הלכה · מערכות וענייינים

חידושי מהרשדם חלק א

רבי דוד שלמה מרגליות

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

חידושי מהרשדם חלק א

רבי דוד שלמה מרגליות

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/חידושי-מהרשדם-חלק-א/
הקובץ נוצר ב־18 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

הקדמה 4
אות א 5
אסמכתא 5
אגב קרקע 31
אומן 49
אבר מן החי 66
אין עונשין מהדין: 78
אוכל נפש ביו"ט 82
אות ב 103
בעידנא דמיעקר לאו מקיים לעשה . . . 103
ברירה 116
ברי ושמא 141
אות ג 150
גרמי 150
גיד הנשה אי מותר בהנאה 165
אות ד 175
דבר שיש לו מתירין 175
דבר חשוב 198
דבר שאינו מתכוין 204
דבר שאינו קצוב 215
דאיקני 227
דבר שבערוה 233
דם שבישלו 248
אות ה 252
היזק שאינו ניכר 252
הואיל 267
הכיר בה שאינו שלו ולקחה 285
אות ו 288
ויתור במודר הנאה 288
אות ז 294
זה וזה גורם 294
זמן בגט 299
זמן גרמא 321
זה נהנה וזה לא חסר 324
אות ח 326
חתיכה נעשה נבלה 326
חליפי איסורי הנאה 335
חצי שיעור 343
חולין שנשחטו בעזרה 348
חרשת אי יש לה ט"ב בטענת פ"פ 351
חצי עבד וחצי ב"ח 355
חליפין אי מועיל בעובד כוכבים אנס . . 356
תרתי לריעותא דחשוב חזה"ג 361
חזקה דמעיקרא היכי דאיתרע 368
חמץ נוקשה 371
חופה 391
אות ט 406
טוען אחר מעשה ב"ד 406
טענו ספק ע"פ עד 417
טריפה אינה חיה 422
טבילת כלים 424
טעם כעיקר 432
טומאה הותרה בציבור או דחויה 446
אות י 451
יוקר הגזילה 451
יאוש ושינוי החוזר ושינוי דממילא 457
יוחסין אי בעינן תרי רובא 492
יומא דמשלם זמנו אי טענינן עבור היתומים
שפרע 507
יהרג ואל יעבור 512
תקונים 516

הקדמה

ויען דוד ויאמר, מה יתרון להחומר, כל ימי חיותו, וסופו ישוב לאדמתו, ונדמו מחמדי העולם לאיש חלום חולם שמצא הון יקר עד אין חקר ובהקיצו מן התרדמה אין בידו מאומה, כן מחמדי תבל אין והכל הבל כי האדם במותו לא יקח תאותו גם בעודנו בחיים יש לו מנה מבקש מאתים ולא ישיג בקשתו עד הפרד נשמתו ישבע במרורים ולענה בכל עת ועונה ואם בתורה חפצו טוב בהגיע קצו גם בחיים חיותו יתענגו רוחו ונשמתו בתורת ה' העריבה ויגוב בשיבה טובה, ומעת לדעה באתי עיני ולכי נשאתי להיודע ובוחן לכי לחננו דעה ובינה בתורת ה' נאמנה וברחמיו שמע בקולי והי' בעזר לי ולמדתי אצל כבוד הגאון המובהק הצדיק המפורסם ר שכב"ה המנוח אב"ד דק' טשעכנאוו. בעת אשר למד עם ישיבה גדולה הוא העמים עול התורה על שכמי והרגיל אותי בדרכי עומק הפלפול להתהלך ברחבה ות"ל נתחדש אצלי חדושים רבים על כמה מסכתות ועל ח"מ ועל יו"ד יש לי הרבה חדושים חוץ מה שמוכן ליתן לדפוס חלק שני מספרי וזה יותר מתשעה שנים אשר הי' בדעתי להדפיס אך לא עלתה בידי ות"ל עד כעת נתחדש הרבה ענינים וזה היה כי הגביה ה' קרני ולרב ולמורה שמני בקהלות גדולות בעיר לוקאווא ובע"ה בגליל קראקא ובעיר זאלשין והחזיקוני בכבוד גדול יזכרם ה' לטובה על כל הטוב אשר גמלוני כראוי לפי ערכם אנשי שם מופלגים חריפים ונגידים וע"י למדתי הרבה ות"ל נתחדש חרבה ענינים וגם עתה אשר נתקבלתי לרב ולמורה זה יותר משלשה שנים בקהלה מפוארה אשר נמצא ששם חריפים ובקיאים נגידי' אנשי שם עיר קאלווערייא ישלם ה' פעלם ותהי משכורתם כפולה מאת נורא עלילה קרנם תרום בכבוד חמה חזקו את ידי להוציא לאור חיבורי זה ואקרא לרבנן ותלמידיהם אשר בתורה חפציהם להאזין ולהקשיב דברתי לבלתי לחובה יכריעוני ולנאה אל ישימוני אחי אל תרעו האדע שלא תדעו ומה לאיש כמוני אשר ידעתי חסרוני ומיעוט ערכי השפל לא עיקר וטפל להתנאות בדברי תורה הנתנה מפי הגבורה אך כל כוונתי לזכות גופי ונשמתי להניח אחרי זכרון ואם כי ידעתי כי לא הגעתי לערך הגאונים השלמים המאירים לארץ הלא הממעיט והמרבה יחד מקובלים המה ואם ימצא שגיאה שיצא ממני אתחנן מהקורא להודיעני אולי אברר כוונתי או אודה לדבריהם ועתה ויברך דוד את ה' שהביאני עד הנה ולגמור חסדיו העצומים עד לעולמי עולמים ותחזינה עינינו מהרה בבנין בית הבחירה והצפוני ירחיק מאתנו הק' **דוד שלמה**:

ולטוב יזכר כבוד אבי המופלג השנון הישיש מו"ה **יצחק** מרגליות חופ"ק הנ"ל. ולטוב יזכר כבוד חותני הרב הגדול הצדיק בוצינא קדישא שלשלת היוחסין מו"ה **יחיאל צבי**

אוניגר מעיר מארנא עם בתו היא זוגתי הרבנית מ' **רייצע** תחי' ויו"ח. גם יזכר לטוב כבוד חתני האברך המופלג השנון מו"ה **ישראל יעקב** עם זוגתו היא בתי הצנועה עם י"ח נכדה של הגאון המנוח רשכב"ה המפורסם בחיבוריו נקרא אב"ד דפלאצק. וגם יזכר לטוב בני האברך המופלג מו"ה יהונתן נכד הגאון הנ"ל:

אות א

אסמכתא

אסמכתא יבואר אי אסמכתא קניא מדאורייתא

עיין בח"מ סי' כ"ז בש"ך ס"ק י"ח דדעת המרדכי דמדאוריית' אסמכתא קניא והביא ראיה מערב ותמה בש"ך דילמא שאני ערב דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשתעבד יע"ש: ועי' בנתיבות דתירץ דמסתבר להמרדכי דסברת גמר ומקני לא מהני רק אי אמרינן דאסמכתא קניא מדאורייתא מהני לדחות הדרבנן אבל אי מדאורייתא לא קני אז לא מהני סברת גמר ומקנה ובזה פליגי בסנהדרין דמאן דסובר דאסמכתא דמשחק בקוביא לא קנה הוא משום דסובר דאסמכתא מדאוריית' לא קנה ולכך לא מהני סברא דאגב דבעי לקנות גמר ומקני ומאן דסובר דמשחק בקוביא קנה סובר דאסמכתא רק מדרבנן לא קנה ולכך מהני סברא דאגב דבעי לקנות גמר ומקנה לדחות הדרבנן יע"ש:

ולפ"ז לדידן דקיי"ל דמשחק בקוביא חשוב גזל ופסול לעדות ולא אמרינן אגב דבעי לקנות וכו' ע"כ דאסמכתא מדאורייתא לא קנה ועי' ברמב"ם הלכות עדות דפסק והוא שלא תהיה לו אומנות אלא הוא הואיל ואינו עוסק בישובו של עולם וכבר תמהו עליו כיון שכתב הטעם משום גזל ע"כ סובר כרמב"ח משום דהוי אסמכתא וא"כ למה כתב הטעם הואיל ואין עוסקין וכו' דזה הוא לרב ששת וע"כ נראה דהרמב"ם סובר דבאמת אין זה דבר ברור לומר דאגב דבעי לקנות גמר ומקנה וע"כ אי אסמכתא מדאורייתא לא קנה לא סמכינן על הא דגמר ומקנה אך היה לנו לאוקמי' על חזקת כשרות דגמר ומקנה אך כיון דאין עוסק בישובו של העולם והגם דמשום זה לחוד לא היה פסול שאינו רק איסור לכתחילה עכ"פ איתרע חזקת כשרות וממילא פסול לעדות משום גזל דחשיב אסמכתא דכיון דאין זה דבר ברור דאגב דבעי לקנות וכו':

והנה מדברי הר"ן בפסחים נראה ג"כ דמדאורייתא אסמכתא קני דהנה שיטת הרמב"ם בא"י שהלוה לישראל על חמצו ואמר לו מעכשיו יהא שלך אם לא אפרע לך לזמן פלוני סובר הרמב"ם דבעינן הגיע זמנו קודם פסח והר"ן חולק שאם הגיע זמנו קודם פסח אפי' לא אמר ליה מעכשיו שרי דבמשכון לא שייך אסמכתא וטעמא דמילתא דבע"ח קונה

משכון וקשה דלפי טעם זה א"כ א"י מישראל דלא קני משכון הוי ליה אסמכתא ועי' בס' מג"א ס' תמ"ח וע"כ נראה דלפי מה דאיתא בתשובות דמש"ה עובד כוכבים אנס מישראל לא קני משכון דכיון דקיי"ל דהפקעת הלואתו מותר נמצא דאין לו חוב על הישראל והאיך יקנה המשכון אך תקשה הא עכ"פ מדרבנן אסור משום חילול השם ועי' ברש"י בב"ק פ' ב' וע"כ משום דאזלינן בתר דאורייתא וע"כ דברי הכל עובר וע"כ שפיר סובר הר"ן דאי הגיע זמנו קודם פסח אפי' בלא מעכשיו שרי דליכא משום אסמכתא במשכון משום דבע"ח קונה משכון ואף על גב דעובד כוכבים מישראל לא קנה מ"מ מדרבנן דאסמכתא לא קני קני למשכון דיש לו חוב על הישראל דאסור להפקיע החוב משום חילול השם ואין לומר דאזלינן בתר דאורייתא דליתא דמדאורייתא אסמכתא קני ומדרבנן הא קנה משכון וליכא משום אסמכתא:

וגם לפי מה דאיתא בתשובות מוהר"י דמש"ה עובד כוכבים אנס מישראל לא קנה משכון לפי מה דאיתא בתשובות הנ"ל דכיון דהא דבע"ח קונה משכון איתא בנ"י בב"מ משום דקני ליה מעותיו וכיון דקיי"ל דלישראל בכסף לא"י במשיכה ומשיכה למשכון לא מהני וע"כ א"י לא קנה למשכון והנה איתא בתשובות דמעות היה אז מנהג הסוחרים וא"כ אכתי תקשה דקנה למשכון במעות הלואה אך איתא בתשובות רמ"א דמנהג הסוחרים הוא כמו קנין דרבנן דמהני רק לאיסור דרבנן ועי' בס' מק"ח סי' תמ"ח וע"כ קאמר הגמ' שפיר דעובר דעובד כוכבים אנס מישראל לא קנה משכון דהא מדאורייתא לא קנה במעות הלואה ועובר מדאורייתא וע"כ כתב הר"ן שפיר דאי הגיע זמנו קודם פסח אפי' לא אמר מעכשיו ליכא משום אסמכתא דבע"ח קני משכון אפי' א"י מדרבנן מצד כסף דמנהג הסוחרים הוא שיהי' כסף קונה ומדאורייתא דלא קנה כסף הא מדאורייי' ליכא משום אסמכתא דקני מדאורייתא אפי' באסמכתא ומדרבנן דלא קני אסמכתא סמכינן על מנהג הסוחרים שנהגו לקנות במעות וא"כ קנה המשכון וליכא משום אסמכתא:

ובזה ניחא קושי' התוס' בע"ז (ד' ע"א) ד"ה שקילו זוזי וכו' דהקשה ר"ת כיון דמשיכה בעובד כוכבים אנס קונה א"כ מעות אינם קונות וא"כ מה הי' מועיל המעות שהיו נותנים מתחלה מ"מ הוי יי"נ ברשותו של ישראל מיד שנגע בו ועדיין אינו של עובד כוכבים אנס עד שימשכנה כיון דמשיכה קונה ולא מעות יע"ש ולפי הנ"ל ניחא דכיון דמסיק הגמרא דעיקר האיסור משום דאיכא עכבת יין אפומי' דכוזנתא וכו'. והקשה בתוס' שם ליבטל ההוא פורתא ותירצו דמב"מ הוא ורב סובר דלא בטל יע"ש ובריטב"א בע"ז איתא דהא דלרב לא בטל מב"מ זהו רק מדרבנן ולנגד איסור מהני הכסף אע"ג דאינו רק מנהג הסוחרים ומש"ה אמר להו שקילו זוזי:

אך תקשה הא דפריך הגמ' בפסחים (ד' ל"א) על הא דרצה הגמ' לומר ר"מ וחכמים בישראל שהלוה לא"י אי למפרע גובה או מכאן ולהבא גובה ופריך הגמ' אמאי בא"י שהלוה לישראל לכ"ע עובר והא למ"ד התם דעובר משום דלמפרע גובה א"כ בנכרי שהלוה לישראל אינו עובר יע"ש וקשה דהא הקשה נהי דלמפרע גובה במה קנאו דהא נכרי לא קנה במעות ומשיכה ליכא דכיון דלא איירי בהרהינו וע"כ משום דנהי דמדאורייתא לא קנה מ"מ קנה מצד המנהג אך זה רק קנין דרבנן ולחומרא דיהי' עובר מהני משא"כ לקולא וע"כ עובר אפי' אי למפרע גובה ובשלמא לעיל דקאמר דלאביי ניחא משום דאביי לשיטתו דסובר בבכורות דעובד כוכבים אנס קנה במעות אך יש לומר דכיון דאיסור לאחר פסח רק מדרבנן משום קנס ומהני גם קנין מצד המנהג אך תקשה דהא הספק נולד בדאורייתא בתוך הפסח אי עובר על ב"י וא"כ אז לא מהני קנין מצד המנהג ול"א למפרע גובה וממילא גם לאחר פסח אע"ג דלא הוי רק מדרבנן מ"מ הוי כנתגלגל מאיסור דאורייתא לאיסור דרבנן ולא מועיל להקל אפי' באיסור דרבנן. אך נראה דכל זה אם בעת האיסור מה"ת אנו צריכין לדון מדבר הזה ויש בזה נ"מ תו אי אפשר להקל גם לאחר שנתגלגל לדרבנן אבל כאן כיון דתוך הפסח אין לנו לדון מפאת הקנין דאע"ג דנימא דהוי חמץ של א"י מ"מ עכ"פ עובר מצד אחריות ומש"ה לאחר זמן דמצד אחריות ליכא איסור רק מצד הקנין דאי למפרע גובה שרי לאחר פסח ואי מכאן ולהבא גובה אסור וע"כ נולד זה רק לאחר פסח ומהני קנין מצד המנהג למידי דרבנן וע"כ פריך שפיר הגמ' אמאי לכ"ע עובר:

ובזה ניחא מה שהקשה מה פריך הגמרא על רבא לוקמא דמתני' איירי באפותיקי מפורש דאז מודה רבא לאביי ועי' בפ"י אך דאז תקשה דבמה קנאו דמעות לא קנה וקנין מעות דהוא מצד מנהג לא מהני לאיסור ואין לומר דאיסור דרבנן הוא דליתא דספק נולד בדאורייתא בתוך הפסח ואין לומר דבתוך הפסח לא צריכין מצד הקנין רק דעובר משום אחריות דבאפותיקי מפורש אין אחריות עליו רק על המלוה וגם לפי מה דמוקי הרמב"ן דאיירי במטלטלין אגב קרקע דאל"כ הא במטלטלין לכ"ע מכאן ולהבא גובה והקשה הא קנין אגב רק מדרבנן אך דלמידי דרבנן סגי אך הא נולד בדאורייתא בתוך פסח וצריכין לומר ג"כ דאז אסור ועובר משום אחריות וא"כ ע"כ לא איירי באפותיקי:

וגם לפי מה דאיתא בתשובות דאפי' אי אמרינן דישראל מא"י קנה בין במעות ובין במשיכה מ"מ א"י מישראל לא קנה רק במשיכה דלא עדיף מישראל דהפקיעו חכמים קנין כסף ותקשה ג"כ דאפי' לאביי לא ניחא דבמה קנה דכיון דהפקיעו ק"כ וע"כ משום דלאחר פסח דהוא מדרבנן אזלינן בתר דאורייתא דקנה במעות ואין לומר דספק נולד

בתוך פסח אז דאז עובר בלא"ה משום אחריות וא"כ ע"כ לא איירי באפותיקי דאז ליכא אחריות:

ובזה ניחא קושי' התוס' בחולין (ד' קי"א) ובפסחים (דף ע"ד) ד"ה כבולעו כך פולטו דלמאן דס"ל דאפי' בדיעבד אסור כבדא עילוי בשרא תקשה מתני' ונותן כרעיו ובני מעיו לתוכו יע"ש וע"כ נראה דהנה בתוס' חולין (ד' הנ"ל) על הא דקאמר כבדא עילוי בשרא אסור דם דאורייתא וכתבו שם דאע"ג דדם שבישלו אינו עובר עליו מ"מ תחלה כשנפלט עד שלא נתבשל היה דאורייתא וכוונת התוס' היה משום דהא דאמרינן דם שבישלו או דם שצלאו אינו עובר מ"מ בתחלת צלייתו אף שהוא חם באופן שהוא בולע ופולט כל זמן שאינו נצלה עכ"פ כמאב"ד לא חשוב כדם שבשלו והנה זה דאמרי' כבולעו כך פולטו זה אינו ברור רק דכיון דדם שבישלו מדרבנן וע"כ סמכינן על זה וע"כ כיון דספק נולד קודם שנצלה עכ"פ כמב"ד דאז היה ספק דאורייתא ולא סמכינן על הא דכבולעו וכו' וע"כ אפי' השתא דנצלה כל צורכו ואיסור רק מדרבנן ל"א דספק דרבנן לקולא וזה שייך בבשר חולין משא"כ בפסח דקודם שנצלה כל צורכו אסור בלא"ה משום נא ולא היינו צריכין לדון משום דם וא"כ הספק אי בלע דם נולד בעת דנצלה כל צורכו ואז הוי ספק דרבנן משא"כ בעלמא ויש עוד דרכים לתרץ קושי' הנ"ל אך יבואר באות ב':

ונחזור לענין ראשון דבזה ניחא מה דקשה אי אסמכתא מדאורייתא קני תקשה על הא דפריך הגמ' דתקשה סיפא בא"י שהלוה אמאי לכ"ע עובר וקשה לוקמא דאמר לו אם לא אפדה עד זמן פלוני יהיה שלך והגיע זמנו קודם פסח אך לא אמר מעכשיו וא"כ הוי אסמכתא ובריש עובר לר"מ אע"ג דאסמכתא הוא ולא קני הישראל מ"מ כיון דמדאורייתא קני אע"ג דהוי אסמכתא וע"כ עובר משא"כ בסיפא עובר ואזלינן להחמיר דלא קני מדרבנן משום אסמכתא והוי החמץ של ישראל ועי' במס' סוכה (ד' כ"ב) דפליגי ר"מ וחכמים דר"מ סובר דאזלינן בתר דאורייתא ומש"ה חשוב סוכה הראוי לשבעה וה"ה הכא ות"ק סובר דאזלינן בתר דרבנן כמו התם וע"כ אינו עובר אך לפי מה שכתבתי ניחא דכיון דאיסור לאחר פסח רק מדרבנן וספק אינו נולד בדאורייתא דבלא"ה עובר משום אחריות וכיון דרק מדרבנן אסמכתא לא קני פריך שפיר אמאי עובר בסיפא הא לא היה של הישראל דאזלינן בתר דאוריית' וקני הא"י ואמאי אסור בסיפא ובזה ניחא קושי' התומים ס' ס"א על הא דפריך הגמ' בב"ב (ד' קכ"ז) אלא לרבנן יכיר למה לי ומשני בנכסים שנפלו לאחר מכאן ופריך לר"מ דסובר דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכיר למה לי והקשה דילמא איירי דמת הבן והניח אשתו מעוברת ואומר האב על הבן שמת שהי' בכור כדי שיטול הולד פ"ש דאז אין לו מיגו דאי בעי יהיב ליה במתנה דהא המזכה

לעובר לא קנה ואפי' ר"מ מודה לדבר שלב"ל דלא מהני יע"ש אך לפי מה שכתבנו דהא דמזכה לעובר לא קנה משום אסמכתא דלא גמר ומקנה ואי אסמכתא רק מדרבנן לא קני והכא קאי על התורה ומה"ת יכול להקנות לעובר דכיון דמה"ת אסמכתא קני ובזה ניחא ג"כ מה שהקשה בתומי' שם דבשטר שנכתב דכל המוציאו גובה בו דכיון דגם הנולדים אח"כ בכלל וא"כ נימא מיגו דלא חל עליהם גם על הנולדים כבר לא יחול דקני את וחמור הוא יע"ש אך כיון דמדאורייתא קני גם הנולדים אח"כ דאסמכתא קני מדאורייתא וע"כ לא חשוב קני את וחמור ועי' במשנה למלך במכר מטלטלין וקרקע בקנין כסף דל"ח קני את וחמור משום דמדאורייתא גם מטלטלין קנה בכסף ובאמת הוא גמ' מפורש בב"ב (ד' קמ"ג) דמשני הגמ' שאני התם דמדאורייתא תרומה מעלייתא הוא וכו' יע"ש:

ולפ"ז אי אפשר לפרש קני את וחמור כמו שפי' רש"י בקידושין (ד' נ"א) דנותן מתנות לנולד ולעובר שבמעי אמו דכיון דמדאורייתא קניה עובר וע"כ כמו שפי' הרשב"ם בב"ב (ד' קמ"ג) דאמר את ובהמה זו תקנו נכסי יע"ש:

ובזה קשה הא דפסק הרמב"ם ועי' באה"ע סי' מ"א דאם היתה בתוך הנשים שקידש שפחה ואמר כולכן מקודשות לי דחשוב קני את וחמור והא איסור שפחה לרמב"ם הוא רק מדרבנן ול"ח קני את וחמור ובזה ניחא להפוסקים הסוברים דמקנה דשלב"ל עם דבר שבא לעולם דקניה הכל ובאת וחמור קניה רק מחצה אך לפי מה שכתבנו דשלב"ל מדאורייתא קניה דלא גרע מאסמכתא ועי' במרדכי בב"מ פ' א' בסוגיא דהכיר בה וכו' דמדמי לאסמכתא וע"כ אמרינן שפיר דקניה הכל משא"כ באת וחמור דמדאורייתא לא קניה הבהמה ע"כ לא קניה רק מחצה:

ובזה ניחא דברי הרמב"ם שפסק בפ"ח משאלה חזרה הבהמה עצמה חוזרת לבעלים היא וגיזותיה וולדותיה השומר קונה שבח הבא מגופה אלא השבח הבא מאליו ותמהו עליו דהא פריך הש"ס והא אין אדם מקנה דשלב"ל ומשני נעשה כאומר פרה זו לכשתגנב קנויה לך מעכשיו וכיון דגם לס"ד דמקשה סבור דמקנה ליה מעכשיו דהא מעות אינו קונה אלא משום דמקני ליה פרה לכפילא ולזה מקשה דהו"ל דשלב"ל וא"כ מה דמתרץ הרי פרתי קנוי' לך מעכשיו היינו דמקנה ליה לגמרי גוף הפרה וא"כ היכי כתב הרמב"ם דפרה חוזרת וא"כ אינו אלא פרה לכפילא דכה"ג עלתה בתיקו גבי המוכר עבדו לקנס ועי' בקצה"ח ס' רצ"ה וע"כ נראה דהא קשה דכיון דהשומר קנה גם היוקר בשילם וזה לא חשוב דשלב"ל ועי' בש"ך ס' קט"ו דכתב כן ומביא ראיה מדחזינן דבכור נוטל שני חלקים משבח דממילא ול"ח ראוי וא"כ מקנה לו דבר שבא לעולם עם הכפל ומה מקשה רב"ח אך לפי מה שכתבתי הטעם דמהני משום דמדאורייתא קנה גם דשלב"ל דלא גרע

מאסמכתא וא"כ יש לומר דרב"ח לשיטתו דסובר דמשחק בקובי' חשוב אסמכתא וע"כ דסובר דמדאורייתא לא קני אסמכתא וה"ה דשלב"ל משא"כ לדידן דהכל רק מדרבנן אמרינן מתוך שקנה זה קני זה ולא קשה כלל קושי' הגמ' אך לפי מה שנראה מהרמב"ם כרב"ח במשחק בקובי' אי אפשר לתרץ כן וחוץ מזה אי אפשר לומר דמזכה לעובר טעמא משום אסמכתא דהא בסוגיא רצה לומר דמתני' אתי' כר"י דסובר דעובר פסול דעובר יש לו זכי' ודחי דילמא רק בירושה הבא מאיליה יע"ש וקשה הא ר' יוסי סובר דאסמכתא קני' וא"כ לדידי' אפי' במזכה לעובר קניה וגם ר"י סובר בסוגיא דמזכה לעובר לא קנה ור' יוחנן פוסק דהלכה כר' יוסי דאסמכתא קני' וגם אי אפשר לומר דדשלב"ל דמי לאסמכתא דהא חזינן דבהקדש ליכא משום אסמכתא ואפי' קדושת דמים ודשלב"ל לא יכול להקדי' וגם מסוגיא דיכיר אי אפשר לומר כן דהא התם קאי על התורה ומשני בנכסי' שנפלו לאחר מכאן אלמא דמדאורייתא לא יכול להקנות:

ובזה דהרמב"ם סובר דאסמכתא מדאורייתא לא קני ניחא הא דהרמב"ם השמיט הא דמבעי' להגמ' בע"ז משכנתא אי צריך טבילה ומסיק הגמ' שם דהיכי דדעתי' לשקועי צריך טבילה בברכה והרמב"ם לא הביא זה אך לפי מה דאיתא בס' ח"ס להקשות דמה יועיל דעתיה לשקועי הלא בישראל שיש לו משכון מישראל דאפי' עבר הזמן ודוחקו לפורעו ואומר לו יהיה שלך קיי"ל דלא מהני דהוי אסמכתא ועי' בח"מ סי' ע"ג ושיטת הרמב"ם דגם בא"י דין אסמכתא ועי' מג"א סי' תמ"א וא"כ אמאי יחשב שלו כשדעתו לשקועי בידו ומיהו המג"א סיים שם ועי' סי' תמ"ח אי אזלינן בתר דיניהם והערכאות בדיניהם אין דנין דין אסמכתא ועי' במג"א סי' תמ"ח דהוכיח מש"ס רפ"ב דבכורות דלא אזלינן בתר דיניהם מדדחיק הש"ס ואמר בדיניהם שפסקה להם תורה ש"מ דלא אזלינן בתר דיניהם אמנם הרמב"ן במיוחסת ס' רכ"ה מוכיח דאזלינן בתר דיניהם יע"ש בח"ס וע"כ נראה דאי אמרינן דאסמכתא מדאורייתא קני אז אזלינן בתר דיניהם וכיון דבדיניהם אין דנין דין אסמכתא דנין כן משא"כ אי אסמכתא מדאורייתא לא קני אז לא אזלינן בתר דיניהם ולפ"ז יש לומר דר"א סובר כרב ששת דאסמכתא קני מדאורייתא וע"כ סובר דהיכי דדעתו לשקועי מהני ואע"ג דהוי אסמכתא אזלינן בתר דיניהם משא"כ לדידן דקיי"ל כרב"ח דאסמכתא דאורייתא לא קני וא"כ לא אזלינן בתר דיניהם וע"כ השמיט הרמב"ם דהיכי דדעתו לשקועי דצריך טבילה בברכה:

ועיין ברמב"ן ובנ"י בסנהדרין דכתב וז"ל אלא כל תולה בדעת עצמו הוי אסמכתא אע"ג דבידו ולא תימא כיון דבידו למיעבד ולא עביד גמר ומקני דדילמא מעיקרא כי אתני הוי בדעתו לקיים תנאיה ולא גמר ומקנה ובתר הכי הדר בי' וכל דלא גמר לאקנויי בשעת

התנאי אע"ג דבתר הכי גמר לאו כלום הוא ולא תימא כיון דלא עביד גלוי מילתא הוא דמעיקרא נמי ניחא ליה לאקנוייה כדאמרינן בא"נ אשכחי' דשתי שכרא דקני א"נ דקפיד בארעא וקפיד אזוזי מהאי טעמא דליתא דהא אסיק' התם בכולהו כל דאי לא קני והא דאם אוביר וכו' תקנה בעלמא היא וכו' יע"ש ולכאורה נראה דזה תלי' אי יש ברירה בדאוריית' או לאו דאי יש ברירה אז אמרינן דהובירר למפרע דכיון דלא עביד אע"ג דבידו היה לעשות הוברר למפרע דמעיקרא לא היה בדעתו לקיים תנאו וגמר ומקנה ואי אין ברירה אז אפי' היכי דבידו חשוב אסמכתא ול"א כיון דלא עביד הוברר למפרע דלא היה בדעתי' לקיים התנאי והנה קיי"ל דבדאורייתא אין ברירה ובדרבנן יש ברירה וא"כ אי אסמכתא מדאורייתא לא קני אז אפי' היכי דבידו חשיב אסמכתא ול"א דהובירר למפרע משא"כ אי אסמכתא רק מדרבנן ויש ברירה אז היכי דבידו ל"ח אסמכתא:

ובזה ניחא הרמב"ם דהביא הדין בשוכר את הפועל לשמור את הזרעים לשמור את הפרה דאין נותנין לו שכר שבת וע"כ אין אחריות שבת עליו היה שכיר שבת שכיר חדש נותנין שכר שבת וע"כ אחריות שבת עליו והשמיט דאיירי בקנו מידו כדמוקי הגמ' בב"מ (ד' נ"ח) דאל"כ תקשה הא אין דין שומרין בהקדש וע"כ נראה דהא הראשונים הקשו ועי' בר"ן דלמה צריכין לקנין הא קיי"ל דיכול אדם להתחייב א"ע בדבר שאינו חייב ועיין בש"ך ס' מ' דכתב וז"ל דדוקא היכי שמתחייב א"ע בלי תנאי מהני משא"כ בשומר קרקעות והקדשות כיון שאינו מתחייב מיד רק אם אבד דמי לערב דדמי לאסמכתא וע"כ צריכין קנין יע"ש ולכאורה קשה לפי מה דאיתא ברמב"ן על הא דמתנה ש"ח להיות כשואל ולא הוי אסמכתא דכיון דמתחייב א"ע גם על אונסין דלא הוי בידו כלל וליכא משום אסמכתא וע"כ מחויב גם על גו"א אע"ג דזה הוי בידו ולאו בידו לגמרי וא"כ תקשה גם הכי דכיון דחייב א"ע על פשיעה ג"כ וזה הוי בידו ולא הוי אסמכתא מהני ג"כ החיוב על גו"א אע"ג דלא הוי בידו לגמרי:

אך ר"י לשיטתו דסובר דאפי' בדרבנן אין ברירה וא"כ אפילו היכי דבידו חשוב אסמכתא ול"ש לומר מיגו דחל החיוב על פשיעה וע"כ מתרץ בקנו מידו משא"כ לדידן דיש ברירה בדרבנן וא"כ אחריות פשיעה ל"ח אסמכתא דכיון דבידו וממילא חל החיוב גם על גו"א וע"כ השמיט הרמב"ם קנו מידו וניחא בזה הרמב"ם הלכות שקלים דפסק בבני העיר ששלחו את שקליהן דאי מסרו לש"ח חייבין אפי' משנתרמה התרומה להביא שקלים אחרים והקשה דהא בסוגיא שם מקשה על הא דקתני במתני' דש"ח אינו נשבע ופריך הגמ' מהא דבני העיר ששלחו את שקליהן וכו' עד דנשבעין לגזברין ומשני שמואל דהכא בש"ש עסקינן ונשבעין ליטול שכרן אלמא לס"ד הי' סובר דאיירי בש"ח ואפ"ה קתני

משנתרמה התרומה דנשבעין לגזברין והבעלים נפטרים. וע"כ נראה דלכאורה תקשה דלפי מה דאיתא בתומים ס' ס"ו דבהקדש ל"ש קנו מידו והא דמשני קנו מידו קאי רק על הזרעים דחשוב קרקע יע"ש וא"כ תקשה לכאורה מה פשעו הבעלים דמסרו לש"ח דכיון דאפילו אי ימסרו לש"ש לא חל החיוב עליו דאין דין שומרין בהקדשות ואפי' קנו מידו ל"ש בהקדש אך לדידן דקיי"ל דיש ברירה בדרבנן וא"כ פשיעה דבידו ל"ח אסמכתא וא"כ ממילא יכול להתחייב א"ע להיות כש"ש בדברים לחוד ול"צ לקנין דאין לומר משום אסמכתא דליתא דהא חזינן דרוצה להתחייב א"ע בפשיעה דכיון דבידו ל"ח אסמכתא חייב גם על גו"א משא"כ שמואל לשיטתו דסובר בביצה דאפי' בדרבנן אין ברירה ולא יכול להתחייב א"ע בדיבור ולא פשעו במה דמסרו לש"ח וע"כ משני שפיר דאיירי בש"ש ולס"ד איירי לדידי' אפילו בש"ח דליכא פשיעה בזה דמסרו:

ובזה דאסמכתא רק מדרבנן לא קני ניחא מה שהקשו על הג"א בב"מ דסובר דהא דאמר שמואל דאבד אלפי זוזי זה רק במשכון בשעת הלואה ושלא בשעת הלואה מודה שמואל יע"ש והקשו דא"כ תקשי מה פריך הגמרא בשבועות על שמואל ממתני' סלע הלויתיך עליו ושקל היה שוה והלוה הוא מודה במקצת דחייב לשבע ש"ד לימא ליה הא קבילתיה יע"ש (דף מ"ג ע"ב) דילמא איירי מתני' שלא בשעת הלואה דאז מודה שמואל וע"כ נראה לפי מה דאיתא בתומים סי' ע"ב דטעמא של הג"א דהא איתא בתומים טעמא דשמואל דל"ח אסמכתא משום דהפסיד הלוה המשכון וע"כ המלוה גמר בדעתו להפסיד כל החוב וא"כ זה שייך בשעת הלואה דלולי קבלתו הוי ליה ש"ח ומפסיד הלוה משכונו משא"כ שלא בשעת הלואה דכנגד המשכון לכ"ע הוי ש"ש מדר' יצחק וא"כ אין הלוה מפסיד וא"כ מה שמקבל המלוה היתרון הוא רק גוזמא והוי אסמכתא יע"ש סי' ע"ב ולפ"ז לפי מה דאיתא בש"ך ס' שפ"ו בחיוב דינא דגרמי דכיון דרק מדרבנן ליכא ש"ד וכן איתא במרש"ל וע"כ פריך הגמ' שפיר על שמואל אפי' אי מיירי שלא בשעת הלואה עיקר הטעם דמלוה אינו מפסיד היתרון משום דחשוב אסמכתא א"כ מדאורייתא אין מגיע למלוה כלל רק מדרבנן א"כ ליכא ש"ד דעל חיוב דרבנן דהא אסמכתא רק מדרבנן ליכא ש"ד וניחא בזה הא דלא מקשה מרישא ועי' בתומים אך דע"ז יש לומר דאיירי שלא בשעת הלואה אך מסיפא עיקר הקושיא דעכ"פ ש"ד ליכא דחיוב רק מדרבנן דחשוב אסמכתא:

ובזה ניחא מה שהקשה בט"ז בא"ח ס' ת"מ על שיטת הרמב"ם דסובר דאפי' בלא קבל אחריות אלא שהעובד כוכבים אלם ויכופו לשלם צריך לבער א"כ תקשה הא דפריך הגמרא בפסחים (דף ו') אלא לר"ש דסובר דבר הגורם לממון כממון לא ימצא למה לי

וע"כ יקשה הא איצטריך אפי' היכי דלא קיבל אחריות רק שהעובד כוכבים אלם ויכופו לשלם ג"כ עובר על ב"י יע"ש

וע"כ נראה דעיקר הוכחה של הרמב"ם דאחריות אלם עובר משום דאחריות מצד הדין לא משכחת לה דאין דין שומרין בעובד כוכבים וקנו מידו לא משכחת דק"ח לא מהני בעובד כוכבים ועי' בש"ך ס' קכ"ג ובתוס' קדושין ובדיבור בעלמא לא יכול להתחייב דחשוב אסמכתא וע"כ נהי דפטור מ"מ העובד כוכבים אנס יכוף אותו לשלם חשיב גורם לממון וזה אליבא דאמת דמדרבנן אסמכתא לא קני משא"כ התם דקאי על הקרא דלא ימצא ומה"ת אסמכתא קני ויש לומר דבעינן מה"ת אחריות מהדין ולא אחריות אלם ופריך הגמ' שפיר:

וניחא בזה הא דסוברים הראשונים דאפי' אי ליכא עליה רק אחריות פשיעה צריך לבער והקשו דהא מדקאמר רבא בעירו חמירו דבני חילא מבתייכו כיון דאילו מיגניב בעיתו לשלומי וכו' אלמא דבעינן אחריות גו"א דווקא ועי' ברא"ש שם וע"כ נראה דהא הטעם של הראשונים משום דאחריות גו"א לא משכחת דאין דין שומרין בעובד כוכבים וק"ח לא מהני בעובד כוכבים ובדיבור לחוד לא מהני דחשיב אסמכתא אלא וודאי דסגי באחריות פשיעה ובפשיעה חייב אפי' בעובד כוכבים ושאר דברים דנתמעטו מדין שמירה ועיין בח"מ ס' ס"ו ואין לומר דלעולם דבעינן אחריות גו"א אך כיון דמה"ת אסמכתא קני וע"כ עובר אע"ג דרבנן אמרו דלא קני אזלינן בתר דאורייתא אך הא קי"ל כר"י דדבר תורה מעות קונות ואפ"ה קיי"ל דקנה חפץ במעות של הקדש דלא מעל עד דמשך משום דרבנן הפקיעו ק"כ וע"כ לא מעל עד דמשך וכן פסק הרמב"ם אלמא לדידן לא אזלינן בתר דאורייתא וע"כ דסגי אחריות פשיעה משא"כ רבא לשיטתו דמייתי ראיה כר"ל מדקתני דלא מעל עד דמשך וסובר דאזלינן בתר דאורייתא ועי' בריטב"א שם בב"מ וע"כ סובר דבעינן אחריות גו"א ואזלינן בתר דאורייתא דאסמכתא קני וע"כ עובר:

ועי' בח"מ ס' ס"ו ס"ק קכ"ו דהק' הש"ך להסוברים דבדברים דנתמעטו מדין שמירה גם אי פשע פטור דא"כ תקשה הא דאיתא בב"מ (דף נ"ח) דמסיק ר"א שבועה זו תקנת חכמים היא שלא יהיו בני אדם מזלזלין בהקדשות אלמא דמדינא חייב בתשלומין אלא דפטור משבועה דודאי לא מסתבר לומר שיהא חייב בתשלומין משום שלא יהיו בני אדם מזלזלין דכי משום שלא יזלזלו יחייבוהו חכמים בתשלומין והלא אפי' אם זלזל ופשע פטור ומשום שלא יזלזלו יטלו מזה ויתנו לזה יע"ש:

אך לפי מה דאיתא בתשובות ת"ר דכיון דאיתא בתוס' בכתובות דהתורה ירדה לסוף דעתן של שומרים במה שכל אחד רוצה להתחייב ומ"מ בהקדש התורה פטרתו וטעמא

בעי כיון דהתורה ירדה לדעתן שרוצים להתחייב בזה א"כ מ"ש הקדש וע"כ צריכין לומר דאפי' בהיכא דמתחייב מדעתיה הוי אסמכתא ואי לאו שחייבו התורה לא הוי מתחייב ומש"ה בהקדש פטרו התורה וגם דהוא מתחייב א"ע חשוב אסמכתא ולפ"ז יש לומר שפיר דמשום שלא יזלזלו עשו תקנה דכיון דבלא"ה הוא מתחייב א"ע אך דחשוב אסמכתא וזה רק מדרבנן והם אמרו והם אמרו משום שלא זלזלו חייב בפשיעה:

ובזה ניחא הא דהשמיט הרמב"ם הנ"ל תירץ הגמ' בקנו מידו דהא הקשו ועי' בס' יש"י ס' ס"ו לדעת הרא"ש דבשומר שמסר לשומר ומיעט בשמירתו חייב אף בהקדש א"כ מה פריך הש"ס מהך דהשוכר את הפועל וכו' דילמא אחריות שבת עליה הוא לענין שומר שמסר לשומר ומיעט בשמירתו שמסרו לש"ח ולכך פטור ברישא דהוא ג"כ ש"ח ולא מיעט השמירה וחייב בסיפא שהוא ש"ש וגרע לשמירתו ותירצו דלפי מה דאיתא בתשובות מוהר"א ששון דהא דתקנו חכמים דחייב בפשיעה היינו דוקא בש"ח כדי שלא יזלזלו אבל בש"ש אפי' אי פשע פטור דלא תקנו חכמים בש"ש כלל דבלא"ה לא יזלזלו משום הפסד שכרו ומעתה שוב לא מצי לתרץ דהך אחריות שבת עליה היינו לענין אם מסרו לש"ח דמיעט בשמירתו כיון דלענין צד אחד עלויי עלייה לשמירתו דהא השומר הראשון היה ש"ש וא"כ אף אם יאבד בפשיעה יפטר דהרי בש"ש לא תקנו חכמים שיתחייב בפשיעה דבלא"ה לא יזלזל משא"כ השומר השני שהוא ש"ח יתחייב עכ"פ בפשיעה שלא יזלזל בהקדשות וכיון שמצד אחד הוסיף על שמירתו אף שבגוף השמירה גרוע גרעי לשמירתו לא חשיב מזיק יע"ש:

ולפ"ז יש לומר דרב ששת לשיטתו דסובר דמשחק בקוביא ל"ח אסמכתא וסובר דאסמכתא רק מדרבנן ושייך התקנה בש"ח כדי שלא יזלזלו משא"כ בש"ש דבלא"ה לא יזלזל משום הפסד שכרו וע"כ אי אפשר לומר דברייתא איירי דמסר לש"ח דאדרבא דהא הוסיף על השמירה והוצרך ר"ש לומר דאיירי בקנו מידו משא"כ לדידן דאסמכתא דאורייתא ול"ש התקנה כדי שלא יזלזלו אפי' בש"ח כמה שהקשה בש"ך א"כ בלא"ה לא קשה קושית הגמ' דיש לומר דאחריות שבת עליה במסר לש"ח וניחא הא דהשמיט הרי"ף תירץ דר"א דשבועה זו תקנת חכמים שלא יזלזלו דאליבא דידן דקיי"ל כרב"ח דאסמכתא דאורייתא ל"ש כדי שלא יזלזלו דל"ש הם אמרו וכו':

והנה היכי דהוא בידו אי חשוב אסמכתא ועי' בר"ן בסנהדרין דמסיק דאליבא דרבה דסובר דכל דאי לא קנה חשוב אסמכתא אפי' היכי דבידו ואליבא דר"פ היכי דבידו ל"ח אסמכתא יע"ש ולפ"ז היה ניחא מה שהקשה לשיטת הרמב"ם דבפשיעה חייב אפי' דברים דנתמעטו מדין שמירה וקשה דא"כ מה פריך הגמ' משוכר את הפועל וכו' לוקמא

דאיירי בקנו מידו ועי' בתוס' ב"מ שם ובש"ך ס' הנ"ל והנה לכאורה יש לומר דבר חדש דהא דבפשיעה חייב משום דבאמת התורה ירדה לסוף דעתו שכל אחד רוצה להתחייב א"ע אך חשיב אסמכתא כהנ"ל ואי לאו דחייבו התורה לא היה יכול להתחייב א"ע וא"כ נראה דלפי מה דאיתא בראשונים דמש"ה באם אוביר ולא אעביד ל"ח אסמכתא אע"ג דמה"ד אינו מחוייב בלא קבלתו דחשוב רק מניעת ריוח ומבטל כיסו ש"ח פטור אך נראה דכיון דעכ"פ חייב לצאת ידי שמים אפי' במבטל כיסו ש"ח אע"ג דחשוב רק גרמא מ"מ לצאת ידי שמים חייב וע"כ אי חייב א"ע לשלם ל"ח אסמכתא דכיון דחיוב עליה עכ"פ לצי"ש לא היתה כוונתו לאסמכתא רק חיוב גמור וא"כ יש לומר דמזה הטעם חייב בפשיעה דכיון דפשיעה חשוב עכ"פ גרם בנזקין ועי' בס' מחנה אפרים וחייב עכ"פ לצי"ש וע"כ כיון דהתורה ירדה דרוצה להתחייב ע"כ חייב ול"ח אסמכתא וע"כ ליכא בפשיעה משום אסמכתא אך נראה דהא דגרמא חייב עכ"פ לצי"ש זה לדידן דקיי"ל דגרמי חייב בדיני אדם אז אמרינן דאפי' בגרמא חייב עכ"פ לצי"ש משא"כ לרבה דסובר בב"ק דאפי' בגרמי פטור אז בגרמא אפי' לצי"ש פטור וממילא לדידיה אפי' בפשיעה פטור והתם מקשה רבה יע"ש וע"כ לא מצינן לומר דאיירי בפשע דלדידיה אפי' בפשיעה פטור משא"כ לדידן דקיי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי וע"כ אפי' בגרמא חייב לצי"ש וע"כ פסק הרמב"ם דחייב בפשיעה וליכא משום אסמכתא בפשיעה:

אך יש לומר עוד דפשיעה דהיא בידו ל"ח אסמכתא וע"כ פסק הרמב"ם דחייב בפשיעה משא"כ רבה לשיטתו שפיר מקשה דלדידי' אפי' היכי דבידו חשוב אסמכתא וע"כ אי אפשר לתרץ דאיירי בפשע:

ובזה ניחא הרמב"ם דלא הביא תירץ הגמ' בקנו מידו ועי' בלח"מ ולכאורה נראה דהא הקשה לפי הרמב"ן דהקשה במתנה ש"ח להיות כשואל דאמאי ל"ח אסמכתא ותירץ דכיון שקיבל עליה חיוב אונסין ג"כ וחיוב אונסין ל"ח בידו לגמרי וכל היכי דאינו בידו כלל ל"ח אסמכתא וע"כ ממילא חייב ג"כ בגו"א אע"ג דזה הוי בידו ולאו בידו מ"מ הא חזינן שבדעתו להתחייב דכיון דחייב א"ע גם חיוב אונסין דזה לא הוי בידו כלל יע"ש ולפ"ז היכי דחייב א"ע חיוב גו"א לחוד להיות ש"ש לא מהני דחשיב אסמכתא וא"כ תקשה הא ברייתא דשוכר את הפועל נהי דקנו מידו חשוב אסמכתא דגז"א חשיב בידו ולאו בידו חשוב אסמכתא:

אך נראה דאי אמרינן דאפי' גניבה באונס חייב ועי' בב"מ (דף צ"ג ע"ב) משום דאמרי להכי יהבי לך שכר לנטורי לי נטירותא יתירתא יע"ש ולא כרבה שם וא"כ ל"ח אסמכתא אפי' לענין גו"א דכיון דחייב אפי' גניבה באונס:

וניחא בזה מה שהקשו דאפי' ברישא דאין נותנין לו שכר שבת חשוב ש"ש משום פרוטה דר"י דעביד מצוה אך לפי מה דאיתא במשנה למלך דהיכי דהוא ש"ש משום פרוטה דר"י דכיון דל"ש להכי יהיב לך שכר לנטורי לי נטיר' וכו' פטור על גניבה באונס יע"ש וא"כ חשוב אסמכתא וע"כ ברישא פטור:

ולפ"ז לפי מה דאיתא בש"ך סי' מ' דמש"ה בעינן קנו מידו דאע"ג דיכול אדם להתחייב א"ע בדיבור לבד אך משום דחייב על תנאי חשוב אסמכתא וזה לרבה לשיטתו דסובר דגניבה באונס דפטור וא"כ חשוב בידו ולאו בידו וחשוב אסמכתא ובעינן קנין דאל"כ חשוב אסמכתא משא"כ לדידן דאפי' גניבה באונס חייב לא הוי אסמכתא וע"כ לא הביא הרמב"ם בקנו מידו ובאמת קשה לי על הש"ך דהא ר"י משני שם במתנה ש"ח להיות כשואל דאיירי בקנו מידו ור"י סובר בב"ב פ' גט פשוט דהלכה כר' יוסי דאסמכתא קני:

ובאמת הי' ניחא בפשיטות דהא קשה דהא קיי"ל דבהקדש ליכא דין אסמכתא א"כ אכתי תקשה דלמה צריכין קנו מידו נהי דהוי אסמכתא בהקדש ליכא דין אסמכתא וע"כ צריכין לומר דקושי' הגמ' לא היה מהקדש רק מזרעים דחשוב קרקע ובקרקע ליכא דין שמירה וע"ז משני בקנו מידו וכיון דהרמב"ם השמיט זרעים ולענין לשמור הפרה דהיא הקדש ע"כ לא הביא בקנו מידו דליכא משום אסמכתא בהקדש:

ונחזור לענין ראשון דלפי מה שכתבתי ניחא דברי הרמב"ם הלכות שקלים הנ"ל דסובר דבמסרו לש"ח אפי' משנתרמה התרומה צריכין הבעלים לשקול שקלים אחרים והקשה דהא מדמתרץ שמואל וכן רבה מתרץ דברי שמואל דהכא בש"ש אייריי ונשבעין ליעול שכרן וקשה הא ע"כ אייריי בש"ש דאל"כ אפי' משנתרמה התרומה נשבעין לבני העיר אך הא תקשה דכיון דבתומים איתא דבהקדש ל"ש קנו מידו א"כ לא פשעו במה דמסרו לש"ח דאפי' אי מסרו לש"ש ליכא דין שמירה וקנו מידו ל"ש בהקדש אך לדידן דקיי"ל דאפי' גניבה באונס חייב וליכא משום אסמכתא ול"צ לקנין וע"כ הוי פשיעה בזה דלא מסרו לש"ש משא"כ רבה דמתרץ דברי שמואל לשיטתו דפטור גניבה באונס א"כ לא הוי פשיעה אפי' אי מסרו לש"ח:

ולפי מה שכתבתי דאליבא דרבה אפי' היכי דבידו חשוב אסמכתא ניחא ג"כ דברי הרמב"ם דהשמיט קנו מידו דהא לכאורה תקשה לפי מה דסובר הרמב"ן דכיון דמחייב א"ע גם על אונסין וזה אינו בידו כלל ולא הוי אסמכתא וע"כ חל החיוב גם על גו"א וא"כ לפ"ז היכי דהתחייב כש"ש דנכלל פשיעה דזה לא הוי אסמכתא משום דבידו א"כ חל החיוב גם על גו"א אע"ג דזה הוי אסמכתא אך על רבה לשיטתו דסובר דאפי' היכי דבידו חשוב אסמכתא וא"כ גם פשיעה חשוב אסמכתא וע"כ צריכין לתרץ לדידי' בקנו מידו

משא"כ לדידן דבידו ל"ח אסמכתא ע"כ חל החיוב אפי' בלא קנין מיגו דחל על פשיעה חל החיוב על גו"א:

וגם יש לומר בפשיטות הא דלא משני בפשע דלפי מה דאיתא בראשונים דמש"ה אם אוביר ולא אעביד ל"ח אסמכתא דלא גזים כיון דהפסיד חבירו וא"כ ה"ה פשיעה ל"ח אסמכתא כיון דהפסיד א"כ לא גזים ורבה לשיטתו דאין מחלק בזה דכל דאי לא קנה א"כ אפי' בפשיעה פטור:

ועי' בחידושי הרי"מ דכתב וז"ל הא דנאמנות כבי תרי מהני אפי' בלא קנין ואע"ג דחשוב תרתי לריעותא כקיבל פסול כשנים אך הטעם משום אסמכתא משום דגזים ועיין בחדושי הר"ן בסנהדרין אך היכי דבידו לא הוי אסמכתא כיון שבידו לעשות ואם לא יעשה מתחייב א"ע בחיוב גמור וא"כ דווקא בקיבל עלי' פסול שאינו בידו רק מה שיאמר הוי אסמכתא משא"כ בנאמנות דאף דהאמירה אינו בידו רק מה שיאמר מ"מ הא בידו שלא יפרע לו עד שיתן שובר או בב"ד ע"כ לא הוי אסמכתא יע"ש

ולפ"ז ניחא קושית הש"ך סי' ע"א אמאי בחוב מהני נאמנות מפורש נגד היורשים ובכתובה קיי"ל דלא מהני נאמנות מפורש וע"כ נראה דהנה אי אמרינן דבנשבעין ונוטלין לא מהני עד המסייע א"כ במאמין לו בלא שבועה חשוב נאמנות כבי תרי והוי גזים והוי אסמכתא אך בחוב חשוב בידו משא"כ בכתובה דהשבועה אינו משום חששא דפרעון דהוי ת"ז רק משום שמא תפסה ועי' באה"ע וע"ז ליכא בידו והוי אסמכתא וע"כ לא מהני נאמנות ולפ"ז ניחא הא דאיתא בשבועות דאמר ר"פ הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב והקשו דהא אינו רק גורם דכיון דצריכה לישבע ומי יימר דמשתבע אך ר"פ לשיטתו דסובר כאביי ורבא דאדם פורע בת"ז וא"כ השבועה משום חששא דפרעון ולזה מהני נאמנות דהוי בידו ויש לומר בנאמנות ואע"ג דאיכא גם השבועה שלא תפסה מ"מ דמי להיכי דהתחייב כדבר שבידו וגם דבר שבידו ולאו בידו דמהני:

וע"כ ניחא הרמב"ם דהביא דאיירי בתפסה מטלטלין והקשו הא לבתר תקנת הגאונים דגם מטלטלין משועבד ל"ח עידי קרקע ועי' בלח"מ אך אליבא דידן דהשבועה רק על שמא תפסה ולא מהני נאמנות ותקשה מי יימר דמשתבע וע"כ מביא דאיירי בתפסה דאז ליכא שבועה:

וניחא הא דאיתא בגיטין (ד' ל"ה) ההיא דאתאי לקמי' דרבה בר ר"ה אמר לה מאי אעביד לך דרב לא מגבי כתובה לאלמנה אמרה ליה הב לי מזונות אמר לה התובעת כתובה בב"ד אין לה מזונות והקשו לשיטת הרמב"ם דבמת צריכה שבועה גם על מזונות א"כ ל"צ לטעם דתובעת כתובה ת"ל דכמו דרב לא מגבי כתובה משום דחשידי על השבועה

ממילא ה"ה מזונות אין מגיע לה וע"כ נראה דאיירי בנאמנות ומ"מ לנגד הכתובה לא מהני הנאמנות דחשוב אסמכתא דגזי' משא"כ במזונות דקיי"ל דבחזקתה קיימא למזונות והיכי שהוא ת"י ליכא משום אסמכתא:

והנה בדבר שהי' ת"י אי איכא משום אסמכתא עי' בנדרים (דף כ"ז) על הא דמשני הגמ' שאני הכא דאמר ליבטלן זכוות' וכו' וע"ש בר"ן דפירש דכיון שהוא מוחל כל כח וזכות שיש לו באותן שטרות דכיון דמחילה היא לית בה אסמכתא דמיד זוכה בה חבירו וכן במוסר ליד חבירו ואמר לו אם לא אעשה כך זכה במה שבידך קנה דליכא משום אסמכתא אלא באומר אתן או אשלם וכן דעת הרמב"ם ולפ"ז בנותן ערבון לחבירו ואמר לו אם אני חוזר אמחול לך ערבוני והלה אומר אם אני חוזר אכפול ערבונך אפי' לר"י דחשוב אסמכתא מ"מ אי הלוקח חוזר נתקיים התנאי והפסיד ערבון דכיון שהי' ת"י ליכא משום אסמכתא ועי' בנ"י בב"מ דכתב דדמי לאומר מעכשיו דליכא משום אסמכתא וע"ש בנ"י דהוכיח מתוספתא דתניא הנותן ערבון לחבירו על הבית ועל השדה דר"י סובר האיך זה זוכה בדבר שאינו שלו כלומר המוכר אלא נותן ללוקח ערבון שלו אלמא דאפי' במחילה איכא משום אסמכתא וע"ש דמחלק דזה דוקא במשכון קרקע דכיון דלא קנה משכון בקרקע איכא משום אסמכתא אבל במטלטלי לית בי' משום אסמכתא כדאיתא בתוספתא המלוה את חבירו על המשכון וכו' עד ולא פליג ר"י וטעמא משום דבע"ח קונה משכון כמאן דא"ל מעכשיו יע"ש והנה הרבה סוברים דאפילו בקרקע בע"ח קונה משכון ועי' בס' פ"י דכתב דכש"כ משכון מקרקעי ובפרט הנך הסוברים דאפי' בלא נכייתא ובאתרי דמסלקי ל"ח ריבית קצוצה יע"ש משום דקני למשכון אפי' בקרקע וע"כ יש לו דתוספתא דכיון דסובר דאפי' בדבר שת"י חשוב אסמכתא וע"כ סובר דמשכון קרקע לא אמרינן דקני למשכון משא"כ לדידן ונקדים מה שהקשו על הרי"ף בב"מ דהנה איתא שם בש"ס ההוא משכנתא באתרא דמסלקי אין הבכור נוטל פ"ש דחשוב מלוה ושביעית משמט וכו' ובאתרא דלא מסלקי אין שביעית משמט והבכור נועל פ"ש וכתב שם הרי"ף דאף דמשכנתא באתרא דמסלקי אסור כאן איירי בעבר ועשה משכנתא באופן זה והרמב"ן תמה דמשכחת משכנתא באופן המותר כגון דמנכה כל הפירות בדמי שוי' יע"ש ונראה דהרי"ף הוצרך לומר דאיירי במשכנתא באיסור דלפי מה דאיתא בשמ"ק שם דאמאי שביעית משמט ואין הבכור נוטל פי שנים הא מלוה בשטר חשוב מוחזק דחשוב כגבה והנה לפי מה דאיתא בבעה"ת דאפי' אי שטר חשוב כגבה מ"מ שטר דלא ניתן לכתוב ל"ח כגבה וכיון דאיירי במשכנתא באיסור דלא ניתן לכתוב ל"ח כגבה וע"כ הוצרך הרי"ף לאוקמא במשכנתא באיסור:

גם נראה דלפי מה דאיתא בקידושין בסוגיא דמקדש במלוה דאי מלוה ברשות בעלים לחזרה וה"ה לאונסין ואפי' לפי מה דמסיק הגמ' שם דלאונסין כ"ע מודה משום דכל הנאה שלו חייב באונסין כבר כתב בס' קצה"ח סי' ע"ב דלפי מה דסובר דשואל ספר מחבירו דאינו חייב באונסין משום דאין כל הנאה שלו דבעלים מרויחין פרוטה דר"י וא"כ כש"כ במלוה לחבירו דעביד מצוה ול"ש כל הנאה שלו אך הסוגי' שם קאי לרבה ורבה לא סובר פרוטה דר"י משא"כ לדידן דקי"ל פרוטה דר"י אי אמרינן דמלוה ברשות בעלים לחזרה ה"ה לאונסין דל"ש דלא גרע משאלה דהא ליכא כל הנאה שלו ועי' בס' המקנה שם דכתב דלפ"ז נאמן הלוה לומר פרעתי במיגו דנאנסו קודם שהוצאתי המעות וממילא לא יכול לטרוף מלקוחות דטענינן נאנסו ואפי' אי אמרינן דמילתא דל"ש לא טענינן להו עכ"פ טענינן פרוע דכיון דהלוה הי' נאמן לטעון פרוע במיגו דנאנסו וא"כ נהי דקיי"ל דלאו ברשות בעלים לחזרה הא איתא במשנה למלך באם הלוהו שיתן לו רבית כך וכך לחודש ואח"ז נתוודע להם שאסור לקחת הרבית ואומר המלוה החזיר לי מעותי שהלויתי לך מאחר שלא הלויתי לך רק עבור הרבית שתתן ומסיק דברשות בעלים קיימא לחזרה יע"ש וא"כ לדידן דקיי"ל פרוטה דר"י ואין כל הנאה שלו א"כ בלוה על רבית דברשות בעלים לחזרה א"כ ה"ה לאונסין קיימא ברשותו וממילא לא יכול לטרוף בשטר כזה מלקוחות דטענינן להו פרוע כיון דהלוה היה נאמן לומר פרוע במיגו דנאנסו ושטר דלא יכול לטרוף מלקוחות ל"ח כגבה כמו דאיתא ברש"י בגיטין פ' השולח וע"כ מוקי הרי"ף דאיירי במשכנתא באיסור כדי שלא תקשה דאמאי אינו נוטל פ"ש הא מלוה בשטר חשוב כגבהם:

אך באמת אי אפשר לומר כן דכיון דעביד מלוה איסור א"כ ל"ש לומר דאין כל הנאה שלו דהמלוה מרויח פרוטה דר"י דליתא דלא מיבעי' דלא עביד מצוה אדרבה דעביד איסור דהלוה לו ברבית וניחא ג"כ קושית קצה"ח הנ"ל דהא בש"ך סי' ל"ט הקשה על הנך הסוברים דלוה שבא לב"ד בשט"ח שבידו לכפות את המלוה להלוות לו והקשה מסוגיא הנ"ל דהא חזינן דאפי' כבר לוה לו הוא ברשות מלוה לחזרה ובג"ת רצה לחלק דהתם אין שם שטר משא"כ הכא שנשתעבדו לו נכסי' מחמת השטר וכתב בש"ך שם דהא אפי' במלוה ע"פ הא ש"ד יע"ש ס"ק מ"ט אך נראה לפי מה דאיתא בתוס' ב"ת דהא דש"ד זה באיכא עדים על הלואה וא"כ יש לומר דהסוגי' איירי דהלוהו בלא עדים ואז ליכא שיעבוד וע"כ סובר דברשות מלוה לחזרה וכיון דע"כ איירי דהלוהו בלא עדים וי"ל דאסור להלות מעות בלא עדים וא"כ לא עביד המלוה מצוה ול"ש דמרויח פרוטה דר"י וע"כ קאמר שפי' הגמ' לאונסין כ"ע מודים דלא גרע משאלה דכל הנאה שלו ולמלוה

ליכא הנאה דאדרבה דעביד איסור וע"כ נראה לפי מה דאיתא במקנה שם דהיכא דאיכא שטר אפי' אי אמרינן דלאונסין כ"ע מודי משום דלא גרע משאלה מ"מ כיון דאינו אלא מדין שמירה כמו שואל הא המלוה ג"כ שומר על השטר דנייר הוא של הלוה וא"כ חשוב שמירה בבעלים דפטור אפי' מפשיעה יע"ש וא"כ יש לומר דכוונת הרי"ף דמוקי במשכנתא באיסור דאז הי' ברשות בעלים לחזרה ואפי' לאונסין משום דחשוב שמירה בבעלים במלוה השטר ואז ליכא טריפת לקוחות ול"ח כגבה וע"כ אינו נוטל פ"ש:

אך נראה לי עוד דהנה יש ליתן טעם דבמשכון קרקע לא אמרינן דבע"ח קונה משכון דהא הקשו דבסוגיא דמלוה על המשכון מסיק הגמ' דר' יצחק לא קאמר אלא שלא בשעת הלואה ובגיטין פ' השולח לענין שמיטה קאמר דמלוה על המשכון דאינו משמט משום דר"י משמע דרי"צ אפי' בשעת הלואה קאמר ותירצו ועי' בס' מג"א דהא עיקר הטעם דרי"צ בההיא הנאה שיכול לקדש האשה וא"כ זה ודאי דהנאה מועטת היא שהרי גם במעותיו יוכל לקדש כמ"ש התוס' גופ' וא"כ ודאי יש לנו לומר דניחא ליה שלא יקנהו שלא יתחייב באחריות ולא תהי' לן הנאה פחותה הלזו ואי לא ניחא ליה דליקני בע"כ לא יקנה מיהו שלא בשעת הלואה אין לו רשות למשכנו כי אם באופן שיקנהו שכך רצון התורה שימשכנו ויהי' אחריותו עליו ולא תלי' בדעתו כלל מיהו בשעת הלואה יוכל לקנותו לפי דעתו ויש לומר שאם יבא לו חיוב אחריות בשביל הקנין בודאי לא ניחא ליה לקנות מיהו אם בלאו"ה חייב באחריות מטעם אחר א"כ אינו מקפיד כלל בקנייתו ועפ"ז מבוארין דברי הש"ס דודאי בס"ד שתולה חיוב אחריות בקנין פריך שפיר דבשעת הלואה לא ניחא ליה דליקני כדי שלא יתחייב באחריות ומסיק דפליגי בדרב יוסף וא"כ הוי ש"ש משום פרוטה דר"י וא"כ מה שקונה משכון בשעת הלואה איננו מחייבו באחריות א"כ ודאי ניחא ליה דליקני מאחר שאינו מפסיד עי"ז ומרויח שיכול לקדש בו א"כ שפיר קני ליה גם בשעת הלואה יע"ש וא"כ במשכון קרקע דליכא דין שמירה בקרקע וא"כ אי לא קני ליה ליכא חיוב ש"ש משום פרוטה דר"י דכיון דאין דין שמירה בקרקע א"כ לא ניחא ליה דליקני כדי שלא יתחייב באחריות דהנאה פחותה הי' שיכול לקדש בו זה הטעם דבמשכון קרקע לא קני מדר' יצחק אך תקשה אכתי דכיון דאפי' אי לא קני לה ג"כ הוא ש"ש משום דשמואל דחשיב כאילו פירש וזה הוא אפי' בדברים שאין בהן דין שמירה דהא מטעמא דשמואל אפי' במלוה לעובד כוכבים דליכא דין שמירה הוא חייב באחריות המשכון כמו דאיתא בתוס' בסוגיא זו וא"כ דאפי' אי לא יקנה הוא ש"ש א"כ רוצה הוא לקנות המשכון וא"כ מהראוי לומר דאפי' במשכון קרקע קני מדר"י וע"כ מוקי הרי"ף במשכנתא באיסור דאז הוא ברשות בעלים לחזרה וע"כ ניחא דשביעית

משמט ואע"ג דקני למשכון אפי' במשכון קרקע אך לפי מה שהקשו על שמואל דמה בכך דחשיב כאילו פירש הא שמואל סובר במתנה ש"ח להיות כשואל דבעי קנו מידו ואפי' לדידן דקיי"ל דלא בעינן קנין משום דבההיא הנאה דמהימן לי' וכו' הכא ל"ש זה דאדרבה המלוה האמין ללוה ועי' בתומי' סי' ע"ב אך לפי מה דאיתא בש"ך ס' מ' דמש"ה בעינן קנין או בההיא הנאה דאל"כ חשוב אסמכתא והיכי שהיה ת"י במחילה ליכא משום אסמכתא זהו טעמא דשמואל וא"כ זה תינח היכי דאינו ברשות מלוה לחזרה אז חשוב מחילה משא"כ משכנתא באיסור דאז הוא ברשות מלוה לחזרה א"כ ל"ש דינא דשמואל דמה בכך דחשוב כאילו פירש כיון דלא היה קנין וחשוב אסמכתא וא"כ כיון דבלא הקנין אינו ש"ש משום דשמואל א"כ אינו רוצה לקנות המשכון וע"כ שביעית משמטתו וע"כ מוקי הרי"ף במשכנתא באיסור:

ולפ"ז הינ דמשכניה בהיתר דאז הי' ש"ש משום דשמואל אז קניה משכון אפילו בקרקע ולפ"ז יש לומר דתוספתא לשיטתו דסובר דאפי' במחילה איכא משום אסמכתא וע"כ סובר התוספת' דבמשכון קרקע לא קני' דפרוטה דר"י דאין שומרי' בקרקע ומשום דשמואל ל"ש דמה בכך דחשוב כאילו פירש משא"כ הסוברים דבמחילה ליכא משום אסמכתא וע"כ יש לומר דאפי' משכון קרקע קני מדר"י וגם יש לומר בפשיטות דכבר כתבנו דהא התורה ירדה לסוף דעתו של אדם שכל אחד מהשומרי' רוצים לחייב א"ע כל אחד כדינו וא"כ מה בכך דנתמעט דין שמירה בקרקעות את החיוב שלהן לא מהני דחשוב אסמכתא וע"כ במשכון קרקע דנהי דליכא משום פרוטה דר"י מ"מ הוי ש"ש עכ"פ כנגד החוב דזה חשוב ת"י וליכא אסמכתא וע"כ הוצרך הרי"ף לאוקמי במשכנתא באיסור דאז הוא ברשות מלוה ואינו ש"ש משום דר"י וא"כ לא קני ליה למשכון משא"כ משכנתא בהיתר קני למשכון אפי' קרקע והתוספת' לשיטתו דסובר דאפילו במחילה איכא משום אסמכתא וע"כ סובר דלא קנה משכון בקרקע:

ולפ"ז היכי שהמשכון קרקע שוה יותר מהחוב ל"ש דיקנה המשכון דיש לומר דלא רצה לקנות דאם הוא ש"ש על כולו משא"כ אי לא יקנה נהי דהוי ש"ש משום דשמואל עיקר הא דלא הוי אסמכתא משום שהי' ת"י ואינו וא"כ לא הוי ש"ש רק כנגד מעותיו ולא על כל המשכון משא"כ אי יקנה משום דר"י יהי' ש"ש על כל המשכון אפי' מה ששוה יותר על החוב וא"כ אינו רוצה לקנות המשכון וניחא בזה דברי רש"י בב"מ בסוגי' דאסמכתא דפי' והא אסמכתא היא שוה מאתים במנה וכו' ומשמע מדבריו דהיכי דהקרקע לא שוה יותר ל"ח אסמכתא ולקמן בסוגיא איתא דאפי' היכי דאמר ליה קני לגובייא כדי החוב חשוב אסמכתא ועי' בב"י סי' כ"ז וע"כ נראה דהא היכי דקניה משכון אז ליכא

משום אסמכתא וכיון דקני משכון אפי' קרקע משום דר"י משום דבלא"ה הוא ש"ש משום דשמואל א"כ רוצה לקנות וליכא משום אסמכתא וע"כ פי' רש"י משום דשוה יותר דמשום דשמואל אינו ש"ש על כולו משא"כ אי קני משכון וא"כ לא רצה לקנות וע"כ הוי אסמכתא משא"כ לקמן דקאי הסוגי' אליבא דרבינא ורבינא דחשיב ואפיק פירי דחשוב רבית קצוצה היא וע"כ דלא סובר דקני משכון דאל"כ חשוב כמכר ועי' בפ"י וע"כ אפי' באומר קני לגוביינא חשוב אסמכתא:

והנה אפי' אי אמרינן דבמחילה לא חשוב אסמכתא דחשוב כמו דחמר מעכשיו מ"מ אי אפי' במעכשיו איכא משום אסמכתא ועי' בר"ן בנדרים (ד' הנ"ל) והוכיחו מהא דבעינן קנין בב"ד חשוב ואע"ג דסתם קנין הוי מעכשיו דאל"כ הדר סודר למרי' ולקמן נדבר בזה אם פשיט' דכש"כ דאפי' במחילה איכא משום אסמכתא ובזה ניחא סוגי' דסנהדרין (ד' כ"ה) דהנה שיטת התוס' שם ד"ה כל דמש"ה סובר ר"ש דמשחק בקובי' ל"ח אסמכתא משום דכיון דשנים הם כל אחד ואחד מקני לחברי' מגו דאי מרויח בעי איהו למיקני בההוא הנאה גמר ומקני לחברי' ועי' במהרש"א דתמה דא"כ מה משני שם ההיא ר"י משום ר' טרפון דאמר לעולם אין אחד מהם נזיר לפי שלא נתנו נזירות אלא להפלאה הא התם ל"ש הך סברא דאגב דבעי לקנות גמר ומקנה וע"כ לכ"ע הוי אסמכתא יע"ש וע"כ נראה דהנה בס' שעה"מ רצה לומר דאי אמרינן דבמעכשיו ליכא משום אסמכתא א"כ ה"ה במתנה על תנאי דלשעבר כגון אם הלך פלוני למקום פלוני אתן לך כך וכך א"כ הרי הקנה לו מעכשיו שהרי מאותו שעה הוי קנוי לו אם הי' אותו מעשה יע"ש:

אך תקשה לפ"ז על הא דאמר ר"ט דאין אחד מהם נזיר והא התם תנאי לשעבר היא דאמר הריני נזיר אם כמותי הוא שהוא נזיר וע"ש ברש"י וא"כ מזה שמעינן דאפי' במעכשיו איכא משום אסמכתא וע"כ ה"ה תנאי לשעבר ולפ"ז ניחא הכל דהנה בתוס' שם הקשה על סברת רב"ת דמש"ה ליכא משום אסמכתא דמגו דבעי להרויח שהרי בפ' הזהב איתא הנותן ערבון לחבירו ואמר לו אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך והלה אומר אכפול לך ערבונך דמסיק התם דאליבא דהוי אסמכתא ולא קניה ולא אמרינן מגו דאי בעי קנין הערבון אם חבירו חוזר בו מקנה נמי כנגד הערבון לחבירו כשהוא חוזר בו יע"ש ועי' בחידושי הרי"מ דכתב וז"ל דלא הוי אסמכתא רק נגד זה שיכפול זה לא קניה ואינו צריך לכפול אף שחוזר בו אבל לענין המחילה הוי שפיר מחילה כשחוזר דגבי מחילה ליכא משום אסמכתא וא"כ יש לומר דהא כל הטעם הוא איידי דבעי למיקני והיינו דאם לא יהי' גמר ומקנה ויהי' אסמכתא א"כ גם כשירויח הוא לא יקנה ג"כ משום אסמכתא ולכך גמר ומקנה והיינו במשב"ק דהוי אסמכתא לגבי שניהם אבל בערבון כיון דכנגד

זה שמחל קונה אף דהוי אסמכתא א"כ שוב אמרינן דאינו גמר ומקנה שיצטרך לשלם לכפול הערבון דאף אי אינו מקנה והוי אסמכתא מ"מ יקנה הוא כשחוזר בו האחר דאצלו הוי מחילה ומועיל אף דהוא אסמכתא וממילא כשחוזר בו זה אינו מחויב לכפול הערבון יע"ש:

ולפ"ז אי אמרינן דגם במעכשיו איכא אסמכתא וא"כ אפי' במחילה איכא משום אסמכתא א"כ שייך גם בערבון אגב דבעי למיקני ואפ"ה סובר ר"י דחשוב אסמכתא אלמא דל"א הך סברא איידי דבעי למיקני וכו' וא"כ גם משב"ק חשוב אסמכתא וא"כ יש לומר דמשני הגמ' ההיא וכו' אלמא דאפי' תנאי לשעבר חשוב אסמכתא וע"כ משום דגם במעכשיו איכא משום אסמכתא וע"כ דגם מחילה חשוב אסמכתא וא"כ ע"כ שמעינן מההיא דערבון דל"א איידי דבעי לקנות וכו' ע"כ סובר הברייתא דאפי' ביש לו אומנות אחרת פסול משום דחשוב אסמכתא ול"א הך סברא דאיידי וכו' דא"כ תקשה גם בערבון אמאי ל"א איידי וכו' דהא אי במעכשיו איכא משום אסמכתא גם במחילה כן ושייך איידי וע"כ דאפי' היכי דשייך איידי דבעי לקנות איכא משום אסמכתא:

וניחא בזה הסוגיא בב"מ (דף ס"ו) תוס' ד"ה ומניומי וכו' דהקשו בלא מניומי נמי קבלה ר"נ בפרק גט פשוט מרבה בר אבוה אמר רב אין הלכה כר"י יע"ש גם הקשו דבנדרים פריך מר"נ על ר"ה טפי הו"ל למיפרך דר"ה סובר הכא דבשעת מתן מעות קני הכל ואית ליה אסמכתא קניה וא"כ מה פריך מר"נ על ר"ה כיון דפליג ר"ה הכא על ר"נ יע"ש:

וע"כ נראה דלכאורה יש לומר דגם הכא שייך לומר איידי דבעי למיקני וכו' דהלוה גמר ומקנה המשכון למלוה כדי שבאם הוזל ואינו שוה אפי' חצי מדמי החוב שוב לא יוכל המלוה לתבוע ממנו ועי' בס' מק"ח דנסתפק בזה היכי דאמר לו מעכשיו יהיה שלך אם לא אפרע לך לזמ"פ באם בהגיע הזמן הוזל אם יכול לתבוע המלוה ממנו ועי' בש"ך ס' ע"ג:

וצריכין ג"כ לומר דזה שייך היכי דהוא אסמכתא לשניהם שייך לומר איידי וכו' משא"כ הכא אפי' אי הלוה לא גמר ומקנה המשכון מ"מ אי הוזל שוב לא יכול לתבוע המלוה חובו מהלוה ע"י תנאי זה באם לא אפדה יהיה שלך אז הוא כן אפי' אי לא גמר ומקנה דליכא משום אסמכתא במחילה וע"כ ל"ש לומר אגב דבעי לקנות וע"כ חשיב אסמכתא וזה אליבא דאמת דמשני הגמ' שאני הכא דאתפסן זכותיה דאם אמרינן דבמחילה ליכא משום אסמכתא משא"כ לס"ד דלא ידעינן מזה שפיר מקשה מר"נ על ר"ה דאין לומר דהא ר"ה סובר דאסמכתא קני דסובר דבשעת מתן מעות קני דשאני הכא דיש לומר איידי דבעי למיקני וכו' דהא הוי אסמכתא לשניהם הן לגבי הלוה והן לגבי מלוה דאי

אסמכתא לא קני גם אי הוזל לא יפסיד המלוה את חובו וע"כ אין ראיה מכאן להתם דהכא שאני דיש לומר איידי ולעולם דר"ה סובר דאסמכתא לא קניה:

ולפ"ז למסקנא דמסיק הגמ' דאמר ליבטלן זכוותי' ובמחילה ליכא משום אסמכתא וא"כ ל"ש הכא איידי דהא אי הוזל המשכון לא יכול המלוה לתבוע חובו אפי' אי לא גמר ומקני אך לפי מה דאיתא בתשובות מהרי"מ גבי ערבון אפי' אי אמרינן דבמחילה ליכא משום אסמכתא מ"מ שייך לומר איידי משום דאי המוכר יכול לחזור וא"צ לכפול גם הלוקח אי חוזר צריך המוכר להחזיר לו הערבון אע"ג שהוא ת"י מ"מ לא מחל זה רק באופן שבאם המוכר חוזר יכפול הערבון אבל באם לא צריך לכפול גם הוא לא מחל הערבון ובטל המחילה בלאו אסמכתא ושייך לומר איידי יע"ש וא"כ ה"ה הכא שייך לומר איידי ולפ"ז יש לומר הא דהוצרך רב מניומי להחזיר מדבריו דסברת ר"נ היה דקני משום דשייך איידי ועדיף מבעלמא וא"כ הוצרך רב מניומי להחזיר דמ"מ חשוב אסמכתא:

ובזה ניחא קושי' הראשונים דהכא אמרינן דבמעכשיו ליכא משום אסמכתא ובנדרים אמרינן דקנו מידו בב"ח ואע"ג דכל קנין חשוב מעכשיו ולפ"ז ניחא דהכא שאני דשייך לומר איידי וע"כ מהני מעכשיו משא"כ בעלמא ולפ"ז ניחא לשון הרמב"ם פ' ו' הלכות מלוה וז"ל המלוה את חבירו על השדה ואמר לו אם לא תחזיר לי מכאן עד ג' שנים הרי היא שלי הר"ז לא קנה משום אסמכתא אבל אם אמר לו המוכר אם לא אחזיר לך עד שלש שנים קנה אותה מעכשיו הביא לו לאחר שלש הרי כל הפירות ללוקח ועי' בל"ח דתמה דאמאי באמר מעכשיו כתב אם אמר לו המוכר וברישא היכי דלא אמר מעכשיו כתב דהתנה הלוקח אם לא תחזיר לי וכו' וע"כ נראה דזה הדין אי הוזל דיכול המלוה לתבוע חובו או לאו תלי' דאי הלוה התנה תנאי זה אם לא אפרע לך אפי' אי הוזל יכול המלוה לתבוע חובו ועי' בש"ך ס' ע"ג ס"ק נ' דכתב וז"ל וכי בשביל שאמר הלוה אם לא אתן לך עד יום פלוני אין לי בידך כלום יפסיד המלוה חובו יע"ש משא"כ היכי דהמלוה התנה אז אי הוזל לא יוכל לתבוע ולפ"ז ברישא היכי דלא אמר מעכשיו כתב רבותא אע"ג דהתנה הלוקח אם לא תחזיר לי דאז אי הוזל הפסיד וה"א דאמרינן איידי אפי' הכי לא קנה בלא אמר מעכשיו ובסיפא אשמעינן אפי' בהתנה המוכר דאז ל"ש איידי מ"מ קני במעכשיו:

והנה אי אמרינן דבמחילה ליכא משום אסמכתא ניחא בזה מה שהקשו הא דאיתא בכתובות (ד' ק"ז) בפלוגתא דשם דרב סובר פוסקין מזונות לאשת איש ושמואל סובר דאין פוסקין וסובר ר"פ הטעם שמא אמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך וקבלה עלי'

והקשו לפי דעת הפוסקים דאפי' בקבלה יכולה לחזור א"כ מה בכך דאמר לה וקבלה מ"מ יכולה לחזור:

ולכאורה יש לומר דהא קשה דכיון דמחילה ל"צ קנין אמאי יכולה לחזור אך לפי מה דאיתא בס' א"מ ס' ע' דהא דפליגי רב ושמואל אי פוסקין מזונות לא"א דרב סובר דגם מחיים הנכסים בחזקתה כמו בלאחר מיתה דלכ"ע בחזקתה קיימא משום דמוכרת שלא בב"ד כמו כן מחיים ולשמואל דווקא בשמעו בו שמת הנכסים בחזקתה משא"כ מחיים יע"ש ועי' בר"ן בכתובות דזה דנכסים בחזקתה קיימ' עדיף ממשכון וע"כ אפי' שבועת הגאונים ליכא דלא חשיבה נוטל משום דלגמרי עומד הנכסים בחזקתה ולפ"ז דכיון דאפי' במשכון קיי"ל בח"מ סי' רמ"א דלא מועיל מחילה בלא קנין מכש"כ הכא דעדיף ממשכון דצריך קנין וע"כ ניחא דלדידן דקיי"ל כרב דאפי' מחיים הנכסים בחזקתה וע"כ אפי' בנתרצית יכולה לחזור משא"כ שמואל דע"כ סובר דמחיים אין הנכסים בחזקתה ומשום זה חיישינן שמא אמר לה צאי מעשה ידיך וכו' וחשוב מחילה דל"צ קנין וע"כ לא יכולה לחזור:

והעיקר נראה לי דלפי מה דסובר הרמב"ם דאינו יכול להתחייב א"ע דבר שאינו קצוב ועי' בלח"מ דכיון דאין לו קצבה לא גמר ומקנה ודמי לאסמכתא יע"ש בפ' כ"ה מהלכות מלוה ובזה ניחא מה שהקשה עליו הרמב"ן והר"ן בפ' עשרה יוחסין מהא דאיתא בב"ב פ' י"נ יכיר למה לי הא אי בעי הוי יהיב ליה במתנה ומשני בנכסי' שנפלו לאחר מכאן ופריך לר"מ דסובר דאדם מקנה דשלב"ל יכיר למה לי ומאי קושיא דהא הוי דבר שאינו קצוב הוא יע"ש וע"כ נראה לפי מה דאיתא במ"מ דהא דערב דכתובה לא משתעבד משום דחשוב אסמכתא דל"ש בההיא הנאה דמהימן גמר ומשתעבד משום דמצוה עביד ולאו מידי חסר יע"ש ועי' בערכין דפריך הגמ' והא ערב דכתובה לא משתעבד ומשני אבא לגבי ברי' שעבודי משעבד יע"ש וא"כ שמעינן מהתם דאב לגבי ברי' ליכא משום אסמכתא ועי' בשעה"מ דרצה לומר ג"כ דאב לבנו מהני אפי' באסמכתא משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו כמו במזכה לעובר לבנו קנה משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו וכיון דהתם ביכיר ידעינן שהוא בנו אך הספק אם הוא בכור ע"כ מהני אפי' דבר שאינו קצוב כיון דהתם משום אסמכתא ובבנו מהני אפי' באסמכתא דגמר ומשתעבד:

ולפ"ז כיון דהא דבר שאינו קצוב הוא משום אסמכתא א"כ לשמואל כיון דסובר דמחיים אין הנכסים בחזקתה א"כ מהני אי קבלה עליה ולא יכולה לחזור אע"ג דמזונות דבר שאינו קצוב הוא מ"מ בדבר שהיה ת"י ליכא משום אסמכתא משא"כ לדידן דקיי"ל כרב

דבחזקתה קיימא אפי' מחיים לא מהני המחילה דכיון שאינו קצוב הוא ואיכא משום אסמכתא כיון שהנכסים אינו בחזקת הבעל רק בחזקתה:

והנה בעיקר הדין דבמעכשיו ליכא משום אסמכתא איתא ברמב"ם הטעם משום דאי לא גמר ומקנה לא הקנהו במעכשיו יע"ש ובזה הי' ניחא קושי' הש"ך סי' ע"ג על הא דאיתא במחבר בהלוה על המשכון ואמר לו אם לא אפדנו לזמן פלוני יהי' המשכון שלך מעכשיו דיש מי שאומר דלא הוי אסמכתא והקשה דהא בהדיא איתא כן בגמ' דבמעכשיו ליכא משום אסמכתא וע"כ נראה לפי מה שהקשה בס' פ"י על ר"נ דסובר דאפי' לאחר מתן מעות קני הכל במאי יקנה כיון דאין שם כסף ולא קנין ואפי' בשעת מתן מעות קשה דלא דמי למקדש אשה לאחר ל' יום דחלין הקידושין אפי' נתאכלו המעות שאני התם שנתן המעות מעיקרא בתורת קידושין משא"כ הכא שנתן לו המעות בתורת הלואה גמורה עד ג' שנים שנתן להוצאה אלא שמתנה אם לא יפדה עד ג' שנים יהי' השדה מכורה לו מאותו זמן ואילך דהא לא אמר מעכשיו וא"כ בההיא שעתא הוי ליה מלוה ועי' בש"מ דכתב דדמי לקידושין ולא חשיב מלוה ועי' גם בס' ת"ח דהקשה ג"כ כן דהא אין אדם קונה בדברים בעלמא ותירץ דאיירי דכתב לו שטר על זה ועי' עוד בפ"י דכתב דאפי' קנין לא מהני דכיון דלא אמר מעכשיו א"כ כי מטי שעתא למיקני לאחר ג' הדר סודרא למרי' יע"ש ולפ"ז לא קשה קושית ש"ך הנ"ל דהתם דאיירי במשכון קרקע דלא היה צריך לומר מעכשיו ואין לומר במה יקנה דכסף חשוב מלוה וגם ק"ס לא מהני דהדר סודר למרי' מ"מ היה יכול לעשות שטר וע"כ מדאמר מעכשיו ע"כ דגמר והקנה לו משא"כ במשכון מטלטלין דלא מהני שטר דמטלטלין לאו בני שטרא וא"כ ה"א דבעינן מעכשיו דאל"כ במאי יקנה וא"כ ע"כ בעינן עד שיאמר מעכשיו ולעולם דלא גמר ומקני וחשוב אסמכתא אפי' במעכשיו וע"כ אשמעינן דמהני מעכשיו והיינו משום דדמי לקידושין והיה יכול לקנות בכסף הלואה ומדאמר מעכשיו ע"כ דגמר ומקני:

ועי' בס' ע"א ס' נ' באה"ע דמתרץ קושית הראשונים הא דבעינן קנין בב"ד חשוב ואע"ג דכל קנין הוא מעכשיו ובמעכשיו ליכא משום אסמכתא וכתב ג"כ דכיון דק"ס ע"כ בעינן מעכשיו א"כ לא שמעינן דגמר ומקני אע"ג דהיה מעכשיו וע"כ בעינן גם ב"ד חשוב:

ובזה ניחא הסוגיא דפרה וטלית בב"ב פ' ג' דמקשה וליחוש דילמא אקני ליה מטלטלי אגב קרקע ומשני דלקח ומכר מיד ופריך דילמא דאקני אמר ליה והקשו בתוס' דהוי ליה להקשות דא"כ אפילו בית ושדה נמי ועי' בתומים סי' קי"ג דתמה על הא דהביא הגמ' הך דאמר ר"ח והוא דכתב ליה דלא כאסמכתא וע"כ נראה דלפי מה דאיתא בס' מחנה אפרים דשיעבוד דאקני בעי קנין ולפ"ז יש לומר דהמקשן הראשון תפס תירץ הגמ' דלקח

ומכר מיד רק אסיק אדעתיה קושיא שניה דילמא דאקני אמר ליה ולכך לולי דר"ח היה אמרינן דקנין אגב קרקע אין מועיל רק באופן דאמר מעכשיו דמסלק אסמכתא וא"כ שפיר יש לומר דלקח ומכר מיד ולא קשה דילמא דאקני אמר ליה דא"כ היה צריך קנין ובקנין בעינן מעכשיו דאל"כ הדר סודר למריה ואין ראיה דגמר ומקני ולא היה מהני מעכשיו לסלק אסמכתא ולכך הקדים הגמ' מילתא דר"ח דיש אופן לסלק אסמכתא באופן אחר דכתב ליה דלא כאסמכתא וא"כ תו ליכא למימר דלקח ומכר מיד דאכתי תקשה דילמא דאקני אמר ליה דהא ל"צ מעכשיו וא"כ ניחא קושית התוס' הנ"ל דיש לומר המשך לשון הגמ' וכאלו אמרם השתא דאמר ר"ח דיש כאן תקנה לסלק אסמכתא א"כ תו ליכא למימר דהא דילמא דאקני אמר ליה דבשלמא אי בעינן דוקא מעכשיו א"כ שפיר י"ל דלקח ומכר מיד ולא קשה דבקרקע נמי דיש לחוש שמא דאקני אמר ליה ובקנין ואע"ג דאז צריכין הקנין מעכשיו לשעבוד דאקני מ"מ בקרקע ליכא משום אסמכתא וא"צ מעכשיו אבל השתא דאמר ר"ח בכתב דלא כאסמכתא מהני א"כ גם במטלטלין ליכא למימר דלקח ומכר מיד דגם בהו קשה דילמא דאקני אמר ליה ובקנין אע"ג דמעכשיו צריכין לקנין מ"מ ליכא משום אסמכתא בכתב דלא כאסמכתא:

וגם לפי מה דאיתא בתומים ס' קכ"ט להנך הסוברים דקנין מבטל אסמכתא זה דווקא היכי דלא צריכי הקנין לגוף הדבר דהיה סגי דיבור לחוד יע"ש וא"כ בלא ר"ח לא היה קשה דידע לתרץ דלקח ומכר מיד ומ"מ לא קשה דילמא דאקני אמר לוה דא"כ היה צריך הקנין לשיעבוד דאיקני וע"כ לא מהני הקנין לסלק אסמכתא ובלא ר"ח הוי אמרינן דלא מהני בכתב דלא כאסמכתא רק בעי קנין לסלק אסמכתא משא"כ בקרקע דליכא משום אסמכתא יש לומר שמא דאקני אמר ליה בקנין וע"כ לא מהני דמכר מיד משא"כ השתא דאמרי' כר"ח א"כ ליכא לאוקמא דלקח ומכר ומיד דתקשה דילמא דאקני אמר ליה בקנין ולנגד אסמכתא כתב ליה דלא כאסמכתא ועי' בתשובות מהרי"ט דהא דמהני מעכשיו זה דווקא דע"י מעכשיו יהיה יפה כחו דאז בודאי גמר ומקנה יע"ש ובזה נראה ג"כ לתרץ קושית מהרש"א הנ"ל הא בההיא דנזיר ל"ש דאגב דרוצה לקנות ולא דמי למשחק בקוביא:

וע"כ נראה דהא בש"ך הקשה דלמה כתב המחבר יש מי שאומר דבמעכשיו ליכא משום אסמכתא הא מפורש בש"ס דמשני דמתני' דאמר ליה מעכשיו יע"ש ונראה דהנה בתוס' ב"מ ד' ס"ג ד"ה רבית ע"מ להחזיר וכו' הקשה מ"ט דרבנן דאסרו דאיזה רבית הוא זה והלא כשיבא לפדות מנכה לו תחילה פירות שאכל ותירצו דאם הוא עושה כן לא הוי רבית אלא שהוצרך תחילה לפרוע הכל קודם שינכה לו כלום ואם לא יוכל לפרוע הכל

תהא משוקעת בידו וכו' יע"ש וא"כ לאביי דפליגי בצד אחד ברבית א"כ אפי' לרבנן דאסרו עכ"פ שרי ע"מ להחזיר אפי' באופן זה דלא ינכה לו כלום רק לפרוע תחלה הכל ואם לא יכול לפרוע הכל תהא משוקעת בידו דאי דינכה גם לרבא שרי והנה איתא בראשונים דהא דאליבא דרבא שרי לר"י ע"מ להחזיר ולאביי לכ"ע היינו רק היכא דאיכא צד אחד בריבית אז יש להתיר ע"מ להחזיר ועי' בשמ"ק ולפ"ז היכי דלא אמר מעכשיו דאז ליכא צד אחד ברבית רק רבית ודאי דהא אפי' אי לא יפדה עד ג' שנים לא יהי' שלו אז לכ"ע אסור וא"כ לאביי דשרי לר"י צד אחד ברבית ורשאי המלוה לאכול הפירות ע"י דאמר מעכשיו וא"כ הפסיד הלוה ע"י דאמר מעכשיו ושייך סברת מהרי"ט דע"כ גמר ומקני מדאמר מעכשיו ואפי' לרבנן דאסרו עכ"פ שרי ע"מ להחזיר ואי לא ישלם לו הכל קודם לא יוכל לנכות ועי"כ יכול להיות שהשדה משוקעת בידו ואי לא היה אמר מעכשיו ואז לא היה צד אחד בריבית אז אסור באופן זה וא"כ הפסיד הלוה ע"י דאמר מעכשיו וע"כ דגמר ומקני וע"כ אין ראי' מהש"ס דמעכשיו מהני דיש לומר דהסוגי' קאי אליבא דאביי ואז הפסיד ע"י דאמר מעכשיו וחזינן דגמר ומקני ואליבא דרבא יש לומר תירץ דמני ר"י דסובר דאסמכתא קני' משא"כ במשכון מטלטלין חוץ מזה דל"ש זה ובפרט דהא קיי"ל כרבא ואפי' במשכון קרקע ל"ש זה וה"א דאפי' מעכשיו לא מהני וע"כ הביא המחבר יש מי שאומר ומהסוגי' אין ראי' לדידן:

ולפ"ז ניחא סוגיא דסנהדרין הנ"ל דהנה אי אמרינן דהא דבמעכשיו בעינן דווקא היכי דהפסיד עי"ז דאמר מעכשיו א"כ במחילה אע"ג דחשיב מעכשיו מ"מ הוכחה אין כאן דגמר ומקני וכן תנאי לשעבר נהי דחשוב מעכשיו לא מהני משום דבמעכשיו בעינן שהפסיד ע"י אמירת מעכשיו ולפ"ז בההיא דנותן ערבון שייך ג"כ לומר איידי דרוצה לקנות וכו' ואין לומר דכיון דהוא שנתן ערבון דמחילה ל"ש אסמכתא דחשוב מעכשיו דליתא דמעכשיו לחוד לא מהני וע"ז משני הגמ' דאתי' כר"ט דסובר אין אחד מהם נזיר ואע"ג דתנאי דלשעבר הי' וחשוב מעכשיו לא מהני משום דבמעכשיו בעינן דווקי היכא דהפסיד ע"י דאמר מעכשיו וממילא ה"ה במחילה איכא משום אסמכתא וא"כ ע"כ שמעינן מההי' דערבון דל"א איידי דבעי לקנות וע"כ סובר הברייתא דמשחק בקובי' חשוב אסמכתא:

ולפ"ז ניחא דהרמב"ם לא הביא סיפא דמתני' דישראל שהלוה לעובד כוכבים אנס ואמר לו מעכשיו דאסור לאחר הפסח אך דלכאורה תקשה ברישא בעובד כוכבים אנס שהלוה לישראל ואמר לו מעכשיו דפשיטא דשרי דלמפרע היה של נכרי ובפרט לשיטת הרמב"ם דאיירי בהגיע זמנו קודם פסח דאל"כ אמרינן הואיל ובידו לפדות אך כיון דקיי"ל דנכרי

מישראל לא קניה בכסף רק במשיכה וא"כ אי לא אמר מעכשיו לא מהני משום דכבר כלתה המשיכה ואין ראי' דגמר ומקנה וע"כ אשמעינן דמ"מ מהני מעכשיו והיינו משום דלפי מה דאיתא בס' פ"י לתרץ קושי' דהיאך יקנה הכל במאי יקנה וכתב לתרץ וז"ל דכיון דחזינן דר"ה ור"נ סוברים בעלמא אסמכתא לא קני' ואפ"ה בעי לומר הכא דקני והיינו משום דמוחזק המלוה לשיטת רב"ת ולשיטת ר"י משום דחשוב כמו מכורה לו מעיקרא ועיקר דבריהם הם כשיטת הרמב"ם דבדבר שת"י ל"ש אסמכתא דחשוב כמחילה וע"כ מה"ט קנה באמירה דהא קיי"ל דמחילה ל"צ קנין וזוכה כשאמר לו להצמיתה בידו זכה יע"ש משא"כ הסיפא דישראל שהלוה לנכרי דקיי"ל דישראל מנכרי קנה בין בכסף ובין במשיכה וח"כ אפי' אי לא אמר מעכשיו הי' קנה בכסף שנתן לו ול"ח מלוה דדמי למקדש אשה לאחר ל' יום וא"כ מדאמר מעכשיו ע"כ דגמר ומקני לי' משא"כ ברישא עובד כוכבים אנס מישראל דלא קנה רק במשיכה וה"א דבעינן מעכשיו דאל"כ כבר כלתה המשיכה וע"כ אשמעינן דאפ"ה לא הוי אסמכתא משום דחשוב מחילה ול"צ קנין וע"כ מדאמר מעכשיו ע"כ דגמר והקנה:

ובזה ניחא דברי הרא"ש בפסחים דכתב שם דמש"ה בעי הרהינו באמר מעכשיו דאל"כ לא גרע מחמצו של עובד כוכבים אנס שקיבל הישראל אחריות דעובר והקשה דאכתי תקשה דל"צ הרהינו ואי משום אחריות יתנה עמו שלא יהי' על אחריות שלו כמו בסיפא דע"כ איירי דאין אחריות על הישראל דאל"כ ל"צ מעכשיו ועי' בתומי' ס' ע"ב וע"כ נראה דהא בר"ן הקשה אפי' באמר מעכשיו אמאי מהני ול"א הואיל דבידו לפדותו יע"ש:

וע"כ נראה דלפי מה דאיתא במחברים דבמחילה לא מהני תנאי משום דמחילה ע"י שליח לא מהני דחשוב מילי ובמידי דלא מצי משוי שליח אי אפשר להתנות תנאי ולפ"ז כיון דאמרינן דחשוב מחילה ומה"ט לא בעינן קנין ובמחילה לא מהני תנאי דיהיה שלך אם לא אפדנו דאז אפי' אי פדה ולא נתקיים התנאי מ"מ הרי הוא שלו דבטל התנאי הואיל דאי אפשר ע"י שליח וליכא הואיל דאי בעי פדה:

ולפ"ז לפי מה דאיתא דהואיל לא נחשב רק גורם לממון כמו אחריות וא"כ י"ל דהרא"ש היה קשה לו דאמאי לא אמרינן הואיל דבידו לפדותו דעי"ז נחשב כמו אחריות דחשוב גורם לממון וע"כ צריך הרהינו דאז חשוב מחילה לסברת פ"י ואין בידו לפדותו ואע"ג דלא נתקיים התנאי דאם לא אפדה מ"מ הא התנאי לא מהני משום דאי אפשר ע"י שליח ובלא הרהינו דאז בידו לפדותו ואיכא הואיל לא גרע מחמץ של עובד כוכבים שקיבל אחריות דעובר משום הואיל דחשוב ג"כ כמו אחריות וע"כ בעינן הרהינו ולא היה כוונת

הרא"ש משום אחריות דע"ז יש לומר דלא קיבל אחריות רק משום הואיל דאי בעי פדה דחשוב ג"כ כמו אחריות:.

אך באמת אי אפשר לומר כן דא"כ אמאי חשוב רק צד אחד ברבית והיינו שמא יפדה כיון דלא יוכל לפדות עוד ואמאי אסור לאכול הפירות ועוד תקשה מההיא דנדרים (דף כ"ז) דאתפיס זכותיה אי לא אתינא עד תלתין יומין לבטלין הני זכותאי ואיך מהני דהתם חשוב מחילה וע"ש בר"ן דמש"ה ליכא משום אסתמא ולא מהני תנאי משום דאי אפשר ע"י שליח:

וע"כ נראה לי לתרץ דברי הרא"ש דהנה יש לומר לפי דאיתא בש"א דהואיל לא נחשב רק גורם לממון כמו אחריות ולפ"ז מהראוי לומר כמו דקיי"ל במקבל אחריות על חמץ של א"י בביתו של א"י דאינו עובר נהי היכי דהחמץ שלו לא מהני מה שמונח ברשותו של א"י מ"מ היכי דאינו שלו רק מצד אחריות דגורם לממון אינו עובר אי מונח ברשותו של א"י וא"כ ה"ה היכי דעובר מצד הואיל אי אינו מונח ברשותו לא עבר דכיון דהואיל לא נחשב שלו רק גורם ולפ"ז לא קשה קושית הר"ן דאמאי לא אמרינן הואיל דאי בעי פדה כיון דאיירי בהרהינו ומונח ברשות העובד כוכבים המלוה לא עבר מצד הואיל כמו באחריות וא"כ יש לומר דזה כוונת הרא"ש דאי לא הרהינו לא גרע מחמץ של עובד כוכבים וקיבל אחריות דעובר מצד גור וה"ה הכא מצד הואיל דנחשב עכ"פ גורם עובר ומדויק לשון הרא"ש דלא גרע דאי כוונת הרא"ש מצד אחריות ל"ש דלא גרע וע"כ בעי הרהינו דאז נהי דדמי לאחריות אינו עובר היכי דמונח ברשות של עובד כוכבים:

ועי' בחידושי הרי"מ דכתב במתנה שלא ישמיט הוא זה דקיי"ל דתנאו קיים דהוי אסמכתא זה החיוב דהוי ממש אם לא אפרע לך בזמנו שהזמן קודם שביעית ומחייב א"ע כשלא יפרע בזמנו מחייב א"ע חיוב חדש במה שאינו חייב דלכ"ע הוי אסמכתא דסבור דיפרע בזמנו דהא שטר זה נמחל שיעבודו בשביעית וע"כ שמתנה שבאם לא אפרע קודם שביעית שיהיה חיוב חדש הוי אסמכתא ותירץ דכיון דע"י שאינו פורע בזמנו שהיה מחויב זה נפסד דעי"ז משמט הוי כאם אוביר ולא אוביד אשלם במיטב דלא הוי אסמכתא דכיון שע"י פשיעתו שאינו משלם בזמנו מפסיד שמשמט ויש עליו חיוב לצי"ש וכה"ג מהני קבלה לחוד וע"כ ניחא דלא קשה על שמואל דסובר במלוה לעשרה שנים דשביעית משמטתו וקשה דהא חשוב כע"מ שלא תשמטנו וכן מה מקשה ממתני' לוקמא דהיה תנאי שלא תשמטנו אך כיון דלא פשע כלום שוב לא מהני ע"מ שלא תשמטנו יע"ש. אך תקשה נהי דלא פשע ל"ח אסמכתא משום דבההיא הנאה דמהימן גמר ומשתעבד אך שמואל לשיטתו דלא סובר במתנה ש"ח להיות כשואל דלא

בעי קנין משום בההיא הנאה דמהימן רק בעי קנין וע"כ ניחא דהשמיטו דינא דשמואל דלדידן קיי"ל דאמרינן בההיא הנאה דמהימן ל"ח אסמכתא הכא אפי' במלוה לעשרה שנים דלא פשע מהני החיוב:

אגב קרקע

בו יבואר אי קנין אגב הוא מדאורייתא או דרבנן

שיטת התוס' ב"ק (דף י"א) דקנין אגב רק מדבריהם:

ועי' בס' קצה"ח דהקשה מהא דפריך הגמ' בב"מ (דף מ"ו) דמשני שם דלית ליה סודר וניקנינהו אגב קרקע וכו' ולשיטת התוס' תקשה דכיון דאינו רק מדרבנן האיך מהני לפדות בהא פירות מעשר שני ובתוס' ב"ק (דף ק"ד) איתא על הא דמשני דלית ליה קרקע התם מדאורייתא בעינן דאית ליה ארעא דאי לא לא היו קרויין מעותיו מדאורייתא שיוכל לפדות בהן פירות מעשר שני וא"כ תקשה מה פריך וליקני לי' אגב קרקע יע"ש ס' קצ"ד. ולכאורה נראה דלפי מה דאיתא ברמב"ן להקשות דאליבא דר"י דסובר דדבר תורה מעות קונות א"כ מתנה במה יקנה מהתורה וכתב הרמב"ן דגם מתנה אינו נקנה אלא בק"ס ודלא כשיטת התוס' בע"ז (ד' ע"א) וא"כ לכאורה תקשה דלפי מה דמשני דלית ליה סודר א"כ איך אומר הרי פירות הללו נתונים לך במתנה במה יקנה הפירות ע"י סודר הא לית ליה סודר וע"כ ע"י משיכה והא משיכה רק מדרבנן ויותר קשה דקתני ואין בידו מעות הא אם יש בידו מעות ליקני להו לאידך במשיכה והא משיכה רק מדרבנן והאיך יכול לפדות מעשר שני וסודר לית ליה דליקני ליה המעות בק"ס וע"כ דהשתא סובר דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וע"כ מקשה שפיר וניקנינהו אגב קרקע אע"ג דאינו רק מדרבנן. ובזה ניחא קושית רש"י ותוס' שם הא קושיא זו וליקני ליה ע"י אגב לא תליא בהך תירוצא דמשני דלית ליה סודר דבלא"ה קשה על גוף הברייתא ולפ"ז ניחא דאי אמרינן דאית ליה סודר אך אין מטבע נקנה בחליפין אז י"ל דלעולם דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא ולא קשה דליקני ליה ע"י אגב ופירות מקנה ליה לא במשיכה רק ע"י ק"ס ואין לומר דמ"מ תקשה הא דקתני ואין בידו מעות הא אפי' אי היה ליה מעות במה מקנה ליה דסודר לא מהני במעות. אך יש לומר דהא שיטת התוס' דבמתנה דליכא מעות משיכה קנין דאורייתא היא אך הרמב"ן סובר דכיון דאפשר בק"ס ע"כ לא מהני מדאורייתא משיכה אפי' במתנה מ"מ במעות דלא אפשר ק"ס אז מודה הרמב"ן דמהני משיכה מהתורה וע"כ ניחא הא דקתני ואין בידו מעות משא"כ לפי מה דמשני דלית ליה סודר א"כ הן בפירות והן במעות קנין משיכה רק מדרבנן וא"כ במה מקני ליה הפירות

או המעות אם היה בידו מעות וע"כ דקד"ר מהני לדאורייתא שפיר מקשה וליקני ליה ע"י אגב:

וניחא קושי' התוס' שם ד"ה אלא וכו' שכתבו וז"ל ומ"ד נעשה נמי אתותב דמדאינו נקנה כ"ש שלא נעשה וא"כ אמאי לא מקשה גם על מ"ד דנעשה חליפין יע"ש:

וע"כ נראה דהא בסוגיא אתמר רב ולוי חד אמר מטבע נעשה חליפין וא"כ יש לומר דרב סובר דמטבע נעשה חליפין ורב סובר לקמן כר"ל דמשיכה מדאורייתא קני וא"כ לדידיה לא קשה ולקנינהו אגב קרקע דיש לומר דמידי דרבנן לא מהני לדאורייתא ויש לומר דאית ליה קרקע אך דלית ליה סודר דהשתא לא הוי גברא ערטילאי והפירות או המעות אם היה לו מעות יכול להקנות ליה במשיכה דלדידיה קנין מדאוריי' משיכה ומש"ה לא מקשה רק לר"פ דקאמר אפי' למ"ד לא נעשה מ"מ מיקני בחליפין תקשה שפיר וליקני ליה ע"י אגב ואין לומר דזה רק מדרבנן דא"כ האיך מקנה לו הפירות במשיכה וע"כ דקד"ר מהני לדאורייתא ותקשה דליקני ליה ע"י אגב ואין לומר דלית ליה קרקע דכיון דלית ליה סודר וגם קרקע א"כ הוי גברא ערטילאי:

ובפשיטות נראה הא דלא מקשה על מ"ד נעשה דלפי מה שהקשו להסוברים דק"ס לא מהני בא"י ועי' בתוס' קידושין ובש"ך ס' קכ"ג דוזאת לפנים בישראל כתיב. וא"כ תקשה לפ"ז יש לומר דאיירי שזה העומד עמו א"י ואע"ג דקאמר אומר לחבירו הא מצינו כן בשבת דר"פ מוקי חבירו נכרי ותירצו דלמאי דקיי"ל מעות קונות מהתורה בישראל וא"כ בנכרי משיכה קונה ולא מעות וא"כ י"ל דלפירש"י לקמן הא דמעות קונות היינו משום דכתיב ונתן הכסף וקם לו א"כ מהאי טעמא נמי מעשר מתחלל על הכסף משום דקונה המעשר בכסף וא"כ בנכרי ל"ש האי טעמא ולא מצי פריק בכספא וא"כ אמאי נקט ואין בידו מעות דאפי' יש בידו מעות לא מצי לאקנויי לנכרי אלא במשיכה דהנכרי לא מצי פריק בכספא ועי' בס' מעין החכמה ולפ"ז יש לומר דמ"ד נעשה הוא רב ורב סובר כר"ל וא"כ בנכרי מעות קונות והנכרי מצי פריק במעות וע"כ נקט ואין בידו מעות ואיירי בנכרי וע"כ לא מהני ק"ח ולעולם דנעשה ונקנה ומש"ה מקשה רק על ר"פ:

וגם נראה דקושי' דליקני ליה אגב קרקע אזלא דווקא לפי מה דמשני דלית ליה סודר ולעולם דמטבע נקנה בחליפין דלפי מה דאית' בשמ"ק הטעם דאין מטבע נקנה בחליפין משום דכיון דדעתי' אצורתא וצורתא עבידה דבטלה חשוב כמו דבר שאין גופו ממון ודבר שאין בו ממש ודמי לאותיות ומש"ה אינו נקנה בחליפין וא"כ לפי מה דאיתא בראשונים ועי' ברא"ש ב"מ דאותיות אינו נקנה אגב קרקע ומש"ה משני אביי דאיירי בשטר כתובה יוצאה מת"י ול"ח דמכרה ע"י אגב וא"כ אי אין מטבע נקנה בחליפין וע"כ משום דדמי

לאותיות ממילא לא קשה דליקני ליה אגב דגם אגב לא מהני משא"כ לפי מה דמשני דלית ליה סודר ולעולם דמטבע נקנה בחליפין וע"כ משום דלא דמי לאותיות מקשה שפיר וליקני ליה אגב קרקע אך לפי האמת חזינן דקיי"ל דאין מטבע נקנה בחליפין ואעפ"כ קיי"ל דמהני אגב קרקע ואמאי דכיון דדמי לאותיות ותקשה להסוברים דאותיות אינו נקנה ע"י אגב ועי' ב"ק (ד' ק"ד) דקאמר זיל ניקנינהו לך אגב ארעא:

גם יש לומר על קושית קצה"ח הנ"ל דלפי מה דאיתא בס' קהלת יעקב דבר חדש דאפי' אי אמרינן דקא"ג רק מדרבנן זה במכר דאיכא קנין מעות מהתורה וע"כ קנין אגב רק מדרבנן משא"כ במתנה דליכא מעות קנין אגב דאורייתא כמו דסוברי' דאפי' לר"י דדבר תורה מעות קונות מ"מ במתנה משיכה היא מדאורייתא ה"ה בקנין אגב יש לומר אך זה הכל לר"י דסובר דבר תורה מעות קונות ותקשה מתנה במה יקנה וע"כ דבמתנה דליכא מעות לכ"ע משיכה קנין וא"כ יש לומר דה"ה קנין אגב במתנה היא דאורייתא משא"כ לר"ל דסובר דמדאורייתא משיכה קונה לדידי' יש לומר דאפי' במתנה קנין אגב רק מדרבנן וא"כ יש לומר דקושית הגמ' אזלא רק לפי מה דמשני דלית ליה סוד ותקשה דא"כ במה מקני ליה הפירות וע"כ במשיכה ואע"ג דקנין משיכה רק מדרבנן וע"כ היכי דליכא מעות משיכה היא מדאורייתא וא"כ ה"ה קנין אגב במתנה היא דאורייתא וקשה דליקני ליה אגב קרקע משא"כ על הברייתא לא קשה דיש לומר דאין מטבע נקנה בחליפין ואירי דאית ליה סודר וא"כ יש לומר דמקני לו הפירות בק"ס ולעולם אפי' היכי דליכא מעות משיכה רק קנין דרבנן וה"ה קא"ג וא"כ לא יקשה וליקני ליה אגב קרקע דיש לומר דעיקר הוכחה דהיכי דליכא מעות משיכה דאורייתא דאל"כ תקשה לפי מה דמשני דלית ליה סודר א"כ במה מקני לו הפירות דע"י משיכה רק קנין דרבנן משא"כ אי אירי דאית ליה סודר אין ראיה דיש לומר דאפי' היכי דליכא מעות משיכה קנין דרבנן וממילא לא קשה וליקני אגב קרקע משא"כ לפי דמשני דלית ליה סודר וע"כ קנין משיכה דאורייתא היכי דליכא מעות וה"ה קנין אגב תקשה שפיר דליקני לי' ע"י אגב:

וניחא ג"כ קושית תוס' הנ"ל דאמאי לא מקשה על מ"ד דנעשה דיש לומר דרב סובר דנעשה ולדידיה קנין משיכה דאורייתא וא"כ ק"א אפי' במתנה דרבנן וא"כ לא קשה דליקני ליה אגב קרקע ומש"ה לא מקשה רק על ר"פ:

ולפי מה שכתבתי לעיל דקושי' הגמ' וליקני ליה ע"י אגב אזלא רק לפי מה דמשני דלית ליה סודר והקנין פירות ע"כ ע"י משיכה וע"כ דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וע"כ קשה דליקני ליה ע"י אגב וניחא לפ"ז קושי' ר' ע"א שהקשה להסוברים דבמקני ליה מטלטלין ומעות ע"י ק"ס דמהני ק"ס גם על המעות מיגו דחל ק"ס על מטלטלין א"כ תקשה אפי' אי

אין מטבע ניקני בחליפין יכול להקנות לו המעות ופירי ביחד דאז חל ק"ס גם על המעות ולפ"ז ניחא דזה פשוט דרק קנין דרבנן מיגו דחל וכו' ולא מהני לדאורייתא משא"כ לבתר דמשני דלית ליה סודר ואז ע"כ קנין דרבנן מהני לדאורייתא תקשה שפיר וליקני ליה ע"י אגב:

והנה אליבא דידן דקיי"ל דאין מטבע נקנה בק"ח וע"כ משום דחשוב אין גופו ממון ואפ"ה חזינן דניקני ע"י אגב וקשה לפ"ז הא דקאמר רבא בב"מ (ד' י"א) אמר רבא שפיר עביד דלא קבלה וכי לא היה להם סודר לקנות בחליפין אלא ט"ה אינו ממון לקנות בחליפין ה"נ ט"ה אינו ממון לקנות אגב קרקע וכו' וקשה הא חזינן דמטבע אע"ג דל"ח ממון דמה"ט אינו נקנה בחליפין ומ"מ ע"י אגב ניקני וא"כ יש לומר דה"ה ט"ה נהי דל"ח ממון לקנות בק"ס מ"מ ניקני ע"י אגב אך לפי מה שכתבנו דאליבא דר"ל דמשיכה הוי מדאורייתא לדידיה יש לומר דמטבע חשוב ממון לקנות בק"ס אך מירי דלית ליה סודר ולא הוי גברא ערטילאי דיש לו קרקע ולא קשה דליקני ליה ע"י אגב דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא והפירות מקני לו במשיכה דלדידיה קנין דאורייתא ורבא הא סובר כר"ל ושפיר קאמר דט"ה דאינו ממון לקנות בחליפין ה"ה ע"י אגב ומטבע דנקנה ע"י אגב משום דחשוב ממון גם לקנות בחליפין. ולפ"ז ניחא הפוסקים דלא כר"פ דסובר (ד' הנ"ל) דהיכי דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן חצר המשתמר רק לעולם בעינן חצר המשתמר והקשו דלפ"ז האי עובדא דר"ג לא היה מתורת חצר רק ע"י אגב וכיון דאנן קיי"ל דט"ה אינו ממון לא אפשר להקנות בתורת אגב ובתורת חצר לא מהני כיון שלא היה משתמר להפוסקים דלא כר"פ אך לדידן דקיי"ל דאין מטבע נקנה בחליפין ול"ח ממון לקנות בחליפין ומ"מ קנין אגב מהני וא"כ ה"ה ט"ה אע"ג דל"ח ממון לקנות בחליפין מ"מ נקנה ע"י אגב וניחא מעשה דר"ג הנ"ל:

וניחא מה שהקשה בש"א דכיון דלפי הסוגיא דקידושין דמעשה דר"ג היה בתורת אגב ולא בתורת חצר. וע"כ סובר ר' יהושע דט"ה ממון ור"י סובר בפסחים פ' ג' דע"ה אינו ממון וא"כ אינו עובר בחלה על ב"י יעו"ש אך אליבא דידן אפי' אי ט"ה אינו ממון מהני קנין אגב כמו מטבע וניחא הא דלא פסקו כר"פ דסובר דמעשה דר"ג היה בתורת חצר דר"פ לשיטתו דסובר דמטבע ניקני בחליפין ג"כ דחשוב ממון וע"כ נקנה מטבע ע"י אגב ולעולם דט"ה אי אינו ממון כמו דאינו נקנה ע"י חליפין ה"ה ע"י אגב וא"כ ר"י דסובר דט"ה אינו ממון לא נקנה ע"י אגב וע"כ הכרח לומר דמעשה דר"ג הי' בתורת חצר משום דאיכא ד"א מקנה משא"כ לדידן דאין מטבע נקנה בק"ס ואעפ"כ נקנה ע"י אגב ויש לומר דה"ה ט"ה אע"ג דאינו ממון לקנות בחליפין מ"מ נקנה ע"י אגב וא"כ יש לומר דלא קיי"ל

כר"פ דאפי' בד"א מקנה בעינן חצר המשתמר ומעשה דר"ג היה בתורת אגב ואע"ג דט"ה לא נקנה ע"י חליפין מ"מ אגב מהני כמו מטבע וע"כ פסקו דלא כר"פ:

גם נראה על קושית קצה"ח ונקדים לתרץ מה שהקשו הראשונים ועי' בש"ך סי' ר' על הפוסקים דפסקו כר"פ הנ"ל דהיכי דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן חצר המשתמר דא"כ תקשה האיך פשיט הגמ' בקידושין ממעשה דר"ג דשדה במכר ומטלטלין במתנה מהני באגב הא יש לומר דהתם לא היה הקנין ע"י אגב רק מתורת חצר וע"כ משום דאפי' בד"א מקני בעינן חצר המשתמר ודלא כר"פ:

ולכאורה נראה דהנה הפוסקים סוברים דחצר שכורה לא קני ליה דל"ח חצירו והקשו ממעשה דר"ג דקתני ומקומו מושכר לו ועי' בש"ך סי' ר"ג שמביא סתירה בדברי העיטור שבאות קנין דט"ה אינה ממון לקנות באגב ובחליפין ובמעשה דר"ג וזקנים היה ע"י חצר ובאות שכירות פוסק להלכה שאין הלוקח זוכה במקחו בחצר ששכר גם הקשה דהא איתא במס' ב"ב (דף פ"ה) אי ברשות המופקדין אצלו שוכר את מקומו הרי להדיא שיש קניות חצר בחצר השכורה:

והנה לפי מה דאיתא באחרונים דחצר המושכר לאחר מקרי חצר השותפות בין המשכיר והשוכר שלזה יש קנין פירות ולזה קה"ג וקיי"ל דחצר השותפין אינם קונים זה מזה וע"כ יש לומר מ"ש העיטור במאמר שכירות הלוקח קונה מדין חצר בחצר שכורה לו כוונתו כששוכר החצר מהמוכר שנשאר גבי המוכר קה"ג באותו חצר והרי המוכר שותף להחצר לכך אי אפשר ללוקח לקנות מן אותו המוכר מדין חצר וע"כ לא קשה מההיא דב"ת דהא התם דשכירות המקום הוא מהנפקד ואין להמוכר שום זכות בחצר הנפקד וא"כ אף שהנפקד והלוקח השוכר ממנו המקום הוא כשותפות בחצר מ"מ אין מנוע מהלוקח שיקנה בזכות חצירו הסחורה שקונה מאחר שאין לו צד שותפות בחצר ועי' בס' עטרת חכמים דכתב דבזה ניחא מעשה דר"ג נהי דט"ה אינו ממון ולא מיקני בתורת אגב מ"מ כיון דאינו ממון הוי כהפקר וכמו דאיתא ברש"י ושפיר היו הזקנים יכולין לקנות בחצר השכורה להם דאף שר"ג היה שותף באותו חצר מצד קה"ג מ"מ הא אין זכייתם משל ר"ג רק דבר הפקר יע"ש:

ולי נראה דאפי' אי אמרינן דט"ה ממון ניחא דמהני חצר אע"ג דחצר השכורה חשוב חצר השותפין ואין קונין זה מזה דבאמת צריכין קנין אגב וגם חצר דקנין אגב לחוד לא מהני דכיון דק"א רק מדרבנן ולכך כאן שר"ג רצה לקיים מצות ביעור שהוא מצוה מן התורה וצריכין לקנין חצר אך כיון דחצר שכורה ל"ח חצר לקנות ע"י וע"כ צריכין גם לקנין אגב וע"כ אפי' קיי"ל כר"פ שפיר פשיט הגמ' בקדושין לענין שדה במכר ומטלטלין

במתנה דהא איתא באחרונים ועי' בג"פ ועי' במק"ח וברשב"א בגיטין דבאמת ע"י קנין דרבנן יצא מדאורייתא מרשותו דהא ילפינן מקרא דהפקר ב"ד הפקר רק מדקאמר הפקר ב"ד הפקר ולא קאמר קנין ב"ד קנין מוכח ע"כ דחכמים אין להם כח רק להפקיר וזה היה מדאורייתא רק להקנות אין להם כח יע"ש ולפ"ז כיון דאיכא קנין אגב נהי דרק מדרבנן מ"מ להפקיר יש להם כח מדאורייתא וא"כ ע"י קנין אגב יצא מרשות הבעלים וממילא מהני חצר שכורה דל"ש דאין חצר השותפין קונים זה מזה דכיון דנעשה הפקר מדאורייתא א"כ תו יכול לקנות גם ע"י חצר שכורה וא"כ אפי' אי קיי"ל כר"פ מ"מ שפיר פשיט הגמ' בקידושין ממעשה דר"ג דע"כ היה הקנין שם גם בתורת אגב דבתורת חצר לחוד לא מהני כיון דחצר שכורה הוא אך כיון דאיכא גם קנין אגב נהי דרק מדרבנן הוא מ"מ הפקר נעשה מדאורייתא ע"י ק"א אז ממילא מהני חצר אע"ג דשכורה היא מ"מ תו ל"ח דאין חצר השותפין קונין זה מזה רק כאילו קני ע"י חצר שכורה דבר הפקר ולעולם דקיי"ל כר"פ דבעלמא בד"א מקני קני אפי' חצר שאינו משתמר אך הכא ע"כ צריכין ג"כ לקנין אגב ג"כ וע"כ שפיר פשיט הגמ' בקדושין דכיון דע"כ צריכין ג"כ לקנין אגב דכיון דחצר שכורה היא. וגם לפי מה דאיתא במקנה דהא דאין חצר השותפין קונין זה מזה משום דאין ברירה דאל"כ אמרינן הוברר הדבר בעת הקנין כי זהו חלקו ועי' ברמב"ן בגיטין דבממון ג"כ אמרינן דאין ברירה:

והטעם משום דאין להוציא מחזקת מ"ק בדבר שאינו מבורר ועי' בס' יש"י וע"כ מהני חצר שכורה דכיון דאיכא קנין אגב נהי דמדרבנן היא מ"מ ע"י הפקר ב"ד עכ"פ יצא מרשותו ואז מהני חצר שכורה דאז אמרינן ברירה דל"ש דאין להוציא דבר מחזקת בעלים ע"י דבר שאינו מבורר וע"כ הגם דפסקינן כר"פ שפיר פשיט הגמ' דצריכין גם לקנין אגב וגם דכיון דעכ"פ מדרבנן יצא מרשות בעלים ע"י אגב ל"ש לאוקמי' בחזקת בעלים וממילא אמרינן ברירה וקני אפי' ע"י חצר שכורה:

ולפי מה דאיתא בריטב"א להוכיח דר"ג ור"י ע"כ סוברים דיש ברירה דכיון שר"ג לא סיים מקום וע"כ מדין ברירה וכשישאיר המעשר בתוך אותן הפירות יוברר למפרע שזה היה המעשר יע"ש ובס' שעה"מ מה שמקשה ע"ז מפסחים ויש לעיין עוד במס' נדרים (ד' ע"ד) דשומרת יבם ר"י אומר לאחד ולא לשנים משום דאין ברירה ועי' בר"ן שם אלמא דר"י סובר דאין ברירה ועכ"פ לשיטת הריטב"א הם סוברים ברירה וע"כ ניחא דחצר שכורה קונה מיהא דחשוב חצר השותפין:

ולפי מה דאיתא בירושלמי דתבואתו של ר"ג היה עדיין בשדה ולא היה החיוב מעשרות ומצות ביעור רק מדרבנן וניחא בזה דברי העיטור הנ"ל דהוכיח דחצר שכורה לא קונה

וראיה מדפשיט הגמ' בקידושין ממעשה דר"ג וזקנים ול"א דהי' בתורת חצר אלא ודאי דח"ש לא קנה ובע"ה סובר דט"ה אינו ממון לקנות באגב והתם בר"ג היה מתורת חצר וסותר א"ע וע"כ נראה דכיון דהיה בשדה דחיוב רק מדרבנן בדרבנן קיי"ל דיש ברירה וקני מתורת חצר אע"ג דחצר שכורה הוא והסוגיא דקדושין דפשיט שם מתורת אגב קאי למ"ד דאפי' בדרבנן אין ברירה וע"כ לא היה בתורת חצר דחצר שכורה הוא וע"כ שפיר פשיט הבע"ה דחצר שכורה לא קני וא"כ לדידן דבדרבנן יש ברירה וע"כ נהי דהוא סובר דט"ה אינו ממון לקנות באגב מהני מתורת חצר ואע"ג דחצר שכורה היא דבדרבנן יש ברירה והסוגיא דקידושין קאי למ"ד אפי' בדרבנן אין ברירה וע"כ דהקנין לא היה בתורת חצר ועכ"פ שפיר הוכיח העיטור מסוגיא דקדושין דחצר שכורה אינו קונה ונפ"מ לדידן במידי דאורייתא דקיי"ל דאין ברירה:

וגם נראה לתרץ הפוסקים כר"פ ובקדושין פשיט הגמ' לענין אגב אלמא דלא כר"פ דהנה בש"ך ס' ר"ב איתא דהא דחצר קונה היינו כשהחצר כבר הוא שלו אבל בב"א דבשעה שרצה לקנות מה שבתוך החצר אז נעשה חצר שלו אז לא יכול לקנות בתורת חצר ומש"ה מיבעי לגמ' בקדושין אי אגב בעינן צבורין ות"ל דאז קנה משום חצר אלא ודאי דבב"א לא קנה ע"י חצר יע"ש ובשמ"ק ב"מ הקשה ממעשה דר"ג דמקומו מושכר לו והתם ג"כ הוי בב"א וע"כ נראה דלפי מה דאיתא בתשובות ברית אברהם דמה בכך דבא בב"א מ"מ כיון שמונח הדבר בחצר רגע אחת אחר שזכה בחצר תיקני לו חצירו וכתב כיון דבעת הקנין לא זכה שבא בב"א והוא לא הקנה לו החפץ אח"כ וע"ש עוד דכתב וז"ל דכיון דבשעת הקנין החצר לא קני המטלטלין ונשארו של המוכר כמופקדין בחצירו של הקונה והא אחר זה אינו מקנה לו המוכר כלום וממאן יקנה אח"ז המטלטלין ולפ"ז מסיק שם דכ"ז במטלטלין ש"ח המוכר אבל אם המטלטלין של הפקר ל"ש סברת הש"ך דהא אפשר שיקנה לו חצירו רגע אחת אחר קנית החצר קונה של הפקר וכו' יע"ש ולפ"ז כיון דאיכא קנין אגב נהי דקנין דרבנן היה אבל עכ"פ נעשה הפקר ב"ד מדאורייתא ואז קני לו החצר ולא חשוב ב"א דכיון דהפקר הוא מהני דאפשר שיקנה לו חצירו רגע אחת אחר קנית החצר וא"כ יש לומר דאפי' אי פסקינן כר"פ צריכין ג"כ קנין אגב ושפיר פשיט הגמ' בקידושין דמצד חצר לחוד הא הוי בב"א אך ע"י קנין אגב דנעשה עכ"פ הפקר מדאורייתא שוב מהני קנין חצר אע"ג דב"א:

והנה איתא באחרונים דבר חדש דאפי' אי קנין דרבנן לא מהני למידי דאורייתא היינו בדבר שהוא עומד ברשות בעלים אין כח ביד חכמים לעקור הדבר מחזקתו דהוי עקירת דבר מה"ת בקום ועשה אבל בקנין דבר הפקר שפיר מהני קנין דרבנן אף לד"ת:

ובזה ניחא דברי רש"י בסוכה פרק לולב הגזול דפי' על הא דסתם א"י גזלי ארעתא נינהו מישראל והקשה דהא אפי' גזל עובד כוכבים אסור ועי' בש"א אך שם מקשה וליקני בשה"ש ותירצו דשה"ח הוא ואיתא בתוס' אע"ג דמדרבנן קנה כיון דמדאורייתא לא קני לא נפיק ביה יע"ש והנה ברשב"א איתא בב"ק דאפי' אי גזל עובד כוכבים אסור מ"מ חזקת ממון ליכא גבי עובד כוכבים ועי' בשמ"ק בכתובות ולפ"ז ליכא חשש אי יגזלו מעובד כוכבים דכיון דליכא ח"מ מהני קנין דרבנן דשה"ש אע"ג דחוזר לברייתו אף למידי דאורייתא וע"כ פי' רש"י דחששא הוא דגזלי מישראל וניחא בזה הא דמשני רבא שם אבל גזול ה"א דסתם גזילה יאוש בעלים והקשו הא רבא סובר דיאוש לא קני ומה בכך דהיה יאוש ועי' בפ"י. אך לפי מה שהקשה בתוס' דאמאי לא מקשה על מתני' וליקני בשה"ש ותירצו דעל מתני' יש לומר דגזלו אגודה יע"ש ולפ"ז לפי מה דמשני דחוזר לברייתו ניחא מתני' אפי' אי הוא אגדו דמ"מ שה"ש החוזר הוא:

והנה בתשובות איתא דאפי' אי יאוש לא קנה היינו דהגזלן לא קנה אבל עכ"פ מרשות הנגזל ע"י יאוש יצא וממילא מהני קנין דרבנן אפי' למידי דאורייתא וממילא דאי היה יאוש נהי דיאוש לא קנה מ"מ קני ע"י שה"ש ואע"ג דחוזר מ"מ מדרבנן קני וע"י היאוש כבר יצא מרשות בעלים וסגי בקנין דרבנן גם לדאורייתא ושפיר משני רבא דה"א דסתם גזילה יאוש בעלים דאז קני ע"י שה"ש אע"ג דחוזר ולא קני רק מדרבנן:

ולפ"ז שני קנינים דרבנן מהני גם לדאורייתא דע"י הקנין הראשון דרבנן עכ"פ נעשה הפקר מדאורייתא ואז מהני קנין השני אף שהוא מדרבנן דבדבר של הפקר סגי קנין דרבנן ולפ"ז יש לומר דקושית הגמ' וליקני ליה ע"י אגב אזלא כך דהא בתוס' הקשה דליקני ליה המעות באודיתא ותירצו רק קנין דרבנן לא מהני לדאורייתא שיפדה בלא חומש וע"ז פריך וליקני ליה גם ע"י אגב וע"י שני קנינים דרבנן מהני גם לדאורי':

ולפי מש"כ ניחא מה שהקשו על הא דאיתא מתני' דסוכה דהיו נותנים הלולבים להר הבית ואומרים כל מי שהגיע לולבי בידו הרי הוא שלו במתנה וקשה דבמה קני ע"י החצר הא הוי חצר השותפין ואין קונין זה מזה ומשיכה היא רק קנין דרבנן ולא מהני לדאורייתא לשיטת הרמב"ן דאפי' במתנה משיכה רק קנין דרבנן ולפ"ז ניחא דהא עכ"פ ע"י משיכה נעשה הפקר וא"כ ל"ש דחצר השותפין אין קונין זה מזה דהא קני רק מהפקר דנעשה ע"י משיכה דרבנן:

ולפי דעתי נראה לתרץ הקושיא הנ"ל וגם הא דתמהו האחרוני' דהעולם נוהגין שאין פורעין מיד מעות אתרוג ונמצא דעיקר הקנין ע"י משיכה וזה רק מדרבנן ועי' בס' מג"א וע"כ נראה דהא לפי מה שמשמע מדברי הרמב"ם דהיכי דגמר ומקני קני אפי' בלא

קנין כלל ועי' גם בשמ"ק ב"מ שמשמע כן ועי' גם בס' נב"י דכתב דמש"ה דברי' הנקנים באמירה לחוד משום דכיון דידעינן דגמר ומקני וע"כ לא צריך קנין דהקנין עושה רק דמזה ידעינן דגמר ומקני בלב שלם וכל זמן דלא עשה קנין יש לומר דאין בדעתו להקנות וא"כ לפי מה דאיתא בב"ב דכיון דמצוה לשמוע דברי חכמים אמרינן דגמר ומקנה ואפי' אי אמרינן דתליו' וזבין לא מהני מ"מ היכי דיש לומר דמצוה לשמוע וכו' מהני לכו"ע וא"כ כיון דכבר קני ע"י משיכה שתקנו חכמים א"כ ידעינן דגמר ומקני משום מצוה לשמוע א"כ מה בכך דליכא קנין דאורייתא הא לא גרע מאי לא עשה שום קנין וגמר ומקני דמהני:

וניחא בזה קושית קצה"ח ס' ר"ז על הא דאיתא שם ברמ"א לענין משב"ק דבעינן שיהיה הדף קנוי לשניהם והקשה דא"כ הוי חצר השותפין ואין קונין זה מזה אך לפי מה דמיבעי הגמ' בקידושין סלע של שניהם מהו והקשה בתוס' לשיטת רש"י דסלע שלה מהני מתורת חצר א"כ מה איבעי סלע של שניהם הא חצר השותפות אין קונין וכתב ברשב"א לתרץ דכיון דרוצה לקדשה מסתמא מקני לה המקום אך במקנה תמה הא לא היה שום קנין ולפ"ז במשב"ק דאגב דבעי לקנות גמר ומקני ממילא קני גם חצר השותפין ולפ"ז ניחא מתני' הנ"ל הן אי הקנין ע"י משיכה שייך דגמר ומקנה מצד דמצוה לשמוע וכו' ואפי' אי הקנין ע"י החצר אע"ג דחצר השותפין היא מהני משום דאגב דבעי למיקני גמר ומקנה והיכי דגמר ומקנה מהני אפי' בלא קנין:

וניחא בזה דברי הרא"ש בב"ב דהקשה על דינא דרבא בנתן אתרוג לחבירו ע"מ להחזיר דאי לא החזירו לא יצא והקשה הא הוי תנאי ומעשה בדבר אחד ומתרץ דהא רבא פליג על זה בגיטין וסובר דחשוב תנאי והקשה בס' שעה"מ דא"כ תקשה לדידן דקיי"ל דבעינן שלא יהיה בדבר אחד וקיי"ל דאי לא החזירו לא יצא ומכבר אמרתי לתרץ דהנה אי אמרינן דאפי' היכי דאין סותר למעשה חשוב דבר אחד כמו הכא דאין התנאי סותר למעשה כיון דע"מ כאומר מעכשיו וע"כ משום דאי לא ילפינן מתנאי בני גד לא הוי ידעינן כלל דיכול להתנות שום תנאי דלא אתא דיבור ומבטל מעשה וע"כ בעינן שלא יהיה בדבר אחד כמו התם ולפ"ז היכי דאי לאו התנאי לא היה חל המעשה כלל ורק התנאי מחזק המעשה אז אפי' אי לא ילפינן מבני גד ידעינן דיכול להתנות דל"ש דלא אתי דיבור התנאי ומבטל המעשה דאדרבה ע"י התנאי נתקיים המעשה אז מהני אפי' הוא בדבר אחד וא"כ תקשה מה הקשה הרא"ש הא במג"א הקשה הא אסור ליתן מתנה ביו"ט והאיך רשאי ליתן במתנה ע"מ להחזיר ומתרץ דלצורך מצוה שרי וגם דע"מ להחזיר שרי דל"ח מתנה גמורה ליאסר ביו"ט והנה בר"ן איתא דמתנת שכ"מ לעובד כוכבים דלא

מהני דכיון דזה רק מדרבנן ובמקום איסור לא אמרו רבנן ועי' במל"מ וכן הדין בפעוטות שמכרו בנכסים מועטים כיון דאיכא איסורא לא מהני ולפ"ז דכיון דמשיכה רק קנין דרבנן וא"כ אי היה נותן לחלוטין לא מהני דבמקום איסור לא עשו חכמים וא"כ נתחזק המעשה רק ע"י התנאי דע"מ להחזיר דאז שרי וא"כ מה בכך דבדבר א' התנאי והמעשה הא הכא ל"ש דלא אתא דיבור ומבטל המעשה דאדרבה ע"י התנאי נתקיים המעשה דאי לאו התנאי יהי' איסור ליתן במתנה ביו"ט ומשיכה הוא רק מדרבנן היה בטל המעשה ולכאורה אפשר לומר דהרא"ש לא הקשה רק לרבא לשיטתו דלא סובר במס' שבת (דף כ"ד) דיו"ט עשה ול"ת וא"כ אפי' בלא התנאי המעשה נתקיים דלצורך מצוה שרי:

אך זה אינו דהיכי דאפשר לקיים שניהם כמו הכא דאפשר ע"מ להחזיר אסור ולא דחי אך יש לומר דהרא"ש הקשה לרבא לשיטתו דסובר כר"ל דמשיכה קנין דאורייתא ולא בא התנאי לחדש המעשה דל"ש דבמקום איסור לא עשו רבנן תקנה ואין לומר הא רבא סובר דאי עביד לא מהני וא"כ אכתי התנאי בא לחדש המעשה דליתא דהיכי דיום גורם לכ"ע עביד מהני וחוץ מזה באיסור דרבנן רבא מודה וא"כ לדידן דמשיכה קנין דרבנן ולא מהני במקום איסור וע"י התנאי מחזק המעשה ולא קשה כלל דהוי בדבר אחד וא"כ אע"ג דקיי"ל שלא יהיה בדבר אחד אעפ"כ קיי"ל דתנאי קיים ואי לא החזירו לא יצא והרא"ש לא הקשה רק על רבא לשיטתו ומתרץ הא רבא פליג על זה ולדידן בלא"ה ניחא:

אך לפי מה שכתבנו ניחא דהא במח"א הקשה על הרמב"ן דאפי' במתנה משיכה רק קנין דרבנן א"כ קנין דרבנן לא מהני לדאורייתא אך אמרינן משום דע"י קנין משיכה דאז מצוה לשמוע וכו' ידעינן דגמר ומקני סגי אך תקשה דיש לומר להיפך דאי גמר ומקני אז עביד איסור מתנה ביו"ט ובודאי לא גמר ומקני אך ע"מ להחזיר שרי וא"כ לפ"ז התנאי בא לחזק המעשה דאז שייך גמר ומקני משא"כ אי לאו התנאי דעביד איסור ל"ש דכיון דמצוה לשמוע גמר ומקני אך לרבא לשיטתו דמשיכה דאורייתא ול"צ לומר דגמר ומקני משום דמצוה לשמוע וכו' וא"כ התנאי לא בא לחזק המעשה ושפיר הקשה הרא"ש ולדידן בלא"ה ניחא דמשיכה רק קנין דרבנן וצריכין לומר משום דגמר ומקני וא"כ אי לאו התנאי עביד איסור ול"ש דגמר ומקני וכיון דתנאי בא לחזק המעשה לא איכפת לן במה דהוי בד"א ושפיר קיי"ל דלא יצא בלא החזירו:

ועי' בס' טעם המלך דרצה לחדש דיש חילוק בין חדא דרבנן ובין תרי דרבנן כמו דמצינו לענין קידושין דיש חילוק במקדש עם חמץ בתרתי דרבנן דחוששין לקידושין חמץ דרבנן ושעות דרבנן דחלין הקידושין ועי' באה"ע סי' כ"ח וא"כ ה"ה לענין אי מידי דרבנן מהני

לדאורייתא ג"כ דחדא דרבנן מהני לדאורייתא ותרתי דרבנן לכ"ע לא מהני לדאורייתא ובזה מתרץ קושית קצה"ח הנ"ל:

ובזה נראה לפרש דברי המרדכי בגיטין פ' הזורק דכתב שם וז"ל ליקניי' להההוא דוכתא דיתיב ביה גיטא ותיזיל איהי ותיחוד דשא ותפתח ואם תאמר למה צריך קנין והלא דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין ותירץ דזה רק מדרבנן וגבי גט בעי קנין דאורייתא ולכאורה תקשה מאוד דהא קיי"ל בזרק לה הגט בתוך ד"א שלה מגורשת ואע"ג דד' אמות הוא רק מדרבנן מ"מ מגורשת וכבר הקשו הראשונים דאמאי מהני ותירצו דכיון דכבר תקנו רבנן דד' אמות חשוב קנין מהני גם לדאורייתא וא"כ ה"ה הכא:

אך יש לומר דהמרדכי סובר כשיטת רש"י דהכא לא היה הקנין בתורת חצר רק בתורת אגב וא"כ אי לא יהיה רק משום דברי שכ"מ וכו' א"כ הוי תרתי דרבנן דלכ"ע לא מהני לאיסור א"א ובאמת מה שהקשה הר"ן למה נא פירש רש"י דניקני לה הגט ע"י חצר ולמה פי' משום אגב והיה נראה לי לפי מה דהקשה הב"ש הא הגט מוקדם ופסול ותירצו דהא בשעת הדחק סמכינן על ר"ש דמכשיר גט מוקדם והכא היה שעת הדחק וע"ש בס' פ"י ולכאורה תקשה מאוד דהא הגמ' פריך דבשלמא לר"ל מכשיר ר"ש גט מוקדם דהא ר"ש סובר דכיון שנתן עיניו לגרשה דשוב אין לבעל פירות ובדין טרפה אלא לר"י דסובר משום ב"א אמאי כשר מוקדם ומשני דר"ש ע"כ סובר דנתקן זמן רק משום פירות והנה טעמא דר"ל דלא סובר כר"י משום זנות משום דזנות ל"ש והקשה התוס' מבתולה נשאת ליום ד' אלמא זנות שכיח ועי' בשמ"ק דמתרץ דבארוסה זנות שכיח דל"ש הבעל משמרה יע"ש וכיון דהכא איירי בארוסה דשכיח זנות גם לר"ל וא"כ גם לר"ש פסול מוקדם משום זנות נהי דסובר כר"ל מ"מ הא בארוסה גם ר"ל מודה וא"כ ל"ש לסמוך על ר"ש בשעת הדחק דגם ר"ש מודה בארוסה דפסול מוקדם משום זנות דמה בכך דסבר כר"ל דגם ר"ל מודה בארוסה

וע"כ פי' רש"י דמגורשת ע"י אגב וזה רק מדרבנן ולא מהני רק משום דהפקיעו הקידושין כמו דאיתא ברמב"ן על ד"א דכל המקדש על דעתא דרבנן מקדש ואפקיעו לקידושין וא"כ מה בכך דהוא מוקדם דהא אי זינתה פטורה ממיתה דכיון דהיתה למפרע פנויה ועי' בתוס' גיטין לענין בטלו מבוטל. ובחידושי אמרתי לתרץ דברי הר"ן בסוכה על הא דקאמר ר' זירא לא ליקני אינישׁ הושענא לינוקא ביומא טבא קמא מאי טעמא דינוקא מקנא קני אקנוייי לא מקני וכו' ועי' בר"ן דפי' דאיירי בתנוק שלא הגיע לעונת הפעוטות דאי בהגיע אקנוייי נמי מקני ועי' בס' שעה"מ דתמה הא זה רק מדרבנן תקנו בהגיע וכו' דיכול להקנות וא"כ לא מהני לדאורייתא ומדאורייתא נפיק בלולב ש"ש:

ולפי שיטת הרמב"ן הסובר דאפילו במתנה משיכה רק קנין דרבנן ניחא דכוונת הר"ן דיכול להקנות לקטן במשיכה דלהקטן סגי הקנין דרבנן וא"כ כיון דלא קנה רק מדרבנן וע"כ בהגיע לעונת הפעוטות דיכול להקנות מדרבנן עכ"פ סגי בזה דהא מדאורייתא לא קנה הקטן דלא היה רק קנין משיכה וא"כ הוא בלא"ה של הבעלים ולא צריכין להקנאה דידיה של הקטן ומדרבנן דקני ליה הא מדרבנן יוכל להקנות בחזרה לבעלים:

ובעיקר דין זה אי קנין דרבנן מהני לדאורייתא נראה דתליא בפלוגתא דר"י ור"ל דהנה רבא קאמר קרא ומתני' מסייע לר"ל ועי' ב"מ (ד' מ"ח) מתני' נתנה לבלן מעל ואמר רב דווקא בלן דלא מיחסר משיכה אבל מידי דמיחסר משיכה לא מעל עד דמשיך וכבר הקשו לדידן דקיי"ל כר"י תקשה מהך ברייתא דאמאי לא מעל עד דמשיך אך לפי מה דאיתא בריטב"א להקשות דמנ"ל כר"ל דילמא אפי' לר"י לא מעל עד דמשיך דכיון דכבר תקנו דבעינן משיכה א"כ לא יצא מרשות הקדש וע"כ לא מעל ותירץ שם דאליבא דר"י דכיון דמדאורייתא מעות קונות מהראוי דלימעול מיד דמידי דרבנן לא מהני לדאורייתא לפטור מקרבן מעילה וע"כ כר"ל וא"כ יש לומר דר"י סובר דמידי דרבנן מהני גם לדאורייתא ועי' בתוס' ע"ז פרק השוכר וע"כ לא מעל עד דמשיך דכיון דחכמים תקנו קנין משיכה ונמצא דבזה פליגי ר"י ור"ל ורבא דהן סוברים דלא מהני לדאורייתא ור"י סובר ע"כ דמהני ועי' במס' סוכה דפליגי בזה ר"מ ור"י לענין סוכה שאינו ראוי לשבעה ועי' בשבועות דפליגי ר"פ ור"א ב"י לענין המשביע עידי משב"ק דפליגי ג"כ אי אזלינן בתר דאורייתא אי לא יע"ש ועי' במס' יבמות (דף ס"ז) דמשני אביי הכא בנכסים מועטים וכגון דאיכא בן בהדי בת מה נפשך אי האי דמעברה בן הוא לא עדיף מהאי דקאי וכו' והקשה ברשב"א דכיון דהא דנכסים מועטים לבת הוא רק מדרבנן איך מהני לדאורייתא לאכילת תרומה ומתרץ הרשב"א דר"י סובר דתרומה בזה"ז רק מדרבנן והקשו עליו דלפי מה דסובר ר"י אליבא דר' יוסי תרומה בזה"ז היא דאורייתא אכתי הדרא קושי' הנ"ל לדוכתא ולפ"ז ניחא דעיקר קושית הרשב"א לא הי' רק אליבא דר"ל דסובר דמידי דרבנן לא מהני לדאורייתא ולדידיה מתרץ שפיר הרשב"א דהא ר"ל סובר אליבא דר"י דתרומה בזה"ז רק מדרבנן ואליבא דר"י נהי דסובר אליבא דר"י דהיא דאורייתא מ"מ הא ר"י סובר דמידי דרבנן מהני לדאורייתא:

והנה ברשב"א בשבועות איתא על הא דסובר ר"פ דמשביע עידי משב"ק דחייבין קרבן שבועה משום דמדאורייתא מחזי חזי והוכיח מזה דפסולי עדות דרבנן מהני תפיסה ועי' בס' ש"ש שהקשה מהא דאיתא במתני' לקמן בהשביע עדים שהדליק את הגדיש בשבת

דפטורין דליכא כפירת ממון ואמאי הא תפיסה מהני בקלבד"מ מהראוי שיתחייבו קרבן שבועה כמו במשב"ק:

ונראה לתרץ דלכאורה קשה דלמאי צריך הרשב"א לומר דמש"ה חייבין בקרבן משום דמהני תפיסה ת"א דמידי דרבנן לא מהני לדאורייתא לפטור מקרבן וכיון דמדאורייתא הן כשירין וע"כ חייבין קרבן וע"כ צריכין לומר דהרשב"א הוצרך זאת לדידן דקיי"ל כר"י דמידי דרבנן מהני לדאורייתא וע"כ הוצרך לחדש משום דמהני תפיסה וע"כ חייבין בקרבן:

והנה שיטת מהרש"ל דהא דחייב לציי"ש בקלבד"מ ומהני תפיסה זה דווקא בחייבי מיתות שוגגין דלא עבדינן החומרא אבל היכי דעבדינן החומרא כגון בהותרו אז אפילו לציי"ש פטור וממילא לא מהני תפיסה. אך כבר הוכיחו מהא דמקשה הגמ' בב"מ והא אין אדם לוקה ומשלם ומשני רבא אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו וע"כ דחייב לציי"ש אפי' בהותרו דעבדינן החומרא דהא התם ע"כ במזיד איירי דחייבי מלקות שוגגין לא פוטר מלשלם ועי' בקצה"ח סי' כ"ח ובאמת יש לפרש הא דר"פ משני שם תירץ אחר לאו משום דסובר דקלבד"מ אפילו לציי"ש פטור רק התם שאני משום דעבדינן החומרא סובר דאפילו לציי"ש ליכא חיוב עליה ולפ"ז מנפ"ש ניחא קושית ש"ש דאליבא דר"י ולדידן דמידי דרבנן מהני גם לדאורייתא וא"כ ע"כ טעמא דמשב"ק חייבין משום דמהני תפיסה לא קשה מהדליק הגדיש בשבת משום דהא לדידן קיי"ל דהיכי דהיתרו ביה אפי' לציי"ש פטור ולא מהני תפיסה ואליבא דרבא דסובר אפי' במזיד חייב לציי"ש לא תקשה דהא רבא סובר דאזלינן בתר דאורייתא וא"כ לדידיה יש לומר אפי' היכי דמהני תפיסה ל"ח ממון ומשב"ק טעמא דאזלינן בתר דאורייתא וע"כ חייבין ולדידן דקיי"ל כר"י דאזלינן בתר דרבנן יש לומר דמזיד אפילו לציי"ש פטור:

וניחא מה שהקשו לשיטת רש"י בפסחים דר"ח מודה דאע"ג דכרת פוטר מלשלם בשוגג מודה והקשו הא דאיתא שם בסוגי' על הא דקתני בהשביע שהדליק בי"ה דחייבין וקאמר דלא כר"ח ודילמא איירי בשוגג דאז מודה ר"ח אך לפ"ז ניחא דא"כ גם בהדליק בשבת חייב לציי"ש ומהני תפיסה ואמאי פטורין אלא ודאי איירי במזיד והיתרו וע"כ קאמר דלא כר"ח:

ועי' בתומי' דהקשה דאי אזלינן בתר דאורייתא לענין שה"ע א"כ תקשה הא דאמר אביי שם דהכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה ופריך מי יימר דמשתבע וקשה הא מדאורייתא לא צריך שכנגדו לישבע היכי דהנתבע חשוד על השבועה רק דלא ש"ח לכל חשיד וא"כ מדאורייתא לא הוי גורם לממון רק ממון גמור ודילמא סובר אביי כר"פ

דאזלינן בתר דאורייתא וע"כ חייב העד קרבן שבועה. אך לפי מה דאיתא במס' שבת (ד' ע"ח) במוציא שט"ח בשבת דקאמר אביי דפליגי במודה בשטר שכתבו אי צריך לקיימו ומאן דפוטר סובר דצריך לקיימו וקשה כיון דמדאורייתא א"צ קיום וליכא מיגו דמזויף וא"כ צריך לשטר ואמאי פטור מקרבן אי אזלינן בתר דאורייתא אלא ודאי דאביי סובר דלא אזלינן בתר דאורייתא אפילו לענין קרבן ופריך הגמ' שפיר על אביי לשיטתו מי יימר דמשתבע ובפשיטות נראה דלכאורה תקשה לפ"מ דאיתא בס' פ"י דהא דמדאורייתא לא צריך קיום זה קיום שני עדים לא בעינן אבל קיום ע"א בעינן וא"כ תקשה אמאי לא קאמר אביי הכל מודים בע"א בקיום שטר דאזלינן בתר דאורייתא דסגי בע"א ולא הוי גורם רק ממון גמור וע"כ דאביי סובר דלא אזלינן בתר דאורייתא רק בתר דרבנן וע"כ פריך על אביי לשיטתו מי יימר דמשתבע דהוא ע"כ לא סובר כר"פ:

ובזה ניחא הא דהקשה הפלתי על הסוברים דהא דאוסר דבר ש"ש בעשה בו מעשה זה רק מדרבנן לפ"ז הא דפריך הגמרא בחולין (ד' מ') ואי אמרת בעשה מעשה אסרה על שחוטי חוץ לא ליחייב דכיון דשחט בה פורתא אסרה אידך מחתך בעפר בעלמא וכו' וקשה הא רק מדרבנן נאסרה ואזלינן בתר דאורייתא וכיון דמדאורייתא ראויה לבא בפנים וע"כ חייב אך כיון דהסוגיא קאי אליבא דר"י ואליבא דר"י לא אזלינן בתר דאורייתא ופריך שפיר:

ומה שהקשה מהא דאיתא בב"ק (דף ע"א) בשלמא ע"ז שחיטה שאינה ראוי' היא ופי' התוס' דאע"ג דאין אדם אוסר דבר ש"ש מ"מ עשה מעשה אסרה וקשה הא זה רק מדרבנן ולענין דו"ה אזלינן בתר דאורייתא דהא לקמן בסוגיא פריך אלא למ"ד מעשה שבת דרבנן מ"ט דרבנן דפטרי אלמא דאזלינן בתר דאורייתא ונראה לפי מה דאיתא בעירובין דמערבין לגדול בי"ה וחשוב סעודה הראוי' כיון דחזי לקטן והקשו על הרשב"א דסובר דאיסור דרבנן שרי ליתן לקטן בידים א"כ תקשה אמאי איתא שם דאין מערבין בטבל ואפי' טבל מדרבנן ואמאי הא חזי לקטן ועי' בריטב"א דמחלק דווקא היכי דיומא קא גרים האיסור אז אמרינן כיון דחזי לקטן חשוב סעודה ראוי' משא"כ בטבל דאסור מצד עצמו לא מחשב סעודה ראוי' משום דחזי לקטן וא"כ יש לומר דהא דמקשה הגמ' דאי מעשה שבת דרבנן חשוב שחיטה ראוי' הוא משום דחזי לקטן כמו התם דחשוב סעודה ראוי' משום דחזי לקטן וזה דווקא בשבת דיומא גרים משא"כ בשחט לע"ז לא מהני דחזי לקטן וע"כ הוי שחיטה שאינה ראוי' אע"ג דהוא רק מדרבנן:

אך יש לעיין עוד מהא דאמר ר"פ הכופר בממון שיש עליו שטר דפטור מקרבן דל"ח כפירת ממון ואמאי לשיטת הרמב"ם דסובר דשטר לאו מדאורייתא משום מפיהם ולא

מפי כתבם וא"כ מדאורייתא חשוב כפירת ממון ור"פ סובר דאזלינן בתר דאורייתא במשביע עידי משב"ק דחייבין דאזלינן בתר דאורייתא ולשיטת הרשב"א הנ"ל משום דמהני תפיסה ניחא ויש עוד לדבר בזה אך יבואר באות מ':

ועי' שס' א"מ דכתב דבר חדש דאפי' אי אמרינן דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא עכ"פ מהני ליה קנין דרבנן שיהיה רשאי לאכול ולהשתמש בו כחפצו דכיון דהפקר ב"ד הפקר אלא דלא אתי דרבנן לעשות אותו כמו שלו ממש כיון שמן התורה אינו שלו ומש"ה לא מהני לדאורייתא והפקר ב"ד אינו אלא כמו האי הפקירא דעשאו תורה לנכסי עובד כוכבים ומזלות ואפ"ה אינו שלו וכמ"ש בס' יראים דבגזלו לא נפיק במצות לולב כיון דאינו שלו וכה"ג נמי הפקר ב"ד דרשאי לאוכלו ולהשתמש ואפ"ה אינו שלו מדין תורה אלא לאוכלו ולהשתמש מהני נמי מדין תורה דהפקר ב"ד הפקר ועי' עוד שם סי' כ"ח דכתב על המג"א דסובר דלא יצא בגזל עובד כוכבים ומזלות אפי' למ"ד דגזלו מותר משום דל"ח לכם וכתב דליתא דלפי מה שפסק הרמב"ם דיוצא באתרוג של מעשר שני ואע"ג דממון גבוה הוא והטעם משום דהרמב"ם סובר דלא בעי דין ממון אלא היתר אכילה וא"כ ה"נ היתר אכילה אית ביה וא"כ באתרוג למ"ד דגזלו מותר דיש לו היתר אכילה נראה דלא גרע ממעשר שני וע"כ בקנין דרבנן דג"כ יש לו היתר אכילה רק דל"ח שלו כמו בגזל עובד כוכבים ולפי זה מהראוי שיצא בקנין דרבנן לדידן דקיי"ל דסגי בהיתר אכילה לחוד ולפי זה ניחא הא דהשמיטו דינא דר"ה באוונכרי דלא ליגזזו אינהו ועי' בסוכה ועי' בע"ז אך הגמ' פריך וליקני בשה"ש ומשני דחשוב שינוי החוזר וכתבו בתוס' אע"ג דמדרבנן קני לא נפיק וזה הכל למ"ד דבעי באתרוג דין ממון ושלו לא חשוב מדאורייתא ע"י קנין דרבנן כמו גזל עובד כוכבים משא"כ לדידן דקיי"ל דסגי בהיתר אכילה לחוד וזה יש לו מדאורייתא ע"י קנין דרבנן וע"כ השמיטו דין דר"ה ולפ"ז עכ"פ קנין השתמשות יש לו מדאורייתא ע"י דרבנן רק דשלו לא חשוב ולפ"ז למ"ד דקנין פירות חשוב כקה"ג ממילא חשוב שלו וניחא בזה דברי הרשב"א דמנפ"ש ניחא דאליבא דר' יוחנן דסובר אליבא דר"י דתרומה בזה"ז דאורייתא בלא"ה לא קשה דהא הוא סובר דקנין פירות חשוב קה"ג ואליבא דר"ל דסובר דלאו כקה"ג הא הוא סובר דתרומה בזה"ז רק מדרבנן לר"י ועל כן מהני קנין דרבנן לכ"ע ויש עוד לדבר בזה ויבואר לקמן:

והנה לפ"ד הרמב"ן הנ"ל דאפי' במתנה קנין משיכה רק מדרבנן וא"כ לפי מה דאיתא בתוס' עירובין (ד' נ') דכל דבר החוזר לבעלים כגון מתנה ע"מ להחזיר לא מהני ק"ח דהוי כמו ט"ה לחוד דאינו ממון לקנות בחליפין ולפ"ז במתנה ע"מ להחזיר לר"י דדבר תורה מעות קונות ומתנה הקנין רק בק"ח או חצר וא"כ מתנה ע"מ להחזיר דלא מועיל ק"ס

ע"כ הקנין ע"י חצר וניחא בזה קושית הר"ן על ר' זירא דהא יכול ליתן לקטן ע"מ להחזיר ואי לא יקיים תנאו ממילא בטל המתנה וע"כ דליתא דע"מ להחזיר ע"כ יהי' הקנין ע"י חצר דק"ס לא מהני ובקטן לא מהני חצר דהוא משום שליחות ואין שליחות לקטן. ועי' במשנה פאה פ' ה' שבולת של לקט שנתערבה בגדיש דאמר ר"א וכי האיך העני הזה מחליף דבר שלא בא ברשותו אלא מזכה את העני בכל הגדיש ועי' ברש"י דהיינו ע"מ להחזיר וע"כ הקנין התם ע"י ק"ס:

ועי' בתשובות ת"ר דכתב כן דע"כ הקנין ע"י ק"ס אלמא דאפי' ע"מ להחזיר מהני ק"ס ולא דמי לט"ה ולכאורה נראה דהא דכתבו בתוס' ב"ק דקנין אגב הוא רק קנין דרבנן משום דהי' קשה להו אמאי החזיק בעבדים לא קני מטלטלין וע"כ משום דקנין אגב רק מדרבנן ולמילי דרבנן עבדים כמטלטלין וע"כ אינו גובה מעבדים משום דסובר דשל"ד ובמילי דרבנן עבדים כמטלטלין יעו"ש ובזה ניחא הא דהקשו בתוס' ב"מ בסוגי' דשבח דלוכח מהכא דאיקני לא משתעבד מדלא טריף בע"ח מלקוחות דטריף לוקח וע"כ משום דלבע"ח הוי דאיקני יעו"ש ולפ"ז יש לומר דמנכסים דטריף לוקח הן עבדים והא דאיקני משתעבד לדידן הוא רק מדרבנן ולמילי דרבנן נחשב עבדים מטלטלין וע"כ לא יכול בע"ח לטרוף מהן משא"כ לנגד לוקח לא הוי דאיקני ובמילי דאורייתא נחשב קרקע:

אך תקשה לפ"ז הא דפשיט הגמ' בב"ב דאיקני משתעבד מהא דמאוחר כשר ואי לא משתעבד יטרוף שלא כדין יעו"ש ברשב"ם וקשה אפי' אי נשתעבד תקשה אמאי כשר דיטרוף שלא כדין עבדים דהמלוה יאמר דאינו מאוחר ולא הוי דאיקני ויטרוף ובאמת שהוא מאוחר ועבדי' הן דאיקני ובמילי דרבנן נחשב כמטלטלין ויטרוף שלא כדין ואין לומר דסוגי' קאי לשמואל ושמואל סובר דשל"ד ולעולם נחשב כמטלטלין דמ"מ תקשה לדידן דקיי"ל דש"ד ומאוחר כשר והנה לר"מ דסובר עבדים לעולם מטלטלין לדידי' יש לומר דקנין אגב הוא דאוריית' ואעפ"כ החזיק בעבדים לא קני מטלטלין כיון דלדידי' עבדים מטלטלין ובזה ניחא מה שהקשו הא דפריך הגמ' בב"ב בסוגי' דיכיר דמשני בנכסים שנפלו לאחר מכאן ופריך לר"מ דסובר אדם מקני דשלב"ל יכיר למה לי והקשו דלמא איירי דהירושה יהי' מעות דאז ליכא שום קנין דמשיכה ליכא בדשלב"ל וק"ס אין מטבע נקני בחליפין וע"י אגב קרקע זה רק מדרבנן ועי' בתומים סי' ס' ובשעה"מ ולפ"ז ניחא דאליבא דר"מ יש לומר דקנין אגב הוא דאורייתא ולפ"ז ניח' קושי' קצוה"ח דלפי מה שהקשה בשמ"ק דכיון דלשיטת רש"י ותוס' סוברים רב ולוי דפירי עבדי חליפין וא"כ יכול ליתן לו פירי ממעשר ויחזור ויתן לו הפירי בתורת חליפין ויקני ליה המעות ומתרץ דסובר כר"מ דסובר דמעשר ממון גבוה הוא וא"כ לא יכול ליתן לו במתנה יעו"ש:

ולפ"ז יש לומר דקושי' הגמ' וליקני ליה אגב קרקע אזלא לפי מה דמשני דלית ליה סודר ותקשה דליקני ליה פירי ויחזור ויתן לו בתורת חליפין וע"כ כר"מ ואליב' דר"מ קנין אגב דאורייתא וע"כ קשה וליקני ליה ע"י אגב קרקע משא"כ על גוף הברייתי' לא קשה וליקני ליה ע"י אגב דאז לא הי' מוכרחין לומר דאתי' כר"מ וא"כ קנין אגב רק מדרבנן ולא מהני למעשר משא"כ השתא דסובר דמטבע נקני בק"ס רק דלית ליה סודר וע"כ ע"כ כר"מ דאל"כ יכול לעשות הק"ח ע"י פירי ואליבא דר"מ קנין אגב דאוריית' תקשה וליקני ליה ע"י אגב:

ובזה ניחא הא דפריך הגמ' בבב"מ סוגי' דשבח על הא דמשני לא בבע"ח ופריך אי בבע"ח מי אית ליה פירי וקשה הא עיקר הטעם משום דמטלטלין הוא ולא יכול לטרוף מלקוחות ודילמא איירי דאקני ליה מטלטלין אגב קרקע דאז יכול לטרוף אפי' פירי ועי' בס' בג"כ אך לפי מה שהקשה בתוס' דאמאי לא טריף הבע"ח מלקוחות דטריף לוקח ותירצו דאיירי דהן במקום אחר דאז לא יכול לומר הנחתי לך מקום לגבות ועי' במ"מ ועי' בח"מ ס' קי"א ובתומים:

והנה בתשובות הרשב"א ועי' בתומי' שם דכתבו דזה דווקא אי ש"ד אז לא יכול לומר הנחתי היכי דהן בעיר אחרת משא"כ אי של"ד וע"ש הטעם ולפ"ז קושית הגמ' הי' אי בבע"ח מי אית ליה פירי ונהי דשעבד לו אגב קרקע הא אגב רק מדרבנן ויוכל לומר הנחתי כמו למ"ד דשל"ד וא"כ תקשה דאמאי לא טריף ממשעבדי דטריף לוקח אך לפ"ז תקשה גם על השבח דחשיב דאיקני והוא רק מדרבנן וא"כ מה תירצו על קושית התוס' דאיירי דהן במקום אחר דמ"מ תקשה האיך טורף הבע"ח השבח הלקוחות יאמרו הנחתי מלקוחות שטריף הלוקח ואע"ג שהן במקום אחר דהא בדאיקני ל"ש דש"ד וע"כ צריכין לתירץ התוס' דאיירי באפותיקי והנה לפ"ז אליבא דר"מ דסובר דאדם מקני דשלב"ל ומ"מ לדידי' ג"כ דאיקני רק מדרבנן משום דלא עביד דאתא אבל שבח דחשוב עבידי דאתי אז לר"מ משועבד מה"ת ולפ"ז ל"צ לאוקמי באפותיקי לר"מ רק דאיירי דהן במקום אחר דאז לא יכול לומר הנחתי וגם על השבח מדינא טריף ולא יכול לומר הנחתי דמה בכך דחשוב דאיקני הא ר"מ סובר דאדם מדשלב"ל ושבח חשוב עביד דאתא ובזה ניחא דברי התוס' ב"מ סוגיא הנ"ל דהקשה הא דפשיט הגמ' דאיקני נשתעבד מהא דשבח קרקעות ומשני דאתיא כר"מ ואמאי דחיק לאוקמי כר"מ יעמוד כשעשה אפותיקי ותמה במהרש"א דאמאי כתבו יעמוד הא ע"כ איירי באפותיקי דאל"כ תקשה דיאמרו הנחתי וכו' ולפ"ז ניחא דאליבא דר"מ ל"צ לומר דאיירי באפותיקי רק דאיירי דהן במקום אחר ואז לא יכול לומר הנחתי

אך תקשה דאי בדאיקני יכול לומר הנחתי אפי' שהן במקום אחר דכיון דל"ש ש"ד א"כ אכתי תקשה אמאי שטר מאוחר כשר הא יכול לבא שיטרוף שלא כדין הגם דאיקני משתעבד כגון באיכא ב"ח במקום אחר דהוא יאמר שאינו מאוחר ולא הוי דאיקני ולא יוכל לומר הנחתי ובאמת הוא דאיקני ויכול לומר הנחתי ויטרוף שלא כדין וכן לפי מה שאמרנו דבאגב אי דרבנן יכול לומר הנחתי הגם דב"ח הן במקום אחר א"כ תקשה הא דפריך הגמ' בב"ב וליחוש דילמא אקני ליה מטלטלין אגב קרקע וקשה לוקמא דאיירי דיש לו ב"ח רק שהן במקום אחר ובקרקע דש"ד שייך לומר שמעמידה בפני בע"ח משא"כ במטלטלין דכיון דיש לו רק ב"ח הגם שהן במקום אחר יוכל לומר הנחתי אע"ג דאקני ליה אגב קרקע כיון דאגב הוא רק מדרבנן:

והנה לפי ס' קהלת יעקב הנ"ל דאפי' לשיטת התוס' דקא"ג הוא מדרבנן זהו במכר משא"כ במתנה כמו דחזינן דר"י דסובר דבר תורה מעות קונות מ"מ במתנה ר"י מודה דמשיכה קונה והוא הדין קנין אגב במתנה קונה מהתורה ולפי זה יש לומר דשיעבוד מטלטלין אגב קרקע קני מדאורייתא דכיון דליכ' שיעבוד אחר כמו במתנה דאגב דאורייתא אך לר"ל דכבר אמרנו דלדידי' אפי' במתנה קנין אגב רק מדרבנן אז ה"ה שיעבוד מטלטלין אגב קרקע הוא רק מדרבנן ולפ"ז ניחא קושי' הנ"ל:

ובזה ניחא הא דהקשה בתשובות תועפות ראם על הא דפריך הגמ' בפסחי' (דף ל"א) ותסברא אימא סיפא אבל נכרי שהלוה לישראל על חמצו דברי הכל עובר והא איפכא מיבעי ליה וקשה דהרי כתב הרמב"ן דבמטלטלי ל"ש למפר גובה אך מיירי בשהקנהו מטלטלי אג"ק וידוע דאגב הוא רק קנין דרבנן וא"כ בשלמא ברישא עובר דאזלינן לחומרא בשביל דרבנן מהני קנין אגב אבל בסיפא דהוי להקל מש"ה ל"מ כיון דאגב לא הוי רק מדרבנן ולפי מה שאמרנו דאליבא דר"מ ק"א דאוריית' ניחא בפשיטות דפריך הגמ' שפיר אמאי סובר ר"מ דעובר בסיפא דכיון דלמפרע גובה והוא כתב שם דכיון דמיירי לאחר פסח א"כ ליכא רק איסורא דרבנן תו מהני קנין דרבנן להפקיע איסור דרבנן אלא למ"ש מהריב"ל דאע"ג דס' דרבנן להקל מ"מ היכא דנתגלגל מאיסור דאורייתא לדרבנן אי אפשר להקל גם בדרבנן משום כיון דלענין איסור תורה צריך להחזיק לחומרא לא מקילינן גם בדרבנן א"כ כיון דבפסח דהוי איסור דאורייתא לא מהני ק"א וממילא גם לאחר פסח אע"ג דלא הוי רק איסור דרבנן מ"מ הוי כנתגלגל מאיסור דאורייתא לדרבנן אך כיון דבתוך הפסח אין לנו לדון מפאת הקנין כלל דאע"ג דנימא דהוי חמץ של נכרי מ"מ עובר מצד אחריות של ישראל וא"כ לא היינו צריכין לדון מצד הקנין כלל ומש"ה לאח"ז דמצד אחריות אין כאן איסור תו מהני הקנין דרבנן אגב קרקע יע"ש:

ובזה ניחא קושי' התוס' שם דאביי האיך יתרץ הך ברייתא דאמאי לכ"ע עובר בסיפא כיון דלמפרע גובה נהי דלא קני משכון אך יש לומר דכיון דאיירי בהרהינו אצלו וא"כ ליכא משום אחריות דלא היה באחריותו והי' צריכין לדון מצד הקנין גם בתוך הפסח ואז לא מהני קנין דרבנן וע"כ אפי' לאחר פסח דרק מדרבנן הוי נתגלגל מאיסור דאורייתא לאיסור דרבנן ולא מקילינן אפי' בדרבנן ובישראל שהלוה לנכרי דסובר ת"ק דמותר אע"ג דלמפרע גובה משום דרק מדרבנן למפרע שלו דק"א רק מדרבנן לא קנס בעבר על דרבנן ור"מ לשיטתו דקנס בדרבנן יותר מדאורייתא וע"כ עובר. אך לפי מה שאמרנו בלא"ה ניחא דנהי דק"א רק מדרבנן מ"מ שעבוד אגב לכ"ע דאורייתא מה שאין כן אביי לשיטתו דסובר כריש לקיש דמשיכה הי' דאורייתא ולפ"ז אפי' במתנה ושיעבוד אגב קרקע רק מדרבנן וע"כ לא קשה האיך יתרץ הך ברייתא דיש לומר דמש"ה עובר בסיפא נהי דנשתעבד לו אגב קרקע דכיון דאגב לא מהני לדאורייתא משום דאגב רק מדרבנן הי' ובריש לחומרא עובר אע"ג דקנין דרבנן הוא:

והנה מהרי"ף דקידושין דהשמיט הך איבעי' שם שדה לאחד ומטלטלין לאחר אי קני' ע"י אגב והי' להרי"ף להבי' ונפק"מ לענין תפיסה וע"כ נראה להוכיח דסובר דקנין אגב רק מדרבנן ולא מהני תפיסה דהא בכנה"ג הקשה דאמאי ס' ממון אזלינן לקולא והא הוי ס' איסור גזל ותירץ דאי יתן להתובע יהי' אצלו ס' גזל ולפ"ז הכא באגב לא מהני תפיסה אי תפס הלוקח דצריך להחזיר משום ס' גזל ואי יחזור למוכר לא יהי' ס' גזל אצלו דלית' דלא יהי' רק ס' איסור גזל דרבנן דאפי' אי קני הלוקח הא אגב רק מדרבנן ואזלינן לקולא משא"כ לגבי לוקח יהי' ס' גזל דאורייתא ואזלינן לחומרא וממילא לא מהני תפיסה:

אומן

אומן יבואר אי אומן קניה משכון כמו בע"ח:

גרסינן בשבועות הנותן טליתו לאומן אומן אומר שנים קצצת לי ובעה"ב אומר אחד דכל זמן שהטלית בידו דעל בעה"ב להביא ראי' נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל ע"ז המע"ה ומשמע הא היכי דהטלית בידו דיש לו מיגו דלקוח אפי' שבועה לא צריך ומכאן הקשו על הגאונים דסוברי' דהטוען על המשכון אע"ג דיש לו מינו צריך לישבע משום דאינו טוען על גופו של משכון ועי' בר"ן שם דהביא דהרמב"ן מתרץ דכיון דאומן קונה בשבח כלי חשוב טוען על גופו של משכון והר"ן הקשה דגם בע"ח קניה משכון ואדרבא דחייב אפי' באונסין מ"מ לא חשוב טעין על גופו של משכון יעו"ש ועי' בש"ך ס' פ"ט:

ולכאורה נראה דלפי מה שהקשה בתוס' שם כיון דהך ברייתא אתי' כר"י ור"י הא בעי שיהי' מודה במקצת וא"כ אותו דינר שמודה לו לא פרע לו וא"כ תקשה אמאי בע"ז אינו

נשבע ונוטל הא הטעם משום דאין בעה"ב עובר על ב"ת ואין שכיר משהה שכרו והכא הרי שהה והרי עבר ועי' תוס' ב"ב בסוגי' דאומן דכתבו וז"ל ואין לומר דהדינר דמודה לו ברשות השהה דלא עבר על ב"ת דמ"מ ליכא חזקה דאין שכיר משהה שכרו:

והנה לפי מה דאיתא בשמ"ק ב"מ להקשות דאפי' בלאו החזקה דאין שכיר משהה שכרו איכא תרי חזקות חזקה דאין עובר על ב"ת וחזקת ממון וכתב לתרץ דכיון דהספק על הפרעון אי פרע לו יהי' חזקת חיוב איתרע חזקת ממון יע"ש וא"כ הכא דס' על הקציצה דס' על עיקר החיוב ואיכא חזקת ממון וא"כ אע"ג דליכא חזקה דאין שכיר משהה שכרו איכא תרי חזקות חזקה דאין בעה"ב עובר על ב"ת וח"מ וניחא קושי':

וניחא בזה הא דהקשה הא דפריך שם והא מדסיפא בראי' מכלל דרישא איירי בלא ראי' ואינו נאמן במיגו דלא שכרתיך והקשה להסוברי' דהיכי דהוא מודה במקצת אינו נאמן במיגו דל"ש דחשוב מיגו דהעזה וקשה דא"כ מה פריך דילמא איירי במודה במקצת דאז לא צריך ראי' דליכא מיגו דל"ש ועי' בתומים ס' הנ"ל ולפ"ז ניחא דא"כ תקשה למאי קתני בזמנו נשבע ונוטל אפי' עבר זמנו נמי דתו ליכא תרי חזקה ואפי' אי הי' ברשותו מ"מ ליכ' חזקה דאין שכיר משהה שכרו וח"מ ליכא התם בפרעון אלא ודאי דלא איירי במב"מ:

גם נראה דלעולם דאיירי דהדינר שמודה לו כבר פרע ואע"ג דר"י בעי שיהי' ש"ד על בעה"ב יש לומר דהשכיר יש לו ע"א ומחייב ש"ד לבעה"ב ואין לומר דא"כ יש לו להשכיר עד מסייע ולמה צריך לישבע דליתא דכיון דהא דשכיר נשבע ונוטל הוא ע"י מה שמחייב ש"ד לבעה"ב ושקלו לשבועה מב"ב וא"כ תו לא יכול ליפטור להשכיר משבועה דאז קם לממון ואין ע"א מהני לממון וכן פסק הש"ך ס' פ"ז דהיכי דתובע מביא ע"א והנתבע חשוד דצריך התובע לישבע אע"ג דיש לו עד מסייע וזה תינח בנתנה לו משא"כ ברישא שהטלית בידו דאז אפי' בלא העד נאמן האומן בשבועה מכח המיגו ממילא יכול העד ליפטור משבועת הגאונים וע"כ לא קתני ברישא דצריך לישבע דכיון דע"כ איירי דעד מסייע לו יפטור מהשבועה משא"כ בסיפא לא יכול העד ליפטור דנמצא דקם לממון וע"כ פסק הרמב"ם דאפי' בטלית בידו דצריך לישבע בנק"ח והכא שאני דכיון דע"כ איירי דיש לו עד מסייע דאל"כ תקשה סיפא דאמאי בעבר זמנו נשבע ונוטל וא"כ ברישא פוטר העד משא"כ בסיפא דאין ע"א קם לממון:

וגם נראה לפי מה דסובר הרמב"ם דאפי' היה השכיר קטן נשבע ונוטל ואע"ג דקטן לאו בר שבועה הוא וכתב במ"מ הטעם דהא השבועה היא רק כדי להפיס דעתו של בעה"ב וכיון דהשבועה אינו מצד בירור רק כדי להפיס ואע"ג דהשכיר קטן נשבע ונוטל יע"ש ולפ"ז לפי מה דאיתא באחרונים ועי' בתשובה ברית אברהם דהא דמיגו לאיפטורי

משבועה לא אמרינן משום דהשבועה הוא מצד בירור וא"כ לא עדיף מיגו מחזקה ורוב דלא סמכינן היכי דאיכא לברורי יע"ש וכיון דהכא השבועה אינו מצד בירור וא"כ אמרינן מיגו לאיפטורי משבועה ועיקר הטעם דהגאונים דסוברים אע"ג דיש לו מיגו צריך לישבע משום דמיגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן והכא ל"ש זה דכיון שהשבועה אינו מצד בירור ומה"ט נשבע אפי' קטן וזה הכל לר"י דסובר דקציצה נמי לא דכיר והשבועה רק כדי להפיס משא"כ לדידן דקציצה דכיר וע"כ פסקו דאפי' בטלית בידו דצריך לישבע:

ועי' בס' קצה"ח ס' ע"ב דמחלק בין הא דסוברים הגאונים דטוען על המשכון צריך לישבע בנק"ח וכתב וז"ל דהא עיקר הטעם דהגאונים משום דמיגו לאיפטורי משבועה ל"א ואע"ג דזה דווקא היכי דהמיגו לא בא רק ליפטור משבועה דבלאו המיגו הי' נאמן על עיקר הממון בשבועה עכ"פ א"כ המיגו לא בא רק ליפטור משבועה אז חשוב מיגו לאיפטורי משבועה משא"כ היכי דהמיגו צריכין על עיקר ממון דאי לאו המיגו אפי' בשבועה לא נוטל אז ל"ח מיגו לאיפטורי משבועה אך גבי משכון דכיון דבע"ח קונה משכון וא"כ אפי' אי היה עידי משכון ולא ידעו כמה הלוה עלי' דמלוה נאמן בשבועה דחשוב מוחזק כיון דבע"ח קונה משכון וא"כ המיגו בא רק ליפטור משבועה ול"א משא"כ גבי אומן היכי דלית ליה מיגו כגון היכי דאיכא עדים שנתן לו לתקן דאז על האומן להביא ראי' ואיתא ברשב"א הטעם דכיון דלא בא לידו בתורת משכון וע"כ לא קני משכון וא"כ המיגו בא על עיקר הממון וע"כ ל"ח מיגו לאמ"ש ואין לומר דכיון דברייתא אתי' כר"י וא"כ אפי' בלא המיגו נאמן ליטול בשבועה ליתא דהא ר"י בעי הודאה במקצת וכשהטלית בידו חשוב הילך אך הקשה על הרמב"ם דאומן צריך לישבע ואמאי הא המיגו בא לעיקר הממון דכיון דאומן לא קני משכון ול"ח מיגו לא"מ:

ונראה דהא לכאורה תקשה דלפי מה דמסיק הגמ' בב"ב בסוגי' דאומן דאיירי הברייתא בלא ראה וא"כ נאמן בשבועה עכ"פ במיגו דנאנסו וא"כ אפי' בלא מיגו דלקוח הי' נאמן עכ"פ בשבועה וא"כ המיגו דלקוח בא רק ליפטור משבועה ואכתי חשוב מיגו לאיפטורי משבועה דהא המיגו לא בא לעיקר הממון אך לפי מה דהקשה בסמ"ע ס' ק"ח דאמאי נאמן בשטר פקדון החזרתי במיגו דנאנסו הא נאנסו ל"ש ול"ח מיגו ותירץ דכיון דבטענת החזרתי איכא העזה וא"כ חשוב מיגו טוב וא"כ הכא בקציצה דלא דכיר דהא אתי' כר"י וליכא העזה וליכא מיגו דנאנסו משום דל"ש וא"כ המיגו דלקוח בא על עיקר הממון וע"כ לא חשיב מיגו לאמ"ש משא"כ לדידן דקיי"ל דקציצה דכיר ואיכ' העזה ואיכא מיגו דנאנסו וא"כ בלאו המיגו דלקוח הי' נאמן בשבועה במיגו דנאנסו וא"כ מיגו דלקוח בא רק ליפטור משבועה וע"כ פסק הרמב"ם דצריך האומן לישבע דחשוב מיגו לאמ"ש:

וגם נראה לתרץ דברי הגאונים דבלא"ה הקשו אמאי במשכון קיי"ל דאפי' בליכא מיגו כגון היכי דאיכא עדי' שבא לידו בתורת משכון נאמן המלוה כמה לוה עלי' ובסוגי' דאומן משמע דאומן היכי דליכא מיגו אינו נאמן דאל"כ מה פריך שם הגמ' דילמא הנאמנות של האומן אינו מתורת מיגו אלא ע"כ דאומן אינו נאמן בלא מיגו ומ"ש ממשכון דנאמן המלוה בלא מיגו ומ"ש ברשב"א דאומן לא קני למשכון דכיון דלא בא לידו בתורת משכון הקשו הא איתא באה"ע ס' כ"ח דאומן שקידש אשה בשכרו שיש לו על החפץ דמקודשת משום דקני להחפץ למשכון אלמא דגם אומן קונה משכון ועי' בתומים ס' ע"ב:

ולכאורה נראה דלפי מה דאיתא בס' שעה"מ דנסתפק אי קונה משכון מדר"י אפי' היכי דהתנה המלוה שלא יהי' באחריותו והוכיח דבאופן זה לא קני מהא דהקשה בתוס' דלמאי צריך הגמ' לומר בפסחים דמש"ה עובר משום דר"י דקני למשכון ות"ל דהוא ש"ש מדשמואל וקשה הא נפק"מ בהתנה המלוה שלא יהי' באחריותו אלא ודאי דאז ל"ש דקני לה למשכון יע"ש והנה מדבריו נראה להוכיח אפי' היכי דהוא ש"ח רק שהתנה שלא יהי' באחריות גו"א ג"כ לא קני למשכון דאל"כ אכתי תקשה דנפק"מ אי קני למשכון היכי דהתנה שלא יהי' באחריותו על גו"א דמשום אחריות פשיעה אינו עובר אלא ודאי היכא דליכא עליו אחריות גו"א לא קני משכון אע"ג דהוא ש"ח על המשכון ולפ"ז ניחא הכל כיון דברייתא אתי' כר"י והגמ' מסיק בב"מ (ד' צ"ה ע"ב) דמחליף רבה ב"א ותני דר"י סובר דשוכר כש"ח וממילא דה"ה אומן וכיון דליכ' על האומן אחריות גו"א וע"כ אומן לא קני למשכון וע"כ מסיק הגמ' שם דאומן לא מהימן בלא מיגו דכיון דלא קני למשכון משא"כ לדידן דשוכר ש"ש וה"ה אומן וא"כ גם אומן קני למשכון וע"כ פסקינן דאי קידש בשכרו דיש לו על החפץ דמקודשת כמו בע"ח דיכול לקדש וא"כ ניחא הברייתא דאתי' כר"י ולדידי' לא קני אומן למשכון וא"כ המיגו בא לעיקר הממון ל"ח מיגו לאמ"ש וע"כ ל"צ לישבע בטלית בידו משא"כ לדידן דגם אומן קני וא"כ המיגו לא בא רק ליפטור משבועה חשוב מיגו לאיפטורי משבועה וע"כ פסקו דצריך אומן לישבע אפי' בטלית בידו וגם נראה דהנה הב"ש באה"ע ס' הנ"ל על הא דפסקו ואם הכלי עדיין בידו וקדשה בשכרו לכ"ע מקודשת דחשוב כמלוה שיש עלי' משכון יע"ש דקשה ליישב הסוגי' דאוקמ' שם דפליגי ר"י ור"מ דר"מ סובר דאין לשכירות אלא לבסוף וע"כ מקודשת ור"י סובר דשכירות היא מתחילה וע"ס וע"כ אינה מקודשת וקשה ממ"נ אי איירי דעדיין הכלי בידו אמאי אינה מקודשת הוי כמשכון בידו ואי איירי דכבר החזיר החפץ אפי' לר"מ אינה מקודשת דכיון דכבר החזיר נעשה מיד מלוה יע"ש:

ונראה דהנה ברא"ש קידושין הוכיח דהא דסובר ר"י דבע"ח קונה משכון זה רק שלא בשעת הלואה דאל"כ תקשה בעשה לי שירים ונזמים ואקדש אני לך דאיתא בסוגיא דלמאן דסובר דאין אומן קונה בשבח כלי דאינה מקודשת ומ"ש ממשכון אחרים בשעת הלואה דהאי נמי ממושכן לו בשכרו אלא ודאי דווקא שלא בשעת הלואה קניה משכון יע"ש ונראה דלפי מה שכתבתי לעיל להסוברי' דקני משכון אפי' בשעת הלואה משום דבאמת לא ניחא ליה דליקני כדי שלא יתחייב באחריות ואי לא ניחא ליה בע"כ לא יקני ובשלמא שלא בשעת הלואה לא תלי' בדעתו מיהו אי בלא"ה הוא באחריותו מטעם אחר א"כ אינו מפסיד בקנייתו ושפיר ניחא ליה דליקני וא"כ לס"ד דתלי' הא דקתני במתני' המלוה על המשכון ש"ש משום דר"י פריך הגמ' דר"י לא קאמר רק שלא בשעת הלואה דבשעת הלואה לא ניח' ליה דליקני ומסיק דפליגי אי חשוב ש"ש משום פרוטה דר"י או משום דשמואל וממילא דכיון דבלא"ה הוא ש"ש קני מדר"י למשכון אפי' בשעת הלואה ולפ"ז דכיון דחכמים דר"מ הוא ר"י ור"י סובר דשוכר כש"ח וה"ה אומן וא"כ לא ניח' ליה דליקני החפץ למשכון כדי שלא יתחייב באחריות דאי יקנה יהי' ש"ש אפי' אי אומן ש"ח וע"כ קאמר הגמ' דחכמים דסוברים דאין אומן קונה בשבח כלי אינה מתקדשת אע"ג דאליבא דאמת קני משכון אפי' בשעת הלואה הכא שאני דאי יקנה אז יהי' ש"ש וא"כ בודאי לא רצה לקנות וניח' קושי' הב"ש דאליבא דאמת דאומן ש"ש גם אומן קני החפץ דכיון דבלא"ה הוא ש"ש ל"ש דאינו רוצה לקנות כדי שלא יתחייב באחריות וע"כ חשוב משכון ואי קידש מקודשת משא"כ חכמי' דר"מ דהו' ר"י דאומן ש"ח ולא ניח' ליה בקנייתו וע"כ אי שכירות מתחילה ועד סוף אינה מקודשת אע"ג דלא החזיר החפץ דלא ניחא ליה בקנייתו משא"כ אליבא דאמת דאומן ש"ש א"כ לא איכפת ליה בקנייתו וע"כ חשוב משכון והא דקאמר דר"מ סובר דאין לשכירות אלא לבסוף משום דאמת דר"מ סובר כן. וע"כ ניחא דברי הגאונים דבריית' דאתי' כר"י ואליבא דר"י דאומן ש"ח א"כ לא קני למשכון וא"כ המיגו בא לעיקר הממון ול"ח מיגו לאמ"ש וע"כ ל"צ לישבע בטלית בידו משא"כ אליבא דאמת דגם אומן קני החפץ למשכון ומיגו רק ליפטור משבועה וע"כ פסקי דצריך לישבע:

והנה לפי מה דאיתא בנ"י בב"מ דהא דסובר ר"י דבע"ח קני משכון זה בשעת הלואה דמעות קני ליה א"נ שלא בשעת הלואה וע"י ב"ד אבל שלא בשעת הלואה ושלא ע"י ב"ד לא קני דבמאי יקנה דבכסף לא קני דהוי מלוה ומשיכה למשכון לא מהני יע"ש ויש לעי' לפ"ז הא דמשני הגמ' במכות דמתני' איירי במלוה על המשכון ואינו משמט ועי' במל"מ דמוקי שם דמתני' איירי בחוב של שכירות דאל"כ אמאי משלמין העדים ט"ה

הא חשוב רבית וקשה דכיון דמשיכה לא מהני למשכון א"כ במאי קני למשכון דשכירות היינו מלוה ול"ש דקני בכסף שהלוה לו ומזה הוכיח הרמב"ם דרק בקידושין לא קני במלוה משא"כ במכר ובעלמא קני' ועכ"פ לפי הנ"י פשיטא דאומן לא קני משכון דבמאי יקנה אך לשיטת הרמב"ם דגם במלוה קני גם אומן קני משכון ועי' במקנה דכתב דלדידן דקיי"ל דש"ד וע"כ סובר הרמב"ם דמלוה קונה במכר והסוגי' דמדמי מכר לקידושין קאי לרב ורב סובר דשל"ד ולפ"ז ניחא דסוגי' דב"ב דקאי לאביי ואביי סובר דשל"ד וע"כ אומן לא קני משכון דבמלוה לא קני וע"כ צריכין למיגו ואליבא דאמת דש"ד ומלוה קני במכר גם אומן קני למשכון וע"כ פסקינן דאי קידשה דמקודשת וניחא בזה קושי' התוס' על הא דפריך שם הגמ' אי דאיכא עדים למה לי ראה והקשו דעדיפא מיני' הוי ליה למיפרך אי דאיכא עדים וראה דאכתי לא ידעינן דאיירי בלא ראה אמאי מהימן יע"ש ונראה דלפי מה דאיתא בתוס' ב"ב דהא דש"ד דווקא דאיכא עדי' על הלואה יע"ש וא"כ יש לומר דכוונת הגמ' אי דאיכא עדים דהשתא אמרינן דש"ד וא"כ גם במלוה קני וא"כ גם אומן קני משכון וממילא לא קשה דא"כ אמאי נאמן כיון דליכא מיגו דהשתא ל"צ למיגו דכיון דקני משכון כמו מלוה דנאמן בלא מיגו אלא לאו דליכ' עדים דהשתא ל"ש ש"ד וא"כ לא קני למשכון וע"כ הא דנאמן משום מיגו אלמא דגם אומן מהימן במיגו:

ועיין בקצה"ח דהקשה על תירוץ הרמב"ן משום דאומן קונה בשבח כלי והקשה דלפ"ז אמאי בע"ז אינו נשבע ונוטל והטעם משום דאין בעה"ב עובר על ב"ת ולמ"ד דאומן קונה בשבח כלי ליכא ב"ת יעו"ש:

ונראה לפי השמ"ק והנ"י הנ"ל דכתבו דמש"ה לא אמרינן חז"מ לחזקה משום דאיתרע דכיון דהספק על הפרעון ואיכא חזקת חיוב ולפ"ז הכא בקציצה דס' על התחלת החיוב ואיכה חז"מ וא"כ יש לומר דהדינר שמודה לו כבר פרע ואע"ג דאתיא כר"י דבעי הודאה במקצת לענין זה לא אתיא כר"י וא"כ נהי דב"ת ליכא וליכא חזקה דאין בע"ב עובר על ב"ת איכא שני חזקות דאין שכיר משהה שכרו וחזקת ממון וע"כ אינו נשבע ונוטל בע"ז **ועיין** בס' קצה"ח סי' ע"ב דרצה להוכיח מהתוס' דאפי' היכי דלא נקט ליה למשכון מ"מ בע"ח קונה משכון דהא הקשה דכיון דהא דר"י הוא גז"ה מה לי שוה ומה לי לא שוה אטו משום דלא שוה לא קרינן ולך תהיה צדקה הרי מבואר מדבריהם דאפי' היכי דלא נקט ליה למשכון דהא בלא שוה הרי הוא רק לזכרון דברים בעלמא אפ"ה קני משום דר"י וקשה הא דאיתא גבי פלוגתא דרשב"ג ור"י הנשיא דריה"נ סבר דאפי' בשכנגדו נמי משמט ודקא אמרת למאי תפס למשכון לזכרון דברים בעלמא וקשה הא טעמא דמלוה על המשכון דאינו משמט הוא משום דקני מדר"י וא"כ אי אמרינן דר"י היא אפי' בלא

נקט ליה למשכון א"כ מה בכך דנקט לזכרון דברים מ"מ שייך הך דר"י יע"ש דכתב דתוס' לשיטתו דהעלו בפ' השולח דאינו קונה משכון אלא שלא בשעת הלואה והא דשמיטה אינו משמט אפי' בשעת הלואה הוא משום דכיון דקני שלא בשעת הלואה קנין גמור מהני ליה עכ"פ בשעת הלואה לענין שמיטה דקרינן של אחיך בידך דאלים השיעבוד ולפ"ז דכיון דר"י הנשיא סובר דנקט לזכרון א"כ לא הוי של אחיך בידך ול"ש אלים שעבודיה אבל התוס' מקשין שפיר דהא כי ס"ד דר"י קונה אפי' בשעת הלואה א"כ כיון דקונה משכון ס"ל להתוס' דקונה למשכון מדר"י אפילו כי לא נקטי' ליה למשכון כיון דהוא גזה"כ ולפ"ז מסיק לשיטת הפוסקים דקני מדר"י אפי' בשעת הלואה ע"כ צריכין לומר דאינו קונה משכון היכי דלא נקט ליה למשכון דאל"כ תקשה ההיא דשמיטה אמאי לר"י הנשיא משמט משום דנקט לזכרון דברים יעו"ש:

ובזה ניחא דברי הגאונים וגם קושית התומים דאי אומן קני משכון אע"ג דלא נקט ליה למשכון א"כ למאי צריך אומן מיגו ונאמן כמו מלוה דנאמן על המשכון:

ונקדים לתרץ הרמב"ם דפסק דאפי' בשעת הלואה אסור ליטול כלי אוכל נפש והראב"ד חולק עליו דחשוב כמוכרו לו ועי' בתומים סי' צ"ז דהקשה הא דפריך הגמ' על שמואל דסובר דאפי' שליח ב"ד מנתח נתוחי דווקא ופריך הא כתיב לא יחבול ריחים ורכב הא דברים אחרים חבל מאן אי נימא בע"ח הא כתיב לא תבא אל ביתו אלא לאו שליח ב"ד ולשיטת הרמב"ם קשה לוקמ' בשעת הלואה דריחים אסור אפי' בשעת הלואה משא"כ דברים אחרים ולעולם דקאי על המלוה רק דאיירי בשעת הלואה אלא ודאי דאז אפי' אוכל נפש שרי יע"ש:

ועיין בתומים סי' ס"ז דהקשה על הא דמשני הגמ' במכות (דף ג') דמתני' איירי בהלוהו על המשכון וקשה אי איכא עידי משכון ליחזי עדים מה קאמרו ואי ליכא עידי משכון אפי' ט"ה לא לשלמו דבלא"ה היה המלוה נאמן דהזמן לשלשים יום במיגו דלקוח ואי אמרינן דאפי' בחזר והפקידו תו אינו משמט דכבר קני ליה מדר"י ניחא דיש לומר דאיירי בחזר והפקידו דמגו ליכא ושמיטה אינו משמט משא"כ להסוברים דבחזר והפקידו שמיטה משמט תקשה יע"ש:

ונראה דהנה בתוס' הקשה על הא דקאמר דפליגי בדר"י אי ישראל מא"י קני משכון אי לאו ות"ל דעובר משום דשמואל והוכיחו מזה דבעינן אחריות אונסין דווקא אך הקשו לשיטת בה"ג דאפי' ש"ש צריך לבער אכתי תקשה אפי' אי לא קני למשכון הוא ש"ש משום דשמואל. ולכאורה נראה לפי מה דאיתא בהג"א דהא דשמואל ל"ש רק בשעת הלואה ולא שלא בשעת הלואה והטעם דאין זה דבר ברור דלקח למשכון על אופן זה

שבאם יאבד המשכון יפסיד את חובו וא"כ המלוה טוען בברי שלא לקח על אופן זה והלוה אינו יודע ובשעת הלואה חשוב א"י אם נתחייבתי דס' הוא אם לקח המשכון על אופן זה אי לא וע"כ פטור הלוה מלשלם משא"כ שלא בשעת הלואה חשוב א"י אם פרעתי ועי' בס' יש"י:

והנה ברשב"א איתא דאפי' אי גזל א"י אסור מ"מ חז"מ ליכא גבי א"י ומה"ט אזלינן בתר הרוב בממון גבי א"י ולפ"ז ל"ש דשמואל בא"י דכיון דאין זה דבר ברור דלקח על אופן זה וטוען ברי ע"ז רק משום דבשעת הלואה חשוב א"י א"נ ופטור משום דאיכא חז"מ ובא"י דליכא חז"מ גם א"י א"נ דפטור בעלמא משא"כ בא"י דליכא חז"מ גם א"י א"נ חייב וע"כ הוצרך הגמ' לומר דעובר משום דקני מדר"י ולא משום דשמואל:

ובזה נראה מה שהקשו על הג"א הנ"ל דא"כ מה מקשה הגמ' על שמואל ממתני' דלימא ליה הא קבילתי' דילמא איירי שלא בשעת הלואה וע"כ נראה לפי מה דאיתא בר"ש בטמא שטבל וספק אי נפל עליו ג' לוגין מ"ש דפסק להקל דס' דרבנן הוא ואע"ג דהיה בחזקת טמא והי' לנו לאוקמי' על חזקתו ראשונה דקודם שטבל שהיה לו חזקת טמא דאורייתא ומזה ידעינן דיצא דשאובין רק מדרבנן וע"כ ל"ש לאוקמא על חזקתו דחזקתו ראשונה בודאי אזלא וס' רק על דרבנן יע"ש ולכאורה תקשה מהא דאיתא בריש נדה היה בודק את החבית וכו' ואח"כ נמצא חומץ וכו' עד דמסיק הגמ' משום דמוקמי טבל על חזקתו וקשה הא בתוס' איתא דהא דיין וחומץ שני מינים הוא רק מדרבנן ועי' בתוס' יבמות וא"כ ל"ש לאוקמי טבל על חזקתו דהא מעיקרא היה לו חזקת טבל מדאורייתא ומזה ידעינן דיצא דכיון דשני מינים רק מדרבנן וא"כ ל"ש לאוקמי טבל על חזקתו ואפשר יש לומר דדין זה תלי' אי מחזיקין מאיסור לאיסור דאי מחזיקין אע"ג דידעינן דמאיסור ראשון יצא ה"ה בדינו של הרא"ש יש לאוקמיה על חזקתו ובזה ניחא דברי הרמב"ם דפסק במקוה שנמדד ונמצא חסר דטמא ודאי ובחבית פ' דספק משום דלפי האמת ליכא הכא תרתי לריעותא דליכא חזקת טבל:

ולפי הר"ש ניחא קושית שעהמ"ש להסוברים דהא דנאמן אדם לומר שהיה לו פרוזבול ואבד זה דווקא באין הלוה מכחישו והקשה דאז הוי הלוה א"י א"פ ול"צ לחזקה דלא שביק היתירא וכו' יע"ש ולפ"ז ניחא דעיקר הטעם דא"י א"פ חייב משום דאוקמי על חזקת חיוב וא"כ הכא חזקת חיוב שלו בודאי ליכא דהא מעיקרא היה לו חזקת חיוב מדאורייתא מה שא"כ השתא אפילו אי היה לו פרוזבול ליכא חזקת חיוב רק מדרבנן דהילל תיקן פרוזבול ומדאורייתא משמט ופטור הלוה רק דהפקר ב"ד הפקר וע"כ ל"ש א"י א"פ וצריכין לטעמא דחזקה דלא שביק היתירא:

והנה לפ"ז כל היכא דחזקת חיוב שלו היה יותר שאנו דנין עכשיו ג"כ ל"ש לאוקמא על חזקה ראשונה דמחזקה ראשונה בודאי יצא ובזה ניחא התוס' כתובות בסוגיא דפ"פ דהקשו שם דמק"ט ממאתים אבל מנה אית לה ואמאי שמא זינתה תחתיו ברצון וע"כ משום דאיכא ס"ס שמא באונס ושמא קודם והקשו דאכתי תקשה לר"ג דנאמנת על מאתים אימא זינתה תחתיו ברצון ועל מאתים ליכא ס"ס וע"כ נראה דהא הקשו דאמאי צריכין לס"ס ת"ל דחשוב א"י א"פ כיון דארוסה יש לה כתובה ונתחייב בודאי אלא שאת חושש שמא זינתה אח"כ ברצון וחשוב א"י א"פ ועי' בתומים ס' ע"ה. אך לפ"ז ניחא כיון דחיוב דמעיקרא היה על מאתים והשתא אנחנו דנין רק על מנה ע"כ ל"ש לאוקמי על חזקתו ראשונה דמזה ודאי יצא ולא חשוב א"י א"פ משא"כ לר"ג דנאמנת על מאתים נהי דליכא ס"ס ליכא לספוקי שמא זינתה תחתיו ברצון דחשוב א"י א"פ:

ולפ"ז כיון דמתני' סוברת דמלוה על המשכון ש"ש כנגד המשכון משום פרוטה דר"י רק דאי דעתו דכ"ז שלא יחזיר לו המשכון מפסיד כל החוב וא"כ אפילו שלא בשעת הלואה ל"ח א"י א"פ דמחזקתו ראשונה בודאי יצא אפי' אי לא קיבלו ע"ז עכ"פ מפסיד מחובו כנגד המשכון משום דר"י וע"כ פריך הגמ' שפיר על שמואל לימא ליה הא קבילתי' ואפי' אי איירי שלא בשעת הלואה לשמואל מפסיד דל"ח א"י א"פ משא"כ אליבא דאמת דלא קיי"ל כר"י ואי לא קיבלו על אופן זה לא הפסיד כלום וע"כ כיון דס' אי קבלו על אופן זה חשוב א"י א"פ דאוקמי' על חזקת חיוב דמעיקרא ומש"ה סובר הג"א דשלא בשעת הלואה מודה שמואל דחשוב א"י א"פ:

ולפ"ז ניחא מה שהקשו לבה"ג דסובר דבשטר מודה שמואל דא"כ מה פריך ממתני' על שמואל דילמא איירי מתני' בשטר ועי' בתומים וע"כ נראה דהנה יש לומר דטעמו של בה"ג דכיון דעיקר הטעם דמפסיד כל החוב משום דחשוב א"י א"נ דהס' על התחלת החיוב אי קיבלו למשכון על זה האופן והגם דהמלוה אומר ברי דלא קיבלו לא מהני ועי' בב"ש באה"ע דבו"ש ואיכא שטר לכ"ע ברי עדיף דהיכי דאיכא שטר ליכא חזקת ממון דחשוב כגבה וע"כ בשטר מודה שמואל ועי' בסמ"ע סי' נ"ה דשטר שנפגם אינו טורף מלקוחות ועי' בראש בנדרים ולפ"ז כיון דמתני' סוברת דכנגד המשכון הוא ש"ש ומפסיד מחובו וא"כ אפי' לפי דברי המלוה דלא קיבלו על אופן זה עכ"פ נפגם השטר וליכא טריפת לקוחות ול"ש כגבה ועי' ברש"י בגיטין פ' השולח דהא דחשוב שטר כגבה זה בשטר דטורף מלקוחות וא"כ מה בכך דאיירי בשטר מ"מ הוי א"י א"נ ופטור משא"כ אליבא דאמת דלא קיי"ל פרוטה דר"י וא"כ לפי המלוה דלא קיבלו על אופן זה השטר לא נפגם וע"כ סובר בה"ג דבשטר מודה שמואל דבו"ש בשטר לא אזלינן בתר חזק"מ:

ולפ"ז נראה לתרץ קושי' הב"ש סי' הנ"ל על הא דמדמי הגמ' בכתובות פלוגתא דר"ג ור"י במשארסתני נאנסתי לפלוגתא דר"י ור"י אי בו"ש ברי עדיף ות"ל דהכא איכא שטר ולכ"ע ברי עדיף יע"ש אך לפי מה דאיתא שם דאפילו אי נאמנת מ"מ תוס' כתובה אין לה דל"ש דנסתחפה שדהו דהתוס' החיוב מתחיל לא משעת אירוסין רק משעת נישואין וממילא אי נאנסה קודם נישואין ל"ש נס"ש ע"ש

ולפ"ז לשיטת הרמב"ם דכתובת אירוסין אינה טורפת מלקוחות רק משעת נישואין וממילא אפי' אם היא נאמנת לומר משארסתני נאנסתי מ"מ מלקוחות אינה טורפת דע"ז ל"ש דנסש"ד דכיון דשעבוד לא מתחיל רק משעת נישואין ואז אפי' בשטר ל"א בו"ש ב"ע דל"ש כגבה וניחא קושי' ס' פ"ב דלמאי צריכין לומר דמש"ה נאמנת במיגו דמכ"ע ול"ח מיגו להוציא משום דבו"ש אמרינן מיגו להוציא ות"ל דאיכא שטר אך שטר כזה דאינו טורף מלקוחות אפי' בשטר לא אמרינן מיגו להוציא:

וניחא בזה קושית התוס' שם על הא דמשני דמש"ה נאמנת במיגו דתקשה לר"י דסובר דיש לה מנה א"כ בההיא דמכ"ע ליכא מיגו ע"ש. ולפ"ז ניחא דהתם לפי דברי' דאמרו מכ"ע השטר מהני אפי' לטרוף מלקוחות א"כ ל"צ לטעמא דמיגו דאז יש לומר משום דאיכא שטר לכ"ע בו"ש ברי עדיף:

ובזה ניחא הא דהקשו על סוגיא דלקמן דקאמר לר"א היינו דקתני תרתי דמתני' דמשארסתני וכו' איצטריך למיתני מק"ט לגמרי משמע והקשו דליתני במתני' דמוכ"ע מק"ט ואז ג"כ ידעינן דלגמרי וע"כ נראה דהנה המפרשים כתבו דמש"ה אמרינן דמק"ט לגמרי דאל"כ חשוב הבעל חמשין ידענא וחמשין לא ידענא ויהיה מתוך שא"י לישבע משלם ואמאי לר"י אינה נאמנת אך קשה הא הוי שיעבוד קרקעות וליכא שבועה אך אמרנו דהכא ליכא ש"ק משום דזה מתחיל בשעת נישואין ול"ש נסש"ד וזה תינח במתני' דמשארסתני וכו' משא"כ במתני' דמכ"ע אפי' אי קתני מק"ט לא הוי ידעינן לגמרי דחיוב שבועה ליכא משום דאיכא ש"ק:

ולפ"ז ניחא דברי רש"י דפי' על הא דקאמר הגמ' לימא בדלא שוה שיעור זוזי ובדשמואל פליגי ופי' רש"י אבל בדשוה כ"ע מודי והקשו בתוס' דמנ"ל לרש"י כן וע"כ נראה דיצא לרש"י כן דהא הקשו על דינא דשמואל דהא שמואל סובר במתנה ש"ח להיות כשואל דבעינן קנין וא"כ אפי' בפירש דאי יאבד המשכון יפסיד חובו לא מהני וכש"כ בסתם ותירצו דהכא דמחילה היא ל"צ קנין דכיון דכבר נמסר המעות ללוה חשוב מחילה אך הקשו בסיפא דהלוהו בשטר דבשטר מחילה צריך קנין משום דחשוב כגבה ועי' בתומים וע"כ דהך ברייתא סוברת פרוטה דר"י וא"כ כנגד המשכון לכ"ע אבד מעותיו והוי שטר

פגום ול"ח כגבה ול"צ קנין וע"כ פי' רש"י שפיר דבשוה כ"ע מודים מטעם דר"י דהא ע"כ סובר הברייתא פרוטה דר"י דאל"כ תקשה אמאי מודים בשטר אך קשה לי על הסמ"ע הא דאיתא בב"מ דשנים אדוקין בשטר וכו' ומסיק הגמ' במקוים דכ"ע לא פליגי דיחלוקו כי פליגי בשאינו מקוים ופליגי במודה בשטר שכתבו אי צריך לקיימו וקשה לפי מה דאיתא דטעמא דמ"ד דא"צ לקיימו משום דחשוב מוחזק המלוה דכגבה דמי בשטר וע"כ לא מהימן הלוה במיגו דמזויף דחשוב מיגו להוציא ולפ"ז כיון דהמלוה אינו נוטל רק מחצה א"כ חשוב שטר פגום וליכא טריפת לקוחות ול"ח כגבה ולא הוי מיגו להוציא ואמאי ל"צ לקיימו:

והנה בזה ניחא קושי' העולם דאמאי לא מקשה על שמואל מרישא דהלוה היא כ"ה ועי' בתומים אך הא יש להאמין המלוה דלא היה שוה רק שקל במיגו דנאנסו אך חשוב מיגו להוציא ובו"ש אמרינן מיגו להוציא וא"כ ברישא דכיון דמלוה אמר שלא קיבלו על אופן זה והלוה א"י ואיכא מיגו דנאנסו נאמן המלוה דלא קיבלו ע"ז במיגו ואע"ג דמיגו להוציא בבו"ש אמרינן מיגו להוציא ומש"ה מקשה מסיפא דמוקי לה הגמ' דע"כ איכא עדים שנגנבה דאל"כ צריך לישבע שאינו ברשותו ול"ש שמא יוציא הפקדון וליכא מיגו דנאנסו ובו"ש לחוד לא מהני ותקשה לשמואל:

ולפ"ז אפי' אי אמרינן דגם בשטר ל"א בו"ש ב"ע ג"כ ניחא דברי בה"ג דבשטר מודה שמואל דיש לומר דבה"ג סובר דטעמא דנאמנות שינוי' דחזה"ג ולא משום מיגו ועי' בב"ש דמסופק אי הלכה מיגו אי משום חזקה ולפ"ז אי טעמא משום חזקה אז יש לומר דאפי' בבו"ש ל"א מיגו להוציא וע"כ סובר שמואל דמלוה אינו נאמן לומר שלא קיבלו ע"ז שאם יאבד יפסיד ואע"ג דבו"ש ומיגו דנאנסו משום דסובר דאפי' בבו"ש ל"א מיגו להוציא וע"כ בשטר דלכ"ע אמרינן מיגו להוציא ואפי' בברי וברי נאמן המלוה שלא קיבלו ע"ז האופן במיגו דנאנסו וזה לדידן דל"א פרוטה דר"י והשטר לא נפגם לפי דברי המלוה וע"כ מודה שמואל בשטר משא"כ מתני' דידן דע"כ סובר פרוטה דר"י ואפי' לפי המלוה נפגם השטר ול"ח כגבה ול"ש לומר דבשטר אמרינן מיגו להוציא וע"כ לא קשה דילמא איירי מתני' בשטר דליתא דאפי' בשטר חשוב מיגו להוציא וע"כ לא נאמן המלוה דלא קיבלו למשכון שאם יאבד יפסיד:

ועי' בתומים דמתרץ דמש"ה לא מקשה מרישא דברישא יש לומר דאיירי בשטר משא"כ בסיפא ע"כ לא איירי בשטר דא"כ ליכא שבועה דאין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות ולכאורה תקשה להסוברים דגם בשטר היכי דלית ליה קרקע ל"ח ש"ק ועי' בח"מ ס' פ"ח בסמ"ע א"כ יש לומר דילמא איירי בשטר ואין לו קרקעות אך לפי מה דאיתא בנב"י

דהיכי דאין לו קרקע אז גם בשטר ל"צ מחילה קנין ועיקר הטעם של בה"ג משום דבשטר צריך קנין ואי איירי דלית ליה קרקע אפי' בשטר ל"צ קנין וא"כ נהי דאיירי במתני' בשטר מ"מ לשמואל מפסיד חובו ומה שהקשה בנב"י מה פריך רבא על רב"ח דסובר דש"ד הי' ועוד אין נשבעין על כפירת ש"ק וקשה דילמא איירי דלית ליה קרקע יע"ש אך לפי מה שכתבו המפרשים דהא דהיה סובר רב"ח לומר ע"כ משום דהיה סובר דכגבה דמי דאל"כ תקשה וכי לא ידע מתני' דש"ד היא רק בנשבע ונפטר והנה בתשובת מהר"י איתא דהא דשטר עומד לגבות כגבה דמי זה אי למפרע גובה יע"ש ואי איירי דלית ליה קרקע ובמטלטלין ל"א למפרע גובה ועי' ברמב"ן בפסחים וע"כ בקרקע ומקשה רבא שפיר דחשוב ש"ק ולפי מה שכתבנו ניחא הא דהקשו על המרדכי דהקשה האיך משביעין למלוה אי טעין הלוה אישתבע לי דל"פ הא שטר חשוב ש"ק והקשו עליה הא שבועה דרבנן מוכח בגמ' דנשבעין גם על הקרקעות דהא רבא מקשה על רב"ח ועוד אין נשבעין על ש"ק אלא אמר רבא מדרבנן ומשמע דאי שבועה דרבנן ניחא דנשבעין גם על ש"ק:

ונראה דאין ראיה דהא הקשו להסמ"ע דשטר שנפגם אינו טורף מלקוחות א"כ מה הקשה רבא ועוד אין נשבעין על ש"ק וע"כ נראה דקושית רבא אזלא דלפי מה דהיה סובר רב"ח דש"ד ואע"ג דנשבע ונוטל הי' וע"כ משום דהיה סובר כגבה ואי שטר פוגם אינו טורף מלקוחות ל"ש כגבה דמי וע"כ דהיה סובר רב"ח דטורף מלקוחות אפי' שטר פגום וע"ז הקשה רבא חדא דהי' נשבעת ונוטלת ועוד דהיינו דתאמר דסובר דכגבה דמי וא"כ ע"כ דסובר דטורף מלקוחות תקשה דאין נשבעין על ש"ק אלא אמר רבא מדרבנן והשתא יש לומר דלאו כגבה ואז יש לומר דשטר דנפגם אינו טורף מלקוחות וע"כ לא הוי ש"ק וע"כ איכא שבועה ולעולם דאפי' שבועה דרבנן אין נשבעין על הקרקעות כשיטת המרדכי:

ולפי מה שאמרנו דראשונים סוברים דטעמא דרב דמודה בשטר שכתבו דא"צ לקיימו משום דסובר דהיכי דאיכא שטר חשוב המלוה מוחזק וע"כ לא מהימן במיגו דמזוייף דחשוב מיגו להוציא:

ובזה ניחא התוס' ב"מ (דף י"ג) ד"ה הא קאמר וכו' דהקשה לעיל דקאמר ר"י נפל ליד דיין הרי הוא בחזקתו ול"ח לפרעון ואמאי לא יהא נאמן לומר פרוע במיגו דמזוייף ואפי' אי מקיים ליה לא מהני והקשה במהרש"א דאמאי לא הקשה על רב דסובר דמודה בשטר שכתבו דא"צ לקיימו ואמאי לא מהימן במיגו דמזוייף ולפ"ז ניחא דהתם ידעינן דחשוב מיגו להוציא משא"כ הכא דאיכא ריעותא דנפילה מסייע ללוה והיכי דחזקה מסייע אמרינן מיגו להוציא:

אך יש לעיין דא"כ אמאי אינו נאמן בטענת אמנה במיגו דמזויף לרב דלפי דבריו דהי' שטר אמנה א"כ הס' על התחלת שטר ועי' בש"ך ס' פ"ב ולא דמי לאומר פרוע דגם לפי דבריו היה חזקת השטר ובזה באמת ניחא קושי' התוס' בכתובות דלפי מה דמשני על רב דאמר האומר שטר אמנה אינו נאמן ומסיק דאמר ליה וכדר"י אמר רב דמודה בשטר שכתבו דא"צ לקיימו ופי' רש"י כי היכי דאינו נאמן דפרוע במיגו דמזוי' ה"ה אמנה והקשה בתוס' שם דתרתי מילי דרב למה לי וע"ש ולפ"ז ניחא דמדהא דסובר רב מודה בשטר שכתבו דא"צ לקיימו ל"ש באומר אמנה כנ"ל. ולפ"ז היה נראה הא דמתרץ הרמב"ן קושי' התוס' דאמאי לא מהימן המלוה אמנה במיגו דמחיל ותירץ דחשוב מיגו במקום חזקה דחזקה דכל מה שת"י אדם ה"ה שלו והש"ך חולק עליו דנהי דשטר ת"י ולא הממון ועי' בס' מ"ז והקשה דא"כ תקשה אביי על אביי דהא חזינן דאביי חושש לנפילה דרבים כגון בשטר שכתבו ממך ואמאי ל"א דחזקה דכל מה שת"י אדם הוא שלו:

וע"כ נראה דהרמב"ן לא כתב כן אלא לתרץ דברי אביי דמשני דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים והוא קאי לרב ורב מדסובר דא"צ לקיימו ע"כ דסובר דחשוב כגבה ומוחזק בממון ומה"ט חשוב מיגו להוציא וע"כ ל"ש סברת הש"ך נהי דשטר ת"י אבל הממון אינו ת"י וכתב הרמב"ן דאיכא חזקה משא"כ אליבא דאמת דלאו כגבה דמי ל"ש חזקה כל מה שת"י אדם ה"ה שלו וע"כ סובר אביי דחיישינן לנפילה דרבים:

ולפי בה"ג דסובר דבשטר מודה שמואל וע"כ משום דסובר דשטר חשוב כגבה ניחא בזה דברי בה"ג דהביא הרא"ש ביבמות פ' שני דלאסור אשה על בעלה לא סגי בראו עדים כדרך מנאפים רק בעינן שידעו שהיה כמכחול כו' ואע"ג דלחייב מיתה היה סגי בזמן הסנהדרין בזה כדאיתא במכות אבל לאוסרה על בעלה לא סגי בזה והרא"ש תמה דכיון דאפי' לחיוב מיתה סגי בזה א"כ מכש"כ לאוסרה על בעלה:

וע"כ נראה דבה"ג לשיטתו דהנה עדות זנות לאוסרה על בעלה חשוב עדות שא"א יכול להזימו רק מש"ה מהני העדות משום ממון דמפסידה הכתובה ועי' בנב"י ובזה אמרתי לתרץ דברי הרי"ף בכתובות בסוגיא דפ"פ דהקשה הא אכתי איכא ס"ס דמכ"ע ומתרץ דמכ"ע פתחו סתום והקשה בר"ן דא"כ לפי מה דמשני אביי דמתני' אירי בטענת דמים אכתי תקשה דס"ס הי' ס' אונס ושמא מכ"ע ע"ש וע"כ נראה דהא בתוס' הקשו דמה מייתי אביי ראיה ממתני' דנאמן לאוסרה בפ"פ דילמא לעולם דאינו נאמן והתקנה היה שם שיבא לב"ד ויתברר ע"י עדים יע"ש וע"כ נראה דהנה בס' הפלאה איתא דאי לא קים ליה בפ"פ ואעפ"כ הוא אומר ברי דפ"פ מצא אז יותר יש להאמינו להפסידה הכתובה

דל"ש חזקה דאין אשה מעיזה דכיון דלא ק"ל בפ"פ ליכא העזה משא"כ אי קים ליה בפ"פ איכא חזקה דאין אשה מעיזה ואינו נאמן להפסיד הכתובה יע"ש:

ולפ"ז מייתי אביי שפיר ראיה דקים ליה בפ"פ ונאמן לאוסרה דאין לומר דלא קים ליה א"כ ליכא הך חזקה דאין אשה מעיזה א"כ מיד שבא לב"ד ואמר פ"פ הפסידה הכתובה א"כ אין לומר דנפ"מ שיבואו עדים דליתא דגם עדים לא מהני דחשוב עדות שא"א יכול להזימו ואין לומר דחשוב ממון משום הכתובה דליתא דכתובה כבר אין לה ע"י דיבורו שאמר פ"פ ונאמן כיון דלא ק"ל וליכא חזקה דאין אשה מעיזה ועיקר מה שבאו עדים לאוסרה לחוד וזה חשוב עדות שא"א יכול להזימו אלא ודאי דנאמן לאוסרה וא"כ לפי מה דמשני דאיירי בט"ד ובזה קים ליה ואיכא חזקה דאין אשה מעיזה ולא נאמן להפסיד הכתובה ע"י דיבורו וא"כ לא קשה דבטענת דמים איכא ס"ס דע"ז יש לומר דנפ"מ דיבואו עדים ואע"ג דהוי עדות שא"א יכול להזימו חשוב ממון משום הכתובה ועכ"פ אמרינן דעיקר הטעם דמהני העדות משום דחשוב ממון והנה אי אמרינן דבשטר חשוב מוחזק א"כ להפסיד הכתובה בודאי לא סגי במה שראו כדרך מנאפים נהי דחשוב חזקה או רוב דכיון דראו כדרך מנאפים בודאי בעל לא מהני להוציא והיא חשיבא מוחזקת לבה"ג לשיטתו וכיון דליכא ממון לא מהני עדות לאוסרה על בעלה כיון דחשוב עדות שא"א יכול להזימו משא"כ להורגה היה סגי בזה דכיון דאז הוי עדות שאתה יכול להזימו דאי יוזמו הן חייבין מיתה וע"כ סגי בעדות כזה משא"כ לאוסרה ולא ראו רק כדרך מנאפים דאז לא הפסידה הכתובה ע"י עדות כזו וכיון דליכא ממון חשוב עדות שא"א יכול להזימו:

וניחא מה שהקשו הא דאי' בסנהדרין עידי נערה המאורסה שהוזמו דאין נהרגין שיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו וקשה הא משכחת בהעידו שראו כדרך מנאפין דאז ע"כ באו להורגה דלאוסרה לא נאסרה עי"ז ועי' בנב"י אך לפי מה שכתבנו דהרמב"ם סובר דכתובת אירוסין אינה יכולה לטרוף מלקוחות ואז לא הוי כגבה ואז הוי עדות אע"ג דאי אפשר להזים דחשוב ממון משום דמפסידה הכתובה אף דלא ראו רק כדרך מנאפין וע"כ בארוסה מודה בה"ג דנאסרה בראו כדרך מנאפין לחוד ושפיר קאמר דיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו:

ונחזור לענין ראשון מה שכתבנו דהכא יש למלוה מיגו דנאנסו מדברי המ"מ הלכות שכירות נראה דליכא מיגו דהנה בפ"י מהלכות שכירות כתב הרמב"ם וז"ל ואם נאנס המשכון ישבע שנאנס וישלם לו חובו ועי' במ"מ דכתב גם זה כדעת הגאונים דלא קיי"ל כשמואל דאמר שאם אין המשכון קיים אין הלוה משלם כלום והנה הלח"מ הבין מדברי

המ"מ דסובר דאליבא דשמואל חייב המלוה אפי' באונסין והקשו עליו דא"כ דהיה הסוגיא רצה לומר דמתני' דמלוה על המשכון ש"ש משום דשמואל הא לשמואל חייב אפי' באונסין ומתני' קתני דרק ש"ש יע"ש ונראה דגם המ"מ מודה דאפי' לשמואל אי ידוע בעדים שנאנס דפטור המלוה רק עיקר כוונתו על הא דנאמן המלוה בשבועה דנאנסו ע"ז הוכיח דלא קיי"ל כשמואל דאליבא דשמואל לא היה נאמן בשבועה דהנה בנהמ"ש ס' נ"ד הקשה וז"ל למה יהיה השטר עדיף ממשכון הא אפי' אם נתן משכון שגופו ממון והמלוה טוען שנאנס נשבע וגובו חובו משום דחשוב הלוה א"י א"פ א"כ ה"נ כשהמלוה טוען שנשרף השטר יהיה ג"כ מהימן בשבועה וגובה חובו ונראה ליישב דשאני משכון שאינו נוטלו רק לזכרון דברים וכו' וכן הדין במשכון כשיש לו מעות ודינו במעות ואז הוי ממש כשנים שיש להם חוב זע"ז שדינן דזה גובה וזה גובה וכיון דראובן תובע חובו משמעון בברי ושמעון תובע מראובן החוב שלו דהיינו המשכון שמסר לו לזכרון ולא לפרעון רק שנעשה שומר עליו ותובע אותו מס' דאפי' המשכון בעין ת"י אינו נחשב לפרעון רק ז"ג וז"ג וכיון דתביעת הלוה המשכון הוא רק מספק תביעתו לאו כלום וצריך לשלם משא"כ בשטר כ"ז שהוא בעין ת"י אין הלוה חייב לשלם לו וכ"ז שהשטר בידו חשוב פרעון וע"כ חשוב הלוה א"י א"נ יע"ש ולפ"ז לשמואל דסובר דאבד כל חובו טעמו משום דסובר דלקח לגוביינא ועי' בתוס' בסוגיא וא"כ כל זמן שאין מחזיר לו המשכון אינו מחוייב וחשוב טענת הלוה א"י א"נ וממילא אינו נאמן המלוה בשבועה דנאנס וע"ז קאמר דלא כשמואל אבל מודה המ"מ דאי איכא עדים שנאנס פטור והלוה ישלם ושפיר קתני מתני' דש"ש הוא אפי' לשמואל הוא רק ש"ש אבל עכ"פ אמרינן דבשבועה אינו נאמן שנאנס וממילא לפי המ"מ ליכא מיגו דנאנסו:

אך נראה עוד לתרץ קושי' התוס' דאמאי לא קאמר דעובר משום דשמואל ואפי' אי לא קני משכון דהא הקשו דכיון דשמואל סובר במתנה ש"ח להיות כשואל דבעי קנין א"כ מה בכך דקיבלו על אופן זה הא לא היה קנין ואפי' לדידן דלא בעינן קנין מ"מ הא ל"ש בההיא הנאה וע"כ נראה דהנה הראב"ד הקשה מאי מקשה הגמ' במאי בדברים דאמאי לא דהרי דבר הנעשה בשעת משיכה אין צריך קנין ותירץ דכיון דלא מטי לידו שום הנאה ואין לו' הנאה כלל ע"כ אינו מועיל בלא קנין החיוב וזה תינח התם בפקדון אבל במשכון דקיי"ל פרוטה דר"י ומרויח ואפי' למאן דלא סובר פרוטה דר"י היינו דבשביל זה אינו ש"ש אבל הנאה איכא וע"כ לא בעי קנין והא תינח בישראל דשייך פרוטה דר"י דעביד מצוה משא"כ במלוה לא"י דל"ש זה וממילא ל"ש דינא דשמואל כיון דאין לו הנאה ולא היה קנין וגם ל"ש בההיא הנאה דמהימן ליה וע"כ אינו עובר משום דשמואל:

ולפ"ז לפי מה דסובר הר"ן דשואל ספר אינו חייב באונסין דאין כל הנאה שלו דבעלים יש להם הנאה פרוטה דר"י ובש"ך השיג דהא לא קיי"ל כר"י דיהיה ש"ש עבור זה ובקצה"ח כתב דאין ראי' דאפי' לרבה מודה דיש לו הנאה רק דלא נעשה ש"ש משום זה אבל לשיטת הש"ך אמרינן דאליבא דרבה ליכא שום הנאה ולפ"ז יש לומר דטעמא של בה"ג דבשטר מודה שמואל משום דהא באמת לא היה קנין אך משום דמחילה ל"צ קנין ובשטר דצריך קנין וע"כ לא מהני דבריו לחוד אפי' אי קיבלו על אופן זה לא מהני וזה תינח לדידן דקיי"ל כרבה וליכא הנאה משא"כ מתני' דמלוה על המשכון דסובר פרוטה דר"י ואיכא הנאה וא"כ אפי' בשטר דגם מחילה ל"צ קנין מ"מ הכא סגי בדבריו לחוד דכל דבר הנעשה בשעת משיכה ואיכא הנאה ל"צ קנין וע"כ שפיר מקשה על שמואל אפי' אי מיירי בשטר:

ועכ"**פ** בעובד כוכבים אנס דליכא מצוה ובשטר דל"ש מחילה א"צ קנין לכ"ע ל"ש דינא דשמואל דהנאה ליכא כלל וגם ל"ש מחילה א"צ קנין וא"כ יש לומר הא דפסחים דאי לא קני משכון דאינו עובר ול"א דעובר משום דשמואל דנפק"מ בשטר ולפ"ז כיון דאיירי בשטר דאז ע"כ לקח המשכון לגוביינא דאי לזכרון דברים היה לו שטר ניחא קושי' התוס' שם הא ר"י לא קאמר אלא שלא בשעת הלואה הא עיקר החילוק דשלא בשעת הלואה לקח לגוביינא משא"כ בשעת הלואה וכיון דע"כ איירי התם בשטר אפי' בשעת הלואה לקח לגוביינא וממילא קני משכון אפילו בשעת הלואה:

ולפ"ז אליבא דשמואל דלדידיה לעולם לקח לגוביינא לדידי' קני משכון אפי' בשעת הלואה וא"כ כיון דשלא בשעת הלואה אז לכ"ע אפי' החזירו למשכון אינו משמט משום דכבר קני' למשכון ואליבא דשמואל אפי' בשעת הלואה קני למשכון א"כ אפי' אי החזירו למשכון אינו משמט כמו שלא בשעת הלואה ולפ"ז כיון דהסוגיא דמכות קאי לשמואל וא"כ יש לומר דאיירי דהחזירו למשכון דמיגו ליכא ומ"מ אינו משמט כמו שלא בשעת הלואה דאפי' החזירו אינו משמט משום דקני ליה ה"ה בשעת הלואה לשמואל:

ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם הנ"ל דלדידן דלא קיי"ל כשמואל וממילא לא קני למשכון בשעת הלואה וע"כ ל"ח כמוכר לו וע"כ סובר הרמב"ם דאסור ליטול כלי אוכל נפש אפי' בשעת הלואה משא"כ הסוגיא דקאי לשמואל ושמואל דסובר דלקח לגוביינא וא"כ קני משכון אפי' בשעת הלואה וחשוב כמוכרו לו וע"כ פריך הגמ' שפיר על שמואל דאין לומר בשעת הלואה דא"כ שרי אפי' כלי אוכל נפש דחשוב כמוכרו לו משא"כ לדידן:

ולפ"ז ניחא קושי' התומים דמשמע בסוגיא דאומן דאומן אינו נאמן בלא מיגו וע"כ משום דלא קני למשכון משום דלא נקט ליה למשכון דהסוגיא דקאי לרבה ורבה ע"כ סובר

כשמואל דכיון דלא סובר פרוטה דר"י וא"כ לשמואל קני למשכון אפי' בשעת הלואה ולדידי' דקני אפי' בשעת הלואה אז ע"כ היכי דלא נקט ליה למשכון לא קני למשכון כדברי הקצה"ח הנ"ל וע"כ אומן לא קני למשכון וצריך מיגו משא"כ לדידן דלא קני רק שלא בשעת הלואה ואז אמרינן דקני למשכון אפי' היכי דלא נקט למשכון:

ועל עיקר קושי' התוס' דכיון דע"כ איירי דהדינר שהודה לא פרעו דהא בעי הודאה במקצת א"כ גם בע"ז מהראוי להיות נשבע ונוטל דהרי שהה והרי עבר ונראה דהנה באומר גנבתי אע"ג דאין אדם משים א"ע רשע אע"פ כן חייב לשלם מה שהודה ועי' בר"ן בכתובות פ' המדיר וכתבו הטעם משום דיש לומר דגנב משום ס' מי"ש שהיה לו עליו וגם היכי דמודה דרך תשובה ל"ש דאין אדם משים א"ע רשע כמו שכתבו בתוס' כריתות לענין חלב כן:

ולפ"ז הכא דמודה לו דינר ולפי דבריו משים א"ע רשע דל"ש ס' מי"ש דלאו דב"ת ליתא בחזרה ודמי לשבועה וגם ל"ש דכוונתו לעשות תשובה דא"כ האיך חשדו לו על דינר השני וממילא דהודאה שלו ל"ח הודאה כיון דמשים א"ע רשע וכיון דל"ח הודאה ור"י בעי מב"מ וע"כ בע"ז אינו נשבע ונוטל:

ואי באומן עשו תקה"ש בלוקח מן האומן אי צריכין הבעלים להחזיר הדמים ללוקח עי' בש"ך ס' קל"ד דפסק דבאומן לא עשו תקה"ש ואע"ג דבדברים העשוין להשאיל ולהשכיר עשו תקה"ש אומן שאני דהוי כקנה מגנב מפורסם דלא עשו תקה"ש:

ובזה ניחא מה שהקשה בט"ז על הא דפסק המחבר מי שהי' בידו דברים עשויין להשאיל ולהשכיר ותבע אידך ואמר זה החפץ שלי הוא ואני השאלתיו לפלוני והוא משיב אני לקחתי מפלוני אין יכול להוציאו מידו ועי' בש"ך דהטעם דכיון דלפי התובע דהשאיל לפלוני וא"כ כי מכר לאחר הוי גזלן ואחזוקי אינש בגזלן לא מחזקינן והקשה בט"ז מהא דאיתא בסוגיא דאומן דאם יוצא מתחת ידי אחר ואמר בפני אמרת לו למכרו דנאמן במיגו דאי בעי אמר אני לקחתי ממך ולפי סברת הש"ך ל"צ לטעמא דמיגו ומשמע דאם אמר סתם לקחתי מפלוני אומן צריך להחזיר ואמאי הא לפי דבריו שנתן לפלוני לתקן וא"כ כי מכרה לאיש אחר הוי האומן גזלן דמכר דבר ש"ש ואחזוקי איניש בגזלן לא מחזקינן:

ועי' בתומים דהקשה דא"כ אפי' כי לא מכרה לאחר דהוא אומר השאלתיו לך והוא אומר לקחתי אמאי אינו נאמן בדברים עשויין להשאיל אמאי לא אמרינן ג"כ דלפי דבריו שלא החזיר הוי גזלן ואינו נאמן לאחזוקי בגזלן ע"ש ונראה דלכאורה תקשה אמאי אזלת בתר חזקת כשרות דהנתבע מי שנמכר לו ואמאי לא אזלת בתר חז"כ דהתובע כמו הא דפריך הגמ' וכי שכיר עובר על ב"ת אך נראה דכיון דאפי' לפי התובע צריך להחזיר

דמים ללוקח מפני תקה"ש א"כ אפי' כי משקר התובע לא מרעינן חזקת כשרות שלו דלא תחמוד בלא דמי משמע להו וע"כ ליכא חז"כ לגבי דידיה משא"כ אי מכר דבר ש"ש הוא גזלן וע"כ אמרינן דאינו נאמן וזה תינח במכרה לאחר דצריך עכ"פ להחזיר הדמים אבל בלא מכרה אז איכא גם חז"כ דידיה וע"כ נאמן וזה שייך גבי דברים עשוין להשאיל דעשו תקה"ש משא"כ גבי אומן דלא עשו תקה"ש וא"כ לפי התובע רצה להוציא החפץ בלא דמים וע"כ ל"ש לומר דאחזוקי בגזלן לא מחזקינן דהא איכא גם חזקת כשרות דהתובע וע"כ צריכין לטעמא דמיגו:

ולפ"ז ניחא התוס' בשבועות דהקשו על מתני' דמכיר כליו דאמאי לא מהימן דנגנבו לו במיגו דהשאלתי לך ותירצו דמיגו להוציא לא אמרינן והקשה בתומים הא בבו"ש קי"ל דאמרינן מיגו להוציא וע"כ נראה דהא עיקר הטעם משום דבלא"ה איכא מאן דסובר דבו"ש ב"ע ועי' בפ"י דעיקר הטעם מאן דסובר דברי עדיף משום דאיכא להתובע חזקה דאין אדם תובע וכו' והיינו משום דאוקמי' על חזקת כשרות וזה שייך בעלמא משא"כ הכא דאף לפי דבריו צריך להחזיר הדמים מפני תקה"ש וע"ז ל"ש חזקת כשרות דל"ת בלא דמי משמע וא"כ לכ"ע ל"א דברי עדיף וע"כ אפי' בבו"ש ל"א מיגו להוציא:

וניחא בזה קושי' מהרש"א שם דהקשה על הא דכתבו בתוס' ואין לומר דאחזוקי אינש בגנבי לא מחזקינן ומה בכך במיגו מהימן לומר אפי' גנובין דכן סובר התוס' לעיל יע"ש:

ולפ"ז ניחא דעיקר הטעם משום דאיכא חזקת כשרות גם להתובע משא"כ הכא דרוצה להחזיר הדמים ליכא חז"כ לגבי התובע ודו"ק:

אבר מן החי

הנה שיטת הרמב"ם דב"נ מוזהר על אבמ"ה ובשר מ"ה והקשו למאי נ"מ כתב הרמב"ם דמוזהר על אמ"ה ועל בשר מ"ה דבשלמא בישראל נפק"מ בין אמ"ה ובין בשר מ"ה דבשר מ"ה בעינן כזית משא"כ אמ"ה סגי במשהו בשר וגידין ועצמות מצטרפין להשלימו לכזית משא"כ ב"נ דקיי"ל דלא נתנו שעורין לב"נ א"כ חייב על משהו בשר משום בשמ"ה:

והנה לפי מה דאיתא בס' פרדס דוד דמפרכסת דאסור לב"נ ולא לישראל דווקא אבר מן מפרכסת דאיכא גבי ב"נ קרא מיוחד דאסור אמ"ה אך בשר בנפשו וכו' משא"כ בשמ"ה דליכא קרא מפורש לגבי ב"נ ובאמת הקשה דאמאי אסור לב"נ בשמ"ה דהא זה ילפינן רק מקרא ובשר בשדה טריפה וכו' וכיון דב"נ אינו מוזהר על טריפה מהראוי שאינו מוזהר על בשר מ"ה אך כתבו דהא דב"נ מוזהר על בשמ"ה מקרא דאכל תאכלו למיסר בשמ"ה מה שנאסר לישראל בסיני למיסר בשר מן החי מה שיהיה נאסר לישראל בסיני א"כ כמו דבשר ממפרכסת לישראל שרי ה"ה לב"נ יע"ש וא"כ לפ"ז ניחא דהוצרך להזהיר ב"נ גם

על אמה"ח דאז אסור גם מן המפרכסת משא"כ אי לא היה מוזהר על אבר רק על בשר א"כ בשר מן המפרכסת שרי אבל השתא דמוזהר גם על אבמ"ה אז אסור גם במפרכסת וגם נראה דלפי מה דסוברים דח"ש ע"י תערובות מותר ועי' בר"ש ועי' בפסחים סוגיא דע"כ ובפ"מ ולכאורה יש להביא ראיה לזה מהא דהקשה התוס' בשבועות (דף כ"ג) ד"ה דמוקי לה וכו' לימא דהיינו טעמא דר"י לא אמר כר"ל משום דהא ר"י סובר דח"ש אסור מה"ת וא"כ גם בכ"ש מושבע ועומד ותירצו דכיון דליכא רק איסור לחוד ולא איסור לאו ועשה וע"כ ל"ק מושבע ועומד יע"ש:

ולי נראה דלכאורה תקשה לשיטת התוס' בע"ז דאע"ג דר"ש סובר דכ"ש למכות דווקא היכי דכ"ש הוא בעין ולא ע"י תערובות ולפ"ז תקשה הא דאיתא שם בסוגיא בשלמא לר"ל מש"ה פוטר ר"ש דר"ש סובר דכ"ש למכות א"כ גם על כ"ש מושבע ועומד הוא וקשה הא הוי איסור מוסיף אפי' ע"י תערובות דקודם שנשבע עליה היה מותר לאכול כ"ש ע"י תערובות משא"כ השתא דאסר ע"ע בפירוש כ"ש אז אסור אפי' ע"י תערובות דכיון דאסר ט"ע בפירוש א"כ דמי לכזית וע"כ דמי לכזית וכיון דכזית אסור אפי' ע"י תערובות ה"ה כ"ש אסור אפי' ע"י תערובות אך באמת ר"ש אפי' איסור מוסיף לית ליה. אך תקשה לס"ד דפריך מ"ט דר"י דפטור ולא היה ידע דר"ש לית ליה איסור כולל תקשה דא"כ גם לר"ל לא ניחא דהוי איסור מוסיף אך באמת ניחא דהא ר"ל לא סובר איסור כולל באיסור הבא ע"י עצמו וה"ה דמוסיף לית ליה בבא עי"ע ולפ"ז ניחא קושי' התוס' הנ"ל דר"י דסובר אפי' כולל בבא ע"י עצמו שפיר פריך דאמאי לא מוקי לה בח"ש ואע"ג דלדידי' גם ח"ש אסור מ"מ הוי מוסיף לענין ע"י תערובות דמצד ח"ש היה מותר ע"י תערובות משא"כ השתא דאסר ע"ע בכ"ש אסור אפי' ע"י תערובות. והנה לפ"ז נהי דב"נ אסור בכ"ש מ"מ ע"י תערובות שרי דהא הקשה מי איכא מידי דלישראל פטור בח"ש וב"נ יהיה חייב אך התירץ דכיון דלישראל איכא אסור עכ"פ דח"ש אסור מה"ת וע"כ ל"ש מי איכא מידי ולפ"ז כ"ש ע"י תערובות דלישראל שרי אז גם ב"נ אינו חייב ולפ"ז אי לאו דב"נ מוזהר על אבמ"ה היה מותר לב"נ אבמ"ה ואיכא משהו בשר מ"מ הא ח"ש ע"י תערובות הוא עם גידין ועצמות וע"כ הוצרך אזהרה דאמ"ה משום דמצטרפין למשהו בשר גידין ועצמות:

ועי' בס' דו"ח שרצה לומר דאיסור אבמ"ה אפי' באוכל שלא כד"א דכיון דגידין ועצמות לאו בני אכילה ואפ"ה אסרה התורה ה"ה משהו בשר שאוכל שלא כד"א חייב וע"ש. וקשה דלפ"ז מהראוי לומר שאיסור אבמ"ה יהיה חל על איסור טריפה דחשוב מוסיף לענין שלא כד"א ועי' בש"א דכתב ג"כ דזה חשוב מוסיף במאי דאסור שכד"א ותקשה

מהסוגיא דפליגי באכל אבמ"ה מהטריפה אי חייב שתים ות"ל דחשוב איסור מוסיף ועי' גם בפלתי דסובר ג"כ דבשר וחלב חשוב מוסיף משום זה. ולפ"ז ניחא קושי' התוס' בע"ז דאליבא דר"ש משרת למה לי להיתר מצטרף לאיסור ל"ל דהא סובר דכ"ש למכות ולט"כ הא ידעינן מג"ע יע"ש אך לפי מה שמקשין דהא אי אפשר למילף ט"כ מג"ע דילמא משום בשר בחלב הוצרך הגעלה ותירץ בפלתי הא כתיב כל דבר אשר יבא באש וכו' וצלי לא אסור בב"ח דל"ח בישול והנה הא דצלי לא אסרה תורה הוא משום דא"כ יש לומר הא דכתיב לא תבשל גדי בחלב אמו היינו חלב אלא ודאי דצלי שרי וא"כ אי אפשר לומר חלב דאז הוי טיגון ואין לומר לעולם דאפי' צלי אסור ואפ"ה אי אפשר לומר חלב דאין איסור בב"ח חל על איסור חלב אך הוי מוסיף לענין שכד"א וא"כ ר"ש דלא סובר מוסיף וגם לר"ש אסור בכל איסורין שכד"א ועי' במרש"ל בשבועות ולדידיה יש לומר דגם צלי אסור ואפ"ה אי אפשר לומר חלב דאין איסור חל על איסור וא"כ לדידיה יש לומר דאין ראיה מג"ע דט"כ דיש לומר משום בב"ח וע"כ צריכין משרת על ט"כ:

ועי' בפלתי שמתרץ הרמב"ם דסובר דב"נ מוזהר גם על בשמ"ה ואע"ג דישראל ידעינן בשמ"ה מקרא דבשר בשדה טריפה ועל טריפה אינו מוזהר ב"נ וא"כ מנ"ל דב"נ מוזהר על בשמ"ה וכתב וז"ל דודאי פשטא דקרא דלא תאכל הנפש עם הבשר מורה על בשמה"ח כי אבמ"ה מאן דכר שמיה ולכך ס"ל לר"י הך לאו דב"נ דכתיב ביה בשר בנפשו וכו' אמרינן דאתא על מסתבר על בשמ"ה דלאו דבשר בשדה וכו' כתיב ביה טריפה וזה אינו ענין לב"נ ואין לומר דא"כ מנ"ל אבמ"ה זה אינו כיון דאסור בשמ"ה א"כ אבמ"ה דיש בו בשר וגידין ועצמות פשיטא דאסור ואי דבשמ"ה צריך כזית בשר ואמ"ה משהו בשר וגידין ועצמות זה שייך בישראל דבעי כזית אבל ב"נ דהוא במשהו דלא נתנו שעורין לב"נ ולכך לב"נ בשמ"ה ואבמ"ה מחד קרא נפקא אבל בישראל ליכא למילף אבר מבשר דבזה צריך כזית משא"כ אבר מצרפין גם גידין וכו' ולכך פרט התורה לאו מיוחד בשר בשדה וע"ש:

ולפ"ז נראה לתרץ מה שהקשו מה פריך הגמ' והרי אבמ"ה דלמאי צריכין לומר דאסור ליתן לב"נ משום לפני עור ת"ל דאסור בהנאה וקשה דילמא איירי בבשר מ"ה דנפקא מקרא דבשר בשדה וכו' וזה אין איסור הנאה במשמע דהא טריפה שרי בהנאה:

וע"כ נראה דהא כתבנו דהא דלא נתנו שיעורין לב"נ ול"א מי איכא מידי אך משום דגם לישראל אסור ח"ש ועי' בפ"מ שרצה לחדש דלענין הנאה ח"ש מותר דל"ש חזי לאיצטרופי ענין הנאה ולפ"ז גם בב"נ לענין הנאה ליכא בב"נ דמי איכא מידי וכו' דכיון דלישראל שרי לגמרי ולפ"ז שפיר פריך הגמ' אי כר"א דלא תאכל גם הנאה במשמע ת"ל

משום הנאה ואין לומר דאבמ"ה אסור בהנאה והכא איירי בבשר מ"ה דליתא דמנ"ל דב"נ מוזהר על בשר ואין לומר מקרא אך בשר בנפשו וכו' הא איצטריך על אבמ"ה ולענין הנאה דאז צריך כזית גם בב"נ וא"כ באבר מן החי צריך להנאה משהו בשר וגידין וכו' משא"כ בשמ"ה צריכין כזית להנאה ורק אליבא דאמת דאמ"ה שרי בהנאה אז אמרינן דגם ב"נ מוזהר על בשר מקרא אך בשר בנפשו ואבר מן החי ילפינן קו"ח מבשר דאין לומר דבזה צריך כזית בשר הא לא נתנו שיעורין לב"נ:

והנה מתוס' סוכה (דף ל"ה) נראה להוכיח דלא כפ"מ דגם לענין הנאה ח"ש אסור דהקשו שם באתרוג של ערלה ת"ל דמיכתת שיעורי' דמצותו בשריפה ותירצו דלא צריך רק דנפ"מ לענין מע"ש והקשה במהרש"א אכתי אמאי לא שביק המתרץ סברת המקשן דמאן דבעי דין ממון לא בעי היתר אכילה והא דתרומה טמאה פסול משום דמצוה לשורפו ותירץ דלפי מה שפירשו אחר זה דאתרוג של טבל פסול לכ"ע משום אתרוג השותפין וא"כ ליכא נפקותא אי סובר דלא בעינן היתר אכילה ולכאורה קשה הא קיי"ל דאתרוג כאגוז כשר וא"כ הוא פחות משיעור ואכתי תקשה דאמרינן דהיתר אכילה לכ"ע בעי ואמרינן שפיר דלא בעי היתר אכילה ונפ"מ באתרוג דליכא כזית דלמ"ד דבעי היתר אכילה אין בו היתר אכילה דח"ש אסור באכילה משא"כ למאן דבעי דין ממון הא דין ממון יש לו דבהנאה ח"ש מותר אלא ודאי דאפי' בהנאה אסור ח"ש:

ועי' בתוס' שבועות (דף כ"ד) דמפלפלו שם אי הא דכתיב וזבחת אי חשוב עשה ושיטת ריצב"א אינו כן דאל"כ למ"ד דלאו לאיברים עומדת האיך מצי חייל איסור אבר על עשה דשאינו זבוח אלא ודאי וזבחת לא אתא לאסור דבלא"ה אסורה וקיימא מחיים באיסור אבמ"ה ולאחר מיתה איסור נבילה אלא בא להתיר את האיסור וכו':

ועי' בפ"מ דכתב אי אמרינן דחשוב עשה א"כ אפי' אליבא דר"ל ח"ש אסור בנבילה דעשה איכא על כ"ש דלא כתיב ביה אכילה דלבעינן כזית דווקא ואי דכתיב וזבחת ואכלת האי אכילת רשות וכן נפק"מ גם לר"י דנהי דר"י אוסר ח"ש מ"מ אפי' עשה אין בו רק איסור לחוד משא"כ בנבילה עשה איכא:

ועי' בס' דורש לציון דכתב על הא דפריך הגמ' במנחות נבילה וטרפה לא יאכלו כהנים הא ישראלים אכלו ומשני רבינא כהנים איצטריך דה"א מדשרי מליקה גבייהו והקשה דמנ"ל דאישתרי מליקה גבייהו דילמא דחויה היא דאכילת קדשים מצות עשה הוא ודוחה ל"ת וכתב שע"כ אישתרי להו דאל"כ הא אפשר לקיים שניהם שיאכלו כהנים רבים שיגיע לכל אחד פחות מכזית וח"ש מותר מהתורה ולכאורה לפי הנ"ל נדחה זה

דבנבילה איכא איסור עשה על ח"ש אך באמת ניחא דע"כ הקושי' אזלא אי וזבחת לא הוי עשה דאל"כ אין עשה דוחה ל"ת ועשה וע"ז מתרץ שפיר דא"כ יאכל כל אחד ח"ש:
ועי' במס' נזיר (דף כ"ט) בתוס' דהקשה על הא דמשני על הקושי' בשלמא לר"י דאמר הלכה היא בנזיר אהכי שרי לכהן לאכול מליקה אלא לר"ל כדי לחנכו הא אכיל מליקה ומשני דסבר דאין שחיטה לעוף מה"ת והקשה בתוס' דעכ"פ הוי טריפה דמליקה מן העורף והוי נשברה חוט השדרה ולפי הנ"ל ניחא דלכאורה קשה מה מקשה הגמ' הא ר"ל סובר דח"ש שרי מה"ת ואיכא תקנתא שיאכלו כהנים הרבה ולא יהיה רק ח"ש לכל אחד אך למ"ד דשחיטה לעוף מה"ת ואיכא עשה וזבחת א"כ גם בח"ש איכא איסור עשה וליכא תקנתא בח"ש אבל כי משני דאין שחיטה וכו' נהי דהוי טריפה לא קשה דאכיל טריפה דאיכא תקנתא בח"ש:
והנה באחרונים איתא אי וזבחת חשוב עשה תלי' אי בהמה בחי' לאיברי' עומדת אי לאו דאי לאו לאיברים עומדת א"כ ע"כ הא דאמרינן בהמה בחי' בחזקת איסור עומדת היינו באיסור שאינו זבוח וא"כ ע"כ שמעינן וזבחת היא עשה משא"כ אי לאיברי' עומדת יש לומר חז"א אבמ"ה ועשה דוזבחת ליכא:
ולפ"ז ניחא קושי' תוס' בנזיר (ד' הנ"ל) דאיך מצי רבי סובר כדי לחנכו והרי בחולין סובר רבי דיש שחיטה לעוף מה"ת וא"כ האיך אוכל כהן מליקה יע"ש:
אך לפי מה שהקשו מאי מקשה הגמ' דילמא הכהן מערב עם שאר חטאות שהי' שם במקדש ובטל חד בתרי ואיסור אין מבטלין רק מדרבנן ותירצו דחשוב ברי' דמתחלת ברייתה היא קיימא באיסור שאינו זבוח ואיכ' עשה וזבחת ואיסור זה דאינו זבוח היא מתחלת ברייתי' ועי' בחולין (ד' ק"ג) דרצה הגמ' לומר דר"ל סובר דלאו לאיברי' עומדת ולדידי' ע"כ איכא עשה וזבחת ופריך הגמ' שפיר על ר"ל דאכיל מליקה וביטול לא מהני דהוי ברי' משא"כ רבי סובר דלאיברי' עומדת ולדידי' ל"א דאיכא עשה שאינו זבוח ושפיר יש לומר דאכיל ע"י ביטול. ולפ"ז ניחא הא דכתבו בתוס' דליכא לא עשה רק איסור לחוד דקאי לר"י ור"י סובר דלאיברים עומדת ויש לומר דלא סובר דאיכא עשה וזבחת:
ולפ"ז יש לפרש הא דאמר ר"י דאליהו עתיד לדורשו והיינו דלדידי' ל"ש לומר מדאישתרי מליקה דיש לומר משום דעשה דוחה ל"ת ועשה דוזבחת לא סובר וליכ' ל"ת ועשה ויש לומר דעשה דוחה ל"ת וע"כ קאמר אליהו יתרץ
ולפ"ז נראה הא דהקשה בתוס' יבמות על הא דהתורה אמרה יבא איסור לבילה ויחול על איסור חלב והלא קל על חמור הוא ולכ"ע לא חייל ובתוס' תירצו דנבילה יש לו ג"כ חומר שמטמא ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם דפסק באוכל חלב מ"ה דחייב שתים משום

אבמ"ה ומשום חלב והקשו דהי' לחייב גם משום בשר דהא אבמ"ה ובמ"ה מחד קרא נפקא לי' אך כיון דבמ"ה אינו מטמא א"כ הוי קל על חמור וע"כ אינו חייב משום בשמ"ה ויש לומר דאפי' במוסיף כמו הכא דאיתוסף לב"נ מ"מ קל על חמור לא חייל גם תירצו בתוס' דחלב קיל שהותר מכללו אצל חיה. ובזה ניח' קושי' המל"מ דהקשה אי אמרינן דלוקין על הנאת בשר בחלב א"כ תקשה אמאי במבשל חלב בחלב דאינו חייב שתים דאין איסור חל על איסור והא איסור בב"ח איסור מוסיף לענין הנאה כיון דאיכא על הנאה מלקות ולפ"ז ניחא דקל ע"ח הוא דחלב הוא בכרת ואין לומר דהותר מכללו אצל חיה דגם איסור בב"ח הותר מכללו אצל חיה:

אך לפי מה שכתבתי דבנבילה איכא עשה וזבחת נראה לתרץ קושי' התוס' דלפי מה דאיתא בר"ן סוף יומא דאע"ג דנבילה לאו ושבת איסור סקילה חמור יותר לאו דנבילה לפי שבכל כזית וכזית שאוכל יהי' עובר ועי' בשעה"מ דמכש"כ היכי דעל איסור אחד יש ריבוי איסורין חמור יותר מכרת וע"כ נבילה על חלב ל"ח קל ע"ח אע"ג דחלב בכרת משום דבנבילה איכא גם עשה וזבחת וניחא בזה קושי' התוס' בשבועות (דף הנ"ל) דאמאי חל איסור שבועה על חלב והא קל על חמור הוא ואע"ג דכולל הוא אך כיון דבשבועה איכא לאו ועשה ל"ח קל ט"ח אע"ג דחלב הוא בכרת:

והנה בתשו' ברית אברהם איתא דאי אמרינן דכל העומד לזרוק כזרוק דמי אז אמרינן ג"כ כיון דעומדת הבהמה לשחוט ולחתך לאיברים ע"כ אמרינן דלאיברים עומדת יע"ש ולפ"ז נראה לתרץ דברי הרמב"ם דפסק דג"ה מותר בהנאה ופסק דאין בגידין בנ"ט ובהדיא איתא בגמ' דר"ש דכיון דסובר דאין בגידין בנ"ט ע"כ לדידי' ג"ה אסור בהנאה ולכאורה נראה דהנה בפלתי הקשה על הא דקאמר הגמ' דאי אין בגידין בנ"ט ל"ש כשהותרה נבילה היא וגידה הותרה וקשה אמאי הלא האוכל ג"ה של נבילה לוקה גם משום נבילה דכיון דחשוב אכילה לגיד ה"ה לנבילה וא"כ כשהותרה נבילה בהנאה ה"ה גיד דהא הוא בכלל ל"ת כל נבילה וע"כ נראה דהא הקשה שם דלמאי צריכין לומר לר"ש משום דאין בגיד בנ"ט אפי' יש בנ"ט הא ר"ש סובר דאין איסור חל על איסור אפי' בכולל א"כ מעולם לא חל נבילה על איסור גיד והאוכל גיד של נבילה אין לוקה משום נבילה ואיך יתכן כשהותרה נבילה וכו' הא אין בגיד איסור נבילה ואיך יחשב בכלל היתר:

ונראה דהנה רש"י ותוס' נחלקו אי איסור הנאה חשוב מוסיף ועי' בחולין פ' ג"ה ונראה לפי מה דסוברים דהיכי דאיסור השני נתוסף דאסור שלא כד"א לא הוי איסור מוסיף ודלא כש"א הנ"ל והטעם דכיון דלאו להכי קיימ' וע"כ ל"ח מוסיף וע"כ נראה דלפי מה דסוברים דמשו"ה ליכא מלקות על הנאה משום דדבר העומד לאכילה עיקר אכילה

הנאתו ולא הנאה דאינו עומד להנאה רק לאכילה וע"כ ליכא מלקות וע"כ ממילא לא חשוב מוסיף דכיון דאינו עומד להנאה ולפ"ז דבר שאינו ראוי לאכילה ועומד רק להנאה דאז איכ' מלקות וממילא חשוב הנאה איסור מוסיף ולפ"ז יש לומר דהנה התוס' בג"ה רצה לומר דאיסור גיד אינו יכול לחול מחיים דלא מצי לחול על איסור אבמ"ה רק דמתלי תלי דכי פקע איסור אבר אז חל איסור גיד וא"כ הוי איסור ג"ה ואיסור נבילה איסור ב"א ובאיסור ב"א גם ר"ש מודה דאחע"א וא"כ אפי' לר"ש הגיד בכלל ל"ת נבילה ושייך לומר כשהותרה נבילה וכו' וע"כ צריכין לומר משום דסובר ר"ש דאין בגיד בנ"ט ל"ש לר"ש כשהותרה הא לאו הכי הוא בכלל ל"ת נבילה אפי' לר"ש:

אך קשה דילמא לעולם ג"ה אסור בהנאה ואי משום כשהותרה נבילה וכו' דליתא דאי אסור בהנאה יכול לחול מחיים על איסור אבר דמוסיף הוא ושוב לא הוי איסור ב"א ואי אפשר לחול איסור נבילה על איסור גיד ושוב לא הוי הגיד בכלל נבילה ול"ש כשהותרה נבילה כיון דהאיסור נבילה אינו על הגיד כלל. אך כבר אמרנו דהנאה ל"ח מוסיף דכיון דאינו עומד להנאה וע"ז שפיר פריך הניחא למ"ד דיש בנ"ט ועומד לאכילה ולא להנאה ולא הוי מוסיף וא"כ אפי' אי אסור בהנאה ג"כ ל"ח מוסיף וא"כ לא מצי לחול מחיים רק בעת שנעשה נבילה ואז הוי איסור ב"א והי' בכלל ל"ת נבילה ושייך לומר כשהותרה נבילה אלא למ"ד דאין בנ"ט ואז עומד רק להנאה וחשוב מוסיף ואיסור גיד חל מחיים על איסור אבר ולא הוי בב"א וא"כ לר"ש דלית ליה כולל לא חל איסור נבילה על איסור גיד ולא הוי בכלל ל"ת נבילה ול"ש כשהותרה וכו' ומשני ר"ש סובר באמת דג"ה אסור בהנאה וזה הכל לר"ש לשיטתו דלא סובר כולל משא"כ לדידן אפי' אין בגידין בנ"ט מ"מ שייך כשהותרה נבילה דכיון דחייב גם משום נבילה באכל לגיד שייך כשהותרה וכו':

ולפ"ז ניחא קושי' הרשב"א על רש"י דפי' דמש"ה בג"ה של עולה דחייב שתים משום דמוסיף הנאה דא"כ אמאי בב"ח לא הוי מוסיף בשביל הנאה וע"כ נראה דרש"י סובר דגם הוא סובר דאין בגידין בנ"ט ומ"מ חייב גם משום עולה דכיון דחשוב אכילה לגבי גיד ה"ה לאיסור עולה וכיון דאין בנ"ט א"כ עומד להנאה וע"כ הוי מוסיף משא"כ גבי בב"ח הנאה לא הוי מוסיף משום דאינו עומד להנאה:

וגם נראה דבאמת איכא קו"ח מחלב דגיד שרי בהנאה אך מה לחלב שהותר מכללו אך הקשו דגם גיד הותר מכללו אצל עוף ועי' בשעה"מ אך לפי מה שהקשו האיך חל איסור גיד על איסור אבר אי בעינן שאיסור גיד יהי' חל מחיים דווקא וכתב ברשב"א לתרץ דכיון דניתר בשחיטת אמו וא"צ לעשות מעשה השחיטה בעודה במעי אמו ולא חל איסור אבמ"ה עד אחר שיצא ממעי אמו ואז בא גם איסור גיד וחשוב איסור ב"א וזה

שייך בבהמה אבל לא בעוף דלא משכחת שיחול איסור גיד על איסור אבמ"ה ולא צריכין לטעם מפני שאין לו כף אך כיון דמתני אתי' כר"מ דסובר דבעוף ליכא איסור אבר מ"ה וע"כ צריכין לטעמא מפני שאין לו כף אבל לדידן דאיסור אבמ"ה אפילו בעוף א"כ ל"צ בעוף מפני שאין לו כף רק משום דאי אפשר לחול על איסור אבמ"ה וממילא ל"ש דהותר מכללו אצל עוף דכיון דהא דאינו נוהג בעוף רק משום דאין איסור חל על איסור ולא חל על איסור אבמ"ה וא"כ ליכא קו"ח מחלב דיש לומר שאני חלב דהותר מכללו אצל חיה וע"כ שרי בהנאה אך תקשה דאיסור גיד יכול לחול על איסור אבר דקיי"ל באיסור גיד דאפי' באין בו כזית חייב משא"כ משום אבר מ"ה בעי כזית וא"כ באכלו לגיד שאין בו כזית דליכא איסור חל על איסור דהא ליכא איסור אבר כלל וא"כ ע"כ הא דאינו נוהג משום שאין לו כף וחשוב איסור גיד ג"כ הותר מכללו ואיכא קו"ח מחלב אך ר"ש לשיטתו דסובר דכ"ש למכות וגם באיסור אבמ"ה לא בעי כזית א"כ ל"ח הותר מכללו דהא בעוף הטעם משום שאי אפשר לחול על איסור אבר וא"כ ליכא קו"ח מחלב וע"כ אוסר ג"ה בהנאה משא"כ לדידן מצי לחול על איסור אבר דבזה בעינן כזית משא"כ בגיד ורק הטעם בעוף מפני שאין לו כף וא"כ גם הותר מכללו ואיכא קו"ח מחלב וע"כ פסק הרמב"ם דג"ה מותר בהנאה אך לפי מה שאמרנו דהא אי לאיברי' עומדת תלי' דאליבא דר"ש דסובר דכל העומד לזרוק וכו' והנה הא דלא יכול לחול מחיים משום דלא מצי לחול על איסור אבר זה אי לאיברים עומדת משא"כ אי לאו לאיברים עומדת ולפ"ז ניחא דר"ש לשיטתו דסובר דכל העומד לזרוק וכו' וממילא לאיברים עומדת ולא יכול לחול על איסור אבר וא"כ ל"ח הותר מכללו דכיון דהא דאינו נוהג בעוף הוא רק משום דאין איסור חל על איסור וליכא קו"ח מחלב דהתם הותר מכללו וע"כ סובר דאסור בהנאה משא"כ לדידן דלאו לאברים עומדת וע"כ הטעם דאינו נוהג בעוף רק משום שאין לו כף וחשיב גם הותר מכללו ואיכא קו"ח מחלב וע"כ פסק דג"ה שרי בהנאה:

וניחא קצת דברי הרמב"ם דסובר דגיד של שליל אסור והקשו עליו דהא בחולין (ד' צ"ב) קאמר ר"א דמחלוקת בבן תשעה חי והלך ר"מ לשיטתו ור"י לשיטתו וכיון דקיי"ל כר"י דבן תשעה ניתר בשחיטת אמו גם בזה היה לנו ליפסק כר"י דגיד של שליל שרי וע"כ נראה דלפי מה שכתב' דמש"ה תלי' זה בזה לפי הרשב"א הנ"ל דמש"ה חייל איסור גיד על איסור אבר היינו משום דאין איסור אבמ"ה חל עד שיולד דקודם שנולד יכול להתירו ע"י שחיטת אמו וע"כ שפיר הלכו לשיטתן דודאי לר"מ דס"ל דבן תשעה חי אינו ניתר בשחיטת אמו נמצא דתכף שנעשה העובר בן תשעה מיד היה חל איסור אבמ"ה כיון דאז שוב לא היה יכול להפקיע איסור אבמ"ה ע"י שחיטת אמו וא"כ לא יכול לחול איסור גיד

על איסור אבמ"ה דקדמו מתחלת חודש תשעה וממילא אף לאחר שחיטה דפקע איסור אבמ"ה תו ליכא איסור גיד דבעינן שיחול מחיים ושפיר מזה גופא נפק"ל לר"מ לשיטתו דגיד נוהג בשליל דהשתא שפיר איסור גיד קדים לאיסור אבר אבל לר"י לשיטתו דסובר דבן תשעה ניתר בשחיטת אמו מצי ס"ל דאין גיד נוהג בשליל דכיון דלדידי' אין איסור אבר חל עד שיולד כיון שיכול להפקיע איסור אבר ע"י שחיטת אמו אפי' בבן תשעה:

ולפ"ז יש לומר דאליבא דר"מ לשיטתו דסובר דכל העומד ליבצר כבצור ועי' בגיטין פ' השולח וה"ה דכל העומד לזרוק וכו' וא"כ לדידי' לאיברי' עומדת וע"כ קאמר שפיר דר"מ הלך לשיטתו דאל"כ לא יחול על איסור אבר שחל מעת שהוא בן תשעה משא"כ הרמב"ם דסובר דלאו לאיברי' עומדת ע"כ לא תליא זה בזה:

והנה שיטת רש"י בחולין דאפי' למ"ד דלאו לאברים עומדת מ"מ לבשר עומדת והקשו בתוס' מהא דקאמר רבא בחולין (ד' ק"ג) כגון שתלש ממנה אבר וטרפה בו דמ"ס בהמה בחי' לאברים עומדת ולא אתא בהדדי ומ"ס דלאו לאברים עומדת דאז איסור אבר ואיסור טריפה בהדי הדדי קאתו וקשה דכיון דלבשר עומדת א"כ לר"י איך אתיא איסור אבר ואיסור טריפה בהדדי מ"מ איסור בשר מ"ה קדים ואיך יכול לחול איסור טריפה על איסור בשר דקדים יע"ש ונראה דמהראוי לומר דכמו דחל איסור טריפה על איסור חלב משום דאיסור חלב הותר מכללו ה"ה דיחול איסור טריפה על איסור אבר אפי' אי לאברים עומדת דאיסור אבר קדים משום דאיסור אבר קיל דהותר מכללו דאינו נוהג בטמאים אך זה אי הא דאינו נוהג בטמאים הוא משום גזה"כ אבל אי משום דאין איסור חל על איסור אינו נוהג בטמאים ל"ש דהותר מכללו ואין לומר דאיך אפשר לומר משום דאין איסור חל על איסור הא איסור מוסיף הוא לב"נ דזה אינו דכבר כתבו המחברים דל"ח מוסיף דלב"נ אינו אסור משום אבר רק משום בשר ואין לומר דאי משום בשר היה צריכין כזית דזה אינו דלא נתנו שיעורין לב"נ וא"כ ל"ש לומר מיגו דניתוסף לב"נ הך איסור אבר דלב"נ אינו אסור משום אבר רק משום בשר והבשר אסור לישראל משום טריפה רק דנימא דיהיה אסור גם משום מיגו דנוסף לב"נ וכיון דלב"נ אין נפק"מ באיסור זה דהא אסור ליה משום בשר ול"ח מוסיף וע"כ ל"ש דהותר מכללו וצריכין לומר משום דלאו לאברים עומדת ובהדדי קאתו משא"כ בשמ"ה חשוב שפיר מוסיף לב"נ ואעפ"כ אפי' בשמ"ה אינו נוהג בטמאה וכמו דאיתא בתוס' מעילה דאפי' למ"ד דילפינן מבשר בשדה וכו' מ"מ אינו נוהג בטמאה וא"כ חשוב בשמ"ה הותר מכללו אצל טמאים וא"כ נהי דלבשר עומדת ואיסור בשר קדים מ"מ חייל איסור טריפה משום דאיסור בשר הותר מכללו אצל טמאים:

ובזה ניחא קושי' התוס' שם ד"ה דאיסור חלב לרבא דאמר לעיל כגון שתלש ממנה אבר וטרפה בו ולאו לאברים עומדת דקאתו בהדדי ומשמע דאי נטרפה קודם שנתלש לא אתי איסור אבר וחייל על איסור טריפה א"כ האיך משכחת לה שלש הכא לר"י דכיון דלאו לאברים עומדת ואין איסור אבר חל על איסור טריפה אך לפי מה שכתבו המחברים דאין בחלב משום בשר דאין שם בשר עלי' וא"כ בזה הוי שפיר מוסיף לב"נ דאין לומר דלב"נ אינו אסור משום אבר רק משום בשר דעל חלב ליכא משום בשר וא"כ אפי' אי לאו לאברים עומדת חל איסור אבר על איסור טרפה דחשוב מוסיף לב"נ הנה איתא בס' ברוך טעם אי ביצה חשובה ברי' ולא בטיל משום ברי' תליא אי בחי' לאיברים עומדת אי לא דאי לאברים עומדת א"כ לא חל איסור טריפה רק אחרי שאסר איסור אבמ"ה או בשר מ"ה ואי אפשר לאיסור טריפה לחול עליה רק מעת שנפרשה ולא נשארה מעורה ואז לא חשיב ברי' משום דאז שנפרשה ולא נשארה מעורה אינה ברית נשמה משא"כ אי לאו לאברים עומדת וחל איסור טריפה בשעה שהי' מעורה וחשוב ברית נשמה ולא בטלה:

ובזה ניחא קושית הש"ך ס' ק"ב על הא דכתב המחבר דהיכי דאין המתיר בודאי ל"ח דשיל"מ וע"כ ביצה של תרנגולת ס' טרפה דנתערבה בטל ול"ח דשיל"מ דאפשר להמתינו כ"א יום דאי היא מטילה ביצים אינה טריפה אך משום דאין המתיר בודאי ל"ח דשיל"מ והקשה בש"ך למאי כתב יש מי שאומר הא בהדיא מפורש בגמ' כן במס' ביצה (ד' ג') דמשני לה דהא דקתני דס' אסורה איירי בס' טריפה ופריך ותיבטל ברובא דאין לו מתירין וכו' וקשה לוקמ' דהספק על התרנגולת אם היא טריפה אי לא ואז הוי דשיל"מ אלא ודאי דל"ח דשיל"מ יע"ש:

ונראה דלכאורה תקשה לפי מה דאיתא בתוס' ב"ק להקשות על הא דמוקי הגמ' בחולין דלמ"ד דטריפה אינה יולדת ע"כ פליגי כשעיברה ולבסוף נטרפה ופליגי אי עובר ירך אמו ועי' בחולין (ד' נ"ח) והקשו מהא דאיתא בב"ק פרה שהזיקה גובה מולדה מ"ט גופי' הוא תרנגולת שהזיקה אינו גובה מביצתה מ"ט פירשה בעלמא היא ויש לומר דהתם איירי בביצים גמורות דלא אגידי בגופה וגבי מזיק אמר ליה אייתי ראיה דההיא שעתא הוי אגידא בגופי' ושקיל וגבי טריפה אסור מספק דילמא בשעה דנטרפה היה אגידי בגופ' יע"ש וא"כ תקשה אי ספיקא אסורה איירי בס' טריפה והס' על התרנגולת א"כ אפי' בלא נתערבה באחרות מהראוי להיות שרי דאיכא ס"ס שמא התרנגולת היה כשרה ואפי' אי טריפה שמא בעת שנטרפה לא היה אגידי בגופיה ונפק"מ בין הספיקות דע"י ספק הראשון גם התרנגולת כשרה משא"כ ע"י ספק השני אינו כשר רק הביצה וכן תקשה על המחבר דאפי' אי חשוב דשיל"מ מ"מ הביצה אינה אסורה כלל משום דס"ס

היא ומזה ראי' דבס"ס היכא דאפשר לברר לא מהני ס"ס וא"כ הכא דאפשר לברורי אי נמתין כ"א יום לא מהני ס"ס והביצה אסורה וע"כ ה"א דאי נתערבה לא בטל דחשוב דשיל"מ וע"כ הוצרך לאשמעינן דל"ח דשיל"מ והנה במג"א ס' תל"ז איתא דהא דצריכין לברר בס"ס או ברוב ובחזקה זה דווקא היכי דמוציאן מחזקת איסור אז צריכין לברורי והנה רש"י פי' דחזקת איסור היינו חזקת אבמ"ה והיינו אי לאברים עומדת דאז איכא חזקת איסור אבמ"ה והנה להרבה פוסקים דאפי' אי ברי' לא בטילה מ"מ באלף בטל ולפ"ז ניחא קושי' הש"ך דהנה הא דלא בטל אפי' אי לא חשוב דשיל"מ דחשוב בריה וע"כ משום דלא הוי ברית נשמה והיינו אי לאברים עומדת וממילא איכא חזקת איסור אבמ"ה ולא מהני ס"ס משום דאפשר לברורי והביצה אסורה וע"כ איצטריך לאשמועינן דבנתערבה בטל ול"ח דשיל"מ משום דהמתיר אינו בודאי משא"כ הברייתא דקתני ואם נתערבה באלף דאז אפי' בריה בטילה וא"כ יש לומר דלעולם דלאו לאברים עומדת ואע"ג דהוי בריה באלף בטל וא"כ ליכא חזקת איסור אבמ"ה דכיון דלאו לאברים עומדת ול"צ לברר וא"כ אי אפשר לומר דהס' על התרנגולת דא"כ גם הביצה שרי משום ס"ס אלא ודאי דאירי דהס' מאיזה תרנגולת נולדה וזה אין לו מתירין ושפיר פריך ותבטל ברובא:

והנה נראה לי לפי מה דסוברים הראשונים דבאיסור עשה ל"א דהיוצא אסור דהא דדרשינן הטמאים לאסור הציר היוצא זה רק באיסור לאו ולא באיסור עשה וא"כ אי אמרינן דחזקת איסור היינו שאינו זבוח משום דוזבחת הוא עשה וא"כ לפ"ז אי רוצה לאכול רק היוצא ליכא חזקת איסור ולפ"ז קשה הא דאיתא בחולין מחייב ר"מ על שחיטתן משום נבילה מ"ט הואיל דרוב מקלקלין ופריך אפי' מיעוט נמי דסמוך מיעוט לחזקה וכו' וקשה הא נפק"מ בדעתו לאכול היוצא מהבשר כגון ציר ורוטב דע"ז ליכא חזקת איסור שאינו זבוח דמצד זה שרי היוצא דכל היוצא אינו אסור רק בלאו וע"כ צריכין לטעמא דרוב ובשלמא אי חזקת איסור הוא אבמ"ה ניחא משא"כ אי חזקת אינו זבוח תקשה:

ובאמת לפ"ז לא קשה קושי' התוס' בשבועות אי אמרינן דחשוב עשה הך וזבחת א"כ האיך חייל איסור אמה"ח על עשה זו אך לפ"ז ניחא דחשוב מוסיף לענין כל היוצא דמצד עשה שרי היוצא וניחא ג"כ קושית התוספות בכריתות פ' ג' דס"ל מדפוטר ר"ש אוכל נבילה בי"ה דר"ש לית ליה איסור מוסיף ועי' בש"א ולפ"ז ניחא דהא ר"ש אירי אפי' בנתנבלה בי"ה משום דלא מצי לחול על עשה שאינו זבוח וקשה הא מוסיף הוא דמצד עשה דוזבחת רשאי לאכול היוצא מנבילה משא"כ מצד י"ה אלא ודאי דאפי' איסור מוסיף לית ליה לר"ש:

והנה איסור הביצים וחלב הכל רק היוצא מהן נקרא ועי' בפלתי ס' פ"א וממילא ליכא חזקת איסור על הבצים אי אמרינן דחזקת איסור שאינו זבוח וניחא קושי' הש"ך הנ"ל דלוקמא דהס' על התרנגולת דאז חשוב דשיל"מ משום דס' טריפות היכי דלא נולד ריעותא מחיים אז ס' שרי ועי' ביו"ד ס' נ' ובש"ך שם רק היכא דנולד ריעותא מחיים אסור משום חזקת איסור והתם דקאי הסוגיא לר"י ור"י דסובר דלאו לאברים עומדת וע"כ חזקת איסור שאינו זבוח וא"כ ליכא על הבצים דחשוב היוצא מהטריפה חזקת איסור דמצד עשה לא אסור היוצא וכיון דליכא חזקת איסור ס' שרי וע"כ דס' אינו על התרנגולת רק מאיזה תרנגולת נולדה דס' אסור דאיתחזק איסור ואז ליכא דשיל"מ אך אליבא דאמת דלאברים עומדת ואיכא חזקת איסור אבמ"ה ואז הביצה אסורה דנולד ריעותא מחיים וה"א דלא בטילה וע"כ אשמעינן דל"ח דשיל"מ:

והנה אי ב"נ מוזהר על אבמ"ה של עוף המחבר פסק בס' ס"ב דנוהג גם בעוף והרמב"ם הלכות מלכים כתב יראה לי דאין ב"נ נהרג עלי' ומורה דאין מוזהר מהתורה דאזהרתו זו היא מיתתו והפלתי הקשה בהא דאמרינן בפסחים (ד' ע"ג) למ"ד מקלקל בחבורה פטור הא דתנן השוחט חטאת בשבת לעבודת כוכבים בחוץ חייב עלי' ג' חטאות מה תיקן ומשני שמוציא מידי אבמ"ה ובחולין מסיק הגמ' דבחטאת העוף אייריי ולשיטת הרמב"ם ב"נ אינו מוזהר וא"כ עדיין קשה מה תיקן יע"ש:

ונראה דבלא"ה הקשה להסוברים דהא דקיי"ל דאוסר דבר ש"ש בעשה מעשה זה רק מדרבנן א"כ תקשה מהא דאיתא בב"ק בשלמא ע"ז שחיטה שאינה ראוי' היא דאע"ג דאינו שלו מ"מ עשה מעשה אוסרו וקשה הא לענין דו"ה אזלינן בתר דאורייתא דלא יכול לאסור אפי' במעשה חשוב שחיטה ראוי' היא ועי' בס' ת"ש ונראה דהנה איתא בסנהדרין דהרודף אחר ע"ז דניתן להצילו בנפשו מקו"ח דפגם הדיוט ניתן להצילו וכו' אך משום דאין עמה"ד וע"כ לא ניתן להציל בנפשו ולפ"ז לר"ש דסובר דעמה"ד גם ברודף אחר ע"ז ניתן להצילו בנפשו והנה שיטת בעה"מ בסנהדרין דאע"ג דקיי"ל דבקלבד"מ דווקא בשיבר פטור מלשלם אבל היכי דהוא בעין לא קני וצריך להחזיר זה מדרבנן אבל מדאורייתא אפי' היכי שהוא בעין קני לה וא"צ להחזיר יע"ש ולפ"ז ניחא הסוגי' הנ"ל דכיון דחכמים הן ר"ש ור"ש הא סובר דעמה"ד וא"כ תכף שרוצה לשחוט לע"ז חשוב רודף אחר ע"ז וקלבד"מ דניתן להצילו בנפשו ומדאורייתי' קני בדמים אע"ג שהוא בעין וחשוב שלו ויכול לאסור דל"ש אין אדם אוסר דש"ש ומדרבנן דלא קני לה הא מדרבנן יכול לאסור ע"י מעשה ומדאורייתא פשיטא דיכול לאסור דקני בדמי' וע"כ קאמר שפיר

דבשלמא ע"ז ש"ש הוא ורק אליבא דאין עמה"ד ולא ניתן להצילו אז מדאורייתא לא יכול לאסור רק מדרבנן:

והנה בפלתי בס' ד' הקשה דאי רק מדרבנן יכול לאסור מה פריך הגמ' על שחוטי חוץ לא ליחייב ואמאי הא מדאורייתא ראוי לבא בפנים וע"כ חייב משום שחוטי חוץ יע"ש וע"כ קושית הגמ' לר"ש ולדידי' מדאורייתא פשיטא דיכול לאסור דקני בדמים וע"ז משני דאיירי בחטאת העוף ואע"ג דאז ליכא תיקון הא ר"ש סובר דמקלקל בחבורה חייב ולמאן דפוטר לדידי' לא איירי בעוף ומ"מ לא קשה קושי' הגמ' דמדאוריית' ראוי' בפנים ועי' בס' ח"ס דרצה לומר דאפי' אי ב"נ לא מוזהר על אב"מ בעוף מ"מ על בשמ"ה אין חילוק ומוזהר על העוף. ובזה ניחא קושי' התוס' הנ"ל אי אפי' לאו לאברים עומדת אבל לבשר עומדת א"כ לא אתו בהדדי ואיך יחול איסור טריפה על איסור בשר דקדים אך נראה דהא בלא"ה מהראוי לחול על איסור אבר דהותר מכללו בטמאים ואמרנו דהא דאינו נוהג בטמא הוא רק משום דאין איסור חל על איסור אך הא מוסיף לב"נ אך נפק"מ בעוף וזה שייך לענין אב"מה משא"כ בשר דגם ב"נ מוזהר ול"ש דאין אחע"א ורק מגזה"כ לא חל וע"כ חשוב הותר מכללו ומש"ה חייל טריפה על איסור בשמ"ה:

וניחא מה שהקשו בהא דהקשו הראשונים בשוחט בשבת נעשה מומר והיינו בשעה שהתחיל לשחוט והקשו דילמא איירי בעוף ובחצי קנה פנום ועי' בפלתי אך לפי מה שהקשו דאמאי לא דאי עביד לא מהני דאז הוי מקלקל ולא עבר כלום והתירץ דתיקן לב"נ דיצא מידי אבמ"ה ועי' בתשובות ב"א ואי איירי בעוף דב"נ אינו מוזהר תקשה אמאי ל"א דאי עביד לא מהני ואז הוי מקלקל אלא ודאי דלא איירי בעוף ודו"ק:

אין עונשין מהדין:

פליגי בזה ר"ש ורבנן דר"ש סובר דעונשין ועי' במכות ועי' בסנהדרין בסוגיא דניתן להצילו בנפשו ועי' במשנה למלך דב"נ עונשין מהדין ועי' בס' פ"ד ולפ"ז כבר אמרנו למעלה דאליבא דר"ש הרודף אחר ע"ז דניתן להצילו בנפשו מקו"ח והוא הדין בב"נ לכ"ע ובזה ניחא קושי' הב"י ביו"ד סי' ד' דהקשה הא דמקשה הגמ' בחולין (דף מ"א) אי אמרינן דבישראל לכ"ע אין אדם אוסר משום לצעורי קא מכוין ופריך ממתניתין דמנסך ומשני בישראל מומר ואמאי לא משני דאיירי בא"י יע"ש ועי' בס' קצה"ח ולכאורה נראה לפי מה שהקשו על חזקיה דסובר דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק ומדינא גם בשוגג חייב רק מש"ה פטור בשוגג כדי שיודיעו וקשה אפי' אם חייב לשלם יכול להודיע דהיה בלא הגבהה דהא ע"כ סובר דאפשר לנסך בלא הגבהה ואז פטור משום דקלבד"מ אך כיון

דתפיסה מהני בקלבד"מ משום דחייב לציי"ש א"כ אפי' אי יאמר דניסך בלא הגבהה תפיסה מהני ואכתי לא יודיעו:

ולפ"ז אמרתי לתרץ קושי' הנב"י על הא דקאמר ולמאן דיליף קנסא מקנסא כל הני למה לי ופי' רש"י דרב יליף מקנסא דקאמר מערב היינו מדמע וקשה דילמא סובר רב דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק ומדינא חייב ולעולם דלא יליף קנסא מקנסא אך לפי מה דאיתא בתומים סי' כ"ח דאליבא דרב דסובר דהיכי דקלבד"מ אפי' כשהוא בעין אינו צריך להחזיר לדידיה אפי' לציי"ש אינו צריך לשלם וממילא לא מהני תפיסה וא"כ ע"כ לא סובר כחזקיה דא"כ ל"ש כדי שיודיעו דיכול שנסך רק דהיה בלא הגבהה דאז פטור ואפי' תפיסה לא מהני אלא ודאי דרב סובר כר"י דקנס היא ולפ"ז לשיטת מהרש"ל דסובר דהא דחייב לציי"ש זה בלא היתרו דאז נהי דגם חייבי מיתות שוגגים פטור חייב עכ"פ לציי"ש משום היכי דעבדינן החומרא אפי' לציי"ש פטור וא"כ בעובד כוכבים דנהרג בלא התראה ולעולם עבדינן החומרא א"כ ל"ש בעובד כוכבים התקנה כדי שיודיעו דיכול להודות דהיה בלא הגבהה ולא ירא שיתפוס דלא מהני תפיסה דכיון דפטור אפי' לציי"ש וא"כ לא איירי מתני' בעובד כוכבים. אך נראה דלפי מה דהקשה בתשובות ב"א דמאי משני הגמ' דמעידנא דאגבהה קניה הא תכף שמגביה לנסך חשוב רודף אחר ע"ז וניתן להצילו בנפשו אך באמת לא קיי"ל כן משום דאין עמ"ה וא"כ אי מיירי בעובד כוכבים דעמה"ד וניתן להצילו בנפשו ותקשה דקלבד"מ על שעת הגבהה וע"כ לא משני דאיירי בעובד כוכבים רק בישראל מומר:

והנה בריטב"א איתא דאפי' לר"ש דסובר דעמה"ד מ"מ בחידוש לכ"ע אין עמה"ד וע"כ אפי' לר"ש אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה ול"א קו"ח משום דאין עמה"ד. ולפ"ז אמרתי לפרש דברי הב"ש באה"ע סי' ד' דכתב וז"ל ולענין נזקין אם נגח תורא דידן לתורא שלו כתבו בתוס' דמשלם לו נזק שלם במועד והקשה אמאי כתב דווקא במועד הא נפק"מ גם בתם דמשלם פ"נ ברוב ישראל ול"א דל"א בתר הרוב ודילמא עובד כוכבים ותורא דישראל דנגח לתורא של עובד כוכבים פטור ואמאי כתב דווקא במועד אך דבאמת תקשה הא לא אזלינן בתר הרוב בממון אך רובא דאיתא קמן שאני והטעם דהא בתוס' הקשו דאמאי לא ילפינן מקו"ח מנפשות דחמירי ואזלינן בתר הרוב מכש"כ בממון ותירצו משום דלפי מה שפי' רש"י דהא דאזלינן בתר רובא דליתא קמן הוא מהלכה וקיי"ל דאין דנין קו"ח מהלכה וע"כ לא אזלינן בתר הרוב בממון ולפ"ז רובא דאיתא קמן דבהדיא כתוב בתורה אחרי רבים וכו' וע"כ דנין בקו"ח מנפשות וע"כ אזלינן בתר הרוב גם בממון אך אין עמה"ד אך ממון עמה"ד ועי' תוס' ב"ק והא תינח במועד משא"כ בתם

דקיי"ל פ"נ קנס וקנס חידוש הוא ואפי' בממון אין עמה"ד וממילא לא אזלינן בתר הרוב אע"ג דרוב דאיתא קמן לא מהני דהא הריטב"א סובר דמה"ט אפי' בממון ל"א כאשר עשה משום דהזמה חידוש הוא:

ובאמת הא דאזלינן בתר הרוב בממון ברובא דאיתא קמן הוא משום דעדיף רובא דאיתא קמן ומש"ה שיטת התוס' דבס"ס מוציאין ממון משום דס"ס חשוב רובא דאיתא קמן וכן איתא באחרונים וכן ר"מ דחייש למיעוט מ"מ ס"ס מהני אפי' לדידיה וכן ר"י דחייש למיעוט מ"מ בס"ס מודה ועי' בנדה פ' האשה אך נראה דזה דווקא לדידן דבאיסור אזלינן אפי' בתר רובא דליתא קמן וע"כ בממון נהי דלא אזלינן בתר רובא דליתיה קמן מ"מ ברובא דאיתא קמן אפי' בממון אזלינן בתר הרוב משא"כ לר"מ דאפי' באיסור בעינן רובא דאיתא קמן דווקא דהא חייש למיעוט לדידיה אפשר דבממון אפי' רובא דאיתא קמן לא מהני להוציא וכן ס"ס נהי דחשוב רובא דאיתא קמן לא מהני להוציא וניחא בזה דברי הרי"ף בכתובות דהשמיט בסוגיא דמומין תירוצא דר"א ודרבא ור"א:

וע"כ נראה דהקשו דילמא מש"ה בנכנסה לרשות הבעל הבעל צריך להביא ראיה משום דאיכא ס"ס דשמא לא קפיד ושמא היו המומין משנתארסה משא"כ בעודה ברשות אביה דבנתקדשה לחוד ל"צ גט מספק שמא לא קפיד וליכא רק חדא ס"ס אך כיון דמתני' אתיא כר"מ דקתני דברי ר"מ ואליבא דר"מ אפי' בס"ס אין מוציאין ממון משא"כ לדידן החילוק בין רישא לסיפא דבסיפא איכא ס"ס וגם לענין סמוך מיעוט לחזקה זה רק ברובא דליתא קמן ולא ברובא דאיתא קמן וניחא מה שהקשו במצא גדי שחוט דמתירין ברוב ישראל ואמאי ל"א סמוך מיעוט לחזקה דהא ברא"ש בחולין איתא דהא דאמרינן רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן ול"א סמוך מיעוט לחזקה משום דמיעוט חשוב מיעוט' דמיעוטא והכא ל"ש זה אך באמת הרא"ש לא הקשה דאמאי ל"א סמוך רק ברובא דליתא קמן משא"כ הכא ברוב ישראל וכן לפי מה דאיתא בשמ"ק דסמוך ל"א רק היכי דרוב תליא במעשה ג"כ ניחא דהרא"ש לא הקשה רק ברוב מומחין הן דתליא במעשה משא"כ הכא ל"א סמוך וניחא מה שהקשו על הריטב"א דמש"ה ל"א סמוך משום דאפי' לפי המיעוט אינו ודאי איסור והקשו מכאן ולפי מה שכתבתי ניחא הכל:

ולפי מה שכתב הריטב"א דמ"ה אמרינן דרוב מצויין אצל שחיטה מומחין משום דאפי' לפי המיעוט אינו ודאי איסור דיכול להיות ששחט שפיר הגם שאינו מומחה ויש לעי' מהא דמקשה הגמ' לקמן אי חזקה שליח עושה שליחותו אפי' תרומה נמי והלא יש לחלק דבשחיטה אפי' כי הוא לא שחט רק אחר יש עוד להסתפק שמא שחט שפיר וזה ל"ש בתרומה ואין כאן מקומו ויבוא בעז"ה לקמן אות ס'. ונחזור לענין ראשון דלפי

הריטב"א דבחידוש לכ"ע אין עמה"ד ולפ"ז אפשר יש לומר דאפי' היכי דעשה איכא דאז לשיטת הרמב"ם עמה"ד ויבואר לקמן מ"מ היכי דעשה איכא אך הקו"ח בא לעונש והוא חידוש אפי' דאיכא עשה אין עמה"ד. אך לפי מה שהקשו על הא דאמר ב"ש דא"כ ליכתוב רחמנא חמץ ולא בעי שאור והא אין עמה"ד ותירצו דכיון דאיכא עשה דתשביתו אז עמה"ד ואע"ג דהא דעובר על חמץ חידוש הוא דאינו ברשותו של אדם אלמא דאפי' בחידוש ואיכא עשה עמה"ד:

והנה היכי דהוי גילוי מילתא בעלמא אי עמה"ד בזה פליגי אביי ורבא דאביי סובר דעונשין מן הדין ורבא סובר דאין עונשין מ"ה אפי' בגילוי מלתא בעלמא ועי' בב"ש באה"ע סי' ד' דקיי"ל כרבא והנה לפי זה ניחא הר"ן בסוף נדרים דלמשנה אחרונה דאשה האומרת טמאה אני לך דאינה נאמנת ול"א דשוי' ח"ד משום דאפקיעו לקידושין ולפ"ז באומרת טמאה אני מפסול ל"ש דאפקיעו לקידושין דנהי דהיתה פנויה מ"מ אסורה לכהן לפ"ז קשה מהא דאיתא שם דאמרה אי אנת לא דילמא חד מהנהו אהלויי ואמרינן דנתנה עיני' באחר ומותרת לבעלה והתם ל"ש אפקיעו לקידושין דמה בכך דאפי' אם היא פנויה מ"מ נבעלה לא"י ואסורה לכהן ועי' בח"ס ועי' בתוס' יבמות (ד' ס"ז) דהקשו דהכא חייש ר"י למיעוט וגבי תינוקת לא חייש למיעוט ע"ש:

וע"כ נראה דלפי מה דקיי"ל כלישנא בתרא דרבא דכל באונס לא חשיבה זונה ועי' ברמב"ן ביבמות דכתב דלפ"ז אפי' בחייבי כריתות ובכל נבעלה לפסול לה כל באונס לא קרינן בה זונה אלא דפסולה לתרומה משום קרא ובת כהן כי תהיה לאיש זר ולכהונה קו"ח מתרומה וההיא מעשה דתינוקת שירדה למלאות מים ג"כ לאו משום זונה נפסלה רק משום ובת כהן כי תהיה לזר ועי' בס' שעה"מ ובמל"מ והנה בגמ' יבמות פריך אשכחן לתרומה לכהונה מנ"ל ומשני קו"ח ופריך וכי מזהירין מה"ד ותירץ גילוי מילתא בעלמא הוא ולפ"ז לדידן דקיימא לן כרבא א"כ לכהונה בכל הפסולין היכי דהוי באונס דלא הוי זונה ולא מיפסלי רק מקרא דלאיש זר ומצד קו"ח א"כ ליכא מלקות לדידן דקיי"ל כרבא והנה במל"מ הלכות יו"ט רצה לומר דבאיסור עשה לכ"ע ל"ח למיעוט דהא הגמ' ביבמות רצה לחלק דבאיסור לאו ר"מ מודה דל"ח למיעוט אך משום דמה לי איסור לאו וכו' אך זה בלאו שיש בו מלקות משא"כ בלאו שאין בו מלקות ומכש"כ באיסור עשה לכ"ע ל"ח למיעוטי יע"ש. ולפ"ז ניחא קושי' התוס' הנ"ל דמש"ה בתינוקת ל"ח ר"י למיעוט דכיון דליכא מלקות ל"ח משא"כ התם לענין שיאכלו עבדים בתרומה חייש למיעוט:

ובזה ניחא קושי' הנ"ל דגם התוס' והר"ן מודים לסברת הרא"ש ביבמות דמתרץ דמש"ה חיישינן לשמא נתנה עיניה באחר משום דראו חכמים דרוב משקרות אך היה קשה לו

דכיון דפירקין אתא כר"י ור"י חייש למיעוט וכעין זה הקשה בתוס' יו"ט שם וא"כ לא מהני הרוב וע"כ כתב דאפקיעו לקידושין וכיון דהפקיעו וליכא משום זנות דתחתיו ורק איסור דנבעלה לפסול לה וזה ילפינן מקרא כי תהיה לזר ולכהונה מקו"ח מתרומה וכיון דליכא מלקות ל"ח למיעוט גם לר"י ואי לא הפקיעו הקידושין לא מהני הרוב דמשקרת לר"י וע"כ כתב דהפקיעו הקידושין וליכא מלקות ל"ח למיעוט אפי' לר"י ואזלינן בתר הרוב נשים דמשקרות ומש"ה שריא לבעלה כהן:

ובאמת קשה לפי המל"מ מה מקשה הגמ' בחולין פ' כ"ה דאמאי לענין לכסות חרש שוטה וקטן ששחטו דפטור מלכסות ולענין או"ב אסור יע"ש וקשה דנהי דרוב מעשיהן מקולקלים מ"מ סתם מתני ר"מ דחייש למיעוט משא"כ לענין כיסוי דעשה הוא גם ר"מ מודה דאזלינן בתר הרוב ודו"ק:

אוכל נפש ביו"ט

הנה קיי"ל דאמרינן מתוך שהותרה לצורך הותרה נמי שלא לצורך ושיטת רש"י דאפי' שלא לצורך כלל אמרינן מתוך ושיטת התוס' דבעינן דווקא צורך קצת ושיטת הרמב"ם דבבישול לא אמרינן מתוך יע"ש במ"מ והקשו עליו מהא דאיתא בביצה דהבערה ובישול אינה משנה ואת"ל משנה הא מני ב"ש דלא סובר מתוך וע"כ ל"א מתוך שהותרה הבערה לצורך וכו' ולשיטת הרמב"ם קשה דהא מדקאמר הבערה ובישול אינה משנה אלמא דגם בבישול אמרינן מתוך שהותרה לצורך וכו' ונראה דהא הקשו דפתח בתרתי הבערה ובישול ומסיים בחדא ה"נ לא אמרינן מתוך שהותרה הבערה לצורך ולא קאמר מתוך שהותרה בישול לצורך וכו' ואם כן אדרבא מזה ראיה לשיטת הרמב"ם דבבישול לא אמרינן מתוך אך הא דקאמר מעיקרא הבערה ובישול אינה משנה ע"ז נעיין:

ולכאורה נראה דהנה בתוס' שם הקשו דאפי' לב"ה לא אמרינן מתוך דבמבשל גיד מה צורך איכא והנה האחרונים תירצו דבאמת בהבערה יש לנו קרא מיותר דשרי ביו"ט דכתיב לא תבערו אש ביום השבת הא ביום טוב שרי וא"כ יש לנו להתיר הבערה ביו"ט בלא טעמא דמתוך רק מקרא דביום השבת אך אי אמרינן דבכל מקום דאמרינן מתוך בעינן עכ"פ צורך קצת אז יש לומר דנהי דשרי הבערה ביו"ט הוא רק מכח מתוך וכו' ונפק"מ דאפי' צורך קצת לא בעינן אך למ"ד דל"א מתוך ואפי' באיכא צורך קצת ל"א מתוך אז נהי דשרי הבערה ביו"ט אבל עכ"פ צורך קצת בעינן דבשאר מלאכות אפי' באיכא צורך קצת אסור ול"א מתוך ואתא קרא דביום השבת דהבערה שרי ביו"ט אך צורך קצת בעינן משא"כ אי בכל מלאכות אמרינן מתוך באיכא צורך קצת וע"כ אתא קרא ביום השבת דהבערה שרי ביו"ט ואפי' היכי דליכא צורך קצת וע"ז קאמר הא מני ב"ש

דלא סובר מתוך וע"כ נהי דהבערה איכא קרא למישרי דכתיב ביום השבת עכ"פ בעינן צורך קצת והכא ליכא צורך קצת משא"כ לב"ה דבכל מקום אמרינן מתוך עכ"פ באיכא צורך קצת א"כ נהי דהכא ליכא צורך קצת מ"מ ע"כ קרא אתא דביום טוב שרי הבערה אפי' בליכא צורך קצת. ובזה ניחא בריש פסחים (דף ה') דהוכיח רבא מר"ע דקאמר והבערה אב מלאכה והאיך שרי ביו"ט ש"מ דלא סובר מתוך שהותרה הבערה לצורך וכו' דאי אמרינן מתוך שרי והקשה בש"א דאי משהה חמן ע"מ לבערו אינו עובר וכן אי אמרינן דהיכי דחמץ אינו ברשותו שרי ועי' בראש בפסחים א"כ ליכא צורך קצת ולעולם דר"ע סובר מתוך יע"ש אך בזה ניחא דאי סובר מתוך בעלמא א"כ בהבערה דאיכא קרא ביום השבת דביו"ט שרי ע"כ אפילו היכי דליכא צורך קצת דאי בצורך קצת שרי בכל מקום אלא ודאי דבעלמא ל"א מתוך אפי' בצורך קצת וא"כ נהי דבהבערה איכא קרא עכ"פ בעינן צורך קצת והכא ליכא דכדי שלא יעבור על ב"י יכול להשהות ע"מ לבערו:

ובזה ניחא מה שהקשו על רש"י דביצה דפי' דבחלה טמאה אסור אפי' להשליך לכלבים דכיון דזהו הביעור ורחמנא אחשבי' לביעור וחשוב מלאכה ואסור ביו"ט כמו הבערה והקשו דא"כ היכי הוכיח רבא דר"ע סובר דאין ביעור חמץ אלא בשריפה לעולם כרבנן ואעפ"כ חשוב מלאכה דכיון דלרבנן בזה דמפרר וזורה לרוח מקיים מצות ביעור ומקיים בזה העשה דתשביתו ג"ז חשוב מלאכה ועי' בצל"ח ובא"ח והנה בס' יש"י מתרץ דהנה הא דאסור לשרוף ביו"ט ע"כ משום דיו"ט עשה ול"ת הוא ואין עשה דתשביתו דוחה ל"ת ועשה והמ"א כתב דגם דיו"ט הוא עשה ול"ת מ"מ הא גם חמץ הוא ל"ת ועשה לאו דב"י ועשה דתשביתו ואם כן מהראוי לומר דעשה ולא תעשה דחמץ דוחה לא תעשה ועשה דיום טוב ותירצו דבאמת לענין לאו דב"י ל"צ שריפה ודי שיפרר אלא לר"י דסובר דבשריפה היינו דהעשה דתשביתו אינו מקיים רק בשריפה וע"כ הוכיח שפיר דע"כ בערב יום טוב דביו"ט אסור לשרוף דהא עיקר השריפה הוא לקיים המצוה דתשביתו ואין עשה דוחה ל"ת ועשה משא"כ לרבנן דמקיים המצוה בכל דבר שהוא מושבת מהעולם וא"כ ע"כ אי אפשר שלא יעבור בב"י אם לא יעבור על לאו דיו"ט דהרי כיון שהוא מבערו באופן שאינו עובר על ב"י ממילא מקיים מ"ע דתשביתו וזה חשוב מלאכה ועל כן אתי עשה ולא תעשה דחמץ ודחי ל"ת ועשה דיום טוב ואין ראיה דתשביתו מערב יום טוב אלא ודאי דסובר כר"י דבשריפה ואינו מקיים העשה רק בשריפה ובמפרר לא עבר על ב"י ואינו מקיים בזה העשה דתשביתו וא"כ מה דדחי יום טוב רק העשה דתשביתו ולא הלא תעשה דבזה לא בעינן שריפה ואין עשה דוחה ל"ת ועשה יע"ש ולפי זה אפי' לדידן דלא בעינן שריפה חשוב מלאכה וההיתר רק משום דאז עשה ולא תעשה

דחמץ דוחה עשה ולא תעשה דיום טוב וזה ודאי דפחות מכזית דליכא רק איסור בעלמא לא דחי לא תעשה ועשה דיום טוב וניחא מה שהקשו למאי נפק"מ פלוגתא דב"ש וב"ה בשיעור דחמץ ושאור דמלקות ליכא דניתק לעשה ואיסור איכא אפי' בח"ש ולפי זה ניחא דנפקי מינה אי שרי לבער ביום טוב דבשיעור שלם שרי דדוחה עשה ולא תעשה דחמץ לעשה ולא תעשה דיום טוב משא"כ פחות משיעור לא דחי:

ויותר נראה לומר דהא עיקר הקושיא הנ"ל אזלי דאי לא חשיב ניתק לעשה ולוקין על לאו דבל יראה תקשה מה קאמר ב"ש ליכתוב רחמנא חמץ ולא בעי שאור דידעינן מקו"ח הא אין עמה"ד ואם תאמר דאין לוקין אם כן למאי נפקי מינה לידע השיעור דכיון דמלקות ליכא ואיסור איכא אפי' בח"ש דהא איתא בצל"ח דאפי' אי אמרינן דחמץ לא סגי בכזית מכל מקום העשה דתשביתו הוא בכזית לכולי עלמא יע"ש והנה הטעם של הסוברים דלא חשוב ניתק לעשה משום דעשה קדמו ללאו דתשביתו הוא מערב יום טוב ולפי זה הכל ניחא דב"ש שפיר קאמר דאם כן גם בחמץ סגי בכזית ואם כן בכזית חמץ דאיכא עשה דתשביתו איכא גם לא תעשה דב"י ואם כן לפי זה יש לומר דתשביתו ביום טוב ועשה ולא תעשה דחמץ דוחה ל"ת ועשה דיום טוב ולפי זה לא הוי לא תעשה שקדמו עשה וחשוב לאו דניתק לעשה לכתוב רחמנא חמץ ואין לומר דאין עמה"ד דכיון דליכא מלקות אלא ודאי דחמץ לא סגי בכזית וא"כ אי אפשר לומר דעשה ולא תעשה דחמץ דוחה ולעולם ביום טוב דהא איך אפשר לומר דתשביתו ביום טוב ודוחה הא היכי דליכא רק כזית דעשה דתשביתו איכא ולא תעשה דבליראה ליכא וליכא לא תעשה ועשה ואיך שרי להבערה ביום טוב ועל כרחך מערב יום טוב וחשוב לא תעשה שקדמו עשה ואיכא מלקות ונפק"מ לידע השיעור למלקות:

אך נראה על הקושיא דהיכי הוכיח דר"ע סובר דבשריפה דאפי' לרבנן איכא מלאכה ועל כן נראה דהנה באחרונים איתא דהא דבעל יראה חשוב ניתק לעשה זה לר"י דסובר דבשריפה דאז אין לומר דעשה דתשביתו לא בא לתקן הלאו שכבר עבר רק שלא יעבור על להבא דאם כן לא היה צריכין שריפה דווקא ושלא יעבור על בל יראה סגי בכל דבר אלא ודאי דבא לתקן לאו דבל יראה ועל כן בעינן שריפה דווקא מה שאין כן לרבנן דמפרר אז לא חשוב ניתק לעשה ולפי זה אפי' כי לא סובר מתוך שרי דכיון דאיכא קרא דביום השבת למישרי ביום טוב על כל פנים היכי דאיכא צורך קצת ולפי זה שפיר הוכיח רבא דר"ע סובר דבשריפה ואז חשוב לאו ניתק לעשה ושרי להשהות על מנת לבערו וליכא צורך קצת ועל כן נהי דאיכא קרא ביום השבת אסר לישרוף דכיון דליכא צורך קצת ומתוך לא סובר דאי כרבנן דנהי דגם מפרר חשוב מלאכה מכל מקום שרי לשרוף מקרא

דביום השבת והיינו אי גרסינן אף מפרר ושריפה בודאי טוב ואף דלא סובר מתוך מכל מקום כיון דאיכא צורך קצת שרי דכיון דבעלמא אפי' דאיכא צורך קצת אסור הכא שרי מקרא דביום השבת וצורך קצת דכיון דאינו ניתק לעשה ואסור להשהותו על מנת לבערו ומה בכך דלא סובר מתוך אלא ודאי דלא סובר כרבנן ואז הוי ניתק לעשה וליכא צורך קצת ועל כן אסור לשרוף:

וגם יש לומר דהא דהוכיח רבא דר"ע סובר דבשריפה והיינו משום דאי בשריפה ולא תקשה דאי לא מצא עצים לשורפה יהיה יושב ובטל ועל כן משום דמהני הוצאה מרשותו ואם כן בלא מצא עצים יכול להוציא מרשותו וליכא צורך קצת ועל כן אסור לשרוף ביום טוב אף על גב דאיכא קרא ביום השבת מה שאין כן לרבנן דסגי במפרר משום דאם לא כן יהא יושב ובטל ועל כרחך דלא סגי במוציא מרשותו ואיכא צורך קצת ואם כן אף על גב דחשוב מלאכה גם במפרר מ"מ יכול לשרוף מקרא דביום השבת וצורך קצת איכא דכיון דלא מהני הוצאה מרשותו:

אך קשה לי דהא בתוס' יבמות הקשו דאמאי לא ילפינן דעשה דוחה ל"ת משריפת קדשים דגלי קרא דאסור לשרוף ביום טוב הא אי לא כתוב קרא היה שרי ועל כרחך משום דעשה דחי לה ותירץ המג"ש דהוי אמרינן דשרי משום מתוך שהותרה לצורך וכו' ולפי זה למאן דלא סובר מתוך יש למילף מהתם דעשה דחי לא תעשה והנה אי ילפינן מהתם יש למילף דעשה דחי ל"ת ועשה דהא יו"ט עשה ול"ת וא"כ תקשה מה הוכיח רבא דר"ע לא סובר מתוך א"כ בודאי שרי לשרוף ביו"ט דעשה דחי ל"ת ועשה דיו"ט ויותר קשה לפי מה דתירצו בתוס' דשאני לאו דיו"ט דהותר מכללו אצל אוכל נפש יע"ש א"כ נהי דלא ילפינן לאוין דעלמא אבל לאו דיו"ט עכ"פ יש למילף מהתם דעשה דחי ל"ת וגם עשה כמו התם ותקשה דאמאי אסור לשרוף ביו"ט וא"כ יש לומר דתשביתו ביו"ט ואפ"ה שרי:

וגם תקשה דהנה אי הא דשרי לאוכל נפש הוא משום דחוי' ל"ח הותר מכללו אצל אוכל נפש דכיון דהוא רק משום דחויה וא"כ לפי מה דכתבו המחברים דהא דפליגי אי אמרינן מתוך תליא דאי הותרה אצל אוכל נפש ע"כ אמרינן מתוך ומאן דלא סובר מתוך משום דסובר דחויה וא"כ כיון דר"ע לא סובר מתוך וע"כ משום דחויה ול"ש תירץ התוס' ויש למילף מהתם דעשה דוחה וא"כ שמעינן דדוחה ל"ת ועשה ותקשה דלפ"ז יש לומר דתשביתו הוא ביו"ט ושרי:

והנה איתא במחברים דהא דסובר רש"י דאי אמרינן מתוך אז אפי' צורך קצת לא בעינן זה רק לרבה והטעם דהא קשה לרבה דהוא סובר דמתוך לכ"ע לא אמרינן תקשה מהא

דאיתא לקמן במתני' לא יחם אדם חמין לרגליו אלא א"כ ראויין לשתיה וב"ה מתירין ופי' הר"ן משום מתוך אלמא דב"ה סובר מתוך וע"כ צריכין לומר דגבי הבערה דווקא סובר ב"ה מתוך משום דאיכא קרא וביום השבת הא ביו"ט שרי אך קשה הא רבה יליף מקרא ביום השבת דאין חילוק מלאכות ביו"ט וא"כ ל"ס דהבערה שרי משום מתוך ואי אמרינן דקרא וביום השבת אתא למישרי הבערה מנ"ל דאין חילוק מלאכות וע"כ צריכין לומר דזה למסקנא דמודה רבה דאמרינן מתוך בכל מלאכות אז ילפינן דקרא אתא שאין חילוק מלאכות ביו"ט אך תקשה דאפי' למסקנא מנ"ל דביום השבת אתא שאין חילוק מלאכות דילמא דהבערה שרי ביו"ט אפי' היכי דליכא צורך קצת דכל מלאכות נהי דשרי משום מתוך מ"מ צורך קצת בעינן משא"כ הבערה ומנ"ל למילף דאין חילוק מלאכות ומזה הוכיח רש"י דלרבה ע"כ אי אמרינן מתוך לא בעינן צורך קצת בכל מקום:

ובזה ניחא דברי הרמב"ם הלכות תו"מ דסיים שם אצל שתי הלחם אלא אופין מערב יו"ט שנאמר הוא לבדו יעשה לכם ולא לגבוה והקשו הא למאן דסובר דאמרינן הואיל א"כ מדאורייתא צורכי שבת אין נעשה ביו"ט ולא איצטריך הך טעמא דלכם ולא לגבוה דזה רק למאן דלא סובר הואיל אז ע"כ מדאורייתא צורכי שבת נעשין ביו"ט יע"ש בס' שעה"מ ולכאו' נראה דהא בתוס' הקשה אמאי אינו דוחה יו"ט ולא אמרינן הואיל דאי בעי פריק והנה לפי מה דאי' בס' נחלת יעקב דפלוגתת רבה ור"ח אי אמרינן הואיל היינו אליבא דב"ה דסובר דאמרינן מתוך אך צורך קצת בעינן ופליגי אי ע"י הואיל חשוב צורך קצת דאליבא דרבה דסובר הואיל היינו דעי"ז נחשב צורך קצת וממילא שרי משום מתוך:

ובזה ניחא הסוברים דאסור לשרוף חמץ ביו"ט ואמאי הא קיי"ל דאמרינן מתוך וכו' ורבא קאמר דטעמא דר"ע משום דל"ס מתוך וא"כ לדידן דקיי"ל מתוך אמאי אסור וע"כ נראה דהא הקשו דאפי' אי אמרינן מתוך אסור דליכא צורך קצת וע"כ נראה דהא התוס' שם הקשו אע"ג דכשישרוף יהיה שרי בהנאה כדאמר גבי ערלה בישלה ע"ג גחלים דברי הכל הפת מותר והא דתנן לא יסיק תנור וכיריים היינו מדרבנן ותירצו דקרא דתשביתו אייריי בכל ענין אפי' א"צ לגחלתו והקשו נימרי הואיל אילו צריך הגחלים ועי' בשעה"מ אך באמת לפי הנ"ל ניחא דכיון דע"י הואיל ההיתר רק משום מתוך וכיון דר"ע לא סובר מתוך ממילא לא מהני הואיל נהי דהוי צורך קצת מ"מ הא לא סובר מתוך ולפ"ז שפיר הוכיח דר"ע ל"ס מתוך דאי סובר מתוך שרי וצורך קצת איכא ע"י הואיל ואילו צריך לגחלתו וזה הכל מן התורה דשרי ליהנות מגחלים איכא צורך קצת משא"כ לאחר שאסרו חכמים ליהנות מהגחלים א"כ ליכא צורך קצת וע"כ אע"ג דקיי"ל מתוך אסור לשרוף ביו"ט ולפ"ז ניחא קושית התוס' הנ"ל דהא בשמ"ק איתא דלגבוה או לא"י ל"א

מתוך דגלי קרא לכם ולא לגבוה ולא לא"י א"כ ממילא לא מהני הואיל דאי בעי פריק נהי דעי"ז נחשב צורך קצת מה בכך כיון דל"א מתוך ובזה ניחא מה שהקשו על הא דמבעי לקמן (דף כ"א) בהמה חצי' של ישראל וחצי' של א"י אי מותר לשוחטה ביו"ט והקשו לס"ד דלא ידעינן מזה דאי אפשר לכזית בשר בלא שחיטה תקשה מהא דאיתא במתני' בהמה מסוכנת דלא ישחוט אלא א"כ יכול לאכול כזית צלי אלמא ביכול לאכול כזית אחד שרי וע"כ משום דאי אפשר לכזית בשר בלא שחיטה ולפי השמ"ק ניחא דמהתם לא יכול לפשוט דיש לומר דהך א"א לכזית בשר וכו' אינו עושה רק דעי"ז נחשב צורך קצת ואז שרי משום מתוך משא"כ היכי דחצי' של א"י דלא"י ל"א מתוך וממילא לא מהני הך דא"א לכזית בשר דמה בכך דאיכא צורך קצת כיון דלא"י לא אמרינן מתוך ועכ"פ לא קשה דאמאי ל"א הואיל דאי בעי פריק כיון דלגבוה ל"א מתוך לא מהני הואיל אך תקשה דבס"ד דלא ידעינן מהך קרא דלכם ולא לגבוה א"כ אפי' לרבה דל"ס דמדאורייתא צורכי שבת נעשין ביו"ט תקשה אמאי ל"א הואיל דאי בעי פריק אך לפי מה דאיתא בפ' תמיד נשחט דמחוסר מעשה אז מודה רבה לר"ח דל"א הואיל וא"כ ממילא ניחא לפי ס"ד דהואיל דאי בעי פריק דכיון דמחוסר מעשה ל"א הואיל משא"כ אליבא דאמת דקיי"ל דאמרינן הואיל דאי בעי פריק דמש"ה פסק הרמב"ם בא"י שהלוה לישראל על חמץ אפי' אמר מעכשיו בעינן ג"כ שיגיע זמנו קודם פסח דאל"כ אמרינן הואיל דאי בעי פריק וע"כ צריך הרמב"ם להביא הקרא דלכם ולא לגבוה דאז כיון דל"א מתוך ממילא ל"א הואיל:

וגם נראה דהואיל דאי בעי פריק חשוב מחוסר ממון ועי' בר"ן בפסחים אך הרמב"ם לשיטתו דסובר הואיל דאי בעי פדה משא"כ בס"ד אזלא הסוגיא כסתמא דש"ס דפסחים דקאמר דלאביי דסובר דלמפרע גובה ניחא ול"א הואיל דאי בעי פדה וע"כ משום דמחוסר ממון ל"א הואיל משא"כ אליבא דאמת אמרינן הואיל דאי בעי פריק וע"כ צריכין קרא דלכם ולא לגבוה:

אך לפי מה שאמרנו דאליבא דרבה אי אמרינן מתוך אפי' צורך קצת לא בעינן נראה לתרץ הרמב"ם הנ"ל דהנה בפלתי ס' ק"ח הקשה דלפי שיטת התוס' בפסחים דגבי חלה טמאה דאיירי בנתבשלה ע"ג גחלים דאי בתנור שרי לאפות משום דהפת נאפה יפה בזמן שהתנור מלא מפת וא"כ תקשה הא יכול לאפות שתי לחם עם עוד פת ואז יהיה שרי משום דפת נאפה יפה יע"ש:

ונראה דהנה בתוס' ביצה הקשה אמאי אסור לאפות עיסה חציו של ישראל וחציו של א"י ואמאי לא שרי משום דפת נאפה יפה והקשה בס' פ"י דילמא הא דאמרינן משום דהפת

נאפה יפה הוא משום דאמרינן מתוך וע"י דפת נאפה יפה חשוב צורך קצת משא"כ הכא דחציו של עובד כוכבים ול"א מתוך וע"כ לא מהני זה דפת נאפה יפה דמה בכך דעי"ז איכא צורך קצת כיון דל"א מתוך יע"ש אך יש לומר דהוכיחו דע"כ הך דפת נאפה יפה חשוב צורך גדול דאל"כ תקשה לרבה דלדידי' ע"כ אי אמרינן מתוך שרי בלא צורך קצת וע"כ לא צריך לומר דפת נאפה יפה וע"כ דעי"ז נחשב צורך גדול וע"כ הקשה דאמאי לא שרי גם בחצי' של עובד כוכבים משום דפת נאפה יפה נהי דל"א מתוך וע"ז תירצו בתוס' דשאני התם דכל הפת של ישראל ויש לומר הואיל ואי מקלעי אורחים ורבה לשיטתו דסובר הואיל והא דפת נאפה יפה עושה כדי שיהיה רשאי לאפות לכתחילה דמטעם הואיל לחוד עכ"פ לכתחלה אסור ולפ"ז ניחא מה שהקשו הא ר"ח לא סובר הואיל ועי' בשעה"מ אך אליבא דר"ח לא צריכין לטעמא דהואיל רק דיש לומר דהפת נאפה עושה שיהי' עי"ז צורך קצת ושרי משום מתוך ובחצי' של עובד כוכבים ל"ש זה ועיקר קושי' התוס' לא היה רק לרבה ולדידי' יש לומר משום הואיל:

ולפ"ז ניחא מה שהקשו על התוס' פסחים דהקשה דרשאי לאפות החלה משום דפת נאפה יפה והקשו הא ל"ש הואיל ולפ"ז ניחא דהא דכתבו בתוס' משום הואיל זה לרבה משא"כ לר"ח יש לומר משום מתוך וע"י דפת נאפה יפה חשוב צורך קצת וחלה ל"ח לגבוה שלא לומר מתוך. ולפ"ז ניחא קושית הפלתי דכיון דלדידן בעינן צורך קצת וא"כ ההיתר דפת נאפה יפה רק משום מתוך ולגבוה ל"א מתוך וע"כ ל"א הך דפת נאפה יפה וע"כ הוצרך הרמב"ם לומר הטעם משום לכם וכו' משום דאל"כ תקשה אמאי אסור לאפות יאפה עם פת אחר ואמרינן דפת נאפה יפה אך תקשה דבס"ד דלא ידעינן מקרא הנ"ל א"כ אפי' לרבה דסובר דאין צורכי שבת נעשין ביו"ט תקשה יאפה עם פת אחר דליתא דכבר אמרנו דלרבה היתר משום הואיל והכא ליכא הואיל אך לדידן דהיתר משום מתוך וע"י דפת נאפה יפה חשוב צורך קצת וא"כ אמאי בשתי הלחם אסור וע"כ משום לכם וכו' ול"א מתוך וע"כ הביא הרמב"ם זה הטעם דלכם ולא לגבוה דאז ל"א מתוך וממילא ל"א דפת נאפה יפה:

ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם הנ"ל דכוונת הגמ' הבערה ובישול אינה משנה היינו מטעם דאין חילוק מלאכות ביו"ט מדכתיב ביום השבת ואם ת"ל משנה והיינו משום דביום השבת אתא דהבערה שרי ביו"ט א"כ ע"כ הא מני ב"ש דלא סובר מתוך וא"כ נהי דאיכא קרא ביום השבת וכו' ע"כ בעינן עכ"פ צורך קצת דבעלמא אפי' היכי דאיכא צורך קצת אסור ואתא קרא למישרי הבערה ביו"ט היכי דאיכא צורך קצת דאי לב"ה כיון דסובר מתוך בעלמא היכי דאיכא צורך קצת וא"כ הכא דאיכא קרא ביום השבת ע"כ אתי

אפי' היכי דליכא צורך קצת וניחא קושי' תוס' דליכא צורך קצת ואם תאמר דקרא אתי שאין חילוק מלאכות ביו"ט ולעולם דגם בהבערה בעינן צורך א"כ תקשה הא אין חילוק מלאכות ביו"ט וע"ז קאמר הבערה ובישול אינה משנה משום דאין חילוק מלאכות ביו"ט ולעולם דבבישול ל"א מתוך וע"כ לא מסיים רק הכא נמי ל"א מתוך שהותרה הבערה וכו' ולא קאמר גם בישול:

גם נראה לתרץ דברי הרמב"ם הנ"ל דבלא"ה הקשה בתוס' פסחים ובמכות על רש"י דפי' על הא דתנן יש חורש תלם אחד וחייב עליו שמונה לאוין דפי' על מוקדשין דחמור היינו קדשי בדק הבית והקשה דהא בגמ' מקשה וליתני שבועה של אחרוש בין ביו"ט ובין בחול ומשני מידי דאיתא בשאלה לא קתני ופריך והרי נזיר וכו' והשתא הו"ל למיפרך מהקדש כיון דאיירי בקדשי ב"ה אלא ודאי דאיירי בפ"ח וכמאן דסובר דפ"ח אסור בהנאה:

ולכאורה נראה לפי מה שהקשו הראשונים אי נדר חל על דבר מצוה אפי' לקיים מצוה כמו דחל על ביטול מצוה א"כ נהי דמסיק הגמ' דמש"ה לא תני שבועה משום דהאי תנא לית ליה איסור כולל מ"מ אמאי לא תני נדר שאסר עליה לחרוש ביו"ט ועי' בנב"י דמתרץ דהא עיקר הטעם משום דנתוסף איסור חפצא דמעיקרא לא היה רק איסור גברא לחוד וא"כ לפי מה דמסיק הגמ' דהאי תנא לית ליה כולל היינו כר"ש ור"ש אפי' באיסור מוסיף סובר דאין אחע"א ועכ"פ למסקנא ע"כ כר"ש וא"כ דהא דפי' רש"י קדשי ב"ה ולא פי' דאיירי בפ"ח וכמ"ד דאסור בהנאה משום דהא ר"ש סובר דמותר בהנאה וזה למסקנא דר"ש היא דלית ליה כולל ולא מוסיף משא"כ לס"ד דמשני דמידי דאית' בשאלה לא קתני וא"כ יש לומר דלא אתיא כר"ש וא"כ יש לומר בפ"ח וכמ"ד דאסור בהנאה ולא קשה והרי הקדש וצריך להקשות והרי נזיר דכיון דלא איירי בקדשי ב"ה רק למסקנא דמשני דלית ליה כולל והיינו ר"ש דאל"כ ליתני נדר ואז ע"כ לא איירי בפ"ח דר"ש מתיר בהנאה בפ"ח וע"כ פי' דאיירי בקדשי ב"ה:

וגם לפי מה שתירצו דמש"ה לא תני קונם שאסר עליו הנאת החרישה דא"כ אמאי חייב משום יו"ט דכיון דהוא אסר עליו הנאת החרישה הגם דשרי לאחריני חשוב מלאכה שא"צ לגופו ועי' בשבת דמשני דעביד בארעא דחברי' דחשוב מלאכה שא"צ לגופו והיינו כר"ש דפוטר מלאכה שא"צ לגופו וא"כ יש לומר דרש"י דפי' קדשי ב"ה ולא איירי בפ"ח וכר"י דאסור בהנאה אך דאז תקשה ליתני נדר ואין לומר דחשוב מלאכה שא"צ לגופו דהא ר"י מחייב מלאכה שא"צ לגופו וע"כ כר"ש ור"ש סובר דפ"ח מותר בהנאה וע"כ דאיירי בקדשי ב"ה משא"כ לס"ד דמשני מידי דאיתא בשאלה לא קתני ולא קשה ליתני

גם נדר ממילא יש לומר דמוקדשין איירי בפ"ח וכר"י דאסור בהנאה וממילא לא קשה דליתני נדר דמידי דאיתא בשאלה לא קתני ויש לומר כר"י ואיירי בפ"ח וא"כ לא קשה דאמאי לא פריך והרי הקדש רק למסקנא דמשני דלית ליה כולל ולא קתני נדר וע"כ דאתיא כר"ש דפוטר מלאכה שאצל"ג ור"ש פ"ח מתיר בהנאה וע"כ דאיירי בקדשי ב"ה:
וגם נראה דבלא"ה הקשו איך חל איסור יו"ט על איסור שביעית דאין איסור חל על איסור ואפי' אי מיירי ביו"ט של ראש השנה דהוי איסור ב"א מ"מ איסור שביעית קדים לראש השנה דהיינו תוספות שביעית ועי' בשעה"מ דחייל משום כולל דשביעית לא אסור תולדות רק אבות וביו"ט אסור גם תולדות יע"ש אך תקשה למסקנא דמשני דהאי תנא לית ליה כולל א"כ תקשה איך חל יו"ט על שביעית אך נראה דעל שביעית חייב משום זורע וחיוב דיו"ט על חרישה וכיון דעל חרישה בשביעית אינו לוקה לחד מ"ד חייב שפיר משום חרישה ביו"ט ועי' במהרי"ט דהיכא דאינו חייב משום איסור הראשון כגון שלא התרו על איסור הראשון ל"ש דאין אחע"א וא"כ על חרישה בשביעית דאינו לוקה חייב משום חרישה דיו"ט ועל שביעית באמת חייב רק משום זורע ואפי' למ"ד דלוקה על חרישה בשביעית יש לומר דלא התרו משום חרישה רק משום זורע וע"כ חייב משום חרישה דיו"ט ולעולם דהאי תנא לית ליה כולל. ולפ"ז ניחא הא דמקשה הגמ' בפסחים דאי אמרינן הואיל על חרישה לא ליחייב הואיל וחזי לכסוי דם צפור וקשה דילמא חיוב דיו"ט משום זורע ולא משום חרישה אך יש לומר דקושי' הגמ' לפי המסקנא דמכות דהאי תנא לית ליה כולל וא"כ לא חל איסור דיו"ט על שביעית אע"ג דכולל הוא וע"כ דחיוב שביעית משום זורע ויו"ט משום חרישה וע"כ שפיר פריך דאמאי חייב על חרישה דיו"ט נאמר הואיל:
ואין לומר דמ"מ תקשה דילמא חיוב דיו"ט משום זורע וע"ז ל"ש הואיל וחיוב דשביעית משום חורש וג"כ ל"ש דאין אחע"א דכיון דאיסור דשביעית משום חורש ויו"ט משום זורע דליתא דהא קיי"ל דחורש בשביעית דאינו לוקה וע"כ חיוב דשביעית משום זורע ויו"ט משום חרישה דאל"כ אין אחע"א ושפיר מקשה על חרישה לא לחייב הואיל וחזי לכסוי דם צפורי ולפ"ז ניחא דברי רש"י הנ"ל דהא דהוצרך רש"י לפרש דחמור הוא קדשי ב"ה ול"א דעל חמור באמת אינו חייב דלא איירי בקדשי ב"ה רק על שור חייב דהוא בכור ואין לומר דא"כ לא יהיה שמונה לאוין הא יש לומר דעל יו"ט איכא תרתי חורש וזורע ובאמת אמרינן דיש ח"מ ביו"ט דהא דהוצרכנו לומר דאין ח"מ היינו אי איירי בקדשי ב"ה וא"כ אי החיוב ביו"ט תרתי משום חורש ומשום זורע יהיה יותר משמנה לאוין וע"כ הוצרכנו לומר דאין ח"מ ביו"ט אבל אי לא איירי בקדשי ב"ה יש לומר דעל יו"ט איכא

תרתי ויש ח"מ. אך רש"י הוכרח לזה למסקנא דהאי תנא לית ליה איסור כולל וא"כ ע"כ חיוב דיו"ט משום חרישה לבד ושביעית משום זורע דאל"כ תקשה דאין אחע"א אע"ג דהוי כולל וא"כ לא יהיה שמנה לאוין וע"כ דחמור הוא קב"ה משא"כ בס"ד דלא ידעינן מזה דאיסור כולל לית ליה לא היה יכול להקשות והרי הקדש דאז יש לומר דעל חמור באמת אינו חייב דלא איירי בקדשי ב"ה רק על יו"ט איכא תרתי ואין לומר דאיך חייב ביו"ט גם משום זורע דאין אחע"א דחל בכולל רק דרש"י פי' כן למסקנא דהאי תנא לא סובר כולל וא"כ ע"כ דחיוב דיו"ט רק משום חרישה וא"כ ע"כ דחמור קדשי ב"ה דאל"כ לא יהיה שמונה לאוין משא"כ לס"ד לא איירי בקדשי ב"ה וע"כ לא מקשה רק מנזיר ולפ"ז הא דפריך הגמ' ולחייב נמי משום זורע והוכיח דאין ח"מ ביו"ט למסקנא דמשני דהאי תנא לית ליה איסור כולל אין ראיה דכיון דע"כ חיוב דיו"ט רק משום חרישה ולא משום זורע משום דאין אחע"א אפי' בכולל וע"כ הא דהוכיח דאין ח"מ הוא לס"ד דלא ידעינן מזה דלית ליה איסור כולל ואז אמאי לא מחייב גם משום זורע וע"כ משום דאין ח"מ ליו"ט:

ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם הנ"ל דהנה בתוס' הנ"ל הקשו דמה צורך איכא במבשל גיד וכתב לתרץ בס' ט"א דכיון דיכול לאכול שכד"א ע"כ חשוב צורך קצת אך הקשו דילמא סובר הך ברייתא כתנא דיליף בשר בחלב משלשה פעמים לא תבשל ואז אסור אפי' שכד"א וליכא צורך קצת ולעולם דאמרינן מתוך אך דקשה איך חל איסור בישול בשב"ח על איסור בישול ביו"ט ותירצו דהוי' איסור ב"א דאיסור בישול בשניהם רק בשראוי לאכילה דהיינו שליש בישול עכ"פ דקודם חשוב שלא כד"א ועי' בפלתי דכתב דמש"ה בעינן שליש בישול משום דאל"כ חשוב שכד"א וא"כ הוי איסור ב"א אבל אם נאמר דהאי תנא יליף משלשה פעמים לא תבשל א"כ לא בעינן שליש בישול ותקשה דאין אחע"א וממילא הוי צורך קצת. אך תקשה דילמא לעולם סובר הך תנא דילפינן משלשה פעמים לא תבשל ואפ"ה איסור בישול דיו"ט משום דחשוב איסור כולל ולעולם דאסור שכד"א וממילא ליכא צורך קצת ויש לומר דאמרינן מתוך אך אי אמרינן כולל תקשה דאמאי לא חייב גם משום זורע וע"כ דאין ח"מ ביו"ט וא"כ הבערה ובישול אינה משנה משום דאין חילוק מלאכות וא"כ יש לומר כוונת הגמ' הבערה ובישול אינה משנה משום דאין ח"מ ואם ת"ל משנה והיינו משום דל"א איסור כולל וא"כ ע"כ חיוב דיו"ט רק משום חורש דאל"כ אין אחע"א על איסור דשביעית כיון דל"א כולל א"כ ע"כ ב"ש דלא סובר מתוך דאי ב"ה שרי דהא איכא צורך קצת דיכול לאכול שכד"א דהא אי לא סובר כולל וא"כ תקשה איך חל איסור בישול דיו"ט על בישול בשב"ח וע"כ משום דחשיב איסור

ב"א וע"כ דלא סובר האי תנא דילפינן משלשה פעמים לא תבשל וא"כ איכא צורך קצת ואי סובר כולל ויש לומר דאסור שלא כד"א ואפ"ה חל יו"ט על בשב"ח וליכא צורך קצת ולעולם דאמרינן מתוך וא"כ אי סובר כולל א"כ אין ח"מ ותקשה אמאי חייב משום הבערה ובישול ולעולם דבבישול ל"א מתוך כשיטת הרמב"ם:

אך נראה על דברי הט"א נהי דחשוב צורך קצת מה שיכול לאכול שלא כד"א זה מה"ת דשרי לאכול שלא כד"א אך איסור דרבנן איכא על שלא כד"א ועי' במל"מ הלכות יסודי התורה ואפשר דמלקות עכ"פ ליכא דכיון דמה"ת שרי שלא כד"א ואיכא צורך קצת. ובזה ניחא הא דסוברי' דאסור לשרוף ביו"ט חמץ ואע"ג דקיי"ל דאמרינן מתוך אך בתוס' הקשה דליכא צורך קצת אך נראה דהנה ליהנות בשעת שריפה זה חשוב שלכד"א ועי' בשעה"מ דחמץ אינו עומד לזה אך נהי דיכול ליהנות בשעת שריפה אסור אי ל"א מתוך דזה ל"ח צורך גדול מה שיכול ליהנות שלא כד"א אך אי אמרינן מתוך חשוב זה דיכול ליהנות בשעת שריפה משום דהוי שכד"א עכ"פ צורך קצת וע"כ הוכיח רבא דר"ע לא סובר מתוך וזה הכל על התורה דשרי שכד"א משא"כ לאחר שאסרו חכמים ליהנות בשעת שריפה כדאיתא בפסחים וא"כ ליכא צורך קצת וע"כ אסור לשרוף אע"ג דקיי"ל מתוך וניחא גם קושי' שעה"מ דכיון דיכול ליהנות בשעת שריפה אמאי אסור אפי' אי ל"א מתוך דליתא דזה דיכול ליהנות שכד"א ל"ח אוכל נפש ולקמן נדבר בזה:

גם נראה לתרץ דברי הרמב"ם הנ"ל דהנה בס' נחלת יעקב מתרץ קושי' התוס' פסחים על הא דפריך הגמ' ואי אמרינן הואיל על הבערה לא ליחייב הואיל דחזי ליה לצורכו והקשה בתוס' דבלא"ה הא מסיק הגמ' דאינה משנה משום דאמרינן מתוך. וכתב לתרץ לפי דרכו דבאמת ליכא צורך קצת אך ע"י הואיל דחזי ליה לצורכו איכא צורך קצת וע"כ פריך הגמ' דאי אמרינן הואיל דע"י הואיל חשוב צורך קצת על הבערה לא לחייב דבשלמא אי לא אמרינן הואיל שעי"ז נחשב צורך קצת ניחא דל"א מתוך דהא ליכא צורך קצת משא"כ אי אמרינן הואיל ונחשב צורך קצת ותקשה אמאי לא אמרינן מתוך אלא ודאי דל"א הואיל ואז ניחא דל"א מתוך דליכא צורך קצת יע"ש:

וגם הקשה על הא דקאמר הבערה ובישול אינה משנה משום דאין ח"מ ביו"ט וע"כ נראה דהא עיקר הראי' דאין ח"מ דאל"כ תקשה לחייב נמי משום זורע ביו"ט דהא מחפה חשוב כזורע והנה אי אמרינן הואיל א"כ אין ראי' דלעולם דיש ח"מ והא דלא חייב גם משום זורע משום דעל חרישה אינו חייב משום הואיל דחזי לכסוי ובאמת איירי בדברים הראוין לכסוי וא"כ החיוב רק משום זורע ולעולם דיש ח"מ והא דמקשה הגמ' בפסחים על רבה נאמר הואיל וקשה דילמא החיוב משום זורע דליתא דהא רבה לשיטתו סובר

במועד קטן דמחפה ל"ח כזורע משא"כ הכא במכות דקאי הסוגי' אי מחפה כזורע א"כ יש לומר דח"מ וחיוב דיו"ט רק משום זורע דעל חרישה יש לומר הואיל וע"כ דקושי' הגמ' קאי אי ל"א הואיל וחזי לכסוי וכו' דאז איכא תרתי חרישה וזורע וע"כ משום דאין ח"מ ביו"ט וכבר אמרנו דאי אמרינן הואיל וא"כ נחשב צורך קצת ואמרינן מתוך ולא לחייב משום הבערה ביו"ט וא"כ אי לאו הקושיא דאין ח"מ ה"א דאתי' אפי' כב"ה דאמרינן מתוך אך ליכא צורך קצת ובאמת לא אמרינן הואיל וע"כ קאמר הבערה ובישול אינה משנה דאין ח"מ ביו"ט דאל"כ ליחייב התם גם משום זורע וע"כ דאין ח"מ ואם ת"ל משנה והיינו משום דאמרינן הואיל וא"כ על חרישה אינו חייב משום דחזי לכסוי וחיוב רק משום זורע א"כ דע"כ דאמרינן הואיל וא"כ ע"כ ב"ש היא דאי ב"ה אמאי ל"א מתוך שהותרה הבערה וכו' וצורך קצת איכא כיון דאמרינן הואיל וחזי ליה לצורכו ואי ל"א הואיל א"כ דאין ח"מ וא"כ הבערה ובישול אינה משנה וא"כ ראי' עוד לשיטת הרמב"ם דל"א מתוך רק בהבערה והא דקאמר אינה משנה משום דאין ח"מ ביו"ט:

גם נראה לבאר דברי הרמב"ם דהנה בתוס' הקשה מה צורך במבשל גיד דאסור ותירצו דכיון דבדעתו לאוכלו חשוב צורך קצת ועי' בס' יש"י דכתב דמהיכי תיתי לומר כן דכיון דבדעתו לאוכלו חשוב צורך אך דקשה אמאי יתחייב מלקות על בישול דכיון דבישל בחלב דאסור בהנאה הוי מקלקל ופטור דמלאכת מחשבת אסרה תורה וע"כ כיון דבדעתו לאוכלו ולהנות מזה הבישול אע"ג דיעבור על התורה חשוב תיקון וע"כ שפיר כתבו בתוס' דכיון דבדעתו לאוכלו הגיד חשוב צורך קצת ואם תאמר דכיון דאסור לכל העולם ל"ח צורך א"כ ממילא משום דחשוב מקלקל דאסור בהנאה ע"י בישול זו יע"ש:

וא"כ יש לומר דכוונת הגמ' הבערה ובישול אינה משנה היינו דכיון דחייב משום הבערה ול"א מתוך וע"כ משום דל"ח צורך קצת ולא אמרינן דכיון דבדעתו לאוכלו חשוב צורך א"כ אמאי חייב על בישול הא הוי מקלקל דבישל בחלב דאסור בהנאה ולא משום מתוך דבבישול ל"א מתוך ואם ת"ל דאזלינן בתר דעתו ול"ח מקלקל וא"כא ממילא איכא צורך קצת ואמאי חייב על הבערה וע"כ דב"ש היא דל"ס מתוך ודו"ק:

והנה באחרונים איתא דמאן דל"ס מתוך משום דסובר דחוי' יו"ט אצל אוכל נפש וע"כ ל"ש לומר מתוך שהותרה לצורך אוכל נפש דכיון דזה רק משום דחוי' ומאן דסובר מתוך משום דסובר דהותרה ובזה ניחא קושי' תוספות במנחות על ב"ש דאוסר סדין בציצית ואמאי ל"א דעשה דוחה ל"ת יע"ש וע"כ נראה דהנה בתוס' הקשה דמנ"ל דסמוכין אתא להתיר כלאים בציצית דילמא אתי לאסור דאפי' במקום מצוה אסור ותירצו דא"כ לא ליכתוב כלל הסמוכין וממילא ידעינן דאסור דהא לא ידעינן דעשה דוחה ל"ת רק מציצית

ולפ"ז באם ידעינן ממקום אחר דעשה דוחה ל"ת יש לומר דסמוכין אתי לאיסור והנה בתוס' הקשה דאמאי לא ילפינן משריפת קדשים דאי לא גלי קרא דאסור לשרוף הי' שרי וע"כ משום דעשה דוחה ותירצו דאין ראי' דשאני יו"ט דהותר מכללו אצל אוכל נפש ולפ"ז לב"ש דל"א מתוך וע"כ משום דסובר דחוי' היא וא"כ יש למילף משריפת קדשים דעשה דוחה ל"ת וא"כ יש לומר דסמוכין אתא לאסור אפי' במקום מצוה וע"כ אוסר סדין בציצית:

ובזה ניחא הא דמקשה הגמ' דאי אמרינן הואיל על חרישה לא לחייב הואיל וחזי לכסוי ומשני דאיירי במידי דלא חזי לכסוי והרמב"ם השמיט זה וע"כ נראה דהא הקשו מה פריך הגמ' דילמא ל"א הואיל רק היכי דהותרה כמו הואיל דאי מקלעי אורחי' דאז הותרה אצל אוכל נפש משא"כ הואיל דחזי לכסוי דזה רק משום דחוי לא אמרינן הואיל אך על רבה לשיטתו דל"ס מתוך וע"כ דסובר דחוי הוא ואפ"ה סובר הואיל שפיר פריך הגמ' דאמאי ל"א הואיל דחזי לכסוי משא"כ לדידן דקיי"ל מתוך וע"כ דהותרה לא קשה קושית הגמ' וע"כ השמיט הרמב"ם תירוץ הגמ' דבדחוי ל"א הואיל

ועיין בס' ח"ס דכתב הא דבעינן צורך קצת תלי' בפלוגתא דאביי ורבא דאליבא דאביי דסובר בזבחים דאמרינן יותר הואיל ואישתרי אישתרי אז אמרינן דלא בעינן צורך קצת משא"כ לרבא דאמרינן רק הואיל ודחוי דחוי ולא היכא דאישתרי וכו' אז בעינן צורך קצת:

ובזה ניחא קושית התוס' בביצה על הא דקאמר שם דשוחט עולת נדבה ביו"ט דלוקה וקאמר דהא מני ב"ש דל"ס מתוך ה"נ לא אמרינן מתוך שהותרה שחיטה לצורך וכו' והקשה בתוס' דאמאי לא קאמר דר"ע היא דג"כ לא סובר מתוך וע"כ נראה דהא הקשו דאמאי לא אמרינן הואיל דאי בעי מיתשל ותירצו דא"כ הוי חולין שנשחטו בעזרה למפרע אך תקשה דכיון דאינו אסור באכילה רק מדרבנן ומה"ת מותר באכילה א"כ אין בו איסור תורה לעשות מלאכה עבורו ביו"ט ואכתי תקשה דאמאי לוקה נימא הואיל דאי בעי מיתשל אך נראה דהא דאיסור דרבנן רשאי לעשות מלאכה עבורו משום דהא בתוס' פסחים הקשה דאי אמרינן הואיל דבטלו מלאכות שבת הואיל ודחוי לחולה שיש בו סכנה ותירצו משום דל"ש וכיון דאיסור דרבנן שרי לחולה שאין בו סכנה א"כ שייך הואיל דחזי לחולה שאין בו סכנה וע"כ רשאי לעשות מלאכה וא"כ הוי תרי הואיל הואיל דאי בעי מיתשל ואי מיתשל יהי' חולין שנשחטו בעזרה וצריכין לומר הואיל דחזי לחולה ותרי הואיל לא אמרינן אך תקשה דהא היכא דבידו אמרינן אפי' תרי הואיל ועי' ברש"י בפסחים אך לפי מה שכתבו דהואיל ל"א רק היכי דהותרה כגון הואיל אי מקלעי

אורחים משא"כ הואיל דחזי לחולה דאינו רק דחוי' אצל פ"נ ל"א הואיל ניחא דל"ש הואיל דאי בעי איתשל דיהי' חולין שנשחטו בעזרה והואיל דחזי לחולה לא אמרינן דכיון דדחויה היא והנה במחברים כתבו דאליבא דר"ע דיליף דפ"נ דוחה שבת דילפינן מעבודה ועבודה דוחה שבת א"כ לדידי' אמרינן דכמו דעבודה הותרה בשבת ה"ה דפ"נ הותרה ולפ"ז ניחא דלא קאמר ר"ע היא דלדידי' דהותרה לא לקי דאמרינן הואיל דאי בעי מיתשל ואף דיהיה חולין שנשחטו בעזרה אמרינן הואיל דחזי לחולה וע"כ קאמר ב"ש היא:

ויותר נראה דהנה בקדשים חוץ מאיסור נטילת נשמה איכא איסור משום מפרק ובשחיטת חולין ל"ש זה האיסור דהוי מלאכה שא"צ לגופו משא"כ בקדשים דצריך לדם ואיכא משום מפרק וא"כ ל"ש במלאכת מפרק מתוך שהותרה לצורך דהיינו בשחיטת חולין דשם לא הותרה מלאכת מפרק דהוי מלאכה שא"צ לגופו ודישה לא הותר ביו"ט דהתורה לא התירה ביו"ט רק מלאכות מלישה ואילך ועיין בתוס' ביצה (ד ב') דהביא הירושלמי דדרשינן סמוכין דכתיב אך אשר יאכל לכל נפש וסמיך ליה ושמרתם את המצות אותם מלאכות שמשימור ואילך הם מותרות יע"ש:

וניחא קושית התוספות שם דהקשו דאמאי אין צדין דגים הא אוכל נפש שרי וי"א דלכך אין צדין שמא יצוד דגים טמאים והקשו דא"כ הוי מלאכה שא"צ לגופו יע"ש ולפ"ז ניחא דבאמת איכא סמוכין לאסור אך לר"י דלא דריש סמוכין תקשה וע"ז תירצו דלר"י הטעם שמא יצוד דגים טמאים ואע"ג דהוי מלאכה שא"צ לגופו הא ר"י לשיטתו מחייב משצ"לג ולדידי' בלא"ה ניחא דצידה אסור משום סמוכין:

ובזה ניחא הרמב"ם דפסק דנקצר שלא כמצותו כשר ופסק דדוחה שבת ובגמ' מנחות איתא דאי כשר נקצר שלא כמצותו אז אינו דוחה שבת וע"כ נראה דהנה בתוס' ביצה הקשה דלמאי צריכין לב"ה קרא לד' דשרי לשחוט ביו"ט ת"ל דהא סובר מתוך ותירצו דהא בישרא אגומרי איכא משום מכבה והרמב"ם סובר דבכיבוי לא אמרינן מתוך וע"כ צריכין קרא לד' כל לד'. אך הקשו לר"ש דפוטר מלאכה שא"צ לגופה אכתי תקשה נהי דאיכא כיבוי הא הוי מלאכה שא"צ לגופו. אך נראה ממ"נ דאליבא דר"ש איכא איסור בשחיטה דאיכא משום מפרק בקדשים ובזה ל"ש מתוך דבחולין חשוב מלאכה שא"צ לגופו דפטור ואליבא דר"י דמחייב מלאכה שא"צ לגופו וליכא איסור בשחיטה דשייך מתוך הא לדידי' איכא איסור בהקטרה דאיכא משום כיבוי דל"א מתוך ואע"ג דמלאכה שא"צ לגופו חייב לר"י ולפ"ז יש לומר דהא הגמ' במנחות מביא ראיה דדחי שבת משום דחביבה מצוה בשעתה שהרי הקטרה כשר כל הלילה ודוחה שבת ודחי דשאני התם

שכבר דחתה שחיטה שבת והקשו דלפ"ז אמאי עולת ראיה דוחה יו"ט הרי יכול להקטיר כל הלילה ואי משום דכבר דחתה השחיטה דליתא דהא שחיטה שרי משום מתוך אך באמת איכא משום מפרק דליכא משום מתוך וזה הכל לר"ש לשיטתו דהסוגי' שם אזלא לר"ש דפוטר מלאכה שא"צ לגופו וליכא בשחיטה מתוך ויש לומר משום דכבר דחתה השחיטה ואין ראיה דחביבה מצוה בשעתה משא"כ הרמב"ם דפסק דחייב במלאכה שא"צ לגופו ושייך מלאכת מפרק גם בחולין ושייך מתוך שהותרה שחיטה בחולין ול"ש דכבר דחתה וע"כ משום דחביבה וכו' וע"כ פסק דקה"ע דוחה שבת:

וגם יש לומר ויהי' ניחא גם דברי הרמב"ם דהא בהקטרה איכא משום כיבוי ול"א מתוך אך תקשה דלמאן דפוטר מלאכה שאצ"ל אך איכא איסור בשחיטה דל"ש מתוך דמלאכת מפרק לא הותר בחולין דהוי מלאכה שא"צ לגופו ודישה אסור משום דדרשינן סמוכין אך תקשה לר"י דלא דריש סמוכין נהי דליכא איסור בשחיטה בחולין מ"מ אי לא דרשינן סמוכין גם דישה שרי וא"כ הותר בחולין מלאכת מפרק דהוא דישה לצורך אוכל נפש ושייך גם על מלאכת מפרק מתוך הא לר"י יש לומר משום דאיכא כיבוי דל"א מתוך והוא מחייב מלאכה שא"צ לגופו ואיכא משום כיבוי ואליבא דר"ש איכא מלאכה משום שחיטה דל"ש מתוך דבחולין ליכא מלאכה ודישה אסור משום סמוכין ולר"י דלא דריש סמוכין והרמב"ם לשיטתו דסובר דבעינן שימור משעת קצירה וא"כ גם דישה שרי ואיכא מתוך גם בשחיטה וא"כ יש להוכיח דחביבה מצוה בשעתה מהא דהקטרה שרי בעולת ראיה אף על גב דכשר כל הלילה ובזה לא שייך דדחתה שחיטה דהא בשחיטה שייך מתוך ואפי' לענין מפרק דהא מפרק אינו רק משום דהיא תולדה דדישה ודישה שרי לצורך אוכל נפש דלא שייך סמוכין כיון דשימור בעינן משעת קצירה א"כ גם דישה בכלל היתר לאוכל נפש וע"כ משום דמצוה חביבה בשעתה וע"כ קצה"ע אע"ג דנקצר שלא כמצותו כשר אעפ"כ דחי שבת משום דחביבה מצוה בשעתה והסוגיא קאי למ"ד דשימור משעת לישה ואז לא הותר מלאכת מפרק בחולין דשחיטה הוי מלאכה שא"צ לגופו ודישה אסור וא"כ שייך לומר דכבר דחי השחיטה ואין ראי' דחביבה מצוה וכו' וע"כ לא דחי שבת קצה"ע. וג"כ ניחא דממ"נ צריכין קרא לד' דל"ש מתוך דאיכא כיבוי ואליבא דר"ש דפוטר מלאכה שא"צ לגופו א"כ בשחיטה ל"ש מתוך ואליבא דר"י דלא דרש סמוכין ושרי דישה ומכ"ש מפרק ושייך מתוך לדידי' איכא משום כיבוי דמחייב מלאכה שא"צ לגופו:

אך בס' פ"י הקשה דא"כ תקשה על הא דאיתא בביצה בשוחט עולת נדבה ביו"ט דלוקה דב"ש הי' דל"ס מתוך ות"ל הא איכא מפרק דל"ש מתוך דבחולין הוי מלאכה שא"צ

לגופיה יעו"ש ולכאורה נראה דלפי מה דאיתא בחולין (ד' ל"ג) השוחט אע"פ שלא יצא דם כשרים ולכאורה מה אשמועינן בזה וכתבו משום דהש"ס הקשה דהתירא נמי בלע אמ"ה ואי נימא דאיידי דטרידי סימנים לא בלעו אף אבמ"ה היה א"ש אבל בלא יצא מהם דם דלא טרידי ה"א דבלעו אבמ"ה קמ"ל ועיין בס' יש"י סי' י':

ולפ"ז גם בחולין משכחת דצריך לדם כגון בשוחט בסכין של כותים דמותר משום דאיידי דטרידי סימנים וכו' ואפ"ה התירו לשחוט ביו"ט אפי' בסכין של כותים וא"כ שייך לומר מתוך שהותרה שחיטה לצורך ואפי' מפרק הותרה אפי' בצריך לדם כגון בשחט בסכין של כותים דצריך לדם כדי שתאמר איידי דטרידי סימנים וכו' וניחא בזה הא דלא פסקו כרב דסובר בשוחט בסכין של כותים דצריך קליפה ול"א איידי דטרידי וכו' משום דע"כ שמעינן דאמרינן הך דטרידי וכו' דאל"כ ל"ש מתוך ורב לשיטתו דסובר מלאכה שא"צ לגופו חייב וא"כ אפי' אי לא אמרינן הך איידי וכו' שייך לומר מתוך משא"כ לדידן דפטור מלאכה שא"צ לגופו ע"כ לא קיי"ל כרב ואמרינן איידי דטרידי וכו' דאז משכחת גם בחולין דצריך לדם ושייך לומר מתוך וגם לפי מה דאיתא בשבת (דף ע"ה) דרב סובר שוחט חייב משום צובע וניחא ליה דליתווס בית השחיטה דמא כי היכי דליזבנו מיניה וכו' וא"כ גם בחולין צריך לדם ולעולם דל"א איידי דטרוד ואפ"ה שייך מתוך לרב לשיטתו דצריך לדם דליתווס בית השחיטה משום דליזבנו מיניה משא"כ לדידן דלא קיי"ל כרב דחייב משום צובע וע"כ פסקינן דסגי בהדחה משום איידי דטרידי וכו' דאל"כ ל"צ לדם ול"ש מתוך שהותרה וכו' לענין מפרק:

וגם נראה דהא חזינן דבכיבוי ל"א מתוך ואפ"ה סוברים דהיכי דאיכא עוד איסור דאמרינן על מלאכה זו מתוך אז אע"ג דאיכא עוד איסור כיבוי אז אמרינן גם בכיבוי מתוך ולכך במוגמר פריך בכתובות אמאי לא שרי משום מתוך אע"ג דאיכא כיבוי דל"א מתוך אך כיון דאיכא גם משום הבערה ובזה אמרינן מתוך ה"ה על כיבוי אמרינן מתוך וע"כ ה"ה הכא נהי דאיכא משום מפרק דל"ש מתוך מ"מ הואיל דאיכא גם משום נטילת נשמה ואיסור זה שרי משום מתוך אמרינן הואיל ואישתרי אישתרי ושרי גם מלאכת מפרק וע"כ דב"ש היא דל"ס מתוך:

ובזה ניחא הא דאיתא בביצה (דף כ"ב) דאיבעי להו מהו לעשן דרב הונא אוסר מפני שמכבה אמר ליה ר"נ ונימא מר מפני שמבעיר אמר ליה תחילתו מכבה ולבסוף מבעיר והקשו דאכתי תקשה דמ"מ לימא תרווייהו מכבה ומבעיר וע"כ נראה דלפי מה שהקשו דלשיטת הרמב"ם דבכיבוי ל"א מתוך מה פריך ונימא מר מפני שמבעיר הא מצד הבערה אמרינן מתוך וע"כ קאמר מפני שמכבה דבזה ל"א מתוך. ולפי מה שכתבתי ניחא דאי

אמרינן מתוך א"כ גם משום מכבה ליכא הואיל ואישתרי לענין הבערה ה"ה לענין כיבוי ועי' ביבמות (ד' ח') דקאמר שם הואיל ואישתרי איסור אשת אח אישתרי גם איסור אחות אשה ופריך שם הא תינח היכי דנשא מת ואח"כ נשא חי דאיסור אשת אח קדים אמרינן הואיל אישתרי איסור אשת אח אישתרי נמי איסור אחות אשה אלא נשא חי ואח"כ נשא מת איסור אחות אשה קדים וא"כ ה"ה הכא ל"ש הואיל ואישתרי וכו' דכיון דמבעיר הוא לבסוף ותחילתו מכבה וזה לא אישתרי ל"ש לומר הואיל ואישתרי וכו' וע"ז משנה תחילתו מכבה ול"ש הואיל ואישתרי וממילא על מבעיר אינו חייב משום מתוך וע"כ לא קאמר מפני שמבעיר רק משום מכבה דבזה ל"א מתוך ואעפ"כ ל"ש הואיל ואישתרי הואיל ותחילתו מכבה ומש"ה לא קאמר מפני שמבעיר דיש לומר מתוך:

גם נראה דהא הקשו דאמאי לא אמרינן הואיל דאי בעי מיתשל ותירצו דאיירי דכבר סעד היום ול"צ לאכול וא"כ אין לו היתר רק משום הואיל דאי מקלעי אורחים חזי ליה וא"כ הוי תרי הואיל ותרי הואיל לא אמרינן וע"כ שפיר קאמר הא מני ב"ש דלא סובר מתוך דאי כב"ה דסובר מתוך אמאי לוקה ואף דבקדשים איכא משום מפרק מ"מ אינו לוקה מטעם הואיל דאי בעי מיתשל ואין לומר דתרי הואיל לא אמרינן דכיון דכבר סעד וע"כ משום הואיל דמקלעי אורחים דליתא דע"ז שכבר סעד ל"צ מטעם הואיל רק דשרי משום מתוך וא"כ נהי דעל מלאכת מפרק ל"א מתוך אמרינן הואיל דאי בעי מיתשל וע"כ ב"ש הוא דל"ס מתוך וא"כ אפי' אי לא היה קדשים צריכין לטעמא דהואיל דאי מקלעי אורחים וממילא ל"א הואיל דאי בעי מיתשל דתרי הואיל ל"א וע"כ דב"ש הוא וא"כ עיקר הא דקאמר מתוך קאי ע"ז שכבר אכל ול"צ עוד לאכול ול"צ לטעמא דהואיל דאי מקלעי אורחים וליכא תרי הואיל אך תקשה דאפי' אי אמרינן מתוך צריכין הואיל דאי מקלעי אורחים דאל"כ אסור דכיון דליכא צורך קצת וע"כ דסוגיא קאי לאביי ולאביי ל"צ צורך קצת וע"כ לב"ה אינו לוקה משום מתוך ע"ז שכבר סעד ול"צ להואיל דאי מקלעי אורחים ועל מלאכת מפרק אמרינן הואיל דאי בעי מיתשל:

וניחא קושי' התוס' דאמאי לא קאמר ר"ע דהא רבא הוכיח זאת מר"ע דל"ס מתוך ואליבא דרבא דבעינן צורך קצת א"כ אפי' אי אמרינן מתוך לוקה דמפרק ליכא משום מתוך ואין לומר הואיל דאי בעי מיתשל דהוי תרי הואיל דלדידי' כיון שכבר סעד ע"כ צריכין לטעמא דהואיל דאי מקלעי אורחים דמטעם מתוך בעינן צורך קצת:

והנה היכי דאין לו היתר לאכול רק שלא כדרך אכילה אם רשאי לעשות מלאכה בשביל זה או תאמר דכיון דל"ח אכילה ל"ח צורך אוכל נפש ואסור לעשות מלאכה עבור זה. והנה מהא דאיתא במתני' דביצה בהמה מסוכנת לא ישחוט אלא א"כ יכול לאכול כזית

צלי מב"י ור"ע אומר אפי' כזית חי מבית טביחתה וקשה הא בשר חי חשוב שלא כד"א ועיין בתוס' פסחים דהקשו על הא דאיתא בחולין (דף ק"ב) אכל צפור טהורה בחייה בכ"ש במיתתה בכזית והא הוי שלא כד"א ותירצו דשאני עוף שהוא רך וחשוב כד"א וא"כ משמע דבשר בהמה חי ל"ח כד"א וא"כ איך מתיר ר"ע ביכול לאכול כזית חי וע"כ אפי' היכא דאין לו היתר רק לאכול שלא כד"א שרי לעשות מלאכה ובאמת על קושי' התוס' נראה דכיון דבמהרש"ל איתא דאליבא דר"ש דסובר דכ"ש למכות ה"ה דחייב לדידי' שלא כד"א דכ"ש ושלא כד"א שוין ולפ"ז כיון דחייב התם בכ"ש בחי' ולא בעינן כזית ממילא חייב אע"ג דהוא שלא כד"א:

אך נראה דאעפ"כ אינו רשאי לבשל טריפה ביו"ט אע"ג דיכול לאכול שלא כד"א משום דאמרינן ממ"נ אי חשוב אכילה דמשום זה מתיר לעשות מלאכה א"כ אסור לאכול טריפה וע"כ דתאמר דל"ח אכילה שלא כד"א א"כ לא קרינן אוכל נפש ואסור לעשות מלאכה עבור זה וכן איתא באחרונים דאפי' אם ת"ל דיוצא ידי אכילה במצות עשה בזה שאוכל שלא כד"א ועי' במל"מ מ"מ במצה של איסור כגון של טבל ושל חדש אינו יוצא באוכל שלא כד"א דממ"נ אי חשוב אכילה שיוצא ידי מצוה חשוב אכילה לענין האיסור ג"כ דאיכא איסור חדש ועי' גם בפלתי לענין אוכל ג"ה של נבילה דחייב גם משום נבילה ואע"ג דאין בגידין בנ"ט משום דחשוב אכילה לענין גיד ה"ה לענין איסור נבילה:

ולפ"ז ניחא מה שהקשו על הא דאיתא בביצה (דף הנ"ל) דפריך והא תנן מתני' כר"ה דנשחטה בחזקת היתר עומדת דתנן ר"ע אומר אפי' כזית חי מבית טביחתה ואע"ג דאפשר דהיא טריפה וע"כ משום דנשחטה בחז"ה עומדת והקשו דילמא לעולם דלא כר"ה והא דשרי ר"ע אפי' כזית ול"ח שמא היא טריפה אך משום דחי חשוב שלא כד"א ונמצא אפי' אי יהיה טריפה ליכא איסור לאכול ולפי הנ"ל ניחא דהגמ' הוכיח שפיר דע"כ כר"ה דאל"כ אמאי מותר לשחוט ביו"ט משום דיכול לאכול כזית חי דכיון דאיכא חששה דטריפה וע"כ מצריכין לומר דנהי דטריפה הוא שרי דל"ח אכילה שלא כד"א א"כ ממילא אסור לשחוט דל"ח אוכל נפש וע"כ כר"ה דל"ח לטריפה דנשחטה בחז"ה עומדת וע"כ רשאי לשחוט אפי' באי אפשר רק כזית חי אע"ג דחי ל"ח אכילה מ"מ חשוב אוכל נפש דליכא ממ"נ משא"כ אי ליתא לדר"ה רק הא דרשאי לאכול דל"ח אכילה א"כ אמרינן דל"ח אוכל נפש ואסור לשחוט ביו"ט

ובלא"ה קשה לי על הסוגיא דאפי' אי ליתא לדר"ה פשיטא דאינו רק חששא דרבנן להצריך בדיקה וא"כ ראוי לחולה אפי' אין בו סכנה דאיסור דרבנן שרי לחולה שב"ס וא"כ רשאי לשחוט משום הואיל דחזי לחולה אפי' אב"ס ול"ש תירוץ התוס' דזה ל"ש

דזה שייך על חולה שיש בו סכנה זה ל"ש משא"כ חולי שב"ס. גם קשה לי אי חי חשוב שלא כד"א א"כ הא דאיתא בחולין בשוחט בשבת דאע"ג דשחיטה כשרה מ"מ אסור לאכול ביומא משום מוקצה וע"ש בתוס' דמסיק דאיירי ע"כ באומצא דאל"כ הא אי אפשר למלוח בשבת וקשה דא"כ גם איסור מוקצה ליכא דחשוב שלא כד"א:

ולכאורה נראה עוד אי רשאי לעשות מלאכה בשביל אכילה שלא כד"א תלי' אי הא דהותרה אוכל נפש אי הותרה או דחוי' ועיין ברא"ש בסוף יומא דנראה מדבריו דדחוי הוא וכבר הקשו מהא דסובר ר"א בפסחים דשמחת יו"ט הוא רק רשות וא"כ ל"ש דחוי' ועי' בס' מג"א דכתב בפלוגתא דר"א ור"י שם דאליבא דר"א דסובר רשות וליכא מצוה וע"כ דהותרה אצל אוכל נפש משא"כ לר"י דסובר דשמחת יו"ט הוא מצוה יש לומר דדחוי אצל אוכל נפש והיינו דמצוה דשמחת יו"ט דוחה והנה הקשו אי אמרינן דחי חשוב אכילה מהא דקאמר הגמ' שמחה בחי ליכא ותירצו דרק שמחה ליכא אבל אכילה חשוב אפי' בחי וא"כ למ"ד דסובר דשמחת יו"ט רשות א"כ אפי' בחי דאינו יכול לאכול רק חי דכיון דעכ"פ אכילה נחשב רשאי לעשות מלאכה עבור זה משא"כ למ"ד דמצוה ואז אמרינן דדחוי והיינו דמצוה שמחת יו"ט דוחה וכיון דבחי ליכא שום שמחה ל"ש דמצוה שמחת יו"ט דוחה אז אסור לשחוט משום דיכול לאכול חי. ולפ"ז ניחא דברי הטור בא"ח דהשמיט דינא דר"ע דביכול לאכול כזית חי שרי והיינו משום דפסק כמ"ד דדחויה היא היינו דמצות שמחה דוחה וזה ל"ש בחי דנהי דחשוב אכילה אבל שמחה ליכא אך ר"ע לשיטתו דסובר בפסחים פ' א"ד כר"א דרשות היא וע"כ סגי ביכול לאכול כזית חי:

ובזה ניחא קושית הש"א דהקשה הא בתוס' הקשו דאי אמרינן הואיל יבטל כל מלאכת שבת הואיל דחזי לחולה שיש בו סכנה ותירצו דזה ל"ש והקשו מילה שכיח וא"כ לר"א דסובר דמכשירי מילה דוחה שבת אמאי נתחייב המקושש מיתה משום שחילל שבת הא ראויה למכשירי מילה ומילה שכיחא ועי' בס' א"ח. וע"כ נראה דהא בלא"ה הקשו על התוס' דילמא לא אמרינן הואיל רק היכי דהותרה ולא בדחויה וע"כ צריכין לומר דקושית התוס' אזלא למ"ד דשמחת יו"ט הוא מצוה וא"כ הא דשרי לאוכל נפש רק משום דחויה ואעפ"כ סובר רבה דאמרינן הואיל דאי מקלעי אורחים וע"כ שפיר הקשה דאמאי ל"א הואיל דחזי לחולה שיש בו סכנה משא"כ ר"א לשיטתו דסובר רשות וע"כ דסובר דהותרה א"כ יש לומר דהואיל לא אמרינן רק בהותרה ולא בדחוי' וע"כ ל"א הואיל דחזי לחולה שיש בו סכנה או הואיל דראוי למכשירי מילה:

והנה אי אמרינן דמשום שלא כד"א אינו רשאי לעשות מלאכה ניחא קצת מה שהקשו הראשונים ועיין בר"ן בביצה על הא דמתיר ב"ה ליחם חמין לרגליו אע"ג דאינו ראוי לשתיה משום דהנאת הגוף חשוב כמו אוכל נפש והקשו מהא דאיתא בכתובות דרבא שרי למיבעל בתחלה ביו"ט ורצה הגמ' לומר משום מתוך שהותרה חבורה לצורך וכו' והקשו דת"ל דחשוב אוכל נפש דכיון דהנאת הגוף הוא. אך לפי מה דסוברים דמש"ה כי אמרינן דמצות לאו ליהנות נתנו שרי אפי' כי יש הנאת הגוף משום דהנאת הגוף בהדי מצוה חשוב הנאה שלא כד"ה ועי' ברשב"א בנדרים וא"כ התם דבעילת מצוה היא ל"ח הנאת הגוף רק שלא כד"ה יהיה אסור רק משום מתוך. אך קשה דכיון דרבא לא סובר דיו"ט עשה ול"ת רק ל"ת לחוד ועי' בתוס' ביצה א"כ יש לומר דהיתר אינו משום מתוך רק דעשה דמצוה דוחה ל"ת דיו"ט ואין לומר דאפשר להמתין דליתא דכבר הוכיחו דאפי' באפשר להמתין דוחה דהא נותר דאי לא גלי קרא הוי דחי לאו דיו"ט לרבא לשיטתו אע"ג דאפשר להמתין וזה ל"ש בשבת דלא דחי ל"ת דכרת:

והעיקר נראה דכיון דביו"ט בעינן דבר השוה לכל נפש א"כ פשיטא דזה שיכול לאכול שלא כד"א ל"ח אוכל נפש דעכ"פ אינו שוה לכל נפש:

ומה שהקשה בס' צל"ח דכיון דר"ע חייש למיעוט איך מתיר לשחוט ביכול לאכול כזית חי מבית טביחתה שמא הוא טריפה יע"ש אך לפי מה דאיתא באחרונים דמבשל טריפה ביו"ט ליכא מלקות דראוי לעובד כוכבים ואע"ג דדרשינן לכם ולא לעובדי כוכבים ליכא רק עשה וליכא מלקות ובאיסור עשה לכ"ע ל"ח למיעוטא ועי' במל"מ הלכות יו"ט אך מרש"י יבמות (דף מ"ט) דפי' דלרב ליכא לאו ביבמה לשוק וא"כ תקשה מה משני הגמ' ביבמות דמתני' דקתני דלא נשא ואע"ג דאיכא רוב דמתעברות דאתי' כר"מ דחייש למיעוט וקשה הא ר"מ מודה באיסור עשה דל"ח למיעוטי וכן הא דקיי"ל במת הולד בתוך שלשים יום דצריכה חליצה כרשב"ג דחיישינן למיעוט נפלים ואפשר דהתם שאני דמיעוט המצוי הוא:

ועל קושית התוס' הנ"ל על רש"י דפי' דחמור הוא קדשי ב"ה וקשה דא"כ מחמור הו"ל להקשות דישנו בשאלה. ונראה עוד דהנה על הא דמבשל ג"ה בחלב ביו"ט וכו' ומסיק הגמ' דאיירי דבישלו בעצי הקדש והקשה דא"כ לילקי נמי משום הזיד במעילה ותירץ בריטב"א דכיון דאיסורי הנאה הוא ואי אפשר לאיתהנויי מיני' בהיתירא לית ביה משום מעילה דאע"ג דכל הקדש אי אפשר לאיתהנויי מיניה מ"מ חייבו הכתוב משום מעילה מ"מ היכי דחוץ מאיסור הקדש א"א לאיתהנויי מיניה ליכא משום מעילה יע"ש ולפ"ז קשה דכיון דהזרעים אסורים בהנאה משום כלאי הכרם א"כ ליכא לאו דהזיד במעילה

ובפרט כיון דאסור בהנאה וחשוב מקלקל א"כ ל"ש לאו דהזיד במעילה וצריך לומר דכיון דר"ל אמר התם דהוי מוקי מתני' כר"ע ובמס' כלאים איתא מעשה באחד שזרע כרמו בשביעית ובא מעשה לפני ר"ע ואמר אין אדם מקדש דבר ש"ש וכיון דהכא איירי בשביעית לא הוי מקלקל דכיון דשרי בהנאה לר"ע וגם ליכא איסור הנאה חוץ מאיסור הנאה דהקדש והנה קושית הגמ' דליתני שבועה שלא אחרוש בין ביו"ט ובין בחול ע"כ לא אזלא לר"ל דהוא סובר דאיסור הבא ע"י עצמו ל"א כולל וע"כ קאי רק לר"י ואליבא דר"י דמחפה חשוב כזורע לכ"ע לא אתי כר"ע דווקא וכיון דלא אתיא כר"ע א"כ הכלאי הכרם אסורין בהנאה אפי' בשביעית וא"כ ליכא לאו דהזיד במעילה וא"כ ע"כ לס"ד חמור היינו פ"ח וכמ"ד דאסור בהנאה וא"כ לא מצי להקשות מחמור רק והרי נזיר ורש"י לא כתב כן רק למסקנא דמשני דהאי תנא לית ליה כולל והיינו בבא ע"י עצמו כר"ל דאל"כ איך חל יו"ט על שביעית ואז לדידי' מתני' דמחפה כזורע רק לר"ע ואליבא דר"ע לא נאסר בהנאה בשביעית וא"כ איכא משום הזיד במעילה ואז יש לפרש דחמור הוא קדשי ב"ה:

וגם נראה דהנה לר"י דמתני' אפי' כרבנן ולדידהו דאסור בהנאה לא קשה קושית הגמ' לחייב נמי משום זורע דחשוב מקלקל וא"כ יש לומר דלעולם דיש ח"מ והנה הקשו אי יש ח"מ או לס"ד דלא ידעינן מזה תקשה דאמאי אינו חייב גם משום מחמר ותירצו דהא היכי דבהמה אינו שלו ליכא משום מחמר והכא דאיירי במוקדשין דאינו שלו ליכא משום מחמר ועיין בתשובות ב"א וע"כ לא מקשה אפי' לס"ד דלא ידעינן דאין ח"מ רק ליחייב משום זורע. והנה אי איירי בקדשי בדק הבית יש לומר דחייב משום מחמר דהואיל ואי בעי מיתשל חשוב שלו משא"כ אי איירי בפ"ח ניחא דל"ש שאלה. ולפ"ז ניחא דברי רש"י דרש"י לא פי' כן רק למסקנא דמשני כר"ל דאיסור כולל בבא ע"י עצמו ל"א ולדידי' מתני' רק כר"ע ואליבא דר"ע דשרי בהנאה יקשה ליחייב נמי משום זורע וע"כ משום דאין ח"מ וא"כ יש לומר דאיירי בקדשי ב"ה ואע"ג דחשוב שלו משום הואיל דאי בעי מיתשל מ"מ לא קשה ליחייב גם משום מחמר דהא אין ח"מ ביו"ט משא"כ לס"ד דמקשין דאזלא לר"י דסובר כולל אפי' בבא ע"י עצמו ולדידי' דאתי מתני' לכ"ע ואפי' כרבנן ולא כר"ע וא"כ כלאי הכרם אסורין בהנאה אפי' בשביעית ולא קשה לחייב נמי משום זורע דחשוב מקלקל ולעולם דיש ח"מ וא"כ אי איירי בקדשי ב"ה דשייך הואיל דאי בעי מיתשל תקשה ליחייב נמי משום מחמר וע"כ לס"ד איירי בפ"ח וע"כ לא פריך והרי הקדש רק והרי נזיר ורש"י לא פי' כן רק למסקנא דאתיא כר"ל ודו"ק:

אות ב

בעידנא דמיעקר לאו מקיים לעשה

הנה אי התחלת המצוה חשוב בעידנא ודוחה ל"ת הנה בנ"י בב"מ פ' א"מ הקשה על הא דמקשה הגמ' שם דאין עשה דוחה ל"ת ועשה והקשה למאי צריכין להאי טעמא דטומאת כהן עשה ול"ת אפי' אי לא היה רק ל"ת גרידא לא דחי דלא הוי בעידנא וקיי"ל דלא דחי אלא היכא דבעידנא דקא מיעקר ללאו קא מקיים לעשה וע"ש דכתב דהכא נמי בשעה שעבר על הלאו מקיים להעשה כמילה בצרעת דהא מתעסק הוא במצות השבת אבידה בשעת עקירת הלאו ואע"פ שלא נגמרה מה בכך דגם במצות מילה לא נגמרה עד דפרע דקיי"ל מל ולא פרע כאילו לא מל ועי' בתוס' גיטין (ד' מ"א) ד"ה לישא במה שכתבו דכי מיעקרא לאו לא מקיים לעשה נראה דלא סובר כנ"י הנ"ל:

ועיין בנב"י דרצה ג"כ להוכיח מתוס' יבמות דסוברים דהא ל"ח בעידנא ומסיק שם דזה תליא בפלוגתא דרבא ור"א בזבחים (ד' צ"ז) דרבא הוכיח דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש מהא דאמרה תורה ועצם לא תשברו אחד עצם שיש בו מוח וכו' ואמאי לא דוחה עשה ל"ת ור"א משני דיקדש עשה הוא ואין עשה דוחה ל"ת ועשה והקשו בתוס' דמשמע לר"א דחי אפי' ל"ת שבמקדש ותקשה דאמאי לא דחי עשה דקרבן פסח ל"ת דלא ישברו וע"כ טעמא של ר"א דמהתם אין ראיה דלא הוי בעידנא ואע"ג דמתעסק הוא במצוה ל"ח בעידנא ורבא סובר דזה חשוב בעידנא וע"כ שפיר מייתי ראיה מהתם ובזה ניחא הא דהקשו בהא דפליגי ר"י ור"ש אי עובר לפ"ז דלר"י בעינן ההיקש לא תאכל חמץ שבעת ימים תאכל מצה לקובעו חובה בזה"ז ור"ש יליף מבערב תאכלו מצות והרמב"ם יליף לקובעו חובה מבערב תאכלו מצות והקשו דכיון דפסק כר"י לפ"ז א"כ ילפינן לקובעו חובה מהקישא ועי' בלח"מ אך הקשו הא הקישא בעינן על מצוה של טבל דאינו יוצא במצה של טבל משום דבעינן שיהי' איסור חמץ והכא יהיה איסור טבל אך בתוס' סוכה הקשו דת"ל דהוי מה"ב ובש"א מתרץ דעשה דוחה ל"ת וליכא עבירה אך הקשו דלא הוי בעידנא דח"ש אסור מה"ת ומצוה אינו מקיים עד שיאכל כשיעור כזית וע"כ משום דזה חשוב בעידנא ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם דפסק דאינו יוצא במצה של טבל ואע"ג דפסק דאחע"א בכולל ועי' בלח"מ שתמה על זה אך הרמב"ם סובר כר"א ול"ח בעידנא וממילא לא יצא משום מה"ב ול"ש דעשה דוחה דל"ח בעידנא וא"כ הסוגיא דפסחים דיליף לקובעו חובה מהיקש ולא צריכין על מצה של טבל קאי לר"א וממילא לא יצא בטבל משום מה"ב ורבא לשיטתו דסובר דזה חשוב בעידנא וא"כ צריכין הקישא לטבל וע"כ יליף לקובעו חובה מבערב תאכלו וכו' אך על הרמב"ם תקשה דאמאי לא יליף

לקובעו חובה מהקישא אך לפ"ז קושית התוס' על רבא ניחא דמש"ה יליף לקובעו חובה מבערב תאכלו מצות:

ולי נראה דזה תליא אי מקלקל בחבורה חייב אי פטור דהנה מ"ד דחייב יליף ממילה דצריכין קרא דדוחה שבת ואע"ג דחשוב מקלקל וע"כ דחייב בחבורה ומ"ד דפטור סובר דמילה חשוב תקון דמתקן גברא ועי' בשבת וא"כ למאן דפוטר מקלקל והא דצריכין קרא על מילה משום דחשוב מתקן וא"כ לדידיה אין ראי' דהתחלת המצוה חשוב בעידנא דלעולם דל"ח בעידנא ולא קשה דמל ולא פרע כאילו לא מל וחילול שבת נעשה מיד דליתא דאז הוי מקלקל ופטור והתיקון נעשה בשעה דפרע וא"כ בא בב"א דקודם שפרע דלא נעשה התיקון חשוב מקלקל ופטור ובשעה דנעשה התקון גברא לאחר הפריעה אז שייך לומר דעשה דמילה דוחה אך למ"ד מקלקל חייב בחבורה ואז תקשה דקודם שפרע נעשה חילול שבת ואע"ג דהוי מקלקל אז והמצוה הוא לאחר הפריעה וע"כ משום דחשוב בעידנא ולפ"ז ניחא בפשיטות הרמב"ם הנ"ל דאליבא דר"ש לשיטתו דסובר מקלקל חייב וא"כ ליכא משום מה"ב דעשה דוחה דהא חשוב בעידנא לדידיה וע"כ קאמר הברייתא דלר"ש לשיטתו בלא"ה לא יצא דלא סובר איסור כולל ואליבא דידן דמקלקל פטור בחבורה וא"כ ל"ח בעידנא א"כ בלא"ה לא יצא משום מה"ב ול"ש דעשה דוחה דלא הוי בעידנא וכו':

ובזה ניחא מה שהקשו על הא דאיתא בפסחים דנזיר וחטאת הוי ש"כ וקשה דהא יקדש כדי שיהיה עשה ול"ת ולא דחי העשה כמו דמשני ר"א בזבחים ומנ"ל דאתא לשני כתובים ועי' בס' שעה"מ. ולכאורה נראה דהא בתוס' ביבמות הקשה דאמאי לא ילפינן דעשה דוחה ל"ת משריפת קדשים דגלי קרא דלא דחי הא לאו הכי הוי שרי ותירצו דשאני התם דהותר מכללו אצל אוכל נפש והנה אי ילפינן מהתם הוי שמעינן דל"ג בעידנא דהא התם איכא גם כיבוי ותחילתו מכבה ולא הוי בעידנא אך לא ילפינן מהתם משום דהותר מכללו וכבר אמרנו דמאן דל"ס מתוך ע"כ משום דסובר דחויה הוא וא"כ ל"ש תירץ התוס' דהותר מכללו ויש למילף מהתם דלא בעינן בעידנא וא"כ הא הסוגיא דפסחים קאי לר"ע דלדידיה משני דהוי נזיר וחטאת שני כתובים ואליבא דר"ע יש למילף דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש מהא דלא ישבר אפי' עצם שיש בו מוח ולא דחי העשה ואע"ג דלא הוי בעידנא דהא בשריפת קדשים ג"כ לא הוי בעידנא וע"כ משום דאין דוחה ל"ת שבמקדש וא"כ ל"צ יקדש להיות עשה ול"ת וע"כ הוי ש"כ ושפיר משני לר"ע לשיטתו:

והנה לפ"ז אפילו לדידן דאמרינן מתוך וע"כ דהותרה ואי אפשר למילף משריפת קדשים דעשה דוחה ל"ת ואפי' בעידנא לא בעינן דיש לומר דשאני התם דהותר מכללו אבל

מלאכת יו"ט יש למילף מיו"ט גופי' דגלי קרא דאסור לשרוף הא לא"ה שרי משום דעשה דוחה ואע"ג דלא הוי בעידנא דאיכא איסור כיבוי בתחלה ונהי דאי אפשר למילף מהתם בכל התורה אך עכ"פ איסור מלאכת יו"ט משריפת קדשים יש למילף דלא בעידנא אך זה הכל אי אמרינן מלאכת שא"צ לגופו חייב ואז איכא גם איסור כיבוי בשריפת קדשים אע"ג דל"צ לגופו משא"כ למ"ד דפטור מלאכה שא"צ לגופו אין ראי' דבאיסור מלאכת יו"ט דחי עשה ל"ת אפי' היכי דלא הוי בעידנא דמשריפת קדשים אין ראיה דהתם הוי בעידנא דאיסור כיבוי ליכא דהוי מלאכה שא"צ לגופו:

ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם דהנה על הא דאיתא בסוכה אין ממעטין ביו"ט ור"ש ב"א אומר ממעטין ומסיק שלקטן אכילה דהוי דש"מ ופריך והא הוי פ"ר ומשני דאית ליה הושענא אחריתי והרמב"ם השמיט זה והקשו עליו וע"כ נראה דלכאורה תקשה מה בכך דהוי פ"ר דעשה דוחה ל"ת וע"כ משום דלא הוי בעידנא דהתיקון הוא קודם המצוה אך כבר אמרנו דבאיסור יו"ט לא בעינן בעידנא אך לר"ש לשיטתו דסובר דמקלקל בחבורה חייב ולדידיה מלאכה שא"צ לגופו פטור ועיין ברש"י בשבת דכתב כן וא"כ אין ראיה דבאיסור מלאכה דיו"ט לא בעינן בעידנא משא"כ הרמב"ם דפסק מלאכה שא"צ לגופו חייב וא"כ שמעינן דבאיסור יו"ט ל"צ בעידנא וע"כ השמיט הרמב"ם דאירי באית ליה הושענא אחריתי דאבל"ה שרי משום דעשה דוחה ואין לומר דא"כ ל"צ הרמב"ם להביא בלקטן לאכילה דבלא"ה שרי משום דעשה דוחה אע"ג דלא הוי בעידנא אך י"ל דכיון דקיי"ל באפשר לקיים שניהם לא דחי עשה ל"ת וא"כ לפ"ז יש לומר דה"ה היכי דאפשר שלא יהיה עשה ול"ת רק ל"ת לחוד אז לא דחינן שניהם היכי דאפשר לתקן שלא יהיה רק ל"ת לחוד וע"כ לפי מה דאיתא במחברים דאע"ג דיו"ט עשה ול"ת מ"מ היכי ש"מ רק דהוי פ"ר אז ליכא רק ל"ת לחוד וע"כ בעינן שלקטן לאכילה דהוי דש"מ ואע"ג דהוי פ"ר מ"מ לא נשאר רק ל"ת לחוד ודחי העשה ואע"ג דלא הוי בעידנא וכו':

ובזה נראה לבאר שיטת הרמב"ם דפסק דכהנים שלא בשעת עבודה אסורין ללבוש הבגדים משום כלאים והראב"ד חולק על זה וסובר דאפי' שלא בשעת עבודה והקשו עליו מהא דאיתא בערכין נהי דבשעת עבודה אישתרי שלא בשעת עבודה לא אישתרי אלמא דאסור שלא בשעת עבודה ולשיטת הרמב"ם הקשו מסוגיא דיומא דמשמע דשרי אפי' שלא בשעת עבודה דאיתא שם דבמקדש אם יצא בבגדי כהונה פטורין ועי' בש"א וע"כ נראה דעיקר הוכחה של הרמב"ם משום דהא הקשה דסמוכין דכלאים בציצית למה לי דשרי דממילא ידעינן דשרי משריפת קדשים דגלי קרא דאסור לשרוף ואי לא גלי היה שרי אלמא דעשה דוחה ל"ת וע"כ דסמוכין אתא להתיר אפי' שלא במקום מצוה

ואי לאו הסמוכין ה"א דאסור וא"כ בבגדי כהונה דליכא קרא על זה ע"כ יש לומר דשלא בשעת עבודה אסור דאין לומר הואיל ואישתרי אישתרי דא"כ ל"צ הסמוכין דהא יש למילף משריפת קדשים דעשה דוחה וע"כ דסמוכין אתא להתיר אפי' בכסות לילה וא"כ חזינן דאי לא גלי הסמוכין דשרי שלא בשעת מצוה היה אסור וא"כ ממילא דאסורין הכהנים ללבוש ב"כ שלא בשעת העבודה דע"ז לא גלי קרא. אך אין זה ראיה דיש לומר דסמוכין אתא דמשריפת קדשים א"א למילף משום דה"א דהכא אסור משום דלא הוי בעידנא דהמצוה אינו מקיים רק לאחר שנתעטף וכן הקשה בש"א ולעולם דזה ידעינן מכח סברא הואיל ואישתרי אישתרי. אך באמת גם בשריפת קדשים לא הוי בעידנא דאיכא מכבה וזה הכל לרמב"ם לשיטתו דסובר מלאכה שא"צ לגופו חייב ואז ידעינן משריפת קדשים דעשה דוחה אע"ג דלא הוי בעידנא וע"כ דסמוכין אתא להתיר כלאים אפי' שלא בשעת מצוה וא"כ בב"כ דלא גלי סובר הרמב"ם דאסור שלא בשעת עבודה משא"כ הראב"ד לשיטתו דפסק דפטור מלאכה שא"צ לגופו וא"כ ליכא משום כיבוי וא"כ יש לומר דסמוכין אתא דה"א דלא דחי משום דלא הוי בעידנא ולא להתיר שלא במקום מצוה דזה ידעינן ממילא הואיל ואישתרי אישתרי וע"כ סובר דמותר אפילו שלא בשעת עבודה וא"כ יש לומר דסוגיא דערכין דאסור שלא בשעת עבודה קאי למ"ד דמלאכה שא"צ לגופו חייב ולהרמב"ם לא קשה מסוגיא דיומא דהתם קאי למ"ד מלאכה שא"צ לגופו והרמב"ם לשיטתו דמחייב מלאכה שא"צ לגופו וגם לפי המג"ש דכתב לתרץ קושית התוס' הנ"ל דאמאי לא ילפינן משריפת קדשים דעשה דוחה ל"ת ומתרץ דהתם אי לא דגלי קרא ה"א דשרי משום מתוך ולא משום דעשה דוחה ולפ"ז לר"ע דל"ס מתוך יש למילף מהתם דעשה דוחה ואז אמרינן דלא בעינן בעידנא כמו התם דאיכא בתחלה כיבוי וליכא בעידנא וא"כ לדידיה ע"כ הא דלא דחי עשה דפסח לאו דלא ישברו וע"כ משום דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש דאין לומר משום דלא הוי בעידנא דהא לדידיה ל"ב בעידנא וא"כ ל"צ יקדש שיהיה עשה ול"ת וע"כ קאמר שפיר דאליבא דר"ע דהוי ש"כ. ולפ"ז נראה עוד לתרץ הרמב"ם והראב"ד על דרך הנ"ל דהא קשה דלא צריכין סמוכין הנ"ל דיש למילף משריפת קדשים וע"כ דאיצטריך כדי להתיר אפי' שלא במקום מצוה א"כ בב"כ דלא גלי קרא אסור שלא בשעת עבודה. אך יש לומר דאי אפשר למילף משריפת קדשים דהתם ה"א דשרי משום מתוך ולא מטעם דעשה דוחה אך הא איכא כיבוי ובזה ל"א מתוך ואין לומר דהוי מלאכה שא"צ לגופו דהא הרמב"ם פסק דחייב וע"כ הרמב"ם לשיטתו והראב"ד לשיטתו והסוגיא דערכין לא קשה לראב"ד דקאי למאן דמחייב וסוגיא דיומא קאי למ"ד דפוטר והרמב"ם לשיטתו דמחייב מלאכה שא"צ לגופו:

ולפ"ז ניחא דברי רש"י דפי' על הא דאמר רב בפסחים דבמצא חמץ ביו"ט דבלא ביטלו מותר לשרוף ולקמן פ' שני סובר דאסור לשרוף וע"כ נראה דבאמת מהראוי להתיר בלא ביטלו משום מתוך דהא רבא הוכיח מר"ע דאוסר לשרוף דש"מ דל"ס מתוך אלמא דאי אמרינן מתוך שרי אך הא הקשו דהא אפי' אי אמרינן מתוך אסור דהא דחמץ הוא בשריפה משום דילפינן מנותר וא"כ כשם דנותר אסור לשרוף ול"א מתוך ה"ה חמץ אך התירוץ דהתם אסור משום דאיכא כיבוי ובכיבוי ל"א מתוך לעולם מצד הבערה היה אמרינן מתוך אך כיבוי הוי מלאכה שא"צ לגופו וע"כ משום הבערה ל"א מתוך דאיסור כיבוי ליכא אך במ"מ איתא דאליבא דרב דאוסר דש"מ ה"ה דמחייב מלאכה שא"צ לגופו וע"כ על רב לשיטתו פי' רש"י שפיר דבביטלו מותר לשרוף משום מתוך והתם בנותר ל"א מתוך משום דאיכא כיבוי משא"כ אליבא דאמת דפטור מלאכה שא"צ לגופו וליכא משום כיבוי בנותר רק משום הבערה ואפ"ה אסור לשרוף ול"א מתוך וה"ה בחמץ וע"כ סובר רש"י דאפי' בלא ביטלו אסור שרוף ול"א מתוך:

אך לפ"ז נדחה מה שאמרנו דגם דר"ע ל"ס מתוך ול"ס דהותרה ול"ש דהותרה מכללו מ"מ אי אפשר למילף מהתם דלא בעינן בעידנא דכיון דכיבוי מלאכה שא"צ לגופו הוא ופטור וע"כ נראה דהנה בתוס' פסחים (דף צ"ג) ד"ה ר"ע הקשה דמנ"ל דר"ע סובר דאין שוחטין וזורקין על טמא שרץ דהא לעיל אמר דמ"ד אין שוחטין סובר לה כר' יצחק דאמר טמאי מתים היו שחל וכו' ואילו ר"ע סובר דמישאל ואלצפן היה ולכאורה נראה לפי מה שהקשה בתוס' פסחים (דף ס"ט) ד"ה שוחטין וכו' דהקשו למ"ד דשו"ז על ט"ש אמאי כתב רחמנא טמא אינו עושה פסח פשיטא דהא כתיב איש לפי אכלו ותירצו דאיצטריך דצבור עבדי בטומאה דאיש נדחה ואין צבור נדחין יע"ש אך הקשו הא שמעינן מקרא במועדו אפי' בטומאה ותירצו דאיצטריך אפי' בשבת אך הקשו הא שבת ילפינן מפסח שעשו במדבר דלפי החשבון היה אז בשבת ותירצו דמהתם אי אפשר למילף דע"כ היה ע"פ הדיבור דהא לא נתחייבו עד לאחר ירושה וישיבה וא"כ ר"ע לשיטתו דסובר בקידושין דכל מקום שאתם יושבין משמע וא"כ יש למילף מהתם דדוחה שבת ובמועדו אפי' בטומאה וא"כ תקשה קושית התוס' לדוכתא וע"כ דאין שו"ז על ט"ש:

אך נראה עוד דהנה הא דלא ידעינן דפסח דוחה שבת מתמיד תירצו דכיון דמי שאין לו קרקע פטור מפסח ועי' בתוס' בריש פסחים ועי' במל"מ א"כ ה"א דלא דחי פסק שבת דבידו להפקיר את נכסיו ואז פטור מפסח ועי' בשבת פ' ר"א דקאמר גבי ציצית דלא דחי שבת מה"ט דבידו להפקיר ולפ"ז דהא בס' א"ח איתא דלמ"ד דמישאל ואלצפן היו ושבט לוי לא נטלו חלק בארץ וע"כ לדידי' אפי' במי שאין לו קרקע חייב בפסח

ולפ"ז ניחא קושי' התוס' דכיון דסובר ר"ע דמישאל ואלצפן היו אך לא צריך קרא במועדו על שבת דיש למילף מתמיד וא"כ קרא במועדו קאי אפי' בטומאה וא"כ תקשה קושי' התוס' לדוכתא וע"כ לר"ע אין שו"ז על ט"ש וא"כ אדרבה דכיון דסובר דמו"א היו מזה ידעינן דאין שו"ז על ט"ש ולפ"ז ניחא קושיא הנ"ל דהא באמת עשה דחמיר לא בעינן בעידנא וא"כ פסח דחמיר מהראוי לומר דדוחה לאו דלא ישברו אע"ג דלא הוי בעידנא אך אדרבא קיל דיכול להפקיר נכסיו ואז פטור מפסח וא"כ ר"ע לשיטתו דלדידי' ע"כ חייב אפי' אין לו קרקע וא"כ הוי עשה דחמיר ולא בעינן בעידנא וע"כ משום דאינו דוחה ל"ת שבמקדש ול"צ יקדש וע"כ הוי ש"כ:

אך לפי מה שאמרנו דדין זה אי חשוב בעידנא תליא בפלוגתא דמקלקל בחבורה ניחא קושיא הנ"ל דיש לומר דגם ר"א מודה דלא דוחה ל"ת שבמקדש וראיה משבירת עצם אך היה קשה לו דמהתם אין ראיה דיש לומר דדוחה והתם לא הוי בעידנא ואין לומר דהתחלת המצוה חשוב בעידנא דליתא דהא סתם ספרא הוא ר"י ור"י סובר דמקלקל פטור בחבורה וא"כ אין ראיה ממילה וע"כ משני דיקדש עשה הוא והסוגיא דהכא קאי לר"ש ולדידי' ע"כ חשוב בעידנא וא"כ ע"כ שמעינן מעצם לא תשברו בו דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש ול"צ יקדש להיות עשה וע"כ הוי ש"כ:

וניחא בזה רש"י במנחות דכתב דמש"ה אוסר ב"ש סדין בציצית משום דלא דריש סמוכין והקשה בתוס' הא במשנה תורה כ"ע דרשי סמוכין וע"ש ונראה דהנה בראשונים איתא דהא דפליגי ר"י ור"ש במלאכה שא"צ לגופו הוא משום דרש"י פי' בחגיגה (דף י') ד"ה מלאכת מחשבת וכו' וז"ל שהמחשב חשבה בדעתו ונתכוין לה ומלאכת מחשבת בשבת לא כתיב אלא במשכן הוא דכתיב ולפי שסמך בפ' ויקהל שבת לפרשת משכן אנו למידין דבעינן מ"מ ולפ"ז ר"י לשיטתו דלא דריש סמוכין ולכך מחייב מלאכה שא"צ לגופו אע"ג דלא הוי מ"מ אבל ר"ש דריש סמוכין בכל התורה ולכך פוטר מלאכה שא"צ לגופו דלא הוי מ"מ. ולפ"ז ניחא קושי' התוס' ביצה על יש מפרשים דאסור ציידה ביו"ט שמא יצוד דגים טמאים והקשו בתוס' דא"כ הוי מלאכה שא"צ לגופו וע"כ נראה דיש מפרשים מודים לטעמא של הירושלמי דדרשינן סמוכין דלא שרי אלא מלישה ואילך אך היה קשה למאן דלא דריש סמוכין וע"כ תירצו שמא יצוד דגים טמאים ואע"ג דחשוב מלאכה שא"צ לגופו הא אי לא דרשינן סמוכין גם מלאכה שא"צ לגופו חייב והנה בס' ש"א הקשה אמאי שרי כלאים בציצית הא לא הוי בעידנא דמצוה אינו מקיים רק לאחר לבישה והאיסור דכלאים מיד יע"ש אך אי התחלת המצוה חשוב בעידנא ניחא וראיה ממילה דדוחה שבת אך זה אי מקלקל בחבורה חייב משא"כ למ"ד דפטור אין ראיה

וברש"י בשבת איתא דמאן דפוטר מלאכה שא"צ לגופו אז מקלקל בחבורה חייב משא"כ למאן דמחייב אז מקלקל בחבורה פטור. וא"כ יש לומר דכוונת רש"י דלא דריש סמוכין דבעינן מלאכת מחשבת ומלאכה שא"צ לגופו חייב ואז פטור מקלקל בחבורה וממילא אין ראיה דהתחלת המצוה חשוב בעידנא וממילא אסור כלאים בציצית וע"כ אוסר ב"ש ולעולם במשנה תורה דריש סמוכין:

והנה בפסקי תוס' איתא דהיכא דאי אפשר בענין אחר לא בעינן בעידנא ובזה פליגי רבא ור"א דרבא דמייתי ראיה משבירת עצם ע"כ דסובר דהיכי דאי אפשר לא בעינן בעידנא ור"א בעי לעולם בעידנא ובזה ניחא קושי' התוס' הנ"ל דמנ"ל לר"ע דאין שו"ז על ט"ש דהנה לר"ע דע"כ אתא יקדש לשני כתובים וע"כ דסובר דל"צ יקדש לעשה דבלא"ה לא דחי דל"ת שבמקדש לא דחי וראיה משבירת עצם וע"כ משום דלא אפשר לא בעינן בעידנא ואע"ג דיכול לשבור מב"י דליכא משום שבירת עצם וע"כ דאיירי בע"פ שחל בשבת דלא יכול לשבור בשבת ועי' בא"ח וא"כ ממילא שמעינן דפסח דוחה שבת ולא איצטריך במועדו רק אפי' בטומאה וא"כ תקשה קושית התוס' לדוכתא וע"כ דר"ע סובר דאין שו"ז על ט"ש:

ולפ"ז נראה לתרץ קושי' התוס' בביצה דהכא משמע דגם רבא סובר דיו"ט הוי עשה ול"ת ובשבת לא משני כר"א דיו"ט עשה ול"ת הוא רק דגלי קרא דלא דחי. וע"כ לפי מה שכתבו דאע"ג דיו"ט חשוב עשה ול"ת מ"מ היכי דאינו מתכוין רק דהוי פ"ר אז ל"ח רק ל"ת לחוד. ולפ"ז ניחא הא דהקשה בתוס' על הא דקאמר בשוחט עולת נדבה ביו"ט דלוקה וקאמר דב"ש הוא דל"ס מתוך והקשו דאמאי לא קאמר ר"ע היא יע"ש. ונראה דהנה בתוס' יבמות הקשה דאמאי לא ילפינן דעשה לא דחי ל"ת משריפת קדשים דגלי קרא ליתן בקר שני לשריפתו ותירצו דשאני התם דלא בטלה מצותו בכך ויכול לשורפו לאחר יו"ט ומ"מ אי לאו קרא לא הייתי מחלק וה"א דדחי וכו':

ולפ"ז יש לומר דהא הקשו איך הוכיח רבא מר"ע דל"ס מתוך דילמא שאני חמץ דילפינן דבשריפה מנותר וע"כ כמו בנותר אסור לשרוף דגלי קרא ול"א מתוך ה"ה בחמץ ותירצו דהתם הוא משום כיבוי ל"א מתוך אך קשה דאיך אפשר לומר דהוא משום כיבוי דהא אינו מתכוין לכיבוי רק דפ"ר הוי וא"כ לא הוי רק ל"ת לחוד ואמאי אסור לשרוף דהא ר"א אמר הטעם משום דעשה ול"ת ואי משום כיבוי ליכא רק ל"ת לחוד וע"כ משום הבערה אלמא דל"א מתוך בנותר וה"ה בחמץ והיכי הוכיח רבא אך רבא לשיטתו דלא סובר טעמא דר"א רק משום דגלי קרא ויש לומר דל"א מתוך משום כיבוי ושפיר הוכיח רבא וזה לרבא לשיטתו משא"כ לדידן דאמרינן טעמא דר"א אין ראיה דר"ע לא סובר

מתוך רק כמו בנותר ל"א מתוך דאין לומר משום כיבוי דא"כ לא הוי רק ל"ת לחוד דעל כיבוי אינו רק פ"ר לחוד דא"מ לזה:

ולפ"ז ניחא דברי רש"י דעל רב דאמר במצא חמץ ביו"ט פי' דבלא ביטלו מותר לשרוף ולקמן לא פי' כן ולפ"ז ניחא דרב לשיטתו דאוסר דש"מ שפיר יש לומר בלא ביטלו מותר לשרוף משום מתוך ואין לומר דאמאי בנותר אסור יש לומר דהתם משום כיבוי ואע"ג דא"מ לכבות ולא הוי רק פ"ר וליכא רק ל"ת דליתא דלרב דאוסר דש"מ לעולם איכא עשה ול"ת ויש לומר משום כיבוי ל"א בנותר מתוך משא"כ אי דש"מ שרי אע"ג דהוי פ"ר מ"מ ליכא רק ל"ת לחוד וא"כ אי אפשר לומר משום כיבוי וע"כ דאיסור משום הבערה ואעפ"כ גלי קרא דל"א מתוך וה"ה בחמץ דילפינן מנותר וא"כ אסור לשרוף:

וניחא קושי' המג"א על הפוסקים הסוברים דאסור לשרוף ול"א מתוך ואמאי הא רבא הוכיח דל"א מתוך לר"ע וא"כ לדידן תקשה אמאי אסור לשרוף הא קיי"ל דאמרינן מתוך ולפ"ז ניחא דרבא שפיר הוכיח דאי אמרינן מתוך שרי ואע"ג דבנותר ל"א מתוך התם משום דאיכא כיבוי ואין לומר דכיון דאינו מתכוין לכבות וליכא רק פ"ר ליכא רק ל"ת לחוד ואמאי לא דחי ליה העשה דליתא דהא לרבא גלי קרא דלא דחי דכיון דיכול להמתין משא"כ לר"א דסובר הטעם משום דעשה ול"ת וא"כ ליכא למימר משום כיבוי דאז לא הוי רק ל"ת לחוד וע"כ משום איסור הבערה וגלי דל"א מתוך וה"ה בחמץ וע"כ פסקינן דאסור לשרוף החמץ ול"א מתוך אך תקשה לר"א דמשני משום דעשה ול"ת הא האיסור רק משום כיבוי דע"ז ל"א מתוך וא"כ ליכא רק ל"ת לחוד אך יש לומר משום דלא הוי בעידנא דאיסור מלאכה הוא מיד בשעת הכיבוי והמצוה לא מקיים עד לבסוף ור"א לשיטתו דסובר דאפי' היכי דאי אפשר בעינן בעידנא ורבא לשיטתו לא מצי לתרץ כר"א דהא הוא סובר דהיכי דאי אפשר לא בעינן בעידנא וע"כ דרק משום דגלי קרא דאסור לשרוף ולפ"ז ניחא הרמב"ם דלא הביא דאית ליה הושענא אחריתא דהא קשה דאמאי לא דחי עשה ל"ת דכיון דא"מ ורק פ"ר הוא ליכא ל"ת לחוד אך על ר"א לשיטתו דלא הוי בעידנא והוא סובר דאפי' בלא אפשר בעינן בעידנא משא"כ הרמב"ם סובר כרבא וע"כ השמיט דאית ליה הושענא אחריתי:

ובזה יש לתרץ הרשב"א דסובר דאפי' היכי דאיכא הנאת הגוף אמרינן דמצות לאו ליהנות ניתנו והא דקונם תשמישך עלי דאסור משום דאפשר באחרת והקשו מהא דמשני הגמ' באונס שגירש שביטלו לעשה דאדרה על דעת רבים וקשה דהא הכא ל"ש דאפשר באחרת דהמצוה בזו וע"כ נראה דהנה שיטת הכלבו דבמודר הנאה משופר דקיי"ל דמותר לתקוע תקיעה של מצוה דווקא שאחר יתקע והוא ישמע אבל הוא אסור לתקוע

משום דנהנה בזה והקשו עליו דא"כ מה אפשר לעשות בשופר של ע"ז או של שלמים דאמרינן ג"כ דמצות לאו ליהנות נתנו ואמאי הא איכא הנאה חוץ מהמצוה והכא אי אפשר לתקן ע"י אחר דגם אחר עושה איסור גם הקשו על שיטת בעה"מ דסובר דווקא בתקיעות דאורייתא שרי משום דמצות לאו ליהנות ניתנו ולא בתקיעות דרבנן והקשה בר"ן דאדרבה דכש"כ דמצוה דרבנן ל"ח הנאה גם האמר רבא לולב של עבודת כוכבים דאם נטל כשר והתם איירי ביו"ט שני ועי' בשעה"מ גם הקשו על התוס' דראש השנה דכתבו דגבי סוכה חוץ מהמצוה איכא הנאה בישיבה בסוכה והקשו דא"כ מאי פריך רבא בנדרים הא מצות לאו ליהנות ניתנו הא היכא דאיכא הנאת הגוף ל"א מצות לאו ליהנות נתנו ועי' בס' מ"א:

וע"כ נראה דהא הקשו על הא דנדרים חלים על דבר מצוה ואמאי לא דחי עשה ל"ת דקונם ותירצו דאיכא גם עשה כל היוצא וכו' ואין עשה דוחה ל"ת ועשה ולפ"ז יש לומר דמה בכך דאיכא הנאת הגוף ג"כ הא אינו מתכוין ואע"ג דהוי פ"ר מ"מ תו ליכא רק ל"ת לחוד וא"כ עשה דוחה וזה קושי' רבא דבשלמא אי מצוה דגופו חשוב הנאה וזה נתכוין ואיכא עשה ול"ת משא"כ אי מצות לאו ליהנות נתנו נהי דאיכא הנאת הגוף מ"מ הא א"מ ורק פ"ר הוא וליכא רק ל"ת לחוד וע"כ העשה דוחה ל"ת ואמאי אסור ולפ"ז יש לומר דטעם של הכלבו דאסור הוא לתקוע דכיון דאיכא הנאת הגוף ואע"ג דא"מ וליכא רק פ"ר וליכא רק ל"ת לחוד אך כיון דאפשר שאחר יתקע א"כ הא באפשר לקיים שניהם קיי"ל דלא דחי אפי' ל"ת לחוד משא"כ בשופר של ע"ז דכיון דלא אפשר באחר אע"ג דאיכא הנאת הגוף כיון דא"מ וליכא רק ל"ת העשה דחי ל"ת וזהו טעמא של בעה"מ דסובר דבתקיעה איכא הנאת הגוף ובשלמא בתקיעות דאורייתא עשה דחי דכיון דא"מ ליהנות לא נשאר רק ל"ת אע"ג דהוי פ"ר משא"כ מצוה דרבנן לא דחי ל"ת דאורייתא וזה תינח בתקיעה דאיכא הנאת הגוף אסור בדרבנן משא"כ בלולב דליכא הנאת הגוף שרי אפי' ביו"ט שני וניחא דברי הרשב"א דסברת הרשב"א דאמרינן לאו ליהנות אע"ג דאיכא הנאת הגוף מ"מ כיון ש"מ וליכא רק פ"ר וליכא רק ל"ת לחוד א"כ עשה דחי ל"ת וע"כ מתרץ דאפשר באחרת דאפשר לקיים שניהם לא דחי עשה ל"ת משא"כ באונס שגירש דאי אמרה לא בעינא ליכא עשה כלל וע"כ אע"ג דלא אפשר באחרת לא דחי דמה בכך דלא נשאר רק ל"ת מ"מ לא דחי עשה:

ולפי הנך הסוברים דנהי דאשה אינה מצווה על פו"ר מ"מ על לשבת מצווה א"כ הא דאיתא בנדרים בנטולה אני מן היהודים ועי' בר"ן דמדאסרה על עצמה הנאת תשמיש של כל העולם מוכח דתשמיש קשה לה וכאנוסה דמיא יע"ש וא"כ לפי מה שתירצו

דמש"ה לא דחי בנדר משום שבא ע"י פשיעה והכא דמוכח דקשה לה התשמיש א"כ אמאי לא דחי עשה דלשבת לאו דנדר וכן תקשה לפי מה שפי' הר"ן דמשו"ה ל"א דמצות לאו ליהנות בקונם הנאת תשמיש משום דאיכא הנאת הגוף והכא דתשמיש קשה ל"ש ואמאי ל"א דלאו ליהנות נתנו כיון דגם בדידה איכא מצוה דלשבת וגם לפי מה שמתרץ הרשב"א משום דאפשר באחרת והכא דאסרה כל העולם עליה ל"ש זה:

גם נראה לתרץ דברי רש"י הסותר דעל דינא דרב אמר דבלא ביטלו מותר לשרוף דהא התוס' הקשו דיש למילף משריפת קדשים דעשה דוחה ל"ת ותירצו דשאני לאו דיום טוב דקל דהותר מכללו ועל כל פנים לאו דיום טוב יש למילף משריפת קדשים דעשה דוחה וכו' ונפקא מינה דאז אמרינן דעשה דוחה ל"ת ועשה דיו"ט כמו בשריפת קדשים אי לא גלי קרא הוי שרי רק דלא מצינן למילף שאר איסורים מיו"ט משום דשאני יו"ט דקיל דהותר מכללו אבל עכ"פ לאו דיו"ט יש למילף מהתם דדוחה אפי' ל"ת ועשה דיו"ט ולפ"ז יש לומר דה"ט דבלא ביטלו מותר לשרוף משום דתשביתו דוחה ל"ת ועשה דיו"ט דהא גם בשריפת קדשים אי לאו דגלי קרא היה דוחה העשה וכו' אך יש לומר דהתם אי לא גלי קרא היה רשאי לשרוף לאו משום דעשה דוחה רק משום מתוך והכא ל"ש מתוך דבשלמא התם חשוב צורך קצת משום המצוה דכיון דמשהה חמץ ע"מ לבערו אינו עובר והא דהוכיח רבא דר"ע ל"ס מתוך משום דקאי על התורה איכא צורך קצת משום דיכול ליהנות מגחלים ולצורך גדול לא הוי דכיון שמתחלת הבערה אינו יכול ליהנות כמו דכתבו בתוס' וזה הכל לדין דאורייתא דשרי ליהנות מגחלים משא"כ לאחר שאסרו חכמים ליהנות מגחלים וליכא צורך קצת ל"ש מתוך משא"כ התם בנותר יש לומר דאי לא גלי קרא היה שרי משום מתוך ולא משום דעשה דוחה ל"ת ועשה דיו"ט אע"ג דקיל דהותר מכללו. אך לרב לשיטתו דאוסר דש"מ ואוסר גם מלאכה שא"צ לגופו וא"כ לא מצינן לומר דהתם בנותר הוא משום מתוך דהא איכא משום כיבוי ואע"ג דמלאכה שא"צ לגופו חייב לרב לשיטתו:

וע"כ רק משום דעשה דוחה ל"ת ועשה דיו"ט משום דקיל דהותר מכללו וה"ה הכא בחמץ רשאי לשרוף משום דבלא ביטלו דאיכא עשה דתשביתו דוחה ל"ת ועשה דיו"ט וזה לרב לשיטתו משא"כ אי מלאכה שא"צ לגופו פטור וליכא למימר משום דאיכא כיבוי וא"כ דלעולם דלא דחי ל"ת ועשה דיו"ט אע"ג דהותר מכללו רק דאי לא גלי קרא שרי משום מתוך והתם איכא צורך קצת משום המצוה משא"כ הכא דליכא צורך קצת משום המצוה דכיון דמשהה ע"מ לבערו אינו עובר ומגחלים לא יכול ליהנות וע"כ סובר רש"י דאפי' בלא ביטלו אסור לשרוף

ובזה דרב כיון דאוסר דש"מ ה"ה דמחייב מלאכה שא"צ לגופו ניחא הסוברים דקטנה יש לה קנס ובכתובות פ' א"נ קאמר שם אלו נערות שיש להם קנס נערה דווקא קטנה לא אמר רב ר"מ היא והקשו דאמאי סוברים דאפי' קטנה יש לה קנס וע"כ נראה דהא הקשו לפי מה דהקשה הגמ' בסנהדרין דאמאי חייבי כריתות יש להן קנס הא ניתן להצילו בנפשו ומשני ר"פ דאיירי במפותה וא"כ בקטנה דל"ש מפותה דפיתוי קטנה אונס הוא וע"כ לא קתני קטנה דאז תקשה דניתן להצילו בנפשו ולעולם דבעלמא גם קטנה יש לה קנס אך לפי המל"מ דסובר דבשבת לא ניתן להצילו בנפשו משום חילול שבת והקשה בס' שעה"מ דא"כ מה מקשה הגמ' דניתן להצילו בנפשו דילמא איירי בשבת ואמרנו דעכ"פ ניתן להצילו בנפשו ע"י שנים דקיי"ל דשנים שעשו פטורין ובזה ניחא הא דמשני דאיירי ביכול להציל באחד מאבריו וקשה לפי מה דקיי"ל דווקא איש אחר אינו רשאי להורגו ביכול להצילו באחד מאבריו אבל הבע"ד גופי' יכול להורגו וא"כ מה משני הגמ' דאכתי ניתן להצילו בנפשו אך לפ"ז ניחא דאז משכחת בשבת דל"ש דניתן להצילו בנפשו ע"י שנים דאיש אחר אינו יכול להורגו ביכול להציל וכו':

וא"כ לפי מה דכתבו המחברים דזה דווקא אי מקלקל בחבורה פטור אז איכא היתר ע"י שנים משא"כ אי מקלקל חייב וא"כ רב לשיטתו שפיר הוכיח דקטנה אין לה קנס ואין לומר דבקטנה דל"ש מפותה דאונס היא וא"ש תקשה דניתן להצילו בנפשו דליתא דמ"מ משכחת בשבת דאז לא ניתן להצילו ואין לומר ע"י שנים דהא אי מקלקל בחבורה חייב חשוב מלאכה אפי' בעשו ע"י שנים אלא ודאי מדלא קתני קטנה דאין לה קנס משא"כ אי מקלקל פטור וא"כ אפי' בשבת ניתן להצילו ע"י שנים וא"כ יש לומר דאפי' קטנה יש לה קנס והא דלא נקט קטנה דאז תקשה דניתן להצילו בנפשו ואפי' בשבת ע"י שנים ניתן להצילו בנפשו:

וברש"י בשבת איתא דאי מלאכה שא"צ לגופו חייב מקלקל בחבורה פטור וא"כ יש לומר דרב לא הוכיח דקטנה אין לה קנס רק למ"ד דמלאכה שא"צ לגופו פטור ואז מקלקל בחבורה חייב אבל רב גופא דסובר דש"מ אסור וה"ה מלאכה שא"צ לגופו ואז מקלקל פטור אין ראיה מדלא קתני קטנה:

ובאמת יש לומר דאפי' אי לא אמרינן מתוך הוצרך הכתוב דנותר אין רשאי לשרוף ביו"ט דה"א דשרי מקרא ביום השבת דביו"ט אתה מבעיר ועי' בילקוט דאיתא שם וז"ל בחריש ובקציר תשבות חריש של ע"ש א"כ יהא קו"ח בשבת ומה שביעית שהיא בלאו ואסור לעשות מע"ש לשביעית מכש"כ שבת שלא יעשה מלאכה מע"ש לשבת תלמוד לומר ביום השבת בשבת הוא דאסור אבל מע"ש לשבת מותר וא"כ ל"ש דר"ע מתיר

הבערה ביו"ט מקרא ביום השבת דצריכין להתיר מע"ש לשבת משא"כ ר' ישמעאל דצריך בחריש ובקציר תשבות מה חריש רשות אף ק"ר יצא קציר עומר של מצוה ופריך מנ"ל תוספות שביעית וקאמר לר"י הלכתא ואין דנין קו"ח מהלכה וא"כ ע"כ קרא ביום השבת אתא דביו"ט שרי הבערה יע"ש וקשה לי הא דאיתא בשבת (דף קי"ד) כשתמצא לומר לר"י נדרים ונדבות קריבין ביו"ט וע"כ צריך קרא על יוה"כ לדברי ר"ע אין קריבין ביו"ט וצריך קרא על חלבי שבת קריבין ביו"ט ולא ביו"ה. וקשה מנ"ל דאליבא דר"י נדרים קריבין ביו"ט דילמא ר"י לשיטתו דלדידי' קרא ביום השבת אתא להתיר הבערה ביו"ט וע"כ לא צריך קרא דחלבי שבת דקריבין ביו"ט וע"כ דקאי על י"ה משא"כ ר"ע לשיטתו דלדידי' אסור הבערה ביו"ט וצריכין קרא על חלבי שבת ביו"ט ואפי' אי סובר ר"י דהבערה לחלק קשה:

והנה באחרונים איתא דרבא ור"א פליגי בהא דאיתא במג"א בחמץ שמצא לאחר זמן איסורו אי חשוב עשה דרבים וטעמו לפי שמוטל על כולם ביום אחד מצוה זו של ביעור חמץ ולפ"ז מצות אכילת פסח פשיטא דחשוב ג"כ עשה דרבים דמצוה זו מוטל על כל ישראל כעת וממילא לא בעינן בעידנא דבעשה דרבים ל"ב בעידנא וכן לסברא זו ניחא קושית הש"א דכלאים בציצית חשוב שפיר בעידנא דכיון דמצות ציצית מוטל על כל ישראל בכל יום והרבה סוברים דווקא ת"ש חשוב בעידנא משום דאחד יכול להוציא א"ח וע"כ חשוב עשה דרבים ולא בעינן בעידנא משא"כ ציצית נהי דכל ישראל חייבין בכל יום לא חשוב עשה דרבים ובעינן בעידנא וכן פסח ל"ח עשה דרבים כיון שאין אחד יכול להוציא את חבירו ורבא סובר דזה חשוב עשה דרבים וע"כ מביא ראיה שפיר מעצם לא תשברו אע"ג דלא הוי בעידנא דלדידי' חשוב עשה דרבים ור"א סובר דזה ל"ח עשה דרבים וא"כ בעינן בעידנא ואין ראיה דלא דחי ל"ת שבמקדש ולפ"ז יש לומר טעמא של ב"ש דאוסר סדין בציצית משום דסובר דאע"ג דהמצוה מוטל על כל ישראל בכל יום ל"ח עשה דרבים ובעינן בעידנא והתם לא הוי בעידנא:

ולפ"ז ניחא מה שהקשו לב"ש דל"ס מתוך ואסור הוצאה שלא לצורך ביו"ט א"כ תקשה דאמאי גזרו על ת"ש בשבת משום שמא יעבירנו ד"א בר"ה והא אפי' בחל בחול שייך גזירה זו ואפ"ה לא גזרו וא"כ גם בשבת ליכא גזירה זו דהא מה"ט לא גזרו משום שמא יתקן כלי שיר משום דא"כ גם ביו"ט יש לנו לגזור ועי' בשעה"מ:

וע"כ נראה דלפי מה שפירשו דקושית רבא הא לאו מלאכה הי' וכו' כך היא דבשלמא אי מלאכה היא איצטריך קרא לאסור משום דאז גם בחול אסור ואפ"ה שרי התורה ה"א הואיל ואישתרי אישתרי גם בשבת אבל השתא דלאו מלאכה ע"כ מה דאסר רחמנא

לתקוע מקרא דשבתון ומאי דאתי משבתון אפי' בי"ה שרי וכש"כ ביו"ט ול"ש לומר הואיל ואישתרי דהא ביו"ט לא נאסר כלל מלאכה זו ואף דשבתון הוא רק עשה מ"מ לא נדחה וע"ש בס' נ"י אך תקשה הא שופר עשה דרבים ודוחה עשה דשבתון אך לרבא לשיטתו גם יו"ט חשוב עשה דרבים משום דנאמרה לכל ישראל בשעתא חדא משא"כ ב"ש דאוסר סדין בציצית וע"כ דל"ח באופן זה עשה דרבים לדיד' לא קשה קושית רבא הא לאו מלאכה היא ויש לומר משום דילפינן מקרא:

אך קשה לי אי חשוב עשה דרבים מצות אכילת פסח א"כ למאי צריך הגמ' לומר בפסחים דעשה דפסח דוחה עשה דהשלמה משום דבכרת ות"ל דחשוב עשה דרבים וע"כ דחי עשה דהשלמה אלא ודאי דל"ח עשה דרבים רק ת"ש שאחד מוציא את חבירו:

גם נראה לתרץ קושי' התוס' הנ"ל דהכא משמע דרבא לא סובר דיו"ט עשה ול"ת הוא ובביצה משמע דגם רבא סובר דיו"ט עשה ול"ת ונראה דהנה בפסחים פריך הגמ' כתישה ביו"ט מי שרי וע"ש (דף מ"ז) בתוס' דהקשה ריב"א כמו חרישה דשרי משום מצות כסוי ה"ה כתישה ועוד תקשה הא יו"ט עשה ול"ת הוא ולא דחי עשה דכסוי ל"ת ועשה ומאי פריך על חרישה לא לחייב הואיל דחזי לכסוי וכתבו דלשיטת הריב"א ניחא דל"ת עכ"פ נדחה וליכא מלקות ועי' בס' נב"י דהקשה דכיון דנשאר עשה א"כ הוי מה"ב ולא עביד מצוה וממילא גם ל"ת איכא ותירצו דהא מה"ב שהמצוה בא מכח העבירה והכא דהוי מלאכה שא"צ לגופו רק בקרקע דידי' ל"ש זה דנהנה בחרישה אבל עכ"פ המצוה לא מכח העבירה דאי לא נהנה בחרישה ג"כ היה יכול לעשות המצוה ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם דהשמיט תירוץ הגמ' דהרמב"ם לשיטתו דמחייב מלאכה שא"צ לגופו וא"כ אפי' אי לא נהנה איכא איסור דמה בכך דחשוב מלאכה שא"צ לגופו וא"כ הוי מה"ב ול"ש הואיל דחזי לכסוי דאינו נדחה דכיון דאיכא עשה ול"ת נהי דל"ת נדחה אך כיון דעשה נשאר הוי מה"ב ולפ"ז ניחא קושי' התוס' הנ"ל דלכאורה תקשה על ר"א דמשני משום דיו"ט עשה ול"ת הוא אסור לשרוף אך עכ"פ אי שרפה מלקות ליכא וא"כ תקשה לכאורה דהא בגמ' פריך אמאי חייב על הבערה אי אמרינן הואיל הואיל וחזי ליה לצורכו ומשני שבישלו בעצי איסור הנאה וא"כ תקשה מה בכך דאיסור הנאה הוא חזי לשריפת קדשים דליכא משום איסור הנאה דמצות לאו ליהנות נתנו ואע"ג דגם שריפת קדשים אסור לשרוף ביו"ט מ"מ מלקות ליכא ואמאי חייב על הבערה כמו דפריך הגמ' דעל חרישה לא לחייב הואיל דחזי לכסוי ואע"ג דכסוי לא דחי ל"ת ועשה דיו"ט מ"מ דכיון דל"ת עכ"פ נדחה וליכא מלקות וע"כ פריך דגם על חרישה ליכא מלקות מטעם הואיל דחזי לכסוי וא"כ ה"ה בהבערה חזי לשריפת קדשים ואפי' עצי איסור הנאה ואע"ג דאסור מ"מ מלקות

ליכא וא"כ שייך הואיל דחזי לשריפת קדשים דבשלמא לטעמא דרבא ניחא דגם על שריפת קדשים איכא מלקות משא"כ לטעמא דר"א תקשה אך באמת גם לטעמא דר"א איכא מלקות משום מה"ב והכא המצוה בא מכח עבירה וזה הכל אי מה"ב דאורייתא משא"כ רבא דסובר בסוכה דבמצוה דרבנן ל"ח מה"ב וע"כ משום דמה"ב דרבנן וע"כ במצוה דרבנן לא גזרו ולפ"ז אי אפשר רבא לתרץ כר"א דא"כ תקשה דאמאי חייב על הבערה ואפי' בעצי איסור הנאה הא חזי לשריפת קדשים דאז עכ"פ ל"ת נדחה וליכא מלקות וע"כ הוכרח לומר משום דגלי קרא ואז ממילא איכא מלקות ולעולם דרבא מודה דיו"ט עשה ול"ת הוא ודו"ק:

ברירה

הנה קיי"ל דבדאורייתא אין ברירה ובדרבנן יש ברירה ועי' במס' ביצה (דף ל"ז) אך ר"י סובר דאפי' בדרבנן אין ברירה ועי' שם בגמ' דקאמר וכי תימא כי לית ליה ברירה בדאורייתא אבל בדרבנן אית ליה ובדרבנן מי אית ליה ומסיק הגמ' וכו' עד וכי לית לי' לר' אושעיא ברירה בדאורייתא אבל בדרבנן אית ליה ועי' במהרש"א שם דתמה וז"ל יש לדקדק אהא דתנן לעיל דמקשה על ר' אושעיא ממת בבית לא מחלק הגמ' תכף דיש חילוק בין דאורייתא לדרבנן ועל ר"י רצה הגמ' לחלק כן ונראה דהא עיקר הטעם דיש חילוק בין דאורייתא לדרבנן משום דספיקא הוא אי יש ברירה או אין ברירה ובדרבנן אזלינן לקולא ולפ"ז לפ"מ דקיי"ל בדבר שיש לו מתירין אפי' בדרבנן אזלינן להחמיר דכמו דלא בטל דשיל"מ ה"ה דלא אזלינן לקולא ולפ"ז על ר' אושעיא לא היה יכול לחלק כן בין דאורייתא לדרבנן דהא תחומין חשוב דשיל"מ ומה בכך דהוא מדרבנן מ"מ לא אמרינן ברירה אך על ר"י רצה הגמ' לחלק כן דהא איתא ברמב"ן בפסחים דמש"ה סובר ר"י דחמץ בנ"ט אע"ג דחשוב דשיל"מ דר"י פליג על זה וממילא דאזלינן לקולא בדרבנן אפי' דשיל"מ דהא בהא תליא וכן איתא ברש"י בריש ביצה על דברי ר"א אך אח"כ מסיק הגמ' גם על ר' אושעיא דיש חילוק בין דאורייתא לדרבנן משום דס' דדינא שאני דאז אזלינן לקולא אפי' בדשיל"מ ועי' בש"א וא"כ לפ"ז ר' יוחנן סובר דאפי' בדרבנן אין ברירה וניחא בזה הא דאיתא בפסחים (ד' פ"ט) על הא דקאמר הגמ' ש"מ יש ברירה אמר ר"י כדי לזרזן במצות והקשו דאמאי לא משני כמו דמשני לעיל (ד' פ"ח) דקאמר ש"מ דיש ברירה אמר ר"ז שה לבית מכל מקום אך דהא בתוס' ד"ה שה לבית מ"מ הקשו איך מאכיל פסח שלא למנוייו יע"ש אך יש לומר דעיקר התירוץ של ר"ז דכיון דלאו דאורייתא ע"כ ליכא לפשוט דיש ברירה משום דבדרבנן יש ברירה ועל דאורייתא באמת

אין ברירה וע"כ ר"י לא מצי לתרץ כן דהוא סובר דאפי' בדרבנן אין ברירה וצריך לתרץ כדי לזרזן:

ובזה ניחא הא דהקשו דאיך קיי"ל דמע"פ גובה מהיורשין לאחר שחלקו דכיון דקיי"ל דאחין שחלקו כלקוחות ומע"פ אינו גובה מלקוחות וכן איתא בבכורות דאי מע"פ אפי' הכתובה בתורה לא חשיב כשטר אז לאחר שחלקו דכיון דלקוחות הן אין הכהן יכול לגבות מהן וע"כ נראה דאי ש"ד ומה"ת אפי' מע"פ יכול לגבות מלקוחות רק מדרבנן לא יכול לגבות ובדרבנן הא יש ברירה ויורשין הוי וע"כ יכול הבע"ח לגבות מהן והסוגי' קאי למ"ד דשד' ל"ד ואין ברירה בדאורייתא וחשובין לקוחות וע"כ לא יכול לטרוף משא"כ לדידן דבדרבנן יש ברירה ניחא:

ובזה ניחא מה שהקשו דכיון דקיי"ל דקנין פירות לאו כקה"ג ופסק דאחין שחלקו לקוחות קשה קושית הגמ' בגיטין דלא משכחת דמייתי ביכורים ועי' בתוס' שם וע"כ נראה דהא התוס' הקשה לשיטת רש"י דסובר דאפי' אם אין ברירה מ"מ הוי חצי שלו וחצי ש"ח א"כ אפי' אם קנין פירות לאו כקה"ג מ"מ יכול להביא דהא חצי בודאי שלו והמותר יכול שהוא חולין מצי מקדיש לה וכתבו דקושית הגמ' אזלא רלא מצי מייתי עד שיקדיש מקודם ועי' בס' ש"א דהקשה דלמאי צריך להקדיש דאע"ג דאין לו רק קנין פירות מ"מ מביא דרק דאינו קורא בקנין פירות ועיקר קושית הגמ' לא היה רק דלא יכול לקרות וא"כ לשיטת רש"י הנ"ל יכול לקרות דהא יש לו חלק והמותר שהוא חולין עכ"פ מביא דהא בק"פ מביא אפי' כי לא הקדיש אך ברשב"א איתא דהא דאליבא דר"ל עכ"פ מביא זה רק מדרבנן וצריך להקדיש ועי' בס' מק"ח ועכ"פ אזלא קושית הגמ' דלא יכול להביא אם לא הקדישו ולפ"ז יש לומר דהרמב"ם לשיטתו דסובר דהא דס"ד לחומרא זה רק מדרבנן וא"כ כיון דמדרבנן אפי' ק"פ מביא א"כ ממ"נ יכול להביא ולקרות דחצי בודאי שלו ועל המותר ג"כ מביא אפי' אי לא הקדיש דעכ"פ ק"פ יש לו על המותר ומביא מדרבנן ומדאורייתא דס' שרי וכיון דס' אי יש ברירה ולא הוי לקוחות ויש לו קה"ג ממש או אין ברירה ולקוחות ג"כ מביא דס"ד אזלינן לקולא וא"כ ל"צ להקדישו אך קושית הגמ' הוא לר"י דסובר דאפי' בדרבנן אין ברירה וע"כ דסובר דלא הוי ס' אי יש ברירה וא"כ נהי דמדרבנן מביא אפי' ק"פ לחוד מ"מ מדאורייתא א"כ יהיה צריך להקדישו וקושית הגמ' אזלא דיהיה צריך להקדיש משא"כ לדידן דס' אי יש ברירה א"כ מדאורייתא פשיטא דמביא דסד"ר מה"ת לקולא ומדרבנן ג"כ מביא אע"ג דסד"ר מדרבנן לחומרא מ"מ הא מדרבנן מביא אפי' בק"פ לחוד ויכול לקרות ג"כ דהא חצי שלו וגם יש לומר דהא משכחת בתנאי שלא יחזור ביובל אך תנאי לא מהני דמתנה ע"מ שכתוב

בתורה וזה לר"י דסובר דודאי אין ברירה וחשוב ודאי קא עקר משא"כ לדידן דס' אי יש ברירה ומהני תנאי שלא יחזור.

ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם דפסק דינא דצנועין דכל הנלקט מזה יהא מחולל על המעות הללו ופסק כר"י דדבר שאינו ברשותו לא יכול להקדיש ואין לומר דהיו אומרים כל המתלקט דהא הרמב"ם פסק דאין ברירה והנה לפי מה דאיתא בכ"מ דבמקדש אשה לאחר שיחלוץ דחלין הקידושין ולא הוי דשלב"ל דכיון דאי קידשה שיהיה הקידושין חלין מיד הוי עכ"פ ספק קידושין וע"כ אי אמר לאחר שיחלוץ ל"ח דבר שלא בא לעולם. דדווקא היכי דאי קידשה שיהיו חלין עכשיו לא היה אפי' ס' קידושין אז חשוב דשלב"ל:

ולפ"ז יש לומר דה"ה לענין דבר שאינו ברשותו יש לומר כן דכיון דלדידן ס' הוי אי יש ברירה ואי אמר כל המתלקט עכ"פ הוי ספק דכיון דס' אי יש ברירה וע"כ מהני ג"כ באומר כל הנלקט ול"ח אינו ברשותו אך הגמ' מקשה על ר"י לשיטתו דסובר דודאי אין ברירה ואי אמר כל המתלקט אפי' ספק לא הוי וע"כ מקשה דא"כ כל הנלקט לא מהני משום דאינו ברשותו משא"כ לדידן ויש לעי' דא"כ לפי מה דמשני לא תימא כל הנלקט רק כל המתלקט וקשה א"כ גם כל הנלקט מהני ועי' במ"א דבידו לומר כל המתלקט:

ועי' בתוס' יו"ט בפסחים דרצה לומר דמדאורייתא לעולם אמרינן ברירה רק הא דאין ברירה בדאורייתא הוא מדרבנן ולפי זה יש לומר דמש"ה בדרבנן יש ברירה משום דבדרבנן לא החמירו לומר דאין ברירה ולא אמרינן דס' אי יש ברירה ובדרבנן אזלינן לקולא ועי' בב"ש באה"ע ולפ"ז לפי מה דאיתא בתוס' ב"ק (ד' ס"ט) דהקשו כי אמרו כל המתלקט לא היה מועיל למאי שגדל אח"כ ותירצו דבטל ברוב ואע"ג דדשיל"מ לא בטל מ"מ מדאורייתא בטל ומהני עכ"פ מדאורייתא לפ"ז ניחא דברי הרמב"ם דאומרים כל המתלקט ואע"ג דאין ברירה עכ"פ מדאורייתא מהני חילול ומה שאפשר לתקן עושין והסוגיא דקאי לר"י דסובר דאפי' בדרבנן אין ברירה פריך שפיר משא"כ לדידן

והנה לפי מה דסוברים דמה"ת אדם מקנה דשלב"ל דהא גם אסמכתא סובר המרדכי דמדאורייתא קני ולכאורה יש ראיה לזה דהא קשה קושי' התוס' ב"ק דלמאי צריכין למעט מכפל בהקדש וקרקעות ת"ל דליכא שבועה אך לפי מה דאיתא בתומים סי' ס"ו לתרץ הא דלא משני הגמ' על קושית הגמ' ב"מ ש"ח אינו נשבע ומקשה משקלים דאמאי לא משני בקנו מידו ותירץ דלפי מה דאיתא בריטב"א דבהקדש ל"ש בההיא הנאה דמהימן וא"כ י"ל דקנין הו"ל אסמכתא ובאסמכתא לא מהני קנין גרידא רק הא דמהני קנין משום דאיכא בהאי הנאה דמהימן ליה משא"כ בקדשים דל"ש הנאה דמהימן א"כ הוי אסמכתא יע"ש ולפ"ז בקרקעות בודאי ניחא דצריכין קרא למעט מכפל ואע"ג דליכא

שבועה נפ"מ בקנו מידו וגם בהקדש ניחא דמדאורייתא אסמכתא קני וא"כ נפק"מ בקנו מידו דאז איכא חיוב שבועה:

ובזה דדשלב"ל מדאורייתא מהני ניחא הא דסוברים דלבנו יכול להקנות אפי' דשלב"ל ועי' בתשובות מבי"ט כמו דמהני בבנו מזכה לעובר והקשו מהא דמשני בב"ב בסוגיא דיכיר דאיירי בנכסים שנפלו לאחר מכאן והקשו הא דלבנו יכול להקנות אפי' דשלב"ל ועי' בשעה"מ. אך יש לומר דזה דלבנו יכול להקנות דשלב"ל זה אי הא דאין אדם מקנה דשלב"ל הוא רק מדרבנן וע"כ בבנו אמרינן דיכול להקנות משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו משא"כ אי אין אדם מקנה דשלב"ל הוא מה"ת אז אפי' לבנו לא יכול להקנות וא"כ כיון דהסוגיא קאי ע"כ דמה"ת לא יכול להקנות דשלב"ל והיינו למ"ד דאסמכתא מה"ת לא קני דבזה פליגי רב"ח ור"ש וא"כ גם לבנו לא יכול להקנות דשלב"ל ואפשר משום זה אמרינן דמה"ת יש ברירה והיינו לפי מה דאיתא בס' קצה"ח דהא אי יש ברירה או אין ברירה תליא אי אדם מקני דשלב"ל ומה"ט סובר ר"מ יש ברירה משום דסובר דאדם מקני דשלב"ל וע"כ ה"ה דאמרינן דיש ברירה ועיין שם ולפ"ז כיון דמה"ת אדם מקנה דשלב"ל ה"ה דמה"ת אמרינן דיש ברירה:

ובזה ניחא דברי הרמב"ם נהי דפסק כר"י דאינו יכול להקדיש ד"ש ברשותו מ"מ הצנועין אומרים כל הנלקט ואע"ג דלא מהני החילול מדרבנן משום דאינו ברשותו אבל מה"ת מהני כמו דשלב"ל ולא יהיו אוכלין בלא חילול עכ"פ מדאורייתא:

והנה אי מדאורייתא יש ברירה היה ניחא מה שהקשו על מתני' דסוכה דכל מי שמגיע לולבי לידו הרי הוא שלו במתנה דבמאי יהיה הקנין אם ע"י חצר חשוב חצר השותפין ומשיכה הוא רק קנין דרבנן ולא מהני לדאורייתא אך לפי מה דאיתא באחרונים דהא דחצר השותפין אין קונה זה מזה משום דאין ברירה וא"כ הא מדאורייתא קני ע"י החצר אע"ג דחשוב חצר השותפין דהא מדאורייתא יש ברירה ומדרבנן דאין ברירה קני ע"י משיכה:

ובזה ניחא הרמב"ם דפסק דמוכר עצמו דאין מעניקין לו ופסק כר"נ וקשה דכיון דפסק כר"נ א"כ איצטריך לו ולא לבע"ח ומנ"ל דמוכר עצמו דאין מעניקין לו ועי' בש"ך ס' פ"ו ועיין בקידושין (דף ט"ו) דקאמר טעמא דת"ק דמוכר עצמו דאין מעניקין משום דכתיב לו ואידך לו ולא לבע"ח ואידך בעלמא נמי לא קיי"ל כר"נ וכיון דאנן קיי"ל כר"נ איצטריך לו ולא לבע"ח ועיין בתוס' שם ועיין בתומים דכתב וז"ל דודאי יש לחלק בשאר דברים דנשתעבדו נכסי הלוה האחרון א"כ הואיל והמלוה שלו חייב לראשון נשתעבדו נכסי הלוה אחרון למלוה הראשון ולכך שייך דינא דר"נ אבל בהענקה לא נשתעבדו

נכסי האדון לעבד בכך רק מצוה הוא וא"כ ל"ש שיעבודא דר"נ כי מה שיעבוד יש כאן שישתעבד לראשון אך תינח למ"ד דש"ד אבל למ"ד דשל"ד א"כ בכל דוכתא ליכא שיעבוד רק מצוה ומ"מ אמרינן דר"נ ולפ"ז ה"ה גבי הענקה ה"א דאמרינן שיעבודא דר"נ וע"כ צריכין לו ולא לבע"ח ולפ"ז הסוגיא דקאי למ"ד דשל"ד דקאי אליבא דאביי ואביי סובר דשל"ד ואעפ"כ אמרינן דינא דר"נ וע"כ ה"א דה"ה גבי הענקה אמרינן דר"נ וע"כ איצטריך לו ולא לבע"ח משא"כ לדידן דקיי"ל דש"ד א"כ ל"צ מיעוטא דגבי הענקה ל"א דר"נ דיש לחלק דבשלמא בעלמא דאיכא שיעבוד שייך דינא דר"נ משא"כ גבי הענקה דליכא רק מצוה לחוד וע"כ יש לומר דכ"ע סוברים דר"נ ואפ"ה ל"ש למידרש ולא לבע"ח וע"כ דרשינן לו ולא למוכר עצמו דאין מעניקין יע"ש

ולפ"ז ניחא מה שהקשו על הרי"ף דהביא הא דאיתא בכתובות (דף פ"ב) הרי שהיה נושה באחיו ומת והניח שומרת יבם לא יאמר הואיל שאני יורש החזקתי אלא מוציאין מידו וכו' והקשו עליו הא אביי מסיק דזו אינה משנה משום דלא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרא בכתובה רק אי כר"מ או כר"נ אך לפי מה דאיתא ברא"ש דמש"ה חשוב תרי חומרא דבדינא דר"נ איכא פלוגתא וכן בדינא דר"מ אי מטלטלין משועבד לכתובה פליגי ר"מ וחכמים ולפ"ז הכל לאביי לשיטתו דסובר דשל"ד ואז ע"כ איכא פלוגתא בדינא דר"נ משא"כ לדידן דש"ד אז ליכא פלוגתא בדר"נ רק גבי הענקה ל"ש דר"נ משום דליכא רק מצוה לחוד וע"כ הביא הרי"ף:

אך נראה לתרץ הרמב"ם הנ"ל דהנה בס' המקנה הקשה דגבי הענקה אין נפקותא בדינא דר"נ דאפוכי מטרתא למה לי דבשלמא בעלמא נפק"מ שיכול לכופו בב"ד ולא מצי אמר ליה לאו בע"ד דידי את אך גבי הענקה בלא"ה ליכא כפייה דמתן שכרה בצדה יע"ש שכתב דנפק"מ לענין יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן דבע"ח חוזר וגובה מהן ומסיק משום דר"נ דכיון דבע"ח מכאן ולהבא גובה ע"כ משום דר"נ חוזר וגובה והנה למ"ד דלמפרע גובה ל"צ לדר"נ יע"ש בפסחים (דף ל"א) והנה למ"ד דמכאן ולהבא גובה הוא משום דאין ברירה דאי' יש ברירה אז למפרע גובה ועיין באחרונים. ולפ"ז כיון דמדאורייתא יש ברירה א"כ מה"ת למפרע גובה ול"צ לדר"נ אפי' לענין יתומים שגבו וכו' אך הסוגיא קאי למ"ד דאפי' בדרבנן אין ברירה וע"כ משום דמדאורייתא אין ברירה א"כ איכא נפקותא לענין יתומים שגבו וכו' וע"כ הוצרך הגמ' לומר דבעלמא נמי לא סובר כר"נ. משא"כ לדידן דקיי"ל מה"ת יש ברירה א"כ ממילא מדאורייתא למפרע גובה ליכא נפקותא גבי הענקה וע"כ דרשינן לו לענין הענקה דמ"ע אין מעניקין לו. ובזה ניחא הרמב"ם דפסק בא"י שהלוה לישראל על חמצו ואמר לו מעכשיו יהא שלך וכו' דשרי

לאחר פסח והוא שיגיע זמנו קודם פסח הא לאו הכי אסור אפי' דאמר מעכשיו יע"ש במ"מ הטעם משום הואיל דבידו לפדותו והקשה ברא"ש מהא דקאמר הגמ' דלאביי ניחא דסובר למפרע גובה אלמא דל"א הואיל:

והנה לפי מה דאיתא בס' מג"א ובתשובות הרי"מ דמש"ה אמרינן הואיל משום דאין ברירה בדאורייתא הא לאו הכי הוי אמרינן דהוברר למפרע דלא הי' שלו דכיון דלא איתשל עלה או לא פדה לבסוף נתברר למפרע שלא הי' שלו אך כיון דקיי"ל דאין ברירה וע"כ אמרינן הואיל ובזה ניחא הרמב"ם דפסק דיוצא במצה של מעשר שני והקשו כיון דפסק דמ"ש ממון גבוה איך יצא ובהדיא איתא בגמ' דאליבא דר"מ לא יצא אך הא בתוס' פסחים הקשו דאמאי לא אמרינן הואיל דאי בעי מיתשל יע"ש אך לר"מ לשיטתו דסובר דיש ברירה לא אמרינן הואיל משא"כ לדידן יוצא משום הואיל. וניחא הא שהקשו מה פריך הגמ' בפסחים (דף ל"א) למ"ד התם דעובר משום דלה"ג הכא אינו עובר והקשו דילמא לא איירי בהגיע זמנו קודם פסח ואז איכא הואיל דאי בעי פדה ולפ"ז ניחא דאליבא דר"מ לשיטתו דסובר ברירה ל"א הואיל ושפיר פריך לר"מ דאמר עובר הכא אינו עובר:

והנה לפ"ז לפי מה דסוברים דעל חמץ ידוע לא מהני ביטול משום הואיל דאי בעי זכה ועי' בס' יש"י ועובר על ב"י גם אי ביטלו ובזה ניחא הא דהקשו הא דפריך הגמ' וכי משכחת לה ליבטלה והקשו הא על חמץ ידוע לא מהני ביטול ולפ"ז ניחא דקושית הגמ' אזלא לרב דסובר הבודק צריך שיבטל ורב סובר דיש ברירה ולדידי' מהני ביטול גם על חמץ ידוע:

וניחא הא דהשמיטו מה דאיתא בריש חולין חמצן של עוברי עבירה לאחר הפסח מותר מפני שהן מחליפין וע"כ נראה דהא הקשו נהי דעוברי עבירה אין מבערין החמץ אך עכ"פ מבטלין החמץ אך על חמץ ידוע לא מהני ביטול משום הואיל אך תקשה לאחר פסח דאינו אסור רק מדרבנן ובדרבנן יש ברירה א"כ ל"צ לטעמא מפני דמחליפין ת"ל דשרי משום דביטלו וע"כ דאתיא כמ"ד דאפי' בדרבנן אין ברירה משא"כ לדידן ל"צ לטעמא דמחליפין:

וניחא בזה קושית המל"מ על התוס' פסחים דהקשו דהכא לא חיישי רבנן לזבל וסוברים דמפרר וזורה לרוח וגבי ע"ז אמרו דאף היא נעשה זבל ותירץ בתוס' שאני חמץ דכתיב לא יאכל ולא אסור שלא כדרך אכילה משא"כ בע"ז דאסור אפי' שלא כד"א והקשו דעכ"פ איסור דרבנן איכא אפי' שלא כד"א וע"כ תירצו דזוז"ג לא אסור רק היכי דגורם איסור הוא אסור מדאורייתא משא"כ היכי דגורם איסור אסור רק מדרבנן אז לכ"ע זוז"ג שרי

והקשו מהא דמקשה הגמ' בע"ז בפלוגתא דר"י ור"ל דע"ז שנשתברה מאליה דר"י סובר דאסור ור"ל מתיר ופריך הגמ' מהא דנעשה זבל ואמאי ליהוי כע"ז שנשתברה מאליה ומשני דילמא מגבהה לה והדר מבטל וא"כ ג"כ לא הוי רק איסור דרבנן ושרי זוז"ג יע"ש וע"כ נראה דהא בודאי ביטלו ומה בכך דנעשה זבל ואין לומר דעל חמץ ידוע לא מהני ביטול הא לאחר פסח דרק מדרבנן ובדרבנן יש ברירה ול"א הואיל דאי בעי זכה אך לר"י דסובר דאפי' בדרבנן אין ברירה תקשה ולדידי' יש לומר כמו שתירצו בתוס' דהוי שכד"א ואינו אסור רק מדרבנן ובאיסור דרבנן שרי זוז"ג והוא לשיטתו סובר דאסור בנשתברה מאליה ול"צ לגזירה דילמא מגבהה וכו' ואליבא דר"ל דלדידי' ע"כ אפי' באיסור דרבנן אסור זוז"ג לדידי' בלא"ה לא קשה דהכא בחמץ שאני דאפי' איסור דרבנן ליכא משום דביטלו ועכ"פ לא"פ דהוא מדרבנן אמרינן דיש ברירה וא"כ לפ"ז לא צריכין לומר דאיירי בהגיע זמנו קודם פסח דאין לומר הואיל דאי בעי פדה דבדרבנן יש ברירה אך נראה לחלק דאפי' לאחר פסח אסור ואין לומר ברירה משום דספק נולד בדאורייתא בתוך פסח דאי אין ברירה אמרינן הואיל ועובר על ב"י ואי יש ברירה ליכא משום הואיל ולא עבר ואז אזלינן לחומרא דס"ד הוא וע"כ אפי' לאחר פסח דרק מדרבנן אסור אמרינן הואיל ואין ברירה וכמו כן לענין ביטול בחמץ ידוע דעובר בתוך פסח ולא מהני הביטול ה"ה דאסור לאחר פסח

ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם דבס"ד דלא איירי בהרהינו אצלו ואז הי' עובר על ב"י משום אחריות ולא צריכין לדון אז משום הואיל דאי בעי פדה וא"כ אפי' אי יש ברירה עובר משום אחריות והה' אי יש ברירה ול"א הואיל דאי בעי פדה אי אין ברירה ואיכא משום הואיל הוצרכנו רק לאחר פסח ואז הוי מדרבנן ואמרינן דיש ברירה וליכא משום הואיל ע"כ לאביי ניחא משא"כ אליבא דאמת דאיירי בהרהינו אצלו וא"כ ליכא משום אחריות והיינו צריכין לדון גם תוך הפסח רק משום הואיל וא"כ כיון דס' אי יש ברירה או אין ברירה ואיכא משום הואיל ואזלינן אז להחמיר דעובר על ב"י ממילא גם השתא לאחר פסח דהוא מדרבנן מ"מ כיון דס' נולד בדאורייתא וע"כ גם השתא אזלינן להחמיר ואמרינן דאין ברירה ואיכא משום הואיל וע"כ סובר הרמב"ם דבעינן שיגיע זמנו קודם פסח:

וניחא בזה קושי' התוס' דאביי איך יתרץ הך ברייתא נהי דא"י מישראל לא קני משכון מ"מ הא למפרע גובה אך כיון דאיירי בהרהינו וא"כ יש לומר דעובר משום הואיל דאי בעי פדה ואע"ג דמדרבנן ל"א ברירה כיון דס' נולד בדאורייתא אזלינן להחמיר אפי' בדרבנן וניחא ג"כ מה שהקשו מ"ט דמ"ד דאינו עובר אך בדרבנן אי יהיה לקולא אי

אמרינן אין ברירה אז אמרינן דאין ברירה וע"כ נהי דלמפרע גובה אמרינן דאין ברירה ואיכא הואיל דבידו לפדותו ולא היה נחשב של ישראל אע"ג דלמפרע גובה. דכיון דהואיל דבידו לפדותו נחשב של א"י והכא אין לומר דהס' נולד בדאורייתא דליתא דהא בתוך פסח עובר בלא"ה הישראל משום אחריות דהי' מונח ביד ישראל. ויותר נראה דאליבא דאביי דסובר דלמפרע גובה וע"כ דסובר דיש ברירה וממילא לא אמרינן הואיל ובידו לפדותו וע"כ קאמר דלאביי ניחא משא"כ לדידן דמכאן ולהבא גובה וע"כ משום דאין ברירה ובעינן שיגיע זמנו קודם פסח:

ועכ"פ ר"י סובר דאפי' בדרבנן אין ברירה וניחא הא דאיתא בע"ז (דף י"ט) דאמר ר"א אר"י דאע"ג דאסור לבנותו דאי בנה שכרו מותר ופריך הגמ' פשיטא משמשי ע"ז הן ואינן אסורין עד שיעבדו וקאמר ר"י ל"צ אלא לע"ז עצמה והטעם ע"ז מאן קא גרם לה גמר מלאכה ואימת הוי גמר מלאכה מכוש אחרון מכוש אחרון לית בה שוה פרוטה יע"ש הנה הרמב"ם השמיט דין זה דשרי שכרו אפי' של ע"ז עצמה ועיין בש"ך ביו"ד מה שכתב לתרץ וע"כ נראה דהא בתוס' הקשה דמה בכך דלית בה שוה פרוטה הא ח"ש ג"כ אסור דאסור ליהנות מע"ז אפי' פחות מפרוטה אך נראה דלפי מה שהקשו בתוס' מעילה אמאי באומר פרוטה בכיס זה יהי' הקדש כיון שהוציא הראשונה מעל הא הפרוטה נתבטלה בתוך מעות של חולין ותירצו דמטבע חשוב ולא בטל:

ועיין במל"מ הלכות מעילה מה שהקשה מהא דאיתא ביומא דלא היה שופרות לקיני חובה וא"כ ניחא קושיתו נהי דאיכא חצי פרוטה שכר של ע"ז מ"מ כיון דח"פ אינו דבר חשוב ובטל אך תקשה דהא בתוס' תמורה הקשה אי אמרינן ברירה א"כ איסור שנתערב לישקולי שיעור האיסור דנפלה ואמרינן הוברר דזהו האיסור ותירצו דכל דבר שהוברר האיסור מתחלה ואח"כ נתערבה לא סמכינן על ברירה לומר דזהו האיסור שנפלה משא"כ היכא דאיסור נולד בתערובות אז סמכינן על ברירה וא"כ תקשה הא קיי"ל דכל היכי שאפשר להוציא האיסור לא מהני ביטול וא"כ הכא בשעה שהי' המעות אצל הא"י הי' הכל היתר רק אח"כ ששילם לו בעד שכרו יש בתערובות איסור ח"פ וא"כ נולד האיסור בתערובות ואמרינן ברירה וכיון דאפשר להוציא האיסור אין לו ביטול וא"כ אכתי תקשה הא איכא איסור ח"פ וביטול לא מהני דאפשר להוציא מאיסור ע"י ברירה כיון דנולד האיסור בתערובות אך באמת קיי"ל דאין ברירה וא"כ אי אפשר להוציא האיסור אך תקשה הא שכר ע"ז אינו אסור רק מדרבנן ובדרבנן יש ברירה ואכתי יכול להוציא האיסור ולא בטל אך הגמ' קאי לר"י ולר"י לשיטתו הוא סובר דאפי' בדרבנן

אין ברירה משא"כ לדידן דיש ברירה בדרבנן ואפשר להוציא האיסור ולא נתבטל וע"כ השמיטו דינא דר"י:

אך תקשה מהא דמקשה הגמ' ביומא על הא דלא היה שופרות לקיני חובה מפני התערובות ומסיק הגמרא משום חטאת שמתו בעליה ופריך ולישקול ארבעה זוזי ולישדי בנהר ומשני ר"י לטעמי' דאין ברירה וקשה הא מדאורייתא טל רק משום דמטבע ד"ח ולא בטל ועיין במל"מ הנ"ל וזה רק מדרבנן ובדרבנן יש ברירה ובאמת לפי הסוברים דאפי' יבש ביבש סובר ר"י דלא בטל מב"מ ניחא דלא נתבטל מדאורייתא וגם לפי המרדכי שכתב ביבמה שרקקה דם דמש"ה ל"ש ביטול דכיון דלא הוכר האיסור מעולם ל"ש ביטול וא"כ ה"ה הכא ועי' בפלתי סי' י"ד ובס' נב"י:

והנה באחרונים איתא ועי' בס' יש"י דאי אפשר לומר דמה שאמר הרי את מקודשת כדת משה וישראל חשוב תנאי דא"כ דמי לאומר בשעת קידושין ע"מ שירצה אבא דאי אין ברירה לא מהני הקידושין אפי' ברצה האב וכן בגט אי אפשר לומר דכיון דכתוב כדת משה וכו' וע"כ אפי' בנמצא פסול דרבנן הגט פסול מדאורייתא דתלה בדעת חכמים דהא תנאי שנכתב בתוך הגט פסול משום דאין ברירה יע"ש אך לר"מ יש לומר דמש"ה סובר דכל המשנה ממטבע שטבעו חכמים בניטין דהולד ממזר משום דהא ר"מ סובר דיש ברירה ויש לומר דהוא תנאי מה שנכתב בגט כדת משה וכן בקידושין מה שאומר כדת משה וכו':

וניחא בזה הא דפסק הרמב"ם דאע"ג דמקדש במלוה אינה מקודשת מ"מ אי המלוה בעין מקודשת והקשו הא בסוגיא איתא דמש"ה סובר ר"מ דמקודשת משום דברשות מלוה לחזרה וקיי"ל דלאו ברשות מלוה לחזרה ועי' בב"ש ס' כ"ח:

אך נראה דסברת הרמב"ם דכיון דמדאורייתא הוא ברשות מלוה וחלין הקידושין מדאורייתא נהי דמדרבנן הוי מלוה מ"מ לא יוכלו להפקיע הקידושין דכיון דאי אפשר לומר דזה שאמר כדת שה חשוב תנאי דאם כן לא היה שום קידושין חלין מטעם דאין ברירה משא"כ ר"מ לשיטתו הוצרך לומר דברשות מלוה קיימי ומש"ה מקודשת דאי לאו הכי הוי אזלינן בתר דרבנן דחשוב תנאי מה שאמר כדת משה וכו' דהא הוא סובר דיש ברירה:

והנה בדרבנן דאמרינן ברירה ואפשר לתקן בלא ברירה אי אמרינן ברירה והנה בנדרים (ד' מ"ו) סובר רבה דמחלוקת ביש בה דין חלוקה ומש"ה אמרינן דאסורין ליכנוס לחצר ועי' ברא"ש הטעם דכיון דאפשר בחלוקה לא סמכינן אברירה ולפ"ז כיון דעיקר הטעם דבדרבנן יש ברירה דכיון דס' אי אמרינן כמ"ד יש ברירה וא"כ לרבה דפליגי ביש בה

דין חלוקה ואליבא דר"א ב"י מותרין ליכנס לחצר אע"ג דאפשר בלא ברירה וע"כ במידי דרבנן דאמרינן כמ"ד ברירה שרי אפי' היכי דאפשר בלא ברירה משא"כ לר"י דפליג דמחלוקת באין בה דין חלוקה אבל ביש בה ד"ח לכ"ע אסור משום דאפשר בלא ברירה וא"כ לפ"ז אפי' בדרבנן ואפשר בלא ברירה ל"א ברירה דל"ש דאזלינן לקולא כמ"ד דיש ברירה דהא באפשר ליכא פלוגתא כלל ולכ"ע אין ברירה ולפ"ז צריך לומר מערב יו"ט זה וזה אני נוטל משום דאין ברירה ואע"ג דמוקצה דרבנן ויש ברירה ועי' בשעה"מ אך כיון דאפשר לתקן בלא ברירה שיאמר זו"ז אני נוטל ל"ס על ברירה אך לרבה דסובר דפליגי ביש דין חלוקה וא"כ לר"א ב"י שרי אע"ג דאפשר בלא ברירה וא"כ נהי דקיי"ל דאין ברירה מ"מ בדרבנן דסמכינן כמ"ד דיש ברירה ומ"ד דיש ברירה הוא אפי' באפשר בלא ברירה א"כ ה"ה בדרבנן וא"כ ע"כ הא דצריך שיאמר זו"ז אני נוטל ול"א דיש ברירה בדרבנן וע"כ משום טעמא דרבא בביצה (דף י') משום דדילמא מטלטל ושביק וקא מטלטל מידי דלא חזי ליה. ולפי זה לפי מה דאיתא בס' ל"ת דאפי' לפי מה דקיי"ל דשל עובד כוכבים אין צריך הכנה מ"מ לטעמא דרבא לגבי גוזלות אפי' בשל עובדי כוכבים כשלא הזמין מערב יו"ט ואמר זו"ז אני נוטל אסורים ליטול וא"כ אי ביש דין חלוקה לכ"ע ל"א ברירה וה"ה בדרבנן וא"כ יש לומר דלעולם דל"א טעמא דרבא והא דל"ס על ברירה במוקצה דרבנן דכיון דאפשר לא אמרינן ברירה וא"כ של א"י ל"צ הכנה משא"כ לרבה ע"כ הטעם משום דרבא דילמא שביק וכו' וא"כ אפי' של א"י צריך הכנה ועיין בשעה"מ:

ובזה ניחא הסוגיא דביצה (דף י' ע"ב) דאיתא במתני' זימן שחורים ומצא לבנים וכו' אסורים ופריך הגמ' פשיטא אמר רבה כגון שזימן שחורים ולבנים ומצא שחורים במקום לבנים וכו' קמ"ל הנך אזדו לעלמא והני אחריני נינהו לימא מסייע לר"ח דרוב וקרוב הלך אחר הרוב ומשני כדאמר אביי בדף הכא נמי בדף והנה הרמב"ם פסק דאסור משום ס' מוכן והקשו דכיון דקיי"ל כר"ח דאזלינן בתר הרוב ליכא ס' מוכן רק ודאי אינו מוכן ועי' בפלתי דכתב דהרמב"ם סובר דלנגד קרוב דמוכח לא הוי רק ספק השקול וע"כ אינו רק ס' מוכן ואסור מספק אך הקשה דלפ"ז היכי הוכיח הגמ' דמסייע לר"ח דילמא לעולם דרוב וקרוב שקולין ואסור מס' מוכן ועיין בס' פ"י דמתרץ דהגמ' הוכיח דע"כ כר"ח דרוב עדיף ואסור מתורת ודאי דאי ספק א"כ הוי ס"ס שמא מן הקרוב ואם ת"ל מעלמא אתיא שמא מנכרי דקיי"ל דא"צ הכנה ומותרים יע"ש אך לפ"ז תקשה גם על הרמב"ם דאוסר משום ס' מוכן והא איכא ס"ס. ולכאורה נראה דהנה אמרנו דלטעמא דרבא דילמא שביק להו וכו' אז אין חילוק ואפי' של א"י צריך הכנה והנה למ"ד דמוקצה דאורייתא ובדאורייתא קיי"ל דאין ברירה ואז יש לומר דמשו"ה צריך לומר זו"ז אני נוטל

משום דאין ברירה ול"א טעמו של רבא כלל וא"כ של א"י ל"צ הכנה ולפ"ז דהסוגי' דקאי לרבה ורבה סובר דמוקצה דאורייתא וא"כ טעמא משום דאין ברירה ולא מטעמא דרבא ושל א"י ל"צ הכנה וע"כ קאמר מסייע לר"ח דאי ס' ואסור משום ספק מוכן איכא ס"ס שמא משל א"י ושמא מקרוב וע"כ כר"ח דרוב עדיף משא"כ לדידן דמוקצה דרבנן וא"כ יש ברירה וע"כ דאמרינן טעמא דרבא וא"כ אפי' של א"י צריך הכנה וליכא ס"ס וע"כ סובר הרמב"ם דאסור משום ספק מוכן:

וניחא בזה קושית התוס' דאמאי לא אמר אביי על הרישא דאיירי בדף וע"כ נראה דמאי מקשה הגמ' פשיטא דהא איצטריך לאשמעינן דה"א דשרי משום שמא משובח של א"י דא"צ הכנה אעפ"כ אסור מספק משום דס"מ אסור ותירצו לפי הך גירסא דרבה מתרץ הך קושי' פשיטא ורבה סובר דמוקצה דאורייתא ופשיטא דס"ד לחומרא ובאמת לפי מה דסוברים דלמ"ד דמוקצה דאורייתא גם של א"י צריך הכנה בפשיטות ניחא דלרבה ליכא שום ספק כלל ולפ"ז לדידן ל"צ לתרץ דזימן שחורים ולבנים דהא לא קשה פשיטא וא"כ דלא איירי בזימן שחורים ולבנים ליכא ראי' כר"ח וע"כ לא קאמר אביי על הרישא בדף אך לפי מה שתירצו דרבה לשיטתו דסובר דמוקצה דאורייתא אכתי לא ניחא לגירסא דגריס רבא ואפי' לגירסא דגריס רבה תקשה דה"א דשרי דהא רובא דעלמא הן א"י ובודאי משובח של א"י הן דאזלינן בתר הרוב ואשמעינן דאפ"ה אסור ומאי מקשה פשיטא וע"כ נראה דהנה אביי סובר בגיטין דאפי' מ"ד דיש ברירה זה דווקא בתולה בדעת אחרים. אבל תולה בדעת עצמו לכ"ע אין ברירה ולפ"ז אפי' בדרבנן דקיי"ל דיש ברירה מ"מ היכי דתולה בד"ע כמו הכא בלא אמר זו"ז אני נוטל רק תולה מה שירצה ליטול למחר אז אין ברירה אפי' בדרבנן דל"ש לומר בדרבנן סמכינן כמ"ד דיש ברירה דכיון דבתולה בד"ע לכ"ע אין ברירה וא"כ ל"א טעמא דרבא כלל וא"כ של א"י ל"צ הכנה וא"כ איכא רוב להתיר דרובא דעלמא הם א"י וא"כ לא קשה פשיטא וא"צ לתירוצא דרבה שזימן שחורים ולבנים וא"כ ליכא קרוב כלל וע"כ לא אמר על הרישא בדף רק על הסיפא משא"כ רבה או לגירסא רבא דהם סוברים בגיטין דמ"ד ברירה אפי' בתולה בד"ע אמרינן ברירה וא"כ ממילא בדרבנן אמרינן ברירה אפי' בתולה בד"ע וא"כ ע"כ הא דצריך לומר זו"ז אני נוטל משום טעמא דשביק להו ואפי' של א"י צריך הכנה וליכא שום ס' וקשה פשיטא וע"כ הוצרך לתרץ דזימן שחורים ולבנים משא"כ לאביי לא קשה פשיטא ול"צ לתירוצו דרבה וע"כ לא קאמר על הרישא בדף:

אך לפי מה שאמרנו לעיל ניחא בפשיטות הא דלא קאמר על אביי על הרישא דרבה לשיטתו דלדידי' פליגי אפי' ביש דין חלוקה ולחד מ"ד אפי' באפשר בלא ברירה אמרינן

ברירה וא"כ ה"ה בדרבנן אמרינן ברירה אפי' היכי דאפשר בלא ברירה וא"כ ע"כ הא דצריך לומר זו"ז אני נוטל הא בדרבנן יש ברירה ואפי' באפשר וע"כ משום טעמא דרבא וא"כ אפי' של א"י צריך הכנה וא"כ קשה פשיטא דאין לומר שמא מא"י וע"כ הוצרך לתרץ דזימן שחורים ולבנים וע"ז איכא ראי' לר"ח וע"כ דאיירי בדף משא"כ אביי סובר כר"י דבאפשר בלא ברירה לכ"ע אין ברירה וא"כ ה"ה בדרבנן לכ"ע אין ברירה ול"צ לטעמא דרבא וא"כ של א"י ל"צ הכנה ולא קשה פשיטא דה"א דאזלינן בתר הרוב ול"צ לומר דאיירי שזימן שחורים ולבנים וליכא ראי' לר"ח דהא ליכא קרוב וע"כ לא הוצרך לומר דאיירי בדף ברישא ודו"ק:

והנה היכי דהתנה בשעת קדושין ע"מ שאין בה מומין אי מהני מחילת התנאי שיהיה הקדושין חלין אפי' יש לה מומין ועיין בר"ן כתובות פ' המדיר על הא דקאמר אביי לא תימא טעמא דרב דכיון דכנסה סתם אחיל לתנאי וכו' והקשה בר"ן דאיך מצי מחיל דהא מיד נתבטל הקדושין ותירץ דכיון דלהנאתו התנה אין דעתו שיתבטלו הקדושין מיד אלא הדבר תלוי עד שידע וכל שלא הקפיד בהם מקודשת ועיין בס' הפלאי דתמה הא אין ברירה וא"כ איך נימא דמקודשת ודאי משום דתלה בדעתו וכתב לתרץ דלפי מה דאיתא באה"ע סי' ל"ז דעת הרמ"ה דאם נתרצה האב כששמע הוי קדושין משעת שמיעה אפי' נתאכלו המעות קודם שמיעה וא"כ יש לומר דאע"ג דאין ברירה להיות חלין הקדושין למפרע משעה שקידשה כשמוחל התנאי מ"מ מקודשת בשעה שמחל התנאי ובזה ל"צ לברירה דכיון דחלין רק משעה שיתברר יע"ש:

ולפ"ז נראה בהא דאיתא בסוגיא באלו נדרים אמרו שלא תאכל בשר וכו' ומקשה ר"פ אילימא ארישא כיון דקפיד אפי' כל מילי נמי אלא אסיפא דלא איירי בהתנה בפירוש והקשה בתוס' דאכתי תקשה לרב דגם בסיפא איירי בתנאי:

ולכאורה נראה בפשיטות דהא הב"ש הקשה דכיון דמהני מחילה אמאי אינה צריכה גט דשמא ימחול התנאי ותירץ דלזה לא חיישינן דכיון שדרך בני אדם שמקפידין על מומין בודאי לא ימחול. ולפ"ז הקשה מאי פריך כיון דקפיד אפי' כל מילי נמי דליתא דבנדרים אחרים שאין דרך להקפיד חיישינן שמא ימחול משא"כ שלא תאכל בשר בודאי לא ימחול שדרך להקפיד עליהן. ולכאורה נראה דהא ע"כ איירי דכבר נודע לבעל דאל"כ אפילו באלו נדרים חיישינן שמא תלך לחכם להתיר ועיין בירושלמי דחייש להכי לחד מ"ד וע"כ דאיירי דכבר נודע לבעל דאז לא מהני הלכה לחכם להתיר וא"כ ל"ח לשמא ימחול כיון דכבר נודע ולא מחל וניחא מה שהקשו דאמאי לא מקשה על מתני' דקתני דכל המומין הפוסלין בכהנים פוסלין בנשים ותקשה דכיון דקפיד אפי' כל מילי נמי

אך במומין קיי"ל דלא מהני הלכה אצל רופא וריפא וא"כ יש לומר דאיירי בלא נודע לבעל וא"כ לא קשה אפי' כל מילי נמי דליתא דמומין אחרים חיישינן דשמא ימחול משא"כ מומין הפוסלין בכהנים דדרך להקפיד וא"כ לא קשה על רב דהוא סובר כמ"ד בירושלמי דל"ח דתלך לחכם להתיר את הנדר דלא תקלקל א"ע וא"כ יש לומר דאיירי בלא נודע לבעל וע"כ בנדרים אחרים חיישינן שמא ימחול משא"כ באלו נדרים דדרך להקפיד עליהן:

גם נראה דהנה לקמן (דף ע"ה) בתוס' ד"ה מי וכו' הקשה דא"כ למה קתני ברישא עודה ברשות אביה וסיפא נכנסה לרשות הבעל איפכא הוה ליה למיתני דהוי רישא חידוש טפי וסיפא חידוש טפי. וע"כ נראה דהנה הרבה פוסקים סוברים דבס"ס אין מוציאין ממון דס"ס מטעם רוב ולא אזלינן בתר הרוב בממון ודלא כשיטת התוס' בסוגי' דפ"פ ועי' בפ"י ובתומים. אך זה יש לומר היכי דהרוב או ס"ס צריכין לאיסור והתם אזלינן בתר ס"ס מהני ס"ס גם לממון ועיין בס' הפלאי דכתב כן לענין רוב דהיכי דנתחזק הרוב לענין איסור אז אזלינן בתר הרוב גם מה שנוגע לממון וכמו כן יש לומר לענין ס"ס בממון דהיכי דהרוב או ס"ס צריכין לאיסור אז אזלינן גם בממון אחר ס"ס ולפ"ז יש לומר דה"א בעודה ברשות האב דצריכה גט משום דאיכא ס"ס שמא לא קפיד ושמא נולדו המומין משנתארסה ואי לאו הס"ס לא היה צריכה גט רק מספק. אך ע"י ס"ס צריכה גט בודאי א"כ יש לומר דה"ה דצריך ליתן לה כתובה ע"י ס"ס זו דהא מתני' איירי בקדשה סתם ואיכא ס' שמא לא קפיד ושמא משנתארסה נולדו המומין ואשמעינן דאפי' הכי על האב להביא ראיה משא"כ בנכנסה לרשות הבעל אין חידוש דהתם הא דצריכה גט לאו משום ס"ס רק אפי' ידעינן דקפיד והיו המומין קודם שנתארסה מ"מ צריכה גט משום דאין אדם בועל ב"ז:

וא"כ ס"ס נוגע רק לממון דלענין גט ל"צ לס"ס כלל ואז פשיטא דעל האב להביא ראיה דע"י ס"ס אי אפשר להוציא ממון משא"כ ברישא בעודה ברשות האב דאז אי ידעינן דהוא מקפיד והמומין היו קודם שנתארסה ל"צ גט רק ע"י ס"ס צריכה גט בודאי וה"א דגם לענין הכתובה אזלינן בתר הך ס"ס דצריך ליתן לה כתובה וע"כ אשמעינן דאפ"ה צריך האב להביא ראיה ולתנא דסיפא דסובר דעל הבעל להביא ראיה הוי חידוש יותר היכי דהיא ברשות הבעל דאע"ג דאז ל"צ לדון ס"ס זו לענין גט דבלא"ה צריכה גט משום דאין אדם בועל ב"ז וס"ס הנוגע לממון לא מהני ס"ס ואשמעינן דאפ"ה צריך הבעל להביא ראיה משום דאיכא חזה"ג דסיפא אתיא כר"ג דאזלינן בתר חזה"ג משא"כ ברישא ל"ש דאזלינן בתר חזה"ג רק משום דאיכא ס"ס ואע"ג דלא מהני ס"ס בממון אך כיון דמהני

ס"ס לענין איסור דצריכה גט ה"ה לממון וע"כ תני נכנסה לרשות הבעל דאפי' הכי צריך להביא ראיה משום דאזלינן בתר חזה"ג כר"ג:

ולפ"ז ניחא קושיא הנ"ל דהנה בס' יש"י איתא דמש"ה פריך הגמרא דכיון דקפיד אפי' כל מילי נמי דלכאורה יש לומר שלא היה בדעתו רק על נדרים אלו שדרך בני אדם להקפיד עליהן דאפי' בתנאי אומדין דעת המתנה ומה היה דעת המקשה וע"כ משום דהתנאי שהתנה אינו מועיל רק לעקור הקידושין דהא לענין הכתובה אפי' בקדשה סתם אין לה כתובה והנה לעקור הקידושין אין הכרח להתנות דמאי איכפת ליה אי יתן לה גט הרי בידו לגרשה בע"כ וא"כ למאי היה לו להתנות והיה לנו לומר שהתנאי היה בשביל הכתובה ואי דאפי' בסתם אין לה כתובה יש לומר דנ"מ לענין נדרים שאין בהן עינוי נפש דאז בלא התנאי יש לה כתובה ובתנאי אמרינן דקפיד אפי' בשאר דברים ויש נ"מ גם לענין כתובה ומעתה יותר יש לנו לומר דקפיד על כל מילי ויהיה נ"מ גם לענין כתובה מלומר שלא היה דעתו רק על אלו נדרים ואין נ"מ רק אי צריכה גט דזה אין נ"מ כל כך דכיון דאין לה כתובה בלא"ה בידו לגרשה וזהו קושית הגמרא אפי' כל מילי נמי משום דע"כ כוונתו על כל מילי ויהיה נפקותא לענין כתובה:

אך אכתי יש לומר לעולם דלא היה התנאי על כל מילי רק על אלו ג' נדרים ואין לומר דאפי' בלא התנה אין לה כתובה דנפ"מ אם יהי' עוד ס' אי היו קודם או משנתארסה דבלא התנאי איכא ס"ס שמא לא קפיד ושמא משנתארסה אך זה אינו דעל נדרים ל"ש אפי' נדרים שנדרה משנתארסה נסתחפה שדהו וליכא ס"ס וא"כ לא היה צריך לתנאי וע"כ דתנאי היה על כל נדרים וניחא דאמאי לא הקשה על מתני' דכל המומין הפוסלים בכהנים דעל זה יש לומר לעולם דלא קפיד על כל מילי והתנאי היה באם ס' אימת נולדו המומין דאי לאו התנאי איכא ס"ס שמא לא קפיד ושמא משנתארסה ומש"ה לא מקשה רק על נדרים דאפי' באם לא היה תנאי ליכא ס"ס דע"ז ל"ש דבנתארסה נסתחפה שדהו:

אך באמת על נדרים ג"כ איכא ס"ס דהא קיי"ל דהלכה אצל חכם והתירה דמקודשת ועיין בתוס' דווקא קודם שנודע לבעל דהיה לה נדרים אבל לאחר שנודע לא מהני וא"כ אי איכא ס' בשעה שהלכה לחכם אי כבר נודע לבעל אי לאו וא"כ אי לאו התנאי איכא ס"ס שמא לא קפיד ושמא לא נודע קודם ומהני הא דהלכה לחכם להתירה ולעולם דהתנאי לא היה על כל נדרים ומזה ראיה דס"ס לא מהני להוציא ממון אפי' היכי שנוגע לענין גט כמו הכא וע"כ פריך הגמרא שפיר ומשני אלא אסיפא וא"כ לא קשה קושית התוספות הנ"ל דתקשה לרב דרב לשיטתו דסובר דאזלינן בתר הרוב בממון וא"כ ה"ה ס"ס מהני

להוציא א"כ לדידיה בלא"ה לא קשה קושית הגמ' דנ"מ דבלא התנאי איכא ס"ס ולעולם דתנאי לא היה על כל מילי:

וגם יש לומר על הקושיא דאמאי לא מקשה על מתניתין דכל המומין וכו' דהא הקשו דמאי פריך הגמ' דעל כל מילי שאין דרך להקפיד חיישינן שמא ימחול משא"כ בשלשה נדרים שיש בהן עינוי נפש אך נראה לפי מה דאיתא במחברים ועי' בח"ש בהתנה ע"מ שאין עליה נדרים ואח"כ הבעל רוצה לבטל התנאי שהקידושין חלין אפי' אם יש עליה נדרים וכתבו שהיא יכולה לעכב ואע"ג דכיון שיודעת שיש עליה נדרים ואפ"ה קיבלה הקידושין וא"כ מוכח דמצדה אין קפידא אם יתרצה הוא אך יש לומר שהי' דעתה שתלך לחכם ויתיר לה אבל אם לא תמצא לה היתר הואיל והוא גברא דקפיד אפי' אי ימחול אח"כ מ"מ שמא אח"כ יהא חוזר וניער קפידתו ולא תהיה מקובלת בעיניו ולפ"ז לא קשה דבשאר נדרים חיישינן דימחול דליתא דהא הברירה בידה ג"כ ורשאית לינשא לאחר ואי ימחול מה בכך הא גם בידה הברירה לבטל הקידושין הגם שהוא מוחל וזה תינח בנדרים משא"כ במומין דלא מהני הלכה לרופא וע"כ דקיבלה הקידושין על אופן זה שמא יתרצה וימחול גם היא אינה יכולה לעכב וממילא חיישינן בשאר מומין שמא ימחול והיא אינה יכולה לעכב משא"כ מומין הפוסלין בכהנים ל"ח שמא ימחול וא"כ לא קשה כיון דקפיד אפי' כל מילי נמי רק על נדרים:

אך לפי מה דאיתא בהפלאי דאפי' אי ימחול לא חלין הקידושין למפרע משום דאין ברירה לא קשה דבשאר נדרים חיישינן שמא ימחול לא איכפת לן דכיון דאפי' אי ימחול לא חל הקידושין לא משעת המחילה ולא למפרע וא"כ מאי בכך דהיא תנשא קודם ולפ"ז לא קשה קושית התוס' על רב דרב לשיטתו דסובר דיש ברירה וא"כ אי מוחל חל הקידושין למפרע א"כ לדידיה בלא"ה לא קשה קושית הגמ' אפי' כל מילי דיש חילוק דבשאר נדרים ל"ת שמא ימחול ואז חלין הקידושין למפרע דכיון דסובר דיש ברירה משא"כ בנדרים שיש בהן עינוי נפש דדרך להקפיד ל"ח דימחול ובזה ניחא דברי התוס' דהקשו למאי קתני מתני' ע"מ אפי' בסתם נמי ותירצו דלרב דסובר דקידשה על תנאי וכנסה סתם נקט קדשה ע"ת משום סיפא דאפ"ה גיטא בעי והקשו הא אביי מסיק דאליבא דרב הטעם משום דא"א בועל ב"ז ואיתא בתוס' שם דלפ"ז אפי' בקידשה על תנאי וכע"ת צריכה גט וא"כ כיון דנקט לחדוש א"כ הו"ל למיתני יותר חידוש דאפי' קידשה ע"ת וכנסה ע"ת אפ"ה גט בעי רק דתצא שלא בכתובה

וע"כ נראה דלפי מה שהקשו על התוס' דמאי מקשה בתוס' דאפי' בסתם נמי דהא חזינן דארוסה לא תאכל בתרומה משום סמפון דהא יש לומר בקידשה סתם דאינה מקודשת

היינו כשימצא מום והבעל מקפיד אבל כשאין הבעל לפנינו חיישינן שמא לא יקפיד ואסורה לינשא לאחר אבל בע"מ אפי' כשאין הבעל לפנינו אינה מקודשת אך באמת למ"ד דסובר דיש ברירה לרב לשיטתו אפי' בע"מ אינה רשאית לינשא כשאין הבעל לפנינו שמא ימחול וחלין הקידושין למפרע וע"ז תירצו בתוס' דנקט ע"מ משום סיפא דאפי' בקידשה ע"ת בעי גט וא"כ אין להקשות לטעמא דאביי אליבא דרב תקשה דאמאי לא תני חידוש יותר אפי' קע"ת וכע"ת צריכה גט דליתא דהא אביי סובר אפי' למ"ד דיש ברירה מ"מ תולה בדעת עצמו לכ"ע אין ברירה וא"כ הכא דתולה בד"ע אי יקפיד אי לאו וא"כ אפי' לרב אי מחיל לא חלין הקידושין רק מכאן ולהבא א"כ לדידי' בלא"ה לא קשה קושית התוס' דנפ"מ בסתם כ"ז שאין הבעל לפנינו ומקפיד ל"ח דיקפיד משא"כ בע"מ אפי' באין הבעל לפנינו מותרת לינשא ואין לומר שמא ימחול דליתא דאפי' אי ימחול לא חל הקידושין רק משעה שמחל וא"כ רשאית לינשא אפי' באין הבעל לפנינו:

ובזה ניחא התוס' שם ד"ה דברי הכל דהקשו איך קאמר דברי הכל והא פליגי תנאי לעיל בבעל אי מקודשת אי לאו בקידשה בפחות משוה פרוטה וא"כ איך קאמר ר"א דברי הכל צריכה גט ועי' במהרש"א דהקשה דבתנאי יש לומר דחיילי קידושי כסף ע"י מחילת התנאי כמו שכתבו התוס' לקמן משא"כ בקידשה בפחות משוה פרוטה דליכא קידושין קמאי ע"י מחילה אך לא קשה דלקמן כתבו אליבא דרב דסובר דיש ברירה וע"כ כתבו לחלק דאפי' למ"ד לא קנה מצי סובר כרב בקידש ע"ת משום דאחולי אחיל לתנאי וחיילי קידושי כסף משא"כ הכא לשמואל דסובר דאין ברירה ל"ש לומר שיחול ק"כ דאפי' אי דעתו היה משעה ראשונה לכך אי לא יקפיד לא מהני דאין ברירה דבשעת קידושין לא הוברר דלא יקפיד:

וניחא בזה קושית מהרש"א על התוס' ד"ה לא תימא דהקשה והיכי ס"ד לומר דכנסה אפי' בלא בעל אחיל לתנאי וצריכה גט כיון דקידשה ע"ת שאין עליה נדרים א"כ מיד נתבטלו הקידושין והקשה דאמאי לא הקשו על ר"א דפליגי בלא בעל מאי בכך דאחיל לתנאי מ"מ הא מיד נתבטלו הקידושין ולפ"ז ניחא דעל ר"א לא מצי להקשות דידע לתרץ דבשעת הקידושין היה דעתו לכך שאם לא יקפיד שיהיו הקידושין חלין למפרע ואע"ג דאין ברירה הא ר' סובר דיש ברירה וע"כ אפי' בלא בעל צריכה גט ומש"ה הקשה רק לאביי דהוא סובר דבתולה בד"ע אין ברירה וא"כ מה בכך דדעתו היה בשעת הקידושין ותירצו דאף עפ"כ אמרינן דדעתו היה שיחול מכאן ולהבא דאז ל"ש לברירה:

ולפ"ז נראה בקידשה סתם ולא כנס אי צריכה גט ועי' בב"ש סי' ל"ט נראה דתליא אי יש ברירה דהא קשה קושית התוס' דלמאי נקט ע"מ דאפי' בסתם אינה מקודשת וע"כ

משום דבסתם עכ"פ צריכה גט מספק דאין לומר דנפ"מ באין הבעל לפנינו דבסתם ל"ח דקפיד משא"כ בע"מ רשאית לינשא אפי' באין הבעל לפנינו דחזינן דהתנה וקפיד דליתא דמ"מ אינה רשאית לינשא שמא ימחול ומחילה מהני למ"ד דיש ברירה דחלין הקידושין למפרע וע"כ משום דבסתם צריכה גט מספק משא"כ למ"ד דאין ברירה המחילה אינו חל רק משעה שמוחל וליכא חששא שמא ימחול ורשאית לינשא אפי' באין הבעל לפנינו דמה בכך דימחול משא"כ בסתם כ"ז דלא חזינן דקפיד מותרת לינשא ולפ"ז דבקידשה לחוד ולא כנס ל"ל גט:

וניחא בזה הא דלא הביא הרי"ף תירוצא דגמ' תירץ דרבא ור"א וע"כ נראה דהא קשה מאי פריך הגמ' רישא לסיפא הא יש לחלק דבסיפא איכא ס"ס שמא לא קפיד ושמא משנתארסה נולדו המומין משא"כ ברישא ליכא ס"ס בנתקדשה לחוד דהא חזינן דבנתקדשה ל"צ גט מס' שמא לא קפיד וא"כ ממילא בעודה ברשות האב ליכא ס"ס משא"כ בנכנסה לרשות הבעל איכא ס"ס דשמא לא קפיד דהא מה"ט אפי' בידעינן דהיו קודם שנתארסה צריכה גט מספק שמא לא קפיד וא"כ איכא ס"ס שמא לא קפיד ושמא נולדו המומין משנתארסה וע"כ דסוגיא קאי למ"ד דיש ברירה וא"כ אפילו נתקדשה לחוד ע"כ צריך גט מס' דלא תקשה קושית התוס' וא"כ גם ברישא איכא ס"ס משא"כ לדידן דאין ברירה ואז יש לומר בנתקדשה לחוד ל"צ גט מספק וא"כ יש לחלק דבסיפא איכא ס"ס משום ברירה ולא קשה קושית הגמ' וע"כ לא הביא תירוץ הגמ':

ועי' בס' הפלאי דכתב דהא דחיישינן לענין תרומה משום סמפון היינו דחיישינן שמא יפקיד הבעל אבל בסתמא אם לא מתנה בפירוש ע"מ שאין בה מומין היא בחזקת מקודשת כל זמן שלא ראינו בפירוש שמקפיד וכן מוכח מהא דקאמר לקמן בהגיע זמן דמבדק בדק לה וקשה דילמא באמת מצא בה מומין בשעה שבדקה ונתפייס ומחל ואפ"ה אסורה בתרומה כיון דבשעת קידושין לא ידע דמחל ובמאי תתקדש אח"כ אלא ודאי דתחלת קידושין הוו אדעתא דהכי שאם לא יקפיד יחולו הקידושין יע"ש ומשמע מדבריו דאפי' קידושין בלא תנאי הא דאי אינו מקפיד השתא דחלין הקידושין צריכין לומר משום דבשעת הקידושין דעתו כן דווקא אי יקפיד ולפ"ז צריכין לומר ברירה דאי אין ברירה מה בכך דהשתא לא מקפיד מ"מ בשעת קידושין לא היה מבורר דלא יקפיד ובזה ניחא הרמב"ם דפסק דמש"ה לא תאכל בתרומה משום שמא תשקה וכו' והקשו עליו דאמאי לא אמר הטעם משום סמפון:

וע"כ נראה דלפי מה דאיתא ביבמות אנדרוגינוס כהן שנשא בת ישראל ר"י ור"ש סוברים דמאכילה בתרומה והיינו בתרומה בזה"ז דהוא מדרבנן דכיון דס' איש או אשה הוא

וא"כ תקשה לכאורה אמאי ארוסה לא אוכלת בתרומה בזה"ז דכיון דספק אי יקפיד אי לאו והוי ס' דרבנן אך איכא עוד ס' להחמיר שמא אין ברירה וא"כ אפי' כי לא יקפיד לא מהני דכיון דע"כ צריכין לומר דבשעת הקידושין היה דעתו אי לא יקפיד שיהיו חלין ואי אין ברירה לא מהני וע"כ כיון דאיכא ס"ס להחמיר אפי' בדרבנן אזלינן להחמיר ועי' בתוס' עירובין ובמל"מ לענין ספק אי טבל וס' לענין שאובין יע"ש אך זה תליא דאי ס"ס מצד רוב אז אפי' להחמיר אזלינן בתר ס"ס משא"כ לשיטת הרמב"ם דס"ס מטעם דכל ספיקות שרי מה"ת וס' השני חשוב ס' דרבנן זה ל"ש להחמיר ע"י ס"ס וידוע דדין של הרמב"ם תליא באם אש"ת בעינן שני חתיכות או לא ולפ"ז יש לומר דהוא סובר דסד"א לחומרא מה"ת וע"כ ס"ס מטעם רוב וע"כ אפי' להחמיר אזלינן בתר ס"ס וע"כ סובר משום סמפון משא"כ הרמב"ם לשיטתו לא אזלינן להחמיר אפי' בס"ס וע"כ כתב הטעם שמא תשקה:

וגם נראה לתרץ הרי"ף שלא הביא תירוצא של הגמ' דהא קשה דמאי פריך הגמרא דבשלמא בסיפא איכא ס"ס משא"כ ברישא ואמרנו דגם ברישא איכא ס"ס אי בנתקדשה לחוד צריכה גט. אך לפי מה דאיתא בש"ך ס' ק"ס דאפי' אי אמרינן דס"ס לנגד חזקה לא אמרינן מ"מג' ספיקות מהני וא"כ יש לומר דאפי' אי אמרינן דלא כשיטת התוס' דע"י ס"ס אין להוציא ממון מ"מ ג' ספיקות בודאי מהני וא"כ לפי מה דאיתא בס' פ"י דהיכא דנכנסה לרשות הבעל חוץ הספק שמא לא קפיד איכא עוד ס' אי חזקה דאין אדם שותה בכוס אלא א"כ בודקו ונתפייס או דאין אדם מפייס במומין ובודאי לא בדק לה וא"כ בסיפא דנכנסה לרשות הבעל איכא ג' ספיקות שמא לא קפיד ושמא דאין אדם שותה בכוס וכו' ושמא משנתארסה משא"כ ברישא ליכא רק שני ס' ובשני ספיקות אין מוציאין ממון משא"כ ג' ספיקות וע"כ בסיפא על הבעל להביא ראיה. אך לכאורה זה ליתא דס' אי לא קפיד ושמא דאין אדם שותה בכוס ונתפייס חשוב חדא ספיקא אך היכי דאיכא נ"מ בין הספיקות לא חשוב חד ס' רק תרי ס' וא"כ אי לא קפיד א"כ הקידושין חלין מיד בשעת הקידושין משא"כ ס' שמא נתפייס דכיון דאין ברירה לא מהני משעה ראשונה הקידושין דלא הוברר אז דלא יקפיד בעת שימצא המום דנהי דדעתו משעה ראשונה לזה לא מהני אך הקידושין חלין מכאן ולהבא ול"ח חד ס' וא"כ אכתי תקשה דיש לחלק דברישא איכא רק שני ס' ואין מוציאין ממון משא"כ בסיפא איכא ג' ספיקות אך הסוגיא קאי למ"ד דיש ברירה ובפרט דר"מ סובר דיש ברירה וא"כ ליכא נפקותא בין הספיקות דגם שמא נתפייס ומחל חלין הקידושין למפרע משא"כ לדידן דאין ברירה וא"כ איכא ג' ס' משא"כ ברישא בלא"ה לא קשה רישא לסיפא וע"כ לא הביאו תירוץ הגמ':

וניחא קושית הנ"י ביבמות דהתם לענין תרי יצחק פסקו כרבא דלא חיישינן לתרי יצחק משום חזקה דכאן נמצא ור"א פליג הכא על תירץ רבא דמשני משום כאן נמצא וע"כ נראה דהא הגמ' פריך על תירוץ רבא עד שלא תתארס נמי ומשני משום דהוי חדא במקום תרתי וכו' והקשה הא הוי תרתי במקום תרתי חזקה דאין אדם מפייס במומין וחזקת פנויה וא"כ יש לצרף גם חזקת ממון אך בקדשה ע"ת וכנס סתם צריכה גט משום דאחולי אחיל וליכא חז"פ דאפי' אי המומין היה קודם שנתארסה צריכה גט אך תקשה דמשום דאחיל הקידושין לא חלין רק משעה זו ולא למפרע א"כ יש לאוקמה על חז"פ עד עכשיו דמחיל ולא לומר דמשנתארסה נולדו המומין דאז היא מקודשת מעת הקידושין אך רבא מתרץ ר"מ במתני' והוא סובר דיש ברירה ואי מחל חל למפרע וליכא חז"פ אך הא הוי תולה בד"ע אך רבא לשיטתו דסובר דמ"ד דיש ברירה אפי' תולה בד"ע וא"כ יש לומר דגם ר"א סובר דכאן נמצא אך סובר דבתולה בד"ע לכ"ע אין ברירה וא"כ אפי' אי יש ברירה הקידושין לא חלין רק מאז ואיכא חז"פ עד עכשיו וא"כ איכא חדא במקום תרתי וע"כ לא משני כרבא ולעולם דגם הוא סובר חזקה דכאן נמצא:

ולפ"ז דכיון דאליבא דר"א בתולה בד"ע לכ"ע אין ברירה ואם כן אין הקידושין חלין רק משעה דנתפייס ולא חשוב חדא ס' ספק אי לא קפיד ושמא נתפייס דהא איכא נפקותא דמטעם דלא קפיד חלין הקידושין מיד מה שאין כן ס' שמא נתפייס לא חלין הקידושין רק מאז ואם כן איכא ג' ספיקות בנכנסה לרשות הבעל ואם כן אפי' היכא דליכא חזה"ג כגון מומין ישנים וניכר שמומין אלו באו מזמן ארוך מקודם אירוסין מכל מקום על הבעל להביא ראיה משום דאיכא ג' ספיקות. וניחא בזה קושית התוס' שם (ד' ע"ו) דבור המתחיל ואמאי וכו' דאמאי מקשה לר"א יותר מלרבא וליכא למימר דניכר דקודם אירוסין דאיתרע חזה"ג דאם כן גם לר"א לא קשה יע"ש אך יש לומר דעל ר"א נהי דאיתרע חזה"ג אך כיון דהוא לא משני כרבא וע"כ משום דסובר דבתולה בד"ע אין ברירה ואי נתפייס הקידושין חלין רק מאז דמחל ואם כן איכא ג' ס' וא"כ מקשה דאמאי על האב להביא ראיה משא"כ על רבא לשיטתו ליכא ג' ספיקות דחשוב שם אונס חד וא"כ במומין ישינים דאיתרע חזה"ג וע"כ על האב להביא ראיה:

ולפ"ז ניחא דברי הרי"ף דמוקי מתני' דכנסה סתם תצא שלא בכתובה בקידשה סתם וכנסה סתם והקשו דהא לדידן דקיי"ל כרב איירי מתני' בקע"ת וכנסה סתם ומנ"ל דבק"ס וכ"ס דצריכה גט שמא לא קפיד אך הוכיח דהא מתני' דהיו בה מומין קאי אריש דמתני' כמו שכתבו בתוס' וא"כ אי בק"ס וכ"ס ל"צ גט תקשה מתני' דהיה מומין דסובר כר"א דבתולה בד"ע לכ"ע אין ברירה וא"כ הקידושין לא חלין אפי' אי נתפייס רק מכאן ולהבא

וא"כ איכא חז"פ עד עכשיו ולא הוי חדא במקום תרתי וא"כ אי אפשר לתרץ כרבא דא"כ תקשה משתתארס נמי וכר"א אי אפשר לתרץ דהא קיי"ל לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה ומהני חזקת אם לבתה ואין לומר דהתם משום דאשה מזנה בודקת ומזנה כמו שכתבו המחברים דהא רבא חולק ע"ז בריש כתובות דקאמר הכי השתא אשה מזנה וכו' בלשון תמיה אלא ודאי דקיי"ל דגם בק"ס וכ"ס צריכה גט מספק ואיירי מתני' דמומין וס' אי קפיד בשעת קידושין וא"כ ליכא חז"פ דכיון דאי לא קפיד חלין מיד הקידושין וע"כ הוי חד במקום תרתי והסוגיא דרצה לומר דאיירי בקע"ת וכ"ס משום דקאי לאביי ואביי סובר דאשה מזנה וכו' דהא רמי ליה לרבא וא"כ ל"צ לתירץ דרבא דרק ר"א ויש לומר דאיירי בקע"ת וכ"ס משא"כ לדידן דל"א אשה מזנה וכו' וא"כ אי אפשר לומר תירץ דר"א דהא חזינן דמכשיר בבתה וע"כ דאמרינן תירץ דרבא ואי דווקא בקע"ת וכ"ס צריכה גט משום דאחיל וא"כ לא חל עד עכשיו ואיכא חז"פ עד עכשיו וא"כ לא הוי חדא במקום תרתי וע"כ גם ק"ס וכ"ס צריכה גט ואז ליכא חז"פ והוי חדא במקום תרתי ודו"ק:

ועי' בס' ש"א דמסיק דהא דלא מהני לומר כל המתלקט יהא הפקר למאן דל"ס ברירה דווקא באומר יהא הפקר למפרע שהפקר יהיה חל משעת אמירה אבל באומר יהא הפקר מכאן ולהבא משעת לקיטה אז אפי' אי אין ברירה מהני והביא ראיה מהא דאומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאתגייר לאחר שתתגיירי דאינה מקודשת משום דאין אדם מקנה דשלב"ל ומנ"ל דטעמא משום דשלב"ל דילמא משום דאין ברירה דכל הני תולה בד"א דהא אי אפשר להיות לחול אלא דמעשה אחרים מסייע וכיון דבתולה בדעת האב באם ירצה האב אי אין ברירה לא חלין הקידושין מכש"כ דאי אפשר לחול עיקר הקידושין של אילו אלא על ד"א כ"ש למ"ד דאין ברירה דלא חלין הקידושין ודילמא תנא דידן סובר כמ"ד דאין ברירה ומנ"ל דטעמא משום דשלב"ל אלא ודאי דווקא באומר באם נתקיים התנאי יהיה חל למפרע אז אי אין ברירה לא מהני משא"כ באומר לאחר שתתגיירי דהקידושין לא חלין רק אח"כ אז אפי' אי אין ברירה חלין הקידושין וא"כ ע"כ טעמא דמתני' משום דשלב"ל:

ולפ"ז ניחא קושית התוס' בקידושין על הא דמייתי דרבי סובר דאדם מקנה דשלב"ל דתניא לא תסגיר עבד וכו' רבי אומר בלוקח עבד ע"מ לשחררו הכתוב מדבר היכי דמי כגון דכתב ליה לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך מעכשיו והקשו הא למ"ד אדם מקנה דשלב"ל חשוב כבא לעולם ובדבר שבא לעולם ל"צ לומר מעכשיו דהא בהרי את מקודשת לאחר ל' יום חלין הקידושין בלא בא אחר וקידשה בתוך ל' יום וא"כ ה"ה דשלב"ל למ"ד דאדם מקנה ולמאי צריכין לומר מעכשיו ולפ"ז ניחא דאשמעינן דאפי'

באמר מעכשיו מהני אע"ג דיש לומר דאין ברירה וא"כ אע"ג דאדם מקנה דשלב"ל לא יהיה מועיל מטעם דאין ברירה ואפ"ה מהני משום דהא רבי סובר בגיטין פרק השולח דיש ברירה:

וגם ניחא הא דנקט רב באומר שדה זו לכשאקחנה קנוי לך מעכשיו דקנה והקשו למאי נקט מעכשיו ולפ"ז דרבותא הוא דאפי' מעכשיו מהני ול"ת דאין ברירה אך לרב לשיטתו דסובר דיש ברירה ועי' בתומים ס' ס"ו דכתב ג"כ דרבי סובר דיש ברירה וצריך לחלק דלא תקשה מהא דסובר רבי דטבל וחולין וכו' דמוכח לכאורה דסובר דאין ברירה:

ולפי הקהצ"ח דסובר דאי יש ברירה אז אדם מקנה דשלב"ל וכן אי אדם מקנה דשלב"ל ה"ה דאמרינן ברירה ועיין בס' ס"א בלא"ה ניחא קושית הש"א דאי אדם מקנה דשלב"ל אי אפשר לומר דטעמא דמתני' משום דאין ברירה וע"ש עוד שכתב בהא דסוברים דהיכי דאינו חל אלא אח"כ ואז הוברר לכ"ע מהני והוכיח דהרשב"א לא סובר כן משום מי איכא מידי דאלו השתא לא חייל ובתר הכי חייל ולפי מ"ש המרדכי גבי דשלב"ל דמהני באומר לכשיהיה בעולם א"כ ה"ה בזה דמהני וע"ש ולפ"ז לפי מה דאיתא בח"מ בסמ"ע אי בשלב"ל מהני באומר לכשיבא תליא אי במזכה לעובר מהני באומר לכשתלד דאי מהני ה"ה דשלב"ל מהני באומר לכשיבא ואז מהני גם לענין ברירה באומר שיחול אז דכיון דאז הוברר מהני משא"כ אי במזכה לעובר לא מהני באומר לכשתלד וממילא ה"ה דשלב"ל לא מהני באומר לכשיבא וא"כ ה"ה לענין ברירה לא מהני אפי' שיהיה חל רק להבא ולא למפרע:

ובזה ניחא הא דפליגי ר"ה ור"ח בגיטין דבעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין דר"ה סובר דבעל נאמן ור"ח סובר דשליש נאמן דהא הימני' ופסקו דלא כר"ה והקשו הא אין הלכה כתלמיד במקום הרב ועי' בריש"ף שם. אך לפי מה שהקשו דהא לשיטת התוס' דבשעת מכירה היה בדעת הבעל שיהא לגירושין אם יאמר לגירושין אעפ"י שהוא משקר א"כ הדבר דומה ממש לאומר ע"מ שירצה פלוני כיון דהדבר תלוי בדעת השליח וידוע דבאומר הרי את מקודשת ע"מ שירצה אבא דאין ברירה לא חלין הקידושין א"כ ה"ה בזה כיון דתולה בדעת השליש אין ברירה ותירצו דאע"ג דאין ברירה מ"מ בעת שהשליש אומר לגירושין בעת הזאת יש מקום לגירושין להיות חלין ואז ל"ש לברירה ולפ"ז יש לומר דה"ט דר"ה דלא סובר הימני' דלשיטתו אזיל דסובר דלא מהני באומר לכשתלד וא"כ ה"ה אפי' דתולה הגירושין שיהיו חלין מאז בעת שאומר לגירושין לא מהני משום דאין ברירה משא"כ לדידן דמהני באומר לכשיבא בעולם ושייך הימני' וע"כ פסקינן כר"ח:

ובזה ניחא דברי רש"י דפי' הא הימני' משום מיגו דאי בעי דהוי עביד ביה מה דקאמר דיכול למסור ליד האשה והקשה בתוס' דאי איכא מיגו גם ר"ה מודה ועוד דאין זה מיגו דהאשה לא תרצה לקבלו ועיקר הקושיא דמה בכך דימסור ליד האשה מ"מ יכול הבעל לערער על הגט ולומר לפקדון נתתי כיון שאין האשה יודעת דבר מזה:

אך יש מקום לעיין לפי מה דאיתא בתומים ס' מ' וז"ל דאם בו ביום שמסר הגט לשליח בא הבעל ואמר לפקדון ומסר לו בפני עדים י"ל דל"ש דהימני' די"ל על עדים סמכתי דדעתי היה מתחילה מבלי להשהות פקדון הגט אצלו ובו ביום לא עלה על רוחי דפתאום בו ביום ימותו העדים ומכש"כ שלא ילכו למדה"י וקצת יש ראיה לזה מהא דאיתא בב"מ (דף ה') ההוא רעיא דמסרו ליה כל יומא חיותא בסהדי והקשו הא א"צ להחזיר בעדים אך יש לומר דעיקר הטעם דא"צ להחזיר בעדים דל"ש דלא הימני' דשמא ימותו עדים או דילכו למדה"י והכא דמסר ליה כל יומא בסהדי ל"ש זה דבו ביום ל"ש דימותו או דילכו למדה"י ולפ"ז כיון דע"כ איירי כאן שהבעל אומר לפקדון שלא ביומא דאל"כ ל"ש הימני' וא"כ אכתי תקשה מה בכך דנתן לו ע"ז דאי יאמר לגירושין יהיה לגירושין הא אין ברירה ול"ש לומר דהגט יהיה חל בשעה שאמר לגירושין דא"כ הוי מוקדם דכיון דע"כ איירי שלא ביומא ואין לומר דע"י שליח כשר גט מוקדם דזה דווקא בשליח להולכה משא"כ בשליח לקבלה ולפ"ז יש לומר דזה כוונת רש"י דבידו למסור לה ויאמר דהוא שליח להולכה וכשר מוקדם ואז שייך הימני' ואפי' אי הבעל יערער לא מהני וא"כ לעולם צריכין לטעמא דהימני' דאז איכא מיגו דימסור ליד האשה אבל אי לא אמרינן הימני' אז אפי' אי ימסור הגט ליד האשה מ"מ יכול לערער ולומר לפקדון נתתי ושלא כדין נמסר ליד האשה אך בלא מיגו ל"ש הימניה דכיון דע"כ הגט חל רק משעה שאמר השליש לגירושין א"כ הוי מוקדם ואע"ג דהוי ע"י שליח מ"מ שליח לקבלה לא מהני וע"כ ר"ה דל"ס דהימני' גם מיגו ליכא דמה בכך דימסור ליד האשה מ"מ יאמר הבעל לפקדון וא"כ כיון דליכא מיגו מש"ה פליג ר"ה על ר"ח:

ועי' בתשובות הרשב"א דנסתפק אם אמרה האשה כל מי שימסור הבעל הגט לידו יהיה שליח לקבלה אפשר לומר דלא מהני מטעם דאין ברירה וכבר כתבו האחרונים דמש"ה נסתפק דהא אפי' אי אין ברירה דהוברר למפרע דהוא שליח לקבלה מ"מ הוא שליח לקבלה בשעה דנתברר ול"ש לברירה ותירצו דהא צריכין לומר דהוברר למפרע דהוא נעשה שליח לקבלה משום דהא קיי"ל דשליח לקבלה צריך עדים דהיינו בשעה שנעשה שליח מהאשה יהיו עדים בדבר וא"כ באופן זה שאמרה כל מי מכם שירצה הבעל למסור לידו יהיה שלוחי לקבלה הרי לא ידענו את מי עשתה שליח והרי אין לנו עדים על

התמנות שליח אם לא דנימא דהוברר הדבר למפרע שאותו דנתרצה הבעל למסור לידו הוא נעשה שלוחה למפרע וע"כ כתב ברשב"א דכיון דאין ברירה לא מהני וא"כ בשעת מעשה לא נעשה שליח עדיין ובשעה שנתברר הרי ליכא עידי אמירה ועי' בס' יש"י:

ובזה ניחא קושי' התוס' בגיטין (דף ס"ו) ד"ה כתב ידן דהקשו ולקמן דקאמר אי סבירא דכתבו כת"י הוא הא כתב הגט כשר ה"ה דהוי מצי לומר איפכא אי סבירא דכתב הגט הוא הא כת"י כשר והא מילי לא מימסרן לשליח אך נראה דבאמת מהראוי לומר דל"ש מילי וכו' משום דיש לומר דהוא שליח הבעל אך היה קשה דאין ברירה דבשלמא באומר אמר לפלוני ופלוני ויחתמו דיחד שמם ל"ש דאין ברירה משא"כ הכא דנעשו כאומר אמרו והוא לא פרט רק תלוי בדעתם בזה שייך לומר דאין ברירה וע"כ דלא נעשה שליח הבעל וע"כ פריך מילי לא מימסרן לשליח משא"כ על החתימה לא פריך דהא בדרבנן יש ברירה וחתימה רק מדרבנן דקיי"ל כר"א וא"כ יש לומר דנעשו שלוחים דהבעל ואע"ג דלא פרט אמרו לפלוני ופלוני לא תקשה דאין ברירה דבדרבנן יש ברירה וע"כ לא פריך רק הכתיבה דבזה ע"כ דלא נעשו שלוחי דבעל דא"כ הא אין ברירה ותקשה דהא מילי לא מימסרן לשליח ולפ"ז ניחא בפשיטות דברי רש"י הנ"ל דהא אמרנו דמש"ה לא תקשה דאין ברירה משום דגט חל משעה שאמר לגירושין ובשליח לקבלה דצריך עדים ואז בשעה דנתברר ליכא עדים וע"כ פי' רש"י דבידו למסור לה ויאמר דהוא שליח להולכה ולא בעינן עדים ונאמן משום דהימני' וממילא ר"ה דלא סובר דהימני' ממילא ליכא מיגו דאפי' אי ימסור לידה יערער לומר פקדון אך ר"ח דסובר דהימני' אתי שפיר דלא יוכל לערער והא דצריכין שימסור לידה דאל"כ תקשה דאין ברירה דל"ש דחל משעה שאמר דאז ליכא עדים ושליח לקבלה צריך עדים ולעולם דשליש נאמן בלא מיגו:

ועי' בס' מק"ח דסובר דדבר שיכול לחול להבא לכשיתברר אז אפי' אי אמר מעכשיו יהיה חל ג"כ מהני ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם דכתב דמש"ה לא אמרו כל המתלקט משום שאין פודין במחובר והקשו דת"ל דאין ברירה אך כיון דהרמב"ם סובר דמהני באומר כל הנלקט ואז לא תליא בברירה א"כ מהני גם באומר שהחילול יהיה מעכשיו היינו כל המתלקט דכיון דיכול לחול אח"כ חל אפי' באומר מעכשיו והגמ' פריך שפיר דלא מהני כל המתלקט משום דאין ברירה היינו לפי מה דמשני דכל הנלקט לא מהני משום דאינו ברשותו וע"כ פריך הגמ' דגם כל המתלקט לא מהני מטעם אין ברירה משא"כ לשיטת הרמב"ם דמהני כל הנלקט מהני ג"כ כל המתלקט ומשום הכי יהיב טעם דאין פודין במחובר:

ועי' בס' יש"ש דתמה על הרמב"ם שפסק בפ' ו' מהלכות בכורות האחין שחלקו דפטורין ממעשר בהמה וא"כ חזינן דסובר דאף לקולא דאין ברירה ואמאי כיון דס' הוא א"כ לחומרא היה לו ליפסק דיש ברירה ועי' בב"ש באה"ע ס' קל"א דמתרץ דשאני מעשר בהמה דס' פטור משום עשירי ודאי ולא ספק והקשו דלפ"ז אמאי לא קאמר הש"ס בבכורות (דף לו) דקאמר וצריכא דאי אמר ר"י בהא ה"א משום דכתיב צאנך בברור לך ואמאי לא קאמר משום עשירי ודאי ועי' בס' שעה"מ אך נראה דלכאורה קשה נהי דבעינן עשירי ודאי מ"מ הא איכא ס"ס שמא יש ברירה ואפי' אי אמרינן דאין ברירה מ"מ שמא שלו הוא ועי' בשעה"מ ובס' פ"ה דאפי' אי אין ברירה מ"מ ספק הוא שמא שלו הוא אך נראה דהא ס"ס לחומרא תליא דלשיטת הרשב"א דס"ס מטעם רוב אז גם לחומרא אזלינן בתר ס"ס משא"כ לשיטת הרמב"ם דס"ס הוא משום דס' שרי מהתורה וזה תליא אי בעינן באש"ת חתיכה משני חתיכות אי לאו וא"כ יש לומר דסוגיא קאי למ"ד דחתיכה אחת חייב אש וס' אסור מה"ת וע"כ ס"ש משום רוב וממילא דה"ה לחומרא אזלינן בתר ס"ס וע"כ לא קאמר משום עשירי ספק משא"כ הרמב"ם לשיטתו דלחומרא ל"א דס"ס הוא וע"כ יש לומר משום עשירי ספק וגם יש לומר בפשיטות דלשיטת הרמב"ם דס' שרי מה"ת ולא צריכין קרא ולא עשירי ספק דבלא"ה ס' מותר וע"כ דקאי אפי' היכי דאיכא ס"ס משא"כ הסוגיא אי ס' אסור מה"ת ואז יש לומר דהיכי דאיכא ס"ס לחומרא ל"א ולא עשירי ספק ואין לומר דחשוב חדא ספיקא דהא הרמב"ם סובר דחשוב ס"ס:

ועי' בס' ח"ס דמחלק הא דטלית מותר ליטול שלא מדעתו משום דניחא ליה לאיניש וכו' ובאתרוג אסור וע"כ כתב דנהי דידעינן כשמניח האתרוג מידו דעתו כל מי שיבא ויטול הרי הוא שלו במתנה ע"מ להחזיר מ"מ כיון דלא ידע מי יטלנו תליא בברירה וכיון דקיי"ל דבדאורייתא אין ברירה ע"כ לא יצא י"ח אבל בטלית לענין ברכה דהוא דרבנן אמרינן דיש ברירה יע"ש:

ובזה נראה הא דלא פסקו כר' יוחנן דסובר דנא יצא בגזול אפי' ביו"ט שני ונראה דהנה מ"ד דסובר דיוצא ביו"ש מתוך שיוצא בשאול יוצא בגזול וכתב הפ"י הטעם דהא במה"ב בעינן שהמצוה בא מכח העבירה ואי לאו העבירה לא היה יכול לעשות המצוה וא"כ ביו"ט שני דאפי' אי נטלו שלא לגזול רק לצאת בו היה יוצא דמותר ליטול שלא מדעתו וע"כ יוצא בגזול דלא בא המצוה מכח עבירה דנטלו ע"מ לגזול ולפ"ז יש לומר דהא דר"י פליג על זה וחשוב מה"ב משום דכיון דאין ברירה א"כ אפי' אי היה נוטלו בתורת שאלה לא היה רשאי ליטול נהי דדעתו דכל מי שיבא ויטול מ"מ לא מהני משום דאין ברירה וא"כ בא המצוה מכח העבירה אך הא מה"ב רק מדרבנן ובדרבנן יש ברירה אך

ר"י לשיטתו דסובר דאפי' בדרבנן אין ברירה משא"כ לדידן דבדרבנן יש ברירה א"כ היה יכול ליטול רק לצאת בו וא"כ לא בא מכח עבירה וע"כ פסקינן דיוצא ביו"ט שני בגזול: **ובזה** ניחא הא דאיתא בסוכה (דף ט') ולית להו לב"ה הא דאמר ר"י אמר רב וכו' עד כי אמריתא קמיה דשמואל אמר אף מן הסיסין פסולה מ"ט דבעינן עשייה לשמה וכו' והקשה בתוס' דאמאי לא מקשה מרב ולמה ליה לאסוקי לדשמואל יע"ש. וע"כ נראה דעל רב ידע לתרץ שאני ציצית דכתיב לך לשם חובך ואין לומר בסוכה נמי כתיב לך בעינן על גזול ואין לומר דגזול בלא"ה ידעינן משום מה"ב דליתא דיש לומר מתוך שיוצא בשאול ואין לומר דאין ברירה ואפי' אי מה"ב דאורייתא הא הוא סובר דאפי' בדאורייתא ומש"ה מקשה על שמואל דסובר דאין ברירה וא"כ גם בסוכה כתיב לך לשם חובך ואין לומר דבעינן על גזול דבלא"ה ידעינן משום מה"ב ול"ש מתוך שיוצא בשאול דלא מהני כיון דאין ברירה ומשני דכתיב לך ובאמת מה"ב לאו דאורייתא ואז אמרינן דיש ברירה וע"כ פסקינן דיוצא בגזול ביו"ט שני:

והנה הקשו הראשונים דלדידן דקיי"ל דאין ברירה א"כ לא משכחת גט שכ"מ על תנאי דאם מתי דאפי' נתקיים התנאי הא אין ברירה כמו דפריך הגמ' בגיטין פרק כל הגט למ"ד דאין ברירה ונראה לפי מה דאיתא בס' פ"י לפרש דעיקר קושי' הגמ' היה משום דע"כ דתנאי דאם מתי נכתב בתוך הגט דאל"כ כיון דהגט לא חל אפי' אמר מהיום רק שעה סמוך למיתה א"כ חשוב מוקדם דתטרוף הפירות מזמן הגט שלא כדין וע"כ דנכתב התנאי בתוך הגט וקיי"ל דתנאי שנכתב בגט פסול משום דאין ברירה והנה שיטת רש"י דצריכה להביא ראיה שאינו מוקדם בכל גיטין לא דווקא בגט דנפל דאיתרע והתוס' הקשה ותירצו דאי קנין פירות כקה"ג דמי א"כ חשוב הבעל מוחזק וע"כ צריכה להביא ראיה משא"כ אי לאו כקה"ג א"כ אע"ג דהבעל היה לו פירות לא חשוב מוחזק רק האשה נקראת מוחזקת אז לא יכולין הלקוחות לטעון דילמא הוא מוקדם ועי' בס' גרש ירחים ולפ"ז ניחא דאי אין ברירה א"כ ע"כ קנין פירות כקה"ג דמי דאל"כ לא משכחת ביכורים כמו דפריך הגמ' בגיטין ואי כקה"ג א"כ יכולין הלקוחות לומר לאשה הביא ראיה שאינו מוקדם וממילא ליכא חששא דמוקדם וא"כ לא איירי דנכתב התנאי בתוך הגט וא"כ ל"ש דאין ברירה וגם יש לומר דהא אי אמרינן דמשעה שנתן עיניו לגרשה שוב אין לבעל פירות כר"ש ליכא חששא דמוקדם רק דלא קיי"ל כר"ש והנה אי אמרינן עידיו בחתומי' כין לו אז מהראוי לומר דשוב אין לו פירות משעת חתימה רק דבגט ל"ש עבז"ל משום דחוב הוא והנה במקום יבום איבעי' להגמ' ביבמות אי חשוב זכות ולא איפשיט ואיתא במהרש"ל דהשתא דליכא יבום רק חליצה לכ"ע זכות הוא לה ושייך עבז"ל ומפסיד

הפירות משעת חתימה וליכא חששא דמוקדם ולפ"ז לא איירי דנכתב התנאי בתוך הגט יול"ש דאין ברירה:

ברי ושמא

הנה פליגי ר"י ור"ה עם ר"ל ור"י אי ברי ושמא ברי עדיף וקיי"ל דל"א ברי עדיף וזה בא"י אם נתחייבתי אבל א"י א"פ לכ"ע חייב והנה לסומכוס דסובר דחולקין בשמא ושמא מ"מ מודה היכא דנתבע אמר ברי והתובע שמא דאזלינן בתר חזקת ממון ועי' ב"ק (דף ל"ה) דמקשה הגמ' דקאמר מאן אי דקאמר מזיק ברי וניזיק שמא אמר סומכוס אפי' בהא וכו' והנה היכי דהנתבע מודה במקצת אז אפי' התובע אומר שמא סובר סומכוס דחולקין וע"ש בתוס' ד"ה מדסיפא וכו' דכתבו אבל מסיפא ליכא למיפרך דאיכא למימר כיון דאיכא הודאה במקצת איכא למימר דקאמר סומכוס חולקים אע"ג דניזיק קאמר שמא ומזיק ברי ובתומים ס' פ"ח הקשה מהא דאיתא בב"מ (דף צ"ח) השוכר אומר שכורה מתה והמשאיל אומר איני יודע דפטור וקשה הא מתני' אתיא כסומכוס דקתני זה אומר א"י וזה אומר א"י דיחלוקו וגם מסיק הגמ' דמתני' איירי בהודאה במקצת כדי שיהיה עסק שבועה ביניהן וא"כ אפי' בשוכר אומר ברי והמשאיל אומר שמא היה לנו לומר דיחלוקו לסומכוס ולכאורה נראה לפי מה שהקשו בתוס' שם ד"ה לימא וכו' וא"ת והא מתני' מוקי לה כסומכוס דלא אזיל בתר חזקה ואית ליה דחולקין ולהכי לדידיה כי איכא ברי ושמא ברי עדיף אפי' להוציא ור"נ כרבנן דאית להו דאזלינן בתר חז"מ ותירץ בתומים ס' ע"ה דהא לקמן (דף ק') בתוס' ד"ה הא מני הקשו דאמאי זה אומר א"י וזה אומר א"י יחלוקו ואמאי הא איכא תרי חזקות חזקת קיימת והשתא הוא דמתה בשעת שכירות וחז"מ וצ"ל דיחלוקו לא קאי' אשאלה היום ושכרה למחר וא"כ לפ"ז בשאלה היום ושכרה למחר גם סומכוס מודה וא"כ יש לומר דקושית הגמ' אזלא על ר"נ בשאלה היום וכו' דהתם גם סומכוס מודה דאזלינן בתר חז"מ ועל זה משני דאיכא הודאה במקצת וא"כ לפ"ז בשאל אחת ושכר אחת דהתם ליכא תרי חזקה לא קשה קושי' הגמ' דהא התם סובר סומכוס דחולקין וממילא בברי ושמא חייב לשלם הכל ולא איירי בהודאה במקצת כדי שיהיה עסק שבועה דבלא"ה לא קשה על ר"נ וא"כ לא קשה קושי' תוס' דבשאלה היום וכו' נהי דע"ז ע"כ איירי דאיכא הודאה דאל"כ קשה על ר"נ מ"מ לא קשה דיחלוקו בשוכר אומר ברי והמשאיל שמא דבתרי חזקות מודה סומכוס ובשאל אחת וכו' הא לא איירי בהודאה במקצת וממילא דכיון דמשאיל אומר שמא ושוכר ברי לא אמר סומכוס דחולקין:

וגם נראה לפי מה שהקשו דאמאי סובר סומכוס דחולקין היכי דאיכא הודאה הא יש לו מיגו דכופר הכל ואין לומר דמיגו דהעזה היא דהא לאיפטורי ממון אמרינן מיגו דהעזה ונראה לפי מה שהקשו מאי מקשה רבה מפני מה אמרה תורה מב"מ ישבע דיש לו מיגו דכ"ה דהא לפי מה דמסיק אביי שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו הא ליכא מיגו דהא לא נחשד לשקר רק מספק מי"ש ועל הך חמשים דמודה לית ליה ס' מי"ש ותירצו לפי מה דאיתא בס' שמ"ק דלא אמר אביי אלא גבי תופס בטלית ש"ח אבל לא בלוה ונפקד דמסתמא אין מפקיד פקדונו אצל מי שיש לו חשש דרא דממונא וחזקה דמידק דייק וע"ז הוצרך רבה לתרץ משום דמיגו דהעזה לאיפטורי משבועה לא אמרינן ולפ"ז בנזקין דל"ש זה ודמי לתופס בטליתו ש"ח א"כ אע"ג דהוי מיגו דהעזה לאיפטורי ממון לא אמרינן מיגו דיש לומר דאין דעתו לכפור רק משום ס' מי"ש יש לו עליו וע"ז דהודה אין לו עליו ס' מי"ש וע"כ סובר סומכוס דחולקין היכי דאיכא הודאה וא"כ גם שואל ומשאיל דל"ש ס' מי"ש לפי השמ"ק דמסתמא מידק דייק וא"כ אע"ג דשוכר מודה במקצת לא סובר סומכוס דחולקין דיש לו מיגו דכ"ה וניחא קושית התומים:

והנה במהרי"ט איתא דהיכי דקאמר הש"ס דחיישינן לפרעון ולקנוניא בבא לערוף מלקוחות לא חשוב רק טענת שמא ואע"ג דבכל מקום מה שהב"ד טוענין להיתומים ולקוחות חשוב טענתם כמו טענת ברי ומהני אפי' בטענת פרעון היכי דטענת א"י לא מהני מ"מ מהני טענת ב"ד אבל ענין חשש קנוניא לא מהני רק היכי דטענת א"י מהני והא דחיישינן לקנוניא היינו משום דטענת פרעון לענין טריפת לקוחות הוי כמו א"י א"נ דהחיוב על הלקוחות אינו חל עד העת שאין הלוה משלם ואין לו נכסים לפרוע אז מתחיל החיוב מלקוחות לשלם מנכסים שקנו וא"כ כשהלקוחות אומרים א"י שמא כבר נפרע חשוב א"י א"נ:

ובזה ניחא מה שהקשו דהתוס' סתרו להדדי דבב"מ (דף י"ד) תוס' ד"ה תירץ וכו' הקשו דלהוכיח מהכא דאקני לא משתעבד מדלא טריף בע"ח ממשעבדי דטריף לוקח דאין לומר דאחר שטרף ב"ח קרקע מהלוקח קנה המוכר קרקעות ומכרו דא"כ גם השבח יגבה מהנהו משעבדי דגם השבח היה קצוב כיון שכבר טרף הבע"ח קודם שלקח זה הקרקע וכו' ובב"ב תירצו כן וע"כ משום דסובר התוס' נהי דהשתא שכבר טרף הב"ח הוא קצוב מ"מ בשעה שהתחייב א"ע לא היה קצוב ועי' בתומים ס' קט"ו וע"כ נראה דהעיקר ראיה דגם זה חשוב אינו קצוב משום דאזלינן בתר העת שהתחייב א"ע דאל"כ תקשה הא דאיתא בגיטין (דף מ"ח) דאין מוציאין למזון האשה והבנות מפני תיקון העולם וקאמר בגמ' הטעם משום שאין קצובין וקשה הא בנכסים שמכר האב בלא"ה לא טרפי הבנות

דשמא צררי אתפסה ואין לומר דהודה האב כמו שכתבו התוס' בכתובות פ' הנושא וכו' הא לא מהני הודאת האב משום דחיישינן לקנוניא וע"כ מלקוחות שמכרו האחין א"כ תקשה דהא אז הוא קצוב דידעינן כמה בנות איכא ועי' בתוס' שם וע"כ משום דנהי דהשתא היה קצוב מ"מ אזלינן בעת דהתחייב א"ע האב ואז לא היה קצוב וכמו כן לענין שבח אזלינן בתר עת שהתחייב א"ע אך לפי מה שאמרנו דעיקר הטעם דלא מהני הודאה דחיישינן לקנוניא משום דלקוחות חשובין א"י א"נ וא"כ יש לומר דזה שייך היכי דספק אי פרע דאז נסתלק החיוב וחשוב לגבי לקוחות א"י א"נ משא"כ לענין חששא דצררי אתפסה דאינו רק משכון כן איתא ברש"י בערכין ובזה לא נסתלק החיוב ומה"ט קיי"ל בח"מ ס' ע"ב באומר המלוה נאנסו על המשכון דנשבע וגובה חובו דל"ח הלוה א"י א"נ שמא יש לך המשכון אך משום דבזה שנטל המשכון לא נסתלק החיוב וה"ה לענין צררי דרק משכון הוא ל"ח הלקוחות א"י א"נ דשמא נתן לו צררי דאפי' אי נטל צררי החיוב כמקדם וא"כ יש לומר דאיירי שפיר לקוחות שמכר האב ונפק"מ בהודה האב דלקנוניא ל"ח וגם יש לומר דמהני הודאת האב ול"ש קנוניא דמ"מ כיון דחשוב א"י כיון דב"ד לא טוענין עבורם א"כ יש להאמין דלא נתן צררי במיגו דנאנסו דכיון דרק משכון הוא ואין לומר דהוי מיגו להוציא דהא בברי ושמא אמרינן מיגו להוציא דבשלמא בלא הודה דכיון דב"ד טוענין עבורן ל"ח שמא ועי' בנתיבות ס' פ"ב אבל היכי דהודה דאז לא חשוב רק שמא ואז אמרינן מיגו להוציא ובשלמא בעלמא היכי דאיכא חששא דפרעון ליכא מיגו דנאנסו וע"כ חיישינן לקנוניא וא"כ יש לומר דלעולם במה שמכרו האחין חשוב קצוב דלא אזלינן בתר מעיקרא ובזה ניחא קושית הרשב"א בגיטין ד' הנ"ל דאמאי לא מיבעי על ר"י דאמר משום שאין כתובין אי מודה דקצובין לחוד ג"כ טרף מלקוחות אך ר"י דלא סובר דמשארסתני נאנסתי נאמנת משום מיגו דמכ"ע כמו שכתבו בתוס' כתובות דלדידיה ליכא מיגו ולר"י הנאמנות משום חזקה ובו"ש ולדידי' יש לומר דמיגו להוציא אפי' בבו"ש לא אמרינן וא"כ תקשה אי סובר דקצובין לחוד טרף מלקוחות תקשה ממזון הבנות במה שמכרו האחין חשוב קצוב ומה שמכר האב ת"ל משום צררי ואפי' בהודה לא מהני משום קנוניא דמיגו דנאנסו לא מהני דמיגו להוציא הוא וע"כ דר"י סובר טעמא דכתובין לחוד ועכ"פ אי טעמא דחזקה עיקר ע"כ שמעינן דאפי' מכרו האחין ל"ח קצוב דאי במה שמכר האב ת"ל משום דחיישינן לקנוניא ומיגו לא מהני וע"כ ה"ה לענין שבח אע"ג דהשתא קצוב לא מהני משא"כ הכא בב"מ דקאי לשמואל ושמואל דלא סובר מתוך שא"י לישבע משלם ע"כ דסובר דבו"ש ברי עדיף שלא תקשה מתני' דשאלה חצי יום כמו דאיתא בתוס' וא"כ נהי דלקוחות חשובין א"י א"נ מ"מ חייבין ול"ש קנוניא בהודה האב

וא"כ יש לומר דזה חשוב קצוב והתם במזון הבנות איירי במה שמכר האב והודה קודם מיתה דליכא משום צררי וקנוניא ל"ש דכיון דאפי' א"י א"נ חייב לשמואל וניחא קושית מהרש"א הא דמייתי ר"נ ראיה דבע"ח גובה שבח ומאי ראיה הא ע"כ איירי באפותיקי דאל"כ יטעון הנחתי לך אך ר"נ לשיטתו דלא סובר דבו"ש ב"ע וא"כ לא מהני הודאת האב דחיישינן לקנוניא וא"כ במזון הבנות ע"כ איירי במה שמכרו האחין אלמא דל"ח קצוב משום דאזלינן בתר הזמן שהתחייב א"ע וא"כ לא איירי באפותיקי רק דאיירי דאחר שטרף ב"ח קנה המוכר ומכרן ואע"ג דהשתא קצוב לא מהני:

אך לפי מה שמחלק בתוס' דאפי' למ"ד דבו"ש ברי עדיף זה בברי טוב ושמא גרוע ולא בשמא טוב א"כ אפי' לשמואל דסובר ע"כ בו"ש ב"ע מ"מ לא מהני הודאת האב לנגד לקוחות אך עכ"פ תקשה על אביי דמשני בב"מ (דף י"ג) משום דחיישי לקנוניא וקשה דהא אביי לא מחלק בזה וסובר דאפי' בשמא טוב בו"ש ב"ע כמו דאיתא בתוס' ותקשה דל"ש קנוניא. וע"כ נראה דלפי מה שכתבו דלמ"ד דסובר דאפי' בשמא טוב וברי גרוע בו"ש ב"ע ע"כ הטעם משום ס' גזל דבשלמא היכי דברי טוב יש לומר דחשוב כמו חזקה או רוב דרגלים לדבר דחייב לו משא"כ בשמא טוב ע"כ רק משום ספק גזל צריך לשלם ולפ"ז דהוא רק משום ס' איסור ניחא דהא בלא"ה יש לנו לחוש שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי רק משום דעידיו בחז"ל ובתוס' ב"מ (דף כ') ד"ה שובר איתא דזה רק מדרבנן וא"כ מדאורייתא איכא ס"ס שמא הוא מוקדם ושמא כבר פרע לו ואע"ג דמדרבנן ליכא ס' דמוקדם משום דעדיו בחז"ל מ"מ הא מדרבנן סגי בחדא ס' דס' דרבנן לקולא וא"כ ליכא משום ס' איסור גזל ועי' בש"ך ביו"ד ס' ק"י דכתב וז"ל אם יש כאן ס"ס בענין שהוא מותר מה"ת אלא שהוא אסור מדרבנן ויש ספק בדרבנן ה"ז מותר כגון ספק אם נמלחו דגים טמאים עם טהורים מותר משום ס"ס ספק לא נמלחו ואת"ל נמלחו שמא אין בהם שומן ואע"ג באין בהם שומן אסור מדרבנן מ"מ הרי יש ספק אם נמלחו עמהם וס' דרבנן לקולא וה"ה הכא וניחא קושית התוס' שם ד"ה משום דקשי' וכו' תימא דבשביל זה לא הוצרך לומר עבז"ל דאפי' אי יסבור דאין זכין ומתני' דכותבין שטר ללוה בשטר הקנאה ודילמא מיקרי וכתב לא אמרינן יעמוד מתני' בחייב מודה ולא יחזיר משום דחיישינן לקנוניא:

ולפ"ז דאי בשטרי הקנאה אז ליכא ס"ס תקשה דהא אביי סובר דצריך לשלם אפי' בשמא גרוע משום ס' גזל וע"כ הוצרך לחדש דעבז"ל ואיירי אפי' בשטר דלאו הקנאה וזה רק מדרבנן וא"כ מה"ת איכא ס"ס ומדרבנן סגי בס' אחד דס' דרבנן ולקולא:

ובזה ניחא הא דמקשה הגמ' בשבועות על הא דקאמר אביי הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה ופריך מי יימר דמשתבע והקשו דילמא אביי סובר כר"פ דאמר דמשחקי בקוביא חייבין קרבן שבועה משום דאזלינן בתר דאורייתא וא"כ הא מדאורייתא אמרינן בחשוד מתוך שא"י לישבע משלם ורק מדרבנן צריך שכנגדו לישבע וא"כ אזלינן בתר דאורייתא וע"כ נראה דלכאורה תקשה על ר"פ דסובר דאזלינן בתר דאורייתא דהא בתוס' על הא דכופר בממון שיש עליו שטר דפטור מקרבן משום דחשוב ש"ק דא"כ אפי' במע"פ נמי אי ש"ד ותירצו דכיון דחכמים הפקיעו השיעבוד ל"ח קרקע וא"כ אי אפשר למיזל בתר דאורייתא דא"כ הוי שיעבוד קרקעות וע"כ צריכין לומר כמו דכתב בר"ן דהא דמע"פ גובה מלקוחות מה"ת אי ש"ד זה רק בהעידו דלוה ולא פרע לו אבל היכי דלא מסהדי רק דהלוהו אינו גובה מלקוחות דטענינן להו דילמא פרע ואע"ג דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי לא עדיפי מהודה דלא פרע דלא מהני לנגד לקוחות דחיישינן לקנוניא יע"ש:

וא"כ אפי' אי אזלינן בתר דאורייתא ל"ח ש"ק דהודאה לא מהני ללקוחות משא"כ אביי דסובר דב"ע ומהני הודאה שלו וע"כ הא דלא הוי ש"ק משום דהפקיעו השיעבוד ואזלינן בתר דרבנן וא"כ אביי לא סובר כר"פ ופריך שפיר וגם נראה הא בקדושין איתא דאי מלוה ברשות בעלים לחזרה וה"ה לאונסין ואפי' למאי דמסיק הגמ' דלאונסין לכ"ע ברשות לוה משום דלא גרע משאלה מ"מ הא איתא במקנה דכיון דהוא רק מתורת שומר ובשטר ל"ש זה דכיון דהמלוה הוא שומר על המשכון דהיינו על השטר דחשוב משכון דהניר של הלוה א"כ חשוב שמירה בבעלים וא"כ אע"ג דקיי"ל דלאו ברשות בעלים לחזרה זה רק מדרבנן ומדאורייתא הוא ברשות מלוה ואפי' לאונסין וא"כ מה"ת אי נאנסו קודם שהוציא הלוה את המעות פטור הלוה ממילא לא יכול לטרוף מלקוחות שמא נאנסו אך דלא טענינן משום דל"ש ולפ"ז ניחא קושיא הנ"ל נהי דאביי סובר דב"ע הוא רק משום ס' גזל ולפ"ז מה"ת דברשות מלוה אפי' לאונסין איכא ס"ס שמא פרע ושמא נאנסו קודם שהוציא המעות ומדרבנן דברשות לוה קיימא וליכא ס"ס מ"מ הא מדרבנן סגי בס' אחד ופטורין משום ס' איסור גזל:

וניחא התוס' ב"מ במצא שטר כתובה בשוק דאם הבעל מודה דיחזיר דל"ח לקנוניא והקשו דאמאי ל"ח לקנוניא כמו בשט"ח ולכאורה נראה דהנה הא דחיישינן לקנוניא היינו ללקוחות שלא באחריות דאל"כ מאי ירויח הא הלקוחות יחזרו עליו והנה ר"פ סובר דאפי' שלא באחריות חוזר עליו בנמצא שאינו שלו וכתב הרשב"ם בב"ב דבשלמא בע"ח דגובה רק שבח ולא פירי ושם מכירה היתה וע"כ שלא באחריות אינו חוזר אבל

היכא דנגזל טורף דאז גובה גם הפירות ולא היה שם מכירה כלל וע"כ חוזר אפי' שלא באחריות יע"ש והנה לפ"ז באפותיקי דאז טרף גם הפירות אפי' בע"ח אז חוזר עליו אפי' שלא באחריות ועי' בס' שעהמ"ש ס' ל"ז ובזה ניחא קושיא הנ"ל דלמאי צריכין טעמא דתיקון עולם דמה שמכרו האחין הוי קצוב ומאי שמכר האב ת"ל משום צררי ואפי' הודה לא מהני מטעם קנוניא אך לפ"ז נ"מ מלקוחות במה שמכר האב אך עשה אפותיקי דאז ליכא משום קנוניא דאפי' שלא באחריות יחזרו עליו.

ועיין בתומים ס' קט"ו דהוכיח דאליבא דאביי דסובר דלמפרע גובה עדי' מאפותיקי ואם כן יחזרו עליו אפי' שלא באחריות ותקשה מה קאמר אביי דחיישינן לקנוניא מה מרויח הא הלקוחות יחזרו עליו אפי' שלא באחריות וע"כ נראה נהי דאביי סובר למפרע גובה מ"מ הנכסים דהן דאקני מודה אביי דלא אמרינן למפרע גובה ובפרט לפי מה דאיתא בס' פ"י דזה דווקא אי ש"ד שייך לומר למפרע גובה ודאקני לכ"ע ל"ד וא"כ יש לומר דחיישינן לקנוניא על נכסי' שהן דאקני דאז לא יחזרו עליו שלא באחריות ולפ"ז ניחא דברי התוס' הנ"ל דהא הש"ך פסק דאקני לא משועבד לכתובה וא"כ ממ"נ ליכא קנוניא דאקני לא משועבד לכתובה ונכסים שקנה מכבר יחזרו עניו אפי' שלא באחריות דחשוב אינו שלו כמו אפותיקי ולא ירויח אך לפי מה דאיתא בתומים ס' ס"ו דבכתובה ל"ש למפרע גובה וע"כ לא יחזרו עליו שלא באחריות ואכתי תקשה דאמאי ל"ח לקנוניא:

וגם לפי מה דאיתא בס' פ"י נהי באפותיקי נוטל גם הפירות זה מה שהן בעין ולא מה שכבר אכל ובזה תירצו מה דקשה מאי מקשה הגמ' אי בע"ח מי אית ליה פירי הא ע"כ אייריי באפותיקי ואז נוטל גם הפירות אלא ודאי משום דקתני אכילת פירות ומשמע אפי' מה שכבר אכל וע"ז פריך מי אית ליה פירי היינו מה שכבר אכל הלוקח ובזה ניחא קושית מהרש"א על הא דאמר שמואל אמליך וכתוב שופרא שבחא ופירי ופריך אי בב"ח מי אית ליה פירי ותמה דאמאי לא פריך דאי ב"ח אמאי לא כתב ליה גם שעבוד דהא בב"ח ל"ס שמואל דאחריות ט"ס יע"ש וע"כ נראה דזה קושית הגמ' דמי אית ליה פירי מה שכבר אכל דאל"ה תקשה דהא הכא לא קתני אכילת פירות וא"כ יש לאוקמי באפותיקי דאז נוטל הפירות שהן בעין וע"כ דקושית הגמ' דלית ליה פירות מה שכבר אכל א"כ היה צריך לכתוב גם שעבוד דבשלמא אי נוטל גם הפירות שכבר אכל א"כ דמי לנמצאת שאינו שלו דמודה שמואל דאחריות ט"ס אך כיון שאין לו מה שכבר אכל א"כ לא דמי לנמצאת אינו שלו ול"א דט"ס וא"כ היה צריך ליכתוב גם שיעבוד וא"כ לפ"ז דהפירות שכבר אכל לא צריך להחזיר לא דמי לנמצאת ש"ש ואינו חוזר עלי' שלא באחריות וראיה לזה דאל"כ תקשה הא דאיתא בב"מ (י"ד) אמר אביי ראובן שמכר שדה

לשמעון וכו' עד איכא דאמרי אפי' שלא באחריות נמי וקשה דהא לאביי דסובר דלמפרע גובה חוזר אפי' שלא באחריות ובפרט להרא"ש שם דמוקי לה באפותיקי לתרץ קושית התוס' ד"ה דינא יע"ש יותר תקשה אלא ודאי דכיון דלא משלם פירות שכבר אכל לא דמי לאינו שלו ושייך לומר דזבין ארעא ליומא ודלא כשער המשפט:

אך לפי מה שכתבנו דמש"ה שייך קנוניא נהי דחשוב א"י א"נ הא לאביי אך כיון דחייב משום ס' גזל והכא איכא ס"ס שמא נאנסו קודם שהוציא דאז מה"ת הוא ברשות מלוה ושמא פרע וזה ל"ש בכתובה וע"כ ל"ח לקנוניא והנה לפי מה דאיתא בס' יש"י אי הלקוחות חשובים א"י א"נ אי א"י א"פ תליא אי ש"ד אי לאו דאי של"ד א"כ אע"ג דחכמים עשו התקנה שאם לא ישלם הלוה יגבה המלוה מלקוחות אז לא נשתעבדו הנכסים בעת הלואה וע"כ חשוב א"י א"נ אבל למאן דסובר דש"ד אם כן בשעת הלואה נשתעבדו הנכסים וכשאנו מסופקים אם פרע לו הלוה חשוב א"י א"פ והקשו דהא אביי סובר דש"ד ואיך משני משום קנוניא אך יש לומר דעכ"פ חיישינן לקנוניא דיטרוף שלא כדין מדאקני דבזה לכ"ע של"ד וחשוב א"י א"נ וע"כ ניחא התוס' דלכתובה דלא משועבד דאקני רק נכסים שהיו בשעת נישואין וזה חשוב א"י א"פ:

והנה לפ"ז לא קשה קושית התוס' דלוכח דאקני לא משתעבד מדלא טרף בע"ח ממשעבדי דטרף לוקח אלא ודאי דהוי דאקני ולא משתעבד ולפ"ז אין ראיה דנפ"מ היכי דצריכין להודאת הלוה דלענין דאקני לא מהני הודאה שלו דחיישינן לקנוניא וחשוב א"י א"נ אך זו שדה יכול לטרוף דלא הוי דאקני וחשוב א"י א"פ ולעולם דאקני משתעבד אך יש לומר דא"כ גם השבח לא מצי טריף דג"כ חשוב דאקני וחשוב א"י א"נ אך עכ"פ לר"מ דאדם מקני דשלב"ל ולא הוי שבח דאקני דמדינא טרף דחשוב עבידא דאתא לדידיה ל"צ לאוקמא באפותיקי רק די"ל דעל נכסים שהן דאקני לא יכול לטרוף דצריכין להודאתו וחשוב א"י א"נ ומ"מ שבח יכול לטרוף דמשועבד מדאורייתא וחשוב א"י א"פ וניחא קושית מהרש"א על הא דכתבו בתוס' דיעמוד בעשה אפותיקי והקשה הא ע"כ איירי באפותיקי דאל"כ קשה קושית התוס' דיטעון הנחתי דליתא לדידיה יש לומר היכי דצריכין להודאה שלו וא"כ נהי דאקני נשתעבד חשוב א"י א"נ ומ"מ שבח טרף וגם בפשיטות ניחא דהא שמואל דע"כ סובר דבו"ש ב"ע א"כ אפילו בדאקני נהי דחשוב א"י א"נ מ"מ מהני הודאה שלו וניחא קושית מהרש"א דמאי מייתי ר"נ ראיה דהא ע"כ איירי באפותיקי דלא"כ קשה קושית התוס' הנ"ל דליתא דר"נ דסובר דא"י א"נ פטור א"כ נפ"מ היכי דצריכין להודאה שלו וע"כ בדאקני חשוב א"י א"נ:

והנה לפי מה דסוברים דלקוחות חשובין א"י א"נ והיינו אי של"ד והנכסים משועבדים רק מתורת ערב וע"כ דמי לערב שאמר א"י אפשר דפרע לך הלוה דחשוב ג"כ א"י א"נ וע"כ כתבו דאם כתב קנין דאז אין הנכסים נשתעבד מתורת ערב רק דהנכסים בעצמם נקנו ע"י הקנין זה רק כשיפרע המעות יחזרו הנכסים למקומן ועי' בס' יש"י ולפ"ז אי ספק אי נתן לו צררי או פרע לו ואז חזרו הנכסים א"כ בודאי חשוב א"י א"פ דהא אינו בתורת ערב רק שהנכסים נקנים לו ע"י הקנין רק כשיפרע חזרו הנכסים ואי איכא ספק מוקמינן הנכסים בחזקת המלוה:

ובזה ניחא קושית התוס' הנ"ל דמשום כך לא הוצרך לומר דעבז"ל דאפי' אי אין כותבין רק בשטרי הקנאה ואיקרי וכתוב לא אמרינן מ"מ לא יחזיר משום פרעון ולקנוניא ולפ"ז ניחא דאי יסבור דאין עבז"ל רק דאיירי בהקנאה ומש"ה ליכא חששא דמוקדם א"כ גם חששא דקנוניא ליכא דאז חשוב א"י א"פ ולא ס' בעיקר חיוב:

ולפ"ז ניחא התוס' בכתובות (ד' ק"ב) ד"ה אימר צררי דהקשו דת"ל משום צררי ותירצו דנפ"מ בהודה והקשו הא חיישינן לקנוניא אך יש לומר דנפ"מ בקנו מידו והודה דאז מהני הודאתו דחשוב א"י א"פ ואז ליכא משום קנוניא ואין לומר דאז גם מפני ת"ה ליכא דליתא דהא למ"ד מפני שאין כתובין ומהני קנין לטרוף מלקוחות לדידיה בלא"ה ניחא אפי' אייריי בלא קנין ולא קשה דת"ל משום צררי דנפ"מ במה שמכרו האחין ואע"ג דאז קצוב לא מהני לדידיה ועיקר קושית התוס' למ"ד מפני שאין קצובין דאז לא מצי אייריי במה שמכרו האחין דא"כ הוא קצוב לדידיה יש לומר בהודה האב וקנו מידו דקנוניא ליכא דחשוב א"י א"פ ומ"מ לא טריף מפני תיקון עולם דאין קצובין:

והנה בס' תורת גיטין כתב על התוס' דמהני בהודה ול"ח לקנוניא וז"ל דבשלמא אי חששא דצררי לא הי' בתורת משכון רק בתורת פרעון גמור א"כ באם התפיס צררי כבר היה נמחל השיעבוד וממילא לא מהני הודאתו לחוב לאחרים ולומר דאינו פרוע אבל כיון דהוא רק למשכון בעלמא ודאי מהני הודאתו דהא אי בעי יהיב ליה המשכון במתנה והיה נשאר החוב בתקפו דל"ש דנמחל השיעבוד דאינו רק למשכון וע"כ אי מודה מהני הודאה שלו ול"ש קנוניא. ולפ"ז הכא בכתובה דהוא ת"ז ועי' בש"ך ס' מ"א ובקצה"ח ולא היה לנו לחוש לפרעון רק לצררי למשכון דכיון דתנאי ב"ד חיישינן לצררי אפי' בת"ז וליכא משום קנוניא דבידו ליתן במתנה וחוב הכתובה נשאר בתקפו ולפ"ז ניחא קצת דברי רב"י דמתרץ על קושית תוס' בכתובות דלמאי צריך בפוגמת כתובה לישבע דיש לה מיגו דלא הודה דנפגם ומתרץ משום דהוי מיגו להוציא והקשה הא בשטר אמרינן מיגו להוציא וכן הקשה על הא דלא נזקקין ליתומים קטנים משום צררי וקשה דכיון

דצררי רק משכון בעלמא יש לו מיגו דנאנסו ובשבועה ומיגו להוציא בשטר אמרינן אך לפי מה דאיתא הטעם דאמרינן מיגו להוציא בשטר משום דחזקת השטר מסייע לו וזה שייך לענין פרעון דאי אמרינן דפרע אז השטר איתרע ונמחל שעבודו וע"כ שייך לומר דחזה"ש מסייע משא"כ לענין צררי דבזה שנתן צררי לא נתבטל השטר לא איתרע דבידו למחול הצררי והשטר יהיה כמעיקרא וע"כ ל"א מיגו אפי' בשטר להוציא:

אך נראה עוד דאפי' אי אמרינן דחשוב א"י א"פ הלקוחות מ"מ יש לנו לחוש שמא פרע הלוה קודם שקנו הלקוחות דאז ודאי חשוב א"י א"נ. וכן נראה מלשון הרמב"ם דכתב מצא כתובה אפי' שניהם מודים לא יחזור שמא נפרעת כתובה זו ואח"כ מכר נכסים והרי הוא רוצה לעשות קנוניא על הלקוחות ולמאי כתב שמא פרע קודם שלקחו ואפי' אי פרע לאחר שלקחו ג"כ כן אלא ודאי דאי חששא יהיה אחר שלקחו פרע אז חשובין א"י א"פ וע"כ כתב קודם שלקחו:

והנה בתוס' שבועות הקשה למ"ד דבו"ש ברי עדיף ל"צ מטעם מתוך שא"י לישבע משלם בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דבלא"ה חייב משום בו"ש ב"ע ותירצו דנפ"מ בטענו ספק ע"פ העד יע"ש והנה לפי מה דאיתא בס' פ"י דטעם בו"ש משום דחזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו עליו וא"כ לפי מאי דקיי"ל בח"מ באומר מכרתי לך שדה וא"י אי גדולה אי קטנה ואמר אידך דגדולה מכר דאינו נאמן דל"ש דלא חציף לומר גדולה דליתא דכיון דעכ"פ מכר לו שדה ויש לו עכ"פ קטנה ע"כ חציף הוא שיאמר גדולה וה"ה דכיון דחמשין יש לו ומגיע לו ממנו תו ליכא חזקה דאין אדם תובע וחציף לומר על יותר וע"כ ליכא משום בו"ש רק דחייב משום מתוך וניחא קושית הט"ז דאי שיטת רש"י דהילך ל"ש רק בפקדון הא שיטת רש"י דבפקדון גם כ"ה חייב אך עיקר הטעם משום דהתובע יש לו חזקה דאין אדם תובע ובנתבע ל"ש אין אדם מעיז כיון דלא עשה לו טובה והכא בהילך דהיה לו בידו עכ"פ תו ל"ש אין אדם תובע ומודה רש"י:

ולכאורה דאפי' למ"ד בו"ש ב"ע מ"מ היכי דיש לו ע"א גרע דל"ש דחזקה דא"א תובע דכיון דיש לו עד המסייע יכול להעיז לתבוע אפי' מה שאינו מגיע לו ונפ"מ בקרקעות דליכא לחייב משום דא"י לישבע להכחיש העד אינו חייב גם מטעם בו"ש דליכא חזקה הנ"ל וכן באשה האומרת גרשתני דנאמנת והיכי דיש לה עד המסייע גרע משום דיכולה להעיז וה"ה בזה ל"ש חזקה דא"א תובע אך דא"כ לא היה צריך התוס' לומר דנפ"מ בט"ס ע"פ העד דאפי' אי אומר ברי לא מצינן לחייבו משום בו"ש רק מטעם מתוך שא"י לישבע משלם אלא ודאי דאין זה סברא לומר דע"י העד לא מהני בו"ש והיכי דאין לו עד המסייע אמרינן בו"ש ב"ע ודו"ק

אות ג

גרמי

הנה קיי"ל כר"מ דסובר דינא דגרמי ועי' בח"מ ס' שפ"ו וסי' שפ"ח מה שמפלפל שם אי גרמי דינא אי קנסא ונפק"מ דלא קנסו בנו אחריו ועי' בח"מ ס' ס"ו במוחל שט"ח דצריך לשלם מכח גרמי ופליגי הראשונים אי צריך לשלם כל החוב ללוקח או רק דמים שנתן בעת המכירה ועי' בתוס' ב"מ וב"ק דהוכיחו דא"צ לשלם רק דמים שקבל מהלקוחות דאל"כ תקשה במצא שובר דבזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל וקאמר רבא ש"מ דאיתא לדשמואל דמוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול וקשה דמאי מיגו הוא דאי תמחול צריכה לשלם כל דמי הכתובה ללוקח משא"כ השתא דאמרה פרוע אלא ודאי דאינה חייבת לשלם רק דמים שלקחה יע"ש אך הקשו מהא דקאמר אמימר בכתובות דמאן דסובר דינא דגרמי דמגבי בי' שטרא מעלי' ומשמע כל הכתוב בשטר מחויב לשלם ועי' בר"ן בכתובות. וע"כ נראה לחלק בין כתובה לשט"ח דלכאורה תקשה דלפי מה דאיתא בתוס' גיטין דאפי' למאן דפוטר גרמי אפשר דמחייב במזיק שיעבוד ש"ח ולפ"ז לפי מה דאיתא בתומים ס' קי"ז לחלק דהא דחייב במזיק שיעבוד ש"ח זה אי ש"ד משא"כ אי של"ד לא אלים השיעבוד דיתחייב לשלם באם היזק השיעבוד יע"ש וא"כ כיון דחמיר מגרמי א"כ מהראוי לומר כן גם בגרמי היכי דמדאורייתא לא היה זוכה כלל רק מדרבנן אז אי גרם לו היזק שלא יתחייב לשלם משום גרמי דכש"כ הוא ממזיק שיעבוד ש"ה דאינו חייב אי של"ד ומכש"כ בגרמי א"כ כיון דמכירת שטר רק מדרבנן לא זכה הלוקח בחוב ואינו מחויב לשלם לו בחזר ומחלו משום גרמי אך נראה דהא עיקר הטעם דמכ"ש מדרבנן משום דאינו ברשותו ולכך לא יכול למכור מדאוריית' ור"מ הא סובר דאדם מקני דשלב"ל וה"ה אינו ברשותו ולדידי' מכ"ש דאורייתא וע"כ קאמר אמימר שפיר דמאן דסובר גרמי דהוא ר"מ משלם לו דמי שטרא מעלי' דלדי' מ"ש מדאורייתא וידוע דר"מ לא קאמר דאדם מקני דשלב"ל אלא בעבידי דאתא וא"כ כתובה דלא עבידי דאתא דשמא תמות היא קודם גם לר"מ המכירה רק מדרבנן וע"כ בכתובה ל"צ לשלם רק דמים שנתן דלא גרע ממזיק שיעבודו דאי ל"ד ל"צ לשלם לו ומכ"ש בגרמי דמדאורייתא לא זכה כלל בחוב וע"כ אינו מגיע לשלם רק דמים שנתן ולפ"ז לדידן דקיי"ל דאין אדם מקני דשלב"ל ומ"ש דרבנן אפי' בשט"ח ל"צ לשלם רק דמים שנתן דלא גרע ממזיק שש"ח:

ועי' בראב"ד דפסק דמ"ש ש"ח דחייב ובעבד שעשאו רבו אפותיקי ושחררו פסק דפטור ומחלק משום דבשלמא במזיק שיעבוד ש"ח כדחברי' קא עביד מעשה וע"כ חייב משא"כ בעבד עשאו רבו אפותיקי דבדידי' עביד מעשה יע"ש ולפ"ז לפי מה דסוברים דמש"ה

יכול למחול משום דלא יכול למכור רק שעבוד נכסי ושעבוד הגוף נשאר אצלו וממילא דאי מוחל שעבוד הגוף ממילא נפקע שיעבוד נכסי דאינו רק בתורת ערב ולפ"ז המוחל מוחל בשלו דשעבודו נשאר אצלו וזה הוא דמוחל ובשלו רשאי רק דעי"כ מסתעף לחבירו ההיזק דגם שעבודו נפקע. ובזה יש ליישב קושי' הראשונים בהא דקריבתי' דר"נ דנתן עצה דתמחול וקשה מאי היתה מרווחת והא ר"נ סובר גרמי דחייבי' להאי גברא דאחווי אכרי' דחיטי יע"ש ולפ"ז לא קשה דשאני הכא במוחל דבשלו עביד דהוא מוחל שה"ג דנשאר אצלו משא"כ התם דבדחברי' עביד ולפ"ז ע"כ אמימר לא קאי רק על שורף: **ואי** במתכוין לטובת עצמו אי חייב משום דינא דגרמי עיין בח"מ ס' ס"ו דהראב"ד סובר דיורש מוחל לעצמו ואינו חייב משום גרמי דגרמי אינו רק במתכוין להזיק ולא היכי דכוונתו לטובת עצמו וע"כ אפי' ר"נ דסובר גרמי מ"מ התם בקריבת' פטור במוחל משום דמתכוין לטובת עצמו ליכא משום גרמי ועי' במרדכי ב"ק דהקשה על הא דאיתא בב"ב (ד' ל') ההוא דאמר ליה לחברי' מה בעית בההיא ארעא אמר ליה מפלוני זבינא וכו' עד דאמר ליה השני נח לי הראשון קשה וקשה דעכ"פ מהראוי שיתחייב משום גרמי דע"פ דיבורו קנה כמו במראה דינר דחייב משום גרמי אלא ודאי דכיון דהי' מצי לאישתמוטי וע"כ אינו חייב משום גרמי ולא דמי למראה דינר לשולחני ועי' בש"ך סי' ש"ו ולפ"ז אין ראי' דהתם דכיון דמתכוון לטובת עצמו משום דהשני נח לו וע"כ לא חייב משום גרמי דאין כוונתו להזיק ולעולם דאפי' במצי לאישתמוטי חייב משום גרמי:

והנה האחרונים הקשו על שיטת הראב"ד הנ"ל מהא דפריך הגמ' ב"ק פ' החובל ואי ליתא לתקנת אושא תזבין הכתובה לגמרי וקשה דאפי' אי ליתא לתקנת אושא עכ"פ הבעל יורש הוא ומוחל לעצמו ועי' בתומים ס' ס"ו ואפי' מכח גרמי ליכא דהא מתכוין לטובת עצמו. ותירצו דמלוה חשוב ראוי וכמו דחשוב ראוי לגבי בכור ה"ה הבעל שאינו יורש ראוי ממילא דאינו יורש גם מלוה. ולפ"ז ניחא קושית התוס' ב"ק דאמאי לא דייק כן על מתני' דמכות דקתני דאומדין כמה אדם רוצה ליתן ושמין בבעל וקשה הא אפשר למכור לגמרי יע"ש. וע"כ נראה דהא הקשו אי מלוה חשוב ראוי לגבי בעל מהא דדריש הגמ' ב"ק (דף מ"ג) מקרא דכופר דכיון שאינו משתלם אלא לאחר מיתה וע"כ לא יריש לה בעל ומשמע הא מלוה דעלמא יריש ועי' בס' הפלאי דכתב לתרץ דע"כ לדידן דירושת הבעל רק מדרבנן ע"כ קרא דוהמית איש או אשה לדרשא אחריתי אתי וא"כ לפ"ז אי ירושת הבעל דאורייתא שמעינן ע"כ דמלוה לא חשוב ראוי לגבי בעל דאל"כ ל"צ קרא גבי כופר דלא יריש לה בעל דאפי' מלוה דעלמא נמי לא יריש והנה בב"ש ס' פ"ה הביא דט"ה דכמו שאין הבעל אוכל פירות ה"ה דלא יריש ויש לה רשות ליתן לאחרים וראיה

מש"ס פ' החובל דפריך תזבין לנ"מ בט"ה ותתן לנחבל וקשה הא יש לבעלה זכות בדמי ט"ה לענין ירושה אלא ודאי דאין הבעל יורש ט"ה. ועי' בס' יש"י דכתב דזה דווקא אי ירושת הבעל מדרבנן דאז לא תקנו זכות כפול דהיינו שגוף נ"מ הבעל יורשה וזכות שנשאר לה בנ"מ עוד שאם תתאלמן יהיו שלה ואם מכרה זכות זה אין הבעל יורש דשני זכותים בענין אחד לא תיקון רבנן משא"כ אי ירושת הבעל דאורייתא אין מקום לחלק בזה והביא ראיה מהך דמעידין אנו באיש פלוני וכו' דמשלמין טובת הנאה ומשמעות הענין דכל דמי ט"ה ישלמו העדים וקשה הא אי אפשר לה ליתן המעות שקבלה לאחר כיון דהבעל יורש דמי המכירה וא"כ גם המעות שקיבלה בעד ט"ה אינה שלה לגמרי רק שאם תתאלמן או תתגרש אלא ודאי דאין הבעל יורש דמי ט"ה והיינו אי ירושת הבעל מדרבנן יעו"ש:

והנה כבר אמרנו דמש"ה פריך הגמ' ואי ליתא לתקנת אושא תזבין הכתובה לגמרי ולא קשה דימחול לעצמו משום דאין הבעל יורש מלוה אך קשה דילמא אתי' כמ"ד דירושת הבעל דאורייתא ואז ע"כ יריש מלוה דמוכח מקרא דכופר אך אי דאורייתא אפי' דמי ט"ה לא ישלמו דהא גם זה יריש בעל אלא ודאי דסובר הברייתא דירושת הבעל דרבנן ולפ"ז לא יריש מלוה ושפיר פריך ונזבין הכתובה לגמרי ולפ"ז ל"ק קושי' תוס' דעל מתני' לא קשה דאמאי שמין בבעל ונזבין הכתובה לגמרי דליתא דבעל יורש ומוחל לעצמו ובאמת סובר האי תנא דירושת הבעל דאורייתא דאז יורש מלוה ואין לומר דא"כ איך קתני אומדין הא שם משלמין מה שהפסידו לבעל וא"כ ל"ש זה וע"כ מקשה על הברייתא דמשלמין מה שרצו להפסיד להאשה וא"כ ע"כ דירושת הבעל דרבנן דאל"כ אפי' ט"ה לא ישלמו ולפ"ז לא יריש מלוה וע"כ תקשה תזבין הכתובה לגמרי:

ועי' תוס' ב"ק (ד' קי"ו) ד"ה לא צריכא דאחוי וכו' דהקשה דלעיל בהגוזל קמא לא משכחת דר"מ דאין דינא דגרמי אלא ברייתא דמחיצת הכרם שנפרצה דל"ש דאתי' כר"מ אלא מכח ההיא משנה דהמסכך ואמאי לא מייתי ממתני' דהכא דמחויב משום גרמי. ונראה דלפי מה שהוכיחו דגרמי הוא דינא ולא מטעם קנס דאל"כ אמאי חייב במראה דינר לשולחני ואמר שהוא טוב והא לא נתכוון להזיק. ולפ"ז נראה דממתני' לא מצינן ליפשוט דמחייב באחוי אחויי דיש לומר דהוא מטעם קנס לחוד דהתם נתכוין להזיק וא"כ אין ראוי לחייב במראה דינר דהתם לא נתכוין להזיק ול"ש קנס וע"כ פשיט הגמ' ממחיצת הכרם דהתם ל"ש קנס דכיון דהוא הפסיד ג"כ כמו שכתבו בתוס' לענין היזק שאינו ניכר וגם כיון דהוא הפסיד ג"כ ל"ש דיעשה כן וע"כ דמדינא חייב בגרמי וע"כ ה"ה במראה דינר יש לחייבו אע"ג דלא נתכוין להזיק דכיון דמדינא חייב:

ובאמת תקשה אי גרמי משום קנס לפי שיטת מהרש"ל דאפי' מודה בקנס דרבנן פטור וא"כ הא הקשה דאמאי מה שעשה עשה וישלם מביתו ואמאי לא יכול לומר יפה דנתי כמו דבע"ד א"צ להחזיר המעות משום דלא איתמר הילכתא לא כמר וכו' ה"ה הדיין יכול לומר דיפה דנתי ותירץ הראב"ד דהדיין מודה שטעו וא"כ לס"ד דמתני' אתי' כר"מ דחיוב משום גרמי ואמאי ל"ח מודה בקנס אי גרמי משום קנס ואפי' דינא הוא לפי מה דאית' בש"ך דהוא מטעם קנס הואיל והגיס דעתו לדון יחידי וע"כ לא יכול לומר יפה דנתי יע"ש וקשה דא"כ הוי מודה בקנס:

ובעיקר הקושיא מה שהקשו לשיטת הראב"ד דמתכוין לט"ע ליכא משום גרמי והקשו מהא דפריך הגמ' ואי ליתא לתקנת אושא תזבין הכתובה לגמרי נראה דהנה בתומים איתא דאי למפרע גובה אז מכ"ש דאורייתא דהתוס' בב"ב כתבו דמש"ה הוא דרבנן משום כמו שאין המלוה יכול להקדישו ולאביי דסובר דלמפרע גובה יכול המלוה להקדישו כמו דאיתא בפסחים אך בכתובה ל"ש למפרע גובה דכיון דס' חיוב דשמא תמות היא קודם וא"כ לס"ד דאפי' אי מתה לא ירוש בעל ממילא שייך לומר למפרע גובה ומכ"ש הוא דאורייתא ולא יכול למחול וע"כ הוצרך אביי לשיטתו לתרץ אי אמרו בנ"מ יאמרו בנכסי צ"ב משום דעיקר הקושיא אזלא רק לדידיה דסובר דלמפרע גובה:

ועי' בתומים דרצה לחדש דהא דסובר הרמב"ם דאפי' דברים דנתמעטו מדין שמירה מ"מ בפשיעה חייב זה רק בתורת גרמי דע"י פשיעתו גרם דנאבד ולא מטעם מזיק דא"כ אפילו בבעלים יתחייב בפשע אלא ודאי דהרמב"ם מודה דפשיעה ל"ח מזיק רק גרם היזק הוא ע"י פשיעתו וא"כ אין לך יותר מגרמי ומאן דפטר גרמי ה"ה בפשיעה וע"ש סי' ס"ו ולפ"ז ניחא הא דהקשו דהרמב"ם פסק דאי פשע בשטרות ג"כ פטור ועי' בלח"מ אך לפי מה דאיתא בש"ך ס' שפ"ו דגורם דגורם לכ"ע פטור אפי' לדידן דקיי"ל גרמי וא"כ השולח הבערה ביד חו"ש ושרפה שטרות פטור ולפ"ז פשיעה בשטרות לכ"ע פטור דא"כ דאפי' אי שרפה בידים ג"כ אינו רק גרמי וממילא ע"י פשיעתו נאבד חשוב גורם דגורם וניחא מה שהקשו דלשיטת הרמב"ם תקשה מאי פריך הגמרא בב"מ משוכר את הפועל לשמור דילמא איירי דפשע אך לפי מה שאמרנו היכי דהוא הפסיד ג"כ ליכא משום קנס וא"כ בש"ש דהפסיד שכרו ליכא קנס וליכא משום גרמי אי קנסא הוא:

והנה אפי' למאן דפטר גרמי מ"מ לציי"ש חייב דלא גרע מגרמא בנזקין דפטור לכ"ע ואפ"ה בדיני שמים חייב א"כ ה"ה בגרמי למאן דפטר ולכאורה קשה על הא דפריך הגמ' בסנהדרין (דף ל"ג) דמקשה שם על ר"ש דמשני בין טעה בשה"ד ובין דבר משנה ופריך מפרה של בית מנחם שניטלה האם שלה והאכילה ר"ט לכלבים ואמר לו ר"ע פטור אתה

שכל המומחה לרבים פטור מלשלם ואם איתא לימא ליה טעה בדבר משנה חוזר ואי הוי קמן הוה הדר השתא נמי לא כלום עבדת וכתבו בתוס' דסוגיא אתי' כרבנן דל"ס גרמי דאליבא דר"מ דסובר גרמי מה בכך דאילו הוי קמן הדר מ"מ חייב משום גרמי וקשה דאפי' לרבנן חייב עכ"פ לציי"ש ור"ט בודאי היה מקיים ידי שמים לשלם וע"כ הוצרך לומר דפטור משום מומחה דאז אפי' לציי"ש פטור ואפשר לומר דלציי"ש אפי' מומחה חייב דלפי מה דאיתא בב"ק דלפנים משה"ד אפי' אומן חייב וע"כ הא דאמר ליה דפטור הוא מדינא וע"כ מקשה דמדינא פטור בלא"ה לרבנן:

והנה בש"ך ס' כ"ה הקשה לשיטת התוס' דאליבא דר"מ לא אמרינן אילו הוי קמן הדר א"כ מאי פריך לימא ליה משום דטועה בד"מ חוזר ואילו הוי קמן הוי הדר הא מסתמא סובר כר"מ דמחייב גרמי וע"כ הוצרך לומר דפטור משום מומחה. ונראה דהנה בס' קצה"ח הקשה דלס"ד דמתני' אתיא כר"מ א"כ אמאי קתני בסיפא דאם היה מומחה לרבים דפטור מלשלם והא הטעם דמומחה פטור משום דחשוב אונס והא ר"מ דסובר דנתקל פושע ל"ש לפוטרו משום אונס כמו טבח אומן דלר"מ אפי' אומן משום דסובר דנתקל פושע כדאיתא בב"ק וע"ש דכתב דלס"ד דאתיא כר"מ אז ע"כ הא דפטור מומחה משום דקבלה הי' ליפטור דכיון דהוא מומחה בלא"ה יכול לידון וע"כ דקבלה היה ליפטור אי טעה ועיין ברא"ש והנה איתא בס' הנ"ל דאי הטעם דמומחה פטור משום דהקבלה היה ליפטור אז בעינן קבלה בפירוש משום דבשלמא אי מומחה פטור משום דאונס א"כ הא דבעינן קבלה משום דבלא קבלה ל"ח אנוס וא"כ סגי אפי' בקבלה סתם משא"כ אי הטעם דמומחה פטור משום קבלה אז בעינן קבלה בפירוש ועיין בתומים דכתב דמסתמא במעשה דר"ט לא היה קבלה בפירוש רק ביאת בעל הפרה להורות לו אי כשרה אי טריפה יע"ש ולפ"ז שפיר פריך לימא ליה אילו הוי קמן הוי הדר דאין לומר דסובר כר"מ דא"כ גם מטעם מומחה דהא סובר דנתקל פושע ופטור דמומחה רק משום קבלה וממילא בעינן קבלה בפירוש וע"כ דלא אתיא כר"מ וא"כ הפטור משום אנוס וא"כ תקשה דבלא"ה פטור משום דאילו הוי קמן הוי הדר:

ולפ"ז ניחא קושית הרמב"ן דלשיטת התוס' דרק לרבנן אמרינן אלו הוי קמן הדר וממילא בנו"נ ביד חייב אפי' לרבנן ול"ש אלו הוי קמן כמו אליבא דר"מ דסובר גרמי א"כ מאי פריך דילמא נו"נ ביד הוי וע"כ הוצרך לומר דפטור משום מומחה:

וע"כ נראה דהנה בס' שער המשפט איתא דאי מומחה פטור משום אונס והא דפטור בנו"נ ביד הא ע"ז לא היה אנוס אך משום דמיקלי קליי' והיינו כיון דאפי' אי לא היה נו"נ ביד קם דינא אליבא דר"ש א"כ בזה דנו"נ ביד לא עביד מידי אך אליבא דר"ח דסובר

דהיכי דלא נו"ן ביד הדין חוזר וא"כ ל"ש דמיקלי קלייא ואמאי פטור בנו"ן ביד דהא ע"ז לא היה אנוס וע"כ משום הקבלה וממילא בעינן קבלה בפירוש והנה לפ"ז בטעה בדבר משנה דל"ש לכ"ע מיקלי קליי' דהא היה חוזר אי הוי קמן וא"כ אמאי פטור מומחה דאנוס ל"ש בנו"ן ביד וע"כ משום הקבלה וממילא בעינן קבלה בפירוש ולפ"ז אי אפשר לומר דמעשה דר"ט היה בנו"ן ביד דא"כ גם מטעם מומחה חייב לשלם דע"ז לא היה אנוס ובד"מ ל"ש דמיקלי קלייא דהא הדין חוזר וע"כ משום קבלה פטור ובעינן קבלה בפירוש והכא לא היה קבלה בפירוש וע"כ דלא איירי בנו"ן ביד וע"כ לרבנן פטור וע"כ מקשה ת"ל דאילו הוי קמן הוי הדר וכו'

וגם נראה דהא הקשו דאליבא דר"מ דסובר דנתקל פושע א"כ אמאי מומחה פטור. אך נראה דהא הראב"ד כתב דמש"ה לא יכול הדיין לומר דיפה דנתי כמו בע"ד והתירוץ משום קנס הואיל והגיס דעתו לדון יחידי וא"כ מומחה וקבלה דלא הגיס דעתו א"כ אף דסובר דנתקל פושע מ"מ פטור מומחה משום דיכול לומר דיפה דנתי וזה תינח בטעה בשה"ד משא"כ בד"מ דל"ש לומר דיפה דנתי ותקשה דאי סובר כר"מ א"כ גם מומחה חייב דאנוס ל"ש דנתקל פושע ויפה דנתי ל"ש בטעה בד"מ וע"כ כרבנן וע"כ מקשה דת"ל אלו הוי קמן הוי הדר וכו'.

ובזה ניחא קושית הש"ך על הרא"ש דסובר דשלשה הדיוטות שדנו וקיבלו וטעו דפטורין מלשלם דכיון דאפי' בלא קבלה נמי דינייהו דינא ואהני הקבלה דפטורי מלשלם אי טעו ודינם כיחיד מומחה וכו' והקשה בש"ך וז"ל ועוד דהאי דיוקא דדייק הש"ס לפי' רש"י דשלשה הדיוטות חייבין מדתנן בסיפא ואם היה מומחה פטור מלשלם אלמא אינו מומחה חייב הא דיוקא איכא נמי למידק לדידן דמתני איירי בקיבלו ולא קתני רק מומחה דפטור ומשמע הא אינו מומחה חייב אפי' בקבלה יע"ש:

ונראה דהנה התוס' הקשו מאי פריך על ר"א דסובר דשנים שדנו דאין דיניהם דין ממתני' דן את הדין דילמא איירי בשלשה ומלשון דן אין ראיה דמ"מ יש לומר דאיירי בשלשה ובאמת לא קשה דהא בש"ך הקשה על הרא"ש אי שלשה הדיוטות וקיבלו פטורין מלשלם א"כ אמאי קתני בסיפא דאם היה מומחה פטור מלשלם ולא קתני בג' הדיוטות וקיבלו פטורין ועי' בתומים דכתב דכיון דרישא מיירי ביחיד וע"כ נקט בסיפא ג"כ ואם היה מומחה ואי רישא איירי בשלשה תקשה דאמאי לא קתני בסיפא דבשלשה וקיבלו דפטורין אלא ודאי דלא איירי בשלשה ושפיר פריך על ר"א ובזה ניחא דברי רש"י דפירש ולקמן מוקי לה בנו"ן ביד ומה בעי רש"י בזה וע"כ נראה דהנה הא דהוכיח הרא"ש דשלשה הדיוטות דמי ליחיד מומחה זה דווקא לר"ח דסובר בלא נו"ן ביד דחוזר וא"כ

ל"ש מיקלי קלייא וא"כ דאמאי פטור מומחה בנו"נ ביד דהא ע"ז לא היה אנוס ומיקלי קלייא ל"ש לר"ח וע"כ משום הקבלה פטור וע"כ ה"ה שלשה הדיוטות בקיבלו פטורין משא"כ לר"ש דאפי' לר"ש דלעולם קם דינא ויש לומר דמש"ה מומחה פטור משום אנוס ועל מה דנו"נ ביד פטור משום דמיקלי קלייא וא"כ יש לומר דשלשה הדיוטות חייבין אפי' בקבלה וא"כ יש לומר דלא קשה על ר"א מדן את הדין דאיירי בשלשה ואפ"ה לא קתני בסיפא דבשלשה וקיבלו דפטורין דליתא דיש לומר דחייבין ולא מהני הקבלה ומומחה שאני משום דאנוס וע"כ פירש רש"י ולקמן מוקי בנו"נ ביד הא לא"ה חוזר וע"כ ל"ש דמיקלי קלייא וע"כ הא דמומחה פטור משום הקבלה וממילא ה"ה שלשה הדיוטות וא"כ אי אפשר לומר דאיירי הרישא דן את הדין בשלשה דא"כ למאי קתני בסיפא ביחיד מומחה דפטור ולא נקט בשלשה וקיבלו דפטורין:

ולפ"ז ניחא דברי הרא"ש דכתב ויחיד מומחה דקבלוה עלייהו וטעה בשה"ד קם דינא ופטור מלשלם כסיפא דמתני' ואפי' נו"נ ביד דלר"ש אין חילוק והקשו אדרבה דלר"ח דמוקי מתני' בנו"נ ביד פשיטא דשמעינן דאפי' נו"נ ביד פטור מומחה דקתני בסיפא ואם היה מומחה לרבים דפטור מלשלם וע"כ נראה דהנה בס' קצה"ח איתא דאי מומחה פטור משום הקבלה אז בעינן דידעו שהוא מומחה דאז שייך לומר דכיון דבלא"ה יכול לידון וע"כ דהיה הקבלה ליפטורי או טעה משא"כ היכי דלא היה מומחה מפורסם לרבים ל"ש זה דשמא לא ידעו שהוא מומחה משא"כ אי מומחה פטור משום אנוס מה בכך דלא ידעו שהוא מומחה מ"מ כיון שאמת שהוא מומחה פטור משום דאנוס וכבר אמרנו דאליבא דר"ח דחוזר בלא נו"נ ביד וא"כ ל"ש מיקלי קלייא וע"כ הא דפטור בנו"נ ביד משום הקבלה משא"כ לר"ש דקם דינא ושייך מיקלי קלייא ופטור משום אונס וממילא ל"צ מומחה לרבים דהא אפי' אי לא ידעו דהוא מומחה פטור וא"כ כיון דהרא"ש לא כתב ויחיד מומחה לרבים רק יחיד מומחה וא"כ ל"ש ליפטור משום הקבלה רק משום אונס וזה רק לר"ש דלעולם קם דינא ושייך מיקלי קלייא משא"כ לר"ח דחוזר בלא נו"נ ע"כ דפטור משום הקבלה וע"כ בעינן דווקא יחיד מומחה לרבים. וע"כ כתב דלר"ש אין חילוק:

וניחא בזה קושית הרשב"א בחולין פ' א"ט דאמאי חייבו ר"א לרבא לשלם דמי תורא דהא רבא היה מומחה ופטור ומה שמתרץ דאיירי בלא קבלה קשה דהא ר"א מקשה על ר' אבוה ממתני' דדן את הדין אלמא דהיה סובר דמתני' איירי בלא קבלה ואפ"ה קתני דאם היה מומחה דפטור ואי אמרינן דמומחה חייב בלא קבלה א"כ היכי ס"ד דאיירי בלא קבלה דא"כ אמאי קתני בסיפא דמומחה פטור. אך לפי מה שכתבתי ניחא דכיון

דהתם איירי בנו"נ ביד וע"ז לא היה אנוס ומיקלי קלייא ל"ש דהא הטעות בד"מ היה דהיה חוזר ואפי' מומחה חייב:

וניחא דברי הש"ך ס' כ"ה דהנה על הא דאיבעי הגמרא (דף ה') אי בעינן נקט רשות אי לא וקאמר הגמ' ת"ש דמ"ז בריה דר"נ דן דינא וטעה אתא לקמיה דר"י אמר ליה אי קיבלו לא תשלם ואי לא תשלם ופי' בש"ך דסתם קבלה למומחה הוי כאילו פירש שמקבלו בין לדין ובין לטעות ובאינו מומחה סתם קבלה דידיה הוי דווקא אדעתא דלידון דין תורה וא"כ שפיר הוכיח מכאן דיחיד מומחה דן אפי' לכתחילה בע"כ דאל"כ הוי ליה לשלם דיכולין לומר דהקבלה לא היה רק דלידון דין תורה אלא ודאי דיחיד מומחה דינו דין אפי' בלא קבלה ומסתמא היה הקבלה ליפטור אי טעה והקשה בתומים דאמאי לא הוכיח ממתני' דדן את הדין דקתני דאם היה מומחה פטור מלשלם ואי אמרינן דבלא קבלה רק בע"כ אינו יכול לידון אמאי פטור אי טעה יע"ש ולפי הנ"ל ניחא דהא הראב"ד הקשה הא ר"י היה גדול ממנו ואמאי לא החזיר את הדין דהא ר"נ סובר דביש גדול ממנו מחזירין ותירצו בתשובות חכם צבי דאיירי בנו"נ ביד דאז אפי' גדול ממנו אין מחזיר הדין כיון דעביד מעשה ולפ"ז ממתני' אין ראיה דיש לומר דלעולם בלא קבלה לא יכול לכופו לדון והטעם דפטור משום דאנוס לא משום דהקבלה היה ליפטור רק דעכ"פ כפי' לא הוי וממילא דפטור משום אונס ואע"ג דנו"נ ביד ע"ז אמרינן דמיקלי קלייא וע"כ פשיט רק מהכא דאי לא היה נו"נ ביד היה הדין חוזר דהא היה גדול ממנו ר"י וע"כ ל"ש דמיקלי קלייא וע"כ הפטור רק משום הקבלה וא"כ שמעינן דיכול לדון בע"כ וע"כ דהקבלה היה ליפטור דאל"כ דילמא הקבלה היה רק לידון לבדו

ולפ"ז ניחא קושיא הנ"ל דהנה בתוס' סנהדרין הקשה מאי פריך הגמ' מדן את הדין דילמא איירי במומחה ועיין בקצה"ח דמתרץ דאם כן תקשה בטימא את הטהור אמאי חייב לשלם ואע"ג דלא קיבלו מ"מ הא עיקר הטעם דבעינן קבלה דבדלא קבלה ל"ח אנוס וא"כ אין הקבלה גורם הפטור אלא היכי דע"י כפייה היה ל"ח אונס וא"כ בטימא את הטהור דהתם ל"ש כפי' אמאי חייב לשלם דהא אי אמרינן דמומחה פטור משום דאנוס וא"כ הא דבעינן קבלה היינו משום דבלא קבלה לא הוי אונם וא"כ אין הקבלה גורם הפטור אלא היכי דהיה ע"י כפי' גורם החיוב וא"כ אפי' כי ליכא קבלה בפירוש רק דלא דן בכפי' ג"כ פטור וא"כ באו"ה דל"ש כפי' אמאי חייב אלא ודאי דאיירי באינו מומחה יע"ש והנה כבר אמרנו דאליבא דר"ש דסובר דלעולם קם דינא ואפי' בלא נו"נ ביד א"כ יש לומר דמומחה פטור משום דאנוס ולא משום דהקבלה היה ליפטור דאז אפי' בלא כפייה כמו באו"ה דל"ש כפייה ג"כ חייב משום דבעינן קבלה בפירוש ליפטור

אך אליבא דרש"ש ל"צ קבלה בפירוש ואין לומר דעל מה שנו"נ לא היה אנוס אך ע"ז פטור משום דמיקלי קלייא משא"כ אליבא דר"ח דבלא נו"נ חוזר הדין וא"כ ל"ש דמיקלי קלייא וע"כ הטעם דמומחה פטור משום הקבלה וא"כ הקבלה גורם הפטור ולפ"ז אפי' באו"ה דל"ש כפייה מ"מ חייב בלא קבלה בפירוש ולפ"ז יש לומר דגם הרישא איירי במומחה ואפ"ה חייב נהי דבאו"ה ל"ש כפייה מ"מ חייב דבעינן קבלה בפירוש והנה דין דהרא"ש דשלשה הדיוטות שדנו בקבלה וטעו דפטורין ויליף הרא"ש מיחיד מומחה בקבלה דפטור ע"כ הראיה שלו רק לר"ח דלדידיה עיקר הטעם דמומחה פטור משום הקבלה ולא משום אונס דהא על מה שנו"נ לא היה אונס ומיקלי קלייא ל"ש לדידיה וע"כ משום הקבלה וע"כ ה"ה שלשה הדיוטות וא"כ לדידיה יש לומר דהרישא איירי במומחה ואפ"ה חייב בטימא את הטהור נהי דלא הוי ע"י כפייה מ"מ הא קבלה בפירוש בעינן לר"נ ולפ"ז לא קשה דליתני בסיפא שלשה הדיוטות בקבלה פטורין דליתא דכיון דהרישא איירי במומחה ומש"ה קתני בסיפא ג"כ במומחה דבשלמא אי רישא איירי בהדיוט קשה שפיר דליתני בסיפא ג"כ שלשה הדיוטות משא"כ לר"ח איירי הרישא במומחה תני בסיפא ג"כ מומחה:

ולכאורה נראה לתרץ הש"ך הנ"ל ודברי רש"י הנ"ל דכתב דלקמן מוקי לה בנ"נ ביד. וע"כ נראה דהנה לכאורה יש לומר דהא דמומחה פטור לפי מה דאיתא בראשונים החילוק שבין גרמי ובין גרמא דפטור דגרמי שכיח וע"כ חייב משא"כ גרמא חשוב מידי דל"ש וע"כ פטור ועיין בש"ך ס' שפ"ו ולפ"ז מומחה היכי דלא נו"נ ביד דאז החיוב רק משום גרמי וכיון דמומחה ל"ש שיטעה חשוב רק גרמא ופטור מומחה מש"ה. ולפ"ז ניחא דברי הש"ך דממתני' אין להביא ראיה דיחיד מומחה יכול לדון בע"כ רק מש"ה פטור דכיון דל"ש שיטעה וע"כ חשוב רק גרמא בעלמא וע"כ פטור ולעולם דלא יכול לידון בע"כ משא"כ הכא דאיירי בנו"נ ביד וא"כ החיוב אינו משום גרמי וא"כ אפי' דל"ש דחייב וע"כ הא דפטור משום דבלא"ה יכון לדון והקבלה היה ליפטור אי טעה משום דע"כ איירי בנו"נ דאל"כ אמאי לא החזיר ר"י דהיה גדול ממנו אלא ודאי דאיירי בנו"נ ביד וא"כ החיוב אינו משום גרמי וע"כ הא דפטור משום הקבלה והיינו משום דבלא הקבלה היה יכול לדון וע"כ דהקבלה היה ליפטור אי טעה ובזה ניחא דברי הרמב"ם דפסק כר"א דמה"ת חד נמי כשר ופסק דשנים שדנו אין דיניהם דין ובהדיא איתא בגמ' דאליבא דר"א שנים שדנו דיניהם דין:

וע"כ נראה דהרמב"ם הוכיח דאפי' לר"א אין דיניהם דין דלכאורה תקשה דלפי שיטת רש"י לקמן (ד' ה') דפי' הא דקתני ואם היה מומחה לרבים דן אפי' יחידי משום דכתיב

בצדק תשפוט וקסבר אין כאן ע"פ ולפ"ז תקשה הא דפריך הגמ' על מ"ד דסובר דשנים שדנו אין דיניהם דין מהא דדן את הדין זיכה את החייב וכו' דמה שעשה עשה ומתרץ הגמרא דאירי בקיבלו עלייהו וא"כ תקשה לפי מה דאיתא בסמ"ע ס' כ"ב בקיבל אחד להיות במקום ג' דחשיב תרתי לריעותא וכתב בס' קצה"ח דל"ח תרתי לריעותא דכיון דיחיד מומחה יכול לדון יחידי וא"כ לא הוי רק חדא ריעותא דקיבל הדיוט להיות במקום מומחה. ולפ"ז תקשה דכיון דר' אבוה סובר דשנים שדנו אין דיניהם דין וע"כ סובר דלא כר"א דאורייתא חד כשר ולא דרשינן הך בצדק תשפוט ואמרינן ע"פ וממילא אפי' יחיד מומחה לא יכול לידון בע"כ וא"כ בקיבל יחיד הדיוט חשוב תרתי לריעותא דל"ש לומר דכיון דמומחה יכול לידון ליכא רק חדא ריעותא דאינו מומחה והוא מקבלו במקום מומחה דהא גם מומחה לא יכול לדון וא"כ מאי משני בקיבלו עלייהו הא הוי תרתי לריעותא ומזה הוכיח הרמב"ם דאפי' למ"ד דסובר דשנים שדנו אין דיניהם דין סובר כמ"ד דבר תורה חד כשר משום דרשא בצדק תשפוט ואין ע"פ. ולפ"ז יכול יחיד מומחה לדון וא"כ ליכא רק חדא לריעותא אך איך אפשר לומר דסובר דבר תורה חד כשר דא"כ אמאי סובר דאין דיניהם דין אלא ודאי כשיטת הרמב"ם דאפי' למ"ד דבר תורה חד כשר ואפ"ה שנים שדנו אין דיניהם דין:

אך תקשה דא"כ היכי קאמר הגמרא דאיכא בינייהו אי שנים שדנו דיניהם דין אלמא דאי דבר תורה חד כשר שנים שדנו דיניהם דין וע"כ נראה דהא בתוס' הקשה מאי פריך מדן את הדין דילמא איירי בשלשה ומלשון דן אין ראיה דאיירי ביחיד ותירץ בתומים דא"כ דאיירי בשלשה אמאי חייבין לשלם דהא שלשה הדיוטות דמי ליחיד מומחה וא"כ כמו דאליבא דאמת דאיירי בקיבלו גם שלשה הדיוטות פטורין כמו יחיד מומחה בקבלה וא"כ ה"ה אי איירי בלא קבלה מהראוי לומר דאפי' בלא קבלה פטורין שלשה הדיוטות כמו יחיד מומחה יע"ש אך לפי מה שכתבתי יש לחלק דבשלמא יחיד מומחה דל"ש שיטעה כיון דהוא מומחה וע"כ חשוב רק גרמא משא"כ שלשה הדיוטות חשוב גרמי ולעולם דאיירי בשלשה וצריכין לומר דקושית הגמ' לר"ח דמוקי בנו"נ ביד דאז לא הוי גרמי וא"כ אי מומחה פטור בנו"נ דל"ש גרמא ואפ"ה פטור ה"ה שלשה הדיוטות ופריך שפיר דאי אפשר לומר דאיירי בשלשה וזה כוונת רש"י ולקמן מוקי לה בנו"נ ביד דאז קשה שפיר דאי אפשר לומר דאיירי בשלשה דא"כ אמאי חייבין הא דמי ליחיד מומחה וא"כ לפ"ז למאן דלא מוקי בנו"נ ביד לא קשה קושית הגמ' דיש לומר דאיירי בשלשה ואפ"ה חייבין דלא דמי למומחה וממילא יש לומר דאי שנים שדנו אין דיניהם דין הוא רק אי דבר תורה בעי שלשה ואין לומר דא"כ אפי' יחיד מומחה לא יכול לדון

והוי תרתי לריעותא ואיך משני הגמרא דאיירי בקיבלו דליתא דהא למ"ד זה יש לומר דהרישא איירי בשלשה ואפ"ה חייבין דלא דמי למומחה דהתם חשוב רק גרמא משא"כ הדיוט' חשוב גרמי והתוס' כתבו דהסוגיא דריש סנהדרין קאי למאן דלא מוקי מתני' בנו"נ ביד וע"כ קאמר דמאן דסובר דשנים שדנו אד"ד סובר ע"כ דמדאורייתא בעינן ג' דלמ"ד ד"ת חד כשר ד"ד ולא תקשה דכיון דאין ד"ד משום דמדאורייתא בעי' ג' דמשום דלא דרשינן בצדק תשפוט וע"פ וא"כ גם מומחה לא יכול לידון וא"כ בקיבל הדיוט לדון חשוב תרתי לריעותא ותקשה מתני' דן את הדין דאין לומר תירץ הגמ' בקיבלו וכו' דא"כ הוי תרתי לריעותא דליתא דיש לומר דאיירי בשלשה ואפ"ה חייבין דלא דמי למומחה משום דמומחה דל"ש שיטעה וחשוב גרמא משא"כ שלשה הדיוטות חשוב גרמי משא"כ אליבא דאמת כר"ח דאיירי בנו"נ ביד וא"כ אין חילוק בין שלשה הדיוטות ליחיד מומחה וא"כ ע"כ איירי מתני' דן את הדין בקיבלו ולא בשלשה והא דל"ח תרתי לריעותא וע"כ משום דיחיד מומחה יכול לידון אפי' למ"ד דשנים שדנו אין דיניהם דין משום דדרשינן בצדק תשפוט ואין ע"פ ואפ"ה סובר דאין דיניהם דין אלמא אפי' אי חד כשר מה"ת שנים שדנו אין דיניהם דין ומזה הוכיח הרמב"ם שיטתו:

וגם יש לומר דלכאורה תקשה דלשיטת רש"י דיחיד מומחה לא יכול לדון למאן דאית ליה ע"פ וא"כ תקשה אמאי יחיד מומחה פטור דאין לומר דע"כ היה הקבלה ליפטור אי טעה דלדון בלא קבלה יכול לדון דהא למ"ד דע"פ בלא הקבלה אפי' מומחה לא יכול לדון וא"כ תקשה אליבא דר"א דסובר דשנים שדנו אין דיניהם דין וע"כ דסובר ע"פ וא"כ גם מומחה לא יכול לדון בע"כ וא"כ אמאי קתני ואם היה מומחה פטור אך הסוגיא קאי למאן דלא מוקי בנו"נ ביד וע"כ קאמר הגמ' שפיר דמ"ד דאין דיניהם דין ע"כ סובר דמדאורייתא בעינן שלשה משום דע"פ ואע"ג דאז גם מומחה לא יכול לדון בע"כ ואמאי פטור מלשלם אך כיון דלא נו"נ ביד במומחה חשוב רק גרמא משא"כ אליבא דאמת דאיירי בנו"נ ביד ע"כ מומחה פטור משום הקבלה ואי אמרינן דמ"ד דאין דיניהם דין משום דמדאורייתא בעינן שלשה דע"פ וא"כ גם מומחה לא יכול לדון בלא קבלה ואמאי פטור אלא ודאי דאפי' אי אין דיניהם דין סובר דמדאורייתא חד כשר ואין ע"פ וע"כ מומחה יכול לדון בלא קבלה וע"כ בקבלה פטור מלשלם:

וגם נראה לפי מה דאיתא בס' נ"ה דלא מצינן ליפטר מומחה משום דחשוב אונס דהא קיי"ל דטבח אומן שקילקל דבשכר חייב לשלם ואע"ג שהוא אומן וא"כ בדין לעולם חשוב בשכר דעביד מצוה ומרויח פרוטה דר"י וע"כ הא דמומחה פטור משום דבמומחה ל"ש דהגיס דעתו וע"כ יכול לומר דיפה דנתי וזה שייך בטעה בשה"ד משא"כ בד"מ

דל"ש דיפה דנתי א"כ גם מומחה חייב ובזה מתורץ קושית ש"ך דאי אפשר לומר דסובר כר"מ וע"כ ל"ש לומר אילו הוי קמן הוי הדר דא"כ גם מומחה דהא טעה בד"מ יע"ש ובזה ניחא קושית מהרש"א דאמאי לא מקשה על ר"נ דהא ר"ע היה גדול ממנו וא"כ אי הוי קמן הוי הדר דליתא דאז יש לומר דסובר כר"מ דמחייב גרמי ואין לומר דא"כ גם משום מומחה חייב דליתא דהא בראשונים איתא דלר"נ דלא סובר דהיתר תשמיש חייב באונסין ע"כ לא סובר פרוטה דר"י וא"כ יש לומר דפטור משום אונס דהא לא הוי בשכר ומש"ה לא מקשה רק על ר"ש דמסתמא סובר כר"י וא"כ חשוב בשכר וגם מומחה חייב רק דהפטור משום דיכול לומר דיפה דנתי ובטעה בד"מ ל"ש זה:

ולפ"ז ניחא קושית הנ"ל דהרמב"ם הוכיח דאי אמרינן דמ"ד דאין דיניהם דין הוא משום דסובר דע"פ ומדאורייתא בעינן תלתא וא"כ גם מומחה לא יכול לידון בלא קבלה וא"כ אמאי פטור מלשלם דל"ש דהקבלה היה ליפטור אי טעה ואין לומר משום אונס דהא אי אמרינן פרוטה דר"י חשוב בשכר ואפי' מומחה חייב וע"כ דאפי' אין ד"ד מדאורייתא חד כשר וממילא יכול מומחה לדון ופטור משום הקבלה והסוגיא דריש סנהדרין קאי לרבה דלא סובר דמצוה חשוב בשכר ויש לומר דמומחה פטור משום אונס ולעולם דלא יכול לדון בלא קבלה ויש לומר דמש"ה אין ד"ד משום דמדאורייתא בעינן שלשה:

ויותר נראה לתרץ קושית הש"ך דילמא סובר כר"מ וע"כ ל"א אילו הוי קמן הוי הדר וגם לתרץ קושי' על הרא"ש דכתב ושלשה הדיוטות וקיבלו עלייהו דטעו דפטורין דכיון דבלא הקבלה יכולין לדון וע"כ דהקבלה היה דאי טעו לא ישלמו ודינם כיחיד מומחה וקיבלו דפטור והקשו הא מומחה פטור משום אונס ולא משום קבלה ובתומים מתרץ דבמומחה ל"ש ליפטור משום דהקבלה היה ליפטור דחשוב מחילה בטעות דלא א"ע דיהיה טעות משא"כ שלשה הדיוטות:

ובזה ניחא מה שהקשו דלפי מה דאיתא בב"ק דאפי' אומן לפנים משורת הדין חייב ושיטת המרדכי דהיכי דהוא עשיר כופין על לפמש"ה וא"כ הא ר"ט היה עשיר וא"כ מה קאמר ר"ע דפטור משום מומחה הא לפנים משוה"ד גם מומחה חייב אך לפי מה דאיתא בתוס' ב"ק דהא דחייב לפמשה"ד זה דווקא היכי דכ"ע חייב רק דהוא פטור אז לפנים משה"ד גם הוא חייב כמו כ"ע משא"כ היכי דכ"ע פטורין אז אינו חייב לפמשה"ד ולפ"ז הא כ"ע כל היכי דידעינן דהקבלה הי' לפטור אי טעה כמו מומחה דידעינן דהקבלה היה לפטור כ"ע פטורין דל"ש לכ"ע דחשוב מחילה בטעות וא"כ אע"ג דבמומחה ליכא טעמא דקבלה היה לפטור מ"מ פטור משום אנוס ואפי' לפנים משה"ד דכיון דכ"ע פטורין היכי דידעינן דהקבלה היה לפטור א"כ אפי' במומחה דפטור משום אונס ג"כ

פטור אפי' לפמשה"ד. וגם לפי מה דאיתא בס' נ"ה דבמומחה ל"ש לומר דהפטור משום דהקבלה היה לפטור משום דיש לומר דכיון דביחיד מומחה בלא קבלה יכול הבע"ד לחזור ולטעון וא"כ יש לומר דהקבלה היה דלא יכול לחזור ולטעון ולפ"ז הא תינח בד"מ משא"כ באו"ה ל"ש זה יש לומר דהקבלה גורם הפטור ולא משום אונס וע"כ לא חייב ר"ט אפי' לפנים מש"ה דכיון דהפטור אינו משום אונס:

ויותר נראה לתרץ דהא הקשו אי הפטור דמומחה משום אונס א"כ אמאי פטור בנו"נ ביד דהא ע"ז לא היה אנוס. וע"כ נראה דהא דאמרינן דמומחה פטור משום אונס ולא משום דבעת דקיבל אותו לידון דעתו היה ליפטר אי טעה אך דבלא נו"נ ביד דחייב רק משום גרמי וגרמי הוא קנס ושיטת הירושלמי דבקנס לא מהני מחילה דחשוב דשלב"ל דכיון דאי יודה יפטר ושיטת מהרש"ל דגם בקנס דרבנן פטור במודה וממילא לא מהני מחילה וא"כ מה בכך דדעתו היה ליפטור אי טעה הא לא מהני מחילה וע"כ הטעם משום אונם וא"כ בנו"נ ביד נהי דל"ש אונס הא בזה שייך הטעם משום דהקבלה הי' ליפטור דבנו"נ ביד לא הוי החיוב משום קנס רק מדינא. וניחא דברי הרא"ש דשפיר יליף הרא"ש דג' הדיוטות בקבלה דפטורין ממומחה דפטור בנו"נ ביד דבזה הפטור רק משום קבלה. וניחא קושית הקצה"ח דלס"ד דאתיא כר"מ ואיירי בלא נו"נ ביד אמאי פטור מומחה הא ר"מ ס"ל דנתקל פושע וליכא טעם דאנוס אך ר"מ לשיטתו דסובר דאדם מקנה דשלב"ל ומהני מחילה בקנס לדידי' יש לומר דמומחה פטור משום קבלה דלדידי' מהני מחילה ולדידן דלא מהני מחילה איכא טעמא דאונס דהא לא קיי"ל דנתקל פושע:

ולפ"ז לפי שיטת התוס' ב"ק דהיכי דקם דינא דאז בדיבורו קא עביד מעשה ול"ח גרמי רק מזיק וחייב אפי' לרבנן ע"ש כגון בטימא את הטהור או בזיכה את החייב ובזה יש לומר דמומחה פטור משום קבלה דלא חשוב קנס שתאמר דלא מהני מחילה. ולפ"ז אפי' לפנים משה"ד פטור וע"כ קאמר שפיר ועוד אי נמי בשה"ד טעות מומחה לרבים פטור ואין לומר דלפנים מש"ה חייב דליתא דכיון דפטור אינו משום אונס רק משום הקבנה:

ולפ"ז ניחא קושית הש"ך דילמא סובר כר"מ וע"כ הפטור רק משום מומחה ולא משום דאילו הוי קמן הוי הדר דליתא דא"כ הא דקאמר דפטור משום מומחה קאי על טעות ד"מ דא"כ גם מטעם מומחה חייב עכ"פ לפמש"ה ור"ט היה עשיר וכופין על לפנים מש"ה דכיון דקאי על טעות ד"מ ול"ש קם דינא ואי אפשר לומר דהפטור משום הקבלה דכיון דלא קם דינא אינו רק גרמי ופטור רק משום אונס וחייב לפנים מש"ה וע"כ דלא סובר כר"מ וחדא ועוד קאמר וקאי טעמא דמומחה על טעות בשה"ד ואז קם דינא ולא הוי קנס ופטור משום הקבלה ופטור אפי' לפנים משה"ד:

ועי' ברי"ף דהוכיח דהלכה כר"ח דהא דקם דינא דווקא בנו"נ ביד ואי לא הדר דינא מהא דמשני בבכורות מתני' דדן את הדין מיירי בנו"נ ביד והקשו עליו דהא דמוקי התם בנו"נ ביד זה כדי לומר דמתני' אתי אפי' לרבנן ולא לר"מ דווקא ולעולם לענין זה אי קא דינא לעולם קם דינא ולא כר"ח:

ונראה דהנה בש"ך איתא דמש"ה כתב בירושלמי דהדיוט חייב משום דהגיס דעתו משום דהירושלמי לשיטתו דלא סובר גרמי וגם לא מוקי בנו"נ ביד וא"כ ע"כ הא דהדיוט חייב משום דהגיס דעתו וע"ש עוד דכתב דמש"ה מוקי בירושלמי דקיבלו בפירוש לדון דין תורה דאי הקבלה בסתם אמאי הדיוט חייב וע"כ דקיבלו בפירוש לדון דין תורה ומש"ה חייב דהגיס דעתו וממילא דמומחה דלא הגיס דעתו וע"כ פטור משא"כ לדידן דקיי"ל כר"מ דגרמי חייב או היכי דנו"נ ביד דלכ"ע א"כ בקיבלו בפירוש לדין תורה אפי' מומחה חייב ורק בקבלה סתם איירי ואפ"ה הדיוט חייב דכיון דאמרינן גרמי חייב או דנו"נ ביד וע"ש והנה בקיבלו בפירוש לדון דין תורה אמאי לא אמרינן דאי טעה דהקבלה בטל והדר דינא ובש"ך כתב דכיון דלא טעה רק בשה"ד וע"כ חשוב דדן דין תורה ועי' בתומים דזה דוקא אליבא דר"ש דסובר דבטעה בשה"ד לעולם קם דינא אז יש לומר אפי' כי קבלו בפירוש לדון דין תורה אפ"ה לא נתבטל הקבלה אי טעה משא"כ לר"י דמחלק בין מומחה ובין אינו מומחה וש"מ דחשוב טעות וע"כ בקיבלו בפירוש לדון דין תורה וטען דהקבלה בטל דלא נתקיים התנאי ולפ"ז ה"ה לר"ח דמחלק בין נו"נ ביד דבלא נו"נ ביד הדר דינא א"כ בקיבלו בפירוש שידון דין תורה וטעו דהקבלה בטילה רק דאליבא דר"ש לא נתבטל הקבלה וניחא דברי הרי"ף דהוכיח שפיר דהלכה כר"ח דבעינן נו"נ ביד ואי לא הדר דינא דאל"כ אמאי מוקי הגמ' בבכורות בנו"נ ביד לוקמא בלא נו"נ ביד ואפי' כרבנן דל"ס גרמי ואפ"ה אינו מומחה חייב דאיירי בקבלו בפירוש שידון ד"ת ומומחה פטור משום דלא הגיס דעתו כדמוקי בירושלמי אלא ודאי משום דסובר כר"ח דבלא נו"נ ביד חוזר וש"מ דחשוב טעות וע"כ א"א לומר דאיירי דקיבלו בפירוש לדון דין תורה דא"כ הקבלה נתבטל אבל אי אמרינן כר"ש דלעולם קם דינא לא הי' צריך הגמ' לאוקמא בנו"נ ביד אפי' לרבנן רק דקיבל בפירוש שידון דין תורה ומ"מ הקבלה לא נתבטל ומומחה פטור משום דלא הגיס דעתו אלא ודאי דקיי"ל כר"ח דבלא נו"נ ביד הדר דינא וש"מ דחשוב טעות וא"כ אי אפשר לומר דקיבל בפירוש דא"כ הקבלה נתבטל ואמאי מה שעשה עשה. ולפ"ז ניחא דברי הרא"ש הנ"ל דכתב ואי קיבלו עלייהו אפי' נו"נ ביד פטור דלר"ש אין חילוק והקשה אדרבה דאליבא דר"ח דמוקי מתני' בנו"נ ביד שמעינן דמומחה פטור ואפי' בנו"נ ביד. ולפי הנ"ל ניחא דכוונת הרא"ש דאליבא דר"ש

דאין מחלק בין נו"נ ביד ולעולם קם דינא בטעה בשה"ד וש"מ דל"ח טעות ולפ"ז מתני' איירי ואפי' בקיבלו בפירוש לדון דין תורה ואפ"ה הקבלה לא נתבטל וא"כ כי קתני בסיפא דמומחה פטור אפי' בקיבל בפירוש לדון ד"ת משא"כ לר"ח דמחלק בין נו"נ ביד או לא וא"כ ע"כ דלא איירי בקיבלו בפירוש לדון דין תורה דא"כ הקבלה נתבטל דלא דן דין תורה רק דאיירי בקבלה בסתם וא"כ כי קתני דמומחה פטור דווקא בקבלה בסתם ולא בקבלה לדון דין תורה דאז אפי' מומחה חייב דהא בנו"נ ביד ליכא טעמא דאונס רק דפטור משום הקבלה וע"כ אליבא דר"ש אפי' קבלה בפי' פטור משא"כ לר"ח דווקא בקבלה בסתם ולא בקבלה בפירוש וזה הכל בנו"נ ביד דאז הפטור משום קבלה משא"כ בלא נו"נ ביד דפטור משום אונס לכ"ע אין חילוק בין קבלה בסתם או קבלה בפירוש לעולם פטור מומחה ודו"ק:

ועי' בח"מ ס' שפ"ו בש"ך דהקשה הא דאמר רבה בב"ק בגזל חמץ ועבר עליו הפסח ובא אחר ושרפו באנו למחלוקת ר"ש ורבנן אי גורם לממון כממון דמי ובתר הכי קאמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי מגבי בי' דמי שטרא וכו' וקשה דאמאי שביק אמימר חמץ ונקט שטרא לחוד הוי ליה לומר מגבי דמי חמץ מעלי' יעו"ש והוכיח כיון דל"ש לא קנסו דגרמי חשוב רק קנסא:

ולי נראה דהנה בנב"י הקשה דבגזל חמץ ועבר עליו הפסח מהראוי שיהי' מותר בהנאה דליכא משום קנסא דר"ש דהואיל ועבר על ב"י דלנגזל ליכא למיקנס דאונס הוא שהרי לא יכול למוכרו דאינו ברשותו וגם לבטלו אינו יכול דביטול הוא משום הפקר ואינו יכול להפקיר משום שאינו ברשותו ועי' בתשובו' ב"א דכתב דאע"ג דהנגזל לא היה יכול למוכרו לאחר מ"מ היה יכול ליתן לגזלן גופא דלגזלן יכול להקנות אע"ג דאינו ברשותו ועי' בקצה"ח ס' ל"ז ובס' ש"א:

ועי' בתשובות דכתבו דדין זה תליא בדברי אמימר ב"ב (ד' ל') דאיתא שם אמר אמימר איש ואשה שמכרו בנ"מ לא עשו ולא כלום וע"ש דמסיק הגמ' ואב"א אמימר דאמר כר"א ופי' הרשב"ם שם כשמכרו שניהם ביחד לאדם אחד קאמר דלא עשו ולא כלום וכש"כ היכי דמכרה היא לבעלה דלא הוי מכר ומיהו לא תקשה ממתני' דדייקי דהוי מכר דאמימר דאמר כר"א. ולפ"ז איתא בתשובה הנ"ל דלאמימר בגזל ולא נתייאשו אפי' להגזלן לא יכול להקנות כמו במכרה היא לבעלה משא"כ לסתמא דמתני' דהא ראי' יש אמרינן דלגזלן יכולין הבעלים להקנות ולפ"ז ניחא דאמימר לא נקט חמץ משום דלאמימר לשיטתו לא נאסר כלל בהנאה דהנגזל הוי אונס דאפי' לגזלן לא יכול להקנות

וא"כ הוי ממון גמור ול"ש לפלוגתא דגורם לממון וע"כ לא נקט חמץ רק דמי שטרא. אך הקשו דאמאי השמיטו הרי"ף והרמב"ם דינא דרבה הנ"ל:

וע"כ נראה דהא הקשו דאמאי החמץ אסור בהנאה דהא הנגזל לא עבר על ב"י משום דאינו ברשותו ואפי' להסוברים דהיכא דהפקיד אצל אחר דעובר הטעם דכיון דהשאילו הנפקד ביתו חשוב ברשותו וזה ל"ש היכי דהוא ביד הגזלן אך לפי מה דאיתא בס' ש"א דאפי' לשיטת הרמב"ן דבמוציאו מרשותו דאינו עובר זה דווקא במוציאו מרשותו קודם זמן איסורו אבל לאחר זמן איסורו דכיון דכבר הי' חל עליו מצות השבתה לא מהני הך תקנה ולפ"ז משכחת דין דרבה בגזל ממנו לאחר זמן איסורו דכבר חל עליו מצות השבתה וא"כ הנגזל כבר עבר על ב"י אך זה אליבא דר"ש לשיטתו דסובר דלפ"ז אינו עובר עליו ושרי בהנאה וא"כ הגזלן הפסידו ושייך לומר דאי שרף אחר דאז לא יכול לומר הרי שלך לפניך וצריך לשלם לנגזל ותליא בפלוגתא דגורם לממון משא"כ לדידן דקיי"ל כר"י בלפני זמנו א"כ לא משכחת דינא דרבה כלל דבגזל ממנו קודם זמן איסורו לא עבר הנגזל על ב"י דאינו ברשותו בשעה שחל עליו השבתה ובלאחר זמן איסורו הרי כבר נאסר בעת שהי' ביד הנגזל ול"צ הגזלן לשלם להנגזל בבא אחר ושרף וליכא גורם לממון וע"כ השמיטו דינא דרבה ולקמן אות ה' יבואר יותר ודו"ק:

גיד הנשה אי מותר בהנאה

שיטת הרמב"ם דג"ה מותר בהנאה ועי' ביו"ד ס' ס"ה והקשו דכיון דפסק כר"א דכל מקום שנאמר לא יאכל ל"ת אחד איסור אכילה ואחד איסור הנאה במשמע ואיתא בפסחים (ד' כ"ב) דלכך ג"ה מותר בהנאה משום דכשהותרה נבילה היא וחלבה וגידה הותרה ומקשה הא ניחא אי יש בגידין בנ"ט אלא למ"ד דאין בגידין בנ"ט מא"ל ומשני דר"ש דסובר דאין בנ"ט ה"ה דסובר דאסור בהנאה וא"כ לדידן דקיי"ל דאין בנ"ט אמאי פסק דמותר בהנאה ונראה דהנה בפלתי הקשה דאמאי אי אין בגיד בנ"ט ל"ש כשהותרה נבילה וכו' הלא האוכל גיד של נבילה לוקה משום אוכל נבילה נמי וא"כ כשהותרה נבילה להנאה גם גיד הותר דהא הוא בכלל ל"ת נבילה ונראה דהנה הקשה עוד דמאי איריא לר"ש דאין בנ"ט אפי' יש בנ"ט הא ר"ש ס"ל דאין איסור חל על איסור א"כ מעולם לא חל איסור נבילה על איסור גיד והאוכל גיד של נבילה אין לוקה משום נבילה ואיך יתכן כשהותרה נבילה גידה הותרה הא אין בגיד איסור נבילה ואיך יחשב בכלל היתר דנבילה יע"ש:

ולכאורה נראה דהנה באחרונים איתא ועי' בס' ברוך טעם דאליבא דר"ש דאין אחע"א אפי' בכולל ואפ"ה חזינן דאמרה תורה יבא איסור נבילה ויחול על איסור חלב כמו כן

חל איסור נבילה על איסור גיד ועל כל איסורים דאין לומר דמש"ה חל על חלב משום כולל דהא ר"ש לא סובר כולל ואפ"ה גלי קרא דחל על חלב ה"ה על כל איסורים ולפ"ז ניחא קושי' דאי ר"ש סובר דיש בגיד בנ"ט שייך שפיר כשהותרה נבילה דהא אפי' לר"ש באוכל גיד חייב גם משום נבילה ושייך כשהותרה נבילה וכו' וא"כ אדרבה דכיון דל"ס כולל ואפ"ה חל על חלב ה"ה דחל על גיד אך אכתי יש לחלק דנבילה חל על חלב משום דמטמא ואף ע"ג דחלב מנבילה בהמה טהורה טהור מטומאת נבילה עכ"פ טומאת נבילה גם בחלב והיינו בחלב בהמה טמאה וחלב חיה אפי' טהורה וא"כ אין ללמוד מזה שחל איסור נבילה על איסור גיד דיש לומר דשאני גיד שאין עליה שום טומאת נבילות כדאיתא בחולין פ' העור והרוטב אך הטעם דאין בגיד שום טומאה משום דאין בנ"ט משא"כ אי יש בנ"ט גם בגיד יש טומאת נבילות ולפ"ז הכי אזלא קושי' הניחא למ"ד דיש בגיד בנ"ט דאז איכא בגיד טומאת נבילות וא"כ אע"ג דר"ש לא סובר כולל מ"מ חל איסור נבילה על גיד כמו דחל על חלב ושייך כשהותרה נבילה וכו' אלא אי אין בגיד בנ"ט וליכא שום טומאה וא"כ לא דמי להא דחל על חלב וא"כ ל"ח משום נבילה דאיסור כולל לית ליה לר"ש ול"ש כשהותרה ומשני דאליבא דר"ש אסור בהנאה וזה הכל לר"ש לשיטתו דלא סובר כולל משא"כ לדידן וא"כ באוכל גיד של נבילה איכא איסור נבילה ג"כ וא"כ אע"ג דאין בנ"ט מ"מ שייך כשהותרה וכו':

וגם נראה דלפי מה דאיתא בראשונים ועי' תוס' חולין פ' ג"ה ועי' תשובות ב"א דאיסור גיד לא יכול לחול מחיים על איסור אבמ"ה רק דמיתלי תלי לכי פקע איסור אבמ"ה אז חל איסור גיד וא"כ איסור גיד ואיסור נבילה הוי איסור ב"א ובאיסור ב"א אפי' ר"ש מודה דאיסור חל על איסור וא"כ צריכין לומר משום דר"ש סובר דאין בגיד בנ"ט דהא גם לדידיה האוכל גיד של נבילה חייב גם משום נבילה ואע"ג דלית ליה כולל הא הוי איסור ב"א דגם ר"ש מודה דאיסור חע"א אך זה דאיסור גיד לא יכול לחול מחיים על איסור אבר זה אי יש בגידין בנ"ט משא"כ אי אין בגיד בנ"ט אז ליכא על הגיד איסור אבר וא"כ חל איסור גיד מחיים ולא הוי איסור ב"א ולפ"ז קושית הגמ' היא הניחא אי יש בגיד בנ"ט דאז לא יכול לחול מחיים והוי איסור ב"א וא"כ באוכל גיד של נבילה חייב גם משום נבילה ושייך כשהותרה וכו' אלא למ"ד דאין בנ"ט ואז חל מחיים ולא הוי איסור ב"א וא"כ לר"ש לשיטתו דל"ס כולל אוכל גיד של נבילה אינו חייב משום נבילה ול"ש כשהותרה ומשני דאליבא דר"ש באמת אסור בהנאה וזה הכל לר"ש לשיטתו דל"ס כולל משא"כ לדידן דאמרינן כולל ואוכל גיד חייב גם משום נבילה אע"ג דאין בנ"ט שייך כשהותרה וכו':

ולפ"ז ניחא הרמב"ם דפסק באוכל ג"ה של נבילה דחייב שתים וכתב בפלתי דכיון דחשוב אכילה לענין גיד וע"כ חייב גם משום נבילה דכיון דהתורה אחשביה לאכילה לענין גיד חשוב אכילה גם לאיסור נבלה אך הקשה מהא דאיתה בג"ה אלא קסבר דאין בגיד הנשה בנ"ט ואיסור גיד איכא איסור מוקדשין ליכא ואמאי ל"א דכיון דאחשביה התורה אכילה לענין גיד ה"ה לאיסור מוקדשין וע"כ נראה דהנה בתוס' תמה דאמאי לא קאמר דיש בנ"ט ואפ"ה לא חל איסור מוקדשין על איסור גיד משום דסובר דאין אחע"א אפי' בכולל יע"ש. וע"כ נראה דזה כוונת הגמ' דאין בגיד בנ"ט וא"כ יכול לחול איסור גיד מחיים דליכא משום אבר דהא אין בנ"ט ולא הוי איסור ב"א וע"כ לא חייב משום מוקדשין לאו משום דאין בנ"ט דאז יש לומר דכיון דחשוב אכילה לענין גיד ה"ה לאיסור מוקדשין אך משום דאין איסור חל ע"א אפי' בכולל דבשלמא אי יש בנ"ט ואז לא חל מחיים על איסור אבמ"ה וא"כ ל"ש דאין איסור מוקדשין חל על איסור גיד דהא איסור גיד לא קדים אך משום דסובר דאין בנ"ט דאז חל מחיים וע"כ לא חייב משום מוקדשין דסובר דאין אחע"א אפי' בכולל ולעולם דאמרינן הך סברא דאחשביה וע"כ לדידן דאמרינן כולל אע"ג דחל מחיים חל איסור נבילה על גיד ואע"ג דאין בו בנ"ט ע"ז אמרינן מיגו דחשוב אכילה לגיד וכו' רק טעמא דגמ' משום דאין איסור חע"א אפי' בכולל וניחא גם קושית תוס' הנ"ל:

ולפ"ז ניחא מה שקשה על התוס' פסחים על הא דמבשל ג"ה בחלב ביו"ט דהקשו דאמאי לא תני דהיה ג"ה של נבילה וחייב נמי משום נבילה והקשו דלימא סובר האי תנא דאין איסור חע"א אפי' בכולל וע"כ לא חייב משום נבילה ולפ"ז ניחא דהא הך תנא ע"כ סובר דיש בגיד בנ"ט מדמחייב גם משום בשר בחלב ואי יש בגידין בנ"ט א"כ לא מצי לחול איסור גיד על איסור אבמ"ה והוי איסור ב"א עם איסור נבילה ובאיסור ב"א לכ"ע איסור חל על איסור:

וגם יש לומר דהרמב"ם הוכיח מהא דאיתא בחולין (ד' ק"א) דאמר ר"י אמר רב האוכל ג"ה של נבילה ר"מ מחייב שתים וחכמים סוברים דאינו חייב אלא אחת ומודים חכמים באוכל ג"ה של עולה ושל שור הנסקל משום דחמור דאסור בהנאה וקשה הא ע"כ סובר האי תנא דאין בגיד בנ"ט דאל"כ לא מצי לחול איסור גיד על איסור אבמ"ה והוי איסור ב"א ולכ"ע איסור חע"א ואמאי אינו חייב משום נבילה אלא ודאי דאין בנ"ט ואי אמרינן דאי אין בנ"ט אסור בהנאה א"כ אמאי בשל עולה מודה משום דחמור דאסור בהנאה הא גיד ג"כ אסור בהנאה אלא ודאי אפי' אי בנ"ט שרי גיד בהנאה:

וגם נראה לבאר דברי הרמב"ם דסובר באוכל ג"ה של נבילה דחייב שתים ובגמ' איתא דאי אין בגיד בנ"ט איסו' מוקדשין ליכא וע"כ נראה דהא בתוס' הקשה דאמאי לא קאמר דלעולם דיש בגיד בנ"ט ואפ"ה לא חייב משום מוקדשין משום דאין איסור חע"א אפי' בכולל וכ"ת משום דמתני' אתי' כר"מ דאמר דנוהג בשליל ור"מ מחייב שתים באוכל גיד של נבילה אלמא דסובר דאיסור חל על איסור בכולל דהא השתא דמשני דאין בגיד בנ"ט ג"כ לא אתי' כר"מ דהא ר"מ סובר ע"כ דיש בנ"ט מדמחייב שתים וע"כ נראה דהנה לפי סברת הפלתי יש לומר דגם ר"מ סובר דאין בנ"ט ואפ"ה חייב גם משום נבילה משום דאחשבי' לגבי גיד ה"ה לענין נבילה ואפ"ה קאמר הגמ' דאי אין בנ"ט איסור מוקדשין ליכא היינו משום דאין איסור חע"א משום דליכא כולל אי אין בנ"ט משא"כ אי יש בנ"ט איכא כולל וסתמא דמתני' סובר כולל דסתמא כר"מ ור"מ סובר כולל ונקדים דלכאורה תקשה אמאי לר"מ דסובר כולל באוכל ג"ה של נבילה חייב שתים לפי מה דאיתא בתשובות הריב"ש דל"ש כולל אלא כשהפעולה אחת אבל אי נשבע שלא יאכל מצה ושלא ילבש בגדי משי ל"א כולל דכיון דהפעולות חלוקות וא"כ כיון דאין בגיד בנ"ט לא נחשב אכילה לגבי גיד דהוא רק עץ בעלמא וא"כ ל"ש לומר מיגו דחל איסור נבילה על הבשר חל על הגיד דחשוב כמו שני פעולות דכיון דל"ש אכילה על הגיד וחשוב כנשבע שלא יאכל בשר ועץ אך כבר הקשה מהא דשבת ויה"כ דחייב שתים משום כולל מיגו דחל על אכילה חל איסור יוה"כ גם על מלאכה והא חשוב פ"ח ומתרץ בס' שעה"מ דהריב"ש לא קאמר רק גבי שבועה דאיסור הבא ע"י עצמו משא"כ באיסור הבא מאליו ולפ"ז בגיד של נבילה חשוב שפיר כולל משום דבא מאליו ולפ"ז בגיד של מוקדשין דבא ע"י עצמו ועי' בתוס' שבועות וע"כ קאמר דאי אין בגיד בנ"ט לא חייב משום מוקדשין משום דאין אחע"א וכולל לא הוי דחשוב פ"ח ולעולם דאמרינן אחשביה גם לענין מוקדשין ולפ"ז ניחא קושית התוס' דאי יש בנ"ט היה חייב גם משום מוקדשין דל"ש דאין אחע"א דחשוב כולל דל"ח פ"ח ולומר דל"ס תנא דמתני' כולל זה דוחק להגמ' כיון דמתני' סובר כר"מ ור"מ סובר כולל ואין לומר דהא ר"מ סובר ע"כ דיש בנ"ט מדמחייב גם משום נבילה וע"כ לא אתי כר"מ ע"ז יש לומר דסובר דאין בנ"ט ואפ"ה חייב גם משום נבילה מיגו דחשוב אכילה לגבי גיד והא דקאמר דאיסור מוקדשין ליכא משום דאין אחע"א וכולל ליכא אי אין בנ"ט דחשוב פ"ח. משא"כ בנבילה דאיסור בא מאליו ואמרינן כולל אפי' בפ"ח משא"כ במוקדשין אבל אי יש בנ"ט איכא כולל ותנא דמתני' סובר כולל וניחא דברי הרמב"ם דבגיד של נבילה חייב שתים כיון דחשוב אכילה

לגבי גיד וכולל הוי דאיסור הבא מאליו משא"כ מוקדשין ל"ח כולל אי אין בנ"ט דהוי פ"ח ולעולם דאמרינן מיגו דחשוב אכילה לגבי גיד וכו':

והנה לפי מה דאיתא בירושלמי דג"ה של בהמה כשרה אסור בהנאה דל"ש תירוץ הגמ' כשהותרה נבילה היא וגידה הותרה דזה שייך על גיד של נבילה ולפי זה יש לומר דגיד חל מחיים על איסור אבמ"ה דאיסור מוסיף הוא דאבמ"ה שרי בהנאה משא"כ גיד אסור בהנאה ואפי' לסוברים דהנאה ל"ח מוסיף זה משום דעל הנאה ליכא מלקות והטעם דעל הנאה ליכא מלקות משום דבר הראוי לאכילה עיקר הנאתו אכילה ולא עומד להנאה וזה ל"ש בגיד אי אין בגיד בנ"ט דאז עומד יותר להנאה מלאכילה ועי' בתוס' פסחים (דף כ"ב) ד"ה ור"ש דכתבו דחזקיה מודה לר"ש דגיד אסור בהנאה דכיון דאין בגיד בנ"ט סברא הוא דכי אסור בהנאה נמי אסור דלא שייכא ביה אכילה וניחא בזה קושית התוס' לקמן (דף כ"ג) ד"ה נזרו וכו' דהקשה לחזקיה נזרו למאי אתא אך דכיון דחרצן מידי דלאו בר אכילה כמו גיד א"כ אי לא כתב נזרו להתיר בהנאה ה"א דאסור בהנאה אפי' לחזקי' דמסתמא התורה אסרה הנאה דל"ש אכילה ולפ"ז כיון דגיד איכא מלקות על הנאה חשוב מוסיף ועיין במל"מ הלכות יסודי התורה וראיה לזה דבמידי דלאו בר אכילה איכא מלקות על הנאה מהא דאיתא בסוכה (דף ל"ה) בתוס' שם ד"ה לפי שאין בו וכו' דהקשה דגבי לולב של אשרה למאי צריכין לטעם דמיכתת שיעורא ת"ל משום דאין בו דין ממון והקשו על התוס' דאמאי לא הקשה על הסוגיא דהכא דמפרש הטעם דאתרוג של אשרה פסול משום דמיכתת שיעורא ת"ל דליכא דין ממון ועי' בכ"ת. וע"כ נראה דלפי מה שהקשו על מ"ד לפי שאין בו דין ממון הא חזי ליהנות שלא כד"ה וע"כ צריכין לומר דליכא שוה פרוטה על שלא כד"ה וא"כ קשה מאי הקשה בתוס' דת"ל לפי שאין בו דין ממון הא נפ"מ בשוה פרוטה שלא כד"ה דאז צריכין הטעם דפסול משום דמיכתת שיעורו דדין ממון איכא:

ונראה דהנה בתוספות קדושין (דף נ"ז) הקשה דאמאי במקדש באיסורי הנאה דאינה מקודשת הא יכולה ליהנות שלא כד"ה והקשה במל"מ דהתם בפסחים לא קאמר רק דליכא מלקות על שלא כד"ה אבל איסור איכא אפי' שלא כד"ה ונראה דהא לשיטת הרמב"ם דעל הנאה ליכא מלקות וא"כ ע"כ הא דקאמר שם דאין לוקין אלא כד"ה ומשמע הא כד"ה איכא מלקות ולהרמב"ם לעולם ליכא מלקות על הנאה וכתבו דקאי על אכילה ולא על הנאה דעל אכילה אין לוקין אלא כד"א יע"ש ובס' אור חדש. ולפ"ז ניחא התוס' הנ"ל דעל אכילה דאיכא מלקות כד"א וע"כ על שלא כד"א נהי דמלקות ליכא אבל איסורא איכא משא"כ הנאה דאפי' כדרך הנאה ליכא מלקות וע"כ שלא כד"ה

אפי' איסור ליכא וניחא התוס' קידושין ולפ"ז לולב דל"ש אכילה ועומד להנאה יותר ואז איכא מלקות על הנאה וע"כ שפיר הקשה בתוס' סוכה דת"ל דאין בו דין ממון ואין לומר דנפ"מ בשוה פרוטה שלא כד"ה דמאי בכך הא מ"מ איסורא איכא כיון דאיכא מלקות על הנאה כד"ה שלא כד"ה איכא איסורא וזה תינח בלולב משא"כ אתרוג דראוי לאכילה וא"כ ליכא מלקות על הנאה וממילא שלא כד"ה אפי' איסור ליכא וע"כ לא הוי מצי להקשות על אתרוג דנפ"מ באיכא שוה פרוטה על שלא כד"ה וצריכין לטעמא דמיכתת וכו':

ולפ"ז אי אמרינן דיש בגיד בנ"ט אז ליכא מלקות על הנאה ול"ח מוסיף מה שאסור בהנאה משא"כ אי אין בגיד בנ"ט אז איכא מלקות על הנאה וחשוב מוסיף ולפ"ז ניחא הרמב"ם דסובר באוכל ג"ה של נבילה דחייב שתים ובגמ' איתא דאי אין בגיד בנ"ט אז ליכא איסור מוקדשין. וע"כ נראה דהא בתוס' הקשה דאמאי לא משני דיש בגיד בנ"ט ואפ"ה לא חייל איסור מוקדשין על איסור גיד משום דסובר דאין אחע"א אפי' בכולל. ולפ"ז יש לומר דכוונת הגמרא דאי אין בגיד בנ"ט איסור מוקדשין ליכא ול"א משום דחשוב אכילה לענין גיד ה"ה לענין מוקדשין דבאמת חשוב אכילה אך משום דאין איסור חל על איסור אפי', בכולל דבשלמא אי יש בגיד בנ"ט ואז ליכא מלקות על הנאה ול"ח מוסיף ולא מצי לחול על איסור אבמ"ה וא"כ איסור גיד לא קדים לאיסור מוקדשין וא"כ מה בכך דלא סובר איסור כולל הא איסור ב"א סוברים כ"ע דאחע"א וע"כ קאמר דקסבר דאין בגיד בנ"ט ואז איכא מלקות על הנאה וחשוב מוסיף וחייל איסור גיד על איסור אבר מחיים וע"כ לא מצי לחול איסור מוקדשין על איסור גיד משום דסובר דאפי' בכולל אין אחע"א רק במוסיף משא"כ אליבא דאמת דאמרינן איסור כולל וע"כ באוכל ג"ה של נבלה חייב שתים ואע"ג דל"ח אכילה אמרינן דאחשביה וכו' והא דקאמר דאיסור מוקדשין ליכא משום דאין אחע"א אפי' בכולל דכיון דאין בגיד בנ"ט איכא מלקות על הנאת גיד וחל מחיים על איסור אבמ"ה דחשוב מוסיף וא"כ לא מצי לחול איסור מוקדשין על איסור גיד דל"ס כולל משא"כ אי יש בנ"ט אז ליכא מלקות על הנאה ול"ח מוסיף ולא מצי לחול על איסור אבר וא"כ איסור גיד לא קדים לאיסור מוקדשין ומה בכך דלא סובר כולל:

וגם נראה הא דסובר הרמב"ם ג"ה מותר בהנאה אע"ג דסובר דאין בגיד בנ"ט דהא הקשו דאפי' אי אין בגיד בנ"ט ולא הותרה בכלל נבילה מ"מ הותרה בכלל טריפה והתם כתיב לכלב תשליכון אותו וא"כ גם גיד בכלל ועי' בס' פ"י ונראה דהא הקשו דמנ"ל דטריפה שרי בהנאה והא דשרי התורה ליתן לכלבים היינו לכלבים של הפקר ועי' במכילתא

והוכיחו מזה דמידי דאסור בהנאה אפי' לכלבים של הפקר אסור ליתן ונראה דע"כ שמעינן דטריפה שרי בהנאה דאל"כ למאי איצטריך קרא דאיסור טריפה חל על חלב ת"ל דהוי איסור מוסיף לענין הנאה להסוברים דעל הנאה איכא מלקות א"כ הוי מוסיף אלא ודאי דטריפה שרי בהנאה וא"כ ר"ש לשיטתו דל"ס מוסיף ולדידיה יש לומר דגם טריפה אסור בהנאה וע"כ קאמר הגמרא דאי אין בגיד בנ"ט גיד אסור בהנאה דאין לומר דהוא בכלל טריפה דליתא דלדידיה יש לומר דגם טריפה אסור בהנאה משא"כ לדידן דע"כ שמעינן דטריפה שרי בהנאה דאל"כ הוי איסור מוסיף וממילא יש לומר דאפי' אין בנ"ט ולא הותרה בכלל נבילה הותרה בכלל טריפה וע"כ פסק דגיד מותר בהנאה:

ועיין בס' ש"א ובס' ב"ט דכתבו דלפי מה דהקשה בתוס' רי"ד אמאי אמרינן דבאיסור ב"א אחע"א אמאי לא אמרינן דכל שאינו בזה אחר זה אפי' בב"א אינו והתירוץ דהאי מפקת וע"כ חידשו באיסור ב"א בגוונא שאחד מהן יכול לחול על איסור השני אף אי קדמו והאיסור השני לא היה יכול על איסור הראשון אי קדמו אז אפי' אם בא בב"א לא חלין שני איסורים רק האיסור שהיה יכול לחול על איסור השני אפי' אי היה קדים לאיסור זה אבל האיסור השני שלא היה יכול לחול על האיסור אי היה קדים אז אפי' בב"א לא חל איסור זה ונדחה איסור זה משום דכל שאינו בב"א אפי' בזא"ז אינו ול"ש האי מינייהו מפקת דמסתברא יותר לחול האיסור זה שהיה חל אפי' אי איסור השני קדים ולפ"ז כתבו בהא דנדרים חלין על איסור שבועה משום דשבועה איסור גברא ואיסור נדר חשוב איסור חפץ וע"כ חל על איסור שבועה משא"כ איסור שבועה לא חל על איסור נדר דאיסור גברא לא יכול לחול על א"ח ולפ"ז אפי' היכי שבא בב"א איסור נדר ואיסור שבועה נדחה איסור שבועה וחל איסור נדר משום דאפי' אי היה בזה אח"ז איסור נדר לעולם חייל על איסור שבועה ואיסור שבועה לא חל על איסור נדר דקדים וע"כ אפי' אי בא בב"א נדחה איסור שבועה ולא חל רק איסור נדר יע"ש ותירצו בזה קושית התוס' בשבועות דאיסור נבילה ואיסור י"ה הוי איסור ב"א. אך כיון די"ה חשוב איסור גברא ונבילה א"ח וע"כ אפי' בב"א לא חל רק א"ח ולא א"ג:

ולפ"ז ניחא הרמב"ם דיליף לקובעו חובה מבערב תאכלו מצות והקשה בלח"מ דכיון דפסק כר"י בלפ"ז א"כ ההיקש אתא לקובעו חובה דכמו דאיסור חמץ אפי' בזה"ז ה"ה מצה אפי' בזה"ז וע"כ נראה דהא הקשו דהא קרא לא תאכל חמץ שבעת ימים תאכל מצות בעינן דלא יוצא במצה של טבל משום דבעינן שיהיה איסור חמץ משא"כ בטבל יהיה איסור טבל דאין אחע"א ונראה דהנה בס' שא"ת ב"א הקשה נהי דאין אחע"א אפי'

בכולל הא הוי איסור ב"א דקודם שנתחמץ כ"צ חשוב שלא כד"א וליכא לא איסור חמץ ולא איסור טבל ובעת שנתחמץ כ"צ אז בא ביחד איסור טבל ואיסור חמץ:

ולכאורה נראה לפי מה דאיתא בתוס' יבמות דאפי' באיסור ב"א מ"מ היכא דאיסור אחד יש לו היתר ולהשני אין לו היתר אז חל רק איסור שאין לו היתר ולא השני אפי' בב"א יע"ש (דף ל"ג) תוס' ד"ה באיסור ב"א דכתבו וז"ל והשתא הא דפליג ר"ש ואמר אינו חייב אלא אחת והיינו משום אשת אח בלבד אע"ג דבב"א אשת אח דחמור חייל דאין לה היתר לאחר מיתה רק במקום יבום אבל אחות אשה שרי לאחר מיתת אשתו וכו' יע"ש ולפ"ז ה"ה הכא דכיון דאיסור חמץ יש לו היתר לאחר פסח משא"כ איסור טבל כמו שהוא אין לו היתר וע"כ אפי' בב"א לא חל רק איסור טבל דאין לו היתר משא"כ איסור חמץ לא חל כיון דיש היתר לאיסורו והא תינח לר"ש לשיטתו דשרי לאחר פסח משא"כ לר"י לשיטתו דאוסר לאחר פסח ואין לו היתר א"כ הוי איסור ב"א ואיכא גם איסור חמץ וא"כ לא קשה דאיך יליף לקובעו חובה הא בעינן על מצה של טבל דליתא דהא יוצא במצה של טבל לר"י דחשוב איסור ב"א וא"כ לדידן נהי דקיי"ל כר"י בלפ"ז אבל לאחר זמנו קיי"ל כר"ש וליכא איסור ב"א ולא יוצא במצה של טבל מהך קרא וע"כ יליף הרמב"ם לקובעו חובה מקרא בערב תאכלו מצות:

אך לפי מה שחידשו היכי דחדא איסור גברא וחדא א"ח אז אפי' היכי דבא בב"א לא חל רק א"ח ולא א"ג והנה חמץ חשוב א"ג דכיון דיש לו היתר לאחר פסח ל"ש א"ח דמה"ט חשוב דשיל"מ דחשוב גם עכשיו היתר והוי מב"מ לפי הר"ן בנדרים ול"ש א"ח רק א"ג משא"כ איסור טבל חשוב א"ח כמו כל איסורין וא"כ אפי' אי הוי ב"א כמו שהקשה בתשובה מ"מ לא חל רק א"ח דהיינו איסור טבל ולא איסור חמץ דחשוב א"ג וליכא איסור חמץ וע"כ אינו יוצא לר"ש במצה של טבל וזה לר"ש לשיטתו דשרי לאחר פסח משא"כ ר"י דאוסר גם לאחר פסח וא"כ גם חמץ חשוב א"ח וא"כ כיון דהוי איסור ב"א איכא גם איסור חמץ ויוצא במצה של טבל וע"כ יליף לקובעו חובה מהקישא משא"כ לדידן דקיי"ל כר"ש לאחר זמנו וחמץ חשוב א"ג משא"כ איסור טבל וא"כ אע"ג דהוי ב"א לא חל איסור חמץ וצריכין קרא על טבל וע"כ יליף לקובעו חובה מבערב תאכלו מצות:

אך תקשה הא דאיתא בג"ה אלא קסבר דאינו נוהג בשליל ואיסור גיד ואיסור מוקדשין בא בב"א ותקשה הא אי היתה בזה אחר זה אז איסור מוקדשין חל על איסור גיד מטעם כולל משא"כ איסור גיד על איסור מוקדשין דליכא כולל לא חל וא"כ אפי' אי הוי בב"א לא חל רק איסור מוקדשין ולא איסור גיד. וכן תקשה דמתרצו על ר"ש דסובר דאוכל נבילה בי"ה דפטור והקשה בתוס' דהא הוי איסור ב"א וכתבו דכיון דר"ש לית ליה איסור

כולל ולא מוסיף א"כ מדחזינן דאיסור נבלה חל על חלב וכן איסור טריפה ה"ה דחל על כל איסורים דאין לומר דמש"ה חל על חלב משום דכולל דהא ר"ש לית ליה כולל ולפ"ז מה בכך דהוי ב"א איסור נבילה ואיסור י"ה הא אפי' אי היה בזה אחר זה איסור נבלה בודאי דחל על איסור י"ה כמו דחל על חלב משא"כ איסור י"ה לא חל על נבלה דכיון דל"ס כולל א"כ אפי' אי הוי ב"א לא חל רק איסור נבלה ולא איסור י"ה משום דכל שאינו בזא"ז אפי' בב"א אינו יע"ש וקשה מהא דאיתא בחולין אכל אמ"ה מהטריפה דר"י סובר דחייב שתים ומפרש הגמ' דפליגי דר"י סובר דלאיברים עומדת ואיסור אבר ואיסור טרפה אתא בהדדי והוי איסור ב"א והקשה בתוס' ת"ל דהא ר"י סובר איסור כולל וכש"כ מוסיף ואיסור אבמ"ה חשוב מוסיף לב"נ ותירצו דאע"ג דר"י משני מתני' דשבועות בכולל הוא לא סובר כולל ולא מוסיף יע"ש וקשה דכיון דל"ס כולל ואפ"ה חזינן דהתורה אמרה דיבא איסור נבלה ויחול על איסור חלב וכן טריפה חל על חלב וממילא דחל איסור טריפה על כל איסורים ולפ"ז אפי' אי היה בזה אחר זה לא היה חל רק איסור טריפה כמו דחל על חלב משא"כ איסור אבר אי היה בזה אחר זה לא היה חל על איסור טריפה דכיון דל"ס מוסיף וא"כ אפי' אי הוי בב"א לא חל רק איסור טריפה ולא איסור אבר:

ובזה דאמרנו דחשוב איסור ב"א דכיון דכ"ז שלא נתחמץ כ"צ חשוב שלא כד"א וע"כ הוי איסור ב"א ניחא בזה קושית התוס' בפסחים על הא דאיתא בחולין (דף ד') חמצן של עוברי עבירה אחר פסח מותר מפני שהן מחליפין וס"ד דאתיא כר"י דסובר דאסור לאחר פסח מדאורייתא וכו' והקשה בתוס' דהא הדר ר"א ב"י ואליבא דר"י אסור אפי' של א"י וש"ג דלא ילפינן שאור דאכילה משאור דראי' וא"כ תקשה מאי בכך דהן מחליפין בשל א"י דגם חמץ של א"י אסור יע"ש ונראה דהא הקשו מנ"ל דהדר ר"א ב"י דהא הקשו על הא דמ"ד דלא מעל משום דסובר כר"ח דכרת פוטר מלשלם ואמאי לא אמרינן מעידנא דאגבהה קני' וחיוב מעילה קודם חיוב כרת דחמץ וכן הקשו על הא דמשני הגמ' לקמן דמש"ה באוכל ת"ח דבמזיד פטור ואתיא ריה"ג דחמץ מותר בהנאה ואפ"ה פטור מלשלם משום דאתיא כר"ח דסובר דכרת פוטר מלשלם וקשה ג"כ הא לא בא בב"א דמעידנא דאגבהה קניה:

ולכאורה נראה דהא הקשו דאיסור חמץ לא חל על איסור תרומה דקדים וממילא ליכא כרת דחמץ ותירצו דהא הוי איסור מוסיף דמחמת חמץ נוסף לאו דב"י וע"כ ל"ש מעידנא דאגבהה קניה דליתא דהא הגבהה צורך אכילה היא דאי לא היה הגבהה ליכא ב"י דאינו שלו רק ע"י הגבהה דחשוב שלו משום אחריות דעובר על ב"י אז חל איסור חמץ על

איסור תרומה וחייב כרת על חמץ וא"כ הגבהה צורך אכילה ועיין בחידושי הרי"מ. אך לכאורה אפי' בלא הגבהה חל איסור חמץ על איסור תרומה דחמץ איסור כולל הוא אך נראה דחמץ חשוב קל איסורו דיש היתר לאיסורו וקל ע"ח לא חייל אפי' בכולל דהא לאחר פסח שרי משא"כ תרומה אין היתר לאיסורו וקל על חמור לא חל אפי' בכולל רק מוסיף חל אפי' קל על חמור ועי' בתוספות יבמות דכתבו כן וע"כ הא דחל איסור חמץ משום דנתוסף לאו דב"י ע"י הגבהה וא"כ הגבהה צורך אכילה היא. ובזה ניחא מה שהקשו דאמאי לא קאמר דמלקות דחמץ פוטר מלשלם במזיד:

וע"כ נראה על דרך פלפול דהא הקשו אי קל על חמור לא חל אפי' בכולל דהא איתא בחולין שבת וי"ה ועשה מלאכה דחייב שתים משום כולל די"ה כולל גם אכילה ואע"ג די"ה לנגד שבת חשוב קל על חמור די"ה רק בכרת ושבת מיתת ב"ד ותירצו דאליבא דר"ח דגם כרת פוטר מלשלם ודמי למיתת ב"ד א"כ כרת דמי למיתת ב"ד ולא הוי קל ע"ח ולעולם דקל על חמור לא חל אפי' בכולל ולפ"ז יש לומר דכוונת הגמ' דאתיא כר"ח דלדידיה יש לומר דקל ע"ח לא חל אפי' בכולל וא"כ אי לא היה הגבהה לא היה חל איסור חמץ אע"ג דכולל הוא רק ע"י הגבהה דאיסור מוסיף לאו דב"י וע"כ הוי הגבהה צורך אכילה ולעולם דהפטור משום מלקות דחמץ ולא משום כרת דחמץ וע"כ הרמב"ם בפי' המשנה לא כתב רק משום דאין אדם לוקה ומשלם ולא הביא לדר"ח משום דאליבא דאמת דחמץ אסור בהנאה ול"ש מדאגבהה קניה דבאיסור הנאה ל"ש קנין ועיין בשמ"ק כתובות וא"כ אפי' אי אמרינן דלא כר"ח ואז ע"כ אפי' כולל חל על חמור איסור קל וא"כ בלא"ה חל איסור חמץ אפי' בלא הגבהה משום כולל מ"מ לא קשה מדאגבהה ול"ש דהגבהה צורך אכילה מ"מ לא קשה מדאגבהה קניה משא"כ הסוגיא דמשני כריה"ג דחמץ מותר בהנאה וע"כ הוצרך לומר כר"ח ולעולם פטור משום מלקות דחמץ:

והנה מה שהקשו באוכל חמץ של הקדש דאמאי לא אמרינן מעידנא דאגבהה וכו' תירצו לפי מה דאיתא בריטב"א בקידושין לחלק דמש"ה אדם אחר מעל מיד מעידנא דאגבהה משא"כ הגזבר לא מעל עד שיהנה משום דאדם אחר נהי דהיה שוגג דלא ידע דהיה של הקדש עכ"פ ידע מזה דאינו שלו וא"כ נתכוון לגוזלו וע"כ מעל מיד משא"כ הגזבר דסובר דהוא שלו ולא נתכוון לגוזלו וע"כ לא מעל עד שיהנה וא"כ הכא בחמץ דלפי דעתו דלא ידע שהוא של הקדש רק דהזיד בחמץ א"כ לא נתכוון לגזול דהא חמץ אסור בהנאה אפי' לאחר הפסח משום קנס ולאו בר דמים היא רק מש"ה מעל דחמץ של הקדש לא קנסו דלא עבר על ב"י וא"כ לפי דעתו דלא ידע דהוא של הקדש ואסור בהנאה לעולם ולאו בר דמים א"כ לא נתכוון לגוזלו בעת הגבהה ודמי לגזבר ולא בא איסור המעילה רק בעת

דאכל כמו הגזבר וא"כ איסור מעילה ואיסור כרת דחמץ בא בב"א ול"ש מעידנא דאגבהה קניה והקשו דלפ"ז הוכיח דר"א ב"י הדר דילמא לעולם דלא הדר ואוקימתא דר"א ב"י הכי אזלא דכ"ע ס"ל כר"ח דכרת פוטר ומ"ד מעל כר"ש וא"כ אע"ג דכרת פוטר מ"מ מעל משום דמעידנא דאגבהה וכו' דכיון דחמץ לאח"ז מותר לר"ש ואין לומר דקניס עכ"פ לר"ש דהא השתא דלא הדר ר"א ב"י יש לומר דר"ש לא קניס כלל וא"כ אפי' דלא ידע דהיה של הקדש מ"מ נתכוון לגזול דכיון דלא קניס ר"ש וע"כ שייך מעידנא וכו' ולא דמי לגזבר ומ"ד דלא מעל כר"י ולעולם דשל א"י או ש"ג שרי גם לדידיה דיליף אכילה מראיה אך כיון דלא ידע שהיא של הקדש וא"כ אסור לאחר פסח ולא נתכוון לגזול ודמי לגזבר ולא מעל מעת הגבהה וא"כ חיוב מעילה וכרת דחמץ בא בב"א וע"כ לא מעל ולעולם דלא הדר ר"א ב"י ועיין בתשובות מהר"מ מינץ. אך דהא קשה דאין איסור חמץ חל על איסור הקדש וליכא כרת דחמץ וע"כ משום דע"י הגבהה עובר על ב"י וחשוב איסור מוסיף וא"כ הגבהה צורך אכילה ול"ש מעידנא דאגבהה וכו' וא"כ תקשה אמאי מעל אפי' לר"ש וע"כ הוכיח דהדר ד"א ב"י אך אכתי יש לומר דלא הדר וכ"ע סוברים כר"ח דכרת פוטר וטעמא דאליבא דר"ש לא מעל משום דמעידנא וכו'. ואין לומר דהגבהה צורך אכילה דליתא דאפי' בלא הגבהה חל איסור חמץ לענין כרת דחשוב איסור ב"א דקודם שנתחמץ כ"צ חשוב שלא כד"א וליכא שום איסור אך לאחר שנתחמץ כ"צ אז הוי ב"א אך אי במעילה חייב אפי' שלא כד"א משום דלא כתיב אכילה וא"כ לא הוי איסור ב"א דאיסור הקדש קדים וע"כ הא דחל איסור חמץ משום דנוסף לאו דב"י וא"כ הגבהה צורך אכיל ול"ש מעידנא וכו' ואמאי מעל לר"ש וע"כ דהדר ר"א ב"י ולפ"ז רבא דמשני בפסחים (דף כ"ו) שאני היכל דלתוכו עשוי ופי' התוס' משום דהוי שכד"ה ואע"ג דלא כתיב אכילה כתבו בתוס' שם משום דמעילה ילפינן מתרומה ובאמת אביי פליג ע"ז ועי' במהרש"א שם וא"כ לרבא יש לומר דלא הדר ר"א ב"י וכ"ע סברי כר"ח וטעמא דמעל אליבא דר"ש משום דמעידנא וכו' ואין לומר דהגבהה צורך אכילה דליתא דהא הוי איסור ב"א ושם בחולין קאי הסוגיא לרבא וע"כ אפי' לר"י שייך מפני שמחליפין בשל כותים דכיון דלא הדר ושרי של כותים ודו"ק:

אות ד

דבר שיש לו מתירין

הנה קיי"ל דבר שיל"מ לא בטל ועיין בריש ביצה (דף ד') רש"י פי' הטעם משום דעד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר ושיטת הר"ן בנדרים משום מב"מ דכיון דיש לו היתר

לאחר זמן חשוב מב"מ ומודו רבנן לר"י דלא בטל יע"ש והנה בדין זה ליכא פלוגתא כלל רק ברמב"ן בפסחים איתא דהא דסובר ר"י דחמץ בפסח בששים ואע"ג דחשוב דבר שיש לו מתירין דקיי"ל כר"ש דאחר פסח שרי וגם משום קנסא ליכא דע"י תערובות לא קנסו וכתב דר"י פליג על זה ועיין בפלתי ס' א' דכתב דגם אביי ורבא בסוף ביצה דמשנו דמש"ה לא בטל מים ומלח לגבי עיסה טעם אחר ולא משום דשיל"מ אלמא דסוברים דאפי' דשיל"מ בטל יע"ש והנה לטעמא דר"ן משום מב"מ לכאורה ראוי לומר דיבש ביבש ל"ש דשיל"מ דהא ר"י גופיה דסובר מב"מ לא בטל מ"מ איתא בתוס' זבחים דיבש ביבש בטל אפי' מב"מ וא"כ כמו כן מהראוי להיות דגם דשיל"מ בטל ביבש ביבש אך הקשו דהא ביצה שנתערבה בביצים דיבש ביבש הוא ואפ"ה מסיק הגמ' דלא בטילה משום דבר שיל"מ ואמאי:

ונראה דהא בפלתי ס' צ"ט איתא דמש"ה סובר רש"י הטעם דעד שתאכלנו באיסור דמאי איסורא איכא דכיון דנתבטל אך כיון דחזינן דאמרינן דחוזר וניעור אלמא דאפי' נתבטל כמאן דאיתא דהא בהא תליא דאי כמאן דליתא אמאי חוזר וניעור וש"מ דלא פרח האיסור לגמרי ע"י הביטול וע"כ שייך לומר עד שתאכלנו באיסור וכו' ובזה ניחא קושית הרמב"ן הנ"ל על ר"י דר"י לשיטתו דסובר בע"ז דראשון ראשון ול"ס דחוזר וניעור וש"מ דפרח האיסור לגמרי ע"י הביטול וע"כ ל"ס דשיל"מ לא בטל משא"כ לדידן ולפ"ז יש לומר דהא דהוצרך הר"ן לחדש משום מב"מ משום דסובר דאיסור שנתבטל כמאן דליתא ופרח האיסור ממנו ול"ש עד שתאכלנו באיסור וע"כ כתב הטעם משום מב"מ ולפ"ז לפי מה דסוברים דיבש ביבש לכ"ע כמאן דאיתא ועי' בבכורות א"כ נהי דליכא טעמא של הר"ן משום מב"מ ביבש אז שייך הטעם של רש"י משום דעד שתאכלנו באיסור דכיון דבזה כמאן דאיתא:

וניחא מה שהקשו לשיטת הר"ן הא דמשני ר"א לעולם ס' יו"ט וספק חול הוי דבר שיל"מ ולא בטל ופי' רש"י כי היכי דאחמירו דלא בטל ה"ה דלא אמרי' דס' דרבנן לקולא ולדברי הר"ן דלא בטל הוא משום מב"מ א"כ אינו ענין לומר דל"א דס' דרבנן לקולא אך התם בביצה דהוא יבש ביבש וע"כ הא דלא בטל דל"ש מב"מ וע"כ משום דעד שתאכל באיסור וע"כ דה"ה דהחמירו דל"א ס' דרבנן לקולא מטעם זה:

ובזה נראה לתרץ קושית הש"ך ביו"ד ס' ק"ב על הא דהביא המחבר בשם יש מי שאומר דכל היכי דאין המתיר עתיד לבא בודאי כגון ביצה של ספק טריפה שנתערבה באחרות אינו בדין דשיל"מ לפי שאין המתיר בודאי והקשה בש"ך למה כתב יש מי שאומר דהא מוכח כן בש"ס רפ"ק דביצה דפריך התם לפי מה דמשני דאיירי בס' טריפה אמאי

נתערבה כולן אסורות דהא הוי דבר שאין לו מתירין יתבטל ברובא והשתא מאי פריך דילמא ספק טריפה דס' על התרנגולת דאז אי יחי' י"ב חדשים שרי וחשוב דבר שיל"מ אלא ודאי כל האי ל"ח דשיל"מ יע"ש ולכאורה נראה דהנה להפוסקים הסוברים דס' טריפה אינה אסורה רק היכי דשכיח לאיסור יותר מלהתיר וא"כ כיון דהא דטריפה אינה חי' או יולדת הוא רק לשיטת מהרש"ל וא"כ כיון דשכיח לאסור לא מהני הרוב להתיר דהא מה"ט קיי"ל דלא אזלינן בתר רוב דאינה נפלים וצריך להמתין ח' יום משום דמיעוט נפלים שכיח ועי' בתוס' וא"כ ה"ה היכי דשכיח לאיסור מהראוי לומר דלא מהני הרוב הנ"ל להתיר וא"כ ל"ש דשיל"מ היכי דשכיח לאיסור יותר ואי בספק השקול שרי בלא"ה משום דהי' בחז"ה אך ברמ"א ביו"ד ס' נ' איתא דאפי' בס' השקול מדרבנן עכ"פ אסור ואז מהני הרוב וה"א דחשוב דשיל"מ וע"כ אשמעינן משום דאין המתיר בודאי ל"ח דשיל"מ משא"כ להי"ד דהי' סובר דאיסור דרבנן בטל אפי' דשיל"מ דר"א הוא דמשני דאפי' בדרבנן לא בטל וא"כ אין ראי' מסוגי' דהא אי אפשר לאוקמי דהס' על התרנגולת דאי ס' השקול דאז מהני הרוב דאינו חי הא ליכא רק איסור דרבנן ובטל לס"ד ואי בשכיח לאיסור יותר אז לא מהני הרוב ול"ח דשיל"מ אך אליבא דאמת דאפי' בדרבנן לא בטל אז משכחת בס' השקול דמהני הרוב וע"כ ה"א דחשוב דשיל"מ ואשמעינן דכיון דאין המתיר בודאי ל"ח דשיל"מ:

וגם לפי מה דסובר ר"י בירושלמי דנדרים ל"ח דשיל"מ ע"י שאלה לחכם דכיון דחכם עוקר הנדר למפרע וא"כ פשיטא דביצה של ס' טריפה ל"ח דשיל"מ דכיון דאי יחי' למפרע לא היתה טריפה ובמפרשים אית' דסוגי' קאי ע"כ לר"י דגם הוא סובר משום משקין שזבו וסובר דאת שדרכו למנות בעינן וא"כ אין לפשוט דל"ח דשיל"מ דליתא דלר"י אפי' אי הי' המתיר בודאי ל"ח דבר שיל"מ משא"כ לפי ש"ס דידן דנדרים חשוב דבר שיל"מ וא"כ ה"א דגם ביצה של ס' טריפה חשוב דשיל"מ וע"כ אשמעינן משום דאין המתיר בודאי ל"ח דשיל"מ אך נראה דלפי שיטת רש"י א"כ אפי' אי המתיר יהי' בודאי ל"ח דשיל"מ דכיון דאינו רק רוב לחוד דרוב טריפות אינה חי' וכיון דחזינן היכי דהוא דשיל"מ לא אזלינן בתר הרוב משום דגם רוב אינו ודאי ושייך לומר עד שתאכל באיסור ע"י דסמכינן על הרוב תאכל בהיתר וא"כ ל"ש לומר דלא בטל משום דעד שתאכל באיסור ימתין י"ב חודש ואז תאכל בהיתר דהא גם אי ימתין ליכא רק רוב לחוד ותאכל ג"כ באיסור דהא חזינן דלא אזלינן בתר הרוב בדבר שיל"מ אך אי אמרינן טעמא של הר"ן משום מב"מ אז אי היה המתיר בודאי יהי' שרי לאכול בנתברר שחי וא"כ חשוב מב"מ דמה בכך דאינו רק רוב לחוד מ"מ שרי לאכול וחשוב מב"מ אז ה"א דחשוב

דשיל"מ וע"כ צריכין לומר הטעם משום שאין המתיר בודאי והנה המקשין דהי' סובר דאיסור דרבנן בטל דשיל"מ ע"כ משום דאמרינן טעמא של רש"י עד שתאכל באיסור והיינו משום דכמאן דאיתא דהא חזינן דחוזר ונעור ובאיסור דרבנן אמרינן דאינו חוזר ונעור וכמאן דליתא ול"ש טעמא של רש"י וע"כ הי' סובר דבטל וא"כ כיון דמקשין הי' סובר טעמא של רש"י פשיטא דביצה של ס' טריפה ל"ח דבר שיל"מ אפי' אי הי' מתיר בודאי דמאי מרויחין דגם אי יחי' צריכין לסמוך על הרוב אך לפי מה דמשני ר"א דאפי' בדרבנן לא בטל וע"כ משום טעמו של הר"ן וא"כ ה"א דגם ביצה של ס' טריפה חשוב דשיל"מ וע"כ אשמעינן משום דאין המתיר בודאי ל"ח דשיל"מ:

ובזה נראה עוד לתרץ קושית הרמב"ן הנ"ל דהנה לשיטת הסוברים דאע"ג דר"ש לא קנס ע"י תערובות מ"מ ששים בעינן פשיטא דל"ח חמץ דשיל"מ על לאחר פסח דכיון דעיקר הטעם דלא בטל משום דעד שתאכל באיסור ע"י ביטול ואיסור זה יהי' גם לאחר הפסח דכיון דבעינן ס' ומאי מרויחין אך כיון דהא דחשוב תאכל באיסור אע"ג דנתבטל משום דאמרינן כמאן דאית' וראיה דהא חזינן דחוזר ונעור וא"כ כיון דאיסור דרבנן אינו חוזר ונעור:

ועי' בגמ' דבכורות דמשני דם תבוסה דרבנן ובזה אינו חוזר ונעור וא"כ שייך לומר עד שתאכל באיסור דלאחר פסח אפי' אי בעינן ששים ל"ש שתאכל באיסור דאחר פסח אסור רק מדרבנן ול"א שתאכל באיסור וע"כ חשוב דשיל"מ משא"כ לטעמו של הר"ן משום מב"מ דחשוב היתר וכיון דבעינן ס' לא חשוב מב"מ דל"ח היתר כיון דבעינן ס' והנה ר"י דמחלק בירושלמי דבר שיל"מ זה דוקא מב"מ אז לא בטל וכתבו דזה לטעמא דר"ן דלשיטת רש"י אין חילוק דמ"מ שייך עד שתאכל באיסור וע"כ חמץ ל"ח דשיל"מ אפי' מב"מ דכיון דצריך ש':

ובזה ניחא דברי הרמב"ם דהנה רב סובר בזבחים דטבעת של ע"ז שנתערבה ונפלה אחד לים דהותרו כולן ומקשה רבא ממתני' דקתני ימותו כולן ואמאי הא כיון דימות אחד מהן הותרו כולן ומשני רב דאמר כר"א וכו' יע"ש והקשו על הרמב"ם דפסק דימותו כולן ופסק כרב דהותרו כולן ונראה דהא הקשו דאמאי בע"ז שנתערבה פסק הרמב"ם דסגי בשני תערובות משום דהוי ס"ס ובדבר חשוב שנתערב סובר דבעינן ג' ספיקות דסובר בנפל רמון אחד מן התערובות הזאת לשנים רמונים אחרים ומשם נפל לשלשה מותרת הרי שהוא כתב דבעינן ג' תערובות ובכ"מ מתרץ דהתם שאני משום דאפשר שיהי' לו מתירין אי יתפררו הרימונים דאז לא יהי' ד"ח ויתבטל וע"כ לא סגי שני ספיקות יע"ש ועי' בש"ך ס' ק"י דמחלק בין איסור אכילה לאיסור הנאה דלענין שיהי' מותר באכילה

בעינן ג' ספיקות משא"כ בע"ז דהוא רק להלאה סגי בשני ספיקות והקשה על זה בפלתי דא"כ מאי מקשה רבא ממתני' דימותו כולן והא הקרבת מזבח דהוי כמו אכילת אדם לא סגי בס"ס דהא עיקר היתר דנפלה לים משום ס"ס וע"כ לאכילה לא סגי בשני ספיקות וע"כ ימותו כולן משא"כ בטבעת של ע"ז דהוא להנאה וסגי בשני ספיקות יע"ש:

וע"כ נראה דהנה מה שתירץ בכ"מ דחשוב דשיל"מ וע"כ לא סגי שני ספיקות זה ל"ש לשיטת רש"י דפי' דלא בטל משום דעד שתאכל באיסור אלמא דאפי' ע"י ביטול שייך לומר דלא פרח האיסור לגמרי וממילא ל"ש לומר דמש"ה לא סגי בשני ספיקות דחשוב דשיל"מ אי יתפררו הרימונים דאז ליכא ד"ח ובטל כיון דביטול גופא חשוב איסור דמה"ט לא בטל ואז ע"כ צריכין לומר דהא דמשמע בברייתא ברמוני' בעינן ג' ספיקות משום דלענין אכילה שאני משא"כ אי נאמר טעמא דר"ן משום מב"מ לא בטל דשיל"מ וע"כ משום דל"ש טעמא של רש"י משום דאמרינן דע"י ביטול פרח האיסור לגמרי ואז לא מחלקינן בין אכילה להנאה דיש לומר דאפי' לאכילה סגי שני ספיקות והתם ברמונים משום דחשוב דשיל"מ ולפ"ז ניחא הרמב"ם דרבא דמשני בביצה משום דתבלין לא בטל ולא משום דשיל"מ וכתבו משום דהיכי דאינו מב"מ גם דשיל"מ בטל וע"כ דסובר טעמא דר"ן ואם כן רימונים חשוב דשיל"מ וע"כ בעי ג' ספיקות ולעולם דאפי' לאכילה סגי בשני ספיקות משא"כ לדידן דאמרינן טעמו של רש"י וע"כ רימונים ל"ח דשיל"מ וע"כ הא דבעי ג' ספיקות משום דאכילה שאני וא"כ לא קשה ממתני' דאכילה שאני והקרבת מזבח חשוב אכילה וע"כ פסקינן דימותו כולן ופסקינן כרב:

ולפ"ז יש לתרץ עוד קושית הרמב"ן הנ"ל דהא הקשה דאי לא יתבטל החמץ א"כ אסור להשהותו עד לאחר פסח דיעבור על ב"י ותירצו לפי מה דאיתא בצל"ח דלענין הנאה ל"ח דשיל"מ דיש לו הפסד שיכול להנות היום ולמחר וא"כ כיון שמותר להנות א"כ הוא ברשותו ויכול לבטל שלא יעבור על ב"י אפי' בתוך פסח וא"כ יכול להשהותו וע"כ הוי דבר שיל"מ והנה זה רק לשיטת רש"י אז היכי דיש לו הפסד בטל משא"כ לטעמא של הר"ן אין חילוק וא"כ ר"י לשיטתו דסובר ע"כ משום מב"מ וא"כ אפי' לענין הנאה לא בטל וא"כ אי אפשר לבטל משום דאינו ברשותו ואסור להשהותו וממילא ל"ח דשיל"מ וע"כ סובר דבטל:

ובסברא הנ"ל דלענין הנאה ל"ש דשיל"מ הי' ניחא הא דהקשו על הא דאיתא בביצה (ד' י') זימן שנים ומצא שלש הרי אסורים וקאמר הגמ' דאי אחריני נינהו וכו' ואי לאו הא איכא חד דמערבי בהו והקשו דהא אית' ביו"ד ס' ט"ז בהמה שנשחטה אמה או בתה ונתערבה באחרות וצריך לשחוט מהם היום נכבשינהו דניידו ויקח אחד מהם וישחוט

דאמרינן דכל דפריש מרובא פריש ולפ"ז הכא נמי מה בכך דאיכא חד דמערב יעשה הך תקנה דניידי ואז נימא דכל דפריש מרובא פריש ועי' בשעה"מ ועי' בס' יש"י:

ולכאורה נראה דהא הקשו דאמאי הכא לא גזרינן שמא יקח מהקבוע ובדבר חשוב שנתערב גזרינן וע"כ נראה דהנה לפי מה דנמצא באחרונים דלפי טעמא של הר"ן משום מב"מ אז מדאורייתא לא בטל דשיל"מ משא"כ לטעמא של רש"י ולפ"ז הא הפוסקים כתבו דמש"ה גזרינן שמא יקח מהקבוע משום דאורייתא נתבטל וע"כ יכול להיות שיסמוך על הביטול ויקח מהקבוע וזה תינח בד"ח דמדאורייתא בטל משא"כ דשיל"מ לטעמו של הר"ן מדאורייתא לא נתבטל וע"כ לא גזרינן והא תינח בעלמא משא"כ הכא בזימן דל"ש טעמא של הר"ן משום דחוזר איסור בי"ט הבא אי לא יזמין ורק טעמא של רש"י וא"כ הוא רק מדרבנן לא בטל וא"כ גזרינן שמא יקח מהקבוע:

והנה בזה שאמרנו דלפי שיטת הר"ן היכי דחוזר איסורו כגון מוקצה ל"ח דשיל"מ נראה עוד לתרץ קושית הרמב"ן הנ"ל דבאמת ר"י סובר טעמא של הר"ן וא"כ חמץ ל"ח דשיל"מ דכיון דחוזר ונאסר ועיין במרדכי אך לפי מה שהקשו בתוס' תמורה דאי אמרינן ברירה א"כ איסור שנתערב לישקול חדא ואמרינן דזה האיסור ותירצו דווקא היכי דנולד האיסור בתערובות אמרינן ברירה משא"כ היכי דניכר האיסור מקודם שנתערב וא"כ ל"ש לומר דחוזר ונאסר לפסח הבא דאז יהיה האיסור בתערובות ואמרינן ברירה אך באמת קיי"ל דאין ברירה וא"כ אפי' נולד האיסור בתערובות לא מהני לישקול חדא אך תקשה הא בדרבנן יש ברירה ומה"ת כבר נתבטל אך ר"י לשיטתו דסובר דאפי' בדרבנן אין ברירה משא"כ לדידן חשוב חמץ דשיל"מ דפסח הבא יכול לישקול חדא ואמרינן ברירה בדרבנן:

אך נראה לפי מה שאמרנו דלענין הנאה לא חשוב דשיל"מ נראה עוד לתרץ קושיתם בזימן שנים ומצא שלשה דלא עבדינן דניידי דבאמת איכא חששא שמא אחריני נינהו ואין לומר דס' דרבנן ולקולא דהא הוי דשיל"מ אך הא תינח לענין אכילה משא"כ לענין טלטול ליכא משום דשיל"מ וע"כ קאמר הא איכא חד דמערב ואין לומר דניידי וכל דפריש וכו' דביו"ט אסור לעשות כן משום מתקן ואין לומר לצורך אוכל נפש שרי דהא כיון דלאכילה אסור מחששא דאחריני נינהו אך לענין טלטול אמרינן דאסור משום מתקן דתו ליכא משום אוכל נפש ועכ"פ אמרינן דאליבא דר"י הא דשיל"מ לא בטל משום מב"מ ניחא קושית הכ"מ הא ר"י פליג על רב בירושלמי ואמאי פסק הרמב"ם כרב אך דלר"י קשה קושית רבא דאמאי ימותו כולן דאליבי' אין חילוק בין אכילה להנאה רק ברמונים הטעם דחשוב דשיל"מ דאי יתפררו הרימונים דכיון דע"י ביטול חשוב היתר

ופרח איסורו לגמרי רק הא דלא בטל משום מב"מ וע"כ בעינן שלשה ספיקות וא"כ ע"כ רב דאמר כר"א ואנן דקיי"ל כרבנן וע"כ לא פסקינן כרב:

ובזה ניחא קושית התוס' בביצה (דף י') דמשני כדאמר אביי בדף הכא נמי בדף יע"ש דהקשו דאמאי לא אמר אביי על הרישא ולכאורה נראה דהא קשה מה פריך פשיטא דאשמעינן אע"ג דאינו רק ספק שמא משובח של א"י דל"צ הכנה מ"מ אסור אך כבר שמעינן מסיפא דזימן שנים ומצא שלשה דאסורין מס' שמא אחריני ואין לומר דטעם משום דאיכא חד דמערב בהו א"כ פשיטא דל"צ הסיפא לאשמעינן דאסור דהא כיון דחזינן ברישא דאע"ג דס' הוא אסור משום דשיל"מ לא אזלינן בס' להקל פשיטא דלא בטל דשיל"מ דהא חזינן ר"א דמתרץ לעולם ס' יו"ט ס' חול הוי דשיל"מ ופי' רש"י כי היכי דלא בטל דשיל"מ ה"ה דל"א לקולא דשיל"מ אלמא דיותר ראוי לומר דלא בטל דשיל"מ מלומר להחמיר בס' דרבנן וא"כ כיון דשמעינן מרישא דאזלינן להחמיר בס' דרבנן א"כ פשיטא בסיפא אסור ולא בטל משום דשיל"מ וזה הכל לשיטת רש"י משא"כ לטעמא של הר"ן משום מב"מ אין ביטול מהא דלא אמרינן להקל בס' דרבנן בשיל"מ וידוע דאביי ורבא דלא מתרצין כר"א משום דשיל"מ משום דסוברים טעמו של הר"ן ועיין בצל"ח וא"כ לא קשה לדידיה פשיטא ול"צ לתירץ דרבה וליכא ראיה לדר"ח וע"כ לא קאמר אביי בדף על הרישא.

אך לפי מה שכתבנו נראה דהא קשה מאי פריך פשיטא הא אשמעינן דאע"ג דאינו רק ס' וגם רובא איכא דרובא דעלמא הן נכרים מ"מ אסור אך זה שמעינן מסיפא דאפי' רוב לא מהני דהא קשה דאמאי לא עבדינן שיהיה ניידי וכל דפריש מרובא פריש וע"כ דלא אזלינן בתר הרוב בדבר שיל"מ אפי' רובא דאיתא קמן ומכש"כ רובא דליתא קמן וע"כ פריך פשיטא אך אין ראיה מסיפא דהתם אסור לעשות כן משום מתקן אך לפי מה דתירצו הרמב"ם הלכות לולב דלא הביא תירוץ הגמ' דאית ליה הושענא אחריתי וכתבו דתליא אי אמרינן הואיל אי לא דהא בפסחים פריך אי אמרינן הואיל על חרישה לא לחייב הואיל וחזי לכיסוי דם ציפור אלו אתרמי ליה הרי דאמרינן הואיל אע"ג דאין לו לכסות משום הואיל וא"כ י"ל אפי' לית ליה הושענא אחריתי הואיל ואילו היה לו ליכא משום מתקן והסוגיא דסוכה אזלא אי לא אמרינן הואיל ועיין בס' יש"י. וא"כ ליכא הכא משום מתקן דאמרינן הואיל וע"כ משום דשיל"מ ל"א בתר הרוב ושפיר פריך פשיטא וא"כ אביי לשיטתו דל"ס הואיל דמקשה על רבה שם וא"כ יש לומר בסיפא משום מתקן ולא קשה פשיטא דאשמעינן דאפי' רוב לא מהני בדשיל"מ וע"כ לא קאמר על הרישא בדף משא"כ רבה לשיטתו דסובר הואיל וע"כ הוצרך לתרץ קושית הגמרא פשיטא:

ועכ"פ לדידן דקיי"ל הואיל וליכא משום מתקן וע"כ הא דאסורים ול"א דניידו משום דבשיל"מ ל"א בתר הרוב דס' מוכן לא מהני רוב וניחא דברי הרמב"ם דכתב דאסור משום ספק מוכן והקשו לדידן דקיי"ל כר"א דרוב וקרוב אזלינן אחר הרוב לא הוי ספק מוכן. אך יש לומר דהרמב"ם כתב זה משום זימן שנים ומצא שלשה דע"כ אסור משום ספק מוכן דאל"כ אמאי לא עבדינן דניידי וכל דפריש מרובא פריש ובזה אין לומר דאזלינן בתר הרוב ומעלמא היה דהא היכי דמקומו ממש הוא ושייך כאן נמצא ל"ש לדר"ח ועיין ברמב"ן וע"כ הא דלא עבדינן דניידי משום דס' מוכן אסור ולא מהני רוב:

ובאמת יש לומר דהא דצריכין לשני טעמים שמא אחריני ושמא דאיכא חד דמיערב משום דהיה ראוי לחוש שמא אחריני ואין לומר דס' דרבנן לקולא אך הוי דשיל"מ אך יש לומר דצריך לשמחת יו"ט ול"ש שימתין עד למחר ובביצה שאני דליכא משום שמחת יו"ט כמו דאיתא בתוס' ביצה א"כ הא איכא חד דמיערב בהו ואין לומר דניידו דאסור משום מתקן דכיון דע"כ צריך לומר דלית ליה אחריני דאל"כ ליכא משום שמחת יו"ט איכא משום מתקן ובאית ליה אחריני דליכא משום מתקן יש לומר דאחריני נינהו משום דשיל"מ אזלינן להחמיר וליכא משום שמחת יו"ט כיון דאית ליה אחריני:

ויותר נראה לתרץ דברי הר"ן הנ"ל דהא הקשו הא דפריך הגמ' בע"ז בסוף וליתני ככרות של בעה"ב לענין חמץ בפסח והקשו לשיטת הרמב"ם דחמץ חשוב דשיל"מ צ"ל ככרות דאפי' פרוסה לא בטילה וגם הקשו דכיון דצריך ליקח אחד מהן לשרוף א"כ הותרו כולם ואע"ג דעושה בידים אך כיון שהוא ברשות ב"ד חשוב כנפלה ממילא ועיין בפלתי ולכאורה נראה על הקושיא הראשונה דלפי מה דאיתא בס' יש"י דדווקא בנפל לים שאין לנו לדון על הדבר כיון שכבר נאבד מהעולם אבל אם נשאר קצת מזה בעולם באופן שיש נ"מ במה שנשאר וצריכין אנחנו לדון על מה שנשאר וא"כ ע"כ צריך אתה לאסור מה שנשאר כיון דאמרת דהך דאיסורא נשאר ובזה אמרינן מה חזית ואסרינן הכל וא"כ אפי' לאחר שמבער החמץ יש לדון על האפר והגחלים אם מותר להסיק בהן ואי של חמץ הן אסור בהנאה גם האפר והגחלים וע"כ ל"ש דהותרו כולם יע"ש וזה הכל למ"ד דבשריפה משא"כ לרבנן ובש"א איתא דמ"ד דבשריפה ע"כ סובר דאסור לאחה"פ דאל"כ לא דמי לנותר דאין היתר לאיסורו וא"כ כיון דל"א דהותרו הכל ע"כ סובר דבשריפה וממילא דסובר כר"י וליכא דשיל"מ וע"כ צריך ככרות דווקא דדבר חשוב הוא:

וגם נראה לתרץ קושית הרמב"ן דאמאי סובר ר"י דבטל וע"כ נראה דהא הקשו דאי לא נתבטל א"כ אסור להשהותו דיעבור על ב"י אך נראה דכיון דצריך אחד מהם לבער מהעולם ממילא הותרו אחרים אך זה רק להנאה ולא לאכילה אבל עכ"פ כיון דשרי

בהנאה הוא ברשותו אפי' בפסח ויכול לבטל אפי' בפסח ויכול להשהותו וממילא חשוב דשיל"מ וזה הכל לדידן דלא קיי"ל דבשריפה משום דמה לנותר שהוא קודש ועיין ברא"ש פסחים משא"כ ר"י סובר כירושלמי דילפינן מקרא דחמץ בשריפה וא"כ ל"ש דהותרו לענין הנאה כיון דצריך לדון על גחלים וא"כ כיון דאסור בהנאה אינו ברשותו לבטל ואסור להשהותו וע"כ לא הוי דשיל"מ וא"כ כיון דר"ע סובר בשריפה וא"כ ל"ש דהותרו כולן וליכא משום דשיל"מ וע"כ צריך ככרות דווקא:

גם הקשה בש"ך ס' ק"י על הא דאיתא דבשיל"מ לא מהני ס"ס א"כ אמאי פסק דשיל"מ שנתערב באחרים ונפל אחד לים דהותרו כולן הא היתר דנפל לים הוא משום ס"ס ובשיל"מ לא מהני ס"ס גם הקשו על כ"מ הנ"ל דכתב דמש"ה ברמונים בעינן ס' משום דחשוב דשיל"מ הא הרמב"ם פסק ספק אי נולד ביו"ט או בחול ונתערב דמותר משום ס"ס ואע"ג דליכא אלא שני ספיקות ועיין בפלתי גם הקשה בס' שעה"מ על הא דמשני בפסחים על הא דחבר שמת וכו' דאיכא ס"ס שמא מעיקרא לא טבילי והא טבל הוי דשיל"מ ולא מהני ס"ס:

גם הקשה בתוס' ע"ז דהגמ' קאמר דמש"ה טבל לא בטל משום דכהתירו כך איסורו ואמאי לא קאמר משום דשיל"מ. ולפי מה דאיתא בכ"מ לפרש על הא דכתב הרמב"ם הלכות מ"א חוץ חמץ בפסח אע"פ שהוא מאיסורי תורה אין בכלל זה לפי שאין התערובות אסורה לעולם וכתב דכוונת הרמב"ם דהיה קשה לו אמאי לא אמרו ר"י ור"ל חוץ מטבל וי"נ וחמץ וע"כ כתב דמש"ה לא חשבו חמץ דלא איירי ר"י ור"ל אלא באיסורי תורה שאין להם היתר וא"כ יש לומר דמש"ה לא מפרש הטעם דטבל הוא במשהו הוא משום דשיל"מ דא"כ תקשה דאמאי לא חשבו גם חמץ אך הקשה דר"י לא סובר דחמץ הוא במשהו:

ונראה דהנה הרמב"ם הלכות יו"ט לא הביא הברייתא דס' אסורה וכתבו דכיון דהרמב"ם הביא דין דשיל"מ לא בטל א"כ פשיטא דל"א דס' דרבנן לקולא בשיל"מ. והקשה בלח"מ דהא חזינן דמקשה הגמרא אמאי ספקה אסורה אי מיירי בס' יו"ט ואמאי לא פריך אמאי קתני בסיפא דאם נתערבה דכולן אסורות וע"כ משום דידע מזה דשיל"מ לא בטל ואפ"ה מקשה דאמאי לא אזלינן לקולא אלמא דלאו כש"כ הוא ומאי שתירצו דיש לומר דלא ידע דשיל"מ והא דלא בטל משום דבר חשוב קשה דהא היכי דהאיסור יש לו היתר פסקו דליכא משום ד"ח ודווקא באיסור קבוע איכא משום ד"ח. וע"כ נראה דלפי מה דאיתא בפלתי דידע המקשין דיש לומר משום דהוא דשיל"מ לא אזלינן לקולא אך היה סובר דאם נתערבה קאי על הספק דאם ס' נתערבה לא בטילה וא"כ יש לומר דעיקר

הקושיא היה דתרתי לא אמרינן אם הך ספק נתערב באחרים מהדין שיתבטל רק דלא בטל משום דשיל"מ שני פעמים לא אמרינן הך עד שתאכל באיסור על תחלת ספיקי ואח"כ על התערובות נאמר עוד עד שתאכל באיסור משא"כ אי ספק אסורה משום דרבה אז ידע דלא בטל משום דשיל"מ דליכא תרתי יע"ש בפלתי:

ולפ"ז ה"ה דשיל"מ שנתערב ונפל אחד לים יש לומר דשרי ואע"ג דשיל"מ לא מהני ס"ס דתרתי לא אמרינן עד שתאכל באיסור חדא על בישול וגם שלא יהיה מהני ס"ס משא"כ היכי דלא נתערב שהיה מהני עד שתאכל באיסור שלא מהני ס"ס וניחא קושית הש"ך וניחא קושיא הנ"ל נהי דצריך לבער אחד מ"מ לא אמרינן דהותרו דכיון דלא בטל הוא משום דהוא דבר חשוב וליכא תרתי וע"כ אמרינן עד שתאכל באיסור דלא מהני ס"ס כמו שהקשה ועל כן לא מהני הא דצריך לבער והא תינח היכי דהוא ככרות דאז לא בטל משום ד"ח משא"כ אי אינו ד"ח והא דלא בטל משום דשיל"מ א"כ תקשה הא הוי כמו נפל לים דאין לומר עד שתאכל באיסור על תרתי חדא על ביטול וחדא דלא מהני ס"ס וע"כ קאמר ככרות דאז לא הוי תרתי וניחא דברימונים סובר הרמב"ם דלא סגי שני ס' משום דחשוב דשיל"מ דכיון דהא דלא בטל משום דבר חשוב מה שא"כ ביצה שנולדה ס' יו"ט ס' חול דמה"ד אמרינן דס' דרבנן לקולא אך משום דשיל"מ ל"א לקולא וע"כ אי נתערבה שרי משום דתרתי לא מהני עד שתאכל באסור וע"כ מהני התם ס"ס ולפ"ז ניחא קושית התוס' דאמאי לא קאמר בטבל משום דשיל"מ דנפ"מ בס' טבל טבול מדרבנן דס' דרבנן מהראוי להקל אך משום דהוי דשיל"מ אזלינן להחמיר לא מהני הך טעמא גם לענין ביטול דתרתי לא אמרינן הך שתאכל באיסור וניחא קושית שעה"מ דבאמת בדרבנן ספק מוציא מידי ודאי ותרומות פירות הוא רק מדרבנן וע"כ משום דהוי דשיל"מ וחשוב כדאורייתא וע"כ משני דהוי ס"ס ואע"ג דהוי דשיל"מ תרתי לא אמרינן ולפ"ז יש לומר דגם הר"ן מודה לסברת רש"י אך מש"ה הוצרך הר"ן לחדש משום מב"מ דנפ"מ בספק דרבנן שנתערב דאז לפי שיטת רש"י היה בטל וע"כ מחדש הר"ן דלא בטל משום מב"מ וא"כ לא הוי תרתי דהא דלא אזלינן לקולא משום דעד שתאכל באיסור והא דלא בטל משום מב"מ ועכ"פ מודה הר"ן לסברת רש"י וע"כ שפיר יליף ר"א דל"א דס' דרבנן לקולא בדשיל"מ כמו דלא בטל דשיל"מ:

ולפ"ז ניחא הרמב"ם דפסק דזימן שחורים ומצא לבנים וכו' דאסור משום ס' מוכן והקשו דכיון דקיי"ל כר"ח דאזלינן בתר הרוב א"כ לא הוי ס' מוכן רק ודאי דאינו מן השובך שהזמין. ולכאורה נראה לפי הסוברים דס"ס אמרינן אפי' היכי דס' אחד נגד הרוב חשוב ס"ס א"כ אפי' אי אמרינן כר"ח שרי משום ס"ס שמא משובך שהוזמן וספק השני שמא

משובך של א"י דא"צ הכנה ואין לומר דס' זה שמא משובך שהוזמן לא חשוב ס' משום דהוא נגד הרוב דהא אמרינן ס"ס נגד הרוב דהא כמו דאמרינן דאי רוב וקרוב שקולין היה מותר משום ס"ס לפי הפי' ה"ה אפי' איתא לדר"ח ורוב עדיף ג"כ קשה אמאי לא אזלינן בתר ס"ס אי ס"ס מהני אפי' היכי דס' אחד נגד הרוב. אך נראה דהא עיקר הטעם משום דסמוך מיעוטא לפלגא ואיכא רובא ועי' בפ"י בסוגיא דפ"פ ורוב לא מהני בס' מוכן אפי' היכא דאיכא רובא משום דשיל"מ דבשלמא ס"ס דכיון דחזינן דאפי' ר"מ דחייש למיעוט מ"מ בס"ס מודה א"כ חזינן דס"ס עדיף מרוב וע"כ כתבו לתרץ דאי ליתא לדר"ח והוי ס' השקול איכא ס"ס משא"כ אי איתא לדר"ח נהי דאיכא ס"ס אינו אלא מטעם רוב בסמוך מיעוט לפלגא ורוב לא מהני בס' מוכן וכן כתבו לענין יוחסין דאפי' אי אזלינן בתר ס"ס מ"מ היכי דאיכא רוב לנגד ס' אחד דאז אינו רק סמוך מיעוטא לפלגא ואיכא רובא ורוב לא מהני ליוחסין וה"ה הכא ועכ"פ אינו אסור רק משום ס' מוכן אסור דאל"כ הא איכא רובא וע"כ כתב הרמב"ם דאסור משום ס' מוכן וגם נראה דלפי מה דאיתא בס' מקמ"ח דבאיסור דרבנן אזלינן בתר ס"ס אפי' היכי דס' אחד נגד הרוב וא"כ אפי' אי איתא לדר"ח שרי מטעם ס"ס כיון דמוקצה דרבנן אך רבה לשיטתו דסובר מוקצה דאוריית' משא"כ לדידן דמוקצה דרבנן הי' לנו להתיר מכח ס"ס אע"ג דהוא נגד הרוב אך דבס' מוכן אפי' ס"ס לא מהני ועכ"פ אינו אסור רק משום ספק מוכן וניחא דברי הרמב"ם ואין להקשות דהא משמע בסוגיא דאי ליתא לדר"ח שרי משום ס"ס אלמא דמהני ס"ס אפי' בס' מוכן נראה לחלק דעיקר הטעם דס"ס מהני בדשיל"מ דלא החמירו דשיל"מ אלא דס' דרבנן יהיה נחשב כאיסור דאורייתא דאזלינן לחומרא ה"ה ס' איסור דרבנן משא"כ ס"ס דאפי' באיסור דאורייתא אזלינן לקולא וע"כ מהני אפי' דשיל"מ משא"כ היכי דס' אחד נגד הרוב ואי היה איסור דאורייתא לא מהני ס"ס רק משום דמוקצה דרבנן וכיון דשיל"מ חשוב כאיסור דאורייתא וממילא לא מהני ס"ס משום דהוא נגד הרוב וע"כ ניחא דהרמב"ם לא אסר רק משום ס' מוכן אע"ג דפסק כר"ח:

אך לפי הנ"ל נראה לתרץ דברי הרמב"ם דבלא"ה הקשו לפי מה דאיתא ברמב"ן ב"ב (ד' כ"ד) על הא דקאמר שם אבל ענבי מצנעי וכתב שם דקורבה זו עדיף דהוי בתוכו ממש וע"כ אפי' ר"ח מודה דחשוב מקומו ממש וכאן נמצא וכאן היה ואם כן הכא דהוי ג"כ מקומו ממש כיון שהן שני קנים סמוכים ממש זה לזה וקורבה זו דמי לענבי וא"כ אפי' לר"ח תקשה דהכא לכ"ע אזלינן בתר קרוב משום חזקה דכאן נמצא וכו' וע"כ נראה דבלא"ה הקשו מה קאמר מסייע לר"ח דילמא לעולם דרוב וקרוב שקולין הן ואסור דס' מוכן אסור ולכאורה אמרתי דבלא"ה הקשה על הרמב"ן מסוגיא דפ' לי"ח בההוא חצבא

דחמרא דאישתכח בפרדיסא דערלה דקאמר משום דסובר כר"ח ולפי הרמב"ן תקשה דהכא הוי מקומו ממש וכאן נמצא וכו' וע"כ נראה דבלא"ה הקשה בתוס' דילמא הטעם דשרו משום דס' ערלה בחוץ לארץ מותר יע"ש ונראה דאליבא דר"ח דרוב עדיף מקרוב ואם כן נהי היכי דהוי ספק השקול כגון הכא דהוי מקומו ממש ושייך כאן נמצא עכ"פ לא הו רק ס' השקול ולא יותר דאז חשוב הקרוב כמו הרוב ושרי משום ס' ערלה משא"כ אי ליתא לדר"ח ורוב וקרוב שקולין הן אז היכי דהו' מקומו ממש אז הקרוב עדיף ואזלינן בתר המקום והוי ודאי ולא ס' ערלה ואסור. ולפ"ז שפיר קאמר לימא מסייע לר"ח דרוב עדיף מקרוב אם כן נהי דהכא הוי מקומו ממש לא עדיף יותר רק שקולין הן ושרי מטעם ס' ערלה מה שאין כן אי ליתא לר"ח ורוב וקרוב שקולין הן אם כן ממילא בקרוב כמו הכא דהוי מקומו ממש עדיף מרוב וליכא משום ס' ערלה דשרי דהא הוי ודאי ערלה אי ליתא לדר"ח וניחא קושית התוס' הנ"ל וניחא הרמב"ן דנהי דהוי מקומו מכל מקום איתא לדר"ח דרוב עדיף מקרוב אם כן הכא נהי דהוי מקומו ממש מכל מקום לא עדיף יותר רק שקולין ומותר משום דספק ערלה בחוץ לארץ שרי:

ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם הנ"ל דכתב הטעם משום דאי מיגנב מיניה לא איצנעי ות"ל דאזלינן בתר הרוב דנפ"מ בארץ ישראל דס' ערלה אסור ואם כן הכא דהוי מקומו ממש עכ"פ ס' השקול הוא והיה אסור וע"כ הוצרך ליתן טעם דלא מיצנעי וכו' ולפ"ז ניחא סוגי' דביצ' הנ"ל דשפיר קאמר מסייע לר"ח דאי איתא לר"ח א"כ נהי דהכא הוי מקומו ממש מ"מ כיון דאיתא לדר"ח דרוב עדיף מקרוב א"כ היכי דהוי שקולין כמו הכא דהוי מקומו ממש והוי שקולין הן אסור משום ספק מוכן משא"כ אי ליתא לדר"ח א"כ היכי דהוי מקומו ממש חשוב ודאי ולא ספק מוכן אלא ודאי דאיתא לדר"ח וא"כ נהי דהכא הוי מקומו ממש מ"מ לא הוי רק ס' השקול ואסור משום ס' מוכן וע"כ כתב הרמב"ם דאסור משום ס' מוכן אע"ג דפסק כר"ח:

ונראה עוד לתרץ הרמב"ם דכתב הטעם משום איצנעיה. וע"כ נראה ונקדים מה שהקשו על הרי"ף דהעתיק המשנה דנפול הנמצא ודברי ר"ח דרוב וקרוב ולא הביא תירוץ הגמ' דאיירי בשביל של כרמים וקשה הא הגמ' פריך וניזל בתר רובא דעלמא לר"ח וצריכין לתירוץ הגמ' בשביל של כרמים ועיין בפלתי ונראה דהנה בירושלמי איתא בנמצא בין שלשה שובכים הרי הוא של מוצאו דבעל היונים מייאש דאמר שנתערבו עם יונים משובכים אחרים אבל בשנים לא וכתב הרמב"ן דדמי להא דאמרינן בפ' אלו מציאות ראה סלע שנפל משנים לא הוי יאוש משלשה הוי יאוש והטעם דבשנים לא הוי יאוש דסבר דתבעינהו לדינא ויתחייב שה"ס ולא ישבע לשקר וישלם דחשוב טענת ברי אבל

בשלשה כיון דאין לו על שום אחד טענת ברי ליכא שבועה והוי יאוש ולפי זה לבתר דתיקן ר"נ שה"ס אבל בזמן המשנה אף בשנים מייאש דהא אי תבעו בב"ד אין לו עליו כלום והוי כמו שלשה לדידן ומייאש והקשה בפלתי דלפ"ז במשנה דקתני שנמצא בין שני שובכים קרוב לזה שלו אמאי הא הוי יאוש כמו בשלשה שובכים ויהיה של מוצאו וע"ש דמתרץ דהמשנה איירי במדדה וא"כ ל"ש יאוש דהא מתחילה לא מייאש כלל דנימא הוא גופא מייאש מתחלה דחושש שיתערבו יונים שלו עם יונים אחרים דהא לא אסיק אדעתא שתהיה מדדה יותר מכפי סדר המדדים חמשים אמה ולא תבא לכלל עירוב שאר יונים ולא מייאש ואם היא עברה הגדר ומדדה ביותר על זה לא אסיק אדעתיה וחשוב יאוש שלא מדעת יע"ש:

והנה באחרונים איתא דין חדש דבמצא בעיר שרוב א"י לפי מה דקיי"ל כרשב"א דתולה בא"י ואח"כ מברר הישראל דשלו הוא אלא דלא ידע דנפל מיני' בזה בשעה דנתוודע להבעלים דנפל וייאשו דזכה המוציא דאף באיסור אתא לידו מ"מ כיון דהוא היה רשאי ליתלות בא"י וע"כ נטלה ע"מ לזכות לא להיות שומר לבעלים ול"ש דכיון דנעשה שומר הוי ידו כיד הבעלים וכמונח ברשות הבעלים דל"ח יאוש דהא לא נעשה שומר דכיון דרוב א"י ויכול לתלות דהוא של א"י וע"כ אף ע"ג דהוי יאוש שלא מדעת זכה אח"כ ביאוש ולפ"ז יש לומר דקושית הגמ' אזלא וניזל בתר רובא דעלמא אי איתא לדר"ח ורובא דעלמא הן של א"י ולא נעשה שומר א"כ מאי בכך דאיירי במדדה וחשוב יאוש שלא מדעת מ"מ זכה ביאוש אח"כ ואפי' נתוודע דהיונים היו משובך זו לא מהני דזכה ביאוש והוצרך לתרץ בשביל של כרמים וזה הכל לדין המשנה דלא היה שה"ס מה שאין כן השתא דאיכא שה"ס ליכא יאוש בשנים ועל כן השמיטו תירוץ הגמ'

וגם יש לומר דלפי מה שפי' דניזל בתר רובא דעלמא היינו דמעוברי דרכים נפל ואע"ג דנפילה לא חיישינן אך להנך הסוברי' דהמוציא אבידה חשוב מוחזק ודלא כשיטת התוס' סוף יומא א"כ נהי דנפילה ל"ש הא לא אזלינן בתר הרוב בממון וע"כ שפיר מקשה וניזל בתר רובא דעלמא אך תקשה דלפי מה דסוברים דמיעוטא דמיעוטא גם בממון אזלינן בתר הרוב וא"כ כיון דנפילה ל"ש ואיכא גם קרוב דמשובך זה א"כ חשוב מיעוטא דמיעוטא ומאי פריך הגמ' אך נראה דהא דבמיעוטא דמיעוטא אזלינן בתר הרוב גם בממון זה דווקא לדידן דאזלינן בתר הרוב באיסור אפי' היכי דליכא מיעוטא דמיעוטא וע"כ נהי דבממון לא אזלינן בתר רוב כזה עכ"פ במיעוטא דמיעוטא גם בממון אזלינן בתר הרוב משא"כ לר"מ דחייש למיעוט רק דבמיעוט' דמיעוט' מודה ואז אפי' במיעוט' דמיעוט' בממון לא אזלינן בתר הרוב וא"כ כיון דסתם מתני' ר"מ וא"כ אפי' באיסור

ל"א בתר הרוב רק מיעוט' דמיעוט' דהא ר"מ חייש למיעוט וע"כ בממון לא מהני' אפי' מיעוט' דמיעוט' וע"כ פריך הגמ' שפיר וניזל בתר רובא דעלמא משא"כ לדידן דאזלינן אפי' בממון בתר הרוב במיעוט' דמיעוט' לא קשה קושי' הגמ' וע"כ השמיטו תירוץ הגמ':

ובזה ניחא הא דקאמר הגמ' שם ש"מ רובא דאורייתא וקשה הא שם רובא דאיתא קמן ופשיטא דאזלינן בתר הרוב וע"כ נראה דהא קשה לפי הריב"ש דלנגד שני חזקות לא אמרינן דרובא עדיף והכא איכא חזקת טהרה וקרוב דעכ"פ חשוב כמו חזקה ואמאי אזלינן בתר הרוב אך יש לומר דרובא דאיתא קמן מועיל אפי' לנגד שני חזקות אך זה הכל אי רובא דליתא קמן אזלינן בתר הרוב היכי דליכא שני חזקות אז אמרי' דרובא דאית' קמן מהני אפי' לנגד שני חזקות משא"כ אי רובא דליתא קמן לא אזלינן אז נהי דאזלינן בתר רובא דאיתא קמן עכ"פ לא אזלינן לנגד שני חזקות:

וגם יש לומר דהא קשה אמאי לא אמרינן סמוך מיעוט' לחזקה לחזקת טהרה והוי פלגא ופלגא והוי ס' השקול וממילא מהני הקרוב אך ברובא דאיתא קמן לא אמרינן סמוך וכו' וזה הכל אי רובא דאורייתא רוב דליתא קמן היכי דליכ' חזקה אז רובא דאיתא קמן לא אמרינן סמוך וכו' משא"כ אי רובא דליתא קמן ל"ד אפי' היכי דליכא חזקה א"כ נהי דרובא דאית' קמן עדיף מ"מ היכי דאיכא חזקה אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ונשאר הקרוב ומהראוי לטהר:

ובזה ניחא הרמב"ם שכתב הטעם משום איצנועי וכו' וע"כ נראה דהא בתוס' שם הקשה דעכ"פ אסור דרובא דעלמא נכרים נינהו והוי יי"נ ומה בכך דאזלינן בתר רובא ותירצו דרוב גנבי ישראל יע"ש ולכאורה תקשה דלפי מה דאיתא בר"ן בחולין דהיכי דאיכא שני מיעוטי חשוב פלגא ופלגא ולפ"ז מה בכך דאיתא לדר"ח דאזלינן בתר הרוב הא איכ' שני מיעוטי שמא הוא מערלה כמו הקרוב ושמא יי"נ אך זה אינו נהי דחשוב פו"פ ספק ערלה מותר וע"כ צריך הרמב"ם לומר דלא מיצנעי דנפ"מ בא"י דכיון דהוי פו"פ ע"י שני מיעוטים אסור מספק:

וניחא קושי' התוס' דיש לומר דלא כר"ח ושרי משום ס' ערלה מותר ולפ"ז ניחא דאי ליתא לדר"ח וס' אי מן הרוב או מהקרוב וא"כ כי איכ' עוד מיעוט' שמא י"נ איכ' רוב לאיסור אך לפי מה שאמרנו דס' דרבנן שנתערב בטל אפי' דשיל"מ דתרתי ל"א הך עד שתאכלנו באיסור ולפ"ז ה"ה ס' דרבנן ואיכא חזקה להתיר מועיל אע"ג דהוא דשיל"מ וכמו דלא מהני הרוב דשיל"מ ה"ה חזקה מ"מ כיון דאפי' אי לא הי' חזקה ראוי להיות מותר דס' דרבנן לקולא אך משום דהוי דשיל"מ אזלינן להחמיר וע"כ היכי דאיכא חזקה אזלינן בתר חזקה ולפ"ז יש לומר דכוונת הגמ' לימא מסייע לר"ח דאזלינן בתר הרוב

נגד הקרוב וא"כ אי לא הי' חזקה דכאן נמצא הי' איסור ודאי מטעם רוב ולא משום ס' מוכן דאסור משום דשיל"מ רק בתורת ודאי וע"כ לא מועיל הך חזקה דכאן נמצא משום דהוי דשיל"מ משא"כ אי ליתא לר"ח ורוב וקרוב שקולין הן אע"ג דאסור משום ס' מוכן והא דאסור משום ס' מוכן משום דשיל"מ וא"כ אפי' כי ליכא חזקה דכאן נמצא מהראוי להיות מותר רק משום ס' דרבנן לקולא רק משום דשיל"מ אזלינן להחמיר וע"כ הכא דאיכא עוד חזקה דכאן נמצא שרי אע"ג דהוא דשיל"מ דתרתי ל"א הך עד שתאכל באיסור וע"כ ניחא דאפי' אי ליתא לדר"ח אסור משום ס' מוכן דליתא דאי ליתא לדר"ח שרי משום דאיכא עוד חזקה דכאן נמצא אלא ודאי דאיתא לדר"ח וא"כ נהי דהכא איכא חזקה מ"מ שקולין הן ואסור משום ס' מוכן וע"כ ניחא הא דכתב הרמב"ם דאסור משום ס' מוכן אע"ג דקיי"ל כר"ח מ"מ אינו רק ספק איסור כיון דאיכא חזקה דכאן נמצא וכו':

ולפ"ז נראה לתרץ דברי רבינו אפרים דסובר הא דאיתא בריש ביצה השוחט את התרנגולת ומצא בה ביצים גמורות מותרות לאכלן ביו"ט והקשו הראשונים דילמא אי לא שחטה היתה נולדה היום וא"כ מאתמול גמרה לה וע"כ סובר דלא שרינן לה אלא ביו"ט בעלמא אבל לא ביו"ט לאחר שבת משום דשמא אי לא שחטה היתה נולדה ועי' בר"ן והקשו עליו דא"כ תקשה לס"ד דמקשינן ואם איתא ליגזר משום הנך דמתילדין ביומיהן ואמאי לא מקשה בפשיטות ליגזור משום יו"ט אחר שבת דאסור לשיטת רב"א הנ"ל:

ולכאורה אמרתי דהנה ביו"ד ס' ש"ב איתא דבגד של צמר שאבד בו חוט של פשתן וכו' ואם לא ניכר מותר שמא נשמט והלך לו שהרי בדק ולא מצא ועי' בט"ז שם שהרמב"ם כתב וכבר ביארנו שכל איסור הספיקות מדבריהם וע"כ הקילו בספק וכתב עליו הראב"ד אמת הוא שהוא מדבריהם מיהו קיי"ל כל ספק איסור תורה לחומרא וכתב בכ"מ דכוונתו דכיון דאינו רק מדרבנן הם אמרו דס' זה יהיה להקל משום דהוא ל"ש ובזה לא גזרו:

ולפ"ז בפשיטות ניחא קושית הראשונים דילמא אי לא שחטה היתה נולדה דכיון דכל ספיקות דאורייתא אסור רק מדבריהם וע"כ לא גזרו על ספק זה משום דל"ש כמו דאיתא בגמ' ביצים גמורות במעי אמן מילתא דל"ש וכו' ואין להקשות לס"ד דמקשין דלא ידע מזה דזהו ל"ש אמאי לא מקשה בפשיטות דאמאי מותרות דשמא אי לא שחטה היתה נולדה דזה ליתא דעי' בצל"ח דכתב דגם המקשין ידע מזה דל"ש רק לאכול ביצה חי' ג"כ ל"ש ואפ"ה גזרו ומשני דזה ל"ש כלל וא"כ לפ"ז צריכין לומר דהא דמוקי רב"א דוקא ביו"ט דעלמא משום דסובר כרשב"א דסד"א מה"ת לחומרא וא"כ אין לחלק בין מידי דשכיח או לא והנה בס' ש"ש איתא דאי ס' דאורייתא מה"ת לחומרא או דרבנן בזה פליגי אביי ורבא דאליבא דאביי כל ספיקות מה"ת שרי ולפ"ז בסוגיא דקאי לאביי לא הוי מצי

להקשות משום יו"ט אחר שבת דליתא דאפי' יו"ט אחר שבת שרי דכיון דכל ס' מה"ת שרי ובמילתא דל"ש לא גזרו רק רב"א סובר כרבא דס' מה"ת אסור וע"כ סובר דיו"ט אחר שבת דשמא אי לא שחטה היתה נולדה:

אך העיקר נראה דבלא"ה הקשו אפי' ביו"ט בעלמא אסור נהי דהוי רק איסור דרבנן אפי' אי נולדה היום מ"מ הא הוי דשיל"מ ואפי' בדרבנן לחומרא גם הקשו עליו דכתב דביו"ט לאחר שבת דאסור דילמא אי לא שחטה היתה נולדה והוי כמו ספק יו"ט ספק חול דמסיק ר"א דאסור משום דשיל"מ ולמה צריך לזה דת"ל דס' דאורייתא אזלינן להחמיר וע"כ נראה דהוא סובר דהא דקאמר דכל ביצה דמתילידה האידנא מאתמול גמרה לה לאו דווקא כל רק רוב לחוד ועי' בתוס' חולין פ' א"ט על הא דכל אריות דורסין לאו דווקא כל רק רוב לחוד וניחא בזה קושית התוס' לקמן (ד' ד') דהא אמרינן דכל ביצה דמתילדה וכו' וא"כ כשחל יו"ט לאחר שבת והביצה נולדה בשבת היא נגמרת ביום שהוא חול וא"כ מאי הכנה איכא יע"ש אך כיון דאינו רק רוב לחוד ובדשיל"מ לא אזלינן בתר הרוב וע"כ סובר רב דאסור משום הכנה דשמא לא נגמרה מאתמול ואע"ג דרוב איכא לא אזלינן בתר הרוב:

ולפ"ז לפי מה דאיתא בש"ס דכיון דכל היולדת יולדת מחצה זכרים ומחצה נקבות סמוך מיעוטא דמפילות והוי זכרים מיעוטא וא"כ כיון דאיכא ס' השקול שמא נולדה או לאו ואפי' נולדה שמא לא נגמרה מאתמול דהא מיעוט' איכ' וסמוך מיעוט לפלגא ואיכא רובא ואפ"ה אסור וע"כ משום דהוא דשיל"מ וע"כ מדמי שפיר כמו ספק יו"ט דאסור אע"ג דס' דרבנן וע"כ משום דשיל"מ וע"כ ה"ה רוב לא מהני בדאורייתא משום דהוא דשיל"מ אזלינן לחומרא וע"כ ניחא דביו"ט דעלמא לא אסור דכיון דאיכא רוב להכשיר וגם הוי ס' דרבנן ביו"ט דעלמא תרתי לא מהני עד שתאכל באיסור חדא על ס' וחדא דלא מהני הרוב:

וגם נראה דבלא"ה הקשו לשיטת רב"א דמוקי ביו"ט דעלמא א"כ תקשה קושית רש"י מאי פריך ליגזור משום הנך דמתילדי וכו' הא זה גופא אינו אסור רק משום גזירה דיו"ט אחר השבת וא"כ הוי גזירה לגזירה וע"כ נראה דר"א מודה דמה"ת שרי כל ספיקות וא"כ דרבנן מדרבנן לחומרא א"כ היכי דל"ש לא גזרו וא"כ מהראוי להיות שרי אפי' ביו"ט לאחר השבת אך דלא עדיף זה דלא החמירו בס' בל"ש מכל ס' דרבנן ואפ"ה דשיל"מ אסור מספיקא וגזרו רבנן ה"ה בזה דל"ש ולא גזרו מ"מ כיון דהוא דשיל"מ גזרו לאסור ספיקא אע"ג דל"ש וע"כ ניחא דיו"ט דעלמא שרי אע"ג דהוי דשיל"מ ואסור מספק אך יש לומר דלא אסרו ספק דרבנן בשיל"מ זה רק היכי דאי היה ספק דאורייתא היה אסור

מצד עצמו לא משום דשיל"מ אז אסרו אפי' בס' דרבנן היכי דהוא דשיל"מ משא"כ הכא דאפי' אי היה ספק דאורייתא כגון ביו"ט אחר שבת לא אסרו רק משום דשיל"מ כיון דל"ש וע"כ בס' דרבנן לא גזרו משום דשיל"מ אך תקשה לס"ד דלא ידע דל"ש וא"כ ביו"ט אחר שבת אסור מדינא דסד"א לחומרא וא"כ גם יו"ט דעלמא אסור משום דשיל"מ וע"כ לס"ד היה סובר דאפי' אי לא שחטה היתה נולדה ליכא משום הכנה כמו שכתבו בתוס' ולפ"ז שרי אפי' ביו"ט אחר השבת וא"כ מיירי הברייתא ביו"ט אחר שבת וע"כ פריך שפיר ליגזור משום הנך דמתיילדי וליכא גזירה לגזירה וניחא הא דלא פריך ליגזור משום יו"ט אחר השבת דכיון לס"ד ע"כ היה סובר דליכא משום הכנה ושרי אפי' ביו"ט לאחר שבת דא"כ אסור ביו"ט דעלמא משום דשיל"מ אך למסקנא דל"ש אז אמרינן דיו"ט אחר השבת אסור ואע"ג דל"ש וס"ד לקולא אפי' מדרבנן מ"מ אסרו משום דשיל"מ דלא עדיף מס' דרבנן בשיל"מ וע"כ כתב כמו ספק יו"ט ספק חול וכיון דאפי' אי היה ס"ד לא אסור רק מכח דשיל"מ וע"כ ביו"ט דעלמא שרי ולא גזרו משום דשיל"מ:

והנה אם אין המתיר בודאי אי חשוב דשיל"מ ובכ"מ נראה שסובר דחשוב דשיל"מ דמתרץ דמש"ה בעינן ברימונים שלשה ספיקות משום דהוא דשיל"מ אי יתפררו הרימונים וגם הט"ז דמתרץ בס' ט"ו דמש"ה אין סומכין על העובדי כוכבים שאומר שהעגלים הן ח' ימים אע"ג דאיכא ס"ס משום דהוא דשיל"מ וכן תירצו על הא דל"ס על הא"י אפי' במסיח לפ"ת אע"ג דאינו רק איסור דרבנן וע"כ משום דהוא דשיל"מ ועיין בישי"י וכן הפלתי מתרץ על הא דלא אזלינן בתר הרוב שאינן נפל משום דהוא דשיל"מ לא אזלינן בתר הרוב ואע"ג דאין המתיר בודאי:

ובזה ניחא קושית התוס' שבת (דף קל"ו) ד"ה מימהל וכו' דכתבו וז"ל הכא משמע דלא איירי רשב"ג בבן שמונה דוקא אלא בסתם ולדות וכן משמע לקמן דדחי דאיירי בכלו חדשיו ולא משני דאיירי בסתם ולדות וקשה לר"י מהא דאיתא פרק הערל איזהו בן שמונה כל שלא כלו חדשיו וכו' דאמרינן האי בר שבעה הוא ואישתהי אישתהי ופריך אלא כמאן כרבי ומשני כיון דאיכא רשב"ג דאמר אישתהי דתנן רשב"ג אומר כל ששהה אינו נפל כרשב"ג עבדינן אלמא משמע דרשב"ג איירי בודאי בן שמונה מדמוכח מיניה דאמרינן אישתהי ומנ"ל דילמא לעולם דל"ס אישתהי ובסתם ולדות איירי רשב"ג יע"ש מה שהקשו עוד:

ונראה דהא בהא תליא דאי אמרינן דאישתהי ממילא אמרינן לחומרא בסתם ולדות לא אזלינן בתר הרוב וצריך להמתין ח' ימים ואי כרבנן דבסתם ולדות אזלינן לקולא ול"צ להמתין אז איכא חומרא בודאי בן שמונה דל"א אישתהי דהנה עיקר הפלוגתא

אי אמרינן אישתהי אי לא נראה דאין סברא לומר דפליגי אי שכיח אישתהי אי לא אך דזה לכ"ע ל"ש כלל. אך יש לומר דהא דשהה ח' ימים דאינו נפל וסימן דכלו חדשיו לאו בכל ולדות ואיכא ולדות דלא כלו חדשים ומ"מ שוהים ימים הרבה רק רוב ולדות אינו כן ובה"ת אזלינן בתר הרוב ורוב השוהים ח' ימים ולד מעליא הן ועי' בפלתי סי' הנ"ל וגם יש לומר דהיכי דחי ח' ימים אפי' מיעוטא ליכא דליכא ולד דלא מלאו חדשים ויחי' ח' ימים וא"כ יש לומר דפליגי בזה דמאן דל"ס אישתהי בחי ח' ימים משום דסובר דאפי' בחי ח' ימים אינו רק רוב לחוד ומיעוטא איכא אפי' בחי ח' ימים שהוא נפל וע"כ כיון דגם אישתהי ל"ש לא אמרינן מדחי ח' ימים דבר שבעה היה ואישתהי כיון דזה ל"ש ואמרינן דהוא מהמיעוט דשוהין ח' ימים והוא נפל כיון דע"כ צריכין לומר דהוא מהמיעוט כיון דאישתהי ג"כ ל"ש ועכ"פ ספק השקול הוא אי מהמיעוט דאישתהי או מהמיעוט שהוא נפל אפי' בחי ח' ימים אזלינן לחומרא והאי דסובר דאמרינן אישתהי סובר דאפי' מיעוטא ליכא שיהיה חי ח' ימים ויהיה נפל וע"כ אפי' בודאי ב"ש דחי ח' ימים אמרינן דבר שבעה היה ואישתהי אע"ג דל"ש דכיון דזה שיהיה נפל ויחיה ח' ימים אפי' מיעוטא ליכא וע"כ יותר מסתבר לומר דאישתהי אע"ג דל"ש עכ"פ מיעוטא איכא דאישתהי משא"כ שיהיה נפל ויחיה ח' ימים אפי' מיעוטא ליכא ע"כ אמרינן דאישתהי אע"ג דל"ש:

ולפ"ז ניחא קושית התוס' דהנה אי אמרינן דאפי' בשהה אינו רק רוב לחוד א"כ ל"ש לומר דמש"ה לא אזלינן בתר הרוב בסתם ולדות משום דהוי דשיל"מ להמתין ח' ימים דליתא דאפי' אי ימתינו צריכין לסמוך על הרוב ולא מרויחין כלום וע"כ מדחזינן דרשב"ג סובר דאפי' בסתם ולדות לא אזלינן בתר הרוב ע"כ משום דסובר דהיכי דשהה אפי' מיעוטא ליכא וממילא אמרינן דב"ש דחי ח' ימים דבר שבעה היה ואישתהי אע"ג דל"ש וא"כ יש לומר דרשב"ג איירי בסתם ולדות כסוגיא דשבת והא דפשיט הגמ' ביבמות דרשב"ג סובר דאישתהי מדאמר כל ששהה וכו' היינו מדחזינן דמחמיר בסתם ולדות ול"א בתר הרוב וע"כ משום דהוי דשיל"מ וא"כ אמרינן דהיכי דשהה אפי' מיעוטא ליכא שיהיה נפל ממילא אמרינן דאפי' בודאי ב"ש ושהה דבר שבעה ואישתהי אע"ג דל"ש משא"כ רבנן הסוברים דבסתם ולדות לא צריך להמתין ואזלינן בתר הרוב ואע"ג דהוא דשיל"מ וע"כ משום דאפי' בשהה מיעוטא איכא שהן נפלים ממילא לא אמרינן דאישתהי כיון דל"ש ומהיכי תיתי לומר דהוא מהמיעוט דאישתהי דילמא הוא מהמיעוט דאע"ג דשהה שהן נפלים:

וכעין זה אמרתי לתרץ קושית הש"ך הנ"ל ס' ק"ב דלמה כתב המחבר יש מי שאומר דהיכי דאין המתיר בודאי ל"ח דשיל"מ והא מוכח בש"ס כן דאל"כ מאי פריך הש"ס אלא אי אמרת ספק טריפה דבר שאל"מ הוא ותתבטל ברובא וקשה דילמא איירי דספק על התרנגולת אי היא טריפה דאז הוי דשיל"מ אי ימתינו כ"א יום אלא ודאי משום דאין המתיר בודאי ל"ח דשיל"מ ולכאורה אמרתי דהא קשה לפי מה דאיתא בב"ק דהא דביצה מטריפה אסור אינו רק מס' שמא היתה אז מעורה וא"כ היכי דהתרנגולת ספק טריפה הביצה אינה נאסרת משום דאיכא ס"ס שמא כשרה ושמא לא היתה אז מעורה וכיון דהביצה מותרת ל"ש לאסור באם נתערבה שאר הבצים אך יש לומר דביצה אסורה אע"ג דאיכא ס"ס משום דאיכא לברורי להמתין כ"א יום אך זה רק מדרבנן צריכין לברורי וא"כ לס"ד דהיה סובר דאיסור דרבנן בטל אפי' דשיל"מ וא"כ אין ראיה דלעולם דחשוב דשיל"מ אע"ג דמתיר אינו בודאי אך הכא דכיון דמה"ת שרי הביצה משום ס"ס ורק מדרבנן אסור משום דאיכא לברורי ובאיסור דרבנן בטל אפי' דשיל"מ משא"כ אליבא דאמת דמסיק ר"א דאפי' איסור דרבנן לא בטל ה"א דאי נתערבה אסור כל הבצים משום דהוא דשיל"מ וע"כ אשמעינן משום דאין המתיר בודאי ל"ח דשיל"מ:

אך לפי מה דאיתא בנב"י דהא דצריכין לברר בס"ס זה דוקא היכי דאפשר לברר שני הספיקות ולא ספק אחד לבד וא"כ ל"ש לתרץ משום דאפשר לברר כיון דס' שמא לא היתה מעורה אי אפשר לברר וע"כ נראה לתרץ קושית הש"ך דהא הקשו לשיטת מהרש"ל דהא דטריפה אינה יולדות הוא רק רוב א"כ ל"ש דהוי דשיל"מ דימתינו כ"א יום כיון דע"כ צריכין לסמוך על הרוב הנ"ל ומאי מרויחין בזה אך נראה דהא בלא"ה הקשו אי ביצה חשובה בריה א"כ בלא"ה לא בטילה משום בריה וע"כ כיון דהא דבריה לא בטילה הוא רק מדרבנן וכיון דל"ש שיהיה טריפה יולדות דמצד הרוב אינה יולדות ואינו חי א"כ במילתא דל"ש לא גזרו רבנן דאינה בטילה משום בריה וא"כ ה"א דשפיר חשוב דשיל"מ דהשתא צריכין ג"כ לסמוך על הרוב דאינה יולדות דאל"כ חשוב בריה וא"כ צריכין תרתי חדא הביטול וגם הרוב הנ"ל דאל"כ לא בטילה משום בריה וע"כ נמתינו כ"א יום ואז ליכא רק חדא לסמוך על הרוב. ואשמעינן דכיון דמתיר אינו בודאי ל"ח דשיל"מ משא"כ הברייתא דאיירי בנתערבה באלף וגם בריה בטילה וא"כ אי תסמוך על הביטול ליכא רק חדא פשיטא דל"ח דשיל"מ דכיון דאפי' אי ימתינו כ"א יום צריכין לסמוך על הרוב וע"כ כתב יש מי שאומר ול"ש להסוגיא כלל דין זה:

גם נראה על קושית הש"ך דבאמת הקשו על רש"י דפי' על הא דמשני דאיירי בספק טריפה ופי' רש"י דס' הוא מאיזה תרנגולת נולדה אי מהטריפה אי לאו ואמאי לא פי'

דספק על התרנגולת אי היא טריפה או לא גם הקשה בפ"ח ס' ק"י על הסוברים דאע"ג דלא אמרינן ספק אחד בגופו וספק אחד בתערובות מ"מ באיסור דרבנן אמרינן ס"ס בזה והקשה דהא עיקר הראיה דל"ח ס"ס משום דסוברים דהא דאם נתערבה קאי על הספק דאם הספק נתערבה אסורות ואע"ג דאיכא ס"ס וע"כ משום דזה ל"ח ס"ס וא"כ למאי דמשני ר"א דאיירי ספק יו"ט ספק חול וקתני דאי נתערבה אסורות ואע"ג דאיכא ס"ס ושמעינן דאפי' באיסור דרבנן ל"ח ס"ס כזו ונראה דעיקר הא דאמרינן דאם נתערבה קאי על הספק דאל"כ תקשה פשיטא דספק אסורה זיס"ד לחומרא וע"כ דקאי על ספק ואשמעינן דאפי' אי הספק נתערבה דאיכא ס"ס לא מהני וזה לס"ד דאיירי בספק טריפה משא"כ למאי דמשני ר"א דאיירי בספק יו"ט ספק חול יש לומר דלא קאי אם נתערבה על ספק משום דבדרבנן אמרינן אפי' ס"ס כזו והא דספק אסורה אשמעינן דאע"ג דספק דרבנן הוא ואפ"ה שרי משום דהוי דשיל"מ ועכ"פ אמרינן דלפי מה דמשני בספק טריפה ע"כ קאי אם נתערבה על הס' דאל"כ תקשה פשיטא. והנה בפלתי איתא דהא ספק אחד בגופו וספק השני בתערובות אסור זה אי ספק אסור מה"ת משא"כ אי ספק שרי מה"ת אמרינן אפי' ס"ס כזו וע"כ הוכרח רש"י לפרש דאיירי דספק מאיזה תרנגולת דאז איתחזק איסורא וספק אסור מה"ת משא"כ אי הספק על התרנגולת אי כשרה דלא איתחזק איסורא וס' שרי מה"ת ותקשה דכיון דע"כ קאי אם נתערבה על הספק א"כ הוי ס"ס וע"כ פי' רש"י דספק היא מאיזה תרנגולת.

אך לפ"ז תקשה דלמאי כתב המחבר דביצה מס' תרנגולת טריפה דל"ח דשיל"מ ובטילה נהי דחשוב דשיל"מ שרי מטעם ס"ס דכיון דלא איתחזק אמרינן ס"ס אפי' ס' א' בגופו וכו' אך דליתא הא דאי חשוב דשיל"מ גם ס"ס לא מהני ביה וזה אליבא דאמת דמסיק ר"א דס' דרבנן בשיל"מ אזלינן להחמיר וה"ה ס"ס בדאורייתא להחמיר היכי דהוא דשיל"מ משא"כ לס"ד דלא ידע מזה וא"כ ס"ס שרי אפי' בשיל"מ א"כ אי אפשר לאוקמא באופן זה דתקשה הא הוי ס"ס ואע"ג דס' אחד בגופו מ"מ היכא דלא אתחזק דס' שרי מה"ת אמרינן ס"ס כזו וע"כ איירי לס"ד דס' היה מאיזה תרנגולת נולדה דאז אתחזק וס' אסור מה"ת ונ"א ס"ס כזו משא"כ אליבא דאמת דס' דרבנן להחמיר בשיל"מ וה"ה ס"ס וה"א דאי נתערבה לא בטל ואע"ג דמ"מ ס"ס היא בדשיל"מ לא מהני ס"ס וע"כ אשמעינן דל"ח דשיל"מ משום דאין המתיר בודאי ודו"ק:

ואי אמרינן כל דפריש מרובא קא פריש בשיל"מ ועי' בר"ן בביצה ונראה דתליא בהא דפליגי הראשונים אי הא דכל דפריש מרובא פריש הוא בתורת ודאי וכן הוא שיטת התוס' אך בשמ"ק איתא דאינו רק ספק רק דהתורה התיר ס' כזה ועי' בפלתי ס' ס"ג דכתב

דהא דפליגי רב ושמואל בסוף יומא אי הולכין בפקוח נפש אחר הרוב פליגי בזה דרב דסובר דהוא ודאי ואין בו ספק כלל וע"כ אפי' בפקוח נפש אזלינן בתר הרוב דמרובא פריש משא"כ שמואל סובר דזה אינו רק ספק וע"כ סובר דבפקוח נפש לא אזלינן בתר הרוב יע"ש יש לומר דגם היכי דהוא דשיל"מ אי אמרינן דמרובא פרי הוא ודאי מה בכך דהוא דשיל"מ הא ל"ש עד שתאכלנו באיסור דכיון דע"פ הרוב הוא בודאי היתר ואין בו שום ספק כלל. משא"כ אי אינו רק ס' רק דהתורה התיר לילך בתר הרוב כזו וע"כ דשיל"מ החמירו רבנן דלא אזלינן בתר הרוב כזו כיון דאינו רק ס' ע"כ עד שתאכל וכו':

ולפ"ז ניחא הא דהקשה הצל"ח על מה דסובר רב בפסחים דפת שעיפשה כיון שרבתה מצה מותרת והקשה הא חמץ הוי דבר שיל"מ ולא אזלינן בתר הרוב ע"ש אך אליבא דרב לשיטתו דרוב הוא ודאי וע"כ גם בדשיל"מ אזלינן בתר הרוב וניחא הא דהשמיטו הרי"ף דין דרב אך לדידן דקיי"ל כשמואל דבפקוח נפש לא אזלינן בתר הרוב וע"כ משום דרוב אינו ודאי וע"כ בדבר שיל"מ לא אזלינן בתר הרוב וע"כ לא הביאו דינא דרב:

ועי' בתוס' ביצה (דף ו') ד"ה וכי מה וכו' דהקשה והא מוכן הוא דיכול להושיט ידו במעי אמו וישחטנו ועי' במהרש"א דהקשה דאמאי לא מקשה הגמ' מעגל שנולד קודם יו"ט ולא כלו לו חדשיו ויום ח' שלו הוא ביו"ט דהשתא לא היה מוכן בין השמשות אך לפי מה שכתבנו דהטעם דצריך להמתין ח' ימים ולא אזלינן בתר הרוב משום דהוי דשיל"מ וכיון דהסוגיא קאי לרב ולרב דסובר דרוב נחשב לודאי גם בדשיל"מ אזלינן בתר הרוב ול"צ להמתין ח' ימים לדידיה כלל:

ולכאורה נראה אי אפי' אמרינן בשיל"מ לא אזלינן בתר הרוב זה דווקא היכי דהרוב אינו נוגע רק לענין זה דשיל"מ משא"כ היכי דהרוב צריכין גם לדבר שאל"מ אז כיון דלענין זה אזלינן בתר הרוב אזלינן ג"כ לענין זה שיש לו מתירין בתר הרוב וכמו כן איתא לענין דל"א בממון בתר הרוב דהיכי דהוא נוגע גם לאיסור אז גם בממון אזלינן בתר הרוב וה"ה לענין דשיל"מ כמו כן וניחא בזה הא דהקשה דאמאי לענין או"ב אזלינן אחר הרוב דרוב חרש שוטה וקטן ששחטו יקלקלו השחיטה והא או"ב חשוב דשיל"מ ולא אזלינן בתר הרוב ותקשה על הא דמתירין לשחוט אחריהן משום דרוב מעשיהן מקולקלים אך כיון דצריכין לדון הרוב הזה לענין נבילה כדאיתא שם בחולין מחייב ר"מ על שחיטתן משום נבילה הואיל ורוב מעשיהן מקולקלים א"כ אזלינן בתר הך רובא לענין דמותר לשחוט אחריהן אב או בנו אע"ג דשיל"מ ובזה ניחא הא דקאמר הגמ' שם בחולין (דף פ"ו) דמקשה אלא ר"מ מ"ט א"ר יעקב א"ר יוחנן מחייב היה ר"מ על שחיטתן משום נבילה מ"ט הואיל ורוב מעשיהן מקולקלים ואמאי לא משני בפשיטות על הא דמקשה

אלא ר"מ מ"ט ולישני משום הרוב וכו' אך משום דהי' קשה הא הוי דשיל"מ ולא אזלינן בתר הרוב וע"כ מוקי הגמ' דמחייב ר"מ על שחיטתן משום נבילה וא"כ אי לאו הרוב עכ"פ מלקות ליכא וכיון דאיתחזק הרוב לענין זה וע"כ הגם דנוגע הרוב גם לדבר שיל"מ אזלינן ג"כ בתר הרוב. ועל עיקר הקושי' דאי חמץ חשוב דשיל"מ מ"ט דר"י דלא סובר חמץ במשהו וברמב"ן איתא דר"י ל"ס דשיל"מ לא בטל ומה שהקשה בר"ן דכיון דהא דדבר שיל"מ דלא בטל אינו מה"ת היכי מחמרינן למיגזר שלא במינו אטו מינו דבשלמא לרב דסובר דמב"מ במשהו וזה הוא מדאורייתא ע"כ גזרינן שלא במינו אטו מינו:

וע"ז נראה דיש לחלק בין היכי דהיתר ע"י זמן דזמן ממילא אתיא וע"כ אין חילוק בין במינו ושלא במינו משא"כ היכי דהיתר ע"י מעשה אזלא אמרינן דאפי' שלא במינו לא בטל דהא עיקר הראיה דשלא במינו ליכא משום דשיל"מ ממתני' דנדרים דקתני בנ"ט ואע"ג דנדרים חשוב דשיל"מ וע"כ שלא במינו ליכא משום דשיל"מ וע"ש בר"ן בנדרים ולפ"ז יש לחלק דווקא התם דהיתר אינו תלוי בזמן וע"כ שלא במינו בטל משא"כ חמץ דהיתר תלוי בזמן אין חילוק לפי מה דאיתא בר"ן שם לתרץ דברי הרי"ף דכתב דמש"ה בפת שנאפה עם הצלי דאסור לאוכלו בכותח משום דהוי דשיל"מ דהוא במשהו והקשו הא הוי שלא במינו ובטל אפי' דשיל"מ וכתב בר"ן וז"ל דהא עיקר הטעם דשיל"מ לא בטל משום דר"י סובר דמב"מ לא בטל ורבנן פליגי משום דחשוב אינו מינו דזה איסור וזה היתר וע"כ דשיל"מ דכיון דיהיה לו היתר חשוב מב"מ משא"כ באינו מינו בטל אע"ג דהוא דשיל"מ דכיון דלא שוה בשם העצם משא"כ בפת שנאפה עם הצלי דכיון דהיתר הוא שיכול לאוכלו בלא כותח וחסר מן האיסור הרבה וע"כ לא בטל אפי' אינו מינו רק היכי שאין לו היתר מיד אז אמרינן שפיר דבאינו מינו בטל אפי' דשיל"מ ועכ"פ אמרינן דהיכי דהיתר הוא מיד לא בטל אפי' א"מ ולפ"ז דווקא נדרים דחשוב מחוסר מעשה וע"כ בטל א"מ משא"כ היכי שתליא בזמן דכיון דזמן ממילא קא אתי חשוב יש לו היתר עכשיו דהא מה"ט אמרינן דקטן המקדש שיהיו הקידושין חלין לאחר שיגדל דל"ח דבר שלא בא לעולם דכיון דאינו מחוסר רק זמן חשוב כאילו בא לעולם ועי' במל"מ הלכות אישות. וגם לענין זה דאין מתירין הנדר עד שיחול אמרינן ג"כ דבמחוסר זמן חשוב כאילו כבר חל הנדר וא"כ ה"ה לענין דשיל"מ היכי דאינו מחוסר רק זמן דמי לפת שאפה עם הצלי דאינו בטל אפי' שלא במינו. וניחא קושית הר"ן דמש"ה לא בטל אפי' שלא במינו לא משום גזירה דחשוב דחסר מאיסור הרבה כיון דאינו מחוסר רק זמן וע"כ אינו משום גזירה רק מדינא לא בטל אפי' אינו מינו ולא דמי לנדרים:

ונחזור לענין הראשון על הא דסובר ר"י דבטל חמץ אע"ג דהוא דשיל"מ ונקדים דהנה בנב"י הקשה על הא דאיתא בפסחים (דף כ"ט ע"ב) ר"י אמר חמץ בזמנו בין במינו ובין שלא במינו בנ"ט ר"י לטעמי' דר"י ור"ל דאמרי תרווייהו כל איסורין שבתורה בנ"ט ותמה בנב"י אחרי דגם ר"ל סובר כן דכל איסורין בנ"ט מדוע כאן בחמץ לא אמר ר"ל כלום רק ר"י יע"ש:

וע"כ נראה דבלא"ה הקשה בפלתי על הא דפריך הגמרא וליתני ככרות של בעה"ב לענין חמץ דלשיטת הרמב"ם ל"צ ככרות דווקא דאפי' פרוסה לא בטילה משום דהוא דשיל"מ וע"ש ס' ק"י:

ונראה דהנה האחרונים נסתפקו אי איכא איסור בח"ש לענין לאו דב"י ועי' בש"א אי דמי לכל איסורין שבתורה ועי' בפ"מ דנסתפק לענין הנאה אי אסור ח"ש יע"ש ונראה דהנה הרמב"ם יליף דח"ש אסור בחמץ מקרא דלא יאכל והקשו דת"ל דכל איסורין אסור ח"ש ולמאי צריכין קרא גבי חמץ דאסור ח"ש ועי' במל"מ דת"ל דבכל איסורין הדין כן ותירץ משום דחמץ היה לו שעת הכושר וע"כ לא דמי לחלב ומש"ה צריכין קרא מיוחד בחמץ דאסור ח"ש והקשו כיון דבעינן שיהיה דומה ממש לחלב א"כ מהראוי לומר דווקא באיסור כרת אסור ח"ש כמו חלב משא"כ באיסור לאו יהיה ח"ש מותר דלא דמי לחלב אך זה אינו דהא אמרינן בכל מקום מה לי איסור לאו ומה לי איסור כרת וע"כ אפי' באיסור לאו אסור ח"ש ועי' במל"מ הלכות יו"ט דכתב דבלאו שאין בו מלקות לא אמרינן מה לי איסור לאו וכו' וא"כ כיון דלאו דב"י הוא לאו שניתק לעשה וליכא מלקות ולא דמי לחלב וע"כ ח"ש ליכא איסור דב"י וב"י וכן על הנאה דליכא מלקות שרי ח"ש:

וניחא בזה הא דהקשה בש"א על התוס' פסחים (דף כ"ז) דהקשה דאכתי היכי מעל לריה"ג הא מיד שיפדה יהיה שלו ויעבור על ב"י והקשו אי ליכא איסור דב"י בח"ש הא יכול לפדות פחות פחות מכשיעור דליכא ב"י ולפי הנ"ל ניח דזה אליבא דאמת דתירצו דהוי ניתק לעשה וע"כ ליכא איסור בח"ש משא"כ לס"ד דתוס' דהקשה דיעבור על ב"י א"כ כיון דהא סובר דאיכא מלקות על ב"י ממילא איכא איסור בח"ש גם לענין לאו דב"י ולפ"ז ניחא הכל דבלא"ה הקשה איך חשוב דשיל"מ הא אי אמרינן דלא בטל אסור להשהותו דיעבור על ב"י וע"כ צריכין לביטול שלא יעבור על ב"י ול"ח דשיל"מ ותירצו ועי' בס' מג"א דכיון דאם נתערב פחות מכזית חמץ בתבשיל דאין עובר על ב"י וא"צ ביעור מהעולם ויכול להשהותו אז בודאי לא בטל משום דחשוב דשיל"מ וכיון דפחות מכזית לא בטל לכ"ע אין סברא להקל יותר בכזית מפחות מכזית יע"ש. ועכ"פ אמרינן דמש"ה חשוב דשיל"מ משום דעל פחות מכזית ליכא חיוב ביעור וע"כ אין סברא

להקל יותר בכזית מח"ש. וכבר אמרנו דמש"ה ליכא חיוב ביעור על פ"מ משום דליכא מלקות על ב"י משום דניתק לעשה והנה זה הכל למ"ד ביטלו ולא ביטלו דאז כיון דלא משכחת ביטלו בחמץ לדידן דקיי"ל כרבנן דמבערו בכל דבר וע"כ בח"ש ליכא חיוב ביעור דכיון דל"מ מלקות על לאו דב"י וע"כ חשוב דשיל"מ משא"כ למ"ד קיימו ולא קיימו דאז משכחת מלקות על לאו דב"י בהתרו לקיים העשה ולא קיים ואז איכא איסור בח"ש אפי' לענין לאו דב"י וממילא דל"ח דשיל"מ. ולפ"ז לפי גירסת הרי"ף דר"י סובר קיימו ולא קיימו ור"ל סובר ביטלו ולא ביטלו וע"כ ר"י לשיטתו דמשכחת מלקות על לאו דב"י כגון בלא קיימו ואסור ח"ש ואסור להשהותו אי תאמר דלא נתבטל וממילא ל"ח דשיל"מ וע"כ סובר דבטל משא"כ ר"ל לשיטתו דלא משכחת מלקות וליכא איסור בח"ש וא"כ בח"ש שנתערב חשוב דשיל"מ א"כ אין סברא להקל יותר בנתערב כזית וחשוב דשיל"מ וע"כ אליבא דר"ל לא בטל חמץ ורק ר"י סובר כן והא תינח אי אמרינן כרבנן דמפרר לא משכחת ביטלו וליכא מלקות על ב"י ושרי ח"ש וע"כ חשוב דשיל"מ. משא"כ למ"ד דבשריפה משכחת מלקות על ב"י דביטלו דלא שרפו ולא קיים העשה וממילא אפי' ח"ש אסור להשהותו ול"ח דשיל"מ וא"כ קושית הגמ' בע"ז וליתני ככרות של בעה"ב לענין חמץ אזלא לר"ע דסובר דבשריפה וליכא משום דשיל"מ וצריכין ככרות דווקא וע"כ משני שפיר מאן שמעת ליה ר"ע הא תני לה דעיקר קושית הגמ' אזלא רק לר"ע ודו"ק:

דבר חשוב

יבואר הא דדבר חשוב לא בטל אי מדאורייתא או דרבנן:

הנה בזבחים סובר רב דטבעת של ע"ז שנתערבה ונפלה אחד מהם לים דהותרו כולן ומקשה רבא ממתני' דקתני דימותו כולן ומשני רב דאמר כר"א והקשו דהרמב"ם פסק כרב ופסק דימותו כולן והנה מה שהקשו דבירושלמי איתא דר"י חולק על רב וסובר דלא הותרו כולן ואמאי פסק כרב ועי' בכ"מ שם:

על זה נראה דהא עיקר בנפל לים הוא משום ס"ם שמא האיסור נפל ואת"ל דהיתר נפל יש להסתפק על כל אחד שרוצה ליטול שמא אין זה האיסור וכבר הקשו דס' זה שמא האיסור נפל הוא נגד הרוב דכל דפריש מרובא פריש אך כבר הוכיחו מהא דפריך בש"ס דידן ואמאי ס"ס הוא ספק אונס ושמא אינו תחתיו ואע"ג דס' אונס הוא נגד הרוב משום דאונס קלא איתי ליה ובתוס' כתובות תירצו דרוב זה אינו רק מדרבנן אך הקשו דמנ"ל זה דילמא הוא רוב דאורייתא וליכא ס"ס וע"כ דאפי' היכא דס' אחד נגד הרוב חשוב ס"ס ועי' בתשובות ברית אברהם ועי' בפ"י ולפ"ז ר"י לשיטתו דמתרץ בירושלמי על קושית

הגמ' דקול יוצא לאונס ול"ח ס' שיהיה ס"ס וע"כ פליג על דינא דרב דל"ח ס"ס משום שהוא נגד הרוב דכל דפריש וכו' ובודאי מהיתר נפל לים:

והיה ניחא בזה קושית הרמב"ן על ר"י דסובר דחמץ בטל בס' ואמאי הא הוי דשיל"מ. וע"כ נראה דהא הקשו דאי לא נתבטל ממילא אסור להשהותו דיעבור על ב"י אך נראה דהא אחד צריך ליטול מהתערובות לקיים מצות ביעור מהעולם וממילא דהותרו כולן אך דלענין אכילה לא מהני זה דנפל אחד לים אך עכ"פ לענין הנאה דכיון דצריך ליטול כשיעור האיסור שנפל ולבער מהעולם דמי לדינא דרב דנפל אחד לים ממילא שרי בהנאה דתלינן בזה האיסור וכיון דאפי' אי לא יתבטל עכ"פ בהנאה שרי ויכול לבטלו ולהפקיר אפי' בפסח דל"ש לומר דאינו ברשותו לבטלו לאחר זמן איסורו כיון דשרי בהנאה ועכ"פ חשוב דשיל"מ דיכול להשהותו עד לאחר הפסח ע"י ביטול וכיון דר"י פליג על רב וממילא דגם בהנאה אסור ואסור להשהותו ול"ח דשיל"מ וע"כ סובר דחמץ ל"ח דשיל"מ ובטל:

אך עיקר הקושיא על הרמב"ם דפסק כרב ופסק דימותו כולן ונראה דהא קשה דאמאי בע"ז סובר הרמב"ם דסגי בשני ספיקות ובדבר חשוב סובר דבעינן ג' ספיקות ועי' בפלתי דדוקא בד"ח החמירו ולא בשאר דברים שאינן מתבטלין וע"כ בטבעת של ע"ז דהא דאינו בטל הוא משום חומרא דע"ז וע"כ סגי שני ספיקות וה"ה היכי דאינו נתבטל משום דשיל"מ כגון ביצה ס' נולדה ביו"ט או בחול ונתערבה דשרי משום ס"ס ובזה ניחא הא דפריך הגמ' וליתני ככרות של בעה"ב לענין חמץ בפסח והקשו דאפי' פרוסה לא בטילה משום דהוא דשיל"מ אך לפי מה שהקשו דכיון דצריך לבער אחד ממילא דהותרו כולן משום ס"ס אך בד"ח לא מהני זה דבעינן ג' ספיקות והא תינח הוא היכי דהוא ד"ח משא"כ פרוסה דהוא משום דשיל"מ וסגי שני ספיקות ותקשה הא כיון דצריך לבער אחד דמי לנפל אחד לים דהותרו כולן:

ולכאורה נראה דאי לא הוי ככרות רק פרוסה בעלמא משום דשיל"מ וע"כ כר"ש דשרי לאחר הפסח ור"ש היה מתיר שם בזבחים ס"ס ותקשה הא כיון דשורף א' הותרו כולן משום דדמי לנפל אחד לים משום ס"ס וע"כ מקשה רק מככרות והיינו לר"י דאוסר לאח"ז ולא הוי דשיל"מ וע"כ בעינן ככרות והוא אוסר שם ס"ס ולא מהני בזה דמבער אחד נהי דהוי ס"ס הא הוא אוסר ס"ס דסובר דכל דבר שלא מהני ביטול גם ס"ס לא מהני:

והנה בש"ך ס' ק"י מחלק בין איסור אכילה להנאה דלענין אכילה לא סגי בשני ספיקות. ובזה ניחא קושית התוס' שם על הא דמשני שם דשמואל סובר כר"א וע"כ אוסר ס"ס הא גם רבנן אוסרים ס"ס ת"ק דר"א ואמאי קאמר ר"א היא ולפי הש"ך ניחא דמדרבנן אין

ראיה דאיירי לענין אכילה ולא סגי בשני ס' וא"כ אין ראיה לענין הנאה כגון בע"ז וע"כ קאמר דר"א היא דסובר דיוליך הנאה לים המלח וע"כ להיתר הנאה דלהיתר אכילה לא מהני זה ועי' בר"ן בע"ז אלמא דאפי' להנאה אוסר ס"ס דאי לאו דיוליך הנאה לים המלח אסור אלמא דאוסר ס"ס אפי' להנאה וע"כ קאמר ר"א היא:

ובזה נראה עוד לתרץ קושית הרמב"ן הנ"ל דהא קשה איך הוי דשיל"מ דאי לא נתבטל אסור להשהותו ותירצו דהא לענין הנאה ל"ש דשיל"מ דכיון דיכול להיות היום ולמחר ויש לו הפסד וכיון דהנאה שרי יכול לבטלו ולהפקירו אפי' לאחר זמן איסורו ויכול להשהותו וע"כ חשוב דשיל"מ אך תקשה דהא היכי דיכול להפריד האיסור מהיתר ליכא ביטול וא"כ אם בכל איסורין מהני שיוליך הנאה או שימכור לא"י חוץ מדמי איסור ממילא ל"ש ביטול אך דכיון דלענין אכילה לא מהני הך תקנה ובטל ממילא אין סברא לאסור בהנאה ולהתיר באכילה וא"כ כיון דלאכילה חשוב דשיל"מ א"כ אפי' להנאה דליכא משום דשיל"מ מ"מ כיון דלאכילה לא בטל משום דשיל"מ א"כ אפי' להנאה דליכא משום דשיל"מ מ"מ בלא"ה לא בטל משום דאפשר להפריד האיסור אך באמת לא קיי"ל דמהני בחמץ הך תקנה רק בע"ז ועי' בר"ן בע"ז וא"כ ר"י לשיטתו דסובר בירושלמי דמהני בכל איסורין דיוליך הנאה או למכור לא"י חוץ מדמי איסור וא"כ אי אמרינן דלא בטל לענין אכילה משום דשיל"מ א"כ לענין הנאה אע"ג דל"ש חומרא דשיל"מ מ"מ לא בטל משום דאפשר להפריד האיסור וא"כ לא יכול לבטל כיון דאינו ברשותו ואסור להשהותו וממילא ל"ש דשיל"מ לר"י לשיטתו:

והנה לפי מה שנראה מתוס' מעילה (ד' כ"א) ד"ה פרוטה של הקדש וכו' דהקשה דאמאי לא נתבטל הך פרוטה באומר פרוטה בכיס זה הקדש דאמרינן דכיון שהוציא הראשונה מעל דאמאי הא נתבטל ואין לומר דמש"ה מעל דהוא דשיל"מ ולא בטל הא זה רק מדרבנן ותירצו משום דמטבע חשוב ולא בטל ע"ש אלמא דתוס' סובר דד"ח מדאורייתא לא בטל ועי' בפ"ח ובפלתי ובמל"מ הלכות מעילה ולפ"ז יש לומר דה"ט דבעינן ג' תערובות בד"ח דכיון דמדאורייתא לא נתבטל משא"כ שאר דברים שאינן מתבטלין הוא רק מדרבנן וע"כ סגי שני תערובות דסגי בשני ספיקות אך תקשה דא"כ מאי מקשה רבא על רב ממתני' דימותו כולן דבמתני' הא דלא בטל הוא משום דבע"ח לא בטילי דד"ח הוא וא"כ לא סגי בשני ס' וע"כ נהי דדמי לנפל אחד לים והוי ס"ס לא מהני משא"כ טבעת של ע"ז דהא דלא בטל משום חומרא דע"ז וע"כ שרי בנפל אחד לים דאיכא ס"ס אך לפי מה שאמרנו דאי דאמרינן טעמא של הר"ן משום מב"מ אז מדאורייתא לא בטל דשיל"מ וא"כ יש לומר דהא דד"ח לא בטל רק מדרבנן והתם פרוטה בכיס זה יהי' הקדש הא דלא בטל הוא

משום דשיל"מ וכבר אמרנו דרבא בביצה ע"כ סובר טעמא של הר"ן מדלא מתרץ כר"א וע"כ פריך שפיר אמאי ימותו כולן דזה דד"ח לא בטל הוא ג"כ רק מדרבנן משא"כ לדידן דאמרינן טעמא של רש"י וא"כ דשיל"מ דלא בטל רק מדרבנן ואז ע"כ ד"ח מדאורייתא לא בטל ולא קשה ממתני' וע"כ פסקינן כרב ופסקינן דימותו כולן:

ולכאורה יש ראיה לזה דאי אמרינן טעמי' של הר"ן אז מדאורייתא לא בטל דשיל"מ דהא הקשו על הרמב"ם דפסק כר"י דגזל ולא נתייאשו הבעלים דהבעלים אין יכולין להקדישו משום דאינו ברשותו ופסק כצנועין דאומרים דכל הנלקט יהא מחולל וכו' וע"כ נראה דהא בס' מעין החכמה מתרץ דאע"ג דמדינא לא יכול לחלל משום דאינו ברשותו מ"מ תקנה עשו שיהיו הבעלים יכולין לחלל אך כתב דמש"ה לא עשו תקנה דכיון דיכולין לחלל כל הכרם בב"א וע"ש בתוס' ואין לומר דאז לא מהני מה שיגדל אח"כ אך דזה נתבטל ברוב ואין לומר דחשוב דשיל"מ דהא קושית הגמ' קאי לר"י ור"י סובר דאפי' דשיל"מ בטל כמו שכתב ברמב"ן הנ"ל משא"כ לדידן יש לומר משום תקנה ואין לומר הא יכולין לחלל כל הכרם בב"א דאז לא מועיל מה שיגדל אח"כ ואין לומר דבטל הא הוי דשיל"מ ואי דאורייתא בטל ל"ש זה אלא ודאי דלשיטת הר"ן מדאורייתא לא בטל:

וגם יש לומר על הרמב"ם דהא עיקר הראיה דבאכילה בעינן ג' תערובות מדקתני ברימונים ג' תערובות אך יש לומר דלרבותא דר"י קתני ג' תערובות דאפ"ה אוסר ולעולם דלדידן אפי' לאכילה סגי שני תערובות ואין לומר דכח דהיתר עדיף דליתא דבאיסור דרבנן כח דאיסורא עדיף והכא לא הוי רק איסורא דרבנן דמדאורייתא נתבטל אך אי אמרינן ד"ח מדאורייתא לא בטל אם כן מדלא קתני כח דהיתר דאפי' לאכילה סגי בשני תערובות וע"כ משום דלאכילה בעינן ג' תערובות וממילא קשה ממתני' דימותו כולן דהתם הוי אכילת מזבח ולא סגי שני ס' ולפ"ז ניחא דרבא לשיטתו דד"ח מדרבנן לא בטל וא"כ י"ל דאפי' לאכילה סגי שני ס' והא דקתני התם ג' תערובות לחידוש דר"י דבאיסור דרבנן כח דאיסורא עדיף וע"כ שפיר מקשה ממתני' משא"כ אי דבר שיש לו מתירין מדרבנן לא בטל וא"כ דבר חשוב דאורייתא לא בטל וא"כ ע"כ הא דלא קתני שני תערובות דבאיסור דאורייתא כח דהתירא עדיף וע"כ דלאכילה לא סגי שני ספיקות ולא קשה ממתני' וע"כ פסקינן כרב וגם דימותו כולן משום דאכילה שאני:

אך באמת קשה לומר דד"ח מדאורייתא לא בטל דהא קיי"ל דאפי' פירש לא מהני דגזירה שמא יקח מהקבוע וע"כ משום דסובר דכבר נתבטל מדאורייתא אלמא דמדאורייתא והא באו"ב אמרינן דניידי וכל דפריש כו' ולא גזרינן שמא יקח מהקבוע ומהרש"ל כתב הטעם משום דהוי דשיל"מ ע"כ ל"ג שמא יקח מהקבוע:

ויש לעיין דהא בתוס' זבחים הוכיחו דלא מהני פירש משום גזירה מהא דטבעת של ע"ז שנתערבה ופירש למקום אחר ומ"מ אסור וע"כ משום גזירה וקשה הא בע"ז מהני יוליך הנאה וחשוב דשיל"מ ואמאי גזרינן שמא יקח מהקבוע:

ובאמת היה נראה בכוונת המהרש"ל דהא הקשו בזימן שנים ומצא שלשה דאסורין משום דאיכא חד דמיערב בהו ואמאי לא אמרינן דניידי וכל דפריש וכו' דהא לענין או"ב לא גזרינן שמא יקח מהקבוע ולכאורה נראה דלפי מה דאיתא בתוס' עירובין דאע"ג דס' דרבנן לקולא מ"מ היכי דאיכא ס"ס לחומרא אז אזלינן להחמיר ועי' במל"מ וא"כ הכא איכא ס"ס שמא אחרינ נינהו ושמא לא יפרוש מהרוב רק האיסור פריש ואע"ג דס' זה הוא נגד הרוב מ"מ חשוב ס"ס דהא חזינן בנפל לים חשוב ס"ס ואמרינן דהאיסור נפל ולא אמרינן דמסתמא מרובא נפל ויותר נראה דהא הקשו מה בכך דיקח מהקבוע הרי אפי' יקח מהקבוע הא מחיים אינו ראוי וע"כ דישחוט ויאכל ואחר שישחוט לא יהי' איסור דהא לא אסור רק משום תערובות בע"ח דחשוב ולא בטל וכי שחט ליה ליכא חשיבות דבע"ח ותירצו דחשוב כמבטל האיסור אך קשה דהא עיקר מה דגזרינן משום דסובר דכבר נתבטל וא"כ אפי' כי יאכל לא עביד איסור אך באמת אפי' שוגג אסור דקנסינן שוגג אטו מזיד והיכי דהוי דשיל"מ לא שייך למיקנס וזה סברת מהרש"ל באו"ב ל"ש גזירה דכיון דיש לו היתר וזה תינח באו"ב דאי ישחוט ליכא חשיבות דבע"ח וגם אז אין לו מתירין משא"כ לענין יו"ט אפי' כי ישחוט איכא משום דשיל"מ על לאחר יו"ט:

וגם מהא דקיי"ל דאמרינן ספק אחד בגופו ושני בתערובות והקשו הא בתוס' נדה ובתוס' ב"ק איתא דס"ס היכא דסתרי להדדי ל"ח ס"ס וא"כ איך אפשר לצרף ס' שבא ע"י ערובות לס' אחר הא כשאנו נרצה לדון על גוף האחר ג"כ יהי' ס"ס כזה כמו ביצה של ס' טריפה שנתערבה על כל ביצים שאנו רוצים לדון יש ס"ס דשמא לא הי' טריפה ואת"ל שהי' טריפה שמא לא זאת היא ועל האחרת תאמר להיפך ותירצו דכיון דמה"ת נתבטל וע"כ אמרינן ס"ס כזה דהיכי דאיכא ס"ס לא החמירו והניחו על דין תורה ועי' בס' יש"י:

ובזה ניחא קושית הש"ך דלפי מה דמשני ר"ל בזבחים דאיירי בנפולה א"כ הוי ס"ס אחד בגופו דנפולה לא הוי ודאי טריפה דהא מהני בדיקה וס' אחד בתערובות ע"ש אך לפי מה דאיתא בפלתי דכשנתערב דבר שאינו עולה לגבי מזבח עם דבר שעולה אינו בטל מדאורייתא דחשוב עולין דאין מבטלין זה את זה דכיון דאי יתבטל תהי' עולין וכמו כן אמרינן לענין חתיכה ראוי להתכבד ע"ש בס' ק"י וא"כ כיון דמדאורייתא לא בטל ממילא לא אמרינן ס"ס כזה משום דסתרי להדדי:

ולפ"ז ניחא קושית התוס' למ"ד בוולד טריפה מה מהני רעי' הא אין פודין הקדש להאכיל לכלבים אך יש לומר דמ"ד בולד טריפה היינו ס' טריפה דהא גם ר"ל מוקי מתני' בנפולה דג"כ אינו רק ספק וא"כ לר"ת הי' להיות שרי דהוי ס"ס ס' אחד בגופו וכו' אלא להכי לא מהני משום דחשיב עולין ומדאורייתא לא בטל וא"כ חשוב ס"ס דסתרי להדדי ובדאורייתא לא מהני וע"כ להכי מהני רעיה דאם הוממו שוב לא יהי' עולין ושוב יהי' מותר מכח ס"ס דאז דבטל מדאורייתא אמרינן ס"ס אפי' בסתרי להדדי ולפ"ז כיון דהא דמהני רעיה משום מותר מכח ס"ס דספק אחד בגופו וזה הכל אי ספק שרי מה"ת כשיטת הרמב"ם וניחא בזה קושית הט"ז ס' ע"ט אי ולד דרוסה אסורה אפי' להדיוט משום דאדם מזיק גם לולד א"כ תקשה הא דאיתא בסוגיא דמש"ה לא מוקי בולד טריפה משום דכר"א לא מוקמינן וקשה דהא יש לאוקמי בולד דרוסה דאז אסור לכ"ע ועי' בפלתי אך לפ"מ דאיתא בפוסקים דאפי' אי ספק טריפה לקולא מדאורייתא מ"מ ס' דרוסה אסור מה"ת משום דכתיב בפירוש בתורה וא"כ לא מהני ס' אחד בגופו וא"כ תקשה קושית התוס' לדוכתא מה מהני רעיא:

והנה על קושית התוס' דמעילה דליבטל הפרוטה תירצו משום דממונא לא בטל ועי' בס' עטרת חכמים דמתרץ בזה על הא דאיתא בסוכה פ' ג' דאמר ר"ה להנהו אוונכרי כי זכציתו אסא מכותים לא תגזזו אתון וקשה דלמה הקפיד דווקא באסא ומתרץ דבס' הכריתות מבואר דכל קבוע שאינו ניכר מיבטל מדאורייתא ברוב אף בקבוע דשדה וע"כ מותר לזרוע בכל העולם אע"ג דמסתמא יש במקום אחד נחל איתן היוצא מזה דלענין איסור היכי דלא ניכר מיבטל מדאורייתא ברוב גם בקרקעות שמיעוט הקרקעות האסורין נפקעו מאיסור מצד ביטול ברוב השדות של היתר ולפ"ז יש לומר דכן הדין גם לענין איסור גזל דרוב שדות של עובדי ככבים אנסין המה אינם גזולין ומיעוט נגזלין דאם באנו לדון אי מותר לגזוז מאחד מהשדות ועוברי' על לאו דל"ת הרי לענין איסור שייך ביטול ברוב אבל עכ"ז אין מועיל אותו ביטול שיהא נפקע שם בעליו הראשונים דהא ממונא לא בטל וא"כ בכל דבר רשות מותר לקנות מעובדי ככבים ומותר לגזוז הקונה הישראל דמצד איסור גזל ליתא דהא לענין איסורא בטל ברוב אבל לענין אסא למצוה דבעינן שיהיה לכם ואם פוגעין באסא משדה הגזולה מישראל לא נעשית ביד הקונה שלו דהא לענין ממונא לא בטל וכל היכי דליכא ביטול חשוב קבוע וע"ש דמתרץ בזה קושית התוס' דלמאי צריכין קרא דלכם דת"ל דהוי מה"ב דנפ"מ באופן דבטל היכי דיש רוב דליכא בי' איסור גזל שמופקע ע"י אותו הרוב אבל מטעם לכם לא יצא דעל זה לא מהני ביטול ע"ש:

ובזה ניחא הא דהקשו מאי פריך וליקני בשה"ש הא עכ"פ מה"ב דליתא דלענין זה מהני הביטול ברוב רק דל"ח לכם דע"י ביטול מ"מ לכם לא הוי דממונא לא בטל:

ולפ"ז ניחא דברי רש"י שם דפי' סתם כותים גזלי ארעא מישראל והקשו הא גם גזל עובד ככבים אסור אך לפי מה דאיתא ברשב"א דאפי' אי גזל א"י אסור מ"מ ליכא חזקת ממון בא"י וע"כ אזלינן בא"י בתר הרוב אע"ג דל"א בתר הרוב בממון ולפ"ז ל"ש אי גזל מא"י דממונא לא בטל וחשוב לכם מצד ביטול ברוב שדות שאינה גזולה וע"כ פי' דחששא שמא גזל מישראל ודו"ק:

דבר שאינו מתכוין

עי' ביומא (דף ל"ד ע"ב) דמסיק הגמ' הנ"מ בכל התורה כולה אבל הכא צירוף דרבנן הוא וכו' ושיטת רש"י דאע"ג דר"י אוסר דש"מ זה באיסור דאורייתא אבל באיסור דרבנן ר"י מודה דש"מ שרי ובתוס' שם הקשה על שיטת רש"י ומסיק התוס' דבכל התורה אוסר ר"י מדאורייתא דש"מ אבל בשבת דבעינן מלאכת מחשבת וע"כ היכי דאינו מתכוון ליכא רק איסור דרבנן ואין שבות במקדש וע' בתוס' שבת אך קשה להו להתוס' מהא דאיתא בכריתות דמשני ר"א כגון שנתכוין לכבות את העליונות והובערו התחתונות מאליו ור"א בר צדוק סובר לה כר"י דאוסר דש"מ אלמא אפי' בשבת דש"מ לר"י אסור מדאורייתא וע"ש ועי' בתוס' כתובות (ד' ה') ד"ה את"ל הלכה כר"י מקלקל בחבורה הוא משמע דאי הלכה כר"ש שרי אפי' הוא מתקן וקשה דבשילהי פ' ספק אכל אמר לר"ש הואיל ומקלקל בחבורה חייב מתעסק נמי חייב ומ"ש דש"מ פטור לר"ש בחבורה טפי ממתעסק ויש לומר דמתעסק שמתכוין למלאכה ולא מיפטר בשבת אלא משום דאין זה מ"מ ומש"ה חייב לר"ש מתעסק בחבורה כמו מקלקל בחבורה דמחייב ר"ש אע"ג דאין זה מלאכת מחשבת אבל דש"מ לאו משום מ"מ פטור דהא בשאר מקומות נמי פטור דש"מ וע"כ בחבורה נמי מיפטר וע"ש וא"כ דכיון דאמרינן דבשבת דש"מ רק מדרבנן ובשאר איסורין דאורייתא וע"כ הא דבשבת דרבנן משום דבעינן מ"מ וא"כ בהבערה דאפי' מקלקל חייב ולא בעינן מ"מ וע"כ בהבערה דש"מ אסור מדאורייתא דכיון דלא בעינן מ"מ בזה:

ובזה נראה דהסוברים דפ"ר דלא ניחא ליה דשרי זה רק בשבת ולא בשאר איסורין מ"מ בהבערה למ"ד דמקלקל חייב אלמא דלא בעינן מ"מ אז אפי' פ"ר דלא ניחא אסור דנהי דלא הוי מ"מ בהבערה לא בעינן מ"מ. ובזה ניחא הסוגי' בשבת (ד' ק"כ) נר שאחורי הדלת פותח ונועל כדרכו ואם כבתה כבתה לייט עלה רב וכו' ומסיק דמש"ה לייט דאפי' אי שרי דש"מ מ"מ בהא מודה ר"ש דפ"ר הוא ועי' בתוס' שם ד"ה פותח וכו' שכתבו ואע"פ שע"י כן מתנדנד הנר ומתרחק השמן מהשלהבת או מתקרב והוי מכבה או מבעיר

וכו' ובמהרש"א הקשה דלפי התוס' אמאי קאמר הברייתא דווקא ואם כבתה כבתה ולא נקט ואם מבעיר מבעיר דהא איכא למיחש גם משום הבערה ע"ש:

ולכאורה נראה לפי מה שהקשו על הא דסוברים דמש"ה אסור לטלטל נר הדולק בשבת לר"ש משום גזירה שמא יכבה ותמה במג"א ס' רע"ו דהא בש"ס בשבת (ד' מ"ו) דחי טעם זה משום דאף אי יכבה הוי דש"מ ותירצו דנהי דשמעינן מכלאים דאפי' באיסור לאו שרי לר"ש דש"מ מ"מ יש לחלק בין איסור לאו לאיסור כרת דשבת דאיסור כרת הוא גזר ר"ש דש"מ אך הסוגיא קאי למ"ד דאין לחלק בין איסור לאו לאיסור כרת ועי' ביבמות ומש"ה מסיק הגמ' דמש"ה אסור לטלטלו משום דנעשה בסיס לדבר איסור משא"כ לדידן מחלקינן בין לאו לכרת דבשבת מודה ר"ש משום דאיסור כרת הוא וא"כ בהבערה דאיכא מ"ד דהבערה ללאו יצאת ושרי דש"מ ופשיטא דל"ח משום הבערה אלא אפי' אי כבתה כבתה דגם ע"ז ל"ח דכיון דא"מ לכבות. אך אי אפשר לחלק בין לאו לכרת דא"כ תקשה הא דאיתא בכתובות ר"פ משמי' דרבא אמר דביו"ט שרי ובשבת אסור והטעם דביו"ט אמרינן מתוך שהותרה חבורה לצורך וכו' ות"ל דבאמת א"מ לעשות חבורה וביו"ט דאיסור לאו שרי משא"כ בשבת אלא ודאי דאין לחלק:

וע"כ נראה דהא במהרש"א הקשה דהא פ"ר הוא ומתרץ דאינו רק קרוב לפ"ר ולא הוי ודאי ולפיכך מתיר הברייתא ורב אוסר אפי' ברק קרוב לפ"ר ולפי דבריו ניחא הרי"ף בשבת דהביא הברייתא ספק בן שמונה ס' בן שבעה אין מחללין השבת והקשו דכיון דלא קיי"ל כר"א דמכשירי מילה דוחה שבת וע"כ לענין גוף המילה ועל זה אמרינן דמחתך בבשר הוא אי בן שמונה הוא וע"כ נראה דהא הקשו למאי צריכין קרא דמילה דוחה שבת ת"ל דדש"מ הוא דא"מ לעשות חבורה אך התירוץ משום דהוי פ"ר ועי' בתה"ד ולכאורה קשה אי אמרינן דנפל חשוב מחתך בבשר בעלמא א"כ לא הוי פ"ר דשמא נפל הוא וליכא חבורה אך יש לומר דכיון דרוב אינם נפלים וע"כ קרוב לפ"ר הוא דע"פ הרוב איכא חבורה והא תינח לרב דאוסר קרוב לפ"ר משא"כ לתנא דברייתא הדרי קושי' לדוכתא וע"כ דל"א מחתך בבשר הוא דאל"כ למאי צריכין קרא דמילה דוחה שבת הא דש"מ ופ"ר לא הוי דאינו רק קרוב לפ"ר וע"כ דל"א מחתך בבשר הוא ועי' ברשב"א דהוכיח ג"כ מהא דמחתך בטריפה דחייב ולא אמרינן דמת הוא דכיון דהוא טריפה ואינו חי ועל כן הביא הרי"ף הברייתא דע"כ שמעינן דל"א מחתך בבשר הוא בנפל וגם יש לומר בפשיטות דסוגיא קאי לר"י דאוסר דש"מ וצריכין קרא על מילה אע"ג דא"מ וע"כ יש לומר דאמרינן מחתך בבשר הוא מה שא"כ לדידן דש"מ שרי ופ"ר לא הוי שמא נפל הוא ועל כן לא אמרינן מחתך בבשר הוא בנפל:

אך נראה על קושית מהרש"א דהא הוי פ"ר דלא ניחא ליה ושרי אך הא תינח לענין אי כבתה אך אי תבעיר דמתקרב השמן ובהבערה דמקלקל חייב אסור גם בפ"ר דלא ניחא ליה אך על זה אינו פ"ר דיהיה הבערה דשמע יכבה דמתרחק השמן ובכיבוי דשרי פ"ר דלא ניחא ליה ועכ"פ ניחא הא דנקט ואי כבתה דאי היה ידעינן שתבעיר אז אסור אף על גב דא"מ והוי פ"ר דלנ"ל וע"כ קאמר ואם כבתה וכו' דבזה שרי פ"ר דלא ניחא ליה ואם כן ילפי זה רב דלייט ע"כ דסובר דאפי' פ"ר דלא ניחא ליה אסור ואפי' בכיבוי וניחא בזה קושית התוס' כתובות (ד' ו') על הא דמשני אליבא דרב מסוכריא דנזייתא דאסור להדוקה ביומא טבא משום דבההיא אפי' ר"ש מודה דפ"ר הוא ואע"ג דלא ניחא ליה דאליבא דרב אין חילוק:

ולפ"ז ניחא הא דהביא התוס' שבת (ד' קי"א) בשם השאלתות לחלק דבשבת קיי"ל כר"ש דש"מ שרי ובשאר איסורים קיי"ל כר"י ומש"ה קיי"ל דאסורה לשתות כוס של עיקרין ואף על גב דאינו מתכוין ועי' באה"ע ס' ה' ובתוס' הקשה מהא דפריך הש"ס בבכורות (דף ל"ד) על הא דאמר שמואל הלכה כר"ש דשרי להקיז דם בכור אטו עד השתא לא שמעינן דס"ל לשמואל כר"ש ומאי פריך דילמא איצטריך לאשמעינן אפי' בשאר איסורים יע"ש והנה הסברא דשאלתות הנ"ל כתבו התו' ביומא לחלק כן דאליבא דר"י דאוסר דש"מ בשאר איסורים הוא דאורייתא ובשבת הוא רק מדרבנן ולפמ"ש יש לתרץ קושית התוס' דהא בכתובות דמייתי מילתא דשמואל אבעילה דתחילה בשבת דהיינו משום חבורה ללישנא דדם חבורי מיחבר ושמואל שרי דסובר כר"ש אלמא אפי' בחבורה דלא בעינן מ"מ דהא מקלקל בחבורה חייב כמ"ש בתוס' (דף ק"י) ד"ה מה לי וכו' ואפ"ה פוטר א"מ וממילא ה"ה בשאר איסורים שרי דש"מ ומש"ה שפיר פריך הגמ' דכיון דפוסק שמואל כר"ש אפ' בחבורה ממילא ה"ה בשאר איסורי' משא"כ לדידן דלעולם בעינן מ"מ אפי' בחבורה וע"כ סובר השאלתות דיש לחלק בין שבת לשאר איסורים:

ובזה ניחא הא דתמה בנב"י דהנה בגיטין (ד' ל"ח) איתא אר"י אמר שמואל המשחרר עבדו דעובר בעשה ופריך הגמ' ממעשה דר"א ומשני הגמ' מצוה שאני ובברכות (דף מ"ז) מביא הגמ' מעשה דר"א ומקשה שם והא אמר ר"י ולא נזכר שם שמואל ועוד על מה דמתרץ הגמ' מצוה שאני פריך הגמ' והא מה"ב היא והכא בגיטין לא פריך מה"ב הוא וע"ש וע"כ נראה דהא הקשו לסברת הר"ן דמש"ה שרי לשחרר למצוה דהא עיקר הטעם דאסור לשחרר עבדו משום לא תחנם וא"כ כי עביד למצוה וחפץ היה להשתעבד בעבד ומשחרר לטובת עצמו חשוב כמוכרו לו והקשו דא"כ לא הוי מה"ב דהא ליכא עבירה כלל. ועל כן נראה דבאמת הוא דש"מ דאינו מתכוין לטובת העבד וליכא לא תחנם אך

על ר"י לשיטתו דאוסר למיבעל בתחילה בשבת והקשו הא ר' יהודה מתיר דש"מ וע"כ משום דסובר דחבורי מיחבר ובחבורה דמקלקל חייב ולא בעינן מ"מ ועל כן אוסר שם דש"מ ואם כן ממילא ה"ה בשאר איסורים אוסר דש"מ וע"כ על ר"י שפיר מקשה והא מה"ב היא אע"ג דהוי דש"מ משא"כ התם בגיטין על שמואל דשרי דש"מ אפי' בחבורה וה"ה בשאר איסורים ועל כן לא קשה דמה"ב היא משום ש"מ לטובת העבד:

ובזה ניחא דברי הרשב"א בנדרים דהקשא קושית הר"ן באמר קונם הנאת תשמישך עלי דאסור הא מצות לאו ליהנות נתנו ומתרץ הרשב"א דאפשר באחרת והקשה מההיא דמכות דמשני דמשכחת ביטלו באונס שגירש דאדריה על דעת רבים וקשה הא מצות לאו ליהנות נתנו והכא ל"ש דאפשר באחרת דהמצוה היא בזו לקיים ולו תהיה לאשה וע"כ נראה דבאמת איכא הנאת הגוף ג"כ ואין לומר דש"מ הוא הא בשאר איסורים אסור דש"מ כר"י אך לשיטת רש"י ר"י מודה באיסור דרבנן והתם ליכא רק איסור דרבנן דתשמיש דבר שאין בו ממש הוא והנדר לא חייל רק מדרבנן וע"ש בר"ן משא"כ התם באונס שגירש דאיירי ע"כ דאמר קונם הנאת גופו לתשמישו והנדר חל מדאורייתא ואסור דש"מ:

ובזה ניחא הא דאיתא בנדרים דמש"ה מותר להחזיר לו אבידה במודר הנאה משום דמדעתא דנפשי' מהדר ליה ופי' הר"ן דלא הוי רק מבריח בעלמא ובכתובות בסוף יהיב טעמא משום דמצוה עביד ועי' בשמ"ק ונראה דהא בשמ"ק איתא לפרש הא דמצוה עביד דא"מ ליהנות אותו אך אי בשאר איסורים מודה כר"י דש"מ אסור מה בכך דא"מ אך באמת הוי מבריח ארי בעלמא אך עכ"פ לא גרע מויתור דאסור במודר הנאה אך זה רק מדרבנן אסור ובאיסור דרבנן מודה ר"י דשרי דש"מ נמצא דצריכין לשני טעמים האלו:

והנה מתוס' כתובות נראה לכאורה ג"כ דבאיסור דרבנן מודה ר"י דהנה על הא דאמר הגמ' את"ל הלכה כר"י מקלקל הוא אצל הפתח וקשה להו נהי דמקלקל פטור אבל אסור וכתבו דכיון דאיכא תרתי דש"מ ומקלקל שרי לגמרי והיינו דכיון דמקלקל הוא וליכא רק איסור דרבנן ע"כ שרי משום ש"מ דבאיסור דרבנן מודה ר"י אך התוס' ביומא לא סובר כן דאפי' באיסור דרבנן אוסר ר"י דש"מ ועי' במל"מ הלכות יום טוב וע"כ נראה דכוונת התוס' דכיון דבשבת הא דאוסר ר"י דש"מ הוא רק מדרבנן וא"כ הוי תרתי דרבנן וע"כ שרי במקום מצוה

ולכאורה נראה לפרש הסוגיא דלפי מה דאיתא בתוס' יומא נהי דבשבת אוסר ר"י דש"מ רק מדרבנן מ"מ היכי דאיכא פ"ר אז לר"י אסור מדאורייתא אך אליבא דר"ש דשרי דש"מ אז אע"ג דהוה פ"ר דמודה ר"ש מ"מ בשבת דבעינן מ"מ אסור רק מדרבנן וע"ש ולפ"ז יש

לומר דהסוגיא היה סובר גם השתא דהוי פ"ר דלא בקיאין בהטי' אך היה סובר דאיסור דרבנן שרי במקום מצוה וא"כ כיון דבשבת אפי' לר"י האיסור רק מדרבנן היכי ש"מ מהראוי להיות שרי במקום מצוה אך כיון דהשתא הוא סובר דפ"ר הוא א"כ אליבא דר"י אסור דאורייתא ולא מועיל במקום מצוה וזה כוונת הגמ' אי כר"י דאוסר דש"מ ואף על גב דהכא במקום מצוה היא מ"מ אסור כיון דהוי פ"ר ואסור מדאורייתא או הלכה כר"ש וע"כ אף דהוי פ"ר מ"מ לא אסור רק מדרבנן שרי במקום מצוה וניחא קושית רש"י ותוס' דפ"ר הוא דליתא דשרי במקום מצוה כיון דאליבא דר"ש איסור רק מדרבנן בפ"ר בשבת ואת"ל הלכה וכו' מקלקל הוא אצל הפתח ואע"ג דמקלקל אסור עכ"פ חשוב פ"ר דלא ניחא ליה דכיון דחשוב מקלקל וליכא רק משום א"מ לחוד דאסור לר"י מ"מ כיון דליכא משום פ"ר וליכא אפי' לר"י רק איסור דרבנן דש"מ ושרי במקום מצוה אך אי אפשר לומר כן דאליבא דר"ש יהיה פ"ר במקום מצוה דכיון דליכא רק איסור דרבנן דא"כ תקשה הא דפריך הגמ' בסוכה פ' ג' על הא דמשני שלקטן לאכילה והא מודה ר"ש בפ"ר וקשה הא במקום מצוה היא אלא ודאי דאין חילוק:

ולשיטת התוס' דבשבת אפי' לר"י דאוסר דש"מ זה רק מדרבנן ניחא לפ"ז מה דקשה לכאורה דלפי מה דאיתא בפסחים דאפי' לר"י דאוסר דש"מ זה באפשר אבל לא אפשר ר"י מודה ולפי זה תקשה הא דדרשינן בשר אפי' במקום שיש בהרת ימול וע"ש דהא דאיצטריך קרא לר"י דאוסר דש"מ וקשה הא התם לא אפשר ואפי' לר"י דש"מ רק מדרבנן וע"כ שרינן בלא אפשר משא"כ בשאר איסורים דהוי דאורייתא אז אפי' בלא אפשר אסור ועל כן צריכין קרא ולכאורה קשה לשיטת רש"י דבאיסור דרבנן ר"י מודה מהא דאיתא בסוכה (דף ל"ג) אין ממעטין ביום טוב משום ר"א בר"ש אמרו ממעטין ומוקי לה שלקטן לאכילה וסובר דש"מ שרי וקשה הא התם האיסור רק מדרבנן כמו שפי' רש"י דמחזי מתקן כלי ובאיסור דרבנן אפי' ר"י מודה דשרי. וגם קשה לי על שיטת התוס' מהא דאיתא בשבת (ד' ע"ג) התולש עולשין וכו' עד דמשני ל"צ אליבא דר"ש דמתיר דש"מ וקשה דאפי' לר"י פטור דכיון דבשבת ליכא רק איסור דרבנן דש"מ וליכא חיוב חטאת וגם קשה לי על הכ"מ הלכות נזיר דאפי' בפ"ר אינו רק איסור דרבנן ומה פריך דפ"ר הוא מכל מקום חיוב חטאת ליכא:

ואי באיסור דרבנן שרי פ"ר עי' בתה"ד דמתיר ועי' במג"א הלכות שבת ולכאורה תקשה מהא דאיתא בכתובות הכונס את הבתולה לא יבעול בתחלה בשבת וחכמים מתירין מאן חכמים ר"ש ופריך הא מודה ר"ש בפ"ר וקשה דהא התם חשוב מלאכה שא"צ לגופו ופטור אבל אסור מדרבנן ובאיסור דרבנן פ"ר שרי אך לפי מה דאיתא ברשב"א בשבת

(דף מ"ו) דמסיק הגמ' התם כל היכי דכי מכוין אסור מדאורייתא אז כי לא מכוין גזר ר"ש מדרבנן והקשה ברשב"א הא כיבוי ליכא רק איסור דרבנן דמלאכה שאין צריך לגופו הוא וכתב לחלק דכיבוי שאני דבאמת הוא עושה מלאכה דאורייתא רק משום דאין צריך לה מה שאין כן בעושה חריץ גוף המלאכה רק דרבנן ע"ש ולפי זה יש לומר דאפי' לתה"ד דאיסור דרבנן שרי אפי' פ"ר מ"מ מלאכה שאצל"ג גרע דכיון דאי צריך לה הוי לה מלאכה דאורייתא ואסור פ"ר אך קשה לי על הרשב"א מהא דאיתא בשבת (ד' מ"ב) דפריך למימרא דשמואל כר"ש סבירא ליה והאמר שמואל מכבין גחלים של מתכת בר"ה אבל לא גחלים של עץ ואי ס"ד סבר לה כר"ש אפי' של עץ נמי ופי' רש"י דהא לר"ש מלאכה שא"צ לגופו פטור עליה וכל כיבוי מלאכה שאין צריכה לגופו וקשה מה ראיה דכיבוי גרע דעשה מלאכה דאורייתא אי צריך לה ועל כן לא שרי אפי' במקום נזק לרבים משא"כ גחלים של מתכת דלא שייך כיבוי בהכי מדאורייתא והמלאכה היא בעצם רק מדרבנן ועל כן לא גזרו ולפי התה"ד ניחא דברי הרשב"א הנ"ל דמתרץ דאפשר באחרת ומשמע דסובר דאפי' היכי דאיכא הנאת הגוף אמרינן דמצות ליהנות נתנו והקשו דהרשב"א סותר א"ע דהקשה בסנדל של ע"ז דאמרינן מצוה לאו להנות נתנו והא איכא הנאת הגוף דמותרת לינשא לשוק ומשמע דסובר דהיכי דאיכא הנאת הגוף לא אמרינן מצות לאו ליהנות ניתנו וע"כ נראה דהא בלאו הכי הקשו דאם כן אמאי מודר הנאה מחבירו מותר לשמוע תקיעות של מצוה והא אפשר לשמוע מאחר כמו התם. ונראה דבלאו הכא הקשו על הכלבו דסובר במודר הנאה משופר דמותר לתקוע תקיעה של מצוה דווקא שאחר יתקע והוא ישמע אבל הוא בעצמו אסור לתקוע משום דיש בני אדם דנהנים מהתקיעה כשהן תוקעין והקשו מאי נעשה בשופר של ע"ז והכא אין חילוק בין הוא לאחר דהאיסור יהיה גם על השני ונראה דבאמת איתא באחרונים דאפי' באיכא הנאת הגוף שרי משום דכיון דמצות צריכות כוונה אם כן הנאת הגוף שיש לו הוי דש"מ ומותר ובזה יש לפרש הבעה"מ דסובר דתקיעות דרבנן אסור ועי' בר"ן מה שהקשה עליו ועי' בשעה"מ מהא דלולב של ע"ז דיצא ואף על גב דהתם איירי ביום טוב שני ועי' בתוס' סוכה דהוא דרבנן אך דבעל המאור סובר דהכא בתקיעה איכא הנאת הגוף אך דשרי משום שא"מ כיון דמצות צריכות כוונה וזה בדאורייתא אבל במצוה דרבנן ל"צ כוונה ואיכא משום הנאת הגוף ועל כן אסור מה שאין כן לולב דליכא הנאת הגוף ועל כן אין חילוק דאפילו בדרבנן אמרינן לאו ליהנות ניתנו:

ולפ"ז לפי מה דאיתא בפסחים פלוגתא דאביי ורבא דרבא סובר דבאפשר אסור דש"מ אפי' לר"ש וא"כ כיון דאפשר לשמוע מאחר וא"כ אסור הוא לתקוע משא"כ בשופר

של ע"ז דלא אפשר שרי משום ש"מ אע"ג דאיכא הנה"ג. וניחא דברי הרשב"א דוקא התם דאיכא הנה"ג רק דשרי משום שא"מ וע"כ קאמר דאפשר באחרת משא"כ במודר הנאה מחבירו דמותר לתקוע לו דכיון דליכא הנה"ג וע"כ אע"ג דאפשר לשמוע מאחר שרי משום לאו ליהנות ניתנו. אך יש להבין על הרשב"א הנ"ל דנהי דא"מ על הנה"ג הא הוי פ"ר אך הרשב"א קאי התם בתשמיש דנדר רק מדרבנן חייל דתשמיש ד"ש בו ממש ובדרבנן פ"ר שרי וע"כ הקשו שפיר מסנדל של ע"ז דאיכא הנה"ג ואע"ג ד"מ מ"מ הא פ"ר הוא ואסור וניחא מה שהקשו על הרשב"א מאונס שגירש דהתם איירי בנדר דאורייתא דאמר קונם הנאת גופו לתשמיש וע"כ היכי דאיכא הנה"ג אסור משום פ"ר דאיסור דאורייתא הוא:

ובזה ניחא הא דאיתא במסכתא עירובין (דף ל') אמר רב שבועה שלא אוכל ככר זו מערבין לו בה ככר זו עלי אין מערבין לו בה ובתוס' הקשה דאי אמרינן דאין מערבין אלא לדבר מצוה ומצות לאו ליהנות ניתנו אמאי אסור והוכיחו מזה דרב ע"כ סובר דמערבין אפי' לדבר הרשות. ולכאורה ניחא בזה הא דאיתא שם (דף כ"ח) דרב סובר דמערבין בגודגדניות ופריך הגמ' הא תנן חשוכי בנים לא יאכלו ומשני לעולם לחשוכי בנים דהא חזי למרובי בנים מי לא תנן מערבין לנזיר ביין ולישראל בתרומה אלמא אע"ג דלא חזי להאי חזי להאי והקשו דילמא התם הטעם משום הואיל דאי בעי מיתשל וחזי לדידיה ולעולם דלא מהני מה דחזי לאחריני ולכאורה נראה דהא קשה הא דפריך הגמ' על סומכוס אי הכי תרומה נמי אפשר דמיתשל דילמא לא אמרינן הואיל רק היכי דאיכא מצוה ליתשל כמו בנזיר משא"כ תרומה דליכא מצוה ועיין בתשובות הרשב"א דמסתפק לענין אתרוג אי חשוב היתר אכילה משום הואיל ומביא ראיה מתרומה והקשו ג"כ דאין ראיה דהכא ליכא מצוה ועיין במ"א ועיין בשער אפרים ועיין בנדרים מה שמחלק הגמ' לענין דשיל"מ דתרומה שאני דליכא מצוה וע"כ דקושית הגמ' אזלא אי אין מערבין אלא לדבר מצוה אמאי ל"א הואיל גם גבי תרומה וכיון דלעיל קאי הסוגיא לרב ורב ע"כ סובר דמערבין לדבר הרשות וא"כ הא דמערבין בתרומה משום דחזי לאחריני:

וגם לפי מה דסוברים דאף דלא גזרו על שבות בין השמשות מ"מ על שני שבותים גזרו והקשו דא"כ לא היה צריך הגמרא לומר לסומכוס דסובר דגזרו תיפוק ליה הא איכא שני שבותים שבות דשאלה ושבות דהפרשה ועיין בשעה"מ דמתרץ דכיון דקיי"ל דלצורך שבת נשאלין ה"ה לצורך מצוה אחרת וכיון דאין מערבין אלא לדבר מצוה ליכא שני שבותים דשבות דשאלה ליכא לצורך מצוה יע"ש וניחא ג"כ קושיא הנ"ל דכיון דרב ע"כ סובר דמערבין לדבר הרשות א"כ איכא שני שבותים וע"כ משום דחזי לאחריני וזה כוונת

התוס' פסחים סוגיא דחזקיה דכתבו דרש"י פירש שם הא דמערבין לישראל בתרומה משום הואיל והתוס' כתבו משום דחזי לאחריני וכתבו עוד דלא פריך הכא למ"ד דאין מערבין אלא לדבר מצוה ומצות לאו ליהנות וניתנו והיינו דמזה דוחה פירש רש"י דכיון דמערבין לדבר הרשות א"כ הא איכא שני שבותים וע"כ משום דחזי לאחריני מערבין וניחא דברי הרא"ש דמביא ראיה דרב סובר כרבנן דמשום דחזי לאחריני מערבין מהא דאמר דשבועה שלא אוכל ככר זה וקשה דילמא הטעם משום הואיל דאי בעי מיתשל ואין לומר דסומכוס סובר דגזרו על שבות דהא אין מערבין אלא לדבר מצוה ולצורך מצוה ליכא שבות אך רב לשיטתו ע"כ סובר דמערבין לדבר הרשות:

אך לפי מה שהקשה בשעה"מ דכיון דמערבין לילך לבית המשתה א"כ איכא הנה"ג ול"ש מצות לאו ליהנות ניתנו אך אמרנו דחשוב דש"מ וא"כ רב לשיטתו דאוסר דש"מ וא"כ יש לומר דלעולם דסובר דאין מערבין אלא לדבר מצוה והכא איירי לילך לבית המשתה ולרב דאוסר דש"מ אסור דאיכא הנה"ג אע"ג דהוי ד"מ וגם נראה דהא בתוס' הקשו דא"כ אמאי מחלק בין נדר לשבועה דבשבועה גופא הוי מצי לחלק היכא דאוסר על עצמו בשבועה גם הנאה אז אין מערבין בה:

ולפי מה דאיתא בט"ה דהנאה שיש לו חוץ מהמצוה לא נחשב הנאה כ"כ רק כמו ויתור וע"כ במודר הנאה משופר סובר הכלבו דוקא אחר יתקע משום דבנדרים גם ויתור אסור וזה ל"ש בשופר של ע"ז יע"ש ולפ"ז ניחא קושית שעה"מ דנהי דמערבין ללכת אל בית המשתה מ"מ בשאר איסורים לא איכפת בהנאה שיש לו בהדי מצוה וע"כ בנדר שאמר הנאת ככר זה עלי נהי דסובר דאין מערבין אלא לדבר מצוה מ"מ יש לומר דאיירי ללכת לבית המשתה דאיכא הנה"ג ובנדרים אפי' ויתור אסור וניחא דלא מחלק בשבועה גופא דהא בשבועה דשרי ויתור ותקשה הא מצות לאו ליהנות ניתנו:

וניחא מה שהקשו על הרשב"א דמתרץ דאפשר באחרת והקשו מאונס שגירש דעיקר הטעם של הרשב"א אע"ג דיש לו הנה"ג ובנדרים אפי' ויתור אסור ולא היה צריך לומר דאפשר באחרת אך יש לומר דויתור לא אסור רק היכי דנדר דאורייתא וא"כ התם דנדר חל רק מדרבנן משום דהוי דבר שאין בו ממש ושרי ויתור וע"כ הוצרך לומר משום דאפשר באחרת ובאונס שגירש איירי בנדר דאורייתא דאז אסור ויתור אע"ג דאי אפשר באחרת ל"ש מצות לאו ליהנות דאיכא הנה"ג ג"כ:

וניחא לפי תה"ד הנ"ל מה שהקשו לשיט' הרמב"ם דבגדי כהונה אסורין ללבוש שלא בשעת עבודה משום כלאים ול"א הואיל ואישתרי אישתרי והקשו מהא דחטאת העוף הבא על הספק דמביא ואינה נאכלת דמ"מ הא יעשה איסור שמא אינו מחויב להביא

וא"כ עשה איסור שלבש כלאים שלא במקום מצוה ועיין בש"א גם הקשו מהא דאב מדיר את בנו בנזיר ופריך הגמ' למ"ד כדי לחנכו הא אכיל מליקה ומשני דאין שחיטה לעוף מה"ת וקשה מאי יעשה עם איסור כלאים דשלא בשעת עבודה וע"כ נראה דכיון דחזינן דבאיסור דרבנן שרי פ"ר וע"כ משום דפ"ר אינו אסור רק מדרבנן דאי מדאורייתא אין חילוק בין אד"א לאיסור דרבנן ולפ"ז יש לומר דהא הכהן אינו מתכוין להנאת לבישה רק למצוה ובכלאים האיסור רק היכי דאיכא הנאת לבישה ול"צ לומר משום דעשה דוחה ל"ת רק הא הוי פ"ר וכיון דפ"ר לא אסור מה"ת א"כ בחטאת הבא על הספק חשוב ספק דרבנן ולקולא דכיון דפ"ר לא אסור רק מדרבנן וכן ניחא מהא דמדיר את בנו בנזיר דכיון דליכא רק איסור דרבנן דהא א"מ רק דפ"ר הוא ואיסור דרבנן שרי כדי לחנכו:

אך באמת אי אפשר לומר דפ"ר לא אסור רק מדרבנן דא"כ לא צריכין בשר אפי' יש בהרת ימול והא נהי דהוי פ"ר כמו דמשני הגמ' בשבת הא פ"ר לא אסור רק מדרבנן אלא ודאי דפ"ר אסור מדאורייתא ויש לומר ולחלק בין איסור שבת לשאר איסורים כמו דאליבא דר"י דאוסר דש"מ בשאר איסורים הוא א"דא ובשבת ליכא רק איסור דרבנן ה"ה לדידן דקיי"ל כר"ש רק דפ"ר אסור יש לומר דבשאר איסורים הוא דאורייתא וע"כ צריכין קרא דבשר משא"כ באיסור שבת רק מדרבנן אסור:

ולפ"ז יש לומר דאפי' היכי דלא אפשר אסור בפ"ר בשאר איסורים דאסור מה"ת משא"כ באיסורי שבת דאיסור מדרבנן שרי בלא אפשר וכמו לר"י דאוסר דש"מ מ"מ סובר דהיכי דלא אפשר שרי וה"ה בפ"ר היכי דלא אפשר עכ"פ באיסורי שבת ואין ראיה מהא דצריכין קרא דבשר אע"ג דלא אפשר דבשאר איסורים שאני אך לר' ירמיה דסובר במס' שבת דאפי' בלא אפשר אסור לר"י דש"מ ה"ה דפ"ר אסור אפי' בלא אפשר. וניחא הא דהרמב"ם לא הביא היכי שלקטן לאכילה דהוי דש"מ רק דהוי פ"ר ולא הביא דאית ליה הושענא אחריתי כדמסיק הגמ' בסוכה וכבר כתבנו מזה לעיל אך לפ"ז ניחא דאדרבה דהיכי דאין לו הושענא אחריתי דאז לא אפשר אז שרי פ"ר והסוגיא קאי לר' ירמיה דלדידיה אסור פ"ר אפי' היכי דלא אפשר וע"כ בעינן דאית ליה הושענא אחריתי:

וניחא בזה הרמב"ם דלא מחלק בין אישחור מאתמול דאז הוי דחוי מעיקרא בין אישחור ביו"ט ואמאי דאז חשוב נראה ונדחה דלכ"ע הוי דחוי דאין לומר דבידו היה ללקטן וע"כ ל"ח דחוי דא"כ היכי קאמר כתנאי על בעי דר' ירמיה בנקטם ראשו ועלתה בו תמרה הא לא דמי דהכא בידו ללקוט אלא ודאי דל"ח בידו דכיון דבאין לו הושענא אחריתי אסור אפי' בלקטן לאכילה משום דהוי פ"ר א"כ ל"ח בידו וע"כ נראה דהרמב"ם לשיטתו דלא הביא דאית ליה הושענא אחריתי א"כ בידו ללקוט לאכילה וע"כ לא הוי דחוי משא"כ

הא דקאמר כתנאי דקאי לר' ירמי' ולר' ירמיה דאוסר לר"י אפי' בלא אפשר ה"ה פ"ר אסור בלא אפשר וע"כ לא הוי בידו דבעינן הושענא אחריתי דוקא:

ובזה דר' ירמי' סובר דאפי' בלא אפשר לר"י ולר"ש דשרי דש"מ זה רק בלא אפשר ובאפשר אסור ניחא בזה הרמב"ם הלכות מלכים פ"ח דפסק חלוצי צבא בשעת מלחמה מותרין לאכול טריפות אי לא מצאו מה לאכול ומשמע הא יש להם לאכול דבר היתר אסור לאכול דבר איסור והקשו מריש חולין דבעי ר' ירמיה איברי בשר נחירה שהכניסו ישראל לארץ מהו ואמרינן עלה אימת אי לימא בשבע שכבשו וכו' השתא דבר טמא אישתרי להו בשר נחירה מיבעי' ולשיטת הרמב"ם שלא הותר אלא מדוחק אם לא ימצאו לאכול היתר לא פריך מידי דנפ"מ ביש להם מה לאכול גם הקשו דהא הרמב"ן הקשה על ציווי הגעלה במלחמת מדין ולא במלחמת סיחון ועוג שקודם לכן ותירץ משום דסו"ע המה משבעה עממים ורשאי לאכול אפי' קדלי דחזירי וכ"ש ג"ע ולסברת הרמב"ם שלא הותר אלא מדוחק לא יתכן תירוץ זה ובס' מעין החכמה מתרץ דהא ג"נ חידוש הוא דנטל"פ הוא א"כ לא קשה מסו"ע שלא צותה התורה כן שאין להקשות על החידוש שאין בו אלא חידושו יע"ש ולפ"ז יש לומר כשיטת הרמב"ם שלא התירה אלא באין להם מה לאכול והנה לפי מה דאיתא בר"ן בע"ז דהא דאינו ב"י חשוב נטלפ"ג אע"ג דראוי לגר ומכש"כ ב"י אלא דלא אפשר דלא פגמה פורתא בודאי ראוי לגר ומתרץ דכיון דמב"מ בטל ברוב וא"כ הגוף איסור נתבטל רק מבש"מ הטעם אוסר וע"כ כיון שהוא אינה ב"י דהטעם ל"ח טעם וגוף האיסור נתבטל וע"כ שרי אע"ג דראוי לגר ולפ"ז לכאורה תקשה אמאי הוי ג"נ חידוש דכיון דצריכין לבא לביטול ואין מבטלין איסור לכתחלה להסוברין דהוא דאורייתא וע"כ צוה התורה להגעיל אך דכיון דאין כוונתו לבטל ליכא משום אין מבטלין איסור לכתחילה וא"כ לר' ירמי' דשובר דבאפשר אסור דש"מ א"כ כיון שאפשר להגעיל א"כ אכתי יש לומר משום אין מבטלין וכו' ולא הוי חידוש כלל וע"כ הא דלא צותה התורה במלחמת סו"ע וע"כ כתירוץ הרמב"ן משום דאישתרי להו אפי' קדלי דחזירי ואע"כ דיכולין לאכול התיר ע"י הגעלה וע"כ על ר' ירמי' לשיטתו דע"כ לדידיה אפי' ביש להם מה לאכול שרי דאל"כ אמאי לא אסרה תורה במלחמת סו"ע ואין לומר משום דחידוש דהא לדידיה לא הוי חידוש דיש לומר משום אין מבטלין לכתחילה ואע"ג דאין כוונתו לבטל מ"מ הא אפשר בהגעלה וע"כ דאפי' ביש להם מה לאכול שרי ומקשה הגמ' שפיר השתא דבר טמא אישתרי להו וכו' משא"כ לדידן יש לומר כשיטת הרמב"ם דוקא באין להם לאכול דבר היתר:

והנה בס' ב"מ איתא דאסור אפי' באין כוונתו לבטל משום דחשוב פ"ר ולכאורה תקשה דהא בתוס' חולין איתא דאי נתבשלו אסור נטבנ"ט הא דאמרינן דכל יום נעשה גיעול משום דמב"מ בטל ברוב ובכלי מקדש אוקמא על דאורייתא והקשו דא"כ למאי צריכין כלל מריקה ושטיפה ותירצו משום דאין מבטלין וע"כ אע"ג דאין כוונתו לבטל אך משום דהוי פ"ר וקשה לפ"ז הא דפריך הגמ' בע"ז בסוף דאמאי בקדשים אפי' דבר דתשמישו ע"י האור סגי בהגעלה ובשפוד של א"י בעינן ליבון יע"ש וקשה דהא מהראוי לומר דסגי לעולם בהגעלה אי לא ישתמש כעת ע"י האור משום דאי לא יצא ע"י הגעלה גם השתא ע"י בישול לא יצא אך דשמא ע"י הגעלה דקודם לא יצא הכל והשתא יצא וכמו כן כתבו לענין כ"ח ועיין בריש חולין ועכ"פ לא הוי פ"ר דשמא יצא הכל ע"י הגעלה ומאי פריך הגמ' ואפשר דקושית הגמ' היה דמשמע דרשאי להשתמש אפי' ע"י האור ע"י הגעלה:

והנה פ"ר דלא ניחא ליה בתוס' כתובות איתא לחלק דבשבת שרי משום דבעינן מ"מ משא"כ כל איסורים אסור אך במג"א איתא להוכיח דשמואל סובר בזבחים דאפי' בכל התורה שרי פ"ר דל"נ ליה יע"ש ובזה ניחא קושית הפ"י בפסחים על הא דסובר שמואל שם (דף כ"ז) תנור שהסיקו בקליפי ערלה חדש יותץ ואמאי הא סובר שמואל בע"ז פ"ג דזה וזה גורם שרי ואין לומר דלכתחלה אסור זוז"ג דזה אינו דחשוב דיעבד דאי נאמר יותץ יפסיד התנור ועיין בתוס' שם ונראה דלפי מה דכתבו דאי אמרינן דשרי למכור לעובד כוכבים חוץ מדמי איסור ל"ח דיעבד והנה איתא בס' ע"ח דאי אמרינן דש"מ אסור אי אפשר למכור לעובד כוכבים חוץ מדמי איסור דעובר על לא תחנם ואע"ג דאינו מתכוון לטובת העובד כוכבים אך אי דש"מ שרי אז מותר למכור לעובד כוכבים חוץ מדמי איסור ואע"ג דהוי פ"ר אך הוי פ"ר דלא ניחא ליה ולפ"ז ניחא דשמואל לשיטתו דבכל איסורין שרי פ"ר דלא ניחא וע"כ ל"ח דיעבד דיכול למכור לא"י חוץ מדמי איסור וע"כ סובר יותץ משא"כ לדידן דרק בשבת שרי פ"ר דלא ניחא וע"כ אי זוז"ג שרי לא אמרינן יותץ דחשוב דיעבד ודו"ק:

ולכאורה קשה הא בתוס' פסחים הקשו אמאי אסור למיבעל בתחלה בשבת לר"י דאוסר דש"מ הא לא אפשר ותירצו דקאי למ"ד דאפי' בלא אפשר אסור וקשה הא דאיתא בכתובות (דף ז') וחכמים מתירין מאן חכמים ר"ש כן משני רבה וקשה הא רבה סובר דבלא אפשר שרי אפי' לר"י וא"כ אמאי צריך רבה לומר דאתיא כר"ש הא אפי' לר"י שרי בלא אפשר:

דבר שאינו קצוב

שיטת הרמב"ם דאינו יכול להתחייב א"ע דבר שאינו קצוב ועיין בח"מ ס' ס' ועיין בר"ן בקידושין פ"ב מה שהקשו עליו מסוגיא דיכיר דפריך שם הגמ' לר"מ דסובר דאדם מקנה דשלב"ל יכיר למה לי הא אי בעי יהיב ליה במתנה אע"ג דדבר שאינו קצוב הוא יע"ש ובראב"ד הקשה מהא דכתובות (דף ק"ב) דמקשה ר"י לר"ל ממתני' הנושא את אשתו ופסקה עמו לזון את בתה חמש שנים דמחויב לזונה מאי לאו כי האי גוונא לא בשטרי פסיקתא וכדרב גידל וכו' וקשה לס"ד דלא ידע מזה דמשום הנאת חיתון גמר ומשתעבד גם לר"י תקשה הא הוי דבר ש"ק דלא מהני לכ"ע גם הקשו מהא דאין מוציאין לשבח קרקעות מלקוחות ומשמע הא מב"ח יכול לטרוף אע"ג דהוא דבר שאינו קצוב. ולכאורה יש לומר דכיון דכותב לו אחריות על הקרן ועל השבח אמרינן מיגו דחל אחריות על הקרן חל חיוב שלו גם על השבח כמו במקנה דבר שלב"ל עם בא לעולם דמהני לחד דיעה:

ובזה ניחא מה דהקשו הא דפריך הגמ' בב"מ (דף ע"ב) דהא הוי שטר דלא ניתן לכתב ומשני דחשוב שטר דניתן ליכתב משום דניחא ליה דלא נקריי' גזלנא או דליקום בהימנותיה דאי חזר ולקחה הוא של לוקח יע"ש והקשו מאי פריך הגמ' נהי דהשטר בטל מ"מ הא גם המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים מושעבדים ועיין בתומים ועי' בפ"י וע"כ נראה דקושית הגמ' אזלא דכיון דבטל השטר א"כ ל"ש לומר מיגו דחל חיוב אחריות על הקרן דכיון דבטל השטר רק דגובה הקרן מלקוחות דלא גרע ממוכר שדהו בעדים וא"כ ל"ש מיגו וא"כ איך גובה השבח מב"ח הא הוי דש"ק וניחא בזה מה שהקשו דבהכיר ל"ש ניחא ליה דליקום בהימנותיה וא"כ תקשה הא הוי שטר דלא ניתן ליכתב ותירוץ הגמ' ל"ש בהכיר בה אך בהכיר דאין לו שבח ועל הקרן לא קשה בלא"ה דלא גרע ממוכר שדהו בעדים וניחא הסוברים דדין זה דחזר ולקחה דיהיה ללוקח לא קיי"ל דזה רק לר"מ דסובר דאדם מקנה דשלב"ל והקשה בתוס' ב"מ (דף ט"ז) ד"ה מה וכו' דהא ההיא דשבח קרקעות הילכתא היא ותקשה לדידן דלא קיי"ל כר"מ וע"כ נראה דלפי מה דמתרץ בקצה"ח ס' הנ"ל דאי אמרינן דאחריות ט"ס לא קשה דאינו יכול להתחייב דש"ק דכיון דאפי' אי לא התחייב א"ע יש לו עליו אחריות וא"כ ע"כ קושית הגמ' הוא רק לר"מ דסובר לאו ט"ס דכיון שאמרנו דקושית הגמרא משום דש"ק וע"ז משני משום חזר ולקחה הוא ללוקח ע"כ חשוב שטר דניתן ליכתב דהא לר"מ לשיטתו מהני בחזר ולקחה ולדידן דקיי"ל דאין אדם מקנה דשלב"ל בלא"ה ניחא דכיון דט"ס א"כ ל"ש דאין יכול להתחייב דש"ק:

וגם תירצו דכיון דהחיוב לא חל רק בשעה שבא השבח לעולם ואז נודע וקצוב הוא ולפ"ז בקנו מידו דאז החיוב חל מיד אי אפשר לתרץ כן וקשה הא הוי דש"ק ואין להקשות על הא דמשני הגמ' לשמואל דסובר דלוקח מגזלן לית ליה שבח דאיירי בקנו מידו ותקשה הא הוי דש"ק דליתא דלשמואל משום דאחריות ט"ס הוא ול"צ לחייב א"ע ואע"ג דלשמואל במקח וממכר ל"א ט"ס כבר כתבו שם לחלק דהיכי דנגזל טריף כיון דלא הוי שם מכירה כלל דמי להלואה דאמרינן ט"ס אבל אי אמרינן כר"מ דסובר דלעולם אינו ט"ס א"כ לא משכחת בקנו מידו דאז חל החיוב מיד ותקשה הא הוי דש"ק וניחא בזה בב"ק (דף צ"ה) בתוס' ד"ה מאן שמעת וכו' דהקשו בלאו האי טעמא הוי מצי למיפרך יע"ש וע"כ נראה דהא בתוס' שם הקשו ד"ה דאתיא דה"מ לשנויי דבשבח היתר על היציאה מיירי ואע"פ דלשמואל לוקח מגזלן לית ליה שבח ואיירי בקנו מידו יע"ש ובזה ניחא הכל דכיון דע"כ סובר דאחריות לאו ט"ס ותקשה הא דבר ש"ק הוא אי איירי בשבח היתר על הוצאה ובקנו מידו דאז חל החיוב מיד אלא ודאי דלא איירי בקנו מידו וע"כ לא איירי בשבח היתר על הוצאה דאז צריך קנו מידו ותקשה דש"ק הוא וע"כ צריך להקדים דסובר אחריות לאו ט"ס כר"מ דאל"ה יש לומר בשבח היתר ובקנו מידו ואע"ג דחיוב חל מיד לא קשה דש"ק הוא דכיון דט"ס וע"כ הקדים הגמ' מאן שמעת דאחריות לאו ט"ס ר"מ:

והנה בתומים סימן ס' איתא דדינא של' הרמב"ם הוא למ"ד בגיטין מפני שאין קצובין אבל לר"י ור"ל דסוברים מפני שאין כתובין יכול להתחייב א"ע דש"ק יע"ש דלמ"ד מפני שאין כתובין היה ת"ה דלא ליטרוף מלקוחות אז אמרינן דמב"ח מדין גובה משום דיכול להתחייב דש"ק אבל למ"ד משום קצובין יע"ש דמתרץ בזה דברי רש"י דפי' על הא דקאמר וכי מה תיקון עולם יש בזה והלא אין קצובין ופי' רש"י ומדינא לא טריף אלמא דא"י להתחייב א"ע בדבר ש"ק:

ובזה מתרץ מה שהקשה הראב"ד דלס"ד דלא ידעינן מדר"ג גם לר"י קשה הא הוי דש"ק אך לר"י דסובר בגיטין מפני שאין כתובין יכול להתחייב דש"ק יע"ש:

ובזה ניחא תוס' ב"מ (ד' י"ד) ד"ה תריץ וכו' דהקשה דאמאי דחיק לדחוי' בפ' מ"ש הא מני ר"מ יעמוד כשעשאו אפותיקי או יעמוד בלוקח מגזלן ובקנו מידו והקשה בתומים דאי אפשר לאוקמא בקנו מידו דהא תינח למ"ד משום קצובין דאז אפי' קנו איכא ת"ה דאינו טורף מלקוחות משא"כ למ"ד משום שאין כתובין דאז בקנו מידו טורף מלקוחות ותקשה אי איירי בקנו מידו אמאי אין מוציאין שבח מלקוחות וע"ש ס' קט"ו ונראה דלכאורה תקשה דהא שמואל סובר דבמקח ל"א ט"ס רק היכא דנגזל טריף דאז לא הי'

מכירה ודמי לשטר הלואה דאמרינן אפי' לשמואל ט"ס אבל היכי דטריף בע"ח ל"א ט"ס וא"כ לפי מה דרצה הגמ' בב"ב לפשוט בעי' דשמואל דאקני משתעבד מהא דשבח קרקעות והי' סובר דאיירי בבע"ח א"כ תקשה דאפי' מב"ח לא טריף משום דהוא דש"ק אך יש לומר דכיון דבע"ח לעולם לא טריף יותר מחובו חשוב דבר קצוב למעלה ואע"ג דיוכל להיות דלא יהי' מספיק גם שיעור חובו ואין לו קצבה למטה אך כיון דיש קצבה למעלה חשוב דבר קצוב והיכא דטורף הנגזל אף דטריף הכל ואין לו קצבה הא בזה מודה שמואל דט"ס. ויש לומר סברת הקצה"ח דכיון דלא צריכין חיוב דידי' ל"ש דאינו יכול להתחייב דש"ק ובע"ח דאף דל"א ט"ס מ"מ הא יש קצבה למעלה וא"כ לפ"ז תקשה מאי הקשה דיעמוד באפותיקי הא באפותיקי דין הוא דנוטל יותר מחובו דאפי' לא מסיק אלא שיעור ארעא נוטל הכל וא"כ תקשה הא הוי דש"ק אך הא דאינו יכול להתחייב דבר שא"ק הוא למ"ד קצובין ולדידי' יש לומר בלוקח מגזלן ובקנו מידו דאפי' קנין לא מהני אי אמרינן מפני שאין קצובין ולמ"ד דסובר משום ש"כ ואז אי אפשר לאוקמי בלוקח מגזלן בקנו מידו משום דאז טורף גם מלקוחות הא למ"ד ש"כ יכול להתחייב דש"ק לפי התומים ויש לאוקמ' בבע"ח ובאפותיקי אע"ג דהוא דש"ק גובה עכ"פ מב"ח:

ובדברי התומ' ניחא הא דסובר הירושלמי דאינו יכול למחול קנס דחשוב דשלב"ל והק' בתוס' כתובות פ' א"נ מהא דמשני עולא דמתנ' דמכות אייריי ביתומה ומפות' דמחלה וק' הא בקנס לא מהני מחילה וע"כ נראה דלכאורה תקש' נהי דחשוב דשלב"ל אמאי לא אמרינן מיגו דחל המחילה על בושת ופגם חל המחילה גם על הקנס אך הירושלמי לשיטתו דאיתא שם דר"י סובר קצובין ועי' בש"ך ס' ס' וא"כ לא יכול להתחייב או לימחול דש"ק ובו"פ דש"ק הוא ולא חל המחילה רק מיגו דחל על בו"פ חל ג"כ על הקנס אע"ג דחשוב דשלב"ל:

ולפ"ז ניחא הפוסקים כר"י דבר תורה מעות קונות ורבא מייתי ראיה לר"ל ממתני' דנתן לבלן מעל וע"ש וע"כ נראה דהא בריטב"א הקשה דמה מייתי רבא ראי' כר"ל לעולם כר"י והא דלא מעל עד דמשך משום דמדרבנן בעינן דוקא קנין משיכה וע"כ לא מעל ונראה דהא בתוס' הקשה דאי מעות לא קנה אז יאמר המוכר נשרפו המעות ותירצו דלזה אין לחוש דלכל הפחות הוא ש"ח על המעות וכספים אין להם שמירה אלא בקרקע וע"ש וא"כ בהקדש דנתמעט מדין שמירה ל"ש זה דהוא ש"ח עליו וא"כ לא עשו חכמים תקנה דאז יאמר נשרפו המעות וע"כ הא דלא מעל עד דמשך משום כר"ל דמשיכה היא מדאורייתא והנה זה הכל אי אפי' בפשיעה נתמעט משא"כ אי בפשיעה חייב א"כ לא יכול לומר נשרפו המעות וא"כ אין ראי' כר"ל וע"כ נראה דהנה בתוס' ב"מ הוכיחו דאפי'

בפשיעה פטור דאל"כ מה פריך הגמ' משוכר את הפועל לשמור את הזרעים וכו' לוקמא בפשע והקשה בש"ך דא"כ תקשה אפי' היכי דאין נותנין לו שכר שבת והוא ש"ח חייב בפשיעה יע"ש ועי' בתשובות ת"ר דמתרץ דהא לכאורה תקשה דכיון דהתורה ירדה לסוף דעתם של שומרים שכל אחד רוצה להתחייב כמו שכתבו בתוס' א"כ מאי בכך דהתורה פטרה וע"כ נהי דהוא התחייב א"ע לא מהני חיוב משום דחשוב אסמכתא וע"כ בפשיעה חייב דהוא בידו ל"ח אסמכתא אך הוי דש"ק אי משעת משיכה נשתעבד נכסי אך היכי דיש לו הנאה יכול להתחייב דש"ק וזה החילוק בין ש"ח לש"ש וע"כ בש"ח פטור אפי' מפשיעה. ולפ"ז ניחא הכל דרבא לשיטתו דסובר משום ש"ק ועי' בש"ך דהוכיח מדקאמר רבא שכך כותב לו וכו' וע"כ משום שאין קצובין ושפיר מייתי רבא ראי' כר"ל דלר"י אמאי לא מעל ואין לומר משום דחכמים תקנו משיכה דליתא דא"כ יאמר נשרפו המעות ואין לומר דש"ח הוא עכ"פ דליתא דבהקדש ליכא דין שמירה ואפי' מפשיעה נתמעטו משא"כ ר"י לשיטתו דסובר משום ש"כ וא"כ יכול להתחייב דש"ק ואפי' בהקדש חייב בפשע א"כ אין ראיה כר"ל דיש לומר דמש"ה לא מעל:

ולפ"ז ניחא מה שבירושלמי איתא דר"י סובר דמשיכה הוא קנין מדאורייתא ור"ל סובר דמעות הוי קנין ד"ת משום דהירושלמי לשיטתו דאיתא שם דר"י סובר קצובין וא"כ אי ר"י סובר דגם מעות קונות תקשה מתני' דבלן דאמאי לא מעל עד דמשך ואי משום דחכמים תקנו משיכה דליתא דהכא בהקדש לא עשו חכמים משיכה דא"כ יאמר נשרפו המעות דגם ש"ח לא הוי בהקדש כיון דסובר קצובין לא יכול להתחייב א"ע דש"ק. משא"כ הש"ס דידן דר"י סובר משום ש"כ יש לומר דר"י סובר דמעות קונות ואפ"ה לא תקשה מבלן דמש"ה לא מעל עד דמשך משום דעשו חכמים קנין משיכה וע"כ לא מעל משום דחכמים תקנו משיכה ולא ייכול לומר נשרפו המעות דכיון דחייב בפשיעה דיכול להתחייב דש"ק אפי' ש"ח למ"ד כתובין:

אך תקשה על הרמב"ם דסובר דא"י לחייב א"ע דש"ק ופסק כר"י וע"כ נראה דלפי מה דאיתא בתומים ס' ס"ו דלפי מה דמשני ר"א בב"מ (ד' נ"ח) דשבועה זו תקנת חכמים שלא יהו בני אדם מזלזלים בהקדשות היתה התקנה גם לענין תשלומין אע"ג דמדאורייתא פטור אפי' מפשיעה מ"מ מדרבנן חייב אך זה לפי מה דר"א מתרץ שם משא"כ לפי מה דמשני ר"י דהא מני ר"ש לא עשו חכמים תקנה שיהי' חייב בפשיעה. ולפ"ז ניחא דרבא מייתי ראיה כר"ל דאליבא דר"י לשיטתו אמאי לא מעל דאין לומר משום דחכמים תקנו קנין משיכה דא"כ יאמר נשרפו המעות דכיון דאפי' בפשיעה פטור משא"כ לדידן דקיי"ל כר"א דחייב בפשיעה יש לומר דמש"ה לא מעל משום תק"ח:

ועל עיקר הקושיא על הרמב"ם לס"ד תקשה הא הוי דש"ק נראה דעיקר ראי' של הרמב"ם דחשוב דש"ק אע"ג דשנים קצובין אך הי' קשה לו קושית התוס' שם דלמ"ד קצובין אע"פ שאין כתובין אמאי לא חשוב להו קצבה מזון הבנות דהוי עד שתבגר וע"כ דאע"ג דשנים קצובין חשוב דש"ק דאינו יודע כמה יהיו דמי המזונות דאפשר דיתייקר וזה הכל למ"ד קצובין משא"כ ר"י ור"ל דסוברים כתובין אין ראי' דיש לומר דהיכי דשנים קצובות חשוב ד"ק והתם שאני משום שאין כתובין וע"כ ניחא לס"ד ולא קשה דש"ק הוא:

וגם נראה דעיקר הטעם של הרמב"ם דחשוב דש"ק משום יוקר והיינו כירושלמי דסובר דחייב לזונה חמש שנים ראשונים בין ביוקר ובין בזול וכבר הקשו דאמאי לא יכול לומר דלא התחייב א"ע לזונה רק כפי שער של עכשיו וע"כ נראה דגם אי בעלמא באדם שחייב א"ע לזון איש אחר אינו מחויב לזון רק כפי שער של עכשיו מ"מ הכא משום הנאת חיתון גמר ומקנה אפי' לפי היוקר ולא כפי שער של עכשיו לחוד וראי' לזה דהא הרבה סוברים דאפי' אי באדם בעלמא רפואה אינה בכלל מזונות מ"מ בבת אשתו גם רפואה מחויב משום חיבת חיתון משעבד א"ע יותר וה"ה לענין זה וזה אליבא דאמת דמשני בשטרי פסיקתא דמשום הנאת חיתון משתעבד א"ע בדיבור בעלמא וה"ה לענין זה מחויב ליתן כשער היוקר משא"כ לס"ד דלא ידע מדר"ג א"כ אינו מחויב ליתן רק כפי שער של עכשיו וממילא הוי ד"ק ולמסקנא דידע מדר"ג נהי דמחויב ליתן כפי היוקר והוי דש"ק מ"מ משום הנאת חיתון מהני ודו"ק:

והנה הרבה סוברים דאליבא דר"מ דסובר דאדם מקנה דשלב"ל אז גם דבר שאינו קצוב יכול להתחייב ומתרצין בזה קושית הר"ן הנ"ל ובזה ניחא קושית מהרש"א (ב"מ ד' הנ"ל) על הא דהקשה התוס' דיעמוד כשעשאו אפותיקי והקשו דהא ע"כ איירי באפותיקי דאל"כ תקשה קושית התוס' לדוכתא דאמאי לא טריף הבע"ח מלקוחות שטריף הלוקח:

ונראה לפי מה דאיתא בתומים ס' קט"ו לתרץ דברי רש"י בגיטין דפי' דקושית הגמ' מהך דר"ט דאמר באם קדמה השבח דגובה ופי' דקושית הגמ' היה גם למ"ד קצובין והקשה בתוס' דא"כ כי משני תנאי היא עדיין יהי' ר"נ דעת שלישית וכתב וז"ל דודאי רש"י מודה כסברת התוס' דבאופן זה חשוב קצובין רק רש"י ס"ל כיון דהוא תקנתא לא פלוג רבנן בתקנתם אבל השתא דמשני הגמ' ר"י אומר מה ת"ה הלא אין קצובין ופי' רש"י דמדינא אין טורף ולא מכח תקנה תו ל"ש לא פלוג ע"ש:

ולפ"ז יש לומר דעיקר סברת התוס' דלאחר שטריף הבע"ח מהלוקח קנה ומכר גם שבח יגבה משום דקצוב ול"א דלא פלוג משום דדבר ש"ק מהדין אפי' מב"ח לא יגבה רק תק"ח הוא וע"כ ל"ש לא פלוג וא"כ למאי דמשני דר"מ הוא דלדידי' יכול להתחייב דש"ק

וא"כ הא דלא טריף מלקוחות רק משום דלא פלוג ויש לומר דאע"ג דהשתא קצוב לא פלוג ולא איירי באפותיקי וע"כ כתבו יעמוד בעשאו אפותיקי:

וגם נראה דלכאורה יש לומר דנהי דהשתא קצוב מ"מ בעת שהתחייב א"ע לא הוי קצוב ועי' בש"ך ובפ"י אך דא"כ תקשה דלפי מה שהוכיחו דחיוב מזונות לא חל בעת נישואין רק לאחר מיתה דאל"כ אמאי איתא בירושלמי דמלוה בשטר קודם למזונות והא חיוב מזונות הוא מוקדם למלוה בשטר אלא ודאי דחיוב לא מתחיל רק לאחר מיתה וא"כ הא דתנן דאין מוציאין למזון האשה והבנות מפני תק"ה ע"כ לא איירי במה שמכר האב דאז מדינא לא טריף דלקוחות קדמו וע"כ במה שמכרו האחין וא"כ תקשה דהא השתא קצוב דידעינן כמה בנות יש לו וע"כ משום דבשעה שהתחייב לא ידעינן וע"כ חשוב דש"ק וא"כ תקשה על התוס' דכתבו דהשתא קצוב אך התוס' קאי לשמואל ושמואל סובר דשעבודא לד"א ואז דין הוא דמלוה ע"פ מוקדם ומלוה בשטר מאוחר דמלוה בשטר קודם וא"כ יש לומר דחיוב מזונות הוא בעת נישואין ואפ"ה מב"ש קדים וא"כ יש לומר דאיירי במה שמכר האב ולעולם היכי דהשתא קצוב יכול לטרוף וזה הכל לשמואל לשיטתו משא"כ לדידן דש"ד וע"כ תירצו בתוס' ב"ב דאיירי לאחר שטריף הבע"ח וכו' וע"כ כתבו יעמוד כשעשאו אפותיקי דהא יש לומר דאיירי לאחר שטרף ואע"ג דהשתא קצוב לא מהני ולא איירי באפותיקי:

וגם נראה דהנה בתוס' ב"ב הקשה על מה דקאמר דאליבא דר"מ לא תיבעי דסובר דאדם מקנה דשלב"ל ותמהו הא לא עבידא דאתא ולכאורה נראה דהא בתוס' ב"מ הקשה דאמאי לא פשיט מדידי' דאמר בע"ח גובה שבח אע"ג דחשוב דאיקני וע"כ נראה דהקשו להנך הסוברים דמקנה דשלב"ל עם דבר שבא לעולם מהני א"כ כיון דכותב לו מה דקנה ודאיקני נאמר מיגו דחל על מה דקנה חל ג"כ על דאיקני. אך יש לומר דהיכא דאיכא תרתי דשלב"ל ולא עבידא דאתא אז ל"א מיגו דחייל וכו' ולפ"ז לענין שבח דחשוב עבידא דאתא אין ראי' מזה דאיקני משתעבד דיש לומר מיגו דחייל על מה שקנה חל ג"כ על דאיקני והא דפשיט הגמ' בב"ב דאיקני משתעבד מדחזינן דבע"ח גובה השבח התם קאי אי ש"ד וא"כ ל"ש מיגו דחייל על מה שקנה דזה ממילא נשתעבד ועכ"פ מדשמואל אין ראי' דהוא סובר דשל"ד וצריך לשעבד בפירוש אפי' מה דקנה ושייך מיגו וא"כ ר"מ דסובר דאדם מקנה דשלב"ל וליכא ריעותא רק משום דלא עבידא דאתא ע"ז יש לומר מיגו דחייל וע"כ שפיר קאמר דאליבא דר"מ לא תיבעי וכו':

ויותר נראה דהנה בודאי אליבא דר"מ במקנה דבר דעבי' דאתא עם דלא עבי' דאתא מהני כמו לדידן במקנה דשלב"ל עם דש"ל וא"כ יש לומר דהא דל"א מיגו משום דמה שקנה

חל ממילא וא"כ שבח דחשוב ג"כ דאיקני וצריך לשעבד בפי' רק דחשוב עבי' דאתא וע"כ שפיר קאמר דאליבא דר"מ לא תבעי אע"ג דלא הוי עבידא דאתא אמרינן מיגו דחל על השבח משא"כ לרבנן ל"ש מיגו דחל על השבח דהא אי דאיקני לא נשתעבד גם שבח לא נשתעבד רק תאמר מיגו דחייל על מה שקנה וזה ממילא נשתעבד ולפ"ז גם לר"מ היכי דלא כתב מה דקנה וליכא מיגו לא יכול לגבות מדאיקני משום דלא עבי' דאתא אך עכ"פ שבח טריף דעבי' דאתא וא"כ לר"מ לא קשה דיטעון הנחתי דיש לומר דלא כתב דקנה ואז לא יכול לטרוף מדאיקני ומ"מ שבח גובה דעבי' דאתא וא"כ יש לומר דלא אייריי באפותיקי וע"כ כתבו יעמוד וכו':

אך העיקר נראה לפי מה שאמרנו דאליבא דר"מ יכול להתחייב דבר שאינו קצוב וא"כ יש לומר דהא בלא"ה הקשו דילמא אייריי דלא כתב ליה דאיקני ולעולם דאיקני נשתעבד ותירצו דא"כ איך גובה שבח אך דילמא אייריי בשבח דממילא דלא הוי דאיקני אך דאז תקשה דגם מב"ח לא יגבה דהא הוי דש"ק דבשלמא בשבח דמחמת הוצאה דכיון דפסיד ליכא משום אסמכתא משא"כ בשבח דממילא. ולפ"ז לפי מה דמשני ר"מ ואליבא דר"מ יכול להתחייב דש"ק ובפרט לפי המרדכי דשלב"ל דלא קנה הוא משום אסמכתא וכיון דסובר דאדם מקנה דשלב"ל ה"ה אסמכתא קניא וא"כ יש לומר דלא כתב ליה דאיקני ומ"מ שבח גובה דאייריי בשבח דממילא ואע"ג דאז שייך לומר דש"ק הוא אך אליבא דר"מ מהני ול"צ לומר דאייריי באפותיקי וע"כ כתבו בתוס' יעמוד בעשאו אפותיקי וע' בכתובות (ד' ק"ב) דאמר רבינא לר"א דברים הללו נתנו ליכתב או לא וכו' ושיטת התוס' לפרש אי נתנו ליכתב היינו או נתנו לגבות ע"י כתיבה דוקא אי לא נתנו ליכתב שאף בלא כתיבה תקנו לה קנין וע"ז הקשה רבינא מהא דפקחין היו כותבין ש"מ דבעי כתיבה דווקא והקשו דמעיקרא איבעי' לרבינא מר"א אי נתנו ליכתב ולבתר דפשיט ליה דל"נ ליכתב' אותבי' ממתני' דפקחין ואמאי לא פשיט מתחלה ממתני' דפקחין דנתנו ליכתב ועי' בס' ע"א:

ונראה דהא הקשו מאי פריך ממתני' דפקחין היו כותבין דילמא לעולם לגבות מב"ח ל"צ כתיבה והא דפקחין היו כותבין לגבות מלקוחות ותירצו דלפי מה שהיו הפקחין כותבין חשוב אינו קצוב למטה דנהי דקצוב למעלה דלא התחייב א"ע יותר מחמשה שנים מ"מ אין קצוב למטה דהא כותבין כל זמן שאת עמי ולא אם אמות או תמותי או אגרשך ולא יכול לטרוף מלקוחות וע"כ דהכתיבה בעינן לענין לגבות מב"ח ובזה אמרתי הא דנחלקו הראשונים על דין דר"ג דדברי' הנקנין באמירה וקיי"ל דבעינן דווקא נישואין הראשונים אי דווקא באב הפוסק אבל בפוסק ע"י עצמו לא בעינן נישואין הראשונים ועי' באה"ע ס'

נ"א ועי' בתשובות הריב"ש שמחלק שאפשר שלא חלקו בין נישואין הראשונים לשנים אלא דווקא באב הפוסק ע"י בנו ובתו שע"ז נזכר בירושלמי אבל הפוסק לאשתו אפי' בנישואין שנים קניא ועי' בס' שעה"מ דהקשה דאיך אפשר לומר כן דהא איתא בירושלמי הפקחין היה כותבין ע"מ שאזון את בתך וכו' ותני עלה ובלבד שיהי' מנישואין הראשונים אלמא דאפי' היכי דהוא פוסק ע"י עצמו בעינן נישואין הראשונים והאחרונים הביאו ראי' מש"ס דידן דבפוסק ע"י עצמו אפי' בנישואין שנים מהני מהא דקאמר בסוגי' דמי לא עסקינן דגרשה ואהדרה אלמא דאפי' בנישואין שנים מהני. ובזה היה ניחא קצת דברי הרא"ש שם שכתב דאי מתה בת אשתו אין צריך ליתן ולשלם עבור המזונות והבי' ראי' מירושלמי ואמאי לא הביא גמ' ערוכה בב"ב דקאמר שם בת אשתו מהו שתמעט בנכסים מי אמרינן כיון דאלו מתה לית לה אלמא דאי מתה אין מגיע עוד ממנו ועי' בס' הפלאי ולפי הנ"ל ניחא דלהכי מביא ראי' מירושלמי דאפי' בנישואין הראשונים דאלים החיתון ביותר דאז אפי' באב הפוסק קני באמירה לחוד דגמר ומקנה וה"א דאפי' במתה אית לה וע"כ הביא הירושלמי דמוקי בנישואין הראשונים ואפ"ה סובר דאין לה במתה וע"כ לא הביא ראי' מש"ס דידן דאיירי בנישואין שנים ולא אלים החיתון כל כך וע"כ אין לה במתה ולכאורה גם מרש"י ריש כתובות יש ראי' דאפי' בבעל הפוסק בעינן נישואין הראשונים דווקא דרש"י פי' על הא דאמר ר"א האומר פ"פ מצאתי נאמן לאוסרה עליו דווקא לאוסרה ולא להפסיד הכתובה ובתוס' הקשה שם וע"כ נראה דהא עיקר הטעם דשמואל דסובר דנאמן אפי' להפסיד הכתובה משום דכתובה דרבנן תקנוה וכבר הקשו דכיון דחייבו חכמים כתובה א"כ בשעת נישואין התחייב א"ע ליתן כתובה כפי רצון חכמים וממילא החיוב מדאורייתא דיכול אדם להתחייב א"ע דבר שאינו חייב וע"כ משום דחיוב שלו לא מהני מדאורייתא דחשוב אסמכתא דכל דאי חשוב אסמכתא דאינו מתחייב רק אי ימות בחי' וע"כ החיוב שלו לא מהני רק מה שחייבו חכמים אך לפי מה דסובר הרמב"ם דבשעת נישואין יכול להתחייב דבר שאינו קצוב אע"ג דחשוב אסמכתא אכתי תקשה וע"כ דאפי' בבעל הפוסק בעינן נישואין הראשוני' דווקא וא"כ ר"א דאיירי ע"כ בנישואין הראשונ' דעיקר החידוש אע"ג דלא קים ליה בפ"פ וזה שייך בנישואין הראשונים ואז כתובה דאורייתא וע"כ סובר רש"י דלא נאמן להפסיד כתובה: **וניחא** קצת קושית התוס' לקמן על הא דמשני דמש"ה נאמנת לומר משארסתני נאנסתי משום דאיכא מיגו והקשה דהא לר"י ליכא מיגו אך לפי מה שהקשה הב"ש דת"ל דהא איכא שטר כתובה וע"כ בו"ש ב"ע ותירץ דמיד שאמר פ"פ ונאמן ע"ז אי לא אמרה משארסתני נאנסתי איתרע שטר כתובה וכבר אמרנו דמש"ה לא הוי כ"ד משום דחשוב

אסמכתא ור"י פסק בב"ב פ' ב' דהלכה כר"י דקני אסמכתא וכ"ד ולא נאמן שלא מצא בתולים ולא איתרע שטר כתובה לדידן ל"צ למיגו דבלא"ה יש לומר משום דאיכא שטר ובזה לא קשה מה שהקשו לס"ד דלא ידעינן מר"ג גם לר"י תקשה הא הוי דש"ק אך כיון דר"י פסק כר' יוסי דאסמכתא קניה ודש"ק הוא משום אסמכתא ניחא לר"י:

והנה הראיה שהביאו מירושלמי דמוקי בנישואין הראשונים לכאורה יש לומר דהנה בכתובות (ד' מ"ז) איתא כתב לה פירות וכסות וכלים שיבואו עמה מבית אביה לבית בעלה מתה לא זכה הבעל בדברים הללו משום אומדנא דלא נתן אלא ע"מ שתהנה בתו ועי' במרדכי דכתב דמש"ה קתני כתב אע"ג דדברים הנקנין באמירה לחוד משום דאירי בנישואין שנים וקשה מ"מ על גוף הברייתא דלמאי קתני כתב ולא קתני אמירה לחוד ובנישואין הראשונים וע"ז פליגי ר"נ ות"ק אי זכה או לא משום אומדנא וע"כ נראה דהא בב"ש הקשה אמאי לא אמרינן אומדנא בפוסק מזונות לבת אשתו דקיי"ל דאפי' אי מתה אשתו חייב ליתן מזונות לבת אשתו ול"א אומדנא דלא מחייב א"ע אלא בחיי אשתו. וע"כ נראה לפי מה דסוברים דנהי דהיכי שחייב א"ע ליתן מזונות לאדם אחד אין רפואה בכלל מ"מ היכי דהתחייב א"ע ליתן מזונות לבת אשתו חייב ברפואה דמשום חיבת חיתון חייב א"ע ביותר וא"כ יש לומר דאי היה נישואין הראשונים דאיכא הנאת חיתון טפי אז לא אזלינן בתר אומדנא דאפשר דחייב א"ע דאפילו במתה אשתו יזון בתה משא"כ הכא דאירי בנישואין שנים דליכא הנאת חיתון כל כך דמש"ה בעי כתב וע"כ אזלינן בתר אומדנא וע"כ ניחא דלא נקט אמירה ובנישואין ראשונים דאז לא אזלינן בתר אומדנא כמו בת אשתו וא"כ יש לומר דבעלמא מודה הירושלמי דבעל הפוסק לא בעינן נישואים הראשונים רק הכא דאיכא אומדנא כמו שהקשה הב"ש וע"כ בעינן הנאת חיתון טפי וע"כ בעינן נשואין הראשונים אפי' בבעל הפוסק אבל בעלמא דליכא אומדנא סגי באמירה לחוד אפי' נישואין שנים. אך היותר נראה דלפי מה שאמרנו דלפי מה שהפקחין כותבין הוי דש"ק וע"כ בעינן הנאת חיתון טפי וראיה דהירושלמי קאמר זה דבעינן נישואין ראשונים רק על הפקחין ולא על גוף מתני' וע"כ בעלמא מודה הירושלמי דאפילו נישואין שנים רק הכא משום דהוה דש"ק ובעינן הנאת חיתון טפי:

ועכ"פ אמרינן דלפ"מ שהפקחין כותבין חשוב דש"ק אך זה תליא אי קצובין למעלה כמו הכא רק שאינו קצוב למטה אי חשוב ד"ק והנה מהא דמזון הבנות חשוב דש"ק אף ע"ג דע"כ אירי במה שמכרו האחין דאי מה שמכר האב בלא"ה לא טרפה משום צררי ואפי' בהודה האב חיישינן לקנוניא וע"כ במה שמכרו האחין א"כ הוי ד"ק דהוי רק עד שתבגר דבשלמא במה שמכר האב לא ידעינן כמה בנות יהיה לו משא"כ מה

שמכרו האחין קצוב הוא וע"כ משום דאינו קצוב למטה דשמא תנשא קודם. אך לכאורה אין זה ראי' דלעולם איירי במה שמכר האב ואין לומר דת"ל משום צררי דליתא דנאמן במיגו דנאנסו דהא צררי אינו רק למשכון בעלמא אך אי אמרינן דבע"ח קונה משכון אפי' לאונסין ליכא מיגו אך לפי מה דאיתא בר"ן ובנ"י דהיכי דנתן לו מדעתו משכון לא ע"י ב"ד אז לא קני למשכון דבמאי קניה ליה דמשיכה למשכון לא מהני אכתי איכא מיגו דנאנסו ויש לומר דאיירי בלקוחות מה שמכר האב ולעולם דחשוב ד"ק ביש קצבה למעלה אך לפי מה דאיתא בתשובות דאי משיכה מדאורייתא אז מהני משיכה למשכון לחוד אכתי ליכא מיגו דנאנסו ולפ"ז ניחא הכל דרבינא לא מצי ליפשוט מההיא דפקחין דיש לומר דהא דבעינן כתיבה לגבות מלקוחות ואין לומר דהוא דש"ק דהוא סובר דכיון דהוא קצוב למעלה חשוב קצובין ומזון הבנות איירי במה שמכר האב ואין לומר דת"ל משום צררי דנאמן במיגו דנאנסו דלדידי' לא קניה משכון דמשיכה לא מהני למשכון דהא רבינא סובר כר"י ומשיכה רק מדרבנן אך לבתר דפשיט ר"א לרבינא ור"א סובר בע"ז כר"ל דמשיכה דאורייתא וליכא מיגו דנאנסו וע"כ במה שמכרו האחין ואעפ"כ חשוב דש"ק וא"כ גם בההיא דפקחין חשוב דש"ק וע"כ לא איירי לענין לקוחות ואפ"ה קתני כותבין שפיר מקשה על ר"א:

וגם נראה דהא בתוס' הקשה שם דלרבינא דאמר מקודשת בכתבו לשמה ושלא מדעתה וא"כ ע"כ לדידן צריכין לומר דההיא דאין כותבין אלא מדעת שניהם איירי בשטרי פסיקתא וא"כ מה איבעיא ליה אי ניתנו ליכתב אי לא תפשוט מהך ע"ש ונראה דהנה שיטת רש"י דאיבעיא אי לא ניתנו לכתוב כדי שלא לטרוף מלקוחות דאי כתב טורף גם מלקוחות ולא כשיטת הרמב"ם והקשו דא"כ מאי פריך מההיא דאין כותבין אלא מדעת שניהם דילמא איירי שהתחייב דש"ק דאז ליכא טריפת לקוחות וע"כ כותבין ומ"מ מב"ח גובה דבשעת נישואין יכול להתחייב א"ע דש"ק ונראה דהנה שיטת הרמב"ם דמ"מ דבר שאינו ברשותו אינו יכול להתחייב אפי' בשעת נישואין דלא עדיף אמירה בשעת נישואין מקנין דש"ב דלא מהני וכמו כן מצינו דכל היכי דלא מהני בבריא קנין לא מהני בשכ"מ דיבור ולא מהני דשלב"ל או אינו ברשותו:

אך יש להבין דא"כ אמאי מהני דש"ק בשעת נישואין אע"ג דחשוב אסמכתא וכן מתנת שכ"מ חשוב אסמכתא ועי' במרדכי דכל דאי חשוב אסמכתא אך להסוברים דאסמ' רק מדרבנן ניחא וע"כ מהני בשעת נישואין משא"כ דבר ש"ב דהוא דאורייתא לא מהני אפי' בשעת נישואין. אך נראה דאי אסמכתא דאורייתא או רק מדרבנן תליא בזה דהא הקשו הא דגלי קרא דישראל שקיבל אחריות על חמץ של א"י דעובר וקשה הא אין דין שמירה

לא"י וקנין לא מהני בא"י ועי' בש"ך ס' קכ"ג ובתוס' קידושין ובשלמא לפי מה שתיקנו דחייב בפשיעה ניחא אך על התורה תקשה וע"כ משום דבש"ך ס' מ' איתא דהא דלא מהני דיבור לחוד משום דחשוב אסמכתא דמתחייב על תנאי דאי יגנוב וכל דאי חשוב אסמכתא וע"כ ניחא דמה"ת דאסמכתא קני סגי בדברים לחוד וא"כ שמעינן דאסמכתא הוא רק מדרבנן אך זה אי ק"ח לא מהני בא"י ואיתא בתומים להוכיח דאליבא דר"ל דמשיכה בישראל א"כ בא"י מעות קונות ותקשה קושית הרמב"ן דא"כ מתנה בא"י במאי יקנה דהכא ל"ש תירוצו ע"י חצר דחצר לא קני בא"י וע"כ ע"י ק"ח אלמא דק"ח מהני בא"י וא"כ יש לומר דאסמכתא דאורייתא והא דעובר באחריות משכחת ע"י ק"ח אך לר"י דבישראל מעות א"כ בא"י משיכה ולא תקשה על מתנה ויש לומר דק"ח לא מהני בא"י ואז ע"כ אסמכתא דרבנן ולפ"ז לר"י יש חילוק בין אינו ברשותו דלא מהני בשעת נישואין משא"כ אינו קצוב דהוא משום אסמכתא וזה רק מדרבנן וע"כ מהני בשעת נישואין משא"כ לר"ל דאסמכתא דאורייתא לא מהני אפי' בשעת נישואין ולפ"ז ניחא קושית התוס' הנ"ל דרבינא לא מצי לפשוט מהכא דנהי דע"כ איירי בפסיקתא דיש לומר דש"ק דלא יכול לגבות מלקוחות וע"כ נתנו ליכתב ומ"מ מב"ח גובה דהא רבינא סובר בע"ז דמשיכה בא"י קונה וא"כ ק"ח לא מהני וע"כ דאסמכתא דרבנן וע"כ מהני בשעת נישואין דש"ק לענין ב"ח ומש"ה מקשה על ר"א דהוא סובר דמשיכה לא מהני בא"י וע"כ דק"ח מהני בא"י וא"כ אסמכתא דאורייתא וא"כ לא מהני בשעת נישואין וע"כ לא איירי דש"ק ואעפ"כ ניתנו ליכתב ושפיר מקשה על ר"א לשיטתו וע"ז משני דאיירי בשטרי אירוסין ולרבינא אע"ג דאי אפשר לומר דאיירי בשטר אירוסין יש לומר בשטר פסיקתא ובש"ק:

וניחא ג"כ דרבינא לא פשיט מההיא דפקחין ולבתר דפשיט ליה ר"א הקשה לו מההיא דפקחין ואמאי מיבעיא ולא פשיט מהתם. וע"כ נראה דמההיא דפקחין לא יכול ליפשוט דחשוב דש"ק כיון שאין קצוב למטה וליכא טריפת לקוחות וע"כ נתנו ליכתב ואין לומר אי חשוב דש"ק גם מב"ח לא גבה דבשעת נישואין יכול להתחייב דלרבינא לשיטתו ע"כ אסמכתא דרבנן משא"כ למאי דפשיט ליה ר"א ור"א אסמכתא דאורייתא ולא מהני אפי' בשעת נישואין וע"כ דסובר דחשוב דבר קצוב דכיון דקצוב למעלה ושפיר מקשה דאם כן אמאי כותבין וע"כ דניתנו ליכתב:

ועי' בתוס' כתובות (דף ע') ד"ה שהגיע זמן ולא נשאו ופי' רש"י דמדאורייתא לא משתעבד לה וע"כ חל הנדר וקשה דא"כ גם מן הנישואין יחול הנדר דהא מזונות אפי' נשואה רק מדרבנן יע"ש:

אך לפי מה שהקשו דאמאי לא הוי רק מדרבנן דעכ"פ כיון שחייבו חכמים ע"כ בשעת נישואין חייב א"א ואדם יכול להתחייב א"ע אפי' בדבר שאינו חייב אם כן ממילא החיוב מדאורייתא ותירצו דחיוב שלו לא מהני דאונס הוא דברצונו הטוב לא היה מחייב א"ע וקיי"ל תליו' ויהיב לא הוי מתנה רק תליו' וזבין וא"כ זה החילוק בין נשואה להגיע זמן ולא נשאו דבנשואה דתקנו חכמים מעשה ידיה תחת מזונות ע"כ לא חשוב תליו' ויהיב וממילא הוי החיוב מדאורייתא וע"כ הנדר לא חל משא"כ בהגיע זמן דבודאי אין מעשה ידיה שלו דל"ש איבה וע"כ חשוב תליו' ויהיב וע"כ החיוב רק מדרבנן וע"כ הנדר חל גם לפי מה שתירצו דמצד חיוב שלו לא מהני משום דמתחייב דש"ק לא מהני וא"כ לפי מה דאיתא במל"מ דהיכי דיש לו הנאה יכול להתחייב דבר שאינו קצוב וא"כ בנשואה דתקנו לו מעשה ידיה תחת מזונות וע"כ כיון דחכמים חייבו ליתן מזונות א"כ ממילא הוא מחייב א"ע וחיוב שלו מהני אע"ג דהוא דש"ק משא"כ בהגיע זמן דלא תקנו מעשה ידיה וע"כ לא יכול להתחייב דש"ק וע"כ חיוב רק מדרבנן וע"כ הנדר חל. ובזה ניחא דהירושלמי מתרץ קושית הגמ' משום דמזונות מדרבנן וגמ' דידן לא מתרץ כן משום דבירושלמי איתא דר"י סובר קצובין וע"כ לא יכול להתחייב דש"ק וע"כ לעולם חיוב מזונות רק מדרבנן משא"כ הש"ס דידן דר"י סובר כתובין וא"כ יכול להתחייב דש"ק וא"כ מזונות חיוב מדאורייתא דהוא מחייב א"ע וירושלמי לשיטתו והוא אינו מחלק בין קיבל הנאה כנגדו דאז יכול להתחייב דש"ק ויתורץ קושיתי משבח משום דאחריות ט"ס הוא ול"צ התחייבות דידיה:

והנה לפי מה דאיתא בתומים דהא דגובה השבח מב"ח הוא משום ת"ח מפני תק"ה דלא ימנעו לקוחות ליקח שדה וע"כ לנגד לקוחות אוקמי' על הד"ת ובזה יש לפרש הא דסובר שמואל דאין לו שבח בלוקח מגזלן משום דמיחזי כריבית והיינו משום דמחזי כריבית במקום איסור לא עביד רבנן תקנתא וכמו דלא מהני מתשכ"מ לא"י משום דבמקום איסור לא עשו חכמים תקנה וה"ה דמחזי כרבית. ובזה ניחא התוס' הנ"ל שהקשו דאמאי לא מוקי בלוקח מגזלן ובקנו מידו והקשה בתומים דא"כ גם מלקוחות טריף והיינו למ"ד כתובין יע"ש. ולפ"ז ניחא דלמ"ד כתובין א"כ יכול להתחייב דש"ק ומדינא טורף השבת מב"ח א"כ אפי' לא קנו מידו מודה שמואל דאית ליה שבח דמה בכך דמחזי כריבית דל"ש דבמקום איסור לא עשו תקנה דכיון דמיני' טריף השבח ולמ"ד קצובין ואם כן בעינן קנו מידו הא לדידי' אפי' בקנין אינו ואפי' בקנין לא מהני לנגד לקוחות ודו"ק:

דאיקני

עיין בב"ב (דף קנ"ז) לוה ולוה וחזר וקנה מהו לקמא משתעבד או לבתרא משתעבד אמר ר"נ הא מילתא איבעי' לן ושלחו מתם ראשון קנה ור"ה סובר דיחלוקו והקשה הגמ' משבח קרקעות ואם איתא חצי שבח מיבעי ליה מאי גובה חצי שבח יע"ש ברשב"ם דמהא שמעינן דהא דאמר שמואל בע"ח גובה שבח היינו חצי שבח רק היכי דלא כתב ליה להלוקח דאיקני אז בע"ח נוטל כל השבח:

והנה מדברי הרמב"ן נראה דמ"ד דלקמא משתעבד משום דסובר דהיכי דכתב ליה דאיקני לא יכול לחזור ולא אמרינן דלא עדיף שיעבוד לרבנן מקנין לר"מ דיכול לחזור קודם שבא לעולם ולדידן דיחלוקו משום דמהני חזרה אך בלוה ולוה לא היה החזרה בכולה רק בחצי' ועיין בנ"י דפי' הטעם דחולקין משום דספק אי לקמא משתעבד או לבתרא ולפ"ז בכתב ליה מעכשיו דאז גם לר"מ לא יכול לחזור א"כ פשיטא לקמא משתעבד ובסמ"ע איתא דהא דבע"ח אינו נוטל הפירות כיון דס' אי לקמא אי לבתרא ובפירות הלוקח מוחזק ולפ"ז תקשה מאי פריך הגמ' אי בבע"ח מי אית ליה פירי דילמא איירי דכתב מעכשיו דאז ליכא שום ספק וע"כ טורף הפירות ועכ"פ לר"נ אמרינן דשיעבוד עדיף מקנין לר"מ ולא יכול לחזור:

ובזה ניחא קושית הש"ך על שיטת הרא"ש דבאפותיקי נוטל הבע"ח גם הפירות וא"כ תקשה הא ע"כ איירי באפותיקי דאל"כ תקשה קושית התוס' דאמאי לא טריף ממשעבדי דטריף לוקח וא"כ מאי פריך הגמ' אי בבע"ח מי אית ליה פירי יע"ש סי' קט"ו ולפ"ז יש לומר דהא הקשו מאי הקשו דלוכח דאיקני לא משתעבד מדלא טריף הבע"ח מנכסים שטורף הלוקח דילמא איירי דחזר הלוה מדאיקני אחר שבא השבח לעולם דמשבח לא יכול לחזור דכבר היה בעולם משא"כ הנכסים שטריף הלוקח והן דאיקני למלוה חוזר קודם שקנה ויכול לחזור ולעולם דאקני משתעבד אך יש לומר דקושית התוס' אזלא לר"נ דסובר דלקמא משתעבד ולא מהני חזרה וע"כ הוצרך בתוספות לומר דאיירי באפותיקי משא"כ לדידן דקיי"ל דיחלוקו ומהני חזרה אך בלוה ולוה הטעם משום דחזרה לא היה בכולה וכו' בלא"ה לא קשה דלא איירי באפותיקי רק בחזר ושפיר פריך אי בבע"ח מי אית ליה פירי וניחא בזה הא דהקשו מאי פריך ואי איתא חצי שבח מיבעי ליה הא ע"כ איירי באפותיקי וע"כ נוטל כל השבח דליתא דמ"ד דיחלוקו ומהני חזרה לא איירי באפותיקי רק בחזרה מדאיקני:

ולפ"ז יש לומר דאליבא דר"נ דשיעבוד עדיף מקנין ולא מהני חזרה ה"ה דעדיף דמהני שעבוד אפי' לדבר שלא בא לעולם דאע"ג דאפי' ר"מ מודה לדשלב"ל לא מהני מ"מ

שיעבוד עדיף וניחא קושית התוס' ב"ב (דף קמ"א) דמקשה ר"נ על ר"ה דסובר דמזכה לעובר לא קנה ממתני' האומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה והקשו בתוס' דהא גם ר"נ סובר דמזכה לעובר לא קנה יע"ש ולפ"ז דהא מתני' ע"כ איירי בשיעבוד דאל"כ אין מטבע נקנה בחליפין ועיין בטור ואליבא דר"נ שיעבוד עדיף מקנין וא"כ יש לומר דמתני' אתיא כר"מ ואין לומר דר"מ מודה לדשלב"ל דהכא במתני' דע"כ איירי בשיעבוד וע"כ עדיף מקנין אך על ר"ה שפיר קשה דר"ה סובר דחולקין וע"כ דסובר דמהני חזרה משום דלא עדיף שיעבוד מקנין וא"כ לא מהני אפי' שיעבוד דלא עדיף מקנין ושפיר קשה ממתני' דילדה זכר דנוטל מנה:

וניחא קושית התומים על הסוברים דמעמד ג' יכול למחול מהא דפריך הגמ' בב"ב הא דאמר ר"נ שכ"מ שאמר הלואתי לפלוני וכו' ופריך והא ליתא בבריא ומשני דאיתא בבריא במעמד ג' וקשה הא מ"מ ליתא בבריא שפקע קנינו ושעבודו של ראשון לגמרי שלא יכול למחול וגבי שכ"מ אמרינן שלא יכול למחול אלא ודאי דגם במעמד ג' לא יכול למחול ועי' סימן ס"ו. וע"כ נראה דהנה אי אמרינן דטעמא דמעמד ג' לא יכול למחול משום דנעשה כאומר משעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך א"כ פשיטא שלא יכול למחול ועיין בח"מ סימן ס"ו דהיכי דכתב לו כן לא יכול למחול רק דגמ' פריך אלא לפ"ז הקנה לנולדים דלא מהני דאפי' לר"מ דאדם מקנה דשלב"ל מ"מ לדשלב"ל גם ר"מ מודה ומסיק דהילכתא בלא טעמא הוא. ולפ"ז לר"נ דסובר דשיעבוד עדיף ומהני לדשלב"ל יש לומר משום דנעשה כאומר משעבדנא לך וכו' וא"כ פשיטא דלא יכול למחול וע"כ שפיר משני דאיתא בבריא במעמד ג':

ויותר נראה דגם לר"נ מהני חזרה מדאיקני והא דסובר דלקמא משתעבד לפי מה דאיתא בנ"י בב"ב וז"ל שמעינן מהכא מדאיצטריך לומר מעולם ולא אמר שלא היה לו קרקעות בשעה שקנה מטלטלין אלו דשיעבודא קמא חייל אמטלטלין שיקנה אפי' לאחר שמכר הקרקע ודעת הרמב"ן ז"ל לומר הטעם לפי שכתב דאיקני שוב א"י לחזור אפי' קודם שקנה אלמא משעה ראשונה חייל שעבודא ומיהו הרשב"א ז"ל חולק וסובר דקודם שקנה יכול לחזור ומ"מ מודה דכל שלא חזר בו משעה ראשונה חייל שיעבודא מדאיצטריך מעולם יע"ש ולפ"ז יש לומר דגם ר"נ מודה דיכול לחזור ומ"מ סובר דלקמא משתעבד דכל זמן שלא חזר חייל שעבודו משעה ראשונה ומה שלוה משני לא חשוב חזרה ועיין בקצה"ח דתמה דאמאי חולקין דכיון דכל זמן שלא חזר חייל שעבודו משעה ראשונה ומה שלוה אח"כ משני וכתב דאיקני לא חשוב חזרה ומביא ראיה לזה מדברי הרי"ף. ועכ"פ יש לומר דגם לר"נ מהני חזרה ומ"מ לקמא משתעבד דחייל משעה

ראשונה ועל קושיא הנ"ל מה הקשו בתוס' דילמא איירי דחזר מדאיקני נראה דהא ע"כ יהיה מיירי דלאחר שחזר כבר היה השבח בעולם ונכסי משועבדים שטריף הלוקח לא היה אז בעולם בעת חזרה וא"כ לוקח קנה השדה קודם שקנה המוכר הנכסים משועבדים דהא ע"כ איירי שהנכסים משועבדים קנה אחר שהיה השבח בעולם דעל השבח לא מהני חזרה וא"כ הוי גם ללוקח דאיקני המשועבדים דטריף וע"כ דכתב ליה דאיקני ואז בע"ח אינו נוטל רק חצי שבח דבשלמא אי לא הוי דאיקני אצל לוקח ואז יש לומר דלא כתב ליה דאיקני ללוקח ואז בע"ח נוטל כל השבח משא"כ באופן הנ"ל אז הוי דאיקני גם ללוקח ואז ע"כ כתב דאיקני גם ללוקח וא"כ בע"ח נוטל רק חצי השבח וא"כ תקשה קושית ג"ת דאמאי גובה כל הקרן מנכסים משועבדים והא כבר גבה חצי השבח על הקרן שלו:

ובזה ניחא קושית מהרש"א על ר"נ דמביא ראיה לשמואל דבע"ח גובה שבח מהא דקתני דגובה את הקרן מלקוחות ושבח מב"ח וכו' והא ע"כ איירי באפותיקי דאל"כ תקשה קושית התוס' דיטעון הנחתי וע"כ גובה בע"ח השבח יע"ש אך לר"נ לשיטתו דסובר דלקמא משתעבד ובע"ח גובה כל השבח אפי' בכתב ללוקח דאיקני א"כ יש לומר דלא איירי באפותיקי רק בחזר מדאיקני לאחר שבא השבח לעולם וניחא קושית הש"ך הנ"ל מה פריך אי בבע"ח מי אית ליה פירי הא ע"כ איירי באפותיקי דליתא דהא קושית הגמ' אזלא על רב נחמן ולר"נ יש לומר דאיירי בחזר ואע"ג דאז הוי ללוקח דאיקני וע"כ דכתב דאיקני מ"מ נוטל כל השבח וע"כ שייך לומר דגובה כל הקרן. וניחא קושית השמ"ק דאמאי מקשה רק על ר"נ יע"ש אך דעל שמואל לא קשה דהא ע"כ איירי באפותיקי ואז טורף גם הפירות רק על ר"נ קשה דלדידיה איירי בחזר ולא באפותיקי:

ובזה יש לומר דהא דלוה ולוה ואח"כ קנה דחולקין והא כל זמן שלא חזר חל השיעבוד משעה ראשונה דיש לומר דזה תליא אי יש ברירה או אין ברירה ל"ש לומר דכיון שלא חזר חייל למפרע הא מעיקרא לא הוברר שלא יחזור רק אי יש ברירה אז בלא חזר הוברר דמשעה ראשונה חייל שיעבודו וכיון דספק אי יש ברירה או אין ברירה וע"כ חולקין וא"כ לר"מ דסובר דיש ברירה א"כ בלא חזר חייל משעה ראשונה וא"כ לדידיה יש לומר דלא איירי באפותיקי רק דחזר מדאיקני לאחר שבא השבח לעולם ואע"ג דהוי גם ללוקח דאיקני וע"כ בכתב ליה דאיקני מ"מ נוטל בע"ח כל השבח דלדידיה לקמא משתעבד דבלא חזר חייל שיעבוד משעה ראשונה ומה שכתב גם לשני דאיקני ל"ח חזרה. וניחא קושית מהרש"א דאמאי כתבו יעמוד באפותיקי דע"כ איירי באפותיקי דליתא דיש לומר בחזר לאחר שבא השבח לעולם דהא לפי מה דמשני ר"מ היא והוא סובר דיש ברירה:

אך נראה דאי דאיקני נשתעבד ויכול לשעבד דשלב"ל א"כ גם דבר שאינו מבורר לא לשעבד דלא גרע מדשלב"ל ועיין בס' קצה"ח דסובר דמש"ה סובר ר"מ דיש ברירה משום דסובר דאדם מקנה דשלב"ל וה"ה לדידן בשעבוד יכול לשעבד אע"ג דאינו מבורר ועיין בר"ן בגיטין פ' א' מה שהביא דברי הרמב"ן לענין משעבדנא לך וכו':

וניחא קושית התוס' ב"ב על הא דמשני דלקח ומכר לאלתר דא"כ אפי' בית ושדה נמי דיש לומר דזה ידע דיש לומר דאפשר דבאותו רגע בין לקיחה למכירה לא היה לו קרקע רק דלא הוי ידעינן ולא היה מסתבר אוקימתא דידעי דלא הוי ליה ארעא מעולם דזה רחוק במציאות ולפ"ז שפיר קאמר שמעת מיניה דאיקני לא משתעבד עכ"פ לרבנן דלא עדיף שיעבוד מקנין וא"כ ממילא לא מהני גם דבר שאינו מבורר וא"כ לא חייל משעה ראשונה משום דאין ברירה וא"כ יש לומר דברייתא אתי כמ"ד אדם מקנה דשלב"ל ובבית ושדה אינו יכול להעיד דשמא שיעבד לו דאיקני דמהני למ"ד דאדם מקנה דשלב"ל אבל בפרה וטלית ליכא למיחש להכי דמיירי דידעינן דבאותו זמן מעט לא היה לו קרקע וא"כ אפי' אי היה לו קרקע מקודם ושיעבד לו מטלטלין אגב קרקע לא מהני דבשעה שלקח המטלטלין כבר לא היה לו קרקע ולא חייל משעה ראשונה משום דאין ברירה דכיון דקיימי השתא לרבנן לא עדיף שיעבוד מקנין לא מהני אי אין ברירה וכיון דלא מתחיל השיעבוד רק משעת קנין ואז לא היה לו קרקע לא מהני מה שהיה לו קרקע קודם משא"כ אי דאיקני משתעבד וא"כ מהני אפי' אי אין ברירה דחל אפי' על דבר שאינו מבורר דשיעבוד עדיף וא"כ חייל משעה ראשונה תקשה מה בכך דלית ליה קרקע השתא דשמא היה לו מעולם קרקע ושיעבד מטלטלי דאיקני אגב קרקע וא"כ אע"ג דבשעה שקנה המטלטלי ידעינן דלית ליה קרקע מ"מ חייל משעה ראשונה ומשני דאמרו עדים דלא היה לו קרקע מעולם:

גם נראה על מה שהקשו על התוס' דילמא איירי בחזר דהנה לשמואל דלא סובר דבמקח וממכר אחריות ט"ס דל"ש דלא שדי וכו' משום דזבין אינש ארעא ליומא א"כ כיון דהא דאיקני נשתעבד הוא משום נ"ד א"כ ללוקח לא משתעבד דאיקני דליכא משום נ"ד משום דזבין אינש ארעא ליומא וא"כ אי איירי בחזר א"כ הוי הקרקע שטריף הלוקח דאיקני ולשמואל לשיטתו ליכא משום נ"ד ולא נשתעבד ללוקח דאיקני וניחא קושית מהרש"א דכתבו יעמוד משום דאליבא דר"מ דאדם מקנה דשלב"ל ומדינא נשתעבד גם ללוקח אע"ג דליכא משום נ"ד משועבד דאיקני וא"כ יש לומר בחזר ולא איירי באפותיקי וע"כ כתבו יעמוד באפותיקי.

ולפי הסוברים ועיין ברמב"ן ב"ב דשעבוד דאיקני אינו משום נ"ד רק משום דחיוב חל על גופו וגופו איתא בעולם ועיין במחנה אפרים דכתב לפ"ז שיעבוד דאיקני בעי קנין וגם דמדינא נשתעבד לא משום נ"ד לחוד יע"ש א"כ בלא"ה לא קשה קושית התוס' הנ"ל דלוכח מהכא דאיקני לא משתעבד דבאמת יש לומר בחזר ולאחר שבא השבח לעולם אך אז הוי גם ללוקח דאיקני וע"כ דשיעבד לו דאיקני וע"כ בקנין לפי הרמב"ן הנ"ל ותקשה דא"כ גם השבח יגבה מלקוחות אך זה דקנו מידו טורף מלקוחות זה אי אמרינן טעמא משום ש"כ. אך אז יש לומר דאירי לאחר שטרף הבע"ח קנה קרקעות ומכרן ואין לומר דא"כ הוי קצוב דלמ"ד משום שאין כתובין מה בכך דקצוב למ"ד משום ש"ק דאז אין לומר דאירי לאחר שטרף לדידיה יש לומר בחזר ואע"ג דאזגם ללוקח דאיקני וע"כ דכתב ליה דאיקני ובקנין מה בכך דמ"מ לא טריף מלקוחות אפי' בקנין למ"ד משום שאין קצובין ולמ"ד כתובין יש לומר דאירי לאחר שטרף ואע"ג דאז קצוב לא מהני:

וגם יש לומר בפשיטות דהא יש לומר דלא אירי בבע"ח רק בנגזל וקנו מידו אך דא"כ גם השבח יגבה מלקוחות ולמ"ד קצובין דאז יש לומר דאירי בנגזל וקנו מידו ואעפ"כ לא מצי טורף מלקוחות ואפי' להסוברים דקנו מידו מהני גם למ"ד קצובין זה לדידן דאפי' בלא קנו מידו יש לו שבח וע"כ הקנין הוי יפוי כח משא"כ לשמואל דאי לאו הקנין גם מב"ח לא גבה וע"כ אפי' קנין לא מהני ולמ"ד כתובין מ"מ לדידיה יש לומר דלאחר שטרף קנה קרקעות וכו' ואע"ג דקצוב לא מהני וא"כ למ"ד כתובין נהי דקנו מידו וגובה מלקוחות ולא מצי אירי בנגזל ובקנו מידו לדידיה יש לומר לאחר שטריף נהי דהשתא קצוב לא מהני ולמ"ד קצובין יש לומר בנגזל וקנו מידו דגם קנין לא מהני לטרוף מלקוחות:

ואפשר דתוס' סוברים דאי שיעבוד דאיקני דאורייתא משום דחיוב על גופו א"כ לא מצי לחזור מדאיקני וכן איתא במחנה אפרים וע"כ שפיר הקשו בתוספות ולוכח מהכא דאיקני לא משתעבד דאין לומר בחזר דלא מהני חזרה אך אי דאיקני לא משתעבד רק לר"מ משום דסובר דאדם מקנה דשלב"ל פשיטא דיכול לחזור כמו בכל דשלב"ל בקנין וע"כ ניחא הא דכתבו בתוס' יעמוד באפותיקי משום דלר"מ יש לומר בחזר ולא אירי אפותיקי וע"כ כתבו יעמוד באפותיקי אך יש לומר דאי דאיקני דאורייתא או לא תליא בזה דהא איתא בתומי' דבשבח ליכא משום נ"ד יע"ש סימן קט"ו ומדחזינן דבע"ח גובה שבח ע"כ דאיקני מדינא נשתעבד ולא משום נ"ד אך אי אמרינן דלמפרע גובה דאז בלא"ה טורף השבח כמו באפותיקי דחשוב ארעא דידיה ועיין בתומים אז יש לומר דאיקני דנשתעבד הוא משום נ"ד ומ"מ גובה שבח דארעא דידיה אשבחיה:

ובזה ניחא הסוברי' דשמואל דאמר בע"ח גובה שבח אינו מחדש רק דאפי' הוצאה אינו נותן אבל שבח היתר על הוצאה פשיטא דגובה דהא כתב ליה דאיקני וא"כ תקשה הא דפריך הגמרא בבכורות ולא האשה בכתובתה והאמר שמואל בע"ח גובה השבח יע"ש וקשה דבלא דשמואל קשה דכיון דשבח היתר על הוצאה פשיטא דטורף וע"כ נראה דהנה בכתובה ל"ש נ"ד וא"כ בלא"ה לא קשה דאז אמרינן דשעבוד דאיקני הוא משום נ"ד ובכתובה ליכא משום נ"ד ולא נשתעבד דאיקני משא"כ לשמואל דאפי' הוצאה אינו נותן לו ובזה ליכא משום נ"ד ועיין בתומים וע"כ דאיקני מדינא נשתעבד וע"כ תקשה אמאי ולא האשה בכתובתה נוטלת בשבח. וניחא הרמב"ם דפסק דמוכר עצמו אין מעניקין לו ופסק דשיעבוד דר"נ וא"כ איצטריך לו ולא לבע"ח ומנ"ל דמוכר עצמו אין מעניקין לו. ועיין בש"ך סימן פ"ו:

וע"כ נראה דהא בתומים סימן פ"ו הקשה דאפי' אי אמרינן כר"נ לא איצטריך קרא למעט ולא לבע"ח דודאי יש לחלק בשאר דברים דנשתעבדו נכסי הלוה אחרון א"כ הואיל דמלוה שלו חייב לראשון נשתעבד נכסי הלוה השני למלוה הראשון ושייך שפיר דינא דר"נ משא"כ בהענקה דלא נשתעבדו נכסי האדון לעבד רק מצוה הוא וא"כ ל"ש דינא דר"נ כי מה שעבוד יש כאן שישתעבד לראשון. אך לפי מה דאיתא בטור ח"מ ס' פ"ו דל"ש אם נתחייב לו כבר לשמעון בשעה שלוה מראובן ל"ש אם נתחייב לו אח"כ מוציאין מדר"נ והנה היכי שלוה לוי משמעון אחר שלוה שמעון מראובן א"כ בשעה שלוה שמעון מראובן עדיין לא נשתעבדו לשמעון נכסי לוי וכשלוה לוי ממנו ונשתעבדו נכסי לשמעון לא נשתעבדו לראובן דהוי ליה כלוה ואח"כ קנה ואע"ג דאיקני משתעבד אינו אלא מדרבנן משום נ"ד ואפ"ה אמרה תורה ונתן לאשר אשם לו אלמא אפי' היכי דליכא שעבוד מוציאין מדר"נ וה"א דה"ה בהענקה וע"כ כתיב לו ולא לבע"ח אך זה לאביי דסובר למפרע גובה ואז יש לומר דאיקני דרבנן משום נ"ד והא דגובה שבח אע"ג דליכא משום נ"ד משום דארעא דידי' אשבחי' משא"כ לדידן ע"כ שעבוד דאיקני דאורייתא דאל"כ אמאי טריף השבח ול"צ קרא למעוטי הענקה משעבודא דר"נ וע"כ קאי ולא למוכר עצמו אך באמת אי אפשר לומר דלאביי או באפותיקי חשוב ארעא דידי' דא"כ תקשה הא דאיתא בב"ב אלא אפי' בעשה אפותיקי נמי לא כדרבא ומשמע הא לא"ה חיישינן דמעמי' בפני בע"ח אפותיקי וקשה דמה ירויח הא יחזור עליו אפי' שלא באחריות דחשוב כנמצאת אינו שלו דחוזר אפי' שלא באחריות ופי' הרשב"ם משום דנוטל גם הפי' משא"כ בע"ח ואי באפותיקי או לאביי טורף הפירות א"כ יחזור עליו אפי' שלא באחריות:

והנה אי יכול להתחייב דשלב"ל עיין בח"מ סימן ס' והקשו דא"כ הא דפריך הגמ' ב"ב ולר"מ דאמר דאדם מקנה דשלב"ל יכיר למה לי הא גם לרבנן קשה דיש לו מיגו דיתחייב א"ע ולפי מה שכתבתי לעיל דקשה דאפי' לר"מ לא מהני דחשוב דש"ק דכיון דלא ידע כמה יפלו נכסים ועיין בתומים דכתב דכיון דיכול לחזור קודם שבא לעולם א"כ הקנין לא חל רק בשעה שבא לעולם ואז הוא קצוב וא"כ כיון דבחיוב קיי"ל דלא יכול לחזור וע"כ דהקנין חל מיד וא"כ הוי דש"ק ולא חל החיוב ומש"ה לא פריך רק לר"מ ועיין בתוס' יבמות (דף ל"ו) ד"ה קנין פירות דהקשו דלר"י דאפי' לא מת הבן בחיי האב נמי לא ליקני דהוי כמו מה שאירש מאבא מכור לך יע"ש:

ונראה דלפי שיטת רב"ת דאיתא בתוס' כתובות (דף צ"א) דסובר דאע"ג דאומר מה שאירש מאבא מכור לך דלא קנה מ"מ אי מברר שדה זו שאירש מכור לך מהני והפוסקים חולקין דמ"מ חשוב אינו בידו דשמא ימכור לאחר קודם שימות. ולפ"ז הכא כיון דאי מכר האב המכירה בטילה וא"כ כיון דמברר שדה זו ומיתה ממילא אתיא ל"ח דשלב"ל ועיין בסמ"ע דכתב דמש"ה למ"ד קנין פירות לאו קה"ג לא חל המכירה דחשוב דשלב"ל ולפ"ז לפי המבי"ט דסובר דלבנו יכול להקנות דשלב"ל ותקשה הא דאיתא בב"ק דכתבה נכסים לבנה יע"ש דמסיק דתליא בפלוגתא דק"פ אי כקה"ג דאז לא חל המתנה ואי מטעם דשלב"ל ובבנו מהני ודו"ק:

דבר שבערוה

הנה קיי"ל דאין דבר שבערוה פחות משנים ועיין בקדושין (דף ס"ו) איבעיא להו אשתו זינתה בע"א מהו אביי סובר דנאמן רבא אמר אין דבר שבערוה פחות משנים וקיי"ל כרבא:

והנה בדבר שבערוה בלא אתחזק איסורא אי נאמן ע"א דבריש גיטין משמע דבעינן תרווייהו דקאמר אבל הכא דאיתחזק איסורא דאשת איש הוי דבר שבערוה ואין פחות משנים ומשמע הא דבר שבערוה לחוד נאמן ע"א ועיין בר"ן בקדושין סוגיא דקדשתי את בתי דסובר כן וכבר הקשו דר"ן בגיטין סוגיא דשליש נראה דסובר דאפי' בלא איתחזק לא נאמן ע"א ונראה דבזה פליגי אביי ורבא הנ"ל דהא בתוס' הקשו שם על אביי דמשמע בסוטה דאין אשה נאסרת על בעלה אלא ע"י קינוי וסתירה ומשמע דבעינן עדים. גם הקשו בתוספות על רבא כיון דהבעל שותק ושתיקה כהודאה דמיא למה לא תאסור עליו יע"ש:

וע"כ נראה דשתיקה אינו עושה רק רגלים לדבר כדברי העד ואז איתרע חזקת היתר לבעלה כמו בסוטה ע"י קינוי וסתירה איתרע החזקה ועיין בריש נדה ה"ה ע"י שתיקה

דרגלים לדבר איתרע החזקה וליכא רק דבר שבערוה לחוד ואביי סובר דבר שבערוה לחוד בלא איתחזק נאמן וע"כ סובר אביי דנאמן ורבא סובר דאפי' בלא איתחזק אינו נאמן:

ובזה ניחא מה שהקשו על הא דקאמר אביי בשבועות (דף ל"ב) הכל מודים בעד סוטה שהוא חייב וכתבו בתוספות דע"כ איירי בתפס מטלטלין דאל"ה חשוב משביע עידי קרקע וא"כ תקשה לשיטת הרמב"ם כפי שהוכיח המשנה למלך דסובר דהא דהאמינה תורה ע"א קודם שתיה לא דנאמן לחלוטין אלא גזה"כ בדאיכא ע"א שלא תשתה א"כ הרי היא כשאר שאינה שותת ואסורה לבעלה והנה נשים שאינם שותים אם יש להם כתובה פליגי ב"ש וב"ה ב"ש סוברים דשטר העומד לגבות כגבוי דמי והיא מוחזקת יש לה כתובה וב"ה סובר דלאו כגבה דמי אבל היכא שהיא מוחזקת בודאי א"י להוציא ממנה דהא לא עדיף שטר העומד לגבות לב"ש ממוחזק ממש. ולפ"ז תקשה דכיון דע"כ איירי בתפסה דא"כ מאי מהני העדאת ע"א דהא להרמב"ם העדאת ע"א לא מהני אלא שלא תשתה ואין לה כתובה מחמת ספק וכשתפסה אינו יכול להוציא ממנה ועי' בס' ע"ח:

ולכאורה יש לומר דבלא"ה היא מפסיד הכתובה דהא ע"א מחייבה שבועה דהא מעיד שזינתה וצריכה לישבע להכחיש את העד והיא חשודה על השבועה לאחר קינוי וסתירה אך הוי רק שבועה דרבנן דנשבעת ונוטלת ומה"ת ליכא רק נשבע ונפטר ובשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שא"י לישבע וכו' וא"כ בתפסה דאז חשוב נשבע ונפטר ואיכא שבועה דאורייתא א"כ כיון שהיא חשודה על השבועה וא"י לישבע מפסיד הכתובה חוץ מזה שא"י יכולה לשתות צריכה להחזיר משום שא"י לישבע. וגם לפי מה דסובר הכ"מ דהא דע"א מעיד שהיא פרוע צריך לישבע דווקא בטוען הבעל ברי ולא בטוענו ספק ע"פ העד. והקשה בש"ך דהא קיי"ל דט"ס ע"פ העד דמחוייב שבועה וכתבו דכיון דהיה נשבע ונוטל והשבועה רק כדי להפיס דעתו ובשמא ל"ש כדי להפיס. ולפ"ז בלא תפסה צריכין הטעם משום דע"י העד שוב לא תשתה ואין לומר משום מתוך שא"י לישבע דליתא דאפי' אי אמרינן דמפסיד אמרינן אפי' בשבועה דרבנן מ"מ ליכא שבועה בט"ס והכא הבעל אינו יודע משא"כ בתפסה דאז הוי ש"ד ואז אפי' בט"ס ע"פ העד מחויב לישבע א"כ בלא"ה צריכה להחזיר מה שתפסה משום שא"י לישבע משלם:

וניחא קושית הנב"י דהא בעד סוטה אפי' עד פסול נאמן וא"כ אמאי קתני במתני' דשה"ע אינו נוהג בפסולים הא משכחת בעד סוטה דאז אפי' אשה נאמנת אך כיון דע"כ איירי בתפסה ולא מהני מה שע"י העד מעכב מלשתות ורק הא דמפסדת הכתובה משום שא"י לישבע דהי' חשודה וממילא בעינן עד כשר וכן הא דהקשו דאמאי מלך אינו חייב בשה"ע

הא לאיסור גם מלך מחויב להעיד לאיפרושי מאיסורא וא"כ נפק"מ בעד סוטה דהוי לענין איסור ונפק"מ גם לממון ותירצו משום דמלך אין דנין וחשוב עדות שאי אתה יכול להזימו והנה לפי מה דאיתא בתשוב' מהרי"מ דלהחזיק לא בעינן עדות שיכול להזימו רק להוציא א"כ לדינא דגמ' דבעינן תפיסה דאל"ה חשוב משביע עידי קרקע וא"כ הוי להוציא מידה מה שתפסה לא משכחת מלך דיחייב בשה"ע דכיון דהוי עדות שאי אתה יכול להזימו ולבתר תקנת הגאונים דגם מטלטלי נשתעבד לכתובה ולא בעינן תפיסה משכחת דמלך חייב בשה"ע כגון בסוטה דלהחזיק לא בעינן יכול להזימו וע"כ פסק הרמב"ם דגם מלך חייב בשה"ע:

אך תקשה דאפי' לדינא דגמ' דאיירי בתפסה ובעינן יכול להזימו מ"מ לא גרע מעד פסול דמהני בסוטה אך לפי מה שאמרנו דעיקר הטעם משום דא"י לישבע להכחיש העד ממילא בעינן עד כשר ולפ"ז לבתר תקה"ג דמטלטלי משועבד לכתובה ולא איירי בתפסה א"כ נהי דליכא שבועה מ"מ כיון דאינה מוחזקת וא"י לשתות הפסידה הכתובה וע"כ פסק הרמב"ם דמלך חייב בשה"ע אך נראה דהא דסובר הרמב"ם דע"א אינו נאמן רק שלא תשתה זה לדידן דקיי"ל כרבא דאפי' בליכא חזקה רק דבר שבערוה לחוד אינו נאמן ע"א וע"כ אפי' בסוטה דאיכא רגלים לדבר ואיתרע החזקה לא נאמן העד רק שלא תשתה משא"כ אביי לשיטתו דנאמן בלא איתחזק א"כ נאמן מצד עצמו א"כ אפי' דהיא מוחזקת צריכה להחזיר וע"כ קאמר אביי לשיטתו דהכל מודים בעד סוטה. והנה במקנה איתא דאפי' לאביי בעינן עד כשר דווקא וא"כ נהי בסוטה מהני אפי' ע"פ אינו נאמן רק שלא תשתה והיכי דהיא מוחזקת ל"צ להחזיר כמו לב"ש וניחא ג"כ הא דתני ולא בפסולין וכן מלך דחשוב עדות שא"א יכול להזימו רק דלא גרע מעד פסול ולא נאמן רק שלא תשתה והכא דע"כ איירי בתפסה לא מהני העד וע"כ ניחא דמלך אינו חייב בשה"ע משא"כ לבתר תה"ג דמטלטלי נשתעבד לכתובה ולא איירי בתפסה גם מלך חייב בשה"ע דכיון דא"י לשתות מפסיד הכתובה וניחא הרמב"ם דסובר דחייב מלך בשה"ע:

ועל הקושיא הנ"ל נראה עוד דלפי מה דאיתא בגיטין (ד' ל"ז) דפריך אלא מלוה על המשכון מ"ט אמר רבא משום דתפיס ליה אמר ליה אביי אלא מעתה הלוהו ודר בחצירו דתפיס ליה וא"כ חזינן דסובר אביי דאע"ג דאיתא שם דלב"ש דסובר דשטר חשוב כגבה אינו משמט מ"מ בתפס משמט וא"כ חזינן דגרע מהא דלב"ש דסובר כגבה דמי וע"כ אביי לשיטתו שפיר קאמר הכל מודים בעד סוטה ואע"ג דתפסה מ"מ כיון דע"י העד אינה שותת ע"כ מפסידה וע"כ ר"ע סובר דמלך אינו חייב בשה"ע דסובר כרבא דהיכי

דתפס דמי אי אמרינן דכגבה דמי משא"כ לבתר תקה"ג ע"כ סובר הרמב"ם דגם מלך מחויב להעיד:

וגם נראה דהנה שיטת הפוסקים דבאומר אלמנה היתה דצריכה לישבע ש"ד משום דבעל מודה במקצת והקשה הא הוי ש"ק ועי' בשמ"ק דכתב הטעם דכיון דאי תפסה מטלטלין לא מפקינן אע"ג דאכתי לא תפסה תו ל"ח ש"ק דכיון דמטלטלין נמי נשתעבד אי תפסה ועי' בס' א"מ דכתב דלפ"מ דסובר ר"פ בשבועות דמשביע עידי משחקי בקוביא חייבין ק"ש משום דמדאורייתא חזי וכתב ברשב"א הטעם משום דע"י עדות פסולי דרבנן מהני תפיסה וע"כ חשוב כפירת ממון וכיון דבשה"ע בעינן כפי' ממון ע"י תפיסה חשוב כ"מ ה"ה לענין מב"מ חשוב הודאת ממון דכיון דע"פ הודאתו מהני תפיסה מטלטלין יע"ש דכתב דזה טעמא של ר"ג דמחייב שבועה בט"ח ואע"ג דפטור גם משעורין אך דכיון דתפיסה מהני חשוב הודאה:

ולפ"ז לא צריכין לומר דהא דקאמר שם משביע עידי קרקע קאי גם על עד סוטה רק כיון דתפיסה מהני ל"ח עידי קרקע וע"כ קאמר שפיר הכל מודים בעד סוטה דכיון דלא איירי בתפסה וע"כ כיון דאינה שותת לא נוטלת הכתובה וא"כ ר"ע דסובר דאין נשבעין בשטר משום דחוב חשוב ש"ק ולא סובר כיון דמהני תפיסה ל"ח ש"ק וע"כ סובר דמלך לא חייב שה"ע דכיון דהוא עדות שא"א יכול להזימו רק דבסוטה מהני ע"פ ולא מהני רק שלא תשתה וכיון דלר"ע לא משכחת רק בתפסה דאל"כ חשוב ש"ק א"כ מה בכך דלא שותת מ"מ לא צריכה להחזיר וע"כ הרמב"ם לשיטתו דסובר דצריך לישבע באלמנה ול"ח ש"ק ולא איירי בתפסה וע"כ גם מלך חייב בקרבן שה"ע:

וניחא מה שהקשו על הרי"ף דסובר דבמקום שכותבין נאמן הבעל לומר פרעתי דהא דטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום זה רק במקום שאין כותבין כתובה והקשו דלפ"ז הא דפריך הגמ' טעמא דאיכא עדים הא ליכא עדי' בעל מהימן לימא דלא כר"ג דאמר הי' נאמנת וכתבו בתוס' דסוגי' קאי למ"ד דטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום דאל"ה נאמן במיגו דפרעתי והקשו לשיטת הרי"ף דילמא איירי במקום שכותבין דלכ"ע נאמן במיגו דפרעתי אך עיקר הטעם של הרי"ף משום דאיכא ריעותא דלית לה שטר כתובה ואין לומר דסמכה על מעשה ב"ד אך הי' לה לישמור שמא יאמר הבעל אלמנה היתה וא"כ אליבא דר"ג לשיטתו דמחייב בע"ח שבועה וע"כ משום דמהני תפיסה חשוב הודאה וא"כ ה"ה דל"ח הודאה קרקעות משום דתפיסה מהני במטלטלין וא"כ אי יאמר אלמנה צריך לישבע ש"ד וליכא ריעותא במה דאין לה הכתובה וע"כ לדידי' אפי' במקום שכותבין אינו נאמן לומר פרעתי ושפיר פריך הגמ' דלא כר"ג:

גם יש לומר על הרמב"ם הנ"ל דהא הקשה דמשכחת דגם מלך ישראל היה מחויב להעיד כגון דידע דמת בעלה ועי"ז נוטלת הכתובה וכפר שחייב בקרבן שה"ע אך דחשוב עדות שאי אפשר להזימו דמלך לא היו דנין אותו ואע"ג דחשוב דיני ממונות משום הכתובה ומה"ט אין בודקין עידי נשים בדו"ח זה רק בא"י באיזה יום וע"כ אי אפשר להזימו משא"כ במלך שיזימו אותו ואין באפשרותו לקיים כאשר זמם לא מהני העדות וזה הכל לר"ע דקאמר במכות ובסוף יבמות דמש"ה אין בודקין בדו"ח משום דחשוב ממון וע"כ סובר ר"ע דמלך ישראל לא היה בשה"ע בזמן הסנהדרין דכיון דאפי' אי יוזמו אין באפשרותו לדון אותו אפי' בממון לא מהני ומה"ט אין עד נעשה דיין משא"כ לפי שיטת הרמב"ם דכתב הטעם משום תקנת עגונות אין בודקין וע"כ גם מלך ישראל אע"ג דאין דנין אותו מהני עדותו בעדות נשים וע"כ סובר הרמב"ם דגם מלך ישראל היה מחויב בשה"ע. ונחזור לענין ראשון דבלא"ה אפי' אי איירי דינא דאביי דהכל מודים בעד סוטה בלא תפסה תקשה דהא ביי סובר דכגבה דמי ועי' בכתובות פ' האשה וא"כ מה בכך דא"י לשתות וע"כ דלאביי נאמן העד משום דאיתרע החזקה ודבר שבערוה לחוד נאמן ע"א:

ובזה נראה לתרץ הא דפסק הרמב"ם בבא ע"א ואמר מת ואח"כ בא ע"א ואמר לא מת דלא תנשא לכתחלה משום לזות שפתים ועי' בכתובות (ד' כ"ב) דמשני אביי בע"א ע"א אומר מת המנוהו רבנן כתרי וכדעולא וכו' אי הכי אפי' לכתחלה נמי משום לזות שפתים והקשו דכיון דחזינן דרבא משני לעולם תרי ותרי משמע דחולק על אביי וסובר דחד לגבי חד ובזה אחר זה תנשא לכתחלה וע"כ משני בתרי ותרי וע"כ נראה דהנה אליבא דאביי ע"א במיתה נאמן מדינא ולא משום עיגונא דכיון דאשה דייקא ומינסבא מגרע לחזקת א"א ולא נשאר רק דבר שבערוה לחוד ונאמן לאביי ע"א משא"כ לרבא דאפי' בלא איתחזק אינו נאמן א"כ ע"כ הא דנאמן העד משום דהקילו משום עיגון ועי' בתשובות ת"ר דכתב דכל היכי דלכתחילה לא תנשא א"כ ל"ש דהקילו משום עיגון וע"כ אפי' בדיעבד תצא וע"ש שכתב כן לענין ד"א ולפ"ז אביי מצי סובר דלכתחילה לא תנשא ואע"ג דאז ליכא משום עיגון דכיון דאסורה לינשא לכתחלה הא לאביי נאמן העד לאו משום דהקילו משום עיגון רק מדין נאמן משא"כ רבא לשיטתו דרק משום עיגון נאמן העד וא"כ אי אפשר לומר דלכתחילה ל"ת משום לזות דא"כ אפי' בדיעבד תצא:

ובזה ניחא הא דהקשו בתוס' ב"ב (ד' ל"ב) בשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת דל"ת בנשאת ואח"כ באו עדים הא בשני עדים לא דייקא והקשה במהרש"א דלמה הקש' מנשאת ואח"כ באו עדים ולא סתמא אפי' באו עדים ואח"כ נשאת ועי' בתומים ס' ל' ומכבר אמרתי דהך סברא דדייקי אולי יוזמו ס"ד התוס' בקושי' ג"כ אך כיון דקיי"ל דאין

בודקין עידי נשים בדו"ח א"כ מה מגור יש לה מהזמה הלא אי אפשר להזים כיון דלא אמרו באיזה זמן וא"כ לא. דייקו כלל אך הטעם משום דחשוב ממון משום הכתובה ובמרדכי איתא דנפל למים שאל"ס דכיון דלכתחלה ל"ת א"כ לא קרינן לכשתנשא לאחר וכו' ואין לה כתובה ועי' באה"ע ס' י"ז וא"כ בבאו עדים ואח"כ נשאת דאז עכ"פ לכתחלה ל"ת וליכא כתובה וצריך דו"ח וא"כ ידע התוס' לתרץ דדייקא משום הזמה משא"כ בנשאת ואח"כ באו עדים דלא מת דאז קודם שבאו עדים רשאית לינשא לכתחלה ואיכא כתובה ול"צ דו"ח ול"ש דמגור משום הזמה וע"כ הקשה רק מנשאת ואח"כ באו עדים אך לפי מה דסובר הרמב"ם משום תק"ע אין בודקין בדו"ח וא"כ בבאו עדים ואח"כ נשאת דלכתחלה עכ"פ ל"ת וליכא משום עיגון וצריך דו"ח וידע התוס' דדייקא משום הזמה ומש"ה הקשו מנשאת ואח"כ באו עדים דאז לא הי' צריך דו"ח משום עיגונא דכיון דאז לכתחלה תנשא ול"צ דו"ח ול"ש דדייק משום הזמה:

אך תקשה הא דשלשה גיטין פסולין ואי ניסת הולד כשר ואחד דאין בו זמן וקשה דהא קשה דת"ל דהוי עדות שא"א יכול להזימו ותירץ בפ"י ובנב"י דהא אין בודקין ע"נ בדו"ח וכיון דל"ת לכתחלה ליכא משום עיגון ואפי' דיעבד תצא וכן לפי המרדכי ליכא כתובה וממילא בעינן דו"ח ואפי' בדיעבד תצא ולפי הטעם הנ"ל דמש"ה קאמר הגמ' מפני מה תקנו זמן בגיטין ות"ל דהוי עדות שא"א יכול להזימו בלא זמן והתירוץ משום דאין בודקין בדו"ח משום דאיכא כתובה חשוב ממון וא"כ לפ"ז צריכין להפקעת הקידושין ועי' בתומים ס' ל' ולפי"ז לפי מה דאיתא בכתובות דמש"ה אשה שיש לה היתר ע"י ע"א צריכין ב"ד לזה דכיון דנאמנת רק מדרבנן וצריכין להפקעת הקידושין ע"כ צריכין לזה ב"ד ולפ"ז יש לומר דהא דכתבו בתוס' ב"ב דאי איתא דגירשה אית ליה קלא והיינו משום דלפי מה שכתבו דכל הגיטין חשוב עדות שא"א יכול להזימו דאי הוזמו יאמרו אחרינהו ועי' בב"ש ס' קמ"ב וע"כ דחשוב ממון משום הכתובה וע"כ משום דאפקיעו הקידושין דהא בממון ג"כ מה"ת צריך דו"ח וצריכין ב"ד ובי תלתא אית ליה קלא וע"כ אמרינן שפיר דאי איתא דגירשה קלא הי' למילתא ובזה ניחא קושית התוס' דלמ"ד באמר גירשתי למפרע דנהי דאינו נאמן על למפרע על להבא נאמן פשיטא דאינו נאמן על למפרע דא"כ מה הועילו דתקנו זמן משום ב"א לעולם יכול לחפות ולומר גירשתי למפרע אלא ודאי דאינו נאמן על למפרע ואך נראה דהנה אי יהי' נאמן על למפרע ולא אמרינן דאי איתא דגירשה קלא הי' למילתא דבשלמא להבא איכא בידו ומגרע הך חזקה דקלא הי' למילתא משא"כ על למפרע ליכא בידו וע"כ הא דה"א דנאמן על למיפרע משום דה"א דל"צ ב"ד בגט וליכא קלא ואז אמרינן דהזמן אינו משום ב"א רק משום שיהי' עדות שיכול להזימו

דמה בכך דחשוב ממון משום הכתובה הא גם בממון הוא רק מדרבנן לא בעינן דו"ח וצריכין להפקעת קידושין וכיון דליכא ב"ד מי יפקיע הקידושין וא"כ אי אמרינן דגם למפרע נאמן אז הזמן אינו משום ב"א רק משום דו"ח רק אליבא דאמת דאינו נאמן על למפרע ויש לומר דצריך ב"ד ושייך לומר דהפקיעו הקידושין אז אי אפשר לומר דזמן משום דו"ח דחשוב ממון משום הכתובה אך אז אפשר לומר דזמן משום ב"א:

אך תקשה מאוד דהא בתוס' גיטין הקשו דיחפה על ב"א דישלח לה גט ויבטל שלא בפני השליח ואז הפקיעו הקידושין ותירץ ברשב"א דזאת בודאי לא יעשה שלא יהיה הבעילות זנות יע"ש וא"כ מאי קאמר דמש"ה תקנו זמן משום בת אחותו דלעולם יכתוב גט בלא זמן שיחפה והא בלא זמן צריכין להפקעת קידושין וזה לא יעשה שלא יהי' בעילת זנות למפרע:

ונחזור לענין ראשון דזה הטעם של הפוסקים הסוברים דלכתחלה תנשא ול"א דרבא לא פליג בעיקר הדין על אביי ומודה לכתחלה ל"ת משום לזות דליתא דא"כ ליכא משום עיגון אך אכתי לא יתיישב הרמב"ם דפסק כאביי ואע"ג דרבא חולק על אביי:

וע"כ נראה דזה הדין אי בדבר שבערוה בעינן איתחזק דווקא תלי' בזה דאי אפי' בשאר איסורים אמרינן דע"א אינו נאמן היכי דאיתחזק אז ע"כ בדבר שבערוה אינו נאמן העד אפי' בלא איתחזק משא"כ אי אמרינן דע"א נאמן באיסורין אפי' באיתחזק אז אמרינן נהי דבדבר שבערוה אינו נאמן זה באיתחזק איסורא אבל לא איתחזק נאמן אפי' דבר שבערוה ולפ"ז לפי מה דאיתא בתוס' רי"ד דמש"ה ע"א נאמן לאסור אפי' באיתחזק משום דגם בממון מצינו דנאמן העד באינו יודע משום דחשוב מתוך שא"י לישבע משלם ולפ"ז לרב דלא סובר מתוך וא"כ אפי' באיסור לא נאמן העד באיתחזק א"כ בדבר שבערוה אפי' בלא אתחזק לא נאמן העד וא"כ לדי' ע"א במיתה אינו נאמן רק מדרבנן דנהי דאשה דייקא מגרע לחזקת א"א ולא נשאר רק דבר שבערוה לחוד מ"מ אינו נאמן העד וניחא בזה מה שהקשו טל שיטת הרמב"ן הסובר דאפי' בחד לגבי חד ובאו בב"א מ"מ תצא אפי' אי ניסת לעד ולא דמי לתרי ותרי דתרי מפקע לה מחזקה ושאר פוסקי' חולקין ע"ז ועי' באה"ע ס' י"ז:

והקשו מהא דפריך הגמ' ביבמות (ד' פ"ח) מנין שאם לא רצה דפנו ת"ל וקדשתו בע"כ היכי דמי אילימא דלא ניסת לאחד מעדי' ולא קאמרה ברי לי צריכה למימר דפנו אלא לאו דניסת לאחד מעדי' ופי' רש"י דהא ודאי באיסור ודאי פשיטא ובע"א לא מצי לאוקמא דא"כ למה לי קרא והקשו דילמא איירי בע"א וניסת לעד אך הוי ב"א דפשיטא ליכא דה"א דדמי לתרי ותרי אך כיון דלרב ע"כ הא דנאמן ע"א במיתה רק מדרבנן א"כ הא קאי

על הקרא ואי אפשר לומר דאיירי בע"א דהא קושית הגמ' היא לרב ולרב ע"כ הנאמנות רק מדרבנן והכא קאי על הקרא וקדשתו וע"כ דאיירי בתרי ותרי והנה הראשונים כתבו דמש"ה חיישינן ללזות משום דהנאמנות רק מדרבנן:

והנה בתוס' גיטין הקשו אי ילפינן דע"א נאמן באיסורין מנדה א"כ אפי' איתחזק נמי כמו נדה ותירץ הרמב"ן דאין דנין אפשר מאי אפשר דנדה אי אפשר שלא להאמינה יע"ש והנה ר"י סובר בנדרים (ד' ל"ו) דדנין אפשר מאי אפשר וע"ש בר"ן בהא דקאמר הכל צריכין דעת וכו' וא"כ דכיון דר"י סובר דדנין וא"כ לדידי' נאמן העד אפילו באיתחזק נאמן וא"כ דבר שבערוה בלא אתחזק נאמן וא"כ ע"א במיתה מדאורייתא נאמן ואז ל"ח ללזות ורבא מתרץ שם דינא דר"י וע"כ הוצרכו לתרץ דאיירי בתרי ותרי דאליבא דר"י ל"ח משום דהנאמנות העד הוא מדאורייתא משא"כ לדידן דבאיתחזק אפי' באיסור לא מהימן ע"א וא"כ ע"א במיתה רק מדרבנן וע"כ פסק דלכתחלה ל"ת משום לזות:

ואי אמרינן דש"ב בלא איתחזק נאמן ע"א ניחא בזה הא דאיתא בקדושין (ד' מ"ג) מיתבי האומר לשלשה צאו וקדשו לי האשה אחד שליח ושנים עדים דברי ב"ש ובה"א כולם שלוחין הן ואין שליח נעשה עד עד כאן לא פליגי אלא בשלשה אבל בשנים דברי הכל לא וע"ש בתוס' ד"ה עד וכו' כי נמי פליגי מי לא פריך שפיר ממילתא דב"ה יע"ש וע"כ נראה דהא הקשו דילמא לבתר דתקון רבנן שה"ס איירי ובקדשה בכסף וע"כ ל"א דשליח נעשה עד דנוגע משום השבועה ואפי' לבתר דנשבע הוי עד הצריך שבועה ול"ח עד. אך לפי מה דאיתא בתשובות דבנפל למים שאל"ס דכיון דמה"ת מותרת לינשא שוב יצאתה מחזקתה חזקת א"א ועי' בנב"י והנה בח"מ איתא דהא דעד הצריך שבועה ל"ח עד זה רק מדרבנן וע"כ צריכה גט ועי' באה"ע ס' ל"ה והנה הא דלא מהני ע"א בקידושין משום דאין דש"ב פחות משנים וא"כ מה בכך דאיירי לבתר דתיקון שה"ס מ"מ לאחר שנשבע אינו פסול רק מדרבנן ואז יצאתה מחזקתה מחזקת פנויה ולא נשאר רק דבר שבערוה לחוד וא"כ אפי' בשנים מהני העד לחוד נהי דאחד שליח ולא יכול להיות עד מ"מ מהני ע"י הע"א לבד דכיון דכבר יצאה מחזקתה נאמן ע"א לחוד וע"כ צריך למיפרך מב"ש משא"כ לב"ה דכולין שלוחין הן יש לומר דאיירי דקידשה בכסף ולבתר דתקון שה"ס משא"כ לב"ש מ"מ נשאר ע"א ומהני ע"א כיון דליכא חזקה ובפרט לפי מה דאיתא בס' ש"ש דנוגע פסול רק מדרבנן דלא גרע מנוטל שכר להעיד א"כ יצאה מחזקתה ונאמן ע"א לחוד ודו"ק:

ובזה יש לתרץ הרי"ף ריש כתובות דהקשה באומר הבעל פ"פ דאפי' באשת כהן איכא ס"ס ספק אינו תחתיו ושמא מכ"ע ותירץ דמכ"ע פ"ס והקשה בר"ן דא"כ אביי דמייתי

ראי' כר"א דנאמן לומר פ"פ ממתני' דמאי לאו דקא טעין טענת פ"פ לא דקא טעין טענת דמים:

ולכאורה נראה דהא בתוס' הקשה על רש"י במתני' דפי' שמא יתברר דיבואו עדים דא"כ איך מייתי אביי ראיה דנאמן לומר פ"פ לעולם דלא נאמן רק דנפ"מ דיבא לב"ד דיבואו עדים שזינתה ולכאורה נראה דהא דפי' רש"י שיבואו עדים לא בא לתרץ קושית התוס' דמה בכך דיבא לב"ד הא איכא ס"ס רק דהא במהרש"א הקשה באומר הבעל פ"פ הא יש לה מיגו דמכ"ע וכבר הקשו דכיון דלפי הבעל א"כ שויה על נפשו חתיכה דאיסורא א"כ מה בכך דיש לה מיגו דשקר אומר הבעל דהא אפי' עדים לא מהני היכי דשוי ח"ד ועי' במל"מ א"כ פשיטא דמיגו לא מהני להכחישו וא"כ היה קשה ליה לרש"י דעכ"פ ע"י המיגו ידעינן דשקר אומר הבעל רק בבא לב"ד ואומר פ"פ שויה על נפשו ח"ד א"כ אין לנו לעשות תקנה שיבא לב"ד לעשות ע"ע ח"ד מה שאנו מחזיקים להתיר גמור ע"י המיגו דיש לה וע"כ הוכרח רש"י לפרש דיבואו עדים ויתברר ע"י העדים משא"כ בלא יבואו עדים נהי דג"כ נאמן משום דשויה ח"ד ומיגו שלה לא מהני מ"מ אין לנו לעשות תקנה לעשות ח"ד כיון דבאמת אין שום חששא וע"י המיגו שיש לה. אך יש לומר דבזה תליא הא דפליגי אביי ורבא גבי עובדא דנהר פקוד וקאמר רבא מה לו לשקר דאי בעי אמר באורחא דנהר פקוד אזיל וקאמר ליה אביי מיגו במקום עדים הוא וכתבו אע"ג דרבא ג"כ סובר דמיגו במקום עדים לא אמרינן כאן כיון דאין עדים לפנינו ובחששא רחוקה אפשר לומר דליכא מים ולכך מצד המיגו חיישינן לחששא רחוקה ולאביי אפי' במע"ד ל"ח לחששא רחוקה דאנן סהדי וא"כ אליבא דרבא יש לומר דכיון דהמיגו אלים כל כך דאפי' במע"ד אנן סהדי אמרינן מיגו וא"כ כיון דע"י המיגו שיש לה דמכ"ע ידעינן דשקר אמר הבעל והיתר גמור הוא ול"ש לעשות תקנה וע"כ דהתקנה היא שיבואו עדים משא"כ לאביי דמיגו לא אלים כ"כ דהא בחששא רחוקה לא מהני מיגו ושייך לעשות תקנה שיבא לב"ד בלא זה דיתברר ע"י עדים וא"כ אליבא דאביי לא היה התקנה משום שיבואו עדים ושפיר אביי לשיטתו מייתי ראיה ממתני' דנאמן לומר פ"פ:

וגם יש לתרץ דרש"י לא כתב דיתברר ע"י עדים רק למסקנא דאיירי בטענת דמים דאיכא מיגו דמכ"ע ואע"ג דמכ"ע ל"ש מ"מ חשוב מיגו משום דבטענה דהשתא דמכחישו איכא העזה כמו דאיתא בסמ"ע בח"מ ס' ק"ח לענין החזרתי במיגו דנאנסו וע"כ דהתקנה היה דיבואו עדים משא"כ לס"ד דאיירי בפ"פ ליכא העזה דהיא סובר דאפשר דלא קים ליה כמו שכתבו כן לענין שכיר וע"כ ליכא מיגו דמכ"ע משום דל"ש ולא היה התקנה דיתברר

ע"י עדים ושפיר מייתי אביי ראיה ועכ"פ למסקנא דאיירי בטענת דמים ע"כ התקנה היה דיתברר ע"י עדים וליכא ס"ס דמכ"ע וניחא דברי הרי"ף הנ"ל:

אך נראה עוד דגם הרי"ף מודה דמכ"ע ל"ש ואפ"ה חשוב ס"ס משום דסמוך מיעוטא לפלגא ואיכא רובא אך רוב לא מהני ביוחסין דרק ס"ס מהני אפי' ביוחסין אך כיון דל"ש אינו רק רוב לחוד לא מהני אך כתבו דכיון דאינו רק מטעם שוי' ח"ד ל"ש מעלה עשו ביוחסין וע"כ שפיר הקשה הרי"ף וזה לדידן דקיי"ל כרבא דאפי' בשותק דאיכא רגלים לדבר אמרינן דאין דבר שבערוה וכו' ואינו רק משום דשוי' ח"ד ובזה ל"ש מעלה עשו ביוחסין משא"כ לאביי דסובר דנאמן אפי' בש"ב היכי דאיכא רגלים לדבר ולפ"ז הנאמנות מהדין לא משום שוי' ח"ד ולא מהני רוב לחוד וע"כ משני לדידי' דאיירי בט"ד ואין לומר דאיכא ס"ס דכיון דל"ש ואינו רק רוב לחוד והנאמנות מהדין לא מהני הרוב דמעלה עשו ביוחסין ואע"ג דאפי' לאביי בעינן רגלים לדבר מ"מ כיון דאיכא חזקה דאין אדם עור בסעודה נהי דלא מהני זה רק לכתובה דרבנן אבל רגלים לדבר איכא ונאמן הבעל מהדין וניחא בזה הא דהקשו דאמאי לא כתבו הפוסקים דבזמן הזה דאיכא חרם רב"ג שלא לגרש בע"כ וא"כ הבעל משועבד לה ואמאי נאמן לומר פ"פ אך נראה דכיון דאיכא חזקה ואיכא רגלים לדבר וברגלים לדבר קיי"ל דגם היא נאמנת לומר טמאה אני לך ועי' באה"ע ס' קט"ו:

ובזה ניחא מה שהקשו על התוס' יבמות (ד' קי"ח) ד"ה אמר ליה דהקשו דילמא הא דאינה מתייבמת משום דשויתי' ח"ד והקשה דכיון דמשועבדת ליבם לא יכולה לעשות ח"ד כמו שכתב בר"ן בנדרים. אך נראה דהא יש לה מיגו דגירשתני אי נאמנת אפי' שלא בפניו והכא ל"ש התירוץ דל"ח מיגו דנפסלה לכהונה דהא ר"פ מוקי לה בגרושה וגם השתא נפסלה לכהונה אך חשוב מיגו להוציא מחזקת היבם ועכ"פ ע"י המיגו איכא רגלים לדבר וע"כ יכולה לעשות ח"ד דהא גם בטמאה אני לך יכולה לעשות ח"ד ברגלים לדבר דאיגרע כח השעבוד והנה בתשובות איתא דכל היכי דהאיסור רק משום שוי' ח"ד ל"ח דבר שבערוה ועי' בברית אברהם ובזה ניחא הא דהשמיטו באחת אומרת מת ואחת אומרת לא מת דזו שאמרה לא מת לא תנשא דרבותא הוא דסד"א הא מיית והא דקאמרה לא מת לקלקולא לצרה ואפי' היא גופא תנשא ואע"ג דשויה ח"ד עכ"פ בחזרה ואמרה מת ונותנת אמתלא הנ"ל יהיה מהני ועכ"פ הוא רבותא והיה להרמב"ם להביא וע"כ נראה דלכאורה תקשה דכיון דחוזרת ונותנת אמתלא הנ"ל א"כ אינה אסורה רק משום שויה ח"ד וזה ל"ח דבר שבערוה וא"כ מהראוי לומר דעדות צרה מהני דהא דצרה אין מעידה משום דמה"ד אין ע"א נאמן בדבר שבערוה ורק מתקנת חכמים שראו חז"ל

להאמין ובצרה לא האמינו חכמים והכא דל"ח דבר שבערוה כיון דחוזרת ורק משום שויה ח"ד א"כ גם הצרה נאמנת אך מ"מ נהי דל"ח דבר שבערוה מ"מ הא איכא חזקה חזקת א"א ומהדין אינו נאמן העד משא"כ לפי מה דקיי"ל דע"א נאמן נגד חזקה ועי' ברשב"א ביבמות וא"כ בחוזרת גם הצרה נאמנת ובאינה חוזרת פשיטא דאסורה דשויה ח"ד וע"כ השמיטו הרמב"ם:

וקשה לי קצת דהא אביי סובר דאפי' דש"ב נאמן העד וסובר דהלכה כר"ט דאוכלת בתרומה והא עיקר הטעם דכיון דנאמנות עד רק מדרבנן ובצרה לא האמינוהו ולאביי דמדין נאמן העד מהראוי שגם צרה נאמנת ואמאי תאכל בתרומה:

ולפי מה שאמרנו דהיכי דמדאורייתא מותרת יצאתה מחזקתו ולא נשאר רק דבר שבערוה לחוד ונאמן ע"א והיה ניחא קושית הרשב"א להסוברים דבאשה שאמרה גירשתני נהי דנאמנת מ"מ לכתחלה ל"ת והקשו מהא דאיתא בגיטין בעל אומר לגירושין ושליש אומר לגירושין והיא אומרת נתן לי ואבד אומר ר"י הוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים וע"ש (ד' ס"ד) ופריך וליהמניה לדידה דאשה שאמרה גירשתי נאמנת וקשה הא נפ"מ לענין שתנשא לכתחלה ע"ש ולפ"ז דא"כ על כ"פ ליכא רק דבר שבערוה לחוד דמחזקה חזקת א"א יצאה דכיון דבדיעבד ל"ת רק שלא תנשא לכתחלה וא"כ אמאי קאמר אין דבר שבערוה פחות משנים הא סגי בעד לחוד דליכא רק דבר שבערוה לחוד:

והנה מהא דהקשה התוס' ב"ב דאי אמרינן דל"א הואיל ובידו לגרשה א"כ תקשי מתני' דאומר זה בני נאמן אפי' דמוחזק באחים ולפי מה דסוברים דיבמה לשוק ל"ח לדבר שבערוה ועי' במרדכי ביבמות ועי' בנב"י וא"כ לפי מה דסוברים דהא דבידו מהני דאז חשוב חזקה עשוי להשתנות דלא הוי חזקה א"כ לא קשה קושית התוס' דבשלמא באומר זה בני נהי דאיכא חזקה מ"מ ע"י דבידו לגרשה חשוב כאילו ליכא חזקה ואז נאמן משום דע"א נאמן באיסורין משא"כ בעל שאמר גירשתי נהי דע"י דבידו לגרשה שוב ליכא חזקת א"א מ"מ הא בדבר שבערוה אפי' בלא איתחזק אינו נאמן ע"א אלא ודאי דהתוס' סוברים דאפי' דש"ב נאמן העד בלא איתחזק ושפיר הקשה בתוס':

ולהנך הסוברים דאפי' בלא איתחזק אינו נאמן ע"א ניחא קושית התוס' דלמאי צריכין קרא דאב נאמן לומר שקידשה ת"ל דבידו לקדשה כמו בעל שאומר גירשתי דנאמן משום דבידו לגרשה אך נראה דבאמת אמאי נאמן הבעל נהי דבידו וחשוב כאילו ליכא חזקה מ"מ הא דבר שבערוה לחוד ג"כ אינו נאמן ע"א וצריכין לומר דהוא סובר דווקא לאוסרה אמרינן דאין דבר שבערוה וכו' דקרא איירי לאסרה ועי' תוס' יבמות וריש גיטין משא"כ

להתיר אפי' דש"ב נאמן בליכא חזקה וא"כ באומר אב שקידשה לאוסרה דחשוב דבר שבערוה מה בכך דבידו לקדשה וליכא חזקת פנוי' ע"י דבידו מ"מ הא דבר שבערוה לחוד לא נאמן ע"א והנה לאסור אשה על בעלה אי סגי אם ראוהו העדים כדרך מנאפים ועי' ברא"ש ביבמות פ' שני דמביא דבה"ג סובר דאין מוציאין מהבעל עד שיראו העדים כמכחול בשפופרת ותמהו עליו דהא אפי' לענין חיוב מיתה סגי אי ראוהו כדרך מנאפים כ"ש לאסור אשה על בעלה וע"ש:

ומכבר אמרתי דניחא בזה מה שהקשו על ר"ל דסובר דזמן משום פירות ולא קאמר משום ב"א משום דזנות ל"ש וקשה הא דווקא זנות בעדים והתראה ל"ש כמו שכתבו בתוס' בגיטין (דף י"ח) וא"כ תקשה הא איכא משום שלא יאמרו זינתה אחר גירושין ויחזירנה דגרושה שזינתה מותרת לחזור לו. והנה לפי מה שהקשו בתוס' ד"ה משום ב"א דלא אמרינן אוקמא על חזקת א"א והשתא הוא דאיגרשה כיון שהיא גרושה לפנינו ועוד אדרבה אוקמה בחזקת צדקת שלא נבעלה כשהיא אשת איש וע"ש והקשו לפי שיטת הרמב"ם דבא על הפנוי' עובר משום לא תהיה קדשה וא"כ ליכא חזקת צדקת דהא אפי' אי היתה פנוי' עברה על הלאו הנ"ל ועי' בפ"י אך לפי מה דסוברים דעל לאו דקדשה אינו עובר בהראה לבד רק בעינן גמר ביאה ומשום זה ניחא מה שהקשו דאמאי משלם קנס במפותה הא אין אדם לוקה ומשלם למ"ד דחייבי מלקות שוגגין ג"כ פוטר מלשלם ותירצו משום דלא בא בב"א דקנס הוא משעת הראה ועל הלאו אינו עובר אלא בגמר ביאה וא"כ לפי מה דאיתא ברמב"ם הלכות איסורי ביאה דמש"ה סגי בראו כדרך מנאפים משום שחזקת צורה זו שהערה וא"כ שייך שפיר התקנה משום ב"א כגון אם יבואו עדים שראו כדרך מנאפין לבד דאז יכול לחפות באין בו זמן משום דאיכא חזקת כשרות שלא זינתה כשהיא אשת איש רק לאחר הגירושין ואז ליכא שום איסור דכיון דאמרינן דהיה רק הראה לבד בראו כדרך מנאפין ואז ליכא לאו דקדשה וזה תינח לענין מיתה משא"כ לאוסרה על בעלה דבעינן כמכחול בשפופרת ואז היה גמר ביאה ואיכא משום קדשה וא"כ אי ירצה לדור עמה לא יכול לומר דכבר נתגרשה קודם זנות דהא אוקמי על חזקת א"א וחזקת כשרות ליכא דכיון דהיה גמר ביאה דהא העידו דראו כמכחול בשפופרת איכא לאו דלא תהיה קדשה אפי' אי כבר נתגרשה וליכא חז"כ וממילא אוקמי על חזקת א"א אך תקשה דהא בארוסה סוברים דאפי' לשיטת בה"ג דסגי בראו כדרך מנאפין לחוד דהא עיקר הטעם דלא סגי בזה דאע"ג דחשוב חזקה מחמת רובא דרוב בני אדם אין מעמידין א"ע בזה משום דזה תינח לענין ד"נ דאזלינן בתר חזקה ורובא אבל לאפקועי אשה מבעלה דהיא משועבדת לו א"י ע"י חזקה זו לאפוקי מרשותו

וכ"ז בנשואה משא"כ בארוסה דאינה משועבדת לבעלה ועי' בתוס' כתובות (דף ע') ועי' בתוס' רי"ד בקידושין שפיר נאסרה לבעלה כשראו כדרך מנאפים מתוך חזקה זו וא"כ תקשה מה פריך הגמ' בגיטין בשלמא בנשואה בין למ"ד משום ב"א איכא בין למ"ד משום פירי איכא אלא בארוסה בשלמא למ"ד משום ב"א איכא אלא למ"ד משום פירי ארוסה לית לה פרי וקשה הא מ"מ איכא משום סוטה באם העידו שראו כדרך מנאפים וסגי בזה ואיכא משום חז"כ דהא ליכא משום קדשה על הראה לחוד והוא אמר שכבר נתגרשה ורשאי לדור עמה וחזקת א"א לא מהני דאיכא חז"כ כנגדו וגם לפי מה שכתבתי דטעמו של בה"ג משום דחשוב עדות שא"א יכול להזימו ואין לומר דחשוב ממון משום הכתובה דבה"ג לשיטתו דסובר דהיא חשובה מוחזקת וע"י הרוב אי אפשר להוציא ממון וזה תינח בנשואה משא"כ בארוסה דסובר דכתובת אירוסין אינה טורפת מלקוחות וא"כ ל"ח מוחזקת וסגי בעדות זו בראו כדרך מנאפין ותקשה ג"כ מה פריך אלא בארוסה וכו' והא מ"מ איכא משום סוטה:

וגם לפי מה שאמרתי לתרץ קושית התוס' הנ"ל דלא יכול לחפות דאוקמי על חזקת א"א דכיון דבראו כדרך מנאפין לחוד אינו רק רוב לחוד ויכול להיות שלא בעל א"כ סמוך מיעוטא לפלגא להספק אי הי' קודם גירושין או לאחר גירושין ואיכא רוב להתיר כמו הא דאמרינן סמוך מיעוט דמפילות למחצה דנקבות ועיין ביבמות וא"כ לענין לאסור על בעלה דלא סגי בזה רק בראו כמכחול בשפופרת ואז ל"ש מיעוטא לפלגא וליכא משום סוטה ותקשה ג"כ בארוסה דמודה בה"ג ומה פריך אלא בארוסה ליכא משום פירי:

ובזה ע"כ שמעינן דהא דמשני איפוך היינו איפוך קמייתא ור"י סובר משום פירות דהא ר"י סובר בב"ב דמודה בשטר שכתבו דא"צ לקיימו והראשונים כתבו הטעם משום דחשוב מיגו להוציא דמלוה חשוב מוחזק בממון דיש לו שטר וא"כ לאוסרה לא סגי בראו כדרך מנאפין משום דחשוב עדות שא"א יכול להזימו והכתובה לא הפסיד ע"י עדות זו וע"כ לא קאמר משום סוטה משא"כ אי ר"ל סובר משום פירות ור"ל סובר התם דצריך לקיימו ול"ס דחשוב מוחזק וא"כ סגי בראו כדרך מנאפין ותקשה למה קאמר משום פירות ולא קאמר משום סוטה:

ועי' בגיטין פרק השולח דמשמע שם דר"י סובר דלאו כגבה דקאמר וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה והברייתא דסובר דאינו משמט סובר כב"ש דכגבה דמי ור"ל סובר דאינו משמט דסובר כגבה דמי וא"כ לפ"ז ע"כ איפוך בתרייתא ור"ל סובר משום פירות דאז ליכא משום סוטה דלא סגי בראו כדרך מנאפין וא"כ אוקמא על חזקת א"א ול"ש סמוך מיעוטא לפלגא וגם ל"ש חז"כ דעברה על לאו דלא תהיה קדשה והירושלמי דסובר

דאיפוך קמייתא ולא תקשה על ר"י נהי דסובר דזנות ל"ש מ"מ אמאי לא קאמר משום סוטה דירושלמי לשיטתו דסובר דכיון דזינתה מאוסה היא בעיניו ולא ירצה לדור ול"ש לתקן זמן משום זה משא"כ הש"ס דידן ועי' בסוטה דמוסרין שני ת"ח שמא יבא עליה בדרך ולא אמרינן דמאוסה היא וע"כ יש לומר דאיפוך בתרייתא וניחא הרמב"ם בפי' המשנה דכתב טעמא דר"ש דמכשיר מוקדם משום דל"ש זנות בין יום ללילה בזמן קצר כזה והקשו הא איתא בגמ' דר"י סובר דר"ש מכשיר אפי' מכאן ועד עשרה ימים אך יש לומר דהי' קשה נהי דר"ש לא סובר כר"י דזמן משום ב"א מ"מ הא איכא משום סוטה ובזה ל"ש דאוקמא על חזקת א"א דכיון דנכתב זמן בגט ואי זינתה בין כתיבה לחתימה יאמר דנתגרשה בזמן הכתיבה וע"כ הוצרך לומר משום דבזמן קצר לא חיישינן לזנות ור"י לשיטתו דסובר בירושלמי דמאוסה היא ולא ירצה לדור עם סוטה וע"כ מכשיר אפי' עד עשרה ימים:

ולפי מה שכתבתי דטעמא דמ"ד דא"צ לקיימו דחשוב בעה"ש מוחזק ותקשה דהא שמואל סובר בב"ב דא"צ לקיימו וסובר לענין בכור דאפי' ירשו שט"ח דאינו נוטל פ"ש אלמא דל"ס דחשוב כגבה דמי. והנה לפי מה שכתבתי דמש"ה סובר בה"ג דלאוסרה על בעלה לא סגי בראו כדרך מנאפין משום דלא מהני חזקה זו דא"י להעמיד א"ע להוציא מבעלה ולפ"ז לענין חיוב קנס לא סגי בהעידו בראו כדרך מנאפין דלא אזלינן בתר הרוב להוציא ובעינן שראו כמכחול וכו' והנה במפותה יש לומר כיון דמהני הרוב שיהיה לוקה משום לאו לא תהיה קדשה וע"כ גם מה שנוגע לממון ג"כ אזלינן בתר הרוב וא"כ זה שייך במפותה משא"כ באנוסה ל"ש זה דליכא משום קדשה וא"כ בעינן שיראו כמכחול דווקא א"כ לפ"ז תקשה הא דדייק הגמ' מדקתני אלו נערות שיש להם קנס נערה דווקא הא קטנה לא ומשני רב דר"מ היא דילמא הא דנקט נערה דאז סגי בראו דרך מנאפין משא"כ קטנה דליכא משום קדשה דפיתוי קטנה אונס הוא וא"כ בעינן שיראו כמכחול וזה ל"ש אך רב משני כן ורב סובר דאזלינן בתר הרוב ממון וע"כ משני דר"מ היא משא"כ לדידן אין ראיה מדלא נקט קטנה דקטנה אין לה קנס וע"כ ניחא הפוסקים דאפי' קטנה יש לה קנס דלדידן אין ראיה דנקט נערה:

ולכאורה נראה דאפי' לשיטת בה"ג דלא סגי בראו כדרך המנאפין מ"מ היכי דהיה קנוי וסתירה דאיכא רגלים לדבר שזינתה אז סגי בעדות כזו דהא עיקר הטעם משום דע"י עדות זו א"א להפקיע השיעבוד וכיון דאיכא רגלים דבר מגרע כח השיעבוד ומהני חזקה זו ומה"ט סוברים הפוסקים ועי' באה"ע ס' קט"ו באיכא ע"א על הטומאה והיא אומרת טמאה אני לך דנאמנת דעיקר הטעם דאינה נאמנת להפקיע מהשיעבוד והיכא דאיכא

ע"א דאיתרע כח השיעבוד וע"כ נאמנת וה"ה לענין זה באיכא רגלים לדבר סגי בעדות זו וניחא קושית המשנה למלך דאמאי לא פריך הגמ' הא קושי דמקשה על מתני' ואלו אסורות מלאכול בתרומה שבאו עדים שהיא טמאה ופריך דפשיטא דזונה היא ואמאי לא מקשה על מתני' דאלו לא שותות שבאו עדים שהיא טמאה דפשיטא דזונה היא וע"ש ולכאורה נראה דנ"מ ע"י קינוי וסתירה דאיכא רגלים לדבר סגי בעדות אפי' אי לא היה דו"ח דחשוב עדות שא"א יכול להזימו משא"כ בעלמא בעינן דו"ח משא"כ לענין תרומה אפי' אי לא היה קינוי וסתירה לא בעינן דו"ח לאוסרה בתרומה. אך לפי מה שכתבתי בלא"ה ניחא דנ"מ דע"י קינוי וסתירה סגי בראו כדרך מנאפים משא"כ על תרומה פריך שפיר דהתם אפי' בלא קינוי וסתירה סגי בראו כדרך מנאפין:

והנה לפי הרמב"ם דכתב דחזקת צורה זו שהערה וא"כ לפי שיטת התוס' דקנס לא מחויב בהעראה לבד ובעינן גמר ביאה א"כ לא סגי בעדות זו דראו כדרך מנאפין לחייבו קנס ובעינן עדים שראו כמכחול וכו' וניחא בזה הא דהקשה במל"מ הא דאיבעיא להגמרא בשבועות משביע עידי קנס מהו אי אמרינן דחשוב רק גורם לממון דאי יודה יופטר יע"ש. והקשו דאי איירי בקנס שיש בו קרן ת"ל דמחויב משום הקרן דע"ז לא הוי גורם רק ממון גמור ואי איירי בקנס שאין בו קרן א"כ תקשה הא פטור א"ע מכלום ואז מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב וע"כ נראה דהא קיי"ל באיכא עדים אחרים דפטורים משום דל"ח כפירת ממון וא"כ יש לומר דהשביע העדים לענין קנס דאונס ופיתוי דאיכא בושת ופגם ומחייב א"ע בהודאת בושת ופגם ואין לומר דא"כ חייבין קרבן משום בו"פ יש לומר דאיכא עדים אחרים ואין לומר דבלא"ה פטורין עדות אלו דנ"מ דעדים אחרים לא ראו רק כדרך מנאפים דעל בו"פ דמחוייב על העראה מהני עדותם משא"כ לענין קנס לא מהני עדות זה וצריכין עדים אלו דראו כמכחול וכו' אך איבעי דילמא ל"ח רק גורם לממון דאי מודה מיפטר ול"ח פטור א"ע מכלום דמתחייב א"ע בו"פ אי יודה ומ"מ לא חייבין קרבן משום בו"פ דהא איכא עדים אחרים שראו כדרך מנאפין וסגי לענין בו"פ ולא לענין קנס דבעינן גמר ביאה דווקא:

והנה מרש"י ריש כתובות דפי' שיתברר דיבואו עדים והקשו בתוס' דא"כ מאי מייתי אבייי ראיה דנאמן לומר בפ"פ לעולם דאינו נאמן רק דע"י דבא לב"ד יתברר ע"י עדים וע"כ נראה דהא זנות ל"ש רק התוס' כתבו דווקא זנות בעדים והתראה ל"ש אבל זנות בעדים שכיח וזה תינח אי נאמן לומר פ"פ רק דעדים צריכין שלא יהיה ס"ס אינו תחתיו או אונס משא"כ אי לא נאמן לומר פ"פ רק דיתברר ע"י עדים וכיון דצריכין להעיד שהי' כמכחול בשפופרת זה בודאי ל"ש דעדים ידעו מזה דהא מה"ט אמר במכות דלא נהרג

אדם מעולם אי בעינן עדות כזו אלמא דזה ל"ש שעדים ידעו מזה ולא היה לנו לעשות תקנה דכיון דל"ש דאע"ג דזנות בעדים שכיח מ"מ עדות שראו כך זה ל"ש אלא ודאי דהוא נאמן לומר פ"פ רק לענין ס"ס ע"ז אמרינן דיתברר ע"י העדים ודו"ק:

והנה בס' ב"א הוכיח מרש"י בסוטה דסובר דאפי' אי היא היתה אנוסה היכי דהבועל היה מזיד אסורה אפי' לבעלה ישראל וקשה דא"כ מאי פריך הגמ' והא ס"ס הוא וקשה הא איכא ס"ס לחומרא שמא ברצון ואם ת"ל באונס שמא הבועל היה מזיד וכן תקשה מסוף נדרים דפריך הגמ' אי ברצון כלום יש לה כתובה אי באונס שריא לבעלה ודילמא איירי באונס וע"כ מגיע לה כתובה רק דהבועל היה מזיד ואסורה לבעלה וכן קשה על הב"ש ס' י"א דסובר דאפי' באונס רק דהבועל היה כהן ואסורה על הבועל וע"כ אסורה גם לבעלה ישראל ותקשה ג"כ דא"כ איכא ס"ס לאיסור שמא ברצון ואת"ל באונס שמא היה הבועל כהן וכן תקשה מה פריך הגמ' בנדרים דילמא איירי באונס ומ"מ אסורה לבעלה דהבועל היה כהן וע"כ מגיע לה כתובה כיון דהי' באונס ודו"ק:

דם שבישלו

אי עובר עליו או לאו

הנה אי דם שבישלו אי עובר עליו או לאו שיטת רש"י בחולין פרק העור והרוטב דם שבישלו עובר עליו וכן הוא שיטת הרמב"ם ועי' בפ"ח ס' ס"ט ובפלתי שם והא דאיתא במנחות דאינו עובר עליו זה רק בקדשים ולא בדם חולין ועי' ברשב"א וחולין מקדשים לא ילפינן אפי' לקולא ובזה ניחא הא דפריך הגמ' בפסחים על ר"א והרי דם דרחמנא אמר לא תאכל כל דם ותנן דמותר בהנאה ומשני שאני דם דאיתקש למים ובתוס' הקשו שם אע"ג דדם קדשים לא איתקש למים ומנ"ל דשרי בהנאה אך לפי מה שהקשה בצל"ח דאי אמרינן דם שבישלו אינו עובר לא פריך הגמ' והרי דם דיש לומר דילפינן מקו"ח מחלב דאין היתר לאיסורו ואפ"ה שרי בהנאה מכש"כ דם דיש היתר ע"י בישול כש"כ דשרי בהנאה אך מזה ראיה דדם חולין אפי' אי בישלו עובר עליו וע"ז משני דאיתקש למים וא"כ דם קדשים נהי דלא איתקש למים אעפ"כ שרי בהנאה קו"ח מחלב דדם יש היתר לאיסורו ע"י בישול בקדשים דשרי בהנאה:

והנה הוכיחו דדם שבישלו עובר דאל"כ תקשה הא דאיתא בחולין הקפה את הדם ואכלו או שהמחה את החלב וגמעו ואי אמרינן דאינו עובר א"כ ע"כ איירי הקפה בחמה ולא ע"י האור והמחה את החלב וגמעו ע"כ איירי ע"י האור דבחי חשוב שלא כדרך אכילה וא"כ לא דמי להדדי והתוס' פי' לצדדין קתני ולהרמב"ם היה זה דוחק ומזה הוכיח דעובר עליו והקפה איירי ג"כ ע"י האור וא"כ לפי מה דאיתא במהרש"ל דאליבא דר"ש דסובר

דכ"ש למכות ה"ה דחייב שלא כד"א וע"ש בשבועות וא"כ לדידי' יש לומר דם שבישלו אינו עובר והקפה את הדם איירי שלא ע"י האור והמחה את החלב איירי ג"כ שלא ע"י האור ואע"ג דחשוב שכד"א חייב לר"ש. וגם ראיה דר"ש סובר דאינו עובר מהא דאיתא בחולין הלב קורעו ומוציא את דמו לא קרעו אינו עובר ומוקי הגמ' בכריתות דמתני' איירי בלב עוף שאין בדמו כזית וא"כ תקשה לר"ש דסובר דכ"ש למכות אמאי אינו עובר וע"כ דר"ש מוקי למתני' בבישלו וע"כ אינו עובר עליו והא דמוקי לה הגמ' בלב עוף כדי שאיירי בכל ענין אפי' בחי ועי' בתוס' חולין פ' כל הבשר ובר"ן אבל אליבא דר"ש ע"כ איירי בבישלו אלמא דר"ש סובר דאינו עובר עליו:

ובזה ניחא קושית התוס' בע"ז דלר"ש משרת למה לי דט"כ שמעינן מג"נ ולהיתר מצטרף לאיסור הא סובר דכ"ש למכות אך לפי מה דאיתא בפלתי דע"כ כשיטת הרמב"ם דאל"כ מנ"ל ט"כ בדם דאין לומר מג"נ הא דם קיל איסורו דיש היתר לאיסורו ע"י בישול וע"כ דעובר עליו וא"כ ר"ש דסובר ע"כ דאינו עובר א"כ אי אפשר למילף דם מג"נ דט"כ דקיל דיש היתר לאיסורו ואיצטריך משרת דגם בדם טכ"ע ובזה ניחא הרמב"ם דפסק דאין בגיד בנ"ט ופסק דג"ה שרי בהנאה אך לפי מה שהקשו דאפי' אי אין בגיד בנ"ט ול"ש כשהותרה נבילה וכו' אמאי לא ילפינן גיד דשרי בהנאה מקו"ח מדם דאיסור כרת ואפ"ה שרי בהנאה מכש"כ גיד דשרי בהנאה ועי' בפלתי דדם שאני דקיל דיש היתר ע"י בישול ע"ש וזה הכל לר"ש לשיטתו דאינו עובר עליו וע"כ קאמר לדידיה דאסור בהנאה משא"כ לדידן אפי' אי אין בגיד בנ"ט שרי בהנאה מקו"ח מדם:

והנה בתוס' חולין הוכיחו דבשר חי שרי בלא מליחה מהא דשוחט בשבת דהשחיטה כשרה וקאמר בגמ' דאסור באכילה ביומא משום מוקצה ות"ל דאי אפשר למולחו בשבת אלא ודאי דשרי לאכול בשר חי והקשה בפלתי הא נ"מ ברוצה לאכול בני מעים דל"צ מליחה דאין מחזיקין דם בבני מעים וע"ש ונראה דהא דאין מחזיקין בהם דם לאו דבר ברור הוא דליכא דם דיכול להיות שיש בהם דם ועי' בפלתי אך דכיון דחי מותר בלא מליחה ע"כ אוקמי על חזקתו הראשונה דהא קודם שבישלו ודאי היה רשאי לאכול ואוקמי על חזקתו ואמרינן דלא היה בו דם בבני מעים וזה אליבא דאמת דידעינן דבשר חי שרי בלא מליחה ושייך לאוקמא על חזקתו אע"ג דספק אי יש בהם משא"כ אי בשר חי אסור ליכא חזקה ואפי' בני מעים אסורין מספק וע"כ שפיר הוכיחו התוס' דשרי בשר חי:

ובאמת יש לומר על קושית התוס' דנ"מ ברוצה לאכול ע"י חליטה דלכ"ע שרי לאכול חי בלא מליחה כיון שא"א שהדם יפרוש עוד ואפי' לשיטת הרמב"ם דאוסר לאוכלו חי ע"י

חליטה מודה וע"כ צריכין לומר כן דאל"כ תקשה במתני' דביצה דר"ע אומר אפי' כזית חי מבית טביחתה ולכאורה תקשה דהא בר"ן בחולין איתא דאפי' אי נאמר דמותר בשר חי בלא מליחה מ"מ בחותך מבית טביחתה אסור לאוכלו חי וא"כ כיון דבעי מליחה ושיעור מליחה הוא כשיעור צלי וא"כ אין חילוק בין ת"ק ובין ר"ע וע"כ ע"י חליטה דאליבא דכ"ע שרי משום שאינו ראוי לפרוש ועי' בס' שעה"מ דהקשה בלא"ה על שיטת הרמב"ם דאפי' בשר חי בעי מליחה א"כ אין חילוק בין שיעור דר"ע לת"ק וכתב דנ"מ ע"י חליטה וע"ש אך לפי מה דאיתא בר"ן דבחותך מבית טביחתה אפי' לצלי בעי מליחה דכיון דמתעורר הדם לצאת א"כ לת"ק דבעי כזית צלי ומליחה בעינן ג"כ מבית טביחתה משא"כ לר"ע נהי דבעי מליחה מ"מ סגי בחי וא"כ לת"ק השיעור גדול מליחה כשיעור צלי וצלי ג"כ משא"כ לר"ע דסגי בשיעור מליחה כיון דבעינן מליחה אפי' בחי:

ובזה ניחא שיטת הרמב"ם דפסק דאם נתבשל הכבד אסורה וכל מה שעמו ובר"ן תמה דהא בש"ס קאמר דלמיסר נפשה לא קא מיבעי דאינה נאסרת משום דפולטת ואינה בולעת ובר"ן תירץ דהרמב"ם דחה כל הסוגיא מהלכה והוא דכל מה דקאמרה הש"ס דאינה נאסר הוא אליבא דרבנן אבל לת"ק הכל אסור ועוד תירצו דקאי על ירקות של תרומה ועי' בפלתי ס' ע"ג:

ולי נראה דהא קשה דהא זה פשיטא דהא דקאמר דפולט ואינו בולעת זה רק לאיסור דם אמרינן איידי דטריד למיפלט לא בלע אבל שמנונית וציר ושאר דברים אע"ג דטרוד הוא בולע וא"כ תקשה אמאי לא אמרינן אף באיסור דם כיון דנתבשלה ופולטת דם לתוך מי הבישול א"כ המים נעשה נבילה והמים נבלעים בתוך הכבד ואין לומר דאיידי דטרוד וכו' דהא שאר דברים בולעים ואין לומר דאין הנאסר יכול לאסור אלא במקום שהאיסור יכול לילך וא"כ כיון דאין הדם נבלע לכבד גם המים שנאסרו מדם אינו אוסר את הכבד זה ליתא דהא תקשה דאמאי קתני ואינה נאסרת לשון דיעבד הא כיון דאינה בולעת מדם אפי' לכתחלה שרי וע"כ משום דאמרינן נהי שאינה בולע הרבה משום שטרודה לפלוט אבל עכ"פ בלעה מעט והגם דאין בו כדי נתינת טעם אבל מ"מ לכתחלה אסור דאין מבטלין איסור לכתחלה וע"כ נקט לשון דיעבד וידוע מ"ש הפוסקים דאם האיסור עצמו יכול להבליע מעט לתוך היתר אז ל"ש אין הנאסר וכו' וא"כ קשה קושיא הנ"ל לדוכתא דאמאי אינה נאסרת דכיון דהמים נעשה נבילה בולע הכבד מהמים אך לכאורה אין ראיה דמשהו מהאיסור בולע אע"ג דטרוד דיש לומר דמש"ה נקט לשון דיעבד דכיון דחזינן דרק באיסור דם אמרינן איידי דטרוד משום דדם שבישלו או שמלחו רק מדרבנן ולא בשאר איסורים וע"כ משום דאין זה ברור לומר איידי דטרוד למיפלט וכו' וע"כ באיסור

דם דהוא דרבנן חשוב ס' דרבנן משא"כ בשאר איסורים וידוע דלא עבדינן ס' דרבנן לכתחלה שיהיה לקולא וע"כ נקט לשון דיעבד אינה נאסרת ולכתחלה אסור ולעולם דאפי' משהו אינו בולע ושייך לומר דאין הנאסר יכול לאסור וכו' אך לפי מה דכתבו האחרונים דכל היכי דאיכא חזקה להתיר אז עבדינן ס' דרבנן לכתחלה וא"כ כיון דבשר חי שרי בלא מליחה וא"כ יש לאוקמי על חזקתו לומר דלא בלע משום דטרוד וע"כ הא דלא שרי לכתחלה משום דמשהו מהדם נבלע ול"ש אין הנאסר אך עיקר הראיה דבשר אי שרי מדחזינן דשרי ע"י חליטה משום דהדם לא יפרוש עוד וזה אליבא דאמת משא"כ לס"ד דלא ידע דמהני חליטה ובשר חי אסור ול"ש לאוקמי על חזקתו ויש לומר דגם משהו אין בולע וע"כ ל"ש לומר דהכבד נאסרת מהמים דאין הנאסר יכול לאסור וכו' והא דאסור דאין עושין ס' דרבנן בידים דכיון דליכא חזקה משא"כ לפי מה דמסיק דשרי ע"י חליטה ואיכא חזקת היתר דשרי כמקדם דשרי לאכול בשר חי וע"כ הא דנקט לשון דיעבד משום דמשהו בלע ואין מבטלין איסור לכתחלה וא"כ ל"ש דאין הנאסר וע"כ כיון דמים נאסרים גם הכבד נאסר מהמים דשאר דברים בולע אע"ג דטרוד למיפלט וכו' וע"כ הא דקתני דאינה נאסרת קאי לענין תרומה:

והנה על שיטת הרמב"ם דאוסר לאכול בשר חי כתבו דטעמא שמא יבשלנו והנה אי דם שבישלו מותר מהתורה אין מהראוי לגזור שמא יבשלנו דכיון דאפי' אי יבשל שרי מהתורה אך הרמב"ם לשיטתו דסובר דם שבישלו עובר ולפ"ז לפי מה שנראה מלשון הגהות מרדכי במס' שבת דבשר עוף לכ"ע דם שבישלו אינו עובר ולפ"ז בשר חי בעוף שרי לכ"ע דליכא למיגזר שמא יבשלנו דכיון דאפי' אי בישלו שרי מהתורה:

והנה על קושית התוס' הנ"ל דת"ל דאסור לאוכלו בו ביום משום מליחה תירצו דעבר ומלחו או בחי וא"צ מליחה ואיתא בפלתי דתירץ ראשון דעבר ומלחו אינו כר"מ דהא לדידי' בלא"ה אסור משום דמלחו והוי כמבשל בשבת ואין לומר דהא בר"ן איתא דמליחת בשר לאו מלאכה דאורייתא רק מלאכה דרבנן אך הא ר"מ מחמיר בדרבנן יותר מדאורייתא וע"כ לדידי' רק תירוץ השני דאיירי באומצא ולפי מה שאמרנו היינו בעוף דאז שרי לאכול בשר חי ולפ"ז דכיון דאליבא דר"מ איירי בעוף משכחת אפי' בשחט במזיד בשבת דלא נעשה מומר כגון שהיה חצי קנה פגום והוסיף כ"ש וגמרו דבשעה דנעשה מומר כבר נגמר כל השחיטה ועי' בפלתי ושפיר פריך ונוקמי במזיד כר"מ ואין לומר דבמזיד נעשה מומר דהא לר"מ ע"כ איירי בעוף דאל"כ ל"ש דחזי לאומצא וא"כ משכחת שהיה חצי קנה פגום ועיקר טעמא של הרמב"ם בפי' המשנה משום דמשעה שהתחיל לשחוט נעשה מומר ובעוף בחצי קנה פגום ל"ש זה:

ומה שכתבנו דרק באיסור דם סמכינן ע"ז דטרוד משא"כ בשאר איסורים ניחא בזה הפוסקים דפסקו בשוחט בסכין של כותי דסגי בהדחה משום דאיידי דטרידי סימנים לאפוקי דם לא בלעי ואמאי הא הלכה כרב באיסורא ונראה דהא ברשב"א הקשה הא בשאר איסורים לא סמכינן על איידי דטרידי וכו' וע"כ נראה דהא עיקר החילוק משום דבשלמא בדם הוא רק איסור דרבנן משא"כ בשאר איסורים וא"כ יש לומר דהא בתוס' הקשו ת"ל הא סתם כלי של א"י אינו ב"י ותירצו דסתם סכין שמנונית ע"פ והנה רוב בודאי איכא נגד השמנונית אך מדרבנן בעינן ס' מב"מ וכיון דאיסור רק מדרבנן סמכינן על הא דטרוד וכו' אך רב לשיטתו דסובר מב"מ במשהו ואז ל"ס על הא דטרוד וכו' משא"כ לדידן דמדאורייתא ברובא בטל וע"כ סגי בהדחה משום איידי דטרידי:

ובזה ניחא רש"י בחולין שם בסוגיא על הא דפריך הגמ' ות"ל משום שמנונית דאיסורא פי' רש"י דקאי על היתר לחתוך בשר ואמאי לא פי' דקושית הגמ' קאי על היתר לשחוט אך ע"ז יש לומר דנפ"מ באב"י ואין לומר דלכתחלה אסור שוב סמכינן על איידי דטרוד וכו' דכיון דאינו רק איסור דרבנן ומש"ה פי' דקאי על לחתוך בשר דבזה ל"ש איידי ואפי' אב"י אסור לכתחלה ודו"ק:

אות ה

היזק שאינו ניכר

עיין בגיטין (דף נ"ג) בסוגיא דמטמא פלוגתא דחזקיה ור"י דחזקיה סובר דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק ומדינא אחד שוגג ואחד מזיד חייב ומ"ט אמרו בשוגג פטור כדי שיודיעו אי הכי אפי' במזיד נמי השתא לאוזוקי קא מכוין אודועי לא מודע ליה ור"י סובר דב"ת אחד שוגג ואחד מזיד פטור דלאו שמי' היזק והא דבמזיד חייב שלא יהא כל אחד ואחד מטמא טהרותיו של חבירו ובמנסך פליגי רב ושמואל דרב סובר דמנסך ממש אע"ג דקלבד"מ משום דמשעת הגבהה הוא דקנה מתחייב בנפשו לא הוי עד שעת ניסוך ופריך למ"ד מנסך מ"ט לא אמר מערב אמר לך מערב היינו מדמע ואידך קנסא הוא ומקנסא לא ילפינן ולמאן דיליף קנסא מקנסא כל הני למה לי ופי' רש"י דרב יליף מקנסא דקאמר היינו מדמע והקשה בנב"י דילמא סובר רב דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק וע"כ קאמר היינו מדמע דהא מדינא חייב:

ולכאורה נראה דהנה שיטת רש"י בחולין על הא דאמר ר"ה היתה בהמת חבירו רבוצה לפני ע"ז ופי' רש"י דאי היתה הגבהה דאז קונה ע"י הגבהה ונעשה שלו ופשיטא דיכול לאסור והקשו בתוס' דע"י הגבהה לא נעשה שלו ולא קני רק לחיוב אונסין דאל"כ מה

פריך הגמ' ממנסך הא במנסך מדאגבהה קני יע"ש ותירצו האחרונים דקושית הגמ' מהא דקתני בשוגג פטור ומשמע דהיין נאסר דאל"כ ל"ש דפטור ובשוגג ל"ש דקנה מדאגבהה דלא נתכוון לקנותו ועיין בס' יש"י:

והנה הקשו לחזקיה קושית הגמ' דאפי' במזיד נמי ליפטור כדי שיודיעו ואין לומר דהשתא לאוזוקי מכוין דליתא דלא נתכוין להזיקו רק לעבוד ע"ז ותירצו דבמזיד ל"ש כדי שיודיעו על מנסך דאפי' אי ע"א נאמן באיסורין דהא לפי דבריו הוא רשע ואינו נאמן להעיד שנסך אך קשה דפלגינן דיבורו דהיה בשוגג ותירצו דהא בחד גופ' לפ"ד אך הקשו דפ"ד דלא ניסך הוא רק דנתנסך ע"י אחר דהוי תרי גופ' ותירצו דכיון דאין אדם אוסר דש"ש וע"כ בשותפות א"כ ל"ש פ"ד דנתנסך ע"י אחר דאז היין לא נאסר דאינו שלו ולא יכול לאסור דמשום זה בעינן שותפות. אך תקשה דהא במזיד לא בעינן שותפות דאפי' אחר יכול לאסור דקנה בהגבהה ואכתי תקשה דאפי' במזיד פטור כדי שיודיעו ופ"ד דנתנסך ע"י אחר אך עיקר הטעם דקני בהגבהה משום דבדמים קנינהו אפי' שהוא בעיני וזה לרב דסובר כן בסנהדרין דקנה בדמים ואפי' היכי שהוא בעין ל"צ להחזיר משא"כ לדידן וניחא קושי' הנב"י דרב ע"כ לא סובר כחזקיה דא"כ אפי' במזיד פטור כדי שיודיעו ולדידי' שייך פ"ד דנתנסך ע"י אחר דל"צ שותפות לדידיה דקנה בהגבהה וע"כ דסובר כר"י דחייב משום קנס ושפיר קאמר ולמאן דיליף מקנס. אך לפי מה דאיתא בתשובות ת"ר דאפי' לרב דסובר בדמים קנינהו זה במזיד בהתראה דחייב מיתה כמו במחתרת דמחתרתו זו התראתו אבל בשוגג אע"ג דחייבי מיתות שוגגין פוטר מלשלם מ"מ ל"ש בדמים קנינהו. וזה כוונת הרמב"ם בפי' המשנה דכתב וז"ל דמיירי שלא ידע שחייב סקילה לפי שאילו ידע שחייב סקילה לא היה חייב בתשלומין והקשו דת"ל מדאגבהה קניה וגם הא חייבי מיתות שוגגין ג"כ פוטר מלשלם. וע"כ נראה דכוונתו דאי איירי דידע א"כ שייך לומר בדמים קנינהו ואפי' אי הוא בעינא ל"צ להחזיר ול"צ שותפות ושייך פ"ד א"כ אפי' במזיד שייך כדי שיודיעו ועכ"פ יש לומר דגם רב סובר כחזקיה נהי דסובר דבדמים קנה מ"מ היכי דלא הותרו ל"ש זה וא"כ ל"ש פ"ד וע"כ במזיד חייב:

ולכאורה נראה עוד דלפי מה דאיתא בתוס' כתובות דכיון דקיום שטרות דרבנן לא פ"ד כדי לפסול השטר יע"ש וא"כ לפי מה דאיתא בתוס' ב"ק דתקרובות ע"ז לא אסור בהנאה מהתורה יע"ש פ' מרובה וע"כ ל"א פ"ד לאסור היין בהנאה דמתני' ע"כ אייר לענין הנאה כמו דכתבו המחברים וע"כ במזיד ל"ש כדי שיודיעו דאינו נאמן ואין לומר דפ"ד דליתא דכיון דאפי' אי נאמן לא נאסר היין מהתורה וע"כ לא פ"ד לאסור בהנאה. והנה בס' שעה"מ הקשה על התוס' דכתבו דכיון דכתיב ויאכלו מזבחי מתים לאכילה איתקש

ולא להנאה דהא בכל מקום שנאמר לא יאכל וכו' אחד איסור אכילה ואחד איסור הנאה במשמע ותירצו דויאכלו לא ילפינן מלא תאכלו. אך הקשה דת"ל דיהא אסור מל"ת כל תועבה וכל שתעבתי הרי הוא בבל תאכל ול"ת איסור הנאה במשמע ותירצו דאליבא דר"א דסובר ל"ת איסור הנאה במשמע באמת אסור בהנאה אך לחזקיה דסובר בפסחים דלא משמע ל"ת איסור הנאה רק היכי דכתיב לא יאכל לדידיה תקרובות ע"ז לא אסור רק מדרבנן וע"כ חזקיה לשיטתו ל"ש פ"ד וע"כ ל"ש לפטור כדי שיודיעו:

וניחא קושי' הנב"י הנ"ל דלדידן דקיי"ל כר"א ואסור בהנאה מדאורייתא וא"כ שייך פ"ד ואמאי פטור במזיד אלא ודאי דל"ס כחזקיה אך חזקיה לשיטתו ניחא דל"ש פ"ד וע"כ פטור במזיד. אך קשה הא דפריך הגמ' דאמאי שחיטת א"י לא הוי רק נבילה וליחוש שמא מין הוא ומשני אין רוב מינין ות"ל דספק דרבנן הוא דכיון דלא אסור בהנאה רק מדרבנן חשוב ספק דרבנן ולקולא ול"צ רוב להתיר בהנאה.

וגם נראה דהא הקשו על חזקיה דסובר דפטור בשוגג כדי שיודיעו דאפי' יהיה חייב לשלם יודיעו דהיה בלא הגבהה ואז הוא פטור משום דקלבד"מ אך נראה לפי מה דסוברים דהא בעשה מעשה אוסר זה רק מדרבנן ומה"ט תלינן דלצעורי קא מכוין ועיין בפלתי סימן ד'. אך כיון דאינו רק מדרבנן תלינן דלצעורי' יע"ש וע"כ פטור בשוגג דאז יכול להודיעו דהיה ע"י הגבהה ונאסר מדאורייתא משא"כ אי חייב בשוגג נהי דיכול להודיעו דלא היה הגבהה לא נאסר רק מדרבנן הגם דלחזקיה דשמיה היזק חשוב מעשה ועיין ברא"ש בחולין ונפ"מ לכמה ענינים אי נאסר מדאורייתא או רק מדרבנן וע"כ פטור בשוגג דאז יכול להודיעו דהיה ע"י הגבהה ונאסר מדאורייתא ולפ"ז ר"ה ורב דל"ס בחולין דלצעוריה וכו' וע"כ דסוברים דע"י מעשה נאסר מדאורייתא ותקשה הא יכול להודיעו דלא היה הגבהה וג"כ אסור מדאורייתא ואמאי פטור בשוגג וע"כ דלא סובר רב כחזקיה רק כר"י ואפ"ה קאמר היינו מדמע ושפיר מקשה ולמאן דיליף מקנסא וכו' אך קשה הא דפריך הגמרא וניחוש שמא מין הוא דילמא איירי דבהמה אינו שלו נהי דעשה מעשה אסרה זה רק מדרבנן וחשוב ספק דרבנן ולקולא:

גם נראה דהא הראב"ד הוכיח מהא דקאמר כדי שיודיעו דע"א נאמן באיסורין אפי' אי הבעלים א"י ולאו דווקא בשותק דאל"כ ל"ש כדי שיודיעו דהא לא יהיה נאמן אלא ודאי דנאמן אפי' בא"י. והנה באחרונים איתא דמש"ה נאמן העד בא"י אע"ג דמפסידו ממון משום דהא גם בממון נאמן העד בא"י דאמרינן מתוך שא"י לישבע משלם וא"כ לרב דל"ס מתוך כו' ל"ש זה וממילא לא נאמן ע"א בא"י ול"ש כדי שיודיעו וע"כ דל"ס כחזקיה דשמיה היזק וגם נראה דהא הקשו דאפי' אי ע"א נאמן מ"מ הא ע"כ איירי בישראל מומר

כדמשני הגמ' בחולין ועד פסול לכ"ע אינו נאמן ותירצו דנפ"מ היכי שיהיה בידו דאז נאמן אפי' עד פסול אך הקשו דכיון שהוא בידו והוא מומר אפי' כי לא יודיעו אסור היין דכיון שהוא ת"י ואמאי עשו תקנה דפטור כדי שיודיעו דאפי' אי לא יודיעו לא יבא לידי מכשול דאסור בלא"ה ותירצו דאז לא יהיה רק סתם יין ובטל בששים משא"כ אי יודיעו דנסך אז לא בטל דאסור במשהו ולפ"ז לרב דסובר דמב"מ במשהו ואפי' סתם יין אוסר במשהו אין שום נפקותא אי יודיעו אי לא וא"כ ע"כ דלא סובר כחזקיה ושפיר פריך הגמרא:

וניחא בזה קושית הש"ך על הרי"ף דהנה אי יין ביין אי חשוב מב"מ תליא אי אזלינן בתר בטל או בתר מבטל דאי אזלינן בתר מבטל אז חשוב מב"מ דהיין כשר המבטל אפשר להיות כבטל אי ינסך לע"ז משא"כ אי בתר בטל ואמרינן דהא דנבילה לא בטילה בשחוטה משום דאפשר להיות כמבטל דאי נסרח דאז חשוב אינו ראוי לגר ושרי ועיין בבכורות וכבר כתבו התוס' במנחות דבמשקה ל"ש זה וא"כ אי אזלינן בתר בטל יש לומר דגם רב לא יליף מקנסא רק דסובר דשמי' היזק ואפ"ה שייך כדי שיודיעו ונפ"מ בין סתם יין לענין ביטול אע"ג דרב סובר דמב"מ בטל מ"מ הא לא אפשר לבטל להיות כמבטל ועיין בש"ך סימן שפ"ה דהקשה על הרי"ף בב"ק דהוכיח דהא דחוטף מצוה דחייבו ליתן י' זהובים ע"כ דינא דאל"כ איך יליף רב התם מיניה שור ואילן הא מקנסא לא ילפינן והקשו הא רב יליף קנסא מקנסא יע"ש ולפ"ז ניחא דאי אזלינן בתר בטל אז יש לומר דגם רב לא יליף מקנסא:

ובזה ניחא הא דהקשו לשיטת הרא"ה דאפי' אי אין אדם אוסר דבר ש"ש מ"מ באכילה אסור א"כ תקשה מה פריך הגמ' ממנסך דילמא בהנאה שרי דאין אדם אוסר והא דבמזיד חייב לשלם מה שהפסידו שאסור לשתות היין. ולכאורה נראה דהא בתוס' הקשו דכיון דעל שעת נסוך לא חייב דקלבד"מ א"כ על שעת הגבהה יכול לומר הרי שלך לפניך ותירץ בתשובות ב"א דהא סוברים דהא דגזל חמץ ועבר עליו הפסח דיכול לומר הש"ל זה דווקא לאחר פסח ולא בתוך הפסח דכיון דלשריפה עומד וכל העומד לשרוף כשרוף דמי וא"כ הא תקרובות ע"ז לשריפה עומד וכשרוף דמי וע"כ לא יכול לומר הש"ל והנה דעת התוספות בסוטה דהא דאמרינן דכל העומד לשרוף וכו' זה רק באיסור הנאה יע"ש דכתבו על פלוגתא דב"ש וב"ה אי שטר העומד לגבות כגבה דמי אי לאו וכתבו וז"ל הכא ל"ש הא דפליגי ר"מ ורבנן כל העומד לבצור וכו' דהכא כ"ע מודים דלאו כגבה דמי שהרי צריך ב"ד ולאו בידו הוא והא דאמרינן גבי שופר ולולב של אשירה כ"מ שיעורא משום דעומד לשרוף בהאי כ"ע מודים משום דאיסורי הנאה נינהו וחשוב כעפר בעלמא יע"ש

הרי דלמ"ד דלאו כגבה לא אמרינן דכשרוף דמי רק באיסור הנאה ולפ"ז אי אפשר לומר דבהנאה שרי והא דבמזיד חייב מה שהוא מפסידו לענין שתיה דא"כ ל"ש כשרוף דמי ותקשה דאמאי לא יכול לומר הש"ל וע"כ דאסור בהנאה ושפיר פריך דא"א אוסר דש"ש:

וניחא בזה קושית התוס' על הא דקאמר רב מערב היינו מדמע וע"כ דמנסך ממש וקשה דכיון דע"כ איירי דאית ליה שותפות ולא נאסר חלק חבירו אלא משום שמעורב בשלו וא"כ אכתי היינו מדמע ועיין בחולין אך לרב לשיטתו דסובר דמודה בשטר שכתבו דא"צ לקיימו והטעם איתא בשמ"ק דסובר דכיון דיש לו שטר נקרא מוחזק בממון וע"כ אף דיש ללוה מיגו חשוב מיגו להוציא וכיון דמד"ס דכגבה דמי אז אמרינן דכשרוף דמי אפי' היכי דאינו אסור בהנאה וא"כ אי איירי מנסך ממש לא קשה דהיינו מדמע דהא לדידיה לא איירי בשותפות ולא קשה דאין א"א דש"ש דיש לומר דהא במזיד חייב מה שהפסיד לענין שתיה ובהנאה שרי ואעפ"כ לא יכול לומר הש"ל דהא לדידיה כשרוף דמי אפי' היכי דשרי בהנאה:

ולפ"ז יש לומר דהא דמשני דאיירי באית ליה שותפות זה רק לר"י דסובר בגיטין פ' השולח בהדיא דלאו כגבה דמי ואז ל"א כשרוף רק באיסור הנאה וא"כ מתני' איירי לענין הנאה ואז ע"כ איירי בשותפות משא"כ לחזקיה יש לומר דסובר דכגבה דמי ואז חשוב כשרוף אפי' היכי דשרי בהנאה ולא יכול לומר הש"ל ויש לומר דמתני' איירי לענין שתיה ולא איירי בשותפות וניחא מה שהקשו על חזקיה נהי דע"א נאמן באיסורין מ"מ פועל ושומר לכ"ע אין נאמנים ועיין בר"ן בקידושין דמש"ה בעינן גבי היה עושה בטהרות בידו דווקא וא"כ כיון דמיירי דאית ליה שותפות וקיי"ל דשותפין הן שומרים זה לזה וא"כ ל"ש כדי שיודיעו דשומר אינו נאמן ועיין בס' יש"י. אך יש לומר דלחזקיה לא איירי בשותפות ומתני' מיירי לענין שתיה ומ"מ לא יכול לומר הש"ל דסובר כגבה דמי ואז אמרינן כשרוף דמי אפי' היכי דשרי בהנאה:

ובזה נראה לתרץ מה שהקשו דלמאי צריכין קרא דחמץ אסור בהנאה ת"ל דאיכא קו"ח משאר איסורי הנאה דליכא ב"י ואסור בהנאה מכש"כ חמץ דאיכא ב"י בודאי דאסור בהנאה אך לפי מה שהקשו דאמאי עובר על ב"י הא כיון דמצוה לבער מהעולם וכל העומד לשרוף כשרוף דמי וא"כ כ"מ שיעורו ולענין ב"י בעי שיעור והכא כיון דעומד לשרוף א"כ כ"מ שיעורא ועיין בתשובות מהר"מ מינץ וע"כ דגז"ה דאפי' כ"מ עובר על ב"י וכבר אמרנו דהא דכשרוף דמי זה רק באיסור הנאה וא"כ ל"ש לומר קו"ח מדעובר על ב"י פשיטא דאסור בהנאה דאדרבה מדחזינן דעובר על ב"י ול"א כ"מ שיעורא ע"כ

דשרי בהנאה ואז ל"ש כשרוף ול"ש כ"מ שיעורא דאי אסור בהנאה א"כ שייך כמ"ש ואמאי עובר על ב"י:

וניחא בזה קושית התוס' בפסחים דמ"ל איסור הנאה לפני זמנו דליכא רק חד קרא דלא יאכל וההוא מסתבר דקאי על ת"ז יע"ש אך כיון דידעינן עכ"פ דאפי' ת"ז דאסור בהנאה עובר על ב"י ול"א דכ"מ שיעורא אז שוב לא בעינן קרא על לפ"ז דאסור בהנאה דילפינן מקו"ח ואין לומר דהיא הנותנת דשרי בהנאה דאל"כ כ"מ שיעורא דהא חזינן דעובר על ב"י בתוך פסח אע"ג דאסור בהנאה ול"א דכמ"ש וממילא על לפ"ז יש למילף מקו"ח דאסור בהנאה ואע"ג דאליבא דחזקיה אמרנו דסובר דכגבה ואפי' אי מותר בהנאה שייך כשרוף ותקשה דלא צריך למילף מקרא דלא יאכל דהא איכא קו"ח ואין לומר מדחזינן דעובר על ב"י ש"מ דשרי בהנאה דליתא דאפי' אי שרי בהנאה אין מהראוי שיעבור על ב"י דמ"מ שייך כ"מ שיעורא וצריכין לומר דחזקיה קאי אי לאו כגבה דמי ואז ל"ש כ"מ אי שרי בהנאה. וניחא קושית התוס' שם דלחזקיה לא ליכתוב לא יאכל ולא בעי לך להתיר הנאה דליתא דאיכא קו"ח דאסור בהנאה מקו"ח מדחזינן דעובר על ב"י ואין לומר דמשום זה שמעינן דשרי בהנאה דאז ל"ש כמ"ש דליתא דהא הוא סובר דכגבה דמי ולעולם שייך כמ"ש וא"כ איכא קו"ח וע"כ בעינן לך להתיר בהנאה:

וניחא הרמב"ם דיליף דחמץ אסור בהנאה מלא יאכל וקשה הא פסק כר"א דאפי' ל"ת איסור הנאה במשמע:

אך דקשה מנ"ל דפליגי דילמא אי לא גלי קרא דלא יאכל ה"א דמודה ר"א דשרי בהנאה מדחזינן דעובר על ב"י ול"א כמ"ש וע"כ דשרי בהנאה ואז ל"ש דכשרוף דמי אך לחזקיה לשיטתו אין חילוק דאפי' אי שרי בהנאה שייך כמ"ש וע"כ קאמר דפליגי משא"כ לדידן דרק באיסור הנאה שייך כ"מ וה"א דשרי בהנאה מדעובר על ב"י וע"כ צריכין לא יאכל:

וניחא בזה הלח"מ דסובר דאוכל תרומה טמאה אינו חייב מיתה ותמהו עליו מהא דאיתא במתני' האוכל תרומת חמץ דבשוגג חייב ובמזיד פטור מן התשלומין ומדמי עצים ופי' רש"י אי תרומה טמאה והתם ע"כ הא דפטור מלשלם משום דמיתה דתרומה פוטר ולא כרת דחמץ דאל"כ ליתני האוכל חמץ ש"ח דבמזיד פטור מלשלם משום דכרת פוטר אלא דאפי' תרומה טמאה חייב מיתה וע"כ נראה דהא בתוס' הקשה על הא דמשני דמש"ה פטור במזיד משום דר"ח הא מעידנא דאגבהה קני ומתחייב בנפשו לא הוי עד דאכל ליה ותירץ בס' הפלאי דעל שעת הגבהה איכא מלקות משום דעבר על לאו דב"י כמו שפסק הרמב"ם בקנה חמץ בפסח דלוקה דעביד מעשה ואין אדם לוקה ומשלם וע"כ ל"ש דקני מעידנא דאגבהה והנה להסוברים דעל לאו דב"י ליכא מלקות דחשוב ניתק

לעשה ליכא הך תירוצא וע"כ נראה דהנה באוכל חמץ של הקדש במועד אי מעל אי לאו וקאמר מאן יש אומרים דלא מעל ר"ח דסובר דכרת פוטר מלשלם יע"ש ברש"י דפי' למ"ד מעל משום דסובר כר"ש דשרי לאחר פסח וקנס ל"ש בהקדש דלא עבר על ב"י והקשה במהרש"א דאמאי לא פי' דסובר כריה"ג דאפי' תוך פסח שרי בהנאה. וע"כ נראה דהא הקשו מ"ט דמ"ד דמעל נהי דלא סובר כר"ח מ"מ מלקות איכא ואין אדם לוקה ומשלם וגם למה קאמר דמש"ה לא מעל משום דסובר כר"ח ת"ל משום מלקות דפוטר מלשלם. אך נראה דהא הקשו דלא בא בב"א דמעידנא דאגבהה וכו' וכרת לא מחייב עד דאכל ליה ותירצו דהא ע"כ איירי דהיה הקדש קודם איסור חמץ דאל"כ לא חל שם הקדש כמו במפריש תרומת חמץ ד"ה אינו חל שם תרומה וא"כ תקשה איך חל איסור חמץ על איסור הקדש דאין איסור חל על איסור וע"כ צריכין לומר דמעידנא דאגבהה קני ומעל ויצא לחולין ואיסור חמץ לא חל עד דאכיל וא"כ בשעה דאכיל כבר יצא לחולין וליכא איסור הקדש וחל איסור חמץ דכבר נפקע ממנו שם הקדש ע"י הגבהה ול"ש אין אחע"א דהא בשעה שבא איסור חמץ כבר נפקע שם הקדש ממנו וא"כ ל"ש מעידנא דאגבהה דליתא דהגבהה צורך אכילה דאי לא היה הגבהה לא היה איסור חמץ חל על איסור הקדש רק ע"י הגבהה דנפקע הקדש יצא לחולין וע"כ איכא כרת דחמץ א"כ הגבהה צורך אכילה היא וכמו דאמרינן דהגבהה צורך ניסוך הוא וחשוב כבאו בב"א והנה במהרי"ט איתא דאע"ג דאין איסור חל על איסור מ"מ אי הותרו רק על איסור השני חייב על השני ול"ש דאחע"א וא"כ אי אמרינן דמש"ה פטור משום דאין אדם לוקה ומשלם ואז ע"כ איירי בהותרו דהא חייבי מלקות שוגגין לא פוטר מלשלם וא"כ לא הוי הגבהה צורך אכילה דאפי' אי לא היה הגבהה ולא יצא לחולין חל איסור חמץ וחייב מלקות משום חמץ וא"כ תקשה הא לא בא בב"א דמעידנא דאגבהה וכו' וע"כ קאמר משום דר"ח דכרת פוטר ואיירי בלא הותרו דחייבי כריתות שוגגין ג"כ פוטר מלשלם ואז אין איסור חמץ חל על איסור הקדש רק ע"י הגבהה דיצא לחולין וא"כ הגבהה צורך אכילה:

ובזה ניחא קושית התוס' חולין (דף ד') דמייתי רבא ראיה דמומר לאכול נבילות דבודק סכין וכו' מהא דחמצן של עוברי עבירה לאחר הפסח מותר מיד שהן מחליפין וסברו דאתיא כר"י דאחר פסח אסור מדאורייתא וכו' והקשו דא"כ אף של א"י אסור ומה מרויחין שמחליפין בשל א"י דהא הדר ר"א ב"י דר"י יליף שאור דאכילה משאור דראיה ונראה דהא הקשו דמנ"ל דהדר דהא קשה מדאגבהה קני אך התירוץ דלפי מה דאיתא בריטב"א קידושין לחלק דהא דאדם אחר מעל בעת הגבהה וגזבר לא מעל עד שיהנה משום דאדם אחר נהי דלא ידע דהיה של הקדש אבל עכ"פ ידע דאינו שלו וא"כ נתכוין

לגוזלו וע"כ מעל בעת הגבהה משא"כ הגזבר דשכח וסובר דהוא שלו ולא נתכוין לגוזלו ע"כ לא מעל עד שיהנה וא"כ לא קשה מדאגבהה וכו' זה אינו דהכא לא מעל מיד דהא עיקר הטעם דמעל אף דחמץ לאחר הפסח אסור מ"מ הא בהקדש לא קנס ר"ש וא"כ לפי מה שפי' דהיה מזיד על החמץ ושוגג על איסור הקדש א"כ לא נתכוין לגוזלו דכיון דלא ידע דהיה של הקדש וחמץ של הדיוט אסור משום קנס א"כ לא נתכוין לגוזלו וא"כ דמי לגזבר דלא מעל עד שיהנה וא"כ חיוב תשלומין דמעילה וחיוב כרת דחמץ בא בב"א וא"כ תקשה מנ"ל דהדר ביה ראב"י דילמא לעולם דלא הדר ביה ואוקימתא דראב"י הכי אזלא דכ"ע ס"ל כר"ח ומ"ד מעל ס"ל כר"ש ומש"ה מעל ול"א דכרת פוטרו משום דלא בא בב"א דמעל בעת הגבהה דכיון דאליבא דר"ש שרי לאחר פסח הגם דקנס זה לתירוץ רבא אבל לר"א ב"י לא קנס ר"ש וא"כ נתכוין לגזול הגם דלא ידע דהיה של הקדש דהא גם חמץ של הדיוט שרי וא"כ מעל מיד ולא בא בב"א ומ"ד לא מעל כר"י רק דשל א"י ושל גבוה שרי וא"כ לפי דברי' דלא ידע דהיה של הקדש ועל החמץ היה מזיד וא"כ לפי דעתו לא נתכוין לגזול דהא חמץ של הדיוט אסור וא"כ דמי לגזבר דלא מעל עד שיהנה ובא בב"א וכרת פוטרו וע"כ לא מעל ומנ"ל דהדר ביה. אך נראה מדקאמר הגמ' משום דר"ח ולא קאמר משום מלקות וע"כ דהיה סובר הסוגיא דאיירי אפי' בשוגג בחמץ ואז מלקות לא פוטר וע"כ קאמר משום דר"ח וא"כ מ"ד דלא מעל אמאי דכיון דשגג גם על חמץ א"כ כיון דלא ידע דאסור א"כ נתכוון לגזול ולא דמי לגזבר וא"כ תקשה מדאגבהה קני וגם דכיון דשגג גם על חמץ א"כ תקשה דאין איסור חל על איסור דל"ש סברת מהרי"ט הנ"ל דכיון דשגג ולא הותרו וע"כ משום דמעל מיד ויצא לחולין וא"כ הגבהה צורך אכילה ואמאי מעל נהי דסובר כר"ש כיון דכ"ע סוברים כר"ח וע"כ הא דקאמר דפליגי דר"י ור"ש משו' דלא סוברים כר"ח וא"כ אמאי לא מעל לר"י וע"כ משום דהדר ר"א ב"י. וא"כ לרבא לשיטתו דסובר דאפי' חייבי מלקות שוגגין פוטר וא"כ אין ראיה דאיירי בשוגג מדלא קאמר משום מלקות דאפי' אי איירי בשוגג תקשה דאמאי לא קאמר משום מלקות וא"כ יש לומר דאיירי במזיד וא"כ יש לומר דלא הדר רק מ"ד מעל כר"ש וא"כ נתכוין לגוזלו ולא בא בב"א ואין לומר דהגבהה צורך אכילה דאל"כ אין אחע"א דליתא דכיון דהיה מזיד שייך סברת מהרי"ט דחל איסור השני ומ"ד לא מעל כר"י וא"כ לא נתכוין לגזול כיון דהיה מזיד על חמץ א"כ לפי דעתו אסור בהנאה וזה לא ידע דהיה של הקדש ולעולם דלא הדר ורבא קאמר תני' דמסייע לך וע"כ היה סובר דאתיא כר"י ושרי של א"י כיון דלא הדר ביה:

ולפ"ז ניחא דהוצרך רש"י לפרש דסובר כר"ש דאל"ה תקשה מ"ט דמ"ד מעל נהי דל"ס ש"ח כר"ח מלקות פוטר מלשלם ואין לומר דאז ע"כ בהותרו ול"ש דאין אחע"א ולא הוי הגבהה צורך אכילה דליתא דעל הגבהה לא נתחייב דאיכא מלקות דב"י ואין לומר דניתק לעשה דהא היכי דאינו שלו ואינו עובר רק משום אחריות דגורם לממון ליכא עשה דתשביתו ועיין בש"א וע"כ פי' רש"י דסובר כר"ש ואליבא דר"ש דסובר דגורם לממון כממון דמי אז גם העשה דתשביתו וליכא מלקות על הגבהה משום ב"י וע"כ מלקות אינו פוטר משום דמעידנא דאגבהה קניא והגבהה צורך אכילה ליכא דהיכי דהותרו חייב רק על איסור השני משא"כ לקמן באוכל ת"ח דאתיא כריה"ג שפיר תירצו דמש"ה ל"ש דקני משעת הגבהה דאיכא מלקות משום ב"י והעשה דתשביתו ליכא:

וניחא הלח"מ הנ"ל משום דבשלמא בתרומה טהורה הוכיח רש"י שפיר דע"כ משום מיתה דתרומה דאין לומר משום כרת דחמץ דא"כ ליתני באוכל חמץ גרידא ואין לומר דא"כ תקשה מדאגבהה קניא דיש לומר משום דאיכא מלקות דב"י על הגבהה דליכא העשה בגורם לממון משא"כ תרומה טמאה דליכא ב"י דכ"מ שיעורא משום דעומד לשרוף משום תרומה טמאה ונהי היכי דעומד לשרוף הוא גזה"כ לא היכי דעומד לשרוף משום טמאה וא"כ יש לומר דעל ת"ט ליכא מיתה והא דפטור דכרת דחמץ ולא קשה ליתני חמץ לבדו דליתא דאז ה"א דבתרומה טמאה דליכא ב"י ושייך מדאגבהה קניא פטור מלשלם דמעידנא וכו' ולא בא בב"א ואשמעינן דכיון דאין אסור בהנאה ל"ש כשרוף גם בפשיטות נראה על קושית התוס' דלפי מה דמשני באית ליה שותפות אכתי היינו מדמע דיש לומר דכיון דאית ליה שותפות והוי שומר ושיטת מהרש"ל דשומר א"י לומר הש"ל וא"כ לא קשה דאין אדם אוסר דיש לומר דבמזיד חייב מה שהפסיד ליה בשתיה ולעולם דשרי בהנאה ואעפ"כ לא יכול לומר הש"ל וא"כ לא נאסר משום דנתערב ביין שלו וא"כ אינו משום מדמע:

אך לפי מה שכתבנו דעיקר הנפקותא כדי שיודיעו דאע"ג דבלא"ה היין אסור דהוא מומר דאז הוי סתם יין ובטל משא"כ אי יודיעו דנסכו לא בטל ובר"ן בסי' ע"ז איתא דכל היכי דהיין לא נאסר רק בשתיה אז בטל וליכא חומרא דיי"נ דיהיה במשהו וא"כ ל"מ לומר דמתני' אירי לענין שתיה דא"כ אין שום חילוק אי יודיעו אי לאו דמ"מ לא אוסר במשהו וא"כ יש לומר כי משני דאירי בשותפות ואז לא אירי במומר דבשותפות ל"א לצעורי לשיטת רש"י ואז יש לומר דאירי לענין שתיה ואע"ג דאז בטל אפי' אי יודיעו מ"מ איכא נפקותא דהא אי לא יודיעו שרי דכיון דלא אירי במומר:

וגם לפי מה שכתבו דנפק"מ אי יודיעו דאי לא יודיעו הא סתם יין מותר למכור הכל לא"י חוץ מדמי איסור משא"כ אי יודיעו והמחברים כתבו דאי אסור דש"מ אינו רשאי למכור לא"י חוץ מדמי איסור וליכא נפקותא אי יודיעו אי לא וא"כ לרב דאוסר דש"מ ע"כ ל"ס כחזקי' דהא לדי' ל"ש כדי שיודיעו וניחא קושית הנב"י דילמא סובר כחזקיה וניחא קושית הפ"י דאמאי לא משני דגם ר"י קניס שוגג אטו מזיד אך הכא לא קניס כדי שיודיעו דהא ר"י סובר דמב"מ לא בטל וגם הא אוסר דש"מ א"כ ליכא נפקותא אי יודיעו דלעולם לא בטל וגם למכור לא"י אסור דאוסר דש"מ:

וגם לפי מה שהוכיחו דחזקיה סובר דגורם כממון ועי' באור חדש וא"כ לדידי' שייך מדאגבה קניה דכיון דאיכא אחריות אונסין חשוב דידי' ולא איירי בשותפות ושייך כדי שיודיעו כיון דאינו שומר נאמן וניחא קושיא הנ"ל וא"כ רב דלא סובר גרמי וממילא דל"ס דגורם כממון ועי' בש"ך ס' שפ"ו וע"כ איירי בשותפות ול"ש כדי שיודיעו וע"כ דרב לא סובר כחזקי':

גם נראה לפי מה דאיתא בס' ע"ח דלענין אין אדם אוסר דש"ש סגי באם יש להאוסר שייכות בדבר אז יכול לאסור אע"ג דל"ח בזה שלו בעלמא ובזה ניחא דברי רש"י בחולין דפי' דלא מיבעי היכי דהיה הגבהה דחשוב שלו ובתוס' הקשו דע"י הגבהה לא קנה רק לאונסין וע"ש דאל"כ מאי פריך ממנסך הא התם מדאגבהה קניא ונראה דהנה התוס' פסחים הקשו אמאי אבל אתה רואה של אחרים וש"ג ואמאי לא אמרינן הואיל דאי בעי פדה לה ותירצו דא"כ הוי קונה אותה דאטו נחשב חמץ של אחרים כשלו הואיל ואי בעי קנה לה ועי' בס' ישועות יעקב דכתב הטעם משום דהואיל לא אמרינן רק היכי דהוא יש לו זכות זה ולא אחר כגון הואיל דאי בעי איתשל עלה או הואיל דאי בעי פדה במשכון בא"י שהלוה לישראל על חמצו דאחר אין לו זכות זה לפדות או ליתשל משא"כ הואיל דאי בעי פדה בהקדש דכל אדם יש לו זכות זה אז ל"א הואיל:

והנה ידוע דמש"ה גזילה אינה ברשות הבעלים להקדישו ולהקנותו משום דקיימי ברשות הגזלן לאונסים וע"כ חשוב אינו ברשות הבעלים אבל כל זמן שלא. קיימי ברשות הגזלן לאונסים אכתי הוא ברשות הבעלים לכל דבר וא"כ יש לומר דזה כוונת רש"י דלא מיבעי היכי דהי' הגבהה דאז קיימי ברשות הגזלן לאונסים וממילא חשוב אינו ברשות הנגזל וא"כ יכול לאוסרה משום הואיל דאי בעי קנה דזכות זה אין לשום אדם דכיון דאינו ברשות הבעלים לא יכולים להקנותו לשום אדם אך לגזלן יכולים להקנות ועי' בש"א ובקצה"ח ס' ל"ז וא"כ יש לו כח מה שאין לשום אדם ופשיטא דיכול לאסור אלא אפי' כי לא היה הגבהה דאז אכתי קיימי ברשות הבעלים דכיון דאינו חייב באונסים הוא

ברשות הבעלים להקנות לכל אדם ול"ש הואיל דאי בעי קנה דכיון דכל אדם יש לו זכות זה אפ"ה נאסר משום דעשה מעשה ולעולם דמודה רש"י דנ"ח שלו ע"י חיוב אונסין רק דעי"ז יש לומר הואיל דאי בעי קנה לה וכל אדם אין להם זכות זה דאינו ברשות הבעלים להקנותו לאחרים רק לגזלן וא"כ אין ראיה מהא דסובר ר"י דגזל ולא נתייאשו דהבעלים אין יכולין להקדישו וניחא הא דהקשו בתוס' מאי פריך ממנסך הא שם מדאגבהה קניא דקושית הגמ' הא קאי לרב דסובר מנסך ממש ולרב דסובר דאדם מקנה דשלב"ל וה"ה דבר שאינו ברשותו א"כ כל אדם יש לו זכות זה לקנות ול"ש הואיל דאי בעי קנה ושפיר פריך ממנסך וניחא קושית הנב"י הנ"ל דהא קשה דל"ש כדי שיודיעו דאפי' אי חייב יכול להודיעו דהי' בלא הגבהה דאז פטור דקלבד"מ ואמרנו דאז האיסור רק מדרבנן משא"כ אי פטור ויודיעו דהיה הגבהה ואז האיסור מדאורייתא והטעם משום הואיל ולרב ל"ש זה דיכול כל אדם לקנות אע"ג דאינו ברשותו וע"כ רב לא סובר כחזקיה ושפיר פריך דלרב ע"כ יליף מקנסא דסובר כר"י:

ולפ"ז לפי מה דסובר הרמב"ם דעל חמץ ידוע לא מהני ביטול משום הואיל דאי בעי זכה ואע"ג דזכות זה יש לכל אדם וכתבו משום דאדם אחר צריך לעשות קנין משא"כ הבעלים דחצירו קונה להם וע"כ שייך הואיל וא"כ הא דמשני באית ליה שותפות דאז הכלי קונה לו בתורת חצר משא"כ אדם אחר אע"ג דלרב יכול כל אדם לזכות מ"מ צריכין לעשות קנין ושייך הואיל אפי' לרב ולאו משום דהיין הוא נתערב בשלו אסור רק משום הואיל ולא קשה קושית התוס' דאכתי היינו מדמע ואפי' אי חצר השותפין אין קונין זה מזה זה אי אין ברירה ורב סובר דיש ברירה ובזה לפי מה שכתבו דמש"ה אמרינן הואיל משום דאין ברירה בדאורייתא ורב סובר דיש ברירה ול"א הואיל וא"כ אפי' ע"י הגבהה לא נאסר מדאורייתא וע"כ דרב ל"ס כחזקיה וניחא גם קושית התוס' דמה פריך ממנסך הא מדאגבהה קני דליתא דאליבא דרב ל"א הואיל ול"ש הואיל דאי בעי קנה אך בזה אי אפשר לפרש בשותפות דאז יש לו זכות יותר מכל אדם דהכלי קנה לו ואפי' חצר השותפין לרב דסובר ברירה דליתא דא"כ לא אמרינן הואיל אי יש ברירה ודו"ק:

ועי' בס' ברוך טעם דכתב וז"ל דבשוחט חטאת בשבת בחוץ לע"ז דחייב ג' חטאות דנעשה בעל מים תכף בתחלת שחיטה דהא מצד שבת אינו רשאי לגמור השחיטה בחטאת יחיד רק שהוא גומר השחיטה בשבת בשוגג אבל באמת נעשית הבהמה בע"מ מאז החל קצת בשחיטת וושט או רוב הקנה כי אינה עומדת להגמר בשחיטה גמורה לקרבן מצד חלול שבת וא"כ יש עוד מקום עיון לפ"ד התוס' פסחים שכתבו דלכך ל"א הואיל דאי בעי פריק משום דכיון שנתחמץ שום אד לא יפדנו א"כ יש לומר דלמאן דסובר הואיל שגם

בחטאת שהוממו בתחילת השחיטה בחוץ מיקרי דידי' דהא בידו לפדותו על מום זה ובפרט שעומדת היא לפדות כי מצות עשה הוא לפדות פסה"מ ובהואיל כזה אפשר כ"ע מודים דאמרינן כיון שמצוה לפדותו וא"כ הוי בעל חטאת עכ"פ כיש לו שותפות דהא יש לו זכות לפדותו ולהוציאה לחולין וא"כ יש להקשות מאי הקשה ר"נ לר"ה מברייתא זו הא גם לדידי' קשה דמיד כשמתחיל לשחוט נעשית בע"מ ועומדת לפדות וא"כ נעשה כאילו יש לבעל הקרבן זה זכות בגוה דאי בעי יפדנו וכיון שנעשה שלו היה בידו לאוסרה לע"ז וכיון ששחט עוד פורתא נאסרה לע"ז ובגמר השחיטה הוי כמחתך בעפר ומתרץ דהא בשבת אי אפשר לפדות יע"ש:

וניחא בזה הא דהקשו אי הא דאוסר דש"ש ע"י מעשה הוא רק מדרבנן א"כ מאי פריך מחתך בעפר הוא הא מדאורייתא לא יכול לאסור וראוי לבא בפנים וע"כ חייב משום שחוטי חוץ ועי' בפלתי ולפ"ז ניחא דהא מדאורייתא בודאי יכול לאסור דחשוב שלו דיכול לפדותו דמדאורייתא פודין אפי' בשבת ומדרבנן דאין פודין ול"ח שלו יכול לאסור ע"י מעשה ופריך שפיר ובאמת יש לעי' דהא אין שבות במקדש וכיון דמצוה לפדות פסה"מ יכול לפדות אפי' בשבת וניחא מה שהקשו דלשיטת הרמב"ם דאפי' ע"י מעשה לא יכול לאסור א"כ למה הביא תירץ הגמ' דאיירי בחצי קנה פגום ועי' בלח"מ אך טעמו של הרמב"ם משום דעומדת לפדותו ואפי' בשבת דאין שבות במקדש אך במחוסר ממון ל"א הואיל ועי' בר"ן בפסחים והרמב"ם דפסק הואיל אפי' במחוסר ממון וע"כ ע"כ איירי בחצי קנה פגום:

אך על עיקר דבריו שכתב דחשוב בע"מ משום דאסור לגמור השחיטה משום שבת אך לפי מה דקיי"ל דשנים שוחטין זבח אחד ושנים שעשו פטורין א"כ יכול לגמור ע"י שנים אך בס' מעין החכמה איתא דזה אי מקלקל בחבורה פטור משא"כ אי חייב אז אפי' ע"י שנים אסור וניחא מה שהקשו דהא בפסחים דפריך אמאי חייב משום שבת למ"ד דמקלקל בחבורה פטור ומשני דתיקן לב"נ והרמב"ם פסק דאין ב"נ מצווה על אבמ"ה של עוף ובגמ' מוקי בעוף ובחצי קנה פגום ותקשה דא"כ הוי מקלקל דליתא דהא מה"ת דלא יכול לאסור אפיל במעשה א"כ ראוי בפנים ואין לומר דחשוב בע"מ דאינו ראוי לגמור בפנים משום שבת דליתא דיכול לגמור ע"י שנים וע"כ דקושית הגמ' למ"ד דמקלקל בחבורה חייב וע"ז משני דאיירי בעוף ובחק"פ ולמ"ד דמקלקל פטור א"כ בלא"ה לא קשה קושית מעשה וא"ל דמה"ת דכיון דעומד לפדות ומדאורייתא פודין בלא"ה חשוב שלו מה"ת דליתא דלא נעשה בע"מ דראוי

ולכאורה קשה לי לפי סברא הנ"ל הא דפריך הגמ' בסוכה לולב הגזול פסול הא שאול כשר אימתי שאול דל"ח דידי' דאין לומר הואיל דאי בעי קנה דזה הזכות איכא בכל אדם דהא קיימא ברשות הבעלים אלא גזול דאדם שלו משום הואיל דקנה לה:

והנה בס' הנ"ל איתא דהא דסובר רש"י דע"י הגבהה יכול לאסור משום דחייב באונסין חשוב שלו לא כתב כן רק לר"י לשיטתו דסובר דק"פ כקה"ג דמי דהא חיוב אחריות אינו רק כל זמן שהיה ת"י הגזלן ול"ח קנין הגוף דכל קנין שאינה עולם ל"ח קה"ג ועי' בר"ן בנדרים מ"מ הא ר"י סובר חשוב שלו ואע"ג דל"ח רק ק"פ הא ר"י סובר דכקה"ג דמי משא"כ לדידן מודה רש"י דע"י חיוב אונסין לא יכול לאסור. שאינו ראויה ופי' התוס' משום דע"י מעשה יכול לאסור ואי זה רק מדרבנן יכול לאסור ע"י מעשה אכתי תקשה דאמאי זה להוציא מרשות בעלים אז אמרינן דלא חשוב קה"ג וא"כ כי שחט פורתא ונאסרה עכ"פ מדרבנן תו לא הוי ברשות דחשוב כשלו ואע"ג דל"ח רק ק"פ כיון דתו אינו ברשות הבעלים אז ק"פ כקה"ג דמי:

מלאכה במי חטאת וכו' דפטור מדיני אדם וחייב בד"ש והגמ' לא מקשה רק למ"ד דשמיה היזק משא"כ אי לאו הגמ' דהא מדאורייתא ראוי בפנים דלא יכול לאסור אפי' ע"י לגמור ע"י שנים אי מקלקל בחבורה פטור:

אי ביו"ט ראשון אפי' שאול פסול ואמאי לא משני דלא מיבעי אחר אין לו כח זה דאינו עומד ברשות הנגזל וה"א דחשוב דק"פ חשוב קה"ג וע"כ כיון דכ"ז שהגזילה ת"י חייב באונסין ובזה ניחא הא דהקשו הא דאיתא בב"ק בשלמא ע"ז שחיטה פטור מדו"ה אך לפי מה שכתבו דאפי' אי ק"פ לאו כקה"ג הבעלים וממילא כי שחט יותר יכול לאסור ע"י חיוב אונסין

וניחא דברי הרמב"ם דמביא תירוץ הגמ' על הא דעושה שמיה היזק לא קשה כלל ועי' במהרש"א ובתומים ס' ס"ו ועי' בראב"ד וע"כ נראה דעל ר"י לא מקשה שחייב שלא יהא כל אחד וכו' משום קנס כיון דהכא ע"כ איירי בשותפות כדאיתא בתוס' וא"כ כיון שגם הוא יש לו הפסד ל"ש שלא יהיה כל אחד וכו' ועי' בתוס' ריש ב"ב. ואין לומר דהא גם מנסך איירי ע"כ בשותפות דאל"כ אין אדם אוסר ואפ"ה עשו תקנה שלא יהא כל אחד דליתא דהא ר"י סובר כקה"ג דמי ולא איירי בשותפות דבלא"ה יכול לאסור ע"י הגבהה משא"כ לדידן דע"כ איירי בשותפות ואפ"ה אמרינן שלא יהא כל אחד וא"כ תקשה גם הכא אמאי לא חייב במזיד שלא יהא כל אחד וכו' וע"כ מביא תירוץ הגמ':

ולפי מה שכתבו דהיכי דצריך לשלם אז יכול לאסור אע"ג דאינו שלו וא"כ יש לומר דכוונת רש"י דלא מיבעיא היכי דהיה הגבהה דאז צריך לשלם דל"ש קלבד"מ דקניה

מעידנא דאגבהה וממילא יכול לאסור אלא אפי' בלא הגבהה דל"צ לשלם אפ"ה יכול לאסור וניחא קושית התוס' דמאי פריך ממנסך הא מדאגבהה קניא דקושית הגמ' דלא היה לנו לעשות תקנה שיחייב לשלם שלא יהיה כל אחד וכו' דהא אי יהיה פטור אז ממילא לא יכול לאסור היין דאינו שלו וניחא קושית התוס' חולין דחזינן דא"י יכול לאסור היין אך בא"י דלא מהני קלבד"מ וצריך לשלם וע"כ יכול לאסור:

ועי' בתשובות בית אפרים שכתב לתרץ דברי הרמב"ם בפה"מ שכתב במזיד שידע דהיין אסור ולא ידע מאיסור סקילה דאל"כ אין אדם מת ומשלם והוא תמוה וגם קשה דא"כ האיך קאמר חזקיה דמש"ה פטור בשוגג כדי שיודיעו ופריך אי הכי במזיד נמי דהא שפיר מצי להודיעו ויאמר שידע מחיוב סקילה ויפטר עי"ז וע"ש דכתב וז"ל דלכאורה קשה בהא דאמרינן בהגונב חלבו וכן בגונב כיס מדאגבהה קנה הא כיון שהגבהה או ההוצאה הי' ע"ד שיאכל או יוציא בחיוב מיתה הפוטר מתשלומין ומעיקרא ההגבהה היה ע"ד לקנותו בדמי וא"כ למה יתחייב עלי' והרי זה דומה כמגביה כלי ע"מ לקנותו וקנאו באמת ושילם דמי' דמאי חיוב שייך בזה וה"נ דכוותיה וצ"ל דכיון דלצי"ש חייב רק שהב"ד אין יכולת בידם לחייבו וא"כ כשהגביה קודם שפיר ב"ד מחייבין אותו על שעת הגבהה שאז אין שם חיוב מיתה ואין זה מועיל מה שעשה כן ע"ד שיאכל בחיוב מיתה דס"ס הוא בחיובא קאי ומה בכך שאין הב"ד יכולת לחייבו מ"מ לא נסתלק החיוב מעליו. והנה בקנס איתא בתוס' כתובות דאפי' לצי"ש אינו חייב ולפ"ז בהך דמנסך דקיי"ל כר"י דהוא משום קנס א"כ הדק"ל דמאי מהני מדאגבהה שהרי הגביה ע"ד כן שיעשה היזק שאינו ניכר דהיינו קנס בהדי חיוב מיתה א"כ מעיקרא לא נחית אדעתי' דגזלנותא שיתחייב בתשלומין משא"כ בלא ידע דאז מעיקרא אגבהה לעשות ההיזק בחיוב תשלומין אף דבאמת ח"מ שוגגין פטורין מ"מ כיון דלא ידע מחיוב מיתה ההגבהה היה ע"ד לגזול ולהזיק לחבירו היתה וגזלן הוא ומחייב בתשלומין ובזה א"ש דברי הרמב"ם דדוקא בלא ידע שאז מתחייב על הגבהה וניחא קושיא הנ"ל על חזקיה דהרמב"ם לא קאמר כן רק לר"י דקנסא הוא משא"כ חזקיה דס"ל דממונא הוא אין חיוב מיתה פוטרו לגמרי דאיהו מחייב רק שאין הב"ד יכולין לפסוק דחייב מ"מ שפיר מחייבין אותו על הגבהה דהגבהה זו לא ע"מ לפטור הוא עכ"ל:

וניחא קושית הנב"י הנ"ל דהא בתומים ס' כ"ח איתא דאליבא דרב אפי' לצי"ש אינו חייב וא"כ ע"כ דל"ס כחזקי' דא"כ ל"ש כדי שיודיעו דיכול להודיע דידע מחיוב מיתה ול"צ לשלם ואין לומר דכיון דחייב לצי"ש לחזקיה דלאו קנס הוא וא"כ מדאגבהה קניא דאליבא דרב ליכא חיוב עליו אפי' לצי"ש וע"כ דל"ס כחזקיה וניחא קושית הפ"י הנ"ל

דילמא כ"ע סוברים דבעלמא קנסינן שוגג אטו מזיד רק הכא לא קנס בשוגג כדי שיודיעו ע"ש ולפ"ז דכיון דסוברים דקנס הוא וא"כ אפי' לצי"ש אינו חייב וע"כ דאיירי דלא ידע מחיוב מיתה וממילא ל"ש כדי שיודיעו דיכול להודה דידע מחיוב מיתה ואז פטור:

ובזה ניחא מה שהקשו הא דקאמר ר"ח מודה ר"ח ב"ה בגונב חלבו ש"ח דאמאי אשמעינן דין זה אליבא דר"ח שלא אליבא דהילכתא דאמאי לא נקט לדידן דאין אדם לוקה ומשלם מ"מ היכי דכבר נתחייב חייב ועי' בשעה"מ. אך לפ"ז ניחא דלענין מלקות דחייבי מלקות שוגגין לא פטור מלשלם וע"כ בהותרו וא"כ ל"ש מדאגבהה קנה דהיה ע"מ ליפטור וע"כ נקט מודה ר"ח ב"ה ואיירי בשוגג ואז שייך לומר מדאגבהה קנה דלא היה ע"מ ליפטור אך תקשה לדידן דהביא הרמב"ם לענין מלקות וא"כ ל"ש דקנה משעת הגבהה אך לדידן דקיי"ל כרבא וחייב לצי"ש א"כ אפי' למלקות דידע ע"כ מחיוב מיתה מ"מ שייך דקנה משעת הגבהה אך ר"ח דסובר כר"פ ב"ח דאפי' לצי"ש אינו חייב וא"כ אי אפשר לאשמעינן דין זה במלקות דע"כ ידע וע"כ נקט מודה ר"ח ואיירי דלא ידע מחיוב כרת ושייך לומר מדאגבהה קנה וניחא הא דלא כתב הרמב"ם דין זה לענין כפל אך בקנס דאפי' לצי"ש אינו חייב ואיירי בידע ע"כ א"כ לא היה הגבהה לחיוב תשלומין משא"כ ר"ח דקאי על כרת ואיירי בלא ידע וע"כ נקט הגונב חלבו דנפק"מ דחייב גם כפל אע"ג דליכא עליה חיוב לצי"ש כיון דלא ידע מחיוב כרת:

והנה לפי מה דאיתא בצל"ח דאליבא דר"ח ב"ה אפי' לצי"ש אינו חייב ע"כ הא דאמרינן מדאגבהה קני' איירי דלא ידע מחיוב כרת וניחא קושית התוס' כתובות על הא דמשני בפסחים דמש"ה פטור במזיד משום דר"ח והא קני' משעת הגבהה אך יש לומר דאיירי דידע מחיוב כרת וניחא הא דלא קאמר משום דאין לוקה ומשלם דאז ע"כ בידע דחייב מלקות דחייבי מלקות שוגגין לא פוטר וא"כ תקשה דקני' משעת הגבהה דכיון דחייב לצי"ש וידע מחיוב מלקות וע"כ קאמר מודה ר"ח ולדידי' פטור אפי' לצי"ש ול"ש דקני' משעת הגבהה בידע מחיוב כרת וניחא הרמב"ם בפ"מ דכתב הטעם משום מלקות פוטר אך דאליבא דאמת דחמץ אסור בהנאה ול"ש דקני' מעת הגבהה וע"כ סגי בזה דאין לוקה ומשלם:

ועל דין זה דקניא משעת הגבהה הקשו דמ"מ חשוב עדות שאי אתה יכול להזימו דאי יוזמו לא יתחייבו רק מיתה אך בממון לא בעינן יכול להזימו וניחא הא דתמהו על המל"מ דסובר דכל הדברים דניתן להצילו לא בשבת משום חילול שבת וא"כ תקשה הא דפריך הגמ' בסנהדרין דאמאי חייב קנס בחייבי כריתות הא ניתן להצילו בנפשו לוקמי דאיירי בשבת וע"כ נראה דהא אין לוקה ומשלם אך דלא בא בב"א דחיוב קנס לבסוף ובשלמא

בא על בתו דעל הגמר איכא ג"כ חיוב מיתה הגם דחשוב חייבי מיתות שוגגין מ"מ פטור משא"כ לענין מלקות דחייבי מלקות שוגגים לא פוטר ור"י הוצרך לתרץ לחלק בין התרו או לא דהא אי אמרינן דאפי' לא אתרו בי' פטור א"כ מה בכך דלא בא בב"א הא גם בסוף יש חיוב מלקות. אך תקשה הא מ"מ חשוב עדות שא"א יכול להזימו ובקנס בעינן יכול להזימו אך משכחת בפני ב"ד דאמרינן דלא תהא שמיעה גדולה מראיה ועי' בסנהדרין דטריפה שהרג בפני ב"ד חייב אע"ג דאי אפשר להזי' ואי איירי בשבת כבר כתב בב"ח דל"ש דלא תהא שמיעה וכו' כיון דאין דנין בשבת וע"כ דלא איירי בשבת ומקשה שפיר דניתן להצילו בנפשו:

והנה לסברת הפלתי דמ"ד דאמרינן לצעוריה מכוין הוא משום דסובר דהא דאדם אוסר ע"י מעשה זה רק מדרבנן וע"כ חשוב ספק מדרבנן ולקולא משא"כ ר"ה סובר דמדאורייתא יכול לאסור וע"כ ל"א לצעוריה וכו' א"כ תקשה הא דפריך הגמ' משוחט לשם הר דשחיטתו פסולה ואמאי ל"א לצעוריה מכוין וקשה הא אפי' לר"ה תקשה דכיון דשוחט לשם הר אינו אסור רק מדרבנן א"כ אמאי ל"א לצעוריה מכוין ואפשר דבשלמא לר"ה דליכא רק חדא דרבנן וע"כ ל"א לצעורי דכיון דאיתחזק איסורא משא"כ אי לא אסור רק מדרבנן ע"י מעשה וגם שחט לשם הר דאינו רק דרבנן א"כ תרתי דרבנן מהני אפי' באיתחזק ואמאי אסור:

גם נראה על קושית הנב"י דהא הקשו דכיון דע"ש נסך לא חייב דקלבד"מ על שעת הגבהה יכול לומר הש"ל ותירצו דכיון דאיירי בשותפות ושותפין הן שומרין זה לזה ושיטת מהרש"ל דשומר אינו יכול לומר הש"ל וניחא בזה קושית הב"י דעל הא דמשני דאיירי בישראל מומר ולא משני דאיירי בא"י אך בא"י דל"ש שהוא שומר דאין שמירה בא"י ותקשה דאמאי לא יכול לומר הרש"ל אך העיקר נראה דהא הקשה איך יכול לומר באיסורי הנאה הש"ל הא נהנה מאיסור הנאה דפורע חובו אך אמרינן מצות לאו ליהנות ניתנו וא"כ במנסך אי כר"י דחיוב דרבנן משום קנס ובמצוה דרבנן סובר בעה"מ דמצות ליהנות ניתנו וע"כ לא יכול לומר הרי שלך לפניך וא"כ ע"כ סובר רב כר"י ולא כחזקיה דמדינא חייב ודו"ק:

הואיל

הנה בפסחים (דף מ"ו) פליגי ר"א ור"י אי עובר בחלה על ב"י משום הואיל דאי בעי איתשיל ועי' בר"ן שם דתמה אמאי בא"י שהלוה לישראל ע"ח ואמר לו מעכשיו דשרי בהנאה ואמאי ל"א הואיל דאי בעי פדה ומתרץ דבמחוסר ממון ל"א הואיל ושיטת הרמב"ם דבעינן דווקא הגיע זמנו קודם פסת דאל"כ אמרינן הואיל ובתוס' שם הקשו

דאמאי לא יצא במצה של מע"ש לר"מ ואמאי ל"א הואיל דאי בעי איתשיל. ובש"א איתא דלכ"ע ע"י הואיל לא נחשב שלו ממש רק לעבור על ב"י דכיון דחזינן דחמץ שקיבל אחריות עובר משום דחשוב גורם לממון הגם דבה"נ לאו ממון ה"ה ע"י הואיל נחשב גורם לממון עכ"פ וזה לעבור על ב"י דסגי גורם לממון משא"כ לצאת ידי חיוב מצה לא חשוב שלו ע"י הואיל והנה מהרא"ש פסחים נראה ג"כ דכתב דלמסקנא דאיירי במעכשיו הא דבעי הרהינו משום דלא גרע מחמץ של א"י וקיבל הישראל אחריות דעובר והקשה דמשום זה ל"צ הרהינו רק דאין אחריות על הישראל כמו בסיפא דאיירי ע"כ דאין אחריות על הישראל כדמוקי לה הרא"ש וע"כ נראה דכוונת הרא"ש אינה משום אחריות דא"כ ל"ש לא גרע מחמץ של א"י וקיבל אחריות דכיון דזה גופו משום אחריות הוא אך הא איכא הואיל דאי בעי פדה וזה חשוב גורם כמו אחריות וע"כ שייך הלשון לא גרע כמו באחריות דעובר משום גורם וה"ה ע"י הואיל חשוב גורם וע"כ בעינן הרהינו דאז נהי דאיכא גורם מ"מ היכי דלא מונח ברשות הישראל לא עבר כמו באחריות דקי"ל דמקבל אחריות על חמצו של א"י בביתו של א"י דאינו עובר וה"ה בהואיל בהרהינו אינו עובר ומשום אחריות מודה הרא"ש דל"צ הרהינו רק דאין אחריות על הישראל רק דקשה אמאי ל"א הואיל דחשוב ג"כ גורם וע"כ כתב לא גרע וכו' אך בהרהינו אינו עובר כמו באחריות:

ושיטת הרמב"ם דבעינן הגיע זמנו קודם פסח ואפי' בהרהינו ולטעמו אזיל דפסק דיוצא במצה של מעשר שני משום הואיל דאי בעי איתשיל ועי' בס' שעה"מ אלמא דסובר דהואיל נחשב שלו ממש וע"כ אע"ג באחריות מהני במונח ברשות של א"י בהואיל לא מהני ומה שהקשה הרא"ש מהא דקאמר דלאביי ניחא דסובר למפרע גובה ול"א הואיל וע"כ דבמחוסר ממון ל"א הואיל נראה דהנה הראשונים נחלקו אי עובר ע"י אחריות פשיטה. לבדו ועי' ברא"ש פסחים ועי' בס' ישועות יעקב דמחלק דהיכי דהחמץ יש לו בעלים אז לא סגי אחריות פשיעה דאחריות זה לא מהני להוציא מרשות בעלים הראשונים אבל כשהי' חמץ של הפקר דאין לו בעלים והוא מופקד אצל מי שהוא חייב באחריות פשיעה חשוב כשלו וכיוצא בזה דהיכי דאין לו בעלים אז ק"פ כקה"ג דמי והנה ברשב"א איתא דאפי' אי גזל א"י אסור מ"מ חזקת ממון ליכא בא"י ולפ"ז יש לומר דהסוברים דסגי אחריות פשיעה משום דל"ש לומר דאין אחריות פשיעה מועיל להוציא מחזקת בעלים הראשונים דהא א"י אין לו חז"מ. ולפ"ז ניחא קושית התומים דפתח בתרתי וסיים בחדא דקאמר אבל אתה רואה של אחרים ושל גבוה וסיים בא"י לחוד לחלק בין היכי דקיבל אחריות או לאו ולפ"ז ניחא דכיון דאחריות גו"א לא משכחת

לה דאין דין שמירה לא"י רק אחריות פשיעה וכן בהקדש אין דין שמירה ולא משכח אחריות גו"א רק פשיעה ובא"י דליכא חז"מ סגי משא"כ בהקדש ל"ש זה ולא סגי אחריות פשיעה וגו"א לא משכחת דאין דין שמירה בהקדש ובזה נראה הא דסובר הרמב"ם דישראל שהפקיד חמץ אצל א"י דעובר על ב"י והקשה הא כתיב לא ימצא בבתיכם דווקא ובשלמא לפי מה דמסיק הר"ן דהוא מדרבנן ניחא דהא באמת כיון דהשאילו הנפקד ביתו לשמירתו ממונו קרינן ביה ועי' ברא"ש אך שכירות לא קני ולחומרא שכירות קני וע"כ עבר מדרבנן. אך הרמב"ם דסובר דעובר מדאורייתא קשה דהא הטעם דשכירות לא קני דל"ח רק ק"פ דל"ח קה"ג ולנגד א"י דאין לו חז"מ אז חשוב קה"ג וממילא קרינן ביתו דכיון דהשאילו לשמירת ממונו ונהי דשכירות לא קני בא"י שאני דק"פ חשוב קה"ג משום דאין לו חז"מ א"כ הק"פ לא מפקע מרשות הבעלים וע"כ עובר מדאורייתא אך בס' אור חדש איתא דזה אי סגי אחריות פשיעה תליה בדברי אביי ורבא דלאביי דמיותר קרא דלך אתא דא"פ לא סגי משא"כ לרבא יע"ש וא"כ לפי מה שאמרנו דהואיל לא נחשב רק גורם וא"כ דבאמת הואיל דבידו לפדותו דכיון דמחוסר ממון לא נחשב כל כך גורם אך לדידן דקיי"ל כרבא ועובר משום אחריות פשיעה אע"ג דג"כ ל"ח כ"כ גורם אחריות פשיעה דבידו הוא ואפ"ה עובר ה"ה ע"י הואיל דבידו לפדותו וע"כ סובר הרמב"ם דבעינן הגיע זמנו קודם פסח משא"כ לאביי לשיטתו דא"פ ל"ח גורם ה"ה הואיל דבידו לפדותו ל"ח גורם וע"כ קאמר דלאביי ניחא:

ובזה ניחא קושית התוס' פסחים דאמאי בחמץ ילפינן של גבוה ושל א"י מחד קרא ובחלה צריכין קרא מיוחד על של גבוה אך הא התו' פ' א"ע הקשה דאמאי לא אמרינן הואיל דאי בעי פריק והנה באחרונים איתא דאליבא דרבא דסובר אי עביד לא מהני ל"ש הואיל הנ"ל דכיון דאסור לפדות דיעבור על ב"י וממילא אפי' אי פדה לא מהני וליכא הואיל וא"כ בחמץ ל"צ קרא מיוחד על של גבוה דאין לומר דה"א דעובר משום הואיל דאי בעי פדה דליתא דלאביי דסובר אי עביד מהני לדידי' ל"א הואיל דאי בעי פדה דכיון דמחוסר ממון כמו דל"מ אח"פ ולרבא הא אי עביד לא מהני וליכא הואיל וע"כ גבוה ושל א"י ילפינן מחדא קרא משא"כ בחלה דלא עביד איסור אי יפדה ושייך הואיל ה"א דחשוב שלו וע"כ בעינן קרא מיוחד:

וגם נראה דלפי מה דסוברים באמר הרי זו לא מהני שאלה דכבר הוא ברשות הקדש וא"כ בחמץ ל"צ קרא מיוחד על של גבוה דהא אי אמר הרי זו לא מהני שאלה ופשיטא דלא עבר ובאמר הרי עלי דאז אחריותו עליו בלא"ה עובר משום אחריות וע"כ בהרי זו ואז לא מהני שאלה וליכא הואיל כמו בשל א"י וא"כ ל"צ קרא מיוחד על של גבוה

משא"כ בחלה צריכין קרא מיוחד באמר הרי עלי דה"א דחשוב שלו משום הואיל דאין לומר דבלא"ה חשוב שלו משום אחריות וגורם לממון הוא דבחלה ליכא קרא דחשוב שלו משום אחריות וע"כ ה"א דמשום הואיל דלשיטת הרמב"ם חשוב ע"י הואיל שלו ממש ולא משום גורם ה"א דחשוב שלו וע"כ צריכין קרא מיוחד בחלה על של גבוה:

וגם יש לומר דע"י הואיל גם הוא יש לו יד וחשוב שותפות ועיין באור חדש נכתב אי עובר בשותפות תליא בזה דאליבא דאביי דמיותר קרא דלך אפי' בשותפות אינו עובר משא"כ לרבא וע"כ קאמר שפיר דלאביי ניחא ול"א הואיל דאי בעי פדה מ"מ לא נחשב רק שותפות דע"י הואיל לא מפקיע כח בעלים הראשונים לגמרי רק דחשוב שותפות ולאביי שותפות אינו עובר וה"ה ע"י הואיל וע"כ לאביי ניחא משא"כ לדידן ולפ"ז לפי מה דסוברים דבחלה בשותפות חייב בחלה משום דכתיב לשון רבים ועיין בס' קה"י וע"כ בחלה צריכין קרא מיוחד על של גבוה דאי לאו הכי ה"א משום הואיל דאי בעי פדה נהי דחשוב שותפות מ"מ חייב בחלה משא"כ בחמץ ל"צ קרא מיוחד דמה בכך דאיכא הואיל ל"ח רק שותפות ולאביי אינו עובר בשותפות:

ועל עיקר קושית הר"ן דאמאי לא אמרינן הואיל דבידו לפדותו דכיון דע"י הואיל לא נחשב רק גורם ובש"א איתא דבחמץ שקיבל אחריות נהי דעובר על לאו דב"י אבל העשה דתשביתו ליכא וא"כ היכי דעובר משום הואיל דכיון דלא חשוב רק גורם העשה ליכא וא"כ הא הישראל ביטלו ועיין בפ"י אך על חמץ ידוע לא מהני ביטול ובס' פ"ח איתא דזה רק לנגד העשה דתשביתו לא מהני ביטול אבל לנגד הלאו מהני ביטול וא"כ כיון דאמר מעכשיו דל"ח שלו רק משום הואיל וע"י הואיל ליכא עשה דתשביתו ולנגד הלאו דעובר משום הואיל אע"ג דל"ח רק גורם לממון הא ביטלו אך לא מהני ביטול נגד העשה וע"ז מסיק דאמר מעכשיו ונהי דאפי' במעכשיו איכא הואיל הא ע"י הואיל דל"ח רק גורם ליכא העשה דתשביתו כמו באחריות דליכא העשה דתשביתו וניחא קושית הר"ן הנ"ל:

ובזה דביטול לא מהני בחמץ ידוע זה רק לנגד העשה ולא לנגד הלאו ניחא בזה מה שהקשו על רש"י ביצה דכתב לענין חלה דאסור להשליך לכלבים ביו"ט דכיון דזהו הביעור ורחמנא אחשביה לביעור אסור ביו"ט כמו הבערה והקשו דלפ"ז מה הוכיח רבא בריש פסחים דר"ע סובר דאין ביעור חמץ אלא שריפה הא אפי' לרבנן חשוב מלאכה כמו בחלה. וע"כ נראה דהנה במג"א איתא דחמץ חשוב עשה ול"ת והקשו דא"כ מה מוכיח ר"ע דתשביתו הוא מערב יו"ט דאי ביו"ט איך שרי והא כיון דחמץ עשה ול"ת הוא ודוחה ל"ת ועשה דיו"ט. וע"כ נראה דשפיר הוכיח דאיך אמרה תורה דתשביתו ביו"ט הא היכי דביטלו דאז ליכא ל"ת רק עשה לחוד דלא מהני ביטול וא"כ לא דחי העשה ל"ת

ועשה דיו"ט אלא ודאי דתשביתו הוא מערב יו"ט וא"כ לפי מה דסוברים דהא דלא מהני ביטול לנגד העשה זה לר"י דסובר דבשריפה ולא לרבנן וא"כ שפיר הוכיח רבא דר"ע סובר כר"י דבשריפה דאי כרבנן נהי דגם זה חשוב מלאכה מ"מ לרבנן לא משכחת דעשה איכא ולאו ליכא דאי ביטלו גם עשה ליכא וא"כ שרי אף דחשוב מלאכה גם לרבנן הא עשה דתשביתו ולאו דב"י דוחה ואי בביטול אז גם העשה ליכא וע"כ דלא ביטלו איכא עשה ול"ת ודוחה ל"ת ועשה דיו"ט אלא ודאי דסובר כר"י דבשריפה ואז לנגד העשה לא מהני ביטול וא"כ איך אמרה תורה דתשביתו הא היכי דביטלו דתו ליכא רק עשה לחוד אסור לשרוף דלא דחי עשה ול"ת דיו"ט אלא ודאי דתשביתו הוא מערב יו"ט:

והטעם דביטול לא מהני רק לנגד הלאו ולא לנגד העשה נראה דהא בס' ש"א הקשה דמנ"ל דעשה הכתוב ברשותו דילמא הא דעובר משום לר"ש שרי לאחר הפסח מה"ת וחשוב גורם לממון ובחמץ עובר משום גורם לממון כמו בקבל אחריות דעובר משום גורם לממון וחשוב דידי' ומנ"ל דעשה הכתוב כאילו הוא ברשותו אך לפי מה שכתבו דעשה דתשביתו ליכא באחריות דרק משום גורם לממון לא עבר רק על הלאו דב"י ולא העשה וא"כ ע"כ הא דעובר על עשה דתשביתו משום דאוקמא ברשותו וחשוב שלו לא מצד גורם דשרי לאחר פסח ולפ"ז על הלאו יש לומר דעובר משום דחשוב גורם והנה הטעם דביטול על חמץ ידוע לא מהני הוא משום הואיל דאי בעי זכה ואמרנו דע"י הואיל חשוב גורם לממון וע"כ לנגד הלאו מהני ביטול דכיון דהא דעובר על הלאו משום דחשוב גורם דשרי לאה"פ וע"כ אי ביטלו מהני ול"א הואיל דאי בעי זכה דכיון דחשוב הואיל רק גורם א"כ חשוב גורם דגורם דאז אפי' בחמץ ליכא קר דעובר בגורם דגורם משא"כ לנגד עשה דתשביתו דע"כ משום דעשה הכתוב ברשותו ולא משום גורם וע"כ לא מהני ביטול משום הואיל דאי בעי זכה דליכא גורם דגורם לנגד העשה וע"כ ליכא רק חד גורם הואיל דאי בעי זכה ובפרט לפי מה דאיתא בתוס' פסחים (דף ו') ד"ה התם דמצי מסלק ליה דכתבו וז"ל דשאני התם שמתחילה היתה הבהמה של א"י וכיון דאי בעי זוזי ולא משכח שקיל לבהמה לא נפיק מרשותיה אבל כשהבהמה של ישראל ומצי מסלק ליה לא"י בזוזי לא נכנסה לרשותו יע"ש וע"כ אמרתי נהי דבחמץ שלו לא מהני ביטול משום הואיל דאי בעי זכה לא נפיק מרשותו משא"כ בחמץ של עובד כוכבים וקבל אחריות דמעולם לא היה ברשותו מהני ביטול הגם דחמץ ידוע הוא ול"א הואיל דוקא בדבר שהיה שלו מעיקרא רק ע"י ביטול תאמר דיצא מרשותו וע"כ ע"י הואיל דאי בעי זכה לא יצא מרשותו כמו התם בחלה דאמרינן הואיל דאי בעי איתשיל או דאי בעי פדה התם שאני דמעיקרא היה שלו לגמרי וע"כ ע"י הואיל לא יצא מרשותו משא"כ חמץ

של עובד כוכבים שקבל אחריות דמעולם לא היה שלו וע"כ ביטול מהני ול"א הואיל דאי בעי זכה:

ובזה ניחא רש"י בפסחים (דף ס"ג) דאיתא שם במתני' דר"ש אומר הפסח בי"ד לשמו חייב ושלא לשמו פטור ובמועד לשמו פטור ושלא לשמו חייב ופי' רש"י וחייב משום לא תשחט בהדי לאו דב"י ואיכא נמי מלקות דשחיטה ותמהו דאמאי לא פירש רש"י כן בי"ד דחייב מלקות גם משום ב"י גם הקשו הא לאו דב"י ניתק לעשה ועיין באור חדש וע"כ דבמועד משכחת מלקות משום ב"י כגון היכי דהוא חמץ של עובדי כוכבים וקבל אחריות דליכא העשה דתשביתו וא"כ לא ניתק לעשה משא"כ בי"ד דהקשו דלר"ש דשרי לפני זמנו בהנאה א"כ הוא ברשותו לבטל וא"כ איך לוקה משום לא תשחט הא הוי התראת ספק שמא יבטל או ביטלו והוכיחו מזה דעל חמץ ידוע לא מהני ביטול וא"כ אי מיירי בחמץ של עובד כוכבים וקבל אחריות מהני ביטול אפי' חמץ ידוע או משום דחשוב גורם דגורם ול"א הואיל דאי בעי זכה או משום דמעולם לא היה שלו לא מהני הואיל להכניסו לרשותו וע"כ דאיירי בחמץ שלו וא"כ איכא העשה וליכא מלקות דניתק לעשה וע"כ לא פירש רש"י דחייב מלקות משום ב"י רק בסיפא דאז משכחת בחמץ של עובד כוכבים באחריות דעשה ליכא ול"ח ניתק לעשה והתראת ספק לא הוי שמא ביטלו דבתר זמן איסורו גם לר"ש לא מהני ביטול:

ועכ"פ יש לחלק דלנגד עשה לא מהני ביטול דהא ע"כ אוקמי ברשותו וכיון דיש לומר הואיל דאי בעי זכה לא יצא מרשותו משא"כ לנגד הלאו דאינו רק משום גורם וע"כ מהני ביטול ול"א הואיל דע"י הואיל לא נכנסו לרשותו דכיון דלא היה שלו רק משום גורם ובפרט דחשוב גורם דגורם. והנה למ"ד דגורם כממון דמי פשיטא דגם עשה דתשביתו איכא ועיין בים התלמוד וא"כ יש לומר דגם לנגד העשה הוא משום גורם דשרי לאחר פסח חשוב שלו ולא משום דעשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו וממילא מהני ביטול אפי' בידוע גם לנגד העשה ול"א הואיל דאי בעי זכה ולפ"ז ניחא מה שהקשו ממתניתין דפסחים עד כמה הוא חוזר דאלמא דאפי' בחמץ ידוע מהני ביטול דהא קאי שם לר"מ ור"מ סובר בב"ק דגורם לממון כממון וע"כ מהני ביטול אפי' לנגד העשה וע"כ סובר ר"מ דחוזר עד כביצה ולא קשה קושית הירושלמי הא עובר בכזית ואמאי אינו חוזר ומתרץ משום דמדאורייתא בביטול סגי אקילו רבנן עד כביצה ואע"ג דחמץ ידוע דאליבא דר"מ מהני ור"י לשיטתו דסובר דאסור לאחר פסח וליכא גורם וע"כ משום דאוקמי ברשותו וממילא לא מהני משום הואיל וע"כ סובר עד בכזית:

והנה בזה שאמרנו דהיכי דעובר רק משום גורם ליכא עשה דתשביתו היה ניחא בזה הא דהקשה על הא דאיתא במתניתין כיצד מפרישין חלה בטומאה ביו"ט הא מה"ת סגי ליטול חלה כ"ש אך חכמים תקנו ליטול אחד מכ"ד וא"כ יש תקנה לחלה זו להפריש מקודם כ"ש לחלה מדאורייתא ואח"כ מן המוקף וסמוך לו עד שיעור דרבנן ואותו היותר משיעור דאורייתא יבטל ברוב וחלה דאורייתא יניחה עד שתחמיץ ומה בכך דעל ב"י ליכא איסור בח"ש ועיין באור חדש אך לפי מה שאמרנו דמש"ה ליכא איסור בח"ש דכיון דעל לאו דב"י ליכא מלקות משום דניתק לעשה א"כ לא דמי לחלב דבשלמא על לאו שיש בו מלקות אע"ג דלא דמי לחלב דהוא בכרת אמרינן מה לי איסור לאו מה לי איסור כרת משא"כ על לאו שאין בו מלקות ל"א מה לי איסור לאו וכו' ועיין במל"מ הלכות יו"ט וע"כ ליכא איסור בח"ש ולפ"ז הכא במתני' דהא דעובר על ב"י משום הואיל דאי בעי איתשיל וזה לא נחשב רק גורם וממילא ליכא העשה ואיכא מלקות דלא ניתק לעשה וא"כ איכא איסור אפי' בח"ש וא"כ ליכא תקנתא הנ"ל דעובר על חלה דאורייתא שהופרש אע"ג דליכא כזית אך תקשה דהא תינח לאוקימתא דפליגי בהואיל דאז ליכא העשה דכיון דהואיל רק גורם הוא משא"כ לפי' מה דס"ד דפליגי אי ט"ה חשוב ממון ואז חשוב שלו ממש ואיכא עשה וליכא איסור בח"ש דכיון דליכא מלקות משום דניתק לעשה ותקשה דיכול להניח חלה דאורייתא וע"כ צריכין לומר דבס"ד היה סובר כר"י דבעי שריפה ואז משכחת דביטלו להעשה דלא שרפו רק מבערו בדבר אחר וא"כ איכא מלקות אע"ג דניתק לעשה דכיון דביטלו לעשה ואיכא איסור בח"ש וניחא הרי"ף דהוכיח דהלכה כרבה באופה ביו"ט לחול דאמרינן הואיל מהא דעובר בחלה משום הואיל דאי בעי מיתשיל והקשה בר"ן לפי מה דקיי"ל דט"ה ממון א"כ אין ראיה דיש לומר דעובר משום ט"ה ממון אך לדידן דקיי"ל כרבנן ולא משכחת ביטלו וליכא מלקות על ב"י ומותר ח"ש ותקשה כהנ"ל וע"כ דטעמא משום הואיל ואז ליכא עשה ואיכא מלקות ואסור ח"ש ושפיר הוכיח:

ובזה ניחא דר"י יליף דאין ביעור חמץ אלא שריפה מקו"ח מנותר ועיין בתוס' שם (דף כ"ח) ד"ה אמרו לו וכו' תימא לרשב"א לדבריהם דרבנן דאמרו שהם בשריפה אמאי לא ילפינן חמץ מנותר שהוא בשריפה. ולכאורה נראה דלפי מה דאיתא בש"א להקשות אי מהני שלא לעבור היכי דחמץ אינו ברשותו א"כ איכא למיפרך מה לנותר דלא מהני הוצאה מרשותו משא"כ חמץ וע"כ נראה דעיקר הטעם דמהני משום כמו בחמץ שקבל אחריות מהני הוצאה מרשותו ה"ה חמץ שלו דאליבא דר"ש הא דעובר רק משום גורם דשרי לאחר פסח ואפי' לנגד עשה דתשביתו לר"ש הוא משום גורם וע"כ מהני הוצאה

מרשותו כמו באחריות וזה לר"ש משא"כ לר"י דאסור לאח"ז וע"כ משום דעשו כאילו הוא ברשותו ולא מהני הוצאה מרשותו וע"כ שפיר יליף ר"י מנותר וא"כ ר"ש לשיטתו בלא"ה אי אפשר למילף מנותר.

אך נראה דלפי מה דהקשה בש"א דאיך יליף ר"י מנותר דהא אי בשריפה א"כ משכחת מלקות בביטלו דמבערו בדבר אחר משא"כ אי מבערו בכל דבר לא משכחת ביטלו וא"כ איך ילפינן דבשריפה מקו"ח הא אין עמה"ד יע"ש אך אליבא דר"י לשיטתו ל"ח ניתק לעשה דלאו כולל יותר מעשה דלאו הוא גם בחמץ שקבל אחריות משא"כ העשה ליכא וע"כ ל"ח ניתק לעשה ואפי' לרבנן איכא מלקות וא"כ ר"ש לשיטתו דסובר דכממון דמי ואפי' בגורם איכא עשה וחשוב ניתק לעשה וא"כ בלא"ה אי אפשר למילף מנותר דתקשה קושיא הנ"ל דאין עמה"ד. וניחא הא דפליגי ב"ש וב"ה בשיעור דחמץ כמה הוא וקשה הא מלקות ליכא דניתק לעשה ואיסור איכא אפי' בח"ש אך נפ"מ בחמץ שקבל אחריות דליכא העשה:

אך נראה דדין זה דבאחריות מהני ביטול אפי' בחמץ ידוע זה לדידן דקיי"ל גורם לממון לאו כממון אבל למ"ד דכממון דמי בכל התורה וחשוב שלו ממש לדידיה גם באחריות לא מהני ביטול משום הואיל כמו בחמץ שלו דלא מהני ביטול וניחא בזה הא דהשמיטו הרי"ף והרמב"ם דינא דרבה דגזל חמץ ובא אחר ושרפו לאחר המועד דסובר רבה דאליבא דר"ש דסובר דגורם כממון דמי חייב השורף ועיין בש"ך סימן שפ"ו ונראה דהא הקשו דהא חשוב ממון גמור דמסתמא ביטלו הגזלן החמץ ולא עבר על ב"י וליכא קנסא דר"ש אך דעל חמץ ידוע לא מהני ביטול אך הא החמץ אינו שלו רק דעבר משום אחריות ואז מהני ביטול ול"א הואיל דאי בעי זכה אך לר"ש לשיטתו דסובר דכממון דמי אפי' באחריות לא מהני ביטול משום הואיל דאי בעי זכה וא"כ לדידן דלאו כממון נהי דעובר משום אחריות מ"מ מהני ביטול ול"א הואיל דחשוב גורם דגורם וא"כ החמץ לא נאסר כלל וע"כ השמיטו דינא דרבה:

גם נראה לתרץ הא דהשמיטו דהא קשה קושיא הנ"ל דהגזלן מסתמא ביטלו ולא עבר על ב"י אך בירושלמי איתא הפקיר חמצו בי"ג מהו ר"י אומר דאסור משום הערמה וא"כ אפי' אי ביטלו אסור ולא נקרא רק גורם שהיה יכול לומר הש"ל אך הקשו דמאי הערמה איכא לפי מה דאיתא בהג"א דיכול להפקיר על תנאי שלא יזכה אחר בחמץ וא"כ מאי הערמה איכא הא יכול להפקיר על תנאי ובאחרונים איתא דהא אי לא מהני ביטול ע"י שליח מ"מ לא יכול לבטל על תנאי דאי אי אפשר להיות ע"י שליח לא יכול להתנות וע"כ דסובר דביטול מהני ע"י שליח אע"ג דהפקר לא מהני משום דכיון דבלא"ה אינו ברשותו

של אדם וע"כ מהני אפי' ע"י שליח אך לפ"ז אי נימא דעד הלילה שרי בהנאה כר"ש א"כ לא מהני ע"י שליח דעובר בעשה דתשביתו נהי דמהני ביטול ע"י שליח נגד הלאו דהוא בפסח ואז אסור בהנאה ואינו ברשותו מ"מ עבר על עשה דתשביתו דהוא לפ"ז ואז שרי בהנאה לר"ש והוא ברשותו ולא מהני שליח וממילא דלא מהני תנאי וע"כ דהג"א סובר כר"י דאסור לפ"ז ואינו ברשותו ומהני ע"י שליח ומהני תנאי משא"כ ר"י סובר כר"ש אפי' לפ"ז וא"כ הוא ברשותו ולא מהני ע"י שליח וממילא דלא יכול להפקיר על תנאי וע"כ אוסר משום הערמה ועיין בספר ז"י וא"כ רבה דקאי לר"ש ולא מהני תנאי דא"א ע"י שליח ואיכא משום הערמה וע"כ אע"ג דגזלן ביטלו אסור לאחה"פ וע"כ לא הוי רק גורם לממון דהיה יכול לומר הש"ל ואליבא דר"י דאסור לפ"ז ואינו ברשותו ומהני שליח וא"כ מהני תנאי וביטול ליכא משום הערמה אך לדידיה אפי' ביטלו אסור לאחר פסח דהא לדידיה לא אסור משום קנס רק מדינא אסור לא"ז ולדידן דקיי"ל כר"ש רק לאח"ז ולפ"ז כר"י ואסור בהנאה וא"כ אינו ברשותו ומהני שליח וממילא מהני תנאי וליכא הערמה ושרי בביטלו וע"כ השמיטו ובזה ניחא הא דהשמיטו חמצן של עוברי עבירה דשרי מפני שהן מחליפין דהא הברייתא אתיא אפי' לדידן דקיי"ל כר"ש אך קשה דהא בלא"ה שרי דבודאי ביטלו ואין להם לירא דיכולין לבטל על תנאי אך לר"ש לשיטתו דשרי לפ"ז לא מהני תנאי משום דא"א ע"י שליח משא"כ לדידן דקיי"ל לפ"ז כר"י וע"כ השמיטו זה:

אך יותר נראה נהי דהג"א סובר כר"ש ושרי לפ"ז והוא ברשותו ויעבור על העשה דזה תינח בחמץ שלו משא"כ בגזלן דאינו עובר רק משום אחריות דחשוב גורם וליכא העשה ועל הלאו לא עבר עד הלילה ואז אינו ברשותו ומהני שליח אך אליבא דר"ש דסובר דכממון דמי גם העשה איכא ואז הוא ברשותו ולא מהני שליח ולא מהני תנאי ואסור לאחה"פ אפי' ביטלו ושפיר קאמר רבה משא"כ לדידן דלאו כממון וליכא העשה ומהני שליח וע"כ השמיטו דהא ביטלו ושרי ול"ח גורם רק ממון גמור:

וגם נראה דהא באמת ביטלו רק דעל חמץ ידוע לא מהני ביטול וזה רק לנגד העשה וא"כ לפ"מ דסוברים דבעבר רק על העשה לא קנסוהו וא"כ החמץ שרי בהנאה ול"ח גורם רק ממון גמור אפסיד ליה בבא אחר ושרפו ועי' בתשובות פ"י אך לכאורה יש להבין דהא ישראל שהפקיד חמצו אצל א"י אינו עובר מדאורייתא ואפ"ה תנן אבל א"י שהלוה לישראל דעובר אפי' בהרהינו אלמא דאפי' בעבר רק על דרבנן ועי' בר"ן ומכש"כ בעבר על עשה אך לפי מה דאיתא בט"ז ס' ת"מ דזה הדין תליא דאליבא דר"ש דגורם חשוב כממון ומהני באחריות היכי דהוא ברשות א"י וע"כ ה"ה בחמץ שלו מהני היכי

דהוציא מרשותו משא"כ לדידן דקיי"ל דלאו כממון לא קאי המיעוט בבתיכם רק על החידוש דהיינו היכי דאינו שלו רק דהוא באחריות שלו אבל בחמץ שלו לא מהני הוצאה מרשותו וע"כ הכל ניחא דאליבא דר"ש לשיטתו דמהני הוצאה מרשותו וע"כ הא דאסור לאחר פסח אע"ג דהרהינו משום דמדרבנן צריך ביעור וא"כ מכש"כ בעבר על עשה וא"כ כיון דביטל הגזלן לא מהני לנגד עשה וע"כ אסור לאחה"פ ול"ח רק גורם משא"כ לדידן דלא מהני הוצאה מרשותו ויש לומר משום דעבר על לאו דב"י קנסוהו ולא על עשה וע"כ השמיטו:

וגם יש לומר דזה הדין בעבר על עשה אי קנס ר"ש תליא לפי מה דאיתא בחזקוני על הקרא ובכל אשר אמרתי אליכם תשמרו ליתן על כל עשה ל"ת ומה"ט עשה דוחה ל"ת דאיכא גבי עשה גם ל"ת ולפ"ז מהראוי לומר דגם בעבר על עשה דקנסוהו וא"כ לרבה לשיטתו דסובר בשבת דלא כר"י דעובר על ש"כ ויליף מקרא הנ"ל דלרבות ש"כ וע"כ הקרא לדידיה ליתן על עשה ל"ת וא"כ גם בעבר על עשה קנס וא"כ דכיון דלא מהני ביטול נגד העשה ועבר על עשה קנס ר"ש ושפיר קאמר רבה משא"כ לדידן דקיי"ל דעובר על ש"כ מקרא הנ"ל וליכא ל"ת על העשה ולא קנס ר"ש וע"כ השמיטו דינא דרבה:

ונחזור לענין ראשון דהואיל לא נחשב רק גורם ובזה ניחא הירושלמי דהקשה על מתני' דקתני חמץ של א"י שעבר הפסח דשרי בהנאה דאמאי לא קתני באכילה ומשני במקום שנהגו שלא לאכול פת של א"י והקשו דאכתי תקשה על מתני' דהכא דקתני דא"י שהלוה לישראל אחה"פ שרי בהנאה ואמאי לא תני באכילה והכא פת של ישראל אך לפי מה דאיתא בראב"ן דחמץ של א"י וקבל הישראל אחריות דאחה"פ שרי בהנאה ואסור באכילה ולפ"ז ה"ה היכי דעובר משום הואיל דאינו רק גורם מ"מ בהנאה שרי וא"כ לא קשה קושית הר"ן דאמאי לא אמרינן הואיל ובידו לפדותו דמה בכך הא במתני' לא קתני רק דשרי בהנאה ובהנאה שרי כמו באחריות ועכ"פ לא קשה דאמאי לא קתני דשרי באכילה דבאכילה אסור משום הואיל:

והנה במג"א איתא דחמץ של א"י וקבל הישראל אחריות דאסור לאחר פסח אפי' בהנאה דלא כראב"ן הנ"ל והקשו הא בירושלמי איתא פלוגתא בזה ובדרבנן קיי"ל להקל ועי' בתשובות הגאון ר' ע"א דכתב דטעמא דירושלמי די"ל הא דעבר בב"י באחריות לאו משום דזהו מקרי שלו ע"י אחריות אלא כיון דאלו מגנב או יאבד וישלם לו עבור החמץ אם נמצא הגנב אח"כ זכה הישראל כדאמרינן ריש פ' המפקיד נעשה כאומר לו וכו' עד יהיו קנוים לך מעכשיו ונמצא דיכול להיות דיהיה למפרע החמץ של ישראל וכיון שכן דמה"ט הוא דהיה מספיק באיסור ב"י אם עבר הפסח ולא נגנב ואגלאי מילתא למפרע

דלא קנהו הישראל והוי למפרע חמץ של א"י וע"כ שרי לאחה"פ משא"כ הפוסקים סוברים דמשום אחריות הוי קצת שלו וע"כ עובר וע"כ בעבר הפסח אסור בהנאה יע"ש והנה לפי טעם הירושלמי נראה דגזלן נהי דהוא באחריותו מ"מ לא עבר דל"ש טעם הנ"ל דאי יגנב וישלם יהיה למפרע שלו דזה שייך בשומר דמשך על דעת כן אך נראה דטעמא של הירושלמי איתא אי משיכה בא"י קונה ואז יש לומר דקנה משעה ראשונה ע"י משיכה בשעה שקבל לשמור וממילא דגזלן לא עבר משום אחריות משא"כ אי משיכה בא"י לא קנה ל"ש טעמא של הירושלמי דהא אפי' אי שילם לא קנה משעה ראשונה וע"כ דטעמא דאחריות דחשוב קצת שלו וא"כ ה"ה גזלן עובר משום אחריות:

ובזה ניחא קושית הש"ך על הא דקאמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי מגבי דמי שטרא והשמיט חמץ דאמימר לשיטתו דסובר בע"ז דמשיכה בא"י קונה וא"כ יש לומר דהא דעובר באחריות הוא משום דיכול להיות דחמץ יהי' קנוי לו לגמרי דאי ישלם אז למפרע שלו וזה ל"ש בגזלן דלא עבר משום אחריות וא"כ החמץ שרי בהנאה לאחה"פ ול"ח גורם רק ממון גמור וע"כ השמיט חמץ:

וניחא קושית התוס' הנ"ל דהא הדר ר"א ב"י אך הא הקשו מנ"ל דהדר דילמא השתא סוברים כ"ע כר"ח ומ"ד לא מעל כר"י ול"ש מעידנא דאגבהה קני' ומ"ד מעל כר"ש דשרי ושייך מעידנא וכו' ואמרנו דהא אין אחע"א וע"כ משום דנוסף לאו דב"י וא"כ הגבהה צורך אכילה היא אך זה אי משיכה בא"י לא קנה וליכא למימר טעמא של הירושלמי וא"כ ה"ה גזלן עובר משום אחריות ושייך לומר דנוסף לאו דב"י והגבהה צורך אכילה משא"כ הסוגיא דחולין קאי אי משיכה קונה בא"י ואז יש לומר טעם של הירושלמי וא"כ בגזלן ל"ש זה וא"כ ל"ש דהגבהה צורך אכילה וא"כ אין ראי' דהדר ר"א ב"י:

והנה הרבה סוברים דבחמץ שקבל אחריות לא מהני ביטול וכן היכי דעובר משום הואיל דאי בעי איתשיל דכיון דל"ח ע"י הואיל רק גורם ל"ש ביטול דגם עכשיו אינו שלו רק גורם ומאי מבטל וע"כ כתבו דמש"ה בההיא דכיצד מפרישין וכו' לא אמרינן שיבטל קודם שנתחמץ דאכתי היא ברשותו אך כיון דאינה שלו רק הואיל דאי בעי מיתשל נ"ש ביטול אך הקשו לאוקימתא דפליגי אי ט"ה ממון תקשה דאמאי לא יבטל הט"ה ועי' בס' אור חדש דמתרץ דהא הרמב"ן הקשה איך רשאי לבטל בשבת או ביו"ט הא ביטול משום הפקר והפקר אסור בשבת ומתרץ דכיון דבלא"ה אינו ברשותו א"כ רשאי לבטל וא"כ יש לומר דכיון דר"א לית ליה נוקשה אך על ב"י עכ"פ עובר וא"כ חיישינן שמא יבא לידי נוקשה לבד וא"כ הוא ברשותו ואסור להפקיר ביו"ט וע"ש. ובזה ניחא הרי"ף

הנ"ל דהוכיח דהלכה כרבה דסובר הואיל מדחזינן דעובר בחלה משום הואיל ומנ"ל משום הואיל דילמא משום דט"ה ממון עובר:

ולכאורה יש לומר דהנה המרדכי סובר דעיסה שנלושה בערב יו"ט שאסור להפריש ממנה חלה ביו"ט אסור לאפותה וכתב הב"ח הטעם שהרי אפשר למפלגה בלישה אלא דאיסור דאין מפרישין חלה רביע עלה ולכן כיון דאפשר עכ"פ למפלגה דמי לעיסה חצי' של א"י שאסור לאפותה ביו"ט והמג"א סתר דברי הב"ח ממתני' דג"כ אפשר למיפרש חלה אלא דאין מפריש משום איסור חמץ ואעפ"כ שרי לאפות ביו"ט אלמא כיון דאיסור חמץ רביע עלה מיקרי אי אפשר למפלגה בלישה ועי' בצל"ח דכתב דאין ראי' דאיסור חמץ הוא איסור מה"ת ולכך מיקרי אי אפשר למפלגה משא"כ הפרשת חלה ביו"ט הוא רק שבות ולכן אפשר למפלגה חשוב אך נראה דכיון דיכול לבטל אך משום דאסור להפקיר ביו"ט דשמא יהי' נוקשה והוא ברשותו א"כ ג"כ ליכא רק שבות דהפקר כמו התם שבות דהפרשה ואעפ"כ שרי לאפותה ביו"ט אך זה לאוקימתא דפליגי בט"ה דיכול לבטל רק שבות דהפקר רביע עלה משא"כ לאוקימתא דהואיל דאז ל"ש ביטול א"כ יש לומר דהא דחשוב אי אפשר למפלגה משום דאיכא איסור דאורייתא דב"י ובזה ניחא הרי"ף הנ"ל דהא קשה להך אוקמתא דפליגי בט"ה דיכול לבטל רק דאסור משום שבות א"כ חשוב אפשר למפלגה ואמאי מותר לאפותה וע"כ דהך אוקימתא הוא לר"ה דל"ס בביצה הך סברא דאפשר למפלגה משא"כ לדידן תקשה הא חשוב אפשר למפלגה וע"כ דפליגי בהואיל ולא מהני ביטול ואיסור דאורייתא וע"כ חשוב אי אפשר למפלגה וע"כ כרבה דאמרינן הואיל:

וגם יש לומר דהא מה"ת מהני הוצאה מרשותו דכתיב לא ימצא בבתיכם דוקא וע"כ משום דמדרבנן לא מהני הך תקנה ועי' בש"א וא"כ ל"ש לומר דהכא איכא איסור דאורייתא דהא יכול להוציא מרשותו וליכא רק איסור דרבנן וא"כ לסברת המרדכי חשוב אפשר למפלגה. אך נראה דאי אמרינן הואיל לא מהני מהתורה הוצאה מרשותו הואיל דאי בעי מכניסו לרשותו והא דסוברים הפוסקים דמהני מה"ת זה אי ל"א הואיל וא"כ ניחא הרי"ף דהא קשה לאוקימתא דפליגי אי ט"ה ממון והואיל ל"א א"כ מה"ת יכול להוציא מרשותו וחשוב אפשר למפלגה כמו התם בחלה לענין איסור שבות דאין מפרישין ביו"ט דבשלמא לאוקימתא דהואיל ניחא דאי אמרינן הואיל דאי בעי איתשיל ממילא לא מהני הוצאה מרשותו ג"כ משום הואיל הנ"ל וע"כ לאוקימתא דפליגי בט"ה הוא לר"ה דל"ס אפשר למפלגה משא"כ לדידן ע"כ פליגי בהואיל ואז ממילא לא אמרינן דמה"ת מהני הוצאה מרשותו וא"כ ראיה דהלכה כרבה:

אך יותר נראה דהרי"ף לשיטתו דכתב דכיון סתמא דמתני' דנוקשה שרי וא"כ דקיי"ל דלא אסור תערובות ג"כ ועי' ר"ן מה שתמה ע"ז וע"כ ע"כ דהרי"ף סובר דנוקשה חמור מתערובות וע"כ כיון דחזינן דנוקשה שרי כש"כ תערובות דקיל וא"כ לדי' ר"א דסובר תערובות כש"כ נוקשה וא"כ אכתי תקשה דיבטל ואין לומר דשמא יהי' נוקשה והוא ברשות ולא יכול לבטל ביו"ט דהא ר"א דסובר תערובות כש"כ נוקשה וא"כ אינו ברשותו וע"כ דפליגי אי אמרינן הואיל ולא מהני ביטול כנ"ל וגם אפי' אי אמרינן דגם באחריות מהני ביטול וכן בהואיל אע"ג דלא נחשב רק גורם מ"מ אי אמרינן הואיל דאי בעי איתשיל ממילא ל"א מהני ביטול משום הואיל דאי בעי זכה וא"כ הרי"ף הוכיח דכיון דלשיטת הרי"ף נוקשה חמור וא"כ ר"א סובר נוקשה ואינו ברשותו ורשאי לבטל ביו"ט ותקשה דיבטל וע"כ דפליגי בהואיל ואז לא מהני ביטול משום הואיל וצדקו דברי הרי"ף

והנה על שיטת הרמב"ם דעל חמץ ידוע לא מהני ביטול הקשו מהא דפריך וכי משכחת לה ליבטלה ואע"ג דאז הוי חמץ ידוע ונראה דהא עיקר הטעם של הרמב"ם משום הואיל דאי בעי זכה ואע"ג דכל אדם יש לו זכות זה אך תירצו דכל אדם צריך לעשות קנין בדבר משא"כ הוא יכול לזכות ע"י חצירו ועי' בס' יש"י ולי נראה דהא לפי מה שהקשה הרמב"ן דלר"י דסובר ד"ת מעות קונות דא"כ מתנה במאי יקנה ותירץ ע"י ק"ס או חצר אלמא דסובר דאפי' היכי דליכא מעות משיכה הוא רק קנין דרבנן וידוע דכל היכי דקנין אינו רק מדרבנן במקום איסור לא עשו תקנה ומה"ט מתשכ"מ לא"י לא מהני דכיון דמשכ"מ קנה רק מדרבנן במקום איסור לא עשו תקנה וא"כ אדם אחר אפי' אי יעשה קנין משיכה לא מהני כיון דעביד איסור ע"י הקנין דיעבור על ב"י וא"כ לא יכול לזכות אדם אחר רק הבעלים ע"י חצר וע"כ אמרינן הואיל דאי בעי זכה אך אכתי תקשה דגם אדם אחר יש לו יד וזכות לזכות ע"י שדעתו יהי' לבערו ואז לא עביד איסור ועי' בס' המקנה דכתב כן על קושית התוס' קידושין וע"כ משום דהרמב"ם לשיטתו דסובר דל"ח ניתק לעשה ולוקה אי קנה חמץ בפסח וא"כ אפי' אי זכה ע"מ לבערו עביד איסור וממילא לא יכול לזכות ע"י קנין משיכה שום אדם והנה סברת הרמב"ם דל"ח ניתק לעשה משום דעשה לא בא לתקן על מה שעבר על הלאו דב"י רק על להבא שלא לעבור ואין לומר דעל להבא הי' סגי ביטול לחוד אך לבתר זמן איסורו לא מצי לבטל וזה אליבא דאמת דידעינן מזה דלבתר זמן איסורו לא מהני ביטול משא"כ לס"ד דהי' סובר דמהני ביטול פריך שפיר וכי משכחת לה ליבטל דאין לומר דחמץ ידוע הוא מה בכך דאין לומר הואיל דאי בעי זכה דהא יכול כל אדם לזכות ע"מ לבערו דאז לא עביד איסור משום דניתק לעשה ואין לומר דעשה בא על להבא שלא לעבור דא"כ הי' סגי בביטול דבס"ד הי' סובר דמהני

ביטול אפי' לאח"ז איסורו אך אליבא דאמת דלא מהני ביטול לבתר זמן איסורו ואז יש לומר דעשה דתשביתו בא על להבא וביטול לא מהני דלבתר זמן איסורו וא"כ אי אפשר לאדם אחר לזכות אפי' ע"מ לבערו ושייך לומר הואיל דאי בעי זכה וע"כ לא מהני ביטול על חמץ ידוע:

וגם על רב לשיטתו דסובר כר"ל ומשיכה הוא קנין מדאורייתא יכול כל אדם לזכות ע"י קנין משיכה ונ"ש טעם הנ"ל וממילא לדי' מהני ביטול אפי' על חמץ ידוע משא"כ לדידן דקיי"ל כר"י ומשיכה קנין דרבנן ואז במקום איסור לא מהני קנין משיכה ולא יכול אדם אחר לזכות וע"כ לא מהני ביטול על חמץ ידוע משא"כ לרב דסובר כר"ל מהני ביטול אפי' בחמץ ידוע:

ולפ"ז ניחא הטור א"ח ס' תמ"ב דכתב דר"א סובר נוקשה ובגמ' איתא דרב קאמר דר"א לא קאמר רק תערובות ולא נוקשה דרב לשיטתו דמהני ביטול בחמץ ידוע וקשה דא"כ ליבטל וע"כ משום דאפשר שיהי' רק נוקשה והוא ברשותו ואסור לבטל ביו"ט וא"כ שמעינן דר"א לית ליה נוקשה משא"כ לדידן דעל חמץ ידוע לא מהני ביטול א"כ יש לומר דר"א סובר גם נוקשה ואע"ג דאינו ברשותו לא יכול לבטל דעל חמץ ידוע לא מהני ביטול. והנה לפ"ז לרבא דסובר דאי עביד לא מהני א"כ ל"ש הואיל דאי בעי זכה ע"י חצירו אף דקנין דאורייתא הוא מ"מ לא מהני דכיון דע"י הקנין יעבור על ב"י לא מהני הקנין וממילא ל"ש הואיל וגם הואיל דאי בעי פריק בשל גבוה לא אמרינן משום דאי עביד לא מהני ול"ש הואיל וע"כ לא בעינן קרא מיוחד על של גבוה דאינו עובר דכיון דל"ש הואיל וגבוה וא"י מחד קרא נפ"ל ואין לומר דיכול לפדות ע"מ לבערו דהא ל"ח ניתק לעשה משום דעשה לא בא לתקן על מה שעבר על הלאו רק על להבא ואין לומר דעל להבא סגי בביטול דליתא דלאחר זמן איסורו לא מהני ביטול אך לריה"ג דמתיר בהנאה והוא ברשותו לבטל וא"כ ע"כ דעשה בא לתקן הלאו דאין לומר שלא יעבור על להבא הא סגי בביטול וא"כ דחשוב לריה"ג לאו הניתק לעשה ויכול לפדות ע"מ לבערו וממילא שייך הואיל דאי בעי פריק על של גבוה וא"כ בעינן קרא מיוחד על של גבוה דאי לא"ה הא דעובר משום הואיל דאי בעי פריק וניחא בזה קושי' התוס' פסחים פ' כ"ש לחזקיה לא לכתוב לא יאכל ולא בעינן לך להתיר בהנאה ולפי זה ניחא דבעינן לך על של גבוה דלא ילפינן מהא דרואה של א"י דה"א דשל גבוה אסור ועובר משום הואיל דאי בעי פריק ואמנם אפי' אי נימא כן יהי' מוכח דשרי בהנאה דאי אסור א"כ ל"ה ניתק לעשה ואסור לפרוק ע"מ לבערו ול"ש הואיל משום דאי עביד לא מהני ולא הי' צריך קרא מיוחד על של גבוה אלא ודאי דשרי בהנאה ואז חשוב ניתק לעשה וה"א דעובר

משום הואיל דאי בעי פריק ובעינן קרא למעט של גבוה ומ"מ שמעינן דשרי בהנאה אבל מה שהקשו בתוס' לחזקיה למה לי למיכתב לא יאכל לכתוב לא תאכל ולא בעי לך זה אינו דאף אי נימא כן צריך קרא דלך מיוחד למעט של גבוה דה"א דעובר משום הואיל: **וגם** נראה לפי מה שהוכיח בס' אור חדש דחזקיה ע"כ סובר דגורם כממון ולפ"ז יש לומר דלכאורה ל"ש לומר דאי פריק לא מהני דמאי מרויחין בזה דעכ"פ אי פריק נהי דלא מהני מ"מ האחריות יהי' עליו וכמו כן כתבו על הרמב"ם לענין קנה חמץ דלוקה ואע"ג דאי עביד לא מהני מ"מ אחריות חל עליו ואכתי יהי' עובר וא"כ ל"ש אי עביד לא מהני ועי' במהרי"ט אך יש לומר דמרויחין דליכא העשה דתשביתו דכל היכי דאינו רק מצד אחריות ליכא העשה וע"כ שייך אי עביד נא מהני ובאמת ניחא הא דהקשו דאמאי לוקה הא דניתק לעשה אך כיון דהקנין לא חל רק משום דעכ"פ הוא באחריותו ואז ליכא העשה וע"כ לוקה ועכ"פ ניחא קושית התוס' לחזקיה דצריכין קרא מיוחד על של גבוה דה"א דעובר משום הואיל דאי בעי פריק חשוב שלו ואין לומר דאי עביד לא מהני דמאי מרויחין בזה דעכ"פ עובר משום אחריות ואפי' העשה איכא לחזקיה דסובר דגורם כממון דמי ובעינן קרא דלך על של גבוה:

והנה לפי' הנ"ל אי חשוב ניתק לעשה דתליא בפלוגתא דריה"ג ורבנן נראה עוד לתרץ קושיא הנ"ל הא דפריך וכי משכחת ליבטלה הא הוי חמץ ידוע וע"כ נראה דהנה לקמן פריך ולבתר איסורו לא מצי מבטל והא תניא הי' יושב בבה"מ ונזכר שיש לו חמץ בתוך ביתו מבטלו בלבו אחד שבת וכו' והקשה בש"א דילמא אתיא כריה"ג דמתיר בהנאה וא"כ הוי חמץ ברשותו וע"כ יכול לבטל אף לבתר איסורו וע"כ נראה דהא קשה דהא הוי חמץ ידוע ולא מהני ביטול וע"כ נראה דהא שיטת רש"י דביטול אינו משום הפקר רק שהוא מבטלו לעפר הארץ ונחשב כעפר וכמו דאיתא בש"ס תבן וביטלו דהוי מיעוט לענין סוכה גבוה אך כתבו לפי מה דאיתא בפסחים אבל כופת שאור שיחדה לישיבה בטילה וקאמר הש"ס מדקאמר רשב"א בטילה מכלל דת"ק סובר לא בטילה ומעתה כשאומר להוי כעפרא הוי כמו כופת שאור שייחדה לישיבה דלא בטילה לת"ק וכיון דקיי"ל כת"ק דאע"ג שייחדה לישיבה וביטלו מתורת אוכל לא מהני א"כ מה בכך דהוא מחשבו לעפר מ"מ לא מהני ולפ"ז כתבו דח"ש אפי' אם נימא דגם לענין ב"י ח"ש אסור מ"מ בזה מהני ביטול לכ"ע אפי' בחמץ ידוע דהא בפחות מכזית שייחדה לישיבה מבואר בש"ס שם דבטל לכ"ע מתורת אוכל ולכך מהני ועי' בס' יש"י:

ולפ"ז יש לומר דברייתא איירי בח"ש דאז מהני ביטול אפי' בידוע דמשום דנעשה עפר והנה כתבנו אי עובר על ח"ש תלי' בזה דאי ל"ח ניתק לעשה אז ילפינן מחלב דאסור

ח"ש משא"כ אי ליכא מלקות אז לא אסור ח"ש והנה הקשו אי ב"י ל"ח ניתק לעשה הדרי קושית התוס' לדוכתא דאיך מעל לריה"ג הא מיד כשיפדה יעבור על ב"י:

ולכאורה נראה דהא יכול לפדות ושלא להכניס לרשותו ועי' בש"א אך ע"כ סוברים התוס' דלא מהני אך עכ"פ כתבו התוס' שפיר דיכול לפדות ע"מ לבערו דחשוב ניתק לעשה ואפי' לשיטת הרמב"ם דסובר דלא הוי ניתק לעשה הטעם משום דאיכא שני לאוין ולא אתא חד עשה ועקר שני לאוין ולפ"ז היכי דלא מכנים ברשותו דליכא לאו דלא יראה רק לא ימצא לחוד ומודה הרמב"ם דחשוב ניתק לעשה ויכול לפדות ע"מ לבערו:

אך לפי מה שכתבנו לעיל דאליבא דריה"ג דמהני ביטול אפי' לאחר זמן איסורו א"כ ע"כ העשה בא לתקן על מה שעבר דאי על להבא סגי בביטול וע"כ לריה"ג לשיטתו שפיר תירצו דחשוב ניתק לעשה משא"כ לדידן ולפ"ז לריה"ג על ח"ש ליכא איסור וניחא קושית הש"א דלא מצי אתי' כריה"ג דכיון דע"כ איירי בח"ש ולריה"ג אינו עובר על ח"ש דכיון דליכא מלקות לא דמי לחלב אלא ודאי דלא אתי' כריה"ג ולפ"ז לס"ד דלא ידעינן דלא מהני ביטול לבתר זמן איסורו וא"כ חשוב ניתק לעשה וליכא איסור בח"ש וע"כ הברייתא דקתני מבטלו בלבו איירי בכזית אלמא דמהני ביטול בחמץ ידוע וע"כ פריך וכי משכחת וכו' משא"כ אליבא דאמת דלא מהני ביטול לבתר זמן איסורו וא"כ ל"ח ניתק לעשה ואסור ח"ש ויש לומר דעל ח"י לא מהני ביטול רק הברייתא איירי בח"ש וע"כ מהני ביטול.

וניחא הא דפליגי ב"ש וב"ה אי סגי בכזית וכו' דמה נ"מ דמלקות ליכא דניתק לעשה ואיסור איכא אפי' בח"ש ועי' בשעה"מ אך נ"מ דבח"ש מהני ביטול אפי' בידוע א"כ צריכין לידע השיעור ודו"ק.

והנה לכאורה יש לומר לשיטת הירושלמי דהיכי דאינו עובר רק משום אחריות דחשוב גורם אז לא קנס ר"ש לאחר פסח אך יש לומר דאליבא דר"ש גופא דסובר בכל התורה כממון אז מודה הירושלמי דאסור לאחה"פ וניחא הא דהשמיטו דינא דרבה הנ"ל אך דלכאורה תקשה דכיון דהחמץ אינו של הגזלן ולא עבר רק משום דאחריות החמץ עליו וא"כ שרי לאחר פסח דליכא קנסא דר"ש מחמת אחריות ופשיטא בבא אחר ושרפו דחייב דממון גמור הוא אך לר"ש לשיטתו דסובר דכממון דמי אסור לאח"פ הגם שרק באחריותו לחוד משא"כ לדידן וע"כ השמיטו ובזה ניחא הא דהשמיטו חמצן של עוברי עבירה דהא עכ"פ ביטלו אך ביטול לא מהני על חמץ ידוע והטעם משום הואיל ואי אמרינן דהואיל לא נחשב רק גורם א"כ שרי לאח"פ כמו באחריות ול"צ לטעמא

דמחליפין אך לר"ש גופא אסור אפי' בגורם משא"כ לדידן ל"צ דמחליפין וע"כ השמיטו זה:

ויותר נראה דכיון דלשיטת הרי"ף תליא פלוגתא דרבה ור"ח בפלוגתא אי אמרינן הואיל דאי בעי איתשיל וע"כ נראה דהא דאמרינן דהואיל לא נחשב רק גורם לחוד זה לדידן דקיי"ל מתוך שהותרה לצורך הותרה שלא לצורך והא דבעינן הואיל כדי שיהיה עכ"פ צורך קצת וע"כ יש לומר דהואיל אינו עושה רק גורם והא דשרי ע"י הואיל באופה מיו"ט לחול התם העיקר משום מתוך אך הא בעינן צורך קצת וע"י הואיל חשוב צורך קצת משא"כ אי לא אמרינן מתוך א"כ עיקר היתר משום הואיל וא"כ ע"כ ע"י הואיל נחשב שלו ממש וע"כ יש לומר הא דהשמיטו דינא דרבה דרבה לשיטתו דל"ס מתוך ועיקר היתר ע"י הואיל וא"כ לדידיה יש לומר דהואיל נחשב שלו ממש וע"כ לא מהני ביטול דגזלן משום הואיל ול"ח גורם דגורם משא"כ לדידן דקיי"ל מתוך ואז הואיל אינו עושה רק שע"י נחשב צורך קצת וממילא הואיל לא הוי רק גורם ומהני ביטול דגזלן ושרי בהנאה ול"ח גורם לחוד רק ממון גמור וע"כ לא הביאו דינא דרבה:

ובזה ניחא הא דרמב"ם סובר דאיכא מלקות על ב"י ול"ח ניתק לעשה והקשו דא"כ הדרי קושית התוס' לדוכתא דאיך מעל לריה"ג דהא לדידיה לא שרי להשהותו ע"מ לבערו אך הא עיקר הטעם של הרמב"ם דאיך אפשר לומר דעשה בא לתקן הלאו דהא משכחת דעשה איכא ולאו ליכא כגון ביטלו דעל הלאו מהני ביטול אפי' בחמץ ידוע משא"כ על העשה והנה הטעם אמרנו משום דעל עשה ע"כ משום דאוקמי ברשותו ולא משום גורם וע"כ לא מהני ביטול משום הואיל דאי בעי זכה דליכא רק חד גורם משא"כ על הלאו דאינו עובר רק משום גורם וע"כ מהני ביטול וחשוב גורם דגורם אי אמרינן הואיל וע"כ מהני ביטול משא"כ לריה"ג דשרי בהנאה וא"כ גם על הלאו דעובר משום דחשוב וממילא דגם על הלאו לא מהני ביטול בידוע משום הואיל דלא הוי גורם דגורם וע"כ הלאו שוה לעשה וחשוב שפיר ניתק לעשה לריה"ג ולא לדידן:

והנה מה שכתבנו דגם חמץ שקיבל אחריות עובר על הלאו דלא תשחט על חמץ ועי' באור חדש דהוכיח דנהי דעובר על ב"י מ"מ על לאו דל"ת על חמץ ליכא באחריות והוכיח מהא דאיתא במתני' דפסחים ההולך לשחוט את פסחו ונזכר שיש לו חמץ בתוך ביתו דמבטל בלבו וקשה הא בר"ן איתא דהא דמהני ביטול בלב משום דחמץ אינו ברשותו וע"ש וא"כ הא תינח לענין לאו דב"י דעובר בלילה ואז אינו ברשותו משא"כ לענין לאו דל"ת דאז הוא ברשותו לר"ש וא"כ אמאי מהני ביטול בלב נגד לאו דל"ת וע"כ דבחמץ שקבל אחריות ליכא לאו דל"ת על חמץ ומתני' איירי היכי דחמץ אינו שלו רק קבל

אחריות ועי' עוד שם דזה תליא בפלוגתא דאביי ורבא דרבא דיליף איסור חמץ להשבתה מאיסור זביחת הפסח על חמץ א"כ שוין הן וכמו דעובר באחריות על ב"י ה"ה על ל"ת ע"ח משא"כ לאביי דיליף מאך ביום הראשון תשביתו ובזה ניחא הרי"ף דהביא שנוייא דאביי ולא כרבא דיליף מל"ת והרמב"ם יליף כרבא וע"כ נראה דהרי"ף לשיטתו דפוסק גם לפ"ז כר"ש וא"כ תקשה קושי' איך מהני ביטול בלב נגד לאו דל"ת וע"כ דאיירי באחריות דליכא לאו דל"ת וזה רק לאביי משא"כ הרמב"ם לשיטתו דפסק לפ"ז כר"י וא"כ אינו ברשותו אפי' לפ"ז ומהני ביטול בלב אפי' לנגד לאו דל"ת וא"כ יש לומר דאפי' באחריות איכא לאו דל"ת וכרבא וע"כ פסק כרבא:

ועי' בצל"ח דכתב דדרשא דרבא דיליף מל"ת זה לר"י דסובר אע"פ שאין עמו בעזרה חייב משום ל"ת דאז חזינן דקפיד קרא שלא יהיה חמץ קיים בשעת זביחה כלל א"כ צריך להשביתו מהעולם אבל לר"ל דסובר עד שיהיה בעזרה וא"כ לא קפיד קרא על השבתה מעולם רק שלא יהיה חמץ עמו בעזרה ואיך נילף מיניה השבתת חמץ יע"ש ולפ"ז נראה דהא דאביי לא יליף מקרא דל"ת משום דסובר כר"ל וניחא הרי"ף הנ"ל דהרי"ף לשיטתו דפסק כר"ש לפ"ז ותקשה איך מהני ביטול בלב לנגד לאו דל"ת וע"כ כר"ל דבעינן שיהיה עמו בעזרה וממילא דאי אפשר למילף כרבא דא"כ לא היה בעינן שיהיה עמו בעזרה משא"כ הרמב"ם דפסק כר"י לפ"ז וא"כ אינו ברשותו ומהני ביטול בלב אפי' לנגד הלאו דל"ת וא"כ יש לומר כר"י דלא בעינן שיהיה בעזרה וע"כ כתב טעמא של רבא:

גם יש לומר דהא אפי' לר"ש דמתיר לפ"ז מ"מ חשוב אינו ברשותו משום דמוטל עליו לשורפו וכל העומד לשרוף כשרוף וע"כ חשוב אינו ברשותו אך לשיטת הט"ז ס' ת"מ דמהני לר"ש כשמוציאו מרשותו וא"כ אינו עומד לשרוף וא"כ הוא ברשותו אך נראה דהא ברא"ש איתא דאפי' הניחו ביד אחר דעובר משום דכיון דהשאילו הנפקד ביתו וכו' קרינן ביתו אך הקשה דהא שכירות לא קניא וכבר אמרנו דהטעם משום דשכירות ל"ח רק קנין פירות דקיי"ל דלאו כקה"ג:

ובזה יש לומר דר"י לשיטתו ור"ל לשיטתו דר"י דסובר בניטין דק"פ כקה"ג וא"כ שכירות קניא וא"כ לא מהני הוצאה מרשותו דחשוב לעולם ברשותו וא"כ אפי' לר"ש מהני ביטול בלב גם לנגד לאו דל"ת דל"ח ברשותו משום דעומד לשרוף ולא קשה ממתני' דמהני ביטול בלב לנגד לאו דל"ת ולעולם דלא בעינן שיהיה עמו בעזרה משא"כ ר"ל דסובר שם דלאו כקה"ג ושכירות לא קניא ומהני הוצאה מרשותו וא"כ לאו כשרוף והוא ברשותו לר"ש ותקשה דאיך מהני ביטול בלב נגד לאו דל"ת וע"כ דבעינן שיהיה עמו בעזרה:

וניחא הרמב"ם דיליף דחמץ אסור בהנאה מלא יאכל כחזקי' והקשו הא קיי"ל כר"א. אך דהא קשה דמנ"ל דחזקי' פליג על ר"א דילמא נהי דבעלמא אפי' ל"ת איסור הנאה במשמע הכא ה"א דשרי בהנאה מדחזינן דעובר על ב"י ואי אסור בהנאה א"כ אינו ברשותו אלא ודאי דשרי בהנאה וע"כ צריך קרא דלא יאכל ועי' באור חדש וע"כ הא דקאמר ופליגי על ר"א היינו אי ר"א יליף כר"מ מדגלי קרא בנבילה ור"מ דסובר בב"ק דכקה"ג א"כ אפי' אי שרי בהנאה חשוב אינו ברשותו דכשרוף דמי דלא מהני הוצאה מרשותו דכיון דהשאילו הנפקד ביתו וכו' וע"כ משום דאוקמא ברשותו א"כ ל"צ למילף מלא יאכל וע"כ דפליגי משא"כ לדידן דלאו קה"ג ומהני הוצאה מרשותו וא"כ אי שרי בהנאה הוא ברשותו וה"א דשרי בהנאה דאל"ה אינו ברשותו אלא ודאי דשרי בהנאה ואז הוא ברשותו וע"כ יליף מלא יאכל:

ולפי מה שאמרנו דהואיל לא נחשב רק גורם ניחא הרמב"ם דפסק גנב תרומה שהפרישו הבעלים אין משלם כפל שאין להם אלא ט"ה ואינה ממון ותמהו דא"כ גם קרן לא ישלם ונראה דהא יש לומר הואיל דאי בעי מיתשל ואין לומר דאי יאכל מחויב להפריש תחתיו הא יכול ליפטור בחיטה אחת כדשמואל וע"כ קרן משלם משא"כ כפל דכיון דהואיל לא נחשב רק גורם ועל גורם לממון ליכא כפל דמה"ט אפי' בקדשים שחייב באחריות ליכא כפל ודו"ק:

הכיר בה שאינו שלו ולקחה

שיטת הרמב"ם דבהכיר בה דמעות יש לו דטורף אפי' מלקוחות והקשו עליו הא הגמ' בב"מ פריך הא לא ניתן ליכתב ובטל השטר ואחריות שבו ותירץ הגמ' ל"ש בהכיר בה דל"ש דלא ליקרא גזלנא ל"ש בהכיר ועי' בתומים דמתרץ דהא קשה מאי פריך הגמ' נהי דהשטר בטל הא מוכר שדהו בעדים ג"כ גובה מנכסים משועבדים אך זה דווקא אי ש"ד וקושית הגמ' אזלא אי של"ד וע"כ לדידן שפיר פסק הרמב"ם דגובה הקרן מלקוחות משום דש"ד ואפי' בעדים גובה מלקוחות:

ובזה ניחא שיטת הרי"ף דסובר בהכיר בה דמעות פקדון כרב ובמקדש אחותו סובר דמעות מתנה וברא"ש איתא דמחלקינן בין אחותו להך דהכא דהכא לא עביד אינש דיהיב מתנה לנוכראה משא"כ גבי אחותו נ"ש זה אך הקשה דכיון דרב לא מחלק מנ"ל לחלק ביניהם ולכאורה נראה לפי מה דאיתא במקנה דאפי' באחותו דליכא רובא דלא יהיב לשם מתנה דכיון דהוא אחותו מ"מ נהי דס' השקול הוא אי יהיב לפקדון או למתנה מ"מ הא דאדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו נמי אינו אלא רובא לחוד דרובא דעלמא יודעין נמצא בהדי אינשי דלא ידעי הוי רובא דלאו למתנה יע"ש וע"כ דמי להכיר

בה ולקחה דכמו דהכא איכא רובא ה"ה באחותו איכא רובא דלא היה מתנה דמצרפינן מיעוטא דלא ידעי לפלגא אי לשם פקדון או למתנה ואיכא רובא אך אכתי תקשה דהא חזינן דאפי' לר"מ דחייש למיעוט מ"מ מיעוטא דמיעוטא גם לר"מ אזלינן בתר רובא וא"כ גם לענין זה דלא אזלינן בתר רובא בממון מ"מ מיעוטא דמיעוטא גם בממון אזלינן בתר הרוב וא"כ אכתי יש לחלק בין אחותו ובין הכיר דבאחותו ליכא מיעוטא דמיעוטא וע"כ לא אזלינן בתר הרוב להוציא מידה וע"כ מעות מתנה משא"כ בהכיר דאיכא רובא דלא יהיב מתנה לנוכראה ומיעוטא דלא ידעו נמצא המיעוט דיהבי למתנה חשוב מיעוטא דמיעוטא והיכי מדמי לה ומש"ה בהכיר מעות פקדון דאזלינן בתר הרוב להוציא אך לרב לשיטתו דסובר דאזלינן בתר הרוב בממון א"כ אין לחלק בין אחותו ובין הכיר משא"כ לדידן יש לחלק דהכא הוי מיעוטא דמיעוטא ואזלינן בתר הרוב אפי' בממון וע"כ מעות פקדון משא"כ באחותו ליכא רק רוב לחוד ול"א בתר הרוב בממון וע"כ סובר דמעות מתנה:

וניחא קושית הב"ש ס' כ"ח במכר איסורי הנאה לישראל וידע הישראל דהוא איסורי הנאה דמעות מתנה והקשה הב"ש הא קיי"ל כרב דמעות פקדון וע"ש. אך בהכיר שאני דאיכא מיעוטא דלא ידעי וחשוב מיעוטא דמיעוטא ואזלינן בתר הרוב משא"כ היכי דלוקח ידע דאיסורי הנאה דל"ש דאיכא מיעוטא דלא ידעי וליכא רק רוב לחוד ול"א בתר הרוב להוציא וע"כ מעות מתנה:

גם נראה דלפי מה דאיתא בתומים לפי מה דקיי"ל כר"נ דהיתר תשמיש אינו חייב באונסין ה"ה בהכיר בה אף דיכול להשתמש במעות מ"מ על אונסין אינו חייב וא"כ יש לומר הא דמדמי הגמ' משום דל"ש לומר דלא שכיח דיהיב מתנה לנוכראה ובודאי נתן לשם פקדון דגם פקדון ל"ש דשמא יאמר נאנסו המעות והוא חשוד דהוא גזלן וליכא שבועה ואין לומר דא"כ יהיה מתוך שא"י לישבע משלם ועי' בח"מ ס' צ"ב להסוברים דהיכי דהנפקד חשוד על השבועה אע"ג דשכנגדו המפקיד לא יכול לישבע משלם דליתא דהא רב לא סובר מתוך שא"י לישבע משלם וע"כ דמי לאחותו משא"כ לדידן דאמרינן מתוך ואי יטעון נאנסו מחויב לשלם וא"כ מתנה ל"ש משא"כ פקדון וא"כ לא דמי לאחותו וע"כ פסק כרב דמעות פקדון:

וגם יש לומר דנהי דלא מחלקינן דהכא לא יהיב אינש מתנה לנוכראה משא"כ באחותו אך יש לחלק דהא טעין ברי דלא יהיב לשם מתנה והמוכר לא ידע ובו"ש הוא ונהי דקיי"ל דבו"ש לאו ברי עדיף אך בב"ש ס' ס"ח איתא דהיכא דאיכא שטר דטריף מלקוחות אז לכ"ע ברי עדיף להוציא וא"כ הכא דאיכא שטר ובו"ש אז ברי עדיף וא"כ נאמן לומר דהיה

לשם פקדון משא"כ במקדש אחותו דליכא שטר אז בו"ש לאו ברי עדיף אך דכיון דהוא יכול לטעון דנאנסו א"כ אפי' אי ללקוחות לא טענינן נאנסו משום דל"ש מ"מ טענינן פרוע במיגו דנאנסו ועי' בח"מ ס' ק"ח ועי' בתוס' ריש גיטין וא"כ כיון דלא יכול לטרוף מלקוחות אז אפי' בשטר ל"א בו"ש ב"ע ושפיר מדמי הגמ' וזה הכל לרב לשיטתו דל"ס מתוך וכו' מה שא"כ לדידן דקיי"ל מתוך והוא גופו לא יכול לומר נאנסו וא"כ כיון דטריף מלקוחות לכ"ע בו"ש ב"ע וע"כ מעות פקדון משא"כ באחותו. וגם לרב לשיטתו דסובר דשל"ד וא"כ כיון דשטר לא נתן ליכתב רק משום דמוכר שדהו בעדים ג"כ גובה מלקוחות וזה אי ש"ד משא"כ לרב דסובר דשל"ד ואז שטר כזה לא מהני בו"ש להוציא וע"כ מדמי הגמ' לאחותו משא"כ לדידן דש"ד ואם כן טריף מלקוחות ומהני בו"ש להוציא משא"כ באחותו וע"כ התם הוי מעות מתנה משא"כ בהכיר מעות פקדון:

ובזה ניחא קושית התוס' ב"ק (ד' צ"ה) ד"ה מאן שמעית ליה דאמר אחריות לאו ט"ס דהקשו בלאו האי טעמא הוי מצי למיפרך וע"כ נראה דעיקר הא דס"ד דאיירי בעם הארץ דלא ידע דאי איירי בת"ח א"כ תקשה דשטר לא ניתן ליכתב ובהכיר ל"ש תירוץ הגמ' ואין לומר משום דמוכר שדהו בעדים וכו' דהא זה אי ש"ד וכיון דסובר כר"מ דאחריות לאו ט"ס וע"כ דסובר דשל"ד דאי ש"ד ממילא נשתעבדו וע"כ צריך להקדים דסובר ר"מ דאחריות לאו ט"ס דאז ע"כ דשל"ד ומוכר שדהו בעדים לא טריף מלקוחות והשטר לא נתן ליכתב וע"כ דמיירי בעם הארץ דלא ידע ודו"ק:

וניחא בזה שיטת רב האי דסובר דאין הלכה כרב בהא משום ס"ל אדם מקנה דשלב"ל ואנן קיי"ל דאין אדם מקנה דשלב"ל ולא נהירא מכח דאיזה נשך ועי' שם תוס' ד"ה מה שאירש ב"מ (ד' ט"ז) וע"כ נראה דעיקר קושית הגמ' לא היה ק לר"מ דסובר לאו ט"ס וע"כ דשל"ד ואז המוכר שדהו אינו גובה מלקוחות וע"כ קשה דהא שטר דלא ניתן ליכתב הוא וע"ז משני דחשוב שטר דניתן ליכתב דאי חזר ולקחה הוא ללוקח וא"כ אליבא דידן דנהי דלא קיי"ל כרב לענין חזר ולקחה מ"מ לא גרע ממוכר שדהו בעדים דאי שעבודא דאורייתא טורף מלקוחות וקיי"ל דש"ד:

ועי' בראב"ד דכתב על דין דהכיר בה דגובה מלקוחות זה בפי' לו אחריות והקשו הא קיי"ל דאחריות ט"ס ונראה לפי מה דסוברים דבגזלן ישראל לכ"ע יאוש בעלים וכן היכי שמכרה לאחר לכ"ע אמרינן דהיה יאוש והנה שיטת הרשב"ם דהיכי דמכר לו באחריות ל"ח שר"ש ולפ"ז יש לומר דבהכיר שאינו שלו ל"ש לומר דט"ס דיש לומר דכוונת הלוקח לא היה על אחריות דאז חשוב שר"ש ובודאי יהיה יאוש ויהיה קונה ביאוש ושר"ש

משא"כ אי יהיה באחריות אפי' יהיה יאוש לא יקנה דליכא שר"ש וע"כ סובר הראב"ד והוא שפי' אחריות משא"כ בלא הכיר לא מהני שר"ש ועי' במקנה:

אות ו

ויתור במודר הנאה

עי' בר"ן בנדרים פ' השותפין דהקשה על הא דקיי"ל כראב"י דשותפין שנדרו הנאה זה מזה דמותרין ליכנס לחצר הא קיי"ל בדאורייתא אין ברירה וע"ש והנה לפי מה דאיתא בב"ב פ' חז"ה דאליבא דמסקנא ספק הוא אי אדם מקפיד על ד"ר אי לא ואזלינן לחומרא וע"כ אוסר ת"ק ליכנס לחצר וע"כ נהי דקיי"ל דבדאורייתא אין ברירה זה אינו רק מחמת ספק אי יש ברירה אי לא דמש"ה בדרבנן יש ברירה ועי' בישו"ש ב"ק וא"כ חשוב ס"ס שמא אין אדם מקפיד על ד"ר ושמא יש ברירה וע"כ פסקינן כראב"י דמותרין ליכנס לחצר אך אי בדשיל"מ לא מהני ס"ס ונדרים חשוב דשיל"מ אכתי קשה קושית הר"ן וע"ש דמתרץ דהלכה כראב"י ולא מטעמי' דאיהו סובר דיש ברירה וויתור אסור במודר הנאה ואנן סבירי דאין ברירה אבל ויתור שרי במודר הנאה יע"ש עוד דמביא עוד תירץ לזה דודאי קיי"ל כמ"ד יש ברירה אפי' בדאורייתא מהא דשמעתין והא דאפסיקו פ' משילין כמאן דאמר בדרבנן בלחוד יש ברירה היינו משום דהוא עיקר פלוגתייהו התם וע"ש:

ובזה ניחא הרא"ש בנדרים דהיה שם (ד' ל"ג) על הא דאיתא במתני' המודר הנאה מחבירו פורע לו את חובו ופריך הגמ' אלמא אברוחי ארי בעלמא הוא ושרי מאן תנא אמר רב הושעיא דברי חנן הוא ורבא משני דיהיב ע"מ שלא לפרוע והרא"ש הביא תירוצו של רבא דאירי בלוה ע"מ שלא לפרוע והקשו לדידן דקיי"ל כחנן וחשוב מבריח ארי בלא"ה שרי. וע"כ נראה דהנה לכאורה דאפי' מבריח ארי אסור במודר הנאה דלא גרע מויתור דויתור עכ"פ נחשב ואי אמרינן דויתור אסור ממילא אסור לפרוע חובו אפי' לחנן וא"כ תקשה מאי משני רב הושעיא דחנן הוא מה בכך הא לא גרע מויתור אך ר"א לשיטתו דסובר דבדאורייתא אין ברירה וע"כ הא דמותרין ליכנס לחצר משום דויתור שרי וע"כ שפיר משני דחנן הוא ול"ח רק מבריח ארי ואע"פ דויתור הוי מ"מ לדידן שרי ויתור ולדידיה דויתור אסור א"כ מה בכך דחשוב מבריח ארי וע"כ הביא דאירי בלוה ע"מ שלא לפרוע:

ובזה ניחא קצת הירושלמי דסובר דאפי' לרבנן דסוברים דישבע כמה הוציא ויטול זה במזונות אשתו משום דלא עלה על דעתו שתמות ברעב אבל בחוב בעלמא מודים רבנן לחנן דפטור מלשלם והקשה בר"ן דא"כ לא הוי צריך לומר דמתני' אתיא כחנן הא בחוב

גם רבנן מודים וגם למאי צריך לאוקמי בלוה ע"מ שלא לפרוע הא בלא"ה אתא אפי' כרבנן דבחוב כ"ע מודים. וע"כ נראה דאפי' בלוה ע"מ שלא לפרוע ג"כ חשוב עכ"פ ויתור דהנאה כ"ש עכ"פ אית ליה ועי' בס' נ"ז. וא"כ אדרבה מזה ראי' לירושלמי דאליבא דר"א דמשני דחנן הוא וע"כ דויתור עכ"פ נחשב סובר ר"א דכיון דחזינן דאליבא דחנן אפי' במזונות פטור מלשלם ולא חשוב רק מבריח ארי א"כ בחוב דעלמא דעדיף דאפי' רבנן מודים חשוב ויתור דויתור ול"ח ויתור וע"כ שרי וע"כ לא משני כרבנן משום נהי דבחוב דעלמא רבנן מודים דפטור מ"מ חשוב עכ"פ ויתור דאסור וע"כ משני דחנן הוא וכיון דחנן סובר דאפי' במזונות דפטור נהי דויתור חשוב אז בחוב דעלמא דעדיף אז אפי' ויתור לא חשוב ורבא משני בלוה ע"מ שלא לפרוע וכיון דאפי' בלוה ע"מ לפרוע לא חשוב רק מבריח ארי וא"כ חשוב עכ"פ ויתור וא"כ בע"מ שלא לפרוע אפי' ויתור לא חשוב:

ובזה ניחא הרמב"ם דהנה שם במתניתין דקתני ומחזיר לו אבידתו ופליגי שם דחד אמר ל"ש אלא כשנכסי מחזיר אסורין על בעל אבידה דכי מהדר ליה מידעם דנפשי' קא מהדר ליה ועי' בר"ן דפי' ולא חשוב רק מבריח ארי דמצילו מהפסד אבל נכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר לא מהדר ליה דקא מהני ליה פרוטה דר"י וחד אמר אפי' נכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר מהדר והרמב"ם פסק דאפי' בנכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר מהדר ליה והרמב"ם פסק פרוטה דר"י ועי' בר"ן. ונראה דבלא"ה תמהו דכתב דמש"ה בנכסי מחזיר אסורין על בעל אבידה מותר להחזיר משום דמצוה עביד ולא אמר הטעם משום דמידעם דנפשיה מהדר ליה ועי' בכתובות פ' בתרא דקאמר ג"כ הטעם משום דמצוה ולא קאמר הטעם משום דחשוב רק מבריח ארי דהא מידעם דנפשי' מחזיר לו ועי' בס' שמ"ק ונראה דהנה בתוס' כתובות איתא פ' המדיר דבמדיר את אשתו מליהנות לו אין תשמיש בכלל ולא כרש"י דסובר דגם תשמיש בכלל רק דלא נאסר דהא משועבד לה דא"כ תקשה הא דפריך הגמ' וכיון דמשועבד איך מצי מדיר לה והתנן קונם שאני עושה וכו' דאמאי לא הביא ראי' מדלא יכול לאסור תשמיש וע"כ משום דמשועבד לה לא יכול לאסור ועי' בשמ"ק דכתב הטעם דמש"ה תשמיש אינו בכלל ליהנות משום דבלשון ליהנות לא משמע רק היכי דליכא הנאה לתרווייהו אבל בתשמיש דאיכא הנאה לתרווייהו וע"כ אין בכלל ליהנות וע"כ אין תשמיש בכלל ולפ"ז לכאורה תקשה להך מ"ד דווקא בנכסי מחזיר אסורין על בעל אבידה מותר להחזיר אבל נכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר לא מהדר משום דקא מהני ליה פרוטה דר"י וא"כ לא צריך לומר דמש"ה בנכסי מחזיר אסורין על בעל אבידה מותר להחזיר משום דמידעם דנפשיה מהדר ת"ל

אפי' אי בעל אבידה יש לו הנאה לא איכפת לן כיון דגם הוא יש לו הנאה פרוטה דר"י דהא הוא סובר פרוטה דר"י שכיח והוי הנאה גמורה וע"כ אינה בכלל הנאה זו כמו התם וא"כ הגם דבעל אבידה יש לו הנאה ול"ח מבריח ארי מ"מ שרי דהנאה שיש לתרווייהו לא היה כוונתו לאסור וע"כ נראה דהנה בשמ"ק בכתובות פי' על הא דקאמר דמחזיר לו אבידתו משום דמצוה עביד והיינו כיון דאי אפשר לעשות המצוה בענין אחר א"כ הוא לא נתכוין להנאה רק לעשות המצוה דבשלמא צדקה יכול ליתן לאחר אבל אבידה ל"ש זה יע"ש והקשו עליה דלפ"ז במדיר את אשתו מליהנות אמאי יוצא הא רשאי ליתן מזונות דמצוה עביד ואי אפשר לעשות המצוה זולת זה ועי' בס' א"מ:

וע"כ נראה דגם הסוגיא דכתובות דקאמר הטעם משום דמצוה סוברים ג"כ טעמא דמידעם דנפשיה מיהדר ול"ח רק מבריח ארי אך היה קשה דעכ"פ לא גרע מויתור דאסור ובטעם זה לחוד דמצוה עביד לא סגי דנהי דכוונתו רק למצוה מ"מ הוי פ"ר דאסור דמ"מ יש לאידך הנאה אך כיון דחשוב מבריח ארי נהי דאסור משום ויתור הא ויתור לא אסור רק מדרבנן ופ"ר באיסור דרבנן שרי ועיין במג"א הלכות שבת מה שהביא בשם התה"ד ואז אמרינן דשרי משום מצוה וחשוב דש"מ נהי דהוי פ"ר מ"מ כיון דחשוב מבריח ארי ולא אסור רק משום ויתור וזה רק איסור דרבנן ושרי פ"ר נמצא דצריכין לשני טעמים דמצוה לחוד לא מהני דעכ"פ פ"ר הוי וטעם דמבריח ארי לחוד לא מהני דעכ"פ חשוב ויתור דאסור אך נהי דחשוב ויתור עכ"פ לא הוי רק איסור דרבנן ושרי משום מצוה וחשוב דש"מ אע"ג דפ"ר הוי הא באיסור רבנן פ"ר שרי משא"כ התם במזונות נהי דמצוה עביד אסור משום דחשוב פ"ר ולפ"ז ניחא קושית הראשונים הנ"ל מתשמיש ואי אסור א"כ יוציא בשבת אחת אך בתשמיש דחשוב דבר שאין בו ממש והאיסור רק מדרבנן וא"כ שרי משום דמצוה עביד וחשוב דש"מ ואע"ג דחשוב פ"ר מ"מ בתשמיש דנדר לא חל רק מדרבנן א"כ פ"ר שרי ולפ"ז ל"צ לומר כרש"י דלא נאסר משום דמשועבד לה או כתירץ התוס' דתשמיש אינה בכלל ליהנות דבלא"ה שרי משום דמצוה עביד ועי' בר"ן בנדרים דפי' ג"כ הא דמשני לענין שחרר עבדו דמצוה שאני היינו משום דעיקר איסור שלא ליהנות לעבד משום איסור ל"ח וע"כ אסור לשחררו והיכי דכוונתו לא היה בשביל העבד רק לעשות המצוה ועי' בס' פה"ב דכתב דחשוב דש"מ וה"ה הכא וזה כוונת הרמב"ם הנ"ל דכתב הטעם משום מצוה והיינו דכיון דחשוב מבריח ארי והגם דאסור משום ויתור מ"מ כיון דאיסור רק מדרבנן שרי פ"ר וע"כ שרי משום מצוה:

ולפ"ז ניחא קושיא הנ"ל דיש לומר דגם מ"ד דנכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר אסור להחזיר דיש לו הנאה פרוטה דר"י סובר ג"כ דפרוטה דר"י ל"ש ול"ח הנאה אך עכ"פ לא

גרע מויתור דאסור במודר הנאה וע"כ אסור להחזיר וע"כ ל"ש לומר היכי דנכסי מחזיר אסורין על בעל אבידה דמותר להחזיר דכיון דהוא יש לו ג"כ הנאה פרוטה דר"י דכיון דזה ל"ח הנאה וע"כ צריכין לומר דמש"ה שרי דל"ח רק מבריח ארי אך תקשה לפ"ז על הא דקאמר אבל נכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר לא דקא מהני ליה פרוטה דר"י והא הוא יש לו ג"כ הנאה דהחזיר לו אבידתו והנאה כזו בודאי לא אסר עלי' אך באמת זו ל"ח הנאה דל"ח רק מבריח ארי בעלמא וע"כ הוצרך לומר דמש"ה למ"ד משום דפרוטה דר"י ל"ש הא לא"ה אסור. והנה בש"ך סימן קכ"ח מסיק כשיטת הירושלמי דבע"ח דוחק ל"ח מבריח ארי והנה לפ"ז באבידה כתבו דחשוב כמו בע"ח דוחק וע"כ הגם דפסקינן פרוטה דר"י מ"מ קיי"ל בנכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר שרי משום דאיכא הנאה לתרווייהו הנאה כזו לא אסר עליה ואין לומר דבעל אבידה אין לו הנאה דל"ח רק מבריח ארי דמצילו מנזק דליתא דדמי לבע"ח דוחק דל"ח מבריח ארי:

ובזה ניחא דברי הרמב"ם בפי' המשנה דכתב דמש"ה מותר להחזיר בנכסי מחזיר אסורין על בעל אבידה משום דמצוה עביד והיינו דאליבא דאמת דאמרינן פרוטה דר"י וחשוב הנאה וא"כ איכא הנאה לתרווייהו והנאה כזו לא אסור תו לא אמרינן דמש"ה שרי משום דחשוב מבריח ארי רק משום מצוה ופטור מפרוטה דר"י ואיכא הנאה לתרווייהו והנאה כזו לא אסר עליה והסוגיא קאי אי לא אמרינן פרוטה דר"י רק דעכ"פ ויתור חשוב וע"כ צריכין לטעמא דמידעם דנפשיה וכו' וחשוב מבריח ארי משא"כ לדידן:

ובזה נראה לתרץ דברי רש"י הנ"ל דפי' דמש"ה אינו נאסר תשמיש משום דמשועבד לה והקשה בתוס' דא"כ אמאי לא מייתי המקשין ראיה דכל היכי דמשועבד לה לא מצי לאסור מתשמיש מדלא יוציא בשבת אחת אלמא דלא חל על תשמיש דיש לומר דגם רש"י מודה לסברת התוס' דתשמיש אינה בכלל ליהנות משום דאיכא הנאה לתרווייהו ולא היה הנדר רק על מזונות אך היה קשה דהא חזינן דאוסר עלי' אפי' מידי דאיכא הנאה לתרווייהו דהא מזונות דהוא רק מדרבנן ושיטת בעה"מ דמצוה דרבנן ליהנות ניתנו א"כ חזינן דאוסר עלי' אפי' מידי דאיכא הנאה לתרווייהו וע"כ הכריח רש"י דתשמיש הוא בכלל רק דלא מצי לאסור משום דמשועבד לה וזה אליבא דאמת דמשני דנעשה כאומר צאי מעשה ידיך למזונות וע"כ משום דמזונות דרבנן משא"כ לס"ד דמקשין דהיה סובר דמזונות דאורייתא ועיין בפ"י א"כ אין יכול להביא ראיה מתשמיש דיש לומר דלא אסר עלי' תשמיש משום דאיכא הנאה לתרווייהו ומזונות הוא דאורייתא לס"ד ובדאורייתא מצוה לאו ליהנות ניתנו ואין לו שום הנאה וע"כ אסרה עלי':

וניחא קצת דברי יש מפרשים דתירצו דמתני' איירי כגון שהוא מן הגמלים או מן הספנים שאין לכופו בשביל תשמיש והקשה ברש"י כתובות (דף ס"א ע"ב) דהא מוקמי' לקמן אכולהו קתני דבמדיר מתשמיש דיוציא בשבת אחת. וע"כ נראה דגם יש מפרשים מודים לסברת התוס' דאין תשמיש בכלל ליהנות והטעם משום דאיכא הנאה לתרווייהו אך היה קשה דכיון דהרשב"א סובר דכל היכי דאיכא מצוה לא חשוב הנאת הגוף שיש לו בהדי מצוה להנאה כלל וא"כ ל"ש דאיכא הנאה לתרווייהו וע"כ מוקי לה בגמלים וכו' דאז ליכא מצוה וממילא איכא הנאה לתרווייהו ולא היה תשמיש בכלל ליהנות וע"כ לא יוציא משום תשמיש ובזה ניחא מה שהקשה בנב"י דבגיטין פרק השולח דמשני הגמ' על הא דפריך והא המשחרר עבדו עובר בעשה ומשני דמצוה שאני לא מקשה והא מה"ב היא ובסוגיא דברכות דמשני ג"כ דמצוה שאני מקשה והא מה"ב היא יע"ש:

אך נראה דלכאורה תקשה דלפי סברא דשמ"ק דאע"ג דאידך יש לו הנאה מ"מ כוונתו למצוה ומה בכך דלאידך יש לו הנאה וא"כ תקשה מאי פריך דמה"ב הוא נהי דעבד יש לו הנאה מ"מ שרי דכיון דהוא עביד מצוה ומה פריך דמה"ב היא הא ליכא עבירה כלל אך אליבא דאמת דשומר אבידה חשוב ש"ש משום פרוטה דר"י וא"כ יש לפרש דמצוה עביד ומרויח פרוטה דר"י וא"כ איכא הנאה לתרווייהו והא לא אוסר ע"ח הנאה כזו וזה שייך בנדר משא"כ בעלמא ולעולם דל"א דכיון דהוא עביד מצוה לא איכפת לן בהנאה שיש להעבד וע"כ פריך והא מה"ב משא"כ בגיטין דקאי לשמואל ושמואל סובר כרבה דל"א פרוטה דר"י ועיין בתוס' שבועות וע"כ הא דמצוה עביד הוא משום דכיון דהוא עביד מצוה אע"ג דלאידך יש לו הנאה לא איכפת לן וה"ה בעבד יש לומר כן וע"כ לא קשה דמה"ב הוא:

ועל דרך פלפול נראה דהנה דין זה אי בבע"ח דוחק חשוב מבריח ארי אי לא נראה דתליא בזה דאי אמרינן דהטעם דפטור מלשלם משום דמצי אמר מפייסינא לי' ומחל לי א"כ בב"ח דוחק ל"ש זה וחייב לשלם לו מה שפרע עבורו אך אי הטעם דפריעת חוב לא חשוב הנאה ולא משום דמפייס ומחל לי א"כ אין חילוק בין בע"ח דוחק או לא ולעולם פטור וממילא ה"ה להחזיר לו אבידתו אע"ג דבזה ל"ש מפייס וכו' ודמי לבע"ח דוחק מ"מ הא גם בע"ח דוחק חשוב רק מבריח ארי משא"כ אי הטעם משום דמפייס ומחל ועל כן בבעל חוב דוחק חייב אם כן ה"ה באבידה לא שייך מבריח ארי וע"כ הא דרשאי להחזיר משום דמצוה עביד והיינו אע"ג דלאידך יש לו הנאה לא איכפת לן וממילא ה"ה בעבד כן ולא קשה דמה"ב הוא:

והנה לכאורה תקשה דכיון דמחילה ל"ש וע"כ קיי"ל דטענת מחילה אינו נאמן רק במיגו דפרעתי ובת"ז דליכא מיגו דפרעתי גם על טענת מחילה לא נאמן ועיין במרדכי ב"ב ובאמת קשה מאוד דהא דאיתא בב"מ במצא שטר שזמנו בו ביום דיחזיר בעלים משום דלפרעון ב"י לא חיישינן והוכיחו הראשונים דבשטר שנפל אפי' בת"ז חיישינן לפרעון דאל"כ ת"ל דהוא ת"ז אלא ודאי בשטר שנפל חיישינן לפרעון אפי' ת"ז וקשה דהא חזינן דמחילה לא הוי טענה גרוע כמו פרעתי ת"ז דהא מחילה במיגו דפרעתי נאמן אע"ג דמחילה ל"ש עכ"פ במיגו נאמן ואלו פרעתי ת"ז אי נאמן במיגו הוא איבעיא דלא איפשיט וא"כ כיון דבשטר שנפל חיישינן לפרעון אפי' ת"ז מכש"כ מחילה אע"ג טענה גרוע הוא מ"מ בשטר שנפל דאיתרע חיישינן למחילה וא"כ לענין מחילה אין נפקותא בין אי הוא ב"י או לא דבשלמא פרעון שאני משא"כ מחילה וא"כ תקשה אמאי יחזיר לבעלים ניחוש למחילה ואע"ג דל"ש הא ת"ז ג"כ ל"ש ואפ"ה חיישינן מחמת ריעותא דנפילה רק ב"י ל"ח לפרעון אבל לענין מחילה אין חילוק ותקשה דניחוש למחילה ואמאי יחזירו לבעלים:

אך תקשה דא"כ היכי אפשר לומר דפטור משום דמצי אמר דמפייס ומחל לי הא מחילה ל"ש ואמאי פטור וצ"ל דבשלמא לוה שאמר למלוה מחלת לי כיון דהיה בחזקת חיוב והיכי דאיכא חזקה ורוב דמחילה ל"ש לכ"ע אזלינן בתר הרוב ע"כ לא נאמן הלוה לומר מחלת משא"כ הכא דלא היה חזקת חיוב לאדם שפרע עבורו רק אנו דנין על תחילת חיוב וע"כ אע"ג דמחילה ל"ש מ"מ מצי אמר מפייס ומחל ופטור משום דל"א בתר הרוב בממון. ולפ"ז למ"ד דאזלינן בתר הרוב בממון ע"כ לא הוי הטעם משום מחילה רק דלא נחשב הנאה וא"כ ה"ה באבידה שרי דחשוב מבריח ארי אע"ג דחשוב בע"ח דוחק ולא הוי הטעם משום מצוה וממילא בעבד הוי מה"ב וידוע דמאן דסובר דבו"ש ב"ע ה"ה דאזלינן בתר הרוב בממון והכא בברכות דקאי לר"י דסובר דבו"ש ב"ע וע"כ מקשה דמה"ב משא"כ לשמואל לשיטתו דל"א בתר הרוב בממון ויש לומר משום מחילה ובע"ח דוחק ל"ש זה וה"ה באבידה ל"ח מבריח ארי דל"ש מפייס ומחל וע"כ משום מצוה וא"כ ה"ה בעבד יש לומר כן ולא קשה דמה"ב הוא:

גם נראה לתרץ הרמב"ם הנ"ל דפסק פרוטה דר"י ופסק היכי דנכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר דשרי להחזיר דהנה זה לשון הרמב"ם פ"ד מהלכות נדרים שנים שנאסרו כל אחד הנאת כל אחד ע"ח וכו' ולא כתב שנים שנדרו הנאה זה מזה וע"כ נראה דהא הקשו אמאי קונם חל על דבר מצוה ואמאי לא דחי עשה ל"ת דנדר ואע"ג דאיכא ל"ת ועשה מ"מ כיון דאיתא בשאלה קיל ודחי העשה ותירצו דכיון דבא ע"י פשיעתו שנדר לא נדחית

מפני העשה ועיין בס' שעה"מ ועיין בתוס' עירובין וא"כ זה שייך היכא דמחזיר נדר שלא יהנה מבעל אבידה אז שייך לומר דכיון שבא ע"י פשיעתו שנדר לא דחי משא"כ לפי מה דאיתא ברמב"ם דהדיר את חבירו שלא יהנה ממנו א"כ ליכא פשיעת מחזיר וע"כ רשאי להחזיר דהעשה דהשבת אבידה דוחה ל"ת וע"כ אע"ג דפסק פרוטה דר"י מותר להחזיר והסוגיא דהוצרך לומר משום דפרוטה דר"י ל"ש היכי דמחזיר אמר על עצמו של יהנה מבעל אבידה דבא ע"י פשיעה:

ומה שהקשו על הטור דהביא דברי ר"ת שפי' דהא דקתני וזן את אשתו דאיירי במזונות יתירות ות"ל כיון דפסק כחנן א"כ בלא"ה שרי דחשוב מבריח ארי בעלמא ונראה דהא עיקר הפלוגתא דחנן ורבנן דרבנן סוברים דכיון דעד עכשיו היה הנכסים משועבדים למלוה ולא היה ברשותו וכעת שפרע עבורו הוחזרו הנכסים לרשותו זה הוי הנאה גמורה ולא נקרא מבריח ארי וחנן סובר דכיון דגוף הנכסים שלו מידעם דנפשיה מהדר ליה ול"ח רק מבריח ארי לחוד ולפ"ז במזונות דקיי"ל דהנכסים בחזקתה קיימי ועיין בר"ן פ' א"נ דכתב דהא דנכסים בחזקתה לא חשוב כמשכון בעלמא רק מוחזקת ממש ונפ"מ דאפי' שבועת הגאונים ליכא דל"ח כנוטל וא"כ כיון דבמשכון גופא הרבה סוברים דל"ח מבריח ארי ועיין בח"מ סימן קכ"ח א"כ במזונות דנכסים הן לגמרי בחזקתה דל"ח מבריח ארי וא"כ תקשה מתני' אפי' לחנן דאמאי מותר לזון הא לא חשוב מבריח ארי. אך לפי מה דאיתא בס' א"מ דבזה פליגי רב ושמואל דרב דסובר דפוסקין מזונות לא"א סובר דאפי' מחיים הנכסים בחזקתה משא"כ לשמואל דפליג על רב סובר דמחיים דבעל אין הנכסים בחזקתה וא"כ יש לומר דהא דמשני דחנן הוא אזלא לשמואל דמחיים אין הנכסים בחזקתה וע"כ חשוב מבריח ארי משא"כ לדידן דקיי"ל כרב א"כ ל"ח מבריח ארי ואפי' לחנן אסור וע"כ הביא הטור פי' ר"ת

והנה לפי מה שכתבתי דאפי' אי ויתור אסור זה רק מדרבנן א"כ תקשה אמאי פסקינן איבעיא דר"פ דשם סוס לרכוב עליו לחומרא ואמאי הא האיסור רק משום ויתור וחשוב ספק דרבנן ולקולא ואין לומר דהא נדר חשוב דשיל"מ ואפי' ספק דרבנן אזלינן להחמיר זה ליתא דהא ספק דדינא אזלינן לקולא אפי' דשיל"מ:

אות ז

זה וזה גורם

הנה קיי"ל דזוז"ג שרי בדיעבד אך לכתחלה לכ"ע אסור והיכא דליכא תקנה לדבר רק שבירה איתא בתוספות פסחים (דף כ"ו) ד"ה בין חדש וכו' וז"ל אע"ג דזוז"ג דווקא

בדיעבד מותר הכא הוי דיעבד דאם נאמר חדש יותץ יפסיד התנור יע"ש ועיין לקמן (דף ל') בתוס' ד"ה אמר רב וכו' דכתבו דמש"ה סובר רב דקדירות בפסח ישברו אע"ג דנטלפ"ג משום דלכתחילה עכ"פ אסור אלמא אע"ג דליכא תקנה אחרת רק שבירה ל"ח דיעבד ועיין בתשובות הרדב"ז שמחלק בין תנור דהפסד רב ובין קדירה דהפסד מועט יע"ש וקשה מאוד עליו דהא איתא בסוגיא שם כי פליגי בתנור ובקדירה למ"ד זוז"ג מותר שרי אלמא דאפי' קדירה חשוב דיעבד כיון דצריך שבירה:

ולפ"ז יש לומר דהא דתירצו בתוספות שם תירוץ אחר דמש"ה סובר רב דישברו אע"ג דנטלפ"ג הוא משום דאינו פוגם רק מחמת ששהה בדופני הכלי משום דאי אפשר לומר משום דלכתחלה אסור נטלפ"ג משום דזה חשוב דיעבד מדלא אמרינן חדש יותץ ובזה ניחא קושית שעה"מ דהא שמואל מתיר שמן של א"י משום דחשוב נטלפ"ג וא"כ תקשה למאי צריכין לומר דמש"ה סובר שמואל דלא ישברו משום דסובר כר"ש דלא קנס ע"י תערובות ות"ל משום דנטלפ"ג הוא דל"ש לדידיה תירוץ התוס' הנ"ל:

וע"כ נראה דהנה בסוגיא איתא אמר שמואל תנור שהסיקו בקליפי ערלה חדש יותץ והקשה בס' פ"י דהא שמואל סובר הלכה כר"י דזוז"ג שרי ומתרץ דשמואל סובר דזה ל"ח דיעבד אע"ג דאין לו תקנה רק שבירה ולכתחלה לכ"ע אסור זוז"ג יע"ש וא"כ כיון דלשמואל זה לא חשוב דיעבד וע"כ הוצרך לומר לא ישברו משום דסובר כר"ש דאין לומר משום דהוא נטלפ"ג דכיון דחשוב לכתחילה אע"ג דצריך שבירה ולכתחלה הא אסור נטלפ"ג אך לדידן דקיי"ל דחשוב דיעבד וא"כ הוצרכו התוס' לומר תירוץ שני לחלק דהכא שאני דאינו פוגם רק מחמת ששהה בדופן הכלי ולשמואל בלא"ה ניחא דחשוב לכתחלה. ולי נראה על קושית פ"י הנ"ל דהנה בר"ן בע"ז איתא וז"ל פי' רש"י דיוליך הנאה לים המלח דמי הנאת עצים שהוא ז"ל סובר דר"א דפליג לא אנתערבה לחוד פליג אלא אפי' פת ראשונה בעיני' יוליך הנאה לים המלח ואינו כן דעת הרי"ף דדווקא באם נתערבה הפת או הבגד אז מועיל יוליך הנאה וכו' ומוכח כן מדתנן בפ' בתרא יי"נ שנפל לבור כולו אסור רשב"ג אומר ימכור חוץ מדמי יי"נ שבו ואמר ר"נ התם יי"נ יין ביין אסור חבית בחבית מותר אלמא כל שיש כאן בודאי תערובת איסור של ע"ז לא סמכינן למוכרו לעובד כוכבים חוץ מדמי יי"נ ומש"ה אמרינן אבל לא יין ביין וכיון שכן בודאי אם הפת הוא בעיני' שהדבר ידוע שיש בה תערובת איסור ע"ז לא שרי למוכרו חוץ מדמי איסור וכש"כ שאין לנו להתיר בתקנתא של ר"א דיוליך הנאה וכו' יע"ש וא"כ שמואל דמתיר אפי' יין ביין בתקנתא של רשב"ג א"כ לדידיה אפי' תקנתא של ר"א מועיל אפי' כי לא

נתערב וא"כ לשמואל לשיטתו חשוב לכתחלה כיון דאיכא תקנתא וע"כ אומר שמואל אע"ג דזוז"ג הוא דחשוב לכתחלה וניחא קושית פ"י הנ"ל:

ובזה ניחא קושית מהרש"א על רש"י בסוגיא דכתב וה"ה דהוי מצי לומר דהא דחדש יותץ אתיא כת"ק דר"א ותמה דא"כ תקשה קושית הגמ' אימור דשמעת ליה לרבנן בע"ז דחמיר איסורו בשאר איסורין מי שמעת להו יע"ש. וע"כ נראה דבלא"ה דקדקו המפרשים על הא דקאמר ע"ז שאני דחמיר איסורו במה חמיר וע"כ נראה לפי מה דאיתא בר"ן שם דהראשונים הביאו ראיה דתקנתא של ר"א לא מהני רק בנתערבה מדקתני סתמא קערות אסורות ולא קתני תקנתא וכתב בר"ן דאין ראיה דתקנתא דר"א לא מהני אלא באיסור ע"ז לפי דתופס דמיו משא"כ בשאר איסורין דאין תופסין דמיהן יע"ש:

ולפ"ז יש לומר דכוונת הגמ' דע"ז דחמיר דתופס דמיו וממילא דמהני דיוליך הנאה וחשוב לכתחלה וע"כ סובר דיותץ דזוז"ג אסור לכתחלה משא"כ שאר איסורין דלא חמיר דלא ת"ד וליכא תקנתא וחשוב דיעבד ושרי זוז"ג והא תינח לר"א לשיטתו איכא הא פירכא דסובר דמהני פדיון שייך לחלק בין ע"ז לשאר איסורים משא"כ לרבנן דלא מהני פדיון אין לחלק בין ע"ז לשאר איסורים ושפיר כתב רש"י דמצי אתיא כת"ק ודו"ק:

והנה לפי שיטת הרמ"ה דבע"ז אסור זוז"ג והקשו עליו מההיא גינתא דאיזדבל בזבל דע"ז דשרי משום דחשוב זוז"ג ועיין בט"ז סימן קמ"ב דמחלק דכל היכי שיש הכרח להאיסור אז אע"ג דיש גורם היתר אסור בעבודת כוכבים מש"ה בתנור חדש שנגמר בעצי איסור ופת שנאפה בעצי איסור שא"א לפי להיות נאפה כלא עצים ע"כ אסור משא"כ בגינתא הנ"ל דהזבל אינו רק משביח הקרקע ואינו עושה רק שבח לחוד אבל מ"מ אפשר להיות זולתה אלא שלא היה טוב כ"כ אז אפי' בע"ז מותר יע"ש ולפ"ז בפשיטות ניחא קושית הפ"י דיש לומר דשמואל מחלק כן אפי' בשאר איסורים דהיכי דאי אפשר בלא האיסור אז אוסר זוז"ג אפי' בדיעבד משא"כ בגינתא הנ"ל דאינו עושה רק שבח לחוד וע"כ סובר דשרי וניחא בזה קושית הרמב"ן בע"ז דהקשה על הא דפריך הגמ' וסובר ר"י זוז"ג אסור והאמר שמואל מודה ר"י שאם נטע והבריך שמותר והקשו דהא התם קתני שאם נטע בדיעבד וע"כ מותר ומ"מ לכתחלה מודה שאסור ועיין בר"ן שם ולפי הנ"ל יש לומר דקושית הגמ' אזלא דכיון דחזינן דמתיר ר"י בדיעבד אפי' בגורם איסור שא"א בלא זה א"כ מהראוי לומר בזוז"ג דמתני' דאינו רק משביח לחוד דשרי לכתחלה:

והנה יש להסתפק למ"ד דזוז"ג אסור אי אסור מדאורייתא או רק מדרבנן והנה לפי מה דאיתא בתוספות פסחים (דף כ"ח) ד"ה תנן דהקשו לרבנן דסוברים בחמץ מפרר וזורה לרוח ולא חיישי לזבל ובע"ז חיישי לזבל ותירצו דחמץ שאני דכתיב לא יאכל ושרי שלא

כד"א אבל בע"ז לא כתיב אכילה ואסור אפי' שלא כד"א וע"כ חיישי לזבל ועיין במל"מ דתמה דאפי' שכד"א איסור דרבנן איכא ובאמת יש לומר בפשיטות לפי מה שהקשו דמה בכך דנעשה זבל ומגדל צמחין הא א"מ לעשות זבל כדי ליהנות ממנו ודבר ש"מ שרי וע"כ משום דהוי פ"ר ושיטת תה"ד דאיסור דרבנן שרי פ"ר וא"כ כיון דהוי שכד"א וליכא רק איסור דרבנן ושרי פ"ר אך במל"מ איתא דכיון דהוי שכד"א וליכא רק איסור דרבנן ואז שרי זוז"ג דכיון דגורם איסור הוא רק איסור דרבנן ועיין בס' שעה"מ דהקשה דהא בע"ז פריך הגמ' על רבנן דסוברים דנעשה זבל ואמאי ליהוי כע"ז שנשתברה מאליה ומשני גזירה שמא מגבהה והדר מבטל לה אלמא אע"ג דליכא רק גזירה דרבנן אסרו זוז"ג יע"ש:

ונראה דכיון דקיי"ל כר"ש דאינו אסור לאחר הפסח רק משום קנס הואיל ועבר על ב"י ולפ"ז בביטלו דלא עבר על ב"י ושרי לאחר פסח ולפ"ז בלא"ה ל"ח לזבל דכיון דכ"ע מבטלין א"כ מה בכך דמגדל צמחים לאחר פסח וא"כ אפי' גורם איסור דרבנן ליכא וא"כ ל"צ לומר משום דחשוב שכד"א דבלא"ה ל"ח לזבל דליכא גורם דאיסור אך בירושלמי פליגי ר"י ור"ל דר"י אוסר אפי' בביטלו משום דחיישינן להערמה ור"ל מתיר דל"ח להערמה ולפ"ז יש לומר דהתוס' לא הוצרכו לומר משום דחמץ חשוב שכד"א רק לר"י לשיטתו והוא סובר דנשתברה מאלי' אסור ול"צ לומר משום גזירה הנ"ל ויש לומר דבאיסור דרבנן שרי זוז"ג ואליבא דר"ל לשיטתו דשרי בנשתברה מאליה לדידיה יש לומר נהי דע"כ שמעינן דאפי' באיסור דרבנן אסור זוז"ג מ"מ בחמץ אפי' איסור דרבנן ליכא כיון שביטלו ועכ"פ שמעינן דאליבא דר"י באיסור דרבנן שרי זוז"ג וא"כ ע"כ משום דזוז"ג אינו רק איסור דרבנן דאי איסור דאורייתא הוא מהראוי לומר דאפי' איסור דרבנן אסור זוז"ג ובזה ניחא קושית הפלתי סי' נ"ז דהקשה דאי אמרינן דאפי' אי טריפה אינה יולדת מ"מ זכר טריפה יכול להוליד א"כ תקשה הא דדחיק הגמ' בחולין פרק א"ט בולד טריפה היכי משכחת לה אי טריפה אינה יולדת והוצרך הגמ' לומר דאיירי בעוברה ולבסוף נטרפה ופליגי בעובר או ירך אמו או לא. וקשה דהא מבואר בחולין (דף ס"ט) דלמ"ד חוששין לזרע אב גם זכר אוסר תולדותיו כמו הנקבה וא"כ לוקמא בכה"ג בזכר טריפה ור"א ור"י מספקא אי חוששין לזרע האב ופליגי אי זוז"ג אסור אי לאו ולפי הנ"ל ניחא דכיון דאפי' אי איסור זוז"ג הוא רק מדרבנן וא"כ אי האב הוא טריפה דכיון דרק חוששין לזרע האב חשוב ספק דרבנן ולקולא וע"כ דאיירי דהאם היא טריפה וא"כ אי אינה יולדת לא משכחת לה רק בעיברה ולבסוף נטרפה ופליגי בעובר ירך אמו אי לא. וניחא בזה קושית התוס' חולין (דף י"א) ד"ה אתיא מפרה אדומה דכיון דפרה בת שתי

שנים א"כ יש לומר משום דאוקמא על חזקתה שאינה טריפה למ"ד דטריפה אינה חיה יע"ש:

ונראה דהנה למ"ד דטריפה חיה פליגי בזוז"ג אך למ"ד דטריפה אינה חיה ע"כ פליגי בעובר ירך אמו והנה בס' פרדס דוד הקשה דע"כ קושית הגמ' מנ"ל דאזלינן בתר רובא קאי לר"א דסובר בכריתות דחתיכה אחת שנינו דלדי' ס' אסור מה"ת דאל"כ יש לומר דלעולם דל"א בתר רובא אך משום דכל ספיקות שרי מהתורה אך לר"א דע"כ ס' אסור מהתורה דאל"כ לא משכחת אש"ת ולפ"ז דכיון דע"כ הסוגיא קאי לר"א הוי ליה להוכיח בפשיטות לר"א דס"ל ולד טריפה לא יקרב לגבי מזבח וה"ה להדיוט דאסור והיינו דמצינו ולד טריפה שעיברה ולבסוף נטרפה א"כ אי לא אזלינן בתר רובא חיך אוכלין בשר או מקריבין קרבן דילמא האי בהמה הוא ולד טריפה שאמו נתעברה ולבסוף נטרפה אלא ודאי דאזלינן בתר רובא יע"ש ולפי הנ"ל ניחא דכיון דאפילו לר"א דאוסר זוז"ג הוא רק מדרבנן א"כ אין ראי' דאזלינן בתר רובא מדאורייתא ולפ"ז לא קשה קושית התוס' הנ"ל דלמ"ד דטריפה אינה חי וה"ה דאינה יולדת אז ע"כ פלוגתא דר"א ור"י בעובר ירך אמו ובעיברה ולבסוף נטרפה א"כ בפשיטות יש להוכיח דאזלינן בתר רובא דאל"כ לר"א לא מצינן להקריב שום קרבן דהשתא הוי איסור דאורייתא דליכא זוז"ג וע"כ דאזלינן בתר רובא וע"כ דהסוגיא קאי אי טריפה יולדת דהשתא פליגי בנטרפה ולבסוף נתעברה ופליגי בזוז"ג דהשתא אין להוכיח דאזלינן בתר רובא דכיון דאיסור דזוז"ג רק מדרבנן ואז יש להוכיח שפיר מפרה אדומה וניחא בזה קושית הפלתי דהקשה לשיטת מהרש"ל דמיעוט טרפות חי וכן יולדת א"כ תקשה אפי' למ"ד טריפה אינה יולדת משכחת פלוגתא דר"א ור"י בנטרפה ולבסוף נתעברה דכיון דיש במציאות טריפה המוליד וע"ז פליגי ר"א ור"י אי יש להכשיר הולד ופליגי בזוז"ג יע"ש ולפ"ז ניחא דכיון דאיסור דזוז"ג הוא מדרבנן וכיון דרוב אינה יולדות א"כ ל"ש ובמילתא דל"ש לא גזרו ועי' בפלתי ס' מ' ולא אסרו חכמים זוז"ג וע"כ אי אינה יולדות פליגי בעובר ירך אמו:

ובזה ניחא קושית התוס' ע"ז (ד' כ"ד) ד"ה ישראל דהקשה לאב נמי אמאי לא צריכין שמירה דאליבא דר"א קיימינן דאית ליה זוז"ג אסור יע"ש ולפ"ז ניחא דכיון דרק ס' הוא אי חוששין לזרע האב וזוז"ג האיסור מדרבנן חשוב ס' דרבנן ולקולא אך תקשה מהא דאיתא בע"ז (ד' מ"ד) דמקשה ר"י על רבנן דאסרו זוז"ג מהא דכתיב בתורה ואת חטאתכם אשר עשיתם לקחתי וכו' וקשה הא מהתורה שרי לכ"ע זוז"ג ובלא"ה קשה לפי מה דאיתא במג"א משום הכי אסרו בע"ז זוז"ג משום דאוסר במשהו וע"כ ה"ה בהקדש

ובחמץ וזה דאוסר בע"ז במשהו רק מדרבנן וע"כ מהתורה שרי זוז"ג משא"כ אליבא דאמת דאסרו במשהו אסור זוז"ג:

וגם לפי מה שפי' המל"מ הנ"ל דכוונת התוס' דמש"ה לא חיישי רבנן לזבל בחמץ משום דשרי שלא כד"א ואע"ג דאיסור דרבנן איכא אך כיון דאינו רק ס' שנעשה זבל וס' דרבנן ולקולא ותקשה לשיטת הרמב"ם דס' דאורייתא מה"ת לקולא א"כ אין ראי' מהקרא דשרי דכיון דאינה רק ס' מהתורה שרי ס' איסור ולפי הט"ז ניחא דסובר דהיכי דכתיב היתר בפירוש בתורה לא יוכלו חכמים לגזור ושפיר מקשה ר"י על רבנן אך תקשה הא דסוברים דתע"ז נהי דאסור באכילה מהתורה מ"מ בהנאה לא אסור רק מדרבנן ועי' תוס' ב"ק ובחולין וקשה מההיא גינתא דאיזדבל בזבל דע"ז ועי' בע"ז דמסיק דהא הלכה כר"י דזוז"ג שרי ות"ל דלכ"ע מותר דבאיסור דרבנן לכ"ע זוז"ג שרי אלא ודאי דאסור בהנאה מהתורה תקרובת של ע"ז:

וגם קשה הא דאיתא בחולין ולפלגו להדיוט ומשני כח דהיתרא עדיף וקשה אי זוז"ג אסור רק מדרבנן ובדרבנן כח דאיסורא עדיף ודו"ק:

זמן בגט

עי' בסוגיא דפליגי ר"י ור"ל דר"י סובר דזמן משום ב"א ור"ל סובר דזמן משום פירות ומקשה והא איפכא שמעינן להו ומשני איפוך ועי' בראש"ש דמפלפל אי איפוך קמייתא או איפוך בתרייתא ושיטת הירושלמי דאיפוך קמייתא ור"י סובר דזמן משום פירות:

ועי' בתוס' שם דהקשה על הא דקאמר דמש"ה לא תקנו זמן משום ב"א משום דזנות ל"ש הא תקנו דבתולה נשאת ליום ד' משום זנות וע"ש ובשמ"ק תירץ דיש לחלק בין ארוסה לנשואה דבארוסה זנות שכיח דל"ש דהבעל משמרה משא"כ בנשואה זנות לא שכיח ובזה ניחא קושית התוס' שם דאיך יכול לחפות ולא אוקמא על חזקת א"א והשתא נתגרשה ובתוס' כתבו משום דהיא גרושה לפנינו ועוד דאוקמא בחזקת צדקת דלא זינתה כשהיא א"א וכבר כתבו המפרשים דזה התירוץ לבד לא סגי דאפי' זינתה כשהיא פנוי' איתרע חזקת צדקת שלה ועי' בפ"י. אך לפי השמ"ק הנ"ל יש לתרץ דיותר יש לומר דזינתה לאחר גירושין דאז ל"ש דבעל משמרה ושכיח זנות משא"כ כשהי' א"א ל"ש זנות. אך תקשה הא דמקשה הגמ' לקמן קא פסיק ותני ל"ש מאירוסין ול"ש מנישואין בשלמא מנישואין איכא הן משום ב"א והן משום פירות אלא בארוסה בשלמא למ"ד משום ב"א איכא אלא למ"ד משום פירי ארוסה מי אית לה פירי וקשה דאפי' למ"ד משום ב"א לא ניחא דקשה קושית תוס' הנ"ל דאוקמא על חזקת א"א ואין לומר דיותר יש לומר דזינתה

לאחר גירושין דאז זנות שכיח משא"כ קודם גירושין דאז זנות ל"ש דליתא דהא בארוסה זנות שכיח:

אך נראה דאליבא דר"י יש לומר דגם בארוסה ל"ש זנות ואעפ"כ עשו תקנה משום ב"א דהא בנשואה בודאי ל"ש ואפ"ה סובר משום ב"א ולפ"ז ניחא קושית העולם על השמ"ק דסובר דבארוסה זנות שכיח דא"כ מאי פריך אלא בארוסה ליכא משום פירי והא בארוסה גם ר"ל מודה משום ב"א וע"כ נראה דא"כ לא יכול לחפות דאוקמא על חזקת א"א דהא בארוסה אין חילוק בין לאחר גירושין או קודם גירושין דבתרווייהו זנות שכיח וע"כ דגם בארוסה ל"ש זנות א"כ ליכא תקנה משום ב"א דבשלמא לר"י עשו תקנה אע"ג דל"ש לדי' יש לומר דגם בארוסה ל"ש זנות וע"כ קאמר משום ב"א איכא דאז י"ל דיותר מהראוי לומר דהזנות הי' לאחר גירושין משום דשכיח דל"ש דבעל משמרה משא"כ קודם גירושין:

וגם נראה על קושית העולם הנ"ל דהנה הרמב"ם סובר דבועל הפנויה דעובר על לאו דלא תהי' קדשה ושיטת הראב"ד דווקא במזומנת והיא המופקרת לכל אדם ועי' במ"מ שם שהביא ראיה לשיטת הרמב"ם הנ"ל מהא שאמרו דחזקה דאין אדם בועל בעילת זנות ואי אינו רק איסור דרבנן באיסור דרבנן לא זהירי כל כך וע"ש. והקשה דא"כ איך משכחת דמפותה ישלם קנס הא אין אדם לוקה ומשלם והיינו לר"ל דסובר דחייבי מלקות שוגגין פטור מלשלם וכתבו דאליבא דר"ל ע"כ ליכא לאו דלא תהי' קדשה והרמב"ם לא פסק כן רק לדידן דקיי"ל כר"י דחייבי מלקות שוגגין לא פוטר מתשלומין:

ובזה ניחא מה שהקשו על שיטת הרמב"ם דסובר דכל חייבי לאוין ליכא מלקות רק ע"י קידושין והקשו מהא דפריך הגמ' פ' א"נ אי כר"י קשיא ממזרת דאמאי משלם קנס הא בלא קידושין ליכא מלקות ועי' בפ"י וע"כ נראה לפי מה דאיתא בס' ח"ס דטעמא של הרמב"ם דכתיב דור שלישי יבוא להם וד' לא צוה לבוא בזנות דהא הוא סובר דבזנות עובר משום קדשה וע"כ הרמב"ם לשיטתו יפה כתב איך שייך דור שלישי יבוא בזנות הא אסורה אלא ודאי דהתורה דאמרה דור שלישי יבוא וכו' היינו ע"י קידושין וקודם דור שלישי לא יבוא ע"י קידושין ע"ש והתם ע"כ קאי קושית הגמ' אי כר"י קשיא ממזרת לר"ל לשיטתו דסובר דחייבי מלקות שוגגין פוטר ולדידי' ע"כ דליכא משום קדשה רק במופקרת דאל"כ לא משכחת דמפותה ישלם קנס וממילא יש לומר דלא בעינן בחייבי לאוין קידושין ואעפ"כ קרינן הא דור שלישי יבוא להם וע"כ שפיר פריך אי כר"י קשיא ממזרת:

ולפ"ז כיון דאליבא דר"ל ע"כ ליכא לא תהיה קדשה רק במופקרת הא לא"ה ליכא רק איסורי דרבנן ועל דרבנן ל"ש חזקה דא"א בועל בעילת זנות דלא מיזדהרי ולפ"ז גם בארוסה דזנות שכיח ואין חילוק בין קודם גירושין או לאחר גירושין מ"מ יכול לחפות ולא אוקמא על חזקת א"א משום דאוקמא על חזקת צדקת ול"ש לומר דאפי' אי זינתה לאחר גירושין עברה על חזקת צדקת דליתא דכיון דליכא לאו דקדשה א"כ יותר יש לומר דלא זינתה כשהי' א"א רק לאחר גירושין וע"כ קאמר למ"ד משום ב"א איכא אפי' בארוסה והיינו לפי הירושלמי דאפיך קמייתא ור"ל סובר משום ב"א ואליבי' איכא חזקת צדקת דלא זינתה קודם גירושין אלא למ"ד משום פירי והיינו ר"י ולדידי' נהי דבארוסה זנות שכיח מ"מ לא יכול לחפות דאוקמא על חזקת א"א וחזקת צדקת ליכא דאפי' זינתה לאחר גירושין עברה משום קדשה דהא לר"י איכא משום קדשה דהא הוא סובר דחייבי מלקות שוגגין לא פוטר מלשלם ובארוסה אין חילוק בין קודם או לאחר גירושין דאפי' קודם זנות שכיח וא"כ ראי' לשיטת הירושלמי דאפיך קמייתא ור"י סובר משום פירות:

ובעיקר הקושיא שהקשו על הרמב"ם הנ"ל דסובר בכל חייבי לאוין בעינן קידש יקשה מהא דפריך אי כר"י קשיא ממזרת וע"כ נראה דהא בס' אור חדש הקשה הא דקיי"ל דממזר פוטר מיבום וקשה הא אין ממזר רק מחייבי כריתות וכיון דעונש כרת דהוא וזרעו נכרתין וזרעו נכרת בחיו ולא משכחת דנשאר בן ממזר ויפטור מיבום ותירצו דמשכחת דכבר לקה וקיי"ל דכל חייבי כריתות שלקו נפטרו מכרת אך תקשה לר"י דסובר דמלקות ליכא בחייבי כריתות א"כ לא משכחת דלקה בב"ד ותירצו דמשכחת לר"י דסובר דא"י ועבד הבא על ב"י הולד ממזר משום דאין להם קידושין ועי' בתוס' יבמות ובקידושין דמא"י ליכא ממזר דליכא לאו בביאת א"י וע"כ לא משכחת ממזר רק מעבד ועי' בס' פרדס דוד דכתב דאי מעבד הוי ממזר וע"כ משום דלאו דקדשה קאי על עבד ולא כשיטת הרמב"ם דקאי על בועל את הפנויה שלא לשם קידושין ולפ"ז דכיון דליכא לאו דקדשה יש לפרש הא דור שלישי יבוא בלא קידושין וכל חייבי לאוין הן אפי' בלא קידושין וע"כ מקשה שפיר אי כר"י קשה ממזרת דכיון דר"י סובר דליכא מלקות בחייבי כריתות וא"כ לא משכחת ממזר דפוטר מיבום רק מעבד וע"כ דלאו דקדשה קאי על עבד וממילא לא בעינן קידושין בכל חייבי לאוין ושפיר פריך אי כר"י קשה ממזרת. אך לדידן משכחת ממזר דפוטר מיבום היכי דכבר לקה דלא קיי"ל כר"י ואיכא מלקות בחייבי כריתות:

וגם יש לומר דכיון דרבה סובר בכתובות דבטעות אשה אחת ל"צ גט ולית ליה חזקה דא"א בועל בעילת זנות וע"כ משום דסובר דלאו דלא תהיה קדשה לא קאי על זה בבועל שלא לשם קידושין וממילא לדידי' כל חייבי לאוין לא בעינן קידושין וע"כ על רבה

לשיטתו שפיר מקשה קשי' ממזרת וניחא קושית התוס' דאמאי לא קשה על ר"פ גופה דהוא סובר ג"כ כרבה דבקנס מת ומשלם וע"ש אך לדידי' יש לומר כר"י ומ"מ לא קשיא ממזרת דבעינן קידש ומש"ה לא מקשה רק על רבה לשיטתו אך יש להקשות מהא דאיתא בכתובות (ד' ע"ד) המקדש על תנאי ובעל צריכה גט ולאפוקי מהאי תנא דאמר ר"י אמר שמואל והיא לא נתפשה אסורה הא נתפשה מותרת ויש לך אחרת שאע"פ שלא נתפשה מותרת ואיזו זו שקידושיה קדושי טעות ממאנת והולכת לה וקשה אי אמרינן כשיטת הראב"ד דליכא משום קדשה מה"ת א"כ אין ראי' מקרא מהתורה דליכא איסור וליכא חזקה דא"א בועל בעילת זנות וע"כ בקידושי טעות ממאנת משא"כ אליבא דאמת דאסרו חכמים בעילת זנות ואיכא הך חזקה דא"א בעילת זנות וע"כ צריכה גט וע"כ כשיטת הרמב"ם דאיסור דאורייתא איכא משום קדשה:

ולכאורה יש עוד ראיה דאפיך קמייתא מהא דאיתא בגיטין פ' הזורק ההוא ש"מ דכתב גיטא לדביתהו וכו' עד אתו לקמיה דרבא אמר להו זילו אמרו ליה ליקני' לההוא דוכתא וכו' ופריך חצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה ומסיק דגיטא וחצירה באים כאחת והקשה ברשב"א בס"ד דלא ידעינן מזה על מתני' הוי ליה להקשות דקתני בנתן לחצירה דמגורשת והא מה שקנתה אשה קני בעלה וע"ש לכאורה יש לומר דלפי מה דאיתא בשמ"ק דאפי' לר"י דסובר דק"פ כקה"ג זה דווקא היכי בכותב נכסיו לבניו גוף מהיום ופירות לאחר מיתה דכיון שהי' הגוף והפירות מתחלה של האב רק שהוא נותן הגוף לבנו אלים ק"פ של אב כקה"ג משא"כ נכסי מלוג שהשדה והפירות היה של האשה רק כיון שנשאת הפירות הם של הבעל לא אלים ק"פ דבעל למהוי כקה"ג וע"ש:

ולפ"ז ניחא קושית הרשב"א דעל מתני' לא קשה דלא אלים ק"פ דבעל למהוי כקה"ג וע"כ חשיב חצירה אע"ג דבעל אוכל הפירות משא"כ הכא דהיה מקודם הגוף והפירות של הבעל רק עכשיו מקנה לה לדוכתא וכיון דאכתי יש לו פירות ע"כ חשוב כקה"ג לר"י וע"כ קשה שפיר חצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה.

וגם נראה לפי מה דאיתא בס' שמ"ק דקנין חצר בעינן דהחצר יהיה שלו מכבר ואח"כ הקנה לו החפץ אבל שניהן כאחד לא ועי' בש"ך ס' ס' קצ"ח והקשו דהא אמרינן בהדי' ר"פ הזורק חצירה וגיטה באין כאחד ועי' בקצה"ח דמתרץ דגבי גט דחצר דאשה מדין יד אתרבי התם הוא דאמרינן דגיטה וידה באין כאחת אבל חצר דגברא דהוא מתורת שליחות לא אמרינן חצירו ומתנתו באין כאחד והנה הא דחצר דאשה הוא מתורת יד משום דלא מצינן לומר דהוא מתורת שליחות משום דגט אשה הוא חוב לה ולפ"ז היכי דהגט הוא זכות לה כגון במקום יבום ועי' ביבמות אז החצר דאשה ג"כ מתורת שליחות

ולפ"ז על מתניתין לא היה קשה חצירה מה שקנתה אשה וכו' דידע משום דגיטה וחצירה באין כאחד רק הכא מקשה שפיר דכיון דהוא במקום יבום וזכות הוא לה וחצר הוא משום שליחות ולא מהני באין כאחד ובעינן דהחצר יהיה שלה מכבר:

וגם נראה דהנה בקידושין איבעיא סלע של שניהם מהו והקשה בתוס' דהא חצר השותפים אין קונין זה מזה ותירץ בס' טיב קידושין דווקא היכי דשניהם הוא מתורת שליחות החצר אז אין קונין זה מזה משא"כ הכא דכיון דחצר דגברא הוא מתורת שליחות וחצר דאשה הוא מתורת יד וע"כ אלים הוא אע"ג דהוי חצר השותפין קונין זה מזה ע"ש:

ובזה ניחא קושית הקצה"ח על הסוברים דחצר הנפקד חשוב חצר המפקיד עי' ברשב"ם ב"ב ועי' בראש פסחים ותקשה מהא דאיתא בקידושין התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך וכו' ובמאי קנתה דכיון דחשוב בחצר המפקיד וע"ש . וע"כ נראה נהי דחשוב חצר המפקיד מ"מ חשוב חצר הנפקד ג"כ דהא להמפקיד אין לו כח ק"פ וחשוב חצר השותפין דאין קונין זה מזה וזה תינח בעלמא הכי דלשניהם הוא מתורת שליחות משא"כ הכא נהי דחשוב חצר השותפין מ"מ מהני דכיון דאצלה הוא מתורת יד ואצלו הוא מתורת שליחות ואלים הוא דתקנה. ובזה ניחא קושית הרשב"א דפשיטא דנהי דקנה בעלה יען דיש לו אכילת פירות מ"מ לא מפקיע כח רק דידה דחשוב חצר השותפין וא"כ על מתניתין לא קשה דכחה עדיף דהוא מתורת יד משא"כ הכא דבמקום יבום וזכות הוא לה והוא ג"כ משום שליחות כמו הבעל ואז חצר השותפין אין קונין זה מזה וע"כ פריך מה שקנתה אשה וכו' וחשוב חצר השותפין דאין קונין זה מזה:

אך העיקר נראה לי דהנה אי אמרינן דמשעה שנתן עיניו לגרשה שוב אין לבעל פירות לא קשה קושית הגמ' מה שקנתה אשה וכו' דהא משעת כתיבה שוב אין לבעל פירות רק קושית הגמ' אזלא אי יש לבעל פירות עד שעת נתינה. והנה אי אמרינן דק"פ לאו כקה"ג דמי ג"כ לא קשה קושית הגמ' דנהי דיש לבעל פירות מ"מ חשוב חצירה ולפ"ז על מתני' לא קשה דאליבא דר"י דסובר דק"פ כקה"ג לא קשה דהוא סובר לשיטת הירושלמי כר"ל דמשעת כתיבה אין לבעל פירות אליבא דר"ל דסובר לשיטת הירושלמי משום ב"א וממילא דסובר דיש לבעל פירות עד שעת נתינה לא קשה דהא ר"ל סובר דק"פ לאו כקה"ג וחשיבה, חצירה וע"כ לא קשה על מתניתין משא"כ על ההיא עובדא פריך שפיר דהא הקשה דהא גט מוקדם הוא ותירצו דאיירי במאוחר ובראש בגיטין איתא דבמאוחר לכ"ע יש לו פירות עד השעה שהגט חל ולא מפסיד הפירות משעת כתיבה וע"ש וע"כ קשה לר"י דסובר דק"פ כקה"ג דמי חצרה מה שקנתה אשה וכו ואם כן ראיה לשיטת הירושלמי דאפיך קמייתא:

וגם נראה דהא הקשו קושיא הנ"ל על שמ"ק דסובר דבארוסה זנות שכיח א"כ תקשה מאי פריך הגמ' אלא בארוסה דלמ"ד משום פירי ארוסה מי איתא לה פירי הא בארוסה דכיון דזנות שכיח גם ר"ל מודה משום ב"א. וע"כ נראה דהא הקשו לפי מה דפליגי לקמן רבי ורשב"ג דרבי סובר דבטלו מבוטל ורשב"ג סובר דאין יכול לבטלו ומסיק דהפקיעו הקידושין והקשה בתוס' דא"כ יחפה על ב"א דישלח לה גט ויבטל שלא בפני השליח ואז אפקיעו לקידושין והיתה פנויה אז ותירץ ברשב"א דזה לא יעשה דאז יהיה כל הבעילות שבעל ביאת זנות והקשו דא"כ מה קאמר הגמ' אלא בארוסה בשלמא למ"ד משום ב"א איכא הא בארוסה ל"ש דבודאי לא יעשה ביאת זנות וא"כ גם משום ב"א ליכא דיכול לשלוח גט ויבטל שלא בפני השליח ואז הפקיעו לקידושין ופטור ממיתה ותירצו דהא קיי"ל כרבי דבטלו מבוטל וא"כ לא יכול להפקיע הקידושין אך תקשה לפי מה דאיתא בתוס' שם דגם קודם תקנת ר"ג היה תקנה שלא לבטל למ"ד בפני שנים שלא לבטל בפחות ולמ"ד שהיה מבטלו בפני שלשה שלא לבטלו בפני שנים ובזה מודה רבי דאי ביטלו לא מבוטל וע"ש. וע"כ משום דהפקיעו הקידושין וא"כ כתי תקשה דבארוסה דל"ש דיהיה בעילת זנות וא"כ יכול לחפות דישלח גט ויבטל שלא בפני השליח בפחות משנים או למ"ד בפני שלשה דיבטלו בפני שנים ואז מדינא בטל רק דהפקיעו הקידושין ואמאי ניחא למ"ד משום ב"א אך נראה דהא ר"י סובר משום ב"א והוא סובר דבפני שנים היה מבטלו ואי יבטל בפני אחד מדינא לא מועיל הביטול דאין דבר שבערוה פחות משנים ול"צ להפקעת קידושין וע"כ קאמר דלמ"ד משום ב"א ניחא אלא לר"ל דסובר משום פירות נהי דבארוסה מודה מ"מ הא ר"ל סובר לקמן בפני שלשה וא"כ אכתי יכול לחפות דיבטל בפני שנים ומדינא מהני וע"כ דהפקיעו הקידושין א"כ אכתי יכול לעשות כן וב"ז ל"ש בארוסה ושפיר פריך הגמ' דכיון דר"ל סובר משום תקנת עגונות וע"כ דסובר בפני שלשה משא"כ ר"י דסובר משום תקנת ממזרין משום דסובר בפני שנים כדאיתא לקמן ואי יבטל בפני אחד מדינא לא מהני דאין דבר שבערוה פחות משנים וע"כ ניחא לדי'

ובזה ניחא הא דבירושלמי סובר דאפיך קמייתא דלשיטתו אזיל דסובר דר"י סובר משום עגונות והיינו דסובר בפני שלשה וא"כ אי ר"י סובר ב"א איך ניחא לדידי' בארוסה הא אכתי יכול לחפות דיבטלו בפני שנים והפקיעו הקידושין וע"כ דמ"ד משום ב"א והוא ר"ל סובר לשיטת הירושלמי מפני ממזרת משום דסובר בפני שנים ואי יבטל בפני אחד מדינא לא מהני משא"כ הש"ס דידן דר"י סובר תקנת ממזרת ע"כ ר"י סובר ב"א וע"כ ניחא לדידי':

והנה לפי מה דאיתא בירושלמי להקשות קושית הש"ס דידן בקידושין למ"ד דלא אתא דיבור ומבטל דיבור ממתני' בראשונה היה מבטלו דהיה עושה ב"ד במקום אחר ומבטלו ני דכח ב"ד שאני דיש להם כח וע"ש ולפ"ז אי יבטל או בפני שנים ומכ"ש בפני אחד מדינא לא מועיל משום דלא אתא דיבור ומבטל דיבור וא"כ לא יכול לחפות אפי' בארוסה דליכא ביאת זנות רק למ"ד דאתא דיבור ומבטל דיבור ולא בעינן ב"ד וא"כ אי יבטל בפני שנים מדינא מהני רק מתקנת חז"ל לא מועיל ואז ע"כ משום דהפקיעו הקידושין ויכול לחפות ולפ"ז ג"כ ניחא דבשלמא למ"ד משום ב"א והוא ר"ל דסובר בקידושין דלא אתא דיבור ומבטל דיבור וע"כ בעינן ב"ד ובפחות משלשה מדינא לא מהני ול"צ להפקעת קידושין וע"כ ניחא לדידי' אלא למ"ד משום פירות והוא ר"י דסובר דיבור מבטל דיבור ואי יבטל בפחות משלשה מדינא מהני רק מתק"ח לא מהני וע"כ דהפקיעו הקידושין ואכתי יכול לחפות אע"ג דבארוסה זנות שכיח מ"מ ל"ש לתקן זמן משום ב"א דאכתי יכול לחפות וראיה לשיטת הירושלמי דאפיך קמייתא:

וגם נראה דהנה לקמן פליגי רבי ורשב"ג אי יכול לבטל זה שלא בפני זה ופליגי אי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה והקשה בתוס' שם דילמא לעולם דסובר רבי דבטלה כולה ויכול לבטל היינו בדיעבד דהא רבי סובר דבטלו מבוטל ותירצו דבשלמא לעיל סובר דמבוטל משום דליכא למיחש כולי האי דאי יתוודע לשליח לא יתן לה משא"כ הכא אפי' אי יתוודע יהיו סוברים דלא בטלה כולה וע"כ מודה רבי דאינו מבוטל וע"ש. וא"כ אכתי תקשה מאי קאמר למ"ד משום ב"א איכא הא בארוסה דכיון דליכא משום ב"ז א"כ יכול לחפות דיאמר לעשרה כתבו גט ויבטל זה שלא בפני זה ובזה מודה רבי דאינו מבוטל ובעינן הפקעת קידושין ובשלמא בנשואה לא יעשה כן משום דיהיה ב"ז משא"כ בארוסה אך ברא"ש מס' מכות מביא הירושלמי דפליגי בזה ר"י ור"ל אי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דר"י סובר דבטלה כולה ור"ל סוב' דלא בטלה כולה וע"כ קאמ' הגמ' בשלמא למ"ד משום ב"א והוא ר"ל דסובר דלא בטלה כולה וא"כ לא יכול לחפות ע"י דיאמר לעשרה כתבו גט ויבטל זה שלא בפני זה דכיון דלא בטלה כולה אלא למ"ד משום פירות והוא ר"י א"כ נהי דבארוסה זנות שכיח מ"מ אכתי יכול לחפות ע"י דיבטל זה שלא בפני זה ור"י סובר דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וראיה לירושלמי דאפיך קמייתא:

ומה שהקשו על הרי"ף דפסק כר"י דבטלה כולה ופסק בעבד שהביא גיטו וכתוב בו כל נכסיי קנויין לך דעצמו קנה נכסים לא קנה ופ"ד כרבא בגיטין (דף ט') ואמאי ל"א דעדות שבטלה מקצתה בטל כולו ועי' בתומים ס' נ"א. ונראה לפי מה דאיתא ברא"ש

שם דעיקר הטעם דבטל כולו משום דדמי לנמצא אחד מהעדים קרוב או פסול דבטל כל העדות ואפי' הן מאה עדים וה"ה בזה לא אמרינן דעדות הרחוקים קיים. ולפ"ז לפי מה דאיתא במל"מ דפסול דרבנן לא מבטל כל העדות וע"ש ולפ"ז מהראוי לומר דה"ה לענין עדות שבטלה מקצתה היכי דנתבטל מקצתה רק מדרבנן דלא בטלה כולו ולפ"ז קיום שטרות דהוא רק מדרבנן ומדאורייתא מועיל העדות דבפני נכתב אפי' לנגד הנכסים דהא מדאורייתא ל"צ קיום ורק מדרבנן לא מהני על נכסים וע"כ באופן זה ל"א דבטלה כולה וע"כ סובר נהי דנכסים לא קנה אבל עצמו קנה ובזה ניחא קושית התוס' בכתובות (דף צ"ב) ד"ה דינא הוא דהקשו שם דמאי נ"מ שיטעון עמו ראובן או שמעון מה ירויח שמעון בכך ואין לומר דנ"מ שהעדים המקיימין השטר הן קרובים לראובן ואין קרובים לשמעון ואי לא יהיה ראובן בע"ד יהיה יכול לקיימו דליתא דאפי' משתעי דינא בהדי שמעון לא מצי מקיימו דכיון דאי טריף ליה מיניה בתר ראובן אזיל כמו אילעא וטובי' קרובים דערבא הוי סבר ר"פ למימר גבי לוה ומלוה רחיקי א"ל ר"ה וכו' אי ליתא ללוה לאו בתר ערבא אזיל וע"ש וע"כ נראה לפי מה דאיתא ברא"ש דהקשה אמאי לא אמרינן דפ"ד ותירץ הראב"ד דאדרבה דאמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ודווקא היכי דהוא שם בע"ד אז ל"ש לומר עדות שבטלה וכו' עד אבל היכי דהוא קרוב בטלה כולה ולא פ"ד. דהא לא פליג רחמנא דאמר מה שנים נמצא א' קא"פ וכו' וע"ש וכיון דכבר אמרנו דבקיום לא בטלה כולה ופ"ד וא"כ יש לומר דעדים המקיימים הן קרובים וכו' ואין לומר דאפי' אי משתעי שמעון לא יכול לקיימו כמו באילעא וטוביה דליתא דהכא פ"ד כמו שהקשה ברא"ש ול"ש תירוצא דבטל כולה דבקיום ל"א כן דכיון דקיום הוא רק מדרבנן לא בטלה כולה ובזה ניחא הא דהקשה על הא דפריך הגמ' ב"מ פ' א"נ דשטר מוקדם דפסול נהי דלא טריף מזמן ראשון ליטרוף מזמן שני וכו' ואמאי לא אמרינן דעדות שבטל מקצתה בטל כולה וע"כ נראה לפי מה דאיתא בס' שעה"מ לתרץ קושית התוס' דהתם ע"כ אייירי במוקדם דהלואה היה בניסן ונכתב השטר אז אך החתימה היה בתשרי והזמן נכתב מזמן הלואה וכיון דש"ד ומה"ת אפי' מע"פ טורף מלקוחות רק מדרבנן לא טריף דכיון דליכא קלא רק מעת החתימה ובדרבנן בעינן חימוד ממון וע"כ לא נפסלו העדים וא"כ כיון דמדינא טורף אפי' מזמן ראשון וע"כ מקשה שפיר נהי דלא טריף מזמן ראשון יגבה מזמן שני ולא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטל כולו. אך הא חזינן דאביי סובר בגיטין (דף ח') בעבד שהביא גיטו וכתוב בו עצמך ונכסיי קנויין לך דמתוך שלא קנה נכסים גם עצמו לא קנה אלמא דסובר דאפי' בקיום לא פ"ד וע"כ הקשו התוס' שפיר על אביי לשיטתו דמאי נ"מ אי יטעון ראובן או שמעון. וע"כ נראה לפי מה דאיתא בתוס'

כתובות דכיון דקיום שטרות דרבנן לא אמרינן פ"ד כדי ליפסול השטר לומר דאנוסין היינו אך לא מחמת ממון רק מחמת נפשות ליפסול השטר וע"ש. ובזה ניחא הא דהקשו שם על רב"ח ועי' שם (דף י"ח ע"ב) דאמר רב"ח ל"ש היכי דכת"י יוצא ממקום אחר אינן נאמנין לומר אנוסים היינו שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון אבל אנוסים היינו מחמת נפשות נאמנין ופריך רבא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכי תימא הני מילי ע"פ אבל בשטר לא והא אמר ר"י עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד אלא כי אתמר אריש אתמר דנאמנין דווקא שאמרו אנוסין מחמת נפשות וכו' והקשו דמנ"ל לרבא לומר דאפי' באין כת"י יוצא ממקום אחר אין נאמנים אנוסין מחמת ממון דלא היה צריך לומר רק אפי' דמחמת נפשות אין נאמנין אפי' באין כת"י יוצא ממקום אחר דכיון שהגיד וכו' ולעולם דברישא נאמנין אפי' מחמת ממון וע"כ נראה דהא בהא תליא דהנה בתשובות מהרי"מ איתא דהא בס"ד היה סובר רב"ח דבאין כת"י יוצא ממקום אחר נאמנין אפי' מחמת ממון משום דמשמע דכל אחד מעיד עליו ועל חבירו דאנוסין א"כ נהי דאינו נאמן על עצמו פ"ד ונאמן ע"ח וזה הכל קודם דידעינן דעדים החתומים על השטר דנעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ומשום זה הקיום שטרות רק מדרבנן וא"כ היה סובר דקיום הוא דאורייתא ואמרינן פ"ד לפסול השטר ונאמן עכ"פ ע"ח משא"כ לפי מה דמסיק דנעשה כמי שנחקרה וכו' וקיום רק מדרבנן ואז ל"א פ"ד וממילא דאפי' באין כת"י יוצא ממקום אחר אין נאמנין לומר אנוסין מחמת ממון ובזה ניחא קושית התוס' הנ"ל דיש לומר שפיר דהעדים המקיימין השטר הן קרובים לראובן וכו' ואין לומר דאפי' לנגד שמעון לא יכול לקיימו כמו גבי אילעא וטוביה דעיקר הטעם דל"א פ"ד עי' בתשובות ת"ר דכיון דהרמב"ם סובר דהכשר שטר לאו דאורייתא וע"כ ל"א פ"ד ואמרינן דבטלה כולה והא דהכשר שטר מדרבנן משום דשיטת בעה"מ דעל עדות בכתב ליכא הזמה משום דהזמה חידוש הוא אין לך אלא חידושו רק בהעידו בע"פ ועי' בש"ך ס' ל"ח משא"כ אביי לשיטתו דל"ס דהזמה חידוש הוא ועי' כ"ק וממילא פ"ד ונ"מ שפיר במה דיטעון עמו ראובן:

גם נראה לתרץ קושית העולם הנ"ל דלכאורה תקשה נהי דקיי"ל כרבי דבטלו מבוטל מ"מ בארוסה דליכא משום כ"ז אפי' יהיה זמן יכול לחפות לפי מה דאיתא בראשונים ועי' בר"ן בגיטין פ' הזורק דאיך מתגרשת ע"י ד' אמות והא קנין ד"א הוא קנין מדרבנן ואיך מהני להתיר א"א ותירצו משום דהפקיעו הקידושין למפרע וא"כ יכול לחפות על ב"א דיזרוק לה גט בתוך ד"א שלה ואז הפקיעו הקדושין והיא פנויה מאז ובשלמא בנשואה לא יעשה כן דיהיה ב"ז משא"כ בארוסה ואמאי קאמר בשלמא למ"ד משום ב"א ניחא

ולכאורה אמרתי להביא ראיה לזה דע"כ צריכין לומר בד"א דהפקיעו הקידושין דהא איתא בכתובות (דף כ"ב) אמר ר"י שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת וכו' עד דמסיק אביי דאיירי בע"א אומר מת הימנוהו רבנן כתרי וכדעולא ואין דבריו של אחד במקום שנים סיפא עד אומר נתגרשה ועד אומר לא נתגרשה תרווייהו בא"א מסהדי והאי דאמר נתגרשה הוי ליה חד וכו' והקשו בתוס' דמשמע שלא ידעינן שהיא א"א כי אם ע"פ א"כ להימן להאי דאמר נתגרשה במיגו דאי בעי שתיק ותירצו דרוצה לפוסלה מכהונה וע"כ אומר נתגרשה והקשו בע"א אומר מת ל"צ לומר משום דהאמינו כתרי כדעולא ת"ל דיש לו מיגו דאי בעי שתיק והכא באומר מת ל"ש דרוצה לפוסלה מכהונה וע"כ נראה דלכאורה תקשה מאי הקשו בתוס' דיש לו מיגו דאי בעי שתיק דלפי מה דקיי"ל בנפל למים שאל"ס דלכתחלה לא תנשא ופסק בתשובות הרדב"ז דאי עברה וניסת ואח"כ מת הבעל אז רשאית לינשא לכתחלה לבעל שלישי וא"כ נ"מ דהיה לה בעל קודם שניסת לזה אשר נפל למים שאל"ס וניסת לזה בדיעבד דקיי"ל דל"ת והשתא מוכרח העד לומר נתגרשה מזה דאז רשאית לינשא לכתחלה לבעל שלישי משא"כ אי שתיק ולא יודעין שהיא א"א א"כ אסורה לינשא לכתחלה מכח בעל הראשון אשר נפל למים שאל"ס אך לפי מה דאיתא בר"ן דהכא ע"כ איירי דנתגרש ע"י ד"א וע"א אומר קרוב לה היה א"כ דכיון דע"כ הפקיעו הקידושין א"כ אכתי אסורה לינשא לכתחלה אפי' לדעת הרדב"ז דדמי כאילו לא ניסת מעולם וע"כ הוצרכו בתוס' לומר דרוצה לפוסלה מכהונה וע"כ אומר שנתגרשה וא"כ בע"א אומר מת נהי דל"ש תירץ התוס' מ"מ יש לומר דנ"מ בהיה לה בעל אשר נפל למים שאל"ס ומוכרח העד לומר מת דאי שתיק נהי דלא ידעינן שהיא א"א מ"מ אסורה לינשא לכתחלה מכח בעל בראשון אשר נפל למים שאל"ס משא"כ השתא דניסת ומת תנשא לכתחלה:

אך עי' שם בר"ן וברמב"ן דתירצו דכיון דכבר תקנו ד"א הוי קנין ממילא מהני גם לדאורייתא ול"צ להפקעת קידושין ונראה דזה תליא בהא דפליגי ר"י ור"ל דר"י סובר דמעות הוי קנין מהתורה ור"ל סובר דמה"ת משיכה קנין ורבא קאמר דמתני' מסייע לר"ל מדקתני נתנה לבלן מעל ואמר רב דווקא בלן דלא מחוסר משיכה אבל מידי דמחוסר משיכה לא מעל עד דמשך וכבר הקשו על ר"י דסובר דמשיכה רק מדרבנן ואמאי לא מעל עד דמשך ותירצו דר"י סובר דכיון דכבר תקנו חכמים משיכה מהני גם למידי דאורייתא דלא מעל עד דמשך ורבא ור"ל סוברים דמידי דרבנן לא מהני לדאורייתא וע"כ לא מעל עד דמשך וע"ש בריטב"א ובתוס' ע"ז. וא"כ לר"י יש לומר דבזרק גט בתוך ד"א ל"צ להפקעת קדושין ומהני ד"א להתיר א"א דכיון דכבר תקנו דחשוב קנין משא"כ לר"ל ע"כ

צריכין לומר דהפקיעו הקדושין ולפ"ז קאמר שפיר הגמ' אלא בארוסה בשלמא למ"ד משום ב"א איכא דהא ר"י סובר ב"א ולדידיה לא יכול לחפות ע"י ד"א דכיון דלא הפקיעו הקדושין אלא למ"ד משום פירי דהוא ר"ל ולדידי' נהי בארוסה זנות שכיח מ"מ אפי' יהיה זמן יכול לחפות ע"י ד"א דע"כ הא דמהני בגט משום דהפקיעו הקדושין. ולפ"ז הירושלמי לשיטתו דסובר דר"י סובר כר"ל דמשיכה הוא קנין דאורייתא וממילא ע"כ צריכין לומר דאפיך קמייתא דאל"כ אמאי קאמר למ"ד משום ב"א איכא משא"כ הש"ס דידן סובר דאפיך בתרייתא ודו"ק:

והנה לפי מה דסוברים דהיכי דהפקיעו הקדושין אז מותרת גם לכהן ועי' בתשובות ת"ר ולכאורה קשה מהא דאיתא ביבמות (דף מ"ט) הכא גבי מעוברת חבירו הנשואה לכהן אי עבדינן תקנתא דסגי בהפרשה וכו' וע"ש ולכאורה קשה הא יכול לגרש ע"י הפקעת קדושין או ע"י ד"א או דיבטל שלא בפני השליח כהנ"ל ואז שריא לכהן ולמה צריכין לעשות תקנה דסגי בהפרשה שלא תאסר עליו וע"כ משום דריח הגט עכ"פ חשוב אך נראה דאין ראיה דיש לומר דמש"ה לא עבדינן כן דאז יהיה כל הביאות ב"ז וניחא בזה הא דקאמר הנשואה לכהן ולא נתקדשה לחוד כמו לעיל דקתני ועמדה ונתקדשה במת הולד בתוך שלשים ועי' בתשובו' מש"נ אך בנתקדשה ליכא איבעי דהא יכול לעשות גט ע"י הפקעת קידושין ואז שריא לכהן ומש"ה נקט נשאת לכהן:

וניחא בזה הא דאיתא בסוטה דמעוברת חבירו שותה מפני שיכול להחזירה לאחר זמן וע"כ חשוב ראוי לאישות הקשה בתוס' שם דכיון דאפי' לרבנן דיכול להחזירה מ"מ גט צריכה עד אותו זמן ותקשה באשת כהן דלא יכול להחזירה א"כ לא חשיב ראוי לאישות ואמאי שותה. ונראה דהא התם ע"כ איירי דלא היה ביאה רק חופה לחוד דאל"כ לא הוי מנוקה מעון וא"כ אפי' בכהן יכול להחזירה אע"ג דצריכה גט דיכול ליתן גט ע"י הפקעת קידושין ואז מותרת גם לכהן. אך יש לומר דזה תליא אי ביטול הגט שלא בפני השליח או בפני שנים דאז אי יבטל בפני אחד מדינא לא מהני משום דאין דבר שבערוה פחות משנים. אך לר"ל דסובר דבפני שלשה ואי יבטלו בפני שנים מדינא מהני הביטול ורק מדרבנן לא מהני וצריכין להפקעת קידושין וא"כ אפי' בא"כ יכול להחזירה באופן הנ"ל דכיון דע"כ הפקיעו הקידושין משא"כ לר"י ל"צ להפקעת קידושין רק מדינא לא מהני הביטול וכן ע"י ד"א כבר אמרנו דזה רק לר"ל דסובר דמידי דרבנן לא מהני לדאורייתא וע"כ הא דמגורשת משום דהפקיעו הקידושין א"כ אפי' בא"כ אפי' אי בעי גט יכול להחזירה דיזרוק הגט בתוך ד"א שלה משא"כ לר"י ובזה ניחא מה שהקשה הראב"ד ממתני' דכונס את יבמתו דלא קתני יוציא בגט מפני שהיא יבמה ואי יתן גט נאסרה

עליו והקשה בלח"מ דהא תינח לר"ל דסובר דביאת מעוברת לאו שמיה ביאה ואי יתן לה גט נאסרה עליו משא"כ לר"י דסובר דשמיה ביאה ואי יתן לה גט לא נאסרה עליו אכתי תקשה אמאי לא קתני דיוציא בגט אך נראה דר"י הוכיח דהיכי דאיכא איסור דאורייתא ל"ח דיבא עליה וסגי הפרשה בעלמא דאל"כ בא"כ אמאי שותה דכיון דבעינן גט לא יכול להחזירה ולא ראוי לאישות אלא ודאי משום דאיכא איסור דאורייתא דהא היה קינוי וסתירה ל"ח שיבא עליה וסגי בהפרשה דאליבא דר"י ליכא אופן שיתן גט וצריכין להפקיע הקידושין וא"כ לדידיה בלא"ה לא קשה דאמאי לא קתני בכונס את יבמתו דיוציאה בגט דיש לומר משום דאיכא איסור דאורייתא וסגי בהפרשה בעלמא ועיקר קושית הראב"ד לא אזלא רק לר"ל דלדידיה יש לומר דאפי' באיסור דאורייתא בעי גט ומ"מ לא קשה בנשא מעוברת חבירו דשותה ואפי' אי היא אש"כ דיכול ליתן גט ע"י הפקעת קידושין ולדידיה יש לומר תירוץ הראב"ד מפני שהיא יבמה ונאסרה עליו דהוא סובר דביאת מעוברת ל"ח ביאה וא"כ נאסרה עליו:

ובזה יש לומר על דרך פלפול הא דאיתא בסוף נדרים במתני' דנטולה אני מן היהודים דבעל יפר חלקו ואח"כ נאסרה על כל העולם והקשו דהנדר לא חל כלל על כל העולם דאין איסור חל על איסור ותירצו דמיגו דחל על הבעל חל על כל העולם דחשוב איסור כולל והקשו דתקשה לר"ל דסובר בשבועות דבאיסור הבא ע"י עצמו לא אמרינן כולל א"כ אכתי תקשה קושיא הנ"ל לדוכתא דאין איסור חל על איסור וע"כ נראה דהא בשעה"מ הקשה נהי דלא חל הנדר בעת שהבעל קיים מ"מ אח"כ כי פקע איסור א"א חל איסור נדר ודמי לאם נשאל על הראשונה דשניה חלה עליו וה"ה הכא ותירץ דלא דמי דהתם דאי נשאל על הא' דכיון דחכם עוקר הנדר מעיקרו וע"כ חל שבועה השניה משא"כ הכא דכיון דלא חל הנדר בעת שהיה א"א א"כ אפי' לכשיגרשנה לא חל יע"ש ולפ"ז אי אמרינן דבכל הגיטין צריכין להפקעת קידושין דאל"כ הא הוי עדות שא"א יכול להזימו דאי יוזמו יכולין לומר דאחרינהו ועיין בפ"י וע"כ משום דחשוב ממון משום הכתובה דנוטלת ובממון הא לא בעינן יכול להזימו וזה רק מדרבנן דהא מה"ת אפי' בממון בעינן עדות שיכול להזימו וע"כ דהכשר הגע משום דהפקיעו לקידושין וא"כ דמי לנדר דעוקר ע"י שאלה למפרע ה"ה בגט דכיון דע"כ צריכין להפקעת קידושין וא"כ ל"צ לומר משום כולל רק דנהי דלא חל הנדר בעודה תחתיו מ"מ חל לאחר גירושין דכיון דע"י הגט נפקע למפרע איסור א"א אך זה לר"ל דמידי דרבנן לא מהני לדאורייתא וצריכין לומר משום דהפקיעו הקידושין משא"כ לר"י דמהני לדאורייתא ול"צ להפקעת הקידושין וא"כ לא דמי לשאלה דעוקר למפרע אך הא ר"י סובר בשבועות דאפי' בא ע"י עצמו אמרינן כולל

וא"כ יש לומר משום כולל ואליבא דר"ל דל"ס כולל הא לדידיה ל"צ לטעמא דכולל דיש לומר נהי דלא היה חל בעודה תחתיו חל לאחר הגירושין דכיון דע"כ הפקיעו הקידושין ע"י הגט א"כ דמי לאם נשאל על הראשונה דשניה חלה עליו:

ובזה נראה הא דהקשו על שיטת תה"ד דלא יכול לגרש בלילה דחשוב דין משום הכתובה ואין דנין בלילה והקשו מהא דאיתא במתני' דגיטין נכתב ביום ונחתם בלילה פסול הא נכתב בלילה כשר וקשה הא בעינן שבשעת כתיבת הגט יהיה ראוי לגרש בו ואמאי כשר נכתב בלילה ועיין בשעה"מ וכן הקשו על הסוברים דבעינן בגט ב"ד משום דחשוב דין והקשו מהא דאיתא בערכין ואביי אטו כל דמגרש בב"ד הוא מגרש אלמא דלא בעינן ב"ד וכן משמע מתוס' קידושין דכתבו ואע"ג דאסור לגרש בגט ישן לכתחלה מ"מ חשוב בידו יע"ש ואי בעינן ב"ד לא יזדקק שום ב"ד דכיון דאסור לגרש לכתחלה ועיין בנב"י ובס' ת"ר. וע"כ נראה דהא עיקר סברת תה"ד דחשוב דין משום הכתובה ואע"ג דעיקר הגט הוא רק להתיר איסור א"א ולא משום הממון אך כיון דאי לאו משום הממון הגט אינו חל כלל דחשוב עדות שאי אפשר להזימו והא דכשר הגט משום דחשוב ממון דגובה הכתובה ע"י הגט וע"כ אמרינן דכיון דהכשר הגט רק משום הכתובה ממילא פסול לגרש בלילה דחשוב דין משום הכתובה דכיון דאי לא הכתובה הגט לא מהני כלל ורק הכשר משום הממון ממילא חשוב דין ופסול בלילה ובעי ב"ד ולפ"ז היכי דנכתב בזמנו כתבנוהו דאז יכול להזימו ול"צ לומר דחשוב ממון משום הכתובה ממילא כשר בלילה ולפ"ז יש לומר דמתני' דנכתב ביום איירי דנכתב בזמנו כתבנוהו דאז כשר לגרש בלילה וניחא הא דקאמר מיגו דאי בעי פטר לה בגט ואע"ג דהוי גט ישן דיכול לכתוב בזמנו כתבנוהו ואז ל"צ ב"ד וניחא הא דקאמר אביי אטו כל דמגרש בבי דינא מגרש דאיירי ג"כ באופן הנ"ל דאז ל"צ ב"ד ולפ"ז יש לומר הא דפליגי אביי ורבא שם דלפי הבעה"מ דסובר דעדות בכתב ליכא הזמה משום דהזמה חידוש הוא וא"כ אפי' אי יכתוב בזמנו כתבנוהו אי אפשר להזימו וע"כ דהכשר הגט משום דחשוב ממון וא"כ לעולם בעי ב"ד וא"כ זה לרבא לשיטתו דסובר דהזמה חידוש הוא וע"כ לעולם בעינן ב"ד משא"כ אביי לשיטתו דסובר למפרע נפסל ל"ס דחידוש הוא:

ועיין ברמב"ן דהקשה דאמאי לא קתני במתני' נכתב ונחתם ביום ונתן בלילה דפסול משום מוקדם והנה לשיטת תה"ד ניחא דהא נתן בלילה בלא"ה פסול אפי' אי מוקדם כשר וניחא בזה קושית התוס' פ' ג' על הא דקאמר קא פסק ותני ל"ש מאירוסין ול"ש מנישואין וכו' דאמאי לא מקשה קושיא זו על מתני' דהכא יע"ש ולפ"ז ניחא דע"כ מתני' דהכא לא איירי באירוסה דא"כ תקשה קושית הרמב"ן הנ"ל דאמאי לא תני דניתן בלינה

ונכתב ביום ואין לומר דבלילה לא יכול לגרש דטעם דחשוב דין משום כתובה ובארוסה דליכא כתובה כשר בליל ע"כ דלא איירי בארוסה ואפי' להסוברים דגם ארוסה יש לה כתובה ג"כ ניחא קושית התוס' דהנה בפי' המשנה לרמב"ם איתא דמש"ה מכשיר ר"ש ולא חש משום ב"א משום דבזמן קצר כזה בין יום ללילה ל"ש שיתחדש כמו זה וכבר תמהו עליו דא"כ מאי פריך הגמ' אלא לר"י מ"ט דר"ש דמכשיר נכתב ביום ונחתם בלילה והלא טעמו הוא משום דבזמן קצר ל"ח לזנות ותירצו דהא בתוס' הקשו דאמאי כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו ניחוש שמא לא יתן עד תשרי ובתוך כך תזנה ויתן לה בצנעא כדי לחפות ותירצו דמסתמא יתן לה מיד אחר הכתיבה דלא מקדים אינש פרענות לנפשיה ומעתה בנכתב ביום ונחתם בלילה שפיר איכא הך חששא דלא יתן לה עד זמן מרובה ובתוך כך תזנה ויתן לה בצנעא כדי לחפות ול"ש דלא מקדים וכו' ומסתמא יתן לה הגט מיד דהא חזינן דהקדים הכתיבה לנתינה וע"כ דאינו חושש בזה וא"כ נהי דר"ש סובר דזנות בין יום ללילה ל"ש עכ"ז מהראוי ליפסול דנחתם בפסול דבשעת חתימה היה לחוש שמא לא יתן לה הגט עד זמן מרובה ובתוך כך תזנה דלזמן מרובה לכ"ע חיישינן לזנות ולא מקדים ל"ש דהא חזינן דהקדים וכיון דנחתם בפסול שוב אין לו תקנה אפי' אי יתן מיד ותירצו דאי אמרינן דגט הניתן בלילה פסול דחשוב דין ועיין בס' יש"י דמחדש דדווקא אי יש לבעל פירות עד שעת נתינה אז דמי לתחלת דין משום הכתובה והפירות דמפסיד הבעל משעת נתינה אבל לר"ש דסובר דמשעת כתיבה אין לבעל פירות לדידיה אי נכתב הגט ביום יכול ליתן בלילה דכיון דמשעת כתיבה הפסיד הבעל הפירות א"כ כבר היה התחלת הדין ביום ואז לא הוי הנתינה רק גמר דין וגמ"ד יכול להיות בלילה יע"ש:

ולפ"ז יש לומר דמש"ה מכשיר ר"ש משום דל"ש שתזנה בזמן קצר ואין לומר דמ"מ נחתם בפסול דהיה להם לחוש עד זמן מרובה ואין לומר דלא מקדים דהא חזינן דהקדים דליתא דיש לומר דמש"ה הקדים הכתיבה כדי שיכול ליתן בלילה דכיון דר"ש סובר דמשעת כתיבה דאין לבעל פירות חשוב הנתינה רק גמ"ד וכ"ז אליבא דאמת דר"ש סובר דמשעת כתיבה אין לבעל פירות משא"כ בס"ד דהיה סובר דיש לבעל פירות עד שעת נתינה לר"ש וא"כ הוי התחלת הדין בלילה אפי' כי נכתב ביום שפיר פריך לר"י מ"ט דר"ש דמכשיר ואין לומר משום דל"ש זנות בזמן קצר דהא מ"מ נחתם בפסול דשמא לא יתן עד זמן מרובה ואז שכיח זנות ואין לומר דלא מקדים דהא חזינן דהקדים ואין לומר דעשה כן כדי שיכול לגרש בלילה דהא לס"ד דיש לו פירות עד שעת נתינה לא חשוב נתינה בלילה גמ"ד אפי' כי נכתב ביום:

ולפ"ז כיון דאליבא דאמת טעמא דר"ש משום דבזמן קצר ל"ח לזנות וחתימה בפסול ליכא משום דל"ח דלא יתן לזמן מרובה משום דלא מקדים וכו' והא דהקדים דנכתב ביום כדי שיכול ליתן בלילה דחשוב גמ"ד והא תינח בנשואה דאיכא פירות וכיון דנכתב ביום והפסיד הפי' הוי התחלת הדין ביום משא"כ בארוסה דליכא פירות אפי' לר"ש פסול דהא חזינן דהקדים וע"כ דלא איירי בארוסה וע"כ לא פריך על מתני' דהכא דהא ע"כ לא איירי בארוסה:

והנה אי נכתב ביום ונחתם בלילה כשר ע"י שליח למסור לה הגט כמו בנתאחר הנתינה דכשר ע"י שליח ועיין בב"ש סימן קכ"ז ונראה דהא הראשונים הקשו על הא דפליגי רבה ורבא הא דצריך השליח לומר בפ"נ דרבה סובר לפי שאין בקיאין לשמה ועיין בר"ן דהקשה דאמאי חיישינן טפי בלשמה מכמה דברים הפוסלין בגט כמחובר ונכתב ביום ונחתם בלילה ועיין בירושלמי דאיתא שם דצריך השליח לומר בפ"נ היום ובפ"נ היום אך בר"ן איתא וז"ל פסולין הללו לסופרים הם מסורים וסתם ספרי דדייני מיגמר גמירי וכשחששו בלשמה לאו משום סופר לחוד אלא משום דילמא אכתביה בר מתיא ויהבי להא דשמיה כשמיה ואע"פ שאין חוששין לשני יב"ש אלא א"כ הוחזקו כיון דאיכא מיעוטא דמיעוטא דספרי דלא גמירי חיישינן יע"ש:

ועיין גם בר"ן שם דפי' דמש"ה סובר רש"י דהא דצריך השליח לומר בפ"נ ובפ"נ דווקא בשליח להולכה ולא שליח לקבלה משום דעיקר הא דצריך לומר בפ"נ הוא משום לעז בעלמא דמדינא אין לחוש ובשליח לקבלה כיון דבעל גומר ומגרש בודאי לא יוצא לעז יע"ש והנה לר"מ דחייש למיעוט לדידיה נהי דסתם ספרי דדייני מיגמר גמירי מ"מ הוי מיעוט גמור וממילא לא אמרינן דהוא רק משום לעז בעלמא רק חששא גמורה דשמא לא נכתב לשמה ואיכא גם חששא דמוקדם דנכתב ביום ונחתם בלילה דלפי מה דאיתא במחברים דאע"ג דקיי"ל דמיעוטא דמיעוטא גם לר"מ ל"ח למיעוט מ"מ היכי דאיכא חזקה בהדי מיעוטא דמיעוטא נעשה מיעוט גמור ועכ"פ לר"מ חיישינן והקשו דא"כ מה קאמר סתם ספרי דדייני וכו' והא מ"מ ע"י החזקה נעשה מיעוט גמור ותירצו דהא קשה דלשיטת התוס' הא דר"מ חייש למיעוט הוא רק מדרבנן א"כ למאי הוצרך לומר לר"מ משום דסתם ספרי וכו' והוי מיעוטא דמיעוטא נהי דחשוב מיעוט גמור הוא רק מדרבנן וממילא משום עיגונא אקילו רבנן אך באמת דהיכי דאיכא חזקה ר"מ מדאורייתא חושש למיעוט וע"ז משני דסתם ספרי וכו' וא"כ נהי דע"י החזקה נעשה מיעוט גמור מ"מ הוא רק מדרבנן ואקילו משום עיגונא:

ולפ"ז לרבנן אע"ג דנעשה מיעוט גמור ע"י החזקה מ"מ לא הוי רק משום לעז בעלמא דהא לא חיישי' למיעוט משא"כ לר"מ נהי דחשוב מיעוטא דמיעוטא מ"מ ע"י חזקה נעשה מיעוט גמור ולא הוי משום לעז בעלמא וממילא אפי' שליח לקבלה צריך לומר בפ"נ דמה בכך דגומר ומגרש וגם לדידיה צריך לומר בפני משום מוקדם דל"ש לדידיה דכיון דפסולין הללו לסופרים הם מסורים וסתם סופרי מיגמר גמירי ולפ"ז ניחא קושית התוס' (דף ג') ד"ה דתנן דהקשו דהכא משמע דלא מתוקמא כר"מ משום דר"מ לא בעי כתיבה לשמה ולקמן תניא בהדיא המביא גט ממדה"י נתנו לה ולא אמר בפ"נ ובפ"נ יוציא וכו' ע"ש ולפ"ז י"ל דהא דצריך לומר בפ"נ ובפ"נ משום מוקדם דכיון דאליבא דר"מ איכא חששא גמורה דע"י החזקה נעשה מיעוט גמור ומה בכך דסתם סופרי מיגמר וכו' ולדידיה ל"צ לומר כשחששו לשמה לאו משום סופר לחוד דכיון דחששא גמורה היא וממילא צריך לומר בפ"נ משום מוקדם כשיטת הירושלמי הנ"ל:

וגם לפי מה שכתבו דמש"ה לא אמרינן טעמא דירושלמי משום מוקדם משום דמוקדם כשר ע"י שליח וכבר אמרנו דאליבא דר"מ דלא הוי משום לעז גם שליח לקבלה צריך לומר בפ"נ וא"כ יש לומר דהתם איירי בשליח לקבלה דאז צריך לומר בפ"נ ובפ"נ משום דמוקדם דהא דכשר מוקדם ע"י שליח זה בשליח להולכה דווקא ולא שליח לקבלה:

אך יש לומר דהא נסתפקו דלסברת הר"ן דשליח לקבלה ל"צ לומר בפ"נ משום דהוא רק לעז לחוד ונסתפקו דיש לומר דזה לטעמא דרבה משום דאין בקיאין לשמה וע"כ כיון דהתם סופר מיגמר וליכא רק משום לעז וע"כ שליח לקבלה ל"צ לומר משא"כ לטעמא דרבא משום קיום וכיון דזה הוי חששא גמור דהא הרבה סוברים דטענינן מזויף עבור יתומים אלמא דחששא גמורה היא ולפ"ז אפשר דאפי' שליח לקבלה צריך לומר והוכיחו דאין חילוק והביאו ראיה לזה מהא דאיתא שם דמקשה על רבה מהא דקתני המביא גט ממדה"י ואינו יכול לומר בפ"נ ובפ"נ אם יש עליו עדים יתקיים בחותמיו והוינן בה מאי ואינו יכול לומר אילימא חרש חרש בר איתויי גיטא הוא ואמר ר"י כגון דנתנו לה כשהוא פקח ולא הספיק לומר בפ"נ עד שנתחרש ואי אמרינן לטעמא דרבא אפי' שליח לקבלה צריך לומר בפ"נ דא"כ למה משני ר"י כגון דנתנו לה כשהוא פקח ולא הספיק דזה דוחק דהרי צריך לומר בפ"נ תוך כ"ד ויותר הוי ליה לאוקמא בשליח לקבלה ובשעה שבא הגט לידו היה פקח ועד שבא לכאן נתחרש וזה שכיח יותר אלא ודאי משום דבשליח לקבלה לא היה צריך אפי' להתקיים בחותמיו:

ובזה אמרתי לתרץ קושית הרשב"א למאי הביא המקשין הא דר"י דקושית הגמ' על רבה בלא"ה קשה ולפ"ז ניחא דבלא"ה יש לומר דאיירי בשליח לקבלה דליכא חששא משום

לשמה דכיון דהוא רק משום לעז ובשליח לקבלה דגומר ומגרש ליכא לעז ומ"מ קיום צריך אפי' בשליח לקבלה דלחששא דמזויף דחששא גמורה היא אין חילוק ועכ"פ על רבה לא קשה מש"ה מייתי הא דר"י דשמעינן דאפי' לחששא דמזויף א"צ לומר בפ"נ וממילא לא היה צריך לקיום וע"כ דאיירי בשליח להולכה וע"כ קשה על רבה דמ"מ אין בקיאין לשמה ומה מהני דיתקיים בחותמיו ועכ"פ אמרינן דאפי' לרבא דחששה גמורה הוא שליח לקבלה ל"צ לומר בפ"נ וה"ה לר"מ אפי' שליח לקבלה צריך לומר וא"כ הדרי קושית התוס' לדוכתא ובלא"ה דוחק לומר דאיירי בשליח לקבלה מדקתני ונתנו לה:

וע"כ נראה דהנה הרבה מתרצים דמש"ה לא קאמר משום מוקדם משום דע"י שליח כשר מוקדם והנה מירושלמי נראה דאפי' ע"י שליח פסול דחזינן דצריך השליח לומר בפ"נ היום ועיין בס' א"מ דמתרץ וז"ל דודאי הא דאמרינן דגיטין הבאין ממדה"י קלא אית להו היינו דווקא לדידן דקיי"ל כר"י משום ב"א וכיון דזוכרין יום המסירה ממש תו ליכא למיחש משום זנות דהא קטלינן לה על שזינתה קודם המסירה וכן לענין פירות ליכא למיחש מידי לר"י דכיון דסובר דיש לבעל פירות עד שעת נתינה והרי העדים מעידים על יום המסירה אבל לר"ל דסובר משום פירות ונכתב ביום ונחתם בלילה פסול הוא משום פירות דבין כתיבה לחתימה דמפסידי לקוחות שלא כדין דרבנן סוברים דמשעת חתימה מפסיד פירי ויהיו סוברים שנחתם ביום הכתיבה לדידי' ליכא תקנה ע"י שליח דנהי דיזכרו יום המסירה הא לא איכפת לן יום המסירה דעיקר הפסול הוא משום איחור החתימה מהכתיבה ויהיו סוברים שנחתם ביום הכתיבה נמצא דזכירות יום המסירה אין מעלה ולכך פסול אפי' ע"י שליח והירושלמי לשיטתו דסובר משום פירי דאפיך קמייתא וע"כ סובר דצריך השליח לומר בפ"נ היום משום לדידיה פסול מוקדם אפי' ע"י שליח יע"ש.

ולפ"ז לפי מה דסוברים דמש"ה יש לבעל פירות עד שעת נתינה הוא משום דקיי"ל כר"א דעידי מסירה כרתי אבל לר"מ דסובר דעידי חתימה כרתי אז מפסיד הפירות משעת חתימה וא"כ לר"מ פסול נכתב ביום ונחתם בלילה אפי' ע"י שליח וממילא צריך לומר בפ"נ היום ובפ"נ היום וניחא קושית התוס' דמש"ה פסול בלא אמר בפ"נ וכו' משום מוקדם דכיון לדידיה לא מהני אפי' ע"י שליח. ועכ"פ נתבאר בנתאחר החתימה אי כשר ע"י שליח תליא בפלוגתא דר"י ור"ל הנ"ל:

והנה המחברים כתבו דכל היכי דהגט זכות לה ושייך לומר עידיו בחתומיו זכין לו כגון במקום יבום אז לכ"ע מפסיד הבעל פירות משעת חתימה ועי' בס' א"מ ובס' יש"י.

ולכאורה קשה מההיא מעשה הנ"ל דש"מ דמקשה הגמ' חצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה וקשה הא התם הוי במקום יבום ומשעת חתימה שוב אין לו פירות:

והנה אי גט מאוחר כשר כתב' דתליא דלמ"ד משום ב"א אז מאוחר פסול אך למ"ד משום פירות אז מאוחר כשר. ולפ"ז הא דכתבנו דכל הגיטין חשוב עדות שא"א יכול להזימו דיכולין לומר אחרינהו וכו' זה למ"ד משום פירות דאז כשר מאוחר אז יכולין לומר דאחרינהו וחשוב עדות שא"א יכול להזימו משא"כ למ"ד משום ב"א דאז פסול מאוחר ל"ש לומר דחשוב עדות שא"א יכול להזימו דיכולין לומר דאחרינהו דכיון דמאוחר פסול וא"כ ל"צ לומר דחשוב ממון משום הכתובה וממילא ל"צ להפקעת קידושין. ובזה ניחא קושית שעה"מ הנ"ל על ר"ל דסובר דל"א איסור כולל בבא עי"ע ממתני' דנדרים דנטולה מן היהודים דאין איסור חל על איסור דאליבא דר"י פסול מאוחר ול"צ להפקעת קידושין ולא דמי לאי נשאל על הראשונה דשניה חלה עליו דהתם שאני דעוקר מעיקרו הוא סובר איסור כולל אפי' בבא עי"ע ואליבא דר"ל דכיון דסובר משום פירות ומאוחר כשר וע"כ משום דהפקיעו הקידושין ואם כן דמי לאי נשאל על הראשונה דעל ידי הגט נעקר הקידושין למפרע:

ובזה ניחא סוגיא דגיטין (ד' פ"א) במגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי דב"ש סובר דאינה צריכה גט שני וב"ה סובר דצריכה גט שני ומוקי ר"י הפלוגתא כשראוה שנבעלה דב"ש סובר דאדם עושה בב"ז והקשה בתוס' דהא ביבמות פ' ב"ש מפרש ר"י ורבה דטעמא דב"ש דאין ממאנין אלא ארוסות משום דאין אדם בועל ב"ז והקשה הב"ש דלפי מה דאיתא לעיל פלוגתא דב"ש וב"ה דב"ש סובר דאדם פוטר את אשתו בגט ישן וב"ה אוסרין ומפרש בירושלמי דב"ש לשיטתו דסובר דלא יגרש אלא במצא ערות דבר א"כ מזוהמת היא בעיניו ולא בא עליה וב"ה לשיטתו וא"כ יש לומר דמש"ה סובר ב"ש דבועל ב"ז משום דאפי' אי בעל לשם קידושין עביד איסורא דאסורה עליו משום סוטה וע"כ נראה דהא הקשו על הירושלמי דכיון דבעבר וגירש בלא ערות דבר מגורשת אפי' לב"ש וא"כ איך שייך לומר דב"ש לשיטתו דילמא עבר וגירש וא"כ אינה מזוהמת וע"כ נראה לומר דהיכי דלא נכתב בגט בזמנו כתבוהו דאז הכשר הגט רק מדרבנן משום דחשוב עדות שאי אפשר להזימו וא"כ יש לומר דלא מועיל עבר וגירש דבמקום איסור לא תקנו רבנן ועי' במל"מ דמשכ"מ לא"י לא קני דבמקום איסור לא עשו תקנה וה"ה הכא וע"כ שפיר קאמר בירושלמי דכיון דבמקום איסור לא עשו רבנן תקנה וע"כ דגירש ע"י שמצא ערות דבר וע"כ שפיר ב"ש לשיטתו דהא לא מועיל עבר וגירש משא"כ ר"י לשיטתו דסובר

ב"א ופסול מאוחר והכשיר הגט מדאורייתא ומהני עבר וגירש וא"כ ל"ש לומר דמש"ה בועל ב"ז משום דע"כ גירש ע"י ע"ד דליתא דילמא עבר וגירש. וע"כ שפיר הקשה בתוס': **והנה** לפי שיטת הירושלמי דאפיך קמייתא וממילא לר"י כשר מאוחר משא"כ לר"ל ובזה ניחא קושית התוס' גיטין (ד' ה') ד"ה בשניסת דהקשה לר"י דמשמע דסובר כרבה לפי שאין בקיאין לשמה היכי משני הך ברייתא דהכא דאי משני לה בשניסת א"כ ליחשביה בהדי ג' גיטין דהא ר"י אית ליה דבג' גיטין נמי לא תצא וע"ש:

ונראה דהא בפ"י הקשה מאי מקשה על רבה לוקמא באלם והא בתוס' לעיל ד"ה אילימא חרש כתבו ולא בעי לומר דאיירי באלם דא"כ הוי ליה למימר ולא אמר וא"כ הכא דקתני ולא אמר יש לומר דאיירי באלם דמטעם לשמה סגי שיכתוב בפ"נ לשמה אך מטעם קיום לא מהני בכתב וע"כ קתני יתקיים בחותמיו

אך לפי שיטת הר"ן בקיום דכיון דהוא מדרבנן אפי' אלם דאינו ראוי לבילה מהני ע"פ כתב ועי' בש"ך ס' מ"ו ובריב"ש ניחא קושיא הנ"ל דאי איירי בפ"נ בכתב א"כ גם לענין קיום סגי בזה ואמאי קתני יתקיים בחותמיו אך יש לומר דכיון דלמ"ד משום פירות דאז כשר מאוחר ויכולין לומר אחרינהו והכשר הגט רק מדרבנן א"כ ל"ש לומר דסגי בקיום בכתב משום דקיום רק מדרבנן ואוקמא על דאורייתא דהא מדאורייתא לא מהני משום דחשוב עדות שא"א יכול להזימו וא"כ לר"י לשיטתו דסובר משום פירות לשיטת הירושלמי ל"צ לומר דאיירי בניסת רק דאיירי באלם דלענין לשמה סגי בכתב משא"כ לענין קיום וקושית הגמ' אזלא אי מאוחר פסול והיינו למ"ד משום ב"א:

ולכאורה יש לומר דאפי' אי סגי בקיום ע"פ כתב מ"מ בפני נכתב ע"פ כתב למ"ד לפי שאין עדים מצויין לקיימו לא מהני דהא הא דהמנינן לשליח כשאמר בפ"נ למ"ד משום קיום הוא רק משום דמה"ת ל"צ קיום ומשום עיגונא אקילו רבנן וא"כ תו לא מקילינן שקיום בפני נחתם יהיה ע"פ כתב מה"ט דמה"ת ל"צ קיום דתרי קולא לא מקילינן דסגי בשליח לחוד וע"פ כתב:

ולפ"ז ניחא מה שהקשו על הריב"ש דמיקל קיום ע"פ כתב אפי' באלם דאינו ראוי לבילה ופסק דאלם פסול להביא גט דאינו יכול לומר בפ"נ אע"ג דיכול לומר ע"פ כתב אלמא דסובר דלא מהני קיום ע"פ כתב. אך לפ"ז דבפ"נ שאני דתרי קולא לא מקלינן. אך קשה דאמאי לא קאמר דאיכא בינייהו בין רבה לרבא לענין זה דלטעמא דלשמה סגי בכתב משא"כ לרבא ועיין בגיטין פרק מ"ש דפריך הגמ' מהא דקתני כך בודקין לשטרות ומשני בעדות אשה דאקילו רבנן ואמאי לא משני לענין קיום דמהני בכתב אפי' באלם לשיטת הריב"ש:

והנה שיטת הרמב"ם דהכשר שטר לאו דאורייתא משום מפיהם ולא מפ"כ ועיין בס' ב"מ דפי' דהא שיטת בעה"מ דעדות בכתב ליכא הזמה ומה"ת בעינן עדות שיכול להזימו וע"כ מה"ת פסול רק מדרבנן דלא בעינן יכול להזימו כשר השטר וקשה מהא דאיתא בכתובות (דף כ') דמסיק ר"נ אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה ופי' רש"י והא דקתני אין נאמנים לא למיגבי ביה אלא לענין תפיסה וכיון דבדין מרומה אפי' בממון בעינן יכול להזימו וזה ידוע דתו"ת המכחישין זא"ז חשוב דין מרומה וע' בתומים ס' ל' וא"כ אמאי מהני תפיסה ע"י עידי השטר הא חשוב אי אפשר להזימו לשיטת בעה"מ ורק בממון לא איכפת לן והכא דהוי דין מרומה אפי' בממון בעינן יכול להזימו:

ולפי שיטת בעה"מ ניחא הרמב"ם דסובר דמלך חייב בקרבן שה"ע ובמתני' איתא בהדיא דמלך אינו בשה"ע ונראה דהא בתומים הקשה דמשכחת דגם מלך מחויב להעיד ע"פ כתב ומתרץ דמלך חשוב אינו ראוי לבילה להגיד ע"פ אך תקשה דהא משכחת בעדות נשים דמהני אפי' באלם דאינו ראוי לבילה ע"פ כתב וממון חשוב משום הכתובה אך דהא קשה איך מהני עדות בכתב בעדות נשים הא הוי עדות שאי אפשר להזימו לשיטת בעה"מ. אך אין בודקין עידי נשים בדו"ח ור"ע לשיטתו דסובר דבודקין ולא מהני בכתב משא"כ לדידן דאין בודקין בדו"ח משכחת דגם מלך מחויב בעדות נשים ע"פ כתב. ונפשוט מה שנסתפקו בתרי ותרי וחד כת נאמנין רק מדרבנן אי אמרינן דהכת דנאמנין מדאורייתא נאמנין יותר ומסוגיא הנ"ל נפשוט דאין חילוק דאל"כ אמאי מהני תפיסה הא עידי השטר נאמנין רק מדרבנן דחשוב עדות שא"א יכול להזימו אלא ודאי דאין חילוק. והנה לשיטת ר"ת דהכשר שטר הוא מדאורייתא משום דראוי לבילה וקשה לכאורה מהא דכל השטרות העולים בערכאות של עבודת כוכבים וכו' ועיין בראש"ש דכתב דאע"ג דאמרינן דלא מרעי נפשייהו אבל עדות בע"פ מרעי נפשייהו וא"כ אינו ראוי לבילה לעדות ע"פ ופסול משום ולא מפי כתבם:

והנה הרבה סוברים דאפי' למ"ד משום ב"א כשר מאוחר והקשו דהא יכול לחפות על ב"א ונראה דהא בתוס' הקשו איך יכול לחפות דאוקמא על חזקת א"א ותירצו כיון שהיא גרושה לפנינו והקשו דהא חזקה דמעיקרא עדיף ועיין בפ"י לפי הרשב"א שהובא בהר"ן בחולין לענין סירכא דכל היכי דאי אפשר לו דברגע זו יצאת מחזקתה איתרע חזקה דמעיקרא וחיישינן שמא מכבר הוא כן וה"ה הכא דאי אפשר לומר דעד עכשיו היתה א"א רק דברגע זו נתגרשה דא"כ היה קול לדבר וע"כ מספקינן מקמי הכי דנתגרשה מכבר ולפ"ז במאוחר דכיון דקיי"ל דאין העדים מוציאין קלא רק מזמן שנכתב בו ולפ"ז

אין יכול לחפות במאוחר דאוקמא על חזקת א"א ועד עכשיו היא היתה א"א וקלא ליכא במאוחר דעדים אכתי אין מוציאין קלא:

והנה שיטת רש"י על הא דקאמר דיש לבעל פירות עד שעת נתינה ופי' רש"י דכי אתיא למיטרף צריכה להביא ראיה אימתי מטי גיטך לידך ובתוס' הקשה מהא דאיתא בב"מ במוציא גט אשה דכי אתיא למיטרף אמרינן אייתי ראיה ומשמע דווקא בנפל דאיתרע אבל לא נפל ל"צ להביא ראיה יע"ש ונראה דאמאי צריכה להביא ראיה ול"א חזקה דלא מקדים אינש פורענותא וכו' וע"כ דחזקה זו לא עדיף מרוב ולא אזלינן בממון בתר הרוב אך לפ"ז סגי בעדות כ"ד דהיינו להעיד מה שראו בקוטנן ועיין בכתובות פ"ב דמהני עדות כזו שראו בקוטנן שיצאת בהינומא משום דרוב נשים בתולות נשאת מהני עדות כזו וה"ה הכא דאיכא חזקה דלא מקדים מהני עדות כזו אפי' לרש"י משא"כ בנפל דאיתרע לא מהני עדות כזו רק עדות גמור ובאמת הרבה סוברים דל"ס על חזקה דלא מקדים רק לענין זנות משום דבלא"ה זנות ל"ש משא"כ לענין פירות ועיין בס' א"מ ובזה ניחא ג"כ קושית העולם דלכאורה תקשה דכיון דבארוסה זנות שכיח א"כ תקשה אמאי קאמר בשלמא למ"ד משום ב"א איכא דהא הגמ' פריך כתביה ואותביה בכיסתא ומשני לא מקדים וכו' וזה תינח בנשואה דל"ש זנות סמכינן על זה דלא מקדים משא"כ בארוסה אך לר"י יש לומר דגם בארוסה ל"ש זנות ומ"מ תקנו זמן דהא תקנו אפי' בנשואה דבודאי ל"ש זנות וא"כ שפיר פריך על ר"ל דאין לומר דבארוסה מודה דשכיח דא"כ מה הועילו בתקנתן דקשה כתביה ואותביה בכיסתא ולא מקדים ל"ש דכיון דשכיח זנות בארוסה לא סמכינן על זה ועיין בתוס' דהקשה לר"י איך כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו וניחוש שמא כתב ליתן בניסן ותירצו דכיון דגט בעי עידי מסירה וכו' והקשו וז"ל וא"ת לר"י איך כותבין גט לאיש ניחוש שמא תזנה ויתן לה בצנעא כדי לחפות ותירצו דלא מקדים וכו' ואמאי לא תירצו התוס' על קושיא הראשונה דלא מקדים אלא משום דמתחלה הקשו לפסידא דלקוחות ובזה לא מהני טעמא דלא מקדים דלא סמכינן על הך חזקה רק לענין זנות משום דנ"ש ועיין בא"מ וקשה לפי מה שהקשה בתוס' דבזה"ז אמאי תקנו זמן ותרצו שלא יחפה על בניה ממזרים וכיון דזנות בלא התראה שכיח א"כ אכתי תקשה אמאי כותבין גט לאיש ליחוש שמא תזנה ויתן בצנעא כדי לחפות על בניה ממזרים דכיון דזנות בלא התראה שכיח א"כ לא סמכינן על חזקה דלא מקדים וכו':

גם נראה דמש"ה סובר הירושלמי אפיך קמייתא דלשיטתו אזיל דהנה בטור אה"ע ס' קכ"ז איתא דהשתא דתקנו זמן אם תאמר דכבר נתגרשה בגט שאין בו זמן צריכה להביא ראיה והקשה הב"ח דאמאי הוסיף הטור טעם אחר דהא בש"ס כבר אמרו דאהני

דלכתחלה לא תנשא ועוד היכי קטלינן מספק אם לא הביאה ראיה ועי' בס' ש"ש דכתב לתרץ דהא בתוס' הקשו דאיך יכול לחפות דאוקי על חזקת א"א ותירצו כיון שהיא גרושה לפנינו ועוד דאוקמא על חזקת כשרות והך שני תירוצא חדא הוא דהא חזקה דמעיקרא עדיף מחזקה דהשתא ובריב"ש איתא דעדים שהעידו בפני ב"ד ובאו עדים והעידו עליהם שעברו עבירה ולא נודע מתי אוקמו לעדים בחזקת כשרות ואמרינן דהשתא הוא דנפסלו וא"כ כי חתמו א"ע על גט שאין בו זמן דכיון דאין העדים רשאין לחתום על גט שאין בו זמן כמו בחתמו על מוקדם א"כ נעשין פסולין דכיון דחכמים תקנו שלא יחתמו על אין בו זמן וא"כ כשנסתפקו מתי נכתב הגט או קודם הזנות או לאחר הזנות ראוי לומר דאוקמי על חזקת א"א ואי משום חזקת כשרות של האשה הא כיון דכבר תקנו זמן ואהני דלכתחלה ל"ת א"כ אין העדים רשאין לחתום בלא זמן ואי חתמו נפסלין וא"כ נגד חז"כ של האשה איכא חז"כ של העדים ואמרינן דהשתא חתמו על גט בלא זמן והשתא הוא דנפסלו ומש"ה לפי מה שאמרו בש"ס אהני דלכתחלה ל"ת והעדים חתמו בפסול ומש"ה צריכה לברר ובאם לא קטלינן מחמת חזקת א"א וע"ש:

ולכאורה קשה דהא בתוס' הקשו דבזמן הזה למה תקנו זמן ותירצו שלא יחפה על בניה ממזרים וא"כ לפי מה דאיתא בב"ש ס' ד' דחשבינן גם זה לספק שמא זינתה עם א"י דאז הוולד כשר וע"ש וא"כ אכתי תקשה דלמה בזה"ז צריכין זמן ואין לומר שלא יחפה על בניה ממזרים דתקשה קושית הגמ' דיגרשה בגט בלא זמן ואין לומר דאז ליכא חזקת כשרות דאשה דאיכא חזקת כשרות דעדים וא"כ אוקמא על חזקת א"א והשתא נתגרשה דליתא דלנגד הבנים איכא שמא כבר נתגרשה ושמא מא"י והנה לפי מה דאיתא בתשובות ח"ס להקשות הלא הוי שם אונס חד הוא דשמא הוא ממזר או לא וכתב דס' אחד מתיר יותר מחבירו דאי מא"י נהי דכשר לקהל אבל עכ"פ פגום לכהונה משא"כ אי מישראל וכבר נתגרשה וע"ש דכתב דכיון דהפנויות לא טבלו לנדתן וא"כ אפי' אי הוא מישראל ולאחר גירושין נמי בן נדה הוי והוא פגום וא"כ ליכא ס"ס וע"ש ובזה היה נראה לתרץ קושית הרא"ש דאמאי לא היה תחלת התקנה שלא יחפה על בניה ממזרים וע"כ נראה דבזמן המקדש שאז גם הפנויות טובלות לנדתה משום טהרות א"כ איכא ס"ס הנ"ל שמא מא"י וס' אחד מתיר יותר לענין שפגום לכהונה וא"כ מה מהני דתקנו זמן דאכתי יכול לכתוב גט בלא זמן וע"כ היה התקנה משום ב"א והשתא נהי דליכא מיתה איכא משום יחפה על בניה ממזרים דליכא ס"ס דאין ס' אחד מתיר יותר דהשתא לא טובלת לנדתה ואם כן אפי' לישראל נבעלה פגום לכהונה. ולפ"ז ע"כ ראיה דאפיך קמייתא ור"י סובר משום פירות דאל"כ אמאי לא קאמר דתקנה היה מיד שלא יחפה על בניה ממזרים.

ואין לומר דאז איכא ס"ס וס' אחד מתיר ליתא דהא ר"י דסובר ביבמות דא"י הבא ע"ב ישראל הוולד ממזר וליכא ס"ס וע"כ דר"י סובר משום פירות ויותר נראה דהא כתבו בתשובות על ס"ס הנ"ל דחשוב ס' אחד בגופו וס"א בתערובות דשמא מא"י אך בב"ש איתא דבמידי דרבנן מהני ס"ס כזה וכיון דס' ממזר שרי מהתורה חשוב ס"ס וא"כ כיון דאיתא בירושלמי דס' ממזר אסור מהתורה ליכא ס"ס דחשוב ס' אחד בתערובות וא"כ אמאי לא היה תחלת התקנה משום שמא יחפה על בניה ממזרים וע"כ דר"י סובר משום פירות וסת ירושלמי הוא ר"י:

ולכאורה תקשה דתירצו דבודאי לא יעשה לחפות ע"י שיבטל לא בפני השליח כדי שלא יהיו הביאות ביאת זנות וקשה דלפ"ז ממילא לא יכתוב גט בלא זמן דהא הוי אי אפשר להזימו וע"כ דחשוב ממון משום הכתובה וע"כ דהפקיעו הקידושין ויהיה ב"ז וזה לא יעשה להרשב"א:

זמן גרמא

הנה ידוע דקיי"ל דמצות עשה שהזמן גרמא נשים פטורות ואף עפ"כ באכילת מצה חייבין ועי' בפסחים (דף מ"ג) דילפינן מדכתיב לא תאכל חמץ שבעת ימים תאכל מצות כל שישנו בבל תאכל חמץ ישנו באכילת מצה והני נשי הואיל וישנן בבל תאכל חמץ ישנן במצות אכילת מצה. ועי' בס' ש"א דהקשה על הא דאיתא בפסחים (דף כ"ח) פלוגתא דר"י ור"ש דר"י סובר דעובר ומסיק דהיקש הנ"ל לקובעו חובה בזה"ז כמו דאיסור חמץ הוא אפי' בזה"ז ה"ה מצה ור"ש יליף לקובעו חובה מבערב תאכלו מצות וקשה דהיכי יליף ר"י לקובעו חובה מהך היקשא הא צריכין לחייב נשים באכילת מצה אע"ג דזמן גרמא הוא:

ונראה לפי מה דאיתא בקידושין (דף ל"ה) דפריך הגמ' אלא לר"י דסובר דשני כתובים מלמדין מאי איכא למימר דמנ"ל דפטורות מעשה דזמן גרמא ומשני משום דהוי מצה שמחה והקהל ג' כתובים הבאים כאחד ואין מלמדין לדברי הכל וא"כ ניחא קושית הש"מ הנ"ל דלר"י דסובר דשני כתובים מלמדין מהראוי לחייב בכל מצות עשה שהזמן גרמא אך משום דהוי שלשה כתובים וע"כ שפיר יליף ר"י מהך היקשא לקובעו חובה בזה"ז דאין לומר דצריכין לחייב נשים באכילת מצה דה"א דנשים פטורות משום דחשוב ז"ג דליתא דאי לא נכתב במצה דנשים חייבות בודאי הוי ידעינן דנשים חייבות לר"י לשיטתו דאז הוי הדין בכל מצות עשה שז"ג נשים חייבות דליכא רק שני כתובים ולר"י מלמדין ולפ"ז לדידן דאין מלמדין ולא ידעינן דנשים חייבות רק מהיקשא א"כ לא ידעינן לקובעו חובה רק מקרא מבערב תאכלו מצות וניחא הרמב"ם דיליף לקובעו חובה

מבערב תאכלו מצות והקשו דכיון דפסק כר"י דעובר על לפ"ז א"כ שמעינן לקובעו חובה מהיקשא ועי' בלח"מ ולפי הנ"ל ניחא דבעינן היקשא לחייב נשים אע"ג דז"ג הוא דהא לדידן אין מלמדין בש"כ:

והנה בעשה שז"ג אי אשה מותרת לעשות המצוה אף ע"ג דפטורה עי' בעירובין דתליא בפלוגתא אי נשים סומכות רשות או לא דר' יוסי ור"ש ס"ל דנשים סר"ש אע"ג דפטורה וה"ה ענין הנחת תפילין באשה תליא בפלוגתא זו וע"ש (ד' צ"ו) דהוכיחו מדחזינן דמיכל בת כושי היתה מנחת תפילין ולא מיחו חכמים אלמא קסבר דשלא זמן גרמא הוא ומדחי דילמא סבר לה כר' יוסי דנשים סומכת רשות וע"ש ברש"י ד"ה ולא מיחו חכמים דהוי כתוספות על דברי תורה וע"ש בתוס' דהקשה על רש"י דהא שמעינן ליה לרבא דלעבור שלא בזמנו בעי כוונה ולגבי אשה דלא מחייבה הוי כשלא בזמנו דכיון דלא מיכווני לה לא עברה וע"כ כתבו דטעמא דאסורה משום דתפילין צריכין גוף נקי וע"ש והנה לפ"ז לאביי דסובר בראש השנה דאפי' שלא בזמנו לא בעי כוונה וע"כ מקשה שם הישן בשמיני בסוכה ילקה א"כ לדידי' יש לומר דבכל עשה שז"ג אי מקיימת עברה על ב"ת ואע"ג דחשוב שלא בזמנו:

ובזה נראה לתרץ הרמב"ם הלכות חגיגה ועי' במס' חגיגה (דף ד') ת"ר זכור להוציא הנשים זכורך להוציא טומטום ומקשה טומטום ספיקא הוא איצטריך קרא למעוטי ספיקא אמר אביי כשבציו מבחוץ והרמב"ם השמיט זה ותמהו עליו וע"כ נראה דהא בס' ש"א הקשה מאי פריך איצטריך קרא למעוטי ספיקא דה"א דספק דאורייתא לחומרא ותירץ דאי יהיה חייב מספק יהיה ספק איסור משום איסור ב"ת יע"ש וזה הכל לאביי לשיטתו דסובר דאפי' דלא בזמנו איכא משום ב"ת אע"ג דלא מכוין וא"כ ל"ש לחייב מספק דאיכא ס' איסור להיפך דשמא הוא פטור ועובר על ב"ת וע"כ הוכיחו דע"כ אפי' כשבציו מבחוץ משא"כ לדידן דליכא ב"ת שלא בזמנו יש לומר כשבציו מבחוץ חייב ולא קשה קושית הגמ' איטצריך קרא למעוטי מספק דה"א דסד"א לחומרא ואין לומר דהא הרמב"ם סובר דס' שרי מהתורה ליתא דזה רק בל"ת ולא בעשה ועי' בס' ש"א דהקשה דאמאי הוי לאו דב"י לאו הניתק לעשה דהא הלאו כולל יותר מעשה דלאו דב"י הוא אפי' בנשים ועשה דתשביתו אינה בנשים דז"ג הוא כמו לאו דתמורה דל"ח ניתק לעשה משום דלאו הוא אפי' בציבור ושותפין משא"כ העשה לשיטת הרמב"ם ועי' בס' מק"ח דמחלק דנהי דאין מצווין להשביתו משום דז"ג הוא מ"מ ודאי אי השביתו ושרפו תקנו את הלאו דב"י ובשלמא בתמורה דא"א לקיים העשה בציבור ושותפין דאין תמורתן תמורה וע"ש:

אך נראה דתליא אי נשים ס"ר או לא דאי אמרינן דבכל עשה שזמן גרמא יכולה לעשות ולא עברה על ב"ת אז יש לומר דלא דמי לתמורה משום דנהי דפטורה מ"מ אי השביתו ושורפו תקן את הלאו משא"כ למ"ד דאין סומכות רשות ולשיטת רש"י הוא משום ב"ת וכיון דעבדה איסור בזה דתשביתו בודאי לא תקן הלאו ובפרט דחשוב מה"ב ולא קיים המצוה וממילא ליכא תקון לאו ודמי לתמורה וממילא דל"ח ניתק לעשה:

ובזה ניחא קושית הש"א על הסוברים דחשוב ניתק לעשה וממילא אי בטילו לעשה דתשביתו כגון לר"י דסובר דהוא בשריפה משכחת ביטלו לעשה כגון שלא שרפו רק דזרקו לים ובזה לא קיים העשה ולוקה דהא ביטלו להעשה משא"כ לרבנן דסוברים דבכל דבר יכול להשביתו א"כ לעולם לא משכחת ביטלו להעשה דכל מה שעושה לבער מהעולם מקיים העשה וא"כ לעולם לא משכחת מלקות וא"כ תקשה איך יליף ר"י דבשריפה מקו"ח מנותר והא עי"ז שתאמר דהוא בשריפה משכחת מלקות בביטלו כגון שלא שרפו א"כ תקשה דאין עונשין מהדין וע"ש:

ולפי הנ"ל ניחא דר"י לשיטתו דסובר דנשים אין ס"ר וא"כ ל"ח ניתק לעשה משום דכולל יותר מעשה לענין נשים וניחא בזה קושית התוס' שם דאמאי לא ילפי רבנן מנותר דלדידי' ליכא הך פירכא אש"ת יוכיח דהא הן סוברים דבשריפה אך כיון דחכמים דר"י הוא ר"ש ור"ש סובר דנשים ס"ר וא"כ חשוב ניתק לעשה דלאו לא כולל יותר מעשה לענין נשים וא"כ בלא"ה לא מצינן למילף מנותר משום דא"ע מהדין וא"ל דהא ר"ש סובר דעמ"ה דליתא דהא בריטב"א איתא דבחידוש מודה וחמץ חידוש הוא דעובר על ב"י דהא אינו ברשותו של אדם אך אפי' אי אין נשים ס"ר זה דווקא לאביי דסובר דאפי' שלא בזמנו איכא משום ב"ת משא"כ לדידן ליכא משום ב"ת והא דאין נשים ס"ר משום דמיחזי דעביד עבודה בקדשים וכן לענין תפילין וזה ל"ש לענין תשביתו וניחא בזה קושית הש"א על הסוברים דהאי עשה דתשביתו משוי לאו דב"י לנל"ע א"כ הא דאמר בפ"ק דפסחים אמר אביי תרי קראי כתיבי וכו' ופי' התו' דמיתורא דקרא קא דריש והשתא אפ"ת דהאי קרא דתשביתו בי"ט איירי אפ"ה לאו קרא יתירא הוא דמנ"ל לנתוקי ללאו דב"י לעשה לומר שאל"ע וע"ש ולפ"ז ניחא דאליבא דאביי לשיטתו בודאי לא חשוב ניתק לעשה דלאו כולל יותר לענין נשים ואסורה לקיים לעשה משום ב"ת:

ובזה ניחא הא דקשה על הרמב"ם דסובר דמש"ה לוקה במימר אע"ג דנל"ע משום דלאו כולל יותר מעשה א"כ הא דאיתא בתמורה (דף ד') אמר ליה אביי וכל לאו דנל"ע אין לוקין עליו והא מימר שנל"ע ולקי ומשני דלא אתא חד עשה ועקר שני לאוין ואמאי לא קאמר משום דלאו כולל יותר מעשה במומר. וע"כ נראה דהא לשיטת הרמב"ם תקשה

מנותר דלכ"ע חשוב נל"ע ואמאי הא לאו כולל יותר מעשה דלאו הוא גם גבי נשים משא"כ העשה דבשריפה אינה בנשים דז"ג הוא דאין שורפין קדשים בלילה וע"כ משום דעכ"פ אי שרפה קיימה המצוה אפי' אי פטורות ולא דמי לתמורה וזה לדידן דקיי"ל כרבא וליכא משום ב"ת שלא בזמנו וה"ה באשה אף ע"ג דחשוב שלא בזמנו משא"כ אביי לשיטתו דאיכא ב"ת ואסורה לקיים המצוה ואפ"ה חשוב לכ"ע נל"ע וממילא ה"ה במימר חשוב נל"ע אע"ג דלאו כולל יותר מעשה וע"כ צריכין לתרץ משום דחשוב שני לאוין ולא דחי ודו"ק:

זה נהנה וזה לא חסר

עי' ב"ק (ד' ך') פריך הגמ' ת"ש ר"י אומר אף זה הדר בחצר ש"ח שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר ש"מ דזה נהנה וזה לא חסר חייב ומשני שאני התם משום שחרירותא דאשייתא וכו' והנה מכאן הוכיחו הראשונים דאפי' אי זה נהנה וזה לא חסר פטור מ"מ היכי דחסר כ"ש חייב לשלם הכל דהא חזינן דמשום שחרירותא חייב לשלם לו שכר והנה הרמב"ם לא הביא זה הדין דהיכי דחסר כ"ש מגלגלין עליו את הכל ומשמע דסובר דאינו חייב לשלם רק מה דחסר כ"ש ותמהו עליו דהוא נגד הסוגי' ועי' בשעה"מ דהקשה מהא דאיתא לקמן (ד' צ"ז) דפריך מי אמר רב עבדא כמקרקעי דמי והא אמר רב התוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה פטור ואי ס"ד עבד כמקרקע דמי אמאי פטור ברשותא דמרא קאי ומשני שלא בשעת מלאכה דז"נ וזל"ח ופריך הגמ' מי ניחא ליה דנכחוש עבדיה ואי אמרינן דאינו משלם רק הפחת לא כפי מה שנהנה מה מקשה מה בכך דאיכא חסרון מ"מ פטור משכר מלאכה ומה שנפחת באמת משלם אלא ודאי דקושית הגמ' אזלא דכיון דחסר כ"ש מגלגלין עליו את הכל ולא כרמב"ם:

ונראה דהא הקשו מה פריך הגמ' מר"י הנ"ל דסובר דצריך לשלם לו שכר דילמא מש"ה חייב משום דמיחזי כריבית דכיון דחייב לשלם לו הוצאות שהוציא על הבית וא"כ אי ידור בה בחנם מיחזי כריבית ועי' בקצה"ח. אך יש לומר דהסוגי' קאי להך לישנא דאיתא ב"מ (ד' ס"ד) דדווקא באמר לו הלויני ודר בחצרי צריך להעלות לו שכר אבל בהלוהו לא מ"ט כיון דמעיקרא לאו אדעתא דהכי אוזפי' ליתן לן בה וע"כ לא מצינן לומר דטעמא דר"י משום ריבית וע"כ צריכין לתרץ משום דחסר כ"ש מגלגלין עליו הכל משא"כ לדידן אפי' בהלוהו צריכין להעלות לו שכר א"כ יש לומר דטעמא דר"י משום דמיחזי כריבית ול"ש דבחסר כ"ש מגלגלין את הכל וע"כ סובר הרמב"ם דאינו משלם רק מה שנפחת ולפ"ז ניחא קושית השעה"מ דהתם ע"כ קאי דבהלוהו לא מחזי כריבית וא"כ ע"כ טעמא

דר"י משום דחסר כ"ש מגלגלין את הכל וע"כ שפיר פריך מי ניחא דנכחוש עבדי' וחסר כ"ש ומחויב לשלם משא"כ לדידן אין ראיה דיש לומר משום דמיחזי כריבית:

ועי' בס' קצה"ח דכתב דאי אפשר לומר דטעמא דר"י משום רבית דהא לא חשוב רק צד אחד בריבית וע"ש והנה זה לאביי דסובר בב"מ (ד' ס"ג) דר"י ורבנן פליגי אי צד אחד בריבית אסור או שרי ור"י מתיר וע"כ אי אפשר לומר דטעמא דר"י משום ריבית וע"כ משום דחסר כ"ש מגלגלין עליו הכל משא"כ לרבא שם דפליג על אביי וסוב' דפליגי בריבית ע"מ להחזיר וצד אחד בריבית לכ"ע אסור א"כ יש לומר דטעמא דר"י משום רבית ולעולם דאפי' חסר כ"ש ל"צ לשלם לו הכל. ובזה ניחא הא דאיתא בכתובות פ' א"נ דקאמר שם מאי איכא בין אביי לרבא וקאמר זר שאכל תרומה דלאביי פטור ולרבא חייב ופריך ולאביי פטור והא מעידנא דאגבייה קני' מתחייב בנפשו לא הוי עד דאכיל ליה והקשה בתוס' דאמאי לא מקשה על מתני' דפסחים דמסיק דמש"ה באוכל ת"ח במזיד פטור מלשלם משום דכרת פוטר וקשה קושית הגמ' מדאגבייה קני' וכו' וע"כ נראה דהא בתוס' הקשו אמאי לרבא חייב בתחב לו חבירו לתוך פיו לפי המסקנא והא זה נהנה וזה לא חסר דאפי' אי היה מחזיר היתה נמאסת ותירצו דכיון דעכ"פ חסר כ"ש משלם הכל וע"ש בתוס' ב"ק דתירצו הואיל ונהנה מחמת החסרון שהיה מתחילה וע"כ חייב ולפ"ז ניחא קושית התוס' דעל מתני' דפסחים היה ידע לתרץ דאיירי בתחב לו חבירו לתוך פיו ואין לומר דז"נ וזל"ח דיש לומר דכיון דחסר כ"ש מגלגלין עליו את הכל וע"כ מקשה רק הכא מדאגבייה קני' ואין לומר בתחב לו לת"פ דא"כ זה נהנה וזה לא חסר ואמאי חייב לרבא ואין לומר משום דחסר כ"ש וכו' דהא לרבא יש לומר דטעמא דר"י משום רבית ואפי' חסר כ"ש פטור ומשני בתחב וכו' והיינו משום דנהנה מחמת החסרון שהיה מתחילה:

ובזה ניחא הרש"י בפסחים (ד' ל"ב) דפי' דשוגג דמתניתין דשגג בשתיהן וסיפא דמתניתין דהזיד בתרומה אפי' שגג בחמץ פטור דאי הזיד בחמץ והא דפטור משום כרת דחמץ לאשמעינן בחמץ גרידא וע"ש והקשה לרבא דסובר דמיתה בידי שמי' לא פוטר וע"כ הא דקתני במזיד פטור משום כרת דחמץ תקשה ליתני חמץ גרידא. וע"כ נראה דהא קשה בחמץ גרידא מעידנא דאגבייה קני' וע"כ קתני תרומת חמץ דאיירי בתרומה שלא בא ליד כהן ול"ש דקני מעת הגבהה ועי' בשעה"מ. אך לאביי לשיטתו דאליבא דר"י ע"כ משום דחסר כ"ש משלם דמשום רבית ליכא דהא צד אחד בריבית הוא א"כ שפיר מצי למיתני חמץ גרידא ובתחב לו לתוך פיו ואע"ג דזה נהנה וכו' מ"מ בחסר כ"ש משלם הכל משא"כ לרבא דפטור אפי' בחסר כ"ש א"כ בלא"ה לא מצי ליתני בחמץ דתקשה מעידנא

דאגבי' קנייה ובתחב לתוך פיו תקשה דזה נהנה ורש"י לא סובר כתוס' ב"ק הנ"ל וע"כ למיתני תרומת חמץ דאז איירי בתרומה שלא בא ליד כהן

ועי' ברשב"א ב"ק דהקשה על הא דאיתא שם התוקף ספינה ש"ח ועשה מלאכה רב אמר רצה שכרו נוטל רצה פחתה נוטל ושמואל אמר אין לו אלא פחתה ואמר ר"פ דלא פליגי הא דעבידי לאגרא והא דלא עבידא לאגרא ומשמע היכי דלא עבידא לאגרא אע"ג דלא נחת אדעתא דגזלנותא אפי' הכי אין לו אלא פחתה שהרי הא דאמר ר"פ בשבידא לאגרא נוטל שכרו ע"כ בדנחית אדעתא דאגרא הוא דאי אדעתא דגזלנותא אינו משלם רק כשעת הגזילה אבל שכר פעולה לא משלם וא"כ לפי דעת התוס' קשה דאמאי לא אמרינן דכיון דאיכא פחת כ"ש מגלגלין עליו הכל ומחלק דזה רק בקרקע ולא במטלטלין:

ולפ"ז נראה לתרץ דעת הרי"ף דהביא הך דינא דתוקף בעבדו ש"ח ועשה בו מלאכה דפטור דווקא שלא בשעת מלאכה ותמהו עליו דכיון דהוא פסק דעבדים מטלטלין וא"כ נגזלין ופטור אפי' בשעת מלאכה והסוגיא דהוצרך לאוקמי שלא בשעת מלאכה זה אי כמקרקעי דמי משא"כ לדידן דכמטלטלין דמי ובשלטי הגבורים מתרץ דהכא שאני דכיון דלא נתכוין לגזול רק להשתמש ולהחזיר אח"כ וע"כ היה צריך שכר וע"כ צריך לאוקמי שלא בשעת מלאכה אך הקשה דא"כ לא היה צריך להקשות מכח עבדי מקרקע הוא הא אפי' אי מטלטלין קשה משום דלא נתכוין לגזול ואמאי פטור מלשלם שכרו ולפי הרשב"א ניחא דקושית הגמ' אזלא דבשלמא אי עבדים כמטלטלין לא קשה דידע דאיירי שלא בשעת מלאכה ואע"ג דחסר כ"ש וכו' דלא ניחא ליכחוש לעבדיה מ"מ במטלטלין אפי' בחסר כ"ש אין מגלגלין את הכל אלא אי כמקרקעי דמי מה בכך דאיירי שלא בשעת מלאכה וזה נהנה וכו' מ"מ הא חסר כ"ש וכו' ולעולם כשיטת הרי"ף ומשני שלא בשעת מלאכ' וקאי לאידך לישנא וי"ל משום ריבי' ודו"ק:

אות ח

חתיכה נעשה נבלה

הנה הפוסקים נחלקו אי בכל איסורין אמרינן חנ"נ מדאורייתא או רק מדרבנן ועיין בפלתי סימן צ"ב דכתב דתליא בזה דאי ילפינן ט"כ מבשר בחלב כאביי אז גם לענין זה ילפינן מבשר בחלב דחתיכה נעשה נבילה כמו התם אך אי ילפינן ט"כ מג"נ אז חנ"נ בשאר איסורין מדרבנן ובזה ניחא הר"ש עיין בתוס' חולין (דף ק"ח ע"ב) דסובר דלמ"ד דמב"מ לא בטל צריכין תרי ששים ששים ברוטב לבטל את חתיכה נבילה שנפל וששים בחתיכת היתר לבטל את הרוטב הנפלט מהנבילה והקשה בתוס' דא"כ הא דמשני גדי

אסרה תורה ולא חלב דמ"מ החלב הנבלע בהבשר נאסרה דמ"ש משאר איסורין ואוסר כל החלב שביורה משום מב"מ אלא ודאי דכיון שאין החלב נאסר אלא מטעם בשר אין לו דין חלב טמא שיחשב מב"מ יע"ש.

ונראה דהא בלא"ה תק' דהא בתוס' ג"ה אית' דבאיסור דרבנן ר"י מודה דבטל אפי' מב"מ וא"כ אמאי סובר הר"ש דצריך ששים בחתיכות לבטל הרוטב הנפלט מהנבילה שנאסרה דהא חנ"נ רק מדרבנן ובאיסור דרבנן בטל אפי' מב"מ וא"כ נתבטל הרוטב ברוטב של היתר אע"ג דהוי מב"מ. וע"כ צריכין לומר דהר"ש קאי אי ילפינן ט"כ מבשר בחלב דאז חנ"נ מדאורייתא והנה ברשב"א איתא דהא דילפינן ט"כ מבב"ח זה מדחזינן דהחלב נאסר אע"ג דליכא בחלב רק טעם בשר משא"כ בבשר לא מצינן למילף דהא החלב שנבלע בבשר ל"ח טעם רק ממש יע"ש וא"כ זה אליבא דאמת דמסיק דגם חלב אסרה תורה אז יש למילף ט"כ מבב"ח משא"כ לס"ד דרק הבשר אסרה תורה ולא חלב א"כ אי אפשר למילף ט"כ מבב"ח דהא החלב לא אסרה התורה ומבשר חשוב ממש ולא טעם וא"כ חנ"נ רק מדרבנן וממילא בטל אפי' מב"מ דאיסור דרבנן הוא דחנ"נ הוא מדרבנן ולא יכול לאסור החלב שביורה משום מב"מ:

ובזה ניחא הא דאיתא בג"ה אמר רב כיון שנתן טעם בחתיכה נעשה נבילה ואוסרות כל החתיכות מפני שהן מינו. והקשו דכיון דחנ"נ בשאר איסורין רק מדרבנן ובאיסור דרבנן לא אמרינן מב"מ לא בטל וע"כ נראה דהא הקשו דאי מבב"ח אי אפשר למילף ט"כ א"כ גם מג"נ אי אפשר למילף דילמא משום חששא דבב"ח צריך הגעלה והיינו דהא"י השתמש בשר ואנן חלב ותירצו דא"כ אמאי אמרה תורה כל דבר אשר יבא באש תעבירו באש דבעינן ליבון הא בהיתרא בלע אפי' דבר דנשתמש ע"י האור סגי הגעלה לחוד והטעם משום דע"י הגעלה נעשה טעם קלוש ובהיתר טעם קלוש שרי דמה"ט דגים שעלו בקערה מותר לאוכלן בכותח משום דבהיתר טעם קלוש שרי ועיין בס' ח"ד. וא"כ לרב דאוסר נטבנ"ט דסובר דגים שעלו בקערה אסור לאוכלן בכותח אלמא דאוסר טעם קלוש אפי' בהתירא בלע וא"כ אפי' בהתירא בלע צריכין ליבון בדבר שתשמישו ע"י האור וא"כ לדידי' אי אפשר למילף ט"כ מג"נ דיש לומר משום בשר בחלב ואפ"ה אמרה תורה כל דבר אשר יבא באש וכו' וע"כ לדידיה ילפינן ט"כ מבשר בחלב וממילא חתיכה נעשה נבילה מדאורייתא וע"כ סובר רב דחתיכה נעשה נבילה ואוסר כל החתיכות משא"כ לדידן ע"כ השמיטו אך אי אמרינן דהא דרב אוסר ט"ק אפי' בהתירא בלע זה רק מדרבנן א"כ אפי' לרב אי אפשר לומר דג"ע משום כשב"ח דא"כ לא צריכין ליבון דהא התירא בלע ועיין בפ"מ:

וגם נראה לתרץ שיטת הר"ש הנ"ל דהנה בס' ברוך טעם איתא דהא דפריך הגמ' חלב נבילה היא ואין לומר מצד קישור החלב הבלוע בהבשר עם החלב שביורה יש ביטול ס' לבטל טעם הבשר אך מה בכך הא מ"מ הבשר יהיב טעמא בחלב שנכנסה לבשר והיכי דאיכא טעמא לא מהני ביטול ס' בי בשב"ח ואפי' אי אמרינן דבשאר איסורין דע"י ביטול ס' שרי אף כשירגיש טעם האיסור ורק רבנן אחמירו ואמרו טעמא לא בטל התם שאני דהיכי דאיכא ס' נהפך האיסור להיות היתר כך אינו אוסר עוד הטעם דהוי כטעם הבא מהיתר משא"כ בשב"ח דהתם אין לומר ששים פועל שיבוטל החלב או הבשר דהא היתר בהיתר לא בטל ועיין בתוס' ע"ז ורק הא דמהני ס' משום דדרך בישול אסרה תורה וכל היכי דאיכא ס' ל"ח בישול כיון דליכא טעמא ועיקר איסור בשר בחלב הוא משום הטעם וע"כ אף דאיכא ס' מ"מ כשנרגש הטעם הוי איסור בשב"ח משא"כ בשאר איסורין יע"ש ולפ"ז צריכין לומר דהא דסובר הר"ש דצריך תרי ששים אע"ג דמקושר הטעם רוטב שנכנסה לבשר עם שאר הרוטב ואיכא ס' לבטל ואין לומר דמ"מ יהיב הבשר טעם ברוטב שנכנסה בבשר מה בכך הא בשאר איסורין מדאורייתא בטל אפי' ביהיב טעמא ורק מדרבנן החמירו ובאיסור דרבנן בטל אפי' מב"מ וצריכין לומר דהר"ש קאי אי ילפינן ט"כ מבב"ח דאז אמרינן כמו התם מדאורייתא לא בטל טעמא ה"ה שאר איסורין וזה אליבא דאמת דהתורה אסרה גדי וחלב אז אפשר למילף ט"כ מבב"ח משא"כ לס"ד דהתורה לא אסרה חלב אי אפשר למילף ט"כ מהא דאסרה תורה גדי דליתא דחלב הנכנס לגדי חשוב ממש וא"כ אז מדאורייתא בטל אפי' ביהיב טעמא וליכא רק איסור דרבנן ואז בטל אפי' מב"מ:

ולפ"ז נראה הא דאיתא בע"ז (דף ע"ג) דאמר ר"י המערה יי"נ לבור וכו' ועיין בר"ן שם דבהא נקטינן כוותיה דאיסור שאינו אוסר במשהו דקמא קמא בטל והראב"ד ס"ל שאף שנתרבה עד כדי נ"ט בהיתר מותר דכבר נהפך איסור להיתר יע"ש ולפ"ז יש לומר דזה דווקא בשאר איסורין דמהני ביטול ס' אפי' ביהיב טעמא וע"כ כיון דכבר נתבטל ע"כ אע"ג דנתרבה עד כדי נ"ט בהיתר שרי דכבר נהפך איסור להתיר משא"כ בב"ח דהיתר בהיתר לא בטל ורק הא דמהני ס' משום דדרך בישול אסרה תורה ובישול לא הוי רק היכי דיהיב טעמא ואמרנו דמש"ה היכי דאיכא ספק ומ"מ נרגש הטעם דאסור וע"כ ה"ה הכא אע"ג דראשון ראשון בטל מ"מ אי נתרבה עד כדי נ"ט בהיתר אסור דל"ש דנהפך ע"י ביטול להיתר כיון דאינו מטעם ביטול:

ובזה ניחא הרש"י בחולין דפי' דחידוש הוא דכל חד באנפיה נפשיה שרי והוא נגד הסוגיא דפסחים דהתם איתא דחידוש הוא דכבוש שרי יע"ש בתוס' וע"כ נראה דהנה

לפי מה דאיתא באחרונים לפי מה דאיתא בחולין דר"י סובר דמליח אינו כרותח כבוש אינו כמבושל אמר אביי הא דר"א ליתא דהא ההיא פינכא וכו' והרמב"ם לא מביא דין דכבוש כמבושל וכתבו דלכך לא הזכיר דהא דרבין לא נדחה רק במליחה ולא בכבוש וא"כ לפ"ז לא הוי בב"ח חידוש דתרי כולי יומא שרי דכיון דבכל מקום כאכ"מ אך זה אינו דאפי' אי נאמר דכבוש אינו כמבושל מ"מ יש מציאות בליעה מעט מעט בכבישה וכדאיתא במתניתין דע"ז נודות הא"י דלכך מפרש רש"י שהכניס לקיום והרא"ש מפרש ששהה מעל"ע דרש"י לשיטתו דל"א כבוש רק בחומץ וציר וע"כ אינו אוסר רק במכניסו לקיום ונבלע עכ"פ במשך זמן מרובה וכן צ"ל להסוברים שאין כבוש רק ג' ימים ותקשה מהא דקאמר דחידוש דאי תרי כולא יומא בחלב שרי אלא ודאי אף שאינו כמבושל מ"מ בולע במשך הזמן וא"כ תקשה לרש"י דאמאי לא פי' דחידוש הוא לענין כבוש אך לס"ד דלא ידעינן דדרך בישול אסרה תורה א"כ ע"כ גם היתר בהיתר בטל דאל"כ אמאי שרי באיכא ס' וא"כ מה בכך דבולע מעט מעט מ"מ קמא קמא בטל ואינו חוזר וניעור אע"ג שנתרבה עד כדי נ"ט וע"כ הוכרח רש"י לפרש דכל חד לחודא שרי משא"כ אליבא דאמת דמסיק רבא דרך בישול אסרה תורה והיתר בהיתר לא בטל ע"כ קאמר הגמ' בפסחים דחידוש הוא דכבוש שרי ואע"ג דבולע במשך הזמן מעט מעט ואין לומר דכבר נתבטל דליתא דכיון דנתרבה עד נ"ט בהיתר לא מהני ביטול ס':

ובזה ניחא קושית התוס' הא דאביי יליף ט"כ מבב"ח והתם ילפינן מג"נ. וע"כ נראה דהא הקשו דכיון דאי אפשר למילף ט"כ מבב"ח א"כ גם מג"נ אי אפשר למילף משום דיש לומר דמשום בב"ח צוה התורה וע"כ נראה דהא הקשו דמה בכך דחידוש הוא דכבוש שרי מ"מ חומרא מצינן למילף דט"כ דכיון דחזינן דהקיל התורה דשרי כבוש ומ"מ אמרינן ט"כ מכש"כ בכל מקום ט"כ. וע"כ נראה דהא הקשו לס"ד וכי לא ידע דחידוש הוא וע"כ נראה דהא הקשו דאיך אפשר למילף ט"כ מבב"ח לפי מה דאיתא ברשב"א להקשות דהא שמעינן ט"כ מדכתב הטמאים לאסור הציר והרוטב ותירוץ דהתם הוא בעין דהציר היוצא והרוטב הוא בעין ולא נתערב אבל הכא ה"א דכיון דנתערב דהטעם נתבטל קמ"ל דטעמא לא בטל ולפ"ז אין ראיה ט"כ מבב"ח דהתם כיון דיהיב טעמא והוי דרך בישול והיתר בהיתר לא בטל וע"כ אסור משא"כ בעלמא אפשר דאפי' טעמא בטל אך כיון דלס"ד דלא היה סובר דחידוש הוא דכבוש שרי וט"כ משום דהיה סובר דאפי' היתר בהיתר בטל וע"כ לא הוי חידוש דכיון דכבוש אינו כמבושל ואין לומר דעכ"פ בולע מעט מעט מה בכך ראשון ראשון בטל ואפי' דנתרבה עד כדי נ"ט מ"מ שרי דכיון דכבר נתבטל וכיון דהיתר בהיתר בטל וא"כ שפיר יש למילף ט"כ מבב"ח דאין לומר

משום דהתם הוא היתר בהיתר וע"ז קאמר דבב"ח חידוש הוא וע"כ משום דהיתר בהיתר לא בטל דאל"כ לא הוי חידוש הא דשרי כבוש דגם שאר איסורין שרי כבוש וא"כ ממילא לא מצינן למילף ט"כ מבב"ח משום דיש לומר דבעלמא הטעם בטל משא"כ הכא דהיתר בהיתר הוא וניחא קושיא הנ"ל דחומרא עכ"פ מצינן למילף דליתא דהשתא דאמרינן דחידוש הוא וע"כ דסובר דלא בטל היתר בהיתר וא"כ אי אפשר למילף ט"כ מבב"ח דיש לומר דבעלמא טעמא בטל משא"כ בב"ח וע"ז קאמר דילפינן מג"נ דאין לומר משום בב"ח הגעילו ומזה אי אפשר למילף משום דחידוש הוא דליתא דהא דהעיקר הטעם דחידוש הוא משום דהיתר בהיתר לא בטל וא"כ אין ראיה דט"כ דיש לומר דכיון דלא בטל היתר בהיתר וט"כ טעמא לא בטל משא"כ בעלמא דליתא דאי בעלמא נתבטל אפי' טעם גם הכא בטל איסור בב"ח דכיון דחוץ מזה דיש איסור בב"ח יש איסור אחר חלב או בשר של עובד כוכבים וכיון דמהני ביטול לאיסור זה אע"ג דאיכא טעמא ה"ה דמהני ביטול לאיסור בב"ח ועיין במסכת סוכה דרבא סובר מיגו דהוי דופן לשבת הוי דופן לסוכה אלא ודאי דגם בשאר איסורים טעמא לא בטל וא"כ אביי לשיטתו דפליג בסוכה על רבא דל"א מיגו וא"כ אי אפשר למילף ט"כ מג"נ דיש לומר משום בב"ח וע"כ לדידיה ע"כ צריכין למילף מבב"ח דאי לא גם מג"נ אי אפשר למילף:

ובזה ניחא הרי"ף דסובר דהא דפת שאפה עם הצלי דאסור לאוכלו בכותח משום דחשוב דשיל"מ והקשה הא בשאינו מינו בטל גם דשיל"מ ועי' בר"ן בנדרים וע"כ נראה דעיקר הטעם דלא אמרינן טעמא של רש"י דלא בטל משום דעד שתאכלנו באיסור תאכל בהיתר ואז לא הוי חילוק דאפי' באינו מינו לא בטל דשיל"מ אך דקשה דכיון דכבר נתבטל א"כ נעשה היתר גמור דהא חזינן דאינו חוזר וניעור וא"כ ל"ש עד שתאכל באיסור וע"כ סובר הר"ן דהוא משום מב"מ וע"כ א"מ בטל משא"כ הכא לענין איסור בב"ח דאפי' ע"י ששים לא נעשה היתר משום דהיתר לא בטל בהיתר וע"כ חוזר וניעור ומה"ט הוי חידוש וכיון דלא נעשה היתר ע"י ביטול ס' שייך לומר עד שתאכל באיסור וממילא אין חילוק דאפי' א"מ לא בטל דשיל"מ וניחא הרי"ף הנ"ל:

והנה נראה לי אי איסור דרבנן בטל אפי' במב"מ אי לא תליא בזה דאי אמרינן דמדאורייתא לא בטל מב"מ דהיינו לר"י אז אין חילוק בין איסור דאורייתא לאיסור דרבנן דאפי' איסור דרבנן לא בטל מב"מ משא"כ לרב ושמואל דסוברים דמב"מ לא בטיל ועי' בריטב"א חולין דכתב מדלא אמרו רו"ש הלכה כר"י דמב"מ לא בטל ע"כ דפליגי על ר"י דלר"י מדאורייתא לא בטל מב"מ והם סוברים דמדאורייתא בטיל רק מדרבנן לא בטל מב"מ וכיון דרק מדרבנן לא בטל וע"כ יש לומר דלא החמירו רק באיסור דאורייתא ולא

באיסור דרבנן ובזה ניחא הר"ש בפשיטות דהר"ש לא קאמר רק למ"ד מב"מ מדאורייתא לא בטל וע"כ אע"ג דרוטב הנאסר מה שנכנס בבשר נבילה ונעשה נבילה הוא רק מדרבנן מ"מ לא נתבטל ברוטב של היתר משום דחשוב מב"מ משא"כ הסוגיא דקאי לרב ולרב באיסור דרבנן בטל אפי' מב"מ וע"כ לדידי' משני שפיר גדי אסרה תורה ולא חלב ולא קשה הקושיא דנהי דנעשה נבילה החלב שנכנס לבשר מ"מ כיון דזה רק מדרבנן לא אוסר במשהו החלב משום מב"מ דבאיסור דרבנן בטל מב"מ. ובזה ניחא קושית שעה"מ על הא דקאמר רבא בפסחים דחמץ בזמנו בין במינו ובין שלא במינו במשהו שלא בזמנו בין במינו ובין שלא במינו מותר כר"ש ופריך והא ר"ש קנס והקשה מאי פריך דילמא הא דקאמר מותר ע"י ששים ומה בכך דקניס כיון דאיכא ס' ואין לומר דא"כ למאי קאמר כר"ש דליתא דאליבא דר"י דאסור לאחר הפסח מהתורה א"כ לא מהני ס' מב"מ דלא בטל וע"כ קאמר כר"ש ונהי דקנס ליכא רק איסור דרבנן ובאיסור דרבנן בטל אפי' מב"מ וע"כ שרי אפי' מב"מ ולעולם דע"י ס' ומה בכך דקנס ר"ש וע"ש:

וע"כ נראה דלפי מה שהקשו דאי אזלינן מב"מ בתר בטל דבטל יכול להיות כמבטל אז חשוב מב"מ ונבילה בשחוטה דחשוב מב"מ משום דאפשר להיות הנבילה כשחוטה לכי נפגם דאז חשוב אינו ראוי לגר וזה ל"ש בחמץ דאסור אפי' שלא כד"א ואמאי יהיה מב"מ במשהו אפי' בזמנו הא אי אפשר להיות בטל כמבטל דאסור אפי' שלא כד"א ועי' בחידושי הרי"מ דמתרץ דכיון דמדאורייתא שרי לאחר פסח וא"כ אפשר לבטל להיות כמבטל ואע"ג דחכמים אסרו אפילו לאחר הפסח לא להקל באו על דברי תורה וזה הכל אי מדאורייתא לא בטל מב"מ שייך לומר דלא להקל על דברי תורה באו משא"כ אי מדאורייתא בטל מב"מ רק מדרבנן לא בטל וכיון דרבנן אסרו לאחר פסח אי אפשר להיות בטל כמבטל וע"כ דרבא סובר דמדאורייתא לא בטל מב"מ וא"כ אפילו איסור דרבנן לא בטל ושפיר פריך והא ר"ש קנסא קא קניס ואפי' אי נאמר דע"י ששים קאמר דשרי תקשה על מב"מ דלא מהני ס' אפי' אי רק מטעם קנס:

ועכ"פ לרב באיסור דרבנן בטל אפי' מב"מ וניחא בזה קושית התוס' בחולין פ' ג"ה על הא דקאמר רב כיון שנתנה טעם בחתיכה דחתיכה נעשה נבילה ואוסרת כל החתיכות מפני שהוא מב"מ והקשה בתוס' דלמאי צריכין שנתן טעם דהא במינו אוסרת בכ"ש וע"ש ולפ"ז ניחא דאי לא נתן טעם בחתיכה נהי דחתיכה נאסרה ע"י משהו מ"מ לא נאסרה החתיכה מהתורה דהא לרב מהתורה בטל אפי' מב"מ וא"כ איך אפשר לומר דאוסרת כל החתיכות במשהו דהא באיסור דרבנן בטל אפי' מב"מ וע"כ קאמר כיון שנתן טעם בחתיכה דאז נאסרה מהתורה וע"כ אוסר הכל במשהו משום מב"מ:

ובזה אמרתי הא דמשני הגמ' בחולין דאיירי ביורה רותחת דמיבלע בלע מפלט לא פליט והקשו דא"כ ל"צ יורה גדולה שיהי' ששים דכיון דלא פליט ועי' בפלתי והנה לפי מה דכתב שם דאפי' ביורה רותחת פליט רק דלא הוי רק טעם קלוש ולא חשוב מב"מ וזה תינח לענין שהחלב שנכנס לבשר יאסור שאר החלב משום מב"מ מהני שפיר הא דיורה רותחת דאז לא נפלט רק טעם קלוש ול"ח מב"מ. משא"כ לענין שהבשר יאסור החלב כגון ביורה קטנה לא מהני הא דמיפלט לא פליט דכיון דעכ"פ טעם קלוש פליט. ואין לומר דהא בהיתר לא אוסר טעם קלוש זה אינו אליבא דרב לשיטתו דאוסר דגים שעלו בקערה לאוכלן בכותח אך יותר נראה דזה דביורה רותחת לא פליט דבר זה אינו ברור רק כיון דהא דלא בטל מב"מ הוא מדרבנן וע"כ סמכינן ע"ז דלא פליט משא"כ לענין זה שהבשר אוסר החלב לא סמכינן וע"כ בעינן יורה גדולה דווקא ועי' בתשובות ח"ס דכתב דהא דמשני שאני ציר דזיעה בעלמא ולא אסור רק מדרבנן ובטל זה רק לאביי דלא סובר סלק את מינו כמו שאינו וקשה קושית הגמ' ואז צריכין לומר משום דבאיסור דרבנן בטל אפי' מב"מ משא"כ לרבא דסובר סלק אז יש לומר דאפי' איסור דרבנן לא בטל וע"ש:

ובזה ניחא רש"י בפסחים על הא דסובר רב דקדירות בפסח דישברו משום דסובר רב דנטל"פ אסור והקשה בתוס' דא"כ מאי מספקא לרבא אי רב אוסר נטלפ"ג אי לא בע"ז ליפשוט מהכא דאוסר וע"ש וע"כ נראה דעיקר הוכחה של רש"י דאוסר נטלפ"ג דאין לומר משום דלכתחלה אסור נטלפ"ג כמו דאיתא בתוס' דא"כ אמאי אוסר במשהו נהי דסובר רב דמב"מ במשהו הא כיון דהוי נטלפ"ג ולא אסור רק לכתחלה א"כ ליכא רק איסור דרבנן ובאיסור דרבנן בטל אפי' מב"מ ואמאי ישברו הא יכול להשתמש אפי' מב"מ אלא ודאי דרב אוסר נטלפ"ג משא"כ רבא לשיטתו דסובר סלק ולא בטל אפי' איסור דרבנן שפיר מספק ולא יכול ליפשוט מהכא דיש לומר משום דלכתחלה אסור נטלפ"ג ואע"ג דליכא רק איסור דרבנן הוא במשהו ולא יכול להשתמש אפי' אינו מינו משום גזירה ודו"ק:

וגם יש לומר דלא קשה על מהר"ש הנ"ל דיש לומר דגם בס"ד ידע מזה דאיירי ביורה רותחת דלא פליט אך היה סובר דבאיסור דאורייתא לא סמכינן ע"ז ובס"ד דהיה סובר דהוא מדאורייתא לא סמכינן ע"ז משא"כ לפי מה דמשני דגדי אסרה תורה ולא חלב נהי דחלב הנבלע בבשר נעשה נבילה מ"מ כיון דזה רק מדרבנן סמכינן על הא דלא פליט וגם דהא בש"ך סי' צ"ב הקשה אי בלא נודע לא אמרינן דחנ"נ מאי פריך הגמ' חלב נבילה הי' דילמא אייר בלא נודע ועי' בפלתי דמחלק דזה רק בשאר איסורין דחנ"נ הוא מדרבנן

משא"כ בב"ח וא"כ לפי מה דמשני דלא אסרה תורה חלב נהי דנעשה נבילה מדרבנן דלא גרע משאר איסורין ע"ז יש לומר דאיירי בלא נודע:

והנה אי אמרינן במליחה חנ"נ או לא ועי' בר"ן בחולין דכתב דבמליחה לא אמרינן דנעשה נבילה דכיון דחנ"נ מבב"ח ילפינן ואיסור בב"ח ליתא במליחה דדרך בישול אסר תורה וע"ש ובזה ניחא קושית התוס' בחולין סוגיא דירך על הא דקאמר שמואל שם ל"ש אלא שנתבשל אבל נצלה קולו ואוכל עד שמגיע לגיד והקשה דפשיטא דצלי לא אוסר דאל"כ למה קתני במתני' נתבשל הא משעת מליחה נאסרת דמליחה הרי הוא כרותח דצלי וע"ש ועי' בפלתי ס' ק"ח מתרץ דה"א דצלי אוסר יותר משום ריחא דכיון דנוגעין זה בזה אלים הריח וזה ל"ש במליחה דליכא משום ריחא אך הקשה דא"כ מאי מקשה הגמ' על שמואל מר"ה דאוסר בגדי שצלאו בחלבו הא ר"ה תלמיד של רב ורב סובר דריחא מילתא וע"כ אוסר וע"ש והנה לפי שיטת הרי"ף בחולין דמש"ה אוסר רב ריח משום דרב לשיטתו דסובר מב"מ במשהו וריח עכ"פ משהו איכא ניחא דהא גם שמואל סובר דמב"מ במשהו ועי' בפלתי דגיד ובשר חשוב מב"מ ותקשה אמאי מתיר בנצלה ולא אסור משום ריחא וניחא בזה מה שמקשין הא דמקשה על ר"ה מר"י דסובר דקולף ואוכל עד שמגיע לחלבו הא קושיא זו לא תלי' בשמואל דבלא"ה קשה על ר"ה מר"י ועי' בפלתי אך בלא שמואל יש לומר דהא דר"ה אוסר הוא משום ריחא דסובר כרב דריחא מילתא משא"כ ר"י לא סובר דריחא מילתא אך מדחזינן דשמואל מתיר בצלי אע"ג דסובר ג"כ ריחא דכיון דסובר דמב"מ במשהו וע"כ הא דאוסר ר"ה אינו מטעם ריח רק דחלב מתפשט ביותר וע"כ קשה מר"י דמתיר אפילו בחלב. אך לפי מה שאמרנו ניחא בפשיטות קושית התוס' דהא דה"א דצלי אוסר בכולו משום דנהי דלא מתפשט ביותר מכדי קליפה משום דהא דקליפה זו שנאסרה נעשה נבילה ואוסר הקליפה סמוך לו וזה ל"ש במליחה דלא אמרינן דנ"נ:

והנה אי בצלי אמרינן חנ"נ תליא אי צלי אסור בב"ח מהתורה אז בשאר איסורין אמרינן אפילו בצלי דנ"נ דילפינן מבב"ח משא"כ אי צלי לא אסרה תורה בב"ח אז לא אמרינן דנ"נ בשאר איסורין בצלי דל"ש דילפינן מבב"ח דכיון דלא אסרה תורה צלי בב"ח וזה אי צלי אסרה תורה כבר כתבו דתלי' אי אם למקרא או אם למסורת דאי אם למקרא גם צלי אסור מהתורה משא"כ אי אם למסורת ועי' בפלתי ס' פ"ז:

ובזה ניחא הסוגיא הא דאיתא בפסחים חמשה שנתערבה עורות פסחיהן ונמצא יבלת באחד מהם וכו' עד דמקשה וניתו כל חד כהן וכו' עד דמסיק משום דקא ממעט באכילתן דשלמים והקשו לר"ש דסובר דמביאין קדשים ליד פסול אכתי תקשה קושית הגמ' דל"ש

תירץ הגמ' ולכאורה נראה דהא בתוס' פסחים (ד' ע"ד) הקשה אי אמרינן דבעינן מקולס אפי' בדיעבד א"כ מאי פריך ונותו כל חד כהן בהדי' ואיך יעשה כן והא חזה ושוק דאסירי לזרים אי אפשר לצלותן עם הפסח וצריך לחותכן ולא הוי מקולס וע"ש. ועי' בס' אור חדש דכתב דאי אמרינן במצות עשה אי אכל שלא כד"א יצא ידי מצוה ואע"ג דלענין איסור ל"ח אכילה מ"מ היכא דחיוב ומצוה לאכול יצא באכל שלא כד"א וא"כ אין ראיה דלעולם דבעינן מקולס אפי' בדיעבד ואין לומר דחזה ושוק יאסור לאכול לזרים דליתא דהא יכול לאכול שלא כד"א דאיסור חו"ש ליכא והמצוה מקיים ולפ"ז לפי מה דאיתא במהרש"ל דאליבא דר"ש דסובר דכ"ש למכות גם שכ"א אסור דלא גרע מכ"ש א"כ אפי' אי יאכל שכד"א איכא איסור דחו"ש ומקולס בעינן בלא"ה לא קשה קושית הגמ' ול"צ לדיד' משום דמביא לידי פסול:

וגם נראה לפי מה דאיתא בפלתי להקשות על התוס' הנ"ל הא קיי"ל דצלי כחוש אינו אוסר רק כדי קליפה א"כ איכא תקנה דבני החבורה בוחרים גדי כחוש ואח"כ מחתכין חזה ושוק עם כ"נ עמו ונותני' לכהן החו"ש עם כדי נטילה והם אוכלים הנשאר ומתרץ דכיון דחו"ש נוגעים בבשר א"כ ריחא מילתא ואוסר הפסח מחמת ריח דחו"ש ואע"ג דלית בה פיטום מ"מ הא לשיטת הרמב"ם דלא היה מסיר מפסח ג"ה ושומן ג"ה אינו כחוש ולגבי ריחא היתר מפטם לאיסור וע"ש ובזה ניחא קושי' אור חדש על התוס' דתמה דהא יכול לאכול הכבד דקיי"ל דאינה נאסרת משום דטרוד לפלוט כל שעה וע"כ אפי' שמנוני' אינו בולע והישראל יאכל הכבד והכהן יאכל השאר ע"ש אך כיון דהחשש משום ריחא מילתא בנוגעים זב"ז א"כ לענין זה לא מהני מה דטרוד לפלוט ולא בלע מ"מ ריח נכנס אע"ג דטרוד לפלוט ולפ"ז לפי מה דאיתא בפלתי דהא דלא היו מסירין ג"ה והשומן זה אי אין בגיד בנ"ט אז לא היו מסירין גם השומן אע"ג דנ"ט משא"כ אי יש בגיד בנ"ט ואז פשיטא דהי' מסיר ג"ה משום דנ"ט ואוסר הפסח וכי נשרו בפסח איסור דאורייתא וממילא דהי' מסיר גם השומן ולפ"ז יש לומר דקושית הגמ' לא הי' רק למ"ד בנ"ט דאז היה צריך להסיר הגיד והשומן וליכא שמנונית וליכא משום ריחא וא"כ היה יכול ליקח גדי כחוש והכהן יטול חו"ש וכ"נ עמו ומשום ריחא ליכא וע"ז משני דאין מביאין לבית הפסול וא"כ ר"ש לשיטתו נהי דסובר דמביאין לידי פסול מ"מ הא הוא סובר דאין בנ"ט ולא הי' מסיר הגיד ושמנונית בלא"ה לא קשה קושית הגמ' משום דחו"ש יאסור ואפי' גדי כחוש מ"מ יאסור משום ריחא דכיון דאיכא שמנונית דג"ה:

אך לפי הנ"ל יש לומר דקושית הגמ' לא אזלא רק למ"ד דאם למסורת דאז ל"א בצלי דנ"נ וא"כ לא קשה דחו"ש יאסור דהא יכול ליטול גדי כחוש דלא אוסר רק עד כדי נטילה

וזה יתן לכהן עם חו"ש ואין לומר דהך כ"נ יאסור יותר דנעשה נבילה דבצלי ל"א דנ"נ וא"כ ר"ש לשיטתו דסובר אם למקרא וא"כ גם בצלי אמרינן דנ"נ בלא"ה לא קשה קושי' הגמ' משום דחו"ש יאסור הפסח ואפי' בג"כ אך אי אמרינן דבקדשים לכ"ע אמרינן דנ"נ מדכתיב יקדש ועי' בס' יש"י וא"כ הכא בפסח אמרינן דנ"נ אפי' אי אמרינן אם למסורת וליכא איסור בצלי משום בב"ח:

ובזה ניחא קושית התוס' ע"ז לר"ש ל"צ משרת דט"כ מצינן למילף מג"נ אך לפי מה שהקשו דילמא ג"נ משום בב"ח ועי' בפלתי דכתב מדכתבה התורה כל דבר אשר יבא באש ובצלי ליכא משום בב"ח ולפ"ז ר"ש לשיטתו דסובר דאם למקרא וגם צלי אסור בב"ח וא"כ אין ראיה ט"כ מג"נ דיש לומר משום בב"ח וע"כ צריכין משרת על ט"כ:

וגם נראה על הקושיא הנ"ל דלכאורה יש לומר על קושית תוס' דמאי בכך דבלע מחו"ש דעשה דפסח דוחה ואע"ג דאיכא עון מיתה אך כיון דחזינן דעשה השוה בכל דוחה ל"ת ועשה שאינו שוה בכל מכש"כ דדוחה ל"ת דמיתה היכי דאינו שוה בכל ועי' בראב"ד סוף יומא ומשם הוכיחו דל"ת ועשה חמור מעון מיתה לחוד דליכא רק ל"ת וא"כ ר"ש לשיטתו דסובר דנשים אפי' בראשון רק רשות א"כ לא דחי איסור דחו"ש נהי דאינו שוה בכל הא גם פסח אינו שוה בכל וא"כ בלא"ה לא קשה קושית הגמ':

חליפי איסורי הנאה

עי' בחולין (ד' ד') חמצן של עוברי עבירה אחר הפסח מותר מיד מפני שהן מחליפין וסכרוה דהא מני ר"י דאוסר מדאורייתא לאחר הפסח ומסיק דאתיא כר"ש דאמר חמץ אחר פסח דרבנן וכי מקילינן בדרבנן ושיטת רש"י דחליפי איסורי הנאה אסורה למחליף מדרבנן ומה שמרויחין דלדידן מיהא שרי וע"ש בתוס' דכתבו דמרויחין נמי לגבי דידהו למאי דס"ד השתא דהוי דאורייתא דחליפין לא אסור רק מדרבנן וע"ש עוד דהקשה מאי פריך הגמ' בע"ז (ד' ס"ג) גבי השוכר את הפועל לעשות ביי"נ דשכרו מ"ט אסור והרי ערלה דאסור בהנאה ותנן מכרן וקידש בדמיהם מקודשת ומאי קשיא הא לכתחלה אסור ליהנות וי"ל דמשמע ליה שכרו אסור גם לאחריני כמו יי"נ עצמו ולהכי פריך דאי אסור גם לאחריני אמאי מקודשת נהי דהמקדש בשעות דרבנן וחמץ דרבנן חוששין לקידושין מ"מ מקודשת גמורה לא הוי דאם בא אחר וקידשה חוששין לקידושי שניהם וע"ש ואין להקשות דילמא הא דקאמר מקודשת היינו לחומרא בעלמא ולעולם דאסור גם לאחרינא אך נראה דגם ברישא דמקדש בערלה ג"כ מקודשת לחומרא לפי מה דהקשו דאמאי אינה מקודשת הא יכול ליהנות שלא כד"ה ותירצו דליכא שוה פרוטה על שכד"ה ולפ"ז עכ"פ ס' קידושין הוי שמא שוה פרוטה במדי על שלא כד"ה דהא קיי"ל כשמואל דמקדש בדבר

שאינו שוה פרוטה דהוי קידושי ספק וע"כ הא דקתני אינה מקודשת היינו דאינו קידושי ודאי אבל ס' קידושין הוי וא"כ ע"כ הא דקתני בסיפא מכרן וקידש בדמיהן מקודשת דקידושי ודאי הוה וע"כ דמותר לאחריני:

ועי' בס' שעה"מ דהקשה על התוס' דכתבו דמרויחין משום דחליפין לא אסור רק מדרבנן דא"כ תקשה למאי דמסיק דאתי' כר"ש וא"כ גם השתא ליכא רק איסור דרבנן וא"כ מה מרויחין בחליפין ותירצו דבאיסור דרבנן אז החליפין שרי אפי' מדרבנן וא"כ למאי דמסיק כר"ש מרויחין לגמרי דהחליפין שרי לגמרי ומה שהקשה בס' ברית אברהם דלפ"ז קשה לשיטת רש"י דאסור אפי' חליפי חליפין מדרבנן ועי' במל"מ הלכות אישות ואי אמרינן דבאיסור דרבנן מותר החליפין א"כ אמאי ח"ח אסור הא החליפין לא נאסר רק מדרבנן א"כ מהראוי לומר דחליפין השנים יהי' שרי לגמרי כמו באיסור דרבנן וע"כ נראה דהא שיטת הרמב"ם דבנדרים החליפין אסור מדאורייתא וע"כ פסק בהך איבעי' בנדרים פ' השותפין לחומרא ואע"ג דבכל איסורי הנאה החליפין לא אסור רק מדרבנן וכתב ברשב"א לחלק משום דבשלמא בכל איסורי הנאה דאסור בהנאה לכל העולם א"כ אין זה דמיהן דאי אפשר לומר דהנך דמים הן בעד איסורי הנאה גופא ועי' בירושלמי הובא בר"ן חולין ובקידושין וע"כ אינו אסור החליפין רק מדרבנן דגזרו אטו איסור גופא משא"כ בנדרים דלכל העולם שרי ל"ש לומר דאין זה דמיהן דיש להן דמים דכיון דלאחריני שרי וע"כ אסור מדאורייתא החליפין ועי' בשעה"מ וא"כ יש לחלק בין איסור דרבנן ובין ח"ח דאיסור הנאה דרבנן דאסור לכל העולם ואין זה דמיהן וליכא רק משום גזירה ובדרבנן לא גזרו משא"כ ח"ח דחליפין שרי לאחריני וא"כ חליפין החליפין השנים הן דמיהן וא"כ מה לי החליפין הראשונים ומה לי החליפין השנים דכיון דזה דמיהן ודמי לנדרים ולא אסור מטעם גזירה רק מדינא דזה דמיהן:

ולכאורה נראה לתרץ התוס' הנ"ל דהנה בתוס' ע"ז (ד' ס"ב) איתא דהרב ר"א פסק שאם יש ביד ישראל יי"נ וע"ז ומכרו לנכרי בהקפה וכו' ועוד הוסיף שאפי' לא מכרו הנכרי אלא כיון שמשכה קודם שיתן הדמים דקיי"ל משיכה בא"י קונה והוי כמו בא עלי' ואח"כ נתן לה דשרי אך מדרבנן עכ"פ אסור לדידיה ועי' במג"א ס' תמ"ג דפסק דלפ"ז בשאר איסורי הנאה דלא תפסי דמיהן אז היכי שמשך קודם הנכרי אז החליפין שרי לגמרי ולפ"ז לכאורה תקשה דלמאי צריך התוס' לומר דמרויחין מאיסור דאורייתא לאיסור דרבנן הא יכולין להחליף שהנכרי ימשוך קודם דאז שרי לגמרי החליפין ותלינן שמחליפין באופן שהא"י ימשוך קודם וצריכין לומר דהתוס' הוכרחו לפרש כן לר"ל דסובר דבישראל משיכה קונה וממילא בא"י לא קני במשיכה ולא מהני מה דימשוך

קודם הנכרי וע"כ צריכין לומר דמרויחין מאיסור דאורייתא לדרבנן ולפ"ז לפי מה דמסיק דאתא כר"ש ור"ש סובר כר"י כדאיתא בב"מ מדסובר כל שהכסף בידו ידו על העליונה וא"כ בא"י משיכה קונה א"כ יש לומר דמחליפין על אופן שהא"י ימשוך קודם דאז שרי החליפין ול"צ לומר דמרויחין מאיסור דאורייתא לאיסור דרבנן רק דיש לומר דמחליפין והא"י ימשוך קודם דלדידי' משיכה בא"י קונה ואז שרי החליפין לגמרי:

וניחא בזה הא דאיתא ברא"ש ב"ק דיאוש לחומרא קונה דאי קידשה בגזל לאחר יאוש דמקודשת והקשה דת"ל דהא איכא שר"ש ותירצו דכיון דבעת שקידשה אכתי לא היה הממון שלו דהא ליכא רק יאוש גרידא ולא נחשב ממונו אע"ג דבעת שבא לרשותה דאז איכא גם שר"ש וקנתה מ"מ כיון דלמקדש לא נחשב ממונו לא מהני מה דנחשב ממון לדידה וקשה דהא במתני' איתא מכרן וקידש בדמיהן מקודשת ואע"ג דחליפי איסורי הנאה למחליף ולא נחשב ממונו דמקדש כיון דאסור בהנאה לדידי' וע"כ משום דהיא רשאי ליהנות דשרי לאחריני ונחשב ממון דידה מקודשת אלמא דלא בעינן שיהיה נחשב ממון למקדש ועי' בס' ב"מ ס' כ"ח אך יש לומר דאין ראיה ממתני' דלעולם דבעינן שיה' חשוב ממון למקדש ומתני' איירי דמכרן באופן שהא"י הקונה משך קודם האיסור הנאה דאז שרי הדמים גם לגבי מקדש:

ובזה ניחא הא שהקשו מהא דאיתא בקידושין לית דחש לדר"ש דאמר סתם גזילה יאוש ומשמע דאי ידעינן דנתייאש מקודשת ואע"ג דרבא סובר דיאוש כדי לא קני וע"כ משום דאיכא שר"ש אלמא אע"ג דל"ח ממון דמקדש מקודשת אך רבא לשיטתו דסובר כר"ל ובא"י לא קני משיכה וע"כ הוכיח ממתני הנ"ל דמכרן וקידש בדמיהן דלא בעינן שיהיה ממון של המקדש רק כיון דנחשב ממון של המתקדשת חלין הקידושין דאל"כ תקשה דכיון דאסור לדי' הדמים אמאי מקודשת דאפי' אי איירי דהא"י משך קודם לא מהני כיון דלא קנה משיכה בא"י וע"כ סובר דאי איכא יאוש דמקודשת משא"כ לדידן דאין ראי' ממתני' דיש לומר דהא"י משך קודם דאז שרי גם לדי' החליפין וע"כ סובר הרא"ש דלחומרא חלין הקידושין לאחר יאוש משום דלא חשוב ממון דמקדש:

ובזה ניחא הרמב"ם דפסק דבע"ז אסור אפי' ח"ח והקשה דכיון דפסק דש"כ אין מלמדין א"כ ל"צ הוא למעוטי ערלה דחליפין שרי וקאי המיעוט דהוא ולא חליפי חליפין ואמאי פסק דאסור ח"ח. וע"כ נראה דהא בלא"ה הקשה אי אפי' בע"ז מהני היכי דא"י משך קודם דהא חזינן ב"ר ינאי דאפי' פירות שביעית וכו' עד דאמר להו יאות הן עבדין ופי' רש"י דכיון דהפירות הראשון כבר לא היה בעולם ולא איחלופי הני בהני לאו חליפין נינהו אלמא דווקא משום דפי' הראשון לא הי' בעין וע"כ שרי ולא משום דמשך קודם

ותירצו דבע"ז דאסור בהנאה וא"כ חידוש הוא דאסור החליפין דהא אין זה דמיהן וע"כ היכי דמשך קודם שרי משא"כ שביעית דל"ש דאין זה דמיהן דהאי שרי בהנאה וליכא חידוש וע"כ לא מהני מה דמשך קודם רק בעינן כשפרע אינו בעין פירות הראשונים ועי' בתשובות ב"א א"כ לפ"ז תקשה דא"כ לא הוי ש"כ דכיון דלא דמי ע"ז לשביעית וע"כ דסוגיא קאי לר"ל וגם בע"ז לא מהני מה דמשך קודם משא"כ לדידן דקיי"ל כר"י ומשני במשך קודם ולא הוי ש"כ ובעינן הוא למעוטי ערלה וליכא מיעוטא על ח"ח וע"כ פסק דאסור:

והנה בשאר איסורי הנאה דאסור החליפין למחליף אי אסור גם ח"ח שיטת רש"י דאסור ועיין במל"מ דתמה דהא חזינן דאפי' בע"ז דחליפין אסור מדאורייתא שרי ח"ח מכש"כ שאר איסורי הנאה דחליפין לא אסור רק מדרבנן כש"כ דשרי ח"ח ועיין בס' ישועות יעקב דמתרץ דבאמת ח"ח מהראוי להתיר דכיון דרק חז"ל גזרו ובזה לא גזרו וגם בע"ז דחליפין אסור מהתורה כיון דחידוש הוא אמרינן דאין לך אלא חידושו אמנם היינו כשחליפי חליפין אין לנו טעם הגון לאסרן יותר מחליפין עצמן אבל כיון דלאחריני שרי החליפין א"כ ראוי לאסור ח"ח דכיון דאסרו חליפין יהיה מאיזה טעם שיהיה והוא מקבל חליפין בעד חליפין אסורים כמו החליפין בעצמן דמה לי הן ומה לי דמיהן ול"ש לומר דאין זה דמיהן ולכך אסרו גם ח"ח אבל בע"ז דאסורין החליפין לכל העולם מגזה"כ א"כ ח"ח דאין לנו אסור מהתורה גם חכמים לא גזרו כיון דלא שקיל דמי החליפין דהרי החליפין אסור בהנאה לכל ולאו דמיהן הן וע"כ בע"ז יותר ראוי להתיר ח"ח:

ובזה ניחא ג"כ דברי התוס' הנ"ל דבאמת יש לפרש הא דקתני מפני שמחליפין היינו שאחר שמחליפין מחליפין החליפין באחרים דאז הוי ח"ח ול"צ לומר דמרויחין מדאורייתא לדרבנן וע"כ דתוס' סובר ג"כ דאסור אפי' ח"ח והיינו משום דשרי לאחריני וחשוב זה דמיהן והנה עיקר הראיה דשרי לאחריני דאל"כ אמאי מקודשת ואין לומר דלחומרא מקודשת דהא גם ברישא מקודשת לחומרא שמא שוה פרוטה במדי שכד"ה ואיתא במהרש"ל דאליבא דר"ש דסובר דכ"ש למכות ה"ה דאסור שכד"א וא"כ לדידי' ברישא אפי' לחומרא לא חלין הקידושין וא"כ יש לומר דאפי' לאחריני אסור החליפין ומקודשת דסיפא הוא לחומרא וממילא אי אסור אפי' לאחריני שרי ח"ח כמו בע"ז ויש לומר מפני שמחליפין היינו ח"ח וא"כ למאי דמסיק כר"ש בלא"ה ניחא דפי' שיהיה ח"ח:

ובזה ניחא הרי"ף דהשמיט הברייתא דחמצן של עוברי עבירה והקשו עליו דהא מסיק דמצי אתיא אפי' כר"ש דאסור רק מדרבנן משום דאפי' בדרבנן אמרינן דחזקה דלא שביק התירא וכו' אך לדידן דקיי"ל דשכד"ה שרי וע"כ דלאחריני שרי ואסור אפי' ח"ח ותקשה

מה מרויחין וע"כ השמיט הברייתא. ויש לומר עוד בפשיטות דאי כר"ש תקשה דל"צ דודאי מחליפין משום החזקה ת"ל דהא איכא ס"ס שמא הוא בעצמו אפ"ה לאחה"פ ושמא החליפו בשל עובדי כוכבים ואפי' אי אתא כר"י תקשה אך כתבו דחשוב כמו שם אונס חד הוא ועיין בס' יש"י. ולפ"ז הר"י והרמב"ם לשיטתו דסוברים דפיתוי קטנה לא הוי אונס והוכיחו מקושית התוס' פ"פ ול"ס תירוץ התוס' דשם אונס חד הוא וע"כ השמיטו:

גם יש לומר בפשיטות דאפי' להסוברים דח"ח שרי כמו ע"ז אך עכ"פ למ"ד דש"כ מלמדין וגם בע"ז אסור ח"ח וע"כ ה"ה בכל מקום משא"כ אי אין מלמדין דאז בע"ז שרי ח"ח ה"ה בכל מקום וע"כ לס"ד דאתיא כר"י ור"י הא סובר דמלמדין ואסור בע"ז ח"ח וה"ה בכל מקום ולא מצינן לפרש שמחליפין על ח"ח והוצרכו לפרש דמרויחין מדאורייתא לדרבנן משא"כ למאי דמסיק כר"ש ויש לפרש מפני שמחליפין על ח"ח דשרי כמו בע"ז וגם יש לומר דהא הקשו על התוס' דלמאי צריכין לומר דמרויחין מאיסור דאורייתא לדרבנן הא יש לומר דמחליפין על ח"ח דשרי אך לס"ד דאתיא כר"י אין ראיה דעל איסור דרבנן סמכינן על חזקה דלא שביק התירא וא"כ כיון דחליפין לא אסור רק מדרבנן אין לנו הוכחה דמחליפין החליפין באחר דעל דרבנן ליכא חזקה דלא שביק התירא וא"כ לפי מה דמסיק כר"ש ואפי' על דרבנן סמכינן על החזקה א"כ בלא"ה ניחא דיש לפרש מפני שמחליפין על ח"ח וגם יש לומר דהא ברשב"א איתא דמרויחין משום דאיסור אכילה חמור מהנאה וע"כ מחליפין והנה עיקר הטעם דאיסור אכילה חמור משום דבאכילה איכא תרתי איסורי אכילה והנאה וסברת התוס' דלא תירצו כן ע"כ כסברת המל"מ דכתב דאפי' אי אמרינן דלוקה על הנאת בב"ח מ"מ באוכל בב"ח אינו לוקה שתים משום אכילה ומשום הנאה ומביא ראיה ממבשל ג"ה ביו"ט עם חלב דלוקה חמש ואמאי אינו לוקה משום הנאה דבב"ח והטעם כתבו הראשונים משום דאיסור אכילה גופו הוא משום הנאה רק התורה כתבה בלשון אכילה משום דכל דבר הראוי לאכילה עיקר הנאה הוא אכילה וע"כ כתבה בלשון אכילה וע"כ ליכא תרתי אכילה והנאה וע"כ לא מצינן לומר דמרויחין דאכילה חמור דאיכא תרתי והוצרכו לומר דמרויחין מדאורייתא לדרבנן ולפ"ז לר"ש דסובר דכ"ש למכות וה"ה שכד"א דאסור לשיטת מהרש"ל ולדידיה לא מצינן לומר דאיסור אכילה הוא משום הנאה דהא אסור אפי' שכד"א דליכא הנאה ולדידי' יש לומר דבאכילה איכא תרתי וא"כ למסקנא דאתיא כר"ש בלא"ה ניחא דמרויחין דבאכילה איכא תרתי משא"כ הנאה. ולפ"ז בלא"ה ניחא הא דהשמיט הרי"ף הברייתא

הנ"ל דלדידן דקיי"ל דשרי שכ"א ואכילה משום הנאה וליכא תרתי ולא מרויחין מה שמחליפין וע"כ השמיטו:

ובזה ניחא הרמב"ם דיליף איסור הנאה בחמץ מלא יאכל כחזקיה והקשו הא קיי"ל כר"א דאפי' ל"ת איסור הנאה הוא דהא בהדיא איתא ופליגא דר"א אך לפי מה דאיתא ברמב"ן דטעמא של ר"א דגם הנאה במשמע דכוונת התורה היה לא תאכל הוא משום הנאה אך התורה כתבה בלשון אכילה משום דכל דבר העומד לאכילה עיקר הנאתו אכילה ועיין בס' ברוך טעם ולפ"ז תקשה לפי מה דאיתא באחרונים דחמץ אסור אפי' שכד"א מדכתב תשביתו דמשמע שלא כדרך אכילה ולא כתיב אכילה שיהיה בעינן כד"א וא"כ מה קאמר ופליגי דר"א דבחמץ לא מצינן דאכילה משום הנאה דהא אסור אפי' שלא כד"א דליכא הנאה ומודה ר"א דל"ת לא משמע איסור הנאה אך כיון דהסוגיא קאי ע"כ לר"ש דאליבא דר"י דאסור לאחר הפסח יש לומר אי לא היה נכתב לא יאכל ה"א דשרי בהנאה מדחזינן דעובר על ב"י דאי אסור בהנאה חשוב אינו ברשותו אלא ודאי דקאי לר"ש ולר"ש חשוב גורם לממון וע"כ עובר אע"ג דאסור בהנאה וא"כ הא לר"ש בכל מקום אסור שכד"א ואפ"ה חזינן דסובר ר"א דל"ת איסור הנאה וע"כ ה"ה בחמץ אסור ושפיר קאמר ופליגי דר"א ועיין באור חדש משא"כ לדידן דקיי"ל דשרי שכד"א ויש לומר דאכילה משום הנאה משא"כ בחמץ דאסור שכד"א וע"כ דאיסור אכילה אינו משום הנאה וע"כ אף דקיי"ל כר"א יליף הרמב"ם דחמץ אסור בהנאה מלא יאכל כחזקיה.

וגם יש לומר דהא עיקר הראיה שהביאו דאכילה הוא משום הנאה מדלא קתני בברייתא דמבשל ג"ה בחלב ביו"ט דלוקה גם משום הנאה אלא ודאי דאכילה הוא משום הנאה ועיין בשעה"מ דתירץ דאין ראיה דיש לומר דאתיא כר"ש דסובר דבב"ח שרי בהנאה ולעולם דאכילה איכא תרתי גם משום הנאה ולפ"ז דלמ"ד דאתיא כר"י הוצרכו לומר דמרויחין מאיסור דאורייתא לדרבנן משא"כ למסקנא דאתיא כר"ש ולדידיה יש לומר דבאכילה איכא תרתי א"כ בלא"ה מרויחין דאכילה חמור דאיכא תרתי גם יש לומר דסברת הרשב"א דאכילה חמור מהנאה דהנאה קיל דחזינן דליכא מלקות על הנאה וא"כ לפי מה שכתבו דמש"ה ליכא מלקות על הנאה משום דאפשר לעבור עליו בלי מעשה וא"כ למ"ד דלוקין על לאו שאין בו מעשה איכא מלקות על הנאה ולא חמיר אכילה מהנאה ולפ"ז יש לומר דהתוס' הוצרכו לומר דמרויחין מדאורייתא וכו' זה לס"ד דאתיא כר"י ור"י הא סובר דלוקין על לאו שאין בו מעשה וא"כ אכילה לא חמור מהנאה משא"כ למסקנא דאתיא כר"ש בלא"ה ניחא דיש לומר דמרויחין משום דאיסור אכילה חמור מהנאה:

ויותר נראה לתרץ הרמב"ם דסובר דח"ח אסור וקשה כיון דפסק דש"כ אין מלמדין ול"צ קרא דהוא למעט ערלה וע"כ דקאי המיעוט על ח"ח וע"כ נראה דלפי מה דאיתא בספר באר יעקב דרבא ואביי בזבחים (דף נ"ז) פליגי אי בש"כ אין מלמדין אפי' בג"ש או דווקא במה מצינו אין מלמדין דרבא סובר דהא דאין מלמדין היינו במ"מ אבל בג"ש מלמדין משום דמיעוט דש"כ לא הוי אלא דכיון דאין מלמדין מוקמינן על אמסתבר דלא לילף שאר איסורין מהני במ"מ משא"כ לאביי אפי' בג"ש או מקו"ח אין מלמדין מש"כ משום דש"כ חשוב כמו מיעוט דבעלמא לא משא"כ לרבא אינו רק דמוקמינן על אמסתבר יע"ש ולפ"ז לרבא תקשה מה קאמר דכיון דש"כ אין מלמדין ל"צ למעט ערלה הא לפי מה דאיתא בירושלמי הטעם לפי שאין זה דמיהן וא"כ בנדר דשרי לאחריני וא"כ חשוב זה דמיהן ה"א דחליפין אסור וא"כ מכח הסברא ראוי להיות החליפין אסור וא"כ נהי דל"צ למעט ערלה מ"מ הא צריכין הוא למעוטי נדר דבזה לא מהני דש"כ אין מלמדין ואוקמא על אמסתבר הא בנדר מסתבר לאסור החליפין משום דזה דמיהן דכיון דשרי לאחריני וצריכין קרא דהוא למעוטי וע"כ דסוגיא קאי לאביי דבש"כ חשוב מיעוט דבעלמא לא אפי' היכא דמסתבר לאסור דמה"ט אפי' קו"ח לא מהני וא"כ אין חילוק בין ערלה לנדר וע"כ דקאי מיעוטא דהוא על ח"ח משא"כ לדידן דקיי"ל כרבא ואיצטריך הוא למעט נדר דשרי חליפין דבזה לא מהני ש"כ וליכא מיעוט על ח"ח דשרי וע"כ דפסק שפיר דאסור ח"ח בע"ז ודו"ק:

ועיין בתוס' קידושין דהקשו דאמאי במקדש באיסורי הנאה אינה מקודשת הא יכולה ליהנות שכד"ה ותירצו דהתם בפסחים לא קאמר רק דאין לוקין אבל איסורא איכא אפי' שכד"ה וע"ש במש"ל ונראה דהנה התוס' חולין (דף ק"ך) הקשו לריה"ג דלא חשוב פירכא דהותר מכללו א"כ ל"צ קרא דנפש לרבות את השותה בחלב הא אפשר למילף במ"מ מחמץ ואין לומר דמה לחמץ דאסור בהנאה דהא ריה"ג מתיר בהנאה יע"ש וע"כ נראה דהא הקשו לפי מה דסובר הר"ן דאפי' במ"מ אין עונשין א"כ מאי פריך הגמ' לא ליכתוב גבי חלב ולילף מחמץ הא אז ליכא מלקות וע"כ איצטריך קרא דנפש למלקות ותירצו דהא עיקר מה דצריכין קרא לרבות משום דמשקין היוצא חשוב שכד"א כדאית' בפסחים והרמב"ם סובר דכל היכא דבלאו הכי איסורא איכא אז עונשין מהדין וא"כ כיון דשכד"ה עכ"פ איסורא איכא וע"כ אי ילפינן במ"מ איכא מלקות וע"כ פריך שפיר דל"צ קרא דנפש ללילפינן במ"מ:

והנה לכאורה תקשה לריה"ג דסובר ביומא דעל נבילה ליכא מלקות דחשוב לאו ניתק לעשה א"כ למאי כתבה התורה קרא דנפש גבי נבילה דאיסורא איכא בלא"ה אפי' אי

חשוב שכד"א ומלקות ליכא אפי' השתא דכתב קרא דנפש וע"כ דריה"ג סובר דשכד"ה אפי' איסורא ליכא וע"כ צריכין קרא דנפש עכ"פ שיהיה איסור וא"כ לדידיה לא קשה קושית התוס' הנ"ל דצריכין קרא דנפש בחלב אע"ג דליכא שום פירכא למלקות דאי במ"מ מחמץ ליכא מלקות דאין עונשין במ"מ כיון דהוא ע"כ סובר דעל שכד"ה אפי' איסורא ליכא. והנה שם בקדושין הקשו בתוס' דאמאי לא תני חמץ בפסח ותירץ דמתני' אתיא כריה"ג דמתיר חמץ בהנאה וכיון דע"כ אתיא כריה"ג ואליבא דידיה ע"כ דשכד"ה אפי' איסורא ליכא וע"כ שפיר הקשו בתוספות דאמאי אינה מקודשת הא יכולה ליהנות שכד"ה:

ובזה אמרתי הא דהקשה הירושלמי דאמאי לא אכלו מצה מחדש אמאי לא דחי עשה ל"ת דחדש והקשו דהא בעינן שיהיה איסור חמץ והכא לא היה איסור חמץ משום דאין איסור חל על איסור דמה"ט לא יוצא במצה של טבל כדאיתא בפסחים ועיין במקנה אך לפי מה שהקשו דאמאי לא חל איסור חמץ על איסור טבל הא הוי מוסיף דבכל איסורים אין משקה היוצא מהן כמותן משא"כ בחמץ איכא קרא דנפש אך לר"ש לשיטתו דסובר דכ"ש למכות וה"ה שכד"ה וא"כ אפי' בשאר איסורים דליכא קרא אסור היוצא מהן וליכא מוסיף. וזה הכל לר"ש לשיטתו משא"כ לדידן א"כ איכא מוסיף וחל איסור חמץ על איסור חדש ושפיר הקשה בירושלמי:

ולפ"ז אמרתי הא דתירצו בתוס' דכיון דהיא סוברת דיכולה ליהנות כד"ה וע"כ חשוב קידושי טעות והקשה בשעה"מ דא"כ תקשה הא דפריך הגמ' בקידושין במקדש בפטר חמור דאינה מקודשת דלא כר"ש דאי כר"ש תקדוש במאי דביני ביני וקשה הא מ"מ הוי קידושי טעות דהיא לא ידעה דהוא פ"ח ויכולה ליהנות בלא פדיון וע"ש. אך לר"ש לשיטתו דאסור אפי' שכד"ה א"כ מצי איירי מתניתין דידעה דהוא איסורי הנאה וע"כ שפיר פריך תקדוש במאי דביני וביני דהא לדידי' איירי דידעה דהוא פטר חמור וכן כל איסורי הנאה ידעה דאסור בהנאה דכיון דאסור אפי' שכד"ה והנה מה שהקשה דאי החליפין אסורין למחליף א"כ אמאי מכרן וקידש בדמיהן מקודשת נהי דשרי ליהנות לאשה המתקדשת מ"מ כיון דאסור למחליף לא נחשב ממון דידי':

ונראה דהא הקשו על הא דסובר רב במקדש בחמץ דאין ונראה חוששין לקידושי ואמאי הא יכולה ליהנות מאפר דכל הנשרפין אפרן מותר וע"כ נראה דהא בתוס' תמורה איתא דמש"ה שרי האפר משום דנעשה מצותו וע"כ לר"י דסובר דמצותו בשריפה שרי האפר משא"כ לחכמים דסוברים דמפרר וזורה לרוח ל"ח דנעשה מצותו ע"י שריפה ואף ע"ג דבכל דבר דמבער מהעולם עכ"פ על הלאו לא עבר ל"ח נעשה מצותו רק לר"י דסובר

דעשה דתשביתו הוא בשריפה אז בשריפה חשוב נעשה מצותו וע"כ שרי האפר ולפ"ז לפי מה דאיתא בש"א דאשה אינה מוזהרת על עשה דתשביתו משום דהוא זמן גרמא וכיון אי שרפה לא חשוב נעשה מצותו דליכא עשה בדידה ואף ע"ג דעכ"פ על הלאו אינה עוברת עוד ל"ח נעשה מצותו דלנגד לאו דב"י לא בעינן דווקא שריפה דבכל דבר שמבער מהעולם תו לא עבר על הלאו ועיקר הא דבעינן שריפה על עשה דתשביתו ובדידה ליכא העשה וא"כ ל"ח נעשה מצותו ואסורה ליהנות מאפר וניחא קושית התוס' הנ"ל דאמאי לא חשיב חמץ. בהדי איסורי הנאה דיש לומר דהא דאשמעינן דלא מקודשת באיסורי הנאה דה"א דחשוב ממון משום אפר קמ"ל דלא דחשוב דשב"ל ועי' בריטב"א ובחמץ אסורה ליהנות מאפר דליכא עשה דתשביתו לגבי דידה דעשה דז"ג הוא:

וניחא הא דמכרן וקידש בדמיהן מקודשת משום דלמקדש גופי' אפי' לא מכרן איסור גופו חשוב ממון משום דיכול ליהנות מאפר דלדידי' איכא עשה דתשביתו וחשוב נעשה מצותו רק משום דלגבי המתקדשת ל"ח ממון משום האפר דל"ח נעשה מצותו וע"כ במכרן דחליפין שרי לדידה מקודשת ולגבי המקדש אפי' האיסור גופו חשוב ממון משום האפר ודו"ק:

חצי שיעור

עי' במס' יומא פלוגתא דר"י ור"ל דר"י סובר דח"ש אסור מהתורה ור"ל סובר דשרי מהתורה וטעמא דר"י אי משום דכתיב כל חלב לרבות ח"ש אי משום דחזי לאיצטרופי ועי' בתוס' שם דכתבו דמה"ט דחזי לאצטרופי ע"כ ילפינן כל איסורים מחלב דח"ש אסור והרבה סוברים דטעמא דר"י נהי דאכילה הוא בכזית מ"מ כי אכל אחשביה לאכילה ועי' בתשובות ח"צ ולפ"ז מהראוי לומר דבי"ה שרי ח"ש דבשלמא במידי דתליא באכילה דאין אכילה פחות מכזית וע"כ שייך לומר דאחשביה לאכילה משא"כ ביוה"כ דשיעורא בכותבות משום דבעינן יתובא דעתא אם כן מאי בכך דאחשביה לאכילה הא ביום כיפור לא סגי בכזית דהא שיעור אכילה רק בכותבות ולא עדיף אחשביה מאי היה בעצם שיעור אכילה דלא מהני וע"כ דהא דאסור ח"ש בי"ה משום דחזי לאיצטרופי וניחא בזה קושית כ"ת על הא דפריך הגמ' ביומא אסור ענוש כרת הוא ומשני בח"ש וקשה מאי אשמעינן דבי"ה אסור ח"ש הא בכל התורה אסור ח"ש וע"ש אך אשמעינן דה"א דח"ש אסור משום אחשביה וזה ל"ש בי"ה ע"כ אשמעינן דגם י"ה אסור ח"ש:

והנה אי באיסור שבועה דנשבע שלא יאכל אי אסור ח"ש ועי' בר"ן פ' ג' דשבועות דשרי ח"ש משום דבשלמא איסור שאסרה תורה אז כזית בעינן למכות ואיסורא איכא בח"ש משא"כ בשבועה דכיון דדעתו לא היה רק על כזית ע"כ ח"ש שרי דלא נשבע עליו

וע"ש. ובזה ניחא מה שהקשו על התוס', ע"ז דכתבו דאפי' לר"ש דסובר דכ"ש למכות זה דווקא אי הוא בעיני' ולא ע"י תערובות והקשו מהא דאיתא בשבועות איבעי' להו מ"ט דר"ע אי סובר בכל התורה כר"ש דכ"ש למכות א"ד בעלמא כרבנן סבירא והכא הואיל ומפרש חייב סתם נמי חייב ופשיט הגמ' מהא דר"ע אומר נזיר ששרה פתו ביין ויש בו כדי לצרף כזית חייב ואי בכל התורה כולה כר"ש סבירא למה לי לצרף וכו' והקשו הא התם ע"י תערובות הוא וגם ר"ש מודה ועי' בנב"י ולכאורה נראה דלפי מה דאיתא בס' טהרת הקדש דטעמא דר"ש מודה על ידי תערובות על פי מ"ש בחידושי הר"ן על מכות דטעמא דר"ש דכ"ש למכות ולא אמרו כזית אלא לענין קרבן דלמלקות דכיון דאכיל במזיד אחשביה לאכילה משא"כ בשוגג לענין קרבן ל"ש אחשביה ולכך יש לומר דבשלמא כשאכל בעיני' ע"כ דאחשביה משא"כ כשאכל ע"י תערובות י"ל באמת דכ"ש לא נחשב אכילה רק משום דאכל ע"י תערובות ע"כ אכל ועי' במל"מ דכתב דטעמא דר"ש משום דסובר דלשון אכיל הוא בכ"ש אלא דהילכתא אפקיה ממשמעותא ואוקמי' על כזית לקרבן ועי' בהלכות שבועות פ' ד'. והנה לטעם זה אין חילוק בין כ"ש בעיני' או ע"י תערובות והנה הא דמיבעיא אי טעמא דר"ע משום דסובר בכל התורה כר"ש ע"כ קאי איבעיא אי אמרינן דטעמא דר"ש משום דסתם אכילה הוא בכ"ש רק דהילכתא היה לענין קרבן דבעינן כזית וע"כ בשבועה ל"ש זה דכיון דהוא נשבע של יאכל ואכילה הוא בכ"ש ממילא חייב גם קרבן על כ"ש דכיון דהוא נשבע בפירוש על כ"ש משא"כ אי אמרינן דטעמא ר"ש משום אחשביה ולקרבן דהוא בשוגג ל"ש אחשביה א"כ גם בשבועה אינו חייב קרבן על כ"ש דמ"מ הא בשוגג ל"ש אחשביה וע"כ דאיבעיא קאי אי אמרינן דסתם אכילה הוא בכ"ש וממילא לפ"ז אין לחלק בין בעיני' ובין ע"י תערובות וע"כ שפיר פשיט דא"כ למה לי לצרף אע"ג דהוא ע"י תערובות דלטעם זה אין לחלק ואי אמרינן דלעולם דסובר כר"ש והטעם משום אחשביה א"כ בודאי לא מצי סובר כר"ש דא"כ גם בשבועה אמאי חייב קרבן:

ויותר נראה דלכאורה קשה לפי מה דפסק הרמב"ם בנשבע שלא יאכל ואכל עפר דפטור ובנשבע שיאכל ואכל עפר קיים השבועה וכתב בלח"מ הטעם משום דבנשבע שיאכל ואכל עפר אחשביה באכילתו כדי לצאת ידי השבועה אבל בנשבע שלא יאכל ואכל עפר ל"א דאחשביה דאחזוקי אינש ברשיעי לא מחזקינן ובודאי לא אחשביה כדי שלא יעבור על השבועה ולפ"ז תקשה דאמאי סובר ר"ש דכ"ש למכות משום דאחשביה ואמאי לא אמרינן דבודאי לא אחשבי' משום דלא מחזקינן ברשע אך נראה לחלק דבשלמא בנשבע שלא יאכל ואכל עפר דאז אי לא אחשביה לא עביד איסור כלל וע"כ אמרינן

דאוקמי' על חזקת כשרות דלא אחשביה משא"כ בח"ש דאפי' אי לא אחשביה עביד איסור דחצי שיעור אסור אי מהתורה וע"כ ל"ש לאוקמי על חז"כ דאפי' אי לא אחשביה איתרע חזקתו אך לפ"ז תקשה מה איבעיא אי טעמא דר"ע דסובר כר"ש והא בשבועה ח"ש שרי ואי לא אחשביה לא עביד איסור כלל וא"כ ל"ש בשבועה לומר דמש"ה מחייב ר"ע על כ"ש משום דאחשביה כר"ש לאמרינן לאוקמי על חז"כ דלא אחשביה ואי לא אחשביה לא עביד איסור כלל דבשבועה ח"ש שרי וע"כ צריכין לומר דאיבעיא קאי דסובר כר"ש וטעמא דר"ש אינו משום דאחשביה רק משום דסתם אכילה הוא בכ"ש ולטעם זה אין חילוק בין בעין או ע"י תערובות וע"כ פשיט דא"כ למה לי לצרף ואי אמרינן דלעולם דסובר כר"ש וטעמא משום דאחשביה ואז יש חילוק בין בעיני' ובין ע"י תערובות אז פשיטא דל"מ סובר כר"ש דבשבועה ל"ש אחשביה דאוקמא על חז"כ. ולפי סברת טהרת הקדש ניחא קושית המקנה על הא דאיתא בקדושין מצת כותי מותרת ואדם יוצא י"ח והקשו אפי' אי יאכל הכותי מזה קודם שיאכל הישראל מה בכך דשמא היא שיאור והוי נוקשה ואפי' אי נוקשה דאורייתא מ"מ לא זהיר הכותי כיון דאינו מפורש בתורה דאסור ואין ראיה מזה דאכיל הכותי וע"ש. וע"כ נראה לפי מה דכתבו דאפי' אי נוקשה דאורייתא הוא משום דאחשביה לאוכל ועי' בס' יש"י וא"כ ליכא חששא דשמא הוא נוקשה מ"מ כיון דהישראל לא ידע דהוא חמץ נוקשה ויש איסור ל"ש אחשביה ודמי לשוגג לקרבן דמודה ר"ש משום דבשוגג ל"ש אחשביה וה"ה הכא ל"ש אחשביה וממילא לא עביד איסור כלל ובזה ניחא הא דאיתא בע"ז פ"ב ההוא אימרטוטא אמירטט ופי' רש"י ושרץ איסורו בכעדשה והקשה בר"ן דלמאי צריכין לזה דאפי' ח"ש אסור דקיי"ל כר"י והנה אי אמרינן דח"ש ע"י תערובות שרי בפשיטות ניחא דהא הכא הוי ע"י תערובות וגם אי טעמא דח"ש משום אחשביה והכא דלא ידע ל"ש אחשביה וע"כ הוצרך רש"י לומר משום דשרץ השיעור בכעדשה:

ובזה נראה היכי דאיסור משום דאחשביה מ"מ היכי דאינו מתכוין אע"ג דפ"ר הוי מ"מ אחשביה ל"ש ושרי וניחא התוס' פסחים דכתבו דמש"ה שרי בחמץ מפרר וזורה לרוח ולא חיישי לזבל משום דחשוב שלא כד"א והקשו הא איסורא איכא אפי' שכד"א ועי' במל"מ אך הא עיקר הטעם דאסור משום אחשביה והתם דאינו מתכוין ליהנות מהזבל נהי דהוי פ"ר מ"מ אחשביה ל"ש ושרי שכד"ה:

והנה לפי מה דכתבו דאי ח"ש שרי ל"ש היתר מצרף לאיסור וקשה לפי מה שכתבו דבנזיר ח"ש שרי משום דיש היתר לאיסורו וא"כ תקשה איך אמרינן היתר מצרף לאיסור בנזיר ומה שהקשו אי בנוקשה אסור הוא משום אחשביה א"כ תקשה על תוס' פסחים

דהקשו דילמא לכך לא חשוב נוקשה משום דכש"כ הוא ותירצו דא"כ הו"ל לאשמעינן דליכא כרת וקשה דהא לדידן ליכא נפקותא אי חייב כרת דקמי שמיא גליא אי חייב כרת אי לאו וע"כ דנפ"מ אי חייב כרת משום דכל שזדונו כרת בשוגג חייב חטאת ובנוקשה דהוא משום אחשביה ובשוגג ל"ש זה וליכא חיוב קרבן ונראה דכיון דקיי"ל כר"י דסובר דשגג בכרת אע"פ שהזיד בלאו חייב קרבן וא"כ נפ"מ שפיר לענין קרבן ושגג בכרת והזיד בלאו דשייך אחשביה כיון דהזיד בלאו והו"ל לאשמעינן דליכא כרת ונפ"מ לקרבן היכי דהזיד בלאו:

וכן איתא בתשובות דאליבא דר"י הנ"ל לא מצינן לומר דטעמא דר"ש משום דבמזיד אחשביה משא"כ קרבן דהוא על שוגג דהתינח אם שגג בכרת ובלאו משא"כ אי שגג בכרת והזיד בלאו דחייב ג"כ קרבן והרי בכה"ג אחשביה להאיסור כיון שהזיד בלאו ואמאי בעי כזית לקרבן וע"ש. ובזה ניחא דהראב"ד סובר דבכוסס החיטה דפטור מלשלם החומש וכתב דאע"ג דבכוסס את החיטה מברך בורא פרי האדמה ברכה שאני וקשה מהא דאיתא בברכות (ד' ל"ה) דסובר ר"י דעל שמן זית מברך בורא פרי העץ ופריך היכי דמי אי דקא שתי ליה אווזוקי קא מזיק ליה דתניא השותה שמן של תרומה משלם את הקרן ואינו משלם החומש וכו' ולפי הראב"ד מאי מדמי חומש לברכה ועי' צל"ח אך סברת הראב"ד דברכה חייב לברך משום דאחשבי' משא"כ חומש דהוא בשוגג ל"ש אחשביה ואם כן לר"י לשיטתו דסובר דאף דהזיד על הלאו כיון ששגג בכרת חייב בחומש ועי' בשבת ושייך ג"כ אחשביה דכיון דהזיד בלאו א"כ ל"מ לחלק משום דחומש דבשוגג ל"ש אחשביה דהא תינח היכא דשגג בזה ובזה משא"כ היכי דהזיד בלאו אמאי אינו חייב חומש וע"כ מדמי שפיר חומש לברכה:

והנה אי אמרינן דבשבועה שרי ח"ש ניחא קצת קושית התוס' שבועות (ד' כ"ה) דהקשה דלמאי דס"ד דלעולם קאמר א"כ תקשה ליה מתניתין שבועה שלא אוכל ולפי מה דאיתא בירושלמי דמש"ה לא עבדינן שני ימים יו"ה משום ספק דיומא ומתרץ משום סכנה ואיתא בפלתי ס' ק"י דלר"ל דח"ש שרי ל"ש תירוץ זה ולפ"ז אי גבי שבועה ח"ש שרי א"כ יש לומר לעולם אך יכול לאכול כל פעם רק ח"ש דשרי וע"כ לא פריך רק גבי שינה ועי' ברמב"ם דיליף דח"ש אסור בחמץ מקרא דלא יאכל והקשו עליו דת"ל דבכל איסורין ח"ש אסור מהתורה וע"ש בלח"מ דמתרץ דלא דמי לחלב משום דיש היתר לאיסורו ולי נראה דה"א דחמץ שרי ח"ש דאי אסור אמאי עובר על ב"י הא אינו ברשותו של אדם אלא ע"כ דשרי ח"ש וחשוב ברשותו דיכול ליהנות ח"ש ואע"ג דאיתא בגמ' אע"ג דאינו ברשותו אוקמי ברשותו זה אליבא דאמת דידעינן דח"ש אסור מקרא דלא יאכל משא"כ

אי לאו הקרא ה"א דאינו גזה"כ לעבור על ב"י רק משום דהוא ברשותו ליהנות כל פעם ח"ש וע"כ צריכין קרא מיוחד בחמץ דאסור ח"ש:

ועי' בפ"מ דרצה לחדש דבג"ה למ"ד דאין בגיד בנ"ט אי לא אכל הכזית בב"א רק בכדי אכילת פרס לא מצרפין דלפי מה דאיתא בחולין לענין אבמ"ה דאם חלקו פטור ולא מצטרפין לאכילת פרס דכיון דחידוש הוא דמשהו בשר וגידין ועצמות מצרפין לכזית וע"כ אי חלקו פטור וא"כ מכש"כ ג"ה דהוא חידוש למאן דסובר דאין בגיד בנ"ט וע"כ אי חלקו פטור וע"כ ח"ש בג"ה שרי דל"ש חזי לאיצטרופי דכיון דלא מצרפין וע"ש. ולפ"ז בנזיר לענין חרצן דג"כ לא חזי לאכילה ופטור אי חלקו דכיון דחידוש הוא וממילא בנזיר ח"ש שרי ועי' בשבועות דבעי ר"א נזיר שנשבע שלא יאכל חרצן בכמה אי אמרינן דכיון דכזית איסורא דאורייתא ע"כ כי אשתבע על כ"ש והקשה בתוס' דאמאי לא מיבעי' בחלב ודם בכל אדם וע"כ נראה דהא הקשו דאפי' ח"ש אסור אך לפ"ז ניחא דבחרצן שרי ח"ש דכיון דאי חלקו פטור וניחא דלא מיבעי' בחלב ובדם דאז תקשה דגם ח"ש אסור ואין להקשות דאמאי לא איבעי' בג"ה דג"כ ח"ש שרי דיש לומר דקאי למ"ד דסובר דיש בנ"ט וע"כ איבעיא רק בנזיר:

והנה אי ח"ש ע"י תערובות אסור מהתורה אי לא ועי' בר"ש והרבה סוברים דח"ש ע"י תערובות שרי אך הקשו מהא דאיתא בחולין (ד' צ"ח) ההוא פלגא דזיתא דתרבא דנפל בדיקולא דבשרא וכו' עד ועוד הא אמר ר"י דח"ש אסור אלמא אפי' ע"י תערובות ח"ש אסור:

ועי' בס' יש"י דמחלק דחלב שאני דאיכא קרא דכל חלב לאסור ח"ש דבעלמא דלא אסור רק משום דחזי לאיצטרופי וע"כ ח"ש ע"י תערובות שרי משא"כ בחלב דאיכא קרא מיוחד אסור אפי' ע"י תערובות וע"ש. ולפ"ז ה"ה בחמץ דאיכא קרא על ח"ש מלא יאכל אסור אפי' ע"י תערובות ובזה ניחא הא דהקשו דבירושלמי פסחים איתא מה אנן קיימין אם כשרובו חמץ חייב כרת אי ברובו מצה יוצא בהן י"ח א"ר שמואל תיפתר שיש בו חמץ ואין בו כזית כר"ש דכ"ש למכות והקשו לשיטת התוס' בע"ז דע"י תערובות מודה ר"ש ומירושלמי נראה דאפי' ע"י תערובות סובר ר"ש דכ"ש למכות וע"כ נראה דסברת רב"י דע"י תערובות מודה ר"ש דהא קשה דאמאי כ"ש למכות משום דאחשבי' אמאי לא אמרינן דאוקמא על חזקת כשרות ובודאי לא אחשבי' ואמרנו משום דאפי' אי לא אחשבי' עביד איסור דח"ש אסור ואיתרע חזקתו וע"כ ע"י תערובות דאז ח"ש שרי ולא איתרע חזקתו אי לא אחשבי' וע"כ אמרינן דלא אחשבי' משום דאחזוקי אינש ברשיעי לא מחזקינן וזה תינח בעלמא דאיסור דח"ש רק משום דחזי לאצטרופי משא"כ

בחמץ דילפינן מקרא דלא יאכל וא"כ איסור ח"ש אפי' ע"י תערובות וא"כ אפי' אי לא אחשבי' עביד איסור משום דח"ש אסור והגם דע"י תערובות הוא וע"כ סובר הירושלמי ומשני ר"ש הוא דסובר דכ"ש למכות הגם דע"י תערובות מ"מ סובר ר"ש דכ"ש למכות משא"כ בעלמא:

ובזה ניחא קושיא הנ"ל אי ע"י תערובות מודה ר"ש מאי פשיט הגמ' מנזיר דר"ע לא סובר כר"ש דהא ר"ע דריש כל וא"כ גבי נזיר אסור ח"ש מכל ולא משום דחזי לאיצרופי ואסור ח"ש אפי' ע"י תערובות ושייך אחשבי' אפי' ע"י תערובות ואמרינן דחייב על כ"ש וע"כ פריך שפיר למה לי לצרף הגם דע"י תערובות הוא:

ובזה דח"ש ע"י תערובות שרי ניחא הירושלמי דהובא בתוס' קידושין דהקשה דאמאי לא אכלו מצה מחדש ולא דחי עשה ל"ת דחדש והקשה במקנה הא לענין מצה של טבל דרשינן מדכתיב ל"ת חמץ שבעת ימים תאכל מצות וע"כ דרשינן דבעינן שיהיה חל איסור חמץ משא"כ בטבל דליכא איסור חמץ רק טבל וה"ה במצה של חדש אינו יוצא מטעם זה אך לפי מה דאיתא בתוס' ראש השנה (ד' י"ג) ד"ה ולא קציר של א"י דכתבו וז"ל ואע"ג דירושה הוא להם מאבותיהם מ"מ יש להם חלק במה שזרעו וא"כ לפי מה דסוברים דאיסור חדש אינו נוהג בשל א"י וא"כ על כל כזית חשוב רק ח"ש של חדש ע"י תערובות דעל כל כזית יש לא"י חלק בו וזה שרי ולא אסור רק חלק הישראל וחשוב ח"ש ע"י תערובות וא"כ אי הי' חמץ הי' חל איסור חמץ על איסור חדש ומכש"כ להסוברים דעל ח"ש חל איסור השני דכיון דליכא מלקות בודאי ניחא דהכא ליכא רק ח"ש דכיון דא"י יש להם חלק אך אפי' אי נאמר דגם על ח"ש לא חל מ"מ הכא ליכא איסור דח"ש דח"ש ע"י תערובות הוא ודו"ק:

חולין שנשחטו בעזרה

שיטת הרמב"ם דחולין שנשחטו בעזרה לאו דאורייתא ופסק דחולין שנשחטו בעזרה דפטור מלכסות ותמהו עליו כיון דשרי אמאי אינו חייב לכסות וליכא למימר דס"ל דכיון דמדרבנן לא חזי לאכילה ע"כ לא קרינן אשר יאכל זה ליתא דהא בהדיא איתא בחולין (ד' כ"ז) דפריך הגמ' מברייתא דקתני השוחט ונתנבלה בידו הנוחר ומעקר פטור מלכסות ואי אמרת אין שחיטה לעוף מהתורה נחירתו זו היא שחיטתו ליבעי כיסוי אלמא אע"ג דמדרבנן לא קרינן אשר יאכל מ"מ בעי כיסוי כיון דמדאורייתא שרי ונראה לפי מה שהקשו על הסוברים דהא דאדם אוסר דבר שאינו שלו בעשה מעשה זה רק מדרבנן והקשו מהא דאיתא בב"ק פ' מרובה בשלמא ע"ז שחיטה שאינה ראוי' וכתבו בתוס' דאע"ג דאין אדם אוסר דש"ש מ"מ עשה מעשה אסרו מ"מ הא זה רק מדרבנן ומה"ת

שחיטה ראוי' הוא דהא לקמן פריך אלא למ"ד דמעשה שבת דרבנן אמאי פטרי מדו"ה אלמא דאזלינן בתר דאורייתא ותירצו דהא איתא בעירובין דמערבין לגדול בי"ה משום דחזי לקטן חשוב סעודה הראוי לו וע"כ ה"ה מעשה שבת אי דרבנן חשוב שחיטה ראוי' משום דחזי לקטן משא"כ בע"ז דאסור בהנאה ול"ש דחזי לקטן דאסור ליתן לקטן משום הנאה וע"כ אפי' אי אמרינן דהא דאוסר דש"ש רק מדרבנן ל"ח שחיטה ראוי' דל"ש דחזי לקטן דאסור משום הנאה משא"כ במעשה שבת דשרי בהנאה וא"כ יש לומר דהא דאיתא בגמ' דאי אין שחיטה לעוף מה"ת קרינן אשר יאכל משום דחזי לקטן וכמו דחשוב סעודה הראוי' משום דחזי לקטן משא"כ חולין שנשחטו בעזרה נהי דלאו דאורייתא הוא מ"מ מדרבנן אסור אפי' בהנאה ול"ש דחזי לקטן וע"כ לא קרינן אשר יאכל אע"ג דלאו דאורייתא וע"כ פטור מלכסות:

וגם יש לומר לפי מה דאיתא בר"ן פסחים סוגיא דהואיל וז"ל ומיהו יש עוד אחד ולא רצה לגלותה דיכול לבטל ברוב וכו' וא"כ חזינן דכיון דיכול לבטל קרינן אך אשר יאכל לכל נפש ומותר לאפות וא"כ יש לומר דלפי מה דסוברים דאיסור דרבנן רשאי לבטל לכתחילה ועי' תוס' ביצה אך זה דווקא דהאיסור אינו איסור הנאה משא"כ היכי דאיסור הנאה אז אפי' בדרבנן אין מבטלין לכתחלה דעיקר הטעם דאיסור דרבנן מבטלין דכיון דהא דאין מבטלין איסור לכתחלה וע"כ בדרבנן לא גזרו וא"כ לפי מה דאיתא באחרונים דבאיסור הנאה לכ"ע אין מבטלין הוא דאורייתא וממילא אפי' איסור דרבנן אין מבטלין היכי דהאיסור הוא איסור הנאה ולפ"ז יש לומר דהא דאיתא בחולין דאי אין שחיטה לעוף מהתורה קרינן אשר יאכל משום דחזי לאכול ע"י ביטול ברוב וע"כ קרינן אשר יאכל משא"כ חולין שנשחטו בעזרה אפי' אי לאו דאורייתא מ"מ כיון דאסור גם בהנאה ולא יכול לבטל לכתחלה לא קרינן אשר יאכל וע"כ פסק דפטור מכיסוי:

הנה באחרונים איתא דאליבא דר"י דסובר דחמץ הוא בשריפה ויליף מנותר, וע"כ דסובר דחולין שנשחטו בעזרה ל"ד דאל"כ תקשה איך יליף מנותר דמה לנותר דאיסורו הוא איסור עולם ואפי' לר"י דאוסר גם לאחר פסח וא"כ גם חמץ איסור עולם מ"מ לאחר פסח אינו רק בלאו וא"כ איסור כרת אינו איסור עולם משא"כ נותר לעולם הוא בכרת וע"כ משום דגם נותר אינו איסור עולם דיכול ליתשיל עלה וע"כ דחשב"ע ל"ד דאל"כ אי אפשר ליתשיל דיהי' חשב"ע ובזה ניחא קושית התוס' בביצה על הא דשוחט עולת נדבה ביו"ט דלוקה וקאמר דהא מני ב"ש דלא סובר מתוך שהותרה לצורך וכו' והקשה בתוס' דאמאי לא קאמר ר"ע היא דג"כ לא סובר מתוך וע"ש. אך לפי מה שהקשו דאמאי לוקה דאמאי לא אמרינן הואיל דאי בעי איתשיל ותירצו דא"כ הוי חולין שנשחטו בעזרה

וכיון דר"ע סובר בריש פסחים דחמץ הוא בשריפה וע"כ דסובר ל"ד ותקשה דאמאי לא אמרינן הואיל וע"כ קאמר ב"ש היא ולא ר"ע היא:

ובזה ניחא מה שהקשו על הא דקאמר ר"ע משום דהוי נזיר וחטאת ש"כ ואין מלמדין וקשה דהא בזבחים פריך הגמ' על הא דכתיב יקדש וכו' דאמאי לא דחי עשה ל"ת ומשני יקדש עשה הוא ואין עשה דוחה ל"ת ועשה וא"כ בעינן יקדש לזה וליכא ש"כ:

ולכאורה נראה דהא בתוס' פסחים הקשה דאמאי לא קאמר דנזיר וחמץ הוי ש"כ דהא ר"ע דריש כל וא"כ גבי חמץ אמרינן דהיתר מצטרף לאיסור אך לפי מה דאיתא ברמב"ם דח"ש דאסור בחמץ ילפינן מלא יאכל משום דמחלב לא מצינו למילף משום דחמץ היה לו שעת הכושר וזה לר"א דאפי' לא תאכל משמע איסור הנאה אז יש לומר דמלא יאכל ילפינן ח"ש משא"כ לחזקיה דאיסור הנאה ילפינן מלא יאכל וע"כ דח"ש ילפינן מכל וליכא קרא דבחמץ היתר מצטרף לאיסור:

והנה לר"ע דסובר דחמץ הוא בשריפה וע"כ דסובר כר"י דאחר זמנו אסור דאל"כ אי אפשר למילף מנותר דשאני נותר דאין היתר לאיסורו משא"כ חמץ וע"כ דסובר כר"י והנה לר"י ע"כ ילפינן איסור הנאה מלא יאכל דאי כר"א דאפי' ל"ת משמע איסור הנאה מ"מ בחמץ אי ליכא קרא מיוחד אמרינן דשרי בהנאה דאל"כ אמאי עובר על ב"י הא אינו ברשותו של אדם דבשלמא לר"ש דשרי לאחה"פ הוי ברשותו דחשוב גורם לממון דכיון דשרי לאחר פסח משא"כ לר"י ליכא גורם וא"כ מד"ס דהוי בשריפה וע"כ דסובר כר"י וממילא אי אפשר למילף דאסור בהנאה כר"א וע"כ כדחזקי' וע"כ דח"ש ילפינן מכל וליכא קרא על המ"ל וע"כ קאמר לר"ע לשיטתו דסובר דבשריפה דנזיר וחטאת הוי ש"כ וע"כ לפ"ז יש לומר דר"א דמשני דיקדש עשה הוא סובר כר"א ובאמת סובר כר"ש וא"כ ילפינן ח"ש מלא יאכל וכל על היתר מצטרף לאיסור וא"כ איכא ש"כ נזיר וחמץ:

אך לפי מה שאמרנו דאי בשריפה ע"כ דסובר דחולין שנשחטו בעזרה ל"ד דאז גם נותר יש היתר לאיסורו. נראה לתרץ על דרך פלפול דהא הקשו מאי פריך דעשה דוחה ל"ת דהא עשה דקדשים קיל דישנו בשאלה ולא מצי דחי. ל"ת ותירצו שהרי הא דקאמר אם פסולה תפסול היינו כשהוא קדשים וא"כ אם ישאל על הקדש גם הל"ת שייך שתתבטל אם ישאל על הקדשו ואין כאן פסולי המוקדשין אלא דקשה דילמא לעולם דלא דחי משום דעשה אפשר לבטלה ע"י שאלה והל"ת אי אפשר לבטל דאפי' אי ישאל עלי' יהי' חולין שנשחטו בעזרה וע"כ דר"א דהוצרך לתרץ דיקדש עשה הוא דסובר דלאו דאורייתא וע"כ כמו דעשה אפשר לבטל ע"י שאלה ה"ה ל"ת ע"י שאלה והנה אי אמרינן דלאו דאורייתא א"כ נותר חשוב יש היתר לאיסורו ע"י שאלה וא"כ אפי' למ"ד דבשריפה

מצי סובר כר"ש דלאח"ז שרי ואף דיש היתר לאיסורו הא גם נותר יש היתר וממילא ידעינן דחמץ אסור בהנאה כר"א ולא יאכל על ח"ש וממילא ילפינן מכל דהיתר מצרף לאיסור וא"כ נהי דיקדש בעינן לעשה מ"מ איכא ש"כ נזיר וחמץ והסוגיא דקאמר דנזיר וחטאת הוי ש"כ היינו אי חולין שנשחטו בעזרה דא' ואז ע"כ מ"ד דבשריפה סובר כר"י דאסור לאחה"פ דאל"כ לא דמי לנותר דאין היתר לאיסורו דאי ישאל עלי' יהי' חולין שנשחטו בעזרה ואליבא דר"י ע"כ איסור הנאה ילפינן מלא יאכל וק"ש מכל וליכא ש"כ נזיר וחמץ משא"כ לר"א ע"כ צריכין לומר דסובר דלאו דא' דאל"כ בלא"ה לא דחי דעשה קיל משא"כ ל"ת ואז גם למ"ד דבשריפה מצי סובר כר"ש וכר"א ואיכא ש"כ חמץ ונזיר:

ובאמת בתוס' פסחים איתא דר"י ס"ל דחשב"ע דאורייתא וכן איתא בת"כ ובזה נראה לתרץ קושית רשב"א דאמאי לא ילפי רבנן מנותר דהוא בשריפה דלדי' ליכא הך פירכא וע"ש וע"כ נראה דהא הקשו איך יליף דחמץ בשריפה מנותר דחמץ אסור באכילה ובהנאה וכן נותר דמה לנותר דאיכא מלקות על הנאה משא"כ חמץ דמלקות ליכא וע"כ נראה דלפי מה דסוברים דאי ילפינן איסור הנאה בחמץ מלא יאכל אז איכא מלקות על הנאה דרק לר"א דליכא קרא מיוחד על הנאה וע"כ ליכא מלקות ולקמן איתא מה איכא בין ר"א לחזקיה חשב"ע דאליבא דר"א ע"כ ל"ד וכיון דר"י סובר דהוא דאורייתא וע"כ דסובר כחזקיה וממילא איכא מלקות על הנאה כמו בנותר וע"כ שפיר יליף ר"י מנותר משא"כ רבנן דהם ר"ש דסובר דשב"ע ל"ד כר"א וליכא מלקות על אה בלא"ה איכא פירכא דבנותר איכא מלקות על הנאה הנאה בלא"ה איכא פירכא דבנותר איכא מלקות על הנאה משא"כ בחמץ ליכא מלקות ודו"ק:

חרשת אי יש לה ט"ב בטענת פ"פ

הנה לפי מה דקאמר הטעם דנאמן בטענת פ"פ משום דכתובה דרבנן אלמא דאי כתובה דאורייתא אינו נאמן ולפ"ז בחרשת דאין לה כתובה מתקנת חכמים רק בדכתב לה ואז נתחייב מדאורייתא ממילא אינו יכול לטעון פ"פ אך הקשו מהא דאיתא בכתובות פ' א"נ חרשת ושוטה יש להם ט"ב באומר פ"פ ואמאי הא כתובה דאורייתא בחרשת.

ונראה דהנה בתוס' סנהדרין הקשה ג"כ על רש"י דפי' מש"ר איירי בפ"פ הא ר"מ סובר דכ"ד ואינו נאמן לומר פ"פ וע"ש ועי' בשו"ת תפארת צבי דמתרץ דהא בתוס' הקשה למ"ד. דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה א"כ אינו מפסיד הסעודה וליכא חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה ואמאי נאמן לומר פ"פ אך יש לומר דמ"מ הפסיד דאסור לדור עמה כשיפחות ממאתים אך זה אינו דסומך א"ע דהיא תתרצה לזה ליטול רק מנה דאי תצא ממנו ותנשא לאחר ג"כ לא יהיה לה רק מנה אך

באמת קיי"ל אפי' אי היא מוחלת בפירוש לא מהני מחילה וחשוב ב"ז אך הטעם משום דחכמים עשו חזוק לדבריהן יותר משל תורה וע"כ צריך הגמ' לומר דנאמן משום כתובה דרבנן דאי דאורייתא לא מפסיד מידי לר"י דסובר דיש לה מנה ולא הפסיד ואין לומר משום דכל הפוחת ממאתים ה"ז ב"ז דהא היא תתרצה לזה ומחילה מהני אי כ"ד וע"כ קאמר משום דכתובה דרבנן נאמן לומר פ"פ משא"כ ר"מ דסובר דאפי' דבר שבממון תנאו בטל ואפי' בדאורייתא וע"כ סובר דנאמן פ"פ אע"ג דכ"ד דהא מפסיד הסעודה אפי' לר"י משום דכל הפוחת ממאתים הוי ב"ז ואע"ג דהיא נתרצית לזה לא מהני אפי' אי כתובה דאורייתא דהא לר"מ תנאו בטל אפי' בדאורייתא משא"כ לדידן דבדאורייתא תנאו קיים הוצרכו לומר דכ"ד דאז אפי' נתרצית לא מהני והוי ב"ז ומפסיד הסעודה. ולפ"ז בחרשת ושוטה דלאו בני מחילה הן וע"כ אפי' אי כתובה דאורייתא נאמן דאיכא חזקה דאין טורח בסעודה ול"ש דאי דאורייתא מהני מחילה וליכא ב"ז דהא לא מהני מחילה דידהו:

ובזה ניחא קושית התוס' כתובות (ד' ל"ו) דאמאי לא משני הא דקא טעין טענת פ"פ הא בטעין ט"ד משום דהא אליבא דר"ש לשיטתו דסובר דיש לה כתובה מנה ע"כ הא דנאמן פ"פ ואע"ג דלא מפסיד הסעודה וע"כ מש"ה מפסיד משום דכל הפוחת הר"ז בעילת זנות ואפי' תתרצה לא מהני וכיון דברייתא כר"י כמו דמשני הא ר"מ והא חכמי' וחכמים דר"מ הוא ר"י ור"י סובר דאיילונית זונה היא ועי' ביבמות פ' הבא ע"י וא"כ ל"ש דמפסיד משום דיהי' בעילת זנות דהא חזינן דאינו חושש לזה דאפי' אי לא יפחות ג"כ יהיה ב"ז כיון דהיא איילונית וא"כ ע"כ באיילונית מיירי בע"ד ולא בפ"פ וא"כ גם חרשת ושוטה דתני עם איילונית איירי ג"כ בטענת דמים ולפ"ז יש לומר דמש"ה הקדימו הא ר"מ והא חכמים דאל"כ לא קשה קושית הגמ' דיש לומר דהא בע"ד והא בפ"פ וע"כ הקדימו דהא חכמים דהוא ר"י ור"י סובר דאיילונית זונה היא וע"כ לא איירי בפ"פ לר"ש לשיטתו דיש לה מנה וב"ז ל"ש דמ"מ הוא ב"ז לר"י לשיטתו:

ובזה ניחא התוס' ד"ה החרשת דהקשה לפי' ר"י דאמאי לא משני הא דקתני אין להם ט"ב כר"מ דסובר מכ"ע יש לה מאתים והא דקתני יש להן ט"ב כרבנן דסוברים דמכ"ע כתובתה מנה וכי תימא משום דקתני חרשת דומיא דאיילונית הא ע"כ איילונית גופה לא הפסידה הכתובה לגמרי דהא ר"ש סובר דכנסה בחזקת בתולה וכו' יש לה כתובה מנה ותמה במהרש"א דלמאי צריך התוס' להוכיח מאיילונית דמחרשת גופה היה יכול להוכיח דכיון דר"ש סובר דיש לה מנה ונראה לפי מה דאיתא בתומים בת"כ דאפי' למ"ד דיש לה מנה מ"מ באשת כהן אין לה כלום דכיון דאסור לדור עמה חשוב מום במקח

ולפ"ז יש לומר דמחרשת אין להוכיח דיש לומר דלעולם דהלשון יש להן ט"ב משמע לגמרי ואיירי בא"כ דלכ"ע אין להם כלום וע"כ לא מצינן לאוקמא במכ"ע דיש לה עכ"פ מנה ומש"ה הוכיח מאיילונית דע"כ לא איירי בא"כ דכיון דזונה הוא לר"י ואסור לכהן לישא איילונית וע"כ בא"י מיירי ובא"י אליבא דר"ש לא הפסידה לגמרי ויש לה מנה וע"כ שפיר קשה דאמאי לא משני כחכמים דסוברים דמכ"ע יש לה מנה ושייך למיתני דיש להן ט"ב לענין זה דאין לה רק מנה:

ועי' בדרישה דהקשה דאי אמרינן דיש כתובה לארוסה א"כ היכי שייך לומר דחזקה דאין אדם טורח בסעודה הא אי היה מגרשה היה צריך ליתן לה כתובה וע"כ כנסה ויאמר פ"פ ותירץ דהיה לו לירא שמא לא תכחישנו רק תאמר משארסתני נאנסתי דנאמנת וע"ש ולפ"ז היכי דלא שהה בין חופה לביאה דאז אינה נאמנת לומר מש"נ משום דאיתרע חזה"ג כמו דאיתא בתוס' כתובות פ' המדיר אז אינו נאמן לומר פ"פ דיש לומר דלא גירשה משום הכתובה ובכוונה לא שהה כדי שלא תוכל לטעון מש"נ:

ולפ"ז ניחא מה שהקשה על התוס' דהקשו דאמאי נאמן הבעל לומר פ"פ והא יש לה מיגו דמ"נ והקשו דילמא איירי בלא שהה אך ע"כ איירי בשהה דבלא שהה בלא"ה אין הבעל נאמן לומר פ"פ דליכא חזקה דאין אדם טורח בסעודה דילמא עשה שביל הכתובה ובזה ניחא הרמב"ם דהנה בסנהדרין פ"ק אמר רב יוסף הביא הבעל עדים שזינתה והוזמו דנהרגין ואין משלמין ממון משום דקלבד"מ והרמב"ם השמיט זה הא דאין משלמין ממון והקשה בלח"מ דאמאי השמיט זה והנה לפי מה שהקשה בתומים דפשיטא דאין משלמין ממון דהא על הכתובה הבעל נאמן להפסיד דקיי"ל דבאומר פ"פ מצאתי נאמן:

ולכאורה נראה לפי מה דאיתא בתשובות דאשת כהן אינה נאמנת לומר משארסתני נאנסתי משום דאין אדם משים א"ע רשע וא"כ ליכא הך חזקה דא"א טורח וכו' דיש לומר דעשה כן בשביל הכתובה ואין לומר דהיה לו לירא שמא תאמר מש"נ דהא אינה נאמנת א"כ איצטריך ר"י לאשמעינן דאין משלמין ממון דנפ"מ בא"כ דאז אינו נאמן בפ"פ בלא העדים אך זה ליתא דהא ר"י סובר בסנהדרין דאדם נאמן לע"ע רשע וא"כ אפי' בא"כ נאמנת אך יש לומר דנפ"מ בלא שהה דאז אין הבעל נאמן בלא העדים וה"א דעדים ישלמו אך זה הכל לטעמא דחזקה דאז בלא שהה איתרע החזקה משא"כ לטעמא דמיגו דמכ"ע דאז לעולם נאמנת לומר מש"נ וממילא נאמן הבעל לעולם לומר פ"פ והנה בתוס' כתובות איתא דלמ"ד דיש לה מנה ליכא טעמא דמיגו יע"ש ולפ"ז יש לומר דר"י לשיטתו דסובר דיש לה מנה וע"כ סובר טעמא דחזקה וע"כ אשמעינן ר"י דאפי' בלא שהה דאז

אין הבעל נאמן לומר פ"פ ואפ"ה אי הוזמו לא משלמין משום דקלבד"מ משא"כ לדידן דקיי"ל טעמא דמיגו ולעולם נאמן לומר פ"פ ופשיטא דלא משלמין וע"כ השמיט:

וגם יש לומר דהא קשה דפשיטא דאין משלמין דהא הוי כאשר עשה לשיטת הריטב"א דגם בממון אמרינן ולא כאשר עשה וע"כ דאיירי דיש לה משכון מהבעל על הכתובה וכל זמן שלא החזירה לא הוי כאשר עשה וא"כ יש לומר דהא בתוס' הקשה דאמאי נאמן לומר פ"פ הא יש לה מיגו דמ"נ ותירצו דהוי מיגו להוציא וכיון דהכא איירי ע"כ במוחזקת דאל"כ הוי כאשר עשה א"כ אין נאמן לומר פ"פ דיש לה מיגו וה"א דעדי' ישלמו ואשמעינן ר"י דאפ"ה אין משלמין ממון ולפ"ז יש לומר דהרמב"ם סובר דמיגו דמ"נ לא אמרינן משום דפסלה נפשה מכהונה רק עכ"פ איכא מיגו דמכ"ע והנה במפרשים איתא דאי אמרינן טעמא דמיגו ואע"ג דמכ"ע גופו אינה נאמנת דבשלמא לטעמא דחזקה נאמנת מכ"ע משום חזקה משא"כ לטעמא דמיגו על מכ"ע ליכא מיגו ואפ"ה שייך מיגו דעכ"פ טענה מעלי' היא דלא פסלה מכהונה משא"כ בטענת מש"נ פסלה מכהונה ולפ"ז הא תינח באומרת מש"נ משא"כ במכחיש אותו דג"כ לא פסלה מכהונה ממילא ליכא מיגו דמכ"ע דכיון דגם במכ"ע אינה נאמנת וטענה מעלי' לא הוי דלא פסלה מכהונה דגם השתא לא פסלה יע"ש ולפ"ז ניחא דר"י דסובר דיש לה מנה וע"כ דסובר טעמא דחזקה ואיכא מיגו דמכ"ע ולא נאמן הבעל לומר פ"פ וע"כ איצטריך לאשמעינן דאין משלמין ממון משא"כ לדידן דאמרינן טעמא דמיגו וא"כ ליכא נאמנות במיגו דמכ"ע ונאמן הבעל לומר פ"פ לעולם הגם דהיא מוחזקת וע"כ השמיט דין זה דאין משלמין ממון דהעדים לא הפסידו כלום הכתובה:

וגם יש לומר על קושית התוס' דאמאי לא משני דאיירי בפ"פ דהא קתני גם איילונית בהך ברייתא ואיילונית ע"כ לא איירי בפ"פ דהא עיקר הטעם דנאמן משום דאין אדם טורח וכו' והוכיחו מזה דלא בעי גט דאל"כ לא מפסיד הסעודה והטעם דלא בעי גט דחשוב מום גדול וליכא שום ספק דנתרצה ולא דמי לשאר מומין דספק אי קפיד אי לא וכיון דמום דאיילונית הוא מום גדול ומה"ט בלא הכיר אפי' גט ל"צ וא"כ כיון דחזינן דלא קפיד על מום כזה דאיילונית וחזינן דאינש דלא קפיד הוא ממילא יש לומר דלא קפיד על מום דנמצאת בעולה ג"כ וצריכה גט וממילא ליכא חזקה דא"א טורח וכו' וא"כ ע"כ לא איירי בפ"פ וגם כיון דחזינן דכדי שלא יהיה ב"ז מוחל על המומין וכיון דהך ברייתא אתא כר"י ור"י סובר דאיילונית זונה היא וא"כ חזינן דלא קפיד על ב"ז מכש"כ דלא קפיד על מום דבעילה וצריכה גט וממילא ליכא חזקה דאין אדם טורח וע"כ לא איירי בפ"פ וה"ה בחרשת לא איירי בפ"פ:

ועיין בתוס' דהקשו איך טענינן מספק להוציא ממון ונראה דהא בכה"ג הקשה אמאי ס' ממונא לקולא הא איכא ספק איסור גזל ותירץ דיהיה איסור גזל גם לשכנגדו וא"כ הכא שפיר טענינן מספק מכח ס' איסור גזל ולשכנגדו לחרשת ל"ש איסור גזל דהא קטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווין להפרישו ובחרשת סוברים הרבה דיהבינן אפי' בידים ולא דמי לקטן וא"כ גבי דידה ליכא משום איסור גזל ולגבי בעל איכא משום ס' איסור גזל ודו"ק:

חצי עבד וחצי ב"ח

אי איכא עשה דלעולם בהם תעבודו

הנה שיטת הרשב"א דליכא עשה בח"ע וחב"ח ומתרץ על קושית התוס' במתני' דמי שח"ע וחב"ח דכופין את רבו לשחררו והא המשחרר עבדו עובר בעשה וע"כ הוכיח מזה דבחב"ח ליכא העשה ותמהו עליו דהא איתא בגיטין ההיא אמתא דהוי עבדו בה איסורא אמר אביי אי לאו דאמר ר"י אמר שמואל כל המשחרר עבדו עובר בעשה הוי כייפינן לרבה לשחררה רבינא אמר כי הא מודה שמואל משום דעבדו בה איסורא ופריך על אביי דאמר משום מילתא דאיסורא אין כופין לשחררה והא ההיא אמתא דהוי ח"ע וחב"ח והוי כופין את רבה לשחררה וכו' ולשיטת הרשב"א מאי פריך דלעולם משום מילתא דאיסורא אין כופין והתם דחצי שפחה וחב"ח ליכא העשה והנה בס' קצה"ח איתא דטעם של הרשב"א דהא איתא בפ' השולח נגחו שור ביום של רבו לרבו ופריך אלא מעתה ביום של רבו ישא שפחה וביום ש"ע ב"ח ומשני באיסורא לא קאמינא ופי' רש"י דאין האיסור נתחלק לחצאין אלא בממון וכיון דלעולם הוא ח"ע וחב"ח ואפי' ביום של רבו ה"ה חצי ב"ח ואסור בשפחה וב"ח ונפ"מ דאפי' ביום של רבו נמי אינו יכול לעבוד בו עבודת העבד דהיינו עבודת פרך כיון דחב"ח אפי' ביום של רבו ובישראל אסור לעבוד בו עבודת פרך וזה טעמא של הרשב"א דכיון דמשום צד חירות שבו לעולם אין לו רשות לעבוד בו עבוד פרך ולעולם בהם תעבודו היינו עבודת פרך יע"ש:

ולכאורה קשה דהא בירושלמי איתא דקידש אשה ביום של עצמו דחוששין לקידושין וכן סובר שם שמואל בהדיא משום דסובר דגם לאיסור נתחלק לחצאין וא"כ אכתי תקשה קושית הרשב"א על מתני' דהא שמואל דסובר דעובר בעשה סובר דנתחלק גם לאיסור א"כ ממילא גם ביום של רבו רשאי לעבוד בו עבודת פרך ומותר בשפחה וא"כ ל"ש סברת הקצה"ח דליכא העשה דכיון דלעולם אסור לעבוד עבודת פרך דלשמואל ל"ש זה:

וע"כ נראה דלכאורה יש לומר דבלא"ה לא קשה איך כופין את רבו לשחררו דעובר בעשה לפי מה דאיתא בברכות דמצוה שאני ופי' הר"ן דכיון דאין כוונתו לטובת העבד והאיסור הוא משום לא תחנם וכיון דאין כוונתו לטובת העבד רק בשביל המצוה ליכא

משום ל"ת וליכא העשה וא"כ גם כאן דאין כוונתו לטובת העבד רק בשביל המצוה דפו"ר א"כ ליכא העשה וע"כ נראה דלפי מה דאיתא באחרונים דבאמת מה בכך דאין מתכוין לטובת העבד מ"מ הא יש לו הנאה ואין לומר דחשוב דבר ש"מ הא הוי פ"ר אך הוי פ"ר דלא ניחא ליה אך הרבה סוברים דזה רק באיסור שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה ולא בשאר איסורים אך במג"א איתא דשמואל סובר בזבחים דבכל מקום פ"ר דלא ניחא שרי יע"ש ולפ"ז לשמואל יש לומר סברת הר"ן דמצוה שרי משום דא"מ לטובת העבד משא"כ לדידן דאסור בכל מקום פ"ר דלא ניחא ליה וא"כ יש לומר דהא דהוצרך הרשב"א לומר דח"ע וחב"ח ליכא העשה ולא כתב משום דמצוה הוא משום דלדידן לא מהני טעמא דמצוה דפ"ר אסור אפי' בלא ניחא ליה ולפ"ז לשמואל לשיטתו נהי לדידיה איכא עשה אפי' בח"ע וכו' דכיון דסובר דגם לאיסור נתחלק לדידיה יש לומר משום דמצוה שאני דהא שרי פ"ר דלא ניחא ליה ובלא"ה לא קשה על מתני' דכופין את רבו. ולפ"ז כיון דהסוגיא קאי הכא לשמואל ולשמואל אפי' בח"ע וכו' איכא העשה הנ"ל שפיר פריך מההיא אמתא דח"ש וחב"ח דהא לדידי' דסובר דגם לאיסור נתחלק לחצאין א"כ אפי' בח"ע וכו' איכא העשה:

וע"ש בסוגיא דאיבעיא מעוכב ג"ש יש לו קנס אי אמרינן דל"ח אדון או דילמא כיון דמעוכב גט שיחרור אדון קרינן וקאמר הגמרא ת"ש המית מי שח"ע וחצי בן חורין נותן חצי קנס לרבו וחצי כופר ליורשיו מה לאו כמשנה אחרונה ומשני לא כמשנה ראשונה והנה הרמב"ם פסק דנותן חצי קנס לרבו וחצי ליורשיו והקשו דכיון דאיבעי' דלא איפשוט אי חשוב אדון במעוכב ג"ש א"כ מספק אמאי משלם קנס הא ס' ממונא לקולא לנתבע ואנן קיי"ל כמשנה אחרונה ואינו רק מחוסר ג"ש ונראה לפי מה שהקשו דאמאי ס' ממון לקולא הא הוי ס' איסור גזל ותירץ דלשכנגדו גם כן ס' איסור גזל ולפ"ז שפיר פסק דמספק צריך לשלם משום ס' איסור גזל ואין לומר דגם לשכנגדו יהיה ס' איסור גזל ליתא דלאידך אפי' אי הלכה הוא דמחוסר ג"ש לא חשוב אדון מ"מ אינו רק גזל דרבנן דהא מדאורייתא אין כופין את רבו רק מת"ה ומדאורייתא הוא אדון ומחוייב קנס ולא יהיה רק ס' גזל דרבנן ולדידי' הוי ס' גזל דאורייתא וע"כ מספק צריך לשלם משום ס' גזל דאורייתא ודו"ק:

חליפין אי מועיל בעובד כוכבים אנס

עי' בריש קידושין דקאמר למעוטי חליפין ס"ד הואיל דילפינן קיחה קיחה משדה עפרון מה שדה נקנה בחליפין אף אשה נקנית בחליפין ועי' בתוס' שם דהקשו איך ס"ד דאשה נקנית בחליפין דכיון דאשה לא ידעינן רק מג"ש דעפרון והא לא מצינו דבעובד

כוכבים מועיל ק"ח ועי' בש"ך ס' קכ"ג דכתב דאין ראיה מזה דבעובד כוכבים מהני ק"ח דלעולם דלא מהני ואפ"ה הוי ס"ד דאשה נקנית בחליפין כמו שדה דמהני חליפין ואע"ג דעפרון עובד כוכבים הוי ולא מהני חליפין מ"מ עכ"פ מצינו דשדה נקנה בחליפין כגון בישראל וע"ש בתוס' דר"ת מביא ראיה דהא מדכתיב מכסף מקנתו ממעט עבד שאינו נקנה בחליפין אלמא דבא"י בעלמא מהני חליפין וכתב בש"ך דאין ראיה דלעולם דבעובד כוכבים לא מהני ק"ח אך יש לומר דקרא לגופיה איצטריך ולגלויי דעבד אינו נקנה בחליפין מטעם שאין חליפין מועיל בעובד כוכבים ותדע לך דהא ר"י מפרש התם מכסף מקנתו ולא בתורת תבואה וכלים וטעמא משום דלא קיץ אע"ג דס"ל לר"י דכל דבר לא מהני במידי דלא קיץ וא"כ אמאי איצטריך קרא גבי עבד אלא ודאי כדברינו וע"ש דמביא ראיה דלא מהני ק"ח בעובד כוכבים מדאמר רב בע"ז כי כיליתו חמרא לעובד כוכבים שקולו דמי קודם והדר כיילו להו ולא אמר אקנינהו נהלייהו בחליפין אלא ודאי דלא מהני ק"ח בעובד כוכבים:

ועי' בתומים שמביא ראיה דמהני ק"ח בעובד כוכבים דהא הרמב"ן הקשה לר"י דסובר ד"ת מעות קונות א"כ מתנה במאי יקנה ותירץ בחליפין או בחצר וא"כ תקשה לר"ל דסובר דבישראל משיכה קונה ועובד כוכבים הקנין בכסף ותקשה מתנה בעובד כוכבים במאי יקנה ואין לומר בחצר דהא חצר לא מהני בעובד כוכבים דהוא מתורת שליחות ואין שליחות בעובד כוכבים וע"כ בחליפין אלמא דמהני חליפין בעובד כוכבים וע"ש אך זה הכל לר"ל אז ע"כ שמעינן דמהני ק"ח בעובד כוכבים משא"כ לדידן דקיי"ל כר"י אין ראיה דיש לומר דלא מהני ק"ח בעובד כוכבים ובזה ניחא הסוברים דאפי' באחריות פשיעה עובר על ב"י ועי' בראש פסחים וקשה הא רבא קאמר כיון דאילו מיגניב אלמא דסובר דבעינן דווקא אחריות גו"א וע"כ נראה דעיקר הוכחה דסגי באחריות פשיעה משום דאחריות גו"א לא משכחת דהא אין דין שומרין בעובד כוכבים וקנו מידו לא מהני ק"ח בעובד כוכבים וע"כ דסגי באחריות פשיעה ואחריות פשיעה לא בעינן קנו מידו לשיטת הרמב"ם ועי' בח"מ ס' ס"ו משא"כ רבא לשיטתו דסובר כר"ל ולדידי' ע"כ מהני ק"ח בעובד כוכבים וע"כ סובר דבעינן אחריות גו"א ובקנו מידו משא"כ לדידן דקיי"ל כר"י וק"ח לא מהני ע"כ דסגי באחריות פשיעה ולפ"ז לפי מה דאיתא בש"ך דמש"ה שמעינן דק"ח לא מהני בעובד כוכבים דכיון דדרשינן דאינו נקנה בתורת תבואה וכלים והיינו חליפין אלמא משום דבעובד כוכבים לא מהני ק"ח בכל מקום והא תינח לרבה דדריש הכי משא"כ לר"י דדריש דבעינן מידי דקיץ לדידי' לא שמעינן דלא מהני ק"ח בעובד כוכבים:

וניחא בזה קושית הפ"ח על הסוברים דגם ש"ח צריך לבער א"כ תקשה הא דאיתא בפסחים דאמר ר' יוסף דרבי כמאן כרשב"ג דמפני השבת אבידה ימכור החמץ ואי אמרינן דש"ח צריך לבער ת"ל דבלא"ה צריך למכור כדי שלא לעבור על ב"י וע"ש אך לפי מה שאמרנו דהא דמוכח דש"ח צריך לבער משום דאחריות גו"א לא משכחת דאין דין שומרין בעובד כוכבים וקנו מידו לא מהני ק"ח בעובד כוכבים וזה לרבה הנ"ל דדריש בתורת תבואה וכלים והיינו ק"ח דלא מהני בעובד כוכבים משא"כ לר"י לשיטתו דסובר דבעינן קיץ ולדידי' יש לומר דמהני ק"ח ולעולם דש"ח אינו חייב לבער וע"כ קאמר כרשב"ג מפני השבת אבידה:

והנה בתשובות איתא דהא דק"ח לא מהני בעובד כוכבים משום דאפי' אי אמרינן דלא כסמ"ע בח"מ ס' ק"צ דסובר דהא דכסף קנין בקרקע הוא בתורת שווי ולא בתורת קנין ובט"ז חולק על זה וסובר דלא בתורת שווי רק בתורת קנין מ"מ בעובד כוכבים בודאי לא מועיל רק בתורת שווי וע"כ לא מועיל ק"ח ובזה ניחא קושית התוס' הנ"ל על הא דפריך הגמ' ואימא ה"נ דאשה נקנית בחליפין הא אשה לא ילפינן רק בג"ש מעפרון והתם לא מהני ק"ח וע"כ נראה דהנה בסמ"ע איתא דהא דקרקע נקנה בכסף הוא מתורת שיווי ולא בתורת קנין דהא כסף ילפינן מעפרון וכסף בעפרון היה בתורת שיווי השדה ובט"ז תמה על זה דהא דאשה נקנית בכסף ילפינן מעפרון ובאשה בודאי לא היה בתורת שיווי וע"כ דה"ה בעפרון ותירצו האחרונים דסברת הסמ"ע אי לא ילפינן אשה מג"ש מעפרון אז יש לומר דכסף דעפרון הוא מתורת שיווי ולא בתורת קנין וממילא דלא מהני ק"ח בעובד כוכבים משא"כ אי ילפינן מג"ש דעפרון א"כ ע"כ גם בעפרון הוא מתורת קנין כמו אשה דל"ש שווי וממילא מהני ק"ח בעובד כוכבים כמו דמהני כסף בעובד כוכבים בתורת קנין ולפ"ז לא קשה קושית התוס' דהא הגמ' קאי אי ילפינן קדושי כסף מג"ש דעפרון וא"כ ע"כ היה סובר דכסף דעפרון היה בתורת קנין כמו אשה וממילא דמהני גם ק"ח בעובד כוכבים וע"כ ס"ד דגם אשה נקנית בחליפין משא"כ לפי האמת דקדושי כסף ילפינן מאין כסף לאדון זה וא"כ יש לומר דכסף דעפרון הוא בתורת שיווי ולא מתורת קנין וממילא לא מהני ק"ח בעובד כוכבים ובזה ניחא קושית הש"ך הנ"ל דאמאי לא אמר רב להקנות היין בחליפין דרב לשיטתו דיליף מאין כסף לאדון זה וע"כ יש לומר דכסף דעפרון בתורת שיווי וממילא לא מהני ק"ח:

ולפ"ז ניחא הרמב"ם דמלוה קונה במכר ובמקדש במלוה סובר דאינה מקודשת והקשו הא בגמ' מדמי להדדי ולכאורה נראה דהנה במקנה איתא על הא דאמר אביי בפ"ק דקדושין דמקדש במלוה דאינה מקודשת ופי' רש"י משום דילפינן ג"ש קיחה קיחה

מעפרון ובעינן דיהיב מידי בשעת קדושין משום דאי לא ילפינן מעפרון אז אמרינן כיון דש"ד חשוב ממון לקדש בו אבל כיון דילפינן מעפרון אמרינן כל דלא הוי כסף בעובד כוכבים ה"ה לענין קדושין ובעובד כוכבים בודאי לא מהני מלוה לקנות בו דל"ש ש"ד בעובד כוכבים וא"כ ה"ה קדושין לא מהני מלוה ולפ"ז לכאורה קשה מאי פריך הגמ' דאי בקדושין לא מהני מלוה במכר אמאי קנה דילמא במכר קנה משום דש"ד משא"כ בקדושין דילפינן מעפרון והתם לא מהני מלוה דבעובד כוכבים ל"ש ש"ד וע"כ ה"ה בקדושין לא מהני מלוה אך הסוגיא דקאי לרב ורב הא יליף מאין כסף לאדון זה וא"כ דמי קדושין למכר ושפיר מדמי להדדי משא"כ לדידן דילפינן מג"ש דעפרון א"כ כמו דלא מהני התם בעפרון מלוה ה"ה קדושין משא"כ במכר שפיר פסק דקני וגם יש לומר בפשיטות דרב לשיטתו דסובר דשל"ד אז אין לחלק בין קדושין למכר משא"כ לדידן במכר קני משום דש"ד משא"כ באשה דילפינן מעפרון וא"כ כמו התם דלא מהני מלוה דל"ש ש"ד בעובד כוכבים ה"ה בקדושין:

ובזה ניחא קושית התוס' קדושין דאמאי לא ילפינן דשדה נקנה בכסף מעפרון ולפי הנ"ל ניחא דאי ילפינן מקרא שדות בכסף יקנה גם מלוה חשוב כסף משום דש"ד משא"כ אי ילפינן מעפרון כמו דלא מהני התם מלוה דל"ש ש"ד בעובד כוכבים וה"ה במכר לא מהני אפי' בישראל מלוה:

אך לפי הש"ך דהוכיח דרב סובר דק"ח לא מהני בעובד כוכבים ניחא בפשיטות דהא קשה לפי המקנה מאי פריך דאי מלוה להוצאה נתנה אמאי קני דבמכר קנה משום דש"ד משא"כ קדושין דילפינן מעפרון ל"ש ש"ד אך לפי מה דפירש הש"ך דמש"ה פריך ואימא ה"נ ואע"ג דאשה ילפינן מעפרון ובעובד כוכבים לא מהני ק"ח מ"מ כיון דעכ"פ שדה נקנית בחליפין וע"כ ס"ד דאשה מתקדשת בחליפין וע"כ פריך הכא שפיר דאי במכר קני מלוה מטעם דש"ד אמאי אינה מקודשת ואע"ג דאשה ילפינן מעפרון מ"מ כיון דמצינו דעכ"פ שדה נקנה במלוה בישראל גם בקדושין מהני משא"כ לדידן יש לומר דק"ח מהני בעובד כוכבים וע"כ פריך הגמ' ואימא ה"נ דאשה מתקדשת בחליפין ולעולם כל היכי דלא מהני בעפרון ה"ה באשה כיון דילפינן מעפרון לא מהני וע"כ אמרינן דמלוה קונה במכר משום דש"ד משא"כ קדושין כיון דילפינן מעפרון לא מהני מלוה כמו דלא מהני התם במלוה דל"א ש"ד בעובד כוכבים גם יש לומר דהנה הראשונים הביאו ראיה דמלוה ל"ח ברשותו מדחזינן דמקדש במלוה דאינה מקודשת והרבה סוברים דחשוב ברשותו ועי' ברמב"ן ב"ק והנה זה ברור דאפי' אי מלוה חשוב ברשותו מ"מ מלוה שיש לו אצל עובד כוכבים ל"ח ברשותו ועי' בח"מ דאם נתן הלואת עובד כוכבים במשכ"מ

דלא קני משום דליכא סמיכת דעת ולפ"ז קשה מה פריך הגמ' דיש לחלק דקדושין דילפינן מעפרון והתם בודאי לא מהני הלואה לקנות ע"י דחשוב אינו ברשותו הלואת עובד כוכבים וע"כ ה"ה קדושין לא מהני מלוה משא"כ במכר קני במלוה דמלוה חשוב ברשותו אך הסוגי' דקאי לרב ורב דסובר דאדם מקנה דשלב"ל וה"ה אינו ברשותו א"כ ע"כ אין הטעם משום אינו ברשותו רק משום דמלוה לא חשוב כסף וע"כ מקשה שפיר דא"כ במכר אמאי קני משא"כ לדידן דהוא משום דאינו ברשותו יש לחלק דבמכר קני דמלוה חשוב ברשותו משא"כ קדושין דילפינן מעפרון והתם בודאי לא מהני מלוה דהלואת עובד כוכבים לכ"ע חשוב אינו ברשותו ה"ה קדושין וגם לפי מה דסובר הסמ"ע דבשדה כסף הוא בתורת שיווי וע"כ לא איכפת במה דאינו ברשותו משא"כ קדושין דבתורת קנין הוא הכסף וע"כ כיון דאינו ברשותו לא יכול לעשות קנין ומאי מקשה הגמ' אך לרב לשיטתו דע"כ אין הטעם משום דאינו ברשותו וע"כ מדמי להדדי משא"כ לדידן יש לחלק:

גם יש לומר דהרמב"ם הוכיח דקני במלוה מהא דפריך הגמ' במכות דאי אמרת דמלוה על י' שנים משמטת כולהו בעי שלומי ומשני דאיירי במלוה על המשכון וקשה דהא התם ע"כ איירי בחוב של שכירות דליכא משום ריבית ועי' במל"מ דאל"כ ל"ש דאומדין וכו' וע"כ קשה דבמאי קני למשכון ע"י כסף לא קני כיון דהוא שכירות ובמלוה לא קני ואי במשיכה הא סוברים דמשיכה למשכון לא מהני משיכה וע"כ דגם במלוה קני והגמ' דמדמי להדדי קאי לרב ורב הא סובר כר"ל דמשיכה הוא קנין דאורייתא והפוסקים סוברים דאי משיכה דאורייתא גם למשכון מהני משיכה ויש לומר דגם במכר לא קני במלוה והתם קני למשכון במשיכה משא"כ לדידן דקיי"ל כר"י ומשיכה הוא רק מדרבנן ולא מהני במשכון וע"כ דקני למשכון בחוב של שכירות שיש לו עליה ואע"ג דמלוה היא אלמא דבכל מקום קונה במלוה רק לקדושין ל"ח כסף:

גם יש לומר דהנה ברמב"ם מבואר דהא דאינה מקודשת במלוה מפני שמלוה להוצאה נתנה ואין כאן שום דבר קיום ליהנות בו מעתה שכבר הוציאה אותו דינר ועברה הנאתה וכוונת הרמב"ם דמקדש במלוה דמי למקדש ע"מ להחזיר דאע"ג דחשוב כסף מ"מ אינה מקודשת משום דבעי הנאה כן במקדש במלוה אע"ג דנחשב כסף מ"מ בקידושין בעינן דבר שתהנה ממנו משא"כ במכר דכמו דמהני ע"מ להחזיר משום דהוי כסף כמו כן הני במלוה משום דחשוב כסף אע"ג דלא נהנה אך קשה דהא חזינן דהגמ' מדמי להדדי וע"כ נראה דהרמב"ם הוכיח זה דהא חזינן דמקדש בחמץ נוקשה דאין חוששין לקידושין ושיטת הטור דנוקשה שרי לשהותו עד לאחר פסח ואז שרי והנה לקמן באוכל חמץ של

הקדש מעל והטעם משום דחשוב גורם לממון דיכול להשהות עד לאחר הפסח והקשו הראשונים דהרי ממון גמור הוא דסחורה שכעת אינו שוה ואח"כ יהיה שוה פשיטא דממון גמור הוא ותירצו דרק לענין חומש ואשם קאי בל לענין קרן פשיטא דחשוב ממון גמור וא"כ ה"ה נוקשה דכיון דיכול להשהותו פשיטא דנחשב ממון גמור ולא גורם ואמאי אינה מקודשת וע"כ משום דאי אפשר ליהנות כעת בשעת קידושין וא"כ ה"ה מלוה נהי דחשוב כסף מ"מ כיון שאין לה שום הנאה לא מהני והנה הא דנוקשה שרי לאחר פסח זה לדידן דקיי"ל כר"ש דאסור משום קנס דעבר על ב"י וע"כ בנוקשה דרשאי להשהות שרי משא"כ לר"י דאסור מדינא אין חילוק דאפי' נוקשה אסור לאחר הפסח ול"ח כסף ויש לומר דמש"ה אינה מקודשת משא"כ מלוה דחשוב כסף יש לומר דדמי למכר והסוגיא דקאי לרב ורב הא סובר כר"י וע"כ מדמי להדדי משא"כ לדידן דקיי"ל כר"ש ונוקשה שרי לאחר פסח וחשוב כסף וע"כ משום דליכא הנאה בשעת קידושין לא מהני וה"ה במלוה אע"ג דחשוב כסף לא מהני משא"כ במכר קנה דחשוב כסף ודו"ק:

תרתי לריעותא דחשוב חזה"ג

הנה בב"י בס' בדק הבית איתא דאפי' מי שהמיר אינו חשוד למפרע שאם שחט ואח"כ המיר באותו יום דכל מה ששחט כשר ועי' בש"ך ס' א' ובס' ת"ש הקשה דהא הוי תרתי לריעותא דאוקמא בחזקת איסור כמקדם והרי רשע לפניך ודמי למקוה שנמדד ונמצא חסר ובזה שייך נמי דהרשיע ואתאי כמו במקוה דחסר ואתאי והאחרונים כתבו כב"י ומביאין ראיה מפ"ק דחולין דשוחט בשבת דשחיטה כשרה אפי' במזיד לשיטת התוס' והקשה בתוס' דהא הוי שחיטת מומר לחלל שבת ואסורה השחיטה ותירצו דבפ"א לא נעשה מומר ואי נימא כל שהרשיע לפניך חשוב תרתי לריעותא א"כ תקשה ה"ה הכא אמאי כשרה השחיטה הא מומר לפניך וע"כ הרשיע מכבר וגם אוקמי' על חזקת איסור והוי תרתי לריעותא וע"ש בס' ש"ש:

ובזה ניחא לתרץ הרמב"ם בפי' המשנה דמוקי למתני' דשוחט בשבת בשוגג דאל"כ הא הוי שחיטת מומר והקשו עליו מהא דפריך ונוקמי במזיד וכר"מ וקשה הא במזיד הוי שחיטת מומר ולכאורה אמרתי לפי מה שכתבו אי נעשה מומר מיד בהתחלת השחיטה אע"ג דאז הו"ל מקלקל תליא בזה אי ישנה לשחיטה מתחילה וע"ס ל"ח מקלקל ונעשה מומר בהתחלת השחיטה אך אי אין לשחיטה אלא לבסוף חשוב בהתחלה מקלקל ולא נעשה אז מומר וכיון דר"מ סובר בזבחים דאין לשחיטה אלא לבסוף וע"כ שפיר פריך ונוקמי במזיד וכר"מ דלר"מ לא נעשה מומר מיד ויותר נראה דסברת הרמב"ם נהי דלא נעשה מומר בפ"א אך כיון דהרי הרשיע לפניך אמרינן דהרשיע קודם מטעם תרתי

לריעותא והנה איתא בפלתי ס' י"א דאליבא דר"מ ע"כ איירי מתניתין בעוף ור"מ סובר דבעוף ליכא משום אבמ"ה וליכא חזקת איסור דהיינו חזקת איסור אבמ"ה בעוף וליכא תרתי לריעותא וע"כ שפיר פריך ונוקמי במזיד וכר"מ:

וגם לפי מה שהקשו במתני' דעירובין דסובר ר"מ דהרי זה חמר גמל גבי תרומה ונטמאת ס' מבעוד יום וכו' ואמאי הא הוי תרתי לריעותא דהרי נטמא לפניך ואוקמי' על חזקת תחום ביתו וכתבו דר"מ סובר דתרתי לריעותא אינו רק ספק כר"ש ועי' בס' שעה"מ וכיון דאינו רק ספק מצרפין ס' שני שמא שחט שפיר נהי דנעשה מומר שמא שחט שפיר וחשוב ס"ס דבשלמא אי תרתי לריעותא חשוב ודאי ליכא ס"ס דס' זה שמא לא הרשיע קודם ל"ח ס' כלל רק ודאי ובזה ניחא הא דפריך הגמ' ב"ק אלא שבת שחיטה ראויה היא וקשה לוקמי במזיד אך קאי על ר"ש ור"ש ל"ס תרתי לריעותא חשוב ודאי רק ספק וממילא איכא ס"ס וא"כ מוכח דאפי' לנגד חזה"ג מהני תרתי לריעותא דהא חז"כ חשוב כמו חזקת הגוף אך לפי מה דאיתא באחרונים דכוונת התוספות דלנגד חזה"ג לא מועיל תרתי לריעותא היינו משום דבתרתי לריעותא בעינן שיהיה שייך לומר חסר ואתאי והכא גבי מומין ל"ש זה וע"כ אע"ג דלנגד חזקה דעלמא אמרינן תרתי לריעותא אפי' היכי דל"ש חסר ואתאי מ"מ לנגד חזה"ג דאלים בעינן שיהיה שייך חסר ואתאי וא"כ לענין הרשיע לפניך דשייך לומר הרשיע ואתאי ועי' בת"ש וע"כ אמרינן תרתי לריעותא התם אע"ג דחשוב חזה"ג ובזה ניחא הא דפריך בחבית אמאי לא הוי ודאי והא הוי תרתי לריעותא ואע"ג דהתם חזה"ג הוא ועי' בש"ש אך כיון דיש לומר החמיץ ואתאי וע"כ אמרינן תרתי לריעותא אפי' בחזה"ג:

אך תקשה דא"כ לא צריכין לומר במקוה דחסר ואתאי דהא לא הוי חזה"ג אלא ודאי דאין חילוק ולפ"ז ע"כ כוונת התוס' דלנגד חזה"ג לא מהני תרתי לריעותא וקשה דא"כ מאי פריך מחבית דחזה"ז הוא וכן תקשה על הרשב"א דמקשה דהא הוי תרתי לריעותא וקשה הא ל"ש חסר ואתאי וע"כ נראה דלפי מה דאיתא בס' ת"ש דאי בעינן בתרתי לריעותא חסר ואתאי תלי' בפלוגתא דר"ה ור"ח בחולין דפליגי בשוחט בסכין ונמצאת פגומה דר"ה אוסר אפי' בשיבר עצמות דחיישינן שמא בעור נפגמה ור"ח מכשיר והקשה בתוס' על ר"ח מ"ש ממקוה שנמדד ונמצא חסר דטמא אפי' בר"ה משום תרתי לריעותא וה"ה הכא איכא תרתי לריעותא דהרי פגום לפניך וחזקת איסור דבהמה ותירצו דשאני התם דשייך לומר חסר ואתאי ולפ"ז לדידן דקיי"ל כר"ה אע"ג דל"ש לומר חסר ואתאי אעפ"כ אמרינן דחשוב תרתי לריעותא משא"כ לר"ח וע"כ ניחא קושית הרשב"א דקאי לרבא שם דרבא קאמר שם דהיכא דליכא חזקת ממון אזלינן בתר חזה"ג ורבא הא סובר

כר"ה וא"כ סובר דאפי' היכא לד"ש חסר ואתאי חשוב תרתי לריעותא וע"כ שפיר הקשה הרשב"א על רבא לשיטתו והוצרכו לתרץ דלנגד חזה"ג לא מהני תרתי לריעותא וא"כ לר"ח דסובר דבעינן חסר ואתאי יש לומר דאפי' לנגד חזה"ג מהני תרתי לריעותא והתם במומין משום דל"ש חסר ואתאי:

ולפ"ז ניחא הרמב"ם דהגמ' דפריך מחבית אע"ג דהוי חזה"ג קאי לר"ח משא"כ לדידן דקיי"ל כר"ה וע"כ לנגד חזה"ג לא מהני תרתי לריעותא ולא קשה מחבית ועכ"פ פסק דאינה רק ספק ולא דמי למקוה

והנה מה שהקשו דמאי ראי' מנגע באחד בלילה דכיון דהתם איירי בר"ה וע"כ נראה דהנה בעירובין (דף ל"ה) פריך הגמ' על ר"מ מנגע באחד בלילה ולמחר מצאו מת ר"מ מטהר וחכמים סוברים דטמא והקשו דלפי מה שפירשו התוס' דאיירי בר"ה וא"כ אין ראיה לעולם דכיון דאיתרע החזקה לא אזלינן בתר החזקה רק הכא מטהר ר"מ משום דאיירי בר"ה ועי' בס' ס"ט דכתב דהתוס' ס"ל דהא דמסקינן בע"ז דס' טומאה בר"ה לענין טומאת גברא אין מורין לו דטהור דכיון דאיכא מים ליטבול זה דווקא בקולא שהקילה התורה בר"ה יותר משאר איסורים דאלו בשאר איסורין היכי דליכא חזקה קיי"ל דאזלינן לחומרא ואלו ס' טומאה בר"ה טהור אע"ג דליכא חזקה בהא הוא דאמרינן דזיל טבל אבל היכי דאיכא חזקה לטהר דגם בשאר איסורים אזלינן בתר חזקה וע"כ גם בטומאת גברא בר"ה לא אמרינן זיל טבל. ולפ"ז בנגע באחד בלילה דמיירי נמי לענין טומאת גברא ואפ"ה ר"מ מטהר ולא אמרינן דזיל טבל וע"כ משום דאפי' היכי דאיתרע אזלינן בתר החזקה דאי אמרינן דחזקה איתרע נהי דהכא בר"ה איירי מ"מ אמאי לא אמרינן זיל טבל:

ובזה יש לתרץ מה שהקשה במל"מ דמסיק שם דבכל ס' דבריהם דקיי"ל דטהור ואפי' לענין זה לא מחמירין שאומרים זיל טבל אך תמה דהראב"ד סובר דאם יש לו מים לרחוץ דאומרים רחוץ ויליף לה מס' טומאה בר"ה וע"כ נראה לפי מה דאיתא במ"ל דנסתפק וז"ל ודע דהא דאמרינן דס' ידים טהור הוא אפי' היכי דאיכא ס"ס לטמא כגון ספק דיש בהם כשיעור או לאו ואת"ל דיש בהן כשיעור ס' אי נעשה בהם מלאכה אפ"ה ס' טהור ומתני' דמס' ידים הכי מיתפרש וכן איתא בתוס' עירובין ד"ה ס' טבל ואפי' טבל ספק אי יש בו ארבעים סאה אך חידוש לפי שאני סבור דכי היכי דסד"א ויש ס"ס לקולא אזלינן לקולא דחשוב רוב להתיר כמו כן ס' דרבנן ויש ס"ס להחמיר מהראוי דניזל לחומרא אך מההיא דידים מוכח בהדיא דאפי' איכא ס"ס להחמיר אזלינן לקולא ומ"מ לא ידעתי אם דין זה מהני בכל איסורין דרבנן א"ד דווקא בטומאת ידים הקילו לומר דאפי' בס"ס להחמיר אזלינן לקולא ולא בשאר איסורין ועי' בפ"מ דמסיק דרק בידים הקילו דאפילו

ס"ס להחמיר אזלינן לקולא ולא בשאר איסורין ולכאורה היה נראה דאין ראיה מהתוס' דיש לומר דתליא בזה דאי אמרינן דס' דרבנן ויש לו חזקת איסור אזלינן להחמיר א"כ כש"כ היכי דאיכא ס"ס לחומרא דאזלינן להחמיר דהא ס"ס עדיף מחזקה אי אמרינן ס"ס אפי' באיכא חזקת איסור משא"כ אי סד"ר לקולא אפי' איכא חזקת איסור אז יש לומר דה"ה אפי' איכא ס"ס להחמיר אזלינן לקולא ולפ"ז אין ראיה מתוס' הנ"ל דקאי על ר"מ ור"מ הא סובר דס' דרבנן לקולא אפי' באיכא חזקת איסור וע"כ ה"ה ס"ס להחמיר אזלינן לקולא:

ולפ"ז אין ראיה מידים דאזלינן לקולא אפי' באיכא ס"ם לפי מה דאיתא במג"א דאפי' אי אזלינן לקולא אפי' אי איכא חזקת איסור כמו בעירוב דאיכא חזקת תחום ביתו מ"מ ס' אי הניח העירוב גרע ובידים הא חזינן דאפי' אי ס' אי נטל אזלינן לקולא א"כ כש"כ אפי' אי איכא חז"א אזלינן לקולא וע"כ ה"ה אפי' אי איכא ס"ס להחמיר אזלינן לקולא. ועכ"פ אמרינן דבידים אפי' באיכא ס"ס להחמיר אזלינן לקולא משא"כ בכל מקום ולפ"ז יש לומר דעיקר הטעם דבכל ס' דבריהם דלא אמרינן זיל טבל דכיון דבכל התורה אזלינן להקל בדרבנן לא מחמרינן ודמי לס' טומאה בר"ה ואיכא חזקה להקל דנ"א זיל טביל וא"כ בידים דאקילו אפי' היכי דאיכא ס"ס להחמיר משא"כ בכל מקום אזלינן להחמיר וע"כ מחמרינן בידי' דאמרינן זיל טבל. ובזה ניחא קושית הרא"ש פ"ה דטהרות בהא דתנן שם עד אומר נטמא שנים אומרים נטמא ושנים אומרים דלא נטמא בר"ה טהור והקשה דלא משמע כן בעירובין דמשני רבה ור"י הכא בשני כיתי עדים וכו' ש"מ דבכה"ג לא מטהרינן בר"ה כיון דאיכא תרי ותרי:

ולכאורה נראה דהא קשה דהא בר"ה מטהרינן אפילו היכי דליכא חזקה וא"כ מאי בכך דאיכא תרי ותרי דליכא חזקה הא לא בעינן חזקה אך לפי מה דסובר הרמב"ם דמש"ה ס"ט בר"ה דטהור משום דכל ס' שרי מהתורה וכבר הקשה דאי ס' שרי מהתורה היכי משכחת אש"ת ותירצו משום דבעינן חמש"ח והוי איתחזק איסורא ואז מודה הרמב"ם ס"ד להחמיר וכתבו לר"מ דסובר דאפי' בחתיכה אחת חייב אש"ת ע"כ דסובר דס' אסור מהתורה ולפ"ז הא דס' טומאה בר"ה טהור אפי' בליכא חזקה זה לדידן דס"ד לקולא מהתורה משא"כ לר"מ דאזלינן להחמיר אז ס"ט בר"ה בעינן חזקה לטהר וממילא בתרי ותרי דנ"א בתר חזקה מחמרינן לטמא ולפ"ז הכא דקאי לר"מ משני שפיר דאיירי בתרי ובתרי דאז ליכא חזקת טמא משא"כ לדידן דלא בעינן חזקה וע"כ אפי' בתרי ותרי בר"ה טהור אך הרבה סוברים דאפי' לשיטת הרמב"ם מ"מ בס' דתרי ותרי מודה וראיה לכאורה מהא דפריך הגמ' בקידושין אי לימא דתרי אמרי אישתבאי וכו' מאי חזית דסמוך אהני

וכו' וקשה הא הוי ס"ס שמא לא אישתבאי ושמא לא נבעלה ועי' במקנה אלא ודאי משום דלשיטת הרמב"ם היתר דס"ס משום דע"י ס' הראשון שרי מהתורה ובתרי ובתרי גם הרמב"ם סובר דאסור ס' מה"ת וע"כ לא מהני ס"ס:

וע"כ נראה לתרץ קושית הר"ש דהכא איירי דלענין דל"א דזיל טבל דע"ז הי' קושית הגמ' מנגע באחד דהוכיח דאזלינן בתר חזקה אפי' היכי דאיתרע דאל"כ אמאי ל"א זיל טבל וע"כ בתרי ותרי דל"א בתר חזקה ממילא אמרינן דזיל טבל ולעולם דאפי' בתרי ובתרי ס"ט בר"ה טהור כגון לענין הטהרות דל"ש זיל טבל טהור בר"ה אפי' בתרי ובתרי:

ולפ"ז ניחא הסוגיא דפ"ק דחולין (ד' י') דבעיא מר"ה בא זאב ונטל בני מעים מי חיישינן שמא במקום נקב נקב וכו' עד אמר ליה אביי ולא שאני לן בין איסור לסכנתא והא ס' טומאה בר"ה טהור וספק מים מגולים אסורין אמר ליה התם הילכתא גמירא מסוטה וכבר הקשו דהיכי מייתי אביי ראיה מספק טומאה בר"ה דטהור דהא חזינן דברה"י ס' טמא וע"כ הא דבר"ה טהור משום דהילכתא הוא לטהר ולעולם דלא אזלינן בתר חזקה ולפ"ז ניחא דאביי הוכיח דאזלינן בתר חזקה בעלמא דאל"כ נהי דהילכתא הוא לטהר מ"מ אמאי נא אמרינן זיל טבל ומדחזינן דל"א דזיל טבל ש"מ דבעלמא ג"כ אזלינן בתר חזקה אבל אי בעלמא לא אזלינן בתר חזקה אמאי ל"א דזיל טביל ואין לומר דכיון דאיכא חזקה דגם בעלמא מהני ע"כ לא מחמרינן דזיל טבל דליתא דהא בעלמא אפי' חזקה לא מהני וע"כ נהי דהקילו הכא מ"מ מהראוי לומר דזיל טבל אלא ודאי דגם בעלמא אזלינן בתר חזקה ורבא דמשני דהילכתא הוא אפשר דלא סובר דאמרינן זיל טבל דעיקר הטעם דאמרינן זיל טבל דחשוב דשיל"מ דאזלינן להחמיר ובפלתי ס' א' איתא דרבא חולק על דשיל"מ וממילא לא אמרינן לדידי' זיל טבל:

ובזה אמרתי לתרץ קושית התוס' שבת (דף ל"ד) דאמר רבא אמרו לו שנים צא וערב עלינו וכו' ופי' רש"י דאיירי בע"ת והקשו בתוס' דר"י לא קאמר התם גבי נפל עליו גל או תרומה ונטמאת ספק עירוב כשר אלא משום דאיכא חזקה אבל בספק כי הניחו בין השמשות לא מכשיר וע"ש וע"כ נראה דבאמת מהראוי לומר דס' עירוב לחומרא אע"ג דהוי דבריהם משום דחשוב דשיל"מ. אך במרדכי פ"ק דביצה איתא דהא דספק דרבנן להחמיר בדשיל"מ זה באיכא חזקת איסור כמו התם בביצה דאיכא חזקת מעוברת והשתא ביו"ט נולדה אבל היכי דליכא חזקה אפי' דשיל"מ אזלינן לקולא ולפ"ז דהא דבעינן חזקה לקולא היינו משום דאיכא חזקה לאיסור חזקת תחום ביתו והיה לנו להחמיר משום דחשוב דשיל"מ וע"כ בעינן חזקה לקולא כנגדו וממילא אזלינן לקולא אפי' דהוא דשיל"מ משא"כ רבא לשיטתו דל"ס דשיל"מ וא"כ לא בעינן חזקה לקולא.

ולפ"ז יש לגרוס שפיר כי אזלינן בתר חזקה כגון ס' נגע וכו' והתוס' תמהו על זה דהא בר"ה לא בעינן חזקה ולפ"ז ניחא דהא בעינן לחזקה דל"א זיל טבל ולפ"ז יש לומר בהא דסובר ר"י דזמן משום ב"א והקשה בתוס' דאמאי לא אוקמי על חזקת א"א ותירץ כיון שהיא גרושה לפנינו והקשו הא חזקה דמעיקרא עדיף אפי' היכי דאיתרע ועיין בפ"י אך כיון דעיקר הראיה דאזלינן בתר חזקה אפי' היכי דאיתרע מנגע באחד בלילה ואע"ג דהתם איירי בר"ה מ"מ כיון דחזינן דל"א זיל טבל וע"כ משום דאזלינן בתר חזקה ואיתא ברמב"ן בפסחים דר"י לא סובר דשיל"מ וממילא דל"א זיל טבל וא"כ אין ראיה מנגע באחד בלילה דאיירי בר"ה ולעולם היכי דאיתרע לא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא:

ובזה ניחא הא דמקשה הגמ' בב"מ בשאלה חצי יום ושכרה ח"י דאי המשאיל אומר ברי והשוכר א"י דחייב דקשה על ר"נ דסובר דבו"ש לאו ברי עדיף ואמאי לא מקשה על ר"י דהא גם ר"י סובר דלאו ברי' עדיף. אך לפי מה שהקשה בנ"י דאי משעת שאלה נשתעבד נכסי חשוב א"י א"פ ומתרץ בקצה"ח דעיקר הטעם דא"י א"פ חייב משום חזקת חיוב והכא איכא חזקה כנגדו חזקת קיימת והשתא הוא דמתה ולר"י ליכא הך חזקה משום דאיתרע וע"כ לא פריך על ר' יוחנן. אך זה אינו דהא באומרת משארסתני נאנסתי דמסיק הגמ' דמש"ה נאמנת או משום דאיכא חזה"ג או משום מיגו וכתבו בתוס' דלר"י ליכא טעמא דמיגו רק משום חזקה א"כ שמעינן דסובר דאזלינן בתר חזקה אפי' היכי דאיתרע דהתם הרי בעולה לפניך וע"כ נראה לפי מה דאיתא בנ"י דמתני' לאו דווקא דשאלה ואח"כ שכרה אלא ה"ה להיפך וע"כ הוי א"י א"נ והקשו דא"כ הוי חזקה חזקת קיימת ומתה אח"כ בעת שאלה ובו"ש ואז לכ"ע ברי עדיף ותירצו דחזקה זו ל"ח חזקה דחשוב חזקה עשוי להשתנות דלא הוי חזקה ובזה ניחא קושית התוס' דע"כ שמואל סובר כר"ה ור"י דבו"ש ב"ע דאל"כ תקשה מתני' דשאלה חצי יום דלא משני לשינוי ביש עסק שבועה דהא שמואל ל"ס מתוך שא"י לישבע משלם אך נראה דהא שמואל סובר דאפי' עשוי להשתנות חשוב חזקה ומה"ט סובר בקידושין דחוששין לקידושי שניהם אע"ג דבאותו יום עשוי להשתנות וא"כ לדידיה חזקת קיימת חשוב חזקה וא"כ בלא"ה לא קשה ממתני' דיש לומר משום דאיכא חזקה ובו"ש דלכ"ע ברי עדיף:

ויותר נראה דסוגיא זו קאי לטעמא דמיגו ולא אזלינן בתר בו"ש אפי' היכי דאיכא חזקה וע"כ לא קשה על ר"י דהא לר"י ע"כ טעמא דחזקה עיקר דהא לדידיה ליכא מיגו במכ"ע וא"כ הכא דאיכא בו"ש וחזקה לא קשה וע"כ לא פריך רק על ר"נ אך הקשו עוד ממתניתין דגיטין פ' מ"ש אם אינו יודע אם הגט קודם או מיתה קדים לגט הרי זו מגורשת ואינה מגורשת ואמאי לא אזלינן בתר חזקת חי והשתא הוא דמת וליהוי מגורשת ודאי והר"ן

כתב כיון דמת לפנינו ומה בכך כיון דאמרינן השתא דמת ועיין בס' ש"ש דכתב הטעם משום דאיכא כנגדו חזקת א"א ומש"ה הוי ספק והקשו דא"כ הוי תרתי לריעותא חזקת א"א והרי מת לפניך ולשיטת הרמב"ם ניחא דסובר דאפי' תרתי לריעותא הוא רק ספק ותירץ וז"ל דבשלמא במקוה שנמדד ונמצא חסר דחזקת טמא הוי חזקה שלמה לומר דהוא עדיף טמא וחזקת המקוה אינה שלימה דהרי חסר לפניך ומש"ה הוי ודאי אבל הכא כשם שחזקת חי איתרע דהרי מת לפניך ה"נ חזקת א"א דהשתא מיהא פנויה היא ומש"ה לא הוי ודאי רק ספק:

ובזה ניחא תוס' קידושין (דף ע"ט) דפליגי רב ושמואל בקידשה אביה בדרך והיא בעיר דהקשה בתוס' דאמאי לא נקט הפלוגתא בקידשה אביה לחוד ותירצו דקידשה אביה לחוד בההיא מודה שמואל דאינה מקודשת דהעמד' על חזקת פנויה אבל השתא דהיא קידשה א"ע ג"כ ליכא חז"פ דמ"מ היא א"א והקשו על זה מהא דאיתא בכתובות שנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה הר"ז ל"ת ואם נשאת ל"ת שנים אומרים נתגרשה וכו' עד אם ניסת תצא ופריך מ"ש רישא ומ"ש סיפא והקשה בתוספות דברישא יש לאוקמא על חז"פ וע"כ ל"ת משא"כ בשנים אומרים נתגרשה איכא חזקת א"א וקשה מאי איכא חז"פ דכיון דנשאת לאחר וממ"נ אינה פנוי' וע"כ נראה דסברת התוס' דבקידשה אביה לחוד דאוקמא בח"פ משום דחשוב תרתי לריעותא הרי בוגרת לפניך וח"פ וע"כ ל"צ גט משא"כ בקידשה היא ג"כ נהי דיש לומר דאוקמא על חז"פ עד עכשיו שקידשה א"ע כמו שהקשו המפרשים מ"מ לא חשוב תרתי לריעותא דלא דמי למקוה דחזקת טמא לא איתרע וחזקת מקוה חסר לפניך משא"כ הכא כמו דחזקת נערות איתרע דהרי בוגרת לפניך כמו כן איתרע חז"פ דהשתא היא א"א וע"כ ל"ח תרתי לריעותא אבל הא מודה התוס' דשייך חז"פ אפי' דנתקדשה לאחר ואמרינן דהיתה פנוי' עד כעת שנתקדשה לאחר אך הכא שאני דכיון דהיא קידשה א"ע ג"כ נהי דיש לאוקמא על חז"פ עד עכשיו מ"מ תו לא הוי תרתי לריעותא משום דכמו דחזקת נערות איתרע ה"ה חז"פ משא"כ קידשה אביה לחוד איכא תרתי לריעותא ודו"ק:

ועיין בב"מ (דף ס"ב) דפריך אי קסבר דשטר העומד לגבות כגבה דמי והא עבדו איסורייהו והקשו הא בתוס' הקשה בעדים דחתמו על שטר שיש בו רבית דנעשו פסולין ותירצו דאיירי בריבית דרבנן דלא נפסלו וא"כ הכא דאיירי ברבית דאורייתא ונעשו פסולין ומה קאמר דכגבה דמי דאינו שטר כלל כיון דעדים הן פסולים. אך נראה דבס' קצה"ח סי' נ"ב כתב לתרץ דעדים לא נעשין פסולין אלא להבא מחתימה ולהבא אבל עכ"פ שטר זה כשר כמו בשוחט בשבת וצריכין לומר דסברת התוס' דהן פסולין למפרע

משום דחשוב תרתי לריעותא דהרי הרשיע לפניך וחזקת ממון ועיין בקצה"ח סימן ל"ד וא"כ כיון דאמרינן דשטר העומד לגבות כגבה דמי וליכא חזקת ממון ממילא ליכא תרתי לריעותא ולא נעשין פסולין אפי' בריבית דאורייתא רק לאמת דקיי"ל דלאו כגבה ואיכא תרתי לריעותא הן פסולין למפרע ודו"ק:

חזקה דמעיקרא היכי דאיתרע

הנה בקידושין (דף ע"ט ע"א) איתא קידשה אביה בדרך וקידשה היא בעיר וה"ה בוגרת לפנינו רב אמר ה"ה בוגרת לפנינו ושמואל אמר דחוששין לקידושי שניהם ופריך הגמ' אימת אי בתוך ששה בהא נימא רב ה"ה בוגרת לפנינו השתא הוא דבגרה ופי רש"י ודילמא השתא הוא דבגרה וכו'. הנה מבואר מדבריו דבתוך ששה עכ"פ ספק הוי ולא אמרינן דכיון דבתוך ששה איכא חזקה דמעיקרא א"כ ספק לא הוי רק ודאי השתא הוא דבגרה אלא ודאי דסובר רש"י כיון דאיתרע דהרי היא בוגרת עכשיו ע"כ עכ"פ ספק הוי אמנם מדברי תוספות רי"ד נראה דסובר דבתוך ששה אפי' ספק ליכא דאוקמא על חזקה דמעיקרא והשתא הוא דבגרה ודאי וקידושי דידה לאו כלום וראיה מלקמן דתני חדא הרי היא בוגרת לפנינו ותני חדא דחיישינן מה לאו חדא כרבי וחדא כשמואל ואמאי לא מוקי תרווייהו כרב והא דחיישינן איירי בתוך ששה אלא ודאי דאז אפי' ספק לא הוי ושיטת רש"י אע"ג דבעלמא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא זה דווקא היכי דלא איתרע החזקה אבל היכא דאיתרע לא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא אך בריש נדה איתא דקאמר מ"ט דב"ה דמטמא למפרע משום דאיכא ריעותא מגופ' וע"ש בתוס' דכתבו דאי לאו הך טעמא הוי מוקמינן לה על החזקה חזקת טהרה אע"ג דהשתא ודאי טמאה כמו בנגע באחד בלילה דמטהרי רבנן בר"ה בראהו חי מבערב אע"ג דהשתא הוא מת אלמא דאזלינן בתר חזקה אע"ג דאיתרע אך הקשו דאין ראיה מנגע באחד וכו' דכיון דאיירי בר"ה ומשמע דס' הוי היכי דאיתרע וע"כ קתני דווקא בר"ה אך מב"ה שפיר יש להוכיח דאפי' היכי דאיתרע אזלינן בתר חזקה אך הקשו על הר"ן דבשמעתין כתב כדברי רש"י דבתוך ששה על כל פנים ס' הוי ובההיא דגבינות סובר דאם מצינו עכשיו טריפה אמרינן דהשתא הוא דאיתרעי אלמא אע"ג דאיתרע אזלינן בתר חזקה ועיין בשעה"מ דמחלק דהתם גבי טריפה דחזקה אתיא מכח רובא דרוב בהמות הן כשרות וע"כ אלימי טפי ואפי' היכי דאיתרע אמרינן אוקמא על חזקתה הראשונה יע"ש ועיין בר"ן בגיטין פ' מ"ש מה דכתב על מתני' דאם ספק אי הגט קדים למיתה דהר"ז חולצת ולא מוקמינן בחזקת חי דכיון דהשתא הוא מת והנה הראיה מנדה מב"ה דאזלינן בתר חזקה אפי' דאיתרע זה הכל להך לישנא דטעמא דב"ש הוא משום חזקה אבל להך לישנא דטעמא דב"ש דאי איתא דם

מעיקרא הוי אתא יש לומר דלכ"ע היכי דאיתרע לא אזלינן בתר חזקה ולפ"ז יש לומר הא דהקשו על שיטת הטור דבתוך ששה ספק הוי דאמאי לא אוקמא הא דקתני דחוששין לקידושי שניהם דאיירי בתוך ששה דשם קאי להך לישנא דטעמא דב"ש משום חזקה וא"כ שמעינן דאפי' היכי דאיתרע אזלינן בתר חזקה דמעיקרא והטור סובר כהך לישנא דמעיקרא אתא ולעולם היכי דאיתרע לא מהני החזקה וס' הוי. ועכ"פ אמרינן דחזקה דאתיא מכח רוב אזלינן בתר חזקה אפי' היכי דאיתרע:

ובזה ניחא הרמב"ם דפסק במקוה שנמדד ונמצא חסר דאפי' בר"ה טמאות משום דאיכא תרתי לריעותא ובהיה בודק את החבית ונמצא חומץ סובר דרק ספק אע"ג דאיכא תרתי לריעותא דאוקמא טבל על חזקתו והרי החמיץ לפניך ובגמ' דנדה מאן תנא חביות ר"ש דגבי מקוה נמי רק ספק וא"כ לדידן דבמקוה ודאי א"כ גם גבי חביות היה להיות ודאי טבל וע"כ נראה דלכאורה יש לחלק דתרתי לריעותא לא אמרינן רק היכי דאפי' אי לא הוי תרתי לריעותא עכ"פ ספק הוי משום דאיתרע חזקה ראשונה כמו במקוה דאפי' אי ליכא הך דאוקמא הטמא על חזקתו ס' הוי משום דחזקה דמעיקרא איתרע דהרי חסר לפניך וע"כ דכיון דאיכא עוד ריעותא הוי ודאי משא"כ בחביות דחזקה הוא מכח רובא דרוב יין אינו מחמיץ ועיין בפלתי ס' א' וא"כ אי ליכא תרתי לריעותא אפי' ספק ליכא ואזלינן בתר חזקה דמעיקרא דאוקמי היין על חזקתו אע"ג דאיתרע וע"כ אף דאיכא עוד ריעותא דאוקמי הטבל על חזקתו אינו רק ספק וצריכין לומר דסוגיא קאי לטעמא דב"ש משום חזקה וא"כ אפי' במקוה אי לא היה תרתי לריעותא אינו רק ס' ואפ"ה בתרתי לריעותא הוי ודאי וע"כ פריך אמאי בחביות אינו רק ס' משא"כ לדידן דאמרינן משום דמעיקרא אתא וחזקה דמעיקרא היכי דאיתרע הוי ספק וא"כ לא דמי חביות למקוה וע"כ פסק במקוה דהוי ודאי משא"כ בחביות:

ועי' ביבמות (ד' ס"ח) בתוס' ד"ה רישא דהקשה ספק בן ט' אמאי פוסל בביאתו נוקמא אחזקה קמייתא דהוא פחות מבן תשעה יש לומר דהכא כגון דהשתא דאתי קמן הוי ודאי בן תשעה אע"פ שהיה ספק כשבא עלי' לא אוקמינן על החזקה אלא אזלינן בתר דהשתא וע"ש אלמא דסובר דהיכי דאיתרע חזקה קמייתא לא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא וספק הוי ועי' במהרי"ט שהביא ראיה זו ועי' במרש"א דתמה דאמאי לא תקשה מסיפא דקתני ספק הביא שני שערות דאמאי לא אוקמא על החזקה וע"ש ונראה דלפי מה דאיתא בתשובות הרא"ש דאם בדקוהו וראינו שיש לו שערות אז מחזקינן דהיו לו שערות משעה שהגיע לכלל שנים מכח חזקה דרבא ואע"ג דחזקה דרבא לחוד לא מהני להיות ודאי מ"מ מהני חזקה דרבא דהיכי דמצינו עכשיו שערות אמרינן דהיה לו שערות משעה

שבאה לכלל שנים כיון דראינו עכשיו שיש לו שערות ועי' ב"ב פ' מ"ש באחד שמכר בנכסי אביו ומת וברמב"ן ובנב"י ובש"ש דהוכיחו דהרמב"ן לא סובר כרא"ש ועכ"פ ניחא קושית מהרש"א דעל ספק הביא שני שערות דכיון דראינו עכשיו שערות אז מחזקינן למפרע מכח חזקה דרבא וע"כ לא הקשה רק על ספק בן תשעה שנים דאמאי לא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא:

ועי' בט"ז ביו"ד הלכות אבילות דכתב וז"ל מי ששמע שמת לו מת ואינו יודע אם הוא בתוך שלשים ומסיק דלכאורה יש לומר דמטעם חזקה יש להחמיר די"ל דהעמד המת על חזקתו חזקת חי והשתא הוא דמת וכתב דאינו חייב להתאבל וראיה ראשונה היא מפסחים מפקח את הגל וכו' שניה מפ' המדיר דאמר שמואל המחליף פרה בחמור ומשך בעה"ח את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך עד שמת החמור על בעה"ח להביא ראיה ואמאי לא אזלינן בתר חזקה והשתא הוא דמת וע"כ משום דאע"ג דאזלינן בתר חזקה דמעיקרא אע"ג דאיתרע מיתה שאני משום דכל חי עומד למיתה וע"כ נהי דע"ז שלא ידענו דמית אוקמי' על חזקת חי אבל היכא דהשתא מת דכיון דעומד לכך אמרינן דלמפרע מת וע"ש ועי' בנוב"י דתמה דהא מסיק לבסוף כי אתא רמי בר יחזקאל אמר לא תצייתו להני כללי רק דעבעה"פ להביא ראיה והיינו משום חזקת החמור דאוקמי בחזקת קיים אלמא דאפילו במיתה אף על גב דאיתרע וגם עומד לכך אזלינן בתר מעיקרא:

ובזה ניחא הרמב"ם דפסק דמחליף פרה בחמור וילדה וכו' זה אומר אינו יודע וזה אומר א"י דיחלוקו והקשו הא בש"ס מוקי מתניתין כסומכס ומש"ה חולקין ואנן קיי"ל כרבנן דממע"ה וע"כ נראה דהא בתוס' הקשו על הא דפריך ונוקמי' על חזקת מ"ק דילמא הכא שאני משום דאיכא חזקת מעובר והשתא הוא דילדה וע"כ נראה דהאי הסוגיא קאי לשמואל ואליבא דשמואל דסובר דעל בעה"ח להביא ראיה ולא אזלינן בתר חזקת חי דכיון דעומד לכך וע"כ אמרינן דבשעת מציאתן דמעיקרא היה כך ולפ"ז ה"ה חזקת מעוברת דכל היכי דהשתא ילדה דכיון דעומד לילד אזלינן בתר שעת מציאתן ולא בתר חזקה דמעיקרא וע"כ מקשה שפיר ונוקמא על חזקת מ"ק משא"כ לדידן דקיי"ל ומסיק הגמרא דאפי' במיתה אזלינן בתר חזקה דמעיקרא ה"ה הכא יש לאוקמא על חזקת מעוברת וע"כ פסק דחולקין אפי' לדידן דקיי"ל כרבנן:

והנה לפי מה דאיתא בס' ש"ש לתרץ קושית התוס' דילמא הטעם משום דאוקמא על חזקת מעוברת וכתב דהוי תרתי לריעותא דהרי ילדה לפניך וחזקת מ"ק ומתרץ בזה הרמב"ם דהרמב"ם לשיטתו דסובר דתרתי לריעותא אינו רק ספק ולפ"ז בלא"ה אין ראיה משמואל דבמיתה לא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא דיש לומר דטעמא דשמואל משום

תרתי לריעותא דהרי מת ואוקמי על חז' מ"ק וניחא קושית התוס' שם הא חזקה דכשעת מציאתן הוא רק לקדשים וזה אינו דאיכא תרתי לריעותא וע"כ צריך להביא ראיה אך לפי מה דאיתא בתוס' כתובות (ד' ע"ה) תימא והא הוי תרתי לריעותא דהרי מום לפניך וחזקת פנויה ונראה לרשב"א דחז"פ לא חשוב חזקה לגבי חזה"ג וע"ש אלמא דסובר דלנגד חזה"ג לא מועיל תרתי לריעותא וא"כ הוא הדין לנגד חזקת חי וחזקת מעוברת דחשיב חזה"ג לא מהני:

חמץ נוקשה

הנה שיטת רש"י דעל חמץ נוקשה ועל תערובות חמץ עובר גם על ב"י דהא איתא במתניתין ואלו עוברים בפסח דמשמע דעובר גם על ב"י והתוס' חולק על זה שם בסוגיא דר"י אמר רב משני דמתניתין דקתני נוקשה ותערובות דעוברים בפסח דאתיא כר"מ דסובר דנוקש' בעיני' בלאו וכש"כ ע"י תערובות משום דרב סובר דחמץ בתערובות חמור מנוקשה בעיני' ור"נ משני כר"א דסוב' דע"י תערובו' עובר בלאו וכ"ש חמ"נ דר"נ סובר דנוקש' חמור מע"י תערובות וקאמר תניא כוותיה דר"י וכו' עד ואילו נוקשה בעיני' לא קאמר אלמא דל"ס ר"א נוקשה ועי' בתוס' דהקשה דילמא מש"ה לא קאמר משום דכש"כ הוא ותירצו דא"כ הוי ליה למיתני נוקשה דלית ביה כרת והנה המפרשים תירצו דהא בלא"ה קשה דקאמר ור"נ מ"ט לא אמר כר"י דלמא עד כאן לא קאמר ר"מ אלא נוקשה בעיני' ולא ע"י תערובות למה נקט בלשון ספק דלמא לא קאמר ר"מ וכו' הא ר"נ דסובר דנוקשה חמור מתערובות אם כן מדנקט ר"מ נוקשה מכלל דתערובות לית ליה דאל"כ אמאי לא נקט תערובות וכש"כ נוקשה כמו דחזינן באמת אח"כ בהא דנוקשה ור"י מ"ט לא משני כר"נ דקאמר עד כאן לא אמר ר"א אלא ע"י תערובות אבל נוקשה לא הרי שעל צד הבירור אמר ר"י ואין בזה ספק דר"א לית ליה נוקשה וע"כ נראה דהנה י"ל בהא דנקט נוקשה ולא נקט ע"י תערובות אף דקיל מנוקשה מ"מ כח דהתירא עדיף למתני אף בנוקשה דחמור מתיר ר"י וכן בהאי דנקט ר"א תערובות ליכא להוכיח אליבא דר"י דנוקשה קיל מתערובות דנוקשה לר"א לית ליה די"ל דלא נקט נוקשה משום דכח דהתירא עדיף למתני רבותא לחכמים דאפילו בתערובות דחמור מתירין ואמנם בהא דקאמר הש"ס על צד הבירור דר"א לית ליה נוקשה משום דהנה רש"י פירש דהא דכח היתרא עדיף שהוא סומך על שמועתו להתיר ואינו ירא אבל כח האוסר אין בו צד ריבותא שהכל יכולין לאסור וע"כ יש לומר דהא דכח דהיתרא עדיף זהו באיסור דאורייתא דלולא למדנו מדבריהם להתירא מספיקא היינו דנים לאיסורא דס"ד לחומרא אבל באיסורא דרבנן דמספק היינו מתירין כדין כל ספק דרבנן לכן כח דאיסורא עדיף

וע"כ לפי מה דאיתא בטור דאפי' לרבנן דל"ס תערובות היינו דאינו לוקה אבל איסורא איכא וא"כ ל"ש כח דהיתרא עדיף כיון דאפילו אי לא שמעינן מיניהו לפטור ממלקות מספיקא הוי פטרינן ואיסורא לכ"ע איתא ושפיר הוכיח דר"א לית ליה נוקשה דאי איתליה הוו"ל לאשמועינן רבותא טפי דאף בנוקשה דקיל מתערובות לוקה אבל אליבא דר"נ ל"מ למימר לישנא ברירא ע"כ לא קאמר ר"מ אלא נוקשה דאין כאן הוכחה דלית ליה לר"מ תערובות מדלא נקט רבותא טפי דאף בתערובות דקיל לוקה די"ל דנקיט נוקשה לרבותא דר"י דאפי' בנוקשה דחמור מתיר ר"י דלולא למדנו מדבריהם להתיר מס' היינו אוסרין דאליבא דר"י נוקשה מותר לגמרי ואפי' איסור אין בו וא"כ לא קשה קושית התוס' דגם דנוקשה חמור מ"מ הו"ל למנקט נוקשה לרבותא דרבנן דגם בנוקשה דחמור חכמים מתירין דכח דהיתרא עדיף למיתני דלרבנן בנוקשה גם איסור ליכא ובזה ניחא מה שכתבו בתוס' לעיל משמע מהכא דאי לאו דאיתרבי נוקשה למלקות אפי' איסור ליכא ועי' במהרש"א דתמה דמנ"ל זה ולפ"ז ניחא דהתוס' הוכיח זה דאל"כ אין ראיה דר"א לא סובר נוקשה די"ל דלא נקט נוקשה משום דכש"כ הוא וע"כ דגם איסורא ליכא ואז הו"ל למיתני נוקשה לרבותא דרבנן דכח דהיתרא עדיף דכיון דאפילו איסור ליכא בנוקשה לחכמים. ועי' בס' נ"י:

אך אכתי קשה דכיון דלשיטת הרמב"ם דהא דס"ד לחומרא זה מדרבנן אבל מהתורה שרי כל הספיקות וכיון דהכא קאי על הקרא כל מחמצת ל"ת לרבות תערובות וא"כ מה"ת כח דאיסורא עדיף דמספק היה לנו להתיר מהתורה וא"כ אכתי תקשה קושית התוס' דילמא מש"ה לא נקט נוקשה משום דכש"כ ואין לומר דהו"ל למיתני דאפי' בנוקשה חכמים מתירין דכח דהיתרא עדיף דליתא דעל התורה כח דאיסורא עדיף כמו באיסור דרבנן דכח דאיסורא עדיף אך הסוגיא דקאי לרב ורב דסובר בכריתות דחייב אש"ת על חתיכה אחת ע"כ דסובר דס' אסור מהתורה וע"כ שפיר תירצו דנהי דנוקשה כש"כ הו"ל למיתני משום דכח דהיתרא עדיף וע"כ שפיר קאמר תניא כוותי' דר"י אמר רב דר"א לית ליה נוקשה וניחא דברי הטור דכתב דנוקשה ותערובות סובר ר"א והקשו עליו אך לדידן יש לומר משום דכש"כ לא נקט ואין לומר דהו"ל למתני כח דהתירא דלדידן דס' שרי מהתורה כח דאיסורא עדיף וא"כ יש לומר דלא נקט נוקשה משום דכש"כ הוא:

גם נראה דלכאורה תקשה לפי מה דסוברים דעל נוקשה עובר על ב"י ועל עשה דתשביתו כשיטת רש"י ואפי' לר"י דחולק על ר"מ בנוקשה מ"מ עובר על ב"י ועל העשה ועיין בפ"י דכתב הטעם משום דבשלמא לענין אכילה ליכא איסור דחשוב שלא כד"א וזה ל"ש לענין ב"י ועשה דתשביתו וא"כ תקשה לפי מה דקיי"ל דבאכילה אינו מקיים העשה

דתשביתו ומה"ט אפי' לר"ש דסובר דלפ"ז אינו עובר מ"מ באכילה אסור מצד תשביתו דבאכילה אינו מקיים העשה דתשביתו וא"כ תקשה איך אפשר לומר דגם איסור תורה ליכא באכילתו בנוקשה לחכמים והא כיון דאיכא עשה דתשביתו ממילא אינו רשאי לאכול דבזה אינו מקיים העשה דתשביתו וכיון דאיסור תורה איכא ל"ש כח דהתירא עדיף וא"כ יש לומר דמש"ה לא קתני נוקשה משום דכש"כ הוא אך לפי מה דאיתא בס' ש"א דאפי' בחמץ של א"י שקיבל הישראל אחריות דעובר על ב"י אבל העשה דתשביתו ליכא כיון דאיכא רק מצד גורם לממון וע"כ ליכא העשה דתשביתו וא"כ אכתי יש לומר דכח דהתירא עדיף דלרבנן אפי' איסור ליכא ונפ"מ היכי שאין החמץ שלו רק של א"י דליכא רק משום אחריות ואי ליכא העשה דתשביתו ואפי' איסור ובתשובות איתא דלמ"ד דגורם לממון בכה"ת אז אפי' עשה איכא והנה בש"ך ס' שפ"ו איתא דגורם ממון תליא דאי אמרינן דינא דגרמי אז גם גורם לממון כממון וע"כ פסקינן דגורם לממון כממון דמי ולפ"ז ניחא דהנה רב לא סובר גרמי דמשני בבכורות דמתני' דקתני דן את הדין איירי בנו"נ בידן וא"כ לדידיה גורם לאו כממון ובחמץ שקיבל אחריות ליכא עשה דתשביתו וע"כ הו"ל לאשמעינן דאפי' בנוקשה דחמור שרי דכח דהתירא עדיף ומשכחת היכי שאין החמץ שלו רק הוא באחריותו דליכא עשה דתשביתו ואז אפי' איסורא ליכא משא"כ לדידן דגורם כממון ואיכא עשה דתשביתו לא משכחת דיהיה שרי נוקשה דמ"מ אסור לאכול מכח עשה דתשביתו ול"ש כח דהתירא עדיף ויש לומר דמש"ה לא נקט נוקשה משום דכש"כ הוא וע"כ סובר הטור דר"א סובר גם נוקשה:

גם נראה דלכאורה קשה דאיך אפשר לומר דלרבנן דפליגי על ר"מ גם איסור דאורייתא ליכא בנוקשה דהא בתוס' ריש פסחים הוכיחו דאפי' לטעם אחרון דמש"ה הוצרכו חכמים בדיקה אפי' בביטלו כיון שהחמירה תורה שעובר על ב"י בלא ביטלו מ"מ אפי' בנוקשה וע"י תערובות דליכא ב"י מ"מ צריך להוציאו מהבית והביאו ראיה מהא דקתני שיאור ישרוף ואיכא למ"ד דכש"כ חמץ ע"י תערובות והקשו דאמאי הביאו ראיה מהברייתא ולא ממתני' דסובר ר"י דשיאור ישרוף והאוכלו פטור דאלמא דצריך להוציאו מהבית דקתני ישרוף ולכאורה נראה דלפי מה דסוברים דאפי' בלא ביטלו אסור לשרוף ביו"ט והקשו דהא רבא הוכיח מר"ע דסובר דאי אפשר לומר דתשביתו הוא ביו"ט דהא הוא אב מלאכה והוכיח דל"ש ר"ע מתוך שהותרה לצורך וכו' אלמא דאי אמרינן מתוך שרי לשרוף וא"כ לדידן דקיי"ל מתוך אמאי אסור לשרוף. ונראה דבאמת אפי' אי אמרינן מתוך מ"מ הא בעינן צורך קצת עכ"פ והכא ליכא צ"ק דא"ל כדי שלא לעבור על ב"י דהא אי אמרינן דמשהה חמצו ע"מ לבערו אינו עובר יכול להשהות ע"מ לבערו ועי' בש"א

אך נראה דליהנות מחמץ בשעת שריפה חשוב שלא כד"א ועיין בפ"י ובשעה"מ וא"כ יכול ליהנות בשעת שריפה ומ"מ צורך גדול לא הוי דלא קרינן אך אשר יאכל לכל נפש דכיון דלא חזי ליהנות רק ע"י שריפה דחשוב שכד"א אך עכ"פ צורך קצת הוי מה דיכול ליהנות בשעת שריפה וע"כ הוכיח שפיר דר"ע לית ליה מתוך דאי סובר מתוך שרי וזה הכל מהתורה דשרי ליהנות שלא כד"א ורשאי ליהנות בשעת שריפה חשוב צורך קצת וע"כ הוכיח דר"ע לית ליה מתוך משא"כ לאחר שאסרו חכמים שכד"א ואסור ליהנות בשעת שריפה הגם דחשוב שלא כד"א וליכא צורך קצת וע"כ אפי' לדידן דקיי"ל מתוך אסור לשרוף:

והנה באחרונים איתא דאפי' אי שלא כד"א אסור מדרבנן מ"מ באיסור דרבנן שרי שלא כד"א והנה במג"א ס' תמ"ב איתא דאין ראיה דאסור לשהות מהא דקתני שיאור ישרוף דיש לומר דאיירי ביו"ט דלאפות אסור דשלא לצורך הוא ולהניח כך עד אחר יו"ט אי אפשר דיתחמץ חימוץ גמור אך כתבו דשפיר הוכיח בתוס' דאין לומר דאיירי ביו"ט דא"כ איך שרי לשרוף ולפ"ז הוצרכו התוס' להביא ראיה דאסור להשהות נוקשה מברייתא דר"מ דאליבא דר"מ איסור תורה בנוקשה ואסור ליהנות בשעת שריפה הגם דחשוב שכד"ה וליכא צורך קצת ואסור לשרוף ביו"ט וע"כ דלא איירי ביו"ט משא"כ ממתני' דקתני שיאור ישרוף דאתיא לר"י ואליבא דר"י ליכא בנוקשה רק איסור דרבנן ושרי ליהנות בשעת שריפה ואיכא צורך קצת ויש לומר דאיירי ביו"ט ומ"מ שרי לשרוף:

אך יותר נראה לתרץ התוס' הנ"ל דהא בתוס' פ' א"ע הקשו דאמאי אסור לאפות חלה טמאה ביו"ט דהא רשב"ג סובר דממלאה אשה תנור פת אע"פ שא"צ אלא לפת אחד משום שהפת נאפה יפה ותירצו דה"ט ל"ש אלא בתנור וע"כ יש לומר דממתני' לא מצי להביא ראיה דאסור להשהותו דיש לומר דאיירי ביו"ט דאפי' שלא לצורך ואין לומר דיכול לאפות עם פת אחר דשרי בתנור אך לפי שיטת הרי"ף דסובר דריחא לאו מילתא והא דסובר רב דריחא מילתא משום דסובר דמב"מ במשהו וריחא עכ"פ משהו איכא וא"כ ר"י דסובר דמב"מ במשהו לא יכול לאפות עם פת אחר דיאסור בריח וע"כ הביאו ראיה מברייתא דר"מ היא דאז אין לומר דאיירי ביו"ט דאסור לאפות דהא יכול לאפות עם פת אחר וריחא לא אוסר אפי' מב"מ דהא ר"מ לא סובר דמב"מ במשהו ועכ"פ הוכיחו בתוס' דאסור להשהות ח"נ וא"כ איך אפשר לומר דאפי' איסור דאורייתא ליכא בנוקשה דהא בט"ז איתא דאיסור דרבנן שרי להשהות וא"כ אמאי קתני דישרוף אלא ודאי דאיסור תורה יש רק דליכא מלקות וא"כ ל"ש כח דהתירא עדיף וא"כ יש לומר דמש"ה לא נקט ר"א נוקשה משום דכש"כ אך יש לומר דלעולם דאיסור דאורייתא ליכא והא דישרוף

איירי ביו"ט ואין לומר דיכול לאפות עם פת אחר דהא לרב לשיטתו דריח אוסר ענ"פ מב"מ לא יכול לאפות עם פת אחר ע"כ קאמר תני' כוותיה דר"י אמר רב משא"כ לדידן דריח לא אוסר וא"כ תקשה דאי ליכא רק איסור דרבנן אמאי ישרוף ואין לומר דאיירי ביו"ט מ"מ יכול לאפות עם פת אחר אלא ודאי דאיסור דאורייתא איכא וא"כ ל"ש כח דהתירא עדיף וא"כ יש לומר דמש"ה לא נקט נוקשה משום דכש"כ הוא וניחא דברי הטור הנ"ל:

ובזה ניחא הרמב"ם דפוסק בפ"א מהלכות חו"מ וז"ל אין חייבין כרת אלא על אכילת עצמו של חמץ אבל עירוב חמץ כגון כותח הבבלי אם אכלן בפסח לוקה ואינו חייב כרת שנאמר כל מחמצת לא תאכלו בד"א שאכל כזית בכדי אכילת פרס אבל אם אין בו כזית בכא"פ לוקה מכות מרדות והקשו עליו אי קסבר דרבנן ור"א פליגי בלית ביה כזית בא"פ אבל בדאית ביה מודים ופסק בדלית ביה כרבנן א"כ בדאית בי' כרת נמי לחייב וע"כ דס"ל דבדאית ביה פליגי ופסק כר"א א"כ קשיא מהא דמסקינן דפלוגתייהו בדלית ביה ובהא פטרי רבנן יע"ש:

וע"כ נראה דהא הקשו לפי מה שמבואר בר"ן דקרא דכי כל אוכל מחמצת מיעוטא הוא רק דר"א סובר כל מרבינן ללאו וא"כ תקשה מאי פריך מ"ט פליגי רבנן בכותח דלמא משום דממעטי קרא. ולכאורה נראה לפי מה שהקשה ברשב"א דאי ילפינן השבתה מאכילה דהיינו לאביי ריש פסחים וא"כ יהא חייב על השבתה כרת כמו על אכילה ותירצו דהך קרא דכל מחמצת ל"ת מיעוטא הוא ודרשינן דרק על אכילה איכא כרת ולא על השבתה ולפ"ז ליכא מיעוט על תערובות דהא מיעוטי בעינן על השבתה ושפיר פריך מ"ט פליגי רבנן על כותח דהא ליכא מיעוט:

וזה הכל על אביי לשיטתו דסוגיא שם קאי לאביי משא"כ לדידן דלא ילפינן השבתה מאכילה ומיעוט קאי על תערובות לא קשה קושית הגמ' מ"ט פליגי רבנן דהא כיון דלא דרשו כל ממילא איכא מיעוטא על תערובות אע"ג דאיכא כזית בכא"פ:

והנה המפרשים תירצו דשפיר פריך הגמ' מ"ט פליגי רבנן ואין לומר דאיכא מיעוטא דליתא דהא כיון דמסקינן בסוגיא דנוקשה קיל מתערובות וא"כ יש לומר דמיעוטא קאי על נוקשה אך זה אי נוקשה קיל מתערובות קושית הגמרא אזלא מ"ט פליגי נהי דאיכא מיעוט דילמא לא קאי רק על נוקשה והיינו אי ריחא מילתא דאז אמרינן דאפי' א"ד ליכא בנוקשה והא דישרוף איירי ביו"ט ולאפות עם פת אחר אי אפשר משום ריחא וזה לאביי לשיטתו דסובר בע"ז דריחא מילתא משא"כ לדידן דלאו מילתא וגם בנוקשה איכא איסור דאורייתא והא דלא נקט ר"א נוקשה משום דכש"כ וכח דהתירא ל"ש דכיון

דאפי' בנוקשה ע"כ איכא איסור דאורייתא א"כ לא קשה מ"ט פליגי רבנן כיון דאיכא מיעוטא וליכא לאוקמא על נוקשה דכיון דגם זה חמור כמו תערובות ואפשר דחמיר יותר וממילא איכא מיעוטא על תערובות אפי' על אכילת פרס:

גם יש לומר דכל מרבה יותר נוקשה מתערובות דהא חזינן דלענין מנחות מרבינן ג"כ חמץ נוקשה וע"ש במנחות דפריך הגמ' על הא דמרבינן מנחת נסכים לחימוץ ומשני דמגבלין במים והיא כשרה וכיון דמצינו כן לענין מנחות דחשוב חמץ נוקשה ה"ה לענין איסור חמץ בפסח דהא מי פירות עם מים לא הוי רק נוקשה ואעפ"כ חשוב חמץ לענין מנחות ואין לומר דמ"פ עם מים חשוב חמץ גמור זה אינו דהא אמר ר"ל עיסה שנלושה במ"פ דאין חייבין על חימוצו כרת אלמא דלא הוי חמץ גמור אך אליבא דאביי דסובר בפסחים (דף מ') לא ליחרוך איניש תרי שיבולי בהדי הדדי וכו' ע"כ דסובר מ"פ בלא מים חשוב נוקשה כמו שהוכיחו הראשונים וא"כ לדידיה יש לומר דמ"פ עם מים חשוב חמץ גמור והך דר"ל איירי בלא מים וע"כ ליכא כר ואיסור איכא וא"כ לדידיה יש לומר דנוקשה קיל מתערובות והך דמנחות איירי במים דהוי חמץ גמור דכיון דלדידיה יש לומר דל"מ דתורה מרבה נוקשה בשום מקום יש לומר לדידיה דנוקשה קיל מתערובות וע"כ פריך שפיר מ"ט פליגי רבנן ואין לומר דאיכא מיעוטא דכל מחמצת יש לומר דמיעוט קאי על נוקשה דקיל מתערובות משא"כ לדידן דמ"פ בלא מים אפי' נוקשה לא חשוב רק ע"י מים וא"כ כיון דחזינן דמרבה תורה במנחות חמץ נוקשה דהא נהי דמגבל במים לא הוי רק נוקשה ויש לומר דנוקשה חמור וא"כ לא קשה קושית הגמ' מ"ט פליגי רבנן דיש לומר משום מיעוטא דכל מחמצת וניחא דברי הטור דיש לומר דסוגיא קאי אליבא דאביי ואז יש לומר דנוקשה קיל מתערובות משא"כ לדידן דמ"פ עם מים לא הוי רק נוקשה וא"כ ע"כ נוקשה חמור וכיון דר"א סובר תערובות כש"כ נוקשה:

גם נראה לתרץ הטור דהא כבר אמרנו דאיך אפשר לומר דבנוקשה דאפי' איסור ליכא דא"כ אמאי ישרוף דאיסור דרבנן שרי לשהות וע"כ נראה דהא כתבנו דקשה דאמאי לא הביאו ראיה ממתני' לר"י דקתני דשיאור ישרוף דאלמא דאסור להשהותו ולכאורה נראה דהא במג"א איתא דאין ראיה דיש לומר דאיירי ביו"ט והקשו דע"כ לא איירי ביו"ט דא"כ היכי שרי לשרוף ביו"ט ונראה דהא הקשו על הסוברים דאסור לשרוף ואמאי הא קיי"ל דאמרינן מתוך וכו' דהא רבא הוכיח דל"א מתוך לר"ע דכיון דאסור לשרוף וא"כ לדידן דקיי"ל דאמרינן מתוך דאמאי אסור לשרוף ולכאורה נראה דהא בש"א הקשה דאי אמרינן דמשהה חמץ ע"מ לבערו דאינו עובר וא"כ ליכא צורך קצת דכדי שלא לעבור על ב"י יכול לשהות ע"מ לבערו אך נראה דהא בש"א הקשה דאמאי חשוב לאו הניתק

לעשה הא לאו כולל יותר מעשה דהלאו הוא בנשים והעשה ליכא בנשים דזמן גרמא הוא יע"ש ונראה לפי מה דאיתא בפ"מ דעל לאו דליכא מלקות נשים אינם מוזהרות דהא בגמ' איתא דהשוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה ועונשין היינו חיוב מלקות יע"ש וא"כ להנך הסוברים דכל היכי דאפשר לעבור עליו בלא מעשה אפי' כי עשה מעשה ליכא מלקות וא"כ אפי' כי קנה חמץ בפסח דעביד מעשה ליכא מלקות וכבר הקשו על הרמב"ם ועי' בנב"י על מה דסובר דלוקה ועיין במל"מ הלכות ריבית וא"כ לפ"ז נשים כמו דהעשה דתשביתו ליכא ה"ה לאו דב"י וא"כ לא כולל לאו יותר מעשה וע"כ חשוב לאו ניתק לעשה וא"כ ר"ע לשיטתו דסובר מקיים כלאים לוקה דסובר דלוקין על לאו שאין בו מעשה וא"כ הלאו הוא אפי' בנשים משא"כ העשה ול"ח לדידי' ניתק לעשה ואסור לשהות ע"מ לבערו ואיכא צורך קצת וע"כ הוכיח רבא שפיר דר"ע לית ליה מתוך דאי סובר מתוך שרי משא"כ לדידן דאין לוקין על לאו שאין בו מעשה וחשוב ניתק לעשה ורשאי להשהות ע"מ לבערו וליכא צורך קצת וע"כ אע"ג דקיי"ל מתוך אסור לשרוף ולפ"ז ניחא התוס' דמדר"י דמתני' לא מצי להביא ראיה דיש לומר דאיירי ביו"ט ואפ"ה שרי לשרוף משום מתוך דהא ר"י סובר דלוקין על לאו שאין בו מעשה ול"ח ניתק לעשה ואסור להשהות ע"מ לבערו ואיכא צורך קצת:

אך זה דחוק לומר דאשה אינה מוזהרת על לאו דב"י וע"כ נראה דהא הקשו היכי יליף רבא דר"ע לא סובר מתוך דילמא חמץ שאני דכיון דילפינן דחמץ הוא בשריפה. משום דילפינן מנותר וע"כ כיון דגלי קרא דנותר אסור לשרוף ביו"ט ולא אמרינן מתוך וע"כ ה"ה דאסור לשרוף חמץ ביו"ט ותירצו דמנותר אין ראיה דאיכא גם משום כיבוי ובכיבוי סובר הרמב"ם דל"א מתוך וע"כ הוכיח שפיר דר"ע לא סובר מתוך וזה אי דבר שאינו מתכוין אסור אז י"ל דאיסור דנותר לשרוף הוא משום כיבוי משא"כ לדידן דש"מ שרי וא"כ ליכא איסור משום כיבוי כיון דא"מ וע"כ דהאיסור הוא משום שריפה דאין לומר משום דהוי פ"ר דליתא דפ"ר דלא ניחא שרי ואם כן גלי קרא בנותר דל"א מתוך וע"כ ה"ה חמץ אסור לשרוף ביו"ט אפי' לדידן דקיי"ל מתוך ולפ"ז ניחא התוס' הנ"ל דמתני' דר"י לא יכול להביא ראיה דאסור להשהות דיש לומר דאיירי ביו"ט ואפ"ה שרי לשרוף משום מתוך ובנותר דאסור הוא משום כיבוי ואף על גב דא"מ דהא ר"י אוסר דש"מ ומש"ה הביאו ראיה מברייתא דר"מ ולפ"ז ניחא דעל רב לשיטתו דאוסר דש"מ ועי' בשבת וא"כ יש לומר דבנוקשה אפי' איסור דאורייתא ליכא וע"כ ל"ש לומר דלא נקט נוקשה משום דכש"כ הואי דהא כח דהתירא עדיף ואין לומר דאי ליכא איסור דאורייתא אמאי ישרוף דאיירי ביו"ט ואין לומר דא"כ היכי שרי לשרוף דיש לומר משום מתוך והא דבנותר לא

אמרינן כן משום דאיכא כיבוי ואע"ג דא"מ הא רב אוסר דש"מ משא"כ לדידן ע"כ דאיכא איסור דאורייתא וא"כ יש לומר דסובר נוקשה ולא נקט משום דכש"כ הוא וכח דהתירא ל"ש כיון דאיכא איסור ומיושב דברי הטור ודו"ק:

גם נראה דהנה בירושלמי מתרץ קושית הגמ' בפסחים דמקשה על ר"א מחדש דשרי בהנאה ומתרץ משום דאין איסור עולם וע"כ מודה ר"א דלא תאכל לא משמע איסור הנאה ואיתא בצל"ח דלפ"ז הא דחמץ אסור בהנאה לר"א הוא לר"י דאוסר אחר זמנו וא"כ אין היתר לאיסורו משא"כ לדידן דקיי"ל כר"ש דשרי לאח"ז ע"כ הא דחמץ אסור בהנאה משום דחזקיה דילפינן מלא יאכל לא יהא היתר אכילה ובזה ניחא דהרמב"ם יליף דחמץ אסור בהנאה מלא יאכל ואע"ג דפסק כר"א משום לדידן דקיי"ל כר"ש מודה ר"א דשרי בהנאה והא דקאמר ופליגי דר"א היינו לר"י דאסור לעולם ובזה ניחא קושית התוס' פסחים דאמאי לא קאמר דנזיר וחמץ הוי ש"כ דהא ר"ע דריש כל דהא הקשו על הא דקאמר דחמץ אינו ברשותו של אדם דהא חזי ליהנות שלא כד"ה דמהתורה שרי ותירצו דלפי מה דכתב הרמב"ם בפ"א מחמץ דתערובות היינו דאכל בהלעטה דבטלה דעתו אצל כל אד ומוכח דבחמץ חייב אפי' שלא כד"א וע"כ חשוב אינו ברשותו וכתבו דאי מפרשינן דתערובות הוא היתר מצרף לאיסור וא"כ לפ"ז אין ראיה דחמץ אסור שלא כד"א ותקשה אמאי אינו ברשותו של אדם וע"כ כחזקיה דיליף מלא יאכל דאז אסור אפי' שלא כד"א ולפ"ז לר"ע דסובר דחמץ הוא בשריפה וא"כ ע"כ דסובר כר"י דאסור אח"ז דאל"כ לא דמי לנותר דאין היתר לאיסורו וא"כ יש לומר דסובר כר"א ולא כחזקיה דהא אין היתר לאיסורו וא"כ תקשה אמאי הוי אינו ברשותו וע"כ דמפרש דתערובות היינו שאכל בהלעטה דחזינן דאסרה תורה אפי' שלא כד"א ולא מפרשינן דתערובות היתר מצרף לאיסור וע"כ לא קאמר לר"ע דנזיר וחמץ ש"כ דהא לא ידעינן דבחמץ היתר מצרף לאיסור ולפ"ז יש לומר דר"מ דמשני בזבחים דיקדש עשה הוא וקשה דא"כ ליכא ש"כ אך ר"א סובר כהלכתא כר"ש וא"כ ע"כ דיליף איסור הנאה כחזקיה דאל"כ הא יש היתר לאיסורו ומודה ר"א דלא משמע הנאה ולחזקיה אסור שלא כד"א מלא יאכל ויש לומר דתערובות הוא היתר מצרף לאיסור וא"כ הוי ש"כ נזיר וחמץ וא"כ אפי' אי יקדש בעינן לעשה איכא ש"כ. ועכ"פ אמרינן דאי שרי לאחר פסח ע"כ ילפינן איסור הנאה כחזקיה וא"כ ל"ש דאסור ח"ש בחמץ דמחלב לא ילפינן דאין היתר לאיסורו משא"כ חמץ ועי' במל"מ ומלא יאכל ילפינן איסור הנאה ועל כרחך הא דחצי שיעור ילפינן מכל ואם כן לא שמעינן תערובות חמץ דהא כל צריכין על חצי שיעור אך יש לומר דאי נוקשה אסור ואע"ג דל"ח אכילה ממילא ידעינן דגם ח"ש אסור אע"ג דלא קרינן אכילה דהא

חזינן דאסור נוקשה אע"ג דל"ח אכילה ועי' במהרש"ל דכתב דאליבא דר"ש דסובר דכ"ש למכות ה"ה דאסור שלא כד"א וא"כ ה"ה להיפך היכי דאסור נוקשה דל"ח אכילה ה"ה דאסור ח"ש בלא קרא וא"כ ל"צ כל על ח"ש ממילא ילפינן מכל היתר מצרף לאיסור משא"כ אי נוקשה שרי וע"כ דח"ש ילפינן מכל ול"ש תערובות:

ובזה ניחא שיטת הרי"ף דכתב דלא קיי"ל כסתם מתני' דהכא דהא איכא סתמא לקמן דעל נוקשה פטור והקשה בר"ן נהי דעל נוקשה איכא סתמא להיפך מ"מ על תערובות ליכא סתמא וע"ש. ובזה ניחא דכיון דאיכא סתמא דנוקשה פטור וא"כ בעינן וכל על ח"ש וממילא ליכא קרא על תערובות דבשלמא אי נוקשה חייב ממילא ידעינן ח"ש דלא גרע משכד"א משא"כ השתא דאיכא סתמא דעל נוקשה פטור בעינן וכל על ח"ש ממילא ליכא קרא על תערובות אך תקשה דלפ"ז מאי קאמר רב דר"א לא סובר רק תערובות ולא נוקשה דאם כן גם תערובות לא שמעינן דבעינן על ח"ש קרא וכל אך רב לשיטתו דסובר כר"י דאסור לאח"ז ואין היתר לאיסורו ויש לומר דיליף איסור הנאה כר"א ואז ילפינן ח"ש מלא יאכל וכל על תערובות וא"כ לדידן דקיי"ל כר"ש וע"כ דאיסור הנאה ידעינן כדחזקיה וא"כ דר"א סובר גם נוקשה דאל"כ ח"ש ילפינן מכל ול"ש תערובות אלא ודאי דסובר גם נוקשה וממילא אסור ח"ש ואז ילפינן תערובות מכל וניחא הטור דסובר ר"א גם נוקשה אך הסוגיא דקאי לרב יש לומר דלא סובר נוקשה משא"כ לדידן דקיי"ל כר"ש ודו"ק:

והנה לפי מה דסוברים דבאיסור הנאה לכ"ע ח"ש אסור דלא גרע מהנאה וכן הוא שיטת הירושלמי וא"כ אפי' לר"ש דיש היתר לאיסורו ולא דמי לחלב מ"מ ידעינן דאסור בהם ח"ש דכיון דידעינן דאסור בהנאה מקרא דלא יאכל ממילא אסור ח"ש וזה כוונת הרמב"ם דיליף דאסור ח"ש מלא יאכל ותמהו דהא היכי דכתיב אכילה בעינן כזית אך כוונת הרמב"ם דכיון דילפינן מלא יאכל דאסור בהנאה מזה ידעינן דאסור ח"ש דלא גרע מהנאה אך קשה דלפי מה דאיתא במחברים דאליבא דר"ל דח"ש שרי ל"ש היתר מצרף לאיסור דכיון דליכא איסור כלל וא"כ אי ילפינן דח"ש אשור מלא יאכל א"כ בנוקשה דליכא קרא דלא יאכל רק כל מחמצת ל"ת א"כ שרי ח"ש וכן איתא בתוס' דנוקשה שרי בהנאה מה"ט דליכא קרא דלא יאכל וא"כ כיון דח"ש שרי ל"ש היתר מצרף לאיסור בנוקשה ותקשה הא דאמר ר"א אף תכשיטי נשים ופי' דחידוש הוא הגם דהוא נוקשה ע"י תערובות וקשה הא תערובות היינו היתר מצרף לאיסור וכיון דבנוקשה שרי ח"ש ל"ש לאסור נוקשה ע"י תערובות וכן תקשה דלפי מה דסוברים דבנזיר ח"ש שרי משום דיש היתר לאיסורו ואיך שייך לומר דהיתר מצרף לאיסור אך יש לומר נהי דנזיר יש

היתר לאיסורו מ"מ ילפינן ח"ש מוכל וממשרת ילפינן דהמל"א וניחא קושית רש"י מהא דפריך הגמ' והא משרת בעינן לט"כ וקשה נימא ליה דטעמא מוכל אך זה בעינן על ח"ש: **גם** נראה לתרץ הטור הנ"ל דהנה המפרשים הקשו דכיון דבאמת אין לנו ריבוי אלא כל מחמצת והיינו טעמא דר"א דמוקי קרא אמסתבר אתערובות וא"כ ר"מ דמרבה מהאי קרא אפי' נוקשה דקיל מאיזה טעם פליג ותירצו דטעמא דר"מ דהנה לעיל (דף ל"ו) הקשה הרמב"ן לר"ע דדריש לחם עוני למעט עיסה שנלושה ביין ושמן ודבש למה לי קרא להכי ת"ל הא בעינן מדכתיב לא תאכל חמץ שבעת ימים תאכל מצות ודרשינן דווקא מה שיוכל לבוא לידי חימוץ אתה יוצא בו יח"מ וכיון דקיי"ל מי פירות אין מחמיצין א"כ לא יוכל לבוא לידי חימוץ ובלא"ה לא יצא יח"מ ועוד מדכתיב ושמרתם את המצות מצה הצריכה שימור אז יוצא בו ומשום הך קושיא תירץ דקרא לא איצטריך אלא למי פירות עם מים דיוכל לבוא לידי חימוץ והנה מ"פ עם מים אינו רק נוקשה ולפ"ז אי אמרינן דנוקשה אינו מהתורה וא"כ ממילא אפי' איסור אין בו וכן דעת התוס' א"כ הדרא קושית הרמב"ן לדוכתא למה לי קרא למעט עיסה שנילושה במ"פ ת"ל דאינו יכול לבוא לידי חימוץ ואפי' מ"פ עם מים לא הוי רק נוקשה ונוקשה אינו מהתורה וא"כ היינו טעמא של ר"מ דהוכיח דריבוי דכל מחמצת מרבי אפי' חמץ נוקשה דאלת"ה אלא דמוקי אמיסתבר אתערובות א"כ קשיא קרא דלחם עוני למה לי דליכא למידרש מי שנאכל באנינות פרט למעשר שני כריה"ג דאליבא דר"מ דסובר דמעשר שני ממון גבוה בלא"ה לא יצא במ"ש וע"כ דדריש על מ"פ וא"כ ע"כ דנוקשה דאורייתא ולפ"ז יש לומר דזה טעמא דרב דקאמר דר"א לא סובר נוקשה דהא שיטת הרמב"ם דיוצא במצה של מע"ש אע"ג דפסק דממון גבוה הוא משום דאמרינן הואיל דאי בעי איתשיל חשוב שלו כמו שהקשו בתוס' והא דאיתא בסוגיא דלר"מ לא יוצא זה אי לא אמרינן הואיל וא"כ ר"א דסובר הואיל דמה"ט סובר דעובר בחלה על ב"י וא"כ איצטריך קרא דלחם עוני למידרש מה שנאכל באנינות משא"כ מע"ש ולא דרשינן לשון עני למעט מ"פ ול"ש מקרא דנוקשה דאורייתא אך כ"ז לפי ס"ד דר"א ור"י דפליגי בחלה אי אמרינן הואיל אי לא משא"כ לפי המסקנא (דף מ"ח) דמסיק הגמ' דגם ר"י סובר הואיל אך הך הואיל דאי בעי מיתשיל לא אמרינן דלא אמרינן הואיל דאי בעי מכניס לרשותו דא"כ תקשה בהקדש דאבל רואה אתה של גבוה ולא פליג ר"א אך טעמא דר"א משום הואיל דכל חדא וחדא חזיא ליה דמצי למישקל מכל חדא פורתא והואיל דאי בעי מיתשיל לכ"ע לא אמרינן ע"כ דגם ר"א סובר נוקשה דאל"כ מה דריש מקרא דלחם עוני דלמע"ש לא איצטריך כיון דמ"ג הוא והואיל דאי בעי

איתשיל לא אמרינן וע"כ למ"פ וע"כ שמעינן דגם ר"ח סובר נוקשה דאל"כ ת"ל דלא בא לידי חימוץ וע"כ סובר הטור דגם ר"א סובר נוקשה:

וגם יש לומר דהא כתבו לתרץ קושית התוס' דאמאי לא יוצא משום הואיל במ"ש ותירצו דאי יתשיל יהיה טבל ובמצה של טבל לא יצא והנה לדידן דקיי"ל דלא כר"ש רק דבאיסור כולל איסור חל על איסור וח"כ מהראוי שיוצא במצה של טבל דהא איסור חמץ חל על איסור טבל משום כולל וע"כ משום מה"ב לא יצא ועיין בתוס' ב"ק דכתבו דר"י לא סובר מה"ב ומש"ה סובר דמכפרת בחטאת הגזולה ולפ"ז הכל ניחא דר"י קאמר שפיר דר"א לית ליה נוקשה וקרא דלחם עוני דריש על מע"ש ואין לומר דבלא"ה לא יצא משום דממון גבוה דיש לומר הואיל ואין לומר דיהיה טבל מה בכך כיון דלא סובר מה"ב משא"כ לדידן ולא יצא בטבל וליכא הואיל ול"צ קרא דלחם עוני על מע"ש וע"כ על מ"פ וממילא שמעינן דגם ר"א סובר נוקשה וניחא הטור הנ"ל:

גם נראה דהא אמרנו דמש"ה יש לומר דר"א לא סובר נוקשה משום דיש לומר דדריש לחם עוני על מע"ש ואע"ג דממילא ידעינן דלא יצא משום דממון גבוה אך ה"א משום דר"א סובר הואיל דאי בעי איתשיל אך אי יתשיל יהיה טבל ואע"ג דר"י לא סובר מה"ב מ"מ לא יצא בטבל משום דבעינן שיהיה חל איסור חמץ והכא לא מצי לחול על איסור טבל דאין לומר משום כולל דהא איתא בלח"מ דזה ל"ח כולל ומה"ט סובר הרמב"ם דלא יצא בטבל וע"כ נראה דהא בלא"ה הקשו על הרמב"ם דיליף לקובעו חובה בזמן הזה מקרא דבערב תאכלו מצות וקשה דכיון דהוא פסק כר"י לפ"ז וא"כ שמעינן מהקישא דל"ת חמץ שבעת ימים תאכל מצות לקובעו חובה בזה"ז וע"כ נראה דהנה למאן דסובר כר"י דאסור לאח"ז ע"כ דסובר כחזקיה דאיסור הנאה ילפינן מלא יאכל דאל"ה יש לומר דאפי' לר"א דל"ת משמע איסור הנאה חמץ שאני מדחזינן דעובר על ב"י ע"כ דשרי בהנאה דאל"כ אמאי עובר הא אינו ברשותו של אדם כיון דאסור בהנאה דבשלמא לר"ש יש לומר דאע"ג דאסור בהנאה חשוב ברשותו משום דשרי לאח"ז חשוב גורם לממון משא"כ לר"י דאסור לעולם וע"כ לר"י הא דאסור בהנאה משום דסובר כחזקיה דילפינן מלא יאכל. ולפ"ז דהא יש לומר דהנאה חשוב מוסיף ויכול לחול על טבל. אך כבר כתבו דזה ל"ח מוסיף ועי' בפה"מ להרמב"ם בכריתות ועיין בפלתי דהיכי דאינו יכול לחול מצד אכילה דעיקר איסור הנאה משום אכילה. וע"כ לחזקיה דאיסור הנאה ילפינן מלא יאכל אז יש לומר דהוי איסור הנאה מצד עצמותו וחשוב מוסיף ולפ"ז ניחא הרמב"ם הנ"ל דהא בעינן הך הקישא על טבל ועיין בש"א אך לר"י לשיטתו דאסור לאח"ז וע"כ דאיסור הנאה ילפינן מדחזקיה וא"כ הנאה חשוב מוסיף ואיסור חמץ חל על טבל וע"כ

ילפינן לקובעו חובה מהקישא. וזה לר"י לשיטתו משא"כ לדידן דשרי לאח"ז ויש לומר כר"א וא"כ הנאה לא הוי מוסיף וא"כ לא יצא בטבל ובעינן הקישא על טבל וע"כ ילפינן לקובעו חובה מבערב תאכלו מצות וא"כ לפ"ז ניחא דר"י אמר רב קאמר שפיר דר"א לא סובר נוקשה וקרא דלחם עוני דריש על מע"ש ואע"ג דממון גבוה י"ל הואיל ואין לומר דיהיה טבל דליתא דהא הוא סובר כר"י וע"כ כחזקיה ואיסור הנאה חשוב מוסיף לחזקיה ומצי לחול איסור חמץ על איסור טבל ויוצא בטבל ושייך הואיל משא"כ לדידן דקיי"ל כר"ש וע"כ כר"א וא"כ לא הוי מוסיף הנאה ולא יצא בטבל וליכא הואיל ובלא"ה לא יצא במ"ש וע"כ דדריש קרא לחם עני על מ"פ וא"כ ע"כ סובר ר"א נוקשה וניחא הטור:

וגם יש לומר דבאמת מהראוי לחול איסור חמץ על איסור טבל דחשוב מוסיף דנתוסף איסור על היוצא מהן נהי דגם בטבל אסור במשקין היוצא ועי' בחולין זה ילפינן רק במה מצינו ושיטת הר"ן בנדרים דעל מ"מ ליכא מלקות כמו על קו"ח משא"כ בחמץ איכא קרא מיוחד על היוצא מהם:

והנה אי אמרינן כר"י בפסחים דסובר דמש"ה אינו חייב על היוצא מהן דחשוב שלא כד"ה ניחא דהא ר"ש דסובר דכ"ש למכות ה"ה דחייב על שלא כד"ה וא"כ גם בטבל חייב על היוצא מהן וליכא מוסיף אך אי אמרינן כטעמא דאביי בפסחי' משום דחשוב זיעה בעלמא קשה נהי דגם בטבל ילפינן במ"מ מ"מ ליכא מלקות וחשוב מוסיף אך ר"ש לשיטתו דסובר דעונשין מהדין וה"ה על במ"מ וליכא מוסיף משא"כ לדידן דאין עונשין ואיכא מוסיף ויוצא בטבל ואיכא הואיל דאי בעי מיתשיל נהי דיהיה טבל אי יתשיל חשוב מוסיף וע"כ יש לומר דר"א לא סובר נוקשה וקרא דלחם עוני קאי על מע"ש אך נראה דלפי מה שהקשה בתוס' מה בכך דחשוב זיעה והא ט"כ דאורייתא ותירצו דעכ"פ ליכא מלקות על ט"כ וא"כ לפי מה דסובר דכל היכי דאיסורא איכא בלא"ה אז עונשין מהדין וא"כ תקשה דכיון דאיסור ידעינן מכח ט"כ א"כ כי ילפינן טבל במ"מ איכא גם מלקות ואכתי ליכא מוסיף. אך לפי מה שהקשה דהיכי שמעינן ט"כ מג"נ דילמא הגעלתו משום בשר בחלב ומזה אי אפשר ללמוד משום דחידוש ותירצו דא"כ אמאי כתבה התורה כל דבר אשר יבא באש תעבירו באש דבעי ליבון והא בהתירא בלע אפי' דבר שתשמישו ע"י אור סגי בהגעלה והנה זה לדידן דנ"ט בנ"ט שרי בהתירא משא"כ לרב דאוסר דגים שעלו בקערה ואוסר אפי' בהתירא טעם קלוש א"כ אין חילוק דאפי' בהתירא בלע בעי ליבון וא"כ יש לומר דהגעילו משום בשר בחלב ול"ש ט"כ וא"כ רב לשיטתו דלא שמעינן ט"כ וא"כ אי לאו במ"מ אפי' איסור ליכא וא"כ ליכא מלקות בטבל

ואיכא מוסיף ויש לומר דר"א לא סובר נוקשה וקרא דריש על מע"ש משא"כ לדידן דט"כ וליכא מוסיף וע"כ דדריש על מ"פ א"כ סובר נוקשה וניחא דברי הטור הנ"ל:

ובזה ניחא הא דהקשו לפי מה שהקשה הירושלמי דאמאי לא אכלו מצה מחדש יבא עשה וידחה ל"ת דחדש ותירץ דגזרינן כזית ראשון אטו כזית שני וקשה מהא דאיתא במנחות דר"ש דריש מצה שאי אתה יכול לאוכלה שבעה מחדש אתה יכול לאוכלה ששה וע"ז נאמר ששת ימים תאכלו מצות ואמאי הא מהתורה יכול לאוכלו שבעה מחדש דעשה דוחה ל"ת דחדש וגזרה ל"ש על התורה. וע"כ נראה דהא הקשו נהי דעשה דוחה ל"ת מ"מ לא יצא משום דליכא איסור חמץ רק איסור חדש דלא יכול לחול איסור חמץ על איסור חדש ועי' במקנה:

אך נראה לפי מה דאיתא באחרונים דעל איסור חדש לא אמרינן טכ"ד דהא בתוס' פסחים הקשה דאיך ילפינן בנזיר ט"כ מג"נ דכיון דיש היתר לאיסורו א"כ האיסור נזיר קיל ותירצו דבמדין היה בליעות מיין ואסורים לנזיר וא"כ בחדש דיש היתר לאיסורו אי אפשר למילף מג"נ דט"כ ושם אי אפשר לומר דהיו הכלים בלוע מחדש דהא חדש אינו נוהג בשל א"י וא"כ כיון דבחדש ט"כ ל"ד א"כ נהי דגם חדש ילפינן במ"מ דאסור היוצא מהן מ"מ ליכא מלקות דאין עמה"ד או במ"מ דכיון דלא אמרינן ט"כ בחדש א"כ אי לאו מ"מ אפי' איסור ליכא שייך לומר דאין עונשין במ"מ וא"כ חל איסור חמץ על איסור חדש מטעם מוסיף דאיכא מלקות בחמץ על היוצא מהן משא"כ בחדש ליכא מלקות וע"כ שפיר הקשה הירושלמי דעשה דמצה דוחה ל"ת דחדש דהא יהי' גם איסור חמץ דהא חל איסור חמץ על איסור חדש מטעם מוסיף. אך נראה דהנה הא דחדש אינו נוהג בשל א"י דאיכא מיעוטא מקוצרכם ולא של א"י והא תינח לחזקיה דלא איצטריך לדי' קרא דקוצרכם למשרי בהנאה והמיעוט קאי דאינו נוהג בשל א"י משא"כ לר"א דל"ת משמע איסור הנאה ופריך הגמ' דאמאי חדש שרי בהנאה ומשני דאמר רחמנא ובקוצרכם שלכם יהא דשרי בהנאה וא"כ ליכא מיעוטא דחדש אינו נוהג בשל א"י דהא בקוצרכם צריכין על הנאה וא"כ ממילא גם בחדש אמרינן ט"כ וא"כ ממילא איכא מלקות כיון דאיסור ידעינן בלא"ה וליכא מוסיף וא"כ אפי' אי עשה דוחה ל"ת מ"מ לא יצא בחדש משום דליכא איסור חמץ וא"כ יש לומר דהירושלמי לשיטתו דמתרץ דבחדש גם ר"א מודה משום דיש היתר לאיסורו ולא צריכין קרא ובקוצרכם על היתר הנאה אפי' לר"א וקאי המיעוט דבשל א"י אינו נוהג איסור חדש וממילא ט"כ ל"ד בחדש וליכא מלקות על משקין היוצא משא"כ בחמץ והוי א"מ ושפיר הקשה הירושלמי דעשה דוחה ל"ת משא"כ הגמ' דידן דצריכין ובקוצרכם על היתר הנאה לר"א וא"כ ל"ש דחדש אינו נוהג

בשל א"י וא"כ לוקין על משקין היוצא וליכא מוסיף ולא יצא במצה מחדש וע"כ דרשינן מצה שאי אפשר לאוכלה כל שבעה מחדש דנהי דעשה דוחה מ"מ לא יצא משום דליכא איסור חמץ דליכא מוסיף

ובזה ניחא דברי הרמב"ם הנ"ל דיליף לקובעו חובה מבערב תאכלו מצות ולא מהקישא הנ"ל אך דבאמת צריכין היקשא דאינו יוצא במצה של חדש הגם דעשה דוחה ל"ת מ"מ הא איסור חמץ לא חל על איסור חדש וליכא משום ל"ת חמץ ונהי דעל מצה של טבל לא צריכין קרא הקישא להכי דממילא ידעינן משום דאין עשה דוחה ל"ת דמיתה אך עכ"פ בעינן היקשא על מצה של חדש אך לפי מה דאיתא בצל"ח דסברת הירושלמי הנ"ל דביש היתר לאיסורו מודה ר"א זה לר"י דילפינן לדי' דל"ת משמע איסור הנאה מאותו אתה משליך לכלב אז אמרינן דווקא באין היתר לאיסורו משא"כ לר"מ דיליף מנבילה דאסור בהנאה אז אפי' ביש היתר לאיסורו סובר ר"א דל"ת משמע איסור הנאה ולפ"ז ניחא הכל דר"י לשיטתו לדי' ילפינן מאותו וא"כ בחדש לא אמרינן ט"כ וליכא מלקות על היוצא מהן ואיסור חמץ חשוב מוסיף וחל על איסור חדש ואיכא איסור חמץ וא"כ ל"ש לומר דהיקשא בעינן על מצה של חדש דליתא דהא לדי' יוצא במצה של חדש משא"כ לדידן דקיי"ל כר"מ וא"כ אפי' ביש היתר לאיסורו סובר ר"א דאיסור הנאה וא"כ חדש נוהג אפי' בשל א"י וממילא אמרינן ט"כ וליכא מוסיף ובעינן היקשא על מצה של חדש וט"כ יליף הרמב"ם מבערב תאכלו מצות ולא מהיקשא וגם יש לומר דהא התוס' ע"ז הקשו לר"ש דסובר דכ"ש למכות משרת למה לי דעל המל"א לא בעינן דהא סובר דכ"ש סגי וע"כ מצינן למילף מג"נ. וע"כ נראה דלר"ש כתבה התורה משרת על ט"כ כדי שנדע מזה דאפי' בחדש דיש היתר לאיסורו אמרינן ט"כ כמו בנזיר דיש היתר לאיסורו וטכ"ד וה"ה בחדש דאי לא כתבה משרת אמרינן דחדש דקיל דיש היתר לאיסורו ל"א ט"כ ומג"נ לא מצינן למילף דכיון דחדש אינו נוהג בשל א"י ול"ש דכלים בולעת מחדש וא"כ דלר"ש ע"כ גם בחדש ט"כ וממילא איכא מלקות על היוצא מהן וליכא א"מ ולא חל איסור חמץ על חדש וע"כ קאמר מצה שאי אתה יכול לאוכלה כל שבעה מחדש לר"ש לשיטתו משא"כ לדידן דליכא ט"כ על חדש ואיכא מוסיף ויוצא במצה מחדש דל"ש היקשא וע"כ הא דלא אכלו מצה מחדש משום איסור וע"ז הקשה דעשה דוחה:

וגם יש לומר לתרץ הטור הנ"ל דהא הקשה בההיא דכיצד מפרישין חלה בטומאה ביו"ט דסובר ר"א דלא תקרא שם עד שתאפה וקשה יבטלנו קודם שתחמיץ ועי' בתשובות פ"י ובש"א והנה להך אוקימתא דטעמא דר"א דעובר משום הואיל דאי בעי איתשיל ניחא דלא מהני ביטול דכיון דהשתא אינו שלו והרי הוא של כהן ולא מצי לבטל או להפקיר

משא"כ להך אוקימתא דפליגי בט"ה קשה דהא יכול לבטל. והנה בס' אור חדש מתרץ דהא הרמב"ן הקשה על הא דקתני לעיל מבטלו בלבו אחד שבת ואחד יו"ט דהא ביטול הוא משום הפקר ואסור להפקיר ביו"ט ותירץ דכיון דחמץ אינו ברשותו של אדם וע"כ יכול לבטל אפי' ביו"ט וא"כ כיון דר"א לא סובר נוקשה אך על ב"י עכ"פ עובר וא"כ חיישינן שמא יבא לידי חמץ נוקשה דשרי לר"א דלית ליה נוקשה וא"כ הוא ברשותו ואסור לבטל דהוא מצד הפקר ביו"ט גם תירצו דלפי הרמב"ם בפי' המשנה בכריתות דאי אין איסור חל על איסור לא חל גם האיסור הנאה שיש באיסור השני ומש"ה לא חל איסור בשר בחלב על איסור חלב אע"ג דמוסיף לענין הנאה אך כיון שנצמח הנאה מאכילה א"כ ל"ש מוסיף לענין הנאה דאי ליכא איסור אכילה משום איסור השני ממילא ליכא גם איסור הנאה ולא דמי לקדשים דחשוב מוסיף לענין הנאה אך הך חלה שנטמאת אסורה בין לכהנים ובין לזרים ושוב כשנתחמץ אח"כ אין איסור חמץ חל כלל על איסור חלה אפי' לענין הנאה וא"כ הוא ברשותו ואסור לבטל ביו"ט וא"כ מצי סובר ר"א נוקשה ואעפ"כ לא יכול לבטל ביו"ט. והנה כבר אמרנו דלחזקיה חשוב הנאה מוסיף וגם כתבנו דלר"י דאוסר לאח"ז ע"כ דסובר כחזקיה וממילא חשוב מוסיף איסור חמץ על החלה וא"כ הוא אינו ברשותו וע"כ הא דלא מבטל משום דר"א לא סובר נוקשה ושמא יבא לידי נוקשה ואז הוא ברשותו ואסור לבטל ביו"ט ולפ"ז ניחא דרב לשיטתו דאוסר לאחה"פ וע"כ דאיסור הנאה ילפינן מחזקיה וא"כ הא דאינו מבטל דהא איסור חמץ חל ואינו ברשותו וע"כ שמא יבא לידי נוקשה ור"א לית ליה נוקשה וע"כ קאמר דר"א לית ליה נוקשה משא"כ לדידן דקיי"ל כר"ש ויש לומר כר"א וממילא ל"ח הנאה א"מ וא"כ הוא ברשותו ויש לומר דר"א סובר נוקשה:

וגם להנך הסוברים דאי לא אמרינן נוקשה גם ב"י ליכא וא"כ אי החששא שמא יבא לידי נוקשה ע"כ דסובר ר"א נוקשה דאל"כ גם לאו דב"י ליכא יש לתרץ להיפך לפי מה דסובר בירושלמי דהיכי דיש היתר לאיסורו גם ר"א מודה וע"כ דסובר ר"ש כחזקיה וממילא איכא מוסיף לענין הנאה וחל איסור חמץ על איסור חלה וא"כ הוא אינו ברשותו ורשאי לבטל ביו"ט וקשה דהא יכול לבטל וע"כ שמא יבא לידי נוקשה ונוקשה שרי בהנאה לחזקיה כמו דאיתא בתוס' פסחים דליכא קרא דלא יאכל רק כל מחמצת ל"ת וא"כ שמעינן דר"א סובר נוקשה דאל"כ מה בכך דיהי' נוקשה הא גם ב"י ליכא אי יהיה נוקשה אלא ודאי דאית ליה נוקשה והוכיח הטור שפיר דר"א סובר נוקשה משא"כ רב לשיטתו דסובר כר"י ויש לומר דסובר כר"א וממילא ל"ח הנאה מוסיף ולא חל איסור חמץ על איסור חלה וא"כ הוא ברשותו ואסור לבטל ביו"ט ויש לומר שפיר דר"א לית

ליה נוקשה משא"כ לדידן דקיי"ל כר"ש וע"כ כחזקיה והוי א"מ ואינו ברשותו ואמאי לא יכול לבטל וע"כ שמא יבא לידי נוקשה ע"כ דסובר נוקשה דאל"כ גם ב"י ליכא והנה לפי מה שאמרנו דאביי ע"כ סובר דר"א לית ליה נוקשה ניחא הרמב"ם דסובר בא"י שהלוה לישראל על חמצו ואמר מעכשיו דבעינן שיגיע זמנו קודם פסח הא לא"ה עובר משום הואיל דאי בעי פדה והקשה הא בסוגיא איתא דלאביי דסובר דלמפרע גובה ניחא ואמאי לאמרינן הואיל דאי בעי פדה ועי' ברא"ש בפסחים אך אביי לשיטתו דסובר דר"א לית ליה נוקשה וא"כ יש לומר דכ"ע לא סוברים הואיל רק דפליגי בט"ה ממון ואין לומר דא"כ תקשה דהא יכול לבטל דליתא דשמא יבא לידי נוקשה והוא ברשותו ואסור לבטל והיינו להסוברים דאפי' אי לא אמרינן נוקשה מ"מ על ב"י עובר וע"כ לדי' יש לומר דכיון דסובר דר"מ לית ליה נוקשה דהואיל לכ"ע לא אמרינן ורק דפליגי בט"ה ומ"מ לא יכול לבטל משא"כ לדידן דר"א אית ליה נוקשה ותקשה דאמאי לא יבטל וע"כ דפליגי בהואיל ואז ל"ש ביטול וכיון דאמרינן הואיל ממילא בעינן שיגיע זמנו קודם פסח דאל"כ אמרינן הואיל דאי בעי פדה:

והנה על הקושיא דלדידן דקיי"ל מתוך אמאי אסור לשורפו ביו"ט נראה עוד דהא בש"א הקשה דליכא צורך קצת אי מותר להשהות ע"מ לבערו משום דחשוב ניתק לעשה וע"כ נראה דהא בש"א הקשה דאמאי בכל לאו הניתק לעשה אסור לעבור על הלאו כדי לקיים העשה וע"כ נראה לחלק דבלאו שאין בו מעשה ולמ"ד דאין לוקין עליו א"כ ע"כ הא דהתורה ניתק לעשה כיון דבלא"ה ליכא מלקות וע"כ דאז שרי לעבור על הלאו כדי לקיים העשה משא"כ לאו שיש בו מעשה או לאו שאין בו מעשה למ"ד דלוקין עליו יש לומר נהי דניתק לעשה היינו כדי שלא יהיה לוקה ולא לעבור על הלאו כדי לקיים העשה וא"כ יש לומר דהסוברים דרשאי להשהות ע"מ לבערו סוברים דעל ב"י ליכא מלקות משום דאין בו מעשה ואפי' כי קנה דעביד מעשה הא היכי דאפשר לעבור בלא מעשה אפי' כי עביד מעשה ליכא מלקות וא"כ ע"כ הא דניתק שרשאי לעבור על הלאו כדי לקיים העשה משא"כ בכל לאו ניתק לעשה וא"כ רבא דהוכיח דר"ע לא סובר מתוך משום דר"ע סובר דלוקין על לאו שאין בו מעשה ויש לומר דהא דניתק לעשה רק שלא יהיה מלקות ולא רשאי לעבור על הלאו לקיים העשה ואיכא צורך קצת וע"כ דל"ס מתוך וא"כ לדידן דאין לוקין על לאו שאין בו מעשה וליכא על ב"י מלקות לעולם וע"כ הא דניתק דרשאי להשהות ע"מ לבערו וליכא צורך קצת וע"כ אע"ג דקיי"ל מתוך אסור לשרוף וניחא הא דלא הביאו ראי' ממתני דר"י דאסור להשהות נוקשה דיש לומר דאיירי ביו"ט דאסור לאפות ומ"מ שרי לשרוף משום מתוך דהא ר"י סובר דלוקין על לאו שאין בו

מעשה ואסור להשהות ע"מ לבערו ואיכא צורך קצת ואמרינן מתוך ומש"ה הביאו ראיה מברייתא דר"מ דאי אפשר לומר דאיירי ביו"ט דא"כ איך שרי לשרוף:

והנה מה שכתבנו דח"ש בחמץ ילפינן מלא יאכל ולפ"ז כתבו דבערב פסח שרי ח"ש וניחא בזה הא דהקשו דאי הא דחמץ במשהו הוא משום דשיל"מ דא"כ גם בע"פ יהיה במשהו אך לפי מה שהקשו דאי לא בטל א"כ אסור להשהות עד לאחר פסח דיעבור על ב"י ותירצו דלפי מה דסוברים דעל ח"ש ליכא איסור ב"י וא"כ אי נתערב ח"ש לא בטל משום דשיל"מ דהא רשאי להשהות וא"כ זה אין סברא דכזית יהיה קיל ובטל וח"ש לא יהיה בטל וא"כ בנתערב ע"פ ל"ש דשיל"מ דהא אסור להשהות ול"ש לומר דא"כ יהיה חמור יותר ח"ש דליתא דח"ש שרי בע"פ באכילה ול"ש דלא בטל:

גם נראה דהא קשה קושיא הנ"ל איך חשוב דשיל"מ דאי תאמר דלא בטל ממילא אסור להשהותו עד אחר הפסח דיעבור על ב"י וע"כ נראה דהנה שיטת הראב"ד דאפי' לר"י דסובר דמב"מ לא בטל זה להיתר אכילה ע"ז לא בטל אבל לענין הנאה בטל והקשו עליו דמנפ"ש דאי לא נתבטל ממילא אסור גם בהנאה וע"כ נראה דהא הקשה ברשב"א בחולין דאי ט"כ ל"ד איך אמרינן דמב"מ לא בטל אך נראה דהא קשה דהא בלא"ה ידעינן דט"כ דדרשינן הטמאים לאסור הציר והרוטב וא"כ ידעינן מזה דט"כ ותירץ ברשב"א דמהתם לא ידעינן רק היכי דהוא בעיניה שלא נתערב אז אסור הציר והרוטב וה"א דהיכי דנתערב הטעם בטל וע"ז צריכין למילף מג"נ דטעמא לא בטל ולפ"ז מב"מ דל"ש ביטול אפי' אי ט"כ ל"ד דלא אפשר למילף מג"נ מ"מ ממילא ידעינן דט"כ מטמאים לאסור הציר דכיון דביטול ל"ש מב"מ. והנה בתוס' איתא דאע"ג דדרשינן הטמאים לאסור היוצא זה באיסור לאו ולא באיסור עשה ועי' בנב"י ולפ"ז לפי מה דסוברים דעל הנאה ליכא מלקות משום דהנאה ילפינן מאותו וע"כ לא חשוב רק עשה וליכא מלקות וא"כ ניחא הראב"ד הנ"ל דעל הנאה מודה ר"י דבטל דכיון דלא ידעינן דט"כ מב"מ רק מהטמאים דהא ט"כ ל"ד וזה רק באיסור לאו ולא לאיסור הנאה דזה אינו רק עשה ולא אסור היוצא מהן וא"כ ה"ה לענין דשיל"מ דהא דלא בטל הוא משום מב"מ לשיטת הר"ן וא"כ לענין הנאה בטל דלא עדיף לר"י מב"מ דבטל לענין הנאה וא"כ אפי' תאמר דלא בטל חמץ משום דהוא דשיל"מ מ"מ לענין הנאה בטל וכיון דשרי בהנאה א"כ הוא ברשותו ויכול לבטל אפי' בפסח ולא יעבור על ב"י ויכול להשהותו ע"י ביטול וע"כ הוי דשיל"מ. וניחא קושית הרמב"ן על ר"י דסובר דחמץ בטל והא הוי דשיל"מ אך לפי מה שהוכיחו דר"י סובר דלוקין על הנאה מדקאמר בפסחים דאין לוקין אלא כדרך הנאה ומשמע הא כדרך הנאה לוקין ועי' בא"ח וא"כ לדי' לר"י דסובר מב"מ לא בטל הוא גם להנאה וה"ה דשיל"מ לא

בטל גם לאיסור הנאה וא"כ אי אפשר לבטל אי לא בטל דהא אינו ברשותו וממילא ל"ח דשיל"מ דהא אסור להשהותו דיעבור על ב"י. ובזה ניחא הטור הנ"ל דהנה בתוס' הקשה דילמא מש"ה לא קאמר נוקשה לר"א משום דכש"כ הוא. וע"כ נראה דהנה בירושלמי איתא הביאו התוס' בחולין דאמר ר"י כל נותני טעם אין לוקין חוץ מנ"ט בנזיר ומזה הוכיחו דעל ט"כ ליכא מלקות ומזה הקשו דא"כ גם בנזיר דאם נאמר דליכא מלקות על ט"כ גם בנזיר ליכא מלקות על ט"כ דהא ר"י יליף ט"כ מג"נ כר"ע ואם נימא דבט"כ אין לוקין גם בנזיר ליכא מלקות דהא גם באיסורי נזיר לא ידעינן ט"כ רק מג"נ וכתבו לתרץ דבעלמא אין לוקין משום דנהי דאהדרי לאיסורא קמא היינו דחשוב כמו בעיני' מ"מ לא הוי רק ח"ש וליכא מלקות וכל זה בשאר איסורים דלא אמרינן דהמל"א אבל באיסורי נזיר דהיתר מצרף לאיסור ממשרת וא"כ כיון דהדרי לאיסורא קמא ממילא לוקין על ט"כ דכיון דאהדרי לאיסור וחשוב ח"ש א"כ היתר מצטרף לאיסור ולוקין ועי' בס' מק"ח:

ולפ"ז הכל ניחא דהא קשה למה צריכין קרא על תערובות דהא ידעינן ט"כ מג"נ וע"כ משום דמה דילפינן מג"נ ליכא מלקות דל"ש דאהדרינהו דמ"מ ליכא רק ח"ש ובזה ניחא הא דהקשו על מה שהקשו על הא דקאמר דר"מ לא קאמר רק נוקשה ולא ע"י תערובות דהא כיון דר"מ אוסר נטל"פ וג"נ לאו חידוש ויש למילף מהתם אך דמ"מ ליכא מלקות והנה הא דלא ילפינן מנזיר דהמל"א משום דנזיר חמור דאסור אפי' חרצן ועי' בפ"י דהוא שכ"ה ולפ"ז אי נוקשה אסור דגם זה חשוב שלא כד"ה א"כ יש למילף דבחמץ המל"א מנזיר דליכא פירכא דמה לנזיר דאסור חרצן וע"כ קאמר ר"י אמר רב דאתא כר"מ דסובר נוקשה וממילא דסובר תערובות אפי' למלקות דהא יש למילף מג"נ ט"כ וגם מלקות איכא דאהדרינהו לאיסורא ואיכא ח"ש ואמרינן דהמל"א דילפינן מנזיר וא"כ לא קשה קושית התוס' דילמא מש"ה לא קאמר נוקשה משום דכש"כ דליתא דאי סובר נוקשה וא"כ ידעינן דהמל"א בחמץ א"כ ל"צ קרא על תערובות דהא אפי' אי ילפינן מג"נ ט"כ ג"כ יהיה מלקות משום דאהדרי לאיסורא קמא אלא ודאי דלא סובר נוקשה ול"א דהמל"א ול"ש דאהדר וכו' וא"כ אי ילפינן מג"נ ליכא מלקות וע"כ צריכין קרא על תערובות וזה הכל לרב לשיטתו דאוסר לאח"פ וא"כ אין היתר לאיסורו ויש למילף ט"כ מג"נ אי סובר נוקשה אפי' למלקות וע"כ דל"ס נוקשה משא"כ לדידן דשרי לאח"פ ואי אפשר למילף ט"כ מג"נ וא"כ יש לומר דר"ע סובר נוקשה ואפ"ה בעי קרא על תערובות משום דאי אפשר למילף מג"נ דחמץ שאני דיש היתר לאיסורו וניחא הרי"ף דכתב דלא קיי"ל כסתמא דמתני' דאיכא סתמא להיפך והקשו נהי דאיכא סתמא על נוקשה דפטור מ"מ על תערובות ליכא סתמא אך כוונת הרי"ף דכיון דבנוקשה איכא סתמא דליכא איסור

וממילא ל"מ למילף דהמל"א בחמץ מנזיר דיש לומר דמה לנזיר דאסור חרצן וממילא ל"ש דאהדרי לאיסורא ולא הוי רק ח"ש וממילא ליכא לאו על תערובות:

והנה מה שאמרנו דב"י חשוב לאו הניתק לעשה שיטת הרמב"ם אינו כן דסובר דלוקין על לאו דב"י וטעמו עי' בס' ש"א דכתב משום דאיכא שני לאוין ל"י ול"י ולא אתא חד עשה ועקר שני לאוין כמו במימר דלקה מטעם זה ולפ"ז היכי דלא ראה את החמץ כגון אי הטמין דאז ליכא לאו דלא יראה ולא נשאר רק לאו דלא ימצא אז מודה הרמב"ם דליכא מלקות:

ובזה ניחא רש"י בפסחים (ד' ס"ג) במתני' דר"ש אומר הפסח בארבעה עשר לשמו חייב ושלא לשמו פטור ובמועד לשמו פטור ושלא לשמו חייב ופי' רש"י וחייב משום לא תשחט בהדי לאו דב"י ואיכא מלקות נמי דשחיטה ותמהו דאמאי לא פי' רש"י כן ברישא בשוחט בי"ד דחייב על ל"ת עם לאו דב"י ולכאורה להסוברים היכי דאין החמץ ברשותו אינו עובר על ב"י משום דכתיב בבתיכם ועי' בראש"ש ריש פסחים והנה הפוסקים סוברים דזה לא מהני רק לנגד לאו דב"י ולא לנגד לאו דל"ת על חמץ והנה בי"ד אליבא דר"ש דמותר בהנאה עד הלילה ל"צ לאוקמא דהא דלקה על ל"ת דאיירי בקנה חמץ דאפי' יהיה לו מכבר משכחת דלקה ואין לומר דהתראת ספק הוא שמא ביטלו כמו שהקשה בש"א אך יש לומר דכיון דמותר בהנאה א"כ הוא ברשותו ולא מהני ביטול בלב דל"ש סברת הר"ן משום דאינו ברשותו סגי בלב הביטול וא"כ משכחת דלקי שאמרו העדים דלא שמענו ממנו דבטל משא"כ במועד דסגי ביטול בלב לא משכחת לה רק בקנה חמץ דאז לא מצי לבטל דאינו ברשותו וקודם לא היה שלו ולפ"ז בפשיטות ניחא רש"י הנ"ל דבזמנו לא פירש רש"י דלקה גם משום ב"י דהא משכחת דלא היה ברשותו דליכא ב"י רק דל"ת איכא משא"כ במועד דאיירי ע"כ דקנה חמץ ובעת הקנין משיכה ע"כ היה ברשותו דאין לומר דהקנין היה ע"י ק"ח דהא לא מהני בא"י וע"כ קנין משיכה וממילא דלוקה גם משום ב"י:

אך נראה דבר חדש דבאמת איתא בראש"ש פסחים דלא מהני הוצאה מרשותו דכיון דהשאילו הנפקד ביתו לשמירת ממונו קרינן ביתו אך דזה לר"ש דשרי לאח"פ וחשוב ממונו דגורם לממון הוא ושייך לומר דכיון דהשאילו ביתו לשמירת ממונו דאכתי קרינן ממונו משא"כ לר"י דאסור לאח"פ ופקע חיוב השמירה דכיון דאיסור הנאה ול"ש דהשאילו הנפקד ביתו לשמירת ממונו קרינן ביתו אז מהני היכא דאינו ברשותו ובזה ניחא קצת מה שהקשה בש"א מאי פריך הגמ' אלא יו"ט לבתר איסורו דילמא אתיא כריה"ג דמתיר בהנאה וא"כ הוא ברשותו וע"כ יכול לבטל דא"כ תקשה דלמה קתני

ונזכר שיש לו חמץ בתוך ביתו דווקא הא אפילו אי היה ברשות אחר ג"כ עובר וצריך ביטול דאז שייך לומר דכיון דהשאילו הנפקד ביתו לשמירה קרינן ביתו אלא ודאי דלא אתא כריה"ג:

וניחא בזה הא דהוכיח רבא מר"ע דסובר דאין ביעור חמץ אלא בשריפה וקשה דלפי שיטת רש"י אפי' לרבנן חשוב מלאכה דגם שאר ביעורים חשוב מלאכה דרחמנא אחשביה ועי' בא"ח ובנב"י. וע"כ נראה באמת אפי' אי לא סובר מתוך יהיה שרי לשרוף משום דכתיב ביום השבת בשבת אי אתה מבעיר אבל אתה מבעיר ביו"ט אך דתליא בזה דאי אמרינן מתוך ושרי בכל מקום היכי דאיכא צורך קצת וע"כ קרא ביום השבת אתא להתיר דבהבערה שרי אפי' כי ליכא צורך קצת משא"כ אי לא אמרינן ולא שרי אפי' באיכא צורך קצת אז נהי דבהבערה שרי אבל עכ"פ בעינן צורך קצת והכא ליכא צורך קצת דאי משום ב"י הא יכול להוציאו מרשותו והנה ידוע דמד"ס דחמץ בשריפה ע"כ סובר כר"י דאסור לאח"ז דאל"כ לא דמי לנותר דאיסורו איסור עולם משא"כ בחמץ וטעמא דרבנן דל"ס בשריפה דסוברים כר"ש וא"כ לא דמי לנותר וע"כ קאמר שפיר ש"מ דסובר כר"י דבשריפה וע"כ משום דסובר כר"י ואם כן מהני הוצאה מרשותו וליכא צורך קצת דאי כרבנן וע"כ משום סוברים כר"ש ולא מהני הוצאה מרשותו וא"כ נהי דגם במבערו בכל דבר חשוב מלאכה דרחמנא אחשביה מ"מ יהיה שרי לשרוף מקרא דביום השבת דהא איכא צורך קצת דהא לא מהני הוצאה מרשותו וגם לרבנן דלא סוברים דבשריפה וע"כ משום דאי לא מצא עצים יהי' יושב ובטל וע"כ דלא מהני הוצאה מרשותו דאל"כ לא יהי' יושב ובטל דהא יכול להוציאו מרשותו ועי' בש"א וא"כ איכא צורך קצת ושרי לשרוף מקרא דביום השבת:

וגם לפי מה שכתבו דהא דחשוב ניתק לעשה זה לר"י דסובר דבשריפה דאז ע"כ בא העשה לתקן על מה שעבר דאי על להבא לא בעינן שריפה דווקא משא"כ לרבנן ולפ"ז לפי מה דסוברים דמש"ה ליכא צורך קצת משום דיכול להשהות ע"מ לבערו משום דניתק לעשה וע"כ קאמר רבא דט"כ סוב' כר"י דבשריפה ואז הוא ניתק לעשה וליכא צורך קצת דאי כרבנן ולא הוי ניתק ואיכא צורך קצת דאסור להשהותו ע"מ לבערו א"כ שרי לשרוף מקרא דביום השבת הנ"ל:

גם יש לומר דהא הקשו לדידן דקיי"ל מתוך אמאי אסור לשרוף וע"כ נראה דהא בתוס' הקשו אף ע"ג דכשישרוף ויעשה גחלים הנאתו מותר והא דלא יסיק תנור זה רק מדרבנן ותירצו דקרא מיירי בכל ענין אפי' אין צריך לגחלתו והקשו נאמר הואיל ואילו הי' צריך לגחלתו אך באמת דהואיל אינו עושה רק אי אמרינן מתוך רק דבעינן צורך קצת וע"י

הואיל נעשה צורך קצת וא"כ כיון דל"ס מתוך ממילא לא מהני הואיל וא"כ זה הכל על התורה דשרי ליהנות מגחלים משא"כ לאחר שאסרו חכמים ליהנות מגחלים נהי דקיי"ל מתוך הא ליכא צורך קצת אך על הקרא דשרי ליהנות מגחלים וע"כ אי אמרינן מתוך שרי ואף ע"ג דאינו צריך לגחלתו מ"מ אמרינן הואיל ונעשה צורך קצת משא"כ לאחר שאסרו חכמים ליכא צורך קצת וע"כ אסור לשרוף. ויותר נראה לתרץ דברי רש"י הנ"ל דברישא דלא איירי בקנה חמץ ויש לומר דלא ראה וליכא שני לאוין וא"כ ניתק לעשה וליכא מלקות דב"י משא"כ בסיפא במועד דע"כ איירי בקנה וע"כ ע"י קנין משיכה דק"ח לא מהני בעובד ככבים וא"כ ראה החמץ ואיכא שני לאוין ולקי על ב"י ודו"ק:

והנה בהסברא הנ"ל דהיכי דנאסר בהנאה פקע חיוב שמירה תירצו בזה קושית הפ"ח על הא דקאמר הגמ' דמש"ה צריך למכור החמץ משום השבת אבידה ות"ל דאי ש"ח ג"כ חייב לבער בלא"ה צריך למכור כדי שלא לעבור על ב"י וכתבו דהיכא שיש לו פקדון מישראל דכיון דנאסר בהנאה פקע חיוב שמירה וליכא שום חיוב אחריות. ובאמת נראה דבר חדש דהא בלאו הכי הקשו על הסוברים דאפי' שומר חנם חייב לבער דהא רבא קאמר אילו מיגנב אלמא דבעינן אחריות גנבה ואבידה וע"כ נראה דאי אמרינן משעת משיכה נשתעבד נכסי א"כ כל היכא דחמץ מונח אפי' הוא ברשות הישראל חשוב אינו ברשותו דכיון דהמקום שמונח נשתעבד לאחריות ורש"י בפסחים פי' דאפי' אי מכאן ולהבא גובה מ"מ ע"י השיעבוד חשוב אינו ברשותו וע"כ אתא מלוה וטריף אי אקדיש לוה וע"ש וא"כ אינו מונח ברשותו ואמאי עובר באחריות וע"כ הוכיח רבא דבעינן אחריות גו"א דווקא וזה אינו מהדין דהא אין דין שומרין בעובד ככבים רק דעכ"פ העובד ככבים יכוף אותו וחשוב כמו אחריות אלם לשיטת הרמב"ם וליכא שיעבוד וע"כ עובר וזה לרבא לשיטתו דסובר דמשעת משיכה נשתעבד משא"כ לדידן סגי באחריות פשיעה דהא חשוב ברשותו והגם דאחריות פשיעה הוא מהדין וא"כ שיעבוד דהא שיעבוד הוא רק משעת אונסין ולהסוברים דמשעת משיכה אישתעבד יש לומר דסוברים דגם אחריות פשיעה אינו מהדין וליכא שיעבוד וא"כ מונח ברשותו וא"כ ישראל שיש לו פקדון מישראל דאיכא שיעבוד וא"כ כל מקום שמונח אינו מונח ברשותו דהא המקום נשתעבד עבור אחריות וע"כ אינו עובר משום אחריות וע"כ קאמר דרק מפני השבת אבידא מחויב למכור ודו"ק:

חופה

הנה בקידושין (דף ה') סובר ר"ה דחופה קונה מקו"ח אמר רבא שתי תשובות בדבר וכו' עד אמר ליה אביי הא דקאמרת דארבע לא תנן מילתא דכתיבא בהדיא קתני וכו' ושיטת

התוס' דלא קיי"ל כר"ה דחופה קונה ורבא דאמר שתי תשובות וכו' לאו משום דסובר כר"ה אלא לפי דברי ר"ה קאמר והרבה סוברים כר"ה דהא פירק כל מה שמקשו עליו יע"ש. והנה לפי מה שהקשו האחרונים דלא משכחת קידושי ביאה דהא על גמר ביאה א"י העדים לידע כמו דמוכח בכריתות גבי שפחה חרופה דקאמר שם דיכול לומר לא גמרתי הביאה ולזה נקט ש"ח דבשאר עריות סגי בהעראה וא"כ כיון דבקידושין קיי"ל דבעינן גמר ביאה דכל הבועל דעתו על גמר ביאה וזה אי אפשר שהעדים ידעו וא"כ הוי מקדש בלא עדים דלא מהני אפי' שניהם מודים ותירצו לפי מה דקיי"ל אין אדם בועל בעילת זנות. א"כ כיון דעל העראה יש עדים א"כ איכא חזקה ואנן סהדי דגמר הביאה כדי שלא יהיה ב"ז דאי לא גמר יהיה ב"ז על העראה אבל בש"ח ליכא עדים דהא אפי' גמר ביאתו עביד איסורא ולכך יכול לומר דלא גמר ביאתו:

ולפ"ז לפי מה שהקשו על קו"ח דר"ה דקאמר חופה שגומרת א"ד שתקנה דהעראה תוכיח דגומר ומ"מ לא קנה דהא בעינן גמר ביאה וע"כ לא פסקו כר"ה דקו"ח פריכא הוא והנה שיטת הרמב"ם בבא על הפנויה דעובר משום לא תהיה קדשה והראב"ד השיג דא"כ לא משכחת דמפותה ישלם קנס והיינו לר"ל דסובר דחייבי מלקות שוגגין ג"כ פוטר מלשלם. ותירצו דנהי בכל חייבי לאוין חייב על העראה לחוד מ"מ לענין לאו דקדשה בזה אינו חייב רק בגמר ביאה וא"כ לא בא בב"א דחיוב קנס הוא משעת העראה ולאו דקדשה הוא בגמר ביאה ועיין בס' יב"י וזה לר"ל משא"כ לדידן דקיי"ל כר"י יש לומר דגם לאו דקדשה הוא בהעראה ועכ"פ לר"ל וכן לרבא דסובר כר"ל דחייבי מלקות שוגגין פוטר מלשלם ע"כ הא דעובר על קדשה הוא בגמר ביאה ולפ"ז ע"כ דסוברים דקידושין חלין בקידושי ביאה הוא משעת העראה דאל"כ תקשה הא על גמר ביאה ליכא עדים ואין לומר דבודאי גמר הביאה כדי שלא יהיה ב"ז דליתא דכיון דבהעראה אכתי לא עבר משום קדשה ליכא חזקה דא"א בועל ב"ז דהא במ"מ מביא ראיה דאיכא לאו דקדשה דאל"כ אמאי אמרינן חזקה דא"א בועל ב"ז דעל דרבנן לא מיזהרי אינשי וא"כ נהי דאמרינן דעובר על קדשה אבל אי בעינן גמר ביאה אכתי יש לומר דלא גמר ואין לומר דא"א בועל ב"ז הא בהעראה לחוד אכתי לא עבר על קדשה וע"כ דרבא סובר דסגי בקדושי ביאה העראה לחוד וע"כ לרבא לא מצי להקשות על הקו"ח דהעראה תוכיח דהא ע"כ לדידיה העראה קונה כמו דגומרת ולא מקשה רק דשלש תנן וכו' משא"כ לדידן דקיי"ל כר"י ויש לומר דעל לאו דקדשה עובר משעת העראה וא"כ יש לומר דקדושין בעינן גמר ביאה ומ"מ לא הוי קדושין בלא עדים דחזקה דגמר הביאה שלא יהיה ב"ז וא"כ יש לומר דהעראה תוכיח וע"כ לא פסקי כר"ה:

וניחא בזה קושית הברית אברהם דלס"ד דש"ס בקדושין דף ט' דבעינן כסף וביאה דמקדש והדר בעיל א"כ יש למילף דחופה קונה מכסף וביאה שאינו גומר דהך מקשין ע"כ ס"ל דביאה אירוסין עושה מדלא פריך ממאורסה ולא נשואה היכי משכחת לה דכיון דבעינן ביאה א"כ הוי נשואה וע"כ דאירוסין עושה וא"כ כיון דכסף וביאה שאינו גומר קונה חופה שגומרת א"ד שתקנה ואי מהפירכא שכן הנאתן מרובה איכא למילף כסף וחופה שיקנה מקו"ח מכסף וביאה שאינם גומרים ואין לחלק בין תרתי הנאת כסף וביאה וגם דאיכא למילף משטר וביאה דגם לס"ד ידע מקידושי שטר אך דהמקשין הוי ס"ל דהוויות להדדי מקשינן וגם בשטר בעינן ביאה וא"כ הוי מצינן למילף כסף וחופה משטר וחופה וא"כ משכחת נערה המאורסה בכסף וחופה ומאי פריך הגמ' יע"ש:

וע"כ נראה דהא בתוס' יבמות (דף מ') הקשה לשמואל דסובר דאין חופה לפסולות הא בכשרה יש חופה וא"כ איכא למיפרך מה לכסף ושטר וביאה שקונין אפי' בפסולות ע"ש וע"כ נראה דהא ביאה ג"כ לא קנה בפסולות דקשה דהא ליכא עדים על גמר ביאה ואין לומר דחזקה דאין אדם בועל ב"ז ובודאי גמר ביאתו דליתא דאפי' אי גמר עביד איסור ועיין בתשובות מהרי"ט וברדב"ז ובמל"מ דהיכי דעביד איסור בביאתו ל"ש לומר חזקה דאין בועל ב"ז ובודאי לשם קידושין בעל כגון היכי דהיתה נדה וא"כ גם ביאה לא קנה בפסולות וא"כ יש לומר ביאה תוכיח וא"כ יש לומר דלפי מה דאיתא בס' שעה"מ דלס"ד דבעינן כסף וביאה לכ"ע סגי בהעראה לחוד ודמי ליבום משום דזקוקה ועומדת וממילא דקונה ביאה אפי' בפסולות דכיון דסגי בהעראה ע"ז איכא עדים ח"כ חופה אינו קונה דאיכא למפרך דמה להני שקונה אפי' בפסולות ואפי' ביאה משא"כ חופה א"כ בלא"ה לא מצינן למילף חופה מהתם:

וניחא בזה הא דפסק הרמב"ם בנפלה ליבום אשה שהיא אסורה על היבם באיסור עשה ופסק דאי בא עלי' קנאה והקשו דכיון דאין עשה דוחה עשה א"כ מדאורייתא לא רמי' ליבום ואמאי קנאה דבשלמא חייבי לאוין ניחא דמה"ת שרי ליבום דעשה דוחה ל"ת רק מדרבנן אסור משום גזירה וע"כ אם בעל קנאה משא"כ בחייבי עשה דמדאורייתא לא רמי' ליבום אמאי קנאה והנה באלמנה לכ"ג מהנישואין דפסק ג"כ הרמב"ם דאי בא עלי' קנאה רק דלא נפטרה צרתה והקשו ג"כ דאמאי קנאה דכיון דאין עשה דוחה ל"ת ועשה אמאי קנאה והרמב"ם הוכיח זה מהא דאיתא לקמן פלוגתא אי נפטרה צרתה ומשמע דהיא עצמה קנאה ונפטרה בגט והקשו הא הגמ' מקשה מהך דפצוע דכא ואם בעלו קנה ואי אמרת מדאורייתא לא רמיא ליבום אמאי קנאה וא"כ ה"ה אלמנה לכ"ג דמדאורייתא לא רמי' ליבום:

והנה כס' יש"י תירץ דבאלמנה לכ"ג שבא עלי' לשם קידושין וקיים מצות יבום הגם דנימא דלא קנה מ"מ איסורא עביד דבאלמנה לכ"ג אפי' בבעל ולא קידש לוקה ול"ש לומר אי עביד לא מהני לפ' המהרי"ט והא דמקשה הגמ' בתמורה באלכ"ג נימא דאי עביד לא מהני ואין לומר הא אף בבעילה בלא קידושין ג"כ לוקה וא"כ לא מתוקן הלאו בכך אך שם הקושיא אי נימא דבקידושין לבד ג"כ לוקה משום לא יקח ובזה שפיר מקשה דהו"ל לומר דאי עביד לא מהני וכיון דאין הקידושין כלום מתקן הלאו דלא יקח ואפי' לרבא דסובר דקידש ולא בעל אינו לוקה מ"מ בשעת קידושין עביד איסורא וא"כ קושית הש"ס בתמורה אזלא באם קידש לחוד משא"כ הכא ביבמה שבא עלי' לשם קידושין וקיים מצות יבום אף אי נימא דלא קנה מ"מ איסורא עביד ולכך אי בא עלי' קנאה אלא דלא נפטרה צרתה משום דאין כאן מצות יבום לא קעבדה שליחות בצרתה משא"כ כפ"ד ושאר פסולי קהל דסובר הרמב"ם דאינו לוקה בביאה בלא קידושין א"כ בבא עלי' לשם מצות יבום אמרינן דלא מהני ונתקן האיסור במקצת דבא עלי' בלא קידושין אינו לוקה עכ"פ וע"כ מהראוי לומר שאף היא בעצמה לא תהיה קנויה לשם אישות דאי עביד לא מהני ושפיר פריך הגמ' יע"ש:

והנה בזה ניחא קושית התוס' דרבא גופיה מותיב מהך ברייתא וא"כ ידע מזה והשתא איתותב מינה והנה בתשובות איתא דהרמב"ם הוכיח דבכל חייבי לאוין ועשה בעינן קידש דווקא משום דהרמב"ם לשיטתו דסובר בבא על הפנויה דעובר על לאו דקדשה ואין איסור חל על איסור וע"כ דבעינן קידש דווקא ועיין בתוס' ובשע"ה. והנה כבר אמרנו דר"ל דסובר דאפי' חייבי מלקות שוגגין פוטר מלשלם וכן סובר רבא ע"כ דסוברים דליכא לאו דקדשה דאל"כ ל"מ דמפותה ישלם קנס דאין אדם לוקה ומשלם והרמב"ם לא פסק כן רק לדידן דקיי"ל כר"י דלא פוטר מלשלם וא"כ ר"ל וכן רבא לדידי' בכל חייבי לאוין ועשה לא בעינן קידש וממילא ל"ש אי עביד לא מהני דלא מיתקן האיסור בזה דכיון דלא בעינן קידש וע"כ רבא לשיטתו הגם דידע מהך ברייתא ניחא דאי בעלו קנה נהי דמדאורייתא לא רמי' ליבום מ"מ ל"ש אי עביד דלא מהני וקושית הגמ' לא אזלא רק לר"א דסובר ג"כ כרבא דאפשר בחליצה ולא דחי וע"כ קשה דאמאי אי בעלו קנה משא"כ לרבא ל"ש דאי עביד לא מהני ולא קשה מהך ברייתא:

ולי נראה על הא דפסק דבאלמנה לכ"ג דהיא עצמה קנאה דהנה הר"ן בקידושין סובר דביאת איסור אינו קונה והקשה עליו ואיתא בתשובות דהא התוס' בתמורה הקשה דאי עביד לא מהני א"כ באונס שגירש יהיה חייב הבא עלי' משום אשת איש אף קודם שהחזירה ותירצו דגירושין דמי למיתה ול"א דלא מהני וא"כ לפ"ז קידושין איתקש

לגירושין וראוי לומר דאי עביד מהני אך התוס' לא כתבו כן רק באונס שגירש דליכא האיסור רק עליו ולא עליה דאי אמרה לא בעינ' מי איתא לעשה כלל וא"כ ה"ה בקידושין היכי דהאיסור רק עליו אז דמי לגירושין ואמרינן ג"כ דאי עביד מהני אבל היכי דהאיסור גם עלי' אז לא דמי לאונס שגירש ואי עביד לא מהני ובזה ניחא מה שהקשו על הר"ן הנ"ל מהא דאיתא ביבמות (דף נ"ח) דקאמר אלא דקני לה כשהיא ארוסה ומשקה כשהיא נשואה והא אין האיש מנוקה מעון ותקשה דת"ל דכיון דביאת איסור לא קנה א"כ אכתי ארוסה היא ולא קרינן תחת אישך. ועיין בס' יש"י אך התם דליכא איסור עלי' דהיא ידעה דלא זינתה ואז אמרינן נהי דהתורה אסרה עלי' מ"מ באופן זה אי עביד מהני וקני אפי' בביאת איסור. והנה איתא במחברים דעשה דיקח בתולה נאמרה רק עליו ולא עלי' וזה ידוע דהריב"א סובר דהגם דאין עשה דוחה ל"ת ועשה מ"מ ל"ת דוחה ולא נשאר רק עשה וע"כ באלמנה לכ"ג דל"ת דחי וליכא רק העשה והעשה אינו עלי' רק עליו ובאופן זה ל"א דאי עביד לא מהני ודמי לאונס וע"כ פסק הרמב"ם דקנאה אך עיקר הקושיא מחייבי עשה דאמאי קנאה אי בא עלי' דהא חזינן דפריך ואי מדאורייתא לא רמי' ליבום אמאי קנאה ועיין בש"א ובב"ש באה"ע:

וע"כ נראה דקושית הגמרא לפי מה דאיתא באחרונים דאע"ג דביבמה סגי בהעראה לחוד אמנם כיון דאשה לבעלה לא סגי בהעראה ומעתה כיון דאין כאן מצות יבום ומה"ט לא נפטרה צרתה רק דתאמר דמ"מ קנה אותה דקידושין תופסין בחייבי לאוין עכ"פ בעינן גמר ביאה כמו שאר קידושי אשה וממילא בעינן עדים דלא מיבעיא אי אמרינן דבכל יבום בעינן עדים ועיין במל"מ אך אפי' אי בכל יבום לא בעינן עדים מ"מ הכא דאין כאן מצות יבום ורק משום קידושין תופסין בחייבי לאוין בעינן עדים וע"ז מקשה אי מדאורייתא לא רמי' ליבום ואיסור דאורייתא עביד איך קנאה הא ליכא עדים על גמר ביאה ואין לומר משום דחזקה דאין אדם בועל ב"ז דהא היכי דעביד איסור לא אמרינן הך חזקה ולפ"ז ניחא קושית התוס' הנ"ל דכבר אמרנו דרבא ע"כ סובר דעל קידושין סגי בהעראה משום לדידי' ע"כ לא עביד איסור בהעראה דאל"כ לא משכחת קנס וא"כ לא קשה לדידיה קושית הגמרא דהא על העראה איכא עדים:

ולפ"ז יש לומר בחייבי עשה נהי דחזינן דעבר על עשה מ"מ יש לומר דלא עבר על ל"ת דקדשה ואינו עושה ב"ז דל"ת חמור מעשה וא"כ אנן סהדי דגמר ביאתו שלא לעבור על ל"ת וע"כ קנאה אפי' אי בעינן עדים וגמר ביאה חזקה דגמר ביאתו ובזה ניחא קצת הסוגיא בגיטין (דף פ"א) דלחד לישנא פליגי ב"ש וב"ה בראוה שנבעלה דב"ש סובר דאדם עושה בב"ז והקשו דאמאי לא קאמר דב"ש לשיטתו דסובר דלא יגרש אלא במצא

ערות דבר וא"כ אפי' אי בעל לשם קידושין עביד איסור דאסורה עליו משום סוטה וע"כ נראה דלפי מה דאיתא בס' פ"י דכל גיטין הוי עדות שא"א יכול להזימו דיכולין לומר אי הוזמו דהיה מאוחר אך משום דחשוב ממון דאיכא כתובה ובממון הא לא בעינן יכול להזימו והנה זה רק מדרבנן וע"כ משום דהפקיעו הקידושין והוי ביאת זנות למפרע וא"כ לכאורה קשה על ב"ה דסובר דחזקה דלא בעל ב"ז ובודאי קידשה והא כיון דגירשה ע"כ דלא קפיד על ב"ז וע"כ דאיירי דגירשה מאירוסין דאז ל"ש ב"ז ושיטת מהרשד"ם דבארוסה מודה ב"ש דלא בעינן ערות דבר וע"כ ל"ש טעמא דב"ש דאסורה עליו משום סוטה כיון דע"כ איירי בארוסה:

ומה שהקשו על שיטה זו דא"כ מאי הקשה הירושלמי דלמאי כתבה התורה לא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה דת' דאסורה משום סוטה וקשה הא נ"מ בארוסה דמודה ב"ש דלא בעינן ערות דבר ונראה דירושלמי לשיטתו דהא הקשו דלפי מה דמוקי הגמ' ביבמות דקני לה כשהיא ארוסה ואיסתתר ונכנסה לחופה ופריך הא בעינן שקדמה שכיבת בעל לבועל ומשני שבא עליה ארוס בבית אביה דאמאי לא מוקי דקידשה בביאה אי ביאה אירוסין עושה והנה לפי שיטת הירושלמי דסובר דבבעולה לא קניה חופה ניחא ואין לומר שבא עליה שלא כדרכה דהא בעל עושה בעולה אפי' שלא כדרכה והנה בריטב"א איתא דהא דבעל עושה בעולה שלא כדרכה דכיון דחשוב ביאה לענין קנין וע"כ נחשב בעולה ע"י הך ביאה וא"כ כי משני דבא עליה ארוס בבית אביה דאז כיון דלא היה לשם קנין אין נעשה בעולה שלא כדרכה ואיירי בשלא כדרכה וניחא הקושיא דהא בבעולה לא קניה חופה:

וניחא בזה קושית התוס' בקדושין על עולא דהוכיח גלגול שבועה וקשה מנ"ל דילמא איירי בנכנסה לחופה וקרינן תחת אישך וכתבו דא"כ קדמה שכיבת בועל לבעל וזה דוחק לאוקמי בבא עליה ארוס בבית אביה והקשו בתוס' דא"כ ל"צ קרא תחת אישך דארוסה לא שותת ות"ל דקדמה שכיבת בועל וע"כ משום דאפשר לאוקמא בבא עליה בבית אביה ולפי הנ"ל ניחא דהא אי לאו קרא דבעינן תחת אישך וגם ארוסה שותה אז לא קשה דקדמה בועל לבעל דאז יש לומר דקידשה בביאה ול"ש דבבעולה לא מהני חופה מה בכך דהא לא בעינן חופה דהא אפי' ארוסה שותה וזה הכל לשיטת הירושלמי דסובר דבעולה לא מהני חופה וע"כ לא מוקי הגמ' בקידשה בביאה משא"כ הש"ס דידן דסובר דמהני חופה וע"כ הא דלא מוקי קידשה בביאה משום דביאה נישואין עושה. ולפ"ז ניחא הכל דהא הקשו על שיטת מהרשד"ם דב"ש מודה בארוסה הלא קרא דכי יקח אשה ובעלה דילפינן מיניה דנקנית בכסף ובביאה איירי בארוסה וכתיב אח"כ כי

מצא ערות דבר אלמא דאפי' בארוסה בעינן ערות דבר רק אי אמרינן דנישואין עושה ניחא אז שפיר יש לומר דבארוסה מודה ב"ש וא"כ ניחא הכל דש"ס דידן דסובר דאפי' בבעולה מהני חופה וא"כ ע"כ צריכין לומר דביאה נישואין עושה דאל"כ אמאי לא מוקי בקידשה בביאה וא"כ יש לומר דקרא כי מצא ערות דבר לא קאי רק בנשואה דהיינו בקדושי ביאה דנשואין עושה ולעולם דבארוסה מודה משא"כ הירושלמי סובר דביאה אירוסין עושה והא דלא מוקי בקידשה בביאה משום דבבעולה לא מהני חופה וכיון דאירוסין עושה וכתיב כי מצא ערות דבר אלמא דאפי' בארוסה בעינן ערות דבר וע"כ שפיר הקשה הירושלמי ת"ל דסוטה היא ול"צ קרא לא יוכל בעלה הראשון וכו':

והנה לפי שיטת הרמב"ם דסובר דכל מי שבא ביאת איסור מעולם אין המים בודקין את אשתו והוכיח דאי אפשר לומר כן מהא דאמר ר"ל דאין מזווגין אשה אלא לפי מעשיו וכיון שחוששש שזינתה ע"כ דאין הוא מנוקה מעון דכיון דאין מזווגין אלא לפי מעשיו א"כ לא משכחת דהמים יהיו בודקין והוכיח מזה דלא כשיטת הרמב"ם ובזה ניחא הא דלא מוקי בקידשה בביאה דכיון דאין מזווגין וע"כ דבעל בעילת איסור ממילא לא מהני קדושי ביאה דהא ליכא עדים על הגמר ואין לומר דחזקה דאין בועל ב"ז דהא ע"כ איש זה לא הקפיד על זה:

והנה בתוס' קדושין תירצו דמש"ה לא מוקי לה דקני כשהיא ארוסה ואיסתתר ונכנסה לחופה משום דאין חופה לפסולות והקשו בתוס' דלדידן דקיי"ל דיש חופה מנ"ל גלגול שבועה וע"ש. ונראה דהא שיטת הרמב"ם דכל מי שבא ביאת איסור אין המים בודקין את אשתו ולאו דווקא שבא עליה לאחר קינוי וסתירה והקשה בראב"ד מהא דמוקי הגמ' לרב שבא עליה ארוס בבית אביה וקשה דא"כ אינו מנוקה מעון וע"כ נראה דהנה במתני' דסוטה איתא אלמנה לכ"ג לא שותת ואיתא בספרי הטעם משום דבעינן ראוי לאישות והקשו דת"ל דאינו מנוקה מעון דהא ע"כ איירי שבא עליה דאל"כ קדמה שכיבת בועל לבעל ותירץ במל"מ דנ"מ דנפלה לפניו ליבום דביאה ראשונה שרי דעשה דוחה ל"ת וא"כ הוא מנוקה מעון אך דכיון דביאה שניה אסורה אינה ראויה לאישות וא"כ לרב דיליף מקרא דיבמתו דמדאורייתא לא ראויה ליבום אפי' ביאה ראשונה רק לחליצה הדרי קושיא לדוכתא דת"ל דאינו מנוקה מעון וע"כ דרב סובר דהא דאין מנוקה מעון דאין המים בודקין זה דווקא בבא עליה לאחר קינוי וסתירה וע"כ על רב לשיטתו משני שפיר שבא עליה ארוס בבית אביה דלדי' כל שלא בא עליה לאחר קו"ס אף שבעל בעילת איסור חשוב מנוקה מעון אך לדידן דקיי"ל דחייבי לאוין מדאורייתא ראוי ליבום וא"כ יש לומר דכל מי שבא ביאת איסור חשוב אינו מנוקה מעון וקרא דספרי דבעינן ראוי

לאישות בעינן היכי שנפלה ליבום דשרי ליבם וא"כ אי אפשר לאוקמא בבא עליה ארוס בבית אביה דא"כ אינו מנוקה מעון וע"כ ע"י גלגול ושפיר שמעינן גלגול שבועה וניחא בזה הגמ' ביבמות (דף נ"ט) אלמנה לכ"ג בין מאירוסין ובין מנישואין ופריך פשיטא מ"ד לילף אלמנה אלמנה מתמר מה להלן מנישואין וכו' ואימא ה"נ ומשני דומיא דגרושה והקשו בתוס' וא"ת לימא איפכא גרושה דומיא דאלמנה ודוקא מנשואין וע"ש וי"ל דלקולא ולחומרא לחומרא מקשינן והקשו מאי הקשו בתוס' דע"כ מוכח דגרושה אפי' מאירוסין דהא ב"ש סובר דלא יגרש אלא במצא ערות דבר וב"ה יליף מדכתיב דבר דאפי' משום דבר מגרשה והקשו דלמה צריך קרא לאסור גרושה לכהן דת"ל דהיא זונה והוכיחו מזה דבארוסה מודה ב"ש דל"צ ערות דבר וכן אליבא דב"ה מוכרחין לומר כן דאל"כ ל"צ דבר דממילא ידעינן דאל"כ ת"ל דגרושה אסור משום זונה וע"כ בגרושה מאירוסין דלא בעינן ע"ד ורק אסורה משום גרושה אך הקשו דלפ"ז מה הקשו בתוס' דילמא גרושה דמיא לאלמנה דווקא מנישואין דא"כ תקשה קושיא הנ"ל לדוכתא דלב"ש למאי כתבה התורה דגרושה אסורה לכהן ת"ל דאסורה משום זונה דכיון דגרושה דאסורה לכהן הוא רק מנישואין אלא ודאי דגרושה אסורה אפי' בארוסה וא"כ מאי הקשו בתוס' וע"כ נראה דהא יש לומר על קושיא הנ"ל דת"ל משום זונה די"ל היכי דניסת לאיש אחר וקינוי וסתירה והיתה שותה ולא היו בודקין וכיון שצריכה לומר אמן מאיש זה אמן מאיש אחר א"כ איגלאי מילתא דהעדים העידו שקר שזינתה בבעל הראשון דאל"כ היו המים בודקין אותה וא"כ משום זונה ליכא וע"כ הוצרך התורה לכתוב דגרושה אסורה לכהן דאז משום זונה ליכא וכן י"ל על קושית הירושלמי הנ"ל באופן זה ותירצו דאי אמרינן כשיטת הרמב"ם הנ"ל דכל מי שבא ביאת איסור אין המים בודקין וא"כ אין ראיה דהעידו בשקר דיכול להיות שבא ביאת איסור וע"כ לא בדקו המים ומה"ת ליפסול העדים דבשלמא אי אמרינן דווקא שבא לאחר קו"ס אז חשוב אינו מנוקה מעון ל"ש זאת דכיון דמוסרין שני ת"ח. וע"כ שפיר הקשה הירושלמי. והנה המפרשים הקשו על הא דקאמר מ"ד לילף אלמנה אלמנה מתמר דרק מנישואין דא"כ תקשה דלמאי צריכין קרא דבעינן ראוי לאישות ת"ל דאינו מנוקה מעון ואין לומר דנ"מ בנפלה ליבום דאז עשה דוחה ל"ת ואי אלמנה דווקא מנישואין אז לא דחי עשה ל"ת ועשה ואפי' ביאה ראשונה אסורה וא"כ היכי ס"ד דאלמנה היינו מנישואין וע"כ הא דקאמר דהוי ס"ד מנישואין והא דבעינן שיהיה מנוקה מעון היינו שלא נבעלה לאחר קו"ס ולא מי שבא ביאת איסור ואז צריכין הטעם דאינו ראוי לאישות דאין לומר באלמנה לכ"ג אינו מנוקה מעון דכיון דפי' אינו מנוקה מעון היינו שבא עליה לאחר קו"ס דוקא וע"כ שפיר הקשו בתוס' דילמא גרושה

גופא רק מנישואין וגרושה דאסורה לכהן בעינן היכי שקודם שניסת לאחר והיה קו"ס ולא בדקו מים דנתברר דסהדי שיקרא מסהדי ואין לומר שמא בא ביאת איסור דליתא דהא השתא סובר דוקא שבא לאחר קו"ס אז חשוב אינו מנוקה מעון ולא מי שבא ביאת איסור מעולם:

והנה מה שכתבנו דנ"מ בנפלה ליבום דעשה דוחה ל"ת וע"כ מאירוסין אף לפי מה דסוברים דנהי דיבמה נקנית בהעראה לחוד זה בנפלה מנישואין אבל מאירוסין בעינן גמר ביאה א"כ אי אפשר לומר דעשה דיבום דוחה דהא לא הוי בעידנא דעל הלאו עבר מיד והעשה אינו מקיים רק בגמר ביאה ובזה ניחא רש"י ביבמות ד' הנ"ל דסובר דבשומרת יבם ל"ש דבעינן דקדמה שכיבת בעל לבועל משום דמה שקדמה שכיבת אחי המת כשכיבת בעל הוא והקשה בתוס' דהא בסוטה פריך טעמא דכתיב הני קראי והא בעינן שקדמה וכו' ומשני בבא עליה ארום בבית אביה ודכוותיה גבי ש"י שבא עליה וכו' אלמא דזה שבא עליה אחי המת ל"ח קדמה לבועל וע"כ נראה דהא בתוס' הקשו איך מתנה על ש"י הא תנן כל שאלו תבעל ולא תהי' אסורה לא היה מתנה עמה ותירצו דאתיא כרב המנונא דסובר שומרת יבם שזינתה אסורה ליבמה.

והנה באחרונים איתא טעמא דמילתא דאין לומר משום דאין נ"מ לבעל כיון דמותרת לו וקשה מאשת סריס והא שם ג"כ אין נפקותא לבעלה הא אף אי לא זינתה אין ראוי לבעל וצ"ל דגזה"כ הוא דכתבה התורה ונטמאה דאסורה בעל א"כ דווקא היכי דע"י זנות אסורה לבעלה גזרה התורה להשקות ונפק"מ באם אחר הזנות מותרת ביאה אחת לבעל וביאה שניה אסורה אם יהיה הטעם משום גזה"כ אפי' אי מותרת רק ביאה אחת לבעלה לא היתה שותת ולפ"ז קשה קושית תוס' אמאי מתנה עם שומרת יבם הא כל שאלו תבעל ולא תהיה אסורה לא היה מתנה עמה ואין לומר דסובר כרה"מ דהא הוא דריש מקרא לא תהיה אשת המת החוצה והוי ל"ת וא"כ מדאורייתא ביאה ראשונה דחי עשה דיבם הל"ת הנ"ל וא"כ מותרת ליבם ביאה אחת אחר הזנות וא"כ לא היה מתנה עמה בשלמא רה"מ מ"ל דאמר דאסורה ליבם בביאה שניה אבל להתנות אפי' אי מותרת רק ביאה אחת לא היה מתנה עמה אך יש לומר דבאמת הא דכתיב אמן אמן צריכין לענין אמן מאיש זה אמן מאיש אחר לענין ארוסה רק דיליף נמי שומרת יבם והיינו לאחר שגזרו חכמים דאפי' ביאה ראשונה אסורה אמר נמי ש"י דהא לא חזי אפי' ביאה ראשונה מדרבנן. אך לפ"ז תקשה במס' סוטה דמייתי התם תרי קראי תחת אישך ותחת אישה חד לארוסה וחד לש"י וא"כ קשה הא מדאורייתא שרי ביאה ראשונה וא"כ לא הוה מתנה עמה וע"כ דאיירי בשומרת יבם מאירוסין דאז בעינן גמר ביאה ולא דחי העשה דלא הוי בעידנא

וע"כ שפיר פריך דכוותי' גבי ש"י דכיון דע"כ איירי מאירוסין ל"ש דקדמה שכיבת אחיו המת וכו' ובאמת יש לומר דלפי שיטת התוס' דהיכי דבא ע"י פשיעה לא דחי עשה ל"ת א"כ הכא דבא ע"י פשיעה דזנות ועשה היה יכול לקיים בלא"ה א"כ לא דחי עשה ל"ת ועי' בתוס' עירובין ובשעה"מ מה שהקשה מזבחים:

גם יש לומר על קושית התוס' דרבא דידע מהך ברייתא והשתא איתותב מיני' דלפי מה שהקשה הב"ש דאפי' בחייבי לאוין אמאי אי בעלו קנו הא עיקר הטעם דמדאורייתא דוחה ל"ת ול"א דאפשר בחליצה משום דחליצה במקום יבום לאו מצוה והיינו אי מצות יבום קודם ולדידן דקיי"ל דחליצה קודם שייך דאפשר בחליצה ועי' בס' יש"י דכתב וז"ל דבאמת כשאינו ידוע אם מכוין לשם מצוה היה לנו לומר אוקמא על חזקת כשרות דבודאי כיון לשם מצוה אלא דאנן חיישינן שמא לא יכוין לשם מצוה ובזה ל"ש חזקה דהאי חזקה הוי כמו חזקה דאתא מכח רובא וחיישינן שמא תזנה כמו שכתבו בתוס' גיטין לחלק בין זינתה ובין שמא תזנה דזה חיישינן וה"ה בזה חיישינן שמא לא יכוין ולא יבא עלי' לשם מצוה אבל אי כבר בא עלי' מוקמינן אחזקתו דבודאי בא עלי' לשם מצוה מצד חזכ"ש ולכך אי בעלו קנה:

והנה לפ"ז ע"כ צריכין לומר דקושית הגמ' מאם בעלו קנו אזלא רק למ"ד בגיטין דלא מחלק בין שמא מת ובין שמא ימות וע"כ קשה אי אמרינן דלא דחי משום דאפשר בחליצה והיינו דמצות חליצה קודם אמאי אי בעלו קנה דאין לומר דכיון דכבר בעל מוקמינן על חזקתו חז"כ דהא לא מחלקינן בזה וא"כ רבא לשיטתו דמחלק בין שמא מת ובין שמא ימות דשמא ל"ח וע"כ אי בא עליה קנאה ואמרינן דבודאי בא עלי' לשם מצוה וממילא מצות יבום קודם וע"כ קנה אי בעל:

ובזה ניחא הסוברים דבחייבי עשה אי עבר ובעל לא קנאה ותמהו דאמאי לא אמרינן כיון שכבר בעלה ואתה בא לדחות הקנין משום איסור שבו מאי אולמא עשה זו מעשה דיבום ועי' בנב"י שכתב לתרץ כן שיטת הרמב"ם דסובר דקנה ולפ"ז ניחא דכיון דאין עשה דוחה עשה א"כ לכתחלה לא היה ראוי שתתייבם א"כ תו ליכא חז"כ דאיתרע ואמרינן דלא נתכוין למצוה וממילא דמצות חליצה קודם וע"כ אפי' בדיעבד שעבר ובעל לא קנה דל"ש דמאי אולמא האי עשה מעשה דיבום דליתא דכיון דמ"ח קודם ול"ש דאוקמא על חז"כ דאיתרע דלא היה רשאי ליבם לכונסה דאין עשה דוחה עשה:

והנה שיטת הרמב"ם דאפי' חייבי עשה אי עבר ובעל קנאה וע"כ דטעמא דסובר דעשה דוחה עשה ובאמת ניחא בזה הרמב"ם הלכות כלאים דפסק כרב דמוציא כלאים בבגדו דפושטו אפי' בשוק שאין כבוד הבריות דוחה ל"ת ולמה נדחה בטומאת מת מצוה הואיל

ופרט הכתוב ולאחותו לאחותו אינו מטמא אבל מטמא למת מצוה ולא מביא משום דשב ואל תעשה שאני תירץ הגמ' וקשה הא בגמ' פריך ונילוף מיני' ומשני שב ואל תעשה שאני והי' לו להביא זאת דמשום דהוא שב ואל תעשה ע"כ נדחה מפני כבוד הבריות ועי' בתומים סי' כ"ח וע"כ נראה דהנה לפי מה שמבואר ברמב"ן מ"ע גמורה לקבור כל מת וא"כ לכאורה לא פריך הגמ' מידי דיש לומר דהא דנדחה פסח הוא משום דעשה דקבורה דוחה עשה דפסח ולא משום כבוד הבריות נדחה עשה דפסח אך אין עשה דוחה עשה וע"כ הא דנדחה משום כבוד הבריות וע"ז פריך ונילף מיני' משא"כ לדידן יש לומר דעשה דוחה עשה ול"צ לטעמא דשב ואל תעשה שאני וע"כ השמיט הרמב"ם זה הטעם:

ולכאורה נראה עוד לתרץ הרמב"ם דלכאורה יש להבין אמאי אין עשה דוחה עשה וכן אי לא ילפינן מכלאים בציצית אז אפי' ל"ת לא דחי וכן לא דחי עשה ול"ת ות"ל דשרי משום דבר שאינו מתכוין לעבור על הלאו רק לקיים העשה ודבר ש"מ שרי וכן כתבו דמש"ה רשאי להשהות חמץ לבערו משום דבר ש"מ וצ"ל משום דהוי פ"ר דאסור אפי' א"מ. והנה בפ"י איתא דפ"ר היכי דלא עביד מעשה בידי' רק ממילא נתעקר אז אע"ג דפ"ר שרי א"מ ועי' בפ"י פסחים סוגי' דלא אפשר ולא מכוין ולפ"ז תקשה מה פריך מלאחותו דילמא התם הטעם נהי דאין עשה דוחה עשה מ"מ שרי דעשה דקבורה דוחה עשה משום דהוא א"מ ואע"ג דפ"ר הוא שרי דממילא נתעקר העשה דפסח אך הסוגיא דקאי לרב ורב אוסר דש"מ ול"ש לומר דשרי לטמא משום א"מ משא"כ לדידן יש לומר דשרי משום ש"מ ואע"ג דהוי פ"ר וע"כ לא הוצרך הרמב"ם להביאו דמשום דהוא שב ואל תעשה נדחה:

ועי' בש"א דכתב דטעמא של הרמב"ם דסובר דעשה דוחה עשה הבא מכלל עשה דלא עדיף מלאו גמור ועי' בישׁ"ש ביבמות ומש"ה חייבי עשה שנפלה ליבום אם בעלה קנה והנה בתשובות איתא דזה תליא בפלוגתא דר"ע ור"ש בנזיר דאליבא דר"ע דסובר דאין עשה דוחה שני לאוין יש לומר דעשה דוחה עשה הבא מכלל עשה והא דאין עשה דוחה ל"ת ועשה הגם דכל חד באפי נפשי' דחי וע"כ דבהצמדם יחד חמור ולא נדחית מפני העשה כמו דלא דחי שני לאוין וע"כ לדידי' יש לומר דדוחה עשה הבא מכלל עשה אבל לר"ש דס"ל מה לי חד לאו מה לי שני לאוין ע"כ צריך לומר דהא דאין עשה דוחה ל"ת ועשה העיקר משום דלא דחי העשה דלא מצינו לומר משום דתרווייהו יחד לא דחי דהא לא חמור משני לאוין דדחי וע"כ משום דלא דחי העשה הגם דהוא לאו הבא מכלל עשה ולפ"ז ע"כ ר"ע סובר דאמרינן דאהדרינהו לאיסורא קמא דאל"כ תקשה אמאי אין שתי הלחם דוחה יו"ט משום דכתיב לכם ולא לגבוה ואמאי לא דחי העשה לעשה זו הבא

מכלל עשה דלכם ולא לגבוה אלא ודאי משום דאהדרינהו לאיסורא ואיכא עשה ול"ת על מלאכת יו"ט דאי לא אהדרינהו וכו' וליכא רק עשה דלכם ידחה עשה דלחה"פ או של שתי הלחם העשה הנ"ל אליבא דר"ע ולפ"ז לר"ע איכא מלקות על ט"כ דאין לומר דאינו רק עשה תעבירו באש ועי' תוס' חולין דהא הדרינהו לאיסורא וניחא בזה דר"ע יליף ט"כ מג"נ וקרא דמשרת להמ"ל וקשה דילמא לט"כ ואין לומר דהא ילפינן מג"נ דאז ליכא מלקות וע"כ צריכין משרת על ט"כ שיהיה לוקה ולפמ"ש דאליבא דר"ע אפי' אי ילפינן מג"נ איכא מלקות וניחא קושית התוס' בע"ז דלר"ש משרת למה לי דט"כ ידעינן מג"נ דליתא דאז ליכא מלקות והוא לא סובר דהדרינהו לאיסורא והוא סובר כר"ש דעשה לא דחי עשה הבא מכלל עשה וע"כ לא קשה מלחה"פ דידחה עשה דלכם:

גם נראה דתליא בפלוגתא דרבא ור"א ביבמות דאליבא דרבא דאין עשה דוחה ל"ת שיש בו כרת וא"כ כש"כ דלא דחי שני לאוין דחמור יותר מכרת ועי' בר"ן דכתב דהרבה איסורין חמור יותר ממיתה וע"כ טוב יותר לשחוט בשבת מליתן נבילה וע"ש וא"כ יש לומר דהא דלא דחי עשה ול"ת משום דאיכא שניהם עשה ול"ת ולעולם דעשה דחי עשה מכלל עשה דל"ח מלאו משא"כ לר"א דדוחה ל"ת שיש בו כר וא"כ ה"ה שני לאוין ויש לומר דהא דלא דחי עשה ל"ת ועשה ע"כ משום העשה וסובר דלא דחי אף עשה הבא מכלל לאו וניחא בזה קושית התוס' ביצה דאמאי לא קאמר דאיכא קלקול במוספין ואין לומר דמעלה ומלינה בראש של מזבח מ"מ תקשה לרבא דסובר דלינה פוסלת בראש של מזבח:

ולפ"ז ניחא דהגמ' לא הוצרך לומר בשלמא לת"ק יבא עשה דפסח שיש בו כרת ודוחה עשה דהשלמה ומשמע הא אי לא היה כרת לא הוי דוחה אע"ג דעשה דהשלמה אינו רק בשב ואל תעשה זה הכל לר"א ולדי' יש לומר דסובר דאין לינה פוסל בראש של מזבח וע"כ לא קאמר קלקול מוספים רק נתקלקלו בשיר ורבא לשיטתו בלא"ה ניחא דלדידי' אפי' עשה דלית בי' כרת דוחה עשה דהשלמה כיון דהוא בשב ואל תעשה וע"ש בתוס' דתירצו דעשה דרבים דחמיר דוחה עשה דהשלמה וע"ש ומכאן יש ראיה דעשה דחמץ לא מיקרי עשה דרבים משום דעשה זו מוטלת באותו שעה על כל ישראל כאחד ע"כ מיקרי עשה דרבים דאי מיקרי עשה דרבים א"כ גם פסח מיקרי עשה דרבים ול"צ לומר משום דעשה דכרת דוחה ת"ל דעשה דרבים דחמור דוחה עשה הקל ותימא על המג"א דנסתפק בזה:

וגם נראה לתרץ הרמב"ם דבאיסור עשה אי עבר ובעל קנאה לפי מה דאיתא במכילתא יבמה יבא עלי' וערות אשת אחיך לא תגלה שניהם בדיבור אחד נאמרו גם איתא

במכילתא שם שם לו חק ומשפט ר' אליעזר אומר חק אלו העריות הרי דכל עריות שבפ' אחרי שנאמר בהם חק במרה נצטוו וכיון דערות אשת אחיך ויבמה יבא עלי' בדיבור אחד נאמרו א"כ יבמה במרה נאסרה וא"כ הוא עשה דלפני הדיבור וא"כ לפ"מ דאיתא בריש יבמות מה לפסח ומילה שכן ישנו לפני הדיבור הרי מבואר דעשה דלפני הדיבור אלימא טפי. וא"כ יש לומר דאע"ג דאין עשה דוחה עשה הכא שאני משום דהוא לפני הדיבור וע"כ דחי העשה דלאחר דיבור. אך דלפ"ז קשה א"כ גם אלמנה מנישואין אמאי לא דחי העשה דיבום דיש למילף מפסח ואין לומר שכן לפני דיבור דהא גם עשה דיבום הוא לפני הדיבור:

ומה שהקשה בתוס' דאמאי פריך מאלמנה לכ"ג מאירוסין דיבא עשה וידחה ל"ת ואמאי מגרושה לכהן הדיוט דאז בודאי אינו רק עשה וע"ש ולכאורה היה נראה לפי מה דאיתא בתוס' יבמות (ד' ס"א) ד"ה כ"ג וז"ל וא"ת מרישא שמעינן ואומר ר"י דהכא חולץ אתא לאשמעינן דס"ד משום בזיון דכ"ג שרקקה לפניו לא תחלוץ וע"ש ולפ"ז יש לומר דעל גרושה ידע לתרץ משום דאפשר בחליצה וע"כ לא דחי עשה ל"ת משא"כ אלמנה לכ"ג ה"א דל"ח אפשר בחליצה משום בזיון דכ"ג ובפרט דהא קיי"ל דאיסור דרבנן נדחה משום כבוד הבריות וע"כ ה"א דלא אמרינן הך גזירה דביאה ראשונה אטו ביאה שניה וגם הא דאפשר כתבו המחברים דזה רק מדרבנן וה"א דמפני כבוד הבריות רשאי ליבם:

ולכאורה קשה לפי מה שכתבו דמש"ה אפי' אי חד כשר מ"מ אי עברו ודנו אין דיניהם דין משום דהא דדנין השתא משום דשליחות קמאי עבדינן וא"כ כיון דרבנן אמרו דבעינן שלשה ל"ש שליחות קמאי עבדינן וע"כ אין דיניהם דין וא"כ תקשה אפי' אי משום גזירה ביאה ראשונה לא מתייבמת אמאי נפטרה צרתה הא דצרתה נפטרה ביבום דחד משום דשליחותא עבדה וכיון דאמרו רבנן דאינה מתייבמת משום גזירה ביאה שניה לא נעשית שלוחה ואמאי נפטרה צרתה:

ובזה אמרתי לתרץ דברי רש"י ביבמות (ד' ק"ד) במתני' החרש שנחלץ דחליצה פסולה ופי' רש"י לפוטרה במקום אח כשר וקשה הא אף במקום דליכא אח כשר לא מהני החליצה וע"כ נראה דהא צריכין לומר למה נקט חרש הרי אף באלם כן משום שאינו באמר ואמרה וע"כ הא דנקט חרש משום דנוסף טעם חדש משום דלאו בני דיעה נינהו וקשה דמטעם זה אין איסור לחלוץ דכיון דסתמא לחליצה קאי מהני גדול עומד ע"ג וע"כ נקט רש"י ביש אח אחר ואח דחולץ דמהני דנפקע זיקה משאר אחין משום דשליחות דאח עביד וחרש לאו בר שליחות משא"כ היכי דליכא אח אחר אמאי לא מהני דחשוב עומד ע"ג:

ולכאורה קשה מאוד הא דאיתא ביבמות יש מותרות לבעליהן ואסורות ליבמיהן אלמנה שנשאת לכהן הדיוט ולו אח כ"ג ובש"ס שם פריך מה אריא נשא אפילו קידש נמי דליכא רק ל"ת ג"כ אינה מתייבמת דהא כולה פירקין ל"ת לחוד ולא דחי ומאי ארי' שנשא אלמנה אפי' בתולה נמי דהא נעשית אלמנה השתא. והנה לפי מה דסוברים דאיסור קטלנית ל"ש ביבום משום דשומר מצוה לא ידע דבר רע וא"כ לפי מה דקאמר לעיל דמש"ה לא דחי משום דאפשר בחליצה והיינו אי מ"ח קודם והטעם דלא מכוין למצוה וא"כ היכי דהיא קטלנית ל"ש זה דבודאי הוא מכוין דאל"כ הוא בסכנה וע"כ מצות יבום קודם ודחי עשה ל"ת אף דבעלמא דחי וזה דווקא בנשא אלמנה דאז היא קטלנית ע"כ דוחה ול"ש דאפשר בחליצה דקודם משום דל"מ למצוה דהכא בודאי מכוין משא"כ בנשא בתולה לא מתייבמת דלא דחי העשה ל"ת משום דאפשר בחליצה:

גם יש לתרץ הפוסקים דלא כר"ה דסובר דחופה קונה ונראה לפי מה דאיתא במקנה דהא דבעינן בקידושין ת"כ הא כיון דארוסה לית לה כתובה חשוב איסורא דלית בי' ממונא ומשמע דעיקר מילתא דר"מ דבעי ת"כ הוא בתנאי קידושין מדקבע רבי מילתא דר"מ הכא בקידושין וכתב דכיון דקידשה ע"ת ואי לא תקיים התנאי צריכה להחזיר כסף קידושין א"כ חשוב איסור דאית בי' ממון ואף דקידושי שטר לית בי' ממונא מ"מ כיון דקידושי ביאה אית בי' ממונא משום הכתובה דאפי' אי אירוסין עושה מ"מ כיון דעיקר הכתובה הוא מוהר הבתולות יש לה כתובה וע"כ אפי' קידושי שטר מקשינן הוויות להדדי כמו דמשני הכא דאע"ג דקידושי ביאה אי אפשר ע"י שליח מ"מ מהני תנאי משום דאיתקש להדדי ולכאורה קשה דהא בריטב"א הקשה מנ"ל למילף ביאה מכם ושטר דמהני תנאי אדרבא נקיש לחומרא כסף ושטר לביאה דלא מהני תנאי ותירץ הכא תרתי והכא חדא וע"ש וא"כ אי חופה קונה איכא תרתי דלית בי' ממונא שטר וחופה וא"כ נקיש לשטר וחופה ק"כ וביאה דלא בעי ת"כ אך ר"ה לשיטתו דסובר דיש כתובה לארוסה דקאמר מנה מאתים מאירוסין ועי' בשמ"ק שם וא"כ בכל קידושין חשוב איסור דאית בי' ממון ומצי סובר דחופה קונה:

ובזה ניחא הפוסקים דספק הוא אי ביאה נישואין עושה או אירוסין עושה ורבא מסיק ואיפשוט דאירוסין עושה וע"כ נראה דלכאורה תקשה איך אפשר לומר דנישואין עושה דא"כ תקשה איך מהני תנאי דאי אפשר לקיימו ע"י שליח ומשני דאיתקש הוויות להדדי והא תינח אי אירוסין עושה משא"כ אי נישואין עושה ל"ש זה אך לדידן דקיי"ל כרב דמחל לתנאי וצריכה גט ולא קשה מחליצה מוטעת דיש לומר ג"כ משום מחילה ולא בעינן אפשר לקיימו ע"י שליח רק כיון דעביד מעשה אחיל לתנאי וע"כ יש לומר

דנישואין עושה משא"כ רבא מתרץ דברי שמואל דסובר דלא בעי גט ולא דאחיל וע"כ דבעינן אפשר לקיימו ע"י שליח וע"כ דביאה אירוסין עושה דאל"כ ל"ש איתקש הוויות להדדי ודו"ק:

ובזה ניחא הרי"ף בכתובות פ' המדיר דאיתא שם כנסה סתם ונמצא עליה נדרים תצא שלא בכתובה הא גיטא בעי אמר ר"ח גט מדבריהם רבא אמר תנא ספוקי ליה גבי ממונא לקולא וכו' והקשה בר"ן דזה הכל לשמואל דסובר דקידשה ע"ת וכ"ס אין צריכה גט וע"כ דמתני' איירי בק"ס וכ"ס משא"כ לדידן דקיי"ל כרב איירי מתני' בקע"ת וכ"ס וגט צריכה בודאי משום דאחיל לתנאי:

ונראה דהא במהרש"א הקשה דלרב דאיירי מתני' בקידש ע"ת וכ"ס אמאי לא קתני רבותא יותר דאפי' בכנס ג"כ ע"ת דבעי גט וע"ש אך נראה דאין שום חידוש כלל דהא הגמ' פריך דאמאי מהני תנאי בביאה הא אי אפשר לקיימו ע"י שליח ומשני דאיתקש הוויות להדדי וזה תינח ביאה דקידושין דאירוסין עושה וע"כ שייך לומר דאיתקש הוויות להדדי משא"כ כנס ע"ת והיינו ביאה דהא טעמא דרב לאביי משום דאין אדם בועל ב"ז וע"כ דפלוגתא דרו"ש איירי בביאה א"כ ל"ש דאיתקש להדדי כיון דכסף ושטר הוא קידושין וזה נישואין וא"כ לא מהני תנאי דנישואין משום דאי אפשר לקיימו ע"י שליח ואפי' אי לא מחל לתנאי בטל התנאי וא"כ אין זה רבותא דכנס ע"ת אך תקשה דהא מתני' תנאי דלשעבר הוא ולא בעינן דיני תנאי ועי' בראש"ש בגיטין דמשמע מדבריו כמו דלא בעינן ת"כ במעכשיו או בתנאי לשעבר דחשוב מעכשיו ועי' במש"ל ה"ה דלא בעינן אפשר לקיימו ע"י שליח וא"כ אכתי ליתני רבותא יותר אך לפי מה דאיתא במקנה דזה תליא אי כ"ד או לאו דאי כתובה דאורייתא וא"כ חשוב סוטה איסורא דאית בי' ממונא ואפ"ה חזינן דהכהן היה כופל לתנאי אלמא דאפי' במעכשיו בעינן דיני תנאי משא"כ אי כתובה דרבנן וחשוב סוטה איסור דלית בי' ממון וע"כ דלא היה כופל לתנאי וא"כ אין להוכיח משם ואז אמרינן שפיר דלא בעינן ת"כ במעכשיו או בתנאי לשעבר וא"כ רב לשיטתו דסובר דכתובה דאורייתא ואפי' במעכשיו בעינן דיני תנאי א"כ לדידי' יש לאוקמא מתני' קידשה ע"ת וכ"ס ואין לומר ליתני חידוש יותר דאפי' בכנס ע"ת דאין זה שום חידוש דהא לא מהני התנאי משום דאי אפשר לקיימו ע"י שליח משא"כ לדידן דכתובה דרבנן וא"כ במעכשיו או תנאי לשעבר לא בעינן דיני תנאי וא"כ אי איירי מתני' בקע"ת וכ"ס ליתני חידוש יותר על בכנס ע"ת וע"כ דסיפא איירי בקידשה סתם וכנס סתם:

ובזה ניחא קושית התוס' שם על הא דמשני אלא אסיפא וקשה לרב דסיפא קאי על רישא ואיירי בקע"ת וכ"ס וקשה כיון דקא קפיד אפי' כל מילי נמי אך לפי מה שהקשו מאי פריך כיון דקפיד דילמא איירי דלא היה ת"כ ובג' נדרים כיון דאפי' אי לא היה התנאי אין לה כתובה חשוב איסורא דלית בי' ממון ולא בעי ת"כ משא"כ בשאר נדרים בעינן ת"כ דכיון דאי לא היה התנאי היה לה כתובה חשוב אית ביה ממון אך דכיון דארוסה אין לה כתובה א"כ לעולם לית ביה ממון ולא בעי ת"כ אפי' שאר נדרים וע"ז משני אלא אסיפא וכיון דכנסה ואית לה כתובה נהי דקאי על רישא קע"ת לא קשה כיון דקפיד דיש לומר דלא כפל ובג' נדרים חשוב לית ביה ממון משא"כ שאר נדרים

והנה לפי מה שאמרנו דהיכי דעביד איסור לא מהני קידושי ביאה דחשוב קידושין בלא עדים ולכאורה קשה מהא דפריך הגמ' בב"ב בתלוי' וקידש קידש בביאה מאי איכא למימר וקשה הא כיון דעביד איסור לא מהני הקידושין דליכא עדים על הגמר ביאה וצריכין לומר דהקושיא אזלא היכי דפי' דמקדש בהעראה לחוד דאז איכא עדים וניחא קושית המקנה דת"ל דהא סופו ברצון וע"ש בשמ"ק דסובר דרוב הוא כן דכל שתחילתו באונס סופו ברצון וא"כ הא הקידושין חל לבסוף ביאה ואז הוא ברצון אך כיון דע"כ איירי דפי' דקידש בהעראה ניחא:

אך קשה מהא דאיתא בנ"י ביבמות דחרש שקידש בביאה ל"ש דכיון דכנס ברמיזה וכו' וקשה הא בחרש ל"ש דחזקה דאין בועל ב"ז וא"כ תקשה דהוי קידושין בלא עדים וכן מה שהקשו דקטן שקידש בביאה אמאי לא מהני משום דעת אחרת מקנה וקשה הא לא מהני דחשוב ליכא עדים דל"ש בקטן החזקה הנ"ל ודו"ק:

אות ט

טוען אחר מעשה ב"ד

עי' בכל הסוגיא ב"מ ס"א ובכתובות פ' הכותב:

הנה אנן קיי"ל דטוען אחר מעשה ב"ד דלא אמר כלום ושיטת הרי"ף דזה דווקא במקום שאין כותבין כתובה אבל במקום שכותבין כיון דאיכא ריעותא דאין לה כתובה נאמן לומר פרעתי והקשו הא אביי מסיק בב"מ דאליבא דר"י אפי' במקום שכותבין אינו נאמן ועי' ברמב"ן ב"מ דליכא רעותא דאין לה כתובה דיש לומר דסמכה על מעשה ב"ד ולכך לא שמרה שטר כתובה אך כתבו דהיה לה לשמור דשמא יאמר הבעל דהיתה אלמנה או יאמר הבעל פרעתי מנה דנאמן במיגו דאלמנה היתה וא"כ אכתי איכא ריעותא אך תקשה דהא הגמ' פריך דכיון דרוב נשים בתולות נשאות אמאי נאמן לומר אלמנה ותירץ

משום דליכא קלא איתרע הרוב וא"כ הכא כיון דאמת הוא שהיא בתולה היתה א"כ בודאי איכא קול שהיתה בתולה ולא יכול לומר אלמנה דאזלינן בתר הרוב וא"כ אכתי ליכא ריעותא. אך באמת בתוס' כתבו דזה לרב דסובר דאזלינן בתר הרוב בממון משא"כ לדידן דקיי"ל כשמואל דלא אזלינן בתר הרוב אפי' איכא קול לא מהני וא"כ אכתי איכא ריעותא והנה במחברים איתא למד"ס דבו"ש ברי עדיף להוציא ה"ה דאזלינן בתר הרוב בממון וע"כ אביי לשיטתו דסובר דבו"ש ב"ע וה"ה דמהני הרוב להוציא ולא יכול לומר אלמנה היתה וא"כ ליכא ריעותא וע"כ סובר דאפי' במקום שכותבין אינו נאמן לומר פרעתי משא"כ לדידן דנאמן לומר אלמנה ואיכא ריעותא דל"ש דסמכה על מעשה ב"ד וע"כ קיי"ל דבמקום שכותבין נאמן ולפ"ז ניחא הא דהקשו לשיטת הרי"ף מהא דאמר הגמ' דסתמא דמתני' דקתני אם יש לה עדים וכו' דלא כר"ג דסובר דאזלינן בתר חזה"ג ואמאי נאמן לומר אלמנה:

ובזה ניחא קושית התוס' דאביי סובר דאפי' במקום שכותבין אינו נאמן לומר פרעתי וא"כ ע"כ דסובר דכותבין שובר ובב"ב סובר דאין כותבין שובר וע"כ נראה דהא בתוס' איתא דמש"ה אי אין כותבין שובר לא צריך הבעל לשלם עד שתחזיר לו הכתובה ואע"ג דטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום וא"כ אינו מפסיד כלל במה שלא תחזיר לו הכתובה אך נפ"מ דאי תחזיר לו הכתובה עכ"פ נאמן לומר פרעתי מנה במיגו דאלמנה משא"כ בשטר כתובה בידה ולפ"ז לאביי דסובר דבו"ש ב"ע ואזלינן בתר הרוב ולא יוכל לומר אלמנה א"כ ליכא ריעותא אם יהיה שטר כתובה בידה דהא אפי' אי לא יהיה ת"י ג"כ אינו נאמן לומר פרעתי ואלמנה ג"כ לא יוכל לומר וע"כ סובר דכותבין שובר הכא אע"ג דבעלמא אין כותבין שובר משא"כ לדידן אין כותבין דרעותא דאי תחזיר לו הכתובה עכ"פ יכול לומר פרעתי מנה במיגו דאלמנה דל"א בתר הרוב:

ובזה ניחא הא דהקשו מאי פריך דלא כר"ג דסובר דאזלינן בתר חזה"ג הא בתוס' איתא דע"כ קאי למ"ד דטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום דאם ל"כ נאמן הבעל לומר דאלמנה היתה במיגו דפרעתי וקשה דאפי' למ"ד דלא אמר כלום ג"כ לא קשה דילמא איירי במקום שכותבין דאז נאמן לומר פרעתי וע"כ נאמן לומר אלמנה במיגו דפרעתי ומכבר אמרתי לפי מה שהקשו הראשונים דאמאי לא תני במתניתין דאם יש עדים שניסת ברביעי ותירצו דזה לא זוכרין העדים לידע יום הנישואין וא"כ הוי עדות שא"א יכול להזימו דכיון דלא זוכרין היום אך בממון לא בעינן יכול להזימו והנה בדין מרומה אפי' בממון בעינן יכול להזימו וא"כ יש לומר במקום שכותבין ולית לה כתובה חשוב דין מרומה ולא מהני העדות כלל וע"כ דלא איירי במקום שכותבין אך העיקר נראה לפי

מה דסובר השתא דר"ג אזיל בתר חזה"ג אפי' בברי וברי ולא יוכל לטעון אלמנה דאזלינן בתר חזקת הגוף וממילא ליכא רעיתא במה דאין לה שטר כתובה ולא יוכל לומר פרעתי אפי' במקום שכותבין ולית ליה מיגו דפרעתי ומודה הרי"ף רק אליבא דאמת דר"ג מודה במתני' ויכול לומר אלמנה והיה לה לשמור ואיכא ריעותא וע"כ נאמן לומר פרעתי

גם נראה דהא ברמב"ן איתא דקושית הגמ' וליזל בתר רובא אזיל אפי' לשמואל משום דאיכא חזה"ג דמסייע לרוב וע"כ לכ"ע אזלינן בתר הרוב והטעם איתא באחרונים משום דע"י הרוב נעשה בו"ש כמו דקאמר הגמ' לעיל דכיון דאיכא רוב כבו"ש דמי ובו"ש וחזקה לכ"ע ברי עדיף ומה"ט נאמנת לומר משארסתני נאנסתי לר"ג אך זה ללישנא דטעמא דר"ג הוא משום דאיכא חזקה בהדי בו"ש משא"כ לטעמי דמיגו אז יש לומר דבו"ש וחזקה לא מהני להוציא ובתוס' כתבו דאליבא דר"י דסובר דיש לה מנה בכנסה בחזקת בתולה ע"כ לא סובר טעמא דמיגו וא"כ לר"י ע"כ חזקה עם בו"ש מהני להוציא וה"ה רוב וחזקה וע"כ אביי מסיק לר"י אפי' במקום שכותבין לא אמר כלום דליכא ריעותא דהא לא יכול לומר אלמנה דאיכא רוב וחזקה ונעשה בו"ש עם חזקה משא"כ לדידן דטעמא דמיגו עיקר ולא מהני בו"ש וחזקה ויכול לומר אלמנה ואיכא ריעותא וע"כ סובר הרי"ף דנאמן לומר פרעתי:

ובזה ניחא הא דאיתא ב"ב (ד' קנ"ד) באחד שמכר בנכסי אביו וכו' והקשה בתוס' ד"ה ועוד למה יש לנו לומר שהוא קטן הא אמר רבא קטנה שהגיעה לכלל שנותיה אין צריכה בדיקה חזקה הביאה סימנים ותירצו שאחר שהיה זה גדול שהגיע לכלל שנותיו ולא הי' לו סימני גדלות ולהכי איכא לספוקי שמא קטן הי' עדיין והקשה בנב"י דא"כ תקשה למאי דמסיק הגמ' איפוך וע"ש הכי קאמר ליה ר"י לר"ל בשלמא לדידי דאמינא ראיה בקיום השטר היינו דמשכחת לה דנחתי לקוחות לנכסים אלא לדידך דאמרת ראיה בעדים היכי משכחת דנחתי לקוחות בנכסים וקשה דילמה איירי דלא בדקו אחר שהגיע לכלל שנותיו ולא היה לו סימני גדלות דאז איכא חזקה דרבא דבודאי הביא סימנים וע"כ נחתי לקוחות בנכסים מכח חזקה דרבא וע"כ נראה דהא הקשו דחזקה דרבא לא עדיף מרוב ולא מהני להוציא ותירץ בנב"י דכיון דאיכא חזקה דאין עדים חותמין על השטר אלא א"כ נעשה בגדול וחזקה ורוב מהני להוציא והיינו הוי בו"ש ובו"ש וחזקה ברי עדיף וזה הכל לר"י דל"ס טעמא דמיגו דהא לס"ד ר"י היה סובר ראיה בעדים וע"כ הקשה התוס' שפיר דלמה יש לנו לומר שהוא קטן והוצרכו לומר דבדקו לאחר שהגיע לגדלות וכו' משא"כ לקמן דמקשה על ר"ל דסובר ראיה בעדים היכי משכחת דנחתי בנכסים

ואז לא מהני חזקה דרבא דהוא משום רוב ואע"ג דאיכא חזקה בהדי' ואזלא קושית הגמ' לטעמא דמיגו וא"כ אפי' לא בדקו אחר שהגיע לכלל גדלות לא מהני חזקה דרבא:

וגם נראה דהא ברא"ש הקשה דאי איירי במקום שאין כותבין פשיטא דאינו נאמן לומר פרעתי דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן דיכול לומר לעולם פרעתי ותירץ דיכולה להתרותו אל תפריעני אלא בפני פלוני ופלוני וכוונת הרא"ש בפני פו"פ ולא כתב בפשיטות אל תפריעני אלא בעדים אך אז אכתי היה יכול לומר פרעתי בפני עדים והלכו למדה"י אך בהתנה אל תפריעני אלא בפני פו"פ אז קיי"ל דלא יכול לומר פרעתי בפני אחרים והלכו למדה"י ועי' בשבועות (ד' מ"א) ההוא דאמר כי פרעת לי פרען לי באפי ראובן ושמעון ופרעי' באפי תרי מעלמא אמר אביי באפי תרי אמר ליה באפי תרי פרעי' רבא אמר להכי אמר ראובן ושמעון כי היכי דלא נידחיה ופי' הראשונים באם עדים אחרים הן לפנינו אפי' רבא מודה דמהני רק דאיירי דאמר שהלכו למדה"י ואליבא דרבא וכן קיי"ל לא מהני מה שאמר שהלכו למה"י ואליבא דאביי אפי' כי אמר בפני פו"פ יכול לומר פרעתיך בפני אחרים והלכו למדה"י וע"ש וא"כ אביי לשיטתו שפיר הוכיח דאפי' במקום שכותבין לא נאמן לומר פרעתי דבמקום שאין כותבין ל"צ לטעמא דמעשה ב"ד ת"ל משום דמה הועילו חכמים בתקנתן דאפי' אי תאמר לו אל תפריעני אלא בפני פו"פ יכול לומר שפרע בפני אחרים והלכו למדה"י משא"כ לדידן דלא יכול לומר דהלכו למדה"י יש לומר דווקא במקום שאין כותבין:

וגם נראה דהנה התוס' כתובות פ' אלמנה הקשו וז"ל וא"ת מה טעם דלא חשבינן נכסי בחזקת הבע"ח ואמאי מהימני יתמי למימר פרענו במלוה ע"פ וכי תימא דחשבינן לה בחזקת אלמנה טפי משום דמוכרת שלא בב"ד למזונות א"כ לרב ולשמואל נהי דלית להו הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום מ"מ כשאיבדה כתובתה לא יהיו יתומים נאמנין לומר פרענו דכיון דמוכרת לכתובה שלא בב"ד נכסים בחזקתה כמו הכא וכי תימא אע"ג דנכסים בחזקתה מיהו מהימני לומר פרענו דמוכח מילתא מדלית לה כתובה דנפרעה מיהו היכי דאיכא עדים שנשרפו באונס לא להימנו ושמא י"ל אין הכי נמי וכו' ולפ"ז לכאורה תקשה דאיך אפשר לומר דווקא במקום שאין כותבין דת"ל דכיון דליכא הוכחה מדלית לה כתובה א"כ בלא"ה אינו נאמן כיון דנכסים בחזקתה א"כ אפי' אי לא היה מעשה ב"ד אינו נאמן לומר פרעתי אך נפ"מ בגרושה דאז אפילו למזונות אינה מוכרת שלא בב"ד והנכסים אינם בחזקתה מכש"כ לכתובה דצריכה ב"ד ואז צריכין לטעמא דהוא מעשה ב"ד. והנה שם פליגי בטעמא דמוכרת שלא בב"ד לחד מ"ד משום חינא ולחד משום דאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד וקאמר דנפ"מ בגרושה דלמ"ד

משום חינא גם בגרושה שייך טעם זה משא"כ למ"ד מפני שאין אדם רוצה וכו' ועי' בס' הפלאי ס' ק"ג דהביא ראיה דגרושה לא תמכור אלא בב"ד מהא דאיתא בב"מ מצא שובר בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל ומסיק משום דשמואל דאמר דמוכר שע"ח מהני מחילה וע"ש ברא"ש דע"כ איירי בגרושה ולפ"ז אי נימא דגם גרושה מוכרת שלא בב"ד ולפ"ז מוכרת גרושה שדה של הבעל לצורך הכתובה ומכירתה קיימת וא"כ ניחוש שמא מכרה שדה של הבעל לצורך הכתובה דאז ודאי אין מועיל מחילתה כיון שכבר גבתה וכשיוציא הבעל שובר המוקדם יטרוף השדה מהלוקח אע"כ דאינה מוכרת אלא בב"ד והב"ד אין גובין מנכסים אלא כשמודיעים את הבעל א"כ לא יכול לטרוף עם השובר כיון שידע מהמכירה ושתק וצ"ל דהא דאמר בש"ס דלמ"ד משום חינא דגרושה מוכרת שלא בב"ד דצריך לתרץ ברייתא הנ"ל כאביי דעבז"ל וע"ש. ולפ"ז אביי לשיטתו דסובר דעבז"ל וגם גרושה מוכרת שלא בב"ד ואם כן הנכסים בחזקתו וא"כ לצ"ל במקום שאין כותבין משום דמעשה ב"ד ת"ל דנכסים בחזקתה וע"כ הוכיח דאפי' במקום שכותבין אינו נאמן לומר פרעתי משא"כ לדידן יש לומר דרק במקום שאין כותבין ואין לומר דת"ל דנכסים בחזקתה דנפקי מינה בגרושה דלא מוכרת שלא בב"ד:

ולפ"ז ניחא קושית התוס' שבועות פ' שה"ע אמר ר"פ הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב ופריך ש"מ משביע עידי קרקע חייב ומשני דאתפסי' מטלטלין ועיין בתוס' דתמהו דאמאי לא קאמר זה על אביי דאמר הכל מודים בעד סוטה ע"ש ונראה דלפי מה דאיתא בספ' אי תפיסה מועיל לכתובה כמו למזונות ועיין בתוס' כתובות פ' הכותב דתליא דאי טעמא משום חינא אז אמרינן דכמו דתקנו דמוכרת שלא בב"ד משום חינא ה"ה דמהני תפיסה ודמי למזונות משא"כ לטעמא דאין אדם רוצה שתתבזה אשתו אז אע"ג דמוכרת שלא בב"ד כמו למזונות מ"מ תפיסה לא מהני בכתובה ולפ"ז כיון שאמרנו דאביי סובר טעמא דחינא וממילא מהני תפיסה לכתובה כמו למזונות וע"כ על אביי לא פריך ש"מ משביע עידי קרקע דיש לומר דתפסה בעצמה משא"כ על ר"פ מקשה שפיר לדידן דקיי"ל טעמא דאין אדם רוצה וכו' לא מועיל תפיסה וע"ז משני לא דתפסה בעצמה רק דהוא גופו אתפסה ותפיסה דידה באמת לא מהני.

ועיין בתוס' בסוגיא דר"י לטעמי' דסובר דכותבין שובר אבל למ"ד דאין כותבין שובר אפי' אית ליה דלא אמר כלום מ"מ במקום שכותבין אין חייב לפרוע עד שתחזיר לו הכתובה דכיון דבמה שנשאר שטר כתובה בידה יכול לבא לידי הפסד שתתבע כתובה בב"ד אחר ואלו לא ישאר שטר הכתובה בידה נהי דאינו נאמן לומר פרעתי הכל דהא לא אמר כלום מ"מ יהא נאמן לומר פרעתי מנה במיגו דאלמנה אם אין לה עדי הינומא

אבל אין לומר דנפ"מ נמי במה שתחזיר לו הכתובה דאם יבא למקום שאין מכירין דהיא אשתו יהא נאמן לומר פרעתי הכל במיגו דא"א אשתו דהא אפי' ישאר שטר הכתובה יהא נאמן לומר פרעתי הכל במיגו דלא גרשתי דהא אין שם עדי גירושין כיון דאין מכירין שהיא אשתו והקשו מהא דאיתא בכתובו' ר"י אומר רצה כותב לבתולה שטר של מאתים ולאלמנה מנה והיא כותבת התקבלתי וכו' ומוקי לה בשוברתה מתוכה וקשה באלמנה מאי נפ"מ בשוברת מתוכה הא תוכל להטמין הכתובה וטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום והכא ליכא נפקותא כיון דהיא אלמנה וע"כ נראה דהא הקשו הא נפ"מ באיכא עד אחד על הגירושין דאז אין לו מיגו דל"ג דמחויב ליתן לה מזונות ואין לומר דחשוב מחילה כמו בט"ח כמו שתירצו בתוס' דהא קשה על התוס' הא מעוכבת בשבילו להנשא כיון דהוא אומר ל"ג ומגיע לה מזונות אך התירוץ דכיון דאשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת לענין נישואין רק לענין כתובה אינה נאמנת א"כ אינה מעוכבת להנשא בשבילו וא"כ לפ"ז באיכא ע"א על הגירושין דאז אינה נאמנת גם להנשא דליכא חזקה דאין אשה מעיזה כיון דאיכא ע"א דמסייע וא"כ ליכא מיגו דל"ג דהא יהא מחויב ליתן שאר כסות וא"כ תקשה על התוס' הא נפ"מ באיכא ע"א על הגירושין דאם יהיה לה שטר כתובה לא נאמן לומר פרעתי במיגו דל"ג משא"כ באין לה שטר כתובה אז נאמן לומר פרעתי הכל במיגו דא"א אשתי ותירצו דאי איכא ע"א על הגירושין א"כ מעיד ג"כ שהיא אשתו וא"כ ליכא מיגו דאין את אשתי דדמי לנסכא דר"א דל"א מיגו להכחיש העד והוי מתוך שא"י לישבע משלם. אך לכאורה קשה לפי מה דסובר הרמ"ה ועיין בח"מ סימן ע"ה דגבי שכיר אי איכא ע"א דשכרו והוא אומר פרעתי לא דמיא לנסכא דר"א דכיון דאפי' אי היה שני עדים ששכרו לא היה נוטל רק בשבועה וע"כ בע"א לא הוי מתוך שאי"ל משלם וא"כ ה"ה הכא דכיון דאפי' אי איכא שני עדים שהיא אשתו לא היתה נוטלת רק בשבועה א"כ בע"א ל"ח מתוך וכו'. אך לפי מה דמחלקין דזה דווקא בשכיר דהא דנוטל בשבועה היכי דאיכא שני עדים הוא רק מתקנת חכמים ומדינא אפי' בשבועה אינו נוטל וע"כ היכי דאיכא ע"א לא דמי לנסכא דר"א משא"כ היכי דמדאורייתא ל"צ לישבע כגון היכי דאיכא שטר אז הוי מתוך אפי' דצריך לישבע באם היה שני עדים וא"כ הכא הוי שפיר מתוך וזה הכל בבתולה דכתובה דאורייתא שייך לומר דמה"ת ל"צ לישבע ע"כ הוי מתוך משא"כ היכי דהיא אלמנה דלכ"ע דרבנן א"כ דמי לשכיר וע"כ באלמנה נהי דליכא נפקותא לענין פרעתי מנה במיגו דאלמנה איכא נפקותא במקום דאיכא ע"א על הגירושין דאז היא לא נאמנת לומר גרשתני והיא מעוכבת בשבילו לינשא וליכא מיגו דל"ג דמחויב ליתן שאר כסות ואי תשאר הכתובה בידה אז אינו נאמן במיגו

דל"ג משא"כ באם תחזור הכתובה יש לו מיגו דאין את אשתי ואין לומר דכיון דאיכא ע"א על גירושין ליכא מיגו דא"א אשתי והוי מתוך וכו' דליתא דכיון דאפי' אי איכא שני עדים שהיא אשתו לא היתה נוטלת רק בשבועה ל"ח מתוך והכא הוא רק תק"ח דכיון דכתובת אלמנה הוא דרבנן לכ"ע ומדאורייתא אפי' בשבועה לא נוטלת:

והנה באחרונים איתא דבאמת ליכא שבועה משום דכתובה חשוב ש"ק וא"כ לא דמי לנסכא דר"א אך כתובת בתולה דהיא דאורייתא וגם מטלטלין משועבד לכתובה ל"ח ש"ק וע"כ אי אפשר לומר דנפ"מ במקום שאין מכירין דא"כ אפי אי תשאר הכתובה בידה יהא נאמן במיגו דל"ג ואין לומר דנפ"מ באיכא ע"א על גירושין דא"כ גם מיגו דאין את אשתו ליכא דיהיה מתוך דל"ח ש"ק משא"כ באלמנה יש לומר דנפ"מ באיכא ע"א על גירושין ומ"מ לא יהיה מתוך דחשוב ש"ק ובזה ניחא הא דהקשו להסוברים דבכתובה לכ"ע אין כ"ש וקשה הא ר"י מסיק דמתני' דהוציאה גט איירי אפי' במקום שכותבין וקשה דאמאי גובה כיון דאין כותבין שובר:

ולכאורה נראה דהא קשה דכתבו דאיכא ריעותא בזה דנשאר הכתובה בידה דאי לא היה נשאר היה נאמן לומר פרעתי מנה במיגו דאלמנה הא כיון דרוב בתולות נשאות א"כ כל דבר שהוא נגד רוב חשוב ל"ש ומיגו דל"ש לא אמרינן. אך לפי מה דאיתא בסמ"ע דיותר רוצה אדם לטעון דבר דל"ש משיאמר דבר שהיא העזה וא"כ יש לומר דכיון דאמרינן דהיכי דהיא תק"ח אמרינן מיגו דהעזה משום דבמיגו כ"ד אוקמא על דינא ומה"ט בשכיר אמרינן מיגו דהעזה ועיין ברא"ש בשבועות א"כ כש"כ מיגו דל"ש אמרינן היכי דאינו רק תק"ח וא"כ לפטור א"ע מחיוב כתובה דהיא דרבנן אמרינן מיגו דל"ש וע"כ איכא ריעותא אי לא תחזור הכתובה משא"כ מתני' דאתא כרשב"ג כדמסיק הגמ' ורשב"ג סובר דכתובה דאורייתא וליכא מיגו דאלמנה משום דל"ש וליכא ריעותא אי לא תחזור הכתובה וע"כ כותבין שובר. וגם לפי מה דאיתא בתומים בכ"מ דמש"ה נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו אע"ג דל"ש משום דכיון דצריך לישבע על טענת נאנסו ע"כ חשוב מיגו וא"כ כיון דבטענת אלמנה צריך לישבע שהוא מב"מ וע"כ חשוב מיגו אע"ג דל"ש וע"כ לבתר תקנת הגאונים דגם מטלטלין משועבד לכתובה ואיכא שבועה ע"כ חשוב מיגו וזה לבתר תקה"ג משא"כ לדינא דמתני' דחשוב ש"ק ליכא שבועה ול"ח מיגו דאלמנה וע"כ כותבין שובר דליכא ריעותא וע"כ מוקי ר"י אפי' במקום שכותבין:

אך זה הכל אי כתובה דרבנן אז לא נשתעבד מטלטלין לכתובה וליכא שבועה וליכא מיגו דאלמנה משא"כ אי כ"ד א"כ מיניה אפי' מטלטלין נשתעבד ואיכא שבועה בטענת אלמנה ואיכא מיגו אע"ג דל"ש ואז יכול לבוא לידי ריעותא במה דנשאר שטר בידה דאי

לא היה נאמן על מנה במיגו דאלמנה ובזה ניחא התוס' שם ד"ה גט גובה עיקר דהקשו על הא דמשני גט גובה עיקר כתובה גובה תוספות דמ"מ כשתתאלמן תגבה שנית בעידי מיתה הואיל דשטר כתובה בידה דכי קאמר רב כתובה גובה תוס' הנ"מ בגרושה דאית לה גט אבל אלמנה במאי תגבה עיקר אם לא בכתובה והם לא ידעו שהיתה גרושה ומיהו אי אמרינן לרב דאפי' אין כתובה בידה גובה עיקר אפי' בעידי מיתה שפיר וכו' ועיין במהרש"ל דהקשה דמ"מ איכא נפקותא במקום דליכא עידי הינומא דאם היה נאמן עכ"פ על מנה במיגו דאלמנה משא"כ אי הכתובה נשאר בידה יע"ש ולפי הנ"ל ניחא דבתורת גרושה אי תגבה מיניה אז היה סובר המקשין דסתם מתני' ר"מ דסובר דכתובה דאורייתא ואז גם מטלטלין נשתעבד לכתובה וא"כ איכא שבועה בטענת אלמנה וא"כ איכא מיגו דאלמנה אע"ג דל"ש וע"כ פריך שפיר הגמ' דאי אין כותבין שובר אמאי גובה כתובה בגט דיכול לבוא לידי ריעותא היכי דליכא הינומא ואי לא נשאר שטר כתובה בידה יהיה נאמן עכ"פ על מנה במיגו דאלמנה וע"כ משני רב דגט גובה עיקר כתובה גובה תוספות וא"כ בתורת אלמנה ליכא ריעותא במה דנשאר בידה ש"כ דאפי' אי לא נשאר ליכא מיגו דאלמנה דכיון דליכא שבועה דמטלטלין דיתמי לא נשתעבד וחשוב ש"ק וממילא ליכא מיגו דאלמנה כיון דל"ש ודו"ק:

ועיין בס' הפלאי דכתב דהא דקיי"ל דאשה שאומרת גרשתני נאמנת ובתובעת כתובה קיי"ל דאינה נאמנת משום דהא דנאמנת לומר גרשתני משום חזקה ואע"ג דאיתרע דאין לה הגט ולא אמרינן אחוי גיטך הוא משום דמצי אמרה שהחזירה לו הגט כשגבתה הכתובה משא"כ בתובעת הכתובה תו לא מהימנא משום ריעותא דגט דמרעא לחזקה ולפ"ז ניחא דברי הר"ח ועיין ברא"ש סוגיא דתרי ותרי על הא דמשני ר"א כגון דאמרי העדים עכשיו מת עכשיו גירשה גירושין איכא לברורה דאמרינן לה אם איתא כן אחוי לן גיטך וכתב בר"ח דלית הילכתא כר"א אלא כרבא משום דמילתא דר"א פריכא הוא דהיכי קאמר ר"א עכשיו מת לא תצא הא קיי"ל דכל נשים צריכות להמתין שלשה חדשים ולאו פירכא הוא דהכי קאמר ר"א עכשיו מת ל"ת ואם נשאת לאחר ג' חדשים ל"ת אבל עכשיו גירשה אמרינן נשאת לאחר ג"ח תצא יע"ש ולפי הנ"ל יש לומר מדקאמר ר"א עכשיו גירשה אם איתא דהכי אחווי גיטך ומשמע הא אם אמרו העדים דגירשה זה איזה ימים לא הוי ריעותא במה דאין לה הגט ואמאי לפי הנך הסוברים דתוך שלשה חדשים מגירושין אין לה כתובה דכיון דאינה רשאית לינשא משום הבחנה לא קרינן לכשתנשא לאחר וכו' וא"כ לא יכולה לומר דמש"ה אין לה הגט דגבתה הכתובה ע"י הגט כיון דאכתי אינו זמן ליטול הכתובה וא"כ אפי' אי לא אמרו עכשיו גירשה איכא ריעותא במה

דאין לה הגט וע"כ כיון דאיכא עדים דמכחישין ואמרו דלא נתגרשה וגם איכא הוכחה דא"א דהכי הוא אחווי לן גיטך וע"כ תצא דהא מדברי הפלאי נראה דאפי' אי כבר גירשה היה לה להיות נזהר בגט ונהי באם לא היה תרי ותרי רק שני עדים אומרים נתגרשה לא איכפת לן בזה דאין לה הגט מ"מ בתרי ותרי תצא דהא אפי' בעכשיו גירשה אי לא היה תרי דמכחישין לא אמרינן אחוי גיטך אך בתרי ותרי אמרינן כן וא"כ אפי' אי אומרי' שגירשה זה איזה ימים מהראוי להיות כן דאיכא ריעותא דאין לה הגט דלא יכולה לומר שהחזירה בעת שגבתה הכתובה דכיון דאין לה כתובה עד לאחר ג' חדשים וע"כ דר"א סובר דאינה צריכה להמתין ג' חדשים וא"כ מגיע לה תכף הכתובה וע"כ ליכא ריעותא מה דאין לה הגט וע"כ קאמר ר"א דווקא עכשיו גירשה אז תצא דאז ל"ש לומר דגבתה הכתובה ע"י הגט וע"כ אין לה גט כיון דגט לא חל רק בסוף היום בשעה דמוכח שהיא מתגרשת ומוכח אינו רק בסוף יום וע"ז שפי' קאמר הר"ח דלא קיי"ל כר"א דהא קיי"ל דכל אשה צריכה להמתין שלשה חדשים ודו"ק:

והנה על התוס' הנ"ל שכתבו דאליבא דר"י דסובר דיש לה מנה ליכא טעמא דמיגו ונראה דעיקר הטעם הא דבעינן טעמא דמיגו משום דעל טעם דחזקה דחזקה"ג תקשה לאמרינן כאן דאיתרע רשות הבעל ועי' בתוס' כתובות פ' המדיר ולפ"ז לפי מה דאיתא בתוס' נדה דחזקה דכ"נ ל"ש רק היכי שנוגע בביטול המקח וא"כ ר"י דסובר דיש לה מנה ואינו נוגע לקנין א"כ אע"ג דליכא טעמא דמיגו לדידי' סגי בטעמא דאיכא חזקת הגוף לחוד:

והנה מה שאמרנו דגם לכתובה נכסים בחזקתה קיימא ניחא בזה הרא"ש דסותר א"ע דבכתובות פ' הכותב כתב על מתני' מי שמת והניח אשה ובע"ח ויורשין והיה לו פקדון או מלוה ביד אחרים ופליגי ר"ט ור"ע וכתב וז"ל דבירושלמי משמע דעיקר טעמא דר"ע דהנכסי' כל היכא דאיתנהו ברשותא דיתמי אבל בע"ח מחוסר גובייגא ואפי' אי פטרו משבועה לא מהני ובראי"ש ב"ב פ' י"נ כתב ואפי' ר"ע לא פליג אלא משום שכולן צריכין שבועה הא לאו הכי היתה גובה הכתובה וכו' אלמא דסובר דהיכי דליכא שבועה מודה ר"ע ועי' בתומים. וע"כ נראה דלכאורה תקשה אי אפילו בליכא שבועה אינו גובה אמאי נקט ר"ע משום דצריכה שבועה. וע"כ נראה דבכתובה דבחזקתה קיימא וע"כ משום דמוכרת שלא בב"ד ול"ח מחוסר גובייגא ע"ז הוצרך ר"ע לומר משום דצריכה שבועה וע"כ נקט הרא"ש בב"ב הא היכי דל"צ שבועה מודה ר"ע ונקט כתובה לחוד דבזה לא אמרינן דמחוסר גובייגא משא"כ בע"ח סובר הרא"ש דאפי' היכי דליכא שבועה כיון דמחוסר גובייגא ינתנו ליורשין וע"כ נקט שם בע"ח:

וע"ש בסוגיא דמשני שאין שם עידי גירושין דיש לו מיגו דל"ג ופריך הגמ' הא מדקתני בסיפא רשב"ג אומר מן הסכנה ואילך אשה גובה כתובתה שלא בגט ואי דליכא עידי גירושין במאי גבי' וקשה הא בתוס' הקשה דמה מיגו דל"ג איכא דהא אשה שאומרת גרשתני נאמנת ותירצו דבתובעת כתובה אינה נאמנת לומר גרשתני ומשמע דאז אפי' לינשא אינה נאמנת והנה הטעם נראה דהא ברא"ש בסוף נדרים מחדש דמש"ה נאמנת לומר גרשתני משום דבודאי לא תקלקלה א"ע כו' לינשא בלא גט והא דלא סגי בטעם זה דחזקה דאין אשה מעיזה לחוד אך משום דלנגד זה איכא חזקה כנגדו דאי איתא דגירשה קלא הו"ל וע"כ הוצרך לומר דאיכא חזקה דלא תקלקל א"ע וע"כ בתובעת כתובה דאז יש לומר דאין בדעתה לינשא כלל רק מש"ה אומרת גרשתני כדי שתטול הכתובה וא"כ ליכא חזקה דלא תקלקל א"ע וע"כ אינה נאמנת אפי' לינשא וא"כ בשעת הסכנה דל"ש דאי גירשה קלא הוה ליה וא"כ אפי' בתובעת כתובה נהי דליכא חזקה דלא מקלקלה מ"מ סגי בהך חזקה לחוד דאין אשה מעיזה:

ולפי סברת הרא"ש ניחא הסוברים דהא דאשה שאמרה גרשתני נאמנת זה דווקא היכי דלא נתחזקה בא"א ע"פ עדים אבל היכי דנתחזקה בא"א ע"י עדים אינה נאמנת והקשה הב"ש ס' י"ז מהא דאיתא בגיטין (ד' פ"ט) דקאמר ופליגי דר"ה ומנ"ל דפליגי דילמא הכי קאמר דאם יתברר בעדים שהיא אשתו דאז לא נאמנת לומר גרשתני וע"ש:

ונראה דעיקר הטעם היכי דאיכא עדים שהיא אשתו לא מהימנא משום דאז החזקת אשת איש אלים ולא מהני חזקה דאין אשה מעיזה לנגד חזקת א"א וא"כ יש לומר דבאמת מה בכך דאיכא חזקת א"א הא איכא שני חזקות חזקה דאין אשה מעיזה וגם חזקה דבודאי לא תקלקלה א"ע אך דילמא אין בדעתה לינשא כלל ול"ש חזקה דלא מקלקלה א"ע וא"כ התם דכיון דחזינן דניסת ואיכא שני חזקות וע"כ אפי' נתחזקה באשת איש ע"פ עדים נאמנת ושפיר קאמר ופליגי וכו':

ובזה יש לומר הא דסוברים דבאיסור דרבנן מהני סימני' אפי' אי לאו דאורייתא והקשו מהא דאיתא בגיטין ר"א אמר כגון דאמרו עדים נקב יש בו בצד אות פלוני ר"א מספק ליה סימנים אי דאורייתא או דרבנן וקשה אפי' אי סימנים דרבנן לא בעינן סימן מובהק דלפי מה דאיתא בתוס' ב"מ דחששא דשיב"ש הוא רק מדרבנן וא"כ לא בעינן ס"מ. ונראה דהנה ביבמות (ד' ק"כ) תוס' ד"ה אמר רבא דכ"ע סימנין דרבנן הקשו דא"כ ברייתא דמצאו קשור בכיס במאי תוקמא וע"ש. וע"כ נראה דהא הקשו מאי פריך ממצאו קשור בכיס התם שאני דחששא דשיב"ש הוא רק מדרבנן וע"כ מהני סימנים לכ"ע אך לפי מה דסוברים דמש"ה הוא רק חשש דרבנן משום דנפילה לא חיישינן ועי' ברשב"א בגיטין

ואפי' לנפילה דרבים ל"ח אך קשה שמא נפל מאשה של יב"ש אחר והיא לא מוזהרת ועי' בנה"מ דכתב כן ס' מ"ו ועי' גם בתומים והיינו משום דאשה שאומרת גרשתני נאמנת וע"כ לא מוזהרת לאחר גירושין דלמאי תיזהר בגט דכיון דנאמנת לומר גרשתני וא"כ לפ"ז יש לומר דחששא דשיב"ש הוא דאורייתא נהי דנפילה ל"ח שמא נפל מאשה וזה אי אשה שאמרה גרשתני נאמנת משא"כ רבא לשיטתו דסובר דאינה נאמנת לומר גרשתני ועי' בסוף נדרים וא"כ לדי' גם האשה צריכה ליזהר אפי' לאחר גירושין וא"כ ממילא חששא דשיב"ש רק מדרבנן משום דנפילה ל"ח וע"כ לא קשה לדי' ממצאו קשור דהתם שאני דהוא דרבנן וע"כ סגי בסימני' אפי' אי סימנים ל"ד וע"כ קאמר רבא דכ"ע סימנים דרבנן אך יש לומר דאי אמרינן כסוברים דאפי' אי אשה שאמרה גרשתני נאמנת מ"מ לכתחלה לא תנשא וא"כ אכתי היה לה לשמור ויש לומר דנפילה ל"ח וחששא דשיב"ש רק מדרבנן ומהראוי שמהני סימנים אפי' אי לאו דאורייתא אך הטעם דאסורה לכתחלה לינשא דהך חזקה דאין אשה מעיזה לא עדיף מרוב וכיון שהחמירו בנפל למים שאל"ס דלכתחלה ל"ת אע"ג דאיכא רוב ה"ה בגרשתני החמירו אך לא דמי דהתם איכא שני חזקות חזקת חי וחזקת א"א משא"כ בגט ליכא רק חדא חזקה אך כיון דחזינן דההחמירו דאפי' בת"ח שנפל למים שאל"ס דאסורה לכתחלה אע"ג דאיכא עוד רובא דאי סליק קלא אית ליה כמו שכתבו בתוס' וא"כ איכא תרי רובא לנגד שני חזקות ואפ"ה החמירו ה"ה דההחמירו חדא רוב לנגד חדא חזקה חזקת א"א וא"כ ר"א לשיטתו דסובר ביבמות דבת"ח לא החמירו וא"כ כיון דמהני תרי רובא לנגד שני חזקות ה"ה דלא החמירו בגט היכי דאיכא רוב דאין אשה מעיזה נגד חזקת א"א ולדי' רשאית לינשא לכתחלה באומרת גרשתני וא"כ לא צריכה ליזהר ויש לחוש דנפל ממנה וחששא דשיב"ש הוא דאורייתא וע"כ לדידי' אי סימנים דרבנן בעינן סימן מובהק:

והנה לפי מה שכתבו דמש"ה באומרת גרשתני אינה נאמנת בתובעת כתובה משום דחזקה לא מהני להוציא ממון וע"כ לינשא נאמנת רק לענין כתובה וא"כ תקשה לפי מה דסובר במרדכי דכתובה דכיון דהוא מעשה ב"ד חשיבה מוחזקת וזה ל"ש בתוס' כתובה דאינה מעשה ב"ד וא"כ על הא דפריך הגמ' תוס' מיהא תגבי וע"ז משני שפיר דליכא עדי גירושין דאיכא מיגו דל"ג ואין לומר דנאמנת לומר גרשתני דבתובעת כתובה אינה נאמנת להוציא דלא עדיף מרוב משא"כ רשב"ג דאיירי בעיקר הכתובה דהוא תנאי ב"ד והיא מוחזקת ונאמנת ע"י חזקה להוציא וע"כ ליכא מיגו דל"ג על עיקר כתובה:

וגם אפי' לפי מה דסוברים דבתובעת כתובה אינה נאמנת ואע"ג דיש לה מיגו דלא תובעת וכתבו משום דמיגו להוציא לא אמרינן וקשה ג"כ כהנ"ל דיש לחלק בין עיקר לתוס'

דעל עיקר היא מוחזקת משא"כ על התוס' וגם קשה על התוספות דתירץ דחשוב ט"ח וע"כ אי יאמר לא גרשתיך ל"צ ליתן שאר כסות וקשה לפי מה דסוברים דבע"ח והוא משיב א"י אי חיטין או שעורין דצריך לשלם שעורין משום דחזקת ממון לא מהני לנגד תרתי דמדינא היה לנו לומר דבו"ש ב"ע אך משום דאיכא חזקת ממון ובט"ח ג"כ אמרינן דהוא משום חז"מ דאל"כ נהי דהתובע הודה שאין מגיע לו שעורין מ"מ הא הנתבע הודה שחייב אך משום דאיכא שני הודאות אוקמא על חז"מ ולפ"ז ה"ה הכא דאיכא מיגו דלא היה תובעת הכתובה אך מיגו להוציא ל"א לנגד חז"מ וא"כ תו לא מהני ט"ח ליפטור משום דאיכא חז"מ. ועיקר קשה לפי מה דאיתא במהרי"ק דמש"ה יכול למחול קודם שהגיע זמן פרעון ול"ח דשלב"ל אך משום דעכ"פ חיוב איכא מיד ולפ"ז הכא במזונות דאיתא בר"ן דבכל יום ויום הוא חיוב חדש וממילא לא מהני מחילה משום דהוא דבר שלב"ל ואפשר כיון דסוגיא קאי לרב ורב סובר דאדם מקנה דשלב"ל ודו"ק:

טענו ספק ע"פ עד

עיין בראש בשבועות דנחלקו אי בט"ס ע"פ עד אי צריך לישבע להכחיש העד והקשו על הסוברים דצריך לישבע מהא דקאמר שמואל שם ל"ש אלא בטענת מלוה וכו' ומדקאמר בטענת אלמא דבט"ס ע"פ עד ל"צ לישבע והאחרונים תירצו דמדשמואל אין ראיה דהא קשה דהא בתוס' ב"מ הקשה לרב ולשמואל דלא סוברים מתוך שא"י לישבע משלם מודה במקצת אמאי צריך לישבע הא יש לו מיגו דא"י ותירצו דאין אדם טוען ברצון א"י כי אז נראה שהוא אומר שקר והתובע דאמר ברי אומר אמת וא"כ תקשה אמאי בט"ס ע"פ עד צריך לישבע הא יש לו מיגו דא"י והכא ל"ש דאין אדם טוען ברצון א"י כיון דגם התובע אומר א"י אך לדידן דקיי"ל דאמרינן מתוך שא"י לשבע משלם ליכא מיגו דא"י וע"כ ט"ס ע"פ עד צריך לשבע משא"כ לשמואל לשיטתו דלא סובר מתוך שא"י לשבע משלם וע"כ קאמר בטענת מלוה ולא בטענו ס' ע"פ העד דאז יש לו מיגו דא"י:

והנה בזה ניחא הא דסובר הכ"מ דהא דתנן במתני' ע"א מעיד שהוא פרוע לא תפרע אלא בשבועה דזה דווקא דהלוה או הבעל אומרים ברי שפרעו אבל מ"ס ע"פ עד ליכא שבועה ועיין בח"מ ס' פ"ד בש"ך דתמה דהא קיי"ל דט"ס ע"פ עד דמחויב לישבע וע"כ נראה דאיתא בח"מ ס' נ"ט דמלוה שהוציא שטר והלוה אומר שפרעתי והמלוה השיב דאינו יודע דאינו גובה משום להחזיק כ"ע סוברים דבו"ש ב"ע ועיין ס' פ"ב בח"מ דקיי"ל דהיכי דשניהם אומרים אינו יודע דאז גובה המלוה אע"פ שאומר שמא משום דאוקמא השטר על חזקתו וגם בשבועה דרבנן דלא אמרינן מתוך שא"י לישבע משלם ואפי' מפסיד לא אמרינן בשבועה דרבנן וע"ש ס' הנ"ל חוץ בכתובה היכי דא"י לישבע מפסדת

משום דכתובה דרבנן ועיין בש"ך. ולכאורה קשה לפי זה מהא דאיתא בכתובות (דף צ"ח) בתוס' ד"ה מוכרת שלא בב"ד דהקשו דהא מתני' היא דאין אלמנה נפרעת מנכסי יתומים אלא בשבועה ואיכא למימר ההיא באלמנה מאירוסין יע"ש וקשה דאיך אפשר לאוקמא באלמנה מאירוסין דא"כ אמאי קתני התם נמנעו מלהשביע וקשה דבאירוסין לית לה כתובה מתנאי ב"ד רק בדכתב לה ואז היא דאורייתא הכתובה שכתב לה וא"כ נהי שנמנעו מלהשביע אמאי מפסדת הכתובה הא אינו רק שבועה דרבנן ואין לומר משום דכתובה דרבנן דבאירוסין ע"כ דכתב לה ואז היא דאורייתא ועכ"פ אמרנו דאפי' מפסיד לא אמרינן בשבועה דרבנן וע"כ בע"א מעיד על השטר שהוא פרוע בעינן שיאמר הלוה ברי פרעתי דהא קשה דאמאי צריך לישבע הא יש לו מיגו דא"י ומתוך וכו' לא אמרינן בשבועה דרבנן אך לא הוי מיגו נהי דלא אמרינן מתוך מ"מ הא קיי"ל דבלוה אומר ברי שפרע והמלוה אינו יודע דאינו גובה ע"י השטר משא"כ היכי דלוה אומר א"י ל"צ המלוה לישבע דיש לו מיגו דא"י והיכי דשניהם אומרים א"י אז אוקמא על חזקתו ומתוך לא אמרינן בשבועה דרבנן וגם ל"ש לומר דאין אדם טוען ברצון א"י כיון שגם הלוה אומר א"י וע"כ בעינן שיאמר הלוה ברי ואז ליכא מיגו למלוה דא"י דחוק מזה דיש לומר דאין אדם טוען ברצון א"י כיון דהלוה אומר ברי אך גם דאי יאמר א"י אז אינו גובה דלהחזיק בו"ש לכ"ע ברי עדיף וע"כ לא קשה מהא דקיי"ל דט"ס ע"פ עד דצריך לישבע דהתם דתובע ט"ס ע"פ עד אז ליכא מיגו דא"י לדידן דקיי"ל דאמרינן מתוך שא"י לישבע משלם וע"כ אע"ג דל"ש דאינו טוען ברצון א"י דכיון דגם התובע אומר א"י מ"מ צריך לשלם משום מתוך משא"כ היכי דלוה טוען ס' ע"פ עד ליכא שבועה דיש למלוה מיגו דא"י דמתוך ליכא דאינו רק שבועה דרבנן וגם היכי דשניהם אומרי' א"י אז אוקמא השטר על חזקתו ול"ש דאינו אומר ברצון א"י דגם הלוה טעין א"י וניחא בזה דהקשה בתומים מהא דהקשו הראשונים על הא דאיתא בכתובות דשלח המעות ע"י שליח ומלוה אומר סיטראי דאי ליכא עדים שפרע דנאמן במיגו דלהד"מ והקשו הראשונים דהא שליח נעשה ויהיה מתוך שא"י לישבע משלם והקשו הא התם הלוה א"י אי השליח פרע אי לא ואז ליכא שבועה יע"ש ולפ"ז ניחא דהא הכא ליכא מיגו דא"י משום דאינו טוען ברצון א"י והגם כי גם הלוה אומר א"י הא הלוה לא הוי ליה למידע משא"כ המלוה היה לו לידע וליכא מיגו דא"י וע"כ איכא שבועה על המלוה הגם דט"ס ע"פ עד:

וגם נראה על הסוברים דט"ס ע"פ עד דצריך לישבע ושמואל קאמר אלא בטענת מלוה וע"כ נראה דהא הקשו דגמ' דשבועות מקשה א"כ ש"ש דחייב רחמנא היכי משכחת דיש

לו מיגו דלהד"מ או החזרתי ומשני באפקיד ליה בשטר והרמב"ם לא הביא זו דש"ש בעינן דווקא באפקיד בשטר והקשו אמאי לא הביאו וע"כ נראה דהא הקשה בר"ן שבועות על הגאוני' דסוברים דטוען על המשכון דצריך לישבע אע"ג דיש לו מיגו דחשוב מיגו לאיפטורי משבועה והקשו הראשונים מהא דאיתא בשבועות הנותן טליתו לאומן אומן אומר שנים קצצת לי וכו' דכל זמן שהטלית בידו על בעה"ב להביא ראיה נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל ומשמע הא בזמן שטלית בידו נאמן בלא שבועה במיגו דלא כהגאונים. וע"כ נראה דאיתא במחברים דלמד"ס דאמרינן מיגו להוציא מכש"כ דאמרינן מיגו לאיפטורי משבועה דהא ע"א גרע ממיגו דע"י ע"א אין מוציאין ממון וע"י מיגו מוציאין ממון וא"כ דכיון דחזינן דע"א מסייע מהני לפוטרו משבועה א"כ מכש"כ מיגו דמהני להוציא כש"כ דמהני ליפטור משבועה. ולפ"ז נהי לדידן דל"א מיגו להוציא מ"מ בברי ושמא לכ"ע אמרינן מיגו להוציא וע"א אפי' היכי דהנתבע אומר שמא והתובע ברי מ"מ לא מהני לממון וא"כ עכ"פ בבו"ש דאמרינן מיגו להוציא וע"א לא מהני להוציא לעולם וא"כ כיון דחזינן דע"א יכול ליפטור משבועה אע"ג דלא מהני לממון לעולם אפי' בבו"ש מכש"כ מיגו דמהני להוציא בבו"ש מכש"כ בבו"ש אמרינן מיגו לאיפטורי משבועה וא"כ כיון דהך ברייתא כר"י דסובר דקציצה נמי לא דכיר והוי בו"ש וע"כ אמרינן מיגו לאיפטורי משבועה וע"כ ברישא דהטלית בידו ל"צ לישבע משא"כ לדידן דקיי"ל דבקציצה דכיר ואז לא אמרינן מיגו לאפמ"ש דליכא קו"ח מעד וע"כ קיי"ל דצריך לישבע אף דיש לו מיגו:

אך נראה לדידן דקיי"ל מתוך שא"י לישבע משלם א"כ גם ע"א מחייב ממון בבו"ש משום דא"י לישבע משלם ואע"ג דזה רק במטלטלין משום דמחויב שבועה ואיל"ש משלם מ"מ מצינו דגם ע"י ע"א מוציאין ממון ועיין בתוס' רי"ד דכתב דמש"ה סובר אביי בקדושין באומר עד אשתך זנתה נאמן ואע"ג דאין דבר שבערוה פחות משנים דילפינן דבר דבר מממון משום דגם בממון נאמן העד בא"י משום שא"י לישבע משלם וה"ה הכא וא"כ ליכא קו"ח מע"א דגם ע"א מהני להוציא ממון בבו"ש משום מתוך וא"כ לדידן אפי' בו"ש לא אמרינן לאיפטורי משבועה אמנם לרו"ש דל"ס מתוך וא"כ לא מהני ע"א להוציא ע"י ממון אפי' בא"י משא"כ מיגו דמהני להוציא בבו"ש מכש"כ דמהני מיגו ליפטור משבועה בבו"ש מקו"ח דע"א וניחא הא דלא הביאו דש"ש הוא דאפקיד בשטר דבאמת הוי מיגו לאיפטורי משבועה אך בש"ש דהוא בו"ש מהני מיגו ליפטור מקו"ח דע"א וזה הכל לרב ושמואל לשיטתו דל"ס מתוך איכא קו"ח מע"א משא"כ לדידן אפי' בבו"ש לא אמרינן ליפטור משבועה וע"כ לא הביאו דש"ש הוא דוקא בשטר ולפ"ז תקשה על הסוברים

דט"ס ע"פ עד דצריך לישבע דהא הראשונים הוכיחו דל"א מיגו ליפטור משבועה דאל"כ איך ע"א מחייב שבועה הא יש לו מיגו דפרע וא"כ בט"ס ע"פ עד דבו"ש הוא דאז לכ"ע אמרינן מיגו ליפטור משבועה איך יכול לחייב שבועה אך לדידן דקיי"ל מתוך א"כ ליכא קו"ח מע"א וא"כ אפי' בבו"ש ל"א מיגו ליפטור משבועה וע"כ פסקינן דאפי' ט"ס ע"פ עד צריך לישבע משא"כ לשמואל דל"ס מתוך וכו' וא"כ בו"ש אמרינן מיגו ליפטור משבועה וע"כ קאמר ל"ש אלא בטענת מלוה לא בט"ס ע"פ עד.

ובאמת אמרתי דאין ראיה מע"א דל"א מיגו לאיפטורי משבועה דעיקר הטעם דמהני מיגו דע"י המיגו נעשה טענתו טענת שמא ועיין בכתובות דקאמר כן היכי דאיכא רוב דנעשה בו"ש וא"כ ע"י המיגו נעשה טענת המלוה טענת שמא ועל ט"ש ליכא שבועה משא"כ בע"א נהי דטענתו של המלוה חשוב כשמא מ"מ הא גם ט"ס ע"פ עד צריך לישבע משא"כ בעלמא ל"ש זה דאין משביעין על ט"ש וע"י המיגו חשוב ע"ש והר"ן כתב דאין ראיה מעד אחד משום דעד אחד לשבועה כשנים לממון וכי היכי דל"א מיגו נגד שני עדים דמיגו במקום עדי' לא אמרינן ה"ה דל"א מיגו נגד ע"א שלא ישבע אבל בעלמא יש לומר דאמרינן מיגו לאיפטורי משבועה יע"ש ובזה נראה לתרץ הרמב"ם דהביא דר"ח קמייתא דהעדאת עדים צריך לישבע בשם הגאונים והקשה בלח"מ הא מוכח מגמ' דצריך לישבע דכיון דקיי"ל דע"ח והודה בשעורין דפטור משבועה א"כ צריכין המיעוט על ע"ח וליכא מיעוטא על העדאת עדים דלא ישבע וממילא קיי"ל כר"ח דהא מאן דפליג על ר"ח דסובר דמיעוטא קאי על העדאת עדים ובע"ח סובר כר"ג דחייב וכיון דקיי"ל כרבנן בעינן המיעוט על ט"ח וליכא מיעוט על העדאת עדים וממילא קיי"ל כר"ח קמייתא דישבע ולכאורה נראה דלפי מה שהקשו דלמאי צריכין מיעוט על ט"ח והודה בשעורין ת"ל דהא ליכא הודאה כלל דכיון דפטור מלשלם דמי שעורין שהודה א"כ ליכא הודאה במקצת וא"כ ע"כ מיעוטא קאי על דין דר"ח קמייתא דליכא שבועה אך בתוס' ב"ק איתא על ר"ג דסובר דבט"ח איכא שבועה סובר ג"כ דפטור מדמי שעורין ומ"מ חשוב הודאה ועיין בס' א"מ דכתב הטעם דכיון דתפיסה מהני בט"ח וע"כ חשוב הודאה ומביא השמ"ק דסובר דמש"ה סובר הרמב"ם דבאומר אלמנה היתה דצריך לישבע משום דמב"מ אע"ג דכתובה הוי שעבוד קרקעות אך כיון דתפיסה מהני אפי' מטלטלין וע"כ לא הוי הודאת קרקע אע"ג דאכתי לא תפסה ומביא ראיה מהא דסובר ר"פ בשבועות במשביע עידים שהן משב"ק דחייבין קרבן שבועה משום דמדאורייתא כשרין להעיד ותמה ברשב"א דמ"מ לא הוי כפירת ממון דכיון דרבנן פסלוה ותירץ דבפסולי עדות דרבנן מהני תפיסה וע"כ חשוב כ"מ יע"ש וכיון דבשה"ע בעינן כפירת ממון ואפ"ה סובר ר"פ דכיון דפסולי עדות

דרבנן מהני תפיסה וע"כ חשוב כפירת ממון ה"ה דחשוב הודאת מטלטלין כיון דמהני תפיסה וע"כ זה טעמא של ר"ג דמחייב שבועה בט"ח וא"כ שפיר בעינן קרא למעוטי ט"ח וכו' דה"א כיון דמהני תפיסה חשוב הודאה וזה הכל לר"פ משא"כ לדידן דקיי"ל דמשביע עידי משב"ק דפטורין משום דל"ח כ"מ ואע"ג דמהני תפיסה ל"צ קרא על ט"ח דממילא ידעינן דליכא שבועה דל"ח הודאה כיון דפטור מה שהודה אע"ג דמהני תפיסה וה"א דע"כ דמיעוטא קאי על העדאת עדים וע"כ הביא הרמב"ם דין זה בשם הגאונים:

וגם נראה דהא לכאורה יש לומר דהא דבעינן קרא למעוטי ע"ח ביש עדים על השעורין דאז קיי"ל דחייב ליתן שעורין וה"א דחשוב הודאה אך תקשה באיכא עדים הוי מודה במקצת שאינו יכול לכפור אך הטעם באינו יכול לכפור דליכא שבועה משום דחשוב הילך ור"ח סובר דהילך חייב וע"כ בעינן קרא למעוטי ט"ח והיכי דאיכא עדים משא"כ לדידן דקיי"ל דהילך פטור ממ"נ ל"צ קרא למעוטי ט"ח דהיכי דליכא עדים על השעורין ל"ח הודאה דכיון דא"צ לשלם מה שהודה ובאיכא עדים חשוב א"י לכפור והוי הילך וה"א דקא המיעוט על ר"ח קמייתא וע"כ הביא בשם הגאונים:

וגם נראה לפי הר"ן הנ"ל דהנה הרא"ש בפ"ק דב"מ הביא דהקשה על הקו"ח דר"ח מפיו וע"א מה לפיו וע"א שכן אין כיוצא בהן פוטר מהשבועה תאמר בשני עדים שכיוצא בהן פוטר מהשבועה והיינו להסוברים דעד מסייע אינו פוטר מהשבועה ותירצו דאפילו אי אמרינן דעד המסייע אינו פוטר משבועה היינו משבועה שנתחייב ע"י הודאתו אבל כשנתחייב שבועה ע"י ע"א ובא ע"א והכחישו שפיר נפטר משבועה זו ואע"ג דסובר עולא כל מקום שהאמינה תורה לע"א הרי הוא כשנים ואין דבריו של אחד במקום שנים זה דווקא בזה אחר זה ולא בב"א דאז עד בהכחשה לאו כלום. אך קשה לשיטת התוס' כתובות סוגיא דתרי ותרי דזה דווקא היכי שנאמנות ע"א הוא רק בדרבנן אז אמרינן דבב"א ל"ח כשנים משא"כ היכי דנאמנות מהתורה אז חשוב כשנים אפי' בב"א ואם כן הדרי קושיא הנ"ל לדוכתי' דאע"ג דאיירי בב"א מ"מ אין אחר יכול להכחישו אך ר"ח לשיטתו דסובר בסוטה חילוק בין ב"א לבזה אחר זה אע"ג דבסוטה נאמנות ע"א מדאורייתא ואפ"ה סובר דאחר יכול להכחישו וע"כ שפיר יליף קו"ח מפיו וע"א וא"כ יש לומר דר"ח לשיטתו שפיר יליף קו"ח וע"כ איכא שבועה על העדאת עדים מה שא"כ לדידן דקיי"ל דהיכי דהנאמנות מהתורה אפי' בב"א אין אחר יכול להכחישו וליכא קו"ח וע"כ הביא זה בשם הגאונים:

אך העיקר נראה לי דל"ש הכא דינא דעולא לפי מה דסובר הריטב"א והובא בש"ך יו"ד סי' קכ"ז דהא דסובר עולא דנאמן כשנים זה דווקא בדבר שבערוה דבעינן שנים דאין דבר

שבערוה פחות משנים וע"כ דהאמינו לע"א כשנים וע"כ סובר דאין אחד יכול להכחישו משא"כ באיסורין דקיי"ל דע"א נאמן באיסורין ואז לא האמינו כשנים וע"כ ל"א דחשוב כשנים ואחד יכול להכחישו וא"כ ה"ה בשבועה דע"א נאמן ולא צריכין לומר דהאמינו כשנים וע"כ יכול אחד להכחישו אך נראה דזה אי לא אמרינן מיגו ליפטור משבועה משא"כ אי אמרינן מיגו ליפטור משבועה והא דצריך לישבע להכחיש ע"א ולא נאמן במיגו ע"כ משום דחשוב כשנים לשבועה וא"כ לא יכול אחד להכחישו משום דעולא וא"כ קו"ח פריכא הוא וע"כ הביא זה בשם הגאונים והיינו דהגאונים סוברים דל"א מיגו ליפטור משבועה ומש"ה סוברים דבטוען על המשכון דצריך לישבע בנק"ח אף דיש לו מיגו משום דחשוב מיגו לאיפטורי משבוע' וא"כ ל"צ לומר דהאמינו כשנים דבלא"ה לא אמרינן מיגו וא"כ יכול אחר להכחישו ואיכא קו"ח דר"ח שאין עליו פירכא ודו"ק:

ויש לעי' קצת אי יש חילוק לפי מה שאמרנו לעיל בין היכי דהנאמנות הוא מדאורייתא אז הוא חשוב כשנים אפי' בב"א משא"כ היכי דנאמנות רק מדרבנן א"כ הא דאמר ר"פ בכתובות אי פיקח מייתי לה לידי ש"ד וחקרו מאי נפ"מ ואמאי לא אמרו דנפקותא לענין אי אחר יכול להכחישו דאי ש"ד לא יכול להכחישו ומה שהקשו אי ט"ס ע"פ עד צריך לישבע א"כ תקשה הא דאמר אביי בשבועות הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה ופריך מי יימר דמשתבע וקשה לוקמא דהמלוה ט"ס ע"פ עד דאז ליכא שבועה על שכנגדו ועי' בנב"י וע"כ נראה דאליבא מד"ס דבו"ש ברי עדיף לא משכחת ט"ס ע"פ עד דישבע דהנתבע לא ירצה לישבע רק ישלם ואח"כ יחזור ויתבע ממנו ויאמר ברי ואידך א"י ואביי סובר דבו"ש ברי עדיף ויהיה מחויב לחזור ולשלם מה שלקח והעד לא יכול לפטור אותו מחיוב ממון דע"א אינו קם לממון וטענת ברי דע"א לא מהני דמ"מ הוא אומר שמא ולפ"ז יש לומר דהא דשמואל אמר ל"ש אלא טענת מלוה דכיון דשמואל לא סובר מתוך וע"כ דסובר דבו"ש ב"ע כמו דאיתא בתוס' דא"כ תקשה מתני' דשאל חצי יום וע"כ לדידי' לא משכחת ט"ס ע"פ עד דישבע:

טריפה אינה חיה

עיין ברישׁ פ' א"ט דטריפה אינה חיה ומ"מ בודאי טריפה לא מהני מה שהיא חי' ושיטת מהרש"ל משום דהא דטריפה אינו חי הוא רק רוב לחוד וע"כ בס' טריפה סמכינן על הרוב משא"כ בודאי טריפה ומ"מ סובר המהרש"ל דזה דווקא בדבר שהטריפות הוא מצד עצמו אבל טריפות משום שסופו שינטל אבר אחד בזה מהני אי חי דאז נתברר שסופו שלא ינקב אי ינטל אבר אחד ולפ"ז נראה לפי מה דקיי"ל דלקתה בכוליא טריפה ועי' ביו"ד ס' מ"ד וסובר האגור בשם מוהר"י מולין דטעם הטריפות לקתה בכוליא

משום שיתקלקלו הבני מעים וינקבו וא"כ לפ"ז מהני אי חזינן דחי י"ב חדשים כיון שאין הטריפות מצד עצמו ולפ"ז קשה הא דאיתא בחולין (דף מ"ג) דעולא חשיב שמונה טריפות שנאמרו בסיני לאפוקי לקותא דרכיש וכו' וקשה הא יש לומר דמודה עולא לרכיש דלקותה טריפה אך מש"ה לא חשיב לה משום דל"ח רק טריפות דלא מהני שהיית י"ב חודש משא"כ לקותא דרכיש אע"ג דהיא טריפה מ"מ מהני אי חי י"ב חודש וע"כ לא חשיב לה. אך לפי מה דאיתא בפלתי דהא רכיש קאמר דלקתה בכוליא טריפה ול"ס דבעינן שיגיע למקום חריץ אלא דבני מערבא אמרי והוא דמגיע במקום חריץ וע"כ אליבא דרכיש דכיון דסובר דלא בעינן שיגיע למקום חריץ הוא סובר דהא דלקתה היא טריפה אינו משום הבני מעים רק דהוא טריפות מצד עצמו רק דבני מערבא סוברים דהטריפות הוא משום בני מעים וע"כ בעינן שיגיע למקום חריץ דאז מגיע היזק לבני מעים וע"כ קאמר שפיר לאפוקי לקותא דרכיש דהא לדידי' לא מהני יב"ח ואפ"ה לא חשיב לה עולא וע"כ משום דלא סובר כרכיש:

ובזה ניחא הרמב"ם דחשיב שמונה טריפות והקשו כיון דקיי"ל דלקתה בכוליא טריפה א"כ תקשה דאמאי לא חשיב לקתה בכוליא אך לפי מה דקיי"ל דבעינן שיגיע למקום חריץ וע"כ דהטריפות הוא משום בני מעים וממילא מהני י"ב חודש וע"כ לא חשיב לה במנין הטריפות והנה לפי שיטת מהרש"ל דהא טריפה אינה חיה זה רק רוב לחוד בזה ניחא הא דיליף הגמ' דאזלינן בתר רובא מפרה אדומה והקשה בתוס' דכיון דפרה בת שתי שנים וטריפה אינה חיה דילמא הטעם משום דאוקמי על החזקה דמעיקרא וע"ש. אך הסוגיא קאי ע"כ למ"ד טריפה חי' דלמד"ס דאינו חי' בלא"ה שמעינן דאזלינן בתר רובא דהא מדכתבה התורה זאת החי' וכו' דטריפה אינו חי' וכתב בר"ן דנפ"מ בס' טריפה סמכינן על זה דחי ואי לא אזלינן בתר הרוב מה בכך דחזינן דחי והא זה הוא רק משום רוב דרוב טריפות אינו חי אלא ודאי דאזלינן בתר הרוב אך קשה מאוד הא דאיתא במתני' דיבמות (דף קכ"א) מעשה בעסיא באחד שנפל לים ולא עלתה בידם אלא רגלו אמרו חכמים מארכובה ולמעלה תנשא ועי' במ"מ דהא דתנשא לאחר יב"ח דקודם יב"ח אע"ג דטריפה הוא יכול לחיות וא"כ ע"כ משום דאזלינן בתר רובא דאל"כ מה בכך דהא מיעוט טריפות חי אלא ודאי משום דאזלינן בתר רובא וקשה הא באיסור א"א החמירו דל"א בתר הרוב ואין לומר משום דאיכא תרי רובא דנפל למים שאל"ס איכא חדא רובא ועוד רובא דטריפה אינו חי וע"כ עדיף ובפרט לפי הריב"ש דכתב דמש"ה לא אזלינן בתר הרוב משום דאיכא שני חזקות חזקת חי וחזקת א"א וא"כ תרי רובא זה ליתא דהא חזינן דמסיק הגמ' דאפי' ת"ח דנפל למים שאל"ס דאסורה לינשא וע"ש בתוס' דאיכא

רוב דאי סליק קלא אית ליה אלמא דאפי' תרי רובא לא מהני אלא ודאי דהא דטריפה אינו חי אינו רוב לחוד ודו"ק:

טבילת כלים

גרסינן במס' ביצה (ד' י"ח) דפליגי בטעמא דטבילת כלים דאסור דרבה סובר משום דגזרינן שמא יעבירנו ד"א ברשות הרבים התינח שבת ביו"ט מאי איכא למימר גזירה יו"ט אטו שבת וע"ש דמקשה מהא דמדלין בדלי טמא והוא טהור וא"א ליגזור וכו' והדר מקשה מהא דקתני כלי שנטמא בולד הטומאה מטבילין אותו ביו"ט ואי איתא ליגזור וכו' ומשני ור"י אומר משום סחיטה וחד אמר שמא ישהה ורבא סובר דטעמא משום מתקן כלי אי הכי אדם נמי אדם נראה כמיקר ופריך מי"ה ומשני רבא מי איכא מידי דבשבת שרי ובי"ה אסור ומסיק דהדר ביה רבא מההיא וממאי דמההיא הדר דילמא מהא לא ס"ד דתני' כל חייבי טבילות טובלין כדרכן בין בתשעה באב ובין ביו"ה וכו' והנה במרדכי איתא וז"ל דכיון דטבילה בזמנו אינו מצוה אסורה לטבול בשבת וביאר התה"ד בתשובה אע"ג דבש"ס קאמר דאדם מותר לטבול משום דנראה כמיקר מ"מ בזה"ז אין דרך להקר והקשה על זה דאם שייך בזה"ז משום מתקן א"כ אפילו טבילה בזמנו מצוה לא מהני:

וע"כ נראה לפרש דבלא"ה הקשה בתוס' מס' שבת דילמא הא דאצטריך רבא לומר הטעם משום דאדם נראה כמיקר היינו אי טבילה בזמנו לאו מצוה ובריייתא הנ"ל דמותר לטבול ביוה"כ ואע"ג דל"ש דנראה כמיקר דסובר כמ"ד דטבילה בזמנו מצוה:

ונראה דהא הקשו לפי מה דסוברים דהא דמדלין בדלי טמא והוא טהור דאסור לברך דאי מברך מיחזי כעושה לצורך טבילה וא"כ תקשה הא דאמר רבא דמש"ה אדם מותר לטבול משום דנראה כמיקר הא מ"מ אסור לברך דאז נראה דעושה לשם מצות טבילה ולכתחלה צריך לברך דמה"ט אלם לא יתרום משום דאינו יכול לברך ועי' ברא"ש פ"ק דחולין וע"כ נראה דכיון דברכות לא מעכבות בדיעבד וכיון דטבילה בזמנו מצוה ע"כ טובל בלא ברכה דבשלמא בתרומה יכול אחר לתרום והכא אי אפשר אחר השבת דטב"מ וא"כ ע"כ רבא סובר דטבז"מ ואפ"ה קאמר דהא דשרי בשבת משום דנראה כמיקר אלמא אפי' אי מצוה מ"מ בעינן טעמא דנראה כמיקר וע"כ שפיר פריך מברייתא דשרי טבילה בי"ה אע"ג דל"ש דנראה כמיקר ולפ"ז ניחא המרדכי דכתב דכיון דבזמן הזה ליכא משום טבז"מ וע"כ אסור אדם לטבול והיינו משום הברכה דאי יברך לא נראה כמיקר ולכתחלה בעי ברכה דל"ח דיעבד משום דטבז"מ דכיון דבזה"ז לאו מצוה ליטבול בזמנו ומה שהקשו בהא דמדלין בדלי טמא אמאי לא גזרינן שמא ישהה ועי' בשמ"ק ובש"א

ובמהרש"א ונראה לפי שיטת הרמב"ם דגבי שבת כתב הטעם משום מתקן טעמא דרבא וביו"ט כתב הטעם משום שמא ישהה וכתבו האחרונים משום דאי לא גזרו בשבת משום מתקן בשבת ל"ש לגזור שמא ישהה דבזמן מועט ל"ח לתקלה וא"כ ממילא לא היה שייך לגזור ביו"ט שמא ישהה דיכיל לעשות כן בשבת דג"כ הוא פנוי ממלאכה אך דכיון דכבר גזרו בשבת משום מתקן וכיון דאסור לטבול בשבת ממילא גזרינן ביו"ט שמא ישהה על יו"ט אע"ג דליכא משום מתקן ביו"ט דמכשירי אוכל נפש שרי ביו"ט מ"מ שייך שמא ישהה דכיון דבשבת אסור משום מתקן ע"כ גזרו שמא ישהה עד יו"ט ויבא לידי תקלה וע"כ נקט הרמב"ם טעם בשבת משום מתקן וביו"ט שמא ישהה ועי' בח"ס וא"כ הא דמדלין בדלי טמא דכיון דליכא משום מתקן דאינו נראה כמתקן וא"כ שרי בשבת וא"כ ממילא שרי ביו"ט דל"ש שמא ישהה דיכול לעשות בשבת דג"כ פנוי ממלאכה ובשבת ל"ש שמא ישהה דבזמן מועט ל"ח לתקלה ולפ"ז ניחא הא דבולד הטומאה מטבילין ביו"ט משום דאינו רק מדרבנן ליכא משום מתקן מ"מ שייך שמא ישהה ותירצו דבדרבנן ל"ח לתקלה ולפי הנ"ל ניחא דכיון דליכא משום מתקן ושרי בשבת ממילא ל"ש שמא ישהה דיכול לעשות כן בשבת:

והנה בטעמא דרבה דאסור שמא יעבירנו הקשה בשמ"ק דא"כ אמאי בנטמא בולד הטומאה מטבילין לגזור ג"כ שמא יעבירנו וכתבו דעיקר הטעם דכיון שהוא בהול לקיים המצוה דטבילת כלים ברגל איכא מצוה איכא למיחש אבל בולד הטומאה דהוא מדרבנן אינו בהול כ"כ וע"כ לא ישכח שלא יעבור ד"א בר"ה ועי' בס' א"מ דכתב דמשמע מדבריו דווקא במצוה דאורייתא הוא בהול אבל במצוה דרבנן אינו בהול וקשה הא מגילה הוא רק מדרבנן ואמר במגילה דטעמא דאינו קורא המגילה בשבת משום שמא יעבירנו וע"כ כתב דמה"ט יש לומר הא דמשני ר"י טעמא דמגילה משום שעיניהם של ענים נשואות למקרא מגילה:

ולכאורה קשה הא גבי שופר ולולב ליכא טעמא דאחריני וע"כ אנו צריכין לטעמא דרבה א"כ למה לא קאמר טעם זה במגילה אך בהא פליגי רבה ור"י דר"י סובר בדרבנן אינו בהול כ"כ וע"כ ליכא למיחש שמא יעבירנו וע"כ קאמר טעמא אחריני ורבה סובר דאפי' בדרבנן בהול וע"כ גזרינן שמא יעבירנו:

והנה לפ"ז נראה הא דקיי"ל דטעה בדבר מצוה דפטור ועי' בפסחים וג"כ הטעם משום דהיה בהול לקיים המצוה וע"כ טעה והוציא לר"ה ועי' בסוכה פ' ג' לפ"ז אי טעה במצוה דרבנן אי פטור משום דבהול לקיים המצוה תליא בפלוגתא דרבה ור"י דאליבא דרבה דסובר דאפי' במצוה דרבנן גזרינן שמא יעבירנו וע"כ דסובר דאמרינן דבהול אפי' במצוה

דרבנן וע"כ אפי' אי טעה במצוה דרבנן פטור משום דהיה בהול משא"כ לר"י דסובר דבמצוה דרבנן לא גזרינן שמא יעבירנו וע"כ דסובר דאינו בהול במצוה דרבנן וע"כ אי טעה במצוה דרבנן חייב חטאת. ובזה ניחא הרמב"ם הלכות שגגות דהנה בסוכה (ד' מ"ב) איתא ר' יוסי אומר י"ט הראשון של חג שחל בשבת ושכח והוציא הלולב לרשות הרבים פטור משום דטעה בדבר מצוה אמר אביי ל"ש אלא שלא יצא בו אבל יצא חייב ופריך הא מדאגבהה נפיק בי' אמר אביי כשהפכו והרמב"ם השמיע דאיירי בהפכו:

וע"כ נראה דהא בתוס' הקשה אי מצות צריכות כוונה מאי פריך מדאגבהה נפיק בי' אך אי אמרינן דהא דמצוה בעי כוונה זה רק מדרבנן ועי' בתשובות ומה"ט איתא במג"א דמצוה דרבנן לא בעי כונה משום דהן אמרו והן אמרו דבדרבנן לא בעי כוונה וע"כ פריך שפיר והא מדאגבהה נפיק עכ"פ מדאורייתא דלא בעינן כוונה ולא נשאר רק מצוה דרבנן דלא יצא משום כוונה ובטעה במצוה דרבנן חייב דאינו בהול כ"כ וזה הכל לר"י דסובר דעל דרבנן אינו בהול משא"כ לדידן דקיי"ל כרבה דגזר שמא יעבירנו אפי' במצוה דרבנן וע"כ דבהול אפי' במצוה דרבנן וא"כ כיון דמדרבנן בעי כוונה חשוב טעה בדבר מצוה וע"כ לא הביא הרמב"ם תירץ הגמ' בשהפכו:

והנה בזה דאמרנו דאפי' אי מצות צריכות כוונה זה רק מדרבנן ולפ"ז יש לומר דאפי' למד"ס דשחיטת חולין בעי כוונה זה רק מדרבנן נהי דסובר דגם שחיטה חשוב מצוה ולא הכשר מצוה ועי' בט"ז ס' א' מ"מ לא עדיף ממצוה אחרת דלא בעי כוונה מדאורייתא אך לפ"ז תקשה הא דאיתא בחולין פ' שני דהוכיח דבשחיטה לא בעי כוונה מדגלי רחמנא מתעסק בקדשים פסול מכלל דחולין לא בעי כוונה וקשה מנ"ל לעולם דבעי כוונה והא דאיצטריך לכתוב מתעסק בקדשים פסול דנפק"מ בקדשים מדאורייתא פסול משא"כ חולין מדאורייתא לא בעי כוונה:

ובזה אמרתי על קושית תוס' חולין (ד' ל"ב) דאמר רבא שחט פרה ושחט בהמה אחרת עמה דברי הכל פסולה נשחטה בהמה אחרת עמה לר"נ דסובר דלא בעי כוונה בחולין פרה פסולה ופי' רש"י ואע"ג דשלא בכוונה לא מסח דעתי' ולא מיקרי מתעסק במלאכה אחרת אך הואיל דשחיטתו כשרה מיפסלא משום ושחט אותה ולא אותה וחברתה רבנן פרה כשרה בהמה פסולה ופי' רש"י דהא שחיטת בהמת חולין לאו שחיטה הוא ומשום מלאכה ליכא למיפסל דשלא במתכוון לא מיקרי עוסק במלאכה אחרת דליכא היסח הדעת דכיון דלא אכוין וע"ש בתוס' דהקשה ואותה ולא אותה וחברתה לרבנן למה לי אי לשוחט בהמה אחרת עמה ת"ל משום מלאכה ובלא כוונה דפסול החולין ליכא משום ולא אותה וחברתה וע"ש אך אי אמרינן דהא דבעי כוונה הוא מדרבנן דלא עדיף ממצוה

א"כ נפק"מ בנשחטה עמה דמלאכה ליכא ומ"מ איכא משום ולא אותה וחברתה דהא מדאורייתא כשרה דלא בעי כוונה מדאורייתא ורבא אמר אליבא דאמת דבעי כוונה וליכא משום ולא אותה וחברתה משא"כ על התורה ל"ש זה דלא בעי כוונה ואגב אכתוב מה שנראה לתרץ הרמב"ם דפסק בנשחטה בהמה אחרת עמה דכשר הפרה והקשו דכיון דפסק כר"נ דחולין לא בעי כוונה א"כ פסול הפרה משום אותה ולא אותה וחברתה ונראה דהא בתוס' הקשה דאמאי לא אמרינן דהא דלא אותה וחברתה זה דווקא בשחט שני פרות וע"ש מה שהביאו ראיה לזה:

וע"כ נראה דרבא הוכיח דע"כ לא איירי דווקא בשחט שני פרות דהא שחיטת קדשים בעי כוונה לכ"ע וע"כ דשחט בכוונה וא"כ בלא"ה פסולה משום היסח הדעת אך עי' בס' יש"י דרצה לומר דהרי מילתא דפשיטא אם אחרים רואין בשעת שחיטה ומכוונים ומ"מ השוחט בעצמו שחט בלי כוונה דלא מיפסל מטעם מלאכה אחרת דהרי השוחט לא הסיח דעת משחיטת הפרה ומ"מ מיקרי שחיטת בהמה אחרת כיון דאחרים רואין אותו ועומדים ע"ג והיינו אי אמרינן דהא דמהני אחרים רואים בגט היכי דכתב חרש שוטה וקטן לאו משום דאחרים מלמדין לעשות לשמה רק משום דכוונת אחרים מהני. אך נראה דהנה לעיל הוכיח רבא מדקתני וכולן ששחטו ואחרים רואין דשחיטה כשרה כר"נ דחולין לא בעי כוונה והקשו הראשונים ת"ל דהא איכא אחרים רואין ולעולם דבעי כוונה וע"כ דרבא סובר דכוונת אחרים לא מהני ומתני' דגיטין יתרץ או בשייר מקום התורף או כר"א דסובר דעמ"כ וכיון דרבא סובר דכוונת אחרים לא מהני ע"כ הוכיח דאותה ולא אותה וחברתה קאי אפי' על שחיטת חולין דאי על ש"פ דאז ע"כ בעי כוונה ות"ל דפסולה משום היסח הדעת ואף דאחרים עומדין ומכוונים דהא רבא ע"כ סובר דלא מהני כוונת אחרים משא"כ לדידן דמהני כוונת אחר יש לומר בנשחטה בהמת חולין עמה ליכא משום ולא אותה וחברתה רק דשחט שני פרות והיכי דאחרים רואין וכיונו דליכא משום היסח הדעת ומ"מ איכא ולא אותה וחברתה כיון דכשרה הפרה ע"י כוונת אחרים רואין ודו"ק:

וגם יש לומר דהא עיקר הראיה דמהני כוונת אחרים מהא דשוחט בהמה ע"מ לזרוק דמה לע"ג וקשה דהא הוי שחיטת מומר וע"כ שהא"י יזרוק לע"ג ועי' ברשב"א ושמעינן דמהני כוונת אחרים היכי דהוא רוצה בזה והנה באחרונים איתא דהא דנעשה מומר זה דווקא אי ישנו לשחיטה מתחילה וע"ס משא"כ אי אין לשחיטה אלא לבסוף ולפ"ז רבא לשיטתו דסובר דאין לשחיטה אלא לבסוף ועי' בזבחים וא"כ לא קשה דנעשה מומר דהא לא נעשה מומר אלא לבסוף וא"כ יש לומר דכוונת אחרים לא מהני וע"כ הוכיח

דע"כ קאי ולא אותה וחברתה בנשחטה בהמת חולין עמה דאי פרה דכיון דבעי כוונה ת"ל דאסור משום היסח הדעת משא"כ לדידן דקיי"ל דישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף וא"כ דכוונת אחרים מהני ואז יש לומר דקאי ולא אותה וחברתה רק על ש"פ ולא בחולין וע"כ סובר הרמב"ם דפרה כשרה אע"ג דפסק כר"נ. ונחזור לענין ראשון עי' בב"ש באה"ע דרצה לחדש הא דפליגי אי מצות יבום קודם או מצות חליצה קודם משום דלא מתכוונים לשם מצוה רק לשם זנות ורצה לומר דמדאורייתא אפי' אי יתכוין לשם זנות לא איכפת לכ"ע רק מדרבנן צריך שיתכוין לשם מצוה וא"כ משמע ג"כ מדבריו דמדאורייתא לא בעינן כוונה ובזה ניחא קושית הרשב"א ביבמות על הא דמשני שם (ד' נ"ט) הא מני ר"מ ורב דאמר כר"א ופריך אי ר"א למאי צריכין משום בעולה ת"ל דהוי זונה וכתב ברשב"א דאין לומר דהיא בעולה ע"י נישואין א"כ ת"ל משום אלמנה או גרושה והקשו דאמאי לא מקשה קושיא זו על ר"א דל"צ קרא דבעולה שלא כדרכה חשוב בעולה דמנפ"ש ע"י זנות ת"ל דהוי זונה וע"י אישות ע"כ היא אלמנה או גרושה ועי' גם במש"ל דהקשה קושיא זו על ר"א דסובר דהוי זונה ל"צ למעט ולא בעולה וע"כ נראה דעל ר"א לא קשה דמשכחת דנפלה ליבום דמשום זונה ליכא דהוא ע"י אישות ואי דע"כ היא אלמנה נפקא מינה בנפלה ליבום דעשה דוחה ל"ת דאלמנה אך השתא דחשיבא בעולה אפי' שלא כדרכה אין עשה דוחה ל"ת ועשה ואין לומר דאפשר בחליצה זה אינו דהא מדאורייתא בודאי מצוה יבום קודם דהא אפי' אי מכוין לשם זנות לא איכפת וע"כ לא קשה על ר"א דקאי על הקרא משא"כ אחר שאסרו חכמים בנתכוין לזנות וא"כ מצות חליצה קודם ואמרינן דלא דחי משום דאפשר בחליצה וע"כ קשה על רב ת"ל דהוי זונה וע"י אישות היא אלמנה ואין לומר דנפק"מ ביבום דהא אפי' אי לא יהיה רק ל"ת לא דחי העשה משום דאפשר בחליצה ועכ"פ נראה מדבריו דמדאורייתא לא בעי כוונה במצוה:

ועי' בס' יש"י דהוכיח דכיון דקיי"ל דאף לעבור בעי כוונה היינו משום דבלא כוונה אין בזה קיום מצוה למ"ד דמצוה צריך כוונה וקשה הא יש בזה קיום מצוה מה"ת אפי' בלא כוונה וממילא עובר משום ב"ת ומה שחז"ל הצריכו כונה אינו מועיל שלא לעבור על ב"ת אלא ודאי דמדאורייתא בעינן כוונה וע"ש ולפ"ז לאביי דסובר דלעבור לא בעינן כוונה ועי' בראש השנה וע"כ הישן בשמיני בסוכה ילקה ע"כ דסובר דמדאורייתא לא בעינן כוונה במצוה ולפ"ז ניחא בפשיטות הרמב"ם הנ"ל דהשמיט תירוץ הגמ' דאירי בשהפכו משום דאביי לשיטתו דע"כ סובר דהא דמצות צריך כוונה זה רק מדרבנן וא"כ פריך הגמ' שפיר מדאגבהה נפיק בי' מדאורייתא וליכא רק מצוה דרבנן וטל דרבנן אינו בהול לקיים וע"כ אמאי פטור וע"כ אביי מתרץ בשהפכו משא"כ לדידן דקיי"ל דלעבור

בעי כוונה וע"כ דמדאורייתא בעינן כוונה ולא קשה קושית הגמ' מדאגבהה נפיק וע"כ השמיט תירוץ דאביי דאיירי בהפכו ודו"ק:

והנה ר"י סובר בנדה דאשה שיש לה ווסת בעלה מחשב ימי ווסתה ובא עלי' ורש"י פי' דאין צריך לשאול אי טבלה משום דחשוב ס"ס שמא לא ראתה ושמא טבלה ובירושלמי איתא משום דר"י לשיטתו דסובר דטבילה בזמנו מצוה ובודאי טבלה יע"ש. ובזה דר"י סובר דטבילה בזמנה מצוה ניחא בזה הא דפליגי רב ור"י בחולין (ד' ל"א) בנדה שנאנסה וטבלה דס"ל לרב דטהורה לבעלה דלא בעינן כוונה ור"י סובר דאסורה לבעלה ופסקו כרב ותמהו הא רב ור"י הלכה כר"י אך יש לומר דר"י לשיטתו דסובר דטבילה בזמנו מצוה ואפי' אין בעלה בעיר מצוה עלי' לטבול וע"כ סובר דבעינן כוונה כמו בכל המצות ולדידן דקיי"ל דלאו מצוה ליטבול בזמנו דמי לשחיטה דלא בעי כוונה. אך קשה לי הא דפריך הגמ' בחולין ומי אמר ר"י הכי והא אמר הלכה כסתם משנה ותנן נפלה סכין וכו' עד הא הפילה הוא כשרה ואע"ג דלא מכוין וקשה דנדה שאני דר"י גופא סובר דטבילה בזמנו מצוה ודמי לכל המצות דבעינן כוונה משא"כ שחיטה לא חשוב מצוה רק באם רוצה לאכול וע"כ לא בעי כוונה ועי' בס' ס"ט דתמה דאמאי לא פי' הירושלמי טעמא של ר"י משום ס"ס וגם תקשה לדידן דקיי"ל דלאו מצוה א"כ אמאי פסקינן כר"י דאינו צריך לישאל ולכאורה נראה דהנה לפי מה שפי' רש"י ותוס' משום ס"ס והיינו דווסת דרבנן וקשה דהא אפי' אי ווסתות דרבנן מ"מ איכא חזקה ורוב דרוב רואין בשעת הווסת רק דאי לא בדקה בשעת הווסת ואח"כ בדקה א"ע וטהורה היא אז לא אמרינן דבודאי ראתה בשעת הווסת משום דאוקמא על חזקת טהרה אבל זה אמרינן דלכ"ע איכא חזקה דראתה בשעת הווסת ועי' בנב"י ומה"ט צריך לפרוש בשעת הווסת אע"ג דווסתות דרבנן וא"כ הא לא חשוב ס"ס דספק שמא לא ראתה ל"ח ספק כלל דהך ספק הוא נגד הרוב דרוב רואין בזמן הווסת ועי' בתוס' כתובות סוגיא דפ"פ. אך כבר הוכיחו בתשובות דאפי' היכא דס' אחד נגד הרוב חשוב ס"ס דאל"כ מאי פריך הגמ' בכתובות סוגיא הנ"ל ואמאי הא ס"ס הוא הא ספק אונס לא נחשב לספק כלל דהוא נגד הרוב דכיון דלא היה קול. ומה שכתבו בתוס' שם דזה אינו רק רוב מדרבנן קשה דמ"מ מאי פריך הגמ' דילמא רוב דאורייתא הוא ועי' בתשובות ברית אברהם אלא ודאי דש"ס דידן סובר דאפי' היכי דס' אחד הוא נגד הרוב חשוב ס"ס משום דסמוך מיעוטא לפלגא דאינו תחתיו ועי' בפ"י שם וא"כ ה"ה הכא חשוב ס"ס משא"כ הירושלמי לשיטתו דמשני שם ר"י קושית הגמ' דס"ס קול יוצא לאנוסה וע"כ ל"ח ס"ס וע"כ ה"ה הכא אי אפשר לומר משום ס"ס וע"כ קאמר משום דר"י לשיטתו דסובר דטבילה בזמנו מצוה ובודאי טבלה. וע"כ דידן נהי דקיי"ל

דלאו מצוה מ"מ קיי"ל דא"צ לישאל אותה משום ס"ס דקיי"ל דאפי' היכי דס' אחד נגד הרוב חשוב ס"ס אך על ר"י לשיטתו דסובר בירושלמי דלא חשוב ס"ס וע"כ קאמר דהא ר"י לשיטתו דסובר דטב"ז מצוה ודו"ק:

וגם יש לומר דהא בלא"ה קשה דאמאי אינו צריך לישאל משום דאיכא ס"ס הא מ"מ איכא לברורי שישאל אי טבלה אי לא דהא לפי מה שתקנו דבתולה נשאת ליום ד' משום ט"ב ופי' רש"י ואם יבא לב"ד יתברר הדבר ע"י עדים שזינתה דיצא קול ויבואו עדים וכוונת רש"י דיבואו עדים לתרץ קושית התוס' דהא איכא ס"ס ומה בכך דלא ימצא בתולים וע"כ פי' רש"י דיתברר ע"י עדים וקשה הא באמת איכא ס"ס ואמאי תקנו שתנשא ביום ד' שיתברר ע"י העדי' וע"כ דכיון דאפשר לברורי שיבואו עדים לא סמכינן על ס"ס וא"כ ה"ה הכא אמאי סמכינן על ס"ס כיון דאפשר לברורי לישאל אותה ועי' בס' ח"ש ועי' בנב"י. אך יש לומר דלעולם דכל היכי דאיכא ס"ס ל"צ לברר והתם ליכא ס"ס כלל לפי מה דהקשה בשמ"ק דהא ליכא ס"ס כלל דס' אינו תחתיו ליכא ס' כלל דהוא נגד חזקת הגוף ובודאי דזינתה תחתיו ותירץ דכיון דאי אפשר לומר דעד עכשיו דלא מצא בתולי' או פ"פ היתה בתולה דכעת אי אפשר שזינתה בין חופה לבעילה וע"כ יצאתה מחזקתה וע"כ מספקינן דזינתה מקמי הכי אינו תחתיו וכמו כן כתבו הראשונים בסירכא ועי' בר"ן בחולין ועי' ביו"ד ס' פ"א. וא"כ לפ"ז לפי מה דהקשה בתוס' שם על הא דקאמר ר"י דתקנו זמן משום ב"א ור"ל סובר משום פירות ולא משום ב"א משום דזנות ל"ש והקשה בתוס' מהא דתקנו דבתולה נשאת וכו' ותירצו דיש חילוק שמא זינתה דאז ל"ש משא"כ בתולה נשאת היה התקנה שמא תזנה והיינו בין חופה לבעילה וע"ש וא"כ איירי דאיכא שהות בין חופה לבעילה לזנות וא"כ ממילא ס' אינו תחתיו ליכא ס' משום דאיכא חזה"ג דיש לומר עד עכשיו היתה בתולה כיון דאיירי דאיכא שהות ולעולם דאפי' היכי דאפשר לברר ל"צ לברר היכי דאיכא ס"ס אך זה הכל לר"ל דסובר דזנות ל"ש וע"כ דהתקנה היה משום שמא תזנה וא"כ ליכא ס"ס כלל אך לר"י דסובר משום ב"א אע"ג דל"ש וא"כ לדי' לא היה התקנה משום שמא תזנה ואיירי אפי' באין שהות ואיכא ס"ס ומ"מ חזינן דהיכי דאפשר לברורי עשו תקנה וא"כ אמאי א"צ לישאל אע"ג דאיכא ס"ס וע"כ קאמר דר"י לשיטתו דסובר דטבילה בזמנו מצוה ול"צ לס"ס כלל:

ולפ"ז ראיה לשיטת הירושלמי דסובר דהא דמסיק הגמ' איפוך היינו איפוך קמייתא ור"י סובר משום פירות למסקנא וע"כ אפי' לדידן דקיי"ל דלאו מצוה מ"מ אינו צריך לברר ולישאל משום דאיכא ס"ס ובס"ס ל"צ לברר ומתני' דבתולה נשאת אין ראיה דהא אי אמרינן משום פירות ע"כ דתקנה היה משום שמא תזנה ובאיכא שהות וא"כ ליכא ס"ס

דס' אינו תחתיו אינו ספק משום דהוא נגד חזה"ג אבל אי אמרינן דר"י סובר משום ב"א וא"כ לא היה התקנה משום שמא תזנה ואיכא ס"ס וע"כ משום דאיכא לברורי ותקשה דאמאי אין צריך לישאל ור"י לשיטתו ניחא דסובר דטבילה בזמנו מצוה משא"כ לדידן דקיי"ל דלאו מצוה תקשה דאמאי אין צריך לישאל וע"כ דאיפוך קמייתא ור"י סובר משום פירות וע"כ דתקנה היה שמא תזנה וליכא ס"ס ולעולם דל"צ לברר היכי דאיכא ס"ס וע"כ קיי"ל דינא דר"י דמחשב ימי ווסת ובא עלי' משום ס"ס:

ולפ"ז ניחא קושית התוס' על רש"י דפי' דיתברר ויבואו עדים דא"כ איך מייתי אביי ראיה ממתני' דאומר פ"פ מצאתי דנאמן לעולם דאינו נאמן רק דנפק"מ באם יבוא לב"ד יצא קול ויבואו עדים וע"ש וע"כ נראה דבאמת לדידן דאיפוך קמייתא ור"י סובר משום פירות וליכא ס"ס דהא ע"כ התקנה היה משום שמא תזנה א"כ ס' א"ת אינו ס' דהוא נגד חזה"ג וא"כ התקנה לא היה שיבואו עדים רק רש"י הוכרח לפרש כן למסקנא דמשני בטענת דמים א"כ נהי דס' א"ת לא הוי ספק איכא ס"ס שמא באונס ושמא מכ"ע וע"כ הוצרך רש"י לפרש שמא יבואו עדים משום לס"ד דאביי דאיירי בפ"פ דליכא ס' דמכ"ע דמכ"ע פתחה סתום ועי' בתוס' וס' א"ת ג"כ ליכא דהוא נגד חזה"ג א"כ לא היה התקנה משום דיבואו עדים ושפיר מייתי אביי ראיה דנאמן לומר פ"פ ודו"ק.

גם נראה דלכאורה יש לומר דכמו דרוב התלוי במעשה לא אזלינן בתר הרוב ה"ה ספק דרבנן דתליא במעשה לא אזלינן לקולא ועיין במשנה למלך הלכות בכורות דסובר כן דהיכי דתליא במעשה לא אזלינן לקולא הגם דהוא ספק דרבנן וא"כ לפ"ז לא מיבעיא אי אמרינן דטעמא דס"ס משום דע"י ספק הראשון שרי מן התורה דמהתורה שרי ספק וס' השני חשוב ס' דרבנן ולקולא א"כ הכא דס' השני שמא טבלה דתליא במעשה לא אזלינן לקולא וליכא ס"ס דבשלמא אי טבילה בזמנו מצוה ל"ח תליא במעשה ועיין בפלתי ס' ק"ב דכתב כן לענין נדרים דחשוב דשיל"מ ולא תליא במעשה משום דאיכא מצוה משא"כ אי לאו מצוה לא חשוב ס"ס נהי' דס' השני חשוב ספק דרבנן מ"מ הא ספק דרבנן ותליא במעשה לא אזלינן לקולא ואפי' אי אמרינן כשיטת הרשב"א דס"ס הוא משום רוב א"כ כמו דרוב דתליא במעשה ל"ח רוב ה"ה ס"ס דכיון דספק זה שמא טבלה תליא במעשה ול"ח רוב וה"ה ס"ס אך נראה דהא דרוב התלוי במעשה ל"ח רוב תליא בזה דהנה על מתניתין דיבמות פ"ב דקתני לא תנשא ולא תתייבם פריך דאמאי לא אזלינן בתר הרוב ומשני דאתא כר"מ דחייש למיעוט והקשו הראשונים דתקשה לדידן דלא קיי"ל כר"מ דאמאי לא תנשא ותירצו משום דסמוך מיעוט לחזקה או משום דהוי רוב התלוי במעשה ול"ח רוב וא"כ אי אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה יש לומר דאפי' רובא

התלוי במעשה חשוב רוב והנה אי אמרינן סמוך כתבו בתשובות דתליא בזה דאי אמרינן דסמוך מיעוטא לפלגא ול"א דמיעוטא כמאן דליתא ה"ה דאמרינן סמוך מיעוט לחזקה משא"כ אי ס"ס נגד הרוב ל"ח ס"ס ול"א סמוך מיעוטא לפלגא ה"ה דלא אמרינן סמוך מיעוט לחזקה וע"כ טעמא דמתני' דל"ת משום דהוי רוב דתליא במעשה ולפ"ז ניחא הכל דש"ס דידן דאמרנו דע"כ סובר דאפי' היכי דספק אחד נגד הרוב חשוב ס"ס וע"כ משום דסמוך מיעוטא לפלגא וה"ה דאמרינן דסמוך מיעוט לחזקה ויש לומר דטעמא דמתני' משום סמוך ורוב התלוי במעשה חשוב רוב וה"ה ס"ס אפי' הוא תליא במעשה חשוב ס"ס אך היה קשה להירושלמי דמשני ר"י משום דקול יוצא לאנוסה וע"כ דסובר דל"א סמוך וא"כ ע"כ טעמא דמתני' משום דרוב התלוי במעשה ל"ח רוב וא"כ ה"ה ס"ס ואמאי מהני הכא ס"ס דתליא במעשה וע"ז קאמר הירושלמי משום דר"י לשיטתו דסובר דמצוה ולדידן דקיי"ל דלאו מצוה בלא"ה ניחא דכיון דבש"ס דידן סובר דחשוב ס"ס אפי' הוא נגד הרוב וע"כ משום דסמוך מיעוטא לפלגא וה"ה לחזקה ויש לומר דרוב התלוי במעשה חשוב רוב וה"ה ס"ס וע"כ פסקינן כר"י:

ועיין בח"ס דהא דגזרינן שמא יעבור ד"א בר"ה ובפ"י רצה לומר דאין הגזירה שמא ישכח אלא אפי' יזכור שבת יורה היתר לומר שדוחה שבת והוא כתב בודאי בתחלה כשיודע שהלולב או השופר הוא רחוק מבית הבקי כמה אמות לא יטעה להעביר ד"א להדיא אבל יתיר לעצמו איסור דרבנן לטלטל פחות פחות מד"א ואח"כ בתוך טרדתו יטלטל יותר מד"א ומעתה יש לחלק גבי שופר שבכל שבת אסור משום שבות דחכמה ואינה מלאכה ואפ"ה התירו בר"ה יש לו מקום לטעות דה"נ התירו פחות מד"א ועי"ז יבוא להעביר ד"א אבל בלולב שלא נאסר בשאר שבתות אלא משום הטלטול בעלמא לא יטעה לומר דבסוכות שהתירו טלטול יתירו נמי פחות מד"א יע"ש ולפ"ז הא דכתב רש"י בפסחים דהזאה אסור משום מתקן ובגמ' איתא שמא יעבירנו ד"א אך דאי ליכא משום מתקן מהיכי יבוא לטלטל פחות פחות מד"א ובתוך כך יעבור ד"א בר"ה אך כיון דאיכא משום מתקן ואפ"ה התירו מזה יבוא לטעות שרשאי לטלטל פחות פחות מד"א ואז יבוא לטלטל גם ד"א משא"כ אי לא היה משום מתקן לא יבוא לידי טלטול פחות פחות מד"א והא בהא תליא ודו"ק:

טעם כעיקר

הנה שיטת הרשב"א דאפי' אי ע"כ ל"ד מ"מ מב"מ דלד"ס דלא בטל אז ט"כ דאורייתא וכן נראה מהר"ן דהקשה דת"ל דילפינן ט"כ מקרא דהטמאים דאתא לאסור צירן ורוטבן וכו' ותירץ דמהתם לא שמעינן רק כשאוכל הרוטב בעין ולא נתערב אבל כשנתערב ה"א

דבטל ברוב וצריך קרא דטעמא לא בטל יע"ש וכיון שכן אפי' למ"ד ט"כ ל"ד משא"כ מב"מ דליכא ביטול לר"י ממילא ידעינן ט"כ מקרא דהטמאים ואין לומר דבטל ברוב דהא מב"מ ליכא ביטול דהא זה דטעם אוסר ידעינן מקרא דטמאים וביטול ליכא מב"מ: **ובזה** ניחא הרי"ף בפלוגתא דרב ולוי אי ריחא מילתא אי לאו דסובר הרי"ף דקיי"ל כלוי דריחא לאו מילתא אך רב לשיטתו דסובר מב"מ במשהו וע"כ סובר דריחא ג"כ אוסר הגם דאינו רק משהו אך לדידן דקיי"ל דמב"מ בטל ע"כ לא קיי"ל כרב והקשו עליו דא"כ הא דפריך הגמ' מאי לאו תערובות טעמים וקשיא ללוי והא גם לרב קשה דגדי ועלה ל"ח מב"מ אי אזלינן בתר שמא ועיין בפ"ח ס' צ"ח ובאינו מינו גם רב מודה דשרי גם הקשו מהא דקאמר לימא כתנאי ורב סובר כר"מ דאוסר ולא כר"י דמתיר וקשה הא התם דהוי אינו מינו וע"כ רב מודה לר"י דשרי וע"כ נראה בכוונת הרי"ף דהנה הפוסקים סוברים דאפי' למ"ד ריחא זה רק מדרבנן דהא לא דמי לטעם דילפינן ממשרת וע"כ דגזרו אטו טעמא וזה הכל אי ט"כ דאורייתא אז יש לגזור דגם ריחא אוסר משא"כ אי ט"כ ל"ד וטעם לא אוסר רק מדרבנן אינו מהדין שנגזור ריחא משום טעמא אך מב"מ דלא בטל ואז ט"כ דאורייתא אז מב"מ יש לאסור גם ריח אטו טעמא משא"כ מין בשאינו מינו דע"כ ל"ד אין מהראוי לגזור ולאסור ריחא וכן אפי' מב"מ למאן דסובר דבטל וא"כ אפי' מב"מ ע"כ ל"ד ג"כ אין ראוי לגזור ריחא כיון דטעם הוא רק מדרבנן ולפ"ז יש לומר דכוונת הרי"ף דרב לשיטתו דסובר מב"מ במשהו וא"כ לדי' ט"כ דאורייתא מב"מ וה"ה דיש לאסור ריחא משום טעמא דאוסר מדאורייתא וע"כ שפיר מקשה מאין צולין רק ללוי ולא לרב אע"ג דחשוב מין באינו מינו מה בכך דהא פסח דהוא קדשים דלכ"ע טכ"ד וא"כ אפי' אינו מינו יש לאסור ריחא אטו טעמא וע"כ לא קשה לרב אף דמודה באינו מינו וניחא דהא דרב לא מצי סובר כר"י דהא רש"י פי' דמאן דסובר דט"כ ל"ד משום דהוי שני כתובים וא"כ לר"י דסובר דש"כ מלמדין א"כ לדי' ט"כ דאורייתא אפי אינו מינו ויש לגזור ריחא אטו טעמא ואפ"ה ר"י מתיר א"כ ע"כ רב לא סובר כר"י דאין לומר משום דהוא אינו מינו דהא אליבא דר"י לשיטתו אפי' בא"מ ט"כ דאורייתא ואפ"ה לא אוסר ריחא וא"כ ה"ה מב"מ לרב לא גזרו בריחא אע"ג דט"כ דאורייתא וע"כ דרב לא סובר כר"י דלר"י גם מב"מ לא אוסר ריחא וניחא לפ"ז הא דאסור לאוכלו בכותח בפת שאפה עם הצלי אע"ג דהוא א"מ אך כיון דבב"ח לכ"ע ט"כ דאורייתא ע"כ אע"ג דאינו מינו הוא אוסר ריחא דגזרו אטו טעמא:

ובזה ניחא הפוסקים דסוברים בשוחט בסכין של א"י דסגי בהדחה ולא בעי קליפה כרב והקשו הא הלכה כרב באיסור ועיין ביו"ד סי' י' ובפלתי ולכאורה אמרתי לפי מה

שהקשה ברשב"א על הסוברים דכלי שני דכמו דאינו מבשל כך אינו מבליע ולא מפליט וא"כ תקשה על רב נהי דבית השחיטה הוא רותח מ"מ אין חומו יותר מחום דכ"ש דאינו מבליע ומפליט אך לפי הסוברים דבחמץ בפסח אוסר אפי' כ"ש והטעם נהי דאינו מבליע חום דכ"ש מ"מ משהו מיהא מבליע וא"כ הכא בשוחט בסכין של א"י דהוי מב"מ ורב אוסר מב"מ במשהו וא"כ אפי' חום דכ"ש אוסר וה"ה אי בית השחיטה רותח אוסר וזה הכל לרב לשיטתו דסובר במשהו משא"כ לדידן דבטל א"כ חום בית השחיטה לא חמיר מחום כ"ש וע"כ קיי"ל דסגי בהדחה וגם לפי מה דקאמר הגמ' דכ"ע בית השחיטה רותח אך איידי דטרוד למיפלט לא בלע וא"כ יש לומר דטעמא דרב דאוסר משום נהי דטרוד למיפלט משהו עכ"פ בלע וזה לרב לשיטתו דסובר מב"מ במשהו משא"כ לדידן וע"כ פסקינן דסגי בהדחה דאיידי דטרוד וכו':

אך לפי מה דסוברים האחרונים ועיין בס' פתה"ב דשיטת הרמב"ם דמש"ה אמרינן דסתם כלי של עובד כוכבים אינו ב"י משום דט"כ לאו דאורייתא וע"כ אמרינן דסתמא אינו ב"י דמשום ס"ס אי אפשר לומר דשמא אינו ב"י ושמא נשתמשו דבר שהוא פוגם בעין דחדא ספיקא הוא רק משום דט"כ ל"ד ע"כ אמרינן דהוא אינו ב"י ומה"ט לענין בשר בחלב דטכ"ד לכ"ע לא אמרינן דהוא אינו ב"י ולפ"ז יש לומר דהא בתוס' הקשו על רב הא סתם כלי אינו ב"י. אך לרב לשיטתו דסובר מב"מ במשהו וא"כ ט"כ דאורייתא וע"כ לא אמרינן דהוא אינו ב"י וזה לרב לשיטתו משא"כ לדידן סגי בהדחה משום דסתמא אינו ב"י משום ט"כ ל"ד אפי' מב"מ:

ובזה ניחא קצת קושית התוס' בחולין דאביי יליף עכ"ד מבב"ח ואמאי לא יליף מג"נ דטכ"ד אך כיון דאביי סובר דמב"מ במשהו א"כ אין ראיה מג"נ דיש לומר משום מב"מ צוה התורה להכשיר הכלים דאז לכ"ע טכ"ד וע"כ יליף מבב"ח. וניחא הא דהקשו על הא דסובר רב דכיון שנתן טעם בחתיכה דחתיכה נעשה נבילה ואוסרת הכל מפני מב"מ וקשה הא דהא דחנ"נ הוא רק מדרבנן ובאיסור דרבנן אפי' מב"מ בטל אך כיון דרב סובר מב"מ במשהו וא"כ ע"כ דלא יליף ט"כ מג"נ דהא יש לומר דהוא משום מב"מ דאז לכ"ע טכ"ד וע"כ דיליף מבב"ח ואז חנ"נ מדאורייתא כמו בשר בחלב ועיין בפלתי ס' צ"ב וע"כ אוסר הכל מפני דמב"מ לא בטל:

ועכ"פ לפי הרשב"א הנ"ל עיקר הא דילפינן ט"כ מג"נ משום דאי מקרא דטמאים לא שמעינן רק היכי דהטעם הוא בעיני' וה"א דאי נתערב בטל הטעם וע"ז ילפינן מג"נ דטעמא לא בטל. ולפ"ז לכאורה תקשה איך ילפינן ט"כ מג"נ דילמא לעולם גם טעמא בטל והתם בג"נ הוא משום דאין מבטלין איסור לכתחלה וע"כ צוה התורה להכשיר

והיינו להסוברים דהא דאין מבטלין איסור לכתחלה הוא דאורייתא ועיין בר"ן בחולין. ולכאורה יש לומר דל"ש אין מבטלין דכיון דאין כוונתו לבטל ועיין בר"ן בע"ז דסובר דהיכי דא"מ לבטל שרי לבטל ואין לומר דהוי פ"ר אך לפי מה שכתבו על הרמב"ם דסובר דהא דאמרה התורה ישבר בכ"ח זה רק בחטאת ולא בשאר קדשים אפי' בקדשי קדשים סגי במריקה ושטיפה ותמהו עליו הא בש"ס דייק מהך דצריך שבירה בכ"ח דכלי חרש אינו יוצא מידי דופיו הא מדחזינן דבשאר קדשים סגי בהגעלה אלמא דאפי' בכ"ח סגי בהגעלה ויוצא מידי דופיו ויוצא ע"י הגעלה ותירצו דבאמת איכא רוב לעולם במה דנתבשל בתוך הכלי כמו שכתבו התוס' בחולין ומב"מ בטל ברוב מדאורייתא ובכלי מקדש אוקמא על דאורייתא והא דצריך מו"ש בקדשים או שבירה בכ"ח משום דאין מבטלין איסור לכתחלה אך הא אין כוונתו לבטל אך הא הוי פ"ר ולפ"ז לפי מה דהקשו הראשונים דכיון דלא מהני הגעלה בכ"ח משום שא"י מידי דופיו ולא יצא ע"י רותחין א"כ גם בבישול בתוכה יהיה התבשיל מותר דהרי הבלוע לא יצא ע"י הבישול כמו שלא יצא ע"י הגעלה ותירצו דמ"מ אפשר שלא יצא אז ע"י הגעלה והשתא ע"י בישול יצא הבלוע ועכ"פ נ"ח פ"ר דכיון דאין הדבר ברור שיפלוט הטעם ע"י בישול דהרי אנו רואין שלא נפלט ע"י הגעלה ראשונה וא"כ ל"ח פ"ר ושוב נתבטל ברוב דאין מבטלין איסור ליכא דהא א"מ ופ"ר לא הוי ע"י הגעלה וע"כ סובר הרמב"ם דבשאר קדשים אפי' בכ"ח אין צריך שבירה ודי בהגעלה וחטאת דצריך שבירה באמת גזה"כ הוא ועיין בס' יש"י. ובזה ניחא הרמב"ם דפסק דלא כרב דסובר דקולף דהא בפלתי הקשה להסוברים דכלי מתכת אינו בולע אלא א"כ האור מהלך תחתיו וא"כ מה מהני הא דבית השחיטה רותח הא במתכת בעינן אור מהלך תחתיו אך לפי מה שהקשה בש"ך ס' ס"ח על דיעה זו מהא דאיתא במתני' דזבחים אחד שבישל בו ואחד שעירה לתוכו טעון מרו"ש דע"כ לא איירי בכ"ח דצריך שבירה וע"כ במתכת וקתני אחד שעירה אלמא דלא בעינן האור מהלך תחתיו ותירץ בפלתי דלעולם דאיירי בכ"ח רק בשאר קדשים דאז סגי במו"ש אפי' בכ"ח וכבר אמרנו משום דהוי דש"מ ופ"ר לא הוי וא"כ לרב דאוסר דש"מ אפי' בשאר קדשים לא מהני מו"ש וע"כ דאיירי במתכת אלמא דלא בעינן האור מהלך וע"כ מחמיר ג"כ בחום בית השחיטה משא"כ לדידן דשרי דש"מ וא"כ בשאר קדשים אפי' בכ"ח סגי מו"ש ויש לומר דמתני' איירי בכ"ח ובשאר קדשים אבל במתכת בעינן אור מהלך תחתיו וע"כ לא פסקו כרב וסגי בהדחה

ובזה ניחא הא דהקשו על תוס' פסחים דהקשו על הא דפריך הגמ' וליעבד שלא במינו והא אין מבטלין איסור לכתחלה והקשו הא אין כוונתו לבטל אך לרב לשיטתו דאוסר

דש"מ לא מהני אין כוונתו לבטל וא"כ לפ"ז אי אפשר לומר בג"נ משום דאין מבטלין דהא אין כוונתו לבטל ואין לומר דהוי פ"ר דא"כ אמאי אמרה תורה כל דבר אשר יבא באש דבעי ליבון הא יכול להשתמש רותח ע"י הגעלה ואם לא יצא ע"י הגעלה גם השתא ע"י הבישול לא יצא ואין לומר דמ"מ שמא ע"י הגעלה לא יצא משא"כ השתא ע"י בישול ועיין בתוס' חולין דעכ"פ פ"ר לא הוי אלא ודאי דטעמא לא בטל ולא משום דאין מבטלין: **אך** אכתי יש לומר דאין ראיה מג"נ דיש לומר משום אין מבטלין איסור לכתחלה ואין לומר דאין כוונתו לבטל דהא הוי פ"ר ואין לומר דא"כ למה צריכין ליבון סגי בהגעלה דאז לא הוי פ"ר דליתא דליבון בעינן באם רוצה להשתמש ע"י האור דאז הוי פ"ר ולכאורה נראה לפי מה דסוברים דפ"ר דלא ניחא שרי וא"כ אי אמרינן דאפי' קדירה ב"י אי אפשר דלא פגמא פורתא חשוב פ"ר דלא ניחא ליה משא"כ אי לא פגמא כלל אז הוי פ"ר דניחא ואין ראיה מג"נ לט"כ דיש לומר משום אין מבטלין וניחא בזה קושית התוס' בע"ז דלר"ש משרת למה לי אי להיתר מצטרף לאיסור הא האר"ש סובר דכ"ש למכות אי לט"כ הא כיון דר"ש סובר דקדירה ב"י לא פגמה יש למילף ט"כ מג"נ וע"ש ולפ"ז ניחא דאי סובר דלא פגמא כלל והוי פ"ר דניחא א"כ אין ראיה מג"נ דט"כ דיש לומר משום דאין מבטלין וכו' ואע"ג דל"מ מ"מ הא הוי פ"ר וא"כ אי אמרינן דאפי' בקדירה ב"י פגמא דאז לא הוי פ"ר משום דלא ניחא אז שפיר שמעינן ט"כ מג"נ אך לרב דאוסר דבר ש"מ ל"ש ט"כ מג"נ דיש לומר משום אין מבטלין צוה התורה להכשיר:

ולפ"ז אמרתי הא דסוברים מב"מ כיון דהוא במשהו ט"כ גם נטלפ"ג אסור ועי' תוס' ע"ז פ' בתרא והאחרונים כתבו הטעם משום דבאמת אפי' קדירה שאינו ב"י ראוי לגר והא דשרי דבאמת דגוף האיסור מהראוי שיתבטל ברוב כמו מב"מ דמדאורייתא ברובא בטל ורק מין באינו מינו הטעם אוסר וכיון דהוא אינו ב"י דנפגם הטעם ולא אוסר הטעם וגוף האיסור נתבטל ברוב וע"כ כל היכי דהוי במשהו דליכא ביטול ע"כ אוסר אפי' אב"י ועי' בפ"מ ובזה יש לפרש התוס' פסחים דהקשה על הא דסובר רב דישברו והא הוי נטלפ"ג ותירצו דהכא שאני דאינו נפגם אלא מחמת ששהה בדופני הכלי והקשה בשעה"מ דהא שמואל מתיר שמן של א"י אלמא דסובר דאפי' היכי דנפגם רק מחמת שהוא בדופן הכלי חשוב נטלפ"ג וא"כ קשה למאי קאמר שמואל דלא ישברו משום דסובר כר"ש ות"ל דשרי משום דנטלפ"ג וע"ש. וע"כ נראה דכוונת התוס' דכיון דאינו פוגם רק מחמת הכלי א"כ ראוי לגר רק דתאמר דכיון דליכא טעם וגוף איסור נתבטל א"כ הכא דהוא במשהו דהא רב סובר דמב"מ במשהו וליכא ביטול וע"כ אסור וא"כ אפי' שמואל דמתיר נטלפ"ג

מחמת הכלי מ"מ קח ההיתר הוא משום ביטול וכיון דשמואל סובר נ"כ דמב"מ במשהו היה אסור וע"כ הוצרך לומר דמש"ה נא ישברו משום דסובר כר"ש:

אך יותר נראה דהנה הרמב"ם סובר דמש"ה שרי נטלפ"ג משום דחשוב שלא כדרך אכילה ולכאורה קשה דהא אפי' שלא כד"א איסור איכא ולכל הפחות איסור דרבנן ועי' במש"ל:

אך יש לומר דווקא היכי דאי אכל כדרך אכילה היה מלקות אז אפי' שלא כד"א איסור איכא משא"כ על ט"כ דליכא מלקות משום דאינו רק עשה תעבירו באש כמו דאיתא בתוס' חולין וע"כ היכי דהוא נטלפ"ג דחשוב שלכ"א אפי' איסור ליכא ועי' בתוס' שבועות פ' ג' דכתבו ג"כ דח"ש שלא כד"א אפי' איסור ליכא והיינו משום דכיון דעל ח"ש ליכא מלקות ע"כ כדי שלא כד"א לגמרי וה"ה על ט"כ דכיון דלא ילפינן רק מג"נ וליכא רק עשה וע"כ היכי דהוא נטלפ"ג דחשוב שכד"א שרי לגמרי ולפי זה היכי דאוסר במשהו דאז לא צריך למילף טעם כעיקר מגיעולי עובדי ככבים דהא מצינו למילף מהטמאים רק דה"א דהיכי דנתערב בטל ע"ז ילפינן מג"נ דטעמא לא בטל וא"כ מב"מ דליכא ביטול ואז ילפינן מקרא דהטמאים ואיכא מלקות על הטעם וע"כ אסור אפי' נטלפ"ג נהי דחשוב שכד"א איסורא איכא וע"כ אמרינן דאיסור דאוסר במשהו אסור אפי' נטלפ"ג:

ובזה ניחא הרש"י בפסחים דפי' דטעמא דרב דסובר דישברו משום דסובר דנטלפ"ג אסור והקשו דא"כ שמואל דמתיר נטלפ"ג ל"צ לומר דמש"ה לא ישברו משום דסובר כר"ש:

וע"כ נראה דהא קשה אי היכי דאוסר במשהו אסור גם נטלפ"ג ל"צ רש"י לומר דרב אוסר נטלפ"ג רק דמש"ה ישברו משום דרב סובר מב"מ במשהו ע"כ אסור נטלפ"ג אך לרב לשיטתו דאוסר דבר ש"מ וא"כ אי אפשר למילף ט"כ מג"נ דיש לומר משום אין מבטלין וע"כ דהוא יליף מנזיר ט"כ ואז איכא מלקות על ט"כ ואין לומר משום דאין עמה"ד דהא כבר כתבו המחברים דכיון דהא דאין עמה"ד דיש לומר דכיון דחמור לא נתכפר במלקות וזה ל"ש הכא דטעם לא יהיה חמור מגוף איסור ועי' בס' אור חדש וכיון דאיכא מלקות אפ"ה שרי נטלפ"ג א"כ ה"ה היכי דהוא במשהו נהי דאיכא מלקות שרי נטלפ"ג דהא בכל מקום איכא מלקות ושרי נטלפ"ג וע"כ מוכרח רש"י לומר דרב אוסר נטלפ"ג משא"כ שמואל דמתיר דבר ש"מ ואז ילפינן ט"כ מג"נ וליכא מלקות וע"כ יש לומר דאז שרי נטלפ"ג משא"כ הכא דהוא במשהו דאיכא מלקות על הטעם ע"כ אסור נטלפ"ג וע"כ הוצרך לומר דלא ישברו משום דסובר כר"ש ולא משום נותן טעם לפגם.

ובזה ניחא קושית התוס' שם דהא רבא בע"ז מספק אי רב אוסר נטלפ"ג או לאו וקשה ליפשוט מהכא אך רבא לשיטתו דלא סובר דמש"ה אין עמה"ד משום דכיון דחמור

דילמא אין לו כפרה במלקות ועי' באור חדש דכתב דלרבא אפי' אי ילפינן מנזיר ט"כ ליכא מלקות משום דאין עמה"ד וע"כ לדידי' יש לומר דבעלמא שרי נטלפ"ג משום דליכא מלקות על ט"כ ע"כ נטלפ"ג דהוא שלא כד"א שרי משא"כ היכי דהוא במשהו דאיכא מלקות וע"כ אסור נטלפ"ג וע"כ אי אפשר ליפשוט מהכא ומש"ה מספקא ליה אי אוסר רב נטלפ"ג או לאו:

ובזה נראה לפרש תוס' חולין (ד' ק"ח) דמסיק דאין להגעיל כלי ב"י כשאין במים ס' והגעלה דמדין דלא אסרה תורה אלא ב"י לא הגעילו אלא כלים קטנים בתוך כלים גדולים והקשה בפלתי דלמה כתבו בתוס' בקשיא דלא אסרה אלא ב"י דהא אי אסרה תורה אפי' אב"י ג"כ קשה איך הגעילו היכי דליכא ס' דנעשה נבילה וע"כ נראה דהנה בתשובות איתא דאי אמרינן דעל ט"כ ליכא מלקות דאינו רק עשה ובעשה איתא בתוס' דבאיסור עשה לא אסור היוצא ממנו דהא דיוצא מטמא טמא זה רק באיסור לאו ולא באיסור עשה ולפ"ז דכיון דעל טעם ראשון נהי דט"כ מ"מ ליכא רק עשה וא"כ טעם שני דלא יצא רק מאיסור עשה לא נאסר וא"כ לא קשה איך הגעילו בכ"מ דכיון דע"ש אינו אוסר וע"כ כתבו בתוס' למ"ד דלא אסרה רק קדירה ב"י ול"א דאסרה אפי' אינו ב"י משום מב"מ דאז אסור אפי' אב"י משום דאיכא מלקות מב"מ על ט"כ וע"כ אסור אפי' אב"י וע"כ משום דאמרינן דאהדרינהו לאיסורא קמא ולעולם איכא מלקות על ט"כ אפי' אי ילפינן מג"נ ואפ"ה שרי נטלפ"ג א"כ ה"ה מב"מ אע"ג דאיכא מלקות שרי אב"י וע"כ קאמר דלא אסרה תורה רק ב"י וא"כ כיון דאמרינן דאיכא מלקות על ט"כ משום דאהדרי לאיסורא ואיכא לאו א"כ טעם שני יוצא מאיסור לאו ואסור היוצא וע"כ קשה איך הגעילו

ועי' בס' ב"מ על יו"ד דכתב דהא דסוברים היכי דאין כונתו לבטל ליכא משום אין מבטלין זה אי הא דאין מבטלין איסור לכתחלה הוא רק מדרבנן וע"כ שרי בא"מ אע"ג דהוי פ"ר דבאיסור דרבנן פ"ר שרי משא"כ אי אין מבטלין הוא מדאורייתא לא מהני מה שאין כוונתו לבטל ולפי זה לפי מה דסוברים דבדבר דצריך ביעור מהעולם לכ"ע אין מבטלין איסור הוא דאורייתא ומשום זה אמרינן דחמץ חשוב אינו ברשותו וקשה אי אין מבטלין איסור הוא מדרבנן א"כ הוא ברשותו דיכול לבטל אלא ודאי דבדבר דצריך ביעור אין מבטלין דאורייתא. ולפ"ז ניחא קושית שעה"מ הנ"ל על התוס' פסחים דהקשה הא אין מבטלין איסור ומאי פריך וליעבד שלא במינו והקשה הא אין כוונתו לבטל אך חמץ שאני דצריך ביעור מעולם ואז אין מבטלין דאורייתא ולפ"ז אכתי תקשה דאי אפשר למילף ט"כ מג"נ דיש לומר משום אין מבטלין איסור ול"ש לומר משום דאין כוונתו לבטל דהא אי אין מבטלין הוא מדאורייתא לא מהני דלא מכוין וע"כ אי ילפינן

מג"נ ע"כ בעינן לומר דהא דאין מבטלין איסור הוא רק מדרבנן. ובזה ניחא הא דהקשו על הא דאיתא בפסחים (ד' מ"ג) עד כאן לא קאמר ר"מ אלא נוקשה אבל ע"י תערובות לא וקשה דהא ברש"י בסוף הסוגיא איתא דמאן דל"ס תערובות משום דסובר דמשרת להיתר מצרף לאיסור וג"נ חידוש הוא וכיון דר"מ אוסר נטלפ"ג א"כ ג"נ לא הוי חידוש ואיך אפשר לומר דל"ס תערובות ועי' בח"ס אך לפי מה שהוכיח בס' ב"מ הנ"ל ממתני' דערלה פ' ג' באורג דבעינן מלא הסיט דבר חשוב דאל"כ נתבטל ואע"ג דאורג הוא בשוגג ור"מ סובר בדרבנן קנסו שוגג אטו מזיד ואי אין מבטלין איסור הוא רק מדרבנן אפי' אינו ד"ח לא נתבטל דקנסינן אטו מזיד והוכיח מזה דר"מ סובר דאין מבטלין הוא דאורייתא ובדאורייתא סובר דלא קנסו ואם כן כיון דר"מ סובר דהוא דאורייתא א"כ אע"ג דר"מ אוסר נטלפ"ג וליכא חידוש אפ"ה אי אפשר למילף ט"כ מג"נ דיש לומר משום שאין מבטלין איסור וע"כ קאמר שפיר דר"מ לית ליה תערובות ולא סובר דטכ"ד:

וניחא בזה הרי"ף הנ"ל דכתב דרב דאוסר ריח משום דרב לשיטתו דאוסר מב"מ במשהו ותמהו דא"כ איך קאמר כתנאי ורב לא מצי סובר כר"י הא התם הוי מין בא"מ וגם רב מודה וע"כ נראה דהנה התוס' חולין הוכיחו דאפי' נתבשלו שרי מהא דאמרינן דכל יום נעשה גיעול לחבירו והא ממעט באכילת שלמים וכתבו דאין ראי' משום דמב"מ בטל ברוב ובמקדש אוקמי' על דאורייתא והקשה דלפ"ז למאי צריכין כלל מריקה ושטיפה וכתבו משום דאין מבטלין איסור ונמצא אי מב"מ בטל ע"כ צריכין לומר דאין מבטלין איסור דאורייתא ואז ט"כ ל"ד דאי אפשר למילף מג"נ משא"כ אי מב"מ לא בטל יש לומר דאין מבטלין הוא רק מדרבנן וא"כ עכ"ד דאין לומר דג"נ הוא משום דאין מבטלין כיון דזה רק מדרבנן והנה אי ט"כ ל"ד אין מהראוי לאסור ריחא ולגזור אטו טעמא כיון דטעם גופי' לא אוסר רק מדרבנן:

ולפ"ז יש לומר בכוונת הרי"ף דרב לטעמי' דסובר מב"מ במשהו ואז יש לומר דאין מבטלין דרבנן וממילא דטכ"ד דיש למילף מג"נ וע"כ אוסר ריחא דגזרו אטו טעמ' ואפי' אינו מינו וע"כ קאמר דלא מצי סובר כר"י הגם דהתם אינו מינו משא"כ לדידן דמב"מ בטל וע"כ הא דצריכין מו"ש משום אין מבטלין איסור וכיון דט"כ הוא דאורייתא א"כ אי אפשר למילף ט"כ מג"נ דיש לומר משום אין מבטלין וממילא לא גזרו ריח דכיון דטעם גופו לא אוסר מדאורייתא. ובזה נראה לתרץ הרי"ף דפסק דלא כרב דסובר דקולף השוחט בסכין של א"י דעיקר טעמא דרב דלא סובר הך טעמא דאיידי דטרידי סימנים לאפוקי דם לא בלעי משום דזה רק על איסור דם סמכינן על זה דאיידי דטרידי וכו' משום דדם שבשלו הוא דרבנן ולא באיסור תורה אך אי ט"כ ל"ד א"כ גם הכא ראוי לסמוך על

זה אך רב לשיטתו דסובר דמב"מ במשהו ואז יש לומר מב"מ טכ"ד וט"כ סובר דל"ס על הא דאיידי דטרידי סימנים משא"כ לדידן דאפי' מב"מ בטל וממילא ט"כ ל"ד אפי' מב"מ וט"כ סגי בהדחה משום דאיידי דטרידי וכו':

אך קשה הא דפריך הגמ' בחולין (ד' צ"ז) הא דאמר ר"ה גדי שצלאו בחלבו דאסור לאכול אפילו מראש אזנו ופריך ובחלב אסור והא עובדא הוי קמיה דר"י בגדי שצלאו בחלבו ואמר קולף ואוכל וכו' וקשה דילמא ר"ה לשיטתו דסובר מב"מ במשהו וא"כ טכ"ד דהא חלב בבשר חשוב מב"מ ועי' בש"ך ס' צ"ח וע"כ ל"א איידי דטרוד למיפלט בשעת צליה לא בלע מה שא"כ ר"י דסובר דבטל וט"כ ל"ד וע"כ מתיר דסמכינן דאיידי דטרוד וכו':

והנה מה שאמרו דהא דבעינן מו"ש למ"ד מב"מ בטל הוא משום דאין מבטלין איסור אך הא אין כוונתו לבטל ואין לומר דהוי פ"ר תקשה אמאי בכ"ח ישבר דע"י הגעלה לא הוי פ"ר וצריכין לומר דהוא גזה"כ אך למאן דאוסר דבר ש"מ ל"צ לומר דגזה"כ הא דבעינן מו"ש רק יש לומר משום אין מבטלין איסור ובזה ניחא הא דאיתא בזבחים דר"י דריש אותה פרט לתרומה דלא בעינן מו"ש ופריך הא תניא קדירה שבישל בה תרומה לא יבשל בה חולין ואי בישל בנ"ט והקשה בפלתי דלפי מה דאיתא בתוס' הנ"ל דכיון דמדאורייתא בטל ברוב ובכלי מקדש אוקמי על דאורייתא וא"כ הך מו"ש הוא גזה"כ וא"כ מאי פריך דהא מה"ת בודאי מותר לבשל בה חולין היכי דהוא מב"מ דכיון דרק גזה"כ בקדשים והך קדירה שבישל בה תרומה או דאירי מין באמ או אפי' מב"מ עכ"פ אסור מדרבנן אבל הא דדריש אותה פרט לתרומה ניחא דמה"ת ל"צ מו"ש בתרומה ורק בקדשים הוא גזה"כ ולפי הנ"ל ניחא דאליבא דר"י לשיטתו דאוסר דש"מ וא"כ גם בקדשים ל"צ לומר דהוא גזה"כ רק מדינא בעי מו"ש משום דאין מבטלין איסור ואע"ג דאין כוונתו לבטל וא"כ ה"ה בתרומה בעינן מו"ש אפי' מב"מ ואפי' מן התורה דבטל ברוב מ"מ הא אין מבטלין איסור

אך קשה להסוברים דאין מבטלין הוא רק מדרבנן אך באיסור הנאה אז לכ"ע אין מבטלין הוא מדאורייתא וא"כ לא פריך מידי מהא דקדירה שבישל דשפיר ממעטינן אותה פרט לתרומה דנותר שהוא איסור הנאה וע"כ אע"ג דמב"מ בטל ברוב מ"מ בעי מו"ש משום דאין מבטלין דבאיסור הנאה אין מבטלין הוא דאורייתא משא"כ תרומה לא בעי מו"ש מב"מ דבטל ברוב ואין מבטלין ליכא משום דכיון דאינו איסור הנאה מדאוריית' מבטלין **וגם** תקשה לפי מה שכתבנו דבדבר דצריך ביעור מהעולם לכ"ע אין מבטלין אסור דאורייתא ובזה ל"ק קושית ב"מ הנ"ל מאורג חוט אחד מערלה דהא ר"מ קנס שוגג אטו מזיד בדרבנן אך כיון דערלה הוא בשריפה אז אין מבטלין דאורייתא. וכן ניחא בזה מה

שהקשה התוס' בסנהדרין בטיהר את הטמא דפי' דעירבן עם פירות ברוב ובטל והקשה דהא ר"מ קנס אך לפי מה דאיתא בנב"י דביבש ביבש לט"כ אין מבטלין הוא דאורייתא ובדאורייתא הא לא קנס ר"מ ועכ"פ בדבר דצריך ביעור אין מבטלין דאורייתא מ"מ נהי דר"י אוסר דש"מ ולא מהני דאין כוונתו לבטל מ"מ יש לחלק דנותר דהוא בשריפה ואין מבטלין דאורייתא וע"כ בעינן מו"ש משא"כ תרומה באמת לא בעי מו"ש היכי דהוא מב"מ דבטל ואין לומר דאין מבטלין הא מדאורייתא מבטלין משא"כ נותר:

וניחא בזה הרמב"ם הלכות מלכים פ' ח' דסובר דהא דמותר בשעת מלחמה לאכול אפי' דבר איסור זה דווקא באין להם מה לאכול דבר היתר והקשו מהא דאיתא בחולין (ד' י"ז) דבעי ר' ירמיה איברי בשר נחירה שהכניסו ישראל לארץ ופריך אימת אי לימא בשבע שכבשו ובשבעה שחלקו השתא קד"ק אישתרי וכו' והקשו הא נפק"מ ביש להם לאכול דבר היתר דאז לא אישתרי להו דבר איסור גם הקשו דהא הרמב"ן הקשה על ציווי הגעלה במלחמת מדין ולא במלחמת סיחון ועוג שקודם לכן ותי' משום דסו"ע המה משבעה עממים ורשאין לאכול אפי' קדלי דחזירי וכ"ש גיעולי עובדי ככבים ולפי הרמב"ם הנ"ל שלא הותר אלא מדוחק לא יתכן תירוץ זה דהא יכול להכשיר הכלים:

והנה בס' מעין החכמה מתרץ קושית הרמב"ן דהא אמרינן דג"נ חידוש הוא משום דאפי' קדירה ב"י נטל"פ פורתא וא"כ אין להקשות הא שלא צוה במלחמת סו"ע דכיון דבלא זה הוא חידוש ואין לך אלא חידושו וע"ש והנה כבר אמרנו דבאמת אינו ב"י לא חשוב אינו ראוי לגר ומכ"ש ב"י רק משום דפגם פורתא ראוי לגר אך משום דגוף איסור נתבטל ברוב כמו מב"מ והטעם ל"ח טעם דפוגם וא"כ לפ"ז לא הוי חידוש דיש לומר דכיון דצריכין לבטול הא אין מבטלין איסור לכתחלה אך דאין כוונתו לבטל וע"כ אכתי הוי חידוש וא"כ ר' ירמיה דסובר בשבת דבר ש"מ לא שרי רק בלא אפשר אבל באפשר אסור וא"כ הכא דאפשר להכשיר הכלים אסור דש"מ וא"כ יש לומר משום שאין מבטלין ואע"ג דא"מ כיון דאפשר אסור וא"כ לא הוי חידוש ותקשה דאמאי לא צוה התורה במלחמת סו"ע וע"כ משום דהותר אפי' קד"ח וא"כ הוכיח לפי שיטתו דאפי' יש להם לאכול דבר היתר שרי לאכול דבר איסור ופריך הגמ' על ר' ירמיה השתא דבר טמא אישתרי וכו' משא"כ לדידן דאפי' באפשר שרי דבר ש"מ ואם כן ג"נ הוי חידוש דאין לומר משום דאין מבטלין איסור כיון דאין מתכוין לבטל ואף ע"ג דאפשר שרי וא"כ לא קשה קושית הרמב"ן ויש לומר דביש להם מה לאכול אסור משא"כ לר"י לשיטתו דאסור באפשר וא"כ ג"נ לא הוי חידוש הגם דפגם פורתא דיש לומר משום דאין מבטלין והגם דאין כוונתו לבטל אסור משום דאפשר וע"כ הא דלא אמרה תורה במלחמת סו"ע משום דהא

שרי אפי' קד"ח והגם דאפשר לאכול בהיתר להכשיר הכלים שרי וע"כ מקשה שפיר השתא דבר טמא אישתראי ואפי' יש להם מה לאכול בהיתר שרי:

ובזה ניחא הרמב"ם דהביא דין דאסור לכתחלה להשתמש בקדירה שאב"י משום גזירה דב"י בכלי חרס ותמהו עליו דאמאי לא הביא זה בכ"מ דאסור להשתמש לכתחילה באב"י אך לפי מה שכתבנו דאפי' אב"י צריכין לביטול א"כ בלא גזירה דב"י אסור להשתמש לכתחלה משום דאין מבטלין איסור וצריך להכשיר הכלים ואין לומר דמה מרויחין הא גם ע"י הגעלה צריכין לביטול אך לפי שיטת הרמב"ן דע"י הגעלה ל"צ לבא לידי ביטול משום דטבע המים הרותחין להפליט מתוך הכלי ולא להבליע בתוכה ועי' בר"ן בע"ז א"כ בכ"מ כיון דאפשר בהגעלה אסור להשתמש לכתחלה משום אין מבטלין איסור ואין לומר דהא אין כוונתו לבטל דהא לפי מה דאיתא בפסחים דבאפשר אסור דש"מ וא"כ כיון דאפשר בהגעלה אסור דש"מ דהא ע"י הגעלה ל"צ לביטול וע"כ בכ"מ פשיטא דאסור להשתמש לכתחלה אב"י אבל בכ"ח דלא אפשר בהגעלה ה"א דשרי להשתמש לכתחלה אב"י וע"כ אשמעינן דאסור משום גזירה דב"י:

ולפ"ז יש לומר דהא דאסור להגעיל ביין לכתחלה אך כיון דביין צריכין לביטול משא"כ ע"י מים דטבע המים שלא להבליע לפי' הרמב"ן ול"צ לביטול משא"כ ע"י יין צריכין לביטול ואין מבטלין איסור לכתחלה:

ובזה ניחא הא דהקשו הראשונים מהא דאיתא בזבחים (ד' צ"ו) דפריך הגמ' ותרומה לא בעי מו"ש והא תנן קדירה שבישל בה תרומה לא יבשל חולין ואי בישל בנ"ט ומשני אביי ל"צ אלא דל"צ הגעלה אלא במקום בישול ורבא משני דל"צ אלא לכדאמר מר במים ולא ביין הא אפי' ביין וכו' אלמא דיכול להגעיל אפי' ביין אך לפי הגירסא דרבא משני לתירוצא דאביי ואביי תירוצא דרבא וע"כ אביי לשיטתו דסובר בפסחים דאפי' באפשר שרי דש"מ וע"כ מחזר להגעיל אפילו ביין משא"כ רבא לשיטתו דבאפשר אסור וע"כ לא מתיר להגעיל ביין אפי' בתרומה משום דאין מבטלין לכתחלה ולפ"ז ניחא קושית התוס' יו"ט דהקשה דסתם מתני' בזבחים דחטאת פסולה אין דמה טעון כיבוס בין שהיתה לה שעת הכושר וכו' ועי' בגמ' שם (ד' צ"ג) דכתיב אותה וכתיב מדמה וע"כ אפי היה לו שעת הכושר אין דמה טעון כיבוס ור"ע אותה פרט לתרומה ור"ש לטעמיה דאמר קדשים קלים אין טעון מו"ש וכש"כ תרומה וכיון דסתם מתני' אפי' קדשים קלים טעון מו"ש א"כ איצטריך אותה פרט לתרומה וא"כ מנ"ל דהיה לו שעת הכושר אין טעון כיבוס ולפ"ז ניחא דכיון דקיי"ל באפשר אסור דש"מ א"כ אסור להגעיל ביין אפי' תרומה א"כ ליכא למיעוטא מידי מאותה דאין לומר תרומה דהא גם תרומה צריך מו"ש ואין לומר דשרי

להגעיל ביין דהא אסור להגעיל משום אין מבטלין וא"כ המיעוט דאותה קאי דאפי' בהי' לו שעת הכושר אין צריך כיבוס וע"כ ניחא הרמב"ם דפסק דא"צ כיבוס ופסק דאפי' קדשים קלים צריך מו"ש ולפ"ז ניחא הכל ודו"ק:

גם יש לומר הא דלא פסקו כרב דסובר דקולף דהא בתוס' הקשה הא סתם כלי של א"י אב"י וע"כ נראה דהא עיקר דסתם הוא אב"י משום דאיכא ס"ס שמא אב"י ושמא נשתמשו בו דבר שהוא פוגם בעין אך ע"ז הקשו הא אזלינן בתר רוב תשמישו ורוב אין משתמשין דבר שהוא פוגם אך כבר אמרנו דאפי' אי ספק אחד הוא נגד הרוב חשוב ס"ס וזה הכל אי רוב לא נחשב רק ספק משא"כ אי רובי ודאי הוא אז אין זה ספק כלל וליכא ס"ס ואיתא בפלתי ס' ס"ג דבזה פליגי רב ושמואל דרב דסובר ביומא דאזלינן בפקוח נפש בתר הרוב ע"כ דסובר דרוב הוא ודאי וא"כ ליכא ס"ס וממילא דל"א לדי' סתם כלי אב"י משא"כ לדידן דקיי"ל כשמואל דל"א אחר הרוב בפ"נ וע"כ דרוב הוא ספק ואמרינן דסתם הוא אב"י וע"כ סגי בהדחה:

ועל הקושיא הנ"ל דאיך אפשר דר"מ לא סובר תערובות הא ר"מ אוסר נטלפ"ג וא"כ ג"נ לא הוי חידוש ויש למילף ט"כ מג"נ ונראה דלפי מה שהקשו דאפשר דהגעלתו משום בשר בחלב ומזה אין ראיה דחידוש הוא ותירצו דכיון דסד"א מהתורה לקולא א"כ ל"ח שמא השתמש בשר בחלב דווקא אלא ודאי דבכל מקום אמרינן ט"כ וא"כ ר"מ דסובר בכריתות דעל חתיכה אחת חייב אש"ת וע"כ דסד"א לחומרא מהתורה וא"כ אין ראיה ט"כ מג"נ דיש לומר משום בשר בחלב ודו"ק:

והנה לפי מה שאמרנו דבאיסור עשה לא אסור היוצא מהן ניחא הסוגיא דפסחים (ד' ע"ו) דמקשה שם בשלמא לרב דסובר עילאי גבר מש"ה יטול את מקומו דאזיל רוטב מרתח ליה לחרס והדר חרס ומטוי ליה לפסח וקא מיטוי פסח מחמת חמימות דחרס ורחמנא אמר צלי אש ולא צלי מחמת דבר אחר והקשה בתוס' דת"ל שרוטב איסור נבלע בפסח גם הקשו על הרמב"ם דסובר דכל רוטב הנפרש מהבשר אסור משום דאינו בשר צלי א"כ מאי מקשה לשמואל דאמר תתאי גבר חרס כיון דצוננת היא אקורי מיקר ליה לרוטב אמאי יטול את מקומו הלא הרוטב גופו כיון שנפרש מהבשר נעשה איסור והוי כדבר איסור הנבלע בצלי רותח וצריך נטילה. והנה האחרונים תירצו דהא שיטת הרמב"ם דעשה דוחה עשה היינו לאו הבא מכלל עשה דלא עדיף לאו גמור וא"כ תקשה לר"א דסובר בזבחים דעשה דוחה אפי' ל"ת שבמקדש ולא כרבא א"כ אמאי בנטף מרוטבו על חרס וחזר אליו יטול את מקומו דאף דנבלע מרוטב אשר נאסר משום צלי מחמת דבר אחר מ"מ העשה ואכלו את הבשר דוחה לאו הבא מכלל עשה דצלי מחמת דבר

אחר וע"כ הוצרך הגמ' לומר לטעמא דהדר רוטב מטוי ליה לפסח וא"כ הפסח לא נאסר מחמת בלוע רק שהנטילה בעצמה נעשה צלי מחמת דבר אחר דאין סברא כלל לומר דבפסול יהיה מצות עשה וידחה דפסול אין כאן מצוה והגמ' לא פריך בזבחים רק משום הקדשים אשר הם בעצמם מותר ומצוה באכילתן רק שנאסר מחמת הבלוע ואם היה אפשר להפריד האיסור הבלוע היה מצוה באכילתן וע"כ ניתי עשה ולידחי ל"ת ומיושב בזה קושית התוס' דאמאי צריך לבוא לטעם דכי הדר רוטב אפסח קא מטוי פסח וכו' וגם הרמב"ם ניחא נהי דס"ל דרוטב הנפרש מהפסח אסור מ"מ צריכין לבוא מחמת צלי מחמת דבר אחר וגם מאי מקשה לשמואל דאמר תתאי גבר לשיטת הרמב"ם דהאיסור ברוטב הוא משום שאינו בשר צלי והוי עשה וא"כ בחזר על הפסח לא נאסר הפסח דעשה דוחה ל"ת. הבא מכלל עשה וע"כ דעילאי גבר ונעשה אחר כך הפסח בעצמו צלי מחמת דבר אחר:

ובזה ניחא מה שהקשו מאי פריך הגמ' על שמואל דכיון דהרוטב נאסר כדי קליפה ואיכא למימר דאוסרת בפסח כדי נטילה דהא בתוס' הקשה גבי נגע בחרסו של תנור אמאי סגי בקליפה הלא הרוטב שיש באותו כדי קליפה יאסור כדי נטילה ותירצו דאיירי באין שם רוטב משמע כשיש רוטב אוסרת הפסח כדי נטילה וא"כ תקשה מה פריך הגמ' אמאי יטול את מקומו דילמא הרוטב אוסר כדי נטילה והוכיח מזה כשיטת רב"ת דרוטב לא נאסר הואיל ואי אפשר לקלפו ועי' בס' הארוך ולפ"ז ניחא דכיון דאינו נאסר רק משום דע"י הרוטב יבלע עד כדי נטילה וכיון דרק משום הבלוע א"כ עשה דפסח דחי אך זה הכל אי עשה דוחה ל"ת שבמקדש ולא כרבא וכבר כתבו המחברים הא דמייתי רבא ראיה מעצם לא תשברו דאפי' עצם שיש בו מוח ול"א דעשה דוחה ל"ת אלמא דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש וכתבו דאין זה ראיה משום דלא הוי בעידנא דקא מיעקר לאו מקיים לעשה ולעולם דדוחה ל"ת שבמקדש והנה בש"א הקשה דאמאי שרי כלאים בציצית הא לא הוי בעידנא דאיסור כלאים הוא בשעת לבישה והמצוה הוא לאחר שנתעטף:

והנה בפסקי תוס' בזבחים איתא דאם אי אפשר לקיים העשה בענין אחר אז לא בעינן בעידנא וכתבו דבזה פליגי רבא ור"א דרבא סובר דהיכי דאי אפשר דוחה ול"ב בעידנא וע"כ שפיר מייתי רבא ראיה מעצם לא תשברו וכו' דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש ור"א סובר דאפי' אי אפשר בעינן בעידנא וא"כ אין ראיה מהתם דלא דחי ל"ת שבמקדש ועוד כתבו דפליגי לפ"מ דקיי"ל דבעשה דרבים לא בעינן בעידנא ומספקא למג"א אי חמץ חשוב עשה דרבים לפי שמוטל על כל ישראל לבערו בע"פ וא"כ לפ"ז מכש"כ מצות אכילת פסח חשוב עשה דרבים דמ"ע זו מוטלת עכשיו על כל ב"י וע"כ רבא דייק שפיר

דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש דאין לומר משום דלא הוי בעידנא דכיון דחשוב עשה דרבים דלא בעינן בעידנא ור"א סובר דווקא בשופר חשוב עשה דרבים דיחיד מוציא רבים י"ח ולא בחמץ וכן בפסח הגם דכל ישראל מחויבין בזמן אחד לעשות המצוה ל"ח דרבים וא"כ אין ראיה דלא דחי עשה במקדש ולפ"ז לפי המג"א הנ"ל שפיר דחי בכלאים בציצית אע"ג דלא הוי בעידנא ואפי' למ"ד חובת גברא משום דחשוב עשה דרבים דכיון דמצוה זו רמיא על כל ישראל בכל יום הוי עשה דרבים:

ולפ"ז יש לומר דקושית הגמ' לא אזלא רק לשמואל לשיטתו דסובר דאפי' בטלית פטורה אין בו משום כלאים אפי' כסות לילה וע"כ דסובר דהותרה כלאים בציצית ולא משום דחוי וא"כ אין ראיה מכלאים בציצית דזה חשוב עשה דרבים דכיון דאינו משום דחוי מה בכך דלא הוי בעידנא וא"כ אין ראיה מעצם לא תשברו דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש דיש לומר משום דלא הוי בעידנא וע"כ פריך שפיר על שמואל דסובר דתתאי גבר סגי בקליפה ואין לומר דהרוטב שיש באותו כדי קליפה יאסור עד כדי נטילה דהא עשה דחי ל"ת הבא מכלל עשה הגם דל"ת הוא במקדש משא"כ לדידן דאינו רק בתורת דחוי וקשה הא לא הוי בעידנא וע"כ דחשוב עשה דרבים וא"כ ע"כ הא דלא דחי בשבירת עצם משום דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש וא"כ לא קשה על שמואל דיש לומר דהרוטב מבליע עד כדי נטילה וע"כ לא הביא הרמב"ם תירוץ הגמ' דאירי בחרס רותח

ולפ"ז ניחא מה שהקשו לב"ש דלא סובר מתוך ואסור הוצאה ביו"ט א"כ אמאי גזרו על תקיעת שופר בשבת שמא יעבירנו ד"א ברשות הרבים והא גם ביו"ט אפי' בחל בחול איכא גזירה זו ואפ"ה לא גזרו וא"כ גם בשבת לא נגזור כמו שכתבו דמש"ה לא קאמר הטעם שמא יתקן כלי שיר משום דא"כ גם בחל בחול לא יתקעו משום זה וא"כ היכי קאמר גזירה שמא יעבירנו וע"כ נראה לפי מה שפירשו האחרונים על קושית רבא הא לאו מלאכה הוא וכו' וקשה דאדרבה דאי הוי מלאכה ל"צ קרא ותירצו דבשלמא אי מלאכה היא ה"א דעש' דוח' ואע"ג דשבת עש' ול"ת הוא מ"מ כיון דמלאכה הוא ואסור אפי' בחל בחול ואפ"ה התירה התורה אמרינן הואיל ואישתרי אישתרי אבל השתא דלאו מלאכה קשה למה לי קרא דכיון דלאו מלאכה ע"כ מה דאסר מקרא דשבתון דמשם מוכח לאסור אף בדבר דלאו מלאכה כמו בקניבת ירק ומאי דאתי משבתון אפי' בי"ה שרי ולא נאסר רק בשבת וא"כ ל"ש הואיל ואישתרי דהא ביו"ט לא נאסר כלל מלאכה זו דת"ש ואף דשבתון הוא רק עשה מ"מ לא דחי עשה לעשה וע"ש אך תקשה הא ת"ש חשוב עשה דרבים ודוחה עשה אחרת. אך לרבא לשיטתו גם עשה דשבתון חשוב עשה דרבים לפי שמוטל על כולם בזמן אחד המצוה זו וע"כ מסיק משום שמא יעבירנו משא"כ ב"ש

דאוסר סדין בציצית ולא דחי עשה ל"ת וע"כ משום דלא הוי בעידנא ול"ח עשה דרבים וא"כ לא קשה לדי' קושית הגמ' הא לאו מלאכה הוא ויש לומר דיליף מקרא דאין תוקעין: **אף** העיקר נראה על קושית הנ"ל דת"ל דרוטב איסור נבלע בפסח דכיון דליכא רק עשה דכי אם צלי אש ובעשה לא אסור היוצא ממנו וע"כ צריך לומר דרוטב מטוי לפסח עד כדי נטילה וכן ניחא הרמב"ם הנ"ל דנהי דרוטב המופרש מבשר נעשה איסור לשיטתו ונבלע עד כדי נטילה דליתא דבעשה לא אמרינן ט"כ וניחא מה דפריך על שמואל דאין לומר דרוטב שיש בכדי קליפה יאסור עד כדי נטילה דליתא דטעם לא אוסר מאיסור עשה אך תקשה לפי הסוברים דאיכא גם ל"ת דכל שבקדש פסול בא הכתוב ליתן ל"ת על אכילתו וא"כ אסור היוצא מהן ואכתי תקשה מאי פריך על שמואל דהא אפי' אי תתאה גבר נאסר מהרוטב כדי קליפה כמו דאיתא בתוס' דמש"ה לא פריך מרישא על שמואל וע"י הרוטב נבלע עד כדי נטילה וע"כ נראה דהא קשה על ר"א דמשני דיקדש עשה ואין עשה דוחה לא תעשה ועשה דהא שיטת הריב"א דל"ת עכ"פ דחי ולא נשאר רק עשה ואמאי אוסר הבלוע הא בעשה ליכא ט"כ ולא אסור היוצא מהן. אך לפי מה שהקשו ועי' בנב"י דכיון דנשאר העשה לא עביד מצוה דהוי מה"ב וממילא איכא גם ל"ת ואיכא מלקות ותירצו דריב"א לא קאמר רק בלאו דיו"ט דיום גורם ואז לא אמרינן מה"ב משא"כ בעלמא דאיכא משום מה"ב ממילא איכא ל"ת וא"כ ניחא התם ומשני ר"א שפיר דהא איכא גם ל"ת דכיון דהוא מה"ב נשאר ל"ת ואסור היוצא מהן ואם כן שמואל לשיטתו בסוכה דלא סובר מצוה הבאה בעבירה וא"כ כיון דדחי עכ"פ ל"ת ולא נשאר רק עשה וליכא משום ט"כ ופריך הגמ' שפיר ולדידן דאמרינן מה"ב ואיכא גם ל"ת כל שבקדש פסול ואסור היוצא מהן ולא קשה קושית הגמ' וע"כ השמיט תירץ הגמ' אך תקשה מהא דלקמן דאין צולין שני פסחים כאחד מפני התערובות מאי לאו תערובות טעמים וקשה הא התם האיסור רק איסור עשה תכוסו על השה ובעשה מדאורייתא לא אסור היוצא מהן ודו"ק:

טומאה הותרה בציבור או דחויה

הנה הרמב"ם פ"ד מהלכות ביאת המקדש פסק דכשאין הציץ על מצחו אינו מרצה ופסק דטומאה דחויה הוא בציבור והקשו דהני תרי פסקי סתרי להדדי דהא בסוגיא דיומא משמע דאי אמרינן כר"י דאינו ע"מ אינו מרצה אז ע"כ צריכין לומר טומאה הותרה בציבור:

ולכאורה נראה לפי מה דהקשה בתוס' יומא שם מאי פריך ר"ש כהן גדול ביוה"כ יוכיח דלמא היכי דליכא ציץ ואי אפשר אמרינן טומאה דחויה כמו בטומאת גברא ותירצו

דהכי פריך דאם נטמא הקרבן בידו בי"כ אין אומרים לו הבא קרבן אחר והקשה בס' א"ח דאי אמרינן דכמו טומאה דחויה ה"ה שבת דחויה א"כ י"ל מש"ה אמרינן אי נטמא בידו יגמור אותו קרבן ולא מביא אחר דהא מה לי אי יהיה בטומאה דהיא בכרת דחויה או יוה"כ דבכרת דחויה ואי מקריב קרבן אחר הרי מחלל יו"כ דהוא ג"כ בכרת והגם דרחמנא שרי להביא קרבנות ביוה"כ ואשתרי מלאכה לצורך גבוה דחוי הוא משום הקרבנות הצריכים משא"כ אי כבר שחט ונטמא למה לנו להקל עוד מוטב שיקריב בטומאה הקרבן שכבר שחט וע"ש:

והנה לר"ש דס"ל מעברין את השנה מפני הטומאה לכתחלה ואמרינן בסנהדרין דטעמא הוא משום דאזיל לטעמיה דס"ל טומאה דחויה היא וא"כ ע"כ צריך לומר דהא דפסח דחי טומאה ואמאי יעברו את השנה כיון דרוב ציבור טמאים אך צ"ל דאיירי בטומאה שאירע בניסן שאי אפשר עוד לעבר את השנה דהא אין מעברין ניסן בניסן אך כל זה שייך בטומאה אבל אי נימא דשבת גם כן דחויה תקשה לדידי' אמאי פסח דוחה שבת יעברו שלא יפול ע"פ בשבת דהא זה יכולין אנחנו לידע מקודם אי יהיה ע"פ בשבת נדחה החודש לחד יומא דהא לר"ש כל היכי דדחויה היא מעברין לכתחלה מכש"כ לדחות חד יומא בלחוד אלא ודאי דאליבא דר"ש שבת הותרה ולא דחויה וע"כ ר"ש לשיטתו דע"כ הותרה שבת וע"כ הקשה שפיר כ"ג ביוה"כ יוכיח ויש לומר כמו שתירצו בתוס' משא"כ לדידן דאין מעברין מפני הטומאה לכתחלה וא"כ גם שבת דחויה כמו טומאה וקשה קושית התוס' דל"ש תירוץ התוס' דהא אין אומרים להביא אחרת דגם אז יהיה מחלל יוה"כ וע"כ יש לומר דאין הציץ ע"מ מרצה וטומאה דחויה הוא ואעפ"כ לא קשה כ"ג ביום כיפור יוכיח כמו שהקשה בתוס' וליכא תירוצא דהא גם שבת רק דחויה:

ובזה ניחא הרמב"ם דפסק דנקצר שלא כמצותו כשר ופסק דדוחה שבת ובהדיא איתא בסוגיא דאי נקצר שלא כמצותו כשר לא דחי שבת וע"כ נראה לפי מה שהקשו בהא דשחיטת קדשים דוחה שבת הא יכול לקיים שניהם שישחטו שנים כאחד דקיי"ל דשנים שוחטין זבח ולענין שבת הוי ליה שנים שעשאוה ובזה יכול וזה יכול לכ"ע פטורים בשלמאי אי טומאה הותרה א"כ ה"ה שבת וא"כ כמו בטומאה ל"צ לחזור אחר טהורים ה"ה שבת ל"צ לחזור אחר התירא אך למ"ד טומאה דחויה וה"ה שבת תקשה אך אפשר יש לומר שאם יכולין לעשות ע"י שנים עושים אך הקשו הא דאיתא שם בסוגיא שאני התם דכבר דחתה שחיטה וע"כ אין ראיה דחביבה מצוה בשעתן הרי כבר אפשר שלא דחתה שחיטה לר"ש דס"ל דטומאה דחויה וממילא דה"ה שבת וצריך לחזור אחר שנים ואפשר שלא דחתה שחיטה והקטרת איברים היה כל כהן וכהן מעלה אבר למזבח

ומקטירו ולא היו ממתינים עד הלילה וש"מ דחמב"ש ועי' בס' מעין החכמה אך כבר אמרנו דר"ש אע"ג דסובר טומאה דחוי מ"מ שבת הותרה וא"כ ל"צ לחזור אחר שנים ושפיר דחי הגמ' דכבר דחתה שחיטה ואין ראיה דחמב"ש והסוגיא קאי לר"ש התם וע"ש במנחות משא"כ לדידן דאי טומאה דחויה ה"ה שבת ול"ש דכבר דחתה השחיטה וע"כ הא דרשאי להקטיר איברים אע"ג דכשר כל הלילה משום דחמב"ש וע"כ פסק הרמב"ם דאפי' אי נקצר שלא כמצותו כשר אפ"ה דוחה שבת משום דחביבה מצוה בשעתה כמו בהקטרת איברים דדוחה שבת:

וניחא בזה מה שמקשין דמנ"ל לר"ש דמקלקל בחבורה חייב מדאיצטריך קרא דמילה דוחה שבת הא אי לאו קרא ס"ד לדחות מילה בשבת משום צורך חילול שבת במציצה דהא לר"ש דסובר טומאה דחוי' כמו כן שבת לענין פ"נ לא הותרה אלא דחויה ומלאכת מציצה חשוב תיקון והוי מלאכה דמפרק והיינו לשיטת בעה"מ פ' ר"א דמילה שסובר דהיכי דאישתפך חמימי הנצרך לאחר המילה דחינן המילה בשבת כדי שלא נצטרך לבוא לידי חילול שבת בחמום מים לאחר המילה ועי' בס' הפלאי אך נראה לפי מה שכתבו דאליבא דר"ע דיליף דפ"נ דוחה שבת מהא דכתיב מעם מזבחי ולא מעל מזבחי כו' עד אבל להחיות אפי' מעל מזבחי ועבודה דוחה שבת קו"ח פ"נ דדוחה שבת הרי דדחית פ"נ בשבת אתיא מעבודה וא"כ לר"ש לשיטתו דע"כ דעבודה דוחה שבת הותרה ממילא דפ"נ ג"כ הותרה וא"כ אין שום צד סברא לומר שידחה מילה בשבת מחמת המלאכה שיהיה במציצה אף שיש במציצה משום מפרק כיון שהוא להציל את התינוק מסכנה אין עליו שם חילול דהותרה לגמרי וע"כ שפיר יליף ר"ש דמקלקל חייב ממילה:

ובזה ניחא הא דהקשו לפי מה דמשני הגמ' בחולין בהיה לו חולה מבעוד יום א"כ תקשה קושית התוס' פסחים דבטלו כל מלאכת שבת הואיל וחזי לחולה שיש בו סכנה ותירצו דל"ש וא"כ הכא דאיירי דהיה לו חולה תקשה לאמרינן הואיל ואין לומר דל"ש דהא כיון שדרך שחוזר לחוליו כמו דאיתא בתוס' שם ל"ש דל"ש אך נראה דהא הקשו על התוס' דהקשו לאמרינן הואיל דילמא הואיל לא אמרינן רק בהותרה כגון באופה מיו"ט לחול משא"כ הואיל דחזי לחולה שיש בו סכנה דדחויה ל"א הואיל וע"כ דקושית התוס' קאי לר"ש דסובר ע"כ עבודה הותרה וא"כ ה"ה פ"נ וע"ז תירצו דל"ש משא"כ ת"ק הוא ר"מ ור"מ סובר דאין מעברין וא"כ גם עבודה דחוי' וה"ה פ"נ וממילא לא אמרינן הואיל:

גם נראה דהנה בקדשים איכא בשחיטה שני איסורין נטיל נשמה ואיסור מפרק דבשלמא בחולין ליכא משום מפרק דחשוב מלאכה שא"צ לגופו משא"כ בקדשים דצריך לדם וא"כ אי אפשר לתרץ כמו שתירצו בתוס' הנ"ל דמדחזינן דלא הוצרך להביא אחרת

ולישחוט דיש לומר משום דאיכא תרי איסורים משא"כ בטומאה וא"כ אכתי תקשה קושי' מה מקשה כ"ג ביו"כ יוכיח אך אי איכא איסור מפרק דכיון דמפרק משום דישה א"כ תליא אי יש דישה אפי' שלא בגידולי קרקע או לא דאי אין דישה אלא בגידולי קרקע ליכא איסור משום מפרק רק איסור נטילת נשמה ועיין בשבת (דף ע"ה ע"א) דפליגי ר"י ורבנן בצד חלזון ופצעו דר"י סובר דחייב שתים דסובר דדישה איכא אפי' שלא בגידולי קרקע ור"ש סובר דבעינן גידולי קרקע וע"כ ר"ש לשיטתו שפיר מקשה כ"ג ביו"כ יוכיח ולא קשה קושית התוס' דיש לומר כמו שתירצו דמדחזינן דלא צריך להביא אחרת ואין לומר לדי' אי ישחוט איכא שני איסורין דליכא משום מפרק דהוא משום דישה ובעינן ג"ק משא"כ לדידן דאיכא תרתי ולא קשה כ"ג יוכיח וע"כ פסק הרמב"ם דבעינן ציץ ופסק דדחויה דיש לומר כמו שהקשו בתוס' ותירוצ' ליתא לדידן:

וגם יש לומר לפי מה דאיתא בס' תורת אדם להרמב"ן על הא דמשני הגמ' בברכות (דף כ') שב ואל תעשה שאני והקשו הראשונים מהא דכהן מטמא למת מצוה וזה הוי קו"ע ותירצו דכהן שאני דאינו שוה בכל ונזיר משום דאיתא בשאלה וע"כ נדחה מפני מת מצוה אך הרמב"ן כתב לחלק דהיכי שקיום מצות עשה הבא בביטול האיסור אגודים תמיד יחד שאין מציאות לקיים מ"ע כי אם בביטול איסור המתנגדה ובכה"ג לא מיקרי דחיה ומיד שנאמרה המצוה ההיא הותר בעשייתה איסור העומד לנגדו והיה כלא היה איסור בגוונא הזה ע"כ ביבום שתמיד המצוה הוא רק באשת אח לא מיקרי דחיית איסור אשת אח רק היתר גמור. וכן דעת הרמב"ן גבי קרבנות צבור שזמנם קבוע בשבת דכיון שאין מציאות לקיום הקרבת אותן קרבנות בזמנם בשבת כ"א ע"י מלאכות האסורים בשבת ואי לא עביד הא לא מקיים הא לא מיקרי דחיה רק הותרה אבל היכא שיש מציאות בקיום המצוה בלא ביטול האיסור רק שלפעמים בא בדרך מקרה צורך ביטול איסור כדי לקיים העשה בכה"ג אם מבוטל האיסור בקיום מ"ע מקרי דחיה ולא הותרה וזה הכוונה בדברי רבא דמתרץ אליבא דר"ח דשבת הותרה וטומאה דחויה דהקרבת הקרבנות של שבת אי אפשר במציאות אם לא בעשיית מלאכה א"כ כיון שהתירה אותן התורה להקריבם בשבת מקרי הותרה משא"כ טומאה שלולא שיקרה מקרה הטומאה היתה מתקיימת עשיות הקרבנות בזמנו מבלי צורך דחיות איסור זה ע"כ חשוב דחיה יע"ש וע"כ שפיר תירצו התוס' מדלא אמרינן להביא אחר דהא שבת ע"כ חשוב הותרה דאל"כ תקשה מכהן. אך יש לומר דלעולם דגם זה חשוב דחיה וכהן שאני משום דאינו שוה בכל אך לר"ש לשיטתו דסובר בפסחים דנשים אפי' בראשון רשות א"כ גם פסח אינו שוה בכל ואפ"ה פריך מפסח ולא מכהן וע"כ משום דזה חשוב הותרה ושפיר

מקשה ר"ש כ"ג יוכיח דהא ע"כ לדי' אפי' אי טומאה דחויה שבת הותרה ויש לומר כתי' מדלא אמרינן להביא אחרת כיון דהותרה וע"כ מקשה ר"ש שפיר משא"כ לדידן דנשים חובה ויש לומר דאפי' באופן זה חשוב דחיה והא דלא פריך מכהן משום שאינו שוה בכל משא"כ פסח וא"כ לא קשה כ"ג יוכיח דיש לומר כמו שהקשו בתוס' ותירוצו ליתא דכיון דאינו רק דחיה אפי' באופן זה וע"כ פסק דאינו מרצה ופסק דחויה:

וגם יש לומר לפי מה שהקשו מעבודת י"ה אמאי לא נעשה ע"י פחות מבן עשרים שנה דליכא כרת דבשלמא על שבת לא קשה קושיא זו דנהי דכרת ליכא איכא מיתת ב"ד דחמיר מכרת משא"כ יוה"כ תקשה דיכול לשחוט ע"י פחות מבן עשרים דלגבי' כלאו גרידא יחשב והרי קיי"ל כל מקום דאיכא עשה ול"ת אם יכול לקיים שניהם לא דחי ואף אנו נאמר כן לענין כרת דכ"מ שיכול לקיים שניהם בלא כרת נקים והיינו לרב דס"ל דשחיטת פרו בזר כשירה דשחיטה לאו עבודה היא וע"כ מוכח כסברת התוס' בקידושין לענין הלאו דיש בו עשה דגם הלאו לא דחי וכן אפי' לגבי אשה דליכא העשה לא דחי הלאו דאלים הלאו אפי' לגבי אשה ומה"ט אין אשה רשאית לשרוף תרומה טמאה ביו"ט אע"ג דליכא עשה דיו"ט לגבי אשה דחשוב זמן גרמא וה"ה לענין כרת אלים הלאו גם לגבי זה שאין בו כרת כגון פחות מבן עשרים אך הקשו דהא אשה גם על העשה דשריפת קדשים אינה מוזהרת דכיון דאין שורפין בלילה חשוב עשה שהזמן גרמא ואין ראיה דאמרינן אלים הלאו אפי' לגבי מי שאינו מוזהר על העשה או למי שאין בו כרת. אך לפי מה דאיתא באחרונים דאי בקדשים נשים פטורות מעשה שזמן גרמא תליא בזה דאליבא דר"מ ור"י דסוברים דתפילין הוי מ"ע שאין הזמן גרמא ולדיד' אמרינן בקידושין (דף ל"ה) דהא דמ"ע שהז"ג נשים פטורות הוא משום דהוי מצה שמחה והקהל שלשה כתובים ואין מלמדין א"כ מטעם זה גם בקדשים נשים פטורות בז"ג משא"כ לדידן דקיי"ל דתפילין הוי מ"ע דז"ג ומה"ט אמרינן שם דהא דז"ג נשים פטורות הוא משום דהוקשה כל התורה לתפילין ותפילין ילפינן בהקישא מת"ת לפטור את הנשים וא"כ בקדשים דקיי"ל דבר הלמד בהיקש אינו חוזר ומלמד בהקישא ובתר למד אזלינן א"כ בקדשי' נשים חייבות בעשה שז"ג ועיין בס' מעין החכמה. וא"כ ע"כ הא דאשה אינה שורפת ת"ט ביו"ט אע"ג דליכא עשה דיו"ט ואפ"ה לא דחי עשה דשריפת קדשים ע"כ משום דאלים הלאו גם לדידה וא"כ ה"ה בכרת כן משא"כ אי תפילין ל"ח ז"ג א"כ גם לגבי קדשים כן וליכא עליה העשה דשריפת קדשים ואין ראיה דאמרינן דאלים גם לגבי מי שאין בו כרת ולפ"ז יש לומר דר"ש מקשה רק לר"י לשיטתו כ"ג ביו"כ יוכיח מדחזינן דלא צריך להביא אחרת ואין לומר דאז יחלל יו"כ ע"י שחיטה דהא יכול לעשות ע"י

פחות מבן עשרים משא"כ לדידן דתפילין חשוב ז"ג וא"כ בקדשים גם ז"ג נשים חייבות וא"כ אמאי לא דחי העשה דשריפת קדשים ל"ת וע"כ משום דאלים וא"כ אין חילוק אפי' יעשה ע"י פחות מעשרים שנה וא"כ ל"ש תירוצו של התוס' ולא קשה כ"ג יוכיח וע"כ פסק דאינו מרצה באין הציץ על מצחו ופסק דחויה ואעפ"כ לא קשה דיש לומר כמו שהקשו בתוס':

אות י

יוקר הגזילה

אי משלם כשעת הגזילה או כדהשתא

עיין בב"ק (דף ס"ה) דרבה סובר האי מאן דגזל חביתא דחמרא מעיקרא שויא זוזא ולבסוף ארבעה זוזי תברה או שתיה משלם ארבעה איתבר ממילא זוזא ועיין בב"מ פרק המפקיד ועיין בח"מ דתמה בסמ"ע על הפוסקים דלא כרבה דאפי' בתברה או שתיה לא משלם ד' ואמאי דהא דרצה הגמ' לומר דרבה כתנאי כב"ש הא דחי דכ"ע כרבה ופליגי בשבח גזילה אי לנגזל או לגזלן ונראה דהנה הלח"מ הקשה על שיטת הרמב"ם דסובר דהא דשבח גזילה לגזלן זה רק לאחר יאוש א"כ תקשה מהא דמסיק הגמ' ב"מ (דף מ"ג) על הא דמקשה לימא רבה כתנאי ומסיק אלא הכא בשבח גזילה פליגי ובפלוגתא דהני תנאי והא התם בפקדון ל"ש יאוש ואעפ"כ סובר חד דלגזלן הוי יע"ש מה שמתרץ ולכאורה נראה דהא במ"מ הקשה דהא למ"ד דיאוש קונה ע"כ הא דשבח גזילה לגזלן קודם יאוש דאי לאחר יאוש קנה הכל לא השבח לבד אלא ודאי דהא דשבח גזילה לגזלן אפי' קודם יאוש וע"כ צריכין לומר דמ"ד דיאוש קונה הוי אפי' קודם יאוש שבח גזילה לגזלן והרמב"ם דסובר דבעינן יאוש זה לדידן דיאוש לא קנה אז יש לומר דלשבח גזילה בעינן יאוש. ולפ"ז כיון דהסוגיא קאי לרבה דסובר דיאוש קונה ולדיד' ע"כ שבח גזילה לגזלן אפי' קודם יאוש וע"כ קאמר שפיר דפליגי בשבח גזילה ולפ"ז לדידן דיאוש לא קנה וא"כ שבח גזילה בעינן יאוש והתם ל"ש יאוש וע"כ דפליגי בדרבה ורבה כב"ש וע"כ לא קיי"ל כרבה:

ובזה ניחא הא דאיתא בכתובות מה איכא בין אביי לרבא זר שאכל תרומה דלאביי פטור ולרבא חייב ופריך ולאביי פטור הא מדאגבהה קניא מתחייב בנפשו לא הוי עד דאכל ליה וקשה הא נפ"מ בעת הגבהה היה שוה זוזא ובעת אכילה שויה ארבעה דלרבא דמיתת שמים אינו פוטר וא"כ הא בשתיה משלם ארבעה משא"כ לאביי דאי אפשר לחייבו על שעת אכילה רק על הגבהה וא"כ לא משלם רק זוזא אך לרבא דסובר בב"ק דיאוש לא

קנה וא"כ הא דשבח גזילה לגזלן רק לאחר יאוש א"כ ע"כ לא קיי"ל כרבה כהנ"ל וא"כ ליכא נפקותא זו דהא לרבא אין משלם לעולם ארבעה כדהשתא וניחא קושית התוס' שם דאמאי לא מקשה קושיא זו על מתניתין דפסחים דמשני דמש"ה במזיד פטור משום דרחב"ה וקשה הא מדאגבהה קניא אך התם יש לומר דנפ"מ היכי דבשעת אכילה שויא ארבעה דבשוגג דליכא כרת משלם כדהשתא משא"כ במזיד דמשלם כשעת הגבהה וע"כ לא מקשה רק על רבא לשיטתו דסובר דיאוש לא קנה א"כ ע"כ לא קיי"ל כרבה:

וגם נראה לפי מה דסוברים הראשונים דאפי' אי יאוש קני חשוב מה"ב ועיין ברמב"ן הטעם משום דאפי' היכי דקניה ביאוש או בשינוי לציי"ש צריך להחזיר וע"כ הוי מה"ב ולפ"ז יש לומר דאפי' אי יאוש קנה מ"מ שבח גזילה לא קני הגזלן רק לאחר יאוש ונפ"מ דגוף הגזילה אף דקני מ"מ לציי"ש צריך להחזיר משא"כ השבח גזילה קני לגמרי ואפי' לציי"ש ל"צ להחזיר. אך נראה דזה תליא בפלוגתא דאביי ורבא בב"ק דאביי סובר דר"ש ב"י וכן ב"ש סובר דשינוי במקומו עומד ורבא דחי דמהתם אין ראיה משום דהוי מה"ב וא"כ אביי סובר דהיכי דכבר קנה ליכא משום מה"ב וע"כ משום דאפי' לציי"ש א"צ להחזיר היכי דקנה ורבא סובר דלציי"ש צריך להחזיר וע"כ הוי מה"ב וא"כ ניחא קושיא הנ"ל דאמאי לא קאמר נפקותא היכי דנתייקר בשעת אכילה דהא הרמב"ם סובר דבעינן דווקא יאוש ואז קני שבח הגזילה וקשה מסוגיא דב"מ דמסיק דפליגי בשבח גזילה והתם ליכא יאוש וע"כ דסוגיא דהתם קאי לאביי דאפי' לציי"ש א"צ להחזיר א"כ לאחר יאוש הכל שלו ואפי' לציי"ש א"צ להחזיר וע"כ דשבח גזילה קני אפי' קודם יאוש והרמב"ם לא קאמר רק לפי מה דקיי"ל כרבא דאיכא משום מה"ב וע"כ משום לצאת יד"ש צריך להחזיר וא"כ יש לומר דבעינן יאוש וא"כ לדידן דקיי"ל כרבא ובעינן יאוש ע"כ לא פליגי התם בשבח גזילה דל"ש התם יאוש וע"כ פליגי בדרבה וע"כ לא קיי"ל כרבה וע"כ לא קאמר נפקותא זו דהא לרבא לא קיי"ל כרבה ובזה אמרתי אי אמרינן בשינוי אי אינו רוצה לקנות בשינוי אי אמרינן דלא קנה ועיין במ"מ מה שהקשה על הרמב"ם דכתב ואם נשבר הכלי והבעלים רוצים ליטול השברים דנוטלין ותמה דהא קנה בשינוי ועיין במחנה אפרים דכתב דמסתמא בנשבר הגזלן לא רצה לקנות וחולקין על זה דכיון דהא דקנה הגזלן לענין חיוב אונסים ע"כ אינו תלויה בדעתו דאפי' אי לא רצה לקנות בשינוי קנה:

ובזה ניחא קושית התוס' בסוכה פ' ג' על הא דפריך הגמ' על ר"ה וליקני בשינוי מעשה או בשה"ש דאמאי לא מקשה קושיא זו על מתני' דקתני דלולב הגזול וקשה דהא קני בש"מ. אך על מתני' יש לומר דהא דקתני פסול באינו רוצה לקנות ובלולב לכ"ע לא קני'

דל"ש לומר דכיון דקנה לחיוב אונסים דהא איתא בסנהדרין דהטעם דגזלן חייב באונסין משום דלא גרע משאלה ובתשובות הר"ן איתא דשואל ספר אינו חייב באונסין דאין כל הנאה שלו דגם הבעלים יש להם הנאה דמרויחין פרוטה דר"י וא"כ ה"ה בלולב וממילא דה"ה הגזלן דאינו חייב באונסין וא"כ לכ"ע באינו רוצה לקנות לא קנה וע"כ לא קשה על מתני' וע"כ פריך על ר"ה דקאמר דקנה ביאוש ושר"ש וא"כ ע"כ דאיירי ברוצה לקנות וע"כ פריך שפיר וליקני בשינוי מעשה:

ולכאורה נראה דמש"ה מהני אפי' שינוי החוזר דכיון דבלא"ה קיימא ברשותו לענין אונסין וע"כ סגי בשינוי כ"ד אפי' שינוי החוזר ובזה יש לומר דהא דלא הביאו דין של ר"ה באוונכרי דהא הגמ' משני משום דהוי שינוי החוזר אך תקשה דכיון דהוי ברשותו לאונסין מהני שינוי החוזר אך ר"ה לשיטתו דסובר בב"מ דהיתר תשמיש חייב באונסין וא"כ יש לומר דסובר פרוטה דר"י והא דבעינן נשתמש כדי שיהיה חייב באונסין באבידה ועיין בב"מ פרק ב' וא"כ כיון דסובר פרוטה דר"י א"כ שואל לולב אינו חייב באונסין וה"ה גזלן וע"כ משני שפיר דשינוי החוזר הוא משא"כ לדידן דקיי"ל כר"נ דהיתר תשמיש אינו חייב באונסין וא"כ ע"כ דלא פסקינן פרוטה דר"י דאל"כ למאי קתני דאי נשתמש חייב הא אפי' בלא נשתמש הוא ש"ש אלא ודאי דלא קיי"ל כר"י ועיין בתוס' שבועות ובש"ך ס' ע"ב וא"כ הוא ברשותו לאונסין וע"כ קנה אפי' בשינוי החוזר וע"כ השמיטו דינא דר"ה דהא קני בשינוי מעשה הגם דשינוי החוזר הוא:

ועיקר נראה דדין זה אי מהני בשינוי אינו רוצה לקנות תליא בזה דאי אמרינן דהיכי דקנה בשינוי ליכא משום מה"ב משום דאפי' לצי"ש אינו צריך להחזיר אז אמרינן דקני בע"כ אפי' אי אינו רוצה לקנות משא"כ לרבא דסובר דאיכא משום מה"ב משום דלצי"ש צריך להחזיר וע"כ אפי' בשינוי אי אינו רוצה לקנות לא קנה. ובזה ניחא קושית התוס' ב"ק (דף ס"ה) ד"ה הא מני בית שמאי דכתבו דהאי שנויא ליתא לרבא דאית ליה דטעמא דב"ש משום דמאיס וחשוב מה"ב יע"ש אך לפי מה שהקשו מאי פריך הגמ' ואי ס"ד קנייה בשינוי אמאי משלם שלו הוא טובח שלו הוא מוכר דילמא איירי באינו רוצה לקנות דאז אינו שלו והוכיחו דאפי' באינו רוצה לקנות קנה וזה הכל לאביי דהוכיח דב"ש סובר דשינוי במקומו עומד ול"ס דמה"ב והיינו משום דאפי' לצי"ש ל"צ להחזיר משא"כ לרבא דסובר משום דמאיס לדידי' בלא"ה לא קשה קושית הגמרא דאיירי באינו רוצה לקנות:

והנה לפי מה שאמרנו דרבה ע"כ סובר דאפי' לצי"ש א"צ להחזיר דאי צריך להחזיר א"כ הא דשבח גזילה לגזלן הוא דווקא לאחר יאוש ואין לומר דלאחר יאוש הכל שלו דנפ"מ

צי"ש דשבח אפי' לצי"ש ל"צ להחזיר וא"כ אי אפשר לומר דפלוגתא הוי בשבח גזילה דהתם לא שייך יאוש וע"כ דרבה כתנאי וא"כ ע"כ רבה סובר דאפי' לצי"ש ל"צ להחזיר וא"כ אי אפשר לומר דווקא לאחר יאוש דא"כ אפי' הקרן שלו. ובזה ניחא קושית התוס' בב"ק (דף ס"ז) אי אמרינן דאפי' בכבר קנה איכא משום מה"ב ופסול להקרבה א"כ מאי פריך אביי על רבה מקרבנו ולא הגזול לעולם דיאוש קני ואפ"ה פסול להקרבה משום מה"ב יע"ש ולכאורה נראה דהא בלא"ה הקשו לפי מה דאיתא בתוס' דמש"ה סובר ר"י דחטאת הגזולה מכפרת משום דלא סובר מה"ב וקשה דהא ר"י סובר בשופר של עולה לא יתקע דסובר דמצות ליהנות ניתנו והיינו משום מה"ב ועיין בס' ש"א אלמא דר"י סובר מה"ב דאל"כ מה בכך דליהנות ניתנו וע"כ נראה לפי מה דאיתא בריטב"א בסוכה על הא דקאמר שם ואי קרקע אינה נגזלת סוכה שאולה היא וקשה דמ"מ הוי מה"ב ותירץ לחלק דבשלמא מטלטלין דאפקיען הגזלן מרשות בעלים דא"י להקדישו וע"כ הוי מה"ב משא"כ קרקע דאי אינה נגזלת א"כ היא ברשות בעלים לכל דבר דהא קיי"ל דאע"ג דגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולין להקדישו משום דאינו ברשותו מ"מ קרקע גזולה יכולין הבעלים להקדישו וא"כ לא הפקיע מרשות בעלים וע"כ אפי' מה"ב ליכא ולפ"ז יש לומר לפי מה דאיתא בכ"מ דקדושת הגוף דכיון דמפקיע מידי שיעבוד וע"כ חל גם על דבר שלב"ל וה"ה על אינו ברשותו וא"כ הוא ברשות בעלים להקדישו וממילא ליכא משום מה"ב בשור תם שראוי להקרבה ודמי לקרקע וע"כ סובר ר"י דמכפרת וזה ל"ש בשופר של עולה אי ליהנות ניתנו וע"כ התם מודה ר"י דאמרינן מה"ב ולפ"ז יש לומר דעיקר הוכחה דאפי' היכי דכבר קני איכא משום מה"ב משום קודם קנין דכיון דהוא ברשות בעלים להקדישו ולא הפקיעו מרשות בעלים דמי לקרקע וליכא משום מה"ב וע"כ דמה"ב דנפ"ל מקרא גבי קרבן הוא לאחר קנין דאז אינו ברשות בעלים להקדישו ובתוס' גיטין איתא דאליבא דאביי דסובר דלמפרע גובה לא אמרינן דהקדש מפקיע מידי שעבוד וממילא לא חל לדיד' על אינו ברשותו להקדיש וא"כ לדיד' יש לומר דלאחר קנין ליכא משום מה"ב רק קודם קנין ומ"מ הוי מה"ב דכיון דאינו ברשותו ולא דמי לקרקע וע"כ אביי לשיטתו שפיר מקשה על רבה דאי יאוש קני ליכא משום מה"ב:

ובזה ניחא הא דאיתא בב"ק (דף ל"ג) פלוגתא דרי"ש ור"ע אי בע"ח הוי הניזק או שותפין נינהו מאי בינייהו הקדישו ניזק ועיין ברש"י שם דפי' דמיירי בשוה מנה שנגח לשוה מאתים ותמהו דאמאי לא פי' דשור שוה מאתים שנגח לשוה מאתים. אך לפי מה דהקשה בשמ"ק דהא לכ"ע לא יכול להקדישו דאינו ברשותו אך לפי כ"מ הנ"ל ניחא דהא קדושת הגוף דכיון דמפקיע מידי שעבוד ה"ה דחל על אינו ברשותו וזה דווקא

בשור שוה מנה שנגח לשוה מאתים דאז כל השור של הניזק ויכול להקדישו קדושת הגוף וע"כ חל אפי' על אינו ברשותו משא"כ שור שוה מאתים שנגח שוה מאתים דאין לו רק חצי לא יכול להקדישו רק קדושת דמים וקדושת דמים אינו מפקיע מידי שעבוד ולא מצי לחול על אינו ברשותו ולא יכול להקדישו אפי' לר"ע. וניחא קושית התוס' שם דלאביי דסובר למפרע הוא גובה אמאי לא יכול להקדישו אפי' לרי"ש דבע"ח נינהו יע"ש אך לאביי דלא מפקיע מידי שיעבוד וממילא לא חל על אינו ברשותו א"כ לאביי בלא"ה לא חל הקדש משום דאינו ברשותו:

אך לפי מה שאמרנו דרבה ע"כ סובר דהיכי דכבר קנה אפי' לציי"ש ל"צ להחזיר וממילא ליכא משום מה"ב ושפיר פריך אביי על רבה לשיטתו דש"מ דיאוש לא קניה דאל"כ גם מה"ב ליכא גם נראה דהא עיקר טעמא של הרמב"ם דשבח גזילה דווקא לאחר יאוש הוא לגזלן ולא אמרינן דלידה חשוב שינוי אך משום דחשוב שינוי החוזר וא"כ השביחו ברשות בעלים וע"כ רק מפני תקה"ש הוא לגזלן וע"כ בעינן יאוש והנה התוס' ב"ק (ד' הנ"ל) הקשה דבסמוך נפקא לרבה דשינוי קונה מקרא דאשר גזל ותירצו דרבה איירי בשינוי החוזר ורבה סובר דאפי' שינוי חוזר קונה וא"כ לדיד' לידה חשוב שינוי וא"כ השבח לגזלן אפי' קודם יאוש וע"כ שפיר מוקי לה הגמ' לרבה דפליגי בשבח גזילה אע"ג דהתם ל"ש יאוש וניחא קושית הל"ח והנה האחרונים הקשו על הרמב"ם דסובר דשינוי החוזר לא קניה הא מוכח מדאיצטריך קרא אשר גזל ולא ילפינן מאתנן ע"כ דאתיא אפי' לשינוי החוזר קני ועי' בקצה"ח דכתב דגזל מאתנן לא ילפינן דה"א דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני וע"כ צריכין קרא דאשר גזל דאפי' בגזל קני שינוי ולעולם דווקא שינוי שאינו חוזר וע"ש. ולפ"ז לדידן דקיי"ל כרבא ושינוי החוזר לא קני' ולידה ל"ח שינוי ואם כן בעינן דווקא יאוש וא"כ לא מצינן לומר דפליגי בשבח גזילה דהא התם ל"ש יאוש וע"כ דפליגי בדרבה וב"ש כרבה וע"כ לא קיי"ל כרבה ולפ"ז ניחא קושית התוס' הנ"ל דאמאי לא מקשה על מתני' דפסחים מדאגבהה קני' דהתם יש לומר דנפ"מ דבשעת אכילה שויה ארבעה דבמזיד פטור מלשלם רק כשעת הגבהה וע"כ לא מקשה רק על רבא לשיטתו דסובר דאי עביד לא מהני ושינוי חוזר לא קניה וא"כ בעינן לשבח גזילה דווקא יאוש וא"כ דפליגי בדרבה וא"כ לא קיי"ל כרבה ודו"ק:

ועי' בב"ק (ד' ס"ה) בתוס' ד"ה גופה דהקשה מאי קמ"ל רב דקרן כעין שגנב מתני' היא דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה ועוד הא דבעי מ"ט דרב ליבעי מ"ט דמתניתין ונראה דהנה בשמ"ק פ' המפקיד הקשה וז"ל אני תמה כיון דאמרינן דכי איתא הדרא למריה בעיני' ורחמנא חייבו לגזלן באונס אמאי לא חייב באונס דהשתא ותברא דממילא

נמי איהו מחייב עלה דהא חייב באונסין וי"ל דשאני שואל דמשעת משיכה מחייב במזונותיה ולא מחייב באונסין עד שעת שבירה ומיתה וברשותא דמרה הוא למכירה וקו"ח להקדישו אבל גזילה דכיון דמשעת משיכה מחייב באונסין ואינו ברשות הבעלים להקדישו לא מחייבין ליה באונסין אלא כמעיקרא דשעת משיכה דגזילה כשעת מיתה דשאילה יע"ש ובזה ניחא קושיתם על הא דמתנה ש"ח להיות כשואל אי אמרינן דמשעת משיכה נשתעבד נכסי א"כ הוי דבר שאינו קצוב דכיון דשומר משלם כשעה שנאבד מהעולם לענין יוקרא וזולא ולפי זה ניחא דהא אי אמרינן דמשעת משיכה נשתעבד אם כן גם שומר התשלומין דידיה משעת משיכה כגזלן והוי דבר קצוב:

ועי' ברשב"א ב"ק דמחלק דשואל לא קני כלל ולא אפקיעו מרשות הבעלים כי הבעלים יכולין להקדישו ולמוכרו וע"כ חיובו על שעת האונס אבל גזלן משעת הגזילה אפקיע מרשות בעלים וכיון שכן על האי שעתא בעינן לחייבו כל היכי דלא עביד בה מעשה אחרינא ולפ"ז ניחא קושית התוס' דהא רב לשיטתו דסובר דאדם מקנה דשלב"ל וה"ה אינו ברשותו וא"כ אכתי ברשות בעלים להקדישו ולמוכרו א"כ דמי לשומרין וה"א דמשלם כשעת שנאבד מהעולם וע"כ פריך הגמ' מ"ט דרב ולא בעי מ"ט דמתניתין דידע לחלק משום דאינו עומד ברשות הבעלים להקדישו וע"כ משלם כמעיקרא משא"כ לרב אכתי הוא ברשותו לכל דבר וע"כ בעי מ"ט דרב ומשני דיליף מקרא ודו"ק:

והנה מה שכתבנו אי בשינוי מעשה באינו רוצה לקנות אי קני לכאורה נראה דזה תליא בדברי רש"י בתמורה דסובר דאי אמרינן דאי עביד לא מהני אז שינוי לא קני רק מדרבנן והא דמצינו בכל מקום דשינוי קני הוא רק מדרבנן ועי' בס' ע"ח שהקשה לפ"ז מאי פריך הגמ' וליקני בשה"ש או בש"מ הא י"ל דר"ה סובר כרבא דאי עביד לא מהני ואז שינוי לא הוי קנין מהתורה רק מדרבנן ולא נפיק ביה וע"ש:

והנה לפי מה דסובר הרמב"ם דביאוש ושר"ש לא קני רק החפץ אבל הדמים צריך להחזיר ובאחרונים איתא ועי' בח"ס משום דמהראוי לומר דלא קני ביאוש ושר"ש דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני רק דילפינן דכיון דגלי רחמנא קרא דאשר גזל דשינוי קונה ול"א אי עביד לא מהני ע"כ ה"ה יאוש ושר"ש וע"כ כיון דלא ידעינן דהוי קנין רק משינוי וע"כ כיון דבשינוי צריך להחזיר הדמים ה"ה ביאוש ושר"ש וע"ש ולפ"ז נראה לפי מה דאיתא בתוס' תמורה דהיכי דנעשה ממילא ול"צ למעשה דידיה ל"ש אי עביד לא מהני דלא גרע מנעשה ממילא וע"ש וא"כ אי רשות יורש כרשות לוקח וא"כ כל לוקח ל"צ להחזיר הדמים דהא ל"צ למילף משינוי דהא ל"ש אי עביד לא מהני ולא קני ביאוש ושר"ש דהא לא גרע מאי השר"ש נעשה ממילא דכיון דחזינן דאפי' רשות יורש

דנעשה ממילא חשוב שר"ש וע"כ כל לוקח ל"צ להחזיר הדמים. וניחא מה שהקשו הא דקאמר רב"ח ז"א רשות יורש כרשות לוקח וקשה מ"מ אמאי פטורין מלשלם ולפ"ז דאי רשות יורש כרשות לוקח וא"כ אפי' אי השר"ש נעשה ממילא חשוב שר"ש וא"כ ממילא ל"ש בלוקח אי עביד לא מהני דלא גרע ממילא דחשוב שר"ש לקנין וא"כ ממילא ל"צ להחזיר הדמים דכיון דל"צ למילף משינוי דמהני שר"ש רק לדידן דלאו כרשות לוקח ושייך אי עביד לא מהני וע"כ סובר הרמב"ם דצריך להחזיר הדמים. ולפ"ז אי אפשר לומר דר"ה סובר כרבא דא"כ מאי מהני היאוש ושר"ש הא אי עביד לא מהני וקנין השינוי רק מדרבנן וה"ה קנין היאוש ושר"ש וע"כ דר"ה סובר דהוי קנין מדאורייתא וע"כ דסובר דגם קנין שינוי הוא מדאורייתא וע"כ שפיר פריך וליקני בשינוי מעשה וניחא בזה קושית התוס' דאמאי לא פריך על מתניתין דקתני לולב הגזול פסול ואמאי וליקני בשה"ש אך על מתניתין יש לומר משום דזה רק קנין מדרבנן משום דאי עביד לא מהני ולא מהני לדאורייתא וע"כ מקשה רק על ר"ה דסובר דקניה ביאוש ושר"ש אלמא דסובר דקנין שינוי הוא מדאורייתא דאי לא גם יאוש ושר"ש לא מהני ועל כן מקשה וליקני בשינוי ודו"ק:

יאוש ושינוי החוזר ושינוי דממילא

והנה מה שאמרנו אי שינוי החוזר קני תליא בפלוגתא דאביי ורבא דאליבא דאביי דאי עביד מהני וע"כ הא דצריכין קרא דאשר גזל דאפי' שינוי החוזר קונה משא"כ אליבא דרבא דאי עביד לא מהני לא מהני שינוי החוזר ובזה פי' הא דקאמר הגמ' בתמורה דאיכא בינייהו שינוי קונה והיינו שינוי החוזר דלרבא לא מהני משא"כ לאביי ועי' בקצה"ח ובזה ניחא הא דהקשו על הא דפריך אביי לרבא מקרבנו ולא הגזול אי לפני יאוש פשיטא וקשה הא איצטריך לאשמעינן דאף אם היה שינוי החוזר דהיינו רחל וגזזה פרה וילדה דלשיטת הרמב"ם חשוב שינוי החוזר וה"א דקניה. אך אביי לשיטתו שפיר מקשה דהא לדיד' דאי עביד מהני קניה אפי' בשינוי החוזר אלא ודאי דלא איירי בשינוי החוזר וע"כ פריך פשיטא. וניחא בזה קושית התוס' סוכה ריש לולב הגזול דאיך אפשר לומר לפני יאוש דא"כ תקשה פשיטא דהא לדידן דקיי"ל כרבא דאי עביד לא מהני אפשר לומר לפני יאוש ואשמעינן דאפי' שה"ח לא קני ופסול להקרבה. אך תקשה מהא דמשני אביי בב"ק פ' הגוזל (ד' צ"ד) תנא דידן קתני שינוי דרבנן דהדרא אלמא דאביי גופא סובר דשה"ח לא קני אף דסובר דאי עביד מהני:

ועי' בס' ע"ח דפי' על הא דקאמר דא"ב שינוי קונה היינו שינוי דממילא דלרבא דסובר דאי עביד לא מהני בכל מקום וכדי שלא תקשה קרא דאשר גזל דילפינן מזה דשינוי קונה

דאלמא אי עביד מהני וע"כ משום דל"ש אי עביד לא מהני משום דלא גרע מנעשה ממילא כמו דאיתא בתוס' תמורה וא"כ ע"כ לרבא דאפי' שינוי דממילא קנה משא"כ לאביי דאי עביד מהני וא"כ בכל מקום אי עביד מהני וע"כ שינוי דממילא לא קני דבשלמא לרבא דאי עביד לא מהני ומקרא דאשר גזל משמע דשינוי קונה וזה הכלל בתורה דכל עוד שנוכל לומר שאינו גזה"כ עלינו להחזיק כן וע"כ דרבא סובר דגם שינוי דממילא קונה ואז לא הוי גזה"כ משום דלא גרע מנעשה שינוי דממילא משא"כ לאביי דבכל מקום מהני וליכא גזה"כ וע"כ יש לומר דשינוי דממילא לא קני ועי' בתוס' תמורה דכתבו דמש"ה בצורם אוזן בכור ל"א דאי עביד לא מהני דלא גרע מאילו נפל המום מאליו וע"ש וה"ה לענין שינוי לרבא וע"ש:

ובזה ניחא הא דאיתא בגיטין (ד' נ"ה) דפליגי שם עולא ור"י דעולא סובר דבר תורה בין נודעה ובין לא נודעה אינה מכפרת ור"י סובר ד"ת מכפרת אפי' נודעה ומקשה רבא מהא דגנב והקדיש ואח"כ טבח דפטור מדו"ה ותני עלה דבחוץ ענוש כרת ואי אמרת יאוש כדי לא קנה אמאי חייב כרת ומשני כרת מדבריהם דאוקמא רבנן ברשותו כי היכי דלחייב כרת וכו' והקשו דאמאי לא משני כדמשני הגמ' בב"ק דאיירי שהקדישו בעלים ביד גנב ולעולם דאיירי לפני יאוש:

וע"כ נראה דהנה אי אפי' בטביחה לא אמרינן דיש שליח לדבר עבירה א"כ בגנב ושחט ע"י אחר אף דהוי שינוי מ"מ חשוב שינוי דממילא אך כיון דבטביחה חייב אפי' ע"י אחר אז גם בנשחט ע"י שליח כיון דבזה יש שליח לדבר עבירה וחשוב כאילו נשחט ע"י המשלח לא חשוב שינוי דממילא ועיין במקנה בקידושין דבשלמא אי אמרינן דגם בטביחה אין שליח לדבר עבירה ול"ח כאילו עשה המשלח ממילא ל"ח רק שינוי דממילא משא"כ כיון דבטביחה יש שליח לדבר עבירה וחשוב כאילו השחיטה נעשה ע"י המשלח א"כ ל"ח שינוי דממילא רק בידים אך נראה לפי מה דאיתא במהרי"ט דאי ילפינן דבטביחה חייב ע"י אחר מוטבחו ע"כ הא דחייב דו"ה בטבח ע"י אחר דהוא משום שליחות דהא כתיב וטבחו דמשמע דהוא ישחוט וע"כ דהוא בתורת שליחות וממילא בנשחט ע"י מי שאינו בר שליחות כגון ע"י קטן פטור מדו"ה משא"כ אי ילפינן מדכתיב או או ותחת לרבות את השליח אז אמרינן דאינו משום שליחות רק כיון דנשחט ע"י רצונו שהיה בזה ע"כ חייב דו"ה ולא משום דחשוב כאילו הוא בעצמו עשה מעשה שחיטה דלאו משום שלוחו כמותו חייבו התורה רק משום שנשחט לרצונו ואפי' בנשחט ע"י קטן דאינו בר שליחות חייב משא"כ לרבא דיליף מוטבחו נשמע מדרש זה דהחיוב בטביחה ע"י אחר משום שלוחו של אדם כמותו דהא אמר קרא וטבחו שמשמעותו שהוא בעצמו

ישחוט יע"ש. ובזה נראה לפרש תוס' ב"ק דהקשו על הא דפריך הגמ' אי בטובח ע"י אחר מ"ט דרבנן דפטרי דילמא טעמא דרבנן דלא דרשו או ותחת לרבות השליח ותמהו דא"כ אפי' טבח בחול פטור המשלח משום דאין שליח לדבר עבירה וגם תמהו דאמאי לא כתבו דגם זה לא סוברים דמקשינן טביחה למכירה שחייב ע"י אחר וע"כ נראה דכוונת התוס' דלא דרשו או ותחת רק דילפינן מהיקש טביחה למכירה מה מכירה ע"י אחר וממילא הוא בתורת שליחות דהא כתיב וטבחו וכיון דשחט בשבת נעשה מומר לחלל שבת והפוסקים סוברים דמומר אינו בר שליחות וע"כ פטור מדו"ה דליכא שליחות וע"כ דווקא בשחט בשבת פטור משא"כ בחול דהא עכ"פ ידעינן דיש שליח לדבר עבירה מוטבחו ולפ"ז נראה דהא דאמרינן דל"ח שינוי דממילא זה דווקא לרבא דהוא בתורת שליחות משא"כ אי ילפינן מאו ותחת דכיון דאז אינו בתורת שליחות אכתי חשוב רק שינוי דממילא ולפ"ז ניחא קושית התוס' הנ"ל דאמאי לא מוקי דהקדישו בעלים דהא הקשו לפי מה דמוקי ר"ל בב"ק דאיירי דהקדישו בעלים דא"כ איך קתני ברישא גנב וטבח ואח"כ הקדיש דחייב דו"ה דאיך יכולין הבעלים להקדישו דהא הגנב קנה בשינוי. אך יש לומר דאיירי בטבח ע"י אחר דחשוב שינוי דממילא ולא קנה משא"כ הכא בניטין דקאי לרבא ורבא הא יליף מוטבחו וע"כ דהוא בתורת שליחות וא"כ הוי שינוי בידים וא"כ אי מיירי בהקדישו הבעלים תקשה רישא הנ"ל דגנב וטבח ואח"כ הקדיש והיינו הבעלי' איך יכולין להקדישו הא קנה בש"מ ואפי' בנשחט ע"י אחר אלא ודאי דלא איירי בהקדישו הבעלים:

וניחא בזה קושית התוס' ב"ק דאמאי לא מקשה ר"י מגנב והקדיש על רבה דסובר ג"כ דיאוש קונה וע"כ נראה דהנה דברי מהרי"ט הנ"ל יש לומר דתליא בזה דאי ישנו לשחיטה מתחילה ועד סוף וא"כ בשחט בשבת נעשה מיד מומר בהתחלת שחיטה וחיוב דו"ה הוא רק בסוף השחיטה ותקשה דהא מומר אינו בר שליחות וא"כ ליכא שליחות ואמאי חייב וע"כ דלא בעינן תורת שליחות רק משום שנשחט לרצונו וממילא חשוב שד"מ משא"כ אי אין לשחיטה אלא לבסוף ולא נעשה מומר מיד ואז יש לומר דהא דחייב על ידי אחר דהוא בתורת שליחות ולפ"ז על רבה לא קשה דידע לתרץ דהקדישו בעלים וברישא איירי בנשחט על ידי אחר דחשוב שינוי דממילא דרבה סובר דישנו לשחיטה מתחילה וע"ס וע"כ דאינו משום שליחות משא"כ על ר"ל מקשה שפיר דהא ר"ל סובר דאין לשחיטה אלא לבסוף וא"כ הוא בתורת שליחות והוי שינוי בידים ותקשה אי בהקדישו בעלים קשה רישא דקניה בשינוי מעשה ואיך יכולין להקדישו ומשני דהקדישו בעלים וסובר דילפינן מאו ותחת וא"כ אינו בתורת שליחות וחשוב

שינוי דממילא משא"כ על רבא לשיטתו דילפינן מוטבחו לא מצי איירי דהקדישו בעלים וגם לפי מה שאמרנו דלרבא דסובר דאי עביד לא מהני ע"כ שינוי דממילא קני וא"כ אפי' אינו בתורת שליחות וחשוב שינוי דממילא בשחט ע"י אחר מ"מ קניה ותקשה איך יכולים הבעלים להקדישו ברישא וע"כ לא מוקי בהקדישו הבעלים דא"כ תקשה רישא: **ועי'** ברמב"ם פ' ה' מאיסורי מזבח ופ' י"ח מהלכות מעה"ק גבי חטאת הגזולה דפסק כר"י דמכפרת וכתב שם דמדרבנן אוקמו ברשותו לחייב כרת והקשה בלח"מ דכיון דפסק כר"י דבר תורה מכפרת א"כ מדאורייתא חייב כרת אי שחט בחוץ ועי' בלח"מ הלכות גזילה דרצה לומר דהרמב"ם סובר דהא דיאוש ושה"ש קנה בהקדש זה רק מדרבנן וע"ז הקשה בגמ' דא"כ אמאי חייב כרת כיון דלא כשר להקרבה מהתורה ותירצו דהעמידו ברשותו נמצא דהך תירוץ הוא לכ"ע אפילו לר"י וע"ש והנה זה הוכיחו דר' יוחנן ע"כ סובר דיאוש ושה"ש קונה מדאורייתא דהא הוכיח בסוכה דמה"ב דאורייתא מקרא והבאתם את הגזול אלא לאחר יאוש הא קני ביאוש ופי' התוס' שם דקני ביאוש ושה"ש דהא ר"י סובר דיאוש כדי לא קני אלמא לדיד' יאוש ושה"ש קניה מדאורייתא ועי' בס' שעה"מ:

ובזה ניחא הרא"ש ב"ק דכתב דמתניתין דטבח ביה"כ דחייב דו"ה איירי בטבח ע"י אחר ואפ"ה בשבת פטור משום דחשוב שחיטה שאינה ראויה והקשה הא מעשה שבת אסור רק מדרבנן ואמאי פטור מדו"ה דהא בסוגיא איתא בהדיא דאי מעשה שבת דרבנן אזלינן בתר דאורייתא דפריך אלא למ"ד דמעשה שבת דרבנן מ"ט דרבנן דפטרי אלמא דאזלינן בתר דאורייתא ועי' בש"ך ובייש. וע"כ נראה דהרא"ש הוכיח דלא אזלינן בתר דאורייתא דאל"כ תקשה אמאי בגנב והקדיש ואח"כ טבח דפטור מדו"ה משום דטבח דהקדש הא יאוש ושה"ש דהקדש לא קנה רק מדרבנן ולענין דו"ה אזלינן בתר דאורייתא ומדאורייתא לא הוי דהקדש אלא ודאי משום דלא אזלינן בתר דאורייתא משא"כ התם בסוגיא דקאי לר"י ור"י ע"כ סובר דיאוש ושה"ש דהקדש קנה מדאורייתא וא"כ אין ראיה דלא אזלינן בתר דאורייתא וע"כ פריך לדיד' אלא למ"ד מעשה שבת דרבנן אמאי פטור מדו"ה:

ובזה ניחא הראשונים הסוברים דכיון דאוקמו ברשותו ה"ה אפילו קודם יאוש אוקמו ברשותו והיינו בקדשי מזבח ועי' שמ"ק ב"ק ובזה נראה לפרש התוס' קידושין דכתבו דרב אתא לאשמועינן דקידשה בגזל אינה מקודשת דה"א דלחומרא חל הקידושין אפילו קודם יאוש והיינו דכיון דקידושין דמי להקדש וע"כ כמו דחל הקדש אפי' קודם יאוש ה"ה קידושין דבלשון הקדש קאמר וניחא דלא תירצו כן על ר"י דאתא לאשמעינן דקודם יאוש לא חל הקדש דה"א דהעמידו ברשותו ועי' במהרש"א אך כיון דר"י איירי בקדשי

בה"ב פשיטא דלא העמידו ברשותו אך הקשה בשמ"ק דלפ"ז מאי פריך מגנב והקדיש אי לפני יאוש מי קדוש הא העמידו ברשותו דליתא דהא לענין דו"ה אזלינן בתר דאורייתא: **ולי** נראה לתרץ הרמב"ם הנ"ל דבלא"ה קשה אמאי הקרבן כשר מהתורה הא ס"ל דיאוש לא קנה אך נראה משום דאיכא גם שה"ש אך הא הוי שינוי החוזר ע"י שאלה ובתוס' ב"ק כתבו משום דל"ש שאלה וע"כ ל"ח שינוי החוזר אך לפי מה דאיתא בתוס' כריתות פ' ג' דלאחר שנשחטו ליתא בשאלה והטעם משום דאי יתשיל יהיה חולין בעזרה והנה אי ישנו לשחיטה מתחילה וע"ס א"כ כי נשחט מקצת ג"כ ליתא בשאלה מטעם זה דיהיה חולין בעזרה דאיסור אפי' אי רק נשחט מקצת דכיון דיהיה חולין בעזרה אי ישנו לשחיטה מתחילה וע"ס:

וע"כ ניחא דהקרבן כשר אף דיאוש לא קני דאיכא שה"ש ואין לומר דחוזר ע"י שאלה דליתא דהא כי שחט מקצת תו ליתא בשאלה דיהיה חולין בעזרה והנה תוס' ב"ק (ד' ע"ב) ד"ה דאי ישנה לשחיטה וכו' כתבו וז"ל ממאי דחייב רחמנא אחולין בעזרה ושחוטי חוץ לא מצי למפרך אי ישנה לשחיט' מתחילה וע"ס מכי שחטה פורתא אסרה ואח"כ הוי מחתך עפר בעלמא אך כיון דאין שם פסול אחר אלא דשחוטי חוץ לבדו איכא למימר דבהכי חייב רחמנא וכו' וע"ש. והנה בתשובות איתא דאע"ג דבהכי חייב רחמנא זה אי מתחילה קדוש אבל אי בשעה שהתחיל לשחוט היה חולין ובתר דנעשה הקדש אינו ראוי אז פטור משום שחוטי חוץ ועי' בס' ת"צ:

ולפ"ז הכא בשעה שהתחיל לשחוט אכתי לא הוי הקדש דלא הוי רק יאוש כדי ואין לומר דהוי שה"ש דהא אז חוזר לברייתו ע"י שאלה וא"כ מתחלה לא היה קדוש ובתר דהתחיל לשחוט דאז קני דלא מצי ליתשיל דיהיה חולין בעזרה הא אז אינו ראוי לפתח אוהל מועד אף דכתבו בתוס' דבהכי חייב רחמנא היינו אי הוי מתחילה קדוש אבל אי מתחילה הוי חולין ובתר דנעשה הקדש אינו ראוי פטור משום ש"ח ולהכי כתב הרמב"ם דאוקמי רבנן ברשותיה משום ש"ח ולהכי כתב הרמב"ם דאוקמו רבנן ברשותו משעת הקדש ובש"ס דמשמע דלר"י ניחא היינו אי יאוש גרידא קני ולהרמב"ם יאוש גרידא לא קני משום דהוי שה"ש וע"כ צריכין לומר דמדרבנן אוקמו ברשותי':

ובזה ניחא קושית רש"י ותוס' שם למה מייתי ותני עלה לפרוך מברייתא גופא אמאי אינו משלם דו"ה די"ל דמשום הכי קני משום דאיכא גם שה"ש משא"כ במתניתין דכהנים מקריבים ושלוחי דרחמנא נינהו ואף השחיטה יש לומר הם שחטו וכיון דשה"ש נעשה ע"י השחיטה וכיון דהן שלוחי דרחמנא חשוב שינוי דממילא ולא מהני שה"ש דנעשה ע"י השחיטה אבל ברייתא דפטור מדו"ה ע"כ שלח שליח לשחוט דאל"כ ליכא דו"ה

בלא"ה א"כ קני בשינוי השם ולהכי מייתי הא דתני עלה דחייב כרת ואי צריך שה"ש א"כ מעיקרא היה חולין ובתר דהתחיל לשחוט דאז נעשה הקדש אינו ראוי לפתח אוהל מועד וע"כ דיאוש גרידא קני משא"כ הא דפטור מדו"ה ניחא דע"כ איירי בשלח שליח וכבר אמרנו דלרבא הוא בתורת שליחות א"כ ל"ח שינוי דממילא רק בידים:

והנה בס' ישועות יעקב תירץ על קושית התוס' וז"ל דהנה בגנב והקדיש אף דקני ביאוש ושר"ש הא לשיטת הרמב"ם צריך הלוקח להחזיר הדמים וה"ה הקדש וממילא ל"ש אמירה לגבוה כמסירתו להדיוט דכיון דליכא רווח להקדש לפי הר"ן קידושין דסובר דהיכי דהקדש צריך ליתן דמים לא אמרינן כמסירתו להדיוט וע"כ בקנה הקדש חפץ בעינן קנין כסף וא"כ סגי ליתשיל אף בחרטה דהשתא דנולד כעת כגון אי שחט בחוץ או שנתוודע הגנבה ת"י וע"כ לא קשה מגוף הברייתא דאמאי פטור מדו"ה דיש לומר מטעם יאוש ושר"ש קני הקדש וע"כ פטור מדו"ה אלא דעיקר הקושיא דאי יאוש לחוד ל"ק וצריך גם שר"ש וא"כ צריכין הקדש להחזיר הדמים ול"ש אמירתו לגבוה וכו' וסגי בחרטה דהשתא דנולד שנשחט בחוץ ולא משכחת דחייב כרת משום ש"ח אלא ודאי דיאוש לחוד קנה ואז כיון דבהתירא אתי לידו ל"צ להחזיר הדמים ושייך כמסירתו להדיוט וא"כ לא סגי בחרטה מה שנולד כעת שנשחט בחוץ וע"כ חייב כרת משום ש"ח ועל זה משני דאוקמו ברשותו לחייבו כרת דקני ביאוש לחוד ואז ל"צ להחזיר דמים ולא סגי חרטה דהשתא וע"כ חייב משום ש"ח וע"ש:

ובזה ניחא הרמב"ם הלכות גנבה דסובר גנב והקדיש ואח"כ שטבח דפטור מדו"ה והקשו דהיה לו לחלק בין הקדישו קדושת הגוף ובין הקדישו לבדק הבית דאז משלם דו"ה על הקדש דמאי לי מכרו להדיוט מאי לי מכרו לשמים הא מוכח כן מהא דאיתא בברייתא גנב והקדיש דחייב דו"ה וע"כ משום דקב"ה חייב דחשוב מכירה משא"כ מתני' דקתני דפטור איירי בקדושת הגוף דאז אמרינן מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן ובמ"מ כתב דהרמב"ם סובר דפליג ברייתא על מתניתין דאל"כ הוי ליה לפרושי בברייתא דאיירי בקב"ה אלא ודאי דפליגי ודחינן לברייתא מקמי מתני' א"כ הקשה דמנ"ל להרמב"ם זה דכיון דיש לומר דלא פליגי ומתניתין איירי בקדשי מזבח דיש לומר דמעיקרא תורא דראובן וכו' ועיין תוס' ב"ק (ד' ע"ט) ד"ה גנב והקדיש דכתבו וז"ל דבקדשי מזבח שקרבן קרב לכפר על הבעלים ונשחט לשמו ושם בעלים עליו וע"כ לא חשוב מכירה משום דמעיקרא תורא דראובן וכו' מה שאין כן בקדשי בדק הבית:

ולכאורה נראה דתליא בזה דאי אמרינן דמכרו לשמים אלא עי"ז שהקדיש ונעשה שר"ש ביד הקדש נעשה קרבנו של הגנב וא"כ עי"ז שנעשה שר"ש ביד הקדש קנהו הגנב למפרע

ולכך אינו חייב על הקדש דו"ה ועי' בי"ש דהקשה על הרא"ש דסובר בב"ק דיאוש קונה רק לחומרא דאי קידש את האשה מקודשת וקשה דת"ל דהא הוי יאוש ושר"ש ואין לומר דמ"מ לא הגיע לה משלו כלום דזה אינו דכיון דהיא קנתה קנה גם הבעל דנעשה גם שלו בזה שמסר לידה דאל"כ וטבחו ומכרו דלחד מ"ד דווקא לאחר יאוש אבל לפני יאוש לא חשוב מכירה דלא אהני מעשיו הא אכתי יקשה הא הקרא מיירי לאחר יאוש למ"ד דיאוש לא קנה אלא דאהני מעשיו דמכירה קיימת דאיכא יאוש ושר"ש מ"מ איך מיקרי ומכרו הא הוא לא מכר כלום דלא הי' שלו מעולם ולוקח יכול לשחק בו שלא ישלם דמי המכירה בשלמא מ"ד דקרא איירי אפי' לפני יאוש אף דודאי אין הלוקח צריך לשלם למוכר מעותיו היינו משום דלהך מ"ד לית ביה ענין מכירה אלא דגזה"כ הא דחייב דו"ה מאחר ששנה בחטא אבל למ"ד דקרא איירי לאחר יאוש איך מיקרי שם מכירה הא לא היה שלו מעולם אלא ודאי דבאותו מעשה של שר"ש קני הגזלן וממנו נקנה להלוקח והנה הרבה חולקין על זה דהגנב לא קני כלל רק דטעמא דיאוש ושר"ש משום דביד הלוקח בהתירא אתא לידו וקני הלוקח ביאוש ועי' בתוס' סוכה פ' לולב הגזול וברמב"ן וע"כ שר"ש ואח"כ יאוש לא קני דבאיסור אתא לידו וא"כ הגזלן לא קנה וא"כ אינו קנין אלא למקבל ולא לגזלן כלל ועי' גם בס' קצה"ח דנסתפק בגזלן שנתן הגזילה לקטן אי חשוב דעת אחרת מקנה ומסיק דלשיטת התוס' ורמב"ן כיון דמקבל זוכה מעצמו בשר"ש משום דבהתירא אתא לידו והגנב לא קני כלל ל"ח דע"א מקנה ועי' בר"ן בחולין ובקידושין דכתב דדמי' דמקדש בגזל אחר יאוש דמקודשת הגם דיאוש לא קניה וכ"ז שהוא בידו אין קנוי לו אעפ"כ כיון דקנאתו מחמתו מקודשת הרי מפורש אף דאין קנוי לו אך כיון דבגרמא דיליה יכולה ליהנות מקודשת ועי' ברמב"ן דכתב וז"ל דודאי אחר יאוש חל ההקדש מדאורייתא דהוי יאוש ושר"ש והא דאמר מנין ליאוש שאינו קונה הכי פירושא דודאי גבוה קני אבל כיון דגזלן לא קני וכיון שאין לו בעלים איך יקריב הא לא קנה מעולם ועי' עוד ברמב"ן בסוכה וז"ל דומי' דפסח אמאי הא קני גבוה ביאוש ושר"ש נהי נמי דהמקדיש לא קני יהא כשוחט שלא לשם עלים דכשר אלא דלא עלו לבעלים לשם חובה ומוכח דבריו ג"כ דבגנב לא קניה וע"ש. ובאחרונים איתא דבזה פליגי ר"ש ור"נ דאליבא דר"ש ע"כ הגנב קני ע"י יאוש ושר"ש ואליבא דידן דקיי"ל כר"נ דלא בעינן אהנו מעשיו יש לומר דלא קנה הגנב רק הלוקח משום דבהתירא אתא לידו משא"כ לר"ש לא קרינן ומכרו והוא בעי אהני מעשיו וע"כ דגנב קני:

והנה אי אמרינן דהגנב לא קני ל"ש לומר בקה"ג דמעיקרא תורא דראובן והיינו ע"י שהקדיש ונעשה שר"ש ביד הקדש נעשה קרבנו של הגנב דכיון דהגנב לא קני ע"י

השר"ש דהקדש ואעפ"כ חזינן דפטור מדו"ה על הקדש א"כ אין לחלק דגם קבה"ב פטור מדו"ה וע"כ הרמב"ם לא מחלק דאפי' בדק הבית פטור מדו"ה משום דקיי"ל כר"נ והגנב לא קנה כלל והסוגיא דקאמר דמעיקרא תורא דראובן והיינו משום דגם הגנב קני עי"ז שנעשה שר"ש ביד הקדש קאי לר"ש דלדיד' הגנב קנה עי"ז שנעשה שר"ש ואז יש לומר בקדושת הגוף דנקרב על שם בעלים ע"כ מעיקרא תורא דראובן וגם השתא משא"כ קדושת בה"ב משא"כ לדידן אין חילוק כלל ודמי קדושת מזבח לבה"ב דל"ש דנקרב על שם בעלים.

אך לפי ס' יש"י הנ"ל יש לומר דלכאורה קשה מאי פריך מה לי מכרו לשמים וכו' הא כיון דאי בעי מיתשיל דקיי"ל דיש שאלה בהקדש ול"ח מכירה גמורה הא דמכרו לשמים ולכאורה יש לומר דקושית הגמ' קאי היכי דבא ליד הגזבר דליתא בשאלה וע"כ חשוב מכירה גמורה ולפ"ז לפי מה דסוברים דמש"ה לא מהני שאלה משום דכבר קנה חצר דהקדש ועי' בס' קצה"ח סי' ר' דהקשה בהא דתנן בשקלים פ"ו מעות שנמצאו לפני סוחרי בהמה לעולם מעשר בהר הבית חולין ומשמע דהוא חולין ממש ואמאי לא קנה החצר לגבוה כיון דהר הבית חצר דהקדש הוא אלא ודאי דחצר לא קנה להקדש ועי' ברמב"ן ב"ב ותירץ לפי מה דסוברים הראשונים דהיכי דאתא לחצר קודם יאוש דדמי לידו דאתא לידו קודם יאוש דלא מהני אי יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש משום דבאיסורא אתא לידו וה"ה בחצר כן וע"כ לא קני החצר דהקדש המעות הנמצאו בו משום דהוי יאוש שלא מדעת דאתא לחצר קודם יאוש ולפ"ז לרבא דסובר דיאוש שלא מדעת הוי יאוש ע"כ צריכין לומר דבהקדש לא קני חצר ועי' במג"א דהביא בשם אגודה משום דחצר הוא משום יד ואין יד להקדש וא"כ אפי' בבא ליד הגזבר מהני שאלה ולא קשה קושית הגמ' מה לי מכרו לשמים וכו' דכיון דאפשר בשאלה ל"ח מכירה

וניחא בזה הא דהקשו על הרשב"א דכתב דלמה לא מקשה רבא ממאי דפטור מדו"ה בגנב והקדיש וכתב דאייריי שהקדיש בע"מ לבדה"ב וקשה לפ"ז יקשה קושית הגמ' לחייב דו"ה על הקדש דמה לי מכרו לשמים וכו' ותירוץ הגמ' מעיקרא תורא דראובן ל"ש בהקדש בה"ב וגם לפי מה שכתב רש"י דעולא לא פסל רק להקרבה אבל הקדש חל ג"כ קשה דא"כ לחייב דו"ה על הקדש וע"כ נראה דלרבא לשיטתו לדיד' אפי' בבא ליד הגזבר מהני שאלה בלא"ה לא קשה דלחייב דו"ה על הקדש דכיון דיכול ליתשיל ל"ח מכירה:

גם לפי מה דסוברים דמש"ה לא מהני שאלה בבא ליד הגזבר דקנה במשיכה והיינו אי משיכה בהקדש קונה כר"י דסובר דבישראל מעות קונות א"כ בהקדש משיכה משא"כ

רבא דסובר כר"ל דבישראל משיכה הקנין א"כ בהקדש לא קניא משיכה ויכול לעולם ליתשל א"כ ל"ח מכירה וגם נראה דתליא אי אמרינן הואיל דאי בעי איתשיל אז ל"ח מכירה משא"כ אי לא אמרינן הואיל וא"כ עולא לשיטתו דסובר בקידושין דט"ה אינו ממון וע"כ הא דעובר בחלה על ב"י משום הואיל וע"כ כתב ברשב"א דלא מצי להקשות על עולא מגוף הברייתא דאיירי בע"מ ומ"מ אינו חייב דו"ה על הקדש ובזה ניחא קושית התוס' דמאי פריך על ר"ל דהא פשוט דאפי' למ"ד דסתם גניבה לא הוי יאוש בעלים דזה רק רוב לחוד מ"מ מיעוטא איכא דמייאשין וכיון שכן קשה למ"ד דיאוש קונה אמאי מתחייב סתם גנב בטבח ומכר דו"ה דהא בממון לא אזלינן בתר הרוב ודילמא היה יאוש וקנוי להגנב ופטור מדו"ה ואע"ג דבעלים אומרים ברי שלא נתייאשו והגנב א"י הא בו"ש לאו ברי עדיף ולפי הרמב"ן דסובר דחזקה עם רוב מהני אפי' בממון וא"כ פשיטא דבו"ש עם רובא מהני גם בממון דהא אפי' חזקה עם בו"ש מהני להוציא ועיין בכתובות מכש"כ רובא עם בו"ש מהני ועיין בס' ע"ח דמתרץ משום דאף אי נתייאשו אם לא נודע להגנב לא מהני אך למ"ד דסתם גניבה יאוש בעלים חשוב נודע ולפ"ז הקשה שם מאי פריך על ר"ל דהא הקדש אפי' שלא מדעת חשוב מדעת ולפ"ז יש ללמוד גם גבי יאוש דהיכי דנתייאשו רק שלא נודע אף דבכה"ג אין הגנב יכול לקנות ע"י יאוש אך לגבי הקדש חשוב מדעת א"כ מצינן לומר דגנב והקדיש איירי בסתם גנבה דלא ידעינן אי נתייאשו ומ"מ ליכא למיפטר את הגנב מדו"ה דילמא נתייאשו דהא אפי' אי באמת נתייאשו מ"מ הא לא נודע היאוש אבל בהקדיש לגבי הקדש מועיל יאוש זה דחשוב מדעת וא"כ שזכה הקדש ביאוש תו ליכא לחייב דו"ה וע"כ בעינן דווקא הקדיש ותירצו דאי יאוש כדי קנה רק מצד שלא נודע לא נקנה להגנב ולהקדש לבד נקנה דחשוב מדעת ממילא אף בעת שנקנה להקדש אין זכות קניה להגנב לומר שקנייתו וקנין הקדש באים כאחד דהא לו אי אפשר כלל צד קנין מחמת היאוש כיון שלא נודע לו ואינו חשוב קרבן שלו וא"כ לחייב דו"ה על הקדש דל"ש מעיקרא תורא דראובן וכו' יע"ש וא"כ רבה לשיטתו דסובר הואיל וא"כ ל"ח מכירה משום הואיל דאי בעי מיתשיל וע"כ לא קשה על רבה ממתני' די"ל בלא נודע וע"כ בעינן דווקא הקדיש דגבי הקדש חשוב מדעת וא"כ י"ל דהסוגיא דמסיק דמש"ה אינו חייב דו"ה משום דמעיקרא תורא דראובן קאי אי לא אמרינן הואיל משא"כ לדידן דאמרינן הואיל אפי' בקדשי בה"ב דל"ש דמעיקרא תורא דראובן פטור מדו"ה משום הואיל ול"ח מכירה:

ויותר נראה לתרץ הרמב"ם לפי הישי"ר הנ"ל דהנה מה שאמרנו דכיון דיכול ליתשיל ע"כ ל"ח מכירה זה דווקא אי סגי בחרטה דהשתא אז כיון דבקל יכול ליתשיל עלי' ע"כ ל"ח

מכירה משא"כ אי בעינן פ"ח דמעיקרא אז ל"ש וע"כ ל"ח הואיל דאי בעי איתשיל וחשוב מכירה לחייב דו"ה ולפי זה בהקדש בדק הבית דל"ש אוקמא ברשותו דל"ש לחייבו כרת על ש"ח ולא קנה ביאוש לחוד וא"כ כיון דבעינן גם שר"ש צריך הקדש להחזיר הדמים וליכא רווח להקדש ול"ש אמירתו לגבוה וכו' וא"כ סגי בחרטה דהשתא א"כ אע"ג דל"ש מעיקרא תורא דראובן וכו' מ"מ אינו חייב דו"ה משום הואיל דאי בעי מיתשיל ועיקר קושית הגמ' היה על קדושת מזבח דבזה אוקמא ברשותו וקני ביאוש לחוד וליכא חזרת דמים ואיכא רווח להקדש ושייך אמירתו לגבוה ולא סגי בחרטה דהשתא ול"ש הואיל וע"ז קשה לחייב דו"ה וע"ז משני מעיקרא תורא דראובן וכו' וא"כ בקדשי בה"ב פשיטא ליכא חיוב דו"ה וניחא הרמב"ם דלא מחלק ודו"ק:

ובזה ניחא הרמב"ם דפסק כר"י דדבר דאינו ברשותו לא יכול להקדיש ופסק כצנועין דאומרים כל הנלקט מזה יהא מחולל על המעות הללו והגמ' ב"ק (דף ס"ט) מקשה על ר"י ממתני' דצנועין ומשני ל"ת כל הנלקט אלא כל המתלקט והרמב"ם דפסק כר"י וכתב כל הנלקט קשה דהא הוי אינו ברשותו ואיך יכולין לחלל אינו ברשותו ולכאורה נראה דהא בתוס' ב"ק איתא דאי יאוש משום הפקר מה בכך דבאיסורא אתא לידו ואמאי לא קני יאוש והטעם דיאוש לא מהני משום הפקר הפ"י כתב הטעם משום דאינו ברשותו לא יכול להפקיר דא"י להפקיר דש"ב ובתוס' ד' הנ"ל כתבו משום דאינו הפקר לכל אדם דאסור לכל אדם להחזיק בו משום דצריך הגזלן לשלם דמים להנגזל שנתחייב משעת גזילה ובזה אמרתי הא דהקשו על הא דמשני רבא בסוכה אבל גזול ה"א דסתם גזילה יאוש בעלים וכו' וקשה הא רבא סובר דיאוש כדי לא קנה ומה בכך דנתייאשו אך לפי מה שאמרנו דבגזל ספר או לולב אינו חייב באונסין דהא הטעם דגזלן חייב באונסין משום דלא גרע משאלה ובתשובות הר"ן איתא דשואל ספר אינו חייב באונסין דאין כל הנאה שלו וע"כ גם גזלן אינו חייב באונסין וכיון דאינו חייב באונסין הוי הפקר לכל דל"ש דכל אדם אינו רשאי להחזיק דכיון דהגזלן חייב לשלם דמים דהא אינו חייב באונסין בבא אחר והחזיק בו שלא מדעתו וע"כ רבא מודה דאי היה יאוש דקנה וע"כ קאמר דה"א דסתם גזילה יאוש בעלים:

והנה הב"ש סובר דאע"ג דגזל ולא נתייאשו שניהם אין יכולין להקדיש מ"מ אם שניהם יסכימו ולההקדש חל ההקדש. אך לפ"ז לא מקשה הגמ' מהא דצנועין על ר"י דבשלמא התם לא ניחא ליה לגזלן בהקדש משא"כ הכא בודאי ניחא ליה להגזלן בהחילול דע"י החילול מעמידו ברשותו ומתירו לו וכיון דשניהם רוצים בהחילול למה לא יועיל. אך לפ"ז תקשה דאמאי לא מהני יאוש מצד הפקר ואין לומר דאינו ברשותו להפקיר הא

מסתמא גם לגזלן ניחא דעי"ז מעמידו ברשותו ומתיר לו וע"כ דלא מהני אפי' שניהם נתרצו אך אין ראיה דיש לומר דהתם לא מהני מטעם הפקר משום דאינו הפקר לכל אך ר"י דסובר בירושלמי דלא בעינן הפקר לכל ור"ל פליג עכ"פ לר"י הטעם דיאוש אינו משום הפקר משום דאינו ברשותו וא"כ אף דשניהם נתרצו לא מהני וה"ה בהקדש ובחילול אף דשניהם רוצין לא מהני וע"כ מדמי הגמ' לר"י לשיטתו חילול להקדש משא"כ לדידן דבעינן הפקר לכל ויש לומר דהיכי דנתרצו מהני והא דלא מהני יאוש מצד הפקר משום דאינו הפקר לכל וא"כ לא דמי חילול להא דר"י בהקדש דבחילול שניהם נתרצו וע"כ פסקינן כר"י להקדיש אינו יכול ולחלל יכול ופסקינן כצנועין:

וגם נראה דהנה בתוס' הקשו על הא דפריך על עולא דהא גם לר"י תקשה דאי יאוש קני למאי קתני גנב והקדיש דפטור מדו"ה אפי' כי לא הקדיש נמי ואין לומר דאיירי בהקדישו בעלים ביד הגנב וכצנועין דא"כ גם לעולא ניחא דמש"ה חייב כרת דכיון דהקדישו בעלים ונראה דהנה תוס' ב"ק הקשה איך מדמי הקדש לחילול שכמו דיכול לחלל מה שביד חבירו כן יכול להקדיש והלא אעפ"י שאין יכול להקדיש פירות ש"ח יכול לחלל הקדש ש"ח ותירצו דלא דמי דהקדש מאחר שהוקדש יצא מרשות בעלים וכמו שהבעלים יכולין לפדותו כמו כן אחר אבל כרם רבעי הבעלים זכאים לאוכלו בירושלים יע"ש והא תינח אי אמרינן דל"ח שינוי החוזר ע"י שאלה משום דל"ש וא"כ יש לומר כסברת התוס' דמאחר שהקדיש יצא מרשות בעלים משא"כ לעולא דסובר דפסול להקרבה אע"ג דאיכא יאוש ושה"ש משום דמאיס לקרבן ובשמ"ק איתא דמאיס ל"ש רק בשינוי החוזר דכיון דיכול לחזור לכמות שהיה ע"כ מאיס והוא סובר דאי הוא שינוי שאינו חוזר אז למצוה כשר דל"ח מאיס וא"כ ע"כ דסובר דחשוב שינוי החוזר ע"י שאלה ולא סובר דשאלה ל"ש וע"כ מאיס א"כ אי אפשר לתרץ שהקדישו בעלים וכצנועין דתקשה קושית התוס' דאיך מדמה לחילול ואין לומר דהקדש מאחר דהקדיש יצא מרשות בעלים דהא אכתי הוא ברשותם דיכולין ליתשיל דהא הוא סובר דל"ח ל"ש משא"כ על ר"י דסובר דכשר להקרבה ול"ס דמאיס וע"כ דל"ס דחשוב שינוי החוזר משום דל"ש וע"כ לדיד' יש לומר כצנועין ואייר דהקדישו בעלים ולא קשה קושית התוס' דלא דמי לחילול דיש לומר דהקדש שאני דיצא מרשות בעלים ואין לומר דבידו ליתשיל כיון דל"ש:

וגם בפשיטות ניחא לפי מה דאיתא באחרונים דבודאי היכי דאיכא שר"ש ל"ח מה"ב כיון שכבר ניתק מרשות הגזלן אינו עוד למזכרת עון אך היכי דאכתי שם הגזלן עליו אז חשוב מה"ב וא"כ לר"י לשיטתו דסובר דכשר להקרבה ולא הוי מה"ב וע"כ דכבר יצא מרשותו וצריכין לומר אע"ג דבידו ליתשיל מ"מ חשוב יצא מרשות הגנב וא"כ יש

לומר תירוץ התוספות דהקדש שאני דכבר יצא מרשותו אף דבידו ליתשיל וע"כ יכול כל אדם לפדותו וא"כ לדיד' יש לומר דהקדישו הבעלים וכצנועין משא"כ על עולא דפוסל להקרבה משום מה"ב וע"כ דסובר דאכתי נקרא שם הגזלן משום דמהני שאלה וא"כ ל"ש תירוץ התוס' דיצא מרשות בעלים בהקדש וא"כ לא דמי הקדש לחילול וע"כ אי אפשר לתרץ לדיד' שהקדישו בעלים וכצנועין דהא לא דמי לחילול:

אך נראה דזה אי חשוב הואיל דאי בעי מיתשיל ל"ש תליא בזה דאי אמרינן דיאוש ושה"ח לא קנה ואז ע"כ צריכין לומר דהא דהקדשן הקדש נהי דהוי שה"ש הא יכול לחזור ע"י שאלה ואפי' עם יאוש לא מהני וע"כ דל"ש כמו שתירצו בתוס' משא"כ אי יאוש ושה"ש אף דחוזר קנה אז אין ראיה דל"ש דיש לומר מה בכך דשה"ש החוזר ע"י שאלה מ"מ עם יאוש מהני. והנה ר"י סובר בב"ק דאפי' עם יאוש לא מהני שינוי החוזר דאמר דבר תורה גזילה המשתנת חוזרת והיינו בחוזר וא"ת מתני' מפני תקנת השבים ואמאי לא מוקי מתני' לאחר יאוש וע"כ מהני שינוי החוזר אלא ודאי דסובר דלא מהני וא"כ ע"כ דסובר דשאלה ל"ש וע"כ לדיד' פריך שפיר מצנועין דאין לומר דהא לא דמי הקדש לחילול דיש לומר תירץ תוס' דהא דיכול לחלל הקדש ש"ח משום דכבר יצא מרשות בעלים דכיון דשאלה ל"ש משא"כ לדידן דיאוש עם שה"ח קני ויש לומר דשאלה שכיח וא"כ לא דמי הקדש לחילול דאין לומר תירוץ התוספות דיצא מרשותו וע"כ פסק הרמב"ם כצנועין וגם יש לומר דהא אביי סובר דיאוש ושינוי דלא נשתנה שמו בכך מהני ועיין בשמ"ק ועיין בשעה"מ א"כ כדי שלא תקשה במריש דלמאי צריכין מפני תקנת השבים לשיטת רש"י דקבעו בבנין חשוב שינוי ועי' בקצה"ח דכתב דכיון דמריש שמו עליו ולא נשתנה שמו לא מהני ואי אמרינן דמסתמא הוי יאוש במריש מה בכך דלא נשתנה שמו אלא ודאי דליכא יאוש במריש וא"כ יש לומר דע"ז קאי ר"י דבמריש הוי שה"ש החוזר ומודה דאי היה יאוש קני עם שה"ש החוזר וא"כ יש לומר דלעולם דשאלה שכיח וכן סוברים הפוסקים כאביי דהשמיטו דינא דר"ה בסוכה באוונכרי וע"כ משום דכיון שנקצץ מהדקל חשוב שינוי אף דלא נשתנה שמו עכ"פ עם יאוש מהני ור"ה סובר כרבא דאפי' עם יאוש לא מהני ויש לומר דסתם מריש חשוב יאוש ואפ"ה משני ר"י דשה"ש החוד הוא אלמא דאפי' עם יאוש לא מהני וע"כ צריכין לומר דהא דהקדשן הקדש משום דשאלה ל"ש ויש לומר כמו שתירצו בתוס' דמאחר שהקדיש יצא מרשות בעלים וע"כ מדמי הקדש לחילול ופריך על ר"י מצנועין משא"כ הרמב"ם סובר כאביי ויש לומר דשאלה שכיח וא"כ לא דמי הקדש לחילול וע"כ פסק כצנועין אך לפי מה שכתבתי דשיטת הרמב"ם דפליגי תנא דמתני' עם הברייתא דמתני' סובר דאפי' בהקדש

בה"ב אינו משלם דו"ה דל"ח מכירה משום דיכול ליתשיל ולא יצא מרשות הגנב וע"כ פוסק כצנועין משום דלא דמי הקדש לחילול דאין לומר דהקדש יצא מרשותו דהא אכתי יכול ליתשיל והגמ' דמדמי להדדי קאי לתנא דברייתא דחייב דו"ה וע"כ דיצא מרשותו אף דיכול ליתשיל ויש לומר כתירוץ התוס' משא"כ הרמב"ם לשיטתו:

גם יש לומר על הא דקאמר דכיון דבאיסורא אתא לידו לא קני ביאוש ובתוס' כ' דאי יאוש הוי הפקר אמאי לא קנה. וע"כ נראה דיש לומר דלא היה בדעתו לגזול רק משום דהיה לו עליו ספק מי"ש וכשיזכור יחזור לו וא"כ אינו רוצה לקנות ביאוש דאז אי יזכור דאין לו עליו ס' מי"ש לא יתקן בחזרה דמתנה בעלמא הוא דיהיב ליה דכיון דכבר קנה ושמא לקחו מצד ס' מי"ש וגומר בדעתו שאם יזכור אח"כ יחזיר לו וע"כ אי תאמר שיקנה ביאוש ע"כ תאמר שכוונתו לגזול ולא משום ס' מי"ש ואין אדם משים א"ע רשע ואינו נאמן שכוונתו היה לגזול וזה הכוונה דכיון דבאיסורא אתא לידו ואי תאמר דכוונתו לגזול ע"כ אינו נאמן על זה רק דתלינן שלקח משום ס' מי"ש שיש לו עליו ולפ"ז ר"י דסובר דלא כאביי רק דלא אמרינן מיגו דחשיד אממונא וכו' ולא תלינן בס' מי"ש א"כ לדיד' ע"כ הא דיאוש לא מהני משום הפקר משום דאינו ברשותו הגם דלגזלן ג"כ ניחא אלמא לדיד' לא מהני ריצוי שניהם וע"כ ה"ה דלא יכול לחלל אע"ג דניחא להו וע"כ לר"י מדמי הגמ' שפיר דינא דצנועין לדר"י ופריך הגמ' שפיר משא"כ לדידן דקיי"ל כאביי משום ס' מי"ש יש לומר דריצוי שניהם מהני והא דלא מהני יאוש משום הפקר ומה בכך דבאיסור אתא לידו רק דמשום דאינו נאמן דכוונתו לגזול רק דתלינן דלקח משום ס' מי"ש וממילא לא ניחא דליקני ביאוש דאז אי יזכור לא יתקן בחזרה דל"ת דכוונתו לגזול דאין אדם משים א"ע רשע ולעולם דריצוי שניהם מהני. אך לפ"ז מהראוי לומר דגם שינוי לא מהני משום דתלינן בס' מי"ש ואי יקנה בשינוי תו לא יתקן בחזרה אך כיון דחזינן דשינה הגזילה ע"כ לא לקח משום ס' מי"ש ולפ"ז שינוי דממילא מהראוי דלא יקנה דל"ש כיון דחזינן דמשנה. ולפ"ז יש לומר דזה טעמא של רש"י דפי' על הא דאמר רבה שינוי קונה שינוי בידים ומשמע מדבריו דשינוי דממילא לא קנה והקשה בס' קצה"ח דהא גזל בהמה והזקינה קנה בשינוי דמשלם כשעת הגזילה אע"ג דשינוי דממילא אך לפי מה דאיתא בר"ן כתובות דלחובתו אדם נאמן לעשות רשע וא"כ התם דהיה לגריעותא נאמן לומר שכוונתו לגזול וקנה בשינוי וע"כ משלם כשעת הגזילה וקני בשינוי אע"ג דממילא:

אך לפ"ז מהראוי לומר דשינוי החוזר לא קנה דיש לומר דלעולם דלקח משום מי"ש והא דמשנה משום דבידו לחזור כמקדם אך רבה דסובר דאפי' שינוי החוזר קנה לשיטתו

אזיל דל"ס כאביי דס' מי"ש יש לו עליו עיין בב"מ בפ"י על הא דקאמר רבה מפני מה אמרה תורה מב"מ ישבע וע"כ ניחא הא דרב יוסף סובר ג"כ כרבה דשינוי החוזר קני משום דר"י לשיטתו דסובר בסנהדרין דאדם משים א"ע רשע וע"כ אפי' שה"ח קנה. וניחא קושית התוס' בב"ק על הא דמסיק דמש"ה הקדישן הקדש משום דאיכא שה"ש דמעיקרא חולין והשתא הקדש והקשו הא חוזר לברייתו ע"י שאלה אך הסוגיא קאי לר"י ולר"י מהני אפי' שינוי החוזר ובזה ניחא הרמב"ם דפסק בנטלו מוכסין את חמורו ונתנו נו חמור אחר דהרי זה שלו והקשו הא יאוש לחוד לא קני רק שאם הוא חסיד ומחמיר יחזיר לבעלים הראשונים ועיין בלח"מ. אך לפי מה שאמרנו דמש"ה יאוש כדי לא קנה משום דאין אדם משים א"ע רשע וזה ל"ש במוכסין או ליסטים ונאמן דכוונתו לגזול וממילא דקנה ביאוש כדי:

וניחא בזה הרמב"ם דכתב בזימן שחורים ומצא לבנים דאסור משום ס' מוכן והקשו הא לדידן דקיי"ל כר"ח דרוב וקרוב אזלינן בתר הרוב ליכא ס' רק ודאי אינו מהמוכן וע"כ נראה דהא הקשו על גוף הסוגיא דקאמר לימא מסייע לר"ח לעולם דליתא לדר"ח ואסור משום ספק מוכן ותירץ בס' פ"י דא"כ הוי ס"ס שמא הוא מהמוכן ושמא מעובדי כוכבים דל"צ הכנה אלא ודאי כר"ח והנה לטעמא דרבא בביצה דסובר דמש"ה צריך הכנה דילמא שביק כחושה ומטלטל מידי דלא חזי אין חילוק אפי' של עובדי כוכבים צריך הכנה אך נראה דתליא בזה דהא הקשו דאי בדרבנן יש ברירה לא צריך הזמנה וע"כ משום דאפשר בלא ברירה לא אמרינן ברירה ועיין בנדרים פ' השותפין וברא"ש דהיכי דיש בו דין חלוקה לא סמכינן על ברירה ועיין בשעה"מ וא"כ יש לומר דלא אמרינן טעמא דרבא ובשל עובדי כוכבים ל"צ הכנה והא דצריך הזמנה אע"ג דיש ברירה משום דאפשר בלא ברירה אך זה אי כל הנלקט לא מהני משום דאינו ברשותו אע"ג דניחא להו והא דיאוש לא קנה ג"כ משום דאינו ברשותו אע"ג דניחא לגזלן וע"כ מהני בצנועין כל המתלקט למ"ד ברירה משום דלא אפשר בלא ברירה דכיון דכל הנלקט לא מהני משא"כ אי אמרינן כאביי דסובר ס' מי"ש וא"כ יש לומר דריצוי שניהם מהני וה"ה דמהני כל הנלקט ואפ"ה מהני המתלקט אע"ג דאפשר לומר כל הנלקט וא"כ אכתי תקשה אמאי צריך הכנה הא יש ברירה וע"כ משום דאמרינן טעמא דרבא ולפ"ז ליכא ס"ס דהא אפי' של עובדי כוכבים צריך הכנה ויש לומר דאסור משום ס' מוכן וע"כ ניחא דסוגיא דקאי לרבה דלא סובר כאביי וע"כ הוכיח כר"ח דאי משום ס' איכא ס"ס שמא מעובדי כוכבים דל"צ הכנה ואין לומר דלפ"ז אמאי לא אמרינן ברירה כיון דל"א טעמא דרבא אך משום דאפשר בלא ברירה והתם בצנועין שאני דלא מהני כל הנלקט משום דאינו ברשותו אע"ג

דניחא וניחא דלא קאמר אביי על רישא דאיירי בדף ועי' בתוס' דאביי לשיטתו דסובר ס' מי"ש ויש לומר דריצוי שניהם מהני ומהני כל הנלקט אלמא אפי' באפשר סמכינן על ברירה וע"כ הא דצריך הכנה דאמרינן טעמא דרבא וא"כ אפי' של עובד כוכבים צריך הכנה וליכא ס"ס ואין ראיה כר"ח דיש לומר דאסור משום ס' וכן הרמב"ם דפסק כאביי כתב דאסור משום ספק מוכן ודו"ק:

הנה מה שאמרנו דלשיטת רש"י דאליבא דרבא דסובר אי עביד לא מהני אז קנין שינוי לא הוי מדאורייתא:

ובזה אמרתי דלפ"ז מהני באומר איני רוצה לקנות בשינוי דדמי לאומר אי אפשר בתקנת חכמים דשומעין לו ובזה ניחא קושית התוס' ב"ק על הא דמשני הא מני ב"ש דסובר דשינוי במקומו עומד והקשה בתוס' דאכתי תקשה לרבא דסובר דטעמא דב"ש משום דמאיס ולפ"ז לרבא בלא"ה לא קשה קושית הגמ' דיש לומר דאיירי הברייתא דמשלם דו"ה באומר איני רוצה לקנות בשינוי וע"כ טבח ומכר משלם דו"ה:

ובזה ניחא קושית הנב"י בגיטין בסוגיא דמטמא על הא דפריך הגמ' ולמאן דיליף קנסא מקנסא והקשה דילמא סובר רב דהיזק שאינו ניכר שמי' היזק וא"כ לאו קנסא הוא וע"כ קאמר היינו מדמע אך הא הגמרא פריך על חזקיה דאי שמי' היזק אמאי בגזל חמץ יכול לומר הרי שלך לפניך ופי' התוס' דאי שמי' היזק קני בשינוי וקשה הא חזקיה סובר ע"כ דאי עביד לא מהני דאיצטריך קרא להכשיר בשוחט הפסח על החמץ ועיין בירושלמי פסחים ועיין במל"מ ומשמע הא לאו קרא פסול וע"כ משום דאי עביד לא מהני ועיין בס' אור חדש וא"כ שינוי לא קנה וע"כ דקושית הגמ' קאי אי עביד מהני וע"כ חזקיה לשיטתו דסובר דלא מהני ושינוי לא קני מצי סובר דשמי' היזק משא"כ רב דסובר דשינוי קני דסובר דאין שמין לגנב ולגזלן דקני בשינוי א"כ לא מצי סובר כחזקיה דשמי' היזק דא"כ תקשה אמאי יכול לומר הרי שלך לפניך:

ובזה נראה הא דהקשה בתוס' סוכה דלמאי צריכין קרא דלכם דלא יצא בגזול דת"ל דהוי מה"ב דלכאורה יש לומר הא דגזל חשוב אינו ברשותו להקדיש ולכל דבר דכיון דבידו של הגזלן לעשות שינוי ואז יהיה שלו וע"כ חשוב אינו ברשותו. ולפ"ז לפי מה דאיתא בריטב"א בסוכה דמש"ה אי קרקע אינה נגזלת יצא בסוכה גזולה ואע"ג דמ"מ הוי מה"ב וכתב דלא דמי למטלטלין דאפקי' מרשות בעלים דתו אינו ברשותו להקדישו משא"כ קרקע דהוא ברשות בעלים לכל דבר וע"כ ל"ח מה"ב וא"כ זה אליבא דאמת דמהני קנין שינוי וא"כ בידו לעשות שינוי וע"כ חשוב אינו ברשותו וע"כ הוי מה"ב משא"כ מהתורה דלא מהני קנין שינוי דאי עביד לא מהני וא"כ מהתורה הוא ברשותו

וליכא משום מה"ב וע"כ צריכין קרא דלכם וא"כ לפ"ז אי אמרינן דמש"ה לא מהני יאוש מטעם הפקר משום דא"י להפקיר דבר שאינו ברשותו וא"כ מה"ת דלא מהני קנין שינוי וא"כ הוא ברשותו א"כ מהתורה מהני יאוש משום הפקר רק מדרבנן דקני שינוי וחשוב אינו ברשותו אז לא מהני יאוש וא"כ תקשה הא דפריך הגמ' אלא למ"ד מעשה שבת דרבנן אמאי פטור מדו"ה והיינו דלענין דו"ה אזלינן בתר דאורייתא וקשה הא סתם גנבה יאוש בעלים וא"כ אי אזלינן בתר דאורייתא קנה ביאוש דהא מהתורה יאוש קני ומדרבנן דיאוש לא קני הא מדרבנן מעשה שבת אסור והוי שחיטה שאינה ראויה אך הא מסיק הגמרא דחכמים הן ר"ש ור"ש הוא סובר דסתם גנבה לא הוי יאוש וע"כ פריך הגמ' שפיר ובזה ניחא הרא"ש בב"ק דכתב דמש"ה פטור במתניתין בטבח בשבת בטבח ע"י אחר משום דשחיטה שאינה ראויה והקשו הא מעשה שבת רק מדרבנן אך לדידן דסתם גנבה יאוש בעלים וע"כ אי אזלינן בתר דאורייתא בודאי פטור דקני ביאוש:

וניחא הא דמשני רבא בסוכה אבל גזול אימא סתם גזילה יאוש בעלים והקשו נהי דהוי יאוש הא יאוש לא קני ועיין בפ"י אך הא הגמ' לקמן פריך וליקני בשינוי ע"י דאגדו הלולב ותירץ דשה"א וכתבו בתוס' אע"ג דמדרבנן קני לא מהני לדאורייתא וע"כ משני שפיר רבא דה"א דסתם גזילה יאוש בעלים דהא מדאורייתא מהני קנין יאוש דהוי ברשותו ומדרבנן דלא קנה ביאוש קנה בשינוי אע"ג דחוזר ובזה ניחא קושי' הב"ש ס' כ"ח דאמאי בקדשה בגזל לאחר יאוש דמקודשת נהי דאיכא גם שר"ש הא לשיטת הרמב"ם ביאוש ושר"ש צריך הלוקח להחזיר הדמים וא"כ במאי תתקדש ואע"ג דבגנב שאינו מפורסם ל"צ להחזיר הדמים זה רק מדרבנן יע"ש. אך לפי מה שכתבו דאי יאוש לחוד קונה דכיון דבהתירא אתא ליד הלוקח ל"צ להחזיר הדמים וכבר אמרנו דמדאורייתא יאוש לחוד קונה דהוי ברשותו דכיון דמדאורייתא שינוי לא קנה וא"כ אי אזלינן בתר דאורייתא פשיטא דמקודשת דל"צ להחזיר הדמים ומדרבנן דיאוש לא קנה הא מדרבנן משום תקה"ש בגנב שאינו מפורסם ג"כ ל"צ להחזיר הדמים:

וניחא בזה הרא"ש בב"ק דכתב דיאוש קני לחומרא דאי קידש את האשה דמקודשת והקשו מהא דקאמר רבא לית דחש לדר"ש דאמר סתם גזילה יאוש בעלים ומשמע הא אי היה יאוש מדינא מקודשת דאל"כ דאפי' ביאוש הוא רק לחומרא פשיטא דל"א דסתם היה יאוש בעלים אך לפי מה שכתבו דמש"ה הוי רק לחומרא הא הוי גם שר"ש אך דאז צריכה להחזיר הדמים וע"כ בעינן דיאוש כדי קונה וזה לאביי דאי עביד מהני וא"כ מהתורה קני שינוי וחשוב אינו ברשותו וא"כ מהתורה לא קנה ביאוש משא"כ רבא לשיטתו מה"ת קני ביאוש דכיון דקנין שינוי לא מהני וא"כ ל"צ להחזיר הדמים ומדרבנן

דבעינן שר"ש הא מדרבנן תקנו משום תקה"ש דל"צ להחזיר הדמים וע"כ קאמר רבא לית דחש לדר"ש ודו"ק:

והנה לדידן דקיי"ל בפלוגתא דר"ש ורבנן דסתם גנבה הוי יאוש בעלים וסתם גזילה לא הוי יאוש ושיטת הב"ח דבגזלן ישראל אמרינן דסתמא הוי יאוש ועיין בש"ך ס' שס"ח דהקשה מהא דאיתא בקדושין (דף נ"ב) דאתא לקמי' דרבא אמר לית דחש לדר"ש דסובר דסתם גזילה יאוש בעלים אלמא דאפי' בגזלן ישראל סתמא לא הוי יאוש והב"ח הרגיש בזה וכתב דהך דפ' האיש מקדש לא מיירי אלא לענין קדושין דאורייתא יע"ש. ונראה דהא אפי' אי אמרינן דסתמא מייאש זה אינו רק רוב לחוד אבל מיעוטא איכא דליכא יאוש וא"כ לפי מה שכתבו דכיון דלשיטת הרמב"ם ביאוש ושר"ש צריך הלוקח להחזיר הדמים רק בגנב שאינו מפורסם דאז כיון דמגיע לו משום תקה"ש א"צ להחזיר הדמים א"כ אינו רק קדושין דרבנן וא"כ תקשה אפי אי סתם גזילה יאוש בעלים כיון דאמרינן סמוך מיעוט לחזקה והוי פלגא ופלגא וא"כ הכא בקדושין דאיכא חזקת פנויה וא"כ אי אמרינן סמוך והוי פו"פ חשוב ס' דרבנן ולקולא דהא אפי' אי ידעינן דנתייאש ליכא רק קידושין דרבנן וא"כ כי אמרינן סמוך הוי ס' השקול הוי ס' דרבנן וא"כ אפי' לר"ש לא מהני הקדושין אך יש לומר דכיון דלר"ש אפי' בגזלן א"י סתמא מייאש ואיכא רוב וא"כ מהראוי לומר דהיכי דגזלן ישראל דכיון דחזינן דאפי' רבנן מודים עדיין אפי' מיעוטא ליכא רק מיעוטא דמיעוטא ואז לא אמרינן סמוך וע"כ אי היה סובר כר"ש דמקודשת משא"כ השתא דל"א כר"ש נהי דבגזלן ישראל מודים רבנן מ"מ אינו רק רוב לחוד ואמרינן סמוך וחשוב פו"פ וממילא חשוב ס' דרבנן ואינה מקודשת:

ובזה נראה לתרץ הרי"ף בקדושין דהנה שם על מעשה דחמשה נשים ובהן שתי אחיות וליקט אדם אחד כלכלה של תאנים ושלהן היה ושל שביעית היה ואמרו חכמים דאין אחיות מקודשות הא נכריות מקודשות ופריך רבא לאביי אי לימא דאמר כולכם קני את וחמור הוא ומסיק אליבא דאביי דאמר הראוי לביאה תתקדש לי והרי"ף השמיט זה והקשו עליו ועיין בר"ן דכתב לדידן דקיי"ל כר"נ דקנה מחצה לא קשה קושית הגמ' אך הקשה דדוחק לומר דקושית הגמ' אזלא שלא אליבא דהילכתא דהא קיי"ל כר"נ וע"כ דלכ"ע הכא לא קנה כלל:

ולכאורה נראה דקושית הגמ' אזלא לכ"ע דהמקשין היה סובר דהאשה דקבלה הקידושין היתה אחת מאחיות וא"כ תקשה דכיון דאסור לקדש בפירות שביעית דלאכלה ולא' לסחורה אמאי לא אמרינן דאין שליח לדבר עבירה ובטל הקידושין דבשלמא אי קיבלה אחת מנכריות שייך לומר מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה ועיין בקצה"ח משא"כ

אי קבלה אחת מאחיות דאינה מקודשת ול"ש מיגו דזכי לנפשיה וכו' תקשה דאין שליח לדבר עבירה. וע"כ נראה דלחומרא חל השליחות אפי' לדבר עבירה כמו הא דאין שליחות לעובד כוכבים דקיי"ל דלחומרא יש שליחות ה"ה לדבר עבירה יש שליחות וע"כ יש לומר דהא דנכריות מקודשות הוא לחומרא בעלמא:

ובזה ניחא הא דדייק רב במתניתין דקדשה בגזל אינה מקודשת מדקתני של שביעית היה טעמא דשביעית דהפקר הא לאו הכי לא ופי' התוס' דרב אשמעינן דה"א דלחומרא מקודשת עכ"פ דאמרינן דהיה יאוש אע"ג דסתם גזילה לא הוי יאוש מ"מ לחומרא תאמר דהוי יאוש וקשה דאין ראיה דלעולם דאפי' אי לא היה שביעית מקודשת לחומרא דלחומרא אמרינן דנתייאשו והא דקתני שביעית כדי שיהיה ודאי קידושין ועי' במקנה. ולפ"ז ניחא דהא גם בשביעית הקידושין רק לחומרא דכיון דאין שליח לדבר עבירה וע"כ דמקודשת רק לחומרא וממילא משמע הא אי לא היה שביעית אפי' לחומרא לא חלין הקידושין ושפיר דייק. וא"כ לפ"ז יש לומר דאפי' אי אמרינן דבקאו"ח קנה מחצה מ"מ היכי דאפי' הראוי לקנות לא קנה רק מדרבנן לא פ"ד ובטל הכל ועי' כעין זה בתוס' כתובות דכתבו דכיון דקיום שטרות מדרבנן לא פ"ד וה"ה הכא קושית הגמ' אזלא לר"נ דסובר דקני מחצה מ"מ הכא שאני דכיון דאפי' לגבי הנכריות הקידושין רק לחומרא ע"כ באמר כולכם דהוי קני או"ח בטל הכל. אך קשה איך אפשר לומר דאחת מאחיות קבלה א"כ אפי' אי לא היה שביעית נכריות מקודשות דהא הוי שידוך שאמרה לקבלה עבורה הקידושין ועי' בט"ה וע"כ הא דדייק רב דבשאר שני שבוע לא היינו האשה המקבלת אינה מתקדשת דבה ליכא שידוך משא"כ בשביעית כל הנכריות מקודשות וא"כ שמעינן דהנכריות קבלה וא"כ מאי פריך קני או"ח דהשתא הוי קידושין דאורייתא דשייך מיגו דזכי לנפשיה אך לס"ד לא ידעינן דשידוך מהני ויש לומר דאחיות קבלה משא"כ למסקנא דשידוך מהני וע"כ דאחת מנכריות קבלה וממילא קיי"ל כר"נ דקנה מחצה וע"כ השמיט הרי"ף דאמר הראוי לביאה תתקדש לי:

וגם נראה דהנה בראשונים איתא ועי' בריטב"א ובראב"ד דהא דקני את חמור למ"ד דלא קנה כלל משום דאמרינן דכוונתו היה להשטות דאדם יודע דחמור לאו בר קנין כלל וכוונתו היה שיקנה זה כחמור ולהשטאה נתכוין וע"ש ועי' בנב"י ולפ"ז יש לומר דאפי' לר"נ דקנה מחצה מ"מ היכי דעביד איסור בקידושין כגון הכא דעשה איסור דקדש בפ"ש ואחזוקי אינש ברשיעי לא מחזקינן וע"כ דכוונתו הי' להשטאה ואפי' ר"נ מודה דכוונתו היה דהנכריות יהיו כמו האחיות וע"כ פריך סתמא דגמ' דקני את וחמור הוא וזה לאביי לשיטתו דסובר אי עביד מהני ואיירי בשביעית דאורייתא ואז אסור לקדש בפירות

שביעית וע"כ אמרינן דכוונתו היה להשטאה לכ"ע משא"כ לדידן דקיי"ל כרבא דאי עביד לא מהני וע"כ דאיירי בשביעית בזה"ז דאז שרי לקדש ועי' בתשובות ברית אברהם וכיון דלא עביד איסור ע"כ לדידן דקיי"ל כר"נ דקנה מחצה השמיט הרי"ף תירוץ הגמ': **וגם** לפי מה דסובר אביי דאי עביד מהני ואיירי בשביעית דאורייתא ותקשה דאין שליח לדבר עבירה וע"כ לחומרא בעלמא חלין הקידושין ובאופן זה לכ"ע לא קנה כלל משא"כ לדידן דקיי"ל כרבא וע"כ דאיירי בשביעית בזה"ז ואז הקידושין מדאורייתא וממילא קיי"ל כר"נ דקנה מחצה:

וגם נראה דאפי' אי איירי דאחת מנכריות קבלה הקידושין וא"כ שייך לומר מיגו דזכי לנפשי' וכו' ג"כ ניחא דעיקר הסברא דהיכי דיש לומר מיגו דזכי לנפשיה הוא משום דאי לא יקנה חבירו אז גם הוא לא יקנה דחשוב קני או"ח וע"כ חשוב כמו שליח בשכר דמהני ועי' בש"ך ס' ק"ה ועי' בס' שמחת יו"ט דהא חשוב שליח בשכר דהא אי לא יקנה עבור חבירו גם הוא לא יקנה וע"כ פריך שפיר על אביי דקני או"ח דהא לדידי' איירי אפי' בשביעית דאורייתא וקשה דאין שליח לדבר עבירה וע"כ משום דסובר דקאו"ח לא קנה כלל וע"כ שייך לומר מיגו דזכי לנפשי' וע"כ מהני שליחות עבור חבירו דאי לא גם הוא לא יקנה וא"כ ע"כ דסובר דקני את וחמור לא קנה וע"כ פריך שפיר על אביי משא"כ לדידן דקיי"ל דאי עביד לא מהני וע"כ בשביעית בזה"ז ולא קשה דאין שליח לדבר עבירה ול"צ משום מיגו דזכי לנפשי' וי"ל כר"נ דקנה מחצה:

ויותר נראה לפי הב"ח הנ"ל דהא דסתם גזילה בישראל הוי יאוש זה מדרבנן והנה בס' ע"ח איתא דהא דסתם גזילה בישראל הוי יאוש ואע"ג דאפי' אי ליכא עדים שגזלו מ"מ מחויב לישבע שהי"ס אך זה לאביי דסובר דשמא ס' מי"ש יש לו עליו דאז איכא שבועה באומר שגזל ממנו משא"כ אי לא אמרינן כאביי ליכא שבועה משום דמיגו דחשיד אממונא וכו' ממילא סתם גזילה בגזלן ישראל הוי יאוש ולפ"ז יש לומר דהמקשן היה סובר דאיירי בשביעית בזה"ז ועי' בטעם המלך דכתב דאז לא הוי קידושין רק מדרבנן דהא מדאורייתא לא הוי הפקר ואז לכ"ע לא קנה כלום ואין לומר דא"כ אפילו בשאר שני שבוע הוי קידושין דרבנן לפי הב"ח ואמאי תני שביעית דווקא דבגזלן ישראל אמרינן דסתמא הוי יאוש עכ"פ מדרבנן וע"כ דבשביעית דאורייתא איירי דאז הקידושין חל מדאורייתא משא"כ בשאר שני שבוע הקידושין רק מדרבנן דליתא דהא לאביי דסובר ס' מי"ש ואיכא שבועה ליכא יאוש אפילו בגזלן ישראל אפי' מדרבנן וע"כ יש לומר דאיירי בשביעית בזה"ז וע"כ לא קנה כלל ופריך הגמ' שפיר קני או"ח משא"כ לדידן דלא קיי"ל

כאביי ובגזלן ישראל מדרבנן הוי יאוש והוי קידושין וע"כ דאיירי בשביעית דאורייתא והקידושין חל מדאורייתא ואז קיי"ל כר"נ דקנה מחצה:

וגם יש לומר דרבא דפריך על אביי לשיטתו אזיל דמייתי ראי' בב"מ כר"ל דמשיכה הוא מדאורייתא מדקתני דלא מעל עד דמשך וכתבו הראשונים דאין לומר דמש"ה לא מעל דכיון דחכמים הפקיעו קנין כסף וכתבו דסובר דמידי דרבנן לא מהני לדאורייתא להפקיע איסור מעילה וא"כ ה"ה בשביעית בזה"ז הקידושין רק מדרבנן דמדאורייתא הוי גזל ובאופן זה לכ"ע בטל הכל וע"כ פריך הגמ' שפיר משא"כ לדידן דקיי"ל כר"י ואפ"ה סובר הרמב"ם דלא מעל אלמא דמידי דרבנן מהני גם לדאורייתא וא"כ גם בשביעית הקידושין חל מדאורייתא וממילא דקיי"ל כר"נ דקנה מחצה:

ובאמת הט"ה שם מפרש בזה הירושלמי שהוכיח דמקדשין בגזילה והקשה דאדרבה דהא רב סובר דאין מקדשין ובזה מפרש דאיירי בזה"ז ומדאורייתא לא זכתה וע"כ דמקדשין בגזל ולי נראה דכוונת הירושלמי דהא לפי מה דסובר הר"ן דנתן מתנת שכ"מ לעובד ככבים דלא קנה דכיון דאסור ליתן מתנה לא"י ומתשכ"מ הקנין רק מדרבנן ובמקום איסור לא עשו חכמים תקנה וא"כ יש לומר דהיה קשה לירושלמי דכיון דאסור לקדש בפירות שביעית דלאכלה ולא לסחורה ואפי' בזה"ז איכא איסור להרבה פוסקים וא"כ אי אמרינן דמקדש בגזל אינה מקודשת וא"כ כיון דהא דזכי בפ"ש בזה"ז רק מדרבנן לאמרינן דבמקום איסור שקידש את האשה לא זכי בפירות כלל דבמקום איסור לא עשו תקנה וממילא הוי גזל ואמאי מתקדשת וע"כ דמקדשין בגזל וא"כ אפי' אי לא יזכה בפירות יהיה חלין הקידושין כיון דמקדשין בגזל וע"כ ל"ש דלא זכו לו חכמים במקום איסור דמאי בכך דמ"מ חלין הקידושין:

והנה היכי דקנה ביאוש ושר"ש אי לפמשה"ד מחויב להחזיר עי' במרדכי פ' א"מ והובא ברמ"א דסובר דמחוייב לפמשה"ד להחזיר וב"ד כופין על כך שיקיים ועשית הישר והטוב ועי' בס' א"מ באה"ע ס' כ"ח דהא דמקודשת בגזל לאחר יאוש ואמאי הא כופין לקיים הישר והטוב אך כיון דאי כופין יתבטלו הקידושין ע"כ אין כופין את האשה ועיין תוס' חולין (דף ד') דחליפי איסורי הנאה אסורין למחליף ואפילו הכי מכרן וקידש בדמיהן מקודשת ולא אסרו על האשה משום מצוה דקידושי אשה מצוה משום פו"ר ועיין בתשובות תשב"ץ ועי' בס' א"מ שם דה"ה הכא אין כופין משום שלא לבטל מצות פו"ר:

ובזה ניחא דבקידושין (דף י"ג) דאמר ר"נ ומנא תימרא דשני בין שדיך ובין לא שדיך וכו' והקשו דאמאי לא הוכיח ר"נ דמתני' דקידשה בפ"ש משמע דבשאר שני שבוע אינה

מקודשת דקידש בגזל אינה מקודשת וקשה הא תניא בברייתא דקדשה בגזל דמקודשת וע"כ הא דשדיך הא דלא שדיך ועי' במהרי"ט ובשעה"מ כמו שהוכיח רב ממתני':

ולכאורה נראה דהא אמרנו מה שהקשו דהיכי הוכיח רב דילמא לעולם דאפי' בשאר שני שבוע מתקדשת לחומרא דמשום חומרא דא"א אמרינן דהוי יאוש והא דתני שביעית דאז הוי קידושין דאורייתא אך דהא קשה דכיון דאסור לקדש בפ"ש אמאי חלין הקידושין ולא אמרינן דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקיעו רבנן הקידושין אך ברשב"א איתא דהך דכל המקדש חשוב כמו תנאי כמו ע"מ שירצה אבא והכא לא אפשר להיות ע"י שליח דאין שליח לדבר עבירה ובטל התנאי וממילא מעשה קיים והא דמהני שליחות הכא ולא אמרינן דאין שליח לדבר עבירה כתבו דהאשה המקבלת הקידושין אינה שליח רק של האשה ולדידה ליכא איסור ולא נעשית שליח של המקדש רק של המתקדשת ועי' בנב"י ובקצה"ח ועכ"פ הוא לא יכול לעשות שליח וממילא דלא מהני תנאי ול"ש כל המקדש וכו' דהא זה חשוב תנאי והכא אי אפשר ע"י שליח משום דאין שליח לדבר עבירה אך אי אפשר לומר דתלה על תנאי בדעת חכמים דא"כ תקשה הא אין ברירה אך לחומרא יש ברירה וא"כ בשביעית גופו הקידושין לחומרא בעלמא ומשמע דבשאר שני שבוע אפי' לחומרא לא חלין משום גזל אך לפי מה דאיתא בר"ש באומר שיהיה חל לכשיתברר אז לכ"ע יש ברירה וה"ה הכא דתלה שיהיה חל אז כשיאמרו חכמים אך בקצה"ח איתא דזה דווקא אי באומר לכשתלד קנה משא"כ אי לא מהני באומר לכשתלד אז אפי' באופן זה תליא אי אין ברירה לא מהני וע"כ דרק לחומרא ושפיר הוכיח משא"כ ר"נ לשיטתו דסובר באומר לכשתלד קנה לא מצי להביא ראיה ממתני' דיש לומר דלחומרא אפי' אי לא היה שביעית חל והא דקתני שביעית כדי שיהיה קידושין דאורייתא:

גם יש לומר דהא לכאורה קשה על רב דהוכיח דאפי' לחומרא לא אמרינן דסתם גזילה יאוש בעלים לעולם דילמא לעולם דלחומרא חיישינן דהוא יאוש ואע"ג דרוב לא מתייאשין מ"מ מחמת חומרא דא"א לא אזלינן בתר הרוב כמו דהחמירו בנפל למים שאל"ס דאשתו אסורה אע"ג דאיכא רובא ואע"ג דאיכ' גם חזקת פנויה מ"מ לא מהני ועיין בקידושין פ' שני בהא דרובא מסבלי והדר מקדשי ועיין בר"ן וברמב"ן דחזינן דאע"ג דאיכא רובא וחז"פ מ"מ החמירו אך זה היכי דאיכא עון מיתה סקילה אז החמירו משא"כ הכא דקדשה בפ"ש דהוא שוה כסף ובפ"י איתא דבזה ליכא מיתה דהא דבקדושין שוה כסף ככסף ילפינן במ"מ מעבד עברי ואין עונשין על מ"מ וע"כ בעינן דווקא שביעית דהפקר משא"כ בשאר שני וקידשה בפי' אז כיון דליכא מיתה וע"כ אזלינן בתר הרוב דלא

מייאשין ואינה מתקדשת ולעולם דאי קדשה בכסף החמירו דל"א בתר הרוב וחיישינן לחומרא דנתייאש ורק הא דבעינן שביעית משום דקדשה בש"כ ליכא מיתה ואז לא החמירו וממילא ניחא הא דקתני בברייתא או שחטף סלע מידה וקידשה מקודשת דבזה החמירו משום חומרא דא"א כיון דאיכא מיתה לא אזלינן בתר הרוב ואמרינן שמא נתייאשו:

א"כ לפי מה דאיתא בר"ן בקדושין דהיכי דקבלה בעצמה א"כ כיון דהיא נתרצית פשיטא דש"כ ככסף אך היכי דקבלה ע"י שליח אז צריכין למילף מעבד עברי וא"כ שפיר הוכיח רב דהא אחרות שלא קיבלו הקדושין חשוב שדיך ופשיטא דמתקדשת אפי' בשאר שני וא"כ העיקר דהוכיח רב דבשאר שני לא הוא משום האשה המקבלת דל"ש שדיך ואז ש"כ ככסף ואפי' מיתה איכא ואמאי לא החמירו וע"כ דאפי' לחומרא לא אמרינן דהיה יאוש אפי' היכי דאיכא מיתה אזלינן בתר הרוב ול"א דהיה יאוש ושפיר הוכיח רב וזה אליבא דאמת דידעינן דשדיך מהני משא"כ ר"נ דאמר ומנא תימרא דיש חילוק בין שדיך לא מצי להוכיח ממתני' דיש לומר דשדיך לא מהני והא דחטף סלע מידה מקודשת משום דבזה החמירו דאיכא סקילה משא"כ מתני' דנקט שביעית משום האחרות דלא קיבלו דאז ליכא עון מיתה דהא לגבי אחרות לא ידעינן דשכ"כ רק מעבד עברי וע"כ לא החמירו למיחש למיעוט וע"כ נקט שביעית דאז מקודשות אפי' אחרות ואע"ג לגבי אחרות הוי שדיך דילמא שדיך לא מהני רק אליבא דאמת דשדיך מהני שפי' הוכיח רב דאז לגבי אחרות הוי שדיך ופשיטא דמתקדשות אפי' בשאר שני שבוע:

גם נראה דהא בפ"י הקשה דילמא לעולם דלחומרא מקודשת והא דתני שביעית משום דלרבא איירי מתני' דאמר כולכם ואחת מאחיות ואפ"ה אין אחיות מקודשות משום דקדושין שאין מסורין לביאה לא הוי קדושין ואי בשאר שני שבוע אין ראיה דלא הוי קדושין דיש לומר דמש"ה אין אחת מאחיות צריכה גט דס' דרבנן לקולא כיון דקידושין לא חלין רק מדרבנן שמא נתייאש וע"כ תני שביעית לאשמעינן דאף דקידושין דאורייתא הן אפ"ה ל"צ גט משום דהוי קדושין שאין מסורין לביאה אך כיון דלגבי אחרות שלא קיבלו פשיטא דאפי' בשאר שני שבוע מקודשות דחשוב שדיך ורק הא דצריכין לחומרא בעלמא משום המקבלת הקדושין דליכא שדיך וא"כ דהמקבלת היתה נכרית א"כ אפי' שאר שני שמעינן דקדושין שאין מסורין לביאה לא הוי קדושין דאין לומר דהוי ס' דרבנן דכיון דהמקבלת היתה נכריות וא"כ האחיות היו בין אחרות שלא קבלו הוי שדיך וקדושין דאורייתא הן ואמאי ל"צ גט וע"כ דקשמ"ל לא הוי קדושין ושפיר דייק רב וזה למסקנא דשדיך מהני משא"כ לס"ד לא מצי להביא ראיה דיש לומר דשדיך לא מהני

וממילא הא דתני שביעית כדי שיהיה שמעינן דקדושין ש"מ לביאה לא הוי קדושין ובשאר שני שבוע הוי ס' דרבנן ולא שמעינן זה ואפי' אי היו האחיות מהנשים שלא קיבלו דחשוב שדיך לא מהני שיהיה קדושין דאורייתא ולעולם דלחומרא מקודשת וע"כ ניחא הא דתני או שחטף סלע מידה וקידשה דמקודשת:

וגם יש לומר דהא קשה קושיא הנ"ל דלעולם אפי' בלא שביעית מקודשת לחומרא אך אז לא שמעינן דקידושין שא"מ לביאה לא הוי קידושין דיש לומר דמש"ה ל"צ גט דחשוב ס' דרבנן וע"כ תני שביעית אך דגם בשביעית לא שמעינן קידושין שא"מ לביאה דהא אין שליח לדבר עבירה וע"כ דקידושין הוא רק לחומרא בעלמא ואין לומר בשביעית דרבנן דליכא איסור ומדינא מקודשת דא"כ מאי אשמעינן ואין לומר דה"א דכיון דמדאורייתא לאו ממונו מ"מ יכול לקדם דזה ליתא דהא הוי יאוש כיון דרבנן אמרו דזכה בו מתייאש וזה לרב לשיטתו דסובר דיאוש קונה ועי' ב"ק משא"כ ר"נ דסובר דיאוש לא קני א"כ אפשר לומר דאיירי בשביעית דרבנן ואשמעינן אע"ג דמדאורייתא לא הוי שלו ויאוש לא מהני וא"כ ל"ש דאין שליח לדבר עבירה והקידושין חל מהתורה ואפ"ה אין אחת מאחיות צריכה גט משום דהוי קידושין שא"מ לביאה וכו' משא"כ בשאר שני שבוע לא שמעינן זה דיש לומר משום דהוי ס' דרבנן ולעולם דלחומרא מקודשת וע"כ לא הוכיח ר"נ ממתני':

גם יש לומר דהא קשה בשאר שני שבוע ל"ש קידושין ש"מ לביאה דכיון דאינו רק חששא שמא נתייאש איכא ס"ס שמא לא נתייאש ושמא לא קידש זו אך חשוב ס' אחד בגופו וס' שני בתערובות דלא ידעינן איזה קידש והפוסקים כ' דזה דווקא אי סד"א לחומרא מהתורה אז לא חשוב ס"ס וא"כ רב לשיטתו דסובר בכריתות דחתיכה אחת חייב אש"ת וע"כ דס' אסור מה"ת וממילא ל"ח ס"ס וע"כ שפיר הוכיח דאפי' לחומרא לא חל הקידושין ול"א שמא נתייאש משא"כ ר"נ דסובר דסד"א לקולא מהתורה ומהני ס"ס כזה ול"ש להוכיח ממתני' דיש לומר הא דנקט שביעית כדי שיהיה שמעינן דקידושין שא"מ לא הוי קידושין ובשאר שני שבוע הוי ס"ס ול"ש זה:

אך לפי מה שאמרנו דמש"ה אין כופין בקדושין לפמש"ה משום מצות פו"ר וא"כ קשה דהיכי דייק רב דמדקתני שביעית דקידשה בגזל אינה מקודשת דלעולם דמקודשת אפי' בשאר שני משום דאמרינן דהיה יאוש אך אי תני בשאר שני לא שמעינן קדושין שא"מ לביאה דלא הוי קדושין דיש לומר דמש"ה אין אחת מאחיות צריכה גט דכיון דעכ"פ אסור הביאה א"כ ליכא משום פו"ר וממילא כופין לקיים לפמש"ה להחזיר אפי' לאחר יאוש אבל בעלמא היכי דליכא משום גזל ה"א דקשמ"ל צריכה גט ומש"ה תני שביעית

דהפקר וליכא משום כופין לקיים הישר והטוב ואפ"ה אין אחת מאחיות צריכה גט וע"כ משום דלא הוי קדושין בא"מ לביאה ולעולם אפי' לפני יאוש צריכה גט דחיישינן שמא נתייאשו:

ולכאורה נראה לפי מה דהקשה הריטב"א דאי אמרינן ברירה קדושין המסורין לביאה הן ועיין בס' א"מ ס' מ"א דכתב וז"ל כיון דלא אמר איזה שארצה היום או למחר וקידש בתחלה בספק א"כ בשעת קדושין לא היה קדושין כיון דא"מ לביאה וכיון דלא חייל בשעת קדושין א"כ אע"ג דאח"כ מברר א' מהן תו לא אמרינן היינו הך שקידש כיון דלא היה קדושין בשעתו אלא אם אומר לאיזה שארצה יהיה הקדושין א"כ בשעת הקדושין תלה הדבר בדעתו באיזה שירצה ה"ל קדושין ומסיק שם לפ"ז לדידן דקיי"ל דהוי קדושין אלא דאסור לבוא על כל אחת מהן משום ס' אחות אשה א"כ לאיסור שפיר מהני ברירה כמ"ש התוס' בתמורה דהיכי דלא הוכר האיסור מהני ברירה אלא דאנן קיי"ל בדאורייתא אין ברירה וע"ש ועכ"פ אמרינן דאי יש ברירה דאז אי קשמ"ל הוי קדושין א"כ לאיסור ביאה מהני ברירה וא"כ רב לשיטתו דסובר דיש ברירה שפיר הוכיח מדלא תני רק שביעית דבשאר שני אינה מקודשת ולא אמרינן דנתייאש דאין לומר דבשאר שני ל"ש קשמ"ל דיש לומר דכיון דאסור לבוא עלי' וליכא משום פו"ר כופין על הישר וטוב דליתא דהא לרב דסובר ברירה מותר לבוא עלי' ע"י ברירה וע"כ שפיר דייק משא"כ ר"נ לשיטתו דסובר דאין ברירה ואסור לבוא עלי' אפי' ע"י ברירה וא"כ בשאר שני כופין להחזיר דליכא מצות פו"ר ול"ש קשמ"ל וע"כ לא תני בשאר שני ולעולם דחיישינן ליאוש וע"כ לא דייק ממתני':

אך נראה לתרץ דהא הוי שדיך לגבי אחרות שלא קיבלו ול"צ יאוש כלל אך הא דהוכיח רב דבשאר שני שבוע לא משום המקבלת הקדושין דבה ליכא שדיך וא"כ ע"כ דהיתה מהנכריות וא"כ אפי' בשאר שני שבוע יהיה שמעינן דקשמ"ל לא הוי קדושין דאין לומר כיון דאסור לבוא עלי' וליכא מצוה דפו"ר וע"כ כופין להחזיר אפי' לאחר יאוש ולעולם דלחומרא אמרינן דנתייאש דליתא דהא הוי שדיך ול"צ ליאוש וע"כ שפיר דייק רב וזה אליבא דאמת דשדיך מהני משא"כ ר"נ דקאמר ומייתי ראיה דיש חילוק בין שדיך וכו' דאדרבא אי שדיך לא מהני יש לומר דנקט שביעית לאשמעינן קש"מ לביאה לא הוי קדושין ובשאר שני ל"ש דיש לומר כיון דאסור לבוא עלי' וע"כ כופין אפי' לאחר יאוש ואפי' דאחיות היה מאחרות שלא קיבלו הקדושין וחשוב שדיך לא מהני:

גם יש לומר דלכאורה תקשה מאי הוכיח רבא דלא כאביי רק דקש"מל לא הוי קידושין די למא הכא שאני דכיון דאסור לקדש בפ"ש אך משום מצות פו"ר לא אסרו כמו בחליפי

איסורי הנאה דאסור למחליף ואסור לקדש ואעפ"כ לא הפקיעו הקידושין משום המצוה וזה תינח הנכריות משא"כ אחת מאחיות כיון דעכ"פ אסור לבוא עליה וליכא מצוה וע"כ הקידושין לא חלין משום איסור שביעית ולעולם דבעלמא הוי קידושין אך יש לומר דרבא הי' סובר דאיירי בשביעית בזה"ז דליכא איסור לקדש אך רבא דהוכיח דמקדש בפ"ש דמקודשת וע"כ דהיה סובר דאיירי בשביעית דאורייתא דאל"כ פשיט דמקודשת וא"כ אין לומר דנקט שביעית דבשאר שני ל"ש קשמ"ל לא הוי קידושין דליתא דגם בשביעית דכיון דאיירי בשביעית דאורייתא ל"ש דקשמ"ל לא הוי קידושין:

וגם יש לומר דרבא דסובר דיאוש לא קני יש לומר לדי' דאיירי בשביעית דרבנן ואין לומר דכיון דלא עביד איסור פשיטא דמקודשת דה"א דכיון דמדאורייתא לאו ממונו הוא לא יכול לקדש ואין לומר דהוי יאוש דהא סובר יאוש לא קנה וא"כ כיון דלא עביד איסור אמאי ל"צ גט ואין לומר דליכא מצות פו"ר והפקיעו קידושין דהא ליכא איסור וע"כ דלא הוי קידושין משא"כ רב דסובר דיאוש קנה וא"כ ע"כ דאיירי בש"ד וא"כ גם השתא בשביעית ל"ש קשאמ"ל ואמאי לא נקט בשאר שני וע"כ דקידשה בגזל אינה מקודשת וא"כ ר"נ דסובר דיאוש לא קנה ויש לומר דאיירי בשביעית בזה"ז וליכא איסור ואז שמעינן דקש"מ לביאה דלא הוי קידושין משא"כ בשאר שני שבוע ל"ש זה וע"כ נקט שביעית ולעולם דמקדש בגזל דמקודשת וע"כ לא מייתי ר"נ ראיה ממתני':

גם נראה לפי מה דאיתא בתוס' ע"ז (ד' ס"ג) דכתבו וז"ל דכיון דכל זמן שהוא בעין אסור למוכרו כמו כן אסור לקדש בו אשה דהוי כמו מכירה ויש בו הנאה כשמקדש את האשה וכמו כן צ"ל על הא דאסור לקדש בפ"ש משום ולא לסחורה דחשוב כמו מכירה חשובה הקידושין. אך זה אי דבר שאינו מתכוין אסור משא"כ למ"ד דמותר יש לומר דכיון דכוונתו בקידושין לקיים המצוה פו"ר ואע"ג דעי"ז זוכה כמה דברים כיון דא"מ לזה ל"ח לסחורה. אך למ"ד דש"מ אסור אז חשוב לסחורה ובזה ניחא קושיא הנ"ל דהא קשה דילמא נקט שביעית שיהיה הקידושין מדינא משא"כ בשאר שני שבוע ואמרנו דגם בשביעית אינו רק לחומרא דהא אין שליח לדבר עבירה דאסור לקדש בפ"ש וזה לרב דאוסר דש"מ דאז חשוב לסחורה ואסור וע"כ ר"נ לא מצי להביא ראיה ממתני' דלדי' דמתיר דש"מ וע"כ תני שביעית דאז הוי קידושין משא"כ שאר שני שבוע הוא רק לחומרא ודו"ק:

והנה אי ביאוש ושר"ש אי הלוקח צריך להחזיר דמי החפץ שיטת הרמב"ם דמחויב לשלם הדמים רק בקנה מגנב שאינו מפורסם דכיון דמגיע לו משום תקה"ש ע"כ ל"צ להחזיר הדמים. והנה לפ"ז ביורש אפי' אי אמרינן דרשות יורש כרשות לוקח ול"צ

להחזיר החפץ לאחר יאוש דאיכא יאוש ושר"ש מ"מ הדמים צריכין להחזיר דתה"ש לא שייך ביורש והקשו מהא דפריך הגמ' ב"ב סוגיא דפרה וטלית ולוקמא ביורש למ"ד כרשות לוקח דכיון דע"כ איירי במת גזלן וקשה הא נוגע בעדות דניחא ליה שלא יטול המערער דאז מחויב עכ"פ להחזיר הדמים ועי' בתומים ס' ל"ז ועי' בפ"י מה שהקשה מב"ק:

והנה לפי מה שהקשה בחידושי הרי"מ על הא דפריך הגמ' מדמי מי מייאש להסוברים דבגזלן ישראל סתמא הוי יאוש דילמא איירי שטוען שלא נתייאש ותובע גוף החפץ וקיי"ל תבעו דוקא והודה בשוה הוי כט"ח והודה בשעורין דפטור גם משעורים וממילא ל"צ ליתן דמי החפץ וע"ש ס' רנ"ז:

אך לפי מה דסובר הרמב"ם בט"ח והוא משיב א"י אי חיטין אי שעורין דמשלם שעורין ניחא דכיון דגזלן א"י אי חייב לו חפץ או דמי החפץ חייב עכ"פ דמי החפץ אך כבר הקשו עליו מהא דפריך הגמ' ב"ק אי דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא אכתי קשה על רבה ב"נ אלמא דאפי' בשמא ותירצו דהיכי דלא הוי ליה למידע מודה הרמב"ם דפטור וא"כ הכא לא ה"ל למידע הגזלן דמ"ל אי מייאש או לא. אך איתא בתשובות דאצל הגזלן ל"ח לא הוה ליה למידע דכיון דהוא בפשיעתו וא"כ ניחא קושיא הנ"ל דשפיר פריך ולוקמא ביורש ואין לומר דנוגע בשביל הדמים דיש לומר דטוען ברי שלא נתייאש ותבעו דוקא והיורש הודה דמים וחשוב ט"ח ואפי' הדמים ל"צ להחזיר ואע"ג דא"י אי החפץ או הדמים הא לא הוי ליה למידע דביורש ליכא פשיעה:

ובזה אמרתי לפרש דלשיטת רש"י בגיטין יאוש מהני משום הפקר ותקשה קושית התוס' דאפי' דבאיסורא אתא לידו אמאי לא קני משום הפקר אך לפי מה שהקשו דהא שיטת הרמב"ם הפקר משום נדר וא"כ אמאי באבידה מהני יאוש כיון דהוא הפקר וחשוב נדר א"כ מהני שאלה לחכם ותירצו לפי הר"ן דאחר שזכה בו אחר תו לא מהני שאלה והטעם איתא בנב"י דלא מהימן שיש לו פ"ח ולפ"ז יש חילוק דבאבידה דלא הוי ליה למידע ע"כ אע"ג דזה אומר דיש לו פ"ח לא מהני ברי שלו להוציא משא"כ בגזל דבאיסור אתא לידו ובא ע"י פשיעתו ול"ש דלא ה"ל למידע וע"כ מהני ברי שלו דיש לו פ"ח ומה בכך דהוא משום הפקר הלא הוא משום נדר ומהני שאלה ונאמן דיש לו פ"ח דל"ש לה"ל למידע:

ועי' בנב"י דתמה דהא עיקר דמהני שאלה משום דאמר דאילו ידע דמעיקרא כן לא היה נודר ומשוי לנדר טעות וא"כ מה בכך דבא ליד הגזבר וקנה במשיכה הא קנין בטעות חוזר וכתב דבאמת אילו ידע החכם שאפי' היה כן היה נודר לא היה מתיר לו אך החכם מאמין לו וזה דוקא היכי דלא בא להוציא משא"כ היכי שבא להוציא אינו נאמן וע"ש.

ולפ"ז צריכין לומר דקודם שבא ליד הגזבר או התרומה לכהן דהא אי מיתשיל נאמן ורשאי כל אדם לאכול התרומה או ליהנות הוא משום דע"א נאמן באיסורין ונאמן שיש לו פ"ח ובזה ניחא קושית התוס' ב"ק על הא דגנב וגזלן הקדישן הקדש ומסיק משום דאיכא שה"ש מעיקרא חולין והשתא הקדש הא שה"ח ע"י שאלה אך דהתם דהוא עד פסול דהוא גנב ועד פסול קיי"ל דלא נאמן אפי' באיסורין ועי' ביו"ד ס' קכ"ז:

ובזה ניחא קושית תוס' הנ"ל הא דפריך רבא על עולא בגיטין מהא דגנב והקדיש ואח"כ טבח דפטור מדו"ה ותני עלה דבחוץ ענוש כרת ואי יאוש לא קנה אמאי חייב כרת וקשה דאמאי לא פריך מגופא דברייתא דאי יאוש לא קנה א"כ אין לו כח להקדיש אמאי פטור מדו"ה וע"ש וע"כ נראה דהא בע"ז הקשה דאיך משכחת דחייב על שחוטי חוץ הא יכול ליתשיל אך באמת לא מהני שאלה אחרי שבא לרשות הקדש והטעם לפי הנב"י דלא מהימן שיש לו פ"ח להוציא ולפ"ז יש לומר דעל גופא דברייתא לא קשה דיש לומר נהי דיאוש לא קנה הא איכא גם שר"ש. וע"כ לא פריך אלא מהא דחייב כרת דאי יאוש לא קנה א"כ צריך הקדש להחזיר הדמים וא"כ יכול ליתשיל אפי' לאחר שבא לרשות הקדש דל"ש דאינו נאמן להוציא דהא להקדש אין שום נפקותא דאפי' אי לא נאמן צריכין להחזיר הדמים וממילא נאמן דיש לו פ"ח ואמאי חייב כרת אלא ודאי דיאוש לחוד קני ואז ל"צ להחזיר הדמים דאז בהיתר אתא ליד הקדש ואינו נאמן דיש לו פ"ח וע"כ חייב משום ש"ח משא"כ על הברייתא יש לומר משום יאוש ושר"ש וע"כ פטור מדו"ה דטבח דהקדש אך הכא עיקר הקושיא דאמאי חייב משום ש"ח הא יכול ליתשיל ונאמן דיש לו פ"ח דאין הפסד להקדש בכך דכיון דיאוש לא קנה צריך להחזיר הדמים ועי' בס' המקנה דחידש דאי לוקח ראשון מכר לשני אז לוקח שני ל"צ להחזיר הדמים דכיון דלוקח ראשון קני ביאוש ושר"ש אם כן בהתירא אתא ליד לוקח שני וע"ש:

ולכאורה קשה מהא דאיתא בנדה (ד' מ"ד) תינוק בן יום אחד נוחל ומנחיל ופריך נוחל ממאן מאביו ומנחיל למאן לאחין מן האב אחין אי בעי מיני' לירתו וכו' ומשני ר"ש נוחל בנכסי האם להנחיל לאחין מאב וכו' וקשה הא נפק"מ היכי שהירושה היא גזל רק דהי' יאוש וא"כ אי רשות יורש כרשות לוקח איכא יאוש ושר"ש וא"כ אי אמרינן דבן יום אחד לא חשוב יורש והם יורשים מכח אביהן צריכין להחזיר הדמים עכ"פ משא"כ השתא דחשוב יורש דמי לאי מכר הלוקח ראשון ללוקח שני דבן יום אחד הוריש חלקו להן ואז אפי' דמים ל"צ להחזיר דכיון דכבר קנה בן יום אחד ע"י יאוש ושר"ש א"כ בהתירא אתא להן. אך נראה לפי מה שכתבו דסברת הרמב"ם היינו אי הגנב לא קנה אבל אי הגנב קנה ל"צ להחזיר הדמים והנה המהרש"ל הביא ראיה דע"כ הגנב קנה דאל"כ וטבחו

ומכרו דלמ"ד דווקא לאחר יאוש אבל לפני יאוש לא דלא אהנו מעשיו מ"מ איך חשוב ומכרו הא הוא לא מכר כלום דלא היה שלו מעולם ולוקח יכול לשחק בו שלא לשלם דמי המכירה בשלמא למ"ד אפי' לפני יאוש חייב דו"ה אף דודאי אין צריך לשלם דמי המכירה קודם יאוש הוא באמת גזה"כ אבל למ"ד דווקא לאחר יאוש קשה אלא ודאי דבאותו שעה של שר"ש קונה הגזלן וממנו נקנה ללוקח וממילא ל"צ להחזיר הדמים אך למ"ד דחייב אפי' לפני יאוש אז אמרינן דהגנב לא קנהו ואז צריך הלוקח להחזיר הדמים דחשוב כקונה מהנגזל וע"ש:

ולפ"ז ר"ש לשיטתו דסובר דוקא לאחר יאוש חייב דו"ה א"כ לדי' ע"כ דהגנב קנה ע"י שר"ש וממנו נקנה ללוקח וממילא ל"צ להחזיר הדמים וע"כ צריך לתרץ נוחל בנכסי אם להנחיל לאחין מהאב ובזה ניחא קושית תוס' ב"ב (ד' קמ"ב) דפריך שם בן יום אחד אין עובר לא אלמא דעובר לא זוכה אפי' ירושה הבא מאיליה ומשני הא אמר ר"ש כו' והקשו דמה עלה על דעת המקשין דהא ע"כ צריכין לומר כדמשני ר"ש נוחל בנכסי האם דאל"ה תקשה דאחים אי בעי מיניה לירתו וכו' וע"ש ולפ"ז ניחא דאליבא דאמת דקיי"ל דחייב אפי' לפני יאוש ואז צריך הלוקח להחזיר הדמים א"כ לא קשה קושית הגמ' דנפ"מ דאי לא הוי יורש צריך להחזיר הדמים משא"כ אי הוי יורש חשוב לוקח שני אך ר"ש לשיטתו צריך לתרץ כן דלשיטתו אזיל לדידי' ליכא חזרת דמים. ויותר נראה דהנה הרמב"ם פסק בחמותו ביצאת מליאה חוששת ותמה הישׁ"ש ובשעה"מ דאמאי לא אזלינן בתר רובא דנהי דביצאת מליאה איתרע חזקת היתר שלה מ"מ חזקת איסור נמי ליכא דכל היולדות יולדת מחצה זכרים ומחצה נקבות ומיעוט מפילות סמוך מיעוטא למחצה דנקבות והוי זכרים מיעוטא ותירץ משום מיעוט דזכרים הוי מיעוט המצוי אך הקשה הא חזינן דעובר אינו פוסל מטעם דזכרים הוי מיעוטא וכתבו דיש לומר דמוקמינן העבדים בחזקת היתר לאכילת תרומה וא"כ אף דנימא דחיישינן למיעוטא מ"מ הא הוי רובא וחזקה והוי מיעוטא דמיעוטא אך כתבו דכיון דמקודם היו אוכלין בשביל האב והאב כבר מת וא"כ אזיל החזקה ראשונה דהא בשביל האב בודאי שוב אינם יכולים לאכול דהרי מת רק דהיום הדין נתחדש להם היתר דאוכלין בשביל בנים שהניח והרי היא מעוברת לפנינו שיש לו ג"כ חלק בעבדים ואין לנו לדין חזקה ראשונה שהיה קודם שמת עכשיו לאחר שמת אך הקשה דאף דחזקת היתר דמעיקרא שהיו אוכלין בשביל האדון כבר איתרע שהרי מת מ"מ נימא שיהיה עדיין מותרים לאכול מחמת הבנים והעובר זה נקיבה הוא ועי' בס' נודע בשערים. והנה נראה דזה תליא דאי רשות יורש לאו כרשות לוקח רק חשוב רשות האב א"כ יש לומר דאיכא חזקה דמוקמינן העבדים בחזקת היתר לאכילת

תרומה דאין לומר דחזקה ראשונה היה מכח האב וזה אזלא דהרי מת רק דתאמר דאוכלין בשביל הבנים דליתא דגם השתא הוא מכח האב ואכתי איכא חזקה ראשונה משא"כ למ"ד כרשות לוקח ורשות אחרת הוא אז ליכא חזקה ראשונה דהיא בשביל האב וזה בודאי אזלא דהרי מת ורשות אחר מה שאוכלין בשביל הבנים ולפ"ז ניחא קושית התוס' דהמקשין דהוכיח דעובר לא משום דלית ליה זכיה וא"כ יש לומר דהא דאיתא במתני' דנדה דבן יום אחד פוסל ולא עובר משום דלית ליה זכיה ולעולם דחיישינן למיעוטא דזכרים משום דשכיח וליכא חזקה לרוב ע"כ משום דסובר דרשות יורש כרשות לוקח וע"כ ל"ש להעמידו על חזקתו הראשונה דאזלא כיון שמת וא"כ ממילא לא קשה דאחין אי בעי מיני' לירתו וכו' דהא יש לומר דנפ"מ כהנ"ל לענין חזרת דמים אך ר"ש לשיטתו דסובר דיש לו זכיה וע"כ הא דעובר לא פוסל משום דל"ח למיעוט דזכרים אע"ג דמיעוט המצוי וע"כ משום דאיכא חזקה לרוב וזה אי לא כרשות לוקח דאז חשוב חדא רשות אע"ג דמת וא"כ לדידי' שפיר קשה אי בעי מיני' לירתו דאין לומר דנפ"מ לענין חזרת דמים דהא אפי' גוף הדבר צריכין להחזיר כיון דלא כרשות לוקח וע"כ צריך לתרץ נוחל בנכסי האם משא"כ המקשין דסובר דעובר לית ליה זכיה ויש לומר דרשות לוקח הוא והא דלא פוסל דלית ליה זכיה ולעולם דליכא חזקה משום דרשות אחר הוא וא"כ יש לומר דנוחל מאב ונפ"מ בגזילה לענין חזרת דמים:

והנה אי שר"ש ואח"כ יאוש אי קני שיטת הרמב"ם דאין חילוק דאפי' היאוש הי' אחר שר"ש דקנה ותמהו דהא ר"י סובר בב"ק דשר"ש ואח"כ יאוש לא קני ואמאי לא פסק כר"י. וע"כ נראה דהא בלא"ה הקשה בש"ך מהא דאיתא ב"מ (ד' כ"ב) דבשלמא גזלן דקא חזי ומייאש אלא גנב מי קא חזי דמייאש וקשה דילמא איירי דנתייאש אח"כ דידע דנגנב אלא ודאי דלא מהני וע"ש. ונראה דהא הטעם דיאוש לא הוי משום הפקר משום דאינו ברשותו ולפי מה שכתבו דמש"ה לא הוי יאוש משום הפקר משום דאינו הפקר לכל דכל אדם אסור להחזיק בו משום דצריך הגזלן לשלם דמים שנתחייב משעת הגזילה קשה לפי מה דסוברים דאפי' אי אמרינן דבעובד ככבים לא מהני קלבד"מ ועי' תוס' עירובין היינו אי הגזילה בעין צריך להחזיר ואפי' לרב דסובר בסנהדרין דאפי' היא בעין ל"צ להחזיר מ"מ עובד כוכבים מחויב להחזיר מ"מ היכי דאינו תחת ידו פטור מלשלם משום קלבד"מ ולפי זה גזלן א"י קני ביאוש משום הפקר דל"ש דאינו הפקר לכל דכל אדם אסור להחזיק דכיון דהגזלן מחויב לשלם דהא פטור מתשלומין משום דקלבד"מ וא"כ תקשה הא דאיתא ב"ק תני אי נטל מחזיר לבעלים הראשונים דיאוש כדי לא קני

ובאיסור אתא לידו הא התם איירי בגזלן א"י כדמוקי לה הגמ' אם כן קני הא"י ביאוש משום הפקר:

אך בפ"י איתא דמש"ה לא הוי משום הפקר משום דאינו ברשותו ולפ"ז היכי דבא ליד לוקח קודם יאוש וע"כ משום דלא ידע שהיא גזילה אז לפי תוספ' רי"ד חשוב ברשותו וע"ש דכתב דכל היכי דבא לידו בטעות הו"ל כמו פקדון ויכול להקדישו ועי' בס' קצה"ח ס' שנ"ה וכיון דהוי ברשות הבעלים ויכולין גם להפקירו וע"כ מהני שר"ש ואח"כ יאוש אע"ג דאז ל"ח שר"ש קני הלוקח ביאוש לחוד אע"ג דבאיסורא אתא לידו מהני משום הפקר דכיון דהוי ברשותו להפקיר וע"כ מהני היאוש אע"ג דבאיסור אתא לידו וזה שייך בלוקח שקנה קודם יאוש דאילו הוי ידע לא קנה ובטעות בא לידו וע"כ חשוב ברשותו משא"כ במתנה ל"ש דאילו הוי ידע לא מקבל וליכא טעות ולא הוי ברשות בעלים לא מהני שר"ש ואח"כ יאוש דבאיסור אתא לידו וע"כ התם דקתני מה שנתן נתן פריך שפיר הגמ' מי ידע ואע"ג דמייאש אח"כ לא מהני וא"כ ר"י לשיטתו דאמר בב"ק צנועין ור"ד אמרו דבר אחד והתם בלקט גם כן בא בטעות ולא דמי לצנועין וע"כ דלא מחלק בזה ועי' בקצה"ח ס' הנ"ל וע"כ סובר דשר"ש ואח"כ יאוש לא מהני:

וגם לפי מה שכתבו דעיקר ראית הרמב"ם דהא קשה רישא לסיפא דברישא קתני הרי הוא שלו מפני שמתייאשין הבעלים ובסיפא קתני אם נתייאשו בידוע דוקא ועי' במקנה דכתב דאפי' אי אמרינן דמסתמא לא מייאש מ"מ היכי שמכרו לאחר מסתמא מייאש והטעם דהיכי דלא מכרו אינו מייאש משום דתבע ליה בדינא ואפי' אי לא ימצא עדים יחייבו ב"ד שבועה אבל גבי לוקח ל"ש זה ודאי מייאש משא"כ בסיפא דמציל מליסטים דלא הוי שר"ש וע"כ קתני אם נתייאשו וא"כ ע"כ שמעינן דאפי' שר"ש ואח"כ יאוש מהני:

אך לפי מה דאיתא בח"ס הא דפליגי רש"י ותוס' אי בא"י אמרינן דקלבד"מ תליא בזה דאליבא דר"י דיליף בסנהדרין ז' מצות ב"נ מקרא ויצו וע"כ אז אין לב"נ שום אחיזה במ"ש בתורה כדי רשעתו ול"ש קלבד"מ אך לר' יצחק דיליף שם וע"פ תשובות רמ"א דהא"י מחוייב לדון בכל דיני תורה וכדי רשעתו גם לב"נ נאמר וע"ש:

ובזה ניחא דלא הביאו הפוסקים דינא דר"ה בסוכה דאמר להנהו אוונכרי דלא ליגזו הם וכו' דהא הקשו על הא דקאמר כי היכי דליהוי יאוש וכו' דמנ"ל דהיה יחוש דהא בגזלן א"י לא אמרינן דסתמא הוי יאוש אך לפי מה שכתבו דהא דלא תלינן דהיה יאוש דסתמא דמילתא מייאש אפי' בגזלן א"י אך משום דמוקמינן בחזקתו חזקת מ"ק וא"כ לפי מה דאיתא בבעה"מ דמדאורייתא אפילו הוא בעין ל"צ להחזיר בקלבד"מ רק מדרבנן

א"כ דקלבד"מ על גזל א"כ ל"ש לאוקמא על חזקת מ"ק דלא היה יאוש דהא אפי' אי לא היה יאוש מהתורה יצא מחזקת' דקלבד"מ ואז ליכא חזקה וע"כ אמרינן דהיה יאוש וכעין זה איתא בר"ש לענין ס' אי נפלו שאובין עליו דל"ש להעמידו בחזקת טמא דהא מהתורה כבר יצא מחזקתו וע"ש אך תקשה מאי פריך הגמ' אפי' אי יגזזו אוונכרי ליהוי יאוש דאי יגזזו אינהו דליכא קלבד"מ לא אמרינן דנתייאש אך נראה דבישראל בלא"ה תלינן דנתייאש משום דאינו רק ס' גזל אך בא"י דס' גזל אזלינן לחומרא כיון דאיכא עון מיתה גבייהו ומודה אפי' הרמב"ם דסובר דסד"א לקולא מהתורה ע"ז אמרינן משום דיצא עכ"פ מחזקתם מה"ת דקלבד"מ וע"כ תלינן דנתייאש ועכ"פ כי יגזזו אוונכרי לא תלינן דנתייאש רק משום דהוא ספק גזל ע"ז משני שפיר על קושי' וליקני בשינוי משום דשינוי החוזר והקשה דבס' גזל סובר המ"מ דמהני אפי' שה"ח ועי' בכ"ת אך דתרתי לא מהני הך ס' גזל שהיה יאוש ומהני שה"ח וא"כ לדידן דקיי"ל כר"י ולא מהני קלבד"מ בא"י ולא תלינן דהיה יאוש דאוקמא על חזקת מרא קמא וע"כ בידעינן דנתייאש ואז מהני אפי' שינוי חוזר וע"כ השמיטו דינא דר"ה ועכ"פ לר"י לא מהני קלבד"מ ולדי' לא קשה רישא לסיפא דרישא איירי בגזלן ישראל דאז סתמא הוי יאוש וסיפא בגזלן א"י ואין לומר דא"כ קלב"מ ול"צ ליאוש דהא לר"י לא אמרינן קלבד"מ בא"י ול"ש דשר"ש ואח"כ יאוש קני וע"כ סובר דלא קני משא"כ לדידי' אי אפשר לומר דאיירי בא"י ושלא תקשה ע"כ משום דבמכרו אמרינן דהיה יאוש שמעינן דשר"ש ואח"כ יאוש קני:

ולכאורה קשה אי הטעם דלא תלינן דנתייאש משום דאוקמא על חזקת מ"ק ובש"ך ס' צ"א איתא דבמעות ל"ש אוקמא על חזקת מ"ק ותקשה מקדושין דחטיף סלע וקדשה דאמר לית דחש לדר"ש דסתם גזילה יאוש בעלים והא במעות ל"ש זה. והנה לפי הב"ח דכתב דמש"ה קאמר לית דחש אע"ג דבגזלן ישראל אמרינן דנתייאש משום דזה רק מדרבנן והתם מיירי לקידושין דאורייתא וקשה דאפי' בודאי יאוש ליכא קדושין דאורייתא דצריכה להחזיר הדמים אך איירי באינו מפורסם דאיכא תקה"ש וזה רק מדרבנן. ולפי מה דסוברים דלאביי דסובר דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש אז שר"ש ואח"כ יאוש לא מהני אך לרבא מהני ולפ"ז שפיר פריך הגמ' אלא גנב מי חזי דמייאש אך אנן פסקינן כאביי ואפ"ה סובר דמהני שר"ש ואח"כ יאוש ודו"ק:

והנה הרמב"ם דסובר דאפי' קדשי בה"ב פטור מדו"ה אע"ג דל"ש מעיקרא תורא דראובן וכו' והקשו עליו ונראה דהוכיח זה מהא דאיתא במתני' גנב וטבח ואח"כ הקדיש דחייב דו"ה על הטביחה וקשה דאמאי לא יתחייב דו"ה על הקדש שהקדיש לבה"ב ואין לומר דקני בשינוי דטביחה לפי הסוברים דאליבא דרבא דאי עביד לא מהני שינוי לא קני רק

מדרבנן ולענין דו"ה אזלינן בתר דאורייתא אלא ודאי קדושת בה"ב לא חשוב מכירה לחייב דו"ה ובזה ניחא הרא"ש בב"ק דכתב דסיפא דטבח בשבת אי איירי בטבח ע"י אחר אמאי פטור משום דהוי שחיטה שאינו ראוי דמעשה שבת אסור והקשו הא אסור רק מדרבנן ולענין דו"ה אזלינן בתר דאורייתא אך יש לומר דהרא"ש הוכיח דלא אזלינן בתר דאורייתא דאל"כ תקשה אמאי לא חייב על הקדש שהקדיש לבדה"ב דו"ה ואין לומר דקנה בשינוי הא זה רק מדרבנן ולענין דו"ה אזלינן בתר דאורייתא אלא ודאי דלא אזלינן בתר דאורייתא והסוגיא דפריך אלא למ"ד מעשה שבת דרבנן מ"ט דפטרי התם קאי לר"י ור"י קאמר דבר תורה גזילה המשתנת חוזרת ומשמע הא אינה חוזרת קני מדאוריית' א"כ אין ראיה מהתם דיש לומר דקני בשינוי מהתורה ולעולם דאזלינן בתר דאורייתא ולפי מה דאיתא באחרונים דאפי' לרבה דשה"ח קונה מדאורייתא קני ומ"מ מדרבנן מודה דלא קני וזה הטעם דשה"ח מהני בס' גזל דכיון דמדאורייתא קני חשוב ס' דרבנן דלקולא ולפ"ז ג"כ ניחא הרא"ש הנ"ל דהא קשה מאי פריך אלא למ"ד מעשה שבת דרבנן וכו' לוקמא דהיה שינוי החוזר כגון דילדה אצלו דלשיטת הרמב"ם חשוב שה"א וא"כ מדאורייתא בודאי פטור מדו"ה דקני ומדרבנן דלא קני הוי שחיטה שאינו ראוי אך הסוגיא דקאי לר"י ולר"י מדאורייתא לא קני שה"ח משא"כ לדידן דקיי"ל כרבה ושינוי החוזר קונה מדאורייתא יש לומר משום שחיטה שאינו ראוי ואיירי בשה"ח דקני מדאורייתא ואי אזלינן בתר דאורייתא בודאי פטור מדו"ה:

והנה מה דסובר הרמב"ם בנשבר הכלי דאם רצו הבעלים ליטול השברים נוטלין אע"ג דאיכא שינוי וקשה הא דפריך הגמ' על הא דגנב וטבח ובא אחר וגנבו דהשני אינו משלם רק קרן הא הראשון קנה בשינוי מעשה וקשה כיון דהברירה ביד הבעלים ליטול הבהמה א"כ ל"ח גונב מבית האיש דאיך יהיה הגנב מבית דכיון דהברירה ביד הבעלים ליטול כמו בכלי דנשבר דהברירה ליטול השברים ועיין בס' ע"ח דמתרץ קושית התוס' בסנהדרין דהקשה על הא דלא קבלינהו הא מחויב לציי"ש די"ל כיון דהוחלט בדעת רבא שלא לעבור על דברי רב בודאי אתייאש מהגניבה כיון דלא היה יכול להוציא מהגנבים בדין וכי ידע שיבואו מעצמם וירצו לצאת י"ש א"כ ממילא נפטרו הגנבים אף לצאת י"ש דקני ביאוש דלא מצינו שיהיה חייב לציי"ש אחר יאוש רק מדת חסידות יש כמבואר ברש"י בב"ק (דף קי"ד) ד"ה אם בא להחזיר מפרש רש"י שחסיד הוא אך ברמב"ן איתא דלישנא קמא ובתרא שם מחולקים בזה אם חייב לציי"ש או רק מידת חסידות ומסיק להלכה כלישנא קמא דחייב לצאת י"ש וחילוק יש דהיכי דחייב לציי"ש מועיל תפיסה משא"כ היכי דאינו רק מידת חסידות יע"ש:

ובאמת קשה על הרמב"ן דא"כ תקשה הא דקיי"ל בח"מ ס' ל"ז דפרה וטלית מעיד דל"ח נוגע בעדות דהוא לא יכול להוציא מהלוקח אפי' אי ישאר בידו דקני ביאוש ושר"ש הא כיון דחייב לצי"ש ומהני תפיסה אין לך נוגע בעדות גדול מזה דסובר דיכול לתפוס ועיין בכ"מ הלכות עדות דחייבין העדים אי הוזמו היכי שהעדות מהני שיתפוס משום דבקל היה יכול לתפוס ועיין ברשב"א בשבועות דמש"ה חייבין קרבן שבועה עידי משב"ק משום דמהני תפיסה אלמא דחשוב ממון גם קשה מהא דתנן לא הספיק ליתנו עד שצבעו דפטור דקני בשינוי וקשה הא הוי ממון שאין לו תובעין ובב"ד לא יכול ליתבע רק עצמו מחויב וא"כ אפי' בשינוי מחויב ליתן מעצמו לצי"ש לפי הרמב"ן וגם קשה הא דאמר רבי דחייבין להחזיר מפני כבוד אביהן וקשה הא זה רק לצי"ש דב"ד לא יכול לכופו וא"כ אפי' אי לאו מפני כבוד אביהן חייבין להחזיר אף דאיכא יאוש לצי"ש עכ"פ וגם תקשה הא דהקשה בתוס' על הא דפריך ולוקמא ביורש הא צריכין להחזיר מפני כבוד ומאי קושיא הא בב"ד לא יכול לכופו ואי תאמר דגם זה חשוב נוגע מה שמחויב לצי"ש א"כ גם בלוקח הוי נוגע ואמאי מעיד:

והנה לפי ס' ע"ח הנ"ל צריכין לומר דהא דקאמר רבא אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו ופי' רש"י משום דחייב לצי"ש וע"כ חשוב אתנן זה לרבא לשיטתו דסובר דאפי' אחר יאוש דקנה או אחר שינוי חייב לצי"ש ומה"ט סובר דהוי מה"ב אפי' לאחר שינוי דאל"כ כיון דקלבד"מ ולא יכול לכופו לשלם בב"ד הוי יאוש וא"כ אפי' לצי"ש פטור אך לרבא לשיטתו הגם דהוי יאוש חייב לצי"ש ובזה ניחא הא דאביי בב"מ לא משני כדרבא משום דלדיד' אפי' לצי"ש פטור דהוי יאוש והוא סובר דהיכי דאיכא יאוש או שינוי אפי' לצי"ש לא חייב ומה"ט סובר דאי שינוי קונה אפי' מה"ב ליכא:

ובזה ניחא הא דאיתא בע"ז פ"ב בא עלי' ואח"כ נתן לה דאסור האתנן והא לא משך ומשני דקאי בחצירה והקשו דאי אמרינן דחצר הנפקד חשוב חצירו של המפקיד ול"ח חצירו א"כ אפי' דקאי בחצירה לא קנה לה דל"ח חצירה ועיין בקצה"ח אך לפי מה שהקשה בתומים מאי פריך והא לא משך דכיון דמדאורייתא מעות קונות וע"כ חייב מ"ש לקבל עליו ואין לך לצי"ש גדול מזה דאי לא יתן איכא מ"ש וא"כ דמי לאתנן דאסרה תורה אפי' בא על אמו וצ"ל דקושית הגמ' לאביי לדיד' דכיון דב"ד לא יכול לכופו הוי יאוש וכיון דאיכא יאוש אפי' לצי"ש ל"צ לקיים וע"ז משני דקאי בחצירה והרמב"ן סובר דיאוש ברשותו לא מהני וא"כ אין הפי' דקאי בחצירה דאז קנה משום חצר רק דאז לא מהני היאוש ואיכא חיוב לצי"ש וממילא הוי אתנן ובזה ניחא דרבא מייתי ראיה לר"ל דמשיכה הוא מהתורה מדקתני דלא מעל עד דמשך והרמב"ם פסק כר"י ופסק דלא מעל

עד דמשך אך לפי מה שהקשו על רבא דילמא מש"ה לא מעל דכיון דחכמים הפקיעו קנין מעות ותירצו דכיון דאיכא מ"ש ומהני תפיסה חשוב קנין וע"כ כר"ל וזה לרבא לשיטתו דלא מהני היאוש דהא אפי' אי נתייאש חייב לציי"ש משא"כ הרמב"ם דפסק כאביי א"כ אין ראי' כר"ל וע"כ לא מעל עד דמשך הגם דפסק כר"י ודו"ק:

והנה ברמב"ן איתא דלכך שה"ש שמשנה הגזלן בעצמו לא קנה מטעם שחוזר כמקדם כשיוציאו הנגזל מידו אבל לאחר יאוש ל"ש זה יע"ש דכתב בזה לתרץ קושית התוס' דכיון דאיכא בהקדש או בעורות שה"ש א"כ ל"צ ליאוש כלל וע"כ חידש דבאמת שינוי לחוד הוי קנין גמור רק דכל זמן שלא נתייאשו מיניה והבעלים מרדפין אחריה אין זה שה"ש כלל דאין אדם קורא שם לדבר שאינו שלו וכשיוציאנו מידו יקרא שמו כבתחל' משא"כ לאחר יאוש הואיל דנתייאשו ותו אין מרדפין אחרי' שה"ש בלבד קונה וע"כ איתא באחרונים דמהני היאוש אפי' אי היאוש הוא שלא מדעת דהא כעת הוא קונה בשה"ש לבד שהוא ג"כ קנין גמור ואין לומר דלא הוי שינוי דאי יתוודע לבעלים יקרא שמו כבתחלה דזה אינו דהא כשיתוודע יתיאש ממנו בודאי וא"כ נהי דכעת הוי יאוש ש"מ דלא ידעו הבעלים דליתא דהא אי ישאר הדבר כמות שהיה עכשיו ולא יתוודע לבעלים יקנה בשה"ש ואי יתוודע יהיה יאוש ואין הבעלים מרדפין אחריה וג"כ ישאר כמו שהוא עכשיו וממילא הוי שינוי וזה הוי ג"כ קנין גמור יע"ש:

אך קשה לי על זה הא דפריך ר"י מהא דגנב והקדיש דאי לפני יאוש מי קדוש אלא פשיטא לאחר יאוש ואי יאוש קונה למה לי הקדיש וקשה דילמא איירי דבשעה שהקדיש אכתי לא ידעו הבעלים דנגנבה וא"כ הקדש מ"מ חל דהא הוי שה"ש ואי יתוודע לבעלים מתייאשין ולא יהיו רודפין אחריה וישאר כך שם הקדש ואי לא יתוודע ג"כ ישאר השם כך שם הקדש וקני בשה"ש דמעיקרא חולין והשתא הקדש וכשנודע יהיה יאוש נהי דלא קני ביאוש מ"מ יקני בשה"ש:

ועכ"פ קשה לפי הרמב"ן דלפ"ז למ"ד דשה"ח קונה א"כ ל"צ בהקדש ליאוש כלל דהא קני בשינוי ואע"ג דאי ליכא יאוש יהיה הבעלים מרדפין ויהיה שה"ח הא שה"ח קונה למ"ד כן וקשה לפ"ז הא דמקשה אביי על רבה מקרבנו ולא הגזול אי לפני יאוש מי קדוש מה בכך דהוא לפני יאוש דהא רבה סובר דשה"ח קונה וא"כ הא איכא שה"ש ואין לומר דהבעלים יעשנו כראשונה כיון דגם שה"ח קונה אך יש לומר דהא בס"ד לא ידעינן משה"ש רק במסקנא כמו שכתבו בתוס' ובזה ניחא קושית התוס' הא דפריך ר"י על ר"ל מגנב והקדיש דאמאי לא מקשה על רבה דסובר דיאוש קני אך על רבה יש לומר דאיירי לפני יאוש ואין לומר דלא קדיש דהא נעשה שה"ש ואע"ג דבלא יאוש הוי שה"ח הא הוא

סובר דקונה אך ר"י מקשה שפיר דלשיטתו אזיל דסובר דשה"ח לא קנה וניחא קושית התוס' בקדושין דמאי קמ"ל ר"י דאין יכול להקדיש קודם יאוש דה"א דשה"ח קנה וע"כ יכול להקדיש דהוי שה"ש וקמ"ל דשה"ח לא קני וע"כ לא יכול להקדיש דבלא יאוש הוי שינוי החוזר דבעלים מרדפין אחרי' אך קשה מהא דקאמר הגמ' בשלמא לרבה בידוע ודברי הכל וקשה דלרבה ל"צ ליאוש דקני בשה"ש אע"ג דחוזר:

ובאמת קשה לי בלא"ה על הסוגיא דפריך אי לפני יאוש מי קדוש אלא פשיטא לאחר יאוש ואי יאוש קונה אפי' כי לא הקדיש נמי דלפי מה דאיתא בכתובות דר"ג לא קאמר דאזלינן בתר חזה"ג רק בברי ושמא ולא בברי וברי וכתב ברא"ש ובנתארמלה דכיון דאנן טענינן עבור היתומים ולקוחות ל"ח שמא אלא ברי וע"ש וא"כ תקשה מאי פריך הגמ' דיש לומר דהבעלים אומרים שלא נתייאשו ואי לא הקדיש חייב דו"ה דאיכא בו"ש דגזלן לא ידע ואע"ג דבו"ש לא מהני להוציא הא איכא גם רוב דרוב גנבה לאו יאוש בעלים ורוב ובו"ש בודאי מהני להוציא דכיון דחזה"ג ובו"ש מהני מכש"כ דרוב ובו"ש אך כיון דהקדיש ואנן טענינן בעד ההקדש כמו ללקוחות ל"ח שמא רק ברי וליכא רק רוב לחוד ולא מהני להוציא דל"א בממון אחר הרוב והקדש חל וע"כ פטור מדו"ה דכי טבח דהקדש טבח משא"כ בלא הקדיש איכא רוב ובו"ש והיה נאמן שלא נתייאש משא"כ בהקדיש ודו"ק:

והנה אי נאמר דבגזלן ישראל לכ"ע סתם גזילה יאוש בעלים ואפי' להחולקין עכ"פ במכרו לאחר אז לכ"ע אמרינן דבודאי מייאש והיה ניחא בזה הראב"ד דסובר דבהכיר שאינו שלו ולקחה דקיי"ל דמעות יש לו וכתב והוא דפי' אחריות והקשו הא קיי"ל דאחריות ט"ס אך לפי מה דאיתא ברשב"ם בב"ב דכל היכי דמכר לו באחריות ל"ח שר"ש וא"כ ל"ש דט"ס דיש לומר דכוונתו היה שלא באחריות דאז יהיה שר"ש ובודאי נתייאשו הבעלים ויהיה גוף הקרקע שלו משא"כ אי יהיה באחריות ל"ח שר"ש וזה ל"ש בלא הכיר וע"כ התם אמרינן דט"ס ובפרט בלא ידע לא קני ביאוש ושר"ש ועי' במקנה דקידושין דלא ניחא ליה שיבא איסור על ידו:

עוד י"ל על קושיא הנ"ל דאמאי לא מייתי ר"נ ראיה ממתני' דחילוק בין שדיך דהא קשה על רב דלעולם דאפי' בשאר שני שבוע מקודשת לחומרא אך אז כיון דהקידושין חל רק מדרבנן בטל הכל דבדרבנן לא קיי"ל כר"נ דקנה מחצה וע"כ תני שביעית דקידושין דאורייתא הן וע"כ לא בטל הכל ואיירי באמר כולכם וצריכין לומר דרב סובר כמ"ד דקני את וחמור בטל הכל וע"כ דאמר הראוי לביאה תתקדש לי וע"כ שפיר דייק משא"כ ר"נ דסובר דקני מחצה א"כ אין ראיה ממתני' וע"כ מביא ראיה מברייתא:

ועל הקושיא הנ"ל דאמאי לא משני אליבא דרבא דהקדישו בעלים נראה דהא רבא סובר דיאוש שלא מדעת דהוי יאוש וא"כ תקשה מצנועין דאיך יכולין לחללו דהא קני ביאוש וצריכין לומר דאיירי בשביעית דלא נתכוונו לגזול דהפקר ובאמת אין שביעית נוהג בכרם רביעי אך הם לא ידעו דהוא כרם רביעי וכיון דלא נתכוונו לגזול ליכא חיוב אונסין וממילא הוא ברשות הבעלים דהא דגזל אינו ברשות הבעלים משום דהוא ברשות הגזלן לאונסין משא"כ הכא וא"כ אין ראיה דצנועין סוברים דיכול לחלל אינו ברשותו משא"כ לדידן דקיי"ל דלא הוי יאוש ולא איירי בשביעית ואיכא חיוב אונסין והוי אינו ברשותו ואפ"ה יכולין לחלל וע"כ משני הוא דאמר כצנועין ודו"ק:

והנה לכאורה נראה בגזל לאחר יאוש ומכר ע"י שליח לא מהני המכירה משום דאין שליח לדבר עבירה דכיון דע"י מכירה זו הרי נגמר הקנין דהא יאוש לחוד לא קני וא"כ מכירה באיסור ואין שליח לדבר עבירה ובטל השליחות וממילא לא הוי מכירה כלל:

ובזה ניחא הרא"ש הנ"ל דכתב דיאוש קונה לחומרא דאי קידש האשה דמקודשת והקשו דת"ל דאיכא יאוש ושר"ש אך נפק"מ דאם הקידושין הי' ע"י שליח דמצד יאוש ושר"ש קידושין בטל משום דאין שליח לדבר עבירה משא"כ אי יאוש לחוד קני האיסור לא נעשה ע"י השליח ודו"ק:

יוחסין אי בעינן תרי רובא

הנה בכתובות פ' א' דפליגי ר"ג ור"י באומרת לכשר נבעלתי דרבן גמליאל סובר נאמנת ור"י פליג ע"ז ומסיק הגמ' אליבא דר"א תרתי למה לי ומשני חדא להכשיר בה וחדא להכשיר בתה ועי' לקמן בסוף הסוגיא דמקשה הגמ' אי כר"ג אפי' ברוב פסולין נמי מכשיר אי כר"י אפי' ברוב כשרים נמי פוסל ומשני משום דאיכא תרי רובא וע"ש לקמן דפריך וליוחסין לא והתנן מצא תינוק מושלך דרב סובר דל"ש אלא להחיותו אבל ליוחסין לא ושמואל אמר לפקח עליו את הגל וכו' וע"ש:

והנה בתשובות הרמ"א ס' י"ח הקשה על הרמב"ם דלא הכשיר בתה לקהל כהונה הא קיי"ל כר"י דאמר לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה ואין לומר דהיינו לקהל ישראל דא"כ אמאי נקט בתה אלא ודאי להכשיר אפי' לקהל כהונה וע"ש:

ולכאורה אמרתי דהנה הרב המגיד מפרש הרמב"ם דסובר דהיא נאמנת רק להכשיר את הוולד ולא לפסול משום דבלא דיבורה אינה רק ספק ממזר דשרי מהתורה ומש"ה נאמנת להכשיר אבל לפסול דוקא לאב נתנה התורה נאמנות לפסול ועי' בב"ש ס' ד' דהא קיי"ל כר"ג דנאמנת אפי' ברוב פסולין ואז ס' אסור מהתורה ואמאי נאמנת להכשיר הוולד בר"פ דאזלינן בתר הרוב. והנה בס' ש"ש כתב וז"ל לפי מה דאיתא בשמ"ק ב"מ

על הא דקפץ אחד מהמנויין דפטור ממעשר דעשירי ודאי ולא עשירי ספק והקשו אמאי לא אזלינן בתר הרוב דכל דפריש מרובא פריש ותירץ משום דכל דפריש אינו ודאי רק נחשב לספק והתורה אמרה ולא עשירי ספק והיינו אע"ג דאנו הולכין בתר הרוב דכל דפריש וכו' בין להקל ובין להחמיר אינו אלא מצד הלכה אבל אינו ודאי ואינו מסברא לומר דפריש יותר מרובא ומש"ה בעשירי ודאי וכו' דכיון דמצד עצמו ספק השקול אלא דהתורה התירה משום דכל דפריש אבל מידי ספק לא יצא וא"כ ה"ה בממזר דהתורה אמרה ולא ממזר ספק א"כ אפי' היכי דאיכא רוב פסולים נמי לא נפיק מכלל ספק ומותר מהתורה לבא בקהל ודוקא רובא דליתא קמן דהו"ל רוב מכח הסברא אז אזלינן אפי' בס' ממזר משא"כ רוב דכל דפריש וכיון דכתבה התורה בפי' דספק ממזר שרי וע"כ אפי' ברוב פסולין שרי מהתורה וע"ש:

ובזה ניחא קושית תוס' שבת (ד' קל"ה) דלמאי צריכין קרא דערלתו דערלתו ודאי דוחה שבת ולא ספק ת"ל דמספק לא מחללין השבת וע"ש. ולפי הנ"ל ניחא דנפק"מ במצא תינוק ברוב ישראל דאי לאו קרא דערלתו ודאי ולא ספק אזלינן בתר הרוב וישראל הוא ורשאי למולו בשבת משא"כ השתא דכתיב ערלתו א"כ גם השתא אינו רק ספק כמו התם בעשירי דלא אזלינן בתר הרוב דכל דפריש והיינו דאי לא כתבה התורה ערלתו הוי אזלינן בתר הרוב דכל דפריש משא"כ השתא אפי' רוב לא מהני דמ"מ אינו רק ספק:

והנה בפלתי ס' ס"ג איתא דהא דפליגי רב ושמואל אי אזלינן בפקוח נפש אחר הרוב פליגי בזה דרב סובר דרוב דכל דפריש הו בתורת ודאי וע"כ אפי' בפקוח נפש אזלינן בתר הרוב ושמואל סובר דאינו רק ספק וע"כ לא אזלינן אחר הרוב דכל דפריש וע"ש ובזה ניחא שיטת בעה"מ דסובר דהיכא דאומרת ברי דלכשר נבעלה אז נאמנת אפי' ברוב פסולין ובשמא בעינן רוב כשרים ולא כהסוברים דבשמא בעינן תרי רובא ואפי' דיעבד והקשה הרמב"ן מהא דאיתא בסוגיא אם רוב ישראל ישראל אמר רב ל"ש אלא להחיותו אבל ליוחסין לא ושמואל אמר לפקח עליו את הגל ומשמע דמודה לרב דליוחסין לא מהני הרוב ואע"ג דשמואל פסק כר"ג דהיא נאמנת וע"כ משום דבשמא בעינן תרי רובא ולא כשיטת בעה"מ דסובר דרוב כשירין בשמא דמי לטענת ברי בר"פ:

וע"כ נראה דהא בלא"ה הקשה הרמב"ן עליו מקידושין (ד' הנ"ל) דמקשה הגמ' אלא למ"ד לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה אבא שאול מאי אתי לאשמעינן ומשני דאי מהתם ה"א התם דרוב כשרים אצלה וע"כ היא נאמנת וכו' ואיך אפשר לומר דאיירי ברכ"ש דא"כ מאי נאמנת דאמר ר"ג דהא אפי' אי אינה אומרת ברי ג"כ מכשירין הולד אלא ודאי דחד רוב לא מהני ובעינן ברי וע"כ שייך לומר דנאמנת ותירצו דהא דסובר בעה"מ

דחד רוב מהני בשמא זה הכל אי נאמנת אפי' בר"פ וע"כ ה"ה דרכ"ש מהני אפי' בשמא משא"כ אי אמרינן דאפי' בברי לא מהני ר"פ ממילא דרוב כשירין לא מהני בשמא וע"כ שפיר קאמר אי מהתם ה"א רוב כשרין וברוב פסולין אינה נאמנת וא"כ כיון דברי לא מהני בר"פ ממילא אפי' בר"כ בעינן ברי:

וגם נראה דהא הוכיחו מההוא דאלמנת עיסה דפסולה לכהונה לר"ג משום דליכא ברי ואע"ג דרובא כשרים ופי' אחד מהן למקום אחר ונשא שם אלמא דבשמא לא מהני רוב כשרים ועי' בס' הנ"ל דכתב וז"ל דכיון דלא קשיא ליה להרמב"ן אלא מפי' אחד מהם למקום אחר משמע דכל זמן שלא פירש למקום אחר הו"ל קבוע ואע"ג דלא נודע וניכר הקבוע במקומו מ"מ קבוע מדרבנן מיהא הוי וא"כ אפי' פירש למקום אחר כיון דבמקומו קבוע הוי תו לא מהני פירש דחיישינן דילמא אתי לוקח מהקבוע דהיכא דלא ניכר ומעורב גזרינן שמא יקח מקבוע וע"ש:

והנה בפלתי ס' ק"י איתא וז"ל כי גזרינן שמא יקח מקבוע היום דבלא"ה לא ברור לן דבהך שפיר' ליכא איסור דהא דכל דפריש הוא רק ספק רק דהתורה התירה וע"כ ראו חז"ל לגזור שמא יקח מקבוע וע"ש והנה לפ"ז לס"ד דשמואל דאמר לפקח הגל קאי על רוב ישראל ואפי' בפ"נ אזלינן בתר דכל דפריש וכו' וע"כ דסובר דנחשב לודאי וממילא לא גזרינן שמא יקח מקבוע וא"כ ע"כ הא דאלמנת עיסה אסורה ואע"ג דאיכא רוב ול"ש ליגזור שמא יקח מקבוע וע"כ משום דבשמא לא מהני רוב וע"כ לס"ד מודה שמואל לרב ולא ליוחסין משא"כ למסקנא דקאי על ר"נ וע"כ דאינו רק ס' וא"כ גזרינן שיקח מקבוע באינו ניכר ואין ראיה מאלמנת עיסה וע"כ סובר בעה"מ דרוב כשרין מהני אפי' בשמא:

ובזה ניחא הא דהקשו עוד על שיטת בעה"מ הא דמשני הגמ' בקרונות של ציפורי היה מעשה דאיכא תרי רובא ופריך מי בעינן תרי רובא וכו' וקשה אטו עד השתא לא ידעינן דלר"י לא מהני רוב כשרים דהא בהדיא קאמר מאן דפוסל פוסל אפי' ברוב כשרים וא"כ אי אמרינן דהא דמשני בקרונות וכו' קאי לתרץ דמתני' דתינוקת אתא כר"י ומודה בתרי רובא מאי פריך ומי בעינן תרי רובא אלא ודאי דהי' סובר המתרץ דמתני אתא כר"ג רק בשמא בעינן תרי רובא אלמא דבשמא לא מהני חד רוב אפי' לר"ג וע"ש:

ולכאורה נראה דהא הקשו על הרמב"ם הלכות יבום מי שזינה עם אשה בין פנוי' כו' ונתעברה ואמר זה הולד ממנו ואפי' היא מודה לו הר"ז חולצת ולא מתייבמת ואפי' בלא דיימא מעלמא מ"מ אמרינן מדאפקרה לגבי האי אפקרה גם לאחריני ועי' בב"ש מה שהקשה דהא לענין תרומה סובר דתאכל בתרומה היכי דהיא והוא מודים שזינתה עמו אוכלת בתרומה בשביל הבן ולא אמרינן מדאפקרה וכו' ועי' בס' ד' וס' קנ"ו וב"ח

מחלק משום דתרומה בזמן הזה הוא דרבנן וע"כ לא אמרינן מדאפקרה וכו' וע"ש עוד מה שהקשה מהא דארוסה שנתעברה דשדינן הולד בתר הארוס ול"ח שמא זינתה גם עם אחרים וע"ש בב"ש משום דארוס שאני דהואיל לגבי הארוס היתר ע"כ שדינן אחר הארוס אך הקשה לפי הב"ח דא"כ איך מייתי רבא ראיה ביבמות (ד' ס"ט) דבדלא דיימא מעלמא ל"ח ממתני' דקתני ילדה תאכל בתרומה אלמא דרבא סובר דאפי' בתרומה דאורייתא ל"ח בלא דיימא מעלמא דאל"כ איך מביא ראיה דילמא איירי בתרומה בזה"ז: **ולכאורה** נראה דהא דאמרינן מדאפקרה וכו' תליא בזה דאי אמרינן דלאו דקדשה הוא רק במפקרת לזנות ובפעם ראשון ליכא משום קדשה אז ל"ש לומר מדאפקרה נפשה דיותר יש לומר דלא אפקרה כדי שלא יהיה איסור קדשה משא"כ לשיטת הרמב"ם דעובר בפעם ראשון משום קדשה אז יש לומר מדאפקרה וכו' והנה הקשו לשיטת הרמב"ם דא"כ אמאי מפותה משלם קנס הא אין אדם לוקה ומשלם והיינו לר"ל דסובר דאפי' חייבי מלקות שוגגין פוטר מלשלם וכתבו דאליבא דר"ל ע"כ ליכא משום קדשה רק במופקרת לזנות וא"כ יש לומר דרבא דסובר בכתובות כר"ל וליכא משום קדשה וע"כ היה סובר דאפי' בתרומה דאורייתא תאכל בתרומה ולא אמרינן מדאפקרה אפקרה גם לאחריני כדי שלא יהיה איסור קדשה משא"כ השתא דאפקרה אכתי לא עברה על קדשה משא"כ לדידן דקיי"ל כר"י ובפעם ראשון עובר משום קדשה אז שייך לומר מדאפקרה וע"כ דווקא בתרומה דרבנן לא אמרינן מדאפקרה וע"כ תאכל בתרומה ולא בתרומה דאורייתא וע"כ לענין יבום מחמרינן משום חששא מדאפקרה וכו':

ולפ"ז ניחא קושית הרמב"ן דהא בנב"י איתא דמש"ה ברוב כשרין מהני אפי' בשמא דאיכא קו"ח דהא רוב עדיף מחזקה וע"א נגד חזקה לא נאמן וא"כ כיון דחזינן דנאמנת בתורת ע"א כ"ש דרוב דעדיף מע"א מהני אפי' בשמא וע"ש אך לכאורה אין זה ראיה דהיכי דאומרת ברי מש"ה נאמנת משום דאיכא חזקה דבודקת ומזנה וצריכין לומר דמדברת אין ראיה דיש לומר משום חזקה הנ"ל דהא חזינן דלא היה באונס אך מעוברת דיש לומר דאוקמא על חזקת כשרות דלא זינתה ברצון דרק באונס וליכא חזקה דבודקת ומזנה ואפ"ה נאמנת וכש"כ דרוב מהני אפי' בשמא אך זה אי איכא משום קדשה בפ"ר אז איכא חזקת כשרות ובודאי היה באונס משא"כ לר"ל ורבא דליכא משום קדשה וליכא חזכ"ש ויש לומר כיון דאונס ל"ש ובודאי היה ברצון ואיכא חזקה דבודקת ומזנה ואין ראיה דמהני רוב בשמא והא דהיא נאמנת משום דאיכא חזקה דבודקת וכו' וא"כ הסוגיא דהתם דקאי לרבא היה סובר דהא דמשני דאיכא תרי רובא לתרץ דאתא כר"ג ואעפ"כ בעינן תרי רובא כיון דליכא ברי וקו"ח ליכא דיש לומר דהא דהיא נאמנת דאיכא

חזקה דבודקת ומזנה ואפי' מעוברת ליכא חזקת כשרות ולומר דהיה באונס ואז ליכא חזקה דבודקת דליתא דל"ש חזכ"ש דכיון דליכא משום קדשה וממילא כיון דאונס ל"ש יותר יש לומר דהיה ברצון וממילא דאיכא חזקה דבודקת וע"כ ליכא קו"ח דרוב מהני בשמא וע"כ היה סובר דאפי' לר"ג בעינן תרי רובא בשמא וע"ז פריך מי בעינן תרי רובא משא"כ לדידן דאיכא משום קדשה ואיכא חזקת כשרות דלא היה ברצון רק באונס ואז ליכא חזקה דבודקת ומזנה ואפ"ה נאמנת וע"כ איכא קו"ח דרוב דעדיף מע"א דהא עדיף מחזקה כש"כ דמהני אפי' בשמא:

אך נראה עוד דבאמת בתרומה מש"ה תאכל אפי' בתרומה דאורייתא דאיכא ס"ס שמא לא אפקרה גם לאחריני ושמא גם האחר היה כהן ואע"ג דזה נגד הרוב דרוב אינם כהנים מ"מ חשוב ס"ס כמו שכתבו המחברים דכיון דרוב לא הוי ודאי ע"כ נחשב ס"ס משא"כ ביבום ליכא ס"ס וע"כ אמרינן מדאפקרה נפשה וכו'. אך זה לדידן דקיי"ל כשמואל דבפ"נ לא אזלינן בתר הרוב וע"כ דרוב נחשב ס"ס משא"כ התם ביבמות דרבא מייתי ראי' לרב ממתני' דתאכל בתרומה ולרב דסובר דרוב הוא ודאי ליכא בתרומה ס"ס וע"כ מייתי שפיר ראיה מתרומה:

ולפ"ז ניחא קושית הרמב"ן דלעולם דלר"ג מהני רוב כשרים אפי' בשמא והא דמתרץ הכא דאיכא תרי רובא הוא לתרץ דמתניתין אתיא כר"י והא דמקשה הכא ומי בעינן תרי רובא ולא פריך על הא דקאמר לעיל מאן דפוסל פוסל אפי' ברוב כשרין דידע לתרץ דיוחסין שאני דהחמירו דבעינן תרי רובא אך היה סובר דזה אי רוב נחשב לספק ע"כ החמירו דבעינן תרי רובא ביוחסין משא"כ הכא דעיקר קושית הגמ' על רב דהוא מתרץ כן והוא סובר דרוב חשוב ודאי א"כ אפי' ביוחסין מהראוי דלא החמירו וסגי בחד רוב ומשני דיוחסין שאני והחמירו אפי' לרב ולעולם דלר"ג סגי בחד רוב אפי' בשמא:

ולפי הנב"י הנ"ל ניחא הרי"ף דהקשה אפי' בא"כ איכא ס"ס שמא אינו תחתיו ושמא מכ"ע ומתרץ דמכ"ע פ"ס והקשה דא"כ כי משני הגמ' לא דטעין טענת דמים אכתי תקשה דאיכא ס"ס שמא א"ת ושמא מכ"ע וע"ש:

ולכאורה נראה דהא באמת בא"כ איכא ס"ס לחומר שמא תחתיו ואפי' אינו תחתיו שמא מפסול נבעלה ופסולה לכהונה וע"כ דאיירי ברוב כשרים והא דל"ח שמא בשדה נבעלה ורוב א"י ופוסלים לכהונה אך דאיכא חזקה דכאן נמצא ועי' בב"ש ס' ד' וא"כ אביי דל"ס חזקה דכאן נמצא דמש"ה חייש ביבמות לתרי יצחק ועי' ברמב"ן ובנ"י שם וע"כ משני הגמ' לאביי דאיירי בטענת דמים ואע"ג דאיכא ס"ס דאיכא גם ס"ס להחמיר ושמא מפסול ואפי' ברוב כשרים שמא בשדה דאז איכא רוב פסולים אך יותר נראה דהא

אפי' ברוב כשרים ליכא טענת ברי דלכשר נבעלה דהא היא מכחישו דהיתה בתולה וליכא טענת ברי דלכשר נבעלה אך שיטת בעה"מ דאפי' בשמא מהני רוב כשרים והטעם דאיכא קו"ח דהא חזינן דאם אמרה דלכשר נבעלה נאמנת אפי' בר"פ ומעתה אני אומר אם מועיל להולד אמירה דידה בלי רוב כשרים ואפילו רוב פסולים קו"ח דמהני רכ"ש אפי' בלא אמירה דידה דהרי רובא עדיף מחזקה ודוחה החזקה לגמרי וע"א מספקא לן ביבמות אי מהימן במקום חזקה ולרוב הפוסקים ע"א במיתה אינו נאמן מהתורה ורוב מהני אפי' בדבר שבערוה ואיתחזק דהא מים שאל"ס מה"ת אזלינן בתר הרוב וא"כ רובא עדיף מעדות ע"א ועוד דרוב מהני בממון היכי דליכא חזקת ממון וע"א לא מהני בממון אפי' היכי דליכא חז"מ וא"כ מוכח דרוב עדיף מעדות ע"א עד כשר ומעתה קם קו"ח דידי אם מועיל עדות האם באומרת לכשר נבעלתי אפי' בר"פ קו"ח דמהני רוב כשרים אפי' בלי עדות האשה וע"ש. ולפ"ז לאביי דסובר בקידושין אשתו זינתה בע"א אע"ג דהוא דבר שבערוה ואיתחזק נאמן וסוברים הפוסקים דלאביי גם ע"א במיתה נאמן מהתורה א"כ לדי' אין ראיה וליכא קו"ח דרוב עדיף מע"א וא"כ יש לומר דעדיף ברי דידה משמא ברוב כשרין וממילא ליכא ס"ס דאיכא ס"ס להחמיר שמא מפסול ואפי' ברוב כשרין לא מהני בשמא וע"כ משני לדידי' דאיירי בטענת דמים ומ"מ ליכא ס"ס וגם לפי מה שכתבו דמש"ה סובר אביי דנאמן דכיון דהוא שותק איתרע החזקה דחשוב רגלים לדבר ואע"ג דאכתי איכא דבר שבערוה משום דסובר דגם בממון היכי דליכא חזקה נאמן העד א"כ ליכא קו"ח הנ"ל דהא דכמו דרוב מהני בממון היכי דליכא חזקה ה"ה ע"א וי"ל דברי דע"א עדיף מרוב וע"כ משני שפיר לדידי' בט"ד וליכא ס"ס דאיכא ס"ס להחמיר ודו"ק:

גם נראה לתרץ קושית הב"ש דהא חזינן דנאמנת אפי' בר"פ ואז ס' ממזר אסור מהתורה לפי מה שהקשו לפי שיטת הרמב"ם דכל הספיקות מהתורה שרי רק מדרבנן החמירו א"כ ספק ממזר דכתב רחמנא להתיר למה לי דבלא"ה ידעינן כמו כל ספיקות דשרי מהתורה ובחדושי פ"י כתב דהא דכתב דספק ממזר שרי אפי' היכי דאיכא רוב לאיסור וע"ש ולפ"ז לא קשה קושית הב"ש דהא אפי' בר"פ מהתורה כשר בקהל ועי' בס' נחלת יעקב כתב ג"כ דס' ממזר שרי מהתורה אפי' היכי דאיכא רוב לאיסור והטעם יען כי ספק ממזר שרי מכח ודאי ולא מטעם ספק וע"כ אפי' רוב לא מועיל דגם רוב נחשב לספק רק דרוב דאיתא קמן מהני וכן כתב על ספק טומאה ברה"י דאפי' רוב לא מהני והיינו כיון דטמא מספק כודאי וע"כ רובא דליתא קמן לא מועיל ולפי דבריו ה"ה ס' טומאה בר"ה דטהור אפי' היכי דאיכא רובא לאיסור לא מהני משום דטהור בתורת ודאי רק רובא דאיתא קמן וע"ש:

אך לפי דבריו קשה מדברי התוס' חולין (ד' ב') ד"ה דליתא דהקשו דאע"ג דעזרה ר"ה היא והי' לנו לטהר כאן מספק וכתבו דהאי ספק לא דמי לשאר ספק טומאה בר"ה משום דרוב פעמים לא יכול ליזהר ועכ"פ חזינן דרוב מהני לטמא בר"ה אפי' רובא דליתא קמן אך לפי הפ"י דלשיטת הרמב"ם ע"כ דס' ממזר שרי אפי' איכא רוב לאיסור א"כ ה"ה הא דס' טומאה בר"ה דטהור אפי' איכא רוב לטמא דאל"כ כל ספיקות שרי מהתורה ולפ"ז אין ראיה מהתוס' דהא כתבו דדין של הרמב"ם דוקא למ"ד דאש"ת בא על שני חתיכות משא"כ למ"ד דעל חתיכה חייב אש"ת אז ע"כ דס' אסור מהתורה דאל"כ לא משכחת אש"ת:

ולפ"ז יש לומר דס' טומאה בר"ה דטהור דוקא היכי דליכא רוב לטמא וע"כ אין ראיה מהתוס' הנ"ל דיש לומר דהסוגיא קאי למ"ד דאש"ת על חתיכה אחת וע"כ היכא דאיכא רוב דרוב פעמים לא יכול ליזהר טמא וניחא בזה הרמב"ם דלא הביא בטמא במוקדשין דצריך שיאמר ברי שלא נגעתי ועי' בנב"י אך הרמב"ם לשיטתו דסובר דס' שרי מהתורה וא"כ ס' טומאה בר"ה דטהור ע"כ אפי' היכא דאיכא רובא לטמא וע"כ ל"צ שיאמר ברי דעזרה ר"ה הוא ושרי מספק ובזה ניחא הא דהביא הרי"ף בשבת ספק בן שבעה ספק בן שמונה אין מחללין עליו את השבת והקשו דהא בגמ' פריך אמאי נימהליה ממ"נ ומשני ל"צ אלא למכשירי מילה ואליבא דר"א דסובר דמכשירי מילה דוחה שבת וכיון דאנן לא קיי"ל כר"א א"כ למאי הביא הברייתא דלענין מילה גופא איכא ממ"נ דאי חי הוא שפיר קא מהיל ואם לאו מחתך בבשר בעלמא הוא וע"כ נראה דהא הקשו מה פריך על רשב"ג מימהל היכי מהלינן ליה דהא רשב"ג מודה דרוב אינם נפלים וא"כ רשאי לימול מכח רוב והא דאינו חייב לפדות קודם שלשים יום אע"ג דאיכא רוב אך העיקר הראיה דרשב"ג רק דל"ת דאפילו מיעוט ליכא ול"ש לאחמירו מדרבנן וע"ז מביא ראיה מדלא פודה קודם שלשים ש"מ רוב אינם נפלים אבל מיעוטא איכא ולא אזלינן בתר הרוב וע"כ אינו מחויב לפדות קודם אבל מודה דרוב איכא א"כ מאי פריך מימהל היכי מהלינן ליה דילמא משום דאזלינן בתר רוב ועי' בס' כ"כ. וע"כ נראה דהא בתוס' הקשה דלמאי צריכין ערלתו ודאי ולא ספק בלא"ה ידעינן דמספק אינו נמהל בשבת אך יש לומר דנפ"מ דאפי' באיכא רוב להתיר לא מהלינן בשבת ולפ"ז כיון דגבי מילה בשבת איכא קרא דאפי' רוב לא מהני שפיר פריך על רשב"ג דסובר דמיעוטא איכא שהן נפלים איך רשאי לימול בשבת ואע"ג דאיכא רוב לא מהני מקרא ולא ערלתו ספק וע"ז מתרץ דמולין בנפ"ש וזה הכל אי ספק אסור מהתורה וא"כ ע"כ קרא דערלתו אתא דאפי' רוב לא מהני לימול בשבת משא"כ לדידן דס' שרי מהתורה א"כ אין ראיה מקרא דערלתו

דאפי' רוב לא מהני רק דאי לאו קרא דערלתו הוי שרי מספק ולעולם דרוב מהני ולא קשה מימהל היכי מהלינן ליה דיש לומר דאזלינן בתר הרוב ולעולם דלא אמרינן דמחתך בבשר בעלמא ועל כ"פ אמרינן דלשיטת הרמב"ם ס' ממזר דשרי אפי באיכא רוב לאסור וא"כ לא קשה קושית הב"ש והא דמייתי הב"ש ראיה מגמ' דהיכי דאיכא רוב לאיסור לא אמרינן דס' ממזר שרי דהתם הסוגיא קאי לרבא ורבא הא סובר דס' אסור מהתורה כמו דאיתא בס' ש"ש וע"כ סובר היכי דאיכא רוב לאיסור ס' ממזר אסור מהתורה:

ולפ"ז ניחא הרמב"ם דמחלק בין להכשיר לקהל ישראל ובין לכהונה דכיון דהנאמנות רק משום דספק ממזר שרי מהתורה וזה שייך לקהל ישראל ולא לכהונה דס' אסור מהתורה אך זה תליא אי ס' שרי מהתורה אי לאו דאי ס' אסור מהתורה א"כ הא דס' ממזר שרי דוקא דליכא ר"פ וא"כ אין לחלק בין קהל ישראל לכהונה דאין לומר משום דלקהל ישראל שאני דס' ממזר שרי מהתורה דהא חזינן דנאמנת אפי' בר"פ ובזה ס' ממזר נח שרי ואעפ"כ חזינן דנאמנת ממילא דה"ה דנאמנת אפי' לכהונה משא"כ אי אמרינן דס' שרי מהתורה וע"כ דס' ממזר שרי אפי' באיכא רוב לאיסור אז יש לחלק דהנאמנות רק לקהל ישראל משום דס' ממזר שרי ואפי' באיכא ר"פ משא"כ לקהל כהונה ולפ"ז יש לומר דר"י דקאמר לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה ומשמע אפי' לכהונה מדקאמר בתה סובר דס' אסור מהתורה ואז ס' ממזר לא שרי רק היכי דליכא רוב וע"כ מדחזינן דנאמנת אפי' בר"פ דאז ס' ממזר אסור מהתורה ע"כ אמרינן דנאמנת להכשיר אפי' לכהונה משא"כ לדידן דס' שרי מהתורה וס' ממזר דשרי ע"כ אפי' באיכא רוב פסולין וא"כ יש לחלק לקהל ישראל נאמנת משום דס' ממזר שרי ואפי' בר"פ שרי משא"כ לכהונה ובפרט מראיה שהביא הפלתי מח"ש דס' שרי ראיה זו רק לר"ל דסובר דח"ש שרי משא"כ לר"י דאוסר ח"ש:

ולפ"ז יש לתרץ מה דהקשה ברשב"א על שיטת הרמב"ם דס' שרי מהתורה מהא דאמר רבא בקידושין (ד' הנ"ל) דבר תורה שתוקי כשר ממזר ודאי ולא ממזר ספק ומ"ט אסרוה וכו' ות"ל דבכל ספיקות מהתורה שרי ומדרבנן אסור ולפי הנ"ל ניחא דבעלמא נהי דס' שרי מ"מ היכי דאיכא רוב לאסור אסור מהתורה משא"כ הכא כיון דחזינן דאפי' באיכא רובא לאיסור שרי א"כ גם חכמים לא היה להם לאסור כיון דאפי' מה דודאי לנו מצד הלכה בממזר שרי דהיינו באיכא רוב לאיסור ודו"ק:

והנה הב"ש ס' ד' כתב לתרץ דאפי' אי איכא ר"פ מ"מ אכתי אינו רק ס' ממזר משום דיש לומר דהיא אזלה להבועל והוי קבוע וכמחצה על מחצה דמי והקשו הא תינח מעוברת

אבל מדברת דמוקי ר"א דהיינו נבעלה וראינו דהלך הבועל אצלה ובר"פ דאז הו"ל רוב ודאי ועי' בס' ש"ש:

וע"כ נראה דהא באמת איכא חזקה דאשה מזנה בודקת ומזנה וא"כ ל"צ לומר דמשום דהרוב אינו ודאי דאפי' אי הרוב פסולים הוא ודאי ואז מדאורייתא אסור ס' ממזר מ"מ נאמנת מכח חזקה הנ"ל אך יכול להיות שנאנסה ואז ל"ש דבודקת ומזנה אך סתם זנות הוא ברצון דאונס קלא אית ליה וע"כ דהיה הזנות ברצון ואיכא הך חזקה הנ"ל אך בתוס' סוגי' דפ"פ איתא דזה רוב רק מדרבנן דהיה ברצון דכיון דלא הי' קול ומדאורייתא לא הוי רוב וע"כ צריך הב"ש לומר משום דהרוב אינו בודאי דילמא היא אזלא להבועל וא"כ כיון דהרוב אינו ודאי א"כ מדאורייתא מותרת בלא דיבורה דס' ממזר שרי מהתורה ומדרבנן דס' אסור הא איכא חזקה דבודקת ומזנה דמדרבנן סתם זנות הוא ברצון ואף ע"ג דזה רק מדרבנן מ"מ נאמנת דמדאורייתא ס' ממזר שרי אע"ג דאיכא ר"פ דהרוב אינו בודאי ובזה ניחא מדברת דהרוב הוא ודאי דחזינן דהלך הבועל אצלה אך בזה דידעינן דלא היה באונס איכא חזקה דאשה בודקת וכו' אך עיקר הקושיא ממעוברת דשמא היה באונס דסתם זנות ברצון זה רק מדרבנן אך יש לומר משום דרוב אינו בודאי ומדאורייתא שרי ולפ"ז ניחא הרמב"ם הנ"ל דעיקר הא דנאמנת רק לקהל ישראל משום דאז ס' שרי מהתורה ומדרבנן דאסור ס' ממזר סמכינן על חזקה דבודקת ואין לומר שמא באונס דהא מדרבנן סתם זנות הוא ברצון משא"כ לקהל כהונה דס' אסור מהתורה ועל דאורייתא ליכא חזקה הנ"ל דשמא באונס דהא דסתם זנות ברצון משום דאונס קלא אית ליה זה רק מדרבנן ולפ"ז ר"י לשיטתו דמתרץ בירושלמי על קושית הגמ' דס"ס דקול יוצא לאנוסה אלמא דסובר דסתם זנות ברצון הוא מדאורייתא וע"כ אפילו לקהל כהונה דספק מדאורייתא אסור מ"מ סמכינן על חזקה הנ"ל דבודקת ומזנה וע"כ סובר ר"י דמכשיר בבתה והיינו אפילו לקהל כהונה משא"כ לדידן דזה רק מדרבנן דסתם זנות הוא ברצון וע"כ יש חילוק בין קהל ישראל דס' שרי מהתורה משא"כ לקהל כהונה

ובזה ניחא הא דהקשו דמנ"ל להגמ' להקשות דס"ס דילמא אמרינן דרוב דאורייתא הוא וליכא ס"ס ועי' בתשובות ברית אברהם אך מדקאמר ר"א לקמן לדברי המכשיר בה פוסל בבתה ומשמע דרק לכהונה מדקאמר בתה ואי רוב דאורייתא הוא ואיכא חזקה דבודקת וכו' א"כ אפי' לכהונה דס' מהתורה לחומרא מ"מ נאמנת משום חזקה הנ"ל אלא ודאי דסובר ר"א דזה רק רוב מדרבנן וע"כ פריך דס"ס הוא על ר"א לשיטתו. ובזה ניחא קושית התוס' קדושין (דף ס"ו) ד"ה מאי חזית דהקשו על שיטת רש"י דתירץ דמש"ה לא אוקמא תרי לבהדי תרי ואוקמא אם ינאי בחזקת כשרות לכהונה משום דבנה זה הנדון מעולם

לא היה לו חז"כ והקשו הא קיי"ל כר"י לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה אך כיון דר"י סובר דרוב דאורייתא ואיכא הך חזקה הנ"ל דבודקת ומזנה יש לומר דמש"ה מכשירין גם בתה ולאו משום דחזקת אם מהני' להולד:

ולפ"ז הא דהביאו הראשונים ראיה היכי דאומר פ"פ והיא אומרת נאנסתי דנאמנת משום דאומרת ברי והבעל שמא וברי ושמא ברי עדיף וגם איכא חזקת צדיקת וחזקת היתר וראיה מעוברת דאלים ליה לר"ג ברי ומכשיר העובר ואע"ג דלית ליה לעובר חזקת כשרות ואפי' בר"פ ולפ"ז אין ראיה דהתם שאני לר"י דאיכא חזקה דבודקת ומזנה דכיון דחזינן דאפי' לקהל כהונה נאמנת ע"כ משום הך חזקה אך לפי שיטת הרמב"ם דאינה נאמנת רק לקהל ישראל וע"כ משום דלא סמכינן על מידי דאורייתא על הך חזקה ואפ"ה חזינן דלהכשיר את עצמה לכהונה נאמנת והטעם כתב בס' ש"ש משום דאומרת ברי ולבתה שאני דלא מועיל ברי שלה לולד וא"כ חזינן אע"ג דליכא הך חזקה דבודקת וכו' דמה"ט הולד לא כשר לכהונה ואפ"ה להכשיר א"ע לכהונה נאמנת משום דאיכא ברי אע"ג דאיכא ר"פ אלמא דמהני ברי אפי' לנגד רוב וע"כ ה"ה באומרת נאנסתי אע"ג דרוב ברצון נאמנת וכש"כ דזה הרוב רק מדרבנן. ולפ"ז ניחא מה שהקשו דהא בירושלמי איתא דנהי דנאמנת באומרת נאנסתי מ"מ לקיימה אסור משום ס' סוטה ועיין בנב"י. אך הירושלמי לשיטתו דסובר דסתם זנות ברצון הוא מדאורייתא ואיכא חזקה דבודקת וא"כ אין ראיה מהא דנאמנת להכשיר א"ע אפי' לכהונה בר"פ דמשום חזקה הנ"ל נאמנת ולא משום הברי דהא חזינן דאפי' לבתה נאמנת אע"ג דליכא ברי וע"כ משום חזקה משא"כ לדידן דליכא הך חזקה וע"כ דרק משום הברי שלה ומה"ט על בתה אינה נאמנת לקהל כהונה וכיון דחזינן דמהני ברי אפי' בר"פ ה"ה דנאמנת לומר נאנסתי אפי' דרוב ברצון משום דאומרת ברי ואדרבה דהרוב רק מדרבנן וע"כ נאמנת:

ובזה ניחא הא דפריך הגמרא (ד' י"ב) וליחוש שמא תחתיו זינתה ומשני דקידש ובעל לאלתר וכו' והרי"ף והרמב"ם לא הביאו תירוץ הגמרא ועי' בלח"מ. והנה אי אמרינן דקושית הגמ' אזלא לאוסרה על בעלה נראה דהא בס' בנ"א הקשה מאי פריך הגמ' הא איכא חזקת כשרות דלא היה תחתיו ואין לומר דאיכא חזה"ג כנגדו כמו שכתבו התוס' סוגיא דפ"פ דליתא דהא איתרע חזה"ג דכיון שנשאת כבר לבעל והרי היא בחזקת בעולה וליכא חזה"ג ואיכא חזכ"ש אך נראה לפי מה שאמרנו מדקאמר ר"א לדברי המכשיר בה פוסל בבתה ע"כ דל"ס הך חזקה דבודקת ומזנה וא"כ רבה דמפרש וקאמר מ"ט דר"א וכו' ע"כ דסובר ג"כ כר"א ול"ס הך חזקה דבודקת ומזנה וא"כ מאי בכך דאוקמא בחז"כ דאינו תחתיו שמא מפסול דכיון דל"ס הך חזקה וע"כ פריך הגמ' על רבה לשיטתו וליחוש

שמא תחתיו זינתה משא"כ לדידן דאמרינן הך חזקה לא קשה קושית הגמרא וע"כ השמיטו תירוץ הגמ' גם אי אמרינן דקושית הגמ' וליחוש אזלא להפסיד הכתובה ועיין בתוס' נראה דהנה ר"א משני לקמן רישא מנה לאבא בידך ופי' רש"י דחזה"ג לא מהני לאב וא"כ לדיד' ע"כ הא דאמרינן לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה הוא משום חזקה דבודקת ומזנה ולא משום דחזקת אם מהני לבתה וא"כ ע"כ דסובר דסתם זנות ברצון הוא מדאורייתא דאל"כ ליכא חזקה דשמא באונס וא"כ קושית הגמ' שפיר וליחוש שמא תחתיו זינתה להפסיד הכתובה ואין לומר דס"ס הוא שמא א"ת ושמא באונס דליתא דס' אונס אינו ס' כלל דסתם זנות הוא ברצון והא דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי משום דאומרת ברי וע"ז משני דקידש ובעל לאלתר משא"כ לדידן דקיי"ל דטעמא דמתני' דמומין משום כאן נמצא ולעולם דמהני חזקת אם וא"כ יש לומר דהא דסתם זנות הוא ברצון הוא מדרבנן ואיכא ס"ס ולא קשה קושית הגמ' וע"כ השמיטו תירוץ הגמ' וקושית הגמ' לא אזלא רק לר"א לשיטתו דמשני דמנה לאבא בידך וע"כ לדיד' הא דנאמנת להכשיר בתה משום חזקה דבודקת וע"כ דסתם זנות ברצון מדאורייתא:

והנה לפ"ז דבדרבנן סמכינן על הך דבודקת ומזנה דאין לומר שמא באונס דסתם זנות ברצון עכ"פ מדרבנן ובזה נראה היכי דאיכא רוב כשירים נהי היכא דליכא טענת ברי אפי' ר"ג מודה דלא מהני חד רוב משום דמעלה עשו ביוחסין והסוגיא דמשני משום דמעב"י בעינן ת"ר אתא אף כר"ג מ"מ דכיון דהוא רק משום דמעלה עשו וכו' סגי בחד רוב וסמכינן על חזקה דבודקת ומזנה והתם שאני משום דהמעשה היה דנאנסה וליכא הך חזקה וע"כ משום דעשו מעלה בעינן תרי רובא או משום דאומרת שמא ול"ש הך חזקה משא"כ היכי דאומר פ"פ מצאתי והיא מכחישו אע"ג דלא טוענת ברי דמכשיר מ"מ שייך הך חזקה ונפ"מ הא דהקשה הרי"ף דאפי' בא"כ איכא ס"ס שמא אינו תחתיו ושמא מכ"ע ותירץ דמכ"ע פ"ס והקשו דהא איכא ס"ם להחמיר דאפי' א"ת שמא מפסול וצריכין לומר דקושית הרי"ף הי' בר"ק ואע"ג דמשום דעשו מעלה לא מהני חד רוב אך דכיון דהוא מדרבנן סמכינן על סתם זנות דהוא ברצון עכ"פ מדרבנן ואיכא חזקה דבודקת ומזנה וע"כ שפיר הקשה הרי"ף ומתרץ דמכ"ע פ"ס. וניחא קושית הר"ן דא"כ תקשה הא דמשני לאביי דאיירי מתני בטענת דמים וקשה דא"כ הוי ס"ס דמכ"ע דהא אביי סובר בארוסה שעיברה ועיין ביבמות (דף ס"ט) בבא על ארוסה דאפי' בלא דיימא מעלמא חיישינן מדאפקרא לגבי ארוס אפקרא גם לכ"ע וא"כ ע"כ דל"ס חזקה דבודקת ומזנה דאל"כ אמאי לא אמרינן דכיון דארוס התירא ולכ"ע איסורא בודאי לא אפקרא דחזקת דבודקת אלא ודאי דל"ס הך חזקה וממילא ליכא לדיד' ס"ס דמכ"ע דהא איכא

ס"ס להחמיר שמא מפסול ואפי' ר"כ לא מהני משום דמעלה עשו ביוחסין וע"כ שפיר משני לדיד' דאיירי בטענת דמים:

גם נראה לתרץ הרי"ף דהרי"ף לא הקשה קושיא זו רק בס"ד דאיירי בפ"פ דהאיסור משום שוי' ח"ד והיכי דהאיסור רק משום מעלה עשו ביוחסין כתבו המחברים דל"א שוי' ח"ד וא"כ מהני רוב כשרים ול"ח לפסול ואע"ג דמעלה עשו ביוחסין מ"מ תו ליכא משום שוי' ח"ד וע"כ הקשה הרי"ף דאיכא ס"ס דמכ"ע ואין לומר דאיכא ס"ס להחמיר דשמא מפסול דעכ"פ מהני רוב כשרים נהי דהחמירו ביוחסין מ"מ ליכא משום שוי' ח"ד משא"כ למאי דמשני בט"ד דהאיסור אינו משום שוי' ח"ד דהא בזה קים ליה ואיכא משום מעלה עשו ביוחסין ולא מהני הרוב וליכא ס"ס דאיכא ס"ס להחמיר שמא מפסול ורוב כשירין לא מהני דעשו מעלה ביוחסין וניחא מה שהקשו דלפי מה דאיתא בר"ן בנדרים באשה האומרת טמאה אני דאפקיעו לקדושין ונמצא דהיתה פנוי' והקשו דאכתי תוכל לומר דטמא' אני מפסול ומה בכך דאפקיעו לקדושין וע"כ נראה דהא בראב"ש ביבמות איתא דמש"ה אינה נאמנת משום דרוב נשים משקרות וע"כ לא האמינוה לומר טמאה אני לך והא דאיצטריך טעמא של הר"ן דאפקיעו לקידושין משום דספק סוטה דמיא לספק טומאה בר"ה דאפי' רוב לא מהני וע"כ כתב הר"ן דאפקיעו לקידושין ואז כיון דעכ"פ ליכא איסור סוטה נהי דאי תאמר לפסול לא מהני הא דהפקיעו מ"מ הא איכא רוב ואין לומר דליוחסין לא מהני רוב מ"מ ליכא משום שוי' ח"ד ובזה ניחא מה שהקשו על התוס' כתובות דהקשו דהא ע"כ איירי באומרת נבעלה דאי אמרה לא נבעלה איכא ס"ס דשמא לא נבעלה ושמא לכשר והקשה בפ"י לס"ד דלא ידעינן דמעלה עשו ביוחסין ע"כ לא איירי ברוב כשרים וא"כ יש לומר דילמא איירי בר"פ ואז ליכא ס"ס דס' דשמא לכשר לא הוי ספק כלל דכיון דר"פ. וע"כ נראה לפי מה דאיתא במחברים דמש"ה אי מכ"ע ל"ש ל"ח ס"ס ואין לומר סמוך מיעוטא לפלגא ואיכא רוב אך רוב לא מהני ביוחסין רק ס"ס בעינן וא"כ לס"ד דלא ידעינן דעשו מעלה ומהני רוב א"כ אפי' בר"פ חשוב רוב דסמוך מיעוט דכשרים לפלגא דלא נבעלה ואיכא רוב ולס"ד דמקשין מהני רוב:

ועיקר נראה הא דהשמיטו תירוץ הש"ס דקידש ובעל לאלתר וגם הרי"ף הנ"ל דהנה במס' נדה איתא דאשה שיש לה ווסת בעלה מחשב ימי ווסת ובא עליה ורש"י פי' משום ס"ס דשמא לא ראתה ושמא טבלה ובירושלמי איתא משום דודאי טבלה דר"י סובר דטבילה בזמנו מצוה והקשו דאמאי לא קאמר הירושלמי משום ס"ס ועוד דא"כ תקשה לדידן דקיי"ל דלאו מצוה ולכאורה נראה דהנה ברשב"א הוכיח דס"ס עדיף מרוב דהא חזינן

דאליבא דר' יהושע אפי' רוב כשירים לא מהני וס"ס מהני דהא בא"ע דמודה ר"י משום ס"ס אלמא דס"ס עדיף מרוב ולפ"ז יש לומר דהא הקשו מאי בכך דאיכא ס"ס מ"מ הא מצינן לברורי לישאל אי טבלה אי לא ולא עדיף ס"ס מרוב דהיכא דאפשר לברורי לא סמכינן על הרוב אך ע"כ ס"ס עדיף מרוב וע"כ יש לומר דבס"ס ל"צ לברר ועיין ברא"ש ע"ז דכתב לענין סתם כלי של עובדי כוכבים אינו ב"י משום דאיכא ס"ס דל"צ לברר ולפ"ז יש לומר דירושלמי לשיטתו דסובר דטעמא דר"י דלא מהני ר"כ משום דזנות רצה אחר פסולין וזה ל"ש באלמנת עיסה ולעולם דס"ס לא עדיף מרוב וא"כ גם בס"ס צריכין לברר וע"כ מוכרח הירושלמי לחדש משום דטבילה בזמנו מצוה:

גם יש לומר דלפי מה דאיתא בירושלמי על הא דפריך אי כר"י אפי' ברוב כשירין פוסל דמודה ר"י באנוסה ופי' דעיקר הטעם דלא מהני ר"כ לר"י דאמרינן מדאפקרא נפשה אפקרא פ"ש ואז היא אזלה להבועל וליכא רוב דחשוב קבוע וזה ל"ש באנוסה דל"ש מדאפקרא וכו' וע"כ מהני ר"כ לר"י ולא משום דמעלה עשו ביוחסין וא"כ ל"ש דס"ס עדיף מרוב דלעולם דלא עדיף והא דר"כ לא מהני דאמרינן מדאפקרא ואז היא אזלא להבועל והוי קבוע וא"כ היה קשה להירושלמי לשיטתו דמאי בכך דאיכא ס"ס הא אפשר לברורי וע"כ הוצרך הירושלמי לחדש משום דטבילה בזמנו מצוה משא"כ הש"ס דידן דהוא משום מעלה עשו ביוחסין ואעפ"כ ס"ס ר"י מודה אלמא דעדיף ס"ס מרוב וע"כ אפי' אי לאו מצוה מהני הס"ס אע"ג דאפשר לברורי:

והנה רבה דסובר דמאן דמכשיר בה פוסל בבתה וקשה קושית הגמ' תרתי למה לי דל"ש לתרץ חדא להכשיר בתה וע"כ דה"א מעוברת ר"י מודה דאפשר דהיה באונס וא"כ ל"ש מדאפקרא וכו' וממילא מהני רוב כשרים ואשמעינן נהי דר"י מודה באנוסה זה בודאי אנוסה לא בס' אנוסה וא"כ כיון דרבה ע"כ סובר שיטת הירושלמי ל"ש דס"ס עדיף מרוב דרק דרוב לא מהני משום דאמרינן מדאפקרא וא"כ יש לומר כמו דלא אזלינן בתר הרוב בממון ה"ה ס"ס לא מהני להוציא ודוקא לש"ס דידן דמש"ה לא מהני ר"כ משום דמעלה עשו ואפ"ה ס"ס מהני אלמא דס"ס עדיף מרוב וע"כ סובר התוס' דע"י ס"ס מוציאין ממון משא"כ לשיטת הירושלמי וכן רבה דסובר כן ל"ש דס"ס עדיף מרוב. ולפ"ז ניחא דהגמ' דפריך וליחוש שמא תחתיו זינתה אע"ג דאיכא ס"ס שמא א"ת ושמא באונס כמו שהקשה בתוס' אך קושית הגמ' אזלא לרבה לשיטתו ולדיד' לא מוציאין ממון בס"ס כמו דרוב לא מהני דס"ס לא עדיף מרוב משא"כ לדידן דע"כ ס"ס עדיף וע"כ לא קשה קושית הגמ' וע"כ לא הביאו תירוץ הגמ':

ולפ"ז יש לומר דאביי דסובר ביבמות (דף ס"ט) דאפי' בלא דיימא מעלמא אמרינן מדאפקרא וא"כ ל"צ לומר משום דמעלה עשו ביוחסין רק דמש"ה לא מהני ר"כ משום מדאפקרא ול"ש דס"ס עדיף מרוב וא"כ גם בס"ס צריכין לברר וא"כ יש לומר דהתקנה דבתולה נשאת ליום ד' דיתברר ויבואו עדים דהא עיקר הטעם דל"א דתקנה היה שיתברר משום דכיון דאיכא ס"ס למאי צריכין לברר משא"כ לאביי ל"ש זה וע"כ משני שפיר לדיד' דאיירי בט"ד ואע"ג דאיכא ס"ס דמכ"ע התקנה היה שיתברר ע"י עדים לאביי לשיטתו ולפ"ז לפי מה שהוכיח ברשב"א דס"ס מהני נגד חזקה דכיון דרוב עדי' מחזקה מכש"כ ס"ס דעדי' מרוב וא"כ לשיטת הירושלמי אין זה ראיה ולפ"ז הא דסובר הירושלמי דאפיך קמייתא ור"י סובר משום פירות ואין לומר דנהי דהשתא דתקנו זמן ליכא חזקת צדיקת מ"מ מה בכך דאיכא חזקת א"א הא איכא ס"ס נגד הבנים שמא זינתה לאחר גירושין ושמא מנכרי דהולד כשר אך לירושלמי לא מהני ס"ס נגד חזקת א"א משא"כ הש"ס דידן דע"כ ס"ס עדיף מרוב ומהני נגד חזקה ותקשה דאכתי יכול לחפות על בני' דאיכא ס"ס וע"כ דר"י סובר משום ב"א ור"י סובר דא"י הבא על בת ישראל הוולד ממזר וליכא ס"ס וא"כ ע"כ איפוך בתרייתא:

גם נראה לתרץ מה שהקשו על הב"ש דמתרץ דרוב אינו ודאי דהא תינח מעוברת משא"כ מדברת דהיינו נבעלה וראינו דאזיל הבועל אצלה ור"פ דהשתא הרוב הוא ודאי וא"כ ל"ש הטעם דמש"ה נאמנת משום דס' ממזר שרי. וגם הקשו הא תינח ולדה משא"כ רישא דלהכשיר בה לכהונה ותקשה דס' אסור מהתורה ואמאי נאמנת. ונראה דהנה הא דצריכין לומר משום דרוב אינו ודאי משום דאל"כ תקשה מ"ש דבשבויה אינה נאמנת משום דרוב א"י פרוצין בעריות. ולכאורה יש לחלק לפי מה דסובר הריב"ש דאע"ג דרוב עדיף מחזקה מ"מ לנגד שני חזקות ל"א דרוב עדיף וא"כ בלא"ה לא דמי לשבוי' דהכא איכא שני חזקות חזקת כשרות לכהונה וגם חזקת צדיקת דלא נבעלה לפסול לממזר ואפי' לשיטת הרמב"ם דסובר דכל חייבי לאוין בעינן קידש דווקא היינו למלקות אבל איסור איכא אפי' בלא קדושין ועיין במקנה וע"כ לא מהני ר"פ לנגד שני חזקות. אך לשיטת הרמב"ם דסובר דאפי' בבא על הפנוי' איכא משום לאו דקדשה א"כ ליכא ח"צ דנבעלה לכשר דמ"מ איכא לאו דקדשה וליכא רק ח"כ לכהונה וע"ז איכא רוב פסולין דעדי' מחזקה אך לפי מה דאיתא במחברים דעל לאו דקדשה ליכא איסור על הערוה לבד ועיין בט"ה א"כ ברישא נהי דראינו דנבעלה והרוב הוא ודאי וגם איירי לכהונה דס' אסור מהתורה מ"מ נאמנת דמסתמא לא ראינו רק כדרך מנאפין דל"ש דהיה כמכחול וכו' והרמב"ם סובר דמש"ה סגי בראו כדרך מנאפים דחזקת צורה זו שהיה הערוה

עכ"פ ואז ליכא משום קדשה וממילא איכא משום חזקת צדיקת דלא נבעלה לפסול דאז איכא איסור גם בהאראה משא"כ דנבעלה לכשר לא איתרע חזקת צדיקת דליכא משום קדשה בהאראה וכיון דאיכא שני חזקות עדי' מרוב ואפי' דהרוב הוא ודאי וגם דס' אסור מהתורה לכהונה מ"מ נאמנת ועיקר הקושיא היה במעוברת דכיון דנתעברה ע"כ דהיה גמר ביאה וליכא ח"צ דעברה על קדשה אפי' אי לכשר נבעלה אך יש לומר משום דהרוב אינו ודאי ובמדברת הגם דרוב הוא ודאי בלא"ה ניחא דאיכא ש"ח ואמרינן דלא היה רק האראה וליכא משום קדשה:

ולפי מה שאמרנו דלאביי דסובר מדאפקרא ל"צ לומר משום דמעלה עשו וכו' וניחא מה שהקשו לס"ד דלא ידעינן דמעלה עשו ביוחסין מ"ט דר"י דפוסל בר"כ אך הסוגיא קאי לאביי ולאביי ל"צ משום דמעלה רק משום דאפקרא פ"ש ואז היא אזלא להבועל והוי קבוע. ולפ"ז לא קשה קושית פ"י הנ"ל על התוס' דהקשו דס"ס הא לס"ד ע"כ איירי בר"פ דליתא דלאביי לשיטתו איירי בר"כ ואפ"ה לא מהני משום דאמרינן מדאפקרא וכו'. גם הקשו על הב"ש הנ"ל דהרוב אינו ודאי דא"כ הדרא קושית הש"ס לדוכתא דבשבוי' איכא ר"פ ומשני דסובר דמאן דמכשיר מכשיר אפי' בר"פ מ"מ לא דמי דרוב אינו ודאי משא"כ בשבוי' ועיין בס' ש"ש ונראה דהנה בספר נחלת יעקב איתא וז"ל דאע"ג דכתב הרשב"א דמסוגי' דקדושין מוכח דאמרינן שם דבר תורה שתוקי כשר מ"ט רוב כשרים אצלה ונשמע דאי הוי רובא לפסול אסור דלא התירה ספק ממזר רק בליכא רוב נראה דהיינו דווקא ברובא דאיתא קמן כגון בתשעה ממזרים וחד ישראל ואזיל הוא לגבה ובזה הדברים צודקים דהא חזינן בס' טומאה ברה"י דהתורה טימא מספק כודאי ואפ"ה איתא בתוספתא דרובא דאיתא קמן מועיל לטהר וא"כ ה"ה ס' ממזר נהי דהתורה התירה ס' בתורת ודאי מ"מ רובא דאיתא קמן אסור אבל רובא דליתא קמן בין ס' טומאה ברה"י ובין ס' ממזר מותר ומביא ראיה דהא בקדושין סובר רב דממזר בשתוקי מותר אע"ג דר"כ וע"כ דודאי בידעינן דאזיל הוא לגבה אסור בממזרת רק הכא איירי דלא ידעינן דילמא היא אזלא לגבייהו דהוי ליה קבוע אך אכתי תקשה דהא הרשב"א הקשה בהא דאמרינן בש"ס אי דאזלי אינהו לגבה כל דפריש מרובא קא פריש מאי אמרת דילמא אזלא היא לגבייהו הו"ל קבוע דהא מ"מ איכא רוב דאי אזיל הוא לגבה הוי רוב ואי אזלא היא לגבייהו הוי מע"מ ואיכא רוב צדדים להכשיר ותירוץ דלרווחא דמילתא אמר כן דאפי' אי הוי מע"מ שרי בממזר וא"כ בשתוקי דאיכא ר"כ אצלה אף דלא ידעינן דילמא היא אזלא לגבייהו הוי רובא לאיסור ואפ"ה מותרת בממזר וע"כ אנו צריכין לומר דהוי רובא דליתא קמן ושרי. ועכ"פ אפי' היכי דלא ידעינן אי הוא אזל לגבה בר"פ הוי רובא לפסול

וכמו ברוב כשרים היכי דלא ידעינן אי הוא אזל לגבה הוי עכ"פ רוב רק דלא הוי רובא דאיתא קמן וא"כ ה"ה ר"פ אע"ג דלא ידעינן דהוא אזל לגבה הוי עכ"פ רוב דליתא קמן ואין לומר דא"כ אמאי נאמנת דליתא דרובא דליתא קמן מהתורה שרי וא"כ שפיר משני על קושי' דבשבוי' איכא ר"פ דהכא נמי איכא ר"פ ואין לומר דרוב אינו ודאי דעכ"פ רובא דליתא קמן איכא ובשבוי' ג"כ הרוב רק ליתא קמן הוא וזה איכא גם הכא אפי' לב"ש ודו"ק:

יומא דמשלם זמנו אי טענינן עבור היתומים שפרע

הנה זה פשיט הגמ' בב"מ דנאמן לומר פרעתי ביומא דמשלם זמנו ועי' בח"מ ס' ע"ח ועי' בתוס' ב"ב (ד' ד') דאמאי לא פשיט הגמ' דלא אמרינן מיגו במקום חזקה דאל"כ הא יש לו מיגו דפרעתי היום והיינו לפי הגירסא דגרסו ובא בזמנו ובתוס' תירצו דחשוב מיגו דהעזה וכבר הקשו הא בממון קיי"ל דאמרינן מיגו דהעזה ותירצו משום דל"ש ג"כ שיפרע ביומא דמשלם זמנו ומה"ט סובר הראב"ד דלא טענינן עבור היתומים דפרע דחשוב ל"ש ועיין בח"מ ס' ע"ח ולי נראה דלפי מה שכתבו על הא דאינו נאמן לומר שפרע בת"ז משום חזקה דאין אדם פורע בת"ז הגם דחזקה אינו רק לרובא דעלמא אבל בודאי מיעוטא איכא דפרעו בת"ז ולא אזלינן בתר הרוב בממון ותירצו דכיון דאיכא חזקת חיוב וע"כ מהני הרוב להוציא ודוקא היכי דספק בעיקר החיוב לא אזלינן בתר הרוב להוציא ודמיא לבו"ש דלאו ברי עדיף להוציא ומ"מ א"י א"פ חייב משום דאיכא חזקת חיוב. ובזה ניחא קושית הר"ן בכתובות על הא דאיבעי' להגמ' יתומים אומרים נתננו והיא אומרת לא נטלתי על מי להביא ראיה אי אמרינן נכסי בחזקת אלמנה קיימא או בחזקת יתומים ופי' רש"י דאיירי במזונות להבא והקשה בר"ן דא"כ אפילו אי נכסי בחזקת יתומים קיימא אין נאמנים דהא ת"ז הוא ואיכא חזקה דא"א פורע בת"ז אך לפי מה דאיתא בראשונים דבמזונות בכל יום נעשה חיוב חדש ומה"ט בע"ח קדים למזונות אפי' אי אמרינן דמע"פ מוקדם קודם למ"ש מאוחר משום דמזונות חשוב מאוחר ועי' ליכא חזקת חיוב וממילא לא מהני חזקה דא"א פורע ת"ז להוציא דלא עדיף מרוב:

ולפ"ז יש לומר דהא דבממון אמרינן מיגו דהעזה משום דהא דחזקה דאין אדם מעיז הוא רק רובא אבל מיעוט בני אדם איכא שיכולין להעיז ואין הולכין בממון אחר הרוב וע"כ בממון אמרינן מיגו דהעזה וזה תינח היכי דספק בעיקר החיוב משא"כ הכא דספק על הפרעון דאזלינן בתר הרוב וממילא דל"א מיגו דהעזה ושפיר תירצו התוס' אך לפי הראב"ד דסובר דעכ"פ ל"ש דיפרע אדם בידמ"ז בלא"ה ניחא התוס' דתרתי בודאי לא אמרינן מיגו דהעזה ול"ש:

ועי' בס' קצה"ח ס' פ"ט דהקשה על הא דאיתא שם דדוקא לשכיר גופא תקנו שנשבע ונוטל ולא ליורשיו דכיון דהתקנה רק משום כדי חיו אבל ליורשיו לא תקנו וקשה דהא בב"מ פשיט הגמ' דנאמן לומר פרעתי בידמ"ז משכיר דמשמע רק משום כדי חיו נשבע ונוטל הא לא"ה בעה"ב פטור אלמא דנאמן לומר פרעתי בידמ"ז וא"כ מאי בכך דליורשיו לא תקנו ת"ל הא אנן לא טענינן דפרע דכיון דהוא ל"ש וא"כ אמאי אינו נשבע ונוטל מיורשי בעה"ב נהי דליכא התקנה מ"מ הא לא טענינן עבורם דפרע משום דהוא ל"ש:

והנה לכאורה נראה דהא דסובר הראב"ד דחשוב ל"ש זה לדידן דקיי"ל דעל ת"ז איכא חזקה דלא פרע וע"כ אמרינן דעל יודמש"ז נהי דחזקה ליכא אבל עכ"פ חשוב מילתא דל"ש משא"כ לאביי ורבא דסוברים דנאמן לומר שפרע ת"ז וליכא חזקה אז אמרינן דביומא דמשלם זמנו שכיח לפרוע וטענינן דפרע ובזה נראה לתרץ הרי"ף בב"ב דכתב וז"ל וכיון דרבה דאית ליה מיגו באומן סלקא לה בתיובתא שמעת מיניה דהאי דינא דאומן לא אמרינן מיגו הלכך בין ראה ובין לא ראה אע"ג דיכול לומר להד"מ היכי דליכא סהדי א"ל החזרתי לך בדאיכא סהדי והקשו עליה דהא בסוגיא משמע דגם אומן נאמן במיגו דאל"כ אמאי מהימן אומן כשהטלית בידו ועי' ברמב"ן שם:

וע"כ נראה דהקשו דמאי מקשה לאביי מהך ברייתא דאומן דתני דכל זמן שהטלית בידו על בעה"ב להביא ראיה דהרי קיי"ל דאומן קונה בשבח כלי וא"כ כשהטלית ביד אומן הגם כי לית ליה מיגו מ"מ כיון דהשבח הוא שלו אמאי לא יהא נאמן שהוא לא מכר לו השבח רק בשתים כיון דהשבח שלו וגם הטלית הוא בידו הגע עצמו אם אחד יש לו חפץ ואמר שמכרו בשתים והלוקח אמר שמכרו לו באחת האם נאמר דאין המוכר נאמן כשהחפץ בידו רק מחמת מיגו ותירצו דהא ע"כ הך ברייתא סובר דאין אומן קונה בשבח כלי דאל"כ אמאי בעבר זמנו אינו נשבע ונוטל ואין לומר דחזקה דאין עובר על ב"ת דהא אי אומן קונה ליכא ב"ת וע"כ דסובר דאין אומן קינה בשבח כלי אך קשה דהא בתוס' הקשה אמאי בע"ז אינו נשבע ונוטל דהא הך ברייתא אתא כר"י דסובר דקציצה נמי לא דכיר ור"י הא בעי שיהיה מודה במקצת וא"כ ע"כ איירי דהדינר שמודה לו לא פרע וא"כ איתרע דאין עובר על ב"ת דהא חזינן שעבר על ב"ת על דינר שהודה לו ותירצו דלא אתא כר"י רק לזה דקציצה נמי לא דכיר אבל לעולם דלא בעינן מב"מ ובזה לא סובר כר"י והקשו דא"כ אמאי בזמנו נשבע ונוטל נהי דלא דכיר הא הוי א"י א"נ ובתוס' לעיל כתבו דמשום דהוי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא משא"כ אי איירי בכ"ה תקשה הא הוי א"י א"נ ותירצו דאיירי שהדינר שמודה אומר שכבר פרע אלא דע"ז נשבע ונוטל דזה חשוב א"י א"פ והוה מב"מ מכח טענתו דהא זה מחויב לשלם וא"כ ממילא על הדינר שאומר

דלא קצד לו וחשוב א"י לר"י דל"ס דדכיר א"כ אכתי הוי מתוך שאי"ל משלם אך לכאורה זה לא חשוב מב"מ דכיון דצריך לישבע השכיר אך כיון דהשבועה רק כדי להפיס דעתו של בעה"ב וע"כ חשוב מב"מ אך להסוברים דבכל א"י א"פ צריך התובע לישבע א"כ השבועה של השכיר מדינא ואכתי ל"ח מב"מ אך הכא שאני כיון דהוי יודמש"ז ול"ש דפרע ולא טענינן הב"ד דפרע וע"כ ליכא שבועה רק כדי להפיס דעתו וע"כ חשוב מב"מ דאל"כ תקשה מהא דפריך הגמ' וליתיב בלא שבועה ומה בכך דחשוב א"י א"פ אלא ודאי משום דהוא יומא דמישלם זמנו ליכא שבועה בא"י א"פ וע"כ השבועה רק כדי להפיס דעתו ואם כן חשוב מב"מ והוי על דינר השני חמשין לא ידענא דמחויב לשלם והנה זה ל"ש בעבר זמנו ואם כן נהי א ב"ת אי אומן קונה בשבח כלי מ"מ אינו נשבע ונוטל דנהי דלא דכיר לר"י הוי א"י א"נ ואין לומר דהוא מב"מ מכח טענתו דעל הדינר שמודה ואומר דפרע נשבע ונוטל זה ליתא דכיון דאינו נוטל רק בשבועה ל"ח מב"מ ואין לומר דהשבועה רק כדי להפיס ליתא דהא בע"ז דשכיח דפרע צריך מדינא לישבע כמו כל א"י א"פ וא"כ הדרי קושי' לדוכתא מאי פריך על אביי דילמא בטלית בידו דנאמן אינו משום מיגו רק משום דאומן קונה בשבח והוא מוחזק בשבח וע"כ נאמן לומר דלא מכר רק בשתים. אך על אביי לשיטתו דסובר דאדם פורע בת"ז ואמרנו לדי' יודמש"ז הוא שכיח וא"כ ע"כ איירי דהדינר שמודה לו לא פרע דאל"כ הוי א"י א"נ ול"ש דמב"מ מכח טענתו דכיון דצריך לישבע והשבועה הוא מדינא לאביי כמו בכל א"י א"פ הגם דהוא יודמש"ז וע"כ דאומר לא פרע והוי חמשין ידענא וכו' וא"כ תקשה גם בע"ז יהיה נשבע ונוטל דחזקה דאין עובר על ב"ת ליכא אי אומן קונה וחשוב חמשין ידענא וע"כ דברייתא סובר דאין אומן קונה וע"כ מקשה שפיר על אביי דע"כ משום מיגו מהימן משא"כ לדידן יש לומר דאומן לא מהימן במיגו וטעמא דברייתא בעלית בידו משום דאומן קונה ובע"ז הטעם משום דחשוב א"י א"נ משא"כ בזמנו דל"ש והשבועה רק כדי להפיס וחשוב מב"מ מכח טענתו וזה ל"ש באחר זמנו:

גם נראה לפי מה דהקשה בשמ"ק דמאי פשיט הגמ' משכיר התם שאני דמש"ה פרע בידמש"ז כדי שלא לעבור על ב"ת ותירץ בס' קצה"ח דגם בהשכיר בית לחבירו עובר משום ב"ת משום דבית דין תלוש יש לו דהו"ל תלוש ולבסוף חיברו ודמי לשכירות כלים דעובר על ב"ת ושפיר פשיט הגמ' שוכר משכיר דבשניהם איכא ב"ת ולפ"ז בחוב או בשכיר למ"ד אומן קונה בשבח כלי דליכא ב"ת י"ל דאין נאמן לומר דפרע ביודמש"ז. ובזה ניחא קושית התוס' הנ"ל דיש לו מיגו דפרעתי היום דליתא דבחוב דליכא ב"ת אין ראיה משכיר ואינו נאמן לומר דפרע ביודמש"ז וא"כ לפ"ז ל"צ לומר דמש"ה חשוב

מב"מ מכח טענתו ואע"ג דאינו נאמן רק בשבועה משום דאינו רק כדי להפיס דעתו ולא דמי לכל א"י א"פ משום דל"ש דבלא"ה ניחא דליכא שבועה על השכיר כיון דהוא יומא דמשלם זמנו ואי אומן קונה אז ליכא ב"ת וא"כ אינו נאמן לומר דפרע ונוטל השכיר בלא שבועה וחשוב מב"מ וזה ל"ש בע"ז וא"כ לדידן ניחא אפי' אי אומן אינו נאמן במיגו מ"מ בעלית בידו נאמן משום דאומן קונה והא דבע"ז אינו נשבע משום דחשוב א"י א"נ ומב"מ מכח טענתו לא הוי דכיון דצריך לישבע משא"כ בזמנו אפי' שבועה ליכא על האומן דכיון דאומן קונה וליכא ב"ת אינו נאמן לומר פרעתי ביודמש"ז והא דפריך הגמ' על אביי משום דהא אביי סובר דאפי' בת"ז נאמן לומר פרעתי ופשיטא ביודמש"ז א"כ גם בזמנו אינו נוטל רק בשבועה ול"ח מב"מ מכח טענתו וע"כ דלא פרע לו והוי מב"מ וא"כ תקשה גם בע"ז אמאי אינו נשבע ונוטל וב"ת ליכא דאומן קונה וע"כ דברייתא לא סובר דאומן קונה וע"כ פריך שפיר על אביי משא"כ לדידן יש לומר כשיטת הרי"ף ובטלית בידו דנאמן הוא משום דאומן קונה ובזמנו חשוב מ"מ מכח טענתו וזה ל"ש בע"ז. אך מהפוסקים לא נראה כן רק אפי' היכי דליכא ב"ת נאמן לומר דפרע ביודמש"ז:

אך עכ"פ ניחא קושית קצה"ח הנ"ל דיש לומר דאפי' לשיטת הראב"ד דל"ש דפרע ביומא דמשלם זמנו זה היכי דליכא ב"ת משא"כ בשכיר דאיכא ב"ת אז יש לומר דשכיח דפרע ביודמש"ז שלא לעבור על ב"ת וע"כ פסקינן דשכיר אינו נשבע ונוטל מיורשי בעה"ב דליכא תקנת שכיר ואין לומר דב"ד לא טענינן עבור היתומים דשכיר שאני דשכיח:

וגם יש לומר דהא דסוברים דכל א"י א"פ צריך התובע לישבע זה לדידן דקיי"ל דא"י א"נ פטור וע"כ נהי דא"י א"פ חייב מ"מ מחויב לישבע עכ"פ משא"כ למד"ס דאפי' א"י א"נ חייב אז בא"י א"פ אפי' שבועה ליכא. ובזה ניחא הרי"ף הנ"ל דעל אביי לשיטתו דסובר דבו"ש ב"ע א"כ מקשה שפיר דאין לומר משום דאומן קונה דא"כ אמאי בע"ז אינו נשבע ונוטל דאין לומר משום דחשוב א"י א"נ דהא חשוב מב"מ מכח טענתו ואין לומר משום דצריך לישבע אפי' בא"י א"פ כיון דבע"ז שכיח דליתא דהא לאביי לשיטתו ליכא שבועה בא"י א"פ ובפרט נהי דחשוב א"י א"נ הא אביי סובר א"י א"נ חייב וע"כ דאין אומן קונה וע"כ פריך שפיר על אביי משא"כ לדידן יש לומר דאומן אינו נאמן במיגו ובטלית בידו דנאמן משום דאומן קונה ובע"ז משום דהוי א"י א"נ משא"כ בזמנו דחשוב מב"מ מכח טענתו דכיון דהשבועה רק כדי להפיס וזה ל"ש בע"ז ודו"ק:

ובדברי הקצה"ח הנ"ל ניחא קושית מהרש"א בב"מ (דף ק"ג) יע"ש בתוס' ד"ה נקיטת חמש שנין דכתבו וז"ל ולשון שני פי' ר"ח שהיה נכתב בשטר בזמן כך וכך שכרתי חצירו של פלוני עשר שנים במאה דנרים עשרה דינרים לכל שנה ואחר חמשה שנין טוען

השוכר ואמר נקיטת שכירות חמש שנין כו' ואסיקנא דנאמן והקשה המרש"א דכיון דאליבא דר"נ קיימינן דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואפי' אפוך מפיך וא"כ הכא נמי אית לן למיתפס לשון ראשון עשרה שנים במאה דנרים וכיון דאין לשכירות אלא לבסוף חשוב ת"ז ואין השוכר נאמן וע"ש:

ולכאורה נראה לפי מה דאיתא בתומים ס' ע"ח לחלק הא דקיי"ל דבסתם הלואה נאמן לומר שפרע בתוך ל' יום אע"ג דסתם הלואה שלשים ובסמ"ע כתב לחלק משום דבקובע זמן איכא ג"ד דלא יהי' לו מעות קודם הזמן משא"כ בסתם הלואה ליכא ג"ד והקשה עליו וע"כ מסיק דבסתם הלואה אי תפס המלוה מהלוה א"צ להחזיר משא"כ בקובע זמן לא מהני תפיסה של המלוה וע"כ בסתם הלואה כיון דמהני תפיסה של המלוה וע"כ יכול להיות שפרע בתוך ל' יום משא"כ בקובע זמן דכיון דאפי' תפיסה לא מהני וע"כ החזקה אלים דלא פרע בת"ז וע"ש ולפ"ז הכא כיון דאמר שני לשונות ואי יתפוס ממנו אז אמרינן דתפיס לשון אחרון עשרה דנרים לשנה והוי לאחר זמנו וממילא כיון דמהני תפיסה של המשכיר ליכא חזקה דא"א פורע בת"ז ונאמן כמו בסתם הלואה:

אך לפי הקצה"ח הנ"ל יש לומר דכיון דלענין איסור ב"ת אזלינן להחמיר ותפוס לשון אחרון ועובר על ב"ת אי לא ישלם וממילא ליכא חזקה דת"ז דמוכרח לשלם כדי שלא לעבור על ב"ת ודו"ק:

ולכאורה נראה על קושית התוס' הנ"ל דיש לו מיגו דפרעתי היום דהא ביומא דמישלם זמנו נאמן לומר פרעתי דהנה הרשב"ם פי' בב"ב דמש"ה שני יב"ש אין מוציאין שט"ח זה על זה דיכול לומר דהוא היה המלוה ופרע לו והחזיר לו את השטר והקשה בתומים ס' מ"ט דבת"ז דל"ש לומר דהוא היה המלוה רק דפרע דהא חזקה דא"א פורע בת"ז ואמאי אין מוציאין זע"ז בת"ז דל"ש טעמא של הרשב"ם והקשו דלא מהני החזקה דלא עדיף מרוב להוציא ממון ובעלמא ניחא משום דאיכא חזקת חיוב משא"כ הכא דהספק על עיקר החיוב לא מהני החזקה להוכיח שהוא חייב לו ולכאורה יש לומר דבאמת איכא חזקה דכאן נמצא וכאן היה ומסתמא הוא המלוה אך דע"י חזקה זו אין מוציאין ממון ועי' בנ"י ביבמות דכתב דזה טעמא של ר"א בכתובות דחולק על רבא שם דמתרץ דכאן נמצא וכו' וע"כ כיון דחזקה דת"ז דחשוב רוב עם חזקה דכאן נמצא מהני גם להוציא:

ויותר נראה דלא צריכין לחז"ח וסגי בהך חזקה לחוד דכיון דאפי' ביומא דמש"ז ל"ש דפרע דמש"ה לא טענינן עבור היתומים א"כ ע"כ בת"ז ל"ש כלל והוי המיעוט מיעוטא דמיעוטא דיפרע בת"ז ומיעוטא דמיעוטא אפי' בממון אזלינן בתר הרוב ומהאי טעמא

במיעוטא דמיעוטא לא אמרינן סמוך מיעוט לחזקה ועי' ברא"ש פ"ק דחולין וע"כ שפיר הקשה בתומים:

וראי' דהא בריטב"א איתא ועי' בש"ך ס' קכ"ו על הא דאין שכירות אלא לבסוף אפי' חיוב ליכא מקודם ולא דמי לחוב דעכ"פ חיוב איכא קודם הזמן משא"כ בשכירות וא"כ תקשה אמאי בשוכר אומר שפרע בת"ז דאינו נאמן אלא ודאי דל"צ לחזקת חיוב כלל משום דמיעוטא ל"ש כלל שיפרע בת"ז וע"כ ל"ח למיעוט ולפ"ז דהא דנאמן לומר שפרע ביומא דמ"ז משום דאז ליכא מיעוטא דמיעוטא רק מיעוט לחוד ולא מהני הרוב להוציא וחזקת חיוב ל"ש בשכירות לפי הריטב"א הנ"ל משא"כ בהלואה דאיכא חזקת חיוב ע"כ אפי' ביומא דמשלם זמנו דכיון דעכ"פ ל"ש שיפרע ואיכא חזקת חיוב אינו נאמן לומר פרעתי וליכא מיגו ואין ראי' משכירות דליכא חז"ח ודו"ק:

ועי' בריש גיטין דכתבו בתוס' דלעולם דלא טענינן עבור היתומים מזוייף ומ"מ ל"ש לא שבקת חל"ב דטענינן להו פרוע וכתבו דנפק"מ בת"ז דאז לא טענינן פרוע והקשה הפ"י הא איבעיא דלא איפשוט אי אמרינן מיגו במקום חזקה וקיי"ל קולא לנתבע והיה אביהם נאמן לומר פרעתי במיגו דמזוייף ואמאי לא טענינן עבור היתומים פרעתי אפי' בת"ז וע"ש:

ונראה דבאמת איכא נפקותא באיכא ע"א על הקיום דאז אביהם לא היה נאמן לומר פרעתי דחשוב מתוך שא"י לישבע להכחיש את העד משלם ועי' בח"מ ס' נ"א אך הפוסקים סוברים דכיון דאפי' איכא שני עדים על הקיום והלוה טוען פרעתי לא היה נאמן המלוה רק בשבועה וע"כ בע"א ל"ח מתוך שא"י לישבע משלם ולפ"ז יש לומר דכוונתם דנפקותא בת"ז ואיכא ע"א על הקיום דאז אביהם גופא לא היה נאמן דחשוב מתוך ושבועה ליכא דהוא ת"ז ודו"ק:

יהרג ואל יעבור

עי' בסנהדרין ובע"ז ובפסחים ובר"ן שם הנה שיטת הרמב"ם כל היכי דאינו מחויב למסור א"ע כגון בשאר עבירות אי מסר א"ע הר"ז מתחייב בנפשו ושיטת הטור אינו כן דסובר דאם רוצה למסור א"ע אפי' על מצוה קלה רשאי והקשו לשיטת הרמב"ם מהא דר"ע מסר א"ע למיתה בשביל לימוד התורה ונראה דהרמב"ם לשיטתו והטור לשיטתו ולפ"ז אין ראיה מר"ע הנ"ל:

הנה הגמ' בסנהדרין מקשה אי אמרינן דבפרהסיא בכל עבירות יהרג ואל יעבור והא אסתר בפרהסיא הואי ואפ"ה לא מסרה א"ע למיתה ומשני אביי אסתר קרקע עולם היתה ורבא משני הנאת עצמן שאני והקשו הראשונים דמאי בכך דהנאת עצמן היא הא בג"ע

אין חילוק דאפי' בהנאת עצמן צריך למסור א"ע ועי' בר"ן ביומא ובפסחים דהנאת עצמן לא מהני רק בשאר עבירות דאז בצנעה יעבור ואל יהרג רק בפרהסיא משום דכתיב ונקדשתי בתוך בני ישראל ובהנהו אמרינן דכל שאין הא"י מתכוין להעביר על דת רק להנאת עצמן ליכא חילול השם וע"כ א"צ לימסור א"ע אבל בשלשה עבירות הללו שמפני חומר שבהן אמרו אפי' בצנעה יהרג ואל יעבור וע"כ אפי' היכי שמתכוין להנאת עצמן נמי יהרג ואל יעבור דמה בכך דליכא חילול השם הא אפי' בצינעה יהרג ואל יעבור ע"ש. וא"כ כיון דרבא סובר בע"ז (ד' נ"ד) דאפי' בג' עבירות בצנעה אין צריך למסור א"ע וא"כ סובר רק משום חילול השם צריך למסור א"ע וממילא היכי דמתכוון להנאת עצמו דליכא חילול השם אפי' בג' עבירות א"צ למסור א"ע ושפיר משני רבא הנאת עצמן שאני ולא קשה דאסתר ג"ע הואי:

ועי' בתוס' סנהדרין דהקשו דאמאי לא הקשה והא אסתר ג"ע היא ותירצו דע"ז ידע דמהני טעמא דקרקע עולם דאינה מחוייבת לימסור א"ע אבל לענין חילול השם בפרהסיא לא ס"ד דמהני קרקע עולם ואביי משני דגם לזה מהני קרקע עולם ורבא דמשני משום דהנאת עצמן שאני מודה דלענין ג"ע קאי תירוצא דקרקע עולם אלא לענין חילול השם סובר דלא מהני קרקע עולם וע"כ מתרץ דהנאת עצמן שאני ועי' בתוס' יבמות (ד' נ"ד) דכתבו וז"ל משום דנערה המאורסה ילפינן התם מרוצח ורוצח גופא קאמר התם דסברא היא דמאי חזית דדמך סומק טפי וכו' וזה ל"ש אלא בכופין אותו להרוג בידים אבל אם רוצים לזורקו על התינוק ויתמעך בזה אמרינן אדרבה איפכא מאי חזית דדמא דחברך סומק טפי כיון שאין הורגו בידים ולא הוה אלא קרקע עולם בעלמא ואין מצוה להציל חבירו בגופו דאדרבה חייו קודם לחיי חבירו וע"ש ומה"ט מהני קרקע עולם גם בג"ע גם לס"ד ועי' ברמב"ם דפסק ביחדו שאמרו להם תנו לנו אחד ובאם לאו נהרוג כולכם דפסק דאסור למסור להם אפי' ביחדו אדם ידוע והוא פלוגתא בירושלמי ר"י ור"ל ופוסק כר"ל דאפי' ביחדו אסור ובכ"מ הקשה מהא דאמרינן דמש"ה בש"ד יהרג ואל יעבור דסברא היא משום דמאי חזית והכא ליכא הך סברא דהא יהרגו כולם וכתב שם דאליבא דר"ל הא דבש"ד יהרג ואל יעבור הוא משום חומר העון ולא משום מאי חזית וכו' רק דאליבא דר"י הוא משום מאי חזית וע"ש ולפ"ז לר"ל ולדידן דקיי"ל כר"ל לא מהני קרקע עולם בג"ע דאין לומר דהא מרוצח ילפינן ורוצח גופא דוקא היכי דעביד מעשה דאל"כ ל"ש מאי חזית דהא הטעם אינו משום מאי חזית רק משום חומר העון וע"כ לשיטת הרמב"ם דפסק כר"ל לא מהני בג"ע קרקע עולם כמו דלא מהני בש"ד וא"כ שלא תקשה מאסתר

דג"ע וע"כ משום דהוי להנאת עצמו ואז אפילו בשלשה עבירות א"צ לימסור א"ע וכן הוא שיטת בעה"מ:

והנה הב"ח הוכיח כשיטת הרמב"ם דחי בהם וגו' הוא חיוב ואי מסר א"ע למיתה בשאר עבירות הרי זה מתחייב בנפשו מדאיצטריך וחי בהם ת"ל הלא מדגלי רחמנא גבי שלשה עבירות דיהרג ואל יעבור ממילא שמעינן בשאר עבירות דאינו מחויב לימסור א"ע למיתה ולמה לי וחי בהם אלא ע"כ וחי בהם אתא דאינו רשאי לימסור א"ע למיתה בשאר עבירות ומתחייב בנפשו הוא ולשיטת הטור יש לומר דלעולם וחי בהם הוא רשות להורות דבשאר עבירות א"צ למסור א"ע ואין לומר דממילא ידעינן דאל"כ למאי גלי דבג' עבירות צריך לימסור א"ע דליתא דאי לא כתבה וחי בהם ה"א דלעולם דאפי' בשאר עבירות צריך לימסור א"ע והא דגלי דבג' עבירות יהרג ואל יעבור לענין זה דאפי' בהנאת עצמן יהרג ואל יעבור דבשאר עבירות אפי' אי אמרינן דמחויב לימסור א"ע מ"מ בהנאת עצמן פשיטא דאינו צריך לימסור את עצמו משא"כ בג' עבירות מחויב לימסור אפי' בהנאת עצמן וע"כ צריכין קרא דחי בהם דבשאר עבירות אינו מחויב לימסור א"ע אפי' היכי דליכא הנאת עצמו ולעולם דאם ירצה לימסור א"ע רשאי משא"כ הרמב"ם דפסק כר"ל וא"כ ע"כ דאפי' בג' עבירות מהני הנאת עצמן וא"כ ל"צ קרא דוחי בהם דבשאר עבירות א"צ לימסור א"ע ואין לומר דאי לא כתבה וחי ה"א דאפי' בשאר עבירות כן והא דגלי דווקא בג' עבירות דאז לא מהני הנאת עצמו דהא ע"כ מהני דאל"כ קשה מאסתר דג"ע דקרקע עולם לא מהני דכיון דפסק כר"ל אלא ודאי דחי בהם אתא דאינו רשאי למסור א"ע ואי מסר הר"ז מתחייב בנפשו:

ולפ"ז כיון דעיקר ראיה של הרמב"ם מדפסק כר"ל וא"כ לא קשה מר"ע דמסר א"ע דהא ר"ע בודאי לא סובר כר"ל דדריש דחייו קודם לחייו של חבירו א"כ לדידי' בודאי אם רוצים לזורקו על התינוק ויתמעך אינו מחויב למסור א"ע משום דחייו קודמין וא"כ ה"ה בג"ע דקרקע עולם אינו מחויב לימסור א"ע ולעולם דהנאת עצמן לא מהני בג' עבירות וא"כ יש לומר דחי בהם רשות ואי לא כתבה ה"א דבכל מקום מחויב לימסור ובג' עבירות גלי דאפי' בהנאת עצמו לא מהני ע"כ צריכין וחי בהם דא"צ לימסור א"ע ובאם רוצה רשאי ע"כ מסר ר"ע א"ע על התורה משא"כ הרמב"ם דפסק כר"ל וע"כ הוכיח דאסור לימסור מקרא וחי בהם:

ובזה ניחא הרמב"ם דהנה בנדה (ד' י"ב) דבעי שם אשה מהו שתבדוק א"ע כדי לחייב בעלה חטאת ומסיק דלא תבדוק ותבדוק ומה בכך א"כ לבו נוקפו ופורש והרמב"ם השמיט זה וע"כ נראה דהא כתבו דמש"ה קאמר כדי לחייב בעלה ולא היא משום דהיא

פטורה דלא עבדה מעשה ועי' בתשובות ח"ס דכתב דזה דהיא פטורה תליה בפלוגתא הנ"ל דר"י ור"ל דאליבא דר"ל גם היא חייבת והנה בתשובות איתא הא דמשני לא תבדוק דאל"כ לבו נוקפו וכו' זה דוקא אי היא פטורה כשיטת המרדכי משא"כ אי אמרינן דגם היא חייבת לא אמרינן דלא תבדוק כדי שלא יהא לבו נוקפו דאין אומרין לה חטא בשביל שיזכה הבעל. ולפ"ז דכיון דהרמב"ם פסק כר"ל וגם היא חייבת וע"כ השמיט זה הדין דלא תבדוק:

ובעיקר קושית הב"ח נראה לפי מה דאיתא בס' הפלאי וז"ל דודאי ר"ח לא טעי בהא שיהא מחויב למסור א"ע בשביל שלא להעיד עדות שקר רק ס"ל לר"ח דיש לחלק בין כשהמאנס בא על ממון חבירו ובין כשהוא בא להציל א"ע בממון חבירו אם רוצה הגזלן להרוג אותו והוא בא להציל א"ע ממיתה ע"י חתימת שקר דאין יכול להציל א"ע בממון חבירו ס"ל דאסור לגזול או להפסיד ממון חבירו לרפאות א"ע והיינו דהשיב רבא דאכתי הו"ל פ"נ ורשאי לעשות כן ולא משוי א"ע רשיעי ובזה מתרץ שם קושית התוס' על רבא דס"ל דאפילו בג' עבירות א"צ למסור א"ע בצנעה וא"כ מאי קאמר רבא דרק בג' עבירות צריך למסור הא הכא הוי בצינעה אך הא דס"ל לרבא דאפי' בעבודת כוכבים אינו צריך למסור בצינעה זה דוקא אם בא על עבודת כוכבים משא"כ כשבא להציל א"ע בעבודת כוכבים בודאי מחויב למסור א"ע ולא להתרפאות בעבודת ככבים וע"ש וא"כ יש לומר דאי לא כתבה וחי בהם ה"א דבכל מקום מחויב למסור א"ע עכ"פ היכי דהוא בא להציל א"ע ע"י העבירה והא דגלי דבג' עבירות יהרג נפ"מ אפי' היכי דאינו בא להציל א"ע בעבודת כוכבים רק דהכפי' היה על עבודת ככבים ובא על זה מ"מ מחויב למסור א"ע ולעולם ה"א היכי דבא להציל א"ע אז אפי' בשאר עבירו' מחויב למסור א"ע ואסור לעבור כסברת ר"ח וע"כ כתבה התורה וחי בהם דהיכי דהוי פ"נ רשאי להציל א"ע ולעולם דחי בהם הוא רשות ורשאי למסור א"ע:

ומסוגיא זו קשה על שיטת בעה"מ דסובר דאפי' בג' עבירות היכי דכוונתו להנאת עצמו אינו צריך למסור דא"כ למאי צריך רבא לומר דמש"ה ל"צ העדים למסור א"ע משום דרק בג' עבירות מחויב למסור הא הכא הנאת עצמו מכוין שיחתמו על השטר ואז אפי' בג' עבירות ל"צ למסור א"ע ומזה קשה לפי מה דאיתא ברשב"א דכיון דמידת חסידות למסור א"ע ע"כ משוי נפשייהו רשעים אי לא מסרו א"ע אלמא דסובר דאפי' בהנאת עצמו איכא מ"ח לימסור ובש"ך ביו"ד מסיק דאפי' אי אמרינן כשיטת הטור מ"מ בהנאת עצמו גם הטור מודה דאסור ודו"ק:

תקונים

ד"א יעמוד ב' שורה ד' לא קנה משכון לפי מה דאיתא בתשובות הנ"ל. צ"ל לא קנה משכון דכיון דהא וכו' והשאר נמחק:
שם שורה כ"ט ולנגד איסור מהני הכסף צ"ל ולנגד איסור דרבנן מהני הכסף:
שם שורה ל"ב הגמ' לומר ר"מ וחכמים צ"ל הגמ' לומר דפליגי ר"מ וחכמים:
שם ע"ג שורה ה' נולד זה צ"ל נולד ספק זה:
שם שורה כ"ו נולד בתוך פסח אז דאז עובר צ"ל נולד בתוך פסח הא אז עובר:
ד' ב' ע"ב שורה שלשים בזה דמסרו צ"ל בזה דמסרו לש"ח:
שם שורה ל"ט דהא איתא בתומים. צ"ל דהא איתא בתוס':
ד' ג' ע"ב שורה כ"א כדבר שבידו צ"ל בדבר שבידו:
שם בסוף העמוד וע"כ יש לו דתוספתא צ"ל וע"כ יש לומר דתוספתא:
שם עמוד ג' שורה ג' איתא שם בש"ס ההוא צ"ל איתא שם בש"ס (דף ע"ז ע"ב) ההוא:
שם שורה כ' דסובר דשואל ספר. צ"ל דסובר הר"ן בתשובה דשואל ספר:
ד' ד' ע"א שורה א' לא קניא דפרוטה דר"י דאין שומרים בקרקע צ"ל לא קניא דתרועה דר"י ליכא דאין דין שמירה בקרקע ומשום דשמואל ל"ש דמה בכך דחשוב כאילו פירש דהא לא היה קנין ול"ש בההיא הנאה וע"כ לא רצה לקנות המשכון משא"כ וכו':
שם שורה ז' את החיוב צ"ל אך החיוב:
שם שורה י"א ברשות מלוה ואינו ש"ש. צ"ל ברשות מלוה ולא חשוב ת"י ואינו ש"ש משום פרוטה דר"י ולא רצה לקנות המשכון משא"כ וכו':
שם שורה י"ז דאם הוא ש"ש צ"ל דאז הוא ש"ש:
ד' ז' ע"ב שורה ג' בא התנאי לחדש המעשה צ"ל בא התנאי לחזק המעשה:
שם שורה ל"ב בא לחדש צ"ל בא לחזק:
שם שורה נ"ז ג"כ דחדא דרבנן צ"ל ג"כ אמרינן דחדא דרבנן:
ד' ח' ע"ב שורה ד' באתרוג למ"ד צ"ל באתרוג של א"י למ"ד כו':
שם שורה כ"ט קושית הר"ן על צ"ל קושית הר"ן בסוכה על:
שם שורה ל"א המתנה וע"כ דליתא צ"ל המתנה דליתא:
שם עמוד ד' שורה ד' דיש לו רק ב"ח. צ"ל דיש לו ב"ח:
שם שורה מ"ד וע"כ עובר צ"ל וע"כ אינו עובר:
ד' ט' ע"א שורה נ"א בעבר זמנו נשבע. צ"ל בעבר זמנו אינו נשבע:
ד' י' ע"ג שורה י"ב קושית ס' פ"ב. צ"ל קושית הש"ך ס' פ"ב:

ד' י"א ע"א שורה כ"ה הממון אינו ת"י וכתב הרמב"ן. צ"ל הממון אינו ת"י וע"כ כתב הרמב"ן:
שם שורה ל"ז משוה ממון. צ"ל משום דחשוב ממון:
שם עמוד ב' שורה כ"ט והקשו עליו דא"כ דהיה הסוגיא צ"ל והקשו עליו דהא הסוגיא:
ע"ג שורה כ"ג דגם מחילה ל"צ קנין. צ"ל דגם מחילה צריך קנין:
ד' י"ב ע"ב שורה מ"ז ולפ"ז גם בב"נ לענין הנאה ליכא בב"נ. צ"ל ולפ"ז גם בב"נ לענין הנאה ליכא בכ"ש:
שם שורה ל"ט הגמ' והרי אבמ"ה. צ"ל הגמ' בפסחים (ד' כ"ב) והרי אבמ"ה:
שם ע"ג שורה ז' לכ"ע בעי ואמרינן צ"ל לכ"ע בעי לאמרינן:
שם ע"ד שורה ט"ו ובמ"ה מחד קרא. צ"ל ובמ"ה לאו מחד קרא:
ד' י"ג ע"א בסוף העמוד וא"כ גם הותר מכללו. צ"ל וא"כ גם גיד הותר מכללו:
ד' י"ו ע"ב שורה מ"ח וג"כ ניחא. צ"ל וג"כ ניחא קושית התוס' דממ"נ:
ד' י"ח ע"ד שורה מ"ז דלא בעידנא. צ"ל דלא בעינן בעידנא:
ד' י"ט ע"א שורה נ"א שא"צ לגופו והרמב"ם י צ"ל שא"צ לגופו פטור והרמב"ם:
שם עמוד ב' שורה נ"ה אך ל"צ קרא. צ"ל א"כ ל"צ קרא:
שם עמוד ג' שורה נ"ז וע"כ לפי מה. צ"ל וע"כ נראה לפי מה:
שם עמוד ד' שורה נ' לשיטתו דלא הוי. צ"ל לשיטתו ניחא דלא הוי:
שם שורה הנ"ל ליכא ל"ת. צ"ל ליכא רק ל"ת:
ד' כ' ע"ב שורה מ"ח דאונס הוא וא"ש. צ"ל דאונס הוא וא"כ:
ד' כ"ב ע"ג שורה נ"א וע"כ נראה דמאי מקשה. צ"ל וע"כ נראה דקשה דמאי מקשה:
ד' כ"ג ע"ג שורה ב' לא משעת המחילה צ"ל אלא משעת המחילה:
שם עמוד ד' שורה כ"ג איכא ס"ס משום ברירה ולא קשה. צ"ל איכא ס"ס ולא קשה:
ד' כ"ד ע"א שורה נ"ח מקשה דאמאי צ"ל תקשה דאמאי:
שם עמוד ב' שורה ט"ו ואיירי מתני' דמומין וס' אי קפיד. צ"ל ואיירי מתני' בקדשה סתם וכנסה סתם וס' אי קפיד:
שם עמוד ג' שורה י"ח מכירה היה. צ"ל מסירה היה:
שם שורה ל"ו אך יש מקום לעי' צ"ל אך יש לומר:
ד' כ"ה ע"א שורה י"ז הסוגיא אי ספק. צ"ל הסוגיא קאי אי ספק:
שם שורה מ"ט דאפי' בדאורייתא ומש"ה צ"ל דאפי' בדאוריי' יש ברירה ומש"ה:
שם עמוד ב' שורה נ"ז קושית תוס' צ"ל קושית תומים:
ד' כ"ו ע"ב שורה מ"ג הא לאביי אך צ"ל הא לאביי חייב אך:

שם שורה י' רק מדרבנן לא זכה. צ"ל רק מדרבנן ומדאורייתא לא זכה:
ד' ל"ז ע"ב שורה ח' לא אפשר ואפי' לר"י דש"מ רק מדרבנן. צ"ל לא אפשר ואפי' לר"י שרי אך הטעה משום דש"מ רק מדרבנן:
ד' הנ"ל ע"ר שורה נ"ז היכי דלא אפשר עכ"פ. צ"ל היכי דלא אפשר שרי עכ"פ:
ד' ל"ח ע"א שורה י"ח בלא אפשר לר"י ולר"ש צ"ל בלא אפשר לר"י אסור ולר"ש:
ע"ד שורה ל' ולא חל המחילה רק מיגו דחל צ"ל ולא חל המחילה ול"ש מיגו דחל:
שם שורה ל"א דחשוב דשלב"ל ולפ"ז צ"ל דחשוב דשלב"ל משא"כ עולא לשיטתו דסובר דאין כתובין ויש לומר מגו דחל על בו"פ:
ד' ל"ט ע"ד שורה כ"ו איתרע שטר כתובה לדידן. צ"ל איתרע שטר כתובה לדידה:
ד' ס' ע"ג שורה ח' דכיון דמיני' טריף צ"ל דכיון דמדינא טריף:
שם שורה ט' אפי' בקנין אינו ואפי' בקנין צ"ל אפי' בקנין אינו טורף ואפי' בקנין:
שם ע"ד שורה י"א דטעמא דמעמד ג' אינו יכול למחול צ"ל דטעמא דמעמד ג' משום דנעשה:
ד' מ"א ע"א שורה ד' דיש לומר צ"ל יש לומר:
שם שורה ה' או אין ברירה ל"ש לומר צ"ל או אין ברירה דאי אין ברירה ל"ש לומר:
שם שורה י"ח שאינו מבורר לא לשעבד צ"ל שאינו מבורר נשתעבד:
שם ע"ד שורה י"ד הרי היא כשאר שאינה צ"ל הרי היא כשאר נשים שאינה:
ד' מ"ג ע"א שורה ט' דקא טעין טענת דמים ולכאורה צ"ל דקא טעין טענת דמים קשה דאיכא ס"ס שמא מכ"ע ולכאורה:
שם ע"ב שורה מ"ט ולפ"ז דא"כ. צ"ל ולפ"ז ניחא דא"כ:
שם ע"ד שורה כ' ואז ל"ש מיעוטא לפלגא צ"ל ואז ל"ש סמוך מיעוטא לפלגא:
ד' מ"ה ע"ג שורה ל"א דמב"מ בטל. צ"ל דמב"מ לא בטל:
ד' מ"ו ע"ב שורה כ"ט דפליגי דר"י ור"ש. צ"ל דפליגי בפלוגתא דר"י ור"ש:
שם שורה מ"ב דל"ס ש"ח כר"ח. צ"ל דל"ס כר"ח:
שם שורה מ"ח אז גם העשה דתשביתו וליכא. צ"ל אז גם עשה דתשביתו איכא וליכא:
שם ע"ג שורה א' ונהי היכי דעומד לשרוף. צ"ל ונהי אפי' היכי דעומד לשרוף:
ד' מ"ז ע"ד שורה כ"ו הגם דבה"נ לאו ממון. צ"ל דבכה"ת לאו ממון:
שם שורה כ"ט נראה ג"כ דכתב צ"ל נראה ג"כ כן דכתב:
ד' מ"ח ע"א שורה י"ז קשה דהא הטעם צ"ל קשה אך דהא דשכירות:
שם שורה כ"ה וא"כ דבאמת צ"ל וא"כ יש לומר דבאמת:
שם ע"ב שורה י' דבידו לפדותו דכיון צ"ל דבידו לפדותו ונראה דכיון:

שם ע"ג שורה נ"ו לא מהני משום הואיל צ"ל לא מהני ביטול משום הואיל:
ד' מ"ט ע"א שורה י"ט ע"י שליח מ"מ לא יכול לבטל על תנאי דאי אי אפשר. צ"ל ע"י שליח לא יכול לבטל על תנאי דהא אי אפשר:
שם שורה ל"ד מהני תנאי וביטול ליכא. צ"ל מהני תנאי וליכא:
שם ע"ב שורה מ"ו דהיה מספיק באיסור ב"י. צ"ל דהיה בספק איסור ב"י:
שם עמוד ד' שורה ט"ו וא"כ דקיי"ל צ"ל וע"כ קיי"ל:
שם שורה כ"ד ממילא ל"א. צ"ל ממילא לא:
ד' ג' ע"א שורה ל"ב דאי לא"ה הא דעובר צ"ל דאי לא"ה ה"א דעובר:
שם עמוד ג' שורה מ' משום דחשוב וממילא צ"ל משום דחשוב שלו וממילא:
שם עמוד ד' שורה נ"ד דאי יאכל צ"ל דאי יתשיל:
ד' נ"א ע"א שורה ד' דל"ש דלא ליקרא גזלנא ל"ש בהכיר צ"ל דל"ש דלא ליקרא גזלנא והשאר נמחק:
שם ע"ג שורה כ"א לדידן שרי ויתור ולדידי צ"ל לדי' שרי ויתור ולדידן דויתור:
ד' נ"ב ע"א שורה ב' דמש"ה למ"ד צ"ל דמש"ה מחזיר למ"ד:
שם עמוד ד' שורה כ' וע"כ אומר שמואל צ"ל וע"כ אוסר שמואל:
ד' נ"ד ע"ד שורה כ"ג אין נאמנין אפי' באין כת"י צ"ל אין נאמנין בכת"י וכו':
ד' נ"ה ע"ד שורה י"א דהיה להם לחוש עד צ"ל דהיה להם לחוש שלא יתן עד:
ד' נ"ו ע"א שורה י' לומר בפני משום צ"ל לומר בפני נכתב משוה:
שם שורה נ"ה וה"ה לר"מ אפי' שליח לקבלה צריך לומר. צ"ל וה"ה לר"מ אפי' שליח לקבלה אין צריך לומר:
ד' נ"ז ע"א שורה מ"ב איכא שמא צ"ל איכא ס"ס שמא:
שם עמוד ב' שורה א' וספק א' מתיר ליתא. צ"ל וספק א' מתיר יותר ליתא:
שם ע"ג שורה ג' תפילין וזה צ"ל תפילין דבעינן גוף נקי וזה:
שם שורה נ"ה דמנ"ל לנתוקי צ"ל דבעינן לנתוקי:
ע"ד שורה י"א וה"ה באשה אע"ג דחשוב צ"ל וה"ה באשה דחשוב:
ד' נ"ח ע"א שורה ל"ב וע"כ למתני צ"ל וע"כ צריך למיתני:
שם שורה נ' היה צריך שכר צ"ל היה צריך לשלם שכר:
שם עמוד ג' שורה כ"ז דאיכא ספק צ"ל דאיכא ששים:
ד' ס' ע"א שורה ל"ט איסורי הנאה למחליף צ"ל איסורי הנאה אסורין למחליף:
ע"ג שורה מ"ד לא מצינן דאכילה צ"ל לא מצינן לומר דאכילה:
ע"ד שורה ב' ולפ"ז למ"ד צ"ל ולפ"ז לס"ד: