ"א. אבל דברי המ"מ נובעים מפירוש הר"י מג"ש מובא בש"מ שכתב כל שאינו זורה ברחת אלא בידיו בלבד. ולפי"ז אולי אפשר להשות דעת הפוס' דהנמוק"י דמפרש כרש"י בפירוש גורן שאינו קבוע לכך כתב נמי דבאינו קבוע א"צ להרחיק כלל כמ"ש בלשונו שהרוח שנשבו משם מעצמו לא קביע היזקו שלפי שעה נסתלק ועוד שאינו הולך למרחוק. אבל הרמ"ה מפרש כר"י מג"ש דהיינו שזורה בידיו והוי גירי דיליה ועוד שזורה למרחוק לכך חייב להרחיק בכדי שלא יזיק. והנה הש"ך כאן ס"ק י"ב כתב אבל קשה לי ע"ז כו' וכן תמה המלמ"ל פי"ב משמיטה. הנה ביד רמה גריס בש"ס ולהך לישנא דאמר ר"א עושין שדה מגרש אבל לא מגרש שדה מא"ל. משמע דהיה לפניו הגירסא כמו בילקוט. ופסק דאפי' בחו"ל איתא להך דינא וכן גריס הר"י מג"ש מובא בש"מ. והלח"מ רפ"י דשכנים כתב נראה מדברי התוס' [כצ"ל ומש"כ שם תוספתא הוא ט"ס] דזרעים מרחיקין מן העיר עד אלף אמה. ורבינו לא הזכירו משום דאין דין זה נזכר בגמרא. ולכאורה תמוה דהא כן איתא להדיא בש"ס לחלק לרבנן. ועכצ"ל דלא גרים בש"ס לרבנן אלא כגירסת הרמ"ה והר"י מג"ש. אבל כבר הק' המלמ"ל פי"ג משמיטה דאף לר"א ע"כ נשמע לרבנן נמי דא"כ איך מביא הרמב"ם משנה זו כצורתה. וזה י"ל גם בכונת תוס' שם שנדחק במהרש"א מאי קמ"ל ואולי גם הם גרסי בש"ס רק ר"א ואשמעי' דמר"א נשמע לרבנן ומש"כ הסמ"ע סוס"ק מ"ח מפני שאינו נוהג בחו"ל.

משמע דבא"י אף בזה"ז נוהג ועיי' תוי"ט שחמה עליו ולא הביא דברי הנמוק"י במתני' שכתב דדין זה הילכתא למשיחא וכ"כ הב"י בבדה"ב.
ובחינוך מצוה שמ"ב כתב דמצוה זו נוהגת בא"י בזמן שישראל שם וכתב המנ"ח דאפשר דגם האידנא דקדושת עזרא לא בטלה. ולא הזכיר מכל מש"כ בזה הסמ"ע ותוי"ט והנה החינוך נסתפק שיעור השינוי לחייב עליו מלקות לשיטתו. ולכאורה נ"ל מוכח מש"ס שם דפריך על מתני' ות"ל דאין עושין כו'. הרי להדיא דאף באילן אחד עובר. וכן מוכח מש"ס מכות י"ב דאף בבית אחד עובר דפריך שם ות"ל כו' והא בדירת אחד קמיירי. והמלמ"ל הביא מש"ס זה להק' על שיטת רש"י דדין זה אינו אלא במוקף חומה ולמה הביא ספיקת החינוך ולא העיר מש"ס דכאן. והנה המלמ"ל עמד שם בהשמטת הרמב"ם דין דאילנות שרי דכן מוכח מש"ס ב"ב. ולא התעורר דכן השמיט הרמב"ם אוקימתת ר"ש במכות שם לא נצרכה אלא למחילות:
ומש"כ בהגה ומזה יש מי שלומד כו' דין זה תמוה מאוד דהא אין אדם נתפס על חבירו. והחוו"י בתשו' סי' רי"ג כתב באופן שאין היזק לבני הכפרים בזה. אבל ל"מ כן מסיגנון התשו' ע"ש. ומצאתי בשו"ת בשמים ראש סי' קנ"ט מובא תשובה זו בשם הר' ר' עזריאל ובסי' שלאח"ז בא חבירו הר' ר' נתנאל ותמה על פסקו ודחהו מהלכה וכתב שם המגיה שכן פסק למעשה כהרר"נ. ותימה על הרמ"א שפסק כן להלכה. ובהג' כסא דהרסנא שם יצא לחלק דמשמע מתוך השאלה שהדין היה עם השר ומדינא דמלכותא נגע בה. אבל זולת זה בודאי הדין עם הרר"נ וצ"ע:
סעיף כ"ג. מרחיקין את הנבילות ואת הקברות כו'. משום ריח רע כדאיתא בש"ס. והנה בש"ך יור"ד סי' שס"ה ס"ק ב' מביא בשם הלבוש טעם חדש בהרחקת הקברות מהעיר שלא יתעצבו כשיפגעו בו. והש"ך דחהו דמש"ס משמע דמשום ר"ר. ונ"ל ראיה להלבוש מכתובות כ' ע"ב התלוליות הקרובות להעיר כו' אר"ח מתוך שהנשים קוברות שם נפליהם כו' עד נ' אמה כו', ואי איתא דמשום ר"ר הוא היאך שרי שם לקבור נפליהם בתוך נ' אמה. ודוחק לחלק בין קבר יחיד לרבים. ועוד דהא יכול להיות נפלים הרבה. וע"כ דמשום עצבות הוא כמ"ש הלבוש ובזה שפיר יש לחלק דל"ש עצבות בקבר יחיד ובנפלים. ובשו"ת שבות יעקב ח"ג סי' ח' כתב לענין בכור בהמה טהורה דצריך קבורה שלא יקברוהו סמוך לעיר נ' אמה. ולטעם הלבוש הא ל"ש צערא בבהמה וע"כ דמשום ר"ר. אבל זה ראיה דל"ש קבר יחיד לרבים. והנה מכאן דיקדקו לענין אם צריך לקבור ביחד אבר המחותך בחיים עם הגוף כולו לאח"מ דאמר ומ"ש זרועותיהם. וצ"ע מש"ס נזיר ס"ה ע"א מת שחסר א"ל תפוסה ועיי' תוס' שם נ"א:

סעיף כ"ד. ואף אם יפול כו'. עיי' באה"ג מש"ס כ"ג. והנה בש"ס לא נמצא מזה רק בתוספתא וירושלמי סו"פ חזקת מובא בראשונים. וכבר עמדו על הב"י שלא הערה מקורו אבל באמת מגופא דמתני' מוכח כן כמ"ש הרדב"ז ח"ב סי' תתל"ג מדקתני הרי הוא בחזקתו ולא קתני אין צריך להרחיק משמע לעולם כן בסו"פ חזקת גבי חצר ה"ה בחזקתה וע"ז קאמר כן בירושלמי.

ומש"כ הסמ"ע ס"ק נ"ה ודל"ת דוקא בעיר כו'. הנה:

בפרישה מביא מש"כ הנמוק"י דהרבותא בשובך בשלו אעפ"י שיש לו סביב השובך גינות הרבה שיכולין לאכול משם. והנ"י כתב כן לפירוש רש"י. וצריך לפרש עוד לרש"י דאי בשדה משום דלא שכיח מאן נטר להו אבל סתם גנות ופרדסים שכיח דנטרי להו ובפחות מנ' אמה סגי קמ"ל. וכן פירש הרדב"ז שם לרש"י:

סמ"ע ס"ק נ"ח בא"ד. דהיה להם טעם אחר כו'. טעם הרמב"ם מפורש בפי' המשניות וז"ל אבל בשאר ארצות אין מרחיקין הגפנים מן הגפנים אלא שתי אמות לפי שבארצות יפשטו שרשיהם בקרקע. מזה נראה דאינו מפרש ברש"י שהחילוק הוא בשיעור המחרישה אלא בבבל שהיא ארץ כחושה אינה מתפשטת הענפים של הגפנים אלא שתי אמות ואינם צריכים לחרישה אלא שתי אמות. ולפי"ז שפיר גירסת הרמב"ם או בין אילנות לאילנות דהאילנות מתפשטים יותר וצריך ד"א. אלא דשם גופא מוכח כגירסת המ"מ דלא כתב הרחקת ד"א אלא בין אילנות לגפנים ולא בין אילנות לאילנות. ומש"כ המ"מ למחוק זה מכח הא דתניא לא יטע כו' בשתי אמות וע"כ דבכה"ג מיירי. אולי י"ל עפ"י מה שהק' התוס' מסוגיא דהספינה ע"ש ותירוצם היה נראה דוחק להרמב"ם וס"ל דבאמת סוגיא דשם חולקת אדהכא ופסק כסוגיא דשם דמעשה רב כדאמרי' שם, ובזה י"ל בהא דאמר רבב"ח והא ארחיקי לי היינו ד' אמות אף דבבבל הוי וסגי בשתי אמות משום דאמר כן לר"י והוא ס"ל בסוגיין דהספינה ד' אמות וכן פירש"י ועיי' נמוק"י ולח"מ בזה:

סעיף כ"ט. אילן העומד כו'. עיי' בטור מתשו' הגאונים. ומש"כ הטור ממנהגא. נתקשו בזה המפ'. אולי י"ל בטעמם דמפרשים כרש"י ועיי' ב"ת. ובזה יש להם יסוד לופסוק הלכה כרב דבב"ב כ"ז ע"ב בתוס' ד"ה ואחד כתבו דלפירוש זה גם ר"י כותיה דרב ס"ל ע"ש:

באה"ט ס"ק מ"ו. אמר המאסף כו' ולפי"ז מי שאמר כו' תמוה דהא כן כתב המחבר להדיא לעיל סי' קנ"ד סעיף י"ז ע"ש בסמ"ע וצ"ע בגוף הספר: סעיף ל"ח. ומיהו לכתחילה כו'. עיי' ש"ך. ובשו"ת בשמים ראש סי' ס' הביא דעת הרמ"ה ודעת החולקין סיים שהדעת

נותן שע"מ כן נעשו בנ"א שכנים זא"ז שא"א בענין אחר. ומש"כ בהגה ראובן ושמעון כו' ונרשם ב"י בשם ריטב"א ובב"י כתב כן בשם רשב"א ומבואר בגוף התשו' שמחלק גם ביתו לשנים וכן נמי כונת הרמ"א במש"כ לחלוק ר"ל לחלוק את הבית דעי"ז יחרבו הנכנסים בביהכ"ס דבלא"ה מהריבוי הנכנסים יש בזה. ומש"כ בסמ"ע ס"ק פ"ה וה"ה אם כו'. במדר"א חמה דלא מצא בכל הפוסקים הראשונים תיבת מגולה ומנ"ל להטור להוסיף מגולין לפום מה דעביד הסמ"ע דיוקא. ונעלם ממנו שכן כתב ר"ת מובא בנמוק"י וכן דייק גם לשון הרא"ש שכתב אבל מכוסין לא:

בהגר"א אות קי"ז. לפנים משוה"ד כו' היה סובל. ול"י גימגום הלח"מ בזה שנדחק מנ"ל להרמב"ם דמחמת ציפצוף קול ג"כ. ואי מדאמר אפיקו לי קורקור הא זה לא היה מספיק ע"ש דאדרבה מתוס' משמע דזה לבד היה ג"כ מספיק אלא שהיה סובל לפמשה"ד וכמ"ש הגר"א וכן כתב הנמוק"י שם דבלאו הפסד דתאלי אי הוה מאיס לו ההקזה ל"מ חזקה. וכן פירש הרמ"ה דאנינא דעתאי משום ריח הדם ומאיסתו:

ש"ך. ס"ק כ"ב. וכ"פ הב"ח כו' ובעיני ראיתו כו'. הבין דראית הב"ח היא. ותמוה דהא הרמ"ה מביא ראיה זאת ודחייתו הוא דחיית הרא"ש מובא בטור סי' קנ"ז סעי' ה' ו'. וע"ש בב"י שתמה ג"כ כן על תשו' מהרי"ו שקורא לה גירי דיליה:

סימן קנו

סעיף א'. או מלמד תינוקת כו':

ובש"ס מוקי לה במלמד תינוקת דעכו"ם. מכאן הוכיח הב"ש מקור להשמטת הרמב"ם להא דחגיגה י"ג אין מוסרין ד"ת לכותי דהכא ע"כ איירי במלמד להם תורה שלנו דבלא"ה אפי' תינוקת דישראל מצי מעכב כמ"ש הרמב"ם. ואין מזה הכרח דהא מצי איירי במלמד להם שבע מצות שלהם דמצוה נמי איכא כמ"ש תוס' חגיגה שם ובמהרש"א ואפ"ה מצי מעכב כיון דעכו"ם הוא [אולם בבשמים ראש סי', שכ"ז מפקפק בהיתר זה] עוד כתב שם דל"ל דמיירי במלמדו אומנות דא"כ אפי' בתינוקת ישראל יכול למחות וכ"כ בנמוק"י דעכו"ם ל"ד וה"ה בתינוקת ישראל במלמדו אומנות. וצע"ג דללמד אומנות לתינוקת דעכו"ם בלא"ה אסור כדאיתא בירושלמי ע"ז פ"ד הל' א' בת ישראל לא תניק ילד עכו"ם מפני שנותנות לו חיים אר"י הד"א אסור להם ללמוד להם אומנות ומובא ברמ"א יור"ד סוס"י קנ"ד:

סעיף ח' בהגה. אדם שיש לו מערופיא כו', בש"ס ב"ב מרחיקין מצודת הדג כו' ולא הובא בפוסקים ועיי' מקו"ח סי' חמ"ח עמד בזה. ובשו"ת ב"א חחו"מ סי' כ"ז האריך בזה. ובמה שדחה שם המקו"ח את המ"ב ור"ל דהא דמרחיקין אינו אלא לכתחילה ולא

בדיעבד דלא הוי גזל גמור. תמוה דכתב כן בפשיטות והא מחולקין בזה הראשונים התוס' גיטין ס' כתבו דהוי גזל גמור וכן דעת הרמב"ן מובא בקצוה"ח סי' רע"ג ובמרדכי גיטי שם כתב בשם ר"י דדוקא לכתחילה מרחיקין אבל גזל ליכא. ועיין שו"ת ב"ש חחו"מ סי' צ"ז. ומש"כ עוד הרמ"א ואפי' ישראל שעושה' מלאכה כו' פסק הישועי"ק בתשובה דמי שהיה לו רחיים בשכירות מאדון אחד ובא אחד להסיג גבולו ועי"ז הוסיף שכירות להאדון דמחויב הב' לשלם להא' ההוספה מלבד שנשאר בחזקתו. וכן מצאתי בפסקי הכנה"ג מובא במסגה"ש סוס"י ק"מ סי' מ"ז וכן משמע מתשו' רשד"ם חחו"מ סי' ר"ל. אבל בשו"ת שארית יוסף סי' י"ז פסק כה"ג דפטור ע"ש טעמו וכ"מ בנתי' סי' רל"ז ס"ק א'. [כעת נדפס שו"ת דברי מלכיאל חלק ה' וראיתי שם בסי' רל"ה האריך בזה ע"ש] ומש"כ הפת"ש ס"ק ג' בשם הח"ס לדייק מפירש"י דס"ל כאביאסף. יותר הו"ל להביא דברי הר"י מג"ש בחי' ב"ב שפירש שאני דגים דיהבי סייארא כשהדגים רואים מצודה ראשונה יודעים שיש שם עוד הרבה מצודות ובורחים מכל אותו מקום ומפסקו לחיותיה לגמרי אבל אי לא יהבי סיארא כמו ברחיים שאפשר שיהיו מקצת טוחנים בזו ומקצתם בזו ולא מפסקא חיותיה כלל ואע"ג דהוי מפחית ליה מצי אמר לו את מטי מה דפסקו לך מן שמיא כו' הרי מבואר להדיא כהמ"ב שם. ובנמוק"י שם כתב דכל מי שקדם באיזה ענין וקרוב הדבר להגיעו אין רשאי חבירו ליטלו ממנו ולהקדימו וכדתניא מרחיקין מצודת הדג כו' והוי כאלו נטל ממנו מה שבידו. ודבריו נמי מכוונים לזה. ועיי' בזה בשו"ת רמ"א סי' ט' ובשארית יוסף סי' י"ז ובשו"ת מהרשד"ם סי' רנ"ט ובשו"ת חסל"א סי' ל"ט ומש"כ בבאה"ט ס"ק ה' אבל יכול להשכירו לשנה או לחדשים. הנה בגוף התשו' מבואר שם דלעוברים ושבים אף לשנה לא וצ"ע:

סעיף ז' בהגה. אבל אם נותנים יותר בזול כו'. הגר"א העיר מב"מ ס' וחכ"א זכור לטוב. וצ"ל דמפרש הר"י הלוי כן מ"ש בש"ס דמרויח תרעא. ודחוק דל"מ כן. ומרש"י שם משמע כר"י הלוי שפירש ג"כ זכור לטוב ומשמע דרק על הברכה אמר מ"ט ולא אעיקר דינא וכ"כ הנמוק"י להדיא. ומשמע דמותר גם בל"ז משום תקנות הלוקחים. ועיי' מעיי"ח סו"פ הזהב שהקי' בזה ושכח לפי שעה דברי הראשונים כאן. ומש"כ הרמ"א ובלבד שיהיו הלוקחים ישראל. כתב הרמ"ה דאפי' רובא גוים ומיעוט ישראל לא מצי לעכובי עליהו: ומש"כ עוד הרמ"א נהגו הקדמונים שאם אחד נסע כו' אבד חזקתו. עיי' בהגר"א. וכונתו לתרץ קושית המפ' דהא בקרקע לא מהני יאוש [ועיי' שו"ת ב"ש סי' ק"ג מש"כ בזה] אלא כיון דלא היה קנין גמור אלא חזקת ישוב כמו דמהני מחילה בחזקת תשמישין ודוק: הלכות שותפין בקרקע:

סימן קנז

סעיף א' אתה מחלתו כו'. הקצוה"ח חידש דדוקא אחר שבנאו נאמן לומר פרעתי ולא קודם שבנאו ע"ש. ומבואר כן ביד רמה להדיא וז"ל ונהי דמקמי דבני חד מיניהו מידי לא מצי אידך למימר פרעתיך חלקי עמוד ובננו ממה שבידך דהו"ל מוציא מחבירו עליו הראיה אלא היכא דבני חד מיניהו ומקמי דבני אחריני תבע ליה למיתב ליה:

פלגא אוזינקא אי טעין פרעתי נאמן דכל שפא ושפא זמניה הוא הרי להדיא כמ"ש הקצוה"ח:

ש"ך ס"ק ד'. והג"מ כו'. בב"י מובא לשונו דבזה בעינן שיחזיקו תרויהו ולא סגי בהילוך דחד. אבל אם החזיקו בחזקה דנעל גדר ופרץ בחזקה טובה סגי בהילוך דחד ובזה מדויק שפיר לשון הרמב"ם בפי' המשנה שכתב כגון שהלך ברגליו וכדומה. דצ"ל למה תפס דוקא הילוך.

ועוד שכתב וכדומה.

דהיינו חזקה דנעל גדר ופרץ והו"ל לכתוב בהדיא דהם עיקר החזקה. ולמש"כ הג"מ א"ש כונתו דבהילוך בעינן שיחזיקו תרויהו. ובשאר החזקות די בחזקה דחד. ולפי דמלשון הש"ס משמע דבעינן שיחזיקו תרויהו ע"כ תפס הרמב"ם ברישא הילוך. ומש"כ בקצוה"ח ס"ק ג' לישב קושית תוס' ד"ה לפיכך לפי' הר"י מג"ש דנ"מ בזה אומר כולה שלי וז"א חציה שלי ובזה מיישב גם מה דאיצטריך למיתני המקום. זכה לכוון לדברי היד רמה שכ"כ להדיא במתני'. ומש"כ עוד בס"ק ד' ליישב קושית הט"ז לפי' הרא"ש.

לכאורה ל"ד למיגו במקום מנהג ולפאה שמביא הש"ך דהתם הוי מנהג להכל בזריעת שדיהם אבל הכא דהמנהג רק אם רוצה לבנות בשותפות ולא על בונה משלו וא"כ אינו טוען נגד המנהג. ומלבד זה הט"ז לא הק' מחמת מיגו אלא דהיא גופא הטענה שבנאה משלו. ומש"כ הנתי' סוס"ק ד' לתמוה על הט"ז מסעי' ז' דצריך שטר או חזית. שם נמי יקשה קושית הט"ז למה צריך לזה שלא יטען בנינו בין שנינו דהחיוב מוטל על שנינו הא גם מתחילה לא הוטל על שניהם כמ"ש הט"ז. ואולי גם כונת הט"ז להק' אעיקרא דדינא. ול"נ ליישב קושית הט"ז עפ"י מש"כ הרא"ש וז"ל ואע"ג דמתני' איירי בשאין בו שיעור חלוקה לא מצי למימר אותו שהאבנים ברשותו לא רצית לחלוק כי ידעת שאם תחלוק אכוף אותך לבנות הכותל ולא נתרצית אלא ע"מ שאבנה כולה משלי דמסתמא כיון דהיזק ראיה שמיה היזק שניהם נתרצו לסלק ההיזק מעליהם. וה"נ דהא החולקים ס"ל דמצי לעכבו לפי שאינה מחיצה של קיימא ויצטרך לצעוק עליו תמיד לסלק היזק

ראיתו ונהי דהרא"ש לא פסק כן אלכתחילה אבל כשנפל א"י לטעון כן דבנהו משלו כיון דהיזק ראיה שמיה היזק מסתמא עשאו באופן שיהא נשמר תמיד:

סעיף ג'. אפי' אם יש לאחד פי שנים כו'. הרמ"ה כתב כן מסברא כמ"ש הסמ"ע. והגר"א מביא ראיה לזה ע"ש וערבך ערבא צריך. אבל בש"מ במתני' הוכיח כן מדלא קאמר במתני' בגויל ששה טפחים כמ"ש התוס' וקאמר זה נותן וזה נותן משמע דלעולם נותנים כן וכ"מ לשון רש"י במתני': סעיף ח'. ואפי' טוען שפרעו כו'. עיי' סמ"ע והב"ח כתב משום דהוי איבעיא ולא איפשטא ובעל הכותל הוי מוחזק. והקצוה"ח דחהו דלא הוי מוחזק והביא ראיה מתשו' הרשב"א כהסמ"ע. ולכאורה מהרי"ף ורא"ש משמע כן שכתבו דבעיין לא איפשטא ומשתבע שבועת היסת ומיפטר וכתב הנמוק"י משום דהמע"ה. הרי דבעל הכותל מיקרי מוציא:

סעיף ט' בהגה. מיהו על חלקו כו'. עיי' קצוה"ח שהשיג על הרמ"א דאין זה בכונת הנמוק"י. אבל פשוט דכונת הרמ"א להביא ראיה מהנ"י דא"י לעכב משום הכבדת הכותל דלאו טענה היא וע"ז סובב שם דברי הנ"י אבל מצד עיכוב השימוש מודה הנ"י דטענה היא ויכול לעכב ועל חלקו יכול לבנות. וראיה מפורש לזה ממש"כ הנמוק"י ב"ב בסוגיין וז"ל אמרו במתני' דהיכא שלא עכב אחד מן השותפין על חבירו לבנות למעלה מד"א ובנה חבירו כו' הרי דגם הוא ס"ל דיכול לעכב וע"כ מצד עיכוב השימוש ואפשר לכוון גם דברי הרא"ש לזה:

סעיף י'. חייב בכל התוס'. עיי' נתי' שהק' מהא דסי' קנ"ח סעי' ו' ז' ומ"ש דהכא מחייבין לו בכל התוס'. וחידש מזה דדוקא בסמך על התקרה אמרי' כן. אבל ברמ"ה מבאר דהכא הו"ל כיורד לשדה חבירו שלא ברשות אבל לענין שיעורא ל"ד לשם, דהתם דלית ליה לבונה או לנוטע זכות בגופה דארעא דין הוא למישם לו שבחא. אבל הכא כיון דתרויהו אית להו חולקא באוירא דהאי כותל וכי משתמש בכולה משתמש שאני ע"ש היטב בביאור הענין. ובזה יש לפקפק במש"כ הקצוה"ח ס"ק י"ב ליישב השגת הרמ"ה על הרמב"ם דהא הרמ"ה אינו מפרש משום תקרה. ומש"כ הנתי' בשם הנ"י דהחיוב הוא משום התקרה הלא הנ"י כתב דמשום הנאה הוא מובא לשונו בקצוה"ח ס"ק י"ב:

סמ"ע ס"ק י"ג. וצ"ע מנ"ל כו'. אולי מפרש הרמ"א בכונת הרר"י דמיירי במקום דנהגי לבנות בלבנים אלא דאין מנהג קבוע באיזה לבנים ובזה היה א"ל כיון דאין מנהג קבוע אבנה בהוצא ודפנא ע"ז כתב ר"י דלא יפחות מפחות שבלבנים. ובאין מנהג כלל לא מיירי הר"י ואפשר שסובר כהרמב"ן.

ואינו מבואר בשו"ע באין מנהג קבוע באיזה לבנים ומבואר ברמ"ה דבזה אזלינן בתר רובא ואי פלגא ופלגא הלך אחר פחות שבשיעורין דהוי ספק ואוקי בחזקת מאריה. ומש"כ הקצוה"ח כאן מקור מנ"י לפנינו נרשם כן בשו"ע:

סימן קנח

סעיף א'. מחייבין אותו לגדור ביניהם. ואי מחייבין לגדור בניהם בפתוח לרה"ר עיי' בעה"מ ומלחמות במתני' ד' וביד רמה:

סמ"ע ס"ק ד'. וה"ז דומה כו'. ובט"ז תמה דא"כ אפי' בבקעה נמי ע"ש. ותמוה דשם מיירי בגדר שסביב השדה ולא בגדר המפסיק והכא הא מיירי בגדר משום היזק ראיה וכונת הה"מ להביא ראיה לשם דהיכא דחייבין לגדור על הלוקח מוטל ליתן אבל לא להשותם לגמרי מדברים שאינם מענין אחד. ומש"כ עוד הסמ"ע ולפי"ז אפי' כו' ועיי' ש"ך שמגיה. וי"ל הגירסא שלפנינו דלק' סי' רי"ח מביא רמ"א דעת החולקין דהמוכר מקבל. וכתב הסמ"ע מהר"ש דבמוכר שדה שלימה הכל מודים וז"ש הסמ"ע דל"מ כשמכר לו גינה שלימה אלא אפי' במעורב עם גינות המוכר ר"ל דמוכר לו רק חצי גינה ג"כ מקבל הלוקח [ועיי' תוי"ט במתני'] ולשון הרמ"א כאן צ"ע וביותר על המציין שהטור לא חילק דהא הטור לק' סי' רי"ח מביא דעת החולקין על עיקר דין הרמב"ם כאן. ולמש"כ הקצוה"ח כאן דהכא בעינן ד' אמות י"ל דשם מיירי בגדר קטן ועיי' הג' יפ"ע כאן מש"כ בזה. ומה שהק' הקצוה"ח בסתירת דברי הרמב"ם מפירושו לפסקיו הנכון מה שמגיה בזה הגרמ"ש דצ"ל אלא במקום שנהגו:

שם. ס"ק י"ט. עיי' בטור בשם הרמ"ה כו'. והשעהמ"ל פ"ג מגזילה האריך בדברי הרמ"ה והק' בדברי הרמ"א שכתב אבל אם גדר הניקף כו' לפי מה שגרם לו היקף יתירא וכתב השעהמ"ל דנראה אפי' להרמ"ה אינו אלא במקיף אבל בניקף מחויב ליתן לפי מה שההנהו. כמדומה שלא היה לפניו ספר יד רמה דשם כתב הרמ"ה דאפי' עמד ניקף נמי אינו חייב רק לפום היקיפא יתירא דגרם לו. ומש"כ הסמ"ע ס"ק כ"א נ"ל דה"ה כו' כן כתב שם הרמ"ה להדיא:

סימן קנט

סעיף א'. אלא ביום. הט"ז הק' מסי' קנ"ד. ותמוה שלא הביא מש"כ המ"מ בשם המפ' מובא בקצוה"ח וכ"כ הראב"ד בשמ"ק וכ"כ היד רמה ושם מבואר כמ"ש הלח"מ בכונתם דבזה מיושב גם מ"ש בלילא לא חזי לי ע"ש. ומש"כ המחבר ומעדיף הנה רש"י פי' מעט והראב"ד ורמב"ן פירשו כפי המרחק.

ומזה ראיה למש"כ הטור מובא במחבר סעי' ד'. ומש"כ שם הבאה"ג בשם תוס' ורא"ש. התוס' לא הזכירו כלל משום סילוק היזק ראיה והרא"ש ונ"י פירשו כן וכן פירשו כאן גבי מעדיף. ועיי' בהג' החדשות פורת יוסף ותראה שכל דבריו שם מאוד תמוהים:

סעיף ג'. ואם בא כו' שומעין לו. כן הכריחו התוס' ממה שהק' דמאי ס"ד ע"ש. ומשמע דאם האחד אומר אני מקבל עלי כל העדפה שומעין לו וכ"כ בס' תב"י. אבל בסמ"ע ס"ק י' מובא לשון הטור וגם שאין שום אחד יכול להסתכל כלל בשל חבירו וכן כתב הרא"ש וז"ל וגם שהיתה ההיזק ראיה מסולקת מכל וכל. משמע דמלבד הטעם דהעדפה יש טעם זה הנוסף וא"כ אפי' מקבל אחד עליו כל ההעדפה אין שומעין לו:

סימן קס

סעיף א':

לפיכך צריך בעל הגג כו'. ועל קרקעית בעל הגג כמ"ש רי"ף מובא בפרישה. וטעמו דהטעם שלא יהא נתפס כגנב שייך נמי בבעל הגג ויש לו יתר שמזיק נמי בראיה. ומשמע דלא כהקצוה"ח דעל הי' טפחים מסייע:

גם התחתון אלא כמ"ש הנתי' דרק בהוצאות מסייע לו התחתון [בפ"ת על הרא"ש כתב דמסייע לו גם ביסוד ול"י מנ"ל] ומש"כ בשם הרא"ש דדי לבעל הגג בהוצא ודפנא. לפי"ז גם בשני חצירות כשאחד גבוה ד"א לשיטת הר"י דא"צ התחתון כלל א"כ די לעליון בהוצא ודפנא. וב"ה מצאתי להדיא כן בש"מ בשם הראב"ד:

סעיף ג'. צריך העליון לסייע לתחתון. כמ"ש הרא"ש ורמב"ן דאם אין יסוד אין בנין. אבל אם היתה קרקע עליונה קשה צחית סלע שאפשר לבנות על גביו ואין צריך להעמיק יסוד. בזה כתב הרמ"ה דא"צ התחתון לבנות כלל אלא עליון בונה על שפת חצירו דעל המזיק להרחיק א"ע:

סימן קסא

סעיף א'.

ובית שער. בש"ס פריך עלה למימרא דבית שער מעליותא היא כו' ושני עלה כמה אוקימתתא. והפוס' השמיטו זה והיינו משום דהוי רק ממידת חסידות. אבל י"ל דאין יכולין לכופו ע"ז כיון דהוא נגד מידת חסידות. וראיתי ברמ"ה שמביא כל האוקימתות לפסק הלכה ע"ש מש"כ בזה:

סעיף ב'. ואינו דר עמהם. או באי כחו כדמוכח מסעי' ד' ועיי' פרישה: סעיף ד'. יתקנו הם. אבל בדר עמהם בחצר ממשכנין אותו כמ"ש הרמ"ה. והנה בסעי' ב' לא סיים המחבר לשון התוספתא אבל אם היה עמהם בחצר משעבדין אותו על הכל וכ"כ הרמב"ם.

ועכצ"ל בטעם המחבר דמהתוספתא ידעינן דמתני' דכופין אותו כו' מיירי בדר עמהם בחצר והתוספתא מגלה על המשנה ודעת הרמב"ם צ"ע. ובמדר"א מביא פירוש הלבוש מש"כ בתוספתא והוא מאוד דחוק ע"ש:

סעיף ה'. מעכבין זע"ז. עיי' לת"מ פ"ה משכנים מה שהק' ע"ז. וכבר עמד הדרישה בזה וביאר לנכון והמחבר חב"י לא ראה כ"ז:

סימן קסב

סעיף ג'. מפולש כו'. צ"ע על סתימת המחבר ולא ביאר אי סגי במפולש מצד אחד כהרשב"א או דוקא משני צדדים כהרמ"ה ונמוק"י ומש"כ הפת"ש ס"ק ב' בשם תשו' פנ"י. צ"ע דהא כן כתב הסמ"ע ס"ק ג' וכן כתב הרא"ש להדיא ומה חידש וצ"ע בגוף הספר:

סעיף ז' בהגה. לכן עשיר כו'. עיי' נתי' מש"כ בדין ביהכנ"ס שנשרף. ועיי' כל פרטי דינים בזה בשו"ת שמן רוקח ת"ש סי' ב' ובשו"ת שומ"ש מ"ק ח"ב סי' כ"א ובשו"ת בית שלמה תחו"מ סי' מ"ו ובדברי חיים להגאון מהר"י אויערבאך בחי' סי' זה:

שמטות:

ספר בית יעקב על חו"מ סימן קסב:

עיין פת"ש סוס"ק ה' שרמז לדברי הח"ס חאר"ח סי' כ"ט. והנה שם מביא ש"ס ב"ב קכ"ב ולא נתחלקה אלא בכספים כו' אלא לקרובה ורחוקה.

ופירשב"ם קרובה לירושלים ורחוקה מירושלים. וצ"ע הא בשעת חלוקת הארץ לא נודע מקום מקדש ולא הר המוריה איה הוא כו' והיה לו לרשב"ם לפרש מי שנבנה משכן שילה בגבולו ומי שהיה סמוך או רחוק משילה. אבל ירושלים מאן דכר שמו כו' ע"ש ומזה חיזק דברי המג"א סי' ק"נ ע"ש היטב. וראיתי בשו"ת אבן שחיה סי' ט"ו שדחה דבריו וכתב שהטעם דקרוב לירושלים הוא משום שהיתה עיר גדולה ובתי המרכולות. ולא ראה ברשב"ם שכתב להדיא מפני שרחוק מביהמ"ק. אולם אני תמה על הח"ס שלא זכר מ"ש באדר"נ פל"ה ובילקוט ברכה שכבר היה יהושע יודע שהשכינה עתיד לשכון בין תחום יהודא לבנימין וע"ש בהגהות הגר"א ועיי' תוס' ב"ק פ"ב ע"ב. וכ"מ ממש"כ הטיבה ברצונך כו' חומות ירושלים אז יעלו על מזבחך פרים. ומעשה דב"ש היה קודם שהראו לו מקום המזבח עפ"י נביא סו"ד דברי הח"ס צ"ע ליישבם:

סימן קסג

סעיף א'. ולבנות להם בהכנ"ס. וכן כופין לבנות ביהכנ"ס של נשים עיי' שו"ת ברית יעקב חאור"ח סי' ח'. ומש"כ בהגה וילכו אחר הרוב עיי' מש"כ בזה בשו"ת בנין ציון ח"ר סי' קס"ג.

ומש"כ בסמ"ע ס"ק ז' מתשו' הר"ן.

הנה בתשו' הרדב"ז ח"ד סי' רצ"ו כתב בנושא אשה כיון שאינו יכול להוציאה למקום אחר שלא מדעתה גמר בדעתו להיות כבני העיר. אך אם התנה עם האשה שיוציאנה לכל מקום שירצה אינו כאנשי העיר והאריך לחדש דינים בזה. בסמ"ע ס"ק ה' יש ט"ס ובמקום י"ג חדשים צ"ל ג' וכן הוא בב"ב ח': סעיף ג' בהגה. קהל שהלוו לשר כו'. הקצוה"ח הוכיח מסוגיא דגיטין ל' דמהני יאוש בחוב. וי"ל דשם היה ההלואה על הפירות שיגדלו ואין שום שיעבוד עליו להעמידם לו ולכך מהני היאוש כשרואה שנשתדפה השדה אבל במלוה דשיעבוד הגוף עליו ל"מ יאוש. ובזה י"ל בראית התומים סי' ס"ה דמהני יאוש בחוב מב"מ י"ג מצא שטרי חוב כו' דגבי לקוחות ליכא שיעבוד עליהו אלא משום דלקחו שיעבודו והקרקע הוי שלו. ועליהם להחזירה לו ולכשתגזל מידם אין עליהם שום חיוב לכך מהני נגדם היאוש. ובזה י"ל. בעיקר הדבר במהרי"ק דהיה ההלואה על חשבון המס שינכה להם וא"כ אם היו נשרפים בשנה זו וכדומה דהיו פטורין ממס אילו לא הלוהו אותו אעפ"כ היה מנכם דרק על חשבון זה לוה מהם ולא שישאר עליו שיעבוד ולכך מהני היאוש. משא"כ בשאר חוב בשיעבוד הגוף. ומש"כ הקצוה"ח בדברי תוס' ב"מ עיי' מעיי"ח שם שצייר כמה נ"מ בזה:

סעיף ו'. צריך לשלם להם חלקו. משמע כל חלקו. ובדרישה כתב מה"ת ראינו משלם כ"כ כאחרים כיון דהוא אדם בטל וכן כתב הרמ"ה שנותן החצי הראוי לו. ובעיקר פירוש פרדכת ועד היכן מיקרי אדם בטל לענין זה. הנה הטור כתב דאין לו שום משא ומתן בעיר וכן כתב המחבר. ורשב"ם ונ"י כתבו דאינו עוסק גם בת"ת וד"א. ול"י מה ענין זל"ז. ובגליון הגרמה"ג פירש אדם בטל דלית לו שדות לעסוק בהם ואין מתעסק בשום דבר. והרמ"ה כתב דיש לו שדות ונהנה מהן או משכירת קרקעות רק שאינו עוסק במו"מ ועיי' סעי' ג' בהגה. ומש"כ בסמ"ע סוס"ק ל"ז דס"ד הוא עיי' נתי' שהגיה. ופשוט דר"ת דסייעתא דשמיא הוא. ומש"כ בהגה וכל דברי הקהל אין צריכין קנין. הנה בתשו' הרא"ש כלל ו' סי' ה' כתב וז"ל ועל ההסכמה שבין הקהל ואביך ולא היה בה קנין. דע שכל עסק ממון שב"א לחבירו בלא קנין דברים בעלמא ישנו בחזרה חוץ ממוחל ממין לחבירו דלא בעי קנין. ולכאורה הוא סתירה לדין זה. ויש לחלק לפמש"כ בתה"ד

סי' שמ"ג לחלק לענין מנהג עוקר הלכה בין דברים שרבים צריכים להיות מצורפים יחד בשותפות בעניני מסים וכן צרכי חמרים וספנים אין צריך ותיקין דאי מצרכת להו ליזול בתר דין תורה בכל דבר לעולם יהיה מריבה ביניהם משו"ה מעיקרא מחלי אהדדי לוותר על ד"ת וגמרי ומקני למיזל בתר סדר מנהג דידהו. ובשו"ת באר שבע סי' כ"ב כתב על דבריו דהוא כעין שכתב מהר"ם דשותפים קונין ומקנין באמירה בעלמא. וה"נ י"ל דמעשה קהל מיקרי מה שכל הקהל ביחד צריכים לזה כגון מסים דהכא וכן רבים ששכרו מלמד בד"מ סי' של"ג שהיה המנהג דרבים שוכרים מלמד ומעשה קהל הוא. אבל בעובדא דרא"ש בתשו' דאירי בשאר טו"ת בין יחיד לקהל דאינם מעשה הקהל ובזה שוים הקהל ליחיד. [ועיי' משפט שלום סוס"י ר"ד קבוצת אחרונים בזה] ומש"כ עוד מיהו יכולין לומר שלא פטרוהו רק לשנה. חילק היטב בשו"ת ב"ש חחו"מ סי' י"ד בין קום ועשה לשוא"ת. דהכא דוקא אם אמרו או כתבו בלשון שיפטור ממס דבזה אף שהענין הוא בשוא"ת דהכוונה הוא שלא יתן מס כיון שעכ"פ הלשון הוא בקום ועשה כמו בע"מ שישחוק אבא דאעפ"י שהכונה הוא שלא ימחה אעפ"כ כיון דאמר בלשון דקו"ע לאו לעולם הוא כמ"ש הח"מ באהע"ז סי' ל"ת ס"ק י"ד בשם המ"מ. אבל אם אמרו בלשון שיחיד זה לא יתן מס בלשון שוא"ת פטור הוא לעולם:

ש"ך ס"ק י"ח. והביא ראיה ממפיבושת כו'. בנוב"ת חיור"ד סי' ע"ד חמה על הש"ך הא כן פסק הרמ"א להדיא לק' סי' שפ"ח סעי' ב'. ותירץ דשם מיירי בהוא עצמו והכא אשמעינן דגם אחרים יכולים להצילו. ואינו מספיק דהא הירושלמי שמביא הנמוק"י ובבהגר"א שם מיירי באחרים מצילין אותו ואולי י"ל דמשם לא הוי ידעינן דאסור רק אם הגזירה היתה על כל העיר כדמיירי שם הירושלמי ובזה אם מציל עצמו הא ברור ההיזק לכל בני העיר דיתרבה עליהם. אבל הכא דהגזירה לא היתה רק על ב' אנשים וכשמציל עצמו אינו ברור עוד למי יגיע ההיזק והו"א דבכה"ג שרי קמ"ל דאסור אף בכה"ג. אבל קשה על אופן הב' דהא פשיטא הוא משם וגם למה לא הביא הריב"ל מהירושלמי וצ"ע. ומש"כ הש"ך אבל בעכו"ם כו' עיי' נתי' בחידושים שמחק זה ופשוט דר"ח הוא "באופן אחר" וכן העתיק הבאה"ט ס"ק ל"ד:

סמ"ע ס"ק ל"ט. וכתב ב"י כו'. עיי' פת"ש בשם הנו"ב. ועוד יש לפקפק עפ"י מ"ש לק' סי' רנ"ג סעי' ט"ז בהגה וי"ת כו' וה"נ כיון דאמר למזונותיה לכך לא זכו היורשים ואין ללמוד מהירושלמי. והריטב"א בשם רבותיו לטעמיהו כמ"ש המחבר שם בשמם דאינם מחלקין בכך. ובעיקר הדין בהחחייבות אי הוי ירושה להוריש עיי' ב"ש אהע"ז סי' קי"ד ס"ק ט' ובחי' כתובה שם ובא"מ. ובקצוה"ח לק' סי' רע"ח ס"ק ט"ו:

שם. ס"ק מ"א. וכתוב עוד שם על גובי המס שבאו להחרים כו'. בגוף התשו' מבואר שנתן בתורת פרעון ממש ועיי' במדר"א שכתב דבתורת משכון אינו דאין ערב בלא קנין. ומשכון למתנה לא מהני עיי' ש"ך סי' רמ"א. ואולי היה העובדא דפטרוהו על פיו וכמ"ש הרמ"א לעיל סי' קכ"ט סעי' ג': פת"ש ס"ק כ"ב. ואם אח"כ אירע מקרה ח"ו כו', עיי' נתי' סי' קס"ב ובשו"ת בית שלמה חחו"מ סי' מ"ה. ובשו"ת רבי בצלאל כתב דרך אחר בזה דזכות הישיבה שמוכרים היא רק הישיבה על הסדר שכ"א על מקומו יבא בשלום ול"ש זה לסדר הגביה דנגבית לפי ממון ואף לאחר שנשרף ואף כשנבנית במקום אחר. וזכות הישיבה הוא רק מטעם קנין סיטומתא. וזה דלא כהאחרונים כאן ושרשמתי בסי' קס"ב סעי' ז' ע"ש:

שם. ס"ק כ"ו. עיי' בתשו' שבו"י כו' כו'. מדוע לא הביא חילוק הנתי' סי' קע"ח ס"ק ג'. ומש"כ עוד וכן שמעתי בימי חורפי כו'. גם בשו"ת לחם רב סי' ע"ז עמד בזה ונשאר בצ"ע ובשו"ת מהרשד"ם חחו"מ סוס"י ש"ל הק' על המהרי"ק מתשו' רשב"א מובא בב"י סי' זה וסיים דאילו ראה המהרי"ק תשו' זו הוי הדר בו דבלא"ה יש סתירה בדבריו והאריך עוד בזה בסי' שפ"ט. ועיי' שו"ת בית שלמה חחו"מ סי' נ"ב ישוב נכון לדברי מהרי"ק:

סימן קסד

סעיף ד'. היה אחד כו' נוטלן כו'. הנה הנתי' כאן וברס"י פ"ז כתב דלא הוי הילך דמיירי דפנינהו דרך גזילה. והא בש"ס מוקי לה בפנינהו בני רה"ר וגם י"ל כיון דחבירו ניטל כנגדו לא הוי הילך. כעת נדפס חידושי מהר"ץ במשניות ד' ווילנא וראיתי שדחהו מטעמים אחרים:

סמ"ע ס"ק י"ד. דאין מיחשב כרבית כו'. הריב"ש כתב טעם אחר משום דבע"כ לאו הלואה היא. ולכאורה נ"מ בהיה הבעה"ב משתמש בו עוד בדוחק דלטעם הסמ"ע כה"ג חייב ולהריב"ש פטור אלא דטעם הסמ"ע בלא"ה קשה מאוד דהטעם דקרקע לעליה משתעבד אמרו בש"ס רק להס"ד דהדר בחצר חבירו של"מ חייב ולדידן ל"צ להאי טעמא. ועיי' מנחת יעקב בתשו' סי' ט'. מיהו משמע מדברי הסמ"ע דאפילו בא"ל צא מהבית דבכה"ג בדר בחצר חבירו שלא מדעתו חייב. הכא פטור משום דמשתעבד בלא"ה. וזהו שהוסיף הסמ"ע. ועיי' יור"ד סוס"י קס"ו בהגה:

סימן קסה

סמ"ע ס"ק ב' פירוש וזורע חזרת כו'. לכאורה הפסד הוא לבעל הגינה שא"י לזרוע אלא דברים שא"צ לגשמים ואמאי לא יכוף אותו לתקנו כמו ברס"י קס"ד. וגס בלא"ה כיון שנפתח הרבה יורד הגשמים נמי למטה ולמה דוקא בא"צ לגשמים. ובשמ"ק כתב דדוקא

בגינה שצריך לה בכל עת אין מטריחין אותו לעלות ולירד אבל בשדה בעל שא"צ רק בג' פעמים חרישה וזריעה וקצירה אפשר דזורע למעלה ולמטה וצ"ע:

סימן קסו

לא קנה חצירו. אבל בעל הגינה א"י לחזור דמחילה א"צ קנין. מיהו לגירסת הש"ס דקביל ור"ל בע"כ כמ"ש הט"ז אולי גם בעל הגינה יכול לחזור. והנה הפוס' מחולקים אי צריך דפנינהו באפיה וכתב הב"ח דהמע"ה וכיון דפנינהו לא מצי למיטען דדעתיה לדחוייה ולהוציא מיד זה שפינה אותם עד דמייתי ראיה. ומדברי הנמוק"י לא משמע כן שכתב אחר שהביא מחלוקת הרשב"א והר"ן וז"ל ונוכל לומר טעם בדבר עוד שאין לנו להוציא זכות שיש לו לבעל המשכון על משכונו מספק. ועוד שסברא היא שלא יהיה קנוי לזה מה שהוא של חבירו עד שיודע הדבר שגמר בלבו להקנותו. ועל דברי הנ"י האלו סמך המת' לעיל סי' ע"ב סעי' כ"ו כמ"ש שם בבהגר"א [ודברי התומים שם מגומגמים קצת להמעיי' בנמוק"י] שו"ר בהג' הגרצה"ח שעמד על הב"ח מסברא:

סימן קסז

סעיף א'. והשאר של תחתון. משום הפקר כמ"ש בדרישה וכ"כ בשמ"ק. ולכאורה מזה ראיה למש"כ הנו"ב דהפקר לנוכח מהני אף לאחד. ובהג' רש"ש כתב דשיגרא דלישנא נקט הפקר ואולי משום מתנה או מחילה הוא ועיי' שו"ח שומ"ש מ"ק ח"ב סי' קנ"ח וכ"מ פשוט דהא אומדנא הוא והרא"ש כתב דמטעם יאוש הוא ואף דיאוש ברשותו ל"מ מ"מ הא בעינן דוקא עומד בצד שדהו כדלק' סי' רס"ח. והנה אי נימא דמטעם הפקר ממש הוא מזה ראיה למה שחקרו אי מהני הפקר בחצי חפץ. ובעיקר חקירתם יסודם הוא על פי דברי ר"ת בש"מ ב"מ כו' שכתב דאין יאוש לחצי חפץ ומשמע שם משום דאין מבורר החלק. ובזה נסתפקו היאך הדין בהפקר כה"ג דיאוש אינו כהפקר גמור.
והנה השומ"ש מ"ת ח"ג סימן מ"ט כ' דטעמו של ר"ת הוא דיאוש ל"מ ברשותו וא"כ כל שלא נתיאש רק מחציה א"כ החציה השניה שלא נתיאש מיקרי עדיין רשותו ול"מ יאוש דעדיין היא ברשותו דהא החלק שני מי שמוצא הוא שומר עליה והוי כאילו היא ברשות הבעלים, ולפי"ז בהפקר דמועיל אף ברשותו עיי' קצוה"ח סי' שס"א מועיל אף בחצי חפץ. ועפי"ז מיושב מה שהק' ע"ז מכריתות כ"ד ע"ש תוס' ד"ה דאמרו. דשם היא מתורת הפקר כמ"ש הקצוה"ח וכן י"ל בתוס' ב"ק כ' ע"ב ד"ה אפקורי ע"ש. אבל באמת יסוד חקירתם הוא לא מהאי טעמא אלא מטעם דהפקר בעינן דומיא דשמיטה הפקר לגמרי ומטעם זה כתב הירושלמי מובא בחי' רשב"א גיטין פ' מי, שאחזו ולק' סי' רנ"ז בהפקיר מעכשיו ולאחר ל' יום ע"ד דרבנן אינה מופקרת. ובאמת מצינו גם בשמיטה בנדרים מ"ב

ארעא נמי אפקרה ללקיטת פירות. הרי דמהני הפקר על לקיטת פירות לחוד. וי"ל בזה [כעת ראיתי בתפארת ירושלים משניות סוף ב"מ שמדבר בזה ובקו"א במעייני חכמה לב"מ מפלפל בזה והנה בקדושין ז' ע"א חצייך מקודשת לי אינה מקודשת כו' וניפשטו לה קידושי בכולה כו' הכא דעת אחרת כו'. ותמה שם בהג' רש"ש מה בכך דהיא אינה מתרצה בחציה השני הא המקדיש נמי אינו רוצה להקדיש רק חצי הבהמה. וכתב ע"פ הר"ן נדרים דדעת אשה הוא מתורת הפקר ובהפקר לא מצינו דאם הפקיר חציה דיחול ההפקר על כולה דלא מצינו זה אלא בהקדש. ובמחכ"ת אין לדבריו טעם דפשיטא אם הקדיש בהמת הפקר חציה דמתפשטת בכולה וה"נ רומה לזה ומאי ענין להפקיר חציה וגם לדבריו כך הו"ל לומר דלא מצינו דאם זכה בהפקר חציה דיזכה בכולה דומה קצת להענין. ובעיקר התמיה לא ראה בחורי"ד שם שעמד בזה ובא"מ סי' ל"א ס"ק י"ח]:

ומש"כ המחבר ובלבד שלא יאנוס כו'. יתבאר עפ"י מש"כ הרמב"ם בפי' המשנה וז"ל כל שיכול לפשוט את ידו בענין שלא יסכן בעצמו ויתפשט פשוט שיהיה קרוב לנפול ממנו אלא שיתפשט שיעור מה שיוכל בלי סכנה. והוא דכשיש סכנה מפקירו והט"ז נדחק בזה וא"ל לזה. ובמדר"א כתב שהטעם הוא משום סכנה והבין דברי הרמב"ם בפשוטן משום איסור סכנה. ולא דק דלא איירי כאן באיסור סכנה אלא כונתו דכשיש סכנה מפקירו. ומש"כ בסעי' ב' בהגה "טור" אולי הוא ט"ס וצ"ל "ב"י" כי בטור לא נמצא זה:

סעיף ב'. אילן העומד כו'. עיי' מש"כ בזה לעיל סי' קנ"ה סעי' כ"ט:

סימן קסח

סעיף א'. משום ישוב הארץ. ואפי' רוצה ליטלן כדי ליטען במקום אחר אין שומעין לו ודוקא שכבר נשרש בקרקע כ"כ הנמוק"י. ובזה ראיתי בקהלת יעקב להג' מקארלין שהכריח מדקאמר יחלקו כו' כל ג' שנים דהלכה כמ"ד כרם רבעי והכא איירי בזיתים דלמ"ד נטע רבעי הא הועיל לו גם בשנה הד' שלא יצטרך לפדיון. וליכא למימר בחו"ל דהא אמר משום ישוא"י. והנה לפמש"כ ביור"ד סי' רצ"ד סעי' ו' דבזה"ז פודין בפרוטה אין ראיה כ"כ.

וגם מה שדחוק לו לאוקמי בחו"ל עיי' שמ"ק דרצה לומר ג"כ דאיירי בחו"ל מקום שישראל קונים נוהג דין זה ומש"כ הט"ז כאן לתמוה על הסמ"ע דבשבח אילנות מאי נ"מ בין גושיהן ללא בגושיהן. י"ל דאף שכתב הנמוק"י דלא יהיב ליה שבח מ"מ נ"ל דהוצאת שחלן שהיה נותן גם לו נותן. אלא דלמש"כ הנמוק"י דמיירי בלאחר שנשרשו ל"ל כן. וע"כ צ"ל דנ"מ דלאח"ז כשירצה בעל הקרקע לקוץ ענפים לטובת האילן שיגדל יותר מונעו בעל האילן אף ששבת האילן לבעל הקרקע הא מגרע בזה לבעל האילן שיתמעטו

הפירות משא"כ בלא גושיהם. ועיי' שו"ת שיבת ציון סי' מ"ט מש"כ בזה. ובשומ"ש מ"ק ח"ג סי' קנ"ח מש"כ בדברי הט"ז ודבריו מגומגמים:

סימן קסט

סמ"ע ס"ק א'. והותנה ביניהן כו'. אבל הרשב"ם פירש ע"י חלוקה או שלקחה מבעה"ב ולקח גם הדרך. ולכאורה דבריו הם שלא אליבא דהילכתא. ומצאתי אח"כ בתוי"ט מזה. ובהג' הגרי"ב מיישב כונתו דר"ל ליישב אף לרבנן דר"ע. ובעהמ"ח חב"י לא ראה זה:

סעיף ב'. ולא יכנס מתוכה לשדה אחרת. לשון הרע"ב משניות כיון דבאמצע הוא הפסד גדול הוא לו. ותמה בהג' רש"ש דהא אף בנתנו לו מן הצד כן כסיפא דמתני' וי"ל בדעתו דדוקא בנכנס בשעה שאין דרך, בנ"א ליכנס דהותר לו מן הצד אבל בנכנס בשעה שדרך בנ"א נכנסין שרי ליכנס מתוכה לשדה אחרת. אבל ממש"כ היד רמה ל"מ כן:

סימן קע

סעיף ב'. רצה אחד לסכור כו'. ובאמצעים עיי' סמ"ע ופרישה. ובאמת מש"כ התוס' אינו מוכרח עיי' מהר"ם שיף שי"ל באו"א. [וצ"ע על הגר"א שמפרש דברי המחבר עפ"י דעת התוס' ודברי המחבר אינם מוכרחין לזה וגם עיקר דברי התוס' אינם מוכרחין] והנה בש"ס שס מביא עובדא דבני חמרך ע"ש ולפירש"י נסתלקו משום הפסד שטיפת המים עיי' מהר"ם שיף והפוס' השמיטוהו וצ"ע. וראיתי שם בהג' מצפה איתן שכתב טעם דלא פסקינן כשמואל משום דמתרץ אליבא דרב ופלא שלא ראה בראש שכתב כן בשם ר"ח. והרבה האריכו המפ' בזה:

סימן קעא

סמ"ע ס"ק ד'. ואף כי המ"מ כו'. עיי' ט"ז שהשיגו וכתב מהמ"מ דצריך י' טפחים ותמוה דלשון זה שהביא אינו נמצא במ"מ שלפנינו רק ביאור דבריו נוטים לזה כמ"ש הלח"מ. ומה שהק' עוד על הסמ"ע ס"ק ח' מש"ס ב"ב. נ"ל דלק"מ דמשום זה לבד שאין הפועלים נשכרים לא מבטלינן חלוקה זולת בהצטרפות לזה גם עצם השיעור כי קטן הוא וגם ביומא דכרבא יהיה לו הפסד פועלים ומזה איירי בש"ס דעצם השיעור קטן הוא. אבל הסמ"ע כתב כן אם יש בעצם השיעור ליום ומחצה וכיון דעצם השיעור הוא תשוב לא מבטלין חלוקה משום הפסד פועלים:

סעיף ג'. חוץ מד"א של פתחים כו'. וכתב הבאה"ג דצ"ע שהרי הרמב"ם כתב דין זה בחצירות הכפרים ושאין הדין כן בחצירות שבמדינות כמ"ש הה"מ בשם הר"י מג"ש. לפי הגירסא שלפנינו בהה"מ בדברי הר"י מג"ש אבל חצירות שבמדינות כו' הילכך אם מגיע לכ"א מהם כו' בחלקו בחצר זו בית שיש בו ד' על ד' ולפניו אויר שיש בו ד' על

ח' כו' א"ש וכן גירסת הלח"מ. ולהבאה"ג נראה שהיה לפניו הגירסא שהביא הב"י סי' קע"ב דלהר"י מג"ש די בד"א לזה וד"א לזה והיה לפניו כן הגירסא בהה"מ כמ"ש הלח"מ שם ולשיטתו יפה הק' על המחבר. וי"ל עוד דכונתו להק' דמשמע דאם יש לאחד שני פתחים ולהב' פתח אחד דנותנים לכל פתח ד"א וע"ז יפה הק' דבמדינות ל"ש כן. ומשום זה השיא הנתי' דברי ההגה לק' סי' קע"ב סעיף ב' לכאן. וכונתו להגיה כן ע"ש, ומש"כ בהגה היה בו ד"ת ומכר כו' ראיתי למי שפירש דמיירי דלאחד היה בו ד"ת ולהב' אין לו דאי לתרויהו לית להו הא בלא"ה לא מצי לעכבי וכמ"ש מור"ם אח"כ. וליתא דבגוף תשו' מהר"ם משמע דלתרויהו ל"ל כשיעור וכ"מ לשון מור"ם ועכצ"ל כמ"ש הנתי'. ומש"כ עוד בהגה ג' שהיו שותפין כו'. עיי' בהגר"א. וצ"ע בכלל זה שיש סתירה לזה מכמה מקומות ועיי' שו"ת בית שלמה חחו"מ סי' קל"א בביאור נכון:

סעיף ד'. ויש מי שאומר כו'. לכופו לחלוק:

המפ' נדחקו בכונת המחבר עפ"י דעת הרמ"ה ולפנינו נדפס היד רמה ושם מבואר להדיא דדוקא בקרקעות שוים דהוי כייפינן ליה ליתן אחד מצרא ולא בעידית וזיבורית ודלא כמ"ש הסמ"ע באופן הב' ומיירי בששניהם יש להם שדות סמוכים כופים זא"ז ולא כמ"ש הט"ז וע"ש עוד חידושי דינים: סעיף ה' בהגה. שההפסד יותר מחומש. והוא מב"מ ח' ע"א עיי' בהגר"א אבל בש"ס ב"ב י"ג בכור ופשוט שהניח להם עבד ובהמה טמאה כו' ופירש הרגמה"ג דבטהורה חולקין בבשר. ומשמע דבכל גונא טהורה קאמר ואף בעומדת לחרישה דאל"כ הכל קשה דהו"ל למיתני טהורה בכה"ג אמנם ביד רמה שם מפרש דה"ה אפי' מטהורה נמי הו"מ לאקשויי בשור העומד לחרישה דלמיפלג בבשרו לאו שמו נקרא עליו הוא ואי למיפלג באגר חרישה אין הבכור נוטל בראוי אלא דלא פסיקא ליה טהורה דבקיימא לשחיטה שפיר ראוי למיפלג. ומביא נמי הך דב"מ ח' שמביא התה"ד ודלא כהתה"ד שלא רצה לאוקמי הך דב"מ ח' בקיימי לשחיטה. ועיי' שו"ת ת"ס חחו"מ סי' י"ב שכתב לדחות זה מטעם אחר ע"ש. ומש"כ עוד ובית שיש בו ד"א אם יחלוקו לרחבו כו'. מבואר דד"א על ד"א מרובעות בעינן. והמחבר סמך עמ"ש כן גבי חצר בסעי' ג' וכתב הג"מ בשם ריצב"א הא דלא תני בית במתני' משום דדין חצר יש לה והוכיח כן מש"ס סוכה וכ"כ הרמ"ה במתני'. ומש"כ הסמ"ע בהגה בשם המרדכי הוא בחדר וכמש"כ דאינו מיוחד לדירה אך מש"כ בשם הר"י אולי דעתו דמדמי לה להתחלת בנין בית כמ"ש הריצב"א. אולם לענין מזוזה ביור"ד סי' רפ"ז פסק המחבר דאם יש בה כדי לרבע ד"א חייב אמנם כבר ביאר הט"ז אור"ת סי' תרל"ד בדעת הרמב"ם דדוקא ד"א על ד"א בעי ע"ש:

סעיף ו' בהגה. אפי' אמר ליתן כו'. כן דייק הרא"ש מלשון מעלין עיי' בהגר"א.
ובהג' הרש"ש הביא בקיאות מכמה מקומות בש"ס דלשון מעלין הוא על סתם שומא. והנה כן מצאתי בתשו' רמב"ן סי' מ"ג שהעיר בדעת הי"ת ודחה ראית הרא"ש מש"ס עירכין. ונראה כונת הרא"ש דלשון מעלים משמעו הוספת דמים ובכ"מ דאמר מעלין הוא סתם שומא אבל מעלין בדמים משמעו הוספת דמים. ובכל הני דמביא הרש"ש ל"כ אלא מעלין דמשמעו שומא סתם. אך מלבד זה י"ל בההיא דעירכין די"ל הואיל דכשפודה המקדיש מוסיף חומש וכ"כ בס' מ"ב:
סעיף ח' בהגה. לא חלקו כו'. מסידור לשון הרמ"א משמע דקאי על המחבר דמיירי באין בו דין חלוקה. אבל בתשו' הרשב"א המובא בב"י מבואר דקאי אף ביש בו כדי חלוקה. ומש"כ הנתי' ס"ק י"ב לחדש ע"ש כנראה לא זכר שכן כתב להדיא בתשו' רשב"א מובא בהג' רמ"א לק' סוס"י שס"ג. שו"ר בפת"ש כאן בשם השעמ"ש שהעיר מדברי הרמ"א. ובשו"ת ב"ש חחו"מ סי' מ"ת מביא עצם לשון תשו' הרשב"א ושם מבואר כיון דאלו רצה חבירו היה משתמש בו. משמע דאם כשרצה להשתמש בו לא הניחו הדר בו חייב לשלם שכירות ומה שדחק שם לחלק מהא דסי' שס"ג לא ראה דברי השמ"ש כאן כעת נדפס הספר דברי הגאונים וראיתי שם בכלל ק' מביא בשם אחרונים לחלק בין דירה ששניהם יכולים לדור בה ביחד אבל בבית אחד א"א ע"ש:]:
סעיף ט"ז. היכא דאין ד"ח כו' וי"א כו'. בשו"ת אוריין תליתאי סי' ל"ת פסק ביתום פתות מבן כ' יש בו דינא דגוד או אגוד אף שאינו מוכר בנכסי אביו פחות מבן כ' דכ"ז מתקנה הוא שלא ימכור פחות משויה והכא ל"ש זה דא לשומן פחות משווין וגם הא בעי שומת ב"ד והוי ספק תקנה ואוקמיה אדיניה כמבואר באהע"ז סי' קי"ח. והנה מצאתי בשו"ת רשד"ם חחו"מ סי' רע"ו פסק דגם בפחות מבן כ' פסקינן כהרא"ש וי"ל דתליא בשני הטעמים המובא לק' סי' רפ"ט. דלהטעם שכ' שם הסמ"ע דהוי כמכירה א"כ גם בפחות מבן כ' שייך זה ולטעם שכ' הט"ז שם דחיישינן שמא לא יתרצה כשיגדל י"ל דהכא ל"ש זה, שו"ר בש"ך שם שרמז לתשו' מהרשד"ם. ובערוך השולחן שם כתב בפשיטות, דיש גוד או אגוד בפחות מבן כ' ולא ראה דברי המהרשד"ם. ובשו"ת ב"ש סי' קי"ב כתב שכמה פעמים באו לידו מעשים כאלו והורה למעשה לעשות עצת הנתי' סי' רל"ה ס"ק י"ד ללות מאחרים תחילה ע"ש. והנה הקצוה"ח כאן וברס"י רמ"ט העלה בח"ע ותב"ת דלהש"ס דילן מה שמרויח ביום של עצמו הוא שלו לגמרי ואין להרב שייכות בו וראיתי בפי' רגמה"ג על הגליון שפירש דהא דכותב שטר על חצי דמיו הוא משום דמה שמרויח ביום של עצמו הוא למחרתו לרבו. וכן פירש עוד בהא דמשני שם אגוד ליכא דאף דיהיב

ליה זוזי למחר הוא לרבו. והקצוה"ח מיישב בזה דברי הרשב"א בתי' שבת ע"ש (וכן כתב בשו"ת בשמים ראש סי' רכ"ז ממש כדברי הרשב"א]. ולכאורה י"ל דזה אינו אלא בעבד של שני שותפין ושחרר האחד חציו אבל ביצא בכסף י"ל דעל תנאי זה לא שיחררו חציו שיגרע בזה חלקו הנשאר לו בעבדותו שלא יהא רשאי לעבוד בו עבודת עבד, ובזה היה א"ל במה שהקו' לדבריו מש"ס גיטין ל"ת ההיא אמתא כו' דאפשר דידעו דשם היתה משוחררת חציה באופן דנתנה דמים על שיחרורה ובכה"ג יש לו: בה קנין הגוף. אבל א"א לומר כן דהא מתני' מיתוקמא בשני גונא או בכסף או בעבד של שני שותפים כמ"ש שם בגיטין וע"ז כתב הרשב"א כן. ובזה נדחה גם מש"כ בשו"ת ברית יעקב סי' ל"ט ליישב דהרשב"א ל"כ כן אלא באדון אחד ושיחרר חציו דלא מקוים בו עתה לעולם בהם תעבודו אבל בעבד של שני שותפים ל"ש זה דבזה קנאו מתחילה לעבוד בו רק יום אחד ועובדא דההיא אמתא ידעו דהיתה של שני שותפים ושיחרר האחד חציה. וא"א לומר כן דבכל גונא תנן דכופין ואף בעבד של ב' שותפים ואף בזה כתב הרשב"א דאינו עובר. ונ"ל בישוב קושית האחרונים על הרשב"א עפ"י מש"פ הרמב"ם פ"א מעבדים ומובא ביור"ד סי' רס"ז דמותר לעבוד עם אנשים עוברי עבירה והוא מש"ס פ' אז"נ דלעולם בהם תעבודו ובאחיכם. ולפי"ז ההיא אמתא דעבדה איסורה מותר לעבוד בה גם בחציה הב"ח ומקוים בה הלעולם בהם תעבודו ושפיר מקשי [ושוב לאח"ז בא לידי חי' ח"ס על שבת וראיתי שכתב ג"כ באופן זה] והנה מדברי הרגמה"ג שהבאתי יש לפשוט מה שחקר הבית מאיר קדושין כ"ב בעבד מוכר עצמו אי אמרי' בדמי מכירתו שקיבל מה שקנה עבד קנה רבו. וכתב שברור בעיניו דלא אמרי' כן ותמה על השמטת הפוסקים והרי מדברי הרמה"ג מבואר דלא כדבריו וכן משמע מכמה מקומות בש"ס דפריך מה שקנה עבד קנה רבו [עיי' קצוה"ח סי' רמ"ט שהוכיח כן להל"ר] ולא שני במוכר עצמו:

:

סימן קעב

סמ"ע ס"ק ח'. ואינו דומה כו'. והוא מדברי הב"י וקשה דא"כ מה מדמה הש"ס תניא נמי הכי כו' נימא כיון דיש לו פתח אחד למבוי הב' וסתם זה סליק נפשיה מפתח זה. ואח"כ ראיתי ביד רמה שכתב להוכיח דאפי' יש לו פתח. אחר וסתם זה סליק נפשיה והא דקתני בית סתום לאו דוקא אלא ה"ה פתח סתום. ולולא יראתי היתי אומר בכונת הרמב"ם דבית של פתחים הרבה דקאמר לאו לתשמיש קאמר דמאי חידושא בזה. אלא סתם בית העשויה לדירה אין לה פתחים לתשמיש לכל רות ואינם עשוים אלא לפרקים

לתשמיש שאינו מצוי ודמיא לחפירה דסופלי וכ"כ הרמ"ה ובזה כתב דמהני יחוד אבל בפתחים העשוים לתשמיש ל"מ בהם יחוד לאיסתלוקי משאר הפתחים:

סעיף ד'. אכסדרה כו'. הנה רש"י בפירושו כאן סתר למשפ"י במנחות ל"ג ע"ב ע"ש. והנה במג"א אור"ת סי' תל"ג ס"ק ב' פירש אכסדרה הבנויה ע"ג עמודים ואין לה כותל. ותמה הת"י שם מאין לקח זה נגד כל המפ' שסתמו. ונ"ל דהמג"א מפרש כן בכונת הרי"ו שבב"י שם דדוקא אכסדרה אבל בית אחר אעפ"י שיש בו הרבה אורה צריך לבודקה לאור הנר ותמה הב"ח דאי אורה רב היינו אכסדרה. וע"כ פירש המג"א דדוקא אכסדרה כהאי שאורה רב א"צ אף לכתחילה לאור הנר אבל בית שיש בו אור צריך לכתחילה אור הנר וכן אכסדרה שרק רוח אחת פרוצה אין אורה רב כ"כ צריך ג"כ לכתחילה אור הנר. והרי"ו כתב כן ליישב סוגית הש"ס דילן שלא יחלוק עם הירושלמי המובא במרדכי כמ"ש בהג' מרדכי שם. וראיתי אחרי כותבי שחכ"א הק' על המג"א דהא מחלוקת רש"י ותוס' היא בב"ב. מיהו צ"ע להמג"א בהא דפריך שם בש"ס והאמר רבא אכסדרה כו' לישני דרבא מיירי באכסדרה שאין לה מחיצות והכא באכסדרה של ג' מחיצות ועיי' לח"מ פ"ב מחמץ ומצה הל' ד'. ובשו"ת שבו"י ת"ג סי' נ"ו מש"כ בזה:

סעיף ו'. ודוקא כשיש ד"א כו'. כן דעת הרשב"א. אבל הרמ"ה ביד רמה כתב דאף בשני אמות שאינו מקורה סגי והפוס' לא הביאו דעתו וצ"ע: סעיף ז' בהגה. אבל יש לו חלק בחצר. משום דהד"א אינן שלו ולכן די בסילוק בעלמא כ"כ בבהגר"א. וקיצר בדבריו דהא הריב"ש מסיק דאף למאן דס"ל דהד"א הם שלו לגמרי ג"כ סילק נפשו ולא דמי לחלקו בחצר והריב"ש לא כתב החילוק בינם. אבל מבואר הוא ביד רמה שגם הוא מהסוברים דהד"א הם שלו לגמרי וכתב הטעם דהא' שזוכה לאו בתורת הקנאה זוכה אלא בתורת סילוק וכל כמה דלא מסתלק כל חד מיניהו מחלק חבירו בקנין או בחזקה אי סלקא מרי פתחא לפתחא מהאי חצר סלקיה לזכותיה. והנה המחבר סתם ולא הביא מחלוקת המובא בב"י מר"י ותוס' אי פרצם אב דוקא או אפי' פרצם הוא וצ"ע. וכתב ביד רמה לא תימא ה"מ דלית לו פתחא אחריני דומיא לטומאה דקתני בית סתום כו' אלא אפי' אית ליה פתחא אחריני כו'. ונראה דזהו כונת פסקי ריקאנטי סי' שס"ז שכתב אם אדם אחד היו לו שתי חלונות לתוך. חצר חבירו וסתמן ולא פרץ את פצימיו יכול לחזור ולפותחן כו' ונדחק שם בביאור מ"ב מאי קמ"ל. דמלשונו משמע דהיה לו עוד חלונות פתוחות. ואשמעי' דגם בזה לא אסתלק וכמ"ש הרמ"ה:

סימן קעג

סעיף א'. ואם הם בשתי כריכות כו'. הב"י תמה על שלא הביאו הפוס' דברי הירושלמי המובא במרדכי ע"ש. ופשוט נ"ל דהפוס' פירשו כונת הירושלמי כפירוש ר"י בש"מ דחילים בתילים חולקין כששניהם רוצים והש"ס דילן בא לאפוקי ממ"ד התם דאף כששניהם רוצין אין חולקין. ונמצא דברי הירושלמי מובא להלכה כאן. שוב עיינתי במפרשי הירושלמי וראיתי להמאה"פ שכתב כן מדעתו. והנה לשון השו"ע שהם כתובים בגליון הוא מפירוש רש"י. אבל מדברי הרמב"ם ביד ובפי' המשנה משמע דה"ה בכל ספרים. וכן ראיתי במלאכת שלמה משניות שדייק כן מדבריו ועיי' ב"י מהמרדכי והג"א: סעיף ב' בהגה מיהו הרא"ש כתב כו'. וכן דעת הראב"ד בהשגות פ"ב משכנים הל' י"א כמ"ש שם בלח"מ. והנה הקשו המפ' לדעתם דא"כ מאי קמ"ל ר"י בש"ס ב"ב ק"ו כיון שעלו הגורל קנו פשיטא וכמ"ש רשב"ם שם ועוד מאי בעי בש"ס עלה מ"ט כו'. ומסיק משום דקא צייתי להדדי כו' ת"ל דכבר החזיק. ופ"ת על הרא"ש שם כתב דס"ד הוי כעין אסמכתא וא"מ כיון דכבר החזיק מאי אסמכתא שייך כאן. וראיתי בשו"ת ב"ש סי' מ"ט שכתב ליישב דהקנין היה קודם הגורל וס"ד דהוי חיסרון משום ברירה או דהוי כמו משחק בקוביא דהוי אסמכתא. וכ"ז דחוק בכונת הרא"ש ול"נ דמיירי דקני זמ"ז בק"ס קודם הגורל שכ"א מקנה מה שיברור לו הגורל ובק"ס קיי"ל דכ"ז שעסוקים באותו ענין מצי הדר ביה וכתב הרא"ש הטעם משום דכן דרך ק"ס לעשות פתאום והכא בההיא הנאה דצייתי להדדי גמרי ומקני בלב שלם לענין דתיכף לאחר הגורל לא יהא יכול לחזור דאנן סהדי דגמרי ומקני בלב שלם וזה דקמ"ל בש"ס. והרא"ש כתב חזקה וה"ה לשאר קנינים בקרקע וכ"מ סוף הלשון בתשו' הרא"ש ע"ש. ועיי' ב"ח מש"כ בפי' מתני' ב"ב מ"ב ע"א לדעת הרא"ש דע"כ בכ"ג מיירי אף בחלוקה בגורל יכולים לחזור בלא חזקה. ולפי"ז י"ל דעת הנמוק"י שבפ' ב"כ כתב דגורל קונה ובמתני' שם פחז"ה פירש כמ"ש הב"ח לדעת הרא"ש וצע"ג:

סימן קעד

סעיף ד' בהגה. וי"א דאפי' בכה"ג כו'. בתוס' הק' לרבה אמאי איצטריך קרא בבכור דיהבינן ליה אחד מיצרא. ותירץ ר"י לפי שלא נתן לו הכתוב כח אלא כב' אחיו ואילו היו שני אחיו רוצין להשתתף לא כפינא לג' ליתן להם חלק ביחד. מזה משמע דס"ל דלא כי"א דכאן. אבל הר"י והרשב"א שתירצו באופנים אחרים מובא בש"מ ולא תירצו כהר"י בתוס' י"ל דס"ל כהי"א דכאן:

סימן קעה

סעיף א'. אלא שנים לראיה בעלמא. המעיי"ח ב"מ ל"א הק' אף בע"א סגי כיון דאיסור לא היה יודע ודחק בזה. ולא ראה מש"כ בזה הט"ז כאן: סמ"ע ס"ק ד'. דכאן שבאו ליטול מה שירשו מאביהן שאני. אולי כונתו עפ"י מש"כ לעיל רס"י ל"ז דאף בשני שותפין הדין כן והט"ז שם וכאן השיג עליו. והקצוה"ח שם עשה פשר בינם דבגזילה צדקו דברי הסמ"ע ולא בבע"ח והסכים עמו הנתי'. וזש"כ דכאן שבאים לירש וכשנמצא את שלא ידעו בו או אף בע"ת והוי טעות בעיקר החלוקה וכן אף בשותפין ונמצא גזולה הוי טעות בעיקר החלוקה. לאפוקי בשותפין ובע"ח דלא הוי טעות בעיקר החלוקה א"י לבטל וי"ל עוד באו"א:

סעיף ו' בהגה. ואפי' אם אומר המוכר כו'. מזה ראיה למש"כ הנאות דשא מובא בפת"ש ס"ק ג':

סעיף ז'. והיא שוה מאתים כו'. בישועי"ק חחו"מ סי' קנ"ו ן בתשו' מנכד המחבר הוכיח מזה כדעת הרמב"ן מובא בש"ך סי' רל"ז דבמכר אף שהוא בזול הרבה מיקרי מכר ולא הוי כמציאה והפקר דהא הכא דכל עיקרו משום עשיית הישר והטוב הוא דהלוקח יכול למצוא לקנות במק"א ומה עשיית הישר והטוב איכא כאן דכי יזדמן לו לקנות שוה מאתים במנה במק"א אלא דלא חילקו חכמים בין מכר למכר. ומצאתי כדבריו בש"מ בשם תוס' הרא"ש שעמד ע"ז ותירץ ג"כ משום לא פלוג בין מכר למכר דבאלו הדמים היה מוכרה ג"כ לאחר:

סעיף ח'. המוכר כו' משמתין אותו. זה דעת הרא"ש. והק' המחנ"א הל' נז"מ בסתירת דעת הרא"ש דהנמוק"י פ' הגוזל בתרא כתב בשם הרא"ש דאי אירע שלא קבל ונמשך נזק לישראל המצרן לא מיחייב ישראל זה לשלומי לו כו'. ויותר הו"ל להק' דבפ' המקבל כתב הנמוק"י עצמו בשם הרא"ש כמ"ש כאן בשו"ע בשמו. ולדעתי ט"ס הוא בנמוק"י ב"ק וצ"ל הרא"ה שדעתו כדעת הראב"ד מובא בב"י כאן וא"ש:

סעיף י'. ולא תשאר בה עילה כלל. כתב כלשון הרמב"ם. והטור כתב אחר שלא תשאר בה הערמה כלל. והיינו אחר שנתברר שלא משום הערמה עשו התנאי לאפקועי מהמצרן וכסעי' הקודם וכן נמי כונת הרמב"ם עיי' פרישה ודלא כב"ת שנדחק בזה:

ובעיקר דין זה עיי' סמ"ע ס"ק י"ח. ובנתי' הק' עליו ע"ש. וחילק דכאן מיירי בתנאי שאינו לטובת המוכר ע"ש. ונ"מ כמ"ש הב"ח. ולכאורה חילוק הנתי' תמוה דאם אין נ"מ מזה להמוכר למה לא יוכל המצרן לסלק להלוקח ולומר לו כל זכותך שיש לך על השדה תמכור לי אחר שאין נ"מ מזה להמוכר. ואף שיכול להיות מזה טובת הלוקח

מה איכפת ליה להמצרן בזה. אח"ז נדפס הספר דברי גאונים וראיתי שם בכלל ס' מובא משו"ת גו"ר שכתב טעם לדברי הרמב"ם משום אטרוחי ב"ד בכדי לא מטרחינן ולמה להו לאטרוחי לסלק להלוקח מהקרקע ולהעמידה ביד המצרן שמא תתקיים התנאי ותחזיר לבעלים הראשונים ונמצא שלריק יגעו ע"כ ממתינים עד שתתקיים המכר לגמרי ואז מסלק להלוקח. ונ"מ בין הטעמים לענין אי נמכר השדה הסמוכה לזה אי הוי הלוקח מצרן קודם קיום התנאי:

סעיף י"א. ויחלקוה באלכסון. עיי' ב"י בשם העיטור ולפי המידות כו'. ובהג' דרו"פ נדחק בכונתו ע"ש. אבל לפנינו הגירסא בעיטור ולפום חכמת המדות אעפ"י שהוא מרובע ארוך או רחב כיון דפליגי בקרנזול חלק ארבעתן שוה. ור"ל אעפ"י שאינו שוה הצלעות רק שהיה ארוך וקצר ברחבו או רחב וקצר בארכו וא"ש הכל. ומש"כ בהגה גזם להם להזיק כו' הק' הבאה"ט מסי' ר"ה סעי' ז'. והאחרונים לק' חילקו דבמוחזק למסור או איכא אומדנא דמוכח לא אמרי' כן עיי' שו"ת שער אפרים סי' קכ"ב בארוכה ולק"מ:

סעיף ל"ב. היה אנוס לא אבד זכותו. עיי' נתי' מה שמחלק מהא דסעי' ל"ד. ובתשו' חוט השני מבאר דכאן מיירי ע"כ שגילה המצרן דעתו ויזמין מעותיו דאל"כ לקחה מדת הדין כי אולי לא יסרב הלוקח ליתן לו את הקרקע ולמה ישהה הלוקח את מעותיו אצל המוכר בחינם. ומה יעשה במקום שהם רחוקים מב"ד:

סעיף ל"ו. ואפי' אם המצרן כו'. מובא בב"י מש"כ החה"ד שדעת הרמב"ם כרש"י. ותמיהני שלא הזכיר מדברי הה"מ שמביא בדעת הרמב"ם דעת הרא"ש ורמב"ן ועיי' לת"מ פי"ג משכנים הל' ח'. וגם בש"מ מצאתי שכתב בדעת הרמב"ם כדעת הרא"ש. ונראה מדברי הב"י דאין שום חילוק בין פירש"י למש"כ הרא"ש ונמוק"י בשם רמב"ן ורשב"א. אבל מדברי הסמ"ע ס"ק ס"ג משמע דמש"כ הג"א לשיטת רש"י הכל מודים בו וכ"כ הנתי' בחי'. וצ"ל בטעמם דזה לא שכיח שיקנה אחד כל הנכסים ובזה לא תיקנו משום פסידא דמוכר. אבל שכל אחד מהמצרנים יקנה שדה לעצמו י"ל דשכיח והו"ל להודיעם. אבל בש"מ כתב בהיפוך דאף מאן דס"ל דאם המצרן רוצה לקנות כל הנכסים יכול לסלקו מ"מ מודה ברבים הלוקחים דאין בו מצרנות משום אפושי בעלי דינים. עכ"פ בדעת הסמ"ע ע"כ צ"ל כמש"כ. ואף דמלשון הג' אשרי משמע ג"כ דלא פליגי עכ"ז אין הכרת דהא רש"י פירש כל המצרנים משום דפירש דהשדות היו מפוזרות וע"כ הוכרח לפרש כל המצרנים אבל בשדותיו סמוכות זל"ז ה"ה דבן המצר לחד יכול לסלקו מכולם ברוצה לקנות כל נכסיו ומסתימת הפוס' משמע דאין חילוק בין היו כל השדות במקום אחד או מפוזרים. וגם במש"כ הסמ"ע מהג' אשרי דבנתרצה המוכר מסלקינן לו כיון

שהוא לטובתו. נראה דהנמוק"י בשם הר"ן חולק שכתב וכיון דאפשר דמטי מינה פסידא לא תיקנו דינא דב"מ. ונראה דס"ל דלא פלוג בזה ואף דהמוכר אומר שלא איכפת לו כיון דנתקן לטובת המוכרים דעלמא בכה"ג: סעיף ל"ח. הקונה מעכו"ם כו'. עיי' תה"ד סי' של"ח מש"כ בזה: סמ"ע ס"ק ע"ה. דרע ויפה דקאמר כו'. עיי' בנחלת צבי שנדחק בכונת בעה"ט שלא יסתור פסק הש"ך ס"ק ל"ח. וכונתו פשוטה דהחסרון שהמוכר טוען אילו היה ביד אחר לא היה זה נחשב לחסרון אין ביד המוכר להפקיע מזה זכותו דמצרן ודוקא רחוק לו שאילו היתה לאחר ג"כ רחוק הוה נחשב לחסרון ומה שהמוכר קורא לעצמו חסרון וביד אחרים לא היתה נחשבת לחסרון לא מהימן:

סעיף מ"ז בהגה אבל קטנים שאינם יתומים כו'. עיי' סמ"ע אבל יש מפרשים הטעם משום דלאו בני מיעבד מצוה נינהו עיי' פסקי ריקאנטי סי' ש"פ ולפי"ז אפי' קטנים שאינם יתומים נמי. ומש"כ בהגה שניה נכסים. ידועים עיי' סמ"ע. ועיי' בש"מ מחלק באופן אחר:

סעיף מ"ט בהגה. אם הלוקח כו' י"א דלית ביה כו'. מהא דרוניא ב"ב ד"ה לפירש"י. והי"ת הוא דעת התוס' שם. ותמוה לי דהא דעת רש"י הוא לפמש"פ הרמ"ה ביד רמה דעתו הוא דלכתחילה א"ל ר"ס משום לפמשה"ד למען תלך בדרך טובים וכתב כן להלכה דלכתחילה בכזה אומרים להלוקח לעשות לפמשה"ד ואי לא קביל פסקינן לדינא דבר מיצרא וכן כתב בש"מ בגליון תוס' בשם ריצב"א דכפהו לפמשה"ד משום למען תלך כו' [עיי' לעיל סי' י"ב סעי' ב' בהגה אי כופין על לפמשה"ד] אלא דר"ת שהק' לרש"י ע"כ לא ס"ל כן בדעת רש"י וכן פירש הגרגמה"ג על, הגליון דלא תוכל לסלוקי בכה"ג. ובב"י כתב בשם הרמ"ה דלא יוכל לסלוקי עיי' ד"מ וכן בהג"מ פי"ב משכנים [וט"ס כאן מה שרשום הג"מ פי"ב מדיעות] ופלא דלפנינו דעת הרמ"ה איפכא וצ"ע. ובתה"ד סי' ש"מ כתב דאין לפרש דמשום לפמשה"ד א"ל ר"ס דל"מ כן בש"ס. ונעלם ממנו שכן פירשו הרבה מהראשונים. ואם הוא שותף עמו בבית או בעסק עיי' מש"כ בזה בשאילת יעב"ץ ח"ב סי' קי"ח ובשו"ת ב"ש סי' נ"א בארוכה:

ש"ך ס"ק מ"ח. צ"ע כו'. תמוה דהא מרש"י ותוס' שם משמע להדיא דמפרשי שכני דירה ועיי' בהגר"א וכן פירש בתשו' גאוני קדמאי להר"י טוב עלם והרי יש שחולקין וצ"ע:

סמ"ע ס"ק ק"א הטעם דניח"ל כו'. הרמב"ם פ"א מזכיה הל' ו' כתב דהמחזיק בנכסי הגר אין בעל המיצר יכול לסלקו. וכתב הה"מ דלא גרע ממתנה. ובלח"מ הק' דלכל הטעמים שכתב הב"י סי' זה במתנה כולם ל"ש בזה. וע"כ כתב טעם חדש משום דמכר שכיחא למיזבן במק"א ול"ש זה במתנה וה"ה בהפקר. והנה לא חדש הוא שכ"כ בנמוק"י

פ' המקבל גבי מאן דאחזיק בינו אחי. ובעיקר הדין מש"כ המ"מ שהיא מסברא דלא גרע ממתנה.
נ"ל מקורו מש"ס הנ"ל דאמר ואי משום דינא דב"מ לא מסלקינן לו. וכתב הנמוק"י הטעם משום דלא ימצא כן במק"א. ואח"כ אמרו דמסלקינן לו וכתב הנמוק"י משום דמצי למצוא ארעא אחריני לטסקא. וזה רק בטסקא משום דשכיחי אבל בנכסי הגר דלא שכיחי נשאר סברת הש"ס דלא מסלקינן ליה. ומש"כ עוד הסמ"ע ס"ק ק"ז ואותו טעם ל"ש כאן כו'. י"ל דשייך בהפקר טעם דמחנה כמ"ש בש"מ שם דמ"ל זיכהו חבירו ומ"ל זיכהו שמים ויכול לומר אם זיכני ה' בשדה זו מוצלחת היא ואינו חפץ באחרת:
סעיף נז בהגה י"א דאפי' כו' יכול המלוה לסלקו. הפנ"י ב"מ הק' לדיעה זו מהא דב"מ ס"ה ע"ב משכן:
לו שדהו כו' לא תמכור אלא לי אסור. וכתב הנמוק"י דע"כ בשויה קאמר דבלא"ה לא מהני כלק' סי' ר"ו ע"ש וקשה דבשויה ת"ל דהמלוה קידם מטעם מצרן. ולהנמוק"י לשיטתיה ל"ק דהוא פסק דרק בדיעבד וכמ"ש המחבר כאן אבל לדיעה זו קשה. ואינו מוכרח דהא בהגמ"ר שם פירש בפשיטות דהתנאי היה אפי' אם יוסיפו לו והק' מהיא דע"ג ותירץ דהכא מיירי בהתנה בהדיא לא תמכור אלא לי בדמים הללו אפי' אם תוכל למוכרו ביותר ויאנסך זוזי והוא קיבל עליו ואין אנו מוכרחין לחילוק הנמוק"י:
פת"ש ס"ק ה'. אך יש להק' כו'. הקדימו להק' כן בש"מ בשם הרא"ש ותירץ משום לא פלוג וכבר כתבתי בפנים מזה:
שם ס"ק י"ד. לכאורה קשה כו'. כן הק' הרשב"א בתי' ב"ק קי"ד ועיי' ב"י וב"ח מש"כ בזה ותמוה שלא הביאם וצ"ע בגוף הספר ואינו תח"י: הלכות שותפין:

סימן קעו

סמ"ע ס"ק ד'. בע"ש כתב כו'. ובט"ז השיגו דהא נ"מ במת. ובאמת הסמ"ע לשיטתו לק' סי' ר"ז ס"ק נ"ג דשבועה מחזקת הקנין והט"ז שם השיג עליו. ולשון הרשב"א מובא בב"י ועוד שכבר נשבעו וא"א להם לעבור על שבועתם משמע קצת כהט"ז דחומר השבועה מחייבם ולא משום קנין. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ו' דא"כ יהיה זה כחליפין הט"ז הק' עליו והחכ"צ מיישב דברי הסמ"ע עיי' פרישה שביאר להדיא כמ"ש החכ"צ:
סעיף ג' בהגה. וי"א דיכולין כו'. וכתב הגר"א כדין עבד שנקנה בחליפין. וזה צע"ג דהא אין עבד עברי נקנה בחליפין כמ"ש המלמ"ל רפ"ב מעבדים ושם בע"כ איירי. ובאמת בלשון הראב"ד אינו מוזכר חליפין שכתב שאדם יכול להקנות א"ע לחבירו בקנין כדין עבדים. וי"ל בקנין כסף. וראיתי אח"כ בשו"ת ב"ש שכתב דעכצ"ל דאינו משוה קנין פועל

לקנין עבדים דהא דע"ע אינו נקנה בחליפין זהו מגזה"כ כמ"ש המלמ"ל אבל בפועל אינו קנוי קנין הגוף ועיי' ש"ך סי' של"ג ס"ק מ"ז. ומש"כ עוד בהגה וי"ח ואומרים כו' לענין מה שהרויחו. והק' בנתי' דא"כ לקתה מדה"ד ע"ש וכתב דמיירי בהגיע הזמן. ומלשון הריב"ש מובא בב"י ל"מ כן שכתב אלא שבתוך הזמן יכולים לחזור כדין פועל. ומש"כ הנתי' דלקתה מדה"ד שזה לא עשה כלום. לכאורה י"ל כל שאנו רואים שהלך בעסקי השותפות ולא עלתה בידו אין בכך כלום וכמ"ש הריב"ש מובא בב"י שהילוכן ודיבורן היינו שכרן וכ"כ הרשב"ץ מביאו הב"י סעי' ז' דאם נתעכב בדרך מחמת אונס יש לו חלק בשותפות ומה שהק' מסי' של"ב עיי' נתי' סוס"י של"ב מש"כ שם בדברי הקצוה"ח וסותר א"ע למש"כ כאן. ומש"כ בפת"ש ס"ק ב' לדחות דברי הרדב"ז ממש"כ הסמ"ע ס"ק מ"ד. ל"ק על הרדב"ז די"ל דס"ל כהב"י שכתב דדעת רש"י ותוס' דהוי כפועל. ולק' בס"ק י"ב הביא עוד תשו' מהר"ם אלשיך הנראה כחולק ע"ז וכתב לחלק דבהסחורה דבעין ל"מ מחילה. אבל מתשו' הב"ח המובא במסג"ה ס"ק מ"ב משמע דאף באיתא בעין מהני מחילה.

ומש"כ שם בשם שו"ת מ"ח דבשטר ל"מ מחילה כלק' סי' רמ"א. י"ל דל"ש לומר שטרא בידי מאי בעי אלא במלוה וכחובה וכדומה דתמיד השטר ביד המלוה או האשה אבל בשטר שותפות לכ"א מהם יש לו זכות בהשטר לכל פרטי השותפות והוא במקום שני שטרות והאמין הא' להב' שיחזיק השטר אצלו ואף שמחזירו אין הוכחה מהחזרה לביטול השותפות דאולי עתה האמינו להחזיק השטר אצלו. שוב לאח"ז בא לידי ספר משפט שלום וראיתי שם מובא שו"ת תכ"צ דבשותפות ל"ש זה מטעם אחר. ומה שמביא עוד המש"ש מהרדב"ז שאם יש ג' שטרות ביד כ"א שער א' ואחד ביד שליש ויש סתירה בלשונותם הולכין אחר שנים שהם הרוב. והק' עליו דהא אין הולכין בממון אחר הרוב. כן ראיתי בשו"ת דב"מ שהק' כן והוסיף עוד להק' על מש"כ שם הרדב"ז עוד שאם אין שנים מהם מוסכמים סומכים על של שליש לפי שאותם י"ל שזייפוהו. דאיך נתלה בט"ס בסברא בעלמא ופסק להלכה שבכל זה המע"ה. ומש"כ בהגה וכ"ז בשנים שנשתתפו כו' ואינו נקנה אלא בקנין גמור. זהו להמרדכי אבל הג"א כתב שיקבל עליו אחריות אלא דהרמ"א כתב דין זה לענין שאר רווחים ולא לענין עיסקא וממילא מובן דלענין עיסקא בעי אחריות וצ"ע:

סעיף ו'. אבל להשתעבד כו'. עיי' אחרונים. וכתב המשפט שלום דהדבר פשוט שאם בתחילה היה המדובר שיניחו כ"א ר' זוז ואחד מהם הניח רק ק' לע"ע והשמיט א"ע ולא נתן יותר ואח"ז היה היזק רב דצריך לכו"ע לשלם מביתו. ואינו פשוט כ"כ מסברא וגם

בשו"ת דב"מ ח"א סי' ל"ה כתב בנידון דידיה להיפוך שבזה גם הרמב"ם מודה דודאי לא קיבל אחריות העסק יותר מכפי המעות שהניח בעסק ואיירי שהותנה ביניהם שיטילו שניהם בשוה רק שלע"ע הניח אחד פחות קצת והיה מחויב עוד להשלים ובין כן נפסד כל הממון שאז שייך דין הרמב"ם שאין השותף נשבע ונוטל בכגון זה דמעות שנשארו בידו לא נקרא עליהם שם שותפות רק שנשאר עליו חוב מהשותפות והו"ל א"י אם נתחייבתי לך. ונראה לכו"ע אם מדובר בינם שמעתה הריוח לחצאין אף שלא הביא עוד ההשלמה שפיר הו"ל שותף להפסיד ואם מדובר שכל עוד שלא יביא יהיה הרוח לפי מעותיו שפיר י"ל כהדב"מ:

ש"ך ס"ק ט"ו. תימא כו'. עיי' בהגר"א מתוספתא דב"מ וכן מובא בלשון זה בב"י בסי' רנ"ג. אולם בתוספתא שלפנינו ליתא בב"מ רק בכתובות פ"י ושם איתא בזה"ל ג' שהטילו לכיס וננבו מהם מביאים השאר לאמצע וחולקין ובירושלמי ב"ק פ"ד מוקי לה בזה מנה וזה מאתים והירושלמי מחלק בין דבר הנבלל לאבנים שאינם נבללין. וע"ש במראה"פ שתמה על הרמ"ה שלא חילק בזה דהא נ"מ לדינא בנשתתפו בדבר שאינו נבלל. ועיי' חידושי א"ש ר"פ הבית ועלייה ובנתי' סי' רצ"ב ס"ק ט"ז פירוש אחר בדברי הירושלמי. וצ"ע דהא בר"ה י"ג אמרי' דאין בילה אלא ביין ושמן ועיי' השגת הראב"ד פ"א ממע"ש הל' ת' ובמלמ"ל שם פי"ד ממהרי"ט:

שם.

ס"ק ט"ז בא"ד. ומש"כ מהר"ם אלשקר כו' והמחברים שכתבו סתם כו' דלא עדיף אותו מחבר כו'. אינו מוכרח דהרמ"ה ביד רמה כתב דאיכא נסחי דגרסי נעשה כאומר לו שמור לי כו' שכיון שאין האחד מתעסק בו בשעה שמתעסק חבירו נעשה כאומר לו. וא"כ אינו מוכרח לפרש בש"ם כמ"ש הש"ך וזה הוא נמי דעת המחברים שכתב מהר"ם אלשקר. ובעיקר דברי הרמ"א נ"ל דלכאורה יתור לשון הוא בהגה דהוסיף אינו חייב בשמירת השותפות דלא הול"ל אלא ועושה מנדבת לבו אינו אלא ש"ח. אלא כונתו דודאי בשאר שותפים לא הוי שומר בסתמא מטעם שכתב הש"ך והנתי' בביאור דבריו דהו"ל ג"כ להב' לבוא לשמור. והרמ"א מיירי בשותפין שהתנו בתחילת השותפות שעל האחד לשמור ועל הב' לא היה מוטל השמירה והוי לזה כאדם אחר. ובזה כשנטלו לשמור ודאי חייב דל"ש לומר היה לך לבוא לשמור ולא לקחתי לשמור אלא חלקי דיכול לומר הרי מתחילתו לא הוטל עליך לשמור ואם יאבד עלי חיובו וכשנטלת לשמור מסתמא היה בדעתך לשמירת כולו. וז"מ בדברי הרמ"א אינו חייב בשמירת השותפות דאינו מוטל עליו שום שמירה. ויסוד דבריו בנויים על דברי הג' אלפסי דבסתמא לא הוי ש"ש ובכה"ג

הוי ש"ח, ועיי' שו"ת רדב"ז ח"ב סי' חת"מ. ועיי' לשון מהר"ם אלשקר במחנ"א הל' שומרים סי' ל"ו משמע כמ"ש לעיל בדבריו. והט"ז כאן כתב על דין המרדכי דבסתם לא הוי ש"ש וחולק על המהר"ם שאין הלכה כתלמיד במקום הרב. וצ"ע שאין המרדכי יחיד בזה כמ"ש הש"ך הרבה מהראשונים המסכימים לדעת המרדכי. ובקצוה"ח כאן כתב לענין עסק גאבלי והביא ראיה ממש"כ המהרי"ט ע"ש. הנה המחנ"א הל' שומרים מביא תשו' מהרי"ט דבלקחו בגדים בשותפות והתחילו שניהם לשמור יחד דמאותו שעה הו"ל שמב"ב שהרי באחריות שניהם היה עומד ועל שניהם מוטל השמירה לכן כשהסכימו שיהיה נמכרים בחנות א' מאותו שעה הו"ל שמב"ב. המחנ"א השיג עליו דמה שעמדו יחד ושמרוהו אין זה בגדר שמב"ב דכיון דשניהם שומרים יתד לא היו מתחייבים אחד על של חבירו. וגם בלא דין שמירה בבעלים פטורים דאין שום חיוב שמירה לכל אחד על של חבירו. ומה"ט שני שותפים שיושבים יחד בחנות ומוכרים וקונים וקם אחד:

והלך לצרכיו ונגנב מהחנות באותה שעה חייב ולא הו"ל שמב"ב. וא"כ גם בנידון הקצה"ח ל"ש שמב"ב ואין ראיה מהמהרי"ט דלשיטתיה אזיל שם. אבל להמחנ"א כה"ג לא הוי שמב"ב. אלא שהנתי' כאן ס"ק י"ז לא כתב כהמחנ"א ועיי' הג' חכמת שלמה לק' הל' שאלה שמשיג ג"כ על המחנ"א. ומש"כ בפת"ש כאן ס"ק י"א בשם הכנ"י כ"מ להדיא בתשו' הרא"ש מובא בטור סעי' מ"א. והנה בהג' חכמת שלמה כאן חידש דהא דהוי ש"ש דוקא בשותפים בדבר שאינו עומד אלא למסחר אבל בדבר שעומד לתשמיש הוי כמו לוקח לל' יום דיכול לומר בחלקי הייתי משתמש. ולדעתי לא אמרי' כן אלא היכא דבתשמישו שהוא משתמש עתה אין צריך לחלק חבירו ואף שמשתמש בכולו יכול לומר לא צריכנא לדידך דכמו כן הייתי משתמש בחלקי לבד וכמ"ש הש"ך יור"ד סי' רכ"ו ס"ק ח' דכל תשמיש שממלא כל החצר אסור לענין מודר הנאה. ובזה צ"ע בהא דסי' קע"א סעי' ח' בהגה לא חלקו כו' והוא מנדרים מ"ו ע"ב כמ"ש שם הגר"א וכיון דשם הוא דוקא רק בהילוך שיכול לילך בחלקו לבד וכמ"ש הש"ך א"כ הדין שם דוקא שהשתמש בדבר שהיה מספיק לו חלקו בלבד אבל לא בדבר שהיה צריך גם לחלק חבירו. ובזה יש לפקפק גם במש"כ בהג' חכ"ש שם:

סעיף ט'. אבל אם בלו לגמרי כו'. הרא"ש כתב הטעם דמעיקרא מחלי אהדדי בכה"ג שלא ידקדקו זע"ז אלא בדבר הנראה לעינים. והנמוק"י כתב הטעם דכי שתקי כל חד לחבירו לאו משום דקא מחלי אלא אדעתא דליהוי כשאלה דסבר הא קאי על כתפיה למחר הא תפיסנא לו הא שתקו עד דנאבדו או בלו אין מנכין להם דל"מ למימר דשתק אדעתא למיתפס דהא שתק עד דבלו. וצ"ע דהא טעם זה אינו מספיק רק על בלו ולא

על נאבדו דסבר למיתפס ובתוך כך נאבדו. ובש"מ כתב דגדול האחין אינו נוטל בשומת מלבושי אחיו דהא מסתייע דלא נטלי במלבושיו. ועיי' מש"כ לק' סי' רפ"ח מזה: סעיף י'. והסכים למעשיו כו'. עיי' סמ"ע ובמלמ"ל פ"ה משלוחין מובא בזה מחלוקת. ועיי' שו"ת ב"ש חחו"מ סי' ע' שהעלה דהמוחזק יכול לומר קי"ל. והנה מהר"י אדרבי בתשו' סי' קל"ד פסק דאפי' אם התנו בתחילה בפירוש שלא יעשה כן ואח"כ הודיעו והסכים למעשיו מהני ורמזה הש"ך ס"ק כ"ד ובזה צל"ע אי מהני שתיקה דאפשר דבזה לכו"ע בעינן הסכמה בפה: סעיף י"א בהגה. ראובן שהלך ופטר כו'. עיי' ש"ך שהשיג. והשעמ"ש מיישב דברי הרמ"א דדרך בנ"א למחול וליתן מתנה ע"ש ומובא קצת בפת"ש כאן. לדעתי זה ל"ש אלא בפטר חוב לאחד דלזה נתן מתנה אבל הכא איירי בחובות הרבה ול"ש דלכולם נתן מתנה וצדקו דברי הש"ך:

סעיף י"ב בהגה. מי ששכר כו'. הק' בנתי' דבלא"ה מציאת פועל לעצמו. ומש"כ ליישב הוא דחוק מאוד ע"ש. ויותר י"ל עפ"י דעת הרמ"ה המובא לק' סוס"י ר"ע דבסתם הכל לבעה"ב וכתבו שם הב"י והסמ"ע דהכל מודים בו ועיי' מה שכתבתי בזה לק' סוס"י קפ"א ובסוס"י ר"ע שם. ובשו"ת יהושע סי' קכ"ב חידש דבשעה שצריך לעסוק בעסק השותפות הכל מודים דמציאה וגניבה והטעאה שייך להשותפות ומקור הדבר הוא משבת ע"ח ע"ב עיי' בהגר"א. וראיתי שם בהג' הגרע"א שהק' אף לרבנן חזי לו כשימחקנו. וזה י"ל דאף דאיסור ליכא במחוק אבל הלוה לא יניחנו בידו שהנייר שלו ומלוה לא משהי ליה דהלוה יתבע ממנו. אבל צ"ע להש"ך סי' נ"ז דמותר לתופסו גם על חוב אחר א"כ לעולם חזי ליה. כעת ראיתי בשו"ת שומ"ש מ"ת ח"ג סי' קע"ז שמיישב ג"כ קושית הגרע"א קצת באו"א כיון דגוף השטר הוא של לוה א"כ אסור להשהותו אף לאחר שמחקו דשמא לא ימחקנו והרי חששו בתוס' שמא יגבה שלא כדין ומכ"ש דחיישינן שמא לא ימחקנו או דיהיה נמכר אח"כ וזיילי נכסי ובסי' נ"ז אינו מבואר תקנה זו שיהיה מותר המלוה להשהותו וע"כ דבכל ענין הוי בכלל אל תשכן כו' וי"ל בזה ואכ"מ: סעיף י"ד. אין חבירו מעכב עליו. והוא לפיר"ח בגמ'. אבל משהגיע כו' הוא לפירש"י. וכתב בפרישה דמרא"ש משמע דלא פליגי בדינא רק בפירוש מדכתב הרא"ש וכן כו'. אבל הב"ח שם הגיה וכן ר"ת כו' אבל באמת מקור דברי הרמב"ם נובעים מירושלמי ב"מ פ"ה הל' ג' וז"ל הנותן מעות לחבירו ליקח בהם פירות למחצית שכר רצה אחד מהם ליישנן חבירו מעכב על ידו. אם היה ערב שביעית אין חבירו מעכב על ידו וביאר הפ"מ דבערב שביעית שאין הפירות מצויין ובפירות שביעית שאסור לעשות בהם סחורה הוי הזמן ידוע אחר השביעית שבודאי ע"מ כן לקחה שיהיה המעות מונח בידו ולא יתחיל להתעסק בהם עד

אחר שביעית אבל בשאר השנים יכול לעכב. ועיי' מראה"פ שם. והכ"מ הרכיב ברמב"ם שני הפירושים בגמ':

סעיף י"ט בהגה. ג' שקיבלו עיסקא כו'. וה"ה לסתם שותפין וכן פסק בחכ"צ סי' ד' והרש"ך מספקא ליה בזה מובא בש"ך ס"ק ל"ד ברמיזה. ובמהרשד"ם סי' קנ"ג פסק דדוקא נגד היורשים בטלה השותפות אבל הנשארים מחויבים להחזיק בחלקם. ובחכ"צ שם כתב דהשותפות מעיקרה בטילה. ומש"כ הפת"ש בשם המעי"ג דאם לא חזרו כו' כ"כ הנחי' כאן בשם המלמ"ל. ובאמת אינו מוסכם לדינא כ"כ דהא המלמ"ל שם כתב דהמרשד"ם ומהרנ"ח חולקים על הפ"מ. ומש"כ עוד בפת"ש מתשו' אב"ר וראיה מפ' הגוזל כו' עיי' ב"י בשם הרא"ש. ומה שדיקדק הרמב"ם לפי שכבר יצא הממון מיד היורשים עיי' פרישה לק' סי' שכ"ט מש"כ בזה:

סעיף כ"ה בהגה. וי"א דה"ה אשה. והוא מהריטב"א מובא בב"י כאן וכתב הש"ך משום דל"מ ליה כ"כ באשה ויותר הול"ל לפמש"כ בש"ך סי' קכ"ב ס"ק ל"ז דעת הרשב"א והר"ן החולקין על הריטב"א ולכן כתב בלשון וי"א. ונראה דגם להריטב"א דוקא בשותף איש עם אשה אבל בשתי נשים שותפות ואחת עמדה בב"ד הוי כשני אנשים בעלמא וראיה מכתובות שם שרצה להביא ראיה ממתני' ודחי שבועה לאחד כו' ועלה קאמר החילוק דליתא במתא: ש"ך ס"ק מ"ג. מי שיש לו שותף כו'. והק' בנתי' למה לא יתחייב מתורת שליחות. וכתב דמהתשו' משמע דמיירי בתורת רווחים. ול"י משמעות מגוף התשו' ופשט הענין משמע דע"י האחריות ידעינן שכונתו היה בשליחות.

ובלא קיבל אחריות ע"כ כונתו כשתבא הסחורה יקח ממנו שכ"כ בתשו' ואי לא קביל אחריותא אנפשיה לא מיחייב דאמרי' מיתבע קא תבע מיניה דלישדר ליה שותפו דכד מטי זבין יתיה מיניה ולק"מ:

סעיף ל'. עדיין ראובן משביע ללוי. הק' בנתי' מסי' ע"ז בש"ך דמהני מחילת השותף. ומש"כ לחלק אינו אלא להאי נ"מ שכתב שם הש"ך אבל להחילוק הא' דהשותף פטור ליתא דבריו ומלבד זה השיגו על הש"ך בתומים ובש"ך דל"מ מחילתו. ומהש"ך שם משמע דשותף המוכר קודם זמנו א"י לבטל המקח ודלא כמ"ש בס' חב"י לדבר פשוט דבטל המקח והמחבר בסעי' י"ד מיירי בענין שא"י לבטל המקח. שוב נדפס המשפט שלום מחדש וראיתי שם שכתב להיפוך והביא מהב"מ לאהע"ז שהעיר מדברי הש"ך:

סעיף ל"ו בהגה. רק שחייב לישבע. הק' האחרונים דאין משביעין, ע"י נוגע. ואולי אין כונתו משבועה בפ"ע ע"ז אלא ע"י גילגול כשישביעו שבועת השותפים ישבע גם ע"ז

וע"י עכו"ם אף ע"י גילגול אין משביעין אלא שבפת"ש סי' צ"ד מביא דמגלגלין ע"י טענת עכו"ם:

סעיף ל"ט. אעפ"י שלא הודיע לראובן כו'. ולענין שותף שטוען שלקח מעות ברבית שלא בידיעת שותפו ועכשיו רוצה לנכות הרבית עיי' מש"כ בזה הט"ז ביור"ד סי' ק"ע ובח"ד שם ומצאתי תשו' הרדב"ז המדבר מזה בחלק א' סי' רמ"ז ע"ש להלכה:

סמ"ע ס"ק פ"ב. עיי' בתשו' הרא"ש כו'. ומשמע דללוי לא יתן אלא שתות ואף דסמיך אדיבוריה דגם לשמעון אינו נותן אלא שתות. וראיה להט"ז לק' סי' של"ב סעי' ד' ומובא בפת"ש סי' ר"ז ס"ק ט'. אלא לפי שמבואר בתשו' שלוי אמר לשמעון ושמעון א"ל אני וראובן יודעים מה שנדבר בינינו י"ל. ועיי' שו"ת חוו"י סי' ס"ט שפסק בכה"ג דהמקח קיים. ובס"ת על חו"מ סימן שעט כתב דכה"ג אסור לומר שכבר נתנו לי אחרים מקח זה ובאמת לא נתנו לו. שוב מצאתי מדבר בזה במשפט שלום סי' רכ"ז סעיף ג'. ומש"כ הט"ז בסוף הסי' מענין חלוקת שותפים עיי' שאילת יעב"ץ ח"א סי' ק"מ:

סימן קעז

סעיף א'. אם מחמת אביהם כו', כן הוא לשון הרמב"ם פ"ט מנחלות. ודייק מזה הסמ"ע דבשאר שותפין ל"ש זה. ול"י מנ"ל די"ל דהרמב"ם כן כתב על מינהו מחמת אביהם דאפ"ה הוא לאחים וכ"ש במינהו מחמת אחים דהוי מחמת תפיסת הבית. וכ"כ הרמ"ה במינהו מחמת אביהם כהרמב"ם וכתב וכ"ש מחמת האחים וטעם האחים שייך גם בשאר שותפים. ובפי' המשנה כתב רבינו טעם אחר לפי שהוציא הוצאות ע"ז מהאמצע. ולפי טעם זה ודאי ה"ה בשותפים כה"ג הוי נמי לאמצע וצ"ל דהטעם שכתב בהיד הוא על שלא הוציא בזה יש לחלק בין אב לשאר שותפים. ומש"כ בהגה וכ"ז באחין השותפין כו' ונרשם רבינו יונה. הלא רבים אשר דעתם כן עיי' בהגר"א וכ"כ הרמ"ה ונמק"י. ורבינו יונה לא חידש אלא בטורח מלאכתו שמביא רמ"א לקמן. ומש"כ עוד אבל לאומנות אחרת לעצמו מבואר הטעם היטב ביד רמה דאומנות המלך לית בה טירחא ובתורת נדיבות יהבי ושאר אומנות הכל לעצמו ודלא כמ"ש הט"ז כאן והנה בנתי' כאן כתב לענין שכר טרחת השותף דדוקא באחין אמרי' כן אבל בסתם שותפין לא. ובשו"ת חוו"י סי' רכ"ד כתב בשותף שהביא בחשבונו ששכר פועלים להביא הסחורה מספינה לביתו וחשב לעצמו שכר כאחד מהפועלים כי טרח ג"כ בזה כמו שאר פועלים ע"מ ליטול שכר וטען כי לולא זה למה לו להתבזות חינם כי הוא בעה"ב. ופסק שאין בטענתו כלום ולא יטול שכר ע"ז ודייק כן מש"ס פ' הזהב, גבי הנו"נ באמונה דאמרי' שם שכר עצמו אינו נוטל אבל בשאילת יעב"ץ סי' ו' דחהו מהלכה והעלה דנוטל שכרו משלם וגם הוא העיר

מהא דב"מ ס"ט שמביא הנתי' ודחה מטעם אחר ע"ש ופסק לדינא דאפי' את"ל דשותף סתם מחיל מ"מ פשוט דעכ"פ מצי לאתנויי כה"ג ואי אתני הכל לפי התנאי ואפי' בגילוי דעת בעלמא סגי וכ"ש כשהמלאכה בזויה ואינה לפי ערכו ואין דרכו לעשות כן בשלו כנידון החוו"י אפי' בסתמא לא מחיל ואף שבעיקר ראיית היעב"ץ יש לפקפק מ"מ יש לדעת כי הדין שכתב הנתי' אינו פשוט כ"כ למעשה וי"ל בזה. ואח"ז בא לידי המשפט שלום וראיתי בסי' קע"ו סעי' מ"ד מזה:

סעיף ב' בהנה. וי"א בהיפוך כו', בד"מ מביא מהנמוק"י דאפי' כבר נתרפא משל עצמו לא אמרי' דמחל אלא צריכין להחזיר לו. והנה כאשר הוא לפנינו בנמק"י אין שם אלא דהיכא דהדין דיתרפא משל עצמו אפי' נתרפא כבר מאמצע יש לו לפרוע להם וסברא הוא דלא מתלי מידי דפשע ביה איהו ועמד בזה השוש"י. ועכצ"ל דהד"מ מדמי זה להדדי דמ"ש. ולענ"ד אין זה אלא לשיטת הי"א שמביא הרב דמדינא מתרפא משלהם לכך אף במתרפא משל עצמו צריכין להחזיר לו. אבל לשיטת המחבר עכצ"ל דהטעם דאין לו קצבה מתרפא משל אמצע דמטעם מחילה הוא כמ"ש הרמב"ן. וז"ש בכבר נתרפא או מתרפא כעת והם אינם מוחין. אבל בנתרפא כבר משלו בודאי משום מחילה א"י להוציא מידם. והנמוק"י הוא בשיטת המחבר וא"כ ל"ש להוציא מהם. וגם בדבר זה שכתב דהיכא דהדין דמתרפא משל עצמו אפי' נתרפא מאמצע יש לו לפרוע להם כתב השוש"י דזה אינו אלא לשיטת המחבר דלא משכחת שיהא נתרפא מש"ע רק בפשיעה ויל"ק בזה שפיר י"ל דלא מחלי מידי דפשע ביה איהו. אבל להי"א דגם באונס ויל"ק נתרפא מש"ע בזה שפיר י"ל דמחלי כיון שהוא אונס. ולמש"כ שפיר י"ל כש"כ דלשיטה זו דמדינא הוא ולא משום מחילה דשפיר יש לו לפרוע להם דאין כאן משום, מחילה. ועיי' שו"ת עין יצחק חלק ראשון סי' ע' מש"כ בזה:

סמ"ע ס"ק ז'. דנר לאחד נר למאה, לכאורה בדברים דשייך בהם הך טעמא לא יהבי ליה כלל וכן מצאתי ביד רמה שכתב דכל מידי דשייכא ברכת הבית בכוליה כגון שולחן וכסא כו' לא יהבי ליה כלל. וכן פת ולפתן כו' ושייכא בהו ברכת הבית פורתא לא יהבינן ליה אלא לפי ברכת הבית. והנמוק"י מביא דעת המפרשים דה"ד בלפתן ועצים ושמן לבד דהוי ודאי טענה ברורה אבל לחם ויין ל"ש לומר כן. ול"י טעמם וסברתם וכפי הנראה מש"כ לפתן הוא ט"ס ושייך להבבא דבתריה. והנה בתוס' הק' וכי ידעינן כמה נתברך הבית בגללו. ותירץ ר"ת דידעינן לפי ההוצאות שהוציאו בשנה זו. ור"י הק' דאין כל השנים שוים במזל. וראיתי למי שהק' מקדושין י"ז ע"ב דלראב"ע דברים ככתבם נתברך הבית בגללו מעניקים לו כו'. ולר"י תקשה איך נודע דאפי' נתרבה ברכת הבית

כיון שאין כל השנים שוים במזל אחד אין לידע שהוא בגלל העבד דשמא הברכה בשביל ב"ב ובודאי לא איירי מברכת הבית מחמת השתדלות העבד הנראה לעינים. א"ו דכיון דכשלא היה העבד לא היה הברכה תלינן הברכה דהשתא בשביל העבד וה"נ בנתמעט הברכה תלינן הברכה דהשתא בשביל העבד וה"נ בנתמעט הברכה תלינן שבשביל שאינו דר עמהם ולא בשביל מזל דאידך. ול"ד זל"ז דשם לראב"ע עיקר קפידת הכתוב בענקה אם נתברך הבית ממעשה העבד ואף אם הבעה"ב הפסיד הרבה ממק"א כגון גניבה וגזילה לא איכפת לן בזה כיון דעצם ברכת הבית היה לא איכפת לן בהפסד צדדו ואינו מעכב הענקה. אבל באחים חשבינן גם הפסד צדדי בתוך ההוצאה ושפיר כתב ר"י דלפי המזל הוא דחשבינן למזלו גם ההוצאות הצדדית. והנה בב"י כאן מחודש ד' מביא תשו' מיימוני על האחים שנאנס ספר מיד הגדול והאחר קטן ולמד מספר אחר. והשיב שאין לחייב הנאנס אפי' בגניבה ואבידה ושם כתב הטעם דאפי' שותפין גופיה מוקמינן דוקא בא"ל שמור לי היום ואשמור לך למחר הא לא א"ל הכי הוי שמירה בבעלים וזהו כתשו' מהר"ם המובא בש"ך סי', קע"ו ס"ק ט"ז והש"ך לא הביאו. עוד כתב שם טעם אחר דלא הוי שואל שלא מדעת כו'. וצ"ע להקצוה"ח שכתב בסי' ע"ב לפטור שואל ספר משום דמללה"נ ולמה לא פטרו הגמ' מה"ט. וכתבתי מזה לק' סי' שמ"ב ע"ש:

סעיף ה'. שותף שאמר כו'. עיי' מחנ"א הל' שותפים סי' ח' מ"ש בזה מדברי הרשב"א דאם הגביה אדעתיה ודעת חבריה גם השותף הב' חייב דלא כתוס' ב"מ ח' ועיי' ט"ז לק' סי' ש"פ סעי' ב' ולעיל סי' ל"ב סעי' ב' בהגה ובש"ך שם ס"ק ו'. והא דאינו חייב מטעם ערב כתב השעמ"ש סי' קל"ב דערב אינו חייב אלא מטעם שליחות דשליחותיה דלוה קא עביד ובקטן ועכו"ם אינו ערב וכן לד"ע אינו נעשה שליח. אבל הנתי' שם לא ניחא ליה בזה ולדידיה צ"ל הטעם כאן כמ"ש המחנ"א ע"ש:

סימן קעח

שותפים שביקש כו'. הק' בנתי' מסי' קע"ו סעי' כ"ת ע"ש. ולק"מ דהרמ"א אינו מוכרח לחילוק הת"ה דהא פשוט יש לחלק דדוקא במקום פסידא חולק של"מ חבירו אבל לא במניעת הריוח דע"ז נשתתפו. והכא במסים שהוא ריוח א"י לחלוק. וצ"ע על התה"ד שלא נחית לחלק כן ובלא ידע המוחל מהשותף הב' עיי' ב"ת מש"כ בזה ועיי' דברי גאונים כלל צ"ח:

סעיף ב' בהגה. אם הוא דבר שא"א מלבנות כו'. הק' בנתי' מ"ש מבית ועלייה דאינו כופהו. וחילק דשם י"ל בעה"ב לבעל העלייה מה לך לכפות הרי כל ההוצאות שאתה צריך לבנין שלמעלה בנה למטה ומ"ל אם תבנה בנין שלך למעלה או למטה והק' בס'

שוש"י דנעלם ממנו הירושלמי המובא בנמוק"י פ' הבית ועלייה שהק' זה. והנמוק"י הביא מחלוקת הרמב"ן והרשב"א בזה מובא גם בב"י ובט"ז סי' קס"ד. ואפי' להרשב"א דאין כופין היינו מטעם שאין לזה שיעבוד אלא על הבית אבל לא נשתעבדו נכסיו שנכוף אותו לבנות. אבל ראיתי בשו"ת דב"מ שכתב דכאן יש שני שיעבודים. שיעבוד השותפות בקרקע שלהם. והשיעבוד שהבית משועבד לבעל העלייה להעמיד עליו עלייתו ובשיעבוד זה נחלקו הרמב"ן והרשב"א אם השיעבוד על הנכסים או לא אבל שיעבוד השותפות ודאי הוא גם על הנכסים כמבואר בסי' קע"ח שכופהו לבנות. ושפיר הק' הנתי'. ומ"מ הירושלמי שפיר מקשה מהא דתני ר"ח על שיעבוד הבית ועלייה וכדמייתי בירושלמי שם מהא דדלית ע"ג אפרסך דחייבו להעמיד אפרסך והיינו מצד שיעבוד הנ"ל ושפיר הק' הרשב"א ובעצם חילוק הנתי' יפה דחה השוש"י דהא שנא ושנא דודאי בנין של מעלה אינו עולה הוצאותיו כבנין של מטה דבשל מטה צריך לעשות יסודות. וגם גוף הבנין צריך לעשותו:

חזק שיוכל לקבל עליו העלייה א"כ גם בבית ועלייה צריך להוצאה יתירה. ועוד י"ל דהרבה מקפידים לדירת עלייה יותר מבית התחתון כמו בעיירות הגדולות:

סימן קעט

ואפי' נשתהא בידו כו'. והוא מדברי התוס' ריש ב"ב ד"ה לפיכך. ותמה הנתי' בדבריהם דממ"נ אי מיירי בדאיכא עדים דפנינהו ועדי ראה א"כ מה בכך שמקפידים דהא אפי' בחבירו כה"ג מוציא מידו. ואי ליכא עדים וראה ל"ל לכ"ז היה להם לומר בפשיטות דאית ליה מיגו דלהד"ם אפ"ה א"נ דהוי מיגו במק"ע. וכן תמה על הה"מ שכתב כן. והנראה דהה"מ הבין בדברי התוס' דבליכא עדים וראה אפ"ה אינו נאמן במגו דלהד"מ לומר אני בניתי. ובליכא עדים דפנינהו ואיכא עדי ראה ושהו אף דהיה יכול לטעון לקות עכ"ז אינו נאמן במגו דלקוח. וכן כתב הב"ח שם בכונת דבריהם. וכן מצאתי להדיא בש"מ בשם רשב"א שכתב כן ודלא כהדרישה בסי' קנ"ז שפיקפק בדברי התוס' אם ס"ל כן דאף ביכול לטעון להד"ם אינו נאמן במיגו לומר אני בניתי. דהא מפורש כן בדברי הרשב"א שכתב כתירוץ התוס' וכתב להדיא דאף בליכא עדים כלל אינו נאמן. הרי כהבנת הה"מ והב"י שם. וצל"ע בדברי הה"מ שכתב שדעת הרשב"א כרי"ף ור"י מגש דהא מפורש לפנינו בדברי הרשב"א שכתב כהתוס' ודחה דעת הרי"ף ופירושו. ואולי כונת הה"מ להביא מהרשב"א שגם הוא הבין כן בכונת הרי"ף דבראה מיירי אלא דטוען לקות. אבל לא שדעתו להלכה כהרי"ף. והנה בדרישה סי' קנ"ז מסופק אי הרי"ף מודה לרבינו יונה אי נאמן לומר אני בניתי באין עדים. ומצאתי ביד רמה שגם הוא מפרש בש"ס כהרי"ף

וכתב דאי אין עדים נאמן לטעון לקחתי או מעיקרא דידי הוי. הרי להדיא דמודים לרבינו יונה בזה:

סימן קפ

שותפים בחצר כו'. הנה האחרונים הק' על הרמב"ם וטוש"ע שפסקו בנדרו הנאה דאסורים ליכנס לביהכנ"ס והא בש"ס נדרים דמ"ו פריך והרי ביהכנ"ס דכאין בו כ"ת דמי אלא אמרי' מחלוקת באין בה כ"ת. והם פסקו כראב"י איך פסקו דאסורים ליכנס לביהכנ"ס. עיי' ב"ת וט"ז יור"ד סי' רכ"ד. והנה על השו"ע י"ל לפי מנהגינו דמוכרים המקומות בביהכנ"ס וכתב הנתי' סי' קצ"ב דאין להם קנין בגוף הקרקע דגוף הקרקע הוא לציבור ורק שיעבוד לישיבה מעלמא.

וכ"כ בסי' קס"ב דכשנשרף הבהכנ"ס אין לבעלי המקומות תביעה רק מה שמגיע לחלקו כפי שומת המקום בחורבנה משום דז' טובי העיר יכולין למכור כל המקום ולבנותו במק"א. והנה הר"ן ר"פ השותפין חילק בין ברירה דהכא לשאר ברירות. דהכא אמרי' דקנוי לכ"א קנין הגוף בשעה שמשתמש בו דמתחילה ע"ד כן קנוהו. וכ"ז בימי הש"ש שהיה נהוג שכ"א עומד במקום שרוצה באין זכות לאחד יותר מלחבירו. ולדידן שמוכרין המקומות וא"א לומר שקנוי לכ"א קנין הגוף בשעה שמשתמש דאין לו קנין הגוף כמ"ש הנתי' שהזט"ה יכולין למכור כשנחרב בלא דעתם והוי רק קה"ג לזמן כ"ז שעומד הביהכנ"ס והקה"ג לזמן הוא באופן שכ"א בשעה שמשתמש הוברר הדבר שזהו חלקו וא"כ זה תלוי בברירה. ור"י בש"ס דפריך היינו לנהוג בימי הש"ס אבל לדידן ל"ש סברת הר"ן הנ"ל ולית לן ברירה שפיר יכולים לאסור:

ואחר זמן רב מצאתי בס' חקר הלכה שמביא משו"ת שמן רוקח ושומ"ש שהעירו מזה ואינם תחת ידי כעת לעיי' בהם. ועצם דברי הנתי' שזט"ה יכולים למכור בלא דעתם. תמה בשו"ת מהרש"ק בזה דבאור"ח סי' קנ"ג אינו אלא להפקיע הקדושה אבל לא להפקיע זכות בעלי המקומות. וצ"ע בדין מצא מציאה בביהכנ"ס שכתב האגודה ומובא במג"א סי' קנ"ד ובקצוה"ח סי' ר' אם לא ישתנה הדין לפי מנהגינו עתה ובזכרוני שבשו"ת עונג יו"ט מדבר מזה ואינו תח"י:

סימן קפא

סמ"ע. ס"ק א'. הטעם דודאי מתיאשי מיניה. וכתב הנתי' דע"כ מטעם הפקר הוא וכ"כ הת"ס מובא בפת"ש וכ"כ השל"ג. אבל המחנ"א הל' גזילה שי' כ"ח כתב דמכאן ראיה דאם חטף מידו של גזלן בע"כ חשיב שפיר שינוי רשות. ואפשר שכן הוא דעת הבאר שבע המובא לק' בנתי' סי' רל"ו ומיושב מה שהק' עליו הנתי' שם. ומש"כ בפת"ש כאן

ס"ק ה' לכאורה קשה כו'. צל"ע אי מיקרי זה דבר האבד דהוי כמו מציאה דהפקר הוא. ומש"כ בסוה"ד וכמ"ש בשו"ע סי' ע"ר כו' לא הועיל כלום להטור דפסק שם כר"פ וכאן כתב כרש"י ועיי' סמ"ע ס"ק ד'. וגם אינו לפמש"כ שם בהגה דעת הרמ"ה וכתבו שם הב"י והסמ"ע דהכל מודים בו וא"כ אף בסתם והראה לו להציל הוא לבעה"ב ובאמת מצאתי להרמ"ה בשמ"ק כתב כן דדוקא בשא"ל עשה עמי מלאכה אבל בא"ל עשה עמי מלאכה אחת ידועה מציאתו לעצמו והוא לשיטתו:

הלכות שלוחין:

סימן קפב

בית יעקב על חו"מ סימן קפב:

הנה הטור כתב כאן דיני שותפות עם עכו"ם. והשו"ע רמזו בסוס"י קע"ו בקיצור. והנה הב"י מביא סברת הרמב"ן דרק ממידת חסידות הוא. ובטורי אבן מגילה כ"ח הק' עליו מש"ס בכורות פ"ק והא אמר אבוה דשמואל כו' והשתא מאי מק' הא כיון דמדינא רשאי. והוא כתב טעם אחר דהא אפשר שימחול לו השבועה. אלא דממ"נ איכא איסורא דלא תחנם. אבל לר"מ דמתיר מותר לעשות עמו שותפות. ולכאורה לפמש"כ הישמ"פ מובא בר"ן גיטין פ' השולח דכשמשחררו לדבר מצוה הוי כנותן לו דמי עצמו כיון דאינו מכוין להנאת העבד. א"כ ה"נ הא אינו מכוין להנאת העכו"ם אלא לצורך עצמו שלא יעבור משום לא ישמע על פיך. ומצאתי אח"ז בטו"א החדשים בהג' רב"פ שעמד בזה. אבל הטו"א לטעמו שדחה דעת הי"מ בריש חגיגה מש"ס ברכות מ"ז דפריך והא מהב"ע הוא. ולענ"ד דכונת הי"מ הוא דוקא במצוה שעושה הבעה"ב ע"י שיחרורו ונהנה מזה לא גרע מנותן לו פדיונו כמו בתפילה שעי"ז מתפלל בעשרה. ומעיקרא כשמשני שם מצוה שאני הוי ס"ד דבכל מצוה קאמר שמזכה את העבד למצוה ולכך פריך והא מהב"ע היא. ומשני מצוה דרבים שאני. כלומר דוקא בתפילה שהבעה"ב נהנה מהמצוה. ובזה י"ל נמי בסברת הטו"א דל"ש כמקבל שכר רק בהנאת קיום המצוה אבל לא במניעת איסור. ומש"כ עוד לדחות סברת הרמב"ן דאינו עובר משום לפ"ע אלא היכא דא"א לעשות ע"י ישראל. ודחהו דה"נ השבועה הלזו מחמת השותפות באה שנשבע לפטור מתביעת ישראל. נ"ל סברת הרמב"ן כמ"ש המהר"ם לובלין סנהדרין ס"ג דל"ש לפ"ע אלא בדבר ברור דהישראל נותן דבר ביד כותי שיעבוד בו לעכו"ם כגון שמוכר לו בהמה שיקריבנה לעכו"ם וכן כשיתחייב לו שבועה ויכריחנו הישראל לישבע. אבל בגרם שיבא הכותי עי"ז לישבע בעכו"ם כגון שמשתתף עמו או שעושה עמו טובה ועי"ז אזיל ומודה לעכו"ם לא. וכן נמי כונת הרמב"ן ותפס לשון כוס יין לנזיר מקור האי דינא. אלא שמה שהק' שם

המהרמ"ל ל"ל איסור דלא ישמע ת"ל משום לפ"ע תמוה דלא כתב כן בשם הרמב"ן אלא בשם מקשין התלמידים ולא הביא תירוץ הרמב"ן. ובנו"ב מ"ק בסוף הספר כתב לתרץ שינוי הסוגיות דברכות וגיטין לפמ"ש תוס' סוכה ל' דשמואל ל"ח למהב"ע בדרבנן ותוס' ברכות כתבו דתפילה דרבנן לכך בגיטין לשמואל לא פריך מהב"ע היא. ומלבד דלשונו תמוה דהא תפילה בעשרה לכו"ע דרבנן. עוד זאת דסברת התוס' לחלק בין דאורייתא לדרבנן ל"ש אלא בדיעבד שכבר גזל. אבל לא לעבור עבירה דרבנן לכתחילה כדי לעשות מצוה דאורייתא כמ"ש בר"ה ל"ב אין עולין באילן כו'. וגם מש"כ שם להוכיח מר"ה כ"ת דר"י חייש למהב"ע אף בדרבנן. תמוה שלא הזכיר מתוס' גיטין נ"ה דר"י לא חייש למהב"ע אף במצוה דאורייתא והנו"ב עצמו במ"ת חאור"ח סי' קל"ד פילפל בדבריהם הרבה. ובזה ראיתי בפת"ש יור"ד סי' רס"ז ס"ק י"א בשם התפל"מ דכופין אפי' בקטן דלאו בר אולודי הוא וכן בסריס חמה. ונ"ל ראיה לזה מתוס' גיטין מ"ב ע"א ד"ה יום שכתבו לדחוקי כגון בשל יתומים קטנים כו' וכן הרשב"א שם. ולוקמי בפשיטות באופן דלאו בר אולודי נינהו וע"כ דל"ש:

סעיף ב'. בטל המקח. וכתב הט"ז דל"ש כאן בין לתיקון כו' כונתו כמ"ש הב"ח ודרישה דעבר ע"ד משלחו משמע שפירש לו הדברים באופן שיהיה ואיך יכתוב עליו בין לתיקון. ומה שהק' השעמ"ש עליו מובא בפת"ש כאן י"ל כמ"ש:

ש"ך ס"ק ג'. צ"ע למה יגרע כו'. בדרישה כתב דמיירי באופן דאמר יודע אני שיש בו אונאה.

והש"ך לא ניחא ליה בזה דיהא דעת המשלח אפי' ביודע. אבל אם אמר בין לתיקון בין לעיות הרבה יש בכלל זה אפי' אם יאמר יודע אני דלכך הוסיף הרבה. וזה נ"ל בכונת הש"ך בס"ק שאח"ז שכתב אפי' אם יעוות הרבה יהא קיים דאם היה מחנה עמו כך יש במשמעו אפי' אם יאמר יודע אני וע"ז כתב הש"ך דאינו שכיח שיתנה עמו כך. ומיושב מה שגימגם עליו בנתי' ס"ק ו' ע"ש. ועוי"ל בקושית הדרישה וש"ך. עפ"י מה שצידד המלמ"ל פ"ג מגירושין דאם התנה על שני דברים מיגו דחל ארשות חל נמי אד"ח. וה"נ מיגו דחייל התנאי לענין שאר עוותים חל נמי אאונאה.

ועוד י"ל דשליח שאני כיון דכל דבריו קיימים ואינו צריך קנין ומטעם זה יש שרוצים לומר דע"י שליח מתחייב בדשא"ק כמ"ש בסי' קכ"ט וה"נ טעמא הוא משום אסמכתא כמ"ש הסמ"ע סי' רכ"ז וע"י שליח שפיר מהני: סעיף ה'. אם הטעה השליח כו'. וא"ל נימא דאשלד"ע והמעשה בטל דעבר על לא תונו כמ"ש הטור סי' רכ"ז. י"ל עפ"י מש"כ המלמ"ל פ"ג מהל' גניבה. או דמשכח"ל כשיודיע להלוקח. ועיי' פת"ש ס"ק ג':

סעיף ז'. וא"צ לקבל עליו מש"פ. בשמ"ק בשם הריטב"א כתב דאפי' לא פשע השליח אינו חייב המשלח במש"פ. והמ"מ פ"ט ממלוה הל' ה' כתב דחייב. והנה דברי הריטב"א אין להם ביאור. וראיתי בשו"ת דב"מ ח"ג הסביר זה משום דהוי כמילי דלא מימסרי לשליח והמש"פ בא ע"י שינוי הדיבור. ודחוק דכבר דחו האחרונים דברי מהרי"ט שכתב דאף ממשלח לשליח לא מימסר מילי. והמשכנ"י סי' מ"ז פסק כן להלכה דלעולם ליכא מש"פ בשליח. אבל בשו"ת אבן שתיה סי' ע"ו דחה דבריו וכן פסק הנתי' סי' קפ"ג ס"ק ה'. ובשו"ת דב"מ כתב דיש לצרף זה לספק ולא ראה דברי המשכנ"י. ועיי' שו"ת תורת מרדכי הנד"מ סי' רי"ב מש"כ בזה. והנתי' בסי' שאח"ז ס"ק ה' כתב בפשיטות דיש בשליח מש"פ ע"ש, וכ"כ להדיא הנמוק"י ב"מ בסוגיא דאי פסקת וכ"כ הרשב"א מובא לק' סי' קצ"ט בחידושינו. וצע"ג דמדברי החינוך מצוה ס"ה משמע דבכל גונא אין בשליח ומשלח מש"פ ע"ש ועיי' פנ"י גיטין נ"ב ע"א:

סעיף ח'. האומר לשלותו כו' ה"ז מוסיף כו'. המחנ"א הל' שלוחין סי' א' חקר די"ל דדוקא בא"ל לשליח זבין בית סאה וזבין בית סאתים דבזה י"ל דכיון דל"ק לוקח יותר מסאה ואין לו הפסד למוכר לא הוי כעובר על דבריו אבל אם א"ל אל תמכור יותר מבית סאה אם מכר יותר י"ל דהוי מעביר על דבריו כיון דהקפיד בכך ובטיל שליחותיה. ובמשפ"ש מביא ראיה מש"ס זבחים ל"ד אילו נאמר קרבן לה' בהמה היתי אומר חיה בכלל בהמה כו' ת"ל בקר וצאן ולא חיה יכול אם הביא כשר הלז"ד לתלמיד שא"ל רבו הביא לי חטים והביא לו חטים ושעורים שאינו כמעביר על דבריו אלא מוסיף על דבריו וכשר ת"ל בקר וצאן בקר וצאן אמרתי לך ולא חיה הלז"ד לחלמיד שא"ל רבו אל תביא לי חיטים והביא לו חטים ושעורים שאינו כמוסיף על דבריו אלא כמעביר על דבריו. הרי להדיא כהמחנ"א. אולם כפי מהראשונים שלא הביאו ש"ס דילן לחלק ע"כ כיון דבסוגיא דכתובות לא נזכר חילוק זה נדחית הסוגיא דזבחים שאין זה מקומה וכן משמע מכל המפ' שם שפירשו קושית התוס' שם ממעילה ומכתובות עיי' צאן קדשים וחק נתן ולא העירו מחילוק הש"ס מרישא לסיפא אלא כונת התוס' להק' בסתירת הסוגיות וע"כ דליתא לדינא לחלק בזה. והנה בס' ת"ה הק' כיון דהלוקח יכול לחזור א"כ הוי שינוי בשליחות גם בשאין הלוקח חוזר דגרם רעה להבעה"ב שהלוקח יכול לחזור. וכה"ג כתב הר"ש תרומות פ"ד דבריעותא כ"ד בשליחות בטל השליחות. וכן עמד השוש"י בזה וכתב דלדעת הרשב"א המובא בנתי' דבנמצאת מקצתה גזולה א"י לחזור בהשאר י"ל דזה גופה האיבעיא בש"ס שם אי במקצתה גזולה יכול הלוקח לחזור וא"כ הוי מעביר על דבריו או א"י לחזור ולא הוי אלא כמוסיף וכיון דקיי"ל דמוסיף. מזה הוכיח דינא

דא"י לחזור מהשאר. וגם להרא"ש והר"ן דיכול לחזור י"ל דזה גופא סברת הש"ס דמעביר ע"ד הוי משום דיכול לחזור דאל"כ מאיזה טעם נקרא מעביר ע"ר דהא הבעה"ב צוה לו למכור ליתכא והוא זבין ליתכא והלוקח מתרצה בכך א"כ בהליתכא אין שום שינוי דעת. ולפי"ז לדעת הרא"ש והר"ן ע"כ צ"ל דלמאי דפסקי' דמוסיף ע"ד הוי ע"כ דאין זה שינוי בשליחות מה שהלוקח יכול לחזור כיון דכעת אינו חוזר. והנה בשוש"י הוכיח דדעת רש"י בקדושין כהרא"ש ור"ן. ובזה י"ל במשפ"י רש"י ב"מ ע"ד ע"ב העובדא דנדוניא שעשאו חמיו שליח לפסוק שיהא מוכן ליום פלוני ואמאי לא פירש שנתן לו מעות סתם ושלחו שיקנה והחתן פסק על הנדוניא ע"י קנין מעות ופטור המשלח ממי שפרע מטעם שינוי השליחות דמצי חמיו לומר דעתי היה שתקנה בקנין גמור ולא ע"י קנין מעות שיוכל המוכר לחזור ע"י קבלת מש"פ וכיון דשני בשליחות יכול המשלח לחזור בלא קבלת מש"פ. ולמש"כ לדעת רש"י אין זה שינוי בשליחות מה שהלוקח יכול לחזור כיון דכעת אינו חוזר:

סעיף י"א. והחתימם השליח כו'. בשו"ת מצפה ארי' הק' מכאן על מה שחידש המקו"ח סי' תמ"ח דלא מהני חתימת השליח על השטר מכירה דהא הכא אמר והחתימם השליח. והג' רצ"ה שם דחהו די"ל דהכא מיירי בשטר ראיה ול"י מה ראו על ככה. דהא הר"ח מחלק בין אפושי שטרא הא דלעיל משום שיצטרך לחזור בכל שטר אחר חתימת עדים והכא איירי בשהחתים השליח השטרות כו' וכונתו דהשליח מצא עדים וחתם, ולא מיירי כאן בחתימת יד השליח דהא כן כתבו בתוס' להדיא וז"ל והכא מיירי בשכבר חתמו העדים על שני שטרות וגם כונת המחבר כן ועיי' מחנ"א הל' שלוחין סי' ח':

סימן קפג

ש"ך ס"ק ב'. כתב ר"י כו' עיי' קצוה"ח ונתי' בכונתו. והנה בשו"ת מהדשד"ם חחו"מ סי' קמ"ח ביאר דבריו דקאי על מי שאומר לשלוחו קנה לי חטים וקנה לו שעורים דכיון ששינה השליח וליכא לא דעת קונה ולא דעת מקנה וגם המעות אינם של המשלח לכן לא זכה בהם המשלח. אבל היכא שהמעות הם של המשלח זכה מצד שמעותיו קנו לו. א"נ אפי' שהמשלח לא נתן מעות ולא שינה השליח אז זכה וקנה המשלח ולא פליג על הרמ"ה. והמפ' לא הביאו דבריו והקצוה"ח הק' בסוגיא דבני מערבא מסי' הנ"ל סעי' ב' דהשליח קונה לעצמו. ואולי מזה ראיה למש"כ הנתי' שם ס"ק ד' דכל זה כשיש להשליח מעות אבל כשאין לו בטל המקח וניחא לש"ס לאוקמי בכל גונא. ועוד י"ל דהא התוס' כתבו כן רק לחוכא דב"מ ול"ק לדינא דקיי"ל, כר"י.

ומש"כ עוד להק' על הנמוק"י דביטול מקח הוי כמו הלואה איך חל ההקדש דבעל. וראיתי במפ' לב"ק שכתב דהתוס' סוברים כמש"פ הסמ"ע סוס"י ר"ג כדעת האומרים דהמקנה דשלבל"ע עם דבר שבל"ע קני כולה וה"נ בהקדיש נכסיו מיגו דחל ההקדש אשאר נכסיו חל גם על מלוה. וליתא דא"כ קשה בש"ס ב"ב ע"ט דת"ק ס"ל כר"מ הא שם הקדיש גם אח הבור. וע"כ דל"א כן אלא בקנין מיגו דחל אהאי חל נמי אהאי ולא בהקדש דחל ע"י דיבורו. ונ"ל דהכא הוי כמו שנותן האומן החפץ לאיש אחר בטעות ונתן לו שכר אומנתו ודאי דיכול הנותן להקדיש מעותיו שביד האומן כיון דבטעות הוא ושלו הוה והכא היה צריך ליתנם להאשה ונתן להבעל ועתה חוזר חלילה ונוטל מהאשה לכך שפיר יכול הבעל להקדיש. ומש"כ עוד הקצוה"ח בסוסעי"ק ד' להק' על הרי"ף ע"ש. י"ל בפשיטות לפמש"כ שם בשמ"ק בשם גאון דאפי' הערים ומכרם הוי ג"כ מרבה בדמים ואף דבודאי זוכה מהלוקחים עכ"ז מיחזי כריבית רק כשאמר בהדיא דלאו שלו הוא תו לא מיחזי כריבית ואף דנטלן מיד המוכר ובשלא אמר אף דמה"ת שריא כמש"כ הקצוה"ח עכ"ז מיתחזי כריבית. ומש"כ הט"ז כאן לדחות דברי הסמ"ע מעובדא דרבב"ח ורב ע"ש לא ראיתי שום משמעות מעובדא דרב די"ל דרב היה יודע מעיקרא ורק מעובדא דרבב"ח יש קצת ראיה ועיי' דרישה וי"ל:

סעיף ג'. בהגה. מיהו אם אמר כו'. וכתב הט"ז נראה דהכי קיי"ל כו' ונראה טעמם כו'. והמשכנ"י הק' דאין זה טעם הרמב"ם ומובא בפת"ש. אולי כונת הט"ז להסביר דעת הי"א הא' דקנה לעצמו ע"ז כתב דטעמם דמסתמא לא חזר בו אף שזקפם עליו במלוה עכ"ז ניח"ל דליקו בהימנותיה:

אבל אם גילה דעתו שאומר בפני עדים שלעצמו קונה חזר מהימנותיה ועיי' נתי' והבאה"ט העתיק וטעמם נראה. שינה לשונו וגם החסיר בדבריו.

ולמש"כ לפנינו בט"ז י"ל כמש"כ אלא שבט"ז אהע"ז סי' ל"ה סעי' ט' ל"מ כן והא"מ הק' שם עליו כמו שהק' המשכנ"י כאן. והנתי' הק' לדיעה הב' דהא הוי לעצמו המשיכה ול"ק רק במעות ויכול המוכר לחזור ואין זה פשוט דהמחנ"א הל' שותפים סי' י"ז כתב כיון דהמוכר דעתו הוא לזכות לבעל המעות אין השליח יכול לתופסה לו משום דלא נתכוין למשוך לבעל המעות שאין אדם עושה סחורה במעותיו של זה וכ"מ מדאמר רבא פ' אז"נ הני בי תרי תלתא דיהבי זוזא לחד למיזבן להו זבין לחד זבן לכולהו הרי דאע"ג, דכשמשך זה לא נתכוין לקנות אלא לחד מיניהו אפ"ה אמרי' לאו כל כמינה לעשות סחורה ולזכות לאחר ובזה מיושב דעת הרמ"ה בסעי' שאח"ז: סעיף ד'. אבל אי יהיב ראובן כו'. כאן קשה קושית הנתי' שהבאתי בסעי' הקודם ומש"כ שם בשם המחנ"א.

ולענ"ד י"ל עפ"י מש"פ הרמ"א סי' קצ"ח דבהתנה מעות לחוד קנה ואומדנא הוי ג"כ בזה כהתנה. כמ"ש בשו"ת פר"י לתרץ בזה קושית התוס' ר"פ המפקיד דמעות לחוד ל"ק דשם הוי ג"כ אומדנא וה"נ המשלח יודע שהשליח יכול לחזור בו וימשוך לעצמו ואומדן דעת הוא שדעתו דמעות לחוד יקנו לו. ומש"כ בהגה ראובן שהיה יודע כו'. העלה הנתי' דכאן ל"ש משום רמאות דמציאה הוא ורק משום חזקת שליח עושה שליחותיה נגעו בה. והנה מש"כ דל"ש כאן רמאות יפה הק' בס' חב"י דהא הרמ"א כתב דהוי רמאי. ומש"כ משום חזקת שע"ש. הא אנן קיי"ל דרק לחומרא אמרי' שע"ש ולא לקולא עיי' תוס' ורא"ש עירובין ל"ב ואיך נוציא ממון מספק וכש"כ כשהלה עומד וצווח לא עשיתי שליחותי. ואולי י"ל עפ"י מש"כ המג"א אור"ת סי' ת"ט בשם תשו' ר"ב דבעשה ל"א כן. וראיתי לחכ"א שהק' מקדושין ס"ד הב"ע דשויתיה שלית הרי דבנוגע בממון או משום מצוה לא אמרי' כן אף בשעשה השליח אלא ששינה. ולק"מ דשם לא עשאתו שלית בפירוש על דבר מיוחד אלא שנתנה לו רשות לקבל קדושין עבורה וכן הוא באהע"ז סי' ל"ז. משא"כ בעשאו שליח מיוחד לילך ולעשות. אלא שצ"ע לדינא מטעם אחר דדעת הג"מ פכ"ג מקנין דבממון ל"א חזקה שע"ש וכ"כ בתשו' מהר"ם בר' ברוך מובא ביד מלאכי בחידושי דינים. ועיי' תומים סי' צ"א ס"ק ב' ובנתי' שם ובפת"ש שם בשם הב"ח. כל זה כתבתי מכבר ועתה נדפס מחדש הס' משפ"ש ומצאתי שהעיר בזה על הנתי'. וצ"ע דאי מטעם חזקה שע"ש נגעו בה. בשליח אשה מאי עיי' אור"ח סי' תל"ז ובמפ' שם ובסי' תרע"ז ס"ק ט':

ש"ך ס"ק ט'. דוקא פחת כו'. הק' הקצוה"ח והנתי' דהא בטיל שליחותיה. והנה המחנ"א הסביר קצת טעם המבי"ט דלא תשיב שינוי כ"כ כיון דהמשלח היה קרוב לשכר ורחוק מהפסד כה"ג לא בטיל שליחותיה ובבאה"ט בשם ב"ת מחלוקת הפוס' בזה. הנה הפוס' האלו מובאים במלמ"ל פ"א משלוחין ע"ש והמחנ"א כתב דהמוחזק י"ל קי"ל כהמבי"ט: סמ"ע ס"ק י"ח. ע"י מעותיו של המשלח כו'. צל"ע אם קנה השליח מאותו המוכר גם עבורו אי שייך ג"כ סברא זו די"ל מחמת מעות השליח הוא. ואם היה מקום לחלק כן היה אפשר ליישב מה שהק' בעוניו"ט לדעת הרי"ף מש"ס כריתות כ"ז ע"א הב"ע דאוזיל רועה גביה. דקשה הא ההקדש הוי המשלח א"כ יהיו חולקין ההקדש והבעלים. וצ"ל דמיירי בפירש. אבל להרי"ף קשה. וי"ל דמיירי בלקחו ממנו הבעלים דבר לעצמו. אלא שמסתימת הפוס' ל"מ כן וצ"ע:

שם ס"ק כ"א. והטעם דבטעות שבמקח כו' משא"כ בהטעוהו בחשבון דלא נתן להעכו"ם עתה כלום כו'. מדיקדוק לשונו כאן ובדרישה נראה דס"ל דעיקר החילוק הוא דטעות

במקח היינו שבשעת מעשה נתן לו הסחורה בטעות יותר ממה שהיה צריך לו ליתן כגון שנתן לו עשרים במקום עשרה. וטעות בחשבון קרי ליה היכא שכבר גמר עמו החשבון כמה חייב לו בעד הסחורה וכשבא אח"כ לקבל מעותיו טעה הסוחר ונתן לו יותר והוי כאילו מצא מציאה והכל לשליח. ולפ"ז כל עוד שלא גמר עמו החשבון הוי טעות במעות כמו טעות במקח. אבל בשו"ת ציוני חקר בזה והעלה מדיעות הראשונים בזה דהכי הוא עיקר החילוק לר"י ולרא"ש דטעות שבמקח מיקרי שידע מה שהוא עושה בדעת מיושבת עליו אלא שלא ידע שיווי המקח אבל במנין ומשקל לא טעה כלל דהכי הוי דינא דבדבר שאין לו קצבה הכל למשלח וביש לו קצבה חולקין לפי' ר"ת קודם חזרה. וטעות בחשבון מיקרי טעה מחמת שנתבלבל דעתו ולא היה מבין לחשוב וכשהיה צריך למנות שנים מנה אחד בזה דמי למציאה והכל לשליח. ועיי' חי' מהרי"ט לכתובות ביאור ענין זה ברחבה:

סימן קפד

סמ"ע ס"ק א'. המקח של כולם. הרמב"ן בש"מ כתב דזה שלא בפני זה הוי כש"כ מצבורין. ולפי"ז בדעת הרמב"ם שהוכיח הטור מדבריו שתלוי הכל בדעת השליח ע"כ צ"ל דטעמו הוא כיון דסו"ס נתנו זה בפני זה אף דצרורין כ"א בפ"ע עכ"ז ידעו דהשליח כשלקח מכולם על חפץ אחד מסתמא יקנה החפץ בעד כולם דאי לא היה דעתו הכי כשראו שלוקח מעות מכולם ומבטיח לכולם לקנות החפץ אי לא ניחא להו בשותפות היה להם למחות וע"כ שסמכו דעתם דאם יקנה בעד כולם יהיה בשותפות וע"כ צ"ל טעם זה דאל"כ אין טעם לאגדם להיות שותפים הא נתנו כ"א מעותיו בפ"ע צרורין וכמ"ש הרמב"ן דגלי דעתי' דלא ניחא להו בשותפות ואיך יכול השליח לשתפם בע"כ הא על חצי חפץ לא נעשה שליח ובטיל לשליחותיה וע"כ סברת הרמב"ם כמש"כ אלא דכ"ז ניחא בשנתנו יחד זה בפני זה אבל כשנתנו זה שלא בפני זה צ"ע דאין טעם לשתפם בע"כ:

סעיף ב'. ולא עוד כו' אלא שאמר לעדים כו'. בשמ"ק ב"ק כתב וז"ל בלא"ה נמי צ"ל דאודעינהו לסהדי דאל"כ מנ"ל לסהדי דלאו לריש גלותא נינהו אדרבא דריש גלותא נינהו כמו הילך מנה והתקדשי לפלוני דמקודשת מדין ערב. והוא תמוה דהא מדין עבד הוא. ואולי ט"ס הוא. ומש"כ עוד המחבר כופין אותו כו'. הק' בים התלמוד מהא דסי' רמ"ג סעי' ד' דאפי' אמר ע"מ יכול למחות ויש מי שכתב לתרץ דשא"ה דהמוכר רוצה לחזור לגמרי. והכא איירי באין רוצה לחזור אבל ל"מ כן בש"ס ובישו"ש שם, וע"כ כמ"ש התומים סי' ס' ס"ק י"ח דאין כאן אפושי שטרא דחמור זה השטר יכתבו לו אחר ואין כאן אלא שטר אחד:

סימן קפה

סעיף א'. אלא שנוטל שכר שליחותיה. ביור"ד סי' קע"ה סעי' ה' כתב מקום שיש מנהג, שהלוקח נותן שכר הסרסור. ובש"ס ב"מ ס"ג פריך והא בעי למיתב זוזי לספסרא. וכתב בש"מ שם ונראה כי הקונה נותן זוז לספסר ולא המוכר וצ"ע. ומש"כ בהגה מי ששלח שליח כו'. עיי' בהג' חכ"ש מש"כ ע"ז. וזה ניחא לגירסת הרמ"א בסי' ש"ג וכן הוא בב"י. אבל לפמש"כ הרמ"א כאן ששלח שליח להוליך לו בודאי טירחא ומסתמא צריך לשלם לו. ומדוע לא הביא מש"כ המהרי"ק מובא בסעי' ד'. והט"ז כתב דבעינן מוכח קצת. וכן מצאתי בשו"ת ר"י טוב עלם סי' ס' וז"ל דכי יהיב ליה בירעה לזבוני ליה בטובה א"נ שא"ל שקול וא"ל לא בעינא וכיון דלא קביל שדר ליה תקרובת דניתהני מיניה וליטרח ואע"ג דתנן השולח לחבירו כדי יין וכדי שמן אין נגבין בב"ד מפני שהם גמ"ח התם לא קביל מיניה בירעה ודרך בנ"א לשדורי מנחה להדדי אבל האי אי לאו בירעה דידיה תקרובת למאי קא משדר ליה אלא לאו אהנויי קא מהני ליה לשווי ש"ש ומשמע כהט"ז. ומש"כ בש"ך בענין חזרה שליחות להמשלח עיי' מחנ"א הל' שומרים סי' ד' ובאב"מ סי' קל"ט ובשומ"ש מ"ק ח"ב סי' קט"ז דברים נחמדים בזה:

ש"ך ס"ק ג'. ועיי' בתשו' הגאונים סי' שפ"ד. הנה ז"ל התשו' שם בסי' שפ"ג שאלה אם אמר בעל החנות לסרסור המותר שימכר על סך פלוני יהיה שלך. תשובה אעפ"י שנתן הסרסור המותר הוא שלו. משמע מרהיטת הלשון דהכונה אעפ"י דנותן להסרסור מ"מ ל"ק הסרסור וה"ה לבעה"ב וחולק על המהרי"ק דכאן והמגיה שם נדחק בכונתו. ונ"ל בכונת הגאון אעפ"י שא"ל המותר שימכר ומשמע דוקא כשימכור לאחרים מ"מ אם:

הסרסור א"ל אני לוקחו לעצמו כסעי' ג' וכן הוא שם בתשו' שלאח"ז שיכול ליקחו לעצמו ונותן לו יותר מהמקח הרשום מ"מ המותר לעצמו ול"מ כשמוכרו לאחרים אלא אפי' לוקחו לעצמו ונתן המותר למוכר חוזר ונותן המותר לסרסור:

סעיף ד'. אמר בע"ה כו'. וכתב המרשים כפול לק' בסי' ש"ג בהגה. באמת אין כאן כפולים דכאן אשמעי' בזכות המותר דזכה בשתיקה ושם איירי בחיוב ש"ש וכן המהרי"ק בתשו' חלקם לב':

ש"ך ס"ק ח' בהגה. ועיי' לעיל כו' באו"א. י"ל דשם כונתו באופן זה ולכך דייק שם בלשונו באופן דלא הוי ביטול מקח דלמה דייק ביטול מקח הלא כל עיקר החילוק הוא דכאן הוי ביטול מקח ועומד ברשות המוכר ושם בשיעור האונאה הוי המשלח המוציא. ובזה י"ל מה שהק' שם הנחי': סמ"ע ס"ק י"ז. כתב הב"י ע"ז כו'. הב"י לא כתב כן בפשיטות אלא שהק' על הראב"ד דמשמע מלשונו דבכ"ג המקח קיים דבשוה ק' בנ' אין סברא.

ומיהו עכצ"ל דהראב"ד סובר כן וראיה מלשון הב"י שם שכתב מיהו נראה לדעת הרמב"ם וכתבו בסמ"ע ס"ק ט"ו. ולמה דייק לדעת הרמב"ם הלא גם להראב"ד איכא חזרה. וע"כ דלהראב"ד בכל אופן אינו חוזר. והנה המלמ"ל פ"ב משלוחין הל' ז' כתב וז"ל בקיצור ומה שפירש הר"א ז"ל כו' קשה דלמה הצריך רבינו שיאמר המוכר ללוקח בכך וכך מכור לך כו'. ל"י לכונתו דנראה דמפרש דמש"כ הרמב"ם ואמר לו מכור לך קאי על אמירת הסרסור להלוקח ולא כן כתבו הטור והמחבר בלשונו שכתבו מכור בכך וכך ולא כתבו מכור לך ומשמע דעל אמירת המשלח להסרסור קאי. עוד כתב שם לפרש כונת הראב"ד דמפרש דברי הרמב"ם דא"כ למה יחזור ויאמר איני רוצה ומזה הק' על הב"י בדעת הראב"ד. גם זה א"מ דאף אם אמר תחילה במה שתרצה חוזר עתה שלא היה כונתו על הרבה כמו שהנאה עתה. ומש"כ בפת"ש ס"ק ב' שוב מצאתי כו' ולא פסק כן. העתיק מקיצור מ"ב. ולפנינו בתשו' הגאונים איתא המעשה שהחזיר הסחורה. ובזה לק"מ דעל ביטול מקחו לא הימניה ובזה מודה גם הושב הכהן, ומש"כ בסעי"ק ג' בענין קרובים בשכר שדכנות. כתב בשו"ת שאילת שלום מ"ת דדוקא אם הקרובים היו הגומרים היתה התקנה. אבל אם היו הם המתחילים והגומרים בודאי נוטלים והקדימו המהר"ם מינץ סי' ע"ד. וכתב המהרשד"ם חאהע"ז סי' ר"ל דשכר שדכנות שלא גבהו מן האב אינו גובהו מהיורשים ואפי' אם תפס מפקינן מיניה. כעת נדפס הספר דברי גאונים וראיתי שם כלל ע"ב מביא שו"ת באר עשק דיורשים מחויבים לשלם שכר סרסרות. וכן כתב שם עוד בתשובה אחרת. ולא ראו דעת המהרשד"ם:

סעיף ט'. פשיעותא היא כו'. עיי' נתי' סי' קכ"א ס"ק ב' בחילוק הא' דדוקא כשא"ל משכנו סתם. אבל אם א"ל משכנו ביד מי שתרצה פטור. ומש"כ שם בתירוץ הב' להק' מטענת החזרתי וכן הק' התומים כבר הקדימם להק' כן בשמ"ק וכתב דדינו של הרי"ף אינו אלא בעיר חדשה שאין לה מנהג אבל בעיר שכבר נוהגין להרצות משכונות ביד הסוחרים בסתם ולא הורגלו למשכן בעדים מסתמא ע"ד כן נתנו בידו ולא הוי פושע כשנותן המשכון בלא עדים. והשעמ"ש סי' קכ"א מביא בשם הרדב"ז דהפשיעה בהשכינו שלא בעדים הוא דבנאנסו חייב שבועה דאורייתא ונחתינן לניכסיה משא"כ כשיטעון להד"מ. ומשמע דס"ל כהפוס' לק' סי' רצ"ו דהחזרתי הוי שבועה דאורייתא ונחתינן לניכסיה ודלא כהש"ך ע"ש בקצוה"ח ולכך הוי החזרתי כמו נאנסה וליכא למיחש כשיטעון החזרתי וצ"ע. והתומים השיג על הר"ן דהא חמיר ש"ד משבועה דרבנן ועיי' פת"ש סי' רצ"א ס"ק כ"א:

סימן קפו

סעיף א'. ונאנסו בהליכה חייב. הנה הב"י דחה דברי המפרש בנדרים ל"א שפירש דהא דקאמר בש"ס מפני שהוא נושא שכר ארישא קאי וכתב עליו דלא חש לקמחיה. ולכאורה הא גם הרשב"ם פירש כן והב"י מיד הביא לשונו. ויותר תימה דהרש"א נדרים הגיה דברי המפרש בשני מקומות כדי שיתאים עם כל הראשונים [והג' יעב"ץ ששחק על ההגה מהא דע"ב ע"ש לא ראה שגם שם הגיה הרש"א] ובב"ב שם כתב דפירוש רשב"ם הוא כפי' רש"י בנדרים ונתן טעם לפירושם. ולמה דחק בנדרים להגיה. והנה לכאורה נ"מ לדינא בין הדיעות אם הוא מטעם לוקח או מטעם שואל לענין אם היו הבעלים עמו במלאכתו דמטעם שואל פטור. אמנם בנתי' התאים שני הטעמים יחד ע"ש ובזה מיושב מה שהק' הגרע"א בגליון נדרים שם ממש"כ הר"ן עצמו ע"ז פ"ק. וראיתי במעיני חכמה ב"מ שכתב די"ל בטעם רש"י דלא פירש מטעם שואל.

די"ל דס"ל כהרמ"ה בסי' ש"מ דשואל בהמה לילך למקום ידוע ונאנסה בדרך מקרי מתה מחמת מלאכה כיון שהדרך גרם לה וא"כ אי מטעם שואל אכתי בנאנסה בדרך למה יתחייב. ומצאתי כן להדיא ביד רמה שכתב מנ"ל דחייב מטעם לוקח דילמא משום שואל ונ"מ לפטור בבעלים. ל"ד לשואל חדא דשואל רוב הנאה שלו והכא אפי' בזביני חריפי נמי תרוי' מתהני כו'. ועוד ההיא דהלוקח מבית האומן ונאנסו בהליכה חייב אי ס"ד דמטעם שואל הוא אמאי חייב כיון דהליכתו לצורך הולכתן לבית חמיו הוא דלא סגיא להו בלאו הכי ואי לאו הליכתן לא הוי מיתנסין הוי ליה כמתה מחמת מלאכה דפטור דהתם טעמא מאי דלאו לאוקמי בכילתא שיילא הכא נמי לאו לאוקמינהו באידרונא שיילינהו. וכונתו בסוף דבריו הוא לתרץ קושית הש"ך לק' סי' ש"מ על הרמ"ה ממש"כ הרמב"ן בטעם הפטור דממ"מ דמחמת פשיעת המשאיל נגעו בה והכא מאי פשיעה איכא. דהכי נמי כיון ששאלה להליכת אותה דרך ושם אירע האונס אדעתא דהכי השאילה. ועיי' ידות נדרים סי' רכ"ז שכתב דבר חדש דזביני חריפא גמר לקנות והוי לוקח ובאין זביני חריפא לא גמר בלבו לקנות ומחמת הנאה דמניחו לבקרו הוי כשואל. וממה שכתבתי מבואר דלא כמ"ש הב"י לק' סוס"י ר' בדעת הרמ"ה דס"ל כהמפרש בנדרים ועיי' דרו"פ שם. וביד רמה חילק שם עוד בזביני דרמי על אפיה דיש חילוק בין בקרו בפניו דבזה אין, לו הנאה כלום להיכא דלקחו עמו בדרך דבזה אף בזביני דרמי על אפיה יש לו הנאה וחייב באונסין והפוס' לק' סוס"י ר' לא הביאו דעתו. והנה בסי' קפ"ה בש"ך כתב דהוי ש"ש וכן הוא לק' רס"י ש"ג. וכתב הנתי' ס"ק ג' אע"ג דכאן מבואר דחייב באונסין שא"ה דלקחו בתורת מקח וכבר קנהו במשיכה ואין המוכר יכול לחזור

ושם לא קיבלו רק בתורת שליחות והמשלח יכול לחזור לכך אין לו שם לוקח להתחייב באונסין. מבואר דס"ל לדבר פשוט דהמשלח יכול לחזור ואין הסרסור יכול לעכב לומר כבר זכיתי בו ואף שהנתי' לא הזכיר משכר הסרסור נראה מדבריו דא"י לתבוע שכרו כיון דיכול לחזור. ודלא כהמחבר תב"י רס"י קפ"ה שכתב דאין המשלח יכול לחזור עד שיתן לו שכר סרסרותו דנקנה לו החפץ להשתכר בו סרסרות. שוב ראיתי במשפט שלום מביא שכתב להדיא כן הר"ת בספר הישר ובמהר"ם ב"ב דאפי' אם כבר לקח החפץ הדין כן:

סימן קפז

סעיף ב'. ממעות שהיה לו בידו. עיי' באה"ג בשם הכ"מ לדייק מדברי רבינו וזה דלא כרמ"א סי' קפ"ב סעי' א' וסי' קפ"ג סעי' ד' בשם הרשב"א. ואין לומר דלכך כתב כן הרמב"ם משום דינא דהרמ"ה מובא בהגה כאן. דהא הרמב"ם לא חילק בכך כמ"ש הב"י אבל י"ל דהרמב"ם העתיק עובדא דש"ס ובפשוטו משמע דהיה פקדון וכמ"ש הט"ז כאן. ובטור העתיק לשון הרמב"ם כההיא דיהיב זוזא לחבריה. ולא הזכיר ממעות שהיו בידו וצ"ע. ובבהגר"א כתב דמשום סיפא דבדבר הנעלם ישבע דוקא בכה"ג דשבועת השומרים אינו כ"א לפטור ולא ליטול. וצ"ע דהנתי' ס"ק ה' כתב בשם הריטב"א דאף ליטול משכח"ל בלא שומרים ולמה דחק דוקא בכה"ג ואין לומר דכונת הגר"א רק על מש"כ הרמב"ם ממעות כו' ולא כתב כמ"ש הריטב"א לכך דייק בלשונו דבכה"ג לא היה נוטל ולא ס"ל כהריטב"א דעדיין אינו מיושב שכן היה יכול לצייר בשליח שנותן לו עתה מעות וכמו שהק' בקצוה"ח וצ"ע. ומש"כ הט"ז כאן בא"ד דעיקר קלא אינו אלא דוקא באם יש שם בעלים המתעסקים ולא כשמכר ע"י שליח, צ"ע דבשמ"ק מובא פירוש הראב"ד ע"ש ולפירושו אפי' מכר ע"י שלית שייך אפוקי קלא. והנה הנתי' כאן דתה דעת המהרי"ט שכ' דאפי' אם רק הודה שהיה במקום רואים נאמן וכתב דהוי מיגו במק"ע. לאו דבר פשוט הוא דהמהרי"ט כתב דלא הוי:

מיגו במק"ע דשכיחי שלא ישגיחו בזה והמלמ"ל פכ"א ממלוה הסכים עמו ומובא בקצוה"ח לק' סי' רצ"ד ומה שדחהו הקצוה"ח מדברי הרז"ה פחז"ה כבר עמד ע"ז המלמ"ל פ"א משאלה ע"ש. ומה שהק' עוד הקצוה"ח שם דנאמינו במקום רואים דהוי לאפטורי מממון נ"ל דלק"מ דמיגו הוא מתורת בירור ובמקום רואים הוי בירור יותר חזק כמ"ש הרי"ף סו"פ האומנים דעיקר דינא אתי לאשמעי' דבמקום רואים מוכרת להביא ראיה ולאחמורי עליה קא אתי ולא מהני לו המיגו. ובס' ערוך השלחן שם כתב לישב דהוי מיגו במק"ע ולא הועיל בזה דזהו רק להנתי'. והמהרי"ט לא ס"ל כן. והקצוה"ח

שם הסכים להמהרי"ט ולדידיה קשה דבהודה בעצמו דהוי במקום רואים נאמינו במיגו דלהד"ם או החזרתי וע"כ צ"ל כמש"כ. ועיי' שומ"ש מ"ק ח"ב שי' קפ"ה שהאריך בביאור ענין זה:

סעיף ד'. ונרקבו מחמת גשמים כו'. עיי' בהגר"א מהא דב"מ ס"ג. וללשון הב' שם ברש"י דלשון חמימות הוא לפי"ז ג"כ הוי פשיעה. אולם בעיקר ראיית המהרי"ק הרבה הק' השומ"ש מ"ת ח"ב סי' י"א וכתב דדין זה צ"ע למעשה:

סימן קפח

ש"ך ס"ק ב'. פי' אפי' כו'. משמע דמפרש כן מש"כ המהרי"ק אפי' לענין ממון ר"ל אפי' רוצה להשלים החסרון. וא"כ קשה דהא המחבר לא פסק כן בסי' קפ"ב סעי' ו'. ועוד למה לא הביאו הב"י בסי' קפ"ב. ע"כ נ"ל כונת מהרי"ק דל"ת דוקא בחפץ או בסחורה מיחשב שינוי אלא אף בענין ממון חשיב שינוי. וכן הב"י מביאו בענין שליחות ממון. או י"ל כונתו דל"ד לענין איסור חשיב שינוי אלא אף לענין ממון:

סעיף ב'. אחד הקטן כו'. הנה הגרע"א בחי' כתובות י"א הק' בתוס' שם שכתבו דמשכת"ל גר קטן במעוברת שנתגיירה דבנה א"צ טבילה. נהי דאין זה חציצה ועלתה לה הטבילה מ"מ גירות אין כאן דקיי"ל עובר לאו ירך אמו וקיי"ל דקטן לית לו זכיה מה"ת א"כ מאן משוי לו לגר. ובנו הגאון חידש שם כמו באשלד"ע מ"מ אם המעשה מועיל בשביל אחד מועיל גם להמשלח בעבירה לפירש"י ב"מ ח' ה"ה נמי בכל מילי דאמרי' אין שליחות כמו אין שליחות לנכרי אם עשה שליחות לנכרי ולישראל מתוך שמועיל לישראל מועיל נמי לנכרי. ועפי"ז מיישב הקושיא הידועה בנדרים דמיבעיא לו אי כהני הוי שלוחי דידן או דרחמנא וליפשוט מהא דמקבלין קרבנות מנכרים. דהתוס' בקדושין כתבו דשלוחי דרחמנא ודאי נינהו ומתוך שמתקיים שליחותו לגבי רחמנא מתקיים נמי לגבי עכו"ם. וה"נ אף דאין שליחות לקטן מ"מ מיגו דזוכית לעצמה לגירות זוכית נמי להעובר לגירות. והנה הש"ך לעיל רסי' קפ"ב הק' על הנמוק"י שכתב דבקטן לכו"ע חייב המשלח ת"ל דאין שליחות לקטן. והא במעשה ידו זוכה מדאורייתא כמ"ש תוס' סנהדרין ומשכח"ל שליחות לקטן בשכר מיגו דזכי לנפשיה בהאי שליחות בשכרו זכי נמי לחבריה וכה"ג כתבו המפ' בסי' ק"ה בשיטת רש"י דשליח בשכר מועיל אף בתופס לבע"ח הואיל ויש לו זכות בהאי תפיסה שיבא על שכרו. ועוד י"ל מב"מ ע"א ע"ב מלוה ישראל כו' גם שם נימא מיגו דחל שליחות אישראל ליחול נמי אשליחות דעכו"ם. וי"ל משם דשם לא נעשה שליחות דישראל עד השליחות דעכו"ם ואינם באים כאחת. ולכאורה גם בכהנים הכי נמי דכשנעשה שלית דבעלים לשחוט קרבנו נעשה שליח דרחמנא לשחוט אשר

צוה לו הבעלים. שוב ראיתי פילפול ארוך בזה בשו"ת ראשי בשמים סי' פ"א ע"ש דלא ס"ל סברא זו. ועיי' נתי' סי' ק"ה. ועיקר קושית הגרע"א ל"י לדעתו במש"כ דקיי"ל עובר לאו ירך אמו. דהא דעת התוס' בכ"מ דקיי"ל עובר ירך אמו עיי' תוס' ב"ק פ"ה וסנהדרין פ'. ואי כונתו לפסק ר"ת דלא קיי"ל עובר ירך אמו הא כתב הר"ן חולין פ"ג ליישב לדידיה הש"ס דגיטין כ"ג דאפי' לאו ירך אמו זכיא לעובר דידה כידו וא"כ גם אליבי' לק"מ. ובקושית הפמ"א מהא דמקבלין קרבנות מעכו"ם אף כי הרבה תירוצים נאמרו בזה. הנכון יותר לתרץ עפ"י מש"כ הקצוה"ח סי' רמ"ג דהכהנים שכירים הם דכל מה שנוטלים הוא חלף עבודתם והמהרשד"ם כתב דחזקה מהני אף ע"י פועלים עכו"ם וכן חידש הנתי' בסי' זה מדעתו דכל הקנינים מהני בפועלים עכו"ם. א"כ השכירות שהכהנים מקבלים מכלל ישראל עבור עבודתם הוא ג"כ ע"ז שיקריבו קרבנות עבור העכו"ם ומה לי אם הבעה"ב עצמו משלם לו או אחר משלם לו עבורו שיעבוד לו. אלא שעל סברת הנתי' אין לבנות יסוד והרבה חולקין עליו בזה עיי' שו"ת בר"י חאהע"ז סי' ס"ט ובהג' יד אברהם יור"ד סוס"י ש"כ בתשו' שם וכן במשפ"ש מובא הרבה חולקין. ויש להעיר להקצוה"ח דהכהנים הוי ש"ש א"כ הכהנים שפיגלו במקדש שוגגין פטורים איך משכח"ל הא בשומר אין חילוק בין שוגג למזיד וי"ל. והנה הקצוה"ח כאן ס"ק ג' הק' ברש"י פ' אז"נ שכתב דכי כתיב שליחות בגדול כתיב כו'. דהא מופלא סמוך לאיש נמי תרומתו תרומה. ועוד שסותר לפירושו בקדושין שכתב שם משום דעיקר שליחות בגט כתיב. ועוד דושלחה דאשה גם קטנה משכת"ל דמקבלת גיטה כשאין לה אב. ולדעתי נראה דאין כונת רש"י בקדושין משום דאין מציאות בנשואי קטן דהא משכח"ל ביבם [ולהר"י ברזילי ע"י אב] אלא כונת רש"י משום דאיש משמע גדול וכדאמרי' שם איש זוכה ואין הקטן זוכה וממילא דגם אשה דכתיב בקרא משמע גדולה אף דיש מציאות גם בקטנה. וכן מש"כ בב"מ שם ג"כ עיקר כונתו מלשון איש דכתיב בתרומה ואף דיש גם מציאות לתרומת קטן. ומש"כ שם ברש"י קדושין ומהכא ילפי' בב"מ דאין שליחות לקטן אין כונתו מלשון ושלח ושלחה אלא ר"ל דשם ילפי' ג"כ מלשון איש דאין שליחות לקטן. ומה שאיצטריך לב' ילפותות מגירושין ותרומה כונתו כמ"ש הר"ן ר"פ הא"מ דילפי' שליחות מתרוי' מגירושין ומתרומה ע"כ כתב רש"י דמהיכא דילפת שליחות מגירושין ומתרומה הכל לשון איש כתיב. והקצוה"ח מפרש דברי רש"י שכתב ומהכא ילפי' ר"ל מגירושין. ואין נראה כן אלא כונתו מלשון איש ילפי'. ועיי' רמב"ם פי"ז מאיסורי ביאה הל' י"ג אשה ולא קטנה. ומ"ש בפרק מצות חליצה ק"ה פ"ב אבל אשה בין גדולה בין קטנה ע"ש ברש"י ונמוק"י ולק"מ:

סמ"ע ס"ק ט'. והיותר נראה דבא לחדש כו'. במדר"א סי' קכ"א מפקפק בזה דהא הטעם משום אבידה מדעת וכיון דלא ידע דישלח ע"י קטן לא הפקירו.
אבל הנתי' רס"י ק"כ כתב בשם השמ"ק דשלח ע"י חש"ו מטעם ערבות הוא: הלכות מקח וממכר:

סימן קפט

סעיף א'. אפי' מחל זל"ז כו'. ופשוט דכל דלא הוי קנין בעצם רק מחיוב שנתחייב כגון בדשלבל"ע מועיל מחילה. והנה הטור כתב כאן ז"ל אבל אם היה לו פקדון בידו ל"ק כו'. והק' עליו למה לא יקנה לו חצירו. וכתב הט"ז עפ"י מ"ש רשב"ם דהוי רשות המפקיד. ובתשו' מהרי"ט מובא בקצוה"ח הק' נימא חצירו ומתנתו באים כאחד. ולכאורה י"ל דיש להבין מה הועיל הט"ז בתירוצו דהא תניא התם ברשות לוקח כיון שקיבל עליו המפקיד קנה.
וי"ל דהטור מיירי באופן שהמפקיד מכר לו אחד מהחפצים הנפקדים או מעט מהפירות ול"ש לומר חצירו ומתנתו באין כאחד דהא המפקיד רוצה עוד ברשות הנפקד לשאר הפירות או החפצים המונחים שם. ובש"ס מיירי במכר לו כל מה שהיה לו ברשות הנפקד ושפיר י"ל באים כאחת. ובזה י"ל מה שהק' הקצוה"ח מע"ז דמשני דקאי בחצירה והא הו"ל רשות המפקיד דשם שפיר י"ל באים כאחת. [מלבד דיש לחלק דבבע"ח לא אקני לו כל החצר דאין להם מקום מיוחד] וגם מה שהק' מקדושין מ"ז והלכה ומצאתו כו' דלא היה לה פקדון אלא דינר זה ושפיר באים כאחת. [עוד י"ל דמיירי דלוקחה הכיס בידה והגביהה ומצאתו נאבד] ובזה י"ל גם מה שהק' מלק' סי' רמ"א סעי' ד' או נתן לו הפקדון [עיי' בהגר"א שם] דשם הקנה לו הדבר הנפקד לגמרי ובאים כאחת. וכן הא דלעיל סי' ע"ב סעי' מ"א שכתב יש להסתפק כו' והק' הש"ך דיקנה לו חצירו לשמעון. וי"ל דעשה רק קנין חצר ולהט"ז ל"ק לו דהוי דמפקיד. ואולי דזהו ג"כ ספיקו של המרדכי שם דהיינו חצירו של מי הוא. ובזה י"ל מש"כ הש"ך סי' ע"ב סוס"ק ל"א דמיד שנתן לו המפקיד רשות להשתמש בו והוא ברשותו הוי שואל. והא כתב הטור כאן דהוי רשות המפקיד. דשם מיירי בחפץ מיוחד ובאים כאחת. אלא דהטור סתם. ומש"כ הקצוה"ח: דל"ש חצירו ומתנתו באים כאחת אלא בשטר ולא בע"פ וראיה מעבד. תמוה דהא הרשב"א קדושין ט"ז כתב בשם הרמב"ן דבעבד יש שני קנינים קנין איסור שאסרו לבת ישראל ופוטרו ממקצת מצות וקנין ממון למעשי ידיו והקנין איסור דומה לקנין אישות שצריך דוקא גט אבל הקנין ממון נפקע ע"י דיבורו בלבד. והנה בבדה"ב הגיה בטור ביד אחרים.

דהיינו שמונח ברשות אחרים לא של לוקח ונפקד. ובזה י"ל בהא דכתובות פ"ד מי שמת כו' ינתנו לכושל שבהם. והא הו"ל רשות המפקיד והיורשים מוחזקין די"ל דמונח ברשות אחרים. עוד י"ל דמיירי דלא יחד לו מקום ובכה"ג לא הוי רשות המפקיד עיי' פתיחה לסי' ר' להנתי' ועיי' מש"כ בזה לעיל סי' קכ"ג ועיי' מחנ"א פ"א משכירות וגם מה שדחה הקצוה"ח ראיית מהרי"ט מהא דפ' הזורק ע"ש. יש לפקפק דמה לנו שהחפץ אינו שלה הא עיקר חזקה תלוי בהנאה שנהנה מהקרקע וסו"ס היא נהנית:

סימן קצ

קצ:

סעיף ב'. בשוה פרוטה. והוא מריש קדושין כמ"ש הב"י. ואף דבהדיא אמרו שם י"ג כשם כו' כך אין קרקע כו' הא כתבו התוס' שם דעיקר הילפותא הוא מקיחה קיחה. והנה המנ"ח וכן בהג' רש"ש עירובין כתבו דישראל מעכו"ם קונים אף בפחות משו"פ דהוי כסף לדידהו. מיהו מעירובין אין ראיה דאין לדון שם רק מצד העכו"ם ולגביה הוי ממון והישראל ודאי גמר וקונה כדי שלא יעשה איסור אבל בשאר קנינים הא בעינן דלהוי שוה לתרוי'. ובעיקר הדבר הנה המקו"ח סי' תמ"ת כתב דבכל הקנינים בעינן מצד המקנה ומצד הקונה ובחמד"ש סי' א' העלה דבכל הקנינים בעינן רק מצד המקנה ולא מצד הקונה ועיי' אב"מ סי' ל"א ס"ק כ"ד ובשדי חמד מערכת נ' אות נ"ד מזה. ומש"כ בפת"ש ס"ק א' דיעות אי מהני ק"ס באתרא דכתבי שטרא. וכבר העירו מתוס' יבמות צ"ג ע"א שכתבו דחזקה וחליפין מהני במקום שכותבין שטר. אבל בתוס' ב"ב נ"א ע"א ד"ה דל זוזי משמע דלא מהני קנין במקום שכותבין שטר. ולכאורה י"ל מעירובין מ"ט וא"ת מ"מ אין קונין במעה דהא מטעם חליפין מהני אף במקום שכותבין שטר. אלא דשם ל"ש סמכה דעתו. ובזה נ"ל מש"כ הקצוה"ח סי' רמ"ג ס"ק ג' ליישב קושית התוס' שם עפ"י היסוד דקטן אין לו קנין מעות. דלמש"כ הנתי' סי' רל"ה ס"ק ט' ע"ש ל"ל כן אלא שכתב שם דמסמ"ע ל"מ כן. ובעיקר הקנין אי הוי מתורת שיוי או מתורת קנין עיי' סמ"ע וט"ז. והאחרונים כתבו בזה. וראיתי בשמו"ש שהק' על האב"מ סי' כ"ט דכסף דאשה הוא מתורת שיוי מירושלמי פ' אעפ"י לא נמצא קונה אשה במטלטלין בשו"פ. והיאך יקנה המטלטלין עם הקדושין דכסף קידושין הם שיוי וכסף מטלטלין הם כסף קנין ומה ענין זל"ז ונ"ל לתרץ דהא כבר עמדו דהירושלמי ס"ל דבאשה הכסף הוא מתורת קנין מובא הירושלמי ברא"ש ור"ן פ"ק דקדושין הדא דתימא בשטר שאין בו שו"פ אבל ביש בו שו"פ כסף הוא. ואי נימא דכסף הוא מתורת שיוי היאך מהני מה שנתן לה השטר ששו"פ בתורת קנין לשם קנין שטר ואי פסול הוא מהני מתורת כסף דהא מתורת כסף

לא מהני בנתן תורת קנין שטר וע"כ דהירושלמי ס"ל דכסף ג"כ מתורת קנין ועיי' מקנה ריש קדושין מש"כ בדברי הירושלמי:

סעיף ד'. י"א שה"ה כו'. עמדו על השמטת הרמב"ם עיי' ב"י וי"ל לכאורה דהיינו הך שפסק פ"ה ממו"מ הל' ז' הקנה אחד כו' מובא במחבר לק' סי' קצ"ה סעי' ג' והכריח הקצוה"ח שם דע"כ מדין עבד כנעני הוא. [שו"ר לאח"ז בדרישה שהעיר מזה וכתב דהתם איירי שנתן הלוקח דמים. והוא דחוק דמ"מ הקנין הוי ע"י נתינת הכלי וצ"ע] אלא דלמש"כ שם דלהרי"ף שכ' דבעבד משום דזכות הוא לו ל"ל כן והרמב"ם בפ"ה מעבדים פסק דבע"כ לא וע"כ דעתו הוא כדעת הרי"ף כמ"ש הלח"מ שם. ומש"כ שם הקצוה"ח בדעת העיטור צ"ע מלשון ר"ע המובא בב"י שם בשם בעל העיטור שכ' משום שליחות:

סעיף ו'. שהמוכר נהנה כו'. עיי' ב"ת דבמתנה עמ"ל אפי' באדם חשוב ל"מ והוכיח כן מר"ן קדושין. ובשעהמ"ל פ"ה מאישות כתב כן מעצמו ותמוה שלא הביא דברי הב"ח אלא שכתב שם בשם הריטב"א החולק על הר"ן. ואולי הריטב"א לשיטתו בב"מ מ"ז שכתב דפלוגתת רב ולוי הוא גזה"כ אלא דיהבי קצת טעמא למילתא ואין להוליד מטעמם דבר לדינא. והנה הקצוה"ח כתב ליישב קושית המג"א ע"ש. לכאורה ברכת הטוב והמטיב ל"ד לשאר ברכות ובעינן דוקא דבר חשוב [עיי' ח"ס אור"ת סי' נ"ג]. והגר"א כתב לתרץ שעשיר הוי דוקא אדם חשיב ולק"מ ועיי' ב"ש אהע"ז סי' כ"ו מחלוקת מי נקרא אדם חשוב. ומש"כ בהגה ראובן כו' יש שהק' מ"ט לא נימא לגלויי זוזי הוא דבעי וכמ"ש בב"ב נ"א באשה. ול"ד לשם. דהכא שמודה שקיבל הכסף לשם קנין הוי כונתו דברים שבלב כמ"ש הנתי' סי' פ"ה והכסף הוי של הלוקח דאף שחייב לו מ"מ מלוה להוצאה ניתנה וכן של פקדון רשות בידו להוציאם עיי' ש"ך סי' ע"ג ובמפ' שם. משא"כ שם הוי הכסף עצמו של הבעל דהטמינה משלו ולא הוי קנין כלל במעות שאינם שלה. ועיי' קצוה"ח בשם רשב"א קדושין וכפי הנראה אישתמיט דברי הרשב"א אלו להמקנה קדושין בקו"א סי' כ"ח סעי' ג' ע"ש. ולמש"כ הקצוה"ח דדוקא נתרצה צל"ע איך הדין בלא הושוו במקח כשא"ל שמעון אמכור לך ונתפרדו ואח"כ בא ראובן ונתן לו כרצונו וכסי' רכ"א אי לענין זה קרוי נתרצה כהתם ולא הוי כנתן לו מעות בשתיקה או כיון דנתפרדו לא קרוי נתרצה:

סעיף ח'. ואם ארצה אקנה בשטר כו'. הב"ח מוכיח מהרמב"ם דאף במקום שאין כותבין שטר נמי יכול להתנות כן אף דמתנה לבטל קנין ד"ת. וי"ל דהרמב"ם הוכיח כן דלכאורה תנאי זה אי בעינא בשטרא אקנה הוא מיותר דלא הול"ל רק אם ארצה אקנה בכסף. אלא דה"פ דבמקום שטר מתנה אי בעינא אקנה בכסף ואין המוכר יכול לחזור ובמקום

שאין כותבין מתנה אי בעינא בשטרא אקנה והלוקח יכול לחזור. ועיי' שו"ת מהרי"ט הראשונות סי' קכ"ו מש"כ בזה:

סעיף ז'. עד שיכתוב את השטר. בשמו"ש מ"ת ח"ב סי' י' דן דאם כתב לו שטר ועפ"י טעות נתן לו כתב אחר והוא חשב שזה הוא השטר קנה בכסף לבד דהא סמכה דעתו ע"ש:

סעיף ט'. והניח משכון כו'. עיי' בקצה"ח שיטת הראשונים בזה. ובא"מ סי' כ"ט חקר אם יוצא ידי פדיון בנתינת משכון לכהן. והמנ"ח מצוה שצ"ב כתב פשוט דל"מ משכון כיון דאף בלא משכון משועבד לו הן מחמת ש"ד או מלוה הכתובה בחורה ומ"מ אינו יוצא הפודה עד שיגיע מעות ליד הכהן ומאי מוסיף כת המשכון דהמשכון הוי ג"כ רק שיעבוד. ופלא שלא זכר ממחלוקת הרא"ש והרמב"ן לעיל בטור סי' ע"ג סעי' ז' דלהרא"ש הוי פרעון בנתינת משכון. והמג"א סי' ש"ו דן דנתינת משכון אף בלא שומא והקנאה בגופיה הוי ג"כ פרעון והתומים סי' ע"ג הסכים עמו. ולדעתם נראה דהוי פרעון נמי גבי בכור. ועיי' קהלת יעקב בתוד"ר אות פ' ובדבריו שם מיושב מה שהק' בקצוה"ח כאן:

סעיף י"ב. מי שמכר נכסיו כו'. כן מובא בטור דעת הרמ"ה באין חולק ע"ז. והנה מצאתי בשו"ת בשמים ראש סי' רס"ד תשו' הרא"ש שנשאל באחד שמכר ביתו ע"ד לגור בעיר אחרת ותבע מעותיו ודן הרא"ש משום עייל ונפיק אזוזי דיכולים לחזור ולא נחית לחלק משום עוקר דירתו וע"כ דחולק ע"ז. וע"ש עוד בטענה שטען המוכר דהיה לו לוקחים הרבה ועתה אין לו ע"י קנינו של זה והוא דבר השכיח:

סמ"ע ס"ק י"ט. א"נ למ"ד כו'. הק' בשוש"י ממנ"פ אם עייל ונפיק אחר שיראה לתגר הא לא יכול לחזור בו ואי קודם הא יכול לחזור בו אף אם כבר יפרע לו וי"ל דאם יפרע לו יכול לומר קי"ל כמאן דס"ל אין אונאה לקרקעות לעולם אולם עיקר הדבר צ"ע דהא דעת הרמב"ם דלעולם לית בה דין אונאה ולמה כתב לפרש כן דברי הרמב"ם. והשו"ע דכתב כן הא גם המחבר השמיט דעת החולקין על הרמב"ם בסוס"י רכ"ז. והנה במש"כ הפת"ש בשם השבוי"ע דיין מיקרי מכר מפני רעתו לא משמע כן בשמ"ק מכל הראשונים שם שכתבו דכונת רש"י חמרא חמור משום דבדבר שא"א לחלוק מהראוי לקנות כנגד מעותיו. וכן ראיתי לאח"ז בשומ"ש מ"ק ח"א סי' רי"ג שדחהו מזה אלא מה שהוסיף עוד להקשות עליו על מש"כ דירא שמא יחמיץ. ומה:

בכך הלא משך היין לביתו ובזה אמרי' חמרא אכתפיה דמרא שוור כלק' סי' ר"ל. לק"מ דהא הסמ"ע כתב בהך דהמוכר מפני רעתה דדוחק לו אף אם לא היה דוחקו כש"כ דלא היה חוזר עכ"ז ירא שמא ידחהו וה"נ אף אם עפ"י דין לא היה יכול לחזור מ"מ ידחהו:

שם. ס"ק כ"ט. דבחייה עומדת לג' דברים. ל"ד וה"ה עוף ועיי' הג' הגר"א משכיל לאיתן יור"ד רס"י י':

סימן קצא

סעיף א'. על הנייר. ברמב"ם ובטור כתבו לשון הש"ס אעפ"י שאין בו שו"פ והיינו כמ"ש תוס' קדושין ט' ע"א דהוי חידוש וכן כתב בש"מ ב"ב נ"א בשם תוס' הרא"ש. והמחבר דהשמיט י"ל דס"ל לעיקר כמ"ש הר"ן קדושין דמשום קדושין נקט זה ובכ"מ מביא שני התירוצים ועיי' ב"ח. והמחבר חב"י לא ראה ברמב"ם ועיי' הג' רש"ש קדושין ט' ע"א ולא ראה דברי הב"ח כאן. ומש"כ המחבר על העלה של זית עיי' מש"כ בזה בשו"ת בית אפרים חאור"ח סי' א' ב'. והנה שם מתרץ קושית המפ' שהק' במתני' גיטין דמכשיר גט על קרן של פרה והא בשופר כה"ג פסול משום דקיימי גילדי גילדי ועיי' תוס' סוטה י"ח ע"ב. עפ"י ירושלמי גיטין שם דהק' על עלה של זית ולא כמקורע הוא ותירץ אפי' כתב אני פלוני מגרש אשתי כשר ועכצ"ל כן גם לש"ס דילן דדחי שם דילמא שאני עלה של זית דחזי לאיצטרופי ולא משני דמיירי בדבק עלין הרבה וכתב עליהם ושפיר חזי למאכל בהמה וע"כ דלש"ס דילן נמי קשה לו קושית הירושלמי ולא כמקורע הוא ואפי' בדיבק יתד חשיב כמקורע וע"כ כתירוץ הירושלמי ושפיר יכול לכתוב זה על עלה אחת וא"כ בגלד אחת נמי יכול לכתוב כן. ולכאורה להירושלמי גם בלא"ה א"ש דמוקי שם קרן של פרה בזכרותו של קרן. ובזה י"ל קושית הטו"א בסוגיא שם מה הוסיף אביי בטעמו על הטעם מפני שהוא קרן. דנ"מ בטעמו לענין גט דלאביי פסול בקרן רק בזכרותו וי"ל בזה: סעיף ב' בד"א במוכר כו'. תמהו המפ' על הרמב"ם שפסק כר"ה ולא כר"א. ועיי' בב"י כמה תירוצים, ומש"כ בתירוץ האחרון משום סתמא דש"ס פ' האומנים צ"ע דהא ר"א אמר שם כן והכא ר"א גופא ל"ל חילוק זה [שו"ר בדרישה מזה] ובאמת חלוקים הם בטעמם דשם לאו דוקא מפני רעתה וכ"כ המהר"ם לובלין שם דכל דבר העומד לימכר ל"ש דין זה וכ"מ מרש"י ע"ח שם שכתב מפני שאינה חביבה עליו. והכא בעינן דוקא מפני רעתה. ובישוב דעת הרמב"ם היה נ"ל דסתמא דש"ס ב"ב נ"א הוא כרבא ע"ש ומ"ש שם ור"א אמר כו' זה גירסת רשב"ם, ורבינו גרשום גריס שם ורב ביבי כו' וקאי רק על מעות אשה ואולי כן גריס הרמב"ם ופסק כסתמא. ובתוס' ר"י הזקן קדושין כ"ו על הגליון ראיתי שפירש דר"א לא פליג במוכר מפני רעתה אלא בא לדקדק לשון הברייתא דתני מכורה ונתונה דכולה במתנה איירי וכתב בלשון מכר משום אחריות ט"ס. והוא כמ"ש הה"מ מובא בב"י והנה רש"י בקדושין פירש משום אחריות ט"ס. והרשב"ם ב"ב פירש ליפות כחו דמקבל מתנה שאם יערערו עליו יבא הנותן לפצותו כדין מוכר ולא ליהוי

תרעומת עליו והוא כמ"ש בסי' רכ"ו משו"ס ב"מ. וצ"ל למה שינה הרשב"ם מפירש"י. וי"ל דלכאורה יפה הק' המקנה קדושין דהיאך מתרצים כן אליבא דשמואל הא שמואל ל"ל אחריות ט"ס [אלא מש"כ המקנה דצ"ל דרב אשי כתב כן אליבא דנפשיה ולא ס"ל בהא כשמואל. חמוה דהא ר"א ס"ל אחריות לאו ט"ס כשמואל עיי' ב"ב קס"ט ע"ב] ותירץ המקנה דהכא כיון דכתוב בלשון מתנה ומכר הוי כפירש אחריות ואף שמואל מודה בכה"ג. ונ"ל דלזה שינה רש"י ולא כתב משום אחריות ט"ס אלא לתבוע ממנו דמים המפורשים בשטר ר"ל דהדמים הוי כמפורשים באחריות. אבל הרשב"ם שינה משום זה לפרש דלאו אחריות ממש קאמר אלא לענין פיצוי. והנה המקנה עמד על הרמב"ם בפי' המשנה שכתב דילפי' קנין שטר מוכתוב בספר וחתום והוא נגד הש"ס דמסיק מן ואקח את ספר המקנה. וכתב ע"ז כמה תירוצים. ותמוה שלא העיר דהרמב"ם סמך בזה על הירושלמי שכתב כן וכן דרכו בפי' המשנה כמה פעמים לכתוב כהירושלמי. וטעם הירושלמי י"ל דבאמת הילפותא מן ואקח כו' קשה מאוד דשם היה ג"כ כסף כדכתיב ואשקלה לו את הכסף וכן הק' הרשב"א ועי' אור חדש מש"כ בזה לכך יליף מן וכתוב בספר: סמ"ע ס"ק ה'. וכ"כ רשב"א. וכ"מ מתוס' קדושין כ"ז ע"ב ד"ה בד"א. ובריטב"א הק' בהא דאמר שמואל בשט"מ ל"ק עד שיתן דמים דליקני מטעם כסף. וכתב כמה נ"מ ולא כתב הנ"מ במלוה משמע דלא ס"ל כן. ולכאורה בש"ס שם דפריך משמואל על הברייתא ל"ל לשנויי במוכר מפני רעתה לישני להרשב"א במלוה דנקנה בשטר לחוד. אבל אין מזה דיוק דה"נ ה"מ לאוקמי בדפריש עיי' רשב"א שם ובנתי' כאן והש"ס משני אחת דמפני סמיכת דעת המוכר הוא וה"ה כל דדמי לו וכן מכוון לשון הרשב"א בתשו' המובא בב"י ע"ש:

שם. ס"ק ט'. ויש ליישב כו'. עיי' ט"ז וקצוה"ח. ואולי כונתו כגון פסלתו מלכות וכדומה עיי' סי' שס"ג דהם בעין ואפי' גזלן יכול לומר הש"ל לדעת הרא"ש מובא בהגה שם וז"ש הסמ"ע בענין שא"י להתפרע ממנו ר"ל שלא הוציאם וישנם בעין והוא פטור:

סימן קצב

סעיף א' מכר או נתן. עיי' פח"ש בשם המחנ"א וכ"כ המהר"ם מינץ סי' ל"ט וכ"נ הב"י כאן להוכיח כן מרא"ש גיטין. ובזה י"ל מש"כ המהרי"ט ראיה דבשכירות בעינן דוקא נעל ופרץ מפ' הזורק תיזיל ותפתח כו' ומתוס' פ' הספינה וביאר בנתי' כונתו דהיה לו להניח כליה ותקנה בזה. די"ל כיון דבלא"ה היתה משתמשת שם אין ניכר דלשם קנין נתנה וכן בפ' הספינה דאין מקפיד על מקום קלתה. ומה שהק' המחנ"א מב"מ ע"ג ועי' נחלת

צבי כאן. י"ל כונת הריטב"א דבא לומר כיון דמחזיק בתוכה תדיר הוי כא"ל לך חזק וקני ויעשה חזקה המינכרת בדבר שלא היה משתמש בתחילה וכן מורה לשון הריטב"א:
סעיף ז'. ואם שביל של כרמים כו'. עיי' ט"ז. וכ"כ הנתי' דדוקא שביל של כרמים דאין בו בה שיעבוד הגוף רק להילוך וכ"כ התוס' ד"ה בשביל והמחבר לא ביאר. ואולי משום דבשמ"ק מובא דעת רא"מ שמסתפק בזה למעשה דאולי גם בשאר דרכים נמי קונה בהילוך. ובמלמ"ל פ"א ממכירה מביא ירושלמי פ"א דביכורים מחלוקת במכר שביל אי קונה עד התהום או רק להילוך. ותמה על השמטת הראשונים בזה. ותמוה דלכאורה סתימת הש"ס דילן ל"מ כן דסתם הואיל ונעשה להילוך נקנה בהילוך ובירושלמי שם בשביל של כרמים מיירי:
סעיף י"א בהגה.
ויש חולקין. עיי' סמ"ע ובהגר"א. והנה הרמ"ה דעתו ג"כ כדעת הראב"ד דל"ק באכילת פירות וכתב מפורש דבההיא דסעי' ט' קנה. וכתב לחלק דבההיא דסעי' ט' הנאתו מקרקע גופא אבל באכילת פירות כי קא תליש ליכא הנאה ולבתר דחליש כי קא נהנה ממטלטלים הוא נהנה ודמיא לשדה ליפתא כו'. וכתב עוד דבכל הני דסעי' ט' דוקא בנהנה קונה גופא אבל לא בשלח שלוחו לעשות הנאה זו ודוקא בגדר נעל ופרץ כיון דלאו מטעם הנאה אלא דעצם המעשה הוי קנין מהני ג"כ בשלוחו אבל לא בדבר דתליא בהנאת קרקע לו. והאחרונים שבפת"ש ס"ק ב' לא ראו דבריו:
סעיף י"ב בהגה. וי"ח במתנה. הוא דעת התוס' ב"ב והג' אשרי. דהרא"ש מפשר דבאומר לו לך חזק וקני מהני אף במחנה עיי' ש"מ ב"ב נ"ג מבואר טעמם היטב. והגר"א כתב דלגירסא דילן ברי"ף מוכח דמחנה הוי כמכר. אבל בסוגיין דב"ב מוכח דמתנה הוי כנכסי הגר כמ"ש שם בש"מ דכל הסוגיא דשם קאי אפיסקא דמתני' דהיינו נותן מתנה ואחין שחלקו ומחזיק בנכסי הגר. ועיי' הג' רש"ש שם מש"כ בזה. ובירושלמי קדושין פ"א בסוגיין משמע דדוקא נכסי הגר ע"ש במראה"פ ובש"ק. והנה בטור כתב בשם, הרא"ש דבפירש ואמר לו קני כולם קנה. ותמה המקנה א"כ מאי קאמר שם בש"ס תניא כותיה דרבא מכר לו עשר שדות כו' הרי קאמר שם דאגב וקני בעינן והרי הוא מפרש דיקנה בחזקה זו גם אח המטלטלין והו"ל לקנות גם בלא נתן דמים אבל לק"מ דכתב הרשב"א שם דאעפ"י דא"ל זיל וקני באגב ל"ק עד שיתן דמים דקאמר ליה זיל קני באגב לכשתתן דמים וה"ה והוא הטעם למוכר עשר שדות. ומיהו כשפירש ליה קני קנין גמור אג"ק:
א"נ בעשר שדות קנה השאר בחזקה של זו. הרי דסתם אגב כשא"ל לא הוי כמפרש ולק"מ:

סעיף י"ג.

ובשכירות לא בעינן כו'. עיי' בהגר"א שהק' בסברתו וכן הק' הב"ח ולא ניח"ל בסברת הפרישה ע"ש. ולכאורה י"ל בטעמו דאי נימא דמ"ש שכירות אינה משתלמת אלא בסוף היינו דהחיוב מתחיל מתחילת השכירות אלא דזמן התשלום אינה אלא בסוף שפיר דמי למכר ולא נתן זוזי. אבל אי הכונה דאין חיוב עד לבסוף שפיר דמי טפי למתנה. ותליא במחלוקת האחרונים לעיל סי' קכ"ו בש"ך ס"ק ע"ו ובקצוה"ח. ועיי' מחנ"א הל' שכירות סי' ב' מש"כ בזה ולא זכר ממש"כ הפרישה. ומה שהק' שם דבשכירות לכו"ע קונה אף בלא שטר כלק' סי' קצ"ה וליקני מטעם כסף. י"ל דיתרצו כמ"ש תוס' קדושין כ"ז ע"ב ד"ה בד"א בתירוץ הב' דהיה אצלו מלוה:

סימן קצג

אפי' לא נתכוין כו' אלא כו'. עיי' ב"י בשיטת המפ' בש"ס ב"ב פ"ז ובדרישה האריך בזה [מש"כ שלא מצא הנמוק"י שמביא הב"י הנה לפנינו איתא שם] בשינוי הגרסאות ויפה לי או לך. וכולם הבינו דעת הרמב"ם דמדין אגב הוא וקונה הקרקע בפעולת תלישת הפשתן. ואולי י"ל בכונת הרמב"ם בד"א. דבאמת דבריו ביד החזקה סתומים ויכולים להתפרש אף בלא אגב ובפי' המשנה כתב מזה כשיאמר לו זכה לי קרקע כ"ש וקנה כל מה שעליה ולפיכך זה שקנאו הוא כדרך שכירות לפי ששכרו לעבודת זה המקום בדבר ידוע וכשיעבוד כמו שפסק עמו קנה שכירותו וקנה אותו דבר הידוע. הרי גלוי שמפרש באו"א שלא מתורת אגב אלא ע"ד שפירש הרמ"ה שהאגרא הוא עבור הפשתן הנלקח ואין כאן חזקה ולא אגב אלא שכירות דנקנה לו החפץ עבור שכירותו. וכן בפי' המשנה כתב בביאור יותר דאשתכח דאגיר ליה נפשיה להההוא יפוי בכוליה פשתן וכי תלש כ"ש גמרה לעבידתיה וקנייה לכוליה פשתן באגרי כי דינא דכל שכיר.

וגם דבריו ביד החזקה מתפרשים ע"ד זה דלא הזכיר קניית קרקע. ובזה א"ש מש"כ קנה הכל מפני התנאי הזה. ונדחק במ"מ בכונתו. ולמ"ש מתפרש בתנאי השכירות דלהה"מ הו"ל להזכיר בקונה הקרקע בתנאי זה והפשתים בתורת אגב ולא זכר כלל מקנין אגב. והנה המג"א סי' תרל"ז והקצוה"ח סי' צ"ה כתבו לתרץ קושית הש"ך מבית דנקנה בקנין קרקע די"ל כיון דנקנה הקרקע קנה הבית שעליה מדין אגב או מתורת חצר. ולכאורה תינח היכא דקנה גם הקרקע. אבל קנה בית לחוד מא"ל וזה הוכחת הש"ך. ותמיהני על הש"ך שם שאסף כל הדיעות דס"ל דבית הוי כקרקע ולא הביא דעת רש"י בסוכה ל"א ע"א ד"ה מחלוקת כו' דבית הוי כקרקע וצ"ע:

סימן קצד

סמ"ע ס"ק ה'. וס"ל למור"ם כו' משום דלא סמכה דעתו כו'. לכאורה אם גם לדיעה זו הוא משום דלא סמכה דעתו למה הרעישו כ"כ על חידוש הב"י דמהני תנאי לדעתם והא גם לדבריהם הוא משום סמיכת דעת. וע"כ צ"ל כמ"ש הד"מ בסוף דחידוש הב"י הוא גם לדעתם. דלהרשב"ם לא היה צריך הב"י לדייק כן מדעתו הלא כתבו שם התוס' מפורש ד"ה וישראל דמהני בעכו"ם פירש אי בעינא בכסף אקנו. וע"כ צ"ל דזהו חידושו דמהני אף להסוברים דסתם קנין מעכו"ם לא הוי אלא בשטר וצ"ע ועיי' מקנה ד"ו ע"ב שכתב דישראל שקנה מעכו"ם שדה אינו קונה במלוה ע"ש בטעמו:

סעיף ג' בהגה. אבל במטלטלין קנה בנתי' המעות. הנתי' הערה מקורו מתשו' הרמב"ן דנהגי להקנות בכסף. והנתי' העתיק רק תחילת תשו' הרמב"ן אבל הרמב"ן מסיק שם דלענין בכור כה"ג ל"ק בכסף לחוד עד דמשיך כדינא דאורייתא מובא בהג' מחנ"א הל' ק"מ סי' ט' ועיי' רי"ט אלגזי רפ"ב דבכורות מש"כ בדבריו. וראיתי בספר חקר הלכה מפקפק על תשו' מהר"ם מינץ מובא בפת"ש יור"ד סי' ש"כ שכתב בישראל שקנה מעכו"ם במעות ומכר לעכו"ם במעות דפטור מבכורה ממ"נ. ולהרמב"ן י"ל דהראשון קנה מתורת סיטומתא ועכו"ם לישראל אפשר דאינו יכול להקנות בסטומתא כיון שהוא רק מדרבנן. ולמש"כ לא קנה כלל להרמב"ן לענין בכורה. והנה בד"מ כאן מביא דברי מהרי"ק דמי ששכר חנות מעכו"ם ומת וקם בנו תחתיו דבטל השכירות. ול"י טעמו דהא עכו"ם יורש אביו ד"ת וכה"ג כתב התומים לעיל סי' ע"ב ס"ק נ"ו ע"ש. ופלא על הט"ז כאן שכתב ראיה מהרא"ש ולא ראה בד"מ שמביא ראיה זאת ודחה דאין ראיה:

סימן קצה

סעיף א'. בקנין כיצד כו'. האחרונים האריכו בענין קנין חליפין בעכו"ם. והנה בעירובין ס"ט ע"ב ובנכרי עד שישכור כו' וא"צ לזכות ופירש"י שם בקנין חליפין. ומשום דלשון לזכות משמע כן או משום דקנין סתם הוי חליפין. אבל למה שני הש"ס בעכו"ם להשכיר ובישראל לזכות וע"כ משום דחליפין ליתא בעכו"ם ועיי' תומים סי' קכ"ג בדעת רש"י בזה. ולכאורה גם מכאן ראיה נגד הי"א שבסעי' ט' דהכא הוי רק לשבת אחד ועיי' ט"ז אור"ח סי' ש"פ ס"ק ב' ובמג"א ס"ק ו' בדעת הר"ם ובישועי"ק שם וי"ל בזה ואכ"מ:

סעיף ב'. אין קונים אלא בכלי. עיי' פת"ש בשם החכ"צ. ומדוע לא הגיה גם על המלמ"ל פ"ה ממכירה הל' ח' שגם הוא הבין כהט"ז. ומש"כ שם המלמ"ל להק' כיון דע"כ מידי ספיקא לא נפקא דאפשר דקנין זה היה קנין סודר ל"ש לומר יד בעהש"ט על התחתונה וכמ"ש הרא"ש. י"ל דס"ל למהרא"י כדעת הרשב"א מובא ברמ"א לעיל סי' מ"ב סעי' ט'

ע"ש. ומש"כ המחבר ואין קונין בדבר שאסור בהנאה. אף דבגט כשר באיסה"נ שאני הכא משום דכתיב נעל. כן כתב הרש"א ומהרמ"ש שם בתוס'. וע"כ צ"ל בכונתם משום דומיא דנעל דהוי דבר חשוב וכמו דממעטינן מוריקא וכה"ג. דא"ל דנעל דוקא דא"כ איך קרקע עושה חליפין נימא נעל דוקא. ובזה תמוה מש"כ המקנה קדושין דבכלי של שותפים ל"מ חליפין הואיל ויש לחבירו חלק בו ואנן בעינן נעלו המיוחד לו דמנ"ל למידרש טעמא דקרא מדנפשיה. אולם בעיקר קושית הרש"א יתבאר לפמש"כ הקצוה"ח סי' ח"ה דאיסה"נ הוי שלו ואינו ברשותו כמו גבי חמץ וא"כ שפיר קיים מצות נתינה בשלו. ולענין ק"ס ל"מ בדבר שא"ב דלא עדיף ק"ס מקנין מעות דאינו קונה במלוה משום דהוי דשא"ב ועיי' בזה בשו"ת חסד לאברהם סי' ל"ד ובשומ"ש מ"ת ח"ב סי' ע"א. [ובא"מ סי' קמ"א ע"ש שדבריו שם צ"ע] ומש"כ הסמ"ע בשם מהרא"י דאם לא, כתב במנא דכשר כו' פסול ועיי' פת"ש מאחרונים. הנה הריטב"א כתב להדיא דאף אם לא כתב כן כשר ומובא בשמ"ק:

סעיף ג' בהגה. לפי שרוב כו'. ואף דבזמנינו רוב הקנינים הם בפני הקונה עכ"ז משום אינך טעמים טעם ר"ע גאון מובא בב"י כאן. ועוד טעם מובא בשו"ת הגאונים סי' ק"ס לפי שאינם בקיאים בדינים:

סעיף ד'. אעפ"י שלא תפס כו'. והוא מהרמב"ם פ"ה ממכירה וכתב הה"מ מקורו מב"מ ז' ואף דהתם מסיק התם כריתות בעינן וליכא הכא נתינה בעינן ואיכא. דעת המחבר כיון דבגט כיוצא בזה אינה מגורשת דאזלי' בחר בעל שהוא יכול לנתקו ה"ה גבי קנין אזלי' בתר התוס' שיכול לנתק ונ"ל דגם דעת ריצב"א בשיטת רש"י הוא כן בתוס' כתובות ל' ע"ב ד"ה ואי שכתב דדוקא לענין הגט אמרי' היכא דיכול לנתקו דלא הוי גט משום דבעינן כריתות והא אגידא ביה אבל לענין זכיה אשכחן בפ"ק דב"מ ד' ט' טלית חציה ע"ג קרקע וחציה ע"ג עמוד והגביה חציה שע"ג קרקע דלא קני מטעם שיכול לנתקה. והק' בגליון הגרע"א דהא להדיא איתא כן בב"מ ז' ע"א ונשאר בצ"ע וכן הק' בתשו' סי' צ"ז. ומוכח דס"ל כהרמב"ם ומכאן אין ראיה דבאמת גם בקנין מהני ולא הביאו אלא מד' ט' ולדינא לא ס"ל כהרמב"ם אלא דמשם אין ראיה מוכרחת דנוכל לפרש כהרמב"ם. והרמב"ם באמת השמיט הך דד' ט' דאלת"ה כו' עיי' סי' רס"ט דנדחית מסוגיא דכאן דבלא"ה הק' שם בתוס' מנ"ל שלא יחלוק ר"א אף בזה והכא אזלא הסוגיא ג"כ אליבא דר"א ומצינו אליביה הך סברא אלמא דפליג נמי וכקושית התוס'. ומש"כ בהגה' וי"א אפי' הוי כלי שאול. והב"י דחהו עיי' ד"מ. והנה הוא מחלוקת הראשונים מובא במחנ"א הל' חליפין דעת הריטב"א ב"מ פ"ד דקונים בשאול כהב"י. ודעת המרדכי כד"מ. וכן

מצאתי בש"מ ב"מ ז' ע"ב בשם הריטב"א דקונים בטלית שאולה. וזה דלא כמ"ש בתומים סי' ס"ו ס"ק ע"א דדעת המרדכי וריטב"א אפשר לומר דקונין בשאול:

סעיף ט'. וי"א שאינם נקנים בק"ס. התוס' כתבו משום דהוי כטו"ה דלא הוי ממון. ע"כ צ"ל דרק לדמיון נקטי טו"ה וגרועי מינה דלדידן ל"ל כן דהא פסק לק' סי' ר"ג דטו"ה נקנה בחליפין ואיך הביאו טעם התוס'.

ועיי' קצוה"ח הרבה קושיות שהק' לדיעה זו. ואולי יש לחלק עפ"י מש"כ האלגזי בקונטרס טו"ה בס' נאות יעקב לחלק בדעת תוס' דהיכא דמוכרח ליתן בזה לא הוי ממון. והיכא דנותן מרעות נפשיה שפיר הוי ממון. וי"ל דתוס' לא כתבו כך רק בעובדא דר"ג שהיה מוכרח ליתן וגם להקנות החצר עמו כמ"ש המרדכי שם דבלא"ה לא הוי ד"א מקנה אותו מובא בקצוה"ח סי' ער"ה. ובכל הני דהוי מדעתו מודים דהוי ממון. ומה שהק' הקצוה"ח מקנין בועז. י"ל דשם קנה הגואל כל אשר להם כמ"ש קניתי כל אשר למחלון וכליון ומשמע שהיה שם עוד חפצים ומטלטלין. ומיגו דחל הקנין אשאר מטלטלין חל הקנין גם על הקרקע עיי' סוס"י ר"ג בהגה. וראיתי בהג' חש"ש קדושין שהעיר מיגו דחל קנין באישות ע"י החליפין חל נמי אקרקע ועיי' מש"כ סוס"י ר"ג מזה. ועוד י"ל דבמדרש רות מבואר וכן בירושלמי קדושין שבראשונה היו קונים במנעל חזרו להיות קונים בקצצה חזרו להיות קונים במנעל חזרו להיות קונים בכסף ושטר וחזקה. הרי אף בהיות להם כבר כל קניני התורה עכ"ז העם קבע לו קנינים הנאות להם למסחר. יש שכל קנינם היה בחליפין אף שמד"ת יש עוד קנינים. וא"כ להם הוי כמו סיטומתא דמהני מצד המנהג דמהני גם לדשלבל"ע עיי' סי' ר"א ובאחרונים שם. שו"ר לאח"ז שכן העיר הג' מהרש"ק בהג' תכ"ש סי' קכ"ג ב"ה שכוונתי לדעתו הרמה ועיי' ת"ס חיור"ד סי' ש"ו ובשפת הנחל להגר"א מסלאנים דרוש י"ז מש"כ בזה:

סעיף י"א אין קונים כו' ואם קנו כו'. הק' בקצוה"ח דליבטל הקנין משום אשלד"ע וע"כ העלה דמטעם ע"כ הוא. וכבר הערתי בסי' ק"צ דמלשון ר"ע גאון שבעיטור מוכח דמטעם שליחות הוא עיי' ב"י.

[כעת בא לידי הספר דברי חיים על חו"מ וראיתי שגם הוא, השיג על הקצוה"ח בזה מכמה מקומות] ובקושית הקצוה"ח י"ל דאמר להם סתם קנו והם הקנו בשבת והפרמ"ג בס' שושנת העמקים כתב דבעשה שלית לקדש סתם וקידש בשבת דהקדושין לא בטלי. אולם ל"ל כן דהא דומיא דש"מ דייקי ובש"מ אפי' צוה בשבת. וי"ל עוד עפ"י דעת המחנ"א הל' שלוחין דבנשבע שלא לקדש וקידש ע"י שליח לא הוי לד"ע כיון דבעצם הקדושין אין עבירה וה"נ י"ל כן וי"ל עוד:

סימן קצו

סעיף א'. או בשטר. ביור"ד סי' רס"ז סעי' כ"ג פסק אפי' בלקח מעכו"ם.
והק' הב"מ מובא בחי' רע"א שם מתוס' בכורות י"ג ע"א שכתבו דבקנהו מעכו"ם אינו נקנה בשטר. ובמקנה קדושין י"ט מתוס' ב"ב נ"ד בשם רש"י דישראל גופיה לא קני בשטרא אלא מספר המקנה והתם ישראלים הוי ועבד דיליף מהיקישא דשדה אינו נקנה מן הגוי בשטר [הנתי' בחידושים כתב ע"ב דדוקא בלקח מישראל אבל מעכו"ם ל"מ שטר ובביאורים לא כתב דבר מזה] ובזה נראה לכוון לשון הרמב"ם דבפ"ב ממכירה כתב ונקנה בכסף ובשטר או בחזקה. ודקדק הכ"מ דדעתו דדוקא בכסף ובשטר ולא בכסף לחוד. ולדעתו למה בהל' עבדים פ"ה כתב בכסף או בשטר או בחזקה. ולהנ"ל א"ש יותר דבהל' עבדים מיירי בקנהו מישראל דנקנה בשטר לחוד ובהל' מכירה מיירי בקנאו מעכו"ם דאינו נקנה בשטר לחוד. ועפ"י פשוטו אינו נראה כלל עיקר דיוק הכ"מ דבהל' מכירה איירי אתר שכתב בפרק הקודם דיני קניית כסף ושטר ולכן כתב בכסף ובשטר או בחזקה דעתה מתחיל לכתוב שם דיני חזקה. ובהל' עבדים דלא מיירי מדיני חזקה ומבאר שם דיני קניית כסף ושטר לכך כתב כסף או שטר או חזקה. ומדברי הה"מ נראה שהיה לפניו נוסחא אחרת בדברי הרמב"ם ועיי' הג' ברכי יוסף יור"ד שם:
סעיף ג'. או שהנעיל כו'. בש"ס איתא נעל לו מנעלו כו' והנעיל כו' ופי' רשב"ם היינו נעל לו מנעלו דרישא ואגב שיטפא נקט. וכן נראה דעת הרמב"ם והטור שהשמיטו והנעילו דסיפא. אבל הרמ"ה פירש דתרי ענינא נינהו. ברישא מיירי בקשירת רצועות דומיא דהתיר לו מנעלו דמיירי בהתרת רצועות. ובסיפא מיירי בנעילת כל המנעול. ומקדושין כ"ב משמע להדיא כפי' הרשב"ם דל"ק אלא התיר לו מנעלו וע"כ פסקו כן הרמב"ם והטור ומ"ש המחבר או שהוליך כליו אחריו לביה"מ. הנה ביור"ד סי' רס"ז לא כתב אחריו אבל בר"ן קדושין בשם, הרמב"ן כתב דדוקא נקט אחריו דמלאכת בזיון הוא דכה"ג בע"ע אסור וכ"כ הריא"ז מובא בש"ג ועיי' הג' ברכי יוסף יור"ד מש"כ בזה. ובזה ראיתי בס' חדרי דעה שחידש כיון דילפי' עבד מקרקע א"כ כמו בקרקע אם ייפה הקרקע כ"ש קנאה ה"נ בעבד כשיפה כ"ש את העבד קנהו בחזקה. ולא ראה שכתב כן הנמוק"י ב"ב וז"ל וכן אם תיקן האדון שער העבד או פספסו שהוא תיקון בגופו של עבד קנאו. ומש"כ המחבר וי"א דה"ה כו'. הוא דעת הרמב"ם כרש"י וכמ"ש הה"מ מובא בבאה"ג כיון דקיי"ל כשמואל ור"א דנקנה במשיכה כ"ש בהגבהה. ולפי"ז א"מ לשון הרשב"ם שם שכ' משא"כ במשיכה ומסירה כו' כיון דר"ש ס"ל דגם במשיכה קונה. וע"כ משום דהרשב"ם פירש טעמא דחכמים לפי שאין דרך להגביה בנ"א. ומביא ראיה מהגבהה

שקנה אפי' במידי דבעי מיתנא כדלק' סי' קצ"ח. ולהרשב"א דחוק קצת למה נקט, דוקא הגבהה. ועיי' בהגר"א בליקוט שהסביר מחלוקתם באו"א. והנה בקדושין שם פריך אשמואל בשלמא כו' אלא לתנא ברא ליתני משיכה ולהרשב"א דחכמים דפליגי אר"ש לא ס"ל הא דשמואל וכ"כ הב"ח מאי מקשה דילמא תנא דמתני' ס"ל כחכמים. ולמש"כ הגר"א דחכמים ור"ש פליגי בעבדים א כמקרקעי דמי דחכמים ס"ל כמקרקע ור"ש ס"ל כמטלטלי י"ל כיון דפירש תחילה טעמא דתנא דמתני' דמילתא דליתא במטלטלין קתני כו' אלמא דסבר עבדא כמטלטלי דמי והוא כר"ש ולכך שפיר מקשי דניתני נמי משיכה. והתנא ברא אף דאין ראיה דס"ל כמטלטלי דמי מ"מ משמע דמוסיף אתנא דמתני' ול"פ עליה בדינא. וצ"ע בפירשב"ם שפירש שאין דרך להגביה בנ"א דעבד קטן מא"ל דדרכו בהגבהה וחכמים סתמו בכל עבד ואולי משום לא פלוג:

סמ"ע סוס"ק ה'. ונראה דה"ה כו'. עיי' קצוה"ח ונתי'. ואולי הוי קנין מחמת הלוקח כיון דאזיל מחמתיה וקטן יש לו קצת דעת וכ"מ לשון הפרישה שכתב דהוי כמוסרו לידו:

סימן קצז

סעיף ג'. ואם משך כו'. ובנתן מעות אי מהני אח"כ משיכת הלוקח שלא בפניו עיי' תורת גיטין להנתי' סי' ק"כ שכתב דלא מהני ובשו"ת נודע בשערים בחי' הל' גיטין כתב דמהני כיון דל"ש הגזירה דנשרפו חיטך כמו בהיתה עלייה של לוקח מושכרת ביד מוכר ועיי' נתי' סי' קצ"ח ס"ק ה' ובשעמ"ש:

סעיף ד' בהגה. לא מסר לו המשכוכית כו' היינו בלא היו קשורים אבל אם הם באפסר אחד אף אותם שמשך לא קנה דאכתי אגיד גביה כשבת צ"ד כן העלה המקנה בסוגיין. ותמיה בעיני שחידש כן מדנפשיה ולא הזכיר כלל מדברי ר"י כאן. וכן מש"כ ראיה מלשון הש"ס דאילו מסר לו י' בהמות כו' דנקט לשון מסירה ראיה לרש"י דמסירה קונה בגסה ג"כ תמוה הלא כבר כתבו הפוס' כאן ראיה זו וצ"ע:

סעיף ה'. או שהיתה אשה. צ"ע מפסחים ג' ע"ב התם משום ביעתותא דלילה שוב לאח"ז ראיתי בהג' יעב"ץ שעמד בזה.

ובעיקר הדין אין ברור כ"כ הטעם דאדם בינוני ל"ק ברכיבה. דהא חזינן דרכיב ולא קפיד. וביותר למש"כ הסמ"ע דאף בסתם מיירי צריך טעם. ומצאתי תשו' הרמ"ה בשו"ת בשמים ראש סי' רס"ה ושם, ביאר דבסתם אנו דנין שלא עשאו כדרך רכיבה בבהמה שלו אלא משום דעומד על המקח בא לנסות בעצמו. וכ"ז בזמנם אבל בזמנינו הכל לפי המנהג וכ"כ בתשו' שם:

סעיף ו'. משוך ותקנה כו'. לכאורה י"ל בדעת הרמב"ם דהא צריך, להבין כיון דא"ל משוך ותקנה נהי דכונתו היתה להבא אבל הא סליק נפשיה מהחפץ הנמכר דהא על להבא נתרצה במשיכה ונהי דבעודו ברשותו ל"מ סילוקו אבל לאחר שימשוך הלוקח לרשותו או לאחר שיחזיק ויטלו מרשות המוכר ודאי מהני משיכה והחזקה שיעשה אח"כ וכסברא זו כתב בשו"ת ראשי בשמים סי' ט"ז ליישב דעת הרמב"ן רס"י שאח"ז דגם במתנה:

דליכא מעות משיכה אינו קונה מה"ת. והק' המפ' עליו מכמה מקומות והעלה דפשוט דהרמב"ן מודה דמציאה קונה במשיכה והגבהה ואף דמציאה לא הוי כהפקר גמור כמ"ש תוס' ב"ק דיאוש אינו כהפקר גמור והוי רק סילוק הבעלים מ"מ כיון דעכ"פ הבעלים נסתלקו מהחפץ שוב מהני משיכה מה"ת.

ומעתה בכל מחנה שהבעלים מסלקים עצמם לגבי מקבל המחנה ממילא המקבל זוכה שפיר במשיכה לחוד אלא דכ"ז שלא יצא מרשות הבעלים ל"מ סילוק אבל לבתר דמשך המקבל לרשותו שוב מהני שפיר סילוק הבעלים וקונה שוב במשיכה חדשה שמושך אחר המשיכה הראשונה. וכונת הרמב"ן רק שאינו קונה במשיכה הראשונה ונ"מ דמצי למיהדר בו אף לאחר כד"ד. וה"נ י"ל דהנ"מ דיכול לחזור אף לאחר כד"ד ממשיכה הא' אבל משיכה השניה מועיל דע"כ היתה כונתו לקנין דלכך א"ל משוך ותקנה. ובזה היה א"ל כל מה שהק' הראב"ד מיטול ויחזיק כו' דהרמב"ם לא כתב כן אלא בא"ל משוך והדר אמר ותקנה דמשמע שחוזר ממ"ש תחילה משוך דמשמעו מיד אלא דבמשיכה זו לא יקנה. אלא דהפוס' לא פירשו כן:

סימן קצח

סעיף א'. ד"ת מעות קונות כו' הרבה כתבו בזה המפ' במחלוקת תוס' ע"ז ורמב"ן במתנה אי משיכה קונה מד"ת ועיי' קצוה"ח כאן ובח"ס חיור"ד בכמה תשובות ובמחנ"א הל' קנין משיכה ובשומ"ש מ"ת ח"ב סי' כ"ד. ודברי הנתי' כאן ס"ק ד' תמוה מאוד שחידש דין מדעתו ולא הזכיר ממחלוקת הראשונים בזה. והנה ביסוד מחלוקתם נראה דס"ל להתוס' דלמ"ד מעות קונות אין קנין אחר מה"ת ואגב וחליפין וחצר הוי מדרבנן. ונראה דמפרשי כרש"י דיליף מן ונתן הכסף וקם לו ומשמע דעיכוב הוא למעט שאר קנינים. והרמב"ן ס"ל דאגב וחליפין וחצר הוי דאורייתא [עיי' ח"ס חחו"מ סי' ס"ז בשם מלחמות פסחים] וידוע מחלוקת האחרונים בזה ומפרש כהנמוק"י מובא בסמ"ע דיליף קנין כסף מרוב העולם. וא"כ לא אתי למעוטי שאר קנינים ומסתמא גם במתנה היה להם קנין לקנותה ובזה צ"ע לכאורה די"ל דאף הרמב"ן מודה לדינא להתוס' דבאמת משמע

בכ"מ דאיכא קנין מדאורייתא וכמ"ש האחרונים אלא כונת הרמב"ן לדחות הכרח התוס' שכתבו דאל"כ במה יקנה. ע"ז כתב דהא איכא עוד קנינים מדאורייתא. ומש"כ בלשונו אינה נקנית אלא בחצירו כו' אין לדקדק מזה דמצינו גם בלשון רז"ל כן כמו בב"ב קנ"ו במתני' אינם נקנים אלא במשיכה ולא אתי למעוטי שאר קנינים. אלא שהאחרונים לא כתבו כן. והנה בשומ"ש ור"ב כתבו ליישב קושית הקצוה"ח עליו דהיאך חצירו קונה לו אם הוא עצמו לא קנה. דשאני מכר דהמוכר אינו רוצה להקנות לו בלי מעות כמ"ש הרא"ש פ"ב דכתובות בשם הרמ"ה בנכסי דבר שטיא וצריך לצאת מרשות מוכר לרשות הלוקח לכך צריך קנין חזק מעות דוקא. אבל במתנה דא"צ רק סילוק מזה והוא קונה מהפקר שוב סגי בחצר וביד אף דאינו קנין חזק די בזה במתנה ומציאה. ובזה מיושב מה שהק' המחנ"א מסוכה מ"א במעשה דר"ג כו' ונתנו לר"י ויצא בו והמחנ"א כתב דשם צ"ל דהניחו ברשותו ואח"כ יצא בו. אבל עדיין אינו מיושב הא דמתני' שם דאמרו כל מי שיגיע לידו במתנה ה"ה שלו. ושם קשה במאי קנה דשם ל"ש חצירו דהא הוי חצר של שותפין וגם ק"ס ל"ש שם וכן הק' בברכ"י אור"ח סי' תרנ"ח. ולולא דבריהם ל"י עיקר הקושיא דלכאורה י"ל עוד שם דהא צריך נטילה פעם ב' דבשעת לקיחה לא היה שלו וכן חקר הגאון בשו"ת יהודא יעלה סי' קפ"ט בכל מתנה עמ"ל יהיה צריך נטילה מחדש. וע"כ כמו שתירצו המפ' בסוכה דהלקיחה והנטילה באים כאחד וע"י הלקיחה הוי שלו וכמו בגט גיטה וחצירה באים כאחת ועיי' בשו"ת עמק יהושע פילפול ארוך בזה ובס' לקוטי בית אפרים סוכה בסוגיין והארכתי בזה במק"א. ובמש"כ י"ל דמש"כ הנתי' דבהפקר קונה משיכה הוא לדברי הכל ואף גם הרמב"ן לא נחלק אלא במחנה ואיכא דעת נותן.

ובהפקר הא סליק נפשיה והג' רצ"ה אורינשטיין ישועי"ק חי' חו"מ סי' קנ"ו העיר סברא חדשה. דכל פעולה שעושה בתוך דבר כעושה בתוך שלו זהו קנינו וא"כ במתנה נמי זהו קנינו וחיזק סברא זאת בראיות. ועדיין יש לערער בזה ויבואר במק"א ועיי' שו"ת ראשי בשמים סי' צ"ו ומש"כ בסמ"ע ס"ק ג' דלחומרא כו' דבריו אינם מוכרחים בפירוש הטור עיי' מחנ"א הל' ק"מ סי' י"א. ובעיקר דברי רש"י אי קאי על המוכר או על הלוקח עיי' מחנ"א שם ובאב"מ סי' כ"ח ס"ק ל"ג ובחי' רע"א כאן ועיי' פת"ש. אלא מש"כ הגרע"א כיון דלאחר התקנה רשות ביד המוכר לחזור והחפץ הוא חתת ידו והוי כגזל ולא נתיאשו הבעלים דהוי אינו ברשותו והוא כמ"ש המהר"ם אלשיך בתשו' דבקנה מאחד במעות והקנה לחבירו דאין הקנין חל כיון דאין לו קניה אלא למש"פ הוי דבר שאין בו ממש אבל הנו"ב מ"ק חיור"ד סי' ס"ט העלה דתליא במחלוקת הראשונים המובא בהג' רמ"א לק'

סי' ר"ד סעי' ב' ולהדיעה הראשונה שם ס"ל דהוי קנין גמור וכן נראה דעת רש"י עירובין פ"א במתני' שפירש משום סמיכת דעת. ורא"ש שם הק' עליו דס"ל דמדינא מעות ל"ק בלא משיכה ומוכח דעת רש"י דכל זמן שלא קיבל מש"פ הכסף קונה ובעיקר דברי רש"י ב"מ עיי' ריטב"א מובא בש"מ שדחה דבריו ולדינא צ"ע. ומש"כ בהגה וי"ח כו'. הוא דעת ר"ח ורשב"ם עיי' ב"ח ובהגר"א ולפי"ז למה כתב הש"ך שהוא דעת יחידאי וצ"ע. ונ"ל דגם דעת הראב"ד בהשגות כן ומש"כ מיהו ל"צ להתירו כו' כונתו דלא צריך לטעם שיכול להתירו כמ"ש הרמב"ם אלא דניחא ליה בהגבה משום דמשתמיט והיינו כפי' ר"ח. ול"י כונת הה"מ שם. ודעת הרמ"ה בפירושו כדעת הרמב"ם והבעל ערוך השולחן כתב בהי"ח עצים ופשתן. וליתא כמ"ש בבהגר"א:

סעיף ה'. לפיכך כו'. בב"י מביא דדוקא עלייתו של לוקח מושכרת למוכר. אבל שכר בית בפני עצמו יכול לחזור וכתב הב"י דמרמב"ם לא משמע כן ע"ש. והנה בעירובין פ"א במתני' וחכ"א לא זכו לו מעותיו ופירש"י שאין מעות קונות והרמב"ם בפי' המשנה כתב הטעם דשמא לא יזכה לו החנוני ע"ש ותמהו המפ' אף שכן אמרו בירושלמי אבל הא תלמודא דילן לא פירש כן. [עיי' מש"כ לעיל סי' קצ"א בזה] וי"ל דהריטב"א עירובין שם הק' על רש"י שפירש שדר עמו בחצר דהא באופן זה לכו"ע מעות קונות כמ"ש כאן.

וע"כ צ"ל דהסוגיא שם אזלי למ"ד דמשיכה מה"ת קונה וטעם הירושלמי הוא לדינא. שו"ר בישועי"ק אור"ח סי' שס"ט שהעיר בזה ולא ראה להריטב"א שהק' כן. ובקנ"ן על הרא"ש שם מיישב פירש"י די"ל רש"י ס"ל כר"י דעלייתו דוקא והריטב"א לא ס"ל כן. ותמוה דבב"י מביא דעת הריטב"א כר"י. ועיי' תורע"א במשניות ובתפארת ירושלים וגם הוא לא זכר מדברי הב"י כאן. ובעיקר קושית הריטב"א י"ל דהא בלא"ה יציל משום חלקו ועיי' אחרונים כאן. ומש"כ בסמ"ע ס"ק ז' וא"ת השתא כו' והוא מלשון התוס' עירובין פ"א וב"מ מ"ז מביאם בדרישה. לכאורה קשה דהא כתב שם דהתוס' לא כתבו כן אלא לפי מה דס"ל דאסור להשתמש במעות. אבל לדינא דמותר להשתמש במעות ומטעם זה הוי ש"ש אין מקום לדבריהם. וזה כונתו בלוח הטעות המובא בש"ך כאן שהוסיף דדילמא יחזור הלוקח דבזה לא הוי ש"ש. וצ"ל דחיישינן דיחזור בו באופן דמותר לחזור ואין בו מש"פ דבלא"ה אין לנו לחוש לתקנת רמאים. ומש"כ בהגה וכן אם התנו כו' הקצוה"ח מביא ראיה מר"פ הלוקח וכ"כ הרי"ט אלגזי. ויש לדחות דתנאי על עצם הקנין לבדו ל"מ דאינו יכול לעשות קנין מדבר שאינו קנין כמ"ש הש"ך ושם קיבל עליו לדון בדיני ישראל בכל דבר לכל אשר יאמרו לו. ומש"כ בהגה סעי' ב' וי"א כו'. עיי' נתי' וכן

רמז הגר"א דכשמגביה בידו ממש לכו"ע סגי בפחות מג' דל"ג מחצירו. והנה כן כתב להדיא הרא"ש עירובין פ' חלון הל' ח' ע"ש ולא הביאו זה:

סעיף ו'. י"א כו'. הק' הגרע"א בחי' ב"מ ע"ט דלמה להו טעם דהגוף שלו ח"ל דאינו חייב אלא עד חצי הדרך כמ"ש הטור סי' ש"י וגם על השו"ע קשה והנה על השו"ע לק"מ דהא בחלתה או נשתטית פסק שם דנותן לו שכר משלם וא"כ יש לחוש להפסד כה"ג ולא יטרח להציל זולת הטעם דהגוף שלו. וי"ל עיקר הקושיא עפ"י מש"כ המקנה קדושין כ"ז בטעם החולקין ע"ז דס"ל דשייך כאן נשרפו חיטך בעלייה משום דקיי"ל שוכר כש"ש א"כ אם יקנה השכירות בכסף נעשה השוכר עליו מיד שו"ש משעה שנתן הכסף אף שהוא בביתו של משכיר ולא משך עוד הו"ל כחצר והפקידו אצלו והמשכיר אינו אלא ש"ח עליו א"כ אף אם ישרף:

יצטרך השוכר לשלם ולא יטרח המשכיר להציל דלא מיירי בדליקת אונס גמור. וי"ל דזה טעם הנ"י דס"ל דבכה"ג דלא הוי אונס גמור חייב השוכר על כל הזמן שהשכירו. אלא דעיקר יסוד המקנה עדיין צ"ע דהב"ח סי' ש"ו כתב דכל עוד שלא לקח האומן הכלי לביתו לא הוי ש"ש וכתב המחנ"א הל' שומרים סי' מ"א. דהכי איתא במכילתא ועיי' שו"ח באר יצחק חחו"מ סי' ו' מזה:

סמ"ע ס"ק כ'. אלא כיון דמשכו כולו. משמע מדבריו דעכ"פ בעינן שיוציא כולו מרה"ר. והשעהמ"ל פ"ג מגניבה פירש דבריהם כיון דמשכו קצת למקום שמשיכה קונה אף שעדיין נשאר הרוב ברשות שאין משיכה קונה. ומש"כ בערוך השולחן לחדש דמרשות מוכר בעינן משיכת כולה דוקא ועפי"ז מיישב ההיא דשבת צ"א לא ראה שכתב כן השעהמ"ל שם עפ"י סוגיא דשבת:

סימן קצט

סעיף א' בהגה. ואפי' הלוקח ידע כו'. ואם המוכר ידע והלוקח לא ידע עיי' ס' לקוטי ב"א שצידד לומר דל"מ וצ"ע:

סמ"ע ס"ק ג'. י"ל שעשאו חז"ל כו'. אבל בש"מ מובא בקצוה"ח כתב טעם אחר דהמעות הוי ברשותו. ולפי"ז נ"מ לדינא בין הטעמים בהיה המקח הראשון פירות דלא עבדי חליפין אף דנחשבינהו בעיניהו ולטעם הש"מ נקנה גם בכה"ג. ומש"כ הנתי' דלטעם הה"מ דוקא דהפרה בעין תמיהני שלא ראה בלח"מ פ"ה דמכירה הל' ד' שכתב אע"ג דהפרה אינה בעולם. אלא דגם הב"ח ס"ל כן ע"ש ועיי' נחל"צ מש"כ בזה. ומה שהק' הקצוה"ח בטעם הש"מ עיי' מחנ"א הל' ק"מ סי' ד' שכתב כן לחלק בין מעות מחמת מכר למלוה אחרת וכן מצא בר"י מיגש ותוס' יבמות:

סעיף ג'. שהעמידו חכמים כו'. הרא"ש חולין העתיק שני האוקימתות שבש"ס וכתב הב"י משום דאע"ג דפליגי והלכה כר"י מ"מ גם ר"י מודה שאם זיכה לו ע"י אחר בד' פרקים דזכות הוא לו זכה. ולכאורה הוא חמוה דממ"נ אם נתן לו הדינר ל"ל הזיכוי ע"י אחר לר"י ואם לא נתן הדינר פשיטא דל"מ הזיכוי להפסיד ללוקח אף בד' פרקים דהלוקח פשיטא דיוכל לחזור וצ"ל ע"כ כמ"ש הנתי' רס"י קצ"ה דאף הלוקח א"י לחזור בד' פרקים. אבל הוא נגד הסברא. ומש"כ בהגה. ויש מי שכתב כו'. ה"ה על אתרוג וכל מצוה שאינה שכיחא. כ"כ הפרמ"ג אור"ח סי' תרנ"ו וכתב עוד שגם הלוקח אסור לחזור. ועיי' מג"א סי' שס"ט ובישועי"ק שם. ועיי' בהגר"א כאן שכתב על עיקר הדין שאינו מוכרח. וכן מורה לשון מהרי"ל מובא בד"מ אסור לחזור כו' יש להעמיד על ד"ת. משמע דלאו מדינא הוא רק על המוכר יש איסור שצריך בדבר מצוה לאוקמי אד"ת. וכן מצאתי בקהלת יעקב אות קע"ג בשם שו"ת מוצל מאש דאפי' במקום מצוה העמידו דבריהם ומביא ראיה לזה. ומש"כ הקצוה"ח דה"ה פת לשבת כיון דמקדשין נמי על הפת, צ"ע ת"ל דבלא"ה מצוה לאכול פת בשבח משום עונג. וגם הא אין קידוש אלא במקום סעודה. וי"ל הרבה בזה ואכ"מ ועיי' מע"ח ב"מ מ"ו ע"א מש"כ בזה: סעיף ד' בהגה. אבל הקדש כו'. עיי' ש"ך שכתב וה"ה איפכא כו'. ודלא כרמב"ם וראב"ד. הנה הרשב"א והר"ן הקשו על הרמב"ם מהא דאמר שם קנה במנה ולא הספיק למשכו עד שעמד במאתים אינו נותן אלא מנה משום דבהדיוט כה"ג במי שפרע וה"נ אמאי הגזבר יכול לחזור הא בהדיוט כה"ג במש"פ. ותירץ המשכנ"י סי' מ"ז עפ"י ש"ס ב"מ ע"ד מובא לעיל סי' קפ"ב דבשליח ליכא מש"פ וי"ל דהרמב"ם מפרש הש"ס דקדושין דהמקדיש עצמו פדאו וע"כ אמר דבהדיוט כה"ג במש"פ. אבל הרמב"ם מיירי בקנה הגזבר דהוי כשליח וגם בהדיוט כה"ג ליכא מש"פ. וכה"ג מתרץ המקנה הש"ס דב"מ נ"ז שמביא ממנה הראב"ד ראיה להרמב"ם דהמקבל עליו לספק סלתות מג' ועמד בד' מספק בד'. דאין שום ראיה משם דאף דקיי"ל כחכמים דר"י דבלא פסק עמו כשער הגבוה אין הלוקח יוכל לחזור בו אם הוזל מ"מ הא קיי"ל גבי שליח דאע"ג דלא פסק עמו כשער הגבוה יכול הלוקח לחזור בו דהו"ל לפסוק כשער הגבוה ויכול לומר לו לתקוני שדרתיך כו' וה"נ לא עדיף הגזבר משליח [מש"כ שם עוד לתרץ כיון דע"כ מיירי בלא יצא השער ואין לו דאל"ה לא הוי ריבית אפי' להדיוט א"כ אין לומר דבהקדש קנה מה"ת כיון דאינו ברשותו ולא קנה. תמוה דהא זהו תירוץ הר"ן שם במקומו ולא הזכירו ועיי' מהרמ"ש בתוס' ב"מ שם] משמע מדבריהם דבעינן דוקא דבכה"ג יהא בהדיוט מש"פ ולכן ע"י שליח דאין בו מש"פ ל"ש לומר לא יהא כו'. אבל באמת הכונה בש"ס כיון דמעשה החזרה גם בהדיוט מעשה

רע הוא דהחוזר יש עליו מש"פ כה"ג בהקדש אוקמא אדינא דכסף קונה בו. וכן מצאתי להדיא ברשב"א שם וז"ל והא דאמרי' הכא אטו הדיוט לאו במש"פ קאי לאו למימרא דיהא גזבר מקבל עליו מש"פ כיון דאין המקח שלו אין מקבל עליו מש"פ אלא לומר כיון דמדה זו מגונה ומקבלים עליה מש"פ אינה בדין שיתנהג בה ההקדש. הרי להדיא כמש"כ. ואגב ידעינן מדבריו דגזבר דינו כשליח ויש שחקרו בזה. והנה התוס' קדושין הק' ת"ל מטעם אמירה לגבוה כמסירתו להדיוט ופשוט היה נ"ל דלק"מ נהי דאסור לחזור אבל ההקדש לא קנאו עוד להיות ברשותו לזולא ולאונסין. וכן מצאתי ביד רמה ב"ב שתירץ כן [ועיי' תוס' ר"י הזקן בגליון ש"ס קדושין שם תירץ בפשוט] והנה לכאורה י"ל כמה נ"מ בזה כגון קטן שממכרו ממכר במטלטלין ונדרו לאו נדר. ולפמש"כ היד מלאכי בחידושי דינים הבאתי דבריו לק' סי' רי"ב דבכתיבה ל"א אמירתו כו' י"ל דנ"מ באמר כן בכתב. והמקנה תירץ דאי מטעם אמירתו כו' היה מועיל שאלה וכ"כ בתורע"א שם ובתפארת ירושלים. אבל אכתי אינו מועיל לתרץ הסיפא פדאו במאתים כו' דשם ל"מ שאלה אחר דאתי ליד הגזבר, ובעיקר דין אמירה לגבוה עיי' חתן סופר ד' נ"ד מבואר שם בארוכה וגם באיזו אופן מועיל שאלה. והנה ראיתי בשו"ת שאילת שלום סי' ר"נ שחידש דקונה ספר מעות קונה דל"ש החשש שמא יאמר כו' דהא מצוה להצילם. וליתא דהא הקדש ג"כ מצוה להצילם ועיי' נתי' כאן ובהגי רמ"א לעיל סי' קצ"ז סעי' ד'. וגם הא כבר העלו דאף במקום דליכא חשש לא פלוג. והשעמ"ש מביא ראיה מסעי' ג' אף דהוא רק שותף ול"ש לומר נשרפו כו'. ופלא ראיתי בפי' הרגמה"ג הנדפס שם בגליון שפירש במתני' דכופין אותו לשחוט וישלם לו הלוקח את המותר. ולא ראיתי בפוס' שיפרשו כן ויש מי שכתבו דבהקדש ל"ש כלל החשש דשמא יאמר כו' דכל התקנה הוא משום אינשי דלא מעלי ומסתמא לא אוקמי גזבר אינשי דלא מעלי כב"ב ט'. וליתא דלא פלוג בזה דבזה נחלק בין המוכר איש צדיק ללא. ועוד במקום שבטוחים באחריות מא"ל אלא דלא פלוג:

סימן ר

סעיף א' בהגה. מעורבין עדיין כו'. וכתב הסמ"ע ל"ד מעורבין כו' והנתי' בחידושים העתיק ולא היה הפסק מחיצות. משמע דבעינן דוקא הפסק מחיצה ביניהם וכ"מ מהרמב"ן המובא בשמ"ק בסוגיין וזה דלא כהג"מ. ומש"כ בהגה שניה וי"א כו' בתוכו. לכאורה רבים אשר דעתם כן דעת רש"י בעירובין וכ"כ הרא"ש שם שני הפירושים ע"ש בק"נ וכ"כ הרשב"א ר"פ הזורק. אבל הריטב"א מובא בשמ"ק ד' י"א מביא דעת האומרים דבעינן בתוכה ממש והשיג עליהם. והנה הנתי' סי' ר"ב הק' מעבד והיא משמרתו וכן

מבהמה כפותה דא"א בתוכו. וי"ל דטעם הסוברים כן הוא עפ"י מש"כ הר"ש בש"מ להסביר דעת האומרים דבעינן בחצר דוקא אמר. משום דבעומד בצידו לבד אינו מוכח דדעתו לשומרו דדילמא עומד כך באקראי ולכך בעינן אמר להוציאנו מזו הספק. וי"ל דזהו נמי טעם דס"ל דבעינן דוקא בתוכו דזה מוכח דדעתו עתה לשמירה אבל כשעומד רק בצדו אינו מוכח דדעתו לשמירה אולי נזדמן לו כך. ולכן בעבד או בהמה כפותה דנשמרים אדעתא דבעה"ב לא בעינן עומד בתוכו. ומה שהק' עוד מגיטין ע"ט אילימא בחצר דידה וגט דידה ל"ל אויר הגג כו' והא בעינן עומדת בתוכו. י"ל דבלא"ה הק' שם הרשב"א הא הוי דרך עליה וא"ת כמונח. ופירש שם דהא יכולה להיות מתגרשת גם בחצר כשתהא דרך ירידה. ובזה י"ל פירכת הש"ס ל"ל אויר הגג כיון דשניהם דידה אין חידוש באויר הגג דהא באופן זה י"ל נמי בחצר כשעומדת בתוכו. וראיתי בשומ"ש מ"ת ח"ב סי' קכ"ז שכתב בזה דבגט בעינן עומדת בצד חצירה אף במשתמר מטעם דחוב הוא לה ובקנין די באחד מהם במשתמר ל"ב עומד בצדו ובאינו משתמר דבעינן עומד בצדו כתב הה"מ דבעינן עומד בתוכו. אבל בגט דהחצר משתמר ומצד קנין קניא: לה רק מצד דחוב הוא לה בעינן עומדת בצדו בזה סגי אף שאינה עומדת בתוכו [ולא ראה דברי הנתי'] אלא שעומד לנגדו דברי התוס' עירובין צ"ב ע"ב שממנו מקור דברי הה"מ כאן. ובעיקר דבריו אף כי כן כתב היד דוד בשם שו"ת זכרון יוסף דהמימרא דעירובין נדחית מפני ש"ס דגיטין דאמרי' תרי מקומות לא מושלי אינשי. עכ"ז מדברי בעל עין משפט נראה דהוא נכלל במימרא דאביי גיטין ע"ט שני חצירות זו לפנים מזו מובא באהע"ז סי' קל"ט סעי' ט' וצ"ע ממש"כ הפת"ש שם בשם הגרי"ב. והנה הקצוה"ח כאן הק' לדעת הרמב"ן דס"ל דיש חצר להקדש משבועות כ"ד ע"ש ועלתה על דעתי לתרץ דכונת הש"ס דל"ת מידי דאיתא בשאלה היינו דבר שאפשר לפעמים בשאלה אף דבענין זה ליתא בשאלה וב"ה מצאתי אח"כ בפתיחה לנתי' סי' ר' שכתב כן. ואנכי הוכחתי כן מלשון רש"י שם ד"ה והרי הקדש שבא ע"י נדר וכל נדרים יש להם שאלה ולמה כתב רש"י כן דלכאורה הוא למותר אלא משום דיכול לתרץ דבפלוגתא לא קמיירי וב"ש ס"ל אין שאלה בהקדש. לכך פירש"י דבא ע"י נדר ועיקר נדר לכו"ע יש לו שאלה ולכן הוכרח לתרץ בבכור דאין שאלה במציאות. אבל ראיתי בריטב"א מכות כ"ב פירש שם סוגיית הש"ס וכתב דהיה יכול לתרץ דבא ליד גזבר דל"מ שאלה וזה דלא כמש"כ אלא הפירוש מידי דאיתא בשאלה היינו בההיא גופא איתא בשאלה. וכן פירש שם דקושיית הש"ס קאי לב"ה דס"ל יש שאלה בהקדש. אלא דהרמב"ן אינו מוכרח לפרש כן. ועיי' שעהמ"ל פ"ו משבועות הל' י"ת ובת"ס חיור"ד סי' רמ"ג וברוך טעם שער הכולל ובבא"י חיור"ד

סי' כ"ח ובעמק יהושע סי' י"ז ובשו"ת ראשי בשמים סי' מ"ח ובשו"ת אורי וישעי סי' ס"א. והבאר"י והע"י כתבו לתרץ קושית הבה"ז על התוס' כריתות י"ג דלאחר שחיטה וזריקה ל"מ שאלה ומובא גם בפתיחה לסי' ר דסברת התוס' הוא דאם ישאל עליו יהיה תולין שנשחטו בעזרה וראיתי שהק' ע"ז דא"כ גם קודם שנשחטו כהילכתן נמי לא יהא מהני שאלה אחר שנשחטו בעזרה ולמה כתבו דוקא אחר שנזרק כהילכתן והבא"י אין תח"י. וי"ל דכונתם דהתוס' זבחים ע"ז ע"ב נסתפקו תשב"ע לאו דאורייתא אם ההקטרה דאורייתא או לא ולכך כתבו התוס' דוקא לאחר זריקה אליבא דכו"ע. אלא שהר"ב הק' שם בשבועות דקאי אליבא דר"י דאית ליה איסור כולל באיסור הבא ע"י עצמו והוא ס"ל בסו"פ הא"מ דחשב"ע דאורייתא והנה לפי' הנתי' בש"ס שבועות הנ"ל מיושב מה שהק' בשו"ת מהר"ם מינץ אפי זוטא על התו"י בתשו' סי' ק"ל דהא דמהני שאלה בהקדש ה"ד באומר הרי עלי ולא באומר הרי זו. דל"ל לדחוקי בש"ש בבכור לוקמי בנדבה ולפי' הנתי' מיושב. וגם מיושב מה שהק' בשו"ת יהודא יעלה להסוברים דשבועה בכתב מהני קשה מהא דכתב הש"ך לק' סי' רנ"ה בטעם היתר חכם משום דאתי דיבור ומבטל דיבור וא"כ שבועה בכתב דמיקרי מעשה ל"מ היתר וא"כ בשבועות דקמשני משום דאיתא בשאלה לא קתני ליתני שבועה בכתב דהוי מעשה וליתא, בשאלה. ולפמש"כ לק"מ דעל עיקר שבועה קאתי דישנה בשאלה.

ובעיקר קושית הקצו"ח י"ל דהא יכול להיות בשעת היתר הבמות ובמת יחיד ולא קניא להקדש ושפיר מהני שאלה. והנה בשו"ת מצפה אריה תמה על הקצוה"ח מנדרים מ"ז דעזרה הוי מדברים של עולי בבל והוי הפקר והיאך יקנה החצר ועיי' ישועי"ק אור"ח סי' קנ"ד וי"ל בזה. והט"ז והש"ך תמהו בעיקר דברי ההגה דלדידן ליתא להך דינא. והנ"ל דלגבי מעורבין לא מהני ד"א מקנה אלא כשהמקנה עומד בחצירו כמו בעובדא דר"ג שבני ביתו היו שם אלא דלגבי הזקנים לא היה משתמר בזה מהני ד"א מקנה לאפוקי בחצר המשתמרת והמקנה אינו שם והשכירו ללוקח הוי לשניהם תצר שא"מ דלשניהם יש רשות ליכנס ופירותיהם מעורבין וכונת הגמ' בלא היה המוכר בביתו. ומש"כ הג"מ מיהו במתנה כו' לפמש"כ הט"ז דהוי חזרה קשה מאוד לפרש כן דהתחיל במכירה וסיים במתנה. ופשוט י"ל דכתב כן אדעלמא דלא בעינן חצר המשתמר במתנה ובמציאה בעינן. ואין זה, ענין לכאן. ויותר י"ל בכונתו עפ"י מש"כ הש"מ מובא בנתי' כאן דמתנה חשיב לעולם משתמרת אף אם לא קנאו המקבל ומתחילה איירי במכר ואח"כ אשמעי' חידוש דין במתנה דלא בעינן דעת כלל. ועיי' תומים סי' קכ"ה ס"ק י"א. ובחקירת הקצוה"ח ס"ק ה' עיי' שומ"ש מ"ק ח"ב סי' קט"ז פילפול עצום בזה:

ש"ך ס"ק ה'. וא"ת א"כ כו'. צ"ע בכונתם נהי דהד"א קנוי לבעל הכלי אבל עתה שרוצה להקנותו ילך המוכר מהד"א ויקנה הלוקח וכן מש"כ הש"ך לתרץ א"מ דהלא יכול להתקרב אל החפץ ויקנה בד"א וע"כ כונתו באופן שא"א להתקרב אל החפץ. ובעיקר הקושיא י"ל דמיירי בסימטא דדחקי רבים וא"א לקנות מטעם ד"א:

שם ס"ק ז'. ודלא כהרמ"ה כו'. אין דברי הב"ח בביאור מחלוקתם מחוורים דהא גם הרמ"ה מפרש במוכרת קלתות כר"י הלוי וכתב דבההיא הנאה גמיר ומושיל לה ודיקדוק הב"ח מר"י הלוי כן יש לדקדק מדברי הרמ"ה. ואפשר שזה כונת הבדה"ב. וכתב הפ"ת על הרא"ש דוקא דהכלי מונחת באראע אבל תלויה באויר או מונח ליה בין ירכותיו קנה ומצאתי כדבריו ביד רמה בפירוש והפוס' לא הביאו דבריו והנה המחנ"א והשעמ"ש הק' לדעת הר"י מב"מ ס"ז ע"ב ולמ"ד כליו של לוקח ברשות מוכר כו' הא לא גרע מנהן לו רשות. וי"ל דסברת הריטב"א שמביא השעמ"ש לתרץ מקנין חצר דלגבי, דידיה לגרע כחו לא אקני ליה טעם זה י"ל גם בקנין כליו דלא אשאיל ליה כל שהוא לגרע כחו. ומש"כ השמ"ש דלכן לא הביאו זה להלכה הרי"ף ורא"ש ורמב"ם משום דפסקי דלא קני על הרי"ף ורא"ש דהשמיטוהו י"ל כן וכ"כ שם בפ"ח על הרא"ש. אבל הרמב"ם השמיט גם על בודיא דקאמר בש"ס. וי"ל עפ"י מש"כ המח"א הל' קנין חצר דסוגיא דגיטין סו"פ הזורק סותרת לדכאן דשם מבואר דכלי שאין לה תוך לא קני ובודיא אין לה תוך ונדחק ליישב ואולי ס"ל להרמב"ם דבאמת נדחית מסוגיא דשם ואולי י"ל עוד דלא נחית הרמב"ם לדיני קנינים:

סעיף ה' בהגה וי"א כו'. מבהגר"א נראה דכן הוא גם דעת הרשב"ם. והנה בהך דסעי' ג' אא"כ א"ל המקנה זיל קני פירש הרשב"ם פ"ו ע"א ד"ה התם ועוד שם ע"ב ד"ה ראשון דזיל קני לחודא לא סגי עד שיאמר יקנה לך הכלי וכ"כ המהרש"א שם בדעת הרשב"ם. ולכאורה קשה דהא לא גרע מכלי שאולה שכתבו תוס' ב"מ ט' ע"ב דקני אלא שזה אינו ברור עוד להלכה דהריטב"א שם פירש הבעיא אם מהני שאלת כלים ביקנה בהם בתורת חצר דדוקא במשאילו לכל דבר מהני ולא בשאלה רק לצורך קנין בלבד ונשאר בבעיא ולא איפשטא ואולי גם דעת רשב"ם כן וכן מובא דעת הריטב"א בש"ך סי' קצ"ח ס"ק ו' דחצר בעינן לכל דבר:

סעיף ח'. דלמדידה בעלמא נתכוון. הנתי' העלה דבלא נתכוין גם המוכר להקנות בודאי ל"ק. וראיתי בשו"ת מצפה אריה שהק' עליו מקדושין כ"ט משכו במאתים כו' לא יהא כח הדיוט כו' והכא ודאי לא היה שום כונה לקנות דהא אין הקדש יוצא בלא פדיון ואיכא איסור לכוין לקנות קודם הפדיה ולהנתי' הא כה"ג גם בהדיוט ל"ק. ולמה לו

להק' על הנתי' דהא במתכוין להדיא שלא לקנות לכו"ע ל"ק ושם לדעתו ע"כ מתכוין להדיא שלא לקנות. אבל פשוט דמושך עתה שיקנה במשיכה זו כשיתן דמים עיי' סוס"י קצ"ז. ומש"כ עוד הנתי' בס"ק ט"ו דחצר המשתמרת אינו קונה לעכו"ם. ראיתי בש"ת מערכת חו"מ בשם תשו' ב"ש דסותר משנתו למש"כ במקו"ח סוס"י ת"מ לפרש בשיטת הגאונים דעכו"ם זוכה מהפקר לאח"ז איסורו. ואין גוף הספר בידי ע"כ ל"י מאי קשה לו הלא המקו"ח עצמו עמד שם בזה וחילק דבמקח אינו קונה ומציאה קונה. וכן מה שהק' עוד על המקו"ח דביודע ואינו מכוין לקנות ל"ק כמ"ש תוס' ב"ב נ"ד ע"ב. י"ל דעכו"ם סבר דחצירו של מפקיד הוא וכן, הוא לדידן עיי' קצוה"ח סי' קפ"ט בראיתו מע"ז פרק השוכר דקאי בחצירה וע"כ לא נתכוין לקנות דלא ידע שחצירו הוא. אך בעיקר דברי הנתי' מ"ש על קושית המלמ"ל דהכא מטעם ידו הוא. סותר למש"כ בעצמו סי' קצ"ח סעי"ק ג' ובתו"ג סי' קל"ח דדוקא כולו בידו וא"כ במדידה ל"ל מטעם יד. וגם דבריו נגד תוס' ב"ק כ"ט ע"ב ד"ה אלא שכתבו שם א"נ כשמגביה בידו כו' ואעפ"כ אמר שם דבשלא נתכוין לזכות בהם פטור משום דל"ק וכ"כ תוס' ב"ב נ"ד ועיי' משלמ"ל פ"ב מזכיה הל' ט' וי"ל בזה:

סמ"ע ס"ק כ'. אלא כיון דמיירי כולו כו'. משמע מדבריו דעכ"פ בעינן שיוציא כולו מרה"ר. והשהמ"ל פ"ג מגניבה פירש דבריהם כיון דמשכו קצת למקום שמשיכה קונה אף שעדיין נשאר הרוב ברשות שאין משיכה קונה ומש"כ הערוך השולחן לחדש דמרשות מוכר בעינן משיכת כולה דוקא ועפי"ז מיישב ההיא דשבת צ"א לא ראה שכתב כן השהמ"ל שם עפ"י סוגיא זו:

שם ס"ק כ"ט פי' מגביה אותו כו' אבל התוס' כו' כו'. וכן הק' הלח"מ דהא שמואל ל"ק אלא ע"מ לבקרו דמשמע דאינו מכוין לקנות. ולענ"ד לולא דבריהם י"ל דכונת הרמב"ם הוא עפ"י מש"כ הרמ"ה והנמוק"י דדוקא נתכוין לקנות כולו ולא בנתכוון רק למקצת. וזה כונתו שיגביהנו כדי לקנות ר"ל ליקח כולו ולא מקצתו. ואין כונתו לאשמיענו דיגביה לשם קנין אלא דהם לא הבינו כן בדבריו וצ"ע:

סימן רא

סמ"ע ס"ק ד'. ולא חשו כו' דכבר כתבתי כו'. הנתי' לעיל סי' קצ"ח ס"ק ד' מכריח דלא פליג מחולין פ"ג וכבר כתבתי מזה בסי' קצ"ט בשם השעמ"ש. ואין ראיה כ"כ דשם הא לא לקח בשר אלא בעד דינר ונתן לו כל מעותיו כפי מקחו וגם הטבח היה דעתו לחלק השור לכאו"א כפי מעותיו והוי כנתן לו כל מעותיו. אבל כשהמקח הוא בסכום יותר מכפי מה שנתן לו שפיר י"ל כהסמ"ע דבזה לא תיקנו ובשוש"י כתב ראיה מקדושין כ"ז

ע"א אמר רבא כו' וברש"י אבל לא נתן לו כל דמי המטלטלין כו' ות"ל דבנתן לו מקצת מעות קנה מטעם כסף. וליתא דשם לא הוי המעות בתורת קנין אלא בתורת תנאי כמ"ש הרשב"א שם לכשתביא מעות ובנתן מקצתו לא השלים תנאו והקנין בטל: ש"ך ס"ק א'. ונראה דהיכי דנהגי כו'. ברא"ש פ"ק דב"מ סי' ל"ח מבואר להדיא דמהני גם בקרקע. ועיי' תוס' קדושין ט' ע"א ד"ה הילכתא שכתבו א"נ י"ל הילכות מדינה כלומר מנהג היה כך ומשמע דאף בקרקע. אבל לפמש"כ לעיל סי' קצ"ה מירושלמי אין ראיה דכל העולם נהגו כך. ועיי' שו"ת יד אלעזר סי' קי"ד מש"כ בזה. ובדבר מחלוקת הח"ס והנתי' בקנין סיטומתא אם הוא דאורייתא או דרבנן. הנה לפמש"כ השם אריה בתשו' בקנין דרבנן אם נהגו בכך לא גרע, מקנין סיטומתא וצ"ל לפי"ז דכל מש"כ הפוס' דקנין דרבנן ל"מ לדאורייתא ע"כ בלא נהגו הסוחרים בזה. ובזה י"ל הרבה בסתירת המקומות בש"ס בענין זה דקנין סיטומתא מכיון שנהגו בו הוי דאורייתא ככל הקנינים וי"ל בזה, והב"ח כתב לחלק דבמטלטלין דאיכא מו"מ טובא ואין פנאי להזמין עדים לחליפין כו'. כונתו עפ"י מש"כ הרא"ש מובא בהג' רמ"א לעיל סי' קצ"ה סעי' ג' דנהוג להקנות בסודר של עדים [ועיי' מה שכתבנו שם בזה] וראיתי מי שתמה בדברי הב"ח דהא קנין א"צ עדים ולדברינו א"ש:

סימן רב

סעיף א' כיון שקנה קרקע כו'. הרמב"ם השמיט הא דאמר רבא דנתן לו דמי כולם. וכתב הכ"מ טעמו דגריס כגירסת הרי"ף דרבא לא קאי רק על מכר עשר שדות ולא אמטלטלין אגב קרקע. ועיי' נמוק"י פ' הספינה שכתב דעת הרי"ף דקאי גם אמטלטלין אגב קרקע ועיי' בהגר"א סי' קצ"ב ס"ק י"ט מש"כ בזה. ונ"ל להסביר טעם הרמב"ם לדעתו שפסק דצבורין לא בעי אגב ובאין צבורין בעי אגב ונראה דבאין צבורין ואומר לו קנה אגב קרקע קנה אף בנתן לו רק מקצת מעות דדעתו להקנותו. ואף שהרשב"א כתב דדעתיה שיקנה כשישלים לו השאר י"ל דסברא זו לא ס"ל להרמב"ם ויותר י"ל מדאמר לו קנה דעתו להקנותו עתה. וגם בצבורים לדעתו שכתב שם דבהיתה עליית לוקח מושכרת ביד מוכר קני בכסף לבד ופי' המפ' משום דאין כאן הגזירה שמא כו' והכא דמקנה לו הקרקע הא ליכא כאן הגזירה וא"צ אגב בנתן לו מעות וע"כ דלא קאי רק אמכר עשר שדות. ועיי' גיטין כ"ב ע"א עציץ וזרעים של אחר כו' וברש"י ד"ה עד שיחזיק. ומש"כ בסמ"ע ס"ק ג' כיון דמונחים כו' לכאורה טעם חדש הוא. ובפרישה מביא רק טעם הכ"מ דצבורין הענין עצמו מוכיח שמקנה אותה אגב החצר ואולי כונתו ג"כ כאן כן לדברי הכ"מ. ועיי'

קצוה"ח סי' ער"ה ס"ק א' ולפמש"כ יש לפקפק בדבריו. ומש"כ עוד בס"ק ד' עיי' מקנה כ"ז ע"א מיישב דבריו לנכון:

ש"ך ס"ק ב' וכתב עוד ר"י כו' וכ"מ להדיא מדברי התוס' כו'. צל"ע שלא הביא מש"כ בעל העיטור ובעל התרומות להדיא דקני מובא בב"י סי' ס"ז מחו' י"ב. ומש"כ לא ידעתי למה יגרע שאלה משכירות. באמת הסמ"ע סי' ס"ז ס"ק מ"ה כתב דשאלה עדיף הואיל וחייב באונסין חשוב כשלו ואף בקרקע נמי עיי' אורים שם ס"ק מ"ו. אלא שהיש"ש ב"ק פ"ה הל' ד' כתב לענין קונה שאינו מפקיע קנין שכירות ומפקיע שאלה. ומש"כ הש"ך שכן דעת התוס' ב"מ י"א לכאורה אין הוכחה כ"כ דאפשר דהק' כן רק למאן דס"ל דמטעם חצר הוא וכן ראיתי בש"מ בשם תוס' שאנץ שכתבו וז"ל וכ"ת דשדה בשאלה ומטלטלין במתנה לא מיקני באגב הניחא למ"ד דמטעם אגב הוא אלא לר"א דבסמוך ל"ש למימר הכי דקני בתורת חצר וכן פירש הר"ש פ"ה דמע"ש משנה ט'. ואולי כונת הש"ך מסתם דבריהם דמשמע דמקשים בכל גונא. והנה ראיתי בהג' תש"ש קדושין כ"ז כתב דאגב ל"מ אל בסימטא ורה"ר ולא כשהיו ברשותו של מוכר דלא עדיף ממשיכה ומצאתי בחי' רשב"א ב"ק ל"ו שכתב וז"ל ועוד אי עמדו בדין אף לר"ע כן אם נתרצה לו הניזק אלו משך או אם היה השור ברשותו של מזיק דקנתה לו חצירו כעובדא דמדוני בקדושין.

וע"כ כונתו דמקנה לו באגב כעובדא דמדוני. ואף שעיקר דברי הרשב"א שם צ"ע טובא נקטינן מיהת מדבריו דאף בעומדת ברשותו של מוכר מהני אגב. ומש"כ הש"ך דהא דין זה פשוט יותר ל"ד דהא בש"ם פשוט מכר משכירות ומשמע דמכר פשוט יותר ועיי' עיטור. והנה חותני זצ"ל בס' תפארת יעקב חקר במקנה קרקע ומטלטלין כאחת ונתבטל הקנין של הקרקע כגון דנמצאת שאינו שלו או דעייל ונפיק אזוזי אם מתבטל קנין המטלטלין. ומצאתי חקירה זו בשומ"ש מ"ק ח"ב סי' ר"ג ופשיט מתוס' עירכין כ"ט ע"ב דבטיל קנין המטלטלין מיהו שם מיירי בקנין חזקה אבל בקנין כסף צ"ע: סעיף ב' בהגה. אבל עם לא מהני. עיי' בזה בתוס' ישנים יומא פ"ה ע"ב ובהג' מיימוני פ"ג מהל' ת"ת אות ב' ובמדרש שמואל אבות פ"ב מ"ב וה"נ תליא בזה אם הקרקע עיקר או המטלטלין. ומש"כ בסמ"ע ס"ק ג' כיון דמונחים כו'. לכאורה טעם חדש הוא. ובפרישה מביא רק טעם הכ"מ דצבורין הענין עצמו מוכיח שמקנה אותה אגב החצר. ואולי כונתו ג"כ כאן לדברי הכ"מ ועיי' קצוה"ח סי' ער"ה ס"ק א' ולמש"כ יש לפקפק שם בדבריו ואכ"מ:

סעיף ד'.

הקנה כו'. והא דמיחשב שינוי רשות ביצא מתח"י האפטרופס ליד היתומים ב"ק ל"ט משים דלא גרע מיצא מיד השומר לבעלים דרשות משנה שם מ' ע"ב ודלא כספר אחד

שנתקשה בזה ולא העלה דבר ברור. והנה מזה הוכיח המקו"ח סי' תמ"ח דשלוחו של מוכר יכול להקנות מטלטלין של מוכר אג"ק של השליח ועיי' מש"כ בזה הח"ס חאור"ח סי' קט"ז. והמקנה בסוגיין חידש דאפי' ב' בנ"א מקנים לאחד זה קרקע וזה מטלטלין דקנה המטלטלין אג"ק של חבירו. והקצוה"ח סי' ער"ה לא כתב כן ולענ"ד קושית המקנה שם לק"מ. ומה שהק' דודאי היה לו מקום שאול או שכיר שהיו המטלטלין מונחים שם דדוחק לומר שהיו מונחים ברה"ר או בסימטא וא"כ ליקני מדשמואל מכר לו י' שדות כו' מלבד שאין זה דוחק כ"כ דהא ע"כ צ"ל כן כמ"ש הר"ן שע"כ לא היה לו שום זכות בקרקע. עוד י"ל עפ"י מש"כ בשדי תמד בשם רשב"א ב"ב גבי איסור גיורא קמ"ט דכן קשה שם וכי לא היה לו מקום שאול לפירות ותירץ שהיה שאול לו לזמן ונשלם הזמן וכן מובא בחי' מאירי שבת בשם הרשב"א. וגם מה שהק' במ"ש שם צפוני זה לפלוני כו' ומשמע שכן לכולהון ולמה הוצרך לזה הו"ל להקנות אגב טפח אחד או ע"י כל הסלע לכל מקבלי המתנה ומוכרח לזה דקרקע לזה ומטלטלי לזה לא מהני ולכך היה צריך ליחן לכ"א תלק בקרקע והוא איבעיא דלא איפשטא לקמן גם זה לק"מ דהא כחב הר"ן שם והא דקתני צפוני כו' לאו למימרא דאגב צריך יחוד מקום אלא זה היה מחלק גם הקרקע להם ונתן צפוני לפלוני במתנה: ואגבו הקנה לו המטלטלין וכן לכ"א. אולם לפי הבנת המקנה דמעשה דמדוני היה הקרקע במכר ומטלטלין במתנה והוי פשיטא להו דמהני מיושב מה שהק' הש"ך דהא עיקר נלמד משכירות ומאי וי"א. ולפי מש"כ המקנה הוה פשיט להו כן בלא הילפותא דשכירות:

סעיף ו' בהגה. ויכול להקנות אגב מקומות של בהכנ"ס. הר"ן בקדושין בסוגיין כתב בשם הרא"ה דבן בחיי אביו אין לו חלק בביה"מ ואין יכול להקנות אגביו ולא הובא בפוסקים. ופשטות לשונו משמע דקאי על ביהמ"ד של כרכים. וגם נראה דס"ל דאגב מקום שאול אינו מקנה בחליפין דלא גרע לבן ממקום שאול. ועיי' ב"ש אהע"ז סי' ל' ס"ק ט'. והנה בס' דברי אמת כתב בשם מהרי"ט דגם להסוברים דשכירות מהני באגב היינו דוקא כשגוף הקרקע של המשכיר אבל אם הוא שכור או שאול בידו לא מצי להשכירו ולהשאילו לאחר ולהקנות מטלטלין אגבן. ומובא גם בתורע"א פ"ה דמע"ש. והק' עליו מסיפא דמתני' שם אר"י עשור שאני עתיד למוד נתן לאב"ע ומקומו מושכר לו אף שהיה לו רק בשכירות. ויותר קשה הוא מדברי הרשב"א כאן דהא אין לו בבהכנ"ס קנין הגוף רק שכור הוא לו עיי' נתי' סי' קצ"ב. ויש לחלק עפ"י מש"כ הסמ"ע סי' רי"ב ס"ק י"ז לחלק בין קרקע לבית דבית רשאי השוכר להשכירו לאחרים דמינכרא היזקא ושדה דלא מינכרא היזקא אינו רשאי. וי"ל דהמהרי"ט לא אמר כן אלא בשדה דאינו

רשאי להשכירו לאחרים ולא בבית. ולפי"ז במקומות בהכנ"ס דרשאי להושיב אחרים במקומו רשאי להקנות אגבה. וגם בעובדא דר"ג בודאי לא היה ר"ג מקפיד על הקנאת מקומו לאחרים דודאי היה רוצה לזכות לר"י שיתן מעשרותיו. ומש"כ הקצוה"ח כאן דאגב מיקרי אגיד גביה דהקרקע חוזרת לבעליה. הנה אף שכן כתב המקנה קדושין ח' להקשות להפוס' הסוברים דבא"ל לאשה הא"מ לי במלוה ונתן לה שטר או משכון דאינה מקודשת דהטעם הוא משום דאגיד גביה את דמי הקנין וכסף קנין בעינן שלא יהא אגיד גביה א"כ לפמ"ש הפוס' הטעם דמכר שט"ח וחזר ומחלו מחול משום דשני שיעבודים יש שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסים ושיעבוד הגוף ליתא במכירה א"כ לעולם הוי שיעבוד הגוף אגיד גביה. אבל י"ל דזה לא מיקרי אגיד גביה דבמה שמקדשה הוא נותן לגמרי ולכתחילה לא נתן לה רק השיעבוד נכסים ושיעבוד הגוף לעולם ליתא במכירה וגם כאן הוא כן דהא הקרקע לעולם לא הקנה לה רק משום הגט לקנות אגבו והגט הוא שלה ומה שהעלה הקצוה"ח דגט אינו נקנה בק"ס דחליפין דרך מו"מ הוא ובגט כתיב ונתן. היה נ"ל לכאורה לדון דבאמת חליפין לא הוי מו"מ ממש ורש"י כתב דנראה דרך מו"מ דק"ס הוא רק קני ע"מ להקנות עיי' קצוה"ח סי' ק"צ ס"ק ד' דהקנאת הסודר גריע ממתנה ע"מ להחזיר וגם הרשב"א כתב לענין אונאה דממכר ממעט אונאה. ואף דהקשו עליו מש"ס דכאן ומקדושין ו' אבל הא ראינו דעתו דחליפין לאו מו"מ ממש הוא וכמ"ש רש"י. ולפי"ז י"ל דכל זה בהקנאת סודר מיד הקונה להמקנה דנראה כמו"מ אבל באחרים מזכים עבור הקונה וכסי' קצ"ה סעיף ג' לא נראה כמו"מ רק מטעם זכות דזוכים עבורו. אלא שיקשה מש"ס דכאן דאמר חליפין דרך מו"מ הוא דהו"ל להקנות ע"י אחרים וי"ל. אלא שמדברי הקצוה"ח נראה דגם בהקנאת המקום ע"י חליפין לא מיקני. ובאמת כתב הריטב"א ב"מ להק' בעובדא דר"ג כיון דמקומו מושכר לו ונתקבלו שכר זמ"ז הא הוי דרך מו"מ. ותירץ נהי דאיכא דרך מו"מ במקומם של הפירות אבל הפירות עצמם נתינה הם. ובעצם ראיית הקצוה"ח מב"ב יש לדחות דכונת הש"ס ב"ב שם הוא כמ"ש בשו"ת הגאונים המיוחס לר"י טוב עלם סי' ו' וז"ל גט שאדם מגרש בו א"צ לקנות בחליפין אלא כיון שאמר כתובו ותנו שוב א"צ כו' וז"ש מה גט דלאו בר קנין הוא ר"ל דאין צריך למיקני מיניה על נתינת הגט וכ"מ פשטא דש"ס שם ולא קאי כלל על עצם נתינת הגט. ועיי' פת"ש אהע"ז סי' קל"ט בשם האחרונים ויש לי אריכות בזה ואכ"מ:

סמ"ע ס"ק י"א. וא"כ לא הו"ל למור"ם כו'. בהג' כסא דהרסנא בשו"ת בשמים ראש סי' שי"א כתב ליישב דברי ר"י המובא בב"י יור"ד סי' רנ"ח דר"ע לא היה גבאי רק דאדם חשוב או טובי העיר הוי יד עניים. ואשמעי' רמ"א דה"ה גבאים ומש"כ הסמ"ע בס"ק

הקודם דה"ה לגדול. לפמש"כ רבינו שמחה והוא דעת, החולק דדוקא עניים דגדולים נינהו וגבאי שלהם כמותם לגמרי משא"כ קטן ומובא לשונו בבש"ר שם. וא"כ בגדול יותר פשוט אלא שהב"י כתב כן לפמ"ש בטעם החולקים דגבאי שאני לפי שעליו לפרנס את העניים וכל שאין מעות בבית צריך לטרוח בשבילם ויש לו טובת הנאה במה שעניים זוכים בו. והנה הנתי' בחידושים מביא מה שכתב במקו"ח סי' תמ"ח דאפי' בשליח מהני. והפוסקים הו"ל לכתוב חידוש זה כשכתבו דין דגבאי ואפטרופס. ורבינו שמחה חולק גם על שליח מובא בבש"ר שם ובהג' כ"ד כתב דאפטרופס עדיף משליח ע"ש:

סעיף ט'. והוא שיהיה כפות וי"א כו'. הרמב"ם הוסיף שהרי אינו יכול להלוך. ויש לדקדק למה הוסיף זה שמובן מאיליו. ובפ"ה מגירושין הל' י"ז כתב סתם כפות. ועוד הק' הכ"מ שם לפי גירסתינו ברמב"ם למה הוסיף בסוף ההלכה ואם היה כפות ה"ז, מגורשת דהא בכפות כתב בריש ההלכה דגם בניעור ה"ז גט. ולענ"ד נראה לפי שיטת הגמ' מובא בב"י כאן דל"ב כפות וישן אלא בגט דחוב הוא לה בעינן חצר המשתמרת לדעתה אבל במכר ומתנה דזכות הוא לו ויש דא"מ אפי' אינו משתמר ואינו עומד בצדו וכפות ברגליו ולא בידיו ואפי' הוא ניעור כיון שא"י להלוך קני מטלטלין שעליו. ודעת רבינו ירוחם מובא בב"י דכפות בידיו ורגליו סגי או כפות ברגליו לבד וישן. וי"ל דדעת הרמב"ם בחציה כהג"מ דבגט בעינן כפות וישן אלא דבזה ס"ל כר"י דכפות בידיו ורגליו הוי ככפות וישן [אף דהב"י דחה דעת ר"י דלא ידע מנין לו זה מצאתי שיטת ר"י בראש גיטין בשם הריצב"א. שו"ר לאח"ז בשעהמ"ל פ"ה מגירושין שהעיר מזה ומש"כ שם להק' בשם ח"ה בתוס' ב"ק י"ב ותירץ עפ"י מש"כ תוס' גיטין כ"א עיי' ק"ג בראש"ש שם ובגיטין פ) הזורק מש"כ בזה] וזה שדיקדק הרמב"ם כאן וכתב שהרי א"י להלוך כלומר דבקנין מו"מ או מתנה סגי בכפות ברגליו לבד שא"י להלוך וכשיטת הג"מ. ושם בה' גירושין כתב תחילה דאם היה כפות, והיא משמרתו ה"ז גט באופן שהיה כפות ברגליו לבד ובסוף ההלכה כתב ואם היה כפות ה"ז גט ולא קאי אישן דמיירי מקודם ומילתא באפי נפשיה היא דאם היה כפות בידיו ורגליו אף שהוא ניעור ה"ז גט דהוי ככפות וישן. ואף דהו"ל לפרש דבריו סמך על ישוב הסוגיות המתפרשים כן לדעת ר"י וריצב"א וסתם בזה:

סמ"ע ס"ק י"ו. דדומיא דערים כו'. ותמה הנתי' דלדידן דעבדא כמטלטלי בלא"ה לא קני דאין מטלטלין נקנין אגב מטלטלין. אולי כונת הסמ"ע ליהן טעם לדעת כמה מהראשונים הסוברים דקנין אגב הוא מה"ת לא המה הריטב"א פ"ק דקדושין בשם מורו וכן הוא דעת הרמב"ן והר"ן וכ"נ דעת רש"י בגיטין וכן הוא דעת הנמוק"י רמזו הש"ך לק' סי' שע"ג לכך כתב הסמ"ע לכל הדיעות. והנה הא"מ סי' קל"ו הק' בהא דגיטין כ"א אמר רבא כתב

לה גט ונתן לה ביד עבדו כו' ופריך דהו"ל חצר מהלכת. והק' דילמא רבא מטעם אגב קאמר דקנה בעבדים כמ"ש סי' ר"ב. והוא תמוה מאוד לכאורה דהא בפירוש פסקינן כאן דאינו נקנה מתורת אגב רק מתורת חצר וכן תמה עליו בשומ"ש מ"ק ח"א סי' ר"ג וי"ל דכונתו הוא דהא רבא ב"ק שם ישמע דס"ל עבדא כמקרקעי דמי ואיכא מאן דס"ל התם דהחזיק בעבדים קנה מטלטלין למאן דס"ל כמקרקעי דמי ודילמא רכא ס"ל כמ"ד זה. אלא שלשונו אינו מדוקדק:

סעיף י"א. עד שיחזיק כו' ה"ה אם משכו למקום שפסק יניקתו כמ"ש שם בתוס' ד"ה יצא:

סעיף י"ב. החזיק בזרעים קנה העציץ. המחבר השמיט מש"כ תוס' ור"ן דל"ב אמירת אגב משום דפכה לעיל כדעת הרמב"ם דצבורים ל"ב אמירת אגב ובאמת בתוס' נשארו בצ"ע והר"ן כתב כן בשמם. ועל ראית התוס' מב"ב תמה השומ"ש דזהו נגו ש"ס ב"ב ע"ז ע"ב אגב שאני. ולא ראה מחלוקת הראשונים שם בש"מ בזה. ועיי' ר"ן קדושין בסוגיא דאגב בשם הרא"ה מוכח דלא כתוס'. ומש"כ בהגה מחלוקת רש"י ותוס'. צ"ע מדוע לא הביא מש"כ הרמב"ם דאינו מחלק בין חרס לעץ ועיי' בהגר"א יור"ד:

סוס"י רצ"ד ויפה סתם הרמב"ם כאן כמ"ש הה"מ מובא בב"י. אבל על הטור קשה דדעתו כרש"י למה סתם כאן וצ"ע. והנה המחבר השמיט מחלוקת תוס' ור"ן בהיו שניהם של איש אחד. והטעם דל"ק הזרעים אף שהם בתוך עציץ שלו כתב הגרש ירחים גיטין משום דהזרעים חשובים כמחוברין לקרקע ליכא בהו קנין חצר. ואין זה טעם מספיק לדברי התוס' ב"ק י"ב ד"ה למה דמשמע דס"ל דקרקע נקנית בקנין חצר. וי"ל בזה משום חצירו ומתנתו באים כאחת דלא אמרי' לדעת הש"ך ס"ק ג' ועיי' פנ"י מש"כ בדברי הר"ן ופלא שלא הביא מש"כ הב"ח ודרישה בזה. ועיי' שומ"ש מ"ק ח"א סי' רל"ב וגם הוא לא ראה דברי הדרישה וי"ל בזה. ובענין זה נ"ל להעיר בדברי המג"א סי' של"ו ס"ק י"ד שתמה מאוד על הרא"ש בתשו' מובא בשו"ע יור"ד סוס"י רצ"ד דהנוטע על הגג תשוב כמחובר לכל מילי וגם לענין שבת. וראייתו הוא מפ"ה דמעשרות מ"ב. וחמה עליו דהא כתב הר"ש שם דדוקא לענין טומאה אמרו כן ולא לכל מילי ע"ש. ותמה אנכי על המג"א דהא הרא"ש בתשו' כתב וז"ל ועוד תנן בצלים שהשרישו בעלייה טהרו מלטמא נפלה עליהם מפולת והם מגולים הרי אלו כנטועין בשדה חזינן אפילו מפולת שנפלה עליו מאיליו ובעליה הוי כנטוע בשדה כש"כ המכוין ליטע בגג דחשיב כמחובר גמור לכל מילי והתולש בשבת ממנו חייב. הרי דראיית הרא"ש הוא מסיפא ומפרש לה על הגג ושם במג"א יש קצת ט"ס ע"ש היטב:

סעיף ט"ו. א"ל משוך קופה כו'. ראיתי למי שחקר במשך חתיכת בגד שלימה ואין רצינו לקנותה כולה רק מקצתה אי הוי משיכה דל"ד לכאן דהוי גופים מחולקים. ופשוט דהוי משיכה עיי' יור"ד סי' ש"כ גבי בכור. ובחולין פ"ג ע"א ובקדושין נ"א נ"ב. שוב ראיתי בפרישה רס"י קע"ו שנסתפק אם מועיל משיכה היכא שאין רוצה לקנות רק חצי המעורב בשל מוכר ודבריו צ"ע ועיי' תפא"י משניות פאה פ"ב בחידושים. ועיי' נמוק"י פ' הספינה פ"ח ע"א אי הוי לוקח כה"ג בלקח חתיכה שלימה ואינו רוצה רק מחציתה או חלק ממנה ופסק דחייב לפי ערך שרצה לקנות. והר"י בש"מ שם כתב דכה"ג לא הוי לוקח כלל כיון דמעורב עם של המוכר. מיהו י"ל דהם מיירי בבשר שאין כל החלקים שווים אבל בתחיכת סחורה שכולה שוה ל"ש לומר דמעורב בשל מוכר דכל אמה סחורה שוה לחבירו וצ"ע:

סימן רג

סעיף א' בהגה. וטו"ה לאו ממון. הרבה האריכו האחרונים בזה. וראיתי בהג' רש"ש נדרים ד' פ"ה יצא לחלק ולתרץ בזה פסקי הרמב"ם באופן זה. דבאין למקבל טו"ה יותר מלהנותן אינו ממון כמו בקדושין סופ"ב דגם להמתקדשת אין לה טו"ה יותר מלהמקדש. ושם בנדרים דהכהנים יכולים למוכרם ויש להם הנאה גדולה יותר מלהבע"ב בכה"ג הוי ממון. ועפי"ז העלה דישראל המקדש לכהנת בתרו"מ מקודשת. לא ראה במח"כ דברי השאלתות [מובא במקנה קדושין נ"ח ע"א] וז"ל ברם צריך למימר היכא דקא יהיב לה תרומה לכהנת וא"ל התקדשי לי בגוה א"נ לכהן וא"ל מיקדשי לי ברתיך מי הוי קדושי. ועיי' מש"כ ע"ז המקנה שם. ודברי הרש"ש מובא בשד"ח מערכת הכללים אות טו"ה. ומה שדחהו שם יש ליישב בקל להמעיי' בסוגין. וצלע"ק אם נחלק כן מאי פריך שם ר"א אעולא ממתני'. לישני דעולא מיירי בהמתקדשת ישראלית ומתני' מיירי בכהנת ובכה"ג מודה עולא. וי"ל בזה: סמ"ע ס"ק ז'. בא"ד ואע"ג דהמחליף כו':

בנתי' חמה עליו מסי' ע"ז דאף בלא יחד נותן לו ממטבע היוצא באותו שעה ע"ש. ואולי י"ל דאף התוס' ב"ק צ"ז לא השיגו על דעת רש"י אלא בזקף המכר במלוה דכה"ג הוי דינו כמלוה כמ"ש שם. אבל במכר סתם ומחויב ליתן לו מעות בכה"ג צדקו דברי רש"י [ועיי' אחרונים לעיל סי' ק"צ סעי' ט"ו מובא במשפ"ש שם] ובזה היה אפשר ליישב דברי הש"ך לק' סי' רצ"ב ס"ק ט' ע"ש שתמה עליו בנתי' שם דמדברי התוס' משמע להיפוך וכן חמה עליו הגרע"א מובא בפת"ש לעיל סי' ע"ד. די"ל דפקדון לא גרע ממכר ליתן לו מעות ולא זקף במלוה ובכה"ג לא פליגי תוס'. ואולי זה נמי כונת הסמ"ע כאן:

סעיף ד' אם חדשים חדשים, עיי' נתי' מה שהק' על המחנ"א דא"כ בהך דסי' של"ב לדבריו יתחייב במש"פ. ואין זה חמיה כ"כ דהא באמת כתב כן הקצוה"ח שם דחייב במש"פ. וגם מה שבנה יסוד על דברי הש"מ דפועל אין גופו קנוי. מחולקים בזה הראשונים מובא במחנ"א הל' שכירות פועלים.

אולם בעיקר דברי המחנ"א והקצוה"ח דמעות אינם מחייבים עיי' שו"ת חסד לאברהם להגר"א תאומים סי' מ"ב שדחה דבריהם:

סעיף ט'. המטבע אין דרך כו'. עיי' פת"ש בקנין אודיתא. ויש לציין עוד מדיני אודיתא עיי' שו"ת רשב"א ח"ג סי' נ' וח"ד סי' ס"ז ובשו"ת המיוחסות סי' קי"ז ובשו"ת רמ"א סי' צ"ב ובנתי' סי' ס' ס"ק ט"ו י"ז ובמקו"ת סי' חמ"ח ובארעא דרבנן בהגה אות נ"ג וביעיר אוזן להחיד"א מערכת ה' אות כ"ז ובשומ"ש מהדורא תליתאי ח"ג סי' י"א ובשו"ת חמדת שלמה ובשו"ת חסד לאברהם סי' ל"א. ועיי' יד רמה ב"ב ד' קמ"ט דאודיתא מהני אף לדשלבל"ע ודשא"ב. ועיי' פת"ש לעיל סי' מ' ובשו"ת אוריין תליתאי בקונטרס שער נפתלי מביא בשם אחרונים דאודיתא כ"ז שלא בא ליד הזוכה יכול לחזור. ולא משמע כן לק' סוס"י רנ"ז ע"ש. ואולי כ"ז שעסוקים באותו ענין יכול לחזיר כמו כל הקנינים. והמהרש"ל בחכ"ש גיטין י"ג ע"ב כתב דאודיתא הרחיקוה רבנן משום דמיחזי כשיקרא וכ"כ התו"ח ב"מ דמ"ו. בזה א"ש מה שהק' המפ' בעובדא דר"ג ב"מ י"א דליקנו באודיתא וכן בעובדא דשכ"מ גיטין פ' הזורק הו"ל להקנות באודיתא.

דהרחיקוה רבנן. וחקר בהג' שער הלקוטות סנהדרין מ"ג ע"ב בהטעו אותו שיודה אי הוי הודאה. ופשיט לה מעובדא דעכן בש"ס שם. ועיי' מש"כ בזה הג' רש"ש ולדבריו אין ראיה משם. ועיי' נמוק"י פ' חזקת גבי ואי חכים משוי לו ראה י"ל משם:

סעיף י'. המחליף קרקע בקרקע כו'. והוא מהתוספתא בשו"ת הרשב"א מובא בב"י. וכן מובא בראי"ש ריש ב"ב ובריטב"א ב"מ ד' מ"ו. וחקר הקצוה"ח אי דוקא שוה בשוה או מתורת ק"ס ע"ש. והנה הפ"י בסוגיין דב"מ תמך יסודותיו על דברי התוספתא הזאת דחליפין שוה בשוה הוא מתורת דמים.

וכן ראיתי בחי' רשב"א קדושין בסוגיא דכל הנישום פירש דברי התוספתא בתורת שוה בשוה עפ"י דברי הר"ח. ובריש ב"ב כגון שהלך זה בתוך שלו והחזיק כו' כתב הרשב"א מובא בש"מ דקמ"ל דאף קרקע בקרקע קונה בחליפין. ולפי"ז צ"ע דלעיל סי' קנ"ז מביא המחבר דיעה זו בשם י"א ע"ש סעי' ב' והוא מהתוספתא כמ"ש הרשב"א והרא"ש וכאן סתם המחבר ואולי מפרש דשם לא מיירי בדיני חליפין אלא מתורת חזקה כמ"ש הר"ן קדושין פ"ק. [ודבריו שם מגומגמים קצת ויש ליישבו עפ"י דברי הב"י רס"י קנ"ז ע"ש]

והתוס' ב"ב דלא נתתי לחידוש זה י"ל דלא פליגי. אלא דלישנא לא משמע להו דהלך זה לבדו וכ"כ הג"מ מובא בב"י שם. ולשון הרא"ש שם צע"ק דאחר שמביא התירוץ עפ"י התוספתא כתב עוד חילוק התוס' וי"ל: ומש"כ בהגה וי"א דכל הקנין קיים. עיי' בהגר"א ולכל מה שהאריכו המפ' בזה עדיין הדיעה הזאת אין לה יסוד בש"ס ואף לא בסברא. ועיי' שו"ת ראשי בשמים סי' פ"ב העלה דבר חדש בזה עפ"י גירסא חדשה במרדכי:

סימן רד

סעיף א'. וחייב לקבל מש"פ. בשו"ת הר הכרמל סי' ל"ד כתב דכל זמן שלא קיבל המש"פ קיים המקח ולא נפקע קנין הכסף רק אחר קבלת המש"פ והוי תביעת ממון ממש ותופס בו ירושה. ויש לדון מזה בספק במכירה מי נקרא מוחזק. ומצאתי בשומ"ש מ"ת ח"ב סי' קכ"ז שכתב דכל ספק אי קנה אי לא הוי הלוקח מוחזק בנתן דמים. אבל בשו"ת אוריין תליתאי ראיתי שכתב בשם מהר"ם מינץ דחיוב מש"פ אין בו חיוב ממון כלל אפי' בדתפס. והמחבר הנ"ל הוכיח כן ממש"כ הש"ך דאם יש הכחשה ביניהם אי עומד החוזר במש"פ אי לא אין בזה חיוב שבועה דאין זה כפירת ממון ואי מועיל תפיסה יש כאן ממון עפ"י מש"כ הכ"מ פכ"א מעדות דבקל יוכל לתפוס. ואין להוכיח כן לדינא דסברת הכ"מ אינה מוסכמת דהריטב"א ריש מכוח חולק ע"ז ואכתוב מזה לקמן. אמנם בעיקר הדבר יש:

לדון דהא כתב הה"מ פ"ז ממכירה דיכול לעכב המעות עד שיקבל המש"פ וכן משמע מדברי הרמב"ם שם ומשמע דהוי כמו שבועה ועיי' שוש"י מש"כ בזה. והנה לדברי המהר"ם מינץ ודאי לא נפסל לעדות בשביל זה כיון דאין בו משום ממון ודלא כהנחלת צבי בסי' ל"ד ע"ש. ומש"כ שם משו"ת כנ"י שהוכיח כן מהמעד"מ ריש ב"מ המובא בש"ך סי' רכ"ב דפסול לעדות היכא שיש עליו מש"פ. שם מיירי רק לפוסלו לאותו עדות עצמו שחייב עליו מש"פ ומטעם נוגע ולא מטעם פסול כדין עד הצריך לישבע. וגם בזה חולקים על המעד"מ. וחקרתי במת החוזר אם היורשים מחויבים במש"פ [כעת נדפס קונטרס משמרת שלום ומביא דיעות האחרונים בזה] והנה בשו"ת כתב סופר חיור"ד סי' ק"ז חקר בבן שיש לו תביעה על אביו מש"פ אי מותר לקללו ור"ל דאפי' לדעת הרמב"ם ביור"ד סי' רמ"א דאפי' אביו רשע חייב בכבודו מודה ברשע בדבר זה דאינו חייב בכבודו ואולי לדעת הרמב"ם וכן פסקו הב"ח וש"ך דאוררין סתם ל"ל בה דאינו מוכת כונתו לאביו. ועיי' ט"ז יור"ד סי' רמ"א ס"ק ב' משו"ת הגאונים וברמב"ם פ"ה מממרים הט"ו וביור"ד סי' הנ"ל סעי' ו' ובשו"ת הרי"ף סי' צ"ב כתב לאה שתבעה דינה בתה כדי להשביעה רשאה דינה להחרים בביהכנ"ס על מי שטוען עליה שקר כדי

להשביעה. ובשו"ת דברי אמת חידש דבמקום שדינא דמלכותא הוא שכותבים בערכאות לא קנה משום דלא סמכה דעתו ועוד דדמ"ד. וכתב הפור"י דבזה י"ל נמי דא"צ לקבל מש"פ והוכיח כן משמ"ק ב"ב נ"ה ועיי' פת"ש בשם הגרע"א ראיה מתוס' כתובות צ"ג וכ"כ ראיה זו המנ"ח מצוה של"ו.

ולענ"ד אין מדבריהם הכרת דמש"כ וקמ"ל דיכול ומותר לחזור היינו דלא מיקרי מחוסר אמנה כנו"נ בדברים ומש"כ דאפי' מש"פ ליכא כונתם דכה"ג אף במטלטלין אין בו מש"פ וה"ה הכא לענין מחוסר אמנה וראיה שלא כתבו ואפי' מש"פ ליכא אלא דאפי' מש"פ ליכא ולא קאי אקרקע אלא אמטלטלין ע"ש. ובזה אין ראיה גם מש"כ המנ"ח שם מר"ז קדושין כ"ו דלמה הוצרך להתנות אי נימא דבלא"ה לא קנה וע"כ דקנה למש"פ. ולמש"כ אין ראיה דנ"מ לענין מחוסר אמנה, ועיי' שומ"ש מ"ת ח"ב סי' ק"ו שדן לדבר ברור דמכר על תנאי אין בו מש"פ ועוד שם חקירה במכר בכסף לבד והתנה תנאי אלא לא כמשפטי התנאים אי שייך בו מש"פ דעכ"פ גלי דעתו דרוצה בתנאי ולא עבר על דיבורו וי"ל בזה:

ש"ך ס"ק ב'. גם הדין ליתא כו'. ועיי' בחירע"א מ"ט ע"ב. ופלא שלא הביאו מש"כ הסמ"ג מובא בהגמי"י רפ"ז דמכירה שכתב בשם ר"י במקום שיש בו אונאה וטעות לית ביה מש"פ. [ומש"כ המעיי"ח במתני' מ"ט ע"ב לא ראה דברי הב"ח והש"ך כאן] ומש"כ הש"ך לדחות דברי הגאון אף שכן כתב הרמב"ן והר"י בעליות בש"מ ב"ב פ"ה אבל הרמ"ה ביד רמה פירש כן לדינא ועיי' מש"כ בזה המראה"פ בירושלמי פ"ד דב"מ:

סעיף ד' בהגה. וי"א ברבים. לענ"ד מסתברא דזה דוקא למאן דס"ל דלא בעינן לנוכח אבל למאן דבעי לנוכח אין נ"מ ברבים. אלא מדמביא רמ"א דעת המרדכי אתרי דעת הרא"ש מוכח דלא ס"ל כן וצ"ע. ובעיקר דעת המרדכי לכאורה איך יחלוק המרדכי על התוספתא דקתני בהדיא עומדין ב"ד כו' ומשמע דבמקום ב"ד לבד סגי ועכצ"ל דתליא במנהג ובימי המרדכי נהגו כן וכ"מ מדברי הרמב"ם בפי' המשנה שכתב כי יש לו לצעוק במעמד האיש ההוא ובאיזה מקום שירצה ומשמע דתליא ברצון התובע:

סעיף ז'. ואין רוח חכמים נוחה הימנו. לשון זה אי איכא איסורא עיי' יד מלאכי בכללי דינים אות צ"ט וביעיר אוזן אות פ"ת ובשדי חמד מערכת א' אות כ"ב. והנה הרמב"ם פ"ה מדיעות הל' י"ג חשב במו"מ של ת"ח מחייב עצמו בדברי מו"מ במקום שלא חייבה אותו תורה כדי שיעמוד בדבורו ולא ישנהו והכ"מ מגיה אינו מחייב עצמו. ולכאורה היה אפשר ליישב הגירסא הישנה דהיינו דאיכא בין ת"ת לשאר כל אדם. דבשאר כל אדם כתב בפ"ז ממכירה ראוי לו לקיים דיבורו. ובת"ח חייב. אבל להסוברים דגם בשאר כ"א

ה"ז קצת איסור ומותר גם לקרותו עבריינא ל"ל כן. ואולי י"ל להסוברים דבתרי תרעא מותר לחזור. י"ל דבת"ח גם באופן זה חייב לקיים דבורו:

סעיף ח'. במתנה מועטת. הקצוה"ח הק' בש"ס ב"מ מ"ט במאי קנה לעשותו תרומה כיון דעדיין אינו שלו. ועל טעם הש"מ דהוי כמכירי כהונה הק' ממ"נ אי חשיב ממש כקנין היכי מוכת מינה מתנה מועטת ואי כמ"ש תוס' דמכירי כהונה הוי כמתנה מועטת הא סו"ס עדיין לא קנה. והנכון בזה מש"כ בשו"ת פרי יצחק דהר"מ בשמ"ק קאי בשיטת רש"י גיטין ל' שפירש בטעמא דמכירי כהונה דמשום דאינו רגיל לתת תרומה ומעשרות אלא לכהן זה אסחו להו שאר כהני דעתיי'. ודברי רש"י ג"כ צ"ב מה בכך דרגיל לתת לו דילמא יחזור בו אלא דרש"י ג"כ ס"ל סברת תוס' ב"ב דמכירי כהונה אסור לחזור כמו מתנה מועטת אלא מ"מ הא דחשיב מוחזק אינו משום האיסור לבד אלא דמכיון דאסור לחזור בו ובודאי לא יתננו לכהן אחר א"כ ממילא אסחו להו שאר כהני דעתיי'. ולפי"ז הדר הדין דשוב לא יוכל לחזור בו. נמצא דמכירי כהונה מורכב מתרי טעמי דהוי כמתנה מועטת ואסור לחזור בו וכיון דאסור לחזור בו אסחו כהני דעתיי' וא"כ שוב לא יחזור בו. וא"כ שפיר מייתי הגמ' ראיה מינה דמתנה מועטת אסור לחזור בו דאי מותר גם במכירי כהונה מותר לחזור בו ושוב לא שייך לומר דכהני אסחו דעתיי' ואין עדיפות במכירי כלל ועפי"ז מתורץ מה שהק' המפ' לטעם התוס' מש"ס גיטין שם דלמה להש"ס לאוקמי במכירי כהונה דאסור לחזור בו. ת"ל כיון שפסק להם בשעת הלואה ליתן להם התרומה והמעשר אסור לחזור בו ולהנ"ל מיושב דבטעם התוס' לחוד לא סגי וע"כ צריכין אנו גם לטעם דאסחי דעתיי' ואימתי אסחי דעתיי' דוקא בדבר שהכל יודעים כמו מכירי כהונה אבל באחד הפוסק עם הכהן לא ידעי הכהנים ולא אסחו דעתיי' ועיי' הג' רש"ש גיטין שם. ומה שהק' שם בשו"ת פר"י לטעם התוס' דהא רב דשני בגיטין שם במכירי כהונה ס"ל בב"מ מ"ט דדברים אין בהם משום מחוסר אמנה ומשמע שם דלפי"ז גם מתנה מועטת מותר לחזור בו. כבר עמד בזה המחנ"א הל' זכיה סי' ט'. ובעיקר קושית הקצוה"ח תירץ שפיר הג' רש"ש ב"מ מ"ט עפ"י ירושלמי פ"א דתרומות דהטעם הוא דהוי כמו שעשאו שלית לתרום מזה ת"מ על שאר מעשרותיו וכן מצאתי בשו"ת עונג יו"ט סי' ק"ז שתירץ כן. והנה הר"י בעליות מובא בש"מ ב"ב קכ"ג מביא דעת הי"מ הטעם דמכירי כהונה הוי מוחזק ואעפ"י שיכול לחזור בו דגרסינן פ' הזהב ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר לך בידי רשאי בן לוי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר. ודחה כיון דיכול לחזור בו אינו ממונו של זה כלל ואיך יטול הבכור פי שנים ומה שהוא רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר מידי דהוי אתורם של חבירו ברשות חבירו וכיון

דמסתמא לא הדר ביה הרי עשה אותו תרומת מעשר ברשותו. והא דחשבינן הכא לחיים וקיבה מוחזק אע"ג דלא אתא לידא דאבוהון משום דבמכירי כהונה אינו יכול לחזור בו מעידנא דאישתחיט ומשום דס"ל כרבי יוסי דאמר עשו את שאינו זוכה כזוכה וכדאמרי' סו"פ ג' דגיטין. והוא תמוה דהא שם מוכת דמאן דס"ל כר"י לא צריך לאוקימתא דמכירי כהונה. והיה אפשר לומר דס"ל לר"י דמאן דמוקי שם במכירי כהונה ס"ל דמפני טעם זה דעשו את שאינו זוכה כזוכה לא עשו רק היכא דהממון כבר נפקע מרשות הבעלים עשו את שאינו זוכה כזוכה והקנוהו כאילו בא לידו וע"כ במכירי כהונה דאסור לחזור בו הוי כאילו נפקע מרשות הבעלים ועיי' תוס' ריש חולין גבי חמצן של עוברי עבירה ובזה שפיר מהני אח"כ דעשו את שאינו זוכה כזוכה דהקנוהו כאילו בא לידו. אלא דאין זה מהסברא דהא האחרונים העלו בהפקר ב"ד דאינו אלא הפקעת רשות ולא הקנאת רשות דיותר ניקל הוא לרז"ל להפקיע רשות מלהקנות עיי' מחנ"א הל' קנין משיכה סי' ב' ובשו"ת רע"א סי' רכ"א רכ"ב ובשו"ת ת"ס חיור"ד סי' שי"ד. ומצאתי בש"מ ב"ב ק' ע"א בשם הר"י מעליות שהוא עצמו כתב דכל היכא דאמרי' הפקר ב"ד הפקר איבד הבעל נכסים זכותו ע"י הפקר ב"ד והרי הם כדבר שאינו שלו ויש רשות לחבירו להחזיק בו ברשות ב"ד אבל אינו זוכה בדיבור ב"ד עד שיחזיק. ובאמת צל"ע לדיעה זו מהא דשני הש"ס גיטין עשו את:

שאינו זוכה כזוכה והיאך מיקיימא מצות נתינה בכך כיון דאינו אלא הפקעת רשות. והרשב"א דדעתו בחי' גיטין ל"ו דהפקר ב"ד עושה הפקעה והקנאה כאחת מובא בשו"ת רע"א שם כתב בחי' גיטין ל' כיחידאי לא אמרי ר"ל אף דס"ל כר"י אבל כאן ס"ל דלא מקיימי מצות נתינה בכך. ובאמת בב"מ י"ב שם מוכת דמטעם זה דעשו שאינו זוכה כזוכה הוי הפקעה והקנאה כאחת עיי"ש בש"מ דלהדיא מוכח כן. שוב ראיתי במחנ"א שם העיר מש"ס ב"מ. סו"ד דברי הר"י בעליות צע"ג דאין הבנה לדבריו אם לא דחיסור לשון יש בהעתקתו. והנה בחי' הגרע"א לב"מ מביא תירוץ הקצוה"ח כאן עפ"י רא"ש נדרים ל"ד כיון דבידו לזכות ודחהו דשם הוא רק דמהני ההקדש לאחר שיזכה, ולא הוי כמקדיש דשלב"ל אבל מ"מ פשיטא דקודם שזכה לא חל ההקדש ואולי הכא משמע דתיכף הוי תרומה ומעשר ופוטר להפירות מהטבל וכן הק' עליו בשו"ת עונג יו"ט סי' הנ"ל. וי"ל דדעת הקצוה"ח כמו שהוכיח הגרי"צ בשו"ת בנין ציון חלק ראשון סי', קס"ו שחל ההקדש מיד ממה דאמרי' נטלה לאוכלה ופירש הרא"ש ובעי למיהדר בו מעל דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ואי ס"ד דההקדש לא חל עד שבא לידו וקנאו הרי אז לא רצה עוד להקדישו אלא לאכלו וא"כ לא חל ההקדש כלל ואיך שייך אמירתו

לגבוה וע"כ דכל שרוצה לזכות בו בשעת ההקדש חל ההקדש מיד ואפי' עדיין לא זכה בו והוא הפקר. וכן נראה מדברי רש"י שם שכתב דלכך נקט ככר של הפקר דרבותא קמ"ל דמצי זכי בהפקר לחלה קדושה עליה ואי ס"ד דההקדש לא חל עד אחר שבא לידו וזכה בו מאי רבותיה דפשיטא כשזכה בהפקר הוי כשלו לכל דבר וגם להקדישו. ואף שיש לדחות קצת מראיותיו שם אבל האמת נראה דכן הוא וכן נראה מדברי תוס' שם. ועיי' בזה בקהלת יעקב אלגזי אות ז' פילפול עצום ובשו"ת בית אפרים חיור"ד סי' ס"ו ובשומ"ש מהדורא חנינא סי' נ"ד. והגרע"א מתרץ קושית הש"מ עפ"י מש"כ הרמב"ם פ"ג מתרומות דישראל יכול להפריש תרו"מ וליתן המעשר ללוי אחר שהפריש ממנו תרו"מ וא"כ שפיר יכול להרשות להפריש כאילו מפריש בשליחות. והק' עליו בס' נ"ח לב"מ דבודאי ביש לו כור מעשר יכול להרשות לאחרים להפריש מכריו עשירית מהכור לת"מ כמו דמצי בעצמו לעשות כן. אבל להרשות להפריש כל הכור לת"מ בעצמו נמי ל"מ לעשות כן. ואי יפרישנו כולו לת"מ על של אחרים אין לו תו מה ליתן ללוי והכא דנקט כור מעשר יש לך בידי רשאי לעשות תרו"מ על מקום אחר דמשמע דמצי לעשות כל הכור תרו"מ בזה תיקשי ודאי איך מצי ליתן רשות לתרום משל אחרים. ואין זה דיחוי די"ל דמפריש מעט מהכור. ועוד די"ל דהיה לו הרבה כורים מעשר ומהם נותן כור אחד לבן לוי זה והוא בעצמו היה יכול לעשות לכל הכור תרו"מ על שאר מעשרותיו וג"כ יכול להרשות להבן לוי. והנה החכ"צ בתשו' סי' ס"ט כתב במכירי כהונה דאם נזדמן לו צורבא מרבנן או קרובו עני מותר לחזור והוכיח כן מש"ס חולין קל"ד דא"ל רבא לשמעיה זכי לן מתנתא ופירש"י דמנפשיה לא מצי שקיל ומימר נמי לא בעי למימר הב לי דתניא חלקם שאלו בפיהם כו'. ות"ל דבלא"ה היאך היה מבקש ולהכשיל הבעה"ב דאסור לחזור וע"כ דלצ"מ מותר לחזור. ולא משמע כן בסוגיא דב"ב הנ"ל דחשיב מכירי כהונה מוחזק. ואף דהעיר מש"ס זה וכתב כיון דלא איתרמי ליה צו"מ ויהביה להך הו"ל כמוחזק אבל מתוס' שכתבו משום דאסור לחזור משמע דאי הוי מותר לחזור לא הוי תשיב בה מוחזק וכיון דמותר לחזור לצו"מ או קרובו עני ודאי לא הוי מוחזק. וראייתו מש"ס חולין יש לדחות די"ל דהבעה"ב היה מפצה לשמעיה עבור המתנות כדי שיתנם לרבא. ועוד י"ל כיון דשחט לכבודם אסח השמעיה דעתו מינה שבודאי יתנו לרבא וכמ"ש רש"י גיטין ורשב"ם ב"ב שם. וי"ל עוד בזה ועיי' תוס' כתובות ק"ב ע"א ד"ה אליבא. ובזכרוני שבקובץ יגדיל תורה פילפלו בקושית המחנ"א הנ"ל מסתירה דרב אדרב ואינו כעת לפני. וכתב המהרשד"ם סי' שפ"ד דאם הבטיח מתנה מועטת ולא הספיק לקיים דבריו עד שמת המקבל לא מיקרי מחוסר אמנה נגד יורשיו רמז לזה הש"ך

לעיל סי' קכ"ה ס"ק ל"ד: סעיף ט'. שאם רבים כו'. עיי' מש"כ בזה לעיל סי' קס"ג ובנתי' סי' של"ג סוס"ק א' ובמשפט שלום כאן. ומה שתמה בקונטרס משמרת שלום על התוס' כתובות ק"ב שכתבו דהנותן מתנה מועטת קנה חבירו כו' דהוא נגד הש"ס והפוס'. הנה כן הוא גם שיטת היראים מובא בפסקי ריקאנטי סי' שס"ג דבהבטחת מתנה מועטת אף בדברים לבד קאי במש"פ. ועיי' ביאור מ"ב הנדפס עם הרקאנטי מש"כ בזה:

סעיף י'. בחוב שיש לי אצלך. עיי' קצוה"ח שהעלה בבכור דבמכר לו בעד חובו מהני אליבא דכו"ע לפמ"ש תוס' ע"ז דבליכא מעות לכו"ע משיכה קונה. ועיי' שו"ת שם אריה חיור"ד סי' מ"ח שכתב דלפי"ז אפשר דמודה הקצוה"ח באם מכר בעד החוב אלא דדמי המקח יתירים על החוב ויצטרך להשלים עוד כסף דבזה צריך שיהיה קנין כסף שיתן לו פרוטה ויזקוף השאר במלוה או שיזקוף הכל במלוה ויכתוב לו שטר או שיתחייב לו בענין דזה לא דמי למתנה. אלא דעיקר דברי הקצוה"ח צ"ע דבנה יסוד על דברי התוס' והא הרמב"ן חולק עליהם וס"ל דאפי' בליכא כסף לא קני משיכה ולדידיה ל"מ משיכה במוכר בהקפה ועיי' ח"ס חיור"ד סי' שי"ב דגם דעת רש"י כהרמב"ן ועיי' שומ"ש מהדורא תליתאי ח"א סי' מ"ט מש"כ בדברי הקצוה"ח. ומש"כ המחבר וכל החוזר בו מקבל מש"פ. עיי' חוו"ד סי' קע"ג ובש"ק ירושלמי פ"ב דקדושין ובש"ך רסיק"ץ מביא דברי הירושלמי. שו"ר בשמ"ק שם העיר מדברי רש"י ב"מ ס"ג דנוטים לדעת הרמב"ם ועיי' פני' שם. ומש"כ המחבר וי"ח. כתב בשו"ת פני משה דדוקא במלוה שלא הגיעה זמנה אבל הגיעה זמנה הוי כבעין. אבל מתוס' ב"ק צ"ט לא משמע כן. ועיי' לשון הטור מובא בסמ"ע ס"ק ט"ז ובמחנ"א הל' ק"מ סי' ג'. ומה שהק' הקצוה"ח והנתי' כאן בדברי הרא"ש מובא בטור משום רבית קצוצה. י"ל דמיירי בהלואה ע"י שליח לדעת רש"י מובא ביור"ד סי' ק"ס סעי' ט"ז ועיי' מקנה קדושין ו' ע"ב מש"כ בזה:

סעיף י"א בהגה. וכל האומר לתת כו'. כבר כתבו המחבר ועמד בזה הסמ"ע ס"ק י"ג. ואולי כונת הרמ"א לאשמעי' ממדת חסידות אין לחזור אף בעשיר וכירושלמי שביעית מובא בר"ש סוף שביעית ובפ"ח על הרא"ש פ' הזהב ע"ש, ועיי' ערוך השולחן שכתב דמה שאסור לחזור בתרי תרעי הוא ג"כ ממדת חסידות ובזה מכוון מאוד לשון הרמ"א. והנה בקצוה"ח סי' רע"ח חידש דמכירי כהונה יכולים למשוך אף שלא בפניו כיון דאסור לחזור ויש להעיר מתוס' ב"מ מ"ט ד"ה וחזר שהק' דהו"מ למיפרך מאי למימרא. ולפי"ז יותר הו"מ לאוקמי כגון שמשך שלא בפניו והפקידו אצלו ואשמעי' חידוש דין ולא הו"מ למיפרך מאי למימרא ועיי' פת"ש לעיל סי' ק"צ ס"ק ד' בשם המלמ"ל משמע דלא כהקצוה"ח. והנה בש"ס שם רב אמר אין בהם משום מחוסר אמנה ור"י אמר יש בהם

כו' וכתב בגליון הגרע"א עיי' ר"ש סוף שביעית וצ"ע. ובשו"ת רע"א החדשות מבואר כונתו להק' על הר"ש שם שכתב ולאו משום דאיכא איסור דאמרי' פ' הזהב דברים אין בהם משום מחוסר אמנה. משמע דרצונו לתרץ דלא תקשה לרב ממתני' זו ולזה תירץ דאיסור ליכא ומשמע דלרב אף דאין בהם משום מחוסר אמנה מ"מ אין רוח חכמים נוחה הימנו. ותמוה דהא פריך מברייתא זו הרי דלרב ליכא משום אין רוח חכמים נוחה הימנו. ולגודל התמיה היה נ"ל עפ"י מש"כ התוס' מ"ח ד"ה ואמר רבא דמאי קמ"ל. ותירץ הרא"ש בש"מ דרבא קאי על מתני' דסוף שביעית, דתנן שם המקיים דיבורו ר"ת נוחה הימנו ועלה קאמר רבא דל"ח אם אינו עומד בדיבורו איכא מש"פ אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו. וזה נמי שכתב הר"ש ולא משום שיש איסור בדבר ר"ל איסור מש"פ אם אינו מקיים דהא כו' ר"ל מחלוקת דדברים אם יש בהם משום מחוסר אמנה קאמר דיש דס"ל אין בהם משום מחוסר אמנה ולכל היותר אין בהם אלא משום מחוסר אמנה ולא מש"פ. ובאמת כתב הרא"ש לק' מ"ט דהו"מ להק' לרב ממתני' דשביעית אלא ניחא ליה להק' מר"י בר"י משום הקרא. והנה בתרומת הכרי כאן חקר בחזר הלוקח קודם שנאנס המקח מהמוכר ואח"כ נאנס אף דהשתא מיהא ליתא ויכול לומר השתא הדרנא בי מ"מ מקבל מש"פ דכיון דכבר חל מש"פ תו לא פקע והוכיח כן מש"ס מ"ט ביהיב זוזי אשומשמי כו' א"ל רבנן והא בעי לקבולי מש"פ כו' ולפר"ת דבהפסד ליכא מש"פ הא נפסד לגמרי שאיגנוב דמי המקח א"ו דש"ה:

שחזר המוכר בעוד שהיו המעות קיימים ותמיהני עליו דבאמת כבר עמדו בזה הראשונים בש"מ ותירצו חרוצים אחרים ומשמע דלא ס"ל להלכה כדעתו ועיי' מעיי"ח שחילק דבנפסד המקח הרי אינו מעמיד לו מקחו משא"כ כאן שהמקח בעין והאונס בדמי מקח ובכה"ג מקבל מש"פ ועיי' שומ"ש מהדורא חנינא ח"ד סוס"י ק"י מש"כ בדברי התרומת הכרי. והנה הש"ך בשם הב"ח נוטה לדיעה הא' ועיי' בהגר"א ובשו"ת בשמים ראש סי' ש"י מובא תשו' רבינו שמחה כהרא"ש והרז"ה ויש לחזק בזה דעת הב"ח. אולם כתב שם דמ"מ בדבר מועט דאייקר פחות משתות נכון להניחו. ובהג' כסא דהרסנא שם הוכיח דגם דעת רש"י ותוס' כן דלא כמ"ש הפוסקים בדעתם:

סימן רה

סעיף א'. ואמר לב' עדים כו'. בריב"ש סי' רל"ב מבואר דאפי' לב' עדים זה שלא בפני זה ג"כ מהני ועיי' אהע"ז סי' קל"ד ובשו"ת בר"י חאהע"ז סי' נ"ז נ"ח מש"כ בזה. ואם מהני תלוהו וזבין בעד חובו עיי' שעמ"ש סי' ק"ג ובשו"ת בא"י חאהע"ז סי' י'. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ה' פי' זקף כו' הק' בשו"ת בר"י מהא דחצי עבד וחצי ב"ח שכופין רבו לשחררו

וכותב לו שטר על חצי דמיו אף דתלוהו ויהיב הוא וע"כ דהוי זביני כיון דכותב לו שט"ח. וליתא דהתם הפקיעו ב"ד שיעבודו מעליו בתורת הפקר ב"ד כדי שלא יעבור אלאו בכל שעה ועיי' פנ"י שם. ומש"כ הפת"ש ס"ק ג' בשם החוו"י דהרי קיי"ל תליוהו וזבין כו'. לפי"ז משמע דבאנסוהו לקנות לא מצי האנס לחזור וכמ"ש הנתי' סוס"י זה ועיי' שומ"ש מ"ת חלק ב' סי' פ"א פילפל בזה ולא הביא דברי האחרונים בזה:

סעיף ב'. אבל במתנה כו', הרשב"א הק' מהא דסיקריקין בגזירה הראשונה דתליוהו ויהיב הוא מובא בב"י וע"ש שנדחק לתרץ ובשו"ת אגודת אזוב חלק אהע"ז סי' י"ז כתב לתרץ דלאו משום תליוהו ויהיב הוא אלא מטעם יאוש בעלים נגעו בה ולמש"כ התוס' ורא"ש שם מ"ד דיש יאוש וש"ר בקרקע והואיל והופקרו להריגה יתיאשו והו"ל יאוש ביד הסיקריקון וש"ר ביד הלוקח ואפי' להרשב"ם וש"פ דס"ל דאין יאוש וש"ר בקרקע הא כתב הש"ך סי' שס"ג דיאוש שע"י כיבוש מלחמה כו"ע מודי והכא דהוי הרוגי מלחמה יש יאוש. והנה צדקו דבריהם דלא רצו לומר כן דלשון הש"ס הוא גמרי ומקני משמעו מטעם קנין וכפרש"י דתליוהו ויהיב הוא ולא מטעם יאוש. והנה הרשב"א כתב שם ומהרוגי מלחמה והילך דלא גמרי ומקני יש בהן דין סיקריקון וכיון דחזו שעדיין נוטלים השדות ואין מי שפודה אותם שהרי הבעלים חוזרים ונוטלים מהם כדי שלא תהא הארץ נחלטת ביד העכו"ם התקינו שיתנו לבעלים רביע. וחמה הש"ק בירושלמי דמשמע מדבריו דדוקא בא"י שייכא תקנה זאת ולא בחו"ל והפוס' לא חלקו. ופשוט דכונת הרשב"א שדה ישראל ואף בחו"ל:

סמ"ע ס"ק י'. והא דכתב הטור והמחבר כו'. אולי י"ל עפ"י דעת הר"י מגש מובא בשו"ת שמ"ק ב"מ ק"ת דאחריות דנפשיה לא הוי כמכר. שוב לאח"ז ראיתי שהמגיה בבהגר"א העיר מזה עיי' לק' בבהגר"א סי' שע"ד: סעיף ד'. וה"מ בשאינו כופהו. מהרשב"ם משמע אף במעט ואין בו שיעור אונאה.

ומהריטב"א משמע דוקא הרבה וצ"ע על הב"י שהרכיב שני הדיעות יחד, והם רחוקים זמ"ז. ועיי' רדב"ז חלק א' סי' נ"ה העלה דאעפ"כ אם קנה ממנו בשעת היוקר כפי מה ששוה בשעת הזול גמר ומכר כיון שזהו דמי הקרקע ולזה מדייק הרמב"ם ולקח דמי המקח ולא כתב ולקח הדמים משמע שלקח מה ששוה המקח:

סעיף ה'. יצטרף עדותכם כו'. עיי' קצוה"ח שהק' מטעם חצי דבר. וי"ל עפ"י מש"כ בשמ"ק ב"ק ע' לחלק בין שתי שערות לחזקה. דבשתי שערות שביאתן הוא הגדלות אמרי' ביה חצי דבר. אבל בחזקה שאינה אלא לראיה ואינה גוף הקניה לא אמרינן ביה חצי דבר. והסבר הדבר נראה דחזקה עצמה אינה כלום וראיה דחזקה שאין עמה טענה

לא הוי חזקה. ולא הוי רק בירור מדלא מיחה מסתמא מכר. וכיון דיש לנו בירור מהני ג' כיתי עדות הוי בירור. וא"כ ה"נ באונס דהא המחאה והמודעה עצמם אינם מבטלים המכירה ורק האונס מבטלה והמודעה לא הוי רק בירור שלא מכר מדעתו דבלא"ה אין מאמינים לו שלא מכר מדעתו. וכיון שמשני העדות יש לנו הוכחה דלא מכר מדעתו שפיר דמי:

סעיף י"ב. אבל לא אנסוהו למכור כו'. לא הוי אונסא כו' בטור סי' קנ"א כתב כן וכתב שם הב"י דלא ידע מקורו. ויש לזה מקור נאמן דכן כתב הר"י מגש מובא בש"מ ב"ב בסוגיין. ומש"כ בהגה וכ"ז מירי כו'. ז"ל הב"י כתב בעל העיטור דוקא אנסוהו למכור גמר ומקני אבל אונסא לקנות לא אמרי' אגב אונסא גמר וקני כדאמרי' מודה שמואל היכא דיהיב זוזי. ותמוה מאוד דמאי ראיה משם דמשם אין ראיה אלא באנסוהו ליתן דלא יהיב זוזי דלא גמר ומקני אבל אנסוהו לקנות דמקבל שדה במחיר מעותיו מנ"ל וכן הק' בשו"ת אגודת אזוב סי' הנ"ל. ואולי כונתו עפ"י מש"כ הנתי' כאן דאנסוהו למכור מהני רק בתורת דמים דהוי חיוב אבל לא היכא דבעי המוכר לקנות כגון בתורת חליפין. ובזה א"ש לשון הש"ס מודה שמואל היכי דקיהיב זוזי ול"ק היכי דקיהיב שוויו אלא ל"ד זוזא קאמר אלא בתורת דמים דהוי חיוב ואף חפץ בנותנו בתורת דמים מקני דהוי חיוב ותורת חליפין גם מעות לא מהני. וז"ש הבעל העיטור כדאמרי' בש"ס כו' אלמא דוקא בתורת דמים מהני ולא היכא דבעי למיקני דהיינו בתורת חליפין משום דאנסוהו לקנות ל"מ וגם הוא ל"ק כמ"ש בנתי'. ובזה י"ל בההיא דפ' הכונס בעדשים דפלישתים ששלחו לו אעפ"י שגזילה משלם כו'. דלכאורה הא תלוהו וזבין הוא ויכול ליקחם בע"כ [אם לא דהלאו מ"מ עבר כמ"ש הרמב"ם] וי"ל לדעת המפ' דהבעלים לא היו כאן ולהנתי' פשוט כיון דיחד להו הגרונות דעדשים הו"ל חליפין ולא קני. והנה בשוש"י הק' על הנתי' ממש"כ הט"ז אהע"ז סי' מ"ב בסתירת פסקי השו"ע דפסק שם אנסוהו לקדש הוי קדושין עפ"י מש"כ התוס' ב"ב מ"ת דהוי כמכר דמשעביד נפשיה לשכו"ע ולהנתי' נימא כיון דהוא ל"ק אותה גם היא אינה קונית שיעבודו. ול"ד דהכא בגונא שכתב הנתי' היה אנוס בשניהם על הלקיחה ועל המכירה ושפיר כתב כיון דלא קני לא מקני והתם לא הוי אנוס אלא על הקניה אבל המכירה באתה ממילא ע"י הקניה ולא אנוס הוא על השכו"ע ובזה שפיר כתב הט"ז וכן בקניית כפרה שכתבו התוס' נמי הכפרה ממילא באת. והנה מדברי התוס' ב"ב הנ"ל הוכיח המלמ"ל פ"ו מזכיה הל' כ"ד דאם אינו נותן לו תיכף דמי המכירה חשיב כתלוהו ויהיב דאל"כ מה קשה להו מקידש בשטר לפי סברתם דהנאת ביאה חשיב כזביני א"כ גם בשטר הא מקדשה לכונסה אח"כ וע"כ דבכה"ג לא חשיב

כתלוהו וזבין. והק' עליו בשו"ת בר"י ושו"ת נ"ל דלפי"ז מה תירצו התוס' דחשיב כתלוהו וזבין במה שנתחייב לה שכו"ע הא זהו רק לאחר שכונסה וא"כ הא מוכח מדבריהם להיפוך דגם כשנותן אח"כ חשיב כזבינא ולק"מ דהמלמ"ל כתב שפיר דמשום הנאת ביאה חשיב לאח"ז ולא מחמת שיעבוד עונה אלא מחמת עצם הנאת ביאה וההנאה באה אח"ז הנשואים. אבל כשתירצו שהוא מחמת ההתחייבת והשיעבוד שכו"ע וזה בא תיכף בנשואים ואף דגם במכר נתחייב ונשתעבד לו ואפ"ה ל"מ לא דמי דבמכר יכול ליתן לו הדמים תיכף וכשהוא אינו נותן לו לא גמר ומקנה והכא אף במקדשה מדעת ג"כ אינו נותן לה השכו"ע רק התחייבות ליתן לה ואינו מגרע יותר מכאשר היה מקדשה בלא אונס ומדעתה:

סימן רו

סעיף א'. מכרה ביותר על מנה כו', בטור כתב ומכרה לאחר במאה ועשרים כלשון הש"ס. ולשון המחבר הוא מהרמב"ם ופשוט דגם כונת הטור דאף כ"ש ביותר וכ"כ בפרישה. ומה שהשמיט המחבר דעת הראב"ד בטור דאם הא' נותן כסכום הב' הוא קודם. י"ל דלפי מה שפירש המחבר דנמצא כמו שנאנס ומכר והוא כפרש"י בע"ז ומינה דייקי הרמב"ן והרשב"א דאין קדימה דהא לא נתקיים התנאי לזבוני מדעתיה והראב"ד אולי מפרש פירוש אחר. ומשמע דאף בנתיקרה הוי אנוס וכ"כ הנתי' בחי'. ודלא כהשוש"י שהוכיח להיפוך. מפי' הב"ח ובאמת אין דברי הב"ח מוכרחים ע"ש. ולמש"כ הפמ"א מובא בפת"ש דגם בחליפין הדין כן. יש לדון דה"ה במוכר כל:

שדותיו נ"מ כמ"ש סעי' ל"ו שם. וכן במכר לבנו כסעי' ל"ז שם, ומש"כ הנתי' בשם ר"א ששון דחיוב מהני. תמיהני דלא הביא דעת החולקין מובא במלמ"ל פ"ח ממכירה. והנה בדברי ההגה כאן לא תמכור אלא לי כו'. עיי' נתה"מ שהרבה להק' בזה. ול"י היתי אומר דהרמ"א מעתיק כאן כל דברי הג' מרדכי וכצ"ל לא תמכור אלא לי והתנה בפירוש [ומה שנרשם מהרי"ק הוא ט"ס] והג"מ קאי אלישנא דש"ס ב"מ שם לא תמכרם אלא לי בדמים הללו, ולכאורה תירוץ הגמ' אינו מוכרח כ"כ דבש"מ שם מובא מהראשונים חילוקים אחרים ועיי' חוו"ד יור"ד סוס"י קע"ב וצ"ע. ומש"כ הנתי' ראיה מלשון הנמוק"י הנה למש"כ הפנ"י שם דהנמוק"י לשיטתו דלית ליה טענת מצרנות בשכירות אבל לדידן בסוס"י קע"ה מה הועיל בתנאי הא בלא"ה זוכה מדין מצרנות וע"כ לאוסופי אתי לומר דהוא קודם אף אם יתנו יותר וא"כ ליכא ראיה מהנמוק"י. אך עיקר קושית הפנ"י ל"ק כ"כ דהא טובא איכא בין מצרנות לתנאי עיי' סי' קע"ה סעי' כ"ג כ"ד. וצ"ע בהושבחה שבחא דממילא ועי"ז נתיקרה דאולי בזה הראשון קודם בנותן כהב' וכן מסתברא: סעיף

ג'. וימכור לאחר. עיי' סמ"ע ועיי' לח"מ פ"ח דמכירה ביתר ביאור: סעיף ד'. אין שומעין לו. בש"ס משמע, דבקים לן דהבתראי בקיאי טפי מקמאי או אם ברור לנו דקמאי לא קים להו כולי האי דדינא הוא דמעכב. והרמב"ם וטור סתמו. ועוד מדכתב הרמב"ם שהרי קנו מידו תחילה שמכר מעכשיו וקנה למפרע בכל גונא ועיי' ב"ת. והנה הריטב"א בע"ז פירש מחלוקת דר"ה ור"פ בשמוהו שלא מדעתו. וכתב ג"כ דבידעינן ברור דהבתראי בקיאי טפי אפי' ר"ה מודה דדינא קאמר כיון שלא נעשית הברירה הראשונה לדעתו אבל בנעשית מדעתו אין שומעין לו וע"ז כתב הרמב"ם שהרי קנו מידו תחילה כלומר על אופן שישומו. אבל בנעשית שלא מדעתו אולי גם להרמב"ם יכול לחזור בדאיכא טפי מיניהו. ועיי' לק' סי' של"א ובקצוה"ח שם והנה הח"ס חחו"מ סי' קט"ו הק' לדעת הרמב"ם דאם לא אמר בד' לא אזלינן בחר רובא דקשה הא כתיב אחרי רבים להטות והש"ס רצה ללמוד בכל התורה מסנהדרין דאזלינן בתר רוב ואי איתא לימא התם גזה"כ הוא דהרי ג' בעלמא לא אזלינן בתר רובא. ועיי' ב"ת כאן שכתב דהוי כפשרה שכתבו תוס' סנהדרין דצריך דוקא ג' והנה הפרישה דייק מדברי רש"י ע"ז שם דדוקא בבאו ג' ומחולקים בהשומא אז אזלינן בתר רוב ולא בבאו לכתחילה רק ב'. ולא יפה כתב הערוך השולחן דאפי' כששמו שנים מהג' די וכן כשהג' חלוק מהב' הולכין אחר הרוב דבשמו לכתחילה רק ב' ודאי לא אזלינן בתר רוב ועיי' ח"ס בחי' ע"ז:

סימן רז

יעקב על חו"מ סימן רז:

סעיף ג' בדנגה אבא המוכר מטלטלים כו'. וכתב הפרי תואר מובא בפת"ש דמטעם ספק הוא והוכית כן מדברי הטור וכ"כ הישועי"ק בחי' לחו"מ ובחי' אור"ת סי' תמ"ח. והמקנה קדושין מ"ט ע"ב לא ניחא ליה בזה כיון דהמוכר אומר ברי והלוקח שמא כתבו תוס' ב"מ ק' דל"מ תפיסה ועיי' מהרש"א שם ועל ראית הפ"ת מדברי הטור הקשה לי ידידי הג' ר' מרדכי אלי' הגאב"ד דסאפאצקין דמש"כ הטור לפי שפעמים אדם מוכר מטלטלין היינו כיון דהוי ספק בדעתו איך הוא תו לא הוי אומדנא כלל מטעם ודאי והג"א והמרדכי הם כתבו להדיא דהוי ספק אבל מהטור אין ראיה. [ובספק אומדנא עיי' רא"ש ב"ב קמ"ח מובא בטור סי' ר"נ ובט"ז לעיל סי' ק"צ ובקצוה"ת סי' ר"נ ס"ק ה' ובמקנה קדושין מ"ט ובקונטרס רוב וספק בשו"ח שם אריה] ואח"ז בא לידי הס' משפט שלום וראיתי שם מובא שו"ת אבני קודש שגם הוא הבין דהוי ספק בדעת האד אי קפיד במטלטלין אי לא והביא מדברי הרא"ש דאין לבטל המכר מספק אומדנא. ולא כן הבין הת"ס חחו"מ סי' ק"ב ושם כתב דאין הכונה שיש לנו ספק בכונתו דבכה"ג הוי דברים שבלב רק כונת

הפוס' דאין לנו ראיה מש"ס דמהני גילוי דעת במטלטלין ומספקא לן בדעת רז"ל אי ס"ל דגם במטלטלין הוי אומדנא ברורה או דוקא בקרקע ס"ל כן. וראיית הפ"ת מסתירת רש"י קדושין לב"ב פ"ו ע"ב כור בל' יכול לחזור עד סאה אחרונה אלמא דגם במטלטלין מהני גילוי דעת ומזה הכרית חילוקו. ל"י שום ראיה מזה דשם לפי שלכל דמי הכור הוא צריך ולכך הקפיד על כל הכור אבל הוא רוצה בעיקר המכירה. וגם ראייתו מתשו' הב"ח מובא בפת"ש סי' ק"ד ס"ק ג' ועיי' פח"ש סי' צ"ו. ג"כ אין ראיה דשם הוי מק"ט דלא מכר באופן שלא יקבל תשלומין וה"א דמקבל תשלום מנ"ל דהוי מק"ט. ולמש"כ י"ל הרבה מדברי הישועי"ק אור"ח סי' תמ"ת. ומש"כ בפת"ש ס"ק ו' בא"ד דכ"כ בתשו' הרדב"ז כו' ובפרט היכא שכותב כו'. כ"כ הב"י לעיל סי' ר"ה סעי' ד' ע"ש:

סעיף ה. ואם לא קיים התנאי כו'. והק' המלמ"ל דמאי קמ"ל הלא כבר כתב הרמב"ם בריש הפרק אם נתקיים החנאי נתקיים המוקח כו'. ותירץ דאשמעי' אף דהוי תנאי ומעשה בד"א. ועוד מביא ממהר"א ששון דאשמעי' דאם התנה ע"מ שתמכרנו ומכרו לאחר אעפ"י שלקחו אח"כ ממנו וקיים תנאו הוי קפידא שלא התנה אלא במה שבידו ולא שיקנה תחילה לאחר ואפשר שלא ירצה למוכרו לו. ודחהו דלפי"ז כדי נסבא או שלא מכרו ונתנו בזמנו שקבע לו. ובנתי' מביא דברי מהרא"ש דהרמב"ם לשיטתו באהע"ז סי' קמ"ג ולדידן ליתא להך דינא. והנה בעצם חילוק המ"מ פ"ח מגירושין דע"מ שתנשאי ר"ל בפעם הראשון כתב השעהמ"ל שדוחק הוא. ובלא זה י"ל דכ"ז בנשואים דיש קפידה בזה ולא במכר ולחילוק המכתב מאליו המובא בשעהמ"ל שם לא כתב כן הרמב"ם אלא בגירושין ולא בממון. והב"ח פירש דקמ"ל דלא הוי תנאי שא"א לקיימו דהא תלוי בדעת אחרים דשמא לא ירצה לקנותו או לקבל מתנה זו אלא אמרי' שפיר הו"ל תנאי שאפשר לקיימו מצד עמו אם פלוני רוצה לקנותו או לקבל מתנה זו. ומשמע לכאורה דבעין דוקא שימכור לו והמכירה מעכבת כמו בתנאי נשואים דגיטין. ואולי יש לחלק דאין קפידא כ"כ כמו בגיטין וסגי בריצוי לבד. וראית בערוך השולחן שכתב דאם אינו רוצה לקנותה או לקבלה בטל מקח דלא קיים תנאו. ומש"כ עוד המחבר וכן המוכר כו'. כתב הסמ"ע דמיירי במכירה בזמן. והט"ז דחהו דלא מיירי כאן באכילת פירות אלא בעיקר קיום המקח. אבל גם כונת הסמ"ע הוא לעיקר קיום המקח וכונתו לתרץ קושית הלח"מ ממה שפסק הרמב"ם פ"ו מהל' מלוה דכה"ג ל"ק. [אלא שמש"כ הלח"מ דמלשון רבינו משמע דהמכר קיים וצריך לקיים תנאו ונ"מ שאם מת שלא יפדנו עוד ודאי דהוי שלו משום דהוא התנה עמו שאם הוא בעצמו יפדנו יתננו לו אבל לא יורשיו. סתם יותר מדאי דמחלוקת הראשונים הוא מובא בב"י ודעת הריטב"א דדוקא לענין גט אמרו כן

ולא בממון ועיי' פת"ש בשם התוו"י. ומש"כ החוו"י דדעת הריטב"א הוא דעת יחיד ליתא דהא כתב כן בשם רבותיו. אבל במשפט שלום מביא מתשו' מבי"ט דבנד"ד גם יורשיו בכלל) והוא מחלק בין קרקע למטלטלין וכאן במטלטלין איירי דליכא פירות ועיי' ב"ת דמחלק באו"א. ומש"כ הסמ"ע בהגה בשם תשו' רשב"א. לעיל סוס"י ע' מביא הב"י תשו' זו וכ"פ שם בשו"ע והש"ך כתב שם דהבעה"ח חולק עליו וכ"כ המלמ"ל פי"א ממכירה בשם הבעה"ת וריב"ש ועיי' תומים שם מש"כ בזה:

סעיף ח'. שהרי לא סמכה דעתיה. עיי' סמ"ע ולח"מ שנדחקו ליישב לפי"ז הפשט בגמ'. אבל בשמ"ק מביא מספרים מדויקים הגירסא ברמב"ם שהרי סמכה דעתו. ובזה נ"ל להעיר במה שהק' הב"י לעיל סי' ס"ז בהשמטת הטור דינא דמתני' שביעית היתה לו שדה ממושכנת כותבים עליה פרוזבול ועיי' תומים שם. ונ"ל דהרמב"ם שם פירש במשכנתא דסורא ולדעת הרמב"ם הרי הוא כמכר כמ"ש הנמוק"י ב"מ ס"ז ולכן הוי חידוש דאע"ג דאינו ברשותו כמ"ש הרמב"ם שם ולכן כתבה הרמב"ם. והטור מפרש לה כהר"ש שם בחוב פשיט וליכא חידוש דכבר כתב דין זה בהיה לחייב לו אלא דהר"ש מפרש בין משכן לו בין שמשכן לאחרים ואילו הסמ"ע מפרש שהלוה השכינה ביד אחר וצ"ע: ש"ך ס"ק י"ח. ועיי' ב"ת כו' ודבריו תמוהים כו'. כדברי הב"ח כן כתב המרדכי מובא כאן בד"מ והקצוה"ח לא ראה דברי הד"מ. ומש"כ הש"ך לדחות ג"כ תמוה שלא הביא שכן הק' המרדכי ב"מ סי' ש"ע ועיי' ת"ס חחו"מ סי' מ"ח שתירץ שפיר כונת רבינו נתנאל מדא"ל ר"א לאמימר והא מעשים בכל יום כו' ולא אמר והא ערב משתעבד מקרא ומדלא א"ל הכי ש"מ דפשיט: בעיני אמימר ור"א דמה"ת ערב משתעבד ואסמכתא קני וכיון דעבדינן ליה דינא ממילא גמר ומקנה. ולבד זה אין תימא כ"כ אם הרר"נ פסק כאמימר ואסמכתא לא קניא אלא מדרבנן וגבי ערב הניחו על ד"ת ועיי' כסף נבחר כלל אסמכתא אות ט' ופלא שלא הביא דברי הש"ך. והנה בארעא דרבנן מובא בפת"ש כאן כתב ראיה מדברי רש"י שבועות מ"ז ע"א דס"ל כהב"ח שכתב משחק בקוביא גזלן דרבנן הוא דאמרי' אסמכתא לא קניא אבל מדאורייתא לאו גזלן הוא. ותמיהני דאין שום התחלת ראיה מדבריו דכונתו היא עפ"י מש"כ תוס' סנהדרין כ"ד ע"ב דמשחק בקוביא לא דמי לשאר אסמכתא ורק מדרבנן הוא ואדרבא מדבריהם מוכת להדיא דרק מדרבנן אסמכתא לא קניא שכתבו משום דאינו סבור לעשות איסור משמע הא באמת האיסור דאורייתא דאי מה"ת אסמכתא קניא הא באמת ליכא איסור מדאורייתא וע"כ דלא ס"ל כהמרדכי. וי"ל דכונת הא"ד כמ"ש הנתי' כאן לפרש מחלוקתם שם והאי מ"ד ס"ל באמת דגם בעלמא מדאורייתא אסמכתא קניא אבל מדברי התוס' סנהדרין שם ל"מ כן ועיי'

רש"י ר"ה כ"ב ע"א במתני' שם. ומש"כ הקצוה"ח בההיא דפ' כל שעה עיי' ת"ס שם מש"כ בזה מובא בפת"ש מזה קצת ועיי' קהלת יעקב בתוד"ר אות כ"ב מש"כ בדברי הב"ח ועיי' ב"י כאן סי"ח סוד"ה ואכתי איכא מש"כ מתשו' הרא"ש דמוכת דס"ל דאסמכתא מה"ת ל"ק. ואי הוי ספק באסמכתא כגון דאיכא פלוגתא אי הוי אסמכתא צידד לומר בשו"ת שם אריה חאור"ח סי' י"ג דקני ע"ש וכ"כ בדברי גאונים בכלל אסמכתא מתשו' ברכת יוסף:

סעיף ט' בהגה. וכן אם א"ל כו' אלא במעות. אף דבאפותיקי סתם נמי כן כמ"ש רמ"א לעיל רס"י קי"ז דכל זמן שהיא בידו לא יוכל לסלקו אלא במעות. מזה ראיה למש"כ שם הב"ח והסכים עמו התומים דדוקא מבינונית לבינונית אבל מעידית לבינונית יכול לסלקו וכן אם היא זיבורית יכול המלוה לומר בבינונית אני חפץ כדיני והמעייני חכמה הכריח מזה דלא כהראשונים וליתא:

סעיף י"א בהגה. וי"ח כו'. כתב הנו"ב מובא בפת"ש דאף לדעת הרמב"ם עכ"פ קנין בעי. וראיתי בשו"ת אבני קודש סי' ל"ת שהשיג עליו ממש"כ הכ"מ פי"א ממכירה הל' ז' דהרמב"ם ס"ל בכל קנין ל"ש אסמכתא א"כ אין חילוק באסמכתא בין מחילה ובין להקנות להנו"ב. ולא היה לו להביא ממרחק דכן מבואר להדיא בב"י כאן סעי' י"ד לדעת הרמב"ם דלא בעי קנין ע"ש:

פת"ש ס"ק י"ז. עיי' שו"ת ב"א כו' נראה שהענין נעשה ע"ד חכמי ספרד כו'. והיינו כהמלמ"ל מובא בנתי' ס"ק י"ט דאף דנאנס בקיום התנאי חייב. וא"כ אין זה ברור עוד להלכה עיי' קונטרס משמרת שלום דרבים החולקים ע"ז:

ש"ך ס"ק כ"ו. כתב מהרי"ו כו'. עיי' משמרת שלום משו"ת ב"א דע"י שלית לכו"ע מהני. ובזה מיושב מה שהק' בשו"ת אוריין תליתאי על הרמ"א סי' פ"ז סעי' ל"ד וזה אומר שנתן ת"כ על התנאי כו' דקשה היאך מועיל ת"כ על התנאי לפמ"ש המפ' לתרץ דהא נדר ושבועה ל"מ ע"י שלית ותירצו כיון דאינו אלא דיבור בעלמא אתי דיבור ומבטל דיבור ות"כ הוי מעשה והיאך מהני תנאי. ולהב"א א"ש דע"י שליח שפיר מהני ובלא"ה י"ל. ומש"כ בפת"ש ס"ק כ' ועיי' בתשו' נו"ב כו' ועל דעת יחיד כו'. הא גם דעת מהר"ם פדואה דשבועה קונה. ועיי' בקצוה"ח מה שהשיג על הנו"ב ועיי' תשו' ב"ת מובא במסגרת סי' רי"א ס"ק ב'. ומש"כ בס"ק כ"ג בשם הנו"ב עיי' נחלת שבעה סי' ת' אות ד' מש"כ בדברי הרמ"א ע"ש:

סמ"ע ס"ק מ"ג. וזהו שמסיק מור"ם כו'. דבריו מחוסרים הבנה וראיתי שהגאון רמ"ז בישועי"ק תו"מ סי' ס' עמד עליו דכל עיקר דמהני שטר לבטל ענין אסמכתא הוא משום

שהודה בעצמו שהיה בב"ד חשוב והודאתו כמאה עדים דמי ואף שאנו יודעים שלא היה בבד"ח מ"מ מהני הודאתו.
והיינו אם אמר בפירוש שיכתבו שטר טוב דהיינו שיכתבו בו שהיה בב"ד חשוב. אבל אם לא אמר רק כתבו שטר אף שמשמעותו שיכתבו שטר טוב מ"מ הרי אנו יודעים שלא היה בבד"ח והוא לא הודה בפירוש שהיה בבד"ח שנאמר שהודאתו מהני ואיך נאמר שיסלק ענין אסמכתא וצע"ג:

סימן רח

סמ"ע ס"ק כ"ג. ויש לתמוה כו'. לכאורה י"ל דהא דעת המחבר מצאנו לעיל סי' ע"ג סעי' ה' שכתב ואם השבועה קדמה לחוב שמעון נמצאת השניה שבועת שוא כו' ועיי' לשון הרא"ש בתשו' מובא בש"ך שם. והא בלא זה אף כשימכור לא הוי מכירתו מכירה וע"כ דעתו דהמכירה קיימת והרא"ש לטעמו מובא בש"ך יור"ד סי' ר"ל דחולק על הג"מ. וזש"כ הרמ"א כאן וכן אם נשבע כו'. היינו לדעת המחבר ושם ביור"ד כתב כמסתפק היינו לדעת עצמו. אלא שעדיין אינו ברור דעת הרא"ש עיי' ט"ז יור"ד סי' רכ"ח ס"ק מ"ד שסותר א"ע ולהט"ז הדר ביה וחולק על הג"מ ולהש"ך שם דעת אחרת בזה ועיי' עצי לבונה יור"ד סי' ר"ל. ואולי היה א"ל עוד דהג"מ לא כתב אלא באוסר החפץ במכירה כמ"ש הרמ"א יור"ד אבל באוסר על עצמו מכירת נכסיו בזה ל"פ באיסור שבדה מעצמו דמשום זה לא בטלה המכירה ובתשו' הרא"ש בסי' ע"ג אסר על עצמו מכירת נכסיו וכן הכא אסר על עצמו ובזה ל"פ. ועיי' ט"ז אור"ח סי' תקכ"ד בשם רש"ל. ומש"כ הסמ"ע ראיה מההיא דפ' האשה שנפלו. ראיה זו כתב הסמ"ק מובא בט"ז אור"ח שם והט"ז דחהו והגרע"א בתשו' סי' קע"ד מחלק כן מסברא ותמוה שלא הביא מהט"ז. אלא שהט"ז עצמו מביא כאן מהך דהאשה שנפלו ומחלק באו"א ועיי' מג"א סי' של"ט ס"ק, ז'. ומה שהק' הש"ך מירושלמי דמאן דעבר ואקני בשבת הקנאתו הקנאה. יפה כתב בשו"ת בר"י דשאני היכי דאמרו רבנן דבדיעבד מהני דהם אמרו והם אמרו דבדיעבד מהני ואין ראיה מזה דבדרבנן אי עביד מהני ובתוספתא מובא בריי"ף ורא"ש ביצה קתני אין מקדישין ואין מחרימין כו' ואם עשה מה שעשה עשוי וקונה קנין בשבת דהוי כמו מקדישין ומחרימין והם אסרו והם אמרו דבדיעבד מהני אינו מוכת לשאר מילי דרבנן היכי דאמרו בסתם ולא גילו דעתם בזה אי עביד מהני י"ל שפיר דגם בדרבנן אי עביד ל"מ. ובזה א"ש בההיא דהאשה שנפלו דלא חש ר"י לקושית אביי מהא דנפלו לה נכסים משנתארסה כו' דהתם רבנן בעצמם אמרו דבדיעבד מהני ומש"כ הש"ך בישוב קושית השל"ג בדעת הרי"ף די"ל כיון דמדאורייתא הוי מכירה אף דמדרבנן אינה מכירה חייב כמו בטבת

בשבת. לכאורה י"ל דלא דמי דשם כיון דמדאורייתא הוי טביחה לא נפקע חיובו לענין דו"ה אבל לענין מכירה הא הפקר ב"ד הוי הפקר וכיון דרבנן אמרו דלאו מכירה היא אין כאן מכירה ואין לחייבו בדו"ה. אבל מצאתי בשמ"ק שם בשם הרמ"ה שדייק מזה בגנב ומכר וקבל דמים ולא משך כיון דמדאורייתא מעות קונות אע"ג דרבנן תקנו דלא ליקני הוי מכירה דמטביחה נשמע למכירה אלמא דל"ש וצ"ע. והנה הפמ"א מחלק דבמוכר ולוקח שהלוקח לא עשה איסור כלל לא אמרי' אעל"מ דרק המוכר עשה איסור במכירתו ולא קנסי' ללוקח. והמנ"ח. מסביר יותר דכל ענין שאמרו אעל"מ הוא רק מטעם קנס דעבר אמימרא דרחמנא. אבל הק' ע"ז מתוס' גיטין י"ב דהק' למ"ד אע"מ אמאי ל"ק העני והו"ל להק' גם למ"ד אעל"מ דבכה"ג מודה כיון דהעני לא חטא [ועל חילוק הש"ך דביכול לעשות בהיתר ל"א אעל"מ הק' האחרונים מכל האסורים שתשיב בש"ס תמורה דהיה יכול לעשותם בהיתר ואפ"ה אמרי' אכלו עיי' קצוה"ח ונתי'.] ולמש"כ הישועו"ק בתי' תו"מ והגרע"א בתשו' סי' קכ"ט דבדבר שצותה התורה בפירוש לא תעשה דבר זה בפרטות ועבר, ועשה ודאי ל"מ משא"כ במכירות כשעשה בצד איסור הרי לא צותה התורה בפרטות לא תמכור אלא באופן זה אלא שהאיסור כלול בין האיסורים וכיון שהיה יכול למכור בלא האיסור לא אמרי' אעל"מ. וכן י"ל כאן כיון דכתוב בפירוש לא תלקט לעני בלאו מפורש אף בלא עשה הלוקח איסור אעל"מ. וע"כ צ"ל כן להפמ"א כיון דבלאו פרטי הוא הוצאת רשות מה לי שהלוקח לא חטא. אלא דבעצם סברת, הפמ"א יש עוד לפקפק והפמ"א באמת לא כתב מטעם זה לחוד אלא משני הטעמים יתד דסו"ס יאמר הלוקח דכבר עשה האיסור וכבר עמד על דבריו הגרע"א בתשו' שם וגם הט"ז סותר משנתו דכאן מביא הך דכתובות ומחלק בין היכי דהיום גורם ושם באור"ח מחלק כחילוק הפמ"א. ובנוב"ת חקר אם בשוגג אמרי':

אעל"מ והפרמ"ג בשושנת העמקים כלל י"ט העיר מתוס' ב"מ קט"ו ע"ב ודחי משום דהוי זכיה בטעות. ולפי"ז י"ל דבכל המקחים שנעשים באיסור כמו בנשבע שלא למכור או מקח בריבית דמקחו קיים ה"ד במזיד אבל אם בשוגג שלא ידע איסור בזה או ששכח משבועתו הוי מעשה בטעות וחוזר כמ"ש תוס' ב"מ שם דהוי זכיה בטעות. ולאח"ז רב מצאתי שכתב כן בשו"ת בר"י חאהע"ז סי' צ'. ומש"כ הש"ך לדחות דברי השל"ג עיי' של"ג בשבת ר"פ שואל שהעיר בעצמו מזה:

סימן רט

סעיף א'. ויש להם אונאה. הב"י הק' מהא דמה שעיזי חולבות מכור לך. וכמה חילוקים נאמרו בזה. ומה שלא רצו הפוס' לפרש בש"ס במכור לי באלו דיש לו אונאה היינו על

דמי הספק זה גופא אם הוא שוה כשער שבשוק ליתן כ"כ בעד ספק כזה והספק גופא נישום וכן י"ל גבי דבר שאינו מסויים.

י"ל דלא מיקרי שער כלל דלא שכיחי זביני כה"ג שיהא בו דין אונאה וראיתי אח"כ במשפט שלום שהעיר מזה וציין לט"ז לעיל סי' ק"ט סעי' ג' כה"ג. והנה הט"ז כאן תירץ לקושית הב"י [והקדימו הד"מ ועיי' מלמ"ל.] ובסי' רכ"ז סעי' י"ט כתב דמ"ד אין אונאה באכסרה פליג ג"כ הכא. ול"י לדעתו מה שמדחה שם חילוק הסמ"ע שם ס"ק ל"ד דהא כונתו פשוטה כמ"ש הב"ח דבלא שכיח דינו כחליפין ובחפן מעות ל"ש ועירמה כיון דא"ל בכך וכך ל"ד לחליפין אפי' לר"א והלכך יש עליו אונאה. וגם צל"ע מש"כ הבאה"ג כאן לחלק דבחלב וגיזה אי אפשר לעמוד עליהם לא במדה ולא במשקל הוא מוכר אכסרה דאין בהם אונאה כדלק' סי' רכ"ז סעי' י"ט [כצ"ל ושם ט"ס] והנה אף שדעתו כהט"ז דדעת הרא"ש שמביא רמ"א שם חולק נמי על דינא דכאן הא לא כתב אלא דהוי ספק. וגם מה לו לדינא דשם הלא בחילוק זה לבדו די לחלק דשם כיון שהכל רואים שהוא דבר הסמוי מן העין ודאי גמרו בדעתם לקנות איך שיהיה ולמה לו לצרף לזה הך דסי' רכ"ז ומש"כ הבאה"ט בשם רש"ך בשותף שמכר קודם שחלקו עיי' לעיל סי' קנ"ד סעי' י"ז ובנתי' לק' סי' רי"א ס"ק ב':

סעיף ג. וכל החוזר בו כו'. הגר"א העיר מקורו מההיא דפוסק עמו כשער הגבוה דע"כ איירי דלא פסק כמה ליתן לו. וצ"ע דהא הראשונים שם פירשו דקאי אכולה מתני' ואף בפוסק על שער השוק שצריך להתנות בפירוש שיתן לו כשער הזול דהשתא או דלקמיה ועיי' תוי"ט במתני' שם ובפנ"י. ויותר י"ל מההיא דרב פפא שם ע"ד ע"ב ומובא ביור"ד סי' קע"ה סעי' ז' נתן לו מעות סתם ולא פסק עמו כשער הגבוה נותן לו כשער שהיו שוים בשעת נתינת המעות. והנה הט"ז הק' על השמטת המחבר דינא דש"ס ס"ג ע"ב. אולי י"ל כיון דש"ס שם אזלא דמלוה קונה למש"פ עיי' שמ"ק שם ולכן הרמב"ם מביא זה לטעמו דס"ל דמלוה קונה במטלטלין למש"פ והמחבר אינו ברור לו בזה עיי' לעיל סו' ר"ד לכך השמיטה ועיי' חוו"ד יור"ד סי' קע"ג: סעיף ד'. ויכול לחזור בו. משמע דאין בזה גם משום מחוסר אמנה וכשיטת הרא"ש בתשו' כלל ק"ב דמחוסר אמנה אינו אלא בדבר שישנו בעולם שאילו הקנה לו היה קונה קנין גמור יש בהם בדברים משום מחוסר אמנה. אבל בדבר דלא שייך בו קנין אין בו משום מחוסר אמנה. אבל בדבר שישנו בעולם אלא שאינו ברשותו נראה מדברי הרא"ש פ' המוכר אח הבית ע"א ומרשב"ם שם דהוי מחוסר אמנה. וצ"ל דדוקא באינו בעולם שאינו במציאות כלל להקנות אבל בישנו בעולם אלא שאינו ברשותו דאפשר למיזבן בשוק לכך יש בדברים משום מחוסר אמנה ועיי' שו"ח

פרי יצחק סי' נ' מש"כ בזה. ומש"כ בהגה אם חנטו כו' והעיר הגר"א מב"מ ס"ד האי מאן כו'. ולמש"כ שם בשמ"ק דלאו לענין קנין משתעי אלא לענין ריבית אין ראיה ועיי' חוו"ד מש"כ בזה. והנה הסמ"ע לק' סי' תכ"ה כתב דכ"ז שלא יצא לאויר העולם אין שם נפש עליו מדמשלם דמי ולדות ובנוב"ת חחו"מ סי' נ"ט נתוכח בזה עם הגר"י ברלין אם בידוע שכלו לו חדשיו נקרא נפש. ובשוש"י שם מברר דדעת הרמב"ם ותוס' דכלו לו חדשיו נקרא נפש וחייב ההורגו ולפי"ז לכאורה י"ל גם לענין קנין דבכל"ח הוי קנין דחשיב כילוד וי"ל בזה ובאתי רק לעורר ועיי' שו"ח חסד לאברהם סי' צ"ט ובשמ"ש מ"ת ח"ב סי' ק"א. ומש"כ הנתי' ס"ק ד' דרק בקנין כסף מהני חפיסה אבל לא בק"ס דכבר הדר סודר למריה ולא כתב ראיה לדבריו. ולכאורה בין לפרש"י ובין לפר"ת טעמם שייכי נמי גם בק"ס ועיי' ש"ך סוס"י קצ"א וצ"ע. ומש"כ ואם קדם כו' כתב הדרישה דל"ד אכל אלא אפי' הם בעין וכתב דכן משמע מכל הפוס' והנה כן כתב בש"מ בשם הר"י והביא ראיה לזה ע"ש. ובשו"ת עונג יו"ט סי' ל"ח ראיתי שכתב דדבר זה תליא לפי הפירושים דלהמפ' מטעם מחילה ע"כ צ"ל דוקא אכלם דבאיתא בעין ל"ש מחילה כלק' סי' רמ"א. ואין זה מוכרח לפמש"כ הקצוה"ח לעיל סי' פ"ח ס"ק י"ג דהשתיקה מורה שבדעתו ליתן לו בכ"א המועיל בחוב יהא לשון מחילה. ובדבר מסוים לשון מחנה ודוקא באמר בפירוש לשון מחילה בדבר מסוים לא מהני ע"ש. ומה שהכריח עוד מכאן ראיה להסוברים דאין קרקע נקנית באכילת פירות דלא כהרמב"ם דלדידיה אמאי הדרה ארעא היכי דשמיט ואכול הא כיון שאכל הפירות ליקני גם הקרקע. י"ל לפמ"ש השעמ"ש סי' קצ"ב מובא למעלה בפת"ש סוף הסימן שם. וה"נ הא הכא מיירי בקנין כסף כמ"ש הנתי' כאן:

סעיף ה' בהגה. מ"מ אם טרח כו'. ואם הלוקח יכול לחזור עיי' מש"כ בזה לק' סי' שע"ד. והנה הנתי' כתב דבתבואה ל"ש זה והמע"ג המובא בפח"ש לא כתב כן. והנראה דלאו כללא הוא דאם דרכו תמיד לסחור במין אחד מהתבואות ולא במין זה הנמכר והוא טרח וזבן דוקא מין זה י"ל שפיר דזבן כדי לקיים מקחו. וכן י"ל בזבן במכוון מדה הנמכרת שפיר נוטה דכדי לקיים מקחו ועיי' מלמ"ל פי"ב משכנים דבכ"ד אם לקח יותר מהנמכר ל"ש לומר כן:

ש"ך ס"ק י"ז משמע דבכל ענין כו'. לכאורה מרש"י ב"מ סוף ע"ד ע"א משמע דאינו במש"פ והראשונים דלא ס"ל כן עיי' קצוה"ח ע"כ דלא יפרשו שם כרש"י ובעיקר מחלוקת הסמ"ע והש"ך עיי' פת"ש אם י"ל קי"ל. ובשו"ת ב"ש חחו"מ סי' פ"ד מביא תשו' הרשב"א שמבואר דפוסק על שער שבשוק הוי עליו חיוב הגוף להעמיד לו ולא כהש"ך. והנתי' כאן סותר משנתו דכאן פסק כהש"ך ובח"ד יור"ד סי' קס"ח ס"ק ל"ח ועוד בסי'

קע"ג ס"ק י"ב שם כתב דהוי עליו חיוב הגוף וכן דעת המחנ"א הל' דשלבל"ע סי' ג'. ועיי' מה שביאר בזה הישועי"ק יור"ד סי' קס"ג ובתשו' שבריש סי' קנ"ט: סעיף ז'. כך אינו משייר כו'. הקצוה"ח הק' מב"ק ע"ח ע"ש. ולכאורה הא לא גרע מחוץ ממלאכתה דהוי דשלבל"ע ואפ"ה הוי שיור ולא"ד ודאי ל"ק בלא"ה כיון דניח"ל דמצד שניתר עמו בשחיטה הוי שיור אף דהוי כגוף אחר הא לא יגרע בזה מצד דשלבל"ע כיון דסו"ס ניתר עמו בשחיטה. אלא דהא צריך לשייר בגוף הפרה לעוברה ובזה לא מהני לענין דו"ה כדאמרי שם. ומש"כ עוד בדברי התה"ד וחידש דאזלינן בחר עיקר המכירה. כ"כ הא"ז להדיא מובא בהג' אשרי ב"מ פ"ד ואף שדבריו שם קשים להבינם והאריכו המפ' בהם עיי' מחנ"א הל' דשלבל"ע ובשעהמ"ל פ"ב מגניבה:

סמ"ע ס"ק כ"ד. עיי' פרישה כו'. דבריו צע"ג דאין ראיה מלשון הר"ן וכ"כ הרמב"ן מלבד דלא מסתברא כן:

סימן רי

סמ"ע סוס"ק א'. ונלע"ד דה"ה כו'. אף דכאן היה מתחילתו ביד הזוכה ע"כ דס"ל כדעת האחרונים דדוקא תפס מהני ולא בהיה בידו תחילה וכן דעת המהר"ם לובלין בתשו' מביאו בש"ך לעיל סי' ס"ו ס"ק ק"כ. ומש"כ המחבר ואם היה בנו קנה. ראיתי בשמו"ש מ"ק סי' מ"ו שכתב דה"ה שאין כאן רק בן אחד אבל בן בין הבנים בודאי ל"ש הטעמים דגמר ומקני דגם זה בן ומה ניקל היה בזה לתרץ כל קושיות האחרונים שהק' בדין זה מובא בשעהמ"ל פכ"ב ממכירה וע"כ דדעתם שלא לחלק והאמת כדבריהם דמש"ס ב"ב קמ"א משמע בהדיא דלא כדבריו דהא מיירי שם ביש לו עוד בנים מדמסיים בטומטום ואם אין לו אלא זה יורש הכל משמע דמקודם מיירי שיש לו. אף דכסברתו כתבו המפ' לחלק לדעת הרמב"ם דאינו מתחייב בדשא"ק וחידשו המפ' דאב לגבי בנו מתחייב: ככאן. וכתבו דה"ד שאין הפסד מזה לבנים אחרים אבל אם עי"ז יעשה הפסד להם אין לומר בזה דעתו קרובה אצל בנו דגם האחר הוא בנו ודעתו קרובה אליו ויש לדון לנד"ד כה"ג. וצל"ע בבנו מאמבטי [עיי' חמ"ח אהע"ז סי' א' ס"ק ח' ובמלמ"ל פט"ו מאישות ובטו"א חגיגה י"ד] אי שייך בו קריבות דעת. ומש"כ בהגה וב"ב כאחר דמי השיג עליו השבו"י מובא בפת"ש ומש"כ משום ספיקא דדינא לא הועיל ליישב בזה שהרמ"א סותר למש"פ לק' סי' רנ"ז כהתה"ד. ובאמת הש"ך עצמו לק' עמד בזה וכתב וי"ל ומצאתי ביד רמה לב"ב שהמגיה ביאר כונתו לחלק דשם איירי כשב"ב איתא בעולם אז י"ל דדעתו קריבה אצלו והכא במזכה לעובר דליתא בעולם סתם כדעת הרא"ש דכאחר דמי. אולם בשו"ת ב"ש מובא לשון הזוה"ק להדיא כהתה"ד וז"ל פ' ויחי ת"ח ברכתא דבריך לבני

יוסף אמאי אקדים לון ברכאן עד לא מברך לבנו אלא מכאן דחביבותא דבני בנוי חביב עליה דב"נ יתר מבנו כו'. וז"ל המ"ר מובא ברש"י חומש פ' וירא ע"פ אם תשקר לי ולניני ולנכדי עד כאן רחמי אב על בן ועיי' פת"ש לק' סי' רמ"ז. ובעיקר חילוק הדיעות שבמחבר נראה טעמם דהדיעה הא' שאם היה בנו קנה ס"ל דהחסרון הוא מצד המקנה וכ"כ ברא"ש יבמות ד' ס"ז ע"ש. ודעת הי"א דדוקא בשכ"מ דהחסרון, מצד הקונה כמ"ש הנמוק"י ב"ב ק"מ במתני' ונ"מ מזה עוד לכאורה אם מקנה לעובר והיה ילוד והמקנה לא ידע מזה שנולד דלהדיעה הא' לא קנה. ומש"כ הש"ך ס"ק ב' להוכיח כדעת הריטב"א והנמוק"י הק' עליו הגרע"א בתשו' מתוס' גיטין י"ד מובא בפת"ש, מצאתי בתוס' חד מקמאי הנדפס על הגליון ביבמות ס"ז מחלוקת הראשונים בזה. ולענין בתו בנד"ד הנה הנמוק"י שם במתני' כתב דבתו כבנו וכן הוכיח הרמ"ה שם ועיי' לק' סי' רמ"ז: סוס"י בהגה. המקנה כו'. דברי ההגה צע"ג דבגוף תשו' הרשב"א מבאר דאיירי במזכה ע"י אחר ולא גרע מנתן ליד הגבאי על ס"ת וכיו"ב. אבל שיקנה בק"ס למת אין ראיה דיש קנין למת ועיי' מחנ"א הל' זכיה סי' ל"א ובאב"מ אהע"ז סי' ל"ח ס"ק ו':

סימן ריא

סמ"ע ס"ק ו'. וזה יכול למכור כו'.

בב"י מביא דעת הרמב"ן והר"ן דדוקא כדי חייו תקינו רבנן כדעת הגאונים. וצל"ע דבש"מ מובא דברי הרמב"ן ודעתו נוטה יותר לומר דל"ד בכי חייו והביא דיעות החולקים על הגאון. ויותר תמוה הוא דאחר שהביא דברי הגאון כתב וז"ל אמר המחבר ונראה דה"ה בפעוטות אין מוכרין אלא כדי חיי יום אם אפשר. ופלא דהא כן כתב הגאון מובא לשונו בשמ"ק ולא הו"ל לחדש כן מדעתו. והנה לפמש"כ רש"י דלא סמכה דעת הלוקח משום שמא ימכור אביו הנכסים ולא ירש כלום א"כ במה שאירש מאבא היום וכדמוקי לה בהיה אביו גוסס א"צ לתקנה משום כדי חייו דבלא"ה סמכה דעת הלוקח שלא ימכור דהא דעת רש"י דגוסס לאו בר מכירה הוא עיי' לק' סי' ר"נ סעי' ו' באחרונים. וצ"ל דלא סמכא דעת הלוקח שמא יעמוד מחוליו אף שרוב גוססין למיתה או שמא לא ימות היום וכמ"ש בתשו' הגאונים דאם לא מת היום בטל המקח מובא במלמ"ל פכ"ב ממכירה. ולדברי תשו' הגאון א"ש הך דסעי' ג' שהק' ע"ז הב"ח ופרישה כיון דתקנת חכמים הוא דמכירתו מכירה ולצורך אבי אביו נמכר והיאך יוציאנו. וא"ש כיון דלא מת היום בטל המקח. והנה בדעת ר"ת המובא בהגה כתב הש"ך בכונת לשון הרא"ש כתובות דבא להוציא שדה זו לכשאקחנה והק"נ ברא"ש שם לא ראה דברי הש"ך] והיינו דבעינן תרויהו בירר ופירש וגם ירושה ממילא. ובזה י"ל קושית הפנ"י שהק' לר"ת ממקדש אשה

לאחר שימות בעלך דהא הוי כשדה זו שאירש מאבא ולק"מ דדוקא בירושה דממילא קא אתיא ובקדושין שמא לא תתרצה שו"ר בנתי' מזה. וי"ל עוד בלשון הרא"ש דבא לאפוקי במכר סתם שדה זו ולא אמר מה שאירש מאבא דלא הוי מכר אף לר"ת כמ"ש הרש"ך מובא במלמ"ל שם ובקהל"י לב"א אות תל"ה:

סעיף ז' פקדון ביד אחר כו'. עיי' קצוה"ח מש"כ על הרש"ל מתוס' ונמוק"י פ' הספינה וכ"כ הרא"ש אבל מרשב"ם דפירש מטעם שואל משמע כרש"ל וע"ש בהג' אשרי וצ"ע ומש"כ בדברי השו"ע אור"ח סי' רמ"ו. הנה כפי הבנת הט"ז שם משמע דגם ביום השבת היא שאולה ואח"כ מצאתי להפרמ"ג שם שעמד בזה ודחהו. ואולי י"ל דעכו"ם שאינו בדיני שמירה ל"ת שאולה שלו. וצ"ע בכל שואל שהתנה בפטור אונסין. והנה בשוש"י מתרץ בזה כל עיקר דברי הרש"ל שהוא לא כתב אלא שא"י להקדישה במשך ימי שאלתה ולהפקיע מזה אבל מודה דיכול להקדישה לאחר שיכלה ימי השאלה ואין ראיה מהתוס' להיפוך. ובאמת כתב כן הרש"ל עצמו שם בפירוש ומביא שם דברי התוס' ב"ב. ומש"כ בשוש"י לתרץ קושית הש"ך יור"ד בסתירת דברי הרמ"א דבסי' רנ"ח הביא דעת הי"א שאפי' המותר א"י להקדישו ובסי' רכ"א כתב דיכול להקדיש. די"ל דבסי' רנ"ח דקאי אמטלטלין מדנקט לשון משכון וכן הביא דעת הי"א דא"י להקדיש המותר משא"כ בסי' רכ"ה דמיירי בקרקע שפיר סתם דיכול להקדיש המותר. חילוק זה לא ניתן לחלק דהא בספ"ק דע"ז פריך משכירות קרקע אשכירות בהמה ומשמע דל"ש לחלק בזה.

ונראה שבנקוה"כ שם רמז לדברי רש"ל ודחהו וצדקו דבריו שהק' ביור"ד ועיי' שו"ח עולת יצחק סי' ל"ד ולמש"כ נדחו דבריו שם. ומש"כ עוד הקצוה"ח במחלוקת הבעה"מ והרמב"ן והק' על הרמב"ן מב"מ ז' ופירש להרמב"ן פירוש אחר הנה בש"מ שם מביא פירוש הרמב"ן בסוגיא שם ומבואר מדבריו שם דהאיבעיא הוא לענין אי הוי הודאה רק שזה בזה תליא אי אמרי' שיכול להקדיש אף שא"ב שפיר הוי הודאה דהוי כתקפה כיון שההקדש חל אבל אי א"י להקדיש כיון שא"ב לא הוי הודאה ממילא דלא הוי כתקפה ופשיט ליה דא"י להקדיש משום שא"ב וממילא לפי"ז לא הוי הודאה. ובאמת צ"ל טעם הרמב"ן דמה"ת לא יוכל להקדיש עתה כשרוצה ליתן לו מה לי אם בא מתחילה בהלואה או פקדון בידו, וע"כ צ"ל כיון דתחילתו בא בגזל בידו לא הוי הודאה גמורה דעלול הוא לחזור מהודאתו ולעכבו כמו בתחילה משא"כ במלוה. ולפי"ז י"ל היכא דתחילתו בא בטענה ומעכבו בשביל שנדמה לו שלו הוא וכשהודה ראיה דנתברר לו של חבירו הוא שוב לא יעכב ושם בב"מ דתחילתו בטענה בא וכשהודה לו אח"כ הוי הודאתו הודאה גמורה ומה שהק' בס' חב"י על הרמב"ן דהא ל"ג מאודיתא ויקנה מטעם אודיתא עיי'

קצוה"ח סי' קצ"ה שעמד בזה והעלה מזה דחוב ע"פ אינו נקנה באודיתא. ומה שהק' הקצוה"ח על הרמב"ן שכתב דמלוה הוי דשלבל"ע דמש"ס ל"מ כן. יותר הו"ל להק' דרב בעל המימרא דקדושין שם המקדש במלוה א"מ איהו גופיה ס"ל ביבמות צ"ג אדם מקנה דשלב"ל. וי"ל דהרמב"ן לישנא בעלמא נקט דלהוצאה ניתנה שאמרו בש"ס הוא דשלבל"ע ועיי' אב"מ מזה. ומש"כ בסמ"ע ס"ק ט"ו דאל"כ כו'. עיי' מש"כ בפרישה סוס"י נ"ד דלא כמש"כ כאן וצ"ע:

סימן ריב

סעיף א'.

לפיכך המקנה לחבירו כו'. והק' בס' חב"י מב"ב קמ"ט יהנה בהם מאי מי אמרי' דלתהני מידי בעלמא כו' אבל אי פשיטא ליה דכונתו במתנה ודאי מהני ומה בין לשון יהנה או יאכל. ולא ראה בנמוק"י שם בשם הראב"ד ומובא בב"י סי' רנ"ג דמיירי דאמר נכסי לפלוני שיהנה בהם. ולשון הה"מ מובא בב"י צ"ע שכתב דאפי' באומר כו' דמאי אפילו דהא בלא אמר כן ודאי לא מהני רק מטעם תיקו ולדעת הטור מהני תפיסה בתיקו ובלא אמר לא מהני מודאי:

סעיף ד'. ובסוף תחזור לבעליה. הנה דעת הרא"ה מובא בחי' הר"ן גיטין פ"ג שהנותן קרקע לחבירו גוף ופירות יום אחד שזכה מקבל בקרקע לעולם. והר"ן נדרים כ"ט כתב להיפוך דבאמר שדי נתונה לך עד שאעלה לירושלים כיון שעלה פקע זכותו. וגם הוא נגד דברי הרמב"ם דכאן ועיי' אב"מ סי' כ"ח ס"ק נ"ג מש"כ בדברי הרא"ה. ועיי' בשו"ת ב"ש חחו"מ סי' י"ד שכתב דלטעם הא"מ י"ל דבמכירת חזקה אף הרמב"ם והר"ן מודו כיון דפסקה רשות המוכר שוב אינה חוזרת:

סעיף ז'. ה"ז חייב לקיים דברו כו'. עיי' באה"ג הראיה מיעקב. ונ"ל לתרץ לדעת החולקים די"ל כיון דהבוי"ת הבטיחו על הפרנסה כמ"ש במ"ר ע"פ כי לא אעזבך וא"כ לא גרע מישראל שאמר לבן לוי כור מעשר לך בידי דרשאי לעשותו תרו"מ על מק"א. שו"ר לאח"ז בח"ס שהעיר קצת מזה ומובא בפת"ש. אמנם במ"ר יש מחלוקת בזה אימת נדר יעקב חד אמר מסורסת אותה: פרשה שנדר זה היה קודם ההבטחה וחד אמר שהנדר היה אחר ההבטחה. ובזה י"ל מה שהק' האחרונים על האגודה פ"ד דנדרים שכתב בשם י"מ הנודר אפי' בעת צרה הוי רשע. דקשה מנדר יעקב דאמרו רז"ל ע"ז דמצוה לנדור בעת צרה ועיי' הג' ברכי יוסף יור"ד סי' ר"ג. דהנה הישועי"ק אור"ח סי' תקס"ב ביאר מחלוקת שבמ"ר הנ"ל דלמ"ד דהנדר הוי אחר ההבטחה לא הוי בעת צרה שהרי כבר הבטיחו ה' וא"כ הנדר הוי אסמכתא ומותר לנדור בכזה שאף אם לא יקיימו לא יהיה

עליו חטא משא"כ אי נימא דהנדר הוי קודם ההבטחה לא הוי אסמכתא וא"כ כשלא קיימו עובר עליו ואינו רשאי לידור וע"כ אמרו דבעת צרה מותר. וא"כ לק"מ מנדר יעקב למ"ד דהוי אחר ההבטחה דבכה"ג באסמכתא מותר לנדור. וחותני זצ"ל תירץ למש"כ הריב"ש מובא בקצוה"ח לק' סי' רע"ח דקודם מ"ת קונה דשלבל"ע ואין ראיה מיעקב. והסבר דברי הריב"ש ראיתי בשומ"ש מ"ק ח"ב דקנין סיטומתא מהני אף לדשלבל"ע ורק קנין תורה ל"מ דשלבל"ע וקודם מ"ת היה רק מנהג סוחרים ושפיר מהני עוד י"ל עפ"י מש"כ הרמב"ן בס' המצות דלב"נ נאמרו המצות בכללם ולישראל נאמרו בפרטות ודשלבל"ע הוא פרט בדיני הקנינים דל"מ ולא נאמר לב"נ. וראיתי מובא מספרי חוקי הרומיים דאצלם קנין חל על דשלבל"ע וא"ש יותר דלדידן ניתנה תורה ונתחדשו קנינים. ועוד י"ל הראיה מיעקב עפ"י מש"כ הג"מ בהגה לעיל סי' ר"ט סעי' ח' דאם רוצה לקנות מקני ג"כ ועיי' בילקוט שהיה כעין תנאי ובח"ס סי' ק"י הק' דילמא העניש ה' על נדרו והאבן הזאת כו' דהוי בידו. ואם כי מפשטיות הכתובים משמע כן אבל במ"ת מבואר דהענישו בדינה על עיכוב מעשרותיו. והרשב"א בחי' נדרים ט' כתב דנדר יעקב לא הוי נדר ממש אלא דרך נדבה והודאה וא"ש יותר. אבל דברי הרשב"א צע"ג דל"מ כן. ומש"כ הקצוה"ח להק' להרא"ש ממתני' דפאה. י"ל דהרא"ש יפרש כהריטב"א דלר"א בתרויהו פליגי בעשיר לעני ובעני לעני ולכך נקט יתננה לעני משום חלוקא דעשיר לעני. ומש"כ הש"ך כאן ונ"מ שאם נשאל על נדרו אף שגם בהקדש מהני שאלה נ"מ לענין פתח דבעינן בהקדש ואינו ניתר בשאלה עיי' תשו' רע"א סי' קמ"ד. ואולי ס"ל להש"ך דבקרקע הואיל דלא מחוסר גובינא כל היכא דאיתא ברשות הקדש קיימא והוי כאילו בא ליד גזבר דל"מ שאלה וכמ"ש בשו"ת אוריין תליתאי סי' קנ"ז. ולכאורה נ"מ בפשיטות דעדיין אין בו מעילה כ"ז שלא הקדיש. גם נ"מ לענין בע"ח עיי' סוס"י קי"ז. והנה בשו"ת צמח מנחם סי' י"ב הק' על הרמב"ם מעירכין כ' דפריך והא אין אדם מקדיש דשלבל"ע כו' הא מני ר"מ כו' ולהרמב"ם הא י"ל דאתיא ככו"ע והוא חייב מטעם נדר.

וזה לק"מ דמ"מ איך קתני וחייב באחריות דמיו כיון דלא חל עדיין ההקדש רק שמחויב להקדיש מחמת הנדר א"כ כשנאבדו דמיו קודם שהקדיש והוא לא נדר רק אותו דמיו של אותו השור אמאי חייב באחריות. אלא דיקשה להרמב"ם משם גבי בית דמוקי נמי שאמר כשיבואו דמיו יקדשו וקפריך נמי והא אין אדם מקדיש דשלבל"ע. ומזה קשה באמת להרמב"ם דמאי פריך כיון דמחויב מטעם נדר משו"ה קתני שפיר מעלה שכר להקדש. וחותני זצ"ל תירץ דהקושיא היא מדקתני הדר בו מעלה שכר להקדש וכיון דא"א מקדיש דשלבל"ע רק שמחויב מטעם נדר מ"מ השוכר צריך לשלם להמשכיר והוא

מחויב לשלם אח"כ להקדש מחמת הנדר ומדקתני הדר בו מעלה שכר להקדש משמע דהבית הוא של הקדש ופריך שפיר והנה ראיתי ביד מלאכי בחידושי דינים דבכתיבה לא אמרי' אמרל"ג כמסירה להדיוט דהתורה אמרה ככל היוצא מפיו יעשה ומובא גם בנחלת שבעה סי' פ"א וכתב דהמוחזק יכול לומר קי"ל אף שיש לפקפק עליו. ולטעמו לא ירדתי דהא בכל התורה כתיבה כדיבור ותשו' מהר"ם גלאנטי אין בידי. ואולי כונתו למש"כ המבי"ט סי' צ"ט דאף דאמל"ג כמסירתו להדיוט מ"מ באמירה שכתב להקדש גלי דעתו שרוצה שיקנה ההקדש בכתיבה דוקא וצ"ע. ובזה ראיתי בשו"ת עונג יו"ט סי' פ"ז שחידש דבנדר אין אחד יכול לפטור לחבירו ועפי"ז כתב לתרץ סברת הפוס' דנודר ומת אין בניו צריכים לקיימו מטעם דשיעבוד נכסים הוא מטעם ערבות ול"ש ערבות אלא היכא דאם הערב ישלם בעד הלוה יפטר הלוה וכן נכסיו של אדם ערבין שיוכל המלוה לגבות מהם וחל עליהם חיוב מה"ת בתורת ערבות אבל דבר שהוא מתחייב והוא צריך לשלם בעצמו ואין אדם אחר יכול לפוטרו מן החוב אם ישלם ל"ש בזה ערבות וא"כ אין כאן שיעבוד נכסים להכי בנודר ליתן לעני שאין אחר יכול לפוטרו מחיוב זה וחל החיוב על עצמו של נודר לקיים נדרו לא חל תורת ערבות על הנכסים. וכתב עוד לחדש דהא דאם מביא עולה לשלמים חטאת ואשם מנכסיו על חבירו בקרבנות שחייבתו תורה מיירי ולא בקרבנות שנדר. והוא תמוה מאוד דא"כ ל"ל לאיפלוגי במתני' ערכין כ' בין ערכין לנדרים באומר דמי עלי ליפלוג מיניה ובו באומר ערכי רק אמר לשון אתן, ועוד מפורש ברש"י זבחים ו' ע"א ד"ה המקדיש דאף בנדר יכול להקריב עבור חבירו. והרמב"ם פ"א מתמורה מפרש לה בקרבן נזיר אבל מרש"י מוכח ההיפוך. וכ"מ מסתימת לשון הרמב"ם פ"א ממחוס"כ דקחשיב תחילה כל הקרבנות נדר ונדבה ופסק דהכל צריכין דעת ולא מפליג וכן סתימת הש"ס נדרים ל"ה הכל צריכין דעת ולא מפליג. והנה בחי' רע"א יור"ד סי' ר"ד השיג על הש"ך שם שכתב בשם הב"ח באחד שנדר לתת מעשר מן הריוח הבא מחובו ואח"כ מטה ידו ונתחרט נראה שיכול לחזור משום דהריוח לא בא לעולם. דהא מבואר כאן דבאתננו לכו"ע חייב לקיים דבריו מטעם נדר וא"כ הכא דנדר ליתן מן הריוח א"י לחזור. ותמוה שלא ראה בט"ז שם סי' רט"ו ס"ק ד' שהביא תשו' זאת והשיג עליה מטעם זה ועיי' ש"ך שם סי' רנ"ח ס"ק ט"ו שלא כתב כן וצ"ע. שוב לאח"ז ראיתי בפרשת דרכים דרוש ג' מחלוקת בעונש יעקב אם על והאבן הזאת אם על עיכוב המעשרות וע"ש מש"כ בדין ב"נ אי מוזהר על בל יחל וי"ל לנד"ד:

סימן ריג

סמ"ע ס"ק א'. ובפרישה כתבתי כו'. שם מבואר כונתו דאל"כ למה תלה הפירות בכורת ובשובך הרי לא מהן יוצאים והול"ל פירות יונים או פירות דבורים וכן הוא כונתו כאן. ותמוה מה שהק' הט"ז עליו מפרשב"ם דמשמעו שהבין כונתו לחלק בין אמר שיולדו או לא וליתא כמש"כ. ומש"כ הט"ז ליישב בתירוץ הב' כ"כ הרמ"ה בפרושו. והנמוק"י מפרש בפשוט דאיירי באינם רוצים בחזרת המקח. ומש"כ הב"ח לפרש עפ"י התוספתא המובא ברא"ש ומיירי במכר לו כל פירות השובך והכוורת. א"כ קשה מ"ש המחבר לק' סי' ר"כ סעי' י"ח י"א כו' כיון דדעת הרמב"ם והרא"ש הוא. וצ"ל דלטעמו אזיל דכאן בב"י לא ניח"ל לפרש כן:

סעיף ב'. לא קנה אותם כו'. וכתב המעיי"ח ב"מ ק"ב אע"ג דחצר דגניבה קני אף דהוי באיסורא י"ל דשם רוצה ליטול של חבירו בע"כ קאי ברשותו אבל זה מסתמא לא ניח"ל דליקני. ומשמע דמדעתו קנה ליה חצירו. אבל הריטב"א שם ר"ל כן ומסיק דאף מדעתו אינו קונה כיון דהוא איסור ובגניבה הוא גזה"כ. ואולי יש לכוין בזה לשון הרמב"ם פי"ג מהל' שחיטה הל' י"ח וז"ל ולא קנה לו חצירו כשם שאינו יכול לזכות בהם לאחרים כך לא תזכה לו חצירו בהן. ועמדו הכ"מ והלח"מ מאי לאחרים דקאמר. וי"ל להורות כשם שלאחרים ל"מ אף בדעתו כך חצירו לא זכי ליה אף מדעתו ועיי' נו"ב חאעה"ז סי' פ"ב:

סימן ריד

סעיף א' בהגה. אפי' אינו פתוח לתוכו. צע"ג דבטור כתב אפי' פחוחים למקום ומשמע דאינו פתוח כלל לא וכ"כ הב"ח ומש"כ לדייק כן ממ"ש הרמ"ה בעלייה כן לפנינו ביד רמה כתב כן בפירוש לענין יציע. ומש"כ המחבר וכן העלייה כו'. הוא כר"י עיי' באה"ג. והנה הרי"ף ורא"ש כתבו דסוגיין כותיה אזלה וכתב פ"ח ברא"ש משום דתני' ר"י ודחו דל"מ כן. אבל ביד רמה מפרש להדיא כן דש"מ דהני יציעין אחורי קירות הבית מבחוץ הוא דעבידן. וצ"ע דלפי"ז הוא רק לפירוש הרי"ף ורא"ש. אבל לרשב"ם דאידי ואידי אחורי הבית הם אין ראיה. ומש"כ בהגה אבל מי שהודה כו' כתב בערוך השולחן דבהודאה בשטר אף שמודה שכבר מכר או נתן מ"מ כיון שכותב עתה שטר הודאה צריך לפרוט. וליתא דהא הכא מיירי בכותב שטר: סעיף ב'. וצריך המוכר כו'. וכתב הג' רש"ש דדוקא דרך רחב אין לו אבל שביל קצר יש לו ולפי"ז גם באחין שחלקו נמי י"ל כן וצ"ע. ומש"כ וכן המוכר כו' כו' עיי':

שו"ת עין יצחק חלק ב' שנשאל אי צריך ליתן לו דרך ישרה וקרובה או סגי אף בעקלתון ורחוקה והעלה בראיות דדוקא ישרה וקרובה:

סעיף י"א בהגה. וי"א דחיבור ביתידות כו'. עיי' סמ"ע ואולי כונת הרמ"א דהמחבר דהשמיט לגמרי דין דמחובר ביתדות משמע דמטעם ודאי ל"ק לכן הוסיף הרמ"א דמטעם ספק הוא ונ"מ לתפיסה וכ"כ הרמ"ה דאי ברשות הלוקח הוא קנה. ועיי' בשו"ת דב"מ ת"ה סי' קל"א שחידש דחילוק בין מחוברים בטיט ללא. הוא דוקא בכותל אבנים ולא בכותל בנין אבל ל"מ כן משו"ת ש"צ המובא בפ"ת כאן:

סעיף י"ב. אני נותן לך. ברמב"ם וטור איתא מוכר וכן בש"ס. ולכאורה בנותן י"ל בעין יפה נותן כמו במקדיש. אבל באמת ה"ה בנותן כמ"ש הרשב"א מובא בב"י אהע"ז סי' צ"ג ע"ש:

סעיף י"ג. ובית חתנות לבנו. ובש"ס מילתא אגב אורחיה קמ"ל דלאו דרכא דחתנא למידר ביה תמוה. והנה הר"י בעליות בש"מ כתב דמיירי כגון שעושה אותו אצל ביתו שידור וישתמש תתנו בביתו אלא שיהא לו חדר מיוחד בבית חמיו ואותו חדר המיוחד נקרא בית חתנות ומתוך שמשתמש בבית חמיו די לו בחדר קטן. והנה אף שדבריו צ"ע שבגמ' לא מיירי בחתן בבית חמיו עכ"ז נראה דעתו להלכה דאם יש לתתן חדר מיוחד שרי לדור בבית חמיו ואין בו משום פריצותא וכן כתב הראב"ד פכ"א מא"ב הל' ט"ו. ומש"כ הה"מ שם דאין לזה הכרת בש"ס נראה דהרמב"ם הכריח כן מש"ס קדושין י"ב ע"ב ועל חתנא דדייר בי חמוה ולפרש"י דהטעם משום חשד חמותו הול"ל תמותו דהא לפרש"י אם אין לו תמות מותר וכן הק' שם בתוס' ר"י הזקן לפרש"י. וע"כ פירש הרמב"ם דהאיסור הוא משום פריצותא דתמוה ושפיר כתב הראב"ד לדידיה. ומש"כ הה"מ ואפשר שעל סמך סברא זו נהגו רבים כן צ"ע מ"ט לא הזכיר מסברת התוס' קדושין שם שכתבו שני טעמים. עוד י"ל שהעולם סומכים על המפ' המובא שם בתוס' ר"י הזקן דמפרשי בחתן מן הארוסין מיירי הדר בבית חמיו משום פריצותא והיינו פריצות עם ארוסתו והפוס' החמירו בזה: סמ"ע ס"ק מ"ט. ול"י למה השמיטו בשו"ע. סמך על מש"פ בסי' תכ"ז לענין מעקה וביור"ד סי' רפ"ו במזוזה. ובלא"ה רבו החילוקים בזה בין הראשונים עיי' שמ"ק:

סימן רטו

סעיף א'. ובתים שיש בהם החול. מלשון הרמב"ם משמע להדיא דאינו מפרש כפי' ר"ח עיי' ב"י בשם רשב"ם אלא כהרמ"ה דכ"מ שהקרקע חול נקרא חולסית וכשנעשה בית הרי הוא להקר בו ולהניח בו אוכלין משקין ותשמישי החצר הם לפיכך נמכרות עמה ותמהני שהב"י לא העיר מזה וכתב פר"ת על פרשב"ם:

סמ"ע ס"ק כ"א. פירוש ואפי' כו'. כתב הרשב"ם אפי' כסף וזהב נמי. ולטעם הנמוק"י שכתב דאין דרך מוכר עיר לגור בעיר אחרת ליטול עמו מטלטלי מפני הוצאת הדרך אין

זה שייך לומר אלא בחיטי ושערי ולא בכספא ודהבא. ואולי לכן השמיטו זה המחבר ורמ"א. אלא דטעם הנ"י א"מ דמאי אפי' בהמה ועבדים יותר משאר מטלטלין:

סעיף ה'. מכר את האבנים. בתוס' דתו פי' רמב"ם דמונחים עתה על העומרים דכיון דהעומרים גופה א"מ למה צריכין עליהו. והרמ"ה פירש דהאבנים היו מניחים על ענפי אילן שלא יהו משירין פירותיהם מפני הרוח. וסברת תוס' צ"ע דכי מפני שהעומרים גופה א"מ לא ליזדבני עי"ז האבנים המונחים עליהם דהא שייכים לקרקע דהא לפי' רשב"ם אף דלא מחתי מעולם עליהם מכורים כיון דהם בתוך השדה ונהי דסברי דבזה א"מ כיון דלא מחתי עליהם מעולם אבל במחתי עליהם פעם אחת ועתה הם בתוך השדה הוי מכירה והנחתם ע"ג העומרים לא גרע מאלו לא מנחי כלל אעומרים רק בתוך השדה. וצ"ע. ומש"כ בהגה אפי' העומדים על המיצר. עיי' ב"ת שתמה על השמטת הרי"ף ורמב"ם וכתב שאולי פירשו לענין גוף המיצר שהוא מה"ת ולא לענין הדקלים שבתוכו, הנה כן פירש הרמ"ה וכן פירש הרגמאה"ג ובודאי פירש הרמב"ם נמי כן:

סימן רטז

סמ"ע ס"ק ב'. גם י"ל דב"ד כו' המע"ה כו'. כן כתב הר"ן בש"מ והוכיח כן מהא דמודה ר"ע בזמן שא"ל חוץ מאלו שא"צ ליקח לו דרך ונימא לשופרא דשטרא אמר כן אלא כי אמרי' לשופרא דשטרא הוא ה"מ גבי לוקח לפי שהוא חושש לבי דינא דלא גמירי וכשיסתפקו בדבר יעמידו בחזקת מוכר. אבל מוכר שהוא מוחזק לא חייש לב"ד טועין כ"כ שיוציאו מחזקתו שלא כדין.

ולמש"כ תוס' כאן דל"ש שופרא דשטרא אלא כשכותב בשטר אין ראיה משם. אלא דבאמת כתב הרשב"א שם דאין ליתן גבול למה שאמרו שופרא דשטרא הוא ובמקום שאמרו אמרו ובמקום שלא אמרו אין בידינו לדון בדמיונות. ועיי' רשב"ם ע' ע"א ד"ה, חוץ משמע קצת דלא כהר"ן וסמ"ע:

סעיף ג' בהגה. וכל אילן הנושא קב פירות כו'. וכתב הסמ"ע דקאי גם אדיעה הא' וכ"מ בטור. הנה הטור לא כתב כן אלא לפי' רשב"ם ול"י הייתי אומר דקאי רק על דיעה הב' שהוא דעת רשב"ם אבל הרמב"ם שהוא לשון המחבר שכתב אם דקל טוב ומשובח הוא ופירש הר"י מגש מובא בהה"מ דממין הטובים י"ל דלא תלי בטעין קב פירא אלא במין היותר משובח שבשדה. אבל הרשב"ם שכתב דל"ד טובים אלא בינונים דרצונו ליהנות מפירותיה לכך תלי לה בטעון קב פירא. ולהרמב"ם לא תליא משום דרצונו בפירותיה אלא כמ"ש הב"י בשם הר"ן דעבידי אינשי דשיירי דקל טוב לעצמו ועיי' שמ"ק: סעיף ד' בהגה. מיהו אם כולם דקין כו'. ואם שייר אילני והיו בה דקלים שעולים להם בחבל

ואילני שהעול כובשן חקר המלמ"ל בזה ודעתו דאילני שייר אף שהם קטנים. ול"ד לסעי' ו' שי"א דאילנות כאלו אין להם קרקע דלענין קרקע שאני ועיי' רש"י פסחים נ"ג ע"א ד"ה למו"מ והפוס' השמיטו:

סמ"ע ס"ק י"ח. בטור כתב כו' וא"כ ק"ק כו'. היה לו להק' על השמטת המחבר בעית הש"ס בארז. וע"כ כמ"ש הב"ח דדעת הרמב"ם שכתב דאפי' ג' אילנות קטנים קנה האילנות שביניהם מוכרת לשיטת התוס' ע"ב משום דארז אילן סרק ועומד לקוץ לא תשיב ולא היה צריך לכתוב עוד דין ארז. והמחבר כתב לשון הרמב"ם וא"כ אפי' גדולים שביניהם אילני סרק קנה וגם לזה השמיט ארז ולהטור צ"ל מה שהשמיט ארז אף שפסק כר"י דדוקא גדולים וע"כ משום דארז חשוב והו"ל לכתוב כן וכן הק' הב"ח. וע"כ צ"ל כמ"ש בדרישה דארז מיירי ג"כ בקטן אלא משום שהוא מין אתר קמיבעי ליה וזה נכלל במש"כ הטור וקונה כל אילנות קטנות שביניהם ר"ל אף ממין אחר וכן י"ל גם להרמב"ם [מש"כ בדרישה דלשון הברייתא סתם ואת האילנות שביניהם ור"ש לא פירש כלום. הוא פלא שהר"ש במקומו פירש דוקא קטנים] והנה בטור מביא ריכבא דדיקלא וכן בראי"ש והרמב"ם השמיטו והמחבר נמשך אחריו. ובנמק"י פירש דשייר לעצמו הריכבא. וצ"ל לקמן בארז דקאמר קנה וקנה ופרשב"ם דקנה האילן וע"כ קנה הקרקע ולהנמוק"י היה א"ל הספק בשייר הארז לנפשיה. צ"ל דמפרש כפשוטו דקנה הקרקע ולא משום האילנות. אבל הרמ"ה מפרש בלא שייר לנפשיה ואף דלענין כ"ד הוי ריכבא הפסק אבל הכא דהקרקע גופא מספק הוא ותליא בזה אי הריכבא הוי הפסק ל"ק: סעיף י"ב. וכן אם שייר שני אילנות כו'. עיי' קצוה"ח דבשנים הוי ספק והמוכר מוחזק ובזה מחלק בין אילן אחד. והנה זה ודאי מש"כ באילן אחד דל"ק כ"כ הרמב"ם פ"ב דבכורים הל' י"ג והוא מירושלמי מובא בכ"מ וכן הוא להדיא בתוספתא פ"א דבכורים. אבל מש"כ הקצוה"ח מטעם מוחזק. הנה כבר חקרו אי האיסור נגרר אחר הממון וכ"מ שזכה בדין ע"י חזקת ממון מחזקת מ"ק או מוחזק אי מהני ליה לשויה ודאי אף לענין איסור שיהא שלו לגמרו א"ד כיון דחזקות כאלו אינם מבררות רק שא"א להוציא מיד המוחזק ומידי ספקא לא נפקא ועכ"פ הוי ספק איסור וא"כ הכא נמי נ"מ בטעם ר"ה לענין דהוי ודאי אף לענין איסור ומביא בכורים מהם ומאי פריך בש"ס פשיטא. ומוכרח דעת הקצוה"ח דמטעם חזקה הוי ודאי וכן הוא בקונטרס הספיקות כלל א' אות ח' ע"ש ועיי' רי"ט אלגזי בכורות פ"ב אות י"ז ובשו"ת תפארת יוסף חיור"ד סי' ל"ד בהגה שם ובפני אריה להג' מהר"ל: מפלאצק בחי' סוכה ט' ע"א ובחי' ח"ס לפ' לולב הגזול ל"א ע"ב ד"ה ובמק"א. ותמוהים לי בזה דברי רבינו הכ"מ בפ"ב מבכורים הל' י"ג שתמה על השמטת רבינו דין הקונה

שני אילנות דמביא ואינו קורא ונדחק בזה. והוא פלא דהא בפ"ד הל' ד' כתב רבינו דין זה ע"ש וצע"ג. ועיי' בפי' משנה ראשונה במשניות החדשים פ"א דבכורים משנה ו' מש"כ בזה: ועיי' דברי חיים להג' מהרי"א אויערבאך חי' חמץ ומצה סי' ב' מש"כ בזה:

סעיף י"ג. וזה החזיק בקרקע. עיי' קצוה"ח מש"כ לישב קושית התוס'. ודבריו צל"ע דהא כשהחזיק בקרקע השייך לו קנה גם הקרקע שתחת האילן דסדנא דארעא חד הוא ול"מ חזקה אלא בתוך שדה הנשכרת. ועוד לפמש"כ בפת"ש לק' סי' שט"ו הבנת האחרונים בדעת התוס' יבמות צ"ג דכה"ג קונה בחזקה א"כ להתוס' לשיטתם ל"ל כן:

סימן ריז

סעיף א'. לאגפיה. עיי' ב"ח שהק' לפרשב"ם וכן פירש הנמוק"י. ובאמת העירו התוס' ד"ה ואמה בזה. אלא במה שכתבו מרש"י ב"מ ל"י דרש"י כתב כן לדינא דקיי"ל כר"נ בדינא והיכא מוכח דשם אסור אף לנוטען. ועוד דכותל הבור אינו אלא ג' טפחים כדלעיל סי' קנ"ה. אלא שלפי"ז באמה בית הקילון יהא אסור וליתא. וצ"ע על הב"ח דבלא פירש בור וכותליה אין לו כחלים כלק' סעי' ה' והכא בלא פירש כתלים ויש לו אגפים ועיי' כ"מ ובפי' רגמה"ג על הגליון:

סעיף ב'. בעל השדה נוטעם. היינו נטיעות קטנות דבאילן גדול הא מרחיקין אילן מן הבור כ"ה אמה:

סעיף ד'. ב' אמות ומחצה. כאחרים. והנה בפאה פ"ב מ"א איתא דרך היחיד ופירשו הרמב"ם והר"ש והרע"ב ד' אמות. והק' שם בהג' מלא הרועים דהא כאן מבואר להדיא דהוא רק ב' אמות וחצי. ועל הר"ש קשה ביותר שכתב שם כמ"ש בפ' המוכר פירות והא כאן להדיא איפכא. והגר"א בשנ"א שם פירש כמו כאן וכתב דאין לפרש ד' אמות דהא כאן מבואר כן. ועל הרמב"ם קשה דלעניין פאה פסק ד' אמות וכאן פסק כאחרים. והנ"ל די"ל כמ"ש הר"י בשמ"ק לחלק דמתני' דתני ד' אמות מיירי בדרך היחיד ההולכת לרה"ר דקביע תשמישתא וכאן מיירי בדרך ההולכת לשדותיו. ותמיה לי על הגר"א דהא גם רש"י ב"ק ס"א פירש כן וגם הרשב"ם לעיל נ"ה ע"א פירש כן. שו"ר בהג' הב"ח שעמד בזה. והנה הרמ"א שכתב בשם הר"י מגש דבסיימי מחיצות בעי טפי לא ביאר כמה טפי ובהג' אלפס פירש דהיינו ד' אמות כתנא דמתני' ולא פליגי. ולפי"ז היה אפשר ג"כ להשוות פסקי הרמב"ם. אבל דחוק לומר דמיירי דוקא בסיימי מחיצות. והנה ברמב"ם פכ"א ממכירה הל' י' כתב דרך המלך ודרך הקבר אין לו שיעור ונ"ל שזה כמוכר דבר שאין מינו ידוע. וכתב בהשגות ואני אומר שנוטל ממנו המלך כל מה שיצטרך לו. ולא ירדתי לסוף דעת הראב"ד דהא להרמב"ם א"א לפרש דרך המלך לענין קנין וחזקה דהא

כתב בפ"ח ממלכים הל' ג' דדוקא בעת מלחמה מיירי ועיי' לח"מ שם והכא אנו מוכרחין לפרש כן דקאמר דרך המלך א"ל שיעור משום דמלך פורץ גדר כו' והא דמלך פורץ גדר להרמב"ם מיירי דוקא בעת מלחמה וע"כ דמש"כ הרמב"ם ונ"ל כו' קאי רק על דרך הקבר. והרשב"ם שפירש גבי קבר בדרך מכירה וגבי מלך לא הזכיר מכירה משמע שדעתו ג"כ כדעת הרמב"ם בדרך המלך ול"מ לפרשה בדרך מכירה או כדעת רש"י דבכל עת שרי לעשות לו דרך כרצונו וכן דעת הרמ"ה. וזה שלא כדעת המ"מ שמשוה דעת הרשב"ם לדעת הראב"ד. ומהרמ"ה משמע דלא כרשב"ם שכתב דלא דמי לגמרי פריצת דרך המת לדרך המלך והרמ"ה משוי להו:

סעיף ו'. המוכר כו'. והיינו כת"ק שם. וביור"ד סי' שס"ב סעי' ג' איתא אין קוברין כו' מפסיק ביניהם ולא נתן שיעור. והיינו כר"ש במתני' הכל לפי הסלע וכ"כ שם הגר"א וע"ש בחי' רע"א דכן דעת הרמב"ן והרשב"א ועיי' שו"ת חכ"צ סי' קמ"ט מש"כ בזה. ומש"כ המחבר שמנה קברים. למה דוקא שמנה ולא פחות ויתר עיי' בזה ברש"א חא"ג עירובין נ"ג ע"א: סעיף ז'. מקום מעמדו. בש"ס ת"ר אין פוחתין כו' א"ל א"כ אף בשבת מותר מזה הוכיח הנמוק"י שאין בשינוי מקום האבל בבה"כ משום אבילות בפרהסיא והב"י יור"ד סי' שצ"ג דתה ראיתו וע"כ לא פסק כן בשו"ע. ובהג' רמ"א מביא גם דעת הנמוק"י. וראיתי בס' חדרי דעה שהביא ראיה מש"ס מוע"ק כ"ב ע"ב ומשנים את מקומם כו' וקורין שבעה כו' וע"כ מדקורין ז' מיירי בשבת וכ"כ שם הרא"ש ור"ן הרי דאף בשבת נוהג שנוי מקום. אבל אין ראיה מחכם לשאר אבילות דהא בש"ס ליתא רק שנוי מהיושבים בצפון לדרום וצ"ל מדוע לא הזכיר מזרח ומערב וע"כ כמ"ש הב"ח שהוא לעוררם שנסתמו מעיני החכמה שבאה מדרום. ובזה א"ש דחקרו בשיעור ההרחקה כמה הוא החוו"ד כתב ד' אמות ויש שהשיג עליו עיי' פת"ש שם ולא העירו מש"ס הנ"ל דבעינן מכותל לכותל. וע"כ כמש"כ דהרחקת חכם לאו משום אבילות הוא לא ילפי' אדעלמא. והנה הסמ"ע פירש דלא הוי ביטול מקח בכולו אלא במקום הקבר בלבד. ומה שציין הגר"א ע"ז רשב"ם צל"ע דמרשב"ם ל"מ מידי די"ל דס"ל ב"מ בכולו. ונ"ל דתליא במש"כ תוס' בכורות להק' דהא לא גרע מאומר אל תספדוני דשומעין לו ותירצו דהוי מחמת אונס [עיי' גליון רש"א יור"ד סי' שס"ו] והש"ך יור"ד סי' שס"ו מביא מהרמב"ן לתרץ דהתם לדידיה והכא כל המשפחה נספדים כאן. דלתירוץ הרמב"ן משמע דכל המכירה בטילה אף מקום ההספד והמעמד ולהתוס' משמע דרק מקום הקבר בטל אינך לא. וראיתי למי שהקשה מש"ס סוטה י"ג ע"א א"ל זבינתיה כו'. וי"ל לפמש"כ בשו"ת דב"מ שאם כבר קבר הלוקח שם אחד ממשפחתו כבר החזיק ולא יוכלו לחזור דכיון

שא"א להוציאו א"כ תו הו"ל פנ"מ ללוקח. והכא כבר קבר יעקב את לאה. ואח"כ מצאתי בנמוקי הרמב"ן עה"ת שכתב כן. ועוד י"ל דשאני במכר לאחד מבני המשפחה דלא הוי פגם משפחה. ובלא"ה לא היה מקום אלא ליחיד:

סימן ריח

סעיף א' בהגה. ורחבן ד'. עיי' ב"י מה שהק' על הה"מ ועיי' דרישה. לפנינו מובא בשמ"ק לשון הרשב"א ונראה שט"ס בדברי המ"מ דמש"כ בסוף לשונו כדברי רשב"ם ז"ל צ"ל אחרי תיבות שהוא נמדד וכן הוא ברשב"א שם, ומש"כ ומ"מ כו' זה קאי אפחות מי' דנמדדין עמה דאם יש ד' אמות אין נמדדין. והמראה"פ בירושלמי מגיה שם תחת ד' אמות ד' טפחים עפ"י דברי הה"מ וא"צ לזה כמש"כ וא"ש:

סעיף ח' בהגה. וי"א דוקא כו' ודוקא כו'. עיי' סמ"ע שתמה על הע"ש שהשמיט הגה זאת. והנה מצאתי במקור הדין בדברי רמ"ה שם מבואר באופן אחר ואין ענין למש"כ בהגה ותוכן דבריו דלא מתוקמא מתני' דקתני פיחת כ"ש ינכה הותיר כ"ש יחזיר אלא בא"ל שיש לו במקום פלוני ואע"ג דאית לו ב"כ מצומצם במקום אחר א"נ דא"ל ב"כ סתמא ולא א"ל שיש לי א"נ דא"ל שיש לי ולית ליה אלא חסר או יתר. אבל היכא דא"ל ב"כ עפר סתמא א"נ ב"כ עפר שיש לי ואידי ואידי דא"ל מדה בחבל ואית ליה תרי חד חסר או יתר וחד מצומצם לאו כל כמיניה למיתב ליה חסר או יתר כיון דא"ל מדה בחבל הוי קפידא ונהי דהיכא דלית ליה אלא חסר או יחר ההוא דאית ליה הוא דזבין ליה ולא הוי מק"ט אבל באית ליה אינו יכול למדחייה לחסר או יתר. אבל בא"ל הן חסר הן יתר יכול למדחייה לכה"ג לחסר ויתר ויד מוכר על העליונה. מבואר מזה דאין ענין כלל למש"כ בהגה. ובזה מבואר דגם מש"כ הסמ"ע ס"ק ל"ב אף שא"ל הן חסר הן יחר כו' דליתא כמ"ש הרמ"ה ואולי זה טעם הע"ש ודברי הרמ"א צע"ג. ומה שהשמיט הע"ש דברי הרא"ה דדוקא שעדיין נקרא ב"כ י"ל שזה נכלל בדברי המחבר שכתב לשון המשנה יעשה חשבון ולא אמר יחזיר ומזה דייק הנמוק"י דאשמעי' דלא הוי בטול מקח כיון דאכתי שם כור עליה והוא כדברי הרא"ה כמ"ש התוי"ט במשנה שם: ש"ך ס"ק ב'. שהרי במשנה כו'. אף דאינו מבואר כן להדיא במשנה. אבל ביד רמה כתב דקאי אדלעיל במתני' הקודם ובא"ל ב"כ עפר אני מוכר לך. ומה שהשיגו מפי' המשנה עיי' דרישה שעמד בעצמו מזה:

סעיף י"ז. לפיכך צריך המוכר כו', לדברי התוס' דף ז' מיירי דוקא בידוע לו. וקשה לפי"ז בש"ס:

סוס"י בהגה. יש מי שכתב כו' אני הלוקח נאמן. ותמהו עליו מירושלמי דמבואר דאינו נאמן. ובנחלת צבי כתב לחלק דדוקא באחת משדותי מכרתי וא"י למי ואיזו שדה דכה"ג גם בקדושין אינו נאמן. ולא ראה שכן חילק המהרי"ט בחידושי קדושין וכתב הטעם בזה בקדושין דבבת ידועה שאומר קדשתיה וא"י למי מאחר שהוא מודה שנתקדשה דכבר יצאת מחזקת פנויה לפיכך מה שאמר אני קדשתיה נאמן להעמידה על חזקתה. אבל אחת מבנותי קדשתי וא"י למי ובא אחד ואמר אני קדשתי לאו כל הימנו משום דכל אחת ואחת יש להעמידה בחזקת פנויה ולאו כל הימנו לגרוע חזקתה. וכן בשדה אחת ידועה שאמר מכרתיה ובא אחד ואמר אני לקחתיה מצי אמר לו לאו את מודה דזבנתיה זיל לאו בעל דברים דידי אח לכשיבא אחר אדון עמו אבל בשני שדות יאמר המוכר שמא אינה זאת שמכרתי ולמחר יבא הקונה ליקח אחרת ונמצא שתיהן יוצאת מלפני ואפי' שאוציאנה ממך שמא תכסוף בידך ובשו"ת בר"י הק' מהא דסי' רנ"ג סעי' כ"ט ובסמ"ע שם ס"ק ס"ג משום דמירתח ה"נ וראיה להרמ"א. אלא שלפי"ז הכא שלא בפני המוכר נמי יהא נאמן כהתם. וברש"י ותוס' קדושין מבואר דדוקא בפני האב אינו מעיז ולטעמא דמירתת יהא נאמן אף שלא בפני האב. וכן הא דסי' קמ"ו סעי' ט' המובא בש"ך דלא כהטור שם ועיי' תומים שם ס"ק ו' מש"כ בטעם הטור. ולדעתי נראה לחלק מסי' רנ"ג דלכאורה טעם הסמ"ע שם א"מ דמאי מירתת ומאי יפסיד בזה לכשיבא האחר ויברר שהיה לו אוהב יותר יטלנו ואף אם יטעננה פירות ישלם לו האחר כשירד לקרקע ולא יפסיד וגם לא יתחזק לרמאי דיכול לומר שלי היה נדמה שלי היה אוהב יותר. וגם אולי ירויח שלא יבא האחר ומאי מירתת איכא שיפסיד. וע"כ צ"ל דכיון שיודע שיש טוביה אחר ובודאי יבא ויתבע ומה מועיל לו משום ריוח מועט. אבל לגבי חזקה בסי' קמ"ו שמביא הש"ך דעתו אולי ישתהה זמן רב בידו כמו שלא בא הבעה"ב עד עתה לא יבא עוד כמ"ש התומים שם וביני ביני יהיה בידו לאכילת פירות. וכן הכא שהוא מילתא דל"ש דסתם מי שלוקח שדה מחזיר ליטלה מהמוכר והוא הניחה ביד המוכר מסתמא יש לו סיבה המעכבתו מליטלה ואדהכי אטלנה לאכילת פירות:

סימן רכג

סעיף א'. המחליף כו'. עיי' ט"ז ונתי' ומש"כ בזה הקצוה"ח סי' ר"כ. והתפא"י משניות פירש דלעולם שידע שהפרה מעוברת והמוכר אינו רוצה רק מה שפרה עם וולד שוה יותר מפרה מעוברת, ולכאורה בחליפין אין דין אונאה כלל' סי' רכ"ז סעי' כ' ע"ש וי"ל לפמש"כ שם דשוה בשוה יש בו אונאה והכא מיירי בשוה בשוה כמש"כ בשמ"ק כאן. ומה שהשיג הנתי' על הט"ז עיי' קצוה"ח שם ולק"מ:

סעיף ב'. ואם הלוקח מוחזק כו' התוס' כתבו דוקא בטוען ברי ותמה הקצוה"ח על המחבר שהשמיט זה. ומש"כ הנתי' עפ"י דברי התוס' ד"ה הא מני. אבל הא הג' אשרי כתב דוקא בטוען ברי והרא"ש בשמ"ק הק' מהך דתקפו כהן וחילק בין שמא לברי ועיי' בזה בתומים בקיצור ת"כ אות נ"ג נ"ד ובמעיי"ח בסוגיין:

סעיף ג'. והאחד שוחק זכה כו'. ומטעם שתיקה כהודאה דמי כמ"ש הסמ"ע והוא מתוס' ב"ק צ"ו ע"ב. וכתב בפסקי הרמ"ך היכא דשתיק מוכר וכשבא הלוקח ליקח הולד צוח מצי טעין הכי ולא זכי לוקח בשתיקתו של מוכר. אבל מוכר זכי מיד בשתיקתו של לוקח. ובזה מיושב מה שהק' המע"ח שם. ומה שהעיר בס' חב"י מתוס' קדושין ס"ה דבלא הו"ל למידע לא אמרי' שתיקה כהודאה דמיא ועיי' ביור"ד סי' קכ"ז ס"ק י"ת בש"ך עיי' מעי"ח ישוב נכון לזה:

סעיף ד'. ואם היתה שם הודאת מקצת כו'. ופירש בסמ"ע דראוי לעשות ממנו מלבוש כו'. והט"ז דחהו ע"ש. ותמוה דהא פירוש הסמ"ע נובע מדברי הנמוק"י שפירש כן לתרוצו דבזה לא הוי הילך וביאר הקצוה"ח סי' פ"ז ס"ק ב' דכל שהבחירה בידו ליתן לו איזו שירצה לא הוי הילך וכן פירשו הרבה מהראשונים בש"מ:

סעיף ה'. ואם אמר המוכר כו'. ומתני' דתנן דזכה בגדול תירצו כגון שיש עסק שבועה ביניהם. והגר"א בליקוט כתב דמתני' כסומכס אבל לרבנן אמרי' זה כלל גדול כו'. ולכאורה בתוס' לעיל צ"ז ע"ב ד"ה לימא כתבו דלסומכס הוי כאילו תרויהו מוחזקין בו. אבל בש"מ בסוגיין כתב דמצינן לאוקמי בדהוי עומרים בסימטא ובכה"ג לא אמרי' המע"ה ועיי' תוס' ב"מ קט"ז ע"ב ד"ה לימא ובמ"מ פ"כ ממכירה:

סימן רכד

סמ"ע ס"ק ג'. ועפ"ר כו' כו'. ותמה הט"ז דלא הביא חילוק התוס' ולא ראה בפרישה שמביא ג"כ חילוקם. ובאמת חילוקם סתום עיי' מהרמ"ש בשם הריב"ש ובשער אפרים סי' קמ"א וע"כ כתב הסמ"ע חילוק אתר וכן חילק בש"מ כתובות מובא בהפלאה ופלא על ההפלאה שלא הביא דברי הסמ"ע ועיי' בש"מ עוד חילוקים:

שם ס"ק ח'. אבל לק' כו' מ"מ גם בלא הוגלד כו'. וכן כתב בתוס' רי"ד בכתובות שם. אלא שלכאורה צ"ע מיור"ד סי' פ"א דדעת המחבר שם כדעת הרשב"א כיון שיצאת מחזקתה ג' ימים אסור לעולם. והנה הפרמ"ג בפתיחה להל' טריפות בד"ה אמנם העלה דבנמצא מחט וא"י אם ניקב אם לאו היה לנו להתירו דחזקה טובה היה לה כשנולדה שלא היה בה מחט. וא"כ היה נראה דמש"כ המחבר שם או הוגלד פי המכה היינו מכה בלי מחט

אלא מכה לחוד. אלא שהש"ך שם ס"ק ה' כתב דהיינו במחט וצ"ע. ומש"כ הקצוה"ח לדון בספק גניבה עיי' תרה"ד סי' שי"ב שצירף סברא זו לעוד טענות והקצוה"ח לא הביאו:

סימן רכה

סעיף א'. חוזר הלוקח ונוטל כל הדמים. משמע דאף אם הוזלה נוטל כל מה שנתן עבורה וכדעת הטור לעיל סי' קט"ז. והנה הקצוה"ח שם הוכיח דעת התוס' ב"ק י"ד כדעת הטור ע"ש. ותמהו עליו השעמ"ש והב"א מובא בפת"ש דמייתי מטריפת נגזל לבע"ח והא יש לחלק ביניהם כמ"ש הנמוק"י. ואין לחשוד את הקצוה"ח לטועה בזה דהא בפירוש עסיקים מובא בב"י סי' רכ"ו פי' הראשונים וי"מ בבע"ח ובש"מ ב"ק ט' הכרית ר"י דדוקא בבע"ח איירי והב"ח שם השוה הדעות.

והנה רש"י ב"ק פירש עוררים שלנו היא. הרי דבאינו שלו מיירי והתוס' שם סתמו ומשמע דבכל גונא עירעור איירי וע"ז כתבו אח"כ כשהוזל ויפה כתב הקצוה"ח. ודע דכל זה מיירי בשלא ידע הלוקח אבל ביודע שהוא של המוכר והמערער מוציאו בעדות שקרים אין לו עליו כלום כן משמע מסוגיין דב"ב וכן מצאתי שם ביד רמה שכתב כן. ומש"כ הש"ך בדעת רשב"ם עיי' תומים סי' קט"ו שדחהו [מש"כ דהרשב"ם לשיטתו שמביא בשמו הג' אשרי פ' ג"פ דבמקח ל"א אחריות ט"ס אין כדאי בזה לדחות דברי הש"ך דבדף ק"ז כתב הרשב"ם דקיי"ל אחריות ט"ס] אבל הרמב"ן ב"ב ומובא גם בשמ"ק כתב להדיא דלזה דייקו וכתבו וקיבל כו' לומר דלא אמרי' בזה אט"ס. ומש"כ הפמ"א ראיה ממתני' דטבול יום מובא בפח"ש. לפמש"כ התפא"י שם בפי' החדש ובביאור משנה אחרונה שם אין ראיה כלל מזה ע"ש. ומש"כ עוד ודוחק לומר דלא שכיח כו' הנה המהרשד"ם חחו"מ סי' ל"ג מחלק כן ולא תשיב לה לדוחק:

סימן רכו

סעיף א'. שלא באחריות. היינו שפירש בהדיא שלא באחריות כמ"ש הנמוק"י. ודברי התוס' ב"מ י"ד ע"א ד"ה שיעבוד דמשמע לכאורה דאין מפרשין כן עיי"ש מהרמ"ש מש"כ בדבריהם. והנה בתוס' פירשו כמה נ"מ בטענת ראובן. ופרשו עוד כגון שאמר שמעון אין לי ראיה והק' השעמ"ש דהא לוקח הוי כיורש דלא ידע במילי דאבוה. ועיי' נחל"צ סי' כ'. ומצאתי כדברי השעמ"ש בשמ"ק ב"ק י"ד והתוס' לא ס"ל כן. עוד תירצו דנ"מ במחל לו שמעון השבועה ודייק מזה ההפלאה כתובות דאף בכהאי גונא דהוא עצמו הפסיד ג"כ מיהדר אמוכר. אבל ראיתי להמהרמ"ש שם פשיטא ליה דלא מיהדר בכה"ג אמוכר וכתב ליישב גם דברי התוס' לזה. עוד תירצו דיש לראובן ש"ד עליו ויגלגל עליו. ותמה

הגרע"א דנ"מ בפשוט דראובן רוצה לגלגל אבל המעיין בש"מ ב"מ י"ד ימצא דלק"מ. ועיי' מעייני חכמה ב"מ שם שמצייר כמה נ"מ. ותמיהני מאוד על הבנ"ת המובא:

בבאה"ט כאן דהוא נגד כל הראשונים דמפרשים דתליא ברצון המוכר: סעיף ב'. אחריות עצמו קיבל עיי' קצוה"ח מה שהק' מכתובות צ"ז. ותמיהני שלא ראה מה שהוכיח מזה התומים סי' ק"ד ס"ק ט'. ומש"כ בסמ"ע ס"ק ו' דלדינא אין נ"מ עיי' פ"ת על הרא"ש ובהפלאה כמה נ"מ לדינא ומש"כ בפת"ש ס"ק ד' לתמוה משו"ת שבו"י. עיי' שו"ת ב"ש חחו"מ סי' ל"ב מגיה דכצ"ל אבל אם היה חייב ראובן לאביו כו':

סעיף ה'. ואם נשתמש בה כו'. הטור כתב דוקא נשתמש אחר שיצא הקול. והב"ח חתר מקורו. אבל מבואר להדיא כהטור בחי' רשב"א ב"ק ונמוק"י שם וש"מ מהראשונים. ומש"כ הש"ך ראיה להרמב"ם מלשון ואשלם לך עיי' ש"מ שם דיש לדחות. ובביאור לשונות הראשונים בסוגיין אשר דבריהם סותרים זא"ז עיי' ב"י וב"ח העמיק הרחיב בזה בשו"ת חיים שאל ח"א. והנה מש"כ לעיל סי' ר"ד לדחות ראיית הגרע"א מתוס' כתובות צ"ג ע"ש כעת ראיתי בש"מ שם בשם תלמידי ר"י שנדחקו בביאור דברי ר"ת בתוס' שם וי"ל בזה, ועיי' שומ"ש מ"ד ח"ב סי' רי"א דאם לא נתן כל המעות יכול לחזור בו: הלכות אונאה:

סימן רכז

סמ"ע ס"ק א'. כך אין לוקין כו'. בדרישה הק' למאי נ"מ כתב רבינו אין לוקין דאין עסק רבינו לכתוב דיני מלקות. וי"ל כמ"ש הב"ח בכ"מ ביור"ד דנ"מ לענין פסול עדות דאינו נפסל אלא בעבירה שיש בה מלקות ולענין קדושי אשה ועיי' ש"ך יור"ד סי' ט"ז ס"ק י"ז ובאחרונים שם סי' ס"ב ועיי' ש"ך לק' סי' של"ת ס"ק י"ב:

סעיף ד'. אבל המאנה א"י לחזור זהו דעת ריב"ם. וראיתי בערוך השולחן ראיה להר"י המובא בהגה מירושלמי פ"ד דב"מ לא הספיק לישא וליתן עד שהוקיר מטבע ר"א בשם ר"י כשם שבטל זה כך בטל אצל זה, ולא ראה בתי' הרמב"ן ב"ב פ"ג ביאור דברי הירושלמי ואין התחלת ראיה לזה. והנה הרי"ף ב"ב מביא פי' הגאון דר"ת שם לענין מש"פ מיירי. וכתב הב"ח כאן וכן כתב ביד רמה בביאור דבריו דכשנתאנה בשתות ונתן מעות ולא משך מותר לחזור בו ואין עליו מש"פ ואין חולק עליו. ובזה מבואר מש"כ הג"מ רפ"ז ממכירה לשון הסמ"ג פירש ר"י בד"א שמקבל מש"פ בזמן שחוזרין מחמת יוקר וזול אבל במקום שיש אונאה או מק"ט אין מש"פ דהא אמרי' ב"מ נ"א אושפזיכנא דרמב"ח זבין חמרא וטעה חזייה דהוי עציב כו' א"ל חזור בך ואם היה ראוי לקבל מש"פ לא היה משיאו עצה כזו. והק' המע"ח למה הוצרך לראייה הרי מפורש במתני' עד מתי

מותר להחזיר ופירש"י דנקט לשון מותר דאפי' מש"פ ליכא. ופשוט דרש"י לא כתב כן אלא לדינא דמתני' כר"י הנשיא דרצה חוזר וכן מדקדק רש"י בלשונו אבל לדידן דקיי"ל כר"נ בגמ' דשתות קנה לא הוי ידעינן דאין מש"פ בנתן מעות דאולי הוי כגמר המקח לזה מביא ראיה מעובדא דשם דע"כ צ"ל מדלא שאל רמב"ח אי נתאנה בשתות או יותר משתות וא"ל סתם זיל הדר בך דהיינו בכל גונא ביתר משתות לגמרי ובשתות כשלא ירצה להוסיף. ובזה י"ל בדיוק לשון הפוס' בסעי' ו' עד מתי יכול לחזור כו' ולא כתבו דמותר לחזור כלשון המשנה. משום דמתני' לר"י הנשיא בכל אופן יכול לחזור אף בשתות ולדידן כר"נ ל"ש לומר מותר דאין בו מש"פ דהא קנה לגמרי ומש"כ בהגה מכר לו ס' בנ"א כו' והוא מהמרדכי. ועד"ז מכוון מאוד מש"כ הרמב"ם שבסעי' ב' ג' וכ"כ הט"ז והקדימו הב"ח וכ"כ הרמ"ע מפאנו סי' מ"ז ומיושב כל מה שהק' הה"מ וסמ"ע. אלא שהמהרש"א נ"א ע"ב הק' מאוד על סברא זו וכן הק' המהרמ"ש. ובאמת הוא מחלוקת הראשונים מובא בשמ"ק עיי' קצוה"ח. שו"ר במה שכתבתי מהרמב"ן ב"ב פ"ג מובא במגיה להמחנ"א הל' אונאה לדחות הראיה מזה: סמ"ע ס"ק י"ב. והטור כתב כו' עד שיהיה בו כשיעור מעה כו'. בטור כתב ובלבד שאינהו במעה. וצ"ע מנ"ל כן בדעת הרי"ף דהא בדעת רש"י שכתב כאיסר כתבו המפ' בדעתו שכל המקח יהיה איסר עיי' שמ"ק. ונהי דדעת הרא"ש מוכת להדיא שדעתו אונאת מעה מדהביא ראיה מהא דקתני לעיל פחות מכאן איסר כו'. אבל מנ"ל שגם דעת הרי"ף לפרש כן. אבל מהנמוק"י משמע שפי' כונת רש"י על אונאת איסר וצ"ע. ומה שהק' המפ' לפי"ז מר"פ אז"נ ל"ל לאו בריבית כו' עיי' מהרמ"ש ומע"ת. אבל בפשוטו אין ראיה מזה דכן יש כמה נפקותות אלא שרוצה לאשמעי' חילוקים כמ"ש בשמ"ק שם ועיי' רש"ש ד' נ"ה. והנה בקצוה"ח תמה על הריטב"א מבהמה ומרגליות אבל ביור"ד סי' ש"ה מובא בט"ז וש"ך פירוש הב"י וכ"מ שפירשו הא דאמר ר"כ לדידי שוה ר"ל לדידי ולכל דכוותי שוה בעצם כן ומה שאינו שוה כ"כ בשוק הוא לפי שאין שם מכובדים כ"כ הדורשים לבגדים מכובדים כאלו אבל מכובד הדרוש לבגד כזה שוה לו סך רב כזה. ולפי' זה א"ש. אבל הט"ז והש"ך שם דחהו פירוש זה ע"ש:

סעיף ו'. יש להסתפק כו'. וכתב עוד דל"ד למטבע כו' שגם אחר יקבלנה מידו. וצ"ל דדוקא בפחות משיעור לענין מחילה אבל בשיעור לענין אם מותר להונות ע"מ שיחזירנו אח"כ ל"ש בין ש"ד למטבע שכ"כ הרא"ש בש"מ נ"ב מש"פ התוס' בדעת רש"י שמותר להונות בשיעור ובלבד שיחזירנו אח"כ כשיתבענו.

וכתב הרא"ש דצ"ע אם מותר להונות כשדעתו להחזיר. ובנתי' ס"ק ב' הוכיח לדינא מדברי התוס' אבל לפנינו שהרא"ש לא נית"ל בזה ועיי' מע"ח שמפרש דברי התוס' באו"א. וצ"ע מה שדיקדק הרא"ש פרוטה דהא אף פתות מש"פ ג"כ אסור לכתחילה ועיי' חינוך מצוה של"ז ובמנ"ח שם: סעיף ט'. וכן אם מכר מפני דוחקו. צ"ע במוכר נכסיו מחמת רעתם ולהש"ך סי' קע"ה בעוקר דירתו מהעיר והח"ס אור"ת סי' ק"ת דן מזה במכירת חמץ דהוי כמוכר מחמת רעתה:

סמ"ע ס"ק כ'. משמע דוקא כו' דאמרי' סתמא כו'. הקצוה"ח מביא שכ"כ הרמ"ך. אבל ל"י מנ"ל כונת הסמ"ע שצריך שבועה כהרמ"ך דבסמ"ע לא זכר משבועה ומדבריו משמע דבלא שבועה נאמן. ומיהו נראה באופן דתגר בסעי' י"ד מודה דצריך שבועה בטוען הלוקח איתרמי לו מקח כזה וידע ומחיל שכן שכיח בתגר:

סעיף ט"ו והוליך המקח למק"א כו'. ואפי' שהה זמן הרבה מלשלחו ואח"כ הלך לשם והראה לתגר וידע דנתאנה ל"א כיון דשהה מלשלחו מחל. כ"כ הלח"מ בשו"ת לחם רב סי' רכ"ו ועיי' שארית יוסף סי' כ' מש"כ בזה. ומש"כ הפת"ש בשם הכנ"י דרשות לחכמים לפסוק כפוסק אחד לתקנת העולם.

בזה י"ל מה שהק' המע"ח במתני' שמתו תגרי לוד כאילו בהם הדבר תלוי ולהכנ"י א"ש:

סעיף ט"ז. יש אונאה במטבעות כו', לשון הטור אף במטבע ודיקדק בפרישה מאי אף. עיי' סמ"ע. ועוד י"ל עפ"י מש"כ המחנ"א הל' אונאה סי' ז' לדקדק מאונאת מטבע דאף דבר ששומתו ידוע יש דין אונאה. וז"ש הטור אף במטבע ששומתו ידוע עכ"ז בפחות משתות הוי מחילה. והנה ראיתי למי שעמד על לשון המחבר שבדינר זהב כתב לענין צירוף כמ"ש הרמב"ם ומדוע לא כתב כן בסלע רק בחסר. והנ"ל דנמשך אחר דברי התוספתא המובא בירושלמי פ"ד דב"מ בד"א בדינרין ובסלעים אבל בדינר זהב ובמטבעות נחושת מוציאין בשויין ומובא בבהגר"א אות כ"ז [לפניו היה הגירסא במטבעות כסף] ולפי"ז בדינרי זהב נקט בענין ששייך בו דהיינו בצירוף דבחסר א"א כמ"ש הפ"מ לפי שדרכן להוציאן במשקל וא"י לרמות בהם:

סמ"ע ס"ק כ"ח. טעמו כו'. לכאורה נראה לפי"ז דלא פליגי אלא אחסר ולא על צרף וכן צ"ל לפמש"כ הנתי' לפרש צרף במטבעה שאין סכום המלכות עליו והוי סחורה ככל הסחורות. אבל מדברי הסמ"ע ס"ק כ"ו ובפרישה נראה דאינו מפרש כהנתי' וכן נראה מהמחנ"א הל' אונאה סי' ז' ע"ש:

סעיף י"ז. ומיהו מדת חסידות כו'. וראיתי בערוך השולחן שכתב דה"ה בשאר סתורות יש להחזיר ממידת חסידות גם אח"ז שיראה לתגר. ולא ראה בפרישה שכתב בפשיטות איפכא. מיהו צל"ע בלשון רה"ג מובא בש"מ שאף בשאר:

סחורות י"ל תרעומות עליו אף לאח"ז. ואולי דעתו גם על מידת חסידות ועיי' סמ"ע ס"ק י"ד:

סעיף י"ח. או לתגר. ברי"ף ורמב"ם לא הזכירו תגר. ול"י טעם ע"ז. עד שמצאתי בשו"ת עין יצחק סי' י"ז שכתב דלכאורה י"ל בתגר סברת אומן לא מרע אומנתו רק בש"ס מיירי בתגר שמוחזק לנו ברמאי ואינו מקפיד להיות מרע אומנתו וע"כ הוא בכלל לא להרג ולא לחרם אבל לתגר ישראל מותר למוכרה באומר דלוקחה לחלות בצואר בתו כ"ז שלא נחשד לנו שירמה בה לאחרים וגם לאינו חשוד אף דאינו תגר ג"כ מותר למוכרה. ומ"ש המחבר כגון סלע שעמד על שקל כו' חקר הפנ"י בהא דאמר ר"א בש"ס דינר הבא מסלע אסור לקיימו אם נפחת פחות מדינר אי מותר לקיימו דכיון שנפחת כ"כ ניכר פחיתותו א"ד ל"ש. ועיי' תוספתא מובא בירושלמי הסלע עד שקל והדינר עד רובע פחות מכאן אפי' הוא כאיסר א"י להוציאו ופי' הפ"מ משום דנוח לרמות בו. וא"כ ודאי כאיסר הבא מדינר לא עדיף מן פחות מדינר הבא מסלע:

סעיף כ'. המחליף כלים כו'. המחנ"א בשם הש"מ כתב דבמחליף סחורה בסחורה בלי שומא אין אונאה. וצל"ע מש"מ ב"ק י"ד בשם ר"ת וז"ל פרה שהזיקה טלית אין אומרים תצא זו בזו. שמעי' מינה דכל בלא שומת הדמים לא גמר ומקנה וכן הדין במחליף פרה בחמור. ומש"כ הנחל"צ להשיג על המפ' מדברי הסמ"ג עיי' פרישה כאן מהסמ"ג וצ"ע. ומש"כ הפת"ש בשם הרדב"ז דה"ד בב"ב ולא במחליף לסחורה וכ"כ הנתי' בשמו.

כתב החיד"א בשו"ת חיים שאל סי' ע"ד שהרדב"ז יחיד בזה. ומש"כ הפת"ש להסתפק בהחליף כלי בכלי עם מעות ובשו"ת אדני פז כתב דכה"ג הוי כמכר. ובדברי גאונים ראיתי דיעות בזה:

סעיף כ"א. ואצ"ל אם אמר כו' הב"ח והסמ"ע מחולקים בדעת רש"י בפחות משתות ע"ש והנה בריטב"א מכות רצה לומר כן אבל דחה משום דפשט דברי רש"י משמע דדינו ככל אונאות:

ש"ך ס"ק י"ג. עיי' לעיל כו'. אין לו שייכות כאן. ואולי ט"ס וצ"ל בסעי' כ"א על יודע אני שאינו שוה אלא ק'. וע"ז רמז לדלעיל סי' ר"כ דמבואר מכאן דעד פלגא הוי בכדי שהדעת טועה ועיי' מש"כ שם מזה:

סעיף כ"ג. שאילו לא הרבו לו בדמים כו'. זהו טעם הרא"ש וחולק על הרמ"ה. והב"י חמה על הטור דהא הרא"ש לא הביא כלל דעת הרמ"ה. ואולי נתכוין להתשו' המובא בבש"ר סי' צ"ט דשם מביא דעת הרמ"ה והשיגו. וראית הרמ"ה י"ל מקושית הש"ס שם והא תנן כשם כו' וכמו שהק' התוס' שם ותירצו ואי ניתן לחלק בין לוקח למוכר הכל קשה. וכ"כ הרא"ש בש"מ דע"כ מיירי בכל גונא. והנה בש"ס משני בצרדייתא וכתב בפסקי הרמ"ך רבזה ה"ה בלוקח יש אונאה. וצ"ע מתשו' ב"ר הנ"ל דשה נשאל בראובן שמכר לשמעון פשתים לחלוקים ולכאורה זה הוי כמו צרריתא. ופלא ראיתי בהג' חש"ש ב"מ נ"א שחידש דבעה"ב המוכר מפני דחקו יש אונאה. ולא זכר מתשו' הרא"ש כאן:

סעיף כ"ד ה"מ בשתות. והק' הב"ח היאך כתב הרא"ש על שם ר"י דמחלק בין שתות ליתר משתות כיון דטעמו הוי דהו"ל כמפרש כו' אפי' ביתר משתות נמי א"ל דהו"ל כמפרש ונדחק לתרץ. ותמוה דהא הרא"ש עצמו עמד בזה וכתב דלא לדמויי לגמרי לשם נתכוין השאלתות אלא לענין זה שנדע הטעם למה אין לבעה"ב אונאה והכא די לו שנאמר עד שתות ולא בדבר מופלג וכתב הבש"ר סי' הנ"ל דביותר מפלגא לכו"ע הוי ביטול מקח:

סעיף כ"ה. ושם אותו בסך ידוע כו'. במשמרת שלום סי' ר"ו מביא מתשו' מבי"ט שכתב אם נגמר המקח כפי שישום אותה סוחר פלוני כיון ששניהם נתרצו במה שיאמר פלוני הרי קבלוהו עליהם כג'. וזה דלא כמ"ש הפרישה כאן על מש"כ הרא"ש כיון שמשך החפץ עפ"י שומת לוי דאילו משיכה בלא שומא לאו כלום היא דלא סמכיה דעתו דלוקח אלא דא"ל כדשיימו לה בי תלתא כמ"ש סי' ר"ו. ולהמבי"ט צ"ל דמה שדיקדק הרא"ש עפ"י שומת לוי כמ"ש הנתי' דהיינו בלא שמו מקודם אף בפחות משתות חוזר. ואולי י"ל גם דברי הפרישה להמבי"ט:

סעיף כ"ו ועכו"ם אין לו אונאה. ר"ל דאין מחזיר לו אונאה אבל אסור לכתחילה דל"ג מאונאת דברים וכן משמע מסמ"ע ס"ק נ"א ועיי' רש"ש בכורות י"ג:

סמ"ע ס"ק מ"ט. ובהקדש הגוף כו' ויצאו לחולין:

והק' במשפט שלום דהא הקדש הגוף א"י לחולין. ולא ירד לפשטו דכונת הסמ"ע דאין בהם מו"מ מפני שאינם יוצאים לחולין ע"י מעילה. והנה בנחל"צ מביא הג' א"ד שהקשה על הרמב"ן דילקה על אונאת קרקעות כיון דלא ניתן לתשלומין. וכתב שדוחק לומר כיון דנכלל עם המטלטלין ובמטלטלין ל"ש מלקות ולכך חזר הלאו כולו דאינו בר מלקות. וכן הק' המחנ"א הל' אונאה סי' י"ז. ולמה חשב זה לדוחק דהא כן כתב גם המלמ"ל פ"ג ממלוה ואף שהק' ע"ז מרמב"ם דתמורה עיי' תומים סי' צ"ז שכתב ליישב ועיי' תוס' שבת פ"ה ע"א ותוס' חולין פ"ב ע"ב ובגינת ורדים סי' כ"ג ובמנ"ח. ועיי' מעיי"ח נ"ו ע"ב

דבר נחמד בזה. והנה הקצוה"ח סי' קכ"ו העלה דחוב בע"פ יש בו אונאה מובא בפת"ש כאן ומביא מד"ת שהק' עליו דאינו דבר הנקנה מיד ליד והוי כמו קרקע דנתמעט מטעם זה. אבל מדברי התוס' שם נראה דבשטר אין למעט מה"ט שכתבו בד"ה מצאו כו' או הלוהו בשטר ונתן לו הלוה יותר מדאי שיחזיר לו השטר ויהיה מלוה ע"פ. ואף שאין זה דבר הנמסר מיד ליד דל"צ הלוה לשטר רק שלא יהא ביד המלוה ואף נוטלו בידו ל"ת זה לדבר הנמסר מיד ליד כיון דל"צ לזה. ומה דקשה מזה לדעת הרמב"ם דעיקר שטר הוא דרבנן עיי' תומים סי' כ"ח ורס"י ס"ו מש"כ בזה:

סמ"ע ס"ק נ"ז. דשכירות ליומא ממכר הוא. והק' השוש"י דהא בש"ס בעי ר"ז שכירות כו' כו' והאי נמי ביומא ממכר הוא.

וא"כ אי נימא דשכירות ליומא לאו ממכר הוא ודאי דאין לשכירות קרקע אונאה דהא גם בשכירות מטלטלין אין בו אונאה רק דאפי' אם שכירות ליומא ממכר הוא אפ"ה בשכירות קרקע אין לו אונאה דדין קרקע יש לו וא"כ איך עשהו הסמ"ע לטעמא משום דשכירות ליומא ממכר הוא. והנה בדרישה הק' על לשון הרמב"ם והטור כשם שאין לקרקע אונאה כך שכירות קרקע אין לו אונאה דהא מש"ס נראה פשוט דקודם דידעינן דשכירות ליומא ממכר הוא מסתבר לומר דאפי' בשכירות מטלטלין לית ביה אונאה וכ"ש שכירות קרקע. וקשה מאי כשם כו' כאילו היה מסתבר לומר דיש אונאה לשכירות והיינו ע"כ מטעם דממכר הוא ואח"כ כתבו אבל במטלטלין כו' והיה להם להפך. והנ"ל דזה נמשך אחר הבנת הה"מ בדעת הרמב"ם שמפרש בעית ר"ז במטלטלין ומינה נמשך אמקרקע. ולכאורה י"ל דהרמב"ם וטור מפרשי כפי' המפ' דבעית ר"ז בשכירות קרקע או משכיר בית ואינה יותר משתות שראוי לשכור אי בטל השכירות כדין מטלטלין א"ד דין מכר יש לה ובמכר אין לקרקע אונאה עיי' שמ"ק בפי' הא' בשם ר"י. וע"כ צ"ל לפירוש זה דזה פשוט ליה לר"ז מאיזה טעם דאף דאינו בכלל מכר, עכ"ז יש בו אונאה. ולפי"ז ממקרקע נשמע למטלטלי דיש לו אונאה. וי"ל דכן משמע גם לשון הרא"ש שפי' כן אלא שהמהרמ"ש וכן בנחל"צ הבינו דעת הרא"ש שפירש הבעיא במטלטלין. וא"ש מאוד דיקדוק לשונם שכתבו כשם כו' דאף בלא טעם דממכר הוא פשוט להו דיש אונאה. ומיושב נמי דברי הסמ"ע ואף שבדרישה לא כתב כן. והנה הפוס' כתבו הטעם דשכירות ליומא ממכר הוא כפשטא דש"ס ולא כמ"ש התוס' ליישב מפ"ק דע"ז משום דהכא ממכר יתירא כתיב. וע"כ צ"ל כמ"ש הריטב"א ליישב דבע"ז היינו לענין דאינו קרוי ביתו של שוכר אבל מ"מ קניא לה להשתמש כל ימי השכירות. ובז"מ מה שקשה בבעית ר"ז א"ד ממכר א"ר ולא שכירות דא"כ למה אצטריך מיד עמיתך למעט קרקעות הא בזמן

שהיובל נוהג כל קנין שדה אינה אלא לפירות והוי כמו שכירות דאינו אלא כמו קנין פירות לזמן וא"כ גם בשכירות מטלטלי אין בו אונאה. דהנה ע"כ צ"ל להמפ' דמפרשי הבעיא בשכירות מטלטלי ואי אינו בכלל מכר הא דאין בו אונאה הוא משום דהדרא בעינא ואינו מחסרו. והתוס' עירכין ל' כתבו:

דשאלה ושכירות הוי כטו"ה דאינו ממון. אבל ביובל דרשות בידו לעשות בו כרצונו עיי' לעיל סימן רי"ב מש"כ שם הסמ"ע ומה שכתבתי בזה לקמן סימן רנ"ז. ועפי"ז י"ל דברי הקצוה"ח לעיל סי' קצ"ה:

סעיף ל"ג. ועבדים אין בהם אונאה. עיי' סמ"ע. וכתב התה"ד שם אף דעבד עברי לא אשכחן דדמי לקרקע עכ"ז מצינו גם בע"א דדמי לקרקע בקדושין כ"ח ע"א דפריך שם א"ה היינו קרקע. וצ"ע דהא הר"ן שם דחה ראיה זה ופירש היינו דפריך כיון דבקרקע דאין נשבעין מגלגלין א"כ עבד לא גרע מיניה. וכן צ"ל דהתוס' ג"כ מפרשי כן שכתבו בב"מ צ"ט ע"א דאין עבד עברי גופו קנוי רק לענין גרעון כסף וכ"כ הרשב"א קדושין ט"ו וע"כ הא דפריך היינו קרקע כהר"ן ואין ראיה ועיי' תומים סוס"י צ"ה וי"ל בזה: סמ"ע ס"ק ס"ה. ובפרישה חלקתי כו'. לפנינו ליתא בפרישה. וחילוק זה ראיה למש"כ האחרונים המובא בפת"ש ס"ק ב':

סעיף ל"ג. ה"ה כלקוחות. הנתי' כתב דמיירי ע"כ בשמו. ול"מ כן מפשטות הש"ס דמחלק רק בין מקרקעי למטלטלי ובזה אפי' במטלטלי יש חילוק בין פירות לכלים. והנכון כמ"ש הנ"צ סעי' י"ב:

סימן רכח

סעיף א'. וזה לא ניתן להישבון. והק' המפ' דא"כ לילקי ע"ז. לכאורה י"ל דהוי לאו שאב"מ. וי"ל עפמ"ש החינוך בכ"מ הואיל דמשכח"ל במעשה. שו"ר בחינוך שכתב הטעם כאן משום דאין בו מעשה. ובמרדכי כתב דלוקין ע"ז וחמה בהגה משום דאין בו מעשה. וראיתי בלחם רב סי' ז' שהק' כן על המרדכי וכתב דע"כ מכת מרדות דרבנן קאמר. ולאו זה איתא גם בקטנים עיי' לק' סי' ח"כ. ומש"כ המחבר לשון הש"ס זה בגופו כו' ראיתי בשו"ת מחנה ישראל שכתב לפרש דגופו וממונו דהמאנה קאמר דבממון יש לו הצטדקות ע"ד לא יבוזו לגנב כו' ובזה היה מיושב קושית התוס' שם ע"ש. אבל ל"מ כן בפשט הש"ס. ומש"כ בהגה ומי שמהנה א"ע כו' וכתב הנ"י דאינו בכלל עמיתך חמוה דהא במצות תוכחה כתיב נמי עמיתך אפ"ה אמרי' דמחויב להוכיח אפי' לרשע ועי' שדי חמד מערכת א' סי' ת"ג דהקשה עוד מכמה מקומות. ומש"כ הסמ"ע ושמעתי מפרשין

כו' כו'. ראיתי בשם ס' שמע שלמה שפירש עמיתו לומר שהוא חבירו כיוצא בו רמאי ומאנה כמוהו והמוכר אינהו במכר והלוקח אינהו במעות ס"ד דאין זה איסור קמ"ל:
סעיף ד'. והוא אינו רוצה לקנותו. בש"ס ר"י אומר לא יחלה עיניו על המקח בשעה שאין לו דמים. וכן הוא בפסחים קי"ב ובסיפרי פ' בהר איתא והוא א"ר ליקח וכתב בהתו"ה שם דמש"ס משמע דאף ברוצה לקנות אסור באין לו דמים ורק מידת חסידות הוא. וי"ל באו"א דבפסחים אמר אל תעמוד על המקח כו' ור"ל דאם עומד על המקח מפסידו שיאמרו כי הוא רוצה לקנותו כמ"ש רש"י שם ובבב"מ אין חשש זה דאם אחד בא ושואל על המקח מותר גם לאחר ללוקחו ולכך אמר לא יחלה עיניו כו' ואין איסור רק משום שמאנהו וכ"מ מרש"י סוד"ה שהרי ע"ש. וכתב בס"ח סי' תתרס"ט דאסור להראות ג"כ שרוצה למכור חפצו ואין דעתו למוכרו אלא יאמר כמה שוה זה. ומש"כ עוד אם נשאלה שאלה כו' ועיי' באה"ג. לכאורה ראיה מש"ס ב"ב כ"ב ע"א מאן דלא שהייה לאוניתא כו'. אך עיי' תוס' וחא"ג שם י"ל:
סעיף ו'. ואף לגנוב דעת הבריות אסור. כתב הב"ח דלעכו"ם בימים הקדמונים] שרי. ובשו"ת מהר"י מברונא סי' קי"ג כתב דאף לעכו"ם ג"כ אסור גניבת דעת. ומצאתי בספר חסידים סי' נ"א שכתב להדיא דאסור ואותן שמחרפין את הנכרים בשעת שאלת שלומם והנכרי סובר שאומר לו טובה חוטאים הם כי הוי גניבת דעת גמור. [ועיי' קובץ פ"ב מדיעות הל' ו' דיעות הראשונים בזה] והנה בסמ"ע ס"ק ט' תמה על השמטת הטור. הנה התוס' חולין צ"ד ע"ב הק' על מה דפריך שם בש"ס בעובדא דמ"ז והא קא מטעינן ליה. דאין זה טעות כיון דבלא"ה היו באים לכבודו. וחילקו דמ"מ שם בעבורו פתחן אבל הכא לא באו כלל בעבורו. וזה להגירסא מכורים ולגירסת הטור והמחבר הפתוחות ל"ש תירוצם. וא"כ י"ל דבאמת פליגי על לישנא קמא דלעיל. והב"י והסמ"ע דהקשו צ"ל בטעמם דאף לגירסת המחבר י"ל כחילוק התוס' קצת דמ"מ נראה קצת שפחת בשבילו משא"כ בעובדא דמ"ז שלא הראו כלל שבאו לקראתו.
ובעיקר ההשמטה עיי' לח"מ פ"ג מדעות ובמהרש"א חולין שם:
סעיף ח'. עור של בהמה מתה. וכתב הב"ח דאפי' דמי מחה אינה נוטל ממנו וכ"כ המהרש"א דבלא"ה פשיטא. והנה נ"מ בין שני הטעמים שבש"ס עיי' סמ"ע וב"ח. ופשוט נ"מ בידע המוכר שהיא מתה שלא ע"י נחש כגון שנהרגה וכדומה. עוד י"ל לגירסת הטור מנעל כגון שמכר לו מנעל שכבר שימש בו ולא הוזק. ומש"כ ושמן צף על פי עיי' סמ"ע. תמוה לי בזה לשון הרמב"ם פ"ז מברכות וז"ל לא ישלח אדם לחבירו חבית יין ושמן צף על פיה שמא ישלח לו אדם חבית שכולה יין וידמה שהוא שמן ושמן הוא

שעל פניה בלבד ויזמן אורחים ויתבייש. והנה ברדב"ז ח"א בלשונות הרמב"ם סי' נ"ח מביא שני גרסאות בדברי רבינו הא' שמא ישלח לו אדם שכולה שמן וידמה שהוא יין ושמן הוא שעל פניה וזימן אורחים ויתבייש. ונדחק ליישב גם גירסא זאת. ועוד גירסא שמא ישלח לו אדם חבית שכולה יין ושמן הוא שעל פניה ויזמן אורחים ויתבייש. ולפנינו מורכבים שני הגירסות יחד ואין ביאור למש"כ וידמה שהוא שמן דאין מקום לזה להגירסא שלפנינו וכפי, הנראה יש למחוק זה. ובעיקר דבריו למה נדחק לפרש שמא ישלח לו אדם אחר עיי' ביאורי הרדב"ז שם:

סעיף ט. כגון לצבוע זקן כו'. בהג' יעב"ץ כתב דדוקא כנעני אבל עברי שרי כיון דאין גופו קנוי קנין עולם א"מ הא בעברי בלא"ה אסור משום לא תלבש גבר כמ"ש ביור"ד סי' קפ"ד ודוקא כנעני שרי ועיי' שומ"ש מ"ק ח"א סי' ר"י. ומה שהכריח היעב"ץ משום דעברי מצוה לפרנסו. וכי עליו לבד מוטל לפרנסו כל צרכו. ומש"כ בסמ"ע ס"ק ט"ז וה"ד כו' וז"ש בגמ' כו' לפמש"כ הרשב"א בחי' חולין ח' מובא בחו"ד יור"ד סי' ס"ט ס"ק ב' דחללי ר"ל לרוחצו אם אין ראיה כ"כ דלאו שרייה הוא. כעת בא לידי שו"ת דב"מ העלה דאסור לשרות דהא עיקר האיסור שיש בזה גניבת דעת שעי"ז אין ניכר כחשות הבשר ומה לנו במה שידוע שדרכם כן. וכן בפרכוס אדם וכלים נראה פשוט שאסור אף שידוע וניכר שפרכסם כעת:

סעיף י"ב. אא"כ הודיעו. כן הוא לשון המשנה. ומזה דייק הרמ"ז במשניות דאם הודיעו פעם אחת שוב א"צ להודיעו. אבל הרמב"ם שינה לשון המשנה וכתב "מודיעו" משמע דצריך להודיעו בכל פעם. וכן מורה לשון הטור: סעיף י"ד. טועמו תחילה כו'. כ"כ רש"י שאדם טועמו קודם שלוקחו. ומשמע מזה דלא כהה"מ מובא לק' בסמ"ע סי' רל"ב דכל שיכול לטעום מותר. שו"ר מזה בנתי' שם:

סעיף י"ח. וכן יכול למכור כו'. עיי' שומ"ש מ"ק סי' כ' שהעלה דאם מוזיל מפני שאין משלמין המס כמו פאטענט א"כ הראשונים נוטלים באמת כדי שויין בזה אין מעלה מה שהם מוזילים. אמנם בנידון דידיה בהוזלת יי"ש לא היה צריך כלל לזה להפמ"א מובא בפת"ש סי' קנ"ו ועיי' ערוך השולחן כאן:

סימן רכט

סעיף א' בהגה. צריך לקבל כו' וי"א דבידוע כו'. זה דעת רשב"ם והסכים לזה הטור. ול"י טעמו דהא הרא"ש ור"ן חולקים וכן דעת רמ"ה בפי' ולמה הסכים לרשב"ם. ומש"כ בפרישה דאף אם לא נתן הלוקח עדיין המעות מ"מ כיון שמשך הפירות לרשותו ה"ה שלו והמוכר נקרא נתבע. תמיהני דסתם דהא הנמוק"י כתב דהיכא דלא נתן דמים מצי

לומר למקח כזה לא נתכונתי. והנה הנמוק"י כתב נ"מ בין דינא לקנסא דלא מגבינן בבבל. ותמה הפ"ח דא"כ למה הביאו הרי"ף ורא"ש ברייתא זו וי"ל דנ"מ בתפס וכן כתב הר"י בש"מ. ומש"כ עוד הפ"ת דא"ל נ"מ במודה דהא אין חייב עצמו בכלום. ולמש"כ לק' סי' שמ"ח דבאיכא פלוגתא אי הוי קנס מודה הרמב"ם ע"ש הכא ג"כ י"ל דהא יש סוברים דהוי דינא. והנה הסמ"ע כתב דלענין עפרורית פחות מרובע איכא פלוגתא בש"ס. ודבריו:

תמוהים דאין חולק על דין זה וכ"כ הר"ן בש"מ דמאי דקא דתי עדשים שאני כלומר דמהכא לא ילפינן וכ"כ הרמ"ה בפי' אלא שמש"כ הר"ן דכ"מ דברי הרמב"ם לא מצאתי ברמב"ם שום משמעות לזה וכ"כ הה"מ שם. והש"ך תמה מבורר צרור כו' וכ"כ הב"י. אמת שכ"כ ב"י ותמה על השמטת הפוס' דין זה. אבל מראיית הש"ך יש לתמוה על תמיהת הב"י על השמטת הפוס' דהא היינו הך דינא דהבורר צרור וכן כתב הב"ח ליישב תמיהת הב"י. אלא דבאמת אין בה מן הישוב דהנה לשון הרמב"ם פי"ח ממכירה לפיכך הבורר צרור כו' וכתב הכ"מ שם דקאי על מש"כ תחילה דיש מקומות שאפי' היה בהם מחצה עפר דאי במקום שנהגו שיהיו מנוקים מאי אפסדיה. ולפי"ז אין ראיה לפחות מרובע לדינא דש"ס אף במקום שאין מנהג. עוד כתב שם ואם נאמר דקאי היכא דלית להו מנהג קאי דוקא היכא דלא היה אלא רובע קטניות לסאה חיטין דאי הוי ביה יותר מאי אפסדיה הא צריך היה לברור הכל. ולפי"ז צרור ל"ד אלא פסולת ובודאי אין ראיה לעפרורית פחות מרובע.

וגם בדברי הטור י"ל כן דגם הוא כתב כלשון הרמב"ם. ויותר דלהטור י"ל אף ביותר מרובע היכא דנודע שלא עיכבו כמ"ש הכ"מ דהא היה צריך לברור הכל הוא רק לדעת הרמב"ם דאין חילוק בין דינא לקנסא ביתר מרובע כמ"ש הכ"מ דלדידיה בכ"א יברר את כולו ביותר מרובע. והלח"מ שם לא הביא דברי הכ"מ וגם הסמ"ע ס"ק ה' עמד על לשון לפיכך ולא הזכיר מדברי הכ"מ וצ"ע. ומש"כ הסמ"ע ס"ק א' דרגיל להיות עפרורית בעדשים וקטניות עיי' הג' רש"ש ב"מ פ"ז ע"ב מש"כ בזה:

סעיף ב'. הרי אמרו אסור כו'. ואף גם הזורק אסור להחזיר את הצרור וכיון שאסור להחזיר לא מיפטר בהכי כ"כ הרמ"ה (דלא כמ"ש בס' אחד הנד"מ] והנה רשב"ם ותוס' מחלקים כאן בדינא דגרמי ודברי הנמוק"י בזה הם מאוד תמוהים דנראה שרוצה להרכיב השני הטעמים יחד עד שאח"ז מצאתי בשומ"ש מ"ת ח"ב סי' ק"ה שעמד בזה. ומה שהק' שם מרבה ב"ק צ"ח דפוטר גרמי והכא ס"ל דחייב כן עמד בזה הגרע"א בגליון וכבר תירצו דט"ס בספרים וכצ"ל אמר רב הבורר צרור וכן הוא בביצה ל"ח וברי"ף ורא"ש כאן:

סימן רל

יעקב על חו"מ סימן רל:

סעיף א'. מרתף של יין סתם. דהלכה כדברי המיקל. והק' בתוס' למ"ד מקבל לוקמי מתני' בהכי. וכתב המהרש"א דבאמת כ"כ הרי"ף דמתני' בהכי מיירי. אבל התוס' תמהו שפיר דתיקשי למ"ד מקבל מהך דר"ז שהוא ברייתא. והרש"ש דחהו דאפי' בלאו ברייתא שפיר פריך ומנ"ל דהך וזהו אוצר הוא לשון הברייתא. והנה לפי' המפ' דפירכת הש"ס הוא לדינא דהכא במרתף זה קתני יין שכולו יפה י"ל דהך וזהו אוצר אינו מן הברייתא ואין הכרח. אבל לפי' רשב"ם דפריך אאוקימתא דמוקי למתני' ביין סתם והכא מוקי במרתף זה ע"כ צ"ל דהוא מהברייתא דבלא"ה מאי פריך מיהו בעיקר דברי הרש"א ל"י למה צריך לזה דהא התוס' שפיר מקשים על מ"ד דמקבל ומדייק כן מדברי ר"ז תיקשי לדידיה שפיר מר"ז גופא דמוקי למתני' במרתף זה. וע"כ צ"ל כמ"ש הרמב"ן דלאו למימרא דלא משכח"ל בגונא אחריתי אלא לומר דבכה"ג נמי הוא. ומש"כ המחבר עשרה קנקנים כו'. י"ל למה בתבואה מקבל עליו רובע לסאה שהוא אחד מכ"ד ובאלו אחד מי'. וצ"ל עפ"י התוספתא המובא ברא"ש ונמוק"י וברשב"ם בשם ר"ח יתר ע"כ מחזיר לו השאר ונוטל הימנו דמים. וכתב הרא"ש דל"ש הכא טעמא דקנס דאין דרך לערבן עם שאר החביות וגם ל"ש טעמא דשכיח ול"ש אלא דבר הוה שמתקלקלין י' בתוך ק' כשמצרפן בכבשן ול"ד לרובע טינופת שיש לחושדו שעירב גם הרובע. ואף דבתוספתא חשיב בתחילה גם רובע טינופת וע"ז אמר בסוף יתר ע"כ כו' מפרש הרא"ש דלא קאי על רובע טינופת. והפוס' השמיטו התוספתא ואולי מפרשי דמ"ש יתר ע"כ קאי על כל הקודם אף על רובע טינופת ואנן פסקי' כר"ה דמנפה את כולה והכרח הרא"ש הוא ממה דלא פריך מתוספתא זו לר"ה אם נפרש דקאי על רובע דטינופת. ואח"כ ראיתי שהרמב"ם רמז לזה דבפ' י"ח הל' א' כתב נמצא מהן יתר על השיעורין הללו כ"ש ינפה את הכל. ובפ' י"ז הל' ז' ביין כתב יתר ע"ז לא יקבל וכתב ע"ז בהג"מ דל"ד לתבואה והיינו דינא דתוספתא והמחבר נמשך ג"כ אחר לשון הרמב"ם וכתב יתר ע"ז לא יקבל כלומר אבל העשרה מקבל לעולם:

סמ"ע ס"ק ז'. דחביות מחד יין משמע כו'. כ"כ הה"מ והוא עפ"י פי' הרשב"ם דפירכת הש"ס הוא שיקבל עליו כולו יין הנמכר בחנות ומפרש דמכר לו חביות שיטלנה כמות שהיא לביתו וע"ז משני דכולה חד חמרא הוא שא"א לחלקה. ובאמת צ"ע לפי"ז הדמיון דיקבל עליו כולה קוסס לשם דנותן לו יין יפה כולה רק מקבל עליו י' למאה ומהיכי ס"ד כן. ומש"כ הסמ"ע ובטור מסיים בזה כו' נראה מדבריו דג"ז נמשך לפי' הרשב"ם. אבל

אחר העיון נראה גלוי דהטור מפרש פירוש אחר ועפי"ז יצא לו חידוש דין זה. דלכאורה מש"כ הטור אפי' אם התנה שיתן לו מעט מעט כשימכרנו בחנות כו' ופירש הפרישה דהו"א דלא יחשב כמוכר לו חד חביות דהרי יקח מידו מעט מעט דרך מכירתו בחנות וגם במדידתו במעט אינו רגיל להיות טוב כ"כ אפ"ה צריך ליתן לו מהטוב. ולכאורה לא נדע מקורו דלהרשב"ם לא מיירי בזה כלל. אבל בתוס' ד"ה חביות כתבו אבל ביין הנמכר בחנות לא כו' מ"מ אהאי חמרא לא יהבי אינשי דמי. והק' המהרש"א דהא מגופא דברייתא הו"מ להק' כן מסיפא לרישא דמרתף של יין סתם אמאי נותן לו יין שכולו יפה ולא יין הנמכר בחנות דהא מקרי חמרא. ועוד י"ל בלשון התוס' שכתבו אבל ביין כו' והול"ל אבל יין. ועוד הק' הרשב"א בתוס' ע"ב ד"ה וחד אמר א"כ אמאי נקט ר"ת לעיל המוכר חבית של יין לחבירו כו' מאי איריא חבית אפי' מרתף נמי. מזה נראה דהתוס' אינם מפרשים כרשב"ם דהקושיא הוא ליתן לו כולו יין הנמכר בחנות אלא דיקבל עליו לפי ערך י' למאה וכן מצאתי בפי' הרמ"ה שפירש כן קושית הש"ס. ומפרשי מכר לו שיעור חבית יין ליטלנה מעט מעט מתוך חנותו כמ"ש הטור וע"ז פריך כיון דאינה ניטלה כולה בב"א למה לא יקבל עליו כלי אחד יין הנמכר בחנות וכמו שעלה ע"ד הפרישה לומר כן. ומשני דכולה חד חמרא הוא כלומר אף שאינה ניטלה בב"א מ"מ כיון שהזכיר לו שם חבית משמע שתהיה ראויה ליטלנה כמות שהיא בחבית אחת. ומיושב היטב קושית הרש"א דגופא דברייתא אתיא ליה שפיר דיין סתם לישנא עדיפי הוא דמשמעו יין טוב ולא יין הנמכר בחנות רק הכא דלהמקשן מיגרע גרע דהיינו שאינה ניטלה בב"א וכמ"ש הפרישה להטור ע"ז פירשו שפיר דהכא ל"ש לישנא עדיפי ולמה באמת להס"ד נותנו כולו יפה לזה כתבו דע"ז לא יהבי דמי. ומיושב שפיר קושית הרשב"א דכאן מיגרע גרע מיין סתם כיון דאינה ניטלה בב"א עכ"ז נותנו כולו יפה מדהזכיר חביות. והרשב"א הק' כן להרשב"ם כמ"ש בתירוצו מהרשב"ם. וא"ש היטב דיקדוק לשונם וביין ר"ל לא כולו יין כמ"ש רשב"ם אלא וביין בתערובות יין הנמכר בחנות דהיינו לפי ערך י' למאה. וברור דכן מפרש הטור ועפי"ז כתב אפי' אם התנה כו'. והרשב"ם דלא מפרש כן אולי משום דמאי מקשה נימא דהכא מיירי במכרה ליטלנה כמות שהיא ול"ש שיקבל. ויותר י"ל דתליא בשינוי הגרסאות. דרשב"ם גרים המוכר חביות יין לחבירו דמשמע ליטלנה כמות שהיא. אבל גירסת התוס' הוא חביות של יין אני מוכר לך דמשמעו שיעור של חביות יין אני מוכר לך. אבל הרמ"ה אף דפירש פירכת הש"ס דיקבל לפי ערך אבל בעיקר הפירוש לא פירש כמו שפירשתי להטור שכ"כ בכונת המתרץ דכולה חד חמרא הוא וכיון דלישנא דיין סתם יין יפה משמע לא שייך בה לקבולי כוססת דכולה חד חמרא

הוא והיינו כמ"ש רשב"ם ואולי מפרש כמ"ש הרגמה"ג בפירושו דהיינו שיתן לו קוסס מחביות אחר. וע"ז משני דכולה חד חמרא הוא ולא דיבר עמו שיתן לו מחבית אחרת. והה"מ קיצר שכתב והטעם דחביות יין כיון שהוא כלי אחד אין ראוי להיות בו כוסס כלל. שהוא רק לפי' רשב"ם והו"ל לכתוב גם הטעם דאינו נותנו לפי החשבון י' לק' מתוך חביות אחרת:

שם ס"ק ט"ו. וכ"כ הרמ"ה אלא שחילק כו'. במחלוקת זה כבר האריכו המפ' בכל פרטי דינים. אלא מה שחידש הנתי' כאן בדעת הר"ח והרמ"ה דמיירי דהוזל בכל המקומות והוי כמו מכת מדינה ועפ"י דעת התוס' כתובות מ"ז וראיתי במשפט:

שלום מובא תשו' נט"ש שדחהו. מצאתי בפי' הרמ"ה שכתב כן בפירוש דהוי מכת מדינה ודומה למקבל שדה מחבירו ואכלה חגב דבמכת מדינה מנכה לו מחכירו. והנט"ש חקר עוד אם הוליכו למק"א על מי חל חיוב ההוצאות חזרת הסחורה למקום המוכר והמשפ"ש פילפל בזה. והנה הרמ"ה כתב דל"ש לענין זולא ול"ש היכי דהוי חלא וה"ה מאן דזבין מידי לחבריה אדעתא דממטי ליה לדוכתא פלן ואיגלי התם מומא כי מחייבינן למוכר לאהדורי ליה זוזא ללוקח לבתר דמהדר ליה לוקח לחמריה דמוכר ומקמי הכין לא מיחייב מוכר אלא היכא דידוע שיינו מחמיץ והאריך בטעם הדבר ופסק דבהוצאה חייב המוכר. ומובא במחבר לק' סי' רל"ב ובזה מודה גם הרמב"ם כמ"ש הב"ח שם. הרי דגם בזול כ"כ. ועיי' שומ"ש מ"ת ח"ב סי' ק"י שדן דלכל החילוקים זה דוקא במקום שקנה במשיכה וכדומה רק שלא נתן מעות אבל במטלטלין שקנה במעות ומעות אינן קונות אלא למש"פ ודאי יוכל לחזור:

סעיף ו'. עד העצרת. משום דמשם ואילך מתרבה החמימות כמ"ש בסמ"ע. אבל יפה הק' הרש"ש דרוב פעמים תקופת תמוז נופלת אחר העצרת. אבל בפרישה כתב עוד טעם דר"ה לאילנות הוא וא"ש. ומה שהשיג הש"ך על הרמ"א וכתב דה"ה בקנקנים דלוקח. אינו מוכרח דוקא כן דהא דעת הרמ"ה דדוקא בקנקנים דמוכר. ומש"כ המחבר ולא יחמיץ עד החג וכתב הה"מ מובא בבאה"ג דקאי דוקא אמיושן ולא אישן. אמנם כן הוא דעת רשב"ם והנ"י [מש"כ בבאה"ג רבינו שמשון הוא ט"ס וצ"ל רשב"ם וכן הוא במ"מ בר"ת ר"ש] אבל דעת הרא"ש נראה דקאי נמי אישן דבש"ס י"ל דקאי רק אמיושן דכתב וכו' וכן הוא ברי"ף אבל ברא"ש לא כתב וכו' ומשמע דקאי אישן וכן מצאתי בפסקי הרא"ש שכתב להדיא כן. ומש"כ בהגה אבל שכר כו'. והיינו כגירסת הרי"ף ורא"ש דלא גרסו והילכתא כותיה דשמואל וכן נמי גירסת רשב"ם כמו שמוכח לק' צ"ח ע"א ד"ה ודלא. וכתב הב"ח דמכאן ראיה לפירשב"ם דחמרא אכתפא דמרא שוור היינו לומר

דמזלא דגברא גרים דאל"כ למה עביד ר"י עובדא בשיכרא כרב ובחמרא כשמואל אלא ודאי דס"ל דטעמא דשמואל ל"ש אלא בחמרא כו' כו'. ותמיהני דהא אדרבא התוס' הק' מזה לפירשב"ם בד"ה ושמואל דבשיכרא עבד כותיה דרב והא ל"ק שמואל אלא כיון דמזליה דגברא גרים ול"ש אלא ביין כדכתיב יין בוגד ואדרבה לפי' התוס' א"ש יותר כמ"ש הנמוק"י שאין השכר מתקלקל ע"י טילטול בנשיאת הכתפים. ומש"כ הרמ"א ראובן תובע כו' מה שטעמת אתה נוטל כו' ופירש הסמ"ע דמסתמא טעמו כו' ע"כ צ"ל דמיירי במקום שהמנהג לטועמו לפמש"כ המחבר לעיל סי' רכ"ח סעי' י"ד דתליא במנהג וז"כ הד"מ שכתב ועיי' לעיל סי' רכ"ח בדין תערובות בדבר הנטעם כלומר דתליא במנהג. ומש"כ המשפ"ש דבמרדכי לא נמצא מזה. ע"כ צ"ל כונת המרדכי כן מראייתו מב"מ ס'. ודבר פשוט דאם הלוקח אינו בקי בהכרת טעם היין וקונה למסחר והקונים אומרים שאין זה הטעם אין ראיה מטעימת הלוקח:

סימן רלא

סעיף א'. המודד או שוקל חסר לחבירו. במג"א רס"י שכ"ג כתב דבמחילה שרי וצ"ע מרשב"ם פ"ט ע"א ד"ה ואין גודשין דאפי' מחיל אסור. ומש"כ המחבר ואפי' לעכו"ם וכתב הב"ח לדעת הטור דהוי מדרבנן ועיי' פת"ש. אולי קצת ראיה להטור מב"מ ס"א ע"ב לאו דמשקלות ל"ל. ודילמא איצטריך לאסור אף לעכו"ם וכמ"ש המהרש"א שם בתוס' ד"ה לעבור וע"כ דהוא מדרבנן וי"ל:

סעיף ב'. חייבים ב"ד כו'. ואף דהוי מצ"ע שמתן שכרה בצדה כמ"ש הירושלמי מובא בהג"מ פ"ת מגניבה שאני הכא דאיכא לאו. וראיה לחקירת המלמ"ל פ"ז ממתנות עניים ועיי' נחל"צ יור"ד רס"י רמ"ה:

סעיף ג'. ואם יש מנהג כו'. הפוס' השמיטו מסקנת הש"ס ולא היא כי' וכתב הב"י דהם מפרשים דהא דקאמר ולא היא לא קאי אלא על מהנדסי או דלא היו גורסים זה כלל. והב"ח כתב עפ"י פי' רשב"ם דמתרמי בה"ש שהכל טרודים ואין רואהו כלומר ואין רואהו להמהנדסי. ויותר נכון הוא לפרש ואין רואהו להמודד שגם המהנדסי טרודים בהשמ"ש וכן הוא בפי' הגרמה"ג. אבל פלא אם הביא תחילת דברי הרשב"ם למה לא ראה מש"כ הרשב"ם אח"כ שאף הלוקח יקח בהשמ"ש. והנראה יותר נכון דלהפוס' היה לפניהם גירסת הרמ"ה שגריס א"ה באתרא דלא חתימי נמי כל כמה דלא מהנדז לא שקיל אפ"ה זימנין דמתרמי בה"ש ומקרי ושקיל פירוש כ"כ דלא מהנדז שלא יכוון המשקל כן פי' בערוך שכל דבר המכוון קרי הנדז או הנדסי וקאי הכל על חילוק הא' וא"ש מאוד דלא הביאו זה דנכלל במש"כ שמא יבא מי שא"י כו':

סעיף ו' בענין שתעלה הרתיחה. בש"מ ב"מ ס"א מביא פי ר"ח שלא יחמם אלא ימכרנו צונן לפי שכשהוא חם הוא מוסיף במדה. ואולי ז"ש בתוספתא שמן שקרש אין מפשירין אותו. שו"ר בהג' רש"ש מביא פירוש זה מהערוך: סמ"ע ס"ק י'. לאפוקי מהרמ"ה כו'. שהם עמוקים כו'. כן האריך בדרישה לפרש כונת הרמ"ה. אבל לפנינו מפורש ביד רמה כמ"ש הב"ח דפסק כת"ק דגזר יבש אטו לח ועיי' תוס' ב"מ מ"ח ע"א ד"ה נתנה ובש"מ שם בשם רשב"א:

שם. ס"ק י"ז. ורשב"ם ורמב"ם כתבו כו'.

הוא ט"ס דרמב"ם כתב מפני שמיקל ומתחסר. ולכאורה נראה נ"מ במדות דלהרמב"ם אין רשאי שמתחסר ולהרשב"ם רשאי דל"ש כבידות. ואולי מפני החלודה שמתקטנת אבל מפי' הרשב"ם בשאר מיני מתכות שפוחתין והולכין ל"מ כן. שו"ר בתוספתא שם מפורש דאף מדות אסור ליתנם במלח:

שם ס"ק ל"ב. וז"ל רש"י כו'. אבל התוס' לא פירשו כן ומלשון השו"ע שהוא לשון הרמב"ם אין הכרע:

שם. ס"ק ל"ג. שאז החבל מתבקע. אבל לפי' ר"ח המובא ברשב"ם אסור גם בקנה והפוס' השמיטוהו וכ"כ בש"מ ב"מ ס"א דדברי תימה הם. והנה כל המפ' פירשו דהאיסור הוא על המודד דלעצמו הא בלא"ה הוי גזל. [דלא כהמע"ח ב"מ] ועיי' מהר"ם שיף. והרמ"ה כתב דקמ"ל אעפ"י שאינו חכוי להוסיף או לגרוע:

סעיף כ'. בד"א במוכר סחורתו כו'. והק' הב"י על הרמב"ם דהשמיט זה. וי"ל עפ"י גירסת הר"ח מובא בשמ"ק והאמר שמואל המשתכר אל ישתכר יותר משתות ולא פחות משתות. והוא משום אפקועי תרעא. וצ"ל דשמואל ס"ל בזה כר"י לק' ס' דלא יפחות את השער אבל לחכמים לק' דפליגי עליה ל"ק קושית הש"ס דשפיר רשאי לפחות וכרבנן פסקינן:

סעיף כ"ו. ולא מרשות מלך זה כו'. זהו רק להרמב"ם וגירסתו. ולהרשב"ם אין איסור בא"י בזה כמ"ש הה"מ. ומש"כ נוסח ההלכות כפי ביאור הלח"מ ע"ש. לפנינו גירסת ההלכות כמ"ש בש"ס:

סימן רלב

סעיף א'. חוזר לעולם. עיי' בהגר"א שיטת הראשונים בזה, והנה כולם הק' על הרשב"ם דכי אמר רבא במטלטלי שהוא נגד ש"ס קדושין וב"מ. ול"י י"ל בכונת רשב"ם עפ"י מש"כ הרמ"ה ב"ב צ' לאחר שהק' ג"כ קושית הרשב"ם כתב לחלק כי אמרי' בכה"ג מק"ט במידי דלא מתהני לו לאינש במקצתו ככולו לפי חשבון אבל במידי דמתהני ליה

בקצתו ככולו לפי חשבון כגון קרקע העומדת לזריעה או לנטיעה כיון דלפירא קיימא ועבדא פירי לפי חשבון לא קפיד אשיעור אלא היכי דשכיח האי שעורא גבי מוכר. ובזה האריך לחלק בין בית וחצר דהוי קפידא לבין שדה העומדת לזריעה. וזה נמי כונת רשב"ם דאין כונתו לומר דוקא בקרקע לפי שאין אונאה לקרקע כמ"ש הרשב"א בלשונו וקיצר לשון הוא ברשב"ם וכונתו הוא כמ"ש הרמ"ה ובזה ל"ק מקדושין וב"מ דשם הוי קפידא. ומש"כ עוד הרשב"ם וגם המוכר א"ל כו' הוא תירוץ אחר כמ"ש הרשב"א והר"ן והנה הב"ח כתב דאם נשתמש בו אחר שנודע לו הטעות מחיל כבסעי' ד' ומסמ"ע ס"ק ג' לא משמע כן וכן משמע מדברי הרמ"ה שם דל"ד כלל. שו"ר לאח"ז בפנ"י ב"ק פ"ה כתב קצת מזה ליישב דברי רש"י:

ש"ך. ס"ק ב'. וכ"כ הרא"ש כו'. הב"ח הק' זה על הב"י שהביא דין זה בשם הרי"ו ולא מהרא"ש. והיה נ"ל עפ"י מש"כ המע"ח די"ל דהרא"ש לא כ"כ אלא אאינש תקיפא דהוי רק ספק כמ"ש דילמא אבל לא במתנה וי"ל דלכן קא יהיב ליה, ולא אמר דילמא והגמר' לא מיירי באינש תקיפא וי"ל דלכן מביא זה בשם הרי"ו. אבל מלבד שאין לדבריו הבנה דהא זו"ז לא שכיחא ואפ"ה תלינן עוד זאת הא התוס' ב"ב ע"ת גרסי דילמא מתנה וכן בפסקי הרא"ש שכתב אי תבע הנותן מחויב להחזיר במתנה והבלעה ודלא כמ"ש המע"ח. ומש"כ הב"ח על הגמר' בשם התוס' להביא ראיה ממכר לו הצמד. והק' דהתם הוי מכר ואיכא טענה שמכר לו אבל הכא אין כאן אלא טעות אוי הבלעה וכיון שזה תובע טעותו איך יחזיק זה במה שאינו שלו וכבר הק' כן הרמב"ן על התוס' מובא בש"מ והרמ"ך פסק דאפי' שבועה ליכא על המלוה כיון דמודה דאשתכח טופיינא. והנה הריטב"א כתב אהא דאמרי' דאבלע לו בחשבון אעפ"י שנתן שלא לדעתו השבת גזילה גמורה היא. וצ"ע מב"ק קי"ח ע"ב דמסיק דכי רמי ומנח ליה בידו לא הוי השבה וכמ"ש רש"י שם. ובלא"ה צ"ע דהא אחזוקי אינשי בגנבי וגזלנא לא מחזקינן עיי' לעיל סי' קל"ג. וע"כ צ"ל כגונא דמלוה ישנה וכה"ג ועיי' הגמר באו"א. ומש"כ בהגה ובמקום שרגילין כו'. אין כן דעת רש"י עיי' מהר"ם שיף. ומש"כ הש"ך בשם השל"ג ובמשפט שלום מובא דברי האחרונים בזה. הנה בתשב"ץ הקטן סי' תצ"ה כתב אם יודע ששכח אחד מבעלי חוביו ה"ה מוזהר בעשה ול"ת להראותו לו בעשה דהשב תשיבם ול"ת דלא תוכל להתעלם וכן נראה מתשו' הרדב"ז חלק א' סי' תר"ו מובא בקהלת יעקב אות פ' סי' רנ"ח ועיי' סמ"ע סי' ע"ג ס"ק י"ט ומש"כ שם המגיה לבהגר"א ועיי' שומ"ש מ"ק סי' נ' מש"כ בזה וע"כ דין זה צע"ג:

סעיף ה'. הדין עם ראובן. הב"ח חילק מההיא דהראב"ד המובא בטור דכאן מיירי באופן דא"צ להבית תיכף דבצריך הוי מק"ט. והמחנ"א חילק דהראב"ד מיירי בתנאי והכא בא"ל בית סתם אבל אי א"ל דהבית לא יהיה בה שום קילקול אף בחוזר לקדמתו הוי מק"ט וההיא דפסחים ד' ע"ב מי הוי מק"ט אף דאין זה בגוף המקח התם איירי בהתנה. ולכאורה כן נראה מרש"י שם ד"ה מי וכ"כ המג"א סי' תל"ז דמיירי בהתנה אבל המקו"ח שם דחהו וכן ראיתי אח"כ בשעמ"ש כאן. [ועיי' מש"כ בזה, המגן האלף שם ולא ראה דברי הב"ח] ומש"כ הפת"ש ס"ק ד' להק' על הנתי' מלשון המחבר. י"ל דמכרו עם אותו הפחת לפי ערך הנפחת ממנו ועוד י"ל:

סעיף ח'. נשכנית ורבצנית כו'. ואף דקיי"ל כשמואל די"ל לשחיטה מכרתיו לך ע"כ דמיירי בזבין להדיא. עוד י"ל בין פרה העומדת לחליבה לשור דאינו עומד אלא לרדיא ועיי' מע"ח ב"מ פ' ע"א:

סעיף י' בהגה. וי"א כו' הוי כמו מוכתב למלכות כו'. עיי' סמ"ע. ולכאורה גם בזה א"מ לשונו דהול"ל כמו ליסטין מזויין דבמוכתב למלכות שוה גונב ממון לגונב נפשות ובאמת הרמב"ם מפרש מוכתב למלכות דלא כרש"י ליהרג דא"כ מאי לסטים מזוין מאי מוכתב למלכות אם שניהם להריגה. ומה שהק' התוס' לפרש"י הרמב"ם במתק לשונו מיישב זה שכתב בחזקת שיש בהם כל הרעות וכן מדייק רשב"ם בחזקת גנבים הם כיון דשם גנבים עליהם הו"ל לחקור אחר זה ומסתמא ידע ומחיל. והנה הא דבלסטים מזוין הוי מק"ט אף דאית ליה קלא ומסתמא שמע צ"ל דאנן סהדי דלוא שמע דלא היה מתרצה לזה כמ"ש הרמב"ן בחי' ב"ב ועיי' הפלאה מש"כ בזה. וכ"ז בשלא נשתמש בהעבד אחר שנודע לו אבל בנשתמש מחיל וכ"כ הרמ"ה בחי' ב"ב:

סעיף י"א. לטבחה. ודייק הנתי' דוקא לטבחה ובלא"ה לא הוי מק"ט וכתב כן משום טריפות דסירכא. והשוש"י הק' עליו הא הרמב"ם כתב ג"כ לטבחה והוא לא הזכיר מטריפות דסירכא. ולא ראה בב"י שמביא לשון הרמב"ם ומדייק מלשונו דס"ל כהרמב"ן ואדרבה מזה ראיה להנתי'. והנה המחנ"א סי' ג' מביא ראית הרמב"ן משור וכתב ולא הבנתי דהא קיי"ל פלגא נזקא קנסא משום דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי ותמיה שלא ראה מש"כ הר"ן לשון הרמב"ן כלומר שאינם מוחזקים שלא יהיו נגחנים. משמע דמפרש כגירסת ר"ת בתוס' ב"ק מ"ה ע"ב וכן מצאתי אח"כ בדברי חמודות ברא"ש חולין מזה. ועל ראית הרמב"ן מעבד כתב דההיא איירי כשלא נתן עדיין הדמים וכיון שהלוקח מוחזק א"צ להחנות כמ"ש תוס' קדושין י"א בשם ר"א. גם זה א"מ דהא ר"ת אינו מחלק

כן. ומה שתמה הקצוה"ח כאן על הריב"ש דמאי נ"מ בין נבילה לטריפה. פשוט דנ"מ דהרבה עכו"ם אוכלים טריפות ומקפידים על נבילות מלאוכלם ונ"מ למכירת עכו"ם:
ש"ך ס"ק ד'. גם בכ"מ כתב כו'. לפנינו איתא כן על לשון הטור שמביא וע"כ דכונתו על מש"כ הכ"מ אח"כ אלא דמלשון הרמב"ם משמע כהמ"מ וכן כונתו בב"י. ומה שהק' הדרישה דאם דבריו נכונים למה פסק בשו"ע כן. לפמש"כ הוא משום מש"כ אח"כ בבד"ה דמלשון הרמב"ם משמע כהבנת המ"מ ולכך בכ"מ כתב בלשון ולכאורה משמע כרבינו אבל האמת אינו כן: סמ"ע ס"ק ל"ח. דקדק וכתב כו' דהוי מק"ט. וכ"כ הב"ח בשם בדה"ב. הנה בסי' שלפנינו כתב הרמ"א מכר לו כסף כו'. ונמצא כסף סיגים כו' והש"ך הק' מ"ש מיפות ונמצאו רעות. והאחרונים כולם מחלקים בין כלי לחתיכות דבתחיכות לא הוי מום דהא יכול לצורפם ולעשות כסף צרוף והמוכר צריך להשלים הכסף החסר. והנה הש"ך שם לא ס"ל לחלק כן מדהביא תשו' מהר"ם שבמרדכי פ' המפקיד דמיירי בכלי והיינו משום דצריך הוצאות לזה כמ"ש הנתי'. וגם מדברי הסמ"ע והב"ח כאן נראה דלא ס"ל חילוק זה דמדמים שמן עכור ליפות ונמצאו רעות אף דאפשר לזככם ולעשותם נקיים. וא"כ גם מהשו"ע כאן משמע דלא כחילוקם לפמ"ש הסמ"ע בדיוק לשונו ואם ירצה ליקח. והנה ראיתי בטור ומצאתי שהבדה"ב כתב שני תירוצים הא' כשהלוקח רוצה לקחתו והוא כב"ח וסמ"ע. ועוד תירץ כשהשמן יכול ליעשות צלול ע"י שיניחו אותו וירדו שמריו ועכירות שבו למטה. נראה דהתירוץ הב' הוא כחילוק האחרונים. אבל באמת אין ראיה דהא דייק בלשונו דנעשים ממילא צלולים אבל בחתיכות שצריך הוצאות לא כמ"ש הנתי' ובכל אופן צ"ע על הסמ"ע שלא הביא דברי הבדה"ב וחילוקו הב'. שו"ר בפרישה שכתב די"ל דדמי למש"כ המרדכי בכסף צרוף ונמצא סיגים דלא הוי בט"מ וא"כ לדינא צ"ע ונראה דאף לחילוק האחרונים היינו בשאין צריך מיד לזה אבל בצריך לה מיד הוי מק"ט דאין לו שהות לצורפם ואדעתא דהכי לא קנה וכן מצאתי אח"כ במחנ"א סי' ו' אחר שדחה דברי הסמ"ע כאן כתב דעפ"י דרכו היה יכול לתרץ דהרא"ש איירי בשהיה יכול הלוקח למכור השמן העכור מיד ואין צריך לטירחא יתירא משהיה רוצה למכור שמן יפה. נראה דאילו צריך שהות יותר לזה הוי מק"ט:
סעיף י"ח בהגה. ואם קנה הסרסור כו' הואיל ולא ידע בו. וכתב הנתי' דוקא בדבר שאין דרך להוודע כלל משא"כ בדבר שדרכו להוודע זכה. והנה מתשו' עבה"ג המובא בפת"ש כאן משמע נמי דמחלק בכה"ג. אבל בסוף התשו' מסיק שמצא להלבוש שכתב שאפי' נמצא הוא עצמו כסף זכה הלוקח הב' וכן פסק להלכה. ובערוך השולחן העתיק דברי

הלבוש וכתב אח"כ כדברי הנתי' דה"ד בדבר שיכול להיות שלא יתוודע כגון דבר שצריך הבחנה והם דברים סותרים זא"ז ועיי' דברי גאונים כלל ו' סי' ל':

סעיף כ"א. ואפי' אבד כו'. הנתי' דחה דברי הריטב"א עפ"י דברי התוס' במשכנו שלא בשעת הלואתו. ול"ד דהא הכא נתן הכסף בתורת מקח ע"מ לקנות המקח ואח"כ כשנודע לו מהמום שוב הוי ליה הנאה במה שהוא בטוח בממונו.

אבל במשכנו בשעת הלואתו שפיר כתבו התוס' דלא מיחשב כ"כ הנאה דגם עיקר נתינת המעות היה רק לטובת הלוה. ועוד דהא דעת הריטב"א כדעת התוס' דהוה רק ש"ח ומובא בשמ"ק והנחי' כתב בשמו דהוי ש"ח. ומש"כ בדרישה כאן בדעת הרמ"ה שפסק כרשב"ג. הנה לפנינו ברמ"ה איתא להדיא שפסק כחכמים. אלא:

דבעיקר הדין בידע כתב הרמב"ן בדינא דגרמי דפטור מהוצאות דהוי רק כמשיא לו עצה לזורעו וחולק על הרמ"ה וכן משמע דעת התוס' ב"ב צ"ב ע"א סוד"ה המוכר ע"ש. ועיי' שו"ת עין יצחק ח"ב סי' ס"ח מש"כ בזה. ומש"כ הנתי' לחדש דאם חטף חפץ והוליכו למק"א דחייב להחזיר לו על הוצאותיו. וחילק בזה מזיק מגזלן ע"ש. דין זה צע"ג ועיי' ש"ך לק' סי' שפ"ו ס"ק ח' וי"ל בזה:

סעיף כ"ב. ה"ה ברשות הלוקח. לטעם הלבוש מובא בסמ"ע הוי ש"ש אף בלא נתן עדיין מעות וכ"כ הנתי' ס"ק ט'. אבל המחנ"א סי' כ"ה פסק דהוי ש"ת. אלא דמש"כ שם ראיה מקדושין י"ג אם איתא דלא ניח"ל כו' ע"ש ברש"י י"ל:

סעיף כ"ג. אלא אפי' כי הדדי נינהו. מזה דייק הפרישה דברובא לשחיטה מוציאין והנתי' ובשו"ת פ"ת הק' עליו מש"ס. ויש שרצו ליישב סברת הפרישה אבל האמת הוא כמ"ש הנתי' דלא כהפרישה דכן כתב הרמ"ה בפי' ב"ב דכל היכא דאיכא דמים דמסייע לחד מיניהו לא דחינן תרתי מקמי חדא. וכן משמע ממש"כ הנמוק"י דכיון דאין הולכין בממון אחר הרוב הו"ל כפלגא ופלגא והו"ל לפרש דזבן לרדיא וא"כ כש"כ ברובא לשחיטה. ומש"כ הפת"ש ס"ק ז' על הש"ך. הנה לק' סי' רנ"ה ס"ק י"ג לא ברור להש"ך סברא זו ונשאר בצ"ע:

סימן רלג

ואם מכר לו רעות ונמצאו יפות כו'. הנה השער אפרים סי' קכ"א נשאל באחד שמכר לחבירו עורות שיהא משקל כל עור י"ד אוקיות ונתן לו עורות כבדים. והשיב אף דהוי לשבת מ"מ יכול הלוקח לחזור בו. והמלמ"ל פט"ז ממכירה השיג עליו כיון דהוי ממין אחד מרעה ליפה א"י לחזור רק המתאנה דהיינו המוכר. וצ"ל בסברת הש"א דבש"ס לא אמרו כן רק בפירות דלעולם היפים יותר טובים מהרעים דלאכילה קיימי אבל בדבר

העומד למלאכה כמו עורות דאולי למלאכתו דרוש לו עורות קלים וכבדים הוי לדידיה רעות:

סימן רלד

סעיף ג'.

אבל המוכר כו'. הנה לענין אכילת היתר בזמן איסור כגון שהטעהו ביוכ"פ והאכילו נראה דחייב לשלם לו עפ"י מש"כ האחרונים באור"ח סי' קצ"ו ליישב סתירת פסקי המחבר שפסק שם דעל אכילת איסור אינו מברך ופסק בסי' תרי"ח דאוכל ביוכ"פ מברך. וחילקו בין אכילת איסור בעצם דל"ת הנאה לאכילת היתר בזמן איסור דחשיב הנאה. וכ"מ גם מפסקי הרמב"ם שפסק פ"ו דתרומות האוכל תרומה ביוהכ"פ משלם קרן וחומש ונזיר ששתה יין תרומה אינו משלם חומש והיינו משום דנזיר הוי יין עצם איסור עליו נפשו תותה ממנו.

[ועיי' מערכת הגרע"א מערכה ה' אות כ"ה] ובמכר דבר האסור משום בל תשקצו ונודע אח"כ. נראה לפמ"ש הפר"ת יור"ד סי' פ"ד דל"ש בל תשקצו אלא במאיס עליו ובלא נודע נראה דחייב. וצ"ע במכר לו דבר שהוא אסור מחשש סכנה ואכלו ולא הסתכן אי חייב. וחותני זצ"ל חקר במכר טרפה לקטן דאולי אכילתו מקרי אכילה וכן אם מכר למל"ת דאינו חושש באכילת איסור. ובזה ראיתי בשו"ת חיים שאל סי' מ"ה שדן בשותף שסחר בשבת ונפסד עי"ז אי דמיא לשותף שסחר בנבילות וטריפות בסי' קע"ו. והשיב דדוקא בדבר שהוא עצמו איסור ולא בסחורת היתר בזמן איסור. והביא ראיה לזה ממש"כ הרמב"ם פ"ג מגניבה עשה שליח לשחוט לו בשבת הגנב חייב בדו"ה הרי דל"ח שינוי במה ששחט בשבת. וכתב דאין לדחות דמיירי בא"ל בפירוש לשחוט בשבת חדא דלשון הרמב"ם ל"מ הכי ועוד שהרי כתבו התוס' שם הך סוגיא אתיא כמ"ד א"א דשא"ש כו'. ותמיהני שלא הביא דברי רבינו הטור בסי' ש"נ ודברי המלמ"ל שם ומש"כ השעהמ"ל בזה. והנה הנתי' כאן כתב דבשגג בא"ד א"צ כפרה. ורבים השיגו עליו. ונ"ל קצת ראיה לדבריו מש"ס ב"מ ס"א ע"ב ובמי שמערב קרבי דגים טמאים בקרבי דגים טהורים ומוכרם. ונדחקו המפ' בזה. וי"ל שמערבם ברוב דגים טהורים וכ"כ. המע"ח שם באו"א ומה"ת בטל ברוב ואסור רק מדרבנן והלוקח הוי שוגג וא"צ כפרה וע"ז אמר שאעפ"כ מענישו הקב"ה על המעשה הרע:

סימן רלה

סעיף א' אם יודע בטיב מו"מ. ודעת הרמ"ה ב"ב ד' קנ"ה דבמתנה לא בעינן יודע בטיב מו"מ. וכ"מ לכאורה מלשון המחבר באור"ח סי' תרנ"ח סעי' ו' בהביאו דעת הר"ן

שאם הגיע לעונת הפעוטות מותר ולא כתב שיודע בטיב מו"מ. ומש"כ המחבר והכל במטלטלין.

הנה לענין זמן שיחרור עבדים אינו מבואר בפוסקים עיי' יור"ד סי' רס"ו סעי' ג' והבה"ג הל' מיאון ביאר דבמוכר עבדו לא הוי מכירה אא"כ נבדק ויודע בטיב מו"מ ובמשחררו בלא דמים הוי כמתנה ומשוחרר אף אם אינו מהיודעים בטיב מו"מ. והקצוה"ח כאן לא ראה דברי הבה"ג ע"ש. ומש"כ בהגה וי"א הואיל כו' א"כ במקום שעשו כו'. הנה המלמ"ל פ"ט מזכיה הל' ו' הק' על הר"ן מש"ס ב"ב קל"ז. והשעהמ"ל מיישב דנקט ה"ט גם לענין מתנת בריא אחר מיתה. אבל אינו מספיק ליישב מה שהק' עוד המלמ"ל מתוס' ב"מ כ' ד"ה שובר שכתבו ולענין איסור כו' ושמא גם גבי איסור זכין לו כו' מ"מ לא פלוג רבנן. ומוכח מדבריהם דאפי' במקום איסור מ"מ התקנה לא זזה ממקומה אע"ג דמכח התקנה דעבחז"ל עביד איסור והק' במשפ"ש על המלמ"ל דדבריו תמוהים מאוד דבנידון הר"ן אם ניזל בתר התקנה יתעביד איסורא ואי נימא דלא תיקנו יתבטל האיסור ולא יתקיים מחשבתו אשר חשב לכן י"ל דבכה"ג לא תיקנו. אבל התם הוי להיפוך דאם ניזל בתר התקנה הלא לא עביד איסור ונראה דכוונת המלמ"ל הוא עפ"י מש"כ הפנ"י גיטין בישוב דעת רש"י ורי"ף דס"ל באומר תנו שחרור זה לעבדי לא הוי שיחרור עד דמטי לידו ובתוס' הקשו ע"ז. ותירץ משום דלכמה דברים הוי חוב לעבד לענין אכילת תרומה דלא ידע או בנשא שפחה ולא ידע ואשם. ונמצא ראיות המלמ"ל שפיר דאי נימא דגם באיסורא אמרי' עידיו בחתומיו זכין לו א"כ שפיר עביד איסור כגון בנשא שפחה או באכילת תרומה והוא לא ידע ואין כונתו למש"כ התוס' שם לענין לפסול בת ישראל אלא בכלל אי נימא דבאיסור אמרי' כן. ובעיקר קושית המלמ"ל כתבו המפ' ליישב ובאמת כתב שם הפנ"י דאין הכונה דבכ"מ הוי עבחז"ל מדרבנן דהא כיון דלא חזר בו הוי מדאורייתא אלא במסר לאחר בנתיים דג"כ אמרי' עבחז"ל הוי מדרבנן וכ"ז ל"ש באיסור:

ומש"כ המחבר ואם ירש שט"ח כו'. הק' בקצוה"ח דאין שטר לקטן. ולכאורה משכח"ל בלא הוזכר שם המלוה בשטר או שכתב להדיא בין בא מחמתו או לא דא"צ כתיבה כמ"ש השו"ך סי' ס"ו ס"ק ו'. והנה בקצוה"ח שם ס"ק י"ב מתרץ דעת הסמ"ג עפ"י דעת רש"י ב"מ דהפקר הוי דא"מ. וצ"ע דהא הרא"ש ס"ל ג"כ כרש"י עיי' ש"ך סי' רס"ח והכא כתב טעם התוס' מובא בב"י. ובזה נמי צ"ע מש"כ שם השעמ"ש לתרץ קושית הש"ך דאיך משכח"ל שטר של הפקר דהא הלוה זכה. דמשכח"ל שטר על קטן וקטן אין זוכה באין דא"מ. דהא דעת הרא"ש דהוי ד"א וע"כ כמ"ש הנתי' סי' רע"ג דלא הוי ד"א אלא לענין חצר ועיי' מש"כ שם בזה. ומש"כ כאן הפת"ש סוס"ק ב' וצ"ע לדינא. לא הביא

דהמהריט"ץ והתו"ח חולקים בזה מובאים במלמ"ל פכ"ט ממכירה הל' ז'. ובשארית יוסף סי' ז' מובא תשו' ריב"ש שמתנתו מתנה אף במקום אפטרופוס. והוא חילק שגם החולקים אינם מדברים אלא בפעוטות אבל בבן י"ג שנה למכור בנכסי אביו הכל מודים דאפי' במקום אפטרופוס מקחו וממכרו קיים ע"ש:

ומש"כ בסמ"ע ס"ק י"ג דל"ש בקטן לומר מלקד"ה. הנה כן הביא המחנ"א הל' זו"מ סי' כ"ט מהר"ן פ"ק דגיטין ושכן דעת המרדכי ורשב"א. והוכיח שדעת רש"י ותו' גיטין ל"ח הוא להיפוך. וחילק דהיכי שחולה הדבר בהיורשים שהם יעשו. עדיין לא זכו המקבלי מתנה אלא שמצוה על היורשים להקנותה. ואם הם קטנים לאו בני מיעבד מצוה נינהו. אבל כשאינו תולה ביורשים אלא שנתן לשליח משמת זכה השליח בעד המקבל מכחו של מת משום מלקד"ה. ועיי' בשו"ת מהרש"מ סי' רכ"ד שהכריח חילוק זה מכתובות ס"ט ע"ב ברש"י ד"ה הא מני כו':

סעיף ג'. קטן כו'. רש"י שם פירש דין זה דוקא בפעוטות ועיי' מהרמ"ש שם מש"כ בזה ובק"נ ברא"ש הוכיח דקאי גם אחרש. ועיי' נתי' שכתב דל"ד לסי' שמ"ט ואף דמלשון הרמב"ם והשגת הראב"ד משמע לכאורה דקאי בנתאנה הקטן ואין ראיה מ"מ משמע דאתרויהו אנתאנה ואינה. ומ"ש הסמ"ע ס"ק י"ד בשם תשו' רמב"ן תמוה מאוד דז"ל תשו' רמב"ן וכ"ז שהוא שותק או שהלך למדה"י או שמת אסור לאכול פירות. הרי שכתב להדיא דבשתק אסור ומשמע דדוקא רצה בעינן וכ"מ כל סיגנון לשון התשו' שם:

סמ"ע ס"ק כ"ה. כתב זה כו'. והוא דלא כהבנת הה"מ מובא בפרישה. ומ"ש הנתי' מסעי' ו'. תמהני שלא הביא מש"כ הב"ח יפה לתרץ ועיי' סמ"ע ס"ק כ"ט. ובעיקר הדבר נראה מהה"מ דמש"כ הרמב"ם שאין מוציאים מיד הקטן אין זה לנתינת טעם אלא שלענין זה לא קנה שאין מוציאים מיד הקטן בדין. ובסברת הנתי' עיי' שו"ת ב"ש חחו"מ סי' קי"ז דוחה דבריו בטוב טעם:

שם ס"ק ל"ב. דבא לו מאיליו כו'. תמוה דברמ"ה לא כתב טעם זה אלא בירושת שאר מורישיו אבל לא במתנת שכ"מ אלא משום דכירושה שויהו רבנן.

וכן בסעי' י' פסק להדיא בין במתנת שכ"מ קיימת שאילו כו' הרי דגם במתנת שכ"מ אמרי' אילו לא ארצי כו' וכן מסתברא וצ"ע:

סעיף י"א. שלשים ושש שנים. צ"ע דבאהע"ז סי' קנ"ה סעי' י"ג פסק כדעת הרמב"ם דבל"ה שנה ויום אחד סגי ובב"י שם הגיה בלשון הטור שכתב ל"ו שנה וכאן בב"י כתב ג"כ ל"ו שנה. והנה הטורי אבן חגיגה ה' ע"א כתב בשם רש"י יומא ל"ח שפירש רוב שנותיו היינו ל"ו שנה ושם ביומא לא מצאתי פירוש רש"י ואולי כונתו לפירשב"ם ב"ב.

והטו"א כתב דמש"כ רש"י צ"ו שנה ל"ד אלא מעט יותר על ל"ה הו"ל רוב שנותיו. ותמוה שלא הזכיר ממש"כ הרמב"ם בזה. ועיי' בב"י מביא תשו' ריב"ש בשם רמ"ה דל"ה שנה ול' יום בעינן וצ"ע:

סעיף י"ג בהגה. ועוד כו'. עיי' מש"כ בזה בשו"ת שיבת ציון סי' ס"ו ומש"כ בזה לק' סי' ת"כ ע"ש:

סעיף י"ד. אם כשנעשה כו' המבי"ט ח"ב סי' קצ"א כתב דאפי' מת קודם שהיה בן כ' ונעשה בן כ' בקבר אין היורשים יכולים לבטל המקח כיון שלא מיחו קודם שנעשה בן כ' בקבר כמו שאם נעשה בן כ' בחיים אין הוא עצמו יכול לבטל כן בקבר אין היורשים יכולים לבטל וצ"ע רב בזה. והנה בישעי"ק אהע"ז סי' קס"ט מצאו הג' רמ"ז והג' רצ"ה מקור לדברי הרמב"ם מש"ס ב"ב קנ"ה דקאמרי קטן היה בשעת מיתה ולא אמרו בשעת מכר וע"כ דאם היה שעה אחת גדול קודם המיתה מהני המכירה אבל א"כ למה שינה הרמב"ם בסעי' הקודם וכתב בשעת המכר וצ"ע:

סעיף ט"ו בהגה. גובה ממנו מבנ"ח. אבל ממשעבדי לא דחיישי' לפרעון כמ"ש הרשב"א. ועפי"ז כתב הישועי"ק בתשו' הנ"ל דהיכי דהלקוחות מוחזקים בקרקע והם אוכלים הפירות בזה גבי נמי ממשעבדי דאי הוי פרע לא היה מנית להם לאכול הפירות ע"ש:

סמ"ע ס"ק מ"ה. ואין בו משום כדי חייו. ר"ל דלכאורה תקשי דהא דין זה כתוב כבר בשו"ע לעיל סי' קל"ב. והטור שכתב דין זה שם השמיטו כאן והמחבר חזר וכתבו כאן. ועוד קשה דהב"י כאן כתב בשם רי"ו דאם ערב הקטן פטור מלשלם. וקשה דהא כן כתב הטור בסי' קל"ב מפורש ולמה כתב כן בשם רי"ו. אלא כונת הב"י לאשמעי' אפי' להרא"ש דמחלק בין לוה לצורך מזונותיו לשלא לצורך מזונותיו. דלא תימא כיון דהרא"ש פטר להקטן שלוה משום חוסר דעת ואפ"ה מחייב לו בלוה לצורך מזונותיו. ה"נ היה אפשר לומר בערב הקטן לחלק בין לצורך לשלא לצורך ע"כ כתב בשם הרי"ו דבערב אין חילוק ופטור אפי' ערב לצורך מזונותיו. וז"כ הסמ"ע דאין בו משום תקנת כדי חייו ולזה חזר וכתבו כאן לומר דאפי' להרא"ש אין חילוק:

סעיף י"ז. או מדבר ואינו שומע כו'. וכתב הגר"א דדוקא בחרש שתנו אצל שוטה כו'. וכן כתב התבו"ש בחי' גיטין נ"ט ועיי' שנות אלי' פ"א דתרומות מש"כ בזה. והנה בדרישה כתב לתרץ קושית הה"מ מגיטין ע"א דמ"ש שם זה וזה הרי הם כפקחים לכ"ד אין זה מדברי הברייתא אלא מדברי ר"ז ולא קאי אמדבר ואינו שומע.

ודבריו מאוד תמוהים דבחגיגה ב' מוכח להדיא דהוא מלשון הברייתא וכבר עמד ע"ז בהג' ציון ירושלים ירושלמי חגיגה פ"א, וגם סוחר דבריו למש"כ בדרישה יור"ד סי'

א' בדברי הא"ז שהוא מלשון הברייתא ועיי' תומים סי' ל"ה ס"ק י"ז וי"ל בזה ומש"כ הנתי' לדחות תירוץ הב' שבב"י דאם אינו שומע כלל דינו כחרש. הנה כן השיגו הפרמ"ג בפתיחה הכוללת ח"ב אות ד' וכתב דכל הפוס' כתבו דגם בזה הוי כפקח. ומש"כ הנתי' דכן מוכח דעת רש"י חגיגה. הנה מדברי הר"ש והרע"ב משמע דלא ס"ל כן ע"ש ועיי' שדי חמד מערכת ח' כלל ל' ל"א:

סעיף כ"א שמא בסוף שטותו. עיי' סמ"ע. ואולי י"ל דלכאורה נימא בשוטה ששתק כשנשתפה תהא מכירתו מכירה כמ"ש הרמב"ם מובא בסעי' י"ד וע"כ דבשוטה גרע מקטן וכ"ז כשהוא שוטה ממש אבל בתחילת שטותו או בסופו כשמכר אולי כששתק אח"כ הוי מכירה וזש"כ הרמב"ם שמא בסוף שטותו כו' ר"ל דבזה כששתק אח"כ הוי מכירתו מכירה. ומש"כ בהגה אמרו שנים כו' קשה דהשמיט מ"ש בש"ס ע"ז דדוקא באית לו חזקת אבהתא וכ"כ ב"י. וצ"ל דהר"ן כתב שם דעובדא דש"ס היה בקנין כסף וכדומה דאי לקחה בר שטיא בשטר אמרי' חזקה אין עדים כו' ול"צ לחזקת אבהתא ולכך סתם דתליא בחילוק הקנינים וע"ש בהג' אלפס. ומשמע שאף הדמים שנתן הלוקח א"צ להחזיר כיון דתרי אמרי שהיה שוטה הוי אבידה מדעת כלעיל סי' צ"ו סעי' ה' ולכך אמרו בש"ס ואוקמי ממונא ר"ל הן הקרקע הן הממון וצ"ע. ועיי' ח"ס יור"ד סי' ז' מש"כ בזה:

סימן רלו

סעיף ח'. אלא שמין כו'. והעלה הנתי' דוקא שנתכוין לטובה. ול"מ כן מש"ך ס"ק ד' וגם מתשו' הרא"ש מובא בקצוה"ח. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ה' אבל הפוסקים כו'. אולי הוי גרסי כרשב"א וריטב"א בירושלמי בחזקת בעלים ועיי' תו"ח פ"ה משנה ו' והרמ"א משמע לו דגם לגירסת בעלים הכונה הלקוחות דהם הוי מוחזקים כמ"ש הב"ח אבל לפי"ז צ"ע במש"פ בסעי' ב' אם אינו מאמין לו כו' ישבע ורמז הגר"א ב"ק קי"ד. ולכאורה ל"ד לשם דשם הם המוצאים והכא הוי מוחזק ולמה ישבע מטענת ספק וביותר דהב"ח כתב דלכך ישבע לפי שהוא מוחזק והוא טעם הסוחר ועיי' שו"ת ב"ש חו"מ סי' ס' בהגה מש"כ בזה: ש"ך ס"ק ז'. וע"ל סי' שע"א כו' עיי' נתי'. ויפה כתב לחלק בשאילת שלום סי' קל"ח דהא דל"מ יאוש בקרקע הוא משום דלא גמר ומייאש משום דעתידים בעלי זרוע ליפול והארץ לעולם עומדת. אבל היכא דיכול להוציאו בדיינים ושתק ולא תבעו איכא הוכחה טובא דגמר ומייאש ומחל לו בלב שלם ומהני שפיר אף בקרקע:

סימן רלז

סעיף ב'. אסור למלמד כו'. והא דש"ס ב"ב י"ב דמבר"א הקדים את ר"א ואן דאימנו על ר"א, משמע דכן היה מנהגם שזה שהפיק רצון בדרשתו נעשה לראש ור"א לא דרש עוד.

וז"ל הרמ"ה בפי' שם ש"מ דהיכא דצריכין רבנן לרישא וקדים חד מיניהו ומתני בבי עשרה וכולהו רבנן איהו הוי רישא ופסקא היכי דחזי למיהוי רישא:
סמ"ע ס"ק ג'. המרדכי כתב כו'. משמע דבכל גונא נקרא בן המצר ואף באפסיק משוניתא או דרך וכדומה מ"מ נהנה מזה שסמוכים לכמה דברים: פת"ש ס"ק ב'. ועיי' בתשו' מהרי"ט כו' אבל רשע מנ"ל. עיי' ב"ת כאן מקור לזה. ומש"כ הב"ח דלכן לא הק' הרא"ש רק הקושיא הב' שבתוס' משום דלשון מעבירין משמע לכתחילה. כ"כ שם הרשב"א והר"ן. והפנ"י כתב כל זה מעצמו ולא הזכירם. ועיי' נחל"צ כאן תשו' רש"ל על המהרי"ק אבל המהרשד"ם סי' רנ"ט כתב פשוט כהמהרי"ק דמשום טירחא והוציא מעותיו הוי גזלן דרבנן ודן כן למעשה. עוד כתב שם אף דבדיעבד א"מ מידו עכ"ז לכתחילה חוחים ומעכבים בידו שלא יהא רשע. ומה שהק' הרש"ל על המהרי"ק מב"ב נ"ד י"ל דשם משיב לו הב' המעות שנתן וא"כ לא הוי גזלן ורק מטעם מהפך בחררה והוי רשע:

סימן רלח

סעיף ב'. הלוקח נותן כו'. נראה דה"ד בשנים מצווים להסופר לכתוב דבזה גובה שכרו מהלוקח. אבל היכא דהמוכר לבד צוה לכתוב פשוט דהסופר אין לו עסק עם הלוקח והוא גובה מהמוכר והמוכר מעכב השטר להלוקח. ובזה מובן מש"כ בהג' אשרי פ"ג סי' כ"ז אך אם לא ירצה המוכר ליתן שכר הסופר יחנו הלקוחות. ותמה הגרי"ב דהא הלוקח נותן שכר הסופר אף במוכר מפני רעתה. ופשוט דשם:
הא המוכר אמר להעדים לזכות ולכתוב שטר עבורו והסופר גובה מהמוכר ממי שצוהו לכתוב. ומש"כ הפת"ש ונלע"ד דה"ד כו'. בזה מיושב מה שהעיר המלמ"ל פכ"ד ממלוה מתשו' ר"י בן הרא"ש מובא בב"י לק' סי' שע"ה סעיף ז' דמד"ת אין כותבין עד שיכירו המוכר כו'. דשם מיירי כמ"ש הפת"ש שהיה מוחזק באתר והוא לקח מתורגתו. ומש"כ בס"ק ב' נמצינו למידין כו' צע"ק בהנך שטרא דכותבין בע"כ של מוכר כהך דסי' רמ"ג סעיף ח' לדעת הרבה פוסקים שם דאין המוכר מקנה השטר בע"כ וי"ל. ועיי' נתי' ס"ק ו'. והפת"ש לא ציין למש"כ בזה הקצוה"ח והנתי' לעיל סי' קצ"א: סמ"ע ס"ק ה'. וי"ל כו'. נ"מ בפשוטו אף דידעינן בודאי שמכר לו השדה בכל אופן המועיל ובא אח"כ הלוקח שיכתבו לו שטר אין כותבין דשמא כתב לו מקודם שטר ועכשיו פוסל שני את הראשון ונ"מ לטובת הלוקח לטסקא כמ"ש המהרמ"ש כתובות שם:

סימן רלט

ש"ך ס"ק ד'.

ולא כמו שדחק רשב"ם כו'. הא הרשב"ם מפרש באופן דהמוכר התנה כן מתחילה שיחזיר לו כשיהיה לו מעות וא"ש:

סימן רמ

סעיף א' בהג"ה. או לש"ד. עיי' סמ"ע ובהגר"א. וע"כ צ"ל כהגר"א דל"ד נקטי והראיה דבב"ב נ"א כתבו כהסמ"ע. ובתירע"א כתובות הק' דהא נ"מ יש לענין שבת דאינו גובה ממקבל מתנה. ואפשר דזה נכלל במש"כ הרמ"א או לש"ד כמ"ש התוס' וכ"כ הרא"ש ב"מ שם דמהאי טעמא הוא אף שהש"ך שם סי' קט"ו השיג עליו עכ"ז עיי' תומים שם. ומש"כ עוד בהגה ואם מראה שניהם הא' עיקר.

ראיתי בס' תב"י שהמציא למש"פ המחבר סי' קל"א סעיף ט' דקיבל אחריות על שדה חבירו הוי אסמכתא ופשוט דה"ה על שדה של עצמו אם מכר בתחילה שלא באחריות ואח"כ מקבל אחריות הוי אסמכתא ומשו"ה אינו יכול להראות אלא השני בלבד שנכתב קבלת אחריות בשעת הקנין. וליתא דהא הב"י שם כתב הטעם דבשלמא מלוה להוצאה ניתנה ואדעתא דהכי נחית לפרוע. אבל ערב דשדה כיון שרואה דאין ערעור על השדה בעת מכירה סמכה דעתו שלא יוציאנה מתחת יד הלוקח ועיי' תומים שם מש"כ בקושית הגי"ת וא"כ ל"ש זה במוכר עצמו.

ומש"כ כאן הבאה"ג ולעד"נ ג"כ שדעת המחבר כו'.

הנה המלמ"ל פ"ה מזכיה הק' על הרשב"א מובא במ"מ דאפי' נודע שכתב לו שטר אחר של מכר כיון שכתב לו שטר מתנה אין בה משום דינא דב"מ דהא כיון שמכר נפקע כחו ממנה ואין בידו לעשותה מתנה ואפי' שניהם רוצים אין במעשיהם כלום דבדברים לא מסתלק הלוקח. ויותר הו"ל להק' דהרשב"א עצמו בתי' כתובות דחה פירוש התוס' שם דפירשו מטעם מחילה דהא בגוף השדה ל"ש מחילה. אבל תמוה שלא הביא דכן כתב הטור סברא זאת בטעם הרמ"ה ולפי"ז תמוה מש"כ הבאה"ג דהב"י ס"ל כדעת רב נטרונאי דהא הב"י הסכים להטור בסברת הרמ"ה והרמ"ה לא ס"ל כדעת ר"נ. ולשון ר"נ ראיתי מובא בשמ"ק ב"מ ק"ת ע"ב ושם פסק דאפי' ידעינן ברמאות אין בה דינא דב"מ והוכיח זה מכאן. וא"כ הא הב"י סי' קע"ה סעי' י"ת לא פסק כותיה. מיהו עיקר קושית המלמ"ל וסברא זאת אינה מוכרחת כ"כ דהא אפשר דהגאון ס"ל כריא"ז מובא בש"ג כתובות דאירי שלא קיבל עוד הכסף ולכך הרשות בידו לשנות לשם מתנה עיי' סי' קצ"א. וצ"ע באם כתוב בשטר מתנה אחריות דנפשיה לפמש"כ לעיל סי' קע"ה בשם הר"י דלא מיקרי אחריות והשני במכר אי גם בכה"ג אמרי' דלאוסופי כתב:

סעי' ב' בהג"ה. וכ"ש כו' ואח"כ חצי שדה. גם נ"מ אי עדות השניה קרובים או פסולים כ"כ הרשב"א. וצ"ע מאי וכ"ש:

ש"ך ס"ק ד'. וצ"ע כו'. אולי י"ל דהבין בדעת ר"ת דלא כהרא"ש שכתב בהבנתו דלכל מי שירצה יתן אף בלי טעם אלא כהרמב"ן ב"ב שכתב בשיטתו שהדיין יאמיד דעת עצמו למי היה מקורב יותר והביא ראיה לזה משבועות ל' עולא חבירינו עמית בתורה ומצות למאי נ"מ לש"ד ואין חילוק בין רש"י לר"ת אלא דלרש"י אומדין דעת הנותן עם מי היה מקורב יותר ולר"ת אומד הדיין דעת עצמו למי היה נותן יותר וזש"כ כל שדעתם נוטה דהיינו לרש"י אומדין דעת הנותן ולר"ת דעת הדיין. ולפי"ז צדקו דברי הד"מ וניצל מהשגיאה שתפסו הש"ך שכ"כ הרמב"ן דאסור ליטול שכר. דאין ראיה מהרמב"ן דלדעתו כיון דתלוי באומדנא אסור ליטול. אלא מש"כ הש"ך מדברי התוס' קשה דהא הם כתבו בשם ר"ת דלמי שירצה יתן. ועוד תמוה דברי הד"מ שהשוה דעת הנמוק"י לדעת הר"ן ובאמת הנמוק"י ב"ב הבין בדעת ר"ת כהרמב"ן. וצ"ע בעיקר תמיהת ר"ת על רש"י מלשון שודא השלכה דהא הרשב"ם ב"ב כתב ג"כ כרש"י ופירש ג"כ כר"ת מלשון השלכה. ובעיקר קושית הש"ך עיי' ב"י סי' רנ"ג בשני טוביה דהרמב"ם, ס"ל כרש"י דלא כהרא"ש. ומצאתי עוד לגאון קדמון דס"ל כרש"י הוא רגמה"ג ב"ב ל"ה. ועוד צ"ע במש"כ הש"ך דדעת הר"ן כר"ת והנה הר"ן פ' מי שהיה נשוי כתב כרש"י ועיי' מש"כ בזה הפנ"י קדושין ע"ד. ועיי' תומים סי' ט' מש"כ בזה מהכנה"ג ותמוה שלא הזכיר כלל מדברי הד"מ כאן בשם הר"ן ונמוק"י והנה בנתי' מביא בשם הרמב"ן לפרש ההיא דב"ב התם ליכא למיקם כו' דאף דלא נמסרו בשעה אחת אין דרך העדים לדקדק בזה במקום שאין כותבין שעות וחשיב ליכא למיקם. ובזה מיושב קושית הלח"מ פ"ה מזכיה הל' ו' דמ"ט תשיב לה להרמב"ם ליכא למיקם הא איכא למיקם למי נמסר תחילה ולהרמב"ן לק"מ ואולי דזה נמי כונתו בתירוצו ומ"ט חשיב לה לדוחק. ומש"כ הנתי' שאם הספק במסירת השטרות בימים ולא בשעות הו"ל איכא למיקם פלא שלא הביא מש"כ הב"י דאף בשני ימים הדין בשודא ואף בדרישה לא חלק עליו ע"ש ועיי' מש"כ בזה בשו"ת דב"מ ת"ג סי' קע"ג. והנה הטור הביא דעת הרמ"ה ע"ש והיוצא מדבריו דאף כשהחזיק אחד ממקבלי המתנות נמי אמרי' שודא עיי' פרישה. וכתב הב"י ע"ז דדברי טעם הם ובשו"ע לא הביאו. והנה מצאתי תשו' הרא"ש בבשמים ראש סי' ש"צ וז"ל ומש"כ בשם הרמ"ה דאמרי' שודא אפי' כשאחד ממקבלי המתנה יושב בקרקע שאין לנו סברא לומר אוקי ממונא בחזקת מריה. איני רואה בזה טעם כיון דספיקא בשמא ושמא הוא וזה תפיס. ולא עוד אלא אפי' תקפו אחד לפנינו אין כת שודא שהוא רצון הדיינים להוציא. הרי דחולק על הרמ"ה.

אלא דמלשונו משמע דרק משום דרצון הדיינים הוא לכך אין מוציאים והרא"ש לטעמו דפסק כר"ת אבל להמפ' דאומדין דעת הנותן למי הוא נוטה יותר אפשר דגם מוציאים מידו כשמוצאין דעת הנותן נוטה יותר להב' וא"כ השמטת המחבר צ"ע והנה הג' יעב"ץ כתובות ד' פ"ה חידש דאין דיין יחיד יכול לעשות שודא. ולא משמע כן בפוסקים:

סעיף ד' בהג"ה וי"א דאמרי' כו' טעמו דלשמא מנה קבור לא חיישינן כמ"ש הב"י סי' רנ"ג לשונו. ולכאורה י"ל דדוקא בלא נתן כבר לאתר ל"ת כגיטין י"ד אבל כאן דנתן כבר הדבר לאתר אין ראיה דבכה"ג ל"ת למנה קבור אלא דמצאנו כזאת במ"מ רפ"י מזכיה דהא דשכ"מ שאמר תנו מנה נותנים ולא חיישינן למנה קבור דאפי' אינו נמצא מנה בעין רק נכסים שוה מנה מוכרים ונותנים. וכתב המ"מ הסברא דאין אדם מוציא דבריו לבטלה וכיון דלמנה קבור לא חיישינן ודאי כונתו היה על נכסים. וה"נ נימא כן. אבל הרשב"א בתי' שבועות הא כתב דדוקא מנה בעין ולא בנכסי שוה מנה ולא ס"ל סברת המ"מ וצ"ע:

הלכות מתנה:

סימן רמא

סעיף א'. אלא באחד מהדרכים כו'. בד"ג מובא משו"ת פני משה דאף למאן דס"ל במכר דק"ס ל"מ בלא שטר באתרא דכתבי שטרא אבל במתנה סגי בק"ס לבד. ומש"כ המחבר אם שניהם מודים. הנה בקצוה"ח מביא דברי, הרשב"א דילפי' דבר דבר במקום הכחשה. והק' עליו א"כ דילמא דבר דגבי ערוה נמי במקום הכחשה. וזה לק"מ עיי' פנ"י שם ובנתי' סי' ל"ו יותר דהא עיקר קרא דכי מצא בה ערות דבר הוא במקום הכחשה ואיך יליף מזה לקדושין בלא עדים כששניהם:

מודים ומתרצים דאתיא מסברא כיון דעיקר קדושין הוא לאוסרה אעלמא וכיון דלא אפשר למחייבינהו בלא עדים דמוקי לה בחזקת פנויה ממילא לא הוי קדושין כלל אף לגבי נפשיי' דאין קדושין לחצאין ומה שהק' הנתי' לפי"ז יהא כשר בגט בלא עדים מטעם בידו עיי' רשב"א שם שעמד בזה מטעם בידו בקדושין. ומה שתירץ הנתי' עפ"י דברי התוס' מכות ו' ע"ש. י"ל כונת התוס' שכתבו והאי דומיא דנפשות דשרינן א"א שיש בה מיתת ב"ד וטעם דפרישית לעיל גבי עדות נפשות שייך נמי בגט. וי"ל דטעם הא' כתבו אליבא דרש"י במתני' משום והצילו העדה ועוד הוסיפו אף לפי טעמם שכתבו בשם ר"י ובגט נמי ע"א אין מועיל כלום דומיא דד"נ. ומה שהק' עוד הקצוה"ח בהא דאמר שם מאי דעתיך כו' הא ת"ל דיליף דבר דבר במקום הכחשה. הנה הרשב"א כתב לפרש כן לפי מה דמסיק דהכא ג"כ תב לאחריני ומשום דאית בהו כעין חוב לאחריני אקשינהו

לצד ממון דאית ביה חובה. והנה הקצוה"ח מפרש לה עפ"י דעתו דהודאה הוא מצד נאמנות וסתר דעת מהר"י בן לב ע"ש ולכאורה יש לפרש גס לדעת מהר"י בן לב באופן זה ועיי' פנ"י קדושין מש"כ בזה וי"ל בדבריו שם:

ש"ך ס"ק ב'. ואע"ג דהעיטור כתב כו'. לא יחיד הוא בדעתו דכן נמי דעת הרמב"ן והרשב"א קדושין מובא בקצוה"ח סי' ר"ט ס"ק ו' ע"ש ובב"י סי' ר"ד:

סעיף ב' בהגה. אפי' היה לו שטר כו'. עיי' ש"ך דהוא מחלוקת בירושלמי כתובות מובא לעיל סי' קכ"ח דיכול לומר מפייס הוינא ומחיל לי ובמשכון הוי מהדר לי משכוני ש"מ דבמלוה אף בשטר מהני מחילה. צ"ל דסתמא דירושלמי ס"ל דמהני מחילה אף בשטר. והנתי' כתב דלכו"ע יכול לתפוס השטר עד דפרע לו ולפי"ז קשה מירושלמי דשם. ומלבד זה הנה לעיל סי' נ"ז סעיף א' בהגה וה"ה שטר שנמחל שיעבודו ופירש בש"ך דמחיל לו וכן העתיק הנתי' שם וסתר משנתו למש"כ כאן דיכול לתפוס השטר. ומש"כ עוד או משכון עליו. וראיתו הוא מפ"ק דקדושין עיי' קצוה"ח. והנה הנ"י יבמות כתב דאף דגופו קנוי אינו אלא משכון. וא"כ לדעתו אין ראיה משם דאי לאו דגופו קנוי אינו אפי' משכון. וע"כ דדעת המרדכי כהתוס' דלא ס"ל כהנ"י עיי' מקנה מש"כ בדעת התוס' ולקמן סי' ת"י סעי' כ"א כתבתי מחלוקת הראשונים בזה. וי"ל דהרשב"א וריטב"א החולקים ס"ל כהנ"י ולא קשה משם. ומש"כ עוד ולשון מחילה א"ש אלא במעות. עיי' קצוה"ח שתמה על ראיית מהרי"ק מהא דקדושין דלשון מתנה ודאי מהני ויאמר לו בע"פ לשון מתנה ה"א לעצמך אלא ודאי דגופו קנוי דהיינו שהוא ברשות רבו ממש וא"י מרשותו אלא בשטר הנה באמת הק' כן התוס' שם בד"ה לימא וז"ל אלא הכי קשיא ל"ל שטר אותו הלשון הכתוב בשטר כמו ה"א בן חורין כו' אותו הלשון יאמרו בע"פ. ותירצו דס"ד דא"צ אלא מחילה כמו מחילת חוב דעלמא ולבסוף דמסקינן ע"ש גופו קנוי. הרי דלהס"ד מהני זיל בעלמא דהיינו מחילה ועוד דמהני גם בע"פ. ולמסקנא בעינן דוקא שטר ובעינן שיהא כתוב בלשון הקנאה ולא לשון מחילה. ולפיכך מבואר הא דאמר רבא ע"ש גופו קנוי והרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול. הכונה דגם בשטר ל"מ לשון מחילה דבעינן דוקא שטר ושיהא כתוב בו לשון הקנאה כמו הרי את לעצמך. והרי אין מקום לקושית הקצוה"ח דנהי דבעינן שטר מ"מ אמאי אינו מועיל שיכתוב בשטר לשון מחילה ובעינן דוקא לשון הקנאה הרי כמהרי"ק דמחילה ל"מ בחפץ הקנוי לו. אלא לפמש"כ הרמב"ן מובא ברשב"א שם דעיקר דל"מ מחילה הוא משום קנין האיסור דיש בו אין ראיה להמהרי"ק. והרשב"א הניח זה בצ"ע ועיי' מקנה בסוגיין ומש"כ לקמן סי' ת"י מזה:

סעיף ג'. המוחל לחבירו כו'. עיי' ש"ך. והנתי' פירש דמטעם מחילה הוא וכ"מ מבהגר"א וכ"מ להדיא מלשון הרשב"א בתשו' המובא בב"י. אלא שהנתי' סותר משנתו דבגזילה ל"מ מחילה ובספרו קה"י כתב דמהני. ובסי' ע"ג כתב דמהני מחילה אף בגזילה בעין וראיתו מב"ק ק"ג מחל על הקרן כו'. וי"ל כמ"ש הט"ז כאן דבקנין מועיל גם במחילת חפץ ומתני' עיקר הדין קמ"ל ול"מ מעניני מחילה. ומש"כ הפת"ש בשם הב"מ להסתפק. לכאורה ראיה ממחילת כתובה בשהתה כ"ה שנים. אך לפמש"כ הקצוה"ח סי' י"ב בזה י"ל ועיי' שוש"י סי' שס"ז מש"כ בזה:

סעיף ד'. י"א שכשם כו'. הוא דעת הרא"ש. ומתוס' סוכה מ"א ע"ב ד"ה הילך ל"מ כן. והנה הה"מ הק' לדעת רבינו מפ' שד"ג וכתב הכ"מ דאמר דיקלא משדה פלונית. והלח"מ דחהו ממש"כ הרמב"ם פ"ו מנחלות מי שצוה בשעת מיתתו תנו לפלוני דקל או שדה מנכסיו כו' הרי שאפי' אמר שדה מנכסיו דקנה. הנה בירושלמי כתובות פי"א הל' א' כתב שם ובלבד שמסיים השדה שהוא נותן והוא כדעת הרמב"ם ע"ש בש"ק וא"כ לק"מ על הכ"מ דבשדה שסיים איירי. ומש"כ הט"ז ראיה ממה שנהגו להקנות אגב ד"א אף בלי סיום. אולי הוא מטעם אודיתא ואף שידוע שאין לו ג"כ מהני כמ"ש תוס' ב"ב מ"ד ע"ב. ומצאתי בשו"ת לחם רב סי' קצ"ג חקר אי מצי לומר קי"ל כדיעה זו וכתב די"ל קי"ל דאף דנתפשט המנהג דלא כהרמב"ם דאנן כתבינן בשטרות אגב ד"א קרקע סתם ולהרמב"ם בעינן שיסיים י"ל דמ"מ אין זה הכרת לדבר שא"מ דד"א קרקע הוא משום דל"ג מסיטומתא הרי כמש"כ. והנה כפי הנראה מציון הרמ"א לסי' ס' סעי' ב' ובסמ"ע ס"ק י"ג נראה דדבר שא"מ הוא בסוג אחד עם דשא"ק. וא"כ להמפ' דדוקא מחנה כתב הרמב"ם כן ולא במכר ה"נ בדשא"מ ובזה מיושב כל מה שהק' על הרמב"ם. אבל מדברי הל"ר משמע דאינם בסוג אחד דשם הא פסק הש"ך דא"י לומר קי"ל וכן הסכימו האחרונים וראיתי בשו"ת שומ"ש מ"ת שכתב לדבר ברור דבמתנת שכ"מ גם להרמב"ם נקנה עפ"י מש"כ המלמ"ל פ"ח מזכיה הל' ב' דבשכ"מ מיקני דשא"ק ובזה מיישב ההיא דשד"ג. ונעלם ממנו לפי שעה ירושלמי מפורש פאה פ"ג הל' ג' וכתובות פי"א הל' א' וז"ל עשו דברי שכ"מ כבריא כו' ובמסיים ואמר תנו שדה פלוני לפלוני ומפורש דאף במתנת שכ"מ כן ועיי' שו"ת משכנ"י חו"מ סי' מ"ט מזה:

סעיף ה'. יש מ"ש כו'. אולי משום דהרשב"א ור"ן נדרים שפירשו דוקא באומר כן בשעת מעשה פליגי ע"ז. שו"ר בתוס' ב"ב קל"ד בחילוק הב' בשם ר"י מבואר להדיא דלא בעינן כלל אף שיהא יכול להקדיש וכן כתבו בסוכה מ"א. והתוס' בכורות נ"א שהק' גבי ר"ת דהא ל"ג ממחנה עמ"ל הק' כן לדעתם שכתבו בב"ב שם:

סעיף ו' בהגה. ואם הוא דבר הצריך להנותן כו'. מלשון זה משמע דעיקר תלוי בנותן ולא במקבל ונ"מ ביו"ט אחרון של חג שכבר בירך הנותן דהו"ל לומר דלא אקני להמקבל אלא על מה שצריך לו ושוב הדר לנותן וע"כ דלא אשגחין במקבל אלא על הנותן. ודברי הסמ"ע ס"ק ט"ז שכתב אפי' אחר החג צע"ג עיי' לעיל סי' קי"א סעיף י"ט ובתומים שם. וראיתי אח"כ בפרמ"ג אור"ת סי' תרנ"ח שכתב לומר שמחזירו תיכף אף שיצא כבר דילמא רוצה לכבד אחרים אף ביום ז' ובלא אמר לי דמחזיר אף לאחר חג דוקא בשיש לו אתרוג אחר דבאין לו לא עדיף מסתם. וי"ל דהרמ"א אשמעינן דאם הוא דבר הצריך לנותן אף אי לא נתן להמקבל לצורך איזה פרט צריך להחזיר לו כשצריך להנותן. והנה בקצוה"ח הוכיח דמהני באתרוג קה"ג לשעה ממש"כ ב"י בשם הרשב"א. וצ"ע דהנמוק"י פי"נ כתב בשם הריטב"א כהרשב"א דשותפים מטעם ברירה הוא והריטב"א בחי' סוכה כ"ז ד"ה תניא כתב וז"ל דל"ד ללולב דהתם כי נפיק בו חד מינייהו בכוליה נפיק ולא סגיא דלא נפיק בחולקיה דחבריה והוי שאול דכיון דמשתמש בכוליה ל"ל ברירה דהא ודאי אין כולו חלקו. ועיי' קובץ הל' לולב פ"ח הל' י"א. וראיתי לחכ"א שכתב לדחות ראיית הרא"ש מהא דלא ליקני אינש לינוקא כו' דמטעם דיחוי הוא דנדחה מהמצוה כשהיה ביד הקטן ושוב אינו חוזר ונראה. ולא נ"ל דכשנתן להקטן הא נתנו מטעם מצות חינוך וא"כ הנתינה מצוה היא. והנה ראיתי בשו"ת רע"א החדשות סי' נ"ג שהק' בהא דקדושין ו' ע"ב אי מעמ"ל ל"ש מתנה אפי' תרומה נמי לא. לפמש"כ תוס' ב"מ ו' דמועיל תפיסה ורק דמי טוה"נ משלם ורבא הא ס"ל דטוה"נ לא הוי ממון. ופשוט דלק"מ דכ"ז הוא כשרוצה לתפוס ושם מיירי באינו רוצה לתפוס ויקיים התנאי. שו"ר שכן העיר הגרש"א בגליון יור"ד סימן שה

וכונתי לדבריו. ומש"כ שם בתירוץ הא' לחלק דדוקא בחפץ מיוחד מהני תפיסה צ"ע מהאחרונים שכתבו דגם בפדה"ב נמי מהני תפיסה. ומצאתי לאח"ז ברי"ט אלגזי סופ"ח דבכורות שהק' ג"כ כהגרע"א וכתב לתרץ כמש"כ. ומש"כ בפת"ש ס"ק ז' בא"ד וא"כ יהיו דברי הרשב"א סותרים זא"ז. י"ל למש"כ הש"ח בכללי הפוסקים דשני רשב"א מובאים בב"י:

סעיף ז' בהגה. המתנה עם חבירו כו'. הרבה כתבו האחרונים בזה. עיי' מחנ"א הל' זכיה סי' כ' ושעהמ"ל פ"ו מאישות הל' ב' ובפנ"מ ח"א סי' צ"ב ובכפ"ת סו"פ לולב הגזול ובמקנה קדושין ו' ובישועי"ק אור"ח סי' תרנ"ח. והנה מש"כ הקצוה"ח להשוות דעת הרא"ש עם התה"ד ומכירה הוי ליתא בעינה. אינו מוכרח דמצד הסברא כיון דמחויב

להחזיר גוף החפץ אין בכוחו למוכרו וממילא אם מכרו יחזיר לבעליהם דמה מכר ראשון כו'.
ויותר מוכרח לשון הרא"ש דאף דאיתא בעיניה יכול להחזיר דמיו. והק"נ סוכה פ"ג אות ק"ג הק' על הב"ח ע"ש ולא ראה שכן תירצו כל האחרונים והאריכו הרבה. ובס' ק"י חידש דאף לדעת הרא"ש דחזרת דמים הוי חזרה היינו דוקא במטלטלי ולא במקרקע עפ"י דעת הרא"ש מובא בסי' ק"ג דשומא הדרא דוקא בקרקע אבל לא במטלטלין וי"ל:
ומש"כ בסמ"ע ס"ק י"ח בהגה אבל כל מה שנתחייב כו'. להבנת הנתי' דמתורת התחייבות הוי צ"ל דלא היה ההתחייבות לזמן קצוב דבזה נמי צריך ליתן ליורשיו עד זמן ההתחייבות כמ"ש באהע"ז סי' קמ"ג. ואף דבפת"ש דחהו בכוונת לשון הרשב"א וגם המחנ"א הל' זכיה סי' כ"ב כתב חילוק אחר אבל בעיקר דינו כתב כן המהרי"ט מובא במחנ"א שם והפת"ש בס"ק הקודם לא ראה מ"ש המחנ"א:
סעיף י'. האומר לחבירו כו' אבל אם אמר לו כו'. הרמ"א בהג' אהע"ז סוס"י ל"ח כתב אבל תנאי שהוא בשב וא"ת כל אחד מהם נאמן אם אין שכנגדו מכחישו. וכתב הב"ש דכאן משמע דצריך הנותן להביא ראיה שעבר המקבל אבל הכחשתו בלא עדים ל"מ והמקבל מוציא ממנו ש"מ דאינו נאמן לומר שעבר בקום ועשה.
והבית מאיר שם וכן השעמ"ש סי' מ"ו העלו דעיקר כהרמ"א דהכחשה מהניא. וכן ראיתי מובא בשמ"ק סופ"ק דכתובות. וכן צ"ל לפי הטעם שכתב הקצוה"ח דלעולם מוקמינן הדבר בחזקתו שהיה עד עתה וכ"כ הישועי"ק אהע"ז. אלא שהב"מ שם כתב דהוי חזקה קלישתא ודחה ראית הקצוה"ח מגיטין ל"ג. והישועי"ק כתב דחזקה זו עדיפא משאר חזקות דהוא חזקת הגוף ויסוד חזקת הגוף הוא דאין לנו לומר שנעשה מעשה. וכן משמע מסמ"ע ס"ק כ"ג וכ"מ מהריטב"א המובא בש"ך לעיל סי' מ"ו ס"ק ק"ז. ובשו"ת ג"נ הוסיף על דבריהם דעיקר הטעם הוא כיון שהתנאי הוא בקום ועשה חיובו מה שנתחייב ליתן לו לא הוי ודאי דחיישינן שמא לא יוכל התנאי לקיים מחמת אונס והוי רק ספק חיוב וכמו בגיטין וקדושין דחיישינן שמא תאנס ולא תקיים לכן אין ספק חיוב מוציא מידי ודאי של הנותן ומוציאין מיד המקבל ולפי"ז ע"כ דוקא באינו מכחישו בברי. ובקום ועשה אם אין המקבל מכחישו בברי שקיים התנאי אז מוציאין מידו ובשב וא"ת ואין הנותן מכחישו בברי שביטל התנאי אז מוציאין מיד הנותן. ולפי"ז מה דמבואר כאן דדוקא בעדים צריך לברר דמשמע אבל הכחשה לא.
צ"ל דהשו"ע מילתא דפסיקא נקט דל"מ אח"כ אף תפיסה כשמברר בעדים. משא"כ בהכחשה דהיה מהני אח"כ תפיסה אף כשיתפוס בעדים. ולטעמים אלו אין נ"מ בין

מת מקבל או נותן. אבל לטעם המהרי"ט מובא בקצוה"ח כאן מסיים דנ"מ במת המקבל ונפלו נכסי קמי יתמי כיון דמי שהוא יכול לברר מת והיתומים א"י לברר וחזר הדין לתנאי שהוא בשב וא"ת והסכים עמו האב"מ סוס"י ל"ח. ולפי"ז ה"ה בהיה תנאי דשב וא"ת והנותן מת תיכף שנתחייב על המקבל להביא ראיה שלא ביטל את התנאי. אבל קשה לטעם המהרי"ט מדברי הרמב"ן מובא בר"ן פ"ק דכתובות בסוגיא דפ"פ שהק' כיון דאוקימנא דאיהי לא טענה ברי פשיטא דאינו נאמן דעליה להביא ראיה שנתקיים התנאי דהא לא כתב לה אלא ע"מ לכונסה וימצאנה בתולה. הא הוי תנאי דשב וא"ת ועל הבעל להביא ראיה שביטלה התנאי. ועיי' נתי' סי' מ"ו ס"ק כ"ב העלה מטעם זה סברא אחרת לחלק בזה דבתנאי דלהבא כבר נגמר הענין בודאי ותנאי מילחא אחריתי הוא ודמי כחוב על המקבל משא"כ בתנאי שלעבר דאם עבר על התנאי אין כאן התחלת חיוב כלל וצריך לברר שנתחייב לו. ועיי' מ"ש בזה המקנה בקו"א סוס"י ל"ח. ומש"כ הפת"ש ס"ק י"ב בשם השבות יעקב עיי' בזה בשו"ת חוו"י סי' קנ"ד:

סעיף י"א. ראובן נתן ממונו כו'. הדיקדוק הוא רק לשיטת הרמב"ן גיטין פ"ג כמ"ש המ"מ פ"ח מגירושין וכ"כ הרשב"א. אבל לשיטת התוס' ליתא להך דינא וכ"כ המלמ"ל פ"ג מזכיה דהך דינא במחלוקת שנויה. ולפי"ז ק"ל דהא דעת הרמב"ן במלחמות ביצה דבשכ"מ לא בעינן תנאי כפול והכא דבשכ"מ איירי ולמה כתב הרא"ש בתשו' מובא בטור כאן דבעינן כאן דיני תנאים. וע"כ צ"ל דבזה לא ס"ל כהרמב"ן וצ"ע. ובשו"ת מהר"ם אלשיך סי' ה' כתב דהרא"ש לטעמיה דס"ל דבע"מ ג"כ בעינן משפטי התנאים אבל להרי"ף והרמב"ם ל"ב כאן משפטי התנאים ועיי' מהרי"ט ספר ב' חחו"מ סי' מ"ח שעמד בדעת הרא"ש בזה ובב"ש חחו"מ סי' פ"ג:

סימן רמב

ש"ך ס"ק ב'. והב"ח כתב כו'. הבאה"ט כתב דחילוק הב"ח הוא כחילוק הסמ"ע. ולא דק דלהב"ח כאן כשידעינן באונס המתנה אמרינן מסתמא היה כופהו גם על האחריות ולהסמ"ע שם דוקא דידעינן דהיה אנוס גם על האחריות ועיי' נתי' בחי' שם. ובשמ"ק ב"ב מ"ח כתב בשם הרשב"א ומיהו אם קיבל אחריות ושלא מתוך האונס מתנתו מתנה. משמע מלשונו דידוע שלא מתוך האונס וכחילוק הסמ"ע כאן:

סעיף ג'. כל מחנה כו'. ואפי' במחנה במקצת נמי ולא דמי לשטר מברחת. כ"כ הרמ"ה. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ה' דהטעם שיהא נראה שבעין יפה נתנה. צ"ע דטעם זה אינו אלא להכ"מ רפ"ט ממכירה. אבל להרמב"ם רפ"ה הא כתב שם הה"מ טעם אחר. [עיי' שו"ח רע"א סי' קל"ט] ומ"ש הקצוה"ח ס"ק ג' הטעם דדוקא קרקע משום תקה"ש. צ"ע דאיך

סתם הרמב"ם דהא יש מטלטלין שאין בהם תקה"ש כגון שטרות להרא"ש בש"ך סי' ס' ועיי' לק' סי' שנ"ו מדין עבדים ובהמה:

סעיף ה'. הלכך כשמצוה כו'. היינו דוקא בסופר ועדים ישראל אבל בסופר ועדים עכו"ם ל"א כן כ"כ המהרשד"ם:

סעיף ו'. שכ"מ שמצוה כו'. עיי' קצוה"ח שדחה דברי הסמ"ע וכ"מ לכאורה בטור סי' רנ"ג סעי' ז' ע"ש בדרישה שנדחק. אלא מה שהק' על הרמב"ם דהא שכ"מ בכולה בדין חוזר. לק"מ דהא חיישינן שמא בנו ימכרוה וכמ"ש הגרע"א בתשו' סי' קל"ט. וצל"ע בשנים הנותנים אי חיישינן דלכאורה ל"ש כל הטעמים דחיישינן במתנתא טמירתא. וכחילוק הסמ"ע כן כתב המהר"ם אלשיך בתשו' מובא במחנ"א הל' זכיה סי' ל"ז [פלא שהמחנ"א לא הזכיר בכל דבריו שם דברי הסמ"ע] והמחנ"א הק' עליו דשני הטעמים שכתב הכס"מ בביטול מתנתא טמירתא ל"ש בש"מ. והנה המחנ"א רמז לחילוק הלח"מ פ"ה מזכיה דהרמב"ם שמובא במחבר כאן הא מיירי במצוה בפירוש להסחיר וזה גם בש"מ לא מהני וכן משמעות הב"י בסעי' ח' וא"כ י"ל דבזה איירי נמי כאן המחבר [והקצוה"ח מסופק בזה] אבל בדברי הרמב"ם י"ל כמ"ש הלח"מ דהוא כתב אמר לעדים כתבו בסתר ותנו לו. דהיינו טמירתא בפירוש י"ל דמשום שכ"מ כתב כן כמ"ש הלח"מ אבל המחבר הא כתב אלא אפי' אמר סתם. ובזה קשה מסעי' ו'. ומדברי הרמ"ה ביד רמה משמע דבכל אופן לא חיישינן במתנת שכ"מ משום טמירתא ואף בטמירתא בפירוש. ועיי' תשו' הרא"ש כלל ע"ח סי' ד':

סעיף י'. שמע בנו הגדול כו' משמע מלשון הרשב"ם שהוא יגבה הכל. וצ"ע דהא לא עשאו אלא אפטרופא כמבואר לק' סי' רמ"ו. וגם צ"ע על השמטת השו"ע מש"כ בב"י דבנתן מדעת עצמו וא"ל לאיטמורי מחמת טענה כגון שלא ישמע בנו כו' לאו מתנתא טמירתא היא והוא בנמוק"י בשם המפ':

סימן רמג

סעיף ט'.

יש מי שאומר כו'. בשו"ת רע"א החדשות סי' ע"ה הוכיח מש"מ ב"ב בלשון ר"י דלהתוס' ל"ש לחלק בזה ולדידהו אף בלוקח בעצמו יכול לחזור ודלא:

כהסמ"ע ומידי ספיקא דדינא לא נפקי. אבל בנמוק"י ב"ב שם משמע כהסמ"ע דהר"י אינו חולק על התוס' אלא מוסיף על דבריהם וא"כ הי"א דמביא בטור בסוף קאי גם על מש"כ בתחילה דהו"ל קנין דברים וכמ"ש הב"ח דמדהביא הר"י הי"א בסוף משמע דהכי

ס"ל. ושם בתשו' דחה קושית הרמ"י בסמ"ע ס"ק י"ד דמה בכך דהו"ל בושת הא מבייש בדברים פטור ועיקר החיוב הוא מצד הקנין.
ותמיה שלא הזכיר ממ"ש הקצוה"ח ס"ק ב' דאפשר דס"ל כש"ך דחייב אף בלא קנין: סמ"ע ס"ק י"ט. שכבר נשתעבדו לו כו'. ולשון הרא"ש בתשו' שהמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים. ולפי"ז להפוס' המובא בש"ך בסי' ל"ט וסי' רכ"ה דבעדים דוקא פירש מהני הכא קנין. והטור לטעמו דפסק שם אף בסתמא אחריות ט"ס. שו"ר להרש"ל בחכ"ש שעמד בזה וכתב באו"א דלא תליא בזה ע"ש:
סעיף ט"ו. ודוקא כשיש דא"מ. הנה בקצוה"ח מביא ראית הפר"ח מיבמות צ"ט. ולכאורה י"ל דשם מיירי רק בזלזול התרומה לפי שאין יכולים לשומרה בטהרה ומיירי דכבר קיים מצות נתינה ונחנו לכהן גדול והמותר נותנו לקטן ואי לאו חששא דשימור תרומה הוי מותר ולכך משגרים להם בבתיהם. והנה הש"ך העלה דבצרור וזורקו אגוז ונוטלו זוכה אף במציאה. ובס' חב"י הוכיח כהחולקים מקדושין כ"ג א"ד קטן הוי ודלא כא"ש ועבד זה דא"ל שלוף לי מסנאי ע"כ דהיה גדול יותר מצרור וזורקו ולהפוס' דאינו זוכה אלא מדרבנן י"ל דהתם לענין שחרור דהוי איסור דאורייתא ל"מ שם מפני ד"ש. אבל זהו הוכחת תוס' גיטין ל"ט לחלק בין דא"מ למציאה ולא היה צריך לכתוב מעצמו ליישב אי הוי דרבנן דשם כתבו אי הוי מדרבנן ניחא דל"ש כאן מפני ד"ש. ולהש"ך ע"כ צ"ל דסוגיא דקדושין נדחית מההיא דב"מ. שו"ר להפנ"י גיטין שעמד בזה וכתב דהש"ך ס"ל דהוכחת התוס' דהיה גדול ל"ד הוא וע"ש דהשיג על הש"ך ועוד כתב מזה בבב"מ. והנה הקצוה"ח לעיל סי' רל"ה הק' להפוס' דקנין דרבנן ל"מ לדאורייתא היאך מקבלים שקלים ע"ש ובפת"ש. וראיתי להמר"ם שיק שכתב לתרץ עפ"י מה שחקר למה נשים חייבות בתפילת מוסף שהיא מעשהז"ג אלא כיון דקיי"ל נשים סומכות רשות וביארו הראשונים דאף דאינם חייבים מ"מ יש להם מצוה ויש להם שכר דאינו מצווה ועושה ושפיר יכולים להתפלל מוסף. ולפי"ז גם בקטן כן דאם רצו לעשות הוי כאינו מצווה ועושה דמאותו קרא דממעטינן קטן מדכתיב איש ממעטינן גם נשים וא"כ גם הקטנים בכלל ציבור ויכול הקרבן להיות גם מדידהו. אלא דהק' שם מהמג"א סי' רצ"ו דבברכה לחודה בלא מעשה אינם רשאים להחמיר ולברך הדר הקושיא היאך יכולים להתפלל מוסף. ולא ראה בשו"ת בשמים ראש מובא בחירע"א אור"ת סי' ק"ו שכתב דנשים פטורות מתפילת מוסף דהיא רק זכר לקרבנות ונשים לא היו שוקלות ואין להם חלק בקרבנות צבור אלא דכבר נהגו ושווי' עליהו חובה וכ"כ בצל"ח משום מעשהז"ג. ומה"ט ראיתי מפקפקים במה שיורדים לפני התיבה פחותים מבני כ' בתפילת מוסף והיאך מוציאים את הרבים

דהא הם פטורים מדאורייתא דהא לא היו שוקלים לשיטת הרע"ב פחות מבן כ'. אלא שצ"ע רב דהתשו' שבבש"ר סוחר למש"כ הרא"ש פ"ק דקדושין דבוצונו אינם רשאים להחמיר מובא גם במג"א שם. ובעיקר הקושיא כבר כתבו בזה אחרונים ואכ"מ:

סעיף י"ד. אבל העכו"ם כו' לשליח לעולם. הלח"מ הק' על לשון זה דהא גם קטן אינו זוכה אף שיבא לכלל שליחות. ואולי כונת הרמב"ם לדייק לאפוקי מר"א ב"מ ע"א דדוקא בתרומה אינו נעשה שליח ולא לש"ד ועיי' שו"ח ברית יעקב סי' ו' שהאריך בזה:

סעיף י"ז. החרש זוכה לעצמו. לשון הרמב"ם כמו שביארנו בהל' גזילה. והלח"מ כתב שלא מצא שם מזה. הנה כונת הרמב"ם למש"כ פי"ז הל' ד' הגביהה חרש ופקח מתוך שלא קנה פקח לא קנה חרש ומש"ס משמע דהחרש הוי קני משום זכית הפקח לו אלא שהחרש מעכב על הפקח ולזה נתכוין המג"א שם:

ש"ך ס"ק י'. נראה שאח"כ חזר בו הרנב"ר. עיי' תוס' רע"א פ"ק דב"מ אות ט' מה שהק' בדברי הר"ן. ותמיה שלא הביא מדברי הש"ך כאן ועיי' דברי משפט כאן ובפתיחה להנתי' סי' ר' ובפנ"י ב"מ:

סימן רמד

סעיף א' בשטר מתנה. עיי' קצוה"ח מה שחידש עפ"י מש"כ הק' מראדוש. ובשו"ת ר"ב סי' ס"ז כתב בכונתו שלא כהבנת האחרונים וכונתו הוא שבגירושין השליח לבדו עושה. כל מעשה הגירושין מבלי סיוע מהאשה דלא בעינן דעתה ע"כ מיחשב מעשה ולא מילי. משא"כ בקדושין גם האשה מסייעת למעשה קנין הקדושין דבעינן דעתה שתתקדש להאיש ובין שניהם נגמרו בין האיש המקדש ובין האשה המתקדשת וכיון דאין כל מעשה הקדושין ביד השליח לבדו ע"כ מיחשב מילי. ולפי"ז לא תקשי מכל המקומות שהק' עליו וגם אין ענין תקנת רגמה"ג לדינו של הק' דסו"ס השליח לבדו עושה מעשה הגירושין ומיחשב מעשה גמור. וי"ל עוד דאף בזמה"ז מ"מ בסתמא סגי דלא בעינן גילוי דעתה על הן רק על לאו. אבל בקדושין כ"ז שלא ראינו ממנה ריצוי לא הוה קדושין לכך הוי שליח שלא ניתן לגירושין. ובעיקר קושית הקצוה"ח מהא דפ"ב דגיטין י"ל דדוקא בשליח הוי מילי משום דלא ידעינן אם נתרצית בגירושין אבל באשה עצמה כשקיבלה אף דיכולה לחזור עכ"פ נתרצית ולא הוי מילי ולפי"ז י"ל גם בקדושין כן דלא כתב כן הקדוש אלא בשליח. אבל באשה עצמה המקבלת קדושיה וא"ל הוי שלית עד דמטית החם ושוי שליח וקבלי קדושיך י"ל דהוי קדושין ועיי' שוש"י:

סימן רמה

סעיף ב' בהגה. ומהר"מ פסק כסברא הראשונה. הנה לעיל רס"י ריב"ב בהגה הביא תשו' הרמב"ן דאע"ג דדירה הוי קנין דברים מ"מ כשקנה אמרי' דמגופה של קרקע קנו מידו. וא"כ ה"נ לענין קנין אתן דשניהם שווין כמבואר שם בתשו' הרמב"ן וא"כ הרמ"א סתר משנתו. ועיי' מש"כ בזה בשו"ת ברית אברהם חחו"מ סי' כ"ט ובשו"ת בית שלמה חחו"מ סי' צ' ובמשפ"ש רס"י ריב"ב ויל"ל בזה:

סעיף ח'. נשבע המקבל כו'. עיג' מה שכתבתי מזה לעיל סי' ק"מ סעי' ב'. ועוד יל"ל דשם כתב כן רק בהחזיק ג' שנים והרמב"ם מיירי כאן בלא החזיק ג' שנים והמערער אין לו עדים דשלו היא ודלא כהה"מ ולכך נשבע ועומד בשלו כמ"ש שם הסמ"ע בחילוק הא'. אלא שעדיין צ"ע דהא הרמב"ם פ"ח מטוען הל' ה' פסק דבגנובים או גזולים במטלטלין אינו נשבע וכתב הה"מ משום דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן והכא שכתב הה"מ דמיירי נמי במטלטלין וכמו"ש בשו"ע כאן למה נשבע ועיי' ש"ך סי' קל"ג ס"ק י"ג. ומש"כ הפת"ש ס"ק א' ואי נימא כו' יתבטל השטר. צ"ע דהא דעת הסמ"ע סי' מ"ב ס"ק כ"ו דביש לתלות בטעות לא אמרי' כן ואף להש"ך שם קשה כיון דלפעמים מהני לשון הודאה טעה. שוב לאח"ז מצאתי בתומים סי' ס' ס"ק ט"ז שעמד בזה ועיי' נתי' שם ס"ק ט"ו. ומש"כ הפת"ש ס"ק ג' ללשון יהיה כו' עיי' מ"מ ומ"ע פ"ב ממכירה הל' ח' מש"כ בזה:

סעיף י'. וחוזר לבעלים הראשונים. דלא כרשב"ם. והרא"ש לטעמו דהשיג על הר"א בפ' הגוזל בתרא דל"ד להא דכריתות כ"ד שכבר קיבלה. אבל יל"ל דהר"א ס"ל כסברת רשב"ם. והשו"ע דפסק לעיל סוס"י קפ"ג כר"מ. ומש"כ בהגה אמר אי אפשי כו' הוא שיטת רש"י. ומש"כ הב"ח דלמסקנא לא קאי הכי עיי' ק"נ גיטין ר"פ ד' שדחה דבריו. וצ"ע לפירש"י בניחא ליה במקצתו ולא בכולו ויל. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ט"ו בשם הכ"מ הנה אף כי כן כתבו הרבה מהראשונים להלכה עיי' משפ"ש סי' רכ"ב וסי' רל"ב. אבל כאן אינו מוכרח לסברתו דיל בסברת הרמב"ם דאין שייך לבטל המתנה בשביל מום דכיון שנתרצה לקבל מתנה אין שייך לומר שבשביל מום לא היה מקבל אותה. והנה הפוס' סתמו ולא ביארו אי לרש"י בעינן ג' כבהפקר דעלמא וכ"מ לכאורה מדפריך בכריתות מהאומר לחבירו כו' ולא משני לרש"י דשם לא היה ג'. ומש"כ האחרונים כאן בדין בע"ח גובה מהפקר. הנה דעת המחנ"א הל' זכיה דאינו גובה ממטלטלין דלא כהרשב"א וכן נראה לכאורה דעת התוס' מנחות נ"א ע"ב ד"ה יש לו ע"ש:

ובהג' רש"ש שם ועיי' נתי' לק' סי' ער"ה ובמה שכתבתי שם מזה ועיי' עוד נתי' לעיל סי' קצ"ד ס"ק ה':

סימן רמו

סעיף א. מנכסיו כ"ש. עיי' סמ"ע. והשיג עליו בט"ז וכ"מ מתשו' מהרמ"ל המובא בש"ך שכתב ואף ששייר לעצמו אלף זהובים אבל לגבי יורשיו ובניו ליכא אחריו שיור. ומזה משמע דלא כהסמ"ע לק' סי' ר"נ ס"ק י"ז דמחלק בין קרקע למטלטלין וכמ"ש הט"ז שם: ש"ך ס"ק ב'. אבל באמת כו'. הנה חשב הש"ך שהר"ן שהביא הב"י הוא הנמוק"י. אבל בשו"ת חיים שאל סי' ס"ד מביא לשון הר"ן בכת"י בחי' ב"ב וכתב כן לספק ע"ש:

סעיף ו'. אבל אם כתב לבן כו'.

בטור כתב בשם הרמ"ה דאינו מפקיע מזונות הבנות. וכתב הב"י דדבר פשוט הוא דלא עדיף מאומר אל יזונו בנותי מנכסי דאין שומעין לו. ומשמע אבל פרנסה מפקיע דהא האומר אל יתפרנסו בנותי מנכסי שומעין לו. אבל צע"ג דהא הרמ"ה בחי' ב"ב כתב בפירוש דה"ה פרנסה אינו מפקיע ודוקא היכא דפריש בהדיא אל יתפרנסו והנה בנתי' הק' הא ע"י מתנה לאתר יכול להפקיע מזונות בנותיו רק במתנת שכ"מ גובים ולהרמ"ה מיירי כאן אפי' במתנת בריא ולא ראה דברי הרמ"ה שכתב להדיא דמיירי במתנת שכ"מ. ומה שהק' עוד לאיזה ענין כתב המחבר דלבן בין הבנות מתנתו קיימת הא בלא"ה בן בין הבנות יורש הכל ומזונות הבנות אינו נפקע מאי נ"מ במתנתו. כבר עמד בזה הרמ"ה ופירש דילמא לאפקועי ברא אחריני דאית ליה במדה"י קאתי. ולכאורה מפירוש רשב"ם בהגה שפי' בנו ואחר כגון בן אשתו שקיבל עליו מזונות משמע דלא כהרמ"ה. ובהג' רש"ש כתב כגון שכתב לו מהיום ולאח"מ דהוי מתנת בריא וי"ל:

סעיף ז' ויש מ"ש כו'. עיי' סמ"ע ובשמ"ק משמע דאין חילוק בין כותב הקנין לק"ס ומאן דפליג בהא פליג נמי בהא וגם בדברי ר"י שם מבואר להדיא כמ"ש הב"י לדעתו דחולק ע"ז וכמו שפירש בטור ולא כמ"ש הב"ח בדעתו. ומש"כ הב"ח לדחות פי' הב"י בדברי הר"י ע"ש. אמנם בנמוק"י אין הכרח לאחד מהם אבל בדברי ר"י המובא בשמ"ק מבואר להדיא כהבנת הב"י והלח"מ הק' ע"ז מהא דפריך בש"ס ע"ז מהא דהכותב לאשתו כו' ולא משני בקנין. ותמוה דהא זהו קושית הרשב"א והר"י שם. ובזה תמוהים לי מאוד דברי ההפלאה בקו"א סי' ק"ז בעובדא דב"ב קנ"א אימה דרמב"ח כו' והק' שם בזה ע"ש ולא ראה בנמוק"י שם דהוי בקנין. וכן מה שחקר שם בעובדא דכתובות צ"ד ע"ב אי הוי בקנין תמוה דהא כל הראשונים שם כתבו דבלא קנין איירי וע"כ במייפה כחו. גם מה שהק' לדעת הרא"ש דשאר יורשים לא מהא דמקשה מברייתא דתקרע כתובתה כו' דילמא מיירי בשאר יורשים ונדחק בזה. לא ראה שכבר עמדו בזה הראשונים ותירצו

כיון דמיתנא סתם דהא יכול לתרוצי באופן מרווח ובכולהו לבר מאשה אצל אחין ואשה אצל בני הבעל וכרבינא באשתו ארוסה ואשתו גרושה:

סמ"ע ס"ק ו'. ואפי' אם שאר אתיו הם גדולים כו'. עיי' לק' סי' ר"צ סעי' כ"ו בהגה ובח"מ וב"ש אהע"ז סי' ק"ז וצ"ע:

סעיף ח'. אפי' אפטרופוס לא עשאו. עיי' נתי' מה שהק' מסי' ר"נ. ול"ד דהא הטור מפרש טעמו שהרי בא לעשות אפטרופא בדרך הקנאה כו' ופשוט: סעיף ט'. זה האחר כו', והא דקשיא כיון דבנו לא הוי אלא אפטרופס אחר נמי היאך קני הא הו"ל מתנת שכ"מ במקצת ובעי קנין עיי' מש"כ ע"ז בשמ"ק:

סעיף י"א. וגם הראשון שנתן לו כו' הב"י כתב בשם הנמוק"י דיש לדין בדבר דדמיא לתנו מאתים זוז דאמרי' דנוטלן יתר על ירושתו. והנה שם פסק הנמוק"י כרשב"ם דבסתמא רצה נוטלן רצה ירושתו ולכאורה סותר א"ע. וע"כ צ"ל דכונתו רק לדמיון לשם דהכא במתנת מקצת הוי כאומר בהדיא לשון מתנה שכתבו הרמב"ן ורשב"א דנוטלן יותר על חובו מובא בב"י סי' רנ"ג. וניחא בזה פסק הרמ"א שפסק שם סעי' ח' כרשב"ם והו"ל להגיה כאן על המחבר ולמש"כ ניחא:

סעיף י"ב. הכותב כל נכסיו לאשתו כו'. בש"ס אשה אצל בני הבעל מהו. וכתב רשב"ם משום דכיבוד אשת אב אינו אלא מדרשא דואת אמך. והק' הגרע"א מכתובות ק"ג באשת רבי והקדימו הרש"ל בחכ"ש וכ"פ ביור"ד סי' ר"מ דלאחר מיתת אב פטור מכיבוד א"א. וי"ל דרשב"ם כתב טעם זה דקאי גם על בריא לפי המסקנא דניח"ל דלישתמעין מילה מהשתא ע"ש. והרש"ל הק' עוד דהא בנו הגדול נמי אינו אלא מדרשא. וי"ל לפמש"כ המג"א מובא בפת"ש שם דכיבוד אחיו הגדול אף לאחר מיתת אביו ולא תליא בקפידת אביו. וז"ש הרשב"ם וכל מי שאינו חייב בכבודו כו' דאריכות לשון שלא לצורך הוא וכונתו כיון דאין כבודה מחמת עצמה רק מחמת כיבוד אביהם אינה מקפדת אף מחיים של אביהם כ"כ בכבודה. וי"ל דגם האב אינו מקפיד כ"כ בכבודה שנאמר דלא עשאה אלא אפטרופא. והנה בש"ס אשתו ארוסה מאי כו'. והק' בשוש"י לפמש"כ הש"ך סי' ק"ד בדעת הרמב"ם דמלוה בשטר מאוחר קודם למלוה בע"פ מוקדם ודעת הרמב"ם מובא באהע"ז סי' נ"ה דכתובת ארוסה אין לה אלא דין מלוה ע"פ דאינה גובה ממשעבדי, ובראש"ש פ' נערה דאף בניסת אח"כ אינה גובה אלא מזמן הנשואין וא"כ היאך מוק"ל בארוסה דאף שכתובה קדמה לבע"ח מ"מ הבע"ת בשט"ח קודם לכתובתה ואף אם לא תקרע כתובתה לא תגבה. ולק"מ דנ"מ אי לא כתב, להבע"ח דאקני לדינא דש"ס עיי' סי'

קי"ב והוי כמע"פ לענין דאקני והיא קנתה הקרקע אחר החוב ונ"מ לה דתגבה חצי כדין שני לווין בסי' הנ"ל ועיי' תומים סי' ק"ד ס"ק י"א:

סעיף י"ו. כל הנותנים כו'. דעת הסמ"ע דקאי אכל הני דריש הסימן. והלח"מ כתב דלא קאי אלא אמברחת. ופשטות סתימת הפוס' משמע כהסמ"ע דלהלח"מ הו"ל לפרש. אך מדברי הרא"ש פ' האשה שנפלו משמע כהלח"מ שכתב טעם למברחת דאוכל פירות דבלא"ה לא תמצא מי שיפקח על נכסיה. ובנמוק"י פ' מי שמת כתב במברחת דהפירות שהם בעין חייב להחזיר משמע דלא כהסמ"ע:

ש"ך ס"ק י"א. בשבועות היסת. ואף דאין נשבעין על טענת ספק עיי' נתי' סי רכ"ד ס"ק ד' מש"כ בכלל זה. ויש לדחות דשם מיירי במוציא עי' ש"ך סי' ע"ב ס"ק ט"ז ובסי' רל"ו סעי' ב' ובב"ח שם ועיי' שו"ת בית שלמה חחו"מ סי' ס' מש"כ בזה. ולכאורה קצת ראיה להש"ך ממה שמסופר במ"ר בראשית פ' מ"ט שהיה אברהם מקבל את העוברים ושבים משהיו אוכלים ושותים א"ל ברכו כו' אם מקבל עליו ובריך הוי אכיל ושתי ואזיל ואי לא הוי מקבל עליה א"ל הב מה דעלך כו' מאן יהב לך חמרא במדברא כו' דלזה הוסיפו מאן יהב לך כו' לומר שזה עושה החיוב. אבל לפי"ז צ"ע דהא כתב המרמ"י מובא בבאה"ג דכשמכניסו כדרך האורחים פטור. וצ"ל דלכתחילה עשה אברהם כעין אכסניא לתשלומין אלא שאם נתרצו לברך היה פוטרם. שו"ר מזה ביפ"ת ובס' שתי ידות לר"א חזקוני פ' וירא ובפרשת, דרכים דרוש י"ז. וקושית המהרי"ט מובא בקצוה"ח מהיה מתענה. לק"מ דל"ש לומר כן אלא בפעם אחת כמו במזיק מתנות כהונה ולא כעובדא דתה"ד דמיירי בשנים וכי לעולם לא יאכל ועיי' בזה בשו"ת מהר"ם פאדוה סי' מ"ח מ"ט ובמחנ"א הל' א"מ סי' ל"ט ובשומ"ש מהדורא תנינא ח"ב סי' מ"ז:

סימן רמז

סעיף א'. היו ראוים כו'. כל האחרונים כאחד כתבו ליישב באופן שהרמב"ם והרמ"ה אין חולקין זע"ז עיי' ב"ח ומלמ"ל פ"ו מזכיה ובמחנ"א. והנה בתי' הרמ"ה לב"ב מבואר דאין מקום לחילוקם. והמגיה שם העמיק הרחיב בזה והעלה לחלק דהרמב"ם מיירי כשהבנים והבנות הם נשואות והרמ"ה מיירי כשהבנות לא היו נשואות. ובזה א"ש ראית הה"מ שתמה עליו בדרישה. ומש"כ בהגה מי שהיה לו בנים כו'. והק' הנתי' בשם חא"ש ע"ש. באמת המרדכי עצמו העיר מדשלבל"ע בזה ועיי' תוס' ב"ב קל"א ע"א סוד"ה וש"מ: סמ"ע ס"ק ו'. וא"ת א"כ כו' וי"ל כו'. זהו תירוץ התוס' והרמב"ן לא ניחא ליה בזה משום דבבריא נמי הדין כן. אבל הנמוק"י כתב בפשיטות דאע"ג דלא הוי צ"ל מידי אורחא דמילתא דאמרי אינשי הכי. והב"י מביא בלשון הש"ס כגירסת הספרים הישנים ולסלוקי

בראיה מעישור נכסי קא אתי ותמה הדרישה הרבה מתוס' דכאן דאין נ"מ ומתשו' הרא"ש מובא דלאחר מיתה יש להבנות עישור נכסי. ועוד צ"ע לדעת הרמ"ה מובא בסי' דלעיל דלעישור נכסי אינו מועיל מתנתו לסלקם. וע"כ י"ל לפמש"כ ביד רמה ג"כ בסיגנון התוס' אבל מעט באו"א דאימור מעיקרא יהיב מידי לבנתיה מיגו מרעי קמיה סהדי דלא ידעינן בהו והשתא בעי למיהדר ביה. וא"כ הא בשיעור עישור נכסי הא פסק הטור אבהע"ז דתליא בדעתו וכחכמים בכתובות ס"ח דעני בדעת והיה תחילה בדעתו להרבות להם שיעור העישור ועכשיו חוזר בו ולסלוקי דקאמר לאו לאיסתלוקי לגמרי אלא למעט להם השיעור קא אתי וא"ש: סוס"י בהגה. קריביו נוטלים החצי. עיי' קצוה"ח מש"כ בדברי תוס' ב"ב. וע"כ צ"ל דהתוס' לא גרסי טפי דהלא אנו רואין דשבק בניו ונתן לקרוביו ואיך נאמר דמקפיד על הקרוב יותר. אבל הרמ"ה כתב שם וז"ל כי קא שכיב אמר ליהוי לקרובי ולפום הדין נוסחא משכח"ל באחא ובר אחא ומאי דדמי להו דתרויהו לענין ירושה כי הדדי נינהו מיהו לענין תפקדתיה דשכ"מ כיון דאמר ליהוי לקריבי להההוא דמיקרב טפי יהבינן לו וכן כל כיוצא בזה. ולכאורה מפורש דלא כריטב"א אבל י"ל דשם כיון דלענין ירושה תרויהו כהדדי נינהו ע"כ אמרי' דבמאי דקאמר לקרובי לאפוקי מתורת ירושתן וליהוי קרוב קרוב קודם. אבל בסתם קרובים הרבה שאינם שוים גם לענין ירושה י"ל דבמאי דקאמר לקרובי משמעו כל הקרובים ולא נתכוין בזה לאפוקי יחר הקרובים עוד י"ל דבמתנות שכ"מ כלל גדול הוא דאומדין דעת הנותן כמ"ש הרמב"ם מובא בסי' דלעיל. והח"ס כתב מובא בפת"ש ס"ק ה' דאומדן דעת הוא שלא נתכוין לקרוב קרוב קודם וליתן ליחיד וע"כ כונתו להההנות לאחד מקרוביו דאם יחלקו כולם בו לא יהנו כולם ממנו רק הנאה מועטת וע"כ י"ל דלההנות רק לאחד מהם נתכוין וקרוב קרוב קודם:

סימן רמח

סעיף א' אבל הבריא כו'. הקצוה"ח ונתי' ביארו דבבריא א"י להקנות לאח"מ וע"כ צ"ל מהיום. ולכאורה הוא תמוה דא"כ מאי קאמר אין לשני אלא מה ששייר ראשון ומשמע דאם קדם הראשון ומכר הוי מכירה והא בסעי' ז' פסק באומר מעכשיו אם מכר או נתן השני מוציא מיד הלקוחות והוא מהרי"ף והה"מ כתב דכן דעת הרמב"ם ונמצא דבריו סותרים זא"ז. וב"ה מצאתי אח"ז במחנ"א הל' זו"מ סוס"י מ' שכתב מזה הכרת דלא כהה"מ לדעת הרמב"ם אלא הרמב"ם ס"ל דאפי' באומר ואחריך מעכשיו לפלוני יכול הראשון למכור דכל האומר ואחריך לפלוני מה שתשאיר אחריך מעכשיו יהיה לפלוני

קאמר ע"ש. והנה הסמ"ע כתב בשם ר"י דלאו באחריך תליא מילחא כו'. לכאורה מדברי הרשב"ם קל"ו ע"ב ד"ה אחריך משמע דדוקא אחריך כלומר מה שתביר אחריך.
אמנם מדברי הרשב"ם קל"ז ע"א בעובדא דרב ביבי משמע כר"י דהתם פירש דנתן לו סתם כל ימי חייו ודוקא משום דלגבי נפשיה אבל לאחר הוי זביניה זביני. וכ"כ בחי' רמב"ן שם וז"ל ל"ש נכסי לך כל ימי חייך ואח"כ לפלוני כהקנאה דרב ביבי לאחר ול"ש נכסי לך ואחריך לפלוני וה"ה לאומר נכסי לך לעשר שנים ואח"כ לפלוני בכולם אם קדם הראשון ומכר אין לב' אלא מה ששייר ראשון. ובקהלת יעקב להג' מקארלין חקר לר"ל דק"פ לאו כקה"ג דמי היאך הדין אם מכר שדה לזמן והמוכר גלי דעתו שבתוך הזמן מקנה לו גם הגוף אם מהני הקנאתו שיקנה הלוקח גם הגוף בתוך הזמן. ופשיט לה מהא דמשני אחרים שאני. וראיתי מקשים עליו ולמש"כ מבואר דבריו היטב. ובעיקר החקירה עיי' מחנ"א הל' זו"מ סי' י"ח שחקר זה ומבואר מתוך דברינו ועיי' נמוק"י בסוגיא דאחריך:
סעיף ב'. לא משום ירושה. עיי' ספיקת המהרי"ט מובא בנתי' ועיי' בזה במחנ"א הל' זו"מ סי' ל"ט בארוכה. והנה ראיתי להרמ"ה בחי' ב"ב שכתב להלכה כמהרי"ט וכתב ליישב הסתירות דשם אמר אם מתו ירשו אחרים תחתיהם דלשון זה משמע ממש כמעכשיו. ובזה י"ל במש"כ הפרישה לק' סי' רנ"ג סעי' ו' ע"ש היטב. ומש"כ בקצוה"ח ס"ק ג' בשם התשב"ץ עיי' ב"י סוס"י ק"נ מש"כ בשם הרשב"ץ ובשו"ת בית שלמה חחו"מ סי' קכ"ט ומש"כ לק' סוס"י שס"ט בזה:
סמ"ע ס"ק י"א. ולא כע"ש כו'. התוס' סוטה כ"א ע"ב ד"ה אביי הק' לפרשב"ם מכתובות צ"ה ע"ב דמשמע דגם המוכר עצמו נקרא רשע. וי"ל להרשב"ם דכונת הש"ס שם על אביי למאי דס"ד דתנשא לכתחילה קאמר והוי אביי כמשיא עצה ועיי' רשב"ם קע"ד ע"ב:
שם ס"ק ט"ז. רשב"ם מפרש כו'. הרש"ש גיטין ט' ע"ב הק' מתוס' שם ד"ה ואינו ע"ש. וי"ל דכ"ז ל"ש רק בשטר שיחרור דיודע הוא דאין גט לאח"מ. אבל מתנת שכ"מ בעלמא הא קניא לאח"מ ומשום מעשה פרטי המשתנית לא יהב דעתו להקנותה מחיים:
סעיף ח'. בעל לוקח הוי. עיי' קצוה"ח בשם רש"ך ומש"כ עליו ולא משמע כן מהרשב"א מובא בר"ן כתובות שהק' למה לא הוי יורש במקום פסידא ותירץ כיון דאשה לאינסובי קיימא והנותן מידע ידע דברוב המקומות עשאו רבנן לבעל ללוקח ואפ"ה לא פירש אחריך ליקני בעל לא ליקני ש"מ דאחריך שלא במקום בעל קאמר. ולמש"כ הקצוה"ח ל"ש סתם אשה לאינסובי קיימא כיון דלכתחילה אסור. וע"כ כיון דבדיעבד מהני ל"ש זה. ובעיקר תמיהת הרש"ך אולי י"ל דפנויה שאין לה בעל הוי והיו לה בנים מקודם מאיש אחר וע"ז אמר הנולדים מגופה. ובזה היה א"ש מה שהק' הקצוה"ח הא הוי דשלבל"ע:

סעיף י"א. אבל ס"ת יש בו ספק כו'. וכתב הב"י משום דאסור לזבוני. ובאמת רוב הראשונים לא גרסי זה עיי' רשב"ם ורא"ש ונמוק"י [ועיי' שו"ת חיים שאל ח"א סי' ל"א גירסת הראשונים בזה ועפי"ז יש לפקפק הרבה במ"ש הפת"ש כאן] וע"כ צ"ל כן לדעת הרא"ש באור"ח סי' קנ"ג דיחיד מותר למכור. וע"כ צ"ל הכא מטעם אחר דאינו בכלל מלבוש כמ"ש הר"ש. ומש"כ בזה המג"א מובא בפת"ש עיי' מש"כ עליו בקובץ פ"י מס"ת הל' ב'. והנה הגרע"א בחי' אור"ח שם מביא מהראנ"ח די"ל דאשה אינה בכלל איסור מכירת ס"ת א"כ להגורסים משום איסור מכירה ישתנה הדין באשה האומרת כן. אך מתשו' רשב"ש המובא בפת"ש יור"ד סי' ע"ר ס"ק ה' ל"מ כן. ומש"כ בפת"ש כאן ס"ק ו' בשם המשכנ"י דזוזי אינו כולל מלוה ע"פ. כ"כ המארנ"ח מובא בקהלת יעקב:

סמ"ע ס"ק ל"ו. פירוש כו' למש"כ הב"י דאין חולק א"ש.

אבל בפרישה כתב דהרשב"ם חולק והמחבר סתם וצ"ע. גם מש"כ המחבר והעבדים בכלל המטלטלין תמוה שלא הביא הרמ"א מש"כ בד"מ בשם הריטב"א ורמ"ה ועיי' בארוכה ביד רמה חילוקי דינים בזה ובקהלת יעקב חלק לשון חכמים אות שס"א שפי' מזה הרבה חילוקים:

פי' רמ"ט. סעיף ב אא"כ הוא מכירו. וכתב הבאה"ג וה"ה אם היה מחלוה עמו מש"ס עירבין ס"ד כן דייקו בתוס' מעובדא דשם. אבל א"מ דהא לא נתן לו להדיא אלא א"ל טול גלוסקא מעילאי ולמה לא אמר לעילאי שיתנו לעכו"ם וע"כ דכשהעכו"ם נוטל מעצמו ל"ש לא תחנם ואעפ"כ שפיר דייק מזה דשרי בהנאה דמ"מ עביד ליה ניחא נפשיה במה שצוהו ליטלו:

סעיף ג'. הנותן מתנה לעבד כו'. עיי' קצוה"ח ביאור מחלוקת הירושלמי בזה. ולכאורה היה א"ל דש"ס דילן מיירי בדבר הכלה ולכך לעצמו אבל בדבר שאינו כלה ונפסד הוי למחר לרבו. אבל דחוק דכ"ז הו"ל לפרש דמשמעות יום של עצמו לעצמו משמע דלעולם הוי לעצמו. ולכאורה בש"ס לא קאי אשעת תשלומין אלא על יום הנגיחה ואם נגחו ביום של עצמו אף אם התשלומין היה ביום של רבו ג"כ לעצמו וי"ל התלמודים בזה. ומש"כ בשם הל"ר דאף מה שהיה להעבד קודם הוי לרבו. הנה ראיתי בש"ח בראשית מביא מהנח"י דירושת עבד הוי לעצמו. ולכאורה יקשה בזה ג"כ מכל המקומות שמביא הקצוה"ח ראיה להל"ר. שוב לאח"ז ראיתי בשומ"ש מהדורא תנינא ח"א סי' נ"ו מביא דברי הש"ח:

והק' עליהן כן. ויפה כתב בס' ח"ה דעבד שבש"ס מיירי במל וטבל לעבדות והו"ל כקטן שנולד ואינו יורש אביו ד"ת ואף מדרבנן ל"ש בזה שמא יחזור לאיסורו כיון שהוא תח"י

ישראל ועיי' מש"כ בזה לעיל סי' קע"א: סעיף ה'. מדת חסידות כו', הפרישה הק' דלא הביאו ראיה מאברהם דאמר אם מחוט כו'. ואין ראיה דהא באמת קנה לה מדינא דחזקת מלחמה כמ"ש המפ' שם. וגם מה שהק' מפרעה ואבימלך. י"ל ע"ד שאמרו במגילה כ"ח אתייקורי דמתיקרי בי:
הלכות מתנת שכ"מ:

סימן רנ

סעיף ב' בהגה. ואפי' התנה כו'. וראיה מאחתיה דרב דימי עיי' בהגר"א. ולכאורה אין ראיה דהא יכול נמי בהודאה כמ"ש בסעי' ג'. אך לפמש"כ שם בנתי' היינו נמי מכח הך דינא. שו"ר בנמוק"י בעובדא דר"ד בשם ריטב"א דאם התנה בפירוש שתהא מתנה קיימת לעולם וקנו מידו במעכשיו שתהא מתנה לעולם ה"ה כמתנת בריא והא דר"ד לא עביד הכי משום דסבר דמאי דעביד סגי לו. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ה' במחילת חוב וכתב הט"ז שכן הוא בתשו' מהר"ם עיי' קצוה"ח שהק' בתשו' מהר"ם וי"ל דהוי מחילה בשטר וס"ל כהחולקים דל"מ מחילה בתפס שטר בלא קנין עיי' לעיל סי' רמ"א וי"ב. ומש"כ הש"ך ס"ק א' אפי' הגיע כו' והקצוה"ח דחהו ע"ש. לכאורה מש"כ הקצוה"ח הוא כחילוק הסמ"ע ס"ק ט"ו. אבל הט"ז דעתו שם דבכל גונא מועיל תפיסה והיינו כהש"ך:
סעיף ג' בהגה. ואפי' אם תפסו כו'. הט"ז הק' מיור"ד סי' רנ"ח. והנה הנמוק"י כתב דאפי' ספק איסור מעילה ליכא משום דאיהו ידע בנפשיה דלא הקדישו כשיעמוד. ובזה ניחא דשם לדידיה ג"כ ספק אי הוי יד ועיי' נתי' ס"ק ה'. ומש"כ וכן דין הקדש כו'. עיי' סמ"ע ומש"כ עליו בקצוה"ח. ואולי י"ל דאתי לאפוקי ממש"כ הראנ"ח מובא בנאות יעקב סי' ב' דבהקדש בעינן חזרה בפירוש ולא כבמתנה דבעמד בטילה ממילא אבל מהטור ל"מ כן וע"כ כתב דבהקדש דמי למתנה דבטילה ממילא. וע"ש עוד בשם מהרי"ט דדוקא הקדיש כל נכסיו חוזר אבל במקצת הקדישו מחיים. והנה בסמ"ע ס"ק ט' כתב שהזכות דהקדש כו'. וחקר בשוש"י לפי"ז היאך הדין במצוה מ"מ דהרי נתיאש מרפואה בפירש מ"מ. ועיי' תוס' ב"ב קע"ד ע"ב ד"ה שכ"מ קשה לר"י כו' דאי חוזר כו' והא י"ל דבמצוה מ"מ איירי וע"כ דל"ש. אמנם עיקר טעם הסמ"ע דהקדיש משום רפואה ליתא הך טעמא ברשב"ם ורא"ש וכתבו רק דמשום מצוה קעביד. ומש"כ המחבר אם המעות עצמם כו' הנה המ"מ מביא שיטת הרי"מ להיפוך ע"ש, וכתב בס' חב"י דלשיטה זו צ"ל דפרעינהו בחובו דנקט הש"ס דלא הוי שיור דוקא בחובו שהיה לו מקודם דודאי היה דעתו מתחילה לכך אבל שאר הוצאה תלי אם כמחלק אם כנמלך כמו במתנה. ובזה יפה כתב דכן ראיתי בפי' הרמ"ה שפסק כהרי"מ ומחלק כן. אבל מה שהק' עוד לשיטה

זו והא רב גופא ס"ל דמטלטלי לא הוי שיור ומכח זה כתב הה"מ דפירוש מתמיה הוא. לק"מ דהרי"ף והרא"ש גורסים ר"י סתם ולא משמיה דרב וכן גירסת הרמ"ה. ועיי' נתי' ס"ק ז' בשם הנמוק"י דדשכ"מ ככתובים ומסורים ל"א במכר רק במתנה. וכן משמע מתוס' ב"ב קע"ה ע"א ד"ה ורב ועיי' רש"י גיטין ל"ט ע"ב ד"ה דהוו"ל וצ"ע. ומש"כ בסמ"ע ס"ק י' וכן בהפקר כו'. לכאורה בהפקר דהוי לעניים ולעשירים אין כאן זכיה בפועל דילמא יקדמו עשירים ויזכו. שו"ר בפ"ח על הרא"ש שמיישב עפ"י דעת הרמב"ם דהפקר הוא מתורת נדר. וצ"ע להנו"ב דהפקר לנוכח דהוי הפקר כה"ג מובא לק' בפת"ש סי' ער"ה אי בכה"ג נמי אם עמד חוזר דלא הוי הפקר ממש. ומש"כ בסמ"ע ס"ק ח' עיי' בח"ס ח"מ סי' קנ"ט ביאור דבריו ונ"מ לדינא:

סעיף ד' בהגה. ול"ד קנין כו'. בש"ס קנ"א אימיה דר"ע כו', ופירש הרשב"ם כגון שקנו מידה א"נ בלא קנין וכגון דלא שיירה מידי. והק' המהרש"א דלמה ל"ל דברי שכ"מ ככתובים ומסורים דמי דהא הוי קנין כמתנת בריא. ומיישב בדוחק שאינו סובל לשון הרשב"ם. ובתוס' ע"ז ע"א ד"ה אמר מפרשי לה בלא קנין. ורש"ש כתב דהרשב"ם ס"ל כשיטת ר"י גאון מובא בתוס' שם דשטר נקנה בחליפין וכאן הוי קנין חליפין. וליתא דאין כן דעת רשב"ם עיי' בהגר"א לק' סי' רנ"ג ס"ק ב' דעת הרשב"ם דשטרות נקנים במסירה וכ"ש בחליפין והכל קשה דמאי אמרי והא לא משך. ובפשיטות י"ל עפ"י מש"כ רשב"ם קמ"ז ע"ב ד"ה מודה דג' קנינים יש מחנה במקצת בקנין מתנה בכולה או מסירה בחיים. ואחוה לא ידעו מהקנין וסברי דמתנה במקצת הוי ואמרי דבעי מסירה בחיים. וא"ל ר"נ עיקר הדין הנוגע להם דדשכ"מ ככו"מ דמי אי הוי מתנה בכולה. ואי הוי מתנה במקצת עליהם לידע אי הוי קנין מאימיה לר"ע. ובזה י"ל קושית התוס' פ"ו ע"ב דהיל"ל והא לא הגביה וכ"כ הנמוק"י דמשך ל"ד קאמר אלא מסירה מחיים דליהוי שלו וכ"מ לשון רשב"ם כאן דבלא"ה קשה למה תפסו דוקא קנין משיכה ולא קנין אחר וע"כ דמסירה מחיים קאמר. ומש"כ בהגה ב' וי"א דבעינן כו' עיי' מש"כ הקצוה"ח סי' צ"ח ס"ק ו' בשם תשו' הרא"ש ורמזה כאן והנתי' ס"ק ט' כתב דהרא"ש לשיטתו דבעינן כדי פרנסתו לכך אם חייב לאחרים ליכא פרנסה. אך שיטת הרי"מ והרמ"ה בהא דמכר בסעי' ג' דפרעינהו בחובו לאו עליהו סמיך והוא כתשו' הרא"ש. והרמ"ה ס"ל כהרי"ף דכ"ש ממש ול"ב כדי פרנסתו. ועיי' מש"כ בזה הגרע"א בחלק הכתבים סי' ט' להוכיח כהרמב"ם ויש לפקפק בדבריו שכתב דש"ס דקדושין הוא אליבא דר"י כאן ול"מ כן דסתמא דש"ס הק' כן:

סעיף ח'. המפרש בים. צ"ע דלענין ד' שצריכין להודות חשיב בברכות היוצא מבית האסורים וכתב המג"א אור"ח סי' ריט דוקא בנתפס על דיני נפשות ובנתיב חיים מביא

דעת הר"ן דאף על ד"מ חשיב מסוכן ומ"ט הכא דוקא יוצא בקולר והנה הקצוה"ח כתב לר"י דדוקא לענין חזרה הוי כמצוה מ"מ. והר"ן גיטין כתב וז"ל אבל הר"י כתב דלא הוי כמצוה מ"מ אלא יוצא בקולר ומסוכן אבל מפרש ויוצא בשיירא לא דהנהו כיון שדעתם לחזור לא מקנו באמירה וכן נמי אם קנו מידם אינם חוזרים דלענין מתנתיהם הם כבריאים ולא נשתנה דינם אלא לענין גט. הרי דגם לענין חזרה חולק. ופשוט דכונת הנמוק"י להסביר סברת הרי"ף והרמב"ם מתוך דברי הר"י שנראה מדבריו דעיקר טעמו דהוי כבריאים הואיל ודעתם לחזור ובזה סברתם בהיפוך דהלא ראינו כמה הולכים להשתקע שם אבל לא שיסבור הר"י כוחם אלא דמתוך טעמו ידעינן טעמם והערוך השולחן כתב דבר פשוט דהחולקים על הרי"ף מודים במתנת שכ"מ בכולה דדומה לשכ"מ ודייק כן מלשון הטור. נמשך אחר הגירסא שבסמ"ע. אבל הנתי' השיג עליו וכן כתב להדיא בדרישה דבכל גונא חולקים וכ"מ לשון הרא"ש ור"ן גיטין פ' התקבל ע"ש:

סעיף ט' בהגה. וי"א דה"ה כו'. עיי' בהגה סוסע"י י"ז ובסי' רנ"ז סעי' ז' בהגה ובב"י סי' רנ"א בשם רי"ו ובמחנ"א הל' זו"מ סי' נ"ו וצ"ע בכ"ז:

סמ"ע ס"ק ל"ו. ואם לאחר שחזר כו'. לפי הגירסא שלפנינו בנמוק"י שחזר בו מיורשיו מפורש הך דינא ופשוט דהגיה כן מפני קושית המלמ"ל שלא יסתרו דבריו למש"כ בשם אחד מאחרונים. אבל המלמ"ל נראה שלא היה לפניו גירסא זו וכן העתיק הב"י סתם. ודע דהא דחזרה במקצת הוי חזרה ה"ה בנתן מקצת וחזר ממקצתו הוי חזרה בכולה כ"כ הכנה"ג מובא בשו"ת נאות יעקב סי' ב':

סעיף י"ד. ויש מי שאומר כו'. נראה מלשון הרמ"ה בפני דבפירש לא מהני בשום אופן. ולפי"ז מש"כ הרמ"א בשם הנ"י דבפירש בהדיא מהני זה רק להנ"י לשיטתו עיי' נתי' אבל להרמ"ה לא מהני. והנה הנתי' הק' לחילוק הד"מ שבסמ"ע ס"ק מ"ד מקושית התוס' ב"ב שם ועדיין יקשה להד"מ דילמא זכה. וראיתי מי שהק' עליו דהא סו"ס קשה דילמא קנה כמ"ש בש"ס ומחבר כאן. אבל כבר הק' הפנ"י שם דילמא במתנת שכ"מ במקצת דאית בה קנין ותירץ דליכא למיחש בזה לחזרה דקני כל דבא לידו אח"כ וכדשמואל. וא"כ מקנה ליכא להקשות:

סעיף ט"ו. ואם כתב לו כו'. עיי' באה"ג וב"י בשם הר"ן. אבל כן כתבו התוס' שם. ומשמע דה"ה מצוה מ"מ דאינו חוזר בעבד:

סעיף י"ז בהגה. רק המקבל כו'. דוקא אם המקבל בעצמו קנה מיניה אבל לא אם אחרים קנו מידו שו"ת נאות יעקב סי' ב'. ומש"כ עוד שכ"מ כו' וא"צ בזה יפוי כת. והק' הט"ז מסי' רמ"ו. ומש"כ הט"ז שהריב"ש לא יחלוק עיי' חידושי הגהות בטור שהוא מתשו'

הרשב"א. אבל לק"מ דר"י בטור מדייק בלשונו דהרי בא לעשותו אפטרופא בדרך הקנאה כו' דלמותר הוא דהול"ל חיישינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ומשמע דמשום זה לחוד לא הוי אמרינן הכי באפטרופס אלא משום דראינו שעשאו אפטרופס בדרך הקנאה שכתב לו בלשון מחנה ולכך חיישינן. שו"ר בעז"ה בנתי' סי' רמ"ו שהק' קושית הט"ז ותירץ כמש"כ:

סעיף כ"ב. ואחר כ"ד כו'. בשו"ת נאות יעקב כתב דזה ל"ש אלא בשטר שיש לתלות שאמר כן כדי להיות לו לראיה ולא בקנין שעשה אח"כ בקנין מאי ראיה יש בו. אבל הט"ז כאן כתב דה"ה בקנין ולא ראה דברי הט"ז: סי'. רנ"א. סמ"ע ס"ק ז'. ומור"ם נמשך כו'. לפנינו ליתא בב"י. וה"ה היכי דאיתחזק לאינשי דמת מתוך אותו חולי כ"כ הרמ"ה וכ"מ מנמוק"י. ומש"כ הרמ"א וכן הדין אם עמד כו'. הנמוק"י מפרש לה במתנה במקצת בקנין וטוען שמצוה מ"מ היה. ובזה י"ל קושית המלמ"ל מובא בקצוה"ח סי' ר"נ ס"ק י"ב ע"ש. דיפרש הרשב"א כמ"ש הנמוק"י ואין ראיה מהקנין שהיה בריא דמתנה מקצת בעי קנין. והנה הרמ"א לק' סי' של"ה פסק במלמד דאזלי' בתר השתא. והקשו עליו דהא קיי"ל כר"י כאן ע"ש בבהגר"א ובש"ש תירץ עפ"י תשו' הר"ן דחולי מצוי. וצ"ע להנמוק"י אם מצוה מ"מ מצוי דאולי תקפו חולי אינו מצוי והנה הב"מ אהע"ז סוס"י קמ"א חקר בזקן וחולה ביתד אי מוקמינן ליה בחזקת חיים ע"ש. ומהש"ס דכאן משמע דאין חילוק דלעולם וקמי ליה בחזקת חיים ועיי' מש"כ בזה בתרה"ד סי' שמ"ט ובשו"ת מהרי"א חחו"מ סי' קע"ג:

סימן רנב

סעיף א'. שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים כו'. זהו מלשון הרמב"ם. והטור הבין שהם קודמים למקבל מתנה. ויפה הק' הקצוה"ח דהא ירתון תנן. [ומ"ש שם פ' מי שמת הוא ט"ס וצ"ל פי"נ והוא ד' קל"א] ועוד דהא הרמב"ם פי"ט מאישות כתב כטעם הרי"ף דבבת אחת קאתיין והלח"מ פ"ת מזכיה נדחק בזה. ובאמת צ"ע מאין לקח הטור לפרש כן דעת הרמב"ם דבפשוט יש לפרש כונתו בפ"ת מזכיה כדעת הרי"ף וכמ"ש באישות דמש"כ ואלו שנתן להם לא יקנו אלא לאחר מיתה ר"ל ולא קנו מחיים ולכך ניתנו לגבות מהם דבבת אחת קאתיין וממילא הם קודמים דבתנאי ב"ד גובים ומטעם זה גובים אף בלא נכתב כלל. ואולי זהו כונת הנמוק"י שמביא הקצוה"ח ונדחק בו. ומה שהק' הקצוה"ח ס"ק ב' על הב"י בהשגתו על הרשב"ץ. עיי' תומים סי' ק"ח ס"ק י' מש"כ בשם מהר"ם טיקטין בהג"מ לחלק בין כתובה לשאר חוב ולק"מ. וראיתי בס' חב"י כאן שכתב על מש"כ המחבר כתובת ב"ד דקשה נהי דמתנת שכ"מ כיורש מ"מ הא בכתובת ב"ד נמי

קיי"ל ירתון תנן. ואפשר דלא עדיפא כתובת ב"ד משאר יורשין דאורייתא דמתנת שכ"מ קודמת ליורש. ולא ראה מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בזה בפי"ט מאישות ע"ש. שו"ר מש"כ ליישב קושית הקצוה"ח ס"ק ב' עפ"י חילוק התומים. הנה הקצוה"ח סי' פ"ב דתה דברי הש"ך שמחלק בין שאר תוב לכתובה מדברי הרא"ש שבועות ע"ש. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ב' עיי' מהרש"א כתובות מ"ט ע"ב ובמהרמ"ש והפלאה שם:

סעיף ב'. מצוה לקד"ה. הרשב"א בחי' גיטין מביא ראיה דלא אמרי' מלקד"ה רק במושלש מב"ב קע"ה אי דליכא שטרא כו' מע"פ הוא. וקשה ת"ל מטעם מלקד"ה. והק' הגרע"א בחי' גיטין הא שמואל שם לשיטתו דלית ליה מלקד"ה בסופ"י דכתובות. והנה ראיה זו כתב גם הרמב"ן בתי' ב"ב וקושית הגרע"א עמד בזה הרמ"ה בחי' ב"ב וכתב דלשמואל לשיטתו ודאי לק"מ ואולי לרב פריך והנה השבו"י כתב דבשאר מילי ל"א מלקד"ה מובא לשונו בפת"ש. וראיתי בשו"ת מהרי"א השיג עליו במש"כ ראיה משבועת יעקב ליוסף דלא ראה בחי' הרמב"ן עה"ת שכתב דכשקרא ליוסף לא היה עוד חולה אלא שהרגיש אפיסת הכחות. ובמח"כ לא ראה שהשבו"ע עצמו עמד בזה והביא מרש"י מכאן שהשכינה למעלה ממטתו של חולה הרי דתולה היה ואף שגם מזה אין ראיה עיי' ש"ת שם. אלא דבזה צדק המהרי"א דהשבו"י סתר משנתו למש"כ סי' פ"א בח"ב דאם היה הצואה לדבר מצוה ותועלת נשמה הו"ל נדר לתועלת חבירו ואין ראיה מיעקב דהא הוי לד"מ ותועלת נשמה שלא יעשהו אלוק ועוד טעמים. ולבד זה כתבו המפרשים דשבועת יעקב היה שלא ימנעהו פרעה כמ"ש כאשר השביעך והרי גם השבו"י מודה דלפמשה"ד חייב לקיים מצות אביו ויוסף ודאי היה מקיימו וע"כ משום מניעת פרעה. ועיי' לעיל סי' פ"א סעי' ב' בהגה ובסמ"ע. והיד מלאכי בחידושי דינים הביא ראיה לזה מכתובות ק"ג ע"ב דר"ת ב"ח לא קביל עליה וי"ל. אבל בשו"ת תשב"ץ סי' ק"ל ח"ג לא כתב כך ועיי' יור"ד סי' שפ"ג סעי' ב' בהגה. ומצאתי בשו"ת רדב"ז חלק ג' סי' תקל"ה נשאל כנידון השבו"י והשיב כדבריו. והיד מלאכי מביא עוד ל"א מקלד"ה אלא במה שאומר בפירוש לא במה שמובן מתוך דבריו. והנה התוס' כתובות פ"ו כתב דמצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם הוא ממצות כיבוד ועיי' תשו' רע"א מובא קצת כאן בפת"ש. וצ"ע דא"כ יש חילוק באביו רשע לדעת הטור יור"ד סי' ר"מ דאינו חייב בכבודו. ועיי' פנ"י גיטין י"ג מבואר מחלוקת רש"י ותוס' אי כופין לקיים דבריו וכתב לישב לדעת רש"י דאין כופין מהא דגיטין מ' דכופין את היורשים לשחרר משום דעבד שאני ע"ש. ולא הועיל לישב בזה מהך דתוספתא המובא בר"ן גיטין פ"א ובקצוה"ח כאן דגם בשדה כופין. ומש"כ בהגה מי שנשבע כו'. עיי' קצוה"ח ונתי' ובשו"ת ב"ש חחו"מ סי' כ"ד.

ובשו"ת שומ"ש מ"ק סי' ט' העלה דכ"ז רק בשלא התחילו לקיים הנדר אבל כל שכבר התחילו לקיים מצד דברי המח אתרי מות אביהם הוי כמו שנדרו הם שכבר גילו דעתם שרצונם לקיים הנדר וחל גם עליהם. ועיי' שו"ת מהרי"ט ת"א סוס"י כ"ב בכלל מלקד"ה:

סימן רנג

סעיף א'. רצו עושים דין. וכתב הטור דמיירי בשכ"מ המחלק כל נכסיו ודלא כהרשב"ם דמפרש לה במתנה במקצת דההיא מתנת בריא היא. והק' הט"ז דהא אינו אלא מדרבנן ואנן בילפותא דקרא מיירי ולק"מ דדינא דר"י מצי איירי אף בדרבנן. שו"ר בקצוה"ח שמשוה בזה דעת הר"י למש"כ התוס' ול"פ דדינא דר"י הוא אליבא דר"י ע"ש. וכן מצאתי בנמוק"י שמשוה דעת התוס' לדעת ר"י אלא שכתב וז"ל בגמ' אמרי' וליחוש דילמא הדר בו מהכא שמעינן דהא דאמרי' רצו עושין דין אפי' בחיי המצוה הוא ובדבר שאינו יכול לחזור בו אפי' בשעמד כגון דאיכא קנין ומעכשיו בין בכולה בין במקצת וכן כתב ר"י ז"ל והרב החסיד ז"ל עכ"ל. ומשמע מדבריו כמ"ש הב"י דפי' התוס' ורשב"ם שווים ודלא כהפרישה המחלק ביניהם ולפ"ז צ"ל דמש"כ התוס' והרא"ש לפרש לריב"ב אף בלא קנין היינו בדנים לאחר מיתה וכן צ"ל לרבינו יונה. והנה הב"י הקשה דע"כ מיירי בקנין מדפריך שם וליחוש דילמא הדר בו ע"ש ועיין מפרשים מש"כ בזה לדחוק. ולע"ד י"ל בפשוט דכל היכא דתוכ"ד כדיבור דמי היינו דבכל משך כדי דיבור עוד לא נגמרה המעשה עד לאחר שיעור זה אז נגמרת המעשה לכן לר"י עד שיעור שעסוקים באותו ענין עוד לא נגמרת המעשה וא"כ אף ששכ"מ לעולם חוזר היינו אף דהמעשה נגמרת בדיבורו נתנה לו התורה רשות לחזור ולכך יכולים העדים לכתוב מתנת שכ"מ אף בלא קנין אף דיכול לחזור אבל המעשה נגמרת וחזרה בעי ע"ז אבל אינם יכולים לכתוב דבר ולעשות דין בדבר שעוד לא נגמרה וכן מדייק הריטב"א מובא בנמוק"י ונראה דאי מצי למיהדר אין זו ישיבת ב"ד ואפי' לא חזר דהוי כמו שידון קודם גמר טענה וכמש"כ. והוכחת הש"ס שפיר אף בלא קנין ובכולה. ומה שדחה הנתי' מש"כ הסמ"ע ס"ק א' בטעם דמתנת שכ"מ דאינו תל עד לאחר מיתה דאפי' במקנה מעכשיו ולאח"מ נמי אמרי' כן כמ"ש התוס' והרא"ש. הסמ"ע כתב זה על מתנה לאחרים והעתיק לשון רבינו המובא ברא"ש ע"ש ושפיר כתב. והנה הקצוה"ח עמד על: סתימת הפוסקים שלא ביארו דסליק מההיא ענינא כדמוקי לה בש"ס וכן הקשה הלח"מ פ"ה ממכירה אף להרשב"ם וכבר הקדימם הב"י כאן להק' על סתימת הרמב"ם ואולי אי משום אטרוחי בי דינא בכדי סמך הרמב"ם על מה שפסק בפ"ז מה"ש דפירות בחזקת אוכליהם והוא דינא דשו"ע סי' שי"ז סעי' ג' והוא משום אטרוחי בי דינא כמ"ש הפוסקים וכן פסק בפט"ו מטוען בזה אומר

של אבותי כל דאלים גבר והוא משום טירחא דבי דינא בכדי כמו שפירש רשב"ם ד' ל"ד הכא איכא למיקם ועיי' ב"ק פ"ט:

סעיף ב'. ואם אמר אני מנית כו'. עיי' סמ"ע ופת"ש בשם הת"ס ועיי' קהלת יעקב אלגזי בלשון בני אדם אות נ' מש"כ בזה באורך. וגם מ"ש הסמ"ע בשם המבי"ט בלשון יהא ובפת"ש. ע"ש באות פ"ג באורך:

סעיף ג'. וי"א שאינם מועילים. הנמוק"י כתב דיהנה יעמוד ישען כו' מהני בבריא וצ"ע שלא הביאו דעתו. עוד כתב בשם הראב"ד דצ"ל תנו נכסי לפלוני ויהנה בהם והחב"י לא ראה זה. ומש"כ המחבר ואם אמר אני מניח כו'. והמהרי"ק מביא דעת החולקים על הרא"ש. הנה בשו"ת בשמים ראש סי' ק"נ מצאתי דהרא"ש כתב דהרב אברצלוני פסק נמי כן. ומש"כ הפת"ש בשם הח"ס שט"ס הוא לק' בש"ך סי' רפ"א ע"ש. לדעתי כונת הש"ך שפיר עפ"י מש"כ בשו"ת רש"י מובא לשונו בפרישה דאני מנית הוא לשון ירושה ליורשים וגם לשון מתנה לרחוקים וז"ש הש"ך שם אבל אני מנית הוי לשון ירושה ר"ל לשון ירושה נמי [ועיי' בקהלת יעקב בלב"א אות נ' מובא הרבה דיעות הראשונים בלשון אני מניח] ומש"כ בסמ"ע ס"ק ז' דכל שלא השלישׁ כו'. תמוה דהא שם מבואר לשונו דאף להחולקים לא מהני ע"ש. ומש"כ ס"ק ט' דדוקא בשכ"מ כו' הוא טעם חדש ולא מוזכר ברשב"ם וגם הה"מ והב"ח כתבו טעם אחר. עד שמצאתי ביד רמה שכתב כהסמ"ע וצ"ע על הה"מ שלא הביאו. והנה הגר"א אות ז' הוכיח כהרמב"ם מתוספתא ב"ב. אבל הריטב"א גיטין פ"א יש לו גירסא אחרת בתוספתא וז"ש שם בתוספתא הרי הוא במתנה הוא ט"ס וצ"ל מתנה ומסיום דברי התוספתא היא וקאי על מ"ש מקודם שם מי שאמר יטול כו' הרי זה מתנה אבל אמר תנתן לו בזה מחולקים דחכמים ס"ל לא זכה. וי"ל דהראב"ד היה לפניו ג"כ גירסא זו. שו"ר מש"כ בשם הנמוק"י עיי' מלמ"ל פ"ט מזכיה:

סעיף ה'. כמדומה לי כו':

אף שכבר כתבו המחבר בסי' רמ"ו ושלא בעינן גילוי דעת קמ"ל הכא דבגילוי דעת אף שמת הבן אח"כ בטלה המתנה וכ"כ הב"ח. אלא שצ"ע דגם הרי"ף והרא"ש מייתי הכי הברייתות ולא כתבו חידוש זה דאפי' מת הבן:

סעיף ו'. ונ"מ כו':

יש שחקרו במתנת שכ"מ אי הוי כירושה לענין בכור וכן לענין יובל. ולכאורה י"ל מכאן דקאמר למאי הלכתא כו' והא נ"מ לענין בכור או לענין יובל. וע"כ דכירושה דמי לכל מילי ויש לדחות עיי' דרישה. ומש"כ הש"ך ס"ק ח' ולפמ"ש שם כו' [מ"ש מהרש"ל

הוא ט"ס וצ"ל מהרי"ל) והרמ"א שלא הגיה כאן משום דהשיג על המהרי"ל בד"מ ע"ש. ומש"כ הט"ז כאן לישב ע"ש קשה לאמר דהטור יחלק בדעת הרשב"ם נגד אביו הרא"ש שכ' בדעת הרשב"ם דל"ב דוקא לשון ירושה מפורש.

ובחי' הרמב"ן כ' דעת הרשב"ם דבעינן דוקא לשון ירושה מפורש וצ"ע:

סעיף ח'. אבל אם אמר תנו כו' אין לו אלא חובו:

וכתב הש"ך דאפי' תפס מוציאין מידו. אולי מהטעם הב' המובא בנמוק"י דלא מקרבא דעתו לגביה למיהב לו מתנה וצ"ע על הסמ"ע שלא הביא טעם הב'. שוב התבוננתי בדברי הריטב"א שבנ"י ומשמע דחד טעמא הוא שכן משמע מדבריו ע"ש אבל צע"ג דהא לטעמא דרבית שמסיק אח"כ משמע אף שנתן בפי' לשם מותר ולא הוי צ"ל תחילה משום דסבור שכך חייב לו וכן ראיתי אח"כ בשוש"י מובא מבעה"ת ששני טעמים הם. והנה הנ"י כתב לפי"ז אם היה בנו בע"ת אמרי' שפיר ידו על העליונה. והיינו משום קירוב דעת אבל באומר בפי' לשם מותר ה"ה בנו כאחר משום רבית. ודע דהא דאמרי' דכשאמר כראוי לו נוטלן יותר על חובו דוקא דהחוב הוא בענין שהיה גובו מיתומים קטנים בלא שבועה ובאחד מג' אופנים המבוארים בסי' ק"ח אבל בשטר סתם אמרי' דאהני ליה כראוי לו למיפטריה משבועת היתומים כ"כ הרמ"ה ותמוה שלא הביאו הפוסקים ומש"כ בהגה מי שאמר בתו כו' כו'. והק' הנתי' דמ"ש מאומר סתם לאשתו דידה על העליונה ויותר תמוה לי בזה דברי הגר"א ס"ק י"ד שכ' כשיטתו לעיל בשם י"א ותמוה דהא הי"א הוא דעת הרא"ש ודעת הרשב"א בעל הגה זו היא להיפך כמ"ש הה"מ מובא בב"י. שו"ר שהמגיה על בהגר"א עמד בזה ולפמש"כ שם א"ש גם מ"ש הנתי':

סעיף י'. וה"מ שפירש כו'. בטור מובא תשו' הרא"ש הסותרת לר"י. והנתי' מחלק בין לשון מתנה ברורה ללשון שיש להסתפק בו משום ירושה. והנה אף שבזה היה מדויק לשון התוספתא המובא בנמוק"י האומר תנו ר' זוז לפלוני וה' מאות לפלוני פלוני ירש שאר נכסי יוצאת עליהם כתובת אשה ובע"ח גובה ממי שיורש שאר נכסים. די"ל למה מסיק פלוני ירש שאר נכסי דממילא יהא של היורשים. וע"כ למידק דדוקא כשאמר פלוני ירש שאר נכסי בלשון ירושה אבל אם אמר יותן לפלוני שאר נכסי אף שהוא יורש גבי ממנו כשאר בע"ח לפי חלקו. אבל חילוק הנתי' אינו מספיק לתרץ תשו' הרא"ש שכתב להדיא דאף אם אמר לשון מתנה ליורש לא מהני והוא סותר לחילוק זה וע"כ כמ"ש בפרישה וסמ"ע לחלק. ומש"כ הקצוה"ח בפירוש רשב"ם משום דמתנת שכ"מ ל"ח מוחזקת עיי' ב"ש אהע"ז סי' צ' ס"ק ג' בשם תשו' ר"ב דמתנת שכ"מ מיקרי מוחזק.

ומש"כ הפרישה בכונתו שהוא לדינא דש"ס עיי' תומים סי' ק"ז ס"ק ה' שביאר שיטתו כשיטת הגאונים וכן הוא כונת הטור כאן. אבל צ"ע שלא הביא הטור דעת אביו הרא"ש קדושין פ' האומר דגובין ממתנת שכ"מ ופסק נגדו:

סעיף י"א. שהרי גילה דעתו כו':

והקשה הנתי' על מסקנת הטור אבל אם נאבדו המעות כו' דהא אפי' באומר סתם ונאבדו הכל לפי חשבון. ונראה שהבין כמו שס"ד בדרישה לפרש כונת הטור שנאבדו הכל לו אבל בפרישה דתה זו ומפרש כונתו דהפסיד לפי חשבון. אלא שזה שפיר הקשה על הטעם מפני שגילה דעתו הא בלא"ה אפי' בסתם הוי לפי חשבון. ויותר קשה הוא מה שמפרש בסמ"ע והפרישה דאמר כן בלי הפסק דבהפסק אמרי' דדעתו ליתן עכ"פ והא הוי כסתם והכל לפי חשבון וצ"ע וע"כ צ"ל כמו שחילק הנתי' בין נאבד מחיים לנאבד אחר מיתת הנותן ע"ש:

סעיף י"ב. ה"ז כמי שנתן כו':

עיי' ש"ך שהסכים לדעת הרמב"ן וכ"כ הב"ח ולענין קי"ל אם יכול לטעון לפמש"כ הש"ך שדעת התוס' כהרז"ה ובתה"ד סי' ש"נ מובא בקצוה"ח כתב שרש"י ג"כ מפרש כהתוספות אם כן יכול לטעון קי"ל כהנך רבוותא וראיתי בשו"ת ב"ש חחו"מ סי' פ"ג שכתב דלא מצא בתוס' שיחלקו על הרמב"ן בזה זולת בתוס' קדושין ס"א ע"ב ד"ה בשלמא ושם מבואר דאף בדיבור בעי תנאי קודם למעשה דלא כמ"ש הרמב"ן אבל התה"ד כתב שדעת תוס' ורש"י כשיטת הרי"ף והוא דלא כרז"ה וכיון דהרז"ה יחיד בדבר זה אין יכול לטעון קי"ל. והנה מה שכתב בשם התה"ד לא ראה היטב שהתה"ד כתב דפשטות דברי רש"י ותוס' נראה כהרז"ה ואף שבסוף התשו' כתב דהרוצה לידחק קצת יתיישב לו דרש"י ותוס' נמי ס"ל כהרי"ף. אבל למה לן לדחוקי במקום שנראה בעליל דעתם וכ"מ להדיא מדכתבו אבל אם אמר איפכא כו' ולהרי"ף הו"ל להתוס' לאשמעי' חידוש יתר בזה גופא דאם אמר בפירוש הרי עלי תודה אם אצא בה ידי חגיגה וכן בכולהו ואף שבש"ס לא פירש אבל התוס' דדינא אשמעינן הו"ל לפרש יותר. ומש"כ המחבר אבל אם כו' ולא זכה. עיי' שו"ת שומ"ש מ"ק ח"ג סי' קנ"ב שהעלה דכ"ז בשלא נתנו לו אבל אם נתנו לו אין מוציאין מידו:

סעיף י"ד. המחזיק מאה חביות:

הנתי' מביא חקירת המלמ"ל במעות כה"ג ומחלק דל"ד לבית. והנה כסברת הנתי' כ"כ הט"ז כאן בפשיטות לחלק. אבל ביד רמה ב"ב שם כתב דמהא שמעינן דאפי' מידי דלא משמע בכלל זביני כגון חדר יציע וגג דרשותא אחריתי נינהו וכן דרך דחוק לדבר הנתון

היא הוי למקבל מתנה. הרי דלא מחלק כסברתם. ונ"ל דתליא בזה דלשיטת הריטב"א והב"י דמאה ועשרים דוקא ולא יותר והיינו משום דבשיעור:
זה תלינן בטעות עיי' דרישה א"כ בצרור הנ"ל י"ל דטעי כן. ולהנמוק"י דאפי' ביותר מזה רחוק לומר דאף אם יאמר זוז אחד יטול כל הצרור. אבל פשוט דאם ידעינן דידע ברור מהמנין כמה יש בכל צרור לא תלינן בטעות ול"ד לבית דלא הוי מידי דידוע. ובחתיכה סחורה צ"ע דמן הסברא נראה דהוא דומה לצרור מעות דלא שייכי זה בזה כפי חילוק הנתי' וט"ז: סעיף ט"ו. שהרי לא אמר ת' סתם:
ל"ד סתם אלא אפי' אמר הבו לו לאינסובי בהו כ"כ בש"מ בשם הרמ"ך. ובכתובות נ"ד ע"ב כתבו התוס' שני תירוצים ונ"מ לדינא בינם דלתירוץ האחד דמחמת ספק הוא ואין מוציאין מהמוחזק אם היא מוחזקת יש לה ת' אבל להחילוק הב' שם ל"ש דמטעם ודאי הוא והב"י לא הביאם ועיי' נ"י ב"מ:
סעיף ט"ז. אין להם לתת עד שתנשא. הסמ"ע מחלק בין אמר תנו ללא אמר. והאחרונים דחהו חילוקו דע"כ גם ברישא באמר תנו מיירי דבלא"ה אין נותנים כדלעיל סעי' ב' בהגה. ואי משום זה אין דיחוי כ"כ דהא י"ל בלא תנו וכגון דאמר ק"ק זוז מנכסי דמהני כמ"ש הט"ז שם מהמהרי"ק. וחידוש דהט"ז מדחה כאן חילוק הסמ"ע ולמש"כ שם בעצמו לא הו"ל לדחות דבריו דהא לענין לתת מיד ל"מ זה הלשון ולולא יראתי הייתי מחלק בין בתו לנוכראה דנתינתו לבתו אינו נותנה לשם מצוה רק לתועלתה שיהיה לה לצורך נשואיה ואם תפזר הסך הניתן לה קודם נשואיה הוי זה נגד כונתו בהנתינה לכך לא יחנו לה מיד רק כשתגיע זמן הנשואים דכן היה כונת הנותן לה. אבל במפזר להשיא נכריות בודאי לשם מצוה עשה כן ולא איכפת ליה כ"כ לתועלתה ואף אם תפזר לדברים אחרים ולא לצורך נשואיה הוא מצותו קיים ומחשבתו לטובה היתה. ולזה כתב הריטב"א "לפלונית" ר"ל לא לבתו אלא לנכרית ומביא ראיה מחלוק דגם שם לא איכפת ליה להנותן מה יעשה העני בו ואף אם ישנה דעתו הוא מצותו קיים. והטור שכתב "בתו" לכך אף אם אמר לנדוניתא לא יתנו עד נשואיה. ואף שתה"ד סי' ש"נ מובא בקצוה"ח ס"ק ו' כתב סברא להיפוך ע"ש אבל הריטב"א אינו מחלק כן: סעיף י"ז. אין נותנים להם אלא שקל. ואינו מבואר בכה"ג אם נותנים בין כולם שקל או שקל לכאו"א. והרש"ש כתב דתליא במחלוקת דרבנן ור"י מובא בתוס' חגיגה ג' ד"ה חרש. ולפי"ז אנן דפסקינן כרבנן נותנים סלע לכאו"א. ועיי' סמ"ע שכ' דודאי אין דעתו להרעיב בניו וצ"ע באמר כן לשאר יורשים ולא בניו ועיי' חירע"א יור"ד סי' רנ"א סעי' ה' ובפת"ש שם בשם מהרי"ט. ועיי' ב"י שכתב לשיטת פירושו בכונת רש"י דהיינו בגונא דהאחרים שמוריש להם אם מתו

הבנים הם אחיו של הנותן דהיינו אחי האב של הבנים. והד"מ תמה עליו דאחים של הבנים דהיינו שאר בני הנותן נמי מיניה דאבוה קא ירתי. וראיתי למי שרוצה להוכיח כהב"י דאחין אין ירושתם מצד אב אלא דמיניה גופא ירתי מתורת אחוה. אבל דבר זה הוא מחלוקת מבוארת. הרמב"ן בפי' התורה כתב דהאחים רק מכח אבי המת יורשים. והמהרמ"ש ר"פ י"נ ב"ב כתב דאחים מצ"ע יורשים ע"ש נ"מ לדינא ועיי' מהר"ם שיק על תרי"ג מצות במצות נחלות הסבר נאה בזה. ועיי' התו"ה פ' פנחס בסדר נחלות מש"כ בזה. שו"ר מזה באחרונים מובא בפת"ש לעיל סי' ק"ד ס"ק י"ד ובסי' רפ"א ס"ק ב' ובנתי' שם:

סעיף י"ח. אלא במיפה כחו:

הקשה בסמ"ע דבזה לא בעינן יפוי כח וגם בטור ליתא ומאין לקח המחבר זה. ובש"ך תירץ דפירש מחמת מיתה איירי. וגם ע"ז צעק הנתי' והבא"ט דבזה קונה אף בלא קנין והמחבר כתב שאינו קונה אלא בקנין. והנה יגעתי למצוא מקור הדין ברמ"ה והוא בחידושיו לב"ב קנ"א ע"ש ושם כתב בפסקי דינים וז"ל וכי תניא כל הני במחלק כל נכסיו לזה מקצת ולזה מקצת והוא דגלי אדעתיה מעיקרא דדעתיה למפלגינהו לכולהו נכסי דכיון דמעיקרא אדעתא למפלגינהו לכולהו קא נחית מחמת מיתה קא יהיב דאי הוה מסיק אדעתא דחיי לא הוה יהיב להו כל נכסי (מזה מבואר כמ"ש הנתי' בביאור דברי המחבר דהוי מסתמא מצוה מחמת מיתה ולא כהסמ"ע ס"ק מ') ואסיקנא מתנת ש"מ במקצת בעי קנין אע"ג דמית מצוה מחמת מיתה לא בעיא קנין והוא דמית עמד חוזר אע"ג דקנו מיניה ודוקא במיפה את כחו אבל בשאין מיפה את כחו אע"ג דמית נמי כיון דמצוה מחמת מיתה הוא וקנו מיניה חיישינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה. הרי דברי המחבר נובעים ממקור הרמ"ה ודברי המחבר מתפרשים כך דלא קנה אלא בקנין ואם היה מצוה מחמת מיתה בקנין בעיא יפוי כח כמ"ש המחבר בסי' ר"נ סעי' י"ט בשם הראב"ד אלא שהמחבר מביא שם רק בשם וי"א לכך יותר מתפרש כהש"ך דבפירש לשם מתנת ש"מ מיירי וע"כ דברי המחבר מתפרשים כמש"כ דחוזר על מצוה מ"מ בנתן מקצתו בקנין דבעיא יפוי כח:

סעיף י"ט. יש מי שאומר כו':

נקט יש מי שאומר משום דהר"ן כתב איכא למימר דלא זכה מקבל דמנה דוקא קאמר. ומשמע דמספקא לו וגם המ"מ רפ"י מזכיה דחה קצת מ"ש הרשב"א ראיה משבועות דשמואל ס"ל מנה דוקא וכתב די"ל כיון דקיי"ל דלמנה קבור לא חיישינן ודאי אין אדם מוציא דבריו לבטלה ושוה קאמר משא"כ בטוען לחבירו מנה ונשאר בצ"ע. אלא שהל"מ שם הקשה לחילוק המ"מ דמשמע מדבריו דמאן דאית ליה הכא דהוי דוקא

כ"ש דהתם הוי דוקא שהרי כתב דאע"ג החם דוקא הכא שוה מנה דאי הכא דוקא כ"ש וק"ו דהתם הוי הכי. וקשה דא"כ קשיא דרב אדרב דהכא אית ליה לרב דוקא מדאמר חוששין למנה קבור הרי דאין כונתו על שוה מנה ואילו התם ס"ל לרב דשוה מנה קבור. ותמוה שלא ראה תשו' הרשב"א מובא בב"י סוס"י זה ושם כתב דאפי' רב לא נחלק אלא בתובע ונתבע לפי שדרך התובע לשום תביעתו במטבע ואם הפקיד בידו כור חטים או שהלוהו שוה סלע שאומר סלע בידך והנתבע נמי משיבו באותו לשון בדרך שומא. אבל בנותן או מודה מעצמו תנו לפלוני מנה מחנה או מודה שהפקיד בידו או שהלוהו אפי' רב מודה בהא דדוקא קאמר. הרי שהרשב"א גופא כתב שיש סברא לחלק להיפוך אבל המ"מ כתב דלדידן דפסקינן כשמואל אין ראיה משם. והנתי' כתב דכתב כן משום אבידה. והיינו משום דעת הרא"ש בסעי' י"ג שגם זה הוי דבר שאינו מסוים וליתא דהא המחבר שם אינו מביא כלל דעת הרא"ש ופסק כהר"ן ורשב"א וכאן יכתוב מחלוקת בזה, ומש"כ הרמ"א בהגה אם לא אמר מנכסי או לשון אתר כו' האי או לשון אחר אינו מתשו' הרשב"א והרמ"א הוסיף מתשובת הריטב"א המובא בב"י שנותן רשות לאפטרופוס לעשות כרצונו ע"ש. ומה שהקשה הקצו"ה כאן מב"ב קנ"א ע"ש ודאי בקנין המועיל קאמר כמ"ש שם והא לא משך ומה שהקשה לפי"ז לרש"י עיין מה שכתבתי בסי' ר"ב ולק"מ ועיי' בירושלמי שהבאתי שם. ועיי' פנ"י גיטין י"ג ע"א מה שהקשה בש"ס שם:

סעיף כ'. אא"כ הקנה לו בקנין כו':

הק' האחרונים דהא אין אותיות נקנים בק"ס עיי' בהגר"א ובשעמ"ש סי' ס"ו ס"ק ב' ומש"כ רבינו הגר"א דהרשב"ם לטעמיה א"מ דהא הרשב"ם פי' כן בשני מקומות בדף קמ"ז ובדף קנ"א ושם אזלי אליבא דר"נ והוא ס"ל בסנהדר' ל"א דאין אותיות נקנים במסירה לחודא. והיה אפשר לומר עפ"י מש"כ בשוש"י סי' זה בכונת הרשב"ם דס"ל דדוקא בכל מטלטלין דמהני קנין או מסירה לקנין גמור שפיר אמרינן דבמחנה במקצת בקנין או במסירה הו"ל מתנת בריא משא"כ בשטר דקאי שם לר"נ דס"ל דבעי כו"מ וע"כ לא כיון בקנין או במסירה למתנת בריא דא"כ היה עושה קנין המועיל בשטר כו"מ וע"כ אמדינן לדעתו שכיון בתורת מתנת שכ"מ שיוכל לחזור אם עמד ולכן לא עשה קנין המועיל והקנין או המסירה עשה דאל"כ לא היה מועיל גם נגד היורשים כיון דהו"ל מתנה במקצת. וכונת רבינו הגר"א הוא על מש"כ רשב"ם קנ"א ע"ב שטרי אקרי נכסי וכתב הרשב"ם א"נ בריא שקנה בסודר ומסתמא דש"ס הוא. אבל לפי"ז לא חשה מה שהקשה שוב דמתנת בריא אמאי אינו יכיל למחול וכן הקשה הרש"א שם וגם הקושיא הא' לק"מ

דדוקא בבריא לא מהני קנין לחוד ובעי כו"מ אבל במתנת שכיב מרע במקצת שפיר מהני קנין עכ"פ דליהוי בה דין מתנת שכ"מ שיקנה לאחר מיתה וצ"ע. שו"ר בתומים סי' ס"ו ס"ק י"ג הק' כן וע"ש מה שמביא תשובת הרא"ש בדברי הרשב"ם והוא כמ"ש רבינו כאן והרא"ש כתב כן על הרשב"ם בדף ק"נ ועיי' מה שכתבתי בזה בסי' ר"נ סעי' ד'. ומש"כ הרמ"א בהגה:

אבל לא הלוה וכו' ותמה הב"י דמ"מ דשכ"מ ככתו"מ דמי ומה לן דלא סמכה דעתו ע"ש. והגר"א מביא סמך מההיא דקדושין מ"ת אשה לא סמכה דעתה ומשמע דלא שנא בין בריא לשכ"מ דלא סמכה דעתו מצינו גם בבריא דלא מהני. אבל הראיה מקדושין יש לדחות כמ"ש בס' חב"י. דהתם לא סמכה דעתה להקנות עצמה על הספק וממילא גם היא אינה קונה אבל עיי' ב"מ ט"ז ע"א הכא לא סמכה דעתה ע"ש:

סעיף כ"א. לא אמר כלום:

רבו השיטות בזה עיי' לעיל רס"י ריב"ב. והנה הט"ז שם כתב דאם הפירות איתנהו בעולם ואמר לשון יאכל מהני אף לדעת הרמב"ם. אבל במקור האי דינא ברמ"ה קמ"ז ע"ב כתב בפירוש דלהמפ' משום אין בו ממש לא מהני באמר יאכל אף באיתנהו הפירות בעולם. והנה לעיל סעי' ג' הבאתי מה שהקשה בתב"י סי' רי"ב על הרמב"ם מבעית הש"ס יהנה בהם מהו דמה בין לשון יהנה שיאכל והבאתי שם דברי הראב"ד בנמוק"י. וכעת מצאתי ברמ"ה שהקשה כן על הרמב"ם. וכתב בשו"ת נאמן שמואל דכל זה בשאמר לשון ידור משום דדירה אין בה ממש אבל אמר ישב פלוני בבית פלוני מהני דזה משמע זכות בבית גופא:

סעיף כ"ב בהגה. ואפי' יש לו כו':

צ"ע אי גם בתלתי או בריבעי נמי קרי ליה דיקלא. ומש"כ בסמ"ע ס"ק מ"ח ובפרט שהרא"ש כו' תמוה דדעת הרא"ש כדעת רש"י ובבאה"ט לא העתיק זה וע"כ דט"ס יש כאן:

ש"ך ס"ק ל"ג. וכן נראה מתשו' רמב"ן כו' בקיתון של שמן כו' (בש"ך איתא במים והוא ט"ס) אזיל לטעמיה שכן פירש ביור"ד שם תשו' הרמב"ן כדי ליישב קושית הד"מ אמאי לא יתנו לכאו"א ומשום זה פירש דהיה רגיל בשניהם. ולע"ד יש לישב בזה דאולי כיון דרגיל בשניהם יתחלקו בין שניהם בשוה (וכן נראה דעת הש"ך יור"ד שם ס"ק ו' דלא כסמ"ע כאן) והרמב"ן כתב הגדול לפי גדלו והקטן כפי קטנו ואולי זהו דעת הד"מ שלא חילק בכך. שו"ר לחכ"א שחילק בלא"ה דעד כאן לא תלי ברגיל אלא בנותן מעצמו מנדבת לבו דתלי בדעתו וא"כ אמדינן לדעתו דכונתו לאותו שרגיל בו אבל בעובדא

דהרמב"ן דבני העיר התנו עמו ותלי בדעתן. ודעתא דידהו ודאי י"ל דכונתן לזה שהיה הגן סמוך לו והיה לתשמישו ויש לו זכות בו וגם יש סברא דמסתמא לא יניחו ביהכ"נ הגדולה וע"כ פסק הרמב"ן דכונתו ודאי על שניהם. ומש"כ הש"ך אמנם אם רגיל בשתי עיירות כו' לכאורה ה"ה בעיר ברגיל בשתי בכנ"ס וס"ת א"א ליחלק. וכן ראיתי אח"כ במ"ב על תוספתא ב"ק שם שכתב דבס"ת צריך ליתן ס"ת לכאו"א וצ"ע. והנה מה שכתב המחבר יתנו למקום שהוא רגיל. משמע מלשונו דקאי גם אמעות לעניים ובאמת אין זה סברא שיתנו דוקא לעניי ביהכ"נ שהוא רגיל דעניי כל העיר אחת הם וכן כתב בפסקי ריקאנטי סי' נ"ד בזה דיחלוק בשוה לעניי העיר. ולשון הטור כאן יתנו בעיר שרגיל בה וא"ש כמו שפסק המחבר כן ביור"ד סי' רנ"ח סעי' ה'. והמחבר בדין זה שם סעי' ד' שינה לשונו וכתב תנו ק"ק זוז לביהכ"נ ובזה א"ש. וכן הוא לשון התוספתא ב"ק תנו ק"ק זוז לביהכ"נ. וע"כ צ"ל גם כאן כונת המחבר דבמעות עניים יתנו לעיר שהוא בה ובס"ח לביהכ"נ לביהכ"נ שהוא רגיל בו וקוצר לשון הוא ודלא כמ"ש המחבר מ"ב על הריקאנטי שם:

סעיף כ"ד. יחלוק פלוני בנכסי יטול מחצה מחילוק הנמוק"י שמחלק שלא תקשי מהתוספתא משמע דאף ביחלוק אם יש לו בנים נוטל חלק כאחד מן הבנים אבל הטור לא הבין כן כמ"ש בהגה:

סעיף כ"ז. ילדה זכר ונקיבה כו':

והוא כפי' היש מפרשים שדוחה הרשב"ם. והרשב"ם הקשה עליהם מהמבשרני שהקשה בש"ס והא זכר ונקיבה לא קאמר. וראיתי בחי' אבן העוזר דמחלק דבמתני' צריך לפרש אם זכר ונקיבה משום דצריך לחלק בין זכר דיטול מנה ובין נקיבה דנוטלת מאתים. ולפי"ז הוליד דין חדש באומר אם זכר יטול מנה אם נקיבה מנה וילדה תאומים לא יטול כלום. ותמוה דלא משמע כן מחילוק הרא"ש המובא בסמ"ע ס"ק ס"ב וכן בש"מ ומשמע מדבריהם דלא ס"ל כן. ומש"כ המחבר ילדה טומטום כו'. מזה נפשט חקירת המלמ"ל פ"א מנזירות במי שאמר הריני נזיר כשיהיה לי בן או בת וילדה טומטום. דהא מבואר כאן דלרשב"ג ודאי לא הוי נזיר ולרבנן הוי נזיר לרבא. ואח"כ ראיתי ברמב"ם הנדפסים מחדש בהג' רש"ש שעמד בזה. והן עתה מצאתי בשו"ת חיים שאל להחיד"א שעמד ע"ז.

ועיי' שו"ת בנין ציון ח"ב סי' קמ"ג: סמ"ע ס"ק ג"א. ונלמד ממ"ש במנחה כו' כו':

בש"ס יליף מלחם הפנים שכ' והיתה לאהרן ולבניו אך בירושלמי יומא פ"א ובתוספתא שם הגירסא כמ"ש הסמ"ע והגר"א גריס בתוספתא כמו בש"ס. ול"י למה לא כתב הסמ"ע כבש"ס ולעיל סי' רמ"ז ס"ק י"ב פירש כמש"כ ולמה שני כאן וצ"ע. ובעיקר ראיית הש"ס

אף דרבנן ביומא י"ז פליגי על רבי צ"ל דסתמא דש"ס ס"ל כרבא שם י"ח ע"א דרבנן ורבי לא פליגי וכולהו ס"ל דרשה זו כמ"ש בתוס' שם. והנה הרמב"ם ז"ל בפ"ק דתמידין פסק דכה"ג נוטל מחצה מדרשה זו והקשה הלח"מ דאי פסק כרבא היה לו לחלק במשמר המתעכב כמ"ש רבא שם. והכריח מזה דפוסק כאביי שם ודחוק ע"ש. אבל באמת א"ש כרבא וכל זה לאוקימתא דשם דרבי אליבא דר"י אבל לרבנן א"ש. והרמב"ם הא פסק כרבנן ואף דרבי לאוקימתת רבא אמר פעמים ד' והיינו דחייש למשמר המתעכב בהא לא כתב הרמב"ם כן דבאמת מילתא דלא שכיחא הוא כמ"ש בתוספת ישינים סתם ולעולם מחצה. ומה שהק' הלח"מ דא"כ למה פסק דאין כה"ג נוטל פרוסה דזה רק לאביי. י"ל דהש"ס אמרה לאביי מסברא דאין כבוד כה"ג בכך ע"ש בתוס'. ובש"ס ב"ב קמ"ג אמר אביי טעמא דר"י מקרא דוהיתה וצ"ע דלדידיה הא רבנן פליגי על רבי ועיי' הג' יפ"ע יומא י"ז מש"כ בזה. ולדבריו שם שיטת הירושלמי לחלק בין קרבן יחיד לקרבן ציבור ובק"צ לא פליגי רבי ורבנן וס"ל דמחצה. והנה גירסת הירושלמי לרבנן שש חלות ולרבי מחצה והרמב"ם פסק דמחצה לכה"ג ובזה ראיתי בס' נתיבות עולם דהשיג על הר"ש לאניידא שכתב במעשה דאחימלך שא"ל דוד ועתה אם יש תחת ידיך חמשה לחם כו' דלכן אמר ליה ועתה אפי' על לחם הפנים שמתחלק בין הכהנים וכה"ג נוטל ששה ואולי אכל אחת וה' קיימות וכו'. וכתב עליו דהוא פלא דליכא מאן דסובר שכה"ג נוטל ששה. ואישתמיט ליה דברי הירושלמי הנ"ל ועיי' מנחת חינוך מצוה צ"ז:

סעיף כ"ח. נתבטלה המתנה:

המפ' כתבו לחלק מסעי' הנ"ל. והנה בתשו' הרא"ש מובא בדרישה כתב דעובדא דהכא דמיא להך דהמבשרני דאינו נוטל בתאומים. אבל הרמב"ן כתב לחלק דלא דמיא למתנה דדעתא של אדם קרובה אצל בנו ומשום הרווחה הוא הלכך אף בתאומים נוטלים אבל במבשרני שמא אינו כמבשר בעיניו בתאומים דלא ניחא ליה אי משום צערא דאיתתיה אי משום שאינן בני קיימא כ"כ אי משום דלא אפשר לו בסיפוקייהו. ולדידיה ל"ד עובדא דרא"ש להמבשרני דמטעם אחר הוא. וכן הנמוק"י פסק במבשרני דאף בלא אמר זכר ונקיבה נוטל כהתוספתא וירושלמי שכתבו כן וכן משמע מפסקי הרמ"ה ולדינא צ"ע. והלח"מ פ"ת מזכיה הקשה מהמבשרני וחילק מדעתו כחילוק הרמב"ן ולא היה לפניו חי' הרמב"ן:

סעיף כ"ט. ואם הוחזק שמו כו'. עיי' באה"ג שציין לרא"ש. וע"כ ט"ס הוא והציון צ"ל על ההגה שהוא מדברי הרא"ש. או צ"ל רמב"ם וכונתו על מש"כ המחבר וקורא אותו בשמו והוא מדברי הרמב"ם דלרש"י א"צ לזה כמ"ש המלמ"ל וכן משמע בטור. ומשמע דלא

מהני סברא זו כשיש אחד ששמו טוביה וכ"כ בהג' הריי"ף ב"ב פ' מ"ש. ומש"כ המחבר שכן או קרוב. עיי' ש"ך ס"ק ל"ח בשם הטור וריא"ז. והנה הטור דחה דיעה זאת דא"כ לא הוי צריך לומר כלום אם בלאו אמירתו הוא יורשו. וכתב הב"ח לתרץ די"ל דמבטל דייתקי אחרת שנתנה קודם. ותמיהני שלא הזכיר מדברי התוס' ב"ב קמ"ג ע"ב שכתבו כן וכ"כ הר"ן מובא בב"י לעיל סי' רמ"ז וכ"כ הרמ"ה בחי' ב"ב. אבל באמת הוא דוחק כמ"ש הרמ"ה דהא לא ידעינן דהכי הוי. ועוד דאם ראינו בכל עת חליו שלא נתנה לאחר מא"ל. והמחוור כמ"ש הנמוק"י ב"ב שם דאעפ"י דאינו צריך לומר כלום עכ"ז אורחא דאינש למימר אעפ"י דא"צ ואין דחיית הטור חזקה כ"כ. ובעיקר הדין עיי' מהרמ"ש:

כתובות פ"ה. ומש"כ המחבר כל מי שדעתם נוטה. הוא כפרש"י ועיי' ש"ך לעיל סי' ר"מ מה שהק' ע"ז וכתבתי שם מזה. כעת ראיתי במהרי"ט חידושי קדושין מתרץ שפיר שיטת רש"י דמה שהק' ר"ת מהא דקדושין וניהדר ונדייניה ומשני שם בשודא ואי בראיות אכתי נהדר ונאמר לדעתו. דלרש"י אפי' אם רבים חולקים עליו ואומרים שנראה להם לאחר אין לנו אלא מה שעיניו של דיין רואות ואפי' הוא עצמו יודע שטעה קם דינא ולא הדר וא"א למיהדר ולדיינו וא"ש לרש"י דלכאורה קשה דאמר ת"ת וע"ה כו' שכן וקרוב כו' שניהם ת"ח כו' שודא דדייני ולרש"י מה קרי לה השתא שודא יותר ממעיקרא דהא כוליה משום אומדנא הוא. אלא דבקמייתא שאינו תלוי בפיו של דיין כשטעה הדר דינא ובשניהם שווים דתלוי באומדן דעת הדיין קם דינא. ומיושב גם מה שהק' ר"ת דלרש"י למה צריך לזה דיין מומחה. וא"ש דגם לרש"י ע"כ הוא משום הפקר ב"ד הפקר דקם דינו אפילו בטעה. ומה שהק' ר"ת מהא דפ"ק דגיטין מה שירצה שליח יעשה.

הנה גם שם פירש"י לפי ראות עיניו של השליח. וגם מלשון שודא ל"ק דאין זה מלשון השלכה אף בלי משפט אלא שלא יתכוון מתחילה לעוות הדין מיהו הכל תלוי בפיו. ולבד זה י"ל מהא דקדושין דלכאורה קשה למה לא משני שם בטעה הדיין בשיקול הדעת דמה שעשה עשוי והבע"ד טוען דזיכהו תחילה וע"כ דמיירי בדיין מומחה כמ"ש המקנה דקיי"ל דחוזר הדין ולפי"ז מאי משני בשודא ע"כ דאינו יכול לכופו לחזור ולדונו עפ"י אומד דעתו כיון דלא רמיא עליה למידכר ול"ד לעדות עדים או לסתירת טענות דיכול לחזור ולדונם.

ועיי' תוס' רי"ד כתובות שכתב כרש"י וכ"מ מלשון התוספתא מובא בש"ך ס"ק ל"ט א"א לזה אוהב יותר כו'. ומש"כ בהגה אבל אם אמר שחייב כו' והשמיט פקדון כמ"ש הקצוה"ח דבפקדון ל"ש נעילת דלת עפ"י מש"כ ר"ת בתוס' צ"ד. נראה מדבריו דגם כאן יכול להיות דחייב לשניהם דאין הנתבע טוען ברי שאינו חייב אלא לאחד כמ"ש בהפלאה

אלא דשם כתב דפקדון מיירי בפקדון מעות שהיה לו רשות להוציאו והוי כהלואה וי"ל נעילת דלת. ומש"כ שם דלשון תנו נמי י"ל בחובו כלעיל סעי' ח'. הנה כן רצה לומר המחנ"א הל' זו"מ סי' ל"ח ודחה דשאני התם דאמר תנו לבע"ח. אלא שהביא שם עוד ראיות דתנו י"ל גם לבע"ח ע"ש ועיי' הפלאה דמיישב כל דברי הר"ן. והנה הר"ן מתרץ עוד משיחרור עבד דמשחרר שאני כיון דעובר בעשה לא מחזקינן לגברא דשיחרר עבדו אלא אחרים פדאוהו ומובא במ"מ פי"א מזכיה. והק' שם המגיה עה"ג לפמש"כ המ"מ פ"ט מזכיה לתרץ על מש"כ הרמב"ם אמר פלוני עבדי עשו אותו ב"ת כו'. והק' המפ' היאך שומעין לו והא המשחרר עבדו עובר בעשה. ותירץ הרשב"א דאומדין אותו שעשה לו טובה שהוא חייב לו כך על גמולו. וא"כ כיון דהאי טעמא שייך לתרויהו ולא ידעינן הי מניהו יחקרו מי עשה לו טובה יותר. ולק"מ דהא הר"ן המתרץ כן כתב חילוקים אחרים בפ"ד דגיטין ליישב הא דעבד ומשום מצוה ע"ש ולא כחילוק הרשב"א. וגם נראה דעתו דהעשה דלעולם בהם תעבודו הוא משום לא תחנם והרשב"א לא ס"ל כן עיי' כ"מ פ"ט מזכיה מש"כ בדעת הרשב"א. אלא דגם הרשב"א מפרש התוספתא כהר"ן וז"ל וי"ל כיון דהמשחרר עבדו עובר בעשה לא מחזקינן להאי גברא דשחרר לעבדו אא"כ פדו עצמן בכסף של אחרים. ועוד שכל אחד יכול לומר לא מפני אהבה וקורבה שחרר לן אלא פדיתי את עצמי וי"ל דהחילוק הא' כתב אף להתוס' גיטין דלא ס"ל כתירוץ הרשב"א דלעיל. ולהחילוק הב' ודאי לק"מ. בסמ"ע ס"ק ס"ח יש קצת ט"ס ע"ש:

סעיף ל. אמר אל תקברוהו כו'. הלח"מ רפי"ב מאבל הק' בבעית הש"ס סנהדרין קבורה אי משום בזיונא כו' דליפשיט מדינא דכאן. ותירץ דלא אמר אלא שלא יקברוהו מנכסיו ופלא שלא הביא דכן הקשו התוס' בכורות נ"ב ע"ב ומתרצין כן ובזה ראיתי בשו"ת עוניו"ט שהק' בבעית הש"ס ת"ל דאיסה"נ הוא כסוף תמורה והוא מהנקברים. ואולי נ"מ במצוה לשורפו דמ"מ איכא בזיונא. וכן נ"מ בצוה לקוברו שלא בקברות ישראל דאיכא בזיון. שו"ר שהק' כן בישועי"ק ע"ש מ"ש בזה:

סעיף ל"ב. כשרים. עיי' אורים סי' ס"ת ס"ק י"ג שהעלה דלהרמ"א הוי ספיקא דדינא והמחבר סתם כאן דלטעמו שם אזיל:

סימן רנד

אפי' בשבת. הרשב"ם כתב שהרי קונים בכליו של קונה ותמה בהג' הרש"ש דהא לוי ס"ל בב"מ מ"ו דבכליו של מקנה. ומלבד די"ל דהא האיסור אינו תלוי עיקרו בזה דאטו אי בכליו של מקנה שרי לעשות קנין עוד י"ל דהרשב"ם ס"ל כשיטת הקונטרס מובא בתוס' גיטין מ' דללוי אף בכליו של קונה קונים. והנה במעשה דבני רוכל דאמרו תקברם

אמם ראיתי במהר"ם שיק שהק' ממכילתא שדרשו על פסוק לא חטה משפט אביונך בריבו אביון במצות והאיך הטו דינם מפני שרשעים הם. ולק"מ דהכא ראו חז"ל לקונסם כמ"ש רשב"ם והרמ"ה הוסיף דהפקר ב"ד הפקר ע"ש. והנה ז"ל הרמב"ם פ"ח מזכיה הל' ג' לפיכך אם אמר קנו ממני אפי' בשבת קונים ממנו שזה הקנין אינו צריך. והבין הטור מדבריו דבמקום דצריך קנין אין קונין בשבת ע"ש. אבל הה"מ כתב וז"ל מימרא שם אמר ר"ל קונין קנין מש"מ אפי' בשבת ולא לחוש לדברי ר"א אלא שמא תטרוף דעתו עליו ופירושה אם אמר קנו קונין אין הטעם מלחוש לדברי ר"א דאמר מתנת ש"מ אינו קונה בלא קנין אלא אעפ"י שאינו צריך קנין קונין כדי שלא תטרף דעתו עליו ואפי' בשבת קונין שהרי אף בלא קנין היה מתקיים ואין צריך קנין וכן פירש ר"ש ז"ל עכ"ל. ולכאורה דבריו תמוהים דמשמע מדבריו דכ"ש דבמקום שצריך קנין קונין שהרי זה ראיית הרא"ש והוא נגד דעת הרמב"ם והאיך סתים. וגם הוא בעצמו סיים שהרי אף בלא קנין היה מתקיים. וראיתי בשוש"י כתב לכאורה דבר נחמד וזהו דהה"מ גריס בש"ס ואפי' בשבת ור"ל חידש שני דברים חדא דקונין קנין משכ"מ היינו בחול ואפי' בשבת ג"כ קונים וא"כ מה דאמרינן עלה ולא לחוש לדברי ר"א מוסב על הדין הראשון שאמר ר"ל דקונים קנין משכ"מ בחול דלא לחוש לדברי ר"א היינו ר"א דמתניתין דאמר אבל לא בחול ומה שאמר אפילו בשבת הוא באמת רק לדידן ולא לר"א דלר"א כיון שצריך קנין אין קונין בשבת ומש"כ הה"מ ואין הטעם שנחוש לדברי ר"א כו' קאי בחול ומש"כ ואפי' בשבת קונים כו' הוא בשבת דוקא ובשבת אם היה צריך קנין היה אסור כדעת הרמב"ם אבל משום זה אינו מוכרת. דכן מצאתי ברמ"ה שגריס אפי' בואו ואפ"ה מפרש לה כחדא ולא פלגינהו לשנים ואף דעיקר פירושו רחוק מאוד שפירש קונין ממנו קנין בלבד שאינו צריך קנין כלל אבל בעיקר הדבר פירש לדבר אחד. ועוד קשה יותר מסקנת הה"מ וכן פירש הר"ש. והא דעת הרשב"ם דאף קנין במקצת נכסים שרי נגד דעת הרמב"ם. מכל זה נראה דבאמת אין הכרת בלשון הרמב"ם מה שהכריח הטור בדעתו שכן יש לפרש דבריו מ"ש שא"צ קנין ר"ל לא מפני שצריך קנין ורבותא קאמר ל"מ במקום שצריך קנין דודאי קונים ממנו שלא תטרוף דעתו כשידע שאין דבריו קיימים, אלא אפי' במקום שא"צ קנין ודבוריו מתקיימים גם בלא קנין ואין כאן טריפת דעת במה שלא יתקיימו דבריו מ"מ חוששין כיון שמבקש קנין אין לנו לעבור על דעתו מפני שלא חשש שלא תסמוך דעתו בלא קנין והרמב"ם העתיק לשון הש"ס. וזה דעת הה"מ שמתאים דעת הרמב"ם לדעת הרשב"ם. ומה שמסיק שהרי אף בלא קנין כו' הוא ליתן טעם שמפני כך יש כאן טירוף דעת הואיל נודע שדבריו מתקיימים אף בלא קנין והוא ביקש קנין אם לא יקנו ממנו יש כאן טירוף

דעת, שוב עיינתי שגם גירסת הרי"ף ואפי' בשבת. ופירוש הרמ"ה שהבאתי מובא גם בנמוק"י ע"ש. ונראה מש"כ הרא"ש ולא כדברי המפרש כו' י"ל שאין כונתו על הרמב"ם כהבנת הטור אלא על בעל המאור ז"ל שפירש כן ע"ש:

סימן רנה

סמ"ע ס"ק א'. מדברי המחבר מוכח כו'. הן אמת דמוכח דלא ס"ל כהרמ"ה לחלק דהא כתב בהדיא יש לי מנה ביד פלוני דהיינו דלא כהרמ"ה אבל מ"מ סתם יותר מדאי דהא הריטב"א כתב דבצד זה רבותא יותר שכותבים פלוני נתן מתנה ררה שיש לו ביד פלוני אעפ"י שנראה שמעידין שאותו פלוני חייב לו אפ"ה כותבים והו"ל להמחבר לבאר. ומש"כ הפרישה דלהרמ"ה ה"ה אם אמר מנה:

לי ביד פלוני תנתן לפלוני. כן כתב הרמ"ה בחי' ב"ב להדיא ובעל המחבר שוש"י נטה כאן מדרך הישר ע"ש:

ש"ך ס"ק ה'. אכן תמהני מאוד כו'. תירוצים שונים נאמרו בספרן של האחרונים בזה. והנ"ל לחלק דבתוכד"ד יש שני אופנים. יש דמה שעושה עתה יש בידו לחזור תוכד"ד להמעשה. ויש אשר אנו רוצים להמשיך את המעשה או הדיבור של תוכד"ד להמעשה עתה. והטעם דלא מהני חזרה בהקדש אף תוכד"ד הוא משום חומר דהקדש ולא מהני זה אלא באופן הא'. אבל להמשיך דבריו הקודמים בתוכד"ד לדיבורו עתה בזה אין יתרון להקדש. ושם בעדות דאיתזמו על הטביחה ואנו רוצים מכת תוכד"ד שיתזמו גם אגניבה בזה שפיר מדמי לה להקדש דאין חומר להקדש בזה ועיי' הג' תוע"ר מנחות חילוק נאה בזה ובראש המזבח זבחים ל':

שם. ס"ק ו'. בא"ד ועוד דהא דפריעת בע"ח מצוה פליגי אמוראי בה בפ' הכותב כו'. ודבריו תמוהים מאוד דמי איכא למ"ד דס"ל פריעת בע"ח לאו מצוה והחולק ס"ל דגם שיעבוד יש. וזה הק' אותי חכ"א ואח"כ ראיתי כי כן הק' בס' חב"י. ועוד י"ל דהא עיקר מחלוקתם הוא במס' עירכין ולמה ציין הש"ך לפ' הכותב. וע"כ נ"ל דקצת ט"ס יש כאן וצ"ל "דבהא דפריעת בע"ח מצוה" ר"ל בביאור הענין דפריעת בע"ח מצוה פליגי בה אמוראי וחד ס"ל דאין כופין אותו באומר אינו רוצה ועיי' תוס' שם ד"ה אמר בתירוץ הב' וא"כ יש לחוש דאחרי שיתירוהו ויהיה לו מעות יאמר אח"כ איני רוצה לפרוע ונמצא מפסיד ההקדש בכדי. אך צ"ע דהא רב הונא ס"ל שיעבודא דאורייתא ולדידיה אין שייך לומר לא ניח"ל למיעבד מצוה כמ"ש הרמב"ן ורשב"א ועיי' ש"ך סוס"י ל"ט שכתב דדוחק לומר דס"ל לר"ה של"ד ובמלא הרועים הכריח ממק"א דס"ל ש"ד וצ"ע. ומה שהק' בקצוה"ח ס"ק ג' על חילוק התוס' ור"ן [באמת אין כונת התוס' לחילוק הר"ן

ועיי' רש"ש ערכין כ"ג] מגרשתי את אשתי וכן ביש לו בנים. כבר הק' כן המפ' הראשונים מובא בשעהמ"ל פ"ג מיבום ומתרץ שפיר ע"ש. וכן מה שהק' הקצוה"ח יהא נאמן במגו דאי בעי אמר דכבר איתשל עלה הכל מבואר שם באר היטב:

סמ"ע ס"ק כ"ה. ויפזרו יותר. עיי' שו"ת מהרי"ט ח"א סי' מ"ד ובתומים סי' פ"א ס"ק כ"ה ושם בקצוה"ח ס"ק כ' ובפת"ש יור"ד סוס"י רנ"ט בשם הח"ס וב"א. ומה שהק' שם הקצוה"ח להרשב"ם דבמנה פקדון ל"ש להשביע וא"כ באומר של פלוני הם דמשמע דהוי פקדון אמאי לא אמר כלום. אין הכרח מזה לחילוקו לפמש"כ הש"ך שם ס"ק ל"ה דהרשב"ם לא כתב כן אלא בשכ"מ. ולדעתי ראיה מהנמוק"י שגם הוא כתב כהרשב"ם ובסנהדרין כתב טעם אחר מה דל"א שלא להשביע ולדידיה ל"צ לטעם אחר במנה פקדון וע"כ כהש"ך. ואולי י"ל משום שכ"מ ועיי' רש"ש סנהדרין ל'. ומש"כ הפת"ש כאן ס"ק ב' בא"ד וגם י"ל תינח כשהבע"ד חי כו' עיי' תומים סי' פ"א ס"ק כ"ו שכתב בהיפוך. ועיי' מחנ"א הל' זכיה סוס"י א' שהכריח דלהרשב"ם ע"כ הכא מיירי בבריא. ומש"כ הסמ"ע בס"ק כ"ז במחלוקת הטור ונמוק"י עיי' חי' הר"ן סנהדרין מובא מחלוקת זה ועיי' מש"כ בזה המהרי"א חו"מ סי' ר"ת:

סעיף ח'. אם הם טמונים כו'. מזה הק' בשו"ת חיי אריה על החוו"ד סי' קכ"ז דחידש שבידו לעשות לחוד ל"מ כל שלא מסרוהו הבעלים. והא הכא לא מסרוהו הבעלים ואפ"ה מהימן. ולק"מ דהנתי' כתב לעיל סי' נ"ו ס"ק י"ת דהכא ג"כ מיירי שאביהם אמר כן לאותו שראה וכיון שלא ידע שום אדם רק הוא הוי כשליש שהרי הימניה. ועיי' בס' חקר הלכה אות נאמנות מ"ש בזה: סעיף ט'. היה פקדון כו'. בש"ס וכן ברמב"ם כתוב היה מצטער כו'. ולכאורה י"ל דדוקא קאמר דהיה מצטער ומהרהר בזה והרהורא דיומא הוא ול"מ ולא מורידין. אבל מסתימת הטור ומחבר ל"מ לחלק בזה. וכן ראיתי בפ"מ מחלק כן. והנה רש"י וכן בנמוק"י פירשו ששר החלום הגיד לו. והטור כתב ואמר להם בחלומו דמשמע דאביו הגיד לו בחלום ועמד ע"ז בפרישה. ואולי משום דהר"ן הק' וכי ס"ד דחלום עדיף מע"א דאינו נאמן כברישא שם. ותירץ דס"ד דחלום שהוא ס' מנבואה עדיף מע"א. וכ"ז בשר החלום כמ"ש התשב"ץ מובא באחרונים. ומשום זה פירש הטור שאביו הגיד לו דודאי ס"ד דהבע"ד עצמו עדיף. והנה היד מלאכי בחידושי דינים הביא בשם מי שכתב דהא דאמרו ד"ת ל"מ ול"מ לא אמרו רק באפוקי ממונא דאלימא חזקת המחזיק. ותמה עליו מש"ס דכאן במע"ש דהוי איסורא. וכתב דאין לדחות כיון שהוא מוחזק בממון אלימא חזקתו אף לענין איסור אכתי קשה מהוריות י"ג ע"ב דשם איסורא לחודא. ואין כאן תמיה דכונתו לנדר בחלום שהוכיח הר"ן מסוגיין דאינו כלום. והשוש"י הק' באמת

על הר"ן דהא הר"ן עצמו כתב שם דמעש"ו הוי כמוציא ממון מחזקתו והיאך למד מזה לחלום דהוי איסור לחוד. אמנם הלא דעת המרדכי מובא בפרישה דרק במעשר הדין כן דל"מ אבל לא לממון הרי דממון קילא לו מאיסור. כעת הגיע לידי שו"ת דב"מ הנד"מ וראיתי שעמד בזה על סתימת הפוס' נגד הירושלמי. וכתב די"ל נמי דעת הטור ע"ד זה דכיון שהיו מתפשטים ומצטערים על הפקדון והרהרו בו לזה אין חוששין לחלומו. ומה שהק' שם עוד על הה"מ דהוא משום ספק וכנדרים ח' הא לגבי מע"ש הוי דבר שיל"מ והו"ל להחמיר בספיקו והוכיח מזה דאף בדשיל"מ אזלינן בתר רובא ולא כהר"ן פ' אין צדין וכבר התעורר בזה בשו"ת שיבת ציון סי' נ"ב ע"ש וי"ל בזה:

סימן רנו

סעיף א'. כך אינו יכול ליתן לו כו':

שיטת הרי"ף והגאון. והרא"ש דחהו. וכתב הב"י בטעם דעתם דאי הוי מהני מטעם מחנה מאן דחזי סבר דמשום ירושה הוא למימר דגר יורש את אביו. ובדרישה צע"ק ע"ז דמאין לקח לו הב"י גזירה זו ע"ש שדחהו. והנה באמת כטעם זה כתב הרמב"ן במלחמות דחכמים לא יתקנו נגד דעתם ורצונם והם עשו המחזיר לו כעובר על דעתם ואמרו אין רוח חכמים נוחה הימנו לפיכך לא נכלל הבן בכלל תקנת חכמים שתקנו לשאינו יורש. ובזה נכון מאד לשון הרמב"ם פ"ו מזכיה וא"ת יקנה נמצא זה יורש אביו דהיינו כמ"ש הב"י דיאמרו הבן יורש אביו גר. אבל הרמ"ה כתב דע"כ לא משום מתנה עמשכב"ת הוא דאי מהאי טעמא אדנקיט טעמא משום דמתנת ש"מ כירושה שויהו רבנן האי שאין לשון מתנה אלא לשון ירושה מיבעיא ליה. וראיתי מובא בשם המהרי"ט שהק' דליהני להיורש בפירש לא משום ירושה אני נותן לך כרס"י רמ"ח. ומצאתי שהקדימו הרמ"ה בזה לדחות דעת הרי"ף. ומה שהעלה מזה המהרי"ט לדינא עיי' לעיל סי' רמ"ח בנתי' ס"ק ה' שהביא דבריו ודחהו. והנה הרשב"ם ותוס' מחולקים דהרשב"ם פירש דתליא במקבל אם בר ירושה הוא ולדעת התוס' העיקר בנותן אם הוא בר ירושה. וראיתי למי שהק' על הרשב"ם דהא בש"ס אמר כן רבא על הא דר"מ ואמרינן שם דהיתה הורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה והא קיי"ל דאחין דלידתן בקדושה חייבין משום א"א מן האם ופשוט דה"נ יורש את אמו וא"כ שפיר בר ירושה הוא וע"כ דקאי התם אאיסור הנותן דהוה גר. אבל כבר בירר הרמ"ה דבעינן דוקא איתא בירושת האב וטעמא דמילתא משום דבעינן מתנת ש"מ דומיא דאורייתא דמתנת שכ"מ קדים בה לכל אדם ודומיא דבן את האב דקדים לכל היורשים ואין אחר קודם לו אבל שאר יורשים איכא בכל חדא מינייהו אחר וקדום לו והאריך בזה להסביר. והעלה מזה לדינא דאמו שנתנה לו במתנת

שכ"מ קנה דמיקרי בר ירושה נגדה. ולפי"ז בשתוקי המובא ברמ"א במעשה דתה"ד. לדעת הרמ"ה מיקרי בר ירושה נגד אמו הואיל ונוחלה מתנתו לה נמי הוי מחנה וצ"ע. ומש"כ הש"ך מהתוס' לכאורה משמע דלהתוס' ה"ה בנותן לבנו נמי ביש לו בנים כשרים וזה שלא כדעת הרי"ף והגאון דלדידהו לפמש"כ הרמב"ן והב"י בטעם אפילו יש לו בנים כשרים נמי איכא טעמם דכנגד תקנת חז"ל להרמב"ן אי משום גזירה להב"י וא"כ למה כתב הש"ך דעת התוס' במחבר שהוא דעת הרי"ף והגאון. ולהתוס' צריך לומר דמה שאמר שם על עובדא דר"מ כל היכא דליתא כו' דאיסור לא היה לו בנים כשרים ולפי"ז לא קשה מה שהק' הב"ח לדעת החולקין על הגאון הלא כל גר איתא בירושה ביש לו בנים כשירים וע"כ כמ"ש הרשב"ם דר"מ ליתא בירושה דאיסור לא היה לו בנים כשרים. וראיית התוס' מעבד פ"ק דגיטין צ"ע והא עכו"ם יורש אביו ד"ת ואי משום דאין קנין לעבד אין זה חסרון בעצם הירושה. ולולא דברי הב"ח והש"ך בכונת התוס' דלפירושם הו"ל להתוס':

לפרש. יותר היה נראה לי בכונתם שכ' דאם היה לגר בנים איתא במתנת שכ"מ היינו בהבנים נתנו לו קונה ולא אמרו כל היכא כו' אלא בגר שאין לו בנים אבל ביש לו בנים אף בהורתם שלא בקדושה ונתנו לו הוי מתנה כיון דהבנים ישנם בתורת ירושה דבניהם יורשים אותם ול"מ באחרים נתנו לגר דהוי מתנה אלא אפי' בניהם דאיכא גזירה כמ"ש הב"י אפ"ה הוי מתנה ומש"כ המחבר לא כולן ולא מקצתן וכתב הגר"א מעובדא דאיסור דמשמע אף במקצת. אבל דעת הרמ"ה בתי' ב"ב דמתנה מקצת קני ואדרבה מעובדא דאיסור מביא ראיה לדבריו דרבא כי מהדר אכולהו אנפי דהקנאה דמצי איסור לאקנויי לא קא דחי להו מטעמא דלאו בר ירושה הוא אלא גבי מתנת ש"מ בלחוד. ועיי' שאילת יעב"ץ ח"ב מש"כ בזה ודבריו שם מאוד תמוהים ולא הביא כלל דברי הרמב"ם והב"י וחולק בזה. ומש"כ בהגה ושתוקי יש לו דין גר. והנה הקצוה"ח מעתיק דברי התה"ד והק' עליו כיון דנאמנת לומר מישראל נתעברה מה בכך דאין יודעין מי הוא היורש שלו ודוקא גר דליתא בירושה כלל. ותירץ הנתי' דכיון דא"א להודיע בשום אופן יורשין שלו דהא אפילו עדים שזינתה עמו לא מהני לענין ירושה הוי כיאוש והפקר גמור וכיון דנכסי הפקר גמור א"א לבוא לידי ירושה כלל מיקרי ליתא בירושה. ומלבד דלא הועיל בזה דסו"ס אין החסרון בעצמו. עוד זאת הרי יכול להתברר כשיודה שממנו הוא וכ"כ התה"ד בעצמו. ובזה יש לדון בקושיא הב' שהקשה עפ"י מ"ש ב"ב קמ"ב דרפויי מרפינן בידיהו ונפסק בסי' רע"ה סעי' ל' ע"ש ובמ"מ סופ"ב מזכיה וה"נ כיון דיכול להתברר ע"י הודאה לא החזיק בודאי ורק מספק. ומש"כ הקצוה"ח בדבריו דאין לומר דחזקה בודקת ומזנה

לא מהני אלא לענין איסור ולהכשיר הולד אבל לא לענין ממון ומשום דלא עדיף מרובא דאין הולכין בממון אחר הרוב כו' ומדברי התה"ד מוכח דהוי מהני חזקה דבודקת ומזנה גם לממון כו'. הנה בסברא זו השתמשו הרבה. הנה הכ"מ פ"א מאבילות העתיק תשו' הרי"ף וז"ל מי שטבע במים שאין להם סוף אין היתר לאשתו וכיון דבחזקת חי קיימא מסתברא דלא נהיג אבילותא. והטעם כיון דאמרינן דאשתו אסורה לינשא משום דבעלה בחזקת חי קיימא איך אפשר לחייב להבן לנהוג אבילות ולאסור בדברי תורה ושאר דברים שאבל אסור בהם (עיי' שו"ת פאת השדה סי' נ"ז) וכ"כ הרי"ט אלגזי תשו' הר"ן אם אחד נדר ויש ספק אי חל הנדר מער"ש דלמ"ד ספיקא דאורייתא לחומרא איסורו מן התורה חשיב לאיסור ודאי ולא הוה כמתיר את הנדר קודם שיחול. וכן כתב ההפלאה לדון מזה דאף דא"א בממון אחר הרוב אבל אם כבר החזקנו מרוב לענין איסור גם בממון נידון מחמת רוב כמו לענין חמישים כסף ופדיון בכור. ומש"כ בקצוה"ח דל"ש כאן לומר דבקרקע לא מהני תפיסה הואיל וליכא חזקת מ"ק צ"ע ממש"כ הט"ז לעיל סוס"י רמ"ג ושם בהג' חכ"ץ דמוכח דלא כדבריו ע"ש. והנה הסמ"ע כתב דה"ה שניהם אינן מוחזקים בו וכתב בס' תב"י דליתא דהא מבואר בסוס"י רמ"ג דהחזיק בהפקר מספק אין מוציאין מידו וע"ש בהג' ט"ז דמההיא דלקמן סי' רע"ה גבי לקנות את המיצר דמוכח דבקרקע שהחזיק מספק אם בא אחר והחזיק בקנין ודאי השני זוכה הוא לפי דקרקע שאינה בידו אינה בחזקתו כמטלטלין שהם בידו. וא"כ נראה דכ"ש שיש לנו ספק בזכיית מטלטלין ולא היה בידו אם אחר זכה בקנין ודאי כ"ש דזכה הב' דהראשון לא היה בחזקתו והב' הוא מוחזק גמור וא"כ כאן היכי מיירי דאם היה בחזקת מקבל מתנה בשעת מיתת הגר הנותן דאז היא שעת זכייתו דהא מתנת ש"מ קונה לאח"מ א"כ הרי זכה בה תחילה מספק ושוב אי"מ מידו כסוס"י רמ"ג ועוד דא"כ אין כאן שום ספק דהרי גם בתורת הפקר זוכה. ולמש"כ יש לדון בזה דלא דמי לסוס"י רמ"ג דכאן כיון שיכול הדבר להתברר אין חזקתו מודאי ושם הוא משום ספיקא דדינא וצ"ע:

סעיף ג'. אבל שכ"מ כו'. דוקא מתנה אבל צדקה לא דהא מפרנסין ענייי עכו"ם כו' ועיי' מהרי"ט ח"ב סי' ה' ועיי' לעיל סי' רמ"ט סעי' ב' דלפעמים אף במחנה מותר. והנה השעהמ"ל פ"ט מזכיה כתב דדוקא באיסור דאורייתא אמרי' כן אבל לא באיסור דרבנן ובזה מיישב קושית השעהמ"ל מהא דאחריך בסי' רמ"ח. ואולי י"ל דבלאו דלא תחנם עובר אף בגרם הנאה דאין שיעור להנאה בזה וא"כ הבנים כשיתנו המתנה להעכו"ם אף שהוא בפקודת אביהם אבל מ"מ הם מהנים לו. ובזה הוי א"ש מה שהק' בפרישה מההיא דעבד בסעי' שלאח"ז דכתב הרשב"א דלא מחזקינן אינשי באיסורא ומסתמא

עשה לו נחת רות וה"נ נימא כן דמותר כדלעיל סי' רמ"ט ולמש"כ ל"ד לעבד דהם אינם עושים איסור בחירותם ולכאורה כ"מ לשון הרמב"ם שכ' הרי זה כמצוה לעשות עבירה מנכסיו דהול"ל דעבירה הוא ואולי כונתו דגורם בנכסיו שבניו יעשו עבירה:

סמ"ע ס"ק ח'. והנותן דמי פדיונו כו' כיון דעבד כו':

צירף שני טעמים יחד ותמוה דלהטעם משום דהוי בר מצוה א"כ גם הבעה"ב אינו עובר כמ"ש בכס"מ וכ"כ בפרישה ולא צריך טעם זה על אחר הנותנו.

ומש"כ הכ"מ דטעם הרשב"א מובא בהה"מ אינו מספיק רק על איסור השיחרור אבל על לא תחנם קשה דהא אינו מחויב לעבד כלל י"ל דגם כונת הרשב"א הוא למש"כ הר"ן דעל לא תחנם תלינן שקיבל כסף ע"י אחרים בעד השיחרור ורק משום איסור שיחרור נקט ועיי' מש"כ לעיל סי' רנ"ג סעי' כ"ט:

סימן רנז

סעיף א' בהגה. צריך למוכרן כו'. עיי' פת"ש בשם הנו"ב. ועיי' עוד מש"כ בזה המחנ"א הל' זו"מ הל' י"ז בדברי הרשב"א:

סעיף ג'. עבר האב כו'. וכתב הב"ח משום דלכתחילה אסור לכך תני עבר.

וליתא משום דהרמב"ם מיירי במכר לגמרי הגוף והפירות דאין לו לכתחילה למכור דשא"ש לכך אמר עבר. והב"ח כתב ליישב עפי"ז לשון הרמב"ם בסי' שט"ו וגם שם לא נראין דבריו דשם לא מיירי באיסור לכתחילה אלא מה שיש בידו למכור ומה שאין בידו ע"ש. ומש"כ בהגה ואפי' אם חזר ולקחם כו' ונדחק בסמ"ע הרבותא מאי ופשוט הוא דהחידוש הוא כמ"ש הריטב"א מובא בנמוק"י דלא אמרינן כאן מה מכר ראשון כו'. והסמ"ע אולי לא ניחא ליה בזה משום דבפשוטו משמע דהכיר הלוקח במקחו שאין לו אלא פירות דבלא ידע הוי מק"ט כמ"ש הריטב"א ולדידן בהכיר בה לא אמרינן סברא זאת עיי' סי' שע"ד והריטב"א לשיטתו מובא, דעתו בש"מ ב"מ דאף בהכיר בה אמרינן כן. אלא לשון הריטב"א בנמוק"י א"מ כן שכ' ואפי' ירשה האב כו' דהא בירושה גם בלא"ה לא אמרינן מה מכר כדאמרי' שם בש"ס ועיי' מלמ"ל פי"ב מזכיה הל' י"ג:

סעיף ח'. וק"פ אינו כקנין הגוף:

עיי' קצוה"ח מש"כ ליישב קושית התוספות קל"ו ע"ב על הרשב"ם. והנה לפי הגירסא שלפנינו וכן הגירסא ברמב"ן אשר תביא מארצך ל"ק כ"כ דארצך נקרא כל הארץ ישראל ואפי' אין לו בעצמו עיי' ספרי וגם בח"ש להרש"ל.

שוב ראיתי ברשב"ם פ"א ריש ע"ב כתב דאינו קורא דלא קרינן בו אשר תביא מארצך וא"כ מה הועיל הרש"ל בזה דבתרווייהו כתיבי מארצך וצ"ע. אבל התוס' גרסי דאדמתך

קרינן בו. ואולי י"ל בכונת רשב"ם משום דצ"ל אשר נשבע ה' לאבותינו כו' משמע כאשר נשבע לתת ארץ זבת חלב ודבש וקנין פירות אין זה כאשר נשבע והראיה דר"ש בספרי ממעט מזה עבר הירדן שנטלו מעצמם הרי דבעינן קרא כדכתיב כאשר נתן. והרמב"ן הק' על הרשב"ם מלעיל פ"א מ"ט דר"מ ומ"ט דרבנן כו' לימא משום קנין פירות וע"כ משום ספיקא הוא כדאמרי' שם. והנה על תירוץ התוס' יותר קשה משם דלימא משום דרבנן היא דעל קושית הרמב"ן כבר תירצו התוס' פ' לא יחפור לחלק בין הקנינים ועיי' הג' רש"ש שעמד בזה. ואולי גם כונת התוס' כמ"ש הרמב"ן דמשום ספק הוא. והנה ראיתי בשו"ת ר"ב סי' נ"ב שהק' בש"ס שם דלמא אתי לאפקעינהו מתרו"מ לדעת הרמב"ם דהגומר למוכרן לאחרים פטור משום מוכר ולמה חששו להפקיע מצות קריאה משום ספק דרבנן דלקוח אינו חייב רק מדרבנן ואף אם ראו פני הבית ביד הבעלים מ"מ לא נתחייבו מדאורייתא דהא נגמרו בידם ע"מ לתתם לכהן. וי"ל דלהרמב"ם דס"ל דהא דספיקא דאורייתא לחומרא הוא רק מדרבנן א"כ ה"נ ההבאה והקריאה אינה רק מדרבנן ונדחה זה מפני ודאי איסור. ואולי י"ל בזה גם דברי הרשב"ם שם שפירש דאיסור הבאת בכורים בעזרה אינה אלא מדרבנן. והק' עליו הרמב"ן: שם א"כ מה הקשה שם דמביא חולין בעזרה הא כיון דאיכא לספוקינהו בבכורים לא אתי דרבנן ודחי דאורייתא. ואולי דעת הרשב"ם ג"כ כהרמב"ם דס"ד לא הוי רק מדרבנן והרמב"ן לשיטתו דחולק על הרמב"ם וס"ל דס"ד הוי לחומרא מדאורייתא וי"ל בזה. שוב לאח"ז נדפס המהר"ם שיק על תרי"ג מצות וראיתי במצות בכורים שמביא סברא זאת בשם הת"ס דבכורים בעינן כאשר נתן הגוף והמהר"ם שיק מיישב עפ"י דברי הרשב"ם כמש"כ. והנה הקצוה"ח העלה ליישב קושית התוס' עפ"י מה שחילק דביובל רשאי הלוקח לעקור ולהרוס (ועיי' מש"כ בזה בשו"ת שאילת שמואל סי' ל"ב) והוא לכאורה נגד ירושלמי מובא במלמ"ל פי"א משמיטין דביובל אינו יכול הלוקח לעקור ולהרוס וכן השיגו המנ"ח מצוה של"ט אבל בשו"ת ראשי בשמים סי' צ"ד מבאר לנכון דברי הירושלמי והיוצא מדבריו דהירושלמי לא קאמר רק לאיסורא בעלמא דכיון דרמיא על הלוקח מצות חזרה ביובל בעי לקיים חזרה מעליותא אבל מ"מ ליכא חיוב תשלומין על הלוקח אם הפסיד דבשלו היה עושה אלא שלא קיים מצות חזרה. ומש"כ הקצוה"ח דהבעל יכול להרוס ובנה יסוד עפ"י דברי הסמ"ע בסי' ריב. באמת כל האחרונים באהע"ז סי' צ' חולקים עליו עיי' ת"מ וב"ש ועי"ש בישועי"ק שחיזק דבריהם מש"ס וראשונים. ובזה נ"ל ליישב דברי רשב"ם ב"ב ד' קי"ב על הא דאמרו שם בגמ' אלא אימא דנפלה לו משדה חרמים. ופירשב"ם כדכתיב כל חרם בישראל לך יהיה. א"נ ההוא דכתיב והיה השדה כו' כשדה החרם.

והקשה עליו הרמב"ן עפ"י המבואר בסדר עולם דכ"ב שנים אחר מיתתו של אלעזר היה היובל הראשון. ועוד הק' דלא מיקרי שדה חרמים. וכן הק' בשמ"ק ועיי' ח"ס יור"ד סי' של"א. ונ"ל לולא דבריהם דמעולם לא כיון הרשב"ם לזה. אלא כונתו כמ"ש ביד רמה שמביא ג"כ הכתוב דוהיה השדה בצאתו ביובל כו' כשדה החרם. כלומר ששדה החרם אינה יוצאת ביובל. וע"ז מביא הרשב"ם תחילה הפסוק דכל חרם בישראל לך יהיה. כלומר דמזה משמע לך יהיה לעולם דאינה יוצאת ביובל. א"נ מהדין קרא והיה כשדה החרם. כלומר דמזה משמע יותר ברור דשדה תרם אינה יוצאת ביובל. אבל מעולם לא היתה כונת רשב"ם לפרש דהכא מיירי בשדה היוצאת ביובל:

סעיף ו' בהגה. יכול לדור בהם:

הט"ז מביא לשון התשו' דמ"ש לעצמו לאפוקי בניו הקטנים ומשמע בסתם דהיינו שלא אמר לעצמו לא היינו צריכים להאומדנא שכ' הרשב"א אבל הסמ"ע שלא העתיק מעצמו משמע דאף בסתם אנו מוכרחים לטעמא דאומדן דעת שכ' הרשב"א. והנה בשו"ת רע"א החדשות סי' צ"א נשאל באלמנה שנתנה נכסיה במתנת בריא מעכשיו ושיירה לה כת לדור בביתה כל ימי חייה ועתה באה להנשא ולדור עם בעלה ובניה מוחים דאין לה זכות רק לבדה ולא עם בעלה. והשואל רצה לדמות זה לניד"ד. והשיב הגאון דבאמת דברי רמ"א תמוהים דבמקור הדין בתשו' רשב"א המובא בב"י מבואר בזה"ל מסתברים לי דאף לאשתו שייר דלא עלה על דעתו שלא יהיה לו שמש לשמשו. ויצטרך לאפות ולבשל בעצמו ולא גרע אשתו משמש. משמע דאשתו רק משום שמש שרינן ולא שרינן לו תרתי אשתו ושמש אלא אי הא אי הא א"כ באשה שבאה להנשא י"ל דלא דל"ש בה דצריכים לה לשמשה באפיה ובשול. והנה למש"כ בתשו' הרשב"א לפנינו דלא עלה על דעתו שיהא לו שמש כו' י"ל דכונתו הוא דאין להעלות על הדעת שלא יהא לו שמש לשמשו וגם זה שיהא לו שמש לשמשו לשאר תשמישין ושלא יהא לו מי שיאפה ויבשל לו וכששייר מקום לשמש לשאר תשמישין בודאי הניח מקום גם למי שיאפה ויבשל בשבילו והניח מקום לשניהם. ומש"כ בתשו' אח"כ או לשמש או לאשה כונתו על שניהם כמו שהבין הרמ"א. ובעיקר הדין יש לדון דלא דמי אשה לאיש בזה דבאיש אינו אלא משום שמוש ואשה הוא משום טב למיתב טן דו וכדאמרי' סתם אשה לאינסובי קיימא ולא עלתה על דעתה לשבת גלמודה. ולא לאינסבה. וגם אם היא אשה כבודה דאין דרכה לעשות מלאכה בעצמה בודאי מותרת גם בשמשים הצריכים לה לכבודה. ומש"כ עוד הרמ"א וא"צ לשלם מה שלקח כו' ועיי' סמ"ע. בתשו' הרשב"א המובא בב"י לא הוזכר מזה רק שכתב ואין לאב לישבע שיפרענו כשיגבה ממנו שהרי ראו ב"ד והבקיאים

באותם חובות שא"א לו לגבותם ולא למוכרן ולא הזכיר מחיוב תשלום אח"כ ואדרבה לכאורה משמע דלולא ראית ב"ד היה צריך לישבע. ומש"כ המחבר מהיום כו' משמעות מהיום אם מאותה שעה או מסוף היום ונפקא מיניה אם מת באמצע היום חקר בזה השומ"ש מהדורא ד' ת"ג סי' ע"ז ע"ש:

סימן רנח

סעיף ב'. וכן אם יש בו קנין כו'. המפ' חקרו בדעת הרמ"ה המובא בטור אי פסיק כר"י או כרבי יוסי עיי' ב"י וב"ח ופרישה. והנה ביד רמה מפורש להדיא דפסק כרבי יוסי והאי בעיא דבהקנאה מאי פירש איליביה דרבי יהודא קמיבעיא ודלא כהב"ח. ושם מבואר דעתו המובא כאן בהגה דבאחר ל' ל"א זמנו ש"ש מוכיח עליו. והק' כל המפ' מש"ס פרק מי שאחזו. והנה הרמ"ה עצמו הק' משם ומתרץ דשאני התם דהאי תנאה די"ב חודש לא כתבי בגויה דגיטא אלא על פה הוא דמתנה בשעת נתינה וליכא למימר דכתיב זמנא דשטרא לברורי מיניה מילתא דלא מבררא מגופא דשטרא אלא כי היכי דסמיך אסהדי גופא לאסהודי ביה בתנאה על פה כן סמיך עלייהו לברורי הני י"ב חודש מאימת מתחיל מניניהו. ולולא דבריו הקדושים היה נ"ל לתרץ מש"ס הנ"ל על פי מש"כ הפנ"י גיטין ע"ב לחלק בין תנאי דאם לתנאי דלאחר ובלאחר לא היינו אומרים זמנו ש"ש מוכיח עליו זולת בלאחר מיתה דהכל יודעים דאין גט לאח"מ ומסתמא מהך זמנא קא מגרש לה. ולפי"ז באומר לאחר ל' יום דהגט יכול לחול אתר ל' ל"א בכה"ג זמנו של שטר מוכיח עליו. והרמ"ה מדקדק בלשונו לאחר ל' ולכך פסק יפה דל"א כה"ג זמנו ש"ש מוכיח עליו ובש"ס פ' מ"ש מיירי באם עיי' שם ולכך בזה שפיר אמרינן כן. והנה הקצוה"ח כאן הק' לרש"י פ' האומר דאף אי תנאה הוי יכול לחזור בו מירושלמי. המפקיר נכסיו מעכשיו ולאחר ל' יום דספיקא הוי אי תנאה הוי או חזרה הוי ומאי נ"מ אי לא חזר בו אף אי הוי תנאה לא הוי הפקר. ויפה השיב ע"ז בשו"ת ב"ש חח"מ סי' י"ת עפ"י מש"כ הר"ן נדרים כ"ט להק' בש"ס שם דאם אמר לאתר ל' יום עולה דמהני. פשיטא מידי דהוי כאומר לאשה התקדשי לי לאחר ל' יום דמקודשת. והק' הר"ן דאדרבה תקשי דהא המקדש בשטר ונקרע השטר תוך ל' יום אינה מקודשת משום דכי חיילי קדושין ליכא שטרא. וה"נ כיון דבדיבורא בעלמא אקדישה כי חייל הקדש ליתא לדיבורא. ותירץ דסמיך אמסקנא דאמל"ג כמסירתו להדיוט. וא"כ ה"נ נ"מ אי חייל ההפקר דאי חזרה הוי א"כ הוי כלא אמר מעכשיו כלל וא"כ כיון דהפקר חייל רק בדיבור הוי כקידושי שטר ונקרע השטר קודם ל' יום דל"מ. ומ"ש הפת"ש ס"ק א' בשם הנו"ב באמצע דיבור גם במטלטלין י"ל כן ואף דלכאורה במטלטלין ל"ש לומר דהקנין שלא לצורך הוא דהא

בעי ליה לעצם הקנין כתב הרמ"ה שמשכחת לה באקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי דסגי ליה בשטרא גרידא לאלומי קא מכוין בקנין:
הלכות אבידה ומציאה:

סימן רנט

סעיף א'. הרואה אבידת ישראל כו'. הסמ"ע כתב דהרואה ל"ד והט"ז דחהו מדברי הנמוק"י בשם הר"ן ומלשון הרמב"ם. באמת מלשון הרמב"ם אין הכרע דגם שם י"ל ל"ד כמו בלשון הטור. ומדברי הר"ן ג"כ אין לדחות דהא הרמב"ן והרשב"א דעתם דבראיה לחוד אינו עובר בעשה. והנה הרמב"ן כתב בדעת הגאון דגזילה ואבידה היא ונקנית ביאוש מטעם אבידה. והר"ן מובא בש"מ דחהו מהא דב"ק ס"ו אבידה בהתירא אתי לידיה והכא באיסורא אתי לידיה. וע"כ צ"ל בסברת הרמב"ן דבאיסורא אתי לידיה מיקרי היכי דרק ע"י איסורו בא היאוש דע"י הגזילה שידעו הבעלים מזה ועי"כ היו מיאשים. משא"כ באבידה דלא ידעו הבעלים מזה ולאו ע"י איסור זה דנטלה ע"מ לגוזלו אתיאשו הבעלים דהא הם מייאשו מחמת עצם האבידה שנאבד מאתו ויאוש בהיתר הוא. והנה המחנ"א הל' ק"ח סי' ת' כתב בדעת הרמב"ן דדוקא בשומר אבידה דהוא ש"ש הוי ידו כיד הבעלים ולא בפקדון דהוא ש"ח. ובזה כתב דבפקדון של עכו"ם דל"ש בו דין שמירה זכה בו ישראל לפי טעם הרמב"ן. ולפי"ז גם בקטן שהגביה מציאה קודם יאוש ונתיאשו הבעלים ונעשה:
גדול דזוכה דל"ש בו דיני שמירה ועיי' מנ"ח תקל"ט. אך עיקר דברי המחנ"א צ"ע דא"כ מכל הני דפריך לאביי הו"מ לשנוי דס"ל דשומר אבידה כש"ת דמי. ודוחק לומר לפי שהוא שלא אליבא דהילכתא עיי' תוס' כ"ט ע"א ד"ה והוי. ואף דהרמב"ן במלחמות דייק בלשונו מפני שידו כיד הבעלים וש"ש שלהם הוא. הנה מדבריו בש"מ דלא הזכיר ש"ש משמע דבכל גונא הוי ידו כיד הבעלים ומה שמביא המחנ"א מהא דב"מ י' דמשני ר"נ שאני פועל דידו כיד בעה"ב הרי דלא אמרי' ידו כיד הבעלים אלא בש"ש. הנה מדברי רבא דהק' על ר"נ שם משמע דלא ס"ל כן והיאך אמר כאן כן לרבא בב"מ. ויען כי בדברי הרמב"ן האריכו המפ' לכן קצרתי בזה, וצל"ע דברי הב"ח מובא בש"ך יור"ד רסי' קמ"ו שכתב כגון שמצאה לפני יאוש כו' דהא בעכו"ם ל"ש זה כמ"ש המחנ"א ועיי' דברי גאונים כלל מ"ז סי' ו':
סמ"ע ס"ק ו'. בפרישה כתבתי כו'. עיי' פנ"י ובפירוש חזון נחום משניות מכשירין פ"ב מש"כ בזה [מש"כ שם על הב"י שמביא דעת הראב"ד אפי' ברוב ישראל ותמה עליו שלא מצא דברי הראב"ד במת"כ לא ראה ברא"ש וש"מ] ומש"כ הסמ"ע לחלק בקרוב

והט"ז דחהו. הנה סברת הסמ"ע כתב הרמב"ן בחי' ב"ב ומובא בקצוה"ח לק' סי' רס"ב. אלא שיש לעיין בט"ז יור"ד סי' קכ"ט ס"ק כ"ז שכתב טעם אחר בחצבא דלא כהרמב"ן וכנראה מדבריו שם בסי' רצ"ד משמע לכאורה שכתב כהרמב"ן ועיי' הג' יד שאול שם. ומש"כ הט"ז משום דיכולין לברר ע"י הכרזה ובזה ראיתי להג' מלא הרועים לתרץ קושית התוס' ת"ל דיש לתלות דמכנענים נפל דיכול לברר ע"י הכרזה שמא יתן ישראל בו סימן. אבל באמת סברא זו אינה אלא לרבנן דלא אזלי בתר רובא אבל לרשב"א ברוב עכו"ם הוא שלו וא"צ לברר וכ"כ הרא"ש ור"ן בש"מ לרבנן דתקנה הוא דעבוד רבנן במציאה שיכריזו עליה שמא של ישראל הוא. ומה שהק' התכ"ש כאן ממתני' דמכשירין פ"ב מ"ג ע"ש וכן הק' שם בתפא"י ובמשנה אחרונה. הנכון מש"כ חותני זצ"ל בס' תפארת יעקב משום דקביעי.

ועיי' בהגר"א ס"ק ז' מה שהק' על הרא"ש וכן הק' המהרמ"ש והרש"ש תמה עליהם דרבי אסי לחוד ורב אסי לחוד. ושפיר הקשו להרא"ש דגריס רב אסי: סעיף ד. ואם בא ישראל כו'. ואם בעינן בזה סימן מובהק עיי' נוב"ק אהע"ז סי' מ"ג ד"ה ואומר אני ובחירע"א ב"מ כ"ג ע"ב ד"ה והא תנן ובש"ש שמעתתא ז' סו"פ כ"ג. והנה ראיתי להגאון רש"ק שהק' בש"ס וכי מאחר דאסורה בהנאה מותרת משום מציאה למאי הילכתא. דהא נ"מ לכמה דברים לשיטת התוס' מובא במלמ"ל הל' יסוה"ת דכל האיסורים שרי שלא כדה"נ נ"מ משום זה דמשום גזל אסור אף שלא דה"נ. עוד נ"מ אי יכול לקדש בהם אשה חולה דמשום איסה"נ שרי כמ"ש המלמ"ל מרדב"ז. עוד לשיטת הרמב"ם דאיסור דרבנן שרי לכתחילה לבטלו וסתם יינם הוי דרבנן ומשום ממונא לא בטול כפ"ב דביצה. וגם נ"מ בנתערב ממילא בס' דמותר לדברי הכל. וע"ד החידוד נ"ל דלכאורה קשה למה בא ישראל ונתן בה סימן מותרת דוקא למוצאה הא כיון דברוב עכו"ם ע"כ נתייאש מהיין והוי כשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה. וי"ל דהקנקנים זוכים לו אח"כ את היין שבתוכם וא"כ ע"כ צ"ל התירוץ דקנקנים ואף שיכול למצוא נ"מ וי"ל ועיי' מע"ת מש"כ. ועיי' בזה קושיא נפלאה בקו"א למגן האלף ולמה שכתבתי יש ליישב ע"ש:

סעיף ו'. שודאי נתיאשו בעליו. בלח"מ הק' כיון דמדמי לה בש"ס לזוטו של ים אפי' לא נתיאשו נמי ועיי' פ"ח על הרא"ש ולמש"כ בדרישה לפרש דברי הרא"ש א"ש דוודאי לאחר שנאבד מידו במקום שרבים מצויין בודאי נתיאש ול"ק הרא"ש רק אם עומד בעת שהגביה חבירו וצווח דלא נתיאש אז לא הוי יאוש. ומש"כ בסמ"ע ס"ק י"ג ומשום תשש טריפה כו'. הק' הישועי"ק יור"ד סי' ס"ג דנצטרף מיעוט עכו"ם למיעוט טריפות דישראל דניהוי כפלגא ופלגא. ותירץ דרק כששני הצדדים הוי רובא דליתא קמן מצרפין תרי

מיעוטי למיהוי כפלגא אבל ברוב דאיתא קמן הוי המיעוט כמאן דליתא ולא מצטרף למיהוי כפלגא. ועיי' שו"ת עמודי אור סי' פ"ד שכתב דהא דאזלינן בתר רוב טבחים חשיב רוב דליתא קמן ול"ד לט' חניות ולמש"כ הסמ"ע דמיירי במקום דמכריזין ניחא. ומש"כ בס"ק י"ד וחזר והפילה באותה העיר עיי' ט"ז שדחהו אבל להגירסא דילן בשוקא מוכת כהסמ"ע וכ"מ הפשט דעומד וראהו כמ"ש המהרמ"ש. אלא דלהתוס' ליכא למיגרס כן וכ"כ הרא"ש ונמוק"י ואין ראיה:

סעיף ז' בהגה. אווזין ותרנגולין כו' הוי הפקר כו'. מלשון הרמ"א משמע דהוי הפקר ממש ואף ביש בהם סימן. ומלשון התוס' חולין קל"ט ע"ש אין מוכרת כ"כ ע"ש ברש"א. אבל הר"ן כתב להדיא דהוי כשיירא שעמד עליה גייס דהוי הפקר ולא משום יאוש. והרשב"א שם הקשה קדושה שבהן היכן הלכה. ותירץ דהקדש דמים לא הוי אלא כשיעבוד ממון וכיון שנתיאש הגזבר הו"ל כהפקר ופקע השעבוד. ועוד מתרץ דאף בקנין הגוף כה"ג הפסידו הבעלים דהוי כשיירא שעמד כו'. ומשמע לכאורה לתירוץ הא' נגע בה משום יאוש. ונ"מ לדינא, וגם צ"ע להאחרונים שכתבו דיאוש לא יצא מרשות הבעלים עד דאתי לרשות זוכה. איך יפרנסו הש"ס דחולין. וראיתי בקו"א להמגן האלף שהעיר מכאן. ואף גם תירוץ הא' דהרשב"א צע"ג במה שכתב דיאוש הגזבר מהני להקדש. ובכ"מ בש"ס מוכת דהוי רק כשליח ועיי' מש"כ למעלה בסי' קצ"ט מזה. ואולי משום זה מפרש הר"ן בתוס' משום הפקר. ויש ליישב בזה קושיית הרש"א שם בתוס' ואכמ"ל:

סימן רס

סעיף א'. והוא שהעלתה חלודה. בש"ס איתא דשתיך טפי. ופירש"י שהעלתה חלודה רבה [והתוס' נראה דל"ג טפי] ובשו"ע לא כתב טפי. ונראה דרש"י במתני' פירש גל של אבנים מחומה שנפלה. והכריחו לפרש כן משום דומיא דכותל ישן כמ"ש בש"מ ובב"ב י"ח אמר שאני קדירה דמשתכי ופרש"י משברים. ובכ"מ פירש שתיך חלודה כמ"ש שם בתוס' מכמה מקומות בש"ס וכיון דאבנים מעלים חלודה א"כ אין ראיה מחלודה על זמן רב כיון דמונחים בין אבנים וע"כ פירש"י דעלתה חלודה רבה דניכר שמזמן רב הוא. ואולי י"ל בזה מה שהק' הש"ך והנתי' על המחבר שמביא פירש"י ורמב"ם משום שישנם כלים שאינם מעלים חלודה כגון כלי זהב וכדלק' סי' רס"ז ובהם אין סימן דשתיך ומוכרחין אנחנו בזה לפי' הרמב"ם וזש"כ והוא שימצאם מטה מטה היינו בכלי זהב ועיי' בפרישה. והנה הסמ"ע מביא קושית הראשונים דל"ק מטעם חצר ומביא תירוץ ר"ב. והנתי' תמה דמכל הראשונים שכתבו תירוצים אחרים משמע דלא ס"ל כן. והנה למש"כ הט"ז דר"ב מילתא באפי נפשיה אמר ולא לתרוצי קושית הרמב"ם קאתי אין ראיה אלא

דפשטות דברי מרדכי מורין כהסמ"ע. ולכאורה דברי ר"ב מחוסרים הבנה ומה"ת לחלק כן. ואולי כונתו עפ"י מש"כ הרמב"ן דיאוש ל"מ באבידה מטעם דהוי יאוש ברשותו והש"ך סי' רס"ח כתב דה"ה בחצר וזה סברתו דל"מ יאוש באבידה לכך ל"ק לו חצר. והנה על טעם הרמב"ם השיג הראב"ד דהכא יקנה לו חצירו וי"ל בכונת הרמב"ם דחצר לא מצינו שיקנה אלא דבר שהיה אח"כ בידו או ברשותו ולא דבר שישאר אח"כ כמו שהיה במה זכה בו עתה מתחילה הואיל שלא יודע ג"כ לעולם וזהו הסבר תירוץ התוס' שו"ר בדרישה כתב ג"כ כונת הרמב"ם ותוס' אחד. והב"ח כתב כונת הרמב"ם להתירוץ הב' שברא"ש וכן נראה מהג"מ ע"ש. ומש"כ המחבר והוא שהעלה חלודה הוא כחילוק רש"י ותוס' אבל הה"מ מביא עוד חילוק משום דאינו משתמר ומיירי ברוב עכו"ם והוי אבידה מדעת כמ"ש הש"ך. והפנ"י כתב דלא היה צריך לזה אלא אף ברוב ישראל נמי הוי אבידה מדעת. ובדרישה כתב דמשתמר קצת ולא הוי אבידה מדעת דליהוי שלו אף בלא שתיך ול"י למה צריך לזה דלהה"מ אין ה"נ אף בלא שתיך. וברש"י ד"ה ישראל פירש ומחציו ולפנים אמאי שלו והק' הרש"א דה"נ הו"מ להק' על חציו בחוץ למאי דלא ידע עוד מהא דשתיך. אבל מדברי התוס' נראה דהא דשתיך ידע בלא"ה דע"כ איירי בהכי אלא שחידש דשתיך טפי וכן ראיתי שפירשו התוס' בש"מ. ומש"כ אפי' אם כל הכותל משופע הנה הרמב"ם השמיט זה. ואולי מזה ראיה להבנת הב"ח בדבריו דחולקין קא גם על סכין וכיס והוי רבותא כמ"ש הש"ך ס"ק ט' והש"ס דפריך פשיטא היינו על אודרא ונסכא דגם ע"ז קאי וכשמשני ע"ז בכותל משופע היינו אף דהוי הוכתה דשל גבוה הוא כמ"ש:

הריטב"א דלא ימלא שלא יטלנו אחר עכ"ז אלימא חזקה דהוי בחזקת שניהם אף ביש הוכחה וה"ה לסכין וכיס ואדרבה ממסקנת הש"ס ראיה להב"ח ולכן צ"ע לדינא:

סעיף ג'. בד"א כו'. אבל הרמ"ך בש"מ חולק דמחציו ולפנים ודאי משתמר הוא וכ"כ הראשונים במתני' שם דחציו שבפנים משתמר הוא וקונה מטעם חצירו:

ש"ך ס"ק ט"ו. ולעד"נ כו'. לכאורה י"ל סברא להיפוך דהרמב"ם ל"כ אלא במשכירו ואינו דר שם וסברא דבעה"ב לא סילק זכותו מחצירו לגמרי לענין מציאה והוי כפירש וי"ל עוד דהוי כשלוחו עיי' פתיחה סי' ר' משא"כ כשהבעה"ב דר שם ורואה אם יזדמן מציאה והוי כשני שוכרים דיחלוקו. ומש"כ תוס' ב"מ י"א דאי ביתו פתוח לחצר מיקרי מדעתו הנה הרמב"ם ל"פ כן עיי' ש"ך סי' שי"ג ומש"כ שם בזה, ומ"ש הקצוה"ח מחצר השותפים דאין קונים זמ"ז לפמש"כ הרי"ט אלגזי בכורות י"ח דכשלזה קנין הגוף ולזה פירות קונים זמ"ז א"ש דשוכר יש לו ק"פ:

סעיף ה' בהגה. וי"א שעל החיבה כו'. הוא דעת הטור וטעמו מובא בסמ"ע. אבל לכאורה גם בחנוני שכיח שהקונה נוטל חילוף מטבע וכב"ב פ"ז ע"ב. ובנמוק"י כתב בשולחני שצריך המוצא להודיעו ואם יאמר שלי הם יטלם ואינו מובא בפוסקים וצ"ע:

סעיף ו'. מפני שהתאינה כו'. והט"ז הק' דזה אינו אלא לאביי וכן הק' בלח"מ ובדרישה. ומה שהק' עוד הלח"מ על רש"י שפירש תאינה עם נפילתה נמאסת כו' עיי' מהרמ"ש משכ"כ בזה ומש"כ הט"ז לתרץ כ"כ הריטב"א ובז"מ הדיקדוק על רש"י והגר"א כתב דודאי ל"פ כו' וי"ל יותר למש"כ הרשב"א בש"מ דר"א לא משני אליבא דרבא דקדים לו טובא אלא האמת משני. והב"ח הק' ת"ל דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב אפי' בקורבה דמוכח ויש לנו לתלות ברוב עוברי דרכים. ותירץ דהכא ודאי דממנו נפל כיון דהאילן נוטה על אם הדרך ואין כאן ספק כן מצאתי, בש"מ מתלמידי הרשב"א שהק' ותירצו כן. והמתנה לוי הק' דהא חנא בא"י קאי והיאך כתבו התוס' שהמוצא יתלה שמעוברי דרכים נפל ועיי' יור"ד סי' רצ"ד בבהגר"א ס"ק ל"ג וי"ל. ומלבד זה לק"מ דהא אדרבה כיון דבא"י קאי דרוב ישראלים ואם היה משל ערלה שאסור בהנאה וטעון שריפה ולמה הוליכום אתם וע"כ שלא היו ערלה. ומש"כ המחבר ואם היו של יתומים כו' וכתב הנתי' לפי"ז דדבר שא"ב סימן ונודע דשל קטנים הוא לא הוי שלו. ומדוקדק בזה מש"כ הנמוק"י כ"ט ע"ב בההיא דביד רחבה כו' דמיירי במצאם ונודע לו שהם של יתומים קטנים דהיינו אפי' אין בו סימן. והנה לעיל סי' רל"ה סעי' א' בהגה מביא תשו' רמב"ן דמהני מחילת קטן וכתב שם הגר"א דל"ד לכאן דדוקא בדבר של שאר בני, אדם מסתמא הוי מחילה אבל אם מחלו בפירוש הוי כמחנה ומביא כן מלשון רמב"ן. בתשו' הרמב"ן שם לא מצאתי מזה. ולכאורה י"ל בלא"ה דהרמב"ן ל"ק אלא במוחל לאיש מיוחד אבל במוחל סתם לכו"ע אין זה בגדר כדי חייו לתקוני. ועיי' ש"ך סי' ס"ו ס"ק פ' ובקצוה"ח שם ס"ק כ"ט:

סעיף ח' בהגה. ובשביל של כרמים כו'. זה דעת רש"י אבל הרמב"ן ונ"י לא גרסי דאם איתא כו' ופירשו דבשביל של כרמים לא שכיחי עוברי דרכים לכן לא מספקינן ברובא דעלמא ובזה מיושב קושית הט"ז ע"ש דלא מפרשי כרש"י. ומש"כ הט"ז ותמוה כו' כמ"ש רבינו והרמב"ם כו'. הנה הרמב"ם לא הזכיר מזה ומשמע אדרבה דמפרש כהרמב"ן ונ"י. ובזה י"ל מה שהק' הב"י על השמטת הרמב"ם האוקימתא דשביל של כרמים ואם מפרש כהרמב"ן לק"מ. והנה בש"ס שם פריך מוהיה העיר הקרובה כו' ומשני בדליכא ופריך וניזל בחר רובא דעלמא ומשני ביושבת בין ההרים והרמב"ם השמיט זה עיי' כ"מ. וי"ל דהא דפריך וניזל בתר רובא דעלמא אין הכונה אחר עיר היותר גדולה בעולם דא"כ אין לדבר סוף כמ"ש הכ"מ אלא לאחר דמשני בדליכא שעיירות הסמוכות סביב הם

שוות ע"ז פריך דניזל בחר עיר הגדולה היותר קרובה אליה וע"ז משני ביושבת כו' ואין עוברין ושבין מעיירות הגדולות לכאן והכל קושיא אחת ושפיר פסק הרמב"ם דאם העיר הרחוקה מרובין על אנשי העיר הקרובה מודדין ממנה. עוד י"ל דהנה הקשו בהא דפריך וניזל בתר רובא דעלמא דילמא ר"ח דוקא ברובא דאיתא קמן אמר עיי' מהרש"א. עוד קשה דאם ניזל בחר רובא דעלמא בטל דין קורבה דכתבה תורה וכמ"ש בכ"מ.

וי"ל דה"פ דמקפידת הקריבה משמע דאפי' אם הקריבה רוב אנשיה אינם מיושביה רק מעוברים ושבים ג"כ מביאה. וע"ז פריך וניזל בתר רובא דעלמא ואינם מהקריבה ופריך כן בפשיטות כמ"ש מעיקרא ואע"ג דאיכא אחריתי כו' והיינו מסתימת הכתוב וע"ז משני ביושבת בין ההרים ואין בתוכה עוברים ושבים. וז"ש הרמב"ם שם אלא בזמן שמנין הרוב שבה כו' ר"ל שאין מצטרף אליה העוברים ושבים הנמצאים בתוכה. ועיקר דברי הכ"מ צ"ע שכתב דאם ניזל בתר רובא דעלמא יבטל המצוה דקריבה. ואיך כתב הרמב"ם בפיה"מ סוטה דאם אין במדינה זו ב"ד הולכין למדינה אחרת שיש בה ב"ד וע"כ כמש"כ הבאר שבע שם דלקחו זקני העיר עדיף כמ"ש בב"ב אע"ג דרובא דאורייתא וקורבא דאורייתא אפ"ה רובא עדיף וע"כ כמ"ש לעיל דכונתו שנמדוד להעיר הגדולה היותר קריבה אליה משארי עיירות גדולות אף שרחוקה היא ממנה וקריבה מאחורות. וראיתי במלמ"ל שם הל' ד' שכתב ולענין הלכה אם אין ב"ד בכל העיירות אין מביאין עגלה ערופה. ותמוה דאיך י"ל שאין ב"ד בכל עיירות ישראל ושאין ב"ד בסמיכות י"ל כמ"ש הב"ש כגון שאין שם ק"כ אנשים שראוים לב"ד אבל בכל העיירות אין במציאות וצ"ע וי"ל בזה ואכ"מ:

ש"ך ס"ק כ"ח א"כ ל"ל מדדין כו'. דבריו תמוהים ועיי' נתי'. ואולי כונתו כמ"ש הט"ז דמפריחין כ"ש דעדיף טפי דלא הוי מקום סימן. שו"ר בהגי' חכ"ש שכתב כן מדעתו ולא ראה דברי הט"ז:

סימן רסא

סמ"ע ס"ק ב'. ולא כרשב"א כו'. הש"ך השיג עליו. אבל הסמ"ע בדרישה כתב כהש"ך ופשוט דגם בסמ"ע כונתו כן אלא שהלשון אינו מדוקדק ומש"כ המחבר ובנשף פירש הסמ"ע או בנשף כמ"ש בטור. ומשמע דאף לפי"ז דוקא ג' ימים ולא סגי ביום ומחצה שני בפנות היום ונשף אחד בנתים דעיקר הקפידא הוא על החזקת היציאות. והנמוק"י כתב דתרויהו בעינן בפנות היום ונשף ולשון הרמב"ם אינו מוכרת:

סעיף ב'. חייב להחזיר משום אבידת קרקע בטור כתב דכיון שהוציאה אנקטה נגרי ברייתא וחייב להחזירה והוא דעת הרא"ש. והריטב"א כתב דהיינו דאיכא בין אבידת

גופה לאבידת קרקע דמשום אבידת גופא הוי צריך להחזירה ומשום אבידת קרקע כיון שהוציאה סגי. ואולי משום זה אינו מובא בשו"ע דברי הרא"ש. ומש"כ בהגה וה"ה במקום כו'. הנה ברי"ו מובא לשונו בב"י איתא וממשכנים אותם ואולי אם אין ממשכנין ל"ש זה לאבידה דלא הוי אלא מונע הפסד מחבירו ואין זה ענין לכאן אלא דהרמ"א השמיטו וצ"ע:

סעיף ג' בהגה. וי"א כו'. היינו מספיקא כמ"ש הרא"ש. וראיתי להמלא הרועים שכתב דמספיקא אם רואה אבידה ודאית מניחה. ואינו נראה כיון דחייב להחזיר כל דין שומר אבידה עליו. והמפ' נדחקו בהבנת דברי הרמב"ם בסי' דלעיל סעי' ט' אמאי פסק באין בו סימן ה"ז שלו הא בא לידו קודם יאוש. וההה"מ כתב שכן כתב הרמב"ן מה"ט. והא דעת הרמב"ן דמשו"ה ל"מ קודם יאוש משום דנתחייב בהשבה ובספק הינוח אין דין שומר עליו דאם ימצא אבידה ודאית מניתנה ושפיר מהני היאוש וע"כ דליתא. וע"ש מש"כ עוד בהג' על הש"ס להק' בסוגיין ולפמש"כ הנתי' סי' ע"ב וסי' רצ"א דגבאי צדקה לא מיפטר מטעם פרוטה דר"י לק"מ וכתבתי מזה לקמן:

סימן רסב

סעיף א'. וכן אפי' הוזלה כו'. הוא מש"ס ד' נ"ה כמ"ש הב"ח. והט"ז תמה שלא הביאו ראיה זו. ואין התמיה כ"כ חזקה דהא יש מהראשונים שפסקו שם כלוי עיי' לעיל סי' רכ"ז ולדידהו כל שאין שו"פ בשעת הכרזה א"ת להכריז. והנה הב"ח והסמ"ע מחולקים בדינא ופשט הסוגיא משמע כהסמ"ע דההכרזה וההשבה הכל אחד. והנה בכלי אי צריך להכריז אף בפחות משו"פ כלעיל סי' פ"ח עיי' בזה:

בתומים שם ס"ק ג'. והס' מנחת עני לחו"מ סי' ו' לא ראה דבריו ע"ש: סעיף ד'. ראה אבידה שנפלה כו'. כתב הנתי' דל"מ יאוש השותף לגבי הב'. ובנחל"צ סי' רנ"ט מביא דל"מ יאוש השליח לגבי המשלח. וראיתי למי שמביא ראיה דמהני מסו"פ הגוזל קמא דמהני הודאת הגנב להשומר וא"י לומר לתקוני שדרתיך כו'. ואין ראיה דהא השליח לא נתחייב מתוך טענתו והודאת הגנב באה ממילא. עוד מביא ראיה משכחה דמבואר בריש ב"מ דבעי שכחת הפועלים ושכחת בעה"ב ובודאי דכשהבעלים לא יהיו שם כלל לא יופקע ממנו דין שכחה לגמרי ובודאי דשכחת הפועלים מהני לגמרי גם במקום שכחת בעה"ב דנכנסו תחתיו. וגם מזה אין ראיה דהתם אף אם שכחו הבעלים ולא שכחו פועלים ג"כ לא הוי שכחה ועיי' בר"ש פאה פ"ח משנה ז' דר"ש סבר דגזה"כ הוא דשכחת פועלים הוי שכחה כדקס"ד בב"מ ולא ס"ל כדיחויא דשם. ויל"ע באשה שאבדה ממעות נכ"מ אי מהני יאוש שלה גבי בעלה דיש לו פירות. ועיי' רשב"א חי' חולין קל"ט דיאוש

הגזבר מהני להקדש. והנה הקצוה"ח הק' בדברי הרמב"ם פ"א מתרומות שכתב או שירד כו' ותרם לעצמו ובזה קשה דל"ש כאן ניחותא דמצוה וכן הק' הט"ז יור"ד סי' של"א דהוי גזל. ותמה עליהם בשו"ת ר"ב סי' ע"א מי הגיד להם דכונת הרמב"ם כדי שיקחו לעצמו בתורת גזל ופשוט דכונת הרמב"ם הוא כדי שיקנה וישלם דמים והאי כדי שיקחם הוא מלשון מקח וכמבואר בסי' שנ"ע דבידעינן שעומד למכר רשאי ליקח בלא רשות מוכר. אבל הט"ז לשיטתו שפיר הק' שכתב שם להלכה כרש"ל שהק' על הרא"ש ודחהו. ואף הש"ך שם כתב דדוקא בדברים העומדים למכירה ובשדה הא אמרו רוצה אדם בקב שלו כו' וכמ"ש הט"ז וכ"כ שם הגר"א. ולולא ד"ק היה א"ל דהרמב"ם דייק בלשונו שהרי אינו מקפיד והוא דמ"ש כלך אצל יפות עושהו לדבר שאינו מקפיד וממילא לא הוי גזל לשיטת הרמב"ם דדבר שאינו מקפיד אין בו משום גזל ועיי' מה שכתבתי שם במקור דברי הרמב"ם. ובעיקר דברי הש"ך ס"ק ד' עיי' שמ"ק דיעות הראשונים בזה ועיי' פנ"י ומש"כ הגר"א ס"ק ז' בדעת הרא"ש ועיי' ב"י וב"ח שפילפלו בזה הנה ז"ל הרא"ש בש"מ אהא דמשני בש"ס כאן כיון דיקירי מידע ידיע הו"מ לשנויי כדמשני לקמן אקציעות כיון דמידי דמיכל הוא אגב דמחשבי ממשמושי ממשמש בהו אלא איצטריך לו טעמא דיקירי משום אחריני כגון גיזי צמר ואניצי פשתן. ומסולק כל מה שהק' עליו והנכון מש"כ בדרישה בדעת הרא"ש:

סעיף ו'. מעות מפוזרים. הט"ז ביאר לדינא עפ"י לשון הרמב"ם בין דינר אחד להיו לו הרבה דינרים דבזה אינו מרגיש עד שימנה ובזה מיירי הרמב"ם. אבל לק' סי' שנ"ה מובא דעת הרמב"ם בב"י וד"מ דאדם יודע כמה מעות יש לו בכיסו ומשום זה יוצא בהשבה דמסתמא יודע מנינם וע"ש בסמ"ע:

סעיף ח'. וכן כל דבר שיש בו סימן כו'. והיינו כרבא דסימן העשוי לידרס הוי סימן. והנה הפרישה כתב דמחלוקת רבה ורבא הוא בדבר שיש בו עדיין סימן אבל באין בו סימן עתה כו"ע ל"פ. ובזה יש ליישב קושית המפ' על רש"י במתני' ריש א"מ שפירש בכריכות ברה"ר מפני שהכל דשים עליהם ואם היה, סימן נקשר עליהם ה"ה נשחת וכ"כ הרע"ב. והוא שלא כהילכתא דהא פסקינן כרבא דהוי סימן. ולכאורה היה א"ל דס"ל לרש"י דאין הלכה כרבא בזה שכתב בסוף כ"ג ע"א רבא לטעמו דאמר סימן העשוי לדרס הוי סימן חזינן לכאורה גילוי דעתו דסתמא דש"ס לא פסק כן וכן כתב הרמב"ן במלחמות ליישב דעת הרי"ף שהוכיח דמקום הוי סימן מש"ס כ"ה ע"ב ולא הוכיח מכאן משום דרבא לטעמו ואין ראיה. וכן נראה מדברי ר"ח בסוגיין דחבית דפסק מסוגיין דמקום לא הוי סימן וכ"כ בש"מ בשם גיליון תוס' וא"כ ס"ל גם בסימן העשוי לידרס דלא הוי סימן

דתליא זב"ז כמש"כ הרמב"ן שם. אבל לא מצאתי בפוסקים מחלוקת בזה. אבל לפמש"כ בפרישה א"ש דרש"י דקדק בלשונו ואם היה בו סימן ר"ל ועתה אין בו סימן יבזה הכל מודים. אלא דמש"כ הפרישה בלשון רש"י דבר שיש בו סימן בגופו ועפי"ז י"ל ג"כ דברי רש"י במתני' דמחלוקתם הוא דק בדבר שיש בו סימן בגופו וכריכות אין בהם סימן רק בקשר. אבל לא מצאתי לשון זה ברש"י בסוגיין ואדרבה מדקאמר בש"ס ואפי' דבר שיש בו סימן ולא אמר בקצרה ואפי' יש בו סימן פירש בש"מ דזה דאשמעי' דהו"א דלא נחלקו רק בכריכות דאין בהם סימן בגופו רק בקשר לכך אמר ואפי' דבר שיש בו סימן ר"ל אפי' בגופו לא הוי סימן ומחלוקתם הוא בכל גונא:

סעיף ט' בהגה. לאחר שנפתחו האוצרות כו'. הרמב"ם פט"ו מגו"א הל' ט' השמיט הא דרקתא דנהרא והשיגו הראב"ד בזה. ואולי י"ל בדעתו דס"ל דלאחר שנפתחו האוצרות אין סימן מקום דהלוקחים רואים המקומות ולחילוק אביי אין נ"מ ברקתא דנהרא ור"נ דמוקי בהכי ס"ל כר"ז. וקצת ראיה יש מעובדא דרב יעקב בר אבא דא"ל אביי זיל שקיל לנפשך כיון דהוא אחר שנפתחו האוצרות ולא שאלו אי מצא ברקתא דנהרא ומש"כ בסמ"ע ס"ק י"ז וכ"מ מהטור. הו"ל להביא דברי רש"י כ"ב ע"ב שכתב כן:

סעיף י"ג בהגה. וי"א דנסדק כו'. הרמב"ן והר"ן כתבו זה לפי פירושם בש"ס כמ"ש בפרישה דמטבע דמי בזה לשאר כלים. אבל הריטב"א פירש דמטבע שאני לפי שעומדת להוצאה ולדידיה אף בנסדק אין סימן, והנה הרמב"ם כתב שאין סימני המטבע סימן לפי שחזקתו להוצאה. לשונו מורה להדיא כמ"ש הריטב"א דמטבע שאני בזה משאר כלים. וההה"מ מביא דברי הרמב"ן והר"ן על הרמב"ם ומשמע דל"פ וצע"ג. וכן הבין הרמ"א שכתב וי"א על דברי הטור שכתב מפני שמטבע ניתן להוצאה והוא כלשון הרמב"ם. והט"ז הק' על הרמ"א שכתב בלשון וי"א ודבריו סתומים וגם נראה קצת ט"ס בדבריו ובמקום הרמב"ן צ"ל הרמב"ם. והנה בש"מ י"מ שמו כתוב עליה היינו שמו טבוע עליה וכן פירש שם הרמב"ן ומשמע דכתוב שמו ודאי מהני ואילו מדברי הרמב"ן המובא כאן בב"י משמע דאף שמו כתוב לא מהני וצ"ע:

סעיף י"ד. אפי' ראהו כו'. עיי' סמ"ע לשון הטור. אבל הרמב"ם כתב בלשון אחר אפי' ראה אותו מביא כברה לחפש אחריו בדעת רעוע הוא מחפש כדרך שמחפשים בעפר שאר הבלשים שלא נפל מהם כלום שמא ימצאו מה שנפל מאחרים כך הוא זה מחפש לא מפני שלא נתיאש והוא כמו שפירש הריטב"א דמ"ש בש"ס כי היכא דנפל כו' ומשכחנא ליה ל"ד דהיאך א"ל כן דשביק להדורי מה דאבד ודאי מיניה ומהדר על ספק אבידה דחבריה אלא מילתא בעלמא קאמר לומר דחלתא כזוטו של ים הוא שהיא אבודה

מכל העולם ומה שעושה בכברא אנו דנין אותו כאילו אמר בלבו משכחנא סלע דנפל מחבראי לומר שמתעסק בעלמא הוא דע"כ איאושי מיאש. ולכאורה נ"מ לדינא באמר אלך ואביא כברה מיד שנאבדה ממנו דלהרמב"ם לא מהני דהוי כזוטו של ים דל"מ אפי' רודף אחריה וי"ל. והנה הרמב"ם כתב משום דאין בה סימן והטור כתב מטבע סתם ולא פירש ובש"מ כתב, דאפי' זוז צרור קאמר דמחמת החול הו"ל כזוטו של ים וקשה לכאורה על הרמב"ם דהא טעם זה נכון. וי"ל דהרמב"ם כתב בתוך החול או בתוך העפר וע"כ כתב טעם דאין בו סימן משום עפר דהא הריטב"א כתב דדוקא חול מתיאש אבל לא בעפר דמשתכח והרמב"ם ס"ל דאין בו סימן מתיאש אף בעפר:

סעיף ט"ו. שלא עשאם בעליהם כו', לשון הטור שאין דרך ליתנם בתוכם אלא מאיליו נפלו לתוכן וקסבר ר"י דהוי סימן לפי שפעמים יתן אל לבו לזכור שהוא בתוכו. והוא כפי' התוס'. אבל המחבר כתב לשון הרמב"ם שלא עשאום בעליהם כו' והוא כפרש"י. והסמ"ע וט"ז פירשו דבריו לפי' התוס' וצ"ל דמש"כ שלא עשאום בעליהם כו' היא משום אחריני דנקט חתיכת בשר. והנה התוס' כתבו דסימן בהמה אף דהוי מאילי' הוי סימן דניכר הוא. ולכאורה מדברי הב"י שהשיג על המרשים בראייתו מחתיכת בשר ודחהו דרובא עושים כן בכונה וזה מורה דלא כהתוס' דהא נראה מבחוץ הוא. ונראה די"ל למה כתבו התוס' דוקא סימני בהמה אם הדין כן בכל דבר הנראה מבחוץ. וצ"ל דהתוס' לא כתבו כן אלא בסימני בהמה דל"ד משום דנראה מבחוץ אלא דהדרך לידע בסימניה ובחתיכת בשר אי הוי אמרינן דחתכה כן שלא:

בכונה לא הוי סימן כלל דאינו משים אל לבו זה לסימן. וכן צ"ל בנסדק המטבע דהוי סימן כמ"ש הרמ"א בסעי' י"ג אף דבא מאיליו הוא עכ"ז הוי סימן דהדרך בזה לשום אל לבו לסימן:

סעיף י"ט. ואם מראים הדברים כו'. הקצוה"ח הק' הא רוב וקרוב הולכין אתר הרוב ואמאי לא אזלינן בתר רובא ולא הוי של בעל הכלי. ומה שתירץ עפ"י דעת רמב"ן דהוא מקומו ממש כבר השיג עליו הת"ס חאהע"ז סי' נ"ז דאין דמיון לזה אם נמצא בתוך הגן והכרם ממש. והקצוה"ח לדעתו תמה בזה על הב"ש אהע"ז סי' י"ז ע"ש. והנה הנתי' מתרץ דברי הב"ש משום דאיסורא מממונא לא ילפי' כמ"ש בב"מ כ'. וגם זה עלה על דעת הת"ס שם ודחאה עפ"י תוס' יבמות קי"ד דשוי איסור דלא הוחזק לממון דהוחזק ובכלי ולפניו פירות דודאי הוחזקו פירות טובא בעלמא ואפ"ה מהדרינן לבעל הכלי ה"נ באיסור שלא הוחזק. והמחוור מש"כ הנתי' דדוקא כלי ופירות דמוכת דהפירות מהכלי

ולא בשני דברים הסמוכים זל"ז. ובתוספתא פ"ב איתא מקצתן צבורין ומקצתן מפוזרין חייב להכריז וע"כ דחייב להכריז גם על המפוזרות דעל הצבורים פשיטא.
ואולי דיש לתלות דגם זה מצבורים. ועיי' הג' מלא הרועים. ובשו"ת עמודי אור סי' פ"ד העלה דל"מ הסמיכות אלא ביש לתלות דהמעות הוא מהכיס והפירות מהכלי אבל במונח עוד דבר אחד שלא היה מעולם בהכלי לא אמרי' כיון דהכלי דזה מסתמא גם דבר הסמוך שלו. והנה בש"ס בא בעל הסימן כו' והק' הפנ"י מאי קמ"ל ועיי' מעיי"ח ודבריו צ"ע. ואולי י"ל דצ"ל בלשון הש"ס ונטל את שלו דלא הול"ל אלא בא אחד ונתן סימן בכלי ע"כ י"ל כמ"ש רש"י דהרבותא הוא דאמר בפירוש דהמעות אינן שלו ועפ"י מש"כ הש"ך סי' ס"ה ס"ק כ"ו לדייק מהתוס' דאם אינו יודע הוי שלו וז"ש בא בעל הסימן ונטל את שלו לומר דהיותר אין שלו אז זכה הלה בדבר שא"ב סימן אבל באין יודע הוי למי שנותן סימן בכלי:
סעיף כ"א. ואם היה שטבעתו העין כו'. ראיתי מובא משו"ת בן יהודא שחקר אם הוא דוקא בדבר שיש בו סימן ואף שאינו יודע בו סימן מ"מ ע"י שיש בו סימן יש לאדם בו טב"ע א"ד דטב"ע שייך גם בדבר שאין בו סימן כלל. ואין הספר הזה תח"י ע"כ ל"י טעם ספיקתו. דלכאורה מקושית הראשונים שהק' לפי"ז היאך סתים במתני' דדבר שא"ב סימן ה"ז שלו ניחוש לטב"ע משמע דאף באין בו סימן מהני טב"ע ועיי' תוס' כ"ד ע"א ד"ה ומודה וכ"מ מרש"י י"ט ע"א ד"ה ואי טב"ע ע"ש. והנה המעיי"ח שם הק' על ספיקו דרבב"ח משום מאי אהדרוה ניהליה אם אמר הסימנים תחילה ואח"כ הטב"ע ודאי סימנים אין מועילים בזה ואי אמר טב"ע תחילה ואח"כ סימנים ודאי לא מט"ע נתנו לו ולק"מ דהם אהדרוה ניהליה על פיו שאמר שיש לו בו סימן וטב"ע וסמכו על הימנותיה דאם לא יכירו שזה הוא לא יכשיל א"א להתיר וכ"מ מלשון הש"ס ומשום זה נסתפק לו. ומש"כ המחבר ובאושפיזא ופי' הרמ"א כדאמרי' בעירכין כו'. קשה דמביא פירוש התוס' על דברי הרמב"ם שבלשון המחבר והרמב"ם לא פירש כן. ולדעתי י"ל בכונת הרמב"ם עפ"י מש"כ בשו"ת יד אלי' סי' ס"ב לפרש באושפיזא שאם אחד יבקשנו לאכול אצלו יאמר כבר סעדתי באכסניא שלי וז"כ הרמב"ם שאם נתארח אצל שמעון ומבקשו לסעוד אצלו מותר לומר אצל ראובן נתארחתי אתו לסעודה וכעובדא דר"א שאמר לריב"ז סעדתי באכסניא שלי. ואולי זהו גם כונת הע"ש המובא בסמ"ע. ובזה מיושב קושית הדרישה דהא יש לחוש ג"כ לראובן ולמש"כ ניחא. ומש"כ הדרישה לפירוש רש"י דהני תלת הם ג"כ מצוה וגם התוס' ס"ל כן ולכך הק' מדוע לא חשיב מותר כו' אבל בש"מ פירש בדעת רש"י דהני תלת הם רק מדות טובות ולכן לא תשיב מותר כו' דהוא מדינא. ועיי' סמ"ע

מש"כ סימן בזה ובשו"ת יד אלי' נתן סימן אותיות א מת ונכון. ובפחד יצחק אות אבידה מביא פירוש הר"א מרוטונבורק הטעם דנכתב אלף בשלשתן. פוריא משום כתם וכתיב ישנא הכתם הטוב באלף. אושפיזא דכתיב ישנא את בגדו כלאו וכתיב וארוחתו ארוחת תמיד. מסכת דכתיב וחכמת אדם תאיר פניו ועוז פניו שונא באלף ושלשתן לשון שינוי והיה ראוי לכתוב בה"א ועפ"י המסורת נכתב באלף ועיי' רש"א בחא"ג. ומש"כ המחבר וכשהוא מקפיד על חלוקו ועיי' סמ"ע ס"ק מ"ה והש"ך דחהו עיי' ארה"ח להג' מלבים סי' א' ביאור נחמד בדברי הסמ"ע. ובפחד יצחק פירש דאפי' על גנות קטן כזה מקפיד שלא יגנוהו הבריות וקו"ח שלא יתן עיניו בממון אחרים שלא יהיה לגנאי ולבוז ועיי' שמ"ק ועיי' ט"ז אור"ת סי' ב' ובישועי"ק ובבכור שור בחי' שבת מש"כ בזה. ומש"כ בהגה ודוקא במקום שת"ח מצוים הוסיף ע"ז בשמ"ק דאם מצא ספרים המצוים רק לת"ת כגון ספרי עיון לעולם לא מייאש אפי' במקום שאין ת"ת מצוים דהמוצא מביא ודאי לת"ת לקנותו. והנה הסמ"ע חקר בדין ת"ת בזה"ז לענין אבידה והט"ז כתב דגם בזה"ז יש דין ת"ת בזה. ובערוך השולחן כתב דהעיקר תלוי ביראת ה' ומש"כ דוקא ת"ת משום דסתם ת"ת ירא את ה' וכ"מ מלשון הרמב"ם בפי' המשנה שכתב אם הוא איש נאמן אלא דסתם ת"ח הוא איש נאמן. והמעיי"ח כ"ת ע"ב חידש עוד למש"כ הש"ך סי' פ"ז בשם רה"ג דמי שמניח תפילין יש לו דין ת"ת לענין שבועה ה"נ לענין אבידה כל מי שמניח תפילין יש לו דין ת"ת בטב"ע ועפי"ז אם מצא אבידה שאין בו סימן במקום שת"ח מצוים לא יוכל למוכרה דא"כ יפסיד האובד גם המעות וצ"ע. ולפי"ז המוציא תפילין אף שאין בהם סימן אינם שלו ויחזור להנותן טב"ע דהוא בחזקת ת"ת ולהשמ"ק שהבאתי אף במקום שאין ת"ת מצוים כיון דסו"ס יביאו למכור והקונה הוא ג"כ ת"ת לא מתייאש וצ"ע בכ"ז. והנה בעיקר הדבר דפסקו כר"ש ולא כרבנן עיי' ב"י וב"ח וראיית התוס' מרבב"ח אולי יש לדחות דכיון דהוי שלית והגט היה בידו בביה"מ מאן לימא לן דבזמן שהיה בידו לא שבעתו העין ויש לו בו טב"ע ועיי' אורים סי' פ"ז ס"ק מ"ג הבין כונה אחרת בדברי רה"ג שהבאתי דלא כש"ך. ומש"כ בהגה ודוקא אם מצאו כו' כן דעת הטור והוא מדברי הרמב"ן כמ"ש הב"י וראיתי במראה"פ בירושלמי שתמה על הרמ"א שפסק כיחידאי במקום שהראשונים סתמו ומשמע דבכל גונא כן הוא. ולא ראה שלאו דעת יחידאי היא דכן נמי כתבו התוס' ד"ה ומודה ר"ש. וכן כתבו בשמ"ק הרשב"א ור"ן וריטב"א ותוס' שאנץ ועיי' לת"מ. והנה בתולין צ"ו אמרו תדע דאלו אתו בי תרי כו' ואולי אמרי אית לן טב"ע בגוויה קטלינן ליה. ומשמע דפשיטא ליה כן. ואתרו המפ' מקום לזה בש"ס עיי' נוב"ק אהע"ז סי' נ"א שתמה על השמטת הרמב"ם דין זה ועיי' מראות הצובאות. ויש

להעיר מסנהדרין ס"ז ע"א כדי שיהו הן רואין אותו וע"ש ברש"י ואע"ג דשמעיה קלא כו' הרי דהכרה הוא משום טב"ע בגופיה וע"ש בהג' קרני ראם וכ"פ הרמב"ם:

סימן רסג

סעיף א'. אם היה חכם או זקן מכובד. כן דעת הרמב"ם. אבל הריטב"א כתב דוקא מפני כבוד התורה אבל זקן או מכובד בעלמא או יחזיר או ישלם דמיה וכ"נ דעת הרא"ש שכתב דאסור לזלזל בכבוד תורתו וכ"כ הרמב"ם בפיה"מ.

ובזה היה א"ל בקושית הב"י בש"ם אמר רבא כל שבשלו כו' דמאי קמ"ל מתניתין הוא. די"ל דמתני' מיירי בכבוד התורה וקמ"ל רבא דה"ה בשאר נכבד ועיי' ת"ש ברא"ש. והנה התוס' הק' ל"ל קרא דוהתעלמת ת"ל מלאחותו דגדול כבוד הבריות. ולכאורה י"ל דאשמעינן איסורא דאסור לזלזל בכבוד תורתו ואסור להחזיר ומוכת דדעתם כהרמב"ם וי"ל עיי' דרישה. ובתי' הגרע"א מיישב קושית התוס' למ"ש התוס' שבועות דשב וא"ת שאני כמסקנא דש"ס ברכות י"ט י"ל לגירסת הרא"ש אליבא דהרי"ף דרכו להחזיר בשדה כו' מבואר דבנטלו בשדה להוליכו עד העיר יכול להניחו שם כיון דאין דרכו להחזיר בעיר א"כ י"ל דצריך קרא בכה"ג דהחזירו בשדה כשבא לעיר רשאי להניחו אף דמבטל מצות השבה בקום ועשה. וצ"ע אם זה מיקרי ביטול השבה דהא הרא"ש כתב דל"ד להכישה נתחייב בה דאדרבה הוליכה למקום המשתמרת יותר מבשדה וכתב הט"ז דההשבה שמשדה עד העיר היא מצוה בפ"ע שהיא משתמרת יותר מבשדה בעיר נמצא דלא התחיל כלל בהשבת העיר. שו"ר בס' נ"ח שהביא כמה ראיות דמה שמניח הדבר מידו לא תשיב לביטול מעשה. והנה התוס' שם כתבו בעובדא דריבר"י דאפקרה שלא יכשלו בנ"א בלא תגזול. והק' הפנ"י ליהני מתורת מחילה למש"פ בסי' רמ"א סעי' ג' דמהני באומר שמוחל מה שיטול ואף דמצי לחזור מהני כ"ז שאינו חוזר. ולפמש"כ שם הנתי' דמהני מתורת תפיסה:

ודוקא דידע בתפיסתו כמ"ש בסי' ר"ט י"ל. והמע"ח הק' היאך היה יכול להפקירה הא מעות אינם קונים ורק במשיכה והדברים שדרכם להגביה צריך להגביה וכאן שלא היה לפ"כ מסתמא לא הגביהו והיה א"ל עפ"י מש"כ התוס' דהיה שם עוד שני אנשים דהפקר בעי בפני ג' והם משכו עבורו. אלא דע"כ צ"ל דגם הם היו מכובדים דבלא"ה היו הם חייבים כמ"ש בש"מ בשם הרא"ש. והנכון עפ"י מש"כ המבי"ט מובא בשעמ"ש סי' ר' דאף המוכר יכול להעשות שליח למשוך בשבילו וי"ל דעשה שליח להמוכר שימשוך בשבילו וברי"ף ורא"ש לא גרסי פעם ב' ואפקרה וכתב הה"מ משום דאי הוי אפקריה גם בפעם הב' סתם לא הוי יכול לומר לדידך לא אפקרינהו. אבל הריטב"א כתב אע"ג דאפקר

סתם יכול להתנות כיון דעד ג' ימים יכול לחזור בו כ"ז שלא החזיקו בו וכתב כן בשם התוס' ומזה ראיה להקצוה"ח לק' סי' רע"ג ס"ק ג' בדברי התוס' נדרים דל"ש קרקע ול"ש מטלטלין דלא כהחוו"י. אלא מש"כ הקצוה"ח על החוו"י שכתב דלא בעי במטלטלין הפקר בפני ג' ודחהו מתוס' פסחים ע"ש היה לו להק' מתוס' שלפנינו דמפורש דאף במטלטלין בעי ג': סעיף ב'. שהרי התחיל במצוה. וכן דקדקו מרש"י דה"ה בכלים. והנה השעהמ"ל סופ"ג מגזילה הק' על רש"י שכתב אם הכישה הכאה אחת להשיבה וכ"כ הטור ומשמע דדוקא דהכישה להשיבה נתחייב בה ומסוגיא דהמוכר את הספינה משמע דאפי' לא נטל הצלוחית כדי להחזירה אלא למוד בה לבעה"ב אפ"ה חייב מטעמא דרבה ותלמודא לא דחי אלא מטעמא אחריני. ולכאורה גם מסוגיין משמע דאפי' שלא ע"מ להשיבה דפשטות עובדא דאביי דשדא בהו קלא משמע שלא במתכוין. אלא די"ל דבבע"ח ל"ב להשיבה דאנקטה נגרי ברייתא ונמשך היזק לבעליה ורש"י לא כתב כן אלא בכלים דכל הטעם הוא משום דהתחיל במצוה לכך בעינן דיתחיל להשיבה. ועיקר הוכחתו יש לדחות דאולי הכונה למעוטי כגון שהבריחה מנזקין שרצתה להזיק דבכה"ג נראה דאינו חייב ועיי' ב"י. שוב ראיתי בט"ז שכתב אפי' לא התחיל דרך השבה רק כמתעסק בעלמא כעובדא דאביי ג"כ חייב ולמש"כ י"ל:

סימן רסד

סעיף א' שאבידתו קודמת כו'. בתפא"י משניות כתב דדוקא ששני אבידות היו שוות [ועיי' מקנה קדושין ל"ז ע"א ד"ה שאלו] אבל מצאתי בשמ"ק ב"ק ד' קט"ז משמע להיפוך שכ"כ במתני' זה בא בחביתו כו' אין לו אלא שכרו דמצי למימר בעל הדבש אתה משום מצוה נתכונת ולפמשה"ד עשיתו שהרי שנינו אבידתו ואבידת חבירו שלו קודמת ושכר מצוה בהאי עלמא ליכא אבל אם הודיעו שלא רצה לעשות לפמשה"ד אלא יקוב הדין את ההר ואבידתו קודמת חייב ליתן לו דמי יינו. הרי דשלו קודמת אף באינם שווים. ובזה מובן מש"כ שם עוד וא"ת אם התנה עמו פשיטא צריכא למימר דתנאי ממון קיים י"ל דהא קמ"ל דאבידתו ואבידת חבירו שלו קודמת. והכל קשה דהא זה אשמעינן מתני' דכאן. אלא דמכאן לא הוי ידעינן אלא בשניהם שוות ואשמעינן הכא אף בשלו מועט וחבירו מרובה ג"כ שלו קודם וכ"נ מהרא"ש שם. והנה בתוס' קדושין וב"מ חקרו בהיה לפניו אבידתו ואבידת רבו וכיבוד אביו וכתבו דשלו קודם. ופלא ראיתי בס' מדרש תלפיות שכתב בשם רב אחד להסתפק בזה והעלה דכל כה"ג פטור משניהם ולא הביא דברי התוס' ועיי' מקנה קדושין ל"ב מש"כ בזה. ובהג' יעבץ שם:

סמ"ע ס"ק ה'. אבל אם אביו שוכר כו'. וכ"כ הש"ך ותמיה ראיתי בתי' הגרע"א יור"ד סי' רמ"ב סעי' ל"ד שמביא כן בשם הס"ת ומהב"ש שנסתפק בזה ולא הזכיר דפסקו כן הסמ"ע וש"ך להלכה. ובס' ת"ד שם חקר בהיה רבו גם רבו של אביו והנה המע"ח פשיטא ליה דכה"ג אביו קודם. ומש"כ המסג"ה דשוכר גם קודם לאביו מה"ט עיי' עטרת צבי מש"כ בזה:

סעיף ג'. ואם א"ל אציל את שלך כו'. אינו מבואר אם צריך שיאמר לו הן או די בשתיקה. ובש"מ כתב דודאי צריך שיאמר הן ואי קמי בית דינא אמר הכי אע"ג דאישתיק זכה בדמיו דשתיקה בב"ד כהודאה דמיא. ואולי זה כונת הסמ"ע ס"ק ח' שכתב דאפילו היה שם חבירו ולא התנה עמו כו' ודחהו הט"ז דהיאך ב"ד ירשוהו בשל אחר. ואולי כונת הסמ"ע דבעל הדבש היה שם ושתק ומהני שתיקתו בב"ד:

סעיף ד' בהגה וכן שנים שנתפסו כו' מ"מ חייב ליתן לו כו'. אינו מבואר אם צריך הפודה לברר בעדים כמה הוציא או סגי בשבועה או דנוטל בלא שבועה. וראיתי בשו"ת פורת יוסף מובא לשון המהרי"ו דא"צ עדים רק שבועה. שוב נזכרתי שכן מובא בש"ך יור"ד סוס"י רנ"ב והחילוק לבין הא דסי' רס"ז סעי' כ"ו. כ"ז כבר מבואר באחרונים. ומש"כ הפת"ש ס"ק ג' בשם תשו' ב"י לתמוה מב"ב. מדוע לא הביא חילוק הנתי' סי' קע"ח ס"ק ג' שהוא כלל גדול בדינים האלו. ומש"כ בשם הפרי תבואה. הנה בגוף התשו' מביא ראיה מתוס' ב"מ קי"ב ד"ה קציצה דלא ס"ל כרשב"א המובא בהגה מדכתבו ואי"ל כו' דא"נ במגו דאי בעי כופר הכל. ולכה"פ יש לו שכר כהפחות שבשכירות וע"כ דלא ס"ל כן. אבל עיי' מש"כ בדבריהם התומים סי' פ"ט ס"ק ח' י"ל. עוד כתב ראיה מהמקיף את חבירו כו' דפריך בש"ס ב"ק כ' ש"מ זה נהנה וזה לא חסר חייב לימא דירד לכתחילה גם אדעתיה להרמ"א. הנה לחילוק הנתי' סי' קע"ח אין שם ראיה. והנה לעיל סי' ע"ג סעי' י"ת פסק המחבר שאינו נותן לו הלוה שכר טרחו. והק' שם המקצוע בתורה מ"ש מכאן. ולמש"כ הנתי' כאן בכלל דין זה א"ש דל"ד לשם. וגם י"ל במש"כ שם השעמ"ש דאם ירד לכתחילה ע"ד שניהם נותן גם חצי טרחתו. ולפמש"כ הפת"ש ס"ק ד' בשם הב"י דבמוחה לכו"ע א"צ ליתן הא שם גלי הלוה דעתו דאינו רוצה בזה.

ומש"כ הסמ"ע ס"ק י"ב דאף אם התנה עמו כו' וכתב הנתי' דאישתמיט ליה כל הראשונים המובא בש"מ דפסקו כרמ"א. הנה בש"מ איתא דר"ת ומאירי פסקו דנותן לו כל דמי חמורו רק דמנכה לו מן הטורח שהיה לו לטרוח יותר מזה זולת הרמ"ך כתב כהרמ"א דאינו משלם לו. וכתב הרמ"ה שם דכ"ז דוקא כשלא הציל כלל דלא עביד

שליחותיה אבל הציל ומת ביבשה או אבד נותן לו שכרו משלם ועיי' מש"כ בזה בסי' של"ה: סמ"ע ס"ק י"ט. ואין עליו לבטל ממלאכתו כו':
ותמה עליו המחנ"א ה' שכירות סי' ט"ו דהשבת אבידה יוכיח שאעפ"י שדרכן לחת שכר להוליכן ממקום למקום עכ"ז כיון דהשתא מצוה קעביד לא מצי ליטול עליה שכר. ופשוט דכונת הסמ"ע לחלק בין ביטול מלאכה הניכרת שעומד לכך תמיד למלאכה שאינו עומד לכך תמיד אלא היה יכול להרויח והחילוק ק"ל ועיי' פרישה:
סמ"ע ס"ק כ'. ואפשר שהיה עולה במצודתו כו'. הקצוה"ח השיגו מהרא"ש לפי הבנת המע"מ בדבריו. כפי הנראה לא ראה בדרישה שכתב בהבנת דברי הרא"ש דלא כהמע"מ וגם מהרמ"ה בשמ"ק משמע כהסמ"ע. וגם מש"כ לחדש דנשבע מהני. לכאורה כיון דהוא בורח הוי כנדרי אונסין עיי' יור"ד סי' רל"ו סעי' א' וסעי' י"ד. שוב ראיתי בנתי' סי' פ"א עמד בזה. וי"ל למש"כ המהרי"ק שורש קס"ו דמניעת טובה ל"ח אונס והרבה י"ל בזה: סעיף ח'. אבל אם נתן כו'. המאירי בש"מ ב"ק כתב דהוא מחלוקת הפוס' וי"א אפי' הקדימו תובעו אח"כ לדין. והגר"א רמז להא דסי' פ"א סעי' כ"ו. ולפי"ז הראב"ד המובא שם בש"ך הוא מהחולקין לפי מש"כ הב"י סי' ל"ב המובא בש"ך שם. ולמש"כ התומים שם אם יתפוס אח"כ יכול לומר משטה הייתי בך. וא"כ ה"ה אם נתן שטר עליו דל"מ לטעון משטה כמ"ש שם סעי' י"ז בנד"ד נמי א"י לטעון משטה ועיי' פת"ש וצ"ע. והנה ביור"ד סוס"י של"ו בהגה כתב ואעפ"י שיש מצוה עליו כו' וכתב הגר"א מקורו מקדושין ח' ע"ב כלב רץ אחריה כו' ומביא מהר"ן חילוק אחר. ולכאורה לחילוק הר"ן דשאני הצלת הגוף אם אין רופא אחר או אין שם רופא מובהק כמוהו א"צ ליתן לו כפי שהתנה דחו הוי מצוה דרמי עליה לחוד. וכן מצאתי ברדב"ז ח"ג סי' תקנ"ו. ובזה נ"ל להעיר במש"כ שם בהגה סוס"י של"ה ניחום אבלים קודם לבקור חולים והוא מהכל בו. והוא תמוה מאוד דהא כל שאינו מבקר החולה כאילו שופך דמים כמ"ש בנדרים. וראיתי בס' ח"ד שם שכתב דמיירי בבא רק לבקש רחמים אבל בבא לפקחו לכבד:
ולרבץ בק"ח קודם. וגם זה אינו מספיק דהא בש"ס אמרו דכל שאינו מבקש רחמים גורם לו שימות. עד שמצאתי בפירוש הרדב"ז על הרמב"ם פי"ד מאבל שכתב על דברי הרמב"ם מקור הגה זו וז"ל אם לא שאמרו רבינו הייתי אומר איפכא דבקו"ח קודם שיש בו כאילו שופך דמים דאמר רב דימי כל המבקר את החולה גורם לו שיחיה ונחמת אבלים לית ביה חד מהני ואינו מובא באחרונים. ואגב ראיתי במחבר שם בחולי מעים אין האיש משמש את האשה אבל האשה משמשת את האיש. הנה ראיתי בשו"ת הרדב"ז ח"ג סי' תקנ"ד שנשאל בחולי מעיים שהיתה א"א משמשת אותו ומכנסת ידה במקום

סתריו. והשיב דאיסור גמור הוא ויש בו משום לא תקרבו לגלות ערוה ואפי' לשמשו לבד אסור דתניא באבל רבתא האיש כורך ומקשר את האיש ולא האשה והאשה כורכת ומקשרת את האיש ואת האשה הרי לך בהדיא דלא התירו לאשה אלא לכרוך ולקשר אבל לא תשמיש אחר. והוא פלא דלא מצינו גירסא זאת בראשונים. וגם מה דמפרש דוקא כורכת ומקשרת משמע אבל לא משמשת. נראה דמפרש הברייתא דקאי הכל על חולי והראשונים פירשו דכורכת קאי על מת וצע"ג:

והנה הקצוה"ח ס"ק ד' כתב דאם הבטיח ליתן שכרו לעני מחויב ליתן כל מה שפסק ע"ש. והנה אף כי כן כתב המקנה קדושין נ"ט דאפי' היכא דלא היה מחויב ללמוד מיקרי נדר ע"ש. אבל בשו"ת ב"ש חו"מ סי' י"ז הוכיח מתוס' קדושין כ"ט ד"ה משכו לפי תירוצם הב' דבלא נתכוין לוותר לא אמרי' אמל"ג כמסירתו להדיוט. אף דבזה יש לפקפק דבירושלמי קדושין מבואר דאמרי' גם בזה אמל"ג כמסירה להדיוט ע"ש בסוף הל' ו' בפ"ק. ועיי' בשו"ת מהרש"ם ח"א סי' ל"ח מש"כ בזה וי"ל:

סימן רסה

או בפני ב"ד. והעלה בהג' תכ"ש דדוקא מומחין. ולא משמע כן מדברי רש"י שכ' ג' אנשים משמע סתם אנשים. שו"ר בפנ"י שכתב ג"כ דסגי בהדיוטות. ובזה נ"ל להעיר בנדרים ל"ז דפריך הש"ס מקרא מ"ט לא ילמדנו כו' הא קמ"ל כו'. והק' בתי' הרשב"א עדיין למה לא ילמדנו מקרא ותפול השכר להקדש וכמו באבידה לעיל ל"ג. וראיתי בשו"ת נ"ל שתמה ע"ז דלכאורה תמוה הא דאמרי' תפול ההנאה להקדש דלפי"ז נתיר ג"כ שיהנה המדיר להמודר בכל דבר והמודר יפול ההנאה להקדש. וע"כ דרק בהשבת אבידה התירו כן משום דבעיקר השבה מידעם דנפשיה קא מהדר ליה וגם אינו רשאי ליטול שכר על השבה ומה שנוטל כפ"ב לדעת כמה מהראשונים אינו על שכר השבה כלל כ"א שיושב בטל וכמ"ש הסמ"ע כאן וע"כ בזה שפיר מותר להחזיר לו אבידה עכ"פ ואם הוא גברא יקרנא שאינו חפץ לקבל שכר בטלתו ונמצא דהמודר מיתהני ממילא ממנו בזה סגי במה שמוציא מתח"י ונותן להקדש. אבל במקום שנוטלים שכר על המקרא הרי בזה גופא שמלמדהו הרי קא מהני ליה בידים שעל דבר זה עצמו נוטלין שכר פיסוק טעמים או שכר שימור בזה ל"ש לומר שיפול ההנאה להקדש וכמו שלא התירו לתת לו דבר ויפול ההנאה להקדש ורק זבינא דרמי על אפיה מותר לו לקנות ממנו שיתן לידו מחירו או למק"א. אבל דברי הרשב"א נכונים שכבר כתב שם ד' ל"ג ד"ה ה"ג וז"ל דנהי דחזרה מותרת דבמצוה קעסיק כו' וכן שם בדיבור הסמוך כתב וז"ל ואף מחזיר לו אבידתו אעפ"י שההנאה באה מזה לזה ממש משום דחשבינן ליה כמתעסק בדנפשיה

ונמצא זה נהנה ממילא. ועוד דלא חשבינן ליה כמהנה דכיון שיש מצוה בדבר הרבה אנשים יש שיחזירו ואם לא יחזיר זה יבא אחר ויחזיר כו'. הרי מטעם הש"ס לחוד מידעם דנפשיה כו' לא סגי אלא עיקרו משום דמצוה קא עביד ומתעסק בדנפשיה וההנאה באה ממילא וא"כ בלימוד נמי יפה הק' דאף דההנאה באה ממילא עכ"ז הא מצוה קא עביד ואם לא ילמדנו זה ילמדנו אחר ושכרו יפול להקדש:

סימן רסו

סמ"ע ס"ק ב'. ולפי' הרמב"ם נראה כו'. הא רש"י גופא בפי' התורה פירש כהתרגום והכל הולך אל כונה אחת על עכו"ם עיי' פירוש התו"ה שם: סעיף ד'. וזוכה בעורו. הפוס' השמיטו מש"כ התוס' שאפי' אחר מיתתה זכה בעורו ועיי' מהרשד"ם חיור"ד סי' רל"ב מש"כ בזה:

סעיף ה'. ה"ז לא ישמע לו. עיי' ט"ז מש"כ להלכה. ויש שהק' דפטור מריפתא לעניא הא צדקה עשה ול"ת ולא ראו מש"כ הט"ז כאן. והנה הנמוק"י הק' ת"ל דלאו בעידנא הוא. ואולי באבידת קרקע כסוס"י רנ"ט דמקיים תיכף בנותן צרור ועיי' חירע"א כמה נ"מ וי"ל:

סימן רסז

ש"ך ס"ק א'. עיי' בתוס' כו'. והק' הנתי' הא תחילתו בפשיעה לענין אבידה. וקשה כן רק לרש"י שם שפירש דבבע"ח הוי פשיעה. אבל התוס' שם דלא מפרש כן הוי כמ"ש התוס' ב"מ צ"ג דתחילתו כעין גו"א וסופו באונס פטור ולזה רמז הש"ך ביש"ש דשם מבואר היטב כ"ז:

סעיף ג'. ובזמן שיש אנשים כו'. נתכוין למש"כ הטור דבמקום שאין לחוש לזה חייב להכריז וכתב הב"י דפשוט הוא. וכ"מ לשון הרמב"ם שכתב ואמרו דמשמע דרק גזירה זמנית היתה ולא בכל זמן ומקום. והנה התוס' סתמו וכתבו לשכיניו ומיודעיו. והרמ"ך בש"מ כתב של מקום שנמצאת האבידה. ואולי טעמם דליכא לפרש כן דהא כל עיקר הוא משום שלא יהא פירסום ויתודע למלך ואם יודיע לשכני מקום האבידה אולי הם יודיעו למלך ע"כ פשוט דשכיני מגורי סביבו ומיודעיו אשר יודע בהם דלא יגלו לכל. וכ"מ לשון הש"ס שכיניו ומיודעיו ובמתני' רק שכיניו וע"ז מפרשי שפיר בש"ס שכיני מקום שנמצאת האבידה:

סמ"ע ס"ק י'. או שהוא צ"מ כי'. ואבוה דר"פ כ"ח ע"ב צ"ל דלאו צ"מ הוי. והנה התומים סי' כ"ט מביא דברי הריטב"א שהק' בעובדא דר"פ ת"ל דתוכד"ד הוי ויכולים לחזור ותירץ דמחמת אימתו הדרי בהו והק' השעמ"ש מד' ל"ג בכתובות מתקיף לה אביי ונתרו

בהו תוכד"ד ופירש"י דיכולים לחזור ולהריטב"א דילמא מחמת יראת ההתראה הדרי בהו וכן מסנהדרין ל"ב ח"צ אלא חסמינן להו ע"ש ברש"י ותוס' ומאי קושיא הא אף תוכד"ד לא מהני החזרה כיון די"ל דמחמת אימה חזרו בהו. וי"ל בכונת הריטב"א דזה פשוט דמחמת אימה לא יעידו שקר ובש"ס תרתי לא עבדי כתב שם הריטב"א דל"ח להעיד שקר בשביל אימה אלא דאנו חוששין דלאחר שאיים עליהם בקול אנא רמאה אנא מחמת ראותם גודל אמיץ נפשו אמדו אילו ידע בעצמו שום חשש רמאות לא היה אמיץ כ"כ בנפשו אולי יכחשוהו ויראו אותו רמאותו על פניו ומחמת זה סמכו והעידו. והריטב"א לא כתב סתם מחמת אימה וכ"כ אבל הכא שחזרו מחמת אימתו של זה שאמר להם אנא רמאה אנא וכמש"כ: סעיף ח'. באו שנים כו'. ואם אחד נתן סימנים אמצעים ואחד סימנים מובהקים לדידן דמה"ת סגי בסימן אמצעי עיי' שמ"ק מחלוקת בזה. והנה להראב"ד שכתב לתרץ קושית הקדמונים בש"ס דאמרו ולא אמר סימנים מובהקים דידה דהא לדידן סגי בסימן אמצעי. ותירץ דע"כ לא אמרי' דסגי בסימן אמצעי אלא כשאין בה סימן מובהק אבל ביש בה סימן מובהק לא מהדרינן בסימן אמצעי דאמרי' דאי איתא דדידיה היא הוי ידע האי סימנא. א"כ לדידיה בכה"ג דלעיל מיגרעי סימנא דאמצעי. אבל נראה כמש"כ הגרצ"ה אורינשטיין בישועי"ק אור"ח סי' תרמ"ח דהראב"ד לא כתב כן רק לדידן דקיי"ל סימנים דרבנן ואין זה בירור גמור דהוא שלו רק מתורת אומדנא וכשיש אומדנא אחרת כנגדה דלא ידע סימניה מובהקים איתרע טענתן. אבל אי נימא סימנים דאורייתא ולכמה פוסקים מהני אף להוציא ממון לא מהני אומדנא לגרוע כחו דסימנים. אף דעיקר שהכריחו לחלק כן הוא מה שהק' קושיא חמורה לדעת הראב"ד מגיטין כ"ז ר"א ספוקי מספקא ליה סימנים דאורייתא או דרבנן ולכך הוצרך לומר נקב יש בצד אות פלונית דהוי סימן מובהק ומשמע דאי סימנים דאורייתא לא הוי צריך סימן מובהק. ולהראב"ד כיון דיש סימן מובהק מיגרע גרע ולעולם בל"ז הוי סגי בסימן אמצעי. ולכך חילק דאי דאורייתא גם הראב"ד מודה דלא מיגרע בזה. לכאורה י"ל דאין סברא לומר דמשום שלא ידע סימן דנקב בצד אות פלונית יגרע בזה דבאמת אין דרך בנ"א לדקדק בזה אף דהוי שלו. וי"ל דהראב"ד לא כתב כן אלא בסימנים שדרך בנ"א לדקדק בהם כשהם שלו וכשלא ידע בהם מיגרע גרע וסימן דלא הוי שלו. וגם בל"ז לק"מ בפשוטו דכ"ז כשהבעלים עצמם לא:

ידעו הסימן בזה י"ל דהוי ריעותא אבל בשליח שלא היה בידו אלא זמן קצרה לא הוי ריעותא. והנה בקצוה"ח כאן ובסי' רצ"ז האריך בסימנים אי מהני להוציא ומביא סוגיא

דב"ב קכ"ח ודחה משם. אבל בש"מ שם מביא ראשונים דדייקי משם דסימנים מובהקים מהני אף להוציא ועיי' פרמ"ג יור"ד בקונטרס סימנים וטב"ע דברים נחמדים בזה:
ש"ך ס"ק ו'. ולפע"ד כו'. הד"מ מפרש דע"כ הא קמ"ל הג"מ דאל"כ הא ש"ס מפורש הוא. ומש"כ דלא ה"ל לידע כו' היינו כגון כלי חדשה שלא ידע בו סימן ועדים מעידים שלקחה ומכירים אותה כשהיתה ביד המוכר ופשוט. וראיתי בערוך השולחן שכתב דאחד אומר סימנים מובהקים והב' סימנים אמצעים ינתן להנותן סימנים מובהקים אפי' אי סימנים דאורייתא. אבל בשמ"ק מבואר להיפוך דלמ"ד סימנים דאורייתא שוים הם ויניח. שוב ראיתי בפת"ש בשם הגרע"א שנסתפק בזה:
סעיף י' בהגה. צריך לישבע כו'. הט"ז הק' מאי קמ"ל. ועיי' ש"ש שמעתתא ו' פ' ג' ד' הוכיח מכאן דע"א א"נ אף בליכא חזקת ממון וי"ל דהיינו דקמ"ל. שו"ר בשו"ת פורת יוסף מביא כן בשם השעמ"ש סי' ל"ג ודחהו מתוס' ב"מ קט"ז דכל ממון המוטל בספק חשיב כאילו שניהם מוחזקין בו ומש"כ ראיה מריש ב"מ מה לע"א שכן אינו בהזמה והא משכח"ל בהזמה במקום דליכא חזק"מ. י"ל דהא תיקשי ג"כ למש"כ הקצוה"ח סוס"י ל"ח דבמשואיל"מ ע"י ע"א ישנו בהזמה וכן למש"כ השעמ"ש בשם הש"ג סנהדרין בטוען הנתבע א"י והתובע יש לו ע"א והנתבע מאמין להעד הוי עד א"כ משכח"ל הזמה בכה"ג ואף די"ל דזה אינו מחשיבות העד אלא מכח הנתבע דהוי משואיל"מ וכ"כ המע"ח עכ"ז קשה ממש"כ התשב"ץ ת"א סי' פ"ד דבמילתא דעבידא לגלויי נאמן עד אחד גם בממון ומשכח"ל הזמה גם בכה"ג ועיי' סנהדרין ל' מובא לעיל סי' רנ"ה סעי' י"ט ומש"כ בחי' הר"ן שם מובא גם בש"ש שם:
סעיף י"ב. שמדת רחבה כו'. לשון הטור כשהיתה ביד הבעלים. ועפי"ז העלה הסמ"ע ובפרישה פירוש חדש דלא כרש"י ורמב"ם. ול"י שום משמעות לזה דהא גם רש"י כתב אם ראה אותה ביד הבעלים שיערה כשהיה בעלה מכוסה בה ועד"ז כונת הטור ר"ל ברשות הבעלים כשהיתה בידם ולא ביד ממש כמ"ש הסמ"ע. ופשוט דמדת רחבו מתוך שהוא מועט יכול לשער אותו ומדת ארכו שהוא גדול לא יוכל לשער וכ"פ הר"י בשמ"ק וזה דעת הפוס' שלא חילקו בזה"ז כמ"ש הש"ך דלפי' זה ל"ש אף בזה"ז. וצ"ע בחייטים אומנים המשערים מדה המכוון בראיית עינם אי זה הוי סימן:
סעיף י"ד בהגה. אחד אמר כו'. עיי' סמ"ע ובהגר"א. אולי חידש אף ששמע מה שכנגדו אומר מדת ארכו ורחבו הו"א שעפי"ז שיער המשקל:

סעיף י"ח. נזדמנו אורחים כו' אפי' לצרכה. לחומרא כמ"ש הרא"ש. ויש שכתבו מטעם ודאי דנפשטה מסוגיא דפסחים כ"ה ע"ב דכל הסוגיא שם הוא לר"י וכן הבעיא דב"מ הוא לר"י דדשא"מ אסור ולר"ש דמותר נפשטה הבעיא.

ומה שיש לעיי' בזה ממש"כ הנתי' סי' צ"ז לדון מזה עיי' נחל יצחק שם ועוד כתבו המחברים בזה ואכ"מ. והנה המחבר כתב ואפי' לצרכה מלשון הרמב"ם והק' הלח"מ פי"ג מגו"א הא בגמ' לא דחי שאני החם כו' אלא כשהוא לצורכו ולצורכה אבל מנ"ל לצורכה לבד דסגי הך טעמא. וכתב לתרץ דטעמא דגנבי טעמא מעליא הוא וא"כ אפי' לצורכה לבד פשיטא דאסור מה"ת. ול"י למה הזכיר טעם זה לחוד ולא טעמא דעינא דמשום זה אסור. ופשוט די"ל בש"ס דאמר דמיקלא קלי לה ופרש"י דבשטיחה זו הוא שורפה. ולמה הוסיפו דמיקלא כו' דמיותר הוא. אלא דבתוס' פירשו דטעם הספק כאן בצורכו וצורכה הוא משום שמא יניחנה שטוחה. נמצא דבעת השטיחה לא היה עוד ההיזק מזומן רק אח"כ וע"ז מחלק דבאורחים מיקלא קלי לה מיד בהתחלת השטיחה דנותנים עין עליה. ומש"כ הט"ז לדחות דברי הסמ"ע מהתוס' גם הסמ"ע ראה חילוק התוס' ומביאו בפרישה ובסמ"ע כתב חילוק מדעתו והרבה חילוקים נאמרו בזה בראשונים מובא בש"מ וכולם מפרשים הספק כאן משום גרם היזק ודלא כמ"ש המע"ח משום זה נהנה וזה ל"ת. ומה שהק' לפי' התוס' מהפשיטות דהכניסה לרבקה ומאי פסידא שייך שם. גם שם פי' הרא"ש בש"מ להס"ד דחיישינן שמא ישהה אותה לדוש אחר שתיפסוק מלינק. והנה הריטב"א מחלק דבכלי א"א לצורכה בלי צורכו דהא משתמש בגויה אבל גבי טלית אפשר לצורכה בלי צורכו ולכך איבעי לו. ויש שהק' לפירוש זה מסוגיא דפסחים כ"ו ע"ב ברש"י ד"ה נזדמנו אלמא דחשיב ליה א"א. ולק"מ דבהאי גונא דמשתמש בה עכשיו שהאורחים בביתו א"א שלא יהנה ואף דיכול לעשות לצורכה באו"א שלא יהנה עכ"ז מיחשיב א"א כדמוכח בסוגיין שם. והב"ח כתב חילוק התוס' מדנפשיה ודייק כן מהרא"ש ולא הביא שכ"כ התוס'. ומש"כ המחבר שמא תגנב הוא מלשון הרמב"ם עיי' בהגר"א. והיה א"ל בטעם הרמב"ם שהשמיט טעם דעינא כדרכו שמשמיט בכ"מ דברים הסגוליים כמ"ש המפ' בדעתו. אבל בטור ושו"ע א"א לומר כן. ולכאורה י"ל דטעם הב' משום גנבי מחמיר דלטעם דעינא אינה אלא בפנים חדשות שלא ראו עוד הבגד מעולם כידוע מש"כ הטבעיים בזה ולטעם דגנבי אסור בכ"ג. ובזה י"ל בהא דספרים בסעי' שאח"ז אבל קורין כו' דלטעם דגנבי ניחא דישמרנו אבל לטעם דעינא קשה. ולהנ"ל י"ל דהב' כבר ראה אותו. ובל"ז י"ל בשנים מצאוה יחד ולעינא של המוצא ל"ת כדמוכח כאן: סעיף כ"א. מצא תפילין כו'. ול"ד תפילין אלא ה"ה טלית של

מצוה ועיי' שו"ת הגאונים סי' שע"ו. והנה בש"ס תפילין בי בר חבו משכח שכיחי ספרים ל"ש ומשמע דאי הוי שכיחי הוי מזבין. ולכאורה לפמש"פ הרמ"א ביור"ד סי' ר"ע דלקת ס"ת ל"י י"מ כתיבת ס"ת א"כ אפי' שכיחי לזבוני ג"כ לא ניח"ל ואף לשיטת רש"י שם דפסק הגר"א כותיה דיוצא מ"מ בכתב הוי מצוה טפי כמ"ש בט"ז שם. וע"כ דבשאר ספרים קאי ולא בס"ת. מיהו קשה מלשון רמב"ן מובא בסמ"ע וצ"ע. וחכ"א כתב להוכיח מכאן לענין חקירת האחרונים אי יוצאים ידי מצות כתיבת ס"ת בנאבדה הס"ת וא"כ הכא סו"ס א"י ואין ראיה כמש"כ. ואולי ראיה מהא דב"ב מ"ג בני העיר שנגנבה ס"ת כו' וליסתלקו תרי מיני' ולידיינו. ולמאן נאמר דיסתלק ממצות כתיבת ס"ת ולאפקועי א"ע ממנה ואם בנאבדה א"י א"ש דסו"ס נגנבה. וי"ל עפ"י מש"כ האחרונים דבשותפות א"י ואכ"מ. ומש"כ הסמ"ע ס"ק כ"ת לתמוה עיי' היטב בהג' מלא הרועים על הנמוק"י ב"מ שהאריך בזה ובהג' פעולת שכיר מש"כ בזה. ומש"כ הסמ"ע ונראה שה"ה לאבידה כו' מסיום לשון הרמב"ן המובא בנ"י דאדעתא דהכי אושליה משמע דוקא בשאלה ולא באבידה והה"מ לא הביא לשונו וכן כתב הריטב"א כהרמב"ן:

סעיף כ"ב. מיום המציאה. כן הוא לשון הרמב"ם. ובטור כתב מיום השכירות ומסתברא כהרמב"ם עיי' פרישה ולח"מ. ומש"כ הסמ"ע כאן לדייק מלשון הרמב"ם והש"ך דחהו. אבל גם מהרא"ש מוכח כהסמ"ע כמ"ש המע"מ שם ותמיהני על הש"ך שלא הביאו. ומש"כ בענין פירות והרקיבו. הנה המ"מ כתב מקורו מהא דפ' המפקיד ל"ת וע"כ לא נחלקו אלא בפקדון אבל באבידה ל"ש האי טעמא. וצ"ע מ"ט ל"ש ניחא ליה בקב שלו גם באבידה כמ"ש הסמ"ע כאן וי"ל:

סמ"ע ס"ק מ"ב. ואם טען ראיתי כו'. עיי' ט"ז שהשיגו. והנה הרש"ל בחכ"ש גיטין נ"א ע"א כתב ג"כ כהסמ"ע וכתב שכן מוכח בירושלמי. שו"ר בשם הבא"י שמביא כן מהרמב"ן ורשב"א. ועיי' שאילת יעבץ ח"א סי' פ"ו שכתב דמ"מ בנאנסו צריך לישבע ככל השומרים וצ"ע בזה. ומש"כ בפת"ש סוס"ק ב' ומבואר מזה כו'. אולי י"ל בין אבידת גופו דלא ימנע מחמת זה להשבת ממונו דימנע ומש"כ בס"ק ג' אך לענין קב"ח צ"ע כו'. לק' סי' שנ"ו בטור סוסע"י ד' כתב הבדה"ב דצריך קב"ח משום שאינו ידוע בודאי אם כונתו להשיב אבידה היתה משמע דאילו ידעי' בודאי כונתו היה פטור וע"ש בש"ך ס"ק י"א השיג עליו וצ"ע:

סימן רסח

סעיף ב'. הרי אלו קונים לו. עיי' ט"ז. והנה הגרע"א הק' בהא דתנן ובא אחר:

והחזיק בה ליתני ובא אחר בתוך ד"א. ורוצה לומר דנהי דגלי דעתו דאינו רוצה לקנות לעצמו אבל בזה ניחא ליה דאחר לא יקנה ומחוסר הבנה דלמה יתקנו קנין כזה. וראיתי מי שמסביר דבריו עפ"י מש"כ הפתח הבית לחקור בקנין ד"א איך הכונה בקנין זה אי קנין הד"א אינו שיקנה קודם הד"א כדי שיקנה מה שיבא לתוכם אלא הקנין מתחיל בהדבר בשעה שבא הדבר לתוך הד"א ואם טרם שבא הדבר לתוך הד"א בא ג"כ אחר לתוך הד"א שניהם שווים. א"ד הבא תחילה הוא שקנה. ולפי הצד הב' י"ל דנ"מ אצלו במאי דניח"ל שלא יקנה האחר הד"א די"ל דאין מחזיקין מנפילה זו על מציאה אחרת דליכא גילוי דעת דלא ניח"ל בקנין ד"א אלא על מציאה זו ואם יתרמי בשעה זו מציאה אחרת בתוך הד"א אפשר שהדין שיקנה וכיון דנצרך לו הד"א לבדו לזה ממילא לא קני האחר משום ד"א זו שנפל חבירו עליה. ועדיין מחוסר תבלין דלחפץ זה שנפל עליו דהוא לא קנאו יקנה חבירו ומ"ל דניח"ל בזה לענין מציאה אחרת. ואולי י"ל בפשוטו בקושית הגרע"א דכל עיקר התקנה משום אתי לאינצויי ואם נאמר דהוא אינו קונה אף שנפל עליו וחבירו יקנה בלא שום קנין רק בד"א אתי לאינצויי ודוקא כשגם הב' עושה קנין. ועיי' בתי' מהרש"ק בטור שחידש דאם היה חצי החפץ בתוך הד"א וחצי חוץ להד"א ובא אחר והחזיק במה שבחוץ דיחלוקו ומביא ראיה מגיטין ע"ת ועיי' גרש ירחים שם וי"ל: והנה מה נקרא צידי רה"ר לא נתבאר היטב. רש"י כתובות ל"א פירש מהחיפופי לפנים. ובד' פ"ו שם פירש באו"א וע"ש בתוס' ושמ"ק. ובתי' הר"ן שבת ו' בשם הרא"ה כתב דצידי רה"ר הוא ג' או ד' טפחים. וכ"מ מרש"י ותוס' שבת צ"ט. ועיי' שו"ת דברי מלכיאל ח"ד סי' י"א: סעיף ג'. חצירו ש"א כו'. המחנ"א הל' ק"ת סי' ט"ו חקר אם קונה לו חצירו כשהוא ישן. ועיי' פתיחה להנתי' סי' ר' ובשו"ת רע"א החדשות מזה. ולכאורה י"ל מב"ק מ"ט דמשני הב"ע דליתא בחצירו והו"ל לאוקמי בישן והוי חידוש דין וע"כ דגם בישן קנה ועל דברי המחנ"א עיי' מש"כ בזה השדי חמד מערכת הכללים סי' ל"ד מערכת י': ומש"כ בהגה ואם סוחר אחד כו'. עיי' נתי' שהכריח דע"כ מיירי בפסק דמיו ותמוה דז"ל המרדכי מובא בד"מ ואפי' אם אמר המוכר אי מזבנינא הסחורה לדידך מזבנינא והקנה לו לא קני הואיל ולא פסק עמו המעות כו' הרי להדיא דבלא פסק איירי כאן. ומש"כ עוד ואם אח"כ בא סחורה כו'. והק' הט"ז ממש"כ רבינו לעיל סי' ל"א. ע"ש בתומים ס"ק ה' שני חילוקים דל"ד לכאן. ומש"כ המחבר ואמר זכתה לי שדי כו' לפי רוב המפ' שפירשו טעם הרמב"ם נראה דל"ד אמירה בעי אלא התעוררות וגילוי דעתו דניחא ליה במציאה ורודף אחריה עיי' נמוק"י וש"מ. ומש"כ הש"ך ס"ק ו' וה"ה ידו א"ק לו של"מ בכה"ג דיקדק בלשונו בכה"ג כלומר כמו שחצירו אינו קונה לו דבר שאינו רגיל כן ידו א"ק לו

בכה"ג אבל בעיקר קנין ידו אי קונה לו של"מ הא פסק לקמן סי' ער"ה ס"ק ג' להוכיח מפסק הרמב"ם דקונה לו של"מ ועיי' מלמ"ל פי"ג מגזילה וים התלמוד ב"ק כ"ט. והנה בש"ס ב"מ ק"ב כיון דיצא לו שם מציאה בעיר מיבדל בדילי אינשי מיניה והפוסקים השמיטוהו זולת הרא"ש הביאו והב"י עמד בזה. ואולי י"ל לפמש"כ הר"ת בש"מ לפרש דהטעם הוא משום יראת השולטן וא"כ אין זה כלל לכל המקומות. והמע"ח הסביר דיצא שם מציאה בעיר הוי כעני המהפך בחררה:

סימן רסט

סעיף א'. המגביה מציאה לחבירו כו' עיי' סמ"ע והקצוה"ח הסכים עמו משום דדברים שבלב לא הוי דברים. ובנתי' דחהו מטעם דאינם סותרים למה שבפיו ובכה"ג לכו"ע הוי דברים. ובאמת אינו ברור עוד כ"כ דיש בזה מחלוקת הראשונים מובא במחנ"א הל' נדרים סי' ו' ע"ש. ומה שהק' הקצוה"ח בהא דב"ק ק"ב. ע"ש ברשב"א דהוא משום אנן סהדי או משום דדעתו קרובה להם גמר דעתו להקנאה אף להפקיע מהקדש וכחנוני בע"ז:

סעיף ו'. היה רוכב כו'. בטור כתב ראה את המציאה ועיי' תוי"ט. והנה בש"מ הק' במתני' דקתני היה רוכב ליתני ראה ע"ש. וי"ל עפ"י דעת הראב"ד מובא בטור בסי' שלפני זה דמהלך לא תיקנו ד"א וזה דקמ"ל היה רוכב לומר דבזה ל"ק לו הד"א. והנה בהג' הטור כתב על מש"כ הטור דהרא"ש חולק על הראב"ד דלא מצא ברא"ש מזה. והוא מבואר בש"מ ב"מ ט' ע"ב דהרא"ש מביא דעת הראב"ד ודחהו מהלכה וכן נראה דעת תוס' ב"מ ט' וכתובות ל"א כמ"ש ההפלאה. ומש"כ הב"ח ופרישה בדברי הראב"ד בחרש ופקח המובא בטור המעיי' לשונו בש"מ והשגת הרא"ש שם על דבריו יראה שיש לפקפק בדבריהם ויען שהאחרונים האריכו בזה קצרתי:

סימן רע

סעיף ב' בהגה. וה"ה אם הרויחו בסחורה או במלאכה. מיהו חילוק יש דבתו נערה יכול לכופה למעשי ידיה הואיל ויכול למוכרה ועיי' פנ"י כתובות בסוגיין. והנה המאירי בש"מ ב"ק פ"ז כתב יש שואלים בנים הסמוכים על שולחן אביהם מעשי ידיהם למי שמא תאמר הואיל ואין כאן צער הגוף כבחבלה קפיד עליהם כמציאה ושל אב הם או שמא מאחר שיש להם טורח כצער הגוף הוא ואינו מקפיד עליהם. יראה מכאן שהוא של אב ומ"ש מנין שמעשי הבת לאביה לדעת זה א"א לפרשה בסמוכה שאין כן אף בבן אלא כשאינה סמוכה ובהעדפה או בסמוכה ועל חיוב התורה הוא מחזר. ובתוס' שם ד"ה דקתני מבואר דמחולקים בזה שני התירוצים שם. ומש"כ הנתי' להק' משבת

וחולק. פלא הלא כן הק' התוס' שם ד"ה הכא ותירצו כן ובש"ך ס"ק ה' מביא ראיה מפ' השוכר וראיתי בערוך השולחן שכתב דהתם מטעם מחילה. ובאמת מצאתי ראיה זו בשו"ת הרמב"ן סי' ק"ה ותמיה על הש"ך שלא הביאו והתוס' שם ד"ה זכי כתבו להדיא כן אבל הריטב"א שם כתב דהאב הוא במקום אפטרופוס לעיין בנכסיהם אבל לדינא אין שכרם שלו ועיי' שם בשל"ג מזה. ובערוך השולחן מביא מהלבוש שהשמיט הגה זאת וכתב בטעמו דאין ראיה מבעה"ט על מעשי ידיו. ובאמת תמיה הוא דהבעה"ט לא זכר מעשי ידיו אלא סחורה וסחורה יכול להיות דומיא דמציאה כמ"ש המרדכי פ"ב דב"מ מובא בפת"ש כאן וצ"ע. ובזה ראיתי תמיה בפנ"י כתובות ר"פ מציאת האשה שכתב דבן גדול הניזון משל אב מעשי ידיו שלו ולא זכר כלל מהמבוכה בזה. ומה שעמד הסמ"ע ס"ק ג' מהשמטת המחבר ומור"ם דין דאמה עבריה. פשוט הוא דאין אמה עבריה נוהגת בזה"ז כמ"ש הרמב"ם סופ"א מהל' עבדים ובשו"ע יור"ד סי' רס"ז:

סעיף ג' בהנה. וי"א כו'. המפ' נבוכו בפי' דבריו עיי' ב"י וב"ח ופרישה. וסברתו מבואר ברא"ש בש"מ דכשאמר נכש עמי והוליכו ללקוט מציאות הוי כאילו אמר אני חוזר בו שהרי אין זה המלאכה שהושכר לה ולא הוי צריך לומר חוזרני בי אבל בעשה עמו מלאכה סתם והוליכו ללקוט מציאות אם איתא דחזר בו היה לו לפרש כיון דשכרו לסתם מלאכה ועיי' מעיי"ח מש"כ בזה להלכה ובפת"ש לעיל סוס"י קפ"א:

סימן רעא

סמ"ע ס"ק ד'. הא דקנה כולה כו'. אף שדברי הסמ"ע קשים כמ"ש הט"ז וש"ך ואין מקום לחלק בין מונח ע"ג עמוד למונח ע"ג בהמה דעיקר ההוכחה דל"א סברא דהואיל ויכול לנתקו הוא ממתני' כמ"ש הריטב"א דהא כי אמרי אני מצאתיה לא דייקינן בהו איך מצאוה. אבל אף כהג"מ דל"ק אלא מה שתפוס בידו ג"כ קשה מסתימת הרמב"ם דמשמעו בהלכה זו דקנה כל המוסירה. והמע"ח מתרץ עיקר דברי הרמב"ם דקונה מטעם ד' אמות ועיי' מש"כ לעיל סי' רס"ח סעי' ב' בשם הרש"ק וי"ל בזה:

סימן רעב

סעיף א'. הפוגע בחבירו כו'. ואם נוהג מצות פריקה וטעינה גם באדם. הנה החינוך כתב דגם באדם הרובץ תחת משאוי יש בו עשה ול"ת והמגיה כתב דלא ידע מקורו ובמנ"ח העיר מקורו מעובדא דריבר"י בפ"ב דב"מ ולא ראו דכבר נשאל בזה הרשב"א בתשו' מובא ברדב"ז ח"ב סי' תשכ"ח והעיר ג"כ מראיה זו והרדב"ז דחה כל ראיותיו והעלה דאין באדם מצוה זו רק שהוא בכלל גמ"ח ובכלל ואהבת לרעך כמוך ועון גדול הוא אם הניחו והלך לו אבל לא מטעם עשה דפריקה. ומצאתי בשמ"ק ב"ק נ"ד ע"ב שהקשה

על מ"ש שם להנחה הקשתיו ולא לד"א דא"כ פריקה נמי לא תנהוג באדם ובפרק א"מ משמע גבי ההוא דדרי פתכא דאופי דנהגה וי"ל דמדרבנן נהגה והיינו: כהרדב"ז. אלא דמ"ש הרדב"ז דאי כהרשב"א למה לא הזכיר הרמב"ם שהאדם בכלל מצוה זו. הנה בספר המצות להרמב"ם ל"ת מצוה ע"ר כתב דנפרק ממנו עד שיתקן לשאת אותו ולהגביהו ומגביה עמו משאו אם על גבו אם על בהמתו. הרי דעתו דגם באדם נוהג מצוה זו ועיי' יעיר אזן להחיד"א מערכת צ' אות ג':

סמ"ע ס"ק ה'. כ"ז ילפי' כו'. טעם זה ליתא בש"ס ובפי' רש"י בתורה מובא זה מהמכילתא אבל לכהן אמרי' אין עשה דוחה ל"ת ועשה ותו מי דחינן כו'. ואולי נ"מ מטעם זה אף בבית הפרס דרבנן דאינו מטמא לו דל"ג מזקן ואינו לפ"כ וכלל הוא דכל בשלו אינו חוזר וטוען כו' כמ"ש שם בש"ס:

סעיף ד'. שנאמר עזוב תעזב כו'. ובש"ס הוכח תוכיח אפי' ק' פעמים. וכ"פ הרמב"ם פ"ו מדיעות והק' הלח"מ דמתוכיח מרבה אפי' תלמיד לרב ומדוע השמיט רבינו זה. והמגיה במלמ"ל תירץ דס"ל דלאו למימרא דיוכיח התלמיד לרבו כאשר ידבר איש אל רעהו אלא היינו לומר דכשרואה אותו עובר על ד"ת אומר לו למדתנו רבינו כו"כ וזה כתב הרמב"ם פ"ה מת"ח. ולא ראה שכן כתב הריטב"א שם לפרש. אך הלח"מ הק' עוד בדברי הג"מ דמהוכח משמע אפי' מאה פעמים הא אמרי' בעירכין פ"ג הוכיחו ולא קבל מנין שיחזיר ויוכיחו ת"ל תוכיח מ"מ משמע דנפק"ל מתוכיח. ותמוה דהלא כבר הק' כן הרמב"ן והנמוק"י וכתבו דהוכח אפי' ק' פעמים במשמע בשני דברים כגון אם הוכיחו בעבירה אחת ולא קיבל לא יחזור ויוכיחה בה שהרי לא קיבל עליו תוכחה ח"ל תוכיח. עוד פסק שם הרמב"ם דהוכחה עד הכאה. ובקובץ מביא בשם הברכ"י ליישב דברי רבינו שפסק כרב משום דפלוגתתם תליא באי דרשי' טעמא דקרא דאי דרשי' אם בנזיפה שוב לא ישמע ומ"ד עד הכאה סבר דלא דרשי' ואנן פסקינן דלא דרשי'. [וזה אינו מספיק דדעת הרמב"ם בזה אינו ברור עוד עיי' שד"ח מערכת ט' סי' י"ד ט"ו דיעות הפוס' בזה] ולא ראה שכבר עמד בזה בש"מ וכתב דאעפ"י דקיללו וניזפו חזקה דיקבל תוכחה עדיין ומצאתי בהג' חיד"א לס"ת סי' ה' הערה מקור דברי הרמב"ם מזוהר פ' נח ועד כמה יזהר לו עד דימחו ליה הרי כרב:

סעיף ה'. מאימתי יתחייב כו'. הנה הב"ח לעיל רס"י רנ"ט כתב דה"ה גבי אבידה ותמה על הרמב"ם וטור שלא כתבו זה רק גבי פריקה. אבל בש"ס דילן הגירסא ח"ל כי תפגע והגר"א הגיה ת"ל לא תראה וכן הוא בספרי שם ויליף מאבידה ואין ראיה מאבידה על פריקה דאיכא צעב"ח י"ל דמחויב אפי' מרחוק וכן הוא גירסת הרמב"ם והשו"ע וא"ש:

סמ"ע ס"ק י"ח. פי' שהקניטו כו' ועיי' נמוק"י כו'. ונראה כונתו כמ"ש מהנמוק"י לא משמע כן דהא מסיק לשון הרמב"ן דעביד ביה איסורא כדסני לו ומשמע דעל הטוען קאי דעביד איסור בשנאתו לו משנאת חינם. אבל עצם סברת הסמ"ע י"ל אף דכך לי רשע ב"א למקום או ב"א לחבירו אבל אם חטא נגדו בממונו י"ל דיכוף יצרו המתגנב בלבו לשנא אותו משום רשעתו ובאמת אינו שונא לו משום רשעתו אלא מחמת נגיעתו בממונו ועיי' מע"ת מש"כ בזה:

סעיף י"ב. ולעבור מעליו. עיי' פרישה פי' הרמב"ם והראב"ד בזה. והנה לכאורה נראה מירושלמי ב"ק פ"ג הל' ה' מבואר כהראב"ד דז"ל ירושלמי על הך תוספתא מהו רשאין לעבור עליו דרסין עלוי ועברין. אלא שלכאורה פי' הראב"ד חמוה כמש"כ הכ"מ דמה"ת יהו רשאין לעבור עליו. וצ"ל דמיירי כגונא דספינות כגון שהמקום צר ואין דרך לעבור זולת דרך עליו. וכן מצאתי בגליון אלפסי סנהדרין שמפרש כונת הראב"ד עד"ז. ובזה י"ל דאין מחלוקת בינם וגם הרמב"ם מודה לזה. ובאמת פי' הראב"ד צ"ע רב ליישב בדברי התוספתא אם כי עיקר דינו י"ל ע"ד שכתבתי. ומש"כ בנחי"ר בירושלמי שם דהרמב"ם לטעמו דפסק צעב"ח דאורייתא אף שכן כתב הכ"מ בדעת הרמב"ם אבל אינו ברור עוד עיי' מנ"ח מצוה פ' ובמהר"ם שיק שם: סעיף י"ג. אחד טעון ואחד ריקן. צ"ע מ"ט השמיט אחד רכוב ואחד ריקן מובא ברמב"ם וטור. ומש"כ הסמ"ע ס"ק כ"ג בדיוק לשון הטור אינו מדוקדק דרכוב אינה משהה כלל. ובירושלמי כתב בזה"ל אחד ריקן ואחד טעון כו' אחד פרוק ואחד טעון ופרוק ע"כ היינו רכוב וא"ש. ומלשון הירושלמי נראה כמ"ש הט"ז כאן דכל הענין מיירי באופן אחד ע"ש:

סעיף ט"ו. ולפי נפשות. עיי' סמ"ע וכן פירשו כל הפוסי'. אבל בש"מ ראיתי דמפרש דעת רש"י דהיינו לפי נפשות לחוד. וצ"ע דהא רש"י קאי על אף לפי נפשות. ומש"כ הפת"ש בשם האחרונים בפי' לטורפה הנה בש"מ בשם המאירי כתב שני הפי' ודעתו נוטה דאפי' באו על עסקי נפשות אין מחשבין אלא לפי ממון שאינו דומה הבא טעון להבא ריקן שא"א לו לנוס ולהניח אותו וה"ט גבי גייס דיכול למיגר ליתצל והייר אפשר דטעו באורתא ואזלי למקום חיות שא"א לינצל:

סעיף י"ז. מחשבין לפי משאוי כו'. וכתב רש"י אם השליך זה ק' ליטרין זהב ישליך זה ק' ליטרין ברזל וראיתי מי שהק' דאיפכא הול"ל אם השליך זה ברזל ישליך זה כנגדם זהב. ופשוט דהיינו אם צריכין להשליך יותר ממשאוי שני מאות ליטרות וזה שהשליך את הזהב תחילה א"י לומר השלך עוד כשיעור שוי הזהב. ומש"כ הפת"ש בשם הצ"צ והק' עליו מ"ש ע"ש. י"ל דשם הטעם משום דיכול לומר אני רוצה דוקא בייני ע"ש בפרישה

וכאן מיירי בזהב העומדת למסחר דל"ש לומר כן. ונראה דבהקיל אחד כל המשא משלו חייב חבירו לשלם כפי שהיה צריך להטיל ממשאו ול"ד לשופך יינו כדי להציל דבש חבירו דאין לו אלא שכרו בלא התנה כמתני' שם דהתם שאני דממילא היה הדבש נאבד לולא הצלת בעל היין אבל לא היה יכול להאביד הדבש בידים. אבל הכא דהוי מצי מתחילה להטיל של חבירו בידים אחר שהטיל משלו כפי חלקו שפיר חייב גם עתה. ובעמדי בסוף דיני אבידה ראיתי בפי' הרמב"ן עה"ת פ' תצא שכתב ע"פ ואם לא קרוב אליך שאם הוא יודע של מי הוא אלא שהוא בדרך רחוק ממנו אינו חייב בה. ולא פירש כמה הוא דרך רחוק וסתמו הוא כשיעור תחילת השבת אבידה דהיינו שבעה ומחצה ריס וכ"כ בהקדמת ספר בנין שלמה וצ"ע בדברי הספרי שם ע"ש:

הלכות הפקר:

סימן רעג

סעיף ב'. ההפקר אעפ"י שאינו נדר ה"ה כמו נדר כו'. הנה בדברי הרמב"ם כבר האריכו האחרונים אי כונתו כמו נדר ממש או דהוי מתורת קנין ומדברי הב"י אור"ת מובא בקצוה"ח נראה דהוי מתורת נדר ממש. ולפי"ז צ"ל בהא דאשכחן בכ"מ בש"ס אפקורי מפקר להו אף דלא הוציא בפיו ובנדר ל"מ מחשבה שבלב דמשום אנן סהדי הוא דגלוי לכל ובזה אף דברים שבלב הוי דברים עיי' קצוה"ח סי' י"ב. והקצוה"ח העלה דהפקר הוי שלו ומשום זה מיאן רש"י פסחים בפי' תוס' דביטול משום הפקר. ועדיין א"מ דלרש"י מי ניחא דהא לא עדיף השבתה שבלב מהפקר בפה. ועוד דגם רש"י מודה לתוס' בדינא דהפקר בפה הוי השבתה אלא דאין זה בכלל תשביתו ועיי' מש"כ בזה בשו"ת מהרי"א חיור"ד סי' שמ"א ובשו"ת גן נעול סוף הס' ובשו"ת עין יצחק ח"ב סי' ב':

סעיף ו'. והקטנים כל הקודם והחזיק בהם זכה. הק' בנתי' דבשלמא בגר שמת שנעשה הפקר ממילא ואין להקטן יד לזכות בהפקר דממילא. אבל המפקיר עבדיו דלדעת רש"י שפסק בש"ך סי' רס"ח הפקר הוי דא"מ הא יש להקטן יד לזכות וכן הק' בגט מקושר. ולכאורה היה א"ל עפ"י מש"כ הנו"ב דהפקר לנוכח ל"ב הפקר לכל ובזה מדיוק לשון רש"י שכ' והפקירו לכל הקודם ולמה הוסיף לכל הקודם וי"ל דבמפקיר לכל גם לרש"י לא הוי דא"מ והכא מיירי בהפקיר לשנים לכל מי שיקדים מהם והיה מיושב קושית התוס' עליו. ובספרים היה גירסת ר"י גאון ואפקריה, דמשמעו הפקר לכל ורש"י לא גרס לה ומפרש בהפקר לנכח אלא דמכל הראשונים המובא בש"מ בדעת רש"י ל"מ כן. וי"ל דלא הוי דא"מ כ"א במפקיר רק דבר אחד מנכסיו כמו בזרק ארנקי דהוי כעין מתנה

לדעת רש"י אבל במפקיר כל נכסיו דאין דרך אדם להפקיר כל נכסיו והוי כעין יאוש והסתלקות מנכסיו ואינו:
רוצה בהנאתם ולא איכפת ליה במה שיקרה אותם ואין סברא לומר בזה דהוי דא"מ ואף דהמחבר כתב המפקיר עבדיו י"ל דהפקיר כל נכסיו ובתוכם היו עבדים. ובל"ז לק"מ לפמש"כ הנתי' סי' ר' דבלא נתכוין המוכר להקנות בקנין זה לא הוי ד"א מקנה א"כ נהי דהפקר הוי דא"מ מ"מ הא אינו מכוין בשעת קנין שעושה הזוכה שיזכה בהקנין שעושה ומשו"ה קטנים דלאו בני כונה נינהו לא קנו עצמן:
סמ"ע ס"ק י"ד. דילפי' משמיטה כו'. אף דהפירות הוי הפקר לעולם אבל בש"ס שם משמע דארעא ג"כ אפקר וזה רק לשנה זו ועיי' הג' רש"ש שם. ומשמע דלא הוי זכיה רק עד הזמן ועיי' תשו' רע"א סי' קמ"ה מש"כ בזה:
סעיף י"ג. הלוקח דגים כו'. הנה הקצוה"ח כאן מביא דברי רבינו משולם בתוס' קדושין כו' והשגת הרשב"א עליו בהא דמשני שם בש"ס על הא דפריך פיל לר"ש במה יקנה בחבילי זמורות. ופי' ר"מ שעי"ז הפיל מגביה א"ע למעלה והרשב"א הק' עליו אם אינו מגביה ממש כיון שעומד באויר חצירו של מוכר היכי קונה לו לוקח והא קי"ל אויר חצירו כחצירו. וע"ז כתב הקצה"ח ראיה לר"מ מהא דטרוף אקן ומתוס' פ' הגוזל ואף דהוי ברה"ר. ותמיהני מאוד דהא הרשב"א גופא בהשגתו לר"מ מביא הא דטרוף אקן דחולין וכן בחי' ב"ק צ"ח כתב ג"כ כחילוק התוס' שם ומה הוסיף ע"ז הקצוה"ח בראיותיו לר"מ. וע"כ צ"ל דהנה הסמ"ע לעיל רס"י קצ"ז הסביר בטעם קנין הגבהה דקונה בכ"מ משום דכשהוא בידו מביא אותו לרשותו והוי השתנות רשות. נמצא דבמוגבה מכתו ברשות מוכר לא הוי השתנות הרשות במה שמוגבה באויר דאויר של מוכר הוא ובידו א"ש דהיד מפסקת כמ"ש ב"מ ק"ב ע"א דמפסיק כלי והוי אויר שאין סופו לנוח. וכ"ז ברשות מוכר אבל ברה"ר שפיר אף במוגבה מכחו וא"ש להרשב"א הך דחולין די"ל דהיונים פרחו חוץ להקן וכן הא דב"ק צ"ח דהוי ברה"ר. אלא דהקצוה"ח רס"י קצ"ז כתב על דברי הסמ"ע במוגבה מכחו דמהני אף ברשות מוכר וגם שם נמשך לדבריו כאן אבל בדברי הרשב"א י"ל כמש"כ. אבל צל"ע דהא הרשב"א בחי' גיטין ד' ע"ט בהא דמחלק שם בין נמחק דרך עלייה לדרך ירידה כתב ואין להוכיח מכאן בעיא דרבה דאויר שאין סופו לנוח לאו כמונח דמי דשאני דרך עלייה דמיכבד טפי שהוא מתרחק מן ההנחה שהולך כלפי מעלה אבל התם לא מיירי בדרך עלייה. וא"כ מה הק' הרשב"א דהא קיי"ל אויר שסופו לנוח כו' הא כאן דרך עלייה הוא ואף אם נאמר דאין עיקר כונת הרשב"א להק' מצד שסופו לנוח אלא משום דהאמת כן דפיל סופו לנוח אבל אין ה"נ דתקשה אפי' אויר

שאין סופו לנוח אם הוי דבעל החצר דבעיא דלא איפשטא היא עכ"ז קשה דהכא כיון שהוא דרך עלייה עדיף מאין סופו לנוח. ובעיקר החילוק בין דרך עלייה לדרך ירידה ע"כ צ"ל בטעם זה משום דכן טבע כל החומרים לירד למטה ולא הוי כ"כ מכחו אבל התוס' ב"ק צ"ח כתבו גם ביונים היורדים למטה ע"י הכאתו לא הוי הגבהה והיונים כשיורדים הם מתנועעים ע"י כח עצמן שעופפים בכנפיהם ומ"ט לא יחשב הגבהה וכ"ז צל"ע:

סעיף י"ד. הפורס מצודה כו'. וכתב הה"מ דלא תיקנו שיהא בהם גזל בפורס שלא ברשות וק"ו מכליו של לוקח ברשות מוכר. והק' בלח"מ דה"נ נדון ק"ו לשלא יזכה בעל השדה. ותירץ הקצוה"ח דכלי שלא ברשות לא מיקרי כלי אף להפסקה. ודחהו בנתי' מב"מ ק"ב דאם העמיד כלי ברשות חבירו לקבל דבר הפקר דאין אויר חצירו קונה משום דמפסיק כלי. וכתב בס' תב"י דאין ראיה דשם הרי קונה בעל הכלי לפי שתופס הכלי באויר וזה ודאי קונה לו בכ"מ וכדאיתא בגיטין היתה מהלכת ברה"ר וזרק לה לתוך קלתה ה"ז מגורשת ואוקמי' בקלתה תלויה בה ושפיר מפסיק הכלי לפי שהוא קונה בכלי אבל כלי שאינו קונה שפיר אינו מפסיק. ובאמת מצינו מחלוקת הראשונים בזה דהריטב"א ב"מ ק"ב הק' בהא דא"ר אויר שאין סופו לנוח כו' מ"מ הא הוי כלי דלוקח ברשות מוכר. הרי דס"ל דכה"ג נמי ברשות מוכר מיקרי. והרשב"א בחי' גיטין ע"ת כתב דכשהשוכר אוחזו בידו לא מיקרי ברשות מוכר. ובס' ב"ח על ב"מ כתב דתליא במחלוקת רש"י ותוס' כתובות ל"א אי בעי הגבהת ג' טפחים דלרש"י אפי' בידו בעי הגבהת ג"ט ותוס' ס"ל שם דבידו א"צ הגבהת ג"ט. וי"ל דהרשב"א ס"ל כתוס' ושפיר קונה כלי שבידו ברשות מוכר בלי הגבהה. והריטב"א ס"ל כרש"י וא"כ מיד כשנפל לכלי קנה בעל החצר ולא מהני תו הגבהת השוכר אח"כ. והנה אף כי כן משמע ברשב"א חי' כתובות שם שמסכים להתוס' אבל הרשב"א סותר דבריו כמש"כ בסעי' שלפ"ז. ועיי' מחנ"א הל' ק"ח סי' ט'. ואף אם נחלק כן בש"ס דאויר אין בכחו לבטל הכלי אבל מתוס' שם ד"ה ל"צ שהק' לוקמי בגדול וכגון שנתן ידו או בגדו תחת הבצים ולא נתכוין לזכות בבצים אלא עשה כן כדי שלא יזכה בעל השובך אח"כ הרי מפורש מדבריהם דכלי מפסיק אף שלא ברשות לגמרי ובעיקר קושית הלח"מ נראה דאין אנו דנין כאן בין כלי שיש לה תוך לאין לה כיון דהמצודה עושה אותה לצבי שבור ואם ישבור רגל צבי היקנה בזה. ודנין כאן להמצודה אף שיש לה תוך כאילו היתה אבן ושברתו או סכין וחתכתו ולא גרע בזה במה שיש לה תוך. וצ"ע אי משלם לו בעד טרחתו שעל ידו נעשית למציאה שיוכל לזכות אותה:

סימן רעד

בהגה. עשרה תנאים התנה יהושע כו'. הנה הטור האריך בכל פרטי דינים בתקנות האלו ובהרבה מקומות חסר ביאור אמרתי להעיר ולבאר עפ"י הראשונים אף שאינו נוגע לדינא כ"כ ואחלקם לסימנים עפ"י סדר הטור: א) שיהא כל אדם רשאי לרעות בהמתו ביער ודוקא בהמה דקה שאילנותיו גסים אבל בהמה דקה ביער שאילנותיו דקים או גסה ביער גסה לא ואצ"ל בהמה גסה ביער דקה דלא. הנה מש"כ שאילנותיו גסים הוא מפרש"י ורמב"ם. ובש"מ בשם הרר"י מפרש יער גדול ומסובך שאין ההיזק ניכר בו. והוא רחוק דמה לי היזק מרובה או מועט וכי להיזק מועט א"צ לחוש. ועוד מאן מפיס שלא תזיק היזק מרובה. ע"כ פירש"י יותר נכון באופן שבגסה אין היזק כלל. ולפי"ז צ"ל מה דקאמר בש"ס לעיל אין מגדלין בהמה דקה בא"י אבל מגדלין בחורשין ע"כ דלא קאי אלא אדקה דגסה אסור. והגאון בש"מ פירש דקאי גם אגסה ומיירי בחורשים של עצמם ומוכיח מדקתני עלה ואעפ"י שהיה להם חורשים סמוך לבתיהם. אבל רש"י פירש שם שהיו מרעין בהמה דקה שלהם ומשום חורשין ליכא גזל כו' משמע דבחורשין של אחרים היו מרעין ולא גריס בתורשים שלהם כגירסת הגאון. ומה דמסיים הטור ואצ"ל כו'. הק' בפרישה מאי קמ"ל. י"ל משום דהו"א דגסה דתועלתה גדולה כמ"ש בש"ס שאין גוזרין כו' סד"א דשריא בכל אופן משום תועלת העולם ל"ג משום חשש נזק קמ"ל:

ב) ומלקטים קוצים דקים המחוברים בכ"מ אבל התלושים או אפי' המחוברים והם יבשים וכן כל שאר עצים בכל ענין אסור. ובש"ס ובלבד שלא ישרש והרמב"ם מביאה והטור השמיטה וצריך טעם. וי"ל דמפרש בלקוטת ענפים מן ההיזמי ולא על עקירת גוף ההיזמי דאולי ניח"ל בגידולה ולא גרס לה בש"ס וכן צ"ל בטעם הרא"ש שהשמיטה. והנה עוד שם תניא רשב"א אומר תלושין שבהרים בחזקת כל השבטים הן עומדים. וכתב הגאון בש"מ דלפי"ז הא דאמרי' לעיל ולא בתלושין מיירי בתלשו בעל השדה בעצמו והכא מיירי בתלשן הרוח. ומדסתמו הפוס' בזה ע"כ דמפרשי כרש"י דמיירי לענין שעת כיבוש הארץ. ופירוש רש"י מוכרח מסדר הש"ס דמייתי בתר הכי ואין לך כל שבט ושבט כו'. ועוד דאי לענין זכיה מיירי למה דוקא הרים. ודברי הגאון צ"ע דע"כ צ"ל גם לפי פירושו דהא דאמר מחובר מחזקת אותו שבט הוא לשאר דברים ולא להיזמי והיגי דמותר וא"כ בתלושין מיירי נמי בשארי דברים ומה קשיא לו:

ג) ומלקטין עשבין בשדה כל אדם בכל השדות כו'. הנה בש"ס מחלק כאן לזרע כאן לזירין כו' ואב"א כאן לאדם כאן לבהמה והרמב"ם פסק כלישנא בתרא דס"ל דפליגי כמש"כ הלח"מ והטור סובר דלא פליגי. וי"ל עוד דהטור חושש לחומרא ופסק כתרויהו

אבל בשו"ע יור"ד סי' רצ"ז סעי' ט' פסק כהרמב"ם וצ"ע. ובתוס' הק' ת"ל שהוא הפקר כמ"ש במו"ק. וצ"ע דשם משום הפקר ב"ד הוא ועד שלא הפקירו אינו נאסר ובתוספתא פ"ה דכלאים איתא דכלאי זרעים אסורים משום גזל וכ"ב הריטב"א דערלה כלאים יש: לה בעלים מיקרי. ועוד י"ל דתקנת יהושע היתה בראשונה קודם התקנה דשם. שו"ר בב"י סוס"י רע"ג שתמה על הטור שכתב בכלאים דהוי הפקר והא משמע שם דב"ד היו מפקירין והב"ח שם העיר מדברי התוס' שכתבתי:

ד) וקוטמין נטיעה בכ"מ כו' חוץ מבגרופיות של זית. בתוס' פירשו בשם הערוך ענפי זית ובדו"פ כתב דרש"י ותוס' לא פליגי ועיי' רש"א במהדו"ב. אבל בתי' הרשב"א עפ"י הערוך כשהן קטנים קרויין גרופיות ומשמע לפי שהם קטנים אסור לקצוץ מהם דמיפסדי אבל הגאון בש"מ פירש איפכא דהואיל והוא דק חוזר לברייתו. ומש"כ הטור ומאילן חדש שאינו עושה פירות. אף שכן משמע נמי מלשון הרמב"ם. אבל תמוה דאינו מפרש כרש"י ורמ"ה ונמוק"י דקאי אענפים ולכה"פ הו"ל להביאה בלשון מחלוקת כבגרופיות. אך באמת פירוש זה צ"ע דא"כ היינו אובו של אילן לפירוש הא' שברש"י. וע"כ דפי' זה יפרש כאן דקאי על עיקר האילן והמפ' כאן על ענף יפרשו שם מאובו כפי' הב' שברש"י והרמב"ם יש לו דרך אחר בזה עיי' ב"ת ועיי' ירושלמי ב"ב פ"ה הל' א' יש שם שינוי קצת מתלמודינו: ה) מעין היוצא בתחילה בני העיר מסתפקים ממנו וכ"ש מישן שהיה מעולם. והרמב"ם כתב מעיין היוצא בתחילה בני אותה העיר שיצא בגבולם מסתפקין ממנו אעפ"י שאין עיקרו בחלקם ואין לאחרים להסתפק עמהם ממנו. אפשר דפסק כן דבזה יש ליישב קושית התוס' מע"ז מ"ז דאכתי של רבים הם וכ"כ בפ"ד מאיסו"מ והמשתחוה למעיין הנובע בארצו וכתב הכ"מ בשם התוס' דוקא דלא יצא בחוץ והרמב"ם דייק הנובע בארצו. ובעיקר קושית התוס' לכאורה י"ל דבשדותיו זרועות סביבות הבאר ודאי אסור להפסידו ובכזה מיירי שם בע"ז. שו"ר בש"מ הק' באמת מי נתן לו רשות לכנוס להפסידו ודוקא בימים שאדם רשאי לכנוס מתקנת יהושע כדלק'. וא"ל כיון דיש לו חלק בו בשאר הימים שמותר ליכנס אף שעתה מחמת ששדותיו זרועות אסור מיקרי של רבים וא"א אוסר דשא"ש כמ"ש הנקוה"כ. אבל צ"ע במעיין היוצא בחציר שעביד ביה מילי דצניעותא למה יהא מותר ואולי שם בע"ז מיירי ביוצא מחצירו. ומש"כ הרמב"ם ואין לאחרים חלק בו לא נרשם מקורו. ואין לדקדק מדאמר בש"ס בני העיר משמע עיר אחרת לא די"ל אורתא דמילתא נקט. וי"ל דמקורו ממתני' ביצה ל"ט ושל אנשי אותה העיר כאנשי אותה העיר ובש"ס ורמינהו נהרות המושכין כו' הב"ע במכונסין. ות"ל דבלא"ה ע"כ צ"ל במכונסין דבנובע לא משכח"ל בור של יחיד כמ"ש תוס' כאן ומתני'

סתים דאף בבור הנובע וכן איך משכח"ל בור של אותה העיר. ומזה י"ל דדייק הרמב"ם דבור לגמרי ברשותו אין לאחרים חלק בו וכן אנשי עיר אחרת אין להם חלק בשל אותה העיר. והנה בש"ס אמרו ונותן דמים ולית הילכתא כותיה. ולכאורה לפי' הרמב"ם למה יתן דמים דאין עליו דריסת הרגל ומי גרע זה מיתר התקנות וע"כ כפי' הטור. ואולי י"ל גם להרמב"ם דהתקנה היא שאין בידו לסתום מעיין היוצא ברשותו אף שגורם לו היזק ובזה ס"ל לרבב"ה דנוטל דמים:

ו) ומחכין בימים של כל אדם אבל אסור לכל אדם לצוד ברשתות ובמכמורות אלא לבעל הים ואפי' בעל הים אינו רשאי לפרוש קלע שלא יעכב מהלך הספינות. הטור נטה מפי' הרמב"ם דלהרמב"ם תכה ורשתות הכל אחד והבעלים מותרים אף לפרוס קלע ויעמיד את הספינה כמ"ש הה"מ. וי"ל במחלוקתם דתליא בגירסות. דבתוספתא ב"ק פ"ת איתא בראשונה אמרו כו' אבל צדים בחכים ובמכמורים בכל מקום. ובש"ס גריס אבל צדין ברשתות ובמכמורות. וי"ל דלגירסת התוספתא מוכת כהרמב"ם דליכא לפרש דקאי אבעלים דהא בחכים גם לכל אדם שרי וע"כ דקאי על אחרים וש"מ דגם לאחרים שרי ברשתות ובמכמורות ופסק הטור הוא לגירסת הש"ס. וקאי אבעלים לחוד. ולפי' הטור א"ש מאוד לשון הש"ס אבל צד הוא ברשתות ובמכמורות למה חלקינהו ומחכין כו' אבל כו' דלהרמב"ם הכל אבעלים קאי ולהטור א"ש ומחכין כו' קאי אאחרים אבל צד כו' קאי אבעלים. והנה מדכתב הטור ויעמיד את הספינה הוא כפירוש רש"י שמעכב הילוך הספינות. אבל הרמב"ם כתב אבל לא יפרוש קלע ויעמיד שם ספינה משמע דמפרש דיעמיד את הספינה קאי אפריסת קלע בהעמדת ספינה לזה. ופירוש זה מובא ברשב"א בשם הראב"ד וז"ל שלא יפרוס קלע לצוד ויעמיד ספינה של ציידין שנושאין בו את הקלע. ועל פרש"י הק' דהול"ל ובלבד שלא יפרוס כדי שלא יעמיד ספינה ועוד הול"ל ושלא יעמיד הספינות. ולפי"ז צ"ע מש"כ הה"מ והחולקין עליו פירשו שפריסת קלע ולהעמיד בספינה אפי' בני אותו שבט אינם רשאים. ומנ"ל זה הלא הם פירשו מפני שמעכב את הספינות ובזה אסור גם לאותו שבט אבל להעמיד בספינה פריסת קלע מנ"ל דגם בזה חולקין. והנה מהתוספתא לכאורה מוכת כפי' הרמב"ם שכ"כ שם בראשונה אמרו אין אדם פורש תרמו ומעמיד ספינתו בתוך של חבירו אבל צדים בחכים ובמכמורים בכל מקום ואין נמנעים ובלבד שלא יפרוס את הקלע ויעמיד את הספינה. הרי להדיא דמעמיד את הספינה דרישא קאי על העמדת החרם. אבל מדלא מייתי בש"ס מסקנת התוספתא משמע דזה שלא יפרוס קלע ויעמיד את הספינה מתקנת יהושע הוא דאל"כ מה תיקן יהושע הא תקנת השבטים מבראשונה הוא. וע"כ צ"ל להתוספתא דשם

אמר אין צדין דגים בימה של טבריה ויהושע תיקן אימה של טבריה, וכן צ"ל להרמב"ם דאל"כ למה תשיב לה בין תקנת יהושע דהא דלא יפרוס קלע ויעמיד את הספינה מתקנת השבטים היא וע"כ כתב מימה של טבריה. והטור שלא כתב מימה של טבריה מפרש דזה היתה תקנת יהושע שלא ליפרוס קלע לעכב הספינות וכמשמעות הש"ס שלא הביא מסקנת התוספ' בתקנת השבטים בראשונה:

ז) ונפנין אחורי הגדר אפי' בשדה מלאה כרכום שהריח קשה לה ונוטל הימנה צרור לקנח בה. ובש"ס אראב"י לא נצרכה אלא ליטול הימנה צרור. ולפי' הטור הא כרכום עצמו הוי חידוש אף דהריח קשה לה. ובש"ס יש לפרש דראב"י קאי על שאר שדות מדקאמר ואפי' בשדה כו' ובהו הוי הרבותא דליטול צרור אבל בטור משמע דקאי על שדה כרכום וצ"ע. והנה מש"כ הטור ונוטל הימנה צרור יש לפרש דר"ל ליטול צרור מהגדר וכן פירש הרא"ש וכ"מ בש"ס דמייתי עלה עובדא דמ"ז חסידא שנטל צרור מהגדר וכן פירש בנמוק"י וצ"ע השמטת הרי"ף. ולפירוש הטור משום דהריח קשה לה יש לפרש דנפנין אחורי הגדר ר"ל חוץ לגדר ולא בתוך השדה אף דגם משם מגיע הריח רע לכרכום. אבל הרמב"ם כתב כל אדם שצריך לנקביו מסתלק מן הדרך ונכנס אחורי הגדר שפוגע בו ונפנה שם ואפי' בשדה מלאה כרכום ונוטל משם צרור ומקנח. הרי מפרש שנכנס לתוך השדה אחורי הגדר והצרור נוטל מתוך השדה ולפי' הרמב"ם הוי הרבותא דכרכום אף דדורס ע"ג הכרכום דההפסד הוא גדול עכ"ז התירו. ובטעם השמטת הרי"ף י"ל דמפרש דעיקר רבותא דכרכום הוא משום צרור עפר שנוטל ממנה עם הכרכום ודאמר ראב"י ל"נ כו' ר"ל החידוש דמלאה כרכום הוא משום נטילת הצרור ולכך לא כתב אלא סתם שדה מלאה כרכום וכן פירש הגאון בש"מ ומשמע שם ג"כ דנטילת צרור מובן מאיליו דבלא זה א"א. והנה בש"ס אמר ואפי' בשבת והטור השמיטה וראיתי בב"ח שעמד ג"כ על השמטת הרי"ף והרמב"ם ובאמת לפירוש הרמב"ם דנטילת צרור הוא מגוף השדה לא השמיטה והביאה בהל' שבת. אבל כנראה מדברי הטור שנמשך לדעת הרא"ש דקאי על גדר וע"כ משום דבתלוש ובסוף חיברו לא נאסר מדאורייתא למה השמיטה והרא"ש הביאה. שו"ר במג"א אור"ח סי' שי"ב ס"ק ת' שכתב להכריע מתוך השמטת הטור דמפרש דנטילת צרור הוא מגוף השדה לכך השמיטה ולענ"ד אינו נראה כן כמש"כ:

ח) לאחר שנקצרה התבואה הולכין בשביל שבשדות עד י"ז במרחשון שהוא זמן רביעה שניה ומשם והילך אינו רשאי ליכנס בשדות שדריסת הרגל קשה להם. והוא כפירוש רש"י דקאי על השדות עצמם אבל רש"י פירש דמי"ז במרחשון הוא משום הזרעים שקשה להם והטור לא הזכיר מזה משמע דגם בלא הזרעים ג"כ אסור דקשה להם. והרמב"ם

כתב בשבילין שבשדות מפרש כפי' הערוך המובא בגליון הש"ס. ואיתא בש"ס והאי דידן אפי' טל קשה לה והרמב"ם מביא זה והטור השמיט וצ"ל משום דאינה אלא בבבל. וצ"ע לפי' הרמב"ם והערוך מה שייכות דרביעה שניה לשבילין שבשדות כיון דאינו הולך בתוך השדה. ועיי' מהרש"א בחא"ג שהק' מהדר בחצר:

חבירו שיכול למחות לכתחילה ומש"כ בזה הפת"ש לק' סי' שס"ג ובחי' בכור שור ב"ק בשם הישו"ש:

ט) ומסתלקין לצידי הדרכים מפני היתדות ואפי' בשדה זרועה. הרמב"ם כתב ואעפ"י שהן מהלכין בדרך שיש לה בעלים. והטור משמע דמפרש כפירוש הגאון בש"מ דמותר גם על גוף השדה. ולכאורה מדפירש ואפי' בשדה זרועה והוא מפירש"י שמפקיר לזה ואף שרש"י כתב לילך על המיצר י"ל כונתו על שפת השדה דעל המיצר מאי רבותא דזרועה והרמב"ם שפירש דמהלך בדרך השמיט זרועה. ואף שהטור פסק בפוסג בין הכרמים דמשלם אין תימה אם יפרש כאן כפי' הגאון ולא הזכיר מתשלומין די"ל כפרש"י שהפקירה בעלים לכך:

י) והתועה בכרמים כורות הזמורות עד שיגיע לאם הדרך ומשלם לו הפסידו. הנה ברמב"ם ורא"ש לא כתבו מחיוב תשלומים רק הראב"ד כתב כן מביאו הרשב"א בחי' ודחהו דאם בדמים ל"ל תקנת יהושע הא מן הדין כן וכ"כ הרמ"ה בש"מ דהני כולהו בלי דמים הם. ולכאורה צריך טעם שפסק הטור כיחידאי וי"ל דהרמב"ם ורא"ש שסתמו כאן סמכו על מש"כ במק"א. דהנה בפ"ת מתובל פסק הרמב"ם דהמציל עצמו בממון חבירו חייב לשלם והרא"ש פ' הכונס כתב ג"כ דחייב לשלם וכן פסק הטור סי' שנ"ט. וצ"ל לדעתם דיהושע תיקן דמותר לכתחילה וכן הוא דעת תוס' ורא"ש פ' הכונס דמותר לכתחילה וי"ל גם דעת הרמב"ן כן. ודעת רש"י שם דאסור לכתחילה וי"ל גם לרש"י דהתקנה היא אף שיכול להקיף בלא הפסד ג"כ שרי לפסוג ואין תימא אי שרי בזה דרש"י פירש מנתק את הענפים הנושכות זב"ז ומפרידן משמע דלקוץ הענפים לגמרי אסור וכן משמע מדנקט כרמים דכן דרך ענפי הכרמים מפני נמיכותם להסתבך ולהתדבק זב"ז. אבל הטור כתב כורות הזמורות. והנה בש"ס פריך הא דאורייתא היא כו' אתא הוא תיקן דמפסיג כו' ובסנהדרין ע"ג אבידת גופו מנין כו' ל"צ למטרת ולאגורי. וכתב הרא"ש שם דחייב לשלם וא"כ להפסיד ממון ג"כ דאורייתא היא ומאי תיקן. ולמש"כ דהכא אף באפשר בלא הפסד ניחא. ובשו"ת ברית יעקב סי' ק"ב כתב דלדעת הרא"ש שם ניחא דתיקן בפטור תשלומין. אבל להטור קשה דפסק לק' סי' תכ"ו כהרא"ש ופסק כאן דחייב לשלם. וגם להטור אין לומר כמש"כ דאין סברא לקוץ הענפים לגמרי אם אפשר בלא

הפסד. ויש לפרש דהא דפריך הא מדאורייתא היא קאי עמ"ש וכן מי שהיה רואה חבירו כו' דמציל חבירו פטור מתשלומין כמ"ש בהגוזל בתרא. וכ"מ מדלא משני דאורייתא דוקא דידע היכא קא סליק כדמשני לעיל וכן פירש הרמ"ה בש"מ דקאי אחבירו. שו"ר פי' הגאון בש"מ דאורייתא היכא דקאי על המיצר כדי לפרוץ את המיצר לפניו אתא הוא תיקן שאפי' הוא באמצע הכרם שעוקץ אח הגדר לפניו. ואולי כן פירשו גם הפוס' דזה היה מתנאי יהושע. ועוד י"ל דשם בסנהדרין דוקא בפניו מחויב להצילו אף בממונו אבל לגוזלו שלא בפניו הוא מתקנת יהושע. וכבר חקר בזה הפר"ד דרוש י"ט אי מותר לכתחילה להציל עצמו בממון חבירו ועיי' מזה בשו"ת בנין ציון חלק א' סי' קס"ז קס"ח. ושם חקר בדעת הראב"ד בהשגות פ"ח מחובל להיכן היא נוטה, והרי דעת הראב"ד מפורש דע"מ לשלם מותר לכתחילה כמש"כ. וכ"כ המאירי בש"מ ב"ק קי"ד ע"ב דמותר לכתחילה ע"מ לשלם והיש"ש פסק דמחויב לעשות כן ואי לא מתחייב בנפשו הוא ועיי' תשו' ארוכה בזה להראב"ד מובא בש"מ ב"ק קי"ז ע"ב ושם מבואר הרבה דינים בזה:

יא) ומת מצוה קנה מקומו כו' ואם הוא מוטל על המיצר כו'. ה"ה בשדה עכו"ם כיון דניתן רשות לפנותו וקיצר כאן וסמך עמ"ש ביור"ד סי' שס"ד. וצ"ע בנפנה ממקומו ע"י רוח או ע"י עכו"ם אי קונה מקומו דבש"ס משמע רק מקום שנהרג שם. וברדב"ז ח"א בלשונות הרמב"ם סי' ע"ד מחלק דאם בעלי השדות מקפידים ומוטל על המיצר דניתן לפנותו מטפל בו להביאו בביה"ק ואם אין בעלי השדות מקפידים בזה החילוק בין השדות לשדה בור כו' ובזה מיישב לשון הרמב"ם. אבל לא משמע כן דעת השו"ע והטור עיי' ב"ת יור"ד סי' שס"ג. ומה שהקשו בהא דמלכים א' י"ג שהביאו נבלת הנביא לעיר והא הוי מת מצוה. י"ל דמת מצוה הוי דוקא בשאינו ידוע מי הוא אבל בידוע באים בני משפחתו וקוברים אותו בקברות דלא גרע מפינוי הקבר ביור"ד סי' שס"ג דמותר ע"ש:

יב) עוד תנאי ב"ד שמי שברח לו נחיל כו'. עיי' ב"י וב"ח דיעות הראשונים בזה ואין להק' להרא"ש מעובדא דעדשים דשלחו לו דאסור וש"מ דאין הלכה כר"י די"ל דלא שרי אלא ביודע שיש לו ממה לשלם אבל הכא שכתב הרא"ש שם שהיו משלמים מעדשים שהיו לוקחים מהם אסור בכה"ג ועיי' מחנ"א הל' גזילה סי' ה':

סימן רעה

סעיף ו'. וכ"מ שמחזיקין אותו לטומאה. הלח"מ פ"א מזכיה הק' דלרבנן א"מ הפסקה ורבינו פסק כרבנן. וכתב דמשכח"ל אף לרבנן דמבקעה לבקעה אף רבנן מודו ולא כתב רבינו אלא כשכל הבקעה מוחזקת לטומאה. ובאמת לא ניתן להאמר כן דהא הרא"ש והר"ש שם כתבו דלמ"ד דמיצר אינו מפסיק ע"כ צ"ל מחלוקת דחכמים ור"א הוא

במפסיק נהר או שלולית ורבינו פסק כמ"ד דמיצר אינו מפסיק ואפ"ה פסק כחכמים. ופשוט י"ל דרבינו דייק כ"מ שמחזיקים אותו לטומאה ר"ל לטומאה ודאית ונ"מ אף לטומאה דרבנן דאם מחמת ספיקו טמא דרבנן ה"ה בטומאה דרבנן טהור. ובש"ס היה י"ל נ"מ אף לדרבנן ונ"מ בטומאה דרבנן אלא דמשני לטומאה דאורייתא:

ש"ך ס"ק ו'. מש"כ לתרץ דברי הרמב"ם תמוה דהא קי"ל כר"נ בדינא ועיי' ש"ך סי' ס"ו ס"ק קנ"ב ובשו"ת אגודת אזוב חאור"ח סי' י"ד מש"כ בזה. ורבים תמהו בדבריו שהוא נגד תוס' ב"ב נ"ד ע"א שכתבו דידו ש"א קונה לו של"מ ה"ד באינו יודע אבל ביודע וא"מ לקנות ל"ק. וזה יש ליישב דהמלמ"ל פי"ז מגזילה מביא ראיית המהרי"ט מתוס' דאף בלא נתכוין לקנוח קנה ודחהו המלמ"ל די"ל דכונתם הוא דאיצטריך לאשמעינן דהוי גזל דס"ד כיון דלא נתעכבו בידו לא כוון לזכות אלא להפילם ולא קנה קמ"ל דאין זה אומדנא שלא כוון לזכות אלא אף בשלא נתעכבו בידו כוון לזכות בהם וכשירד יטלם. וכן י"ל בדברי התוס'. אבל הרשב"א ור"ן כתבו להדיא דאף שלא נתכוין לזכות ויש להש"ך תניא דמסייע לו ועיי' ת"ס אור"ח סי' קל"ו:

סעיף י"ד. הצר צורה כו'. חיה או עוף כפי' רשב"ם מובא בבאה"ג. וכונתו משום דצורת אדם אסור. מיהו עיי' תוס' יומא נ"ד ע"ב:

סמ"ע ס"ק כ"ו. ל"ס באמה על אמה. בש"ס וכמה אר"י אמה. וכפי הנראה היה לפני הסמ"ע הגירסא אמה על אמה וכמ"ש ר"י ס' ע"ב וכן הגיה בהג' רש"ש וממילא גם שם בעושה שלא כנגד הפתח ביותר מאמה על אמה יצא ועיי' פרמ"ג אור"ת סי' תק"ס. והנמוק"י וכן ביד רמה גרסי גם שם אמה. ובשו"ת בגדי ישע הכרית דשני הדינים שוים מדאיירי הנך אמוראי בשם ר"ח ור"י ובנמוק"י שם גרים אר"י ואין ראיה:

סעיף י"ט. ואם אינו מקפיד ע"ז כו'. הק' הגרי"ב בנוב"ת חאור"ח סי' ק"ב בסתירת פסקי הטור דבאור"ח סי' תקל"ד כתב אסור להשוות שדה לצורך החרישה ואם ניכר שמתכוין לדוש כגון שמשוה כולה מותר. והוא כדעת רש"י מוע"ק י' ע"ב שלדישה צריך קרקע שוה יותר מלחרישה וכ"פ הב"י שם וכאן כתב כדעת הרי"ף דלחרישה צריך להשוות כולה ולדישה א"צ. ומש"כ בנו"ב שם ובהגה מבן המחבר לתרץ עיי' שוש"י כאן שדחהם. וי"ל דכונת הטור כאן כמשפ"י הרמ"ה באו"א וז"ל מוליא במוליא ונצא בנצא אדעתא דבי דרי כגון שהיה בשדה תל מצ"א ובקעה מצ"א אם נטל עפרו של תל והשליכו לתוך הבקעה אדעתא דארעא קא מכוין להשות פני השדה לחרישה ואם נטל החל מצד זה והשליכו ע"ג תל אחר או במקום שוה ונעשה תל או שנטל עפר מבקעה זו או ממקום שוה שלא היה בו תל ולא בקעה ונעשה בקעה ומלא בו בקעה אחרת שהיתה שם מצ"א

נמצא שלא הועיל כלום להשות פני השדה לחרישה שתל היה בו מתחילה והרי יש בה חל בקעה היתה בה והרי יש בה בקעה ולא נתכוין זה לחרישה אלא להשות מקום כדי לצבור בו גורנו מפני שהיה ראוי לכך יותר משאר השדה ולא נתכוין לצורך השדה אלא לצורך עצמו. ומש"כ הטור והמחבר:

אלא משליך כו' ר"ל במקום אחד עשה כן שהחליקו לדישה כשיטת רש"י וכמו שפסק באור"ח וא"ש ופשוט:

סעיף כ"א. ואין צורת אותו הבנין כו'. וכתבו התוס' משום שאינו דירת קבע. מכאן סמך להרמב"ם פ"ו מתפילין הל' א' דבית שאין בו דלת פטור ממזוזה. ומש"כ בהגה וי"א דכ"ז כו'. זה דעת הרמ"ה בטור וכמבואר בפרישה. ומש"כ או שבנה ע"י פועלים זה דעת הרא"ש החולק על הרמ"ה וס"ל דאף בלא כונה קני והשמיט דעת ר"י דשמין לו וכן הוא דעת הריטב"א מובא בנמוק"י משום דמביא אח"ז דעת הר"י מגש דאף בונה בשלו השני זוכה הכל ומכש"כ בזכה מהגר דקנה אחרון. ומ"מ הו"ל להביא גם דעת ר"י וצ"ע. ובאמת צל"ע מש"כ כן הרמ"א בדעת הר"י מגש דז"ל הה"מ ומ"מ לא נתבאר במחבר אם השני קונה גוף הקרקע לבד או כל מה שקנה הראשון וא"י במה קנה במה שקנה הראשון כו' אח"כ מצאתי להר"י מגש כו' נעשו מכלל נכסי הגר. הרי דמיירי במה שזכה הראשון שכ"כ כל מה שקנה הא' וכן סברתו שהוא עצמו הוציאו מרשותו משעה שבנאן בנכסי הגר ל"ש רק בזכה דבשלו לא הוציאן מרשותו בכך וצע"ג. וסברת רבינו ישעי' נ"ל אף דטענת הרמ"ה צודקת דיכול לומר עצי ואבני אני נוטל ולא הועיל הב' כלום מ"מ כל עוד שלא שמענו אומר כן הוי הבנין בחזקת הקרקע וכשנוטל אח"כ הוי מכאן ולהבא שלו. ואולי י"ל עוד דס"ל כדעת הרשב"א ור"ן מובא בב"י לק' סי' שע"ה דבאמר אתן דמים שוב א"י לומר עצי ואבני אני נוטל ונהי דשם הטעם משום דחצירו קונה לו של"מ והכא ל"ש לומר כן מ"מ כיון דיהבינן לו גם כאן דין דיורד שלא ברשות דמיא לגמרי לשם. ומש"כ עוד בהגה או שבנה ע"י פועלים והוא בטור בשם הרא"ש [ברא"ש לא נמצא מזה רק בפסקי הרא"ש] לכאורה קשה דהקצוה"ח סעי' כ"ד מביא בשם הרא"ש דלא בעינן כונת הפועל רק כונת השולחו. ושלא יסתרו דבריו נ"ל די"ל ראיה מכאן למש"כ התומים והנתי' סי' ק"ה דחרש שוטה לא אמרי' בהו יד פועל כיד בעה"ב ובהכי מיירי הכא. וקצת ראיה י"ל ממש"פ הרמב"ם פ"ב משכירות הל' ג' ופשיעה בעבדים חייב דלא נתמעטו אלא מדין גנו"א ולא מפשיעה. ולכאורה בעבדים בלא"ה פטור מטעם שמירה בבעלים כב"מ צ"ט האומר לעבדו צא והשאל עם פרתי וחילוק התוס' שם דדוקא אם נשאל הרב עצמו ושלח העבד במקומו לית ליה להרמב"ם כמ"ש הלח"מ פ"ג משאלה.

וע"כ צ"ל דבלא"ה י"ל דהא באדם ל"ש שמירה דשמירת גופו עליו הוא וצ"ל דמיירי בחשו"ק דלאו בני שמירה נינהו ובהו לא אמרי' יד פועל כיד בעה"ב. או י"ל דלא אמרי' יד פועל כיד בעה"ב אלא כשעושה בדעת בעה"ב ולא כשעושה מדעת עצמו. ומש"כ הפרישה דבפלטרין בלא דלח ל"מ סייד עיי' תשו' נתי' סי' קצ"ב מש"כ בזה:

סעיף כ"ד. ואין דעתו לקנוח. עיי' קצוה"ח בשם החכ"צ בכונת קנין החליצה ומביא ראיה מהרמב"ן להמהרי"ט. הנה בכל אופן היא מחלוקת הראשונים כמ"ש החכ"צ מתוס' ק"ד ועיי' ח"ס חאהע"ז סי' צ'. אבל באמת אין ראיה מהרמב"ן דז"ל הרמב"ן ואיכא למימר אעפ"י שחרש כשוטה הוא לענין מצוה מ"מ יש לו מקצת כונה בשאחרים עומדים על גבו והא דתניא הכא עד שיכונו שניהם לאפוקי חלוץ לה ובכך אתה כונסה וכיוצא בה אבל נתכוין להוציא ממנו בחליצה זו דהיינו כוונו וחרש יכול הוא לכוין כונה זו ורמיזה דדעתא קלישתא אית ליה כו'. הרי דהרמב"ן כתב דבעי נתכוין להוציא ממנו בחליצה זו וחרש יכול לכוון כונה זו ברמיזה ר"ל ע"י שאחרים עומדים ע"ג והוא כהתוס' שם לחלק בין חרש לשוטה דחרש מהני אחרים עומדים ע"ג ולהמהרי"ט הא כתב דא"צ שום כונה:

סעיף כ"ה. העודר כו' לא קנה. ביבמות נ"ב ע"ב החולץ ליבמתו וחזר וקדשה כו' אר"י מ"ט דרבי עשאוה כעודר בנכסי הגר כו'. והק' בחס"י לדעת הראב"ד מובא בנמוק"י פ' חז"ה דבדא"מ ל"ב כונה והכא איכא דא"מ דדעת האשה להתקדש לו. ולק"מ דכ"ז הוא רק אם נפרש בא"ל תתקדשי לי סתם י"ל דדעתה להתקדש באופן המועיל [ומש"כ שם בהג' רש"ש ליתא] אבל לפי' הב' בתוס' בא"ל לשם יבמות ודאי ליכא דא"מ דסמכה על אמירתו וליכא דעתה יותר מדעתו. ובתוס' חד מקמאי שם מביא בשם הראב"ד לפרש דא"ל פלונית יבמתי תתקדשי לי וסברה מדהזכיר יבמתו דמתורת יבום קאמר. וי"ל עוד עפ"י מש"כ הר"ן נדרים בסוגית ב"פ דנעשית כהפקר וי"ל:

סעיף כ"ז. היה משכון ישראל כו'. בסי' ס"ו סעי' ל"ז פסק המחבר גר שהיה לו מלוה בשטר על ישראל ומכר השטר לישראל ומת הגר פקע שיעבודו ונפטר הלוה. וכתב הקצוה"ח שם ה"ד מוכר שט"ח אבל משכון לא והא דאמרי' פ הפרה משכונו של ישראל ביד הגר ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיר בה מוציאין אותו מידו החם כיון דהחזיק בה אחר מיתת הגר והחוב כבר פקע במיתת הגר אין לו במשכון כלום. ולא ראה בשמ"ק דעת הרבה מהראשונים דאף בחיי הגר כן. שו"ר בקצוה"ח סי' ע"ב ס"ק ל"ז כתב מחלוקת רש"י ותוס' בזה בקדושין ב"ג וחילק שם והראיה מקדושין וחילוקו שם כן ראיתי שכתב הרא"ה שם בש"מ. ועיי' מחנ"א הל' זכיה מהפקר סי' י' מש"כ בזה: סעיף כ"ח. והאחרון קונה השאר. היש"ש כתב דהמחזיק יכול לסלקו בדמים והמאירי בש"מ כתב דא"י

לסלקו בדמים. ומלשון הרמ"א שכתב וה"ה בפקדון ולכאורה הוא כש"כ כמ"ש הגר"א אלא כונתו להשותם דכמו בפקדון א"י השומר לסלקו בדמים ה"ה החם כן:
סעיף ל"א. כל מלוה שנגבית מיורשים כו'. הקצוה"ח לעיל סי' רמ"ה מדקדק מכאן דאפי' מלוה ע"פ נמי גובה ומדברי הרשב"א הכריח דאפי' מטלטלין נמי גובה. ולא היה צריך לדקדק מדבריו שכן כתב הרשב"א מפורש בתשו' המיוחסות סי' ס"ט. ועיי' מש"כ בזה המחנ"א הל' זכיה סי' ה' ובשעמ"ש סוס"י ע"ב. והנה הקצוה"ח לעיל סי' קי"ז ס"ק ג' העלה מתוך דברי הרשב"א האלו דקדושת דמים אין דינה כמכר וגובה הבע"ח ממטלטלים שהקדיש ע"ש. ואף שכן משמע גם מדברי הרשב"א גיטין מ' ע"ב ע"ש. אבל בתשו' הנ"ל שנשאל על גר שמת בלא בנים והיתה לו אשה ובא אחר וקדם וזכה בנכסים אם תטול כתובתה מהנכסים מי אמרי' הפקר כהקדש וכי היכא דהקדש מפקיע מידי שעבוד אף הפקר. וע"ז השיב שאם הניח קרקע ודאי גובה וה"ה בשכתב לה מטלטלי אג"ק שאין הפקר ולא הקדש מפקיעין מידי שיעבוד כדעת רש"י. הרי דכתב דוקא במטלטלי אג"ק וכן ראיתי מובא תשו' הרשב"א סי' תרי"ח שכתב המלוה גובה מן ההקדש כו' וכן שנינו בעירכין כו' ואילו היו הנכסים מטלטלין אם יש בשט"ח מטלטלי אגב מקרקעי גובה מהם וכדאמרי' עשה שורו כו' אין הבע"ח גובה מהם. הרי להדיא דעתו דאינו גובה ממטלטלין שהקדיש רק באג"ק. ובזה צל"ע גם דברי הרשב"א גיטין שמביא ראיה מירושלמי כתובות דאף במטלטלין דילמא התם כשכתב לו אג"ק וכן ראיתי שמפרש בקרבן העדה.
ועיי' דברים נמרצים בזה בס' גן נעול.
ומש"כ בס' חב"י ראיה מירושלמי המובא ברא"ש כתובות פ' הכותב לא ראה שזה ראיה עיקרית היא להרשב"א בתשו' שם ובחי' גיטין וי"ל בזה והנה לעיל סי' רמ"ה כתבתי מתוס' מנחות נ"א דמשמע דאין מלוה גובה מההפקר וכתבתי כן בשם הרש"ש. כעת ראיתי בשם הקהלת יעקב שכתב דהתוס' כתבו זה למ"ד של"ד אבל למ"ד ש"ד אף דהוי הפקר גובין הנכסים מהמחזיק. והגאון בעה"מ שו"ת עוניו"ט סי' פ"ז העלה לתרץ זה עפ"י מה שחידש דחיוב דנכסים לא חל כלל עד שעת הקרבת הקרבן שזו מצוה בפ"ע להביא נסכים ולא מחמת נדרו וכ"ז שלא הקריב קרבנו לא חל עליו חיוב הנסכים ושפיר כתבו תוס' דאם לא הפריש מחיים אין גובין מהמחזיק דלא חל עליו עדיין החיוב כלל ע"ש שמביא ראיות לזה:
הלכות נחלות:

סימן רעו

סעיף ד'. משפחת האם אינה קרויה משפחה. ז"ל הרמב"ם פ"א מנחלות. אם אין לו בנים ירשנו אביו ואין האם יורשת בניה ודבר זה מפי הקבלה. וכ' הלח"מ נראה דקאי על מה דקאמר אין האם יורשת בניה. וק' דהא מקרא נפק"ל בפ' י"נ כו'. ונ"ל דקאי רק על ירשנו אביו דכ' מקודם כמ"ש ק"ח ע"ב מדרשא וכתב בפי' המשנה שהוא:

מפי השמועה. וחולי קאי גם על ירושת אם עפ"י מ"ש קי"ד ע"ב ד"ח כו' ואף שאמר שם ותנא דידן כו' אפשר שהוא מקבלה לדרוש כן אבל פשטא דקרא משמע כר"י שם וכן דיקדק הרשב"ם שם ד"ה ד"ת ע"ש. והנה הח"ס חאהע"ז סי' ע"ו הק' בתוס' פסחים נ"ד שכתבו דלא מצאו בכה"ת שבן אשתו יקרא בנו ממש"כ הרמב"ן בפי' התורה בשם תרגום ע"פ ושם בת אשר סרח דבת אשתו היתה. וכן הק' על הג"מ מובא בהגה לעיל סי' מ"ב דכן דרך לכתוב לו בנו. והנה מהג"מ אין ראיה כ"כ דילמא התם שאני משום דאשתו נמי כתבה בהדיא כדמיירי שם וכן מצאתי אח"כ בשאילת יעבץ סי' קס"ה שמחלק כן. אבל י"ל בכ"ז דאין דרך ששנים יקראו לאחד בני אתה וכ"ז בחיי האב אבל במת שפיר י"ל דהמגדלו קוראו בשם בנו ובבת אשר י"ל דקורא לה בת אשר אחר מות אביה ואשר לקחה לו לבת אבל בצבעון דפסחים נ"ד אחרי דצבעון חי וקורא לו בנו אין דרך שאחר יקרא לו בנו וא"ש בזה ההיא דהג"מ בסי' מ"ב. והשאילת יעבץ ירד לחלק בההיא דתשו' מיימוני בין יש לו בנים אמתים לאין לו. ולא ראה שכבר חילק כן הכנה"ג מובא בתומים סי' מ"ב ועיי' מש"כ בזה הקהלת יעקב חלק לב"א אות ב' סי' כ"ט ובשו"ת חיים שאל:

סעיף ה'. אין הבן כו' לאחיו מהאב. ה"ה לאביו בנתגרשה אמו ומובא גם בב"י ועיי' הג' רש"ש קי"א ע"א מש"כ בזה. והנה הקצוה"ח הק' על הרמב"ם מתוס' כתובות ל"ט ע"ש. וי"ל דלרבא שם משום דרפיא בידיו אף נפל אינו יורש והרמב"ם פסק כאביי כמ"ש בהג' אשרי פ' מש"מ וברא"ש יבמות פ' אלמנה לכה"ג ועיי' בהגר"א סוס"י רע"ה מש"כ בדבריהם ושם בכתובות אזלא אליבא דרבא דאיבעי ליה יש בגר בקבר ולדידיה פריך שפיר [ועיי' הג' יפ"ע כתובות שם ופלא שלא זכר מדברי הח"מ וב"ש הע"ז סי' ד' סעי' י"ד ע"ש] והנתי' הק' על הסמ"ע ס"ק ז' שהביא חילוק התוס' מדוע לא מובא במחבר ורמ"א ותמוה שלא ראה שכבר עמד הב"ח ע"ז וישבו שפיר ע"ש:

סימן רעז

סעיף ד'. אינו נוטל פי שנים. וכתב רשב"ם דה"ה אנדרוגינס ועיי' סי' ר"פ. והנה הביא גם מימרא דרב שיזבי דאינו נימול לשמנה והרא"ש תמה עליו ועיי' פ"ת שם והרמ"א יור"ד סי' רס"ו הביא דעת הרי"ף בלשון וי"א וע"ש בבהגר"א. והנה מצאתי עוד הסוברים

כרי"ף ה"ה רבינו הרמ"ה בחי' ב"ב שכתב כיון דלא קאמר תיובתא לא אידחי וכן מצאתי דעת הרשב"א מובא בשמ"ק שם והנוב"ת תיור"ד סי' קס"ג הקשה בזה ולא ראה בפ"ח על הרא"ש מש"כ:

סעיף י'. היה הבכור כו'. מזה דחה בדרכי משה כאן דברי הג' אלפסי יבמות פ' הבע"י שחקר היכא שנודע לנו שהוליד בן ממזר ונשא אשה והוליד בכור אי הוי בכור לנחלה או לא. דהא כיון דהממזר בכור לנחלה ודאי הב' לאו בכור הוא וכן הק' המלמ"ל פ"ב מ"ה ק"פ. וברי"ט אלגזי פ"ח דבכורות רצה לישבו ועכ"פ כתב דדוחק הוא ובפרט מש"כ שם בתירוץ הב' עפ"י הב"ש סי' א' ועפ"י הירושלמי דממזר דאינו ידוע לא חי ל' יום ועד"ז סובב חקירת הש"ג. ליתא לענ"ד דהא להירושלמי דאינו חי ל' יום א"כ הא בלא"ה איכא חשש נפל ומאי קמ"ל הב"ש פשיטא שאינו ידוע לא קיים מטעם נפל. וע"כ צ"ל דמיירי בידוע ולא ידוע דקיים עד תלתא דרא כמ"ש יבמות ע"ח ע"ב וכיון דסופו שיכלה זרעו ס"ל דדמי לסריס וא"כ ודאי אין הב' הבא אחריו בכור באופן זה ולא ירדתי לדעתם די"ל פשוט דהש"ג לא קאי על דיני נחלות דאין מקומו שם אלא נמשך על ר"י בגמ' שם דאמר היה לו בנים בגיותו ונתגייר דאין לו בכור לנחלה וע"ז חקר בעכו"ם שהיה לו ממזר בגיותו אם השני שהוליד ביהדותו הוי בכור דיחוס עכו"ם לא מצינו שמתייחס אחריו אלא בבנו ממש כדאמר שם אבל לא בממזר וזה ספיקתו. ומש"כ בסמ"ע ס"ק י"ז והיותר נראה כו' שאין קדושין תופסין בה. והקשו עליו שהוא נגד הגמ' קדושין ד' ס"ו דמוקי לה בח"ל דקדושין תופסים בהם עיי' הג' חכ"ש להמהרש"ק ובס' חב"י. אמנם דבריו נכונים מאוד בהקדם מה שהק' הלח"מ פ"ב מנחלות הל' י"ג על הרמב"ם שכתב זו ששנואה בנישואיה דהא אין ממזר אלא מח"כ והך קרא מיירי בח"ל דתפסי בהו קדושין ותירצו המפ' [ועיי' רי"ט אלגזי פ"ח דבכורות ובדורש לציון] עפ"י דברי הספרי פ' תצא דאמר שם ריבה את העריות שהן בל"ת ועדיין לא ארבה את העריות שחייבין עליהם כרת ביד"ש ת"ל שנואה שנואה ריבה אח העריות שהן בכרת ואין סתירה מהספרי למ"ש בש"ם דריבוי אתר הוא ועיי' התו"ה שם. וזה נמי כונת הסמ"ע שנואה בנשואיה עפ"י דברי הספרי וסמך על לשון הרמב"ם: סעיף י"א. כותבין הרשאה זל"ז. מזה הוכיח הנתי' סי' רע"ח ס"ק ט' דהיורשים לענין הבכור הוו כא"י אם נתחייבתי דחלק הבכורה על היורשים ליתן. ונמשך אחר הדיעה המובא בב"י דדוקא בחלק בכורה ולא בחלק פשיטות וכ"כ הב"ח ופרישה אבל דעת רש"י בכורות פרק ח' נראה דאף בחלק פשוט הדין כן כמו שהוכיח שם רי"ט אלגזי ועיי' מלמ"ל פ"ב מנחלות הל' ו'. ומש"כ הט"ז כאן על ההגה דאפי' תפס מפקינן מיניה דהוי כספק בכור הקדימו בהג"א מובא בפרישה. ומש"כ הבאה"ט ס"ק

י"ב בשם מהריק"ש תמוה שלא הביא דברי תשו' הגאונים המובא בב"י כאן ומש"כ בט"ז לחלק. ומש"כ הסמ"ע ס"ק י"ט לשון הטור אף שכן הוא גם בש"ס מ"מ לשון הרמב"ם מדויק דהא גם באשה אחת שילדה תאומים ואינה מכירה מי יצא ראשון נמי הדין כן: סעיף י"ב. חיה. וכתב הר"ן קדושין בטעם נאמנות החיה משום דעפ"י רוב א"א בענין אחר. והנה הרמב"ן בחי' גיטין ד' א' ע"ב תירץ הא דלא ילפי' מוספרה לה דנאמנת אף במקום דאתחזיק איסורא נמי משום דאין דנין אפשר משא"א. וא"כ בתיה הו"ל להיות נאמנת אף מדאורייתא משום דא"א בע"א וכן הק' המהר"ם מינץ סי' י"ג. ולפמש"כ הר"ן דעפ"י רובי א"א בע"א ויכול להיות במציאות גם בע"א לאפוקי בנדה דא"א במציאות ועיי' שו"ת מהרי"א חיור"ד סי' קפ"ב מש"כ בזה. והמהר"ם מינץ הק' עוד להרמב"ן מכה"ג ביוהכ"פ דכי אמר פיגול מהימן דמדייק מזה בש"ס גיטין דדבר שבידו נאמן ומה ראיה היא הא שם נמסר לו הדבר וא"א לשום אדם לידע זולתו וכן הק' השומ"ש מהדו"ק ח"א סי' רס"ב. ובס' חקר הלכה כתב בהסבר דברי הרמב"ן עפ"י מש"כ הט"ז יור"ד סי' ל"ט לענין בודק שהכניס ידו ואמר טריפה שע"א נאמן באיסורין בדבר המסור בידו והפרמ"ג מפקפק בכונתו. והיינו כל דבר שמוסרין ביד ע"א לשם זה שיהיה הוא הרואה והמבין והמעיד נאמן מדאורייתא אף נגד החזקה ומשו"ה נדה נאמנת להרמב"ן כיון שהתורה אמרה וספרה לה לעצמה הרי נמסר לה הדבר. וא"כ בכה"ג הרי לא נמסר לו הדבר ע"ד שיפגל ואדרבה עושה איסור בפיגולו א"כ אף שא"א לידע זולתו אינו נאמן דלשם כך לא נמסר בידו. וא"כ יש לפקפק גם בחיה לפי"ז. והמהרי"א מיישב דגם בכה"ג יכול להיות דאפשר לפגל בדיבור דשמענו קולו וכדפריך בגיטין שם אלא דעל הרוב הוא במחשבה דמהכ"ת יפגל בקול להחזיק א"ע לרשע בפרהסיא. והנה הרמב"ם פט"ו מא"ב כתב טעם אחר בנאמנות חיה משום דלא אחחזיק ועיי' מלמ"ל שם הל' י"א. והב"ש אהע"ז סי' ד' הק' באמת מ"ט אינה נאמנת מדאורייתא כיון שאין שם חזקה. ולפמש"כ המקנה לתרץ כיון דאיכא רוב כנגדה דכל דפריש מרובא פריש אפ"ה נאמנות. א"כ גבי בכור י"ל דמהימנא מד"ת. ונ"מ מזה לענין הכחישה עיי' ב"ש שם. [וראיתי להעיר בענין נאמנות הרופאים במילתא דאיסורא שכ' מזה הטור יור"ד סי' קפ"ז ובב"י ונמצא בזה תשו' הרא"ש כלל ב' סי' י"ח שהרא"ש הק' להרשב"א בהא דנדה כ"ב ע"ב ב' מעשים העלה כו' ממ"נ אי הרופא נאמן למה הטילוהו למים ואי אינו נאמן וחכמים סמכו על בדיקתם במים א"כ רופאים למה לי כלל ולא נמצא תירוץ על קושיא זו במקומו וכדי ליישב זו חידשו העבה"ג והמעיל צדקה הרבה חילוקים מובא בח"ס חיור"ד סי' קע"ה ודחהם. והנה לפנינו נדפס תוס' הרא"ש וכתב שם יפה לתרץ דגם להרופאים היה להם

ספק בזה ואמרו לבדוק אם נמחו ודאי דם הוא וא"ש מאוד ופלא שבשו"ת שבוי"ע הק' כן מדנפשיה ולא ראה בשו"ת הרא"ש ועיי' גליון רש"א נדה]. ומש"כ עוד המחבר אפי' אמר כו' בני הוא ובכורי. והק' בקצוה"ח מכתובות כ"ב דנימא כי היכי דנאמן לשוי ב"ג וחלוצה ה"נ יהא נאמן לתרומה. ולכאורה לעשותו חלל קל הוא דהא אף ע"א נאמן לעשותו חלל כדמוכח בקדושיו ע"ג ובתרומה הוי עון מיתה ככתובות כ"ד ע"ב ול"ש: מתוך שנאמן אהאי נאמן אהאי. אבל מדברי התוי"ט קדושין פ"ד מ"ח ל"מ כן. ומש"כ בהגה מיהו אם אמר כו'. וכתב הנמוק"י מובא בב"י דאפי' תוכד"ד אינו נאמן. וי"ל דהרמ"א השמיטו דהא מקור האי דינא הוא מש"ם קכ"ז ע"ב אמר בני כו' עיי' בהגר"א ובסי' רע"ט סעי' ג' הוא במחלוקת דדעת הטור גם בזה תוכד"ד כדיבור דמי. והנמוק"י לטעמו דגם שם פסק כרשב"ם. אלא דלמש"כ שם הפרישה בטעמו ע"ש ל"ש זה כאן. וצ"ל כמ"ש הב"ח שם בטעם הרשב"ם דבשני דברים הסותרים ל"ש לומר כן ולכאורה מפורש כן בדברי רשב"ם ע"ש:

סעיף י"ג. שומא בכור לאמו קאמר. ואפי' תפיסה ל"מ כמ"ש רשב"ם והג' אשרי. מיהו ה"מ היכי דלא אתברר דלאו בוכרא דאימא הוא אבל אם נתברר דלאו בוכרא דאימא היא ודאי מה דאמר בכור ר"ל בכור דאב כ"כ הרמ"ה. ומש"כ בהגה וה"ה אם מת הבכור כו'. הק' בט"ז מאי קמ"ל. י"ל דטובא קמ"ל לאפוקי מדעת המהרי"ט מובא בפ"ב מנחלות במלמ"ל דל"מ הכרה אחר מיתת הבכור וכ"כ שם בשם המהרי"ק דחולק ביאור דברי המהרי"ק עיי' שו"ת ב"ש חחו"מ סי' ק"י) והנה במש"כ לעיל בנאמנות החיה דעת הר"ן שהוא מדרבנן. צ"ע במ"ר פ' וישב במעשה דתמר יליף מקרא דשם דהמילדת אמרה זה יצאה ראשונה דהחיה נאמנת ע"ש:

סימן רעח

סעיף א'. ולא בנכסי האם. ופרש"י במתני' בכורות נ"א ע"ב בנכסי מלוג. והק' בהג' רש"ש דע"כ בנתגרשה או נתאלמנה ויש לה גם כתובה. ולק"מ דמשכח"ל באלמנה שלא נשבעה על כתובתה ועדיין בחזקת יורשים קיימא. והא דדייק לפרש כן ולא פירש שהרויחה או שנפלו לה נכסים י"ל דלרבותא קאמר ל"מ בנכסים שלא היה לאביהם שייכות בו אלא אפי' נ"מ שהיה לאביהם שייכות בו באכילת פירות אינו נוטל ומש"כ בסמ"ע ס"ק א' מדכתיב כי לו כו'. הנה הה"מ כתב מדכתיב בכל אשר ימצא לו ותמה הלח"מ דלא קאי כן במסקנא ולק"מ דרק בתוס' פירשו כן עיי' מהרש"א. אבל הרי"ף ורא"ש ל"פ כן והביאו טעמא דאביי. אבל זה קשה דסתמא דש"ס בכורות נ"ב מביא טעמא דרבא ועיי' רי"ט אלגזי שם. ואגב ראיתי שם שהק' ל"ל למעט אשה בזה הא כל היכא דכתיב איש

ממעט אשה כמ"ש תוס' סוכה כ"ח ע"ב והכא כתיב כי יהיה לאיש כו'. ולק"מ דצריך לאפוקי מגז"ש דמטה האב כמ"ש קי"א אי מה מטה כו' ומש"כ בהגה הניח להם עבד כו'. היינו עבד כנעני ובעבד עברי כתב המנ"ח מצוה מ"ב כיון דאינו עובד שאר היורשים זולת הבן ואינו מתורת ירושה וכל היורשים שוים בו והבכור אינו נוטל פ"ש. ועיי' דברי גאונים כלל י"ב סי' י"ב:

סעיף ג'. אין הבכור כו'. בנמוק"י מביא דעת בה"ג דאם הוא בכור בן בכור נוטל פי שנים בנכסי הזקן שמת אחר שמת בנו הבכור ומקורו מתוספתא בכורות. וכתב הנמוק"י דאין כן דעת האחרונים ולכן לא הזכיר מזה הטור ושו"ע. אבל מצאתי ברדב"ז חלק ה' סי' שני אלפים ס"ב שכתב דגם דעת הרמב"ם נוטה לבה"ג וכן נראה לו ואין לדחות דברי גאונים מהלכה ועיי' שו"ת חיים שאל ח"ב סי' מ"ב מש"כ בזה:

סעיף ז'. היה לאב כו' חצי חלק בכור. עיי' באה"ג. ומ"מ צ"ע דהו"ל להביא לפחות פירוש הא' שבהלכות בלשון וי"א דהא כן גרים גם רגמה"ג ופליגי ר"ל דבני מערבא פליגי וס"ל דנוטל וכן מובא גירסא זו בש"מ. ומצאתי בשו"ת הגאונים סי' רל"ג שפסק הגאון כן דנוטל. ומש"כ והוא דלא מטא זימנא כו' הנתי' השוה דעת הר"י הלוי והרשב"א המובא בטור ע"ש. ועפי"ז מיושב מה שהק' התומים לעיל סי' ס"ז ס"ק ה' בסתירת פסקי המחבר שפסק שם כהרשב"א דשם מיירי המחבר מגוף השדה והכא מיירי בפירות. ומש"כ הפת"ש ס"ק ד' מחלוקת האחרונים בעיסקא אי הוי ראוי עיי' שומ"ש מהדורא תנינא ח"ב סי' פ"ד שחילק בין אם היה באמת עסקא בזה נקרא מוחזק אבל שטרי עסקות שלנו שנעשה עצה"ע והלוה יכול לעשות בהם מה שירצה בזה אף החלק הפקדון מיקרי ראוי ועיי' ערוך השולחן. וכעת נדפס מחדש הס' דברי גאונים וראיתי בכלל י"ב סי' ג' דיעות הרבה מאחרונים בזה. ומש"כ החוט השני דבחלק הפקדון ודאי הוי מוחזק. הנה בשאילת יעבץ ח"ב סי' ל"א פסק דפקדון לעולם הוי ראוי אף בבעה"ב דאסור להשתמש בהם מ"מ כיון דקיימי באחריותו לענין פשיעה זולת באיכא עדים דאיתא בעין ושלא שלח בהם יד הנפקד ל"ש זוזי או מטלטלי נוטל פ"ש. ומש"כ בס"ק ה' בשם הנו"ב והח"ס בענין פרעון חוב ביש בכור. הנה כזה ראיתי שחקר הגבעת שאול סי' ק' ודעתו נוטה דכשם שאביהם היה יכול לסלק במעות מלוה כך הבכור יכול לסלק כיון דמוחזק הוא בחלק בכורתו משמת אביו. והנה באמת נמצא מכבר חקירה זו בט"ז אהע"ז סי' קי"ג ס"ק י' וכתב שם שהיה חילוקי דיעות בין הלומדים והוא פסק דהדין עם הבכור ע"ש והנו"ב והח"ס לא הביאו דבריו ותמוה. אלא שבזה נשאר שם הג"ש בצ"ע אם פרעו האחים הפשוטים קצת חובות מהמעות בעין אי מחויבים להחזיר לו חלקו פי שנים מהמעות

הנשאר. וגם בזה בד"ג כלל הנ"ל מחלוקת האחרונים ע"ש: סעיף ח'. לפיכך כו' ויותר כו'. בירושלמי קדושין פ"א הל' ד' כתב ביבם דחלק עם אחיו בנכסי אחיהם ואח"כ יבם דג"כ אמרי' ויתר. ואינו מובא בפוסקים. שו"ר בש"ך שעמד בזה:

סעיף י'. ויש מ"ש כו'. הוא דעת הראב"ד בטור ודעתו דבחלק פשיטות ג"כ יכול לסלק. והקצוה"ח רס"י ט' הסביר דלכך מהני כאן מחילה משום דמתנה קריא רחמנא. ואינו מספיק דהא הראב"ד בעל דיעה זו ס"ל דאף בחלק פשיטות ג"כ יכול לסלק. ומ"ש הקצוה"ח כאן ס"ק י"ג להק' לשיטת רש"י מפ' האשה שנפלו ע"ש. י"ל למ"ש תוס' נזיר י"ב דדבר שבידו יכול לעשות שליח וה"נ הוי בידו דויבמה אפי' בע"כ. ומש"כ עוד להק' בדברי הירושלמי המובא בהג' אשרי כתב השומ"ש מ"ק ח"ב סי' קי"ד דט"ס נפל שם וצ"ל בירושה וא"ש וכן מוגה בשסי"ן החדשים בשם גאון אחד:

סימן רעט

סעיף א'. האומר זה בני כו'. עיי' קצוה"ח מש"כ לדעת הר"ן קדושין. והנתי' כתב דעיקר סברת הר"ן הוא משום דאינו סותר החזקה לגמרי דאפשר דמתו האחים. ועיי' מ"מ הל' יבום פ"ג הל' ה' ובשעהמ"ל שם הבינו דחד טעם הוא. והנה השעהמ"ל שם הק' להר"ן מדברי הרמב"ם המובא כאן סוס"י וכתב הה"מ דבת"ח איכא חזקה נגד חזקה ונשאר המיגו ובהדיוט הוי מיגו במקום חזקה ולהר"ן הא הוי בידו. וי"ל דהא הה"מ דייק בלשונו וכתב ולא אמרי' מיגו במקום חזקה כי הא. ר"ל עפ"י מש"כ הש"ך סי' פ"ב דלא כל החזקות שווים לענין זה ואפשר דחזקת איסור חמיר דל"א מיגו כהאי נגד חזקת שפחות:

סעיף ב'. אבל נאמן כו' שאינו בנו. וכתב הריב"ש דבזה אינו חייב לטפל בו ופטור גם משבועת היסת דאל"כ הא הוי ככל כופר בכל דחייב שבועה. והמלמ"ל פ"ד מנחלות מפקפק עליו דחייב שבועת היסת ככל כופר בכל. ולכאורה אין שייך בזה לדון משום חזקה דאין אדם תובע כו' כשבועות מ' וגם ל"ש כאן אישתמוטי וצ"ע:

סעיף ג'. האומר כו' אינו נאמן. והא דלא מהימן מטעם מגו דאי בעי הוי יהיב ליה כולה נכסי כתב הנתי' סי' ע"ב ס"ק ל"ד בשם הריב"ש ראיה מכאן דכל שבא לסחור דבריו הראשונים ל"מ מיגו. ותמוה שלא ראה שכן כתב הנמוק"י בשם הריטב"א. והרמב"ן תירץ משום דהוי מיגו לחצי טענה דעיקר העדות להכשירו בקהל. ומשמע כמ"ש הסמ"ע סוס"ק ו' ולא כהט"ז שדחהו דעיקר העדות הוא. ועיי' בית אפרים חאהע"ז סי' ז' מה שהק' בזה ומש"כ על דבריו בשו"ת חסד לאברהם חיור"ד סי' מ"ב ומבאר בארוכה היטב כל הענין כאן:

סעיף ה'. חשובים ביותר כו'. מפרש הא דמשני הש"ס ברכות ט"ז משום דחשיבי קאי על העבדים וא"כ מאי דקרי להו אבא אינו מלשון אב אלא הוא לשון חשיבות וכשמואל דהוי קרי לרב אבא מלשון חשיבות ועיי' הג' מלא הרועים ברכות שם. וא"כ מנ"ל להרמב"ם דצריך גם הכרח בני אדוניהם דבש"ס ל"מ כן ואם צריך הכרה בזה לחוד נמי סגי ול"צ לחשיבי וצ"ע. והרי"ף ורא"ש השמיטו חילוק הש"ס דחשיבי והמפ' לא העירו:

מזה. ועוד נ"ע דלכאורה אין חשש באבא פלוני דאין דרך לקרות לאב בשמו מלבד האיסור ואין חשש רק באבא סתם:

סמ"ע ס"ק י"ב בא"ד. וא"ל שכונתו כו' דא"א מע"ר כו'. שיגרא דלישנא הוא דל"ש כאן משום אאמע"ר וכונתו משום דאדם קרוב אצל עצמו ואינו נאמן לפסול א"ע ועיי' תוס' יבמות כ"ה ד"ה לימא ובב"ש אהע"ז סי' נ"ד ס"ק נ"ג. והנה הקצוה"ח מבאר דברי הסמ"ע עפ"י דברי הנמוק"י ע"ש. וזה ניחא ליישב דברי הרמ"ה אבל דברי הסמ"ע אכתי אינם מיושבים דהא כתב כיון שהאמינו כבנו היא נעשית חשודה ממילא וש"מ דלא איירי בשוגגת. ויפה כתב בזה לבאר בשו"ת ב"ש חחו"מ סי' קי"א עפ"י מש"כ הרמב"ן ורא"ש קדושין והסביר דבריהם בנוב"ק חאהע"ז סי' נ"ד לענין מיגו במקום חזקה דיש לחלק בין היכא דבא להכחיש החזקה לגמרי והוא אומר נגד החזקה בשעתה כמו בהוחזק באתי והוא אומר דל"ל אתי לבין היכא דאינו מכחיש החזקה בשעתה רק שאומר על אתת שהיתה מוחזקת בא"א מכבר שנתגרשה דזה אינו סותר החזקה בשעתה רק חזקה דמעיקרא דקיל טפי. ומשו"ה ניחא שפיר הכא דגבי עבד כיון דא"א להיות עבד אם לא שאמו שפחה א"כ הרי הוא בא להכחיש החזקה בשעתה ולעשות המוחזקת בבת ישראל לשפחה זה לא אמרי' אף דלגבי הבן אף שמוחזק לבכור נאמן לומר שאינו בכור או להיפך אף שאומר נגד החזקה בשעתה על הבן הוא שהאמינו תורה ולא על האם אבל באומר ממזר א"כ אינו סותר החזקה בשעתה אף שיש להאם חזקת כשרות שהיתה כשירה משנולדה זהו חזקה דמעיקרא ובזה מהימן אף לדעת הפוס' ביור"ד סי' קכ"ז דע"א דעלמא א"נ בחזקה אף נגד חזקה דמעיקרא מ"מ כיון שבזה עכ"פ האמינו תורה מטעם יכיר לא אלים כ"כ חזקה דאימיה מבלי להאמינו. ולכאורה עיקר דברי הסמ"ע צ"ע שכ' דאינו נאמן על עצמו שהוא ממזר דהא מפורש באהע"ז סי' ד' סעי' ל' דנאמן והוא מש"ס פ' החולץ. וע"כ צ"ל כמ"ש הה"מ שם דמטעם חד"א הוא וכן בנו הרי רק ספק ממזר ועיי' פרישה שם:

סימן רפ

סעיף ב' בהגה. וכ"ז שהנכסים כו'. המפ' נדחקו בביאור דברי הרמ"ה עיי' ב"י וב"ח וד"מ ופרישה. והנה ראיתי בחי' הרמ"ה ב"ב ושם מבואר באופן אחר מאשר הוא בטור. וקוטב דבריו הוא דהא דנפלו לו נכסים ירשו אחיו עמו ה"ד בדליכא ממ"נ כיון דלאחר מיתה הוא אבל בקנה נכסים בחייו דאז י"ל ממ"נ שקיל הנותן חלקו בראש ואם יש שאר יחלקו בשוה וכן אם קנה נכסים ויש לו עוד הנכסים שנטל מאחיו חלק זה בודאי הדר להנותן ועל חלקו אשר קנה תליא בזה אם הנכסים שירשו מאביהם עודם בעיניהו ויכול לומר להו ממ"נ דינו כדלעיל ואם אתניסו דלא הוי גזלנים שיתחייבו גם על אונסין דהא לא הוי ידעי דאחיהן הוא ואיתניס חלקו בידיהו ותו ל"ל ממ"נ אז דוקא אי איתא בידיה דספק ההוא חלקו דנתן לו אחיו או ממונא דאתי ליה מחמתיה הדר למריה ואי ליתא בעיניהו ולא ממונא דאתי מחמתיה פלגא כולהו בשוה זהו קוטב דבריו. ומשמע מה דאיתא מדיליה בעינא מה שנתן לו א"צ להממ"נ וכן מפורש יותר בביאורו בגמ'. ובזה אין סתירה מריש דבריו לסופם דברישא מיירי בלא איתניס חלקם ובזה א"צ דוקא חלקו ואף בקנה ממק"א הדין כן ובסיפא איירי באיתניס דאז דוקא בחלקו עדיין בעין דזה מדינא מהדר בלא ממ"נ. אלא שבטלה דעתי דהטור היה בקי בלשון הראשונים ומ"מ הדבר צע"ג. ומש"כ בפרישה לדייק הלשון נפלו. המעיין שם ברמ"ה יראה שקורא נפלו גם לקנה במק"א. והג' רש"ש הק' דהא לא נודע אביו והוי נכסיו הפקר והכא הא זכה האת ומ"ט ירשו אחיו עמו ועיי' סי' רנ"ו בקצוה"ח ונתי' ולק"מ. ומש"כ בפת"ש ס"ק א' בשם עבוה"ג. אולי יש ליישב בזה בעובדא דש"ס ב"מ ל"ט ע"ב שהק' תוס' והרא"ש דלמה צריך להאי טעמא ת"ל דבלא"ה אינו נאמן. וי"ל דהכירו בט"ע דקלא ולכך צריך לה"ט דאין זה הכרה ונאמן האח לומר שאינו מכירו:

סעיף ד'. אלא ראובן לבדו. הק' הנתי' מסי' מ"ז סעי' א' ע"ש. ובאמת כתב שם התומים דסברא זו לדחות מעליו היא סברא קלישתא ודוקא באמנה כ"כ שהשטר אינו עומד לכך אבל לא בפרוע ועיי' קרבן נתנאל כתובות פ"ב אות כ"ד מש"כ בזה:

סעיף י'. מעמידים נכסי האם כו'. בש"ס ב"מ ל"ז ע"ב מוקי לה בשמא ושמא אבל ברי ושמא לא. והפוס' השמיטו משום דהתם אזיל לת"ק דרשב"א יבמות קי"ח כמ"ש המפ' שם בש"מ והפוס' פסקו כרשב"א לעיל סי' רכ"ב. וראיתי ברמ"ה שכתב כאן להלכה דברי ושמא לא עפ"י ש"ס ב"מ. ומשמע דשם ג"כ דעתו כת"ק דרשב"א. והנה הטור כתב ל"ש אם היה לו עוד בן מובא בסמ"ע. והוא לאפוקי פי' רשב"ם. והתוס' הק' עליו ע"ש ועיי' תו"ת משניות. והמלמ"ל פ"ה מנחלות מחלק בין היכא דהוא ודאי מתורת ירושה

לבין ודאי מטענה או מספק ע"ש. וי"ל דזהו חילוק התוס' ריש ב"מ סוד"ה וזה והמפ' נדחקו שם והתוס' כאן לא חילקו כן. ומש"כ המחבר וה"ה כו'. ועל בתו נשואה. עיי' נתי' ס"ק ז' שכתב משום דירושת הבעל דרבנן לכך מיקרי יורשי האב יותר מוחזקים. וכן כתבו התוס' קנ"ח ד"ה וב"ה ע"ש ועיי' תוי"ט מש"כ בזה. ולפי"ז הוא תלוי במחלוקת הפוס' עיי' אהע"ז רס"י צ' אי ירושת הבעל דרבנן וצ"ע:

סימן רפא

סעיף א'. לא אמר כלום. ובש"ס הכא מי ידע דמחיל ומשמע מפי' רשב"ם דאי מחיל ודאי מהני. אבל הנמוק"י כתב דל"מ דהוי מחילה בדשלבל"ע וכ"כ הרמ"ה והרשב"א בש"מ ועיי' הג' אשרי. והמחבר לא ביאר ועיי' קצוה"ח סי' רע"ח ס"ק י"ג. והנה בדברי הרמב"ן המובא כאן באחרונים הנה בהתו"ה שם דחה זה אליבא דרבא ע"ש. ולכאורה לחילוק הש"ך סי' ר"ת ה"נ יכול לעשות בהיתר דרך מתנה. ומש"כ הרמב"ן מלשון ע"פ עיי' התו"ה שם ובשו"ת חיים שאל ח"ב סי' מ"ב ובמנ"ח מצוה ת' מש"כ בזה:

סעיף ג' בהגה. וכן אם אמר כו'. וכן משמע בחי' הרמ"ה אבל ל"מ כן מנמוק"י במתני' שכתב דין זה אפי' באלא ע"ש:

סעיף ה'. אינו יכול להוסיף כו'. כן הוא לשון הרמב"ם וכתב הה"מ דאין מוציאין מהיורשים מספק. אבל לא משמע כן מסתימת הרמב"ם דא"כ אם תפס מה שהוסיף לו לא מפקינן מיניה וכן ראיתי אח"כ בלח"מ שהק' כן. ולולא דברי הה"מ והר"ן י"ל בדעת הרמב"ם דס"ל דאין הלכה כריב"ב בבריא אלא כחכמים דפליגי עליה בזה וכן כתב הרמ"ה דמטעם ודאי ל"מ. והנה הנמוק"י כתב בשם הרשב"ם דדעתו כדעת האומרים דהבעיא לא נפשטא וכ"כ בהגמ"י פ"ו מנחלות בדעת רשב"ם ולפנינו כתב הרשב"ם דהבעיא נפשטה וכן ראיתי בשו"ת בשמים ראש סי' רנ"ה בדעת רש"י וע"כ ט"ס וצ"ל ר"ש. ולבד זה צ"ע להלכה כי רבים החולקים עיי' בש"מ ובתשו' בש"ר כתב שראוי לבצוע ע"ש: סעיף ז'. כתב בין בתחילה כו'. עיי' קהל"י חלק מענה לשון ח"ג אות תפ"ו בשם מהרשד"ם וגד"ת חילוקי דינים בזה:

סימן רפב

סעיף א'. ומדת חסידות כו'. הטור כתב משום מאמרם שלא ישנה אדם בנו בין הבנים. וכתב הב"ח דה"ד בחייו אבל קודם מותו מותר ועיי' שוש"י שכזה היה מתנת יעקב ליוסף את שכם. והמחבר השמיט הא דאל ישנה אדם כו'. ובאומר השכחה עמד על השמטת הפוס' בזה והנה לפנינו מובא ברמב"ם וטור. והמחבר ע"כ ס"ל דאינו אלא ממדת חסידות [עיי' פתחי עולם אור"ח סוס"י קנ"ו]. והנה בש"ס איתא וכ"ש מברתא לברא והפוס'

השמיטו ועיי' ת"ס חחו"מ סי' קנ"ג דבר נחמד בזה. ופשוט י"ל דהרמב"ם סמך על מש"כ פ"כ מאישות וכ"כ הרמ"א באהע"ז סי' ע"א. ומה שהק' הלח"מ שם על הרמב"ם עיי' מהרש"א כתובות נ"ג ע"א ובהג' מצפה איתן ולק"מ. ותמיהני על הח"ס מובא כאן בפת"ש שדייק מש"ס כתובות דאפי' מקצת ולא הביא שכן כתב להדיא הרשב"ם ב"ב קל"ג ע"ב וע"ש ברש"ש. ולכאורה היה נראה לומר דדוקא באינו נוהג כשורה אסור להעביר אבל ברשע מפורסם וכופר בדת אין איסור. אבל ל"מ כן מקושית הב"ש על העברת נחלה דאברהם לישמעאל. וי"ל דזהו שהוסיף הירושלמי מובא ברי"ף שמביא הקרא דיחזקאל כלומר אף דרשעים גמורים הם ג"כ אסור להעביר נחלה. והנה המזרחי והבאר שבע סנהדרין צ"א הק' באברהם שהעביר נחלה מבניו ליצחק דהא אף:

מבישא לטבא אסור. ולמש"כ הב"ח דקודם מתו מותר א"ש וגם למש"כ הח"ס דמחיים מותר ג"כ א"ש ומוכת דהב"ש שכתב באנפי אחריני לא ס"ל כן. ומה שהק' הב"ש עוד דהא הוי עכו"ם ועובר על לא תחנם י"ל למש"כ הרמב"ן ור"ן דבמתכוין להנאתו אינו עובר והכא היה כונתו להפרידם מיצחק שלא ילמד ממעשיהם. ולכאורה לטעם הש"ס דילמא יפקון מיניה בניה מעליא א"כ בלית להבן בנים רשאי להעביר וכן משמע ממש"כ הב"ש לתרץ משום שצפה אברהם ברוה"ק שזרעם דישמעאל וב"ק לא יהיו טובים וכ"מ ממהרש"א כתובות נ' ע"א ע"ש. כעת נדפס מחדש הס' דברי גאונים וראיתי בכלל ע' סי' ג' בשם שו"ת מהר"ם שיק דדוקא אם הברא אינו אפיקורס אבל אם הוא אפיקורס ל"ש לומר דילמא נפקא מיניה בנין דמעלי דמסתמא אינו מגדל אח הבנים ע"ד הטוב. ועוד אם הירושה שדות וכרמים והוא מחלל שבתות ויעבד אותם בשבת אפשר דבאופן זה לא אסרו רז"ל. ואין הס' תח"י ומדברי הב"ש ל"מ כן כמש"כ. והנה במש"כ הת"ס מובא בפת"ש במקצת נכסים הנה בנחלת שבעה סי' כ"א אות ו' לא כתב כן ומביא כדבריו ממהר"ם מינץ וצ"ע. ומש"כ העיטור שיעור ד' זוזי לא מצאו האחרונים מקור לדבריו ובשומ"ש מהדורא תנינא סי' א' הערה מקורו מהא דאהע"ז סי' קי"א סעי' ב' והוא מש"ס כתובות צ"א. ודבריו צ"ע דאינו ראיה מהתם לעיקר הדין דהתם תק"ח היא הכתובת ב"ד ואף למ"ד יסבון עכ"פ תק"ח היא רק דתק"ח לא היתה למיעקר לגמרי נתלה דאורייתא משא"כ לענין הא דאין רות חכמים נוחה הימנו. ועוד מש"כ דדינר היינו ד' זוזי ל"י המקור דאדרבה דינר הוא זוז. ומש"כ בהגה מי שצוה כו'. וכתב הערוך השולחן דאי איכא אומדנא דכונתו היה להעביר מיורשיו ומסרן לשליש לזכות בהן צ"ע דאפשר דאין להשליש להעביר על דעתו. והנה במהרשד"ם חחו"מ סי' שמ"א כתב להדיא כן דכל היכא דקים לן באומד הדעת שדעת המצוה היה להעביר מיורשיו מקיימין אותו אפי'

לעקור נחלה דאורייתא. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ד' בשם המרדכי עיי' עיקרי דינים סי' כ"ז ס"ק י"ב ובעין יעקב עירובין נ"ג. ובזה נ"ל להעיר במה שראיתי בס' בית אהרן ביאור לפדר"א שמביא ישוב המהרש"א סנהדרין לקושית המזרחי משום דישמעאל בן שפתה היה שנולד קודם שנשתחררה שלא מצינו ששיחרר את הגר קודם שנשאה. וכתב שזה פלא הלא האדון שנושא שפחתו יוצאת לחירות כאהע"ז סי' ד'. והנה הוא יותר פלאי שהרש"א סותר דבריו שכתב בחא"ג שבת נ"ה ע"ב שהיה אברהם וזרעו אסורים לישא שפחה והא דנשא את הגר לפי שנשתחררה ממילא כדין הנושא לעבדו ב"ח שיוצא לחירות. והנה כן תירץ גם הב"ש שם והוסיף עוד דאפי' את"ל ששיחררה קודם שנשאה לק"מ שהרי כולם גרים היו ותניא בפ"ק דקדושין עכו"ם את הגר וגר את הגר אינו יורש מד"ת ולא מד"ס. ובזה מיושב מה שהק' הרש"א מב"ק ונדחק לתרץ ע"ש. וקושית המחבר הנ"ל לק"מ דהא נשאה קודם שנימול ואז היה מותר בה וכן דייק המהרש"א שם בלשונו וב"ק אעפ"י שנולדו אחר שנימול והיה אסור בשפחה ונשתחררה קטורה וזש"כ בשבח שהיה אסור בשפחה ר"ל אחר שנימול ונתגייר ולק"מ. ועיי' שעהמ"ל סוף הל' מכירה מזה. ועיי' עוד בזכור לאברהם. חו"מ אות י' מש"כ בזה:

סימן רפג

סעיף א' העכו"ם יורש אח אביו כו'. וכתב הריטב"א ותוס' רי"ד קדושין י"ז דנ"מ דאסור לגוזלו ממנו דגזל עכו"ם אסור דבלא"ה הוי הפקר וזה א"ש לרבא לשיטתו דס"ל גזל עכו"ם אסור אבל למ"ד מותר מא"ל ולמאי נ"מ. והשומ"ש מ"ק ח"א סי' קכ"ד כתב דנ"מ לענין גר ועכו"ם שירשו אביהם עכו"ם דאם לא היה יורש לא היה חליפי ע"ז וכל שיורש שייך לומר ברירה. עוד נ"מ לענין אתרוג דבעי לכם ואף למ"ד דגזל עכו"ם מותר לא הוי לכם כמ"ש היראים ואם לא היה יורש הוי הפקר ובלקוטי ב"א מתרץ פשוט דבב"נ הא לא אזלי' בחר רוב והו"א לענין ירושה דילמא לאו אביו הוא קמ"ל והיינו כמ"ש האחרונים דאם לפי הרוב אין המיעוט נחשב כלל גם בב"נ אזלינן בתר רוב וי"ל. והנה הרמב"ם פ"ו מנחלות כתב שנכרי אינו מוריש רק לבנו אבל שאר ירושתיהם מניחים אותם לפי מנהגם וכתב הה"מ משום דלא מצינו סדר נחלות רק בישראל. מבואר מדבריו דרק ירושת האב להם הוא מה"ת אבל שאר ירושת כגון אב את הבן או אחים אינם יורשים כלל מה"ת. והמקנה קדושין י"ח כתב דתלי בילפותות דרבא ור"י ע"ש ולא הזכיר מדברי הרמב"ם. ועיי' ח"ס יור"ד סי' קכ"ז שכתב דל"ד בן דה"ה שאר קרובים. וגם הוא לא הביא דברי הרמב"ם. ועיי' שעהמ"ש סי' ת"ע מזה. והשו"ע השמיט מזה וצ"ע. ומש"כ המחבר אפי' היה לו בן כו' אינו יורש את אביו. משמע אבל את אמו יורש וכן כתבו תוס' כתובות י"א

ד"ה מטבילין. וראיתי שם בהג' רש"ש שחמה מהיכן פסיקא להו כן כיון דהורתו שלא בקדושה. וכתב דהוא ממתני' יבמות צ"ז שני אחים תאומים והיתה הורתם שלא בקדושה ולידתן בקדושה חייבין משום אשת אח הרי דיש להם קורבה מצד האם. והנה מצאתי בחי' רמ"ה ב"ב קמ"ט שפסק כן ומביא ראיה זאת. ועיי' תורע"א דמאי פ"ו ובתפא"י שם משכ"כ בזה. ועיי' רש"ש בכורות מ"ו ע"א: סעיף ב' בהגה. וי"א שמניחין כו'. עיי' סמ"ע. ובב"ח השוה הדיעות למש"כ התה"ד וגם הרמב"ם מודה להרא"ש. אבל מצאתי בתשו' אחרת בתה"ד בסי' רס"ז שמביא שם דעת הרא"ש וכתב דיתר הגאונים לא ס"ל לחלק כן וצדקו דברי הטור וכמ"ש הט"ז דודאי פליגי. ומש"כ הבאה"ג אות ת' בשם הה"מ. עיי' משנה ב"ב קנ"ו מקור לזה:

סימן רפד

סעיף א'. כל היורשים כו'. עיי' קצוה"ח ונתי' בדעת הריב"ש ועיי' רדב"ז חלק ג' סי' תקס"ד ובמהרי"ק שורש קע"ה ובשו"ת צ"צ סי' ס"ד ובשו"ת ב"א חאהע"ז סי' קל"ב ובשעהמ"ל רפ"ד מנחלות בשם הר"א ששון ובשו"ת ב"ש חחו"מ סי' ק"י משכ"כ בזה. ומש"כ השך ס"ק ב' הכי איתא כו'. וכן הוא בבהגר"א. צ"ע דשם מדבר בשמועה שמת מורישם בע"א והריב"ש מדבר על קורבת הקרוב ומאי ענין זל"ז ועיי' שו"ת פורח יוסף סי' י"ז משכ"כ בזה:

סעיף ד'. מי שטבע כו'. עיי' ב"ח וט"ז. והגר"א באהע"ז סי' י"ז ס"ק קט"ז כתב בשם הרמב"ם משום דברוב מעליא כגון רובא דשכיח אף שמואל מודה כמ"ש סופ"ק דכתובות ור"נ אישתבע על חסא אלא דבספק א"א מחמירין. וכונתו להא דיבמות קכ"א דאישתבע ר"נ האלקים אכלו כורא לחסא. ומזה דייק מהר"ם מובא שם בגליון הגרע"א דאדם יכול לישבע על דבר שעפ"י רוב הוא כן מתורת ודאי. והנה ראיתי בשומ"ש מהדורא תנינא ת"ב סי' ט"ז מצא מקור דברי הרמב"ם מכתובות פ"ה ע"ב שכיב חסא ולא פקיד, והוציא ר"נ מיתומים אף דהוא היה יכול לטעון בחייו דשלו הוא ורש"י שם פירש דאותו חסא הוא ואף דלענין נשואין אמרו שם ביבמות דלכתחילה לא תניא. ומה שדחה שם דהואיל דר"נ נשבע היה ברור לו דאכלוה כורא ולכך ירדו לנחלה. תמוה דהא הוא עצמו מביא שם דברי המהר"ם דיליף מזה לענין שבועה וע"כ דמחמת רוב הוא ועיי' ערוך השולחן ובהג' חכ"ש להמהרש"ק. ומש"כ כאן בד"מ בשם הריב"ש דעכו"ם אינו נאמן ט"ס הוא וצ"ל עד אחד והיה כתוב בר"ת "דע"א" והמדפיסים שגו וכתבו דעכו"ם ובריב"ש לא נזכר מזה והוא דבריו המובא בהגה. ובעיקר הדין צריך לחלק בין הא דפסקו האחרונים

דבכה"ג אין מניחים להם לומר קדיש ולנהוג אבילות עיי' פת"ש יור"ד סי' שע"ה. ואולי שם הוי פרסום טפי מכאן. או משום זה א"א להוציא הנחלה מחזקת היורשים וי"ל עוד:

סימן רפה

סעיף ו'. לא יורידו קטן. עיי' פת"ש בשם השבו"י ליישב מש"כ הב"ח דכ"כ תוס' כתובות כ"ו וכ"מ מתוס' גיטין כ"ו. הנה בגיטין כתבו משום דשבויח חיישי' טפי ולא כתבו משום דמסתכנות בלידה דבאמת משום האי טעמא ל"ש אלא באשה בת בנים אבל לא בזקנה ושם מיירי בסבתא לכך כתבו טעם אחר.

ואולי משום דמסתכנות בלידה בנערותם ממהרים למות מאנשים ודוחק: סעיף ט'. שמא מתה הזקנה. התוס' הק' מגיטין כ"ח ותלמידי הר"ף בש"מ כתבו דלא אמרי' כיון דפלג פלג אלא בהגיע לק' שנה וי"ל דהבת הגיעה לגבורות והאם הגיעה לק' שנה והתוס' נראה דלא ס"ל כן וכן דעת רש"י גיטין שם דבצ' שנה אמרי' ג"כ כיון דפלג פלג ועיין אהע"ז סי' קמ"א סעיף ס"ח ובק"נ גיטין שם דעת הפוס' בזה. ומש"כ המחבר עוד אח"ז שמעו: שמתה הזקנה. הנה הטור כתב ונודע שמתה משמע בידיעה ברורה וכן כתב הריטב"א דוקא שידעו עפ"י ב' עדים דבלא"ה אין מורידין קטן לנכסי שבוי אפי' שמעו בו שמת. והמחבר שכתב שמעו הוא עפ"י התוס' דע"י ע"א וקול. ואולי סמך על מש"כ בב"י בשם רי"ו דע"י שמועה ג"כ מורידין אבל צ"ע שפסק נגד הטור וגם דעת הרמב"ם נוטה לזה כמ"ש המע"ח ב"מ. ואולי עפ"י חילוק הב"ח בין זכר לנקיבה י"ל עיין פת"ש:

סמ"ע ס"ק כ"ו. ועוד הוסיף הטור כו'. דבריו קשים וצ"ע ועיין רש"ש ב"מ ל"ט ע"ב:

שם ס"ק ל"ה וא"ת בלאה"נ כו'. י"ל למש"כ הב"ח רס"י ר"צ בדעת הרמב"ם דבאשה נו"נ מעמידים אותה ולכו"ע אף משום חשד אם מוחזקת לאינה חשודה מעמידים אותה אם היא נו"נ. ובזה י"ל במש"כ הרשב"א מובא בהגה כאן סעי' ז' דשלא לאכול הפירות מעמידין אף קרוב ורואיתו מגיטין דלא חשיב שם קרוב. ולכאורה מאי ראיה דהא לא חשיב שם גם עם הארץ וע"כ דדעתו ג"כ כהרמב"ם דנשים רק משום שא"י בעסק ועבדים משום דחשידי ול"ח ע"א דהיינו הך דעבדים וכן מצאתי בחי' רשב"א גיטין שם שכתב האי טעמא:

סימן רפו

סעיף ג'. נשאו הגדולים בחיי אביהם כו'. הק' הב"ח מאי קמ"ל הא פשיטא הוא. ותירץ דאתי לאשמעי' דאע"ג דהבטיח האב בחייו שיתן לבנו כו"כ אפ"ה לגבי האחין לאו כלום הוא. והיינו הך דתשו' מהרי"ו שמביא בהגה ומשמע מהרמ"א דלא כמ"ש הב"ח דלדבריו נכלל זה במש"כ המחבר ועיין מלמ"ל פ"ו מזכיה דיעות החולקין על הרמ"א

ובעיקר הקושיא וכי כעורה לו מש"כ הריטב"א מובא בנמוק"י דאפי' שבשעה שנתן להם האב היה אומר שדעתו לתת כיו"ב לאחרים אין אומרים שע"מ כן נתן להם ומביאו להלכה בשו"ת באר שבע סי' ל"ט. ובפשוטו דמתני' א"ל דאשמעי' אע"ג דהקטנים לא הגיעו עוד לנשואים ומחלקין ע"י אפטרופס כדלק' סי' רפ"ח אפ"ה מניחין עבורם לצורכי הנשואין. ובזה י"ל בכונת הירושלמי כאן ר"י בעא קומי ר"ז נסבין רברבייא מאה גרבין ואינון טבין עשרין דינרין נסבין זעירייא מאה גרבין דינון טבין עשרה דינרין א"ל כמה דנסבין אילון יסבין אילון. והדברים הוא באין פתרון דלכאורה הא מפורש הוא במתני' ועיין מאה"פ. וי"ל דזהו שאלתו אם הקטנים כשלא הגיעו עוד לנשואים נוטלין כיוצא בו דאחין שמניחין עבורם לצורכי הנשואים אם נוטלין כיו"ב דאחין בשוה מאה כנגד מאה. א"ד כיון דאין נושאים עתה יטלו פחות מהגדולים.

וע"ז פתר לו דנסבין אילון כאילון באין חילוק והרמ"ה דייק בלשונו ישאו קטנים לאחר מיתת אביהם כיוצא בהם והיינו דזהו עיקר החידוש שנוטלים בשוה כהגדולים:

סמ"ע ס"ק ו'. ודעת הטור ואינך כו'. בפרישה דחה מזה דעת הרמב"ם ע"ש והנה י"ל בסברת הרמב"ם דדמי למלוה שהלוה אביהם ליפרע בזמנים מחולקים וכשמגיע הזמן הא' חולקים כולם בה וכן בכל זמן פרעון בכל חלק וחלק ואף דהוי על תנאי כשישמחו עמו עכ"ז אין לעכב עתה חלקם משום דילמא לא יקיימו התנאי וכשישאו הם הוא יטול מחלקם והכרחו מלשון לאמצע כמ"ש הה"מ ע"ש:

סימן רפז

סעיף א'. ואפי' שכר עמלם לא יטלו. וכתב הסמ"ע אע"ג כו'. והוא קושית התוס' שם וכתב המהרש"א ז"ל רשב"ם ותוס' שפירשו ששיבחו נכסים מחמת נכסים היינו לא טרחו ולא הוציאו משלהם כלום אין מקום לדמות ליורד שדה ש"ח של"ב ולשותף דהני טרחו והוציאו משלהם ודברי התוס' הם דברי ריב"ם לשיטתו כמ"ש בהג' אשרי כו'. והנה גם הרא"ש הק' כן וברא"ש אינו מובא פי' ריב"ם וכן הק' גם הרמב"ן בחי' ופירש בשבחו נכסים כהרשב"ם.

ואתמה מאוד שלא ראה בטור שפירש שכר טרחת פועלים ועיין פ"ח על הרא"ש. ומש"כ בהגה אבל אם יש בהם כו'. ונרשם רא"ש ומ"מ ור"ן. הנה מהר"ן משמע דלעולם א"צ ב"ד ואף בקטנים וצ"ע. וגם צ"ע לפי"ז דאיך יפרשו הירושלמי המובא ברא"ש דכתוב מפורש דצריך ב"ד ואין סתירה לזה מש"ס דילן ומש"כ המחבר ואם אמרו ראו כו'. זהו כדעת ר"י שנוטל הכל מחלק האחים. ותמיהני שבב"י אחרי שהביא דיעות המפרשים בזה הסכים לפי' הרמב"ן שאינו נוטל כולו מחלק האחים וכן מצאתי דעת הרמ"ה בחי' ב"ב כהרמב"ן

וגם בנמוק"י כתב דעת ר"י בספק שכתב אם הוא מוחזק יכול להחזיק כדעת ר"י וצע"ג על סחימת השו"ע:
סמ"ע ס"ק י"ב. ה"ה אם היה טורח נפשו כו'. עיין ט"ז שהשיג עליו ופשוט כונת הסמ"ע דעיסקא אין כ"כ טורח אלא אפי' טרח בממון הירושה לשכור כל הצורך לקרקע דהוי טירחא דגופו ג"כ לאמצע:
שם ס"ק ט"ו. והא דכתב הטור כו'. יפה כתב הב"ח לחלק דכיון דחשב שהוא שלו לא מיקרי של"ב ע"ש:
השמטות לסימן רפז:
סעיף ד'. מה שהערתי מאמירת קדיש. כעת ראיתי בשבו"י ח"א סי' ק"ב שעמד בזה וכתב לתרץ ע"ש:

סימן רפח

על חו"מ סימן רפח:
סעיף א'. שמין מה שעליהם כו'. ואפי' לבשו כולם כאחד ובערך אחד אלא שכלו לאחד יותר מלחבירו כ"כ המאירי ב"ק. והסמ"ע דחה הטעם דאין לו זכות בהם דא"כ מחנה נמי. ותמיהני דלדיעה זו אין ה"נ וכמ"ש הנמוק"י לדעת הרמ"ה לדייק כן מובא בהגה סי' דלעיל סעי' א' שבאמת שני הטעמים מותאמים כמ"ש הנמוק"י שם והב"ח דוחה פסק הנמוק"י דשם טעמא משום זילזול כמ"ש הרא"ש. ותמוה דהא גם הנמוק"י שם מביא טעם הרא"ש וכתב טעם הרמ"ה משום זכיה דבלא"ה י"ל שסמכו על שעת חלוקה לתפסם ומזה סמך הנמוק"י דינו. וראיתי בערוך השולחן שכתב חידוש דין מדעתו שבגדי שבת ויו"ט שמין גם לגדול אחין ואישתמיט מיניה מש"כ הש"ך לעיל סי' קע"ו ס"ק כ'. עוד תמה הב"ח על השמטת הפוס' דין דשדכא ב"ב קל"ט לפי' הרי"ף בשם י"מ. ובאמת ל"י איך נפרש לפירושם מ"ש מ"ד ניח"ל דלא נינוול דמה ניוול שייך באין לו בגדי משי וצע"ג:
סמ"ע ס"ק ה' אבל לפמש"כ הטור כו' אא"ל הכי. א"ל בנתרצית באחר כמש"כ הק"נ ברא"ש שם אות מ"א:

סימן רפט

סעיף א' בהגה. דחלוקה לא הוי כמכר. עיין בהגר"א דצ"ע. והנה בשו"ת ב"ש חחו"מ סי' קי"ב כתב דע"כ צ"ל הטעם בזה דעיקר הטעם הוא משום דמקרבי דעתיה לזוזא ובש"ס שם אמרו דבנכסים שקנה יכול למכור דל"ש טעם זה וה"נ בחלוקה ל"ש טעם זה וא"ש. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ה' הטעם דהו"ל כמו מכירה ובט"ז דחהו מסי' ר"צ וכתב טעם אחר. באמת טעם הט"ז אינו מספיק אבל טעם הסמ"ע מצאתי בנמוק"י פ' אלמנה לכ"ג. ומה

שהק' הט"ז מסי' ר"צ העיר מזה הריטב"א מובא בנמוק"י שם דמתקנה הוא. שו"ר שכ"כ הנתי' כאן ולא ראה בנמוק"י ועיין מש"כ בזה בסי' קע"א:
סעיף ה'. הדין עמהם. לכאורה הא קרוב א"י לעכב הקבורה כדלעיל סי' ק"ז. וע"כ צ"ל משום דהם ג"כ קרובים וגם עליהם מוטל המצוה ומאי חזית דאיהו יתן טפי מדידהו:
הלכות אפטרופוס:

סימן רצ

סעיף א':
ב"ד חייבים להעמיד להם אפטרופס. הקצוה"ח כתב כאן מענין ממנה שני אפטרופין ומת אחד מהם והראה מקום לתשו' הרשב"א המובא ביור"ד סי' רנ"ח ולא מחמת פלוגתא דר"י ור"י אלא מצד המנהג. וכן הבין הט"ז שם בדברי הרשב"א. אבל י"ל דגם שם הרשב"א לשיטתו שכתב אב שהשביע את בנו שלא ילוה כ"א ברשות שמעון ולוי מותר להלות ברשות אחד מהם ומובא ביור"ד סי' רכ"ח סעיף מ' וגם שם מפקפק בט"ז. וראיתי במהרי"ט ח"א סי' כ"ח שכתב דאין לומר דאמר יהיה שמעון ולוי אפטרופסים שניהם דוקא משמע דהא קיי"ל דאביו ואמו קיילל משמע שניהם כאחד ומשמע שניהם בפ"ע כו' ולא הזכיר מתשו' הרשב"א זו ועיין עוד שם סי' קל"ד מזה. והנה בעיקר מחלוקת ר"י ור"י האריכו האחרונים בזה ולענין נידו"ד עיין שו"ת בשמים ראש סי' שע"ד ובהג' כ"ד שם ובחכ"צ סי' ד' ובשו"ת רע"א סי' מ"ו ובתפא"י משניות רפ"ח דמציאה וי"ל בזה. ומש"כ בהגה. מי שהיה לו אפטרופוס כו' אלא ב"ד. הנה בסמ"ע ס"ק ז' מביא גירסת הראשונים דהרשות בידן גרסי'. ואם היו נאמנים בעיני אביהם בחייו הרשות ביד ב"ד למנותם לאפטרופס אחר מתו. ולכאורה זה סותר לדברי הרא"ש בהגה כאן ובב"י מביא דברי הרשב"א ור"ן ואח"כ דברי הרא"ש מיד והוא תמוה. וי"ל:
דלא פליגי לדינא דטעם הרא"ש כתב הסמ"ע בקיצור ושם בתשו' מבואר כי אדם מאמין נכסיו לאחד ואינו ירא שיעשה לו עול לפי שהוא ירא ממנו וגם אדם בקי ומכיר בנכסיו וירגיש אם יעשה לו עול אבל אינו נאמן להשליטו על ממון יורשיו. וי"ל לפי"ז דבידעינן שהחזיקו כ"כ למהימן בחייו עד שהאמינו בדברים שא"א שיכיר אם יעשה לו עול כה"ג מהימנין ליה גם אחר מתו והרשב"א דייק וכתב שהיו מוחזקין אצלו בנאמנים זריזים בזה אולי נאמנים לו גם לאחר מתו. ובזה נמי י"ל מסתירת דברי הרשב"ם שעמד ע"ז בנחלת שבעה נוסח השטרות סי' ל"ח ע"ש. והנה הב"ח הביא ראיה להרא"ש ממתני' כתובות פ"ז הלכה מקבר בעלה לבית אביה ומבואר שם אעפ"י שלעבר היתה נעשית אפטרופא בחיי בעלה אם לא מינה בעלה אפטרופא לאח"מ אינה אפטרופא לעסוק

בנכסי יתומים. ול"י לדעתו דשם מיירי בלא נתרצית להיות אפטרופא והלכה לבית אביה ואין ראיה בנתרצית שאין מניחין אותה. וז"ל הרמב"ן מובא שם בר"ן ודוקא אפטרופסת בחייו ונמשך אפטרופסת שלה לאח"מ א"נ שמינה אותה עליהם בפירוש. הרי דגם בסתמא הוי אפטרופסת. ובתוס' שם פ"ח ע"ב כתבו ובממנית מעצמה ליכא לאוקמי כו' עיין מהרש"א שם משמע דרשות בידה לעשות מעצמה אפטרופסת. וכן לק' סעי' כ"ג בטור כתב הב"ח לפרש דעת הראב"ד מובא בשו"ע סעיף י"ח דב"ד רשאים למנות לכתחילה אף בפטור שבועה כשרואין בזה תועלת ליתומים אבל כי גדלי היתומים יכולים לתבוע ממנו שבועה וכתב שכן משמע בסוגיא שם דלרבנן מינהו אבי יתומים ישבע אעפ"י שפטרה הבעל משבועה על העתיד לבא דכתב לה נדר ושבועה אין לי ולא ליורשי עליך. וגם ראיה זו יש לדחות דשם הוי בעלים אחריני דיצאה מרשות האב לרשות בניו לכך ל"מ פטור אביהם כשיצאו מרשותו אבל הכא דב"ד אביהם של יתומים הם וכל מה שעושים כאילו היו עושים היתומים עצמם אולי אינם יכולים לתובעם אח"כ כשפטרו הב"ד. שוב מצאתי בשו"ת בשמים ראש סי' קפ"ט תשו' מרמ"ה כדעת הרשב"א ור"ן שהבאתי והרמ"ה רמז ראיה מסוגיא דכתובות ובהג' כ"ד שם עמד דמסוגיא משמע היפך דבריו ואולי כונתו למש"כ:

סעיף ב' בהגה. קרוב שלהן. עיי' ט"ז מ"ש מדברי הרשב"א. ואינו מוכרת כ"כ כיון דלכל מי שהיו שוכרין לטרוח היו ג"כ נותנים שכר וקרוביהם מי גרעו ואם יתנו להם יותר הלא הכל יודעים:

סמ"ע ס"ק י'. אין ביד הקטנים כו'. אין כונתו קטנים ממש דקטנים לאו בני מחאה נינהו אלא קטנים ממנו:

באה"ט ס"ק ז'. ופשיטא דאם עושה כן כו'. למה לא הביא שכן כתב הרמב"ן בתשו' מובא בב"י מתו' ז'. ומש"כ הפת"ש ס"ק א' בשם הנו"ב ומה שתובע כו'. לכאורה י"ל מסי' ש"א בשומר שנאנס שמפסיד שכרו וי"ל עיי' מש"כ שם. והנה שם בתשו' רצה השואל לומר דגברא דבלא"ה הוא מוחזק למהימן ל"ש הטעם שלא ימנע שאמרו באפטרופוס. והגאון השיב לו דלא חילקו בזה בין גברא לגברא. ולכאורה מצינו כסברת השואל בב"ת יור"ד מובא בש"ך סי' רמ"ח ס"ק ו' דיתמי בעלי שם טוב ל"ש בהו לאחשבינהו לענין צדקה:

סעיף ח'. אלא כיצד עושים כו'. החינוך כתב במצוה ס"ה דמכריחין כל אדם שהוא טוב להם שיפקח עיניו על נכסיהן אם לא הניח להם אביהם אפטרופוס. ותמה המנ"ח היכן מצא דין זה דב"ד יכופו לאדם שיטרח עבורם ואינו מובא בשום פוסק וי"ל בכונתו לפי מש"כ הנתי' סי' ע"ב ס"ק י"ט דיתומים שא"י לפקוח בעסקיהם ונכסיהם יורדים לטמיון

כשלא ימצא מי שיפקח כל אדם מחויב להציל נכסיהם מהיזק משום השבת אבידה. וכן כונתו נמי במש"כ שם מקודם ואם יש להם מעות מכריחין ב"ד כל מי שהוא עשיר מנכסים שיש להם אחריות כו' ותמה המנ"ח דל"מ כן בפוסקים. ואולי י"ל דכונתו מטעם השבת אבידה.

ומש"כ המחבר ויהיו עידית כן הוא ברמב"ם. ויצא להם כן מב"מ ע' חזינן גברא דמשפי נכסי וכן בגיטין נ"ב דילמא לא משפין:

סעיף י"א. ואינו רשאי למכור כו' שמא לא יצליח. אין הסברא מובנת דהא לעינינו הוא קרוב לשכר והשדפון יכול להיות גם בשדה הרחוקה ועיי' מהר"ם שיף שדיקדק מלשון הש"ס ולגאול ביפה דאף בשדה שהיתה שלהם מקודם דהשתא לא שייך דילמא לא משפיין ג"כ אסור:

סעיף י"ב. היה לאדם כו' אין לאפטרופוס כו'. רש"י פירש לדון עם בעל דין הבא לעורר על נכסיהם. משמע הא עם האפטרופס עשה עסק עבור היתומים יכול לדון. וכן ראיתי בשו"ת דב"מ שכ' לדון כן מסברא דאל"כ לא יחפוץ שום איש לעשות עסק עם האפטרופס ורק לטענות שיש על אביהם אין לדון. והנה בשו"ת מהרלנ"ח סי' צ"ה מבואר דמותר לאפטרופס למכור קרקע מנכסי יתומים להתפשר עם בע"ח בדבר מועט כדי שירויחו היתומים והוי כרבית אוכלת בהם ולזה רמז הש"ך ס"ק י"ג ועיי' ח"ס חחו"מ סי' קי"ב שדן כן למעשה. ומש"כ בהגה מ"מ אם טען אפטרופס כו'. הנה ראית הרא"ש הוא מכתובות ק"ט דלא טען אביי עבור היתומים עיי' לשונו בתשו'. וצל"ע דהא הרא"ש שם בפסקיו הק' כן ותירץ באופן אחר וסותר למש"כ בתשו' וע"ש בר"ן. וי"ל דעת הרמ"א דכולהו שינוי הילכתא נינהו וכן פסק לעיל סי' ק"ח סעי' ד' בהגה כתירוץ הרא"ש כאן וכהר"ן וע"כ דס"ל דכולהו הילכתא נינהו ועיי' תומים שם. והנה הקצוה"ח הק' מר"פ הגוזל בתרא ותירץ דבלאו טענת ב"ד עבורם הוי א"י אם פרעתי. ותמוה דהא רש"י כתב שם כן דברי ושמא ברי עדיף והק' הרא"ש בש"מ דלאו דברי הכל היא. ואי הרא"ש סובר דזה הוי א"י אם פרעתיך הא שפיר כתב רש"י אף לד"ה ועיי' פנ"י שם בכונת רש"י.

ועוד דאינו מוכרת שם דהוי משום א"י אם פרעתיך די"ל דהוי בחזקת מ"ק והם המוציאים כמ"ש הפנ"י שם בחילוק הב':

סמ"ע ס"ק כ"ו. נראה דוקא כו'. ותמוה עיי' ש"ך. אולי י"ל בכונתו לאפוקי ממ"ש הר"ן והה"מ מובא בב"י דבאין הפסד מב' הצדדים אף בדעת ב"ד אסור וכ"כ הב"ח בשם העיטור. ודעת הסמ"ע דבזה לא יחלוק הרמב"ם וברשות ב"ד מותר כדעת הטור שכתב

וכן מכירת מטלטלין כו' דהיינו הפסד בצ"א הכל לפי ראיית עיני הב"ד ופליגי רק בשני צדדים דלהטור צריך רשות ב"ד ולהרמב"ם א"צ אבל בצד א' שוים דברשות ב"ד שרי:

סעיף י"ג בהנה. לעשות כל מה שירצה. בשבו"י ת"א סי' צ"ה דן מזה לענין מינקת דבמקום שיש תקנה ליתומים דחינן האיסור ומביא ראיה מכאן דאפטרופס מותר לשחרר עבדים לטובת היתומים ואף במקום עשה דלעולם בהם תעבודו. והתמד"ש כתב דוקא במקום דאינו עובר אעשה מובא בפת"ש. והבאר יצחק כתב דאפטרופס אינו עובר כלל על העשה למש"כ תוס' גיטין מ' דהפקר ב"ד הפקר שהוציאו מן הקטן ונתנו לאפטרופס והיינו דקנין ממון שיש בהעבד הפקיעו והקנו לאפטרופס רק קנין האיסור ובזה לחוד כשמשחררו אינו עובר. ואין הספר תח"י דלכאורה הוא רק לדעת הפוס' דכת בהפקר ב"ד לעשות הפקעה וקנין כאחד וכ"כ המנ"ח מצוה שצ"ה. אבל הא כמה חולקים וס"ל דאין להם כח רק להפקיע ולא להקנות וגם מדברי התוס' מוכת דנתנו לו גם קנין הממון וכ"כ בשו"ת רע"א סי' רכ"א:

סעיף י"ד האפטרופסים תורמין ומעשרין. החכ"צ בתשו' הק' בתוס' שבת נ"ד שכתבו א"נ אפטרופס היה מעשר והא להניח אסור. והתומים בחי' יו"ט כתב דשאני מ"ב דצריך לתרום בכל שנה ושנה דאין תורמין מן הישן על החדש. וכבר תמה עליו חותני זצ"ל בס' תפארת יעקב דהא מעשר דגן נמי אין מעשרין מן הישן על החדש ואדרבה מע"ב ילפינן ממעשר דגן ועיין ק"נ ברא"ש גיטין פ"ה אות י'. ולהמ"מ מובא בסמ"ע ס"ק מ"ג י"ל דשם היה ג"כ מעשר ברשות ב"ד. עוד י"ל לפמ"ש הע"ש מובא בסמ"ע ס"ק מ"ב הטעם משום דפירות רגילים להתחסר כו' והסמ"ע כתב שלא מצא טעם זה ויש לכוין זה בדברי התוס' ול"ש זה במע"ב. (ובזה נ"ל להעיר במה שחקר המנ"ח מצוה ש"ס במופלא סמוך לאיש אי חייב במע"ב ולא זכר מדברי התוס' שבת שכתבו דע"כ היה בן י"ג שנה כשעישר]:

סעיף ט"ו. מיהו אם פסק כו'. כן הוא לשון הטור. אבל הרמב"ם כתב ואם פסק עליהם הדיין משמע דוקא ב"ד רשאים ולא אפטרופס וכן כתב בחי' הרמ"ה. ובשומ"ש מהדורא תנינא ת"ב סי' ס"א שפסק כן למעשה ולא ראה שיש לו על מי לסמוך דכ"כ רבינו הרמ"ה. והנה הש"ך יור"ד שי' רמ"ת ס"ק ה' כתב דזה דוקא ברצון אפטרופס אבל אם אינו רוצה אפטרופס שיצא להם שם אסור. ולא היה לו לכתוב אפטרופס והעיקר תלוי בדעת היתומים וכן כתב הרמ"ה דאם היתומים אין רוצין בשם אסור ועיין מהרמ"ש שם:

סעיף ט"ז בהגה. ראובן שאומר כו'. עיין ש"ך ס"ק כ"ב ובמרדכי איתא ליתן לאחר כו'. הנה לפנינו איתא במרדכי ל"א בר"ח ופירש הרמ"א לאחד מבניו. ובזה יש להקל קצת תמיהת האחרונים הנתי' הק' מסי' רנ"ו סעי' ח'. ועוד להסכמת האחרונים דאמרי' מיגו

לאפטורי משבועה אמאי ישבע עיי' שעמ"ש. וי"ל דהוי מילתא דלא שכיחא לשנות בן בין הבנים וג"כ קצת מילתא דאיסורא ולא אמרי' כה"ג מיגו. ועיין שו"ת שער אפרים סי' קכ"ח בשני אפטרופין אם צריכין ליתן חשבון זל"ז ועיין שו"ת מהרי"ט שהבאתי בסעי' א':

סעיף כ' בהגה. לא מיקרי פשיעה. עיין קצוה"ח שהק' משבועות ועיין שו"ת שם אריה קונטרס מיפך והזמה דברים נכונים בישוב זה. ומש"כ בש"ך ס"ק כ"ה ולענ"ד אין כו' שמינהו ב"ד הוי. הנה הפנ"י גיטין הכריח מדברי הרשב"א דע"כ איירי שם במינהו אבי יתומים. ובשמ"ק כתב הרשב"א גופא דיש מפ' להההיא דמיירי במינהו ב"ד ורמז לעיין בחי' גיטין ושם כתב לדחות פירוש זה והוכיח דע"כ איירי במינהו אבי יתומים וצ"ע: סעיף כ"א. אפטרופס של יתומים כו'. הנה בש"ס ב"מ מ"ב איתא נימא לאפטרופא זיל שלים כו'. והראשונים כתבו שם בחיוב דאפטרופס. והק' עליהם ת"ל דאין שמירה לקטן [ועיין תומים ושעמ"ש סי' צ"ו ונתי' לק' סי' רצ"א ס"ק ג') והנה העור לק' סי' ש"א ובשו"ע סעי' ת' דכה"ג חייב וכמו שהסביר שם בסמ"ע. וראיתי בספר חב"י סי' ה שהק' על הסמ"ע שכתב מ"מ יש להם תובעים כשיגדלו דמה מהני זה בשלמא במעות עניים דמדינא הרי הם כשאר כל אדם אלא מחמת שאין להם תובעים ליכא בהו דיני שמירה יפה כתבו שם הפוסקים דכשנותן הגבאי מיקרי יש לו תובעים. אבל נתינת קטן דהפטור מצד עצמו דנתינת קטן אינו מחייב שבועה ואפי' תבעו אח"כ כשהוא גדול א"כ לא מהני מידי מה שיהיה לו תובעים אח"כ אם לא שנימא דנתינת ב"ד אף שאינו שלהם מהני ולא הוי כלל נתינת קטן. אבל סברא זו ע"כ ליתא דהא גבי הקדש מצינו בהדיא ב"מ נ"ח דלא מהני נתינת הגזברים. מש"כ אם לא שנימא כו' הא הסמ"ע ניח"ל בזה ובירר דבריו יותר בפרישה וז"ל גם כאן בא לאשמעינן דל"ת כיון דמעות אלו ב"ד הפקידו בידו דאי היתומים אין נשבעין על טענת קטן כו' הרי להדיא שלהחסרון הנתינה מהני לזה המסירת ב"ד ובסמ"ע כתב על החסרון דתביעה לזה כתב דתביעת יתומים כשיגדלו מיקרי ממון שיש לו תובעים וכ"כ הנתי' סי' רצ"א ס"ק ג' בשם הרמב"ן. אלא דבלא"ה דברי הסמ"ע שם צ"ע שכתב ואי משום ב"ד כו' הרי ממון אינו שלהם ואינו מבקש שיחזיר להם כו' דהא ב"ד אביהם של יתומים הוי ובודאי כשמסרו לשמור יתבעו כשיגיע הזמן וידונו עם השומר ומדוע לא נחשוב תביעתם כתביעת גדול ועיין מש"כ בזה לק' סי' ש"א:

סעיף כ"ג. א"י לחזור בו. עיין קצוה"ח דמטעם מצוה הוא. אבל לשון הריב"ש מובא במחנ"א הל' פועלים סי' ד' ולא הזכיר מזה ומוכח שם דאפטרופס הוי כקבלן וכיון שהתחיל במלאכה לא מצי הדר ביה.

והמחנ"א השיג על עיקר דין הריב"ש וכתב דהחזיק דקתני בתוספתא דוקא הוא. והנה הקצוה"ח מביא דברי הה"מ שכתב דאין ב"ד יכולים לכוף שום אדם להיות אפטרופס ודבר ברור הוא שאין זה מצוה שהב"ד יכופו עליו. ובאמת אין זה ברור כ"כ דהא החינוך כתב דכופים הבאתיו לעיל. ובזה י"ל במש"פ הרשב"א מובא בש"ך לעיל סי' ע"ב דאפטרופס הוי א"ש מטעם פרוטה דר"י. וי"ל דהרשב"א לשיטתו דכופין ע"ז והמנ"ח שהבאתי לעיל כנראה לא ראה דברי הה"מ. וראיתי בשו"ת חיים שאל סי' ה' שנשאל במי שצוה לו אביו שלא להיות אפטרופס אי חייב לשמוע לו והשיב דמחויב לשמוע לו כי אין מצוה זו עליו דוקא דאפשר במצוה זו להתקיים ע"י אחרים. ומש"כ בהגה אבל אם הולך כו'. עיין טעמו בב"י בשם הרשב"ץ. והא דלא מחייב מטעם נדר כתב בערוך השולחן ממשמעות מהרי"ק דלא אמרי' שנעשה נדר בטירחא דבגופו כ"ז שלא קיבל עליו הנדר מפורש. והנה דברי המהרי"ק מובא בש"ך לעיל סי' רמ"ג והקשו עליו מכמה דוכתי דמשמע דאף בטירחא דבגוף נעשה נדר ואשנה פרק זה הוי נדר ועיין רמ"א יור"ד סי' רי"ג סעיף ב' ובר"ן נדרים ת' וי"ל דכ"ז בנדר מפורש וי"ל:

סעיף כ"ד. יתומים קטנים כו'. עיין באה"ג בשם רמ"ה ובפת"ש. והנה הטור כתב בשם הרא"ש דאין חילוק וה"ה כאפטרופסין ממש ואפי' בקטן ממש. וכתב הב"י דלא נמצא מזה בדברי הרא"ש. אם כונתו דאינו מבואר ברא"ש דחולק גם על דין הא' שברמ"ה בפחות מבן ט' אלא על דין הב' במטלטלין הא ממילא מוכח כן דתרויהו תליא זב"ז כמ"ש המהרי"ט חחו"מ סי' ל"ז דטעם הרמ"ה הוא דבעינן שיהא כח ביד הקטן לעשות כל מה שהאפטרופס עושה וכל דאיהו לא מצי למיעבד ל"מ משוי שלית וע"ז השיג הרא"ש מתרומה אע"ג דאינהו לא מצי תרמו ויפוי כח דאפטרופס הוא מכח עצמו ולא מכח היתומים הילכך אפי' בקרקע נמי. ואם כונת הב"י דאינו מבואר ברא"ש דאפי' קטן ממש הנה מלשון הרא"ש בתשו' כלל ע"ז שכתב באלמנה שמכרה נכסיה כו' ואמר כיון שהיתומים סמוכים אצלה הוי כאלו נתמנית אפטרופא ולא שאל הרא"ש בגופא דעובדא אם היתומים הם קטנים פחותים מבני ח' או לא וע"כ דל"ש ולשיטתו פסק. ובמה שחקרו האחרונים להלכה הנה המהרי"ט שם כתב בשם מהרי"ק דכל הפוסקים סוברים שצריך שיהיו בני תשע. וראיתי בערוך השולחן שכתב לדון מדעתו דאע"ג דהפוסקים כתבו דהוי כאפטרופס מ"מ לישא וליתן בנכסיהם למכור ולקנות אינו רשאי בלא רשות ב"ד ועובדא דסבתא בש"ם י"ל שראו שעשתה כהוגן. ולא נראה כן מדברי הריטב"א בחי' גיטין שכתב דיתומים שסמכו הוי כאפטרופס שמינהו ב"ד ורק בשם מורו כתב דאינו אפטרופס אלא במה שמחזיק בידו אבל להוסיף עליו ולתת בידו מנכסי היתומים לא וגם

אין להם להוציא מיד אחרים. משמע הא לכ"ד הוי כאפטרופס. שו"ר שדברי הריטב"א בשם רבו מובא במלמ"ל פי"א מנחלות וכתב דהרשב"א חולק ע"ז ע"ש היטב.
ומש"כ החכ"צ מובא בפת"ש דמטעם קרוב אין למנוע. אולי להריב"ש בלא"ה אין חשש אפי' בקרקע כה"ג דהא כתב דבדבר שהוא ידוע דמשל שותפים הוא אין חשש עיין ב"י כאן מחו' ב' בארוכה ומובא בקצרה בהג' רמ"א לעיל סי' רפ"ה סעי' ז'. ומש"כ עוד וניחא ליה בצוותא דידהו בחייו כו' צ"ע מתשו' הרא"ש המובא בהגה סעיף א'. ואולי מזה ראיה למש"כ שם לחלק ע"ש:
סעיף כ"ו. או שלא יחנו לו כו'. עיין נתי' מה שהק'. והדגמ"ר מובא בפת"ש כתב עפ"י לשון הצואה שבתוך הזמן לא יוכל לעשות שום דבר כו'. לכאורה זהו מה שרצה הש"ס כתובות ע' ע"א לחלק בין שליש לאפטרופס ודחי ע"ש וצ"ע:
סעיף כ"ז. ומעמידים להם אפטרופס. היינו אם רצו ב"ד ולא כבקטנים דחייבים וכ"כ הה"מ מובא בב"י וכ"כ המהר"ם אלשיך בתשו' סי' קל"ב: הלכות פקדון:

סימן רצא

סעיף ב'. או הנח סתם. הלח"מ פ"ב משכירות הק' על סתימת הרמב"ם והוא איבעי בש"ס ולא איפשטא ומהני תפיסה. וכבר עמד בזה הה"מ סופ"א מנזק"מ ועיי' קונטרס הספיקות כלל ד' סי' ב' מ"ש בזה. והנה המלמ"ל שם הק' על הה"מ שמביא דברי הרשב"א לתרץ דהא שומרים בעי משיכה ממתני' הנח לפני ומה קנין איכא בזה דמיירי דא"ל הכישה במקל והיא תבא. דהא דעת הרשב"א מובא בר"ן קדושין דזרוק מנה לים:
אין כאן ערבות והכא מה קנין איכא אליביה וכתב דאולי שומרים שאני דעל פיו עשה מעשה. והמחנ"א העיר זה ונשאר בצ"ע ולא נחית לחלק כן. ובאמת דברי המלמ"ל צע"ג דהא הרשב"א כתב כן בשם הראב"ד ומובא לשונו בש"מ ב"מ דבסימטא עסקי' דמקום משיכה הוא וכי מייתי לה קמיה בשליחותא דידיה כמו שמשכה הוא דמי א"נ ד"א דידיה בסימטא כחצירו דמיין לנד"ד והרי דמטעם משיכה הוא. אך הריטב"א פ' השואל השיג עליו וכתב לחלק באו"א דהכישה במקל אף שלא א"ל ואתחייב חייב כיון דלהנאתו א"ל לשולחו כאילו פירש ואתחייב אני לך דמי. משא"כ בזרוק מנה לים שאין הזריקה לתועלתו של זה. וא"כ בשומרים ג"כ לתועלתם הוא ואף בש"ח בההיא הנאה כמ"ש בהפועלים וגם הרשב"א י"ל דמחלק כן ובזה א"ש מה שהק' שם המחנ"א ע"ש. ומש"כ המלמ"ל בשם הר"ן קדושין הלא הר"ן עצמו כתב בהא דהכישה במקל שהוא משום ערבות מובא דבריו בש"מ ב"מ צ"ח. והש"ך ס"ק ד' נראה שהבין דהכישה במקל איירי ברה"ר ומטעם ערב וכן נראה מנמוק"י פ' השואל ועיי' ש"ך סי' מ' ס"ק י' והנתי' שם

השיגו מדברי התוס' אבל הא יש שלא פירשו כתוס'. והנה הנתי' הק' בתשו' הרא"ש דהא לא עשה קנין במנעלים אלא דהרא"ש לשיטתו וכ"כ המחנ"א סי' ז' ויותר הו"ל להק' דהא מידי דבר הגבהה הוא וא"ק במשיכה. אבל י"ל פשוט הא י"ל כמ"ש כאן ע"י ד"א ועובדא דרא"ש היה במקום שקונים ע"י ד"א. והמחנ"א חידש דאף להרמב"ם מ"מ היכא שקיבל דמי השמירה מתחייב אף בלא קנין דהכסף הוי הקנין וכ"כ הנתי' כאן. ועפי"ז חידש בשו"ת ר"ב דאף בהנך דנתמעטו מדיני שמירה מ"מ בקיבל דמי השמירה מחייב מטעם פועל. ודבר זה צ"ע מכ"מ בש"ס. והמחנ"א חידש עוד בהתחיל בשמירה גם להרמב"ם א"י לחזור וא"צ קנין. והנה בקצוה"ח לעיל סי' צ"ב הכריח דלא יצויר בזרעים הצריכין לקרקע חיוב שמירה להרמב"ם והנתי' השיגו דהא גם להרמב"ם חייב בפשיעה בקרקעות. והשיבו הקצוה"ח במשובב דבקרקע דחייב להרמב"ם הוא לא משום פשיעה אלא מתורת מזיק ול"ב קנין כלל וראיה דבהקדש לא כתב הרמב"ם שחייב בפשיעה אלא בעשו"ק וע"כ משום דמזיק הקדש פטור ובזה מיישב קושית התוס' ב"מ נ"ח ד"ה ש"ת. הנה מש"כ בפשוט דפושע מזיק הוא עיין ש"ך ותומים סוס"י ס"ו ופלא שלא הביא דבריהם וכן מש"כ ליישב דברי התוס' פילפל בזה התומים שם ומש"כ ראיה מב"ק ע"ט דמוקי ברייתא בשכירות קרקע ולא מוקי לענין שמירה וע"כ דמטעם מזיק הוא ג"כ אינו מוכרח דהא תני בברייתא שכירות ולמה תני דוקא שוכר ולא שומר ועוד י"ל:

ש"ך ס"ק ח'. דוקא בחצר כו'. עיין בהגר"א שכתב ואפשר שלכך השמיטו הפוסקים. לא היה לפניו הש"מ שכן כתב הרא"ה שם להוכיח כן. ולכאורה דבריו קשים דהא בשדה איירי שם. וי"ל למש"כ הנתי' ס"ק ת' הטעם דהג"א משום דבחצר לא קפדי אינשי ושם בשדה דומיא דבית הוא דמקפיד על המגדיש בשדהו ועל ואנטר לך קאמר ועיין מחנ"א שהשיג על הש"ך:

סמ"ע ס"ק ח'. ועוד דאי לא נסתלקו כו'. הש"ך דחהו ועיין נתי' מש"כ בכונת הסמ"ע. ופשוט דהסמ"ע אזיל לטעמו שכתב בסוס"י בפרישה דמש"כ הטור בשעה שקבל עליו הנפקד לשמור דוקא הוא ולא כהב"י שכתב דר"ל משיכה וכ"כ הב"ח כפרישה. וז"כ הסמ"ע במ"ש מסוס"י והש"ך נראה דס"ל דאף לדיעה זו לא הוי שמב"ב אלא כשהיה עמו בשעה שמשך.

ומש"כ מסי' שמ"ו סעי' ד' ר"ל דמשם מוכח כל היכא שנתכוין לעצמו לא הוי שמב"ב וה"נ נתכוין לעצמו שיהא נשמר יפה. והדברי גאונים כלל צ"ו תפס להש"ך כטועה בדבר פשוט ולא ירד לדעתו הרמה וכונתו כמש"כ:

סעיף ז'. בין כלים בין מעות. בשו"ת שער אפרים סי' כ"ח חמה על הרמב"ם שהרי בש"ס לא אמר רק זוזי ומהיכן הוציא כלים. וכתב שאולי הוציא כן מלשון הש"ס שאמר היכן אותבינהו ולא אמר היכן קברתינהו ככספים שאין להם שמירה אלא בקרקע. ומזה ודאי אין ראיה דהכונה בש"ס הוא היכן קברתינהו כמ"ש הרר"י בשמ"ק. ומ"ש עוד מדקאמר בש"ס כל לא ידענא כו' לרבויי אפי' כלים. לא ראה בריטב"א שכתב דהכל מרבי אפי' היכא דאמר יודע אני שהנחתים במקום המשתמר אלא שאינו זוכר מקומם אפ"ה חשיב פשיעותא וזה מביא המחבר בסי' קפ"ה בסרסור. ופלא על הש"א דהא מפורש בש"ס ל"ה בכיפי כמ"ש הרמב"ם וכ"כ הב"ח כאן. ובפ"ח בראש"ש הק' בש"ס דמביא שני העובדות ולמש"כ הב"ח א"ש ע"ש, ומש"כ עוד הש"א לפשוט מכאן דשכחה הוי פשיעה י"ל דשומר שאני דע"ז גופא קיבל שמירתו שידקדק היטב ויזכור ואולי לזה נתכוין הסמ"ע ס"ק י"ב ועיין שבו"י ח"ב סי' קמ"ח בשכחה אי הוי פשיעה והן עתה נדפס מחדש ספר דברי גאונים וראיתי בכלל צ"ו סי' י' דיעות האחרונים בזה:

סעיף ט"ו. אלא בקרקע. הריטב"א בחי' פסחים ל"א כתב דהא דא"ש דא"ל שמירה אלא בקרקע הוא דוקא בש"ש דהו"ל למיעבד נטירותא יתירתא. ותמוה דל"מ כן בש"ס ב"מ מ"ב בעובדא דאשלימינהו לאימיה וכן ממש"כ הרמב"ן בש"מ לדחות הירושלמי המובא בסעיף י"ד ממ"ש שמואל והא הירושלמי על ש"ח קאי וכ"מ מרי"ף ורא"ש שם ויותר חמוה דמצאתי בריטב"א ב"מ שמדייק מעובדא דשם דאף בש"ח אמר שמואל כן. ולכאורה אמרתי די"ל בכונת הריטב"א עפ"י מש"כ הריטב"א במתני' מ"ב ע"א על הירושלמי בר לש דיהב לחבריה פליטורין בשוקא מסרן לבנו ובתו הקטנים ונגנבו או שאבדו פטור מלשלם שאני אומר לא עלתה על דעתו לטעון פליטורין בשוקא. וכתב הריטב"א דוקא ש"ח אבל ש"ש חייב דלהכי יהבי ליה אגרא דליטעון בשוקא או דלינטרינהו שפיר ואולי שם נמי כונתו ע"ד זה אבל ל"מ כן בדבריו ועיין קצוה"ח ס"ק ז' ובש"מ ב"מ מ"ז ע"ב:

סמ"ע ס"ק כ"ז. ובאמת הוא דוחק כו'. אין זה דוחק דמיירי במעות שב"ד מבינים שדרך הוא ליטול מסך כזה על הבדלה ובש"מ בשם רמ"ך דאי מוכחא מילתא וידוע לדיינא דלאו למישקל מיניהו זוזי לאבדלתא אפקדינהו ניהלו אע"ג דזוזי נינהו א"נ אי אפקיד גביה כספים וכיו"ב דלאו להוצאה זוטרתא כי היאך קיימא אע"ג דבמעלי שבתא אפקדינהו כו' הרי דחילוקים יש בזה. ובדרישה בשם הה"מ מוסיף וזה שהוא ת"ח רוצה לברך בעצמו. ובזה מיושב השגת המג"א אור"ת סי' רצ"ו ס"ק י' ע"ש והמע"ח הק' על פירוש הראב"ד שבטור והוליד מזה חידושי דינים ולא ראה דברי הב"ח ודרישה בזה.

ועיין פת"ש ס"ק ו' בשם הזכרון יוסף ובזה נראה בדברי רש"י שבועות מ"א ע"ב ד"ה להוי ואינו עליהם אלא ש"ח. ותמה בהג' פור"י דהא ל"ג ממפקיד מעות אצל שולחני דהוי ש"ש וגם כספים אין להם שמירה אלא בקרקע. ולמש"כ הזכר"י אין מקום לכל דבריו שם. ותמוהים לי בזה דברי הגרע"א שם בגליון על רש"י ד"ה כיון כו' דמה מהני דבריו כיון שהלוה נותנו לפרעון. דלכאורה נעלם ממנו לפי שעה דברי הסמ"ע סוס"י ע' והט"ז והג' חכ"צ שם:

סעיף כ"א. כל המפקיד כו'. כתב המהרשד"ם סי' קל"ב דדוקא במפקיד אמרי' כן ולא בשליח דמחויב ליתן הפקדון למי שנשתלח לו. ובי"מ בחידושי דינים בשם שו"ת מהריט"ץ כתב דלא אמרי' כן רק כשהוא בעיר אבל לא אמרו שירחיק נדוד לעיר אחרת ויניח הפקדון ביד ב"ב. ובשם שו"ח הראב"ד דדוקא כשקיבלו עליהם נטירותא או שמסר לידם אבל הניח בבית ולא אמר להם כלום לא. ואם מסר לשותפו כתב המרדכי פ' המפקיד דפטור והמחנ"א בחי' למרדכי ר"פ הכונס כתב דהרא"ש ור"ם לא ס"ל כן ועיין ד"ג כלל צ"ז סי' ה' דדוקא שידע שהוא שותפו. והנה בקצוה"ח מביא מתשו' רש"ך דמשרת הוי ש"ש. ופלא שהמחנ"א מביא משו"ת רש"ך סי' זה דהוי ש"ח.

ובשו"ת רדב"ז ח"ד סי' ק"מ כתב דהוי ש"ח דאינו נוטל שכר על שמירתו ובשו"ת מהר"ם אלשיך סי' כ' כתב דאין ספק דהוי ש"ש. וראיתי בשו"ת דב"מ ח"ג להכריע שבשעה שמצוה להמשרת לעסוק בשמירת איזה דבר הוי ודאי ש"ש דהא נוטל שכר על מלאכתו וזהו מלאכתו כעת לשמור דבר זה אבל בשעה שעושה מלאכות אחירות ודאי לא הוי ש"ש על כלים שבבית. אבל אין זה הכרעה דהא המחנ"א כ' ממהרש"ך דאף אם נתן בידו לשמור ונגנב מידו הוי ש"ת ועיין ד"ג כלל צ"ו סי' נ'. ובכמה פעמים מיקרי רגיל להפקיד עיין ד"ג כלל צ"ז סי' ג' מחלוקת בזה. ובשו"ת דב"מ ח"ד כתב דאף ברגיל להפקיד אצלו: מ"מ אם א"ל המפקיד שאינו רוצה שיתן לו בודאי אסור להפקיד אצלו כי אולי עתה איתרע נאמנותו אצלו ובזה יש חילוק בין רגיל להפקיד אצלו לב"ב הנפקד כי על מי שרגיל להפקיד יכול למחות בידו ועל ב"ב הנפקד א"י למחות כי אדעתא דהכי הפקידו אצלו וא"י המפקיד לחזור בו רק אם נתחדש איזה חשד על אחד מב"ב יוכל למחות בידו שלזה לא ימסור וכן אם נוסף איזה איש על ב"ב יכול לומר שע"ד איש זה לא נתן החפץ וכן אם לקח ברזיל אחר יכול לומר שלזה לא נתרצה והיינו רק כשמוחה בידו אבל בסתם יוכל השומר למסור אף להנוסף. וראיתי בהג' בשמים ראש סי' קל"ג נסתפק באשתו הבאה לאחר מיכן אי אמרי' בה כל המפקיד כו' ונשאר, בספק והעלה שם דזה ודאי דלא אמרי' כן באשתו ארוסה לפי שאין שמירת הבית עליה. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ל"ג

בשם המרדכי דע"ע הוי כב"ב מצאתי במהרשד"ם סי' ת"מ שפסק דגם ע"ע בכלל ומה שרמז המהרשד"ם לסי' רכ"ב לא מצאתי שם מזה. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ל"א ממהרי"ק או לקשרן תחת מראשותיו כו'. המהרי"ק כתב כן לדעת המרדכי החולק על התוס' המובא לק' בשו"ע סי' ש"ג סעיף ב'. אבל לדעת התוס' דגניבה באונס חייב בכל אופן גם בהניח תחת מראשותיו חייב. והסמ"ע לא הביא כלל לקמן דעת החולקין וצע"ג. ובגליא מסכת סי' י"ג ראיתי שכתב דעיקרו מביאו להורות דגם ש"ח חייב ע"ש: סעיף כ"ג. יש לו לטעון כו'. עיין ש"ך דש"ש חייב דהו"ל לפרש שהוא פקדון. ותמה הנתי' דבלא"ה הא הוי ש"ש שמסר לש"ח. ועיין ש"ך ס"ק מ"ד במסר לב"ב הוי כאילו התנה בהדיא וש"ש נמי פטור. והנה בהג' א"ב כאן רוצה לחדש באב ובנו הוי שאילה בבעלים דהבן משועבד לאביו מתורת כיבוד ועפי"ז מפקפק כאן בעובדא דמסרן לאמו. ול"נ דענין כיבוד היא מצות התורה ולא מתורת שיעבוד דבעינן בשמירה בבעלים. ואח"ז מצאתי גם במע"ת חידש כן ומתרץ עובדא דכאן עפ"י המבואר בהגה סי' שמ"ו סעיף י"ז דלא מיפטר מטעם שמב"ב באין הגוף שלו. אבל לא היה צריך לזה דנראה פשוט כמש"כ:

סעיף כ"ד. ולא שמרו כו'. המהרשד"ם סי' ת"מ כתב מדיוק הרא"ש והטור דדוקא אם רק לא שמרו ונאבד אבל אם הם בעצמם גנבו ואכלוהו חייב הנפקד לשלם דאיגלאי מילתא שרשעים הם ולא היה לו להאמינם. ומש"כ בש"ך ס"ק ל"ח ואם היה ש"ש כו' הנה התומים סי' ע"ב חידש לחלק בזה בין ש"ש לש"ח ותמוה שלא הביא דברי האחרונים שמביא הש"ך כאן ועיין מחנ"א סי' ל"א מ"ש:

סעיף כ"ה. חייב השומר בשבועה. הלח"מ הק' על חיוב שבועה למידת הכשות שלא גנב. ולק"מ דמידח הכשות היתה ידועה כמה היתה בעת פקדון וע"ז לא דנו. והנה בגמ' ומשלם לו דמי כיסו ופרש"י דמי כשות של עצים והק' המע"ח א"כ מה הפסד יש למפקיד כיון שמשלמין לו דמי כיסו. ול"י הא רש"י כתב להדיא כפי מה שהשביח כשות רעה ואף שהיה נמכר ביותר לדברים אחרים או שהיה בוררין אותו והיה יפה לשכר וכן מצאתי בש"מ בשם הרשב"א כן בכונת רש"י. ומה שהק' בש"ך ס"ק מ' על הסמ"ע עיין מ"ש בזה המהר"ם שיף בגמ':

סעיף כ"ו. אעפ"י ששאל כו'. מכאן תמיה על מה שהעלה הנתי' כאן ס"ק כ"ד דבשואל שמסר לשואל למי שרגיל להשאיל לו דחייב לכו"ע דהכא משמע דאף בשואל חייב דוקא משום דגרעיה לשמירתו. ומש"כ הסמ"ע ס"ק מ"ח בשם הה"מ ובכ"מ כתב דע"כ צ"ל בטעמו משום דיותר הוי מזיק בידים כשמסרו לאחר מפשע בה וכ"כ בש"מ ב"ק י"א בשם גדולי המחברים ובמלמ"ל הק' דהא עדיף שמירתו דהא היה פטור לגמרי מטעם שמירה

בבעלים ולק"מ כמ"ש הנתי' כאן וכן כתבו להדיא תוס' ב"ק י"א ע"ב ד"ה דעלויי ע"ש. ומש"כ בש"ך ס"ק מ"א בשם רש"ל דאף אם שומר הראשון שאל בבעלים כו'. והמחנ"א סי' א' משו"פ האריך בזה והעלה דאף אם עשה השומר הב' זה בכונה ששאל בבעלים כדי לפטור ל"מ דאפי' אם התנה בפירוש לפטור מפשיעה ג"כ ל"מ עפ"י דברי רבינו ברוך בהג' אשרי דל"מ תנאי לפטור מפשיעה. ולפי"ז לפמש"כ הפת"ש לק' סי' רצ"ו ס"ק ה' לדידן ליתא להך דינא וצע"ג.

אבל בגוף דברי רש"ל ביאר דהשומר הב' ידע שאינו שלו רק הוא שומר עליו ולק"מ. ומש"כ הקצוה"ח מהג' אשרי דגיטין הנה לפנינו הוא נוסחא אחרת ע"ש והנכון כמו שהגיה הקצוה"ח ובהג' ארץ צבי שם לא ירד לזה ע"ש. ומה שהק' הנתי' ס"ק כ"ח דהש"ך סותר משנתו למש"כ סי' ע"ב. לק"מ דשם גבי שבועה שפיר כתב דאיך אפשר, להשביע את חבירו במקום שיודע בעצמו שחבירו אומר אמת. משא"כ חייב לו ומה לו אם חבירו אינו יודע ואף אם הוא עצמו יודע ג"כ שאינו יודע מה לו בזה:

סעיף כ"ז. בד"א כו'. הנה המלמ"ל פ"ב משכירות חתר למצוא החולקין על רבינו ברוך שבהג' אשרי סו"פ הפועלים ותמיה שלא הביא דברי הרר"י מובא בפת"ש לק' סי' רצ"ו שחולק להדיא. ולכאורה י"ל דתליא בזה אי פשיעה הוי מטעם מזיק או רק שומר חייב בה דהוי גורם אלא שהמחנ"א הל' שומרים סי' כ"א כתב כיון שקיבל עליו לשומרו מיד מתחייב בפשיעה וכי מתנה אח"כ לפטור הוי תנאי סותר למעשה ול"מ וצ"ע. ועיין ש"ך ס"ק מ"ט בשם מהרא"ש. וראיתי במחנ"א סוס"י כ"ב הל' שומרים הק' על הב"י וש"ך סי' ס"ו דל"מ קנין ממ"ש הרמב"ם פ"ז מסנהדרין ובשו"ע סי' כ"ב דמועיל קנין בשבועה. וי"ל דמקורו כתב הלח"מ מהא דב"ב קכ"ח ורשב"ם כתב שם דמטעם הודאה הוא לכך א"י לחזור ושם בסי' ח' חקר אי מהני התנה בעשו"ק ומביא ראיה מיבמות מ"ו חזו דמנייכו קא בעינא ליה וע"כ דמהני והיה א"ל דשם מטעם פועל הוא אלא שהב"י יור"ד סי' רס"ז כתב דאם ב"ד טבלו או אחר לשם ב"ת צריך לשלם לו והוא מיבמות שם ושם ל"ש מטעם פועל. וי"ל דש"ש הוי ועוד י"ל. והנה הקצוה"ח כאן הק' בההיא דסוף פ"ק דגיטין מה אהני ליה במה דאישתמיט מיניהו כיון דכבר נתרצה להם ומתחייב בדברים בעלמא, ונ"ל לחלק דל"ש לומר בההיא הנאה אלא בנותנו מרצונו ומסתמא מאמינו אבל התם נתנו לו רק מפני שליחות ר"ש ולא מחמת אמונתם בו. ועוד י"ל דלכן דייק רש"י שאמר להם כן אעשה ר"ל שיקבל קנין אבל עוד לא קיבל בקנין ולהתירוץ הב' בתוס' ב"מ נ"ח דדוקא בהתחייבות כשואל יש הנאה ל"ש הכא הימנותא דהכל יודעים דשליח ר"ש הוא ועוד דהם לא רצו אלא התחייבות ש"ש מגו"א ומ"ש לו ר"ש שפיר עבד כו' שייך נמי

בש"ש דחוזר בחצי היום. ובעיקר סברת הקצוה"ח הסכים, עמו גם הנתי' ובערוך השולחן כתב דשומר באמצע שמירתו אינו מהני השתעבדותו להיות כשואל ולא ראה דבריהם:
סעיף כ"ח. המפקיד אצל חבירו כו'. הטור כתב ואם בשעה שקיבל עליו כו' והוא כדעת ר"י והרא"ש ואח"כ כתב כיון שהיה עמו בשעה שמשך הפקדון וזהו כהרמב"ם והק' הבדה"ב בסתירת דבריו. עוד קשה דהא הטור פסק כר"י ורא"ש ובסי' שמ"ו כתב השואל הפרה והיה המשאיל עם השואל במלאכתו בשעה שמשך את הפרה כו' הרי כהחולקים. וי"ל מזה ראיה למ"ש המחנ"א סי' ז' דאף לתוס' ורא"ש אינו אלא בש"ת וש"ש ולא בשואל ע"ש טעמו והטור כתב כאן דין זה לכל השומרים למי ששייך בו משיכה ולמי שדי לו בהסתלקות וכן בסי' שמ"ו א"ש לפי"ז והב"י שהק' הוא לטעמו שכתב דגם שואל ל"ב משיכה לדעת תוס'. והנה הט"ז כאן סעי' כ"ג מביא מעשה שבא לידו וחייב להמקבל מטעם שמירה בבעלים. והנתי' לק' סי' ש"ה כתב דבעובדא דש"ך סי' ע"ב בחזר ומסרו ליד בעה"ב דלא הוי שמב"ב וכן כתב בסי' ע"ב והוכיח כן מרש"י ב"מ ל"ה וכתב דמט"ז כאן ל"מ כן. ושלא יקשה על הט"ז מדברי רש"י י"ל דשומר כשמסר לבעה"ב לשומרו שפיר כתב הנתי' דשוב לא הוטל עליו להיות יושב ומשמר ושפיר לא הוי שמב"ב ובמעשה דט"ז דמלבד השמירה המוטל על המקבל עוד הוטל עליו למכור החפץ ולחזור אתר קונים ואף שהלך ונסתלק מעצם שמירתו עדיין מחיוב המכירה לא נסתלק ובכ"מ שהולך דעתו אחר קונים אם ימצא וה"ה עוסק במלאכתו של בעה"ב ואף שאין זה לשון הט"ז אבל כן כונתו. וראיתי בערוך השולחן העתיק מעשה דט"ז וכתב מ"מ הלא היה אז שמעון במלאכתו של ראובן שהרי קיבל עליו למכור חפצו והוי שמב"ב ויפה העתיק דבזה א"ש כונתו כמש"כ. והנה הקצוה"ח חקר בשמב"ב אי חייב שבועה:
והבית יעקב סי' קמ"ג חקר בשליחות יד בשמב"ב והעלה דשואל פטור וש"ש וש"ח חייבים. ובב"י לעיל סי' ס' מביא תשו' ריטב"א באשה שנעשית שומר של בעל תשבע שלא שלחה יד ושא"ב אף דהוי שמב"ב ומזה ראיה גם לספיקת הקצוה"ח ועיי' שומ"ש מהדורא חנינא ח"ב סי' כ"ב שהעלה דכל השומרים חייבים בשליחות יד בבעלים ומדברי הש"ך לעיל סי' ס"ו ס"ק קכ"ט נראה דבבעלים לא הוי שומר כלל ומדברי הקצוה"ח משמע למאן דס"ל דחייב שבועה דהוי שומר. ובזה י"ל במה שהק' השומ"ש להראב"ד בש"מ רפ"ג דב"מ שהק' האיך חייב כפל בגונב מבית שומר הא בעינן וגונב מבית האיש ותירץ דשומר נקרא ג"כ איש דכבעלים דמי ולפי"ז היה צ"ל דבשמירה בבעלים וגנב ממנו דיפטור מכפל דלא הוי גונב מבית בעלים ולהקצוה"ח י"ל. והנה מה שכתב הקצוה"ח

דבזה ל"מ תנאי רק קנין כ"כ הר"י הכהן בש"מ ב"מ ס"ט ע"ב בספינה שם ועיין ביאור דבריו בישועי"ק יור"ד סי' קע"ו:

סימן רצב

סעיף א' בהגה. ואם החזירה כו'. המפ' נדחקו בכונתו ומה דהשיג הש"ך על הסמ"ע כתב הנתי' שמתוס' ב"מ משמע כסמ"ע ועפי"ז כתב הטעם דל"מ משיכה בשואל של"מ אבל בש"מ מ"א כתבו הרבה מהראשונים דבכה"ג לא הוי רק שואל ומהני משיכה ועיין מש"כ המחנ"א סי' כ'. ומש"כ הבר"א מובא בפת"ש לחלק בין כולו למקצתו ל"י סברתו דאטו במקצת לא הוי מקפידים בעלים בידעו ועוד מאן מפיס דבחביות לא היו עוד חביות ומי אמר לו שהיתה רק אחת ואין הס' תח"י. ומלשון הרמ"א שכתב הואיל ומתחילה כו' משמע כמו שמפרשים הט"ז וש"ך דברי המרדכי וכן מיירי גם הרמ"א בשואל מדעת וקמ"ל דלאחר התשמיש א"צ להודיע לבעלים והוי רק שומר וכן משמע מהג"מ פ"ד מגניבה שכתב ויחזירנה בתורת פקדון משמע דזה עיקר החידוש שא"צ להודיע לבעלים: סעיף ה'. או ע"י שלוחו. הרבה כתבו המפ' בדברי הסמ"ע וש"ך כאן ודברי הש"ך אינם מספיקים ליישב דברי הסמ"ע דהא נ"מ רבתא בין שומר לשליח דבשומר כששלח יד כלתה שמירתו ולא הוי חזרה משא"כ בשליח ועיין מקנה קדושין מ"ב ובמע"ח בסוגיין. ומלבד זה הק' הקצוה"ח דהא השליח בלא"ה פטור מתורת שליחות יד דחייבה רחמנא רק בשומרים. והנה בישועי"ק יור"ד סי' ק"ס כתב ליישב דברי הסמ"ע דלכאורה אם נימא שנעשה בלא ידיעת המשלח שניהם פטורים מהכ"ת נימא שעשה בידיעת המשלח נימא יותר שעשה שלא מדעת משלחו ויהיו שניהם פטורים אלא כשהשליח שוגג או אינו בר חיוב ודאי עשה כן מדעת משלחו כיון דלא ידע או אינו ב"ח ע"ש בארוכה. אבל אין זה מספיק בדברי הסמ"ע דהא כתב נמי או שאין לו לשלם ובזה ל"ש לומר דעשה ודאי ע"ד משלחו. והנכון מה שתירץ בקצוה"ח עפ"י דברי המהרי"ט שלדעת הרמב"ם שליחות יד הוא מדין פשיעה ועד"ז סובבים דברי הסמ"ע אלא שלא ביאר היטב סברת המהרי"ט דלכאורה אי מטעם פשיעה לא צריך קרא דהא קיבל שמירה והיאך מרשה לאחר לקבל הפקדון והמע"ח מבאר דזה דקמ"ל דאף דהחזירה למקומה אפ"ה חייב ע"ש. ובעיקר תמיהת המפ' על הרמב"ם שכתב רק מעילה הנה לפי גירסתינו ברמב"ם "לבדה" נראה להדיא דבא לאפוקי רק באיסור מעילה לבדה שלא יתערב בה איסור אחר וכמ"ש הקצוה"ח, וי"ל עוד עפ"י מש"כ הפנ"י רפ"ב דקדושין דמה דפריך שם במעילה דנימא אשלד"ע הכונה דהשליח יהא חייב במעילה ולא המשלח וע"ז דחי שאני מעילה. וא"כ י"ל דזה נמי כונת הרמב"ם דדוקא במעילה רבי קרא דחייב המשלח לחודיה אבל

בשליחות יד וטביחה חייב נמי השליח אם אין למשלח כמ"ש הסמ"ע כאן ובמעילה ל"ש לומר כן דמי שמועל הוא חייב ולכפרה הוא דמזיק הקדש פטור. וראיתי בערוך השולחן כאן חקר בשליחות יד ע"י קטן ולא ראה כשכתב דברי הקצוה"ח כאן דחייב ועיין מזה בשומ"ש מ"ק ח"ב סי' ק"א. והנה הנתי' כאן ובסי' ע"ב כתב דגבאי צדקה אינו חייב משום פרוטה דר"י דאין חיוב על האדם להיות גבאי. ומקשין עליו מתוס' ורא"ש שבועות מ"ד ע"ש. ולכאורה קשה דלפי התוס' דא"כ במתני' דהזהב ש"ח אינו נשבע כו' דאיך משכח"ל ש"ח הא לעולם הוי ש"ש משום פרוטה דר"י. וי"ל דמשכח"ל במתנה בהדיא דאין רצונו בהנאה זו ויתן לעני. אלא תקשה מב"ק נ"ז דפריך לר"י מהא דאמר ריו"ח ואי ס"ד ש"ש כו' והא משכח"ל דהוי ש"ח בכה"ג. וי"ל דמשכח"ל ש"ח שהפקיד בידו חולין ועתה עשהו הקדש כרמב"ם מובא לק' סי' ש"א דפטור כה"ג מטעם הקדש ולר"י לא נעשה ש"ש אח"כ כשהקדישו דעיקר התחייבות הוי בהתחלת השמירה ועיין נתי' סי' רס"ז. ובעיקר הדבר יש לדון דלכאורה בל"ז תקשי למה לא ליהוי ש"ש משום המצוה ומצאתי במע"ח ב"מ נ"ח שעמד בזה דאיך משכח"ל ש"ח בהקדש. ונ"ל דזה ודאי כיון דאסור ליטול שכר על השבח אבידה וטיפולה בזה י"ל דרבנן עשאו אותו ש"ש משום פרוטה דר"י אחר דאין לנו ממנו גילוי דעת להיפוך דאין רצונו בזה אולי רוצה הוא בפרוטה דר"י או בהנאת מצוה. אבל בדבר שיכול ליטול עליה שכר כמו שכר שמירת פרה דטיפולה מרובה ושכר שמירתה מרובה והתנדב לשמור בחינם הלא אנו רואים דאין רצונו בהרוחה מזה ואיך נעשהו לש"ש משום הנאה קטנה כפרוטה דר"י דמיפטר מעני דאילו היה רוצה בהרוחה היה נוטל שכר שמירה וכן איך נעשהו לש"ש משום שכר המצוה כיון דחזינן דעתו דאינו רוצה בהתחייבות ש"ש דלכך לא נתרצה בלקיחת שכר על השמירה ויהא ש"ש. ולפי"ז דין זה תליא באם דרך ליקח שכר ע"ז או לא. והנתי' כתב דגבאי צדקה רשאי ליקח שכר א"כ אין לחייבו ודאי משום פרוטה דר"י ושפיר משכח"ל ש"ח בהקדש כמו שומר פרה. אבל לפי"ז יקשה מש"כ הרא"ש שבועות שם לדייק דאף ש"ש נמי מיפטר בהקדש מההיא ארנקי דצדקה בבב"ק צ"ג ושם הא הוי ש"ש משום פרוטה דר"י ומאי ראיה דילמא הוי שמירה בדבר שדרך ליטול עליה שכר ולא לקח והוי רק ש"ח וי"ל. ובעיקר הדבר עיין מחנ"א הל' שומרים סי' י"ז.

ומצאתי בש"מ ב"ק סו"פ החובל שפסק דגבאי צדקה אמרי' גביה הנאת פרוטה דר"י. וראיתי שם בשם הרמ"ה שפירש שם בש"ם חייביה ר"י דלאו ר"י חייביה בדינא דהאומר תנו מנה לעניי עירי אין דנין בדייני אותו העיר. וזה דלא כהרא"מ בכנה"ג מובא בפת"ש לעיל סי' ל"ז ס"ק י"א דבני אותה העיר עצמה דמעיקרא קבלוהו עליהו נאמנים דהכא

מבני אותה העיר עצמה הוי. ומה שחקר הנתי' סי' ש"א אי הממונה או הפרנס רשאי להשתמש במעות צדקה שתח"י. ולא הביא מש"כ המחנ"א שם בשם הנמוק"י דאסור דחיישינן לפשיעותא או שמא ירד מנכסיו ולא יהיה לו במה לשלם:

ש"ך ס"ק ה'. במי שהיה רוצה כו' הש"ך קיצר מאוד בהעתקתו ושם מבואר דעובדא דידיה היה שהשומר כתב להמפקיד שרוצה לעכב מעותיו בעד החוב שחייב לו המפקיד ואח"כ נאנס הפקדון ואח"כ הודה השומר שאינו חייב לו וע"ז סובב שם חקירתו או בכה"ג מיקרי שולח יד. ועיין שו"ת אבני קודש סי' ל"ג הוכיח דעת התוס' ב"מ ד' דגם בכה"ג הוי שולח יד:

סמ"ע ס"ק ט"ז. ע"ש דכתב הראב"ד כו'. וכ"כ הר"ן מובא בנמוק"י פ"ב דב"מ והריטב"א מחלק דהתם מדעת בעלים באו לו ומן הסתם כך היה דעת שניהם שלא יתחייב אלא בגנו"א מפני הנאת שימור אבל הכא דרק ב"ד יהבו לי רשותא להנפקינון לא רצו חכמים לתת לו רשות אא"כ הם אצלו במלוה גמורה להתחייב באונסין. ותירוץ הראב"ד מחוסר ביאור דהא גבול יש לו ואם המפקיד הלך למדה"י נימא דהוי שואל. והנמוק"י כתב שם דסברת הראב"ד והר"ן אחת הם והר"ן כתב דירא כיון דבדידיה תלוי הדבר להחזיר אולי יבא לאח"ז פתאום ולא יהיה לו מעות אז להחזיר ע"כ גם עתה אינו משתמש בהם וע"כ צ"ל כן נמי בכונת הראב"ד. והנה השעמ"ש סי' ע"ג הוכיח מכאן דפקדון אף מעות מותרים דמותר להשתמש בהם מ"מ אין דינם כהלואה דזמנו ל' יום ומזה השיג על הב"ח סי' ס"ז סעי' י"ג דמקח זמנו ל' יום וכ"כ הג"מ מובא בפת"ש לק' סי' רצ"ג ס"ק ב'. וי"ל דשם לטובת הלוקח הוא אולי אמרי' זמן ב"ד דהמוכר מוותרו על כך מתחילה ול"ד לפקדון. ובעיקר דין הב"ח עיין נתי' סי' ק"צ וסימן צ"א ובמשפט שלום סי' ק"צ בארוכה: שם ס"ק כ'. אבל הדברים תמוהים כו'. בזכור לאברהם מביא בשם הגור אריה למחוק תיבת "או" שבהגה. וה"פ דאם גילה הנפקד דעתו שמתעסק לצורך המפקיד. וגם הוא: בענין שאסור להשתמש בו כו' אז אינו נאמן לעצמו נתעסקתי עד שיאמר כן בפני עדים. אבל אם חסר אחד מב' תנאים אלו אין הדין כן:

שם ס"ק כ"ח. עיי' פרישה כו' כו'. והט"ז השיג עליו והק' מש"ס ע"ש. והנה מדברי הריטב"א משמע כהסמ"ע שכתב דהא דיחד לו קרן זוית אומר לו הש"ל דוקא בכדי חסרונם אבל יותר מכ"ח צריך לישבע שלא פשע בהם. הרי דאין חילוק לענין זה בין יחד ללא יחד. ומה שהק' הט"ז מש"ס צ"ל דהא בלא"ה צריך לידע השיעור במתני' לענין אם צריך למוכרן אם הם אבודים כסעי' ט"ו וע"כ משום דלישנא דמתני' יוציא לו ל"ש ביחד לו מקום:

סעיף י' בהגה. וכל דפריש מרובא פריש. הקצוה"ח הק' מירושלמי ב"ק. ולכאורה לק"מ למש"כ הש"ך ס"ק כ"ח בשם הע"ש דדוקא בדבר הנייד כמו בהמות והא אבנים לא ניידי. אך הש"ך ס"ק כ"ט מחלק דלקחו עכו"ם שאני וקשה על סתימת הירושלמי. ובאמת דברי הע"ש תמוהים דהא מקור הך דינא בעובדא דתה"ד מיירי בדבר דלא נייד וצ"ע. והקצוה"ח כתב דגם בפירש ע"י עכו"ם אסור דע"כ לא אמרי' כן אלא בטריפה דאינו נוגע לו כלל אבל בגזל גם עכו"ם מצווה. ועפי"ז חקר בגליון רש"א יור"ד סי' ק"י בנבילה אי הוי פירש ע"י עכו"ם דגם הוא מצווה ע"ז ובשו"ת כתב סופר חיור"ד סי' י"ז כתב כן בפשיטות דנבילה לא הוי פירש ע"י עכו"ם ועיי' מחנ"א הל' שומרים סי' כ"ו מש"כ בזה. ובענין זה נ"ל להעיר בברכות נ"ג ע"א היה מהלך חוץ נכרך כו' בדין הוא דאפי' מחצה על מחצה מברך כו'. ובירושלמי איתא מבוי שכולו נכרים וישראל אחד דר בתוכו מברך על האור שיצא משם ועמדו המפ' דהוא נגד ש"ס דילן. וי"ל דהפרישה בטור אור"ח סי' רצ"ח הק' מ"ט לא נימא כאן כל קבוע כמחצה על מחצה מי לקולא והוי כמחצה על מחצה ומ"ט אסור ברוב גוים. ותירץ דלא אמרי' כן אלא בדבר שפירש מן הקביעות כמו בט' חנויות שלקח גוי או ישראל לאפוקי הכא שלא פירש כלל וא"כ י"ל דבש"ס דילן מיירי שראה האור מחוץ לכרך דהוי במקומו רובא ולא פירש דהירושלמי מיירי בפירש האור מהעיר דהיינו שיצא האור ממקומו וכ"מ לשון הירושלמי על האור שיצא משם והוי קבוע כמחצה ע"מ. ובעיקר קושית הפרישה וכן הק' שם המג"א י"ל לפמש"כ הצל"ח בטעם דמותר מחצה על מחצה משום דאף בנר של גוי משכח"ל דמותר כגון שהודלק בער"ש מבעוד יום וברוב עכו"ם אסור דהוי עם המיעוט של היתר כמחצה ע"מ ובמחצה ע"מ ממש אסור דהוי כמיעוט וא"כ ל"ש לומר כל קבוע כמחצה על מחצה. וכן י"ל לפמש"כ איזה מהאחרונים דבספק איסור לא אמרי' כל קבוע כמע"מ [עיין ש"ח כלל כ' אות צ"ז] והכא הוי ספק איסור ועוד י"ל דהא אפי' בודאי עכו"ם לא הוי אלא משום גזירה משום עכו"ם ראשון ועמוד ראשון ומטעם זה כתב הגר"א בחי' ברכות הנדפס מחדש מ"ט אמרי' בדין הוא דאפי' מע"מ כו' ולא אמר איפכא דתני רישא משום סיפא והיינו משום דכיון דבעכו"ם גופא לא הוי אלא משום גזירה אין להחמיר בספיקו:

סעיף י"ד. ה"ז מחויב שבועה כו'. וכתב הנתי' כגון דנפסד בפשיעה באופן דליכא הילך ואולי בלא"ה לא הוי הילך כיון שמעורב עם פירותיו ויכול ליתנו מאיזו שירצה לא הוי הילך כמ"ש הקצוה"ח לעיל סי' פ"ז ס"ק ב' ע"ש:

סעיף י"ז. ומוכר בשוק לשעתו. עיי' פת"ש. ויותר מדויק כתב המנ"ח לדעת הרמב"ם פכ"ב ממכירה דהמוכר לזמן יכול הלוקח להרס ולבנות וחשוב כשלו עד הזמן וגבי חמץ

אין המוכר עובר וכיון שאפשר למוכרו לזמן אסור לו למכור לחלוטין דיש בו משום השבת אבידה דשמא יחזיר לו העכו"ם לאחר הפסח וז"ש לשעתו ר"ל דמוכרו לזמן. ובזה א"ש דלא כתב המחבר דמוכרו בב"ד כבסעי' הקודם משום דקרוב הדבר שהעכו"ם יחזיר לו ומשו"ה א"צ ב"ד. אבל השומ"ש כתב לדעת התבו"ש דמכירת חמץ אינה אלא הערמה ושרי בדרבנן כיון דביטל א"כ הכא דוקא מכירה חלוטה בעינן דדילמא לא ביטלו המפקיד ולא מהני מכירה דידן ועיי' שדי חמד מערכת חמץ ומצה סי' ט' מש"כ בזה:

סעיף י"ח. שמא יבא בעליהם כו'. מזה הק' הא"ר אור"ח סי' תמ"ג על המג"א שם דאם בשעה ה' לא יהיה קונים כ"כ מותר למכור קודם. ולק"מ דכאן אנו חוששים שמא רוצה דוקא בפירותיו דאדם רוצה בקב שלו ואפי' דבר הלקוח אמרי' כן כמ"ש הריטב"א אבל התם הא סו"ס מוכרח הוא למוכרו משום איסור חמץ ומה שיכול להציל ריוח הוא לו ואם ימתין עד שעה ה' יפסיד:

סעיף י"ט ואינו מוכר לעצמו, והיינו מפני החשד. וכתב המע"ח ב"מ ל"ב דכל שהוא מוסיף על השומא או שאין אחרים רוצים ליתן כהשומא הוא קודם ואם רואים ב"ד לטובת המפקיד או היתומים שיקח לעצמו מחליטין לו ב"ד וצ"ע בפוס' כי לא משמע כן מסתימתם. ועיי' ירושלמי יבמות סופ"ב משמע דגם הב"ד אינם רשאים ליקח לעצמם ועיי' בש"ך מש"כ בזה:

סעיף כ'. וה"ה לשאר ספרים. הפרמ"ג אור"ח סי' י"ד מפקפק על המנהג ליקח סידור תפילה של"מ בעלים. ואולי ל"ש טעם המג"א שם דשמא יתקרע אלא בספרי עיון דמתקרע מרוב המישמוש. ומה שחקר אם דוקא בבה"כ תמיהני שלא הביא דברי הישו"ש מובא במג"א שם ס"ק ז' ועיי' שו"ת חיים שאל ח"ב סי' ל"ח ובשו"ת הרי"ף סי' קל"ג:

סימן רצג

ש"ך ס"ק א' בא"ד. ונראה כו' יכול לכופו כו'. כן כתב המאירי ורמ"ך בש"מ ב"ק וכ"מ מרי"ף שם. ומש"כ עוד וגם באבידה כו' ובתומים סי' ע"ד ס"ק א' השיגו. וי"ל דנ"מ לענין מעות מותרים וכ"כ הרמ"ך להדיא. שו"ר בנתי' שכתב כן מדעתו:

סעיף ב'. ה"ה באחריותך. ובסמ"ע דגם הרמב"ם ס"ל כן. מוכח מזה דלא כמ"ש המאירי בש"מ הטעם דלא יחזיר לו במדבר מפני פחד הדרך או טורח המשאוי דלפי"ז אפי' קיבל הנפקד אחריות א"צ לקבל ובב"י סי' ע"ד מביא תוספתא דמחזירו בשיירא ודלא כמאירי:

עיף ג'. נפטר מאחריות שמירתו. אינו מבואר אי בש"ח או אף בש"ש וכן אינו מבואר אי דוקא אחר זמנו או אפי' תוך זמנו ומדסתים משמע דבכל גוני מניח בב"ד ועיי' מחנ"א הל' שומרים סי' י"ת:

סעיף ד'. אלא שהיה רגיל כו'. הקצוה"ח תמה מאוד על חיוב האחריות. והנה לפמש"כ התומים סי' קכ"ה ס"ק ה' דהה"מ מיירי באותו העיר ובש"ס מיירי כשהשליח אוחז בדרך ולכך חייב באחריות. י"ל דהכא מיירי ג"כ בדרך ועיי' תומים סי' קכ"א ס"ק ד'. אבל תמוה לי שלא ראה שכבר עמד בזה המלמ"ל פ"ד משאלה הל' ח' והעלה דבר זה במחלוקת הראשונים ע"ש:

סימן רצד

סעיף א'. תבעו הפיקדון כו' וכתב הסמ"ע נראה דאפי' כו'. והט"ז חיזק דבריו מסי' ע"ט ע"ש ובפת"ש שם מביא בשם הגרע"א שדחה דברי הסמ"ע מסי' ע"ט סעי' ד' ע"ש. וי"ל בכונת הסמ"ע דוקא בחפץ דבזה ל"ש לומר לא הו"ל למידק דאינו רק במעות כמ"ש התומים סי' ע"ט ס"ק ה' דאדם עושה מסחרים שונים ואינו מדקדק אם בפרעון או במתנה אבל בחפץ מיוחד מידכר דכיר. והנה הקצוה"ח השיג על הר"ש דורבאן והעלה דמעכב פקדון אינו גזלן. אולי י"ל בזה כונת רש"י ב"ק ק"ה ע"ב ד"ה דקאי שכתב דכי כפר ליה בידיה נקט ליה והק' עליו בש"מ דא"כ מאי קמ"ל. וי"ל דדייק לומר דאפי' לא כפרו לגמרי רק דחהו לזמן אחר ונקט בידו והו"א דלא פסול קמ"ל וראיה לדבריהם ועיי' ש"ך סי' רצ"ב ס"ק ה' בשם מהרא"ש:

סעיף ב'. במקום שיש עדים כו'. עיי' קצוה"ח בשם מהרי"ט דבמקום דיש לו מיגו נאמן אף בכה"ג. ומש"כ מדברי בעל המאור הנה המלמ"ל עצמו העיר מדבריו בפ"א משאלה ע"ש. וז"ל הרמב"ם אם היה מקום ששאלה לילך בו מקום שבנ"א מצויים יביא ראיה שמחה או נאנסה בשעת מלאכה. ומזה דייק המהרי"ט מדלא כתב אם במקום שמחה מקום שמצויין שם אדם וכתב אם היה במקום שאלה מקום שבנ"א מצויין ש"מ דאם היתה השאלה מקום שאין בנ"א מצויין אעפ"י שהאונס היה מקום שבנ"א מצויין נאמן במיגו. וצע"ג דלפי לשון הרמב"ם שלפנינו אין:

שום ראיה שכתב אם היה המקום ששאלו לילך בו כו' והיינו אם מתה בדרך או נאנסה בשעת מלאכה ר"ל כטוען ממ"מ ועיין כ"מ הל' א' בשם הריב"ש: סעיף ה'. התנה כו'. מסתברא דלא מיפטר בזה במקום שיש רואים מלהביא ראיה דלאו מחיוב שמירה לחוד היא:

ש"ך ס"ק ז'. אע"ג דש"ש אפי' לאביי כו'. צ"ע דהא אביי ס"ל שם דליסטים מזוין גנב הוא ע"ש:

שם ס"ק ט'. ואפשר דאם יביא עדים כו'. המעיין בסוגיא שם יראה דא"א לפרש כן. והרמ"ה בש"מ כתב כיון דהוכר הגנב אינו מועיל השבועה דנאנסה דהו"ל כפושע דיכול

לטרוח עליו וא"כ ה"ה בעדים. ומש"כ הקצוה"ח כאן בדברי הרמב"ם ע"ש בפנ"י מיישב היטב:

סימן רצה

סמ"ע ס"ק א'. נקט תרתי כו'. ולפי"ז לשון הטור שכתב שאינו מצוי בשוק לקנותו אינו מדוקדק וצ"ל כלשון הרמב"ם המובא בשו"ע ועיין תומים סי' ע"ב ס"ק כ"ט. ומש"כ בס"ק ב' וי"ל דאם אינו משלם כו'. י"ל נ"מ עוד לענין גילגול דאין מגלגלין על הספק כמ"ש לעיל סי' צ"ד סעיף ג'.

ומש"כ בס"ק ה' והט"ז השיגו. בתוס' הרא"ש מובא בש"מ ב"מ ו' ע"א ד"ה שלש משמע כסמ"ע:

ש"ך ס"ק ח'. כתב הרשב"א דאם היה עדים כו'. הריטב"א הק' ע"ז מב"ק ק"ח ע"ב דאפי' נשבע ואח"כ שילם קונה הכפל וזה הוי ג"כ לא שכיח דישלם אחר שנשבע ומחמת זה דאפי' מצי פטר נפשיה בשיקרא מקני ליה כפילא. וי"ל לדעתם דשם ג"כ הוי שכיח דהמפקיד חושב אולי יחזור בו מפני שנשבע לשקר ואדעתא דהכי מקני ליה הכפל ואף דרש"י פירש שם דלפמשה"ד משלם כ"ז להנפקד אבל המפקיד סובר בלבו דנשבע לשקר ועוד דשכיחו אינשי דמתחרטים אח"כ על שבועתם אף דנשבע באמת ומשלמים. שו"ר בחירע"א מביא בשם חכ"א לדייק מדברי רש"י מדנקט ש"ח ולפמשה"ד משמע דעבור זה מקני לו הכפל ולא ראה דברי הריטב"א. אלא דעצם סברת הרשב"א א"מ כ"כ הן אם היה תנאי בתחילה עם השומר שפיר הוי אמרי' דעל זה לא עלתה על דעתו ולא אקני ליה בכה"ג. אבל כל הענין כאן הוא מתורת אומדנא דאנן אמדי' דעתו דאדעתא דהכי אקני ליה ורוצה להיות בטוח במעותיו ובכל אופן משלם לו. וראיתי במע"ח שמפרש דהירושלמי לא אמר אלא כשפטרוהו ב"ד עפ"י עדים ונסתלק ממנו לגמרי ואח"כ שילם מדעתו. אבל אם יש לו עדים ולא הביאם עוד לב"ד מודה הירושלמי. וכ"מ קצת מנמוק"י אבל ל"מ כן בירושלמי ע"ש. והמחוור מש"כ המראה"פ שם דהך סברא ל"ש אלא באמר הריני משלם אבל אם שילם בכל גונא מקני ליה כפילא ובזה מיושב הך דב"ק ק"ח. ומש"כ עוד הש"ך בשם הרשב"א דאף בבאו עדים שפשע מקני לו הכפל והש"ך הק' דמשמע בש"ס דדוקא במגו דאי בעי פטר נפשיה ובשואל דליכא מגו דוקא עד שישלם. וחמה המע"ח דא"כ בשילם אמאי קנה. ולמש"כ המאה"פ הנ"ל לק"מ. אלא דלמש"כ הנמוק"י בהסבר דברי הרשב"א דבשעת הפקדון גומר בלבו לאקנויי בכל ענין היכא דלא אטרחיה משום דאיכא צדדין דאי בעי פטר נפשיה פירוש כגון בליכא עדים וכ"כ הגרע"א בשם הש"מ. א"כ לק"מ משואל כיון דמח"מ לא שכיח א"כ ליכא שום

צד למיפטר נפשיה. משא"כ הכא י"ל דאקני ליה הכפל כשירצה לשלמו ולא יצטרך להדר אתר עדים ואף אם מתרמי שבאו עדים ובזה מיושב כל מה שהק' שם המראה"פ. ומש"כ הש"ך דבירושלמי שלנו ליתא כן. הנה לפנינו הוא בעיא בירושלמי ולא איפשטא. וכפי הנראה היה להראשונים גירסא אחרת בירושלמי לפי שמובא הלשון בריטב"א הבעיא דיש עדים דפשע בה קודם הבעיא דאונסין ולפנינו הוא בהיפוך וגם שם אינו מביא ספיקת הירושלמי למי משלם כמו שלפנינו רק יש עדים שנגנבה בפשיעה ה"ז בכלל שילם ולא רצה לישבע ר"ל דקונה השומר כמו במתני'. וראיתי בהג' יפ"ע ב"מ השערה מדעתו שנתחלפו השורות בירושלמי והנכון כמש"כ. ובזה ראיתי שם דבר נכון בטעם השמטת השו"ע דברי תלמידי הרשב"א בשם הירושלמי ביש עדים שנאנסה די"ל דהירושלמי לטעמו דס"ל דהך דשילם ולא רצה לישבע כו' הוא מגזה"כ ולא מסברא, ולא ס"ל סברת ש"ס דילן דהוי כמקנה לו כו' והכתוב לא זיכה כ"א לשומר שיש עליו קצת חיוב. משא"כ ביש לו עדים שנאנסה יצא מחיוב שומר וה"ה כאיש אחר. אבל לש"ס דילן דהוי כאומר לו מעכשיו כו' ויש לו זכיה גם ביוקר נכלל גם הכפל והוא ע"ד שכתבתי. אלא די"ל בזה מסי' דלעיל סעי' ו' ע"ש בהג"ה ובש"ך. והנה בחי' הגרע"א כתב דבשמירה בבעלים לכו"ע לא מקני ליה כפילא דבכל ענין פטור והוי כמתנה בעלמא ולמש"כ הנתי' סוס"י רצ"א דחייב מיהא שבועה שאינו ברשותו י"ל דחייב גם בכה"ג:

שם ס"ק י"א. מש"כ לדחות ראיית תלמידי הרשב"א עיין גליון אלפס מש"כ בזה. ומש"כ ומדברי התוס' כו' לכאורה גם מש"ס מוכת כן דאין לפרש באופן אחר. ואף שהריטב"א רצה לפרש דא"צ קנין כלל כבכורות י"ח הוא רק להס"ד אבל להמסקנא אנו מוכרחין לפרש דמקנה הפרה לכפילא. אלא דבאמת גם מדברי התוס' אין הכרח דקונה גוף הפרה לחלוטין די"ל דלא הקנה לו הפרה רק עד זמן כדי שיקנה ע"י הכפל ובהגיע זמן מציאת הגניבה תחזור לבעליה ועיין לעיל סי' רי"ב סעיף ד' מהרמב"ם. וי"ל עוד דהכא עיקר הקנין הוא מתורת אומדנא ואומדנא דמוכח מבטלת מקח כלעיל סי' ר"ז ואנן אמדינן לדעתו כדי שיהא בטוח במעותיו שיקנה גוף הפרה לשעה כדי שיקנה הכפל אבל הפרה עצמו לא הקנה לו לחלוטין. והנה המפ' הק' במתני' למי משלם למי שהפקדון אצלו דהול"ל לשומר [עיין תפא"י משניות] וגם הלשון למי משלם הוא שפת יתר לגמרי [עיין מעיי"ח] וי"ל עפ"י מה שהק' הראב"ד מובא בש"מ מדאמרי' דבעל הבהמה מקני כפילא לשומר אלמא לשומר לא קרינן בו מבית האיש א"כ לבעלים אמאי משלם והא הו"ל כגונב אחר הגנב דפטור. ותירץ דפקדון היכא דאיתא ברשות בעלים איתא ומבית הבעלים קרינן בו (כן הוא להדיא בירושלמי שבועות מובא בקצוה"ח סי' שמ"ט וכ"כ תוס' ב"מ ו' ע"א

ע"ש]. וזה שדייק המתני' למי משלם היינו קושית הראב"ד לבעלים לא דהא אקני לשומר ולשומר לא דלא הוי מבית האיש וע"כ אמר למי שהפקדון אצלו כמ"ש רש"י דהשומר קונה אותה בתשלומין ונקרא בעל הפקדון. עוד י"ל דלכך תני בלשון בעל הפקדון לאפוקי ממה שרצו המפ' לומר בדעת הרמב"ם דהפרה חוזרת לבעליה ולא קניה אלא לכפל בלבד דא"כ הול"ל לשומר לכך תני בעל הפקדון דקניה לגמרי והוא הבעלים וכמ"ש הש"ך כאן. עוד י"ל בדברי הרמב"ם הנ"ל עפ"י מש"כ הגרע"א דלמ"ד דס"ל שיעבודא דאורייתא י"ל שמוכר לו אם יתחייב הגנב כפל וישתעבדו נכסיו מוכר לו את השיעבוד ודעת הרמב"ם הוא דשיעבודא דאורייתא עיין לעיל סי' ל"ט במפ'. והנה הראב"ד הק' עוד דלר"ש דאמר דהגל"מ כממון דמי כיון דהשומר חייב באחריות ליחשביה כבעלים ותירץ דלא דמי חיוב שמירה לאחריות דאחריות בכל אנפי חייב ובשמירה איכא אנפי דלא מיחייב. והשוש"י הק' דהא חזינן לל"ק דר"פ בשואל דלא הו"ל במה ליפטר נפשיה ולא קני כפילא אף ששילם ולהראב"ד בזה ראוי בלא"ה להיות הכפל שלו כיון דכל האחריות חל על השומר. ולק"מ דגם בשואל אין התחייבות גמורה דגם בו יש אופני פטור כמו ממ"מ ועשו"ק. אבל קשה ע"ז מש"ס ב"ק ע"א ע"ב דמוקי להא דר"מ דמחייב דו"ה בשור הנסקל כר"ש ובשומר ולהראב"ד לא הוי דהגלמ"מ בשומר. וראיתי שהק' כן בשו"ת ראשי בשמים סי' י"ד וכתב דכונת הראב"ד הוא רק לתרוצי הא דלא פליג ר"ש אמתני' ע"כ מתרץ דבהא גם ר"ש מודה דהא השומר יכול ליפטור עצמו בשבועה כיון שכבר נגנבה וש"ח פטור מגנו"א והו"ל כמי שהחזיר הפקדון לבעלים אלא דלא נאמן רק בשבועה ובזה עולה תירץ הראב"ד יפה דכיון דאי בעי פטר נפשו בשבועה לא דמי לאחריות שמחויב בהחלט. אלא דמש"כ שם בתחילה ליישב עפ"י הראב"ד למה לא פליג ר"ש אבבא דגונב מן הגנב דהא הגנב חייב באחריות והוי גורל"מ וכמ"ד דהא אין הגנב מתחייב בכל אנפי ובהיזק שא"נ קיי"ל דאומר לו הש"ל משא"כ באחריות דקדשים דחייב באחריותה בכל אופן. יש גם צד בגנב דחייב באחריות ואינו בקדשים כגון בכחשא דלא הדר ב"ק צ"ו ובקדשים ודאי רשאי להקריבו:

והנכון מש"כ בתרומת הכרי סי' שס"ג דר"ש חולק גם ע"ז וכ"כ בשו"ת תרומת יד סי' כ"ג:

סימן רצו

פת"ש ס"ק ד'. וסברא נכונה היא. אינו ברור עוד והמחנ"א כתב דגם ליתמי לא טענינן נאנסו במקום רואים ועיי' שוש"י מש"כ בזה וי"ל דתליא בזה אי הא דבמקום רואים מחויב להביא עדים הוא מגזה"כ או מצד הסברא הוא דהא יכול לברר וא"כ ביתמי דא"י לברר פטור. והנתי' סי' קפ"ז כתב דמצד הסברא הוא ובשו"ת משכן בצלאל מביא

מחלוקת המבי"ט ומהרשד"ם בזה. והנה בטעם דא"א מיגו לאפטורי משבועה דמחולקים בזה הסמ"ע וט"ז כאן נ"ל ראיה מב"ק ק"ז ע"ב בתוס' ד"ה הואיל במיגו דאי בעי כו' ואף דלפוטרו משבועה הוא וכן הק' בשו"ת בא"י ולהט"ז ניחא דשבועה הוא לברר והתם כיון דכבר נשבע שבועת הדיינים שוב אין על הדיינים לברר כמ"ש רש"י שם שכבר יצא ידי דיינים בשבועה הא' והשבועה הב' לא מן הדין הוא:

סימן רצז

בהגה. החזיר פקדון כו'. וכתב הסמ"ע פירוש שהחזירהו למי שאינו שלו. ודבריו תמוהים דהא מקור הך דינא הוא מירושלמי ב"ק כמ"ש הגר"א ושם מבואר דבטעה בשיקול הדעת מיירי בזה הדיין פטור והבע"ד א"צ להחזיר אבל בטועה בדין ודאי חייב להחזיר ונותנים למי שהוא שלו ועיי' ביאור הירושלמי בתומים סי' ס"ב ס"ק י"ב ובנתי' שם ס"ק ט"ו ובקצוה"ח רס"י קע"ה ועיי' רא"ש סנהדרין פ' ז"ב:

סימן רצח

סמ"ע ס"ק ה'. וק"ק כו'. לשון הש"ס הוא א"י מה שהנחת אתה נוטל הרמב"ם קיצר עיין ב"י שם. ועוד משום הינך נקט האי לישנא חדש היה כו' שלם היה כו':

ש"ך ס"ק ג'. ודוקא כו' כדלק' רס"י שפ"ח. בשומ"ש מהדורא תנינא ת"ג סי' קל"ד תמה דאין דמיון לשם דשם מיירי דא"י כלל מה היה בו אולי היה עפר. אבל כאן מודה שהיה בו דברים אבל א"י כמה א"כ אף שאין דרכו להניח בכיס הו"ל מודה במקצת. ומגיה בציון וקאי על סעיף ב' באומר א"י מה היה בו. אבל כונת הש"ך הוא לדעת הרמב"ם שם דתקנה הוא משום תיקון העולם וכאן אין דרך העולם לא תיקנו ע"ש בבהגר"א וה"נ אין המפקיד נוטל בלא שבועה מתקנה דלא שכיחא:

סימן רצט

שנים שהפקידו כו'. עיין קצוה"ח משכ"כ לתרץ קושית הש"ך סי' ע"ז וט"ס שם משכ"כ ומפרש הרא"ש וצ"ל ומפרשי התוס' דהרא"ש ס"ל דפטור לגמרי.

וראיתי בס' חב"י דחהו דהא מיירי בתם שמשלם מגופו ואיירי בהא דמשלמין דמי שור לבעליו דהפושע חייב הכל. אבל הנתי' לעיל סי' ע"ז כתב דבמועד איירי מדאמר כל נזקו. ואולי י"ל בעיקר הענין דאם החפץ המופקד הוא דבר שאחד א"י לשומרו ולעצם שמירתו צריך ב' שומרים א"כ אין ראיה דרצון המפקיד הוא בערבות זל"ז דמסרו לשנים משום עצם השמירה שצריך לשנים. אבל דבר שלעצם שמירתו די גם באחד ומסרו לשנים מסתמא עשה כן משום ערבות ובהא דב"ק במסר שורו אפשר דלא מחמת הערבות מסר לחמשה אלא משום שיודע הוא בשורו שצריך לעצם שמירתו לחמשה והנה בשו"ת

ראשי בשמים סי' ע"ג השיג על כל האחרונים שהסכימו לחילוק הש"ך סי' ע"ז דהא הרא"ש כתב להדיא שהבעה"ב פטרו משמירה אם יתרצו. והעלה מזה דהיכא דסגיא בלא שמירתו מיפטר משמירה וממילא גם מערבות. אבל לא ראה מש"כ רש"ל ביש"ש בביאור דעת הרא"ש וכתב במסקנא ומ"מ כשהאחרים עניים והחמישי שפשע הוא עשיר אף שפטור כשהאחרים לא נסתלקו משמירתו מ"מ יכול בעל השור לאישתועי דינא עם העשיר שפשע והעשיר ישתעי דינא עמהם דכיון שקיבל כ"א שמירתו עליו לא נסתלק שמירתו נגד הבעלים כו' הרי כמ"ש הש"ך דנהי דמיפטר משמירה מלשלם כולו מ"מ חיוב ערבות נשאר עליו ועיין מש"כ לק' סי' ש"פ מזה:

סימן ש

סעי' א'. ואפילו לצי"ש פטור. עיין קצוה"ח חילק מסי' רכ"ב במקח דחייב לצי"ש משום דפקדון אינו חייב בהשבה משא"כ במקח וכ"כ עוד לעיל בסי' קצ"ח. והנתי' סי' פ"ו השיגו מהריטב"א מובא בש"ך סי' נ"ח דפקדון בעי למיעבד השבה מעליא. והנה דברי הריטב"א מביא הקצוה"ח עצמו סי' ד'.

אבל הא כתב הקצוה"ח סי' ש"מ ס"ק ד' מהריטב"א דאם פשע נתחייב למפרע אבל כ"ז שהוא בעין אין בו מצות השבה. והנה במש"כ הקצהו"ח סי' ד' דאסור לעכב פקדון ראיתי במשפ"ש סי' קצ"ח מביא תשו' רדב"ז שכתב נמי כן והביא ג"כ ראיית הקצוה"ח מהזוה"ק וכתב דהיינו דוקא אי מצי לתבוע מבנ"ח אבל היכי דמית ואם לא יגבה ממה שתח"י לא יוכל לגבות עוד מותר לתפוס. ובזה מיושב מה שהק' המהרש"ק בהג' חכ"ש סי' ד' על הקצוה"ח מש"ס שבת קמ"ח ע"ב דרבא בר עולא מערים אערומי ופירש"י לאחר יו"ט ליקח ממנו שום חפץ ומעכבו. ולהרדב"ז א"ש דהא שם בהלואת יו"ט דאסור לתבוע וכפירש"י דאין ב"ד נזקקין ובאופן זה שרי לתפוס:

סעיף ג' בהגה. אבל אם אמר אביכם כו'. עיין שו"ת אבני קודש סי' מ"ז שחקר באם אומר אביכם של אחד מכם הפקיד לאבי וא"י איזהו מה דינו אי חייב לכ"א לציד"ש והעלה דתליא באשלי רברבי:

סימן שא

סעיף א'. ומ"מ ש"ש מפסיד שכרו. נראה מפרש"י הטעם דאף בכל הני דעתו להשתעבד בחיוב שמירה כמו בעלמא אלא דהתורה פטרתו מגזה"כ וא"כ לענין השכירות מהני שיפסיד אף בגנו"א.

ועיין נתי' סי' ש"ג ס"ק ג' דמטעם א"י אם נתחייבתי הוא ועיין שעמ"ש סי' ס"ו ס"ק ל"ג. והנה בש"ש שלא שמר ונאבד ושילם אם מפסיד שכרו יש לחקור לפמ"ש הקצוה"ח דכל

שומר יש עליו שני חיובים הא' עצם הפעולה מה שמחויב לשמור והב' קבלת אחריות שעומדים ברשותו וא"כ אף שלא קיים התנאי דלשמור מ"מ יש לו שכר על האחריות. וראיתי בשו"ת עולת שמואל סי' נ"ג שהעלה דאין לו שכר משום דעיקר השכר הוא על השמירה אמנם מ"מ כשבא לשלם צריך לנכות לו שכרו דהא אם היה שומרו היה צריך לשלם לו שכרו ואם הפקדון שוה מאה והשכר שמירה היה י' א"צ לשלם לו רק צ' דהי' היה צריך לשלם לו. ובשו"ת יהודא יעלה חחו"מ סי' רי"א העלה ג"כ דפטור בכה"ג והביא ראיה ברורה לזה מעובדא דסו"פ השוכר את האומנים דרבב"ח אזיל בתר דינא ושקיל גלימיה ועכ"ז לא שילם להם שכרם ורב כפו לפמשה"ד אבל מדינא משמע דפטור ויש לדחות די"ל דהגלימא לא היה שוה כשיעור ההיזק. אלא מרש"י דף נ"ח משמע כן שכתב שהרי נשתעבדו לשמרו מגו"א וע"מ כן היו נוטלין שכר והרי לא השלימו מלאכתם. ולא פירש לפי שאין משלמין לו דמי הפקדון מגזה"כ להכי פשיטא להש"ס דמפסדי שכרן אלא אפי' לולא גזה"כ שפטרן בהקדש שהיו משלמין דמי הפקדון ג"כ מפסדי שכרן מטעם דלא השלימו התנאי. ועיין בהג' חש"ש:

ב"מ נ"ח מש"כ רבני מו"צ דווילנא ובדברי גאונים כלל צ"ו סי' ע"א: סעיף ד'. אם קנו מידם. עיין תוס' ב"מ נ"ח שני תירוצים למה לא אמרי' כאן בההיא הנאה כו' ועיין קצוה"ח כאן ולעיל סוס"י רצ"א. והרא"ש בש"מ מתרץ דבהקדש לא אמרי' בההיא הנאה דקא מהימן לו דבדילי מיניה אינשי והכל נאמנים עליו. ובזה י"ל בהא דב"ב ט' ע"א ואין מחשבין עם גבאי צדקה ואעפ"י שאין ראיה לדבר כו' ועיין רש"י ותוס' מ"ט אין זה ראיה גמורה. והרמב"ם פ"ט ממ"ע מביא דינא דש"ס והראיה מהכתוב ועמדו ע"ז במפ'. עוד הק' דבש"ס מביא הפסוק מקאפי' י"ב במלכים ב' שנאמר ולא יחשבו כו' ושם בקאפי' כ"ב כתוב אך לא יחשב אתם כו' והרמב"ם מביא פסוק זה דלא כמ"ש בש"ס. ובשו"ע יור"ד סי' רצ"ז כתב המחבר כלשון הרמב"ם ומביא הפסוק שמובא בש"ס דלא כלשון הרמב"ם. וי"ל דפשטות הכתובים ובדה"י מורים שהיו שם שני מיני כספים. תרומת השקלים לבדה"ב. ולחדש הבית שלח את הלוים לאסוף נדבות וכן ביאר שם הג' מלבי"ם. ובקאפי' כ"ב מספר בקצרה אשר אספו שומרי הסף היינו כל הכסף הנקבצים והפסוקים דקאפי' י"ב וכ"ב הכל מענין אחד המדברים משני מיני הכספים ועל שניהם הוא אומר ולא יחשבו ושפיר אמר דראיה גמורה אינה כיון דמעורבים בהם גם מעות השקלים ועל השקלים דהוי מעות הקדש הכל נאמנים דבדילי מיניה. והנה הקצוה"ח הק' בהקדש ל"ל קנין ישתעבד באמירה גרידא דאמל"ג כמסירה להדיוט:

ולק"מ דמצד אמירה לגבוה הוי כנדר ליתן אם נאבד או נגנב לשלם להקדש אבל לא נשתעבדו נכסיו ואם מת אין היתומים צריכים לשלם והוא עצמו יכול לישאל ע"ז. ובשו"ת מהרי"א סי' רל"ז מתרץ עפ"י דעת הר"ן קדושין מובא בבדה"ב יור"ד סי' רנ"ח דדוקא כשהריוח מיד בשעת אמירתו וקבלת אחריות ליכא ריוח מיד ועיין הג' חש"ש מש"כ בזה:

סעיף ו'. מי שהפקידו אצלו כו'. לעיל סי' רצ"ב סעי' ט' ודוקא שהיה ממון כו' והוא מהרשב"א ובחי' הרשב"א ב"ק קי"ז הק' מסו"פ החובל דאביי גופיה פטרו מטעם מעות עניים ונשאר בצ"ע ועיי' מחנ"א הל' שומרים סי' ט"ז מש"כ לתרץ. ולולא דבריהם היה אפשר לומר דהעובדא בש"ס היתה בגבוי לשבוי ומת והרשב"א והרא"ש מחולקים בגבוי לשבוי ומת אי זכי בהם יורשיו מובא ביור"ד סי' רנ"ג סעי' ז' ורבא פטרו דס"ל דלא זכי בהם יורשיו וכן הלכה עיי' בהגר"א שם ואביי ס"ל דזכי בהם יורשיו ולכך פריך מציל עצמו בממון חבירו הוא. עוד י"ל דהיו קצובים כמה ליתן לכ"א מהעניים אבל העניים לא היו ידועים עוד ופטרו רבא דס"ל דתרתי בעינן קצובים וידועים וכן פסק הה"מ מובא בב"י כאן ואביי ס"ל דבחדא סגי והוי ממון שיש לו תובעים. ובפ' החובל דפריך על ר"י משום דסבור דלעניים דעלמא הוי וא"ל ר"י דלעניי דפומבדיתא הוי ידועים וגם מיקץ קייץ להו אבל אביי לא ס"ל כן כר"י וסגי לדידיה אף בחדא ידוע או קייץ. ובסמ"ע ס"ק כ"ו כתב שם דקדק וכתב כו' כו'. כן פירשו בתוס' שם דמיירי באמיד ובש"מ יש מפרשים דהיה עני. וי"ל דתליא בזה אי מחויב לצאת יד"ש. החוו"י כתב דחייב לצי"ש מובא בפת"ש ומצאתי בפסקי ריקאנטי שמסופק בזה. ורבא פטרו לגמרי אף לצי"ש וע"כ מפרשי לה בעני דאי בעשיר ס"ל דחייב לצי"ש ולא היה רבא פוטרו לגמרי. והתוס' ס"ל דפטור אף לצי"ש ולכך מפרשי לה גם בעשיר. ובזה י"ל גם בקושית הרשב"א הנ"ל דרבא פטרו לגמרי אף לצי"ש ואביי דפריך ס"ל דחייב לצי"ש וז"ש והא מציל כו' ר"ל דלתחייב לכה"פ לצי"ש. והנה בפח"ש מביא דיעות האחרונים בגבאי צדקה ובנחל"צ הק' מהא דסוף החובל אף דר"י היה גבאי. ולא ראה בש"מ שם דמפרשים דר"י הפקידו גם לחלק וכ"כ המרדכי פ"ק דב"ב ועיין ישועי"ק יור"ד סי' ק"ס ס"ק ז' דבר נחמד בזה:

סעיף ט' בהגה. וכן חולין ואח"כ הקדישן ביד השומר. ולשון הרמב"ם והוא ביד השואל. והקצוה"ח לעיל סי' רי"א פילפל אי מצי להקדיש דבר השאול.

ופלא שלא הזכיר מדברי הרמב"ם כאן דמפורש דיכול להקדיש. וגם על הרש"ל שם יש לתמוה דהעלה דעל זמן השאלה א"י להקדיש דאינו ברשותו והנה מזה הק' הקצוה"ח על הש"ג ע"ש ס"ק ה'. ול"י הדמיון דהכא הטעם הוא משום רעהו הכתוב בנתינה ובתשלומין

כמ"ש הה"מ ממכילתא וכיון שנשתנה בנתיים ולא הוי רעהו פטור. ובמעות עניים אין הפטור משום הקדש אלא משום שאין לו תובעים וא"כ בנתן לו ע"מ לשמור שפיר כתב הש"ג. וי"ל בשומר שמסר לשומר והקדישה ביד שומר האחר אי פטרינן גם להא' מטעם רעהו מתחילה ועד סוף לדעת הרמב"ם ובחירע"א ב"מ נ"ח ע"א הוכיח מדפריך שם נתרמה התרומה מא"ל ואף שבאו לידו בהיותם חולין וע"כ כהרמב"ם ובתומים סי' ס"ו ס"ק ס"ז ביאר דעת הרמב"ם שם דהבעלים הוי ש"ש על השקלים ומשמע לכאורה דל"ש וי"ל. ולכאורה ה"ה בנשאל על ההקדש דנעשה תולין למפרע נמי פטור. שוב ראיתי שחקר בזה המנחת חינוך ע"ש. ובזה אמרתי בהא דכתב הרי"ט אלגזי פ"ק דבכורות על הא דאמרו שם הגונב פ"ח של חבירו משלם כפל ואעפ"י שאין לו עכשיו יש לו לאח"ז ואמאי בגנב הקדש ב"ה מרשות בעלים אינו משלם כפל והא נמי י"ל אעפ"י שאין לו עכשיו יש לו לאחר מכאן שהרי ביד הבעלים לפדותו וקרא דמבית האיש בא למעט הקדש שכבר בא ליד הגזבר אבל הקדש שביד הבעלים לא והסביר שם לחלק בין פ"ח להקדש. אבל בקצרה דאף הקדש שביד בעלים נמי מימעוט מרעהו וכ"כ המנ"ח מצוה נ"ד. ובזה יש ליישב מה שהק' הלח"מ פ"ב מגניבה הל' א' על הרמב"ם שם שכתב שני הדרשות דרעהו ולא של הקדש וגם הא דוגונב מבית האיש ויקשה עליו קושית תוס' ריש מרובה ע"ש. וי"ל דמרעהו אינו ממעט אלא בנמסר כבר ההקדש להגזבר וקרא דוגונב מבית האיש ממעט אף בעדיין הוא ביד בעלים. ומדוקדק מאוד לשון הרמב"ם שכתב וכן הגונב קדשים מבית בעליהן וע"ז מביא הקרא דוגונב מבית האיש וכן הוא בש"ס ב"ק ע"ו ע"ש. שו"ר בשו"ת ראשי בשמים סי' י"ד כתב ג"כ בדרך זה ליישב דברי הרמב"ם והביא הש"ס דבכורות ולא ראה ברי"ט אלגאזי. ומש"כ בפת"ש ס"ק ט' בשם השעמ"ש. מדוע לא הביא שמחולקים בזה הקצוה"ח והנתי' לעיל סוס"י ע"ב ומדברי תוס' ב"ק ל"ח ע"א ד"ה עמד משמע כהנתי' ועיין רי"ט אלגזי רפ"ב דבכורות כתב ג"כ כהנתי'. ובפסיקתא פ' שמות ע"פ פקוד פקדתי אמר הקב"ה נתתי אתכם פקדון ביד המלכות והם שלחו בכם יד ילקו בחסר ויתר. ועיין מש"כ המשובב סוס"י ע"ב ובתשו' אב"מ סי' כ"ד ובשו"ת שם אריה סי' י"א ובשו"ת ב"ש חחו"מ סי' קל"א בזה. ובשו"ת ראשי בשמים סי' צ"ד: סמ"ע ס"ק י'. קמ"ל בזה כו'. המע"ח ב"מ מ"ב כתב שדברי הסמ"ע מגומגמים דמה ענין זה לשמירה דאסור להשתמש בלא דעתם במעות רק דקמ"ל דל"ח דדמי לדמי אבידה וכי בשביל שאין דין שומרים לקטן יגזול מהם ואם היה מקום לפוטרו בשביל שאין עליו דין שמירה אין לחייבו מטעם דיתבע אותו בגדלות דאפי' נותנו כשהוא קטן ותובעו כשהוא גדול פטור כבסי' צ"ו. ודבריו מגומגמים דהא הסמ"ע כתב זה רק לענין שבועה שנשבעים

להם ומה ענין גזילה לכאן והוא סבור דהסמ"ע כתב זה לענין היתר שימוש וליתא. גם מש"כ ואם היה מקום כו' הא דברי הסמ"ע ברורים כיון דבא מכח גדול שב"ד הפקידו רק מפני שאין להם תובעים וכיון שיתבענו כשיגדול ש"ד ועיי' מש"כ בזה לעיל סי' ר"צ סעי' כ"א. ובעמדי בענין זה ראיתי בס' למטה יהודא שהשיג על הנתי' סי' כ"ת ס"ק ד' שכתב ועוד נראה כיון דאם היה מעיד לפני ב"ד של ישראל היה מחויב לישבע שבועה דאורייתא להכחישו א"כ תו לא מיקרי מזיק ממון רק כגורם דמי דמי יימר דמשתבע. וכתב דהוא פלא דהא קיי"ל בסי' צ"ה דאין נשבעין מדאורייתא על נכסי עכו"ם. אבל כונת הנתי' בישראל שהעיד בדינם של ישראל חבירו וכ"מ מדבריו שם שכתב אח"כ וכ"נ כשהעיד לפני עכו"ם שהחפץ שביד ראובן הוא של שמעון כו' הרי דבישראל מיירי וע"ש בט"ז שהשיג על הרש"ל אלא שסוף דברי הנתי' הם קשים מאוד ואכ"מ:

סימן שב

נשבעים שבועת השומרים לקטן.

התומים סי' צ"ו הק' דהא בכל ש"ש מקשה בש"ס שבועות ש"ש דחייב רחמנא היכי משכח"ל ולטעם הרא"ש בסי' צ"ו משום העזה ול"ש בקטן כמו שמעיז בבא בטענת אביו וע"ש בנתי'. והנה מה שהק' מהחזרתי ל"ק להרא"ש דאולי ס"ל כהנך דאם החזיר הפקדון להקטן חייב עיי' מחנ"א הל' שומרים סי' ט' והל' שו"פ סי' ח'. אלא על הר"ן קשה גם מהמזרחי דכתב כהרא"ש משום העזה והוא סובר דמחזיר לקטן פטור. ומלהד"ם קשה לד"ה. ובאמת ל"י מנ"ל דהעזה ל"ש בקטן דאטו העזה חשבינן מה שהוא מעיז נגד אנשים. הא כתב רש"י שאין אדם מעיז בפני מי שמכיר בשקרו לו יהא אפי' קטן כיון דטענתו נחשבת לטענה כמ"ש הר"ן ובבנו שפיר מעיז דהוא אינו יודע מטענת אביו אבל אם בא בטענת עצמו אינו מעיז נגדו: סעיף ב' בהגה. וי"ח. המחנ"א כתב דבשאלה לא כתיב איש ולכו"ע חייב וגם פטור דשמירה בבעלים שייך בקטן. והנה לטעם החינוך בפטור דשמב"ב ל"ש טעם זה בקטן. אולם במנ"ח מצוה ס' כתב טעם אחר דל"ש שמב"ב בקטן וטעם החינוך אינו מספיק וכתבתי מזה לק' בסי' ש"מ ע"ש:

סימן שג

סעיף א' בהגה י"א אדם כו'. עיי' לעיל סי' קפ"ה סעיף א' בהגה ומה שכתבתי שם. ויש לדקדק בשינוי לשון הרמ"א דשם כתב מי ששלח שלית להוליך דבר כו' ומשמע דשלח לו הדורן בשכבר התחיל השליחות וכאן כתב אדם ששלח לחבירו שום דבר להוליכו כו' משמע דשלח לו החפץ ע"י שליח להוליכו למק"א. ע"כ י"ל דשם הוי עיקר החידוש

אף דההנאה באה אח"כ ומתוך הדורן ניכר ששלחו לשם שכר אלא דהחסרון הוא במה שלא דיבר עמו בזה ואשמעי' דגם זה הוי שכר:

וכמ"ש הגר"א שם ראיה משומר אבידה אף דפרוטה דר"י באה אח"כ ולכן כתב כן הרמ"א שם בפשיטות. והכא איירי דשלחו הדורן טרם שהתחיל בשליחות אלא דההחסרון הוא דאינו ניכר מתוך הדורן אם שלחו לשכר והגמ' מביא ראיה מטובל בציר וכמ"ש שם רש"י כאחד מן השוק ואף דאינו ניכר אם כונתו לשכר עכ"ז הוי ש"ש ול"י מש"כ הט"ז שם להוכיח מטובל דאיירי דניכר דהא לפירש"י מוכח בפירוש דאינו ניכר עכ"ז הוי ש"ש ולכך מביא הרמ"א כאן זה בלשון י"א כמ"ש הב"י דיש לעיין בדבר וכ"מ מלשון תשו' גאונים שכתבתי שם דכל הספק היה דאינו ניכר אבל הדורן שלחו מתחילה ועיין ש"ך לעיל סי' ע"ב ס"ק כ"א ובתומים שם ובמשפט שלום סי' קפ"ה סעיף א' בהגה, ומש"כ בש"ך ס"ק א' דאינו נעשה ש"ש בפחות, משו"פ עיין פילפול עצום בזה בשו"ת מהרי"א חחו"מ סי' קצ"א אבל בכלי פשוט דהוי ש"ש אף בפחות משו"פ כלעיל סי' פ"ח העי' ג'. והנה לק' סי' ש"ו מבואר דאף דההנאה לא היה אלא לאומן ולא לבעה"ב הוי שומר והשומ"ש מ"ת ח"ב חקר בשו"פ לשומר ולא למשאיל או איפכא ופשוט דבשוה לשומר לבד סגי: סעיף ב'. או נם בעידנא כו'. לכאורה צ"ל או חטפתו שינה דזה הוי אונס. אבל נם לא הוי אונס שו"ר בזכור לאברהם שהגיה כן:

סעיף ג' בהגה.

ודוקא בודאי כו' דדילמא עכו"ם כו'. הרבה תמה בזה הנתי' דכיון שא"י להציל הוי הפקר וכל הקודם זכה. ומה שתירץ הנתי' דאיירי דברח מפני העכו"ם שהיה מתירא שישרפוהו דבגניבה כיון שלא היה שם חייב דמה לי ברח מפני סכנת שריפה או מפני רו"ר והעתיקו גם בפת"ש. יפה תמה בס' חב"י דבברח מפני הגנב הזה שגנבו ה"ז קרוי היה שם כיון דמפני סכ"נ ברח מה לי סכ"נ כלי זיין או סכנת שריפה כל שיש בידם להורגו ובפשוטו י"ל דהא מיירי בשריפת העיר שהאש יצאה מבית אחרת ובתחילת התבערה לא היה נראה עוד סכנה שיגיע האש עד ביתו ועפ"י רוב הולכין הרחוקים ממקום התבערה לכבות האש וע"ז לא הוי פושע ופתאום נשא רוח את האש עד ביתו ולא היה יכול להציל וחיישינן שמא הגנבים גנבו עוד כשהיה יכול להציל כשהיה האש מרחוק. ומ"ש בפת"ש ס"ק ד' אלא שאינו כדאי לחלוק. עיין שו"ת שאילת שלום סי' פ"ד דוחה כל ראיות הרמ"א בתשו' וכתב להלכה שטוב לפשר בזה. ומש"כ עוד בס"ק ה' עיין בתשו' ר"י דה"ד כו'. במהרשד"ם סי' תנ"ט לא משמע כן ע"ש. ומש"כ בס"ק ו' בשם הנו"ב שלא אמרו כו'. בהעלה לראשי צוקים ג"כ אמרו אינו אונם ומ"מ מיחשב

פשיעה גם לגבי ש"ח עיין סעי' י"ד ובש"מ במתני' בפסקי רמ"ך. ומש"כ בס"ק ו' בשם הב"א ומשמע דפושע גמור חשיב לו כיון דיכול להציל מהאונס לפניו וכמ"ש התומים סי' ס"ו והקצוה"ח שם ס"ק מ"ה דחהו דלאו פושע גמור הוא וראיה מהא דאיבעי לך לעבורי חדא חדא שכ' התוס' דלאו פושע גמור הוא. ויש לחלק בינם עיין מע"ח וכ"מ פשטות לשון הרמב"ם ושו"ע. ומש"כ שם הקצוה"ח דאסור לשכור בשבת הא יכול לומר כל המציל אינו מפסיד. ועוד בהשמ"ש מותר לשכור עיין אור"ח סי' שמ"ב ובמפ':

סעיף ז'.

הרי הרועה חייב. הקצוה"ח מביא ממהרי"ק דוקא דידעינן דבלא דיבורו לא הוי בא. ומשמע דמספיקא לא מחייבינן אותו והק' ע"ז מסעיף ג' גבי דליקה דמחייבין אותו מספק [עיין פת"ש מחוט השני] והנתי' דחהו לגמרי מהלכה. ותמיהני שלא הביאו מהד"מ שמביא דברי מהרי"ק והק' עליו מהא דסעיף י"ב בסגפה ומתה חייב דתלינן דמחמת הסיגוף וכתב דיש לחלק ע"ש בפרישה. והערוך השולחן נסתפק בש"ח וכונתו לטובה אי הוי פשיעה ולא ראה דברי מהרי"ק ובאחרונים כאן:

סעיף ח'. אלא שש"ח כו'. החילוק בין ש"ח לש"ש כיון שאף ש"ח צריך לישבע אינו חייב להוציא ועפי"ז כתב המע"ח דאם הרועים רוצים לקבל שכרם מהבע"ב ולא יצטרך להקדים מעות ולישבע אח"כ י"ל דגם ש"ח מחויב להציל. וגם לפי"ז היכא דחשוד על השבועה אף ש"ש אין צריך לשכור אנשים דשמא לא יאמין לו ונפסד. [ועיין פת"ש לעיל סי' כ"ח ס"ק ד'. וי"ל דה"נ חייב אף ש"ח בד"ש אם לא הציל]. ומש"כ המחבר ה"ז פושע וחייב. הנה בטור כתב דאם היה צריך ליתן לפועלים דמי כל הבהמה צריך להחזיר לבעלים דמי טירחא לקנות הבהמה. וכתב הנתי' דבפרישה כתב בשם הראב"ד דא"צ ותמה מאוד על הטור דהא אפי' ליסטים מזויין וגזלן אינו חייב לשלם רק דמי שוויו ולא יותר. הנה מש"כ בשם הפרישה בשם הראב"ד. הראב"ד בהדיא ס"ל כהטור והפרישה קאי בשהיה יכול להציל בפחות מכדי דמיה דג"כ צריך לשלם דמי טירחא וכושרא ע"ז כתב דבהשגות הראב"ד ל"מ כן. ובב"י מביא דברי הה"מ שכתב בשם הרמב"ן כהטור ונשאר בצ"ע. נראה דהה"מ הבין דהרמב"ן נשאר בצ"ע על עיקר הדין דמנכין מה שהיה צריך להוציא אבל בהא דמשלם דמי כושרא לא מספקא ליה. והמלמ"ל כתב דהבנת הה"מ בדברי הרמב"ן אינה נכונה דפשיטא לו דמנכין השכר. אבל בש"מ ב"מ צ"ג הביא בשם שיטה דמספק"ל אם מנכין מה שהיה צריך להוציא ומבואר שם דחייב השומר לשלם דמי כושרא לבעלים. מזה מבואר דכושרא דחיותא לא הוי כגרם אלא שווי בעצם החפץ. ולפי"ז במזיק וגזאן שמין דמי הכושרא בכל מקום ובס' חב"י תירץ עפ"י מש"כ

תוס' בכ"ד דמה שאינו שוה אלא להאי גברא ולא לכו"ע אינו אלא גורם לממון ולא מחייב והכושרא או הטרחא אינו אלא להאי גברא ומשו"ה גזלן פטור אבל שומר דחייב גם בגורם דמשלם גם מה שהיה ראוי להרויח. וצ"ע בזה דהא באמת הכושרא הוי שוי לכל העולם אלא דא"א להם למכור ואת אבל אלו היה אחר במקומו היה הכושרא שוה גם לו אלו הדמים [ועיי' רש"ל בחכ"ש ב"מ צ"ג שהק' מב"ק כ"ח ואין מזה הכרת דכן יש להק' שם עוד ע"ש בהג' מלא הרועים] ומלבד זה מש"כ הנתי' דדעת הטור יחידאי היא הנה בש"מ ובחי' הר"ן משמע כהטור ע"ש: סעיף ט'. ויכול היה לומר נטרפה. ה"מ כתב משום דהוציא ברשות עיי' נתי'. אבל זה א"ש להסמ"ע לעיל סי' צ"א דמחלק כל דהוא לטובתו ה"נ הוא לטובתו אבל לש"ך בשם אביו שם דמחלק בין נתן לו רשות להוציא ה"נ הא לא נתן לו רשות ועיי' פרישה כאן שכתב שיש כללים שונים בזה:

סימן שד

סמ"ע סק"ג וגם צריך לשלם כו'. בט"ז השיג דאין ראיה מש"ס. אבל עי' רש"א סו"פ מפרש בש"ס שם כסמ"ע וז"כ הסמ"ע שכ' דמוכח בש"ס. ומש"כ הסמ"ע ס"ק א' אלא שמ"מ מצוה כו' בש"ס שם שקיל לגלימיו. והק' המע"ח היאך לקח המשכון בעצמו. וי"ל עפ"י מש"כ המהרי"ק מובא ברמ"א סי' ד' דיכול לתפוס ויורד אח"כ לדין. ואף שהקצוה"ח שם פסק דאף בפקדון אסור לתפוס אבל עיי' בהג' חכ"ש וכן ראיה מש"ס שבת ר"פ שואל וכן למ"ש בקצוה"ח רס"י צ"ז דלגבותו שרי ג"כ א"ש וכן למ"ש בפת"ש שם בשם הר"א דבהערמה שרי א"ש ועוד י"ל:

סעיף ה'. שהיה טורח במכירתה. וההי' בקצוה"ח מהא דחביצא דתמרי דאינו מנכה לו. ואולי דלכך דקדקו בש"ס ופוס' לחנוני לומר דוקא בחנוני דזה כל מסחרו שקונה חבית בב"א ומוכרה מעט מעט ובחביצא מיירי בבעה"ב שאין מסחרו בכך לכן לא חשבינן מה שהיה יכול להרויח. ובזה היה א"ל במה שמחולקים הקצוה"ח ונתי' ס"ק א' דלכך כתבו חנוני דזה כל מסחרו וכששלחו להביאו ודאי היה כונתו על יומא דשוקא ומינכר הזיקא אבל בבעה"ב ל"ח היזק מה שהיה יכול להחזיקה עד יומא דשוקא ולהרויח. ומש"כ השוש"י דלא ידע קושית הקצוה"ח דהא באמת להכי מנכה לו מחמשה מה שהיה צריך למכור חבית א' פרוטה פרוטה דהא מה ששוה יותר כשמוכרה פרוטה פרוטה הוא משום הטירחא וזה מנכה לו באמת ומשלם פחות מחמשה. אבל הקצוה"ח הק' דלא הו"ל לשלם אלא ד' ואף לאחר ניכוי הטירחא סו"ס משלם יותר מד':

סימן שה

סעיף א' במקום שעדים מצויים כו'. אף דבכ"מ עד מסייע, פוטר משבועה הכא בעינן שני עדים כ"כ הרא"ש בש"מ ב"ק י"א. והיינו משום דהוא מתורת בירור ולפי"ז י"ל אי מהני כאן קרובים או פסולים ועיי' שו"ת משכן בצלאל ובהג' חש"ש ב"מ פ"ג:

סעיף ב'. נגנבה כו'. עיי' סמ"ע מש"כ בזה. ולענ"ד ל"י הכרח מרש"י די"ל בכונת רש"י דגם הוא מפרש עושה דין היינו השומר עם הגנב וכן מצאתי ברש"י אלפס שכ' להדיא כן. והנה לעיל סוס"י רצ"ד פירש בסמ"ע דנקט ל"מ משום כפל והש"ך השיגו דאין הכפל לשומר אלא באמר הריני משלם. ול"י דהא הסמ"ע כתב מפורש באר היטב וכונתו אם שילם השומר לבעליו ובזה כתב שפיר. אבל אין זה הכרת דהא י"ל כמ"ש הראב"ד בש"מ לפירוש רש"י שמתפשר עם הבעה"ב והוא ילך עם הגנב וישלם לו הכפל. מיהו בעיקר הפירוש צדקו דברי הש"ך שם דמשום ש"ש נקט ל"מ וכ"פ בב"ח וכן פירשו בתוס' שאנץ בש"מ. ומש"כ הש"ך שם ס"ק ח' דאף לרש"י וטור היינו דוקא כשלא יהיה לו הפסד מזה. הנה אין זה פשוט כ"כ ומצאתי בש"מ בפסקי הר"מ שכתב באינו נשבע אי לא מצי לאפוקי מגנב אי ש"ש הוא אפסיד הנפקד ובש"ח אינו מפסיד ובנשבע לא פסיד שומר דהא נפטר בשבועה וחוזר ונוטל מיד המפקיד מה שנתן לו והמחבר השמיט בזה דברי הטור אולי משום דאין זה ברור בדעת רש"י. ובעיקר דברי המחבר כאן למה נשנה דכבר כתבו בסוס"י רצ"ד י"ל דבאמת יש מהמפ' שדעתם דבנשבע קודם שהוכר הגנב מיפטר אף ש"ש ובש"ס בנשבע אחר שהוכר הגנב מיירי עיי' בש"מ דכן הוא דעת המאירי והר"י. אלא דכ"ז הוא לפירוש רש"י דמשלם לבעלים י"ל כיון דנשבע ויצא בפטור מהבעלים תו אין עליו חיוב תשלומין אבל להרמב"ם דאין כאן משום תשלום אלא טירחא ודאי אין לחלק בין נשבע קודם שהוכר או אחר שהוכר דסברא הוא דמוטל עליו הטירחא לצאת ידי השבה מעליא עיי' בש"מ. וא"כ שם בסי' רצ"ד שכתב לשון הרמב"ם אין זה חידוש לדידיה. אבל כאן שכתב כלשון הטור והוא לפירש"י והו"א כהי"מ דבנשבע קודם שהוכר פטור מתשלום לכך אשמעי' כאן ואפי' אם נשבע כבר ונפטר קודם שהוכר הגנב כו' והוא יפרע לבעה"ב דזהו חידוש לפרש"י דלא כהי"מ:

ש"ך ס"ק ד'. וקשה כו' וכן הק' בבאה"ג:

אולי לכן כתב הרמ"א הוי"א בדברי הרמב"ם משום דדעת הרמב"ם אינו מוכרת כמ"ש הכ"מ די"ל דדעתו כדעת רש"י. ומה שהק' שם המלמ"ל בהבנת אשאילני ואשמור לך חמוה שלא הביא מש"כ הטור כאן והמפ' עיי' ב"ח ולח"מ. והד"מ כתב בשם הנמוק"י מהראב"ד שפירש כרש"י ולפנינו בנמוק"י אין מביא בשם הראב"ד רק לפרש אשאילני

ואשאילך שאינו נעשה שואל משום דאין כל הנאה שלו אבל באינך בבא אין מבואר דעתו כרש"י. ומה שהק' הד"מ בסתירת תשו' מהר"ם ראיתי בהג' אלפס שמחלק דאשאילני ואשאילך ודאי לא הוי שאילה בבעלים ומעשה דעגולים לא הוי אלא משום דנתאכסנו ביחד וא"א שלא אמר לחבירו אשקיין מיא וכן ההיא עובדא דש"ס דאחד אריך ואחד גוץ מיירי נמי בכה"ג. ותמוה דא"כ האיך מביא הרא"ש בתשו' ראיה משם לענין שאלה בבעלים לפטור אם שם מטעם אחר הוא. ומש"כ כאן הנתי' ס"ק ב' ע"ש הוא תמוה מאוד ונראה שהוא ט"ס וצ"ל על הי"א הב"י. והנה הקצוה"ח חקר באומן בבעלים וגנב אי מפסיד שכרו והנתי' השיגו מב"מ נ"ח. והקצוה"ח הא מחלק דבאומן עיקר שכרו על אומנתו ושמירתו הוא ממילא ובשליח שכירתו על שמירתו נמי מלבד שליחותו כמ"ש רש"י שם וי"ל בזה:

סימן שו

סעיף א'. כל האומנים כו'. כתב החוו"ד סי' קע"ז ס"ק ז' דלפמש"כ הש"ך סי' ש"ג דדוקא שכר שוה פרוטה א"כ הכא בעינן דהמלאכה תהא יותר מפרוטה דהנאה תהא שו"פ ועיין קצוה"ח לעיל סי' רע"ה בשם ריטב"א וי"ל ועיין מש"כ רס"י ש"ג מזה. ומש"כ בפת"ש בשם המחנ"א מדוע לא הביא מש"כ המלמ"ל בזה פ"י משכירות ע"ש. ומש"כ מענין בע"ג עיין בזה בשו"ת ראשי בשמים סי' צ"ה ובשו"ת שאילת שלום מ"ת סימן קצ"ג:

סעיף ד'. בשכר חייבים. וכתב הפנ"י אע"ג דאנוס הוא מ"מ כיון דנוטל שכר על שחיטתו וכל שנשחט שלא כהוגן לא קיים שמירתו המוטלת עליו ודמיא למתנה ש"ח להיות כשואל. ובשו"ת הוע"ר סי' ל"ג הק' עליו דא"כ לא יתחייב אלא בשמשך דשומרים אינם חייבים אלא במשיכה. אבל הרמ"ה כתב בש"מ ב"ק דלהכי בעינן הקדמת דינר לטבח משום דלא מסר לו אלא לשחוט בלבד וזימנין דלא צריך למימשכה או להגביה הילכך אי אקדים ליה דינר משתעבד אע"ג דלא משך ולאו לאוקמי ברשותיה לנטורי אלא למיעבד ליה עבידתא בעלמא קמשתעביד והו"ל כשכיר בעלמא דמשתעבד בדמים ואם משך או הגביה ע"מ ליטול שכר קיימא ברשותיה לנטורי ואע"ג דאכתי לא שקל אגרא מחייב בכל החיובים דמחייב ש"ש. ומש"כ בש"ך ס"ק ז' מיקרי מומחה כו' וכ"כ הת"ת. בא לאפוקי מפי' הש"ג שמביא בסמוך דפירש מומחה היינו שאומנתו בכך וא"כ אין זה ענין לרוב מצוים אצל שחיטה מומחים הם. והה"מ פ"י משכירות מובא כאן בב"י כתב דהרמב"ם יליף שולחני מטבח בק"ו אם בטבח דרוב מצוים אצל שחיטה מומחים הם אמרי' ליה אייתי ראיה ק"ו בשולחני. ולפי' הש"ג אין זה ענין לרוב מצוים כו' דהא אפי'

ודאי מומחה נמי לא מהני לפוטרו ואין כאן ק"ו וכ"מ מרש"י דפירש ד"ה טבת הואיל ואינו בקי הרבה וכ"מ ממאירי בש"מ:
ובשו"ב דמתא שקילקל. דעת השומ"ש מהד"ג ח"ב סי' י"ת נוטה לפטרו מטעם שמירה בבעלים כלק' סי' שמ"ו ברב עם תלמידים וכ"כ בספר ערך שי על יור"ד סי' י"ז. אבל עדיין י"ל בזה דאולי שם מזיק עליו. כעת נדפס שו"ת מחת ידו יור"ד וראיתי שם בסי' כ"ו האריך בזה. ולא ראה דברי המחנ"א ה' נז"מ סי' ה':
סעיף ה'. בד"א כו'. בשו"ת א"ת חקר באם לא בדק הריאה אי חייב דאולי תמצא טריפה ולא הפסיד ובערוך השולחן יור"ד סי' ל"ט כתב דשוחט שלא בדק חייב כמפגל וכדומה רק אם היה אנוס דהוי כמו נאבדה הריאה. ומש"כ הש"ך ס"ק ט' בשם תשו' הרמב"ן לא מצאתי מזה בתשו' הרמב"ן וכדומה שצ"ל הרמב"ם וכן ראיתי בפחד יצחק אות אומן בשם תשו' רמב"ם ואח"כ מצאתי ברדב"ז חלק א' סי' ר"פ בשם הרמב"ם:
סעיף ז'. עליהם להביא ראיה. וכתב הש"ך יור"ד סי' א' דלא אמרי' כה"ג רוב מצוים אצל שחיטה מומחים הם והסביר הפרמ"ג משום דרוב מומחים אינם מקלקלים וע"כ הוא ממיעוטא וא"כ דילמא הוא ממיעוט זה דאינם מומחים והק' בחי' הגרע"א א"כ אחר שקילקל פעם אחד לא יהא רשאי עוד לשחוט. וחותני זצ"ל בס' תפארת יעקב כתב לתרץ דהטעם הוא כמו דאמרי' בשומר דלא מיפטר בשבועה אלא כשאין ראיה אבל ביש עדים יביא ראיה ומיפטר הרי דבמקום שיוכל לברר מוכרח לברר ולא מהימן בשבועה ה"נ בשוחט דהוי כשומר דאומן ש"ש הוא ולעולם יכול לברר אם הוא מומחה וצריך להביא ראיה. והנה כן מצאתי בשו"ת רע"א החדשות שהשיב הגאון בעצמו כן. ולי נראה דבלא"ה לק"מ דכונת הש"ך דבממון לא סמכינן ארובא כבשחיטה דבשחיטה הוי מוחזק לשחוט כיון דשחט ג' עופות קטנים כמש"כ הש"ך בשם רש"ל ואילו בממון בעינן דוקא מוחזק לאותו דבר כמ"ש המאירי בש"מ דאף בהוחזק לבהמות מ"מ בעינן שיהא מוחזק גם לעופות מדאמר ליה זיל אייתי ראיה דמומחה לתרנגולין אתה ואפטרך:
סעיף ח'. והסופר שטעה כו'. כתבו התוס' ב"ב כ"א ע"ב ד"ה סופר לא כמשפ"י בקונ' כותב ס"ת בטעות דאין זה פסידא דלא הדר דיכולין להגיהו. ובשו"ת בנ"ע כתב דהא משכח"ל גם בס"ת פסידא דלא הדר כגון בשמות הקדושים ובש"מ מפרש עוד כגון דהרבה בטעותים והגר"א משכיל לאיתן כתב דמשכח"ל בתפילין ומזוזות דפסולין שלא כסדרן והוי פסידא דלא הדר בנמצא בהם פסול. וע"כ צ"ל בכונת התוס' דק"ל ממ"נ אם הוא פסול דאפשר לתקן הרי יכול להגיהו ואם א"א לתקן הרי צריך לשלם עיי' שם, ד"ה שחלא ובנ"י ובמהרש"א שם. אך מ"מ צ"ע דהא גם בס"ח אפשר להיות פסידא דלא הדר

כמו בהני כגון שעי"ז נתבטל מלהתפלל בעשרה ויש לו בושת בזה, וצ"ל דהבעה"ב פשע בזה דכל ס"ח חדשה אינה מוחזקת שלא בטעות ולא היה לו לקבצם. והנה בח"ס חיור"ד סי' רנ"ט כתב להוכיח מדברי התוס' דטעות בשם מותר לקלוף דאל"כ מאי הקשו הא משכח"ל בטעות בשם ונגרע ערכה במטלית וע"כ דמותר לקלוף ורש"י ס"ל דאסור. אבל בשו"ת בנין ציון ח"ר סי' קס"ד דחהו בדעת רש"י די"ל דכונתו דהרבה בטעות ואין תקנה להגיה כמ"ש במנחות כ"ט. והוא כמ"ש בש"מ:

שהבאתי. והעלה בפסק הרמ"א כאן דבשמות הקדושים מדרך הסופרים לשמור מטעות שמעוות שלא יוכל לתקן הוא וגם כיון שצריך כונה לקדשו ל"ש שיטעה. ועיי' תוספתא ב"ב פ"ד המוכר ס"ת ונמצא טעות בין דף לדף אינו מכור ואינו מובא בפוס'. ומש"כ המחבר שני פירושים במלמד עיי' מ"מ ויש עוד פירושים מובא בנמוק"י ב"מ ק"ט דמחי לתינוק יותר מדאי או דלא איכפת ליה אי לא צייתי ליה ועיי' ש"מ בשם הר"ן ולדבריו נתכוין המ"מ. ומש"כ המחבר הואיל והעמידו אותו הציבור עליהם. והוא דעת הרמב"ם. והראב"ד וטור השיגו עליו דאפי' ביחיד יכול לסלקו וראיה מרוניא ורבינא. ובשו"ת שם אריה חחו"מ כתב די"ל דהא דכתב הרמב"ם כן קאי על מש"כ קודם עד שישתדלו במלאכתם דאם הם משתדלים במלאכתם ואינם מקלקלים אין מסלקין אותם משום הואיל דהעמידו אותם מהציבור לכך אינם רשאים לסלק אותם מהמינוי שלהם כדין כל המנויין מהציבור אבל כשמקלקל גם הרמב"ם מודה דאפי' ביחיד יכול לסלקו ומה שהק' בקצוה"ח בתשו' הרא"ש ע"ש. י"ל עפ"י מ"ש סי' ע"ה סעי' י"ט א"י כמה אבל לפחות הלויתיך שתי כסף דהוי משואיל"מ ובין סחורה טובה לרעה ודאי איכא שתי כסף. ומש"כ כאן הקצוה"ח ונתי' בישוב קושית הפנ"י גיטין בכתיבת קטן לגט הנה דברי הנתי' אינם מספיקים בישוב זה וכבר כתבו בזה בשו"ת עיי' פת"ש אהע"ז סי' ק"כ ובס' חקר הלכה אות גט:

הלכות שוכר:

סימן שז

סעיף ג'. פושע הוא. וכתב הנתי' דה"ה בלא התראה וכן מצאתי שכ' המהרשד"ם סי' רס"ו. ומש"כ בביאור תשו' הרא"ש הנכון מש"כ בזה בשו"ת בר"י דל"ד לבור ובור פטור בקרקע כמ"ש בירושלמי ריש ב"ק וע"ז אמר דדמי לדליל ומטעם אש ואש חייב בקרקעכמו ליחכה נירו ועיי' חי' רשב"א ב"ק ט' ע"ב:

ש"ך ס"ק ב'. והכי איתא בש"ס. ע"כ אין כונתו דהכי אוקמא בש"ס דהא לא מוקי הכי רק לאביי אבל לרבא דהילכתא כוותיה א"צ לזה. וכונתו דאף לרבא נוכל לומר כמו

לאביי ולא נעשהו לעובר על דבריו. אבל הרמב"ם בפי' המשנה כתב נמי כן וזה צ"ע. שו"ר שעמד בזה הגרע"א במערכה. ומ"ש המחבר ואם אמר לשוכר כו' וכתב הבאה"ג בשם הב"י דפשוט הוא אבל עיי' ב"ח ופרישה מ"ש בזה צריכותא רבה. ומ"ש הפת"ש להשיג על השבו"י היה לו להביא גם מ"ש בזה הב"ח לעיל סי' ש"ה ובפנ"י במתני'. ובחירע"א חקר בהיה הא' שמירה בבעלים אולי אף ר"י מודה דל"ש דל אנ"ת כו'. ותמוה שסתם והוא מחלוקת התנאים בירושלמי להקצוה"ח סוס"י רצ"א ולמאן דס"ל דחייב שא"ב לכו"ע ולא נחלקו בירושלמי אלא בשבועה שלא פשעתי בה ולדידיה ודאי ל"ש זה:

סימן שח

סמ"ע ס"ק ג'. כיון דבהמה עומדת כו'. הרשב"ם ב"ב ע"ח ע"א ד"ה כומני כתב דכלי רכיבה אינם מכורים דסתם תמור לרכיבת אנשים קאי וכ"כ שם הנמוק"י. והי"א שמביא רמ"א הוא מהנמוק"י ושם כתב דאין עומד לרכוב עליה אשה. וצ"ל דדוקא בסתמא י"ל כן ולא כששכרו בהדיא לרכיבה. ולדינא צ"ע דהרמ"ה בחי' ב"ב כתב שם דבא"ל לרכיבה אני לוקחו ד"ה דכומני אינו מכור ועיי' בט"ז לעיל סי' ר"כ:

סעיף ב'. מעוברת ומניקה. הרי"ף השמיט מסקנת הש"ס עיי' לח"מ פ"ד משכירות וכן מלשון הרא"ש אינו מוכרח עיי' פ"ח. ואולי מפרשים דמה דאמר שם אמר אביי ש"מ כו' פליג אר"פ וס"ל דמעוברת כבידה ממניקה ופסקו כאביי. וצ"ע היאך הדין במניקה תאומים ועיי' שו"ת מהר"י ברונא סי' קט"ו. עוד צ"ע אם דוקא כשיעור הנקה הרגילות או אפי' דו"ה שנים כיון דצריך לאמו:

סעיף ג'. בכל מלון ומלון. ואי שכיח למיזבן בחצי היום כתב הב"ח בשם רש"י ותוס' דאינו נוטל אלא עד חצי היום. ותמוה מש"כ הפרישה דבכה"ג נוטל על כל היום נגד התוס' שכתבו להדיא איפכא. אך המע"ח שם מפקפק הרבה בטעם התוס' ואולי כן דעת הפרישה. ומ"ש הב"ח שאפי' המזונות הרבה ביוקר למקום שהוא הולך ג"כ אסור כ"כ להדיא בריטב"א. ומ"ש הסמ"ע ס"ק ו' דאי בגדיו הא פשיטא אבל הריטב"א מפרש דקמ"ל שמניח עליה כסות שצריך ללבוש בעיר שהולך שם:

סעיף ה'. אבל נותן הוא שכר התוס'. זהו לשון הרמב"ם. והנה בטור מובא דעת הרא"ש והרמ"ה בחיוב נזקי אדם ובביאור דברי הרא"ש שכתב ולית הילכתא כרבא נחלקו המפ' הפרישה והט"ז פירשו דלית הילכתא כרבא לענין תשלומי התוס' כלל ולדידהו צ"ל אחת משתי אלה או דהרמב"ם חולק על הרא"ש ורמ"ה או לחלק בין אדם לבהמה כמ"ש הב"ח. אבל הב"ח וכן המע"ח פירשו דלית הילכתא כרבא דבעי שיעור אלא אף בפחות מכשיעור משלם נמי על התוס'. ולפי"ז הרמב"ם אין חולק עליהם. והגר"א כתב באות ה'

דלית הילכתא כו' הרא"ש שם. והוא כפי' הב"ח. וא"כ תימה קצת על סתימת המחבר בסעי' ז' ולא כתב בענין תשלומי תוס' כלל וביותר החידוש דאף בפחות משיעור דהא הריטב"א בש"מ חולק וס"ל דפטור בפחות משיעור וכן הרמ"ך נשאר בצ"ע בזה ויותר היה נכון לומר בדעת המחבר כפי' הפרישה וט"ז דלרבא בתשלומין וליתא. וע"כ סתם בסעי' ז' ומה דפסק כאן כהרמב"ם ע"כ צ"ל כהב"ח דחילוק יש בין אדם לבהמה ואין לומר דס"ל דפליג הרמב"ם דא"כ לא הוי פסיק כותיה במקום החולקים שמביא הטור. ואולי ס"ל להגר"א דלכך לא מפרש בסעי' ז' מדיני תשלומין דפשיטא היא דע"ז אין חולק כמ"ש הב"ח אבל דחוק הוא דהמחבר הו"ל לפרש לאפוקי מאינך המפרשים וצ"ע: סעיף ז'. הכתף שהוסיף כו'. הקצוה"ח הביא קושית הרמב"ן ומש"כ הוא לחלק דחהו בנתי'. ולכאורה היה א"ל עפ"י המחלוקת של הרמב"ן והג"מ בסוס"י קע"ו דדעת הג"מ דהוי כשואל עליו ולדידהו ל"ק קושית הרמב"ן והרמב"ן שהק' כן הוא לשיטתו דס"ל דאין דין שואל עליו. אבל כבר הק' המגיה בבשמים ראש סי' קס"ג על סברא זו ע"ש. והנכון מש"כ בזה בשו"ת בר"י סי' ק"ד לחלק דהיכא דהפועל לקח בעצמו על כתיפו והוזק אח"כ או נחבט לאלתר הוי רק דינא דגרמי שהטעהו והוי רק גורם דפטור מד' דברים. אבל כשהבעה"ב הטענו בעצמו על כתיפו והוסיף המשא הוי גירי דיליה והוי כהזיקו בידים והרמ"ה בטור שכתב דפטור מד' דברים מיירי שלא הטעינו בעצמו רק הפועל לקח בעצמו המשא על כתיפו והוי כמראה דינר לשולחני. ולפי"ז אפי' הוי בבעלים דפטור מדין שמירה מ"מ חייב בשוכר בהמה והוסיף במשא דהוי אדם המזיק וגירי דיליה. ומש"כ בהגה ואם החמור עומד להשכיר לא הוי גזלן וכתבו הנתי' והקוצה"ח דאינו חייב באונסין אבל מ"מ חייב בממ"מ ודמי לדק' סי' שס"ג. ולכאורה שם הא מיירי בשקליה בע"כ כדמשמע מפרש"י אבל הכא דמיירי בסתמא אמרי' דמסתמא ניחא ליה כיון דעומד לכך. שוב מצאתי במחנ"א הל' גזילה סי' ט"ו דתלי דין זה במחלוקת הראשונים שם דלרש"י דפירש דשקליה בע"כ י"ל דבנד"ד פטור לגמרי אבל הרמב"ם מפרש שם שלקח שלא ברשות וחשיב ליה גזלן גם בנד"ד הוי גזלן ונהי דל"ח גזלן לגמרי מ"מ חייב בממ"מ ודייק דהתה"ד ס"ל דגם בממ"מ פטור דלא כמ"ש הקצוה"ח ונתי' בדעתו. ובזה נכון גם דיקדוק הקצוה"ח ברש"י שם שכתב דהו"ל כגזלן משום דלרש"י שם מיירי דשקליה בע"כ. ומש"כ הסמ"ע לחלק מסי' רע"ד. היש"ש פ' הכונס כתב בדעת הרא"ש [לשיטתו דהרא"ש חזר בו בעובדא דגדישים] שהוא דעת החולק בסי' רע"ד דלדבריו בהיה לאחד חמור העומד להשכיר כו' כעובדא דתה"ד חייב באונסין דהוי שוכר של"מ דהוי גזלן וכן

המחנ"א השיג על התה"ד דנהי די"ל רשות ליטלה ולהציל את שלו ול"ח גזלן מ"מ אם נאנסה מחמת מלאכה חייב באונסין ורצה נוטל שכרה או פחתה:

סימן שט

סעיף ד' בהגה. וי"א כו'. בדרישה חמה מאוד על הטור שכתב בלשון הרא"ש דמסתמא המשכיר שכר הנערים ללכת עם פרתו לעשות מלאכת השוכר דהרא"ש ותוס' ל"כ כן אלא שמיירי כו' וכתב דע"כ צ"ל כן דאי מיירי בבניו של שוכר לא הו"ל למיתני במתני' פטור סתם דהא איכא צד חיובא. וזה אין הכרח דיש לפרש כנמוק"י בדעת רש"י דמיירי בנעריו של המשכיר ולכך סתם במתני' ומזה ראיה להסוברים:

דמשרת הוי ש"ח דאע"ג דנוטל שכר לא בשביל השמירה הוא אלא בשביל שימור הבית [עיי' מש"כ לעיל סי' רצ"א מזה] וזש"כ רש"י נעריו ר"ל משרתיו.

והנ"ל בכונת הטור דיש שני מיני פועלים. יש אשר שכור לו לילך תמיד עם פרותיו לכל משך ימי החרישה לכל אשר ישכירם ילך עמם. ויש השכור רק לחרישת שדה זו. וזש"כ הטור דמסתמא קאי אדלבתרא לעשות מלאכתו של שוכר ר"ל מסתמא שוכרם רק לעשות מלאכתו של שוכר זה דאילו היו שכורים אצלו לכל משך ימי החרישה לכל מי שיש כרם ונמצא שנשכרים גם לחרישת הרים ואבנים וע"ז קיבלו שפיר חייבים. אבל במלאכתו של שוכר זה י"ל דעל חרישת הר לא קיבלו ובזה שפיר כתבו תוס' ורא"ש כן. ובזה יש להשוות דעת התוס' ורא"ש לדעת הרמב"ם דהרמב"ם מיירי בשכורים אצלו לכל משך ימי החרישה ולכל מיני שדות ובכה"ג חייבים אף בשינוי מבקעה להר. וכ"מ מלשון התוס' ורא"ש דהול"ל בקיצור דמיירי במשכיר שכר את הפועלים ולמה הוסיפו ולעשות מלאכת השוכר אלא דזה כונתם לעשות מלאכת שוכר זה. ובזה היה א"ל מה שראיתי מקשים למה יתחייבו להשוכר על שבירת הר הא תוספת החומר דחרישת הר עושין עמו בחנם דשכרם הוקצב להם אשמירה דחרישת בקעה דמה"ט פטורים מהמשכיר כמ"ש התוס' וא"כ יפטרו נמי מהשוכר אף דמאחו קבלו לחרוש בהר אבל אינם מקבלים שכר על התוספת. ולמש"כ א"ש דהא שכורים לכל הזמן ולכל המקומות ומקבלים שכר גם בעד חרישת הרים. ומש"כ עוד לדייק בדברי הטור שכתב וה"ה אם לא שינה, דמשמע דעד עתה מיירי בשינה. אין ה"נ שכ"כ הנמוק"י במתני' אעפ"י ששכרו לחרוש בהר וחרש בבקעה מ"מ א"א לשבירה זו בלא פשיעה משמע דגם זה חשיב קצת שינוי וע"כ כתב אח"כ וה"ה אם לא שינה כלל כגון מהר להר ומבקעה לבקעה. ומש"כ הגרע"א להק' להתוס' מטעם ערבות מובא בפת"ש כאן וכ"כ המע"ח. אולי דעת התוס' דדוקא בשואל אמרי' דנעשו ערבים זל"ז ולא בשומרים וכ"כ המחנ"א הל' שומרים סי' כ"ז ועיי' תומים

רס"י ע"ז. ואולי י"ל דבזה מחולקים רש"י ותוס' דרש"י ס"ל דה"ה שאר שומרים כסתימת הרמ"א סי' ע"ז. ולמש"כ סי' רצ"ט לחלק בזה ע"ש ה"נ י"ל כן דלשניהם צריך למלאכה ואין ראיה על ערבות:

סימן שי

סעיף א'. ונותן לו שכרו משלם. וכתב הנתי' דאפי' שכרו לימים נותן לו שכרו של כל יום וצ"ע להמבי"ט מובא במחנ"א הל' שכירות ס"ו דאפי' להרמב"ם מ"מ מאחר שהניחוה מעבודת המלך ישלים השוכר שכירותו ורמז לזה הש"ך. אך המחנ"א שם השיג עליו שו"ר בש"מ שפירשו הרמב"ן וריטב"א לרב דדוקא בקבלנות אבל לא לימים:

סמ"ע ס"ק י"א. לכאורה נראה כו'. בשו"ת הגאונים סי' ח' השיב הגאון דעל הזמן ששכר משלם הכל אף שלא עשה בה מלאכה דע"ז אמרי' ליכחוש כלי ולא ליכחוש מריה ועל המותר שלא השכירו להדיא משלם כפ"ב:

סימן שיא

סעיף ב'. שהקפדה גדולה יש בספינה. בחירע"א מובא בפת"ש מביא ראיה ממש"כ הטור סי' דלעיל דאף בחמור זה צריך לקבל ממנו חמור אחר הרי דלא כסמ"ע וש"ך וכתב שכן נראה לו ברור. ולענ"ד יש לחלק דשם כיון דיש בדמיו לשכור הוי כאילו החמור קיים וכן ביאר שם להדיא בדרו"פ ע"ש. והנה הקצוה"ח הק' מהא דרס"י של"ה ומביא חילוק הג' אשרי בין פועל לקבלן וכתב דזהו להרמ"ה אבל לא להרא"ש. הן אמת דמלבד זה אין תירוץ זה מוסכם דהא המרדכי ס"ל דגם בספינה הוא פועל מובא דעתו בהגה רס"י של"ה. אבל י"ל דעיקר הטעם ניתן להאמר גם להרא"ש דשאני פועל דגופו משעבד ול"ש בו לומר הקפדה:

סעיף ו'. ואם מצא השוכר כו' מלשון זה משמע דעל השוכר מוטל להשתדל למצוא מי שישכור ובלא"ה צריך לשלם וא"י לומר שמא תמצא להשכיר וכן צ"ל בש"ס דפריך אי דמשכח לאגורי ר"ל השוכר. אבל הריטב"א פירש אי דמשכח בעל הספינה לאגורי וכ"כ הראשונים לדחות מש"כ הרמב"ם ראיה מכאן דשוכר יכול להשכיר דשאני הכא דבעל הספינה עצמו חזר והשכירה לשני. ומיהו י"ל דלא פליגי בדינא:

סימן שיב

סעיף א'. אפי' נפל ביתו. והק' בקצוה"ח מתוס' ב"ב ה' וכ"כ בתוס' ב"מ ק"ב ע"ב. והנה בדרישה בשם רש"ל וכן בבהגר"א הבינו דתוס' חולקים על הרא"ש אבל בחי' מהרמ"ל שם כתב בכונת תוס' דהשוכר לא ירצה לדון עמו ומוטב לומר כן מלעשות מחלוקת. ובשו"ת גאוני בתראי סי' מ"ב פירש הב"ח כונתם דהוא מעלה כך בדעתו מי יימר

דמחייבי לו רבנן להיות עומד בחוץ אעפ"י דהאמת אינו כן ועיי' תו"ת והג' מצפה איתן ב"מ שם. ומש"כ בהגה ואם היה ממושכן כו' עיי' מפרשים. וכ"ז הוא לגירסת הרא"ש בירושלמי דהוי ביתיה ממושכן אבל יש מהראשונים דגרסי ברתיה וא"כ היה סכנת נפשות וכן גריס בעיטור ועיי' ש"מ מובא דיעות המפ':

סעיף ב'. חייב להשכיר לו בית אחר.

עיי' נתי' ועפי"ז העלה בסי' צ"ה דאף אם משך המוכר אינו משלם רק כשעת הגזילה אבל אם קנהו בק"ס ומעות ומכרו לאחר חייב לשלם לו כל המנה. אבל ראיתי במהרשד"ם סי' כ"ח באחד שעשה מעמד עם אחד להעמיד לו עורות בסכום כו"כ ואח"כ מכרו לאחר וכתב אחר שהוכחנו שבתורת חיוב יכול אדם להתחייב בדשלבל"ע נמצא דבשעה שמכר העורות גזלן משמעון וחייב ליתן לו הערך כשווין כשעת הגזילה כי משנה שלימה שנינו כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה והוא דלא כהנתי' וצ"ע. כעת בא לידי שו"ת רדב"ז ומצאתי שם בדבר שכתבתי בהגה סעי' הקודם ושם בסי' קמ"ג ח"ד ביאר הדבר בארוכה וכל מה שעמדו המפ' בזה. ודעתו נוטה דאפי' שכר לו לזמן קצוב ואינו מוצא למכור אלא ע"מ שיוצא דמוציאין אותו ומוכר את ביתו לפרוע חובו ובדאיכא צערא דגופא כו"ע מודו. ואף גם בהעני ומוכר למזונות חולק על המרדכי ודעתו דיכול למכור דעדיף מנפל וכן במוכר לנדונית בתו ע"ש בארוכה והמפ' לא הביאו דבריו ועיי' עוד שם חלק א' סי' תי"ג חידושי דינים בזה. ומש"כ הש"ך ס"ק ב' מתשו' רמ"א ועיי' נתי' דאפי' חולי המתדבק. הנה שם בתשו' מסיק דדוקא שהשוכר אין מוצא בית אחר לשכור אבל במוצא לשכור ועדיין לא נכנס לבית יכול לומר לו לך ושכור במק"א:

סעיף ז'. אינו יכול לצאת כו':

עיי' פח"ש ונחל"צ מש"כ על השעמ"ש. והנה מש"כ בשם התוי"ט לחלק בין פסקי הרא"ש. אף שכן כתב הפ"מ בירושלמי פאז"נ הל' ג' משום דבשדה הריוח מצוי וידוע והוי כמאבד בידים. אבל המחנ"א הל' גזילה סי' י"א חילק בין שבת דאדם לבהמה וממונו ועיי' קצוה"ח סי' של"ג ס"ק ב' ולחילוק זה ה"נ פטור. והנמוק"י פאז"נ שכתב טעם דשדה משום דנהגו לכתוב. משמע נמי דלא ס"ל חילוק זה. והנכון מש"כ בחילוק הב'. וחותני זצ"ל הסביר יותר דהכא משום תקנה שתקנו רז"ל בעניני שכירות שהמשכיר והשוכר צריכים להודיע זל"ז ואם לא הודיעו איהו דאפסיד אנפשיה והוי כאילו התנו מתחילה להתחייב בזה ולא מטעם מזיק. ומש"כ בערוך השולחן דה"ה המשכיר כה"ג א"י להוציאו באמצע השנה. כ"כ המהרשד"ם סי' רצ"ו רמזו הש"ך כאן:

פת"ש סוס"ק ו'. וי"ל דה"ה במשכיר קרקעותיו, וזה דלא כהקצוה"ח לק' סי' שי"ט ע"ש. ולמש"כ הג' אשרי מובא לעיל סי' ר"ז דמטלטלין הוא משום מוחזק א"כ בשכירות קרקע דהמשכיר הוי המוחזק כמ"ש בסעי' ט"ז א"כ ליתא לדברי הקצוה"ח ועיי' מש"כ בזה לעיל סי' כ"ז ולק' סי' שי"ט: סמ"ע ס"ק ט"ז. נראה דה"ה כו'. לכאורה סוחר א"ע למש"כ בס"ק ו' וכן הק' בנתי' ובפרישה ביאר יותר דסתם שכירות שלהם היה לל' יום. ואולי י"ל בכונת הסמ"ע ס"ק ו' דלא כמ"ש הט"ז וש"ך בכונתו. וגם שלא יהיו דבריו נגד ש"ס ר"ה ז' ע"ב דלא טרח למיגר פחות מל' יום י"ל דכונתו דאם שכרו סתם ולא הזכיר כו"כ לחודש מוציאו יום א' או פחות לאחר ל' יום אא"כ יפרש בכו"כ לחודש כמ"ש הה"מ דאז גלי דעתיה דלכמה חדשים השכיר לו וכמ"ש הסמ"ע. ומש"כ ראיה מסי' רי"ב הוא רק לדוגמא דידו על העליונה לומר שלא נתכוין ליותר וה"נ ליותר מל' יום:

סעיף ט"ו. שהקרקע בחזקת בעליה. ובשוכר שהשכיר לאחר למשך זמן שכירותו אי מיקרי שוכר הא':

לגבי הב' בעלים לענין ספק. חקר בזה הפרי תבואה והעלה דלא מיקרי בעלים ועיי' שו"ת פרי יצחק סי' י"ד מש"כ בזה. ומש"כ בהגה אבל מי ששכר מלמד כו'. עיי' בהגר"א דמחמת דגלי דעתו דמחמת השכירות הוא מלמדו. ועוד שאין האב חייב לשלם כו' והם שני טעמים. אבל בד"מ בהעתק לשון הרשב"א מחלקם לג' טעמים א' מפני שהוא קרקע ועוד שלמד מדעתו ועוד שהמלמד בן חבירו של"מ א"צ לשלם לו. ועפי"ז הק' הקצוה"ח דהא המלמד הוי בעצמו מוחזק. ולמש"כ הגר"א דלא מחמת מוחזק הוא א"ש וכן הוא באמת בתשו' הרשב"א דהשואל רצה לומר דאוקי המלמד בחזקתו והשיב הרשב"א דל"ד לקרקע דבחזקת בעליה עומדת אבל מלמד כיון שמשכירו לשנה והוא מלמדו י"ג חודש שלא מדעת האב הרי גלי דעתו שמחמת שכירות השנה מלמדו ועוד שהמלמד בן חבירו של"מ א"צ לשלם. הרי דלא כתב רק שני טעמים ולשון הד"מ מגומגם. וביותר במש"כ בטעם הב' ועוד שהמלמד שלמד עמו מדעתו אעפ"י שגלי דעתו שמחמת שכירות השנה לומד עמו א"צ לשלם לו. והוא תמוה מאי אעפ"י. ומש"כ הקצוה"ח דהרשב"א לשיטתו בסי' של"ה ע"ש בט"ז וש"ך וצ"ע. וראיתי מובא שהמנהג בווילנא לפשר חודש העיבור לחצאין הן בדירות ומשרתים הן שט"ח וש"ד:

סעיף י"ז בהנה. ואפי' השוכר אומר כו'. כן הוא דעת הרשב"א אבל הרמ"ך בש"מ פסק דשומעין לו וכן מצאתי ברדב"ז ח"ג סי' תרכ"ג כהרמ"ך. ומש"כ בסמ"ע ס"ק ל"ג בשם הנמוק"י לא היה לו לכתוב כן בדעת הרמב"ם דהא הנמוק"י כתב שאין כן דעתו. ומש"כ בפת"ש ס"ק י"א עיי' נתי' בשם המחנ"א ובשו"ת שאילת שלום סי' י"א האריך בדבריו

ולמעשה מסיק דקשה להוציא מיד המוחזק בהקדים לו שכר וטוב שיתפשרו ועיי' תוס' ב"מ ס"ד ע"ב ד"ה ולא ישכור ובגליון הגרע"א שם ובחוו"ד יור"ד סי' קע"ב מזה. ומש"כ בהגה הא' ואפי' בנאו כו'. עיי' מש"כ בזה בשו"ת שער אפרים סי' ז' בטעם המחבר שהשמיטו:

סמ"ע ס"ק ל"ז. וגם דקדק לומר כו' ללמדינו כו'. ובשו"ת רדב"ז חלק א' סי' כ' כתב מתחילה לדון דהבעה"ב נדחה ושוב פסק דמסתברא דאינו נדחה ואפי' אם הדבר ספק המע"ה והשוכר נדתה:

סימן שיג

סעיף ב'. אעפ"י שהוא שכורה ביד אחרים. הלח"מ פ"ו משכירות הק' להרמב"ם מקושית הש"ס אי בחצר דאגירא לשוכר ותורא דשוכר אמאי של בעה"ב הא כיון דגללים אפקורי מפקיר להו והחצר הוי של משכיר לכך קני ליה. ותירץ דאין השוכר מפקיר הגללים. וכן כתב הריטב"א דהשוכר אינו מפקיר. ומה שהק' לרבינו מר"א דאמר ז"א המשכיר החצר לא השכיר הרפת שבה ואמאי אעפ"י שהוא שכור ביד אחרים הוי של משכיר. י"ל דיפרש כפירוש הר"י בש"מ דלאו לענין זבלים קאמר אלא דינא לעצמו דהמשכיר בית סתם לא השכיר הרפת וכן פסק שם הרמב"ם הל' ב'. ותמיה ראיתי בש"מ שכתב בשם רס"ג דכל זאת אומרת הלכה היא ותמיה על הרמב"ם שלא הביאה. ולפנינו מובא ברמב"ם. והנה הגאון בית מאיר מובא דבריו בתשו' רע"א סי' קל"ג כתב לדחות ראיית הש"ך מתוס' ב"מ ופירש דרק משום אינו משומר מהשוכר הוא ולא משום ששכר החצר אלא משום דריסת רגלו ופירש כן כונת התוס' גיטין וכן העיר הגר"א כאן. ולענ"ד מדברי התוס' גיטין בתירוץ הב' משום דשליח של המשכיר הוא ודאי לשיטת הרמב"ם הוא דבעת שהשכירו עשאו שלית לשמור דל"ש לומר כן בחצר שלא השכירו רק ממילא יש לו עליו דריסת הרגל ואף דהש"ך לא הביא רק התירוץ הא' שבב"מ נ"ל כונת הש"ך דזה ודאי דבשביל דריסת הרגל שיש להשוכר אינו מבטל שמירת השוכר וכ"כ סברא זו בתוס' שאנץ בש"מ ליישב בזה קושית התוס'. וע"כ צ"ל דכונת התוס' להק' רק על השכירו וכונת התוס' בגיטין שכתבו דאינו משומר מהשוכר כונתם ג"כ לדהכא שהשוכר משתמש בחצר והב"מ המשיך כונת התוס' ב"מ לדבריהם בגיטין וצ"ע. ומה שהק' בהשמטת הרמב"ם דין דקולט מן האויר המובא בש"ס עיי' לח"מ פ"ד ממעה"ק הל' ט' מ"ש בזה. ומה שהשמיט הברייתא דיצא לו שם מציאה בעיר. י"ל לפמש"כ ר"ת לפרש מובא בש"מ דבדילי מאימת השלטון י"ל דל"ש זה אלא בימיהם. ואולי ברייתא זו נדחית מהלכה דבעי אמר בחצר המשתמרת והרא"ש דמביא זה הוא לשיטתו דמפרש

לה באינה משתמרת לגמרי ולכן בעינן אמר. והנה המהרי"ט סי' ס"ה כתב דהמוחזק י"ל קי"ל כהרמב"ם ותמה עליו בכנה"ג שהר"מ ז"ל יחיד בדבר ההוא ואין לומר קי"ל כיחיד. ובגט מקושר מיישבו והביא ראיה שגם דעת ר"ת כהרמב"ם. ותמיהני דלא הביא מש"כ הש"ך כאן מהרבה פוס' כהרמב"ם. ומש"כ הש"ך לדחות דברי הב"ח שכתב דשכירות קניא מ"מ מדרבנן. הנה הב"ח בתשו' מכריח דעתו זה מכמה מקומות ועיי' אחרונים באור"ח סי' רמ"ו: סמ"ע סוס"ק א'. ונראה דהרמב"ם כו'. י"ל קצת ראיה לזה מעורבין כ"ו וס"ת דמפרש טעמא דר"א דבית בלא חצר לא דיירי אינשי. ואף דלק' ס"ט מפרש טעמא דרבנן דדיירי בבית לחודא לא זהו עיקר טעמם כמ"ש הגאון יעקב כ"ו ע"ב ע"ש:

סימן שיד

שיד:

סמ"ע ס"ק א'. ואפשר שכן דעת הרמב"ם. הו"ל להביא דברי הנמוק"י שנסתפק בזה ור"ל מתחילה דאין כן דעת הרמב"ם אלא שהרמ"א הביא כאן א"ל בית סתם כו' והוא מהנ"י שכתב אח"כ דאין חולק והרמב"ם קאי על משכיר סתם. והנה הראב"ד כתב או דמיירי בבית אפל או בלא פרץ פצומיו והנ"י לא הביא אלא האופן א' וע"ז כתב דמהרמב"ם ל"מ כן. אבל באופן הב' יש לכוון גם דברי הרמב"ם לזה וצדקו דברי הסמ"ע ודברי הנ"י צ"ע. ועל מש"כ הרמ"א דעת הנ"י עמדו המפ' מהא דכתב לעיל סי' שי"ב סעי' י"ז עיי' בהגר"א וקצוה"ח. והנה תשו' הרא"ש דלעיל הוא עפ"י חילוק התוס' ע"ט מובא לשונו בב"י שם והריטב"א שמביא הנ"י כתב דין זה בשם רבותיו שהוא הרמב"ן. והנה הרמב"ן כתב בזה חילוק אחר מובא דבריו בש"מ סו"פ השואל ואין הוכחה למש"כ בתשו' הרא"ש. אלא שצל"ע דהתוס' גופא קט"ז ע"ב ד"ה אי הזכירו חילוקם דלעיל והא שם ל"ש חילוקם דלא מיירי בשנפל לגמרי ועומד לתקן. וע"כ צ"ל לדבריהם דקושית הש"ס שם אי דאמר כו' קאי אנפל לגמרי. ובלא"ה צ"ל כן לתשו' הרא"ש שלא יסתרו דבריו מש"ס דכאן: סעיף ב'. ומזוזה.

ביור"ד סי' רצ"א סעי' ב' פסק דלא יטלנה ויצא וכתב הרמ"א דאם מקפיד על מעותיו ישלם לו ובבאה"ג אם רצה ואין כופין אותו. ובש"מ כתב בשם השאלתות דצריך לשלם לו והריטב"א מסופק בזה. וראיתי במע"ח הק' לדעת השאלתות מדאמר ובנכרי יטלנה כו' והא אפי' בישראל נמי כן באין רוצה לשלם ולק"מ דיפרש כפירוש הר"י דבנכרי מצוה ליטלנה שמא ינהג בה מנהג בזיון או משום עלילה. ובשו"ת באר שבע פירש כן מדנפשיה ודחה פירוש הנמוק"י דאפי' שעומד להשכירה לישראל שרי ליטלה והנמוק"י יש לו תנא דמסייע הוא הריטב"א:

סימן שטו

סעיף ב'. וכל שאין לו למכור כו'. וכתב בפרישה דבכלל זה הוא קטן שא"י למכור עד שיגיע לי"ג שנים או לעשרים בקרקעותיו כן דינו בשכירות. מבואר מזה דלא כשו"ת רשמי שאלה מובא לעיל בפת"ש סי' רל"ה ס"ק ז' ועיי' נתי' שם ס"ק י' ובשו"ת בית שלמה חו"מ סי' קי"ז בדברי הנתי': סעיף ד'. ראובן שכר נער לשמשו כו'. בקצוה"ח מגיה עפ"י תשו' הרא"ש משמעון. ולפמש"כ בתשו' הרא"ש שהיה ביד שמעון משל הנער א"צ לזה כמ"ש בשו"ת ר"ב סי' ע"ג די"ל דהתנאי היה עם הנער בעצמו ושמעון נכנס בערבות על התחייבותו מפני שהיה של הנער בידו וכן העתיק הקצוה"ח ועיי' שו"ת עונג יו"ט סי' קנ"א בהגה מ"ש בזה:

סימן שטז

סעיף א'. והוא שלא יהיו כו'. הד"מ תופס דהרשב"א בתשו' חולק על הרמב"ם. אבל בתשו' רשב"א המובא בב"י סוס"י דלעיל כתב דאין קפידא ברבוי דיורים שאין הדיורים מפסידים אדרבה לעתים מועלים הרבה לקיים הדירה ומיהו אם יראה לב"ד שיתרבה ההפסד בכך אינו רשאי. ומשמע כמ"ש הט"ז כאן. ועפ"י דברי רשב"א י"ל דגם הראב"ד ורמב"ם:

לא פליגי וגם הרמב"ם מודה להיש מורין בשידוע הפסד הבית ול"ק אלא בסתם כמ"ש הרשב"א שאין הפסד ברור מזה:

ש"ך ס"ק ה'. מדכתיב זרע רב כו', לפמש"כ בתרגום שלפנינו תפיק לתקלא הוא מוסב על האדם ואין ראיה. אמנם ראיתי בשו"ת יד אלעזר סי' מ"ד כתב דבתרגומים ישנים איתא תקלא בלא למד וקאי אשדה ושם מביא ראיה מברכות נ"ו ע"א ע"ש. והנה בתו"כ בחוקותי פ' י"א ע"פ והיה השדה כו' מלמד שהשדה קרוי לשון זכר בלה"ק אבל בהחו"ה שם כתב דבלשון משנה בא תמיד שדה בלשון נקבה ועיי' הג' רש"ש ב"ק נ"ח ע"ב מש"כ בזה:

סימן שיז

סעיף א'. או בעדים כו'. וכתב בסמ"ע דהיתה בלא קנין או שאין עדים לפנינו. ועמד בקצוה"ח מסי' ל"ט סע"י דביש עדי קנין מיגרע גרע ואפי' תוך זמנו נאמן. אבל ע"ש בט"ז שכתב דכ"ז בעידי ראיה ולא בעדי הקנין בעצמם. והנה הש"ך ס"ק ב' הק' בסתירת המחבר מסי' ע"ח דשם פסק דוקא בקובע זמן ולא בזמן סתם. ובתומים שם מתרץ עפ"י חילוק הרא"ש בין קובע זמן לזמן סתם דבקובע זמן מגלה דעתו דצריך למעות עד הזמן וא"כ אמרי' דחזקה. לא פרע עד הזמן משא"כ בסתם הלואה דאין גילוי דעת וכ"ז בחיוב

ברור אבל בדבר שאפשר דלא יתחייב כלל כמו בבית דאולי יפול הבית כמ"ש תוס' בזו אפי' בסתם בלא גילוי דעת לא פרע תוך זמן. וראיתי במע"ח שהק' לדעת הרא"ש המובא בסי' שי"ב סעי' א' דבהקדים לו השכר א"י להוציאו א"כ אפשר להכי הקדים שלא יוכל להוציאו אף בנפילת ביתו. והנה בתוס' כתבו כן שירא להקדים פן יפול ביתו ויש שכתבו דהתוס' חולקים על הרא"ש. אבל גם להרא"ש י"ל דמשום זה היה יכול לקבוע זמן. ומה שהק' שם עוד היאך מדמי פדיון בכור לשכירות הא קיי"ל כשמואל דהפודה תוך ל' אינו פדוי בנתאכלו המעות וע"כ ירא להקדים. פלא הא כ"כ התוס' דה"נ ירא להקדים שו"ר דמש"כ התומים לדברי הרא"ש כן כתב הרא"ש עצמו בש"מ ב"ב בסוגיין:

ש"ך ס"ק ט'. לשון הרא"ש כו'. למה דילג מש"כ הרא"ש ונשתקע הדבר מפי אחרים דמפורש להדיא כן וכן מועתק בטור. אבל בפסקי הרא"ש כתב ואם מתו העדים שא"א להתברר ועיי' ש"מ ובמהרש"א ק"ג ע"א:

סימן שיח

השוכר רחיים כו'. וביאר בט"ז דהוי כזבין ולא איצטריך זוזי. ואף דשם דוקא בקרקע ולא במטלטלי עיי' לעיל סי' ר"ז צ"ל דהכא נמי הוי רחיים מחוברת וכן הכריח הב"ח מפשטא דש"ס. ואולי י"ל דשכירות מטלטלין דמי לענין זה לשכירות קרקע ועיי' קצוה"ח סי' ק"א ס"ק ה' ועיי' חוו"ד סי' קס"א סעי' י' וסי' קע"ב ס"ק ב':

סימן שיט

מי שהכניס פירותיו כו'. מעובדא דש"ס דייק המרדכי דאין כתובה לארוסה דבלא"ה מה הועיל. ובזה מיושב מה שהק' השעמ"ש לדעת הנו"ב דאף בזמן הש"ס לא היה יכול לגרש בע"כ והכא משמע דגירשה בע"כ דמרצונה ל"ש לומר כאשר עשה [באמת אין הכרח כלל]. אך כיון דמיירי ע"כ בארוסה הא כתב הנו"ב דבארוסה יכול לגרשה בע"כ. והנה מכאן מקור הדין שכתב בהגה לעיל סי' שי"ב סעי' ט' מהנמוק"י דאם משכיר לו מפני אוהבו ונעשה שונאו יכול לדחותו [בנמוק"י כתב כן נמי במשאיל]. וראיתי בס' חב"י שדחה דהתם מן הדין הוא נדתה מפניה כדין גרוש עם גרושתו. וליתא דמלבד דלא הוזכר בש"ס משום זה ולמה הול"ל כאשר עשה כו' לימא מה"ט. עוד כיון דמיירי כאן בארוסה כמ"ש המרדכי ובארוסה א"צ הרחקה עיי' אהע"ז סי' קי"ט [והשיב לי המחבר כונתו דמשמע דלא נתנה לו בשכירות אלא בהתקרבות בעל ומפורש דבזה הדין שהוא נדחה אחר גירושין] עוי"ל בישוב קושית השעמ"ש עפ"י מש"כ הקצוה"ח סי' קפ"ב דבעשאו שליח סתם וגירשה בע"כ ש"ד אף להנו"ב וה"נ הוי כה"ג:

הלכות חכירות וקבלנות:

שי' ש"ך. סעיף ב' בהנה. והו"ל כמלוה בשטר. עיי' סמ"ע ס"ק ה' בביאור דברי הטור והנה הרמב"ן בחי' ב"ב ד' קס"ת כתב הטעם דאין כותבין משום שא"י לחזור וכתב עוד ואי קביל נמי לשלומי כלום וכתבו הו"ל כמלוה בשטר. מזה משמע דהוי מילתא באפי נפשיה כמ"ש בפרישה באופן השני. ומ"ש הקצוה"ח דלא מצא לשון זה שכתב הטור כמלוה בשטר בשום ראשון הנה הוא ברמב"ן כמש"כ. אבל בחי' רמ"ה כתב הטעם דאין כותבין אלא מדעת שניהם כיון דהוי חובתא לתרויהו למרי ארעא דמקני בה זכותא לאריסא בפירי ולאריסא נמי דקא משתעבד ליה למרי ארעא למפלחה וא"צ לומר בקבלנות דקא מיחייב ליה נפשא בדבר קצוב. והנו"ב כתב דע"כ הכא מיירי בלא קנין דאי בקנין בלא"ה בקבלן לכו"ע א"י לחזור כו' עיי' פת"ש. אבל הגר"א בליקוט כתב דטעם זה צריך להתוס' דקבלן יכול לחזור ובזה מיושב מה שהק' הקצוה"ח על הסמ"ע דשטר זה לא ניתן לגבות ממשעבדי. דלכאורה קשה שם בפ' השואל בשכרו לפתות מג' שנים דליכא טעמא דאחזוקי מא"ל וצ"ל כמ"ש שם בש"מ דכתב לו כדי שלא יחזור המשכיר ותרתי טעמא נינהו. וכיון דהכא צריך לטעם דמלוה בשטר משום דעת התוס' כמ"ש הגר"א דאף בשטר יכול לחזור תו ליכא להך טעמא ולא נשאר רק הטעם משום לאחזוקי ובפחות מג' ליכא טעמא דאחזוקי ושפיר כתב הסמ"ע. ומ"ש הש"מ נ"ל מוכרת משם דמטעם חזקה לחוד קשה דהיאך סתם הש"ס דבהנך דלאו בני חזקה נינהו מא"ל כגון שותפין וקרובין וע"כ צריך להטעם שמוסיף. ומ"ש עוד הרמ"א והמקבל נותן שכר הוסיף הטור מובא לשונו בסמ"ע ואפי' אם הובירה פי' דבשנה זו כו' וכן פירש הרשב"ם. ולשון הש"ס בבורה משמע יותר כמ"ש בהג' רש"ש שהמשכיר הובירה עד כה וצריכה ליגיעה להוטיבה ואח"כ ראיתי שכן פירש הגרגמאה"ג בגליון ולדינא אין נ"מ מזה. וצל"ע על הרמב"ם שהשמיטה דהא בש"ס פריך על דינא דמתני' פשיטא ועיקר החידוש הוא מה דשני בבורה. ותמיה ראיתי שם בחי' רמ"ה ב"ב שכ' במתני' ושניהם נותנים שכר וכתב כן שני פעמים שם והדבר צ"ע:

סמ"ע ס"ק ז'. והחפירה כו' נראה כו'.

הוא כפי' ר"ח בתוס' אבל ל"י מה ראה לבחור בפי' ר"ת בדברי הטור יותר מפי' רש"י וכ"כ הנמוק"י ועיי' פירוש ראב"ד בש"מ:

שם ס"ק י"ב. לכשיזרע לשנה הבאה, ולפי"ז גם בחוכר לשנה הבאה אין נ"מ בזה דסו"ס יתן לו חכירותו. וצ"ל כיון דנותן לו מתוכה נ"מ שפירותיה טובים בזיבול השדה אבל בשוכר אין נ"מ. ומש"כ הסמ"ע ופעמים שתתנקה השדה כתב המהרש"א ה"ה שהיה י"ל משום דניח"ל בתיבנא כמ"ש באריס. אבל המע"ח כתב דנ"מ אם רוצה האריס לקצור

חלקו ולעקור של בעה"ב ומשום ניקור אפי' חלק האריס צריך לעקור וכתב שלפי"ז במקום שנהגו לעקור ובעה"ב רוצה שיקצור חלקו של בעה"ב מאיזה טעם אין ביד המקבל לעכב שאין לו שום טעם לעכב שהרי יכול לעקור המקבל חלקו וחלק של בעה"ב נות לו לקצור. ובזה מיושב מה שהק' הנמוק"י במתני' מ"ש הכא דיהיבנא טעמא שיכולין לעכב זא"ז כדי לקיים המנהג מבכולי תלמודא דאמרי' הכל כמנהג ולא יהיבנא טעמא. די"ל דבא להורות דהיכא שאין שום טעם לעיכוב אינו יכול וכן מצאתי בש"מ במתני':

סעיף ד'. ואם פירש כו' ושתק. והק' הב"י והב"ח מאי קמ"ל אבל בש"מ מובא מתוס' שאנץ דבעינן דוקא נתרצה בפירוש וזה שחידש הרמ"ה וז"כ הב"י:

סעיף ה'. ואם נהגו שלא ליטול כו'. אף דכבר שמעי' מרישא וכ"ש הוא דהמשכיר מוחזק מ"מ כיון דכל הטעם הוא דהו"ל לפרושי דהיתרון יש לתלות בענין אחר וברישא יש יותר לתלות מהוסיף לו דליעבד עבידתא שפירתא:

סימן שכא

פת"ש עיי' נתי' כו' דלדברי מהר"ם קשה כו'. ל"י לדעתו דבמתני' ליתא להאי לישנא כלל ובמתני' תני אינו מנכה לו רק הש"ס פריך אי דיבש נהרא רבה הו"ל מכת מדינה ומקושית הש"ס לא מוכת מידי דהמקשן הוכרח להק' מהא דאינו מנכה לו מן תכירו ולא מדין חזרה כי היכי דלא לידחי ליה דמתני' איירי בשקיבל רק על שנה אתת. שו"ר בשו"ת ראשי בשמים סי' צ"ב העמיק הרחיב בענין זה מאוד ושם העיר גם בדברי הנתי':

סעיף ב' בהגה. אבל אם אמר חוכר למחכיר כו'. הר"ן הכריח עוד דאל"כ אמאי הוצרך לדחוק רבינא במתני' ולומר דהאי חכור לי חכור ממני קאמר לימא פשטא דחוכר אמר למחכיר אי דינא ה"נ דהיכא דאמר חוכר למחכיר א"ו בחוכר למחכיר אפילו בלא זו הוי קפידא מובא בנמוק"י ועיי' בהגר"א. והלח"מ הק' דעדיין קשה דהא תרי מיני קפידא הוי בלא זו הוי קפידא וחייב להעמיד אחר ובזו מנכה לו מן חכירו וא"כ נימא דמאי דנקט במתני' זו היינו דמנכה לו מחכירו. ולק"מ דאי מתני' אשמעי' דינא דתוספתא הו"ל לכתוב מתחילה דבסתם חייב להעמיד לו שדה אחרת ואח"כ לכתוב דין דשדה זו מנכה לו. וכן הוא להדיא דברי הר"ן בחי' ב"מ וז"ל ועוד נ"ל דמדסבר לה רבינא כשמואל נאדי מאוקימתו דכיון דבא"ל חוכר למחכיר קפידא אע"ג דאינו עומד בתוכה למה לתנא למתני זו לינקט דינו בבית השלחין סתם וליתני חייב להעמיד לו מעין אחר כבתוספתא וברישא שלא הזכיר בית השלחין ליתני אינו חייב להעמיד מעין אחר כו' הרי כונתו מבורר. והלח"מ לא ראה אלא קיצור דבריו בנמוק"י. אמנם עיקר הדבר לכאורה אין הכרת כלל דחכור לי שייך שפיר לומר על חכור ממני ועל אמירת חוכר למחכיר שייך

לומר החכר לי. שו"ר ברש"ש שהעיר בזה ומביא גירסת הרי"ף במתני' החכר לי ובמשנה שבירושלמי השכר לי וא"ש. ומש"כ הקצוה"ח בישוב דברי הרא"ש שהק' המפ' עפ"י דברי הריטב"א ע"ש. הנה הריטב"א כתב דגרסי' בכולהו זה והרא"ש לא גרס זה ול"ל לדידיה כן וצ"ע.

והנה הב"י הק' על השמטת הרי"ף ורמב"ם חילוק הירושלמי המובא בהגה. ואולי י"ל דלדידן דקיי"ל כרבינא דאמר הזה כדקיימא השתא אין חילוק ואפי' נשאר קצת אין זה כדקיימא השתא והירושלמי הוא בא"ל מחכיר לחוכר:

סימן שכב

סעיף א'. נשתדפו כל השדות של השוכר כו'. ופירש"י בכל מקום שהן. והיינו דודאי אם יש לו כל השדות באותו באגא אין תולין רק במכת מדינה שנגזר על אותה באגא ועיי' מע"ח. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ב' בשם הנמוק"י צל"ע ראיית הנמוק"י דהול"ל משום לא יבושו כו' אולי לא ס"ל להא דשמואל דניסא לאו כלום הוא. ועוד דשמואל ל"ש אלא בלא זרעה כלל אבל בזרעה באיזו מין אי הוי חזי לניסא הו"ל מאותו המין ולא היה רעב וצ"ע. ומש"כ בס"ק ז' בפלוגתת רבי ורשב"ג. הנה התוס' יבמות ס"ו כתבו דבממון מודה רבי והכא דממון הוא ופליג רבי צ"ל כמ"ש בכס"נ דשאני הכא דהוא מוחזק אבל הנ"י פסק כאן כרשב"ג וביבמות כתב דמשום ספיקא הוא דפסקינן במילה כרבי ובממון כרשב"ג וה"נ ראוי לפסוק מספיקא כרבי דהחוכר מוחזק. וצ"ל כמ"ש הרא"ש כאן דכ"ז רק במאי דאמרו שס אבל במה שלא פסקו שם ס"ל בכ"מ דהלכה כרשב"ג וכן צ"ל נמי להנמוק"י. והנה בש"ס כאן מובא עובדא דקביל ארעא למיזרע בהו תומא כו' ודיקדק מזה הראב"ד בש"מ דכל היכא דשכיחא אינו מנכה לו אף במכת מדינה דהו"ל לאתנויי וכ"מ מפירש"י והפוס' לא הביאוהו ועיי' סי' רכ"ה. ובניטין ע"ג עבד רבא עובדא באיסתכר הנהר דלא הוי אונסא דל"ש והכא פסק רבא גופיה דאונסא דל"ש הוא וצ"ל דעובדא זאת היתה אח"כ. ומש"כ הקצוה"ח כאן לחלק בתשו' מהרמב"ב עיי' ש"ך סי' של"ד ס"ק ג' וצ"ע:

סימן שכג

בהגה.

בד"א שלא שינה כו'. וכן דעת התוס' כמ"ש הגר"א. אבל הת"ח חולק דנותן לו מתוכה כיון דהיה מותר לשנות לכתחילה מחטים לשעורים ועובדא דאספסתא שאני משום דזרעה מתחילה אספסתא. ופשוט דמחלוקתם הוא גם בהשביח דלהטור אינו נותן לו מתוכה ולהת"ת מתוכה. שו"ר שכ"כ בפרישה לדעת הטור. והנה הרמב"ם היה לו גירסא אחרת בש"ס כמ"ש הה"מ ועפי"ז כתב חכרה ממנו במאה עמרים של אספסתא וזרעה

מין אחר ואח"כ חרשה וזרעה אספסתא ולקתה או שזרעה בתחילה אספסתא וחרשה ואח"כ זרעה פעם אחרת ולקתה אינו נותן לו מתוכה וכפי' הלח"מ דהשינוי הוא דלא חכרה אלא שיזרע אספסתא פעם אחת. והרמ"א לא הביא זה וצ"ל דמכש"כ הוא ממש"כ הטור דזה הוי שינוי גמור כמ"ש הת"ת. ומש"כ המחבר חכר ממנו כרם כו' וכן הוא לשון הרמב"ם והטור. ולכאורה בש"ס משמע דאף בחכר ליין והקרימו הענבים נותן לו מתוכה ולמה שינו וכתבו ב"י סלי ענבים וצ"ע:

סימן שכד

בהגה. וי"ח כו'. בהג' רש"ש כתב די"ל דלא פליגי דלשון הה"מ בשם רש"י אבל בקבלנות אפי' לזורעה שעורים יזרענה חטים משמע דכ"ש חטים יזרענה שעורים.

וכן לשון הרמ"א כאן דבקבלנות יכול לשנות אפי' לדבר המכחיש ור"ל והוא יקח לו חטים מן השוק כמו דיוכל להבירה ולשלם במיטבא עיי' ט"ז. והטור שכ' דבקבלנות א"י לשנות לדבר שהוא שוה פחות אפי' אם אינו מכחיש כ"כ ור"ל אדעתא דיתן לו חלקו מאותו המין שזורע ול"פ אהדדי ועיי' תו"ח ולח"מ. והג' מהרש"ק הק' ברש"י שהוכיח מלעיל ק"ד ע"ב. דשם שאני דהתנה שומשמין וחזינן דרצה בכך ומנ"ל דאם לא התנה כן כהכא. אבל ברש"י ק"ט ע"א במתני' כתב דאי בקבלנות מאי דבעי ליזרע והרמב"ן דחהו ובחי' הר"ן מיישב דבריו משום דליכחוש ארעא ולא ליכחוש מריה הרי דלא מחלק בכך ואף בסתמא אמרי' כן:

סימן שכה

המקבל שדה כו'. המחבר כתב כלשון המשנה עיי' באה"ג. והרמב"ם כתב דין זה בחוכר ומקבל וכן בסיפא קיבלה לז' שנים כתב בין בחוכר בין מקבל ועמדו עליו עיי' מפ'. והנה הרמב"ן כתב על רש"י שכתב דדין זה דוקא בחכירות דבקבלן כל מה דבעי יזרע וכתב הרמב"ן דמשום סיפא דיזרענה פשתן ואי בקבלנות אמאי יזרענה פשתן כיון שקיבלה לתבואה ה"ז אומר לתבואה אני צריך. ומשום זה אין הכרח כמ"ש הלח"מ דקבלה סתם. וכן מצאתי בש"מ בשם הר"ן שכתב כן והכריח כן מדקתני סתמא במתני' דכאן ובמתני' דלעיל תנן לזרענה שעורים כו' וא"כ סיפא מיירי בין בחכירות בין בקבלנות. וי"ל דהרמב"ם תפס ג"כ דרישא דסתמא מיירי בכל ענין. ומה שהכריח רש"י דזה דוקא בחכירות בזה תפס כהרמב"ן שהק' עליו דכי משום שיש לבעלים חלק בו בעי דתיתבור ארעא ותיכחוש ועיי' מאה"פ בירושלמי:

סימן שכו

אין לו עליו אלא תרעומת. עיי' סמ"ע שני פירושים והנ"ל לפמש"כ בפרישה דכש"כ בעובדא הב' דעשתה חטים יותר. והנה רש"י מפרש שהוקירו החטים ולפי"ז ליכא לפרש כפי' הב' שבסמ"ע דהא לא מטרחתו הוא. וע"כ כפירוש הא'. אבל בש"מ י"מ דהצליחה השדה ולפי"ז י"ל כאופן הב'. והט"ז כתב משום די"ל אילו זרעת שומשמי ג"כ היה מצליח וכן פירשו תוס' שאנץ בש"מ ותירצו דבשנה הזאת לא היו מצליחים אלא חיטים:

סימן שכז

סעיף א'. או שנגמרו כו'. זהו מש"ס ק"ט ומוקי לה בירקא וסילקא. ומש"כ והיו שם זרעים שעדיין לא הגיעו להמכר הוא מהתוספתא לפי' רמב"ן מובא בב"י. וא"כ למה כתב הרמב"ם והמחבר זרעים דוקא דהא בתוספתא מבואר כן בכל הפירות ע"ש. ובראב"ד מובא בש"מ מבואר דבפירות האילן כשנגמר ל"ש שמין ילך וילקוט ובירק אשמעי' חידוש דלא משהינן לו משום דקא מבטל לארעא והמחבר היה לו לבאר וראיתי בהג' רש"ש שכתב דלכך פירשו בש"ס ביומא דשוקא ולא פירשו כשעדיין לא הגיע זמנו דבכזה הוי כשוטף נהר זיתיו ולא ראה כל מש"כ בזה הראשונים]. ומלבד זה צ"ע בלשון הרמב"ם ומחבר שכתבו שהגיע זמנו דלשון זה משמע שכבר נתבשלו הפירות דאין דרך לקבל לשנים רק לשני תבואות כמ"ש הרמב"ן בתירוץ דלכך לא מוקי בש"ס דלא נגמרו עוד משום דקתני הגיע זמנו וזה זמנו כשנגמרו והיאך כתב אח"כ והיו שם זרעים שעדיין לא הגיעו להמכר דהיינו בתוך זמנו ותירוץ הא' דהרמב"ן דחה שם הרשב"א:

סמ"ע ס"ק ב'. פירוש דלפעמים כו'. לא קאי על כל דברי הרמב"ם דהא לכתחילה מחוייבים שניהם בקנים וזה מוכרח בש"ם כמשפ"י הב"ח וכ"כ הראב"ד בשמ"ק רק דאי גבר. והסמ"ע קאי אסוף דברי הרמב"ם ואם היה של אחד מהם כו' ע"ז כתב דלפעמים זה נותן ולפעמים זה נותן ורק בדעבר וע"ז רמז למש"כ סי' ש"כ ס"ק ד' בשם תוס' דתליא בשיעור האריסות:

סימן שכח

סעיף א'. להוציא סאתים כו'. הב"ח ופרישה כתבו דהיינו דוקא לשיעור: ידוע כגון ט' קבין דאין סברא לומר דאפי' לשדה גדולה כן השיעור. והנה מפרש"י במתני' ד"ה מה קצבה ל"מ כן וכן ראיתי בפסקי רמ"ך בש"מ שכתב כיון דאיכא סאתים יתר על ההוצאה אפי' לבית כור נמי חייב ליטפל בה כיון שהוא דבר הראוי ליחלק:

סמ"ע ס"ק ג'. וכ"מ מלשון הטור והמחבר כו'. מלשון הטור שכתב וכאילו לא כתב דמי מוכח כן אבל מהמחבר אין ראיה שהוא כהרא"ש די"ל שכ"כ לדעת הרי"ף. ונ"מ

טובא בין דעת הרי"ף לדעת הרא"ש במקום שלא נהגו לכתוב דלהרא"ש אינו חייב כמ"ש בתפ"ש. שו"ר בבהגר"א שהוא כהרי"ף והנה הב"ח השיג על תלמידי הרשב"א המובא בב"י דלא איצטריך תנאה אלא לביטול קרקע אבל מה שהקרקע נפסדת בעמידתה בורה מדינא חייב דהא התוס' ק"ד ע"ב ד"ה סבר כתבו ומתני' כו' היינו לבר מכחשא דארעא הרי דנשבחת יותר בעמידתה בורה. לענ"ד י"ל דשדה בורה עולים בה עשבים רעים וקשה לשרשם וע"כ בהניח השדה בורה חורשים אותה לשרש אחריהם ובאופן זה היא באמת משבחת ות"ר לא כתבו כן אלא בשלא עבד בה כלל לא זרעה ואף לא חרש לשרש העשבים הרעים ובאופן זה היא נפסדת. ותוס' פירשו דרק לא זרעה אבל חרשה ובזה היא משבחת. ומש"כ מרש"י ותוס' ק"ז ע"א ע"ש. ל"י כונתו דאין ענין כלל לכאן ע"ש. ובש"ס מייתי עובדא דאוביר תילתא. והק' המע"ח מאי איכפת ליה לבעה"ב דהא יש לו שני שלישים. ומשכח"ל בהיה מכת מדינה ולא שוה הב' שלישים ואפ"ה משלם לו משום דא"ל אילו זרעת הוי מקוים בי לא יבושו כו':

סימן שכט

לא יאמר תן לי כו'.

והיינו כמ"ש הנ"י דיכול לומר אי אפשי שתעשי מלאכתי. ודברי הרא"ש שכתב משום דאינו ממון להורישׁ לבניו צל"ע למה לו טעם זה. והנה מכאן מקור דברי הרמב"ם המובא לעיל סי' קע"ו סעי' י"ט באחד מהשותפים שמת בטלה השותפות ע"ש. וכתב הרדב"ז ת"א סי' קל"ב דאם נתן מעות בתורת עיסקא לשני מתעסקים ומת אחד מהם בתוך הזמן שיכול הנותן לחזור בו די"ל לשניהם הייתי רוצה ליתן ולא לאחד. וא"כ ה"ה הכא נמי באריסין דיכול לבטל כה"ג:

סימן של

סעיף ג' בהגה. מיהו לא יוכל להסתלק כו'. עיי' ש"ך ובהגר"א ונחל יצחק רס"י ע"ד. אולי י"ל דכונת הרמ"א לסוף דברי הנ"י בשם הרשב"א ור"ן ומובא בד"מ ואפי' לא ירצה להסתלק [שם איתא לחלקן]. אלא להוריד אריס תחתיו לאו כל כמיניה כו'. וז"ש מיהו לא יוכל להסתלק ר"ל ממלאכתו ולהוריד אריס תחתיו בלא רשות בעל השדה:

סעיף ד'. כל שתלן כו'. הרי"ף ורמב"ם לא הביאו זה ואולי סמך הרמב"ם על מה שכתב בפ"ז משכירות לענין משכון דפירא הוי עיי' בהגר"א ס"ק ג'. וי"ל עוד דהר"ת בש"מ מפרש קופא סבא כרם שזקן ורוצה השתלא לעקור ולנטוע חדשים לכן נוטל פלגא אבל אם שטף הנהר השדה ועקר האילנות ומבקש להחזירם מעט טרחו לפיכך נוטל רביע. ואולי גם הרי"ף ורמב"ם מפרשים כן ותליא במנהגא:

סעיף ה'. הולכים אחר מנהג המדינה. וכתב הב"י ידוע דהלכה כר"נ והיינו דכללא הוא בש"ס הלכה כר"נ בדינא וכ"כ הנמוק"י אבל הרא"ש כתב בזה"ל והלכתא כר"נ ולא הזכיר מהלכה כר"נ בדיני והיינו משום דהרא"ש פ' הזהב כתב דל"א הלכה כר"נ בדיני אלא לגבי רב ששת ואף דבספרי הכללים פיקפקו בדבריו עיי' ש"ך לעיל סי' ס"ו ויעיר אוזן מערכת ה' סי' ו' ולא הזכירו ממחלוקת ר"נ כאן. והנה מכאן נסתעף הדין דא"א מיגו במקום מנהג עיי' ש"ך בכללי מיגו והתומים שם כתב די"ל דאף ר"נ מודה בעלמא דאומרים מיגו במקום מנהג והכא שאני כמ"ש הר"י בש"מ דהוי מיגו במקום קול. והנתי' העלה לחלק בין יש לו מיגו בעיקר המנהג כיור"ד סי' ק"ס להכא דע"כ עשה הפועל מלאכה בתוך שדיהו רק הספק אם בשכיר יום או באריסות למחצה או לשליש או לרביע משו"ה לא הוי מיגו. ולכאורה י"ל כאן דאין זה מנהג קבוע דהא צריכין לידע אם היא עידית או בינונית וזיבורית כמ"ש בש"מ וזה טעם הר"י שכתב טעם אחר. ובזה י"ל דברי המרדכי המובא בש"ך שם וי"ל:

הלכות שכירות פועלים:

סימן שלא

סעיף א' כיון שלא התנה. הט"ז מחלק מסי' של"ב דהכא כיונו לעשות בזריזות ולא יתעצלו במלאכתם. ובזה צדקו דברי הקצוה"ח מה שהק' על התה"ד וראיתי למי שדחהו דאדרבה מכאן ראייה להתה"ד דטעמא דיש לתלות בעבידתא שפירתא ובנידון דתה"ד בלהוליך כתבים אין יפוי וגירעון שייך במלאכתו דאם לא יביא הכתבים בזמנו לא יבא על שכרו. אבל למש"כ הט"ז הכונה שיקיים הדבר בזריזות דכן הנהוג לזרז. ומש"כ הפת"ש בשם החו"י עיי' לק' סי' של"ג:

בהנה. ובע"ש מקדים עצמו. והיינו דלא כב"ח שגם בשחרית משל בעה"ב. ול"י מה ראה על ככה לשנות פי' הירושלמי ולפרש כפי' ר"ת דהא בהג' אשרי מפרש כפי' רש"י ומביא ע"ז דברי הירושלמי. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ג' ואין ראייה משם כו' הא הר"ן בחי' ב"מ כתב כדי לצלות דג קטן שאם לא תקן צורך שבת יוכל לתקן עדיין דבר מועט כגון דג קטן או להדביק פת בתנור. וה"נ לא הזכיר כאן להדביק פת ואין הכרח ממ"ש הסמ"ע עוד וגם שלא כתב כו'. ומ"ש בס"ק ד' בדעת הרמב"ם בשם הב"י עיי' פי' המשנה:

סמ"ע ס"ק ה'. ולפי"ז כו'. וה"ה איפכא כמ"ש בלח"מ ופשוט י"ל דנ"מ באין בינונים בעיר דלרמ"ה משמנים בין גדול לקטן. והנה הקצוה"ח מביא חילוק הריטב"א והק' עליו מהתוספתא. ולק"מ דהא כתב בפירוש דדוקא בנידון התוספתא ואף שלא ביאר חילוקו עיי' לח"מ:

סימן שלב

ש"ך ס"ק ה'. ובטור משמע כו'. ל"י משמעות בטור דהא הינך תרי שינויי לא תליא בהא דלעיל ואפי' כולם נשכרים בג' כמ"ש הש"ך וכ"כ המפ' ומנין לו לחדש דבר זה אף בבעלים ומלשון הטור אין הכרת כלל דכתב כל השינויי דבש"ס. והרמב"ם ורא"ש לא כתבו כלל חילוק דבעלים והרי"ף כתבו וצ"ע. ומש"כ בהגה וי"א כו' והכריח הגר"א שכן דעת רש"י בד"ה וליחזי. אין הכרח דכונת רש"י הוא על הפועלים דלא ידעו מבעה"ב כלום כמ"ש המהרמ"ש ע"ש. ועיקר הסברא קשה מאוד דהא אמר בפירוש ג' וכן הק' בדרישה וע"כ צ"ל דאמדינן דעת בעה"ב שצריך לפועלים דאין כונתו לקפידא דוקא ג' מדלא אמר ולא יותר. ומ"ש המחבר בד"א שאין מלאכתן ניכרת כו'. בטור מובא מ"ש רמ"ה דאפי' אומר א"י לא הוי משואיל"מ דלא רמיא עליה לידע והמחבר השמיט אולי משום דפסק בכה"ג דהוי משואיל"מ בסי' רצ"ח. אלא שהדרישה מחלק דשם הו"ל לידע וי"ל ועיי' מע"ח מטעם אחר דהוי תביעת קרקע:

סעיף ד' בהגה. בעה"ב ששכר פועל כו'. הקצוה"ח מביא תשו' מהר"מ דהשיג על הראייה מע"ז דהא איהו מהדר לאוקמי בנתן לה ואח"כ בא עליה ופריך בטלה זה מחסרא משיכה ולא קניא לה קודם ביאה אבל לאחר ביאה קני לה דאינה לשכירות אלא לבסוף. ותמה הקצוה"ח דהא הש"ס קאי על בא עליה ואח"כ נתן לה. ובאמת צדקו דברי מהר"מ דהא הש"ס דפריך והא מחסרא משיכה ע"כ מיירי במשיכה קודם הביאה ואף בזה תיהדר פירכת הש"ס לק' אי דקאי בחצירה כו' וה"נ במשיכה מקודם היה י"ל כן ה"נ היה א"ל תירוץ הש"ס לקמן. ומש"כ דאינה לשכירות אלא לבסוף ותמה עליו דהא קיי"ל ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף. י"ל דאין כונת מהר"מ דקיי"ל כן לדינא אלא בנד"ד אינה לשכירות אלא לבסוף כמ"ש המחנ"א לחלק בהא דע"ז דההנאה אינה נגמרת אלא בסוף. והנה הפמ"א תמה דכ"ז לר"ח לשיטתו בגיטין ע"ה אבל אנן דקיי"ל כאביי מחוייב לקיים תנאו ככל תנאי שבממון והקצוה"ח דחהו דאין שום דמיון לשם. אבל התה"ד שמובא בקצוה"ח בס"ק שאח"ז מדמה לשם שכ"כ אמנם נראה כו' הרי נתקיים לשכיר תנאו כו'. אלא דקשה מטעם אחר דהא ר"ח גופא בב"מ מ"ח מוקי לכובש שכר שכיר ביחד לו כלי לעושקו ואף דבש"ס מוקי לה אח"כ בנטלו ממנו וחזר והפקידו אצלו אבל לר"י דהילכתא כותיה משמע דסגי ביחוד לחוד וכ"כ בתוס' שם ד"ה תשומת יד וכ"כ נ"ד ע"ב ד"ה מוסיף שכתבו והא לעיל ריש פירקין בעינן יחד לו כלי:

או נטל וחזר והפקידו אצלו והיינו יחד לר"י או נטל לר"ל. ואף דהריטב"א כתב שם דשמעינן מהכא שהאומר לחבירו עשה עמי מלאכה פלונית ואתן לך כלי פלונית אם

לא משך הכלי לא זכה בו כיון דבעי משיכה מדרבנן מיהת ואף לר"י והכין מוכת בפ' השוכר בע"ז. וכונתו דמר"ל נשמע לר"י אבל מתוס' ל"מ כן. ואף שגם עיקר הוכחת הריטב"א יש לדחות למש"כ שם הראב"ד בש"מ דטעמא דר"ח דבעי דומיא דפקדון וגזל שבא מרשות זה לרשות זה וא"כ אין הוכחה מדלא אוקמי בדקצץ לו מתחילה כלי בשכרו דבעי לאוקמי בנטלו ממנו וחזר והפקידו כדי שיהא בא מרשות זה לרשות זה. ומש"כ להשיג על המהרי"ט מרא"ש ור"ן כבר קדמו המלמ"ל פ"ד מאי"מ ע"ש.

ומה שחקר בנשרף החפץ ופשיט לו דא"י לומר שלך נאבד כיון דסו"ס י"ל כאן נשרפו חיטך בעלייה. הוא מחלוקת אחרונים לעיל סי' קצ"ח ויש דס"ל דל"פ אף במקום דליכא החשש דנשרפו חיטך ע"ש. והנה המחנ"א הביא דברי רש"י ב"מ קי"ח ע"א ד"ה אין שומעין לו דמשמע דקונה עצם החפץ בשכרו ומפי' המשנה ב"ב פ"ו שפירש דקנה הפשתן מתנאי השכירות. ומש"כ מרש"י ב"מ תמיהני שלא הזכיר מש"כ הר"ן בע"ז שם ראיה זו ודחה דאין ראיה דהתם הוא דתנאי שכירות במעות הוא שכל השוכרים ע"ד כן שוכרים פועליהן ומתחייבים במעות ואין צורך לזה התנאי וכ"כ הנמוק"י ב"מ שם וכן הוא כונת רש"י. ומפי' המשנה אף שכן מצאתי בחי' הרמ"ה ב"ב שפירש נמי כן דמדין שכיר הוא אבל באמת פירוש זה תמוה מאוד דלא מיירי שם כלל מדין שכיר אלא מדין מכירה ומה מקום שם לשכיר. אבל גם מפי' המשנה אין ראיה דהא הרמב"ם בפסקיו פ"ג ממכירה הל' י"ח לא פירש כן וכל המפרשים שם הג"מ והה"מ והלח"מ כולם פירשו בדבריו שם או כמ"ש הרשב"ם או כמ"ש הנמוק"י וגם כונתו בפי' המשנה י"ל שקנה הקרקע מתנאי השכירות ועיי' ש"מ:

ש"ך ס"ק כ'. בע"ש השמיט כו'. אולי מפני החולקים על הרמב"ן דהריטב"א כתב אף במקום כשקצץ ופייסוהו ע"ד כמו שאמר עתה פייסוהו וכ"כ הרשב"א בש"מ בשם י"א. והנה הב"י כתב בסוס"י הקונה מלבושים למשרתו אם נוטלן כשיוצא ממנו בפסקי הרא"ש סו"פ נערה. ובקצוה"ח לעיל סי' של"א תמה על השמטת הפוסקים דין זה ולא הביא דברי הב"י כאן. אבל הר"ן מפרש בשכיר ממש ויוצא בזמנו וע"ז חולקים דלא כפי' הרא"ש דמפרש לקיט ממש אבל שכיר אם יצא בזמנו שלו הוא דהו"ל להבעה"ב להתנות ובתוס' רי"ד מפרש ג"כ כהר"ן והב"י לא ציין אלא לרא"ש ועיי' מחנ"א הל' שכירות סי' כ"ב:

סימן שלג

סעיף ב' בהגה. אבל לא שלוחם. משמע משום דלא מיחשב הליכתו להתחלת מלאכה מתוך שלא הלכו בעצמם ע"כ לא היה דעתם אלא לראות אם יוכלו כעת להתחיל

המלאכה. ולשון הרמב"ן בש"מ ושלח הבעה"ב שליח וג"כ מה"ט הוא. אלא דמלשון הרמ"א משמע דוקא שהיו פועלים הרבה ושלחו שליח אחד דניכר דרק לסיירא שלחוהו. וצ"ע בשלחו שלוחים כמנין הפועלים ברשות הבעה"ב או שהיה רק פועל אחד ושלח שליח במקומו ברשות בעה"ב אולי א"י לחזור דהוי ככל הקנינים דמהני ע"י שלית. ומ"ש הנתי' ס"ק א' בשם הריטב"א במשך האומן כלי הבעה"ב א"י לחזור. לא הביא דברי המחנ"א הל' ש"פ סי' ו' דדעת הרבה פוסקים חולקים ע"ז ועיי' שו"ת ב"ש חחו"מ מזה: ש"ך ס"ק י"ד. ולפענ"ד כו' לא ס"ל הכי כו'. אבל הרבה פוס' מסכימים להריטב"א עיי' פת"ש. וי"ל דכן נמי דעת הגאון המשיב בשו"ת הגאונים סי' רמ"א וז"ל השואל שם מהו שיאמר אדם לפועל הא לך מנה ויהא בידך שתעשה עמי בעת הגורן בדינר ביום ובעת הגורן שוה סלע מה הדין. והשיב הגאון מותר לעשות כן ואין נראה דרך ריבית. ותמוה מאוד דהוא נגד ש"ס ב"ב פ"ז ע"א דאסור אם אינו נכנס מיד לעבודה ועמד בזה המגיה שם. וי"ל דהנה בתוס' כתבו שם בשם רשב"א דצ"ל לפי"ז ההיא דמרבין על השכר ב"מ ס"ה ע"כ מיירי ג"כ שנכנס מיד. אבל בט"ז יור"ד סי' קע"ו ס"ק ז' הביא מר"ש בן אדרת דל"צ לכך אלא בפועל אבל בשכירות קרקע זוכה מיד וכן ראיתי בש"מ ב"ב מסכים לזה. [מש"כ שם בנקוה"כ לתמוה על הרשב"ם ב"ב כבר הק' כן בש"מ וביותר דהא שכירות כלים ג"כ משכיר בפחות כשאין לו להשכירם ופירשו שם כהנקוה"כ] דרק בפועל דחוזר אף בחצי היום מיחזי כאגר נטר וא"כ בפועל הנשכר בקנין דלהריטב"א א"י לחזור בו שרי. וי"ל דגם בעובדא דגאון היה בקנין ולכך השיב דמותר. שו"ר בנמוק"י ב"ב בשם ריטב"א שכתב דוקא בפועל דיכול לחזור וכשחוזר המעות הלואה נינהו. אבל אם שעבד עצמו בענין שלא יוכל לחזור בו ה"ה כמוכר כלי או כשכירות קרקע. הרי כמש"כ. ומזה משמע דלא כש"ך שכתב דבפועל גם הריטב"א מודה דיכול לחזור אף בקנין. ומש"כ הש"ך ודוחק לחלק בין משיכה לקנין כו', בזה י"ל מה שהק' הגרע"א בגליון ש"ס ב"מ מ"ח ע"א על חילוק התוס' דפועל דוקא כו' דהא כן מחלקין לק' ע"ז ע"א להדיא דהא זה שחידשו דאף בקנין יכול לחזור דאינו מפורש לק':

שם ס"ק ט"ו. ואפשר לומר כו' אבל מ"מ יש לו לשלם כו' מלשון המהרי"ק המובא בב"י שכתב יכול לחזור בו והמעות חוב עליו משמע דאין לו כלל וכמסקנת הש"ך וכ"מ לשון הריטב"א בנמוק"י ב"ב שהבאתי בסעי"ק הקודם. והנה הגר"א ציין מקור דברי מהרי"ק קדושין פ"ק אי דכתב ליה שטרא אדמיה היינו כסף כו'. וצ"ע דהא דהתם דוקא ברצון האדון כמ"ש הרשב"א ור"ן שם אבל לכופו הא פריך שם אמאי נקיט מרגניתא בידו יהבינן ליה חספא. ובס' תב"י כתב דעל השו"ע ל"ק משום דהתם דוקא בע"ע הנקנה

גופו אבל בפועל בעלמא אין שום קנין על גופו, אבל הא כתב הרשב"א שם דל"מ שטר על המעות רק להס"ד דאין גופו קנוי אבל להמסקנא דגופו קנוי גם גבי עבד ל"מ. ועוד ק"ל דא"כ הו"ל להמהרי"ק לכתוב דיכתוב הפועל שטר עליו כמו שם. וגם צ"ע בדברי הרשב"א שכתב דלהמסקנא דגופו קנוי ל"מ שטר ואיך עלה על דעת רבא לומר גבי מפדין אותה בע"כ דיהבינן ליה שטרא אדמיה בע"כ הא רבא גופיה אמר כאן דע"ע גופו קנוי ואפי' מדעתיה ל"מ. ואולי י"ל בכונת הגר"א דלא להערות מקורו דמהרי"ק כונתו דטעם המהרי"ק הוא כמ"ש הקצוה"ח ונתי' אלא על מש"כ מהרי"ק דנשאר חוב עליו ולא הזכיר שיכתוב שטר עליו ע"כ כתב לדמות לשם כמו בעבד שיוצא בגרעון כסף אמרי' שם דשטר הוא במקום כסף ממילא הכא דיוצא בלא כסף יוצא נמי בלא שטר דשטר הוא כמו כסף ממש ולאפוקי מהקדש דשם לא הוי שטר במקום כסף [וכן הק' שם הרש"ש]. ע"כ כתב דמדמי' לעבד. והנה הקצוה"ח הכריח כמהרי"ק מהג"מ שכתב דפועל דחוזר הוא מתורת גרעון כסף וא"כ הא עבד נמי יוצא בגרעון אפי' בע"כ דאדון אלא דפועל אפי' אין לו כלל כסף יוצא. וי"ל דאין הכרח דהא עבד דינים שונים יש ביציאתו בגרעון אין לוה וגואל ואינו נגאל בקרובים ועוד. משא"כ בפועל. והנתי' כתב בשם הקצוה"ח דבגרעון כסף בעינן דוקא כסף והקצוה"ח לא כתב כן ולשון שאינו מדוקדק הוא דהא נמכר לישראל יוצא אף בש"כ ורק נמכר לעכו"ם בעינן דוקא כסף וכ"פ הרמב"ם פ"ב מעבדים הל' ח'. ומש"כ בהגה להיות בבית בעה"ב ועמד בזה הח"ס מובא בפת"ש ומצאתי בשו"ת לחם רב סי' פ"א שדיקדק מזה דמשרת בתנות ואוכל משל עצמו לא הוי כעבד וא"י לחזור ודוקא שהוא בקבע עמו ואוכל על שולחנו ומש"כ הפת"ש בשם השעמ"ש לענין שני פועלים עיי' שוש"י שהוא מחלוקת הפוס':

סעיף ד' בהגה. אבל אם חוזר מחמת יוקר כו'. הב"ח הבין דמחמת יוקר א"י כלל לחזור בו. אבל מפרישה נראה דגם בזה יכול לחזור אלא שאין ידו על העליונה ועיי' נחל יצחק סי' ע"ד כתב דדוקא אם קיבל שכירותו ואין לו מה לשלם אבל בלא קיבל שכירותו או אף בקיבל ומסלקו יכול לחזור או להשכיר עצמו במק"א:

סעיף ה' בהגה משרתת כו'. עיי' פת"ש בא"ד וכחב עוד כו' נותנת משכון לבעה"ב כו'. ובמקצוע בתורה סי' ע"ד כתב דבמשכון יכול לשכור עליה והיוקר שנותן לאחרת הוא עליה עפ"י מה שחידש דפועל בקנין נהי דאינו מועיל לענין עצם החזרה אבל מ"מ מועיל לענין ממון בדבר:

האבד ששוכר עליהם דקנין לטפויי קאתי וה"ה משכון. אבל המחנ"א הל' ש"פ סי' ז' כתב דאם נמצאת משרתת אחרת אעפ"י שהיא יותר ביוקר כיון שאינו נוטלה אלא כדי שכר

פועלים אחרים לא מיקרי דבר האבד ויכולה לחזור בה. אמנם כתב שאין טיפולה של בית שוה בכל הזמנים ובזמן הרגל המלאכה מרובה ויכול הבעה"ב לעכב את המשרתת שלא תחזור בה בתוך זמנה. והפת"ש לעיל סי' של"א לא הביא דבריו שהם יותר מכריעים מדברי החוו"י. ומש"כ עוד בהגה או לנעור בלילה יותר. אף המשכיר אסור לטרוח יותר מדאי על הפועל ואין להתנות עם אדם יותר על מה שיכול לעשות אם אתה יודע שא"י לילך יותר אעפ"י שהוא מתרצה כ"כ בס"ח סי' תתרע"ד:

ש"ך ס"ק כ"ה. ונ"ל דד"ח ל"מ ול"מ כו' וראיה מסנהדרין כו' לפי"ז קשה דהרמ"א סותר א"ע דפסק להא דסנהדרין בסי' רנ"ה. וקושיתו י"ל עפ"י מש"כ התשב"ץ ח"ב סי' קנ"ח דהך דסנהדרין ה"ד לאפוקי ממונא [ועיי' מש"כ בזה בסי' רנ"ה] ובהא דמהר"ם שכבר הקדים לו שכרו ובעל החלום מחזיק בידו. והנה הש"ך הוכיח מהמרדכי והתשב"ץ דאפי' אם הקדים להמלמד שכרו צריך להחזיר ובדברי התוס' שכתב ע"ע שכבר פרוע נדחק בזה. וראיתי בשו"ת ב"ש חו"מ סי' ס"א ראיה נכונה לדעת התוס' מב"ק פ"ו הקוטע יד עבדו של חבירו אביי אמר נותן שבת גדולה לעבד ושבת קטנה לרב. וכתבו התוס' אעפ"י שמפסיד הרב טובא חשבינן ליה השתא כמו חלה דאמרי' פ"ק דקדושין דאינו חייב להשלים אע"ג דחלה ד' שנים חייב להשלים התם אין עושה שום מלאכה. וכתב הפנ"י דכדבריהם מבואר להדיא בקדושין דבעושה מעשה מחט אפי' חלה כל שש אין חייב להשלים וכן מבואר שם ברשב"א דה"ט דאביי דמפסיד הרב דהמזיק אינו נהנה כלום דנותן הכל ורק העבד אומר להרב נסתחפה שדך ורבא אמר הכל ינתן לרב לגירסת תוס' ולדידן דקיי"ל הלכה כרבא וקשה להלכה דקיי"ל בע"ע שחלה דפסידא דהרב ואפי' חלה ארבע שנים היכא דעושה מלאכה קטנה ואמאי כאן הכל לרב. וע"כ דדוקא מהשכר שכבר קיבל העבד אינו מנכה לו כלום אבל מהשכר שמקבל עכשיו העבד מנכה לו הפסידו. והנ"ל דבירושלמי קדושין כתב דחלה ג' ואח"כ ברח משלים דיכול לומר אילו הוית גבאי אינשימת בפריע וכן ברח ואח"כ חלה משלים די"ל אילו הוית גבאי לא אבאשתה מובא במלמ"ל פ"ב מעבדים. וי"ל דזהו טעם רבא כיון דהוי חולי שא"י לחזור לכמות שהיה משלים. ובזה י"ל מה שהק' המלמ"ל שם על השמטת הרמב"ם דינא זה דהירושלמי דהיינו הך דרבא דפסק כותיה. ומה שנחלקו הש"ך והקצוה"ח בהבנת דברי הריטב"א קדושין דלהקצוה"ח ה"ה כפועל שנשכר לכל המלאכות דין ע"ע יש לו. לא כן משמע מדברי הריטב"א ב"מ ע"ז שכתב דדוקא בשכיר מגזה"כ הוא ובשביעית יוצא דגלי רחמנא דאפי' עביד מעשה מחט יוצא בסוף שש לא כן בפועל הנשכר למלאכה מיוחדת. ומש"כ בפת"ש ס"ק י"א בשם הושב הכהן לדחות דברי הרמב"ן מדברי הרמב"ם

סוס"י קפ"א. לפי טעם הת"ר דאין אדם רואה ממונו אבד ושותק א"כ שם דאיירי באין יכול להציל אף ע"י הדחק ואינו מוצא פועלים גם הרמב"ן מודה ועיי' שו"ת ב"ש חו"מ סי' ק"כ ומש"כ מזה לעיל סוס"י קפ"א:

שם ס"ק ל"א. נלע"ד כו' אבל פשיטא כו'. עיי' נתי' שכתב כן לדעת הג"א.

ודחוק מאוד דהא הג"א חולק בהדיא על המהרי"ק כמ"ש המחנ"א. אלא דמש"כ המחנ"א להכריח מטור סי' שמ"ו דלא כמהרי"ק מדכתב הרב השונה לתלמידיו אם הוא צריך ללמוד עמהם בכ"מ שירצו אז הוא שאול להם אפי' שלא בשעת לימוד כיון שצריך ללמוד עמהם בכל עת שירצו. מזה אין הכרח כלל עיי' קצוה"ח סי' ר"צ ס"ק ה' וסי' של"ג ס"ק ז' ומש"כ בזה לק' סי' שמ"ו סעי' י"ג. והמחנ"א פסק דלא כמהרי"ק וראיתי בשו"ת דב"מ מביא לשון מהרי"ק דגם הוא לא פסק כן להדיא רק כתב כן בדרך אפשר ואח"כ כתב ואת"ל שא"י לחזור בו ואין ספק של המהרי"ק מוציא מידי ודאי של הג"א ועיי' מלא הרועים מערכת שכירות חידושי דינים בזה:

שם ס"ק ל"ג. ומשמע מלשון זה כו' וכ"נ להדיא כו'. ל"י לכונתו דהא בתוס' שם כתבו שני תירוצים ולהתירוץ הב' משמע דדוקא כשנתנו בתורת קנין וכ"מ לכאורה בתוס' ב"מ ע"ח שהק' פשיטא וקושיתם ע"כ נמשך להתירוץ הב' דשם כשנתנו בתורת קנין לכן הק' פשיטא וע"ז שפיר תירץ דאשמעי' דלא הוי אסמכתא. וצ"ע בפסקי תוס' שכתבו תירוץ הא' ומש"מ מהריטב"א משמע דתפס כעיקר הב' וכן כתב בשם התוס' ורמב"ן וגם משמע שם מדבריו דגם לחילוק הא' שבתוס' שכן חילוק גם הוא עכ"ז בעינן בתורת משכון וכן י"ל גם בכונת תוס'. ולדעת הש"ך סס"ק ל"ד נראה לכאורה דגם אם תפס אח"כ משלהם ג"כ מהני. שו"ר ברא"ש קדושין שכתב כחילוק הא' שבתוס' ועכ"ז כתב בחורת משכון וצ"ע:

סעיף ח'. אמר לאומן כו'. עיי' נתי' ס"ק ט"ו ומש"כ לעיל סי' קע"ו ס"ק מ"ג ועיי' משפ"ש שם ומש"כ בהגה אב שהשכיר את בנו כו'. והק' הנתי' מאי נ"מ במה שנוטל קצבת האב עד שעה שיחזור דהא קודם שיחזור אפי' אי נימא דלא נתקיים קצבת האב מ"מ לא יהא אלא בלא שכירות הא אינו נוטל אלא כפחות שבפועלים. ול"י קושיתו דהא הרמב"ן רצה לומר תחילה דאם אינו רוצה ליזון משל אב יכול לבטל תנאי אביו ר"ל לא לחזור לגמרי משכירותו אלא לביטול התנאי ואח"כ כתב הרמב"ן דמסתמא ידע ואין לו לערער על קצבת האב אבל לחזור בו יכול וזהו הנ"מ בריצוי האב שא"י לבטל תנאו אם אינו רוצה לחזור משכירותו. ומש"כ דבתשו' משמע להדיא דדוקא בן לאב ולא לאחר לא מצאתי שום הכרע לזה ומהראיה שמביא הרמב"ן מפ' הפועלים משמע נמי דל"ש. מיהו אם

נעשה המעמד בין האומן והאב בעוד היה הבן קטן וכשהגדיל מוחה ואינו רוצה לעבוד אצל אומן זה פשוט דאין קנין הקטן כלום ויכול למחות משהגדיל ועיי' שו"ת ציוני סי' י"ג. ומש"כ בש"ך ס"ק מ"ז ועיקר טעמו כו'. ולפי"ז בשכרו לעצמו מהני מחילה וכן העלה הרדב"ז ח"א סי' של"ג ושם בסי' פ"ח העלה דאף בשבועה שנשבע הפועל מהני בא"ל זיל. ומש"כ בפת"ש ס"ק ט"ז בשם הושב הכהן עיי' שו"ת תועפת ראם חחו"מ סס"י ל"ד שכתב בפשיטות כן דבדבר האבד אין ראיה שמחל על השכירות וכתב דכן נ"ל ברור לדינא. ומש"כ בס"ק י"ז בשם התו"ת ומהרי"מ עיי' רשב"א חי' ב"ק צ"ג ע"א בהא דאמרו שם לפי שאין אדם מוחל על ראשי אברים אף שא"ל לפטור מתוך צערו או כעסו אומר ולא בגמר דעתו ועיי' ים התלמוד שם ועיי' סנהדרין ד' מ"ח היו אביו ואמו כו' התם משום מרריי' כו' וברש"י שם ועיי' עוד מזה בשו"ת שער אפרים סי' קמ"ב ובד"ג כלל נ"ז סי' כ"ח:

סימן שלד

סעיף א' בהגה. מיהו י"ח. בשו"ת הגאונים סי' ר"צ פסק כהרשב"א וקצת ראיה לכאורה מתוס' ב"ב ה' ע"ב ד"ה כי בא"ד וכן שוכר שמא יפול כו' ותירוץ זה אינו מבורר כ"כ עיי' מש"כ רס"י שי"ב ולמה לא כתבו שמא ימות כמ"ש גבי בכור וע"כ דחייבים היורשים בעד כל השנה וי"ל. ומ"ש השו"ך על הד"מ שלא ירד לסוף דעתו הנה לפמש"כ הנתי' סוס"י שי"ב בשם המחנ"א דהקדים ל"ד אלא כל שדיברו להקדים בעינן ובלא דיברו אף בבא לידו אח"כ ל"מ לק"מ דמטעם פלוגתת הפוס' הא מהני גם תפיסה אח"כ ועיי' שו"ת ר"ב סי' צ"ב. ומש"כ הפת"ש בשם השעמ"ש להשיג על הראש יוסף עיי' דברי משפט סי' ש"י ס"ק ד' בדעת התוס' ב"מ ע"ט ע"ב ד"ה אלא דאפי' הפועל מוחזק צריך להחזיר שכר מה שלא עשה וכתב שכן דעת רוב הפוסקים: סעיף ד' בהגה. דכל לומדי תורה כו'. הטעם דחוק דכל זה בלומד לעצמו ולא בלומד לאחרים דודאי ניח"ל במנוחה. ומצאתי בשו"ת רדב"ז ח"ב סי' תש"נ דעיקר הטעם הוא דבזמן שהמלמד יושב ובטל נחלש כח הלימוד ודרכו וכשירצה לחזור ללימודו קשה עליו כי בהרגל הדבר לא יקשה עליו טרחו וניחא להו להיות עוסק במלאכתו תדיר. ובענין זה ראיתי להג' ר"א רוקח בחי' הרמב"ם פ"א מת"ת שהק' על מש"כ שם הרמב"ם דבאב ובנו שווים בחכמה האב קודם לבנו וכן פסק ביור"ד סי' רמ"ה סעי' ב', דהא בש"ס קדושין שם משמע איפכא דקאמר כי אתא חזייה דלא מחדדן שמעתיה א"ל אנא עדיפנא מינך כו' משמע דדוקא משום דעדיף. ול"י מנ"ל להק' כן דעדיפנא מינך ר"ל קודם:

כיון דלא עדיפת מנאי בחידוד ואנחנו שווים א"כ אנכי קודם לך:

סימן שלה

סעיף א' בהגה. וי"א דאם רוצה להוסיף כו'. ולקמן במלמד כתב וי"א כו' אבל לא קשה ממנו ולא ביאר דאם רוצה להוסיף לו על דמי שכירותו יכול ליתן לו גם נער קשה מהראשון. וכתב בשו"ת שאילת שלום הטעם פשוט דלא כתבו כן אלא בהכבדה בעצם המלאכה דיש לשער מה ששוה יותר ההכבדה אבל היכא דההכבדה הוא מצד אתר כבמלמד דאין שומא בזה כי נער קשה את לב רבו יקח לכך אף בהוספה ל"י ליתן לו נער קשה ממנו. ובעיקר פסק המרדכי עיי' ש"מ בפסקי הרמ"ך ל"פ כן וכן חקר שם במש"כ שם המחבר אח"כ באוכלוסי דמחוזא אי מצי כייף להו למיעבד עבידתא דקשה טפי מקמייתא היכא דליטפו אגרא פורתא:

ש"ך ס"ק ג'. וכ"מ ברא"ש ור"ן שם כו'. מרא"ש ור"ן לא מוכת מידי די"ל דל"ג מפורע חוב חבירו רק התוס' כתבו להדיא הכי. ומ"ש הגר"א כאן מלעיל סי' רנ"א וא"כ הרמ"א סותר א"ע דשם פסק דלא כר"נ עיי' מש"כ בזה השב שמעתתא שמעתתא ג' פי"ב ובשוש"י סי' רנ"א ובשומ"ש מ"ק ח"ב סי' קט"ז. ומש"כ הפת"ש ס"ק ג' בקושית הלח"מ הנה המחנ"א כתב לתרץ דזה לא נשכר אלא לילך ולהביא והא הלך ובא משא"כ בנשכר להציל ולא הציל ודלא כב"י. עוד מחלקים עפ"י ירושלמי שביעית בין היכא דשכרו להביא לו ממקום מיוחד חייב אעפ"י שלא הביא ובשכרו להביא חפץ מיוחד אם לא הביא פטור:

סעיף ב' בהגה. אבל אם שלח כו'. עיי' תומים לעיל סי' ס"ו ס"ק ס"ח מש"כ בדברי המרדכי והג"מ. ופלא שלא הביא דברי הרמ"א כאן ודברי המפ' בזה:

סימן שלו

סמ"ע ס"ק א'. ע"ל סי' ל"ז כו' כו' והש"ך השיגו וישב כונת הרמ"ה על סוף הברייתא אבל עדיין אינו מיושב מ"ט אינו יכול לתבוע מהראשון ששכרו. ומצאתי בתי' הרמ"ה ב"ב מבואר להדיא כמ"ש הש"ך בכונתו ושם הביא סוף לשון הברייתא והק' מ"ש מההיא דשוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו נותן לו שכרו משלם ומחלק דשאני התם דאגריה לזמן קצוב אדעתא דמיתב ליה שכר ידוע דכי קא נחית לאו למשקל מפירי דארעא קא נחית אלא אדעתא דמשקל מההיא גברא דאגריה קא נחית ואפי' מגלימא דעל כתפיה בין עבדא ארעא בין לא עבדא ארעא ולהכי נותן לו שכרו משלם אבל הכא לאו למיתב ליה אגרא מביתיה אחתיה אלא למשקל חלקא בפירי דארעא קא נחית וכי היכי דאי הוי בה תיוהי או אונס אחריני אינו חייב הבעה"ב לשלומי ליה ה"נ היכי דאפקוה מיניה בדינא לא מיחייב לשלומי ליה הרי מבואר כונתו להדיא:

סעיף ב'. והוא שעשה משיכה. בהג' החדשות הק' מסי' קצ"ט סעי' ב' דמלוה קונה במכר ושפיר י"ל דהפועל קני ליה בשכר שמגיע לו דל"ג ממלוה הבאה מחמת מכר דקני. ולפמש"כ הסמ"ע שם בשם הה"מ דעשאו כאינו המכר הראשון בעין ומטעם חליפין לק"מ דבשכירות ל"ש זה והמע"ח הק' אמאי אין שומעין לו הא לא גרע משומא דהדרה הא שומת מטלטלין לא הדרא כמ"ש הטור סי' ק"ג ועוד י"ל. והנה הקצוה"ח הק' קושיא עצומה בש"ס קי"ח ע"ש. וראיתי במע"ח כתב לחלק דאע"ג דהבטה קונה לא יוכל להקנות לחבירו ע"י הבטה שלו ולא ביאר טעמו ממ"נ אם הוא קנין שקונה בזה לעצמו מ"ט לא יוכל להקנות ג"כ. ובשו"ת ר"ב סי' י"ז מסביר קנין דהבטה לדעת רש"י ריש ב"מ דראיה לחודה קניא משום דכל דבר דאתי מכח העושה וע"י מעשיו נעשה הדבר ממילא הוא שלו כמו בגידול שדה ופירות דקל אף אם יחשוב בעל השדה שהגידולים יהא של פלוני ואינו רוצה ליטלם לעצמו מ"מ ממילא הם שלו כל עוד שלא הקנה השדה והדקל והפירות בקנין גמור. והוא הטעם בקנין הבטה דרש"י דייק וע"י נשמר והוא מטעם שנשמר ע"י טרחתו ואינו הולך לאיבוד כדרך כל הפקר וכיון שהקנין של הבטה הוא משום שע"י מעשיו מתקיים הדבר ונשמר ע"י הנה ממילא הוא קונה ע"י הבטה אף שאינו מתכוין לקנות כלל וקנין זה ל"ש רק לדידיה דמאיליו הוא שלו אבל ל"מ לאקנויי לאחריני והוא הסבר נאה. יעוד י"ל בעיקר קושית הקצוה"ח עפ"י מש"כ התפארת ירושלים ריש ב"מ בישוב קושית תוס' שם על רש"י דקנין ראיה ל"מ רק דהכניס לרשות כמו גבי הפקר דכבר יצאת מרשות הבעלים ול"מ במציאה עפ"י חילוק הנתי' הידוע ולא אמר שם רק הבטה בהפקר קניא. וא"כ י"ל דיתרץ דלעיל מיירי בשכרו ללקט מציאות ובזה ל"ק ראיה לחודא ועיי' שו"ת רע"א החדשות סי' קי"ב מש"כ בזה. ובקנין הבטה עיי' שעהמ"ל פ"ב מנדרים ומלמ"ל הל' שקלים וי"ל בזה, והנה הב"י כתב דמ"ש הטור בשכרו סתם הוא כדעת התוס' אבל מדברי הרמב"ם והרא"ש אין הכרע. ותמיהני דהא מבואר דעתם בסי' של"ט לק' בטור ובדעת רש"י מחולקים הב"י וב"ח ופרישה ע"ש אבל הרשב"א בש"מ כתב להדיא דגם בסתם שכרו עליו וא"י לומר טול מה שעשית בשכרך. והנה הש"ך כתב מהמרדכי דבמידי דאכילה שומעין לו ולכאורה קשה דא"כ הו"ל בש"ס לתרץ דברייתא דשומעין לו מיירי במידי דאכילה ומצאתי אח"כ בהג"מ שהק' כן אבל למ"ש הש"ך דדוקא כששוה שיעור השכירות י"ל כמ"ש התוס' שם דלא הוי חידוש כ"כ אבל דברי הש"ך צ"ע:

סמ"ע ס"ק ט'. ואע"ג דלעיל כו' י"ל כו' עיי' ט"ז שהשיגו מהסוגיא. באמת מובא בנמוק"י מחלוקת בזה. דעת הרשב"א כהסמ"ע דבפועל לא בעינן פינן ודעת הר"ן כהט"ז. אלא דהרשב"א כתב שם מטעם אחר דבפועל דרכו תיכף לפנותם ומשו"ה ידע דיפנה תיכף:

סימן שלז

סעיף א'. פועל העושה כו'. ז"ל הרמב"ם פי"ב משכירות מפי השמועה למדו שאין הכתוב מדבר אלא בשכיר וכי אילו לא שכרו מי התיר לו שיבא בכרם רעהו בקמה שלו שלא מדעתו אלא כך הוא אומר כי תבוא. לרשות בעלים לעבודה תאכל. הנה מש"כ מפי השמועה ר"ל גז"ש דכי תבוא בברייתא ומש"כ וכי אילו כו' כתב הלח"מ דנפקא מדאמרו שם לא שביק איסי כו' וכתב ואעפ"י שכבר כתב דברי הברייתא באומרו מפי השמועה כתב ג"כ טעמא דרב והוא דוחק. עוד הק' כיון דבש"ס מפיק לה מגז"ש למה כתב ליה רבינו מסברא. אבל דברי הרמב"ם מתפרשים שפיר עפ"י מש"כ הג' מלבי"ם בביאור הספרי דהגז"ש דכי תבוא מורה על פועל חמידי ועל פועל כגונא דאיסי מימעיט מפשט המקרא וזש"כ הרמב"ם מפי השמועה ר"ל גז"ש כו' אלא בשכיר ר"ל בשכיר קבוע. ומש"כ וכי אילו כו' מפקא מאיסי וזה מסברא כמ"ש ניחא כו' ובזה שכתב וכי אילו כו' מסביר הילפותא דגז"ש כמ"ש שם בהתו"ה דעל ביאה תמידית כונת הקרא דכי תבוא ר"ל עצם הביאה (אן קומען). ומש"כ פועל כו' ה"ה קבלן ועיי' רש"י ב"מ צ"ב ע"א ד"ה ת"ק ואף למש"כ תוס' ר"פ האומנים דפועל לא משמע אלא שכיר יום אבל לענין אכילה ל"מ לחלק וכ"כ המנ"ח ועיי' רש"ש. ומש"כ הש"ך וה"ה של עכו"ם לא. תמוה מאוד דמדמה עכו"ם להקדש ובאמת בהקדש אפי' ליתן לפיו אסור ולפי"מ דקיי"ל גזל עכו"ם אסור אפי' לכלים מותר אם נימא רעך ולא של עכו"ם כדאמר בש"ס ה"ד למיתני פועל וראיתי שהק' כן הבית אפרים חאור"ח סי' ל"ז וכתב דאולי מפרש כמ"ש הריטב"א וז"ל הניחא למ"ד גזל עכו"ם אסור איכא למימר דה"נ לא יאכל דאחשביה רחמנא כגזל ולא גריס היינו דאיצטריך קרא למישרי. אבל איך סתם כן הש"ך נגד דעת רש"י וראיתי שגם המנ"ח הק' כן על הש"ך ותירץ כהב"א. שו"ר בפת"ש מזה. ומש"כ בהגה ואם תסמו שלומי כו'. כן מובא בטור בשם הרמ"ה ועיי' ב"ת. ומצאתי בש"מ בשם הריטב"א דס"ל כהרמ"ה ויליף מבהמה. והרמב"ם אי הוי ס"ל דמשלם היה כותב בפירוש. ומדלא הזכיר מזה משמע דס"ל דרק איסור יש בזה. ולכאורה לפמ"ש הפוס' דמשל שמים הוא אוכל וכתבו רש"י ותוס' דלפי"ז לא זכי עד שיתן לתוך פיו. וא"כ כשמונעו הוי כמבטל כיסו של חבירו דפטור כיון דלא זכה בהם עוד. וצ"ל משום דהוי ברי היזקא וכמ"ש האחרונים:

סעיף ה'. שכבר נתחייבו במעשר. והרמב"ם והרע"ב כתבו משום טבל וכ"כ הנמוק"י דטבל לא יאכלו וכ"כ הרא"ש בפי' נדרים נ"ח ע"ב ד"ה אוכל [אף שדבריו שם קשים מאוד עיי' רש"ש ובס' שלמי נדרים שם] והמלמ"ל הק' דל"מ כן בש"ס וכן הק' בת"ש על הרא"ש ולא הביא שכ"כ הרבה מהראשונים ופלא ראיתי במנ"ח שחקר באכילת טבל בזה ולא זכר מדברי:

הראשונים בזה, אלא שראיתי שהמלמ"ל כתב דבאמת אין הטעם משום איסור אכילת טבל דאפי' כבר עושין הדין כך הוא דאין הפועל אוכל בדבר שנגמרה מלאכתו למעשר והרש"ש שם לא ראה דברי רש"ל ע"ש. ומה שהק' המע"ח דליהדרו הפועלים דהוי מק"ט לא ראה דברי הג"א שם שהק' כן ומתרץ. והא דלא אסרו כאן משום חשש שמא יאכל ממנו כאיסור סחורה בדברים אסורים וכן לק' בנזיר ע"כ דבפועל ל"ח לזה דלא כהח"ס בתשו' חיור"ד סי' ק"ו ע"ש ועיי' שומ"ש מהדורא תנינא ח"ב סי' נ"ז:

סמ"ע ס"ק י"ז. פי' כגון שבצרן כו'. כן פירש הראב"ד בש"מ. והק' המע"ח הא לעיל יליף דכי תבוא בביאת פועל הכתוב מדבר מגז"ש דלא תבוא עליו השמש וכיון דלא תבא עליו השמש שייך נמי בשכרו לשמור א"כ אפי' משמר לאו כעושה מעשה מ"מ הוא פועל דשייך בו לא תבא ולירבי נמי שיאכל. אבל למש"כ בסעי' א' בשם הג' מלבי"ם דהגז"ש אינה אלא להורות שבפועל קבוע מדבר כמו שהשמש היא קבוע בחוק עולם וביאתה היא ביאה מקוימת ולא נצרך הגז"ש ללמד שמדבר בפועל שעבד בכרם לק"מ:

סעיף ז'. ומ"מ מלמדין כו'. והק' המע"ח בש"ס דקאמר א"ב אבל מלמדין כו' למה יש חולק ע"ז להשיאו עצה טובה שמצווין כל ישראל להשיא עצה הוגנת. אבל בש"מ כתב בשם הר"י דלת"ק אסור ללמדו אפי' בדרך עצה שאין לנו לעקור מה שנצטוינו מן התורה והתורה זכתה לו. וצ"ע מיבמות ק"ו ע"ב ומשיאין לו עצה ההוגנת כו' וי"ל:

סעיף י"ג. אסור לפועל למוץ הענבים. הר"י בש"מ כתב שני פירושים בזה אסור לפועל לאכול הענבים בשעה שאינו תאב להם שאינו יכול לאכול החרצנים והזג אלא מוצץ היין מן הענבים וזורק הקליפה החיצונית דבודאי הוא אוכל אותה אכילה גסה ואין זה כנפשך שבעך לפי שיותר משבעך הוא. א"נ י"ל שאעפ"י שהוא תאב להם אסרה עליו תורה משום שלא יפסיד יותר מן הענבים לבעל הכרם וע"כ צוהו לאכול הכל גם הקליפה. והנה מרש"י נראה דהאיסור הוא משום דזורק החרצנים דואכלת משמע שיאכל כל שראוי לאכול וכן נראה ג"כ כונת הרמב"ם פי"ב משכירות שכתב משום דכתיב ואכלת ענבים דמשמע שצריך לאכול ג"כ הענבים והוא כפי' הב' שבש"מ. [בירושלמי הל' ב' איתא מה ת"ל ענבים שלא יקלוף בתאנים ולא ימצוץ בענבים. אבל בירושלמי מעשרות

פ"ב דריש כן משבעך וצ"ע] אבל מתוס' משמע דשתיה לא נקראת אכילה ואף דבכ"מ שתיה בכלל אכילה ועמדו בזה המנ"ח ורש"ש. וחידש הרש"ש דבמוצץ פרי מברך עליה בפה"ע ולא הוי כמו שותה משקה היוצא מהם דמברך שהכל. אבל המהר"ם שיק כתב דמזה ילפי' דמציצה הוי כשתיה וצריך לשער ברביעית. ולפי"ז יש לפקפק במש"כ הט"ז כאן לתרץ קושית הפרישה דשמא בלא"ה ג"כ היה אוכל ע"ש דל"ש לומר כן לטעם רש"י ורמב"ם. ובאמת צל"ע פי' הא' שבש"מ דהא אכילה גסה ממעט לק' משבעך ועיי' תוס' ד"ה שבעך. שו"ר שהר"י מפרש שם אכילה גסה המזקח. ומש"כ המחבר וכן אסור לו לבעה"ב כו'. צ"ע שלא הביא ממחלוקת רש"י ותוס' דלר"ח בראוים לאכול שרי. והנה בש"ס איתא ולא יכמור באדמה ויאכל והרמב"ם לא כתב אלא לא יהבהב וכלל כ"ז במש"כ וכל כיוצא בזה. אבל הטור והמחבר שכתבו לא יהבהב ולא יפרוך מ"ט השמיטו ולא יכמור. ומש"כ הט"ז לישב קושית הסמ"ע הנה הסמ"ע עצמו מתרץ כן בדרישה וכ"כ הלח"מ: סעיף י"ד. אכילה גסה. ל"ד שיאכל מן הענבים הרבה אלא אפי' אכל ד"א קודם העשיה כ"כ המנ"ח שוב מצאתי כן בש"מ. אגב ראיתי שם בשם הריטב"א שחקר בהא דעושה בתאנים לא יאכל בענבים מובא במחבר סעי' ט' היאך הדין באילן המורכב משני מיני פירות. אמנם בירושלמי מעשרות פ"ב מובא במפ' שם משנה ת' איתא להדיא דאינו אוכל ועיי' שנו"א שם. אבל בשומ"ש תנינא ת"ב סי' כ"א מחלק עפ"י חילוק התשב"ץ בין הרכבה שכונייח להרכבה מזגיית דהרכבה מזגיית אין בו שום חלק לא מזה ולא מזה רק נתמזג משניהם וספיקת הריטב"א הוא באילן המורכב הנושא שני מיני פירות שהוא הרכבה מזגיית והירושלמי מיירי ביחור הנושא שני מיני פירות שהוא הרכבה שכונייית וי"ל. ומש"כ המחבר שם אבל יכול למנוע עצמו כו' כתב הסמ"ע דה"ה בשני מינים נמי יכול למנוע עד שיגיע למין הב' והב"ח חולק עליו והשומ"ש שם מביא קושיא מחכ"א על הב"ח ממשנה מעשרות פ"ב מ"ח היה עושה בלבסים לא יאכל בבנות שבע אבל מונע א"ע עד שמגיע למקום היפות ואוכל. ושם הוי מין על שא"מ ואפ"ה מותר למנוע עצמו והחמיר מאוד בקושיא זה ודחק לתרץ. אבל למש"כ הע"ז בכונת הסמ"ע דדוקא במונע עד שיתחיל פעולתו במין הב' בכה"ג שרי וכן הוא להדיא בפרישה והב"ח לא הבין כן בדברי הסמ"ע וסבר שדעתו שאף בשעת עבודת מין אחד יאכל ממין הב' ולכך הק' עליו מש"ס [ומ"ש בט"ז פ"ח הוא ט"ס דלא נמצא מזה בפלפולא חריפתא וצ"ל ב"ח] ונמצא דלדינא מודה גם הב"ח להסמ"ע להבנתו בפרישה ולק"מ ממשנה שם די"ל הפי' דמונע עצמו עד שיתחיל הפעולה במין הב' והשומ"ש לא ראה דברי הפרישה וט"ז:

סמ"ע ס"ק ל"ג. והטעם דהא דהפועל אוכל כו'. אין זה מספיק דא"כ למה אינו רשאי ליתן חלקו לאשתו ובניו כעניים במחנותיהם. ויפה כתב בת"ח הביאור בזה דהא דהתורה התירה לאכול בשעת מלאכה הוא לטובתו של בעה"ב שלא יהא הפועל מקמץ מכסף משכורתו למחיית ב"ב והוא בעצמו ירעב ויתענה בשעת מלאכה ויחלש כחו ויתרפה ממלאכתו ורק לגופו ממש התירה התורה לאכול ולא לב"ב. וזהו טעם הפוס' דאפי' משהגיעו הפירות לידו אינו רשאי ליתנם לב"ב דכאן לא בזכיה תליא מילחא רק כדי שלא יחלש במלאכתו ולכן אף שהגיעו לידו אסור ליתנם לב"ב:

שם ס"ק ל"ה. פי' דל"ת כו'. מה שהק' הש"ך ע"ז עיי' לח"מ מיושב היטב אבל מלבד זה צ"ע דהא המחבר כאן קאי בשיטת התוס' דאפי' נטלו בידים אסור והתוס' שם הק' מאי איריא נזיר ולא תירצו רבותא זו ועיי' מע"ת: סעיף י"ז. והתנה כו' לא יאכלו. והק' המנ"ח דהא בע"מ שאין לך עלי אונאה ס"ל לר"מ דתנאו בטל ואף לר"י דדבר שבממון תנאו קיים כתבו המפ' דהוי כמחילה והכא הוי דשלבל"ע. והמע"ח כתב דאי מיירי מתני' במעלה להם מזונות א"כ שכרם שלו וכשמשתכר על תנאי זה הוי כאילו שילה להם במזונות מה שהיו יכולים לאכול וקנה מהם חלקם והם נתרצו לכך דאל"כ לא יתן להם מזונות. ובזה מיושב מה שהק' עוד המנ"ח דהיאך מהני מחילה כאן הא הוי דבר שאינו קצוב ול"מ להרמב"ם. לפמ"ש המפ' דבמכירה וכה"ג דיש לו הנאה מתחייב גם בדשא"ק וה"נ הוי כמכירה ועיי' קצוה"ח סי' ס'. אבל בפשוטו לק"מ דה יכול להתנות על דשלבל"ע עיי' סי' ר"ט. והנה בחפארת ישראל משניות תמה בזה על המג"א סי' קס"ט דבמילי דצערא ל"מ תנאי ועיי' נוב"ת חאהע"ז סי' ל"א מ"ש בזה ובק"נ רא"ש קדושין פ"א סי' כ"ז. וחותני זצ"ל בספרו תפארת יעקב חילק דשאני התם דמיירי במידי דאית ליה ריחא ויכול לבא לידי סכנה כמ"ש בגמ' שם כיון שרואה חבירו אוכל והוא אינו אוכל מסתכן בזה. ושפיר כתב המג"א דל"מ תנאי משא"כ הכא ועיי' שו"ת מהרי"א חאהע"ז סי' ל"ה מש"כ בזה:

סמ"ע ס"ק ל"ו. בפרישה כתבתי כו'. הרמב"ם בפי' המשנה כתב ואעפ"י שכולם פועלים. ולפי"ז יותר י"ל הכונה דל"מ אם הבעלים אין עושים עמהם דודאי סמכי אדידיה אבל בעושה עמהם וגם הוא פועל הו"א דהוי כמתנה עם פועל אחר על השאר דל"מ קמ"ל:

שם ס"ק ט'. בטור כתב כו'. ועיי' מג"א אור"ח סי' קצ"א פירוש אחר. והנה הג' ר"ש קלוגר הק' לפירוש הסמ"ע מברכות מ"ו ע"א הכא בברכת פועלים עסקינן לפי' רש"י שם אלמא דחייבים בזימון. וכבר הקדימו להק' כן בחמד משה אור"ת. ולפי' הרי"ף ותוס' שם לק"מ ועיי' מעיו"ט חולין פ' כיסוי הדם סי' ח' מש"כ בזה:

סימן שלח

סעיף ב'. כל מיני בהמה וחיה. כתב המנ"ח דה"ה עוף ולא הו"ל לחדש כן מדעתו דהא מפורש הוא בספרי שם:

ש"ך ס"ק ב'. ודבריו תמוהין כו'. השעהמ"ל פי"ג משכירות מיישבו עפ"י מש"כ רמ"ך דהיכא דלא משכה בעל התבואה אלא שהנהיגה לה בעליה עד הגורן בתוך התבואה נראה לומר דמלקות וחיוב מזונות באים כאחת ולוקה ואינו משלם וא"כ י"ל דלהכי כתב הטור דאינו לוקה משום דנ"מ לתשלומין היכא דלא משכה בעל התבואה דהוי מלקות ותשלומין כאחת. והק' עוד כיון דבעיא היא ולא איפשטא ודאי אינו משלם דהמע"ה שהרי אי חייב מלקות אינו חייב בתשלומין. ובאמת הוא מחלוקת דבש"מ ב"ק ס"א ע"ב כתב דבספק קלב"מ פטור מתשלומין אבל מרש"י שם ל"ה ע"א ד"ה ומנא משמע דחייב ולק' אכתוב מזה. אבל בעיקר דברי רמ"ך צ"ל דלא יקשה דהא כה"ג נמי הוי משיכה כמ"ש הראב"ד בש"מ ב"מ פ' ע"ב במתני' הנח לפני ש"ח ואמאי חייב והא לא משך אלא דכי א"ל הנח לפני כמו שא"ל הכישה במקל ותבא וכי מייתי לה לדידיה בשלימותו כמו שמשכה הוא דמי [עיי' מש"כ מזה לעיל סי' רצ"א] וצ"ל דכונת הרמ"ך בלא שליחותיה דהשוכר. ולכאורה היה אפשר ליישב דברי הב"ח עפ"י מש"כ איזה מהמפ' ליישב קושית הבדה"ב סי' ש"מ להתוס' וראש"ש דס"ל דלא בעי משיכה בשומרים ודי בסילוק בלבד מר"פ דאמר כאן משעת משיכה מתחייב במזונותיה, וכתב דלכאורה היאך מתחייב כל הד' קבין במזונות הפרה דהא החיוב אינו בא בפעם אחת והוא מתחלק לכל היום כמ"ש הרמ"א סעי' ד' בשם הנמוק"י וא"כ בשעה שחוסם את הפרה ודש בה כל היום חיוב הממון והמלקות באים כאחד. וצ"ל דכיון דבשעת המשיכה נגמר כל השכירות ונתחייב לשלם כל השכירות על כל הזמן ששכר וכמו כן נתחייב משעת המשיכה בכל המזונות של כל הזמן ששכר ע"כ בא חיוב המזונות מקודם שבא חיוב המלקות. אך כל זה הוא בשמשך כבר וא"י לחזור בו אבל אי לא משך עדיין אף דמחויב מזונות משנסתלקו הבעלים לתוס' וראש"ש כמ"ש הטור אבל מ"מ לא נתחייב בכל הד' קבין בפ"א לכל היום רק שבכל שעה ושעה מתחייב במזונות של אותה שעה כיון דיוכל לחזור בו מכל השכירות קודם שמשך דלענין חזרה מודו התוס' דבעינן משיכה וא"כ היאך משלם כל הד' קבין אשעת הדישה דאז כבר מתחייב במלקות ואינו לוקה ומשלם וע"כ הוצרך ר"פ לומר דמשעת משיכה איחייב לה במזונותיה. וזה שדיקדק הרמב"ם בלשונו שכר בהמה וחסמה כו' די"ל למה כתב דוקא שוכר דהא גם שואל חייב במזונות. אמנם בשואל דיכול לחזור בו כמ"ש הנמוק"י דכל ההנאה שלו א"כ לא חל עליו גם השיעבוד של המזונות

מכל זמן השאלה וחיוב המזונות באה לשעתו בכל שעה ושעה וע"כ כתב רק בשוכר דבמשיכתו נתחייב בכל המזונות וא"י לחזור בו. ובזה היה א"ל בלשון הרי"ף פ' השואל שכתב ושואל חייב במזונותיה כל ימי שאלתה. ותמה בש"מ מ"ש שכתב שואל דוקא. וי"ל דהיינו דשאני חיוב המזונות של השואל מבשוכר בזה שבכל יום הוא חיוב חדש עליו דאם רוצה יכול לחזור בו משא"כ שוכר דמשעת משיכה מתחייב בכל מזונותיה. וא"כ הטור שפסק כתוס' ורא"ש שפיר כתב הב"ח לתרץ אליביה. אלא דהב"ח בעצמו כתב בסי' ש"מ דגם לתוס' ורא"ש נתחייב במזונותיה משעת סילוק הבעלים וכן כתב כאן וא"כ גם להרמ"ך משעה שהבעלים נסתלקו מתחייב במזונותיה קודם החסימה וגם להמחבר קשה דסתם כאן ובסי' רצ"א מביא שני הדיעות וצ"ע. ומש"כ הש"ך א"כ בזה"ז כו'. אינו ברור כ"כ דבזה"ז הוי כלא התרו בו דהא אם יבנה המקדש ילקוהו משא"כ בלא אתרו בו לעולם ליכא מלקות. ויותר מזה ראיתי שתמה בשומ"ש תנינא ת"ב סי' כ"א לפמ"ש המהרלב"ח בקונטרס הסמיכה דגם בזה"ז בקיבוץ כל חכמי ישראל אם יסמכו לאחד מהחכמים הוי סמוך א"כ גם בזה"ז יכול להיות בר חיוב מלקות ותלי לה במחלוקת האחרונים בתומים סי' ל"ת אי בעינן במלקות שיתיר עצמו כמו למיתה וא"כ אף דיכול להיות סמוכים עכ"פ בעת עשיית עבירה לא התיר עצמו. וגם הש"ך סותר משנתו למש"כ לק' סי' ש"נ ע"ש ועיי' מש"כ שם הב"ח ודרישה דלא כש"ך כאן. ובעיקר מחלוקת האחרונים במלקות פלא שלא הביאו ש"ס דסנהדרין פ"א ע"ב דמבואר להדיא דבעינן גם במלקות שיתיר עצמו ועיי' מש"כ חותני זצ"ל בס' תפארת יעקב סנהדרין פרק ט': סעי' ח' בהג"ה. אבל משום מראית העין כו'. כתב הבאה דלא אמרי' תיקון זה רק בתרומה ומעשר וכ"כ הרמב"ם אבל בחולין מניחה לאכול. והנה ז"ל הרמב"ם אבל מפני מראית העין אם היו דשות בתרומה ומעשר שני מביא מעט מאותו המין ותולה להן בקרסטלין שבפיהם. וכתב הלח"מ אבל במרכסות לא צריך להאי משום דירט להם הדרך ואינם דשות שם וכ"כ בדרישה. ולכאורה אינו מספיק למש"כ שם המלמ"ל להכריח בפירוש הרמב"ם דע"כ מיירי שבדרך הילוכה שם היתה דשה בתבואה זו דבלא"ה פשיטא וא"כ ה"נ איכא משום מראית העין. ע"כ נ"ל לומר דבטעם הפטור של תרומה ומעשרות מחולקים הראשונים. רש"י פירש דסתם דייש לא הוי תרומה ומעשר והתוס' הק' עליו ופירשו משום דדישו משמע הראוי לו ומעשר ממון גבוה הוא. [ובשו"ת בנין ציון ח"א סי' קע"ט ראיתי שחתר בטעם רש"י שלא פירש כתוס'. ותמיה שלא ראה ברש"י ד"ה ממון גבוה שפירש כהתוס' וכ"כ בדרישה כאן]. והריטב"א פירש משום דדישו משמע המיוחד לו ובזה אין מיוחד לו וכגון שלא בא עדיין ליד כהן. והק' ע"ז דהא דישו אשור קאי שלא

ידוש בחסימה וכתב דזהו טעם רש"י שפירש דל"ק בו בדישו. ותמוה מדוע נדחק לפרש בדעת רש"י מדוע לא נימא כונתו כמשפ"י התוס' וכמ"ש בדרישה ובתרומה משום דאסור להאכיל לבהמה. ולכן כתב הרמב"ם זה בתרומ' משום דמרכסת אינה אלא רשות דאם רוצה מאכילה מהדישה גופא והרמב"ם מפרש כהתוס' ואיסורא קמ"ל דבתרומ' אסור להאכילה וכן משמע בנמוק"י שפירש כהרמב"ם בדעת הרי"ף והרי"ף כתב כן במרכסות וכן הרא"ש. אולם מה שהכריח כן המלמ"ל בפירוש הרמב"ם דע"כ מיירי בדשות לא משמע כן בריטב"א אחר שהביא שני הפירושים במרכסות כתב מסתברא שאף לפי' הראשון כל כה"ג אין. בו משום לא תחסום שאין לא תחסום אלא כשעושה הבהמה מלאכה והכי רהיט כוליה פירקין וכדאמרי' נמי דאיתקוש נחסם לחוסם ופועל אין לו לאכול אלא בדבר שהוא עושה בו מלאכה. הרי דמפרש דאין הבהמה דשה וצ"ע:

סימן שלט

סעי' א'. אבל על שכר קרקע כו'. עיי' פת"ש ובפי' התוס' עה"ת הביאו דברי הת"כ וכתבו ומכאן יש ללמוד דהשוכר בית כו' ומשהה שכרו עובר על בל תלין ותלמוד שלנו אינו מזכיר קרקעות. ועיי' עין זוכר להחיד"א מערכת ש':

סעי' ד'. שכיר שעות כו'. בגמ' אמר ר"א אפי' לא בצר אלא אשכול אחד. והפוס' השמיטו. ואולי משום פי' הראב"ד בש"מ דר"ל אפי' שכרו בפחות משו"פ עובר עליו ולכן השמיטוהו דהוי ככל ד"מ דבפרוטה. אבל הריטב"א כתב דאף בפחות משו"פ עובר. והנה מזה כתב השאג"א בשו"ת החדשות לענין הלנת המת אם מת בתוך הלילה דעובר משום ב"ת. ותמוה דלא הזכיר ממ"ש תוס' ב"מ ק"י ע"ב ד"ה יצא ע"ש. ועיי' שו"ת רדב"ז מובא בפת"ש יור"ד סי' שנ"ז. והנה לכבוד המת מותר להלינו כמ"ש שם בשו"ע והרא"ש מוע"ק פא"מ סי' ג' כתב דהתירו הלנת המת משום פסידא דהכנת הסעודה. והיינו משום דניח"ל להמת בזה ואף שאין זה משום כבודו. מזה נראה דבמש"כ שם בשו"ע דמשום קרובים שיבואו מותר להלינו דגם אם יש כאן קרובים מותר להלינו כשיבואו עוד קרובים דניח"ל להמת בזה, וזה שי"ל בכונת הט"ז שם בשם רש"ל שכתב וה"ה להמתין על קרוביו. ותמה בנקוה"כ דהא מפורש כן בשו"ע ומה חידש. וי"ל דמשו"ע משמע שאין כאן קרובים כלל דזהו עיקר כבוד המת לכך חידש אף אם יש כאן קרובים מותר להלינו כדי שיבואו עוד קרובים דניח"ל להמת בריבוי קרובים. ותמיה ראיתי שם בגליון רש"א שכתב וקצת משמע דלהלין ביום החול עד למחר מפני שהקרובים אינם בעיר שרי דדומה לארון. ופלא שלא הזכיר מהשו"ע שכתב או כדי שיבואו קרובים.

ואולי כונתו ע"ד שכתבתי. ובפתחי ספרים ראיתי בשו"ת דברי מלכיאל ח"ב סי' צ"ה שפסק דאסור להלין להמתין עד שיבואו עוד קרובים ולדעתי נראה כמש"כ. עוד כתב שם דכל דמותר להלינו לכבודו הוא רק לינת לילה אבל להשהותו כ"ד:

שעות אסור. ולא משמע כן מתשו' הרדב"ז המובא בפת"ש שם ס"ק ב' ע"ש ועיי' ישועי"ק שם:

סעי' ו'. כ"ז שהטלית כו'. בפת"ש הובא דברי הר"י בש"מ ומ"ש קצוה"ח ע"ז. והנה בקצוה"ח ר"ל מתחילה כן וחזר ונתן טעם אחר משום דכ"ז שהוא תח"י לא הגיע עוד זמן הפרעון. וצ"ע דבדברי הר"י מוזכרים שני הטעמים וז"ל אבל אם נתן לו בחצי היום תיכף נתחייב בשכירותו. ולפי"ז למה צריך לטעם דמשכון. וברמ"ך שם נסתפק בא"ל גמרתיו בא וטול אותו והבא מעות אי אמרי' דכמאן דאהדריה ניהליה דמי א"ד כיון דלא שקליה לא עבר ודעתו נוטה להצד הב'. והנה לכאורה דעת הר"ן כהצד הא'. דלהצד הא' ע"כ צ"ל דמ"ש בש"ס אהדריה ניהליה ל"ד אלא א"ל בא וטול. והנה הר"ן פ' הא"מ כתב ועוד דבפ' המקבל אמרי' למ"ד דאין אומן קונה בש"כ עובר משום ב"ח ואילו היה קנוי ליה בקנין משכון ודאי שלא היה עובר.

ותמה הקצוה"ח דהא בהדיא תני כ"ז שהטלית ביד האומן אינו עובר עליו נתנה לו כו' עובר וכיון דאינו עובר אלא בשנתנה לו תו ליכא למשכון גביה. ואם דעתו כהצד הא' א"ש דע"כ צ"ל דל"ד נתנה לו:

סעיף ז'. אין שום אחד מהם עובר. הק' הב"ח דהא שלוחו כמותו בכ"מ וכבר הק' כן הריטב"א והרבה תירוצים נאמרו בזה עיי' מפ'. ואולי י"ל דאף דמעשה השליח הוי כמותו אבל אינו מוכח מצווי המשלח דהשליח יאמר שכרכם על בעה"ב אולי היה כונתו שישכרם סתם ושכרם על השליח והוא יחזור על הבעה"ב ובזה אינו עובר ועיי' פירש"י באלפס. ובשכרו לעשות בדבר הפקר כגון ללקוט מציאות אי עובר עיי' שו"ת ראשי בשמים סי' ע' העלה דאינו עובר ועיי' מע"ח. וראיתי בשומ"ש תנינא ח"ב סי' מ"ב כתב באחד שנתן בגד לבע"מ לעשות לו עבורו דהיינו לבע"מ עצמו במתנה וגם הבטיחו ליתן לו שכר מלאכה אינו עובר. ויש להעיר ממ"ר ואתחנן בטענת משה על השכר שהקב"ה עובר על ב"ת והא פעולת אדם הוא לעצמו כי אם צדקת מה תפעל לו וי"ל:

סעיף ח'. עבר זמנו כו'. ובלאו דלא תבוא בשכיר לילה דליכא יתירא מחולקים בזה הראשונים עיי' ש"מ:

ש"ך ס"ק ב'. לשון ס"ת כו', והא דבש"ס קי"א אימא להו שכרכם על בעה"ב והול"ל אתני בהו. די"ל אולי לא ירצו למחול ועשה אופן שלא ידעו דבאופן זה אינו עובר. וצ"ע להטור

מובא בפת"ש ס"ק ד' דאיסורא איכא מאי תיקנו דסו"ס איכא איסורא וכן קשה ממ"ז ומאמימר שבש"ס שם ע"ש. והנה בס' חב"י הק' בראיית הס"ת דהתם לא חייבתו תורה מזונות ומשום תנאי שיחזור בו. אבל כאן דעיקר השכר אינם מוחלין ממילא איכא ב"ת דהוי כע"מ שלא תשמיטנו שביעית. וא"ל דהכונה שימחלו השכר דהא הוי דשלבל"ע. ונ"ל דקיצור לשון הוא בס"ח והכונה כן היא תחנה עמו באיזו אופן שיהיה כדי שלא תהא בב"ת ור"ל תתנה שלא יתבעך ובזה אינו עובר, ומש"כ ואין בזה כו' אין זה נחינת טעם על התנאי אלא ר"ל דלא יהיה נראה נגד רצון התורה שיבואו על שכרם ואליו הוא נושא נפשו והוא עושה טצדקי למיפטר מזה וזה כתב דאשכחן דשרי כה"ג דשם אף דחייב מחמת התנאי ליתן להם מזונות עכ"ז רשאי להתנות עמם ליפטר מהחיוב:

סעיף י'. ולא הי"ל מעות כו'. אבל אינו עובר כשאינו מוכר המטלטלין והא דפ' מפנין קכ"ז שמא פרגמטיא בזול כו' דמשמע דא"ע יש לדחות דאולי קנה ונתן מעות ולא משך עוד דהוי ברשות מוכר. שו"ר בחא"ג שם שהק' זה ונדחק מפני שהיה עיוכ"פ ולא היה קונה באותה שעה ותמיה שלא הביא מש"כ הה"מ דדוקא מעות. אבל הריטב"א כתב דסחורה העומדת למכירה מחויב למוכרה. וי"ל בזה לשון הש"ס שם פרגמטיא בזול ר"ל דלא הוי עת המכירה דכשלוקחין בזול לוקחין להשהותן על שעת היוקר והנה החינוך כתב דאם א"י לפורעו ברחבה אא"כ יאבד הרבה לא חייבו התורה בכך. וזה לכאורה כהסוברים דעל ל"ת שאב"מ אינו מחויב לבזבז כל ממונו עיי' יור"ד סי' קנ"ז ובאחרונים שם. ומש"כ בפת"ש בשם השעמ"ש מזוהר קדושים. לענ"ד התוס' ב"ב מ"ח ע"ב ד"ה נתנה לא ס"ל כן שכתבו וא"ל נמי כו' דמ"מ חזקה כו' ואי יש עדיין איסור עדיין נשאר החזקה. וגם מוכח לכאורה דלא כהס"ח בש"ך ס"ק ב' דא"כ הו"ל לשנויי דא"ל התניתי עמו. מיהו אין ראיה דלא ס"ל כן כהזוהר דהתוס' אזלי לשיטתם שם קי"ג שהק' על רש"י ד"ה ולעולם דהא חזקה דאין משהה כו' וב"ח א"ע כו' ואף דגם מבוקר א' יש לאו מדברי קבלה כדאיתא ק"י ע"ב וע"כ דס"ל דרק חזקה דא"ע על ב"ת דאורייתא אבל לא באיסור דרבנן ורש"י ע"כ ס"ל דאף בדרבנן אמרי' כן:

הלכות שאלה:

סימן שמ

סעי' א'. ואפי' היא קלה ממנה. עיי' סמ"ע וט"ז. ותמיה דסתם הב"י כהה"מ והא הריטב"א פירש שם דלא שכיח להכביד במלאכתו וכן פי' הר"י בש"מ שלא היית חוטב עצים ע"ג אבנים והיפטר. ומ"ש בסמ"ע ס"ק א' על הלבוש ול"ד כו' הא נ"מ בטעם זה דאפי' קנו מיניה עיי' סי' ש"א סעי' ד':

ש"ך ס"ק ה'. וכ"כ הרשב"א כו'. טעם הרשב"א אחר הוא ממש"כ הרמב"ן עיי' נמוק"י. והמחנ"א סי' ד' משו"פ שהרמ"ה ס"ל כטעם הרשב"א והרא"ש שדחהו ס"ל כהרמב"ן. ובאמת שני הטעמים אינם מספיקים לכל המקומות דבשונרא המובא בש"ס ל"ש טעם הרשב"א משום כחשא ואפ"ה קרי לה ממ"מ וכן טעם הרמב"ן אינו מספיק לאם עבד בה המשאיל מתחילה כמה ולא ממ"מ. ועוד וכי המשאיל מחויב לבדוק הבהמה קודם השאלה. וע"כ צ"ל כמ"ש החינוך דשמב"ב דעל הבעלים היה לשומרו ואפ"ה בכ"מ ל"ש טעם זה וע"כ דרק על עיקר הפטור נתן טעם ואף דבפרטים ל"ש טעם זה והכא נמי. והמחנ"א כתב טעם אחר דהוי שאלה בטעות שאילו ידע שתמות מחמת מלאכה לא היה שואלה. ואין זה ענין למחלוקת הרמ"ה והרא"ש דהא יש לתלות ג"כ במזלא דשואל שאין גריעות הבהמה גורם אונס זה וכמ"ש הש"ך ס"ק ה'. וצל"ע לדעת הרמב"ם דדוקא בשעת מלאכה מתוספתא ב"מ פ"ת שכרה ושאל בעלה עמה ומתה או נשברה אעפ"י שהבעלים עומדים וחורשים במק"א נפלה ומתה פטור. וקשה ליפטור מטעם ממ"מ כפי ביאור הריב"ש בדעת הרמב"ם שכל בשעת מלאכה אין אנו תולין בסיבה אחרת ועי' לח"מ. ובש"ס ר"פ השואל שאמר ומתה י"ל בסיבה אחרת אבל בתוספתא דקתני נפלה ומתה ל"ל כן. ואולי י"ל דהרמב"ם ס"ל טעם הפטור דממ"מ משום ביטול מקח כמ"ש המחנ"א ול"ש אלא במידי דל"ש ובמידי דשכיח הו"ל לאסוקי אדעתיה וס"ל דזה הוי מידי דשכיח שתתיגע הבהמה ותמות אח"כ וע"ז אסיק אדעתיה ושתמות בשעת מלאכה הוי מילתא דל"ש והוי בט"מ. והרמב"ן והרשב"א החולקים אולי אזלי לטעמם שכתבו טעמים אחרים בפטור דממ"מ. ומלבד זה הא הרמב"ן ס"ל דטריפות דסירכא אף דהוי מילתא דשכיחי מבטל המקח כסי' רל"ב סעי' י"ב. אלא שהב"י שם דייק דהרמב"ם ס"ל נמי בזה כהרמב"ן. והנה בעיקר מחלוקת הרמ"ה ורא"ש כתב בשו"ת פמ"א מובא בפת"ש דע"כ ל"ק הרמ"ה אלא דוקא בעובדא דידיה בבאו ליסטים בדרך דאנן קיי"ל דליסטים מזויין אונס הוא אלא דבשואל חייב גם בזה מטעם גזה"כ הילכך אמרי' דדוקא שלא בא האונס מחמת המלאכה אבל כשלא היתה האבידה באונס אלא ע"י גנבים שלא מחמת האונס א"ל דבכה"ג להרמ"ה נמי חייב דכיון שהוא שואל מוטל עליו לשמור שלא יבא לידי כך ול"ד לל"מ דשם אין בידו להציל מהם. ובזה היה מיושב קושיות המע"ח פ"א ע"ב לשיטת הרמ"ה מעובדא דשם שטפוה מיא לסדיניה ומשמע באונס מדפריך שאלה בבעלים היא ואי בפשיעה הו"ל לאסוקי הניחא למ"ד פשיעה בבעלים פטור כדלק' צ"ז א"כ כששאלה לעבור בה ושטפה נהר יהיה פטור בלא"ה משום ממ"מ. ולחילוק הפמ"א א"ש דהו"ל לשמור שלא ישטפוהו המים. ובשעהמ"ל פ"ז מחובל בעובדא ששאלה אשה

משכנתה קדרת בשר של חרס ובעודה מבשלת תחבה כף חולבת ולא היה במאכל ס' באופן שנאסרה הקדירה אם היא חייבת לשלם וכתב בסוה"ד ומטעם אחר נ"ל דפטורה כיון דבהיותה עוסקת במלאכה נאסרה הו"ל כממ"מ ועפ"י דעת הרמ"ה ואף להרא"ש דחולק היינו מטעמא דל"ת ממ"מ:

כיון שאף בלא מלאכה אפשר היה שתאנס ממנה ובניד"ד כיון דמסיבת אותה מלאכה דהיינו הבישול ומגרמה באה לו ההיזק דאלו לא היתה מבשלת לא היתה נאסרת אף הרא"ש מודה. משמע דלא ס"ל חילוק הפמ"א וכן נראה מהקצוה"ח כאן במה שמביא ראיה מרש"י ב"ק ד' ע"ש משמע דלא ס"ל חילוק זה וכן דחה שם הפמ"א עצמו חילוק זה ולא ברור לו. כעת נדפס ס' שו"ת אבן שתיה וראיתי שם בסי' ז' בנידון אחד שהיה לו טלית שהציצית לא היו מהודרים כ"כ ושאל מחבירו טלית יפה ונגנב והביא דברי הפמ"א ותיזק חילוק זה מש"ס ע"ש ועיי' נתי' כאן ס"ק ה' מש"כ בזה. ובשו"ת מהרשד"ם סי' חל"ה חיזק דברי הרמ"ה ור"ל דגם הרא"ש מודה להרמ"ה. [ובעיקר השאלה חקר שם אם אמרי' ניח"ל לאינש לקיים מצוה בממונו בהידור מצוה עפ"י שו"ת בית יעקב דבמצוה דרבנן ל"א ניח"ל כו' והכא בהידור מצוה יש סוברים דהוי דרבנן. ולהבית יעקב לא הו"ל להזכיר מהידור מצוה דהא לדידיה קשה מעיקרא דדינא דשו"ע סי' י"ד מותר ליקח טלית חבירו בלי ידיעתו דהא שיטת הרז"ה דבזה"ז שאין לנו תכלת כל הטליתות הוי דרבנן ולענין ספק ברכה הו"ל להחמיר. וגם היאך מותר בלולב בסי' תרמ"ט ליקח של חבירו ביו"ט ב' דאינו אלא מדרבנן. וגם בסי' י"ד דפסק דמותר ליקח תפילין של"מ וסתם ומשמע דאפי' אינו אלא בהידור כגון תפילין דר"ת. ומה שמתרץ שם בזה קושית הישועי"ק אור"ח סי' י"ד בהא דסוכה מ"א בתוס' שכתבו שדעת ר"ג היה מתחילה שלאחר שיצאו כולם יחזירו לידו ואמאי ל"א כן אף בסתמא משום דניח"ל לקיים מצוה בממונו דהתם הוי הידור מצוה כמ"ש הנחל"י שם. בלא"ה לק"מ עפ"י מש"כ השער אפרים דל"א כן רק כשהוא עצמו עושה המצוה ולא כשחבירו עושה המצוה. ובס' ח"ה חידש דטעם זה ל"מ רק שלא יהא גזל ולא שיהא שלו ול"מ בלולב ועוד י"ל. ובעיקר הדין לא ראה מש"כ הנתי' בזה לעיל סי' רמ"א ס"ק ט' ועיי' דברי גאונים כלל צ"ו סי' ט"ו בשאלה זו בשם הגאון מהרש"ק]:

ש"ך ס"ק ח'. ועוד העליתי לעיל כו'. עיי' קצוה"ח כאן ובסי' ע"ב ס"ק ד'. והמחנ"א הל' שו"פ סי' ג' הק' על תשו' הר"ן דלא בעי כל הנאה שלו. ותמוה דסותר למש"כ הוא עצמו בהל' שומרים סי' כ"ת דבעינן דוקא כל הנאה שלו:

שם ס"ק י'. א"כ קשה על הרמ"א כו'. המע"ח הק' על הש"ך דהא התוס' ד"ה כך מחלקין בין ש"ת לש"ש שחייבים אפי' בהנח לפני ושואל דוקא במשיכה וה"ה דהכישה במקל אינו חייב באונסין למאי דפסקו כשמואל. ואולי דברי הש"ך נמשכין עפ"י מש"כ הב"י סי' ש"ז בשם התוס' דגם שואל מתחייב בהנח לפני לחוד. והמחנ"א הל' שומרים סי' ז' כתב דבתוס' שלפנינו ל"מ כן ואולי הוא התוס' שמביא הרא"ש בשמם דל"פ רב ושמואל והכישה במקל הלכה היא וממילא חייב בהנח לפניו ועיי' פ"ח ברא"ש פ' השואל ומש"כ בזה לעיל סי' רצ"א ועיי' ירושלמי פ"ז דעירובין הל' ו' ובשגן שם: סעיף ח'. שלחה ביד עבדו הכנעני כו' אם מתה בדרך חייב. בשו"ת שם אריה כתב דדוקא בשואל משכח"ל דין זה דחייב באונסין אבל בשאר שומרים בגנו"א פטור אע"ג דהוי שואל כיון דצוה לו למסור לזה הרי הוא פטר אותו מלשומרו עוד ואין לו דין שומר. וכן מש"כ הרמ"א וי"א כו' חייב הוא דוקא בשואל דהוי ברשותו גם לענין אונסין ואפי' באונס ביד"ש דלא תליא מידי בשמירה ובשמחזיר לאשת המשאיל נהי דכבר נסתלקה שמירתו מ"מ באונס שאינו תלוי בשמירה כלל חייב כמקודם כ"ז שלא השיב ליד הבעלים עצמם ולכך בסי' רצ"א בשאר שומרים כתב דפטורים דנסתלק חיוב דגנו"א כשהחזיר לאשתו:

סימן שמא

סעיף א' בכל עת שירצה. עיי' חגיגה כ"ב ע"ב מנא לז' יומי לא מושלי אינשי שו"ר שהעיר מזה הפר"ח בהג' מים חיים מכות והגרי"ש ביד שאול הל' מזוזה. ואי יש בזה חילוק בלשון לעז עיי' אב"מ סי' כ"ח סעיף י"ט: סעיף ב'. כדי שילך ויחזור. הסמ"ע נדחק לחלק ממש"פ ביור"ד סי' ש"מ וע"ש בש"ך ובאה"ג מש"כ. והנכון מש"כ בזה לחלק כמ"ש בתוספתא דביור"ד איירי באבל שלו שמחויב להתאבל עליו וכאן איירי באבל של אחרים וכן מבואר להדיא בתוספתא ב"מ פ"ח. שו"ר שלזה רמז הגר"א כאן:

סעיף ג'. הניח להם אביהם כו'. בהג"מ כתב הטעם דיתומים שאני דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד והמחנ"א סי' י"ט משכירות תמה עליו דהתינח היכא דהניח בנים אחריו אבל אם מת בלא בנים וירשו אחרים ול"ש ה"ט יראה דלא יזכו לאישתמושי בה והפוס' לא חילקו. ומשום זה אין תימא דהא נראה מדברי הפוס' דל"ד ב"ב וה"ה אחרים דרגיל בהו עיי' מש"כ בזה לעיל סי' רצ"א. ומש"כ הנתי' דהכא דוקא בבנים הסמוכים על שולחנו. הנה מדברי הרשב"א המובא במחנ"א שם ל"מ כן ודברי הרשב"א מובא גם בב"י בסי' שלאח"ז. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ו' ול"ד למקבל כו'. ותמה הנתי' מפלגא מלוה. נראה שהבין דכונת הסמ"ע להק' ממקבל עיסקא אבל בדרישה כתב להק' מסי' שכ"ט ממקבל שדה וכ"כ הב"ח. והנה הב"י הביא מש"כ הנמוק"י בשם הראב"ד דהיכא

דרצו להשתמש בה בתורת שאלה אחזיקו בה ומתה חייבים באונסיה והכא מיירי במתה באגם. ופלא שלשון הראב"ד מובא בש"מ ממש להיפך דאפי' אשתמשו בה פטורים מאונסין:

סעיף ד'. וטבחוה כו'. בש"מ כתב דזה דוקא בבשר אבל בפת וכדומה ל"ש זה ועיי' ש"ג פ' השואל דדוקא טבחוה אבל אם הפסידוה ואבדוה בידים פטורים. ומ"ש בש"ך ס"ק ו' ונ"ל שטעמם כו' צ"ל דזה הוי פשיעה כו'. אינו מוכרח דהרמ"ה כתב טעם אתר משום דאדעתא דהכי טבחוה. ומש"כ וע"כ דיקדק הרמב"ם כו'. תמוה דהרמב"ם כתב פטור אף מכפל ועיי' לח"מ. ובס' נת"ע מובא גירסת הראשונים בסוגיא מובא בתשו' הגאונים איכא דאמרי אפי' אסיפא והיינו דר"פ וא"ד ארישא ופליגא דר"פ ורב האי גאון גריס א"ד ארישא אבל אסיפא לא והיינו דר"פ. וי"ל דהרמב"ם היה לפניו אחד משני גירסות האלו ועולה לפי"ז פסקו כהוגן. ועיי' נתי' ס"ק ט' וביותר ביאור במנ"ח ריש מצוה מ"ב:

סמ"ע ס"ק ט"ו. ובדרישה כתבתי כו'. שם מביא מהנמוק"י דעת האחרונים דבמשיכה לבד סגי והק' עליהם א"כ מאי קאמר והוא דקנו מיניה. ול"י מאי ק"ל דהא כן כתב הריטב"א להק' לרש"י דס"ל דקנו מיניה צריך להחזרה ע"ז הק' דבמשיכה לבדה ג"כ לא מבטל הקנין בחזרה. ומ"ש הנתי' להק' על האחרונים דהא הו"ל משוך ולא תקנה עד לאחר ל' יום הא הריטב"א דהק' כן דבאותה משיכה הוא קונה לאותה שעה ולכל השעות שהוא צריך לו כו' ואין זה דומה למשוך בהמה ולא תיקני עד לאחר ל' יום והחזרה אינה מבטלת הקנין:

שם ס"ק כ"א. בטור כתב אפי' א"ל כרמים סתם כו'. וכתב הנתי' דלפי"ז צ"ל דהטור מחלק כחילוק התוס' משום מוחזק. הנה כן כתב הד"מ כאן דהטור ל"ל חילוק הה"מ בשם הרשב"א וכ"כ הלח"מ. אבל אינו מוכרח דוקא לחילוק התוס' דהא הרבה חילוקים נאמרו בזה עיי' נמוק"י ב"ב שם ובתוס' והט"ז כאן כתב לחלק באו"א ופלא שלא הביא דזהו חילוק הב"ח בסי' רי"ח ע"ש. אבל באמת ל"י מנין להו חילוק זה דשם פותח המוכר וכאן דוקא השואל והפוס' סתמו:

סעיף ח'. להשקות ממנה כל שדותיו או כל בהמותיו. להשקות נראה דאינו אלא לשנה זו כמ"ש המחבר בסעי' שלפני זה. אבל בהמותיו צ"ע השיעור דפשוט דמשום פ"א לא יטרח לבנות. וכן צ"ע בבית השלחין שצריכה תמיד להשקאה. והנה הנ"י כתב בשם הריטב"א דדוקא בקונה ע"מ לזכות בכל השדה והמחבר השמיט וכן השמיט לעיל סי' קצ"א דעת הרשב"א דאף במכר ולא נתן מעות מהני כשפירש דיקנה כולם וכן הק' שם הנתי' ס"ק ה' על הרמ"א ע"ש:

סימן שמב

אין השואל רשאי להשאיל כו'. המהרי"ק כתב דאפי' הא' קל שבקלים והב' אדיר שבאדירים מובא דבריו בב"י, ובדרישה תמה ע"ז וכתב דדוחק לומר משום לא פלוג. ולכאורה הא כן כתב הרא"ש מובא לעיל סי' רצ"א בשו"ע בכל השומרים וה"נ משום את מהימן לי והא דנקט משום אין רצוני ולא משום את מהימן לי אף דכן הלכה היינו משום דעל האיסור לכתחילה: מספיק נמי טעם דאין רצוני כמ"ש הלח"מ פ"א דשכירות הל"ד וטעם דאין רצוני הוא משום שמא יבריחם ועיי' הג"מ פ"ה משכירות. ומ"ש בדרישה דמסתימת הטור בס"ת משמע דאפי' ליכא למיחש לשמא יבריחם נמי אסור ל"י משמעו ופשוט משמע דמשום שמא יבריחם הוא.

ומ"ש דאם הב' יתחייב בתשלומין שרי. הנה דבר זה. צ"ע רב ועיי' מש"כ בזה הג' מלבי"ם בארצות החיים סי' י"ד ובישועי"ק שם. והנה בתומים סי' ע"ב ס"ק י"ח הק' מזה על הר"ן בתשו' שחידש דשואל ספר אינו חייב באונסין דאין כל הנאה שלו. הנה אף כי כבר כתבו בזה כמה מהאחרונים עיי' קצוה"ח ונתי' שם ובמשובב ובחי' רע"א אור"ח סי' י"ד ובמנ"ח מצוה ס' ובמע"ח ב"מ ל"ה ע"ב במתני' ובשו"ת אוריין תליתאי סי' צ"ז ובשו"ת ראשי בשמים סי' ק"א ובס' מעשה בצלאל על הריקנטי סי' שצ"ו אך במדר"א סי' ע"ב מביא שני תשו' מהר"ם במרדכי דשואל ספר דמי לשאר שואל ולעיל סי' קע"ז הערתי מתשו' מיימוני בב"י שם [ומש"כ שם הג' מהרש"ק ראיה מב"מ צ"ד הקדימו בראיה זו המחנ"א]:

סימן שמג

סעיף א'. אפי' הוא עדיין בביתו. מסתימת לשונו כאן ובסוס"י ש"מ משמע דאפי' במקום שמוטל החזרה על השואל. ולא כן הוא בירושלמי המובא בב"י כאן לפי ביאור ח"ר. אלא שהמחנ"א סי' ז' משו"פ דחה פירושם דמסתימת ש"ס דילן ל"מ לחלק כן. איברא דהמחנ"א סותר משנתו למש"כ בסי' י"ט מהל' שומרים ע"ש:

סעיף ב'.

ש"ש לזמן כו'. הקצוה"ח מביא דברי הריטב"א דש"ש הוי.

ולכאורה כונתו דזה דלא כהמחבר. אבל זה ראיתי דבמחנ"א העתיק דברי הריטב"א דש"ת הוי וכן צ"ל בקצוה"ח. שו"ר דבש"מ מעתיק דברי הריטב"א דש"ש הוי וכן הוא בתשו' רשב"א מובא בב"י רס"י ע"ב רמזו הש"ך שם ס"ק י' דמשמע דגם הוא ס"ל דלעולם הוי ש"ש וכן ראיתי אח"כ במדר"א שכתב כונת הרשב"א לדברי הריטב"א וס"ל דלעולם ש"ש הוי. ותמיה ראיתי במע"ח בסוגיין שחידש מדעתו דדוקא אם היה שואל מעיקרא

משא"כ כשהיה מתחילה ש"ש וכלה זמנו לא הוי טפי מש"ח והביא ראיה מגמרתיו. ופלא שלא הביא מדברי הראשונים. והנה בש"ח שכלה זמנו אי הוי ש"ח חקר בזה המחנ"א סי' י"ט מהל' שומרים והעלה דלא הוי ש"ח והביא ראיה מתוס' ב"מ נ"ז ע"ב ד"ה ש"ת. ולא הביא דברי הש"ך בזה לעיל סי' ס"ו ס"ק קכ"ו וע"ש בתומים ועיי' אחרונים לעיל סי' ע"ד סעי' ג'. ובש"ש שאמר לאח"ז טול את שלך עיי' לעיל סי' ש"ו סעי' א' ובש"ך ס"ק ב'. והמחנ"א שם ס"ק כ' חקר בזה והמגיה מחלק כמ"ש הש"ך. ופלא שלא הזכיר מדברי הש"ך:

סימן שמד

סעיף א'. ואם התנה שלא ישבע כו'. משמע אבל במקום שיש ראיה ל"מ תנאי זה. ומ"ש בהגה מהמרדכי וכתב הנתי' לחלק מהא דב"ק ק"ט דיכול לעשות מגזל מלוה דשם היה מוכן בידו לתנו. ובזה יש ליישב דיקדוק לשון הש"ס שם והיה מעלה כספו כו' והק' בתוס' הרא"ש בש"מ דהו"מ למימר ונשבע לו והודה. ולפמש"כ הנתי' א"ש דבלא"ה לא הו"מ לשנות מגזל מלוה ועיי' פנ"י שם. עוד כתב בדעת הרב דדוקא בשואל כתב כן משום דקנוי ליה ולא בשאר שומרין. לכאורה לפי"ז מה הק' לעיל סוס"י ש"מ מסוס"י קכ"א דא"ל שלח אפי' ביד קטן פטור ולפמ"ש כאן לא דמי להלואה דמהני מחילה ולא בשואל דל"מ מחילה לחזרת קנין. שו"ר לאח"ז בנתי' שם שהעיר באמת מזה. ובעיקר סברת המרדכי כתב הנתי' וכן המחנ"א שי' כ"א משומרים משום דהוי מחילה בדשלבל"ע דל"מ. ולפי"ז נפלה במחלוקת הראשונים לכאורה דלהסוברים דחיוב השומרים הוי משעת משיכה מהני מחילה וא"כ יכול השומר לומר קי"ל וצ"ע:

סימן שמה

סעיף ב'. אחת השאולה מתה ודאי כו'. לכאורה לפמ"ש השו"ע לעיל סי' פ"ח סעי' כ"ג דבעינן הודאה בדבר מסוים והכא אין מסוים דהנבילה עודנה צריכה שומא ועיי' נתי' שם ובע"מ כאן ומש"כ המע"ח הוא הנכון:

סימן שמו

ש"ך ס"ק א'. וכ"מ מתוס' ר"פ השואל כו'. משם ליכא משמעות כ"כ עיי' מהרמ"ל אבל בתוס' ב"ב מפורש להדיא וכ"כ ריטב"א ב"מ ד' פ"א וז"ל ותירצו דה"מ שנעשים בעלים שומרים באמירה בשאמרו לעשות מלאכתו לאלתר בלא הפסקת מלאכה אחרת אבל אם אמרו לעשות מלאכתו לאחר שעה או שהפסיקו במלאכה אחרת בין אמירה למעשה אינם נעשים שואלים. והוא כסברת הרמ"ה. ודעת מהר"ם מובא במחנ"א סי' ל"ז מהל' שומרים ג"כ דדי באמירה. והנה הלח"מ פ"ב משאלה הל' א' הק' לפי' הרא"ש מעובדא

דאהלויי וכתב שדוחק לומר שלא הלך אלא לשתות שכר ולא לאפות. מה שחשב לדוחק כ"כ הראב"ד בש"מ וכן לפירש"י המובא שם ותשו' ר"י הלוי לק"מ. ועפ"י דברי הריטב"א מיושב קושית הט"ז כאן ע"ש:

סעיף ב'. ל"ש אם באו כו'. המהרמ"ל בש"ס הק' לפי' התוס' ד"ה פרה משכח"ל שפיר בהדי הדדי ותירץ דא"א לצמצם. וי"ל להרבינו שמעי' בתוס' חולין כ"ת דלפעמים אפשר, לצמצם ומהני לפעמים משום ס"ס וא"כ הו"ל ס"ס ספק דילמא הוי שאילת הבעלים קודם וספק שמא היה בהדי הדדי דג"כ פטורים אלא דעמו משמע עמו ממש אבל לדינא גם המהרמ"ל מודה ועיי' רי"ט אלגזי בכורות י"ז מש"כ בזה:

סעיף ד' בהגה. ודלא כי"ח. דעת המרדכי לאו יחידאי היא שכן כתב גם הר"י בש"מ:

סעיף ט'. משום דקנין פירות כו'. עיי' שו"ת ר"ב חידש דכ"ז הוא דוקא בפרה וכדומה אבל בשאל מעות נכסי מלוג שלא בתורת הלואה כגון לתלותו בצואר בנו וכדומה ונשאל הבעל כיון דהכספים עצמם עומדים להוציאם ומשועבדים הם לבעל לקנות בהם דבר שיאכל פירות מיקרי של הבעל לגמרי: ש"ך ס"ק י'. אבל לא סלקא בתיקו. בנמוק"י הגירסא תיקו ע"ש:

סעיף י'. שאל פרה לרבעה. בשו"ת עונג יו"ט סי' כ"ג העלה דאף להפוס' לעיל סי' ר"ח דמקח שנעשה באיסור מהני ה"ד התם דאחר שנגמר המקח ונעשה האיסור שוב ליכא שום עשיית איסור אבל שיחול קנין או משיכה לחייבו לעשות איסור מכאן ולהבא כמו המשכיר בהמתו לא"י לעשות בה מלאכה בשבת ל"מ. ועפי"ז הק' מדינא דהכא אף דאיכא איסורא בשאלה לישראל ואף ב"נ נמי מצווה ע"ז ואפ"ה אי לא טעמא דבעינן כדשיילי אינשי מחייב באונסין. ולשיטת הרא"ש בסי' רצ"א דל"ב משיכה בשומרים אלא בהסתלקות הבעלים מיחייב א"ש כאן דאף דל"ש קנין מ"מ חייב באונסין אבל להרמב"ם דדוקא משיכה קשה, אבל כבר הק' הלח"מ פ"ב משאלה להרמב"ם דמפרש בעיות הש"ס לענין שאלה בבעלים וכמ"ש הסמ"ע כאן א"כ קשה טובא פשטא דשמעתא דממ"נ אי קרי שאלה א"כ כלול במה דאמר קרא וכי ישאל איש כו' וכתיב בו בעליו עמו ואי לא איקרי שאלה ואינו בכלל וכי ישאל איש ודאי דפטור מאונסין. ותירץ דמיבע"ל דשאלה להראות ונראה בה או לרבעה ורבעה דעשה המלאכה אשר שאל בה ולהכי בעי אי הוי שאלה בההיא שעתא דשאלה היא פטור משום דהוי שאילה בבעלים ואי לא הוי שאלה לא הוי שאילה בבעלים דאותה שעה לאו שעת שאלה היא ומ"מ חייב משום שנשתמש בה וא"כ לפי' הרמב"ם לשיטתו לק"מ. שו"ר במע"ח עמד ג"כ בזה והק' עוד יותר דבהא ל"ש שיקנה משעת משיכה כיון דודאי המשאיל יכול לחזור וגם השואל מוקמינן לו

בחזקת כשרות כל זמן שלא נעשה רשע ומשמע שלא קנה רק משעת רביעה ואההיא שעתא לא מיחייב דקלבד"מ. וכתב דרמב"ח ס"ל משעת אונסין נשתעבד וא"כ חייב כבר מיתה משעת רביעה וחייב אח"כ על האונס. ועיי' מש"כ לק' סי' שנ"א בזה ועיי' שו"ת ראשי בשמים סי' צ"ח דברים נכונים מזה.

ומש"כ המחבר או לראות בה. מזה דייק השעמ"ש סי' ע"ב ס"ק ל"ת דאם שאל חפץ מחבירו ע"מ למשכנו ונאנס אצל המלוה דפטור דהוי כליראות בה כיון שאינו נהנה מעצם החפץ רק ע"י גרם. וראיתי בס' מ"ע שדחהו היטב דקנין יש להמלוה בגוף המשכון למוכרו אם לא יחזיר לו הלואתו ולקצת פוס' יש לו קנין אף במשכנו בשעת הלואתו לכמה דברים. ומלבד זה נ"ל דכ"ז רק בליראות בה דהשאלה היא רק גרם להנאה כמ"ש רש"י שיתראה לעשיר ויאמינו לו אחרים אבל בנידון השעמ"ש הא זה הוי עצם ההנאה וע"כ כתבו האחרונים באחד ששאל פאס מחבירו ונאבד דחייב ול"ד לשאלה ליראות בה: דע"ז שאלו להראותו לעני השופט והוא ההנאה שמתהנה מהשאלה ובזה יש לפקפק גם בדברי הקצוה"ח סי' ע"ב שכתב דשואל ספר הוי כשאלה ליראות בה:

סעיף י"ב. והסופר שלהם. כן הוא לשון הרמב"ם דפירש ספר מתא ר"ל סופר אבל רש"י פירש המספר את אנשי העיר בשכר. ולדינא כתב הנמוק"י דשניהם נכונים ולמה כתב המחבר דוקא סופר. ומש"כ המחבר בסעי' הקודם ואם פשע בה יש מחייבים כו' וכתב הה"מ מובא בסמ"ע וב"ח דפושע כמזיק בידים הוא כו'. והק' המפ' דסו"ס אחר שפטרה התורה פשיעה בבעלים למה יתחייב מספק עיי' בהגר"א. וכתב המע"ח לתרץ דפושע הוי מזיק רק מצד השמירה שקיבל עליו דבלא חיוב השמירה לא הוי פושע מזיק [וכ"כ הנתי' סי' ש"א ס"ק א' ועיי' מחנ"א הל' שומרים סי' ח'] ופושע בבעלים שמיעטתו התורה משמירה פטור גם מטעם מזיק ובעשו"ק מ"מ לא נתמעטו מדיני שמירה רק חיוב דיני שמירה ר"ל התשלומין אין עליהם אבל עיקר חיוב השמירה יש עליהם ממילא כשהוא מזיק לא נתמעט. וא"כ בהני שהם ספיקא א"כ לכתחילה מוטלת עליו השמירה דשמא לאו בבעלים היא וכיון דשמירה מוטלת עליו ממילא מיקרי מזיק. ובאמת כן כתב בשו"ת לחם רב בהא דלעיל סי' רצ"א סעי' ד' נטירותא דדהבא לא קבלית עלי והק' הא פושע הוי כמזיק וע"ז תירץ דפושע ל"ת כמזיק רק לגבי שומר ולא לגבי אחר ולגבי השווי דזהב יותר מכסף דבזה לא קיבל השמירה הוי כאחר. והשומ"ש מ"ק ח"ב סו' קמ"ה הק' עליו לפי"ז למה פטור פשיעה בבעלים הא מזיק בבעלים חייב כמ"ש הראב"ד ופושע דחשיב כמזיק למה יפטר דאטו בבעלים התורה פטרתו משמירה התורה פטרתו רק מחיוב תשלומין וכל דאיכא חיוב שמורה פושע הוי כמזיק. ופלא שלא הביא דברי הש"ך

לעיל סי' ס"ו ס"ק קכ"ט דפשיעה בבעלים פטרתו התורה גם מעצם חיוב השמירה ולעיל כתבתי מזה. והשומ"ש הסביר יותר דברי הה"מ עפ"י דברי הרשב"א ריש ב"ק דספק נזקין חומרא היא דהוי כמו איסורין והסבר דבריו דהיכא דהספק אם הוא נזק או לא ע"כ אזלינן לקולא דשמא אין זה נזק כלל אבל היכא דהנזק ברור רק דהו"א דנזק זה פטרתו התורה בזה אזלי' לחומרא דספק איסור הוא. ולפי"ז כיון דפושע מזיק הוא והנזק הוי ודאי רק דמסופק לנו בתשלומין אי חייב בבעלים ובזה מחמרינן מספק. והנה בדברי הרשב"א י"ל טובא ויבואר במק"א. ובעיקר דין פושע אי הוי כמזיק כבר האריכו בזה האחרונים. ועל חילוק המלמ"ל בפ"ב משכירות דאדם המזיק בשוגג לא הוי מזיק רק פושע הק' הג' מהרמ"ז בישועי"ק אור"ת סי' ש"ו בהא דמתני' גיטין נ"ג דמטמא כו' במזיד חייב בשוגג פטור ובש"ס, מהדר אמאי במזיד חייב ובשוגג פטור והרי בש"ס חולין מ"א מוקי מתני' בי"ל שותפות בגוה ושותפין הוי בבעלים כסעי' ז' ולכך בשוגג דהוי רק פושע לכך פטור משום פשיעה בבעלים ובמזיד דהוי מזיק חייב לדעת המלמ"ל בשם הראב"ד שם דמזיק בבעלים חייב. וי"ל לפמש"כ המחנ"א הל' שמירה סו' ל"ו דבחפץ מיוחד לא הוי בבעלים לענין זה והכא לא הוי שותפים רק בדבר זה וי"ל עוד. ובזה נ"ל להעיר במש"כ הח"ס חאהע"ז סי' י"א בישוב דברי הרי"ף ב"מ דבעבד לא משכח"ל בעליו עמו דא"י להשאיל עצמו בלא רשות בעה"ב ואין זה מספיק דהא בעליו עמו הוי אף בכ"ש כמו אשקיין מיא וכדומה דאין קפיד הבעה"ב בכך:

סעיף י"ג. ואם הדבר תלוי בשניהם כו'. המקו"ח סי' תכ"ט הק' דהא ביומא דכלה תרויהו אינם יכולים לשנות וחילק דע"כ מיירי ברב הלומד בחינם והנאת שניהם שוה אלא דביומא דכלה שרק שואל כענין ומשיב לא נהנה מהתלמיד ועפי"ז העלה ברב הלומד בשכר שכור הוא לעולם. ובזה י"ל קצת לשון הש"ס דאיקפד רבא ואמר לאפקועי ממוני קא בעיתו. והק' המפ' למה איקפד אם הדין כן הוא. וי"ל דה"ק לאפקועי ממוני שאני נוטל בשכרכם קא בעיתו שאתם מחפשים עצות היאך לפטור הלא אני לומד עמכם בחינם, וראיתי בספר צמח מנחם שהק' על המקו"ח שחידש דבהנאת שניהם שוה לא הוי שמירה בבעלים מדברי הראב"ד בהשגות פכ"א מאישות שכתב מפני שהוא שמב"ב שהוא שכור לה בכל שעה והא גם שם יש הנאה לשניהם דכשם שהוא משועבד לה כן היא גם משועבדת לו ועוד משמור לו ואשמור לך דפריך ואמאי שמב"ב היא. וכתב ליישב עפ"י דברי המפ' בטעם הפטור דשמב"ב דהו"ל לשמור בעצמו משא"כ בדבר התלוי בשניהם. ואין לבנות יסוד על טעם זה כמש"כ לעיל דאין זה כלל בכל המקומות דהא אף שהבעלים שכורים שלא במקום חפצו ג"כ פטור אף דל"ש טעם זה דהו"ל לשמור

וכאן בודאי ל"ש טעם זה דהא טרוד הוא בלימודו וא"י לשמור. ואף דיפה כתב חותני זצ"ל בס' תפארת יעקב לתרץ דודאי בשני דברים המיוחדים שדבר זה נצרך לזה וד"ז נצרך לזה פשיטא דהוי שמב"ב שכ"א משועבד לחבירו לטובת חבירו בלבד משא"כ בדבר אחד ששניהם הנאתם שוה בו וכ"א משועבד לחבירו כמו שחבירו משועבד לו בזה שפיר כתב המקו"ח. אבל בעיקר דבריו היה נ"ל דלכאורה מצות ת"ת היאך שייך בזה לומר השתעבדות שהוא משועבד לו וכי עושה משום השתעבדותו לחבירו הלא עושה מצד המצוה עליו ללמוד לחבירו וע"כ משום דכי יכול לאשמוטי ממסכת למסכת כמ"ש רש"י להנאתו שלא ישכח זה הוי השתעבדות דהא המצוה יכול לקיים בכל אשר ילמוד וכן הרב לחלמיד אם ביומא דכלה שהוא אינו יכול לשנות לימוד בזה הוא משועבד דהא המצוה יכול לקיים בכ"מ שהוא לומר. ועפי"ז א"ש דברי הרא"ש דבתרויהו אינם יכולין לשנות והנאת שניהם שוה שוב הדרינן לסברא זו דבמצות ת"ת אין שייך השתעבדות וזה שי"ל בטעם הרי"ף שהשמיט כל השו"ט בזה ועמד ע"ז בלח"מ פ"ב משאלה [מדוע לא הק' על הרי"ף שהשמיט דין דפחות משו"פ ושני פרות ופרוטה] דס"ל דאין זה השתעבדות וכמ"ש. ובאמת צ"ע בשאל האב מבנו והבן עמו במלאכתו אי שייך כאן הפטור דשמב"ב דהא אינו עושה מהשתעבדותו אלא מהשתעבדות התורה במצות כיבוד ועיי' חירע"א אור"ח סי' י"ד ומש"כ לעיל סי' רצ"א בעובדא דב"מ מ"ב באשלמינהו לאימיה. שו"ר לאח"ז במע"ת שגם הוא הק' על המקו"ח משמור לי ואשמור לך וחילק כמש"כ. אלא מה שהק' עוד מיומא דכלה דאינהו שאילי לו דמוכרחין ללמוד הל' רגל. תמיהני דהא המקו"ח עצמו הק' מזה ותירץ. שו"ר שהסברא שכתבתי עדיין צ"ב דהא ביומא דכלה דא"י לשנות הוא ג"כ מחמת שיעבוד התורה שמצוה עליו ללמד להעם אשר יעשון. ומש"כ בהג' וכן הדין בש"ך כו' וכתב הנתי' דוקא בשעת התפילה. מדוע לא הביא מש"כ הדרישה שהוא שאול לעולם וכן הוא בסמ"ע. והנה ז"ל הרמב"ם פ"ב משאלה הרב שהוא מקריא מרצונו לחלמידים בכל עת שירצה ואיזו מסכת שירצה והם היו קבועים לבא תמיד ונשמט להם ממסכת למסכת הרי הן שאולין אצלו ואין הוא שאול להם וביום הפרק שהכל באים לשמוע ענין אותו מועד ה"ה שאול להם והם אינן שאולין לו. הוסיף הרמב"ם גם העת מה שלא נזכר בשו"ע ובדברי הרמב"ם א"ש מאוד לשון הש"ס דאמר ולא היא כו' דבמאי קא הדר בו ממאי דקס"ד מעיקרא וכי רבא פרט ואמר איזה עת שהוא שכור להם. אלא דממה דקאמר רבא דאילו אנא כו' משמע דעיקרו הוא מה שיכול לשנות ממסכת למסכת ובזה לבד דיו שלא יהא קרוי נשאל להם אף שמסור להם בכל עת שירצו וע"ז קאמר ולא היא אלא כביומא דכלה דתרויהו איתנהו בו

שאינו יכול לשנות כלום לא העת ולא הסדר. ובזה י"ל במה דאיקפד רבא ואמר לאפקועי ממונא קבעיתו דזה היה הויכוח ביניהם דתלמידיו סברו דעיקר הוא העת וכיון שהוא מסור להם ללמוד בכל עת שרוצים הוי שאול להם וזש"כ רש"י שיושב ומלמד לנו תורה כל היום דלאו כל היום ממש קאמר אלא בכל עת שאנו רוצים וע"ז איקפד רבא ואמר וכי לאפקועי ממונא קא בעיתו דלעולם לא אעשה מאומה לביתי כי תמיד אני שאול לכם לדעתכם אולי תרצו באותו שעה ללמוד ואף גם לדעתכם עכ"ז אין זה נקרא שאול לגמרי כיון שאני יכול לשנות לכם ממסכת למסכת. אלא שלשון הרמב"ם שכתב ונשמט להם ממסכת למסכת צ"ב דהא כבר כתב ואיזו מסכת שירצה וע"כ צ"ל או שכונתו דדוקא שכבר נשמט להם ממסכת למסכת והתלמידים הסכימו או שכונתו דדוקא בעת שנשמט להם ממסכת למסכת אז אינו שאול להם אבל אם לומד עמהם מסכתת הסדר אף שיכול לשנות אם ירצה עכ"ז הואיל ועתה אינו משנה הוי שאול וצ"ע:

סעיף י"ד. ושכרה שלא בבעלים. מזה הק' המחנ"א הל' שומרים סי' כ"א על המרדכי שכתב דאין המעשה משתנה בחליפת הדברים דהא פירש"י כאן וקודם: שהחזירה חזר ושכרה כו' דמוכת דהמעשה משתנה בחליפת הדברים. והנה פשטות דברי רש"י משמע דלאחר שכלו ימי השאילה וא"כ לא הוי אלא ש"ש כדלעיל סי' שמ"ג אלא דבש"מ מפרש דברי רש"י דשכרה קודם השלמת ימי השאלה הראשונה.

אבל יש עוד פירוש הראב"ד שם ששכרה בפעם אחת כששאלה ועל השכירות שאח"כ ויש עוד פירושי הראשונים בזה עיי' ש"מ. ועיי' הג' אשרי שנסתפק בשכרה בבעלים ושאלה שלא בבעלים והדר שאלה שלא בבעלים והפוס' לא הזכירו מזה:

סעיף ט"ו. י"א כו'. אף שלכאורה אינו מובא בטור דעת החולקין אלא שעל קושית התוס' מלעיל צ"ו חילק במע"ח דשם מסתמא מוחל שכירות דמעיקרא ומחזיק שכירות דעכשיו שהוא בבעלים וכן מצאתי בש"מ שמחלק כן. והראב"ד שם מחלק באו"א אבל בכל ענין יש שחולקים. ומש"כ הב"ח דה"ה שאלה ושאלה ול"ד שכירות כ"כ הרא"ש בש"מ וכ"מ מתוס' צ"ו ע"ב ד"ה דאגר ע"ש: סעיף י"ח. לוקח בהמה כו'. עיי' קצוה"ח שהק' לדעת הרמב"ם פכ"ג ממכירה. ונראה שכבר עמד בזה הראב"ד וכתב בש"מ דלוקח לפירות קאמרי' דאי בלוקח הגוף הוי לא הוי מחייב בנזקי ממונה וקיי"ל שאם חפר בה בורות שו"מ חייב. אלא שצ"ע ממש"כ הראב"ד בהשגות פכ"ג ממכירה הל' ו' ע"ש ומה שהק' הב"ח מובא בבהגר"א. אבל הא הרא"ש שם כתב משום דנתבטל המתנה למפרע ונעשה גזלן כשלא קיים התנאי והכא כשלא החזיר לא נתבטל למפרע הקנין אלא ממילא מיהדרה ליה ואולי זה כונת הקצוה"ח וקיצר:

סימן שמז

שאפי' אם הוזק כו'. והק' בים התלמוד בש"ס אי דאזקיה תורא דשואל כו' הא נ"מ אי יכול להקדישו לדידן דפסקי' כר"ע דהוחלט השור ולעולם חייב בכל הנזק מדין שומר וחוב עליו הנותר ממ"נ. ולכאורה י"ל דכיון דהשומר נכנס תחת הבעלים א"כ לא הוי עליו שם מזיק כלל אף בשור דידיה דמחויב להעמיד לו שורו ואף בחצי אין עליו תורת מזיק לענין הוחלט וצ"ע. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ב' הו"ל כאילו התנה כו'. היש"ש חולק עליו בזה. ונ"ל דבשור נגחן אף שכתבו התוס' דבשואל מקבל עליו אף שלא יוזק זהו בסתמא אבל יותר מסתבר שמקבל עליו שלא יזיק בדבר שרגיל א"כ כשפירש עליו שמקבל שמירת שלא יזיק אין ראיה שאין מקבל עליו גם שלא יוזק דטעם הסמ"ע הוא רק בשור סתם דשלא יזיק ושלא יוזק שניהם שוים. ומש"כ בס"ק ד' נראה דמשלם כו' כ"כ בפסקי מאירי בש"מ ב"ק י"ג ע"ב:

הלכות גניבה:

סימן שמח

סעיף א'. ואסור לגנוב אפי' דרך שחוק. הק' השעמ"ש על השמטת הפוס' מאמר בב"ב ריש המניח אל תכנס לחצר חברך ליטול שלך שלא ברשות כו' עיי' פת"ש [עיי' רמ"א סי' קנ"ד סעי' ג' בשם הנמוק"י ולק' סי' שס"ט סעי' ו' בהגה ב' בשם הב"י] ובת"ח השיג על התוס' וכתב דאינו אלא עצה טובה ואולי ראיה לדבריו מהשמטת הפוס'. והמנ"ח מצוה רכ"ד כתב כיון דרבנן פליגי עליה אף דאינו מבואר דפליגי כיון דמיתני בלשון יחיד נראה דפליגי ע"כ ל"פ כותיה ודוחק. והנ"ל דמקור דרשת בב"ב כתב בהתו"ה מדכתב בלשון רבים לא תגנובו ללמד שלא יגנוב שלו מן הגנב שבזה יש שני גנבים [שם ט"ס שכ' בב"מ ע"ב דליתא רק בר"פ המניח] ודרשת הש"ס ע"מ למיקט כתב המע"ח ב"מ מדכתב בלשון רבים [עיי' ראב"ע] ובגנב ממש לא משכח"ל דקנה גנב ראשון והגונב מן הגנב פטור ומשכח"ל רק בע"מ למיקט דגם הא' לא נתכוין לקנותה לעצמו. ולפי"ז למאי דדרשי' בש"ס מזה ע"מ למיקט ליתא לדרשת בב"ב. אף שעיקר דברי המע"ח אין להם מקום לפי' הב' שבש"מ מובא בקצוה"ח שגנבו לעצמו ממש רק שאין כונתו אלא למיקט. עכ"ז בעיקר טעמו כתבו כן התו"ח והמהרמ"ש רק מטעם אחר דדרך הגונב ע"מ למיקט להודיע לחבירו שהוא ע"מ למיקט ואזהרת רחמנא אגנב ועל היודע. ואף שגם דבריהם צל"ע דבמ"ת פ' נח כתב דע"מ למיקט וע"מ לשלם כפל תרויהו דרשינן מיתורא. וגם בעיקר דברי התו"ה צל"ע דבתוספתא פ"י דב"ק איתא בבב"א שני דברים לא יגנוב אדם שלו מבית אחרים שמא יראה כגנב וכן לא יגנוב שלו מבית הגנב ומשמע דתרויהו יליף

מחד קרא ומנ"ל הילפותא הא'. ובעיקר ע"מ למיקט כתבו בש"מ שני פירושים מובאים בקצוה"ח ובשם ס"ה כתב להוכיח כפי' הא' מהספרי וצ"ע דבספרי אינו מבואר יותר מבש"ס ולמה מביא מספרי ולא מש"ס. ובמ"ת שם מבואר להדיא כפי' הא' וז"ל ברם צריך את למילף ה"מ היכא דקא גזיל אדעתא למישקליה לנפשיה אבל היכא דקא בעי ליתן מתנה להההיא נגזל ולא בעי לקבולי אומר אגנוב מיניה כי היכא דאהני ליה ואשלם לו תשלומי כפל א"נ שבק מאניה בדוכתא דלא מינטר או זוזי ופשע ואשכחינהו אינש אחריני ואמר אקנטנו עד דיתבעהו ויזדהר במאניה זימנא אחריני ולא יפשע מאי ת"ש לא תגנוב ע"מ למיקט כו' הרי להדיא כפי' הא'. ומש"כ הקצוה"ח לחקור בחיוב אונסין אבל בכפל פשוט שחייב וכ"כ במנ"ח. וכתב הש"ך דגנב משלם מעידית והעיר הבאה"ט דהא כן כתב המחבר, להדיא סעי' ה'.

וכונת הש"ך הוא לעמ"ל או לשלם כפל אף דלא כתיבי בפירוש וכ"כ הרא"ש ונמוק"י ריש ב"ק דאף דהוי מדרבנן משלמי ממיטב וכ"כ הש"ך סי' שפ"ה ושפ"ח להדיא וזה כונתו נמי בריש סי' שנ"ט ע"ש וצ"ע דאינו מובא בשו"ע דד' שומרים צריכים לשלם ממיטב ועיי' שו"ת מהרי"ט תתו"מ סי' מ"ז מובא בקצוה"ח לק' סי' שפ"ח ע"ש:

והנה מצאתי בס"ח סי' מ"ד שכתב ז"ל ואותם הגונבים או לוקחים דבר או מצניעים אותו כדי שיבקשנו בע"ד ויצטער עליו עובר בלאו. ובתוס' רי"ד קדושין ד' ס"ט כתב דכיון שכונתו לטהר עצמו בזה שרי בגונב ע"מ לשלם וע"ש בהג' רד"ל. ולפי"ז י"ל מה שהק' המנ"ח מצוה מ"ב דאיך השיאו עצה למכור א"ע בע"ע כמ"ש רש"י בסו' הפרק דהא אסור למכור עצמו בע"ע כמ"ש הרמב"ם והוא מהספרא. וי"ל דכאן שרי כיון שכונתו לטהר בניו וכמו דשרי בגניבה. אבל צ"ע דא"כ למה פסק הרמב"ם פ"א מעבדים דאין רשאי למכור עצמו לפרוע חובו ולא שרי משום מצות פריעת בע"ח וראיתי במקנה שכתב דמוכר עצמו אסור בכל גונא ויותר דאף בדיעבד אינו מכור וי"ל בזה: סעיף ב'. או הגונב ממון של עכו"ם. הנתי' חידש דמ"ע דוהשיב ליכא בעכו"ם וכ"כ הכפ"ת. ובשעהמ"ל הל' גזילה הק' מתוספתא ב"ק פ"י גזילת עכו"ם פטורה מחומש ויותר הו"ל להק' מתוספתא מובא בבהגר"א ס"ק ת' דקתני בהדיא דחייב להחזיר ולמש"כ בתומים רס"י צ"ה וסי' ע"ב ס"ק נ"ז דמיעוט דרעהו הכתוב בשומרים ע"כ מיירי בגר תושב דעכו"ם בלא"ה מותר מטעם הפקעת הלואתו. י"ל דהתוספתא מיירי נמי בג"ת. אף שבעיקר קושית התומים י"ל דנ"מ בנתגייר אח"כ דמטעם הפקעת הלואתו אסור כיון דעתה הוא ישראל ונתמעט מדיני שומרים כמ"ש הרמב"ם בסי', ש"א ובזה י"ל מה שהק' המפ' לדעת הרמב"ם ריש הל' תמורה דלאו דתמורה לא הוי ניתק לעשה דהעשה אינה בצבור ושותפים א"כ בלאו דגזל

נמי לילקי דהעשה אינה בעכו"ם די"ל למש"כ התומים סי' צ"ז ס"ק ז' לחלק בישוב קושית המלמ"ל שם דהואיל דכשיעני העשיר מחויב להחזיר א"כ בכל שעה עומד הוא להחזיר דאולי יעני וה"נ עומד הוא להשיב דילמא יתגייר. אבל א"ל כן דהואיל ובא לידו בהיותו עכו"ם בהיתר תו א"מ אח"כ בחזרה אדרבה כשנתגייר הא מחויב לציית דין ישראל. וע"ד הקושיא י"ל למש"כ שם התומים בחילוק ב' לחלק בין היכא דמתקיים ממילא כבתמורה לבין דעושה מעשה כמו גבי חובל וה"נ עושה מעשה השבה. ובלא"ה י"ל עפ"י מש"כ רש"ל להק' למ"ד גזל עכו"ם אסור היאך יאמר כן שהרי לישראל ניתנה התורה ולא להם. וכתב החכ"צ בתשו' דלק"מ דאטו נצטוה הנכרי שלא יניח הישראל לגזול ממנו? אנחנו נצטוינו שלא לעשות מעשים מכוערים ולא משום לתא דנכרים קפדינן אלא בעבורינו למען נקנה בנפשתינו מדות טובות והרי גם בבע"ח נצטוינו על צערם לא עבור הפעול אלא בעבורינו. והסביר עפי"ז הגרי"ש נאטענזאהן סברת האומרים דמ"ע דוהשיב ליכא בעכו"ם דבישראל דהקפידה התורה מחמת הפעול שלא נגזול לישראל א"כ אף שעבר וגזל צותה התורה להשיב הגזילה. אבל בעכו"ם דלא קפדינן אליתא דידהו רק בעבורינו וא"כ כל שעבר וגזל מה בצע:

בהשבה ומה שעבר עבר ולא ניתן להשיב והגזילה בעצמותה לא איכפת לן. ולפי"ז הלאו דלא תגזול בישראל ועכו"ם אינם בסוג אחד ולכך לא מיקרי בזה הלאו כולל יותר מהעשה לפי שבעשה נפסק פעולת ההשבה. ובשו"ת ברית יעקב האריך להוכיח מכמה פסקי רמב"ם ושו"ע דיש מ"ע דוהשיב בעכו"ם. וצ"ל הא דיליף בש"ס דגזל עכו"ם אסור מוחשב עם קונהו או מואכלת את כל העמים היינו דלא נימא דקרא דלא תגזול קאי אישראל לחוד ע"ז יליף מקראי דגם גזל עכו"ם אסור ותו אהדריה לאיסורא דלא תגזול ועיי' רי"ט אלגזי רפ"ב דבכורות מ"ש בזה ומש"כ שם להק' לפי"ז מר"פ אז"נ ל"ל כו' הא איצטריך משום גזל עכו"ם אין דחיה מזה דיש עוד כמה נ"מ עיי' שמ"ק ובמע"ח:

סעיף ד'. משעה שמשך הגניבה. הרמב"ם פ"ב מגניבה כתב גנב ברשות בעלים ואחר שידעו שנגנבה כו' והוא ממתני' ב"ק ע"ט. והק' המפ' למה הוסיף ואחר שידעו ובמתני' ליתא מזה וגם הטור סי' ש"נ לא כתב זה דאטו בידיעת הבעלים תליא מילתא ונ"ל דבתוס' שם כתבו דבשלא הגביה עסקי' דבהגביהו הוי קני וחייב. והק' בים התלמוד כיון דגניבה שלא מדעת א"צ דעת בעלים ובהגביהו בשעת גניבה ואח"כ טבת ברשותם וע"כ ע"י שהחזירו לרשות בעלים וטבחו שם ואף. דאפשר לא כיון לשם חזרה מ"מ כיון דהעדים אינם יודעים כונתו אלא שמודה שלא כיון לשם חזרה הו"ל מודה בקנס רק בגנב חוץ מרשותם דל"מ חזרתו של"מ בעלים דאנקטי ניגרי ברייתא [ובאמת כבר עמד בזה בש"מ

וכתב כיון דלא נתכוין לחזרה] והרמב"ם הל' ט"ז שם כתב כהתוס' וקשה עליו קושית הים התלמוד ע"כ מפרש למתני' בידעו הבעלים ולא הוי השבה דצריך ידיעת בעלים והטור לא כתב כהתוס' ע"כ לא הזכיר מידיעת בעלים:

סמ"ע ס"ק י'. ובלבד שמחייב עצמו בקרן. והנה בישׁ"ש פ' מרובה הק' למה בפלגא נזקא מודה ואח"כ באו עדים פטור ועיי' מלמ"ל פ"ג מגניבה. ונ"ל דהטעם דפוטר עצמו מכלום לא הוי הודאה כתב רש"י דיודע דמודה בקנס פטור ואינו הודאה דלא מתכוין להשיב כלום. ע"כ נראה לדון דזה בדבר שדינו ברור לכל ואין בו שום צד לחיוב וא"כ בת"נ דהוי מחלוקת אי הוי קנסא אי ממונא ואינו פשוט לומר דידע דמיפטר בהודאתו דמנ"ל דהלכה כמ"ד קנסא. ובזה י"ל קושית החוו"ד יור"ד סי' קכ"ז בגיטין נ"ד ע"ב מתוך שאתה נאמן להפסיד שכרך כו' משמע דבחינם אינו נאמן. והא צריך לשלם הגוילין שהפסיד. וראיתי שכתב בזה בשו"ת פאת השדה לתרץ זה עפ"י מש"כ הפנ"י כתובות ד' ע"ב ליישב דברי הראב"ד שהק' בש"ס שם דלא אוקמי במודית שהאכילתו שאינו מעושר משום דא"א מע"ר. והר"ן דחהו דלהפסידה כתובתה נאמנת. וכתב הפנ"י משום דבמה שאמרה שהאכילתו שאינו מעושר אין בזה עוד הפסדת כתובתה דקנס חכמים הוא. וה"נ דמה שצריך לשלם הגוילין השא"נ הוא וקנס חכמים הוא ובמה שאמר שכתב של"ש אין בזה עוד חיוב תשלומין. ולא דמי כלל דהתם שפיר כתב הפנ"י דהפסדת כתובתה אינה אלא ענין קנס צדדי האינה שייכת לעצם המעשה אבל חיוב תשלום בהשא"נ הוא על עצם הדבר שעשה דחז"ל קראו זה היזק ושפיר י"ל מתוך כו' דענין אחד הוא. ולמש"כ שפיר י"ל דהשא"נ אי שמיה היזק אי לא הוי מחלוקת בש"ס ולמ"ד דל"ש היזק אינו חייב רק במזיד ולא ידע דמתחייב בזה. (ועיי' תוס' גיטין מ"ה ע"א ד"ה מידי ובש"ך לעיל סי' מ"ב ס"ק כ"א כ"ב ובקהלת יעקב חלק מידות חכמים אות א' דיעות הפוס' אי אמרי' אדם יודע כה"ג דאיכא למיטעי ולכו"ע אמרי' כן להחזיק. ועיי' שמ"ק ב"ק צ"א דמחלק בין קנס דרבנן לתקנתא דרבנן דבתקנתא דרבנן חייב עפ"י עצמו ובשו"ת פורת יוסף סי' א' כתב דההיא דמטמא ומדמע חשיב תקנתא אף דאמרי' בש"ס ע"ז קנס הוא ע"ש]. ובזה י"ל במש"כ הגרע"א בחי' אור"ת סי' תמ"ג ראיה להמג"א דשומר שפשע פטור מהא דיור"ד סי' קכ"ז סעי' ב' דבשכרו מועט א"נ לומר נתנסך יינך בפשיעה ואי שומר חייב בהשא"נ א"כ ממילא בנתנסך בפשיעה חייב לשלם ויהא נאמן כיון דאפסדיה הכל. למש"כ י"ל דבהשא"נ לא ידע שיתחייב לשלם. ובעיקר קושית החוו"ד ראית הגרע"א יש לדון דל"א מתוך אלא בהפסד ברור וידוע כגון בהפסד שכר דהפסידו נכון אבל במה שיתחייב לשלם אולי יודע הוא שאין לו במה לשלם ואינו ירא מזה ולא חייש לכשיתעשר עיי' תוס' ב"ב

מ"ג דל"ת משום זה נוגע לעדות. ומה שהק' השעהמ"ל הל' עבדים מגיטין מ"ב דילמא מודה ומפטר דהא פוטר עצמו מכלום י"ל דשם אף דפוטר עצמו מממון עכ"ז מפסיד לעצמו דהשור נאסר בהנאה בנגיחותו. והנה בנוב"ת תאהע"ז סי' כ"ג חידש השואל ליישב קושית רש"ל דדוקא דבהודאתו משים עצמו רשע שאין דבריו מתקבלים אז אינו פטור אח"כ כשבאו עדים אלא כשחייב עצמו בקרן משא"כ בפלגא נזקא קנסא שהשור הזיק ולא הוא לכך מתקבלים דבריו אף בפוטר עצמו מכלום לכן פטור אף בבאו עדים אח"כ. והגאון המשיב דחהו מב"ק ע"ד ע"א דבדבריו נסתר קושית רבא שם דאמר קפחתי לסבי דבי רב דהא ר"ג פוטר עצמו מכלום הוי כו' ולדבריו וכי ר"ג משוי נפשיה רשע ח"ו בהודאתו הא ודאי דבשוגג סימא עין עבדו ומה ענין דר"ג לדרב המנונא דמיירי באומר טבחתי דמשוי נפשיה רשע ופוטר עצמו מכלום. ולכאורה י"ל כונת השואל דבקדושין כ"ד וב"ק כ"ו אית ליה לרשב"ג ושחתה עד שיתכוין לשחתה ומסתמא לא פליג אאבוה ור"ג ס"ל נמי דעד שיתכוין ואח"כ ראיתי להג' יעב"ץ בהג' ש"ס שהק' שם למה שמת ר"ג דהא בעינן שיתכוין לשחתה ור"ג היה ודאי שוגג. וכתב דשמא ר"ג ל"ל דרשב"ג אלא כת"ק. שוב לאח"ז ראיתי בשו"ת מהר"ם מינץ אפי זוטי ושם בסי' כ"ז כתב דהשיב מיד להגאון דנעלם ממנו ש"ס הנ"ל דרשב"ג אית ליה עד שיתכוין לשחתה. ול"י במה תפסו אף די"ל כן כמש"כ אבל אין הכרת דס"ל כרשב"ג כמ"ש הנו"ב דבודאי לא היה מזיד. אף די"ל קצת עפ"י מה שנשאל רה"ג אם העבד הכה תחילה לבעה"ב והכה שינו וסימא עינו ואח"כ הפיל האדון להעבד שינו וסימא עינו אי בזה יוצא ג"כ לחירות וי"ל דעובדא דר"ג נמי הוי באופן זה ורצה להציל א"ע ובזה היה א"ל במה שהק' שם עפ"י ש"ס כריתות כ"ד שוה"נ שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה וה"נ הא ר"ג סבר דמשוחרר הוא. וי"ל דגם לר"ג היה ספק באופן זה אי יוצא לחירות ושמח במה שמצא עילה לשחררו באופן כשיתברר הדין מחכמים. או י"ל דהוי ס"ל דל"ב כונה ולדידיה הוי משוחרר עכ"ז לא רצה לסמוך אדעתיה הואיל ורבים פליגי עליה ולא אפקריה מספק. ובזה אמרתי לחדודי בהא דר"ג דאמר על טבי עבדו דכשר הוא. עפ"י מה שהק' השעהמ"ל על הוכחת הירושלמי דפעור לציי"ש מהא דר"ג דהא לציי"ש מועיל תפיסה והעבד מוחזק בעצמו. וי"ל עפ"י מש"כ החיד"א ביעור אוזן דכל היכא דחייב לציי"ש אם גם השני רוצה לציי"ש אינו רשאי ליקח שעפ"י דין שמים אינו צריך לקבל מעות דלא שייך לו עפ"י דין ומביא ראיה מהא דסנהדרין ע"ב דרבא לא קיבל הדיכרי דאהדרינהו וקשה דהא קבל"מ חייב לציי"ש וע"כ דגם רבא רצה לצאת יד"ש [עיי' תומים וקצוה"ח סי' כ"ת] וזהו כשרותו של העבד טבי שלא, רצה להחזיק בעצמו מדין תפיסה ורצה גם הוא לציי"ש ובד"א הא פטור

ר"ג וי"ל עוד. ובקושית החוו"ד הנ"ל ראיתי בשו"ת מ"ע מתרץ עפ"י סברת התוס' ריש ב"ב דהיכא דמפסיד גם לנפשיה ל"ש למיקנסיה משום שלא יהא כו' וה"נ השא"נ היא אי עיבד הקלף לשמה או לא ול"ש לחייבו משום שלא יהא כו' שלא יפסיד שכרו. ויש הרבה לפלפל בענין זה ואכ"מ ועיי' ישועי"ק יור"ד סי' רפ"ד ובקונטרס שם מהג' רצה"ח פילפול נאה בזה: סעיף ז' בהגה ודוקא כו'. ע"כ מיירי דיש לשמעון מיגו דהחזרתי וכה"ג דאל"כ בלא"ה א"י לטעון דידי חטפתי דהא הו"ל משואיל"מ א"כ הו"ל כמו ראובן יודע שאין לשמעון טענה עליו. ואף שהרא"ש סיים הטעם שאם יתפוס שמעון משל ראובן לא היה מחזירו הכונה שיטעון שמעון שהזיק שיעבודו כיון דהיה יכול לתפוס בדין. דא"ל דכונתו דיתפוס ממנו באלמות דא"כ אמאי אמרי' בסיפא דיודע שאין לשמעון טענה עליו חייב לשלם ללוי ולא אמרי' דיתפוס ממנו באלמות כ"כ בשו"ת עין יצחק ח"ב סי' נ"ח ועיי' ערוך השולחן:

סעיף ח' בהגה. המראה לחבירו לגנוב כו'. לפמ"ש הרמ"א לק' סי' שפ"ח סעי' ט"ו דבהוחזק לכך ישלד"ע א"מ קושית הד"מ כאן על הח"ה דהא הת"ה כתב בגנב מפורסם. ומצאתי בשושנת העמקים להפרמ"ג סי' ו' שעמד בזה: אך מש"כ שם שהד"מ לא ראה גוף התשו' דמיירי בגנב מפורסם תמוה דהד"מ העתיק ג"כ לשון התשו' בגנב מפורסם וע"ש בפת"ש ס"ק ז'. שו"ר בהג' דרו"פ שמחלק כן מסברא ולא הזכיר מש"כ הרמ"א שם. והנה בעיקר הדין האריך הש"ך כאן להוכיח דאף בלא ידע נמי אשלד"ע דלא כרש"ל ופי' המשנה ע"ט הוא דלא כרש"י ובאמת כתבו הרבה מהראשונים בפי' דמתני' כרש"י ה"ה התוס' והרשב"א והגאון בש"מ ותלמידי הר"פ והרר"י והמאירי וכ"פ הרע"ב וגם פירוש הראב"ד מובא ברשב"א מפרש ג"כ כרש"י מזה מבואר דלא כמ"ש הש"ך בדעת הראב"ד דאינו מפרש כרש"י והרי מבואר מכל הראשונים הנ"ל דבלא ידע יש שלד"ע דלא כהכרעת הש"ך וצ"ע. ומה שהק' הנתי' לפי' הנמוק"י דמשום תחזור פרה לבעלים הראשונים הוא דמה"ת יהא לו דין שואל כיון דדבר שאינו שלו השאיל ע"ש. הנה המחנ"א הל' גזילה סי' ז' העלה מזה דאף בלא כונה לגזול אלא לקחה בתורת שאלה ונמצא שאינו שלו חשיב שואל של"מ והוי גזלן ע"ש ועיי' מש"כ בזה בשו"ת עונג יו"ט סי' קס"ה. ומש"כ הש"ך להשיג על הרש"ל במש"כ דיואב שוגג הוי עיי' מש"כ בזה המקנה קדושין רפ"ב דהצדק עם הרש"ל עפ"י מ"ש סנהדרין סו"פ נגמר הדין ועיי' נוב"ק סי' ע"ת מזה ובשום"ש תנינא ח"ב סי' ס"ט וסי' ק"פ. ומה שהק' הקצוה"ח משליח ב"ד שטעה ועיי' נתי' כבר כתבו יפה לתרץ דלא מצינו שליחות אלא היכא דהמשלח נהנה מזה ע"י מעשה השליח ולא היכא שהוא מזיק לבד ורק לשמאי ס"ל כן ברפ"ב קדושין ובזה

מיושב הקושיא מיואב וגם מה שהק' מב"ק נ"א בור של שני שותפים היכי משכח"ל כו' אשלד"ע. והא משכח"ל בשוגג. דהיינו הך דהוי שלית להזיק לחוד ועוד יש ליישב בזה עיי' ס' חקר הלכה כלל שליחות מש"כ בזה. ובענין זה נ"ל ליישב כונת הראב"ד ז"ל בהשגות פ"ה מרוצח הל' ו' וז"ל א"א זו לא שמענו מעולם אלא שלית ב"ד שמלקה יותר ממה שאמדוהו כו'. ותמהו עליו דבכה"ג חייב גלות. ובקול הרמ"ז פ"ב דמכות כתב דמיירי בלא טעו במנינא דבטעי הא גולה. ואינו מספיק דהא דפטור בלא טעי משום דהו"ל קרוב למזיד כמ"ש ב"ק ל"ב. ובשו"ת ברית יעקב כתב בכונתו עפ"י מ"ש סנהדרין י' אמדוהו לעשרים וחייבוהו י"ת ובכה"ג אם השליח ב"ד הוסיף מיקרי אונס. וג"ז אינו מספיק בכונת הראב"ד דא"כ מיפטר משום אונס ולא מטעם עוסק במצוה ונ"ל ברור בכונתו דזה פשיט ליה להראב"ד דאין רשות לשליח ב"ד להכות נפש למי שמסרב לדין וע"ז א"צ ראיה וזש"כ זו לא שמענו מעולם. אלא דבלא היה כונתו להכותו נפש רק להלקותו ומת מזה. ע"ז כתב כיון דעל הכאת נפש אין לו רשות א"כ זה שהלקהו מכות יתירות הוי דינו כמו שמלקה יותר ממה שאמדוהו ב"ד דגולה וה"נ הדין כן וז"ש אלא שלית ב"ד כו' זו שמענו דגולה וה"נ כן:

פת"ש סוס"ק ז'. ובזה א"ש כו'. בשו"ת בית שלמה חחו"מ סי' קל"א בהגה הק' על השבו"י מירושלמי ר"פ הגוזל בתרא הגנבים שבאו במחתרת ועשו חשובה חייבים להחזיר עשה אחד מהם חשובה חייב להחזיר כו' הרי דאין כאן ערבות דאל"כ אף אם חבירו כופר ליחייב כמ"ש הרמ"א סי' קכ"ט סעי' ח'. ונ"ל דהשבו"י לא כתב כן אלא היכי דחיובם מדינא ובזה הוי ג"כ ערבים זל"ז והכא דקנינהו במחתרת ואין להם דמים ובחיוב לציד"ש לא מצינו ערבות ואין לדמות זה למ"ש סוטה ל"ז כמובן. והפ"מ כתב דמחתרת ל"ד נקט ולמש"כ י"ל דדוקא נקט הירושלמי מחתרת ועיי' שו"ת שארית יוסף סי' ז'. ובשו"ת ראשי בשמים סי' ע"ב דוחה כל ראיות השבו"י ע"ש. וראיתי בשם הנוע"י שכ' ג"כ דמחתרת דוקא וטעמו לא ידעתי כי אינו בידי ובתוספתא סופ"י דב"ק כתב ג"כ מחתרת:

סימן שמט

סעיף א'. שגנבו כו'. עיי' קצוה"ח מש"כ בשם הירושלמי. אולי י"ל הפי' באינו מבוצר ר"ל שאין לו מעקה סביב ועלולה ליפול והוי אבידה מדעת לדעת הרמב"ם סי' רס"א ולכך לא כתב זה הרמב"ם ולהטור שם א"צ לכותבה דנדחה מכמה סוגיות בש"ס דילן דלא הוי הפקר כמ"ש שם המפ'. ולפי"ז גם רשות גנב דמרבינן גגו דוקא מבוצר להירושלמי ולהרמב"ם. אך לפי' התוס' ב"ק ס"ה ע"א דמיירי בהכישה כה"ג נמי חייב ול"ד למש"כ ש"ך סי' שצ"ו ס"ק א' דהכא לא גרע מזרק מטבע לים דחייב בהגביה ב"ק צ"ת ועיי' הג'

רש"ש בדברי התוס' שם וצ"ע. והפ"מ פירש בירושלמי דלא כהקצוה"ח דמפרש על הגנב אלא אקניית השומר להכפל ע"ש:

סעיף ב' צריך לישבע כו'. עיי' קצוה"ח מה שהק' ע"ז וכבר הק' כן הב"ח כאן ומש"כ הב"ח דמיירי בהודיעה לו קשה דא"כ חייב גם באונסין וכמ"ש הקצוה"ח:

פת"ש ס"ק ב'. הרי להדיא דדוקא היכי שנאבד כו'. בכה"ג הא גם בגדול פטור כמ"ש בפת"ש לעיל סי' שמ"ח ס"ק ז' בשם הח"ס דהוי מחתרת. ואולי בקטן ל"ש פטור דמחתרת. והגר"א משכיל לאיתן בחי' להרמב"ם מביא ראיה דמחויב לציי"ש מיאשי' דאמרו פ"ה דשבת שהחזיר מה שדן מבן שמנה. ואין ראיה למ"ש בס"ת דממדת חסידות צריך להחזיר וכ"מ שם דלציי"ש הא כו"ע חייבים ומאי חידוש דיאשי'. והנה הט"ז כאן כתב מדברי רש"י ב"ק צ"ח ועמד בזה בהג' אשרי ב"ק פ' החובל ובש"מ בשם ר"י פירש שבא מעשה כה"ג לפני ר"א ורצה לפטור את השורף ואכפיה רפרם שהיה קשיש ממנו לר"א שהיה בחור לחייב השורף וכפרש"י בכתובות כמ"ש הט"ז. וראיתי למי שמגיה בדברי רש"י וכצ"ל ואכפיה רפרם לר"א שפטר לאחד ששרף שטר חבירו בילדותו פי' שר"א בילדותו פטר להשורף וא"ש בילדותו ול"א בקטנותו וצ"ע בש"ס ב"ק קי"ב דפריך וקטנים מי מחייבי כו' הא נ"מ שפיר לכשיגדיל שוב לאח"ז ראיתי במלמ"ל פ"ד דמלוה מביא הג' אשרי הנ"ל והעיר מב"ק ושם פירש ג"כ דברי רש"י כמש"כ. ועיי' רדב"ז חלק ד' סי' שי"ד מש"כ בזה. ועיי' עוד בתוי"ט פ"ז מ"ג דתרומות מש"כ בסתירת דברי הרע"ב בזה ובשו"ת מהרא"י חו"מ סי' ס"ט חילק בין מידי דכפרה כמו חומש דודאי חייב לכשיגדיל ובין מידי דממון:

סעיף ד'. אין בעליו חייב לשלם. בנוב"ת חחו"מ סי' ז' כתב דאין זה מדינא אלא מצד התקנה. ול"מ כן ברמב"ם פ"א מגניבה הל' ט' שכתב מפני שיש בהם דעת וא"י לשומרם משמע דמדינא פטור והטעם דשמא יקניטנו אינו אלא לתת טעם דלא נימא עבד מורא רבו עליו ויכול לשומרם. והנו"ב כתב דלפי"ז בעבד שהרג דל"ש ה"ט חייב האדון בדמי הנהרג ול"מ כן מרמב"ם ועיי' מש"כ בדין זה לק' סי' תכ"ד סעי' ט':

סימן שנ

הנה בטור כתב כאן דיני כפל ודו"ה ואף שאין נוגע לדינא עכ"ז מצאתי איזה מקומות המחוסר ביאור וזהו. בסעי' ב' גנב שור של שותפים כו'. ופי' הב"ח שכפר להב' בב"ד אחר. והקצוה"ח הסכים עמו והקשו עליו מעובדא דר"ג ב"ק ע"ה דא"ל אין בדבריך כלום שכבר הודית והא שמחתו עודנה בתקפו שעבדו יביאו לפני ב"ד אתר עיי' נתי'. ואף אם נדחוק בשום צד לחלק בין קנס דראשי איברים לשארי קנסות כמו שצ"ל לשיטת

הי"מ שמביא המאירי ב"ק ומובא בשעהמ"ל פ"ה מהל' עבדים דהא דבעינן שיחייב עצמו בהודאתו דוקא בשארי קנסות ולא ביציאת ראשי איברים. אולם קשה מאוד לשיטתם מהא דאמר שם קפחתינהו לסבי דבי רב דהא ר"ג פוטר עצמו מכלום הוי. ומש"כ השעהמ"ל ליישב דאל"כ קשיא לר"ה אידך ברייתא דקתני שכבר הודית כו' אין הכרת דכבר כתבו הת"ת והפנ"י שאין לדייק מלישנא דברייתא שכבר הודית. וגם היאך יתפרש לשיטה זו הירושלמי כתובות פ"ג דדייק מעובדא דר"ג דמוב"ק אין מועיל תפיסה ואי יש חילוק בינם איך מדייק מזה אדעלמא. אמנם השעהמ"ל מייחס גם להרמב"ם שיטה זו וצ"ע. ועוד ק"ל מש"ס שם דקאמר מדקתני סיפא ראב"ש אומר יבואו עדים ויעידו מכלל דת"ק סבר לא. ודילמא יבואו עדים ויעידו בב"ד אחר ומאי ראיה. עוד ק"ל משבועות ל"ג משביע עדי קנס מהו כו' כי תיבעי לך אליבא דרבנן והא אף לרבנן חייבים העדים כשיבואו לפני ב"ד אחר. ונ"ל דזה שדייק רש"י שם ד"ה אלא מי אמרי' כיון דאי הוי מודה קודם עדים מיפטר עולמית. ר"ל אף כשיבואו לפני ב"ד אחר. ובתרומת הכרי סי' א' ובמנ"ח מצוה נ"ד כתבו דהודאת השותף מהני גם להב' אלא דל"מ הודאה בזה שלא בפני בע"ד וכיון דלא היה השותף הב' בהודאה ל"מ ועיי' קצוה"ח סי' פ"א ס"ק י' שהק' בזה מעובדא דר"ג שם ויותר הו"ל להק' ממתני':

כתובות מ"א האומר פתיתי כו' ובלא תביעה איירי שם וגם שלא בפניו דאמר שם דילמא לא ניח"ל לאבוה וי"ל בזה:

סעיף ג'. או שפרע בחובו. הנה בש"ם איתא גם או שפרעו בהיקפו וכתב הר"י בש"מ דאשמעי' דאעפ"י שלא הא מעות לידו מעולם והו"ל להטור לכתוב כלשון הש"ס, וברמב"ם פ"ב מגניבה כתב פרע בהיקפו לבד וא"ש דתו לא צריך לכתוב פרע בחובו ולשון הטור צ"ע. ומש"כ או שלחו סבלונות לבית חמיו. כתב בש"מ דאשמעי' דלא הוי כנותן מחנה לאשתו דלא מיקרי נתינה דכל מה שקנתה אשה קנה בעלה ולא דמיא ארוסה לנשואה. ולכאורה צ"ע דהא הנותן מחנה לאשתו קנתה ולמה לא מיקרי מתנה. וצ"ל כמ"ש התוס' ב"ב הואיל ואינה יכולה למוכרה לא מיקרי מחנה דזה הוי שיור. אבל בטור אהע"ז סי' פ"ה מובא דעת הרמ"ה דמכירתה קיים ולדידיה צ"ע דהול"ל נתן לאשתו. וי"ל בפשיטות דהחידוש הוא אף דהסבלונות הדרי בחזר בו וכמבואר באהע"ז סי' נ' והו"א דלא הוי מתנה קמ"ל:

סעיף ח'. אלא לאחר ל' כו'. וכתב הב"ח דלא רצה לפרש כרש"י משום דבכה"ג לא הוי אלא ש"ח. והנה הקצוה"ח סוס"י שמ"ו כתב דלהרמב"ם דהלוקח לזמן רשאי לעשות כבשלו לא הוי שומר כלל א"כ בלא"ה ל"ל כן לדידיה אלא דזה גופא הו"ל להרמב"ם

לפרש דהקנה לל' יום וס"ד דהוי מכירה מעליא כיון דיכול לעשות בה מה שירצה, וצ"ל דגם זה פשיטא כיון דאי איתא הדרא בעינא:

סעיף ו'. אבל אם שייר קרנה וגיזתה כו' רש"י כתב גם עורה והטור והרמב"ם לא כתבו זה ולכאורה עור הוי דבר המעכב בשחיטה דגלודה טריפה: סעיף ו'. אבל אם היה לו שותפות בה כו'. והוא ממתני' ע"ח וכתב הנמוק"י אף דכבר אשמעי' זה במתני' דלעיל גנב משל אביו כו' החם הוא משום דיש לו שותפות בכל אבר ואבר והכא אשמעי' אפי' לא היה לו שותפות אלא באבר אחד וכ"כ הרא"ש בש"מ. וא"כ צ"ע סידור הטור שכ' לפיכך גנב משל אביו דזה לא הוי חידוש כ"כ ועיקר החידוש הוא משנה הב' וגם לא ביאר החידוש:

סעיף ט'. גנב שלימה וקטע ממנה אבר כו'. מה שהק' הרש"ש ח"ל דהוי שינוי כתבתי מזה לק'. והנה בש"ס ב"ק ק"ו מבואר דשחיטת בן פקועה לאו שחיטה היא כיון דא"צ שחיטה והרמב"ם והטור השמיטו זה. וראיתי בשו"ת מצפה ארי' שהק' לפמש"כ בש"מ שם דבן פקועה טעון נחירה וכ"כ הפר"ד מובא בפת"ש יור"ד סי' י"ג אמאי לא נימא נחירתו זהו שחיטתו וכה"ג איתא ביומא ס"ג בשעיר המשתלח דחייתו לצוק זהו שחיטתו ויש בו משום או"ב [עיי' הג' רש"ש פסחים כ"ב] ולק"מ דהא אמרי' כאן בשייר עובר א"ד כיון דצריך לאשתרויי בהדה בשחיטה כמאן דשייר בגופו דמי והא צריך נחירה בפ"ע וע"כ דהנחירה אינה נחשבת שחיטה בפ"ע אלא כשניתר בשחיטת אמו צריך עוד נחירה והנחירה הוי חלק בשחיטת אמו דבשניהם מתכשר. [ועיי' בקונטרס לבנת המנחה שציינתי בזה] והנה בירושלמי איתא ר"ז בעי מכרה חציין מאי מכרה חציה לזה וחציה לזה מאי נישמעינא מן הדא מכרה חוץ מידה חוץ מרגלה כו' משלם תשלומי דו"ה ר"ל בר"ש אמר חוץ מקרנה כו' רבי אומר חוץ מדבר שהנשמה תלויה ביה משלם דו"ה חוץ מדבר שאין הנשמה תלויה ביה פטור. וע"כ ספיקת הירושלמי הוא דשייר תחילה ואח"כ מכרה לאותו הלוקח עצמו או שמכר חציה לאדם זה וחציה לאדם אחר וכן פירש הפ"מ וא"כ א"מ הראיה מברייתא דלא מוזכר מזה בברייתא. ונ"ל לפרש דטעמא דת"ק מפרש בש"ס דילן [ומש"כ בירושלמי משלם תשלומי כו' הוא בודאי ט"ס וצ"ל אינו משלם כדאיתא בש"ס דילן] וטבחו כולו בעינן ומכרו כולו בעינן וטעמו דרבי ומכרו דומיא דטבחו מה החם דבר הניתר עמו בשחיטה אף ומכרו דבר הניתר עמו בשחיטה. הרי דרבי מקיש אופן המכירה לגמרי כאופן הטביחה ות"ק לא מקיש אלא וטבחו לגמרי בדידיה ומכרו לגמרי בדידיה דהא גיזה בודאי א"א לאקושי לוטבחו ואפ"ה מעכב לת"ק אלא ומכרו כל דבר הנמכר וא"כ בבעית הירושלמי לת"ק דלא אקיש לגמרי לטביחה א"כ

בגונא דמכר חציה חציה הוי מכירה ולא איכפת לן מה שמכרה חציה חציה כיון דכעת היא כולה מכורה ולרבי דאקיש לגמרי לטביחה א"כ כמו בטביחה א"א חציה חציה ה"נ במכירה לאו מכירה היא. והנה בליסטים מזוין דעת הרמב"ם דגנב הוא לענין כפל לפי נוסחת המג"ע והלח"מ פ"ג מגניבה וכן דעת הראב"ד וההמ"מ כתב דתרי גונא ל"מ יש. וזה כונת הש"ך סי' א' ס"ק ט' שכתב היינו הקנס מהגזילות כגון כפל דו"ה. ותמהו ע"ז דהא כפל בגזלן ליתא וכונתו בליסטים מזוין דגנב הוא לענין כפל:

סעיף י'. שותפין שגנבו כו'. היינו בגנבו שניהם ביחד אלא דהטו"מ היה אחד מדעת חבירו לכך חייב בכפל ופטור מדו"ה אבל אם אחד גנב וטו"מ אף אם עשה הכל מדעת חבירו הוא חייב בכל והב' פטור דלא איתרבי שליחות אלא בטו"מ ולא בגניבה וכן מבאר המאירי והטור קיצר:

סעיף י"א. חייב אתה ליתן לו כו':

הרש"ש ב"ק ס"ט ע"א חידש דאם אחר שבאו עדים שגנב החזיר הגנב הגניבה לבעלים שוב אין הב"ד פוסקין עליו דין כפל. ולא ראה תשו' הרשב"א המובא בקצוה"ח כאן דל"מ חזרה אחר שבאו עדים:

סעיף ט"ו. והטמינה בין האילנות. וכן פירש הרמב"ם דלא כפירש"י דקאי אגנב עצמו שנטמן והב"י והב"ח לא העירו שינוי הפירוש ובירושלמי משמע כפי' הרמב"ם וטור. ומה שהק' הלח"מ לפי"ז עיי' שמ"ק ולק"מ. ומש"כ הקצוה"ח בביאור דברי המרדכי כן כתב המרדכי עצמו שם ע"ש:

סימן שנא

ש"ך צ"ע מנ"ל הא כו' אבל הכא כו'. דבריו צע"ג דהוא נגד פסק הרמב"ם רפ"ג מגניבה. ומש"כ בקצוה"ח ראיה מעירכין ז' תמוה שלא ראה שכ"כ הה"מ מקור דברי הרמב"ם משם וגם הרשב"א ב"ק כ"ב ע"ב כתב כן והוכיח מעירכין ז' והה"מ לא הביאו ובתוספתא ב"ק פ"ט מפורש כהרמב"ם דאיתא שם זה כלל כל שחלה עליו מיתה ואח"כ תשלומין תשלומין ואח"כ מיחה חייב. וגם נ"ל ראיה לזה מירושלמי כתובות פ"ג מובא שם ברשב"א החוסם פי פרה לוקה כו' ברם הכא מכיון שחוסם נתחייב מכות מכאן והילך בתשלומין התיב ר"ז הרי המצית גדישו של חבירו בשבת על שבולת ראשונה נתחייב מיתה כו' הרי להדיא דחיוב מיתה מקודם חייב. ראה זה מצאתי גם תנא דמסייע להש"ך דבש"מ ב"ק ל"ד ע"ב במתני' כתב בשם הר"ם דאפי' נתחייב מיחה מקודם ג"כ פטור מממון. ולכאורה י"ל דהש"ך לא כתב כן רק במחויב מיתה מהמעשה הזה כמו מחתרת ושם בעירכין חייב מיחה מעבירה אחרת ובזה מסתברא כן דאל"כ מחויב מיתה יפטור

מכל נזקין וכמ"ש הרשב"א בחי' ב"ק כ"ב. והא דפריך בכתובות ל"א אי דאפקי' קו' ולישני דנטל אח"כ לביתו וכבר נתחייב משום שבת צ"ל דק"ל לישנא דברייתא דאמר שהרי איסור שבת וגניבה באים כאחד וכ"כ השעהמ"ל פ"ד מגניבה. והקצוה"ח הק' בשבח צ"א בנסכא דהא קני מטעם ידו. הנה בחי' הר"ן שם כתב בשם הרא"ה דזה דלא כאוקימתא בכתובות דאוקמי בשצירף ידו למטה מג' דלההיא ל"ש טעמא דאגד כלי כלל ואיסור שבת ואיסור גניבה באים כאחד וזה דלא כפירש"י. והרשב"א שם מיישב פרש"י וכתב דמהא שמעי' דבכליו של מוכר היכא דלא משתקיל ליה לא קני אפי' בהגבהה. וא"כ החסרון הוא מצד כליו של מוכר דלא קני מטעם ידו. ומש"כ הקצוה"ח עפי"ז ליישב קושית התוס' שם על רש"י וכתב דלר"א לא פריך. תמוה דרש"י שם ד"ה שהרי ובד"ה דרך פירש דלר"א נמי פריך ועיי' שעהמ"ל פ"ד מגניבה ובישועי"ק חי' חו"מ סי' שנ"א מזה: ומש"כ הנתי' כאן דדוקא ביאוש בעינן ריצוי הגזלן אבל בשינוי קונה אף בע"כ הנה המחנ"א בחי' להרמב"ם פ"ב מגזילה הל' ט"ו על מש"כ הרמב"ם דאם רצו הבעלים השברים נוטלין והק' המ"מ יקנה הגזלן בשינוי ותירץ המחנ"א דבנשבר מסתמא אין רוצה לקנותו ולא כהנתי'. ולכאורה קצת ראיה להמחנ"א דבזה יתורץ קושית הג' רש"ש ב"ק ע"ח [מובא לקמן] דבקטיפה ליקני מטעם שנוי. ולהמחנ"א י"ל כגון דאינו רוצה לקנותו בשינוי. אבל מכל המפ' שתירצו קושית הה"מ באו"א עיי' סמ"ע ובהגר"א לק' סי' שנ"ד משמע דלא ס"ל כהמחנ"א. ועיי' מעילה כ' ע"א משמע כהנתי':

סימן שנב

סמ"ע ול"י למה הוצרך כו'. עיי' באה"ג. אולי כונת המחבר דהק' שם ביד התלמוד בהא: דקאמר א"ד עלוי חד ממונא כו' לדעת הרמ"א סי' ע"ז דשנים שקבלו פקדון ביחד אין כ"א נעשה ערב בעד חבירו א"כ אמאי הוי חד ממונא הא כ"א אינו נשבע רק אחלקו ומזה דחה דעת הרמ"א. אבל י"ל כמ"ש האחרונים דדוקא בפקדון שאין להם הנאה אבל בהלואה או בשאלה נעשים ערבים. והשבו"י כתב דשנים שגנבו נעשים ערבים זל"ז ול"ד לשנים שהזיקו וראיתו מירושלמי המובא באחרונים סי' ע"ז עיי' פת"ש סי' שמ"ח והכא שנתודע שגנבו נעשים ערבים זל"ז וז"ש המחבר בין שניהם משלמין הקרן ר"ל דנעשים ערבים זל"ז דזה הוי חידושא דש"ס בקרן ול"ד לפקדון ואף שלא כתב כן בפירוש אבל זה נשמע מלשון הש"ס דקרי לה חד ממונא:

סימן שנג

סעיף א' בהגה. וי"ח. הש"ך מביא ראיה דמהני ש"ר ואח"כ יאוש מפ"ב דב"מ ולמש"כ שם בש"מ דמה שנתן נתן משמע דהוי נתינה לאלתר ניחא דקשה אף להרמב"ם דהא

לא שמענו עוד היאוש וע"כ ל"כ הרמב"ם אלא דכשמתיאש אח"כ מהני למפרע אבל קודם היאוש ל"מ וכ"כ בשו"ת עונג יו"ט סי' כ"ט ועיי' מע"ח רפ"ב דב"מ עוד ישובים נכונים בזה. שו"ר לאח"ז שכן תירץ השעהמ"ל פ"ה מגניבה הל' ג' ומש"כ הש"ך ואפשר הרמב"ם מחלק בין מכר למתנה ג"כ תמוה דהא הרמב"ם כתב להדיא בין שמכר או נתן ומש"כ השעהמ"ל דדברי הרמב"ם מובאים בשו"ע ליתא דבשו"ע לא הזכיר מזה והסמ"ע פירש כן לדעת הרמב"ם. ומש"כ הש"ך בס"ק ו' לדחות דברי הב"ח ע"ש בשעהמ"ל דדברי הב"ח נכונים הם ואין מקום לפרש כהש"ך בדברי הב"י:

סעיף ד'. אין נקרא ש"ר כו'. מתנה עמ"ל הוי ש"ר. ואי פקדון הוי ש"ר עיי' ב"י סוס"י שס"א בשם המרדכי דלא הוי ש"ר, והיש"ש פ' מרובה כתב דהוי ש"ר. וכן פסק המקנה בקו"א סי' כ"ת וכ"מ בנתי' רס"י שנ"ח. ומכירה לזמן הוי ג"כ ש"ר דל"ג מפקדון. והשומ"ש מ"ק ח"ב סי' כ"ת כתב דמתנה עמ"ל לא הוי ש"ר וראיתו הוא מלק' סי' שס"א דמכירה באחריות לא הוי ש"ר. ול"ד דהכא לשעתו יוצא מרשותו לגמרי ועיי' תומים סי' ל"ז ס"ק י"ג ובשו"ת אבן שתיה סי' פ"ה. והנה הקצוה"ח כתב בישוב דברי הרשב"א מובא בב"י והח"ס בחי' פ' לולב הגזול מתרץ קושית הרשב"א על הראב"ד דניחא לישראל לקיים מצוה בממונו וניח"ל דליקני בקנין גמור. ותמוה דהרשב"א בתשו' מובא באחרונים פירש דסתם עכו"ם גזלי ארעתא מעכו"ם. ובפשוטו י"ל דשיוי האסא הוא מועט ורק לצורך מצוה משלמים עבורה יותר משויה וגם להעכו"ם ניח"ל דיקנה הלוקח ויתן לו דמים אחר החג דאם יחזיר לו בחג יפסיד מזה. אולם בעיקר קושית הגי"ת על הרשב"א הנה דברי הראב"ד שמביא הרשב"א הוא לא הראב"ד בעל השגות שמשיג על הרמב"ם בדין זה אלא ראב"ד אתר מובא דבריו בש"מ והעתיקו השעהמ"ל פ"ה מגניבה וכונתו הוא באופן אחר שכשהבעלים נותנים ממון מחויב להחזירו ולא קני לו אלא לענין שהבעלים מחויבים ליתן ממון וא"ש דברי הרשב"א:

סימן שנד

סעיף ג'. היתה שוה כו' משלם כשעת העמדה בדין. והק' בהג' רש"ש לפי"ז בכתובות ל"ד ע"ב היה גדי גנוב לו כו' שכבר נתחייב בגניבה כו' דהא רבה גופא אמר תברה או שתיה משלם ד' ופירש"י דכל דאיתא בעיניה ברשותו דמרא קיימא. ולא ראה מה שביאר בזה הבית אפרים חחו"מ סי' ה' דאף דהגזילה היא בשעת תבירה מ"מ נקנית לו למפרע ובשעת הגניבה מתחייב שיחזור החפץ או אם יאנס ויאבד ישלם דמי שויה והחפץ יהא קנוי לו באותו שעה שהוציאו מבית בעלים וכשנשבר רמי חיובא למפרע על הדמים ובשאיכא חיוב מיתה פוטרתו מחיוב תשלומין וחיזק סברא זאת מסנהדרין ע"ב ע"ש:

סעיף ה'. ואם רצו הבעלים כו'. עיי' ב"ת ובהגר"א. וקצת ראיה י"ל מהא דפריך בש"ס ב"ק י' השתא היכא דא"ל כמה נבילות כו' דילמא צריך קרא להיכא דהניזק רוצה הנבילה מחויב המזיק ליתן וע"כ דפשוט הוא ול"צ קרא להכי וה"ה לגנב וגזלן ומש"כ הש"ך להק' על הרמ"א מיישב היטב בנתי"ר עפ"י הירושלמי המובא בב"ח דנראה סותרים זא"ז ונראה לרמ"א ליישב דאף לשיטת רש"י ורא"ש דנותן לו כלי שלם או דמים זהו דוקא היכא דאית לו דמים אבל היכא דא"ל דמים נותן לו השברים כשוין עכשיו ובהכי מיירי הירושלמי בקדושין דמשמע שם דלענין הפחת הוא דאין שמין אבל נותן לו השברים כפי ששוים עכשיו כיון דאין דמים:

סעיף ו'. גנב או גזל כו'. הקצוה"ח הק' על התוס' רי"ד מסוגיין ס"ט. וי"ל דהתוס' רי"ד ל"כ כן אלא במכירת מעשר דלא חסר אלא ידיעת הדין וכשמודיעים לו הדין שאסור במכירה שוב לא יעכב דאין לו שום טענה על עצם המכירה ולהמוכר מחזקינן בחזקת כשר וכשיודע שהוא אסור ודאי יחזיר. ובלקט אף לאחר שיודעין הדין דג' אינו לקט יעכבו ג"כ ויאמרו אולי כשראית אותנו לוקטים ג"ג הפקרת ועתה הדרת בך וכן לוקח מגנב צריך בירור דלא נתיאש ביד הגנב וכל דבעי בב"ד טענות ובירורין שוב לא הוי בידו גם להתוס' רי"ד ועיי' קצוה"ח לעיל סי' רי"א. והנה הקצוה"ח רמז לעיין במה שכתב לעיל סי' ל"ז ושם הק' בההיא דב"ב מ"ג ליסלקו תרי מיניהו ולידיינו כו' דהא גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם א"י להקדישו וה"ה להפקירו א"י ומה יועיל סילוקו אם הס"ת אינו ברשותו. וי"ל ל"מ לדעת הרמב"ם מובא בסי' רי"ב סעי' ז' דדשלבל"ע מחויב אח"כ מטעם נדר וה"נ הא מקדיש חלקו לכל בני העיר ומהם עניים. ואף להחולקים עליו מ"מ כתבו דאם אמר כשתלד בהמתי או יוציא אילן זה אתננו חייב לקיים דבריו מטעם נדר וה"נ יכול לסלק וכשיגיע לידו מהני הסילוק. וראיתי מביאין ראיה מכאן להע"ש מובא בסמ"ע סי' ל"ז דנוגע פסול מטעם קרוב ולא משום חשש משקר דמשני שאני ס"ת דלשמיעה קאי ופירשב"ם דנהנה בשמועתו ואי משום משקר היתכן שיעבור כעת על עדות שקר כדי לקיים אח"כ מצוה דרבנן שמיעת קה"ת. ולמש"כ שם הש"ך בשם ר"י הלוי לתרץ דעיקר כונתו לצאת ידי הבריות ואינו חושש על העבירה וה"נ מגונה נגד הבריות שלא לשמוע קה"ת. ובתומים סי' ל"ו הק' להרמב"ם דבראיה לחוד אף בלי הגדה בטל העדות בנמצא אחד מהם קאו"פ וא"כ מאי אהני עדות של בני עיר אחרת הא בני אותה העיר ג"כ ראו ונצטרפו ונפסל כל העדות.

ולק"מ דאם הראיה הוא ראית גניבה ודאי משכח"ל שבני עיר אחרת ראו והם לא ראו ואם ראיה שהוא משלהם כמ"ש הרשב"ם בכי הא ל"ש לומר עדותן בטילה דאינו אלא

בירור שהיא שלהם ולא גרע בזה שהבעלים ג"כ יודעים. ומש"כ בפת"ש ס"ק ד' בשם הח"ס בישוב קושית הקצוה"ח ושם בתשו' מסיים דהתם צריך הלוקח ליטול המעות מיד הנגנב וצריך לישבע כמה הוציא ויטול או יביא עדים ומחוסר נתינת מעות ללוקח לזה לא הוי כפקדון ע"ש. ואינו מספיק דשני הקושיות של הריטב"א הם מרב ורב ס"ל בב"ק קט"ו דלא עשו תק"ה וצריך הלוקח להחזיר לבעלים בלי דמים ועיי' שו"ת פורת יוסף סי' ל"ו:

סימן שנה

סעיף א'. הגונב כו'. והוא כר"י בגמ'. והק' הרמב"ן דהא ברבים פליגי על ר"י לא קיי"ל הלכה כר"י והכא רב ושמואל פליגי על ר"י אבל הרשב"א כתב בחי' ב"ק דקיי"ל הלכה כר"י לגבי רב ושמואל והחיד"א בס' יעיר אוזן מיישב הכלל בזה דאין הלכה כר"י לגבי רבים רק היכא דהרבים שוים בטעמם ולא היכא דאינם שוים והכא גם רב ושמואל אינם שוים בטעמם. והנה המלמ"ל פ"ד מגניבה אחר שביאר כל המחלוקת שבש"ס חקר לר"ח בדבר שאין בו רוח חיים בשלא לדעת אי בעי מנין או אפי' בלא מנין פטור וכסברת ר"י דאמר של"מ אפי' מנין אינו צריך. וכבר חקר בזה הרשב"א וכתב די"ל דגם ר"ח ס"ל כר"י ולא פליג אלא בבע"ת ע"ש. ומש"כ המחבר ואם לא ידעו הבעלים כו' כשהחזירם למקומם כו'. היינו דוקא כשהחזירה למקום שיוכל הבעלים לראות כמ"ש באבידה ר"פ הכונס עיי' חי' רשב"א:

סמ"ע ס"ק ד'. בב"י יש מי שכתב כו'. כ"כ הרשב"א. והמאירי מביא דיעות החולקים אבל בירושלמי משמע להדיא כדיעה זו ועיי' מראה"פ בירושלמי:

סימן שנו

יעקב על חו"מ סימן שנו:

סעיף א'. אסור לקנות מהגנב כו'. מהטעם שכתב משמע דאף בגניבה שקנה הגנב בשינוי אפ"ה אסור וכ"כ השעהמ"ל פ"ה מגניבה בשם רש"ל וכתב: מקור לזה מב"מ ע"ג ע"ב, והא ארעא לאו דידהו היא ואף דהוי שינוי מעשה דעשאו יין. ולכאורה ל"ד לשם דליתן לו דמים כדי שיבצור ויעשה יין ודאי אסור דמסייע ידי עוברי עבירה. והכפ"ת ל' ע"ב הבין בכונת רש"י שם דחשש משום שיהא צריך לשלם דמים כמ"ש הרמב"ם ביאוש וש"ר. אבל דבריו א"מ ע"ש בחי' הגרע"א ועיי' סמ"ע לק' רס"י שס"ט משמע כמ"ש המרדכי שמביא השעהמ"ל דאין איסור בזה:

סעיף ב'. מפני תק"ה. וכתב הש"ך שאם בא הדבר הגנוב כו' כו'. בשו"ת בשמים ראש סי' קע"ו מובא תשו' רשב"א דמשמע דלא ס"ל כן וכן העיר בכ"ד שם ורמז למ"ש הש"ך כאן

ממהר"ם אלשיך. אולם י"ל מכאן ראיה למש"כ הנתי' דבנוטל מיד הלוקח ל"ש לחלק כן וא"ש גם שם דנטל מיד הלוקח והמגיה לא ירד לחלק כן. ומ"ש הש"ך ממהרשד"ם דבעבדים ובהמה לא עשו תק"ה והקצוה"ח והגרע"א הוכיחו ממ"ש הרמב"ם פ"ה מגזילה דדעתו דאף בבהמה לא עשו תק"ה. אולם הישועי"ק אהע"ז סי' כ"ח הכריח דעת הרמב"ם כהרשד"ם ולכן השמיט חמור וכתב רק כסות וכן הוא בשו"ע לק' סי' שס"ט. ומש"כ חמור אינו בנוסח הרמב"ם והוספה ממגיה הוא:

סעיף ג'. המותר מדמי המקח. עיי' קצוה"ח מ"ש באין ידוע בכמה קנה והלוקח מוחזק א"צ לישבע. לכאורה לפמ"ש הירושלמי פ' הגוזל בתרא בדין הוא שלא ישבע ולמה אמרו שישבע שלא יהו בע"ב נטפלים לגנבים ולפי טעם זה ל"ש היכי דצריך להחזיר גוף הכלי ולענין הדמים או להחזיר דמי המותר. אבל עיי' בר"ן שבועות פ"ז ובחי' הר"ן שם מבואר דאין זה דרך ש"ס דילן ועיי' שמ"ק ב"ק שם בשם הרמ"ה:

סעיף ז' בהגה. אבל לא על הריבית. בחי' פור"י העיר מנמוק"י ב"ק ע' אבל דבר מסוים לא דילמא פקדון נינהו כו'. והק' הלא יש תקנת השוק ותירץ בשם הראב"ד דבעיסקא אין תק"ה וכ"כ בש"מ בשם הרמב"ן. אלא מה שהק' דהא הקושיא היא שם על רבה והוא אמר לר"י איך היה מתנהג עם מעות של יתומים ובשבת כ"ב אמר דרבה עבד בכל מילי כרב ורב סובר דליכא תקה"ש כלל. מזה לק"מ דכבר כתבו דדוקא במה שמחולק עם שמואל עביד כותיה דרב ועוד דדוקא כחומריה דרב וממון הוי חומרא לנתבע.

ובש"ך ס"ק ט' וי"ל להיפך וכ"פ מהרש"ל כו' לפי"ז י"ל כונת הראב"ד בהשגות פ"ה מגניבה הל' ו' במש"כ א"א אלא בכדי דמיה דאין משיג אעיקר הדין אלא על מש"כ הרמב"ם אח"כ נותנין לבעל המשכון דמשמע דנותן אף המותר משויה ע"ז כתב דאינו נותן אלא כדי דמיה וצ"ע ביש"ש. והלח"מ שם השיג על הכ"מ דכתב דלזכרון דברים נקטיה ומובא כאן בבאה"ג דא"כ לא סמך דעתו על המשכון. ול"נ כונת הכ"מ כמ"ש הסמ"ע ס"ק י"ח ומש"כ הכ"מ לזכרון דברים כונתו לא לגבות מהמשכון דהא אינו שוה אלא בטוח הוא שבודאי לא יניח המשכון בידו ויפדנו. [וט"ס שם בלח"מ וצ"ל בסו"פ שבועת הדיינים] וראייתו משם א"מ דהא פסק שם דלא כר"י הנשיא אלא כת"ק ומש"כ הסמ"ע פי' כו' כיון דאסור כו'. ל"י למה צריך לזה דבש"מ שם כתב במשכון שוה בשוה מדרך להוסיף מעות על המשכון כדי שתוחלט בידו וא"כ אף ביותר משויו נמי נימא הכי כמו גבי זבינא. ולפי"ז ל"צ למש"כ המלמ"ל שם דמטעם מגו הוא דהכא משכנתא שוי למכר. והנה מלשון המחבר דכתב ה"ז נוטל הדמים כו' משמע דבתחילה נוטל הדמים ואח"כ נותן החפץ וכ"כ רש"י ד"ה וריו"ח אך הרמ"ה בש"מ מדייק מדא"ל זיל שרי עביטך

דתחילה נותן החפץ. וראיתי בשם הנח"י שהק' בש"ס שם דאמר מתקיף לה ר"כ כו' ואיך מוציאים מספק מהמוחזק דלשון ודילמא משמע מספק ואין הנח"י בידי. וי"ל לדעת רש"י כיון דסו"ס מוכרח להחזיר החפץ לא קרוי מוחזק וגם מדיקדוק לשון רש"י ד"ה הילכתא משמע דמטעם ודאי הוא וכן מורה לשון השו"ע מהרמב"ם. ובטור סעי' ט' כתב דמטעם ספק הוא וצ"ע, שו"ר שהקצוה"ח העיר מדברי הנמוק"י הנ"ל:

סעיף ח'. שוה מאה במאתים. וכתב בש"מ דאין אונאה לקרקעות עד פלגא ותמוה דהא איירינן כאן במטלטלין ואולי כונתו רק לדמיון כמו בקרקע דחביבה לו אמרי' דנתן מחצה יותר. ואפשר להפוס' דיותר מפלגא יש אונאה ה"ה הכא דוקא מנה במאתים ודוקא נקט וצ"ע. והנה מש"כ המחבר סעי' ז' בין שמשכנה יתר על דמיה עיי' הטעם בסמ"ע ולא הביא טעם הב"י אבל במלמ"ל מובא טעם אחר ממרדכי משום די"ל לדידי שוה לי ומדברי הש"מ שכתב דטעמא דמ"ז דאורחיה למשכן בדמים יקרים כי היכי דתחליט בידו משמע דכל הטעם הוא משום דהוי כזביני וכן בשוה בשוה כמ"ש תוס' פ' אז"נ דף ע"ב ד"ה אי קפיד בדמי ע"ש:

סימן שנז

סעיף א'. ומצאו במחתרת חתיכה כו'. בש"ס פריך ומי אמר רב הכי כו' מ"ט בדמי קננהו כו' וי"ל לשיטת הראב"ד והרמב"ן בפ"ט מגניבה דמחלקין בין יום ובין לילה דביום לא ניתן להצילו בנפשו לישני דהכא מיירי ביום. מיהו י"ל דהא בלא"ה קשה מאי הק' ומי אמר רב כו' והא רבא אמר שם דבאיתא בעינא חייבים להחזיר. וצ"ל ע"כ כמ"ש הרשב"א דמקשה דרב אדרב וא"כ הא רב מוקי מתני' כגון שבאו כו' והפגין בלילה כו'. מיהו יל"ע בלא"ה להרמב"ם שם הל' י"א דאם הקיפוהו בנ"א או עדים אינו נהרג לישני דהכא מיירי בזה או באב על הבן וכדומה וצ"ל דבל"ז משני שם שפיר ועיי' לק' סי' תכ"ה מ"ש בזה:

סימן שנח

סעיף א' אין לוקחין מהרועין צמר. ובש"ס אבל אם הוא תפור מותר וכתבו בטור אבל הרמב"ם השמיטו ומש"כ הב"י בטעמו אין מספיק כמ"ש הלח"מ אבל בתוספתא ב"ק פי"א מפורש כרש"י דקתני אבל לוקחין מהם תפורים מפני שהתפורים שלהם הרי כרש"י דקנהו בשינוי. שו"ר בתוספתא ד' ווילנא שכן מפרש במג"א שם:

סעיף ד'. מותר ליקח כו' וי"א כו'. הנה הב"י הק' על הטור שפסק כמ"ז והא אמימר ור"א אכלי והם רבים ור"א הוא סתמא דתלמודא (גירסת הרמב"ן בש"מ הוא אמימר ומ"ז אכלי ור"א לא, אכיל ע"ש.] אבל י"ל דבאמת אסור מטעם דאין שותף חולק שלא מדעת חבירו ואמימר ור"א דאכלי הוא כמ"ש הרמב"ן דבכה"ג ודאי ניח"ל לבעה"ב שיחלוק

של"מ אבל בעלמא אסור. ומש"כ הטור ואין אנו תולין לומר שיתן לבעה"ב כנגדן הוא ל"ד ור"ל דאין לנו לתלות בענין זה כיון דאסור לחלק של"מ בעה"ב. ועוד י"ל מה"ט דדוקא שם אכלי וסמכו בודאי יגיד לבעה"ב דידע דלא יקפיד על אשר נתן שלא מדעתו אבל בעלמא אסור דשמא מחמת יראה שלא יקפיד הבעה"ב שחלק של"מ לא יגיד לו ולא ינכה מחלקו. והנה הש"ך. השיג על התוס' ומחלק דביאוש בע"כ הוא מתיאש וכ"כ הריטב"א קדושין מובא באב"מ סי' כ"ת סעי' י"ז וע"ש בישועי"ק והסבר דבריהם כתב בשו"ת עונג יו"ט סי' קי"א דהיכי דמהני רק אומדן דעתו שאינו מקפיד ומתרצה לזה מהני למפרע אף לאביי אבל היכא דבעינן ידיעה ממש לא אמרי' דדמי כאילו ידע ומתרצה מתחילה ועיי' מש"כ לק' מזה בסי' שע"א. והנה הקצוה"ח הק' להתוס' מכתובות מ"ת ע"ש. וי"ל דהתוס' לא כתבו אלא במקפיד על כל ורק לזה אינו מקפיד וכ"כ המחנ"א הל' גזילה סי' ב' בכונתם כדי שלא יסתרו דבריהם מש"כ בתוס' סופ"ק דקדושין גבי האוכל בשוק וא"כ באשתו ובניו ובנותיו דאין דרך כל אדם להקפיד עליהם לכך שרי:

סעיף ה' אין לוקחין מהנשים כו'. בפת"ש יור"ד סי' רמ"ח מביא בשם שו"ת ב"י דדוקא לצדקה לוקחין מהם דבר מועט לפי שלדבר מצוה אין הבעל מקפיד אבל לא לד"א ותמיהני מתוס' חולין ו' ע"ב ד"ה אשת חבר שהביאו ראיה מכאן דאין הבעל מקפיד בדבר, מועט. שו"ר בחי' רשב"א שם ובב"ק קי"ט ביאר יותר וכתב דאין לחלק דדוקא לצדקה אין מקפיד דהא תני עלה בתוספתא בן האוכל משל אביו ועבד האוכל משל רבו קוצה ונותן פרוסה לבנו של אוהבו ואינו חושש משום גזל שכן נהגו ואין הס' תח"י. והיש"ש שם כתב דאם נותנים בתורת שליחות לא חיישינן לגזל וכעין זה כתב בנוב"ק חיור"ד סי' ע"ב דנאמנת לומר שנותנת ברשות בעלה. וצ"ע מחולין שם השתא מיגזל גזלה כו' דילמא נותנת בתורת שליחות ולא חשודה אגזל וגם ברש"י שם שכתב ואשת חבר אעפ"י כו' ודילמא נתנה בתורת שליחות לאשת חבר וצ"ע:

סעיף ט'. כדי משיכת מחט. עיי' בהגר"א מ"ש ע"ז. ותמיהני שלא הביא דברי הה"מ וכ"כ בישו"ש דהיינו הך וחד שיעורא הוא אלא שבירושלמי מבואר יותר:

סעיף י'. ואם היה עושה אצל בעה"ב כו'. בפרישה נשאר בצ"ע:

אי ה"ה בכל הנך דלעיל. ופלא הלא מפורש הוא בתוספתא כולן אצל בעה"ב הרי הן של בעה"ב וע"ש במג"א:

סעיף י"ב בהגה. מ"מ בספק גניבה מותר לקנות. הכפ"ת סוכה ל' הק' בש"ס שם דאמר דהוי שינוי החוזר לברייתו והא הוי רק ספק גזל וכן הק' הריב"ש מובא בשעהמ"ל ה' גירושין פ"א ופ"ו מגניבה.

ותירץ בכפ"ת דלמצוה החמירו אף דבעלמא סגי בשינוי החוזר. ובזה י"ל, קושית השעהמ"ל פ"ב מגזילה הל' י"ג על הראב"ד שכתב הרשב"א ב"ק קי"ג בשמו ושם בש"ס תדע דקטלי דיקלי כו' ודילמא דאיאוש. וכתב הראב"ד אף דיאוש לחוד ל"ק ושינוי מעשה אין כאן דמחובר שיכול לתלוש לא הוי שינוי ביאוש סגי גם בשינוי מועט כזה. והק' השעהמ"ל מסוגיא דאונכרי דפריך וליקנינהו בשינוי מעשה כו' ואמאי לא ק"ל בפשיטות דליקנינהו ביאוש ושינוי דממחובר לתלוש בהדי יאוש קני. ולמש"כ הכפ"ת י"ל דשם במצוה החמירו דוקא בשינוי גמור. והישועי"ק אהע"ז סי' ק"כ מיישב באו"א קצת דכל עיקר טעמו של הה"מ כיון דהוא ספק ורק דרבנן החמירו הקילו רז"ל וסמכו על שינוי מועט וכיון דאיתחזיק חיובא דמצות לולב וכל כמה דלא ידעינן אם נעשית המצוה כהוגן לא מהני מידי מה"ת וע"כ לא מהני בזה שיטי החוזר לברייתו. ולכאורה ק"ל לשיטת הה"מ מש"ס ב"ק שם דאמר ודילמא דאיאוש כו' דשם הוי רק ספק גזל דאין כל הגשרים בחזקת גזולים דילמא לקחו גזברי המלך מכאו"א חלקו. עוד י"ל כמ"ש בש"ס בם דהדר הבעלים וגבי דמי מבני באגי ולכך עברינן עליהו דילמא כבר גבה ובלא יאוש נמי שרי. ועל הראב"ד עצמו קשה יותר דדחיק כאן ביאוש וש"ר והרשב"א דחהו וכתב דאיכא כאן שינוי רשות גמור משום דהמלך מוסר לרבים וראיתי מובא בשם פתח הבית שחקר בקנין דשינוי רשות אי בעינן דוקא ש"ר גמור שיקח הלוקח או המקבל דוקא לרשותו או דסגי גם בקנין לחוד ואף שלאחר קנין מונח ג"כ ברשות הגזלן הוי ש"ר. ובזה י"ל במש"כ הרשב"א דהמלך מוסר לרבים דהא לכאורה העיירות והרחובות והדרכים של המלך הם כמ"ש סי' קס"ב ונשמע מזה דשינוי רשות כזה הוי ש"ר אף דאח"כ נכנס ברשותו ג"כ.

ומה שהק' עוד הכפ"ת מב"מ ע"ג ע"ב א"ל הא ארעא לאו דידהו היא עיי' רש"י וקשה ליקני בשינוי מעשה [עיי' מש"כ בזה לעיל רס"י שנ"ו] ל"י דכי קשה על ר"ה שלא רצה ליכנס בספק זה אף שמותר מה"ת מ"מ רצה להחמיר על עצמו ורצה עצה שיהא מותר אף שיהא ודאי גזל וכן רבינא בב"מ ע"ג רצה להחמיר שלא לשתות אם היא גזולה אף אם מותר מה"ת. ובזה אולי י"ל טעם השמטת הפוס' דינא דאונכרי [עיי' ט"ז אור"ת סי' תרס"ד ובשעהמ"ל פ"ח מגזילה] דלדידן ל"צ לזה דספק הוא וסגי בשינוי החוזר. עוד י"ל למש"כ הסמ"ע והט"ז לק' סי' ש"ס הטעם דלא עשו תקנת השוק בקרקע משום דע"כ יבא בעליה ליטלה ומצויים הם בעלי זרוע ליפול. ולפי"ז י"ל דשינוי החוזר עשו אותו רז"ל לקנין משום תק"ה ולא תקנוהו רק במטלטלין והכא דעיקר הגזילה היא הקרקע וסוף שתחזיר לבעליה ואף בהיוצא ממנה ג"כ ליתא לתק"ה דיהא סגי בקנין החוזר. ואולי י"ל בזה קושית התוס' שם שכ' ואע"ג דקני מדרבנן כו' די"ל דאין כאן אפי' קנין

דרבנן דלא תיקנו בקרקע ועיי' פרמ"ג אור"ח סי' תרמ"ט מש"כ בזה. כעת בא לידי שו"ת נחלת שמעון וראיתי שם בסי' ל"ג העלה בטעם דספק גניבה סגי בשינוי כ"ד לא משום דקני בשינוי זה אלא דאמרינן כיון דשנינהו וטרח ועבד בהן מעשה חזקה דלאו דגזל הוא וכמ"ש בכורות לענין חשוד על הבכורות לוקחין ממנו נמטי משום דחש על טרחתו ע"ש. ולפי"ז י"ל בכל מה שהק' על זה: הלכות גזילה:

סימן שנט

סעיף א'. אסור לגזול כו'. בהעמק שאלה פ' נח כתב דגזל ע"מ למיקט נמי אסור כמו בגניבה וע"מ למיקט הוא מה"ת כדעת החינוך ולא כהלח"מ פ"א מגניבה וכ"כ המנ"ח. ונ"ל לכאורה ראיה להלח"מ מאיוב ב"ב ט"ו שהיה גוזל שדה כו' והק' המפ' דהא ע"מ למיקט נמי אסור וראיה דהוא מדרבנן. שו"ר בחי' הרמ"ה שם שהק' כן ותירץ דעכו"ם הוי וע"כ דס"ל דהוא מה"ת. והנה לעיל רס"י שמ"ח כתבתי בהא דר"ש קדושין ס"ט ע"ש ועיי' שו"ת עוניו"ט סי' מ"ת שהעלה דכל שאין דעתו להנות מהגניבה ורק להחזירה לא מיקרי גנב וכן גזלן ובהא דר"ש היה בדעתו להחזיר הגניבה עצמה. ואמרתי זה מכבר בסוגיא שם דמשם י"ל מקור לדברי הרמב"ם פ"ג מגניבה הל' י"ד שכתב היה קרן הגניבה מאה ואין הגנב שוה אלא חמשים ה"ז נמכר כו' והוא כחכמים ובש"ס אמר רבא בהא זכינהו ר"א לרבנן עיי' כ"מ. דלרבא אליבא דר"א רחוק מאוד העצה דיזבן בע"ע וא"א לכוין שיהא גניבו כנגד ממכרו ואף דדין התורה ע"כ מיירי באופן זה אבל עצה רחוקה היא וע"כ כרבנן דגניבו פחות ממכרו נמכר. אך למש"כ המקנה שם והסכים עמו המלבי"ם בפי' המכילתא דלר"א דוקא בחצי גניבתו ממש אינו נמכר ואינו יכול לומר לדידי שוה כל החוב אבל בפחות מפלגא י"ל לדידי שוה כל החוב וכן ביתר מגניבתו יכול להמתין עד שיהא שוה כדי גניבתו יש לדחות.

וראיתי במקנה מביא דברי הריטב"א ליישב קושית התוס' ט"ו ד"ה ואידך דלא א"ל למכור א"ע דהאי גברא הוי עשיר ואין לו למכור א"ע. וכתב המקנה דתמוה כיון דהוא עשיר גם אין ב"ד מוכרין אותו. וכונת הריטב"א הוא דמיירי דהיה לו אבל לא כדי גניבתו דנמכר אבל למכור א"ע אינו רשאי אף ביש לו כסות אחת כמ"ש הרמב"ם ריש הל' עבדים וי"ל בזה. ומש"כ המחבר ואם הוא דבר שאינו מקפיד כו' וכתב הנו"ב דמ"מ לא חשיב שלו מובא בפת"ש ואזיל לטעמו שכתב בנוב"ק סי' נ"ט על הרמב"ם שכתב דאם הוא דבר שאין בעה"ב מקפיד בו הוי ספק מקודשת דמה בכך שאינו מקפיד מ"מ כ"ז שלא הפקירו בפירוש במה יצא החפץ מחזקת מ"ק. ובא"מ סי' כ"ת העלה דדבר שא"מ מתורת מתנה הוא ומיקרי לכם ועיי' שו"ת עוניו"ט סי' קי"א בזה. והנה בנתי' סי' ו' מביא מקור

לדברי הרמב"ם דדשא"מ הוי הפקר מפסחים ו' ע"ב סופי תאנים כו' פטורות מן המעשר עיי' רש"י. ויש לדחות דלכאורה קשה במתני' ריש מעשרות דאמר ונשמר ופירשו המפ' למעוטי הפקר והרמב"ם בפי' המשנה פ"ג מ"ט פירש דבעינן מקום שמור וממעט מקום שאינו שמור. והא שיטת הרמב"ם מובא לעיל סוס"י רס"א דאבידה מדעת לא הוי הפקר וכתב הב"י בטעמו דכי מפני שהניחו במקום שאינו משתמר הפקירו למה נאמר כן וא"כ מ"ט ממעט מקום שא"מ ממעשר משום דהוי הפקר. וע"כ כמ"ש רש"י ב"ק כ"ת דהפקר כל דהו פטור מן המעשר כדתנן כל שהוא אוכל ונשמר פטור ממעשר הרי דלא בעינן במעשר הפקר גמור ואין להוכיח מהפקר דמעשר לש"ד. עוד מביאים ראיה משם א"ר הבודק צריך שיבטל כו' מ"ט אילימא משום פירורים הא לא חשיבי כו' הרי דמשום לא חשיבי הוי הפקר. וגם ראיה זו יש לדחות דהנה הרמב"ם סוף הל' ברכות כתב הטעם דמברך על ביעור חמץ ולא לבער חמץ אף דעדיין לא ביערו משום דבשעה שגמר בלבו לבטל נעשה מצות ביעור קודם שיבדוק. וכתב בשו"ת מהר"ם מינץ אפי זוטא לפרש עפי"ז דברי רש"י שם שכתב ודעתו עליה והתוס' הקשו עליו וכתב הפנ"י לפרש כונתו דדעתיה עליה ממש לחזור ולזכות בה וחוזר מביטול הראשון. וא"מ דהיאך שייך לומר דרוצה לזכות בה עתה הא עדיין לא ביטלו דשלו הוא אף אם אינו זוכה בו עתה ולמש"כ הרמב"ם ניחא דדעתו לזכות בו עתה כיון דכבר ביטלו קודם הבדיקה דהיינו משעה שגמר בלבו לבטלו. וא"כ הפירורים דבטלי הוא משום ביטולו דבטליה מעיקרא ולא משום דממילא בטלי וגלוסקא דחשיבי יחזור ויזכה ופירורין דל"ח לא יחזור ויזכה. ועיי' מהרי"ט ח"ב סי' ק"נ ובמחנ"א הל' גזילה סי' ב' ובהג' חדשות להרמב"ם ציוני מהר"נ הל' אישות פ"ה שכתב בזה מקורים בבקיאות נפלא ועיי' שוש"י מזה: ש"ך ס"ק ג'. ואע"ג כו' כיון שהאחד יודע מזה. האומנם כחילוק הב"ח כ"כ גם בפרישה וכן מורה טעם הטור בשם הרמב"ם שלא ירגיל עצמו בכך. אבל תמוה מדברי המ"ח שהבאתי לעיל רס"י שמ"ח דגם גזל ע"מ למיקט נפקי מקרא:

ושוי כגניבה. אולם מש"כ הש"ך כיון שהאחר יודע גם זה אינו מספיק לחלק כמ"ש הת"ח והמהרמ"ש הבאתים שם דכל ע"מ למיקט דרכו להודיע לחבירו ולכך מפיק מלשון לא תגנובו בלשון רבים. ולהב"ח והפרישה י"ל קושית המהרח"ש מאיוב שכתבתי לעיל:

סעיף ו'. החוטף משכון כו'. עיי' קצוה"ח בשם ריב"ש והשיג עליו. ולדעתי אין כאן השגה דהריב"ש כתב כן דוקא בלאחר הזמן וממתין רק על שומת ב"ד אבל בנוטלו בתוך הזמן להתפרע מגוף המשכון כשיגיע הזמן גם הריב"ש מודה:

סעיף י'. כל החומד כו'. וכתב המנ"ח דפשוט דלאו זה אינו בעכו"ם. ולא דבר פשוט הוא עיי' פרמ"ג אור"ת סי' תר"ד ס"ק א'. אבל המקנה בקו"א סי' כ"ח כתב דלאו זה אינו נוהג בעכו"ם. והנה הגר"א משכיל לאיתן כתב דבשכירות אינו עובר בלאו דל"ת והוכיח כן מנדרים ל"ת בשמואל דאפי' ברצון ומשמע דליכא איסור. ואין ראיה משם די"ל דשמואל אפי' היו בעלים מבקשים ממנו לשכור ג"כ לא שכר דאולי אינו רצון גמור כמ"ש הרש"א שם. ועוד דהרמב"ם כתב דוקא שהכביד עליו רעים והפציר בו אבל במתרצה תיכף בלא פיתוי אינו עובר. ומה שהק' בתומים סי' ל"ד בסתירת דברי הסמ"ע מכאן לסי' של"ד תמיהני שלא הביא דברי הב"ש בזה בסי' כ"ת ס"ק ב'. וגם מה שהק' שם בקושית התוס' סנהדרין כ"ה ע"ב תמוה שלא העיר כלל מש"כ המהרש"א שם בביאור דבריהם וי"ל בזה עיי' מנ"ח ובמהר"ם שיק מצוה זו:

סימן שס

סעיף א'. אבל תקנו חכמים כו'. לק' סי' שס"ו סעי' א' מחלקים הפוס' בין בא להחזיר מעצמו לבין כפוהו להחזיר וכאן סתמו משמע דבכל גונא איכא תקנת השבים כאן. ומש"כ בהגה דלא עשו תקנת השבים בקרקע וכתב המבי"ט דאם נעשה של"מ עשו תק"ה והמלמ"ל השיג עליו מובא בפת"ש. והנה המלמ"ל לא כתב טעמו וסברתו וראיתי בס' נר למאור שכתב בטעמו דעיקר תקנת מריש שתיקנו ליטול דמיו הוא דוקא בגזלן משום תק"ה דלא ימנע מלעשות תשובה אבל בבעה"ב בעלמא שלא נחשד בגזילה דלאו בתורת גזילה בא לידו לא תיקנו בזה. אבל מש"ס סוכה ל"א בעובדא דסבתא ל"מ כן דהא ר"נ לא ידע דעבדיו גזלי וכעובדא דמבי"ט ואעפ"כ אמר אין לה אלא דמי עצים בלבד. והנה מזה י"ל דאין ראיה די"ל כמ"ש המחנ"א הל' גזילה סי' ז' בשם הכ"מ דכל היכא דלא ידע וסבר שהוא שלו לא תשיב גזלן משעת הגבהה כיון דאינו מכוון לקנותו שהרי סבר שהוא שלו משא"כ בההיא דלקת מן הגנב שאעפ"י שאינו יודע אם הם גזולים מ"מ הרי נתכוון לקנותו ולהוציאם מרשות בעלים וכן בההיא דר"נ דנתכוין לקנות בתורת מכר. אבל נ"ל ראיה ממה שהק' בתוס' חולין קל"ד ע"א דבמאי פליגי אי אית להו דר"ת כו' וקושייתם מוסב גם על הא דב"ק קט"ו בפלוגתת רב ור"י דבמאי פליגי כמ"ש המחנ"א. והא נ"מ דאי מדר"ח דהוי גזלן עשו בו תקנת מריש ואי כדרב"ח נהי דצריך להחזיר אבל אין בו תקנת מריש וע"כ אף באינו גזלן יש בו תק"ה. אבל בגוף דברי התוס' י"ל דלא כהמחנ"א וקושית התוס' הוא רק על סוגיא דשם דל"ש תקנת מריש במתנות כהונה אבל בבב"ק י"ל באמת נ"מ זו דמטעם גזלן יש בו תקנת מריש ואי לא הוי גזלן לית בו משום תקנת מריש. והשעמ"ש תלי לה במחלוקת שבסי' רס"ד. ולכאורה היה א"ל דבקרקע

ל"ש תקנה זאת משום דאין אונאה לקרקעות דשוה כל מה שנותנים. אבל בטור סי' רע"ד מחולקים ג"כ בלקוץ סוכו אף די"ל דשוה לו הרבה. אמנם יפה העיר חותני זצ"ל בעובדא דר"ע ב"ב מ"א דא"ל זיל אהדר משמע דליהדר הקרקע עצמה ויסתור הבנין אף דבנו שלא מדעתו וכן בעובדא דר"כ שם דא"ל זיל אהדר (לגירסת הראשונים) תרתי מגו חלת. והנה הב"ח אור"ח סי' תרל"ז כתב בדעת בעל העיטור דאם אינו רוצה בכך יכול לומר א"א בתקנת חכמים וכן מצאתי שכתב הרשב"א בחי' סוכה ל"א מיהו כתב דלאחר שעמד בדין ופסקו ליתן לו דמים וקיבל עליו שוב אינו חוזר בו. ומש"כ המחבר אפי' גזל קורה וכן הוא לשון הרמב"ם. לכאורה י"ל דהא בש"ס פריך עליה פשיטא ושני דמ"ד משום דלא שכיחי והו"ל להמחבר לאשמעי' זאת. ובפ"ה מסוכה כתב הרמב"ם נסרים ע"ש בלח"מ והמחבר באור"ח סי' תרל"ז לא כתב מזה ועיי' כפ"ח בסוגיין וצ"ע. ומש"כ המחבר אבל אחר החג כו' כתב הרשב"א בחי' סוכה היינו שלא קיבל עליו בב"ד עד אחר החג או שרוצה להמתין עד אחר החג או שלא נתכוין לגזול עד אחר החג הלא"ה אף שלא פרעו עד אחר החג כבר קנאו ודמים בלבד הוא חייב לו וכדמוכח מעובדא דר"נ שלא חייבו לפרוע לאלתר ושלא כפירוש רש"י. ול"י כונתו במש"כ דלא כרש"י דמרש"י אין מוכרת דחולק ע"ז לפמש"כ הטור אור"ח שם בדעתו ואף הב"י הסכים לזה דגלוי דעתו נראה דאף דאינו משלם יוצא בה ועיי' חירע"א שם ראיה מר"נ וכוון לדברי הרשב"א, ומדברי הרמב"ם בפי' המשנה גיטין פ"ה נראה דל"ד מריש אלא ה"ה כל דבר שיש בו פסידא אית בה משום תק"ה וז"ל וע"ז הדין תעשה היקש בכל דבר גזול כשעשה בו הגזלן מעשה שא"א להסירו אלא בהפסד מרובה הרי הוא נותן דמי זה הדבר שגזל בלבד. ומש"כ המחבר ולא בנאה בטיט ונראה מדברי הסמ"ע דהוא משום תקנת השבים וכן נראה מדברי הה"מ מובא בבאה"ג וכ"נ מפרש"י שם ושלא כהכפ"ת בסוגיין דמפרש דחיבור בטיט הוא משום שינוי ועיי' מש"כ בסעי' ה'.

והנה הא"מ סי' כ"ח ס"ק נ"ג מביא ראיה דמהני קנין הגוף לשעה לענין אתרוג מהא דש"ס וה"מ בגו שבעה כו' והמצוה משוי לה כל שבעת הימים לבנין קבע כמ"ש רש"י ומבואר דאע"ג דלא הוי קה"ג רק עד לאחר ז' ימים. ולכאורה הוא תמוה דהא אם לא תבעו בתוך התג קני לה לגמרי ונותן דמים כמ"ש הרשב"א והוי קה"ג לעולם. וע"כ צ"ל דהראיה הוא לפירוש רש"י המובא ברשב"א דאם לא נתן לו דמים עד אחר ז' הדרא בעינא. ובזה י"ל במש"כ הברכי יוסף אור"ת סי' תרל"ז חקירה בנתחייב לשלם דמי עצים ועדיין לא שילם ונפלה הסוכה אם הנגזל יכול לתבוע העצים עצמם א"ד כיון דכבר נתחייב בתשלומין אע"ג דהשתא נפלה אין לנגזל אלא דמיהן. דתליא בשני הפי' דלרש"י

י"ל דמחזיר לו העצים עצמן ולהרשב"א אף בנפלה אין לו אלא דמים ועיי' שו"ת שמן המור מובא בפת"ש אור"ח שם: סעיף ג'. גזל ג' אגודות כו'. בש"ס ותנא תונא גזל חמץ כו'. והק' הפנ"י שם דילמא התם משום דחשיב מזיק בזה שלא מכרו קודם זמן איסורו וכן הק' בחי' אבן העוזר סי' תמ"ג ואולי מזה ראיה למש"כ הקצוה"ח והנתי' סי' שנ"ד מדברי התוס' דגזלן לאו שומר הוא ופטור מפשיעה והחיוב הוי אשעת גזילה:

סעיף ה'. כיצד הגוזל עצים כו'. ואבנים וקבען בבנין מחלוקת רש"י ותוס' עיי' קצוה"ח ודעת הרמב"ם פ"ז משאלה כרש"י. והנה התוס' הקשו מהגוזל צ"ו וכתב בש"מ לתרץ בשם הגאון דקביעת אבן בבנין חשיב שינוי טפי דבטיל אגב ארעא וחשיב כקרקע. ותמה בנחלת דוד ממריש דהוי שינוי החוזר אף דמחובר הוא. ולמש"כ הקצוה"ח לחלק בין מריש לגזל אבנים דמריש שמו עליו ניחא. ובעיקר קושית הקצוה"ח ל"ל תקנת מריש דהוי שינוי אולי י"ל דצריך התקנה לכשלקח המריש מבנין חבירו ובנאה בתוך ביתו. ומש"כ הקצוה"ח ראיה לענין גזל נסכא ועביד זוזא והדר נסכא מתוס' צ"ה. נ"ל דל"ד דנסכא ועביד זוזא כתב הרשב"א וכ"פ הטור דהנגזל מחזיר את השבח או משלם ושם דלר"ז דנתעברה דל"ק הוי הולד כגזילה חדשה דשל נגזל הוי והוי כגזל פרה מעוברת וילדה דהוי שינוי אבל הכא דהשבת הוי לגזלן והגזילה היתה רק נסכא ונסכא ועביד נסכא לא הוי שינוי למאי דקיי"ל כר"פ דקנה העובר:

סעיף ו'. אא"כ נשתנה שם הגזילה כו'. והק' בקצוה"ח מגיטין נ"ג ע"ש דמעיקרא לחם והשתא לחם ולא נשתנה שם הגזילה. לכאורה נראה דהוי שה"ש גמור דהשתא הוי לחם של איסור ול"ג מנחלקה התיומת שכתב רש"י כיון דפסול תשיב נמי שינוי לענין קנין. ואולי י"ל דעכ"פ שם מינכר קצת פיסולו ובחמץ לא מינכר כלל ועיי' פת"ש רס"י שס"ג. והנה בגמ' ע"ט גנבה קטעה ומכרה כו' והק' הרש"ש ת"ל דהוי שינוי ותירץ עפ"י התוס' דבעינן נמי שינוי השם. אבל למש"כ הקצוה"ח כאן דסגי בשה"ש כ"ד עכ"פ שם נמי ניכר ת שנקראת קטועה. ונראה לחלק דבעומדת לטביחה ל"ת הקטיעה שינוי דבעומדת להתחלק והוי כנחסר חלק מן הבשר ובעומדת לחרישה הוי שינוי גמור דמעיקרא לחרישה ועתה לטביחה:

סעיף ח'. גזל דקל מחובר כו'. ובש"ס מ"ט מעיקרא דיקלא מיקרי השתא נמי. והק' הגר"י העלער ת"ל בלא"ה לא הוי שנוי כיון דקודם שקצץ דהוי מחובר לא יצויר בו גזילה. ואין הספר עמודי אור בידי. ואולי י"ל בעציץ נקוב. ובזה מדויק לשון הש"ס ואע"ג דשדיה מארעא לארעא דידיה דמיותר הוא. אלא דגזלו עם מקרקעי וכן נטעו בארעא דידיה עם

הקרקעי וחותני זצ"ל תירץ בדקל יבש שא"צ לקרקע דהוי כמטלטלין שנגזלים. ועיי' בס' נ"ח על ב"מ ד' ס"ה:

ש"ך ס"ק ג'. תימא דבש"ס כו'. המאירי בש"מ ב"ק צ"ג ע"ב מביא מחלוקת המפ' בזה אי מדמינן זה לדינא דראשית הגז ע"ש וא"כ לק"מ על המחבר:

סימן שסא

סעיף ה'. ונטלו מבית הגזלן כו'. במפרשי הים ד' קי"ד העלו דבגנב אף בע"כ הוי ש"ר ותמוה דהא מקור האי דינא בירושלמי מובא בבהגר"א מיירי בגנב. והנה לענין ש"ר הוי מתנה כמכירה וכן לענין דו"ה. וביפ"ת פסק הרמב"ם פ"ת ממלכים דאם מכרה עובר בל"ת והק' המנ"ח מדוע השמיט מ"ש בספרי דגם מתנה אסור. אבל בהתו"ה שם כתב טעם הספרי הוא מדהקדים הפעל להפעולה שנא' ומכר לא תמכרנה בכסף כי השרש מכר הוא לכל דבר הנמסר מרשות לרשות באיזה אופן שיהיה ולכן מדקדק הרמב"ם שם והביא כל לשון הכתוב להורות כונתו דכל אופני מסירה אסור ועיי' מש"כ סי' שנ"ג:

סעיף ו'. בד"א שלא נתייאשו כו'. וחידש הנתי' דאפי' נטל לפני יאוש ואכלו לאחר יאוש פטור. ותמוה שלא הביא דכ"כ התוס' להדיא ד"ה גזל ואפי' היכא כו' שנתייאש אחר שבא ליד השני ע"ש:

סעיף ז'. אם קודם יאוש אכלוה חייבים. בתוספתא מובא בחי' רשב"א הגוזל ומאכיל לעבדו ושפחתו הכנענים פטורים מלשלם ומפרש הרשב"א דאכילת קטן לית ביה מששא ולא יהא אלא מזיקים פטורים ועבד ושפחה הכנענים נמי שהזיקו הם פטורים. ומזה ראיה למש"כ לעיל סי' שמ"ט דמדין הם פטורים ולא כמ"ש הנו"ב מצד תקנה דלדידיה היכא דליתא לה"ט כגון בהרג חייב וה"נ דהאדון גרם בעצמו שיזיק הו"ל להאדון לשלם וי"ל. והנה המחבר כתב ואין חילוק בזה בין גדולים לקטנים משמע דקאי גם על מש"כ תחילה אם קודם יאוש אכלוה חייבים. ובש"ס אמר דאכילת קטן הו"ל כהיזק קטן ובפת"ש לעיל סי' שמ"ט מביא משבו"י דבנהנה הקטן חייב לשלם וצ"ע מכאן דמשמע אף בנהנה פטור ועיי' מש"כ שם מזה:

סימן שסב

סעיף ד'. הגוזל והשביח כו'. עיי' בהגר"א מש"כ בזה והביא דברי הראב"ד בהשגות דאחר יאוש מיירי. ופלא שהראב"ד בפירושו מובא לשונו בש"מ מפרש כהרמב"ם דלפני יאוש מיירי. ובקרקע עיי' מלחמות ובש"מ מחלוקת בזה: סעיף ה'. והשביח העכו"ם כו'. דתקנתא לעכו"ם לא עבדי. אף דמצינו קנינים דרבנן לעכו"ם כמו כו"מ בקנין שטרות דמהני אף לעכו"ם ועמד בזה התומים סי' ס"ו דמעמ"ש לא תקינו לעכו"ם. והנכון מה

שכתב בזה הנתי' עפ"י מ"ש ישראל ועכו"ם שבאו לפניך בדין אם אתה יכול לזכותו בדיני ישראל זכהו ואמור לו כך דינינו בדיני עכו"ם אמור לו כך דינכם וא"כ מעמ"ש דבדיניהם לא קני לא תקנו חכמים הקנין לעכו"ם לגרע כח הישראל כיון דנוכל לומר להעכו"ם כך דינכם אבל מכירות שטרות דבדיניהם קונה בדיבור בעלמא ע"כ כשיש כו"מ דמהני בין בדינינו ובין בדיניהם מהני גם לעכו"ם וה"נ לדידהו לית להו תקנת שבח ואמרי' להו כדיניהם:

סעיף ו'. מכר העכו"ם לישראל כו'. בפרישה כתב לדבר פשוט דה"ה בהשביח ישראל. אבל הישׁ"ש והתו"ח חולקים בזה ועיי' ש"ג פ"ק דב"מ מבואר זה באורך. ומ"ש הש"ך על הסמ"ע ממ"ש מהרש"ל עיי' דרישה שהביא דברי רש"ל וחולק עליו. ומ"ש הקצוה"ח מספק תקנה עיי' קצוה"ח לעיל סי' ק"ג ס"ק ו' ובמלמ"ל פכ"א ממלוה באמצע התשו' ובשעמ"ש סי' קצ"ח:

סעיף י"א אינו משלם אלא מ"ט. ואפי' אי טוען ברי אנא הוי מזבנינא חדא חדא עיי' מע"ח ומשמע דה"ה אפי' אנו יודעין דכן דרך המוכר בכך ל"מ. ובש"מ בשם הרמ"ך דמנכה לו מה ששכרו הראוי לו על מכירתן:

סימן שסג

יעקב על חו"מ סימן שסג:

סעיף א' בהגה. וי"א דמטבע כו'. עיי' ש"ך ס"ק ה' דכן דעת כמה מהראשונים ולכאורה כן מורה ג"כ פשטות דברי רש"י גיטין נ"ג ע"ב שפירש פסלתו מלכות ומשמע שכן דעתו לדינא. והנה ראיית התוס' ורא"ש הוא דרב, ושמואל ע"כ לר"ה אזלי זה ראיה שאין לערער אתריה דכן איתא להדיא בירושלמי דשמואל ס"ל כשיטת ר"ה. אבל ראייתם משף מטבע דפטר רבה יש לערער דאם שף דמי לנסדק א"כ לעיל דאמר רבה לר"י לדידך כו' הול"ל שם דהלכה כר"ה ולא לעשות מימרא בפ"ע ולמה שינה לומר שף הול"ל סדק מטבעת חבירו ובמתני' גופא תנן דוקא נסדק ולא נישוף והרשב"א הק' דלא גרע מזוזא ועבד נסכא דאמרי' לעיל דהוי שינוי וכתב דהתם לענין גזילה דליהוי ש"ר והכא לענין נזקין דא"ל מאי אפסדתיך וחילוק זה מוכרח דחדתי ועבדינהו שחימי דהוי שינוי ולענין נזקין ודאי לא חייב בהכי וא"כ י"ל דמטבע ונסדק דצורת מטבע יש עליה רק אינה יוצאת בהוצאה משום הסדק הוי היזק ניכר דמטבע פסולה היא אבל בשף המטבע דאין ניכר כלל צורת המטבע והוי כזוזא ועביד נסכא וזה לא חשיב במזיק ובסדק מטבעת חבירו ודאי חייב.

ולהתוס' והרא"ש דהכריחו דרב ושמואל ע"כ כר"ה צ"ע ממ"ש לעיל סי' ע"ד סעי' ו' דהלוהו סתם יכול לפרוע לו אף שפסלתו מלכות ועיי' ש"ך סי' רצ"ב ס"ק ט' וצ"ע. ומש"כ המחבר גזל בהמה והזקינה. כתב הישו"ש ר"ל בהרגשת חושיה שניכר בה תשות כוחה ולאו בשיעור דיומא תלוי דשיעור ימי זקנה לא מצינו בבהמה ואם שהתה אצלו ב' וג' שנים ולא הורגש זקנתה ל"ח שינוי ועיי' ירושלמי בסוגיין ומש"כ עוד או שגזל חמץ ועה"פ כו'. כתב הר"מ בש"מ דלא זה ולא זה עוברין עליו בב"י ועיי' בזה בנוב"ק חאו"ח סי' כ' ובקצוה"ח ס"ק א'. ובתי' הגרע"א אור"ח סי' תמ"ג חקר בשומר אם נאבד אחר שנאסר בהנאה אי י"ל הש"ל ונשאר בספק והדבר מבואר בש"מ ב"ק נ"ו ע"ב דאפי' מת השור לאחר גמר דין או דמאבדו או אפי' הרגו ואבדו בידים נמי פטור ול"ד לגזלן דנתחייב בהשבת גזילה ועיי' ב"י ובהגר"א שחתרו מקור דברי הרמב"ם שבסעי' ב' והוא תוספתא ערוכה ב"ק פ"י הל' ב' חמץ ועה"פ ושרפו כו' משלם כשעת הגזילה. ואי חייב לצי"ש בגזל חמץ ועה"פ עיי' שו"ת ראשי בשמים סי' י"א ובשו"ת בנין שלמה בסוף הספר סי' י"ד. והא דאומר לו הש"ל ולא חשיב מיתהני מאיסורי הנאה כתב המג"א סי' תמ"א דחמץ לאחה"פ לא הוי אלא משום קנס ובכה"ג לא קנסו וטעמו לכאורה אינו מספיק לשאר איסה"נ דקחשיב כאן ובישועי"ק שם ביאר דבריו כיון דגם הנגזל יתהני מאיסוה"נ כשיקבל דמיו דהוי חליפי איסוה"נ. אמנם בחמץ בפסח דאינו אלא משום קנס ולהנגזל מותר דלא עבר עליו ובזה קשה שהגזלן לא יוכל לומר הש"ל דמיתהני מאיסה"נ והנגזל לא עביד איסורא כשיקבל דמים וע"ז כתב דבכזה לא קנסו ועיי' מש"כ בזה בשומ"ש מ"ק סי' קמ"ה ולא ראה דברי הישועי"ק.

והנה הגרע"א בדרו"ח כתובות ל"א בהג' שם כתב דבעשה בעצמו ההיזק שא"נ א"י לומר הש"ל ודוקא כשנעשית ממילא ע"ש ולא כן כתב הישועי"ק שם דאפי' עשה לו בידים יכול לומר הש"ל ועיי' תוס' גיטין נ"ג ע"א סוד"ה מנסך ותוס' ב"ק צ"ת ע"א ד"ה הצורם וי"ל בזה. ומש"כ בש"ך ס"ק ו' וכתב בהג"א כו' ולפ"ז מש"כ בסמ"ע כו'. הסמ"ע מפרש הפי' מקצתם ר"ל לא כל הפירות אלא מקצת מהם אבל אותם שהרקיבו נרקבו כולם. והש"ך מפרש דמקצתם היינו מקצת מהפירות עצמם אף דנרקבו כולם מקצתם והיינו כנימה הוי נרקבה כולה משום דמתפשטת בכל הפירי כמ"ש הפ"מ בירושלמי ומתולעת אותה חתיכה שנשארת שלימה הוי בריאה. ולהש"ך כונת הג"א לפרש חילוק ש"ס דילן עפ"י חילוק הירושלמי והסמ"ע מפרש דהוא חילוק אחר דלא כש"ס דילן ומלשון הרמב"ם בפי' המשנה נראה קצת כהסמ"ע ונ"ל דהש"ך היה גורס בהג' אשרי "פירוש"

כו' ולא כמ"ש לפנינו "פירות" כו'. שוב אח"ז ראיתי בהג' ארץ צבי שכתב כן. ועיי' דברי גאונים כלל י"ח אות י"ח דמי:

שגזל יי"ש ועיכבו עד שנחסר מהייי"ש דא"י לומר הש"ל ול"ד לפירות שהרקיבו מקצתן דהתם הפירות הם בעין אבל בייי"ש הא נחסר מהמדה והוי כמו שגזל עשרה ומחזיר תשעה:

סעיף ו'. ואם החצר עשויה לשכר כו'. עיי' באה"ג. וברדב"ז חלק א' כתב דמסתברא כן שלא יהא כ"א הולך ודר בחצר חבירו ומפסיד לו שכר ביתו ויאמר כמה בתים יש לי לדור ושמא בית זו נוח לו מהבתים שלו ופסק כהרי"ף ולא כהרשב"א ודחה ראייתו. ומש"כ בהגה ודוקא שכבר דר בו כו' ה"מ בדבר כו' ונרשם מקורו מרדכי ונמוק"י. ותמוה דהנמוק"י בשם רא"ה מחלק מטעם אחר בנהנה משלו או בשל חבירו ע"ש ולדידיה בכל גונא אין כופין אף בלא יוכל להשכיר ורק המרדכי כתב טעם זה. ואי למיחשב גברא קאתי דס"ל דאין כופין הו"ל לכתוב נמי דכן דעת תוס' וראש וריטב"א דאין כופין לכתחילה ובש"ג כתב דעת התוס' כראבי"ה שבמרדכי ול"י מאין לו כן דהא התוס' כתבו סתם דאין כופין לכתחילה ולא כתבו טעמם ואולי כהנ"י בשם הרא"ה. והנה מש"כ הנמוק"י דכן דעת הרא"ש צ"ע דהא הרא"ש כתב ל"מ שהוא פטור אלא אפי' טובה נמי עושה עמו ומזה דייק הגר"א ס"ק י"ז דמשום זה כתב כן לומר דאפי' לכתחילה נמי מותר. והגר"א הק' עליו דהא מוכח ד' צ"ז דטעם דשאיה הוא עיקר הטעם לפטור. אבל כבר הק' שם בתי' הרשב"א דהא משמע דזה עיקר הטעם לפטור משום דבבתים נהנה במקצת ולולא זה היה חייב והא בכולה סוגיין משמע דכל שאינו חסר פטור. ותירץ דבבתים לולא טעם זה היה חסר קצת מחמת דריסת רגל הדיורים אלא שהריוח שמצילין אותה משאיה עולה כנגד ההפסד. ולהרשב"א יותר יקשה מד' צ"ז מה דדחי שאני התם כו' דהא טעם זה אינו אלא משום דבלא"ה היה הפסד ואדרבה להרא"ש א"ש דהא משום טעם ניחא לו דלא נסתרי עבדו הא מותר גם לכתחילה להשתמש בעבד כמ"ש הפנ"י שם. וזה שדחי שאני החם בחצר דיש טעם לכתחילה דמותר משום שאיה וכמ"ש הרא"ש אבל הכא מא"ל ומשני דה"נ מותר לכתחילה משום דלא ניסתרי עבדא וצ"ע:

סעיף ז'. י"א דכשאין החצר כו', זה דעת התוס'. והרשב"א ורמ"ה חולקין וראיית רשב"א הוא מש"ס צ"ז התוקף ספינתו כו' דמשמע היכא דל"ק לאגרא אע"ג דלא נחית אדעתא דגזלנותא אפ"ה אין לו אלא פחתא. ולייישב לדעת החולקין נ"ל עפ"י מ"ש ב"מ ס"ט ע"ב ספינתא א"ר אגרא ופגרא וכן הלכה דכן מנהג בעלי הספינות ואולי משום דפחתה גדול הנהיגו כן דאינו נכנס בכלל דמי השכירות אבל בשכר בית ל"ש מעולם מנהג דשכר

פחתה נכנס בכלל דמי השכירות ואולי כי אין פחתה גדול כ"כ. וא"כ י"ל דסברת מתוך ל"ש אלא במין תשלום אחד ולא בשני מיני תשלומין וסברת תוס' ל"ש אלא בבית דהפחת והשכירות תשלום אחד הוא אמרי' מתוך שמשלם הפחת משלם נמי השכירות אבל בספינה דשני מיני תשלומין הם הפחת בפ"ע והשכירות בפ"ע ל"ש לומר מתוך שמשלם זה ישלם זה:

סמ"ע ס"ק כ'. ותיבת קודם א"מ. אבל המחנ"א דיקדק מזה שאם גילה דעתו שרצונו ליתן לו שכר עכשיו חייב להעלות לו שכר אף על מה שדר בו קודם גילוי דעתו וז"ש קודם ר"ל אף שלא גלי רק קודם יציאתו:

סעיף י' בהגה ב'. ישראל שברח כו'. ונרשם מקורו הג"מ ומרדכי. העובדא הזאת ליתא בהג"מ רק במרדכי ונלמד מהא דהגה הראשונה כמ"ש הגר"א וז"כ המרשים. ולפי"ז תמוה לי מש"כ המח"א דהתוס' ד' כ' לא ס"ל כן מדכתבו בתחב לו בבית הבליעה חייב משום החסרון שבתחילה והכא נמי. ולא דמי דשם היה הגזילה רק עבורו ואיליו נתכוין לכן חייב וכן בהמשל שמצייר המחנ"א במלך שגזל מא' ונתן לב' בודאי חייב כה"ג אבל הכא עיקר הפטור הוי משום דלא הניח מי להשכירו ואף דהשר השאילו לזה לא היה עיקר גזילת השר מתחילתו עבורו דממילא מקודם הוי חצר שאינה עשויה להשכיר. וכן מש"כ עוד דמהרמב"ם ל"מ כן שפסק דגזל בית ושדה אסור לעבור בתוכה כו' ואם דר בתוכה חייב לשלם לנגזל ל"י כונתו בזה דהא ע"ז הדין כתב בהג"מ המובא כאן בהגה הראשונה דדוקא הניח מי להשכיר ואיך כתב שנראה שאעפ"י שמהגזלן א"י להוציא חייב לשלם להנגזל אין ה"נ אבל הכא שלא הניח פטור וע"כ צ"ל, כן דבהג"מ שם וכן במרדכי כתבו ג"כ תירוץ התוס' וחילוקם ואיך נאמר שהתוס' חולקים אלא שצ"ע דא"כ היינו הך דהגה הא' ומה חידש:

סימן שסד

סעיף ו'. ועל השאר נשבע היסת. עיי' קצוה"ח שחקר בגוזל בעדים וטוען החזרתי אי משביעין אותו ש"ה דאולי אינו נאמן בזה להכשיר עצמו ועיי' שמ"ק ב"ב ל"ד ע"א ד"ה לישתבע בשם מהר"י משמע דבעדים הוי חשוד על השבועה ע"ש:

סימן שסה

ש"ך ס"ק ב' בא"ד. ואף דקאמר התם בש"ס כו' היינו שלא יכול לבטל דבריו כו', חמוה דברא"ש שם כתב דר"י לדינא אמר כן ולא מחמת ספיקא דליהני חפיסה ומש"כ הש"ך דכן דעת הרא"ש עוד לא ברור כ"כ דעת הרא"ש עיי' רי"ט אלגזי בכורות י"ח מש"כ בדעת הרא"ש. ומש"כ בדברי הראב"ד דלכאורה קשה כו' אלא י"ל. הנה דברי הראב"ד ולשונו

מובא בש"מ ושם תמה על הפוס' דהלכה כר"ע אטו דיני קנסות דיינינן האידנא ונהי דמהני חפיסה לקנס דאורייתא א"נ עד כדי נזקו אבל הכא דקנסא דרבנן הוא ויותר מכדי נזקו כה"ג ל"מ תפיסה. הן אמת שעיקר דברי הראב"ד תמוהים כמו שהק' שם הכותב דאטו מפני שאין אנו דנין דיני קנסות יאמר דאין הלכה כר"ע ע"ש אבל בכונת דברי הראב"ד ליתא מש"כ הש"ך בדבריו ועיי' שמ"ק ב"ב צ"ד באם בא לנפות מנפה את כולם דגם קנס דרבנן אין דנין וי"ל:

סעיף ב'. אם בא לצאת יד"ש חייב. הש"ך חולק ומשוי לה לפקדון. ודבריו צ"ע דהא בש"ס לא הדר ביה ממ"ש תחילה גזל דעביד איסורא קנסוהו רבנן כמ"ש שם בתוס' ועיי' שמ"ק והנכון מש"כ המע"ח לחלק בין גזל לפקדון. דבפקדון שני כריכות צריך לצי"ש משום שפשיעת הנפקד גרמה הספק ובכרך אחד לא פשע הנפקד דאינהו לא קפדי אבל בגזל שהגזלן גרם הספק פשיטא דחייב בשביל שגזל טפי מדהו"ל למידק בפקדון בשני כריכות ע"ש, שו"ר שכן כתב כאן בקצוה"ח. והנה לכאורה קשה מכאן על הראב"ד מובא בר"ן כתובות פ"ז דגם גבי ממון אמרי' א"א משים עצמו רשע. וי"ל לכאורה באומר דרך וידוי וחשובה עיי' פת"ש יור"ד סי' א' ואף דמהראב"ד לכאורה מוכח דגם בכה"ג לא מהני מדלא אוקי לה בכה"ג עכ"ז יש לחלק וכבר האריכו המפ' בדעת הראב"ד עיי' שדי חמד מערכת א' סי' ל"ג ל"ד אסף כל הנאמר בזה בשו"ת ע"ש:

סימן שסו

סעיף א'. ואם רצה לצי"ש כו'. היש"ש הוכיח מלשון הש"ס דחייב לצי"ש וכן כתב הריב"ש מובא בב"י יור"ד סי' קס"א ובש"ך שם ורבינו לא ס"ל כן והוכחת היש"ש לפמש"כ בפרישה וסמ"ע ביאור לשון הטור א"ש ועיי' תי' פמ"א על ב"ק. והרשב"א בשם הראב"ד כתב דחליפין הוי בעין לענין זה והתוס' דלא תירצו כן אולי לא ס"ל כן והשו"ע סעיף ב' דסתם ולא פירש דבקיימת חייבים להחזיר צ"ע. והרשב"א מדיליה תירץ דגזל פקיע עמיר. וצ"ע דא"כ היינו גזלן דעלמא ומאי תשובתן קשה. ומש"כ הש"ך בשם ס"ת אף דיש מ"ש דכ"מ שאמרו אין ר"ח נוחה הימנו איכא איסורא י"ל דכי תקנו לא תיקנו בכה"ג ועיי' הג' החיד"א שם.

שו"ר בב"ח שעמד על המחבר בסעי' ב' ובפת"ש בשם השב"צ מיישב עפ"י דעת הריב"ש וצ"ע כי אין כן דעת הטור והמחבר ואין הס' בידי. ובש"מ כתב דמחזירין לז' טובי העיר במעמד אנשי העיר ואינם מקבלים ממנו ול"מ כן בפוס'. והרמב"ם השמיט זה ועיי' פ"ד מתשובה הל' ג' בהא דחולק עם הגנב:

סמ"ע ס"ק ח'. וכתב המ"מ כו'. בלח"מ תמה עליו דעבד דבר דעת ובר שליחות הוא הא הוי כמחזיר החבית למקומה דפטור. ול"י תמיהתו דהא כתב הסמ"ע סי' רצ"א ס"ק ל"ג דסתם ע"כ גזלנים הם. עוד הק' על הרמב"ם שכתב ונשתמש הא בש"ס אוקמי בנטלה למוד בה. אולי דעת הרמב"ם דשואל של"מ אינו חייב עד שישתמש ולא כהחולקין עיי' מחנ"א הל' גזילה סי' י"ח ומש"כ הסמ"ע ס"ק י"ז והט"ז גימגם:

עליו ע"ש הנה כונתו מבואר בפרישה אף דשאלו מבנו גדול מ"מ כיון דידע שהוא של אביו נתחייב באונסין. משמע דא"ל שהוא של אביו והו"א מדהשאיל נתן לו אביו רשות להשאילו מ"מ כיון דידע שהוא של אביו חייב:

סימן שסז

סעיף א'. אינו חייב לרדוף כו'. וכתב הסמ"ע דהוא מתקנה משמע דמדינא צריך לילך אחריו אף בלא נשבע.

ובזה היה י"ל גירסת החינוך מצוה ק"ל שכתב אז"ל שצריך לילך אחריו אפי' למדי והק' הג' חכ"צ והמנ"ח דזה דוקא בנשבע ולהסמ"ע י"ל דכותב עיקר הדין ולא התקנה אלא דבאמת הנכון כמ"ש הש"ך. והנה בפרישה כתב דל"ד מאחים על מנה אלא ר"ל הוצאה מרובה וכ"כ החינוך שם אבל מתוס' ד"ה ור"ט לא משמע כן שהק' הא בשנים נמי כו' ע"ש וצ"ע ועיי' תוספתא ב"ק פ"י:

סעיף ג' אינו צריך להוליך אחריו. עיי' סמ"ע. וכתב בערוך השולחן דאם גזל לכתחילה פחות משו"פ ונתייקרה א"צ השבה דמיד שגזל מחל לו. ולא הו"ל לכתוב בפשיטות כן דתליא במחלוקת הטעם דפחות משו"פ לא הוי גזל דלהמפ' דלאו מטעם מחילה הוא אלא דאין מצות השבה בפחות משו"פ אפשר דבנתייקר ושו"פ ברשותיה דמריה נתיקר וכן השבית אבל להטעם דמשום מחילה תיכף דמחל עומד ברשות הגזלן והוא שלו וכ"כ המנ"ח מצוה ק"ל וחקר עוד דלטעם מחילה היאך הדין בלא ידע או בחשו"ק וכה"ג ולא ראה דברי המחנ"א ריש הל' גזילה שחקר בזה והמגיה שם כתב כהערוך השולחן וצ"ע דלכאורה י"ל דלמש"כ בש"מ דלא מחל רק אם לא נתייקר והוי כמו תנאי י"ל דודאי אם לא גילה דעת אמרי' שמחל בכ"א אבל מתני' מירי שאמר בפי' שלא מחל פחות מפרוטה אע"ג דאמרו רבנן דנתבטל דעתו והוי מחילה אבל אם תתייקר לא עשאו מחילה אבל אם לא גילה דעתו מחל לו בלא שום תנאי אפי' נתייקר. והג' מהר"ם שיק מפרש דפחות משו"פ מצוה יש למחול ולא יהא אכזרי ולפי"ז אפי' בחשו"ק או בלא ידע ג"כ הוי מחילה אף דהוי כיאוש של"מ עכ"ז אמרי' בב"מ כ"ב גבי תרומה באומר כלך אצל יפות דבכה"ג

יאוש של"מ הוי יאוש משום במצוה ניח"ל וה"נ כן אילו ידע או שהיה לו דעת ודאי הוה ניח"ל וי"ל עיי' מחנ"א:

סעיף ד'. מת הנגזל כו' יחזיר ליורשיו. מלשון המשנה. והתוס' כתבו דאתי לאשמעי' דאפי' ליורשים צריך לילך למדי א"נ משום חומש ועיי' רשב"א וש"מ עוד צריכתות והפוס' סתמו וכתבו כלישנא דמתני' וצ"ע: סעיף ה'. הגוזל את אביו ונשבע לו כו'. עיי' סמ"ע מחלוקת הב"י וד"מ אי דוקא נשבע. והנה הוא מחלוקת הראשונים דהרמ"ה בש"מ כתב דוקא כשנשבע וכ"כ המלמ"ל בשם הרשב"א בתשו' אבל בחי' רשב"א ב"ק כתב ודוקא בגוזל לא מצי מחיל לנפשיה מפני שצריך לצאת יד"ש ולהוציא גזילו מתח"י כו' ולא כתב כהרמ"ה משום שנשבע ש"מ דס"ל אף בלא נשבע וסותר למש"כ בתשו' דדוקא נשבע. וי"ל בטעמם דהנה הר"י בש"מ כתב אפי' אין לו בנים אחרים לאביו אלא הוא עצמו שמא תאמר יחזיק בגזלתו שהרי הוא יורש כל נחלת אביו קמ"ל משנה זו שצריך להחזיר גזילתו לאבי אביו דזה ועשו שצריך שיוציא גזילו מתח"י כיון שנשבע עליה לשקר שאם לא נשבע עליה לא הוי קנסי' לו שיחזיר חלקו המגיעו להיורשים. הרי דביאר כיון דכל עיקר החזרה בזה הוא רק מדרבנן דמה"ת הוא יורשו ורבנן לא קנסו אלא בנשבע וי"ל דטעם הסוברים דאף בלא נשבע הוא דס"ל דמה"ת צריך בזה השבה. ובזה י"ל דזהו טעם הרמב"ם כאן דס"ל דאין צריך להשיב רק כשהגזילה קיימת משום דס"ל דכל עיקר השבה כאן רק מדרבנן ולא קנסו רק כשהגזילה בעין. ובזה לא קשה דהא בגמ' מדמי גזל הגר וזקפו עליו במלוה דצריך להוציא מתת"י למתני' ושם ליתא בעין. דשם כיון דמה"ת צריך השבה אף בליתא בעין נמי. והנה הסמ"ע ס"ק י"א כתב דאין חומש נוהג בזה"ז. ולא הביא שכן כתב הרא"ש כאן ועיי' מלמ"ל פ"ז מגזילה אבל המנ"ח מצוה קכ"ט מפקפק בזה והעלה דנוהג גם בזה"ז:

סעיף ו'. הגוזל את הגר כו'. כתב הרמב"ם פ"ה מגזילה הגוזל את הגר ונשבע לו ומת הגר והפריש אשמו וגזילתו להעלותן לכהנים ומת הגזלן קודם הכפרה הרי בני הגזלן יורשים את כסף הגזילה כו' ואפי' היה הגזלן קטן שאין מתנתו מתנה אין יורשים מוציאין מיד הכהנים. ותמה המנ"ח על מש"כ בקטן דאין לו מקור ואדרבה בילקוט פ' נשא ממעט איש ולא קטן. ועוד אין במציאות דין זה בקטן דהא דין זה א"א רק בנשבע והודה דחייב בקרן וחומש ואשם וקטן אינו בר עונשין שיביא קרבן על השבועה ונהי דלהנגזל עצמו צריך להחזיר כשהגזילה בעין אבל להביא קרבן אשם על שבועתו ודאי דאין מקבלין הימנו דהקטן יכול להביא עולה ושלמים ולא אשם וחטאת וכן הק' בערוך השולחן ובנחל יצחק סי' ז' ומצאתי ברדב"ז ח"ד עמד בזה ותירץ כגון שקפץ ונשבע או שגזל

אביו את הגר ונשבע לו ואח"כ הודה ומת קודם שנתן ונתן בנו של הגזלן הכסף לאנשי משמר ומת אין היורשים מוציאין מיד הכהנים וקרי לו גזלן משום דגזילת אביו אצלו. ונ"ל מקור נאמן לדברי הרמב"ם ממ"ר פ' נשא וז"ל אמרת מתנת איש מתנה ואין מתנת קטן מתנה אין לי אלא מתנת איש ומנין אח מרבה מתנת אשה ויורשי קטן אמרת ואיש אשר יתן לכהן לו יהיה וזש"כ הרמב"ם ואפי' היה הגזלן קטן ומיירי דגזל כשהוא קטן ומת ויורשיו נשבעו והודו ונתנו לכהנים דאע"ג דהם באים מכח קטן ואילו הוא נתנו לא היה מתנתו כלום אבל כשנתנו הם מתנתן מחנה ועיי' ספר כובע ישועה לב"ק מש"כ בזה והנה הישׁ"ש תמה על הרמב"ם שהשמיט מ"ש בש"ם החזירו חצאין לא יצא ולא הביא אלא הא דהחזירו בלילה לא יצא ובס' כ"י מתרץ עפ"י מש"כ הרמ"ה בש"מ דאם ל"י לחצאין דהוי בע"מ וא"כ תליא בדנין אפשר משא"א והרמב"ם פסק דאין דנין אבל באמת פי' הרמ"ה תמוה טובא וכבר הק' עליו הרי"ט אלגזי פ"ת דבכורות דמלבד דלישנא דחצאין ל"מ אלא שהחזירו כולו בזא"ז כדתניא גבי קטורת פטמה לחצאין כשירה דאפי' בזא"ז יתר ע"כ דלענין נתן חציו בלבד דלא יצא אין אנו צריכין ללמדו מדקריא רחמנא אשם דבלא"ה פשטא דקרא הוא שיחזיר כולו. ואולי י"ל דהרמב"ם סמך על מה שפסק בפ"ג מהל' מעשר הל' ט"ו דכל המצות שעשאם לחצאים לא יצא ומקורו מירושלמי מובא בתוס' חגיגה ו' ע"ב ד"ה שאין כמ"ש הרי"ט אלגזי שם והיקש דאשם אולי הוא רק לענין לילה. ובש"מ כתב מהמאירי דל"י בהחזירו בלילה כדי שיחזירו בפרסום ול"י למה צריך לזה דהא היקישא הוא לאשם ואין מקריבין בלילה כמ"ש הרמב"ם וצ"ע. והנה ידוע הקושיא הנפלאה שהק' בים התלמוד בהא דאמר בש"ס שם אימא לבע"מ טהורים שבאותו משמר דע"כ איירי באין כאן כהן טהור כלל וא"כ הרי הקרבן נעשה בטומאה וקרבן ציבור הבא בטומאה אינו נאכל כפסחים ע"ו ובשו"ת בנין ציון ת"א סי' קפ"א מפלפל בזה וכתב לתרץ במה שהמציא ציור שיהא הקרבן קרב בטומאה ונאכל בטהרה אבל כתבו התוס' פסחים.

שם בדברים קצרים ע"ש ע"ט ע"א דיכולים הטמאים ליזהר שלא יגעו בבשר. ובזה א"ש מש"כ הפנ"י חולין ב' ע"ב בקושית הר"א בתוס' שם ד"ה שמא ותירץ הפנ"י דאתיא כמ"ד טומאה הותרה בציבור ומותר ליכנס לפנים אפי' איכא טהורים ועל טומאת בשר לא הותרה והק' עליו בחי' הגרי"ב דהא כיון שעובד בטומאה הא הוא נוגע בבשר בעת העבודה ומפורש במתני' פסחים ה' דברים באים בטומאה ולהתוס' הנ"ל י"ל וי"ל בזה. שו"ר בהג' רש"ש שרמז לדברי התוס' הנ"ל [ומה שהק' שם על התוס' ד"ה לבע"מ כו' שנעלם מהם משנה דטבו"י ע"ש לא ראה בש"מ ובח"ת זה] ועיי' שדי חמד מערכת כ'

סי' פ"ה פ"ו פילפולים ארוכים בעיקר קושית הי"ה ובמש"כ מפרשי הים בזה. ומש"כ הסמ"ע ס"ק י"ח שבזמן הבית היה צריך ליתנו לכהנים הק' עליו הפמ"א בחי' ב"ק דאם זקפו במלוה בין להרמב"ם בין להטור אפי' בזמן הבית לא היה נותנה לכהנים אלא לארנקי של צדקה. וי"ל דהסמ"ע קאי על לא זקפו במלוה לדעת הטור ואף דגזל הגר הוא אחד מכ"ד מתנות כהונה והם ברית מלח עולם כמ"ש שם בגמ' מ"מ אשם קריא רחמנא ועיי' מנ"ח מזה. וראיתי שם עוד בפמ"א שתמה על התוס' ד"ה קטן שכתבו דבירושה לא משכח"ל והא משכח"ל ביש להגר בן שהורתו ולידתו בקדושה שיורשו:

והקטן אין לו יורשים וא"צ לחזור אחריו עד שמצא ביש"ש שכתב כן והו"ל להביא שכן תירץ גם הרשב"א בחי' ב"ק שם. אבל י"ל דברי התוס' שלא תירצו כן דיקשה קושית מהרש"א סנהדרין ס"ת דא"כ אף בקטן צריך לחזור אחריו שמא יש לו עוד את שהורתו ולידתו בקדושה ודברי הרשב"א צ"ע. ובעיקר קושית התוס' י"ל למש"כ הרמ"ה בחי' ב"ב קמ"ט דאף הורתו שלא בקדושה דאינו יורש את אביו כדלעיל סי' רפ"ג עכ"ז יורש אמו ישראלית ועוד משכח"ל בחבלתו ועיי' תוס' סנהדרין ס"ח. והנה ז"ל הרמב"ם פ"ת מגזילה הל' ז' ולמה נאמר בגזל הגר איש שהאיש אתה צריך לחקור ולחזור עליו אם יש לו יורשים אבל אם היה הגר קטן אי אתה צריך לחזור עליו אלא חזקתו שאין לו יורשים. וכתב הה"מ פי' דכמאן דאינו מוליד משוינן ליה. ותמוה דהא בש"ס אמר בודאי שאינו מוליד ולמה כתב דכמאן דאינו מוליד משוינן לו וכן מורה לשון הרמב"ם שכתב חזקתו שאין לו יורשים משמע דאין ודאי שאינו מוליד וצ"ע. ובח"ס חו"מ סי' כ"ת מביא קושיא מחכ"א בסנהדרין שם דאמר ופליגא דרבה כו' דהא ברייתא היא בב"ק כאן. ותירץ הת"ס דהאי סיומא בידוע שאין לו יורשים לאו מלשון הברייתא הוא וסתמא דש"ס מוסיף כן דר"ת מפרש לה משום דאין לו ממון כקושית התוס' מיהו רבה ס"ל דיש לו כשד"א מקנה אותו וע"כ טעמו משום דאינו מוליד וסתמא דתלמודא ס"ל כרבה ע"כ הוסיף בלשון הברייתא כרבה. ודבריו תמוהים דבנה יסוד על קושית תוס' דר"ח ס"ל כקושית תוס' והוא בעצמו הביא תירוצם ומלבד תירוץ התוס' בדא"מ יש עוד תירוצים כמש"כ. ויותר י"ל בדרך זה דהנה התוס' סנהדרין הקשו דהא בדורות הראשונים היו מולידים ב"ח שנים. ומתרץ הרא"ש בש"מ ב"ק דזה דקאמר א"א צריך לחזור אחריו משום דאינו שכיח. וי"ל דרבה ס"ל דאין במציאות כלל שמוליד ור"ת ס"ל כברייתא דאין שכיח שמוליד והש"ס הוסיף בברייתא בודאי שאינו מוליד כרבה וי"ל דלפני הרמב"ם לא היה הגירסא האי הוספה ופסק כר"ח משום דאינו שכיח ולכן כתב חזקה שאינו מוליד. ואולי זה כונת הגר"י פיק שציין על הא דר"ת "רמב"ם" ותמה עליו הרש"ש דהא הרמב"ם פסק כרבה

והיא ברייתא מפורשת וכ"פ בהל' גזילה. ולמש"כ הה"מ וכן מורה לשון הרמב"ם אין זה ענין מודאי אלא משום דלא שכיחא אלא שהציון הוא בטעות. והנה שם בש"ס ואי דלא מצי עביד עבודה שליח היכי משוי וכתב הג' רצה"ח דהוא בכלל כל היכי דאיהו לא מצי עביד שלית לא מצי משוי ע"ש וכבר עמדו בזה האחרונים עיי' מחנ"א בחי' הרמב"ם פ"ג מגירושין שהק' מכאן דמשמע דאף דאינו מצי לעבד מחמת חסרון כח תשיב לא מצי לעבד ואילו במגוייד וצלוב משוי שליח לכתוב גט לאשתו הרי כיון דהחסרון רק בחסרון כח לא חשיב לא מצי לעבד וכן מגידם שכותבין גט לאשתו ועיי' ת"י עירובין י"ג שהוכיחו מזה דלא בעינן שליחות בכתיבת הגט ועיי' שדי תמד מערכת כ' סי' פ"ז כל מה שנאמר באחרונים מזה. וחותני זצ"ל אמר כי הזכות של הקרבת הקרבנות נתונה לכהנים היכולים להקריב וא"כ מי שבעצמו א"י להקריב אין לו זכות לעשות בזה מסחר וליתן לאיש אחר זכותו שבאמת אין לו שום זכות כ"ז שבעצמו א"י להקריב וגם באמת הא כהני שלוחי דרחמנא נינהו ול"ש כאן שליחות רק הכונה שמוסר זכותו להכהן:

סימן שסח

סמ"ע ס"ק ג'. די"ל דהוא ס"ל דבמוכסין מתייאשין הבעלים טפי כו' כו'.

וכן נראה מדברי הרא"ש קי"ג ע"א שכתב דאתיא אפי' כר"ש דכל מה שהמוכס וגבאי נוטל הוי יאוש בעלים. וראיתי בס' כתר המלך שהק' מש"ס דכאן דפריך אי רבנן קשיא גנב אי ר"ש קשיא גזלן והיינו מוכס כמ"ש רש"י ואי דיש לחלק במוכס דמתייאש יותר לא קשה מידי. וי"ל דיפרש דפירכת הש"ס הוא מסיפא מן הגייס או מן הליסטים וגייס היינו גזלן וליסטים היינו גנב דלא כפרש"י וכן ראיתי מפרש בס' נהורא דשרגא הנדפס כעת אלא מה שהכריח שם דע"כ פירכת הש"ס הוא מסיפא מדשני בשלמא לעולא כו' ה"נ בידוע ואי מרישא הלא איתא מפני שהבעלים מתייאשים והיינו מסתמא וכמו דדייק לעיל לר"א. מזה אין הכרח עיי' שמ"ק מש"כ בזה הרא"ש ורמ"ה וגם המחבר לא ראה דברי הרא"ש והסמ"ע:

סימן שסט

סעיף א'. ואסור לסעדו על שינויו. הנה לעיל סי' ל"ד סעי' ז' בהגה כתב החולק עם הגנב אינו נפסל והוא מהריב"ש. ותמה בתומים מ"ש מכופר בפקדון דפסול לעדות ותירץ הקצוה"ח דאף דפסקינן רצה מזה גובה ורמ"ג עכ"ז שני לאו שמיה גזלן אלא דין מזיק עליו ע"ש ותמוה דמכל דברי הראשונים מובא בש"מ שם מבואר דשני ג"כ קרוי גזלן וכן משמע מרש"י ב"ק שם שכתב דזה שאכלו נעשה כגוזלו מבעליו וכן כתב ד' קט"ו ד"ה בדר"ח והאי נמי אע"ג דיהיב דמי לגנב לגבי האי מיהא גזלן הוא. ואולי י"ל דכופר

בפקדון אין לו במה לאישתמיט והכא דרמ"ג ורמ"ג יש לו לאישתמוטי דיגבה מהא.
כעת מצאתי בזה פילפול ארוך בשומ"ש מ"ק ח"ב סי' ק"א ובתנינא ת"ב סי' צ"ד ע"ש:
סעיף ה'. נטלו מוכסין כסותו כו'. וחקר הנתי' אי רשאי לכתחילה דהוי כסועדו על שינויו ע"ש. ומבואר הדבר בחי' רשב"א ע"ש שדעתו נוטה דבזה דהוי כמציל מידם שרי נמי לכתחילה:
סעיף ו' בהגה. דהוי כגוזל מן הגזלן, עיי' קצוה"ח שהק' מיור"ד סי' רל"ב לפי' הרא"ש שם וכן הק' באב"מ סי' כ"ח ס"ק ג'. אבל כונת הרא"ש הוא כמ"ש שם בנמוק"י לפירוש זה שמינהו המלך בלא קיצבה אלא שיטול מכס הראוי ולכך הוי כמו גזל דהואיל שגם המלך לא נתן קצבה. אבל כשהמלך נתן לו בקצבה והוא נוטל יותר מהקצוב י"ל דבהקציב הוי גזל ואינו רשאי לישבע:
סמ"ע ס"ק י"א. ומזה יש ללמוד כו'. עיי' לח"מ ודבריו יותר נכונים ועיי' מש"כ בזה בסי' קכ"ח בש"ך ס"ק י"ח. והנה בש"ס אמר רבא הני דדיירי דרי בתוך התחום אסור ליקח מהם כו' והפוס' השמיטו וצריך טעם וי"ל דבאמת על פירש"י קשה דמפרש אבהמות דהא הרוב משלהם הוא ובכה"ג אפי' בגזלן מותר ליקח דאפי' מיעוט שלו ומצאתי ברשב"א שהק' כן לרש"י ופי' בשם הראב"ד דקאי אזבל וכן פירש המאירי בשמ"ק אבל הרמ"ה מסכים לרש"י וי"ל דכן פירשו גם הפוס' ולמסקנת הש"ס לעיל דאפי' מיעוט שלו מותר ליתא לדינא דרבא וי"ל:
סעיף י"א בהגה. מכר השטר לישראל כו'. דין זה תמוה מאוד ונסתר מכמה מקומות בשו"ע ועיי' מש"כ בזה בשו"ת בית שלמה חחו"מ סי' קכ"ט בארוכה.
ומה שהק' הנתי' על תשו' מהרמ"ל בש"ך עיי' תומים סי' ס"ו סעיף כ"ה ובש"ך סי' קכ"ח סעי"ק ב' בזה וי"ל:

סימן שע

סעיף ה'. עני המנקף בראש הזית כו'. מה דנקט דוקא זית וכן מש"כ של שכחה דוקא עיי' מש"כ בזה הגר"א בשנ"א פאה פ"ז מ"ב ובהג' רש"ש שם ועיי' הג' רש"ש גיטין ס"א ר"ל דדוקא במתנות כהונה תקנו כן מפני ד"ש ולא בהפקר. והנה הערוך השולחן כתב בזית של הפקר ול"י מנ"ל. אבל באמת משמע כן מדכפל המחבר הדין כאן ובסי' רע"ג סעי' ט"ו ועיי' באה"ג אבל שם מיירי בדיני הפקר ע"כ כתב שם אילן אלא דאף בהפקר הדין כן ודברי המגיה בשנ"א שכתב דוקא זית צ"ע מנ"ל:
סעיף ו'. אם באו לרשותו כו'. בטור מובא דברי הרמב"ם נאמנת אשה כו'. וברש"י כתב דהבעלים מרדפין קודם אמירת הקטן. והק' הישש והת"ת ל"ל בעלים מרדפין כיון

דקטנים נאמנים כאן במסל"ת ואין הספרים האלו כעת בידי. וי"ל למש"כ הרמ"ה בש"מ במתני' דאע"ג דאינו מסהיד דפלניא הוא כיון דמסהיד דנפקא מרשותיה מוקמי' ליה בחזקתיה ולהכי בעינן מרדפין דמוכת דשלו הוא כיון דלא מסהדי דפלניא הוא. ובס' מראות הצובאות הק' מדוע לא פירש רש"י דהקטנים אומרים על הכל דהם אומרים דהבעלים היו מרדפין אחריהם. ולמש"כ הפנ"י לארץ קושית הת"ת הנ"ל משום דבמתני' משמע דקטן לחודיה בלא אחר עמו נאמן ולכן בעינן רגלים לדבר מיושב ג"כ קושיא זו. ועיי' קצוה"ח בשם הרשב"א ביאור בירושלמי וצע"ג דבירושלמי כתובות פ"ב מבואר להדיא דהך ובפורח לא קאי אקטן אלא אנחיל ובעיטור אות ק' מביא הירושלמי בגירסא אחרת בד"א בפורחין:

אבל בשוכין לא וביאר הבר"י דר"ל ביונות פורחין ממקום למקום דהוי רק קנין דרבנן אבל בשוכין ר"ל בקטנות שיושבין על השוק ואינם זזים ממקומם קני להו מדאורייתא ואין קטן ואשה נאמנים בזה:

סימן שעא

ש"ך ס"ק ב'. ובהג"מ כו' כו'. זה מכבר כתבתי מה שנ"ל בדברי הירושלמי ונדפס בשמי בהג' טהרת השולחן אור"ח שחיבר חותני זצ"ל וז"ל שם. ובתוס' ל' ד"ה וקרקע הביאו ירושלמי פ"ז דכלאים דמשמע דיש יאוש לקרקע ופירשו פירוש אחר ע"ש ופירושם דחוק מאוד דפריך הירושלמי בפשיטות וכי יש יאוש לקרקע דלפירושם פריך לאסור אפי' מדרבנן ומאי פריך וכי יש כו' כיון דמדאורייתא אינה נגזלת ורק גבי כלאים חומרא היא. ונ"ל לפרש עפ"י מש"כ האחרונים לחלק בין ניחותא דבעלים דבעינן בתרומה לניחותא דבעלים לענין הא דאין אדם אוסר דשא"ש דבתרומה בעינן בעלים ממש או בשליחותן אבל לענין אא"א דשא"ש בעינן רק שלא יעכבו הבעלים וכל דניחא להו יכול אחר לאסור אף שאינו בדין שליחות כיון דידעינן שהבעלים אינם מעכבים יכול אחר לאסור ועיי' מזה בארוכה בשו"ת עונג יו"ט סי' צ"ג ק"ט. והנה הכפ"ת שם כתב וז"ל וק"ק כיון דיאוש לא מהני לקרקע כי נשתקע שם בעלים מאי הוי. י"ל דמן הדין היה לנו לומר דיש יאוש לקרקע אלא דהכתוב לימד לנו דקרקע אינה נגזלת ואין יאוש לקרקע ואפי' שאומר בפיו שמתייאש אנן סהדי דאין מתיאש לגמרי כיון דנקרא שמו עליה אבל כשנשתקע שם בעלים ממנה זה מוכח דנתיאש לגמרי ועשאה הפקר דאע"ג דהוא אומר בפיו דלא נתיאש לגמרי והפקירה ונעשה כצוח על ספינתו שאבדה בים וכ"כ הרא"ש בפי' המשנה כלאים. ומעתה י"ל דכן כונת הירושלמי "ויש קרקע נגזלת" לא פריך אנתיאשו ולא נשתקעו דהיא רק חומרא דרבנן אלא אנשתקעו דאסור מד"ת פריך דנשמע מינה דאע"ג דקיי"ל בכ"מ

דאין קרקע נגזלת עכ"ז יש קרקע שנגזלת דאם נשתקע שם בעלים ממנה. ושני רבי בא לא אעפ"י שאין קרקע נגזלת יש יאוש לקרקע הכונה לחלק כמש"כ דאין ראיה מכאן אדעלמא דהכא אע"ג דהקרקע עומדת עדיין בחזקת בעלים הראשונים ואינה קנויה לגזלן רק כיון שנשתקע שם בעלים ממנה ואנן סהדי דאיאש מינה יכול האנס לאוסרה כיון דאין לה בעלים המעכבים. וז"ש אעפ"י שאין קרקע נגזלת ר"ל להיות קנויה לגזלן יש יאוש לקרקע וגבי כלאים מועיל היאוש לאוסרה אבל לא לדעלמא. ובזה מיושב קושית הכפ"ת שם על הרמב"ם שלא חילק בדיני ממונות בין נשתקע לשלא נשתקע. ולמש"כ רק גבי כלאים מועיל נשתקע וכן פסק הרמב"ם שם אבל לא בד"מ. ומש"כ הכפ"ת להוכיח דש"ס דילן לא ס"ל כהירושלמי מר"ה שם דאמר לא תגזזו אתון כו' ואי מהני נשתקע ביאוש וקני ליה גזלן אמאי לא יגזזו הרי נשתקע שם בעלים דהא אינם יודעים אם אותה קרקע גזול מישראל. לענ"ד אין זה קרוי נשתקע מה שאחד או שנים אינם יודעים והיאך יגזזו אולי השכנים יודעים שם בעליה הראשונים:

סעיף ג'.

גזל שדה כו'. עיי' מה שכתבתי בזה לעיל סי' קכ"ח סעיף ב' ולק' סי' שפ"ו ע"ש:

סימן שעב

סמ"ע ס"ק ב'. י"מ כו' אבל ז"א כו'. חזר בו ממש"כ בפרישה לפרש כן ע"ש:

ש"ך ס"ק א'. והוא בענין כו'. כן כתבו הרמב"ן והר"ן וריטב"א מובא בש"מ. והנה הרמב"ן ור"ן הק' כיון דהעמדה בדין כשטר דמיא מודה במקצת למה נשבע הא הו"ל שע"ק בשעת הודאה ותירצו כיון דבשעת טענה אינו שע"ק ל"ל בה. מדבריהם נפשט חקירת הקצוה"ח לעיל סי' ל"ט ס"ק ו' אי מיד הו"ל קלא והו"ל ללקוחות ליזהר שלא לקנות א"ד דאינו גובה אלא מיום מחרתו כמו בשטר והנתי' שם פשוט לו דאינו גובה אלא ממחרתו. ומדבריהם משמע דמיד כשהודה חשיב שע"ק וי"ל:

סימן שעג

סמ"ע ס"ק ג' טעמן הוא כו'. כבר הקשו על רש"י דהא סו"ס הלוקח השביח ולישקול מנגזל והנגזל יקח מגזלן עיי' ש"מ. וטעם הסמ"ע ג"כ א"מ כ"כ דהא הגזלן הכסיפה וא"כ הא צריך הנגזל להוצאה זו. ובס' נ"ח כתב דצ"ל דאפשר אם היה נשאר ביד הגזלן היה משביחה והיה הנגזל שוקל ממנו השבח בלא הוצאה וגם זה דוחק. והנה התוס' פירשו בשבת היתר על ההוצאה דהוי כיורד בשדה חבירו שלא ברשות וצ"ל בטעם דרש"י דלא פירש כן וי"ל דס"ל לרש"י דל"ד לשם דהואיל ולא הכיר בה וחשב שהשדה שלו ואף לאחר שנשמע שהיא גזילה חשב שהמוכר יתפשר עמו ולמה יפסיד השבח וע"כ פירש

רש"י דמיירי דהנגזל אינו מרויח כלל דהיה השדה משובחת כשגזלה והוצאות צריך לשלם ללוקח כמו שהק' בש"מ רק הוצאה לא ישלם ודן אותו כיורד שלא ברשות אבל אם יהיה ריוח לנגזל ס"ל לרש"י דהיה צריך לשלם כל השבח והתוס' מדמי להו לגמרי ליורד שלא ברשות וא"צ לשלם רק הוצאה ולזה העיר בלקוטי בית אפרים:

סעיף ב'. הפירות שאכל. ראיית הה"מ מובא בב"י ממלכים ב' י"ג ויחן לה המלך כו'. והמהרש"א ב"ב ל"ח מפרש להירושלמי המובא ברשב"ם שם דמדינא דמלכותא הוי ולא מדינא והראיה היא לשמואל ופירוש זה נראה דוחק ע"כ נראה להה"מ פירושו פשוט דאף דשמואל רבו של ר"נ היה מ"מ הכא הראיה היא לרב דהא האשה היתה בורחת מפני הרעב עפ"י צווי האיש האלקים וגם היתה בארץ פלשתים מארץ לארץ ובבואה לפני המלך הו"ל לשאול תחילה את המחזיק פן יטעון שקנה השדה כיון דאכל שני חזקה ומדלא שאלו ע"כ דשמע ממנה שהיא מהבורחים ומארץ לארץ ע"כ ציוה המלך להשיב ש"מ דאין חזקה לבורח. ואף שגם היא היתה צריכה להביא עדים שהשדה שלה כבר כתב הגאון מלבי"ם שם שהמלך סמך על עדות גיחזי שכדבריה כן הוא ושכח לשעה דברי הירושלמי והנה הה"מ שם כתב דמפרש"י ר"פ הנזקין ל"מ כן. ותמיהני דיותר הו"ל להוכיח דהרמב"ם בפי' המשנה לא פירש כרש"י, אלא כמסקנת ש"ס ב"מ אליבא דשמואל בגזלן ונגזל בלא לוקח. אבל באמת תמוה הוא דהא כ"ז מוקי הש"ס כן רק לשמואל אבל לרבא דהילכתא כותיה מוקי שם בלוקח.

שוב לאח"ז מצאתי בפנ"י בשם התוי"ט שתמה בזה. וראיתי בשו"ת בר"י סי' ק"ז שהק' על הה"מ שכתב דמש"ס ב"מ ל"מ כן דהו"ל לאוקמי כגון שגזל שדה ואכל פירות. דהא לשמואל ל"ל כן דס"ל דשבח אינו נוטל משום דמיחזי כריבית א"כ כש"כ דפירות אינו משלם דמיחזי כריבית כדפריך שם אליבא דהס"ד. נראה שהבין דה"ה קאמר בלוקח ונגזל וליתא דהה"מ מיירי בגזלן ונגזל דהגזלן משלם פירות:

סמ"ע ס"ק ז'. דחזקה הוא כו'. ואף דקרן יש לו מ"מ אמרי' חזקה זו על השבח ודלא כהמע"ח ב"מ שכתב דבשבח היתר על הוצאה ל"ש חזקה זו. וראיתי למש"כ להוכיח סברת הרמ"ה דאי נימא דהמוכר נאמן לומר הכיר א"כ למה צ"ל תקנת העולם לאינה נגבית ממשועבדים ח"ל דאין גובין משום דהמוכר נאמן לומר דהכיר כמ"ש הש"ך סוס"י ק"ו ובכמה דוכתי ולשיטת הי"ח שבהגה סעי' א' דל"מ אפי' פירש וע"כ דהלוקח נאמן. וליתא דדעת הרמ"ה בטור דמהני פירש וגם להחולקים על הרמ"ה אין ראיה מזה דהא גם לדידהו מהני ביש לו קרקע כמ"ש הסמ"ע סוס"ק ו' ע"ש:

סימן שעד

סעיף א'. נתקימה ביד הלוקח. ואם הלוקח אינו רוצה במקח ורוצה במעותיו כתב השוש"י שיכול לחזור בו והוכיח כן ממש"כ המלמ"ל פ"ט מגזילה דבלא הכיר בה ואח"כ ידע ובא לתבוע מעותיו קודם שיטרפוה ממנו דשומעין לו וממילא אף שכבר טרח וקנה כ"ז שלא גילה הלוקח דעתו שנתרצה למעשיו יכול הלוקח לחזור בו כיון שאינו אלא מדין שליחות של הלוקח ומבואר בסי' קצ"ה סעי' ג' דמקח שאפשר שאינו חפץ לקנות לא קנה. ואין הענינים שוים דשאני התם דא"צ להחזיק המעות כ"ז שלא לקחה עדיין משא"כ בשכבר לקחה הגזלן אולי א"י לחזור. ועיי' מע"ח שהוכיח דיכול לחזור כיון דמכר שא"ש ול"ג משאר מק"ט. ועיי' בראש מבואר דאין שומעין לו ואם הגזלן יכול לחזור בו עיי' נתי' לעיל סי' ר"ז ס"ק ד' בשם המלמ"ל ובסי' ס' ס"ק י"א בשם הבעה"ת. ומש"כ עוד השוש"י לתמוה על חילוק הראב"ד מובא בב"י לפרש דעת הרמב"ם בין מיד ללאחר זמן וחמה דאיזה שיעור נערוך לו והכריח מזה דהשיעור:

הוא בידע הלוקח ונתרצה במקחו. לא ראה תשו' ר"י מגש מובא בש"מ דהשיעור הוא בכדי שנאמר שלא נתחדשה לו חרטה אמנם אם עבר זמן אחר הקניה ואח"כ זבנה י"ל שלא כיון בקנייתה אלא לאוקמי קמי לוקח ואח"כ נתחרט וזבנה והואיל כשקנה אותה אדעתא לאוקמי קמיה לוקח שוב אין במעשיו האחרונים כלום ומש"כ הב"י כאן בתירוץ הב' לחלק דגם הגזלן עצמו יכול אח"כ לערער והדרישה הק' עליו ממש"כ הטור בריש הסימן ומחלק דמיד יכול לומר כן עיי' רמב"ן בש"מ דאף מיד א"י לומר כן דהנגזל מקנה לו ותיכף נקנה לו. ומש"כ המחבר והתחיל ב"ד להכריז כו' ובש"ס עד שעת העמדה בדין ופירש"י הלוקח להגזלן על האחריות וכן פירש הרשב"א בש"מ אבל מ"מ עד שעת העמדת הנגזל להלוקח בדין והמחבר לא ביאר. והנה הקצוה"ח לעיל סי' ל"ז ס"ק ח' תירץ קושית הע"ז שם על הסמ"ע שכתב דבמטלטלין ל"ש דליקריה גזלן דאולי לקחה מגזלן דא"כ לישני בש"ס ב"מ הנ"מ במטלטלין וכתב הקצוה"ח כיון דאמרו בש"ס עד שעת העמדה בדין ובמחוסר העמדה בדין א"י הנגזל למכור דהוי דשא"ב. משמע דמפרש דהעמדה בדין קאי אנגזל עם הלוקח ותמוה דלא הביא פירש"י ובאמת הא כתב הר"י בש"מ חזר ולקחה מבעלים הראשונים אחר חודש או שנה כשטרפה הנגזל מהלוקח ול"ש דשא"ב. ובעיקר קושית הט"ז לענ"ד אין כדאי בזה לדחות דברי הסמ"ע דהא לשיטת המפ' דמיירי בהכיר בה וכתב הריטב"א דבלא הכיר בה ל"ש טעם דהאמינו א"כ הא יש נ"מ פשוטה בלא הכיר דמשום דלא נקריה גזלן פשיטא דבלא הכיר שייך עוד יותר טעם זה. ולשיטת התוס' דמיירי בלא הכיר בה י"ל דהא משום תק"ה הא נוטל דמים

מהנגזל ול"ש דלא ניקריה גזלן ואף דבגנב מפורסם אין תק"ה אבל סתמא דש"ס מיירי בכל גונא. אבל לעיל סי' ר"ט סעי' ה' בהגה מבואר להדיא דאף במטלטלין שייך דין זה וע"ש בט"ז ופת"ש בשם האחרונים מש"כ בזה:

סעיף ב' וכן אם נפלה כו'. והוא בעצמו טורפו מיד הלוקח ונותן דמים כמ"ש רש"י והיינו אף בפירש שלא באחריות ול"ד להה"א דכתובות צ"א דאחריות דנפשיה קביל עליה דכתב הריטב"א דאין כאן מכר כלל ובשו"ת א"מ חקר בזה ולא ראה כל מש"כ הראשונים בזה בש"מ ע"ש. ומש"כ בהגה וכ"ז כו' אבל כו' זהו דעת רש"י. ולכאורה הול"ל קנאה הלוקח שני שכן הוא לדעת רש"י כמש"כ בטור. ולולא יראתי הייתי אומר שבדיוק כתב כן הרמ"א דבאמת אף לדעת רש"י אינו ברור אם הלוקח שני קונה דהריטב"א כתב בדעתו דלגבי לוקח ראשון הא לא בעי לאוקמי דהא הדר אקני ליה לאחרים ולהלוקח הב' לא בעי לאוקמי כיון דלא אחזקיה בגויה ולא סמכה דעתו ולגבי דידיה הוי כההיא דלק' שאמרו מה שאירש מאבא מכור לך הרי דגם הלוקח הב' לא קנה ודעת קצת רבותיו הביא דכל כה"ג אי חד מיניהו הוי נחית בה לקמיה בעי לאוקמי ואפי' הוי קמא ואי חד מיניה לא נחית בה בתרא הוא דזכי בה. והטור דייק לשון רש"י שכתב ל"ק הלוקח ראשון ומשמע דהב' זכה וכן דייק הרמב"ן בש"מ כונת רש"י והשיג עליו דזה וזה ל"ק. אבל הרמ"א לא הכניס עצמו בזה וכתב סתם כלשון רש"י ל"ק הלוקח ראשון ואם הלוקח הב' קונה תליא במחלוקת המפ' בכונתו.

ומה שהק' הגרע"א בתשו' מובא בפת"ש על שלא הביאו דברי הר"ש תמיהני אטו הר"ש לחודא סובר כן הא גם בעה"ת חולק ע"ז מובא במלמ"ל ובש"מ כתב שכן דעת רש"י ג"כ ועיי' מש"כ הגר"א בשם הרמב"ם רק דרוב הפוס' לא ס"ל כן:

סעיף ד'. שאילו לא טרח כו'. מלשון הרמב"ם. ומשמע דמיירי בכל גונא אף בנתנה הנגזל להגזלן אחר שטרפה מהלוקח והוא לתירוץ הה"מ דמטעם ודאי הוא שכתב דמתנה כמכר אבל למש"כ הב"י בתירוץ הב' דהרמב"ם ס"ל כהרמ"ה דהלוקח מוחזק ולפי"ז באחר שטרפה מהלוקח תו לא הוי מוחזק ולפי"ז צ"ע דלא הו"ל להרמב"ם לסתום כמ"ד בש"ס דמחנה כמכר ודאי ועיי' בפסקי רמ"ך בש"מ שכתב דאף לאחר טריפת הנגזל מהלוקח אמרי' כן וגם על השו"ע צ"ע דהשמיט מחלוקת הרא"ש והמפרשים בסמוכה למיצר שלו וכה"ג ופסק בב"י כן ועיי' מלמ"ל פ"ב משכנים הל' י"ב בזה. והנה הראב"ד בש"מ הק' דגזלן ל"ק לה והא אמרי' אי לאו דאודי כו'. ונ"ל די"ל בפשוט כגון דכתב לו אחריות. ועוד י"ל עפ"י תירוץ הא' שבב"י סי' ר"ה על הא דסיקריקין דדוקא כשנאנס על שדה זו אבל באנסו סתם והוא נתן לו שדה זו כדי ליפטר מהאונס ל"א כן ועיי'

פח"ש שם בשם מהרמ"ש שמסכים לתירוץ זה וה"נ י"ל דלכן אנסו שיתן לו שדה זו. שוב לאח"ז ראיתי שהמגיה לבהגר"א העיר קצת מזה. אגב ראיתי שם מפלפל בקושית הטו"א המובא בפת"ש. ונ"ל דחלוקים המה זמ"ז דמאן דאסר כאן משום דס"ל אף דהוי באמת הנאה לשאר דברים אבל הכא כיון דההנאה כבר עברה במה תיפקע קדושתה דאין להקדושה על מה לחול וכמ"ש שם הרמב"ן ושם בבב"מ מודה כיון דהיה לו הנאה מעולם מקנהו וכן מאן דשרי כאן אף דס"ל דהוי הנאה לפקע הקדושה עי"ז אבל הנאה דממילא הוי ואינו מוכת לשם דבעינן גילוי דעת לזה דשם דייק טרח וארצי קמיה דבעינן גילוי דעת שמקנהו:

סימן שעה

סעיף ג'. שמראה שדעתו נוטה כו'. עיי' ב"י מש"כ לתרץ קושית הרא"ש דמאי הדר תו א"ל זיל שום לו ותירוץ הב"י דחוק הוא כמ"ש הפ"ת ברא"ש ע"ש ותמיהני על הב"י שלא הביא מש"כ הנמוק"י דרב לא ידע אי השדה עשויה ליטע אי לא ולכך אמר סתם זיל שום לו. ומש"כ בהגה מיהו כו' אעפ"י שחוזר בעל השדה. והק' הגר"א מסי' כ"ב דדוקא בנשבע א"י לחזור צל"ע דהא הנמוק"י לטעמיה דס"ל גם שם דבב"ד א"י לחזור בו כמ"ש שם הב"י והסמ"ע. ואולי כונת הגר"א כמ"ש הנתי' בחידושים דביצא חוץ לב"ד או לאחר שעסוקים באותו ענין א"י לחזור ועיי' תומים שם. ומש"כ בסמ"ע ס"ק ה' רש"י פירש כו' ולא כע"ש כו'. לכאורה נ"מ לדינא ברוצה לשלם לו בעד הכחשא. ואפשר דאפי' משלם לו ל"מ דקשה לשום שויה דכחשא ויכול לומר לדידי שוה יותר. ובסמ"ע ס"ק ד' יש ט"ס וכצ"ל וכתב הב"י שכן דעת הרמב"ם כו':

סעיף ה'. והשותף. המהרי"ט ח"א סי' ק"ו העלה דלדברי האומרים דאף בשדה העשויה ליטע יכול לומר עקר אילנך גם השותף יכול לומר כן ולא נתיפה כחו אלא לענין זה כשגילה דעתו שרוצה בכך נוטל אף בשדה שאינה עשויה ליטע כבשדה העשויה ליטע וכ"ש לדעת האומרים דאינו נוטל לעולם אלא כשיעור הוצאה מובא ברמ"א לעיל סי' קע"ח והוא טוען דיותר נוח לו בחצר הו"ל לדידיה הוצאה יתירה על השבת ועיי' מע"ח בסוגיין וי"ל בזה: סעיף ו'. ואם אמר בעל הבנין כו'. וכתב בערוך השולחן דמשמע מגמ' ופוסקים דאפי' דהבעלים רוצים לשלם לו בעודך אין יכולים לכופו כשרצונו ליעול את שלו. אבל מצאתי ברדב"ז חלק ה' סי' שני אלפים רנ"ו שכתב דאם אמר טול עציך ואבניך כפי אשר ישומו השמאים כדי שלא תפסיד שאר הבנין ויתרוע היסוד וכ"ש אם א"ל טול עצים כעציך ואבנים כאבניך דכופין אותו ע"ז. ומש"כ הסמ"ע ס"ק י"ב דבנין ע"ג קרקע ל"ש כחשא דארעא עיי' ירושלמי גיטין פ"ה הל' ו' ובמראה"פ שם ובש"ך שם שהאריך

בסתירת הסוגיות דבבלי וירושלמי בזה והרש"ש כאן לא ראה כל זה ועיי' עוד ירושלמי ב"ק פ"ט הל' א' ובס' נחי"ר שם. ומש"כ עוד בס"ק י"ג והטור בשם הרא"ש כתב כו'. מפרש דהרמ"א קאי אסיפא על טול מה שבנית אבל השבו"י ח"ב סי' קי"ב דחהו ופירש דהרמ"א קאי אירישא על אם אמר בעל הבנין עצי ואבני אני נוטל וכ"מ בבהגר"א ס"ק ט"ז ע"ש:

סעיף ח'. כל מי ששמין כו' עד שישבע בנק"ח. בזה צלע"ג דברי הרי"ף בתשובה סי' קכ"א וז"ל שאלה מי שירד לחצר חבירו שלא ברשות ובנאה ע"י שליח ישבע ויטול או אומר את מהימנת לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה. תשובה אין שבועה כלל לא עליו ולא על השליח לפי שאמר ההלכה שמין לו וידו על התחתונה או על העליונה אבל שבועה אין כאן ודוחק לומר דהרי"ף חולק בזה דהא דברי הרמב"ם נובעים מש"ס כמ"ש הה"מ ועיי' ר"ן כחובות שם וצ"ע:

סימן שעו

סמ"ע ס"ק ב' אבל בטור לא נזכר כו'. כ"כ התוס' פ' אז"נ ובספרי: מבואר להדיא דלאו זה איתא גם בקרקע. ולאו זה אי בעי דוקא בפרוטה כמו בגזל עיי' מנחת חינוך מש"כ בזה:

סימן שעז

פת"ש ס"ק א'. כלל העולה דאין מקום לסברא זו כו'. במהרשד"ם חחו"מ סי' רל"ח פסק למעשה כפשטות דברי רמב"ם דדוקא ט"ז אמה הוי דרך הרבים והוי חזקה ואי לא לא הוי חזקה. עוד כתב שם דדוקא אי היה לו חסרון מזה והו"ל למחות ולכך הוי חזקה אבל אי לא היה לו חסרון מזה לא הוי חזקה כיון דא"י למחות לא הוי חזקה. עוד כתב דדוקא בבאו מחמת טענה שיאמרו הרבים שנתנה להם הלא"ה לא ועיי' מה שכתב בזה בארוכה בשו"ת בית שלמה חחו"מ סי' ק"ל. והנה האחרונים הבינו בדעת רשב"ם ב"ב ד' ק' דרבים ג"כ בעי מעשה להילוך אבל בהילוך לחוד ל"ק אבל מפירוש הראשונים שם בש"מ נראה דדוקא שם בעי רבים במאי קנו לה דהא לפנינו הם מחזיקים דדרכם היה בדרך אחרת ועתה נתן להם דרך אחרת וע"ז בעי בש"ס במאי קנו לה כיון דהם עתה מחזיקים בעי קנין כיחיד אבל במיצר שהחזיקו בו רבים משכבר הימים אמרי' דהראשונים המחזיקים בהדרך עשו קנין בה והדורסים עתה א"צ שום קנין. ומש"כ בסמ"ע מיהו כל שרבים מוחזקים בו טוענין להם כו' דוקא דאינו מוכח שלקחו שלא ברשות אבל היכא דמוכת כגון בין שדות זרועות וכדומה לא אמרי' כן וכן מוכת ממהרש"א עירובין נ"ג ע"ב בעובדא דתינוקת ע"ש. כעת ראיתי בשו"ת מהרש"ם סי' ה' אחר אשר הביא הרבה דיעות מהראשונים דלא ס"ל כהרשב"ם כתב דאף הרשב"ם מודה דבמבוי שנעשה רק להילוך

לבד דקנה בהילוך לבד ושכן כתבו האחרונים. ודוקא במצרי שדה שעשוים גם לתשמיש אחר ל"מ הילוך בלא מעשה. ובזה השיג שם על כמה מהאחרונים ופסק כן למעשה:
הלכות נזיקין:

סימן שעח

סעיף א' אסור להזיק ממון חבירו. והק' הב"ח והא ממון של עצמו ג"כ אסור ול"ק דנ"מ דב"ת בשאר מילי הוי רק איסור דרבנן עיי' נוב"ת יור"ד סי' י' ובח"א כלל י"א אות ל"ב. ועוד נ"מ דלצורך ליכא ב"ת עיי' יור"ד סי' קט"ז. ועוד ב"ת ע"י גרמא מותר כמ"ש בשו"ת ב"ר סי' של"ד. ומש"כ בש"ך ס"ק א' הלשון מגומגם כו' דלהרמב"ם אין חילוק בזה. נראה דהרמ"א גריס כמ"ש בדרישה אין חולק והכונה דודאי אין חולק בזה. וצ"ע דברי הד"מ כאן וכן הוא בגמ' אמר רבה כו' מה הוסיף על הב"י דהא הב"י הביא ש"ס זה. ומה שכתב המרשים בסעי' ב' טור. ע"כ כונתו למש"כ הטור סי' תכ"א שכתב כן דאילו בסי' זה כתב בהיפוך וכמ"ש הגר"א דט"ס הוא בטור ולא כמ"ש המפ' לדחוק ומש"כ בש"ך ס"ק ב' לחלק הקדימו בזה הריב"ש בתשו' מובא במלמ"ל פ"ה מיסוה"ת ועיי' מחנ"א סי' ה':

סעיף ט'. ואפי' כו' אין המזיק כו'. בתשו' ריב"ש כתב כיון דלא נתכוין להזיק ובשו"ע השמיט זה וראיה למש"כ הש"ך סי' ע"ב סוס"ק מ' מרש"ל דאפי' מתכוין פטור בעלילה וכ"כ הט"ז דלא כסמ"ע. ועיי' קצוה"ח סי' רצ"א משו"ת הגאונים. והשוש"י כתב שלא מצא מזה בש"ך ואיך יחלוק על תשו' הרא"ש. ולא ראה בש"ך סי' ע"ב ובט"ז שם. ומש"כ בהגה סוס"י והזיקו זא"ז ממון חבירו עיי' מג"א סי' תרצ"ה ס"ק ז' מאגודה דבלא כונה פטור אפי' הזיק מגופו. אבל הזיק מחמת שכרות כתב הב"ח בתשו' סי' ס"ב דחייב דהו"ל ליזהר מתחלה שלא להשתכר ולהזיק ועיי' שו"ת חוו"י סי' קס"ט מזה.

ומש"כ בפת"ש ס"ק ד' דאין למידין כלל כו'. כ"פ המרדכי כאן מובא בב"י דדוקא שבת ולא שאר מצות והיש"ש מביא דעת הא"ז דה"ה שאר מצות ומש"כ עוד לכל היותר אלף ות"ק אמה. משמע דלא כהגי' אשרי שכתב דמחצות היום מיקרי בהשמ"ש. וצ"ע לדבריו מ"ט לא חשבי' צורך מצוה כל היום ו' עיי' אור"ת רס"י ר"נ ועיי' לעיל סי' רצ"א בב"ח ס"ק י"ח וש"ך ס"ק כ"ב. ובנמוק"י משמע דאפי' כבר הכין כל צרכי שבת ורץ לכבוד שבת ג"כ פטור וכן הכריח הר"י בש"מ. והרמב"ם השמיט הך דשבת קי"ז ע"ב לעולם ישכים אדם כו' וי"ל משוה הך דכאן:

המשטות ספר בית יעקב על חו"מ סימן שעח:

סעיף א'. מש"כ מהאגודה. יל"ע בבב"ק צ"א ע"ב אי צערא דגופא חמירא מצערא דממונא:

(אמר המו"ל יצה"ל לכאורה מגמרא שבועות ל"ז ע"א מוכרח דצערא דגופא חמור מצערא דממונא דקאמר הגמרא שם ומאי חומרא דניחא לי' לאיניש דמייתי קרבן (שהוא ממון) ולא לילקי ע"ש:):

סימן שעט

ש"ך ס"ק א'. וביש"ש פ"ג כו'. תמיהני שלא הביא שכ"כ הנמוק"י דבין שעמד בעל החבית לכתף או לפוש פטור בעל הקורה וכיון שאין דרכן, של בנ"א להתבונן בדרכים לא ידע בו דעמד כלל וכ"ש דלא ידע אי עמד לכתף או לפוש וצ"ע:

סעיף ד'. הרי שמילא כו'. מדלא הביא דעת הראב"ד החולק י"ל דהבין דלא כהה"מ דהולכין לשיטתם אלא כהמ"ע שהבין דל"פ וגם הרמב"ם מיירי באופן שכתב הראב"ד ואף שבב"י מביא דעת הה"מ י"ל שבשו"ע חזר בו ומש"כ בהג' דרו"פ שלא ידע מש"כ האחרונים דהטור פירש בידע כהרמב"ם מאין מוצאו עיי' לת"מ פ"ו מחובל ובפ"א שם מש"כ בזה:

סימן שפ

סמ"ע ס"ק ב'. בזה כו"ע מודים כו'. והנה הב"ח כתב דגם כאן בא"ל ע"מ לפטור פטור ותמוה מאד. והיה א"ל עפ"י מש"כ בס' חב"י לדחות דברי הט"ז כאן בשם רש"ל משום אשלד"ע דע"כ מתני' לא מיירי בהכי דא"כ כבר שמעי' לה מהא דהשולח אח הבעירה ביד פקח הפקח חייב וע"כ צ"ל דהכא מיירי בגונא דהיו אנוסים להציל נפשות דלא היה אסור ואפשר דבכה"ג באמת אם א"ל ועלי לשלם ודאי מתחייב נגד השובר מטעם ערב וכ"ש למאן דמחייב זרוק מנה לים אלא דלפוטרו מהניזק שיתחייב רק זה האומר זה ודאי אינו יכול דיכולים הבעלים לומר אתה שברת והניזק תובע מהשובר ואם א"ל ע"מ לפטור לחוד אפשר דהוי פטומי מילי בעלמא ואולי י"ל דדעת הב"ח דלא חשיב פטומי מילי וחייב מטעם ערב והלשון בב"ת אינו מדויק וי"ל דזהו כונתו. אבל א"א לומר כן דאם מיירי באופן דמותר אין מכשילו בד"ע דבסכנת נפשות מצוה לשבר ודברי הב"ח מאוד תמוהים וביותר מש"כ ראיה מסי' חכ"א ולשון זה אינו שם כלל בכל הסי' והנה לכאורה גם בשלו הו"ל רשע שמכשילו באיסור ב"ת ובחוו"י סי' קס"ג כתב לענין קרע כסיתי שהוא אסור אעפ"י שהוא בהסכמת בעל הבגד ובס' תק"ה כתב דאינו עובר בזה כיון דהפקירו לזה ועיי' מהר"ם שיק מצוה מ"ט ובטורי אבן מגילה כ"ח ע"א ובהג' רש"ש שם:

סעיף ג'. רודף כו' בחירע"א כתובות פ"ג בהגה שם תמה על המחבר שלא ביאר דדוקא התרו בו פטור על הכלים ודוחק היא מש"כ הסמ"ע לק' סי' תכ"ה דבדיעבד אינו מעכב

דל"מ כן מהרמב"ם וצ"ע דהא מוכרח כן מהרמב"ם שפסק כן בקטן וכן משמע מביאור הטור שם דעת הרמב"ם כמ"ש הב"י שם ומה שחמה עוד שלא ביאר המחבר דביכול להציל באחד מאיבריו חייב דהא לא התיר עצמו למיתה. פשוט שסמך על מש"כ לק' סי' תכ"ה דשם מקומו וכן סתם גם הרמב"ם כאן. אמנם י"ל דהנה במ"ש ואחד שרדף אחר הרודף כו' בין של רודף כו' כדי שלא כו'. ולכאורה בשל רודף ל"ל לטעמא דתקנה דהא לא יהא ממונו חביב מגופו כמו בנרדף וע"כ צ"ל דהא קמ"ל דאף בניתן להצילו באחד מאיבריו מ"מ פטור משום תקנה. והנה בהגי' אלפסי ב"ק פ' הגוזל בתרא הק' ת"ל דפטור דהא לא גרע מרץ בע"ש בש"ס ל"ב. ותירץ עפ"י דעת המרדכי לעיל סי' שע"ח דדוקא לצורך שבת ולא למצוה אחרת. ודחוק דודאי הצלת נפשות ל"ד לשאר טרדה דמצוה. ואולי י"ל דמן התקנה היא לפטור אפי' רבים הרודפים אחר הרודף ואף שדי באחד מהם: סעיף ד' בהגה. וי"א כו'. הנה הנמוק"י דחה הבנת הה"מ בדברי הרמב"ם דל"ד לחמרא שהיה ידוע שהוא הטובע אבל הכא מאן לימא לן שהאחרון הוא הטובע והכ"מ הכריח כהה"מ ונ"ל שהנמוק"י כתב כן לגירסת הרי"ף אקדים ואסיק חמרא למברא וע"כ צ"ל דהא דהוי רודף היינו דהשתגע כדרך הבהמות ורצה להטביע הספינה וידוע דהוא היה הרודף אבל לגרסת הרא"ש דגריס איפכא דבהדי דסלקי אינשי למברא אייתי איהו חמרא הוי קמטבע ליה למברא. ומשמע מפני כובד המשא שנכנס אחרון והיינו הך דינא דהה"מ ותליא בגרסת הנסחאות [שו"ר לאח"ז בבהגר"א שהעיר קצת מזה]. ואולי י"ל:

עוד באו"א דעובדא דחמרא שבש"ס י"ל דגם אנשים היו בסכנת טביעה ורבה ממש לטעמיה. או י"ל דלא היה סכנה באנשים שהיו יכולים להציל עצמם אבל ממונם שהיה בספינה היה בסכנה וכ"מ מלשון הר"י בש"מ וגם על ממון הו"ל רודף אם רוצה לאבד ממונו יכול להטביע ושאמר רבה לטעמו כלומר דבכה"ג הו"ל רודף נמי לענין ממון. והראב"ד הבין בדברי הרמב"ם דמיירי בסכנת טביעת ממון ולכן כתב דאין ראיה מחמרא דשם מיירי בסכנת נפשות אבל לענין ממון מאן לימא לן דהוי רודף כה"ג אבל הרמב"ם מפרש עובדא דש"ס נמי כה"ג דלא היה סכנת נפשות וכמ"ש ולדינא ודאי כה"ג נמי הו"ל רודף ועיי' ערוך השלחן כאן מש"כ בזה:

סימן שפא

בהגה. וי"א דסתם ספסל כו'. בבהגר"א העלה בשיטת הרמב"ם דאפי' אם היתה נשברת בלא הראשון בשתי שעות אם נשברה עתה בשעה אתת חייב האחרון הכל מפני שקידם שבירתה. והק' בס' חב"י דכמו בלא היה נשבר כלל בלא האחרון כולם מודים דזכו בישיבתם ואין מחויבים לעמוד ה"נ כאן אף דבתרי שעות היתה נשברת מ"מ למה לא זכו

על ישיבת הב' השעות האלו. והחילוק פשוט דלכאורה צ"ל כיון דסתם ספסל שאול הוא א"כ במה זכו הראשונים יותר מזה שאינו רשאי לישב עליו. וע"כ דיכולים הראשונים לומר כשישבנו על הספסל אמדנוהו שאין יכולים לישב עליו רק ה' אנשים והא' שרוצה לישב עליו נקרא מזיק דבישיבתו תשבר ולכך אינו רשאי לישב עליו. אבל אם אמדו הספסל שיכולים לישב עליו רק שני שעות לה' בנ"א ולששה ישבר בשעה אחת נמצא דעל שעה זה רשאי לישב ושאול גם לו על שעה זה וזה נגרע מחלקם שהיו יכולים לישב עליו שני שעות ועתה רק שעה אחת ולאחר השעה מוכרחים כולם לעמוד דכך שאול לזה על שעה אחת כמו להם והבן:

סימן שפב

סעיף א' שור שהיה עומד להריגה. וכתב הרמב"ם דשור טריפה שהרג את האדם פטור דכמיתת בעלים כך מיתת השור וי"ל דכונת הרמב"ם דפטור עפ"י דין אבל מ"מ מצוה להורגו דלא גרע מאילן המזיק את הרבים ונ"מ דמותר בהנאה ויכול לשחטו כמ"ש כאן ובזה מיושב השגת הראב"ד עליו דבהרג בפני ב"ד חייב. ולפמש"כ לק"מ דגם הרמב"ם מודה דמצוה לבערו מטעם מזיק את הבריות רק מטעם זה יכול לשוחטו ומקיים נמי העשה דובערת והרמב"ם שם מיירי מדיני מיתה שיהא צריך לסוקלו. והארי והדוב כו' אם קדם אחד והרגן זכה. ועיי' בהגר"א אפי' בזה"ז ומשמע שם בגמ' דהם אסורים בהנאה כדין שוה"נ. ונראה ג"כ דבהם אפי' טריפה הם או של אדם טריפה כיון דא"צ לדונם בב"ד רק הוא בעצמו נעשה דיין הוי כאילו הרגו בפני ב"ד. מיהו הרמב"ם פסק שם דלא כר"א רק כתב דנידון בכ"ג ואין נ"מ בדברינו רק לענין נחש. ומש"כ המחבר מפני שהוא מזיק כן היא לשון הרמב"ם והטור ול"י למה דייק רש"י והמית דהא גם בנזיקין כן עיי' בהגר"א. וגם צ"ע מדוע השמיט המחבר אשירה כמ"ש רש"י שם. ומש"כ בהגה שהוא נתן לו רשות אפי' אמר שנתן לו רשות שאמר לו שהוא עומד להריגה אינו נאמן כ"ז שאינו ידוע שהיה עומד להריגה כ"כ בתשו' הרא"ש כלל ס"ד. וזה דלא כמ"ש הש"ך לעיל סי' קע"ו סי"א. ומש"כ המחבר ויש מי שהורה כו' הנה הש"ג פ' החובל כתב דיכול אדם למכור לחבירו המצוה שעשה ומובא במג"א אור"ח סי' ש"ו דהא חזינן כאן דיש לה שיווי וראיה מעובדא דרבי חולין פ"ז. ובשו"ת מהר"ם אלשקר סי' פ"א מביא תשו' רה"ג דאין מכירה חל בזה. ובשו"ת מ"ב סי' ק"מ מחלק בין ישראל לצדוקי דבישראל דשכר מצוה הוא בעולם העליון א"י למכור דאין שייך בה שיווי שאין קץ למתן שכרן של מצות אבל ברשעים שמשלם להם שכר מצוה בעה"ז יכולים למכור ומיושב האי דצדוקי בחולין אלא דלפי"ז צ"ע ראיית הגר"א יור"ד סי' רס"א ס"ק ה' מעובדא זו ע"ש דהא יש

לחלק דבישראל אין רשאי ליטול שכר וי"ל. ומש"כ בסמ"ע ס"ק ה' דוקא בכה"ג כו'. והא דפסק ר"ת שיתן לו לשחוט תרנגולת תחת שתי הברכות שהפסידו בבה"ת ולהסמ"ע דאין משלמין בעד השחיטה ה"נ לא יהא השחיטה תשלומין בעד קריאה לס"ת דבר תשלומין היא צ"ל כמ"ש בשו"ת רבי בצלאל סי' י' דיפה פטרו ר"ת משום דמצות קריאה חל על שניהם והברכה אינו חיובו שהרי כעת לא תקנו אלא משום הנכנסים והיוצאים ובזמן התלמוד לא היו מברכין אלא בתחילת הקריאה וסופה ואפי' עלה במקום כהן שחיובו לברך מ"מ אין התקנה דאורייתא אלא שצ"ע דמתוס' פ' החובל ל"מ כן. ומש"כ בש"ך ס"ק ג' דבמצוה דרבנן פטור לפי"ז אם לא אכלו כדי שביעה דא"ח מדאורייתא לברך אם קדם אחר וברך פטור. והנה, הט"ז יור"ד סי' כ"ח מפרש טעם דמשלם משום דנהנה מהמצוה משמע, דבמקום דאינו מקיים המצוה בחטיפתו אין צריך שלם. אבל לא משמע כן בש"מ ב"ק צ"א דכל עיקר הטעם שיהיו מצות נחשבות על בעליהם. ומש"כ הש"ך ס"ק ד' בשם המע"מ להקשות בהא דפטרו ר"ח משום דגדול העונה אמן כו' דהא אמרי' בס"פ א"ד דרב דא"ל לבריה חטוף ובריך ל"ל הכי. והש"ך השיג עליו דהא אף לרב עונה כמברך עכ"פ וא"כ לכ"ע פטור. יפה כתב הש"ש דהרי כבר הרגיש בדבר הרש"ל מובא בש"ך במה דפטר ר"ת להמוהל משום דגדול העונה אמן דנהי דלא הפסיד שכר הברכה מ"מ הרי הפסידו שכר עצם המצוה. ומש"כ הש"ך דסו"ס כיון דגדול העונה אמן הרי לא הפסידו כלום דיש לו שכר י' זהובים דבריו תמוהים בזה דכי שכר ברכה או מצוה קצוב מן השמים עשרה זהובים אלא דכך קנסו חכמים להמקדים עשרה זהובים אבל שכר מצוה באמת אין לו קצבה וא"כ נהי דאם חייב עבור הברכה לא ראו חכמים לקנסו בכפל גם על המצוה כיון דא"א לברכה בלא מצוה וכמ"ש הש"ך אבל היכא דפטור על הברכה משום עניית אמן למה לא יתחייב על עצם המצוה שמנע ממנו ואם לא הפסידו בברכה הרי הפסידו בעצם המצוה ולמה יגרע מבור ואילן וכמ"ש רש"ל.

אמנם יש לתרץ קושית רש"ל כיון דאמרי' גדול העונה אמן יותר מהמברך א"כ זה שעונה יש לו שכר יותר מאלו היה מברך הברכה בעצמו וא"כ יש לו שכר יתירה גם כנגד המצוה ואף אם שכר המצוה הוא גדול יותר מ"מ כיון שיש לו שכר יתירה גם כנגד המצוה תו לא ראו חכמים לקונסו עוד עבור עצם המצוה וא"כ כ"ז אם אמרינן דגדול העונה אמן ויש לו שכר יתירה גם כנגד עשיית המצוה שפיר פטרו הר"ת אבל לרב דא"ל לבריה חטוף ובריך ול"ל גדול העונה אמן שפיר כתב המעד"מ דלדידיה יש לחייבו ולקונסו דאף גם לרב העונה כמברך עכ"פ מ"מ כיון דאין לו שכר יתירה מהמברך גם כנגד המצוה תו שפיר יש לחייבו ולקונסו עבור עשיית המצוה וכמו בבור ואילן וכהרש"ל. ומש"כ

הש"ך מרגלא בפומא כו' צריך ליתן לו מ' זהובים צריך לחלק בין הך ובין מילה שכתב למעלה בשם הרא"ש דבמה זכה במצוה זו דבמה הקנה אותו כו'. ומש"כ יברך בנחת לא הבנתי דא"כ יצטרכו הם לברך בפני עצמם וא"כ לא גזל כלום דגם אם לא כבדוהו היה מברך לעצמו. ומש"כ וקדמו אחר חייב כו'. עיי' ס"ק ג' דבמצוה דרבנן פטור והכא המצוה והברכה דרבנן הם ועתוס' ורא"ש שם ומש"כ בפת"ש ס"ק ב' ועיי' בתבו"ש כו'. עיי' קובץ הל' מילה מחלק בין יום ח' דמוטל עליו לבין יום ח' והלאה ועפי"ז מיישב קושית התבו"ש ועיי' ירושלמי קדושין פ"א הל' ז' וצ"ע. ועיי' ח"ס יור"ד סי' רמ"ו מש"כ על הט"ז יפלא אנן קיי"ל דאסור לחזור וע"כ צ"ל כמ"ש הח"צ בתשו' סי' ע' דמשום מצוה מותר לחזור:

סימן שפג

סמ"ע ס"ק ג' אבל הטור השמיט כו'. בדרישה תמה על סברא זאת דלא יוכל להציל שלו בכל אופן. והלח"מ הבין דמיירי בשלא ברשות ואכתי לא הועיל בזה כמ"ש בדרישה. ומש"כ בס"ק ד' לדחפו להעליון. ע"כ לא לדחפו ממש קאמר ושיגרא דלישנא הוא וכונתו להציל שלו. ובירושלמי כתב דאף במועד חשיב פסידא דאין רוצה לטרוח בדינא ודיינא וגם בשמ"ק כתב דמשכח"ל גם במועד פסידא בלית ליה עדים או ל"ל מה לשלם וע"כ צ"ל דדיוק הש"ס דליכא פסידא ל"ד במועד אלא בגונא דליכא פסידא כפשטות וסתימת הברייתא. ובזה י"ל מ"ש שם הפנ"י ע"ש. ומש"כ בהגה מתשו' הרא"ש היא ירושלמי ריש פ"ג ע"ש במפ':

סעי' ד'. ואם א"י כולם משלמין בשוה עיי' קצוה"ח שהק' מב"מ פ' ע"א.

ולכאורה ל"ד לשם דשם אם האחד עשה ההיזק לא עשה הב' דרק אחד עשה וא"י איזהו אבל הכא י"ל:

דע"י כולם נעשה ההיזק וכגון שהיתה. מהלכת גם אחר שהוסיף האחרון. וזה כונת הרמב"ם ואם א"י ויכול להיות שע"י כולם מתה. ובזה י"ל קושית הקצוה"ח לק' סי' שפ"ח ס"ק י' ע"ש דבמסור ג"כ לא עשה אלא אחד לבד ול"ד לכאן שי"ל שע"י כולם מתה:

סימן שפד

סעי' ג'. הבנאי שקיבל כו'. דין זה כפול בהגה לעיל סי' ש"ו ומצאתי שעמד ע"ז בשוש"י. שוב ראיתי דשם בהיזק שהזיק לבעל הכותל מיירי ששיבר האבנים ומש"כ הטור שם או הזיק ר"ל הזיק האבנים כלישנא דמתני' שם או שהזיקן והכא מיירי במה שמזיק לאחרים ע"י סתירת הכותל ואגב נקט כל הדין כמ"ש במתני':

סעי' ד'. ואם אחר שסידרו כו'. עיי' שמ"ק שם בשם הראב"ד שיטה אחרת שנראה חולק על פירש"י:

סימן שפה

סעי' א'. מהיפה שבנכסיו. במנסך ממש לא כתבו הרמב"ם והטור מהיפה שבנכסיו ועיין שו"ת מעין חיים בסוף הס' מש"כ טעם לזה. ושיטת רש"י כריתות ב' דמפגל אין משלם ממיטב והפוס' השמיטוהו ועיי' ברכה"ז. והנה במתני' גיטין הכהנים שפיגלו במקדש כו' והק' המלמ"ל פ"ז מחובל על רש"י ורמב"ם שפירשו דפיגל חוץ לזמנו והא משכח"ל נמי בשל"ש דהבעלים צריכים להביא אחר. ובש"מ ב"ק ד' הק' למה נקט כהנים הא משכח"ל נמי בזר דשחיטה כשירה בזר. ומזה י"ל ראיה למש"כ התפאר"י משניות בפתיחה לס' קדשים דבקרבן ציבור לא הניחו לזר לשחוט לכתחילה דאף לכהנים לא הניחו לשחוט רק להמיוחסים כמ"ש תוס' קדושין ע"ו ובישראל קשה שידע היחוס. וחכ"א העיר לי שכ"כ המאירי יומא כ"ה ע"א וז"ל ומפייסין לשחיטה ואעפ"י ששחיטה כשירה בזר מ"מ מפייסין עליה מפני שלכתחלה צריכה כהן כקרבן התמיד ואעפ"י שבשאר קרבנות מותרין לכתחילה בזר. ולהכי נקט כהנים במתני' דמתני' בכל קרבנות מיירי ועוד דל"ש לגזור שלא יהא כו' דל"ש היא ולהכי פירשו בחוץ לזמנו משום קרבן ציבור דכשר של"ש כמ"ש הרמב"ם בפי' המשנה ריש זבחים ועיי' שעהמ"ל פט"ו מפסוהמ"ק מש"כ בזה. והנה בזבחים מ"א ע"ב אר"ל ל"ת טעמא דר"מ כו' וכתב רש"י בא"ד וכל מחשבה דקדשים מוציא בפה הוא. וי"ל דעד כה משתעי כמה מקומות בפיגול במכילתין ולא כתב כלום אי בפה או במחשבה והכא פירש דבפה הוא.

ונ"ל דרש"י הוכרח לכתוב כן כאן דרבנן ל"ל דכל העושה ע"ד הראשונה עושה וקשה דהא סברא זאת מוכרחת ממתני' שבת צ' כדמפרש לה אביי שם וכמה נדחקו המפ' ביור"ד סי' ד' בסברת רש"י דפיגול הוא בדיבור היאך נאמר בזה הוכיח סופו על תחילתו דאין כת סברא זו אלא להוכיח על מחשבתו תחילה ולא לגרור הדיבור על שלפניו עיי' תבו"ש ופלתי שם וע"כ כתב רש"י לרבנן דבעלמא אית להו שפיר סברא זאת רק בפיגול דבעי דוקא דיבור וצריך להמשיך הדיבור על שלאחריו ל"ל סברא זאת בזה וי"ל בזה ואכ"מ. ובקובץ "יגדיל תורה" שנה זו כתבתי בזה דבר נכון:

סמ"ע ס"ק ג' אין מדרכו כו' כן משמע ברמב"ם פ"ב משחיטה הל' כ"א שכתב שאין כונתו אלא לצעורי משמע דבכונתו תליא:

ש"ך ס"ק ד'. ועיי' מש"כ בש"ך יור"ד כו'. ועפ"י תירוצו שם כתב הפרמ"ג לחדש דהמזיק לחבירו ספיקא דדינא חייב ול"ד למגרומתא ועיי' תרה"ד סי' קפ"ו והפרמ"ג לא ראה

דבריו ועיי' שו"ת מהרי"א חיור"ד סי' קע"ה. וי"ל דהא הטעם שם כמ"ש הש"ך בנקוה"כ דלדידך אין פסידא כיון דידעת בעצמך כונתך ואני איני רוצה בספק ולכך חייב למכור כיון דאין פסידא לדידיה דסו"ס מוכר גם של עצמו כמ"ש שם הנקוה"כ וצ"ע:

סימן שפו

סעי' א'. קיי"ל כר"מ כו'. הנה הש"ך ערך מערכה לדחות דברי הרמב"ן והעלה דד"ג לא הוי אלא קנסא דרבנן. ויען שראיתי בס' נתי"ר לירושלמי ב"ק קיבץ דעת רוב הראשונים שדעתם כהרמב"ן דד"ג דאורייתא נתתי לבי במ"ש הש"ך לדחות ראיות הרמב"ן ולאחר העיון יש ליישב דברי הרמב"ן מכל השגות הש"ך. [בדעת הרשב"א צל"ע דבש"מ ב"ק קט"ז כתב בשמו דגרמי הוי מזיק ממש ובחי' ב"ק נ"ד ע"א כתב כהתוס' שם דגרמי לא הוי אלא דרבנן כדמוכח ס"פ הכונס] הנה מש"כ לדחות ראיית הרמב"ן ממחיצת הכרם שאין כונתו להזיק די"ל כמ"ש הרמב"ן במראה דינר דהוי פושע וה"נ הוי פושע, יותר י"ל כמ"ש הרמב"ן אח"כ דההתראה היא משום דבלא"ה לא מיחסר כמ"ש התוס' דהיאוש עושה האיסור ואין ראיה. ובאמת לא על זה תמך הרמב"ן יסודותיו אלא מתחילה כתב שם לדעת הסוברים דקנסא היא ופטור בשוגג דלדידהו צ"ל דההתראה היא משום שלא יהא שוגג ואח"כ כשמגלה דעתו דהוי דינא כתב דמעתה י"ל דההתראה היא משום דבלא"ה לא מיחסר. ומש"כ לדחות מש"כ הרמב"ן דקיי"ל כשמואל דקנסא מקנסא לא ילפינן דהא הרמב"ם פסק כרב. כתב בנוב"ת חחו"מ סי' ס"א לדחות מש"כ הש"ך סי' שפ"ה להכריח דהרמב"ם פסק כרב די"ל דפסק כשמואל וגם שמואל ס"ל בעלמא דילפי' קנסא מקנסא בדברים הדומים ורק שם במטמא מדמע מנסך דל"ד להדדי כמ"ש שם הצריכותא בש"ס. אלא דלמש"כ הרמב"ן עצמו דלא ילפי' קנסא מקנסא משם יפה כתב הש"ך אבל גם הרמ"ה בש"מ ב"ק קט"ו כתב כהרמב"ן דאי קנסא הוא לא ילפי' מינה אדעלמא. ומש"כ הש"ך ראיה מסו"פ הכונס עשו תקנת נגזל במסור ומ"ש מאשו. ובהגה הק' בזה על התוס' ד"ה ע"א. כתב הרש"ש דאי מקנס לא עשו בו תקנת נגזל דתקנתא לתקנתא לא עבדינן. ואולי י"ל עוד כמ"ש הרמב"ן מובא בש"ך ס"ק ו' לפטור אונס במסור משום שרק ע"י דיבורו הוא ול"ד לשאר מזיק וא"כ י"ל דמשום זה לא יהיה בו תקנת נגזל ואף שהש"ך דחהו אבל ל"ק על הרמב"ן. ומש"כ ראיה מצ"ח ע"ב דילמא ס"ל כר"ש ל"י הכרח לזה דבר"ש מצאנו שס"ל רק בדבר שעיקרו ממון יש לדחות כן אבל מאן דדאין גרמי הוא ר"מ במחיצת הכרם ומאי עיקרו ממון שייך התם דרק גורם הוא [ובש"מ בשם הרשב"א כתב באו"א ע"ש] ומש"כ להק' על שני התירוצים שבתוס' ב"ק ע"א ע"ב והכריח מזה חילוק ריב"א אין הכרת לזה די"ל עוד כמ"ש לחלק הר"י בשמ"ק ע"א ע"ב

והראב"ד בש"מ צ"ת ע"ב ע"ש. ומש"כ ראיה מאמימר דלא כתב אלא שטר ולא שאר גורם ג"כ אין הכרח לפמ"ש הרשב"א בתשו' מובא בש"מ שם דרב דימי סבר דשורף שטר ליכא משום דינא דגרמי כיון שאינו עושה דבר בגופו של ממון ואמימר חידש דגם שורף שטר נכנס בכלל גרמי ומאן דמתחייב בגרמי מחייב נמי בו ועיי' סמ"ע ס"ק א' מש"כ באמימר. שו"ר אח"כ שגם הקצוה"ח דחה ראיית הש"ך מהכונס כמש"כ אבל לא הביא שכ"כ הרמב"ן. ומה שהק' הקצוה"ח לחילוק התוס' בין דבר שאינו שוה לכל מב"ק ל"ג ע"ב ע"ש ל"י לכונתו וכי אלימא קושיתו ממה שהק' בש"ס שם פשיטא מ"ד כו' והכל קשה דהיאך יליף משם כיון דלא דמי זל"ז וע"כ צ"ל כמש"כ בשמ"ק בשם הרא"ה דר"ה מסברא דנפשיה אומר כן דל"ש. ולבד זה פשוט דעיקר דיוקו הוא רק מה דאמר אח"כ מ"ד כו' אבל היכא כו' וכ"כ הר"ש בש"מ דר"ה ידע הא דרבה דשורף שטר פטור ועיקר דיוקו הוא רק דאפי' בגונא דהכא דחפר בה נמי פטור ולאוסופי על רבה אתי. ומש"כ בס"ק ג' להק' על בעה"ת מש"ס פ' הכונס. י"ל דקאי על מסר לו גחלת ופטור אף מלציי"ש דל"מ תפיסה עיי' קצוה"ח סי' כ"ח וצ"ע מתשו' נו"ב המובא כאן בפת"ש ס"ק א'. ועוד י"ל עפ"י מש"כ המחנ"א הל' נז"מ סי' ז' מהריטב"א פ"ק דב"מ דהא דפטור בשולח הבעירה ביד חשו"ק דוקא בלא א"ל להזיק ובא"ל להזיק חייב וא"כ י"ל דבעה"ת איירי במסר לו גחלת וא"ל להזיק דבכה"ג אין חיובו מדין אש רק מחמת שא"ל ללבות וברי הזיקא והוי גרמי כמ"ש שם המחנ"א ובכה"ג אשמעי' דפטור אשטרות דהוי גורם דגורם ועיי' חי' רשב"א שבועות ל"ב שמחלק כן כהרמב"ן וי"ל בזה: ש"ך ס"ק ה'. וצ"ע כו'. אמנם כן כתב הרמב"ן ומסתברא כו' אבל לא כתב כן לדינא אלא מהסברא יש לחלק כן אבל לדינא כתב בדינא דגרמי בשני מקומות דגרמי ע"י בהמתו פטור שכ"כ בפילפול מחיצת הכרם ועוד, שא"כ הו"ל גרמת ממונו וממונו הגורם היזק אם אינו מזיק ממש פטור למה זה דומה לשור שנפל לבור והבאיש את מימיו מריחו שהוא פטור. ועוד כתב נפל לבור והבאיש מימיו כו' וי"ל כי דייניען דינא דגרמי ה"מ:

בנזקי עצמו אבל בנזקי בהמתו לא שלא חייבתו תורה אלא בנזקין ממש מכוחו אבל בגרמת שורו לא כך נ"ל עכ"ל. וצדקו דברי הפנ"י בשם הרמב"ן בקצוה"ח ס"ק ח' ודברי הש"ך צע"ג:

שם ס"ק ז'. דאפי' הכה על בתי נפש כו'. המחנ"א סי' ד' מנז"מ האריך בזה ומדבריו שם נראה דעיקר החילוק הוא דכלי עומדת למלאכה ומינכר היזיקא כשנשברה. ולענ"ד נראה דכלי אף אם לא נשברה לגמרי רק אם פיחת צורתה ג"כ מינכר הזיקא דכשהיא

מצוירת עולית על השולחן להתקשט בה וראיה דחשיב ציור לענין חזקה בסי' ער"ה וא"כ ל"ד נשברה לגמרי כמ"ש המחנ"א אלא ה"ה נפחתה צורתה הוי הזיקא דמינכרא:
סעיף ב'. חייב לשלם כל החוב. עיי' שומ"ש מ"ת ח"ב סי' ק"פ שדן דאינו חייב רק מה ששוה חוב בשטר יותר מחוב בע"פ משום דבשעת שריפת השטר לא היה עוד ההיזק ברור דשמא ישלם לו הלוה אף בלא שטר רק מ"מ כיון שלקח שטר ולא האמינו ע"פ א"כ עיקר סמיכתו על השטר. וכן בהך דשליש בסעי' ג' בהגה שכתב המ"ב דבהחזיר ללוה חייב אינו חייב ג"כ רק כפי ערך השווי שיש בין שטר לע"פ דהא י"ל דהלוה ישלם לו אף בלא שטר. ומש"כ הש"ך ס"ק י' בשם בעה"ת והקצוה"ח מיישב דברי בעה"ת. מצאתי תניא דמסייע להבעה"ת הוא הר"מ בשמ"ק שכ"כ דאי כפר ואיכא חד סהדא משתבע ש"ד. ומש"כ בש"ך שכן העתיק הד"מ לפנינו ליתא מזה בד"מ זולת בב"י ובב"ח. והנה הקצוה"ח ס"ק ו' העלה דאף לר"ש ה"ד בליתא בעין ולא באיתא בעין וכ"כ הצ"צ וראיתו הוא מרש"י פסחים ו' ע"א. והנה הצל"ח שם פירש דגם בזה אמרי' גורל"מ כמ"ד וזה דלא כהקצוה"ח. והקצוה"ח הק' לחילוק זה מב"ק צ' לר"מ ע"ש. הנה לפי' רשב"ם ב"ב נ' ודאי לק"מ שפירש דאותו שאין לו פירות הקנין הגוף שיש לו אינו כלום דאין גופו עומד אלא לפירותיו והילכך ראשון קרוי אדון ולא תליא במה שלאחר ל' יום יהיה של השני. עוד י"ל עפ"י מש"כ התוס' שם לחלק בין קנין פירות דבעל שלא היה לו בקנין הגוף כלום מעולם לק"ה של מוכר עבדו שמתחילה היה הכל שלו ועדיין לא יצא מתח"י שהפירות שלו. ובזה מיושב גם מה שהקשה מסנהדרין קי"ב דאינו חשוב שלו בשביל האחריות זולת כשהיה שלו מעיקרא [ומלבד זה לק"מ משם דבמסקנא שם משמע דגם ר"ל מודה דהם עצמם אינם קריבין אלא דמיהן ס"ל דיהא לנדבה וא"כ הא ליתא בעין.] ובזה י"ל דהצדק עם הפנ"י ב"ק ס"ו שהביא הקצוה"ח ול"ק מה שהק' לדידיה יהא יכול למכור הנפקד הפקדון דשאני אפוקי רשותא מה שהיה שלו מתחילה מהכנסת ממון אחרים לרשותו. ובזה מיושב מב"ק ע"ו דמשני ר"ש היא אע"ג דאיתא בעינא דהיינו לעיולי לרשותו ע"י האחריות דיהא של הגנב כבתחילה וזה אמרי' אף באיתא בעינא וי"ל בזה:
סעי' ג'. וכן הזורק כלי שלו כו'. בדברי הרמב"ם בדין זה עמדו כל הפוס'. ואולי י"ל בדבריו שדייק וקדם בעל הכלי למה דייק בעל הכלי דוקא דלהה"מ ה"ה אחר. וי"ל עפ"י מש"כ בש"מ בשם הר"ם דאם בעל הכרים בעצמו סילקן פטור דמצי אמר דידי שקלי. וזה שדייק הרמב"ם וקדם בעל הכלי דיש לו רשות לסלק שלו לכך הזורק חייב הכל. ובזה היה מיושב השגת הראב"ד עליו. והנה בש"מ בסוגיין כתב דגדולי המחברים מחייבים שניהם הזורק והמסלק ואעפ"י שהם פסקו לענין מיתה במי שהפיל את חבירו לבור

והיה שם סולם ובא חבירו או הוא עצמו והסיר את הסולם או מי שזרק חץ ותריס בידו וקדם אחר וסילק את התריס דשניהם פטורים. אין דין מיתה שוה לדין ממון שאין דינא דגרמא נאמר לענין מיתה אלא לענין ממון.

והתוס' לשיטתייהו בסנהדרין ע"ז ד"ה בנזקין שכתבו להיפוך דברוצח מחייבין טפי מבנזקין ותריס פטור גם בנזקין.וצ"ע לפמ"ש שם רבא בהיה סימנים בידו פטור וא"כ גם בד"מ כן הדין והא רבא גופא אמר בסו"פ כיצד הניח גחלת על בגדו ונשרף חייב וי"ל:

בהגה. סופר שכתב שטר כו'. מזה תמה התומים בסי' נ"ה על תשו' מ"ב המובא שם בש"ך דהכא הוי ההיזק תיכף ואפ"ה פטור. וי"ל דלכאורה הטעם דפטור בהחזיר למלוה משום דמחוסר עוד גביה ודילמא לא יגבה וכ"ז שייך רק בסתם מלוה שאין אנו יודעים עליו שום חשד לגבות ממון שאינו שלו לכך בהחזירו פטור דלא חשוד לגבות שטר פרוע. ובזה י"ל מ"ש שם הסמ"ע מעדים שחתמו בסי' מ"ו דכיון דהמלוה עשה מעשה רשע לכפות העדים ואם הוא רודף אח"ז בודאי יגבה. ושם ברמ"א סי' נ"ה מתשו' הרשב"א מיירי דכן התנאי ביניהם למוסרו להמלוה עיי' פת"ש שם מהח"ס אלא שהשליש טעה בדין וגם המלוה טעה ולא חשיד ולכך פטור דמחוסר מעשה הגבייה ובודאי לא יגבה כשיתודע לו הדין וכאן בסופר אף שכתב התומים דהעדים יכולים לחזור ולכתוב לו שטר ל"י דהא הנמוק"י מדבר שם מפסידא דלא הדר ואי יכולים לכתוב לו שטר אין זה פסידא דלא הדר וע"כ דבמתו העדים החתומים וכה"ג. ועוד דדין זה שייך אף בכת"י שאין עליו עדים וזה הוי ודאי פסידא דלא הדר אלא נ"ל דגם כאן אין ההיזק תיכף דאם המלוה יתודע תיכף בודאי לא יחציף הלוה להכחישו בסכום ההלואה רק אם יגבה לאח"ז ואז יהיה הסכום שכוח ואין ההיזק אלא לאח"ז. ומה שהק' התומים מסי' כ"ה דמחייב זכאי עדיין מחוסר גביה. י"ל דיכול להיות שבשעה שחייב אח הזכאי היה לו להזכאי חוב ממון על החייב וכשחייב את הזכאי הפסידו תיכף אלא שצ"ע בדברי הש"ך כאן ס"ק כ"א דבהחזיר שטר פרוע לעכו"ם ג"כ פטור והכא ודאי יגבה. אך התומים שם סוס"ק א' כתב דלכך השמיט הרמ"א ולא הזכיר עכו"ם כמ"ש הרשב"א משום דס"ל דדוקא בישראל הדין כן ולא בעכו"ם:

ש"ך ס"ק כ"ה. ומ"מ נראה דאף הרב לא מיירי כו'. חילוק הש"ך תמוה דאף שמחזיר לו החפץ הוא מתורת פרעון דהעכו"ם קנאו וא"כ הרי מפסידו. ואף אם החפץ שוה פחות הא אין אונאה לעכו"ם וא"כ הא מראהו לגזול ממש. וכן תמה בס' חב"י. וראיתי אח"כ באור גדול במשניות ב"ק שרצה לומר עפ"י דיעות הפוס' ביור"ד סי' ש"כ דעכו"ם ל"ק

במשיכה לחוד. וא"כ א"י להוציא ממנו בספק דאולי לא קנהו העכו"ם. ולפי"ז כתב בנתן העכו"ם מעות בודאי הוי מסור בכה"ג אף בהשיב החפץ וצע"ג:

סימן שפז

ש"ך. אבל אם אפשר לתקנו כו'. עיי' תומים סוס"י צ"ה מש"כ בדבריו. והנה הר"י בש"מ ב"מ ד' הק' מב"ק מ"ח הכניס שורו לחצר כו' בעל החצר חייב בנזקי הבור ולא אמרי' על בעל השור למלאות הבור אלא נותן לו דמי הזיקו ובעל החצר יסתום הבור. וי"ל דלהכי דיקדק שם רש"י וכתב מקמי דליפקריה וכ"כ שם הרשב"א בחי' דכיון דבעל השור משלם לו נזק חצירו אם הפקיר רשותו הו"ל למלויי הבור. כונתו דאם לא הפקירו היה פטור מטעם בור ברשותו וכל החיוב של הבור עשה בהפקירו ולכך חייב דאם לא ניחא לו בתשלומי הבור וחפץ דוקא שימלאנה עפר לא היה לו לקבל תשלומין ולא להפקיר בורו וכשהפקירה מסתמא ניחא ליה בדמים ולכך חייב דהו"ל למלויי כיון דקיבל התשלומין ועיי' מפרשי הים:

סימן שפח

סמ"ע ס"ק י"ב. די"ל דלכתחילה כו'. הט"ז השיג עליו ועיי' תויוכ"פ יומא פ"ב ע"ב השיגו עוד מטעם אחר. אבל יש פנים להחמיר עפ"י שיטת רש"י פ' הכונס בעדשים דפלישתים דלכתחילה אסור וכן האריך להוכיח דעתו בשו"ת בנין ציון ח"א סי' קס"א קס"ב ע"ש:
שם ס"ק כ'. אבל אם אין עליו כו'. הא כן כתב בהגה בסעי' זה בשם הג' אשרי אלא שצ"ע דברמ"א כתב וי"א דצריך לישבע כו' ובהג"א כתב שני הדינים זאח"ז ולא בלשון פלוגתא ומשמע דאין חולק:
ש"ך ס"ק כ"ט. אבל קשה לי כו'. וכתב המסגרת הש"ך הולך לשיטתו כו' ע"ש. ותמוה דאיך כתב כן בדעת הרמב"ם שהוא כדעת הרי"ף. וע"כ מש"כ הש"ך נשבע זה ופטור ר"ל פטור מכפירתו. ובעיקר קושיתו עיי' שוש"י:
סעיף ח' בהגה. וכן אם הודה כו'. עיי' בהגר"א שהוא כדעת הש"ך יור"ד סי' רס"ז ולפי"ז צ"ע דהא הרמ"א בד"מ לא בריר ליה דין זה עיי' קצוה"ח סי' א' ס"ק ו' מש"כ בזה. ומש"כ הגר"א אות נ"ב ראיה מפ' בתרא דיומא עיי' שו"ת בנ"צ ח"א סי' קס"ט דיש לדחות ראיה זו:
סעיף י' בהגה דל"ג משאר רודף. ותמה המנ"ח דיהא פטור מממון דקלבד"מ כמו ברודף והקדימו הפ"י ב"ק קי"ז וי"ל דהכא החיוב מיתה הוא משום ממון שלא ימסור יותר ול"ד לכל חייבי מיתות ועוד י"ל.

והשומ"ש מ"ח ח"ג סי' ד' מביא מהיראים דלכך מיקרי מוסר רודף לפי שבודאי אין אדם מעמיד עצמו על ממונו ויהרגהו וא"כ מסרו להרגו. וזהו טעמו של הרמב"ם בסעי' שאח"ז דלאחר שמסר אסור להורגו כמו במחתרת כשיצא ממחתרתו אין חייב מיתה. ובזה מיישב דלמה לא אמרי' במוסר קלבד"מ כי בעת שבא חיוב התשלומין היינו אחר שמסר שוב אין חייב מיתה ועיי' מש"כ לעיל סי' שנ"א:

ש"ך ס"ק ס"ו. אבל תימא כו'. בתמים דעים סי' ר"ג האריך בשם הר"י ליישב סברא זו ועיי' ח"ס חחו"מ סי' קפ"ה. ומש"כ הפת"ש בשם השבו"י בענין הלבנת פנים עיי' שו"ת בנ"צ ח"א סי' קע"ב מש"כ בזה:

הלכות נזקי ממון:

סימן שפט

סמ"ע ס"ק ב' דילפי' כו'. כ"כ רש"י בחומש. ותמה עליו הרא"מ שהוא נגד ש"ס ב"ק נ"ד ע"ב דיליף מבעליו. ותירץ דהוי ילפינן מכלל ופרט ואין הגז"ש יכולה לבטל הכלל ופרט לכך גלי הקרא דבעליו ותו ילפי' גז"ש דשור שור. וכ"כ התוס' שם ד"ה הוא עי' מהרש"א שם. והדרישה כתב טעם דנפשיה מ"ט לא ילפי' בבור שור שור משבת ולא הביא מש"כ התו' בזה. ומקור נאמן לדברי הטור מביא רבינו הגר"א מהתוספתא פ"ו ע"ש. והנה הפנ"י עמד שם במתני' מ"ט לא חשיב גם נגיחת קרן ותמוה שלא ראה בתוספתא שחשיב גם נגיחת קרן. ומש"כ הב"ח דרבינו סמך על המכילתא דחוק מאוד דהיא נגד סוגית הבבלי. וגם בירושלמי יליף בור מונפל שמה שור או חמור ע"ש במאה"פ והמחוור כרבינו הגר"א. ועיי' יש"ש וחו"ת ומש"כ בזה הפמ"א בתי' ב"ק ר"פ כיצד:

סעי' ח'. לפיכך אם הזיקו כו'. בטור הוסיף אפי' בהמה גדולה מהם. ונדחק הב"ח בכוונתו. וגם צריך טעם על השמטת השו"ע זה. ונ"ל דבש"מ הק' לדעת הר"י מאי חילוק יש ביניהם לשאר בהמות במידי דאורחיי' הוי שן ורגל ובמידי דלאו אורחיי' הוי קרן ומאי קמ"ל. ותירץ הרא"ש דאשמעינן שהן מועדין להרוג כל בהמות ואפי' גדולות מהם. וזה שהוסיף הטור בדעת הר"י שמביא אח"כ. אבל השו"ע שלא כתב דעת הר"י א"ש שלא הזכיר זה בדעת הרמב"ם ונכון:

סעי' י' בהגה. אבל נכנס ברשות כגון פועלים כו'. כפסק הרא"ש בזמה"ז. והנה ברא"ש לא הזכיר כלל מהא דקרי אבבא ואמר הן ומחלוקתם ועיי' מפ'. ועוד תמה הב"י על הטור שפסק בזה כאחרים והא תניא כחכמים דקום אדוכתא משמע. וגם בפירושא דש"ס נדחק הלח"מ פ"י מנז"מ למה הוצרך לזה כלל ע"ש. והנראה דלהגירסא שבתוס' דשכיח בשוקא ל"צ באמת להך דקרי אבבא ואמר אין ופליגי בשכיח ולא שכיח אי יש

להם רשות לתובעו בביתו וסברי בזה האחרים כיון דלא שכיח בכל פעם בשוקא יש להם רשות לתובעו בביתו ולא גרסי כלל וקרי אבבא כו'. אבל להגורסים דשכיח במתא וכמו שפי' התוס' דהיינו אם אינו הולך לדרכו והולכים הפועלים לחקור אם ישנו בביתו ולא הלך לדרכו. ובזה יתבעו אח"כ בשוקא וקרי אבבא ואמר הן ובזה פליגי והרא"ש גריס דשכיח בשוקא [ומש"כ הב"י דגרים במתא תמוה דהמעיין יראה שמפרש במתא כמו דשכיח בשוקא] ולכך לא הביא האוקימתא דקרי אבבא דלא הוצרך לזה. והרמב"ם היה גורס במתא וכפי' התוס' לכך הביא אוקימתא זו. והנה תלמידי הר"פ בש"מ כתבו לפרש דה"ק בגברא דשכיח ולא שכיח א"נ דשכיח בשוקא וקרי אבבא ואמר הן ומייתי מברייתא דלכה"פ מיירי בשכיח בשוקא. ואולי זה היה גירסת הרמב"ם ופסק כאופן הב' ולכך השמיט האוקימתא דשכיח ולא שכיח. שוב לאח"ז ראיתי בב"ח שהעיר זה מדעת עצמו ע"ש:

סעיף כ'. אפי' שזאת שינתה כו'.

והק' התוס' ד' כ"ז מ"ט לא נימא דהו"ל לעיוני כבשור פקח. וחילק הרש"ל ביש"ש דגבי בהמה י"ל איפכא דדרכה לעיוני שלא תוזק אבל אין לה דעת ליזהר מלהזיק. וכבר הקדימו בחילוק זה הר"ם בש"מ שם. ועיי' הג' חש"ש בשם רבותיו שהק' הא קיי"ל דאיש בור ולא שור בור והכא השור חפר את הבור דהיינו הרביצה ע"ש ועיי' רש"י מ"ח ע"א ד"ה ונטנפו כליו ולק"מ ועוד י"ל:

סימן שצ

סעיף א' או בשערה. או בקרנה דרך הילוכה כ"כ הרשב"א. ולשון הטור והשו"ע קשה דל"כ בשערה דרך הילוכא כמו בש"ם ולא כלשון הרמב"ם שהזכיר דרך הילוכא בחמור במשאוי. ומה שנדחקו הב"ח והסמ"ע בלשון הטור והמחבר או במשאוי שעליה. כונת הטור והמחבר תמור במשאוי וקמ"ל כמש"כ התוס' י"ז ע"ב וכן הוא לשון הרמב"ם פ"א מנזק"מ הל' י'. ומש"כ או פירות וטינפום ע"כ ברגלה מתולדה דרגל או שנתגלגלו להנאתן מחולדה דשן עיי' רשב"א. ומש"כ המושכת בקרון ה"ד שמושכת מעצמה אבל באדם מנהיגה עיי' סוס"י שע"ת. ול"י למה מביא פי' הברטנורא על שליף הלא כן פירש גם רש"י ריש פ"ב:

סמ"ע סוס"ק ז'. דשאני הכא כו'. עיי' ט"ז. וקרוב לחלק כמ"ש הסמ"ע דבקנס ל"ש הממ"נ. ואולי כונת הסמ"ע עוד למש"כ הנתי' בכללי החפיסה סי' כ"ה דש"ה דשני עניני תשלומין הם דחם אינו משלם אלא מגופו ואין על הבעלים שום שיעבוד אף לשמירה בעלמא ול"ד לסי' ר' ע"ש ואף שדחוק הוא בלשון הסמ"ע מ"מ י"ל כן:

סעיף ג'. משלם מהיפה שבנכסיו. הלח"מ פ"ב מנז"מ הק' דלהמסקנא דאמר לפוטרו ברה"ר נימא דל"פ ומנליה דמעלייה משלם. ותמוה שהרי כבר עמד בזה הרשב"א בחי' וכתב דהדין דמשלם מעלייה הוי פשיטא להו בלא"ה וניחא להו לאוקמי הא דר"פ כהילכתא ועיי' שמ"ק מש"כ בזה עוד:

סעיף ד'. וכן חזיר. כתבו התוס' דקמ"ל בזה צרורות דשן. אבל הרי"ף, והרמב"ם והרא"ש השמיטו זה. וצ"ל לדידהו דהוי חולדה דרגל כיון דההיתוז אין בו הנאה. ומש"כ הסמ"ע ס"ק ט' פי' אעפ"י כו' כו'. וזה דלא כמ"ש הגרצה"ח בהג' הש"ס דהלמ"מ נאמרה בזה רק על כלל הדין ולא על סדר התשלום ועיי' רש"י ורא"ש ריש מכילתין ועיי' מש"כ בשם הרמב"ן בסי' רפ"ג:

סעיף ד' דרסה על הכלי כו'. לפי' התוס' במתני' ע"ש הו"ל להפוס' לבאר ולא לסתום וע"כ דמפרשים כפי' הרשב"א בחי' והנמוק"י:

סעיף ח'. וכגון דדחיק לה עלמא. רש"י הוסיף במשלשלת והטור והמחבר לא הזכירו מזה וע"כ כמ"ש רש"י לדחות דעת רבותיו. והנה בש"מ מובא שו"ת ר"י מגש ושם מבואר חילוק בין גללים לחים דהוי חולדה דשן ויבשים הוי צרורות. ובחי' רשב"א מביא פירש"י ופיר"ח ונראה מדבריו שכונת רש"י לפרש דחיק לה עלמא היינו משלשלת וא"מ כלל היכן משמעו ופירש"י לפנינו הוא כפיר"ח וצ"ע:

סעיף ט'. ותקע בו ושברו. הרשב"א פירש בדעת הרי"ף דלמסקנא לא הוי משום צרורות אלא הוי כגופא מובא בבהגר"א. וצ"ל לפי"ז בהא דהש"ס קדושין כ"ד הוכיח מזה דקלא מילתא היא ע"כ דהראיה היא מסוס שצנף וחמור שנער. וצ"ע בב"י יור"ד סי' קי"ג סוסע"י ה' שהוכיח מכאן דניפוח בפה חשוב כמעשה וכן בשו"ת שבסו"ס מנחת יעקב סי' י"ג כתב מזה לענין אי שרי לנפות נוצה מעל בגדי אשתו נדה והוכיח מכאן ועיי' מארה"פ בירושלמי כאן ובנתי"ר מש"כ עליו:

סימן שצא

סעיף א'. בין שלא אכלתן כו' לפיכך כו'. עיי' בהגר"א. וקשה קצת דהא להתוס' הוי זה אין מכליא קרנא דאמר מקודם ומאי לפיכך. ויותר י"ל דכונת הטור הוא למש"כ הרשב"א דבהמה הנושכת בדבר להנאתה ולא הספיקה לאוכלו עד שנפל מפיה ולכלכו דנשיכה זו היא הנאה להיזיקה וכן פסק הריקאנטי סי' תס"ו וכן העלה המ"מ בדעת:

הרמב"ם פ"א מנז"מ. ובזה א"ש מאוד לשון המחבר בין שלא אכלתן ר"ל אלא שהפסידתן:

סמ"ע ס"ק ד'. אבל נתחככה בחבירתה כו'. עיי' ט"ז השיגו. אבל כונת הסמ"ע מבואר היטב בפרישה דצריך לידע אם כונתה היתה להנאתה והוא מש"ס מ"ד ע"ש. ומש"כ

המחבר טינפה פירות להנאתה פירש בש"מ דוקא שרבצה על הפירות להצטנן או לשכב להנאתה דא"ל הטילה גללים דאיזה הנאה עשו לה הפירות משאם לא היו שם. ורש"י שפירש שנתגלגלה עליהם כדרך סוסים משמע דלא ס"ל דבעינן שיהא לה יותר הנאה ע"י הפירות. ולהש"מ צ"ל דבההיא דשף צלמי כ"ג ע"ב יפרש כגון צורות רכות בולטות דעי"ז היתה לה הנאה יותר ע"י הצורות:

שם ס"ק ה'. דל"ת כו' כו'. הק' הר"א בש"מ למה צריך ובער למעוטי רה"ר ת"ל דשינה להניח פירותיו ברה"ר וכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור. וי"ל לדעת התוס' והרא"ש דחמשה מועדים בחיה ג"כ דוקא ברשות הניזק והתם לא שינה כלל עוד נ"מ בחצר של אחר כסעיף ז' או לצידי הרחבה ופתח החנות סעיף ט' או נ"מ להא דסעי' י"א. עוד נ"מ לחצר המיוחדת לפירות ולשורים. וצ"ל דעיקר קושיתו בלשון הש"ס ולא ברה"ר. אבל בפשוטו י"ל כמשפ"י בסי' דלעיל סעי' כ' נהי דאית לך רשותא לסגוי עלי כו' וה"נ לאכלי לית לך רשותא ועיי' נתי':

סעיף ג'. אכלה דבר כו'. לא הביאו הפוס' האוקימתא דפתורא בש"ס ועיי' לח"מ. ואולי לפירש"י דאכלה מעל השולחן ההיא אוקימתא דלא כהילכתא כמו שהק' הרשב"א מעובדא דברחא וה"נ כיון דאורחא למיכל נהמא אורחא נמי לסלוקי אפתורא.

אבל הר"ת פירש דהיא פת הצנומה בקערה. ואולי זש"כ המחבר תבשיל. והנ"ל דגם הרא"ש מפרש כפיר"ח דאל"ה לפמש"פ ומובא דעתו בסעי' ו' דאע"ג דתחילת ההיזק היה ע"י שינוי מיחייב על האכילה דהוי אורחא תיקשי לדידיה מפתורא דעצם האכילה הא הוי אורחיה ועיי' מאירי בש"מ מחלוקת המפ' בזה. אלא דבעיקר קושית הרשב"א על רש"י יש לדין דבאמת אי לקחה האוכלין מעל השולחן ואכלה לא הוי שינוי בעצם האכילה. אבל מיירי באכלה כשהיא על השולחן וזה הוי שינוי בעצם האכילה דאין דרך בהמה לאכול על השולחן ורש"י דייק בלשונו שעל השולחן אכלו ואין דרכו בכך, ועפי"ז יש לדין במש"כ הרא"ש דבהמה שקופצת למקום גבוה ואוכלת לאו שינוי הוא דאמר לעיל כיון דאורחיה למיכל ריפתא אורחיה נמי לסרוכי ולמיסק. ולמש"כ אין ראיה דבקופצת הוי שינוי בעצם האכילה. ומש"כ המחבר וחזיר כו' עיי' ב"ת. ומש"כ ותחול עיי' הג' הג' רצה"ח מש"כ בזה ובשדי חמד מערכת הכללים אות א' סי' שס"ט:

סעיף ז' במקום שא"א ליטלם כו'. דביכול ליטלם הוי תחילתו בפשיעה כ"כ בפרישה והקצוה"ח מביא מהש"מ שכ"כ בדעת התוס'. ולכאורה צ"ע מתוס' נ"ג ע"ב דדוקא היכא דהאונס בא מחמת הפשיעה והכא מי יימר דהחש"ו לא היו נוטלין בלא"ה. וצ"ל דהתוס' כתבו שם רק היכא דודאי לא בא האונס מחמת הפשיעה וכעובדא דשם והכא י"ל

דהחש"ו לא היו נוטלים שלא במקום גלוי. אבל הרש"ל כתב טעם אחר דביכולה לאכול בלא השטה הוי כמנא תבירא תבר ופטור המשיט והשיג על המהרי"ח בהג' אשרי ומובא בקצוה"ח. ולכאורה להתוס' י"ז דדוקא זרק הכלי עצמה אמרי' מנא תבירא תבר ולא בזרק חץ לפי"ז ל"ד לשם. וצ"ל כמש"כ בס' כ"י לפמש"כ הדברי משפט להתוס' דרק בעשה המשבר היזק חדש דשיבר הכלי אז חייב אף שהיה נשבר בלא שבירתו אבל בזרק אבן על כלי וקודם שבא האבן להכלי בא אחד וקירב הכלי להאבן ונשבר הכלי מודים התוס' דהמקרב הכלי פטור דהא לא עשה היזק חדש. וה"נ לא עשה היזק חדש במה דנתן להבהמה דסו"ס הבהמה לא עשתה ההיזק וזה היה נעשה גם אם לא הושיט ודמי למקרב הכלי להאבן ופטור:

סעיף ח'. דהיינו כל מה שאכלה כו'. הש"ג הק' בסתירת דברי הרמב"ם דבפי' המשנה פסק כרבא דמשלם דמי שעורים בזול. ולמש"כ המפ' דס"ל דרבה ורבא לא פליגי וכ"א אמר לפי מה שהוא רגיל ומ"ש בזול קאי אתרויהו ומדברי הרמב"ם בפי' המשנה מבואר להדיא דמיירי ברגיל להאכילה שעורים והנה הקצוה"ח כתב מסברא דמה שנהנית אין משלם ממיטב וראיתי למי שהשיג עליו. ואנכי מצאתי בע"ה בשו"ת הרשב"א ח"ד סי' י"ג שנשאל ע"ז והשיב דאינו משלם ממיטב. והנה בשו"ת בר"י סי' ק' חקר בנתערב חתיכת איסור שלו בב' חתיכות כשירות של חבירו ונתבטלו אי צריך חבירו לשלם לו חתיכה כשירה וגם אי נימא דמשלם לו כשירה אי מחויב הא' לשלם לו עבור שנהנה ע"י. וכתב דשייכא למחלוקת התוס' ורא"ש המובא כאן בש"ך ס"ק ב'.

ול"ד דמחלוקתם הוא בנפסד חבירו ע"י הנאתו אבל בנהנה בלא הפסד חבירו ל"ש למחלוקתם. וגם לא ראה מש"כ הפרמ"ג ביור"ד סי' ק"ט דמחויב לשלם חתיכה א' ולא הזכיר מתשלומי ההנאה שנהנה ע"י. ועיי' בזה מחנ"א הל' נז"מ סי' ב' וסוס"י ד' ובברוך טעם שער התערובות מש"כ בדברי הפרמ"ג: סמ"ע ס"ק י"ז. נראה אפי' כו'. וכ"מ מהא דדחי הש"ס בקופצת והוי דוחק כמ"ש הרשב"א בחי' דהא פשטה צוארה קתני ולא משני שהיתה צוארה בשעת אכילתה ע"ג הבהמה וע"כ דל"ש:

סימן שצב

שעב:

והלך לו לגדיש כו'. ז"ל הרמב"ם פ"ג מנז"מ הל' ה' אכלם בשדה של בעל החצר משלם נזק שלם כאילו אכלן בתוך החצר שהרי ברשות הניזק אכל. ויש שהק' מאי קמ"ל. ופשוט דקמ"ל דכל רשות הניזק בכלל וביער בשדה אחר וכן כתב המאירי במתני' וחקר שם בהגדיש בשדה חבירו וכתב דלא גרע מגב חבירתה. וצ"ל דהיינו לבעל המאור מובא

ברא"ש אבל לדידן דמירי בקופצת אין ראיה אבל באמת כבר כתב לעיל הרמ"א סי' שפ"ט סעי' ט"ז בשם הג"מ דין זה:

סימן שצג

הסמ"ע ס"ק ז' הק' על הטור שהשמיט דעת הרא"ש דבשומר הגרנות גם שלא ברשות הוי כרשות וכן הק' הב"י. ועמד בס' חב"י דהא בהדיא כתב הטור בריש הסי' להיפוך דאפי' היה בעל החצר טוחן ונכנס לטחון ומשתכר ברחיים אפ"ה שלא ברשות פטור והרי ודאי דהטוחנין אצלו ברשות הוא שומר שלהן ואפ"ה שלא ברשות לא מחייב. ובאמת אין ראיה דנראה דמש"כ דאפי' היה בעל החצר טוחן מירי באופן דבעל הרחיים נוטל רק שכר רחיים והבעל החיטים בעצמו היה טוחן דכן היה המנהג אצלם אבל בבתי רחיים שלנו ודאי הוי שומר והטור מירי באופן כההיא איתתא בש"ס דהיא עצמה טחנה. ומש"כ המחבר ואכלתן פטור כתב התפא"י במשניות דעכ"פ משלם מה שנהנית ול"מ כן מסתימת הפוס' ועיי' תוס' סנהדרין ע"ו ע"ב:

סימן שצד

סעיף א'. מערוגה לערוגה. ומגיגה לגינה בעיא היא בירושלמי ע"ש. ומש"כ הרמ"א ויש מי שחולק ועיי' בהגר"א ס"ק כ"ד. וצ"ל בטעם התוס' דל"ש לומר וכי יאחזנה כו' אלא בדבר תמידי אבל הכא בידעו שמשם תוכל לירד או ליפול הו"ל ליזהר ועיי' שמ"ק מחלוקת הראשונים בזה והנה בירושלמי פ"ו הל' ב' כתב אלא נפלה למקום שראויה ליפול נפלה למקום שראויה לירד דא צריכת לדא ודא צריכת לדא. דא צריכת לדא שמשלם מה שנהנית ודא צריכת לדא שמשלם מה שהזיקה. ודבריהם כחידה סתומה ומפרשי ירושלמי אינם בידי זולת מה שראיתי מובא בס' נתי"ר לירושלמי ב"ק ודחה דבריהם ומה שפירש הוא גם זה דוחק בלשון הירושלמי כי דברים כפולים הם. והיותר נ"ל להגיה תחת נפלה למקום שראויה לירד צ"ל ירדה למקום שראויה לירד וקאי על מתני' דקאמר נפלה כו' ירדה כו' [ול"צ להגהת הנתי"ר דקאי על פסקא ירדה כדרכה אלא קאי על כל הבבות] ע"ז בעי הירושלמי אם נפלה במקום שיכולה לירד אי מיחשב אונס או פשיעה דהיינו מחלוקת התוס' והראב"ד אי ירדה למקום שראויה ליפול אי מיחשב פשיעה דסו"ס ירדה או אונס דהו"ל ליזהר מזה. וע"ז אמר ריב"ח היא מתניתא כלומר דע"כ מתני' איירי באופן זה דאי כפשטא דמתני' דנפלה למקום שראויה ליפול וירדה למקום שראויה לירד דא צריכא לדא ודא צריכא לדא (פירוש בתמיה) כלומר א"כ מאי חידושא דמתני' ברישא דאינו משלם אלא מה שנהנית פשיטא דהא אונס גמור הוא וכן בסיפא בירדה למקום:

שראויה לירד מאי קמ"ל דמשלם מה שהזיקה פשיטא דהא דינא דשן היא. וע"כ דקמ"ל ברישא אף בנפלה במקום שראויה לירד דאינו משלם אלא מה שנהנית ולא הוי תחילתו בפשיעה והיינו כמ"ש הראב"ד דלא הוי פשיעה בזה. ובסיפא קמ"ל אף בירדה במקום שראויה ליפול עכ"ז הואיל וירדה עתה חייב בכל התשלומין. ומשני לא דאין ראיה מזה דאף כפשטא דמתני' טובא קמ"ל דא צריכא לדא כלומר ברישא יש חידוש בסדר התשלומין וגם בסיפא יש חידוש. דא צריכא לדא שמשלם מה שנהנית כלומר ברישא הוי חידוש דמשלם לכה"פ מה שנהנית דס"ד דבכה"ג אינו משלם כלל כדקס"ד בבבלי דהוי כמבריח ארי ופטור קמ"ל דמשלם מה שנהנית וכדאי' בש"ס דילן. ודא צריכה לדא שמשלם מה שהזיקה כלומר וגם בסיפא דמשלם מה שהזיקה יש חידוש בסדר תשלומי מה שהזיקה וכדמסיק במתני' בסדר התשלומין דלא אשמעי' זה עוד. ויען כי ראיתי להנחי"ר שמפרש דברי הירושלמי עפ"י דעת התוס' ואין כאן דיחוי ולדעתי ל"נ כן כמש"כ:

סעיף ב' בהגה. ואפי' הפירות ברה"ר. לכאורה י"ל דזה דוקא בהעמידה וכ"מ מהרשב"א דמחזיקה באפסר שלה דהוי כמזיק בידים אבל בהכישה לא עדיף מושלח דבעינן בשדה אחר. ומש"כ הב"ח בשם הה"מ והמפ' דה"ה בהכישה לא מצאתי שום משמעות במפרשים מזה והה"מ לא כתב רק בהעמידה. ובזה היה א"ל במה שהק' בחי' אבן העוזר באור"ח סי' שכ"ח ממעמידים בהמה ע"ג עשבים בשבת די"ל דלא מחזיקה באפסר. אלא דלא כן כ' ר"י בעירובין ע"ט ע"ש ועיי' גאון יעקב שם וכתבתי מזה לק' סי' חי"ת ע"ש:

סעיף ו'. משערים אותו בס' כו'. וכתב הלח"מ דנראה כונתו דשמין קרקע זה אם היו לו ס' דקלים כאלו היה שוה כך ואם פחות אחד היה שוה פחות דבר מועט ואותו המועט יתן לו. וזה דלא כלישנא בתרא דר"פ ולא כל"ק דלל"ק משערין כמה היו שוים ס' דקלים בתוך קרקע זה ומה שמגיע לדקל אחד שנפחת מהס' נותן לו אבל שישומו מי שירצה לקנות כל הקרקע שיש בו אלו הס' דקלים לא. גם כל"ב לא אתי דלא הוזכרו בו ס'. והנה בש"ס אכלה סמדר כו' וחכ"א רואין כמה היתה יפה כו' וכמו שפירש"י באכלה חזיז הקרקע למכור כשהיא עם השחת ועלה קאמר ה"נ בס' והיינו בס' ע"ג קרקע למכור. ושני הלשונות ל"פ אהדדי ותרוי' סברי דאגב ארעא וס' אלא דללישנא קמא חידש דשמין בס' ולל"ב חידש דאגב ארעא אבל בדינא שווים. ושפיר כתב הרמב"ם ז"ל לדינא דאגב ארעא בס' למכור כמשמעות הש"ס וכמשפ"י רש"י. ובזה נכון גם מה שהק' על הטור דפסק כל"ק דבס' ולא כל"ב דרגילין לפסוק כלישנא בתרא בכ"מ. ולמש"כ ניחא דל"פ אהדדי. והנה בש"ם איתא ההוא גברא דקץ קשבא מחבריה אתא לקמיה דר"ג א"ל לדידי חזי לי

ותלתא. תלתא בקינא הוו קיימי והוו שוו מאה זוזי זיל הב ליה תלתין ותלתא ותילתא כו'. וי"ל לכאורה למה מספר מה שהיו שווין ביחד דמיותר הוא ואולי יש להעיר מזה למה שנסתפקו האחרונים בגנב חפץ המורכב מחלקים כגון חומש מה' חומשי תורה אם משלם בערך שוויו או לפי ערך השארים הנפסדים עיי' דברי גאונים כלל צ"ו ובשו"ת ראשי בשמים סי' ק"א ובס' עורה שחר. וז"ש דתלתא ביחד הואיל ועומדים בקן אחד שווים מאה ובקציצת אחד נגרע בזה שווי השנים הנשארים עכ"ז אינו משלם רק כפי שווי הא' הנקצץ וי"ל. ועיי' בהסכמת הגרי"ש לספר ד"ג:

סימן שצה

המשסה כלבו כו' חייב ח"נ. כהרמב"ם והוי כשור האיצטדין כמ"ש הה"מ. והראב"ד סובר דל"ד לשור האיצטדין כמ"ש תוס' ד"ה המשסה. והנה יש לחקור בכלב שאין לו בעלים או שהמשסה היה בעל הכלב בעצמו מהו. וחותני זצ"ל כתב לישב בזה דיקדוק לשון הש"ס אימא פטור א משסה דיש לדקדק דמתחילה פשיטא ליה דמשסה ודאי פטור ואיך קאמר אף משסה. וי"ל דשיסה בו הכלב מיירי בשיסה בו כלבו של עצמו וזהו דקאמר פטור אף משסה היינו דבעל הכלב היה משסה ג"כ ואפ"ה פטור. ובזה י"ל גם בכלב שאין לו בעלים דפטור וזהו דקאמר פטור אף משסה ר"ל בשלא היה רק משסה בלבד ואין כאן בעל כלב אפ"ה פטור המשסה. אמנם מדהק' המרדכי מ"ש מהמראה לגזלן ממון ישראל וה"נ גורם לכלב שיזיק. ותירץ דהמשסה יכול לומר הואיל ויש בעלים לכלב הו"ל לשומרו שלא ישתסה הילכך יתחייב בעל כלב מש"כ דאין לו בעלים לשומרו. ולפי"ז בכלב שאין לו בעלים או בכלב של עצמו חייב המשסה. ומסתימת הפוסקים בזה משמע דפטור בכל גונא. והנה הישועי"ק אור"ח סי' שט"ז הק' דהא לדעת הרמב"ם חייב המשסה בד"ש ולדעת קצת פוס' מהני תפיסה וא"כ כאן הוי בעל הכלב תפוס ולמה צריך לטעם דכל המשסה. והנה י"ל לפמש"כ הנתי' רס"י כ"ח דנהי דמהני תפיסה עכ"ז אסור לתפוס לכתחילה. אבל פשוט י"ל דלהרמב"ם לק"מ דהא דעתו שבכל אופן אינו משלם רק חצי נזק וא"כ י"ל דחיוב ד"ש קאי על בעל השור ולא על בעל הכלב. ואף הראב"ד שכתב שאם הוא מועד משלם נ"ש וקאי על בעל הכלב הא הראב"ד לא כתב דחייב בד"ש אלא מדשתיק להרמב"ם ש"מ דמודה לו:

סימן שצו

סעיף א'. אבל אם חתרה פירצה כו'. הגר"א הק' על פירש"י דהא אכתי לא ידעינן טעמא דכל טצדקי וכן מ"ש תחילה לא מיבעי כו' ואיך יצאת. אבל בש"מ מיישב היטב דאצל חתירה אונס הוא אבל לענין שתקשקש את הדלת לפתוח ע"י צערה לזה הוי פשיעה. וכן

מ"ש לא מבעי פירש הרא"ה דפשיעה היא לענין פתיחת הדלת. והנה לעיל סי' שצ"ד סעי' ב' כתב המחבר שהיה לו לשומרה ופירש הסמ"ע שמירה מעולה והסכים עמו הש"ך דלא כרש"ל. וצ"ע דהא הרש"ל לאו יחיד הוא דהא הה"מ ג"כ הבין דברי הרמב"ם כן וכראב"ד בפירושו וכרשב"א ועיי' ב"י. ומש"כ הרמ"א מיהו כו'. הו"ל לכתוב בלשון וי"א דלהרמב"ם להבנת הה"מ סגי בשמירה פחותה. ומש"כ שם בש"ך לאפוקי הרא"ש הוא ט"ס וצ"ל הראב"ד. ובעיקר דברי הראב"ד לולא יראתי היתי אומר דאין כוונתו להשיג על הדין דלא סגי אף בשמירה מעולה מלבד דקשה שסותר דבריו מפירושו דשם כתב דסגי בשמירה פחותה וכאן כתב דאף במעולה לא סגי. עוד יש לדקדק בדבריו שכתב בזה"ל האי פירושא לא נהירא אלא ה"פ שאפי' נעל בפניה כראוי ויצאתה ולא ידע היכן הלכה חייב איבעי ליה למידע דהתם אזלה למה כתב ולא ידע כו' דלא הול"ל אלא אפי' נעל בפניה כראוי חייב שזה עיקר החידוש. מזה י"ל דבעיקר הדין אינו חולק על הרמב"ם אלא דבפירושא דש"ס חולק עליו דבגמ' אמרו כיון דילפת כל היכא דמשתמטת להתם רהיטא. והם שני טעמים סותרים זא"ז דלטעם כיון דילפת משמע דלא סגי לה עתה בשמירה פחותה ואולי לטעם כל היכא דמשתמטת משמע דמשתמרת נמי עתה ועיי' בהגר"א בשם יש"ש דייק מזה דלא כהראב"ד. ומשום זה פירש הראב"ד כונת הש"ס דלענין זה נשתנית דינה דבמתני' תנן נפרצה בלילה פטור וכתבו התוס' דביום חייב וכן פסק כאן בשו"ע דביום הו"ל למידע דדרך אדם לחזור על בהמתו, ופשוט דבחזר אחריה ולא מצאה בודאי פטור דעל יציאתה אין אנו יכולים לחייבו דהא הוי אנוס ועל היזיקא נמי פטור דהא לא נודע לו מקומה. ובגונא דהכא מיד שנודע לו שנפרצה חייב דהו"ל למידע כיון דילפת להתם רהיטא כל היכא דמשתמטת ואפי' נעל כראוי דפטור על היציאה מ"מ חייב דהו"ל לידע דהתם אזלא. וזה מדויק בלשון הראב"ד אבל כשלא נודע לו מהיציאה פטור גם להראב"ד בנעלו כראוי. ודמשמע מרמב"ם דמפרש כרש"י דנ"מ בעצם השמירה ע"ז כתב הראב"ד דל"מ בש"ם כן. וממש"כ בפירושו שם ציייר כגון שלא נעל בפניה כראוי או להעבירה על אותו מקום ולדינא אין סתירה ודו"ק:

סמ"ע ס"ק ד'. ומש"כ אח"כ ודוקא שנפרצה בלילה כו'. לולא יראתי היתי אומר דהשו"ע דוקא נקט כן בנפרצה ולא בחתרה. עפ"י מש"כ המהרש"א שם על תוס' ד"ה נפרצה וז"ל נראה דרישא דנעל בפניה כראוי ודאי דלא איירי דוקא בלילה והיינו משום דמיירי דיצאה בפתיחת הדלת וליכא קלא למילתיה ופטור אף ביום כיון דנעל כראוי משא"כ בנפרצה דאיירי בנפילת הכותל דאית ליה קלא. וכ"כ בתפאר"י משניות וז"ל אפי' ידע

שנפל הכותל אינו חייב לבקשה בלילה אבל ביום מסתמא שמע דכותל שנפל קלא אית ליה וחייב משא"כ בדלת ברישא ל"ל קלא ולהכי פטור:

סעיף ב'. אבל נפרצה ביום חייב. והק' הפנ"י מ"ש מבור של שני שותפים לשמואל דעד שיודיעוהו לפי' התוס' שם, אבל שאני התם כמ"ש הרא"ה בש"מ שם דסמך על חבירו והוא סבור דכיון שהיא כיסהו פעם אחת שחבירו בא לכסותו הוא לבדו פעם אחרת ואינו חייב עד שידיעהו בשליחות ששילח אחריו לסייעו:

סעיף ג'. או שהכישה במקל. הפנ"י הק' לדעת רש"י דקמ"ל דהכישוה הוי קנין משיכה הא אפי' קראו ובא אצלו הוי קנין. וכבר עמד ע"ז בש"מ וכתב המאירי כיון דשלא מדעת בעלים הוא לא הוי קריאה קנין. ויש שכתב לתרץ דבגזלן בעינן מעשה דוקא כמ"ש הקצוה"ח סי' שמ"ח. ומש"כ. הש"ך ואפשר דבהכישה כו' ז"ל תוס' שאנץ בליסטים נמי שהכישוה או מיירי בהכישה להוציאה בכונת גזילה כדמוקי לה בירושלמי לא חשיב לה מילחא דפשיטא כמו שהיה חושב המקשה כו' ואי מיירי בהכישוה לאבדה ולא בכונת גזילה אז הוא חידוש לאשמעינן דחייבים בנזקיה וחולק התלמוד, שלנו על הירושלמי. אבל אין לפרש דלפי המסקנא זו לא מיתוקמא מתני' בחיוב נזקיה אלא בחיוב אבידתה ולהכי לא הוי פשיטא כדמעיקרא דלא מיירי בנתכונו לגוזלה ולא יחלוק על הירושלמי דהא משמע דאחיוב נזקין קיימא כו'. הרי מבואר שרצו להשוות הטעמים והירושלמי מודה דהכישה חייב בנאבדה. ויש מי שהק' על מ"ש כדי לאבדה פטורים מ"ש מבור דקיי"ל דהמגלה והפותח חייב וה"נ בשור שהניחו במקום מוצנע ובא זה והוציאו ממקום שמירתו. אבל החילוק פשוט דבור כשסתמו כליא שמירתו ותו אינו מוטל עליו והב' כשגילהו כורה בור חדש והכא אף בשמירה מעולה כל שעה הוא בשמירתו ולעולם החיוב עליו לשומרו מהיזק והפורץ את הגדר מבטל את בעל השור משמירתו אבל היכא דקני לה הוטל השמירה על הקונה אותה אבל לא בכדי לאבדה. והנה התוי"ט פירש דברי הרמב"ם דהוציאוה ליסטים דחייבים אינו אלא משום קנס וכדי לאבדה לא שכיחא ע"כ לא קנסו. ודבריו צ"ע דמש"כ דמשום דהרמב"ם בפירוש המשנה אינו מזכיר הכישה כבחבירו ע"ש אינו ראיה דפשטות דמתני' משמע יותר בקם לה באפה מלשון והוציאוה דהכשה גופא הוי חיוב ע"כ פירש כפשטו אבל לדינא אין נ"מ ועיי' פנ"י: סעיף ד' בהגה. וי"א כו'. עיי' ט"ז שהק' לדברי הרמ"א מסתירת פסקי המחבר. ותמוה מדוע לא הביא תשו' הרמב"ם לחכמי לוניל המובא בב"י וסמ"ע שמחלק בסברא. ומש"כ המחבר ואם היה הכותל רעוע כו'. לכאורה י"ל לפמ"ש בש"ס צ"א באילן העומד לקציצה כו' אנא בעינא למיעבד כו' וה"נ יתחייב על מניעת שכר מצוה. וי"ל דמונע מצוה חייב רק

כשהחוטף מכוין לעשות המצוה אבל אם מכוין רק להזיק פטור ועוד י"ל ועיי' שמ"ק. ובד"ג כלל ט"ו סי' מ"ה מביא תשו' מהרשד"ם דלמעשה יש לפסוק כדעת רש"י ורי"ף שפטור ובהג' אשרי משמע דבכלים לכו"ע פטור:

סעיף ו'. אפי' שמרוהו כו'. עיי' בהגר"א דאשניהם קאי דמתני' בחדא כלליהו. ודחהו בס' חב"י דא"כ תיקשי לר"י בפ"ק דלא מחייב במסר לחש"ו אלא בשור מותר ובור מגולה וע"כ כהסמ"ע.

אבל הסמ"ע בפרישה ג"כ כתב דמתני' בחדא כלליהו. ומש"כ דתיקשי לר"י לא ראה בש"מ במתני' ר"פ הכונס שכתבו תלמידי הר"ף וז"ל הניחה בחמה אנעל בפניהם כראוי קאי וקתני או שמסרה לחש"ו חייב. וא"ח תיקשי מהכא לר"י דאומר בפ"ק בשור מותר ובור מגולה שמסרו לחש"ו חייב אבל בקשור ומכוסה פטור כו' וי"ל דלצדדין קתני הניחה בחמה ונעל בפניה כראוי או שמסרו לחש"ו ונעל בפניה שלא כראוי והכי מפרש לה לר"י. הטור כתב דדעת הרא"ש כהרמב"ם והב"י לא הערה מקורו וכתב הב"ח דלפי שכתב בסתם בהניחה בחמה דכל מאי דעבדה פשיעה היא משמע נמי דאפי' קשורה בקשר חזק. ואין שום ראיה מכאן דהא לשון הש"ס נמי כן הוא ואעפ"כ פירש הראב"ד דשמירה מעולה לא. ועוד אף אם נניח כן הא ליכא ראיה רק על הניחה בחמה אבל לא אמסרו לחש"ו דע"ז לא כתב הרא"ש כלום. ולכאורה ראיה מדלא הביא הרא"ש בפ' הכונס כלל דין דחש"ו וע"כ דסמיך על הא דפסק לעיל בפ"ק כחזקיה וכפי' התוס' דבשמרו כראוי אמרו ולמש"כ שם התוס' גם דעת רש"י כן ולכן לא הביאו כאן דאם היה ס"ל דסגי לו בשמירה מועטת הו"ל להביא כאן כדי שלא נטעה לדמותו להניחו בחמה. ומש"כ בפת"ש ס"ק ב' ולפי"ז ה"ה כו' עיי' מש"כ מזה לעיל סי' רצ"ט:

סעיף ח'. אבל לא שלא יוזק. וכתב הב"י שמסתברא דה"ה בשו"ש וכל השומרים וכ"כ תלמידו הר"פ בש"מ. ובירושלמי איתא דשו"ש נטרף חייב וצ"ל הסברא דאף דשו"ש חייב אף דצריך לשמור גם מדבר דלא שכיח כלעיל סי' רצ"א סעי' כ"ה גבי רשות אבל הכא שכתב בש"מ בשם הרא"ה דדוקא בשמירת תם לא קביל עליה אבל מנגיחת מועד חייב וצ"ל דנגיחת תם לשור נגחן הוי מילחא דל"ש כלל ובכה"ג גם בשו"ש פטור. אלא דא"כ בשואל מא"ל. והתוס' י"ג ע"ב סוד"ה כגון כתבו דבשואל בכה"ג חייב דבעי שמירה מעולה וצ"ע על הב"י שלא הביאו כאן:

סימן שצז

סעיף א' בהגה. חייב לשלם היזקו. ותמה בש"ך על הב"י שפיקפק בדעת הרא"ש דהא לחילוקו מיושב קושית התוס' וכ"כ הב"ח ראיה זו וע"כ צ"ל דחילוק הרא"ש מדנפשיה

הוא לדעת הר"ת דאילו הר"ח גופיה לא כתב כן שהרשב"א מביא לשון הר"ח מהא דמכריז רבה ואיתימא ר"י לאו דסמכא הוא דר"י כשמעתיה ורבה לא איתבררא דדבריו נינהו וכן הוא בשסי"ן החדשים בפי' ר"ת על הגליון ואי ס"ל חילוק הרא"ש הא עדיין צריך התראה להעזים המזיקים בעיר. וע"כ לדידיה לעולם על הניזק לשמור עצמו וע"כ צ"ל דהרא"ש חילק מדנפשיה כן לר"ח ומסתמא ס"ל כן [אף שלשון הרא"ש מובא בש"מ משמע להדיא דפוסק כהרי"ף]. אלא שא"כ למה דחה דברי הב"י מש"כ בדעת הרמב"ם דהא לר"ת אין שום התראה כמש"כ דר"י לטעמו ולית הילכתא כותיה והרמב"ם הזכיר דיני התראה וצ"ע. ומש"כ הרמב"ם אעפ"י שעדיין לא הזיקה ונדחקו הב"י והב"ח במקורו. נ"ל שלמד זאת ממעשה דר"י דאמר לאביי זיל כו' ולכאורה אמאי לא הזכיר דליתבעינהו תשלומין וע"כ פירש דהוי מפסדי דברים קלים שמשום זה אין כדאי לתבוע תשלום וע"כ שלח להם רק להתרות שלא יבא לדיני נזקין. ומש"כ הפת"ש מתשו' חוו"י אלא דאם טען שאחר שהתרה בו הוזקו ממונו כו"כ כו'. וזהו דלא כהבאה"ג דתשלומין חייב אף בלא התראה וכ"כ הש"ג דלא כהפרישה וע"ש מש"כ בדעת הרמב"ם דלא כש"ך: סעיף ב'. רשאי הניזק לשוחטם שחיטה כשירה. כן הוא לשון הרמב"ם. והק' בשוש"י לפמש"כ הש"ג לדעת הרמב"ם דאף באינה עומדת לשחיטה מותר לשוחטה דוקא בבהמה כשירה דכשרה לאכילה והפסידה לא רב אבל לא בבהמה טמאה.

ומשמע דדוקא להרמב"ם דגם באינה עומדת לשחיטה אבל להרא"ש דדוקא בעומדת לשחיטה א"צ שחיטה כשירה דגם באינה כשרה לאכילה מותר לשוחטה והטור השמיט באמת שחיטה כשירה. ולפי"ז קשה על המחבר כיון שפסק כדעת הרא"ש למה כתב שחיטה כשירה. והנה מש"כ בהשמטת הטור הא הטור מעתיק דברי הרמב"ם ואח"כ השיג עליו ואפ"ה אינו מזכיר בדברי הרמב"ם שחיטה כשירה. אבל לא דק דכונת הש"ג ל"מ לדעת הרא"ש דעומדת לשחיטה בודאי בעי שחיטה כשירה ולא בהמה טמאה דאינה עומדת לשחיטה.

והחידוש הוא אף לדעת הרמב"ם דאף באינה עומדת לשחיטה עכ"ז דוקא בשחיטה כשירה בענין שהפסידה לא רב. ופשוט דהרמב"ם דייק כן מש"ס דאמר תיב אמסחתא וקבל זוזך. משמע בשחיטה כשירה הראויה למכור וכ"כ המאירי בש"מ. גם מה שהק' ממשמעות הב"ח דדוקא להרמב"ם דאף באינה עומדת לשחיטה בזה בעי דוקא התראה ג' פעמים אבל להרא"ש לא בעי' ג' פעמים רק בחר התראה הא' מותר לשוחטה וא"כ קשה על המחבר שסתם כהרא"ש וכתב ג' פעמים. הנה בב"ח אין שום משמעות לזה דיהיה תלוי במחלוקת זה ע"ש ובאמת ברא"ש קיצור לשון הוא וכן בטור. והנה הישו"ש

כתב דאם שחט בלא התראה משלם כפי מה שהיה ראוי למכור ביומא דשוקא. וחכ"א כתב מזה ראיה להקצוה"ח סי' ש"ד דל"ד סבל אלא ה"ה כל אדם ולא כהנתי' דדוקא סבל. ולדעתי נראה דבאמת כל דבר העומד:

פסק לחומרא דאסור בתנאה. אבל לענין קיום מצות סקילה דאין עיכוב בזה פסק דכונסין לכיפה. וי"ל בזה עפ"י מש"כ הרי"ט אלגזי דאף להרמב"ם דס"ל ס"ד מה"ת לקולא מודה בספק קיום מצ"ע דלחומרא. אבל עיי' חוו"ד יור"ד רס"י ק"י בכללי ס"ס. ובשו"ת היכלי שן תנינא העלה דאף בספק מצ"ע להרמב"ם לקולא ועיי' שדי חמד מערכת ו' כלל י"ד וי"ל בזה. ומש"כ כאן בהגה מיהו אם הביצה אגודה כו'. ומשמע דלאחר שחיטה נמצאת הביצה דבחייה הא כתבו התוס' דמספק אין גובין. ולכאורה משכח"ל אף בחיים כמ"ש ביור"ד סי' פ"ו סעיף ד' הכה תרנגולת על זנבה כו' וה"נ מחוזק הדתיפה יצאת ביצתה מרוקם בגידין ונ"מ למוכרה לעכו"ם. עוד כתב הר"מ בש"מ דאם טענה אח"כ ביצים כיון דמגופא קא ינקי גובה הנזק אפי' מביצתה כשם שגובין מנוצתה אם רבתה כנפים אחר שהזיקה. וא"כ ה"ה לפרה שנתעברה אח"כ גובין מולדה כמ"ש לק' סי' ת"ד סעי' ב'. וצ"ל דהפוס' שנקטו בלשונם מעוברת לאו דוקא ובש"ס כתב פרה שנגחה: סעיף ה'. והולד לאחר. ופירש"י כגון שמכר פרה חוץ מעוברה. משמע דס"ל דמכירת עובר הוי דשלבל"ע ומוכרח כחילוק הסמ"ע סי' ר"ט בין חנטו פירות למכירת עובר עיי' קצוה"ח ונתי' שם. ולכאורה גם בשייר ע"כ דשייר מקום פירי כמ"ש הקצוה"ח שם וי"ל. וי"ל עוד דבמכר הולד אולי אינו חייב בעל הולד בנזקיו דעל בעל הפרה מוטל חיוב השמירה עד כשיולד וצ"ע בזה:

סימן ת

ש"ך ס"ק א'. ואין דבריו נכונים כו'. כונת הרש"ל דבמועד חזקה שזה נגחו וחזקה בהדי ברי נגד שמא אמרי' לכו"ע בכתובות י"ב. אבל הראשונים בש"מ כתבו דהכא אף ר"א מודה ע"ש. והפ"י בסוגיין מסכים להלכה עם הרש"ל ועיי' חי' פני אריה בסוגיין:

בד"א ששני השוורים עומדים כו'. דלא כהגאון מובא ברא"ש והרשב"א בחי' דחהו והק' עליו. אבל בתשו' רשב"א מובא בש"מ הסכים עמו ע"ש. ומש"כ בפרישה דנראה לדעת הגאון דאם שניהם קיימין ג"כ נוטל מכ"א רביע נזקו כו' כן נראה מדברי הר"ת מובא ברשב"א ע"ש. והנה בהג' אשרי נשאר בצ"ע אם בודאי שניהם הזיקו אם הנשאר משלם כל חצי הנזק והנמוק"י כתב דגובה מדר"נ וצ"ל דהנמוק"י ס"ל כדעת הרמ"ה לק' סי' ת"י סעי' ל"ז ועיי' קצוה"ח שם. ובמחלוקת התומים סי' פ"ת והקצוה"ח כאן עיי' שוש"י סי' פ"ח וסי' שצ"ט ובקו"א סו"ס מעיי"ח:

סימן תא

סמ"ע ס"ק א'. אם מיירי שלא התרה בו כו'. וכתב בש"ך כן מר"י. וכ"כ הרשב"א דאתיא למ"ד ליעודי גברא. ורש"י לא רצה לפרש כן דלא נפשטה הבעיא והפ"י כתב דליכא לפרש דאייעד בחד יומא לר"מ ור"ש במתני' ל"ל כן דס"ל דאייעד. אבל יש מהראשונים בש"מ דמפ' כן ומש"כ בש"ך ס"ק א' מהתוס' אבל הרשב"א ועוד מהראשונים לא ניחא להו בזה ופירשו בשעמד בדין והפנ"י כתב דל"ל כן דא"כ אף לר"י נמי אבל הרשב"א הא פירש כן ולא ס"ל כר"י לעיל שפי' דבעמד בדין אף לר"י הוחלט וכ"כ הר"ש וכ"כ בש"מ ועיי' מש"כ בזה בסי' שאח"ז:

שם ס"ק ג'. אלא שלא יתאבד כו'. ולכאורה לפי"ז בנאבד ברשות המזיק ולא תפס הניזק חייב לשלם חלק הניזק דהא שותפין הם. וזה סוחר למ"ש בסי' שלפני זה במת או נאבד דפטור וכן העיר בשוש"י. איברא דליתא אחר העיון דהתם מי עשאו שומר ומעיקרא ברשותו קאי וכן כתב המחנ"א הל' שומרים סי' ל"ו לדחות ראיית המרדכי דבסתמא אפי' ש"ח נמי לא הוי ממתני' פ' המניח שנים שהיו רודפים ומסיק דוקא איתנהו לתרווי' אבל אם נאבד האחד לא ישלם ודחי המחנ"א דהתם מעיקרא ברשותיה דמזיק הוי קאי ומי עשאו שומר. ומש"כ הט"ז לחלק א"מ כלל. ועיי' מחנ"א סי' הנ"ל ותמוה שלא הביא כלל מש"כ בזה הסמ"ע והש"ך כאן ובסי' קע"ו ועיי' מה שכתבתי בזה לעיל סי' קע"ו:

סימן תב

בהגה. ודוקא ששוה כו'. בתורע"א כתב דזה דוקא לשיטת התוס' אבל לדעת רש"י שדייק הרא"ש דבהתחילו יחד אין חבלה רק במותר א"כ הכא אף שא"י לגבות מגופו מנכין לו והנ"י לשיטתו דס"ל כהתוס'. ונראה דהרא"ש לרש"י דייק בלשונו וז"ל וסברתו משום שהתחילו כאחת אין כאן חבלה אלא במותר והיינו דוקא בהתחילו כאחת דן כן ולא בזה אח"ז דבזה יש כאן תשלומי נזקין וכזה כתב גם הנ"י דינו אבל מלבד זה עיי' ש"ג דיש חולק בזה ועיי' הג' רש"ש שתמה על הסמ"ע ולא ראה דברי הדג"מ המובא כאן בפת"ש ואולי י"ל דהנ"י ס"ל כהרשב"א וכ"פ הרמב"ם דעמד בדין דוקא לר"ע וגם להתוס' לא בריר להו הילכתא ולכן לא כתבו הנ"מ כמו שהק' ברש"ש ולכך לא הביא המחבר זה משום דלקמן סי' ת"ד פסק דנעשה שותף תיכף ע"ש בסמ"ע ס"ק ו' ומש"כ בסמ"ע כאן דהאי טעמא בתרא שייך בשני מועדין אף דהתוספתא קאי לפרושי בבא דשני תמין ומנ"ל להפוס' דאף בשני מועדין דמעלייה גובה נמי כן י"ל דהדיוק שכתב הרא"ש מדכתיב במותר הא כתיבא במתני' נמי בשני מועדין דמשלמין במותר נ"ש. וראיתי בשוש"י שהק' בדברי הסמ"ע דהא לפמש"כ תחילה א"נ קמ"ל דאף דשור אחד יפה למכור כו' א"כ

גם בתמין יש נ"מ זו. ולא דק דכונת הסמ"ע דבזה אף במועדים יש נ"מ והחילוק הא' הוא דוקא בתמין. ובעיקר קושית הדג"מ י"ל דהא כאן הוא בעצמו הזיק את השור ול"ד לנאבד. שוב לאח"ז נדפס ספר דברי מלכיאל חלק ג' ושם בסי' קע"ה ראיתי שהעיר זה והאריך בסוגיא זו ע"ש:

סימן תג

סעיף ג'. על המזיק כו'. משמע מלשון זה דעל המזיק מוטל עצם ההעלאה כמ"ש הפת"ש בשם הב"א דלא כהסמ"ע וכן כתב הר"מ בש"מ ב"ק י"א דהפחת בעודה בבור על המזיק הוי דעליו מוטל הטירחא.

והנה בקצוה"ח סי' שפ"ו ס"ק י' הק' מאי פריך כי קא טרח בדנפשיה קא טרח הא אי לאו קרא דוהמת הוי שיים לו לניזק בד' כדשויא אגודא דכיון דיכול להוציא מן הבור אע"ג דיצטרך להוציא אין המזיק חייב בשביל הוצאה. וי"ל דבב"ק צ"ח הק' רבא לרבה וי"ל דלא ס"ל דרבה. ואבייי בדף י"א הק' לרבא לטעמו. והרבה י"ל בזה אי המת הוא מתורת תשלום או י"ל שאינו נכנס כלל בהנזק:

סימן תד

סעיף א'. אינו נותן כו'. המחבר כתב כלשון הרמב"ם והוא כלשון הב' של רש"י דהיינו דאינו נוטל הניזק בשבח דללשון הא' ל"ש לומר אלא כשעת הנזק וכ"כ הלח"מ ובהגר"א. ואף דרש"י ותוס' הק' ללשון זה נראה דהרמב"ם הכריח פירוש זה מלשון התוספתא השביח אין לו אלא כשעת נזקו והיינו כלשון הב' דאיצטריך לאשמעי' דאינו נוטל בשבח וכן הוא ממש בירושלמי פ"ג הל' ט'. אבל הטור כתב להלכה אליבא דשני הפרושים ולמה מיאן המחבר בלשון הטור וכתב כהרמב"ם וצ"ע:

סמ"ע ס"ק ג' משא"כ בסי' שלפני זה כו'. הנה התוס' י' ע"ב חילקו דשם מיד הו"ל למוכרה אבל הכא י"ל להמתין עד שיתרפא. ולמה כתב הסמ"ע חילוק מעצמו ולא כתב כחילוק התוס'. שוב מצאתי חילוק הסמ"ע בש"מ י' ע"ב מהראב"ד וז"ל דיוקרא וזולא ממילא הויא אבל התם מתוקף המכה הוא מכחיש וא"ל קרנא דתורך כו'. ונ"מ לדינא בינם כגון בכלים והוזלו דלהתוס' הו"ל למכור תיכף ול"ש בהו מחמת הכאב כחילוק הראב"ד. וראיתי בערוך השולחן שכתב דכל זה כשאינו ראוי לשחיטה דהיינו אם היה שוחטו היה מפסיד בהבשר עוד יותר אבל בשעת הנגיחה כשהיה מוכרו לשחיטה היו נותנין לו כפי שויו עתה א"צ המזיק ליתן לו יותר דאומר להניזק למה השהית אותו הי"ל למוכרה לשחיטה. ונראה דאין זה נכון לדעת התוס' דהא היה לו רשות להמתין שמא יתרפא ודמי רדיא יקרים מדמי השחיטה:

סימן תה

סמ"ע ס"ק ב'. דכי יתן כו'. כ"כ רש"י ד' פ"ז וכן הוא בש"ם ד' כ"ו ע"א ואף דבד' ל"ג אמרו דלרבנן הזה לפוטרו מד' דברים עכ"ז כתבו שם הראשונים בש"מ דעיקרו הוא מכי יתן איש דבלא"ה הו"א דהזה לכתחתון ולא כעליון אתי כלר"ע ע"ש. והשוש"י הק' בזה ע"ש ולא דק:

סעיף ג'. כאלו נגח בהמה מעוברת. וחילקו התוס' מנפילת בור דגם נפילת עבד פטור דלא מיעט הכתוב:

שור מדמי ולדות אלא במקום שהולדות דבעל כדכתיב בעל האשה וכאן הולדות לאדון כדכתיב האשה וילדיה. וראיתי למפ' שהק' דלשון בעל מצינו אקנינו כמו בעל השור נקי וגם באין בו רוח חיים כמו בעל הבור וכ"ש דשייך בעל האשה אאדון השפחה דקנינו הוא. והו"ל למידק יותר דהא ר"פ גופיה בד' מ"ג ס"ל דאפי' בא עליה בזנות ודריש מבעל לשון בועל כפרש"י הרי דבעל ל"ד. אלא דזה גופא כונת התוס' דבדין זה אין אנו הולכין אחר הקנין אלא אחר הבועל ור"פ לטעמו ול"ש כן באדון. ועיי' ברשב"א ובש"מ חילוקים אחרים ואולי משום קושית מהרש"א דא"כ ל"ל קרא דשבו לכם כו' אבל יפה תירץ הפ"י דאמת דליכא מיעוטא כמ"ש התוס' אבל חיובא לא הוי ידעינן וכ"מ ממ"ש הר"א בש"מ לפרש תירוץ התוס' ע"ש:

סימן תו

סעיף א'. שור של ישראל כו'. עיי' סמ"ע וכן פירש הרש"ל בחכ"ש והתוי"ט וכן פירש הנמוק"י דברישא מדינא פטור ובסיפא משום קנס. אבל הרמב"ם פ"ח מנז"מ כתב וז"ל שור של ישראל שנגח שור של עכו"ם בין תם ובין מועד פטור לפי שאין העכו"ם מחייבין את האדם על בהמתו שהזיקה והרי אנו דנין להם כדיניהם. ושור של עכו"ם שנגח שור של ישראל בין תם ובין מועד משלם נזק שלם קנס זה לעכו"ם לפי שאינם זהירים במצות ואינן מסלקין הנזק ואם לא תחייב אותם על נזקי בהמתם אין משמרין אותה ומפסידין ממון הבריות. והראב"ד בהשגות כתב הטענה הזאת אינה מספקת שהרי הם תופסים גוף המזיק ונפרעים ממנו. והנה אם השגתו הוא על הסיפא י"ל דאין כונת הרמב"ם שגם בינם לבין עצמם אינן נזהרין אלא דעל ממון ישראל חשודים משנאתם לישראל. וכן פירש הר"י בש"מ וז"ל משום דחשידי להפסיד בהמתן של ישראל וממונן וכדי שלא יהיו רגילים בכך קנסום. אלא דהשגתו הוא על הרישא. וגם זה י"ל דנהי דתופסים אבל אין זה מדין הקבוע להם דאין להם דין בנזקין שב"א לחבירו רק שתופסים ע"כ יכולים לומר להו כדינכם. והנה בש"ס ב"מ ל"א משני בדעכו"ם ודילמא קטלי להו כו' משמע דאין

דנין בנזקין. והרי"ו הוסיף דה"ה במקום דממשכנים מובא בהג' רמ"א לעיל סי' רס"א [עיי' מש"כ שם] הרי דאין דנין. ובפי' המשנה פירש הרמב"ם עפ"י הברייתא דב"ק קי"ג ישראל וכותי כו' ואף דבש"ס אין רמז מזה נראה דדבריו נובעים מירושלמי וז"ל רבי אבוה בשם ר"י כדיניהם א"ר לא לא [כגירסת הרשב"א] על הדא אית אמרת אלא כהדא דתני ר"ח שור של עכו"ם שנגח שור של עכו"ם אעפ"י שקיבל עליו לדון בדייני ישראל בין חם בין מועד משלם נזק שלם על הדא איתאמרת רבי אבוה בשם ר"י כדיניהן ונראה דה"פ כדיניהן וקאי אסיפא דבדיניהם אין חילוק בין תם ובין מועד ואף תם משלם נזק שלם וכך דנין להו. ורבי לא דמפרש לה אברייתא קאי לפרושי טעמא דתוספתא דלכך מחייבינן להו נזק שלם לפי שדיינין להו כדיניהם ובדיניהם אין תם ומועד לפי שאין התראה לב"נ והיינו דמסיק בתוספתא שאין מועד בנזקי עכו"ם. ור"י לא שמע הטעם לכך מפרש לה כדיניהם. ופירש הרמב"ם הרישא כדינינו דמשום רעהו פטור ובסיפא כדיניהם כמ"ש בתוספתא דהיינו בין תם ומועד נז"ש דכן דיינין להו שאין להם תם ומועד. אלא דא"כ רחוקים מאוד פירושו שבמשנה למש"כ ביד דע"כ מש"כ ביד הוא עפ"י ש"ס דילן דמשום קנס הוא וקשה יפרש ברישא משום דינינו כמו שהק' הלח"מ. והנה בפי' המשנה מסיים וז"ל ואל, יקשה בעיניך כמו שלא יקשה בעיניך שחיטת הבהמות ואעפ"י שלא חטאו לפי שאין בו שלימת המדות האנושיות אינו בכלל האדם על האמת אבל תכלית מציאותו לצורך האדם. נראה מדבריו דכ"ז היא מטעם ויתר גוים ודלא כהרמ"א בתשו' ס"י שכתב דמה שנאמר דבני נח מצווין על הדינים לפי"מ דקיי"ל כלימוד דר"י דיליף דינין מאלקים בגז"ש לפי"ז דיני ב"נ הם אותן דינין שנצטוו ישראל בסיני ודנין ב"נ בדינין של ישראל. הרי דס"ל דדינא הוא מה שאנו דנין להם בדינינו. וכן פסק הרמב"ם פ"י ממלכים שני עכו"ם שבאים לפניך לדון בדיני ישראל ורצו שניהם לדון ד"ת דנין. האחד רוצה ואחד אינו רוצה אין כופין אותו לדון אלא בדיניהם כו' הרי דדוקא בשניהם רוצין. והנה המנ"ח כתב דנ"ש של עכו"ם משלם מן העליה ודינו לגמרי כמו מועד דאין הניזק אלא בע"ת והקדישו ניזק אינו קדוש והוא תוספתא ערוכה דמשלם מהעליה ומינה דהה"ד לכל הדברים. וחותני זצ"ל בספר תפארת יעקב חקר בשור של כותי שהזיק בשן ורגל ברה"ר אם חייב דלהמהרש"א צריך לחקור אחר דיניהם אבל להרמב"ם דמטעם קנס מחייבין אותו אולי בשן ורגל ברה"ר לא קנסוהו דאורחי' כך כמ"ש הרי"ף ורא"ש בטעם הפטור דשו"ר ברה"ר. ובחי' פורת יוסף כתב להסתפק בשאר נזקין בעכו"ם דלהתוס' ב"ק ד"ו פטורי בהקדש רק משום דלא חמיר ממזיק וזה ל"ש בעכו"ם. ומאין פשוט לו דמזיק חייב בעכו"ם דלמש"כ הישש"ש פ"ד סי' ח' דנזקין הוי כהפקעת הלואתו שייך זה

גם בנזקי גופו ולטעם הרמב"ם דדנין להם כדיניהם שייך ג"כ בנזקין ועוד דמתני' נכסים של ב"ב קאי אכולהו נזקין כמ"ש התוס' בהקדש ובש"ס פריך הא תני לה לקמן כו' ולימא משום שאר נזקין וע"כ דפשוט להש"ס דאין חילוק בינם. ואולי לכך כתב הרמב"ם הטעם כדיניהם בפטור דרישא ולא פטר מטעם רעהו כמו שהק' הלח"מ משום שאר נזקין דלא כתיב בהם רעהו. ואח"כ בא לידי ספר חבל יוסף וראיתי שכתב ג"כ באופן שכתבתי והוסיף עוד לפי"ז כל הפטורים שחידשה תורה בדינינו לית להו עיי' סוגיא דב"ק ד"ה להלכותיהן מיהו בזה העיר חותני זצ"ל דברשות המזיק בודאי פטור. עוד חקרו בס' חב"י ותפא"י בנתגייר אח"כ. ונראה דלטעם הרמב"ם ודאי פטור אלא די"ל מצד אתר עפ"י מ"ש בב"מ ע"ב גזירה שמא יאמרו משום מעותיו נתגייר זה וי"ל בזה. והנה הקצוה"ח כאן חקר אי קיי"ל כר"י בבכור והביא ראיה מחולין ל"ו דמהני הכשר בקדשים ולדעת הרמב"ם דדעת בעלים בעינן. ועדיין אינו מספיק להרמב"ם שפסק מע"ש ממון גבוה עיי' שעהמ"ל פ"ו מהל' חו"מ שהכריח כן ופסק דלולב של מע"ש לא יטול שמא יכשירו והיאך מהני הכשירו. שו"ר לאח"ז במנ"ח שעמד בזה. אכן הח"ס חיור"ד סי' ל"ח מביא דברי הקצוה"ח והסכים עמו וכתב דלר"מ דס"ל ממון גבוה הוא ואי משום היתר אכילה מותר ליטול לכתחילה אתרוג של מע"ש דליכא מפני שמכשירה. אבל זה אין מספיק לתרץ פסקי הרמב"ם שעליו סובב כל דברי הקצוה"ח דפסק דממון גבוה היא ופסק שמא יכשירו. וראיתי למי שכ' די"ל דהרמב"ם יודה לסברת התוס' ב"ק צ"ח ע"א דדוקא ממילא בעינן דעת בעלים אבל במעשה סגי בדעת העושה ועיי' תוס' ב"מ ל"א. ואולי י"ל לדעת הרמב"ם דלא ס"ל כן אלא בשל אחרים ממש דבעינן דוקא דעת בעלים אבל בהקדש הוי העושה ג"כ קצת בעלים די"ל זכות דאי בעי למיתשל על הקדישו כפסחים מ"ו ועיי' שו"ת רע"א סי' קמ"ד. ומיושב ג"כ פסקו בהל' לולב כמ"ש שם הרי יש לו בה ממון. ומש"כ הקצוה"ח אינו מספיק לסתימת הרמב"ם סופ"י מטו"א שכתב פרת קדשים שהעבירה בנהר כו' הרי זה מוכשרת והו"ל לפרש דוקא ק"ק. וכתבתי מזה בקונטרס "לבנת המנחה" על המנ"ח ע"ש עוד מש"כ בדברי הקצוה"ח כאן:

סעיף ג'. אבל אם זכה בו כו'. עיי' חדושי הג' בטור ובמ"ב להמהרש"א והמנ"ח מצוה נ"א לא ראה דבריהם והנה מה שתמהו כולם מ"ש קדם וזכה ממכר לאחר דהא מ"מ מקודם הוי הפקר. י"ל דתקנת חז"ל הוא דהנה הפ"ת ברא"ש פ"א הק' דהיאך משכח"ל דישלם מהעליה דיפקירנו לאחר שנגח וכעין שכתבו תוס' כ"ב בחיוב אש דא"צ דיהיו הגחלים שלו דאל"כ יפקיר הגחלים וידליק גדיש דחבריה. וע"ז יפה כתב לתרץ בס' כ"י לב"ק דהתוס' שפיר הוכיחו דאין סברא שלא תחוש התורה למנוע רשעים שלא יחושו

לאיסור וידליקו בגחלת שאינה שלהם ובהא דנגח ואח"כ הקדיש ל"ש שלא ישמור שורו על סמך שאם יזיק יקדישנו ויפקירנו ויפטר לשלם מהעליה דהא עכ"פ יפסיד שורו ורצון התורה לשלם מהעליה יתקיים באנשים שיחושו לקיים רצון התורה ולא יעשו טצדקי להמלט מזה. אבל מ"מ יקשה שיזכה בו אחר שיפקירנו ומשום זה הפקיעו רז"ל את זכותו וחייבוהו ובזה י"ל קושית הגרע"א בתשו' סי' קצ"ו על מ"ש ד' ל"ג ע"ב מכרו מכור לרדיא נימא דמכור לגמרי ולא יטלו ממנו הב"ד לסוקלו דע"י המכירה פקע דין מיתה ממנו דהא בעי תשלומין והעמדה בדין בחד בעלים. די"ל דגם זה מתקנת חכמים שלא יקנה הלוקח ושלא יתבטל רצון התורה. ומה שהק' עוד שם במ"ש שם הקדישו מוקדש משום דר"א הא כיון דהקדישו פקע חיובו לגמרי דהוי: נגח ואח"כ הקדיש. א"מ דלא מיקרי נגח ואח"כ הקדיש כיון דמן הדין לא קדוש ורק משום דר"א חל ההקדש א"כ בודאי לא פקע החיוב שיש השור. ומה שהק' שם עוד בד' צ"א עפ"י ש"ס כריתות כ"ד וכן הקשה הקצוה"ח אף שכבר עמדו בזה הראשונים בש"מ ותירצו לענין שילום שכר חרישה שהרויח אחר גמר דין. זולת זה י"ל בכמה, אנפי. ועיקר הקושיא ע"כ אינה אלא להריטב"א קדושין נ"ח דאיסוה"נ הוי הפקר. אבל להר"א בתוס' כריתות שם דלא הוי הפקר גמור לק"מ. ומה שתירץ הקצוה"ח דאיסוה"נ אין בידו להפקיר צ"ע דאיסור הנאה והפקירו באים כאחד. וראיתי בהג' חש"ש לחלק דדוקא בנרבע אמרו שם דמפקיר ולא בנוגח משום דיש קול לנזקין כמ"ש סי' תי"ט ומדאין כאן קול אינו מפקיר ועוד משום דבנרבע אינו שכיח להזמה לכך מפקיר אבל בנוגח חושב שמא יבא ההרוג ברגליו ואינו מפקיר. ונעלם ממנו ירושלמי סנהדרין סו"פ חלק דה"ה בעבד שיוצא ליהרג והוזמו עדיו זכה בעצמו. ומה שהק' הבאה"ג דכ"ז במועד אבל בתם מנ"ל עיי' מחלוקת בזה בש"מ ובס' השלמה לרבינו משולם על ב"ק הנדפס כעת ועיי' שו"ת שאילת שמואל סי' ל"ג מש"כ בזה ובשו"ת ברית יעקב סי' ק"ח. והנה האב"מ סי' צ"ג מביא מהב"מ שהק' למאי דקיי"ל מזיק שיעבודו של חבירו חייב ליחייב בהפקירו מטעם מזיק שיעבודו. ונ"ל דמזיק שיעבודו לא הוי אלא במזיק לו בעצם החוב כמו שחטו או מחל. החוב. והכא מטעם ההפקר היה גובה חובו עיי' מש"כ הקצוה"ח סי' רמ"ה ס"ק ב' ופטורו לא הוי אלא מטעם שינוי בעלים והוי כמו מודה ומיפטר מ' ע"ב ועיי' תוס' שם ד"ה הוי ולפי"ז י"ל דה"נ לכתחילה מותר להפקיר וצ"ע:

סעיף ה'. ושל חש"ו כו'. הנמוק"י כתב דדוקא חרש מעיקרו אבל פקח ונתחרש דינו כפקח גמור וחייב אבל מלשון הברייתא שנתחרשו בעליו דייק במצפה שמואל בתוספתא דדינו כחרש מעיקרא. וכדברי הנמוק"י כן כתב הרע"ב ריש תרומות ובתורע"א

שם מביא שכ"כ הרמב"ם בפי' המשנה ובתוס' א"ש שם מביא ירושלמי מפורש כדבריהם אלא שדין תמוה הוא עיי' תפאר"י משניות. שו"ר בס' מלאכת חרש בפתיחה להל' גיטין הביא חבל מחברים המדברים בנידון זה. והנה הרמב"ם פ"ו מנז"מ כתב דמעמידין אפטרופוס לתם לגבות מגופו והראב"ד בהשגות כתב אני מפרש לסתם מתני' דאין מעמידין אפטרופוס לתם לגבות מגופו וכתב הה"מ דהרמב"ם פסק כחכמים דברייתא ולא כמתני' לפי שהוא סובר דמתניתין יחידאי היא. וכ"כ הנמוק"י דקיי"ל כחכמים ול"י למה לא הובא דעתו, בשו"ע. אלא דמש"כ הה"מ אינו מספיק דבתוספתא פ"ד איתא רבי יוסי במקום חכמים ובריייתא נמי יחידאי היא. ולענ"ד י"ל פסק הרמב"ם עפ"י מה שהק' שם הרשב"א בהא דקאמר אלמא אין מעמידין כו' דמאי קושיא דילמא רישא לאחר שהזיק אין מעמידין אפטרופס לגבות מגופו אותה נגיחה וסיפא לגבות ממנו אם נגח עוד נגיחה אחרת בפני אפטרופס ותירץ דאי משום שכבר נגח פשיטא דאין מעמידין ולא איצטריך למיתני כלל וכן כתבו תוס' בקיצור. ובשם הראב"ד ז"ל כתב לתרץ דמתני' דייקא הכי מדקתני שור של חש"ו שנגח פטור והדר תני בבא אחריני שור חש"ו שנגחו מעמידים, להם אפטרופס אלמא רישא פסק דפטור לגמרי דאין מעמידין דאי לא ליתני הכי שור חש"ו שנגחו פטור ומעמידין להם אפטרופס דזה העיקר אלא אין מעמידין אפטרופס לתם לגבות מגופו. ולפי"ז י"ל דלבתר דאשכחן בברייתא דחכמים ס"ל דמעמידין יש לפרש לדידהו גם המתני' כן כדי לאוקמי מתני' אליבא דהילכתא אבל הראב"ד דמפרש דפשטא דמתני' מוכרחת לפרש כן דס"ל אין מעמידין אין לאוקמי חכמים דברייתא כמתני'. וזש"כ הראב"ד בהשגות אני מפרש כו' ר"ל לפירושי דממתני' מוכרח כן אין מקום לפסק הרמב"ם אבל הרמב"ם י"ל דמפרש כהתוס' וכמש"כ. וקושית התוס' ע"ז מאי קמ"ל י"ל כמ"ש בת"ת שם דתני סיפא איידי רישא. ומש"כ הסמ"ע לדחות דברי הע"ש מצאתי בש"מ שהרבה מהראשונים כתבו כהע"ש. דבאמת על סברת התוס' כתב הרשב"א דדוחק הוא ועיי' פ"ת ברא"ש. ומש"כ התוס' דלר"י לא ניחא כתב בש"מ דזה רק לדעת רש"י אבל דעת הריב"א היא דאף לר"י גובה מגופו. והנה לטעם התוס' לכאורה נראה דבנזקי שן ורגל דמשלמין מהעליה חייב וא"כ למה כתב הסמ"ע דאין נ"מ בזה"ז הא נ"מ לענין שו"ר. ומצאתי בש"מ י"ד ע"ב דבנזקי שן משלמין היתמי דהא נהנית ומשמע דברגל אף דמשלם מהעליה לא וצ"ע ועיי' נמוק"י. ולטעם המכילתא משפטים דפטור שור חש"ו הוא משום דכתיב שור איש וקטן אינו איש א"כ ה"ה בשו"ר פטור דכתיב בהו איש אך טעם זה אינו מובא בש"ם וגם הראשונים לא הזכירוהו. והנה בזה הערתי בקושית המפ' במתני' מ"ד ושור היתומים דקשה דהא ליכא כמיתת בעלים

כך מיתת השור דקטן לאו בר עונש הוא. ונ"ל דהרמב"ם פ"י מנז"מ בכתבו דינא דש"ס סנהדרין ע"ת דשור של אדם טריפה שהרג פטור הוסיף וכיון שבעליו כמת הם חשובים ואין צריכים מיתה כו'.

ולמה הוסיף ואין צריכים מיתה וע"כ משום דממילא למיתה אזיל ולאפוקי כגון נגמר הדין בבעליו למיתה דבזה אפשר דחייב שורו כיון דצריך עוד למעשה המיתה. וגם קטן כיון דבעצם יש לקיים בו מצות מיתה אלא דאין בידינו להענישו אבל בטריפה הא חשיב כמת ולא הונח עליו שם מיתה כלל. וידידי הגאב"ד דוואשילישאק כתב לי בזה דנתרבה משור שור שבעה ומסתבר לרבות שור של קטן יותר משור של אדם טריפה משום דקטן אתי לכלל חיוב ומדוקדק מאי דתני במשנה שור היתומים ולמה לא תני שור של חש"ו כמו במתני' דל"ט משום דמסתברא לרבות רק שור של קטן דגם בעליו אתי לכלל חיוב משא"כ חרש שוטה דלעולם לא אחי לכלל חיוב והוי כשור של אדם טריפה דפטור, ומדוקדק מש"כ רש"י במתני' בשור האפטרופס של יתומים דבשל חרש שוטה פטור דבתר הבעלים אזלינן בזה. והרמב"ם כתב ושור היתומים ושור האפטרופס שהמיתו נסקלין ונכתב בצדו שם הגה דגם שור של חש"ו בכלל זה שהשור נסקל ומטי לה ממה שמסיים שם הרמב"ם ואין הקטנים והחרשים והשוטים בני חיובא כו'. אין זה מוכרת כלל ואדרבה מדנקט הרמב"ם שור היתומים כלשון המשנה ולא הזכיר חרש שוטה נראה דאינו נסקל בשל חרש שוטה כמו של אדם טריפה וגם באפטרופס שלהם אינו נסקל ומש"כ הרמב"ם ואין הקטנים והחרשים והשוטים הוא לענין חיובא דכופר דהא גם כשאין השור בסקילה הבעלים משלמין כופר אבל חש"ו לאו בני חיובא נינהו דלאו בר כפרה נינהו, ובנמוק"י כתב שם דאיצטריך קרא לרבות שור של יתומים למיתה דלא תימא כיון דלאו בני דיעה נינהו לא מחייבו. ובאמת בלא"ה צריך לרבות דאלא"ה הוי ממעטינן משום דכמיתת בעלים כו' וכמו בשור של אדם טריפה כיון דעכ"פ הוא קטן עתה ולאו בר מיתה הוא. והנה בעיקר חילוק זה דקטן אתי לכלל חיוב ראיתי אח"כ בם נחי"ר לירושלמי ב"ק שרצה לחלק כן ודחה ע"ש. ומלבד זה הנה בתוספתא ב"ק פ"ד בפלוגתת ר"י וחכמים דמתני' כחוב שור חרש שוטה וקטן שהמית חייב במיתה ופטור מהכופר וזהו דברי הרמב"ם. ומה שדיקדק רש"י במתני' אפטרופס של יתומים כן כתבו גם בש"ם ל"ט מעליית מאן מעליית יתומים אף דבמתני' כתוב סתם אפטרופס וניחא גם דברי הנימוק"י וי"ל בזה:

סימן תז

סעיף ב' בהגה. וי"א דצריך לשלם כו'. עיי' קצוה"ח דלדעת הראב"ד דא"ח קודם שתפס ממון הכא נמי. אבל י"ל דהכא שאני דגלי קרא כמ"ש התוס' והמנ"ח הק' בהגה סעי' א' מכרו ניזק מכרו לכשיתפוס והוא דעת התוס' דהא לא עדיף מגזל ולא נתיאשו הבעלים. וי"ל דכאן עדיף דהוי שותף מיד ועיי' פנ"י. ועיי' ש"מ ובנחל יצחק סי' ע"ג. ומש"כ עוד הקצוה"ח בדברי הרשב"א כמדומה שכן כונת הדרישה ע"ש. והמאירי בש"מ כתב לחלק דגזלן קני לגזילה אבל כאן הדר תורא הדר אגרא ועיי' מח"א הל' גזילה סי' י"ד ובשעהמ"ל הל' גזילה מש"כ בזה ולכאורה למה פחת השחיטה צריך לשלם ולא בהפקירו ובגמ' ד' י"ג מדמינן להו אהדדי. וצ"ל דהפקירו לא חשיב לגמרי מפקיע דהא הניזק יכול ג"כ לזכות מההפקר:

סימן תח

סעיף א'. ובעדים כשרים. הרא"ש בתירוץ הא' כתב דקמ"ל דלא נימא דבנזקין ראוי להאמין לכל אדם כדי שישתלם להניזק דמי נזקו. והטור לא הביא רק חילוק הר"י שברא"ש. ואולי מפרש כונת הרא"ש בתירוץ הא' כמ"ש הרמב"ם דמה"ת יהא נזקין קילי בזה ואדרבה להנמוק"י מובא בהגה נראה דנזקין חמירי. אלא כמ"ש הרמב"ם דבמקומות: אלו לא שכיחי כשרים ואף שאין הלשון משמע כן עכ"ז י"ל דכן הוא כונתו ולכך לא הביא הטור אלא התירוץ הב'. ובעיקר דברי הר"י עיי' תשו' אבני מילואים וכפי הנראה נעלם ממנו לפי שעה דברי הרא"ש אלו ועיי' מנ"ח שהאריך בזה. ומש"כ בפת"ש בדברי הנ"י מהרשב"א צל"ע ממש"כ הגרע"א בתשו' סי' צ"ט דמתשו' רמ"א משמע דחולק על הרשב"א ועיי' שעמ"ש סי' כ"ת:

סימן תט

סעי' א'. אין מגדלין כו' המ"מ מביא מחלוקת המפ' אי שרי ע"י רועה. עיי' תוס'. והרשב"א ור"ת מן המתירין ועיי' ש"מ. ובזה י"ל בקושית תוס' פסחים נ' ע"ב בהא דחשיב שם בש"ס בין האינם רואים סימן ברכה מגדלי בהמה דקא מהא דאמרו בחולין הרוצה שיתעשר יתעסק בבהמה דקה. די"ל דשם מיירי ע"י רועה וכ"מ מלשין יעסוק דהיינו ע"י אחרים. אלא מש"כ שם הרש"א דמגדלו באיסור קאמר דומיא דקוצץ אילנות דחשיב שם. מלשון רש"י שפירש בקוצץ אילן שהכל תמהים ומלעיזים עליהם משמע דגם שם מיירי באופן דאין איסור בקציצתו ובאופן שכתב הט"ז יור"ד סי' קי"ט אלא דמ"מ אין בו מזל ברכה משום דמלעיזים עליהם. שו"ר בפסקי תוס' שם שפירשו בקוצץ אילנות שאין בהם פירות דאין בהם משום איסור וא"כ ה"נ י"ל דמגדל באופן דאין איסור כגון בבבל מקמו דאתי רב

או במקום דלא קבילי עליהו גזירת רב כמ"ש התוס' או לדידן בחו"ל כמ"ש הטור. וכ"מ מלשון רש"י שכתב מי שיש לו שזה צווח עליו שמפסידו משמע דאין בו אלא משום לעז. והנה הרמב"ם פ"ג מבכורות כתב מי שאינו מומחה וראה את הבכור ונשחט על פיו ה"ז יקבר וישלם מביתו וכמה משלם רביע לדקה ומחצה לגסה ומ"מ לא ישלם כל דמיו מפני שקנסו את בעל הבהמה כדי שלא ישהנה ולא יגדל בהמה דקה בא"י. ותמה הרי"ט אלגזי פ"ד דבכורות אם כונת הרמב"ם הוא משום גזירת מגדלי בהמה דקה בא"י למה הוצרך לכתוב מפני שקנסו את בעל הבהמה שלא ישהנה ולא יגדל כו' מהראוי היה שיכתוב שלא יגדל בהמה דקה בא"י. וע"כ מפרש הרי"ט דקאי על גסה. אבל פשוט דהכל קאי על דקה ומש"כ ולא ישהנה הוא איסור בפ"ע כמש"פ בפ"ה מנז"מ דאף להשהות אסור רק לטבח [מש"כ שם הלח"מ דהרמב"ם מפרש כרש"י ופסק כר"ג תמוה דהלכה כרבים החולקים ועוד לפמש"כ הרשב"א לפרש בפירש"י דעובדא דאותו חסיד הוי כר"ג והא רבנן חולקים עליו וע"כ כהה"מ]. ומה שהביא הרי"ט בשם מהרי"ק להק' עוד דבתחילת דבריו פתח ליתן טעם כולל בגסה ובדקה וסיים משום אין מגדלין כו' דהוי רק טעם על דקה. וכתב המהרי"ק דגם בגסה יש בה חשש גזל אלא שלא גזרו ע"ז. וכתב עליו הרי"ט דדוחק היא וגם המהרי"ק כתב שהרמב"ם סתם. ולכאורה הרמב"ם לשון הש"ס נקט שאמרו גזירה משום מגדלי בהמה דקה ולא אמרו גסה. וכן משמע דאף בנסה יש חשש איסור ממ"ש בסנהדרין מגדלי בהמה גסה אף בא"י כשירים. ומאי קמ"ל וכן הק' בתוס' ע"ש. ולהרמב"ם שפיר י"ל דאף בגסה יש חשש איסור עכ"ז כשירים.

ומה שהק' בס' חב"י מרא"ש תענית דלענין טל ומטר גררינן בתרי' אף דהטעם בטל כבר העיר מזה בפרישה כאן ע"ש:

סעי' ב'. אפי' למשוח בהם עורות. והרשב"א כתב דאפי' נזדמנו אסור. והנה הרמב"ם בפי' המשנה כתב וה"ה לכל הטמאים כו' ולכאורה תמוה וכי באיסור דברים טמאים קאיירינן כאן. אלא דנמשך אחר הירושלמי דמפרש משום הטמאים כמ"ש הרשב"א. וכן בפסקיו סתם ולא כתב חידוש דתוס' ורשב"א משום דיש עוד גווני דצריך לאשמעינן כגון בקונה עבור פועליו עכו"ם וכן י"ל עוד ולכך סתם. והנה המחבר סתם כאן כדעת ר"ת. וצ"ע בש"ך יור"ד רס"י קי"ז ע"ש:

סעי' ג'. בשלשלאות של ברזל. כן הגיה הב"י בטור ובש"ס וכן ברמב"ם ליתא כן וצ"ע מנ"ל. שו"ר בתוספתא איתא שלשלאות של ברזל. והנה בהג"מ פי"א מרוצח כתב דדוקא כלב רע אסור אבל כלב שאינו רע מותר לגדל וכן פסק הישש"ש ומביא ראיה מירושלמי והפוס' לא הביאו זה. עוד צ"ע השמטת הפוס' דאפי' שקליה ניביה אסור כדמשמע בש"ס

בעובדא דההיא איתתא ובש"מ כתב בשם הרמ"ה דאפי' אפקיה ניביה וטופרי נמי אסור רק בקשור. ולכאורה מש"ס חולין ז' ע"ב בעובדא דרפב"י משמע דאפקיה לניביה שרי דאמר רבי עקירנא להו ע"ש ברש"י ועיי' שבו"י ח"ג סי' ע"א ובנוב"ת חיור"ד סי' ו'. והנה רש"י במתני' ע"ט פירש ואשה תפיל מיראתו. ולכאורה למה צריך לזה ולא סגי ליה בטעמא דשמא ישוך. אלא דפירש כן משום סתמא דש"ס דלא יגדל כלב ומשמע דאפי' כלב שאינו רע ולא ישוך אלא יש בו חשש שמא תפיל מיראתו ודלא כהג"מ ורש"ל וזה י"ל בדעת הרמב"ם שסתם. והנה בתוספתא איתא דמגדלין בכור בעל מום ל' יום וחם אפי' י' שנים. וצ"ע על השמטת הפוס':

סעי' ד'. מי שנפלו לו כו'. בש"ס איתא כן בגר. ועמד בערוך השולחן דלפי"ז אפשר דכשהמוריש ישראל וגידלם באיסור אין מתירין לו למכור מעט מעט. ולא ראה שכבר העיר כן בפרישה. ונ"ל טעם לסתימת הפוס' עפ"י מ"ש הר"י בש"מ טעם דרועה שלא ימנע מתשובה וכן בנדר שלא ימנע מלנדור לדבר מצוה וטעם דירושה לא כתב ומשמע דהטעם הוא כיון דהוא לא עשה איסור לא כייפינן לו למוכרם בפ"א שיפסיד וע"כ סתמו דבכל גונא אסור. ועיי' שו"ת שאילת יעב"ץ סי' י"ז שהוכיח מכאן דאפי' מאן דמתיר בכופרין אפ"ה לא שרי טפי מחד לשמור ביתו. דע"כ הכא מיירי בכופרין דלא מזקי דאל"ה ודאי אסור לגדלו אפי' אחד ואפ"ה לא שרי אלא בגונא דכאן כדי שלא יפסיד הרבה ש"מ דהרבה כלבים אסור לגדל. וצל"ע על השמטת הטור וש"ע חיה דקה והטעם הוא משום הזיקא דשדות וא"כ אף ע"י רועה אסור כבהמה דקה ועיי' פנ"י. והרמב"ם מביא גם חיה דקה. והנה בש"ס מובא תוספתא מי שנדר ליקח אשה ולבנות בית בא"י. ובתוספתא איתא בית ולא הוזכר א"י וכן כתבו הפוס' בית סתם. ולכאורה בלישא אשה גם בחו"ל מצוה ועיי' פת"ש יור"ד סי' רי"ט בשם הח"ס וצ"ע:

סימן תי

תי:

סעי' ד'. או הלוקח. וה"ה לשוכר ושואל עיי' מלמ"ל. והנה בבהגר"א רמז למכילתא בעל הבור ישלם מ"מ. וכתב המגיה דאינו במכילתא שלפנינו. ופלא שכן הוא להדיא במכילתא משפטים ופי' הרמב"ם דלרבויי כל הני אתי וכ"כ שס בהתו"ה בעל הבור ישלם מ"מ לרבויי כל הני. והשעמ"ש כתב דלקוח ה"ד בבור ברשותו והפקיר רשותו ולא בורו אבל בור ברה"ר לא משכח"ל לקוח. ובאמת י"ל דנתחייב מטעם קבלת שמירה וכ"כ בספר כ"י לב"ק נ"א: סעי' ו'. או פתחו לרשות חבירו. והוא מלשון הרמב"ם. ולא חילק כהטור בין נודע ללא נודע עיי' לח"מ. והנה מסמ"ע ס"ק ז' משמע דבסמוך לרשות חבירו

חייב. ויש שהק' דהא רשאי אדם לחפור בשלו כלעיל סי' קנ"ה. ואף דיש לומר דשם מיירי רק מהיזק החפירה דמרפי לארעא אבל מהיזק הבור י"ל דכיסהו וכן ראיתי בס' כ"י שכתב דאף במצמצם אצל מיצר חבירו חייב והנ"מ דברשות חבירו סגי בהרחקת פחות מד' טפחים וברה"ר בעי ד' טפחים משום דוחקא דרבים. וראיה מתוס' שהק' דלמה יחייב החופר כיון דמשלם על בעל החצר למלויי. והא י"ל במצמצם דאין חיוב תשלומין וע"כ דבכה"ג פטור ורק בחופר ברשות חבירו ממש איירי. והרמב"ם י"ל דס"ל דאף במצמצם חייב ולכך לא חילק והנה הטור כתב ופתח לרשות חבירו ונפלה בו בהמת חבירו. והוא מלשון הרא"ש ודייק מזה הפ"ח שם דלבהמת אחרים הוי כלא הפקיר רשותו ופטור. אבל המחבר סתם וכן סתם הרמב"ם משמע דבכ"ג חייב. וכתב עוד הפ"ח דכל בהמה שיש לה רשות מבעל החצר שתכנס לשם הוי לענין זה כבהמת בעל החצר. והנה בתוס' מ"ח ד"ה אע"ג כו' וא"ת כש"כ כו'. והק' בים התלמוד אמאי יהא בעל השור חייב דלא הו"ל לעלות על דעתו שיפקיר חצירו ומתחילה כששכרהו היה פטור עליו דהיה בור ברה"ר ומי נתן לו רשות לכנוס. והמפרשי הים הק' כן על השו"ע סי' שצ"ח וכאן דפטור בעל השור ופי' בסמ"ע הטעם משום איש בור כו' ות"ל דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה. אבל למש"כ הפ"ח ניחא דאם לא ממעטינן לו מאיש בור והוי כאדם שכרה בור שפיר פשע להשוורים שיש להם רשות ליכנס דע"ז הו"ל לאסוקי אדעתיה. וכתב עוד הפ"ח בשם הר"ן דמיירי הכא בלא נודע לבעה"ח מהחפירה והוא חילוק הטור מובא בסמ"ע. ובש"מ מובא מתלמידי הר"פ עוד חילוק דמיירי כגון שעדיין לא שילם לו ואינו מסולק הימנו: עד שעת תשלומין. ובשם רבם פירשו דודאי אם נתרצה בעל החצר לקבל ממנו נזקי החצר ה"נ דנסתלק החופר לגמרי והכא מיירי כגון שרוצה שיסתמנו ויכול לכופו על כך ומיחייב החופר עד שיסתמנו. ולעיל ד' מ"ח מאי רבץ שהרביץ גללים הק' הראב"ד בש"מ דה"נ נימא דעל בעל החצר, רמיא מילתא לנקות חצירו ותירץ דהתם בתר דשלים לו נזקו אבל הכא לא משלם לו נזקי חצירו דהא לית ביה נזק חצר כלל וא"נ אית ביה היזק כל כמה דלא שלים ליה עליה דידיה רמיא מילתא למלויי. וכתב המנ"ח דהראב"ד לשיטתו מבואר בש"ך סי' צ"ה דבאפשר למלאות החפירות מחויב לתקן א"כ סברתו טובה מאוד דבשילם וא"כ נתרצה הבעה"ח בתשלומין וימלא הוא א"כ על בעל החצר רמי למלויי אבל בלא שילם עדיין כיון דהרשות ביד בעל החצר לתבעו למלאות החפירות א"כ רמיא על בעל השור ע"כ הוא חייב אבל לשאר פוסקים דא"י לתבעו רק ממון אין שום סברא לחלק בין שילם ללא שילם. וא"כ תמוה על הפוסקים בסוס"י תי"א שלא הביאו חילוק הראב"ד דהא בלא זה לא מיתרצא שני המימרות וגם על הרמ"א קשה דבסי' צ"ה מביא

דעת הראב"ד וכאן לא חילק. והנה מהחילוק הא' שהבאתי מתלמידי הר"פ מבואר דאף בכה"ג יש לחלק בין שילם ללא שילם דהא בהחילוק הב' אזלי אליבא דהראב"ד דיכול לכופהו למלאות עפר. ומלבד זה הא גם הראב"ד חילק דהכא בגללים לאו היזק מיקרי וזהו נמי סתימת הפוס'. ודע דהא דחייב בחופר בור סמוך לרה"ר משמע מהחינוך דדוקא באין מחיצה ביניהם אבל אם יש מחיצה יכול לסמוך לרה"ר. שו"ר דברי הרא"ש פ' הפרה סי' ז' משמע נמי כן. והנה הרמב"ם השמיט הא דחופר בור ברשותו סמוך לרה"ר ועמד הלח"מ בזה. ואולי מזה ראיה למה שהעלה המהר"ם שיף נ' ע"א בשיטת רש"י דלמסקנא י"ל דלכו"ע מצי לחפור ברשותו סמוך לרה"ר ע"ש:

סעיף ז' לצורך רבים. עיי' סמ"ע בשם רמ"ה. וי"ל דגם כונת הרמ"ה הוא דוקא באמר להם כמ"ש רש"י ובזה א"י לסלק עצמו בדיבורו לבד וכ"מ ממש"כ הב"ח בדעתו. אבל הראב"ד בש"מ כתב ג"כ דוקא בחפרו מתחילה לרבים ואף במסירת דלי אינו מפטר. ומש"כ הרמ"ה דוקא במקום שאין עושה היזק כ"מ בתוספתא ב"ק פ"ו עיי"ש והמחבר בסי' תי"ז סעיף א' שכתב והחופר בור לצורכי רבים מותר סתם יותר מדאי דמשמע אף ברה"ר. ויותר נראה כמש"כ הערוך השולחן דכשתחילת חפירתו היתה עפ"י ב"ד שראו צורך הבור אז אפי' באמצע רה"ר פטור ומותר:

סעיף ח'. והמשלח פטור. והוא מסוגיא נ"א. והרבה הקשו בזה האחרונים. המלמ"ל פ"ב מרוצח הק' מזה על המהרי"ט דבאיסור דרבנן יש של"ע. ובזה שפיר השיב המנ"ח דאיסור כריית בור ברה"ר הוי דאורייתא. והפנ"י הק' להסוברים דבשוגג יש שלד"ע והשעהמ"ל הק' מזה להמחנ"א דבפועל ישלד"ע ואפי' בעכו"ם לוקמי בהכי וכן הק' השעמ"ש סי' כ"ת. וכן י"ל למה שחידש המהרש"ק בשו"ת תיקון עולם דכמו לענין שלד"ע אמרי' בחצר דבע"כ מותיב בה ישלד"ע כן נמי לענין שליחות לעכו"ם אמרי' היכא דבע"כ מותיב בה דהעכו"ם מוכרת לעשות השליחות אמרי' דיש שליח א"כ ה"נ הו"מ לאוקמי בהכי וכן י"ל לפמש"כ הפרמ"ג אור"ח סי' ש"ד לחקור בעושה שליח מומר דל"ש לומר סברתי דלא ייציית אותי [עיי' מש"כ מזה בסי' שמ"ח] וכל אלה מתורץ בתירוץ אחד דכ"ז ל"ש אלא בעושה איזה דבר קנין להמשלח אף דמעורב בדבר עבירה אבל לא בדב"ע לחוד ואין בשליחות שם צד זכות להמשלח דעל עבירה עצמו לא מצינו שליחות:

סעיף ט' הבונה כו'. הלח"מ עמד על השמטת הרמב"ם דין זה. אבל גם הרי"ף ורא"ש השמיטוהו ומשמע דדעתם כמ"ש הב"ח ויש"ש. ומה שהק' הט"ז לחילוק הרי"ף מנחיל של דבורים וחילק דשם בשל חבירו כן חילק בדרישה. וגם מה שהק' מהוצאת זבלים לרה"ר דחייב כבר עמד הרשב"א בזה דתפירת לאושין הוי תיקון יותר ותועלת המדינה.

וי"ל דמשום זה השמיטה הרמב"ם וס"ל דכאן אזלא אליבא דר"י שם במתני' ב"מ אבל לרבנן חייב. ומה שהק' בס' חב"י על הסמ"ע דמש"ס משמע דחפר ברה"ר ממש עיי' דרישה שעמד בזה: סעיף י'. אבל אם היה פחות כו'. הב"י תמה על השמטת הטור מסקנת הש"ס באיגנדר וגם על מש"כ בדעת הרא"ש תמה שלא מצא כן ברא"ש ועיי' ב"ת וישש. אבל מפורש הוא בדברי הרא"ש בש"מ דלא חייבה התורה כורה בור אא"כ ראוי השור הנופל בו למות באיזה ענין שיפול אף באיגנדר והש"ס מתרץ כן רק לגבי טריפה אבל בור לא חייבה תורה רק בכה"ג. וחקר המנ"ח לדעת הרמ"ה בטור דבעומד חייב אף בפחות מי' אם נפל בדרך הילוך וניזוק ואחד חפר בו ה' טפחים ואחד השלימו לי' אי אמרי' דהאחרון לבד חייב כמו בהשלים לי' לרבנן כיון דהעתיקו לשיעור מיתה עומד ברשותו אף לנזקין וכאן בדרך הילוך העתיקו למיתה. א"ד דוקא בי' דהעתיקו לשיעור מיתה בכ"א אבל הכא באגנדר לא העתיקו כלל. ולכאורה י"ל זה מש"ס נ"א דפריך ואי דכרה האי חמשה כו' וע"ש בתוס' ד"ה בור ולא בעי למימר, כו' וכן אף למש"כ שם עוד בד"ה בור י' וה"ה כו' לא רצה לאוקמי בהכי כמ"ש שם התוס' מקודם דאבור דמתני' קאי ע"ש בש"מ. אבל להרמ"ה צ"ל בעומד דסגי בו' הוא בכלל מתני' בור י' כמ"ש בדרישה. וא"כ הומ"ל להרמ"ה בכה"ג דחפר אחד ה' והב' השלימו לו' דבנזקין שניהם חייבין וע"כ דאף בכה"ג מיקרי עביד שיעור מיתה ועומד ברשותו אף לענין נזקין. וכן י"ל מזה עוד במה שחקר שם באגנדר והוזק דאפשר כיון דהעתיקו לפעמים במיתה קם ברשותו אף לענין היזק או כיון שבדרך שנפל עתה לא העתיקו לשיעור מיתה שניהם חייבים בנזקין דא"כ לוקמי בכה"ג וי"ל בזה:

סעיף י"ב. היה עמוק ח' כו'. וחקר בס' חב"י בבור ו' וד' טפחים מים והביא ראיה מהא דאריתא דדלאי דר"נ דפריך אלמא יש חבטא פחות מי' ולישני דהתם דאיכא מים שאני וע"כ משום דאריתא דדלאי אינה אלא ו' טפחים ול"מ מים. וליתא דשם הוכיח לחבטא דמהני בפחות מי' ולחבטא ל"מ מיא. ועיי' מהר"ם שי"ף פשיטא לי' בזה דלא מהני בכה"ג:

סעיף י"ג. כ"א לפי, מה שחפר. מלשון זה משמע לכאורה דהא' משלם ח' חלקים והב' חלק תשיעות וכן ראיתי בשו"ת שפת הים ח"ב בשם הג' ממינסק. אבל המחבר שם הוכיח דאינו כן ושניהם שותפים שווים בנזקין וגם דעת המנ"ח כן ועיי' ערוך השולחן שכתב שכ"א משלם לפי חלקו:

סעיף י"ד. ובא אחר והשלימו לכ' כו'. השמיטו מש"כ התוס' דה"ה לי"א והיינו כמ"ש הרש"ל והפנ"י דהיינו רק להס"ד אבל להמסקנא לא קאי הכי וכמ"ש התוס' לעיל י' ע"ב וכן משמע מהרשב"א:

סעיף ט"ו. סתם טפח כו'. משמע דקאי על מחלוקת רבי ורבנן דהיינו דעביד אחרון שיעור מיתה ובזה קם ברשותו ול"מ סתימתו. אבל בסעי' י"ג י"ד שפיר מהני סתימת האחרון וכן ראיתי אח"כ במנ"ח. אבל להמפ' החולקים על התוס' ומפרשי דלרבנן גם בחפר הא' ה' והב' הוסיף עוד טפח קם ליה ברשותיה ואי קאי על מחלוקת רבי ורבנן ע"כ צ"ל דגם בכה"ג מהני לרבנן סתימתו ומינה ה"ה לדידן. וצ"ע דבתוספתא פ"ו משמע כהמפרשים ולא כתוס' ע"ש חפר ה' טפחים כו':

סעיף י"ז. לפיכך אם היה כו'.

ועיי' מאירי בש"מ דבעמוק הרבה, הכל לפי ראות הדיינים והערוך השולחן לא ראה דבריו:

סמ"ע ס"ק כ"ז. ולשמואל הול"ל איפכא כו'. הוא תמוה מאוד דהא כן הוא לשון שמואל בש"ס להבלו וכ"ש לחבטו וכמ"ש רש"י דהבלא ממילא ועיי' חידושי שבות יעקב לב"ק: שם ס"ק י'. וק"ק דלענין כו'. לא על המחבר לבד תלונתו דהא גם הרמב"ם כתב כן וי"ל דלענין דינא לא פליגי דהראב"ד ור"י בש"מ פירשו דמיירי בתל הנעשה מאליו כגון שהיה מדרון בר"ה וחפרו מסביב ונעשה תל מאליו. אבל אם הביא עפר ועשה חל ברה"ר ונתקל בהם ונישוף:

בקרקע עולם חייב שהרי הם תולדות בור כיון שהדבר שניזוק בו הם מעשי ידיו. וא"כ י"ל דל"ד לשם דהוזקה ע"י מעשי ידיו שעשה הבור. אבל כשנעשה ממילא י"ל דבעינן דוקא דומיא דבור עשרה. והנה זה ע"כ צ"ל דמיירי כשהחול הוא מקום מדרון בצד אחד ומשם עלתה ונפלה דבלא"ה קשה הו"ל לעיוני וכן פירשו בירושלמי ומש"כ הש"ך בשם הישו"ש דבפחות מג' טפחים לא מיקרי בור. והקשו עליו מתוספתא ב"ק פ"ו מובא בבהגר"א וכתבו לתרץ דהתוספתא ס"ל דאין אומד לנזקין וראיה שלא הביאה בש"ס צ"א שאמרו שם מאי לאו ממטה למעלה קחשיב. ולדידן דפסקינן מלמעלה למטה י"ל דג"ט בעינן. ומש"כ המחבר כ"ש היינו כל דבר כפי דמיית דבעי אומדנא. ומ"מ דברי המ"מ בדעת הרמב"ם צ"ע ע"ש. והנה בירושלמי שם הוסיף על התוספתא כמלואו של נופל ומהו מלואו של נופל אפי' תרנגול ואפי' גמל. ופירש הפ"מ דאם יש שיעור לתרנגול אף גמל חייב והמג"א פירש דאם נפל בכפיפה פטור וכ"ז דחוק. והנכון כמו שהגיה בנתי"ר מהו מלואו של נופל אם תרנגול אם גמל דס"ל דמטפח עד י' בעינן אומדנא לנזקין אם דבר

הניזוק הוא בעל חי קטן כמו תרנגול בזה אפי' בכ"ש ניזוק וחייב ואם היא בהמה גדולה ואינה ראויה להוזק בכ"ש פטור:

סעיף כ'. ואם הוזק בו כו'. לטעם הה"מ מובא בבאה"ג נראה דבהוזקה בבור י' פטור דהו"ל לעיוני מסכנת נפש וכ"כ בערוך השולחן. ולא משמע כן מלשון הרמב"ם ואם הוזק בו ומשמע דקאי אבור הקודם דפטור בפקחת וחייב בחרשת דבעמוק עשרה מיירי. וי"ל דכונת המ"מ כמ"ש בש"מ ד' י' בטעם דפטור אדם בבור משום דהו"ל לעיוני ואע"ג דבנזיקין אדם חייב אין שייך לעיוני גבי נזיקין והיינו דבכל גונא ל"ש בנזיקין הו"ל לעיוני וה"ה בשור. הן אמת דדברי הש"מ תמוהים מאוד דהא פטור אדם בבור הוא מגזה"כ כמ"ש רש"י במתני' נ"ב. והנה שיעור בהמה קטנה אינו מבואר בפוסקים כמה שיעור דקטנות לענין זה עד שמצאתי במאירי בש"מ שכתב כל שלא הגיע ללמוד חרישה שמתוך בעיטו אינו נשמר והנה הב"ח כתב דנקטינן כהראב"ד עיי' באה"ג אבל המאירי כתב שדעת גדולי המחברים כהרמב"ם וצ"ע: סעיף כ"א. נפלו כלים בבור. עיי' סמ"ע מהטור. ותמוה דהמחבר השמיט זה והרמב"ם כתבו והוא רבותא כמ"ש הפ"מ בירושלמי דאי לאו תרי מיעוטי לא הוי פטרינן כה"ג רק בנפלו כלים עצמם ולא בנפלו עם השור דהו"א כיון דחייב אהאי חייב נמי על הכלים. ודע דבכלים לאו דוקא נשתברו אלא אף כלי מתכות דל"ש בהם שבירה וכן בגדי משי וארגמן טינופם זהו מיתתם ועיי' ש"מ כ"ת ע"ב וכ"מ בכל הסוגיא והנה הקצוה"ח כאן הקשה על מש"כ התוס' דלא איצטריך והמת יהיה לו אלא לעכו"ם הקנוי לישראל מיבמות מ"ו וכיון דאינו אלא שיעבוד לא הוי אלא כמזיק שיעבודו של חבירו דלא הוי אלא גרמי ולרוב הפוסקים לא הוי אלא מדרבנן. ובס' חב"י מתרץ עפ"י דברי הנמוק"י יבמות מ"ו דהוי כמשכון. אבל מצאתי שאין הכל מודים להנמוק"י בזה דבש"מ ב"ק קי"ג כתב בשם הרא"ש דלא הוי משכון והרא"ש עצמו מתרץ קושית התוס' כמוהם מובא בש"מ שם. [המהר"ם שיק בחי' תרי"ג מצות הק' בהא דבכורות י"ג ע"א דאמר אביי ק"ו גופו באחת ממונו בשתים והא אביי עצמו ס"ל בב"ק דע"ע הנמכר לעכו"ם הוי הפקעת הלואתו ולהנ"י הוי כמשכון והר"י הלוי כתב דמשכון לא נקנה במשיכה מובא בנמוק"י ב"מ פ"א והג' אשרי ב"מ פ"ד כתבו דבליכא מה לימשך כו"ע ס"ל דמעות קונות וא"כ אין ראיה מעבד דקונה בכסף משום דליכא גביה משיכה אבל היכא דאיכא משיכה י"ל דבעינן תרתי. והנה אף שי"ל בכמה גונא ורק ע"ד החידוד הוא אבל למה שהבאתי דלאו כו"ע ס"ל כהנמוק"י בזה י"ל דהר"י הלוי ס"ל כהחולקים] והנה בטעם דעבד עברי גופו קנוי כתבו הרשב"א בשם הרמב"ן קדושין ט"ו לפי שמוסר לו שפתה כנענית בע"כ והוי קנין איסור לכך ל"מ בא"ל זיל.

והמקנה קדושין כתב דאין כן דעת התוס' וס"ל דאין חילוק בקנין הגוף בין לענין ממון ובין לענין איסור. ומה שהק' הרמב"ן דלא מצינו קנין מע"י שא"י למחול ע"פ ס"ל להתוס' דהו"ל כמו קונה שדה לפירות או בזמן שהיובל נוהג דאם חוזר המוכר לרבו ראשון צריך קנין גמור. וס"ל דנמכר לישראל ונמכר לעכו"ם שוים כמשמעות הסוגיא ב"ק קי"ג דאמר גבי נמכר לגוי ע"ע גופו קנוי. ועפי"ז הקשה מיבמות מ"ו אתם קונים מהם ולא הם קונים מכם וכיון דגם הנכרי קונה אותו קנין הגוף לפירות מה הוא זה דלא הם קונים מכם כיון דקונה אותו כמו בנמכר לישראל. נראה דגם התוס' לא ס"ל חילוק הנמוק"י. והמקנה עצמו ט"ז ע"א הק' מהא דיבמות מ"ו להא דב"ק קי"ג ותירץ דצ"ל דיש בו קנין הגוף למעשי ידיו והיינו כחילוק הרא"ש בש"מ ולא הזכיר מדברי הנמוק"י.

ובשומ"ש מ"ת ח"א סי' פ"ז מתרץ דאי לאו קרא והיה חייב על האדם היה צריך לשלם ליורשי העבד עבור אדם שלם ולא משום מזיק שיעבודו וע"ש שעירבב הדברים בהביאו בשם הנמוק"י יבמות דאינו אלא משום מזיק ולא ראה בעת כותבו בפנים:

סעיף כ"ב. כסהו כראוי כו'. עיי' תוס' מ"ו וברשב"א שם דממידת חסידות אפי' כסהו לא ישהה ברה"ר עד שיטממנו:

סמ"ע ס"ק ל"ה. קמ"ל דל"ת כו'. למה לא נקיט כלשון הש"ס מ"ד איבעי ליה למיזל ומנקש עליה וכ"כ הרא"ש. ודע דהמחבר קיצר בדיני כיסוי דהרשב"א כתב מירושלמי דבמקום שהעגלות מצויות צריך כדי שתהא עגלה מהלכת שם. שו"ר שמובא כן בהה"מ וכתב דהרמב"ם כלל זאת במש"כ כראוי והמחבר העתיק לשון הרמב"ם. ועיי' נמוק"י סו"פ חזקת במתני' אין עושין כו': סעיף כ"ה. הראשון חייב. הלח"מ פירש באופן שהראשון לבדו חייב דכיון דהכיסוי מסור בידו עליה דידיה רמיא לכסותו. ותמוה לי דאיך מפרש כן בדעת הרמב"ם דהא הרמב"ם מפרש דלי ממש כמ"ש הסמ"ע. והנה בהג' חכ"ש להג' מהרש"ק הק' דהא אין שמירה בקרקע ומה מועיל מסר דליו. ולדבריו יש כאן משום שמירה בבעלים. אבל פשוט דאין כאן משום שמירה אלא משום בעלים כיון דנסתלק הא' הוי הב' בעלים ועיין סעיף ל' ובשעמ"ש ריש סימן. וראיתי בים התלמוד שמתרץ מה שהק' התוס' לרש"י דלא מוקי בהפקירו רשותם ובורם דבבור הפקר ל"ש הניחו משתמש וגם מסר לו דליו דלא מתחייב בהכי והאריך להכריח כן. ומפרשי הים הביאו ראיה מש"מ שכתב דל"מ מסר לו דליו. באינש אחריני רק בשותפים. ותמוה דהא בבור רבים דמיירי בברייתא קתני להדיא מסר לו דליו וכונת הרא"ה בש"מ היא בבור של שותפים מיוחדים ובאינש אחריני דלית ליה חלק בבור אבל בבור של רבים דיש לכ"א חלק שפיר מהני בזה. ואף גם בזה מסתברא דלא כתב כן הרא"ה אלא לפירוש ר"ח דדלי ממש

אבל להמפרשים דכסוי בבור קאמר נראה דגם באינש אחריני מהני לחייבו כשמוסרו. שו"ר ברשב"א שהכריח כר"ח מברייתא דראב"י דאמר משימסור דליו והתם ע"כ כלי ממש קאמר הרי דלדידיה לא בעי אף מסירת כסוי בבור של רבים וסגי בדלי לבד. וי"ל דהרא"ה מפרש הברייתא נמי בבור של שותפים ולא בבור של רבים. ואולי זהו נמי טעם הרמב"ם והרא"ש שהשמיטוה וגם המחבר נמשך אחרם והטור שהביאה מפרש לה בבור של רבים:

סעיף כ"ו. שניהם חייבים. זהו כשיטת רש"י דלב' אין נותנין זמן. וכ"ז דוקא בבור של שותפים אבל בבור יחיד נותנים לו זמן כמ"ש הפנ"י מתוספתא. וא"ש נמי הא דסעיף כ"ת ולא כמו שהק' בזה:

סעיף כ"ח. עד שישכור פועלים. אבל מירושלמי המובא ברשב"א ונמוק"י לא משמע כן דלא הזכיר שכירות פועלים. אלא דפשטות ש"ם דילן מורין כן. וכ"ז דוקא בהתליע שהוא אנוס אבל בהניחו מגולה שפשע לא יהבינן ליה זמן כמ"ש רש"י בבור דהיינו בהתליע ועיי' פנ"י וזהו כונת המחבר. והנה בש"ס אוקי להא דבור של שותפים בחפרו שניהם חוליא בב"א וכתב הרשב"א אע"ג דרבנן דרשי כי יכרה איש בור אחד ולא שנים אחד ולא בזא"ז קאמר ככורה אחר כורה אבל בעוקרים חוליא בב"א כאחד חשבינן להו. וראיתי בספר כ"י לב"ק שהק' מש"ס:

זבחים ק"ח דילפינן דשנים שאחזו באבר והעלו בחוץ דחייבין מדכתיב איש איש ומשמע דאי הוי כתיב חד איש הוי פטרינן ושם בב"א מיירי ויחשב כאחד ויתחייבו. אבל הנושאים אינם שווים דשם עיקר הקפידא על העושים הפעולה אף דעושים פעולה אחת והכא עיקר הקפידא הוא על הפעולה אף דנעשית ע"י שנים הואיל והפעולה אחת היא חייבים. וכ"כ הרשב"א נ"ג לחדש דאף לרבנן דר"י דס"ל הכהו עשרה בנ"א בי' מקלות כולם פטורים מודו דבהכהו עשרה ביחד במקל אחד ומת כולם חייבים הואיל ועשאו פעולה אחת כאחת:

סעיף כ"ט. בעל הבור חייב. עיי' סמ"ע לחלק מתשו' הרא"ש בסי' שפ"ג. ויש שכתבו לחלק דשם זמנו בהול וצריך לו הכיסוי לכסות שלו [עיי' ערוך השולחן וחב"י] ומהסמ"ע דלא מחלק כן משמע דס"ל דל"ד בעל הדלי אלא ה"ה אחר ולא כמ"ש המאירי בש"מ דאם נטלו אחר פטור. וכן משמע מהנמוק"י מובא לק' סי' תט"ו דבכה"ג חייב גם באחר והנמוק"י כתב הטעם דהוי ככורה אחר כורה ויש שפיקפקו בזה. אבל לכאורה יש לדון כאן משום תחילתו בפשיעה דהו"ל לאסוקי אדעתיה דיטלנו בעל הדלי ונטלו אחר וכן בסותר הכותל הו"ל לאסוקי אדעתיה שיסתרנו בעל הכותל וצ"ע:

סעיף ל'. המוסר בורו לשומר כו'. י"ל מקורו ממכילתא משפטים ע"פ לא יכסנו להביא ש"ח וע"ש בהחו"ה ופירושו צ"ע ועיי' סי' שצ"ו:

סעיף ל"א או להעמיקו. בש"מ כתב דדוקא להרחיבו הוא דמיירי דממעט הבלא אבל במעמיקו ומרבה הבל משלם הכורה מחצה דהוי כורה אחר כורה. אבל הפוס' לא חשו לזה דחפר הא' י' והב' טפח פטור הבור כמ"ש לעיל. והנה רש"י במתני' בל"א פירש דאע"ג דאיכא למימר כו' דקיי"ל המבעית חבירו פטור מדיני אדם כו'. מדמה מבעית בהמה למבעית אדם ועיי' פירוש רשב"ם ב"ב צ"ג ד"ה ומשני ע"ש. וצ"ע דהו"ל לאייתי תוספתא ערוכה ב"ק פ"ו המבעית בהמת חבירו פטור מד"א וחייב בד"ש. ויש שרצו להוכיח מש"ס ב"ב שם דגרמי בבהמתו פטור דמשני התם ומביעתותא הפילה ומש"ס קדושין כ"ד דמשני שאני אדם דבר דעת הוא איהו דאבעית נפשיה משמע דמבעית לבהמה חייב וא"כ אף אם מביעתותא ליחייב וע"כ דגרמי בבהמתו פטור ולא ראו דברי התוספתא. עוד זאת אף אם ס"ד דמבעית בהמה חייב היינו במכוון להבעית אבל וכי אין להשור רשות לילך ברה"ר ואף אם מחמת ביעתותו תפיל הפרה. והרשב"א בשם ר"ח פירש במתני' דהכורה לא בתוך הבור הזה הוא כורה אלא במקום אחר דפטור משום דיכול לומר אנא ברשות קא עבידנא. וצ"ע למה לא פירש רש"י כן ויתר הפוס'. ואולי דא"כ לא הול"ל במתני' מקול הכרייה אלא הכה וכדומה וכמ"ש בקדושין כ"ד ופרש"י הכה בכותל ומדאמר מקול הכרייה משמע דבבור זה עסקינן:

סעיף ל"ב. אעפ"י שהיא גדולה ופיקחת. כרש"י. והתוס' כתבו דוקא בשוטה או מהלך בלילה קאמר דאי פקח הא תנינא דפטור. וכתבו עוד וכ"ת ה"מ כשנופל מעצמו אבל הפילוהו אחרים חייב א"כ כשנופל מעצמו נמי ליחייב דתחילתו בפשיעה פן יפול ע"י שוורים כו' אע"כ כן. והפנ"י מיישב דעת רש"י דהמיגו הוא מילתא דלא שכיחא כלעיל גבי גמלים והתליע מתוכו ודחיפת שוורים הוי מילתא דל"ש דהוא חולדה דקרן. וכ"כ הרש"ל ביש"ש. ופשוט דאין זה ענין למש"כ הש"ך סי' רצ"א דאף באונס דל"ש אמרי' דדוקא באונס דל"ש לא חילק. אבל הכא איירי בהפשיעה ל"ש. ואולי י"ל בכונת התוס' דלא הזכירו דחיפת שור אלא פן יפול. עפ"י מש"כ הבעל המאור דאף שור פקח נמשך אחר החרשים כשהולכים לפניו והו"ל פושע דימשך אחרי ההולכים לפניו. ואח"כ מסקי אע"כ כו' היינו כמו שדחהו הרמב"ן דאף בזה נזהר הפקח שלא ליפול בבור. ובס' כ"י מיישב דברי התוס' עפ"י רש"י פ"ד ע"ב שכתב דדחיפת שור הוי חולדה דרגל ושכיחא ונכון:

סעיף ל"ו. אם דחפו בו אדם כו'. ובש"ס לענין כופר ול' של עבד שור חייב. והקשו בתוס' והא שור פטור ממיתה כיון שהוא ואדם דחפו דהוי כמו י' בנ"א בי' מקלות כו' וכיון דלא מחייב מיתה לא מיחייב כופר. ומשום זה פירשו דלא מיירי בב"א אלא כ"א בפ"ע. והרשב"א חידש דע"כ לא אמרו אלא בעשרה בנ"א דליכא איש כי יכה כל נפש אבל הכא כיון שדחפוהו ביחד כחד חשבינן לו ודומיא דכי יכרה איש בור דבעינן אחד ולא שנים ואפ"ה כשעקרו אבן אחד בב"א חייבים. דאי לא אדחני י' בי' מקלות ליתני שדקרוהו שנים בב"א דהוי רבותא טפי. והנה הרמב"ם דסתם משמע דס"ל כהרשב"א והה"מ מביא חילוק הרשב"א דמיירי באדם שלא בכונה והו"ל נמי להביא דבריו בזה דמלשון הרמב"ם משמע דמיירי בב"א ולא כמ"ש התוס'. אבל בדרו"ח להגרע"א כתובות פ"ג כתב דממש"כ הרמב"ם פ"ד מרוצח משמע דלא כרשב"א וז"ל וה"ה לשנים שדחפוהו או שכבשוהו לתוך מים או שהיו רבים יושבים ויצא חץ מביניהם והרג כולם פטורים. והביא הגרע"א ראיה להרמב"ם מסנהדרין ע"ד דמדקדק ריב"ש בקרא ולא יהיה היכא משכח"ל דיענש כיון דבמצות שבמיתה הכתוב מדבר. ודילמא קרא הכי מתפרש ונגפו שניהם יחד אם לא יהיה אסון ענוש יענש אחד מהם ור"ל הנרדף ע"ש. אלא דא"א לפרש כן משום דקשה סיפא דקרא ואם יהיה אסון ענוש יענש ואי איתא דשניהם נגפו הוי כהכה י' בנ"א ושניהם פטורים. ולהרשב"א תיקשי. אבל ראיתי בס' אחד לחלק דגם הרמב"ם אינו חולק על הרשב"א דשנים שכבשוהו לחוך המים או שדחפוהו הוי שני פעולות ושני כחות ואילו כבשוהו יחד בכלי דהוא חד פעולה הוי חייבים אבל מה שכבשו אותו כ"א בכח שלו באגרוף או ביד פטורים דאין חילוק בין כת ידיהם למקלות בידיהם. ומזרק חץ דכתב הרמב"ם ודאי אין ראיה דהא אחד זרק כדמשמע בש"ס ואין ידוע מי הוא. ולפי"ז מיושב שפיר בסנהדרין דבזה האופן דנגפוהו גם הרשב"א מודה דפטורים דהוי כי' מקלות:

סעיף ל"ז עד שיעור מה כו'. עיי' סמ"ע שני פירושים ולהחילוק הא' וכן הסכים הקצוה"ח משמע דאף בד' דברים חייב השור אם ברח האדם. ובזה י"ל מה שפסק הרמב"ם פ"ד מחובל הל' י"ב מי שחציו עבד כו' נגחו שור כו'. והקשה הלח"מ והפנ"י גיטין דהא בש"ס קאמר עליה מימרא לרבא לא ס"ל והרמב"ם פסק כרבא ואיך כתב נגחו שור דאין בשור מציאות דין זה. ואם נאמר דהרמב"ם ס"ל כרמ"ה וכן דעת רש"י כמ"ש הקצוה"ח י"ל דנגחו שור לחוד כמ"ש בש"ס לא משכח"ל אליבא דרבא אבל עיקר הדין יש לציין בשור ואדם יחד הכהו דהאדם חייב בד' דברים והשור פטור והאדם ברח דחייב השור. אמנם מה שהכריח הקצוה"ח בדעת רש"י כהרמ"ה מדכתב וא"נ לא התרו בו פטור מדתנא דב"ח כו' וכיון דקלב"מ מדינא חייב ולרש"י אי תפס לא מפקינן מיניה והו"ל כהר"ר

חזקיה. מלבד מה שדחהו הגרע"א פ"ג מכתובות דאין דמיונו מוכרח די"ל דוקא בשור תם שחיובו מסור לב"ד אלא דעכשיו ליכא סמוכים והוי כברח דמ"ל ברח הבע"ד או ברחו השופטים משא"כ בחמ"ש דגם אם משה ושמואל יעמדו לפנינו אין דינו מסור בידם כלל וחייב רק לשמים זה מיקרי אינו חייב כלל בידי אדם. מלבד זאת כתב הש"מ לפרש לרש"י דלא מיירי בדחפו האדם והשור ביחד אלא אדם בפ"ע והשור בפ"ע. ומה שהק' על רש"י דהא פטור דאדם הוא מעליו כן הק' המהרש"א שם. ומש"כ ליישב קושית הטו"א בסנהדרין פ"ז עפ"י מש"כ דלרבנן לגמרי פטור. צ"ע דנהי דלרבנן לגמרי פטור אבל הזקן ממרא שהורה כרבי לא עבדינן החומרא שפיר הקשה הטו"א דעכ"פ כל שלא הרגו אף לרבנן מגיע ממון כיון דתפס.

ובשומ"ש מ"ח ח"א סי' פ"ו מתרץ דכל שקלב"מ והמיתו אותו אין הבנים חייבים דהו"ל כנודר ומת שאין הבנים חייבים. ומש"כ הג"א שמביא הקצוה"ח היינו בזמה"ז שאינו נהרג והוא עצמו חייב לצי"ש [עיי' עירכין ז'] ועוד לפמש"כ הבית יעקב דבטעה וחשב שחייב בדיני אדם ובאמת אינו חייב רק לצי"ש הוי נתינה בטעות וה"נ כשהזקן הורה כרבי ולקח משום דחשב שמגיע לו באמת ולדינא לא היה חייב רק לצי"ש בכה"ג לא מהני חפיסה. והנה בתוס' ב"ק מ"ב ע"ב הקשו ל"ל קרא דבעל אין יורש כופר ת"ל דהו"ל ראוי. עוד הק' דהא יליף בב"ב מפסוק אתר דבעל אין יורש בראוי. אולי י"ל עפ"י שיטת הראב"ד ז"ל מובא בחי' רשב"א ד' מ"ג בהא דיש דמים לבנ"ח הא אין דמים:

למתים. ותירץ דלא אמרו כן אלא לענין יורשים שהנודר כבר מת והטעם לפי שאין היורשים מתחייבים בדמיו עד שעת שומא ומשירשו נכסי אביהם ועכשיו שמת אין היורשים חייבים שהם לא נתחייבו עד עכשיו. אבל לענין כופר ודמים שהמזיק חי משעת המיתה נתחייב ליורשיו. ותורף חילוקו דבמזיק הוי עיקר חיובו ליורשיו וא"כ לא הוי ראוי דהא לא ירשי מכח הניזק רק מחיוב של עצמם והו"א דשפיר בעל יריש כופר דהוי יורש והמזיק מתחייב לו. שו"ר לאח"ז במנ"ח שהאריך בזה לתרץ קושיתם ופילפל שם בשיטת הראב"ד דיש דמים לבנ"ח ופלא שלא ראה דברי הראב"ד הנחמדים שהבאתי. אמנם בתוס' עירכין כ' כתבו בכופר הוא גזה"כ אף דאין דמים למתים וא"כ התוס' ב"ק אזלי כשיטתם ואולי לא ס"ל סברת הראב"ד. ובסברת השומ"ש שהבאתי יש לדון במש"כ דהבנים פטורים בחיוב לצי"ש. דכתב היראים סי' צ"ז [רמזו הגרע"א ב"ק ד' על הגליון דעיקר קרא דעליו ולא על אדם איצטריך לפטור לצי"ש ולא ס"ל סברא זו. ועיי' מפרשי הים מש"כ בדברי הטו"א ובהג' יד איתן סנהדרין שם. ומש"כ הקצוה"ח ליישב האי דדיינים בסי' כ"ה דלא משלמי מדר"נ עפ"י הרמב"ן סו"פ שו"ש. הנה בזה

מיושב גם מה שהקשה השעמ"ש ממכות ג' בעד זומם דמשלם לפי חלקו ול"א כי ליכא לאשתלומי כו' והשעמ"ש תירץ דע"ז שאני דאינו רק קנסא לא קנסיה רחמנא אלא לפי חלקו. וקשה משור ושור פסוהמ"ק שנגחו כו' הא והא בתם כו' אף דקיי"ל פלגא נזקא קנסא. וכן קשה ממרדכי פ"ה רמזו הגר"א כאן דשנים שמסרו אם האחד פטור לפי שהיה מוכה חייב הב' מדר"נ אף דתשלומי מסור קנס הוא כמ"ש המרדכי פרק החובל. אף די"ל דשאני קנסא בגוף התשלומין כמו בתם ומסור לקנס דע"ז דקנס חיצוני הוא והיראים פיקפק בתשלומי ע"ז דלא יהא שייך לאשר רצו להפסידו. אבל הנכון הוא עפ"י חילוק הרמב"ן דאין במציאות שיכול האחד להעיד בלא חבירו ובכה"ג לא אמרי' מדר"נ. ומש"כ המחבר ולפי"ז שור שדחף כו'. משמע דדעתו דדנין נזקי בור בבבל עיי' פת"ש סי' א'. וראיתי בספר חב"י מביא ראיה להמחבר מר"פ המניח גבי המוציא זבלו לרה"ר דקיי"ל כל הקודם בהם זכה ואמר רב הונא הלכה ואין מורין כן ופריך איני והא רב הונא אפקיר חושלא ואי אין גובין נזקי בור בבבל א"כ לא הוי מקשי מידי די"ל בפשיטות דמן הדין דמתני' דאין התקלה מרובה דהרי אם הזיק ישלם לו ואין כאן הפסד ומשו"ה י"ל הדין אין מורין אבל ר"ה דהוי בבבל כדאמרי' סו"פ מרובה אר"ה עשינו עצמינו כא"י לב"ד מכי אתא רב לבבל וכיון דאם יוזקו בו יפסיד דלא מגבינן בבבל וא"כ התקלה מרובה שפיר מורין כן וע"כ דנזקי בור גם בבבל גובין כדעת המחבר. אבל אין ראיה למש"כ המסגרת סי' א' דלר"ה אין חילוק בין סמוכים לאינם סמוכים דהא קץ ידא אף דלא היה סמוך. ובזה אפשר לישב דברי הירושלמי סנהדרין פ"א הל' ב' ר"ה הוי ידע סהדותא לחד בר נש אזיל בעי מידן קמיה וכפר ביה כו' ושרא ר"ה מן האי דינא ואזיל ואסהיד כו' והקשה בחי' פורת יוסף לחו"מ אחרי דקיי"ל דעד הרואה יכול להיות דיין וא"כ למה לא דן ר"ה עצמו עפ"י עדותו. וי"ל כיון דר"ה לא היה סמוך כמ"ש הר"ן נדרים ח' ע"ב וע"ח בשם הירושלמי י"ל דהיה מהדינים שצריכים לזה סמוך ולא באו לפני ר"ה לדין רק לפשר בינם וכאשר כפר הלך ר"ה להעיד לפני ב"ד סמוכים. אולם בעיקר הדבר משמע לכאורה בש"ס דילן דר"ה הי' סמוך עיי' סנהדרין ה' דאמר רבה ברר"ה אנא נקיטנא רשות מאבי מורי ואבי מורי מרב כו' ונקיטת רשות הוי סמיכה. ועתה ראיתי בשבות יעקב ח"א סי' קל"ד חקר אי ר"ה הוי סמוך ובמהדורא בתרא שם מביא דברי המסגרת. והנה הקצוה"ח סי' א' הוכיח מתוס' ב"ק י"ד שכתבו ואע"ג דמתני' לא איירי בקנסות כו' ואי אש ובור בעי מומחין א"כ שפיר מצי קאי אמתני'. ואין ראיה דנמשכו אחר לשון רש"י שהביאו שכתב דיני קנסות ואש ובור הוא משום לא שכיחא וראיתי מי שהקשה לרש"ל דאש לא שכיח מב"מ מ"ב בזוזי דצריפא דאורבני דתחילתו בפשיעה לענין נורא וסופו

באונס לענין גניבה ואי אש לא שכיחא ל"ל לחייב אאונס דגניבה מחמת הפשיעה דנורא דל"ש כמ"ש התוס' פ' שו"ש הפרה. ואין ראיה דשם שכיחי נורא כמ"ש המפ' שם ע"ש. ומה שרמז הש"ך כאן לתוס' פ' כיצד הרגל היינו מש"כ בשמעתא דפי פרה כגון שלקחו חש"ו והשמיטו או פקח ואין לו לשלם כמ"ש, הרא"ש והיינו כמ"ש המע"מ דמדר"נ הוי מחויב וכן רמז הגר"א ולמותר פיקפק בזה השוש"י ע"ש. ובשו"ו ב"ש חחו"מ סי' קל"א מביא ראיה לדעת הי"ח מירושלמי ב"ק ר"נ בתרא הבאתי לשונם בסי' שמ"ח אך לפי מה שכתבתי שם דמיירי במחתרת אין ראיה לזה. ומה שציין הגר"א אות נ' להנמוק"י לכאורה שם מטעם אדם המזיק הוא ואין ראיה לבור וצע"ג: סעיף ל"ח. החופר בור ברה"ר כו'. אבל חופר בור ברשותו ונפל עליו שור והרגו חייב בעל השור ואם הוזק השור פטור בעל הבור. כן הוא רישא דתוספתא והפוסקים השמיטוה ול"י למה:

סימן תיא

סעיף א'. אבל אם נתקל באבן כו'. כן הוא דעת התוס' ורא"ש וכן מורין פשטות דברי הרמב"ם פי"ג מנז"מ שכתב נתקל בקרקע ונחבט בתקלה זו וכ"כ הש"ג בדעתו. אבל הלח"מ כתב דאפשר דלרבותא כתב כן דאע"ג דתחילת ההיזק לא עשאו אלא הקרקע חייב וכ"ש כשנתקל בתקלה ונחבט בקרקע דחייב שעיקר הנזק עשה התקלה. אמנם כוון לדברי הנמוק"י שכתב כן מכש"כ וכן הוכיח הרמב"ן במלחמות מירושלמי פ' המניח שכתב הניח אבנו סכינו ומשאו ברה"ר ובא אחר ונתקל בהם וצלוחיתו בידו בין שנתקל באבן ונחבט בקרקע ובין שנחבט באבן ונתקל בקרקע חייב על נזקי אדם ופטור על נזק הצלוחית. ובנחי"ר כתב דהתוס' ורא"ש גרסי בירושלמי בין שנתקל באבן ונחבט באבן בין שנחבט באבן ונתקל בקרקע [המחבר לא ראה שכן הק' הרמב"ן] וגם דעת הרשב"א כהרמב"ן. אלא מה שכתב שם ואני תמיה למ"ד נתקל פושע הוא למה יתחייב כשנתקל בקרקע ונשוף באבן והרי הוא ניזוק בפשיעתו ונ"ל מכאן דאפי' למ"ד נתקל פושע הוא לאו פושע גמור קאמרי' אלא לאפוקי שאינו אנוס ולא בפשיעה שחייב עליה ש"ח. צ"ע דהא בסו"פ האומנים מוכת דלמ"ד נתקל פושע הוי פושע גמור וחייב ש"ח עליה. והנה הסמ"ע ס"ק ב' כתב לאפוקי שור כו' והב"ח כתב לאפוקי לרב דבלא אפקרינהו משורו למדנו דאינו חייב מתחילתו נ"ש אלא לאחר שנעשה מועד בג' פעמים. ותמהו עליו דהוא נגד דברי התו' ג' ע"ב שכתבו דבאבנו וסכינו ל"ש לחלק בין תם למועד דל"ש אלא בבע"ח [עיי' שוש"י וכ"י] אמנם בירושלמי פ"א איתא ואי הוי ילפינן בור משור הו"א דבור משלם ח"נ כשור הרי דאף באינו בע"ח יש לחלק כן. ודברי הירושלמי צ"ע דבתוס' ד"ה כתבו דבור לא אתי מחד מינייהו ובמכילתא משפטים עביד ג"כ צריכותא דלא יליף בור משור:

סמ"ע ס"ק ט'.
מ"מ כיון דבדידיה הוי כו'. והקשה בתו"ת דהא אמרי' שם בסמוך גללים אפקור מפקר להו. ולכן כתב טעם אחר דלא ממעטינן ולא שור בור אלא במילתא דלא שכיחא כחפירת בור דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה אבל רבץ גללים פושע קרינן בו דהוי ממש כאילו הוא עשאה. והנה תמוה דהא כבר כתבו כן הראשונים לחלק הבעה"מ ריש פירקין כתב כן וכ"כ הראב"ד בש"מ דהוי כנפלה גמלו ולא העמידה ע"ש:

סימן תיב

סעיף א' ואם היתה אפילה כו'. והוסיף הרא"ש וכיון דאפילה היא לא מצי לעיוני ופירש הפ"ח כונתו דלא מירי באופן שלא יוכל לראות כלל דזהו אונס גדול אלא שלא יוכל לראות בניקל. אבל הר"י בש"מ כתב דגם בלילה חייב דהרי יכול לראות באורן של כוכבים אלא בלילה שהיו השמים מתקשרים בעבים. ומשמע באפילה שא"י לראות כלל אבל הרא"ש שם כתב דבלילה חייב ביום פטור והוא כמ"ש הפ"ח בדעתו. ומשמע דאם הולך בעששית המאירה לו חייב דהו"ל לעיוני והנה הד"מ מביא מהנמוק"י דאפי' ברשות אפ"ה הנתקל בו פטור ולא מצאתי דין זה בנמוק"י אדרבה משמע שם דבכה"ג חייב. וגם צ"ע על השמטת הרא"ש דין דקרנא דעצרא והרי"ף הביאה:
סעיף ד' ואם נתכוין כו' שיזיקו אח"כ. משמע אבל מה שלקודם הזכיה לא אבל הנמוק"י כתב דאף באחזיק בהו לאחר דאחזיק דאיגלאי מילתא למפרע דלא אפקרינהו כלל. וחידש עוד דאי זכה במקצת חרסין חייב בנזקי כל החרסין ולא אמרינן הוברו אותן שלא דהפקירא נינהו דנזקין דאורייתא ובדאורייתא אין:
ברירה. והכתונת פסים הקשה בדבריו ובס' כ"י כתב דזה נכנס באי אמרי' הוכיח סופו על תחילתו ולא בגדר ברירה ולהרמב"ם פ"ב משחיטה דספק הוא ה"נ הוי ספק אם חייב בזכה בהחרסים אחר שהזיק.
והרמב"ן במלחמות בסוגיא דראשון חייב בנזקי שני כתב דבסתם לא הפקיר אבל ברשב"א משמע דאף בסתם הוי הפקר וכ"כ הר"ם והמאירי בש"מ. והנה בסמ"ע הק' מסי' ש"ד דבמקום שאינו מדרון פושע הוא. וי"ל עפ"י מש"כ הנמוק"י סו"פ האומנים דאע"ג דש"ש חייב לענין נזקין פטור דשומר צריך ליזהר יותר מנזקין. וי"ל דדוקא בשומר פסק הטור דהוי פושע שלא במקום מדרון ולא בנזקין והנה הנמוק"י כתב דהא דפטרינן נתקל בשעת נפילה לאו דאזיק מכחו דא"כ הוי אדם המזיק וחייב אונס כרצון אלא כשהזיק לאחר שנחו דלא הוי כחו אלא דכ"ז דלא יכול לסלקו מיקרי בשעת נפילה והפוס' סתמו. וראיתי בס' חב"י שכתב דמלשון המחבר כאן לפיכך אם לאחר שנחו שברי הכד הזיקו

כו' משמע בהדיא כהנמוק"י דדוקא בכה"ג פטור אבל בהזיק מכחו חייב. וליתא דהא זה קאי אלאחר נפילה בהפקיר נזקיו ובשעת נפילה סתם המחבר. ואולי משום דהראב"ד והרשב"א פירשו דבכל גונא פטור דנתקל אנוס היא לגמרי. והמאירי כתב ע"ז הסבר נאה דמאחר דאין הנתקל פושע אינו נזק אדם אלא נזק בור ואעפ"י שבשעת נפילה מיהא הוא מזיק הואיל ונפל מעל גבו והזיק בור הוא אלא שאין זה בור המחייב את האדם שכל בור שתחילת עשייתו באונס אינו מחויב בהיזק שיעשה באותה שעה אלא אחר שיונח בקרקע ומתכוין לזכות בהם ואינו חייב אלא במתכוין לשבור שבזו בשעת נפילה הו"ל נזק אדם וחייב אף בכלים:

סעיף ה'. השופך מים ברה"ר כו'. עיי' מה שכתבתי לעיל סי' ח"י סעי' ו' מזה:

סימן תיג

סעיף א' בהגה. וי"א דחייב כו'. זהו דעת הרא"ש שכתב דשנויי דחיקא הוא דמאי קמ"ל בא"ל עמוד דפטור פשיטא וכי לכתחילה ישבור חביתו כדי שיפרענו. וכתב הפנ"י די"ל להיפוך דברמי כשלדא הו"ל כממלא רה"ר חבית דמשבר בידים וכ"ש דרשאי לילך כדרכו ואם יוזק ישלם הלה דיותר יש ליזהר שלא יזיק משלא יוזק כו' ואין לו לחוש לאמירתו עמוד כיון שא"ל רשות בזה. ולקמן אוקמינן דאיירי כשעמד כשלדא. אבל הא דעת הרא"ש לקמן דלא קיי"ל כר"ל דאוקי כשלדא וכן דעת גדולי הפוסי' לעיל סי' שע"ט. ומש"כ הרא"ש כאן ויותר היה חידוש כו' דבהכי מוקמי' מתני' כו' ע"כ צ"ל כמ"ש הפ"ח ועיי' מאה"פ בירושלמי. אבל עיקר קושית הרא"ש י"ל די"ל באופן שלא יוכל בעל החבית כ"כ בקל לעמוד מ"מ פטור בעל הקורה כיון דע"י זהירות כהוגן ה"מ לעמוד ואינו פשוט כ"כ ועיי' ים התלמוד. וכתב בהג' אשרי בשם ר"י שאפי' במקום דאדם נקרא פושע וחייב בנזקו אין נקרא שור פושע לענין שאם הזיקוהו אחרים שנאמר איהו גרים לנפשיה ויהיה פטור מי שהזיקוהו אלא ודאי חייב. נראה שמקורו מירושלמי פ"ג הל' ה' נפלו אין אונסין לבהמה וע"ש בפ"מ ובנתי"ר:

סעיף ב'. אבל אם הוזק כו' אין אני הכורה אותו כו'. וכתב הרמב"ן במלחמות מובא בבהגר"א דהוי כבא אחר והוציא סכינו ומשאו לרה"ר דאין עליו לסלקן.

והעיר בבהגר"א מסי' ת"י סעי' ו' ע"ש. ובערוך השולחן מחלק דזהו רק בבור ברשותו אבל ברה"ר לאו עליה רמי לכסות הבור וה"נ אעפ"י שמשאו לא הפקיר מ"מ אין לנו לחייבו על מה שלא הקים משאו מרה"ר. אבל מה יענה למש"כ הטור סוס"י חט"ז שאפי' אם אחר מניח את כליו ברה"ר במקום שיכולים להזיק חייב בעל הכלי לסלקו. ומש"כ עוד הערוך השולחן על הש"ג שכתב בדעת הרמב"ם שהראשון חייב בנזקי כולם דלמה

יתחייב בשל אחרים כן דחהו בדרישה ועיי' באה"ג אות ט' מה שפירש בדברי הראב"ד וגם הרמב"ן במלחמות כתב להדיא דלא כהש"ג:

סעיף ג'. וי"א דדוקא כו'. זהו לפמש"כ הב"י בדעת הרא"ש ולחומרא. אבל הטור כתב שניהם לרוחב או באלכסון ופירש הש"ג בדעתו דפסק כר"פ וכן נראה ממש"כ הטור ברמזים כשלדא לבד והיינו כר"פ דל"פ ארב זביד. ובדעת הרמ"ה שרמז הטור פירש הש"ג כסמיותא פירוש חדש דחייב הראשון שנמשכים אחריו משום מזיק וכמ"ש הנמוק"י בנשבר כדו דכל שהזיק מכחו בשעת נפילתו כאדם המזיק חשיב וכתב דכו"ע מודים בזה. ולפי"ז היה אפשר ליישב גירסא הישנה בטור אם לא היה מוטל כו' ולא קשה קושית הב"י דהיאך יתכן כו' דלהרמ"ה לפירוש הש"ג יתכן. וגם י"ל כן מהרי"ף. אלא דבעיקר הנחת הש"ג דהכל מודים בזה כתבתי לעיל דהראב"ד ורשב"א חולקים על הנמוק"י ועיי' עוד שם בש"מ מש"כ בזה:

סימן תיד

סעיף י"א בהגה. מיהו י"א כו'. בטעם הרמב"ם כתבו דפסק כר"א עיי' בהגר"א. ומלבד מה שהק' בהג' רש"ש ע"ז דהא ר"ה אמר משמיה דרב בהדיא דהלכה ואין מורין כן וזה ודאי דהלכה כרב נגד ראב"א. עוד זאת דמראב"א אין ראיה כדמסיק דמותרין הווי. ועיי' מרה"פ בירושלמי:

סעיף ב'.

ואעפ"כ אם הזיק כו'. הש"ג פ' בתרא דב"מ תמה על הטור מנ"ל דין זה. ועיי' בהגר"א שתירץ בזה קושית תוס' כ"א. והתוס' שלא תירצו כן אזלי לשיטתם כאן בד"ה אפילו דתירצו לאחר ל' יום ולא תירצו לאחר שהזיקו משמע דלא ס"ל כן. והנה כדברי הטור מצאתי בש"מ בשם הרא"ש וכ"כ בהג"א. וי"ל עוד לפירוש הב' ברש"י מתני' דרשב"ג מוסיף אפי' ברשות ואפ"ה כל הקודם בהם זכה. והנה הגרע"א הק' בש"ם למאי דס"ד שלא לחלק בין יש שבת לאין בו שבח קנסו גופו הו"ל למיפרך ממתני' י"ט אכלה מתוך הרחבה כו' הא הפירות הן הפקר וי"ל דאף להס"ד היינו בדבר שיקרה שמוציאים אף דלא שכיח כ"כ כמו זבל דלפעמים מוציאים לפי שצר לו המקום לכך קנסוהו אבל פירות ל"ש כלל להוציא ברה"ר לא קנסו:

סימן תטו

סעיף א'. ואם גדר בקוצים כו' מלשון זה משמע דדוקא בגדר פטור מצמצם ולא במצניע וכ"מ מלשון הטור. אבל מש"ס משמע דאף על מצניע קאי דפטור מצמצם וכ"נ מהג' אשרי ע"ש. והנה הנמוק"י כתב דבמפריח נזוקין אף בעוברים כדרכם. ובהג' מלא הרועים

כתב דבמפריח חייב אף בנתחכך משום תחילתו בפשיעה לענין כדרכו. וצ"ע אם זה מיקרי תחילתו בפשיעה:

סעיף ב' בהגה. ואם הזיקו בשעת נפילה כו'. מדברי הנמוק"י. וכן משמע לשון התוספתא שכתב ובא אחד וניזק בהם דמשמע להדיא דרק אאחר נפילה קאי. והב"ח דייק כן מהרא"ש ובבאה"ג דחהו ואין שום טעם בתמיהתו להמעיי' בלשון הב"ח בפנים. וגם מש"כ הבאה"ג לדחות דמיון הנמוק"י להא דסי' תכ"א סעי' ו' דהתם ליכא למשתלם מאינש אחרינא. המעיין בש"מ שם יראה דמפרש שנתנו אדם אחר בחיקו כשישן. ומש"כ עוד בהגה ואם סתרה כו' עיי' מה שכתבתי לעיל סי' ת"י סעי' כ"ט:

סימן תטז

סוסע"י בהגה. וכ"ז שבנאה כו'. בירושלמי ר"פ הכונס הקשה פשיטא ותירץ דהחידוש הוא אף אם היו ג' כתלים בריאים ונפלו ע"י הרוח אפ"ה חייב, והפוס' השמיטו. והנועם ירושלמי שם כתב דשיטת הירושלמי דחובב"ב חייב אף שלא בא האונס ע"י פשיעה דלא כש"ס דילן. וזה י"ל נמי בטעם השמטת הפוס'. אבל אינו מוכרח די"ל דגם שם בא האונס ע"י הפשיעה דאם היה הבנין כולו בריא לא היה הרוח מפילם והכותל הג' הרעוע גרמה לזה וצ"ע:

סימן תיז

סעיף א'.

שמא תפחת כו'. וכתב הנמוק"י ה"ד במקום שרגלי הבהמות והחיות מצוים שם כגון באמצע אבל מן הצד ליכא למיחש דמפחית. והפוס' סתמו ועיי' ד' נ"ב וצ"ע:

סעיף ב'. לרה"ר כו', ובטור אבל במבוי יכול להוציאו כו'. והעלה הב"ח בדעת הרמ"ה דע"כ במבוי מפולש קאמר. ובזה תורת אמת בפיו שכן כתב להדיא ביד רמה לב"ב סו"פ חזקת וא"צ למש"כ בפרישה בזה בסי' קנ"ה. אלא מה שכתב הב"ח בפירוש הש"ס סו"פ מרובה ע"ש. לפי"ז קשה דהרמב"ם פ"ז מהל' ביה"ב כתב רק הטעם דחשש טומאה. ולהב"ח הא נ"מ גם בטעם הב' דעולי רגלים דאף למטה אסור ולמה השמיטו. והנה באמת קשה בש"ס גופא ל"ל הטעם דעולי רגלים הא משום יושבי:

ירושלים גופא נמי אסור. וצ"ל דבירושלים אסור אף בכונס תוך שלו דבמדינה שרי ובירושלים אסור משום חשש טומאה ומשום עולי רגלים דהדחק גדול מעולי רגלים ויכנסו שם. ומש"כ הב"ח דמיירי שם במבוי שאינו מפולש. מלבד דפשטות הש"ס ל"מ כן הא ברמב"ם מפורש כתב ברה"ר. [כעת נדפס שו"ת דברי מלכיאל ח"ג וראיתי שם סי' ל' האריך בזה ע"ש] ומש"כ המחבר ה"ז מוציא כל זמן שירצה כתב הנמוק"י דמ"מ

לא יוציא אלא למעלה מגמל ורוכבו כיון שמשתמשים רבים באותה רווחא שהניח לא שבקינן לו למיעבד ביה תקלה. וצע"ג דסותר למש"כ שם תחילה דלמעלה מוציאין אף לכתחילה ומש"כ המחבר שכל מיצר כו' עיי' מש"כ לעיל בזה סי' שע"ז. כעת מצאתי ביד רמה ב"ב ק' שחולק על התוס' שכתבו שם דוקא שביל כו' והוא כתב דגם רבנן ס"ל בדרך דנקנה בהילוך וזהו כדעת התוס' הסותמים. ושו"ת ב"ש שרמזתי שם לא ראה תשו' הפנ"י המובא בפת"ש שם:

סעיף ג'. ה"ז בחזקתה. וכתב הב"י בשם רי"ו דאם יש עדים שכך היתה מתחילה רה"ר לא טענינן ללוקח וכ"כ ביד רמה. ובשו"ע השמיטו ואולי משום דפשוט היא. כתב הב"י בשם רשב"א בתשו' ראובן היה לו כו' תשו' זה שטען שמעון כו' והנה הד"מ סי' כ"ח מביא מהרשב"א דבמחזיק מקבלין עדות שלא בפני המערער. ולכאורה סותר למש"כ כאן בתשו' וע"כ צ"ל כמ"ש שם התומים והנתי' ע"ש. ובשו"ת פור"י מביא חקירת הראש יוסף בעדים כיון שהגיד א"ח ומגיד כסי' כ"ט אם נשבעין אח"כ בהגדה האחרונה אי מהימני. וחתר למצוא ראיה מפ' נגמר הדין ברש"י בעובדא דשב"ש ע"ש. ולפנינו הוא מפורש בתשו' הרשב"א שכתב דאף שמגידים עתה עפ"י החרם א"ת ומגידים:

סעיף ד'. ומניחים מקום פנוי כו'. לעיל סי' רל"א סעי' י"ז כתב מהרמב"ם ד' אמות כו' והסמוכות לשפת הנהר כו' ומשמע דסמוכות לשפת הנהר ג"כ די בד"א וכן הוא לשון הש"ס וכאן כתב לשון הרמב"ם מניחים מקום כו' ולא כתב שיעור. ע"כ נ"ל דהרמב"ם מפרש שם בש"ס דד"א דאנהרא דקאמר ר"ל בנהר שאין הולכין בו ספינות רק לתועלת בני עיר ולכך די בד"א ואח"כ קאמר מכריז כו' ר"ל בנהר העשוי להילוך ספינות אין בו שיעור רק כפי הצורך וכפי המנהג וע"כ סתם כאן ולא כפי' התוס' שם. והנה בש"ס ב"מ ק"ח האי מאן דאחזיק ברקתא דנהרא חציפא הוי סלוקי לא מסלקינן ליה. והפוס' השמיטו זה. והיה א"ל משום דלפי"מ דקיי"ל מיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו אין ה"נ דמסלקינן לו. ואף דרש"י פירש שמקלקל מקום לרבים ומשמע דאינו מקלקל כל המקום אלא מעט ולפי"ז למאי דקיי"ל כריו"ח ב"ב ס' דאם כנס הכתלים לתוך שלו אינו מחזיר משום מיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו אף דנשאר מקום ולבד זה ל"ד לשם ואף לר"ל הכא אסור משום דכל פורתא ופורתא חזיא לפירוק משא. אבל לפמש"כ הרשב"א דבניתן ממושלי הארץ הוי כניתן על תנאי כפי ביאור הב"א מובא בפת"ש א"כ התם נמי דהוי של הפקר ומשלמים מס הוי כניתן על תנאי ול"ש בו מיצר כו' וי"ל דמשום זה אינו מפרש רש"י שם בסיפא והאידנא דכתבי פרסאי כתוס' אף דפשוט יותר משום

דלידידיה דמפרש דהפקר הוא מסלקינן לו נמי בכה"ג כיון דהוי הפקר והתוס' נראה דמפרשי דלא הוי הפקר גמור וי"ל:

סעיף ה'. אבל גובלים כו'. משמע דאף בימות החמה כסי' תי"ד סעי' ב' בהגה ע"ש:

סימן תיח

סעיף ד' בהגה. אפי' כ"ש כו'. שיטת הטור. ותמה בלח"מ ובהגר"א דהא בברייתא תני ח' אמות. אבל מלשון רש"י משמע כהטור דכתב בנהר הואיל והוא רחב משמע דבאריתא היא קצר וכ"כ רש"י נ' בההוא תורא דנפל לאריתא דדלאי דהיינו אמת המים וכתב דלכך נקראת אמה שרחבה אמה וכ"כ רשב"ם ב"ב שם צ"ט והרא"ש שכתב דה"ה אריתא אין ה"נ שדעת הרא"ש ב"ב שם כהרשב"ם שדי באמה ועיי' טור רס"י רי"ז ובמפרשים. ובש"ס נחלקו מאי שלולית והרמב"ם סתם. והיינו כמ"ש הרא"ה בש"מ דרק גבי פאה נחלקו אבל בנזקין בכל גונא הוי הפסק. אבל הי"ש כתב דמחלוקתם נמי בנזקין ואין הס' בידי כעת:

סעיף ח'. חייב לשלם והמשלח פטור. מזה הק' בגליון ירושלמי על שיטת רש"י דבממון שאינו שלו פטור וכבר הק' כן בפנ"י ומחלק ועיי' ש"מ עוד חילוק. ומש"כ הפת"ש בשם הב"ש דבאלם או שאין לו מה לשלם פטור הנה בש"מ במתני' כתב המאירי דבכה"ג חייב המשלח בד"ש ע"ש:

סעיף ו'. הראשון חייב. צל"ע דסתם המחבר דהא מגדולי הפוס' יש שפירשו שם מאי קעביד וישלם כ"א חלקו ואף דתוס' הק' ע"ז חילקו הרשב"א ועוד מהראשונים בש"מ דהשליך חבילה גדולה ואמאי סתמו והא בחבילה גדולה גם האחרון חייב. שוב לאח"ז ראיתי להמהר"ם שיק שעמד בזה בשם המנ"ח ומיישב עפ"י מש"כ רש"י בסוגיא דאשו דעיקר החיוב נגמר בהתחלת הדליקה ואפי' מת אח"כ וא"כ השני מיחשוב כשרף דבר הנשרף וי"ל עוד:

סעיף י"ב. ואפי' הוא נר חנוכה. הפנים מאירות סי' מ"ז הק' דש"ס שבת כ"א כל השו"ט אליבא דר"י אבל לת"ק י"ל דלהכי חייב משום דה"ל לאנוחי למעלה מי' והשו"ע דפסק כאן כרבנן איך פסק באור"ח סי' תרע"א דמצוה להניחה בתוך י'. ונ"ל דבפ' הכונס אמר ש"מ מדר"י כו' ובשבת שם איתא זאת אומרת כו' ולא הוזכר ר"י ונראה דש"ס שבת מפרש טעמא דהחולקים כמ"ש הרמב"ם דאף דברשות מ"מ הו"ל לשמור שלא יזיק ודייק מתרויהו אף מרבנן דכל טעמם הוא משום הו"ל לשמור הא בלא"ה הוי פטור משום מצוה ואף דבבב"ק כתב ר"י היינו משום דעיקר הדיוק הוא יותר מר"י. וחותני זצ"ל חקר אם דלקה יותר מהשיעור אי נמי פטור בזה. כעת נדפס ספר עולת שמואל וראיתי שם

בסי' נ"ז שחקר בזה. ומש"כ בהגה ואם הגמל סכסך האש כו', עיי' ב"ח שכתב ואם הניח חנוני כו' מיהו בהולך ומסכסך אף בעל הגמל חייב וכ"א משלם מחצה דמי הבירה כו' אולם הב"י כתב בשם ר"י וז"ל כתבו המפ' אין בעל הבהמה שם בעל הבהמה משלם מחצה וחנוני שהניח נרו מבחוץ משלם מחצה. משמע דאם בעל הבהמה שם משלם הכל. ובש"מ כ"ד ד"ה והא מביא בשם רבינו ישעי' שני הסברות וז"ל ותימה דלק' גבי כלב כו' אע"ג שגם שם בעל הכלב פשע כו' ואור"י דלקמן גרסינן וליחייב נמי בעל הגחלת כו' וכ"כ הכא לחייבו שניהם כו' עוד רצה ר"י לחלק כו' וה"נ גבי גמל יש לנו לחייב בעל הגמל שעומד בצד בהמתו ומכח בהמתו נעשה כל ההיזק:

סעיף י"ג. וכלו חציו כגון שנפל כו'. והנה הק' המפ' על השמטת הרמב"ם זה עיי' בהגר"א. אולי י"ל דבמ"ש בש"ס היכי משכח"ל פירשו כל הראשונים משום דבאדם המזיק אין חילוק בין שוגג למזיד ואף גם בישן חייב עיי' ש"מ. ולפי"ז למה דפסק הרמב"ם פ"א מחובל דאונס גמור פטור באדם מובא לק' סי' חכ"א סעי' ד' [והוא מירושלמי ועיי' תוס' ר"פ המניח] א"כ שפיר משכח"ל גם באדם. ואביי דקשיא ליה כן אולי ס"ל דגם באונס גמור חייב וכן דעת הרמב"ן מובא במחנ"א הל' נז"מ אבל לדידן י"ל דטמון הוי כאונס גמור דלא הוי סליק אדעתיה וכמ"ש הראשונים בסוגיא דטמון. ועוד י"ל דלרבא לטעמו ל"ק דגם בשל חבירו פטור טמון והיינו ע"כ משום גזה"כ וא"כ לק"מ וכמ"ש בש"מ אבל אביי י"ל דס"ל כר"כ לק' דמדליק בשל חבירו חייב בכל ענין ולדידיה הוא מסברא שפיר קשיא ליה ועיי' תוס' לק' ס"א ע"ב ד"ה אלא ובמלחמות שם. ומש"כ בש"ך ס"ק ו' דבאין דרך להניחו אפי' ידוע שהיה שם פטור. אבל מ"מ רואים אותו מקום כאילו היה מלא תבואה כ"כ רש"ל בשם המ"מ וכן מצאתי מפורש בפירוש המשנה להרמב"ם. והנה בטור ושו"ע השמיטו הא דגדי ועבד וז"ל הרמב"ם פי"ד מנז"מ הל' י' המדליק בתוך שדה ויצאתה האש ונאכל הגדיש והיה גדי כפות לו ועבד סמוך לו ונשרף עמו חייב שכן דרך בנ"א לעשות בגדיש. וכתב המ"מ בכונתו עפ"י מ"ש התוס' כ"ב ע"ב בשם ר"ת דס"ד למיפטריה כמו דפטרינן טמון באש וס"ד דכל דבר דלאו אורחיה הכי לאו כעין קמה הוא ופטור וקמ"ל דאפ"ה חייב ובהשגות וז"ל א"י מהו דהכא לאו בטמון מיירי:

וראיתי במנ"ח שכתב דמוכח מדעת הה"מ דאם אין דרך להיות בגדיש אף בגלוי פטור כמ"ש, התוס' בהס"ד כיון דלא הוי כעין קמה אך גדיש דרכו בכך. וא"כ תמוה דאם דרכו להיות בגדיש והוא גלוי למה כתב הרמב"ם המדליק בתוך שדה חבירו כו' אפי' אם מדליק בתוך שלו נמי חייב כיון דהוא גלוי ואורחיה בכך הו"ל כעין קמה ואפי' בתוך שלו הוא חייב. וכתב דזהו כונת הראב"ד כיון דמשנה של גדי לאו בטמון איירי

ואורחיה בכך הו"ל אש שמדליק בשדה שלו נמי חייב ודברי הראב"ד נכונים ודברי הר"מ תמוהים ונראה דדברי הרמב"ם וראב"ד נכונים. והוא דע"כ צ"ל דהרמב"ם מפרש למתני' דעבד וגדי בטמון וכן פי' הרא"ה בש"מ דקמ"ל דאע"ג דמצד שהוא עומד אינו רואהו לא חשבינן להאי טמון כיון דאפשר לראותו בשום צד. אבל להרמב"ם צ"ל דזה מיחשב טמון כיון דלא חזי ליה עתה וקמ"ל דאע"ג דעמון הוא חייב כיון דדרכו בכך, הוי כמוריגים וכלי בקר דחייב במדליק בשדה חבירו וההי"מ דהביא לדברי התוס' אף דהם פירשו דאיירי בגלוי כונתו רק להביא ראיה לזה שכתב הרמב"ם דהוי דרכו בכך אבל לא בעיקר הפירוש דמתני' דלדידהו מיירי בגלוי ולהרמב"ם בטמון. והראב"ד מפרש לה כהתוס' דאיירי בגלוי. וב"ה לאחר שעלה על דעתי זאת חפשתי בספרים ומצאתי בפנ"י במתני' שכתב וז"ל היה גדי כפות לו כו' כו' למאי דמסקינן דבמדליק בתוך שלו איירי בבא דרישא ופטרו רבנן אפי' במה שדרכו להיות בגדיש א"כ צ"ל דהכא דמחייבינן על הגדי היינו בחזי ליה, המדליק דלאו טמון הוא. אבל מלשון הרמב"ם משמע דאיירי דלא חזי ליה המדליק ובמדליק בשל חבירו הרי להדיא כמש"כ. ובעבד כפות לו וגדי סמוך לו פטור וחקר הר"מ בש"מ בהיה העבד ישן אי מחייב מי אמרי' דהו"ל לאיתעורי אי לא. ובאמת הוא תוספתא ערוכה פ"ו הל' י"ג היה אדם ישן בתוכו ודלק אפי' שוגג פטור מפני שנדון בנפשו. וכתב עוד בש"מ דבנשרף הגדי והגדיש ראשונים ואח"כ נשרף העבד חייב אגדי ואגדיש ובאין ידוע או שנשרף הכל כאחד פטור מתשלומין [עיי' מש"כ לעיל סי' שנ"א] ועיי' מג"א אור"ת סי' רע"ח שחקר בספק קלב"מ אי פטור מתשלומין ועיי' שם בפרמ"ג. והרי מבואר כאן דפטור אלא מרש"י ב"ק ל"ה ע"א ד"ה ומנא כו' מבואר דספק קלב"מ חייב ועיי' שו"ת שאילת שמואל סי' כ"ב שהאריך בחקירה זו. וח"א כתב בספרו כיון דהפטור מממון היכא דלא עבדינן החומרא הוא מהיקש דתנא דב"ת מה מכה כו' אף מכה אדם וא"כ י"ל דאין לפטור ממון בלא עבדי' החומרא אלא באיכא חיוב דכוותיה במכה בהמה כמו שוגג ואין מתכוין אבל היכא דהפטור ממיתה הוא מחנות ספק אם נתחייב מיתה דכוותיה במכה בהמה בספק אם עשה ההיזק דודאי פטור ובזה יש לדון בחקירת הגרע"א בחי' כתובות פ"ג אם חייבי מיתות אונסין פטורין מתשלומין ע"ש ברש"י ותוס' ל' ע"ב די"ל דהא מכה בהמה כה"ג חייב באונס דאדם מועד לעולם אבל י"ל ואכ"מ. והמהר"ם שיק כתב לדון עפ"י קושית הר"י באסאן למה אמרי' ספק ממונא לקולא הא הוי ספק גזל. ותירץ דגם אם ישלם הוי ספק גזל אצל המקבל וכאן אפי' אם מת ע"י הכאה ופטור משום קלב"מ הא חייב לציי"ש ואי תפס לא מפקינן וא"כ אצל המוכה אינו ספק גזל ואצל המכה הוי ספק גזל. גם לטעם הקצוה"ח בקונטרס הספיקות

דיש חזקת פטור למוחזק איכ"ל כאן כיון דאם תפס לא מפקינן מיניה ובב"מ ו' ע"ב דאי תקפה אין מוציאין נמצא זה פוטר בממונו של כהן דלא מיקרי ממונו וי"ל. והנה הרמב"ם פ"ג מרוצח פסק כפתו והניחו בחמה פטור משמע אפי' הזיזו ממקומו והניחו שם פטור ולהתוס' ב"ק כ"ו וסנהדרין ע"ז הוי זה כמ"ד אשו משום חציו ומשמע דס"ל להרמב"ם דלמ"ד אשו משום חציו פטור ממיתה והק' במנ"ח למה פסק במדליק גדיש ועבד כפות וגדי סמוך ונשרף פטור והטעם משום קלב"מ כמבואר בש"ס וכתב דע"כ לומר אף דאין חייב מיתה בידי"א לדעת הרמב"ם מ"מ הו"ל רודף שניתן להצילו בנפשו ואף דאין חיוב מיתה עליו אח"כ דהו"ל גורם וכ"כ הרשב"א דהו"ל רודף וצל"ע דהא רודף ביכול להצילו מאיבריו אין מצילין אותו בנפשו וה"נ הא בשעה שיהרגו אותו יכולים הם לכבות הדליקה או לחתוך הקשר שהעבד כפות בו ועוד דבמה שיהרגו המדליק לא יצילו את העבד. שו"ר בתוס' כ"ב ע"ב ד"ה בגדי כו' ותירץ הרר"י בר"מ כו' וכתב המהר"ם לובלין דהא דהכא אינו מתורץ בחילוקו. והפנ"י כתב דהך דהכא נמי א"ש דהו"ל רודף. ולא ראה ברשב"א אבל בכ"ז המהרמ"ל לא ניחא ליה שיהא כאן דין רודף וכמש"כ: סעיף י"ד בהגה. דהיינו שעשה כו'. ופירש הסמ"ע דה"ד במדליק בתוך שלו אבל מהש"מ בשם הר"מ משמע דאירי נמי בשל חבירו שכתב דאם אדליק בידים משלם הכל דהוי מזיק. אבל מדליק בשל חבירו לא הוי מזיק כמ"ש הפנ"י והרבותא הוא כמ"ש המנ"ח אף דאדליק המשאיל ברשות ששאל להשואל דהו"ל עתה רשות השואל ובכה"ג ברשות חבירו חייב על טמון מ"מ בכה"ג פטור כיון שהוא שלא ברשות ולא הוי מזיק בידים אם כלו חציו. והנה המנ"ח נגע בקצרה כדרכו בגדיש של חיטים וחיפם בשעורים אי הוי טמון ואף דהוי מין במינו מ"מ קיי"ל דמין במינו ג"כ הוי טמון כמ"ש הרמב"ם פ"ט מרוצח וגם אפשר הו"ל שלא במינו א"כ כיון דהחטים הו"ל טמון א"ת על החטים רק דמי שעורים כמו שנראה שיעור המקום. מש"כ לדברי הרמב"ם מקורו מש"ס סוטה מ"ה ע"א ב' חללים זעג"ז אי מב"מ הוי טמון אי לא ומסיק דהוי טמון וכ"פ הרמב"ם ומזה רוצה לדמות לנד"ד. והנה בש"ס נ"ו טמון איתמר ופירש הרמב"ם בפי"ד מנז"מ שטמן קמתו של חבירו בעפר או בתבן ואף דתבן בקמה הו"ל מין במינו עכ"ז הוי טמון. אבל רש"י שם פירש שכסהו בסדינים משמע דס"ל דמב"מ לא הוי טמון. ולכאורה היה נ"ל דאין דמיון לשם דשם הוי דוקא בשני חללים אבל בתבואה או בעמרים כשמניחם זעג"ז הוי כגוף אחד ול"ח טמון אבל מרש"י כ"ג ע"א דפירש דתן לעולם בטמון נכנס ומזיק משמע דלא ס"ל לחלק בכך ואף בגוף אחד מיקרי טמון וגם מב"מ כהתם דהוי גוף אחד. והנה באמת כבר עמד בש"מ בהא דחטים וחיפם בשעורים דהא הוי טמון ואפי'

דמי שעורים לא ישלם ומשני מידי דהוי אמקום כלים דרואין אותם כאילו מלא תבואה. ובש"מ במתני' כתב הרא"ה כיון שידוע לכל והכל סבורים שהגדיש מלא תבואה להכי לא חשיב העומרים שבתוכו טמון. ולפי"ז ל"ד לשם דהכא העיקר בידיעה תליא מילתא אף דטמון הוא כיון דהוא דבר דהכל יודעים בו חייב. אף שהנמוק"י במתני' לכאורה משמע דלא בעינן שיהא ידוע לכל רק להמזיק לחוד די שכן כתב שהרי יודע שיש שם חטים או שעורים י"ל שהוא ט"ס וצ"ל ידוע כהרא"ה ועיי' שו"ת רע"א סי' מ"ה ועיי' בזה בר"ש פאה פ"ו משנה י' ובשנ"א שם ובנחי"ר על ירושלמי ב"ק הכונס:

סעיף ט"ז. והלך וכיסה כו'. לשון הרמב"ם בתבן או בעפר. נראה שדיקדק כן משום דבכל טמון צריך לשלם בעד הטמון כפי הדבר הגלוי וא"כ אין זה הפסד אם הדבר הגלוי שוה כהטמון לכך כתב תבן או עפר. ובמתכוין לטובה אם חייב מחולקים בזה התוס' והמפ' עיי' ש"מ. ומרש"י משמע דהבעל הבערה עצמו אם עשה טמון פטור שכ"כ והוא לא שלח את הבעירה:

סעיף י"ח. הניח לחבירו כו'. ול"ד על לבו אלא ה"ה לאחד משאר איבריו כ"כ הראשונים בש"מ. והנה הט"ז רס"י הק' דהא בבהמה נמי איכא צעב"ח. ולק"מ דאין זה מוטל על הבעלים יותר מעל שאר בנ"א וכ"כ תלמידי הר"פ בפירוש האי בעיא. ועוד דבמיתת בהמה י"ל דאין בזה משום צעב"ח כמ"ש התה"ד סי' ק"ב ועיי' נוב"ת חיור"ד סי' ו' דל"ש צעב"ח בלהמית, ומה שהק' הש"ך על מה שחידש הסמ"ע בתשו' כו' לק"מ דכבר כתב הריטב"א מובא במחנ"א הל' נז"מ סי' ז' דהא דשלח את הבעירה ביד חש"ו דפטור, דוקא בשלא א"ל להדליק אבל בא"ל להזיק חייב וכתב המחנ"א משום דברי היזיקא ומובא גם בש"מ ב"מ.

ומש"כ בהגה וי"א דוקא בשור כפות כו' עיי' ש"מ כ"ג ד"ה ולענין כו' כתב המאירי וז"ל ד' דברים אלו שנתחייב בהם י"א דוקא בכפות הא אינו כפות פטור שהיה לו לברוח וי"א שלא נאמר היה לו לברוח אלא לענין מיתה הא לענין נזקין חייב:

סימן תיט

סעיף א' גובים מהמטלטלים. והנה הש"ך האריך להוכיח דגובין מטלטלין בע"כ של מזיק ודחה פסק ר"ת. ולענ"ד דבריו צע"ג כי הראיה העיקרית: שלו הוא מש"ס ב"ק י"ד ע"ב ע"ש דמפרש לה לדרכו. אבל לפנינו בש"מ שם מביא הרא"ש פי' ר"ת דמפרש לה שפיר לדרכו ע"ש היטב דכל הקושיא מישיב הוא רק לר"ה בדר"י לשיטתו דבלא"ה י"ל אליבא דר"ה לעיל דאו כסף או מיטב שפיר יש לפרש דל"ל למזיק כסף אלא קרקע ומטלטלין ורוצה לשלם מטלטלין אין ב"ד נזקקין אלא לנכסים שיש להם אחריות אלא

לדידך דכל מילי מיטב הוא ל"ל כן וע"ש פירוש הר"ש וא"כ לק"מ מר"ת לכאן דפסק כר"ה או כסף או מיטב. ומש"כ ראיה מהרמב"ם שכתב כשב"ד נזקקין כו' מצאתי במאירי ט' ע"א מובא בש"מ שמביא ראיה זו ודחהו שאין הכונה כדבריהם אלא שתהא הבחירה ביד המזיק ופסק כן דתלוי ברצון המזיק ועיי' ט"ז והדבר צ"ע. ומש"כ הש"ך בשם בעה"ת בדברי ר"ת צ"ע בגוף הספר כי במרדכי פ"ק דב"ק מובא בשם ר"ת וכבר עמד ע"ז בשל"ג שסותר פסקו למש"כ התוס' בשמו ובגליון מרדכי כתב דבבעה"ת לא נזכר ר"ת ולכן צ"ע. ומש"כ עוד בס"ק ג' דלא מצינו ר"כ תלמידו דרבא תמהני שלא הביא דברי זקינו המע"ח שכתב במקומו על הרא"ש דאינו ר"כ שהיה בימי רב והוא קיצר אבל כן כתבו תוס' קדושין ת' ע"א וחולין קל"ב דתרי ר"כ הוי, ויותר פלא על הש"ך הלא כן הוא בש"ס ב"ק מ"א להדיא ר"כ משמיה דרבא אמר והוא ר"כ שהיה בימי רב אשי כדאיתא שם כ"ד ע"ב אר"א אמריתא לשמעתא קמיה דר"כ. ומש"כ עוד להק' על הרא"ש דהא ר"פ ור"ה בריה דר"י הוי בתראי טפי מרבא עיי' סוכה ט"ו משמע דהוי קדמי ליה ועיי' ספר מאיר עיני חכמים מש"כ בזה. ומש"כ הש"ך להק' על רש"י מד' ט' ע"א דפריך אי דל"ל פשיטא. ראיתי בחידושי שבות יעקב ב"ק שכתב דלק"מ דהא דפריך פשיטא היינו לפי מה דפשיט מברייתא ישיב לרבות שוה כסף שגובה ממטלטלין א"כ מאי רבותא שוב דאפי' סובין כיון דל"ל פשיטא דצריך ליטול אפי' סובין. ובזה הצדק עם הש"ך דפשט הגמ' משמע דפריך על גוף הריבוי דישיב לרבות שוה כסף וכ"מ ממה שהק' הראשונים בש"מ ע"ש אבל בלא זה יש לדחות עיי' ס' חב"י בזה. והנה הא"מ סי' כ"ז הביא דברי הרשב"א שכתב דבע"ע צריך לרבות ש"כ לפי שהוא בע"כ של אדון וגבי נזקין משום דכתיב מיטב שדהו כסף דכתיב ביה כסף דוקא. והקשה עליו ת"ל דגבי נזקין נמי דאע"ג דהניזק אינו מרוצה בש"כ ורוצה כסף דוקא יהיב ליה ש"כ. וכן הק' השעהמ"ל פי"ג מאישות. וי"ל דדעת הרשב"א דביש לו כסף צריך ליתן לו דוקא כסף כמ"ש הרא"ש בתירוץ הא'. אמנם בעיקר קושייתם נ"ל דלק"מ. דכונת הרשב"א בע"ע עיקר הפדיה היא בע"כ של אדון דאינו רוצה שהעבד יהא מגרע פדיונו ולכך צריך ריבוי. אבל תשלומי נזקין הא עיקר הפרעון הוא מדעתו של ניזק ורק על סדר התשלום מדברים. שו"ר לאח"ז במקנה בקו"א שכתב סברא זו בדעת הרא"ש שס"ל כן לחלק. ובזה נדתה ראיות הישועי"ק שם מרא"ש קדושין וב"ב ע"ש. דלמש"כ המקנה בדעת הרא"ש אין ראיה:

סעיף ב'. אלא צריך כו'. עיי' סמ"ע וש"ך ובתומים סי' ק"ב מסכים להסמ"ע ע"ש ובפסקי המאירי בש"מ ב"ק ז' חולק על הרא"ש דאף בלא גילה דעתו מחויב ליתן לו בינונית כשרוצה הניזק. ומש"כ הט"ז להק' על הרא"ש עיי' ס' כ"י לב"ק ז' שמיישבו לנכון:

הלכות חובל:

סימן תכ

סעיף א'. אסור לאדם להכות חבירו. והרמב"ם הוסיף בין קטן ובין גדול. והמחבר השמיט זה. והכ"מ לא הערה מקור דברי הרמב"ם דגם בקטן עובר על לאו דלא יוסיף ובהורג קטן בעי קרא בנדה מ"ד לחייב ההורגו. ומצאתי ברמב"ם ד' ווילנא בהג' החדשות מקור לדבריו מש"ס ב"ק פ"ז ע"א החובל בבת קטנה כו' ופירש"י דאין אדם רשאי לחבול בבתו דישראלית היא ועבר על לא יוסיף פן יוסיף. הרי מבואר דגם בקטן עובר בלאו דלא יוסיף. וראיתי בשו"ת מהרי"א חיור"ד סי' רמ"ה שהעלה דבקטן אינו עובר על לאו דלא יוסיף דקרא בגדול המולקה כתיב וראיה מכתובות ל"ב מה לחובל בחבירו שהותר מכללו אצל ב"ד ולא אמר שהותר מכללו במילה וע"כ דבקטן ליכא תובל ועיי' מקנה שתירץ כן באברהם שלא מל עצמו קודם שנצטוה מפי ה' משום שלא יהא כחובל בעצמו. והנה ממילה י"ל. אבל צ"ע מהנהוג שנוקבים אזן הקטנות לשום בם התכשיטים והא להרמב"ם אסור ודברי מהרי"א צ"ע שהוא נגד דברי הרמב"ם. ומש"כ המחבר שנאמר פן יוסיף עיי' סמ"ע וב"ח [בפרישה יש ט"ס בלשון רש"י בחומש וצ"ל לא יוסיף כמ"ש בסמ"ע] ונ"ל בדעת הטור עפ"י מ"ש במכילתא משפטים דהלא יוסיף הוא אזהרה למכה או"א מהק"ו וה"ה לאחר. נמצא דהאזהרה הוא מק"ו דלא יוסיף והפן יוסיף הוא הלאו ודייק הטור בלשונו לכתוב תחילה הילפותא דפן שהוא ללאו ואח"כ כתב הק"ו שהוא האזהרה. וכן מדויק לשון רש"י בחומש שכתב דלא יוסיף הוא לאזהרה דהיינו הק"ו ולא כמ"ש הב"ח. ודברי הרמב"ם צע"ג דבמנין המצות פ' תצא כתב הלאו מפן יוסיף. ומש"כ המחבר עוד והמרים יד כו' נקרא רשע. דייק להכותו ומשמע דאם הרים יד רק להפחידו ולא היה בדעתו להכותו לא נקרא רשע אבל מראיית הש"ס ממשה נראה דגם בזה נקרא רשע דמנ"ל למשה שהיה בדעתו להכותו. והנה רז"ל דרשו מרעך רשע כמותך ומהרמב"ם פ"ה מממרים משמע דהמכה רשע אינו עובר בלאו וכן ראיתי במנ"ח. אך י"ל דרשע המכה רשע עובר ורשע כמותך דוקא. והנה לעיל סי' ל"ד סעי' ד' בהגה המגביה ידו פסול לעדות ולשבועה וכתב הב"י וסמ"ע דפסול מדרבנן. ובמדר"א רצה לדחות ראיית הב"י ממרדכי פ' ז"ב ופ' החובל ואדרבה הוכיח משם דפסול מדאורייתא ויען כי לא צדקו דבריו בזה לענ"ד ע"כ אעתיק לשון המרדכי פ' ז"ב וז"ל פסולי דרבנן בעי הכרזה וכתב ראב"ן מי שהוציאוהו הקהל מבהכנ"ס מפני ששחק בקוביא אין לך הכרזה גדולה מזו כו' ועוד כתב כיון דפסול אוכל נבילות להכעיס ולא בעי רשע דחמס א"כ המגביה יד על חבירו נקרא רשע ופסול לעדות. והק' המדר"א מהו הלשון דקאמר א"כ כו' נקרא

רשע הלא מה דמקרי רשע היא מהש"ס והול"ל א"כ דמגביה יע"ת פסול לעדות שהוא התולדה של הא"כ ומזה הוכיח דכונת המרדכי על פסול דאורייתא ונכנס בכלל דאל תשת רשע עד והאריך בזה. אבל כונת המרדכי שדעתו דאף בעבירה דרבנן לא בעי רשע דחמס דלא כהתוס' וזה שחידש מראב"ן ועוד כתב דפסול אוכל נבילות להכעיס ולא בעי רשע דחמס דהיינו אף בעבירה דרבנן וזהו עיקר חידושו [ומש"כ במרדכי כיון דפסול כו' תיבת כיון הוא הוספת סופרים] וא"ש דקאמר אח"כ א"כ המגביה ידו על חבירו שגם היא מדרבנן נקרא רשע ופסול לעדות וגם דברי המרדכי שבפרק החובל מורים להדיא שפסול מדרבנן ומזה לא הזכיר המדר"א ע"כ הצדק עם הב"י:

סעי' ב'. ואפי' הכה ע"כ כו'. המפ' פילפלו בזה אי חייב מלקות גם בעבד עצמו. ופת"ש מביא מה שתפסו מרמב"ם פ"ב מרוצח דמבואר להדיא דשלו מותר. אבל הא הרמב"ם שם מחלק דדוקא בשבט מותר אבל לא בברזל ועיי' ההסבר בזה ברמב"ן עה"ת ובאור החיים והכא סתים ובכל גונא מכה מיירי. והנה לפמש"כ המנ"ח דאם המוכה נותן לו רשות א"ע בלאו י"ל דלא רחוק לומר דאומדן דעת הוא דהעבד מוחל על הכאתו. ולכאורה ראיה להמנ"ח מכתובות ל"ג ע"א דפריך חובל בחבירו נמי בטלת כו' ודחיק בהכאה שאין בו שו"פ ולדעת האומרים דבא"ל ע"מ לפטור פטור בנזקין לק' סי' תכ"א לישני במחל לו דחייב מלקות ופטור מממון וע"כ דגם ממלקות פטור במחל. או י"ל בגונא דתשו' הרא"ש בטור סי' תכ"א סעי' ז' ואף דהבדה"ב שם השיג עליו דטענת מחילה אינו מועיל אבל המלמ"ל פ"א מחובל כתב דהרא"ש לטעמו מובא בטור סי' זה דבאמר ע"מ לפטור פטור וע"כ דגם כה"ג ליכא מלקות. אלא דבגיטין כ"א ע"ב ברש"י ד"ה ל"א למקצייה דשייך במצות ואינו רשאי לחבול בו ואם חבל בו יוצא לחירות בראשי איברים אלמא אינו רשאי לחבול בו. ותמוה מאוד מה שהוסיף רש"י טעם על טעם הא' שבש"ס ב"ק עיי' הג' הגרצה"ת שם. עוד הק' הרש"ש שם דבלא"ה כיון דיוצא לחירות א"כ אינו שלו והוי כגזל גט דפסול. אבל לכאורה קשה להאחרונים כאן דבעבד שלו מותר להכותו א"כ מאי מקשה והא א"א כו' כיון דעבד שלו הוא ומותר להכותו ואינו עובר בלאו לזה הוסיף רש"י עוד טעם לומר דגם עבד שלו:

עובר בלאו כמו דיוצא לחירות בראשי איברים ואם היה מותר להכותו לא היה יוצא בראשי איברים. אלא דעדיין קשה לוקמי במחל לו ועבד מדעתו וע"כ דגם בכה"ג עובר דלא כהמנ"ח ומיושב מה שהק' הרש"ש דהא מרצונו א"י לחירות בראשי איברים. ובזה י"ל מה שהק' הב"ח אהע"ז סי' קכ"ד על הטור שם שכתב טעם אחד על עבד ועל פרה משום דמחוסר קציצה דהא בש"ס מבואר טעם אחר על עבד משום דאסור למקצייה

וי"ל לפמש"כ הטור כאן של חבירו אבל שלו אינו עובר והסברתי דבריו עפ"י מש"כ המנ"ח דמדעתו אינו עובר א"כ טעם השרס שם אינו מספיק לאם קוצץ מדעתו וע"כ כתב הטור טעם דמסקנת הש"ס המספיק בכל גונא. וי"ל דמש"ס שם מוכח דבכל גונא עובר והטור הכריע כסוגיא דכתובות שהבאתי וי"ל. שו"ר בשו"ת שבות יעקב ח"א סי' קפ"א שהעיר בדברי רש"י שנתכוין לחילוקו שחילק שם בין מכה סתם למזיק לו בראשי איברים אבל המעיי' לשון רש"י יראה שאין זה כונת רש"י ובשו"ת שומ"ש מ"ת סי' מ"ט דחה ג"כ דברי השבו"י מטעם אחר. והנה הקצוה"ח לק' סי' תכ"ד הק' על הב"י כאן מסוגיא דכתובות פ"ג דעולא מוקי למתני' דמכות ביתומה ומפותה והיינו מטעם מחילה ולהב"י אף דמחלה מ"מ יפטור ממלקות כמו כאן דהוא זוכה מהעבד אף שאינו משלם מ"מ פטור ממלקות. ובשו"ת בריח יעקב ראיתי לתרץ עפ"י חידוש הצל"ח פסחים בסוגיא דרנבה"כ דכי מועיל תפיסה בקלב"מ היינו רק לרבנן דהטעם הוא משום כדי רשעתו והיינו דב"ד אין בידם לחייבו בשתים אבל לצי"ש מ"מ חייב ומועיל חפיסה אבל לרנבה"כ דאף ח"כ פוטר מתשלומין אף דרק בידש"ש הוא לדידיה פטיר אף מיד"ש ואין מועיל תפיסה. ולפי"ז הכא דב"ד לא חייבו אותה כלום דמחלה ע"כ חייב מלקות ול"ד לחובל בע"כ דשם חיובי מחיוב אלא דרבו מיניה קזכי ומשום אפוכי מטרחא ל"ל:

והנה מלבד שיש להתוכח עמו בעיקר הדמיון וי"ל. עוד זאת הא הקצוה"ח סי' כ"ח כתב ליישב דברי הי"מ שהביא רש"י בסוגיא דשם דכי פטר ר"נ במזיד דבר כרת הוא והכא בשוגג עסקינן כו' ותמוה דהא קיי"ל דלא חלקת בין שוגג למזיד. וכתב ליישב דאי הוי שוגג אע"ג דפוטר מתשלומין אינו פוטר אלא בדיני אדם אבל חיובא רמי עליה בד"ש. הרי דלא ס"ל חידוש הצל"ח ולא ניתן ליישב לדעת הקצו' כן. ובס' חב"י רצה ליישב בניקל דאין הטעם כמש"כ דהרב זוכה ממנו אלא דאינו מתחייב כאן כלל וכתב ראיה ברורה לזה מגיטין מ"ב דאפי' מעוכב גט שיחרור דאין רבו זוכה במעשי ידיו ולא אמרי' בו מה שקנה עבד קנה רבו אפ"ה חבלה לרבו ואי דעיקר החיוב היה לעבד הא בזה אין הרב זוכה בנכסים כלל וע"כ דמעיקרא החיוב הוא לרבו בחבלות וכ"ש כשהרב חובלו בעצמו דאין עליו חיוב כלל וא"כ ל"ש שיפטור ממלקות. אבל כבר ישב על מדוכה זו הפנ"י שם דאין סברא כלל לשלם לרבו בזמן שאין מעש"י שלו והעלה דסברת הש"ס דוקא לענין נזק כיון דהוי דמי אבר מ"ל קטליה כולו מ"ל קטליה פלגא אבל ריפוי ושבת וצער ובושת שייך להעבד והסכים עמו המנ"ח והראה שכן דעת הרמב"ם. והנכון מש"כ המנ"ח ליישב עפ"י שמ"ק כתובות שמביא הקצוה"ח עצמו סי' רמ"ו דלאו מטעם מחילה הוא רק דהתורה לא חייבה כלל ברצין הניזק א"כ במפותה לא נתחייב כלל:

סעי' ג' בהגה. י"א דצריך ליתן כו'. והוא מירושלמי מובא בנ"י ובב"י סעי' י"ז. והנה אחרי שכ"כ הירושלמי ואין חולק וכ"כ רש"י מובא בבהגר"א וכן הוא להדיא בתוספתא פ"ט א"כ למה כתב בלשון וי"א. ואולי י"ל דמש"ס גיטין י"ב לא משמע כן דמשני להעדפה ואם משלמו המזיק למה יגזלו העניים והבע"ב קיבל תשלומין ע"ז. ועוד בתחילה דפריך רפואתו דידיה הוא כו' לישני דעל מזונות יתרים קאמר דהוא לרבו וע"כ דלא ס"ל כירושלמי והנה הרי"ף ורא"ש פ' החובל מייתי ירושלמי קוטע יד עבדו של חבירו רבו נוטל ה' דברים והוא ניזון מצדקה וכתב הרא"ש דהירושלמי מיירי כדאוקי פ"ק דגיטין בעבדו לו סמא חריפא והיתרון הוא לאדון. ולכאורה להירושלמי לשיטתו ל"צ לזה אלא מיירי ביתרון מזונות שהוא בכלל רפואה:

סעי' ה'. אין כאן נזק. וכתבו משום דהלכה כרבא. אבל א"צ לזה דכתבו התוס' דבדבר הידוע שסופו לחזור גם אביי מודה. והרש"ש הק' על התוס' מלק' גילחו מיהדר הדר והיינו בעיין והא זה ידוע הוא דסופו לחזור.

וכבר הקדימו להק' כן הרש"א במ"ב. ובאמת לק"מ דגם שם אין בנ"א בקיאים מחמת איזה סיבה הוא ולא יכנסו עצמם בספק:

סעי' ו'. אין כאן נזק ושבת. כן גירסת הרי"ף ורמב"ם בירושלמי. ולפנינו איתא בירושלמי צער ריפוי שבח. ונראה דאחת היא דפשוט דאם נלקה במיחוש ראש שא"י לעשות מלאכתו איכא נמי שבת וכן אם יודע לרקד בי כובי כמ"ש הלח"מ:

מעי' ט' בהגה. ואם היה במקום כו'. כן הוא מפורש בירושלמי פ' החובל: סעי' י"ד. אפי' חסרו כשעורה. רבים חפשו מקור להרמב"ם דמשלם נזק אפי' באין פחת.

וראיתי בים התלמוד הערה מקורו עפ"י שחידש ליישב קושית התוס' פ"ה ע"ב בחירשו מפ"ק דעירכין דחרש שוה למלאכה והא דנותן לו דמי כולו משום דעתה א"י למכור א"ע דמכירת חש"ו לאו מכירה היא וב"ד אינם רשאים למוכרו כמ"ש הרמב"ם בהל' עבדים. ולפי"ז אמאי חובל בחרש חייב בנזק הא לא היה יכול למכור א"ע בעבד ולא אפחתיה מכספא אלא דאף בלא אפחתיה נמי חייב וכתב דקלסוהו גדולי הדור. ולענ"ד יש לדון בזה דהא ע"ע לא הוקש לקרקע ובמכירת מטלטלין דבריהם קיימים כסי' רל"ה והדבר צ"ע. ומפרשי הים כתבו ראיה עפ"י שחילקו התוס' שם דבאינו בר אומנות אינו שוה כלום. ויקשה בש"ס גיטין מ"ג דפריך ומי איכא עבדא דלא מיזבין בקנסא הא משכח"ל להתוס' באינו בר אומנות דאינו שוה כלום וע"כ דנזק חייב אף בלא אפחתיה מכספא. ומזה נדבר לק' בסי' זה. אבל ראיה יותר נכונה ראיתי לחכ"א מש"ס דמצייר ריפוי שלא במקום נזק דהוי כאיב ליה מידי וסליק כו' ולמה לא אמר בפשוטו שחיסר לו מעט

מבשרו וצריך לרפאות אותו מקום ומשמע דוקא בכה"ג שהיה לו מכה כבר אבל אם עשה לו חסרון מחדש בבשר חייב בנזק. והנה המ"מ הק' מפ"ח ע"א דמשמע דאין נזק אלא בפניו [וכ"נ הגירסא שבב"י נזק ומה שהגיה במקום נזק בושת ל"י מאי קשיא להו דאין ה"נ במקום רואים והרמב"ם סמך על מה שביאר לעיל וכפי כונת הראב"ד כסעי' ז'] והלח"מ מפרש בש"ס להרמב"ם וכבר הקדימו הב"ח. אבל נראה כונת הה"מ מדלא אמר ר"י אפי' חבלה ואמר פציעה בפניו זה גופא קמ"ל דאין פציעה אלא בפנים ועיי' בהגר"א: סעיף ט"ו. כאילו הוא עבד נמכר בשוק. רש"י כתב כעבד עברי. והרא"ש כתב כע"כ דע"ע אין לו שומא שיכול למכור א"ע על שש ולאחר שיצא. ימכור א"ע שנית [מה שפירש הפ"ח והפרישה שאינו יכול למכור א"ע יותר על שש קשה דהא מוכר עצמו נמכר יותר על שש ועיי' מלמ"ל פ"ב מעבדים וכיו"ב כתב רש"י ב"ב י"ג ע"א וכבר עמדו שם ע"ז] ובזה היה אפשר לדייק בלשון המשנה דאמר בשוק [במשנה בירושלמי ליתא בשוק] להורות דנישום כע"כ דאילו ע"ע אסור למכור בשוק כמ"ש הרמב"ם פ"א מעבדים דאפי' מוכר עצמו אינו רשאי בשוק. והנה הר"י בש"מ במתני' כתב רואין אותו כעבד נכרי שהוא נמכר בשוק כו' שהרי הפסידו ממון זה שאם היה נצרך היה מוכר עצמו כעבד עברי.

ברור מיללו כמ"ש הישׁ"ש בכונת רש"י במתני' שכתב כע"ע ואינו חולק על הרא"ש והראיה שבדף פ"ד ע"ב ד"ה ופגם משמע כהרא"ש. וכונתו במתני' דמפרש מה הזיקו ביד זה שנחסר לזה קאמר רש"י דהא יכול למכור עצמו בע"ע. ובזה מסולק מה שגימגם הקצוה"ח כאן בדברי רש"י ע"ש: סעיף ט"ז בהנה. ובמקום כו'. פסק כהרא"ש. ומש"כ הטור דהרמב"ם חולק על הרא"ש כתב הש"ג דאינו מוכרח והישׁ"ש הכריח כדעת הרא"ש. אבל מ"מ צ"ע דרבים הם החולקים הלא המה הרבינו יונתן בש"מ במתני' והמאירי וגם דעת הגאון עצמו וכן דעת הראב"ד. והנה בטור מובא מחלוקת הראשונים אי חייב על הצער הנמשך אח"כ וכהע דעת הרא"ש דמשלם והב"י תמה מנין לו זה. ויותר היה לו להקשות דהא מפורש ברא"ש פ' הכונס דהביא דברי הר"י והר"ש והסכים להר"ש וכן תמה הפ"ח שם ובפרישה כאן. וצ"ע על השו"מ: שהשמיטה. ומה שהק' שם הפ"ת על הר"ש מצ"א ע"א כולם אומדין כו' שבת וריפוי עד שיתרפא. משמע דצער אין אומדין עד שיתרפא ומשום דאין לו צער אלא בשעת מעשה. לק"מ דהא באמת רוב הראשונים גרסי שם כולם אומדים ונותנים מיד ולא גרסי שבת וריפוי וקאי אכולהו ומ"ש אח"כ היה מתנונה והולך כו' יכול להיות גם על צער. והנה אתר זמן מצאתי תנא דמסייע להר"ש הלא הוא תוס' שאנץ בפ' הכונס בש"מ ע"ש:

סעיף י"ז. כגון שקטע ידו כו' שומר קשואין. כ"כ הרמב"ם ומשמע דקטע רגלו לא חזי לשמור קשואין אבל התוס' ורא"ש מחלקין בין רגל אחת דעדיין חזי לשמור קישואים ודברי הסמ"ע נובעים מדברי התוס' ורא"ש. והערוך השולחן הק' על הסמ"ע ולא ראה דבריהם וצ"ל דעדיין חזי לשמור כשהולך במשענת או כמ"ש הר"י שהוא בגדר וא"צ לשמור רק אצל הפתח וזה יכול לישב. אבל לפי"ז בשיבר שני רגליו נמי כשומר הפתח וצ"ע:

סעיף י"ט. שלא מחמת המכה כו'. הנה הכ"מ והב"ח נסו להגיה בש"ס לקיים נוסחת הרמב"ם הישנה. אלא שלדברי הכ"מ יצא מחמת המכה חייב בכל עבר עפ"י הרופא ואכל מיני מתיקה וכדומה ממאכל אדם חייב בריפוי עבר עפ"י רופא סתם פטור מכל. ולהב"ח בעבר עפ"י הרופא אין חילוק ובכל גונא פטור מכל וצמחה שלא מחמת המכה היינו סתם שלא מחמת המכה. ומדברי הרמב"ם בפיה"מ משמע כב"ת שסתם דעבר עפ"י הרופא פטור מכל ולהכ"מ הו"ל לחלק. ובדפוסים נשתבשו והדפיסו השגת הראב"ד שלא במקומו ע"ש:

סעיף כ"א. אין שומעין לו. עיי' סמ"ע מטור דזה קאי לשניהם. ולכאורה נ"מ בטעמא דש"ס בידוע החובל שמרפא היטב ובאמונה וכגון דלהנחבל גופו ריפא ועתה לא משום דדמית כו' וכן בטעמא דדמית כו' י"ל דל"ש אלא במזיד אבל לא בשוגג. ובאסיא דמגן פירש"י כגון שהוא קרובו. ומשמע דלפי שאין לו שום הנאה מזה אבל ביש לו הנאה שפיר אף דאינו נוטל ממון כיון שההנאה במקום ממון כגון שעושה לש"ש או שיוצא לו שם. אבל מסתימת הפוס' משמע דל"ש וכ"כ הק"נ. והנה הרמב"ם השמיט מ"ש בש"ס באסיא רחוקא ועמד בלח"מ ומשמע דבכלל דבריו הוא במש"כ אלא מביא רופא אומן, והשו"ע חזר וכתבו:

סעיף כ"ג. אמר הנחבל כו'. וכתב הפרישה פי' אף אם יאמר קוץ עמי קצבה כו' וכ"ש אם יאמר תן לי מה שצריך לרפואה מדי יום ביומו ועוד טעם אחריני דשמא פושע בנפשו כדי לשאול מחובל טפי ורבינו קיצר. ותמוה דבש"ס איתא להיפוך דקוץ לי מקץ הוי כש"כ. ומש"כ טעם אחר הנה בש"ס משמע רק משום דקרי ליה שור המזיק וכמ"ש הטור אלא דבתוס' גרסי ומפסדת לי ע"ש, והנה בשבות יעקב ח"א סי' קע"ט בדיני ריפוי מביא דברי רש"ל שכתב דעיקר ליתן ליד ב"ד מה שאמדוהו וב"ד ישכרו לו רופא אפי' אם יאמר המזיק אשלם לו דבר יום ביומו אין שומעין לו כי יאמר הניזק לא אטריח אותו להביא כל יום ויום לב"ד. וכתב עליו דבזה שכתב אחרונה דבריו מסתברים אך במש"כ דאין נותנין ליד הניזק הוא נגד הש"ס והפוס' דכתבו דנותנים לו מיד משמע לידו ממש

והא דאיתא בש"ס חיישי' שמא פשע היינו באומר שאני ארפא אח עצמי אבל בשוכר רופא מומחה וקצץ לו שכרו תו לא חיישי'. ולא ירדתי לדעתו במה שהסכים לרש"ל דאפי' אם יאמר המזיק כו' במה ראה לפסוק כרש"ל נגד פסק הרמב"ם ושו"ע שכתבו דשומעין לו מפני שהוא לתקנת המזיק. הן אמת דמרש"י נראה שהוא לתקנת הניזק כדי שלא יצטרך לבקש ממנו בכל יום אבל הא הרמב"ם ושו"ע לא פסקו כן. וגם במה שהשיג על הרש"ל ג"כ בדין הראשון לא ירדתי לדעתו דהא הרמב"ם פ"ב מחובל הל' י"ז כתב מפרש דיתן ליד ב"ד כפי מה שאמדוהו וכן כתב בש"מ ואף דהרמב"ם לא מיירי בשכירת הרופא. וי"ל דבזה ס"ל כרש"ל אבל הוכחתו מש"ס נפל וגם מה זה שכתב שהוא נגד כל הפוסקים וצע"ג בדברי הישש"ש והספר אינו בידי:

סעיף כ"ד בהגה. וכן המתבייש כו'. המפ' כתבו בדעת הרמב"ם שהשמיט מ"ש בש"ס כר"ש עיי' בהגר"א. ואולי י"ל עפ"י מ"ש המאירי לר"ש דאין אנו מקילים אלא מצד העושר הא כל שמצד שאר המעלות או פחיתיות הכל לפי המבייש והמתבייש וכן מסתבר דאטו נאמר ת"ח עני יהא דינו כפחות שבפחותים ואף שכבודו גדול מצד תורתו וכן יש עשירים נקלים ובוזים וע"כ דרק מצד הממון מדובר. וצ"ל דהא דלא משני דמתני' דקתני הכל לפי המבייש קאי בשאר מעלות ופחיתות משום דקתני לשון הכל משמע דקאי נמי אעשירות אבל לדינא שפיר כתב הרמב"ם דהכל לפי המתבייש וכן י"ל בדעת הרי"ף שהק' הרא"ש עליו והנה הפוס' סתמו ולא פירשו אופן השומא בבושת מחמת נזק ובשלא מחמת נזק וצ"ל דסמכו על מש"כ בצער וה"נ כאן. ומש"כ בהגה והמבזה כהן כו' צ"ע מלשון תשו' הריב"ש מובא במלמ"ל פ"ג מעבדים הל' ח' דמשמע דהריב"ש רצה לומר כן ולא פסק כן ועיי' מג"א אור"ח סי' רפ"ב ובמנ"ח מצוה רס"ט מש"כ בזה:

סעיף כ"ה. אם אינו בעל אומנות. זהו חילוק התוס' מהא דעירכין. והנה לעיל הבאתי קושית הים התלמוד מהא דגיטין מ"ג מי איכא כו' לישני בחרש שאינו בעל אומן. ומפרשי הים חידשו דעבד אף שאינו שוה כלום משלם ל' שקלים ובטריפה הטעם משום דגברא קטילא וחרש אף שאינו בר אומנות מ"מ משלם ל' שקלים ודוקא מנוול ומוכה שחין וטריפה וכן משמע במנחת חינוך. וצ"ע בתוס' ב"ק מ"ב ע"ב ד"ה ועבד דסיימו א"כ כשהשור אינו שוה כלום כו' והול"ל אף שהעבד אינו שוה כלום. ובזה י"ל במה שראיתי בהג' רד"ל עירכין ב' שחמה על התוס' שם שכתבו דמיירי בטריפה דמנ"ל דטריפה לאו בר קנה הוא. ותמה חותני זצ"ל דהא גמרא ערוכה היא גיטין שם דמשני בטריפה. ולהנ"ל דוקא בטריפה ומנוול ומוכה שחין אבל טריפה לחוד חזי למיקם קמיה. אלא דע"כ כונת התוס' עירכין נמי בכה"ג בטריפה ומוכה שחין וא"כ לבד זה אין מקום לדבריו. ובעיקר

הקושיא מלבד דלא עדיף משינויא דש"ס שם. עוד י"ל דחרש אין דיני תרומה נוהג בו דהוי כקטן אוכל נבילות דאין ב"ד מצווין להפרישו ועיי' חי' רשב"א שם. והנה בסמ"ע ס"ק כ"ו כתב דכל שלא אחזו הוי גרמא בעלמא. ובס' חב"י הק' עליו מלעיל סי' ש"צ סעי' ט' דמבואר דקול הוי מעשה אלא דבבהמה הוי צרורות. אבל כ"כ רש"י ב"ק צ"ח ע"א ד"ה על אזנו ועיי' מש"כ סי' ש"צ בזה ועיי' קדושין כ"ד ע"ב. ומה שחמה עוד שלא ביארו אי בכאן נמי השומא כלעיל סעי' ט"ו בהגה. לא ראה במעיו"ט בשם הלבוש ובפת"ש בשם הדג"מ ועיי' ערוך השולחן. והנה להסמ"ע דמשום גרמא הוי היה א"ל בזה בקושית השעהמ"ל הל' עבדים דבעבד כה"ג בהכהו נגד עינו ע"כ לומר דיצא לחירות לדעת רש"י ב"מ דבקלב"מ מהני תפיסה והעבד מוחזק בעצמו והכא חייב לציי"ש. די"ל דגרמא בקנס אינו חייב וכן ראיתי אח"כ בהג' רש"ש קדושין כ"ד. אבל לפמש"כ בדעת רש"י דאינו משום גרמא ל"ל כן אולם בעיקר קושית השע"ה מלבד די"ל כמ"ש בס' תק"ה דהיכא דמצד הדין אינו מחויב לשחררו לא מהני תפיסת העבד כיון שמצד הדין הוא ברשות רבו אין מעשה העבד בשביל עצמו כלום דנחשב כמו בהמתו של רבו. עוד יש לחלק בין נזקין דחייב אף בכה"ג שלא נתכוין ליציאת איברים דבעינן דוקא נתכוין ועיי' כס"מ פ"ה מעבדים הל' י"א מש"כ בזה. והנה הים התלמוד ריש החובל כתב הטעם דחירשו נותן לו דמי כולו משום דא"י למכור עצמו דמכירת חשו"ק לאו כלום היא משמע דמפרש חירשו שעשאו אינו שומע ואינו מדבר דמדבר ואינו שומע הוא כפקח לכל דבריו עיי' לעיל סי' רל"ה, ובנוב"ק אהע"ז סי נ"ג דן מכאן לענין משודכת שניטל ממנה חוש השמע שזה מום גדול. נראה דמפרש כאן חרשו שנטל ממנו רק חוש השמע בלבד. וראיתי בשו"ת חיי אריה מביא משו"ת הלכות קטנות למהר"י חגיז שכתב כן להדיא שחירשו דהכא היינו חרשו לגמרי דאינו שומע ואינו מדבר. אבל בחירשו ומדבר י"ל דלא גרע מסומא וא"צ ליתן לו דמי כולו. וכן משמע קצח מתוס' כאן שהק' מהא דעירכין ע"ש ולא הקשו מכח כש"כ ש"מ דפירשו ג"כ הכא באינו שומע ואינו מדבר. ועל ראיית הנו"ב יש לפקפק לדעת הראשונים דחירשו קאי אדלעיל ומובא בתוס'. שוב לאח"ז רב ראיתי בשד"ח אמבוהי דאחרונים ואכמ"ל בזה:

סעיף כ"ו. אמדוהו כו' ואם תפס כו'. אבל הרא"ש פסק דכמאן דגביא דמי. ותמהו עליו דפסק מדעתו נגד הש"ס. ולגודל התמיה נ"ל די"ל בכונתו דלפי"מ דפסקינן לק' אין נותנין זמן לחבלות וכפינן ליתן לו מיד הויא כגבוי ובעית הש"ס קאי אי נותנין זמן ולא להלכה. והנה בירושלמי בעי קטע ידו וחזר וקטע ידו מלמעלה מהו שיתן לו צער של שעה ראשונה ופי' בס' נחי"ר לפי' התוס' כמספקא ליה בקטע ידו ביום ראשון וחזר

לאחר זמן וקטע אותה ממה שנשאר מהחבלה הראשונה מי אמרי' דחשיב כאילו קטע בפעם אחת בשני מקומות היד א"ד כיון שהחבלות היו בזאח"ז אומדין לכל קטע וקטע צער שלה בפ"ע ועולה דמי הצער הרבה יותר. ולא הובא בפוס'. אבל אי אמדינן לכל אחת בפ"ע מובן שהצער ממכה על בשר המוכה כבר יותר כואב לו ממכה בבשר בריא וגם זה בשומא:

סעיף כ"ז. אלא שביישו כו'. עיי' סמ"ע דבושת בנזק לא יהבינן זמן והביא ראיה מש"ס וכ"כ הב"ח ושניהם כוונו לאמתו שכ"כ הש"מ מהראשונים ג"כ בראיה זו וכ"כ המעיו"ט מפי' המשנה להרמב"ם ומתוס':

סעיף כ"ח. ישבע הנחבל ויטול. עיי' סמ"ע הסבר הראב"ד. והנה בפ"ה מחובל מחולקים בטעם דנחבל נשבע ונוטל הרמב"ם כתב משום דקנס הוא והראב"ד כתב משום חזקה ולפי"ז יש לפקפק דכאן ל"ש טעם הרמב"ם דלא קנסינן ליה במכחיש ועדים מעידים אבל במודה אלא שאומר שלא היה כדי להזיק והוי כאונס כמ"ש הרמב"ם למה נקנסו. ואולי ז"ש הראב"ד בהשגות טעם הרמב"ם דכונתו לחזק חילוקו שבפ"ה דכאן ל"ש טעם הרמב"ם. והנה מצאתי בש"מ כתב הר"מ בכה"ג דחובל משתבע ויהיב ליה כפי מאי דאמר ול"ד לנחבל נשבע ונוטל דשם קטעין לא חבלתי כלל וידעינן בעדים שנכנס שלם ויצא חבול הוחזק כפרן ואולי כונתו כמש"כ. ומש"כ המחבר מביאין חפץ שהזיק בו בפני ב"ד כו' והוא מלשון הרמב"ם וכ"כ הטור. משמע דפסקו כשמעון התימני וכ"כ הלח"מ פי"א מנז"מ ונתן טעם הלא הלכה כר"ע מחבירו. אבל המאירי השיג דקיי"ל כר"ע וכ"כ המישרים בב"י סעי' א'. והיה א"ל דמש"כ הרמב"ם והטור דצריך להביא בפני ב"ד היינו לכתחלה דצריכין לברר בכל מה דאפשר אבל לא לענין נאבד האבן. אבל המישרים כתב דאף לכתחלה א"צ ב"ד ודי בשומת עדים:

סעיף כ"ט. ודוקא כעין מחט כו'. עיי' סמ"ע דאפי' הוא מחודד כו'. וכן משמע ברש"י סנהדרין ע"ו ע"ב. אבל המ"מ נמשך אחר לשון הרמב"ם פ"ג מרוצח שכתב אבל אם הכהו בעשת של ברזל כו':

סעיף ל'. פטור מכולם. אבל הטור בסי' הסמוך פסק דחייב בנזק מובא שם בסמ"ע ס"ק י"ז ומחלוקת הוא בין גדולי המפרשים בש"מ:

סעיף ל"א. אעפ"י שאינו רשאי כו'. בטור מובא דעת הרמ"ה דרשאי אדם לחבול בעצמו. וחתרו למצוא מקורו עיי' ב"י וב"ח ולח"מ פ"ג מדיעות.

ומקורו מבואר בש"מ שכתב הרמ"ה דקיי"ל כר"ח דבתרא הוא. והנה בליקוטי שו"ת חכ"צ בסוף הספר הק' מזה על מש"כ הב"י יור"ד סי' ק"פ דפסק שם הטור המשרט על

צער אחר פטור וכתב הב"י דה"ה דמותר לכתחלה [עיי' ב"י וש"ך] והא ח"ל דאסור משום חבלה כמו שפסק כאן. ופשוט דמשרט אין בו משום חובל דאינו עושה חבלה בכך אלא עושה רושם מעט בעורו וכן נהוג היום בארצות בארבאריע:

סעיף ל"ד. המבייש את הערום כו'. כשיטת רש"י דערום אין בו בזיון בכל אופן. והנה מלבד שתמהו התוס' על רש"י דא"כ ליפרוך על מתני' [ומש"כ הפנ"י ליישב והקדימו הב"ח דהו"א דמתני' קאי אבית המרחץ דחוק] ועוד הק' דא"כ בשרקק מאי נ"מ בין ערום ללבוש. עוד ק"ל דא"כ מאי פריך מבית המרחץ. ואולי זה שהכריח בפרישה וסמ"ע דלדעת רש"י גם בביה"מ פטור אבל חמוה דאין שום סברא בזה. ועוד כי משני דאתא זיקא וכרכינהו למנא לא הול"ל ודלינהו טפי למה דוקא בכה"ג ולא בבזיון אחר. ומאי דמשני ע"ג הנהר ג"כ קשה דל"ל להפך המשמעות דבית המרחץ לישני בבית אמצעי של מרחץ שמקצתם עומדים ערומים ומקצתם לבושים דהא ע"ג הנהר נמי מוכרח לפרש כן שיש בנ"א שאין פושטין בגדיהם עד הנהר כמ"ש הר"י בש"מ וכ"כ הישו"ש מובא בב"ח. ומש"כ התוס' להסתפק בדלינהו עצמו והגביהה יותר נראה לדעת רש"י דוקא זיקא דהוי אנוס אבל בדלינהו עצמו הרי אין מקפיד על בזיונו. ומה שהשמיט מור"ם דעת ר"י אולי י"ל דראה רבינו דדברי הרמב"ם מתפרשים גם לדעת ר"י כמ"ש הב"י ואף שהלח"מ ובפרישה הק' עליו אבל בהג"מ הביא פירוש ר"י על הרמב"ם הרי דהבין כהב"י וע"כ סתם. והנה מה שהק' הב"ח לפרש"י מלק' צ"א דאדם רשאי לחבול בעצמו וכמעשה דר"ע ומחלק דערום שאני דחוק מאוד ויותר מסתבר כמ"ש בס' כ"י דשם הוא בזמן אחר אבל הכא באותה שעה וכ"כ בשוש"י. סו"ד דברי רש"י והרמב"ם בזה צע"ג ליישבם:

סעיף ל"ה. ביישו כשהוא ישן כו'. ובש"ס ר"ל משום פגם משפחה. והיינו דהוי כאילו ביישם בגופם. ובזה נסתלק מה, שהק' הישועי"ק אהע"ז סי' פ"ג על הר"ן שהק' למה לא ישלמו לה דמי בושתה בשלימות ותירץ דא"א אין לה בושת כ"כ כפנויה. והק' הישועי"ק אחרי דאנן קיי"ל ביישו בדברים פטור וקשה אף שיש לו מזה בושת שנתביישה אשתו מ"מ אינו ראוי לשלם ע"ז דמי בושתו כיון דלא ביישו בידים בגופו ואף שנעשה מעשה בגוף האשה אבל בגוף הבעל לא נעשה ולא הוי רק כגורם בושת ולא עדיף מביישו בדברים. ולק"מ דלא גרע מבזיון בני משפחה דרצה הש"ס לחייבו אף דלא עשה מעשה בגופם עכ"ז חשבינן כאילו עשה בזיון זה לגופם:

סעיף ל"ז. המבייש את השוטה פטור. ובעתים חלים ועתים שוטה כתב המנ"ח דאף זה פטור בעת שטותו ואף דאח"כ נכלם:

סעיף ל"ח בהגה. או אתה כממזר. לכאורה נ"מ גם לממון כגון באומר לפועל שיעבוד כחבירו או שסחורתו כשל חבירו ועיי' ב"מ ל"ט כשבוין ולא כשבוין ממש. ומש"כ הרמ"א המקנטר כו' הוי כאילו פירש כמוך. כתב שו"ת מהר"י מברונא דאין להחמיר עליו כאילו אמר בפירוש אתה ממזר ודוקא אם אמר אינו ממזר כמוך חמיר והוי כאילו אמר אתה ממזר והביא ראיה מפ' הנזקין ההיא דקרי לחבירתא כו' אנא לא אכילנא כו' ומש"כ עוד הקורא לחבירו עבד. מרש"י קדושין כ"ח משמע דדוקא שקוראו בפירוש עבד כנעני וכ"כ שם הר"ן. אבל הרמב"ם פ"ו מת"ח סתם וצ"ל דס"ל כמהר"ם מובא בהגה דבהוצאת ש"ר א"י לתרץ דיבורו נגד משמעות בנ"א וסתם עבד בלשון בנ"א הוי ע"כ וא"כ המחבר ביור"ד סי' של"ד שסתם בעבד כהרמב"ם משמע דס"ל עיקר כמהר"ם וצ"ע ברמ"א. ומש"כ עוד בהגה ממזר כו' הנה המג"א אור"ת סי' תר"ו מביא ממהרי"ו דקורא לחבירו ממזר פוגע ג"כ בכבוד אבותיו. והרש"ל חולק וכ"מ להדיא במרדכי סו"פ החובל כרש"ל. וראיית רש"ל הוא מתוס' קדושין כ"ח שכתבו דהקורא לחבירו ממזר סופג את הארבעים משום דחשד לחבירו דעבר בלאו וקשה דהא חשד ג"כ לאביו שבא על חייבי כריתות וע"כ דלא נחכוין אלא לו. ומעודי היה קשה לי דברווק מא"ל דלא עבר עוד על לאו דלא יבא ממזר בקהל ה'. עד שמצאתי בח"ס [מובא קצת בפח"ש כאן] דעכ"פ רוצה להביאו לידי מלקוח כשישא אשה. ואף דכן משמע בר"ן שם אבל לשון התוס' א"א לכוין בדבריהם וצ"ע. ועיי' הג' יעבץ שם שט"ס בדבריו וצ"ל מופנה דפטור ר"ל פנוי.] והנה הרש"ל בתשו' כתב מובא בנחלת שבעה סי' ס"ו דהוצאת ש"ר מתוך מריבה הקילו עליו לפדותו בממון ע"ד כי יחם לבבו אבל בהוצאת ש"ר שלא מתוך מריבה כדי לפגום באדם כשר אין מניחין אותו לפדותו. וכן הוא מפורש בשו"ת הרא"ש כלל ק"א סוס"י א' והנ"ש לא הביאו. ובזה היה אפשר לומר בביאור לשון הראב"ד בהשגות ספי"ט מא"ב מובא בר"ן סופ"ק דכתובות ובהג' רמ"א אהע"ז סי' ב' סעי' ד' וז"ל כל אלו שאמרו על שתיקתן שהם פסולים לא אמרו אלא בדורות הראשונים שהיו ב"ד נזקקין לחרפות שאדם מחרף את חבירו כגון הקורא לחבירו עבד יהא בנידוי ממזר סופג את הארבעים וזה ששתק ולא צוות לב"ד כבר הודה אבל: עכשיו השותק על המריבה ה"ז משובת אא"כ קורין לו שלא בשעת מריבה ועיי' בהגר"א. ותמוה דהא גם עכשיו קונסין אותו כמ"ש המחבר כאן מהרמב"ם וכן כתב הראב"ד עצמו מובא ברא"ש סופ"ק דב"ק. עוד הק' הט"ז שם כיון דמסיק דשלא בשעת מריבה פסול מי ששותק למה לי החילוק שחילק תחילה בין דורות הראשונים שהיו מענישים הלא די בחילוק זה לחוד לומר דאין פסול שיתוק אלא שלא בשעת מריבה אבל בשעת מריבה שבת הוא לו. וע"כ נ"ל עפ"י מש"כ הרא"ש כאן

שכתב הרמ"א בשמו דיש מקומות שאין נוהגין כן ופודין בממון ועיי' אחרונים וא"כ אם עונשין אותו בממון לפדות המלקות אין היכר כ"כ שהוא על שקראו ממזר או עבד ואין קול לדבר שהוא על שקראו בפגם. אבל כשלוקין יוצא הקול על הדבר שקראו ובאיזה פגם. וז"כ הראב"ד דדוקא בדורות הראשונים שהיו מענישים מלקות ממש היה לו לצוות בב"ד להלקות אותו שבזה ינקה מהפגם. אבל בזמנינו שאין עונשין אלא דמי פדיון בזה אין חשש כ"כ בשתיקתו שלא קראו לב"ד. ומסיק אבל שלא בשעת מריבה דבזה מלקין ממש כמ"ש הרש"ל דגם בזה"ז לוקין בזה שפיר הוי החשש כמו בדורות הראשונים ומדשתק ולא קראו לב"ד הוי כהודאה. ומש"כ עוד הרמ"א הקורא לחבירו מלשון כו' פטור. צריך לחלק מקוראו ממזר בן ממזר דשם ממזר הוי חירוף לזרעו אחריו משא"כ בשארי חירופים דאינו אלא לו לבדו:

סעיף ל"ט. וכל המלבין כו'. צ"ע דבש"ס איתא ברבים והפוס' השמיטו. והרמב"ם פ"ו מהל' דיעות הל' ת' כתב ברבים:

סעיף מ"א בהגה. י"א כו'. וכן פסק הרדב"ז ת"ג סי' ח"פ וכתב כיון דדשו בו הוי כשאר חירוף וגם הרמב"ם השמיטו ע"ש שכתב עוד טעמים:

סימן תכא

סעיף א'. אינן חייב על הבושת עד שיתכוין לבייש הנה במשנה שבמשניות כתוב שנאמר ושלחה ידה והחזיקה במבושיו וכן הגירסא במתני' שבירושלמי וברי"ף וכתב התוי"ט דהילפותא הוא מן ושלחה וכ"כ הרמב"ם פ"ה מחובל.

ובהג' רש"ש תמה עליו מד' כ"ז דיליף מוהחזיקה. אבל באמת הם שני דרשות נפרדות. מוהחזיקה יליף דנתכוין להזיק סגי אף בלא נתכוין לבייש ומושלחה דריש דבעינן נתכוין לבייש וא"כ א"ש הגירסא במתני' דהיינו מושלחה. והנה הסמ"ע כתב דילפי' מן במבושיו דומיא דהתם וכן הוא בספרי להגירסא הישנה וז"ל לפי שמצינו במזיקים שבתורה שעשה בהם שאין מתכוין כמתכוין יכול אף כאן כן ת"ל במבושיו. ובפרישה מביא מש"כ הר"ן דבמבושיו משמע שמתכונת לו ואם כונה להחזיק במבושיו של זה והחזיקה בשל אחר פטור והיינו כהסמ"ע. אבל תמוה דהביא דרשת ר"ש מזה ואנן לא פסקינן כותיה אלא כרבנן ודוחק לומר שדעתו לפסוק כר"ש וכמ"ש הג' אשרי והמאירי אבל הפרישה לא היה לו להביא כן על הטור דפסק כרבנן וכבר תמה ע"ז בשוש"י. אבל י"ל דמביא כל המשמעות דמבושיו דרבנן דרשי מזה דבעינן כונה לבושת ור"ש דריש ג"כ דהו"ל למיכתב "מבוש"' ומדכתיב "מבושיו" דריש מבושיו של זה ולא של אתר ומביא כל הדרשא לומר מזה ראינו דבעי כונה נהי דלא פסקינן כר"ש. ובזה ניחא מה שהק' התוס'

לרבנן במבושיו מאי דרשי ביה. וראיתי בנחי"ר מביא מהיש"ש שהק' הלא מבע"ל למעט בושת שלא בכונה. והיש"ש אין בידי לראות מה שמתרץ ע"ז וראיתי בפנ"י שהק' כן והכריח מזה כהרמב"ם ותוי"ט דיליף מן ושלחה. אבל לפמש"כ ניחא דבכונה סגי לכתוב "במבוש" ור"ש דריש מן "מבושיו" וע"ז הק' שפיר מבושיו מאי דרשי ביה. וכתבו התוס' דשמא מיבע"ל לשום דרשא. וכתב הנתי' דהיינו מה שדרש בספרי לפי גירסת החינוך] למה נאמר במבושיו מה מבושיו מיוחד דבר שיש בו סכנת נפשות ה"ה בקצותה כך כל דבר שיש בו סכ"נ ה"ה בקצותה. אבל לפנינו הגירסא בספרי מנין לרבות כל דבר ת"ל והחזיקה מ"מ. ומלבד זה לפמש"כ קושית התוס' על במבושיו דהול"ל "במבוש". נמצא לפי"מ שביארתי שני הילפותות יש להם מקום. דהיינו הנך דמפרשי דהילפותא היא מן במבושיו הוא לפי הגירסא הישנה שבספרי אבל הגירסא החדשה היא ת"ל וקרבה כו' ושלחה ידה כו' הרי דיליף מושלחה. והנה לפי מה שהבאתי גירסת הספרי דיליף מן והחזיקה כ"ד שיש בו סכ"נ א"כ הרמב"ם דפסק בפ"א מרוצח כהספרי כמ"ש הראב"ד בהשגות שם ופסק נמי דנתכוין להזיק אעפ"י שלא נתכוין לבייש והש"ס ד' כ"ז יליף כן מן והחזיקה. ודוחק לומר דיליף תרתי מפסוק זה דלא מצינו כן. שו"ר במגדל עוז שמביא דברי הספרי ע"ז בנוסח שהבאתי מהחינוך מה מבושיו מיוחד. כו' וכ"כ הנחי"ר בשם גאון ספרדי אחד הנדפס עם הגהות הגר"א זצ"ל. ומש"כ בהגה בשם מהרי"ו וכתב היש"ש מובא בבהגר"א דלא כרש"י כ"ז דמפרש דנתהפך להנאתו. ומשמע דלרש"י חייב. וצ"ע דאף לרש"י דוקא שם דנתכוין עכ"פ להזיק את חבירו להנאתו נהי דלא נתכוין לבייש אבל הכא לא נתכוין לא להזיק ולא לבייש. וכיו"ב דן בשו"ת ש"ש תנינא סי' רע"ט בעובדת העבודת הגרשוני שכתב לענין בושת דביטול השידוכים דאף אם לא נכתב קנס בהתנאים יש לחייבו כראות עיני ב"ד מפני הבושת ומביא ראיה מנתהפך אעפ"י שלא נתכוין לבייש. ודחה הש"ש דשם עכ"פ נתכוין מיהא להזיק לחבירו בהנאתו אבל בחזרת השידוכים לא נתכוין להזיק ולא לבייש כ"א להציל את נפשו שלא לישא את שאינה רצויה לו ופטור מבושת. ועוד הא הטור כתב כרש"י מובא בסמ"ע ס"ק י"ט:

סעיף ב'. המתכוין לבייש כו'. הרמב"ם פ"ת מרוצח פסק כר"ש דנתכוין להרוג את זה והרג זה פטור ובב"ק ד' פ"ו אמר על ההיא דנתכוין לבייש את הקטן דלא כר"ש ועמדו המפ' ע"ז וכתב הכ"מ דהרמב"ם פסק דפטור ולאו מטעמו אלא משום דלאו בני התראה נינהו. והלח"מ פ"א מחובל הק' עליו דא"כ לדינא אין נ"מ ביניהם ובמאי קמיפלגי. ואי משום הא לא איריא דהא נ"מ דמטעם וארב לו פטור לר"ש אף באמר לחד מיניהו או לראובן ונמצא שמעון ולטעם התראה חייב בכה"ג אבל מלבד זה קשה דמבואר להדיא

בפירוש המשניות להרמב"ם סנהדרין דהלכה כר"ש ועוד לא ניתן לתרץ כן להמעיי' בלשון הסוגיא וע"כ לומר כמ"ש הלח"מ בתירוץ הא' דדוקא בקטלא דתנא דב"ת מפקא מרבנן לכך פסקינן אבל בבושת דלא אשכחן ברייתא דמסייע לר"ש הדרינן לכללין דהלכה כרבים. אבל גם זה צ"ע דהא ר"ש לאו יחיד הוא בזה דכן דעת רבי במכילתא כר"ש ע"ש פ' משפטים. עוד ראיתי בס' כ"י דהלח"מ מדויל ידו משתלים דכתב בפ"ד מחובל דברייתא בד' מ"ב הכה האשה ויצאו ילדיה נותן נזק וצער לאשה ול"ת בושת משום דאתי כר"ש דנתכוין לבייש זה ובייש זה פטור. ולכאורה בנתכוין לבייש זה ובייש זה לא הוי בושת גדול כ"כ כשמתכוין לעצמו והפוס' סתמו. ובמה שנותנים דמי בושתו של עבד סתמו הפוס' ולא ביארו היאך השומא. רש"י פירש בכמה יתרצה עבד זה ויעשו לו בושת זה. והגאון בש"מ פירש שמין כמה אדם מתבייש כשמביישין את עבדו. ועיי' ערוך השולחן מש"כ בזה ולפי"מ שכתבתי בסעי' א' אין מקום לדבריו ע"ש:

סעיף ד'. אבל אם היה האחד ישן כו'. בתוס' ב"ק ד' סיימו דהם גרמו לו. והיינו מ"ש בירושלמי שהוא המועד. ובתוס' כ"ז ועוד בש"מ שם מהראשונים כתבו להוכיח מכאן דאונס גמור פטור. וא"כ לא היה צריך לטעמא שהוא פשע. וי"ל דטעם זה הוא אף להמחייבים גם באונס גמור עיי' סי' שע"ת ועיי' מחנ"א הל' נז"מ סי' ה' אבל בש"מ שם כתב שני הטעמים יחד וצ"ע. ובאמת היה לפני הראשונים גירסות שונות בירושלמי דהתוס' הביא מהירושלמי כלים ולפנינו ליתא מזה בירושלמי. והנה בזה י"ל לשון הטור בסעי' א' לפיכך כו' ועמד בסמ"ע ע"ז ע"ש. וי"ל דהיינו באופן שהיה אחד ישן תחילה דבכה"ג בשאר דברים חייב ופטור מבושת וזהו החידוש שכתב הטור בישן וכן י"ל כונת המשנה והמאירי במתני' כתב דשיכור דינו כישן וצ"ל דהיינו בשכרותו של לוט כסי' רל"ה סעי' כ"ב ע"ש:

סעיף ה'. ונפל עליו וסימא כו'. כצ"ל וכן הוא בתשו' הרא"ש המובא בטור וכן הדין בבהמה עיי' תוספתא ב"ק פ"ג הל' ה':

סעיף ו' בהגה. וכן מי שיש לו כו'. מלשון הרמ"א משמע דאף דא"י לו בבירור מ"מ יכול לחושדו ולהוציאו תוך זמנו. אבל אין זה מהסברא שיוכל להוציאו בלי שום:

בירור וע"כ כשיש לו מקום לחושדו כגון שיצא עליו קול גניבה ועיי' שו"ת דב"מ ח"ג סי' קנ"ב. והנה בדברי הרמב"ם בזה הקשו האחרונים עיי' תומים סי' ד' ובלח"מ ומלמ"ל פ"ג מעבדים, אבל נראה פשטות הש"ס דלמאי דשני דאית ליה פסידא לכאורה לא צריך להילפותא מושב וע"כ דבברייתא הוא הכפיה עבור איסור השפחה אלא שבתירוץ הא' לא רצה לומר דזה יהא נקרא פסידא שיכול להוציאו משום זה ולהכותו לכך משני בגנב

ורנב"י משני דע"ז גופא מותר להאדון להכותו. ולפי"ז יש לפקפק במש"כ הפת"ש בשם החוט השני וי"ל:

סעיף ט'. ונתזה בקעת כו'. ובש"ס לפי שאינו דומה ליער. וראיתי למפרש אחד בירושלמי מכות שהק' דע"כ צ"ל בזה רק לרבי מכות ז' דלרבנן ה"נ הוי כח כחו כפירש"י דניתז בקעת מן העץ המתבקע וא"כ הרמב"ם דפסק פ"ו מרוצח כרבנן למה כתב שם הל' י"א הטעם דיער. ולק"מ דהרמב"ם אינו מפרש כרש"י דמן העץ המתבקע יצא קיסם וניתז אלא נשמט הברזל מן העץ המתבקע ע"ש:

סעיף י'. וכן אם נתכוין כו'. במנחת אהרן סנהדרין ע"ט כתב בנתכוין לזרוק בצד זה והלכה לצד אחר שפטור מגלות מצד שהוא אנוס ובזה מודה חנא דב"ת דחייב ממון שאינו בכלל חייבי מיתות שוגגין. ועיי' מה שכתבתי בזה לעיל סי' ת"י סעי' ל"ז בשם הגרע"א ובסי' תי"ח סעי' י"ג: סעיף י"א. מי שנפל כו' וה"ה ישן ונתגלגל דהוי פושע. ודוקא כשהיה הניזוק למטה כ"כ הרשב"א. ומש"כ ואם נתהפך כו'. לפי סידור המחבר שהוא לשון הרמב"ם היה א"ל דזה קאי גם על רוח שא"מ דהוי פושע. אבל בטור א"א לומר כן. וע"כ צ"ל כמ"ש הלח"מ דהוי תחילתו בפשיעה לענין רוח מצויה וחידש הערוך השולחן דברות סערה שאינו שכיח כלל פטור. ולא ראה שכן כתב הט"ז לעיל סי' שע"ת. וכתב הסמ"ע משום דהו"ל שוגג קרוב למזיד. ולפי"ז היה צריך לפטור מגלות והתוס' כתובות ל"ג ע"ב סוד"ה דילמא כתבו דחייב וצ"ע:

סעיף י"ב. חייב בנזקיה. עיי' סמ"ע. ובאמת הם שני פירושים בש"מ בשם המאירי לפי' הא' חייב בד' דברים ולהב' פטור. והנמוק"י כתב דרפוי בלא"ה חייב מדין אישות ושבת הוי נמי שלו. וצ"ע דהא נ"מ במת הבעל אחר שהזיקה וי"ל בזה. ועיי' אחרונים באע"ז סי' פ"ג. וכ"ז דוקא כשהוא עושה המעשה כמ"ש הרא"ש אבל בשניהם כאחד כמ"ש במס' כלה דרך עקש פטור ועיי' פ"ת על הרא"ש ובמחנ"א הל' נז"מ סי' ה':

סעיף י"ג. וא"י להצילו כו'. והוא כמ"ש הנמוק"י ר"פ המניח דלא כהסמ"ע סוס"י ח' בשם הרי"ו ע"ש. ומש"כ בהגה שהוא עושה דבר עבירה כו'. ר"ל אפי' איסור דרבנן עיי' מלמ"ל פ"ג מעבדים הל' ג':

סימן תכב

סעיף א'.

אינו מתכפר לו כו'. משמע מזה דכשמוחל לו שוב אין עליו חטא לשמים וכן כתב הפנ"י. אבל ברמב"ם פ"א מתשובה משמע דצריך עכ"ז תשובה ווידוי לפני ה' ועיי' תויכ"פ יומא פ"ד ע"ב מש"כ בזה. ובש"ס מכאן לב"נ כו' והקשו מפרשי הים מזה על הרמב"ם

פ"י ממלכים דב"נ פטור בשוגג והכא אמר שהיה לו ללמוד ולא למד. ואפשר דהרמב"ם יפרש כרש"י דנהרג על שלא למד דר"א ואף שהריטב"א מכות ד' ט' הק' עליו ע"ש אבל לרש"י י"ל כן. ועיי' שעת"ש אור"ח סי' תר"ו בשם השאילת שמואל. ובזה אמרתי בדברי הרמב"ם פ"ה מרוצח הל' ו' ובהשגות שם וז"ל זו לא שמענו מעולם אלא שליח ב"ד שהוא מלקה יותר ממה שאמדוהו ב"ד ומת תחת ידו כו'. ומאוד תמוה דהא בהוסיף חייב גלות. ובקול הרמ"ז מכות פירש דאיירי דלא טעה במנין. ודבריו אינם מספיקים בפירוש דברי הראב"ד דהא דפטור בלא טעי הוא משום דהוי קרוב למזיד כב"ק ל"ב ובכה"ג גם בדבר רשות פטור, ובשו"ת ברית יעקב פירש בכונתו עפ"י מ"ש סנהדרין י' אמדוהו לעשרים וחייבוהו י"ח ובכה"ג אם הוסיף השליח ב"ד מיקרי אונם. וגם זה אין מספיק דא"כ הא מיפטר מטעם אונס ולא משום עוסק במצוה. ונ"ל פשוט בכונתו דזה פשוט דשליח ב"ד אין לו רשות להכות מכות מות להמסרב לדין וע"ז אין צריך ראיה אבל אנן איירינן בלקה אותו ועי"ז מת ע"ז כתב הראב"ד דזו לא שמענו מעולם כלומר שיהא לו רשות להכות מכת מות וא"כ זה שהלקהו עד שמת דינו כמלקה יותר על מה שאמדוהו ב"ד וקיצור לשון הוא וכן כונתו אלא דינו הוי כשליח ב"ד כו' וברור דכן כונתו:

סימן תכג

סעיף א'. וכיצד משערין כו'. כרבנן דלא כרשב"ג [ומש"כ בהגר"א מקומות דלא אמרי' הלכה כרשב"ג במשנתינו עיי' בזה בשדי חמד מערכת כ' כלל ק"ל בקיאות נפלא בכלל זה]. וכתב בהתו"ה דלכן השמיטו הפוסקים דאינו חייב עד שיכנה כנגד בית הריון דהוא לרשב"ג דלרבנן מבע"ל הכה לשבח ולדות. אבל אין זה מספיק כמ"ש הישו"ש דהא ראב"י גופא לא הזכיר בדבריו קרא אלא דינא פסק לעולם אינו חייב כו' ותלמודא הוא דקמשני יתורא דקרא לרשב"ג להא דראב"י. והרא"ה בש"מ כתב דהלכה כראב"י וכ"כ בש"ג. ובילקוט מביא הברייתא סתם ולא הוזכר ראב"י ובזה י"ל מ"ש הרא"ה דהא קיי"ל משנת ראב"י קב ונקי. והנה בש"ס מכות ו' פריך הרוג יציל כו' ופירשו התוס' משום שונא. וביאור דבריהם עיי' תומים רס"י ל"ג ובפת"ש שם מרש"ל והק' בשו"ת מצפה ארי' בהא דכתיב כי ינצו אנשים ונגפו אשה הרה כו' ואם יהיה אסון כו' ודרשו במצות שבמיתה הכתוב מדבר שנתכוין להרוג את חבירו והא זה שנתכוין להורגו הוא שונא של הרוצח [עיי' מכילתא] ואמאי לא יציל דהא הוא אינו במקיימי דבר כיון שלא הרגו. וי"ל דגם חבל בו או ביישו ואף דפטור עכ"ז מיחשב במקיימי דבר ועוד י"ל ואכ"מ:

סעיף ג' היתה שפחה כו'. בירושלמי מובא בתוס' ד' מ"ג משמע דאף ח"כ נמי והפוס' השמיטו. ויותר קשה דהשמיטו מ"ש ר"פ התורה זכתה לו אפי' בא בזנות וכן הוא

במכילתא וצ"ע. ובהתו"ה שם מבואר דשבת ולדות לעולם לבעל ממש ורק דמי ולדות להבועל וגם זה צ"ע. ופלא ראיתי בפנ"י שכתב אמר רבה כו' זכתה לה כו' פירוש כיון שמת הגר זכתה איהי כדין כל הקודם בנכסי הגר אבל א"ל דהא דזכה רחמנא דמי ולדות לבעל היינו כי איתיה משום שזוכה בנכסי אשתו כו' דהא אמרי' בד' מ"ג אפי' בא עליה בזנות. והנה מש"כ לפרש כן פירש הראב"ד בהשגות עיי' כ"מ. ומש"כ לדחות דא"ל כו' מדוע לא הביא פירוש הרמב"ם:

סימן תכד

סעיף א'. לפיכך לא יקיז הבן כו'. המנ"ח מצוה מ"ח חידש דזה שחייבה התורה מכה או"א או חובל בחבירו אם נותנים לו רשות תחילה להכות א"ע בלאו. והנה באתר כבר כתבנו מזה בסי' ת"כ. ובאו"א לכאורה תמוה מאוד דהא פסק הרמב"ם ומובא ביור"ד סי' רמ"א דמותר לבן להקיז דם לאביו באין אחר משמע אבל בחבל בו שלא לצורך חייב והא ודאי בליכא אחר מחיל לו אביו אף אם יקרה שיחבול יותר מהצריך. וכן בר"פ הנחנקין רב לא שביק לבריה כו' מ"ט לא מחלו. ועוד כל כי הא הו"ל להפוס' לאשמעי'. עד שמצאתי בטו"א מגילה כ"ז שהוכיח מזה דאב א"י למחול על בזיונו ואח"כ התר זה מקדושין ל"ב דפריך ודילמא רתח ועבר אלפני עור ומשני דמחיל ליקריה הרי דמהני מחילה אף לבזיון והנה אח"כ ראיתי דבאמת פסק כן השאלתות פ' משפטים דל"מ מחילה על בזיון ומביא הראיה מההיא דהנחנקין וי"ל בהא דקדושין דלא היה חשוד רבה לבזות לאביו בבזיון ממש אלא שמא ידבר דברים שאינם דרך כבוד לאביו עיי' יור"ד סי' ר"מ וגם בזה עובר על לפנ"ע כמ"ש תוס' חולין ד' וגיטין י' ובזה שפיר משני דמחיל ליקריה. ובלא"ה יש להעיר שם משבת ק"ה דמותר לשבר כלים להטיל אימה וראיתי בגליון הש"ס של חותני זצ"ל שכתב די"ל דה"פ והא קא עבר משום ב"ת וא"כ אף אם רתח שפיר קא עביד דלא ירתח משום אבידת הממון רק מה שעובר על ב"ת. מיהו בפשוטו ניחא דהתם יצא לו תיקון מזה דב"ב יהיו יראים ממנו אבל הכא אין זה נחשב לתיקון מה שרוצה לידע תכונת בנו. שוב לאח"ז ראיתי בס' שדי חמד מערכת כ' מביא מערכת גדולים שנחלקו בזה ע"ש וצל"ע בהכה אמו ויצאו ילדיה אי חשיבי דם לידה דם מחמת מכה. והנה בשו"ת חוו"י נשאל בבן שהכה את אביו ומתוך המריבה הודה אביו: שאינו בנו רק בן נכרית שנתחלפו ושו"ט שם לענין כמה דברים וגם לענין אלו היו סנהדרין יושבים בלשכת הגזית והיה בא מעשה כזה לפניהם בודאי היו דנין אותו עפ"י ד"ת ומכה אביו ואמו ואלו היה יוצא דינו לסקול ובא אביו אח"כ בטענה זו להצילו ממיתה באומרו דלאו אביו הוא האם נאמין אותו להצילו ממיתה. והח"ס חאהע"ז סי'

קכ"ה תמה עליו דהלא ממ"נ חייב מיתה דב"נ שהכה אח ישראל חייב כסנהדרין נ"ח. וכתב ואולי ס"ל דנהי דחייב מיתה ב"נ המכה את ישראל מ"מ אינו נידון בב"ד על ככה כמו שנידון בעברו על ז' מצות ממש והראיה שגבי משרע"ה ויפן כה וכה וירא כי אין איש עתיד לצאת ממנו להתגייר ואח"כ ויהרוג את המצרי אבל לולא כן לא היה הורגו אע"ג שחייב מיתה. ומש"כ ואולי ס"ל היא פלא דהא כן כתב הרמב"ם פ' י' ממלכים הל' ו' דאעפ"י שחייב מיתה מ"מ אינו נהרג וע"ש בכ"מ ורדב"ז. ומש"כ ראיה ממשה כ"כ המהרש"א סנהדרין נ"ח ע"ב. אמנם בעיקר השאלה יש לדון שכתב החוו"י שהיו סוקלין אותו דהא מכה או"א אינו חייב עד שיעשה בהם חבורה ולא נזכר מזה בדבריו שהוציא ממנו דם. אלא דל"ד הוצאת דם ממש בעינן אלא ה"ה נצרר הדם אעפ"י שלא יצא ושכיח במכה גדולה:

סעיף ב'. אבל החובל בחבירו. כו' ההפלאה כתובות ל"ג חקר בטעם הרמב"ם ומקורו דאפי' במקום לאו אחר ג"כ ממונא משלם ולא לקי והמנ"ח מצוה מ"ע מביא דבריו וכתב דאין ראיה ממתני' דחובל ביוהכ"פ חייב די"ל בלא אחרו בו וח"מ שוגגין חייבים ואי משום הא לא אריא די"ל כמ"ש השוש"י דחובל ביוהכ"פ דומיא דאידך קתני חובל בחבירו או מכה אביו ולא עשה בהם חבורה ומשמע דדין חובל י"ל דממונא משלם ולא לקי. והיה א"ל בזה בפסק המקצועות בהג' אשרי דחובל ביוהכ"פ לוקה ופטור מממון וקשה ממתני' די"ל דמתני' בלא התרו בו וס"ל דדוקא חובל לחוד איתרבי לתשלומין ולא בצירוף עוד לאו בהדיה כמו ביוכ"פ והמקצועות מיירי בהתרו בו ועיי' הג' רש"ש ב"ק פ"ז ע"א. ואולי דעת הרמב"ם דכמו דריבתה תורה חובל לתשלומין כן כל עניני נזיקין וא"כ הרי יש מקורים לדבריו ממתני' ב"ק צ"א ע"ב אחרים שקצצו נטיעותיו חייבים והק' בתוס' דהא חייבים מלקות משום בל תשחית וע"כ תירץ הרמב"ם דבנזקי ממון שאני דריבתה התורה דאף ביש לאו צדדי אינו נפטר מתשלומין וכן מהא דקץ קשבא ב"ק נ"ח ע"ב ופירשו כולם דקל. והאיך חייביה דהא חייב משום בל תשחית וע"כ דגם בלאו אחר חייב [אך הרמב"ם מפרש שם דקאי על פירות הדקל ולפירושו אין ראיה]. וכן מהא דב"ב ל"ג איזל ואיגזריה לדיקלא דפלניא כו' ופירשו כולם דקאי על הפירות אך הרמב"ם פ"ט מטוען מפרש לה על עצם הדקל וא"כ אין שם חיוב תשלום וע"כ דבנזקין חייב אף בלאו אחר לא מחמת חובל. והנה בסמ"ע ס"ק ב' מביא דברי הרמב"ם משום שעושה נחת רוח ליצרו והק' במראה"פ על הירושלמי מש"ס ל"ד ע"ב הוא דומיא דשורו מה שורו דלא צריך לאפרו כו' והא להרמב"ם חייב מיתה אפי' אין צריך לאפרו ובכה"ג אייר מתני' והוי שפיר הוא דומיא דשורו דלא צריך לאפרו וכן הק' בקובץ פי"ב מהל'

שבת ותירוץ המאה"פ ע"ז דחה הקובץ והוא כתב לתרץ דהרמב"ם כתב דוקא בעושה בשוגג אבל במזיד ולענין מיתה אפי' כה"ג פטור ע"ש. אבל במכ"ת נעלם ממנו לפי שעה דברי הרמב"ם פ"ד מחובל שכתב מפורש דאף מיתה חייב בחובל ומבעיר כדי לנקום. ובפשוטו לק"מ דבהא דמשני שם מבעיר בצריך לאפרו כתב בש"מ דהיה יכול לשנויי דעדיפא מינה בצריך לאפיה אלא משום דומיא דשורו ובשורו ל"מ אפיה. וא"כ י"ל דבצריך לנקמה ג"כ בכלל זה והא דלא משני בהדיא כן הוא משום דומיא דשורו כמ"ש בש"מ. ובלא"ה כתב שם בש"מ דע"כ אין כונת הש"ס לדמותן לגמרי ע"ש ודברי הסמ"ע ס"ק י' מאוד תמוהים וכבר עמד ע"ז בחי' פמ"א לב"ק ע"ש:

סעיף ג'. החובל בע"כ שלו פטור. ומשמע דמ"מ צריך לבקש ממנו מחילה כדלעיל סי' תכ"ב משום עונש בידי"ש וכ"מ להדיא מתוס' נדה מ"ז ע"א ד"ה בדק ואף לר"י דס"ל אין לעבדים בושת היינו לענין ממון אבל לא לענין עונש והנה הרמ"א בהג' יור"ד סי' רס"ז סעי' כ"א כתב בשם רי"ו וכ"ש אם חבל בו האדון דפטור ותמה הש"ך שם דהא מתני' היא ב"ק פ"ז ולמה כתבו בשם רי"ו ותמיהני דהא מחלוקת הראשונים בזה דהתוס' גיטין י"ב בתירוץ הא' ס"ל דפטור לגמרי ולתירוץ הב' אינו פטור אלא היכא דעביד לו סמא חריפא פטור מהמותר. והנה הרא"ש שם פסק כתירוץ הב' ודעת הטור כאן נראה כתירוץ הא' דפטור לגמרי כמ"ש הב"ח כאן וכתב הב"ח שכן דעת הרמב"ם וזש"כ המישרים דפטור לגמרי כדעת הטור אבל בבהגר"א שם הטה דעתו לדעת הרא"ש וצ"ע מסתימת הטור והמחבר כאן דמשמע דפטור בכל גונא. וכן ראיתי במאה"פ בירושלמי בפירקין הל' ד' מביא גם דעת הרי"ף כהטור והרמב"ם והיה לפניהם גירסא אחרת בש"ס גיטין שם ע"ש. ומש"כ המחבר ואפי' ציערו כו' עיי' ב"ח יור"ד סי' רס"ז שכתב דלכתחילה אין רבו רשאי לעשות לו סמים חזקים כדי ליקח המותר לעצמו דלעבדות מסרן הכתוב ולא לצער ולבושת:

סעי' ט'. והם שחבלו באחרים פטורים. בנוב"ת כתב דבהרג עבדו נפש חייב הבעה"ב לשלם דמי הנחבל דל"ש טעמא דשמא יקניטנו רבו כו' דהא יהרג ע"ש בחחו"מ סי' ז'. ולכאורה ל"י דהא בלא"ה יש להק' לפמ"ש ר"נ גאון בתשובה דלוקה העבד ע"ז עיי' סמ"ע בשם המרדכי וכן הוא לעיל סי' שמ"ט א"כ ל"ש הטעם דשמא כו' וילך כו' דהא ילקה [אח"כ מצאתי שכן הק' ההפלאה כתובות ל"ג אלא דע"כ צ"ל להמרדכי דהא המשנה מסיימת שם אבל משלמין לאחר זמן ותקשי היאך לוקין ומשלמין אלא דדברי המרדכי דלוקין הוא לא מן הדין ולא מלקוח ארבעים אלא עונש או שמתא או מרדות וההפלאה כנראה לא ראה בכותבו דברי המרדכי]. וכן קשה דהא עליו לשלם ד' דברים כשישתחרר

ואיך יפסיד לעצמו וע"כ דלא פלוג רז"ל בתקנתם ואף במקום דל"ש הטעם. ובשו"ת עמודי אור סי' ט' כתב דאין ללמוד מהתשובה להצדוקים וחלילה לחדש דינים עפ"י טעמם. והעיקר דלק' נ"ד גמרי' שור שור לכמה דברים ופריך א"ה אדם נמי ומשני א"ק למען ינוח עבדך כו' להנחה הקשתיו ולא לד"א ומהאי מיעוט אימעוט נמי עבד לענין נזקין. וכן מורה נמי לשון הרמב"ם פ"א מגניבה שכתב ובעליו פטורים שאין אדם חייב על נזקי עבדיו אעפ"י שהם ממונו מפני שיש בהם דעת וא"י לשמרם שאם יכעיסנו רבו ילך כו' הרי דעיקר הטעם הוא משום דיש בהם דעת וא"י לשומרם וכן מצאתי בפירוש משנה אחרונה על משניות שהקשה על הק"ו של הצדוקים עבדי ואמתי שאני חייב בהן מצות כו' דמה ענין חיוב מצות לנזקין דחיוב נזקין מפורש בתורה משום שלא שמרוהו כדכתיב ולא ישמרנו בעליו וכדתנן כל שחבתי בשמירתו הכשרתי אח נזקו וא"כ עבד ואמה שאינם בשמירה שא"א לו לשומרם כל היום בכל מקום שהולכים אין לו להתחייב בנזקין ותדע שאינם בשמירה מדאמר ילך וידליק גדישו כו' ואי איתיה בשמירה מה תשובה היא ישמרנו שלא ידליק ואפשר דמשור חם אחי למילף דלא כתיב בו שמירה וס"ל סתם שוורים בחזקת שימור קיימי ולית להו דר"ה בריה דר"י שצריך להוסיף שמירה על שמירתו אלא כיון דבחזקת שימור הוא חיובו הוא משום ממונו שהזיק וה"ה לעבד ואמה. ולפי דבריהם השיב להם דא"נ משום ממונו א"א לחייבו שיפסידנו מאה מנה. והנה לכאורה משמע דעבד שחובל בעצמו חייב לשלם לרבו מה שהפסידו:

סעי' י'. בטובת הנאה. והק' בקצוה"ח דהא סו"ס תיהדר מחמת שומא הדרא לעולם ע"ש. וי"ל דהנחבל ימכרנה לאחר דתו לא הדרא כסי' ק"ג סעי' י'.

עוד י"ל דבכה"ג צריך לשלם כשעת היוקר דהא על ספק זה קנאו ומחמת זה קנאו בזול ע"ח היוקר שתהיה אח"כ. ועיי' נתי' סי' קע"ה בחידושים ס"ק י' מש"כ על הש"ך וה"נ כן:

סימן תכה

סעי' א' בהגה. ואם ידוע כו'. הנה הרמב"ם פ"ט מגניבה אינו מחלק בין יום ללילה אבל הראב"ד ורמב"ן מחלקים בזה. ויש להק' מש"ס ב"ק ד' קי"ד ע"ב דפריך ומי אמר רב הכי והאמר רב כו' לישני דהכא מיירי ביום מיהו י"ל דפריך דרב אדרב דמוקי למתני' כגון שבאו כו' והפגין בלילה כו' אבל באמת דעת הראב"ד והרמב"ן תמוה דהוא נגד דרשת המכילתא משפטים מהיקש דלא תחלק בין יום ללילה:

אבל בהתו"ה שם משוה דעת הרמב"ם להראב"ד ולכו"ע אין עיקר החילוק לחלק בין יום ללילה אלא העיקר לחלק בין יש רואים לאין רואים ואפי' ביום במקום אין רואים אין לו דמים ולהיפוך בלילה במקום שיש רואים יש לו דמים וה"נ כונת המכילתא. מיהו גם

בל"ז קשה דלוקי שם באב על הבן וכדומה וצ"ל דבל"ז שפיר משני שם. והרמ"ה בש"מ שם מפרש דהא דפטור במחתרת מתשלומין ה"ד בעייל מעיקרא אדעתא דמיגנב אבל מאן דעייל לחצר בעה"ב מדעתו לשם לינה והדר חתר מחתרת וגנב כלים כיון דמעיקרא לאו אדעתיה דהכי אתא לא מתחייב בנפשו וחייב בתשלומין. וכתב עוד הרמב"ם שם דאם הקיפוה בנ"א או עדים י"ל דמים. והקשו ע"ז מאבנר ועמשא ופשוט י"ל דגבור מלחמה שאני שאינו חת מכל ואף במקום בנ"א הורג. עוד כתב שם וכן הגנב שגנב ויצא או שלא גנב ומצאו יוצא מן המחתרת הואיל ופנה עורף ואינו רודף י"ל דמים. וכתב הר"מ דפשוט הוא. אבל המהר"ן הק' ע"ז מירושלמי סנהדרין פ"ח דתני ר"ת במחתרת אין לו דמים חוץ למחתרת י"ל דמים ורשב"י תני אפי' חוץ למחתרת אין לו דמים לפי שממונו של אדם חביב עליו כנפשו חטי ליה אזיל בעי מיסב ממונא מיניה וקאים עליה וקטליה ר"ה אמר נטל הכיס והפך את פניו לצאת והלך לו ועמד עליו והרגו אין ההורגו נהרג. הרי דרשב"י ור"ה ס"ל דגם בחוץ אין לו דמים, אבל טעם רבינו הוא דפסק כר"ח דחוץ למחתרת י"ל דמים. אבל קשה לומר כן בדעת הרמב"ם דהא שם בהל' ט' כתב לשון רשב"י משום דאין אדם מעמיד עצמו על ממונו והיאך סתר א"ע וצ"ע. והנכון מש"כ בס' ח"ת דזה הוא כונת הראב"ד שם שכתב בורח ר"ל כונתו לפרש דעת הרמב"ם דמיירי כשברח הגנב אז אסור להורגו דכיון שברח בודאי לא בא על עסקי נפשות ובכזה מודו גם רשב"י ור"ה. אם כי גם זה דוחק קצת דהרמב"ם אינו כותב מדעתו ולשונו מורה דהיא מלשון הירושלמי. עוד כתב הרמב"ם כל גנב שיש לו דמים אם נפל עליו גל בשבת מפקחים עליו ואם שבר כלים בביאתו חייב בתשלומין אבל מי שאין לו דמים ששבר כלים בביאתו פטור. והנה בש"ס איתא אר"ש לא נצרכה אלא לפקח עליו את הגל ופירש רש"י אבל אם בא על עסקי נפשות כו' גברא קטילא הוא כו' והרמב"ם השמיט זה. ויותר צ"ע על המג"א אור"ח סי' שכ"ט שכתב איתא בסנהדרין הבא במחתרת בענין שמותר כו' אם נפל עליו גל בשבת אין מפקחין עליו דגברא קטילא הוא וכ"כ הרמב"ם בהל' גניבה. ותמוה דבש"ס אין מפורש כן רק רש"י פירש כן וגם הרמב"ם אין מביא זה. ובטעם השמטת הרמב"ם י"ל דבאמת בש"ס שם דקאמר בשלמא אין לו דמים כו' איצטריך סד"א מ"ד אהרוגי ב"ד כו'. ולכאורה למה לא אמר דאין מפקחין עליו הגל אלא דזה פשיטא להש"ס כיון דג"ק פשיטא דאין מפקחין וקאמר גם לחידוש סד"א מ"ד אהרוגי ב"ד וכבר עלה על דעת המלמ"ל בפכ"ד משבת לחלק כן דבשבת לא ניתן להצילו בנפשו ותפסו עליו מש"ס דילן עיי' מנ"ח וא"כ הרמב"ם שאין דרכו לכתוב רק מה דמפורש בש"ס לא אשמעי' זה וכתב כלשון הש"ס וממילא מובן כן ורש"י דמפרש הוא כתב לפרש כן.

וזה נראה כונת המג"א שכתב דמש"ס ורמב"ם משמע כן אלא דקיצר כדרכו. וראיתי מי שהק' בש"ם דאמר והוכה בכל אדם כו' סד"א בעה"ב הוא כו' דהא האי דרשא ידעינן לה מדרשא דאין לו דמים דמחייב לו בין בחול בין בשבת עפ"י מש"כ המג"א סי' שכ"ט דאפשר כיון דאין אדם מעמיד עצמו על ממונו חיישינן שמא יעמוד אחד נגדו ויהרג ולכן מחללין אבל באדם יחיד יניח ליקח ממונו ולא יחלל שבת. ולפי"ז גם הכא בשמעתין דמרבינן לחלל שבת ולהרוג אח הבא במחתרת ע"כ קאי רק באינש דעלמא דלאו בעה"ב וכטעמו של המג"א דמכיון דאין אדם מעמיד עצמו על ממונו חיישי' שמא יעמוד בעה"ב נגדו ויבא לידי פקו"נ. אבל בעה"ב עצמו מחויב להניח לגנב ליקח ממונו ולא לחלל שבת כמ"ש הרמ"א יור"ד סי' קנ"ז שחייב ליתן כל ממונו ולא יעבור על ל"ת וא"כ ממילא שמעינן דכל אדם מותרים להורגו ול"ד בעה"ב עצמו ול"ל דרשא דוהוכה בכ"א. וי"ל דמשבת לא הוי ידעינן דהא י"ל בהיו הבעלים שנים או יותר דחיישי' שמא יעמוד אחד נגדו ועוד י"ל ואכ"מ. ועיי' ח"ס חו"מ סוס"י קע"ז ותמוה שלא הביא דברי המג"א: סעי' ב'. מפני שהוא כרודף. הרבה כתבו האחרונים בזה עיי' תורע"א אהלות סופ"ז ובמנ"ח מצוה רצ"ו מש"כ בדבריו ועיי' תפאר"י בפירוש החדש שם. ומש"כ המחבר ואם הוציא ראשו. מפירוש הרע"ב במשנה שם משמע דאף רוב ראשו ועיי' לעיל סי' רע"ז ובאחרונים שם ואף דבלשון הרמב"ם איתא יצא ראשו וכן העתיק משנה זו בש"ס סנהדרין מ"מ י"ל דלדינא ל"פ:

סימן תכו

או שישכור אחרים כו'. והנה הרא"ש כתב דאם יש לו חייב לשלם לו מובא בסמ"ע. ואם אין לו לפי שעה ויש לו אח"כ אם מחויב לשלם לו כשיעשיר עיי' ש"ך יור"ד סי' רנ"ג ס"ק ט' בשם הרי"ו ולזה רמז הש"ך כאן. ובדברי הירושלמי המובא בסמ"ע כאן האריכו האחרונים הרבה בזה עיי' פת"ש ובמנ"ח מצוה רל"ז. [מש"כ שם בקומץ המנחה דאם אחד מאבד עצמו לדעת ויכול אחד להצילו דאינו מוזהר על הלאו יש לפקפק בזה ועיי' נתי' לעיל סי' רס"א מש"כ על הרמב"ם בענין אבידה מדעת]. ובפת"ש יור"ד סי' רנ"ט ובמג"א או"ח סי' קנ"ו ס"ק ב' ובחירע"א שם. ובשו"ת יד אלי' סי' מ"ג ובש"ת בית שלמה יור"ד סי' צ"ט ועיי' משבצות אור"ח סי' שכ"ח ס"ק ז' ובא"ר או"ח סי' שכ"ט בשם או"ה. וחותני זצ"ל העיר מהא דמשה הרג את המצרי ונכנס בספק סכנה עבור ישראל ופשוט דיש לחלק דלהציל רבים שאני ועיי' רש"י תענית י"ח ע"ב ד"ה בלודקיא. וכן הא דאסתר נכנסה בספק סכנה היתה להצלת רבים וכן דרחב"ד ברכות ל"ג דהק' הרש"א היאך הכניס עצמו בסכנה. דהצלת רבים שאני.

כעת ראיתי באו"ה הנדפס מחדש עם הג' זר זהב ושם בכלל פקו"נ האריך בזה ועיי' מהר"ם שיק על מצות מצוה רל"ח ועיי' עוד תפא"י משניות יומא פ"ת ופרמ"ג אור"ת סי' שפ"ח מש"כ בזה. וראיתי בתפא"י מכות פ"ב הק' גבי רוצח דא"י משם לעולם אפי' לפיקו"נ ואמאי לא יצא אף דהוי ספק סכנה מ"מ מחויב להציל חבירו מודאי אבל ברמב"ם פ"ז מרוצח משמע דרשות בידו לצאת אם ירצה אלא שהתיר עצמו למיתה. והנה בשו"ת צ"צ כתב דיש לכוף לקרובו של הנרצח להעמידו בדין כי מצוה מוטלת על גואל הדם להמית הרוצח ומובא בפת"ש. נראה דזה אינו אלא לענין למוסרו לדין כופים אותו ב"ד אבל לכופו בזמן הבית להרוג אח הרוצח לא היו כופים דהא החוו"י בתשו' סי' קמ"ו מפקפק גם בעיקר ההיתר בבא לישאל אם מורין כן די"ל דרק אם הרג הרוצח אין נהרג עליו אבל לא לכתחילה ועוד דהא המלמ"ל חקר בעמד הרוצח והרג הגואל הדם אם נהרג עליו וכתב דמסתברא דאין נהרג עליו. וכן הוא מפורש בילקוט פ' מסעי ע"פ ומצא אותו פרט למצוא הוא גואל הדם ופירש הזית רענן דסד"א דמותר להרוצח להרוג לגואל הדם משום הבא להורגך השכם כו' קמ"ל.

ומוכח דאם הרגו אינו נהרג עליו דהיאך הו"א דשרי להורגו לכתחילה אלא ודאי דאם הרגו אינו נהרג עליו ומ"מ אומר הספרי דלכתחילה אסור להורגו אלא אם נתאמץ והרגו אינו נהרג עליו הרי כהמלמ"ל. וא"כ היאך נכוף אותו להרוג את הרוצח ויפקיר דמו באופן שאם יהרגו אינו נהרג עליו. ומש"כ עוד הצ"צ ועד היכן מיקרי גואל הדם וקרוב וכתב דאין שיעור לדבר אלא כל שאין קרוב יותר ממנו. הנה החו"י שם כתב דפירוש גואל הדם לא איתברר לן אם כל קרוב לנרצח מצי לרדוף ולהרוג הרוצח כי יחם לבבו. ותמוה שלא הביא דברי הרמב"ם פ"א מרוצח הל' ב' שכתב דכל הראוי לירושה הוא גואל הדם. ואף שהכ"מ לא הערה מקורו כתב בס' כתר המלך כמו גבי ונמכר מאחוזתו דרשינן ובא גואלו דהקרוב קרוב קודם והוא הראוי לירושה כמו בקדושין כ"א ה"נ מיקרי גואל הדם מי שראוי ליורשו. ומש"כ החוו"י דהרמב"ם השמיט מ"ש בסנהדרין מ"ה שאם אין לו גואל הדם שב"ד מעמידין לו גואל הדם ותמה ע"ז. הנה הרמב"ם פ"א מרוצח כתב לא רצה גואל הדם כו' ב"ד ממיתין אח הרוצח בסייף והוא מהספרי וז"ל שיכול אין לי אלא שיש לו גואל הדם מי שאין לו גואל הדם מנין ח"ל גואל הדם מ"מ. וזה כלשון הרמב"ם שכל אחד נעשה גואל הדם ואף שבש"ס דריש כן מבפגעו בו והספרי דרש כן מימות את הרוצח י"ל. ועיי' הג' רש"ש שכתב דדריש בש"ס כן מהוא ימיתנו דמיותר. ואולי הוא ג"כ כונת הירושלמי מכוח פ"ב הל' ה' מנין שאפי' אמר שאינו יכול להקבילו ת"ל בפגעו בו הוא ימיתנו ומובא בילקוט:

ופירשו המפ' מניין שאפי' אינו יכול לפגוע בו מיד שמצוה על גואל הדם לחזור עליו ת"ל בפגעו בו הוא ימיתנו דמשמע הוא ימיתנו מ"מ. והוא דחוק מאוד. וי"ל כונת הירושלמי כדרשת ש"ס דילן שאם אמר אינו יכול להקבילו ר"ל להורגו מי שפוגע בו הוא ימיתנו ומש"כ רש"י בחומש פסוק י"ט בפגעו בו אפי' בתוך ערי מקלט ונדחק שם בש"ת. ומלבד זה תמוה דרש"י לא הביא דרשת רז"ל סנהדרין ע"ז. ואולי מזה ראיה למה שכתבתי דלא דריש כן בש"ם מפגעו בו רק מהוא ימיתנו. אמנם לולא יראתי הייתי אומר דנתחלפו הציונים ברש"י וקאי על בפגעו בו שבפסוק כ"א ונסמן בטעות ע"ש:

סימן תכז

סעיף ב'. כל בית כו'. הפוס' השמיטו דין דבית שאין גובהו עשרה טפחים פטור ממעקה כדמשמע ב"ק נ"א וכ"כ שם המאירי בש"מ להדיא ועיי' נוב"ק חיור"ד סוס"י כ"ב שעמד בזה. והת"ח כתב שפשוט הוא לפי"מ דקיי"ל דאין חבטה בפחות מעשרה ולכן השמיטוהו. ובית ארוך וקטין ויש בו כדי לרבע ד"א עיי' מנ"ח. ומש"כ בפת"ש בשם הת"א דאין לברך על עשיית מעקה עיי' מנ"ח שהוכיח דמברך. והח"ס חאור"ח סי' נ"ב כתב דמברך במכוש האחרון דקודם לזה אינו מעקה. ומש"כ עוד הפת"ש בשם כנה"ג דא"ח אלא מדרבנן. צל"ע דראיתי במנ"ח בשם כנה"ג דהוי דאורייתא. ובהג' מיימוני פי"א מרוצח כתב להדיא דהוא דאורייתא והכנה"ג אין בידי לראות אם הביא דברי הג"מ: סמ"ע ס"ק ז' וק"ק ל"ל מיעוטא כו'. הגרש"פ בביאור קיצור הסמ"ג כתב דמשכח"ל כגון שהיה הרה"ר מהלך בשיפוע ובלא הבית היה מתגלגל ולא היה ניזוק ועתה שסמך ביתו הקצה מהשיפוע ועי"ז ניזוק ועיי' בהגר"א. ומש"כ הט"ז כאן על הסמ"ע דמטעם בור הוא חייב עיי' חי' רשב"א שם כתב דעמוקה ממנו ונפל לתוכה דחייב. לא חייב בד"א קאמר מטעם בור אלא חייב בד"ש קאמר:

סעיף ג' למעט ב"כ וב"מ ובספרי דריש בית לרבות גג היכל ותמה המנ"ח מ"ש מבה"כ דפטור. ובח' ת"ת כתב דהמעקה שבהיכל היה רק לנוי בעלמא לכך היה גבוה ג' אמות אבל המהר"ם שיק חידש דאם משתמש בביה"כ בגגו ויש לחוש לסכנה מוזהר לעשות מעקה ובכה"ג גם בביהמ"ק היו מחויבים לעשות מעקה נהי דקיי"ל גגות ועליות לא נתקדשו מ"מ מדרבנן היה אסור להשתמש שם לכך הוא פטור ממעקה אבל הספרי מיירי מדינא. וכ"כ בס' חב"י דבקביעי תשמישתא חייב בכל הני דמימעטי מהכתוב ובבית גזה"כ הוא דחייב אף בלא קביעי תשמישתא. ועיי' ערוך השולחן שכתב דגגין שלנו המשופעים ואין דרך להשתמש שם פטור ממעקה:

סעיף ה'. גובה המעקה אין פחות מי"ט. עיי' מגדל עוז מש"כ בביאור דברי הספרי והוא דחוק מאוד להמעיי'. ומה שהביא ראיה מסופ"ק דמוע"ק ע"ש מאוד תמוה דשם משמע דאעיקר הגג קיימי. והנכון מה שביאר בזה בהתו"ה שם ע"ש:

סעיף ח'. שנאמר השמר לך כו'. במנ"ח תמה ע"ז דהא בהאי קרא כתיב כי לא ראיתם כל תמונה ושמירת הגוף מניין. ולא ראה מה שכתב בזה המהרש"א ברכות ל"ב ע"ב. שו"ר לאח"ז בהשמטות שכתב מעצמו כדברי המהרש"א ולא ראה דבריו:

סעיף ט'. ולא ישתה בלילה כו' ובלשון זה כתב נמי הרמ"א יור"ד. וצ"ע דעת הרמב"ם בזה דבש"ס ט"ז י"ב מחלק להו לתרוי' ובלילה החשש משום סכנת שברירא ובסילון הטעם משום עלוקה והרמב"ם מערב להו. ועוד דבש"ס מחלק בין ידו אחת לשני ידיו והרמב"ם אינו מחלק. וצ"ל דזה כונתו במ"ש בלילה ר"ל באופן שאינו נראה. וה"ה במהדק בשיניו סגי עיי' הג' ר"ג ליפשיץ שם וגם בלא זה הקשה הכנסת הגדולה יור"ד סי' פ"ד דת"ל דאסור משום שרץ המים בבארות ואגמים דאסור גם כשלא פירש מהמים וזה י"ל ואכ"מ:

סעיף י'. כל העובר כו' מכת מרדות. וכתב הבאה"ג בשם ב"י יור"ד או משום דהוא דרבנן או משום דהוי כחצי שיעור. והנה באמת הב"י כתב כן רק על בל תשקצו די"א דאינו אלא מדרבנן לפי שפשטיה דקרא אינו אלא בשרץ לבד ולא בשאר דברים המאוסים עיי' מלמ"ל פי"ז ממ"א הל' כ"ז ועיי' תבו"ש סי' י"ג ס"ק ב'. אבל בסכנה דנלמד מושמרתם לנפשתיכם ודאי הוי מדאורייתא אבל פשוט דכונת הרמב"ם היא דכל הני דחשיב כאן דלא הוי רק חשש סכנה הוי רק מדרבנן דמה"ת אינו אסור אלא בודאי סכנה שלא יכניס אדם נפשו ועיי' משבצות יור"ד סי' פ"ד ס"ק ב' מש"כ שם בדברי האו"ה המובא בט"ז שם: