הלכה · מערכות וענייינים

חידושי מהרשדם חלק ב

רבי דוד שלמה מרגליות

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

חידושי מהרשדם חלק ב

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-ב/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

אות כ 5
כלי חרס אינו יוצא מידי דופיו לעולם ועי' בע"ז בסוף ובזבחים ד' צ"ה ובפסחים ד' ל': 5
כבוד הבריות 10
כלאים בציצית 27
כלי של לוקח 33
הכוסס את החטה 39
כאשר זמם 40
אות ל 46
בו יבואר אי לפי מידה משלם אי לפי דמים: 46
אות מ 87
בו יבואר מקדש במלוה 87
מל בלילה 96
מסיח לפ"ת 101
מכ"מ דלא בטל 104
דין מוקצה 108
מומר לחלל שבת 114
מודה בקנס 125
מופלא סמוך לאיש 130
בו יבואר אי מעשין דפסולות 137
מודעא אזביני 142
בו יתבאר אי מעות קונות 148
מדרש כתובה 160
אות נ 170
יבואר נדר על דעת רבים: 170
אי נדר חל בקיום המצוה 200
נפילה דרבים ונפילה דיחיד 206
יתבאר נתינה בע"כ אי הוי נתינה: 216
יתבאר הדין דנ"ר עשיתי לבעלי: 222
נאמנות מפורש נגד יורשים 232
נותן טעם לפגם: 243
דין נפל 254
נוגע בעדות 258
אות ס 264
יבואר ספק טומאה ברה"י אי מהני ס"ס: 264
יבואר אי אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה 268
ספקא דאורייתא לחומרא 283
סימנים 292
בו יבואר ס"ס משם חד אי חשוב ס"ס . 307
ספק אחד נגד הרוב 309
אות ע 332
בו יבואר ע"א במיתה אי נאמן מהתורה או רק מדרבנן 332
יתבאר עד אי נעשה דיין 369
עדים שהעידו שלא בפני בע"ד 371
ע"א באיסורין 381
עובר אי חשוב דבר שלא בא לעולם ... 383
יתבאר עדים בחז"ל 387
יתבאר עני המהפך בחררה 391
עשה דאינו שוה בכל 393
אות פ 396
פשיעה בקרקעות 396
פלגינן דיבורא 410
יתבאר פוגם שטרו אי יכול עוד לטרוף מלקוחות: 422
יתבאר פרוטה דר"י 424
אות צ 427
יבואר צובע בשבת 427

יבואר חששא דצררי אתפסה 431
אות ק 437
יבואר בקנס אי מועיל מחילה קודם שעמד
בדין: 437
בו יבואר אי קונמות מפקיעין מידי
שיעבוד 448
יבואר אי קם דינא 463
יבואר קצירת העומר אי דחי שבת 465
יבואר דין נמצא קרוב ופסול דבטל כל
העדות 466
קרקעות חוץ לארץ 467
לוח הטעות 468

אות כ

כלי חרס אינו יוצא מידי דופיו לעולם ועי' בע"ז בסוף ובזבחים ד' צ"ה ובפסחים ד' ל':

הנה שיטת הרמב"ם דהא דכלי חרס אינו יוצא מידי דופיו ילפינן לה מדכתיב ישבר זה רק בחטאת אבל בשאר קדשים מהני הגעלה אפילו לכלי תרם ותמהו עליו מהא דאיתא בזבחים ד' הנ"ל בעי רמי בר חמא תלאו באויר תנור מאי אבישול ובלוע קפיד רחמנא וכו' ת"ש דאמר רב נחמן תנור של מקדש של מתכות הוה ואי בישול בלא בלוע לא קפיד רחמנא נעביד של חרם ומשני כיון דאיכא שירי מנחות דאפייתן בתנור ואיכא בישול ובלוע וכו' פי' רש"י בישול ובלוע שמן המנחה וכו'. וקשה לשיטת הרמב"ם דישבר רק בחטאת והא במנחת חטאת לא היה שמן וליכא בישול ובלוע ועי' בספר ברכת הזבח ובס' שעה"מ. ונראה דהא בלאו הכי קשו עליו דאם כן איך ילפינן בחמץ וביין נסך דכלי חרס ישבר מדכתיב ישבר בכלי חרס והא חזינן דבשאר קדשים מהני הגעלה אפילו בכ"ח וע"כ דהאי דישבר בחטאת הוא רק גזירת הכתוב דאל"כ אין חילוק בין חטאת בין שאר קדשים ותרצו דהא בתוס' ע"ז וברא"ש שם הקשו אמאי צריכין מריקה ושטיפה במתכות ושבירה בכ"ח והא נותן טעם לפגם הוא אי אמרינן דלינת לילה פוגמת ועי' ברא"ש דכתב דבאמת הוא גזירת הכתוב ועי' שם ובזה תירצו הרמב"ם בפי' המשנה דסובר דהא דבעינן מו"ש משום הבעין ולא משום הבלוע ותמהו עליו אך סברת הרמב"ם דגזרת הכתוב הנ"ל לא היה רק בחטאת לאסור נטל"פ ולא בשאר קדשים דאז שרי נטל"פ וע"כ סובר הרמב"ם הא דבעינן מו"ש הוא משום הבעין דדבר שהוא בעין לעולם לא נפגם משא"כ הטעם לא אוסר דנטל"פ הוא ודק בחטאת החמירה התור' דאפילו נטל"פ אסור וע"כ שפיר סובר הרמב"ם דהא דישבר בכ"ח זה רק בחטאת דאז אוסר הטעם הנבלע בו ובכ"ח אינו יוצא הנבלע ע"י הגעלה וע"כ ישבר משא"כ בשאר קדשים דעיקר מוש"ט הוא משום הבעין ורק דגזירת הכ' דאפילו מה שהוא בעין צריכים מוש"ט וכיון דההכשר רק לבעין ולזה לא שייך דכלי חרס אינו יוצא מידי דופיו:

ועכ"פ חזינן דהיכא דבלוע אוסר לא מהני הגעלה לכ"ת דמהך טעמא בחטאת דאוסר הבלוע ישבר וע"כ שפיר ילפינן דבכל איסורים דהבלוע אוסר כגון ב"י לא מהני הגעלה בכ"ח רק ישבר וע"ש. ובאמת יש קצת לפקפק בזה אי אמרינן דבקדשים עיקר מוש"ט למאי שהוא בעין מהא דאיתא בזבחים ד' צ"ג דחכמים סברו מריקה בחמין ושטיפה בצונן מידי דהוה כל איסורין שבתורה והא לא דמי דהתם בעינן שפיר הגעלה בחמין

משום דבלוע אוסר משא"כ הכא דבלוע נטל"פ ורק מוש"ט הוא משום הבעין אפשר דלא בעינן בחמין:

וניחא בזה קוש' ש"ך סי' ס"ת על הסוברים דכ"מ אינו בולע אלא אור מהלך תחתיו מהא דאיתא במתני' דזבחים אחד שבישל בו ואחד שעירה לתוכו טעון מוש"ט וע"כ איירי בכ"מ דאי בכ"ח בעינן שבירה וקתני אחד שעירה לתוכו אמא דאפי' בכ"מ בלע ע"י עירוי וע"ש. ולפי זה ניחא דכיון דמיש"ט הוא רק למאי שהוא בעין א"כ מאי בכך דלא נבלע בכ"מ רק ע"י האור מ"מ יש בעין על הכלי ולזה צריכין ג"כ מוש"ט בקדשים דבעלמא דההכשר להבלוע ולזה שהוא בעין סגי בהדחה וע"כ אמרינן דכ"מ לא נבלע רק ע"י האור מהלך תחתיו משא"כ הכא דמוש"ט לזה שהוא בעין וע"כ לא בעינן האור מהלך תחתיו:

ובזה ניחא הא דסובר הרמב"ם דאיבעי' תלאו באויר תנור מאי לא קאי רק בחטאת דיש לומר דהא דאסור בישול בלא בלוע משום דחזינן דאפילו נטל"פ אסור בקדשים הגם דבלוע לא נחשב לכלום וע"כ יש לומר דאפי' בישול בלא בלוע אסור וכבר אמרנו דזה רק בחטאת אסור נטל"פ וע"כ סובר דאיבעיות הגמרא לאסור בישול בלא בלוע לא אזלא רק על חטאת והנה לפי זה צריכין לומר דהא דבישול בלא בלוע שרי ואע"ג דחזינן דנטל"פ אסור דג"כ ליכא בלוע אך לפי מאי דאיתא בר"ן בע"ז לתרץ הא דבקדשים צריכין מוש"ט או שבירה הגם דנטל"פ הוא וכתב וז"ל משום דעיקר הטעם דאינו ב"י שרי משום נהי דבפני עצמו הוא מוטעם ומשובח אלא שמפני שאינו משביח תערובתו אלא פוגם הוא שאין אוסר תערובתו וכיון שעדיין שם נותר עליו צותה תורה לבערו כשם שצותה לשרפו וביעור נותר הבלוע בכלי ראתה תורה שבירה בכ"ח או הגעלה בכ"מ וע"ש. ולפי זה שפיר דחה הגמ' לעולם דבישול בלא בלוע שרי רק כיון דאיכא שירי מנחות דהא אי בישול בלא בלוע שרי וע"כ הא דאסור נטל"פ משום סברת הר"ן הנ"ל וא"כ אפי' בשאר קדשים ישבר בכ"ח וא"כ הגם דבחטאת ליכא שמן הא אפילו בשאר קדשים צריכין שבירה בכ"ח כדי לבער הבלוע מהכלי דדוקא לסברת הרא"ש הנ"ל דהוא גזה"כ לאסור נטל"פ אז יש לומר דזה רק בחטאת ולא בשאר קדשים:

ובזה ניחא הרי"ף דפסק דשוחט בסכין של עכו"ם דסגי בהדחה ולא כרב דסובר דקולף ותמהו עליו הא הלכה כרב באיסורי ועי' ביו"ד סי' י' אך לפי מה שהקשה בפלתי דאי אמרינן דכלי מתכות שאינו בולע אלא א"כ אור מהלך תחתיו א"כ מה בכך דבית השחיטה רותח הא במתכות בעינן אור מהלך וכו' אך לפי מה שהקשה בש"ך הנ"ל דהא בהדיא איתא במתני' אחד שבישל בו ואחד שעירה טעון מוש"ט והתם ע"כ איירי במתכות דבכלי חרס בעינן שבירה ותירץ בפלתי דאיירי בכ"ח ובשאר קדשים דאז סובר

הרמב"ם דמהני הגעלה אפילו בכ"ח וכבר אמרנו דטעמו של הרמב"ם משום דהוא נטל"פ רק משום דהוא גזה"כ וגזה"כ לא היה רק בחטאת ובשאר קדשים נטל"פ שרי וההכשר רק הוא משום הבעין וע"כ לא שייך דאינו יוצא מידי דופיו וא"כ לרב דסובר מב"מ במשהו והפוסקים סוברים דכל היכי דמשהו אסור גם נטל"פ אסור וא"כ לדידיה י"ל דההכשר בקדשים אינו משום גזה"כ רק משום מב"מ והוא במשהו לרב וע"כ אסור גם נטל"פ וא"כ לרב אין חילוק דכלי חרס ישבר אפי' בשאר קדשים כיון דהבלוע אוסר וא"כ ע"כ מתני' דקתני אחד שעירה לתוכו איירי בכ"מ ושמעינן דאפי' במתכות לא בעינן אור מהלך תחתיו וע"כ סובר רב דקולף משום דבית השחיטה רותח משא"כ לדידן דבשאר קדשים אפי' בכ"ח מהני מוש"ט וי"ל דבכ"מ בעינן אור מהלך וע"כ לא פסקינן כרב רק דסגי בהדחה:

וגם לפי מה דאיתא בפלתי דסברת הרמב"ם הנ"ל משום דהגם דכ"ח אינו יוצא מידי דופיו מ"מ ע"י הגעלה איקלש הטעם וק"ל דהיכא דהיתרא בלע טעם קלוש שרי משא"כ היכי דאיסורא בלע אסור גם טעם קלוש ע"כ סברת הרמב"ם דחטאת דחשוב איסורא בלע לא מהני הגעלה בכ"ח משא"כ בשאר קדשים דהיתירא בלע וע"כ ע"י הגעלה איקלש הטעם לכן אפי' בכ"ח סגי הגעלה וזה לדידן דק"ל דנ"ט בר נ"ט דהיתרא שרי משא"כ לרב דסובר דגים שעללו בקערה דאסור לאכלן בכותח דסובר דאפי' היכי דהיתירא בלע אסור טעם קלוש א"כ לדידיה אפי' בשאר קדשים לא מהני מוש"ט בכ"ח וע"כ הא דקתני ואחד שעירה מיירי בכ"מ דבכ"ח בעינן שבירה ואפי' בשאר קדשים ושמעינן בזה דאפי' בכ"מ לא בעינן אור מהלך וע"כ סובר רב דקולף משא"כ לדידן דנ"ט בר נ"ט דהיתרא שרי וי"ל דבשאר קדשים אפי' בכ"ח סגי מוש"ט ומתני' אחד שעירה וכו' איירי בשאר קדשים לעולם דבמתכות בעינן אור מהלך תחתיו ע"כ לא פסקינן כרב וסגי בהדחה:

ועי' בס' צ"ק דכתב דסברת הרמב"ם הנ"ל משום דהגם דכ"ח אינו יוצא מידי דופיו לעולם מ"מ לאחר הגעלה לא נשאר רק משהו ובחטאת משהו אסור וע"כ בעינן שבירה משא"כ בשאר קדשים שרי משהו ע"כ מהני הנעלה ואנן ילפינן דכל היכי דהוא במשהו כמו חמץ ויין נסך לא מהני הגעלה:

וניחא בזה קושית ח"י סי' תמ"ז על הא דאיתא ברמ"א שם ובלבד שלא יתיכו בכלי חמץ שהוא ב"י והקשה דהא משמע בגמ' דאיכא ס' נגד פליטת הכלי דהא הגמ' בפסחים ד' הנ"ל פריך על רב דסובר דקדירות בפסח ישברו ואמאי ליעביד שלא במינו ומשמע דאיכא ס' נגד פליטת הכלי דאל"כ מה בכך דיבשל שלא במינו ובס' מק"ח איתא דהא

באמת הוא נטל"פ רק כל היכי דמשהו אסור גם נטל"פ אסור וע"כ פריך וליעביד שלא במינו דאז יהי' שרי משום דהוא נטל"פ ע"ש:

ובזה ניחא דברי הסמ"ג שכתב וז"ל דכל איסורים שהן במשהו גם נטל"פ אסור מהא דפריך ולעביד שלא במינו גזירה אטו מינו ומה בכך הא הוה נטל"פ אלא ודאי דאיסור שהוא במשהו גם נטל"פ אסור ותמהו עליו דלמאי איצטריך להביא קושי' הגמ' ולא מתחלת דברי רב דאמר קדירות בפסח ישברו הגם דהוא נטל"פ וע"כ דכל היכי דמשהו אסור גם נטל"פ אסור ולכאורה נראה דהנה שיטת רש"י שם דמשום הכי סובר רב דישברו משום דסובר דנטל"פ אסור והקשו בתוס' דא"כ מאי מספקא לרבא בע"ז אי אוסר רב נטל"פ אי לא והא מדסובר דישברו ע"כ דאוסר נטל"פ וע"ש וע"כ נראה דהנה בתוס' כתבו שם דמ"ה סובר רב דישברו משום דלכתחלה אסור נטל"פ ועוד דהכא שאני דאינו פוגם רק משום ששהה בדופן הכלי משא"כ התם בע"ז דפוגם אפי' כשהוא בעין והקשה בס' שה"מ דא"כ שמואל דסובר בע"ז דאפי' היכי דאינו פוגם רק מחמת ששהה בדופן הכלי חשוב נטל"פ ושרי וא"כ לא צריך שמואל לומר דמשום הכי לא ישברו משום כר"ש וע"י תערובות לא קניס ר"ש והא בלאו הכי שרי משום דהוא נטל"פ ותירץ שם דהא דלא סגי בתירוץ ראשון של התוס' משום דלכתחלה אסור משום דא"כ קשה לשתמש שלא במינו ואין לומר משום גזירה אטו מינו הא מינו ג"כ לא אסור רק משום גזירה דב"י והוה גזירה לגזירה וע"כ איצטריך שמואל לומר דמש"ה לא ישברו כר"ש דאל"כ אסור עכ"פ להשתמש במינו דליכא רק חדא גזירה אטו ב"י וע"ש:

ולפי זה י"ל לפי מה שהקשו בתוס' שם מה פריך ולעביד שלא במינו הא אין מבטלין איסור לכתחילה ועי' בר"ן וכתב דהיכא דהיתרא בלע מבטלין לכתחילה ועי' בסוף ע"ז על הא דמחלק שם דבהיתרא בלע סגי בהגעלה ובאיסורא בלע בעי ליבון ופריך רבא סוף סוף כי פלט איסורא פלט ע"ש וא"כ לרבא אפי' בהיתירא בלע אין מבטלין לכתחילה ולא קשה לדידי' ולעביד שלא במינו ולפי זה י"ל הא דהוכיח רש"י דרב אוסר נטל"פ משום דאין לומר דלכתחלה אסור נטל"פ דא"כ תקשה וליעבד שלא במינו ואין לומר משום גזירה דבמינו הא גם מינו מדינא שרי ונטל"פ הוא ולא אסור רק משום גזירה אטו ב"י וע"כ רב אוסר נטל"פ וזה לדידן דמחלקינן בין היתירא בלע משא"כ רבא לשיטתו שפיר מספקא דרב מתיר נטל"פ והא דסובר דישברו משום דלכתחלה אסור ולדידיה לא קשה ולעביד שלא במינו די"ל משום דאין מבטלין איסור לכתחלה הגם דהיתירא בלע:

ולפי זה ניחא הסמ"ג הנ"ל דלפי מאי דאיתא בריטב"א בחולין דאע"ג דאינו ב"י לכתחלה אסור מ"מ היכי דהיתירא בלע שרי אינו ב"י לכתחלה וא"כ מרב גופא אינו ראי' דהיכי

דמשהו אסור גם נטל"פ אסור די"ל משום הכי ישברו משום לכתחלה אסור נטל"פ וא"ל דהא היתירא בלע ואז שרי לכתחלה די"ל דחמץ חשיב איסורא בלע כיון דשמו עליו ועי' בר"ן וברמב"ן דהרבה פוסקים סוברים דחמץ חשוב איסורא בלע לענין נ"ט בר נ"ט אך מדפריך הגמרא ולעביד שלא במינו ואע"ג דאין מבטלין איסור לכתחלה וע"כ דחשוב היתירא בלע וא"כ אי אפשר לומר דלכתחלה אסור נטל"פ דכיון דהיתירא בלע וע"כ משום דכל היכי דמשהו אסור גם נטל"פ אסור אך לפי המקו"ח הנ"ל ניחא בפשיטות דמדרב אינו ראי' די"ל משום דלכתחלה אסור נטל"פ אך כיון דפריך הגמרא ולעביד שלא במינו ואע"ג דליכא ס' וע"כ דהיתר הוא משום נטל"פ ובמינו אסור משום דכל היכי דמשהו אסור גם נטל"פ אסור:

אך לפי צ"ק הנ"ל י"ל דקושית הגמרא ולעביד שלא במינו ע"י הגעלה והגם דכ"ח אינו יוצא מידי דופיו מ"מ לא נשאר רק משהו ושלא במינו שרי משהו

ובזה ניחא קושי' תויו"ט בזבחים דהנה שם ד' צ"ג איתא במתני' חטאת פסולה דמה אין טעון כיבוס בין שהיה לו שעת הכושר בין שלא הי' לו שעת הכושר ולקמן איתא מדמה מדם כשירה ולא מדם פסולה רע"א היתה לו שעת הכושר ונפסלה דמה טעון כיבוס לא היתה שעת, הכושר אין דמה טעון כיבוס רש"א אחד זה ואחד זה אין דמה טעון כיבוס מ"ט דר"ש כתיב אותה וכתיב מדמה חד להיכי דהיה לו שעת הכושר ור"ע אותה פרט לתרומה ור"ש לטעמו דקדשים קלים לא בעינן מוש"ט וכש"כ תרומה וכו' וא"כ לפי זה מתני' דקתני דאפילו היה לו שעת הכושר ע"כ כר"ש בק"ק לא בעינן מוש"ט לפי זה קשה סתמא אסתמא דסתם מתני' לקמן דקדשים קלים בעינן מוש"ט דלא כר"ש וע"ש וע"כ נראה דהנה בתוס' הקשו שם על הא דאיבעיא שם בישול במקצת הכלי טעון מוש"ט בכל הכלי דאמאי לא איבעיא בכל איסורים שבתורה בישול במקצת הכלי וכו' ותירצו המפרשים דבשאר איסורים דאוסר הבלוע דאינו נותן טעם לפגם וע"כ פשיטא דבודאי טעון הגעלה בכל הכלי משום דבישול מפעפע משא"כ הכא דהוה נטל"פ ועיקר מוש"ט משום הבעין ולזה לא שייך הכשר רק במקום שבישל ולא במקום אחר ורק כשאמר מסתברא כבגד והתם מיירי בחטאת ובחטאת גזה"כ דאסור גם הבלוע דמי לשאר איסורין ועוד תניא דאפי' בשאר קדשים דאינו אוסר הבלוע מ"מ צריך מוש"ט בכל הכלי וע"ז פריך וטעמא מאי דהיינו בשאר קדשים ולא שייך בישול מפעפע ע"ז משני אמר קרא ואם בכלי נחושת בושלה אפי' במקצת הכלי. ולפי זה י"ל דהא לכאורה תקשה על רש"י דפי' במתני' דפסולה אין דמה טעון כיבוס משום דכתיב אשר יזה לראויה להזאה הכתוב מדבר ולפי זה קשה על ר"ע דסובר דהיתה לו שעת הכושר צריך כיבוס משום דקרא

דאותה צריכין על תרומה והא איכא קרא דאשר יזה דשמעינן מינה דפסולה אין דמה טעון כיבוס ולפי זה קרא מדמה אתא דאפי' היה לו שעת הכושר וכו'. אך נראה דלכאורה קשה על רש"י דיליף מאשר יזה דהא לקמן ד' צ"ד ילפינן מזה דלא טעון כיבוס רק במקום דם בלבד ולא כל הבגד וע"כ נראה דהנה הא דס"ד דצריך כיבוס כל הבגד בלא קרא דאשר יזה ואין לומר מדחזינן דבישול במקצת הכלי טעון מוש"ט בכל הכלי הא לא דמי דבישול מפעפע וע"כ משום דהבלוע הוא נותן טעם לפגם ומריקה ושטיפה הוא משום הבעין ולא שייך מפעפע ואפי' הכי חזינן דצריך מוש"ט בכל הכלי והוה אמינא ה"ה בדם דבעינן כיבוס כל הבגד וע"כ צריכין קרא דאשר יזה וזה לדידן דנותן טל"פ שרי ומוש"ט הוא משום הבעין משא"כ סתם מתני' הוא ר"מ ור"מ אוסר נטל"פ וא"כ לדידי' אוסר הבלוע ושייך לומר בישול מפעפע משא"כ בדם ולא צריכין קרא דאשר יזה דלא טעון כיבוס רק במקום דם דממילא ידעינן דלא דמי לבישול דמפעפע וא"כ קרא דאשר יזה אתא דפסולה אין דמה טעון כיבוס וקרא מדמה אתא אפי' היה לו שעת הכושר וע"כ הגם דסתם מתני' הוא דקדשים קלים בעינן מוש"ט וצריכין קרא דאותה פרט לתרומה מ"מ איכא תרי קראי קרא דאשר יזה וקרא מדמה וע"כ אמרינן דאפי' הי' לו שעת הכושר דהא לא צריכים קרא דאשר יזה דלא טעון כיבוס רק במקום הדם דממילא ידעינן זה דהא לא דמי לבישול דמפעפע כיון דנטל"פ אסור לר"מ אוסר הבלוע ור"ע דלא יליף מאשר יזה דהוא סובר דנטל"פ שרי ומוש"ט הוא משום הבעין וא"כ דמי דם לבישול דגם בישול לא מפעפע וע"כ בעינן קרא דאשר יזה דלא טעון כיבוס רק במקום דם ולא דמי לבישול משא"כ סתם מתני' הוא ר"מ דאוסר נטל"פ. וניחא בזה קושי' מהרש"א בפסחים על הא דפריך שם הגמ' על ר"ע דיליף ט"כ מג"נ הא ג"נ חידוש הוא דבעלמא שרי נטל"פ והכא אסור והקשה דלמא ר"ע סובר דבכל מקום נטל"פ אסור וליכא חידוש וע"ש. ולפי זה ניחא דא"כ תקשה דאמאי לא יליף מקרא דאשר יזה דאין לומר דבעינן דלא טעון כיבוס רק במקום הדם דממילא ידעינן דלא דמי לבישול דמפעפע דהא הוא סובר נטל"פ אסור ומוש"ט הוא משום הבלוע וא"כ י"ל בישול מפעפע אלא ודאי דר"ע סובר דנטל"פ שרי ודו"ק:

כבוד הבריות

אי דוחה לא תעשה שבתורה:

ועין בברכות דף י"ט דסובר רב המוצא כלאים בבגדו דפושטו אפילו בשוק ופריך הגמרא ולאחותו מה תלמוד לומר הרי שהי' הולך לשחוט את פסחו וכו' יכול יטמא וכו' יכול שאינו מטמא גם למת מצוה ת"ל ולאחותו לאחותו הוא דאינו מטמא אבל

מטמא למת מצוה ומשני שאני התם דכתיב ולאחותו וליגמור מני' שב ואל תעשה שאני. והנה הרמב"ם הלכות כלאים פ' י' הביא ולמה נדחה פסח מפני מת מצוה משום דכתיב ולאחותו ולא כתב משום דהוא שב ואל תעשה וקשה דא"כ תקשה קושית הגמרא ולילף מני' וצריכין לומר תירוץ הגמרא משום דהוא שב ואל תעשה ועיין בתומים ס' כ"ח דכתב וזה לשונו דהא התוס' וכן הרמב"ן בתורת אדם הביאו גרסות קדמאי בהגמרא פריך מלאחותו וקאמר הגמרא דמנזיר שמטמא למת מצוה ליכא למיפרך דמה לנזיר שישנו בשאלה ומכהן ליכא למפרך שכן אינו שוה בכל אלא כי פריך הגמרא רק מפסח והקשה בתומים א"כ דכל הקושי' מפסח הא יש לחלק דבעלמא אין כבוד הבריות דוחה מצוה של תורה משום אין חכמה אבל פסח אפשר לקיים כבוד הבריות לקבור מת מצוה ומכ"מ לעשות פסח דהיינו פסח שני שהוא תשלומין דראשון וכיון שיש בידו לקיים שנים מקיימין שנים וצריכין לומר דא"כ במי שהוא טמא או בדרך רחוקה בפסח ראשון והוצרך לפסח שני והולך לעשות פסח שני מכ"מ אם פגע בו מת מצוה חייב לטמאות למת וידחה פסחו והא אין לזו תשלומין כלל ושפיר פריך ונילוף מני' אך זה אם אמרינן נשים בשני חובה כמו בראשון ואם כן הוי עשה ששוה בכל ושפיר קשה נילף מני' אבל אם אמרינן דנשים בשני רשות ואם כן אינו שוה בכל ולא קשה ונילוף מני' ואין צריכין כלל לומר תירוץ הגמרא שב ואל תעשה שאני ואם כן יש"ל הא דפריך הגמרא היינו למ"ד דנשים בשני חובה אבל לפי דקיי"ל נשים בשני רשות אין צריכין כלל תירוץ הגמרא שב ואל תעשה שאני ולכך לא הביא הרמב"ם וע"ש ובזה ניחא הרמב"ם דסובר דמלך חייב קרבן בשמיעת קול ותמהו עליו דאיתא בהדי' במשנה דמלך אינו חייב קרבן משום דמלך לא מעיד ולא מעידין אותו והכ"מ טרח ליישב דמנ"ל לחלק על ר"ע וע"כ נראה דהא הקשה דודאי יש למצוא דמלך מחויב להעיד בדבר ממון ומסתעף מיני' דבר אסור ומחויב להעיד כיון דמסתעף מיני' דבר אסור דבזה אמרינן אין חכמה וכו' וקרבן שבועה איכא כיון דאיכא נפקותא גם לממון כגון בעד מיתה דמחויב גם מלך להעיד דאיכא מילתא דאיסורא וכן הוא שיטת הסמ"ע סימן הנ"ל דחשוב אפרושי מאיסורא דהא אם לא יעיד שמת בעלה ותקבל קדושין מאחרים לא יהי' נחשב הקדושין לכלום וקרבן שבועת העדות איכא דהא מסתעף גם ממון דנוטלות הכתובה וכן איתא בשבועות דאמר רב"פ הכל מודים בעד אחד במיתה שחייב ובתומים מתרץ דכיון דמלך לא דנין אותו הוי עדות שאי אתה יכול להזימו וע"ש. אך זה אינו דהא אין בודקין עדי נשים בדרישה וחקירה דכיון דאיכא כתובה למישקל חשוב דיני ממונות דל"צ דרו"ח אך נראה דלפי מה דאיתא בספר עצי ארזים דבעד אחד לא שייך לומר כיון דאיכא כתובה למישקל

והרי מבואר ביבמות דף קי"ז דמדינ' לית לה למישקל כתובה רק משום מדרש כתובה לכשתנשאי לאחר תטלי וכו' או משום קו"ח אם התרתם ערוה החמורה וכו' ואם לא נתירה להנשא אין מקום לגבות כתובה כלל ואיך שייך לומר שניקל בדרישה וחקירה משום גיבוי כתובה כיון שגביות הכתובה עצמה אינו מדינא אלא מטעם היתר נשואין שהוא עיקר העדות וע"כ הא דל"צ דרו"ח הוא בשני עדים דאז הכתובה שהיא נוטלת אינו משום היתר נשואין רק דשני עדים נאמנים על ממון וא"כ ניחא דר"ע סובר דמלך אינו חייב קרבן שבועת עדות דהיכא דהוא לבדו ואין כאן עוד עד הוי עדות שאי אתה יכול להזימו דלא דנין אותו ואין לומר דאין בודקין בדו"ח דבעד אחד לא שייך כיון דאיכא כתובה למישקל כיון דזה רק משום היתר נשואין ואם יש עוד עד אחד זולתו דמהני לממון ולא היתר נשואין הרי מותרת להנשא על פי עד השני ולא מהני עדותו של המלך רק לממון ובשביל הממון לא צריך מלך להעיד וזה הכל לר"ע לשיטתו דסובר דהא דאין צריך דו"ח משום הכתובה דזה לא שייך בעד אחד לבדו משא"כ הרמב"ם לשיטתו דסובר הטעם דאין צריך דרו"ח בעדי נשים הוא משום תקנות עגונות כמו שהקילו משום עגונא דאפילו קרובים נאמנים וע"כ גם בעד אחד לבדו ל"צ דרו"ח א"כ משכחת דגם מלך מחוייב להעיד כגון להעיד שמת בעלה. ויותר נראה דהא בספר ישועת יעקב הקשה וזה לשונו דלכאורה קשה מה בכך דאיכא כתובה למישקל נימא דבאמת לענין כתובה מהני ולענין איסור אינו מועיל אלא דזה נכון דעיקר הטעם דמהני לענין כתובה דמשום דמספר כתובה נלמד לכשתנשא לאחר תטלי מה שכתב ליכי. אבל מדינא אינו מועיל בעדים פסולים או בעד אחד וא"כ אי נימא דלענין איסור בעינן דרו"ח א"כ אף לענין כתובה לא מהני עדותן ולכך הקילו חז"ל בזה ואף בעדים כשרים לא בעינן דרו"ח דאיך יתכן שעדים פסולים לא יצטרכו ועדים כשרים יצטרכו דרו"ח וע"ש ובזה ניחא הא דאיבעי' ביבמות עד אחד ביבמה מאי ורצה לפשוט ממתניתין דאמרי לה מת בעלך ואח"כ מת בנך ודחי דלעולם דמיירי בתרי ותרי רק דמיירי בהזמה וקשה כיון דאין בודקים עדי נשים בדרו"ח לא משכחת הזמה. אך נראה דהשתא דהוה סובר דעד אחד אין נאמן דבעינן שני עדים כשרים א"כ לא שייך לומר דכיון דאיכא כתובה למישקל דאמרינן פלגינן דבורא דלכתובה נאמנין ולא לענין איסור:

אך י"ל דכיון דכתובה רק מדרבנן לא פ"ד ועי' בתוס' כתובות דכתבו כן דכיון דקיום שטרות דרבנן לא פ"ד כדי לבטל השטר והוא הדין לענין כתובה ואמרינן עדות שבטלה מקצתו בטלה כולו וע"כ מקלינין גם לענין איסור דלא בעי דרו"ח אך בסוגיא מוקי דמתניתין אתא כר"ע דסובר דאין קדושין תופסין בחייבי לאוין ור"ע הא סובר דכתובה

דאורייתא ועי' ברא"ש דכתובות ושפיר משני הגמרא דמיירי בהזמה וניחא בזה הא דתמה הרא"ש על הרי"ף דסובר דעד אחד ביבמה נאמן וקשה הא דחי הגמרא דאיירי בהזמה אך י"ל דזה לפי סוגי' דהכא דמוקי כר"ע אבל לרבנן לא הוי ממזר מיבמה לשוק אבל לפי הסוגי' דגטין דמתניתין אפילו לרבנן הוי ממזר וע"ש בתוס' וכיון דכתובה דרבנן לא פ"ד וממילא ל"צ דו"ח ואי אפשר לומר בתרי ותרי ובהזמה בע"כ בעד אחד די ושמעינן דעד אחד ביבמה נאמן:

אך נראה יותר דמשום הכי אמרינן דכיון דאיכא כתובה למישקל ול"א פ"ד דאדרבה דעדות שבטלה מקצתו והם לא נאמנים לענין איסור יהיה בטל העדות גם על כתובה וע"כ אמרינן דלא בעי דרו"ח ועי' ברא"ש במכות ובירושלמי. אך קשה לפי מה דאיתא בדרישה דמשום הכי אמרינן דכיון דאיכא כתובה למישקל לא בעי דרו"ח משום דמה"ת היכי דליכא הכחשה לא בעינן דרו"ח רק דמדרבנן וע"כ מקילינן לומר דכיון דאיכא כתובה למישקל וע"ש ולפי הדרישה ניחא קושיית המהרש"א בב"ב ד' ל"ב על התוס' דהקשו וא"ת שנים אמרי מת ושנים אמרי לא מת ונשאת ולאח"כ באו עדים אמאי לא תצא דהא לא שייך דייקא ומנסבה בשני עדים ותירצו דיראה שמא יוזמו והקשה במהרש"א דלמה הקשה מנשאת ואח"כ באו עדים ולא הקשה בבאו עדים ואח"כ נשאת דס"ל לחכמים דל"ת וע"כ נראה דהך סברא דדייקי אולי יוזמו ס"ד התוס' בקושי' ג"כ אך כיון דקיי"ל דאין צריך דרו"ח עדי נשים א"כ אי אפשר בהזמה כיון דלא אמר באיזה יום והא שייך בנשאת ואח"כ באו עדים דלא הי' אז הכחשה מעדים אחרים ולא בעי דרו"ח משום דאיכא כתובה למישקל משא"כ באו עדים ואח"כ נשאת דאיכא הכחשה ומדאורייתא בעי דרו"ח ואז לא מהני זה הטעם כיון דאיכא כתובה למישקל ובעי דרו"ח ואפשר להזים ושייך דייק' וכו' ועכ"פ אמרינן דהיכי דליכא הכחשה לא בעי דרו"ח מדאורייתא וא"כ אכתי תקשה לפי מה דקיי"ל בעבד שהביא עמו וכתוב בו עצמך ונכסי קנויין לך דסובר אביי מתוך שלא קנה נכסים לא קנה עצמו ורבא סובר דפל"ד דעצמו קנה נכסים לא קנה והקשו דאמאי לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. אך טעמו של רבא דכיון דקיום שטרות הוא רק מדרבנן דמן התורה גם הנכסים קנה וע"כ פלגינין דיבורי'. וא"כ ה"ה הכא דכיון היכי דליכא הכחשה לא בעינן דו"ח ומהני עדות גם לאיסור א"כ אמאי לא פלגינין דיבורי' ולא שייך לומר כיון דאיכא כתובה למישקל וע"כ הצריך להרמב"ם לחדש דמשום ת"ע לא בעינן דו"ח ואע"ג דבתחילתו לא הקלנו

אך לרבא דסובר ביבמות דף קט"ו דל"ח לתרי יצחק הגם דבגט חיישינן משום מיתה לא חיישינן דמשים עיגון הקילו כמו דאיתא ברא"ש בגיטין משא"כ בגט אפשר בגט אחר. וא"כ ע"כ סובר רבא אפילו בתחילתה הקילו:

ועין בתשובות בספר ע"א דלאביי דחייש לתרי יצחק וע"כ דסובר דבתחילה לא הקילו דלדידי' יש לומר דמשום דאיכא כתובה למשקל לא בעי דו"ח דלא שייך פ"ד דאמרינן דעדות שבטלה מקצתה וכו' דהא הוא סובר דאפילו מדרבנן בטל כולו. ולפי מה דאיתא בספר פ"י דהך טעמא דכיון דאיכא כתובה זה אי כתובה דאורייתא משא"כ אי כתוב' דרבנן בפשיטות ניחא דר"ע לשיטתו דסובר דכתובה דאורייתא וע"כ קאמר כיון דאיכא כתובה למישקל משא"כ לדידן דכתובה דרבנן וע"כ צריך הרמב"ם לומר משום עיגונא לא בעינן דו"ח. גם י"ל על הרמב"ם הנ"ל דהא הקשה איך נוטלת הכתובה ע"י ע"א דאמר מת דהא הוי עדות שאי אתה יכול להזימו דמצי לומר דלהתירא בעלמא אתי ולא לחייבו ממון הכתובה:

ועי' בתשובת מים חיים ובאמת לטעמא דנוטלת הכתובה משום מדרש הכתובה ניחא:

אך דכיון דחזינן דגם תוספות כתובה נוטלת אע"ג דעל תוספות ליכא מ"כ וע"כ משום נאמנות העד משום דהוי מילתא דעבידי לאגלויי וקשה כנ"ל. ולפי מה דאיתא בתומים סימן ל"ח וזה לשונו דסבירא לי' להרמב"ם הא דאמרינן דאין העדים נענשים משום דאמרו אנו לא לכך נתכונו מה בכך. סוף כל סוף גרמו בעדותן להרוג. אלא דהא באמת הם לא עשו דבר דהא לא נהרג רק התורה קנסהו למחשבתם הרעה כדכתיב אשר זמם לעשות. וכאן הרי מחשבתם לא הי' לרעה וזה שייך בחיוב מיתה דממנ"נ דאם הרגו אינן נהרגין וקודם שהרגו הא לא פעלו דבר רק אנו באים לענשם על מחשבה והם אומרים לא באנו לרעה. אבל במלקות דבאמת כבר לקה הנידון א"כ הם חייבים מלקות במה שעשו וגרמו לו מלקות אף המה ילקו וע"ש:

ולפ"ז כיון דהכא איירי ע"כ באתפסה מטלטלי אי יוזם העד לא יכול לומר דכוונתו לא הי' רק להתיר דמ"מ גרמו לו היזק והוי כאשר עשו ולא מחשבה לחוד. אך קשה לס"ד דלא ידעינן דאתפסה תקשה דלא הוי רק מחשבה לחוד ויכול לומר דמחשבתו לא הי' לגבות הכתובה רק להתירה לשוק:

אך יש לומר מדלא אמר לדידה לחוד והי' סגי דאז היא נאמנת ששמעה מע"א שמת וע"כ דבא לממון ואי אומר לדידה לחוד עכ"פ תוספות כתובה לא נוטלת וע"כ העיד בעצמו דמת ואז נוטלת גם תוספות עכ"פ ראי' דבא לענין כתובה ואי יוזם לא יכול לומר דלא בא רק להתיר וע"כ ניחא גם לס"ד דלא ידעינן באתפסה. והנה איתא בב"ש סימן

י"ז דאי אמרינן דהיא נאמנת גם לכתובה משום קו"ח אם התרתי ערוה החמורה וכו' אז נוטלת גם התוספת וע"ש. וא"כ אין הוכחה דמדלא אמר לדידה דבא בשביל הכתובה דהא אפילו אם בא בשביל הכתובה הי' סגי שיאמר לדידה והיתה נוטלת גם התוספות וא"כ אכתי אי אפשר להזים דיכול לומר להתיר בא וע"כ ניחא הרמב"ם דהביא דין דר"פ במשביע ע"א דחייב באתפסה מטלטלי והקשה הא לבתר תקנת הגאונים גם מטלטלי משועבד לכתובה דלא הוי עדי קרקע ולא צריכין אתפסה. ולפ"ז ניחא דבלא אתפסה אי אפשר להזים והסוגיא קאי אי היא נוטלת הכתובה הוא משום מ"כ ואז אינה נוטלת תוספות וא"כ דמדלא אמר לדידה ע"כ דבא בשביל הכתובה וע"כ לא צריכין אתפסה רק כדי שלא יהי' עידי קרקע משא"כ לדידן דהרמב"ם סובר משום קו"ח הנ"ל נוטלת הכתובה ע"כ צריך להביא באתפסה. ולפ"ז ניחא הרמב"ם הנ"ל דהא תקשה דבעדות מיתה גם מלך מחויב להעיד איך כתבו דיכול לומר העדות לדידה ולא צריך לבוא לב"ד: **אך** הקשו ביבמה דהיא אינה נאמנת לומר מת יבמי ואכתי משכחת דמלך מחויב לבוא בפני ב"ד להעיד ועי' בס' ע"ח. אך אז לא מהני עדותו דיכול לומר אי הוזם דלא בא רק להתיר ולא לכתובה כיון דלא יועיל לומר לדידה וזה הכל לר"ע לשיטתו דסובר דכתובה דאורייתא ואז כתובה ניגבית גם ממטלטלין ולא איירי באתפסה ויכול לומר דלא בא רק להתיר. משא"כ לדידן דע"כ איירי באתפסה דאל"ה יהי' עדי קרקע ואז לא יכול לומר דבא רק להתיר וע"כ דגם מלך חייב קרבן שבועת עדות כגון ביבמה. אך אכתי תיקשה דגם לר"ע דמשכחת באתפסה נהי דל"צ אתפסה שלא יהיו עידי קרקע מ"מ משכחת דצריך להעיד באתפסה. וע"כ נראה דלפי מה שהקשו בתוספות סנהדרין על הא דפריך הגמרא על כהן גדול דמעיד דאמאי לא משני דאיירי בדבר איסור ותירצו לפי מה דהקשו בתוספות שבועות על הא דקאמר שם דמילתא דאיסורא מחויב לילך לב"ד דזוטר מיני' דבזה לא אמרינן דגדול כבוד הבריות וקשה הא הוי שב ואל תעשה דאז אפילו במילתא דאיסורא אמרינן גדול כבוד הבריות ותרצו בתוספות דזה דווקא בבזיון גדול כגון דמת מצוה התם אפילו באיסור היכי דהוא שב ואל תעשה אמרינן גדול כבוד הבריות משא"כ הכא דהוא בזיון קטן לילך לב"ד דזוטר מיני' וע"כ אפילו בשב ואל תעשה נדחה כבוד הבריות וא"כ בכ"ג או לך דהוא בזיון גדול אפילו באיסור היכי דהוא שב ואל תעשה לא נדחה כבוד הבריות וע"כ אפי' מילתא דאיסורא לא צריך לילך להעיד כיון דהוא שב ואל תעשה. אך זה הכל למ"ד דנשים בשני חובה ואז קשה קושית הגמרא דחזינן דמטמא למ"מ וצריכין לומר דשב ואל תעשה שאני וא"כ מלך אינו מחויב להעיד אפילו לאיפרושי מאיסורא משא"כ לדידן דקיימא לן דנשים בשני רשות וא"כ לא קשה קושית

הגמרא בפסח דנדחי מפני מ"מ דבפסח ראשון הא יכול לעשות בשני ובשני לא הוי שוה בכל לענין נשים וא"כ י"ל דאפילו בשב ואל תעשה צריך להעיד היכי דשוה בכל וא"כ משכחת דגם מלך יהי' מחויב להעיד הגם דהוא שב ואל תעשה כגון דעדות לאפרושי מאיסורא השוה בכל וע"כ פסק הרמב"ם דגם מלך חייב בקרבן שב"ע:

ובאמת י"ל דגירסת הרמב"ם דר"ע ור"ט אמרו דבודקין עדי נשים בדו"ח וע"כ לא משכחת דמלך מחויב להעיד כיון דאין דנין אותו חשוב עדות שאי אתה יכול להזימו כיון דבעי דרו"ח אפילו בע"נ ואפשר לומר דפליגי בהא דת"ק סובר סברת הדרישה הנ"ל דהיכי דליכא הכחשה מן התורה לא בעי דרו"ח רק מדרבנן וע"כ אמרינן כיון דאיכא כתובה למישקל חשוב ממון ור"ע סובר אפילו היכי דליכא הכחשה בעינן מה"ת דרו"ח וע"כ לא אמרינן כיון דאיכא כתובה למישקל. ובזה ניחא הא דפסק הרמב"ם דבחקירות שנים אומרים ידענו ואחד אומר איני יודע עדותן קימת ובסנהדרין דף מ"א קאמר שם כמאן דלא כר"ע ופירשו התוספות שם דחשוב האחד כנמצא קרוב או פסול וע"כ קאמר דלא כר"ע דהא לר"ע נמצא אחד קרוב או פסול עדותן בטלה. וא"כ כיון דקיי"ל כר"ע אמאי פסק הרמב"ם דעדותן קיימת ועי' בלח"מ:

ולכאורה י"ל בפשיטות דהא בנודע ביהודה תמה דלא דמי עד שאומר איני יודע בחקירות לפסול דהא אם אמר אח"כ נזכרתי באיזה יום לא חשוב חוזר ומגיד והוא עצמו כשר ולא חשוב פסול וא"כ איך יפסול עדים אחרים בשלמא קרוב או פסול מיקרי פסולי עדות דהפסול בגופם וע"כ נראה דזה האומר אינו יודע אי חוזר ומגיד לומר נזכרתי תליא בזה דהנה בר"נ בשבועות איתא על הא דסובר ר"ש שאינו יכול לחזור ולהודות וע"כ אין חייבים אלא אחת דכיון שהגיד אינו חוזר ומגיד הגם שלא אמרו בתחילה רק א"י חשוב חוזר ומגיד ואח"כ מסיק שם דלעולם דלא חשוב חוזר ומגיד והא דאין יכולים לחזור ולהודות דלא מצי משוי נפשייהו רשעים שהרי כפרו בתחילה אחרי שהשביעם ולפ"ז לרבא דסובר דבעינן רשע דחמס וא"כ אי אפשר לומר דנעשו רשעים ועל כרחך לדידי' דהא דאין יכולים לחזור ולהודות משום דאינו יודע ליודע חשוב ג"כ חוזר ומגיד וע"כ רבא לשיטתו קאמר שפיר דלא כר"ע דחשיב פסול כיון דלא יכול לומר נזכרתי משא"כ לדידן דקיי"ל דלא בעינן רשע דחמס ויש לומר דלא חשוב חוזר ומגיד וע"כ לא חשיב פסול שיבטל כל העדות וע"כ הגם דקיי"ל כר"ע מ"מ העדות קיים ולא דמי לנמצא קרוב או פסול כיון דיכול לומר נזכרתי. אך יותר נראה דהא קשה מאי קאמר דלא כר"ע דילמא איירי דליכא הכחשה דאז מה"ת לא בעינן דרו"ח רק מדרבנן וא"כ הפסול רק מדרבנן וקיי"ל דפסול מדרבנן אינו מבטל כל העדות אך לר"ע דסובר דעידי נשים בעינן דרו"ח

ע"כ דסובר דאפילו בליכא הכחשה בעינן דרו"ח מן התורה וע"כ קאמר שפיר דלא כר"ע משא"כ לדידן י"ל דעדותן קיימת הגם דקיי"ל קרוב או פסול מבטל כל העדות אך מיירי בליכא הכחשה ודוק:

ולפי מה שאמרנו דאי כתובה דרבנן לא אמרינן כיון דאיכא כתובה למישקל ובעי דו"ח וניחא בזה קושי' תוס' גיטין ד' ג' ד"ה דתנן דהכא משמע דר"מ לא בעי כתיבה לשמה ולקמן תניא המביא גט ולא אמר בפ"נ ובפ"נ דהולד ממזר ולרבא ניחא דבעי בפ"נ דלא ליתי לאיחלופי אבל לרבה דלית ליה טעמא דאיחלופי משום דכיון דידענו לא מהני וע"ש אך לפי מה שכתבו דמש"ה לא מהני ידענו משום דחשוב עדות שאי אתה יכול להזימו דמאי הזמה שייך על מה שמכירים החתימות ולא ראו שחתמו ובעלמא כיון דקיום שטרות דרבנן הקילו משא"כ בפ"נ אלמוה חכמים כדאורייתא ואין לומר כיון דאיכא כתובה חשוב דיני ממונות וע"כ משום דכתובה דרבנן וא"כ לר"מ לשיטתו דסובר דכתובה דאורייתא ומהני ידענו הגם דל"ש הזמה וא"כ בעינן בפ"נ דלא אתי לאיחלופי ודו"ק:

וגם נראה דהא בתומים הקשה דילמא מש"ה דוחה כבוד הבריות עשה דפסח משום דיכול לעשות פסח שני אך נראה דזה שייך אי תשלומין לראשון משא"כ למ"ד דשני רגל בפני עצמו ל"ש דיכול לעשות פ"ש דכיון דזה בפני עצמו. ולפ"ז רב לשיטתו דסובר דרגל בפני עצמו וע"כ פריך שפיר על רב מפסח דנדחה מפני כבוד הבריות והוצרך לתרץ דשב ואל תעשה שאני משא"כ לדידן דקיי"ל דתשלומין לראשון הוא ולא קשה קושי' הגמ' וע"כ לא הביא תירוץ הגמ' דשוא"ת שאני:

ובזה ניחא גם הרמב"ם דסובר דמלך חייב בקרבן שה"ע דהא קשה דמשכחת גם מלך דמחויב להעיד כגון בעד סוטה או בעד מיתה דמחויב להעיד כיון שנוגע לאיסור וגם נ"מ לממון הכתובה אך ר"ע לשיטתו דסובר בכריתות דשני רגל בפ"ע וקשה קושי' הגמ' וצריכין לומר דשוא"ת שאני וגם הכא אי לא יעיד הוי רק שוא"ת וע"כ סובר ר"ע דמלך אינו מחויב קרבן שה"ע משא"כ לדידן אמרינן דאפי' בשוא"ת נדחה כבוד הבריות ומפסח לא קשה דיש לו תשלומין לשני וא"כ גם מלך משכחת דמחויב להעיד:

וגם נראה דהא אי אמרינן דמי שאין לו קרקע פטור מפסח ועי' בפסחי' ד' ג' בתוס' שם ובזה כתבו האחרונים לתרץ קושי' התוס' דאמאי צריכין קרא דפסח דוחה שבת ות"ל דכל הקרבנות דוחה שבת אך משום דה"א דפסח שאני דבידו להפקיר הקרקע ואז הוא פטור מפסח וע"כ לא דחי וכמו כן איתי' בשבת דמש"ה ציצית לא דחי שבת משום דבידו להפקיר הבגד ואז פטור מציצית וה"א דה"ה פסח לא דחי מה"ט דבידו להפקיר וא"כ

לפ"ז תקשה דהא ברמב"ן איתא דמכהן לא קשה דמטמא למת מצוה דיש לומר משום דלאו אינו שוה בכל ומנזיר לא קשה משום דישנו בשאלה רק דקושי' הגמ' אזלא מפסח וקשה דגם פסח דמי לנזיר דיכול לפטור א"ע מפסח שיפקיר נכסיו וע"כ אין נדחה כבוד הבריות מפסח ולא אלים מצוה דפסח לדחות כבוד הבריות. אך לפי מה דאיתא בנב"י דאליבא דרב דאמר בפסחי' ד' ח' על הא דאמר שלוחי מצוה אינן נזוקין לא בהליכתן ולא בחזירתן כמאן כי האי תנא וכו' וכיון דאפי' בחזירתן בהליכה למה לי לכדר"א דאמר ר"א כל אדם שיש לו קרקע עולה לרגל ושאין לו קרקע אין עולה לרגל ואיתא בנב"י דלפ"ז לרב דאמר לא ידענא א"כ ליכא קרא לכדר"א דמי שאין לו קרקע אין עולה לרגל וה"ה דחייב בפסח אפי' אין לו קרקע לרב ולפ"ז דהסוגי' דקאי לרב ולרב דאפי' אין לו קרקע חייב בפסח וא"כ ל"ש דיכול להפקיר וע"כ פריך שפיר מפסח על רב. והנה בס' אור חדש איתא דלר"ע דסובר בסוכה דהטמאים היו מישאל ואליצפן קשה דהלא המה פטורין מפסח לגמרי כיון דהיו לוים ולא נטלו חלק בארץ ולמה עשו פסח שני וע"כ דלר"ע אפי' באין לו קרקע חייב בפסח וא"כ לדידי' קשה קושי' הגמ' מפסח וצריכין לומר דשוא"ת שאני וע"כ סובר ר"ע דמלך אינו מחויב להעיד אפי' בדבר איסור דהא שוא"ת הוא משא"כ לדידן באין לו קרקע פטור וא"כ בידו להפקיר ולא קשה קושי' הגמ' ולעולם דאפי' בשוא"ת נדחה כבוד הבריות וע"כ סובר הרמב"ם דגם מלך חייב קרבן שה"ע:

ולפ"ז ניחא קושי' תוס' פסחים ד' צ"ג ד"ה ר"ע תימא מנלן דהא לעיל אומר דמ"ד דאין שוחטין סבר לה כר"י דאמר טמאי מ"מ היו שחל וכו' וקדריש ביום ההוא אין יכולים לעשות וכו' ואילו ר"ע לית ליה דר"י דאמר מישאל ואליצפן היו וע"ש וע"כ נראה לפי מה שהקשו בתוס' פסחים ד' ס"ט ד"ה שוחטין וא"ת אי שוחטין וזורקין על טמא שרץ אמאי כתב רחמנא טמא אינו עושה פסח פשיטא דהא כתיב איש לפי אכלו ותירצו דאיצטריך למימרא דציבור עבדי בטומאה וע"ש. אך קשה דממילא ידעינן דדוחה טומאה מדכתיב במועדו אך צריכין במועדו דדחי שבת אך שבת בלא"ה ידעינן דלא גרע מכל קרבנות ציבור וצריכין לומר דה"א משום דבידו להפקיר הקרקע ואז פטור מפסח וא"כ לדידי' דסובר דמישאל ואליצפן היו דע"כ שמעינן דסובר דאפי' באין לו קרקע חייב דהא לוים לא נטלו חלק בארץ וא"כ ממילא ידעינן דדחי שבת ובמועדו בעינן דאפי' בטומאה א"כ לדידי' בלא"ה ידעינן דאין שו"ז על טמא שרץ דאל"כ קשה קושי' תוס' הנ"ל לדוכתא דאי שו"ז אמאי כתב רחמנא איש לפי אכלו ואין לומר דצריכין דציבור עבדי בטומאה דזה ידעינן מבמועדו וא"כ כיון דסובר דמו"א היו מזה ידעינן ממילא דסובר דאין שו"ז על טמא שרץ:

גם לפי מה שכתבתי דר"ע סובר דשני רגל בפ"ע וא"כ לפי מה דכתבו דמש"ה בעינן קרא דפסח דוחה שבת משום דהו"א דכיון דיש לו תשלומין על פ"ש לא דחי וזה ל"ש אי רגל בפ"ע וא"כ בלא"ה ידעינן דפסח דוחה שבת וע"כ במועדו קאי על טומאה וא"כ ל"צ קרא דדוחה טומאה וא"כ ממילא ידעינן לר"ע דאין שוחו"ז על ט"ש דאל"כ הא כתיב איש לפי אכלו ואין לומר דאיצטריך דציבור עושין בטומאה דזה ידעינן מבמועדו:

והנה התוס' בסוכה ד' כ"ה הי' להם גירסא דרב סובר דאין שו"ז על ט"ש דסבר כר"ע דאמר מישאל ואליצפן הי' שחל שביעי בע"פ והנה לפ"ז בפשיטות שמעינן דגם לר"ע אין שו"ז על ט"ש אך הקשו דאמאי קאמר דרב סבר כר"ע והלא אי סובר כר"י דאמר טמאי מתים שחל שביעי בע"פ ג"כ שמעינן דאין שו"ז על ט"ש והנה לפי מה שהקשו ועי' בתשובת מהר"מ מינץ וז"ל דלכאורה קשה על הא דדחי הש"ס טעמא דרב לחלק בין טבול יום ומחוסר כיפורים לט"ש מהא דאמר רב גבי היה ישראל מחצה טהורים דמטמאין אחד בשרץ דהרי יש סברא לחלק דהא לפי מה דקיי"ל דכל מידי דהוא לא מצי עביד לא מצי משוי' שליח וא"כ גבי פסח דילפינן שליחות ולו יהא דכהנים בשאר עבודות המה שלותי דרחמנא אבל גבי שחיטה דכשר בזר בודאי בעי שליחות הבעלים וא"כ טבול יום ומחוסר כיפורים דחייבין כרת על ביאתו א"כ המה בעצמם אין יכולין לשחוט בשום אופן אפי' בסכין ארוכה כי אם בבמה כמבואר בתוס' חולין וא"כ איך אפשר לעשות שליח אם איהו לא מצי עביד. אך לפי מה דאית' במש"ל היכי דהביאו שני שערות בשנת י"ג דאז לא מחוסר מעשה רק זמן וזמן ממילא אתא אז מועיל השליחות הגם דהוא לא מצי עביד וע"כ טבול יום או מח"כ שמסר קינו לב"ד וחזקה על ב"ד שאין עומדין משם וכו' וע"כ יכולין לעשות שליח לשחוט ואמנם זה שייך גבי טבול יום ומ"כ דאינו מחוסר מעשה אבל טמא שרץ דמחוסר טבילה אך מדאורייתא אין יכולין לשחוט פסחו מכח מילתא דהוא לא מצי עביד וגבי פסח עכ"פ בשחיטה בעינן שליחות וא"כ הרי יש לחלק בין ט"י ומח"כ לטמא שרץ וכתב לתרץ לפי הריטב"א בקידושין יש לומר דגם ט"ש נהי דלא מועיל מטעם שליחות מ"מ כיון דזכות הוא לא מהני מטעם זכי' דזכי' לאו מטעם שליחות ושפיר פריך מ"ש ט"י ומח"כ מטמא שרץ דאפי' ט"ש ישחטו מטעם זכי' וע"ש:

והנה האחרונים חידשו דדוקא אי שני לאו תשלומין לראשון אז יש לומר מטעם זכי' משא"כ אי תשלומין לראשון ליכא משום זכי' דיש לומר דרוצה למיעבד בעצמו בשני דכיון דהוא תשלומין:

ובזה ניחא הרמב"ם בפי' המשנה דפי' דטמא ודרך רחוקה בראשון אף שהזיד בשני פטורין מכרת ושגג ונאנס בראשון והזיד בשני חייב כרת ותמהו עליו מהא דקאמר ר"א ד' צ"ב מתני' נמי דייקא דקתני אלו פטורין מכרת ואלו חייבין אהייא אילימא אשוגג ונאנס בני כרת נינהו ולשיטת הרמב"ם מצי שפיר קאי על שוגג ונאנס כגון דהזיד בשני משא"כ טמא וד"ר פטורין אפי' הזיד בשני וע"כ נראה דכיון דאליבא דר"נ צריכין לומר דר"ע סובר דאין שו"ז על ט"ש ואע"ג דר"ע סובר לגירסא דידן דרב סובר כר"י וא"כ לר"ע מנין דאין שו"ז דהא סובר דמישאל ואליצפן הי' וע"כ דבלא קרא ידעינן משום דלא יכול לשחוט בעצמו ולא יכול לעשות שליח אך יש לומר מטעם זכי' וע"כ דר"נ סובר אליבא דר"ע דשני תשלומין לראשון וליכא זכי' ואי תשלומין לראשון אפי' אי הזיד בשני כיון דשגג בראשון פטור מכרת וע"כ כר"ש שם דקאי אמזיד ואונן ושפיר מייתי ר"א ראי' לר"ש אך לפי הגירסא דר"ע סובר דמגדף היינו מברך את השם והיינו כרבי וסובר דשני רגל בפ"ע ויש לומר מטעם זכי' וע"כ ניחא דקאמר דסובר כר"ע דאז ה"א כיון דמועיל מטעם זכי' אפי' ט"ש דלא יכול לשחוט בעצמו וע"כ שו"ז עליו אך אעפ"כ אין שו"ז כמו טמאי מתים שחל שביעי בע"פ משא"כ לר"י בלא"ה ידעינן דאין שו"ז כיון דאי אפשר לשחוט בעצמו וזכי' ליכא כיון דתשלומין לראשון ליכא זכי' דרוצה לעשות הפסח בעצמו בשני כיון דתשלומין לראשון הוא. אך יותר נראה דהנה שיטת הרמב"ם פ' ג' מהלכות קרבן פסח וז"ל איזה טמא שנדחה לפסח שני כגון זבים וזבות ובועלי נדה אבל הנוגע בשרץ ביום י"ד טובל ושוחטין עניו ולערב כשיעריב שמשו אוכל את פסחו טמא מת שחל שביעי שלו בי"ד אע"ג שטבל והוזה עליו והרי הוא ראוי לאכול קדשים לערב אין שוחטין עליו אלא נדחה לפ"ש שנאמר ויהי אנשים אשר היו טמאים לנפש אדם מפי שמועה למדו ששביעי שלהן הי' וע"ז שאלו אם ישחטו עליהן ופי' יהן שאין שוחטין והראב"ד השיג אין דרך הלכה הולכת כן שהרי רב אמר אין שו"ז על ט"ש מכאן למד ואיהו סובר דשו"ז על טבול יום אלא האי קרא בשלא טבל ולא הוזה עליו דהיינו ט"ש ומעשה כי הוי ששחטו וזרקו עליהן קודם טבילה והזי' והנה זה פשוט דהרמב"ם סובר דע"כ המעשה היה לאחר טבילה דאי קודם טבילה אמאי לא אמר להם משה שיטבלו כמו שהקשו בתוס' וזה היה דוחק להרמב"ם לאוקמא קרא דשאלתן היה לעת ערב שאז לא היה שהות לטבול ולהזות אך קושי' הראב"ד קשה דכיון דרב יליף מהאי קרא דאין שו"ז על ט"ש אמאי לא יליף נמי דאין שו"ז על טבול יום של טמא מת. עוד הקשה בלח"מ מהא דאיתא בפסחים ד' ע"ט דהשיב ר"ע לר"א דאין שבות בשבת נדחה מפני פסח דהזאות ט"מ יוכיח שחל שביעי שלו בע"פ בשבת שהוא מצוה והוא משום שבות ואינו דוחה שבת ולדעת

הרמב"ם מה תשובה הוא זה דשפיר אין הזאה דוחה שבת דהאי הזאה אינו מועיל לו דאף אם יזה עליו היום אין שוחטין עליו דהא הוי ט"י. ונראה לפי מה דאית' בנב"י דלפי מה דקיי"ל דכל מידי דלא מצי למיעבד בעצמו לא מצי עביד שליח והנה אפי' אי נאמר דכהנים שלוחי דרחמנא היינו בכל הקרבת קדשים ולכך הטמא יכול לשלוח קרבנותיו אבל בשחיטת פסח ע"כ השוחט הוא שליח מכל בני חבורה ול"ש שליח דרחמנא דהא בקידושין יליף שליחות מפסח ולפי הנחה זאת יצא לן דט"מ שאינו יכול לשחוט בעצמו את הפסח דקא מטמא לסכין וסכין לבשר אין שוחטין עליו כיון דהוא לא מצי עביד לא משוי שליח ולפ"ז תקשה לשיטת הראב"ד דכתב דהאי מעשה היה קודם טבילה והזאה וא"כ מה הי' השאלה של אותן אנשים שהיו טמאים ומאי היה הספק שלהם דאפי' אם היו סוברים דשוחטין על ט"ש אפ"ה אי אפשר לשחוט עליהן קודם טבילה והזאה דהא הם לא מצי למיעבד בעצמם קודם טבילה דקא מטמאין לבשר וכל מילתא דל"מ למעבד השתא לא משוי שליח. ומכח קושי' זו יש להוכיח כדעת הרמב"ם דבאמת אותן אנשים טבלו קודם שחיטה ולא הוי כי אם ט"י ושפיר הוי מצי לשחוט בעצמם דטבול יום לא הוי אלא שלישי לטומאה וא"כ מטעם שליחות הוי יכולים לשחוט הם בעצמם ורק שאלתם הי' אי שוחטין על ט"י של ט"מ אך לפ"ז תקשה על רב איך יליף מהאי קרא דאין שוחטין על ט"ש דילמא לעולם שוחטין על ט"ש ומה דאמר רחמנא לידחי לפ"ש לאו משום דאין שו"ז על ט"ש אלא משום דלא טבלו עדיין ולא היו יכולי' לשחוט בעצמן וכל מידי דהוא ל"מ עביד לא משוי שליח וא"כ אף אי דרשינן ולא יכלו לעשות ביום ההוא דשביעי שלהן הי' וכו' אכתי קשה מנ"ל לרב דהאי מעשה הי' אחר טבילה והזאה דילמא עדיין לא טבלו וביום ההוא לא היו יכולין לשחוט בעצמם ולכך אמר רחמנא לידחי לפ"ש וא"כ מנ"ל לרב דטעמא דאמר רחמנא דידחה לפ"ש הוי מטעם דאין שו"ז על ט"ש דילמא הטעם משום דל"מ למיעבד בעצמו לא משוי שליח. ונראה לפי מה דאית' ביבמות ד' י' דר"י סובר דאיהו שליחותי' דאחים קעביד ואיהי שליחותי' דצרות קעבדה הרי דלר"י חליצה ויבום כולהו אחים וכולהו צרות בעי למיעבד רק שאחד עושה שליחות כולם וכן ביבום כן ולפ"ז תקשה אם האחת כשרה והאחת פסולה איך הפסולה נפטרה ביבום הכשירה הא הפטור הוא משום דשליחותי' דידה קעבדה ומי איכא מידי דאיהי לא מצי למיעבד שהרי פסולה היא ואסור ליבמה ושליחה דידה מצי עביד ועי' בס' דורש לציון דאי אמרינן דעשה דוחה ל"ת רק הא דאסור ביבום הוא משום גזירה אטו ביאה שני' וא"כ מדאורייתא היא גופה מצי למיעבד וע"כ לא אמרינן כל היכי דהוא לא מצי למיעבד

וכו' אך אי אמרינן דמדאורייתא לא ראוי ליבום ותקשה איך אמרינן דשליחות דצרה עבדה וע"כ דל"א כל מידי דהוא לא מצי עביד וכו' וע"ש:

ולפ"ז ניחא הרמב"ם דרב לשיטתו דסובר דחייבי לאוין מדאורייתא רמי' רק לחליצה ולא ליבום ויליף מקרא דיבמתו שאין ת"ל אלא יש לך יבמה שעולה לחליצה ולא ליבום וע"ש יבמות ד' כ' וא"כ לדידי' לא אמרינן כל מידי דהוא ל"מ עביד דאל"כ תקשה קושי' הנ"ל מאחת כשרי ואחת פסולה דמייבם לכשרה הא ליכא שליחות כיון דל"מ מייבם לפסולה וא"כ ע"כ הא דנדחה לפ"ש משום דאין שו"ז על ט"ש לא משום דלא מצי למיעבד בעצמו:

וניחא גם קושי' הנ"ל מר"ע דכיון דר"ע סובר דאין קידושין תופסין בחייבי לאוין א"כ לדידי' הפסולה מדאורייתא לא חזי' ליבום כדאית' בהדי' ברישׁ יבמות ועי' בתוס' מה שהקשו וא"כ שמעינן דלא בעינן דמצי למיעבד בעצמו וא"כ יש לומר דקרא איירי בלא טבלו ואפ"ה היו סוברין דשוחו"ז עליהן אע"ג דל"מ למיעבד בעצמן ויש לומר דלאחר טבילה שוחטין אפי' על ט"מ וע"כ קאמר שפיר הזאה תוכיח דהא אי יזה עליו מועיל לו דלא הוי רק טבול יום:

ולפ"ז אפי' אי אמרינן דט"ש יכול למיעבד בעצמו ע"י סכין ארוכה לא כתשו' מהר"מ הנ"ל מ"מ הוצרך לומר דסובר כר"ע משום דאל"כ תקשה דאין ראי' מט"מ דילמא התם משום דלא מצי למיעבד בעצמו ולא מטעם דאין שו"ז על ט"ש משא"כ בט"ש יכול למיעבד בעצמו ע"י סכין ארוכה וע"כ קאמר כר"ע דהוא ע"כ סובר דלא בעינן דמצי למיעבד בעצמו:

אך לפי מה שאמרנו דלר"ע ע"כ דל"ב דיש לו קרקע נראה עוד דהא ע"כ דאפי' בפסח לא בעינן שליחות בשחיטה אי אמרי' דהי' אז דין ב"נ ואין שליחות לעכו"ם וא"כ אי אפשר לומר דהא דאחד שוחט לכולם הוא בתורת שליחות ועי' במקנה שהעיר בזה וע"כ נראה דהא בתוס' הקשו שם דאמאי לא דחי לעיל נמי על ההי' דר"י ב"ק דאיירי דאית ליה שותפות ולכאורה נראה דעיקר הא דאמרינן דאית ליה שותפות עדיף מה דשותפין הן שומרין זה לזה ושומר ידו כיד הבעלי' וע"כ עדיף משליחות ועי' ברמב"ן ב"מ דכתב דמש"ה יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש משום דמיד דאגבהה נעשה שומר וידו כיד הבעלי' וחשוב יאוש ברשותו וא"כ זה ל"ש בנכרי דאין דין שומרין בעכו"ם וע"כ מה דחי דילמא דאית ליה שותפות אי הי' אז דין ב"נ אך דכיון דהוא יליף מקרא זה דכל ישראל יוצאין בפסח אחד אע"ג דלא יהי' כזית לכל אחד וקשה אי אמרינן דהי' להן דין ב"נ הא לא נתנו שיעורין לב"נ וע"כ לא בעינן שיעור כזית ומנ"ל דגם עכשיו ל"ב כזית וע"כ דסובר דהי' להם דין ישראל וע"כ שפיר דחי דילמא דאית ליה שותפות משא"כ

לעיל לא דחי כן דהא אי יש להן דין ב"נ אין שום מעלה הא דאית ליה שותפות וגם יש לומר דהגמ' הוכיח דיש שליחות בישראל וע"כ אפי' אי אמרינן דהי' להם דין ב"נ ואין שליחות אז מועיל טעמא דיש לו שותפות משא"כ אי אין שליחות אפי' בישראל אז בב"נ לא מועיל אפי' שותפות וע"כ לא דחי לעיל דאית ליה שותפות משא"כ הכא שפיר דחי דאית ליה שותפות דכיון דיליף דל"ב כזית ואי סובר דיש להם דין ב"נ אין ראי' דלא נתנו שיעורין וע"כ דיש להם דין ישראל וע"כ שפיר דחי ודילמא דאית ליה שותפות. וכעין זה כתבו לענין שאלה בבעלים דבאמר לעבד כנעני ואע"ג דעבד ידו כיד הבעלים לא הי' מועיל מסברא בעלמא כיון דהוא נכרי וגם בישראל אין בו שליחות לענין שאלה בבעלים וא"כ ה"ה לענין שותפות אי בישראל לא מועיל שליחות א"כ היכי דהוא נכרי אפי' שותפות לא מועיל ועכ"פ אמרינן דאי יש להן דין ב"נ ע"כ הא דאחד שוחט לכולם אינו בתורת שליחות ושפיר יליף רב דאין שו"ז על ט"ש משום דאין לומר משום דהוא לא מצי עביד כיון דלא בעינן תורת שליחות אך איך אפשר לומר דהי' להן דין ב"נ א"כ לא קנה אברהם בחזקה ועי' בפ"ד ולא הי' להם קרקע ופטורין מפסח דבשלמא אי יש להם דין ישראל א"כ מוחזקת מאברהם דקנה בחזקה אך אליבא דר"ע דסובר דמישאל ואלצפן היו ע"כ שמעינן דלא בעינן דיש להם קרקע ויש לומר דהי' להם דין ב"נ וא"כ ע"כ אינו מטעם שליחות וע"כ יליף שפיר ט"ש מטמא מת וע"כ קאמר ר"ע הוא דהא לדידי' ע"כ הא דנדחה לפ"ש משום דאין שוחו"ז על ט"ש:

וניחא הא דקאמר ר"ע הזאה תוכיח דהא לדידי' איירי קודם שטבל ואע"ג דאז א"א למיעבד בעצמן כיון דאינו בתורת שליחות אבל לאחר טבילה והזאה לא נדחה לפ"ש ואפ"ה לא דחי שבת וע"כ קאמר הזאה תוכיח:

ויש לומר עוד על הא דסובר הרמב"ם דשגג ונאנס בראשון אי הזיד בשני חייב משא"כ טמא או בד"ר ותקשה מה מייתי ראי' דאונן תני בהדייהו. ונראה לפי מה דאית' במחברים הא דילפינן ממשמעות במועדו אפי' בטומא' תלי' בזה דודאי היכי דלא נסתר המשמעות במועדו אפשר לומר אפילו בטומאה אבל אי נמצא בחד דוכתא דנסתר המשמעות דמועדו לענין טומאה דפסח שני אז גם בפסח ראשון לא דרשינן מהמשמעות ולקמן ד' צ"ג איתא דרבי ור"ח דרשי כי קרבן ה' לא הקריב במועדו קאי על השני ור"ע לא דריש אשני ובד' צ"ה פליגי ת"ק ור"י אי פ"ש דוחה טומאה וא"כ אליבא דמ"ד דאינו קרב בטומאה וא"כ אי במועדו קאי על השני מצינו חד דוכתא דבמועדו לא משמע אפי' בטומאה וא"כ נסתר המשמעות דמועדו אפי' בראשון ולפ"ז כיון דר"נ סובר אליבא דר"ע דאין שוחו"ז על ט"ש ואע"ג דסובר דמו"א היו ע"כ משום דאל"כ קשה קושי' תוס' דת"ל

מאיש לפי אכלו ואין לומר דאיצטריך דאין ציבור נדחין וע"כ משום דשמעינן מבמועדו וא"כ ע"כ דסובר דמועדו דקרא לא קאי על השני והיינו כר' נתן דשני תשלומין לראשון א"כ ממילא פטור אפי' בהזיד על השני ושפיר מקשה שוגג ונאנס בני כרת נינהו ואפי' בהזיד על השני גם נראה על קושי' תוס' דמנ"ל דלר"ע אין שו"ז על מ"ש לפי מה דאית' בריטב"א בקידושין דהא דהוכיח דשליח של אדם כמותו מפסח והא יש לומר דהוא מטעם זכי' דהרי גילה דעתו דניחא ליה שישחוט דהא עשה שליח וחזינן דניחא ליה שיעשה אחר ותי' דאי משום זכי' מצי הדר בי' וממתני' משמע דלא מצי הדר דאל"כ כיון שהם לקחו פסח אחר קודם שחיטת פסח של שליח חשוב חזרה עוד כתבו דאי משום זכי' קרא מיותר אלא ודאי דאשמעינן דש"ש אדם כמותו אך הקשה אהא דפריך הש"ס אליבא דר"י דמפיק להאי קרא דכ"י יוצאין בפסח דמנ"ל דששא"כ ומשני מיני' וקשה דילמא הוא משום זכי' דבשלמ' לעיל יש לומר משום מיותר דקרא או כמ"ש הריב"ש דהוי כמו בעל הקרבן בעצמו וע"כ דהוא בתורת שליחות וכתבו דהריטב"א לא כתב כן כי אם לפי ס"ד דהש"ס דלא ידעינן מקרא מיוחד גבי קדשים דששא"כ וא"כ איצטריך אתם ג' אתם גבי תרומה לגוף שליחות אבל בתר דמסיק דילפינן תרומה מקדשים וגירושין ומגם אתם ילפינן דבעינן שיהי' דומי' השליח למשלח ואמרינן מה אתם לדעתכם גם שליח לדעתכם ומעתה סרה קושי' הנ"ל דילמא הטעם משום זכי' ועי' בתשובה מהר"מ מינץ הנ"ל:

ולפ"ז לפי מה שהקשה על הרמב"ם דמיותר לדידי' גם אתם דאין לומר מה אתם בני ברית דממילא ידעינן כיון דליתא בתרומה דנפשייהו דהא פסק כר"ש דעל תרומת נכרי פטור מחומש וגם פסק דאפי' אריסין ושותפין חייבין ותירצו לפי מה שהקשה במהרש"א דאמאי לא ילפינן מפרה של אהרן במ"מ דבעינן בעלים דוקא ותירץ דא"כ למה לי ושחט הא סברא חיצונה דבעינן בעלי' ממש לפי ס"ד ולא איצטריך ושחט לגופי' אלא לגלוי בעלמא דלא בעינן בעלים אך הקשה הא תינח לס"ד דמקשה קדשים מנ"ל אבל בתר דמשני נפקי' מריב"ק קשה מה מקשה הש"ס גם אתם בתרומה למה לי אימא אי לא כתיב גם אתם ה"א דילפינן תרומה מפרה של אהרן דבעינן בעלים ולא הוי ילפינן מפסח ולהכי צריכין גם אתם ותירצו דלכאורה קשה על המהרש"א דלא מצינן למילף מפרה של אהרן דכיון דכל העבודות ביה"כ אין כשרי' אלא באהרן דחוקה כתיב ומש"ה שחיטה נמי באהרן דוקא אך דתלי' בהא דאית' ביומא דרב סובר דשחיטת פרה בזר כשר דחוקה ביוה"כ לא קאי על שחיטה ושמואל סובר דפסולה בזר דחוקה קאי נמי אשחיטה וא"כ לרב דשחיטה כשרה בזר מקשה המהרש"א שפיר דהא חוקה לא קאי על שחיטה אבל

לשמואל לא קשה קושי' מהרש"א והשתא י"ל דהש"ס מפלפל רק לשמואל אבל הרמב"ם פסק כרב לא קשה גם אתם למה לי דאיצטריך כי היכי דלא נילוף מפרה של אהרן:

ולפ"ז ניחא קושי' תוס' דאליבא דרב לשיטתו דסובר דשחיטת פרה של אהרן בזר כשרה דשחיטה לאו עבודה וא"כ צריכין ג"א על שליחות דלא נילוף מפרה של אהרן ולא שמעינן דבעינן לדעתכם וא"כ מהני זכי' וע"כ על רב לשיטתו לדידי' דלא בעינן דמצי למיעבד בעצמו דנהי דלא מועיל מטעם שליחות מהני מטעם זכי' וא"כ הא קשה לדידי' אמאי אין שו"ז על ט"ש וע"כ הוצרך לומר דסובר כר"י דטמאי מ"מ היו שחל שביעי שלהן בע"פ משא"כ ר"ע לשיטתו דתוס' כתבו דמש"ה שחיטה לאו עבודה משום דגם חולין בעי שחיטה וא"כ לר"ע דסובר דבשר נחירה שרי במדבר א"כ שחיטה חשוב עבודה ועי' בס' אור חדש וא"כ ג"א צריכין דמה אתם לדעתכם ולא מהני מטעם זכי' ויש לומר דבעינן דהוא מצי עביד וא"כ אע"ג דסובר דמישאל ואליצפן היו בלא"ה אין שוחו"ז משום דכל מידי דהוא לא מצי עביד:

ובאמת נראה על הרמב"ם דלכאורה קשה מה פריך אתם ג"א למה הא בעינן דאי השליח הי' מופל' הסמוך לאיש דיכול לתרום משום דדמי למשלח והמשלח יכול לתרום היכי דהוא מוה"ס לאיש ועי' במתני' דתרומות ועי' ברש"י בגיטין דכתב דמש"ה אין קטן נעשה שליח דשליחות ילפינן מתרומה ושם בעינן גדול שיהי' ראוי לתרום וא"כ מופלא סמוך לאיש מהני משא"כ אי ילפינן מגירושין לא מועיל מופל' סמוך לאיש ועי' בקצה"ח הלכות שליחות אך לפי מה דהקשו בתוס' נדה איך מועיל מס"ל שמא לא יהיה לו שערות עד איזה שנים ואכתי לא סמוך לאיש הוא ותירצו דאזלינן בתר הרוב והיינו משום חזקה דרבא דכיון שהגיע לכלל שנים בודאי יהי' לו שערות ואית' בנדה דר"ש לית ליה חזקה דרבא ופריך שפיר על ר"ש לשיטתו ג"א למה לי דהא אפי' אי מקשינן למשלח ג"כ לא מועיל מופל' ס"ל דהא במשלח היכי דהוא מופל' ס"ל לא מועיל דכיון דלא סובר חזקה דרבא חיישינן שמא לא יהי' לו שערות ואכתי לא סמוך לאיש הוא משא"כ לדידן דמהני מס"ל בעינן ג"א לזה דאם השליח מס"ל מועיל דדמי למשלח:

ולפ"ז יש לומר אי זכי' מטעם שליחות תלי' בזה דהא תוס' פסחי' ד' צ"א הקשו דלמאי צריכין קרא דאיש זוכה ולא קטן ת"ל דאין שליחות לקטן וע"כ דזכי' אינו מטעם שליחות אך אי מופל' סמוך לאיש דאורייתא יש לומר דלעולם דזכי' הוא מטעם שליחות ונ"מ הא דדרשינן ואין הקטן זוכה דלא מועיל אפי' מה"ל דמטעם אין שליחות לקטן מועיל מס"ל כמו דיכול לתרום והנה לר"ע דחייש למיעוט ולא מועיל מס"ל אפי' במשלח דחיישינן שמא לא יהי' לו שערות דל"ש דאזלינן בתר הרוב וא"כ לא מהני בקטן להיות שליח

אפי' הוא מס"ל וקשה קושי' תוס' דלמה צריכין קרא דאין הקטן זוכה וע"כ דזכי' אינו מטעם שליחות וניחא הא דקאמר ר"ע הזאה תוכיח דהא עיקר הוכחה של הרמב"ם דאין שו"ז על ט"י דט"מ משום דמעשה היה ע"כ לאחר טבילה דאל"כ מה נסתפקו אם ישחטו עליהן דהא אי אפשר למיעבד בעצמן ואין לומר מטעם זכי' דזכי' לא עדיף משליחות משא"כ ר"ע לשיטתו דע"כ זכי' עדיף ויש לומר דמעשה הי' קודם טבילה אבל לאחר טבילה והזאה שו"ז עליהן וע"כ קאמר הזאה תוכיח שאינו דוחה שבת וניחא ג"כ הא דקאמר דרב סובר כר"ע ולא קאמר כר"י דאז קשה דילמא ט"מ שאני משום דלא אפשר למיעבד בעצמו וזכי' לא עדיף וע"כ קאמר ר"ע לדידי' זכי' עדיף ואפ"ה חזינן דאין שו"ז על ט"מ:

והנה להך גירסא דר"ע סובר דמגדף לאו מברך השם נראה עוד לתרץ קושי' תוס' דמנ"ל דר"ע אין שו"ז על ט"ש דהנה זה לשון הילקוט דנלמוד פסח דוחה טומאה מקו"ח מפרה שאינו דוחה שבת דוחה טומאה פסח דדוחה שבת אינו דין דדוחה טומאה פ"ש יוכיח דדוחה שבת ואינו דוחה טומאה וא"כ יש לומר דר"נ הוכיח דר"ע סובר דאין שו"ז דאל"כ קשה קושי' תוס' דת"ל מאיש לפי אכלו ואין לומר דאת' דאין ציבור נדחין דהא שמעינן קו"ח מפרה דדוחה טומאה ואין לומר דפסח שני יוכיח דדוחה שבת ואינו דוחה טומאה דלית' דכיון דהוא סובר דמגדף לאו מברך השם א"כ סובר דכי לא הקריב במועדו קאי על הראשון וא"כ גם שבת אינו דוחה השני וא"כ אינו קו"ח מפרה על טומאה וע"כ דסובר דאין שו"ז על ט"ש משא"כ לדידן ליכא הך קו"ח דקיי"ל כרבי ויש לומר פ"ש יוכיח וע"כ צריכין לומר דסובר רב כר"י ודו"ק:

והנה בתשובות ועי' בס' פ"מ דהקשה על התה"ד למה צריך הכהן לילך ערום משום דבאיסור לא אזלינן בתר כבוד הבריות הא הרמב"ן כתב דמש"ה לא פריך הגמ' מכהן דמטמא למת מצוה משום דלאו דכהן הוא קל דאינו שוה בכל וא"כ אמאי צריך לילך ערום אפי' אי חשוב קו"ע הא אינו שוה בכל ועי' בתשובות ח"צ דכתב דהא לפי מה שנראה מהרמב"ם דקבורה אינו משום בזיוני' רק דהוא מצוה מהתורה ולפ"ז אין ראי' הא דכתיב ולאחותו דמטמא למת מצוה דהוא משום כ"ה רק דמצות קבורה דוחה אך דהוכיח דע"כ הוא משום כ"ה דאל"כ מה אולמי' האי עשה מהאי עשה דפסח וא"כ מטומאת כהן לא מוכח די"ל דעשה דקבורה דחי ל"ת דטומאה הגם דבטומאה איכא עשה ול"ת הא קיי"ל דעשה דוחה עשה ול"ת שאינו שוה בכל אבל במקום דליכא עשה רק כ"ה אינו דוחה אפי' ל"ת דאינו שוה בכל ושפיר סובר התה"ד דכהן צריך לילך ערום

וע"ש ועכ"פ אמרינן דהא דכהן מטמא למ"מ הוא משום דעשה דוחה ל"ת ועשה דאינו שוה בכל:

וקשה מהא דאית' בנזיר ד' מ"ד דנזיר חשוב הותר מכללו דמטמא למ"מ הא בתוס' יבמות אית' דכלאים ל"ח הותר מכללו אצל בג"כ דזה גופו הוא רק משום דחי' דעשה דוחה ל"ת וא"כ ה"ה נזיר ל"ח הותר מכללו דזה רק משום דעשה קבורה דוחה ואע"ג דנזיר הוא ל"ת ועשה מ"מ דוחה משום דישנו בשאלה וכן תקשה הא דפריך התם ויין יותר מכללו מקו"ח מטומאה ופי' רש"י כגון יין של מצוה שנשבע עליו לשתותו וקשה הא דטומאה שרי הוא משום דדוחה לעשה ול"ת משום דישנו בשאלה וזה ל"ש גבי יין דהא העשה שנשבע לשתותו ג"כ ישנו בשאלה לא דחי ל"ת ועשה דנזיר ובלא"ה קשה אמאי לא קאמר דמש"ה יטמא נזיר משום דאית' בשאלה משא"כ כהן ולמה קאמר משום דאין איסורו איסור עולם ועי' בפסחי' פ' ג' לענין שאין איסורו איסור עולם ודו"ק:

כלאים בציצית

בו יתבאר כלאים בציצית דשרי אי הוא דחוי' או הותרה ושרי אפי' כסות לילה:

ועי' במס' מנחות דסובר שמואל תכלת אין בו משום כלאים ואפי' בטלית פטורה והיינו אפי' כסות לילה וקשה על הסוברי' דרק כסות יום שרי ועי' בס' ש"א:

ולכאורה נראה דהא הקשו לשיטת הרשב"א דמצות לאו ליהנות נתנו אפי' היכי דאיכא הזאת הגוף ג"כ דהא בר"ן נדרים דהקשה בקונם תשמישיך עלי אמאי לא אמרינן דמצות לאו ליהנות נתנו ותירץ משום דאיכא הזאת הגוף וברשב"א כתב משום דאפשר באחרת, ומדלא כתב כתירוץ הר"ן ע"כ דסובר דהגם דאיכא הזאת הגוף אמרינן דלאו ליהנות נתנו משום דהנאת הגוף בטל לגבי מצוה ודווקא היכי דהנאה נמשך אחר המצוה אז אסור ועי' בשעה"מ וא"כ כיון דכלאים לא אסרה תורה רק לבישה שיש בו הנאה וא"כ אמרינן דהנאה לא חשוב לנגד המצוה וממילא ליכא איסור כלאים וא"כ לא איצטריך סמוכין להתיר כלאים בציצית דבלא"ה ידעינן דשרי כיון דליכא איסור דליכא הנאת לבישה דבטל לגבי מצוה וע"כ דלגמרי הותרה אפי' כסות לילה ובזה ל"ש דבטל לגבי מצוה כיון דאז ליכא מצוה וקשה להסוברי' דלא שרי רק כסות יום א"כ לא צריכין הסמוכין דשרי ועי' בתשובות ברית אברהם:

ולכאורה נראה לפי מה דאיתא בתשובות דטעמא של הרשב"א דכיון דעיקר כוונתו המצוה וע"כ הגם דיש לו הנאה חשוב דש"מ והגם דהוי פ"ר אך לפי מה דסובר התה"ד דבאיסור דרבנן פ"ר שרי ועי' במג"א הלכות שבת והתם דאוסר על עצמו הנאת תשמיש הוי דבר שאין בו ממש אך בל יחל מדרבנן איכא ועי' בר"ן שם וע"כ סובר הרשב"א דשרי

אף דיש לו הנאת הגוף משא"כ בעלמא מודה הרשב"א משום דהוי פ"ר אך הא הוי פ"ר דלא ניח' ליה ועי' בתוס' שבת וביומא אך הרבה סוברי' דהא דפ"ר דלא ניחא שרי זה רק באיסור שבת משום דמלאכת מחשבת אסרה תורה ובכל איסורין אסור אך במג"א הוכיח דשמואל דסובר בזבחים דמזלפין על גבי אישים סובר ע"כ דפ"ר דלא ניחא שרי בכל איסורין וע"ש וא"כ לפ"ז שמואל לשיטתו שפיר הוכיח דאפי' כסות לילה שרי דאי לאו הכי ל"צ סמוכין דשרי משום דמ"ל ליהנות נתנו הגם דאיכ' הנה"ג שרי משום דבר ש"מ הגם דהוי פ"ר משום דלא ניחא ליה משא"כ לדידן דלא שרי רק בשבת ואסור היכי דיש לו הנה"ג וע"כ אמרינן דלא התיר רק בזמן מצותו ולא כסות לילה:

ויותר נראה דהא בלא"ה תמהו על הרשב"א מהא דאית' במכות דמשכחת באונס שגירש ביטלו לעשה כגון דאסר על עצמו הנאת תשמיש וע"ש בתוס' וקשה הא מצות לאו ליהנות וכו' והכא ל"ש דאפשר באחרת דהא המצוה רק בזו וע"כ נראה לפי מה דאית' בכתובות דמש"ה לא אמרינן במאנס היכי דאינה ראוי' דעשה דוחה ל"ת משום דאי אמרה לא בעינ' מי איתא לעשה כלל ופי' הראשונים דכיון דיכולה לומר לא בעיני' ליה וע"כ אפי' אי לא אמרה תו לא דחי דעשה לא אלים דכיון דיכולה לעקור העשה וע"ש ולפ"ז יש לומר נהי דהרשב"א סובר דהנה"ג בטל לגבי מצוה זה דוקא היכי שלא יכול לומר לא בעינן והמצוה אלים משא"כ היכי שיכול לומר לא בעינ' והמצוה לא אלים אז היכי דאיכא הנה"ג ל"א דלאו ליהנות נתנו ולפ"ז התם באונס מודה הרשב"א דיכולה לומר ל"ב וליכא העשה כלל:

ולפ"ז יש לומר דה"ה בציצית דחובת מנא ולא חובת גברא והברירה בידו שלא ללבוש ויהי' פטור ממילא לא אמרינן דלאו ליהנות נתנו ולפ"ז שמואל לשיטתו דסובר דחובת גברא הוכיח דאפי' שלא בזמן מצותו שרי דאל"כ בלא"ה שרי משום דלאו ליהנות נתנו משא"כ לדידן דלאו חובת גברא וא"כ היכי דאיכא הנה"ג אסור יש לומר דכסות לילה אסור:

ובזה אמרתי לתרץ הרי"ף דסובר דבתפילין לא בעינן לשמה ובציצית פסק כשמואל ועי' במנחות ד' מ"ב ע"ב דמייתי על דינא דשמואל דסובר דאפי' מן הסיסין פסולה משום דבעינן טוי' לשמה וקאמר כתנאי וכו' ואע"פ שלא עיבדן לשמה רשב"ג אומר עד שיעבד לשמן והקשה על הרי"ף דהא חזינן דמדמי להדדי דאליבא דשמואל דסובר דבציצית בעינן לשמה ה"ה בתפילין ועי' בר"ן בגיטין פ' השולח ולכאורה נראה לפי מה שכתבו על התוס' ריש זבחים דכתבו אמאי אמרינן דסתם אשה לאו לגירושין עומדת מ"ש ממילה וקרבנות דאמרינן סתמא לשמן קאי ואין לומר משום דאין מצוה לגרשה דא"כ בזינתה

מאי איכא למימר ותירצו דבשלמא במילה ופסח כיון דהם חובת הגוף בזה ודאי לא ימשוך את ידו מהמצוה משא"כ בגט דאין חוב עליו לגרשה ולכך סתמא לאו לשמן קאי וא"כ לפ"ז ציצית דאינו חובת גברא דאם לא ילבוש אינו חייב בציצית א"כ סתמא לאו לשמה קאי וע"כ סוברים דבעינן לשמה משא"כ תפילין דחו"ג הוא וע"כ לא בעי לשמה והא דאית' בסוגי' כתנאי היינו לשמואל לשיטתו דסובר דציצית חו"ג וע"כ דמי להדדי משא"כ לדידן לא דמי וע"כ בציצית בעינן לשמה משא"כ תפילין:

ויותר נראה דהא הקשה על רשב"ג דסובר דבעינן עד שיעבד לשמה דהא כיון דדרשינן וקשרתם וכתבתם דכל שישנו בקשירה ישנו בכתיבה ומה"ט נכרי פסול משום דאינו בר קשירה א"כ אמאי לא דרשינן דכיון דקשירה לא בעי לשמה דקיי"ל דמצות ל"צ כונה ה"ה כתיבה אך לא קשה דהא רשב"ג מכשיר ספרים שכתבן נכרי משום דלא דריש ההיקש הנ"ל ועי' במהרש"א פ' השולח אך לפ"ז קשה לפי מה דסוברי' דאע"ג דמצות ל"צ כונה מ"מ היכי דעשה דוחה ל"ת בעי כוונה ולפ"ז לפי מה דסוברי' דנכרי אינו רשאי לתלות הציצית וכן אשה משום דכל שישנו בלבישה ישנו בעשי' ועי' בתוס' מנחות. ולפ"ז קשה מה קאמר כתנאי דשמואל לא סובר רק כרשב"ג הא יש לומר לדידן דדרשינן היקשא כל שישנו בקשירה וכו' וע"כ דרשינן לקולא ג"כ כמו קשירה לא בעי לשמה ה"ה כתיבה וע"כ סובר ת"ק דאע"פ שלא עיבדן לשמן משא"כ ציצית דלבישה ג"כ בעי לשמה דהא לבישה כתיב גבי כלאים בציצית וכל היכי דעשה דוחה ל"ת בעינן לשמה וכונה וע"כ ה"ה עשי' בעינן לשמה ואמאי קאמר כתנאי אך שמואל לשיטתו דסובר דהותרה לכלאים בציצית ולא משום דחוי וא"כ לבישה לא בעינן כוונה ודמי להדדי וע"כ קאמר כתנאי משא"כ לדידן דדחוי הי' ובעי כוונה וא"כ יש לדרוש בתפילין ההיקש לקולא דכמו קשירה לא בעי לשמה ה"ה עשי' משא"כ ציצית דלבישה ג"כ בעינן כונה וע"כ בציצית פסקינן כשמואל דבעי לשמה משא"כ תפילין:

והנה הרמב"ם סובר דמזוזה ל"צ עיבוד לשמה ועי' בכ"מ דכתב משום מזוזה אינו חוה"ג רק חובת הבית והקשה הא פסק כשמואל בציצית דבעי הטוי' לשמה והרי גם ציצית אינו חוה"ג ותירצו דהרמב"ם סובר כדמשני בסוכה ד' ט' דשאני ציצית דכתיב לך לשם חובך אך בתפילין נהי דליכא קרא אך כיון דהוא חוה"ג שאני ובזה כתבו דמש"ה סובר דלא בעינן תלי' לשם ציצית אך כיון דע"ז ליכא קרא וחוה"ג ליכא בציצית ע"כ סובר דלא בעינן לשמה:

ולי נראה דסברת הרמב"ם דתלייי' לא בעינן לשמה דבלא"ה תמה בתוס' על הא דקאמר כתנאי ושמואל סובר כרשב"ג הא ציצית שאני דאי' קרא לך לשם חובך וע"כ נראה דיש

לומר דכיון דהטוי' היה לשמה וע"כ התליי' סתמא לשמה קאי דנמשך אחר הטוי' וע"כ קאמר שפיר כתנאי דשמואל סובר כרשב"ג וא"כ ל"צ קרא על הטוי' דבעי לשמה דהא גם תפילין דליכא קרא בעי לשמה וע"כ דקרא אתא דאע"ג דהטוי' הי' לשמה בעינן תליי' ג"כ לשמה ול"א דסתמא לשמה קאי משא"כ לת"ק דתפילין לא בעי לשמה א"כ נהי דציצית איכא קרא לא קאי רק על טוי' ולא על תליי' דסתמא לשמה קאי כיון דטוי' הי' לשמה וע"כ דשמואל כרשב"ג וקרא אתא על תליי' וזה הכל לשמואל דסובר דצח"ג וא"כ לרשב"ג דתפילין בעי לשמה ה"ה ציצית וע"כ קרא אתא דתליי' בעי ג"כ לשמה משא"כ לדידן דלא אמרינן ציצית חובת גברא ולא דמי לתפילין א"כ נהי דגלי קרא לא קאי רק על טוי' ולא על תליי' דסתמא לשמה קאי ובזה ניחא הרמב"ם דסובר דציצית נפסלו בהוסיף עליהם והקשה דהא רבא מקשה השתא בב"ת קאי מעשה לא הוי ועי' מנחות ד' מ' אך לפי מה שכתבו משום דעביד איסור אמרינן אי עביד לא מהני ולפ"ז לפי מה דכתבו דהיכי דלא בעי כונה ל"ש אי עביד לא מהני וע"כ כיון דהרמב"ם סובר דתלי' לא בעי לשמה וא"כ ל"ש דלא מהני וע"כ סובר דציצית נפסלין בהוסיף עליהם:

והנה אי מועיל בספרים ישראל עומד ע"ג היכי דכתב נכרי ובגט קיי"ל דלא מהני משום דאדעת' דנפשי' עביד אך בס"ת שיטת הרא"ש דמועיל עע"ג ובמג"א הקשה דא"כ הא דפריך הש"ס בגיטין ורשב"ג עיבוד לשמה בעי כתיבה לשמה לא בעי וקשה דילמא בישראל עומד ע"ג. ולכאורה נראה לפי מה דאית' בתשובות ת"ר וז"ל דבאמת יש בזה תרי טעמים הא דבעי עיבוד וכתיבה לשמה או משום שצריך כונה לקדש העור בעיבוד וכן לקדש בכתיבה או משום דכתיב כתבו לכם את השירה הזאת דמשמע דצריך לשמה ועי' בחידושי הר"ן ובאמת אם בעינן גם עיבוד לשמה לכאורה תקשה למה לי קרא כתבו לכם וכו' דבעינן לשמה דמה"ת לא ניבעי לשמה כמו עיבוד וע"כ דבעיבוד הי' מהני סתמא אי לאו משום דסתמא לאו לשמה קאי אבל בס"ת אי ילפינן מעיבוד דכיון דסתמא לשמה קאי בכתיבה אי לא ילפינן רק מסברא כמו דבעינן בעיבוד היה סגי בסתמא ואתא קרא דלא מהני סתמא וכל זה אי גם בעיבוד בעי לשמה משא"כ אי לא בעי א"כ נהי דכתיבה בעי לשמה מקרא הנ"ל סגי בסתמא דכיון דסתמא לשמה קאי סגי בסתמא ובזה ניחא הסוגי' בגיטין ד' מ"ה דפריך ורשב"ג עיבוד לשמה בעי כתיבה לא בעי לשמה וקשה הא בכתיבה לא פליגי דאפי' לת"ק בעי לשמה וקשה גם לת"ק ונראה דתוס' סובר ועי' בע"ז דהא דאדעתי' דנק"ע היינו דחשוב סתימא ולא דחשוב שלא לשמה ולפ"ז זה הטעם דבגט לא מהני עע"ג דל"ח רק סתמא ובגט סתמא לאו לשמה קאי משא"כ ס"ת דסתמא לשמה קאי בכתיבה וע"כ מהני עומד ע"ג וזה הכל לת"ק דסובר דעיבוד לא בעינן לשמה

א"כ נהי דכתיבה בעי לשמה מקרא הנ"ל מ"מ סגי בסתמא וא"כ מועיל עע"ג ולא קשה על ת"ק דיש לומר בעומד ע"ג מש"ה פריך מרשב"ג לדידי' דבעי עיבוד לשמה ע"כ דקרא אתא דסתמא לא מהני וא"כ לא מועיל עע"ג וקשה שפיר כתיבה לשמה לא בעינן ולא קשה קושי' מג"א דאיירי בעומד ע"ג דאליבא דרשב"ג לא מהני וגם בפשיטות יש לומר דלרשב"ג דמיותר הקרא ע"כ דקרא אתא דאפי' עומד ע"ג לא מהני משא"כ לרבנן דלא מיותר מהני עומד ע"ג:

וגם לפי מה שכתבו דמש"ה לא חיישינן שמא מין היא ובפרט רשב"ג חייש למיעוט ול"ש תירוץ הגמ' דאין רוב אומות מינין ותירצו וז"ל דהגם דחייש למיעוט היינו בדבר שאין לנו דבר הסותר נגד המיעוט רק הרוב לחוד אבל בדבר שאנו צריכין לומר שנעשה בזה ענין חדש בזה ל"ח לומר שהוא מהמיעוט ונעשה בזה ענין חדש ומה"ט מכשיר רשב"ג דכיון דהטעם בכתבו מין פסול משום דחישב מחשבת חוץ ומה"ת נימא כן דנעשה מחשבה זו יותר ראוי לומר דנעשה בסתם ומעתה יש לומר דאי בעינן שיחשוב בלבו לשמה ע"כ צריך לומר שנעשה בזה מחשבה מצד הכותב מה שנעלם מאתנו וא"כ חיישינן שמא מין הוא וחשב בלבו מחשבת חוץ והנה אפי' אי אמרינן כדעת הרא"ש פשיטא דלא מהני מחשבת עומד ע"ג ובעינן מחשבת הכותב בעצמו וכיון דע"כ צריך לומר שנעשה בזה ענין חדש א"כ גם חיישינן שמא מין היא ומחשב מחשבת חוץ דכמו דמחשבת חוץ הוא ענין חדש כן מחשבה לשמה וע"כ לא מהני עומד ע"ג ועי' בס' יש"י וכבר אמרנו דאי בעיבוד בעי לשמה אז בכתיבה לא סגי סתמא ובעי לשמה ממילא לא מהני עע"ג דכיון דע"כ צריך לומר דנעשה ענין חדש יש לומר שמא מין הוא וע"כ לרבנן לא פריך נהי דמודי' בכתיבה מ"מ סגי בסתמא כיון דעיבוד לא בעי לשמה וכיון דסגי בסתמא ל"צ לומר דנעשה ענין חדש ממילא מהני עע"ג ול"ח שמין הוא והי' מחשבת חוץ וא"כ יש לומר דאיירי בעע"ג וע"כ לא מקשה רק לרשב"ג לדידי' דפסול סתמא וע"כ צריך לומר דנעשה דבר חדש דחשב לשמה ממילא לא מהני עע"ג שמא מין היא וחשב מחשבת חוץ:

וגם יש לומר לפי מה דאית' בב"ש דאפי' בלא עומד ע"ג ספק עכ"פ איכא שמא כתב לשמה ובזה ניחא קושי' הראשונים דלמאי צריכין לטעם וקשרתם דכל שאינו בקשירה וכו' ת"ל דנכרי לא כתב לשמה ואמרתי דלפי שיטת הרמב"ם דס"ד לחומרא הוא מדרבנן דמהתורה ס' שרי וא"כ מטעם לשמה מהתורה שרי דס' שרי וע"כ צריכין לטעמא דאינו בר קשירה. וא"כ יש לומר דאפי' אי מועיל עומד ע"ג הוא רק רוב לחוד דע"פ הרוב כל היכי דישראל עומד ע"ג כותב לשמה ורשב"ג הא חייש למיעוט וע"כ לא פריך רק על רשב"ג משא"כ על רבנן לא קשה דיש לומר בעומד ע"ג:

וגם יש לומר לפי מה שהקשה איך מועיל שחיטת חשו"ק באחרים רואין הא לא הוי בר זביחה דקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצוין להפרישו וכתבו דכיון דאסור ליתן לו בידים וע"כ חשוב בר זביחה ועי' ביו"ד ס' א' וע"ז קשה דא"כ בעוף למ"ד דאין שחיטה לעוף מהתורה לא חשוב בר זביחה דהא הרשב"א סובר דאיסור דרבנן שרי ליתן בידים וא"כ תקשה הא דפריך הגמ' פ' כ"ה דברישא קתני דחש"ו ששחטו דפטור מכיסוי ובסיפא קתני דאסור לשחוט את בנו ביום אחד וקשה דהא כיסוי הוא בעוף ולאו בר זביחה הוא דהא מותר ליתן בידים וע"כ אפי' כי שחט שפיר מ"מ פטור מכיסוי משא"כ לענין או"ב דהא בבהמה חשוב בר זביחה וע"כ אסור לשחוט בו ביום את בנו דשמא שחט שפיר וע"כ צריכין לומר כתירוץ השני דכיון דאחרים רואין ושחט על דעתם עי"ז חשוב בר זביחה:

ולפ"ז ניחא דלא מצי איירי בעע"ג דא"כ אמאי סובר הברייתא חדא דיגנז משום דאינו בר קשירה ואי בעומד ע"ג חשוב בר קשירה ג"כ כמו דחשוב בר זביחה באחרים רואין אלא ודאי דלא איירי בעע"ג וניחא קושי' מג"א הנ"ל:

והנה שיטת הרמב"ן דאפי' אי בעי כתיבה לשמה אינו מדאורייתא ובזה לא קשה קושי' תוס' שם ד"ה והא דתניא דהקשו דאמאי לא אמרינן דמש"ה יגנוז משום דרשב"ג דסובר דבעינן כתיבה לשמה אך דא"כ תקשה אמאי יגנז הוי ליה לומר דאין קורין ואין לומר דחיישינן לתקלה הא בדרבנן ל"ח לתקלה ומשום לשמה הוא רק פסול דרבנן אלא ודאי דטעמא משום דאינו בר קשירה ומש"ה חיישינן לתקלה ובעי גניזה:

גם יש לומר דאי טעמא משום דבעי כתיבה לשמה כרשב"ג א"כ אמאי קתני ס"ת שכתבו כותי הא אפי' נמצא בידו אין קורין ואין לומר משום דאין דרך העכו"ם לכתוב מיעוט' איכא ורשב"ג הא חייש למיעוט אלא ודאי דלא אתא כרשב"ג ואז בנמצא בידו קורין דאזלינן בתר הרוב וא"כ טעמא בכתב דאין קורין משום דאינו בר קשירה וגם נהי דאין דרך העכו"ם לכתוב א"כ צריכין לומר דבא לידו דרך גניבה דאין דרך ישראל למכור לנכרי וא"כ אכתי אסור לקרות ואין לומר משום דסתמא יאוש בעלים דזה רק רוב לחוד ורשב"ג חייש למיעוט וע"כ דלא אתא כרשב"ג וע"כ הא דאין קורין משום דאינו בר קשירה:

ובזה ניחא הסוברים דנמצא ביד כותי דיגנז ומדברי ר"א לא משמע רק דדחי דילמא לגנוז ובאמת סובר דקורין ולכאורה יש לומר דמש"ה אין קורין דנהי דרוב איכא דאין דרך הנכרי לכתוב אך כיון דהי' בחזקת חיוב לקרות בס"ת ע"כ אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה וכעין זה כתבו על קרבנות היכי דספק אי טריפה חשוב חזקת חיוב דמחויב

בקרבן ומודה הרמב"ם דס' אסור מהתורה אך ר"א לשיטתו דל"ס סמוך ועי' בתשובות ר' ע"א וע"כ סובר דקורין משא"כ לדידן:

וגם יש לומר נהי דאיכא רוב אך כיון דכתבו לכם את השירה דבעינן לשמה גם רוב לא מהני דרוב הוא רק ספק ועי' בס' ח"ד ס' ק"י מה שמתרץ הרמב"ם וע"כ נהי דהתורה התירה לילך אחר הרוב מ"מ היכי דכתיב עשה בעינן ודאי גמור וגם רוב לא מועיל אך קרא דלכם בעינן על גזול אך ממילא ידעינן גזול משום דהוי מה"ב ותלי' אי מה"ב דאוריית' אי לא ור"א דסובר בסוכה דביו"ט דהוא מדרבנן ל"ח למה"ב וע"כ דסובר דל"ד ובעינן לכם על גזול ומועיל הרוב וע"כ סובר דקורין בו משא"כ לדידן דמה"ב דאורייתא וע"כ דקאי לכם על לשמה גם רוב לא מהני וע"כ אין קורין בו:

והנה שיטת ר"ת דאין אשה אוגדת לולב וכן נכרי דכיון דלא מיפקדו כמו לענין ס"ת דדרשינן דכל שישנו בקשירה וכו'. ועי' בתוס' מנחות ובגיטין ד' מ"ד תמהו על זה דהא חזינן דצריכין קרא ליפסול ציצית בנכרי דדריש בני ישראל ועשו ות"ל כיון דלא מיפקד פסול לעשות וכתבו דלאידך לישנא דמצריך קרא להכשיר בנכרי אז יש לומר דאי לאו קרא ה"א דפסול משום דלא מופקד על זה ואז אמרינן דאשה ונכרי אינם אוגדות לולב וע"ש:

ובזה ניחא הא דהרמב"ם לא חילק היכי דענבים מרובות וכו' בין נראה ונדחה ובין דיחוי מעיקרא ואין לומר משום דבידו למעט כיון דאסור למעט ביו"ט וע"כ נראה דהא יש לומר דכיון דשבות שרי במקום מצוה א"כ אכתי בידו למעט ע"י כותי דהא אינו רק שבות בעלמא כמו שפי' רש"י וע"כ דסוגי' קאי להך לישנא וא"כ ע"י כותי פסול לעשות משום דלא מופקד על זה משא"כ לדידן בידו למעט ע"י כותי. ובאמת קשה על הסברא הנ"ל דכל היכי דכתיב בלשון עשה גם רוב לא מהני דא"כ במצא גדי שחוט דברוב ישראל כשר ועי' ביו"ד ס' א' וקשה הא כתיב וזבחת ואכלת דמיני' ילפינן דשחיטת כותי אסור דאינו בר זביחה וא"כ גם רוב לא יועיל:

כלי של לוקח

בו יתבאר כלי של לוקח ברשות מוכר:

ועי' ב"ב ד' פ"ה בכל הסוגי' ועי' ברמב"ן שם דסובר דאי אמרינן דכלי של מוכר ברשות לוקח לא קני בתורת חצר ה"ה דמשיכה או הגבהה בכלי של מוכר לא קני ושיטת התוס' אינו כן. והנה בתשובות בית אפרים תמה מהא דאית' בגיטין דרב סובר דמנסך ממש הגם דקלבד"מ משום דמעידנא דאגבהה קני' מתחייב בנפשו לא הוי עד שעת ניסוך ולפי שיטת הרמב"ן קשה דהא הוא לא נתכוון לקנות הכלי כמו שכתב רש"י וא"כ גם על היין

לא נתחייב ע"י הגבהה זו דהא הי' הגבהה בכלי של הבעלים ולשיטת הנ"ל לא מועיל. ולכאורה נראה לפי מה דפריך הגמ' בכתובות פ' א"ר גבי גונב כים בשבת אי דאפקי' לרשות הרבים איסור שבת איכ' איסור גניבה ליכא ומשני רבינא לעולם דאפקי' לר"ה וע"ש בתוס' דכתבו דהגם דמשיכה בר"ה לא מועיל זה דוקא להיות לגמרי שלו אבל להתחייב באונסין קני אפי' בר"ה. ולפ"ז יש לומר אפי' אי אמרינן דמשיכה והגבהה לא מועיל בכלי של מוכר זה להיות שלו אבל לענין חיוב אונסין לבד מועיל ושפיר קאמר רב מעת הגבהה קני דהכא לא איירי רק לחיוב אונסין לבד. ובזה ניחא רש"י בחולין סוגי' דרבוצה דסובר דהגם דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו מ"מ היכי דהי' הגבהה קנוי ובתוס' הקשו דא"כ מאי פריך ממנסך הא מדאגבהה קני' כמו דאמרינן הכא ולפ"ז לא קשה דאי אין אוסר דבר ש"ש רק ע"י הגבהה נעשה שלו קשה הא הי' הגבהה בכלי של הבעלי' ולא קני להיות שלו והכא שאני דהיא רק לאונסין:

ובזה ניחא קושי' תוס' שם על הא דמשני דאיירי דאית ליה שותפות דא"כ אכתי היינו מדמע דיש לומר דכוונת הגמ' דאית ליה שותפות ואז היה הגבהה גם בכלי של שותפות ומועיל הגבהה להיות שלו לגמרי וע"כ יכול לאסור. ועי' בתשובה הנ"ל דכתב כן לתרץ קושי' הנ"ל כיון דמוקי הגמ' בשותפות א"כ לא היה הגבהה בכלי של בעלים. ולפ"ז לפי מה דאית' בראש"ש בחולין דלמ"ד דשמי' היזק לא קשה קושי' הגמ' דאין אדם אוסר דחשוב מעשה רבה ולא איירי בשותפות וע"ש. וניחא בזה קושי' נב"י על הא דפריך הגמ' ולמאן דיליף קנסא מקנסא כל הני למה לי ופי' רש"י דרב יליף מדקאמר מערב היינו מדמע וקשה דילמא סובר דהיזק שאינו ניכר שמי' היזק ומדינא חייב וע"ש. ולפ"ז ניחא דא"כ לא איירי בשותפות והיכי קאמר מדאגבה קני' הא הוי בכלי של הבעלים אלא ודאי דסובר דלא שמי' היזק ואז ע"כ איירי בשותפות ושפיר פריך הגמ'. ולפ"ז הא תינח למ"ד בכתובות דאפי' לחיוב אונסין בעינן קנין גמור ומשיכה לא מהני בר"ה ואז שמעינן דרב סובר דלאו שמי' היזק דאז איירי ע"כ בשותפות משא"כ לרבינא הנ"ל דאונסין שאני וא"כ אין ראי' דרב יליף קנסא מקנסא רק דסובר דשמי' היזק והגם דאז לא איירי בשותפות מ"מ יש לומר דקני בהגבהה לענין חיוב אונסין. וניחא בזה קושי' ש"ך ס' שפ"ו על הרי"ף ב"ק דהוכיח דדינא הוא דאי קנסא היכי יליף רב מהתם והקשה הא רב יליף מקנסא ולפ"ז ניחא דאליבא דרבינא אין ראי' דיליף:

ולפ"ז ניחא הרמב"ם בפי' המשנה דכתב דאיירי דלא ידע דאיכ' חיוב מיתה דאל"כ אין אדם מת ומשלם ותמהו עליו הא חייבי מיתות שוגגין ג"כ פוטר מלשלם וגם אמאי לא כתב כדמשני רב מעידנא דאגבהה קני' וכו':

וע"כ נראה דהא אי כלי של מוכר ברשות לוקח קני משום דרשות עיקר תלי' דאי כלי של לוקח ברשות מוכר קני משום דכלי עיקר ולא הרשות א"כ כלי מוכר ברשות לוקח לא קני ואי כלי של לוקח ברשות מוכר לא קני משום דרשות עיקר א"כ כלי של מוכר ברשות לוקח קני ועי' ברא"ש שם וכיון דמספק' לן אזלינן בתרווייהו בתר חזמ"ק וע"ש:
וא"כ תקשה למ"ד דאפי' לענין חיוב אונסין בעינן קנין גמור א"כ ל"ש לומר מדאגבהה קני' אך הא בכה"ג הקשה דאמאי ספק ממונא אמרינן לקולא לנתבע הא הוי ס' איסור גזל ובס' איסור אזלינן לחומרא ותירץ דא"כ יהי' ס' איסור גזל לכנגדו ולפ"ז הכא נהי דהי' הגבהה בכלי של הבעלים מ"מ צריך לשלם מספק איסור גזל דשמא כלי של מוכר ברשות לוקח קני וממילא דה"ה הגבהה מועיל בכלי של הבעלים ולא בא בב"א ואין לומר דיהי' ס' איסור גזל לכנגדו דילמא לא קני ופטור משום דקלבד"מ זה אינו דהא בקלבד"מ חייב לצי"ש ומהני תפיסה ועי' ברש"י ב"מ ולא יהי' ס' איסור גזל משא"כ אי לא ישלם יהי' ס' איסור גזל דשמא קני ולא בא בב"א ואין לומר דלמ"ד דלאו שמי' היזק והחיוב רק מדרבנן והוי ס' דרבנן ולקולא דלית' דהא לדידי' איירי ע"כ באית ליה שותפות וצריך לשלם בודאי אך עיקר הקושי' למ"ד דשמי' היזק דחשוב מעשה רבה ולא איירי בשותפות לדידי' מהתורה חייב וצריך לשלם משום ס' איסור גזל:
ובזה ניחא הרמב"ם הנ"ל דהא שיטת מהרש"ל דהא דחייב לצי"ש זה דוקא בחייבי מיתות שוגגין ולא בהתראה וע"כ כתב שפיר דאל"כ אין אדם מת ומשלם אפי' לצי"ש וא"כ ל"ש מדאגבה' קני' דשמא לא קני ואין לומר משום ס' איסור גזל דא"כ יהי' גם לכנגדו ס' איסור גזל אלא ודאי דלא הי' התראה ונהי דגם חייבי מיתות שוגגין פוטר מלשלם ע"ז יש לומר מעת דאגבהה קני' ומשלם משום ס' איסור גזל:
והנה עיקר הראי' של רבא דחייב לצי"ש מהא דאתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו ומה שהקשה דלשיטת הרמב"ם דבא על הפנוי' עובר משום קדישה א"כ למה ליה לרבא לומר משום דאתנן אמרה תורה אפי' בא על אמו ת"ל דכל אתנן אף בחייבי מלקות הא קיי"ל דאין לוקה ומשלם וע"כ מש"ה חשיב אתנן משום דחייב לצי"ש והנה לפי מה שהקשה על הא דאית' בע"ז ד' ס"ג דמוקמינן הך דבא עלי' ואח"כ נתן לה דאסור הגם דמיחסר משיכה דאיירי בזונה כותית דלא מיחסרא משיכה וקשה הא הטלה שכר ביאה הוא וא"כ שייך ג"כ ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף וא"כ איך קנתה הטלה בגמר ביאה הא הו"ל מלוה ומלוה אינו קונה במכר וכתבו דאפשר דמקנה לה בתחילת ביאה ועי' בתשובות משיבת נפש וא"כ לפי מה דסוברי' דעל לאו דקדישה אינו עובר רק בגמר ביאה ולא בהתראה ועי' בשעה"מ וא"כ לא בא בב"א וע"כ לא הוכיח רק מבא על אמו

דחיוב מיתה הוא מיד אך קשה לפי מה דסובר הריטב"א דהיכא דגמר הביאה אז לעולם לא מחויב מיתה רק בגמר דוקא היכי דלא הי' רק הראה לחוד אז חיוב מיתה מיד א"צ לעולם לא בא בב"א:

ובזה ניחא קושי' קצה"ח על שיטת הרשב"ם דסובר דחצר של נפקד חשוב של המפקיד וא"כ מה משני התם דקאי בחצרה מה בכך הא לא הוי חצרה וע"ש וע"כ נראה דהא בתוס' שם הקשו מה פריך והא לא משך אי מהתורה מעות קונות לר"י אך יש לומר דקושי' הגמ' הא הוי מלוה ואין לומר דמקנה לה בתחילת ביאה א"כ קלבד"מ דכיון דהיכי דבא על אמו מחויב על הראה וע"כ משום דחיוב מיתה הי' מיד ושכר ביאה הוא לבסוף ואז הוי מלוה ול"ש דמעות קונות וע"ז משני דקאי בחצרה ולא משום קנין חצר רק דאז יש לומר דקנין משום מעות דמקנה לה בתחלת ביאה ואין לומר דקלבד"מ ואין אדם מת ומשלם דל"ח משלם כיון שהטלה בחצרה. ובלא"ה קשה לי הא דפריך שם אי דקאי בחצרה א"כ לא הוי בא עלי' ואח"כ נתן לה דקני' לה וקשה דילמא איירי בחצר שכורה דלא קני' ומ"מ לחומרא קיי"ל דשכירות קני' ועי' בג"א בע"ז וגם קשה דילמא איירי בחצר השותפין דאין קונין זה מזה אך הטעם משום דאין ברירה ועי' במקנה ולחומרא אמרינן יש ברירה:

ולכאורה קשה הא דפריך הגמ' ב"מ על הא דחוסם פי הפרה ודש בה דמשלם והא אין אדם לוקה ומשלם ומשני רבא דאתנן אסרה וכו' וכתבו הראשונים הא דלא משני רבא כר"פ דמשעת משיכה נתחייב משום דתני סתם החוסם ודש ולא איירי דוקא כששכרה רק אף בגזילה שחסמה שלא מדעת הבעלים ודש ובכה"ג אין החיוב רק על שעת הדישה ושפיר המלקות פוטרו דבאין כאחד וע"ש בשמ"ק:

וקשה לפי מה דסוברים דאף היכי שיש בגזל עוד מלקות אחר מצד איסור אחר ג"כ הדין דמשלם ואינו לוקה דכיון דגלי קרא דמלקות דגזל עצמו אינו פוטר מתשלומין ומשלם ואינו לוקה כן גם מלקות מאיסור אחר אינו פוטר מחיוב תשלומי גזל ועי' בע"ח וא"כ ה"ה הכא לא פוטר לאו דחסימה מחיוב תשלומין דלאו דגזל וא"כ מאי פריך דאין אדם לוקה ומשלם ומשמע דכיון דלוקה משום לאו דחסימה איך חייב לשלם הא הי' לנו לומר דמשלם ואינו לוקה:

ועל עיקר קושי' תוס' על רש"י הנ"ל נראה דבלא"ה הקשו הראשוני' דאי אמרינן דמשיכה לא מועיל בכלי של מוכר מהא דאית' בע"ז פ' השוכר אי דרמא למנא דישראל ה"נ לא הי' צריך למישקל הדמי' מנכרי וקשה הא לא מועיל משיכה בכלי של מוכר וע"כ נראה דלכאורה קשה על הסוגי' שם דקאמר ש"מ דכלי של לוקח ברשות מוכר לא קני

וקשה הא אפי' אי בעלמא לא קני הכא שאני דבודאי נתן לו רשות כדי שלא יאסור היין ונתרצה הישראל שהכלי יקנה לו ברשותו. אך נראה לפי מה דאית' בתוס' ב"ב ד' פ"ה ד"ה כגון וז"ל וא"ת נהי דנותן לו רשות מ"מ הא בעי חזקה והמפרשים כתבו לפי מה דסובר הרמב"ם דהיכי דהלוקח מכניס כלי לקרקע של המוכר הו"ל חזקה לקנות בו הקרקע וע"כ שפיר יש לומר דכלי של לוקח ברשות מוכר דכשמשאיל המוכר מקום הכני להלוקח ממילא קונה המקום בתורת שאלה בחזקה זו שעשה הלוקח ע"י שהכניס כלי שלו לשם וקרקע נקנית בחזקה ולפ"ז ניחא הסוגי' דשפיר פריך ש"מ דכלי של לוקח ברשות מוכר לא קנה ואין לומר דהכא בודאי נותן רשות דמ"מ תקשה במאי קנה ואין לומר דחשוב חזקה ע"י שהכניס שם הכלים הא בנכרי לא מועיל קנין חזקה:

ולפ"ז שפיר קאמר אי דרמא למנא דישראל ה"נ והגם דמשיכה לא מועיל בכלי של מוכר מ"מ הכא בודאי משאיל לו הישראל הכלי כדי שיקנה היין במשיכה כדי שלא יאסור היין והקנין הכלי יהי' ע"י משיכה דכיון דמשיכה בעכו"ם מועיל. ולפ"ז ניחא קצת קושי' מהרש"א בסוגי' דהקשה דהא ע"כ איירי הסוגי' דאמר זיל קני אך יש לומר דאיירי דלא נתכוון לקנות ע"י חזקה זו בזה שהניח שם הכלים וליכא קנין חזקה:

ולפ"ז ניחא הרש"י הנ"ל דהא קשה הא הגבהה לא מועיל בכלי של הבעלים אך דבודאי משאיל לו הכלי ונותן לו רשות כדי שיתחייב לשלם לו ולא יהי' קלבד"מ משא"כ התם פריך הגמ' דאי אין אדם אוסר דש"ש א"כ לא יאסור היין ואין לומר מדאגבהה קני' הא לא מועיל בכלי של הבעלים ואין לומר דהבעלי' משאיל לו דלמאי יעשה כן דהא אי לא ישאילו לא נאסר היין רק אליבא דאמת דהיין נאסר רק דתאמר דפטור משום דקלבד"מ ע"ז אמרינן דמשאיל לו הכלי כדי שתוכל לומר מדאגבהה קני' ואפשר דזה אינו רוצה לקנות כדי שלא יצטרך לשלם ועי' ב"ק לענין יאוש כן:

גם נראה עוד לפי מה דכתבו דל"צ לפרש דאגבהה ע"מ לגוזלו רק כיון דהגבהה הי' ליאסור בהנאה חשוב נמי גזילה שהרי הוציאו מרשות חבירו דהיכי דאסור בהנאה חשוב אינו ברשותו כמו חמץ דחשוב אינו ברשותו משום דאסור בהנאה וא"כ לפ"ז בלא"ה לא קשה דהא הגבהה הי' בכלי שאינו שלו ולא קני' דליתי' דהא מ"מ הוציאו מרשות בעלים משום איסור הנאה:

ובזה ניחא מה שהקשו למ"ד דאפי' אי אין אדם אוסר דבר ש"ש מ"מ באכילה או בשתי' אסור א"כ מה פריך ממנסך דילמא הא דחייב לשלם מה שהפסידו בשתי' אך אז תקשה דקלבד"מ ואין לומר מדאגבהה קני' הא אגבהי' בכלי של הבעלי' ואין לומר דאפי' אי לא הי' הגבהה ע"מ לגוזלו חשוב נמי גזילה דאיסור הנאה חשוב אינו ברשותו וחשוב

גזלן דכיון דלא אסור רק בשתי' אכתי ברשות בעלים קאי אלא ודאי דאסור בהנאה ופריך שפיר דאין אוסר דש"ש. ולפ"ז ניחא קושי' תוס' לפי מה דמשני דעת ליה שותפות אכתי היינו מדמע וע"ש. אך יש לומר דכיון דאית ליה שותפות וא"כ הי' הגבהה בכלי שלו ויש לומר דהא מדאגבהה קני' היינו דהי' לגוזלו ולא משום איסור הנאה הוי הגזל וממילא יש לפרש הא דחייב לשלם דהפסידו בשתי':

וניחא קושי' נב"י מה קאמר ולמאן דיליף קנסא מקנסא דילמא סובר רב דשמי' היזק דהא הקשה איך שייך כדי שיודיעו הא ע"א אינו נאמן לאסור אך יש לומר לפי מה דאית' בב"י סי' קכ"ז דאפי' אי ע"א אינו נאמן היינו לבעלי' אבל לכל עולם אסור וא"כ נ"מ כדי שיודיעו לאסור לכל העולם וקשה כיון דלבעלי' מותר א"כ אכתי הוא ברשות בעלי' ולא הוי גזל בזה דאוסרו בהנאה וע"כ דחזקי' סובר כמ"ד דמנסך היינו מערב ולא קשה דקלבד"מ ול"צ לומר מדאגבהה קני' וא"כ רב דסובר דמנסך ממש לא מצי סובר כחזקי' וע"כ דסובר דחיוב משום קנס וע"כ פריך ולמאן דיליף קנסא מקנסא היינו רב:

גם נראה על קושית התוס' הנ"ל דאכתי היינו מדמע וע"כ נראה דהנה הראשונים הקשו ועיין בראב"ד על הא דאמר חזקיה דמש"ה פטור בשוגג כדי שיודיעו הא עד אחד אינו נאמן להוציא מחזקת היתר והוכיחו מכאן דע"א נאמן אפילו באיתחזק ועי' בש"ך סי' קכ"ז וע"כ נראה לפי מאי דסוברים דאפילו אי אמרינן דכל איסורין חשיב א"ח מ"מ איסור דרבנן לא חשיב רק איסור גברא. והנה י"ל דחזקת היתר לא שייך רק בא"ח דכשאתה מסופק אם נאסר חפץ זה ונשתנה מקדמותו או לא אתה מעמידו בחזקתו דלא נשתנה מהיתר לאיסור משא"כ בא"ג ואתה מסופק אי נאסר אי לא לא שייך לאוקמי בחזקת היתר דהא החפץ לא נשתנה רק האיסור על גברא וא"כ באיסור דרבנן כיון דהאיסור אינו על החפץ לא שייך לאוקמי בחזקת היתר וא"כ לפי מאי דסוברים דהא דאדם אוסר דבר שאינו שלו בעשה בה מעשה האיסור רק מדרבנן דמן התורה אפילו ע"י מעשה לא יכול לאסור ושפיר אמר חזקיה כדי שיודיעו כיון דהיין אינו שלו רק משום דסובר דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק חשיב מעשה ועי' ברא"ש בחולין א"כ אפילו לפי דבריו שנסך היין האיסור לא יהי' רק מדרבנן וא"כ לא הוה רק איסור גברא א"כ ליכא חזקה חזקת היתר כנגדו דכיון דאפילו לפי דבריו אינו מוציא היין מחזקתו ושייך שפיר כדי שיודיעו:

ובזה ניחא קושית התוס' על רש"י בחולין דף מ' דשיטת רש"י דאפילו אם אין אדם אוסר דבר שאינו שלו מ"מ ע"י הגבהה יכול לאסור וקניא משום דאגבהה קניא ובתוס' הקשו א"כ מאי פריך הגמ' ממנסך דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו התם שאני מדאגבהה קניא וע"ש. אך י"ל דקושית הגמ' אזלה דאי נאסר משום דאגבהה א"כ מדאורייתא יכול

לאסור וא"כ לפי דבריו האיסור יהי' על החפץ א"כ תקשי דלא שייך כדי שיודיעו דע"א אינו נאמן להוציא מחזקת היתר אלא ודאי דהא דיכול לאסור משום דחשיב מעשה ואז האיסור רק מדרבנן ושייך שפיר כדי שיודיעו. ובזה ניחא קושית תוס' הנ"ל דהכי משני הגמ' דאית ליה שותפות בגוה ואז שפיר י"ל דמש"ה יכול לאסור משום דאגבהה קניא ואין לומר דאז האיסור מדאורייתא ולא שייך כדי שיודיעו דאינו נאמן דליתא דהפוסקים כתבו דהיכא די"ל שותפות מתוך שנאמן להפסיד א"ע נאמן ג"כ לפסוד לחבירו ועי' בס' ישועות יעקב:

ובזה ניחא קושית פ"י בגיטין דף נ"ג על הא דמסיק הגמ' דפליגי בקנסו שוגג אטו מזיד ופריך הגמ' דר"י אדר"י והקשה בס' הנ"ל דילמא מש"ה לא קנס ר"י הכא שוגג אטו מזיד משום כדי שיודיעו כמו דסובר חזקיה. אך נראה לפי מאי דאיתא בתוס' ב"ב דף ב' דהיכא דהוא עצמו הפסיד ג"כ לא שייך קנס שלא יהא כאו"א כיון דגם הוא הפסיד בוודאי לא יעשה כן וא"כ כיון דהשתא סובר דלאו שמיה היזק וחייב משום קנס ע"כ לא מיירי בשותפות וע"כ הא דיכול לאסור אין לומר משום דעשה בהן מעשה דכיון דלאו שמיה היזק לא הוה מעשה רבה וע"כ רק משום הגבהה דאגבהה קניא וא"כ האיסור הוא מדאורייתא לפי דבריו וחשיב א"ח וממילא לא שייך כדי שיודיעו דע"א אינו נאמן להוציא מחזקת היתר וע"כ אין לומר דמש"ה פטור בשוגג כדי שיודיעו דהא לא יהא נאמן ושפיר פריך הגמ' ודו"ק:

הכוסס את החטה

בו יבואר הכוסס את החטה אי מברך בורא פרי האדמה:

הנה שיטת הרמב"ם דכוסס את החטה של תרומה דמשלם קרן וחומש והראב"ד השיג דקי"ל כרבנן והגם דקי"ל דכוסס את החטה דמברך בפה"א לענין ברכה שאני והקשה עליו דהא משמע בברכות ד' ל"ו דחומש וברכה דמי להדדי ואי חומש לא משלם גם ברכה לא מברך עליו דשם פריך על ר"י דסובר דשמן זית מברכין עליו בורא פרי העץ היכי דמי אילימא דקא שתי איזוקי מזיק ליה דתניא השותה שמן של תרומה משלם את הקרן ואינו משלם החומש אלמא דדמי וע"כ מסיק שם דקא שתי ליה ע"י אניגרון וע"ש. ונראה דסברת הראב"ד לחלק בין חומש לברכה הוא לפי מה דפריך לקמן ר"י היכי מברך על זית מליח כיון דשקילא לגרעינ' בצר ליה שיעורא ומשני הגמ' דסגי בכזית בינוני וע"ש בתוס' דמבי' בשם הירושלמי דמתרץ ברי' שאני דלא בעינן שיעור' משום דבברי' מברכין אפי' בכ"ש וע"ש. והנה אית' במכות דחטה חשוב ברי' רק משום דלא הוי ברי' נשמה וא"כ לענין ברכה דלא בעי ברי' נשמה א"כ גם חטה חשוב ברי'. והנה במרש"ל

בשבועות אית' דאליבא דר"ש דסובר דכ"ש למכות ה"ה דחייב על שלא כד"ה לר"ש וזה סברת הראב"ד דברכה שאני נהי דחשוב שלא כד"א מ"מ כיון דהוא ברי' ומחויב לברך עלי' הגם דליכא שיעור וע"כ הגם דל"ח אכילה מחויב ג"כ לברך וזה שייך לענין חטה משא"כ שמן זית דל"ח ברי' ובעינן שיעור וה"ה באוכל שלא כד"א אינו מחויב לברך ע"כ מדמי הגמ' להדדי ופריך שפיר מחומש על ברכה:

ובזה ניחא הרמב"ם דסובר דאפי' בלא אניגרון נהי דלא מברך בורא פרי העץ מ"מ שהכל מחויב לברך תמהו עליו ונראה דהא קשה לפי מה דקיי"ל דברכה שלפניו ל"צ שיעור ומחויב לברך אפי' על כ"ש וא"כ לפי המרש"ל דשלא כד"א וכ"ש שוין א"כ נהי דשמן זית ל"ח ברי' מ"מ כיון דמחויב לברך אפי' על כ"ש ה"ה על שלא כד"א ומאי פריך הגמ'. אך לפי מה דאית' בב"י דנהי דברכה שלפני' הוא אפי' על כ"ש מ"מ אינו מברך רק שהכל וע"כ מקשה שפיר דעכ"פ אמאי מברך בורא פרי עץ וע"כ ניחא דשהכל מחויב לברך דלא גרע מכ"ש ה"ה דשלא כד"א מברך שהכל:

והנה בס' יש"י כתב דסברת הראב"ד דמש"ה מברך דכיון דאכל אחשבי' וחשוב אכילה משא"כ לענין חומש דהוא בשוגג דמי למ"ש ברשב"א דמש"ה סובר ר"ש דכ"ש למכות ולענין קרבן בעינן כזית משום דבמזיד שייך לומר דאחשבי' אבל לענין קרבן דהוא בשוגג לא אמרינן דאחשבי' לפי שלא ידע מאיסור ואילו ידע לא הי' אחשבי' וכמו כן לענין חומש אך מ"מ קשה דהא הכא מדמי להדדי וע"כ נראה לפי מה דאית' באחרונים דאליבא דר"י דסובר בשבת ד' ס"ח דכיון דשגג בכרת אע"פ שהזיד בלאו חשוב שוגג לענין קרבן וא"כ לפ"ז אין. מקום לומר זה דהתינח אם שגג בכרת ובלאו משא"כ אם שגג בכרת והזיד בלאו דחייב ג"כ קרבן והרי בכה"ג אחשבי' לאיסור כיון שהזיד בלאו ואמאי בעי כזית לקרבן והנה שם איתא דלר"י ה"ה אי שגג בכרת אע"פ שהזיד בלאו חייב חומש דחומש במקום קרבן קאי וע"ש וכיון דהכא קאי הסוגי' לר"י דהא על ר"י פריך וע"כ אין לחלק לדידי' בין חומש לברכה דאין לומר דבשוגג ל"ש אחשבי' דהא אע"פ שהזיד בלאו חייב חומש והרי בכה"ג אחשבי' לאיסור כיון שהזיד בלאו וע"כ דמי להדדי ודו"ק:

כאשר זמם

בו יתבאר כאשר זמם ולא כאשר עשה:

עי' בב"ק ד' ע"ד דרבא סובר דהכחשה תחילת הזמה אמר רבא מנ"ל דתניא מעידין באיש פלוני שסימא את עין עבדו והפיל את שינו וכו' עד אמר אביי לא דאפכינהו ואזמינהו וכו' ועי' בתוס' וז"ל נראה לר"י דכל סוגי' כפי מה דס"ד השתא דדיוקא דרבא הוי מרישא אבל לפי האמת מסקנא דדיוקא דרבא מסיפא ולא אמר אביי זה מעולם חלא בני הישיבה

היו מתרצים אליבא דאביי לפי מה שהיו סוברי' דדיוקא הוי מרישא וכבר תמהו ע"ז שדחוק מאד תירוץ התוס':

ונראה דהנה בס' עטרת חכמי' הקשה לפי מה דאית' בבעה"מ וז"ל ומעיקרא הי' סבור ששן בכלל עין לא אמרינן וקמ"ל השתא כיון דסוף סוף תשלומין הוא חייב אמרינן דיש בכלל מאתים מנה עכ"ל ותורף כוונתו הוא שלשון הגמ' מי קא מתכחשי מציעאי דדינא כוותיהו פסקינן דיש בכלל מאתים מנה מבואר דלולא זה שמחייבין עפ"י אותן מציעאי תשלומי שן אינם בנדר עדים והגם שפעלו בעדותן לפטור את האדון מתשלומי עין מ"מ אינם מחמת זה שם עדים כי אם עדים מוכחשין לכך הוצרך הגמ' לומר שיש בכלל מאתים מנה ונחשבין לעדים שמחייבין ע"פ תשלומי שן וע"כ העלה הבעה"מ שמעיקרא ס"ד דשן בכלל עין לא אמרינן א"כ לא מחייבין אף דמי שן ושם מוכחשים עליהם וע"כ סברי להוכיח מרישא דהכחשה תחלת הזמה ולפ"ז תקשה דהנה יש פוסקי' סוברים דדין ט"ח אינו רק בתובע החיטים ממש אבל בתובע דמי החיטים וזה הודה דמי שעורי דכיון דתרווייהו דמי נינהו חשוב ממין הטענה ומביאי' ראי' מהא דמשני רב בטוענו דמי עבד גדול ול"א בתר מעיקרא אמנם הרבה סוברים דאזלינן בתר מעיקרא ממה צמיחת התביעה וקשה דלפ"ז גם הכא שתובע עבד דמי העין באמרו שסימא את רבו אחרי שכבר הפיל שנו שיוצא בו לחירות ובאו עדים ואמרו עינו והדר שינו פטור הרב מלשלם גם דמי שן דל"ש שיש בכלל מאתים מנה כיון שחיוב הדמים נצמח מכח הנזק שעשה לו וכשאזלינן בתר מעיקרא אין ההודאה ממין הטענה שזה תובע דמי עין והוא הודה בדמי שן והוי ממש כטענו חיטים שפטור גם מדמי שעורין הגם שיש עדים על השעורין וכתב דהא דט"ח פטור הוא משום מחילה ובירושלמי אית' דבקנס לא מהני מחילה דחשוב דשב"ל ולזה מדייק דאימצעי לא איתכחשי אהדדי אך הקשה דהא הגמ' מוקי הסיפא דעמד בדין וא"כ יש לומר גם הרישא איירי בעמד בדין וכיון דעמד בדין מהני מחילה ואין שם עדים על האמצעים ומוכח דהכחשה תחילת הזמה. ולכאורה נראה לשיטת הריטב"א דבממון אמרינן ג"כ ולא כאשר עשה וא"כ הא דקתני דמשלמין דמי עין לעבד ע"כ איירי בתפס העבד ממנו מכבר דמי העין דאל"כ הוי כאשר עשה מיד שנגמר הדין וע"כ דאיירי דתפס וכל כמה דלא החזיר העבד דמי עין ל"ח כאשר עשה וא"כ ל"ש מחילה דכיון שהוא ת"י העבד מה בכך דמחל הא בעי קנין והנה טעמא של הריטב"א הגם דבממון עונשין מהדין ועי' תוס' ב"ק אך בחידוש לכ"ע אין עמ"ה אפי' בממון ואפי' ר"ש מודה וזה הכל לרבא לשיטתו דסובר דהזמה חידוש הוא ולדידי' איירי ע"כ דתפס וע"כ פריך שפיר דלא איתכחשי כלל דדינא כוותייהו פסקינן דאין לומר

דלא פסקי כוותיהו מטעם ט"ח דכיון דתפס לא מהני מחילה אבל אביי לשיטתו דסובר למפרע נפסל ולא סובר דחידוש ולדידי' אמרינן אפי' כאשר עשה ולא איירי דתפס ופטור מטעם ט"ח ולדידי' דיוקא גם מרישא דל"ש כוותייהו פסקינן וצריך לתרץ במיפך והזמה: **וגם** יש לומר לפי דרכו דבקנס צא מהני מחילה אך תקשה דהא איירי ע"כ בעמד בדין וע"כ נראה דהא אשה מה פריך הגמ' אי דלא עמד בדין אכתי דמי כילה עבד בעי לשלומי ליה דאכתי גברא לאו בר חיובא ופי' רש"י דהי' יכול להודו' ויפטור וקשה הא קיי"ל דבמודה בקנס ואח"כ באו עדים בעינן שחייב א"ע בקרן אבל פטר א"ע מכלום חייב והכא הוי פטר א"ע מכלום אך נראה דיכול להודות דמעשה היה בפני פו"פ ואז חשוב עדות שא"א יכול להזימו וחשוב כליכא עדי' דפטור אפי' בפטר א"ע מכלום ועי' ב"ק בסוגי' זו. אך לפי מה שהקשה בתומי' סי' ל"ח דכיון דנפסלין אי הוזמו הגם דלא ישלמו אי הוזמו חשוב עדות שיכול להזימו ומה"ט עדות שבשטר חשיב יכול להזימו הגם דתשלומין ליכא אי הוזמו אך משום דנפסלין חשוב יכול להזימו וא"כ אפי' דהוא אמר דמעשה הי' בפניהם נהי דסייע להם ותשלומין ליכא מ"מ אי הוזמו נפסלין לעדות דסכ"ס הרי לפנינו עדים דהעידו שקר אלא ודאי דבשביל שנפסלין ל"ח יכול להזימו וע"כ נראה דתלי' דאליבא דרבא דסובר דחידוש הוא וליכא תשלומין ועי' בש"ך סי' ל"ח וע"כ הא דמהני עדות בשטר משום דעכ"פ נפסלין חשוב יכול להזימו וא"כ אי יודה דהמעשה היה בפניהם חשוב עדות מעלי' וא"כ אי יודה חייב משום דפטר א"ע מכלום ולא איירי דעמד בדין וממילא לא מהני מחילה וע"כ פריך שפיר דלא איתכחשי כלל דהוא חייב לשלם דמי שן משא"כ על אביי דל"ס דחידוש ויש לומר משום דנפסלין ל"ח הזמה וא"כ יכול להודות דמעשה הי' בפניהם וא"כ ע"כ איירי דעמד בדין וא"כ מהני מחילה ול"ש דכוותייהו פסקינן והוי הכחשה וע"כ משום דהכחשה תחילת הזמה וע"כ צריך לומר במפך והזמה ואין להקשות מה שאמרנו דלרבא איירי ע"כ בתפס א"כ היכי קאמר דכוותייהו פסקינן דחייב רק דמי שן דכיון דאיירי בתפס ובתרי ובתרי מהני תפיסה אך מזה ראי' לשיטת התוס' דבס"ס מוציאין ממון והכא הוי ס"ס ספק אחד שמא אין שום תשלומין כדמבעי' הגמ' בגיטין פ' השולח ושמא כהעדי' האומרי' שן לבסוף ועי' בס' ים התלמוד דרצה לחדש דהא דהכחשה תחילת הזמה דוקא אם הוסיף הזמה על הכחשה דהיינו דמחמת הכחשה הי' מהני תפיסה אך כשהוזמו גם תפיסה לא מועיל לכך הוי תחלת הזמה אבל היכי דהעידו על הגניבה וחזרו והעידו על הטביחה והוזמו על הגניבה וחזרו והוזמו על הטביחה דאז כשהוזמו על הגנבה הטביחה בודאי שקר הוא דאי אין גניבה אין טביחה אף דלא הוי רק הכחשה על הטביחה מ"מ אין הזמה

מוסיף על הכחשה כלום ובזה ודאי הכחשה לאו תחילת הזמה הוא כיון דע"י הכחשה לבד בטל העדות של טביחה לגמרי רק דהש"ס מקשה שפיר מכח כש"כ כיון דחזינן דאפי' היכי דע"י הכחשה נתבטל לגמרי דאם אין גניבה וכו' אפ"ה אמרינן דתחילת הזמה מכש"כ בעלמא:

והנה אי בס"ס מוציאין ממון א"כ שמעינן דאפי' היכי דע"י הכחשה נתבטל הדבר לגמרי אפ"ה לרבא הכחשה תחילת הזמה מהא דמסיק דדיוקא דרבא מסיפא דאתי תרי ואמרו שן והדר עין ואתו בי תרי אחריני ואמרו עין והדר שן ונמצאו זוממין קמאי משלמין דמי עין לרב והנה התם כי הוכחשו קמאי נתבטל העדות לגמרי ואפי' תפיסה לא מועיל דשמא אין לו קנס ועי' בגיטין ד' מ"ב וס' השני דשמא עין והדרי שן אלמא אפי' היכי דנתבטל לגמרי ואפי' תפיסה לא מהני אמרינן דתחילת הזמה וא"כ ה"ה בהוזמו על הגניבה הגם דבטל העדות של הטביחה אפ"ה אי הוזמו על הטביחה משלמין. אך לפי מה שסוברי' דוקא לר"י דאלים ליה ס"ס אז מוציאין ממון ע"י ס"ס משא"כ לר"ג א"כ יש לומר דהוזמו על הגנבה דכיון דבטל לגמרי העדות של טביחה לא אמרינן דהכחשה תחילת הזמה. וניח' בזה דברי כ"מ הלכות עדות פ' כ"א דכתב שם וז"ל ובנמצא אחד מן הראשונים זומם בטלה כל העדות ופי' רש"י אפי' חזרו והוזמו ומוכרח הוא והקשה בלח"מ הא טעמא של רש"י הוא משום דהוכחשו מתחילה ואפי' הוזמו לבסוף לא מהני משום דמפרש מתני' אליבא דאביי דסובר דלאו תחילת הזמה אבל לדידן דקיי"ל כרבא אי הוזמו אח"כ ודאי דחייבין אך לפ"ז יש לומר דגם רבא מודה היכי דנתבטל לגמרי והתם בהעידו על עין לבסוף לא בטל לגמרי דמהני תפיסה לדידן דקיי"ל כר"ג דלא מהני ס"ס להוציא:

גם נראה על קושית תוס' לפי מה דפסק הרמב"ם בט"ח וזה אומר דא"י אי חיטין או שעורין דמשלם שעורים ותמהו עליו מהא דאיתא ב"ק אי דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא אכתי תיובתא דרב"נ ותירצו דהא עיקר הטעם דפטור משום הודאה דכיון דהתובע מודה שאינו חייב לו שעורים הגם דהנתבע מודה שחייב לו שעורים מ"מ פטור דשתי הודאות דסתרי להדדי אין להוציא מיד המוחזק וע"כ באומר א"י אי חיטין או שעורין דמהראוי שיתחייב בדמי חטים דבו"ש ברי עדיף אלא דאמרינן אוקי ממון בחזקת מרא וגם הא דאינו חייב בשעורים משום הודאת התובע ולא אמרינן דניזל בתר הודאת הנתבע ג"כ משום חז"מ ואין החזקה עושית שתי פעולות וכיון דהא דאינו חייב בדמי חטים משום חזקת ממון א"כ אינה מועלת החזקה לפוטרו מדמי שעורים משא"כ התם ב"ק דאיירי

בקנס ומהני הודאת התובע לפטור ולא מהני הודאת הנתבע לחיוב דמודה בקנס פטור וא"כ טעמא דחז"מ וע"כ גם בבו"ש פטור בטענו חטים וכו' ועי' בס' יש"ו:

ובזה לא קשה קושית קצה"ח סי' פ"ח על הר"ן דסובר דאם תובע דוקא וזה מודה לו שוה דלא הוי ממין הטענה וקשה מהא דאית' בקידושין ד' מ"ה שנים שבאו ממדה"י ואשה עמהם וחבילה עמהם זה אומר זו אשתי וזה עבדי וזה חבילתי וכו' דגובה הכתובה ממנו ואמאי הא היא טוענת דוקא והיא החבילה והם השיבו שוה דחוב הכתובה שוה הוא ופטור אפי' מהודאה ובשלמא לפי הטעם דמחילה ניחא דבכתובה לא מהני מחילה אבל לפי טעמא דהודאה קשיא וע"ש. אך יש לומר דמהראוי דהי' נאמנת גם לנגד חבילה דחזקה דאין אשה מעיזה בפני בעלה אלא לענין ממון לא מועיל החזקה להוציא דלא עדיף מרובא דלא אזלינן בתר הרוב בממון והא דנוטלת הכתובה באומרת גרשתני זה משום מד"כ ועי' בש"ך סי' ס"ב וע"כ מועיל הודאתם שמגיע לה כתובה שגם דאיכא חז"מ דאין חז"מ עושה שתי פעולות וא"כ הכא דאיכא עדים דשן והדר עין ומהראוי שיתחייב בדמי עין רק משום בתרי ובתרי אזלינן בתר חז"מ וע"כ מועיל הודאת הרב עכ"פ דמי שן ואין לומר דהעבד מודה דלא חייב לו דמי שן ואזלינן בתר חזקת ממון דאין החזקה מועיל לשתי פעולות ואין לומר דהודאת עבד לא מהני דהוא קנס דליתא דהא איירי בעמד בדין וא"כ לפי טעם דהודאה א"כ כיון דאיירי בעמד בדין ל"ח ט"ח ופריך שפיר כוותייהו פסקינן ולפי הטעם משום מחילה אז אי לא איירי בעמד בדין לא חשוב ט"ח דלא מהני מחילה בקנס ותלי' אי בעינן דעמד בדין ואליבא דרבא דלא איירי בעמד בדין דלא יכול להודות בפני פו"פ דכיון דנפסלין עכ"פ פריך הגמ' שפיר וע"כ מסיק דלא דייק מרישא משא"כ אביי לשיטתו צריך לומר דאפכינהו ואזמינהו:

ועי' ב"ק ד' ע"ד דפריך הגמ' היכי דמי אי דקא מאחרי אחורי הני בתראי אכתי דמי עבד לרב בעי שלומי דכי מחייבי ליה אכתי גברא לאו בר חיוב' אלא דקא מקדמי קדומי ואי דלא עמד בדין אכתי גברא לאו בר חיובא אלא דעמד בדין וכו' והרמב"ם לא הבי' דאיירי דעמד בדין ועי' בלח"מ:

ונראה דבס' פה"ב הקשה על הא דפריך אי לימא כדקתני דמי כולה עבד בעי שלומי הא אפי' אי אמרינן דבממון ל"ש כאשר עשה משום דאיתא בחזרה מ"מ הא איתא בכריתות דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק זכה דחשוב הפקר משום דבעלים מתייאשו מיני' וכמו כן יש לומר בעבד וא"כ הוי כאשר עשה וליתא בחזרה דעבד מוחזק בעצמו וזכה א"ע מהפקר וע"ש:

ולכאורה נראה לפי מה דהקשה בס' קצה"ח על הרמב"ם דפסק בפ' כ' מהלכות עדות בהעידו על שורו שהרג את הנפש והוזמו דלוקין והא רבא סובר פ"ק דסנהדרין פלוני רבע שורו של פלוני והוזמו דמשלמין דמי השור לבעלים א"כ הכא נמי הו"ל לחייבם דמי השור. אך לפי מה שתמהו דאי אמרינן דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק זכה דחשוב הפקר משעה שנגמר הדין א"כ אמאי מחייב רבא לשלם דמי השור הא הוי כאשר עשה ותו ליתא בחזרה ואע"ג דיכול לחזור ולזכות בהשור זה אינו כחזרה אלא כמו אחר שזוכה מהפקר. ונראה דרבא לשיטתו דסובר בב"מ פ' א"נ דמחילה בטעות לא הוי מחילה ואפי' טעות בדין ולא אמרינן דכיון דכבר פסקו ב"ד חשוב יאוש ועי' בג"א שם ועי' בס' שער המשפט ס' כ"ה שהוכיח מזה דרבא פליג על סוגי' דכריתות הנ"ל ולא סובר דכל המחזיק זכה דחשוב הפקר דאל"כ אמאי סובר דאפי' טעות בדין לא הוי מחילה הא כיון דכבר פסקו כן חשוב הפקר ואליבא דידן דאמרינן דטעות בדין הוי מחילה משום דקיי"ל כסוגי' דכריתות וע"ש:

ולפ"ז יש לומר דרבא לשיטתו לא הוי כאשר עשה וע"כ סובר דמשלמין דמי השור שרצו להפסידו משא"כ לדידן דקיי"ל דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק זכה א"כ הוי כאשר עשה וע"כ לא פסק הרמב"ם דצריכין לשלם דמי שור. ובזה ניחא קושי' פה"ב דהא הסוגי' קאי לרבא והוא לא סובר דמשעה שנגמר הדין הוי הפקר וע"כ פריך דמי עבד בעי שלומי דלא הוי כאשר עשה:

ובס' הנ"ל תירץ דמש"ה פריך דמי עבד בעי שלומי הגם דחשוב כאשר עשה עכ"פ חייבין מצד גרמי וע"ש. ולכאורה קשה הא דפריך אי דלא עמד בדין אכתי דמי עבד בעי שלומי ואמאי הא כיון דמתורת הזמה פטורין מטעם כאשר עשה גם חיוב גרמי ליכא דכיון דעכ"פ יוצא לחירות א"כ לא גרמו הפסד כלל. אך לפי מה דאיתא בס' פ"י דמש"ה בממון אמרינן כאשר עשה משום קו"ח והגם דאין עונשין מהדין משום דלא הוי רק גילוי מילתא בעלמא ועי' בסנהדרין דבזה פליגי אביי ורבא דרבא סובר דאפי' בג"מ אין עונמה"ד ועי' באה"ע בב"ש סי' ד' וא"כ כיון דהסוגי' דפריך דאכתי דמי עבד בעי שלומי קאי לאביי ולאביי יש לומר דחייבין משום הזמה ומה בכך דחשוב כאשר עשה משום דחשוב הפקר הא הוא סובר דבג"מ בעלמא עמ"ה והא דהוצרכו התוס' לומר משום דאיתא בחזרה הוא לרבא דסובר דלעולם אין עמה"ד והא דפריך לעיל דמי עבד בעי לשלומי הגם דקאי לרבא יש לומר משום גרמי ולפ"ז ניחא הרמב"ם דלא הביא בעמד בדין דסובר כרבא וא"כ הוי כאשר עשה דליתא בחזרה דהוי הפקר ובעלמא שאני דאיתא בחזרה ומתורת גרמי ליכא חיוב דמ"נ יוצא לחירות וע"כ השמיט זה:

ולפי מה שאמרנו דבחידוש לכ"ע אין עמה"ד ניחא בפשיטות דלעיל דקאי לרבא דסובר דהזמה חידוש וא"כ לא אמרינן כאשר עשה ומ"מ פריך דמי עבד בעי שלומי הגם דהוי כאשר עשה דיש לומר דחיוב' הוא משום גרמי והכא דפריך אכתי דמי עבד וכו' הגם דל"ש גרמי מ"מ הא לאביי דסובר למפרע נפסל יש לומר דל"ס דחידוש ואמרינן כאשר עשה והרמב"ם לשיטתו דסובר דאפי' לדידן הוי חידוש וע"כ השמיט בעמד בדין ודו"ק:

אות ל

בו יבואר אי לפי מידה משלם אי לפי דמים:

עי' בפסחי' ד' ל"ב דאיבעי' כשהוא משלם אי לפי מידה אי לפי דמים ומקשה תנן האוכל תרומת חמץ בפסח בשוגג משלם קרן וחומש במזיד פטור מלשלם אי אמרת בשלמא לפי מידה משלם שפיר ופי' רש"י דמש"ה בסיפא פטור הגם דלפי מידה משלם דכיון דאוכל במזיד אינו אלא כשאר גזלן דמשלם מעות ולא פירות ולפי דמים וע"כ פטור דחמץ לאו בר דמים אלא אי אמרת לפי דמים אפי' בשוגג אמאי משלם חמץ בפסח לאו בר דמים הוא ומשני דאתא כריה"ג דמתיר בהנאה ובמזיד פטור משום דסובר כר"ח דכרת פוטר מלשלם וע"ש ברש"י דהוכיח דסיפא בהזיד בתרומה ולא בחמץ ופטור משום מיתה דתרומה דאי הזיד בחמץ ופטור משום כרת הי' לאשמעינן בחמץ גרידא דמזיד פטור משום כרת ותמהו דא"כ תקשה לרבא דסובר דמיתת שמים אינו פוטר וא"כ ע"כ הא דפטור במזיד משום כרת דחמץ וא"כ אמאי לא אשמעינן בחמץ גרידא:

והנה הרמב"ם פסק דאפי' במזיד משלם פירות מתוקנים דכתיב ונתן לכהן את הקודש והקשו דזה נגד הש"ס דקאמר דאי לפי מידה משלם ניחא דמש"ה במזיד דפטור דאינו רק כשאר גזלן ומשלם מעות ולפי דמים ומש"ה פטור ולהרמב"ם דאפי' במזיד משלם פירות א"כ לפי מידה משלם אמאי פטור:

ולכאורה נראה דבלא"ה הקשו דאמאי מוקי כר"ח ולא קאמר דמש"ה פטור בסיפא משום דאין אדם לוקה ומשלם ותירצו דהא בתוס' כתובות ד' ל"ב הקשו דאמאי לא פריך הכא מעידנא דאגבהה קני' מתחייב בנפשו לא הוי עד דאכל ליה וכתבו דהא קשה מה מקשה דקני משעת הגבהה דילמא איירי בתרומה שלא בא ליד כהן דל"ש דקני' ליה דהא אכתי דידי' הוא. אמנם זה ליתא דא"כ ליכא חיוב תשלומין דמזיק מת"כ או שאכלן פטור ואין לומר דלצי"ש חייב לשלם דא"כ אפי' לאביי חייב דלנגד לצי"ש לא מועיל קלבד"מ. אך לפי מה דאית' בצל"ח דאליבא דר"ח דסובר דאפי' כרת פוטר אפי' לצי"ש אינו חייב אכתי תקשה מה פריך וצריכין לומר דסוגי' קאי לטעמא דמש"ה פטור במזיק מת"כ

משום דכתיב זה ואז אפי' לציי"ש אינו חייב משא"כ התם בפסחי' קאי לטעמא משום ממון שאין לו תובעין ואז חייב לציי"ש וא"כ יש לומר דאיירי בתרומה שלא בא ליד כהן דבשוגג חייב לציי"ש לטעמא משום שאין לו תובעין ובמזיד פטור אפי' לציי"ש לד"ת דכרת פוטר וע"כ לא קאמר משום דמלקות פוטר דאז הוי חייב לציי"ש ואין חילוק בין שוגג למזיד ועי' בשעה"מ:

ועי' בשמ"ק על כתובות דכתב על קושי' תוס' הנ"ל ואע"ג דחמץ אסור בהנאה ול"ש דקני'. אך דהא אתא כריה"ג דמתיר בהנאה וע"ש. ולפ"ז יש לומר דאזלא קושית הגמ' דבשלמא אי לפי מידה וחמץ אסור בהנאה וא"כ ל"ש דקני' משעת הגבהה וע"כ נהי דגם במזיד משלם פירות ולפי מידה מ"מ פטור משום דאין אדם לוקה ומשלם אלא אי לפי דמים משלם וע"כ כריה"ג דחמץ מותר בהנאה אמאי בסיפא פטור דאין לומר משום מלקות הא מדאגבהה קני' כיון דמותר בהנאה ואין לומר בתרומה שלא בא לכהן דא"כ החיוב רק לציי"ש ולא פוטר מלקות ומשני כר"ח דסובר דכרת פוטר ולדידי' אפי' לציי"ש אינו חייב ויש לומר בלא בא ליד כהן:

ובזה ניחא הרמב"ם בפי' המשנה וז"ל עוד אבאר לך כי אוכל חמץ לוקה ואין אדם לוקה ומשלם ותמהו עליו כיון שאסור בהנאה ל"צ לטעמי' דאין לוקה ומשלם וגם דאמאי לא קאמר הגמ' טעם זה. ולפ"ז ניחא דהרמב"ם לשיטתו דסובר דאפי' במזיד משלם פירות ומה בכך דאינו בר דמים אך כיון דאסור בהנאה ול"ש דקני' אז יש לומר דמלקות פוטר משא"כ הסוגי' דקאי לריה"ג תקשה דקני' וע"כ משום כר"ח ואיירי בתרומה שלא הי' ביד כהן:

וגם נראה דהא דמוקי כר"ח יש לומר דפטור במזיד משום מלקות אך כיון דע"כ אי שרי בהנאה איירי בתרומה שלא בא לכהן וחיוב רק לציי"ש ולזה לא פוטר מלקות וע"כ קאמר כר"ח ולדידי' אפי' לציי"ש פטור ולעולם דפטור משום מלקות. ובזה ניחא הא דאיתא שם ד' כ"ט אוכל חמץ של הקדש במועד מעל וי"א לא מעל מאן יש אומרים ר"ח והקשה לרש"י דהא מדקתני מעל ע"כ איירי בשוגג וליכא כרת ותירצו דעל הקדש הי' שוגג ועל חמץ הי' מזיד והקשו הא אינו שב מידיעתו דכיון דידע דהוא חמץ דבכרת ואפ"ה אכל א"כ אפי' אי היה ידע דהי' הקדש הי' אוכל ולא היה נמנע מלאכול דהזיד במעילה רק בלאו ואפי' למ"ד במיתה פשיטא דכרת חמור ממיתת שמים. וע"כ נראה דהא הקשו דבלאו ר"ח פטור משום מלקות וע"כ נראה דבאמת הפטור משום מלקות משום דע"כ איירי דשגג גם על כרת דחמץ רק הזיד בלאו דאל"כ אינו שב מידיעתו והא דקאמר משום דר"ח משום דקשה קושי' קצה"ח דכיון דחייבו חטאות ואשמות אין ממשכנין וחיוב רק

לצי"ש ולזה אינו פוטר מלקות או אפי' מיתת ב"ד וע"כ קאמר כר"ח ולדידי' אפי' לצי"ש אינו חייב ולעולם דפטור רק משום מלקות דהא ע"כ איירי בשגג על כרת רק דהזיד על לאו דאל"כ לא שב מידיעתו. ועל קושי' תוס' הנ"ל דאמאי לא מקשה על מתני' דהכא דקני משעת הגבהה נראה דהא הקשה הא לא חל איסור חמץ על איסור תרומה דקדים. אך נראה לפי מה דאית' במק"ח דחמץ אסור אפי' שלא כדרך אכילה מדכתיב תשביתו דמשמע שלא בדרך אכילה וע"כ אפי' שלא כד"א אסור וחשוב איסור מוסיף וא"כ לא קשה מדאגבהה קני' דהא הגבהה צורך אכילה דהא אי לא הי' הגבהה לא קני' לאונסין אז לא הי' חל עליו העשה דתשביתו דאינו שלו וממילא לא הי' כרת דחמץ משום דאין איסור חל על איסור. ובזה ניחא הא דהקשו דאמאי מוקי כריה"ג הא יש לומר דאתא כר"ש דסובר דמה"ת שרי לאחר פסח רק משום קנסא אסור והכא איירי בתרומה שלא בא ביד כהן דליכא ב"י ועי' בפ"י וליכא משום קנסא אך לא מיבעי' ר"ש לית ליה מוסיף ותקשה דאין איסור חל על איסור וגם דהא לר"ש דסובר דכ"ש למכות אסור בכל מקום שלא כד"ה וליכא מוסיף (וגם בתרומה):

גם לפי מה דאית' בס' ע"ח דמש"ה לא קאמר משום דמלקות פוטר דכיון שהוא סובר דמותר בהנאה א"כ איכא גם לאו דגזל ובגזל גלי קרא דמשלם ואינו לוקה ולא אמרינן דלוקה ואינו משלם וכיון שכן יש לומר דאף היכי שיש בגזל עוד מלקות אחר מצד איסור אחר ג"כ הדין משלם ואינו לוקה דכיון דגלי קרא דמלקות דגזל עצמו אינו פוטר מתשלומין ומשלם ואינו לוקה כן גם מלקות מאיסור אחר אינו פוטר וע"כ קאמר משום דכרת פוטר וע"ז ל"ש דכיון דגלי גלי דהא לא גלי רק דמלקות לא פוטר ולא כרת והנה זה שייך אי שרי בהנאה דאז איכ' לאו דגזל משא"כ אי אסור בהנאה ליכ' לאו דגזל ויש לומר דמלקות דחמץ פוטרו ולפ"ז יש לומר דכך אזלא קושית הגמ' דבשלמא אי לפי מידה משלם ניחא דבמזיד פטור והגם דגם במזיד משלם פירות ולפי מידה יש לומר דפטור משום מלקות דחמץ דל"ש כיון דגלי דהא ליכא לאו דגזל כלל אלא אי לפי דמים משלם וע"כ כריה"ג א"כ איכ' לאו דגזל ויש לומר דכיון דגלי גלי ולא מצינן לומר דמלקות דחמץ פוטר וע"ז משני משום דר"ח דכרת פוטר מלשלם:

גם נראה לפי מה דאית' בס' הפלא' דמש"ה לא מקשה הכא מדאגבי' קני' דהא על הגבהה איכא מלקות משום לאו דב"י דהא הרמב"ם סובר דקנה חמץ בפסח לוקה דעביד מעשה וה"ה הכא איכא מלקות ואין אדם לוקה ומשלם. אך כבר הקשו על הרמב"ם דהא בתוס' הוכיחו דלאו דב"י חשוב ניתק לעשה דאל"כ אמאי מעל לריה"ג הא מיד שיפדה עובר על ב"י. וע"כ נראה דהא הקשו עליו דבהדי' אית' בפסחי' ד' צ"ה דלאו דב"י חשוב ניתק

לעשה ועי' בס' דו"ח דכתב דהא הרמב"ן כתב דעשה דתשביתו לא בא לתקן הלאו שכבר עבר רק בא על להבא שלא יעבור על להבא על הלאו אך דזה תלי' אי חמץ בשריפה או לא דזה ודאי אפי' אי אמרינן דבשריפה מ"מ אי מבערו בכל דבר תו לא עבר על הלאו וא"כ מדחזינן דבעי שריפה לר"י ע"כ העשה דתשביתו אינו שלא לעבור על להבא דא"כ ל"צ שריפה וע"כ דבא לתקן את הלאו שעבר וע"כ דחשוב ניתק לעשה משא"כ לרבנן שיכול לבערו בכל דבר אז יש לומר דעשה לא בא לתקן הלאו שכבר עבר רק על להבא וע"ש. ובזה ניחא הא דהוכיח רבא בריש פסחי' דר"ע סובר דחמץ הוא בשריפה דאי לרבנן דיכול לבערו בכל דבר אמאי לא יכול לבער ביו"ט והקשו לפי שיטת רש"י בביצה גם לרבנן חשוב מלאכה משום דרחמנא אחשבי' להבערתן ע"כ מלאכה היא וע"כ נראה דהא במג"א הקשה דהא חמץ עשה ול"ת הוא ודחי לאו דיו"ט הגם דיו"ט עשה ול"ת היא אך אי ב"י ניתק לעשה ואז שרי להשהות ע"מ לבערו א"כ ליכא רק עשה לחוד דעל הלאו יכול להשהות ע"מ לבערו וע"ז שפיר הוכיח דר"ע סובר דבשריפה דאז הוא ניתק לעשה דלרבנן נהי דחשוב מלאכה מ"מ לא הוי ניתק לעשה ואסור להשהות ע"מ לבערו ואיכ' עשה ול"ת ודחי לאו דיו"ט. והנה לפ"ז לריה"ג דמתיר בהנאה ויכול לבטל אפי' ביו"ט דל"ש דאינו ברשותו לבטלו כיון דשרי בהנאה לדידי' חשוב ניתק לעשה דאז אין לומר דעשה לא בא על למיפרע רק על להבא שלא יעבור על ב"י דא"כ ל"צ ביעור מהעולם דהא סגי בביטול וע"כ דבא לתקן על מה שעבר וא"כ אפי' לרבנן חשוב ניתק לעשה וע"כ לא קשה על שיטת הרמב"ם קושית תוס' הנ"ל דאמאי מעל לריה"ג דאליבא דריה"ג דמתיר בהנאה שפיר הוי ניתק לעשה משא"כ לדידן דאסור בהנאה סובר שפיר דלא הוי ניתק לעשה דעשה בא על להבא:

ולפ"ז ניחא הרמב"ם הנ"ל דהכי אזלא קושית הגמ' דבשלמא אי לפי מידה משלם וחמץ אסור בהנאה ניחא במזיד פטור ואע"ג דגם במזיד משלם פירות ולפי מידה יש לומר משום מלקות דחמץ פטור ואין לומר מדאגבי' קני' דאז יש לומר דעל הגבהה איכ' מלקות דב"י ואין לומר דניתק לעשה ולא ביטלו לעשה לשיטת בעה"מ דבאכילה מקיים העשה דתשביתו דהא אי אסור בהנאה ל"ח ניתק לעשה אלא אי לפי דמים משלם וע"כ כריה"ג וא"כ הוי ניתק לעשה וליכא מלקות על הגבהה משום ב"י וא"כ אמאי פטור דאין לומר משום מלקות דחמץ דמדאגבי' קני' ומשני כר"ח ובתרומה שלא בא לכהן:

ובזה ניחא הרש"י הנ"ל דלכאורה קשה דלא מצי למיתני בחמץ גרידא דא"כ קשה מדאגבי' קני' רק אי איירי בתרומה ניחא דאיירי בלא בא ליד כהן:

וע"כ נראה דהא בש"א הקשה לשיטת הרמב"ם דמש"ה לוקה בתמורה ול"ח ניתק לעשה משום דלאו כולל יותר מעשה דלאו אית' אפי' בציבור ושותפין משא"כ העשה א"כ גם לאו דב"י כולל יותר מעשה דלאו הוא אפי' בנשים משא"כ העשה דזמן גרמא היא ותירץ בס' מק"ח דשאני תמורה דאם המירו ציבור ושותפין אין תמורתן חל כלל משא"כ הכא נשים נהי דפטורות מעשה דתשביתו מ"מ ודאי אי השביתו ושרפו תקנו הלאו דב"י וע"ש. אך נראה דזה תלי' בפלוגתא דר"י ור"ש אי נשים סומכות רשות ועי' בעירובין ד' צ"ו דלשיטת רש"י למ"ד דאין סומכות רשות הוא משום בל תוסיף וע"כ אי תפילין חשוב זמן גרמא אינה רשאית להניח תפילין וא"כ ה"ה הכא דכיון דפטורה מעשה דתשביתו א"כ אפי' אי שרפו לא תקנו הלאו דכיון דאסורה משום ב"ת וממילא לא הוי ניתק לעשה דכיון דלאו כולל יותר מעשה משא"כ לר"ש דסובר דנסר"ש חשוב שפיר ניתק לעשה דאז לא דמי לציבור ושותפין דהתם לא חל התמורה משא"כ הכא הגם דפטורה מ"מ יכולה לקיים העשה:

ובזה ניחא קושית תוספות פסחים דף כ"ח ד"ה אמרו לו תימא לרשב"א לדבריהם דרבנן דסוברי' דבשרפה אמאי לא ילפינן מנותר דחמץ הוא בשריפה דהא לדידהו ליכא הך פירכא. ולכאורה נראה דהנה הא קשה הא דפריך הגמ' בתמורה אי על לאו שאין בו מעשה אין לוקין לא צריכין בנותר טעמא דליכא מלקות משום דניתק לעשה דהא לשיטת התוס' דמשהה חמצו ע"מ לבערו אינו עובר א"כ צריכין טעמא דניתק לעשה דאז בקיום העשה נעקר הלאו מעיקרא ולא עביד איסור כלל ורשאי לעבור על הלאו כדי לקיים העשה משא"כ לטעמא דלאו שאין בו מעשה איסורא איכא. והנה לפי מה שכתבו ועי' בחידושי הר"מ דמש"ה שרי לעבור על הלאו משום דחשוב דבר ש"מ וע"כ שם דפריך על ר"י ור"י אוסר דש"מ ושפיר פריך דלמאי ניתק לעשה דהשתא דניתק לעשה ג"כ אסור לעבור על הלאו לקיים העשה וניחא הרמב"ם דכתב הטעם משום דניתק לעשה ולא משום לאו שאין בו מעשה והקשה עליו אך לדידן דדבר ש"מ שרי נ"מ במה דניתק כדי לעבור על הלאו לקיים העשה אך בש"א אית' דהכא בודאי אסור לעבור על הלאו לקיים העשה דמבטל העשה ואכלו את הבשר וע"ש:

אך לפ"ז תקשה איך יליף ר"י מנותר דנותר ישנו בבל תותירו וחמץ בבל תותירו מה נותר בשריפה הא מ"מ לא דמי דחמץ נהי דבבל תותירו מ"מ רשאי להשהות ע"מ לבערו משא"כ נותר אך ר"י לשיטתו דאוסר דש"מ וגם בחמץ אסור וא"כ רבנן דר"י דהן ר"ש דמתיר דש"מ בלא"ה לא מצינן למילף מנותר. וא"כ לפ"ז דר"ע דסובר דבשריפה אע"ג דסובר דש"מ שרי וא"כ לא מצינן למילף מנותר וע"כ דר"ע לא יליף מנותר רק מקרא

דיליף בירושלמי בפ' כל שעה וז"ל רבי אומר תשביתו שאור מבתיכם דבר שהוא ביוב"י ואיזה זה שריפה וניחא בזה הא דיליף רבא דר"ע לא סובר מתוך והקשה דילמא לעולם דסובר מתון שהותרה לצורך והכא שאני כיון דילפינן מנותר ובנותר גלי קרא דאסור לשרוף ביו"ט ה"ה חמץ. ועי' בראש. אך ניחא דהא ר"ע ע"כ לא יליף מנותר אך זה הכל לרבא לשיטתו דסובר אי עביד לא מהני וקשה קושי' תוס' דאיך יכול לפדות דהא עובר על ב"י ולא מהני וע"כ הוכיחו דב"י ניתק לעשה ורשאי להשהות ע"מ לבערו וא"כ ע"כ דלא יליף מנותר וע"כ הוכיח דל"ס מתוך משא"כ לאביי דסובר אי עביד מהני אין ראי' דר"ע לא יליף מנותר וא"כ יש לומר דסובר מתוך וניחא קושי' תוס' ביצה על הא דקאמר הא מני ב"ש דל"ס מתוך דאמאי לא קאמר ר"ע דל"ס מתוך דלית' דאליבא דאביי אין ראיה:

אך נראה לתרץ קושית תוס' דאמאי לא ילפי רבנן מנותר דהא בש"א הקשה דאיך יליף ר"י דחמץ בשריפה מקו"ח מנותר דהא אי בשריפה א"כ אי משביתו שלא ע"י שריפה בטלו לעשה ואיכא מלקות משא"כ לרבנן לא משכחת ביטלו לעשה וא"כ ע"י דבעינן שריפה משכחת מלקות וא"כ איך יליף ר"י מקו"ח מנותר דבשריפה הא אין עונשין מהדין דהא ע"י קו"ח זו יהי' מלקות באם לא שרפו רק ביערו בדבר אחר וע"ש אך ר"י לשיטתו דסובר דנשים אין סר"ש וא"כ לאו כולל יותר מעשה ול"ח ניתק לעשה וא"כ אפי' אי ישרוף לוקה וא"כ חכמים דר"י דהן ר"ש דסובר דנסר"ש וחשוב ניתק לעשה בלא"ה אי אפשר למילף בקו"ח מנותר משום דאין עמה"ד. וע"כ לא ילפינן מקו"ח מנותר:

אך נראה דאפי' למ"ד דאין סר"ש יש לומר אי ב"י חשוב ניתק לעשה תלי' אי שלא בזמנו עובר על ב"ת בלא כוונה דהא בתוס' עירובין ד' הנ"ל הקשו על רש"י דכתבו הטעם משום ב"ת דהא איתא בראש השנה דלעבור שלא בזמנו בעי כוונה ולגבי אשה דלא מחייב' חשוב שלא בזמנו וע"כ דהטעם משום דתפילין צריכין גוף נקי וע"ש וזה ל"ש הכא אך לאביי דפריך אלא מעתה הישן בשמיני בסוכה ילקה א"כ סובר דאפי' שלא בזמנו עובר על ב"ת בלא כוונה ועי' בפ"י בברכות דכתב כן א"כ לדידי' יש לומר למ"ד דאין נשים סר"ש הוא משום ב"ת וממילא לא הוי ניתק לעשה משום דכולל יותר מעשה לענין נשים:

ובזה ניחא קושי' ש"א דאי ב"י חשוב נל"ע הא דאית' בפסחים ד' ד' אמר אביי תרי קראי וכו' עד וכתיב אך ביום הראשון תשביתו וכו' ופי' התוס' דמיתורא דקרא קא דריש וקשה הא איצטריך קרא אך ביום הראשון שיהי' נל"ע וע"ש. אך לאביי לשיטתו ל"ח נל"ע דכולל יותר מעשה:

ובזה ניחא דברי רש"י הנ"ל דשפיר כתבו דאי משום כרת דחמץ אמאי לא תני חמץ גרידא ולא קשה מדאגבי' קני' דהא על הגבהה איכא מלקות דב"י ונל"ע לא הוי דלאו כולל יותר מעשה לאבייי. ולפ"ז לא קשה לרבא דסובר דמיתת שמים אינו פוטר ליתני חמץ גרידא דליתא דאז קשה מדאגבי' קני' ומלקות ליכא על הגבהה דנל"ע דכיון דרבא סובר דשלא בזמנו בעי כוונה ליכא משום ב"ת בנשים ויכולה לקיים העשה הגם דפטורה א"כ אין הלאו כולל יותר וע"כ הוכרח למיתני תרומת חמץ דאז יש לומר דאיירי בתרומה שלא בא לכהן. ובזה ניחא קושית תוס' בכתובות ד' ל"ה על הא דאמר ר"פ לאביי לרבה דאמר דחידוש שחידשה תורה בקנס דאע"ג דמיקטל משלם מתני' כמאן מוקי' אי כר"ח קשי' אחותו וע"ש בתוס' דהקשו דעל ר"פ גופ' קשה דהוא ג"כ סובר כרבה. וע"כ נראה דהא הקשה אי ר"ח מודה בשוגג מה קאמר קשי' אחותו לוקמא בשוגג דמודה ר"ח. וע"כ נראה דהא הראשונים הוכיחו דר"ח ע"כ סובר דאפי' חייבי כריתות שוגגין פוטר מלשלם דאל"כ אמאי מוקי מתני' דפסחי' דבמזיד פטור משום כר"ח ולא קאמר משום דמלקות פוטר אלא ע"כ דנ"מ דאפי' בלא הותרו פטור מלשלם משא"כ מטעם מלקות בעינן הותרו. אך לכאורה אין ראי' דאי אפשר לומר משום מלקות דאז תקשה מדאגבי' קני' ואין לומר דאיכא מלקות על הגבהה משום ב"י דהא ניתק לעשה וע"כ צריכין לומר משום כרת דאז יש לומר בתרומה שלא בא ביד כהן והגם דחיוב רק לציי"ש מ"מ לר"ח פטור אפי' לציי"ש משא"כ מטעם מלקות אך לאביי דלא הוי ניתק לעשה ע"כ הא דלא קאמר משום מלקות וע"כ דנ"מ דמשום כרת פטור אפי' בלא הותרו וא"כ קשי' אחותו דלא אפשר לאוקמ' בלא הותרו וע"כ חייב קנס דלר"ח ע"כ פטור אפי' בלא הותרו לאביי וע"כ מקשה ר"פ רק לאביי דעל ר"פ לא קשה דיש לומר בלא הותרו. ובזה ניחא דברי הלח"מ דתמה דמ"ל להרמב"ם דזר שאכל תרומה טמאה דחייב מיתה והקשה דהא בגמ' משני דמש"ה פטור במזיד משום דקלבד"מ וע"כ דפטור משום מיתה דתרומה דאי משום כרת דחמץ ליתני חמץ גרידא וקתני ומדמי עצים והיינו אם הוא תרומה טמאה אלמא דאיכא מיתה על תרומה טמאה. אך לדידן דקיי"ל כרבא דנתל"ע יש לומר דפטור משום כרת דחמץ ומ"מ לא מצי למיתני חמץ גרידא דאז תקשה דקני' משעת הגבהה ולעולם דליכא מיתה בתרומה טמאה:

ובזה ניחא הרמב"ם הלכות חגיגה ועי' בסוגי' בחגיגה ד' ד' דפריך הגמ' אלא טומטו' ספיקא איצטריך קרא למעוטי ספיקא אמר אביי כשבצים מבחוץ והרמב"ם השמיט זה. ועי' בלח"מ. ונראה דבתוס' הקשו דהא ודאי איצטריך קרא דאל"ה הו"ל למיזל לחומרא ועי' בש"א דכתב דקושי' הגמ' אזלא למ"ד דנשים אין סר"ש וטעמא משום ב"ת וא"כ

טומטו' דספיקא היא אין רשאי לעשות מס' דדילמא אשה היא ועובר על ב"ת וע"ש וזה לאביי לשיטתו דאפי' שלא בזמנו לא בעי כוונה וע"כ הוצרך לתרץ כשבצי' מבחוץ משא"כ לדידן לא קשה קושי' הגמ' וע"כ השמיט הרמב"ם זה:

ובזה ניחא הרמב"ם דכתב דמש"ה לוקה במימר משום דלאו כולל יותר מעשה והקשה דא"כ אמאי משני הגמ' בתמורה דמש"ה לוקה משום דאיכא שני לאוין ות"ל משום דלאו כולל יותר. אך נראה דהא הקשה מנותר דסובר ר"י דלא לקי משום דנל"ע ואמאי הא לאו כולל יותר לענין נשים דעשה אינה בנשים דז"ג הוא דאין שורפין בלילה וכתב בס' מק"ח נהי דפטורה לקיים העשה מ"מ יכולה לקיים. אך הא ר"י גופו סובר דנשים אין סר"ש ולא יכולה לקיים וע"כ דמשום ב"ת ליכא דחשוב שלא בזמנו רק סמיכה שאני דחשוב עבודה בקדשי' וזה ל"ש בנותר. ולפ"ז אביי לשיטתו דסובר דאיכ' ב"ת ואפ"ה חזינן דחשוב נל"ע ע"כ לדידי' אפי' בלאו כולל יותר חשוב נל"ע וע"כ התם על אביי לשיטתו צריכין לתרץ משום דאיכא שני לאוין והרמב"ם לא כתב טעם זה רק לדידן דקיי"ל כרבא דאז יש לומר דהיכי דלאו כולל יותר ל"ח נל"ע. ובזה אמרתי הא דמסיק הגמ' בפסחי' בכותי שהלוה לישראל על חמצו דאחר הפסח שרי בהנאה הא נכרי מישראל לא קני משכון דאירי במעכשיו דא"כ למאי צריכין הרהינו ואין לומר משום אחריות דא"כ אמאי אית' בסוגי' דלאביי דסובר למיפרע גובה ניחא בלא הרהינו:

ונראה דהא באמת הקשו דאמאי ניחא לאביי הא מ"מ הי' באחריות של ישראל בלא הרהינו ועי' בפ"י. אך יש לומר דאירי בבטלו אך על חמץ ידוע לא מהני ביטול ועי' בפ"ח דכתב דלאו לא עבר אפי' בחמץ ידוע אך נגד העשה דתשביתו לא מהני ביטול ובש"א אית' דבחמץ של כותי שקיבל אחריות ליכא העשה דתשביתו וע"כ ניחא לאביי דלמפרע גובה והוי החמץ של כותי נהי דהי' באחריותו מ"מ דעכ"פ העשה ליכא ממילא מהני ביטול אפי' בחמץ ידוע. וא"כ לפ"ז לפי מה דסוברים דלמ"ד דגורם לממון כממון דמי אז גם עשה דתשביתו איכא באחריות וממילא לא מהני ביטול. וניחא קושי' תוס' לאביי איך יתרץ הך ברייתא דאמאי בסיפא לכ"ע עובר נהי דלא קנה משכון מ"מ הא למפרע גובה. אך אביי יש לומר בלא הרהינו אירי וא"כ נהי דלמפרע גובה מ"מ הי' באחריותו ואין לומר דהא ביטלו דחמץ ידוע לא מהני ביטול לנגד העשה דהא בב"ק אית' דר"מ סובר כר"ש דגורם כממון דמי ואיכ' העשה דתשביתו אפי' באחריות. אך תקשה דאיך אפשר לומר דליכא העשה באחריות דא"כ אמאי חשוב נל"ע הא לאו כולל יותר מעשה דבאחריות לאו איכא ועשה ליכא אך על אביי לשיטתו ע"כ חשוב נל"ע אפי' בלאו כולל יותר. וע"כ ניחא לאביי בלא הרהינו משא"כ לדידן דהיכי דלאו כולל יותר ל"ח נל"ע וא"כ

ע"כ אפי' באחריות איכ' העשה ולא מהני ביטול וע"כ צריכין הרהינו אפי' במעכשיו דאל"כ הי' באחריותו:

ובזה אמרתי דלא קשה קושי' הר"ן דאפי' במעכשיו אמאי לא אמרינן הואיל ובידו לפדותו לפי מה דאית' בש"א דהואיל ל"ח רק גורם לממון וכיון דחזינן דעובר היכי דהוא באחריותו משום דגורם לממון הוא ה"ה ע"י הואיל חשוב גורם וא"כ כיון דאיירי בביטול אך על חמץ ידוע לא מהני ביטול וזה לנגד העשה והכא דאמר מעכשיו וליכ' רק משום הואיל וזה ל"ח רק גורם וליכא על העשה משום גורם רק הלאו ולזה מהני ביטול הגם דחמץ ידוע הוא ובשלמא היכי דלא אמר מעכשיו דשלו הוא ואיכא העשה ולא מהני ביטול משא"כ במעכשיו דאינו שלו רק משום הואיל וליכ' עשה וממילא מועיל הביטול. אך נראה דכיון דאיירי בהרהינו לא מהני ביטול דביטול משום הפקר ולא יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו. וע"כ ניחא הרמב"ם דסובר דבעינן הגיע זמנו קודם פסח דאל"כ יש לומר הואיל ובידו לפדות והקשה ברא"ש מהא דקאמר דלאביי ניחא ואמאי לא אמרינן הואיל דלס"ד דאיירי בלא הרהינו לא קשה אמאי לא אמרינן הואיל דיש לומר דבטלו והגם דחמץ ידוע הוא מ"מ כיון לנגד העשה לא אמרינן הואיל דאינו רק גורם ובעשה לא אמרינן גורם ולנגד הלאו מועיל הביטול משא"כ לפי האמת דאיירי בהרהינו משום דבעכו"ם הקנין משיכה ואז לא מהני ביטול משום דאינו ברשותו ויש לומר הואיל לנגד הלאו וע"כ בעינן הגיע זמנו קודם פסח. ובזה לא קשה קושי' תוס' דאביי איך יתרץ דכיון דאיירי בהרהינו ולא מהני ביטול ויש לומר הואיל וע"כ עובר אך בס"ד פריך שפיר אמאי דברי הכל עובר דאין לומר דאיירי בלא הגיע זמנו קודם פסח ויש לומר הואיל דהא מסתמא ביטלו וא"כ לא עובר ע"י הואיל דלנגד הלאו מהני ביטול ולנגד עשה לא אמרינן וע"כ משני בהרהינו וע"כ עובר משום הואיל דאז לא מועיל הביטול:

והנה מה שאמרנו דעשה דתשביתו ליכא בנשים משום דז"ג. ארי לפי מה דאית' בתוס' קידושין דעשה דיו"ט חל על נשים. ג"כ הגם דז"ג דכיון דמוזהרת על לאו דיו"ט מוזהרת גם על העשה וא"כ ה"ה הכא יש לומר דכיון דמוזהרת על לאו דב"י מוזהרת על העשה ועי' בש"א אך נראה דאליב' דר"י דסובר דעשה דתשביתו הוא בשריפה והנה זה פשיטא דלנגד לאו דב"י לא בעינן שריפה דווקא ע"כ ל"ש לומר דכיון דמוזהרת על הלאו דאינו מענין אחד דזה הביעור בכל דבר וזה בשריפה משא"כ לרבנן יש לומר דכיון דמוזהרת על הלאו חל העשה ג"כ עליו. ובזה ניחא הא דהוכיח רבא בריש פסחים דר"ע סובר דאין ביעור חמץ אלא בשריפה והקשה הא אפי' לרבנן חשוב מלאכה דרחמנא אחשבי' והוי מלאכה. אך הא הקשה דאמאי לא דחי העשה דתשביתו לאו דיו"ט למאן דל"ט

דיו"ט עשה ול"ת הוא. אך יש לומר דכיון דעשה אינו שוה בכל דאינו בנשים לא דחי לאו השוה בכל ולזה הוכיח דע"כ סובר דהוא בשריפה דאז העשה אינו בנשים משא"כ לרבנן דעשה שוה בכל א"כ נהי דחשוב מלאכה אמאי לא דחי העשה לאו דיו"ט ושרי:

והנה לפי מה דאית' בס' המקנה על הא דהקשו בתוס' פסחי' על רש"י דמתיר לאכול חמצו של עכו"ם לראב"י הא מדאגבי' קני' דיש לומר דכיון דאגבי' לאכול ושיטת בעה"מ דבאכילה מקיים העשה דתשביתו וא"כ לא עבר על הלאו בשעת הגבהה וע"כ ל"ש לומר דאי עביד לא מהני דהא לא עביד איסור על הגבהה דלא עבר על ב"י דחשוב משהה ע"מ לבערו וע"ש. ובזה יש לומר על קושית תוס' דאמאי לא פריך הכא מדאגבי' קני' דליתא דהגבהה צורך אכילה הוא דהא אי לא אכל ולא מקיים העשה דתשביתו לא קני' דעובר על ב"י בשעת הגבהה וא"כ אמרינן דאי עביד לא מהני רק דע"י אכילה קני' וא"כ חשוב בא בב"א:

והנה מה שאמרנו דעל חמץ ידוע לא מועיל ביטול אית' בפ"ח דזה אי ביטול נפקא מדכתיב תשביתו כשיטת רש"י משא"כ אי משום הפקר מהני והא דלא כתב רש"י לטעמא משום הפקר אית' בס' קצה"ח משום דהא הרמב"ם סובר דהפקר משום נדר ואסור לחזור וא"כ אכתי דידי' הוא ואע"ג דחשוב אינו ברשותו עכ"פ בחמץ עשה הכתוב כאילו הוא ברשותו. והנה לפ"ז לריה"ג דמתיר בהנאה ואית' במקנה דהוכיח זה דאל"כ אמאי עובר על ב"י דהוא לא סובר דעשה הכתוב כאילו הוא ברשותו א"כ לדידי' מועיל ביטול משום הפקר דתו אינו ברשותו ומהני ביטול על חמץ ידוע ורק לדידן דצריכין לומר דעשה כאילו הוא ברשותו וממילא לא מהני ביטול משום הפקר וע"כ לא מהני ביטול על חמץ ידוע. ובזה ניחא הא דהקשו על הא דפריך וכי משכחת ליבטלה הא אז הוי חמץ ידוע דיש לומר דהא בס"ד לא ידעינן דעשה כאילו הוא ברשותו וממילא מועיל ביטול משום הפקר וע"כ מהני ביטול על חמץ ידוע ועכ"פ לריה"ג מהני ביטול משום הפקר ושיטת הב"ח דהפקר חל על דבר שלב"ל כיון דהוא משום נדר וא"כ אי אמר בשעת הביטול כל החמץ שיבא לרשותי בפסח יהי' בטל אי קנה חמץ בפסח או גזל לא עבר על ב"י וממילא לא משכחת מלקות דהתראת ס' שמא ביטלו קודם דכיון דחל הביטול דקודם הגם דדבר שלב"ל הוא דדוקא לדידן דביטול אינו משום הפקר ולא חל על דשלב"ל סובר הרמב"ם דקנה חמץ בפסח לוקה דקודם שקנה לא הי' יכול לבטל משא"כ לריה"ג. וניחא בזה הא דכתבו בתוס' דיכול להשהות ע"מ לבערו ותמה בש"א דאמאי בכל נל"ע אינו רשאי לעבור על הלאו כדי לקיים העשה לגזול ע"מ לקיים העשה והשיב דתוס' לא כתבו כן רק לריה"ג דקשה דאפי' אי לא נל"ע ליכא מלקות דהתראת ס'

הוא אלא ודאי להכי ניתק שרשאי לעבור על הלאו כדי לקיים העשה וזה ל"ש בעלמא וכן לדידן אפי' בחמץ וניחא הא דהוכיח רבא דר"ע לא סובר מתוך והקשה בש"א אי משהה ע"מ לבערו אינו עובר ליכא צורך קצת. אך לדידן לא אמרינן כן דלא נל"ע רק שלא ילקה. וניחא קושי' ש"א מה פריך אלא יו"ט לבתר איסורו הוא דילמא אתא כריה"ג דאז הוא ברשותו דכיון דמותר בהנאה אך דא"כ למה צריך ליבטל הא יכול לשהות ע"מ לבערו אליבא דריה"ג. וניחא קושי' מהרש"א על הא דאוכל חמץ של הקדש מעל ופי' רש"י דסובר כר"ש וגורם לממון הוא דאמאי לא פי' דסובר כריה"ג. אך אז תקשה מדאגבי' קני' ואין לומר דאי עבי' לא מהני דהא הגבהה הי' לאכול חשוב ע"מ לקיים העשה לשיטת בעה"מ אך אמרנו דא"כ חשוב הגבהה צורך אכילה. אך לפי מה שכתבו דעל הגבהה איכא מלקות דב"י ואליבא דריה"ג ל"ש זה דשמא ביטל קודם והתראת ס' הוא וע"כ פי' רש"י דאתא כר"ש:

והנה אי אמרינן דבהפקר יכול לחזור עד ג' ימים רק דאי לא חזר חל הפקר מעכשיו ועי' בס' קהלת יעקב וא"כ דבידו לחזור עובר משום הואיל משום דבידו לחזור נהי דהואיל דאי בעי זכה לא אמרינן דחשוב הואיל דאי בעי קנה דלא אמרינן כמו שכתבו בתוס' פסחי'. ובזה אמרתי לפרש הא דכתב ברא"ש דמש"ה בעי הרהינו דאל"כ לא גרע מחמץ של עכו"ם וקיבל הישראל אחריות והקשה בתומי' דאכתי ל"צ הרהינו רק שאין אחריות על הישראל וע"כ נראה דכוונת הרא"ש אינו משום אחריות דא"כ ל"ש דלא גרע מאחריות רק הא יש לומר הואיל דאי בעי פדה. אך נראה דהא כתבו דמש"ה נכרי מישראל לא קנה משכון דכיון דהפקעת הלואה שרי נמצא דאין לו חוב עליו. אך הא מדרבנן אסור וצריכין לומר דמ"מ עובר מדאורייתא דאין בו קנין. והנה האחרונים כתבו דמש"ה אמרינן הואיל משום דאין ברירה ובתוס' יו"ט אית' דמדאוריית' אמרינן ברירה וע"כ ניחא באמר מעכשיו דאינו עובר דמדאוריית' אמרינן ברירה וע"כ נהי דלא קנה משכון ל"א הואיל ומדרבנן דאין ברירה הא מדרבנן קנה משכון וחשוב הואיל דאי בעי קנה דל"א וע"כ בעינן הרהינו דאז עכ"פ מדרבנן קנה וממילא ל"א הואיל משא"כ בלא הרהינו לא גרע מאחריות וה"ה יש לומר הואיל דחשוב עכ"פ כמו אחריות אך עכ"פ הואיל דבידו לחזור אמרינן לכ"ע אך לא מהני תנאי שיחזור עד ג' ימים דכיון דליתא ע"י שליח ובטל התנאי ואין בידו לחזור אך בר"ן אית' דמהני ע"י שליח משום דבלא"ה אינו ברשותו וא"כ בס"ד דמקשין דאכתי לא ידעינן מזה דחשוב אינו ברשותו שפיר פריך וכי משכחת ליבטל הגם דהוי חמץ ידוע דהא אין בידו לחזור דלא מהני התנאי דאי אפשר ע"י שליח ואיכא הואיל דאי בעי חוזר:

ובזה יש לומר דלקמן איתא עד כמה חוזר עד כביצה דברי ר"מ ומקשה בירושלמי הא עובר על ב"י בכזית ותי' דכיון דמה"ת סגי בביטול וקשה הא הוי חמץ ידוע אך הטעם דבידו לחזור ואע"ג דלא מהני תנאי דאי אפשר ע"י שליח אך הפוסקי' סוברים דבמעכשיו ל"צ דיני תנאים ועי' באה"ע סי' ל"ח והכא הוי מעכשיו אי לא יחזור. והנה ר"מ סובר דאפי' מעכשיו בעי ת"כ וכל דיני תנאים. ועי' ברמב"ם בפי' המשנה וממילא לא מהני תנאי ואין בידו לחזור וע"כ מועיל ביטול אפי' על חמץ ידוע. וניחא קושי' מהרש"א שם דמנ"ל דהך דזימון איפוך דילמא הך דחמץ ור"י סובר עד כביצה אך אז תקשה דעל חמץ ידוע לא מהני ביטול:

וגם לפי מה שכתבו דאי אפשר לומר דביטול משום הפקר דכיון דהפקר משום נדר חשוב כאילו נדר לקיים המצוה להוציא מרשותו ואין איסור חל על איסור והפוסקי' דסוברים דמהני ביטול על חמץ ידוע משום הפקר יש לומר דהם סוברים דנדר כמו דחל לבטל המצוה חל על קיום המצוה ועי' בר"ן בשבועות דחשוב איסור מוסיף. וא"כ לפ"ז לר"ש דנ"ס מוסיף ולא חל נדר לקיים המצוה ועי' בנב"י מה שמתרץ בזה על הא דמשני הגמ' במכות דהאי תנא לית ליה כולל דאמאי לא קתני קונם א"כ לר"ש לא מהני ביטול על חמץ ידוע וניחא הא דהשמיטו דינא דרבה בגזל חמץ ובא אחר ושרפו דלר"ש חייב דהא הקשה דהא הגזלן ביטלו ושרי והוי ממון גמור ולא גורם אך על חמץ ידוע לא מהני ביטול וזה לר"ש לשיטתו דל"ס מוסיף משא"כ לדידן וניחא הא דהשמיטו הברייתא חמצן של עוברי עבירה. אך דהא עכ"פ ביטלו ושרי בלא חליפין אך על חמץ ידוע לא מהני וזה לר"ש לשיטתו משא"כ לדידן:

ובזה דאליבא דריה"ג לא משכחת מלקות על ב"י אפי' בקנה חמץ בפסח או גזל דהתראת ס' הוא ניחא ג"כ הרמב"ם דסובר דאפי' במזיד משלם פירות ואמאי אי לפי מידה משלם ניחא הסיפא דמזיד פטור. אך אז יש לומר משום דמלקות דחמץ פוטר מלשלם ואין לומר מדאגבי' קני' דהא איכא מלקות על הא דאגבי' משום ב"י אלא אי לפי דמים משלם ואז ע"כ דאתא כריה"ג אין לומר דמש"ה פטור במזיד משום דמלקות פוטר הא מדאגבי' קני' ומלקות ליכא על הגבהה משום ב"י דהא התראת ס' הוא שמא ביטלו ומשני משום דר"ח ואירי בתרומה שלא בא ביד כהן:

גם יש לומר דהא נהי דעל הגבהה איכ' לאו דב"י הא ליכא מלקות דצל"ע אך הא ביטלו לעשה דהא אכלו אך לשיטת בעה"מ באכילה מקיים העשה. אך נראה דזה לרבנן דיכול לבערו בכל דבר אבל לר"י דסובר דבשריפה בודאי אינו מקיים העשה באכילה והנה אי חמץ שרי בהנאה לא דמי לנותר ולא בעינן שריפה ולפ"ז בפשיטות ניחא דבשלמא

אי לפי מידה משלם וחמץ אסור בהנאה א"כ חמץ בשריפה וא"כ באכילה אינו מקיים העשה ניחא הסיפ' דמזיד פטור משום מלקות דחמץ ואין לומר מדאגבי' קני' דהא על הגבהה איכ' מלקות דב"י הגם דניתק לעשה דהא ביטלו בזה שאכלו אלא אי לפי דמים משלם וע"כ כריה"ג ואז אינו בשריפה ומקיים העשה בזה שאכלו אמאי במזיד פטור ואין לומר משום מלקות הא מדאגבי' קני' וליכא מלקות דב"י דהא נל"ע וקיימו לעשה בזה שאכלו וע"ז משני' כר"ח ואיירי בתרומה שלא בא ליד כהן:

והנה מה שאמרנו דמנותר שמעינן דאפי' היכי דלאו כולל יותר מעשה חשוב נל"ע אך למ"ד דנותר שלא בזמנו שורפין אפי' בלילה אז ל"ח זמן גרמא משום דאין שורפין קדשים בלילה כיון דשלא בזמנו שורפין אפי' בלילה. ועי' בתוס' קידושין דכתבו כן לענין מילה דמש"ה לא הוי זמן גרמא כיון דמיום השמיני ולהלאה אין לו הפסק דמלין גם בלילה וה"ה הכא גם אשה מוזהרת על העשה ולעולם היכי דלאו כולל יותר ל"ח נל"ע. וניחא הא דהקשו לר"י דסובר דח"ש אסור א"כ ליכא נ"מ אי שאור בכזית דמלקות ליכא אפילו בכשיעור דנל"ע ולענין איסור גם ח"ש אסור. אך ר"י לשיטתו דסובר ביבמות דשלא בזמנו שורפין אפי' בלילה ויש לומר דבכולל יותר ל"ח נל"ע וא"כ לדידי' לאו דב"י ל"ח נל"ע דכולל יותר לענין נשים:

ובזה ניחא המכילתא שהביא המשנה למלך דדריש לקרא דלא ילין חלב חגי על אימורי פסח ותמה עליו דהא בפסחי' ד' נ"ט נראה דקאי על חגיגה ט"ו ולא על אימורי' של פסח דאל"כ מה רמי רב כהנא הא כל הלילה ילין הא עלי' השלם כל הקרבנות דהא פסח אחר התמיד הוא וע"כ דר"כ דרמי הוכיח דע"כ קאי על חגיגה דאי על האימורין דפסח כבר כתיב לא ילין לבקר זבח חג הפסח דקאי על האימורי' ולא על הבשר וגם אי קאי על האימורין של פסח אמאי לא פריך רב ספרא מהאי קרא הא כל הלילה ילין הא כתיב עולת שבת בשבתו ולא עולת חול ביו"ט וע"כ דמשום דזה קאי על החגיגה וקרא ולא ילין לבקר וכו' קאי על האימורין דע"כ קאי על האימורין דאי על הבשר כבר נכתב ולא תותירו ממנו עד בקר וליכא למימר לעבור בשני לאוין דהא איתי' תוס' ב"מ פ' א"נ דכל היכא דליכא מלקות ל"ש לעבור בשני לאוין ועל נותר ליכא מלקות דנל"ע. אך קשה דלעולם דקרא דלא ילין לבקר קאי על הבשר ולעבור בשני לאוין ואין לומר דהא ליכא מלקות דנכתב שני לאוין דאז לקי הגם דנל"ע משום דלא אתא חד עשה ועקר שני לאוין כמו דמשני בתמורה דמש"ה לקי במימר משום דאיכ' שני לאוין וצריכין לומר דסוגי' קאי דמימר מש"ה לוקה משום דלאו כולל יותר מעשה ובעלמא אפי' היכי דאיכ' שני לאוין לא לקי בנל"ע. אך לפ"ז גם הכא בנותר הלאו כולל יותר לענין נשים וא"כ אכתי

יש לומר דקאי על הבשר ולעבור על שני לאוין דהא איכא מלקות לטעם זה גם בנותר וצריכין לומר דר"ס דמקשה סובר דנותר שלא בזמנו שורפין בלילה ול"ח זמן גרמא וא"כ גם אשה מוזהרת על העשה ולאו לא כולל יותר וחשוב נל"ע ול"ש לעבור על שני לאוין וע"כ דקאי על האימורי' וע"כ מקשה ר"ס ולא עולת חול ביו"ט וא"כ ע"כ קרא דלא ילין חלב חגי קאי על החגיגה וע"כ רמי ר"כ הא עלי' השלם וכו' משא"כ המכילתא סובר טעמא דלוקה במימר משום שני לאוין וא"כ יש לומר דקאי על הבשר קרא ולא ילין לבקר וכו' כדי שיהו' שני לאוין ויהי' לוקה או דסוברת דאפי' שלא בזמנו אין שורפין בלילה וא"כ לא הוי נל"ע ויש לומר לעבור על שני לאוין וא"כ קרא ולא ילין חלב חגי קאי על האימורי' של פסח:

וגם לפי מה דאית' בס' ע"א דאי תפילין חשוב זמן גרמא משום דשבת לאו זמן תפילין והא דכל מצות עשה שז"ג פטורין משום דהוקש כל התורה לתפילין ותפילין ילפינן מהיקשא מת"ת ועי' בקידושין וקיי"ל בקדשי' דדבר הלמד בהיקש אינו חוזר ומלמד בהיקש וא"כ נותר שהיא קדשי' חייבות אע"ג דז"ג משא"כ אי שבת ז"ת והא דאשה פטורה בז"ג משום דהוי מצה והקהל ש"כ ואין מלמדין א"כ אפי' בקדשים פטורות בז"ג וע"ש. וא"כ יש לומר דסוגי' קאי למ"ד דלאו ז"ת בשבת וא"כ בנותר מוזהרת הגם דז"ג הוא והלאו אינו כולל יותר וא"כ חשוב נל"ע ול"ש לעבור על שני לאוין וע"כ דקרא ולא ילין לבקר קאי על האימורי' וקרא ולא ילין חלב חגי קאי על חגיגה ושפיר פריך ר"כ משא"כ המכילתא סובר דז"ת בשבת וא"כ גם בקדשים פטורות בז"ג ולא חשוב נל"ע דלאו כולל יותר ויש לומר דקאי על הבשר ולעבור על שני לאוין ויש לומר דקרא ולא ילין חלב חגי קאי על אימורין של פסח:

וגם יש לומר דהא סתם מכילתא הוא ר' ישמעאל ור' ישמעאל סובר דנותר שלא בזמנו שורפין בלילה וגם סובר דשבת לאו זמן תפילין וא"כ לא מצינן לתרץ כנ"ל וע"כ נראה דכיון דסתם מכילתא הוא ר' ישמעאל והוא סובר דלוקין על לאו שאין בו מעשה וא"כ יש לומר דקאי על הבשר ויהי' שני לאוין דאז לקי אפי' בנל"ע ואין לומר דמ"מ הא לאו שאין בו מעשה הא הוא סובר דלוקין משא"כ לדידן אפי' אי יהי' שני לאוין לא לקי משום דאין בו מעשה וע"כ דקאי על אימורי' וקרא דחלב חגי קאי על חגיגה ט"ו ושפיר פריך ר"כ:

וניחא בזה התוס' שם דהקשו אליבא דר"ע ת"ל דחלבי שבת קריבין ביו"ט מקרא דהכא דלא ילין עד בקר הא כל הלילה ילין דמיתוקמ' בי"ד שחל להיות בשבת. אך לפי מה דאית' בתוס' מכות דר"ע סובר דלוקה על לאו שאין בו מעשה א"כ לא קשה קושי' ר"ס דיש לומר דקאי על הבשר ולעבור בשני לאוין וא"כ אין ראי' דחלבי שבת קריבין ביו"ט:

ובזה ניחא קושי' תוס' במכות על שיטת רש"י דר"ל סובר ביטלו ע"כ סובר דל"ת שקדמו עשה לא לקי דחשוב נל"ע וא"כ תקשה מתני' דהבא אל המקדש טמא דלוקה ול"ח נל"ע וע"כ נראה דהא שם איכא שני לאוין וע"כ לוקה כמו מימר ומאי מייתי ר"י ראי' אך יש לומר דאליבא דר"י אין חילוק בין חד לאו לשני לאוין ומימר דלוקה משום דלאו כולל יותר ואין לומר דהא גם נותר כולל יותר דליתא דהא ר"י סובר דשלא בזמנו שורפין אפי' בלילה וא"כ גם אשה מוזהרת משא"כ ר"ל סובר דגם שלא בזמנו אין שורפין אלא ביום וא"כ הלאו כולל יותר וע"כ טעמא דמימר משום שני לאוין וא"כ גם בטמא הבא אל המקדש איכא שני לאוין וע"כ לוקה:

גם נראה לתרץ הרמב"ם דבלא"ה הקשו על הרמב"ם דסובר דקנה חמץ דלוקה ול"ח ניתק לעשה א"כ תקשה קושי' תוס' איך מעל לריה"ג ונראה דהא תמהו אי לוקה איך קאמר ב"ש לכתוב חמץ ולא שאור הא איצטריך למלקות. ולכאורה נראה דגם הרמב"ם מודה דחשוב נל"ע אך בקנה חמץ מהראוי לומר דאי עביד לא מהני ואינו שלו אך נהי דלא מועיל הקנין מ"מ הוא באחריותו של הקונה דלא גרע מאם היה מק"ט דהוא באחריותו עד שיחזיר ובש"א אית' היכי דאינו שלו רק באחריותו ליכא העשה דתשביתו וע"כ לקי דהא לא ניתק לעשה. אך לפי מה דסוברים דוק' היכי דבעי כונה אז יש לומר דאי עביד לא מהני ומה"ט שוחט בשבת השחיטה כשרה ולא אמרינן דאי עביד לא מהני משום דלא בעי כונה לשחיטה. וא"כ לפי מה דסוברים דהיכא דדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין וא"כ ל"ש אי עביד לא מהני והוי שלו ואיכ' העשה. אך בקצה"ח אית' דמש"ה לא בעינן כונה הוא משום זכי' דהמוכר זוכה לו שלא מדעת וזכי' הוא מטעם שליחות והכא לא מועיל דאין שליחות לדבר עבירה וא"כ ב"ש מסתמא סובר כשמאי הזקן דיש שליח לדבר עבירה וא"כ ל"ש דלא מהני ואיכ' העשה וליכא מלקות וע"כ קאמר לכתוב חמץ וכו' דל"ש דאין עמה"ד דהא ליכא מלקות:

ולפי הש"א ניחא הא דלא פריך על מתני' מדאגבי' קני' דהא יש לומר דאי עביד לא מהני ולא קני' ואין לומר סברת המקנה דמשהה ע"מ לבערו באכילה דהא היכי דגזל דאינו שלו רק הוא באחריותו ליכא העשה. וניחא מה דהקשה מה פריך דאינו בר דמים דילמא איירי בח"ש דרשאי להשהות עד לאחר הפסח וכר"ש דגורם כממון דא"כ קשה מדאגבי' קני' ול"ש דאי עביד לא מהני:

אך יותר נראה דהא טעמא של הרמב"ם משום דל"ת שקדמו עשה היא דהעשה ע"כ בעיו"ט דאי ביו"ט איך רשאי לשרוף ואין לומר דעשה דתשביתו דוחה משום דיו"ט עשה ול"ת הוא. והנה ביבמות אית' דאי ילפינן מנזיר דעשה דוחה ל"ת יש למילף דדוחה

אפי' עשה ול"ת אלא דמה לנזיר דישנו בשאלה וא"כ ב"ש דסובר דאין שאלה בנזירות יש למילף מנזיר דעשה דוחה ל"ת ועשה ויש לומר דתשביתו הוא ביו"ט והוי שפיר נל"ע דהא לא קדמו עשה וע"כ קאמר לכתוב חמץ ולא שאור:

ולפ"ז לפי מה דכתבו בתוס' דאע"ג דלאחר שישרוף ויעשה גחלים הנאתו מותר מ"מ כיון דלא יכול ליהנות מיד אסור לשרוף. ולפ"ז לר"י דשרי בהנאה ויכול ליהנות מיד ושרי לשרוף ויש לומר דעשה הוא ביו"ט ולא קדמו עשה וע"כ לר"י שפיר כתבו דנל"ע משא"כ לדידן וגם דהא ר"י סובר דהבערה ללאו יצאתה ושרי הבערה ביו"ט ותשביתו ביו"ט וע"כ הוי נע"ע משא"כ לדידן ל"ח נל"ע דקדמו עשה הוא:

וגם לפי מה דאית' בש"א דטעמא של הרמב"ם משום דלאו כולל יותר לענין נשים אך אי העשה ביו"ט יש לומר דכיון דמוזהרת על הלאו מוזהר' על העשה ג"כ אך דכיון דתשביתו ע"כ מערב יו"ט ולאו דב"י הוא בלילה ע"כ ל"ש לומר דכיון דמוזהרת על הלאו וכו' וממילא ל"ח נל"ע דכיון דכולל יותר מעשה:

ולפ"ז לרי"ה דשרי בהנאה ויש לומר דתשביתו הוא ביו"ט דהא יכול ליהנות מיד וגם דהא סובר דעל הבערה ליכא רק לאו ושרי הבערה ביו"ט וא"כ גם אשה מוזהרת על העשה כמו דמוזהרת על הלאו והלאו לא כולל יותר וע"כ סוברים לר"י דב"י חשוב נל"ע משא"כ לדידן ל"ח נל"ע דכיון דכולל יותר:

ולפ"ז הכי אזלא קושי' הגמ' דבשלמא אי לפי מידה משלם וחמץ אסור בהנאה וממילא לא הוי נל"ע אי משום שקדמו עשה אי משום דכולל יותר דהא העשה ע"כ קדמו לא קשה דמש"ה במזיד פטור משום מלקות דחמץ ואין לומר מדאגבי' קני' דאיכא מלקות משום כ"י על הגבהה אלא אי לפי דמים משלם וע"כ כר"י דשרי בהנאה וממילא חשוב נל"ע וא"כ אי אפשר לומר דפטור משום מלקות דתקשה מדאגבי' קני' ומשני כר"ח ואז איירי בתרומה שלא בא לכהן. ולכאורה נראה דדין זה היכי דלאו כולל יותר אי חשוב ניתק לעשה תלי' בזה דהנה ריה"ג קאמר בתמורה דבנשבע ומימר ומקלל את חבירו בשם דלוקה אע"ג דלא עביד מעשה וקאמר ר"י לתנא לא תתני מימר משום דבדיבור עביד מעשה ותי' רש"י דנעשה קדש והקשה בש"א דהא משכחת מימר בצבור ושותפין דלא נעשה קודש דאין תמורתן תמורה והוי לאו דאין בו מעשה וע"כ דר"י סובר דכיון דמשכחת מעשה ע"כ אפי' בציבור ושותפין דלאו עביד מעשה דכיון דיש בלאו זה מלקות לקי לעולם ועי' במ"מ הלכות שכירות דכתב דמש"ה חסמה בקול לוקה כיון דמשכחת מעשה ועי' במש"ל הלכות ריבית. וע"כ ה"ה בנל"ע יש לומר כן דכיון דיש בלאו זה היכי דלא ניתק וע"כ אפי' היכא דנל"ע לקי וע"כ סובר הרמב"ם דהיכא דלאו כלל יותר

לקי לעולם משא"כ ריה"ג דחשוב מימר לאו שאין בו מעשה ע"כ דל"ס דכיון דמשכחת מעשה לקי לעולם וע"כ ה"ה בנל"ע לא אמרינן דכיון דכולל יותר ע"כ לקי אפי' היכי דנל"ע וע"כ על ריה"ג לשיטתו שפיר כתבו בתוס' דחשיב נל"ע ואע"ג דכולל יותר משא"כ לדידן. והנה הרבה סוברים דכל היכי דאפשר לעבור בלי מעשה אפי' אי עביד מעשה ליכא מלקות ומה"ט על הנאה ליכא מלקות דאפשר ליהנות שלא ע"י מעשה ובזה יש לומר דלא קשה דהא ר"י קאמר בפסחי' כל איסורים אין לוקין אלא כד"ה ומשמע הא כד"ה לוקה דר"י לשיטתו דאמר לא תתני מימר דבדיבור עביד מעשה ולא אמרינן דכיון דמשכחת בלא מעשה כגון ציבור ושותפין חשוב אין בו מעשה ואפי' ביחיד ליכא מלקות וע"כ דל"ס כן וע"כ סובר דלוקה על הנאה. ולפ"ז יש לומר דמש"ה חשיב הרמב"ם מימר לאו שאין בו מעשה דהוכיח מדמצינו דעל הנאה ליכ' מלקות וע"כ משום דמשכחת אין בו מעשה וע"כ ה"ה מימר חשוב אין בו מעשה דמשכחת אין בו מעשה בשותפין. אך אי אפשר לומר כן דהא ר"י סובר דחסמה בקולו דלוקה וכן פסק הרמב"ם משום דמשכחת מעשה ויש לחלק:

גם יש לומר על הרמב"ם הנ"ל וגם דלא תקשה קושי' תוס' לדוכתא דאכתי היכי מעל לריה"ג דהנה בש"א רצה לומר דטעמא של הרמב"ם דכיון דאיכ' שני לאוין ולא אתא חד עשה ועקר שני לאוין ודמי למימר. אך לפי מה דאית' בלח"מ דאי אמרינן דמימר חשוב אין בו מעשה ואפ"ה לקי לא קשה קושי' הגמ' דמימר נל"ע דיש לומר דכמו דגז"ה דלוקה במימר הגם דאין בו מעשה ה"ה דגזה"כ הגם דנל"ע לקי אע"ג דבעלמ' לא לקי וא"כ יש לומר דבנל"ע אפי' היכי דאיכא שני לאוין לא לקי ומימר שאני דע"כ גזה"כ הוא דהא חזינן דלוקה אע"ג דאין בו מעשה. ולפ"ז ב"י נל"ע אע"ג דאיכא שני לאוין. ולפ"ז התוס' דקאי לריה"ג שפיר כתבו דלאו דב"י נל"ע הוא הגם דאיכא שני לאוין. וניחא דלא תקשה לר"י דסובר דח"ש אסור מה נ"מ בפלוגתא דב"ש וב"ה דמלקות ליכא ואיסור' איכ' אפי' בח"ש דר"י לשיטתו דסובר דמימר חשוב מעשה ואינו גזה"כ וע"כ הא דלקי במימר משום דאיכ' שני לאוין וע"כ ה"ה ב"י ל"ח נל"ע משום דאיכ' שני לאוין:

אך אכתי תקשה על הרמב"ם דהא סובר דמימר חשוב אין בו מעשה וע"כ נראה דהא בשעה"מ כתב ג"כ דטעמא דהרמב"ם משום דאיכ' שני לאוין ואע"ג דבעינן לאו דסמוכים. ועי' בתוס' חולין הכא ג"כ סמוכים לא יראה שאור ולא יראה חמץ ושאור וחמץ חדא הוא והנה זה דוקא לדידן דקיי"ל כב"ה דזה וזה בכזית משא"כ לב"ש ל"ח תרי לאוין דסמוכים. ועי' בצל"ח דכתב דריה"ג ע"כ סובר כב"ש דהא טעמא דר"י משום דתלתא לך כתיבי ולא סובר חד בשאור וחד בחמץ וע"ש. ולפ"ז על ריה"ג שפיר סוברים דחשוב

נל"ע דהא לא הוי שני לאוין דסמוכי' דשאור וחמץ לאו חדא הוא משא"כ לדידן לא הוי נל"ע משום דאיכ' שני לאוין:

ולפ"ז הכי אזלא קושי' הגמ' דבשלמ' אי לפי מידה משלם וחמץ אסור בהנאה ניחא דבמזיד פטור הגם דגם במזיד משלם פירות ולפי מידה מ"מ פטור משום מלקות דחמץ ולא קשה מדאגבי' קני' דעל הגבהה איכ' לאו דב"י דלא נל"ע אי אסור בהנאה משא"כ אי לפי דמים וע"כ כריה"ג א"כ הוי נל"ע וקשה מדאגבי' קני' ומשני כר"ח ובתרומה שלא בא לכהן. ובזה ניחא הא דהרמב"ם סובר דעל חמץ ידוע לא מהני ביטול ובצל"ח הקשה דהא שיטת הרמב"ם דס' שרי מהתורה א"כ ע"כ הא דכתוב תשביתו קאי על חמץ ידוע דא"י ל"צ לביטול דס' שרי מהתורה. ולכאורה נראה דכיון דבס' כרת מודה הרמב"ם ובר"ן ביומא משמע דהיכי דאיכא הרבה לאוין חמור מכרת וע"כ חולה שיש בו סכנה עדיף לישחוט מליתן לו נבילה דעובר על כל כזית ועי' בשעה"מ היכי דאיכ' הרבה לאוין בב"א חמור יותר:

ולפ"ז כיון דאיכא שני לאוין לא יראה ול"י מודה הרמב"ם דס' אסור מהתורה. אך תקשה דהא חדא לאו מנתק העשה ולא נשאר רק חדא לאו אך באור חדש אית' דכיון דבתר איסורו לא מצי מבטל ליה א"כ לא נל"ע כלל דאינו יכול לבטל ביו"ט וניחא הא דפריך וכי משכחת ליבטל אע"ג דהוי חמץ ידוע דלס"ד דלא ידע דלבתר איסורו לא מצי מבטל חשוב נל"ע א"כ ע"כ ביטול מהני על חמץ ידוע דאל"כ ס' שרי מהתורה ואין לומר דאיכ' שני לאוין דהא מנתק חדא לאו:

ולפ"ז הי' נראה להסוברים דהיכי דלא עבר רק על עשה דתשביתו לא קנס ר"ש והנה לאו שאין בו מלקות לא חמור מעשה ועי' במש"ל הלכות יו"ט. וא"כ אין מהראוי לקנוס משום דעבר על ב"י דנל"ע הוא אך משום דאיכ' שני לאוין נקי, ולפ"ז היכי דלא ראה החמץ דליכא רק משום לא ימצא לחוד ועי' ברש"י ולא לקי ממילא לא קניס ר"ש וראי' מדקאמר הגמ' דר"ש קנס הואיל ועבר על ב"י וב"י ומשמע דשני לאוין בעינן ובזה ניחא הא דפי' רש"י דיבדוק לאחר המועד משש שעות עד שתחשך ובתוס' הקשו אמאי לא פי' לאחר המועד ממש שלא יאכל חמץ שעבר עליו פסח אך כיון דצריך לבדוק ע"כ דלא ראה א"כ לא קנס ר"ש דליכא מלקות:

וניחא הרי"ף דהשמיט חמצן של עוברי עבירה דמותר לאחר פסח מפני שמחליפין. אך נראה דנהי דאין מבערין משום הפסד עכ"פ עושין שלא יעברו על שני לאוין שלא יראה וליכא רק לא ימצא לחוד וליכא קנסא ואיך אתי' כר"ש דא"כ לא צריכין מפני שהן מחליפין דבלא"ה שרי וע"כ דסוגי' קאי למ"ד בלא קיימו איכ' מלקות והכא לא

קיימו העשה ואיכא משום קנסא דעבר על לאו שיש בו מלקות משא"כ הרי"ף פסק כמ"ד דביטלו בעינן וליכא מלקות. ולא צריכין לטעמא דחליפין וע"כ לא הביאו. אך זה ליתא דא"כ תקשה הא דכותי שהלוה לישראל על חמצו דאע"ג דהרהינו בעינן מעכשיו ג"כ הא לא"ה אסור לאחר הפסח אע"ג דלא ראה דהא הרהינו אצלו אלמא דאפי' היכי דלא עבר רק על חד לאו אעפ"כ קנס ר"ש וע"כ הטעם דכיון דמשכחת שני לאוין בלא הטמין וע"כ אפי' היכא דליכא רק חדא לאו ג"כ לקי דלאו אלים ולא יכול לנתק ממלקות ואפי' היכי דליכא רק חדא לאו ונ"מ דלוקה שמונים דגם חדא לאו לא יכול לנתק דאלים הלאו. ועי בש"א ובס' פה"ב וראי' מריש חולין בתוס' דהקשה דאמאי לא לקי שמונים אלמא דאפי' חדא לאו לא מנתק וכמו כן כתבו לענין איך עשה דוחה ל"ת ועשה דאפי' מלקות איתא ול"א דעכ"פ הלאו דחי דליתא דעשה מאלים הלאו ולא דחי אפי' הלאו ועי' בתוס' קידושין ובסו' חולין אך אין זה ראי' דהיכ' דעבר על שני לאוין אז יש לומר דלא מנתק אפי' חדא לאו דלאו אלים כיון דאיכא עוד לאו משא"כ היכי דלא ראה דלא עבר רק על לא ימצא אז ליכא מלקות כלל על לי"מ דהא ניתק לעשה:

והנה יש להסתפק דהיכא דנל"ע ואיכא עשה ולאו אי יכול לנתק ממלקות או דמי להיכי דאיכ' שני לאוין וה"ה הכא העשה מאלים הלאו ולא יכול לינתק ממלקות. דכיון דאמרינן דהיכי דאיכא שני לאוין אפי' חד לאו לא מנותק משום דאלי' ה"ה היכי דאיכ' עשה בהדי לאו לא יכול לינתק ממלקות:

ובזה ניחא הרמב"ם פ' ג' הלכות מלוה ולוה דפסק עבר הבע"ח ונכנס לבית הלוה ומשכנו אינו לוקה שהרי נל"ע ואם לא קיים העשה כגון שאבד או נשרף לוקה ומחשב דמי המשכון ותובע השאר בדין והקשה הראב"ד דהא במכות פריך והרי משכון ומשני כיון דאיתא בתשלומין אינו לוקה ומשלם וא"כ אמאי סובר דמחשב דמי המשכון ולוקה הא אין לוקה ומשלם:

והנה בתומי' סי' צ"ד תירץ דהרמב"ם סובר כהך גירסא משום דאין לוקה ומשלם ולא משום דהתשלומין חשוב קיום העשה כשיטת התוס' והנה עיקר החילוק בין קיימו ולא קיימו בין ביטלו ולא ביטלו דאי אמרינן קיימו ולא קיימו עבר על הלאו מיד משא"כ אי אמרינן ביטלו לא עבר על הלאו רק בשעה שביטל העשה. ולפ"ז כיון דקיי"ל דשומרין משעת אונסין נשתעבד נכסי ולא משעת משיכה וא"כ בשלמא אי אמרינן ביטלו דאז לא עבר על הלאו רק בשעה שביטל העשה ואז הוא חיוב תשלומין א"כ חיוב מלקות וחיוב תשלומין בא בב"א שייך לומר דאינו לוקה ומשלם משא"כ הרמב"ם דסובר לא קיימו א"כ חיוב מלקות מיד משא"כ חיוב תשלומין ול"ש דאין לוקה ומשלם וע"כ פסק דלוקה

וע"ש וקשה דהא בגזל לכ"ע החיוב מיד בשעה שגזל וא"כ למ"ד ביטלו ולא עבר על הלאו רק בשעה שביטל לעשה ולא בא בב"א וא"כ מה משני על קושי' הגמ' מגזל דאינו לוקה ומשלם הא לא בא בב"א דחיוב מלקות בשעה שנאבד מהעולם וחיוב ממון בשעה שגזל. וגם דאפי' אי שומרין משעת אונסין נשתעבד מ"מ הכא שאני דהא בש"ך איתא דמש"ה סובר הרמב"ם דחייב באונסין הגם דלא סובר כשיטת רש"י דקני' לאונסין הכא שאני דכיון דמשכון שלא ברשות חשוב גזלן וחייב באונסין וא"כ אפי' אי בעלמא החיוב בשעת אונסין הכא שאני דחשוב גזלן וא"כ אי אמרינן לא קיימו בא בב"א ואמאי לוקה:

וע"כ נראה דהא הרמב"ן הקשה אי אמרינן דלא קנה משכון לאונסין א"כ מה משני הגמ' דכיון דחייב בתשלומין אינו לוקה ומשלם הא משכחת בנשרף באונס והאחרונים תירצו דהא אפי' יש עדים שנשרף באונס מ"מ צריך לישבע שלא שלח יד והוא נעשה חשוד דעבר על הלאו דלא תבא אל ביתו וכיון שא"י לישבע משלם אפי' באונס:

ובזה ניחא הנ"י ב"מ פ' המקבל דשם סובר שמואל דאפי' שליח ב"ד אינו רשאי ליכנס לביתו רק מנתח נתוחי ופריך הגמ' מהא דלא תחבול בגד אלמנה וכו' ומשני לעבור בשני לאוין והנ"י כתב דאם אינו ענין בביתו תנהו ענין בשוק ותמהו עליו דאמאי לא קאמר לעבור בשני לאוין ועי' בתומי' סי' הנ"ל. אך הא הקשה דל"ש לעבור בשני לאוין כיון דליכא מלקות אך נ"מ בנשרף באונס דלא יכול לקיימו העשה ותשלומין ליכא ול"ש דאינו לוקה ומשלם. אך הא מ"מ לא יכול לישבע על ש"י כיון דנעשה חשיד אך לשמואל לשיטתו דל"ס מתוך שא"י לישבע משלם מה בכך דנעשה חשיד ושפיר משני לעבור בשני לאוין משא"כ לדידן לא משכחת מלקות ול"ש לעבור בשני לאוין וע"כ הוצרך הנ"י לומר דקאי על בשוק באם אינו ענין וכו':

אך נראה לפי מה דאיתא במכות דחייבי כריתות ישנו בכלל מלקות לפי שאם עשו תשובה ב"ד של מעלה מוחלין ופריך השתא לא עביד תשובה ומשני לא פסיקי מילתא לכרת וא"כ נהי דנעשה חשיד מ"מ באם עביד תשובה יכול לישבע ל"ח דאין לוקה ומשלם אפי' בלא עביד תשובה לוקה וע"כ דסוגי' קאי למ"ד ביטלו בעינן כמו דכתב הרמב"ן, ובזה ניחא הרמב"ם דהא בש"ך הקשה דכיון דאייר בנשרף באונס אמאי כתב דנחשב דמי המשכון. וע"כ נראה דבלא"ה קשה דאמאי כתב ומחשב דמי המשכון הא משכחת שהמשכון שוה יותר והוא ישלם מה ששוה יותר לפי מה דכתב בש"ך דחשוב גזלן וע"כ חייב אפי' באונסין וע"כ נראה דהא דנחשב דמי המשכון משום דנעשה חשיד על השבועה וע"כ הכל ניחא דהא הרמב"ם סובר דאם היה השומר חשיד דלא משלם והטעם כיון דשכנגדו לא יכול לישבע דא"י אי נאנס אי לא. ולכאורה קשה דהא השבועה

דשכנגדו הוא רק מדרבנן דמדאורייתא אמרינן בחשיד מתוך שא"י לישבע משלם. ועי' בתוס' ב"מ. וע"כ משום דמפסיד אמרינן אפי' בשבועה דרבנן וא"כ הכל ניחא דמש"ה אי המשכון שוה יותר לא משלם דכיון דהא דנחשב דמי המשכון הוא משום דנעשה חשיד והרמב"ם סובר דאפי' בשומר חשיד לא משלם דכיון דכשכנגדו ג"כ לא יכול לישבע והגם דרק שבועה דרבנן הוא מפסיד אמרינן אפי' בשבועה דרבנן אך הא דהפסיד מחובו כנגד המשכון משום דא"י לישבע הגם דגם שכנגדו לא יכול לישבע מ"מ זה רק שבועה דרבנן ומשלם לא אמרינן בשבועה דרבנן וע"כ ינוכה מחוב נגד דמי המשכון וכיון דרק מטעם זה יחשב דמי המשכון א"כ ל"ש אין אדם לוקה ומשלם משום דאי עביד תשובה יכול לישבע ל"ח לוקה ומשלם משא"כ הסוגי' איירי שלא באונס נאבד וחייב מדינא ושייך לומר דאין לוקה ומשלם:

גם נראה דהרמב"ם סובר כשיטת התוס' דבזה שמשלם חשוב קיום העשה. ובזה ניחא דהא קשה לפי מה שאמרנו דהיכא דאיכא עשה בהדי לאו אז לוקה הגם דנל"ע וא"כ תקשה במשכון נהי דמ"ע הא שם איכא גם עשה בחוץ תעמוד והאיש א"כ הלאו אלים ולא יכול העשה לנתק הלאו שלא ילקה ודמי להיכא דאיכא שני לאוין. אך לפי מה דאית' בתוס' חולין פ' או"ב דדוקא לאו דתמורה דעשה אינו מקיים בידים דממילא הוא נעשה קודש וע"כ אמרינן דלא אתא חד עשה ועוקר שני לאוין משא"כ היכי דמקיים העשה אז ליכא מלקות אפי' היכי דאיכ' שני לאוין וע"ש דכתבו כן לענין גזל וא"כ ה"ה הכא במשכון דמקיים העשה בידים יכול לנתק הלאו שלא ילקה הגם דאיכא עשה ג"כ:

וע"כ הכא דכיון דרק נחשב דמי המשכון וינוכה מהחוב ואינו עושה מעשה בידים וע"כ הגם דזה חשוב קיימו מ"מ לוקה דלא אתא עשה ועקר לאו ועשה. ועי' בס' קצה"ח סי' ע"ב דכתב דאליבא דרבה דלא חשוב ש"ש משום פרוטה דר"י ורק הא דמפסיד החוב משום דחשוב כאילו פירש אז לא אמרינן דזה גובה וזה גובה רק דינכה מהחוב משא"כ לר"י דסובר דחשוב ש"ש משום המצוה אז אמרינן דזה גובה וזה גובה וא"כ יש לומר דהסוגי' דמשני משום דאין לוקה ומשלם קאי לר"י וזה גובה וכו' וכיון דעושה בידים חשוב נל"ע הגם דאיכ' לאו ועשה דכיון דעושה בידים משא"כ לדידן דקיי"ל כרבה דרק נחשב דמי המשכון ואינו עושה בידים לא חשוב נל"ע:

ובזה ניחא המכילתא הנ"ל דמוקי קרא ולא ילין חלב סגי על אימורין של פסח והקשה דא"כ מה פריך ר"כ תא עלי' השלם ועוד דסבר שמעינן מקרא ולא ילין לבקר דזה קאי ע"כ על אימורין דליכא למימר דקאי על הבשר דהא כבר כתיב ולא ישאירו עד בקר והרמב"ם סובר ג"כ כמכילתא וקשה היכי שביק לתלמודא דידן וע"ש. ולכאורה נראה

דהא הקשו על הסוגי' דמוקי ולא ילין לבוקר על האימורין לעולם דקאי על הבשר ואין לומר דהא כבר נכתב דהא איצטריך לכתוב זה סמוך ללאו דלא תשחט על חמץ להורות דהני דקיימו בלא ילין מוזהרין על לאו דלא תשחט על חמץ כדמשני לקמן דאל"ה ה"א דאפי' אחד בסוף העולם נמי. ועי' באור חדש. ונראה דהא קשה דאיך אפשר לומר דאפי' אחד בסוף העולם נמי דא"כ איך אפשר לשחוט הפסח דילמא יש לאחד חמץ ואין לומר דל"ח לזה דבודאי לא חשוד שום אדם לעבור על העשה דתשביתו דהא להסוברים דהיכי דאינו החמץ ברשותו דאינו עובר. ועי' בראש ריש פסחים משום דכתיב לא ימצא בבתיכם דוקא ומ"מ לענין לאו דל"ת על חמץ לא מועיל זה ועי' באור חדש. אך אמרתי דבתוך הפסח מועיל זה גם לזה דהא הקשו דאמאי עובר על ב"י הא כי מטי זמן איסורו נתייאש ותירצו דהא בעינן דאתא לרשות זוכה ביאוש. ולפ"ז היכי דמונח ברשות אחר ממילא יצא מרשותו ע"י היאוש ואינו שלו ואינו עובר גם על ל"ת על חמץ. ובזה ניחא הרש"י בפסחים דפי' על ר"ש דקאמר דשלא בזמנו דשלא לשמו חייב ופי' דחייב גם משום לאו דב"י ותמהו דאמאי לא פי' כן על בזמנו דלשמו חייב דחייב גם משום ב"י וע"כ נראה דבע"פ דלר"ש מותר עד הלילה משכחת דב"י ליכא ול"ת איכא היכי דלא הי' מונח ברשותו משא"כ שלא בזמנו דאסור בהנאה ואיכא יאוש ואתא לרשות זוכה א"כ גם הלאו דל"ת ליכא וע"כ דהי' מונח ברשותו א"כ גם לאו דב"י איכא. ועכ"פ קשה דילמא יש לאחד בסוף העולם חמץ ולא מונח ברשותו דלא עביד איסור וגם לר"ש דמותר בהנאה עד הלילה לא מסני ביטול משום הפקר דל"ש סברת הר"ן משום דבלא"ה אינו ברשותו וע"כ דביטול משום גז"ה וזה לא מועיל על לאו דל"ת ועי' בא"ח. וא"כ דילמא יש לאחד חמץ אשר ביטל ומ"מ לא מועיל נגד ל"ת על חמץ. אך לשיטת הרמב"ם דס' שרי מהתורה ניחא קושי' הגמ' ודילמא אחד בסוף העולם נמי וע"כ צריך לתרץ הנך דקיימו בלא ילין דוקא משא"כ סוגי' דהכא דקאי על רב ורב סובר דעל חתיכה אחת חייב אש"ת ועי' בכריתות וא"כ לא קשה אפי' אחד בסוף העולם נמי דא"כ איך ישחוט הפסח ואין לומר דס' שרי מהתורה דהא למ"ד דחתיכה אחת חייב אש"ת ע"כ ס' אסור מהתורה ולא צריכין סמיכות הנך דקיימי בלא ילין וא"כ ע"כ קרא ולא ילין עד הבקר קאי על אימורין דעל הבשר כבר כתב וא"כ קרא ולא ילין חלב חגי קאי על חגיגה ושפיר פריך ר"כ וכן ר"ס. משא"כ הרמב"ם לשיטתו דסובר דס' שרי מהתורה יש לומר דקרא ולא ילין לבקר קאי על הבשר דהא צריכין כדי לסמוך לקרא דל"ת להורות דוקא הנך דקיימי בלא ילין:

גם יש לומר דמש"ה פריך אפי' אחד בסוף העולם נמי ואין לומר דא"כ איך ישחוט הפסח דיש לומר דעשה דפסח דוחה לאו דל"ת וקרא דל"ת איירי ביכול לבער וחשוב אפשר

לקיים שניהם. ועי' בצל"ח דרצה לומר כן דעשה דפסח דוחה לאו דל"ת רק דדחי דהא ע"ז הזהירה התורה ל"ש דדוחה משא"כ בא"י אי יש לאחד חמץ אז שייך לומר דעשה דוחה ל"ת דבשלמא בידעינן דיש לאחד חמץ הגם דאין בידו לבערו מ"מ כיון דישנו במציאות שיבער אינו דוחה ועי' בב"י בא"ח דכתב כן לענין כלאים בציצית ועי' בש"א. משא"כ בא"י. אך הא הוי תרי לאוין לא תזבח ולא תשחט. ועי' במרש"א. אך לר' ישמעאל דסובר דעשה דוחה שני לאוין פריך שפיר אפי' אחד בסוף העולם נמי וצריכין הסמיכות רק הנך דקיימא בלא ילין משא"כ סוגי' דהכא דקאי לר"ע דלדידי' אין עולת חול קריבין ביו"ט והוא סובר דלא דחי שני לאוין ולא קשה דילמא קאי על הבשר דהא כבר כתיב ואין לומר דצריכין רק הנך דקיימ' בלא ילין דבלא"ה ידעינן דאי אפשר לומר אפי' אחד בסוף עולם דא"כ איך ישחוט הפסח ואין לומר דדחי דהא איכא שני לאוין וע"כ דקרא ולא ילין קאי על אימורין וא"כ קרא ולא ילין חלב חגי קאי על חגיגה משא"כ סתם מכילתא הוא ר' ישמעאל ע"כ סובר דקאי על הבשר וקרא דחלב חגי קאי על אימורין של פסח:

ובזה אמרתי הא דסובר הרמב"ם דעשה דוחה עשה הבא מכלל לאו וכתבו דאליבא דר"ע יש לומר דדחי והא דאין עשה דוחה ל"ת ועשה הגם דכל חד באפי נפשייהו דחי וע"כ י"ל דבהצמדם יחד חמור כמו דלא דחי שני לאוין משא"כ לרי"ש ע"כ דלא דחי אפי' עשה הבא מכלל לאו. ולי נראה דזה תלי' בדברי רבא ור"א דאליבא דרבא דסובר דאין עשה דוחה ל"ת שיש בו כרת וא"כ כש"כ דלא דחי שני לאוין דזה חמור היכי דיש הרבה לאוין כאשר כתבנו לעיל וא"כ יש לומר כשיטת הרמב"ם והא דלא דחי עשה ל"ת ועשה הוא משום דחמיר כשני לאוין משא"כ לר"א דסובר דדוחה אפי' ל"ת שיש כרת פשיטא דדחי שני לאוין וא"כ ע"כ הוא דלא דחי עשה ל"ת ועשה עיקר משום העשה ושמעינן דאפי' עשה הבא מכלל לאו לא דחי. ובזה לא קשה קושי' תוס' ביצה דאמאי לא קאמר דאיכ' קלקול במוספין ואין לומר דמעלה ומלינה בראשו של מזבח. מ"מ תקשה לרבא דפוסל דלינה פוסלת בראשו של מזבח. אך לפי מה שאמרנו יש לומר דהגמ' לא הוצרך לומר בשלמא לת"ק יבוא עשה דפסח שיש בו כרת ודוחה עשה דהשלמה ומשמע הא אי לא הי' כרת לא דוחה אע"ג דעשה דהשלמה הוא רק בשב ואל תעשה זה הכל לר"א ולדידי' יש לומר דמלינה בראשו של מזבח וע"כ לא קאמר קלקול מוספין רק נתקלקלו בשיר וכו' ורבא לשיטתו בלא"ה ניחא לדידי' אפי' עשה דלית כרת דוחה עשה בשב ואל תעשה ובתוס' תירצו דעשה דרבים חמור ודחי עשה ומזה מוכח דעשה דפסח ל"ח עשה דרבי' דאל"כ ל"צ לומר משום דבכרת ובמג"א נסתפק בזה:

וגם נראה דהא קשה דלעולם דקאי על הבשר ונ"מ שיהי' שני לאוין ואע"ג דליכא מלקות משום דאין בו מעשה אך אי לא הי' שני לאוין וחשוב נל"ע היה רשאי לעבור על הלאו לקיים העשה משא"כ השתא דאיכ' שני לאוין ולא יכול לינתק נהי דאין לוקה מ"מ איסורא איכא ובש"א תירץ דבלא"ה איכא איסורא משום דאיכא עשה ואכלו את הבשר. אך לפי מה שכתבו דעל עשה ליכא איסור בח"ש א"כ אכתי איכ' נ"מ בח"ש דאי ליכא שני לאוין ואז העשה דמנתק הלאו אפי' איסורא ליכא בח"ש משא"כ השתא דאיכא שני לאוין איסורא איכא. אך לפי מה דסוברים דעל ב"י ליכא איסור בח"ש משום דל"ש אחשבי' וממילא ה"ה לענין נותר ל"ש אחשבי' וא"כ אפי' השתא דאיכא שני לאוין ליכא איסור בח"ש. אך נראה דדין זה אי בח"ש איכ' איסורא לענין ב"י תלי' דאי ב"י נל"ע ותקשה מה נ"מ בפלוגתא דב"ש וב"ה אי חמץ בכזית דהא מלקות ליכא דנל"ע ואיסור איכ' אפי' בח"ש וע"כ דהיכי דל"ש אחשבי' שרי ח"ש [משא"כ] [אי ליכא איסור בח"ש] משא"כ אי ל"ח נל"ע יש לומר דאפי' היכי דל"ש אחשבי' אסור ח"ש והתם נ"מ למלקות. וכבר אמרנו דלמ"ד דבשריפה חשוב נל"ע משא"כ לרבנן. ולפ"ז סוגי' דהכא דקאי לר"ע והוא סובר דבשריפה וא"כ ע"כ ליכא איסור בח"ש בב"י וה"ה לענין נותר א"כ ל"מ לומר דקאי על הבשר ולעבור בשני לאוין דמה נ"מ וע"כ דקאי על אימורין וקרא דחלב. חגי ע"כ קאי על חגיגה משא"כ לדידן דקיי"ל כרבנן ולא הוי נל"ע ויש לומר דאפי' היכי דל"ש אחשבי' אסור ח"ש וא"כ יש לומר דקרא ולא ילין קאי על הבשר ולעבור בשני לאוין ונ"מ דאז לא יכול לנתק וא"כ אפי' אי נותר כדי לקיים העשה אסור ובח"ש וקרא דחלב חגי קאי על אימורין:

ובזה ניחא הא דהרמב"ם כתב בנותר משום דנל"ע דנ"מ בנותר לקיים העשה ובח"ש דאז ליכא איסור והא דפריך הגמ' אי אין לוקין על לאו שאין בו מעשה ל"צ לנל"ע דקאי לר"י לשיטתו דסובר דבשריפה וא"כ חשוב נל"ע וע"כ בח"ש היכי דל"ש אחשבי' שרי ליכא נ"מ דבכזית בלא"ה איכא עשה ואכלו את הבשר ובח"ש אפי' בלא נל"ע ליכא איסור דל"ש אחשבי' משא"כ לדידן:

ולפי מה שכתבנו דאי אמרינן דמימר חשוב אין בו מעשה ואפ"ה גז"ה דלוקה לא קשה קושי' הגמ' דנל"ע ולפ"ז יש לומר דאפי' היכי דאיכא שני לאוין חשוב נל"ע בפשיטות ניחא המכילתא הנ"ל דסתם מכילתא הוא ר' ישמעאל והוא סובר דלוקין על לאו שאין בו מעשה וא"כ מימר לא הוי גזה"כ וע"כ הא דלוקה הגם [דאין בו מעשה] דנל"ע משום דאיכא שני לאוין וא"כ יש לומר דלא ילין קאי על הבשר ולעבור בשני לאוין דאז לוקה הגם דנל"ע וקרא דחלב חגי קאי על אימורין משא"כ לדידן דאין לוקין על לאו שאין בו

מעשה וא"כ ע"כ דמימר גז"ה הוא וא"כ ל"ש דהיכי שני לאוין לקי בנל"ע וא"כ ל"מ לומר דקאי על הבשר ולעבור על שני לאוין וע"כ דקאי על האימורין וא"כ קרא דחלב חגי קאי טל חגיגה ושפיר פריך ר"כ ור"ס:

אך יותר נראה לפי מה שאמרנו דהיכא דעביד העשה בידי' אז חשוב נל"ע אפי' היכי דאיכא שני לאוין א"כ בפשיטות ניחא דאי אפשר לומר דקאי על הבשר ולעבור בשני לאוין דהא עביד העשה בידי' דשורפו ואז מנתק שני לאוין. אך אכתי תקשה דנ"מ דשרפו בשבת והוה כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד דאי עביד לא מהני ואין לומר דאעפ"כ נשרף ולא גרע מאי נשרף ממילא כדכתבו התוס' בתמורה לענין מום אך כיון דמעשה נתבטל א"כ לא אתי חד עשה ועקר שני לאוין דתו ליכא מעשה:

אך הא הוא רמי לרב ורב דסובר דאין שמין לגנב ולגזלן משום דקני בשינוי ע"כ סובר דאי עביד מהני ועי' בתמורה דמסיק הגמ' כהן א"כ כיון דמעשה לא נתבטל א"כ אפי' שני לאוין ליכא מלקות וא"כ אי אפשר לומר דקאי על הבשר ולעבור בשני לאוין וע"כ דקאי על אימורין ושפיר פריך דהא קרא דחלב חגי קאי על חגיגה משא"כ לדידן דאי עביד לא מהני יש לומר דקאי על הבשר ולעבור בשני לאוין והגם דאיכא מעשה נ"מ בשרף בשבת:

ובזה ניחא קושי' תוס' שם וז"ל הא קרא בנותר מיירי דהא לקמן מחייב שוחט על חמץ אחד מבני חבורה מדכתיב לא ילין בתרי' דמשמע הני דקיימו בלא ילין וא"כ מה פריך דשפיר הא כל הלילה ילין וע"ש:

ונראה דהנה בס' אור חדש איתי' וז"ל דהא לעיל ד' ד' פריך הגמ' דכ"ע חמץ משש שעות אסור מנ"ל ומשני אביי אך חלק ורבא יליף מלא תשחט ע"ח דם זבחי ופריך אימא כל חד וחד כי שחיט ומשני זמן שחיטה אמר רחמנא. ולכאורה יש לדקדק לאביי קרא למה לי להשביתו משש ואמאי לא ילפינן מקרא דל"ת כרבא וצ"ל משום דקשה לו דילמא כל חד וחד כי שחיט ולית ליה זמן שחיטה אמר רחמנא. והשתא לפ"ז קשה מאי פריך הש"ס אי הכי אפי' אחד בסוף העולם נמי זה אינו דאי אמרת אפי' יש לאחד בסוף עולם חמץ נמי אסור לשחוט הפסח לחבורה אחרת הדרי קושי' לדוכתא למה לי אך חלק ת"ל דנאסר חמץ משש שעות מקרא דל"ת ואין לומר דה"א כל חד כי שחיט נאסר לו לבדו החמץ זה אינו דהא תיכף בשעת זביחת פסח ראשון צריך כל אחד לבער כיון דלאו זה נאמר ג"כ כשיש לאחד חמץ בסוף העולם הרי כולם מחוייבי' להשבית את חמצן קודם התחלת זמן שחיטה ראשונה וע"כ צ"ל דרק על החבורה קפיד קרא שלא יהי' לאחד מהם חמץ בשעת זביחת פסחו ושפיר יש לומר לכל חד כי שחיט נאסר לחבורתו וא"כ מה פריך אפי' אחד

בסוף העולם נמי וצ"ל דשם פריך לרבא דס"ל לסברא פשוטה זמן שחיטה אמר רחמנא ולית לי' דרשא דאך חלק א"כ שפיר יש לומר אפי' אחד בסוף עולם נמי. וע"ש. וכיון דע"כ הסוגי' קאי לרבא והוא סובר דאי עביד לא מהני יש לומר דקאי על הבשר ולעבור בשני לאוין ולקי אע"ג דאיכא מעשה נ"מ בשרף בשבת דאי עביד לא מהני רק דלא גרע מנעשה ממילא ל"ח מעשה ושפיר יליף מזה הנך דקיימו בלא ילין דכיון דקאי על הבשר ולא על האימורי'. ולפ"ז אביי לשיטתו לא יליף כרבא מקרא דל"ת דא"כ תקשה אפי' אחד בסוף העדים נמי ואין לומר הנך דקיימי בלא ילין דהא לדידי' ע"כ קאי על אימורין דהא לדידי' אין נ"מ בין שני לאוין דהוא סובר דאי עביד מהני, וניחא הסוברים כאביי דילפינן מאך חלק דהם סוברים דאי עביד מהני והרמב"ם לשיטתו דסובר דלא מהני וע"כ יליף כרבא מל"ת:

והנה מה שכתבנו דלמ"ד דבשריפה אז חשוב נל"ע משא"כ לרבנן. ניחא בזה דברי הרמב"ם דיליף לקובעו חובה בזמן הזה מקרא דבערב תאכלו מצות והקשו הא כיון דפסק כר"י לפני זמנו דעובר א"כ ע"כ היקשא בעינן לא תאכל חמץ שבעת ימים תאכלו מצות לקובעו חובה. ונראה דהא בירושלמי הקשה דאמאי לא אכלו מצה מחדש אמאי לא דחי עשה ל"ת ותירצו דאין עשה דקודם הדיבור דוחה ל"ת דלאחר הדיבור והקשה בש"א דא"כ בעינן הך מבערב תאכלו מצות כדי שיהי' נשנית גם לאחר הדיבור ואז דוחה ל"ת וע"ש. אך במקנה איתא דאפי' אי היה לאחר הדיבור לא דחי דמה בכך הא בעינן שאם היה חמץ יהי' איסור חמץ והכא ליכא איסור חמץ דאין איסור חל על איסור אך הא הוי איסור מוסיף דנוסף לאו דב"י אך אית' במש"ל דהיכא דליכא מלקות ל"ת מוסיף ומה"ט איסור הנאה ל"ח מוסיף כיון דליכא מלקות על הנאה וא"כ לאו דב"י דנל"ע וליכא מלקות ל"ת מוסיף. אך זה לר"י לשיטתו דסובר דבשריפה וחשוב נל"ע וע"כ אפי' אי נשנית לאחר הדיבור לא יוצא במצה של חדש דליכא איסור חמץ דאין אחע"א משא"כ לדידן בעינן לזה וע"כ יליף לקובעו חובה מבערב תאכלו מצות:

ובאמת נראה על קושי' המקנה דהא בתשובות ב"א הקשה דאמאי א"י במצה של טבל משום דאין איסור חל על איסור הא הוי איסור ב"א דקודם שנתחמץ כל צורכו אינו ראוי לאכילה וליכא איסור טבל ולא איסור חמץ דחשוב שלא כד"א ובשעה שנתחמץ כ"צ חשוב איסור ב"א ואמרנו לפי התוס' יבמות דאפי' באיסור ב"א אי חדא איסורא יש לו היתר ולא לאידך אז חל רק האיסור שאין לו היתר וה"ה הכא דאיסור חמץ יש לו היתר ולא איסור טבל וע"כ אין אחע"א אפי' בב"א משא"כ לענין חדש דג"כ יש לו היתר כמו חמץ הוי שפיר איסור בב"א ושפיר הקשה בירושלמי:

ועי' בס' ברוך טעם דכתב דדין זה היכי דלאו כולל יותר ל"ח נל"ע זה אמרינן קיימו ולא קיימו משא"כ אי אמרי' ביטלו ולא ביטלו אז הגם דלאו כולל יותר חשוב נל"ע. ובזה ניחא הא דרבא הוכיח דר"ע לא סובר מתוך שהותרה לצורך וכו' והקשה דכיון דמשהה ע"מ לבערו אינו עובר ליכא צורך קצת. אך הא רבא סובר דהתראת ספק ל"ח התראה א"כ ע"כ דסובר קיימו ולא קיימו א"כ ל"ח נל"ע כיון לאו כולל יותר לענין נשים וא"כ אסור להשהות ע"מ לבערו ושפיר דייק דל"ס מתוך. וניחא קושי' תוס' ביצה הנ"ל דאמאי לא קאמר ר"ע הוא דל"ס מתוך דלפי האמת אין ראי' דיש לומר משום דליכא צורך קצת דיכול להשהות ע"מ לבערו. וניחא לר"י דסובר דח"ש אסור מה נ"מ בפלוגת' דב"ש וב"ה דמלקות ליכא דנל"ע ואיסור איכא אפי' בח"ש. אך ר"י דסובר קיימו נ"ח נל"ע דלאו כולל יותר לענין נשים:

והנה אי בכל לאו הנל"ע רשאי לעבור על הלאו כדי לקיים העשה. עי' בש"א ועי' במס' ב"מ ד' ס"ב דמקשה שם למ"ד דריבית קצוצה אינה יוצאה בדיינין מהא דהניח להם אביהם מעות של ריבית דאין חייבים להחזיר הא אביהם חייב להחזיר ומשני דבדין הוא דהוא נמי אין חייב להחזיר והא דקתני בדידהו משום סיפא דבדבר המסוים דחייבין להחזיר מפני כבוד אביהם וכו' ופריך הא אינו עושה מעשה עמך. ומקשין דקושי' זו בלא"ה אפי' אי אמרינן דאביהן חייב להחזיר וע"כ דהנה לאו דריבית חשוב נל"ע. אך זה למ"ד דיוצאה בדיינין משא"כ למ"ד דא"י בדיינין אפי' כי מחזיר לא מתקן הלאו. ולפ"ז ניחא דאי אמרינן דאביהן חייב להחזיר וחשוב נל"ע אז לא קשה דאינו עושה מעשה עמך דיש לומר דנטל ע"מ לקיים העשה להשיב דאז לא עביד איסור כלל משא"כ השתא דמשני דאביהן אינו חייב להחזיר ולא הוי נל"ע ואינו רשאי לעבור על הלאו לקיים העשה מקשה שפיר דאינו עושה מעשה עמך ובאמת בחידושי הר"ן אית' דהיכי דחייב לציי"ש ג"כ חשוב נל"ע וא"כ כיון דאפי' למ"ד דא"י בדיינין לציי"ש חייב להחזיר אכתי חשוב נל"ע ולא פריך הגמ' דיש לומר דלקח ע"מ לקיים העשה. אך תקשה מהא דאית' פ' א"מ ואע"ג דהדרי לאחר יאוש מתנה בעלמא דקני ביאוש והא הרמב"ן סובר דאפי' ביאוש מחויב להחזיר לציי"ש ואכתי נל"ע הוא ואפשר יש לחלק דהרמב"ן לא קאמר כן רק בגזל ומה"ט הוי מה"ב אפי' לאחר יאוש ולא באבידה אך זה אינו דהא איירי דנטלה ע"מ לגזול:

והנה הא דקאמר רבא למה לי דכתב רחמנא לאו בריבית ובגזל וכו' ומסיק הגמ' לכובש ש"ש ולעבור בשני לאוין והקשו בתוס' ולוקמא בגזל ולעבור בשני לאוין ותירצו משום דליכא מלקות דנל"ע ותמה במרש"א דגם כובש ש"ש נל"ע. ועי' בקצה"ח דכתב דנ"מ לאחר יאוש דאפי' אי מחזיר מתנה בעלמא הוא גזל יאוש לא קני'. ולפי הנ"ל אפי' אי

יאוש קני בגזל דכיון דחייב לצי"ש להחזיר אכתי חשוב נל"ע. ויותר נראה לפי מה דסובר רב בב"ק דשבועה קונה אך רבא סובר דזה במלוה ולא בפקדון דהוא בעין. ולפ"ז כש"ש הגם דנג"ע מ"מ נ"מ בכבר נשבע ובאו עדים דאז קני' ואפי' כי מחזיר מתנה בעלמא הוא משא"כ בגזל לא אמרינן דשבועה קונה וכן הא דפריך ולוקמא בריבית ניחא הגם דנל"ע דהא בריטב"א בקידושין דאפי' למ"ד די' בדיינין מ"מ לא צריך להחזיר אותו דבר שלקח. ועי' באה"ע סי' כ"ח וממילא דשבועה קונה ונ"מ לאחר שנשבע לשקר דקני':

והנה בס' פ"י איתא דהגם בכל לאו נל"ע נהי דליכא מלקות אבל איסור עביד אבל בריבית למ"ד דחשוב נל"ע כי מקיים לעשה אפי' איסורא לא עביד דכיון דעיקר הלאו משום וחי אחיך עמך והרי החזיר. ובזה ניחא הרש"י בב"ק דפי' על הא דהבנים ל"צ להחזיר משום דרשות יורש כרשות לוקח והקשה דאמאי לא פי' טעמא של רבא משום לדידי' אזהיר רחמנא. ועי' בג"ת ובמש"ל:

והנה הא דלא פי' רש"י בב"מ טעמא משום דרשות יורש כרשות לוקח נראה דהא יש לומר דאפי' למ"ד דא"י בדיינין זה דווקא בנתן לו מדעתו ולא בלקח בע"כ דהא אפי' באבק ריבית דלכ"ע א"י מ"מ בלקח בע"כ מוציאין ממנו וא"כ לא פריך הגמ' דיש לומר דלקח בע"כ וע"כ אביהן חייב להחזיר אך אז גם הבנים צריכין להחזיר דחשוב כמו גזל משא"כ אי משום רשות יורש וכו' מה בכך דחשוב גזל מ"מ קני' בשר"ש וע"כ לא הביאו רש"י טעם זה. ולפ"ז אין ראי' דרב"ח סובר דיוצאה בדיינין דאל"כ בלא"ה בנים פטורין אך נ"מ בלקח בע"כ:

אך עיקר הקושי' דאמאי לא פי' רש"י ב"ק טעם זה וע"כ נראה דהא התוס' הקשו דילמא הא אביהן חייב להחזיר הוא לצי"ש אך דא"כ גם הבנים מחוייבין לפי הרמב"ן דאפי' ביאוש ושר"ש מחויב להחזיר לצי"ש א"כ מה בכך דהבנים קני' ביאוש ושר"ש וע"כ הבי' רש"י טעם זה משא"כ לטעמא לא קשה דיש לומר לצי"ש ומ"מ הבנים פטורים:

אך יותר נראה דרש"י הוצרך לזה מדפריך שם והא אינו עושה מעשה עמך וקשה דילמא נטל ע"מ לקיים העשה דשרי והגם דבעלמא אסור בריבית שרי דכיון דלא עביד איסור כלל וע"כ כתב רש"י טעמא דרב"ח ולדידי' ע"כ חשוב כמו גזל מדהוצרך לומר דכרשות לוקח א"כ אסור כמו בגזל אפי' ע"מ לקיים העשה. אך קשה הא דקאמר רבא למה לי דכתב רחמנא לאו בגזל ובריבית הא לא דמי דבריבית שרי ע"מ לקיים העשה. ועי' בתוס' דהקשו דאמאי לא קאמר דלכ"ע יוצאה בדיינין והא דלוקה משום דסובר דלוקה על לאו הנל"ע ופליגי בזה ובפ"י תמה דהא אין אדם לוקה ומשלם וע"ש. ונראה לפי מה דסובר רש"י דהא דצריך להחזיר זה בתובעו. ועי' בט"ז דסובר דמשום זה ל"ש שיעבוד דר"נ

בריבית דקודם שתבעו אינו מחויב כלל וא"כ לא בא בב"א דלאו עבר משעת לקיחה וחיוב חזרה בשעה שתבעו ולא מיבעי' אי צריך להחזיר אותו דבר:

ועי' ברמב"ם דפסק דאפי' עשיר שלקח משכון דאינו לוקה משום דנל"ע. ועי' במש"ל דתמה דבעשיר דאין צריך להחזיר לא חשיב נל"ע ואמאי לא לקי ותירץ דכיון דבעני צריך להחזיר ולא לקי וע"כ הלאו קליש ואינו לוקה אפי' בעשיר דליכא העשה וע"ש:

ועי' בב"מ ד' ע"ב בתוס' שם דהקשו דאמאי אין העדים נפסלין דחתימו על שטר שיש בו רבית ועוברים על לאו לא תשימון אע"פ שאינן מרויחים יש להם לפסול דקיי"ל כאביי דלא בעינן רשע דחמס וכתבו דאיירי ברבית דרבנן ולא נפסלו באיסור דרבנן כיון שאין מרויחים כלום הגם שבעבירה דאוריית' נפסלים אי נמי אפי' ברבית דאורייתא יש להכשיר דשמא לא תשימון לאינשי במלוה משמע להו ולא בעדים ולכך כשרים. ועי' במש"ל פ' ד' הלכות מלוה ולוה דתמה על קושי' תוס' וז"ל שהרי אין בלאו זה מלקות שהרי ניתן להשבון וכיון דלא מיפסלו לעדות וע"ש דרצה לומר דהא עכ"פ מדרבנן הן נפסלו ואע"ג דפסול דרבנן בעי הכרזה זה דוקא בעברו על עבירה דרבנן אבל פסולי דרבנן מחמת עבירה דאורייתא לא צריך הכרזה וע"ש דהביא בשם הג"ת דסובר דהעדים הן בני מלקות דבהם ל"ש העשה דהשבון רק במלוה הוא בתורת השבון וע"ש. וקשה מהרמב"ם דסובר דאפי' בעשיר דליכא העשה אפ"ה ליכא מלקות כיון דבעני נל"ע וא"כ ה"ה בעדים הגם דל"ש העשה דהשבון אך כיון דאצל המלוה ליכא מלקות דנל"ע הלאו קליש וגם לעדי' וליכא מלקות וע"כ צריכין לומר משום דמדרבנן עכ"פ נפסלו הגם דלא הי' הכרזה:

והנה במש"ל שם הקשה על הא דתירצו דשמא ל"ת לא משמע דקאי על העדים דא"כ הא דהקשו בתוס' סנהדרין עלה דההיא דהוסיפו עליהם החמסן דאמאי לא נפסל מדאורייתא דעברו על לאו דלא תחמוד וי"ל דל"ת משמע להו דלא יהיב דמי דוקא והקשה מהא דאמרינן דל"ת לאינשי בלא דמי משמע להו ומשמע לאינשי הוא דמשמע כן אבל האמת דל"ת הוא אפי' ביהיב דמי וכו' וקשה מה בכך דהאמת הוא אפי' ביהיב דמי מ"מ כיון דלאינשי משמע בלא דמי לא נפסלין כמו התם דכיון דלאינשי לא משמע דקאי על העדי' הגם דאמת אינו כן לא נפסלים. ועי' בתומי' סי' ל"ד דהקשה ג"כ ומביא ראי' מקוברי מת ביו"ט דאכשרינהו ר"ה משום דמשמע להו דמצוה עביד הגם דאמת אינו כן וע"ש. ונראה לפי מה דאית' בתומי' דבתרי ובתרי דתרי העידו שהוא גזלן דרבנן ותרי מכחישי' דמוקמינן בחזקת כשרות ואפי' פסול דרבנן ליכא ואע"ג דאית' שם בחמ"ש סי' ל"ד דהרי זה ספק פסול הוא משום דרבנן החמירו דלא ליזל בתר חזקה זה דוקא בהעידו עליו

שהוא גזלן דאורייתא משא"כ היכי דהעידו עליו שהוא גזלן דרבנן דכיון דהא דבתרי ותרי לא אזלינן בתר חזקה זה רק מדרבנן החמירו וע"כ היכא דהעידו עליו שהוא רק גזלן דרבנן לא החמירו רבנן ואזלינן בתר חזקה ודמי להא דכתבו בתוס' כתובות דלתרומה דרבנן לא החמירו וא"כ בשלמא לענין לאו דל"ת דאפי' אי משמע להו איסור דקאי גם על העדים מ"מ לא נפסלו מדאוריית' דליכא מלקות וע"כ אוקמ' על חזקת כשרות דלא משמע להו דקאי על העדים ואפי' בדרבנן לא החמירו משא"כ בחמסנים דאי הי' משמע להו דל"ת אפי' ביהיב דמי אז הי' נפסל מדאוריית' אפי' אי ליכא מלקות דהוי רשע דחמס וע"כ נהי דל"ת לאינשי בלא דמי משמע והיינו משום חזקת כשרות עכ"פ מדרבנן נפסלו דהחמירו דלא אזלינן בתר חזקה וע"כ בההיא דקוברו מת דאפי' אי משמע להו אסור לא נפסלין מדאוריית' דחשוב מלאכה שא"צ לגופו. ועי' בתומי'. וע"כ כיון דלא משמע להו איסור דסברי מצוה עביד אפי' פסול דרבנן ליכא דחשוב תרתי דרבנן. ולא החמירו אפי' מדרבנן:

ובזה ניחא רש"י בסנהדרין על ההי' דקוברי מת דפי' רש"י על הא דפסיל אותם ר"פ ור"ה דמכשיר משום דסברי מצוה עביד ופי' שם דקוברי מת מחמת שלקחו ממון ותמהו הא קיי"ל דלא בעינן רשע דחמס אך כיון דהוי מלאכה שא"צ לגופו דמוציא מת לקוברו קיי"ל דפטור א"כ נהי דאסור מדרבנן מ"מ הפסול רק מדרבנן דאז בעינן רשע דחמס. ולפי שיטת הריב"א הגם דאין עשה דוחה ל"ת ועשה מ"מ מלקות ליכא דעכ"פ ל"ת נדחה וא"כ לפי מה דסוברים דהוא מצות עשה לקבור וא"כ הא דאסור לקבור רק משום דיו"ט עשה ול"ת הוא ועכ"פ מלקות ליכא וממילא בעינן רשע דחמס דעבר על עבירה שאין בו מלקות בעינן דרשע דחמס. וניחא דברי רש"י דפי' דקוברי מת מחמת שלקחו ממון:

ובזה ניחא הא דאית' בסנהדרין דף כ"ה בר ביניתוס אסהידו בי' תרי סהדי חד אמר קמי דידי אוזיף בריביתא וחד אמר לדידי אוזפן ברבית' דפסלי' רבא לבר ביניתוס. פריך והא אמר רבא לוה ברבית פסול לעדות והוי לי' רשע ומשני רבא לטעמי' דאמר אדם קרוב לעצמו ופ"ד והקשו לפי מה דסוברים דריבית דרבנן הלוה אינו עובר. ועי' ב"ש מ' א"נ וא"כ מה פריך הגמ' והא אמר רבא לוה ברבית פסול לעדות דילמא איירי ברבית דרבנן דאז הלוה לא עבר כלל. אך לפי מה דאית' בתוס' שם דאפי' המלוה לא נפסל מדאוריית' משום דלא משמע ליה איסור כיון דמדעתא יהיב ליה ואינו נפסל רק מדרבנן וא"כ ברבית דרבנן מהראוי לומר דאפי' מדרבנן לא נפסל דאוקמ' על חזקת כשרות ולא החמירו מדרבנן דהא הוי תרתי דרבנן דגוף הפסול רק מדרבנן וא"כ ע"כ הא דפסלו לבר ביניתוס איירי ברבית דאורייתא וע"כ פריך שפיר והא אמר רבא לוה ברבית פסול לעדות.

ויש לעי' קצת דאי לא משמע ליה איסור למלוה אמאי סובר ר"מ בשטר שכתוב ריבית דקונסין ואינו גובה לא את הקרן דהא ל"ש קנס כיון דלא משמע ליה איסור ומה שהקשו בתוס' דאמאי לא קנסינן גם ללוה דעביד איסור. אך לפי מה דכתבו בתוס' לחד תירוצ' דאיירי ברבית דרבנן ניחא דאז לא עביד הלוה איסור כלל. אך תקשה דא"כ מנ"ל הך דשטר מוקדמין לא אתא רק כר"מ הא יש לומר דגם רבנן מודי' ורבית שאני מש"ה לא קנסו לרבנן משום דלא משמע ליה איסור וע"כ סוברי' דגובה הקרן וגם אי איירי ברבית יש לומר דמשום דלא עבר על איסור דאוריית' לא קנסוהו:

אך קשה לי לפי מה דאית' בתוס' כתובות דכיון דקיום שטרות הוא מדרבנן לא פ"ד כדי לפסול השטר וא"כ אמאי אמרינן פ"ד כדי לפסול המלוה כיון דפסול דמלוה הוא רק פסול דרבנן א"כ לא פ"ד:

ובעיקר הראי' שהביאו דליה לא עבר ברבית דרבנן מהא דאית' בפ' א"נ בני רב עיליש נפק עלייהו שטרא דהוי כתוב בי' פלגא באגר ופלגא בהפסד אמר רבא רב עיליש גברא דבה ואיסורא לאנשי לא הוי ספי וע"כ דאי פלגא באגר תרי תילתא בהפסד וכו' והוכיחו מדקאמר דלא הוי ספי ולא קאמר דלא עביד הוא איסור אלא ודאי דברבית דרבנן הלוה אינו עובר רק משום לפני עור וקשה לפי מה דאית' בתשובות פ"מ דהיכי דהלוה חזי דמלוה הוי מוזיף בריבית הני דמים גופייהו לישראל אחרינא ליכא משום לפני עור ודמי למושיט כוס יין לנזיר דלא עבר על לפני עור היכי דיכול ליטול בעצמו וה"ה הכא. ולפ"ז היכי הוכיח רבא יען כי גברא רבה ע"כ הפי' בשטר דאי פלגא באגר תרי תלתא בהפסד דילמא רב עיליש חזי דהמלוה הי' רוצה להלות לאיש אחר על פלגא באגר ופלגא בהפסד דאז ליכא משום לפני עור ורשאי הוא ללות על זה דכיון דאיסור אחר ליכא רק משום לפני עור ובאופן זה ליכא משום לפני עור:

ועל עיקר קושי' מש"ל הנ"ל נראה דהא עיקר קושי' תוס' לאביי דלא בעי רשע דחמס ולאביי לאו דרבית לא חשיב נל"ע דסובר אי עביד מהני וא"כ א"י בדיינין:

ועל הקושי' הנ"ל דאי ב"י לא נל"ע א"כ מה קאמר ב"ש לכתוב חמץ ולא בעי שאור הא אין עונשין מהדין ואי חשוב נל"ע למאי נ"מ פליגי הא בלא"ה ח"ש אסור. ונראה דהא בצל"ח אית' דאפי' לב"ש דסובר דחמץ בכותבת היינו דוקא לענין ב"י אבל עשה דתשביתו ודאי הוא בכזית והנה הטעם דל"ח נל"ע משום דקדמי עשה דתשביתו ע"כ מערב יו"ט דביו"ט אסור לשרוף ולא אמרינן דעשה ול"ת דב"י דוחה ל"ת ועשה דיו"ט אך ר"ע הוכיח דא"כ איך אמרה תורה אך ביום הראשון תשביתו דא"כ היכי שאין לו רק כזית דאז לאו דב"י ליכא וליכא רק עשה ואז לא דחי עשה ול"ת דיו"ט. ולפ"ז ניחא דכד לא ידעינן דחמץ

בכותבת רק זה וזה בכזית שפיר הקשה ב"ש לכתוב חמץ ולא בעי שאור ולא קשה דאין עונשין מהדין דאז הוי נל"ע דלא הוי קדמי עשה דעשה הוא ביו"ט דכיון דאפי' בכזית איכא ל"ת ועשה דחי עשה ול"ת דיו"ט וע"כ דחמץ בכותבות והיינו הלאו ולא העשה וא"כ העשה קדמי' ולא הוי נל"ע ולוקין ונ"מ למלקות:

והנה מה שאמרנו דאי בשריפה בודאי לא מקיים העשה באכילה. ניחא בזה קושי' הצל"ח לראב"י מנ"ל לר"י דחמץ אסור לאחר פסח דילמא אתא הקרא לאסור חמץ של כותי בפסח דלא נילוף שאור דאכילה משאור דב"י אבל לאחר פסח שרי דיותר יש לאסור של כותי בפסח מלאסור אחר הפסח של ישראל. אך לפי מה שכתבו דאי חמץ שרי לאחר פסח א"כ יש היתר לאיסורו וא"כ ל"מ למילף מנותר דמה לנותר שאין היתר לאיסורו משא"כ חמץ וא"כ הא התוס' הקשו הא מדאגבי' קני' וכתבו דלא קני' משום דאי עביד לא מהני. אך כתבו דהא אגבי' לאוכלו ולשיטת בעה"מ מקיים בזה העשה ומשהה לקיימו העשה לא עבר על ב"י ול"ש אי עביד לא מהני אך אי אמרינן דהוא בשריפה לא מקיים העשה באכילה ויש לומר דאי עביד לא מהני ול"ש דקני' ויש לומר דילפינן שאור דאכילה מלא יראה וא"כ לא קשה קושי' הנ"ל דהא אי שרי לאחר הפסח א"כ לא דמי לנותר ואינו בשריפה ומקיים העשה באכילה וא"כ אי אפשר לומר דאתא לאסור של נכרי דממילא ידעינן דהא מדאגבי' קני' ול"ש אי עביד לא מהני דהא מקיים העשה בזה שאכלו ומשהה ע"מ לבערו אינו עובר וע"כ דקרא אתא לאסור לאחר הפסח חמץ של ישראל ודו"ק:

והנה לפי מה שכתבנו דמש"ה איכא מלקות על לאו דב"י הגם דניתק לעשה משום דאיכא תרי לאוין. ועי' בש"א. וא"כ לפי מה דסוברים דבגורם לממון דהא דעובר ילפינן מלא ימצא ליכא אלא חד לאו לא ימצא וכן אם עובר מטעם הואיל דהואיל לא הוי רק גורם לממון ג"כ ליכא רק חד לאו וא"כ ליכא מלקות משום דנל"ע:

ובזה ניחא רש"י בפסחים ד' ס"ג דפי' ובמועד שלא לשמו חייב דלהכי קאי וה"ל שחיטה ראוי' וחייב משום לא תשחט בהדי לאו ב"י ולא ימצא ותמהו דאמאי ברישא בשוחט על החמץ בי"ד לא פי' רש"י דחייב ג"כ משום לאו דב"י. גם תמהו דהא לאו דב"י נל"ע וליכא מלקות. אך לפי מה שהקשו דאיך לקי על לאו דלא תשחט הא הוי התראת ספק דיש לומר דביטלו ואז החמץ אינו שלו וכתבו דמיירי בקנה חמץ בפסח דשוב לא מצי מבטל לבתר זמן איסורו וברישא בי"ד דחייב מיירי בחמץ שאינו שלו רק דקיבל אחריות דל"ש ביטול דבל"ה אינו שלו. ועי' בתשובות פ"י ובא"ח. וע"כ ברישא דמיירי בגורם דאז נל"ע וליכא מלקות דב"י וע"כ לא פי' דחייב גם משום ב"י משא"כ בסיפא דקנה חמץ

דאיכא שני לאוין ולקי הגם דנל"ע אך יש לומר דאליבא דר"ש דסובר דגורם כממון אז אפי' באחריות איכא שני לאוין דל"צ קרא דלא ימצא. ועי' ב"ט ס' ת"מ דכתב ג"כ דאליבא דר"ש ליכא חידוש:

ובזה ניחא מה שהקשה הפ"י אמאי מוקי בש"ס דמתני' דאוכל תרומת חמץ בפסח בשוגג חייב כריה"ג ודלא כהלכה הא שפיר מצי לאוקמי כדקי"ל כר"ש דחמץ לאחר פסח מותר רק מטעם קנס אסור וכאן מיירי בתרומה שלא בא ליד כהן דאליבא דר"י דלא זהו חמץ שמוזהרין עליו בב"י ולא עבר ושרי לאחר פסח וחשוב גורם לממון כמו באכל חמץ של הקדש במועד. וע"כ נראה דהא בתוס' הקשו דאמאי ברישא בשוגג חייב הא חייבי כריתות שוגגין פוטר ובס' הפלאה כתב דאיסור חמץ לא חל על איסור תרומה דאין אחע"א אפי' בכולל ואין לומר דחמץ איסור מוסיף לכהנים דהא מתני' מיירי בתרומה טמאה ואסורה גם לכהנים וע"כ הא דמזיד פטור משום מיתה בידי שמים דתרומה וע"ש. אך הא א"מ דניתוסף לאו דב"י וע"כ דכיון דפשטא דמתני' משמע שלא בא ליד כהן א"כ ליכא ב"י דאין שום אדם עובר על ב"י אך תקשה דכיון שהגביהו ע"מ לגוזלה הוא באחריותו אז עובר על ב"י שוב חל איסור חמץ על אכילה ג"כ אך אז ליכא רק חד לאו כיון דאינו שלו רק גורם וליכא מלקות על ב"י לא חשוב א"נ משא"כ אי מתני' סובר דגורם כממון ואיכא שני לאוין אז איכא א"מ וחל איסור חמץ לענין אכילה תקשה אמאי בשוגג חייב דכרת דשוגג פוטר מלשלם:

והנה לפי הסוברים דהיכי דעובר משום אחריות ליכא עשה דתשביתו דליכא קרא דעל העשה יהי' עובר בגורם אך לר"ש דגורם כממון בכל מקום פשיטא דאיכא העשה בפשיטות ניחא דהא בתוס' הקשו הא מדאגבה' קני' וכתבו דעל הגבהה איכא מלקות דב"י ואינו לוקה ומשלם אך נל"ע וליכא מלקות אך בגזל הא דעובר על ב"י הוא משום אחריות ליכא עשה דתשביתו משא"כ אי אתא כר"ש ליכא מלקות ותקשה משעת הגבהה קני'. ועי' בחידושי הרי"מ דאפי' בלא בא ביד כהן שייך דקני':

ולפ"ז יש לומר לפי מה דאית' שם דמש"ה רשאי לקבל תשלומין בעד איסורי הנאה משום דלאחר שנשרף מותר ליהנות דכל הנשרפין אפרן מותר דנעשה מצותו וא"כ למ"ש בתוס' כתובות דמיחייב אהנאת מעיו לחוד וא"כ לפי מה דסובר בעה"מ דבאכילה מקיים העשה דתשביתו וא"כ ניחא דשפיר מיחייב אהנאת מעיו לחוד ובעד זה מותר לכהן לקבל שזה מותר כבר בהנאה דאז כבר נתקיים המצוה דתשביתו ומהגחלים מותר ליהנות וכיון שכבר אכלו ונעשה מצותו שוב מותר כמו באפר וא"כ הנאה זו שמקבל

נהנה רק מהנאת מעיו וזה מותר בהנאה וע"ש. אך תקשה הא בגזלן ליכא עשה ול"ש דנעשה מצותו וע"כ דאתא כר"ש:

ובזה מיושב הרמב"ם דפסק דלפי דמים משלם והשיג הראב"ד דאי לפי דמים צריכין לאוקמי מתני' שלא כהלכתא כריה"ג משא"כ אי לפי מידה משלם. ולמ"ש מיושב דגם אי לפי מידה משלם יהי' ע"כ כר"י דהא קיי"ל דלא כר"ש וקשה כהנ"ל וע"כ כר"י דשרי בהנאה ופסק שפיר לפי דמים משלם וגם אפי' לבע"ה לא מקיים העשה באכלו בפסח דחשוב מה"ב דאפי' בשוגג סוברים דחשוב מה"ב וע"כ דסוגי' קאי למאן דלא סובר מה"ב משא"כ לדידן ע"כ דאתא כר"י וע"כ סובר לפי דמים משלם. ובזה ניחא קושי' תוס' הא קני' משעת הגבהה ובתוס' כתבו דמיירי בתחב לו לתוך פיו. ובזה ניחא הרמב"ם בפי' המשנה דכתב דאוכל חמץ לוקה ואינו לוקה ומשלם ומדמי עצים פטור משום דאסור בהנאה וקשה כיון דמלקות פוטר מאי צורך הטעם דאסור בהנאה. אך הא בלא"ה הקשו דאמאי לא משני הסוגיא משום דאינו לוקה ומשלם וע"כ נראה דכיון דע"כ מיירי שתחב לו אחר בתוך בית הבליעה ולא מצי לאהדורי אלא ע"י הדחק וא"כ אמאי לוקה דהא הוא לא עביד מידי שום איסור כיון שתחב לו חבירו ועל מה דלא דחיק א"ע למהדר ע"י הדחק אינו לוקה דהוי לאו שאין בו מעשה וע"כ משני משום דכרת פוטר דשפיר חייב כרת על מה דלא דחק א"ע למהדר אבל מלקות בודאי אינו חייב. וזה אי מותר בהנאה דאז תקשה דקני משעת הגבהה וע"כ מיירי בתחב לתוך הבליעה והחיוב משום דלא אהדרה וליכא מלקות משום דלא עביד מעשה משא"כ לפי האמת דאסור בהנאה וא"כ ל"ש דקני מעידנא דאגבהה דבאיסור הנאה ליכא קנין כמו דאיתא בשמ"ק כתובות ואז לא מיירי בתחב לו לתוך בית הבליעה וע"כ כתב הרמב"ם משום דאין אדם לוקה ומשלם והוצרך לומר משום דאסור בהנאה דאי שרי א"כ ע"כ מיירי בתחב וכו' וליכא מלקות דאין בו מעשה:

אך נראה על קושי' תוס' הנ"ל דהנה בס' חידושי הרי"מ רצה לתרץ דהא קיי"ל דאחע"א וא"כ איך חל איסור חמץ על איסור תרומה וממילא אין כאן כרת כלל ואיך פוטר כרת דחמץ וע"כ משום דניתוסף לאו דב"י וא"כ כיון דשלך אי אתה רואה וא"כ כיון דאין איסור חמץ חל ע תרומה ואין כאן חיוב כרת רק דחל משום דניתוסף איסור ב"י וא"כ ל"ש מדאגבי' קני' דהא בלא הגבהה לא הוי עובר על ב"י ולא הוי א"מ דהוי של אחרים רק מחמת הגבהה ניתוסף ב"י וא"כ שוב הגבהה צורך אכילה דלא אפשר לחייב כרת דאכילה בלא הגבהה. אך זה אינו דניהו דאין הוא עובר בב"י שאינו שלו מ"מ ניתוסף איסור ב"י לגבי הכהן שהוא שלו והוי שפיר מוסיף אפי' בלא הגבהה. אך נראה לפי

מה שכתבתי דמש"ה ליכא איסור בח"ש לענין ב"י משום דליכא מלקות על ב"י משום דנל"ע ולא דמי לחלב דאסור ח"ש דבשלמא היכי דאיכא מלקות הגם דלא דמי אמרינן מה לי איסור לאו ומה לי איסור כרת משא"כ בלאו שאין בו מלקות ולפ"ז היכא דעובר משום גורם לממון דאז ליכא העשה ואיכא מלקות עובר בח"ש. ולפ"ז כיון דמשני כריה"ג וריה"ג ע"כ סובר כב"ש דחמץ בכותבת ועי' בצל"ח וא"כ יש לומר דמיירי בליכא רק כזית דכרת דחמץ איכא. אך דלענין ב"י חשוב ח"ש וליכא ב"י אי לא אגבהה דהא לכהן דהוא שלו ונל"ע ליכא מלקות וא"כ ליכא כרת דליכא א"מ ולא חל איסור חמץ על תרומה אך ע"י דאגבהה וחייב באחריות וליכא עשה וכיון דאיכ' מלקות אסור אפי' בח"ש וחשוב א"מ וע"כ איכא כרת דחמץ וא"כ הגבהה צורך אכילה וא"כ משני דאתא כר"י דכיון דשרי בהנאה ע"כ כב"ש ויש לומר דמיירי בכזית דכרת איכא ולענין ב"י חשוב ח"ש משא"כ אי אתא כר"ש תקשה דאי בכזית גם לגבי כהן איכ' ב"י ובפחות מכזית גם כרת דאכילה ליכא ותקשה דקני משעת הגבהה:

ובזה דהא דח"ש שרי לענין לאו דב"י הוא משום דליכא מלקות על לאו דב"י ניחא הא דסובר ב"ש דחמץ בכותבות דאל"כ לכתוב חמץ ולא בעי שאור וקשה הא קיי"ל דאין עונשין מהדין וע"כ דאיכא איסור בלא"ה והיכי דבלא"ה יש בו עשה ולא אהני הקו"ח רק לענין מלקות עונשין מהדין. אך הקשו להסוברים דב"י נל"ע לא משכחת מלקות וכיון דח"ש אסור לענין מה פליגי ב"ש וב"ה דמלקות ליכא ואיסורא איכא בח"ש. וע"כ נראה דהנה אי לוקין על ב"י א"כ ממילא ח"ש אסור א"כ ל"ש אין עונשין מהדין כיון דאיסורא איכ' בלא"ה ואי חשוב נלע"ש א"כ ממילא ח"ש שרי ואיכא נ"מ הא דפליגי כיון דח"ש שרי אז:

ובזה ניחא הא דפסק רבי כר"א דעובר בחלה משום ט"ה ממון עי' פסחי' ד' מ"ז. והקשו הא רבי סובר דט"ה אינו ממון. וע"כ נראה דהא הקשו דאפי' אי ט"ה אינו ממון מ"מ גורם לממון הוי וכמו דפי' רש"י דיוכל לקבל פרוטה מישראל ולענין ב"י סגי בגורם לחוד. ועי' בס' יש"י. ונראה דהנה הרא"ש פ' כל שעה הביא דעת ר"י בירושלמי דאפי' ביטלו אסור לאחר פסח משום הערמה וכתב ע"ז הג"א דבא"ז מבואר דמותר להפקיר חמצו קודם ו' שעות ע"מ לזכות בו לאחר פסח וכוונת א"ז דא"כ ל"ש הערמה דמה לו להערים ולשקר בהפקירו הרי יכול להפקירו ע"מ לזכות בו לאחר פסח. אך נראה דהנה בס' מק"ח הקשה דאי ביטול לא מהני ע"י שליח איך יכול לבטל בו תנאי דקיי"ל דתנאי בטל באי אפשר שהמעשה יהי' ע"י שליח. אך יש לומר דדעת א"ז דביטול הגם שהוא מדין הפקר עכ"ז מהני ע"י שליח משום דבלא"ה אינו ברשותו. אך לפי מה שהקשה

אליבא דר"י דסובר דאין ביעור חמץ אלא שריפה א"כ יכול להנות מאפר וא"כ תקשה איך מהני ביטול בלב הגם דהפקר בלב לא מהני וכתב בר"ן משום דבלא"ה אינו ברשותו וקשה הא הוא ברשותו לענין האפר ותירצו דע"כ לר"י הטעם דמועיל ביטול בלב משום דאנן סהדי דגמר בלבו להפקיע האיסור. ולפ"ז לענין ביטול ע"י שליח מהראוי דלא יועיל כמו הפקר דל"ש לומר משום דאינו ברשותו דהא היא ברשותו להנות מאפר וע"כ דא"ז פסק דחמץ מהנקברין ואפרן אסור. ולפ"ז יש לומר דירושלמי לשיטתו דסובר דבשריפה דיליף תשביתו דבר שהוא בב"י וב"י ואיזה זה בשריפה וא"כ הוא ברשותו ולא מועיל ע"י שליח ולא מהני תנאי הנ"ל וע"כ שייך הערמה:

אך קשה הא דאית' ב"ק ד' צ"ח בא אחר ושרפו לאחר פסח מחלוקת ר"ש ורבנן דלר"ש דסובר דגורם כממון חייב וקשה הא מצד נגזל בודאי שרי לאחר פסח דהנגזל לא עבר על ב"י דהא אינו ברשותו רק מצד הגזלן והא בודאי ביטלו והגם דאפי' ביטל אסור לאחר פסח משום הערמה מ"מ הגזלן דאינו שלו רק משום אחריות וליכא עשה דתשביתו ואז לכ"ע לא בעינן שריפה נגד לאו דב"י לחוד וא"כ אינו ברשותו ומהני ביטול ע"י שליח ומועיל תנאי וליכא משום הערמה ושרי לכ"ע ולא הוי גורם רק ממון גמור אך לר"ש לשיטתו דגורם כממון איכ' גם עשה דתשביתו וממילא דהי' בשריפה והוא ברשותו ואסור אפי' ביטל וע"כ לא הוי רק גורם לחוד. וע"כ ניחא הא דהשמיטו הרי"ף והרמב"ם שהשמיטו הך דינא דרבה גם הקשו בש"ך על הא דאמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי מגבי' בי' דמי שטרא ולא נקט חמץ דמגבי בי' דמי חמץ:

והנה לפי מה דסובר הראב"ן דהיכא דעובר על ב"י רק משום אחריות אז לאחר פסח אינו אסור רק באכילה ולא בהנאה. ולכאורה קשה מכאן דגזלן אינו עובר רק משום אחריות ושרי בהנאה ואמאי חשוב רק גורם וע"כ אליבא דר"ש דגורם כממון בכל מקום מודה הראב"ן דאפי' בהנאה אסור וע"כ אינו רק גורם. ולפ"ז ניחא הא דלא נקט אמימר משלם דמי חמץ דליתא לדידן אפי' אי גרמי פטור חייב דכיון דחשוב ממון גמור דשרי בהנאה. גם נראה לפי הר"ן הנ"ל דמש"ה מהני ביטול בלב משום דאינו ברשותו. ולפ"ז לנגד העשה דתשביתו דהוא בי"ד ואז לר"ש הוא אכתי ברשותו דשרי בהנאה וא"כ לא מועיל לנגד עשה ביטול בלב רק הפקר בפירוש וא"כ משכחת דינא דרבה דאיכ' עדים דלא זזו מעידנא דגזל עד לבתר זמן איסורו ולא שמענו דביטל והגם דיכול להיות דביטל בלב מ"מ כיון דלא מועיל לנגד העשה אפי' אי אמרינן דעבר על עשה לחוד לא קנס ר"ש מ"מ שוב נאמן לומר דלא ביטל גם בלב ול"ש דאינו נאמן למשים א"ע רשע. ועי' ביה"ת דכיון דאפי' ביטל בלב עבר על העשה ואיתרע חזקתו וא"כ שוב אסור לכל העולם וליכא

רק גורם לחוד דהי' יכול לומר הרי שלך לפניך. אך זה לר"ש לשיטתו דגם מצד אחריות איכ' עשה וא"כ הגזלן עבר על עשה הגם דביטל בלב משא"כ לדידן וע"כ לא אמר אמימר דמשלם דמי חמץ דהא שרי לכ"ע כיון דביטל בלב דמהני לכ"ע לנגד הלאו וזה אינו נאמן דלא ביטל גם בלב. גם יש לומר לדידן דקיי"ל לפני זמנו כר"י ואסור בהנאה ממילא מועיל ביטול בלב גם לנגד עשה דהא אינו ברשותו אך לר"ש לשיטתו ניחא משכחת דינא דרבה. אך לפי הנ"ל יש לומר לדידן דליכא עשה בגורם ואינו בשריפה וא"כ אינו ברשותו ומהני ע"י שליח וליכא משום הערמה ושרי לכ"ע וממון גמור הוא וע"כ לא הביאו דינא דרבה וכן אמימר לא נקט חמץ:

ובזה ניחא הרמב"ם דסובר בנכרי שהלוה לישראל על חמצו ואמר לו מעכשיו יהא שלך דשרי לאחר הפסח מ"מ בעינן שיגיע זמנו קודם פסח דאל"כ אמרי' הואיל ובידו לפדותו ועי' בר"ן דהקשה ג"כ דאמאי לא אמרינן הואיל וברא"ש תמה דהרי לאביי דס"ל למפרע גובה הגם דהגיע זמנו אחר פסח מהני וא"כ ה"ה לדידן באמר מעכשיו אפי' בהגיע זמנו אחר פסח מהני. וע"כ נראה דהא מסתמא ביטלו. ועי' בפ"י דהא כ"ע מבטלין וא"כ נהי דאיכא הואיל הא הואיל אינו רק גורם וליכא עשה דתשביתו ואינו בשריפה וליכא הערמה וע"כ שרי לאחר פסח ולא קשה קושי' הר"ן דכיון דליכא עשה ע"י הואיל ואינו בשריפה וא"כ אינו ברשותו ומהני ע"י שליח וממילא מהני תנאי וליכא משום הערמה אך אליבא דאמת דמיירי בהרהינו וא"כ אינו ברשותו לבטלו וע"כ שפיר הקשה בר"ן דאמאי לא אמרינן הואיל וע"כ הרמב"ם פסק דבעינן הגיעו זמנו קודם פסח דאל"כ אמרינן הואיל משא"כ לס"ד דמיירי בלא הרהינו אין לומר הואיל דמ"מ ליכא עשה וליכא הערמה וכיון דביטל מהני דהא הוא ברשותו. ובזה ניחא קושי' תוס' אביי איך יתרץ הך ברייתא דאמאי עובר בסיפא וע"ש אך כיון דמיירי בהרהינו דלא מועיל ביטול וע"כ עובר משום הואיל דאי בעי פדה:

גם יש לומר נהי דביטל יש לומר הואיל דאי בעי זכה בי' ע"י חצירו ויש לו זכות יותר מאחר אך אין זכי' באיסור הנאה אמנם בריב"ש מבואר דיש זכי' באיסור הנאה וכתבו לפי מה דאיתא ב"ק בשורי הרגת וכו' דאמר ליה אנא בעינא למעבד האי מצוה וא"כ יש לומר כיון דהתורה אמרה תשביתו דמצותו בשריפה א"כ ל"ש לומר דהוא ואחר שוין דיכול לומר אנא בעינא למעבד האי מצוה דבשלמא התם בגזל חמץ ובא אחר ושרפו במועד דפטור דגבי גזלן ליכא עשה דתשביתו וע"כ סובר הריב"ש דיש זכי' באיסור הנאה דיש לו זכי' דיוכל לומר אנא בעינא למעבד המצוה ואי בא אחר ושרפו חייב. ועי' בס' מהר"מ מינץ. וע"כ לאביי ניחא דמיירי בביטל ונהי דיש לומר הואיל מ"מ ליכ' עשה

וא"כ ל"ש דלא מועיל ביטול משום הואיל דהא אין זכי' באיסור הנאה ול"ש לומר דיש לו זכי' למעבד המצוה דהא ליכא העשה ע"י הואיל משא"כ אליבא דאמת דמיירי בהרהינו ואז לא מהני ביטול ויש לומר הואיל וע"כ בעינן הגיע זמנו קודם פסח וגם אביי מתרץ הברייתא בהרהינו ואז יש לומר וע"כ עובר בסיפא וניחא בזה הא דהשמיטו דינא דרבה דבאמת ביטלו ואין לומר הואיל דהא ליכא זכי' באיסור הנאה ואין לומר משום המצוה דהא ליכא מצוה העשה דתשביתו אך לר"ש לשיטתו איכא העשה משא"כ לדידן וע"כ השמיטו דינא דרבה. ונחזור לענין ראשון וג"כ ניחא הכל דלפי מה שאמרנו דמש"ה ליכא איסור בח"ש לענין ב"י משום דליכא מלקות וזה באחריות דליכא שני לאוין משא"כ בחמץ שלו איכא שני לאוין ולקי:

ובזה ניחא קושי' ש"א הנ"ל לפי מה שהקשה על כל חמץ מדוע עובר בב"י כיון דאינו עובר בב"י כ"א בשיעור כזית וא"כ לדידן דכל עומד לשרוף כש"ד וא"כ כתותי מכתת שיעורא כיון דחמץ עומד לשריפה וליכא שיעור כלל אך דע"כ גזה"כ הוא לעבור על ב"י. אך היכי דהחמץ הוא מתרומה טמאה דכיון דלשריפה עומד מכח תרומה טמאה א"כ תקשה דליכא שיעור ועי' בס' הנ"ל אך אי ט"ה ממון והוא שלו לגמרי ואז איכא שני לאוין ואז איכא מלקות וממילא לא בעי שיעור וא"כ ל"ש כתותי שיעורא משא"כ אי ט"ה אינו ממון ניהי דגורם לממון איכא שיכול לקבל פרוטה מ"מ כיון דליכא שני לאוין א"כ ליכא מלקות דנל"ע ושרי ח"ש א"כ כיון דהוא תרומה טמאה ובלא"ה הוא בשריפה אמרינן דמכתת שיעור וע"כ לרבי לשיטתו דסובר דגורם כממון ולעולם איכא שני לאוין א"כ אע"ג דרבי סובר דט"ה אינו ממון מ"מ עובר משום גורם ומ"מ לא הוי כתותי כיון דגם ח"ש אסור אפי' בגורם איכ' שני לאוין ולקי וממילא גם ח"ש עובר גם רבי דסובר דבשריפה א"כ משכחת מלקות בביטלו לעשה וממילא גם ח"ש אסור אפי' בגורם הגם אי ליכא שני לאוין וע"כ נהי דסובר דאינו ממון עובר משום גורם:

גם נראה דלפי מה שהקשה בש"א דאי ב"י נל"ע ושרי להשהות ע"מ לבערו א"כ אמאי קאמר ר"א לא תקרא שם וקשה הא משהה לבערו אינו עובר ותירצו לפי מה דפליגי בהואיל וא"כ נראה פשוט היכא דכבר אכל העיסה שהופרש החלה עלי' שוב אי אפשר למיתשל דא"כ אכל טבל למפרע ושוב אין החלה שלו ולא יכול לקיים עשה דתשביתו כיון דאין חמץ שלו ולא ינתק הלאו שעבר בעוד שהי' יכול ליתשל עליו דודאי כיון שאופה ביו"ט יאכל ביו"ט ושוב א"א למיתשל עלי' וע"כ אף אם ישרפנו לא יקיים מצוה דתשביתו בחמץ שלו. אך הקשה לפי ס"ד דפליגי בט"ה ממון קשה קושי' הנ"ל דהא יוכל להשביתו אח"כ דלעולם הוא שוב שלו משום ט"ה. אך נראה דקושי' ש"א לא אזלא

רק לאוקימתא דפליגי בהואיל וע"י הואיל ליכא רק גורם לממון וליכא שני לאוין ונל"ע משא"כ אי ט"ה ממון דאז הוא שלו לגמרי ואיכא שני לאוין ולא מועיל הא דנל"ע וא"כ אסור להשהות ע"מ לבערו והא תינח אי ט"ה ממון משא"כ אי אינו ממון נהי דגורם איכא ונל"ע ויכול לשהות ע"מ לבערו משא"כ רבי נהי דסובר דאינו ממון מ"מ כיון דסובר דגורם כממון ואיכא שני לאוין ול"ח נל"ע ואסור להשהות ע"מ לבערו וע"כ פסק כר"א:

והנה מדקאמר ר"ש קניס הואיל ועבר בב"י וב"י אלמא דווק' היכא דעבר על שני לאוין הוא דקניס והטעם דאז איכא מלקות הגם דנל"ע משא"כ חמץ שקיבל אחריות דליכא רק חד לאו וליכא מלקות משום דנל"ע מודה דלא קניס וכמו בעבר על עשה דתשביתו לחוד ה"ה בעבר על לאו דנל"ע דליכא מלקות. אך לפ"ז קשה בגזל חמץ דלא עבר רק משום אחריות וליכא מלקות דליכא שני לאוין ונל"ע ושרי לאחר פסח ואמאי חשוב רק גורם לממון הא שרי לכל עולם וחשוב ממון גמור אך לר"ש דגורם כממון אפי' בגורם איכא שני לאוין ואיכא מלקות ואיכא איסור משום קנס וע"כ לא הוי רק גורם לחוד משא"כ לדידן ליכא מלקות דליכא שני לאוין ושרי לכל וע"כ השמיטו דינא דרבה. וניחא הרמב"ם הנ"ל דלכאורה קשה נהי דיש לומר הואיל דאי בעי פדה הא הואיל אינו רק גורם וליכא שני לאוין וליכא מלקות וליכא משום קנס. אך הרמב"ם לשיטתו דסובר דמש"ה לוקה במימר משום דלאו כולל יותר מעשה וא"כ ה"ה בלאו דב"י דכולל יותר מעשה. ועי' בש"א וע"כ לעולם איכא מלקות אפי' בגורם ויש לומר הואיל וע"כ סובר דבעינן הגיעו זמנו קודם פסח משא"כ על אביי לשיטתו דמשני הגמ' לדידי' דמש"ה לקי במימר משום דאיכ' שני לאוין ולא משום דלאו כולל יותר וע"כ נהי דאיכ' הואיל מ"מ ליכא שני לאוין ולא לקי וליכא קנסא וע"כ שרי לאחר פסח ולא אמרינן הואיל וע"כ לאביי ניחא:

ובזה ניחא הא דפריך הגמ' בפסחים ד' מ"ז על רבה דסובר הואיל דעל חרישה לא לחייב הואיל וחזי לכיסוי דם צפור ומשני דמיירי במתונתא דלא ראוי לכיסוי והרמב"ם לא הביא תירץ גמ' הנ"ל וע"כ נראה דהנה בתוס' שם ד"ה כתישה ביו"ט מי שרי הקשו מאי פריך הא ודאי שרי כמו חרישה דשרי משום הואיל הכי נמי כתישה ועוד תימא היכי פריך הכא דליתי עשה דכיסוי וידחה לאו דיו"ט הא אין יו"ט נדחה מפני עשה דיו"ט עשה ול"ת ואין עשה דוחה ל"ת ועשה. ונראה דהא בשעה"מ הקשה דכיון דהאי תנא ליתי ליה איסור כולל א"כ היכי מיחייב אחרישה משום יו"ט הא אין אחע"א ומכיון שנכנס שביעית הרי הוא אסור לחרוש והיכי אתי איסור חרישה דיו"ט וחייל על איסור שביעית והגם דחורש בשביעית אינו לוקה איסור עשה איכא ולא חייל איסור דחרישה דיו"ט על שביעית. וע"ש. אך נראה דחשוב איסור מוסיף לגבי נשים דלגבי נשים חשוב העשה

מצות עשה שהזמן גרמא ונשים פטורות וכמו כן כתבו לענין עשה לאכלה ולא לסחורה דהוי מצות עשה שהז"ג. משא"כ על לאו דיו"ט גם נשים מוזהרות וע"כ חשוב א"מ. ולפ"ז שפיר פריך הואיל וחזי לכיסוי ואין לומר דיו"ט עשה ול"ת הוא דליתא דעשה דיו"ט לא חל על עשה דשביעית דאין אחע"א דלנגד עשה דיו"ט ליכא א"מ דהא נשים אין מוזהרות על עשה דיו"ט גם משום דז"ג כמו על עשה דשביעית והא תינח לענין חרישה דשייך אין אחע"א משא"כ לענין כתישה דליכא איסור בשביעית וא"כ איכא עשה ול"ת ושפיר פריך כתישה ביו"ט מי שרי דאין עשה דוחה ל"ת ועשה:

ולפ"ז יש לומר לפי מה שהקשו בתוס' קידושין דאמאי אין שורפין קדשים ביו"ט משום דיו"ט עשה ול"ת א"כ אשה שאינה חייבת בעשה דיו"ט דז"ג וכי תוכל להדליק וע"כ דעשה שיש עמו אף הלאו אלים ולא דחי ליה עשה ועי' בש"א דכתב דלאו שיש עמו עשה גם העשה אלים ואע"ג דז"ג נשים מצוות על העשה נמי אך כתבו עוד דאי אפשר לשרוף ע"י נשים דנשים אינם מצווה על עשה דשריפת קדשים דחשוב ז"ג דאין שורפין קדשים בלילה ול"ש דעשה דוחה ל"ת דיו"ט. אך לפי שיטת הרמב"ם דמש"ה לקי במימר משום דלאו כולל יותר מעשה וא"כ אמאי חשוב נותר לנל"ע הא לאו שוה בכל אפי' בנשים ועשה אינו ש"ב דאינה נוהג בנשים. ועי' בא"ח. וע"כ דנוהגת גם בנשים דל"ח ז"ג. ועי' בשע"ה דכתב דשלא בזמנו שורפין אפי' בלילה וע"כ לשיטתו דנשים מצוות גם על עשה דיו"ט וא"כ גם על חרישה דיו"ט איכא עשה ול"ת דיו"ט דגם עשה דיו"ט חל על עשה דשביעית דא"מ לגבי נשים וא"כ ל"ש הואיל דחזי לכיסוי דהא לא דחי עשה דכיסוי ל"ת ועשה דיו"ט וע"כ לא הבי' תירוץ הגמ' והסוגי' קאי להך תירוץ דמשני הגמ' בתמורה דמש"ה לקי במימר משום דאיכ' שני לאוין ואז יש לומר דנשים אינם מצוות על עשה דנותר ואז יש לומר דנשים אינה מצוות על עשה דיו"ט וע"כ פריך הואיל וחזי לכיסוי. ויש לומר דמש"ה לא משני בתמורה אליבא דאביי משום דלאו כולל יותר דכיון דסתם גמ' קאמר לאביי ניחא וע"כ לטעמא דשני לאוין וע"כ בגורם דליכא רק חדא לאו לקי. גם יש לומר דסוגי' דמקשה הואיל וחזי לכיסוי קאי להנך טעמא דילפינן מקרא דאין שורפין ביו"ט לא משום דעשה ול"ת משום דאז שרי לשרוף ע"י נשים דנשים אינם מוזהרות על עשה דיו"ט דז"ג הוא:

והנה לפי שיטתו דלאו דב"י חשוב נל"ע וע"כ משהה עמו לבערו אינו עובר. ועי' בחידושי הרי"מ דכתב דמש"ה רשאי לעבור על הלאו לקיים עשה דחשוב דבר שאינו מתכוון הגם דחשוב פ"ר. ולפ"ז למ"ד דש"מ אסור להשהות ע"מ לבערו. ובזה ניחא קושי' תוס' פסחים ד' ב' על רש"י דפי' בודקין שלא יעבור על ב"י והקשו כיון דצריך ביטול דהבודק

צריך שיבטל ומדאורייתא בביטול בעלמא סגי ליה ולכאורה יש לומר דבאמת אפי' ביטל מה בכך הא יש לומר הואיל דאי בעי זכה. אך לפי מה דסוברים דמש"ה אמרינן הואיל משום דאין ברירה בדאורייתא. ולפ"ז לפי מה דסוברים דמדאורייתי' יש ברירה רק הא דאמרינן אין ברירה זה מדרבנן. ולפ"ז שפיר אמרינן דמדאורייתי' סגי בביטול ולא אמרינן הואיל דהא מהתורה יש ברירה אך עכשיו דאמרו דאין ברירה ויש לומר הואיל אי לא יבדוק הגם שיבטל יעבור על ב"י משום הואיל וע"כ פי' בודקין שלא יעבור על ב"י. אך נראה דהא הגמ' וכי משכחת לבטלו ומשני דילמא משכח בתר זמן איסורא והקשו דהא יוכל לשרפו ומתרצים דילמא משכח ביו"ט ואסור לשרוף אך תקשה דמשהה לבערו אינו עובר אך לרב לשיטתו דאוסר דש"מ א"כ אסור להשהות ע"מ לבערו וע"כ סובר הבודק צריך שיבטל משא"כ לדידן אפי' כי משכח ביו"ט יכול להשהות ע"מ לבערו ולא היה התקנה הבודק צריך שיבטל וע"כ פי' רש"י בודקין שלא יעבור על ב"י:

ובזה ניחא הא דהקשו על הא דאית' בחולין ד' ד' ממאי דילמא ר"ש היא דא"כ תקשה מה מרויחין דחליפין אסור למחליף מדרבנן וגם השתא ליכא רק איסור דרבנן. אך לפי מה שהוכיח רש"י דחליפין אסור לעצמו דא"כ מצינו דמים לחמץ בפסח ותנן אוכל תרומת חמץ פטור מתשלומין. אך לכאורה אינו ראי' דאיך אפשר לחייבו בתשלומין משום דאי בעי מזבין לנכרי דאינו נאמן להשים א"ע רשע דהיה מוכר לנכרי דאיסור הוא וע"כ כיון דחזינן שעבר על ב"י איתרע חזקתו ונאמן אך אי משהה ע"מ לבערו אכתי לא איתרע חזקתו. אך לס"ד דאתי' כר"י ור"י אוסר דש"מ ואסור להשהות ע"מ לבערו ושמעינן שפיר דחליפין אסור למחליף אך אליבא דר"י יש לומר דמרויחין מאיסור דאוריית' לאיסור דרבנן ולפי מה דמסיק כר"ש לדידי' יש לומר דחליפין שרי גם לדידי' ומ"מ אינו נאמן לומר דזבין ליה לנכרי דאינו נאמן למשים א"ע רשע ואין לומר דחזינן דעבר על ב"י דיש לומר דהשהה ע"מ לבערו דהא ח"ש שרי דש"מ:

גם נראה הא דהשמיטו דינא דרבה הנ"ל דהנה שיטת הרמב"ם דעל חמץ ידוע לא מועיל ביטול והקשו מהא דמקשה הגמ' וכי משכחת ליבטל וקשה הא אז הוי חמץ ידוע ונראה דהא עיקר הטעם משום הואיל דאי בעי זכה אך הא איתא בב"מ ד' ק"ב כל היכא דאיהו לא מצי זכי חצירו נמי לא מצי זכי וכתב בש"מ בשם ריטב"א דאפי' מדעתו אינו קונה כיון שבעצמו אסור לזכות ודוקא בגניבה גלי רחמנא דחצר קונה אף דאסור לזכות וסברת ריטב"א כתבו דגנב לא קני גוף הגנבה רק לגריעותא שיתחייב באונסין וכפל ואיך נילף מזה דחצר קונה איסורין גוף הדבר שיהי' שלו ואמנם אי גנב קונה גוף הגנבה יש ללמוד מגנב וזה פלוגתא בסנהדרין ע"ב דסובר רב אפי' איתא בעינא פטור בבא במחתרת

דקלב"ד דמיקרי תשלומין אמנם אם נאמר דלא אמר רב באית' בעינא דלא חשוב תשלומין כיון שהגובה בעין דאין לו קנין בה ושיטת בעה"י דאפי' לדידן מדאורייתא אפי' גניבה בעין אינו חייב להחזיר דיש לו בה קנין רק מדרבנן לא קני'. ולפ"ז דאליבא דאמת דגנב וגזלן אין להם קנין רק לחיוב אחריות וא"כ אמרינן דכל היכא דאיהו לא מצי זכי חצירו נמי לא זכי ול"ש הואיל דאי בעי זכה ע"י חצירו ומועיל ביטול גם על חמץ ידוע וע"כ פריך וכי משכחת ליבטליה משא"כ הרמב"ם קאי ודייק בלישנא ומהו השבתה האמורה בתורה ומהתורה דגנב קני' לגמרי חצירו הגם דהוא לא מצי זכי וא"כ אמרינן הואיל דאי בעי זכי ע"י חצירו וע"כ לא מהני ביטול:

ולפ"ז יש לומר דרבה סובר כרב בכל מקום וגנב קני לגמרי ע"י חצירו ויש לומר הואיל ע"כ גם שהגזלן בודאי מ"מ לא מועיל וע"כ אינו רק גורם משא"כ לדידן חשוב ממון גמור ע"י ביטול וע"כ השמיטו דינא דרבה. גם נראה לתרץ דברי רש"י הנ"ל דאמאי שוחט בי"ד לא כתב רש"י דחייב גם משום לאו דבל יראה וע"כ נראה דבר חדש דגם רש"י מודה די"ל דביטול הוא משום הפקר והא דכתב רש"י דביטול ילפינן מדכתיב תשביתו נ"מ בערב פסח דאז לא מועיל ביטול משום הפקר משום די"ל הואיל ואי בעי זכה ואין לומר דאין זכייה באיסורי הנאה דכיון דבע"פ שרי בהנאה עד הלילה אליבא דר"ש אבל תוך הפסח מודה רש"י דמהני ביטול משום הפקר דאז אין לומר הואיל ואי בעי זכה דבאיסורי הנאה ליכא זכייה ונ"מ דכיון דביטול הוא משום הפקר גם לאו דלא תשחט על חמץ ליכא דכיון דהחמץ אינו שלו ע"כ בתוך הפסח פי' רש"י שפיר דעובר גם על לאו דבל יראה ואין לומר דהיכא דביטלו ליכא לאו דבל יראה הא אז גם לאו דלא תשחט על חמץ ליכא משא"כ בי"ד לא כתב רש"י דחייב גם משום לאו דבל יראה דהא משכחת דביטלו דלאו דבל יראה ליכא מ"מ לאו דלא תשחט איכא כיון דכל הביטול רק משום גזירת הכתוב זה מועיל לענין הלאו דבל יראה ולא לענין לאו דלא תשחט ודו"ק:

אות מ

בו יבואר מקדש במלוה

ועי' בקידושין דסובר רב דמקדש במלוה דאינה מקודשת וכו' עד דמקשה דאי בקידושין לא מהני מלוה אמאי במכר קני' וע"ש ושיטת הרמב"ם בקידושין אינה מקודשת ובמכר פסק דקני במלוה ותמהו עליו דהא הגמ' מדמי להדדי ובס' פ"י כתב דהרמב"ם הוכיח דבמכר קנה מהא דמייתי רבא ראי' לר"ל דמשיכה קונה מהתורה משום דחזינן דלא אהדרי' קרא ת"י מ"ט לאו משום דמחוסר משיכה ואי אמרינן דבמכר ג"כ לא קני במלוה

א"כ אינו ראי' דיש לומר דלעולם כסף הקנין והא דלא אהדרי' משום דבמלוה לא קני' אלא ודאי דבמכר קנה אך הסוגי' קאי אי מלוה ברשות בעלים לחזרה אז אינו ראי' מהתם דיש לומר דאיירי במלוה שלא הוציא כלום וע"כ מדמי מכר לקידושין משא"כ לדידן דקיי"ל דאינו עומד ברשות בעלים לחזרה ע"כ שמעינן מהתם דבמכר קני במלוה. וקשה דהא אפי' אי אינו עומד ברשות בעלים לחזרה הוא רק מדרבנן וא"כ אינו ראי' מהתם דיש לומר שלא הוצי' ממנה ומהתורה לכ"ע הוא ברשות בעלי' לחזרה ואכתי אין ראי' מהתם דמלוה קונה במכר. וע"כ נראה דהנה בחמ"ש סי' ל"ט הובא הפלוגת' הרשב"א עם הרמב"ן דהרשב"א סובר דגם דנכתב השטר מדעת המלוה מ"מ יכול המלוה לחזור להלוות לו והביא ראי' מהא דפליגי בסוגי' אי מלוה ברשות בעלים לחזרה א"נ חזינן הגם דמעות ת"י מ"מ יכול לחזור ואפי' מ"ד דאינו ברשות בעלי' לחזרה זה משום דהמעות ת"י הא לא"ה יכול לחזור ולא מחויב להלוות בזה דנשתעבדו הנכסי' ובס' ג"ת תמה דאין ראי' מהתם דליכא שטר וליכא שיעבוד משא"כ הכא דאיכ' שטר ובש"ך כתב דהא קיי"ל דש"ד א"כ גם במלוה ע"פ איכא שיעבוד ושפיר מייתי הרשב"א ראי' דיכול לחזור הגם דאיכא שיעבוד ועכ"פ אמרינן דאי ש"ד לאו לחזרה קיימ' וחשוב מלוה:

ולפ"ז ניחא דהסוגי' דהכא דקאי לרב והוא סובר דשל"ד וע"כ שפיר פריך דאי אמרינן דמלוה להוצאה ניתנה אמאי במכר קנה דאין ראי' מהתם דיש לומר דאיירי היכא דהמלוה הוא בעין דמדאורייתא ודאי הוא ברשות בעלים לחזרה ואין לומר דלא קיימו לחזרה משום השיעבוד דהא לרב של"ד משא"כ לדידן דש"ד אז יש להוכיח מהתם דרק בקידושין אינה מקודשת אבל במכר קנה דאין לומר דאיירי היכי דהמלוה הוא בעין דמ"מ אינו ברשות בעלים לחזרה משום השיעבוד וע"כ דבמכר וע"כ הא דלא אהדרי' לרש"י משום דמחוסר משיכה דאל"כ נהי דחשוב מלוה מ"מ מהני:

ועי' במש"ל הלכות ריבית דכתב דאפי' לדידן דמלוה לאו ברשות בעלים לחזרה מ"מ היכי דהלוה לו על ריבית ואמר המלוה מאחר דאסור ליטול ריבית וע"כ יחזיר לו המעות שלוה לו אז טענתו טענה והוא ברשותו לחזרה וע"ש. ובזה ניחא מה שהקשה הקצה"ח סי' ל"ח אמאי בשטר שכתוב בו רבית דאליבא דחכמים גובה את הקרן לר"ל דסובר דחייבי מלקות שוגגין ג"כ פטור מלשלם הא הלוה עבר על הלאו רק דלא הותרו ותקשה על ר"ל דסובר דאפי' בלא הותרו פטור מלשלם והגם דלא קיי"ל כרב והיכי דהוא בעין לא פוטר מיתה או מלקות מלהחזיר הא מלוה להוצאה נתנה וע"ש אך כיון דאי אמרינן דברשות בעלים לחזרה גם בקידושין מקודשת דחשוב בעין וכיון דאינו גובה הריבית א"כ עומד ברשות המלוה לחזרה ובבעין אין פוטר מלשלם הן מיתה והן מלקות וע"כ

גובה הקרן. ובזה ניחא הא דאית' בסוגי' דאסמכתא דסובר ר"ה דבשעת מתן מעות קנה הכל ור"נ סובר דאפי' לאחר מתן מעות קנה הכל והקשו דהא הוי מלוה וגם לר"ה עכ"פ קני כנגד מעותיו ובמאי יקנה דהא במלוה אינו קונה ולפי הנ"ל ניחא דהא בלא מעכשיו חשוב רבית גמור ולא צד אחד ברבית דאפי' אי לא יפדה רבית הוא אי יאכל הפירות וכיון דמתני' איירי דעשה שזהו מכר באופן שיאכל הפירות בתוך הזמן וכיון דאינו רשאי לאכול א"כ עומד ברשות המלוה לחזרה וממילא דל"ח מלוה:

והנה בש"ג איתא באם הלוה לנכרי חמץ קודם פסח ושילם לו לאחר הפסח דשרי הואיל ואינו מחזיר לו אותו החמץ בעצמו ותמה בס' פ"ח דאפי' אי מחזיר לו החמץ שלוה שרי דהא קיי"ל דלאו ברשות בעלים לחזרה א"כ בפסח הי' ברשות הנכרי וחשוב חמץ של עכו"ם שעבר עליו הפסח ועי' בתומי' דכתב דהא הטעם דאינו עומד ברשות בעלים לחזרה משוה דתקנו משיכה שלא יכול לחזור אבל מדאוריית' הוא ברשות בעלים ובעכו"ם לא תקנו לגרע כוחו של ישראל וחשוב רק כפקדון ביד עכו"ם ומש"ה ההיתר רק משום דאינו מחזיר לו החמץ שצוה. וא"כ לפי שיטת הריטב"א דסובר דמדאוריית' אפי' בקע בו יכול המשאיל לחזור וה"ה במלוה אפי' כבר הוציא יכול לחזור א"כ בעכו"ם אמרינן דלא תקנו לגרע כח הישראל א"כ לעולם הוא ברשות בעלים לחזרה. ובזה ניחא הרמ"א בח"מ סי' רנ"ג דפסק מתנת שכ"מ מה שיש לו אצל העכו"ם דלא מהני משום דלא סמכ' דעתו על חוב עכו"ם והקשה דת"ל דלא מהני דהא הגמ' פריך בב"ת בשכ"מ שאמר הלואתי לפלוני אמאי קני והא כל היכי דלית' בבריא לית' בשכ"מ ומשני דאית' בבריא במעמד ג' וכיון דבחוב עכו"ם לא מהני מעמד ג' א"כ בלא"ה לא מועיל מתשכ"מ. ולפי הנ"ל ניחא דהא עיקר הטעם דקנין אחר לא מהני במלוה משום דאינו ברשותו ובעכו"ם דהוא ברשות בעלים לחזרה שפיר הוא ברשותו ומהני קנין אחר קנין אגב וא"כ אית' בבריא וצריכין לומר משום דליכא ס"ד:

ובזה לא קשה קושי' תוס' ב"מ דהקשו דאפי' אי ישראל מנכרי לא קנה משכון אמאי אינו עובר הא הוא ש"ש על החמץ מדשמואל דחשוב כאילו פירש שאם יאבד החמץ יפסיד החוב אך לפי מה שהקשו דאפי' אי פירש בפירוש לא מהני בלא קנין והכא ל"ש בההי' הנאה דמהימן גמר ומשתעבד ועי' בתומי' סי' ע"ב וכתב משום דמחילה לא צריך קנין וזה תינח ישראל בישראל משא"כ בעכו"ם דעומד ברשות בעלים לחזרה לא חשוב מחילה וצריך קנין אפי' אי פירש וע"כ ל"ש דהוא ש"ש מדשמואל משום דחשוב כאילו פירש:

והנה הב"ש הוכיח דהרמב"ם סובר דאם המלוה היא בעין דמתקדשת ועי' סי' כ"ח ותמהו עליו דהא קיי"ל דלאו ברשות בעלי' לחזרה דהנה בס' א"מ ס' הנ"ל כתב על הא

דקיי"ל דמקדש במלוה ופרוטה דמקודשת משום דדעתה על הפרוטה והיינו דדעתה רק על הפרוטה לפי שהוא בעין ומ"ד דסובר דדעתה על המלוה אין סברא לומר דרק על המלוה אלא ודאי דהוא סובר דדעתה על תרווייהו וכן מבואר בתשובות הרשב"א דהיכי שמקדש בראוי ושאינו ראוי לא הוי קידושין וא"כ ע"כ מ"ד דדעתה על הפרוטה היינו רק על הפרוטה וע"ש דמסיק דמש"ה במקדש בראוי ושאינו ראוי דאינה מקודשת דחשוב קני את וחמור ולא קני הפרוטה אלא מחצה כמו במר ומתוק והו"ל מקדש חצי אשה דאינה מקודשת וא"כ יש לומר דהא הקשו דכיון דמקדש בהנאת מחילת מלוה דמתקדשת א"כ כי מקדש במלוה איכא גם הנאת מחילת מלוה וכתבו דדעתה לא הי' על זה ויותר דאפי' אי גם דעתה גם על זה דמי למקדש בראוי ושאינו ראוי ודמי לקני את וחמור ובמש"ל איתי' במכר לו קרקע ומטלטלין בכסף דל"ח את וחמור כיון דמדאוריית' קני המטלטלין בכסף וע"ש וא"כ היכי דהמלוה הוא בעין דמדאורייתא עומד ברשותו לחזרה וא"כ מהתורה חל הקידושין על גוף המלוה וע"כ ל"ח קני את וחמור וע"כ פסק דמקודש' (אי) במלוה דהא איכ' גם הנאת מחילת מלוה וקני את וחמור לא חשוב והסוגי' קאי לרב דסובר דמשיכה הי' מדאוריית' כר"י וא"כ מדאוריית' א נו ברשותו לחזרה וא"כ אפי' אי נאמר דדעתה הי' גם על מחילת מלוה חשוב קני את וחמור:

ועי' בס' שעה"מ דכתב דהטעם דבמכר קנה משום דדעת המוכר הי' על הנאת מחילת מלוה דהא במכירה לא בעינן אמירת הלוקח משא"כ בקידושין לא מהני זה דדעת' על מחילת מלוה דמ"מ כיון שאמר שמקדש במלוה א"כ האמירה מגרע כח הקידושין וגרע מנתן הוא ואמרה היא ובמכר ל"ש זה. ובזה לא קשה קושי' תוס' ב"ק דלפי מה דרצה הגמ' לומר דר"מ סובר דמקדש במלוה מקודשת ועי' ב"ק. ותקשה מהא דאית' בקידושין דר"מ סובר דמלוה הרי הוא כפקדון דאם נשתייר שוה פרוטה דמקודשת אבל בלא נשתייר אינה מתקדשת משום דחשוב מלוה אלמא דר"מ סובר דמקדש במלוה אינה מתקדשת אך יש לומר דטעמא של ר"מ משום דסובר דדעתה על הנאת מחילת מלוה והנה אפי' במכר כתב בשעה"מ דזה דוקא במלוה שכבר הוציא אבל אם הוא בעין אז דעתו רק על גוף המעות שהן בעין וא"כ התם דהיא לא ידעה דנגנב המלוה וסברה דהמעות הן בעין ואז לא הי' דעתה על הנאת מחילת מלוה דהא היכי דהי' בעין אין דעתה על מחילת מלוה וע"כ בלא נשתייר דהוי מלוה מודה ר"מ דאינה מתקדשת:

והנה בהתקדשי לי בפקדון שיש לי בידך דמקודשת לכ"ע בנשתייר שוה פרוטה כתב הרא"ש דע"כ אייריי דלא ידעה סכום הפקדון דביודעת הסכום אין דעתה להתקדש אלא בכל הפקדון והקשו עליו דהא במלוה יודעת הסכום ואעפ"כ מתקדשת לר"מ בנשתייר

שוה פרוטה ותירצו דכיון שהי' חייבת לשלם דעתה להתקדש בהנאה זו ואע"ג דמקדש במלוה אינה מקודשת מ"מ כיון דאיכ' פרוטה מתקדשת בפרוטה זו ועי' בב"ש:

ולי נראה דגם בפקדון איירי דידעה סכום הפקדון ואעפ"כ מתקדשת דהנה בסוגי' דמומין דאמר רבא דהיכא דליכא חזקת ממון לכ"ע אזלינן בתר חזה"ג וכתבו התוס' הגם דאיכא חזקת פנוי' כנגדו כמו הכא והקשו שם הא הוי תרתי לריעותא הרי מום לפניך וחז"פ ותירצו דחז"פ לא חשיבא חזקה לגבי חזה"ג. ועי' בפ"י דכיון דהקידושין היו כראוי ואי לא הי' מקפיד על מומין היו הקידושין כהוגן וע"כ גם דבעלמא חשוב חז"פ לחזקה הכא שאני דאין שום ספק על קידושין אילו לא הי' מקפיד וע"כ לא חשבינן תרתי לריעותא וא"כ לפי מה דאית' במקנה דהכא איירי דלא ידעינן אימת נגנבו מהפקדון ואין לומר דאוקמ' המעות על חזקתו ראשונה ובשעת הקידושין הי' בעין ביד האשה ואח"כ נגנב משום דחשוב תרתי לריעות' חז"פ והרי נגנבה לפניך ואמרינן דבשעת הקידושין הי' נגנב הפקדון ודמי למקוה שנמדד ונמצא חסר. ולפ"ז יש לומר דבשלמא בלא נשתייר שוה פרוטה דאז אפי' אי תתרצה שהקידושין יהיו חלין לא מהני דאינו תלוי בדעתה כיון דליכא שוה פרוטה וע"כ חשוב שפיר תרתי לריעותא ומצטרפין חז"פ ג"כ דהא נגנב לפניך ואמרינן דנגנבה קודם קידושין משא"כ בנשתייר שוה פרוטה דאי לא היתה מקפדת על כל הפקדון הי' סגי בהן פרוטה לחוד דאיכא שיעור הקידושין ע"כ ל"ח תרתי לריעות' דתו ליכא חז"פ ואוקמ' הפקדון בחזקתו הראשונה בשעת קידושין וע"כ מקודשת:

ועי' בס' א"מ סי' כ"ט דכתב על דברי הפלא' דכתב וז"ל אף דבקידשה בשט"ח דאחרים דטעמא דאינה מקודשת משום דלא סמכ' דעתה ולא חילקו בזה משמע דאפי' אם נתרצה ואמרה הן לא מהני מכל מקום היכי דאינו אלא משום כיסופא מהני באמרה הן והקשה בס' הנ"ל הא הראשונים הקשו דאמאי לא סמכ' דעתה הא מחויב לשלם משום גרמי אי ימחול וכתבו כי שמא הי' לה בושת לבא לב"ד ולתבוע מבעלה מה שמחל וא"כ התם בקידשה בשט"ח דאחרים דלא סמכה דעתה נמי אינו אלא משום דכסיפא למתבעי' והתם תני התקדשי לי בשט"ח או שהי' לה מלוה ביד אחרים ומוקי לה דמלוה ביד אחרים היינו מע"פ ובמעמד ג' וע"י מע"ש ודאי צריכה לומר הן ואם לא היה ריצוי בפירוש אלא שתיקה לא מהני מידי כיון דלא קיבלה בידה כלום אין השתיקה כלום וע"כ דאמרה הן ומדתני בשט"ח או מלוה ביד אחרים מוכח דגם בשט"ח ע"י כתיבה ומסירה נמי אפי' אמרה הן לא מהני הגם דהוא רק משום כסיפא דהא מחויב לשלם משום גרמי ואינו אלא דכסיפא למתבעי'. ואעפ"כ לא מהני הן וע"ש. ולשיטת הפלא' צריכין לומר דאע"ג דמלוה

ביד אחרים ע"י מעמד ג' איירי ע"כ דאמרה הן מ"מ קידשה בשט"ח דאחרים לא איירי דאמרה הן וע"כ אינה מקודשת משום דכסיפ' וכו'. ובזה לא קשה קושי' תוס' דאמאי לא קאמר דכ"ע סוברים דמעמד ג' קנה אפי' במלוה והא דאינה מקודשת משום דלא סמכה דעתה שמא ימחול וע"ש. אך נראה דהתם ע"כ איירי באמרה הן וא"כ תקשה כיון דצריך לשלם משום גרמי ואינו אלא משום כסיפא ומהני הן וע"כ דל"פ בסמכה דעתה. ובזה ניחא קושי' א"מ לפי מה שתירצו דמש"ה לא סמכה דעתה דאי ימחול מחויב לשלם משום גרמי דאינה משלם רק דמי' שנתן ולא ישלם רק פרוטה של קידושין ודעתה הי' על כל החוב והקשה דא"כ לס"ד דפליגי במלוה ביד אחרי' א"כ מה מהני לחכמים דשמין את הנייר דאם יש שוה פרוטה דמקודשת הא פרוטה בלא"ה אית לה מחמת גרמי וע"כ משום דדעתה היה על כל החוב וא"כ מהני דשמין הנייר. אך יש לומר דתוס' סוברי' נהי דדעתה גם על פרוטה לחוד מ"מ לא מהני משום כסיפא אך דכיון דקתני לה עם או שהי' לו מלוה ביד אחרים דאיירי במעמד ג' דע"כ איירי באמרה הן וא"כ לא מהני הא דכסיפ' וע"כ הוצרכו לומר דדעתה הי' על כל החוב משא"כ הכא איירי דלא אמרה הן ויש לומר משום כסיפא ולעולם דדעתה הי' רק על פרוטה וע"כ מהני הא דשמין הנייר דכיון דדעתה הי' גם על פרוטה:

גם נראה דהנה להך לישנא דפליגי בדשמואל בלא"ה לא קשה קושי' תוס' דמחויב לשלם משום גרמי ואפי' אי ר"מ אית ליה דשמואל מקודשת דיש לומר כיון דבידו למחול חשוב אגוד גבי' ולא מהני. ועי' ברמב"ן דכתב על הא דמנה אין כאן וכו' ועי' סי' כ"ט וע"כ דקושי' התוס' קאי להך לישנא דכ"ע סוברים דשמואל רק ר"מ סובר דסמכה דעתה וע"כ דלא אמרינן הך סברא דאגו' וכו' וע"ז הקשה דת"ל דסמכה דעתה משום גרמי וע"ז הוצרכו לומר משום דלא ישלם רק פרוטה ודעתה על כל החוב וא"כ יש לומר דהכא קאי ללישנא דפליגי בדשמואל וא"כ יש לומר דדעתה הי' רק על פרוטה ואפ"ה אינה מקודשת משום דאגוד וע"כ מהני הא דשמין הנייר דהא דעתה רק על פרוטה:

והנה מה שהקשו הראשונים בסוגי' דמצא שובר דמשני רבא ש"מ איתא לדשמואל דאם חזר ומחלו מחול דמה מיגו הוא דאי ימחול יתחייב לשלם מכח גרמי. ולכאורה יש לומר דבמרש"א הקשה דאמאי לא מקשה על מתני' דמצא שוברין דלא יחזיר שמא נמלך שלא ליתן ומשמע הא אמר תנו נותנין ואמאי ליחוש שמא כתב בניסן וכו'. ולכאורה נראה לפי טעם אחד דמש"ה יכול לימחול משום דמכירת שטרות דרבנן ולא יכול להפקיע כל המלוה דמדאורייתי' הוא שיו ולפ"ז כתובה דגם כח האשה מדרבנן דהא כתובה הוא מדרבנן ולא עדיף כח האשה מלוקח וע"כ ס"ד דלא מועיל מחילה וע"כ לא קשה קושי'

מהרש"א דעל מתני' ידע לתרץ משום דשמואל ויש לו מיגו דמחילה משא"כ בכתובה הי' סובר דלא מהני מחילה וע"ז משני רבא דאית' לדשמואל אפי' בכתובה:

וגם יש לומר דהא בס' קצה"ח ס' ס"ו איתי' דהיכי דמוחל שיעבוד נכסי שיעבוד קרקע אחד דחשוב גור דגורם דהא אפי' קילקל גוף הקרקע המשועבד לא חשוב רק גרמי וע"כ במוחל השיעבוד חשוב גורם דגורם. אך זה אי אמרינן דמש"ה יכול למחול משום דמכ"ש דרבנן אז יכול למחול שיעבוד קרקע לבד משא"כ אי אמרינן דמש"ה יכול למחול משום דיש לו עליו שני שיעבודי' וכיון דמחל שעבוד הגוף ממילא נפקע שיעבוד נכסי אז לא יכול לימחול שעבוד נכסי וממילא מחויב משום גרמי. ולפ"ז על מתני' ידע לתרץ משום דשמואל ואין לומר דהא ישלם מכח גרמי דיש לומר מש"ה יכול למחול משום דמכ"ש דרבנן ויכול למחול שעבוד נכסי וחשוב גורם דגורם משא"כ כתובה דהוא דרבנן ולא עדיף כח האשה מכח הלוקח ול"ש משום דמכ"ש דרבנן וע"כ משום שני שעבודי' ולא יכול למחול שעבוד נכסי ויחייב משום גרמי ושפיר קשה וניחוש וכו' וע"ז משני משום דשמואל משום דאינו מחויב רק דמים שנתן:

גם יש לומר דבלא"ה הקשו דלמה לי מטעם מיגו דמחילה דבלא"ה אין ביד הלוקח לגבות עד שתשבע וכיון שהאשה ציותה להחזיר השובר ליד הבעל כי כבר נפרעה א"כ לא תשבע וא"כ בלא"ה אין ביד הלוקח לגבות ואפי' בכתב נאמנות לא מהני כיון שהבעל אומר פרוע והיא אינה מכחשת מה מהני הנאמנות וכתבו דכיון דהשבועה רק מדבריהם א"כ הגם דלא יכול לישבע לא יפסיד ועי' בש"ך סי' ס"ו. אך תקשה דהא כיון דמכ"ש הוא מדרבנן הגם דשבועה זו רק מדרבנן מפסיד דל"ש דאוקמ' על דאורייתא דהא מדאוריית' לא זכי הלוקח. ועי' בש"ך סי' ש"ב דכתב כעין זה לענין חשיד אך להסוברים דקדשה במעמד ג' או ע"י כתיבה ומכירה חלין הקידושין דאורייתא דכיון דכבר תקנו קנין חשוב דאוריית' א"כ ה"ה לענין זה חשוב דאוריית' הגם דא"י לישבע לא מפסיד הלוקח כיון דהשבועה הוא רק מדרבנן אך אי יכול למחול משום דמכ"ש דרבנן א"כ ע"כ לא עשו כדאוריית' ועי' בס' א"מ מה שמתרץ בזה הרמב"ן קידושין דהוכיח דמ"ש הוא דאוריית' וא"כ יש לומר דהכי משני רבא ש"מ אית' לדשמואל וע"כ דלא עשו כדאורייתא וע"כ יחזיר דכיון דלא יכולה לישבע הגם דשבועה מדרבנן הא המכירה ג"כ מדרבנן וע"כ דלא עשו כדאוריית' מדיכול למחול ולעולם דמיגו ליכא:

ולכאורה נראה דהא בא"י לישבע שבועה דרבנן זה דוקא שבועה דאישתבעי לי דל"פ דע"כ לא עשו כדאוריית' דא"כ ליכא שבועה דהא שטר חשוב קרקע וע"כ משום דשבועה דרבנן נשבעין על הקרקעות וא"כ ע"כ לא עשו כדאורייתא דאז ליכא שבועה וע"כ בא"י

לישבע לא מפסיד משא"כ שטר פוגם דלא יכול לטרוף מלקוחות. ועי' בסמ"ע סי' נ"ה ויש לומר דעשו כדאורייתא ומפסיד בא"י לישבע והא דפריך הגמ' בשבועות מה בין זה לפוגם דשם קאי על ר"פ ור"פ לא סובר דשעבוד קרקע חשוב כקרקע ולפ"ז לא קשה קושי' תוס' שם דאמאי לא מקשה על מתני' וע"ש. אך שם נ"מ בא"י לישבע:

והנה הראשונים הקשו דילמא מכרה במעמד ג' והוכיחו מזה דאפי' במעמד ג' יכול לימחול והקשו דאכתי תקשה דמה משני אביי דאיירי בשטר כתובה ת"י דע"כ לא מכרה וקשה דילמא מכרה במעמד ג' ותירצו דבאמת הרבה סוברים דבמלוה בשטר לא תקנו מעמד ג' דהי' הילכת' בלא טעמא וכיון דיש בו קנין אחר כתיבה ומסירה לא תקנו מ"ג אך אי אמרינן כשמואל דכיון דיכול למחול ע"י כו"מ אז אפי' במלוה בשטר תיקנו מעמד ג' מפני תקה"ע דאז לא יכול לימחול וכיון דאביי קאמר דלית' לדשמואל א"כ לא מהני מ"ג בשטר. ולפ"ז קשה מה פריך הגמ' אי בשט"ח דאחרים קשי' ר"מ על ר"מ וקשה לוקמא דקדשה במ"ג ור"מ לשיטתו דל"ס דשמואל וא"כ לא מהני מ"ג בשטר משא"כ חכמי' דסוברים דשמואל וע"כ מהני אפי' בשטר מ"ג:

ועי' במרש"א שם דסובר דלמ"ד דמלוה ברשות בעלים לחזרה אפי' במלוה בשטר כן. והנה בס' המקנה איתי' לפי המרש"א הנ"ל אפי' לפי מה דמסיק הגמ' דלאונסין כ"ע דלא פליגי דברשות לוה קיימי דלא גרע משאלה מ"מ כיון דאינו אלא מדין שומר ולא מדין לוה א"כ בשטר הא המלוה ג"כ שומר על השטר דהשטר הוא של לוה והוא כמשכון כמ"ש הב"ש דמש"ה ס"ל לרבנן דשמין את הנייר משום דהשטר חשוב כמשכון ע"כ הוי שמירה בבעלים דפטור אפי' מפשיעה וע"ש:

והנה לפ"ז הגם דקיי"ל דלאו ברשות בעלי' לחזרה הא זה רק מדרבנן דתקנו משיכה ומדאורייתא ברשות מלוה קיימי ואפי' לאונסין דחשוב שמירה בבעלים בשטר וא"כ אי הלוה אומר שלא הוציא המעות ונאנסו מידו נאמן ואפי' בלא שבועה להנך הסוברים דשמירה בבעלים אפי' ש"ש ליכא. ועי' בקצה"ח. ובזה לא קשה קושי' תוס' בכתובות דאי קיום שטרות מדרבנן א"כ כל אדם יכול לזייף שטר ויחתום עדים ויגבה. ולפ"ז מ"נ ניחא דמה"ת דל"צ קיום אי זייף עליו שטר יכול הלוה לטעון נאנסו מידו קודם שהוציא המעות דמה"ת הוא ברשות מלוה ונאמן אפי' בלא שבועה ומדרבנן דלאו ברשות מלוה קיימא הא דרבנן תיקנו דצריך קיום. והנה לפ"ז אי טעין הלוה פרעתי נאמן במיגו דנאנסו מדאורייתא דברשות מלוה הוא כמו בשטר פקדון דנאמן החזרתי. וניחא בזה הסוברים דהיכי דהלוה אמר אשתבע לי דל"פ והמלוה הוא חשיד דמפסיד ותמהו הא מדאורייתא נוטל בלא שבועה והשבועה רק מדרבנן ומה בכך דא"י לישבע אך יש לומר

דהא מדאורייתא נאמן הלוה לגמרי ואפי' בשבועה לא יטול דנאמן במיגו דנאנסו רק דמדרבנן דאין לו מיגו דברשות לוה קיימו נוטל בשבועה וע"כ בא"י לישבע מפסיד. אך תקשה דאמאי מה"ת ל"צ קיום ואפי' אי טעין הלוה מזוייף הא יש לו מיגו דנאנסו קודם שהוציא המעות:

ובזה יש לומר הסוברים דהיכא דהלוה טעין מזויף קיום שטרות מדאורייתא ועי' בש"ך סי' מ"ו והקשה דהא בגט דתקנו בפ"נ משום דלא יוכל הבעל לערער לומר מזויף ואע"ג דאי יאמר מזויף הקיום מדאוריית' ואמאי הימנוהו לשליח אך יש לחלק דבשטר שאני דמש"ה קיום מדאורייתא באומר מזויף משום דיש מיגו דנאנסו וזה ל"ש בגט וע"כ אפי' אי הבעל אומר מזויף הקיום רק מדרבנן:

וניחא בזה התוס' ב"מ פ' א' על הא דמצא שטר כתובה דיחזיר לאשה אי הבעל מודה וכתבו משום דל"ח לקנוניא ותמהו מ"ש בשט"ח דלא יחזיר אפי' בחייב מודה דחיישינן לפרעון ולקנוניא. וע"כ נראה דהא במרי"ט איתא הגם דהא דטענינן ללקוחות חשוב ברי מ"מ היכי דמודה רק דחיישינן לקנוני' חשוב טענת שמא והא דפטורין דחשוב איני יודע אם נתחייבתי משום דהא דגובה מלקוחות מתחיל החיוב מעת שהגיע זמן הפרעון והלוה לא פרע וכיון דאנן מספקינן שמא פרע חשוב א"י א"נ וע"ש. ולכאורה קשה הא אביי סובר דבו"ש ברי עדיף ואפי' בשמא טוב וא"כ מה משני אביי דחיישינן לקנוניא הא לדידי' גם א"י א"נ חייב אך לפי מה שכתבו דטעמא של אביי משום ספק גזל מחויב דכיון דברי גרוע ושמא טוב ע"כ הא דחייב משום ספק גזל והכא ל"ש לחייב משום ס"ג דמדאורייתא איכא ס"ס שמא נאנסו קודם שהוציא המעות דאז ברשות מלוה קיימא ושמא פרע ומדרבנן דברשות לוה קיימ' וליכא ס"ס מ"מ הא מדרבנן סגי חדא ספיקא. ועי' בש"ך ביו"ד סי' פ"ג וסי' ק"י דבאופן זה חשוב ס"ס וע"כ הלקוחות אינן חייבין משום ספק גזל ושפיר משני אביי וזה תינח הכא בשט"ח דאיכא ס"ס מהתורה דשמא נאנסו וזה ל"ש בכתובה וע"כ ל"ח לקנוניא לאביי ולדידן באמת קיי"ל אפי' בעל מודה לא יחזיר. ובזה ניחא קושי' תוס' ד"ה משום דקשי' דמשום ל"ל לומר עבז"ל דאפי' אין זכין שפי' לא יחזיר משום קנוני' וע"ש:

אך לכאורה ספק שמא נאנסו המעות ל"ח ספק כיון דהוא נגד הרוב דאונס ל"ש ולהך טעמא משום דחשוב שאילה בבעלים ניחא דפטור אפי' על גניבה אך לפי הטעם דל"ש דלא גרע משאלה משום דאין כל הנאה שלו דמרויח פרוטה דר"י. ועי' בקצה"ח סי' ע"ב. א"כ לא פטור רק על אונסין וא"כ ל"ח ס"ס דספק אונס ל"ח ספק. ועי' בתוס' סוגי' דפ"פ. אך לפי מה שכתבו דעל מידי דרבנן חשוב ס"ס וא"כ כיון דיש לחוש שמא כתב בניסן

רק משום דעבז"ל וזה רק מדרבנן כמו דאיתא בתוס' לקמן וע"כ אמרינן ס"ס כזה. וע"כ הוצרך אביי לומר דמש"ה כותבין משום דעבז"ל ודוק:

מל בלילה

בו יבואר במל בלילה או בתוך ח' אי צריך הטפת דם ברית:

עי' בתוס' קידושין ד' כ"ט ד"ה אותו דהקשו דת"ל דזמן גרמא הוא שנימול בשמיני ונשים פטורות וי"ל כיון דמיום השמיני והלאה אין לו הפסק ל"ח ז"ג והקשו דאכתי ז"ג הוא דאין מלין אלא ביום ויש לומר דאת' כמ"ד דמילה שלא בזמנו נוהגת בין ביום ובין בלילה וע"ש. ומזה יש להוכיח דסוברים דאפי' בדיעבד לא יצא במל בלילה או בתוך ח' דאל"כ ל"ח זמן גרמא דכיון דבדיעבד יצא ולא דמי לכל ז"ג דלא נחשב קודם למצוה כלל אלא ודאי דסוברים דאפי דיעבד לא יצא. ועי' בש"ך ביו"ד דהוכיח מהא דאית' במנחות ד' ע"ב דאי נקצר שלא כמצותו כשר אמאי דחי שבת וא"כ אם נאמר דנימול תוך ח' כשר אמאי דחי מילה שבת נימהל מע"ש והראי' שהביא שם הר"ש מדקאמר בפ' ר"א דהיכי דקדם ומל של שבת בע"ש דלא נתנה שבת לדחות אלמא דא"צ להטיף דם ברית כיון דחזינן דלא נתנה לדחות לאו ראי' די"ל דנהי דלא יצא מ"מ לא נתנה לדחות אלא על מילה ממש ולא על הטפת ד"ב וע"ש:

והקשו עליו דהא אית' בסוגי' דגם משום הטפת ד"ב ניתן שבת לדחות. ולכאורה נראה דתלי' אי מקלקל בחבורה חייב או לא דאי חייב ומש"ה בעינן קרא דמילה דוחה שבת הגם דמקלקל הוא משום דמב"ח חייב אז יש לומר דלא ניתן לדחות משום הטפת ד"ב וממילא אסור משום חובל משא"כ לר"י דסובר דמקלקל פטור והא דבעינן קרא דל"ח מקלקל רק מתקן א"כ מ"נ אי חשוב תיקון גם משום הטד"ב א"כ נתן לדחות שבת כמו על גוף המילה ואם נאמר דל"ח תיקון כל כך רק גוף המילה א"כ פטור משום מקלקל וע"כ הא דלא ניתן לדחות משום דל"צ הטפת ד"ב במל תוך ח' וא"כ מדחזינן דמילה דוחה שבת ולא מלין מע"ש וע"כ משום דחביבה מצוה בשעת' ומשום זה נתן שבת לדחות. ובזה ניחא הרמב"ם דפסק דנקצר שלא כמצותו כשר ופסק דדוחה שבת. אך יש לומר דאליבא דר"א בר"ש דמסתמא בשיטת אביו קאי דמקלקל בחבורה חייב ואז יש לומר דאפי' בדיעבד לא יצא במל תוך ח' וצריך הטפת ד"ב והא דלא דחי שבת משום דעל הטפת ד"ב לא נתן לדחות אז יש לומר דאי נקצר שלא כמצותו כשר לא דחי שבת ולא אמרינן דחביבה מצוה וכו' ושפיר הוכיח הגמ' במנחות והא דמילה דוחה שבת משום דלא יצא אפי' דיעבד משא"כ לדידן דקיי"ל דמקלקל פטור וא"כ גם משום הטפת ד"ב נתן לדחות וע"כ הא דקאמר דלא נתן לדחות משום דבדיעבד יצא במל תוך ח' וע"כ הא

דמילה דוחה שבת משום דחביבה מצוה וכו' וע"כ גם קה"ע דוחה שבת הגם דנקצר שלא כמצותו כשר:

ובזה ניחא התוס' בקידושין דכתבו דאתי' כר"א בר"ש ולא הוי ז"ג וקשה לדידן קושי' תוס' אך לדידן יש לומר דבדיעבד במל בלילה או בתוך ח' יצא והא דלא נתן לדחות שמום דא"צ הטפת ד"ב ואעפ"כ מילה דוחה שבת משום דחביבה מצוה וא"כ בלא"ה ל"ח זמן גרמא אך עיקר קושי תוס' אזלא לר"א בר"ש לדידי' יש לומר דלעולם דלא יצא והא דלא נתן שבת לדחות משום דעל הטפת ד"ב לא נתן לדחות דהא סובר דמקלקל חייב ור"א בר"ש הא סובר דמילה שלא בזמנו מלין בלילה ולדידן דמקלקל פטור בחבורה ע"כ הא דקאמר דלא ניתן שבת לדחות משום דיצא בדיעבד דאין לומר דעל ד"ב לא נתן לדחות דלית' דא"כ דלא הוי תיקון כל כך פטור משום מקלקל וכיון דע"כ בדיעבד יצא א"כ ל"ח זמן גרמא:

ובזה ניחא הא דאית' ביבמות ד' ע"א דאיבעיא שם ערל קטן מה לסוכו בשמן של תרומה ערלות שלא בזמנו מעכבת וכו' עד אמר רבא ותסברא המול לו כל זכר אמר רחמנא והאי לאו בר מהילא הוא וכו' והקשו אי יצא במל תוך ח' אך המצות עשה וביום השמיני לא קיים א"כ מה פריך רבא הא הוי בר מילה דעשה דפסח דוחה העשה ביום השמיני. אך דהא בלא"ה הקשו מה פריך רבא הא משכחת ביוצא דופן דאז נימול מיד כיון דאינה טמאה לידה וע"כ דקאי לר"ש דסובר במס' נדה דיוצא דופן יושבת ימי טומאה וכבר אמרנו דאליבא דר"ש אפי' בדיעבד לא יצא ואפ"ה לא נתן לדחות משום ד"ר וע"כ מקשה רבא שפיר הא לאו בר מימהל הוא:

וגם לפי מה דכתבו על קושי' ש"ך הנ"ל דאי בדיעבד יצא אמאי מילה דוחה שבת וכתבו משום דמילה הותרה ולא דחוי' וא"כ לפי מה דאית' באחרונים דזה תלי' בפלוגתא אי טומאה הותרה או דחוי' וא"כ כיון דר"ש סובר טומאה דחוי' ה"ה מילה דחוי' וע"כ הא דלא מהלינן מע"ש וע"כ משום דלא יצא וקושי' רבא אזלא ע"כ רק לר"ש ולדידי' לא יצא ושפי' פריך רבא. ובזה ניחא התוס' דאליבא דר"י דטומאה הותרה וה"ה מילה ויש לומר דיצא במל תוך ח' או בלילה ואעפ"כ נתן לדחות ולא מהלינן מע"ש משום דהותרה א"כ בלא"ה לא קשה קושי' תוס' דהא לא הוי ז"ג וע"כ דקושי' תוס' קאי לר"ש ותירצו דסובר כר"א בר"ש ומסתמא בשיטת אביו קאי והוא סובר דשלא בזמנו מלין אפי' בלילה ובזה לא קשה קושי' תוס' בקידושין ד' ל"ה ד"ה משום לאביי דאמר לעיל אשה בעלה משמחה א"כ ליכא רק שני כתובים וא"כ לר"י דסובר דמלמדין וא"כ מנ"ל דכל מצות עשה שאין זמן גרמא דחייבות אך אליבא דר"י לשיטתו לא הוי מילה ז"ג כיון דיצא במל תוך ח'

ואפ"ה מילה דוחה שבת משום דהותרה ואפ"ה כתיב אותו ולא אותה דפטורה ואיכא שלשה כתובים מצות עשה שאין ז"ג ליפטור ולכ"ע אין מלמדין:

ולפ"ז הא דהוכיח הנ"י מדחזינן דמילה דוחה שבת והגם דלא הוי בעידנא דמל ולא פרע כאילו לא מל ותיכף חילל שבת וע"כ משום דהתחלת המצוה חשוב בעידנא זה אי מילה דחוי' אצל שבת משא"כ אי הותרה אין ראי' דחשוב בעידנא והא דשרי משום דהותרה. ובזה הי' ניחא הרמב"ם דפסק דאינו יוצא במצה של טבל ותמהו דהא לדידן דקיי"ל דלא כר"ש דאיסור חל על איסור בכולל אמאי לא יצא אך התוס' בסוכה הקשו דת"ל הא הוי מה"ב וכתב בש"א דכיון דעשה דוחה ל"ת ליכא עבירה וע"ש. אך תקשה הא לא הוי בעידנא דח"ש אסור מהתורה והמצוה מקיים רק באכל כזית וע"כ משום דחשוב בעידנא וזה הכל לר"ש דסובר דחוי' מילה אצל שבת וע"כ דחשוב בעידנא וליכא משום מה"ב דעשה דוחה ל"ת וע"כ לר"ש הא דאינו יוצא משום דאין אחע"א ולדידן דמילה הותרה ואין ראי' דזה חשוב בעידנא וא"כ יש לומר דהא דלא יצא במצה של טבל משום מה"ב ואין לומר דעשה דוחה דהא לא הוי בעידנא הגם דהתחלת המצוה ל"ח בעידנא:

גם לפי מה דאית' באחרונים אי מילה הותרה או דחוי' תלי' בפלוגתא אי מקלקל חייב או לא דהא קשה אמאי מילה דוחה שבת נימא מי איכא מידי דלהדיוט אסור ולגבוה שרי ול"ש תירוץ הגמ' שכן מצותו בכך דהא גם במל תוך ח' יצא אך התירוץ דהא להדיוט שרי דהוי מקלקל בחבורה ועיקר האיסור משום תיקון המצוה וע"כ בעינן לקרא דדוחה שבת אך ל"ש מי איכא מידי ולפ"ז למ"ד דמקלקל בחבורה חייב וע"כ צריכין לומר משום דמצותו בכך ע"כ שמעינן דאפי' בדיעבד לא יצא דאז אי אפשר באופן אחר. וא"כ לפי מה שכתבנו דקושי' רבא ע"כ רק לר"ש דסובר דיוצא דופן דיש לה ימי טומאה וע"כ לדידי' ע"כ אפי' בדיעבד לא יצא:

ולכאורה נראה דזה הדין במל תוך ח' אי צריך הטפת ד"ב תלי' בנולד מהול אי צריכין הטפת ד"ב דהנה יש לומר דהא דלא מהני במל תוך ח' משום דאי עביד לא מהני ועי' בסוגי' בריש תמורה דמשמע דאפי' בעשה אמרינן דלא מהני וע"כ סוברים דבעבר ומל תוך ח' דלא יצא. אך לפי מה דאית' בתוס' תמורה ד' ה' דהקשו דצורם אוזן בכור ליתסר ופשיטא לן דלא אסור רק מטעם קנס וי"ל דלא גרע מנעשה מום ממילא דשרי ועכ"פ אמרינן דהא דאי עביד לא מהני לא אמרינן רק היכי דבעינן מעשה דידו וכמו כן כתבו לענין שינוי דאי אמרינן דשינוי דממילא קני' ל"ש לומר בשינוי בידים דאי עביד לא מהני. ולפ"ז יש לומר דה"ה לענין מילה דאי אמרינן דנולד מהול דלא צריך להטיף ד"ב אז ל"ש לומר במל תוך ח' אי עביד לא מהני דלא גרע מנעשה ממילא דנולד מהול דל"צ

הטפת ד"ב אך אי אמרינן דנולד מהול צריכין הטד"ב אז במל תוך ח' יש לומר דאי עביד לא מהני. ועי' בשבת ד' קל"ה דאמר רשב"א לא נחלקו ב"ש וב"ה על נולד כשהוא מהול דצריך הטד"ב וע"ש. ולפ"ז כיון דע"כ קושי' תוס' דת"ל דז"ג לא הי' רק אי אפי' בדיעבד לא יצא במל תוך ח' דאל"כ ל"ח ז"ג והיינו לר"ש בן אלעזר דסובר דנולד מהול דצריך ד"ב וע"כ תירצו שכיר דאתא קרא בר"ש דסובר דמילה שלא בזמנו מלין בלילה ובודאי בשיטת אביו קאי וגם ר"ש סובר כן ולדידן בלא"ה ניחא דנולד מהול ל"צ ד"ב ול"ש אי עביד לא מהני ויצא במל תוך ח' וממילא ל"ח ז"ג:

ועי' ביבמות ד' ה' דבעי למילף דעשה דוחה ל"ת ממילה ודחי דשאני התם דנכרתו י"ג בריתות. ועי' בספר ח"ס דכיון דלא נתנה פריעה לאברהם א"כ ע"ז לא נכרתו י"ג בריתות ואכתי נילף מפריעה דעשה דוחה ל"ת ותירץ דאין ראי' מפריעה דיש לומר דכיון דכבר דחתה שבת אצל חיתוך וע"כ קיל האיסור שבת לגבי פריעה ג"כ. ועי' בפסחים ד' ס"ט דר"א מביא ראי' דמכשירי פסח דוחה שבת מקו"ח אמר לו ר"ע דאם דחו מכשירי פסח שלאחר שחיטה את השבת שהרי דחתה שחיטה את השבת ועכ"פ שמעינן דר"א לא סובר הך סברא דכבר דחתה וא"כ לדידי' מצינן למילף דעשה דוחה ל"ת מפריעה וידוע דר"א שמותי הוא יען כי הוא מתלמידי ב"ש ובודאי גם ב"ש סובר כן. ובזה ניחא קושי' תוס' במנחות על ב"ש דאוסר סדין בציצית אמאי הא איכ' סמוכין להתיר כלאים בציצת דבמשנה תורה לכ"ע דרשינן סמוכין. ונראה דהא בתוס' הקשו דילמא הסמוכין אתי לאיסור דאפי' במקום מצוה אסור כלאים ותירצו כיון דלא ידעינן (דעדות) רק מכלאים בציצית א"כ לאסור לא צריכין הסמוכין וממילא ידעינן דאסור וא"כ לב"ש לשיטתו יש לומר דסמוכין אתא לאסור דאי לאו הסמוכין ה"א דשרי דעשה דוחה וילפינן מפריעה ולדידי' לא אמרינן דכבר דחתה. ובזה יש לומר הא דסובר הרמב"ם דקנה חמץ בפסח דלוקה ולא סובר דחשוב נל"ע והקשו דא"כ מה קאמר ב"ש לכתוב רחמנא חמץ ולא בעי שאור וקשה הא אין עמ"ה. ונראה דהא הטעם של הרמב"ם משום דל"ת שקדמו עשה דתשביתו ע"כ מערב יו"ט דביו"ט אסור לשרוף והא דלא דחי עשה דתשביתו ל"ת דיו"ט משום דיו"ט עשה ול"ת הוא והנה לב"ש דמצינן למילף מפריעה התם איכא עשה ול"ת ויש למילף דעשה דוחה ל"ת ועשה משם ויש לומר דתשביתו ביו"ט וחשוב נל"ע ושפיר קאמר ב"ש לכתוב חמץ וכו':

גם נראה דהנה בפסחים ד' ס"ו בתוס' ד"ה אלא אמר ר"ל הקשו אליבא דר"ל הניחא לר"י אלא לר"ש דאמר לקמן וכו' פסח דדחי טומאה מנ"ל. ונראה דלקמן ד' ס"ח הקשו בתוס' דמ"ל דמכשירי פסח דחי שבת דהא גבי מילה בעינן תרי קראי. ולכאורה נראה דהא

הקשו דאמאי לא ילפינן דפסח דוחה שבת מפסח מדבר דהי' ע"פ חשבון בשבת. ונראה לפי מה דאית' ברא"ש דפסח מדבר ע"כ ע"פ הדיבור הי' דאל"כ בניהם שנולדו משיצאו ממצרים ערלים היו ומילת זכרי' מעכבת וא"כ לא מצינן למילף מהתם דע"כ ע"פ הדיבור היה וא"כ לפי מה דאיתא בתוס' יבמות דאליבא דר"א כמו שמילת עבדים לא מעכבת ה"ה מילת בנים וא"כ ל"צ לומר דהי' ע"פ דיבור ויש למילף מפסח מדבר דדחי שבת וא"כ לא בעינן קרא על פסח דדחי וקאי על מכשירי פסח:

וגם דאפי' אי אמרינן דגם לר"א מילת בנים מעכבת ג"כ לא קשה דהא הקשו דמ"ש מחלצתו חמה שאינו מעכבת כיון דאינו ראוי לימול וא"כ ה"ה בפסח מדבר דלא הי' אפשר לימול משום דלא נשב רוח צפונית ולא הי' צריך הרא"ש לומר דהי' ע"פ דיבור ועי' בס' ח"ש דכתב היכי דאי אפשר לימול תלי' בפלוגתא אי בעינן קרא כדכתיב דלמ"ד דבעינן כדכתיב מעכב מפסח אפי' באי אפשר למול ועי' בסנהדרין בנקטעה יד העדים דפליגי שם ור"א ור"ש סוברים דלא בעינן כדכתיב וא"כ לדידהו ל"צ לומר דהי' ע"פ דיבור דהא א"א למול ודמי לחלצתו חמה וא"כ אפי' אי לומר דמילת זכרי' מעכבת התם שאני דלא הי' אפשר למול וא"כ יש למילף מפסח מדבר דדחי שבת וע"כ מוקמינן הקרא על מכשירי פסח דדוחה שבת והא דכתב ברא"ש דהי' ע"פ דבור זה לדידן דבעינן קרא כדכתיב ולא מהני מה שאי אפשר למול משא"כ לר"א. ובזה לא קשה קושי' תוס' דאליבא דר"ש דלא בעינן כדכתיב ויש למילף מפסח מדבר דדחי שבת וא"כ מוקמינן הקרא על טומאה ושבת ידעינן מפסח מדבר:

והנה המפרשים הקשו הא דבעי למילף דעשה דוחה ל"ת מפסח ודחי דמה לפסח שכן בכרת וא"כ נילף מפסח שני דבפסחי' ד' צ"ג פליגי רבי ור"נ אי פסח שני יש בו כרת רבי ס"ל דחייב משום דדריש קרבן ד' לא הקריב במועדו והיינו בשני חטאו ישא והיינו כרת ור"נ ס"ל דפטור משום דקרא דלא הקריב במועדו היינו בראשון ואית' לקמן דפ"ש דוחה שבת ואיכ' אליבא דר"נ דליכא כרת בפ"ש ואפ"ה דחי שבת שפיר מצינן למילף מיני' דעשה דוחה ל"ת אך תירצו דהא התוס' ביומא ד' נ"ה הקשו מנ"ל דפ"ש דוחה שבת אי מהיקשא דפסח ראשון הא פסח ראשון גופו לא ידעינן דדחי רק מהיקש מתמיד וקיי"ל דדבר הלמד בג"ש אינו חוזר ומלמד בהיקש ותרצו דבפ"ש נמי כתיב במועדו דהיינו קרא קרבן ה' לא הקריב במועדו וילפינן בג"ש מתמיד דדוחה שבת ולפ"ז אי אפשר למילף מפ"ש דהא לפי התוס' לא ידעינן דדחי פ"ש שבת רק אי אמרינן דקרא לא הקריב במועדו קאי על פ"ש כרבי וממילא איכא כרת על פ"ש ויש לומר דמה לפ"ש שבכרת ואליבא דר"נ דליכא כרת משום דסובר דקאי על פ"ר א"כ לא ידעינן דפ"ש דוחה שבת דליכא

ג"ש מתמיד כיון דבמועדו קאי על פ"ר ולפ"ז אם יהי' לנו לימוד אחר על פ"ר דדחי שבת ולא ע"י ג"ש מתמיד אז שפיר מצינן למילף דפ"ש דחי שבת מהיקש דפ"ר דאז לא קשה קושי' תוס' דכיון דפ"ר לא ידעינן רק מג"ש ואינו חוזר ומלמד בהיקש וא"כ אפי' לר"נ דמועדו קאי על ראשון וע"כ ליכא כרת טל פ"ש מ"מ פ"ש דוחה שבת מהיקשא דפ"ר ולא מצרכינן לומר סברת התוס' דפ"ש ילפינן בג"ש מתמיד דמועדו קאי על פ"ש דהא יש לומר דקאי על הראשון כמו ר"נ ואפ"ה ידעינן דדחי שבת פ"ש מהיקשא דראשון כיון דפ"ר ידעינן בלא ג"ש ואמרנו דלר"א יש למילף דפסח דוחה מפסח מדבר דהא לדידי' לא היה ע"פ דיבור וא"כ לפ"ז פ"ש דוחה שבת אפי' לר"נ דליכא כרת על פ"ש וא"כ יש למילף דעשה דוחה ל"ת מפ"ש ויש לומר דסמוכין את' לאיסור וע"כ סובר ב"ש דסדין בציצית אסור דמסתמא ר"א בשיטת ב"ש קאי וע"כ סובר דבסדין בציצית אסור:

עי' בתוס' שבת ד' קל"ה דהקשו למאי צריכין קרא לנולד בין השמשות משום ולא ערלתו ספק דממילא ידעינן דאסור לחלל שבת מספק דמוטב לבטל מצות מילה בשמיני בשב ואל תעשה ואל יחלל שבת בידים ונראה לפי מה דאיתא ביבמות דכל היולדות יולדות מחצה זכרי' ומיעוט מפילות אמרינן סמוך מיעוט' לפלגא וחשוב רוב' וזכרי' הוי מיעוטא. ולפ"ז לפי מה דאית' שם דנפל חשוב מחתך בבשר בעלמא ולפ"ז בנולד בין השמשות איכא רוב להתיר שמא הי' מילה בזמנו דס' השקול הוא ומיעוט נפל דחשוב מחתך בבשר וסמוך מיעוטא לפלגא ואיכא רוב להתיר אך היכי דכתבה התורה בפי' ערלתו ולא ספק גם רוב לא מהני להתיר דגם רוב אינו רק ספק ועי' בשמ"ק על הא דדרשינן עשירי ודאי ולא ספק דכתב כן. ועי' בש"ש מה שכתב לענין ס' ממזר כן וע"כ בעינן קרא דערלתו ולא ספק:

מסיח לפ"ת

עי' ביו"ד סי' צ"ח דפסק המחבר באיסור שנתערב בהיתר דיטעמנו קפילא והקשה בש"ך הא מסיח לפ"ת לא מהני רק בעדות אשה וכתב דאפשר דעת המקילים דס"ל דט"כ לאו דאורייתא ובאיסור דרבנן מהני מסלפ"ת בכל מקום ועי' בפלתי שם דהקשה מהא דאיתא בחולין פ' ג"ה דאמר רבא הא דתנן קדירה שבישל בה בשר לא יבשל בה חלב ואם בישל בנ"ט וכן קדירה שבישל תרומה וכו' בשלמא תרומה טעים לה כהן אלא בשר בחלב מאן טעים השתא דאמר ר"י דסמכינן על קפילא וקשה מה ראי' לבב"ח דלכ"ע ט"כ דאורייתא ואין ראי' מר"י דאיירי בשאר איסורים:

ולכאורה נראה דהנה אית' בש"ך דהא דאמרי' דאין מסלפ"ת נאמן רק בעדות אשה ולא בשאר איסורי' זה דוקא באיתחזק איסורא דומי' דעדות אשה דאיתחזק אבל היכי דלא

איתחזק נאמן בכל מקום אפי' באיסור דאורייתא אך הקשה דא"כ מה פריך הגמ' ב"ק משבוי' דמהני מספל"ת והא התם לא איתחזק וע"כ נאמן אך יש לומר דכיון דרוב נכרי' פרוצים בעריות גרע מאיתחזק ושפיר מדמי להדדי אך זה הוי רובא דתלי' במעשה ול"ח רוב. אך בזה פליגי רבא ורבינא בבכורו' דרבא סובר דחשוב רוב ורבינא פליג על זה וא"כ לפ"ז רבא שפיר קאמר השתא דאמר ר"י דסמכינן על קפילא וכו' לדידי' יש לומר דאפי' באיסור דאורייתא מהני מספל"ת וע"כ אפי' בב"ח סמכינן על מספל"ת והא דאמרינן דרק בעדות אשה זה דוקא באיתחזק והא דפריך משבוי' התם חשוב איתחזק משום הרוב דפרוצים וכו' הגם דחשוב רוב תלי' במעשה חשוב רוב משא"כ לדידן דל"ח רוב וא"כ מדחזינן דפריך משבוי' ע"כ דאפי' בלא איתחזק איסורא אינו נאמן וע"כ צריכין לומר דמש"ה סמכינן משום דט"כ לאו דאוריית' משא"כ לרבא אין חילוק ועיקר תלי' באיתחזק איסורא:

וגם יש לומר לפי מה דקיי"ל ביו"ד סי' ט"ו דאין סומכין על העכו"ם שאומר דעגל הוא ח' ימים משנולד ומקורו מתשובות הרשב"א אפי' הוא מספל"ת משום דמספל"ת לא מהני רק בעדות אשה והקשה הא הוא רק איסור דרבנן דמדאוריית' ל"ח דהוא נפל דאזלינן בתר הרוב וכתבו משום דהוי דבר שיל"מ וע"כ הגם דאינו רק איסור דרבנן חשוב כדאורייתא ולא מהני מספל"ת דהא חזינן דל"א ספק דרבנן להקל בדשיל"מ וא"כ לפי מה דאית' באחרונים דאי מהני במידי דסכנה ביטול ששים אז אי נתערב בפחות מששים דבר סכנה רשאי להוסיף לכתחלה עד שיהי' כדי לבטל הגם דאין מבטלין איסור לכתחלה מידי דסכנה שאני דהא אין כאן איסור רק סכנה ואי יש ס' שוב אין כאן סכנה וא"כ אי אמרינן בדבר שיל"מ אפי' באיסור דרבנן לא מהני מספל"ת תקשה בההיא דכילבס באלפס דאמר ר"י דסמכינן על קפילא ועי' בפ"ח דהוכיח מזה דמהני בסכנה ס' משום דאיירי בדג טהור ואיסור רק משום סכנה וקשה אפי' אי ט"כ ל"ד בכל מקום הא הוי דשיל"מ דיכול להוסיף עד שישער שיש בודאי ס' וחשוב כדאורייתא אלא ודאי דסובר ר"י דאפי' בדאורייתא סמכינן על מספל"ת והשתא קאמר רבא שפיר השתא דאמר ר"י דסמכינן מל קפילא ה"ה בקדירה שבישל בשר הגם דטכ"ד:

אך הקשה עוד דאי יש לחלק בין איתחזק אי לא א"כ מאי פריך הגמ' ב"ק ד' קי"ג מתרומה דמהני מספל"ת כשהוא גדול דאכל תרומה כשהי' קטן שאני התם דלא איתחזק. והנה לפי מה דאית' בס' ש"ש לתרץ הרמב"ם דסובר דע"א אינו נאמן לומר על אחד שהוא כהן להאכיל בתרומה רק בתרומה דרבנן ולא תרומה דאורייתא ותמהו הא ע"א נאמן באיסורין וכתב לפי מה דאית' בתוס' בכורות דהעמד הולד בחזקת שאינו קדוש בבכורה

שהי' חולין במעי אמו וא"כ לפי מה דאית' ביבמות ד' ס"ו גבי בת ישראל הנשאת לכהן ומת והניחה מעוברת דלא יאכלו עבדים בתרומה מפני חלקו של עובר משום דעובר במעי זרה זר הוא וא"כ חשוב איתחזק איסורא דבמעי אמו בודאי זר הי' ואוקמ' על חזקתו דהוא זר כמקדם וע"כ אינו נאמן רק בתרומה דרבנן דע"א אינו נאמן באיתחזק וע"ש. ולפ"ז שפי' מתרומה דחשוב ג"כ איתחזק איסורא דאיכ' חזקת איסור דבמעי אמו הי' זר ואפ"ה מהני מסלפ"ת ושפיר פריך הגמ'. ולפ"ז יש לומר דרבא לשיטתו דסובר בב"ת דאפי' ירושה הבאה מאלי' לית ליה לעובר זכי' וא"כ יש לומר דלעולם דבמעי אמו זר הוא והא דסוברים חכמים דאוכלי' עבדי' בתרומה הוא משום דלית ליה זכיה לעובר וא"כ יש לומר דאפי' בדאורייתא מהני מסלפ"ת והא דאמרינן דרק בעדות אשה זה רק באיתחזק והא דפריך מתרומה דחשוב איתחזק משום דבמעי אמו זר הוא וע"כ סובר דאפי' בב"ח דטכ"ד סמכינן על מסלפ"ת. משא"כ לדידן דקיי"ל דיש לו זכיה לעובר בירושה וע"כ הא דאוכלין בתרומה משום דלא סוברים דבמעי אמו זר הוא וליכא חזקת איסור בתרומה ואפ"ה פריך מתרומה וע"כ דעיקר החילוק בין איסור דאורייתא לדרבנן וע"כ הוכרח בש"ך לומר משום דט"כ לאו דאורייתא. ועי' תוס' יבמות שם ד"ה אוכלין ועי' ברא"ש שם:

ובזה ניחא הא דפריך הגמ' ב"ק ד' הנ"ל אשה וקטן בני עדות נינהו אמר ר"י אמר שמואל כגון שהיו הבעלים מרדפין אחריהם ואשה וקטן מסלפ"ת מכאן יצא נחיל זה ומסיק הגמ' משום נחיל קנין דרבנן הוא מהני מסלפ"ת ומשמע דבעינן גם שהבעלים מרדפין שיהי' רגלים לדבר והרמב"ם השמיט זה דבעינן הבעלי' מרדפין אך לפי מה דסוברים ועי' בפ"ח דאפי' באיסור דרבנן ואיתחזק לא מהני מסלפ"ת אך אי אמרינן דבמעי אמו זר הוא ואיכא חזקת איסור וחזינן דבתרומה דרבנן מהני מסלפ"ת אלמא בדרבנן מהני מסלפ"ת אפי' באיתחזק וא"כ יש לומר דשמואל לשיטתו דסובר דמזכה לעובר קנה וכש"כ דיש לו זכיה בירושה וע"כ טעמא דרבנן דאוכלין עבדי' משום דלא סוברים דבמעי אמו זר הוא וא"כ ליכא חזקת איסור וא"כ יש לומר דאפי' בדרבנן לא מהני מסלפ"ת באיתחזק וא"כ לא מהני בנחיל מסלפ"ת הגם דקנין מדרבנן הוא ושם חשוב להוציא מחזקה דמוציאין מהמוחזק וע"כ משני שמואל דהבעלים מרדפין אחריהם ואיכא רגלים לדבר וע"כ מהני משא"כ לדידן לא בעינן מרדפין וע"כ השמיטו זה. ולכאורה קשה דחזינן דבספינה המטורפת בים דנותנין חומרי חיים וחומרי מתים ולא תאכל בתרומה הגם דרוב לאבד החמירו לענין תרומה כמו דהחמירו לענין א"א דלא מהני רוב ובסוגי' אית' דמש"ה אוכלין בתרומה משום דל"ח למיעוט דזכרי' הוי מיעוטא וכן תקשה מה דאית'

בקידושין אוכלת בתרומה עד שיבא אבי' וימחה. ועי' ברא"ש משום דרוב פעמים אינו מוחה אלמא דמהני רובא ודוק:

מכ"מ דלא בטל

יבואר מב"מ דלא בטל אי אזלינן בתר בטל או מבטל:

עי' במנחות דף כ"ג אמר ר"ח נבלה בטילה בשחוטה שאי אפשר לשחוטה שתעשה נבילה ושחוטה אינה בטילה בנבילה שאפשר לנבילה שתעשה שחוטה דלכי מסרחה פרחה טומאת' דר"ח סובר דאזלינן בתר מבטל הואיל שאי אפשר להיות כמיעוט חשוב מין בשאינו מינו ולא אזלינן בתר בטל ור"ח סובר דבתר בטל אזלינן. ועי' בתוס' מנחות דהגם דנבילה חשוב מינו עם השחוטה משום דכי נפגם הנבילה מותרת וחשוב דאפשר לבטל להיות כמבטל וזה ל"ש במשקה של איסור דלכי פגמה תהי' מותרת דכיון שנפגמה אין שם משקה עלה וע"ש. ובזה נראה הא דנסתפקו האחרונים באם יש רוב יי"נ ומיעוט יין כשר אי מהני דיוליך הנאת האיסור לים המלח או נאמר כיון דנתבטל היתר ברוב איסור הרי זה כאילו הכל יי"נ ולא מהני למכור חוץ מדמי איסור או להוליך הנאה והביא ראי' מרש"י דהיתר נהפך לאיסור וחשוב כאילו הכל יי"נ דהא רש"י בגיטין פירש הא דקאמר שמואל מערב ופי' יי"נ ביין כשר ואסרו הכל בהנאה והדבר תמוה דהא שמואל סובר דיין ביין ימכור הכל לעכו"ם חוץ מדמי איסור וא"כ מה הפסידו וע"כ דשמואל מוקי לה במערב שיש רוב יי"נ. ובזה לא מהני הך תקנתא דחשוב כאילו הכל איסור אך הא שמואל סובר דמב"מ לא בטל והיינו משום דוקא אינו מינו נהפך האיסור להיות היתר אבל מב"מ אינו מהפך להיות כמו הרוב וא"כ ה"ה היכ' דרוב יי"נ ומיעוט יי"כ הגם שאיסור הוא הרוב אינו מהפך ההיתר להיות איסור ומהני תקנתא הנ"ל ואכתי תקשה על שמואל דלא הפסיד כלל וע"כ נראה דשמואל סובר דאזלינן בתר המבטל דאי המבטל אפשר להיות כבטל אז חשוב מב"מ והכא במשקה אי אפשר להיות כבטל דל"ש דנסרחה דאז אין שם משקה עלי' ול"ח מב"מ וא"כ ברוב יי"נ ומיעוט יין כשר בטל דל"ח מב"מ ונהפך להיות איסור ולא מהני הך תקנתא הנ"ל דבשלמא אי אזלינן בתר בטל אפשר להיות כמבטל דיכול להיות מיין כשר נסך. ובזה ניחא רש"י ב"ק ד' ד' בהא דתני ר"ח בין אבות נזקין מנסך ופי' רש"י דאין לפרש דמנסך מערב דאין בזה חשש איסור הנאה דימכור לעכו"ם חוץ מדמי איסור וסותר א"ע מהא דפי' בגיטין. ולפי הנ"ל ניחא דהא במנחות שם פליגי אליבא דר"ח דסובר מב"מ לא בטל אי אזלינן בתר בטל או בתר מבטל וא"כ למ"ד דר"ח סובר דאזלינן בתר בטיל וא"כ חשוב מב"מ א"כ אפי' בנתערב מעט יין כשר ברוב יי"נ מהני הך תקנתא דחשוב מב"מ ולא נהפך היתר להיות

כאיסור ומהני דימכור לעכו"ם וע"כ פ' דמנסך ממש ושמואל סובר דאזלינן בתר מבטל ול"ח מב"מ ונהפך להיות הכל איסור:

ועי' בפלתי סי' צ"ח דהקשה הא דאיתא בחולין דכיון שנתן טעם בחתיכה חתיכה נעשה נבילה ואוסרת כל החתיכות מפני שהן מינו ופריך הגמ' מאי אירי' כי נתן טעם אפי' כי לא נתן טעם נמי ופי' רש"י דחתיכה ראשונה יאסור אותן והקשו דילמא רב סובר דאזלינן בתר מבטל ולפ"ז נבילה בשחוטה בטילה נבילה דאי אפשר להיות השחוטה נבילה וחשוב מין באינו מינו לכך קאמר כיון שנתן טעם בחתיכה נעשה נבילה א"כ הך חתיכה בשאר חתיכות הוי שפיר מב"מ דיבלע מנבילה והרי הם נ"נ כמו חתיכה זו שנ"נ מכח בליעת איסור וחשוב שפיר מב"מ וע"כ לא בטל וע"ש. ונראה דתוס' חולין כתבו דנטבנ"ט שרי אפי' נתבשלו מדאמרינן דכל יום ויום נעשה גיעול לחבירו ושרי לבשל שלמים אידנא בקדרה שבישל בה שלמים אתמול ולא אמרינן דקא ממעט באכילתו וע"כ משום דטעם שני הוא ונתבטל קודם שבא לידי איסור וכו' ומסיק משום דמדאורייתא מב"מ בטל ברוב ובכלי מקדש אוקמ' על דאורייתא והקשו לרב דסובר דמב"מ לא בטל ואין לומר דסובר דגם חטאת חשיב היתרא בלע דכיון דעכ"פ שרי לזכרי כהונה מ"מ הא רב סובר דגם נטבנ"ט אסור וע"כ משום דרב סובר דאזלינן בתר בטל והא דנבילה אינה בטילה בשחוטה משום לכי מיסרח פקע שם נבילה וכיון דבקדשים כתב הרא"ש בע"ז דאסור הגם דהוא נותן טלפ"ג מגזה"כ אלמא דלא בעינן שיהי' ראוי לגר וממילא גם לכי מיסרח אסור ול"ח מב"מ וא"כ ע"כ דרב סובר דאזלינן בתר בטל ושפיר מקשה הגמ' מאי אירי' כי נתן טעם וכו':

והנה שיטת הראב"ד דהא דחמץ במשהו זה רק לאסור באכילה ולא להנאה. ועי' בר"ן סוף ע"ז דחולק על זה דחמץ הוא במשהו אפי' להנאה אך הקשו עליו דהא עיקר הטעם דחמץ במשהו משום דחמיר דהוא בכרת ולא בדילי מיני' וזה ל"ש בהנאה דליכא כרת. ונראה דהא שיטת הרמב"ם דמש"ה הוא במשהו משום דבר שיל"מ. אך הר"ן הקשה דכיון דחכמי' אסרו לאחר הפסח ל"ח דבר שיל"מ דנהי דע"י תערובות לא קניס ר"ש מ"מ בעיני' אסור גם לאחר פסח וע"כ הוכרחו לומר משום דהוא בכרת וא"כ לפי מה דסובר בע"ז דחמץ שעבר הפסח לא אסור משום קנס רק באכילה ולא בהנאה א"כ לענין הנאה בלא"ה לא בטל משום דחשוב דשיל"מ. וע"כ הגם דליכא כרת לא בטל משום דישל"מ הוא:

והנה על קושי' פלתי הנ"ל יש לומר דכיון דרב סובר דאפשר לסוחטו אסור חשוב איסור מחמת עצמו וא"כ אי נאסר ע"י בליעה דנבלע מנבלה חשוב איסור מעצמו וא"כ אפי'

אי אזלינן בתר מבטל חשוב מב"מ דאפשר להיות כבטל ע"י בליעה. ובזה הי' נראה הא דאית' ב"ק ד' י"א דשליא שיצאה מקצתה אסורה והוכיח הגמ' בחולין דראש חשוב לידה והקשו דילמא חיישינן דילמא באותו מקצת הי' רוב ולד וכן פי' רש"י ב"ק ועי' בס' ס"ט ובפ"מ והנה בפלתי כתב וז"ל דע"כ דיצאה מקצתו משמע אפי' דבר מועט שאין לספק ברוב ולד דאל"כ מה אשמעינן דאסורה הא אותו מיחוי דיצא ודאי אסורה ונתערב עם מחוי שבפנים ופשיטא דאסור וע"כ צ"ל דיצא דבר מועט כל כך עד שבטל ברוב בתערוב' וע"כ משום דראשו לחוד חשוב לידה וע"ש. אך אכתי יש לומר דלעולם דיצא מקצת דיש לספק ברוב ולד ואין לומר דא"כ בלא"ה אסורה מה שבפנים משום תערובת דאז אינו אסור מחמת עצמו ונפק"מ לרב דסובר מב"מ לא בטל וא"כ אי אזלינן בתר מבטל וא"כ אי נתערב מה שבפנים בדבר אחר חשוב מב"מ ולא בטל דהמבטל יכול להיות כמו הבטל דיבלע איסור כמו הך שבפנים דנאסרה רק מחמת תערובות משא"כ אי חשוב לידה ואסור מחמת עצמו א"כ אי נתערב ל"ח מב"מ דהמבטל אי אפשר להיות כבטל שיהי' איסור מחמת עצמו דאפי' אי נבלע איסור לא יהי' איסור מחמת עצמו אך לרב לשיטתו דסובר דאפשר לסוחטו אסור לעולם הוי איסור מחמת עצמו והוכיח שפיר דראש חשוב לידה דע"כ איירי דיצא דבר מועט. וניחא קושי' תוס' דאמאי לא מקשה על שמואל דסובר דראש לא חשוב לידה אך שמואל דסובר דאפשר לסוחטו שרי וא"כ יש לומר דראש ל"ח לידה אך חיישינן שמא יצא רובו:

ועי' בפלתי סי' צ"ב דכתב דטעם קלוש לא חשוב מב"מ ובטל אפי' לר"י. ובזה ניחא מה שהקשו להנך הסוברים דהיכי דמשהו אסור גם נטלפ"ג אסור א"כ למ"ד מב"מ במשהו אין ראי' מג"נ דנטלפ"ו אסור דילמא משום מב"מ אמרה התורה שהכלים צריכין הכשר שמא ישתמשו אותו מין שהשתמש הנכרי אך לפי מה דמסיק הגמ' בע"ז דמש"ה בקדשים סגי בהגעלה אפי' דבר שנשתמשו ע"י האור ובכלים הנקחי' מהעכו"ם והוא דבר שנשתמש ע"י האור בעי ליבון משום דהאי היתרא בלע והאי איסור' בלע ופי' הרשב"א דאפי' דבר דצריך ליבון והגעילו לא נשאר רק טעם קלוש ובהיתרא בלע דטעם קלוש שרי ע"כ סגי בהגעלה משא"כ באיסור' בלע דאז טעם קלוש אסור ע"כ בעינן ליבון וא"כ אי נטלפ"ג שרי רק דהכשר הוא משום מב"מ תקשה דאמאי אמרה תורה כל דבר אשר יבא באש תעבירו באש וטהר דבעי ליבון סגי בהגעלה ואז לא יהי' רק טעם קלוש ול"ח מב"מ ויהי' שרי מכח נטלפ"ג אלא ודאי דאסור נטלפ"ג בכל מקום אפי' היכי דלא הוי במשהו:

והנה מזה שמעינן דטעם קליש באיסור אסור מהתורה דהא חזינן דבעינין ליבון הגם דלאחר הגעלה לא יהי' רק טעם קלוש ועי' בפ"מ דנסתפק בזה וא"כ אי ילפינן ט"כ מג"נ

שמעינן דאפי' טעם קלוש אסור מדחזינן דבעינן ליבון משא"כ אי ילפינן ט"כ מבשר בחלב יש לומר דעל טעם קלוש לא הקפידה התורה ונהי דקיי"ל דבאיסור אפי' טעם קלוש אסור זה לדידן דילפינן מג"נ משא"כ לאביי דילפינן מבב"ח בעינן טעם גמור. ובזה נראה הא דאיתא בחולין ד' צ"ח דאמרו רבנן לאביי למימרא דיהבה טעמא והא אמרי אינשי כי מיא דביעי בעלמא ומשני בביצת אפרוח ובעה"ת פסק דאין חילוק ותמהו עליו דהא מסקנת הגמ' כן. ונראה דהא בפלתי איתא דהא דקאמר דמיא דביעי וכו' אין הכוונה שאין פולט כלל דהא החוש מכחיש זה רק דטעם קלוש הוא ולפ"ז על אביי לשיטתו דיליף ט"כ מבב"ח בעינן טעם גמור וע"כ מסיק הגמ' דבעינן ביצה שיש בו אפרוח דוקא משא"כ לדידן דילפינן ט"כ מג"נ ואז אוסר מהתורה אפי' טעם קלוש וע"כ סובר דלא בעינן אפרוח דטעם קלוש מיה' פולט:

והנה הא דסובר רב דקדירות בפסח ישברו ופי' רש"י דסובר מב"מ במשהו וסובר דנטלע"ג אסור וקשה דכיון דאוסר נטלפ"ג וע"כ דסובר דלא בעינן ראוי לגר וא"כ ל"ש לכי מיסרח וא"כ אי אפשר לבטל להיות כמבטל דהא אפי' אי יסריח ולא יהי' ראוי לגר אסור ולפי' התוס' שם דטעמא של רב הגם דנטלפ"ג הוא משום דעכ"פ לכתחלה אסור נטלפ"ג קשה דא"כ דאינו רק איסור דרבנן ובאיסור דרבנן בטל מב"מ. ועי' בחולין הא דמשני דשאני ציר דזיעה בעלמא פי' תוס' ולא אסור רק מדרבנן וע"כ בטל אפי' מב"מ וא"כ נהי דסובר רב דמב"מ במשהו הכא דנטלפ"ג הוא ולא אסור רק מדרבנן בטל אפי' מב"מ. ולפי מה דאיתא בס' ח"ס דהא דמשני דשאני ציר משום דקאי לאביי דלא סובר סילק את מינו כמי שאינו משא"כ לרבא דסובר סילק ל"צ לתירוץ הגמ' דזיע בעלמא ויש לומר דאפי' באיסור דרבנן לא בטל מב"מ:

ובזה ניחא קושי' תוס' על רש"י דפי' דרב אוסר נטלפ"ג דא"כ מה מספקא לרבא בע"ז אי רב אוסר נטלפ"ג ליפשוט מהכא אך יש לומר דרש"י הוכיח דאין לומר משום דלכתחלה אסור נטלפ"ג דא"כ ליכא רק איסור דרבנן ובטל אפי' מב"מ וזה הכל לאביי דל"ס סילק וכו'. וע"כ צריכין לתירוץ דזיע בעלמא משא"כ רבא לשיטתו דסובר סילק ויש לומר דאפי' באיסור דרבנן לא בטל וא"כ יש לומר דמשום לכתחלה אסור נטלפ"ג. ולהכי מספק' לרבא:

ובזה ניחא רש"י הנ"ל לפי מה דאיתא בפלתי סי' ק' דהיכי דחכמי' לא חילקו בין דאיסור דאורייתא או דרבנן אז הגם דרק מדרבנן לא בטל מהני אף להקל וע"כ בדבר שיל"מ דאפי' דמדרבנן לא בטל מ"מ כיון דאפי' באיסור דרבנן אמרו דלא בטל חשוב כדאורייתא ומועיל אפי' להקל משא"כ ראוי להתכבד דבדרבנן בטל וע"כ לא מועיל מה שאמרו לא

בטל להקל וע"ש. ולפ"ז יש לומר דשמואל דסובר מערב ולא קשה דמה הפסידו דיכול למכור לעכו"ם אך איירי ברוב יי"נ דנעשה הכל איסור ואין לומר דהא סובר דב"מ לא בטל. אך בריטב"א ע"ז איתא דהא דלא בטל לרב ושמואל מב"מ זה רק מדרבנן מדלא אמרו הלכה כר"י ולא מהני להקל דיש לומר דשמואל לא סובר סילק וע"ז ע"כ באיסור דרבנן בטל ואז כיון דחילקו בדבריהם וע"כ לא מהני להקל משא"כ בב"ק דקאי על ר"ח והוא סובר דאמרינן סילק ואז אפי' באיסור דרבנן לא בטל וא"כ הגם דאמרינן דהא דלא בטל מב"מ מדרבנן מהני אפי' להקל וא"כ הגם דנתערב ברוב יי"נ מהני למכור דל"ש נהפך לאיסור כיון דמב"מ הגם דרק מדבריהם וע"כ פי' מנסך ממש:

ובזה ניחא קושי' תוס' בחולין פ' ג"ה על הא דקאמר רב כיון שנתן טעה בתוכה וכו' דהקשו דאפי' כי לא נתן טעם נמי דהא מב"מ במשהו וע"ש כיון דלשיטת הריטב"א הא דסובר רב דלא בטל מב"מ זה רק מדרבנן וא"כ כי לא נתן טעם לא נאסרה רק מדרבנן וא"כ ל"ש לומר ואוסר כל החתיכות מפני שהן מינו והא כיון דלא נאסרה החתיכה רק מדרבנן לא אמרינן מב"מ לא בטל וע"כ מוכרח לומר שנתן טעם בחתיכה דאז אוסרת כל החתיכות מפני שהן מינו:

והנה ברשב"א אית' דאפי' אי ט"כ ל"ד מ"מ מב"מ למ"ד דהוא במשהו לכ"ע טכ"ד וע"ש בחולין וא"כ לפי מה שסוברים דהא דאמרינן דסתם כלי של עכו"ם אב"י דבאמת ל"ח ס"ס שמא אב"י ושמא נשתמש בו דבר שהוא פוגם בעין דחשוב חדא ספיקא רק דכיון דט"כ לאו דאורייתא ובמידי דרבנן סגי חדא ס' דס' דרבנן לקולא ובפרט לפי מה שכתבו דכיון דאזלינן בתר רוב תשמישו ורוב לא נשתמש בו דבר פוגם ע"כ ל"ח ס"ס אך במידי דרבנן סוברים דחשוב ס"ס וע"כ כיון דט"כ ל"ד מהני. ובזה ניחא הא דסובר רב דשוחט בסכין של נכרים דקולף והקשו בתוס' הא סתם כלי של עכו"ם אינו ב"י אך התם החשש משום מב"מ ורב סובר דהוא במשהו וממילא טכ"ד וע"כ לא אמרינן דסתם אינו ב"י וע"כ סובר דקולף. וע"כ ניחא הא דפסקו דלא כרב וסגי בהדחה משום לדידן דמב"מ בטל א"כ ע"כ לאו דאורייתא ואמרינן דסתם אינו כ"י ודו"ק:

דין מוקצה

עי' בחולין ד' י"ד מתני' דשוחט בשבת ובי"ה אע"פ שמתחייב בנפשו שחיטתו כשרה ובגמ' אמר ר"ה דריש חה"ר משמי' דרב דאסורה באכילה ליומא ור"י דהכנה הוא וכו' עד ה"נ כיון דלא איתכן מאתמול אסורה אמר ליה אביי מי דמי התם וכו' הכא מעיקרא מוכן לאדם והשתא מוכן לאדם מי סברת בהמה בחיי' לאכילה עומדת בהמה בחיי' לגדל עומדת ופריך אי הכי בהמה ביו"ט היכי שחטינן ומשני עומדת לאכילה ועומדת לגדל

נשחטה הוברה דלאכילה עומדת לא נשחטה הוברה דלגדל עומדת והא לית ליה לר"י ברירה וכו'. וע"ש בתוס' דהכא משמע דסובר אביי דלאכילה עומדת וגבי תרנגולת אמר אביי דעומדת לאכילה ולגדל ביצים. וע"ש עוד בסוגי' דמסיק ר"י דמבשל הוא תני תנא קמי' דרב המבשל בשבת בשוגג יאכל וכו' מ"ט משתיק וכו' עד דמסיק תנא שוחט תנא קמי' דרב עד כאן לא שרי ר"מ אלא מבשל דראוי לכוס ומתני' כגון שהי' לו חולה מבעוד יום והבריא אמר ר"פ פעמים שהשוחט שרי בהי' לו חולה מבע"י. והנה הרבה סוברים דאפי' בלא הי' לו חולה מבע"י שרי והגם דבשוחט לא חזי לכוס וחשוב מוקצה מ"מ הא בשבת קיי"ל כר"ש דלית ליה מוקצה ותמהו דאמאי לא פסקו כר"פ הגם דקיי"ל כר"ש אך דהא ר"ש מודה היכי דדחי בידים וה"ה הכא חשוב דחינהו בידים מדלא שחט מערב שבת. ועי' בס' יש"י דכתב דאי אמרינן דבהמה עומדת לאכילה ומ"מ לא שחטה מערב שבת חשוב דאינהו בידי' ואפי' ר"ש מודה וממילא אסור אפי' בשבת דקיי"ל כר"ש אבל אי נימא דעומדת לגדל ול"ח דחי בידים דהרי מה שלא שחטה מאתמול משום שעומדת לגדל ומה שהיתה עומדת לגדל וכעת רצונו לשוחטו חשוב מוקצה סתם ולא דחי בידים דאז בשבת אמרינן כר"ש דלית ליה מוקצה סתם וע"ש. ולפ"ז נראה לפי מה דהקשה על הא דפריך והא לית ליה לר"י ברירה דילמא בדאורייתא סובר דאין ברירה משא"כ מוקצה דרבנן סובר ולעולם דעומדת לאכילה ולגדל ואין לומר כיון דהא בדרבנן יש ברירה משום דס' הוא אי יש ברירה או אין ברירה ובדבר שיל"מ ס' דרבנן להחמיר דזה אינו בס' דדינא דאפי' דשיל"מ אזלינן לקולא בדרבנן ועי' בשעה"מ:

אך באמת איתא בפלתי דאליבא דר"י דסובר מוקצה אפי' בשבת לדידי' ע"כ מוקצה דאורייתא רק לדידן דקיי"ל כר"ש רק ביו"ט דקיל מחמרינן במוקצה אז ע"כ מוקצה דרבנן ולפ"ז על ר"י לדידי' מוקצה דאורייתא מקשה שפיר והא לית ליה ברירה. ולפ"ז לדידן יש לומר דעומדת לאכילה ולגדל ומ"מ מותר לשחוט ביו"ט משום דנשחטה הוברה דלאכילה עומדת דבדרבנן יש ברירה. ולא קשה קושי' דהתם סובר אביי דעומדת לאכילה ולגדל דהכא לא מסיק כן רק לר"י לדידי' מוקצה דאורייתא ואין ברירה והנה הא דס' מוכן אסור לדידן יש לומר דהוא משום דבר שיל"מ אך ר"פ הוכיחו דל"ס דין של דבר שיל"מ דמשני בריש ביצה דמש"ה לא בטילה משום דהוא דבר שבמנין ולדידי' ע"כ הא דס' מוכן אסור משום מוקצה חמיר כדאורייתא ועי' בחוי"ש או דסובר כר"י וא"כ בדאורייתא אין ברירה וע"כ דעומדת רק לאכילה וא"כ מדלא שחיט בע"ש דחי בידי' ואפי' ר"ש מודה וע"כ סובר דבעינן שהי' לו חולה מבעוד יום משא"כ לדידן דס"מ אסור

משום דבר שיל"מ ולעולם דמוקצה דרבנן ואמרינן ברירה ויש לומר דעומדת לאכילה ולגדל וע"כ לא פסקו כר"פ דבעינן הי' לו חולה מבע"י:

ובזה ניחא הרמב"ם בפי' המשנה דכתב דמתני' דשוחט בשבת איירי בשוגג דאי במזיד הוי עבריין לחלל שבת משעה שהתחיל לשחוט ובשעה שגמר חשוב שחיטת מומר ותמהו עליו מהא דפריך ונוקמא במזיד וכר"מ. ונראה דהא בתוס' שם הקשו על הא דמשני דהי' לו חולה מבע"י והבריא הא הו"ל מוקצה לחצי שבת ותירצו דרגילות לחזור לחליו וכתבו דבאופן זה בודאי ל"ח מומר דהא בשעה ששחט היה ספק שמא יחזור כיון דדרך הוא כן ונמצא השחיטה הוא בהיתר וא"כ דסוגי' קאי לפי מה דמסיק דעומדת רק לאכילה וא"כ בעינן שהי' לו חולה מבע"י וע"כ לא נעשה מומר ופריך שפיר ונוקמא במזיד וכר"מ משא"כ אליבא דאמת דלא איירי בהי' לו חולה מבע"י ע"כ איירי בשוגג גם נראה על הקושי' הנ"ל דילמא מש"ה מותר לשחוט דבדרבנן יש ברירה דהא הראשונים סוברים דהא דשוחטין ביו"ט ולא חיישינן מה שגדל ביו"ט משום דמה שגדל נתבטל ברוב היתר והנה הא דבטל ברוב הוא כשחלק היתר הרוב הוא היתר ברור אבל אי הוא ספק אי הוא מותר פשיטא דל"ש ביטול אע"ג דס' דרבנן הוא וכן אית' באחרונים באם אנו מסופקין באיסור דרבנן אי הוא אסור ונתערב בו איסור דבודאי ל"ש ביטול דחשוב איתחזק איסורא דאפי' בדרבנן להחמיר דהאיסור שנתערב הוא ודאי איסור ויש ספק אי נוכל לבטלו ומעתה כיון דמה שגדל בשבת או ביו"ט הוא ודאי איסור אלא דנתבטל ברוב צריך להיות הדבר שנבטל בתוכה בודאי מותר אבל ביש ספק בדבר המבטלו אי הוא אסור הגם דס' דרבנן הוא ל"ש למיזל לקולא דמ"מ ל"ש ביטול. ולפ"ז ל"ש להתיר לשחוט ביו"ט משום דבדרבנן יש ברירה והיינו דס' דרבנן לקולא דמ"מ אסור משום מה שגדל ול"ש ביטול כיון דלא ידעינן דהוא מותר וחשוב איתחזק איסורא:

והנה לפי מה שנראה משיטת רש"י דלרבה דסובר דהכנה דאורייתא אז מוקצה דאורייתא. ולפ"ז לפי מה דאיתא בתוס' סוכה ד' י' דהקשו על הא דאמרינן דסוכה בשמיני אסור משום מגו דאיתקצאי לבין השמשות והא הוי מחמת יום שעבר ותירצו דמוקצה למצוה חמיר טפי והיינו לפי שיש לה סמך בקרא דחג הסוכות שבעת ימים ל"ד. ולפ"ז לרבה דס"ל מוקצה דאורייתא לדידי' אמרינן בכל מקום מוקצה מחמת יום שעבר. וניחא בזה קושי' בביצה ד' ד' ד"ה אלא בהכנה דרבה דהקשו דהא כל ביצה דמתילדה האידנא מאתמול נגמרה וא"כ כשחל יו"ט לאחר השבת והביצה נולדה בשבת הא נגמרה ביום שהוא חול וא"כ מה הכנה איכא. וע"ש:

וע"כ נראה לפי מה שהקשו בתוס' לעיל ד"ה נימא וכו' דאפי' אי שתי קדושות הן אסור משום מגו דאתקצאי בין השמשות דשמא שבת הוא ותירצו דלא אמרינן מוקצה מחמת יום שעבר ורק במוקצה למצוה דהוא דאורייתא וע"ז קאמר דרבה סובר הכנה וממילא כל מוקצה דאורייתא ואסור משום מגו דאתקצאי לבין השמשות ולא דאיסור הוא משום הכנה דהא ליכא הכנה רק כיון דסובר הכנה א"כ מוקצה דאוריית' ואפי' מחמת יום שעבר אמרינן מוקצה:

ועי' ברשב"א בחולין דכתב וז"ל וסובר אביי דאין מוקצה אלא מה שמקצה האדם מדעתו והקצאת בהמה בחי' אינה בא מדעת האדם אלא דארי' דאיסורא רכיב עלה וכיון שנשחטה הותרה. ובזה לא קשה קושי' תוס' ד' ג' ד"ה גזירה דהכא מפרש הטעם דפירות הנושרין אסור משום גזירה שמא יעלה ויתלוש ולקמן גבי נכרי שהביא דורן אם יש במינו במחובר אסור ופירש רש"י משום מוקצה דכיון דאתקצאי בין השמשות וכו' והשתא תרי טעמא למה לי ולפי הרשב"א ניחא דסוגיא דהכא דקאי לאביי א"כ אי אפשר לומר דפירות הנושרין אסור משום מוקצה דכיון דלא מקצה לה מדעתו רק איסורא רבע עלה וע"כ קאמר דמש"ה אסור משום גזירה דיתלוש משא"כ התם דקאי לר"פ ור"פ סובר דאפי' בלא אקצה מדעתו חשוב מוקצה דמה"ט סובר דבעינן שהי' לו חולה מבע"י וע"כ פי' רש"י משום מוקצה. והנה בתשובות ת"ר אית' דהא דס' מוקצה חמיר כדאורייתא וספיקו להחמיר זה אי אמרינן דהא דס"ד לחומרא הוא מהתורה משא"כ אי ס' שרי מהתורה אז גם ס' מוקצה אזלינן להקל:

ובזה ניחא הא דהביאו הא דסובר ר"א דצריך שירשום רק בשבת ולא ביו"ט ועי' בא"ח. אך הא הקשו הא בדרבנן יש ברירה ומוקצה הוא מדרבנן ואמאי צריך שירשום וע"כ משום דמוקצה חמיר והחמירו בספיקו. וזה בשבת דכל ס' אזלינן להחמיר אפי' לשיטת הרמב"ם דהא בס' כרת מודה הרמב"ם דס' אסור מהתורה וע"כ החמירו גם בס' מוקצה ואמרינן דאין ברירה משא"כ ביו"ט דס' שרי מהתורה לא החמירו בס' מוקצה ואמרינן ברירה אך ר"א לשיטתו דסובר בכריתות דעל חתיכה אחת חייב אש"ת וע"כ דסובר דס"ד לחומרא מהתורה וא"כ יש להחמיר אפי' בס' מוקצה ואמרינן דאין ברירה וע"כ סובר דאפי' ביו"ט צריך שירשום. ובזה ניחא הא דפריך ונוקמ' במזיד וכר"מ דר"מ דסובר שם דחייב אש"ת על חתיכה אחת וא"כ ע"כ צריכין לומר דעומדת רק לאכילה דאל"כ הא אין ברירה הגם דמוקצה דרבנן דההחמירו כדאורייתא וא"כ בעינן שהי' לו חולה מבע"י וממילא לא נעשה מומר משא"כ לדידי' דס' שרי מהתורה וממילא לא החמירו בס' מוקצה ויש לומר דעומדת לאכילה ולגדל ואמרינן ברירה בדרבנן ולא איירי בהי'

לו חולה מבע"י וא"כ נעשה מומר וע"כ מוקי' מתני' דאיירי בשוגג. וניחא הא דאביי סובר דעומדת לאכילה ולגדל משום דאביי לשיטתו דס' שרי מהתורה ועי' בש"ש ויש לומר בדרבנן יש ברירה ושיטת המרדכי דהא דס' מוכן אסור זה דוקא היכי דחזקה הוא לאיסור כמו ספק נולדה ביו"ט או בחול דאיכא חזקת איסור דאוקמ' על חזקת מעוברת והשתא הוא דילדה:

ובזה ניחא הא דהרמב"ם לא הביאו דספיקו אסורה משום לדידן דקיי"ל דס' דרבנן ואיכא חזקת איסור אזלינן לחומרא בכל מקום א"כ פשיטא דה"ה הכא אזלינן להחמיר ובריית' כמ"ד דאזלינן לקולא אפי' בחזקת איסור. ועי' בעירובין פ' ג' וביו"ד סי' ק"י ע"כ אשמעינן הברייתי' דס' אסורה משום דהוא דשיל"מ ולדידן אין שום חידוש. ואפשר יש לומר דזה תלי' בפלוגתא דאיתא בביצה בבא ומצאן מקולקלין מערב יו"ט בידוע שמערב יו"ט נצודו והגם דאיכא חזה"ג דהשתא ניצודו מ"מ ס' השקול הוא ושרי וע"כ הא דס' נולדה ביו"ט אסורה משום דאיכא חזקת איסור משא"כ לת"ק דאוסר ע"כ דסובר דס' השקול אסור וא"כ יש לומר דר"פ סובר כת"ק וע"כ דעומדת רק לאכילה וע"כ סובר דבעינן חולה מבע"י משא"כ לדידן דס' שרי ובעינן חזקת איסור ויש לומר ברירה ולעולם דעומדת לגדל ג"כ וע"כ לא הביאו בהי' לו חולה מבע"י:

גם נראה על קושי' תוס' דאמאי קאמר דאסור משום גזירה ולא קאמר משום מוקצה דהנה ר"נ מתרץ טעמא דמתני' דלא תאכל משום מוקצה ובתרנגולת העומדת לגדל ביצים ורבה משני משום הכנה וביו"ט שחל להיות אחר השבת ופריך אלא מעתה שבת דעלמא תשתרי ומשני משום גזירה והקשו דאמאי לא מקשה על ר"נ דשבת דעלמא תשתרי דהא בשבת לא אמרינן מוקצה. ונראה דהא הקשו מה פריך על רבה שבת דעלמא תשתרי דילמא רבה סובר ג"כ הך גזירה משום פירות הנושרין והא דלא מוקי טעמא דמתני' משום פה"נ משום דסובר דתלישה מה"ת שרי לצורך אוכל נפש רק מדרבנן אסור וא"כ הו"ל גזירה לגזירה אבל בשבת דתלישה אסור מהתורה יש לומר דמש"ה אסור שבת דעלמא משום פירות הנושרין ומה פריך שבת דעלמא תשתרי וע"כ נראה דהא בתוס' הקשו דאמאי לא קאמר דפה"נ אסור משום מוקצה וע"כ נראה דהא שיטת רש"י דבאיסור דרבנן לא אמרינן מגו דאתקצאי בין השמשות וכו' וא"כ אי תלישה ביו"ט מה"ת שרי לאוכל נפש רק מדרבנן אסור א"כ תקשה איך כתב רש"י על ר"פ דמש"ה אסור משום מוקצה. אך נראה דהא טעמא של רש"י דבאיסור דרבנן לא אמרינן מגו דאתקצאי דכיון דקיי"ל דכל שהוא משום שבות לא גזרו בין השמשות וא"כ בין השמשות היה שרי וע"כ הגם שנאסר אח"כ אין מוקצה לחצי שבת. והנה הפוסקי' הוכיחו מהא דאמר ר"פ

בעירובין ד' מ"א פירות שיצאו חוץ לתחום וחזרו אפי' במזיד לא הפסידו מקומן דאמאי נקט ר"פ רק לא הפסידו מקומן והיינו דשרי לטלטל חוץ לד"א ומשמע רק לטלטל ובענין אכילה לא איירי ר"פ אלא ודאי דסובר ר"פ דיש מוקצה לחצי שבת וא"כ הא בעת שהיו חוץ לתחום אסורים וגם אסור להביאם לתוך התחום והרי זה מוקצה גמורה ואין לומר כיון שבתחילת שבת ראוי היה הגם שנדחה בנתיים חזר ונראה ר"פ סובר דיש מוקצה לחצי שבת וע"כ לא שרי לאכילה רק לא הפסידו מקומן משום דשיטת התוס' בשבת ד' מ"ד דאפי' אי יש מוקצה לח"ש היינו במוקצה לאכילה ולא במוקצה לטלטל ולפ"ז כיון דר"פ סובר דיש מוקצה לח"ש אפי' באיסור דרבנן אמרינן מגו דאתקצאי דנהי דלא איתקצאי בין השמשות משום דלא גזרו על שבות אז מ"מ אתקצאי אח"כ וע"כ פי' רש"י על ר"פ דאסור משום מוקצה משא"כ לדידן דאין מוקצה לח"ש ע"כ קאמר דמש"ה אסור פה"נ משום גזירה דיעלה ויתלוש ולא משום מוקצה. ולפ"ז כיון דרבה סובר בפ' אין צדין דיש מוקצה לח"ש וא"כ אפי' באיסור דרבנן אמרינן מגו דאתקצאי א"כ אפי' ביו"ט אי רבה סובר דביצה איכא משום פה"נ לא הי' צריך לומר דאסור משום הכנה רק משום פה"נ ואין לומר דחשוב גזירה לגזירה דכיון דתלישה שרי ביו"ט זה אינו דלרבה אסור פה"נ משום מוקצה כמו לר"פ וליכא בביצה רק חדא גזירה ואמאי קאמר משום הכנה אלא ודאי דרבה לא סובר דביצה איכא משום פה"נ ולכך פריך שבת דעלמא תשתרי וע"כ ניחא דלא מקשה על ר"נ שבת דעלמא תשתרי דעל ר"נ יש לומר דהוא סובר דעל ביצה איכא משום פה"נ והא דלא קאמר ביו"ט הך טעמא דסובר דאין מוקצה לח"ש וא"כ ליכא משום מוקצה ומשום גזירה שמא יעלה ויתלוש חשוב גזירה לגזירה דתלישה שרי מהתורה משא"כ על שבת יש לומר משום פה"נ וגזירה דיעלה ויתלוש:

ובזה ניחא קושי' מהרש"א לקמן דפריך דר"י על ר"י דבמשקין שזבו מחלק ר"י דאם לאכלן דאז היוצא דאסור ואי עומד למשקה דאסור היוצא מהן ור"י סובר דביצה הנולדה בראשון תאכל בשני הא בראשון לא ומשני מוחלפת השיטה ופי' התוס' דמוחלפת הא דמשקין שזבו דר"י מחמיר אפי' בפירות העומדות לאכילה דאין לומר דמוחלפת הך דכלכלה דאוסר גם בשני פשיטא דקשה ר"י על ר"י והקשה במרש"א דא"כ קשה דרבנן על רבנן ונראה דהא כתבו דקושי' הגמ' קאי הגם דנוכל לומר דביצה דמי כמו פירות העומד למשקה וכן הוא שיטת התוס' בשבת דדרך לגומעה חי'. וע"כ דקושי' הגמ' דכיון דבפירות העומדות לאכילה מותר משקין שזבו ובפירות העומדות למשקה בלא"ה אסור משום מוקצה א"כ גזירת משקין שזבו משום שמא ישחוט אין לה מקום ולמה נאסר ביצה זה כוונתם הש"ס בקושיתם ועי' בס' יש"י אמנם לפי שיטת בה"ג דסחיטה שרי

מה"ת ביו"ט לצורך אוכל נפש ורק מדרבנן אסור א"כ הא באיסור דרבנן לא אמרינן מגו דאתקצאי וא"כ הוצרכו לאסור גם בפירות העומד' למשקה דאין לומר דבלא"ה אסור משום מוקצה הא באיסור דרבנן לא אמרינן מגו דאתקצאי משום דלא גזרו על שבות בין השמשות ואח"כ אין מוקצה בח"ש אך על ר"י לשיטתו דסובר בעירובין פ' ג' לכהן טהור בתרומה טהורה ומשמע דבעי מידי דחזי ליה כסומכוס. ועי' תוס' שם ד"ה מפני שיכול וא"כ כיון דסובר כסומכוס ע"כ דסובר דגזרו על שבות בין השמשות כדמסיק הגמ' שם ואלו לנזיר ביין לא פליג אפשר דמיתשל על נזירות ופריך תרומה נמי וכו' עד דמשני דסובר כרבנן דגזרו על שבות בין השמשות ואיכא משום מוקצה וע"כ ר"י על ר"י פריך שפיר משא"כ על רבנן לא קשה דהא ביצה דמי למשקין ואין לומר דליכא בפירות משום משקין דאסור משום מוקצה בעומדות למשקין דלית' דהן סוברים דלא גזרו על שבות וכו' וא"כ לא אמרינן מגו דאתקצאי באיסור דרבנן וע"כ לא קשה רבנן על רבנן:

ועי' ברא"ש בסוף שבת דהקשה אי בשבת אין מוקצה וביו"ט אמרינן מוקצה א"כ תקשה דפריך הגמ' בשבת ד' קנ"ו ואף ר"י אמר הלכה כר"ש דאין מוקצה ופריך והאמר ר"י הלכה כסתם משנה ותנן אין מבקעין עצים וכו' וקשה התם ביו"ט מש"ה אסור וע"ש. ונראה דהא בעה"מ הקשה מי איכא דבשבת שרי וביו"ט אסור ומחלק דוקא דבר שאסור בשבת משום מלאכה ואמנם ביו"ט שרי אז אסרו גם ביו"ט משום מוקצה והקשה דהא ביצה שנולדה ביו"ט דליכא משום מלאכה בשבת ואפ"ה אסרו ביו"ט משום מוקצה וכתב דיש לומר דגם ר"נ אוסר משום משקין שזבו אלא דלא קאמר הך טעמא משום דביו"ט דרך הביצה לאכלה צלוי' ואז חשוב אוכל ולא דמי למשקין שזבו וע"כ קאמר משום מוקצה אבל דבשבת דאי אפשר לאכלה צלוי' רק לגומעה חי' ואז חשוב משקה וא"כ אסורה בשבת משום משקין שזבו וע"כ ל"ש מי איכא דבשבת שרי. אך קשה דאכתי יו"ט חמור דאסור משום מוקצה וא"כ ס' אסור דחמיר כדאורייתא משא"כ שבת דאסור משום משקין שזבו שרי ספק אך באמת זה אינו דגם משום משקין שזבו אסור ספק משום דהוא דבר שיל"מ וא"כ על ר"י לשיטתו דכתב הרמב"ן דר' יוחנן פליג על דבר שיל"מ וס' שרי ולדידי' אי אפשר לחלק בין שבת ליו"ט דא"כ תקשה קושי' בעה"מ מי איכא דבשבת שרי ושפיר מקשה על ר"י הא אמר הלכה כסתם משנה ודוק:

מומר לחלל שבת

יבואר מומר לחלל שבת דחשוב מומר לכל התורה אי דוקא באיסור דאורייתא:

והנה לפי הרמב"ם בפי' המשנה הנ"ל דמוקי מתני' דשוחט בשבת דוקא בשוגג אבל במזיד השחיטה אסורה דנעשה מומר בתחלת השחיטה הגם דאז הוי מקלקל. ועי'

בחידושי הר"ן שכתב כן וע"כ דהרמב"ם סובר דכיון דפטור אבל איסור דרבנן איכא וע"כ חשוב מומר. ועי' בס' יש"י:

ובזה ניחא דהקשו על הרמב"ם מהא דפריך הגמ' ב"ק ד' ע"א בשלמא ע"ז שחיטה שאינה ראוי' היא אלא שבת שחיטה ראוי' היא דתנן דשוחט בשבת דשחיטתו כשרה וקשה לוקמא במזיד דאז הוי שחיטה שאינה ראוי' משום דנעשה מומר. ועי' בפלתי סי' י"א אך כיון דלענין דו"ה אזלינן בתר דאורייתא דהא הגמ' פריך למ"ד דמעשה שבת דרבנן אמאי חשוב שחיטה שאינה ראוי'. ועי' ברשב"א לעיל גבי מכר בק"כ לחוד דחייב דו"ה וא"כ הא מדאורייתא מקלקל שרי וא"כ לא נעשה מומר בתחלת השחיטה ומקשה שפיר אלא שבת שחיטה ראוי' היא:

וניחא בזה מה שהקשו עליו מהא דפריך הגמ' בחולין ד' י"ד ונוקמ' במזיד וכר"מ וקשה הא במזיד נעשה מומר וע"כ נראה דהא בפלתי הקשה הא משכחת במזיד ובעוף ובחצי קנה פגום והוסיף כ"ש וגמרו דאז בשעה שגמר הכ"ש אז נגמר השחיטה ואז נעשה מומר ולא קודם. ועי' בפלתי ונראה דהא בתשובות בית אפרים הקשה על הא דפריך הגמ' על הא דשוחט חטאת בשבת בחוץ לע"ז דחייב ג' חטאות והא כיון דשחט פורתא אסרה וכו' ועל זה משני בחצי קנה פגום וכו' וקשה הא לענין חיוב חטאת איכא שני צדדים שלא יתחייב חדא שמא היה פחות מח"פ וחדא שמא יותר ולחייבו חטאת אין רק צד אחד מחצה ע"מ ותירץ לפי הנך הסוברים דאפי' ע"י מעשה אינו יכול לאסור מהתורה רק מדרבנן וכבר הקשה דא"כ מה פריך דמחתך בעפר הוא הא מדאורייתא ראוי בפנים וע"כ הוא חייב משום שחוטי חוץ וכתבו דהא עיקר הטעם משום שרשות בעלים מעכב שלא יוכל זה לאסור והתוס' ב"ק כתבו דאפי' אי לא נאסר רק מדרבנן ל"ח דמר' וע"כ פריך שפיר דכיון דשחט פורתא אסרה עכ"פ מדרבנן ושוב ליכא בעלים ושוב מה ששוחט אח"כ יכול לאסור מדאורייתא ולכן הוי מחתך בעפר בעלמא. ולפ"ז איכא שני צדדים לחיוב שמא מע"מ ואת"ל פחות משהו במשהו קמא דשחט אינו רק מדרבנן ול"ח מחתך בעפר עד משהו שני' ואז איכא רובא וחייב משים שחוטי חוץ וע"ש. ולפ"ז ניחא קושי' הפלתי הנ"ל דאפי' בח"ק פגום ל"ב הא איכא ס"ס להחמיר שמא היותר מחצי ושמא פחות מחצי וא"כ במשהו קמא דשחיט נעשה מומר וא"כ כי גמרו עד הרוב כבר נעשה מומר ע"י משהו קמא. אך לפי מה דאית' בש"ך ביו"ד סי' ק"י באם יש כאן ס"ס בענין שהוא מותר מהתורה רק שהוא אסור מדרבנן ויש ס' בדרבנן כגון ס' אי נמלחו דגים טמאים עם טהורים שרי משום ס"ס שמא לא נמלחו ושמא אין בהם שומן ואע"פ שגם אם אין בו שומן אסור מדרבנן מ"מ הרי יש אי נמלחו עמהם וס' דרבנן לקולא ולפ"ז ה"ה

הכא איכא שני צדדים להתיר שמא מע"מ ואת"ל דהי' פחות משהו וע"י משהו קמא ששחט אכתי לא נעשה מומר מהתורה דחשוב מקלקל והגם דמדרבנן דאסור מקלקל נעשה מומר ע"י משהו קמא וליכא ס"ס מ"מ הא מדרבנן סגי בס' זה לבד דהי' מע"מ ואכתי משכחת אפי' במזיד ובעוף ובחק"פ. אך דדין הנ"ל תלי' בשני תירוצי' בפסחים ד' ט' על הא דפריך ואין ספק מוציא מידי ודאי והא חבר שמת והניח פירות דהרי הן בחזקת מתוקנים והא הכא דודאי טבילי הני פירי וס' מעושרין וכו' דודאי הוא דחזקה על חבר וכו' ואב"א ספק וספק הוא וע"ש ברש"י דהקשה דמ"מ הוי ודאי טבל מדרבנן לענין אכילת קבע וע"כ כיון דמדאורייתא ס"ס ומדרבנן דליכא ס"ס הא סגי בס' אחד לחוד דשמא עישרן. ולפ"ז לתירוץ קמא יש לומר דל"ח ס"ס ולפ"ז יש לומר דהרמב"ם דהוצרך לומר דאיירי בשוגג קאי לתירוץ הראשון ולפ"ז יש לומר דקושי' הגמ' ולוקמא במזיד וכר"מ קאי לתי' השני א"כ משכחת בחק"פ בעוף:

והנה לפי מה דאית' באחרונים דדין של הרמב"ם דנעשה מומר בהתחלת השחיטה זה דוקא אי ישנו לשחיטה מתחילה וע"ס משא"כ אין לשחיטה אלא לבסוף לא נעשה מומר ניחא בפשיטות הא דפריך ונוקמ' במזיד וכר"מ דאליבא דר"מ דסובר דאין לשחיטה אלא לבסוף לא נעשה מומר מיד וניחא הא דהקשו על התוס' ב"ק דכתבו דרבה דסובר אליבא דר"מ אפי' מת ומשלם מתני' דשוחט בי"ה דחייב דו"ה איירי בלא אתרו וחייבי מלקות שוגגין חייבין והקשו דא"כ ר"י למאי צריך לתרץ דמתני' כר"מ דסובר דלוקה ומשלם ולא מוקי בלא אתרו דהא הוא גופו סובר דחייב במלקות שוגגין וע"כ נראה דהא הקשה דהא לא בא בב"א דחיוב דו"ה הוא בגמר השחיטה דוקא אפי' למ"ד דישנו לשחיטה מתחילה וע"ס וחיוב מיתה הוא מיד בעת התחלת השחיטה לשיטת הרמב"ם הנ"ל ואמאי טבח בשבת פטור ותירצו דמ"מ חשוב עדות שא"א יכול להזימו דאי יוזמו לא יתחייבו ממון רק מיתה דאין מת ומשלם דאצלם בא בב"א ולפ"ז היכי אפשר לאוקמ' בלא אתרו דאז לא באו לחייבו מיתה רק ממון ואי יוזמו ישלמו וא"כ נהי דחייבי מיתות שוגגין פטור מלשלם מ"מ הא לא בא בב"א וע"כ דרבה סובר דאין לשחיטה אלא לבסוף ואכתי לא חילל שבת משא"כ ר"י לשיטתו דסובר לקמן דישנו לשחיטה מתחלה וע"ס אי אפשר לאוקמ' בלא הותרו דא"כ חשוב עדות שיכול להזימו ולגבי דידי' הא לא בא בב"א דחילול שבת הוא מיד וחיוב דו"ה הוא לבסוף:

גם נראה דזה תלי' אי יש ברירה או אין ברירה דאי יש ברירה א"כ בגמר שחיטה הוברר למפרע דלא הי' בהתחלת השחיטה מקלקל ונעשה מומר בהתחלת השחיטה משא"כ אי אין ברירה אז לא אמרינן דהוברר למפרע דלא הי' מקלקל וממילא לא נעשה מומר מיד.

ובזה ניחא הרא"ש ב"ק דמתרץ למתני' דטבח ביוה"כ דאיירי בטובח ע"י אחר דליכא מלקות ואפ"ה בשבת פטור דשחיטה שאינה ראוי' היא והקשה בישׁ"ש ובש"ך דכיון דמעשה שבת לא אסור מדרבנן אזלינן בתר דאורייתא לענין דו"ה דהא בסוגי' פריך למ"ד דמעשה שבת דרבנן אמאי חשוב שחיטה ש"ר והנה ע"ז אפשר לומר דדוקא כי קא משני דחכמים הן ר"ש דסובר דששׁ"ר לא חשוב שחיטה וע"כ פריך אלא למ"ד דרבנן מ"ט דפטרי דאליבא דר"ש ע"כ שמעינן דאזלינן בתר דאורייתא דהנה שם בתוס' הקשו כל טובח לאו דבעני' קא שחיט דמכי שחט פורת' קני בשינוי ותירצו דל"ח שינוי לקנות בכך וקשה נהי דל"ח שינוי מעשה גמור מ"מ הא ר"ש סובר דסתם גניבה יאוש בעלים וקיי"ל דשינוי כ"ד עם יאוש אלא ודאי דר"ש סובר דאזלינן לענין דו"ה בתר דאורייתא וש"מ ויאוש הקנין מדרבנן הוא וע"כ פריך אליבי' אלא למ"ד דמעשה שבת דרבנן מ"ט דפטרי הא ע"כ לדידי' אזלינן בתר דאוריית' משא"כ לדידן דסתם גניבה לאו יאוש בעלי' אין ראי' דאזלינן בתר דאורייתא. ולפ"ז הא דהוכיחו התוס' שם דאפי' אי אמרינן דתקרובות ע"ז איסור הנאה לאו דאורייתא מיהו איסור אכילה הוי ודאי מדאורייתא מהא דפטרי רבנן שוחט לע"ז משום דחשוב ששׁ"ר ואי איסור אכילה הוא רק מדרבנן לא היה נחשב בכך ששׁ"ר כמו מעשה שבת למ"ד מדרבנן זה הכל לר"ש לשיטתו מוכרחין דתע"ז איסור אכילה הוא דאוריית' ולדידן יש לומר דכמו דאיסור הנאה ל"ד ה"ה איסור אכילה דאי הוקש למת גם בהנאה אסור מדאוריית' כמו מת ואי לא גם באכילה שרי מהתורה ומ"מ חשוב שחיטה שאינה ראוי' לדידן:

ובזה יש לתרץ קושי' תוס' בחולין ד' קי"ו דסובר דבשר בחלב שרי בהנאה דאמאי לא יליף מקו"ח מערלה שלא נעבדה עבירה ואסור בהנאה כש"כ בשר בחלב דנעבדה עבירה. אך לפי מה שהקשה דאי אמרינן דתע"ז באכילה אסור מהתורה ולא בהנאה א"כ מיפרך תחלת של איסי ב"י דנימא בתחילת דין תע"ז תוכיח שנעבדה עבירה ואסור באכילה מהתורה ושרי בהנאה ועי' בט"ה. אך לפי מם שאמרנו דאליבא דאמת יש לומר דלא אזלינן בתר דאורייתא וא"כ יש לומר דאפי' באכילה שרי מהתורה תקע"ז א"כ ל"ש לומר דתקרובות יוכיח דמה לתקרובות דשרי אפי' באכילה מהתורה והקו"ח אינו אלא היכי דאסור באכילה מהתורה ונעבדה עבירה קו"ח דאסור בהנאה וע"כ בשר בחלב דאסור באכילה וע"כ כיון שנעבדה עבירה אסור בהנאה וע"ש בתוס' דכתבו אבל השתא עבדינן קו"ח דכשם דאסור באכילה אסור בהנאה ול"ש לומר חורש בשור וחמור יוכיח דשם מותר אפי' באכילה וע"ש וה"ה לענין ת"ע יש לומר כן וא"כ ר"ש לשיטתו לדידי' ע"כ

תקרובות אסור מהתורה דאל"כ ל"ח שש"ר וע"כ סובר דשרי בהנאה בשר בחלב דליכא קו"ח דיש לומר דתקרובות יוכיח דאסור באכילה ונעבדה עבירה ושרי בהנאה:

אך אי אפשר לומר כן דע"כ לכ"ע אזלינן בתר דאורייתא לענין דו"ה דהא לעיל ד' ס"ח מקשה ר"י על ר"ל מגנב והקדיש ואח"כ טבח דאינו משלם דו"ה דע"כ מיירי לאחר יאוש וטעמא דהקדיש אבל לא הקדיש משלם ואי יאוש קונה אמאי משלם שלו הוא טובח וא"כ קשה דכיון דע"כ איירי לאחר יאוש א"כ אפי' אי יאוש לא קני' אמאי חייב דו"ה הא איכ' שינוי כ"ד בהתחלת השחיטה ויאוש ושלו טבח אלא ודאי משום דאזלינן בתר דאוריית' וע"כ נראה דבלא"ה הקשו דא"כ גם בי"ה ליפטור מהך טעמא דשש"ר הוא דגם מעשה יוה"כ אסור כמו בשבת. ולכאורה נראה לפי מה שהקשו דאמאי בשוחט בשבת השחיטה כשרה ואמאי לא אמרינן דאי עביד לא מהני ותירצו דהא אין האיסור מתבטל בכך דמ"מ הי' נטילת נשמה. אך אכתי תקשה לרב דסובר דשוחט חייב גם משום צובע ואמרינן דצובע מה ניחא ליה כי היכי דליתווס בית השחיטה דמא ויקנו ממנו וא"כ אכתי קשה לאמרינן דלא מהני ומרויחין האיסור צובע דכיון דאסור באכילה ל"ש טעמא דניחא ליה דליתווס בית השחיטה ולהכי ס"ל לרב דאסורה באכילה ביומא וא"כ ל"ש איסור צובע דהא רש"י פי' דניחא דליתווס בית השחיטה שראו דנשחטו היום וכיון דביומא אסורה ל"ש האי טעמא וכיון דלא מרויחין ל"ש דאי עביד לא מהני. ולהכי אפי' לס"ד דלא ידעינן דשבת דמי' ליו"ה טפי הו"מ לאקשויי ונוקמו בשוגג וכר"מ ומותר באכילה אפי' ביומא אך דאז תקשה דאמאי לא אמרינן דלא מהני ומרויחין עכ"פ איסור צובע. וא"כ לפ"ז קשה מה פריך אלמ"ד דרבנן מ"ט דפטרו וקשה הא אי מהתורה שרי מעשה שבת בודאי הוי שש"ר דאז יש לומר דאי עביד לא מהני ומרויחין איסור צובע דאי לא מהני ל"ש כי היכי דליתווס בית השחיטה משא"כ אי מהני ומדרבנן דאסור מעשה שבת ול"ש אי עביד לא מהני דלא מרויחין דאיסור צובע ל"ש אי אסור מ"מ יהי' שחיטה שש"ר מכח דמעשה שבת אסור וע"כ דסוגי' קאי למ"ד דשוחט אינו חייב משום צובע וא"כ ל"ש אי עביד לא מהני אפי' מדאורייתא דלא מרויחין כלום ופריך שפיר אלא למ"ד דרבנן וכו' משא"כ לדידן דשוחט חייב משום צובע שיש לומר דאי עביד לא מהני מדאורייתא שפיר כתב הרא"ש דמש"ה פטור בשבת דשחיטה שש"ר הגם דמ"ש אסור רק מדרבנן הא מדאורייתא ודאי א"ר דאי עביד לא מהני. וזה תינח בשבת משא"כ י"ה דבלא"ה אסורא ליומא וליכא משום צובע ול"ש אי עביד לא מהני וע"כ גם אי מעשה יוה"כ אסור מ"מ ל"ח שש"ר דכיון דהוא רק מדרבנן ואזלינן בתר דאורייתא:

ובזה ניחא קושי' תוס' על רבה דהיכי הוי משני מתני' דיש לומר דסובר כרב דחייב משום צובע ויש לומר דאיירי בטובח ע"י אחר ובשבת פטור משום שש"ר וביו"ה יש לומר דאזלינן בתר דאורייתא משא"כ בשבת דאי דאזלינן בודאי הוי א"ר משום דלא מהני:

אך לפי מה שאמרנו דזה תלי' אי יש ברירה אי לא נראה דהא קשה לפי מה דאית' בתוס' יו"ט דהא דאמרינן בדאורייתא אין ברירה זה מדרבנן אבל מדאורייתא אמרינן ברירה וא"כ הוברר למפרע דלא היה מקלקל על התחלת השחיטה ונעשה מומר מיד וא"כ תקשה מה פריך אלא למ"ד דמעשה שבת דרבנן וכו' הא אי אזלינן בתר דאוריית' דיש ברירה א"כ פשיטא דחשוב שחיטה שאינה ראוי' דחשוב שחיטת מומר. אך הסוגי' דקאי לר' יוחנן והוא סובר דאפי' בדרבנן אין ברירה ע"כ דסובר דמדאורייתא אין ברירה וא"כ לא נעשה מומר בהתחלת השחיטה משא"כ לדידן דמדאורייתא אמרינן ברירה וא"כ מדאורייתא נעשה מומר מיד יש לומר שפיר דמש"ה שחט בשבת פטור משום שחיטה שאינה ראוי' הגם דמעשה שבת רק מדרבנן דהא מדאוריית' בודאי הוי שש"ר דנעשה מומר וזה ל"ש ביוה"כ לשיטת רש"י בחולין ביוה"כ לא נעשה מומר לכל התורה:

והנה לפי מה דאית' באחרונים דהא דסוברים דנעשה מומר משעה שהתחיל לישחוט זה אם האיסור משום צובע דהא משום נטילת נשמה ליכא במקצת הסימנים ששחט. ובזה נראה לתרץ דברי הרא"ש הנ"ל באופן אחר דהנה על הא דפריך הגמ' והא תניא דמכר בשבת דפטור ומשני רב"ח באומר עקוץ תאנים מתאינתי וכו' ופריך וכיון דאילו תבעו קמן בדינא לא אמרינן זיל שלים דמתחייב בנפשו הא מכירה נמי לא הוי מכירה והקשו הא לא קיי"ל כרב דסובר בסנהדרין דאפי' אם הוא בעין לא צריך להחזיר בבא במחתרת. וא"כ אמאי אילו תבעו לא מחייבין להחזיר. אך נראה לפי שיטת בעה"מ דסובר דמדאורייתא אע"מ דלא קיי"ל כרב א"צ להחזיר אפי' הן בעין רק מדרבנן מחויב להחזיר. ולפ"ז קשה קושי' הנ"ל דהא ברשב"א הקשה הא מעות לא קני ואיך הוי מכירה ותירץ דלענין דו"ה אזלינן בתר דאורייתא ומדאורייתא כסף קני' וע"כ פריך שפיר דאי אזלינן בתר דאורייתא אילו תבע בדינא לא מחייבין להחזיר דהא מדאורייתא אפי' הוא בעין ל"צ להחזיר ואי אזלינן בתר דרבנן פשיטא דלא הוי מכירה דהפקיעו ק"כ וע"כ משום דאזלינן בתר דאורייתא הא ל"צ להחזיר דקלבד"מ. אך לפ"ז תקשה דא"כ מה פריך אלא למ"ד מעשה שבת דרבנן מ"ט דפטרי הא הקשו דאמאי חייב דו"ה דהא קנאו בדמים בתחלת השחיטה ותירצו דהא כתבו בתוס' דל"ח שינוי לקנות בכך התחלת השחיטה וא"כ חשוב בעין כיון דל"ח שינוי ואז לא קנאו בדמים כלל וא"כ לפי שיטת בעה"מ הנ"ל תקשה הא מדאורייתא בודאי פטור מדו"ה נהי דל"ח שינוי והוי בעיני' הא מדאורייתא

קנאו אפי' הי' בעינ' ומדרבנן דלא קנאו הא אסרו מעשה שבת ונושה. שש"ר ומה פריך הגמ' וע"כ דסוגי' קאי למ"ד דאינו חייב משום צובע ואכתי לא חילל שבת בהתחלת השחיטה ול"ש דקנאו בדמים. ופריך שפיר. משא"כ לדידן אפי' אי מ"ש דרבנן פטור דהא אי אזלינן בתר דאורייתא פשיטא דפטור דקנאו בדמים הגם דחשוב בעין לדידן דחייב משום צובע וזה שייך בשבת משא"כ ביוה"כ דבמלקות ל"ש דקנאו בדמים וע"כ נהי דגם מעשה יוה"כ אסור מ"מ אזלינן בתר דאורייתא דל"ש דקנאו בדמים ובפרט דליכא משום צובע ביו"ה:

ולפ"ז ניחא קושי' הנ"ל דאמאי טבח בשבת פטור הא לא בא בב"א דחיוב מיתה הוא מיד וחיוב תשלומין לבסוף. אך נראה דהא לדידן דקיי"ל משום צובע א"כ מדאורייתא קנאו בדמים בהתחלת השחיטה לשיטת בעה"מ הנ"ל ושלו טובח ומדרבנן הא מעשה שבת אסור וחשוב שש"ר ואפי' אי פסקינן דמעשה שבת לגמרי שרי מ"מ הא מדרבנן קני' ביאוש ושינוי כ"ד דהתחלת השחיטה וא"כ הן מדאורייתא והן מדרבנן פטור דמדאורייתא קנאו בדמים:

ולפ"ז ניחא דאמאי לא משני ר"י בלא הותרו כרבה אך לפי מה שכתבו דחייבי מיתות שוגגין ל"ש לומר דקנאו בדמי' וא"כ קשה קושי' הנ"ל לדוכתא דאמאי טבח בשבת פטור הא לא בא בב"א אך התירוץ משום דקנאו בדמים בתחילת השחיטה ובשוגג ל"ש זה אך רבה סובר דאין לשחיטה אלא לבסוף. וא"כ לא חילל שבת בהתחלת השחיטה דחשוב מקלקל משא"כ ר"י לשיטתו דסובר דישנה לשחיטה מתחילה וע"ס א"כ מש"ה פטור בטבח בשבת רק משום דקנאו בדמים מדאורייתא דאל"כ תקשה הא לא בא בב"א דכיון דסובר דישנה לשחיטה מתוע"ס ואי בלא אתרו לא קנאו בדמים. וע"כ לא מצי לתרץ כרבה:

ובזה ניחא הרמב"ם דהנה לפי מה דמסיק הגמ' דאליבא דר"מ בקנס מת ומשלם משום דחידוש הוא מחלק רבה דזה דוקא בגנב בחול אבל בשבת אם אין גניבה אין טביחה ומכירה והרמב"ם הביא זה הטעם משום דאין גניבה וכו' והקשו הא הוא פסק דאפי' בקנס אין מת ומשלם א"כ לא צריך להביא משים דאין גניבה וכו' אך נ"מ בלא הותרו דל"ש דקנאו בדמים וא"כ תקשה הא לא בא בב"א וע"כ הוצרך לומר משום דאין גנבה דעל הקרן בא בב"א בהתחלת שחיטה וע"כ הגם דחיוב דו"ה הוא לבסוף מ"מ פטור משום דאין גניבה. ורבה לשיטתו דסובר דאין לשחיטה אלא לבסוף וא"כ בהתחלה חשוב מקלקל ובא בב"א וע"כ לא קאמר זה דאם אין גניבה רק לר"מ ולדידן הגם דגם בקנס אין מת ומשלם נ"מ בלא הותרו:

גם נראה לפי מה שאמרנו דאי איירי בהי' לו חולה מבע"י אז לא נעשה מומר א"כ יש לומר לי מה דאית' בס' מעין החכמה דאי אמרינן דשנים שעשו פטורין וא"כ ה"ה שנים ששחטו בשבת דפטורי' אך זה אי מקלקל בחבורה פטור משא"כ אי מקלקל חייב אז אפי' שנים ששחטו חייבין וא"כ אפי' בלא הי' לו חולה לא אתקצאי בין השמשות דהי' יכול לשחוט ע"י שנים והגם דאסור מדרבנן הא לא גזרו על שבות בין השמשות וא"כ יש לומר דהרמב"ם לא הוצרך לומר דאיירי בשוגג רק לפי האמת דאתי כר"י והוא סובר דפטור מקלקל בחבורה ולא אתקצאי כלל ולא איירי בהי' לו חולה ואז נעשה מומר וע"כ הוצרך לומר דאיירי בשוגג משא"כ הא דפריך ונוקמ' במזיד וכר"מ קמי אי מקלקל חייב ואז ע"כ מיירי בהי' לו חולה ולא נעשה מומר. ובזה יש לומר הא דר"פ סובר דבעינן שהי' לו חולה מבע"י דוקא דר"פ לשיטתו דסובר דיש מוקצה לחצי שבת וא"כ בלא הי' לו חולה אכתי אתקצאי ואין לומר דיכול לשחוט ע"י שנים דמ"מ אסור מדרבנן ואין לומר דבאיסור לא אמרינן מגו דאתקצאי הא הטעם משום דלא גזרו ע"ש בין השמשות מ"מ הא אתקצאי אח"כ משא"כ לדידן וע"כ לא הביאו דהי' לו חולה מבע"י:

גם נראה על הקושי' דמה פריך אלא שבת שחיטה ראוי' דילמא איירי במזיד ונראה דהנה בס' ש"ש הקשה על הסוברים דמי שהמיר דשחיטתו אסורה למיפרע ולא אמרינן דהשתא הוא דהרשיע משום דחשוב תרתי לריעותא דהרי הרשיע לפניך ואוקי הבהמה בחזקת איסור והקשה דא"כ מה תירצו על הא דשוחט בשבת דפעם אחת לא נעשה מומר וקשה הא הוי תרתי לריעות' דהרי הרשיע לפניך ויש לומר דהי' רשע קודם וחזקת איסור דבהמה. ולפ"ז יש לומר דהא דסובר הרמב"ם דנעשה מומר הגם דבפעם אחת לא נעשה מומר משום דמחזקינן דהי' רשע קודם משום תרתי לריעותא וזה לדידן דקיי"ל במקוה שנמדד ונמצא חסר דטמא אפי' בר"ה משום תרתי לריעותא משא"כ ר"ש דפליג על זה ולא סובר תרתי לריעותא ועי' בריש נדה פריך שפיר אלא שבת שחיטה ראוי' אפי' במזיד דהא בפ"א לא נעשה מומר ומטעם תרתי לריעותא הוא פליג על זה:

ועי' כתובות ד' ה' ע"ב בתוס' ד"ה את"ל הלכה כר"י מקלקל הוא אצל הפתח ושרי פי' דר"י אית ליה דמקלקל בחבורה פטור אע"ג דאסור מיהו הכא מותר לכתחלה משום דאיכא תרתי מקלקל ודבר שאינו מתכוון והקשו דבגרירה אסר ר"י אע"ג דאיכא תרתי וכתבו דהכא משום דאיכ' גם מצוה גם התם אינו מקלקל לגמרי וכבר תמהו דהא הוא סובר דם מיפקד פקיד ואמאי כתבו בתוס' דר"י אית ליה מקלקל בחבורה פטור אפי' אי חייב מ"מ אי מיפקד פקיד לכ"ע מקלקל פטור גם תמוה גירסת הס' דגרסי ואת"ל מקלקל הוא במקלקל הלכה כר"י או כר"ש דהגם ר"ש מודה דפטור מקלקל דאינו מחייב

רק בחבורה ומבעיר והשתא סובר דמיפקד פקיד גם קשה קושי' מהרש"א דהשתא דהי' סובר דגם ר"י מודה משום דמקלקל הוא א"כ הך ברייתא דאסור לבעול כמאן אתיא:

ולכאורה נראה דהא עיקר הטעם דש"מ שרי במקלקל משום דמקלקל הוא רק איסור דרבנן ואז שרי דש"מ. ולפ"ז לפי מה דאית' תוס' בכורות ד' כ"ד דהא דשרינן באיסור דרבנן דש"מ היינו היכא דהאיסור דרבנן הוא בכל דוכתא מדרבנן וליכא לאשכוחי בשום צד דהוי דאורייתא אבל היכא דהאיסור הוא במקום אחר דאוריית' הגם דבמקום הזה הוא מדרבנן לא שרינן בא"מ ועי' במשנה למלך פ"א הלכות שבת. מעתה אף אנו נאמר דתלי' בפלוגתא דמקלקל בחבורה חייב אי לא דאם נימא דמקלקל בחבורה או בהבערה חייב א"כ זה האיסור דמקלקל יש לו מקום בדאוריית' א"כ לא שרינן דש"מ לר"י וע"כ ניחא גירסת אם ת"ל דמקלקל הוא במקלקל הלכה כר"ש דחייב דאז נהי דהשתא סובר דמיפקד פקיד מ"מ אסור דש"מ הגם דמקלקל הוא דכיון דאשכחן בעלמא דמקלקל חייב כגון בחבורה וע"כ מוכרח התוס' הנ"ל לומר דר"י אית ליה מקלקל בחבורה פטור דאל"כ אסור לר"י דש"מ הגם דמקלקל כיון דבחבורה חייב וניח' קושי' מהרש"א הנ"ל דברייתא דאסור סובר כר"ש דבחבורה חייב מקלקל וע"כ אסור דש"מ הגם דמקלקל אע"ג דמפקד פקיד כיון דבחבורה חייב מקלקל:

גם נראה דהא שיטת רש"י ב"ק ד' ל"ה דאפי' היכא דלא קבעי לאפרו והוי מקלקל מ"מ פטור מממון כמו חייבי מיתות שוגגין והוכיחו מזה דע"כ ס"ל דמקלקל עביד איסורי תורה דאל"כ אין שום סברא שיפטור מתשלומין. ולכאורה קשה דא"כ אפי' למ"ד דמקלקל בחבורה פטור איצטריך קרא דמילה דוחה שבת ול"צ לומר דמילה חשוב תיקון משום המצוה אך יש לומר דאז פשיטא דשרי דעשה דמילה דוחה כיון דליכא כרת רק איסור תורה ידעינן דדוחה מכלאים בציצית. אך לפי מה דאיתא בתשובות דלר"ש דס"ל משאצ"ל פטור ואפי' איסור דאוריית' ליכא דהא שרינן במקום צערא ה"ה במקלקל לא הוי איסור דאוריית'. אך לר"י דמחייב משאצ"ל ומקלקל פטור יסבור דמקלקל יש בו איסור תורה. וניחא בזה הג"א פ"ק דכתובות וז"ל ולבי מהסס דלעיל מסיק טעמא משום דרוב בקיאי' בהטייה וע"כ לא הוי פ"ר משא"כ השתא דאין בקיאי' אסור וכו' והקשה בס' ע"א דנהי דאהא דאמר רבה מאן חכמים ר"ש די"ל דש"מ שרי פריך והא הוי פ"ר וצ"ל דרוב בקיאי' הן מ"מ הרי קודם לכן פריך הש"ס דרב שרי והא סובר הלכה כר"י דש"מ אסור ומתרץ משום דמקלקל א"כ אפי' לר"י דאוסר דש"מ יש היתר וא"כ יש לומר דהא דשרי לבעול בשבת משום מקלקל וניחא גם לדידן. אך יש לומר לדידן דמשצ"ל חייב ואז מקלקל איסור תורה ולא שרי רק לר"ש דשרי דש"מ ובעינן שלא יהי' פ"ר וע"כ

לדידן דאין בקיאי' ורב סובר דמשצ"ל פטור אז מקלקל רק איסור דרבנן וע"כ הגם דאוסר דש"מ שרי משום מקלקל. וניחא קושי' מהרש"א הנ"ל דיש לומר דברייתא דאוסר לבעול אתי' כמ"ד דחייב משצ"ל וע"כ אסור הגם דמקלקל. וניחא גירסא את"ל מקלקל הוא משום דאכתי יש לומר דאסור אי משאצ"ל חייב:

ולפ"ז נראה הא דסובר הרמב"ם בפי' המשנה בשוחט בשבת דנעשה מומר מיד שהתחיל לשחוט ואע"ג דאז חשוב מקלקל והוכיחו דאפי' בדרבנן נעשה מומר לכל התורה ולפי מה שכתבתי אין ראי' דיש לומר דסובר דמקלקל איסור דאורייתא משום דסובר דמשאצ"ל חייב. וניחא הא דהקשה הא דפריך הגמ' בחולין ד' י"א ונוקמא במזיד וכר"מ וקשה הא במזיד נעשה מומר ואמאי שחיטתו כשרה אך הא הסוגי' קאי שם אליבא דרב ורב ע"כ סובר דמקלקל רק איסור דרבנן מדשרי לבעול וא"כ לא נעשה מומר בהתחלת שחיטה ופריך כר"מ ובמזיד:

והנה בתשובות אית' אפי' אי מקלקל אסור מהתורה מותר לבעול דשם לא הוי פ"ר ובאיסור שבת גם לר"י דש"מ אסור רק מדרבנן ולכן במקלקל שרי אבל במקלקל במכוין למלאכה אסור מדאורייתא ולכן פטור מלשלם:

ובזה ניחא קושי' תוס' ב"ק ד' ע"א ד"ה בטובח וכו' לרבה דסובר דאליבא דר"מ בקנס מת ומשלם היכי הוי משני מתני' דאי כר"מ אפי' טובח בשבת נמי אך רבה לשיטתו דמשני בכתובות ד' הנ"ל דברייתא דמתיר אתא כר"ש ולא כר"י משום מקלקל וע"כ משום דסובר דמקלקל איסור דאוריית' וסובר דלר"י דש"מ אסור מדאוריית' וא"כ נעשה מומר בהתחלת השחיטה וא"כ לדידי' יש לומר דמתני' איירי בטובח ע"י אחר וליכא מלקות בי"ה ואעפ"כ בשבת פטור הגם דליכא חיוב מיתה דחשוב שחיטת מומר והוי שחיטה שאינה ראוי' ובי"ה כבר כתבו דלא נעשה מומר ואפי' אי אמרינן דגם לרבה דש"מ לר"י הוא רק מדרבנן מ"מ היכי דהוי פ"ר אז דש"מ מדאוריית'. ועי' בתוס' שבת וביומא. וכיון דאפי' אי משני משום מקלקל צריכין לומר דלא הוי פ"ר דכיון דמקלקל איכ' איסור תורה לדידי' וע"כ משני כר"ש ולא הוי פ"ר וע"כ כיון דמקלקל איסור דאוריית' ונעשה מומר חשוב שחיטה שאינה ראוי' ורב ע"כ סובר דמקלקל דרבנן וע"כ משני לדידי' משום מקלקל מותר ואז הגם דהוי פ"ר ודש"מ מדאורייתא שרי. ובזה ניחא הרי"ף דמשני על קושי' הגמ' דמלקות איכא בטבח ע"י אחר והקשה דא"כ אפי' טבח בשבת נמי חייב. וע"כ נראה דהנה אי דש"מ לר"י מדאורייתא או מדרבנן תלי' בפלוגתא דאביי ורבא בפסחים ד' כ"ו דאביי סובר בלא אפשר וקא מכוין ואליבא דר"י דסובר דאפי' א"מ אפשר אסור אלמא כיון דאסר ר"י באפשר הגם ד"מ ש"מ לא חשבי' ליה כוונה אלא באפשר תלי'

הילכך היכי דלא אפשר אע"ג דקא מיכוין שרי לר"י. ועי' ברש"י ואי לר"י דאוסר דש"מ רק מדרבנן היכי יליף לקולא בלא אפשר דשרי אפי' מתכוון וע"כ דאביי סובר דלר"י דש"מ מדאוריית' וע"כ הא דשרי לבעול משום מקלקל ליכא רק איסור דרבנן וממילא חשוב שחיטה ראוי' ואפי' להסוברים דגם בדרבנן נעשה מומר מ"מ הא לענין דו"ה אזלינן בתר דאורייתא כמו דאית' בסוגי' שם משא"כ לרבא דפליג דר"י לא קאמר ש"מ במתכוון אלא לחומרא משום דסובר דש"מ לר"י הוא מדרבנן. ולפ"ז לדידיה מקלקל דאורייתא וא"כ נעשה מומר וחשוב שחיטה ש"ר וע"כ לדידן דקיימא לן כרבא יש לומר דמש"ה פטור בשבת הגם דמיירי בטבח ע"י אחר דחשוב שחיטת מומר ושחיטה שאינה ראוי' וסוגי' דלא משני כן אזלא לאביי ולא חשוב שחיטת מומר כיון דמקלקל הוא איסור דרבנן:

ועי' בכתובות ד' ל"ה ע"ב אמר ליה ר"מ לאביי לר"ל מאן תנא דפליג עלי' דר"נ ופירש"י דקשי' ליה אמשנה דשבועות בהדליק גדיש ביה"כ דחייבין העדים קרבן שבועה נהי דלית לן דר"נ מ"מ חייבי מלקות שוגגין פוטר לר"ל ותמהו אמאי הקשה אך לאביי הך קושי'. ולפי הנ"ל ניחא דהא הקשו לפי הרשב"א דסובר דמש"ה סובר ר"פ דפסולי עדות דרבנן חייבין ק"ש משום דמהני העדות לענין תפיסה וא"כ תקשה אמאי בהשביעם שיעידו שהדליק הגדיש בשבת דפטורין הא בקלבד"מ מהני תפיסה וכתבו דהא קשה על הרשב"א דחשיב עדות שא"א יכול להזימו דפשיטא אי יוזמו דאין העדים חייבים לשלם דשמא לא יתפוס וע"כ כשיטת הריב"ש דכיון דאי יוזמו יהיו נפסלין לכל עדות שבתורה חשוב יכול להזימו ואמנם דהיכי דבאו להעידו על שני דברים לפסול אותו לעדות ולהפסידו ממון בזה לכ"ע הגם שנפסלים ל"ח יכול להזימו דהרי בזה דנפסלים מתקיים אשר זמם על מה שרצו לפוסלו וע"ז שרצו להפסידו ממון עדין לא קיבלו עונש וא"כ בההיא דהדליק בשבת דרצו גם לפוסלו א"כ לא מהני תפיסה דחשוב עדות שא"א יכול להזימו ועי' בישי':

ולפ"ז לכאורה מה מקשה לאביי דילמא את' מתני' כמ"ד מקלקל בהבערה פטור רק דלא גרע משוגג לשיטת רש"י אך תפיסה מהני ע"י עדותם וע"כ משום דע"י עדותם רוצין לפוסלו חשוב א"א יכול להזימו וע"כ משום מקלקל נעשה מומר והיינו אי מקלקל דאורייתא וע"כ רוצין לפוסלו ג"כ משא"כ בי"ה דלא נעשה מומר ולא היו רוצין לפוסלי ומהני תפיסה דחשוב עדות שיכול להזימו וע"כ חייבין אך על אביי לשיטתו דמקלקל דרבנן וגם בשבת לא נעשה מומר וע"כ דמתני' אתיא כמ"ד דמקלקל חייב בהבערה וא"כ קשה גם מי"ה דאמאי חייבין דמלקות פוטר ותפיסה לא מהני כיון דרוצין גם לפוסלו ואפי' בי"ה ומש"ה לא פריך רק לאביי לשיטתו. ובזה נראה הא דהקשו לשיטת הרמב"ם

דנעשה מומר מיד דא"כ מה פריך ונוקמא במזיד וכר"מ דאליבא דרב לשיטתו דסובר דהיכי דקלבד"מ לא מהני תפיסה ועי' בתומי' סי' כ"ח לדידי' יש לומר דמקלקל אסור רק מדרבנן ולא תקשה מתני' דשבועות דא"כ לא נעשה מומר ולא העידו לפוסלו דמ"מ לא מהני תפיסה וע"כ מקשה גמ' במזיד וכר"מ דלא נעשה מומר משא"כ לדידן דמהני תפיסה וקשה דאמאי פטורין וע"כ דמקלקל איסור דאורייתא וא"כ כיון דהעידו לפוסלי' ג"כ חשוב עדות שאי אתה יכול להזימו וע"כ ע"כ דשוחט בשבת מיירי בשוגג דאל"כ חשוב שחיטת מומר. אך קשה לי להסוברים דמקלקל ביה"כ אפי' לר"ש פטור א"כ אמאי קאמר דלא כר"ח דילמא בהדליק בשבת פטורין דקלבד"מ משא"כ ביה"כ דמקלקל פטור נהי דלא גרע מחייבי מיתות שוגגין לשיטת רש"י הא בזה מהני תפיסה משא"כ בשבת דעבדינן החומרא אז אפילו לצי"ש לא חייב ולא מהני תפיסה:

ולפי מה דסוברים בשוחט בשבת עוף יש לומר דאי עביד לא מהני ואז לא עביד איסור דחשוב מקלקל ואין לומר דתיקון לבני נח דהא שיטת הרמב"ם דב"נ אינו מוזהר על אבמ"ה של עוף. ולפי זה יש לומר הא דקאמר דווקא שמא ישחוט עוף ועי' בשמ"ק אך דקשה הא הוי טעה בדבר מצוה מה בכך שישחוט. אך בעוף חשיב טעה בדבר מצוה ולא עשה מצוה דאסור לאכול ממנו בעבר ושחט משא"כ בבהמה דמותר לאכול. וניחא קושית מהרש"א דילמא מש"ה בשבת אסור וביו"ט שרי דלא שייך שמא ישחוט עוף. אך הסוגי' קאי למ"ד דמקלקל חייב וא"כ לא שייך אי עביד לא מהני דמה מרויחין וא"כ חשיב טעה במצוה ועשה מצוה וניחא גירסא הנ"ל דאכתי תלי' אי מקלקל בחבורה חייב דאז לא שייך שמא ישחוט עוף וכן הברייתא דאוסר לבעול אתא כר"י דמקלקל פטור ואז שייך שמא ישחוט עוף ודו"ק:

מודה בקנס

הנה קיי"ל דמודה בקנס ואח"כ באו עדים דפטור אך זה דוקא היכי דלא פטר א"ע מכלום אבל בפטר א"ע מכלום חייב ועי' במש"ל דהקשה על הא דאיבעיא בשבועות משביע עדי קנס מהו למ"ד דמודה בקנס ואח"כ באו עדים דפטור אי חשוב רק גורם דאי יודה יופטר או חשוב ממון גמור ופשיט ממתני' דמשביע על חצי נזק וכפרו דחייבין ואמאי הא אי יודה יופטר ול"ח רק גורם וקשה הא פ"נ פטור מכלום אפי' אי יודה ועדים יעידו חייב וע"ש. והקשו עליו לפי מה דאיתא בסוגי' שם דאפי' למ"ד דחייב בבאו עדים מ"מ היכי דאתו סהדי ואמרי ליה גנבת ואמר להו גנבתי וטבחתי מיהו לאו בפניכם גנבתי אלא בפני פלוני ופלוני ואייתי סהדי ואזמינהו דלא באפיהו גנב ואתו פלוני ופלוני ואסהידו ביה דגנב וטבח ומכר דרבנן סברי הוי עדות שא"א יכול להזימו ולא הוי עדות וחשוב

כאילו לא באו עדים ופטור אפי' פטר א"ע מכלום וא"כ מה הקשה במש"ל דאכתי לא הוי רק גורם דיודה דהי' בפני פו"פ דאז העדות חשוב אי אפשר להזימו וחשוב כאילו לא באו עדים כלל דאז פטור אפי' בפטר א"ע מכלום:

ונראה דהנה בתומי' סי' ל"ח הקשה דמה בכך דהוא הודה להעדים מ"מ אי הוזמו עכ"פ נפסלין לעדות ומה נ"מ דהוא מסייע להעדים מכל מקום העידו בשקר ופשיטא דפסולין לעדות וא"כ חשוב עדות שיכול להזימו כיון דנפסלין. ועי' בש"ך סי' ל"ד דכתב כן דהיכי דנפסלו חשוב יכול להזימו. ועי' בריב"ש דאפי' שטר חשוב שיכול להזימו דכיון דנפסלין אי הוזמו בזה יתקיים עונש הזמה. ונראה לפי מה דאית' באחרונים דהיכי דהעידו על שני דברים לחייבו ממון ולפסול לעדות אז הגם דאי הוזמו נפסלין ל"ח עדות שיכול להזימו דהרי בזה שנפסלין מתקיים תורת הזמה על מה שהעידו לפוסלו וע"כ ע"מ שרצו לחייבו בעדותן ע"ז לא קיבלו שום עונש וממילא דאין נאמנים על הממון ולפ"ז ה"ה הכא דהעידו על שני דברים לפסול לעדות שגנב וטבח ולחייבו ממון הגם דנפסלין מ"מ על הממון לא נתקיים שום תורת הזמה וע"כ חשוב עדות שא"א יכול להזימו. וזה שייך בהעידו שגנב וטבח דאז העידו על שני דברים משא"כ בפ"נ דלא העידו רק לחייבו ממון ולא לפוסלו ואי יוזמו הגם דהודה קודם דהמעשה הי' בפני פו"פ מ"מ נפסלין עכ"פ וחשוב שיכול להזימו וא"כ בעינן שחייב א"ע בקרן ושפיר הקשה במש"ל דמה קא פשיט מפ"נ הא התם פטר א"ע מכלום ואפי' אי יודה דהמעשה הי' בפני פו"פ חשוב עדות שיכול להזימו דכיון דנפסלין אי יוזמו ובעינן שיחייב א"ע באיזה דבר דכיון דעדות מעלי' הוא:

ובזה ניחא הא דהקשו הראשונים על שיטת רש"י בפסחים דאפי' לר"ח דסובר דכרת פוטר מתשלומין מ"מ בשוגג הגם דחייבי מיתות שוגגין פוטר מ"מ חייבי כריתות שוגגין לא פוטר והקשו הא דקאמר הגמ' בכתובות ולאפוקי מר"ח וקשה דילמא איירי בשוגג דלא הותרו וע"כ חייב קנס:

ונראה דהא בסנהדרין מקשה אמאי יש להן קנס הא ניתן להצילו בנפשו ומשני משעת הראה דפגמה איפטר מקטלא קנס לא משלם עד לבסוף והקשו דכיון דחיוב בושת ופגם הוא משעת הראה ואז ניתן להצילו בנפשו ופטור מבו"פ וא"כ אמאי חייב קנס נהי דחיוב קנס לבסוף הא מחלה דהא ע"פ הרוב סופו ברצון ומחלה ואין לומר דבקנס לא מהני מחילה כשיטת הירושלמי משום דחשוב דשב"ל דאי יודה יופטר הא כיון דפטור מבו"פ חשוב פטר א"ע מכלום ואי יודה יתחייב ולא חשוב דשב"ל ומועיל מחילה. אך יש לומר דאכתי חשוב דשב"ל דיכול להודות דהי' המעשה בפני פו"פ ולא חשוב עדות שיכול להזימו ואין לומר דהא עכ"פ נפסלין דליתא דהא העידו על שני דברים לפוסלו

דבא על אחותו ולחייבו קנס ואז ל"ח עדות שיכול להזימו בזה דנפסלין וזה תינח במזיד משא"כ בשוגג דלאו באו לפוסלו וחשוב עדות מעלי' דהא יכול להזימו במה דנפסלין אי הוזמו דהא לא העידו על שני דברים ותקשה הא מחלה ודבר שב"ל לא הוי דפטר א"ע מכלום ואפי' אי יודה דהי' בפני פו"פ דהא הוי עדות מעלי' בזה דנפסלין אלא ודאי דמיירי במזיד ושפיר קאמר לאפוקי מר"ח:

וניחא בזה הא דפריך הגמ' בב"ק ד' ע"ד אי דלא עמד בדין אכתי דמי עבד בעי לשלומי דאכתי גברא לאו בר חיובא דהא אי יודה יופטר ומשני דעמד בדין והרמב"ם השמיט זה דאיירי דעמד בדין וע"כ נראה דהא הקשו מה פריך הגמ' הא פטר א"ע מכלום ואי יודה חייב אך דיכול להודות דהמעשה הי' בפני פו"פ דאז ל"ח עדות דאי אפשר להזימו הגם דנפסלין אך הא העידו על שני דברים גם לפוסלו למ"ד דצריך שיתכוון לשחתה. ועי' בקידושין. וא"כ לא נתקיים כאשר זמם על חיוב ממון שהעידו משא"כ לדידן דל"צ שיתכוון לשחתה וא"כ לא העידו על שני דברים וחשוב עדות מעלי' בזה דנפסלין ובעינן שיחייב א"ע ולא קשה קושי' הגמ' וע"כ השמיטו ולא הביא דאיירי דעמד בדין. ובזה ניחא הא דקיי"ל דבפ"נ מהני תפיסה הגם דאין דנין בזה"ז ובכפל ודו"ה לא מהני תפיסה. אך לפי מה שהקשה בס' שעהמ"ש דאמאי מהני תפיסה הא הוי עדות שאי אפשר להזימו דאי יוזמו לא ישלמו דיכולין לומר דלא ידעו דיתפוס וע"כ כיון דנפסלין אי יוזמו דעכ"פ העידו שקר חשוב עדות שיכול להזימו וזה תינח בפ"נ דלא העידו לפוסלו וע"כ סגי בזה דנפסלין משא"כ לענין כפל דו"ה דהעידו על שני דברים ולא סגי בזה דנפסלין וע"כ לא מהני תפיסה:

והנה בתשובות איתא דהא דבעינן דחייב א"ע בקרן זה רק מדרבנן ומהתורה אפי' פטר א"ע מכלום פטור ובזה ניחא קושי' תוס' בכתובות ד' הנ"ל על הא דקאמר ולאפוקי מר"ח הקשו דילמא שאני הכא דגלי קרא נערה הנערה דהא קשה קושי' הנ"ל דכיון דפטור מבו"פ בשעת הראה דניתן להצילו בנפשו א"כ חיוב קנס דלבסוף הא מחלה דסופ' ברצון ואין לומר דבקנס לא מועיל מחילה דחשוב דשב"ל דאי יודה יופטר דהא כיון דפטור מבו"פ חשוב לפוטר א"ע מכלום. אך כיון דבקלבד"מ מהני תפיסה וא"כ אפי' על בו"פ דנתן להצילו בנפשו מהני תפיסה ע"כ חשוב מחייב א"ע דהא בהודאתו עכ"פ תפיסה מהני וא"כ אכתי חשוב דשב"ל ולא מהני מחילה ובצל"ח אית' דאליבא דר"ח דכרת ג"כ פוטר לא מהני תפיסה וע"ז קאמר ולאפוקי מר"ח דאליבא דר"ח חשוב פטר א"ע מכלום ואי יודה יתחייב ומהני מחילה ואמאי חייב ולא קשה דילמא איירי בשוגג דזה אינו דכוונת הגמ' דלר"ח פטור משום כרת רק לדידי' לא מהני תפיסה ולא חשוב

דשב"ל ודאי יודה חייב וא"כ אין ראי' מהא דגלי קרא דחייבי כריתות יש להן קנס דליתא דמהתורה דלא בעינן חייב א"ע ואי יודה יופטר חשוב דשב"ל ולא מועיל מחילה וע"כ חייב קנס משא"כ אליבא דאמת דבעי שיתחייב א"ע בקרן וא"כ לר"ח דאפי' תפיסה לא מהני חשוב פטר א"ע מכלום ומהני מחילה דלא הוי דבר שב"ל ואמאי חייב קנס ושפיר קאמר ולאפוקי מר"ח:

ובזה ניחא הרא"ש הנ"ל דכתב דמש"ה פטור בטבח בשבת אפי' אי איירי בטבח ע"י אחר משום דחשוב שש"ר והקשו הא מעשה שבת לא אסור רק מדרבנן וא"כ מהתורה שחיטה ראוי' ולענין דו"ה אזלינן בתר דאוריית' ולכאורה נראה דהא בפלתי הקשה דמה פריך אלא שבת שחיטה ראוי' הוא דילמא איירי במזיד ונעשה מומר וע"כ נראה דהא הקשו דאמאי חייב דו"ה בטבח ע"י אחר דהא במכות פריך אלא מעתה הרוג יציל ומשני יקום דבר במקיימי דבר הכתוב מדבר ולא בעושה דבר וכיון דחיוב דו"ה על הבעלים ולא על השליח רק על המשלח א"כ ל"ח השליח עושה דבר וכיון דשחט בשבת נעשה רשע ופוסל כל העדים והשליח ל"ח עושה דבר ולא משכחת דחייב דו"ה דהוא פוסל כל העדים הכשירין לר"י דסובר דאפי' אי הפסול לא נתכוון לשם עדות פוסל העדות הכשירי' ואין לומר דהא ר"י סובר דרק בדיני נפשות בטל כל העדות ולא בממון זה אינו דהא לפי מה שכתבו דמש"ה בנמצא פסול בטל כל העדות משום דכיון דאי אפשר לקיים דין הזמה בפסול ואין העדים נעשין זוממין עד שיזומו כולם חשוב עדות שא"א יכול להזימו וע"כ זה דוקא בנפשות דבעינן עדות שיכול להזימו משא"כ בד"מ דתקנו דל"ב יכול להזימו וע"כ לא בטל כל העדות משא"כ בקנס דבעי דו"ח וכן עדות שיכול להזימו גם ר"י מודה דבטל כל העדות. ובזה אמרתי לתרץ הא דהקשו בתוס' על ר"י דלא משכחת עידי קידושין דבשעת קידושין דרך להיות שם קרובי' וכן בגט דרך כן ובטל כל העדות וזה דמי לד"נ דגם ר"י מודה אך כיון דהטעם משום דחשוב עדות ש"ש יפול להזימו וקיי"ל דאין בודקין עדי נשים בדו"ח וא"כ לא בטל כל העדות גם לר"י דלא בעי מתכוון לשם עדות דהא לענין הזמה חשוב קידושין וגיטין לד"מ ובד"מ לא פוסל כל העדי' משום דלא בעי דו"ח. וניחא בזה קושי' תוס' בקידושין דפריך למ"ד דשליח נעשה עד מהא דאמר לשלשה קדשו לי את האשה אחד שליח ושנים עדים וב"ה אומרים כולם שלוחים עד כאן לא פליגי אלא בשלשה אבל בשנים לכ"ע לא וכו' ותמהו בתוס' כי נמי פליגי אמאי לא פריך בפשיטות מב"ה וע"כ נראה דהא הקשו דילמא איירי לבתר דתיקן שהי"ס דאז חשוב נוגע ובקידושי כסף ותירצו דא"כ פוסל השליח את העדים כיון דהוא ע"פ משום נוגע אלא ודאי דאין שליח נעשה עד דחשוב כגופו ואז הוי בע"ד ולא פוסל

העדים. אך קשה דהא אין בודקין עדי נשים בדו"ח אך הא ב"ש בודאי סובר דבודקין דהא ר"ט סובר דבודקין והוא מתלמידי ב"ש ועי' במקנה דכתב כן וע"כ על כב"ה לא מצי להקשות דיש לומר דאיירי בקידושי כסף ולבתר דתשהי"ס ועכ"פ קשה דלא משכחת דחייב דו"ה דפוסל העדים וע"כ דאיירי דהשליח הי' שוגג ולא נעשה מומר וע"כ פריך שפיר דא"כ הוי שחיטה ראוי' וא"כ לדידן דקיי"ל דבעינן שהפסול יתכוון להעיד הא לא"ה לא פוסל ויש לומר דאיירי במזיד וע"כ הוי שש"ר אפי' אי מעשה שבת דרבנן הא יעשה מומר וביו"ה לא נעשה מומר וע"כ חייב. אך נראה הא קשה מה פריך הגמ' אלא למ"ד דמ"ש דרבנן אמאי פטרי רבנן דילמא איירי דהודה על הטביחה קודם שבאו העדים והגם דפטר א"ע מכלום הא מדאורייתא לא בעינן חייב א"ע בקרן ומדרבנן דלא מהני הודאתו בפטר א"ע מכלום הא מדרבנן מעשה שבת אסור ומ"נ פטור דאי אזלת בתר דאוריית' פטור משום מודה בקנס:

אך לפי מה דאית' בס' הפלא' דר"ש ע"כ סובר דמודה בקנס ואח"כ באו עדים דחייב אפי' בחייב א"ע בקרן וכיון דחכמים הן ר"ש מקשה שפיר דאמאי לא אזלינן בתר דאורייתא דהא מדאורייתא לא מהני הודאתו לר"ש בבאו עדי' אח"כ משא"כ אליבא דאמת דפטור במב"ק ואח"כ באו עדים ומדאוריית' פטור אפי' בפטר א"ע מכלום וא"כ שפיר כתב הרא"ש דפטור משום שש"ר והגם דהוא רק מדרבנן יש לאוקמא בהודה קודם ומדאורייתא פטור:

ובזה ניחא קושי' תוס' ב"ק ובגיטין על הא דפריך מהא דגנב והקדיש וטבח דפטור מדו"ה ותני עלה דבחוץ ענוש כרת ואי אמרת דיאוש לא קני כרת מה עבידתי' והקשו בלאו ההיא דתני ה"מ למיפרך דאי יאוש לא קנה אין לו כח להקדיש א"כ לא טבח דהקדש ואמאי פטור מדו"ה ונראה דיש לומר דנהי דסובר דאינה מתכפרת משום דיאוש לא קני מודה דמדרבנן יאוש קני' ומ"מ פטור מדו"ה הגם דלענין דו"ה אזלינן בתר דאוריית' יש לומר דהודה קודם שבאו עדים ומדאוריית' פטור אפי' בפוטר א"ע מכלום וע"כ לא מקשה רק מהא דמחייב משום שחוטי חוץ דאי יאוש לא קני' רק מדרבנן א"כ מדאוריית' לא הי' ראוי' בפנים ואמאי חייב:

גם נראה על הקושי' הנ"ל דבטל כל העדות לפי מה דאית' בס' ע"ח דאי ילפינן דמשלח חייב דו"ה מאי ותחת דלרבות את השליח י"ל דחיובו משום שנשחט לרצונו וע"כ חייב התורה דו"ה ולא משום דשליח כמותו משא"כ אי ילפינן מוטבחו נשמע מדרש זה דחיוב בטביחה ע"י אחר משום דשליח כמותו דהא וטבחו משמע שהוא ישחוט וע"כ משום דשליח כמותו וע"ש וא"כ יש לומר דהא דל"ח עושה דבר זה דוקא אי מטעם שליח

כמותו והיינו אי ילפינן מוטבחו א"כ ל"ח עושה דבר רק הבעלים משא"כ אי ילפינן מאו או מתחת א"כ אינו מטעם שליחות רק דחיוב דנעשה ע"י רצונו אז השליח חשוב עושה דבר. ובזה ניחא התוס' ב"ק דהקשה דילמ' טעמא דרבנן דלא דרשו או ותחת לרבות השליח והקשו דא"כ אפי' טבח בחול פטור המשלח דאין שליח לדבר עבירה גם תמהו דאמאי לא כתבו גם דלא דרשו וטבחו ע"י אחר. אך נראה דכוונת התוס' דלא דרשו או ותחת רק דילפינן מוטבחו ואז הוא מטעם שליחות ולא נקרא עושה דבר ופוסל העדים כולם דהשליח הוא פסול ופוסל כל העדים וע"כ נקט שבת דוקא דנעשה פסול:

והנה לפי מה שכתבו דמש"ה בא על בתו פטור והגם דלא בא בב"א דחיוב מיתה הוא משעת העראה אך משום לבסוף הוא ברצון ומחלה ואין הקנס חשוב דשלב"ל אך כיון דפטור מבו"פ א"כ פטר א"ע מכלום ואז מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב וקשה מהא דאית' במתני' דשבועות דמשביע העדים שיעידו שאנס פלוני את בתו וכו' וע"ש דעדי' פטורין משום דקלבד"מ וליכא כפירת ממון וע"ש בתוס' דמוקי דע"כ איירי בקטנה וקשה הא לא בא בב"א רק הפטור משום מחילה ובקטנה ל"ש זה דלא מועיל מחילתה ודו"ק:

מופלא סמוך לאיש

עי' בנדה ד' מ"ו דפליגי שם במופלא סמוך לאיש שהקדיש ואכלו אחרים אי לוקין ור"י ור"ל סוברים דלוקין ופליגי אי מופלא סמוך לאיש דאוריית' ואיבעי' שם תוך זמן אי כלפני הזמן או כלאחר הזמן ופליגי שם בזה וע"ש בסוגי' דמקשה ממתני' דקתני אחר הזמן הזה אע"פ שאמרו אין אנו יודעים לשם מי שהקדישו ולשם מי נדרנו נדריהם נדר וכו' עד דמסיק רה"מ מגופ' דמתני' קא דייק הא לאחר הזמן היכי דמי אי דלא אייתי שתי שערות קטן הוא אלא לאו דאייתי ש"ש וטעמ' דלאחר זמן הוא הא ת"ז כלפני הזמן דמי וכו' ולקמן בסוגי' אמר רבא קטנה כל שתים עשרה שנה ממאנת והולכת מכאן ולהבא אינה ממאנת ואינה חולצת הא גופ' קשיא וכו' ומסיק אלא לעולם דלא בדקוה ולענין חליצה חיישינן וכי קאמר רבא חזקה למיאון אבל לחליצה בעי בדיקה וכו'. והנה המתבאר בסוגי' דחזקה דרבא אינו אלא לחומרא שלא תצא במיאון וא"כ הך חזקה דרבא אינו אלא להחמיר שלא תמאן אבל לשאר מילי מידי ס' לא נפקא עד שתבי' לפנינו ש"ש.

ועי' בס' ש"ש דהקשה מהא דסובר ר"י ור"ל דהקדש הוא ואכלו אחרים דלוקין והקשו בתוס' הא ר"ל סובר דהתראת ספק לא שמי' התראה והא התראת ספק הוא שמא לא יביא ש"ש עד שני שנים ואכתי לא הוי מופלא סמוך לאיש ותירצו דאזלינן בתר הרוב דמביאין ש"ש בזמנו מכח חזקה דרבא ומבואר דחזקה דרבא הוא כודאי וע"כ כתב דלפי שיטת הרמב"ם פ' א' מנדרים וז"ל ואחר הזמן הזה אע"פ שאמרו אין אנו יודעים לשם

מי נדרנו דבריהם קיימים ואע"פ שלא הביאו ש"ש. וא"כ לפ"ז דאיש דנדרים לא בעינן שערות ג"כ וממילא מופלא סמוך לאיש היינו משיגיע סמוך לשני הגדלות נדריהן נבדקין וא"כ לא קשה איך לוקין על הקדישו שמא לא יביא שערות בשנת י"ג דהא אפי' לא יביא שערות נמי הוי מופלא סמוך לאיש כיון דאיש דנדרים בלא שערות. אך הקשו הא בסוגי' אית' אי דלא אייתי ש"ש קטן הוא אלמא דלא סגי בשנים לחוד רק דבעינן שערות ג"כ וע"כ כתב דודאי לדידן דקיי"ל תוך זמן כלפני הזמן ואם הביא שערות תוך זמן אי אפשר להיות גדול ותלוי הגדלות בשנים שפיר מצינו למימר דאיש דנדרים לא בעי שערות אלא סגי לה בשנים ומופלא סמוך לאיש נמי בשנים הגם דלא יביא שערות בשנת י"ג אבל למ"ד דתוך זמן כלאחר זמן א"כ ס"ל דאין הגדלות תלוי בשנים אלא בשערות דהא אפי' מביא שערות ת"ז כלאחר זמן וגדול הוא וא"כ איש דנדרים לא בשנים קאמר אלא בשערות וא"כ מופלא סמוך לאיש נמי סמוך לשערות והש"ס פריך אי דלא אייתי ש"ש קטן הוא היינו למ"ד ת"ז כלאחר זמן וא"כ ע"כ בשערות הוא דמיקרי איש ולפ"ז לדידן לפי שיטת הרמב"ם דאיש דנדרים הוא בשנים ומופלא סמוך לאיש לא בעינן רק שיהי' סמוך לשנים שפיר מצינו לומר דחזקה דרבא אינו ודאי והא דלוקה אחר על הקדישו היינו משום דלא בעינן בנדרים שערות כלל וע"ש. ובזה ניחא התוס' לקמן ד' מ"ט ד"ה ואיבעי' אימא ר"ש ולית ליה חזקה דרבא דר"ח פוסק דהלכה כר"ש דתוך הפרק כלפני הפרק וההוא דאית ליה דת"ז כלאחר זמן איתותב לעיל ומתוך כך פסק נמי דאין הלכה כרבא דאמר חזקה הביאה סימנים דהא ר"ש דפסקינן כוותי' לית ליה דרבא ועוד בפ' מי שמת בב"ת אמר ר"נ בודקין לחליצה ולמיאון ואין נראה דאפי' יהי' הלכה כר"ש בהא דתוך הפרק כלפני הפרק אין הלכה כמותו בהא דלית ליה חזקה דרבא דלאו הא בהא תלי' וע"ש:

ולפ"ז ניחא דכוונת הר"ח דבשלמא אי אין הלכה כר"ש בהא דסובר דתוך הפרק כלפני הפרק רק אמרינן דכלאחר זמנו דמי וא"כ איש דנדרים בשערות תלי' ומופלא סמוך לאיש היינו איש דשערות ותקשה דשמא לא יביא שערות עד שני שנים ואכתי לא הוי סמוך לאיש וע"כ משום דאמרי' חזקה דרבא דרוב מביאין שערות בזמנו א"כ ע"כ פסקינן כרבא אך כיון דהלכה כר"ש דחשוב כלפני הפרק א"כ איש דנדרים לא בעי שערות רק שנים לחוד ומופלא סמוך לאיש ג"כ בשנים לחוד חשוב סמוך לאיש א"כ אין ראי' דפסקינן כרבא רק דמש"ה לוקה דאפי' לא יביא שערות נמי חשוב סמוך לאיש דאיש דנדרים אינו בשערות רק בשנים:

ולפ"ז לא קשה קושי' תוס' שם ד' מ"ו ד"ה קטנה דלהך לישנא אין להוכיח דת"ז כלפני זמן דהא דממאנת היינו דבדקו ולא אשכחו אבל איכא שערות הוי כלאחר זמן ואינה ממאנת אך יש לומר דראוי' הוא מדחזינן דחזקה דרבא הוא רק למיאון ולא לחליצה וע"כ דאינו כודאי ותקשה מופלא סמוך לאיש דשמא לא יביא שערות בזמנו וע"כ משום דאיש דנדרים לא בעי שערות רק שנים וזה הכל אי כלפני הזמן דאז אמרינן דאיש דנדרים סגי בשנים לחוד. ובזה לא קשה קושי' נב"י על תוס' בב"ת ד' קנ"ד ד"ה ועוד וכו' דהקשו למה יש לנו לומר דהי' קטן כיון שהגיע לכלל שנים חזקה הביא סימנים ותירצו דמיירי שנבדק אחר שהי' גדול ולא היה לו שערות ולכך חיישינן שמא עדיין קטן הוא והקשה בתשובה הנ"ל דא"כ קשה במסקנא דאפיך דהכי קאמר ליה ר"י לר"ל בשלמא לדידי דאמינא ראי' בקיום השטר היינו דמשכחת דנחתי לקוחות לנכסי' אלא לדידך דאמרת ראי' בעדים היכי משכחת לה דנחתי וכו' וקשה דילמא איירי דלא נבדק כלל ואז לכ"ע סגי ראי' בקיום השטר משום חזקה דרבא וע"ש. אך לפי מה שהקשה על התוס' מה הקשה למה יש לנו לומר שהוא קטן הא חזקה דרבא אינו ודאי רק למיאון ולא לחליצה וא"כ מכש"כ שלא נוכל להוציא ממון אך על ר"י לשיטתו שפיר הקשה דהוא סובר דת"ז כלאחר זמן וא"כ איש דנדרי' בשערות תלי' ולא בשנים וא"כ הא דמופלא סמוך לאיש היינו סמוך לאיש בשערות וא"כ קשה דשמא לא יבי' שערות וע"כ משום דאזלינן בתר הרוב מכח חזקה דרבא א"כ ע"כ סובר דהוא ודאי וע"כ שפי' הקשה למה יש לנו לומר שהוא קטן ותירצו דאיירי דנבדק ולא הי' לו שערות אחר גדלות ואיתרע חזקה דרבה משא"כ לקמן דמקשה ר"י על ר"ל והוא סובר דכלפני הזמן דמי וא"כ סובר דאיש דנדרים הוא בשנים לחוד וא"כ אין ראי' דחזקה דרבא הוא ודאי רק להחמיר שלא תמאן וע"כ שפיר פריך היכי נחתי לקוחות בנכסים ואפי' בלא בדקו לא מהני חזקה דרבא להוציא רק לחומרא מועיל:

והנה לפי מה דאית' באחרונים דמש"ה לא סמכינן על חזקה דרבא לחליצה משום דהא אפי' חזינן שערות לפנינו יש לחוש שמא השערות קודם הי' ושומא נינהו אך אמרינן מכח חזקה דהשערות הן סימנים ולא שומא וע"כ כיון דאפי' ביש לפנינו שערות לא מועיל רק מכח חזקה דרבא וע"כ בלא חזינן דיש עוד ריעותא לא מהני החזקה דחשוב ס"ס שמא לא נשרו ואת"ל נשרו שמא הי' קודם ושומא נינהו ובזה ניחא הא דהקשו דאי חזקה דרבא לא הוי ודאי דא"כ איך מהני מופלא סמוך לאיש הא יש לחוש שמא לא יביא שערות עד ב' שנים וע"כ משום חזקה דרבא הוא ודאי דליתא דהתם דס' הוא על להבא דיהי' לו שערות בזמנו ל"ש ספק זה שמא שומא דעל לשעבר יש לומר דהשערות הי'

קודם ושומא נינהו. ולפי מה שכתבו דזה אין לחוש שמא השערות היו קודם הזמן דזה ל"ש להקדים כל כך רק דשמא השערות הביאה בתוך הפרק וא"כ למ"ד דת"ז כלאחר זמן א"כ חזקה דרבא הוא ודאי דהא ליכא ספק שמא השערות הי' בתוך הפרק. ובזה ניחא ג"כ ולא קשה קושי' נב"י דעל ר"י לשיטתו דסובר דת"ז כלאחר זמן וא"כ חזקה דרבא הוא ודאי שפיר הקשו בתוס' בב"ת דלמה יש לנו לחוש דהי' קטן דאמאי לא סמכינן על חזקה דרבא משא"כ לקמן דר"י פריך על ר"ל ור"ל סובר דכלפני זמן וא"כ חזקה דרבא אינו ודאי וא"כ אפי' אי תוקמ' בלא בדקו לא סמכינן על חזקה דרבא להוציא:

וגם יש לומר דהנה לפי מה דאית' בסוגי' שם ד' הנ"ל דפריך אמרת אינה ממאנת אלמא דגדולה היא אי גדולה היא תחלוץ וכ"ת מספקא ליה והא אמר רבא חזקה הביאה וכו' ומשני ה"מ בסתמא אבל הכא דבדקו ולא אשכחו לא אי הכי תמאן חוששין שמא נשרו הניחא למ"ד חוששין אלא למ"ד דאין חוששין מאי איכ' למימר וכו' עד אלא לעולם דלא בדקו וכי קאמר חזקה למיאון ולענין חליצה חיישינן. וא"כ למ"ד דחיישינן שמא נשרו יש לומר דבסתמא אפי' לחליצה סמכינן על חזקה דרבא רק דהכא איירי דבדקו ולא אשכחו ומ"מ לא תמאן דשמא נשרו אך למ"ד דאין חוששין שמא נשרו וא"כ ע"כ איירי בסתמא ואפ"ה לא סמכינן על חליצה ע"כ דהך חזקה לא הוי ודאי משא"כ למ"ד דחוששין וכן לדידן אז יש לומר דבסתמא סמכינן אפי' לקולא:

ולפ"ז שפיר הקשו תוס' דלמה יש לנו לומר שהוא קטן הא אמר רבא חזקה הביאה וכו' דבסתמא סמכינן אפי' לקולא. ולפ"ז לקמן בסוגי' דהלקוחות היו מוחזקין מקשו שפיר דאיך משכחת דנחתי בנכסים ואין לומר בלא בדקו כשהגיע לכלל גדול וסמכינן על חזקה דרבא משום דבסתמא סמכינן אפי' על חליצה והא דסובר דלחליצה לא הוא בבדקו ולא אשכחו ומ"מ לא תמאן שמא נשרו א"כ מה מהני בדיקת המשפחה דכיון דחיישינן שמא נשרו ומספק אין להוציא מחזקתם וגם ר"ע לא היה צריך להשיב דסימני' עשוין להשתנות וכו' הא אפי' מחיים לא מהני בדיקה דחיישינן שמא נשרו וע"כ דל"ח שמא נשרו וממילא הא דסובר דלא תמאן הוא בסתמא ומ"מ לחליצה לא א"כ איך נחתי לקוחות בנכסי':

והנה הרבה סוברים דמדאורייתא סמכינן על החזקה אפי' לחליצה רק מדרבנן החמירו. ובזה ניח' הא דאית' בגיטין ד' ס"ד דר"א סובר חפץ ומחזירו לאחר שעה דזוכה בין לעצמו ובין לאחרים ושמואל סובר דאין זוכה לאחרים ומקשה מהא דכיצד משתתפין במבוי וכו' האי שפחה היכי דמי אי דאתי' ש"ש מאי בעי' גבי' אלא לאו דלא אתי' ש"ש וקתני דזוכה לאחרים והקשו הראשונים על הסוברים דאפי' למ"ד דזוכה לאחרים הוא

רק מדרבנן א"כ תקשה קושי' הגמ' גם למ"ד דזוכה לאחרים. ועי' בר"ן. ולכאורה נראה דהא הקשו מה מקשו דילמא איירי דלא אתי' ש"ש רק דהגיעה לכלל שנים ופשיטא דאינה יוצאה לחירות כל זמן דלא חזינן סימני' ולענין לזכות לאחרים אזלינן בתר הך חזקה דרבא וגדולה הי'. והנה לפי מה שהוכיחו הראשונים דשמואל דסובר דבודקין למיאון דע"כ פליג על הך חזקה ניחא דשפיר פריך דאמאי הכא יכול לזכות לאחרים. ובזה לא קשה על ר"א דנהי דהא דזוכה לאחרים הוא מדרבנן יש לומר דאיירי דהגיעה לכלל שנים ונהי דלא יוצאה לחירות ע"י החזקה אך עכ"פ יכולה לזכות לאחרים מכח חזקה הנ"ל:

אך כיון שאמרנו דמדאוריית' סמכינן על החזקה אפי' להקל ניחא בפשיטות דיש לומר דעל ר"א לא קשה דנהי דסובר דהא דזוכה לאחרים הוא מדרבנן יש לומר דאיירי דהגיעה לכלל שנים ואמרינן חזקה דרבא וע"כ זוכה לאחרי דמדאוריית' אמרינן חזקה דרבא אפי' להקל ומדרבנן דהחמירו הא מדרבנן תקנו דזוכה לאחרים ומש"ה לא מקשה רק על שמואל דסובר דאפי' מדרבנן אין זוכה לאחרים. ובאמת לפי מה דסוברים דבאמת איכא חזקת קטנות כנגד חזקה דרבא אך חשוב חזקה עשוי' להשתנות דלא הוי חזקה וא"כ אין ראי' משמואל דהא הוא סובר בקידושין גבי קדשה אבי' בדרך דחזקה עשוי' להשתנות דחשוב חזקה וע"כ סובר דבודקין למיאון ולא סמכינן על חזקה דרבא דאיכ' חזקת קטנות משא"כ לדידן:

והנה הא דהקשו על הרמב"ם דסובר דאפי' בלא אייתי ש"ש נדרו נדר ותמהו עליו מהא דאית' בסוגי' אי דלא אייתי ש"ש קטן הוא. ועי' במ"א. ונראה דהנה בירושלמי משני על קושי' הגמ' אמאי באומר פ"פ נאמן לאוסרה הא איכ' ס"ס ומשני דקול יוצא לאנוסה והיינו כיון דס' שמא אונס הוא נגד הרוב ל"ח ס"ס והש"ס דידן דלא מתרץ כן ובתוס' כתבו משום דזה רק מדרבנן אך אחרונים כתבו דע"כ ש"ס דידן סובר דחשוב ס"ס אפי' ס' אחד הוא נגד הרוב. ועי' בתשובות ברית אברהם ועי' בפ"י:

ולפ"ז יש לומר דמש"ה סובר דאפי' בלא אייתי ש"ש נדרו נדר דאיכא ס"ס שמא נשרו ואת"ל דלא הי' לו שערות שמא הוא סרים ואע"ג דס' זה הוא נגד רוב חשוב ס"ס משא"כ קושי' הגמ' אזיל על ר"י ור"י דמשני דקול יוצא לאונס סובר דהיכי דס' אחד נגד הרוב ל"ח ס"ס וע"כ פריך שפיר אי דלא אייתי ש"ש קטן הוא וס"ס ליכא דס' שמא סריס הוא נגד הרוב:

ועי' בב"ש ס' קנ"ה דסובר דהגם דקיי"ל דל"ח שמא היא איילנות דאזלינן בתר הרוב מ"מ היכי דלא חזינן דיש לה שערות יותר מסתבר לומר דהי' איילנות וע"כ אין לה שערות

ועכ"פ הוי ספק השקול אי הי' איילנות ורוב ליכא. ובזה ניחא קושי' תוס' בנדה ד' מ"ח ד"ה וחכמים אומרים וז"ל אפי' אי הי' קטנה מתייבמת לרבנן דר"מ דלא חיישי למיעוטא ול"צ לומר מפני שאי אפשר לעליון לבוא עד שלא בא התחתון וע"ש. ולפי הב"ש ניחא דאי לאו טעמא דאי אפשר היה חיישינן גם לרבנן שמא היא איילנות דכיון דליכא שערות ואיתרע הרוב ולא היתה מתייבמת וע"כ צריכין לטעם דאי אפשר וכו' וא"כ יש לומר דה"ה לענין חששא דסריס הגם דהוא נגד הרוב מ"מ היכי דלא חזינן שערות עכ"פ ס' השקול אי הוא סריס:

ועי' בב"ש דהקשה דאיך ממאנת ומותרת לאחר ליחוש שמא ימצא בה סימני איילנות והרי היא גדולה למיפרע ובשלמ' להסוברים דאיילנות ל"צ גט אלא מדרבנן א"כ אפי' אי בא עלי' הראשון לאחר יב"ש אינו אלא ס' דרבנן דהא אם היא איילנות חשוב מק"ט ורק מדרבנן צריכה גט ולכן ל"ח שמא היא איילנות אך לשיטת הרמב"ם דאיילנות צריכה גט מדאורייתא א"כ תקשה אי אמרינן דחשיב' גדולה למיפרע א"כ בליכא שערות דאינו נגד הרוב איך תמאן שמא היא איילנות והרי הי' גדולה למיפרע אך באמת הרמב"ם פסק כשמואל דלא נעשה גדולה למפרע:

ובזה ניחא תוס' בכתובות פ' המדיר סוגי' דקע"ת על הא דקתני במתני' הממאנת והשניות והאיילנות אין להן כתובה ומשמע הא גיטא בעי' ותירצו דמשום שניות קתני אין לה כתובה אבל איילונית אפי' גט ל"צ והקשו דאיך נקט תרתי ממאנת ואיילונית משום חדא דהיינו שניות. וע"כ נראה דהא רב תני שם קטנה יוצאה בגט אין לה כתובה ולא תני ממאנת ושמואל תני שם הממאנת אין לה כתובה וא"כ מ"נ ניחא דאליבא דרב דסובר דנעשה גזילה למיפרע וא"כ ע"כ דאיילונית ל"צ גט דאל"כ חיישינן שמא תמצא איילנות ונעשה גדולה למיפרע וע"כ דלא בעי' גט לא תקשה הא דקתני אין לה כתובה דמשמע הא גיטא בעי' דיש לומר דנקט משום שניות וקטנה דהא הוא לא קתני במתני' ממאנת רק קטנה ואליבא דשמואל דתני במתני' ממאנת לא תקשה דתני תרתי אטו חדא הא לדידי' יש לומר דאיילנות צריכה גט ולא קשה אמאי ממאנת שמא תמצא איילונית כיון דליכא שערות ונעשה גדולה למיפרע הא לא סובר כן דנעשה גדולה למיפרע:

ובזה ניחא הרי"ף דסובר דקטנה יש לה קנס והקשו עליו מהא דאית' בכתובות נערה דוקא קטנה לא אמר רב ר"מ הוא וא"כ מוכח מסתם מתני' דקטנה אין לה קנס ונראה דהא הקשו דהא בסנהדרין פריך הגמ' אמאי חייבי כריתות יש להן קנס הא נתן להצילו בנפשו ומשני ר"פ דאיירי במפותה וא"כ יש לומר דבעלמא גם קטנה יש לה קנס והא דלא קתני קטנה משום דפיתוי קטנה אונס הוא ותקשה הא נתן להצילו בנפשו. אך לפי מה

שכתבו דע"כ קושי' הגמ' דנתן להצילו בנפשו לא קאי רק מאשת אחי' וכיון דע"כ אשת אחי' איירי בנערה שנתארסה ונתגרשה ואליבא דר"ע א"כ קטנה לא נתן להצילו בנפשו דהא ר"ע חייש למיעוט ושמא היא איילנות וזה הכל לרב לשיטתו דסובר דנעשה גדולה למיפרע א"כ ע"כ איילנות חשוב קידושי טעות ולא בעי גט משא"כ לשיטת הרמב"ם דפסק כשמואל דלא נעשה גדולה א"כ יש לומר דאיילנות ל"ח ק"ט ובעי גט א"כ יש לומר דלעולם דקטנה יש לה קנס והא דלא קתני קטנה משום דנתן להצילו בנפשו אך רב לשיטתו שפיר הוכיח. ולפי הב"ש יש לומר דאפי' אי איילנות ל"צ גט מ"מ היכי דקדשה לאחר שנעשה גדולה ולא הי' לה שערות דכיון דאז מסתבר יותר דהי' איילנות וע"כ נכנס בספק איילנות לכ"ע צריכה גט. וניחא קושי' תוס' דמש"ה קתני אין לה כתובה דנ"מ באופן זה:

ועי' במש"ל דנסתפק בקטן שקידש ואמר דהקידושין יהיו חלין לכשיגדל אי חשוב דבר שלב"ל ודמי לאחר שאתגיר א"ד דשאני התם דמחוסר מעשה דהיינו גירות ומש"ה חשוב דבר שלב"ל משא"כ הכא דלא מחוסר רק זמן וזמן ממילא אתי' ע"כ ל"ח דשלב"ל וע"ש דפשיט זה מדברי רש"י יבמות ד' ל"ד דמשני רב בשופעות מתוך י"ג לאחר י"ג וכו' והמתבאר מדברי רש"י דבעודם קטנים הזכרים והנקבות קדשו דהקידושין יהיו חלין כשיגדלו וע"כ דלא חשוב דשלב"ל משום דאינו מחוסר רק זמן. ועי' ברשב"א דתמה על שיטת רש"י איך מהני הקידושין הא הוי דשלב"ל והקשו דהא הרשב"א סותר א"ע דפי' על הא דרצה הגמ' לומר דהמקדש את הקטנה קידושין תלויין עד שתהי' גדולה ואז גמרי קידושין דחשוב בשעה שנתן לה הכסף קדושין כאילו פירש והתנה הרי את מקודשת לי לאחר גדלות הרי מוכח דהרשב"א סובר כשיטת רש"י דזה ל"ח דבר שלב"ל. ונראה דהא במש"ל הקשה דנהי דמחוסר זמן לא חשוב דשלב"ל מ"מ הא מחוסר שערות וזה חשוב מחוסר מעשה והגם דשערות ג"כ ממילא אתא מ"מ לא דמי לזמן דממילא את' ובודאי אתי' אבל שערות מי יימר דאתי' ואינו בידו וחשוב כמחוסר מעשה וע"ש דכתב דמש"ה פי' רש"י דאיירי ביום אחרון ואיירי דהביאו שערות באותו יום ואינו מחוסר רק זמן וזה ל"ח דשלב"ל. וקשה דהא בזה פליגי ר"י ור"ש לפי פי' תוס' שם דאליבא דר"י כיון דהוי ביום אחרון הוי סימן ואליבא דר"ש חשוב שומא וכיון דהשתא אוקמ' מתני' כר"ש א"כ אמרינן דשומא נינהו וצריך להביא שערות אחרות ואכתי חשוב מחוסר מעשה. ומזה קשה לי הא דנסתפק במש"ל דבשיעור די"ב שנים ויום אחד אי מעל"ע דשעות בעינן והביא ראיה מרש"י הנ"ל דאי מעל"ע דשעות בעינן אכתי לא הוי איסור ב"א אלא ודאי דלא בעינן רק הא דבעינן ויום אחד דלא נימא דיום אחד בשנה או ל' יום חשוב שנה

ומש"ה תני ויום אחד לומר דבעי שיושלם המספר ההוא מכל וכל ויתחיל מספר אחר. ועי' בש"ך סי' ל"ה ובתומים וקשה דהא כתב דבדין זה פליגי ר"י ור"ש דאליבא דר"ש בעינן מעל"ע דשעות וכיון דסוגי' קאי לר"ש אכתי תקשה הא לא בא בב"א:

ולי נראה לתרץ דכיון דסוברים דהא דלחליצה לא זה רק חכמים החמירו ומדאורייתא מהני החזקה אפי' להקל וגם נראה מהרשב"א דנסתפק באם לא נודע מספר השנים וגם בדקו ולא נמצא השערות דל"ח ס"ס דס' שמא לא הביא ש"ש הוא כנגד החזקה אלמא דסובר דחזקה דרבא הוא ודאי דהא דלחליצה הוא רק החמירו רבנן. ולפ"ז ניחא הרשב"א הנ"ל דסוגי' דהכא דקאי לר"ש ור"ש לא סובר חזקה דרבא. ועי' נדה ד' מ"ט. וע"כ שפיר חולק על רש"י דלא מהני הקידושין דחשוב דשלב"ל דשמא לא יביא שערות בזמנו כיון דל"ס חזקה דרבא ולא דמי למחוסר זמן דהוא ודאי משא"כ אליבא דאמת דקיי"ל חזקה דרבא וחשוב ודאי זמן וע"כ קאמר שפיר לקמן דחשוב כאילו התנה שהקידושין יהיו חלין לאחר שיגדלו ומהני דלא מחוסר מעשה רק זמן ושערות בודאי יביא ודמי למחוסר זמן ודו"ק:

ויש לעי' במתני' דתרומות דסובר ר"י דאם הגיע לעונת נדרים דתרומתו תרומה וקשה הא ר"י חייש למיעוט ועי' ביבמות פ' אלמנה וא"כ יוכל להיות שלא יבי' שערות מיד ואכתי לא הוי מופלא סמוך לאיש דל"ש לדידי' תירוץ התוס' הנ"ל. ובאמת אמרתי לתרץ מה שהקשו על הרמב"ם דסובר דמעשר שני ממון גבוה כר"מ ופסק דיוצא במצה של מעשר שני ובהדיא אית' בפסחים ובסוכה דאליב' דר"מ דסובר דממון גבוה הוא לא יצא. אך לפי מה שהקשו בתוס' דאמאי לא אמרינן הואיל דאי בעי איתשל ותירצו דא"כ הוי טבל ואין לומר דיפריש ממקום אחר אך דאסור ביו"ט וקשה דהא איסור דרבנן סובר הרשב"א דשרי ליתן בידים וא"כ אכתי תקשה אמאי לא אמרינן הואיל ויתן להפריש ממקום אחר למופלא סמוך לאיש דזה רק שבות בעלמא. אך הא ר"מ חייש למיעוט ולדידי' לא מועיל זה דשמא אכתי לא הוי סמוך לאיש משא"כ לדידן שייך הואיל וע"כ פסק דיוצא ודו"ק:

בו יבואר אי מעשין דפסולות

עי' בריש פ' המדיר בתוס' דשיטת ר"י דכל היכי דקתני יוציא היינו שכופין אותו ור"ח הביא דירושלמי סובר דאין כופין והכי אית' התם אמר שמואל אין מעשין אלא לפסולות אמר ר"ש המדיר את אשתו וכו' עד שמענו שמוצי' שיוציא שמענו דכופין וש"מ דסובר שאין כופין אלא היכי שמפרש בהדי' כופין אבל היכי דאמר רבנן יוציא אמרי' לו כבר חייבוך חכמים להוציא אבל לכפותו לא. ועי' תוס' יבמות ד' הנ"ל. ובזה מתרצים הא דאית' בסוף נדרים דלמשנה אחרונה האומרת טמאה אני לך דתבי' ראי' לדברי' השמים

ביני לבינך יעשו דרך בקשה וע"ש בסוגי' דאיבעי' באומרת גרשתני מהו ומסיק דנאמנת אפי' למ"א דהתם בעלה לא ידע משא"כ בגרשתני איכא חזקה דאין אשה מעיזה בפני בעלה ומקשה השמים ביני לבינך דמ"א תיובתא דרה"מ דהא בעלה ידע בה וקתני דלא מהימנה ומשני נהי דבביאה ידע ביורה כחץ מי ידע. והנה הירושלמי סובר דפי' שמים וכו' היינו שאינו נזקק עמה כלל וע"ש בר"ן והקשה דא"כ בעלה ידע בזה ואמאי לא מהימנה משום דאין אשה מעיזה. אך לפי מה דאית' ברא"ש וז"ל ועוד נראה לי טעם דהלכה כרה"מ דאפי' למ"א היא תובעת שיגרשנה בעלה וע"כ חיישינן שמא נתנה עיני' באחר ותנשא לו אחר שיגרשנה אבל ודאי חזקה שלא תאמר גרשתני להפקיע א"ע מבעלה להיות באיסור א"א כל ימי' וקשה לפ"ז למאי צריך הגמ' לומר משום דביורה כחץ מי ידע אפי' אי ידע לא מהימנה דנהי דאיכ' חזקה דאין אשה מעיזה מ"מ כיון דהיא תובעת גט ולא מקלקלת א"ע א"כ לא דמי לגרשתני וע"כ צריכין לומר דגם בזה אם כופין על הגט והוא אינו רוצה לגרשה מחמת כי שקר בימינה והב"ד כופין אותו הרי הגט פסול ומקלקלת א"ע בזה דחשוב גט מעושה שלא כדין ותנשא לאחרים באיסור וע"כ שפיר מקשה למ"ד דלא ידע הא דמי לגרשתני וע"כ צריך לתרץ דבזה לא ידע וזה הכל לש"ס דידן דכופין אותו וא"כ אי שקר הוא חשוב גט מעושה שלא כדין משא"כ הירושלמי לשיטתו דסובר דאין כופין וא"כ ליכא חזקה דלא מקלקלת א"ע דכיון דתתגרש בגט כשר ולא דמי לגרשתני וע"כ פי' שמים ביני לבינך שהוא מרוחק ממנה והגם דזה ידע בעלה לא דמי לגרשתני כיון דאינה מקלקלת א"ע. ועי' בס' ברוך טעם:

ונראה דהנה באה"ע ס' קנ"ד פסק המחבר באומרת אינו יכול דאין לה אפי' עיקר כתובה ובאומרת גרשתני סוברים דנאמנת גם לכתובה. ועי' ס' י"ז ותמה הש"ך בספרו ג"א והב"ש דמ"ש זה מזה ועי' בס' ב"א דכתב וז"ל לפי מה דמשמע במרדכי והגהת הרא"ש פ' אעפ"י גבי חופת נדה דכתב וז"ל אם מת החתן בתוך ז' נקיים הואיל ולא בא עלי' גובה מנה ומאתים מאירוסין הרי נראה דעתו דלכך גובה עיקר כתובה דלא תהי' אלא ארוסה אף ארוסה אית לה עיקר כתובה משא"כ לפי מה דסוברים דארוסה אין לה כתובה ועי' ס' נ"ה א"כ חיבת ביאה בעינן ולית לה כתובה ומכש"כ לפי מה שהביא המחבר ס' ס"א דעת הרמב"ם דחופת נדה אינה נשואה כלל הרי דחופה בלי חיבת ביאה אינו חופה כלל ולא הוית אלא ארוסה ולית לה כתובה וא"כ לפי זה הגם דהאמת כדברי' דאינו יכול א"כ לא הוית לענין כתובה אלא ארוסה וארוסה לית לה כתובה וע"ש. ולכאורה יש לומר דאפי' אי ארוסה יש לה כתובה ג"כ ניחא דהא החזקה דאין אשה מעיזה לא עדיף מרוב ואיך מועיל להוציא ממון אך כיון דאיכא שטר כתובה אזלינן בתר הרוב גם בממון דחשוב

כגבה וכמו כן אמרינן מיגו להוצי' בשטר וזה דוקא בשטר דיכול לטרוף מלקוחות ועי' ברש"י בגיטין פ' השולח ועי' בקצה"ח סי' פ"ח והרמב"ם סובר דכתובת אירוסין אינה טורפת מלקוחות וע"כ באומרת אינו יכול דאפי' לפי דברי' אינה אלא ארוסה ול"ח כגבה ע"כ אינה נאמנת לענין כתובה נהי דאיכא חזקה דאין אשה מעיזה לא מהני להוציא משא"כ בגרשתני:

והנה לפי ב"א הנ"ל ניחא ג"כ הירושלמי דסובר דשמים ביני לבינך היינו דטוענת דאין לו גבורת אנשים דאינה נאמנת וקשה הא זה ידע בעלה ואיכא חזקה דאין אשה מעיזה. ובסוגי' משמע דאי הוי ידע בעלה נאמנת וע"כ נראה דלפי מה דאית' בתוס' רי"ד דאע"ג דלמשנה אחרונה אינה נאמנת לומר טמאה אני לך זה בנשואה דמשועבדת לבעלה ואינה נאמנות להפקיע א"ע משיעבוד משא"כ ארוסה לא חשוב משועבדת ונאמנת וא"כ יש לומר דהא דמשמע בסוגי' דאי אמרה מילתא דידע בעלה נאמנת כגון באומר' שאין לו ג"א הגם דליכא חזקה דלא תקלקלה א"ע דהא לפי דברי' יתן לה גט משום דוקא באומרת גרשתני דהפקיעה א"ע משיעבוד וע"כ סובר הרא"ש דבעינן ג"כ הך חזקה דלא מקלקלה א"ע דאל"ה לא היתה נאמנת להפקיע א"ע מבעלה משא"כ באומרת אינו יכול דכיון דלא הוי חיבת ביאה אינה אלא ארוסה א"כ לפי דברי' לא התחיל השעבוד כלל דהא ארוסה אינה משועבדת כלל וע"כ סגי בזה לחוד דאין אשה מעיזה בדבר שבעלה ידע משא"כ הירושלמי לשיטתו דסובר דלא בעינן חופה הראוי לביאה. ועי' בס' שעה"מ דהוכיח כן מהא דאית' בירושלמי פ"ק דיומא הביאו התוס' ביומא וז"ל בירושלמי משמע אשה אחרת מזמנין שאם תמות זאת ביוה"כ שיקדש זאת ביוה"כ ופריך ויקדש מאתמול ומשני דא"כ הוי שני בתים ופריך נמצא דקונה קנין בשבת ומשני דאין רק שבות דהותר במקדש והשתא ע"כ דלהירושלמי כי היכי דקדיש לה ביוה"כ ה"נ כניס לה ביוה"כ דכל כמה דלא כניס לאו ביתו הוא וקשה הא הוי חופה שאינה ראוי' לביאה דאסור בתשמיש ודמי לחופת נדה אלא ודאי דסובר דחשוב חופה וע"ש וא"כ אפי' לפי דבריו דאינו יכול חשוב נשואה וא"כ היא מפקעת א"ע משיעבוד בעלה וא"כ הגם דבעלה ידע ואיכא חזקה דאין אשה מעיזה אינה נאמנת דליכא חזקה דלא תקלקלה א"ע דהא יוצאה בגט וע"כ מפרש שפיר שמים ביני לבינך דאינו יכול ומ"מ אינה נאמנת דנהי דידע מ"מ הא לא מקלקלה א"ע:

ובזה יש לומר עוד על קושי' ב"ש דבאומרת גרשתני מש"ה נאמנת גם על הכתובה הגם דלא עדיף החזקה מרוב אך כיון דכבר אזלינן בתר החזקה לענין איסור שמותרת לעלמא אזלינן ג"כ לענין ממון. ועי' בס' הפלא' משא"כ באומרת שאין לו ג"א דלפי דברי' היא

ארוסה ולא התחיל השעבוד ול"צ לחזקה דאין אשה מעיזה והרוב דאין אשה מעיזה הוא רק לממון ולא אזלינן בממון אחר הרוב:

גם יש לומר דלכאורה יש לומר דאפי' אי כופין על הגט הגם דחשוב גט מעושה שלא כדין מ"מ מהני דחשוב תלוי' וזבין משום הכתובה. אך נראה לפי מה דפסק הרמב"ם באומרת מאוס עלי דכופין לבעלה לגרשה ול"ח שמא נתנה עיני' באחר משום שמפסדת הכתובה והקשו הא הרמב"ם סובר דאומרת טמאה אני אפי' ברצון דהפסידה כתובתה מ"מ אינה נאמנת. ועי' בשעה"מ ובס' וש"י כתב וז"ל דעיקר הטעם דמ"א דחששו שמא נע"ב ויהי' גט מעושה שלא כדין ולכך החמירו דלא נכון על הגירושין אמנם אכתי תקשה הא אם הב"ד כופין חשוב תלוי' וזבין רק כיון דנוטלת הכתובה הוי תלוי' ויהיב אבל באומרת מאיס עלי דע"י שכופין על הגט מיפטר מכתובה חשוב כמו תלוי' וזבין דגמר ומקנה וכל זאת היכי שע"י כפי' זו שאנחנו כופין על הגט מפסדת הכתובה אז חשוב תלוי' וזבין משא"כ באומרת טמאה אני ברצון דאז אפי' אי לא הי' מגרשה כלל היתה הפסידה הכתובה ולכך פסק דאינה נאמנת דחוששין שמא נע"ב ויהי' גט מעושה שלא כדין ולפ"ז ה"ה באומרת השמים ביני לביניך לפי שאינו יכו אפי' אי לא הי' מגרשה אין לה כתובה דאינה אלא ארוסה אפי' לפי דברי' וע"כ באם יכופו על הגט ל"ח תלוי' וזבין מחמת הכתובה דהא הכתובה כבר הפסידה ואין מרויח בזה שכופין על הגט דנפטר מחיוב כתובה כדי שעי"ז נחשב תלוי' וזבין וא"כ מקלקלת א"ע אפי' אי יתן לה גט דחשוב גט מעושה שלא כדין וא"כ דמי לגרשתני דאיכ' שני חזקות חזקה דאין אשה מעיזה וחזקה דלא תקלקלה א"ע וע"כ נאמנת משא"כ הירושלמי לשיטתו דסובר דלא בעינן ראוי לביאה וא"כ אפי' לפי דברי' חשיב' נשואה ויש לה כתובה אך עי"ז שכופין ליתן גט נפטר מכתובה דל"ש מדרש כתובה כמו בגרשתני דהא הוא צועק אין אני מבקש לגרשה כדי שלא תהא רשאי להנשא לאחר ולא אהי' מוכרח ליתן כתובה והוא אומר אין אני מבקש להבי' אותה לכלל מד"כ כי אין רצוני לגרשה והב"ד שכופין אותו אין בידם לכוף על הממון. ועי' בס' ב"א. וא"כ מרויח בזה שכופין דנפטר מחיוב כתובה חשוב שפיר תלוי' וזבין וא"כ לא מקלקלת א"ע וליכא רק חזקה דאין אשה מעיזה וע"כ אינה נאמנת אפי' באומרת אינו יכול ושפיר פי' הירושלמי דשמים הוא דא"י ומ"מ אינה נאמנת ולא דמי לגרשתני דאיכא שני חזקות:

ובזה דירושלמי סובר דלא בעינן חופה ראוי' לביאה ניחא הא דירושלמי סובר ועי' בקידושין פ' ג' דכהן שגירש על תנאי הגם דתנאי לא נתקיים מ"מ אסורה לכהן דלא כש"ס דידן דאפי' בע"מ לא נפסלה לכהונה. ועי' בתשובות הרא"ש ועי' במרדכי דהוכיח מהא

דכל היוצא למלחמת בית דוד דגט כריתות כותב לאשתו והגם דבודאי גם כהני' היו שם אך לפי מה דאית' בגיטין ד' פ"ג דבר אחר הרי שהי' זה שנאסרה עליו כהן ומת המגרש לא נמצא אלמנה אצלו וגרושה אצל כל אדם וקו"ח ומה גרושה שהי' קל אסור משום צד גירושין שבה א"א חמורה לא כש"כ ובמאי אי בע"מ הרי גרושה אצלו בזנות וכו' והקשה במרי"ט דאיך אפשר לאוקמ' בע"מ א"כ גם לכהן שרי אחר מות בעלה דיכולה לינשא בחופה לב"ד דליכא איסור וא"כ בטל הגט דכיון דנתבטל התנאי והרי הי' אלמנה וע"כ הוכיח מזה דאפי' בלא נתקיים התנאי אסורה לכהן אך אי אמרינן דחופה שאינה ראוי' לביאה ל"ח נשואה א"כ אין ראי' דלעולם בלא נתקיים התנאי מותרת לכהן והכא בחופה לחוד לא עברה על התנאי דאמר שלא תנשאי כי חשוב חופה שאינה ראוי' לביאה וע"כ הגם שתנשא לו לא עברה על התנאי ולעולם דמותרת לכהן בלא נתקיים התנאי משא"כ הירושלמי לשיטתו דסובר דלא בעינן חופה ראוי' לביאה וע"כ בזה שתנשא לו בחופה לבד לא נתקיים התנאי דאמר שלא תנשא וא"כ תקשה הא יכולה לינשא בחופה לבד דליכא איסור ולא נתקיים התנאי ומותרת לכהן אלא ודאי דאסורה לכהן הגם דלא נתקיים התנאי:

גם יש לומר לפי מה דאית' בס' יש"י מי שגירש את אשתו לפי שבאו עדים שזינתה ואח"ז נתברר שאין ממש בעדותם אי נימא דהגט בטל דחשוב גט בטעות או דנימא כיון שלא הי' תנאי מפורש כדין התנאים לא בטל הגט והנה בהך דמוצי' את אשתו משום שם רע דלא יחזיר וכתבו בתוס' דחשש לעז בעלמא איכא ולא שיהי' הגט משום זה כיון דלא כפל לתנאי ולפ"ז ה"ה הכא נהי דשקר הוא דאינו יכול מ"מ הגט לא נתבטל כיון דלא כפל דמגרשה רק בשביל זה ובאם הוא שקר הגט בטל. אך לפי מה דמסיק הגמ' בשבועות דבאיסור גרידא לא בעינן ת"כ והא דבסוטה בעינן ת"כ משום דהוי איסורא דאית ביה ממונא משום הכתובה. ולפ"ז ניחא דש"ס דידן דסובר דבעינן ראוי לביאה וא"כ לפי דברי' דאינו יכול אינה אלא ארוסה וליכא כתובה וממילא לא בעינן ת"כ והגט בטל הגם דלא כפל וא"כ מקלקלת א"ע וע"כ כיון דידע הבעל איכ' שני חזקות הנ"ל וע"כ נאמנת משא"כ לשיטת הירושלמי דל"ב ראוי' לביאה חשוב' נשואה ואיכ' כתובה ובעי ת"כ וא"כ לא מקלקלת א"ע וליכא רק חזקה דאין אשה מעיזה וע"כ סובר דאינה נאמנת וגם דהא תנאי לשעבר הוא וחשוב מעכשיו דלא בעי ת"כ. ועי' במש"ל. וא"כ הגט בטל איכ' גם חזקה דלא מקלקלה א"ע משא"כ הירושלמי לשיטתו דסובר דבמעכשיו בעינן ת"כ ועי' בר"ן בגטין ליכא הך חזקה וליכא רק חזקה דאינה מעיזה וע"כ סובר דפי' שמים אינו יכול ואפ"ה אינה נאמנת ודוק:

מודעא אזביני

עי' בב"ת ד' מ' דאמרי נהרדעי כל מודעא דלא כתיב בה אנן ידעינן בי' באונסא דפלניא לאו מודעא הי' מודעא דמאי אי דגיטא ודמתנתא גלוי מילתא בעלמא הוי ואי דזביני והאמר רבא לא כתבינן מודעא אזביני ומשני מודי רבא היכא דאנוס וכמעשה דפרדיסא וכו' ועי' שם דרבה ור"י דאמרי תרווייהו לא כתבינן מודעא אלא אמאן דלא ציית דינא. ועי' בתוס' שם ד"ה אמאי וכו' תימא מודעא דמאי אי דגיטין גלוי מילתא ואי דזבינן והא אמר רבא לא כתבינן מודעא אזביני:

ועי' ב"ק ד' ס"ב דפריך מה בין גזלן לחמסן א"ל חמסן יהיב דמי ופריך יהיב דמי חמסן קרי' ליה והאמר ר"ה תלוי' וזבין זביני' זביני לא קשי' הא דאמר רוצה אני וכו' והרמב"ם לא הביאו דבעינן דוקא רוצה אני ותמהו עליו גם הקשה בלח"מ על מ"מ דסובר דאע"פ שיעשה איסור מ"מ מהני המכירה דא"כ מה פריך אי ביהיב דמי חמסן קרי' ליה והאמר ר"ה דזביני' זביני מה בכך דעביד איסור מ"מ מועיל המכירה. והנה בחידושי הרי"מ כתב דקושי' הגמ' דאי חמסן קרית ליה הא לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע ואחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן ומהראוי לומר דאילו ידע דעביד איסור בודאי לא עביד ואמאי זביני' זביני ומשני דאמר רוצה אני ואז ליכא איסור כלל וע"ש. ולפ"ז יש לומר דזה אי אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד על השבועה וקשה דאיך ישבע שבועה דאינו ברשותו וע"כ משום דל"ת לאינשי בלא דמי משמע להו משא"כ לדידן דלא אמרינן מיגו דחשיד וכו' אז יש לומר דמשמע לאינשי דל"ת הוא אפי' ביהיב דמי ולא קשה קושי' הגמ' וע"כ לא הביאו דאמר רוצה אני:

וניחא בזה מה שהקשו אמאי קאמר דרב ביבי פליג על ר"ה הא יש לומר דרב ביבי איירי בלא אמר רוצה אני אך ר' ביבי קאמר קרקע אין לו מעות יש לו ופי' הרשב"ם ד"ה דקנסינן ליה לאבד המעות וא"כ רב ביבי איירי דאיכא איסור ל"ת דאל"כ ל"ש קנס דהא לפי דעתו לא עביד איסור כלל וא"כ לא בעינן רוצה אני דל"ש דאילו ידע לא עביד איסור. גם נראה הא דלא הביאו דבעינן רוצה אני דהנה הא דבעינן רוצה אני הוא משום דעיקר הטעם דזביני' זביני הגם דיוכל להיות דבלבו לא ניחא ליה משום דחשוב דברים שבלב ואינו דברים ומוכח לא הוי דלא ניחא כיון דיהיב דמי וע"כ בעינן שיאמר רוצה אני ולא מועיל דברי' שבלב לסתור מה שהוציא מפיו. ולכאורה קשה דאמאי לא אמרינן דאגב אונס' וזוזי דשקיל גמר ומקנה גם בלבו ולא בעינן רוצה אני. אך לפי מה שכתבו על הא דסתם גניבה או גזילה יאוש בעלים דאי הבעלים אמרו ברי שלא נתייאשו לר"ה דסובר דברי ושמא ברי עדיף מהימני דכיון דברי מועיל לנגד חזקת ממון כש"כ דמועיל ברי לנגד הך

סתמא דנתייאשו הגם דשמא טוב הוא דלא הו"ל למידע מ"מ כיון דבא ע"י פשיעתו שגזל או גנב לא חשוב שמא טוב משא"כ לנגד הלוקח שקנה מגנב לא מהני ברי שלא נתייאש דחשוב שמא טוב שלא בא ע"י פשיעתו וה"ה לנגד הך סתמא דגמר ומקנה מועיל ברי שלו שלא נתרצה בלבו למ"ד בו"ש ברי עדיף והשתא לא טוב דבא ע"י פשיעתו דאנס אותו למסור לו וע"כ הא דזביני' זביני משום דנהי דלא נתרצה בלבו הוי דברים שבלב ולא מועיל לסתור מה שהוציא מפיו וע"כ בעינן רוצה אני וזה לר"ה לשיטתו דסובר דבו"ש ברי עדיף וע"כ מסיק הגמ' לדידי' דבעינן רוצה אני משא"כ לדידן דבו"ש לא מהני לנגד חזקת ממון ה"ה דלא מועיל ברי שלא נתרצה בלבו לנגד הך סתמא דבודאי גמר ומקנה גם בלבו וממילא לא בעינן רוצה אני דכיון דאמרינן דנתרצה גם בלבו:

וניחא גם קושי' לח"מ הנ"ל דכיון דלס"ד דר"ה לא איירי באמר רוצה אני ע"כ הא דזביני' זביני משום דגמר ומקנה גם בלבו וע"כ פריך אי ביהיב דמי חמסן קרית ליה ועביד איסור א"כ לא חשוב שמא טוב דבא ע"י פשיעתו א"כ מועיל הברי של הבעלים לר"ה לשיטתו שלא נתרצה אלא ודאי דלא עביד איסור וחשוב שמא טוב וע"ז משני דאמר רוצה אני ומהני משום דחשוב דברים שבלב משא"כ לדידן. וניחא הא דפריך הגמ' מלקח מסיקריקון דמקחו בטל דילמא איירי בלא אמר רוצה אני אך התם לנגד לוקח דלא עביד איסור והשמא טוב לא בעינן רוצה אני אפי' לר"ה דסובר דבו"ש ברי עדיף דלא מהני ברי שלו שלא נתרצה נגד הך סתמא דנתרצה היכי דשמא טוב ולא בעינן רוצה אני גם לר"ה ולפי מה דסוברים דברוצה אני לא עביד איסור יש לומר דהכי משני דאמר רוצה אני ואז השמא טוב ולא מועיל הברי ולא הוי הטעם משום דברוצה אני חשוב דברי' שבלב. גם נראה דהא בתוס' הנ"ל הקשו דאמאי לא מקשו על הא דסוברים דלא כתבינן מודעא אלא אמאן דלא ציית דינא הא רבא סובר דלא כתבינן מודעא אזביני. ולכאורה נראה לפי מה שפי' הרשב"ם דמש"ה לא כתבינן משום דבשדה זו ל"צ למודעא ובשדה סתם הא זביני' זביני ותמהו נהי דזביני' זביני מ"מ אמאי לא מהני מודעא לבטל המקח. ועי' בס' יש"י דכתב דכיון דהא דזביני' זביני משום דמסתמא גמר ומקנה אגב אונס וזוזי וכיון דהא דמוסר מודעא מועיל הגם דחשוב מפי כתבו ועי' בתוס' דכתבו דהוא משום תקנת חכמים להציל אנוס מיד אונסו וכיון דמסתמא גמר ומקנה א"כ ל"ש דימסור מודעא ולא תקנו חכמים וע"כ לא כתבינן משום מפיהם ולא מ"כ זה טעמא של רבא. והנה הראשונים כתבו דמש"ה חשוב מפי כתבם ולא אמרינן דחשוב שליחות ול"ח מפ"כ אך כיון דצריכין שידעו עדים באונסו חשוב מפ"כ דחשוב עדות דידעו באונסו. ועי' בקצה"ח סי' ר"ה דכתב וז"ל משום דהתינח הא דכתבו העדים שמסר מודעא שייך בו לשון שליחות והו"ל

מפי כתבו וכאלו הוא עצמו כותב שאינו רוצה בקיום המקח אבל הא דכתבו במודעא והכרנו באונסו בזה לשון שליחות לא מהני מידי דהוא עצמו אינו נאמן בכך ובע"כ צ"ל לומר דבמודעא הקילו כדי להציל הנאנס וכיון דל"ש לא תקנו חכמים וע"כ לא פריך רק על נהרדעי דסוברים דבעינן שיכתוב ידעינן באונס' וזה אינו שליחות ולא מהני מפ"כ רק מת"ח ועל ל"ש לא תקנו משא"כ למ"ד דלא ידעינן מזה דבעינן דידעו באונסו ויש לומר דהוא מתורת שליחות ולא תח"כ ושפיר כתבינן מודעא על זביני'. וגם נראה דלכאורה קשה מה פריך אי דגיטא גילוי מילתא בעלמא דודאי נאנס לפי מה דאית' בתשובות דהיכי דמסר מודעא בכתב על הגט מאותן שכופין להוציא לא מהני מודעא דכיון דרב מנגיד על מאן דמסר מודעא על הגט באלו שכופין להוציא וכיון דהא דמועיל מודעא בכתב הוא רק תקנת חכמים במקום איסור לא עשו תקנה וא"כ אפי' בגט בעינן שידעו באונסו דשמא אנוס מאלו שכופין להוציא ולא מועיל המודעא וע"כ צריכין שידעו איזה אונס הוא דאי לא נהי דבודאי הוא אנוס מ"מ שמא מאותן שכופין להוציא ולא מהני מודעא אך על נהרדעי שפיר מקשה דהם סוברים דלא מנגדינן על זה. ועי' בקידושין פ' א' וא"כ מועיל מודעא גם מאלו שכופין להוציא משא"כ לעיל לא מקשה דיש לומר דקאי על הגט ולא קשה גילוי מילתא בעלמא דהא לדידן דמנגדינן על מסר מודעא על הגט בעינן שידעו העדים אפי' בגט אולי הוא מאותן שכופין להוציא:

גם נראה דטעמא של רבא דלהסוברים דעדות בכתב לא מועיל הזמה לחייבם דכיון דהזמה חידוש הוא אין לך אלא בהעידו בע"פ ולא מפ"כ וכיון דסתמא אמרינן דגמר ומקנה א"כ חשוב דין מרומה ובדין מרומה בעינן עדות שיכול להזימו ובכתב ליכא הזמה זה טעמא של רבא. אך לפי מה דסובר הריב"ש דגם שטר חשוב יכול להזימו כיון דע"י הזמה נפסלין לעדות אחרת בזה מתקיים עונש הזמה. ועי' בתומי' סי' ל"ח. וא"כ ה"ה הכא חשוב יכול להזימו ואמאי לא כתבינן אך לפי מה דאית' בס' יש"י דזה דוקא היכי דהעדות לא הי' לפוסלו רק לחייבו ממון אז אמרינן דכיון דנפסלו אי הוזמו חשוב יכול להזימה הגם דלא משלמו סגי בעונש זה דנפסלו משא"כ היכי דהעידו על שני דברים לחייבו ולפוסלו בזה הגם דאי הוזמו נפסלו לא חשוב יכול להזימו דהרי בזה דנפסלו מתקיים הזמה על מה שהעידו לפוסלו וע"ז שרצו לחייבו לא קיבלו שום עונש ולפ"ז בלא אמר רוצה אני דאיכ' איסור ל"ת א"כ העידו על שני דברים לפוסלו לעדות ולחייבו שהמקח יהי' בטל ע"י המודעא א"כ לא סגי בזה שקיבלו עונש דנפסלו אי הוזמו ואכתי חשוב שא"א יכול להזימו והכא חשוב דין מרומה ובעינן עדות שיכול להזימו ולפ"ז באמר רוצה אני דאז לא באו לפוסלו רק לחייבו וסגי בעונש דאי יוזמו נפסלו וחשוב יכול

להזימו וכתבינן מודעא על זביני גם לרבא. והנה הראשונים הוכיחו מדקאמרי נהרדעי דכל מודעא דלא כתוב ידענא באונסו לאו מודעא ולא קאמרי דלא כתבינן בלא ידעו באונסו אלא ודאי דכתבינן הגם דלא ידעו רק דלאו מודעא הוא עד שהעידו עדים דהוא אנוס ואז המכירה. ועי' בחמ"ש סי' ר"ה. ובס' שער המשפט הקשה דהא הוי חצי דבר דעדי מודעא לבדו לא מהני דלא ידעו באונסו ועדי' שהעידו על האונס לא מהני בלא עדי מודעא דהא תלי' וזבין הוה זביני וא"כ חשוב חצי דבר ותירץ דכיון דעדים שהעידו שנאנס עכ"פ מועיל לפוסלו דחמסן פסול לעדות וע"כ ל"ח ח"ד ודמי להא דאית' ב"ק בעידי קידושין ועדי ביאה דגם דעדי ביאה צריכין לעדי קידושין אך כיון דעדי קידושין ל"צ לעדי ביאה ל"ח ח"ד וה"ה הכא הגם דעדי מודעא צריכין לעדים שידעו באונסו אך כיון דעדי' שהעידו על האונס מועיל לפוסלו ל"ח ח"ד. ולפ"ז באמר רוצה אני דאינו נפסל חשוב בכה"ג ח"ד:

ובזה ניחא קושי' תוס' הנ"ל דלעיל לא קשה הא אמר רבא לא כתבינן מודעא על זביני דיש לומר דאיירי באמר רוצה אני דאז לא העידו על שני דברים וע"כ הגם דחשוב דין מרומה דכיון דמסתמא גמר ומקנה ובעי יכול להזימו ובעדות בכתב ליכא הזמה אך כיון דאמר רוצה אני א"כ לא העידו לפוסלו וסגי בעונש דנפסלו אי יוזמו ולא מקשה רק על נהרדעי דאיירי ע"כ בלא אמר רוצה אני דאי ברוצה אני חשוב חצי דבר ולא מצרפינן עדי מודעא עם עדי' שידעו באונסו ואמאי לא קאמרי דלא כתבינן בלא ידעו באונס אלא ודאי דאיירי בלא אמר רוצה אני וא"כ העידו לפוסלו ג"כ וא"כ חשוב עדות שא"א יכול להזימו דאז לא סגי בעונש דנפסלו וא"כ קשה והא אמר רבא דלא כתבינן מודעא על זביני וניחא הא דלא קיי"ל כרבא דרבא לשיטתו דסובר דמכאן ולהבא הוא נפסל משום דהזמה חידוש הוא וע"כ בעדות ע"פ כתב ליכא הזמה וע"כ סובר דלא כתבינן משא"כ לדידן דקיי"ל כאביי דלמפרע נפסל ולא סובר דחידוש הוא ואיכא הזמה וממילא כתבינן מודעא על זביני. ולפי מה שכתבתי לעיל דמש"ה לא כתבינן משום דאינו רק תקנת חכמים דהא הוי מפ"כ ושליחות ל"ש דהא בעינן שידעו באונסו ניחא הא בגט כתבינן אפי' לרבא דכיון דבגט לא בעינן שידעו באונסו ויש לומר דהוא מתורת שליחות ול"ש דלא תקנו חכמים במילתא דל"ש וע"כ כתבינן בגט אפי' לרבא:

והנה לפי מה שכתבתי ניחא הרמב"ם דכתב דמש"ה מועיל בגט משום דמצוה לשמוע דברי חכמים והקשו עליו דטעם זה לא אמרינן רק אי לא אמרינן כר"ה דתלוי' וזבין הוי זביני וקשה קושי' הגמ' מגיטי נשים וע"ז משני משום דמצוה לשמוע דברי חכמים ע"כ גמר ומקנה יותר משא"כ לדידן דקיי"ל כר"ה דזביני' זביני ה"ה בגט מהני משום דדמי

לתלוי' וזבין ולא משום דמצוה לשמוע דברי חכמים וע"כ נראה דהא בלא"ה הקשו על הרמב"ם דמחלק בין הוחזק גזלן על שדה זו והלוקח קנה אח"כ מבעלה ובין חמסן דמהני משום דהי' לו למסור מודעא ומדלא מסר מודעא גמר והקנה וזה ל"ש בהוחזק גזלן על השדה והקשו עליו דא"כ ל"צ הגמ' לומר דר"נ לא סובר דר"ה הא יש לחלק דר"ה דאיירי בחמסן ומש"ה זביני' זביני משום דהי' לו למסור מודעא משא"כ התם בדר"נ דאיירי בהוחזק גזלן על שדה זו דל"ש זה וע"כ נראה דלכאורה יש לומר דהי' לו למסור מודעא דילמא לא ידעו באונסו. אך באמת קיי"ל דכתבינן הגם דלא ידעו באונסו אך יברר אח"כ דהי' אונס בזה ואין לומר דחשוב ח"ד אך משום דעדי האונס ל"צ עדי מודעא לפוסלו עכ"פ דהא קיי"ל דלא בעינן רוצה אני וא"כ מועילי' לפוסלו משא"כ על ר"ה דסובר דבו"ש ברי עדיף ואמרנו דלדידי' לא מהני בלא אמר רוצה אני דהא לא מועיל ברי שלא נתרצה נגד הך סתמא דגמר ומקנה אך לדידי' עיקר הטעם משום דחשוב דברי' שבלב וא"כ בעינן רוצה אני ואז הוי ח"ד דלא מועיל העדים על האונס לפוסלו וא"כ איו ראי' מדלא מסר מודעא שנתרצה וע"כ קאמר דר"נ לא סובר לדר"ה משא"כ אליבא דאמת לא פליגי וחמסן שאני דהי' למסור מודעא דכיון דל"ב רוצה אני ל"ח דבר והי' יכול למסור מודעא הגם דלא ידעו באונס ויבאו אח"כ עדים שיעידו שהי' אנוס בזה. ובזה ניחא הרמב"ם הנ"ל דלכאורה יש לומר דאפי' אי תלוי' וזבין זביני' זביני מ"מ בגט לא מהני דכיון דרב מנגיד מאן דמסר מודעא על גט א"כ ל"ש דהי' לו למסור מודעא משא"כ בתלוי' וזבין מדלא מסר מודעא גמר והקנה אך לר"ה דבעינן שיאמר רוצה אני וא"כ גם התם ל"ש דהי' לימסור מודעא דשמא לא ידעו באונסו ואפ"ה מהני וע"כ ה"ה בגט משא"כ לדידן דל"ב רוצה אני וא"כ אפי' אי זביני' זביני יש לומר משום דהי' למסור מודעא משא"כ בגט דרב מנגיד על זה וע"כ הוצרך הרמב"ם לומר משום דמצוה לשמוע דברי חכמים הגם דפסק כר"ה:

אך יותר נראה לתרץ קושי' תוס' וגם הרמב"ם וגם קושי' לח"מ לפי מה דאיתא ברשב"א דהא דדברי' שבלב אינן דברים זה דוקא שהדברי' שבלב באו לסתור מה שנעשה בפועל כגון היכי שהלוקח כבר זכה בנכסים ועתה המוכר בא לבטל המעשה ע"י דברים שבלב בזה אמרינן שפיר דלא מהני דברים שבלב לבטל המעשה שכבר גמר. ולפ"ז יש לומר דקושי' הגמ' הי' אי ביהיב דמי חמסן הוי וא"כ אכתי לא נגמר מעשה מכירה דכיון דל"ת לאינשי בלא דמי משמע יכול לומר דאילו ידע דעביד איסור לא קנה וא"כ אכתי לא נגמר המכירה ומהני גם דברים שבלב ובלבו הא לא ניחא ליה ואמאי הוי זביני אלא ודאי דלא עביד איסור וא"כ נגמר מעשה המכירה וע"כ לא מהני דברי' שבלב וע"ז משני דאמר

רוצה דאז לא עביד איסור וא"כ הלוקח לא יכול לבטל הקנין וע"כ לא מועיל דבריו שבלב וניחא קושי' לח"מ הנ"ל ולפ"ז לא קשה דילמא איירי בלא אמר רוצה אני ומנ"ל דפליג על ר"ה דהא עיקר הטעם דבעינן רוצה אני משום דהלוקח יכול לבטל הקנין דלא ידע דאיכ' איסור דל"ת בלא דמי משמע דהא רב ביבי איירי בגזלן והוי כוונתו תחלה לגזול לגמרי א"כ ל"ש זה וע"כ אפי' בלא אמר רוצה מהראוי דזביני' זביני לר"ה בלא רוצה אני דכבר נגמר ולא מהני דברים שבלב ולפ"ז כיון שאמרנו דנהרדעי ע"כ איירי בלא אמר רוצה אני דאל"כ הוי ח"ד ואמאי לא קאמרו דלא כתבינן בלא ידעו באונסו וא"כ אמאי מועיל המכירה הא ל"ח דברים שבלב דאכתי יכול הלוקח לבטל הקנין דאילו ידע דעביד איסור לא הי' עושה וע"כ הא דזביני' זביני דאנן סהדי דאגב אונסו וזוזי נתרצה גם בלב א"כ ממילא לא מהני מודעא דמודעא לא מהני רק אי הטעם משום דחשוב דברי' שבלב כגון ברוצה אני דאז יש לומר דמש"ה הוי זביני משום דחשוב דברים שבלב דכבר נגמר הקנין וע"כ כיון דמסר מודעא א"כ ל"ח דברים שבלב דהא הוציא בפי' שלא נתרצה ותו ל"ח דברים שבלב. ועי' בס' יש"י. משא"כ בלא אמר רוצה דאז ע"כ הא דזביני' זביני דאנן סהדי דגמר ומקנה גם בלב א"כ מה מועיל המודעא וע"כ מקשה שפיר דלא כתבינן מודעא על זביני' משא"כ לעיל דאמרו דלא כתבינן אלא אמאן דלא ציית דינא יש לומר דאיירי ברוצה אני ואז הא דהוי זביני משום דחשוב דברים שבלב אז מועיל מודעא גם אזביני וניחא קושי' תוס' וניחא הא דבגט לכ"ע כתבינן דהא בגט דכבר נגמר דהתם ל"ש לבטל דאילו ידע דעביד איסור ומועיל משום דברים שבלב ל"ח דברים וע"כ מהני מודעא:

והנה שיטת הרמב"ם דאפי' שלא כדין הגט כשר מהתורה ותמהו עליו דבהדי' אית' בגמ' פ' המגרש דאמר ר"נ דע"י עכו"ם שלא כדין אפי' ריח הגט אין בו ואמאי אי אפי' שלא כדין בישראל כשר מהתורה אמאי ע"י עכו"ם אפי' ריח הגט אין בו. ונראה דהנה בתוס' בב"ת כתבו דמש"ה חשוב גט תלוי' וזבין משום דנפטר משאר כסות ודחי זה דא"כ אמאי לא מהני אפי' שלא כדין וע"כ כתבו דכל היכי שמחויב לעשות חשוב כמו מכר משא"כ שלא כדין חשוב מתנה וא"כ יש לומר דהרמב"ם סובר דאפי' שלא כדין דאינו מחויב לעשות חשוב מכר משום דנפטר משאר כסות וע"כ כשר מהתורה והא דפסול מדרבנן משום דעשה שלא כדין ולא עדיף מקידושין דהפקיעו הקידושין משום דעשה שלא כהוגן וא"כ לפ"ז ר"נ לשיטתו דרב ביבי מסיים משמי' דר"נ דקרקע אין לו דסובר דלא הוי זביני' וא"כ מה בכך דחשוב מכר משום דנפטר מש"כ הא לדידי' גם מכר לא מהני וע"כ הא דמהני בגט משום דמצוה לשמוע דזה עדיף ממכר כמו דדחה הגמ' וזה ל"ש שלא כדין וע"כ סובר דמה"ת לא הוי גט רק פוסל לכהונה וע"כ ע"י מכר אפי' ריח

הגט אין בו משא"כ לדידן דקיי"ל כר"ה יש לומר דאפי' שלא כדין כשר מהתורה דחשוב מכר הא דנפטר מש"כ ורק מדרבנן פסול דמ"מ עשה שלא כדין וע"כ פוסל לכהונה וע"כ אפי' ע"י עכו"ם חשיב ריח הגט:

ועי' בתשובות ת"ר דכתב דמש"ה הא דמחויב לעשות חשוב מכר משום דשיטת בעה"מ במצוה דרבנן אמרינן ליהנות נתנו וע"כ חשוב מכר. ולכאורה קשה הא דמקשה הגמ' ביבמות אי דאמר רוצה אני אפי' חליצה נמי ואי דלא אמר רוצה אני אפי' גט נמי לא וקשה דבשלמ' דרק חיוב דרבנן עליו לגרשה וא"כ ליהנות נתנו וחשוב כמו מכר משא"כ חליצה דחיוב דאוריית' לחלוץ ולא ליהנות נתנו ול"ח מכר וע"כ לא מהני רוצה אני:

והנה לכאורה יש לומר לפי מה דאית' במש"ל הלכות רבית בהלוה לו ע"מ שימחול חובו דל"ח רבית קצוצה דהרווחת חוב לא חשיב' הנאה. ועי' בתשובות הרשב"א שהוא בב"י לא"ע סי' קל"ד בהא דתלה וזבין דמחמת זוזי גמר ומקני אבל בניצול מהפסד ממון לא גמר ומקני דלא הוי כמו קבלת ממון ועי' בתשובת ברית אברהם ולפ"ז יש לומר דבזה שנפטר מחוב ש"כ ל"ח שקיל דמים ולא הוי כמו קבלת ממון. ובזה ניחא ג"כ להסוברים דשמים ביני לבינך הפי' דאינו יכול להירושלמי א"כ כיון דבעלה ידע איכא חזקה דאין אשה מעיזה ובסוגי' אית' משום דבעלה לא ידע הא אילו ידע מהימנא וע"כ נראה דהא ליכא חזקה דאין אשה מקלקלת א"ע כיון שיתן לה גט ולא דמי לגרשתני אך הגט אינו כלום דחשוב גט מעושה שלא כדין אך הא מרויח דנפטר מכתובה ע"י הכפי' זו וחשוב תלוה וזבין אך מה שנפטר מחוב ל"ח קבלת ממון דלא חשוב הנאה אך אי אמרינן דחשוב מוחזקת בהכתובה מחמת שטר הכתובה שיש לה דחשוב כגבה אכתי יש לומר דחשוב קבלת ממון והגט חשוב גט וליכא חזקה דלא מקלקלת א"ע. ולפ"ז הירושלמי לשיטתו דלא בעינן ראוי לביאה וחשבי' נשואה ויכולה לטרוף מלקוחות וחשוב כגבה א"כ מה שנפטר מכתובה חשוב קבלת דמי' ודמי לתלוי' וזבין ולא מקלקלת א"ע ולא דמי לגרשתני וע"כ סובר דאינה נאמנת הגם דבעלה ידע משא"כ הש"ס דידן דסובר דבעינן חופה ראוי' לביאה ואינה רק ארוסה ולא טרפה מלקוחות ול"ח כגבה ואינו רק מחילה וזה ל"ח קבלת דמים ומקלקלת א"ע דחשוב גט מעושה שלא כדין וע"כ אי בעלה ידע מהימנה דאיכ' תרי חזקות כמו גרשתני ודוק:

בו יתבאר אי מעות קונות

עי' ב"מ ד' מ"ח דר"י סובר דמהתורה מעות קונות ומשיכה היא תקנתא דרבנן שלא יאמר לו נשרפו חטיך בעלי' ור"ל סובר דמשיכה מפורשת מהתורה אמר רבא קרא ומתני' מסייע לר"ל וכו' עד מתני' נתנה לבלן מעל ואמר רב דוקא בלן דלא מחסרה משיכה אבל

מידי אחריתי דמחסרה משיכה לא מעל עד דמשך והתני' נתנה לספר מעל ומשני בספר נכרי דלאו בר משיכה וכן אמר ר"נ דמהתורה מעות קונות ואשכח דנתנה לסיטון מעל אלא קשי' לר"ל הא מני ר"ש היא. והנה הרמב"ם פסק כר"י ופסק דלא מעל עד דמשך ותמהו עליו דזה רק לר"ל לא מעל עד דמשך משא"כ לר"י דהא חזינן דרבא מייתי ראי' לר"ל מהא דלא מעל אלמא לר"י מעל מיד הגם דחכמים הפקיעו ק"כ מ"מ לענין מעילה אזלינן בתר דאורייתא ועי' בלח"מ:

ולכאורה נראה דהא דרבא מייתי ראי' לר"ל דאין לומר דאפי' לר"י לא מעל דכיון דחכמים עקרו קנין כסף וע"כ לא מעל אך הא חזינן דלא עקרו לגמרי דהא באם היתה עלי' של לוקח מושכרת ביד מוכר דאז יכול הלוקח להציל אז קנה בכסף וע"ש ד' מ"ט והעמידו על דין תורה דמעות קונות וא"כ ל"ש הפקר ב"ד הפקר ולא מעל עד דמשך אפי' לר"י דהא לא עקרו לגמרי. ועי' תוס' יבמות פ' האשה דכתבו כן דל"ש הפקר ב"ד וע"כ הא דלא מעל משום דמשיכה הוא קנין דאוריית'. והנה ברמב"ם איתא לפיכך אם היתה עלייתו מושכר למוכר לא תקנו חכמים משיכה שהרי המקח ברשות לוקח ומשנתן דמים נקנה המקח ופי' המ"מ מדכתב הרי המקח ברשות לוקח משום דקני ליה משום חצר דחצרו של אדם קונה לו אפי' הוא מושכר לאחר ובלח"מ תמה הא בסוגי' משמע דהטעם דכיון דהוא ברשות לוקח איהו טרח ומציל וכתב דהרמב"ם הי' לו גירסא בגמ' א"נ שמא תפול וכו' וא"כ איכ' תרי לישנא בגמ' דלישנא קמא ס"ל דהוא משום חצירו של אדם קונה לו וללישנא שני' הוא משום דליכא החשש' אוקמא על דין תורה דמעות קונות וע"ש. והנה אי שכירות קני' כתבו דתלי' דאי קנין פירות חשוב קה"ג אז שכירות קני' הגם דל"ח רק ק"פ דכל קנין שאינו עד עולם ל"ח רק ק"פ. ועי' בר"ן נדרים. ולפ"ז בעליה של לוקח מושכר למוכר חשוב חצר של מוכר ואי אפשר לומר דקנה בתורת חצר וע"כ דהקנין בכסף משום דליכא הך חשש' וא"כ לא עקרו לגמרי ק"כ ול"ש הפקר ב"ד ואמאי לא מעל עד דמשך וע"כ כר"י וזה הכל לר"י דסובר דק"פ חשוב קה"ג וא"כ לדידי' ע"כ הא דעלי' של לוקח מושכרת דקנה אינו בתורת חצר רק משום דל"ש שמא יאמר לו נשרפו וכו' ולא עקרו לגמרי וע"כ הא דלא מעל משום כר"ל דמשיכה מפורשת מהתורה משא"כ לדידן דלאו קה"ג ויש לומר דקני' לה משום חצר ולעולם דעקרו לגמרי ק"כ ויש לומר הפקר ב"ד וכו' וע"כ הגם דפסק כר"י מ"מ לא מעל עד דמשך דכיון דחכמים תקנו קנין משיכה גם יש לומר דאפי' אי שכירות קני' מ"מ לא מפקיע כח הבעלים לגמרי וחשוב חצר השותפין אך קיי"ל חצר השותפין אין קונין זה מזה ועי' במקנה דאי אמרינן ברירה אז אמרינן דקונין זה מזה וקיי"ל נהי דאין ברירה בדרבנן יש ברירה. וא"כ יש לומר

דלעולם דאפי' היכי דליכא חשש' הקנין משיכה והתם הקנין בתורת חצר הגם דמושכר למוכר ועכ"פ חשוב חצר השותפין אך מדאוריי' הקנין בכסף ומדרבנן יש ברירה וקני משום חצר אך ר"י סובר דאפי' בדרבנן אין ברירה ועי' בביצה וא"כ הקנין שם בכסף דכיון דליכא הגזירה וא"כ לא עקרו לגמרי ק"כ וע"כ הא דלא מעל משום כר"י ושפיר מייתי רבא ראי' משא"כ לדידן דבדרבנן יש ברירה ויש לומר דעקרו לגמרי ק"כ וע"כ הגם דפסק כר"י לא מעל עד דמשך:

ובזה יש לומר הא דמשני דהא מני ר"ש וקשה לשיטת הרמב"ם הגם דמעות קונות מהתורה מ"מ לא מעל עד דמשך אך ר"ש דסובר דגורם לממון כממון דמי לדידי' שכירות קני'. ועי' בע"ז פ' א' דפריך שכירות קני' משום חיוב אחריות חשוב שלו וא"כ ע"כ הא דעלי' של לוקח הנ"ל הוא דליכא החשש' וא"כ לא עקרו לגמרי ק"כ וע"כ מעל לר"ש משא"כ לדידן דשכירות לא קני' ויש לומר דהפקיעו לגמרי "כ והתם הוא בתורת חצר וע"כ לא מעל אפי' לר"י:

גם יש לומר דמש"ה לא מעל כיון דהפקיעו ק"כ אך ע"כ לא הפקיעו לגמרי דהא משום זה איכא מי שפרע דכיון דמה"ת מעות קונות אך הראשוני' הביאו ראי' דאפי' היכי דהקנין לא חל מהתורה מ"מ איכ' מי שפרע כמו לר"ל דמהתורה לא קני במעות אעפ"כ איכ' מ"ש והביאו ראי' מהא דאית' האי גברא דיהיב זוזי אנדוניא זל נדוניא ואית' שם דצריך לקבל מ"ש הגם שלא היה הנדוני' ברשותו ומה"ת לא חל הקנין וע"ש. אך לרב דסובר דאדם מקנה דשלב"ל וה"ה דבר שאינו ברשותו אין ראי' ויש לומר היכי דמהתורה לא חל הקנין ליכא מ"ש וע"כ קאמר שפיר רבא מדקאמר רב דלא מעל ע"כ כר"ל דלר"י אמאי לא מעל דהא ע"כ לא הפקיעו לגמרי ק"כ דהא משום זה איכ' מי שפרע משא"כ לדידן דע"כ איכא מ"ש הגם דליכא קנין מהתורה כמו דבר שאינו ברשותו ויש לומר דהפקיעו לגמרי ק"כ וע"כ לא מעל עד דמשך הגם דפסק כר"י:

ועי' תוס' ע"ז ד' ע"א דהקשו וז"ל ואלא מאי מעות קונות א"כ אימא סיפא אם משנתן מעות משך יוליך הנאה לים המלח ולמה לי משך כיון דמעות קונות אך דהא הקשו דאפי' אי אמרינן דאליבא דר"ל דבישראל מישראל משיכה קונה וא"כ ישראל מעכו"ם מעות קונה מ"מ מדרבנן לא יקנה במעות דהא מ"מ איכ' הגזירה שמא יאמר לו נשרפו דלא גרע מישראל מישראל לר"י דמהתורה מעות קונות ואעפ"כ חכמים תקנו משיכה משום שלא יאמר נשרפו וכו' ואמאי סובר ר"ל דישראל שנתן מעות על בהמתו אע"פ שלא משך דחייבות בבכורה אך יש לומר דמש"ה חייב בבכורה דכיון דמהתורה מעות קונות הגם דהפקיעו חכמים ק"כ לא מועיל ליפטור מבכורה משא"כ התם בלוקח גרוטאות

מנכרי דפריך הגמ' דאמאי לא אמרינן דזה גופ' דמכרה חשוב ביטול דהא בצורף ישראל דברי הכל דחשוב ביטול ומשני דשאני התם דאדעתא דגרוטאות זבין אדעת' דע"ז לא זבין דלא ידע דיש ע"ז וזה רק ספק דשמא ידע העכו"ם דיש ע"ז וא"כ ביטלה ומה"ת ספק מותר דהא דס"ד לחומרא זה רק מדרבנן וע"כ כיון דהפקיעו חכמים ק"כ גם ישראל שקנה מנכרי וע"כ בעינן גם משיכה הא לא"ה ל"צ שיוליך הנאה לים המלח כיון דרק מדרבנן החמירו ע"כ אזלינן בתר רבנן דבעינן גם משיכה ובאמת קשה לי על הט"ז דפסק דע"ג של עובד כוכבים שבא לידי ישראל מדאוריית' מהני ביטול ולכאורה ראי' לזה מתוס' סוכה דהקשו דאפי' ע"ז של עכו"ם מדאגבהה קני' ונעשה ע"ז של ישראל ותירצו דאגבי' ע"מ שלא לקנותו וקשה אמאי לא אמרינן הואיל דאי בעי זכה אך לפי מה שכתבו דמש"ה אמרינן הואיל משום דקיי"ל אין ברירה וכיון דלט"ז מדאוריית' מועיל ביטול הא בדרבנן קיי"ל דיש ברירה וממילא לא אמרינן הואיל אך קשה עליו דאמאי יוליך הנאה לים המלח הא יכול לבטל ומדאוריית' מהני הביטול וכיון דיש ס' שמא ידע הנכרי דיש ע"ז וחשוב ביטל המכירה חשוב ס' דרבנן ולקולא ואפשר דבידי' לא עבדינן ס' דרבנן. אך נראה דמש"ה ישראל שקנה מנכרי לא הפקיעו ק"כ מחשש' דשמא יאמר לו נשרפו דהא בתוס' הקשו דאי כסף לא קנה יאמר המוכר נשרפו המעות ותירצו דהא לכל הפחות הוא ש"ח על המעות וכספי' אין להם שמירה אלא בקרקע וא"כ כיון דבעכו"ם אין דין שמירה הא ישראל מכותי וכותי מישראל א"כ לא הפקיעו ק"כ דשמא יאמר לו נשרפו דא"כ יאמר נשרפו המעות ול"ש דלכל הפחות הוא ש"ח דאין דין שמירה בנכרי וע"כ הניחו על דין תורה:

ובזה ניחא בקושי' קצה"ח על הסוברים דכל היכי דלא מועיל הקנין לא מועיל תנאי שיחשב קנין. ועי' בש"ך סי' קצ"ח. והקשה מהא דמשני הגמ' בבכורות שקיבל עליו לדון בדינ"י וע"כ בעינן משך אלמא דמהני תנאי. אך יש לומר דקיבל עליו בדיני שומרים שיהי' לו דין שומר דזה מהני כמו בכל דברי' שאין בהם דין שמירה קיי"ל דמועיל קיבל עליו ועי' בריש פסחים דמשני הא דקיבל אחריות הגם דאין דין שמירה בעכו"ם מהני קיבל עליו. ועי' בחק יעקב וא"כ לא יכול לומר דנשרפו המעות דהוא שומר על המעות ואיכ' הך גזירה שמא יאמר לו נשרפו החפץ אי מעות קונה וע"כ בעינן משך ופריך שפיר דא"כ ברישא אמאי לא קני' במשיכה כיון דהפקיעו ק"כ והוי הקנין משיכה וניחא דאמאי לא משני הגמ' בע"ז על קושי' הגמ' מרישא דאמאי עד שלא נתן משך יחזיר דאיירי שקיבל עליו לדון בדיני ישראל וע"כ לא מהני קנין משיכה רק ק"כ ועי' בתוס' דלית' דמידי דלא הוי קנין לא מועיל תנאה משא"כ התם בבכורות דעיקר קושי' הגמ' משך למה לי דסגי

בכסף לחוד ואין לומר דהפקיעו חכמים ק"כ שלא יאמר לו נשרפו דא"כ יאמר נשרפו המעות ע"ז משני דקיבל עליו להיות שומר וע"ז מהני תנאי וממילא הפקיעו ק"כ ובעינן משך שלא יאמר לו נשרפו וכו' ודוק:

והנה הקנין עכו"ם מישראל. עי' בתוס' ע"ז ד' הנ"ל דהקשו על הא דמשני דכייל ורמי למנא דנכרי ולעולם דמשיכה הקנין בכותי והקשו דא"כ מעות לא קנה א"כ מה הי' מועיל המעות שהיו נותני' מתחלה מ"מ הוי יי"נ ברשות ישראל ומזה הוכיחו דנכרי קני או במשיכה או במעות משום דלפי האמת דגזל עכו"ם אסור איצטריך לעמיתך למעט נכרי מאונאה ואי אתה מחזיר לכותי. ולכאורה נראה דאפי' אי כסף לא קני מהתורה בנכרי מ"מ נהגו בין הכותים לקנות בכסף וא"כ לא גרע מקנין שנהגו הסוחרים לקנות דמהני וה"ה ק"כ עכ"פ נהגו לקנות בו אך לענין איסור לא מועיל מנהג הסוחרים. ועי' במג"א ס' תמ"ח ובמ"ח ובתשובות דהסכימו דלאיסור דרבנן מועיל גם מנהג שנהגו הסוחרי' וא"כ לפי מה דמסיק הגמ' דעיקר האיסור משום עכבת יין אפומי' דכוזנת' וכו' והקשו בתוס' ליבטל ההי' פורת' בס' ותירצו דמב"מ לא בטל לרב ובריטב"א אית' דהא דלא בטל מב"מ לרב זה רק מדרבנן מדלא קאמרו רו"ש הלכה כר"י ע"כ לדידהו רק מדרבנן וממילא לנגד איסור דרבנן מועיל הק"כ שנהגו לקנות בכסף וניח' קושי' תוס':

אך קשה הא דפריך הגמ' בפסחים ד' ל"א למ"ד התם דעובר בישראל שהלוה לנכרי משום דלמפרע גובה התם אינו עובר בנכרי שהלוה לישראל וקשה הא ק"כ לא מועיל בעכו"ם וא"כ מה מועיל הא דלמפרע גובה. ועי' בצל"ח וצריכין לומר דקני משום המנהג דנהגו לקנות בכסף וזה שייך לחומר' משא"כ לקולא וע"כ דברי הכל עובר. אך יש לומר דכיון דחמץ שעבר עליו הפסח האיסור רק מדרבנן מועיל גם מנהג הסוחרי'. אך קשה דהא הס' נולד בדאוריית' אי עובר על ב"י או לא משום דלמפרע גובה ואז לא מהני קנין הסוחרים. אך יש לומר דבתוך הפסח בלא"ה עובר אפי' אי הי' קנין דאוריית' ויש לומר למפרע גובה מ"מ עבר משום דהי' על אחריות ישראל והס' נולד רק לאחר פסח ואז האיסור דרבנן ומהני מנהג הסוחרי' ושפיר פריך הגמ' אמאי לד"ה עובר. ובזה לא קשה קושי' פ"י מה פריך על רבא דסובר דמכאן ולהבא גובה אמאי שרי לאחר הפסח לוקמא באפותיקי מפורש דאז לכ"ע למפרע גובה אך אז תקשה במה קני דהאי כסף לא קנה בנכרי ואין לומר מצד המנהג קני' דהא הספק נולד בדאורייתא ואין לומר דהא בלא"ה עובר בפסח משום אחריות הא באפותיקי ליכא עליו אחריות. וגם לפי מה דאית' ברמב"ן דע"כ איירי בשיעבד לו מטלטלין אגב קרקע דאל"ה הא במטלטלין לא אמרינן למיפרע

גובה והקשה ג"כ הא קנין אגב רק מדרבנן וס' נולד בדאוריית' וצריכין לומר ג"כ דעובר על ב"י משום אחריות וא"כ ע"כ לא איירי באפותיקי דאז ליכא אחריות:

והנה לפי מה שהוכיח דאפי' אי אמרינן דישראל מכותי קנה הן במשיכה הן בכסף מ"מ עכו"ם מישראל לא קני בכסף לחוד דלא עדיף מישראל בישראל דהפקיעו ק"כ ולפ"ז לא קשה ג"כ קושי' פ"י הנ"ל דהא קשה דאמאי לאביי ניחא הגם כי אמרינן דמהתורה בכותי הק"כ מ"מ הא דרבנן הפקיעו ק"כ וצריכין לומר דכיון דאיסור דרבנן הוא לאחר הפסח לא הפקיעו ואוקמ' על דאוריית' אך הא נולד בדאוריית' לענין ב"י וצריכין ג"כ לומר דהא בלא"ה עובר על ב"י משום אחריות וא"כ ע"כ לא איירי באפותיקי:

אך קשה הא דפריך הגמ' אי כסף קנה בישראל מנכרי אפי' לא משך נמי יוליך הנאה וקשה אפי' כי לא קנה עכ"פ משום המנהג קני בכסף ולחומרא ודאי אזלינן בתר המנהג אך יש לומר דכיון דספק הוא שמא ידע וחשיב ביטול והרמב"ם סובר דס' שרי מהתורה וע"כ לא החמירו במנהג הסוחרי' לבד:

והנה הא דהקשו דאיך פסקינן כר"י דהא רבא מייתי ראי' לר"ל ואין לומר דאיירי בבלן נכרי וע"כ קאמר רב דלא מעל עד דמשך דא"כ איך מייתי רבא ראי' לר"ל דהא יש לומר דאיירי בכותי וע"כ נראה (ונראה) דהא איצטריך אי גזל כותי אסור ולא שמעינן לעמיתך בכסף הא לכותי במשיכה אך לפי מה שכתבו דאפי' אי גזל כותי אסור מ"מ העשה והשיב את הגזילה ליכא בכותי. ועי' בשעה"מ. א"כ ל"צ לעמיתך. ולפי מה דסובר' דאי אמרינן כרבא דאי עביד לא מהני אז בגזל עכו"ם צריך להחזיר ולפ"ז רבא שפיר מייתי ראי' דאין לומר דאיירי בכותי דהא בעינן לעמיתך דאי אתה מחזיר לכותי דהא בגזל עכו"ם צריך להחזיר וא"כ אי בישראל מעות קונות ה"ה בנכרי וע"כ דהא דלא מעל משום דסובר כר"י משא"כ לדידן סוברים כאביי דאי עביד מהני ול"צ להחזיר גזל עכו"ם ול"צ עמיתך לאונאה וע"כ דבכותי משיכה קונה ויש לאוקמי הא דבלן בבלן נכרי ולעולם דבישראל הק"כ כר"י:

ובזה ניחא הא דכתבו בתוס' פ' א"נ דמש"ה לא אוקמ' בגזל ולעבור על שני לאוין משום דנל"ע והקשה במרש"א הא גם כובש"ש נל"ע אך לפי מה דאית' בס' יש"י דמשכחת ביטלו שנשבע שלא יחזיר הן לישראל הן לעכו"ם והשבועה חל בכולל אך דגם בעכו"ם מחויב להשיב וליכא כולל משא"כ בכובש ש"ש הגם דנל"ע משכחת ביטלו דנשבע שלא ישלם הן לישראל והן לכותי אך אי אמרינן דאפי' אי גזל עכו"ם אסור עשה והשיב ליכא בכותי א"כ גם בגזל משכחת ביטלו דנשבע ע"י כולל אך רבא לשיטתו דסובר דלא מהני וע"כ צריך לאוקמ' על כש"ש משא"כ לדידן וע"כ לא הביא שני לאוין בכובש ש"ש

דהא יש לאוקמ' בגזל ולעבור בשני לאוין הגם דצל"ע משכחת ביטלו שנשבע בכולל שלא יחזיר:

והנה מה שאמרנו דאליבא דר"י ליכא מי שפרע רק היכי דמהתורה הוי קנין וע"כ בדבר שאינו ברשותו ליכ' מ"ש הגם דלר"ל ע"כ איכא מ"ש אפי' היכי דליכא קנין כלל. ועי' בשמ"ק ובקצה"ח ועי' מס' ב"מ פ' א"נ דר' יוחנן סובר דאין פוסקין על שער שבעיירות דטעמא דפוסקין על שער בשוק משום דאמר ליה מאי אהנת לי הא חיטי בהיני והא חיטי בשילי וזה שייך בשער של כרכים שהשער שלהן נמשך וקיים זמן מרובה אבל בשער של עיירות לפי שעה השער משתנה והפוסקים פסקו כר"י והקשו עליו דהא רבא סובר ועי' ד' ס"ג דפוסקין על שער שבשוק. אך יש לומר דרבא לשיטתו דסובר כר"ל ולדידי' איכא מ"ש אפי' היכי דגם מהתורה ליכא קנין כמו דבר שאינו ברשותו דהא מעות לדידי' מהתורה אינו קנין ואפ"ה איכ' מ"ש וא"כ יש לומר דמש"ה פוסקין דכיון שאם הי' חוזר הוי קאי במ"ש ולכך חשוב נתייקרו ברשות לוקח הגם דלא הי' ברשותו וע"כ סובר רבא דפוסקין אפי' על שער של עיירות משא"כ ר"י לשיטתו לדידי' ליכא מ"ש אלא היכא דהקנין חל עכ"פ מהתורה וא"כ ל"ש הך טעמא דכיון דקאי במ"ש אי חוזר חשוב נתייקר ברשות לוקח רק משום דמאי אהנית לי וזה ל"ש אלא בשער של כרכים ולא בשער של עיירות ועי' בשעה"מ דתמה דתרי טעמא ל"ל ובאמת לא קשה לטעמא דקאי במ"ש הי' פוסקין אפי' על שער של עיירות משא"כ לטעמ' דמאי אהנית לי זה רק בכרכים:

ובזה יש לומר הא דהרמב"ם דבמכר קונה במלוה ובקידושין פריך הגמ' דאי מקדש במלוה אינה מקודשת אמאי במכר קנה וא"כ כיון דפסק דמקדש במלוה אינה מקודשת אמאי במכר פסק דקנה. וע"כ נראה דהא הביאו ראי' מהא דמעמידין מלוה ע"ג פירות אלמא דבמכר קנה במלוה וכתבו דלענין רבית שאני. אך בהדי' אית' בתוס' דמש"ה ליכא איסור רבית הואיל דקאי במ"ש אלמא דאיסור רבית תלי' אי איכ' צד קנין. וע"כ נראה דאליבא דרב לשיטתו דסובר כר"ל ואיכא מ"ש אפי' היכי דליכ' שום קנין מדאורייתא שפיר פריך הגמ' דאי מקדש במלוה אינה מקודשת במכר אמאי קנה ואין ראי' מהא דמעמידין מלוה ע"ג פירות דיש לומר דלעולם דלא קנה אך כיון דמ"ש איכא ע"כ ליכא איסור רבית ולעולם דלא קני' במלוה ומ"מ מ"ש איכ' וע"כ שרי משא"כ לדידן דקיי"ל כר"י ואי לא קני' במלוה גם מ"ש ליכא והי' איסור רבית וכיון דחזינן דמעמידין מלוה ע"ג פירות ע"כ דבמכר קני במלוה קנין גמור וע"כ פסק דקני במלוה:

ובאמת יש לומר דאין ראי' מהא דהא אית' בב"ת ד' קכ"ו ובמלוה שעמו פלגי ופי' הרשב"ם משום דספק הוא אי חשוב מוחזק לאביו שהרי הבכור רוצה לשעבד נכסיו לאביו לגמרי ובעין יפה גמר ומקנה נכסי' לאביו כדי שיהי' אביו מוחזק ויטול פ"ש. וא"כ ה"ה הכא הלוה גמר ומקנה נכסי' למלוה שלא יהי' איסור רבית להסוברים דגם ברבית דרבנן עובר הלוה וחשוב המלוה מוחזק וברמב"ן אית' דטעמ' דמקדש במלוה משום דחשוב אינו ברשותו והכא ס' הוא אי חשוב מוחזק וא"כ לענין איסור ריבית דאינו רק דרבנן התם חשוב ס' דרבנן ולקולא:

ובזה יש לומר הסוברים דמקנה דבר שלא בא לעולם עם בא לעולם דאמרינן מגו דחל הקנין על דשב"ל חל על דשלב"ל ולא דמי לקני את וחמור משום דסוברים דאפי' לדידן דקיי"ל כר"י איכא מ"ש אפי' על דבר שלא חל הקנין מהתורה כגון על דשלב"ל וא"כ לא דמי לחמור וע"כ אמרינן מגו דחל וכו' דהא על הדבר שב"ל ג"כ צד קנין איכ' לענין מ"ש שוב אמרינן מגו. ובזה ניחא תוס' ב"ת דהקשו דאי מכ"ש הוא רק מדרבנן למאי צריכין קרא למעוטי שטרות מאונאה והקשו בתומים אמאי לא הקשו בתוס' מהא דנחלקו רבי ורבנן במס' בכורות דרבי סובר דאין פודין בשטרות דדריש ריבוי ומיעוט ות"ל דמכ"ש הוא רק מדרבנן וע"כ נראה דהא הקשו דאמאי מכ"ש הוא רק מדרבנן הא עיקר הטעם משום דאינו ברשותו אמאי לא אמרינן מגו דחל הקנין על הנייר חל ג"כ על החוב הגם דאינו ברשותו וצריכין לומר דאיירי היכי דהנייר הוא של הלוה ואז לא נמכר רק החוב ול"ש מגו. והנה ברמב"ן בב"ת איתא במכר לו שוה חמשה בשש דהלוקח יכול לחזור היכי דלא משך רק הי' ק"כ ואפי' מ"ש ליכא כיון דנתאנה ועביד המוכר וע"כ קתני התם דלוקח יכול לחזור הגם דבשתות קני ומחזיר אונאה אך איירי דלא הי' רק כסף ואז אפי' מ"ש ליכא וע"ש. ובאמת קשה לפי מה דאית' ברא"ש ב"מ דאיסור ל"ת הוא אפי' על פחות משתות א"כ אפי' פחות משתות ליכא מי שפרע. ולפ"ז לא קשה קושי' תומי' דעל פדיון בכור לא הקשו דנ"מ היכי דנייר של המלוה וא"כ יש לומר מגו דחל הקנין על הנייר חל על שעבוד ג"כ אך הטעם דאמרינן מגו משום דאיכא מ"ש ולכך הקשה מהא דממעטינן שטרות מאונאה דהתם ליכא מ"ש בנתאנה ואז לא אמרינן מגו ושפיר הקשו דל"צ למעט שטרות מאונאה:

ובזה ניחא קושי' תוס' יו"ט על הרמב"ם דפסק ריבוי ומיעוט א"כ המיעוט קאי רק על שטרות ומנ"ל למעוטי עבדים וקרקעות אך יש לומר דהרמב"ם סובר לדידן דקיי"ל כר"י ליכא מ"ש רק היכי דקנין איכא מהתורה עכ"פ וממילא לא אמרינן מגו ול"צ

למעט שטרות דהוא רק מדרבנן וע"כ דקאי המיעוט על קרקעות וע"כ פסק דאין פודין בקרקעות:

והנה לדידן דקיי"ל כר"י דמהתורה מעות קונות ומשיכה הוא רק קנין דרבנן אי במתנה דליכא מעות אי משיכה קנה מהתורה עי' בע"ז דשיטת התוס' כן הוא אך דעת רש"י אינו כן וכן הוא שיטת הרמב"ן דכתב מתנה הקנין מהתורה ע"י ק"ח או חצר וכבר תמהו עליו דא"כ גם חצר לא מהני. ולשיטת התוס' נראה לתרץ הא דהקשו בתוס' קידושין ד' כ"ה על הא דאית' שם בהמה גסה נקנית במסירה ופי' רש"י דמשיכה לא מהני משום דאין דרכה בכך והקשו הא תנן ב"מ או שהי' אחד רוכב ואחד מנהיג דיחלוקו ומנהיג הוא משיכה וע"ש. אך יש לומר דטעמא של רש"י דכיון דמשיכה הוא רק מדרבנן ע"כ הם אמרו דהיכי דאין דרכה בכך לא קנה במשיכה משא"כ התם במציאה דליכא מעות דאז קנין משיכה דאוריית' וע"כ הגם דאין דרכה בכך קני במשיכה:

ובזה לא קשה קושי' מהר"ש ב"מ ד' ח' הא דפריך הגמ' שם היו שנים רוכבין אלא לאו רבנן וש"מ רכוב קנה והקשו דילמא איירי במקח וממכר דאז בודאי רוכב קני משום דתפיס במוסירה דבשלמא באבידה אמרינן מאן קא מסר ליה וע"ש. וע"כ נראה דהא קיי"ל דמסירה קונה בר"ה ומשיכה בסימטא ולא בר"ה א"כ אי איירי במקח וממכר קשה מתני' דאחד רכוב ואחד מנהיג דאי איירי בר"ה א"כ אמאי מנהיג קני דמשיכה לא מהני בר"ה ואי בסימטא אמאי רכוב קני דמסירה לא קני בסימטא רק בר"ה דבשלמא אי איירי במציאה ניחא דהא הר"ן בקידושין הקשה אמאי משיכה לא קני' בר"ה ליקני במסירה כיון דלא בעינן מסירה מיד ליד ותירץ כיון דמשך איכא ג"ד דלא רצה דליקני במסירה רק במשיכה ועי' בנ"י ב"מ דכתב על הא דקאמר כיון דנפל גלי דעתו דבנפילה ניחא ליה דליקני בד"א לא ניחא ליה זה דוקא בד"א כיון דהוא קנין דרבנן מועיל גלי דעתו ודמי לאומר אי אפשי בתק"ח אבל בקנין דאורייתא לא מועיל ג"ד דל"ש אי אפשי בתק"ח וא"כ בשלמא אי איירי במציאה דאז קנין משיכה דאורייתא ולא מהני מה דמג"ד ול"ש סברת הר"ן ויש לומר דאיירי בר"ה ונהי דלא קני מטעם משיכה קני בתורת מסירה הגם דגלי דעתו משא"כ אי איירי במקח דאז משיכה רק מדרבנן ומהני ג"ד תקשה מאחד רוכב ואחד מנהיג דבר"ה תקשה מנהיג ובסימט' קשה רכוב:

גם נראה דבקצה"ח הקשו דלמאי בעינן למעוטי שטרות מדין שמירה הא שומרי' בעינן קנין לחייב בדין שמירה ובשטרות לא מהני משיכה משום דאין גופו ממון. ועי' ברשב"ם בב"ת דכתב דמש"ה לא מהני במ"ש משיכה משום דאין גופו ממון. ולכאורה נראה דהא קשה אמאי לא אמרינן מיגו דחל קנין משיכה על הנייר חל גם על החוב אך זה אינו דהא

אין דעתו לקנות הנייר וזה תינח במ"ש משא"כ בשומר דל"ש אין דעתו על הנייר אמרינן שפיר מגו וכו':

אך יותר נראה לפי מה שהקשו על הא דמיבעי' לשמואל דאקני מהו אמאי לא אמרינן מגו דחל השעבוד על מה דקנה חל ג"כ על דאקני להסוברים דבמקנה דשלב"ל עם דש"ל מהני וכתבו דכיון דשמואל סובר דשל"ד וא"כ אפי' על מה שקנה לא חל שעבוד מהתורה וע"כ לא אמרינן מגו דחל על זה וכו' וא"כ כיון דקנין משיכה הוא מדרבנן במכירה וע"כ לא אמרינן מיגו דחל על הנייר קנין משיכה חל ג"כ על החוב וזה תינח הכא משא"כ בשומרי' דליכא כסף ומשיכה הי' דאוריית' אמרינן מגו וע"כ בעינן למעט שטרות משמירה ולפ"ז לפי מה שכתבו הגם דשיטת רש"י הנ"ל דבהמה גסה לא נקנית במשיכה ואפ"ה מנהיג דהוא משיכה נוטל חצי משום דאמרינן מגו דקני' את המוסירה במשיכה קני' גם בהמה במשיכה יהא תינח במציאה דקנין משיכה דאורייתא אז אמרינן מגו וכו' משא"כ אי איירי במקח וממכר דקנין משיכה רק מדרבנן לא אמרינן מגו וקשה דאיך קני' במשיכה בהמה גסה:

והנה על הרמב"ם דפסק כר"י ואפ"ה סובר דלא מעל עד דמשך וע"כ משום דהפקיעו חכמים קנין משיכה וא"כ קשה הא דאיתא בסוגי' דהא דתניא נתנה לסיטון מעל אתא כר"ש אלמא דאזלינן בתר דאורייתא ולזה נראה דהא קשה נהי דבר תורה מעות קונות מ"מ הא הפקיעו ק"כ וכיון דבמעילה אינו חייב עד שיהנה בשוה פרוטה וא"כ מה הנאה יש לו בקנין הזה כיון שחבירו יכול לחזור א"כ הגם דמהתורה מעות קונות מ"מ מה הנאה יש לו בזה ותירצו דמשום זה חשוב הנאה דכיון דעכ"פ צריך לקבל מי שפרע ולדעת הרי"ף מש"ה מותר המוכר להשתמש דכיון דצריך לקבל מ"ש וכל כמה שלא קיבל עליו מי שפרע חשוב מכר גמור דמסתמא יעמוד במקחו וכ"ש דחשוב הנאה מה שקנה בעד המעות כיון דסתמא דמילתא לא יקבל עליו מ"ש וע"ש. אך נראה דזה תלי' בפלוגתא אי גורם לממון כממון אי לא דלמ"ד משביע ע"א חייב קרבן שבועה משום דחשוב גורם דאי לא ישבע ישלם ולפ"ז ה"ה הכא חשוב גורם לממון דאי לא יקבל מ"ש המקח קיים וע"כ אליבא דר"ש דסובר כממון דמי א"כ מי שפרע עכ"פ גורם לממון הוא וע"כ משני שפיר דהא דתניא מעל אתא כר"ש והגם דחכמים הפקיעו ק"כ מ"מ חשוב גורם דאי לא יקבל מ"ש המקח קיים וע"כ לר"ש מעל משא"כ לדידן דל"ח כממון וע"כ נהי דמהתורה מעות קונות כיון שהפקיע ק"כ לא מעל הגט דצריך לקבל מ"ש לא חשוב נהנה מהקדש:

אך אכתי תקשה הא דמייתי רבא ראי' לר"ל הא לשיטת הרמב"ם אפי' לר"י לא מעל משום דהפקיעו חכמים ק"כ ע"כ לא מעל עד דמשך וע"כ נראה דהא התוס' הקשו דאמאי

הפקיעו ק"כ דא"כ יאמר לו נשרפו המעות וכתבו דלכל הפחות הוא ש"ח על המעות ובהקדש ל"ש זה דאין דין שמירה בהקדש וא"כ לא הפקיעו ק"כ דמה ירויחו דאי כסף לא קנה יאמרו נשרפו המעות וא"כ כיון דבהקדש לא הפקיעו חכמים ק"כ אמאי לא מעל וע"כ מייתי רבא ראי' לר"ל משא"כ הרמב"ם דפסק דפשיעה בהקדשות חייב. ועי' בש"ך סי' ס"ו דהוכיח מהא דמשני בהזהב דשבועה זו תק"ח שלא יזלזלו בהקדשות אלמא דאי ידעינן דפשע חייב וא"כ הגם דפסק כר"י מ"מ לא מעל עד דמשך דכיון דהפקיעו ק"כ ואין לומר דא"כ יאמר נשרפו המעות דבהקדש ליכא דין שמירה דלית' דהא בפשיעה חייב וא"כ צריך לשמור בקרקע ורבא דמייתי ראי' קא לפי תירוצי' אחרים דמתרץ שם ואז לא שמעינן דחייב בפשיעה בהקדש:

ולכאורה קשה אי אמרינן דאפי' בדבר שלא בא לעולם צריך לקבל מ"ש תקשה הא דפריך לקמן ד' ס"ו למימרא דסבר ר"נ דמחילה בטעות לא הוי מחילה והא במוכר פירות דקל דסובר ר"נ דאף משבא לעולם יכול לחזור ואמר ר"נ דאי שמיט ואכל לא מפקינן וקשה מה ראי' דהא כיון דצריך לקבל מ"ש חשוב זה חיוב לצי"ש לקיים מקחו וכן אית' בתומי' סי' כ"ח וכל היכי דחייב לצי"ש מהני תפיסה וע"כ אי שמיט לא מפקינן ולא מטעם מחילה דלא הוי מחילה היכי דהוי בטעות רק משום דחייב לצי"ש כיון דאיכא עליו חיוב מ"ש הגם דמכר דשלב"ל ומהני תפיסה:

והנה להסוברים דאפי' היכי דליכא מעות קנין משיכה הוא רק מדרבנן ולפי הקצה"ח ולפי מ"א דאי משיכה לא הוי קנין מדאוריית' גם חצר לא מועיל דלא עדיף ממשיכה ובזה ניחא הא דהקשו על הפוסקים דפסקו כר"פ דאפי' אינו עומד בצד החצר וההחצר אינה משתמרת היכי דדעת אחרת מקנה שאני וא"כ המעשה דר"ג וזקנים דהובא בב"מ דהקנה להן המעשר הי' בתורת חצר ובקידושין דאיבעיא להגמ' שדה לאחד ומטלטלין לאחר אי קני בתורת אגב ופשיט הגמ' ממעשה דר"ג ולא דחי דהקנין הי' בתורת חצר וע"כ משום ודאי אפשר לומר כתורת חצר דלא קיי"ל כר"פ הנ"ל ועי' בש"ך סי' ר' וע"כ נראה דהא קשה דאיך אפשר לומר דהי' בתורת חצר דכיון דמשיכה לא מועיל מדאורייתא א"כ ה"ה חצר ומידי דרבנן לא מועיל לדאוריית' וע"כ דסוגי' קאי לר"ל דמשיכה היא דאורייתא וא"כ לדידן דקיי"ל כר"י אי אפשר לומר דהי' בתורת חצר דהא כיון דמשיכה לא הוי קנין מהתורה ה"ה חצר וע"כ דהקנין הי' בתורת אגב להסוברים דקנין אגב הי' מדאוריית' דלא כתוס' ב"ק ואפי' להסוברים דגם קנין אגב הוא דרבנן יש לומר דשני קניו' דרבנן מועיל גם לדאורייתא והטעם דע"י הקנין הראשון עכ"פ נעשה הפקר מדאורייתא דזה הוא לכ"ע וזה איתא בתשובות במידי דהפקר מהני קנין דרבנן גם לדאוריית' וה"ה הכא

כיון דאיכא קנין דחצר דמהני לר"פ נהי דהוי מידי דרבנן מהני קנין אגב ושפיר פשיט הגמ' בקידושין ולעולם דקיי"ל כר"פ רק הכא ע"כ צריכין גם קנין אגב וגם הא הרמב"ם סובר דחצר שכורה לא קני' והקשה ממעשה הנ"ל דקתני ומקומו מושכר לו אך בג"א אית' דמדרבנן שכירות קני' וא"כ יש לומר דלעולם דקיי"ל כר"פ רק דמצד חצר לחוד לא מהני' דחצר שכורה הוא אך כיון דמדרבנן קני' שכירות אז מועיל קנין אגב הגם שהוא רק מדרבנן ושפיר פשיט הגמ' בקידושין דהא ע"כ בעינן גם קנין אגב ולעולם דהיכי דדעת אחרת מקנה קיי"ל כר"פ ודו"ק:

ועי' בחולין ד' פ"ג על מתני' דארבעה פרקים בשנה דהמוכר צריך להודיעו משום דבארבעה פרקים משחיטין בע"כ לפיכך אי מת מת ללוקח ופריך והא לא משך ומשני שזיכה לו ע"י אחר ובפ' זכות הוא זכין שלא בפניו ר"א אמר ר"י משני דבארבעה פרקים העמידו דבריהם על דין תורה דמעות קונות והרי"ף והרמב"ם לא הביאו תירוץ ראשון בזיכה לו ותמהו עליו ולכאורה נראה דבתשובות ב"א הקשו דאפי' בשאר ימות השנה נהי דחוב הוא מ"מ כיון דאח"כ בא הלוקח וחפץ במקחו אמאי לא מועיל הזכי' ואם מת מת ללוקח. אך נראה דאי אין ברירה דכיון דהזכות לא הי' ידוע לכל ורק נתגלה אח"כ דבא הלוקח ונתרצה במקח וכיון דקיי"ל דאין ברירה לא מהני ולא אמרינן דלמפרע ניחא ליה במקח דבשלמא בארבעה פרקים ידעינן בשעת שזיכה לו דניחא ליה אך קשה דכיון דנתן דיקח ומדאוריית' מעות קונות הא בדרבנן יש ברירה וע"כ דסוגי' קאי למ"ד דאפי' בדרבנן אין ברירה משא"כ לדידן וע"כ לא הביאו תירוץ זה דהא בכל השנה מהני בזיכה לו וגם נראה דכיון דבשעת הזכי' לא ידעינן דניחא ליה הגם דהשתא נודע לא מהני דחשוב שלא מדעת דבשלמא באר"פ ידעינן בשעת דזיכה לו דניחא ל"ח שלא מדעת ועי' בתה"ד מה שכתב לענין הפרשת חלה כן ועי' בתשובה הנ"ל. וא"כ לפי מה דאית' בט"ז דמש"ה לא הבי' הרמב"ם דשוי' שליח כדמשני הגמ' ב"מ וכתב דהרמב"ם סובר כסוגי' דקידושין דמידי דמצוה שאני דלא בעינן לדעת ולפ"ז כיון דנתן מעות וחשוב קנין לענין מי שפרע דאי לא יקנה איכא מ"ש וחשוב מידי דמצוה ולא בעינן לדעת וע"כ לא הביאו תירוץ זה וסוגי' דהכא קאי דאפי' במצוה בעינן מדעת כדמשני הגמ' ב"מ דשוי' שליח משא"כ לדידן:

והנה בתשובות אית' דזה טעמא של הרי"ף דסובר דאפי' אי זכות הוא לעבד ולא יכול לחזור מ"מ אינו משוחרר עד שיגיע לידו השטר שיחרור דכיון דזכי' הוא מטעם שליחות ושליחות שלא מדעת לא מהני כמו דיאוש שלא מדעת לא מהני ה"ה שליחות שלא מדעת לא מהני רק היכי דהוי זכות גמור חשוב לדעת משא"כ בעבד דאיכ' קצת חוב עכ"פ

חשוב שלא מדעת וא"כ לפי מה דאית' בשמ"ק דיאוש שלא מדעת דלא מהני משום דאין ברירה הא אי יש ברירה מהני וממילא מהני אפי' שלא מדעת:

וניחא מה שהקשה על הרי"ף. ועי' בר"ן בגיטין הא תנן בתרומות העבד שהי' אוכל בתרומה ובאו ואמרו לו שעשה רבו ב"ח ר"א מחייב קרן וחומש ור"י פוטר אלמא אע"פ שלא הגיעו לידו ש"ש הוא משוחרר וע"ש אך ר"א סובר דיש ברירה דסובר עומד אדם על המוקצה ואומר מכאן אני נוטל למחר וא"צ שירשום אלמא דסובר ברירה וכן ר"י במעשה דר"ג וזקני' ועי' בריטב"א שם וא"כ ל"צ מדעת דהא אפי' יאוש שלא מדעת מהני וע"כ לדידהו הוא משוחרר מיד משא"כ לדידן:

מדרש כתובה

עי' בשבועות דף ל"ב אמר ר"פ הכל מודים בעד מיתה דחייב והכל מודים בעד מיתה דפטור דאמר לה לדידה ולא אמר לב"ד והרמב"ם השמיט זה ולא הביא סיפא דר"פ דפטור היכי דאמר לדידה ועי' מוהרח"ש. ובס' ש"ש. גם תמהו עליו דהבי' דאיירי באתפסה מטלטלין ותמהו עליו דהא לבתר תקנת הגאונים דגם מטלטלין נשתעבד לכתובה לא הוי עדי קרקע ולמאי צריכין דאתפסה:

ונראה דהנה בכתובות ד' פ"א על הא דהוכיח הגמ' דשטר העומד לגבות כגבה דמי לב"ש מדסובר במתו בעליהן עד שלא שתה דנוטלת הכתובה והקשה בס' הפלא' הא הוי א"י א"פ דקיי"ל אפי' בלא הוי ליה למידע דחייב וה"נ הרי בודאי נתחייב כתובה וספק זנאי והפסידה. ולכאורה היה נראה דכיון דדרשינן מדרש כתובה דאין החיוב אלא לכשתנשאי וא"כ בחיי הבעל אין התחלת החיוב ואם זינתה הוי ליה א"י אם נתחייבתי ומיהו אינו נראה לפרש כן דודאי משמע בדוכתא טובא דחיוב הכתובה מתחיל משעת נישואין אלא דלא הגיע זמנו לפרוע וא"י א"פ הוא וע"ש:

ולכאורה נראה הטעם דבשלמא בארוסה דאין לה כתובה כי אם בדכתב לה אז שייך לומר דכיון דלא מחייב ליתן כתובה רק מחמת דכתב לה והוא לא כתב לה רק לכשתנשא לאחר ואז יש לומר דאפי' חיוב ליכא קודם שתנשא משא"כ בנשואה דל"צ מה שכתב דמחויב משו' תנאי ב"ד ע"כ מה בכך דכתב לה לכשתנשא לאחר כיון דל"צ לכתובתו וע"כ בנשואה החיוב מיד משא"כ בארוסה. ובזה ניחא קושי' תוס' יבמות ד' ל"ח ע"ב ד"ה ב"ש אומר נוטלות כתובה וכו' והא דתנן ארוסה לא שותות ולא נוטלות כתובתן ולא פליג ב"ש וכו' וע"ש. ולפ"ז ניחא דבנשואה חשוב א"י א"פ משא"כ ארוסה דיש לה כתובה רק משום שכתב לה וכיון דהוא כתב רק לכשתנשאי לאחר ליכא חיוב כלל קודם וחשוב א"י א"נ וע"כ לא פליגי ב"ש:

ולפ"ז נראה לפי מה דאית' במחברים דהא דמועיל חזקה דאין אדם פורע בת"ז אף דחזקה לא עדיף מרוב ולא אזלינן בתר הרוב בממון אך כיון דאיכא גם חזקת חיוב וע"כ מהני החזקה דת"ז להוציא וניחא בזה התוס' כתובות ד' צ"ח ד"ה מוכרת שלא בב"ד וכו' דהקשה מתני' היא בגיטין אין אלמנה נפרעת מנכסי יתומים אלא בשבועה ואיכא למימר ההיא באלמנה מאירוסין וכו' והקשו דהא בתוס' גיטין ד' ל"ד כתבו דהא דצריכה לישבע הא הוי ת"ז וכתבו משום דהוא תנאי ב"ד מתפיס צררי אפי' בת"ז וזה ל"ש בארוסה דאינו משום תנאי ב"ד. ועי' בס' יש"י אך בארוסה דכיון דליכא חיוב קודם לכשתנשאי לאחר לא מועיל החזקה דת"ז דל"ע מרוב ובנישואין דאיכ' חזקת חיוב דכיון דל"צ למ"כ מה שכתב לה ע"ז שייך לומר כיון שהוא תנאי ב"ד מתפיס צררי אפי' בת"ז:

ובזה יש לפרש הא דאיתא בכתובות ד' פ"א אמר ליה הכי קא אמינא אח אני יורש את אשתו אין אני קובר ואי משום כתובה לא נתנה כתובה לגבות מחיים מאן שמעת ליה דאית ליה מד"כ ב"ש ושמעינן ליה דסובר דשטר עומד לגבות כגבה ואמ"כ פריך והא בעינן כשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי וכו' והקשה הא קושי' זו כבר הקשו בראשונה והיינו ממש קושייתו הראשונה דלא נתנה כתובה לגבות מחיים. ועי' במפרשי':

וע"כ נראה דלפי שיטת הראב"ד הובא בש"ע סי' פ"ט דאלמנה שלא נשבעה על הכתובה אין יורשי הבעל מחוייבים בקבורתה והקשה דא"כ תקשה כאן דסתמא דמילתא לא נשבעה על כתובתה כיון דאינה גובה כתובתה מהיכי תיתי תשבע על כתובתה וא"כ למה יתחייב בקבורה ותירצו משום דהוי ת"ז דבעלמא צריכה לישבע אע"ג דהוא ת"ז כיון דקיי"ל כאנשי גליל דאוכל' מזונות מיתומים עד שתנשא ואין ביד היורשים לסלק לה כתובתה אחרי מות בעלה ואמנם כשגבתה הכתובה בחיי בעלה אין לה מזונות וע"כ ל"ש חזקה דאין אדם פורע בת"ז דכיון דמרויח בזה מזונות לאחר מיתתו שפיר עביד דפרע בת"ז משא"כ ביבמה ל"ש זה דאין לה מזונות דקיי"ל דאחר ג' חדשים אחר מיתת בעלה אינה ניזונית לא משל בעל ולא משל יבם א"כ איכ' חזקה דאין אדם פורע בת"ז וליכא שבועה וע"כ חייב בקבורה. ועי' בס' יש"י סי' ק"ס. ולפ"ז י"ל דהמקשין הי' סובר דאי משום כתובה לא נתנה לגבות מחיים והיינו דאפי' חיוב ליכא קודם וממילא לא מהני חזקה דת"ז ותקשה הא לא נשבעה וחזקה דת"ז לא מועיל כיון דאפי' חיוב ליכא לא עדיף מרוב ואמאי חייב בקבורה וע"ז קאמר מאן שמעת ליה מד"כ ב"ש וב"ש סובר כגבה ואז לא אמרינן דאין אדם מוריש שבועה לבניו דתנן מתו בעליהן עד שלא שתו וכו' ואי אמרינן דהתם משום א"י א"פ א"כ ע"כ תאמר דאיכ' חיובא קודם א"כ בלא"ה

ניחא דמועיל חזקה דת"ז. וליכא חיוב שבועה וע"כ חייב בקבורה. וניחא קושי' הפלא' אך אח"כ פריך הא בעינן לכשתנשא לאחר תטלי מה שכתוב ליכי ומה בכך דב"ש סובר כגבה דמי או דאיכא חזקה דת"ז וע"ז משני דיבם כאחר דמי:

ועל עיקר קושי' הפלא' נראה לפי שיטת שערי רב אלפס דאפי' בא"י א"פ צריך התובע לישבע. ועי' בחמ"ש סי' ע"ה ובתומים שם א"כ כיון דהי' חשודה על השבועה דעכ"פ הי' עוברת על דת כיון דהי' קינוי וסתירה א"כ אי אפשר לומר דנוטלת הכתובה משום א"י א"פ כיון דלא יכולה לישבע מפסדת הכתובה והגם דהשבועה היא רק מדרבנן מ"מ כתובה דהיא רק מדרבנן ל"ש לומר תקנתא לתקנתא לא עבדינן וכן איתי' בש"ך סי' פ"ב דבכתובה היכי שהיא חשודה לא נוטלת הכתובה ואמנם אף בכתובה אחר שחייב עצמו לשלם לה הכתובה הוי החיוב מהתורה. ועי' בס' פ"י. אך כיון שרק מחמת חיוב הבעל קאתינן עלה א"כ הא לא נתחייב רק כשתנשאי לאחר א"כ אפי' חיובא ליכא עליו קודם ולא הוי א"י א"פ רק א"י א"נ דאי לא אזלינן בתר חיוב דידי' מה שהתחייב רק מחמת שחייבו חכמים א"כ לא יכולה ליטלה הכתובה משום דהי' חשוד' אע"ג דהשבועה רק מדרבנן מפסידה הכתובה ואם נאמר דנעשה חיוב מדאורייתא כיון דחייבו חכמים כתובה גם הוא חייב א"ע הא הוא אינו מחייב א"ע רק לכשתנשאי ואפי' חיוב' ליכא קודם ולא הוי א"י א"פ וא"כ אין ראי' מהא דמשמע בכל מקום דחיוב דכתובה הוא משעת נישואין דבעלמא דנ"צ לחיוב דידי' רק מה שחייבו חכמים החיוב הוא מיד משא"כ הכא דאי אזלינן בתר מה שתיקנו חכמים מה בכך דחשוב א"י א"פ הא אינה יכולה לישבע רק תאמר דגם הוא חייב א"ע הא הוא כותב לכשתנשאי לאחר ואפי' חיובא ליכא קודם וחשוב א"י א"נ:

ובזה ניחא הא דהקשו לר"י דסובר דכנסה בחזקת בתולה ונמצא' בעולה דיש לה כתובה מנה א"כ אמאי סובר ר"י בהיא אומרת משארסתני נאנסתי דאינה נאמנת הא הוי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דקיי"ל מתוך שא"י לישבע משלם ועי' בפ"י ואין לומר כיון דכתובה דרבנן ליכא ש"ד דהא הרמב"ם פסק באומר אלמנה היתה וליכא עדים דישבע ש"ד. ועי' בפ"י. אך לפי מה שהקשו דאמאי מנה יש לה דילמא זינתה תחתיו ברצון ואפי' מנה אין לה וכתבו משום דהוי א"י א"פ אי ארוסה יש לה כתובה כבר נתחייב משעת אירוסין ליתן הכתובה ועי' בתומים סי' ע"ה. וא"כ יש לומר דהתם באומר אלמנה היתה צריך הבעל לישבע ש"ד הגם דכתובה דרבנן מ"מ הא גם הוא חייב א"ע והוי דאורייתא משא"כ הכא אי אזלינן מה שהתחייב א"ע לא הוי א"י א"פ רק א"י א"נ וא"כ מנה אין לה שמא זינתה תחתיו ברצון וע"כ דאזלינן בתר חיוב חכמים וע"כ הוי א"י א"פ ומגיע

לה מנה ממילא ליכא ש"ד על חיוב דרבנן. וניחא בזה הא דאיתא באה"ע סי' צ"ו באשה שנשתטית ונתאלמנה דאין יורשי' גובין הכתובה משום דלא יכולה לישבע והקשו מה בכך דהא השבועה רק מדרבנן ואמאי במלוה בשטר והלוה טעין אישתבע דל"פ והמלוה חשיד דלא מפסיד המלוה ותירצו משום דכתובה הוא רק מדרבנן והקשה בתומים סי' פ"ב דא"כ איך מביא הרא"ש בשבועות ראי' דחשיד שהוציא שטר על היתומים דמפסיד מהא דרב לא מגבי כתובה לאלמנה משום דחשודה דילמא כתובה שאני וע"ש:

ולפ"ז יש לחלק דבעלמא נהי דכתובה הוא מדרבנן מ"מ הא גם הוא מתחייב א"ע וממילא מחויב מדאוריית' וע"כ אין לחלק בין כתובה לבע"ח משא"כ בנשתטית דלא קרינן לכשתנשאי לאחר ולא מועיל מה שחייב א"ע ואין לה כתובה רק מחמת דרבנן חייבו אותו וע"כ כיון דלא יכולה לישבע הפסידה. וניחא הרמב"ם דהביא דאיירי באתפסה. דהא הקשה אמאי חייב העד הא צריכה שבועה ומי יימר דמשתבעת ולא הוי רק גורם ותירצו דכיון דחששא דצררי הוא סמוך למיתה וכיון דהוא מת במדה"י ל"ש זה וקודם לזה בודאי לא נתן צררי דת"ז היא. אך קשה כיון דהיא נוטלת הכתובה ע"י ע"א רק משום מד"כ והוא כתב רק כשתנשא לאחר א"כ אפי' חיובא ליכא קודם וממילא לא מהני החזקה דת"ז דלא עדיף מרוב וע"כ דר"פ סובר דהא דנוטלת הכתובה הוא משום קו"ח ולא משום מד"כ וע"כ ניחא אפי' בלא אתפסה אי משביע עדי קרקע חייב משא"כ לדידן דנוטלות רק משום מד"כ ואז לא מהני חזקה דת"ז וע"כ צריך להביא דאיירי באתפסה ואז ליכא שבועה כיון דל"ח דתפסה בעצמה רק דהוא נתן לה צררי והיכי דאתפסה למה לו ליתן עוד צררי:

ובזה ניחא הרמב"ם דהשמיט דבאמר לדידה דפטור דהא בס' ש"ש הקשה לפי הב"י בתשובה והש"ג שכתבו טעמא דר"פ דפטור באמר לדידה משום דלא מפסדה מידי כיון דהיא נאמנת יותר וקשה דהא עכ"פ הראשון מכחיש אותה וע"א אינו כלום בהכחשה ואכתי מפסדה בכפירתו ואין לומר דהך דאמר לדידה מיירי שכבר התירוה לינשא ומש"ה לא מפסדה מידי דאיהי נאמנת יותר מ"מ הא אפי' בהתירוה לינשא משמע בפ"ב דכתובות דלכתחלה לא תנשא כל שבא ע"א להכחיש וכל היכי דלכתחלה לא תנשא אינה גובה כתובתה ומשום דלא קרינן ביה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי וא"כ אפי' אי אמר לדידה אמאי פטור הא הפסידה כתובתה אפי' אם התירוה לינשא אם מכחיש הראשון. ולכאורה נראה דהנה בס' ע"א איתא דבר חדש וז"ל שבלשון הזה דכתב לה לכשתנשא לאחר בא להתנות על שני דברים או לייפות כוחה בניסת על פי ע"א או ע"פ עצמה שראוי מן הדין שלא תטול שאפי' הכי תטול משום שהותרה לנישואין

או להיפוך דאפי' בדברים שרובן למיתה שאפי' הכי לא תטול משום שלא תהי' ראוי' לינשא כגון נפל למים שאל"ס ופליגי ב"ש וב"ה בענין כוונת התנאי ואזדו לטעמייהו דלב"ה דסובר דלאו כגבה דמי והכתובה הי' בחזקת הבעל לכן אמרינן דלא התנו אלא לגרע כוחה כגון נפל למים שאל"ס ולא לייפות כוחם בניסת ע"פ ע"א או ע"פ עצמה דיד בעה"ש על התחתונה וב"ש לשיטתו דסובר שטר העל"ג כנ"ד א"כ כח האיש והאשה שווי' דכמו דדרשינן לגרע ה"נ ליפות וראוי לומר דכונתו לא הי' לגרע כוחה רק לייפות וכו' וע"ש:

וא"כ כיון דהכא איירי באתפסה והיא מוחזקת אמרינן דמ"כ לא הי' לגרוע כוחה דכיון שלא תנשא לכתחלה לא תגבה הכתובה רק לייפות כוחה וע"כ נוטלת הכתובה הגם דלכתחלה ל"ת משום עד המכחיש וע"כ לא הפסיד בכפירתו מידי וע"כ פטור העד:

וניחא בזה מה שהקשו על הא דשלשה גיטין פסולין ואם ניסת הולד כשר ואחד גט שאין בו זמן וקשה הא אין בו זמן הוי עדות שאי אפשר להזימו רק משום דאין בודקין עדי נשי' בדו"ח והטעם כיון דאיכא כתובה למישקל חשוב ממון וכיון דעכ"פ לכתחלה ל"ת בגט שאין בו זמן א"כ ליכא כתובה דלא קרינן לכשתנשא לאחר וממילא אפי' אי ניסת תצא בגט שאין בו זמן דחשוב עדות שא"א להזימו. וע"כ נראה לחלק לפי מה דסובר המרדכי דכתובה חשיב' מוחזקת משום דאלים מעשה ב"ד דכתובה וכמוחזקת היא. ועי' בתומים סי' ס"ז דתמה דא"כ מה פריך הגמ' בשבועות על כתובה דאמאי לא אמרינן דאין אדם מוריש שבועה לבניו כיון דהי' מוחזקת משום דחשוב מעשה ב"ד א"כ לא קשה אמאי לא אמרינן דאין אדם מ"ש ולמאי צריך הגמ' לומר דב"ש היא דסובר כגבה דמי ותירץ שם דאלמנה שאני דכיון דצריכה שבועה וממילא צריכין ב"ד וע"כ לא חשיב מוחזקת משא"כ בגרושה דליכא שבועה ע"כ הוי מוחזקת וע"ש ולפ"ז נהי דסוברים במשאל"ס דלא נוטלת הכתובה דדרשינן מ"כ לגרע כוחה משום דיד בעה"ש על התחתונה זה באלמנה דאיכא שבועה ולא הוי מוחזקת משא"כ בגט דחשיב' מוחזקת וע"כ לא דרשינן מ"כ לגרוע דכיון דל"ת לכתחלה לא נוטלת כתובה ואמרינן דתנאי הי' לייפות כוחה:

ובזה ניחא הרמב"ם דסובר דמלך חייב בשה"ע אך הא קשה דמשכחת דגם מלך מחויב להעיד כגון שיודע דמת בעלה דע"ז צריך להעיד לאיפרושי מאיסורא ואיכא גם ממון הכתובה ומה שתירץ התומי' דמלך הוי עדות שאי אפשר להזימו דאין דנין קשה הא אין בודקין ע"נ בדו"ח משום דאיכ' כתובה למישקל. אך לפי מה דהקשה דאמאי לא פ"ד כמו בעבד שהביא גיטו דקיי"ל דפ"ד דעל עצמו נאמן ולא על נכסים ולמה אמרינן משום דאיכ' כתובה למישקל נאמן גם על איסור נימא ג"כ כמו התם ויהי' נאמנים על הכתובה

ותהא אסורה לינשא. אך זה אינו דהכא בעדי מיתה אי אפשר לומר שתטול הכתובה ותהא אסורה לינשא דכיון שאסורה לינשא אין לה כתובה כמבואר בש"ס דכותב לה לכשתנשא תטלי וא"כ ע"כ צריכין לומר או דיהיו נאמנים על האיסור ועל הממון או שלא יהיו נאמנים על שניהם ולכך אמרינן כיון דהתקנה היתה שיהיו נאמנים על הממון וכאן אי אפשר אם לא שיהיו נאמנים גם על האיסור ולכך שייך התקנה שפיר גם על האיסור משא"כ בעבד די"ל שפיר עצמו קנה ונכסי' לא קנה ואינו תלוי זה בזה ולכך עצמו קנה ולא הנכסים. ועי' בחידושי הרי"מ. וכיון דלא משכחת עד מיתה דחייב רק באתפסה דאל"כ הוי עדי קרקע ואז לא דרשינן מ"כ לגרע כוחה דהיכי שלא תנשא לא תגבה הכתובה וא"כ ל"ש כיון דאיכ' כתובה למישקל דהא אפשר לומר דפ"ד כיון דלא תלוי זה בזה וממילא בעינן דו"ח ועדות שיכול להזימו ובמלך אי אפשר להזים וע"כ סובר ר"ע דמלך אין חייב בשה"ע ולבתר תקשה דגם מטלטלין נשתעבד ולא הי' עדי קרקע ולא מיירי באתפסה ואז דרשינן לגרוע כוחה וא"כ תלוי זה בזה ול"ש פ"ד ולא בעי דו"ח ומשכחת דגם מלך מחויב להעיד:

גם יש לומר על קושי' ש"ש הנ"ל דדוקא בארוסה דאין לה כתובה מתנאי ב"ד רק מחמת שכתב לה אז שייך לומר הא הוא לא כתב רק לכשתנשא וע"כ היכי דלא תנשא לכתחלה לא קרינן לכשתנשאי לאחר וע"כ אין לה כתובה משא"כ בנשואה דל"צ מה שהוא חייב א"ע דבלא"ה מחויב מכח תנאי ב"ד מה בכך דהוא כתב לכשתנשאי לאחר וע"כ אפי' היכי דל"ת לכתחלה מ"מ יש לה כתובה. אך לכאורה הי' נראה דהיכי דהי' מחויב שבועה ויש לו ע"א דלפי העד לא מחויב לישבע דמחויב להעיד דחשוב שבועה ממון כמו שכתבו לענין מיגו לאיפטורי משבועה דמש"ה אמרינן משום דמה לי שבועה ומה לי ממון וא"כ תקשה לפי מה שכתבו דאיירי ע"כ בכתב לה נאמנות דאל"כ אפי' בלא אמר לדידה אמאי חייב הא לא הוי רק גורם דמי יימר דמשתבע וא"כ בנאמנות דמהני הוא רק משום דמחייב א"ע אם תאמר לא נפרעת הוא מתחייב לשלם וא"כ ממילא יכול לומר דלא התחייב רק כשתנשאי והכא כיון דלכתחלה ל"ת דהעד מכחיש לא התחייב א"ע וצריכה לישבע אפי' בנאמנות משא"כ אם העד לא הכחיש דאז רשאית לינשא לכתחלה אז מועיל הנאמנות וא"כ אמאי פטור העד אך יש לומר דלא איירי בנאמנות ולא קשה מי יימר דמשתבע משום דר"פ לשיטתו דסובר דאזלינן בתר דאוריית' ומדאוריית' ל"צ לישבע ולא הוי גורם רק ממון גמור משא"כ לדידן דע"כ איירי בנאמנות וע"כ אפי' באמר לדידה חייב וע"כ לא הביא הרמב"ם באמר לדידה דפטור:

אך נראה דאפי' אי איירי בלא נאמנות מ"מ אי אמרינן דהא דנוטלת הכתובה הוא משום מד"כ דאל"כ אמאי נוטלת ע"פ עצמה וא"כ כיון דל"ת לכתחלה לא נוטלת הכתובה דהא הוא לא כתב רק כשתנשאי לאחר וע"כ דר"פ סובר דנוטלת כתובה הוא משום קו"ח ולא משום מד"כ משא"כ לדידן דהוא משום מד"כ וכיון דל"ת לכתחלה ליכא מד"כ וע"כ לא הביא הרמב"ם:

והנה אי מועיל מד"כ לגבות אפי' מהלקוחות הטור וש"ע ס' ס' קמ"א ס' נ"ג כתבו דשליח שהביא גט בא"י שא"צ לומר בפ"נ כיון שרשאה להנשא בלי קיום גובה הכתובה מב"ח מטעם מד"כ דכשתנשאי לאחר אבל לא מלקוחות והוא מירושלמי הביאו התוס' פ"ק דגיטין. ועי' בס' מראות הצובאות דמסיק דה"ה בעדות אשה שמת בעלה לא מהני מד"כ לגבות מלקוחות דמד"כ היינו שהאמינה עליו דאם היא תאמר או העד שמת בעלה שתגבה הכתובה א"כ איך יועיל זאת נגד לקוחות וע"ש דקיי"ל דנאמנות אפי' מפורש לא מהני לנגד לקוחות:

ובזה ניחא הרמב"ם הנ"ל שהביא באתפסה מטלטלין איירי וע"כ חייב העד דהא הקשה לפי מה דסובר הריטב"א דאפי' איכא ע"א ותובעת כתובה לא נוטלת הכתובה וקשה מכאן דאמאי חייב העד אך לפי מה שכתבו דמש"ה אינה נאמנת במיגו דלא הזכירה הכתובה וכתבו משום דהוי מיגו להוציא וכיון דהכא איירי באתפסה ממילא נאמנת במיגו דלא הוי להוציא. אך תקשה למ"ד דלא איירי באתפסה אך בשטר אמרינן מיגו להוציא וע"כ הא דאינה נאמנת במיגו אפי' בלא אתפסה אך דהא דבשטר אמרינן מיגו להוציא דווקא בשטר דגובה מלקוחות והכא דנוטלת משום מד"כ דלא יכולה לגבות מלקוחות ואפי' בשטר לא אמרינן מיגו להוציא. ועי' בקצה"ח סי' פ"ח. וא"כ יש לומר דלס"ד הי' סובר דנוטלת הכתובה משום קו"ח דאם התרתם ערוה החמורה ולטעם זה טורף גם מלקוחות וע"כ כיון דאיכא שטר אמרינן מיגו להוציא משא"כ לדידן דנוטלות משום מד"כ צריך להבי' דאיירי באתפסה דאז נאמנת במיגו. וגם יש לומר לפי מה דכתבו דמש"ה לא מהני נאמנות נגד לקוחות משום דאין ברירה דלא הוברר בשעת החיוב שתאמר כן ובתוס' יו"ט איתא דמדאורייתא יש ברירה והא דאין ברירה בדאורייתא זה מדרבנן ור"פ הא סובר דאזלינן בתר דאורייתא בשה"ע וע"כ ניחא אפי' בלא אתפסה לס"ד דנאמנת במיגו ומהני מיגו להוציא בשטר משא"כ לדידן דאזלינן בתר דרבנן וליכ' טריפת לקוחות וע"כ הביא דאיירי באתפסה:

וגם נראה לפי מה שאמרנו דזה שכתב לכשתנש' חשוב נאמנות וא"כ תקשה דהא קשה מי יימר דמשתבעת אך איירי בנאמנות וא"כ לפי הסוברים דבתרתי לריעותא לא מהני

נאמנות וא"כ ה"ה הכא דמאמין דאם תאמר דמת בעלה וגם מאמינה בלא שבועה חשוב תרתי לריעותא אך ברמב"ן איתא הטעם משום דחשוב גוזמא והוי אסמכתא. ועי' בתומי' סי' ע"א וסי' כ"ב וקיי"ל דהיכי שהיא ת"י ליכא משום אסמכתא. ועי' בחמ"ש סי' ר"ז וכיון דאיירי באתפסה תו ליכא משום אסמכתא ולא קשה למ"ד דלא איירי באתפסה אך לפי מה דסובר המרדכי דהא דאסמכת' לא קני' זה רק מדרבנן ור"פ אזיל בתר דאורייתא וגם מדאורייתא ליכא שבועת אלמנה ולא איירי בנאמנות רק דאזיל בתר דאורייתא משא"כ לדידן מוכרח הרמב"ם להביא דאיירי באתפסה:

ובזה ניח' קושי' ב"ש וש"ך סי' הנ"ל דאמאי בכתובה לא מהני נאמנות מפורש נגד יורשי' ובשט"ח מהני. ולפ"ז דכתובה שאני דכיון דכותב לה לכשתנשא לאחר וזה חשוב נאמנות וע"כ תו לא מהני נאמנות לפוטרה משבועה דחשוב תרתי לריעותא דחשוב גוזמא והוי אסמכתא:

וניחא בזה סוגי' דכתובות הנ"ל דקאמר מאן אית ליה מד"כ ב"ש וקשה דילמא לא סבר מד"כ רק לייפות כוחה כגון מת בעלי דנוטלת הכתובה משא"כ לגרוע כוחה מודה ב"ש דלא דרשינן מד"כ. ועי' בס' ע"א. אך לפי מה שהקשה לשיטת הראב"ד דאשה שמתה ולא נשבעה על הכתובה דיורשי הבעל אין חייבין בקבורה וקשה מכאן דהא לא נשבעה כיון דאכתי לא הגיע זמנו לגבות ותירצו דאיירי בנאמנות וא"כ יש לומר בנאמנות בודאי מה שכתב לכשתנשאי כוונתו ע"כ לגרוע כוחה דאי לייפות יהי' תרתי לריעותא וע"כ דכוונתו לגרוע כוחה:

וניחא בזה הא דאית' בש"ע סי' י"ז באשה שאמרה מת בעלי דנאמנת וגובה הכתובה ומשביעים אותה והטור בסי' ק' מפרש דברי הרמב"ם שמשביעי' אותה שמת בעלה והב"י הקשה ע"ז והח"מ מתרץ שכיון שצריכה לישבע שלא נפרעה מגלגלין עלי' ג"כ שמת בעלה והקשה שאין מגלגלין בטענת שמא אלא בדבר שדומה להיות אמת ע"כ נראה עיקר כמ"ש הב"י דהאי משביעי' אותה היינו שבועת כתובה כמו שאר אלמנה אך הקשה הרח"ש ע"ז דמילתא דפשיטא הוא ומה השמיענו הרמב"ם בזה וע"כ דאשמועינן דאפי' בנאמנות צריכה לישבע דחשוב תרתי לריעותא דכיון דהיא נוטלת רק משום מד"כ וזה ג"כ ענין נאמנות וע"כ לא מהני הנאמנות דחשוב תרתי לריעותא:

ובזה ניחא קושי' תוס' כתובות על הא דקאמר תנאי כתובה ככתובה נפק"מ לשבועה ותמה בתוס' דאפי' אי לאו ככתובה דמי צריכה לישבע בבא ליפרע מיתומי' וע"כ דנפק"מ דאפי' בנאמנות צריכה שבועה אע"ג דלענין תוס' כתובה לא הוי מד"כ ומה"ט במת בעלי

לא נוטלת תוספות וא"כ ע"ז לא הוי תרתי לריעות' וה"א דמהני הנאמנות וע"ז קאמר דתוס' חשוב ככתובה ודמי דצריכה לישבע אפי' בנאמנות:

והנה בשלטי גבורים איתא דכל אשה שצריכה להמתין ג' חדשים אינה יכולה לגבות כתובתה תוך ג' חדשים ובס' א"מ סי' צ"ב הביא ראי' דגובה כתובתה מהא דאיתא בב"ת נפל הבית עליו ועל אשתו יורשי הבעל אומרים האשה מתה ראשון ויורשי האשה אומרים הבעל מת ראשון בש"א יחלוקו וב"ה אומרים נכסי' בחזקתן וכו' והשתא קשי' ת"ל דאפי' מת הבעל ראשון לא קרינן לכשתנשא לאחר דהא מתה תוך ג' חדשים וע"כ הטעם דמה בכך דהוא כתב לכשתנשאי דהא בלא"ה מחויב מכח תנאי ב"ד. או משום דמ"ד לא הי' לגרוע רק לייפות וקשה דהא בתוס' הוא מת ראשון אין אדם מוריש שבועה לבניו ותירצו בנאמנות וא"כ ע"כ הי' מד"כ לגרוע כוחה דאל"כ הוי תרתי לריעותא וגם דכיון דאיירי בנאמנות וצריכין לחיוב דיד' דנאמנות הוא מצד שחייב א"ע והוא לא כתב לה רק לכשתנשאי והיא מתה תוך ג' חדשים וא"כ אפי' הוא מת ראשון אין לה כתובה ודו"ק:

והנה מה שכתבנו דסוגי' קאי ע"כ דהא דנוטלת הכתובה הוא משום קו"ח דאל"כ תקשה אפי' באמר לדידה אמאי פטור הפסיד העד לענין תוס' כתובה דע"י העד נוטלת גם תוס' משא"כ ע"י עצמה וע"כ דקאי משום קו"ח וע"כ גם ע"י עצמה נוטלת גם התוס' וקשה מה הוכיח הגמ' דמשביע עדי קרקע חייב דילמא מש"ה חייב בעידי מיתה משום נכסי צ"ב שגובית מה שהוא בעין וזה שייך אפי' במטלטלין אבל אי אמרינן דל"ד מד"כ רק לענין כתובה א"ש דכתובה אינה נגבית ממטלטלין ולענין תוס' ל"ש העיד וממילא ראיה מזה דלא אמרינן הטעם הואיל והתרתם ערוה החמורה וקשה הא ע"כ קאי הסוגי' משום קו"ח וממילא נוטלת גם נכסי צ"ב ומה הוכיח דעדי קרקע חייב:

גם נראה דהנה לשיטת רש"י בערכין דהא דחיישינן לצררי היינו לשמא נתן צררי למשכון. ועי' בתשובות מהרי"ט ובס' אבני מלואים סי' ק"ה הקשה דא"כ במתה ולא נשבעה דמפסדי יורשי' משום דאין אדם מוריש שבועה לבניו אמאי לא טענינן ליורשין נאנסו לדעת הש"ך סי' ק"ח דטענינן ליורשין נאנסו וע"ש:

ובאמת אפי' אי ב"ד לא טענין מ"מ ס"ס איכא שמא לא נתן לה צררי ושמא נאנסו וא"כ אפי' אי לא טענינן ול"ח ברי כיון דב"ד לא טענינן מ"מ ס"ס איכא ואי אמרינן דהיכי דס' אחד נגד הרוב לא חשוב ס"ס ניחא כיון דנאנסו ל"ש ל"ח ס"ס אך להסוברים דחשוב ס"ס משום דסמוך מיעוטא לפלגא וחשוב רוב ועי' בפ"י סוגי' דפ"פ קשה אך יש לומר נהי דאמרינן דבס"ס מוציאין ממון וכן הוא שיטת התוס' בפ"פ מ"מ היכי דס' אחד נגד הרוב

רק דנאמר דסמוך מיעוט' לפלגא מ"מ הא לא אזלינן בתר הרוב בממון וע"כ לענין איסור מועיל ס"ס כזו משא"כ לענין ממון ובזה יש לפרש הא דמשני הגמ' בשבועות הא מני ב"ש דסובר דשטר העומד לגבות כגבוי דמי היינו כיון שהוא מוחזקת אזלינן בתר הרוב ואמרינן סמך מיעוטא דאונס לספק דלא נתן לה צררי וזה הטעם הסוברים דהיכי דתפסה ומתה דיורשין נוטלין. ועי' באה"ע סי' צ"ו היא משום ס"ס ולפ"ז רב דלא מגבי כתובה לאלמנה ומזה הביאו ראי' דחשוד המוציא שטר על היתומים דמפסיד דדמי להא דמת לוה בחיי מלוה דיורשין מפסידין ולפ"ז אפי' תפיסה לא מהני לכ"ע דהכא ל"ש לומר דאיכ' ס"ס או רוב דשמא נאנסו דכיון דהוא בפנינו ואינו אומר שנאנסו הצררי משא"כ יתומים מיתומים וניחא הא דהקשו אחרונים. ועי' בס' יש"י מהא דאיתא בירושלמי דגיטין אהך דרב לא מגבי כתובה לאלמנה קאמר שם אמר רב לכלתי' אלמלא דותרן אנא אפי' צעיף דעל רישך דידי הוא וקשה כיון דעיקר הטעם דדמי להא דאין אדם מוריש שבועה לבניו וא"כ לא עדיף מזה דאי תפסה דאין מוציאין מידה ולפי מה שכתבתי ניחא דהתם איכא ס"ס שמא נאנסו משא"כ הכא דהי' בחי' ולא אמרה נאנסו ועי' תוס' סוגי' דפ"פ דכתבו דמש"ה לא הוי ס"ס דמכ"ע דא"כ הוי אמרה כן דאין גנאי בכך וע"ש:

אך לפי מה דאית' בס' א"מ הנ"ל דאפי' נאבד בפשיעה הי' פטורה דפשיעה בבעלי' הי' שהבעל משועבד לה וע"ש הדרי קושי' הנ"ל לדוכתא דאמאי אמרינן דאין אדם מוריש שבועה הא איכ' ס"ס שמא לא נתן לה צררי ושמא נגנבה ואפי' בפשיעה הי' פטורה וא"כ אינו מצד רוב רק מתורת ס"ס דמוציאין ממון לשיטת התוס' וחוץ מזה דקשה דאמאי לא טענינן דנגנבה דזה שכיח. ועי' בתומים סי' ק"ח. וע"כ נראה דצררי אינו למשכון רק לפרעון ממש משום דאמרי' דהא דחיישינן לצררי משום דקיי"ל כאנשי גליל דאוכל' מזונות מיתומים עד שתנשא לאיש אחר ואין ביד היורשים לסלק לה הכתובה ואמנם כשגבתה כתובתה בחיי בעלה אין לה מזונות וע"כ נתן לה צררי וא"כ ע"כ דנתן לה לפרעון ממש ולא למשכון דא"כ מה מרויח דאז אכתי יהי' לה מזונות:

ובזה ניחא הראב"ד דסובר דאלמנה שלא נשבעה על הכתובה אין יורשי הבעל מחוייבי' בקבורתה והקשה דא"כ בשומרת יבם שמתה דאמאי חייבין בקבורה הא מסתמא דמילתא לא נשבעה על הכתובה כיון דאינה גובה כתובתה מהיכי תיתי תשבע על כתובתה וא"כ למה יתחייב בקבורה הא אין לה כתובה כיון דלא נשבעה אך לפי מה דקיי"ל בשומרת יבם דאחר ג' חדשים אחר מיתת בעלה אינה ניזונית לא משל בעל ולא משל יבם א"כ אפי' אי חיישינן לצררי הוא רק למשכון בעלמא ולא לפרעון דכיון דאין לה מזונות וכיון שכן טענינן דנגנבה או מטעם ס"ס ולא הפסידה הכתובה וע"כ חייב

בקבורה וגם לפי הסוברים דחששא דצררי דסמוך למיתה מתפיס צררי וא"כ בעלמא דאז הגיע זמנו לגבות ע"כ אמרינן דנתן לה הצררי לפרעון משא"כ בשומרת יבם דאכתי לא הגיע זמנו לגבות אפי' לאחר מיתת בעלה כיון דאיכא יבם וע"כ בודאי לא נתן לה הצררי רק למשכון בעלמא וע"כ ל"ש דאין אדם מוריש שבועה לבניו משום דאיכ' ס"ס או דב"ד טענין דנגנבה:

אך תקשה דאפי' אי נתן לה למשכון מ"מ היא ש"ש משום דשמואל ולשיטת הרב המגיד דלשמואל אפי' באונסין חייב דחשוב כאילו פירש שאם יאבד המשכון שיפסיד החוב ולשיטת התוס' ב"מ אפי' בעכו"ם שייך דינא דשמואל הגם דאין דין שמירה בעכו"ם וממילא אפי' היכי דהי' שמירה בבעלים אמרינן דינא דשמואל ולפ"ז אפי' אי חשוב שמירה בבעלים חייב ואפי' באונסין וא"כ אי תאמר דנתן למשכון מ"מ שייך אין אדם מוריש שבועה דל"ש לטעון דנאנסו או גו"א הגם דהי' שמירה בבעלים:

אך לפי מה דאיתא בנ"א ב"מ דדוקא בעת ההלואה שייך דינא דשמואל והטעם דבאמת אין זה דבר ברור דדעתו היה שאם יאבד המשכון יפסיד מעותיו וע"כ בשעת הלואה חשוב א"י א"נ משא"כ משכון שלא בשעת הלואה דחיוב כבר הי' וספק אי קיבל המשכון על אופן זה אוקמ' על חזקת חיוב א"כ הכא ל"ש דינא דשמואל דחשוב שלא בשעת הלואה:

ובזה יש לפרש הסוגי' הנ"ל ונימא אח אני יורש אשתו אינו קובר ואי משום כתובה לא נתנה לגבות מחיים והיינו דגם חיוב ליכא עליו השתא וא"כ חשוב א"י א"נ דשמא קיבלה על אופן זה וע"ז קאמר יהא ב"ש סובר דכגבה דמי וא"כ קיבלה ע"ז האופן דמועיל רק מטעם מחילה וכיון דהגבה דמי בעינן קנין ועי' בתומי' סי' ע"ב:

אות נ

יבואר נדר על דעת רבים:

עי' בגיטין פ' השולח דהתקין ר"ג שתהי' נודרת ליתומים וכו' ואמר ר"ה ל"ש אלא שלא ניסת אבל ניסת אין מדירין דיפר לה בעל וע"ש דמקשה למ"ד דא"צ לפרט את הנדר מהא דכהן שנשא נשים בעבירה דפסול עד שידור הנאה ותני עלה נודר ועובד יורד ומגרש וא"א דא"צ לפרט את הנדר ליחוש דילמא אזלי לגבי חכם ושרי ליה. ועי' בתוס' דהקשו דאמאי לא מקשה על מתני' בלאו ההיא דתני עלה דאי א"צ לפרט ניחוש דילמא אזל לגבי חכם ושרי וע"ש:

ולכאורה נראה לפי מה דאית' בס' ח"ס דלכאורה לא מהני הפרה ושאלה לחכם לנדר או שבועה בכתב דקיי"ל דלא אתי דיבור ומבטל מעשה וכתב דבהתרת חכם שע"י פתח וחרטה י"ל דאין הדיבור מבטל מעשה אלא שע"י פתח נעקר הנדר והו"ל טעות דמעיקרא והפרת הבעל דבעל מגיז גייז מ"מ כל הנודרת על דעת בעלה הי' נודרת ולא משום ביטול הוא דנימא דלא מבטל מעשה:

והנה בתשובות איתא ועי' ברשב"א על עצוור שאסר ע"ע בשר ויין אם משפ"ק וכתב דסגי בחרטה דהשתא ולא בעינן בחרטה דמעיקרא אלא בנדר שעיקרו מחמת עצמו אסר עליו אבל בנדון דידן שלא אסר ע"ע רק מחמת קנס בעלמא קיל משאר נדרים לפי שאין תכלית כוונת הנודר לאסור עליו רק מחמת קנס וע"כ בחרטה דהשתא סגי. והנה ידוע מה שסוברים דהיכי דסגי בחרטה דהשתא גם החכם מגיז גייז ואינו עוקר הנדר מעיקרו דהא מה שחכם עוקר נדר מעיקרו הוא משום דיש לו פתח חרטה שע"ד כן לא נדר ומשוי הנדר בטעות משא"כ היכי דאינו מתחרט מעיקרא רק שעכשיו אינו חפץ בנדרו ע"כ גם חכם מגיז גייז כמו הבעל וא"כ בנדון דהרשב"א הנ"ל דסגי בחרטה דהשתא והחכם אינו עוקר מעיקרו אי הנדר היה בכתב לא מהני שאלה דלא אתיא דיבור ומבטל מעשה דל"ש סברא הנ"ל שע"י פתח נעקר נדר מעיקרו והו"ל טעות דמעיקרא ואין לומר דגם החכם יתיר לו בכתב דהא בכתב לא מהני התרה. ועי' בתשובות. וא"כ תקשה הא דפריך הגמ' וליחוש דילמא אזלא לגבי חכם ושרי לה הא יש תקנה דנדר יהי' בכתב דאז לא מועיל שאלה דהא הנדר הוא אם נהנתי מכתובה א"כ אין כוונתה לאסור את הפירות רק אם נהנת מכתובתה וא"כ סגי בחרטה דהשתא ומגיז גייז וא"כ אי הנדר יהי' בכתב לא מהני שאלה וא"כ מה פריך וליזל לגבי חכם ושרי לה הא יכולה לידור בכתב דאז לא מהני שאלה. אך נראה דהא הקשה איך מהני נדר בתנאי דהא נדר אי אפשר להיות ע"י שליח ולא מהני תנאי דהא קיי"ל דהיכי דאי אפשר לקיימו ע"י שליח בטל התנאי ומעשה קיים ותירצו דהא דבעינן אפשר לקיימו ע"י שליח דוקא במעשה משא"כ נדרים דדיבור בעלמא הוא לא בעינן אפשר לקיימו ע"י שליח ועי' בפ"י פ' המדיר וא"כ אי הנדר יהי' בכתב דחשוב מעשה א"כ נאסרה בפירות אפי' אי לא נהנה מכתובה דתנאי אם נהנתי בטל משום דאי אפשר ע"י שליח כיון דאיכא מעשה וע"כ אי אפשר דנדר יהי' בכתב. אך לפי מה דאית' במש"ל דבתנאי לשעבר לא בעינן משפטי התנאים דחשוב כמו מעכשיו דלא בעינן משפטי התנאים לשיטת הרמב"ם והכא תנאי לשעבר הוא אם נהניתי וכו' ואכתי תקשה דתדור בכתב דלא מהני שאלה אך לפי מה שסוברים דאליבא דר"מ אפי' במעכשיו בעינן דיני תנאים ויש לומר דקושי' הגמ' אזלא לר"מ ושפיר פריך ועי' ברמב"ם

בפי' המשנה ובשע"ה. ובזה לא קשה קושי' תוס' שם הא דפריך ואי אמרת דא"צ לפרט הנדר וכו' דאמאי לא מקשה על מתני' דאי א"צ לפרט ליחוש דאזלא לגבי חכם ושרי. אך אליבא דאמת דקיי"ל דבמעכשיו לא בעינן משפטי התנאים וה"ה תנאי לשעבר א"כ במתני' דתנאי לשעבר הוא לא קשה דאזלא ל קם דיש לומר דהנדר יהי' בכתב וע"כ לא פריך רק הכא דנושא נשים בעבירה וליחוש דאזל לחכם דאין לומר בכתב דלא מועיל שאלה דא"כ כיון דאסר ע"ע הפירות אי לא יגרשנה דתנאי להבא הוא ובעי אפשר לקיימו ע"י שליח ואי אפשר ע"י שליח ובטל התנאי ואסור בפירות אפי' אי יגרשנה אלא ודאי איירי דנדר הוא שלא בכתב דאז לא בעינן דיני תנאים וקשה שפי' דאזיל לחכם ושרי ליה. ובזה ניחא קושי' תוס' שם דאכתי ר"ה כתנאי דאי צריך לפרט את הנדר אמאי קאמר ר' יהושע בעירכין דאינו צריך והיינו דאינו מועיל משום דיכול ליתשל והא ר"ה סובר דצריך לפרט את הנדר ואמאי לא מועיל הא החכם לא יתיר לו וע"ש אך אליבא דאמת דקיי"ל דבמעכשיו לא בעינן משפטי התנאים וה"ה תנאי לשעבר וא"כ לא קשה דאזלא לחכם דתדור בכתב ויש לומר לכ"ע א"צ לפרט את הנדר:

ובזה לא קשה קושי' תוס' על הא דפריך דאזלא לגבי חכם דאמאי מקשו על ר"ה דוקא ולא הקשו על מתני' דתיקן דנודרת ליתומי' דאזלא לחכם ושרי וע"ש. ונראה דהא במרי"ט הקשה אמאי סובר ר"ה כי ניסת דאין מדירין דיפר לה בעל הא יכולין להדירה בנ"ש ובמרי"ט כתב דבעל יכול להפר אפי' נ"ש משום דמגיז גייז והא דפריך דאזלא לחכם היינו משום דאין כוונתו עצמות הנדר ואז גם חכם מגיז גייז דהא סגי בחרטה דהשתא. והנה האחרונים תירצו דהא קשה דאי אפשר לקיימו ע"י שליח ובטל התנאי אך לפי מה דאיתא בגיטין שליחות לקבלה נמי אשכחן בע"כ שכן אב מקבל גט לבתו קטנה בע"כ וה"ה הכא מצינו שליחות ובנזירות ובנדרים ע"י אב שמדיר את בנו בנזיר וזה בנדר סתם ולא בנ"ש דזה לא מצינו דאב מדיר את בנו בנ"ש וא"כ בטל התנאי ותאסרה בפי' אפי' אי לא נהנית מכתובה ומש"ה אי אפשר בנ"ש וא"כ על גופו דמתני' לא קשה דיש לומר בנ"ש ואע"ג דאי אפשר ע"י שליח אך משום דהוא תנאי לשעבר וחשוב מעכשיו ולא בעינן משפטי התנאים אך ר"ה דקאמר דל"ש אלא שלא ניסת וקשה דאפי' ניסת נמי ע"י נ"ש וע"כ משום דאי אפשר ע"י שליח וע"כ דסובר דאפי' במעכשיו בעינן דיני תנאים וע"ז קשה דאזלא לחכם ושרי לה דהא אי אפשר בנ"ש. דאז בטל התנאי:

ובזה ניחא הא דאיתא בא"ח סי' קכ"ח בנושא נשים בעבירה דפסול עד שידור הנאה ואיתא שם שאפי' אי כבר גרשה מדירין על דע"ר שלא ישא עוד נשים פסולות והקשו דא"כ קשה קושי' תוס' לדוכתא בגיטין שם דלמה הביאו הך ותני עלה נודר ועובד יורד

ומגרש מגופ' דמתני' הוי מצי להקשות דקתני פסול עד שידור הנאה דאי א"צ לפרט הנדר ליחוש דאזיל לחכם ושרי ותירץ בתוס' דעל מתני' יש לומר דפסול לעבוד אפי' כבר גירשה עד שידור הנאה שלא יקח לעולם נשים פסולות ולכך לא קשה ליחוש דאזל לחכם דכיון דכבר גירשה ליכא למיחש דיתשל על נדרו כדי שיקח נשים פסולות אבל הא דתני נודר ועובד יורד ומגרש דכיון דאכתי לא גירשה יש לחוש דאזל לחכם ולא יגרש אמנם לדברי הש"ע הנ"ל דאפי' כבר גירשה יש לחוש דאזל לחכם וצריך לידור על דע"ר הדר' קושי' לדוכתא:

ולכאורה נראה דגם המקשין ידע דיש לומר דהא דקתני עד שידור הנאה היינו על דע"ר אך יש לחוש דקודם הנדר ידור נדר סתם שלא על דע"ר ואז לא יכול לחול הנדר על דעת רבים דאין הנדר השני חל על הנדר ראשון ואח"כ אזל לחכם ושרי ליה נדר הראשון ואין לומר דהא קיי"ל דאם נשאל על הראשונה שני' חל עליו זה ליתא דהא הטעם משום דחכם עוקר הנדר מעיקרו וכבר אמרנו דהיכ' דאין כוונתו על גוף הנדר רק קונס א"ע כמו הכא דקאמר דיאסר עליו כל הפירות באם ישא נשים פסולות דסגי בחרטה דהשתא וממילא גם חכם מגיז גייז כמו הבעל ואי נשאל על הראשונה שני' לא חל וליכא תקנתא על דע"ר ואין לומר דמנ"ל דאיירי באופן זה דילמא הנדר שלא יהנה מאשתו פסולה ואז בעינן חרטה דמעיקרא ואז חכם עוקר למפרע ואז אי נשאל על הראשונה חל השני' ומה פריך המקשין אי גם בס"ד ידעינן דעל דע"ר אין לו התרה אך זה אינו לפי מה דהקשה בס' ת"ש לפי מה דאיתא ביו"ד סי' ב' דחשוד על דבר אינו נאמן אפי' בשבועה וע"ש בט"ז משום דחשוד לעבור על השבועה דהא מושבע ועומד מה"ס וקשה דא"כ מה מהני הכא דכהן שנשא בעבירה דנודר ועובד יורד ומגרש ומאי מהני הנדר דהא מושבע ועומד ואין לומר דהנשים לא יעברו להנות ממנו אחר שהדירן הא אינהו נמי מושבעי' ועומדים מהר סיני דכל היכי דהוא מוזהר עלי' היא נמי מוזהרת עליו ועכצ"ל דלא הוי הנדר דלא יהנה מאשתו פסולה רק הנדר הוי אם יהנה מאשתו פסולה יאסר עליו מין פירות זה ובזה שפיר סמכינן על הנדר דכיון דהנדר שלא יהנה מפירות. ובזה לא נחשד מעולם. ועי' בש"ך בי"ד סי' רכ"ח דכתב ג"כ דע"כ איירי דהנדר הי' על אופן זה וא"כ סגי בחרטה דהשתא וגם החכם רק מגיז גייז ואי נשאל על הראשונה לא חל השני' ולא מהני על דע"ר ומש"ה מביא הך דתני עלה דנודר ועובד וכו' דאז כיון דלא גירשה והיא ג"כ חשודה לעבור ע"כ איירי דהנדר הי' על תנאי ולא מהני על דע"ר דידור קודם נדר שלא על דע"ר ואז לא חל נדר השני על דע"ר אפי' לאחר שהתירו הראשונה דכיון דהנדר הי' על תנאי וסגי בחרטה דהשתא ומגיז גייז משא"כ על גופו דמתני' לא קשה דיש לומר על דע"ר ואין

לומר דידור קודם נדר סתם דהא במתני' יש לומר דכבר גירשה וא"כ יש לומר דהנדר היה שלא על תנאי רק שלא ישא נשים פסולות ולא קשה דהא כבר מושבע מהר סיני והוא חשוד לאותו דבר דמ"מ מהני לענין האשה כיון דהאשה לא עשתה מעולם איסור והיא אינה חשודה לאותו דבר יהי' מועיל מכח האשה דהאשה לא יעבר' להנות ממנו וא"כ כיון דאיירי דהנדר הי' שלא על תנאי אז בעינן חרטה דמעיקרא ואז חכם עוקר מעיקרו ואי נשאל על ראשונה חל השני' והנדר השני הוא על דע"ר ומש"ה מביא ותני עלה דכיון דאכתי לא גירשה ג"כ היא חשודה וע"כ דנדר הי' על תנאי דאם יהנה מאשתו אז יאסר עליו מין פירות ואז גם חכם מגיז גייז ולא חל נדר השני אפי' אי יתשל על הראשונה וא"כ לא מהני על דע"ר דיש לחוש דידור קודם נדר סתם ולא חל נדר השני דהוא על דע"ר ומשני על דע"ר וסובר דיש נדר בתוך נדר וחל הנדר השני דעל דע"ר:

גם לפי המרי"ט הנ"ל דבעל יכול להפר אפי' נ"ש כיון דגייז וה"ה חכם היכי דהי' על תנאי וא"כ על גופ' דמתני' יש לומר דגירשה ולא איירי בתנאי רק שלא יקח נשים פסולות ואז חכם עוקר למיפרע ויש לומר דהנדר הי' בנ"ש וא"כ לא קשה דליזל לחכם וכו' ומש"ה מביא ותני עלה דאז ע"כ הנדר בתנאי וגם חכם מגיז גייז וגם נ"ש יכול להתיר וקשה דליזל לחכם וכו' אך יש לומר עוד דבלאו הך ותני יש לומר דהנדר היה סתם ובנ"ש דאם לא יכול להתיר ומש"ה מבי' הך ותני דאז ע"כ איירי בתנאי א"כ אי איירי בנ"ש תקשה דאי אפשר ע"י שליח ואפי' ע"י אבי' וא"כ נאסר בפירות אפי' אי לא יהנה מאשתו וע"כ דלא איירי בנ"ש. ובזה ניחא קושי' תוס' דאמאי לא מקשה על מתני' משום דיש לומר דנודרת ליתומי' איירי בנ"ש והגם דאי אפשר ע"י שליח אך משום דתנאי לשעבר ודמי למעכשיו דלא בעינן משפטי התנאים משא"כ דהכא דתנאי להבא הוא אם יקח נשים פסולות ובעינן אפשר ע"י שליח וע"כ דלא איירי בנ"ש וגם יש לומר לפי מה דקיי"ל דלדבר מצוה אפי' על דע"ר יש לו התרה:

ולפ"ז כתבו דהיכי דכבר עבר על הנדר יכול החכם להתיר אפילו על דעת רבים דחשוב לדבר מצוה כדי שלא יעבור למיפרע דחכם עקר למיפרע ולא עביד איסור דהא קיי"ל דאפי' בכבר אכלה כולה מהני שאלה ועי' במש"ל וא"כ יש לומר דגם המקשין ידע דיש לומר דעל דע"ר אך הי' קשה ליה דמה בכך דמ"מ יש לחוש דיעבור על הנדר וא"כ החכם יתיר הגם דהי' על דע"ר דחשוב לדבר מצוה ואיירי דהנדר הי' בלא תנאי ועוקר למיפרע וחשוב לדבר מצוה משא"כ על מתני' לא קשה דכיון דהנדר על תנאי וגם חכם מגיז גייז ול"ח דבר מצוה דאינו מועיל היתר על למיפרע וא"כ יש לומר דאיירי על דע"ר ומש"ה

פריך רק על כהן ומשני דעל דע"ר והנדר הי' על תנאי ואז גם חכם לא עקר למפרע וליכא דבר מצוה אי עבר על הנדר:

והנה ברמב"ן איתא דמש"ה מהני תנאי בנדר הגם דאי אפשר ע"י שליח משום דדוקא בתנאים שאדם מתנה עם חבירו אז בעינן אפשר לקיימו ע"י שליח וע"ש. ובזה ניחא הר"ן בשבועות פ' ג' דכתב וז"ל ותמהני אכל לאיסורא והדר אכל לתנאי אמאי איכא איסורא דהא משמע דכל מי שאוסר עצמו בדבר פלוני אם יעשה כך אין האיסור מתחיל אלא לאחר שיעשה אותו דבר וקודם לכן אין איסור חל עליו כלל אפי' נתקיים התנאי אח"כ וראי' לדבר מדאמרינן בפ' בתרא דנדרים היכי קאמרה אילימא דאמרה קונם פירות עולם עלי אם ארחץ למה לי הפרה לא תרחץ ולא ליתסרו פירות עולם עלי' ומאי קושי' דהא מ"מ הרי היא אסורה באכילת פירות מעתה משום דבתנאי לא מוזהר וא"כ לא תאכל היום שמא תרחץ למחר ונמצאת עוברת באכילת פירות למפרע אלא ודאי כל האומר קונם דבר פלוני עלי אם אעשה כך אינו אסר ע"ע כלום אלא מזמן שיעבור על התנאי ואילך וכן בגט באומר הרי זה גיטך אם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש ומת בתוך י"ב חודש אינו גט אלמא כל מי שתולה דבר באם אין משמעותו שיחול הדבר אלא לאחר אשר יתקיים התנאי ונראה דכי אמרינן הכי דאכילת איסור קודם לתנאי שרי ה"מ בדבר הנמשך קודם התנאי ואחר התנאי כגון ההיא דנדרים דאמרינן דכוונתה לאסור אלא פירות שתאכל לאחר שתרחץ לפי שאפי' היה דעתה שתהא מותרת בפירות קודם רחיצה מ"מ אכתי יש מקום לנדרה לחול שתהא אסורה בפירות אחר שתרחץ אבל זה שלא נשבע אלא על דבר אחד אם תאמר שלא נאסר אלא לאחר שיתקיים התנאי נמצא שיהא אפשר שיתקיים התנאי ולא יחול נדרו כלל דהיינו אם נאכל האיסור ראשון הילכך אמדינן ליה לדעתא ששבועתו הי' שכל זמן שיתקיים התנאי ואפי' בסוף יחול נדרו וע"ש והקשו עליו מהא דפריך הש"ס בנדרים ד' ט"ו קונם שאת נהנית לי עד החג אם תלכי לבית אביך עד הפסח הלכה לפני הפסח אסורה בהנאה עד החג הלכה אסורה לא הלכה לא וקשי' לר"י אמר רב דסובר דא"ל ישן היום שמא ישן למחר וקשה דאמאי לא נימא דכיון דהכא אמר התנאי באם אין האיסור מתחיל רק לאחר שתעבור על התנאי וע"כ ל"ש לומר דאסורה ליהנות גם אי לא הלכה משום דבתנאי לא מזדהר כיון שלא תעבור על למפרע דהכא הנדר נמשך קודם התנאי ואחר התנאי שאסרה עד החג אי תלך עד הפסח ויש מקום לנדר לחול אחרי עבירת התנאי שפיר אמרינן דדעתו לא היה רק שתאסר מכאן ולהבא ובריש שפיר אמרינן דאחר הפסח בבל יחל משום דבריש אין הנדר נמשך אחר זמן

התנאי דהנדר לא הי' רק עד הפסח והתנאי עד החג ע"כ דדעתו היה מעכשיו כסברת הר"ן ועי' בח"ס:

וע"כ נראה דכמו דהר"ן סובר דכל היכי דאי אפשר דהנדר יהי' חל על זמן התנאי אז בודאי כוונתו היה מעכשיו ולפ"ז יש לומר דאפי' היכי דנדר נמשך אחר קיום התנאי מ"מ היכי דהתנאי יהי' בטל אי כוונתו לא הי' מעכשיו אז אמרינן לדעתו דכיון שהתנה בודאי דעתו שיתקיים התנאי וע"כ דדעתו הי' שיחול מעכשיו וע"כ הכא דכיון דהתנאי הי' עמה וחשוב תנאי שבין אדם לחבירו דבעינן דיני תנאים והכא אי אפשר ע"י שליח ובטל התנאי וע"כ דכוונתו הי' מעכשיו דאז לא בעינן משפטי התנאים. ועי' ברא"ש בגיטין דמשמע מדבריו דלשיטת הרמב"ם דבמעכשיו לא בעינן ת"כ ה"ה דלא בעינן אפשר לקיימו ע"י שליח ודווקא התם דאמרה תאסור עלי כל פירות אם ארחץ דלא הוי תנאי בין אדם לחבירו ולא בעינן אפשר לקיימו ע"י שליח וע"כ סובר הר"ן דכיון דנדר נמשך אחר קיום התנאי לא הי' דעתה על מעכשיו רק לאחר שתעבור על התנאי ומ"מ התנאי יהי' קיים משא"כ הכא דחשוב תנאי שמתנה עם חבירו ובעינן אפשר לקיימו ע"י שליח ע"כ דכוונתו הי' מעכשיו הגם דנדר נמשך לאחר שיעבור על התנאי

אך לפי מה דאית' בתוס' שם דמש"ה יכול לאסור הגם דמשועבד לה משום דכיון דתלה הנדר באם תלך לבית אביך לא תלך ולא תאסור ולפ"ז התנאי בא לחזק המעשה דאי לאו התנאי לא יכול לאסור כלל ובאופן זה לא בעינן משפטי התנאים דל"ש דלא אתא דיבור ומבטל מעשה דאדרבה דע"י התנאי מצי לחול המעשה ומה שהקשו על התוס' דא"כ לפי מה דמסיק הגמ' דאפי' לא הלכה אסורה משום דבתנאי לא מזדהר א"כ תקשה קושי' הנ"ל לדוכתא דאיך יכול לאסור כיון דמשועבד לה ול"ש לומר שלא תלך ולא תאסור דהא אפי' לא הלכה אסורה. נראה לפי מה דאית' בירושלמי פ' המדיר דעל מידי דמשועבד רק מדרבנן הנדר חל וע"ש דמשני' על קושי' הגמ' שם דמתני' אתא כמ"ד מזונות מדרבנן וע"כ הנדר חל ועי' בסמ"ג דפוסק כראב"י דעונה ג"כ מדרבנן למ"ד מזונות דרבנן והנה זה ודאי הא דר"י סובר דחיישינן שמא יעבור על התנאי זה בנדר דחל מדאוריית' דהיכי דנדר לא חל רק מדרבנן בודאי לא אמרינן דבתנאי לא מזדהר ול"ח מספק וא"כ לפי מה דמסיק דאפי' לא הלכה אסורה ע"כ איירי היכי דאמר קונם הנאת הגוף לתשמיש דאל"ה חשוב דבר שאין בו ממש והנדר לא חל רק מדרבנן וא"כ יש לומר דאתא כמ"ד דעונה דרבנן וא"כ בלא"ה יכול לאסור דעל מידי דרבנן יכול להפקיע ע"י נדר דאוריית' והתוס' שהוצרכו לזה היינו אי איירי דנדר לא חל רק מדרבנן דלא אמר קונם הנאת הגוף לתשמיש ואז הנדר לא חל רק מדרבנן ואז לא יכול לאסור אפי' אי עונה רק מדרבנן וע"כ

הוצרכו לומר שלא תלך ולא תאסור דהא באופן זה דהנדר חל רק מדרבנן פשיטא דבלא הלכה מותרת ואי אמרינן דאפי' לא הלכה ע"כ איירי בנדר דאורייתא' ונדר דאורייתא יכול להפקיע שיעבוד דרבנן ועונה הוא מדרבנן:

ועי' ברשב"א שם דכתב דאפי' היכי דלא אמר בפירוש יאסור הנאת תשמיש עלי אמרינן דכוונתו כן משום דסתם נדרים להחמיר וקשה הא ברשב"א מוקי שם דלא איירי דאמר קונם הנאת גופך וא"כ הנדר חל רק מדרבנן ואמאי אזלינן להחמיר ס' דרבנן ולקולא:

ועי' בט"ז סי' ר"כ ס"ק י"ט דהקשה דאמאי חיישינן שמא לא יקיים התנאי ובגט קיי"ל דכל תנאי שבידה לקיימו מותרת לינשא מיד ול"ח שמא לא תקיים התנאי וכתב דלא דמי לדהתם דהתם כל שתעבור תהי' אסורה ג"כ מהיום והלאה לבעלה וע"כ מירתתה לעבור מה שאין כן כאן שאין איסור מכאן ולהלאה דהיינו אחר הפסח אלא במה שעברה קודם פסח ובשביל זה מורא לא יעלה על ראשה דמה שעבר עבר וע"ש ועי' בתוס' גיטין פ' המגרש דהקשו על ר"א דסובר בע"מ שלא תנשאי לפלוני דמותרת לכל אדם חוץ מאותו האיש ומשמע דאפי' בחי אותו איש מתירין לינשא והקשו מהא דקתני לעיל ולאחר לא תנשא עד שתתן ותירצו דהתם אינו בידה לקיים התנאי משא"כ הכא דנישואין אי אפשר בע"כ וקשה הא התם ע"כ החששא שתנשא לפלוני לאחר מיתת הבעל המגרש. ועי' במרש"א. וא"כ מה בכך דתנאי בידה הא היכי דאין האיסור נמשך להבא כמו הכא דמת המגרש רק שאיסור יהי' למיפרע דניסת ע"י הגט זה לאחר דבטל הגט למיפרע א"כ אפי' דתנאי בידה חיישינן שמא תעבור על התנאי ובאמת לא קשה קושי' ב"ש סי' קמ"ג דאמאי פסקו דאסורה לינשא בחי אותו איש דהא המחבר סובר דתנאי בידה ל"ח שתעבור על התנאי וע"ש אך דהכא שאני דכיון דעל להבא ליכא איסור וע"כ חיישינן טפי:

ועי' בס' שעה"מ הלכות שופר דהקשה על הר"ן בנדרים דתמה דאפי' כי אמר ישיבת סוכה עלי מאי הוי הא דבר שאין בו ממש הוא וקשה הא בל יחל מדרבנן איכא ואין לומר דס"ל דכיון דאין איסורו אלא מדרבנן לא חייל למידחי מצוה של תורה זה ליתא שהרי כתב בד' ט"ו וז"ל וא"ת והא האי נדרא דרבנן דהנאת תשמיש לית ביה ממשא והיכי חייל נדרו לאפקועי מצות עונה דאורייתא יש לומר דכיון דנדרא חייל ממילא פקעי להו הנך מצות דיש כח ביד חכמים לעקור דבר בשב ואל תעשה וע"ש וה"ה גבי סוכה נאמר כן ותימא על פ"ח שכתב בסי' קפ"ו וז"ל ומסתברא שאם אמר קונם קול שופר עלי דלא הוי כלום דקול לית בי' ממשא וקשה הא מדרבנן חייל וע"ש:

ונראה דהנה בס' הנ"ל נסתפק במי שאסר עליו הנאת תשמיש אי חייב בהעראה גרידא מי נימא דכיון דקאי עלה בבל יחל הרי אשתו זו נאסרה עליו כשאר חייבי לאוין בעלמא

דמחויב בהעראה או דילמא נדרים שאני דאזלינן אחר לשון בני אדם וכתב ליפשוט ממ"ש הר"ן הנ"ל באומר הנאת תשמישך עלי הא הוי נדרא מדרבנן הוא והיכי אתי ב"י מדרבנן ועוקר למצות עונה וקשה ממה שכתבו אך קשה בלא גזירה דרבה נמי לא הי' להם לתקוע דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מהתורה בשוא"ת וי"ל דלא אמרינן שוא"ת שאני אלא היכי דליכא הכשר מצוה כגון ההיא דאין מפקחין עליו את הגל דבעידנא דקא עקר שבות של דבריהם לא מקיים העשה דתקיעות שופר אבל היכי דבעידנא דעקר איסור דרבנן מקיים עשה דשופר לית להו כח אפי' בשוא"ת ודבריהם היפך דברי הר"ן שהרי הכא בעידנא דעובר על איסור דרבנן הוא מקיים מצות עונה ואפ"ה כתב דיש כח ביד חכמים אלא ודאי דבהעראה לחוד קאי בבל יחל וא"כ בשעה דעבר על איסור דרבנן דהיינו אהעראה לא מקיים המצוה דעונה וע"ש. ולפ"ז שפיר הקשה בר"ן דאפי' כי אמר הנאת סוכה עלי הא דבר שאין בו ממש ואע"ג דמדרבנן חייל לא מצי לעקור מצות סוכה בשוא"ת דהא הכא בשעה שעבר על נדר מדרבנן מקיים מצות סוכה דגם הישיבה מהמצוה וגם בשופר ניחא דגם כן בשעה שעבר על הנדר מקיים המצוה דקיימא לן דשמע תחילת תקיעה לבד דיצא משא"כ בעונה. ובעיקר הס' הנ"ל נראה ליפשוט מהא דאית' ברשב"א יבמות דהקשה אמאי בנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה דכופין לחלוץ והא אינו עולה ליבום דקיימו בלאו ועשה וא"כ אינו עולה לחליצה וקשה הא מצות יבום מקיים בהעראה לחוד ועי' תוס' יבמות פ' שני דכתבו דלאו דוקא ביאה שני' רק גזירה אטו גמר ביאה דמצות יבום מקיים בהעראה וע"ש וא"כ עולה ליבום ע"י העראה אלא ודאי דגם בנדר דמי לשאר חייבי לאוין ואסור בהעראה ושפיר הקשה ברשב"א ואי אמרינן דבעונה מהני אי מחלה ועי' במ"ל הלכות אישות יש לומר על קושי' שעה"מ הנ"ל דהתם בעונה דיכולה למחול ולא אלים העשה וע"כ סובר הר"ן דהעמידו דבריהם בשוא"ת ודמי להא דקאמר בש"ס דאי אמרה לא בעינ' וכו' משא"כ בסוכה ושופר דאלי' המצוה ע"כ לא העמידו דבריהם נגד מצוה של תורה אפי' בשוא"ת. ועי' בר"ן ריש כתובות דהקשה והא יום מיתה וקבורה מחייב באבילות דאוריית' וכיון שכן איך אתיא שמחת ימי משתה שאינה אלא מדרבנן ודחי' אבילות דאוריית' ותירץ דב"ד מתנין לעקור דבר מהתורה בשוא"ת וע"ש וקשה הא התם הוי בעידנא דעקר וכו' מקיים המצוה ואפ"ה דוחה בשוא"ת ודו"ק:

והנה שיטת הר"ר אביגדור הובא בב"י סי' רכ"ח דאם עבר והתירו מותר. ועיין בספר יש"י דהטעם משום דע"פ הרוב ניחא להו לרבים בהתרת הנדר דנודר כאילו בנה במה והמקיימו כאילו הקריב עליו קרבן דמצוה לשאול עליו רק דמ"מ חיישינן שמא אין

הרבים מסכימין והיינו לכתחילה אבל בדיעבד מותר דאזלינן בתר הרוב אך היכא דהנדר היה לדבר מצוה שלא ישא נשים פסולות לכהונה בזה בוודאי לא ניחא להו לרבים להתיר נדר זה ולכך אף בדיעבד אינו מותר ועיין בהרא"ש בגיטין פ' השולח ובתוס' שם דף ל"ה ע"ב ד"ה אבל נישאת דהקשו וידירוה על דעת רבים דאין לה הפרה ותירצו דבעל יכול להתיר אפילו על דעת רבים אך הקשו מ"מ תיקש' מאי פריך הגמ' דילמ' אזלא לגבי חכם ושרי לה הא מצי לשנויי דמדרינן על דעת רבים. ונראה דלכאורה תקשה לפי מאי דקיי"ל דסמוך מיעוטא לחזקה א"כ הכא איכא חזקה דהרי איתחזק איסורא דנדר וא"כ אמאי אזלינן בתר רוב דמסתמא ניחא להו אך כיון דחכם עוקר הנדר מעיקרו לא נחשב איתחזק איסורא וע"כ אזלינן בתר הרוב וזה שייך לגבי חכם משא"כ לגבי בעל דמגז גייז וא"כ יש לומר דקושית התוס' לא אזלה דידירוה על דעת רבים רק לגבי בעל דאז אפילו בדיעבד אינו מותר דלא אזלינן בתר הרוב משום דסמוך מיעוטא לחזקת איסור דנדר משא"כ הא דפריך דילמא אזלה לחכם ושרי אין לומר דידירה על דעת רבים כיון דבדיעבד שרי דאזלינן אחר הרוב דליכא חזקת איסור כיון דעוקר הנדר מעיקרו:

גם נראה לפי מאי דסוברים דכשנשבע אדם או נדר על דבר שאין עיקר כוונתו לעצמות הנדר אלא לצורך דבר אחר שדעת הרשב"א שיש התרה בלא חרטה דמעיקרא וגם סוברים ועיין בשע"ה וכשניתר בלא חרטה דמעיקרא אינו ניתר אלא משעת היתר ואילך ואינו נעקר למיפרע רק דמגז גייז וא"כ תקשה מאי הקשו בתוס' דידירוה על דעת רבים הרי בידה להערים שתקדים היא את עצמה ותאסור עליה בנדר אותן הדברים שעל דעת היתומים להדירה בהם שלא על דעת רבים וכיון שאין תכלית כוונתה בנדרה להיות אסורה בהן וכל חפצה בנדר זה רק שעל ידי זה לא יחול עליה נדר שני לאחר זמן כשתדור ליתומים וא"כ מועיל התרת נדר עצמה בלא חרטה דמעיקרא ובכי האי גוונא אין החכם עוקר למיפרע וא"כ הגם שהדירוה אותה היתומים אחר כך לא יחול נדרם מפני הנדר שיש עליה מכבר ואחר כך תשאל לחכם על נדר עצמה הראשון ולא יחול עליה הנדר של היתומים דכיון שאין נדר הראשון נעקר למיפרע לא שייך לומר דאם נשאל על הראשונה חל השני ועיין בשער המלך. אך לפי סברת תוס' יבמות דף ל"ג דלכך חל איסור טרפה על איסור אבר מן החי כיון דאיסור טרפה אין היתר לאיסורו ואיסור אבמ"ה יש היתר לאיסורו ע"כ חשיב איסור טרפה איסור מוסיף וא"כ גם בנדרים היכא דנדר שני אין לו היתר כגון על דעת רבים מצי לחול על הנדר הראשון שלא היה על דעת רבים:

אך לפי מאי דסובר הרשב"א בתשובה דגם בנדר על דעת רבים היכא דכבר עבר על נדרו פעם אחת אז חשוב דבר מצוה להתיר את נדרו כדי שלא יהא עובר על נדרו למפרע וא"כ

לא חשיב מוסיף כיון דגם נדר על דע"ר יש לו היתר באם כבר עבר אך בבעל דמגז גייז א"כ הגם שמיפר לה עכשיו מ"מ מה שעברה עברה ואינו ניתקן ע"י הפרה זו ואינו נחשב לדבר מצוה חשיב שפיר מוסיף וחל על נדר הראשון לפי זה ניחא דקושיא דידירוה על דעת רבים לא אזלה רק לגבי בעל דאז כיון דאפילו אם כבר עברה אין לה היתר מצי לחול נדר עד"ר על נדר הראשון שלא היה עד"ר מטעם מוסיף משא"כ לגבי חכם כיון דעוקר הנדר מעיקרו א"כ אם כבר עברה מצוה להתיר ע"כ לא חשיב נדר השני דעד"ר איסור מוסיף דהרי גם על נדר זה יש לו היתר אם כבר עברה ע"כ פריך שפיר וליחוש דילמא אזלא לגבי חכם דאין לומר דידירוה על דעת רבים דתוכל להערים כנ"ל:

ובזה ניחא מה שהקשה ספר ב"ש דבש"ע א"ח סי' קכ"ח לענין כהן הנושא נשים בעבירה דפסול עד שידור הנאה כתב דמדירין אותו על דע"ר ולא סמכינן על הך מילתא דצריך לפרט את הנדר וכאן בנודרת ליתומים לענין כתובה סתם דמדירין אותו סתם וסגי בזה דצריך לפרט את הנדר ולפי הנ"ל ניחא לפי מה שסוברים דאף למ"ד צריך לפרט את הנדר ואם לא פרט אף בדיעבד אינו מותר אינו רק מילתא דרבנן ומן התורה אם עבר והתיר מותר דהרי אינו רק חשש דרבנן משום מילתא דאיסורא וא"כ מה מרויחין אם יהא נדר עד"ר כיון דגם עד"ר הוא ג"כ מדרבנן משום דע"פ הרוב ניחא להו להרבים בהתרת הנדר כנ"ל רק דמ"מ חיישינן שמא אין הרבים מסכימין וע"כ לא כתבו דצריך שיהא הנדר עד"ר כיון דגם עד"ר אינו רק מדרבנן ע"כ סמכינן על הא דצריך לפרט את הנדר משא"כ גבי כהן הנושא נשים בעבירה דהתם עד"ר מן התורה אין לו התרה דהתם לא שייך דהרבים ניחא בהתרת הנדר כיון דהנדר היה לד"מ שלא ישמש עם נשים פסולות לכהונה וא"כ כיון דהתם מדאוריית' אין לו התרה עד"ר ע"כ נכון יותר שיהי' הנדר עד"ר מלסמוך על הא דצריך לפרט את הנדר דאינו רק מדרבנן:

ובזה ניחא קושית הש"ך סי' רנ"ה דהקשה למה הוצרך הרמב"ן בחידושיו ובספר המלחמות לומר דר"ה מיירי במנה פקדון משום דאל"כ הא מלוה טל פה אינו טורף מן ההקדש היה לו לפרש דר"ה מיירי שרוצה לשאול על ההקדש ואומר שחייב לאחרים דנאמן הוא בכך לענין שיש מצוה בהתרתו מטעם חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש ע"ש. ולפי הנ"ל ניחא דלכאורה תקשה אמאי לדבר מצוה יש לו התרה הא איכ' לברורי אך כיון דמידי דרבנן הוא הא דעד"ר אין לו התרה כנ"ל ע"כ לא צריכינן לברורי ואמרינן דבוודאי ניחא להו וזה ניחא בעלמא משא"כ הכא לענין הקדש לא שייך לומר דבוודאי ניחא להו בהתרה וא"כ הוא מידי דאוריית' הא דעד"ר אין לו התרה וע"כ אפילו לדבר מצוה אין לו התרה בלא דע"ר כיון דאפשר לברורי:

וגם בפשיטות ניחא דהא בתוס' ב"ב דף קע"ד הקשו על הא דאמר ר"ה התם ש"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי נאמן הא דבעי בפרק מ"ש ש"מ שהקדש כל נכסיו מאי חוזר או אינו חוזר תיפשוט מהכא דאם עמד אינו חוזר דאי חוזר פשיטא דנאמן דמאי קנוניא שייך והלא יכול לחזור בו ותירצו דגם לר"ה עלתה האי בעיא בתיקו וסובר דמספיקא אזלינן לחומרא וא"כ אם מיירי דרוצה לשאול על ההקדש שהי' עד"ר כיון דהא דעד"ר אין לו התרה אינו רק מדרבנן א"כ לא צריכין לחזקה אין אדם עושה קנוניא על הקדש שיהא נאמן לומר שחייב לפלוני מנה כדי שיהא נחשב התרה לדבר מצוה דתיפוק ליה דיכול לחזור ואין לומר דספיקא הוא ואזלינן לחומרא דליתא כיון דרוצה לשאול על הקדש ניהו דהנדר היה עד"ר מ"מ אינו רק מדרבנן א"כ חשיב ספיקא דרבנן וא"כ ממילא יכול לחזור וא"כ לא צריכין לחזקה דאין אדם עושה קנוניא שיהא נאמן לומר שחייב דבל"ה כיון דהוא רוצה ליתשל הגם דהנדר הי' עד"ר מ"מ כיון דזה אינו רק מדרבנן א"כ תו ליכא ספיקא דאוריית' ויכול לחזור:

ובאמת בפשיטות ניחא הא דלא הביאו הפוסקים גבי נודרת ליתומים שיהא עד"ר משום דבאמת הרי בידה להערים שתקדים היא את עצמה ותאסור עליה בנדר סתם אותן הדברים שבדעת היתומים להדירה בהם וא"כ לא יחול הנדר השני שעדע"ר ואין לומר שחשיב מוסיף הנדר השני דהי' עד"ר כנ"ל אך כיון דבדיעבד אפילו עדע"ר יש לו התרה א"כ לא חשיב מוסיף משא"כ גבי כהן הנושא נשים בעבירה דהתם אפילו בדיעבד אינו מותר היכא דהנדר היה על דע"ר וא"כ פשיטא דחשיב מוסיף נדר השני שהי' עדע"ר וא"כ לא יכול הכהן להערים וע"כ כתבו התם שיהא הנדר עדע"ר:

והנה הא דקי"ל דצריך לפרט את הנדר נחלקו הפוסקים אי צריך לפרט גם הסיבה בשביל מה נדר ועיין בתוס' ערכין דף כ"ג שהכריחו מסוגיא דשם דאין צריך לפרט הסיבה ולהכי סבירא ליה לר' יהושע דגבי המקדיש נכסיו והי' עליו כתובת אשה סבירא ליה לרבי אליעזר כשיגרשנה ידור הנאה ממנה ורבי יהושע סובר אינו צריך ואמרינן שם דפליגי בנדר שהודר עד"ר דרבי יהושע סבירא ליה דיש לו התרה וא"כ אינו מועיל עדע"ר ועל זה הקשו הא צריך לפרט את הנדר לזה הוכיחו דאין צריך לפרט הסיבה. והנה שיטת הרמב"ם גבי כהן הנושא נשים בעבירה כתב דצריך שיהא הנדר עדע"ר ולא סגי בזה דצריך לפרט את הנדר וע"כ דסובר ג"כ דאין צריך לפרט הסיבה ע"כ בעינן שיהא הנדר על דע"ר אך תמהו מה דאמרינן בסוגיא דלמ"ד צריך לפרט הנדר ניחא היינו לס"ד דהמקשן היה סבור דבאמת צריך לפרט הסיבה של הנדר אבל למסקנא דמשני שם דמדרינן ליה עדע"ר סובר התרצן דאין צריך לפרט הסיבה וע"כ בעינן דהנדר יהי'

עדע"ר ועי' בתשו' מהרי"ט. אך כל מעיין ישפוט בצדק שדבריו דחוקים מאד דנימא דבס"ד ה"א דצריך לפרט הסיבה ולמסקנא סבירא ליה דאין צריך לפרט וע"כ נראה דהנה לפי מה שפי' רש"י במס' בכורות בהא דנודר ועובד יורד ומגרש ופי' רש"י וזה לשונו דאע"פ שעדיין לא גירש מותר לעבוד משנדר שלא תיהני ממנו והוא ממנה ולכאורה בלתי מובן דלמה לו להדיר שלא תיהני היא ממנו דדי לו אם יאסור ע"ע ליהנות ממנה אלא ע"כ דרש"י סבירא ליה ג"כ דאין צריך לפרט הסיבה ולכך מדירין אותו בלשון זה שיהא נודר לאסור א"ע בהנאתו ממנה וגם היא תיאסר בהנאתה ממנו אז ממילא מרגיש החכם שאשה זו אסורה עליו דאל"כ איך אפשר שידיר אותה מלהנות לו דהרי משועבד לה דבשלמא הוא יכול להדיר א"ע מלהנות לה בכי האי גונא הנאתך עלי אבל איך יכול שתאסור הנאתו עליה ואם נדר בכה"ג שלא תהנה היא ממנו והוא ממנה בוודאי בכי ה"ג כל הנדר בטל ואין צריך התרה כלל ולמה בא להתיר לחכם והחכם יאמר לו שבכי ה"ג אין צריך התרה כלל ואפילו מה שנדר שלא יהנה ממנה אין צריך התרה כי נדר שבטל מקצתו בטל כולו וע"כ יהא צריך לגלות הדבר לפני החכם שהיא פסולה וא"כ אינו משועבד ושפיר מהני הנדר וא"כ אפילו אם אין צריך לפרט הסיבה אפילו הכי לא יתיר לו החכם ושפיר אמר הניחא למ"ד צריך לפרט הנדר ואע"פ שלא יפרט את הסיבה רק לשון הנדר בעצמו אפילו הכי לא יתיר לו החכם:

אך א"כ תקשה על הרמב"ם דלמה כתב דבעינן עדע"ר ולא סגי בזה דצריך לפרט את הנדר וע"כ נראה דלכאורה י"ל דאפילו לפי פי' רש"י הנ"ל מ"מ לא ירגיש החכם שאשת הכהן פסולה ואין לומר דא"כ לא צריך התרה כלל דנדר שבטל מקצתו בטל כולו דליתא כיון דקונמות מפקיעין מידי שיעבוד מדינא רק דאלמוה רבנן לשיעבודא וא"כ כיון דמדינא חייל הקונם אפילו על מה שהוא משועבד לה רק דאלמוה באופן זה לא אמרינן נדר שבטל מקצתו בטל כולו וכן מוכח מדברי רש"י במדיר את אשתו ליהנות דשיטת רש"י דגם תשמיש בכלל הנדר ואפילו הכי לא חל הנדר על התשמיש משום דמשועבד לה וא"כ תקשה גם על מזונות אמאי חל הנדר הא נדר שבטל מקצתו בטל כולו אלא וודאי כיון דמדינא חל על תשמיש רק מטעם דאלמוה אינו חל בזה לא אמרינן נדר שבטל מקצתו בטל כולו:

ועי' במ"ל הלכות מכירה פ"ו כתב ויש להסתפק אם הקנה קרקעות ומטלטלין במעות כאחד מי אמרי' כיון דמטלטלין לא קנו מתקנת חכמים אף קרקע לא קנה או דילמא שאני הכא דדבר תורה מעות קונות ולא חשיב את וחמור וא"כ הוא הדין הכא דהא בתשוב' מהרי"ט איתא דהא דנדר שבטל מקצתו בטל כולו משום דחשיב קני את וחמור ובכי האי

גונא כיון דמדאוריית' חל הנדר גם על דבר שהוא משועבד לה ע"כ לא שייך נדר שבטל מקצתו וכו' ואין להקשות לפי זה הא דאיתא בגיטין דף נ"ג ע"ב דטעמא דמעמד שלשתן דנעשה כאומר לו בשעת מתן מעות שעבדנא לך ולכל דאתא מחמתך ומקשה ר"א אלא מעתה תקנה לנולדים דלא הוו בשעת מתן מעות הכי נמי דלא קנו וכתבו ועי' בתומים ואין לומר דבאמת דבהקנה לנולדים דלא קנו רק בשאר בני אדם דהיו בשעת מתן מעות הן יקנו וכתבו דא"כ חשיב קני את וחמור וקשה דהא במקנה לדבר שלא ב"ל דלא קנו הוא משום אסמכתא והמרדכי סובר דמדאוריית' אסמכתא קונה וא"כ לא שייך קני את וחמור דהא מדאוריית' גם הנולדים קנו אך י"ל לפי מאי דסובר הרמב"ן דמדאורייתא לא יכול לשעבד לכל מאן דאתי מחמתך משום דאין ברירה א"כ ניחא וחשוב שפיר קני את וחמור דלא שייך לומר דמדאוריית' קני גם לנולדים דאדרבא דמדאורייתא גם שאר בני אדם לא קני משום דאין ברירה וע"כ צריכין לומר דסוגיא אזלה כתנא קמא דסובר דקונמות אין מפקיעין מידי שיעבוד מדאוריית' ושייך שפיר נדר שבטל מקצתו וע"כ ירגיש החכם שהיא פסולה לכהן וע"כ אי צריך לפרט את הנדר ניחא משא"כ לדידי דקיי"ל דקונמות מפקיעין מידי שיעבוד מדינא ולא שייך נדר שבטל מקצתו וא"כ אפילו אי צריך לפרט את הנדר כיון דאין צריך לפרט הסיבה רק הלשון שנדר והגם שהלשון יהי' כמו שכתב רש"י כנ"ל לא ירגיש החכם וע"כ סובר הרמב"ם דבעינן עדע"ר:

ובזה ניחא בכתובות ד' נ"ט בתוס' ד"ה שמא יגרשנה הקשו בתוס' דלרב דאמר יכולה אשה שתאמר לבעלה איני נזונת ואיני עושה למה ליה למינקט שמא יגרשנה לימא שמא תאמר איני ניזונת ואיני עושה הקשה במהרש"א וז"ל אבל מדברי ת"ק שאמר אין צריך להפר לה לא תקשי להו ואמאי אין צריך להפר שמא תאמר איני ניזונית ע"כ נראה דלכאורה תקשה דכיון שהיא אסרה לעשות לבעלה כל מלאכה ולאו כל כמינה לומר איני ניזונת ואיני עושה להפקיע עצמה מאותן שבעה מלאכות שאשה חייבת לעשות לבעלה והכא כיון דאסרה כל הנאתה על בעלה ועל כל אותן ששה מלאכות חוץ ממלאכה עשיית בצמר שהיא בכלל מעשה ידיה לא חייל נדרה שאין בידיה ליפטר מהם א"כ אמעשה ידיה נמי לא חייל כיון דלא חייל אכולהו לא חייל אמקצתו דנדר שבטל מקצתו וכו' וע"כ דכיון דקונמות מפקיעין מידי שיעבוד רק דאלמוה רבנן לשיעבודא לא שייך נדר שבטל מקצתו וכו' וזה לרבי יוחנן בן נורי לשיטתו דסובר דקונמות מפקיעין מידי שיעבוד מדינא משא"כ לת"ק דסובר דאין קונמות מפקיעין מידי שיעבוד א"כ מה בכך דתאמר איני ניזונת ואיני עושה מכל מקום כיון דלא חל הנדר על אותן ששה מלאכות בטל נמי על מלאכה עשיית בצמר:

ובזה ניחא דברי הרמב"ם פ' י"ב מהלכות נדרים דפסק אשה שאמרה יקדשו ידי לעושיהם או שנדרה שלא יהנה בעלה ממעשה ידיה דמהני הנדר וקשה הא בש"ס קאמר שם דאינו ראוי שיחול הנדר דהוה דבר שלא בא לעולם רק באומרת יקדשו ידי לעושיהם ואמאי כתב רבינו דבסתמא חייל הנדר וע"כ נראה דהא בלאו הכי הקשו דאמאי לא קאמר הש"ס כאן נעשה כאומרת יקדשו ידי לעושיהם משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה וע"כ כוונתה יקדשו ידי לעושיהם ותירצו דהרי הש"ס הקשה דאף אי אמרה כן לא מהני דהא משעבדא ליה אלא באמרה לכי מגרשה וזה אינו בידה שתתגרש מבעלה וא"כ לא שייך בזה לומר אין אדם מוציא דבריו לבטלה כיון דאף כעת אפשר שיהי' דברי' לבטלה ולכך מוקי לה הש"ס באומרת להדיא יקדשו ידי לעושיהם אך תקשה הא בידה לומר איני ניזונת ואיני עושה וע"כ משום דנדר שבטל מקצתו בטל כולו כיון דלא יכולה לומר על ששה מלאכות איני ניזונת ואיני עושה וזה הכל לסלקא דעתך דלא ידעינן דקונמות מפקיעין מידי שיעבוד מדינא וע"כ שייך שפיר לומר נדר שבטל מקצתו בטל כולו משא"כ למסקנא דקונמות מפקיעין מידי שיעבוד מדינא ולא שייך נדר שבטל מקצתו וכו' וא"כ הברירה בידה לומר איני ניזונת ואיני עושה א"כ ממילא אמרינן אפילו לא אמרה יקדשו ידי לעושיהם הנדר חל משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה בוודאי כוונתה יקדשו ידי' לעושיהם:

ובזה ניחא דברי הרי"ף דלא הביא דברי הגמרא דמיירי כשהדירה כשהיא ארוסה בהגיע זמן ולא נשאו דשיטת רש"י דמש"ה חל הנדר כיון דמדאוריית' לא משתעבד לה. ולכאורה נראה דבלאו הכי הקשו דגם מזונות נשואה היא ג"כ מדרבנן ואמאי לא משני בפשיטות דמתניתין אתיא כמ"ד דמזונות נשואה היא ג"כ רק מדרבנן וע"כ חל הנדר וע"כ נראה דאי מיירי בנשואה רק משום דמזונות מדרבנן א"כ תקשי כיון דקי"ל דכסות מדאוריית' ולא חל הנדר על כסות ממילא בטל הנדר גם על מזונות וע"כ משני כשהדירה כשהיא ארוסה דאז הן המזונות הן הכסות הכל מדרבנן וע"כ חל הנדר. אך אכתי תקשה דהוה מצי לאוקמי שפיר בנשואה מ"מ לא שייך לומר נדר שבטל מקצתו וכו' כיון דע"פ הדין קונמות מפקיעין מידי שיעבוד רק דאלמוה ובזה לא אמרינן נדר שבטל וכו' וע"כ דאפילו היכי דחיוב מזונות הוא רק מדרבנן א"ה לא חל הנדר א"כ תקשי מאי בכך כשהדירה כשהיא ארוסה וע"כ דתירוץ הגמרא קאי למ"ד דקונמות אין מפקיעין מידי שיעבוד משא"כ לדידן דקונמות מפקיעין וע"כ דגם על חיוב דרבנן הנדר לא יחול דאל"כ אפילו כשהיא נשואה חל הנדר דאין לומר דבטל הנדר משום דבטל מקצתו על כסות דליתא

כיון דקונם מפקיעין מדינא לא שייך נדר שבטל וכו'. וע"כ דגם על דרבנן לא חל הנדר וע"כ לא הביא הרי"ף תירוץ הגמ' כשהדירה כשהיא ארוסה:

ובאמת בפשיטות ניחא קושי' הנ"ל דהא אף מזונות נשואה הוא רק מדרבנן דהא בל"ה הקשו בתוס' הא גם מעשה ידיה היא רק מדרבנן ואפילו הכי לא חל הנדר וע"כ נראה לפי מאי דאיתא באחרונים דהיכא ד בתקנתא דרבנן הפקר ב"ד הוי כדאוריית' והיכא שלא עשו תקנתם מצד הפקר ב"ד לא הוי כדאוריית' ופשוט לומר דהיכא דתקנתם הוא בדבר הדומה לדאוריית' דבכי ה"ג בכח הרבנן לעשות תקנה נגד דאוריית' כמבואר ביבמות ד' צ' לא הוצרכו בתקנתם שיהי' בכח הפקר ב"ד כי אף בלא הפקר ב"ד יכולים הם לתקן תקנתם ואינם כעוקרים דבר מן התורה וכיון שלא עשו תקנתם מצד הפקר ב"ד לא הוי כדאורייתא ועי' בס' ע"ח. לפי זה הכל ניחא דמעשה ידי' הגם דאינו רק מדרבנן מ"מ כיון דלא הוי בדבר הדומה לדאורייתא דכל מעשה ידי' אינו רק מדרבנן וע"כ הוא רק מצד הפקר ב"ד ואז חשיב כדאוריית' וע"כ הנדר לא חל משא"כ במזונות כשהדירה כשהיא ארוסה דהוי דבר הדומה לדאוריית' דכיון דמזונות נשואה היא מדאוריית' א"כ לא עשו תקנתם מצד הפקר ב"ד וא"כ ממילא החיוב רק מדרבנן ולא חשיב כדאוריית' וע"כ חל הנדר וע"כ משני הגמרא דלעולם מזונות דאורייתא בנשואה רק דהכא מיירי בהגיעו זמן ולא נשאו דאז הוי דבר הדומה לדאוריית' ולא עשו מכח הפקר ב"ד וע"כ הנדר חל משא"כ אם נאמר דכל מזונות היא רק מדרבנן אפילו בנשואה אז ע"כ עשו מכח הפקר ב"ד והוי כדאוריית' וא"כ לא יחול הנדר. גם מהרמב"ם נראה דהא דאלמוה לשיעבודא משום דהוא מדרבנן דאז צריכין חיזוק דלא לזלזל בדבריהם משא"כ דבר הדומה לדאורייתא לא צריכין חיזוק וע"כ משני שפיר דמיירי בהגיעו זמן ולא נשאו דכיון דהוא מדרבנן הנדר חל ולא עשו חיזוק לדבריהם כיון דהוא דבר הדומה לדאורייתא דהא בנשואה החיוב מזונות הוא מדאוריית' משא"כ אם תאמר דכל חיוב מזונות הוא רק מדרבנן אז כיון דליכא דבר הדומה לדאוריית' א"כ עשו חיזוק לדבריהם ואלמוה לשיעבודא וע"כ במעשה ידי' לא חל הנדר כיון דהוא לגמרי מדרבנן וליכא בו דבר הדומה לדאוריית' ע"כ אלמוה לשיעבודא ולא חל הנדר:

אך נראה לפי מאי שכתבתי לעיל בלאו הכי ניחא דברי הרי"ף דלכאורה נראה בפשיטות דהא הקשו המפרשים במדיר את אשתו מלהנות לו דיוציא ויתן כתובה איך נוטלת כתובתה הא היא אסורה מלהנות ממנו אך בל"מ איתא דהיכי דלא מועיל מחילה אז לא אמרינן דקונם מפקיע מידי שיעבוד וע"כ כיון דבכתובה לא מהני מחילה משום דכל הפוחת לבתולה ממאתים וכו' הרי זו בעילת זנות ע"כ לא אמרינן קומות מפקיעין מידי

שיעבוד וזה ניחא בנשואה משא"כ בארוסה ודאי מועיל מחילה וא"כ קונם מפקיע מידי שיעבוד וא"כ תקשי איך נוטלת כתובה ואיך משני הגמ' דמיירי כשהיא ארוסה אך נ"ל כיון דלא חל הנדר על הכתובה של נשואה בטל כל הנדר גם מן האירוסין ואין לומר דא"כ גם על מזונות כיון דלא חל על אחר נישואין א"כ בטל כל הנדר ולא יהא חל גם על האירוסין וע"כ דהנדר לא היה על אחר נישואין דליתא דלעולם הנדר הי' גם על אחר נישואין ואין לומר נדר שבטל מקצתו כיון דמדינא חייב דקונם מפקיע משא"כ בכתובה כיון דמדינא לא חייל הנדר כיון דלא מהני מחילה בכתובת נישואין א"כ אמרינן נדר שבטל מקצתו בטל כולו ושפיר משני דמיירי כשהיא ארוסה אך אכתי תקשי בקונם מה שאני עושה לפיך דגם כן מדינא לא חייל הנדר משום דדבר שאין בו ממש והנדר לא חל רק מדרבנן ועי' בש"ך ואפילו הכי לא בטל כולו דהא סובר ר' עקיבא דיפר משום העדפה אך התם מיירי ע"כ בהזכיר הידים דאל"כ הוי דבר שלא ב"ל משא"כ למסקנא דקונם חל על דבר שלא ב"ל ועיין בכסף משנה וא"כ הנדר לא חל רק מדרבנן ואפילו הכי לא אמרינן דבטלה כולה וא"כ תקשה איך נוטלת הכתובה כיון דאסורה ליהנות ממנו וע"כ לא הביא תירוץ הגמ' משום דע"כ איירי בנשואה דאז לא מהני מחילה וע"כ אין הקונם מפקיע ונוטלת הכתובה:

ובזה ניחא קושית תוס' בסוף נדרים באומרת נטולה אני מן היהודים דהבעל יפר חלקו ותהא נטולה מן היהודים והקשו הראשונים. ועי' בתוס' שם אמאי חל נדרה על כל היהודים הא היא עתה אשת איש ואין איסור נדר חל על איסור אשת איש. ותירצו דמיגו דחייל איסור נדר על הבעל חייל ג"כ על כל העולם והקשה בתוס' יו"ט דהא הך מתני' דנדרים הוא דברי ר"י והרי ר"י סובר דלא אמרינן איסור כולל וע"כ נראה דהא י"ל דאמרה יאסר תשמישי על כל העולם דאז חשיב איסור מוסיף דשוי' נפשה כחפץ איסור לבעלה ולכל היהודים וכיון דחל עליה איסור לגבי בעלה חל עלה לגבי אחרים והרי הוא כמו חלב קדשים שנעשה נותר כיון דאתוסף על חתיכה חלב איסור לגבי גבוה איתוסף נמי להדיוט אך ע"כ לא מיירי דאסרה תשמישה על כל העולם דאז הנדר לא חל לגבי בעלה משום דמשועבדת לו ולמה צריך להפר חלקו ואין לומר דקונם מפקיע מידי שיעבוד דהא אלמוה לשיעבודא ואין לומר דהיכא דאסרה על כל העולם לא שייך אלמוה ועי' בתוס' כתובות ומפקיע מידי שיעבוד. וראיה מאיצטלא דמילתא דפרסוה אמיתנא דקאמר רבא קניא מיתנא ואמאי הא אלמוה רבנן לשיעבודא דאשה וע"כ היכא דנאסר לכל העולם ליכא למיחש להכי ומפקיע מידי שיעבוד אך התם שאני דבכתובה לא אלמוה ועי' בהרא"ש פ' המדיר דכתב כן ואין לומר דא"כ איך יוציא ויתן כתובה

אך התם שאני דקונם אין מפקיע כיון דלא מהני מחילה כנ"ל וא"כ ר"י לשיטתו דסובר דבכתובה מהני מחילה וא"כ קונם מפקיע וע"כ הא דיוציא ויתן כתובה משום דאלמוה א"כ אמאי באיצטלא לא אלמוה לשיעבודא וע"כ משום דנאסר לכל העולם וא"כ יש לומר שפיר לר"י לשיטתו דמתני' דנטולה אני מן היהודים מיירי דאמרה יאסר תשמישי על כל העולם ואפילו הכי יפר הבעל חלקו הגם דמשועבדת לו משום דהיכא דנאסרה לכל העולם לא שייך אלמוה כדמוכח מאיצטלא וא"כ חשיב איסור מוסיף ואז גם ר"י מודה דאיסור חל על איסור:

גם נראה דהנה שיטת הרשב"א ז"ל הגם דנדר על דבר שאין בו ממש מדרבנן חל הנדר מ"מ באוסר על אחרים דבר שאין בו ממש אפילו מדרבנן לא חל הנדר ועי' בשער המלך דהקשה מהא דבפ' ב' דנדרים ד' י"ז דפריך התם אמתניתין דקונם שאני משמשך הא משתעבד לה מן התורה ומשני באומר הנאת תשמישך עלי והשתא לדעת הרשב"א ז"ל באומר הנאת תשמישי עליך אמאי איצטריך לטעמא דמשעבדא ליה תיפוק ליה הא הוי דבר שאין בו ממש ואפילו מדרבנן לא חל באוסר על אחרים וע"כ נראה דלכאורה קשה אמאי באומר הנאת תשמישך עלי דהנדר לא חל רק מדרבנן משום דהוי דבר שאין בו ממש ואמאי לא אמרינן אין אדם מוציא דבריו לבטלה ובוודאי כוונתה הי' הנאת גופך לתשמישו. אך באמת זה ליתא דכיון דעכ"פ מדרבנן חל הנדר לא הוי דבריו לבטלה וא"כ באומר תשמישי עליך דכיון דגם מדרבנן לא חייל הנדר דהוי דבר שאין בו ממש ע"כ כוונתה היא קונם גופי לתשמישי עליך דאז הוי דבר שיש בו ממש ולהכי חל הנדר:

ובזה ניחא מה שהקשו על הר"ן דהקשה הא קונם מפקיע מידי שיעבוד ותמהו עליו הא קונם מדרבנן אין מפקיע מידי שיעבוד והכא הוי קונם דרבנן דדבר שאין בו ממש הוא. אך ניחא דכיון דנדר מדרבנן אין מפקיעין מודי שיעבוד ולא חל הנדר אמרינן דאין אדם מוציא דבריו לבטלה כוונתה הי' הנאת גופי לתשמישך ואז הוי הנדר מדאורייתא:

ובזה ניחא קושית תוי"ט הנ"ל דהא בס' שע"ה הקשה מאי הקשו בתוס' דאיך חל איסור על כל היהודים על איסור אשת איש ניהו דלא חל בעודה א"א מ"מ לאחר שמגרשה דאזלה איסור א"א אמאי לא חל איסור נדר דהא בקונם שאני עושה לפיך אף שאין חל בעודה תחתיו מ"מ כשמגרשה חל כדסובר ר' יוחנן ב"נ יפר שמא יגרשנה וכתבו דכיון שאינו חל בעודה תחתיו מחמת שאין איסור חל על איסור הוי כנדר שבטל מקצתו בטל כולו גם לאחר שמתגרשת אך דא"כ גם בקונם שאני עושה לפיך אמאי חל לאחר שתתגרש וע"כ נראה לפי מאי דאיתא בתוס' כתובות פ' שני כיון דקיום שטרות הוא מדרבנן לא פלגינן דיבורא לבטל השטר וא"כ ה"ה הכא בתשמיש דכיון דהוא דבר

שאין בו ממש והנדר חל רק מדרבנן ע"כ לא פ"ד משא"כ בקונם מה שאני עושה לפיך דאמרה יקדשו ידי לעושיהם דהנדר מדאוריית' וע"כ פ"ד שחל לאחר שתתגרש וא"כ לר"י לשיטתו דמתניתין מיירי דאמרה יאסר הנאת תשמישי על כל העולם כנ"ל. וא"כ כיון דעל אחרים לא חל אפילו מדרבנן דבר שאין בו ממש וע"כ משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה ע"כ כוונתה הנאת גופה לתשמיש ואז הנדר חל מדאוריית' ממילא פ"ד וממילא חל אחר גירושין אפילו בלא כולל:

ובזה דאמרנו דהיכא דמדינא חייל לא שייך לומר נדר שבעל מקצתו וכו'. ניחא קושית הר"ן בכתובות פ' אע"פ על הא דאית' במתניתין המותר ר' מאיר אומר הקדש ור' יוחנן הסנדלר אומר חולין והקשה בר"ן וז"ל וכי תימא אמאי נקט תנא פלוגתייהו במותר ולא נקטה במ"י עצמה וכ' וע"כ נראה דלכאורה קשה אמאי חל הקדש על מותר לאחר מיתה אמאי לא אמרינן נדר שבטל מקצתו וכו' וכיון דלא חל מחיים גם על אחר מיתה לא חל וע"כ נראה דכיון דשיטת ר"י דעל מותר אינה יכולה לומר איני נוטלת מעה כסף ואיני נותנת מותר וא"כ כיון דיכול לכופה למותר ומדינא חייל ההקדש גם מחיים ע"כ לא שייך נדר שבטל מקצתו משא"כ גוף מעשה ידי' כיון דלא יכול לכופה ויכולה לומר איני ניזונית ואיני עושה וא"כ מדינא לא חייל מהשתא א"כ ממילא לא חל על אחר מיתה דנדר שבטל מקצתו וכו' דבשלמא על מותר מ"י דכיון דיכול לכופה ורק הא דטורפת הוא רק משום שיעבוד מעה כסף וקונם מפקיע מדינא מידי שיעבוד וע"כ ניהו דלא חל מחיים חל על אחר מיתה משא"כ גוף מ"י:

גם בפשיטות ניחא דבאמת לא הוי עבידא דאתי אך בס' א"מ כתב דאליבא דר"ל דסבירא ליה מזונות תחת מ"י ואינה יכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה ואפילו אינו רוצה לזונה מ"י דידיה הוי ואינה גובה מהם אלא בתורת טורפה ולאחר מיתה דליכא טריפת ב"ח ממילא נשאר בהקדישו וא"כ מה בכך דלא הוי עבידא דאתי וא"כ ה"ה במותר אפילו אליב' דידן דקיי"ל יכולה שתאמר איני ניזונת ואיני עושה אך דכיון דבמותר יכול לכופה ומדינא גם מחיים חל ואין לה אלא שיעבוד וכיון מה שנותר לא"מ דליכא טורף ממילא נשאר בהקדישו וזה שייך במותר משא"כ במ"י כיון דלא יכול לכופה גם לא"מ לא קדיש אפילו לר"מ משום דלא הוי עבידא דאתי:

ובזה ניחא דברי התוס' שם ד"ה מתוך שיכול לכופה וז"ל מתניתין דקתני עושה ואוכלת מוקי לה כרב אד' בר אהבה דבסמוך במעלה לה מזונות ואינו מעלה לה מעה כסף ועי' במהר"ם דכתב וז"ל וס"ל דמזונות תחת מותר ולכך המותר קודש כיון שהוא מעלה לה מזונות ומעה כסף תחת מעשה ידיה הילכך קתני רישא עושה ואוכלת כיון שאינו מעלה

לה מעה כסף והקשה שם דאיפכא מצי לאוקמי דסבירא ליה מזונות תחת מ"י ומעה כסף תחת מותר ומיירי כשמעלה לה מעה כסף ואין מעלה לה מזונות ולכך תני ברישא עושה ואוכלת ועי' שם ולפי הנ"ל ניחא דלכאורה תקשי דכיון דהא דעושה ואוכלת משום דטורפת מהקדש דמי והא אין מוציאין למזון האשה ממשועבדים והקדש חשיב כמשועבדים ואפילו מחיים אין מוציאין. אך י"ל בקנו מידו דאז לא שייך לומר משום שאין כתובין וטרפא ממשועבדים וא"כ ר"ל לשיטתו דסובר בגיטין משום שאין קצובין וא"כ אפילו בקנו מידו לא מהני ותקשי איך טורפת מהקדש דהא מזונות אין קצוב וע"כ פירשו התוס' דר"ל סבירא ליה דמעה כסף תחת מעשה ידי' וע"כ יכולה לטרוף מהקדש מעשה ידיה עבור מעה כסף שלה דזה מקרי שפיר קצוב. גם נראה כיון דהא דעושה ואוכלת הוא רק בתורת טריפה דטורפת מן ההקדש כיון דלשיטת ר"ת הקדש דמים ג"כ מפקיעין מידי שיעבוד וע"כ הא דטורפת הוא מטעם אלמוה לשיעבודא וקשה הא בירושלמי אית' כיון דמזונות מדרבנן לא אלמוה לשיעבודא וע"כ נראה דלכאורה י"ל כיון דנכתב בשטר כתובה חיוב מזונות הוי חיוב דאורייתא דאדם יכול לחייב עצמו אע"פ שאינו חייב אך כתבו דכיון דשיטת הרמב"ם דמחייב א"ע בדבר שאינו קצוב אינו מחויב א"כ לא מועיל החיוב שלו דמזונות הוי דבר שאינו קצוב. ועי' בתומים שכתב דשיטת הרמב"ם הוא רק אליבא דר"ל דסובר לפי שאין קצובין משא"כ למ"ד משום שאין כתובין יכול לחייב א"ע אפילו בדבר שאינו קצוב. ולפי זה ניחא דסוגיא דמשני דמיירי אינה ניזונית והיא טורפת בתורת טריפה לא תקשי דהא במזונות דרבנן לא אלמוה ואיך יכולה לטרוף כיון דהקדש דמים ג"כ מפקיע מידי שיעבוד אך י"ל דקאי למ"ד משום שאין כתובין ואז יכול לחייב א"ע בדבר שאינו קצוב א"כ ממילא החיוב מזונות היא דאוריית' כיון דהתחייב א"ע בכתובה משא"כ ר"ל לשיטתו דסובר לפי שאין קצובין וא"כ החיוב מזונות הוא רק מדרבנן ולא אלמוה ואיך יכולה לטרוף ע"כ פירשו התוס' דמעה כסף תחת מעשה ידיה דאז הוי דבר קצוב:

גם נראה לפי מאי דסוברים דאליבא דר"מ דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכול לחייב א"ע בדבר שאינו קצוב א"כ כיון דמתניתין אתיא כר"מ ע"כ חיוב מזונות דאוריית' ע"כ י"ל אלמוה משא"כ ר"ל דסובר השתא דלא אמרינן לר"מ אדם מקנה דבר שלא ב"ל וא"כ אינו יכול לחייב א"ע בדבר שאינו קצוב א"כ חיוב מזונות הוא רק מדרבנן ולא אמרינן אלמוה א"כ תקשי איך יכולה לגבות ע"כ פי' התוס' דמעה כסף תחת מ"י:

גם לפי מאי דאית' במ"ל פ' י"א מהלכות מכירה דהא דאינו יכול לחייב א"ע בדבר שאינו קצוב היינו במחייב עצמו בחנם אבל אם נותן לו שום דבר אגב זוזי גמר ומקני וא"כ י"ל

דאם מעשה ידיה תחת מזונות אז החיוב מזונות דאוריית' כיון דמחייב א"ע ולא אמרינן דהוי דבר שאינו קצוב כיון דנוטל כנגדו מ"י משא"כ לר"ל דסובר מעשה ידיה עיקר א"כ אין יכול לחייב א"ע במזונות כיון דאינו נוטל כנגדו וע"כ פי' התוס' דאליב' דר"ל מעה כסף תחת מ"י:

ובזה ניחא דברי רש"י דפי' על הא דמתרץ הגמ' בשאינה ניזונית שאין לו במה לזונה ולא פירש דיש לו נכסים ואינו רוצה לזונה. אך נראה דקשה דאיך יכולה לטרוף מהקדש דמטלטלין הוא והגם דחשיב אפותיקי מ"מ אינה יכולה לטרוף מהקדש דחשיב לקוחות דקיי"ל עשה שורו אפותיקי ומכרו אין ב"ח גובה אך שיטת רה"ג דאם אין לו נכסים למוכר בני חורין אז יכול באפותיקי לטרוף מלקוחות אפילו ממטלטלין וע"כ פי' רש"י דאין לו במה לזונה. וגם בפשיטות ניחא דברי רש"י לפי מאי דסובר רבינו האי שאין חילוק בין קדושת הגוף לקדושת דמים דגם קדושת דמים מפקיע היכא דיש נכסים בני חורין וא"כ אינה יכולה לטרוף בתורת טריפה כיון דאפילו הקדש דמים מפקיע וע"כ פי' רש"י שאין לו במה לזונה וע"כ אין קדושת דמים מפקיע. ובזה ניחא מה שהקשו דכיון דאליבא דר"ל מיירי מתניתין דעושה ואוכלת ואינו מעלה לה מעה כסף דא"כ מאי למימרא כמו באינה ניזונת ומזונות תחת מ"י דפריך הגמ' פשיטא כמו כן לר"ל דמעה כסף תחת מ"י ואינו נותן לה מעה כסף קשה ג"כ פשיטא וע"כ נראה דבשלמא אי מזונות תחת מ"י קשה שפיר פשיטא דאין לומר דה"א דהקדש מפקיע מידי שיעבוד דליתא דכיון דמזונות מדאוריית' ובחיוב דאוריית' מדינא לא מפקיעין ועי' בדרוש וחידוש משא"כ לר"ל כיון דע"כ סובר דמעה כסף תחת מעשה ידיה בזה וודאי הוא רק מדרבנן וה"א דהקדש מפקיע וע"כ איצטרך לאשמעינן דמ"מ יכולה לטרוף מהקדש. ולפי מה שכתבתי דמשום הכי חל ההקדש לאחר מיתה ולא אמרינן דנדר שבטל מקצתו וכו' משום דכיון דאינה יכולה לומר על המותר איני נוטלת מעה כסף ואיני נותנת מותר כשיטת רב"י. וניחא בזה קושית רש"י שם וזה לשונו וה"ה נמי דמצי לאוקמי כשאין מעלה לה מזונות ומעלה לה מעה ועי' במהרש"א דפירש ורב יהא סובר מזונות תחת מותר ומעה תחת מ"י לפי מאי דאית' באחרונים דסברת רב"י הנ"ל רק באם מעה כסף תחת מותר כיון דמעה כסף אינה הכרח לה כל כך מסתבר יותר דתחילה תקנו לו המותר משום איבה ואחר כך תקנו מעה כסף אבל אם מזונות תחת מותר דמזונות הכרח לה אמרינן דתחלת התקנה הי' מזונות ויכולה לומר גם על המותר איני ניזונית ואיני נותנת המותר וא"כ י"ל דמש"ה מוכרחין לומר דרב ושמואל סוברים דמעה כסף תחת מותר ואז כיון דאינה יכולה לומר איני נוטלת מעה כסף ואיני נותנת מותר והא דטרפה מהקדש הוא רק בתורת טריפה

דכיון דיכול לכופה על מותר ומדינא חל ההקדש גם מחיים דהקדש מפקיע מידי שיעבוד רק דאלמוה וע"כ לא שייך הנדר שבטל מקצתו וחל ההקדש לאחר מיתה על המותר משא"כ אי מזונות תחת מותר דאז כיון דאינה יכול לכופה על מותר והא דגובה מהקדש אינה בתורת טריפה רק חשיב שלה ממש באם אין נותן לה מזונות ומדינא לא חל מחיים א"כ גם לא"מ לא חל מטעם נדר שבטל מקצתו וע"כ מוכרחין לומר דמעה כסף תחת מותר. ובזה ניחא דברי הרי"ף הנ"ל דלא הביא תירוץ הגמ' כשהדירה כשהיא ארוסה דהא קשה לכאורה לפי מאי שתירצו הגם דמעשה ידי' ג"כ רק מדרבנן ואפ"ה לא חל הנדר משום דהתם גוף הנדר ג"כ הוא רק מדרבנן משום דהוי דבר שאין בו ממש משא"כ בהגיע זמן ולא נשאו דהנדר הוא מדאורייתא וחיוב מזונות הוא רק מדרבנן ע"כ חל הנדר וא"כ התם במ"י אילו היה נדר דאוריית' כגון דאומרת יקדשו ידי לעושיהם דאז הוי דבר שיש בו ממש היה חל הנדר א"כ תקשה אמאי לא אמרינן אין אדם מוציא דבריו לבטלה ובוודאי היתה כוונתה שיקדשו ידי' לעושיהם. אך באמת ניחא דלא שייך הכא לומר אין אדם מוציא דבריו לבטלה כיון דיכולה לומר איני ניזונית ואיני עושה אך אפילו אי אמרה איני ניזונית ואיני עושה הנדר לא חל דכיון דעל המותר אינה יכולה לומר איני נוטלת מעה כסף ואיני נותנת מותר וגם על ששה מלאכות הנ"ל ג"כ אינה יכולה לומר כנ"ל א"כ נדר שבטל מקצתו בטל כולו וע"כ דכוונתה היתה דיקדשו ידי לעושיהם וע"כ דסוגיא קאי למ"ד מותר תחת מזונות ואז יכולה לומר גם על המותר איני ניזונית משא"כ לדידן דמותר תחת מעה כסף וא"כ דכיון דעל זה אינה יכולה לומר איני נוטלת מעה כסף וכו' א"כ בטל כל הנדר וא"כ תקשי אי בנדר דאוריית' חל על חיוב דרבנן אמאי לא אמרינן אין אדם מוציא דבריו לבטלה וכוונתה הוא על הידים וע"כ דאפילו נדר דאוריית' על חיוב דרבנן ג"כ אינו חל וע"כ לא הביא הרי"ף תירוץ הגמרא כשהדירה כשהיא ארוסה: **ובזה** ניחא דברי הרמב"ם דלא הביא תירוץ הגמ' דאמר לה צאי מעשה ידיך למזונותיך ולכאורה י"ל בפשיטות דהא קשה מאי ראיה מקונם שאני עושה לפיך התם דגוף המעשה ידיה שלו וע"כ אינה יכולה לאסור עליו בקונם משא"כ מזונות הוא דרך שיעבוד ושפיר קונם מפקיע מידי שיעבוד וע"כ ראיית הש"ס לרב הונא בריה דרב יהושע דמוקי לה באומרת יקדשו ידי לעושיהם דבלא"ה הוי דבר שלא ב"ל ולא חייל ואז אינו רק שיעבוד לעשות דמישתעבדא ליה ושפיר היה ראוי להיות קונם מפקיע רק דאלמוה ושפיר מייתי ראיה גם אמזונות. והנה הא דאיצטריך לאוקמי באומרת יקדשו ידי משום דאל"כ הוי דבר שלב"ל וא"כ לרב דסובר אדם מקנה דבר שלב"ל לא צריכה לאוקמי באומרת יקדשו גדי. ובזה ניחא מה שהקשו על הא דקאמר שם ואם איתא להא דאמר רב הונא אמר רב

ואמאי לא תקשי על רב גופא אך לרב לשיטתו דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם א"כ בלא"ה לא קשה קושית הגמ' דהתם בקונם מה שאני עושה לפיך דכיון דלא אמרה יקדשו ידי וכו' לרב א"כ לא הוי שיעבוד רק דגוף המעשה ידיה שלו משא"כ במזונות וא"כ אליבא דידן דשיטת הרמב"ם דקונם חל על דבר שלב"ל וא"ב לא קשה קושית הגמ' דהתם שאני דלא הוי שיעבוד רק דגוף מ"י שלו ע"כ לא הביא הרמב"ם תירוץ הגמרא דאמר לה צאי מ"י למזונותיך. גם נראה דבלא"ה הקשו איך יכולים הרבנן להפקיע נדר דאוריית' ואלמוה רבנן לשיעבודא שלא יחול הנדר דבשלמא בקונם שאני עושה לפיך התם שפיר אמרינן אלמוה רבנן לשיעבודא משום דהנדר אינו חל רק מדרבנן משום דהנדר הוא דבר שאין בו ממש משא"כ הכא במזונות לא שייך לומר אלמוה רבנן לשיעבודא לעקור נדר דאורייתא בקום עשה אך דכיון דע"כ מיירי התם באומרת יקדשו ידי לעושיהם א"כ הוא דבר שיש בו ממש והנדר חל מדאוריית' ואפ"ה אלמוה לשיעבודא וע"כ פריך שפיר אמאי לא אלמוה במזונות:

ובזה ניחא קושיא הנ"ל דעל רב גופא לא קשה דכיון דרב סובר אדם מקנה דבר שלב"ל ולא מיירי באומרת יקדשו ידי והנדר רק מדרבנן וע"כ אלמוה משא"כ במתניתין וא"כ הרמב"ם לשיטתו דסובר דקונם חל על דבר שלב"ל ולא מיירי באומרת יקדשו ידי בלא"ה לא קשה קושית הש"ס דהכא במזונות שאני דהנדר דאוריית' ע"כ לא אמרינן אלמוה וע"כ לא הביא הרמב"ם תירוץ באומרת יקדשו ידי. ובזה ניחא קושית תוס' בריש המדיר דאמאי לא הביא ראיה מתשמיש דאלמוה רבנן לשיעבודא דאל"כ אמאי לא יוציא בשבת אחת ולפי הנ"ל ניחא דכיון דתשמיש הוי דבר שאין בו ממש א"כ הנדר הוי רק מדרבנן וע"כ אלמוה לשיעבודא משא"כ במזונות מש"ה פריך הגמרא מקונם שאני עושה לפיך דהוי הנדר מדאוריית' ואפ"ה אמרינן אלמוה:

גם נראה לתרץ דברי הרמב"ם דבאמת י"ל משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה ע"כ אף דלא אמר בפירוש צאי מ"י נעשה כמו שאמר לה דאל"כ הנדר לבטלה ואין אדם מד"ל מסתמא דעתו באופן המועיל. ועי' בספר בני אהובה דכתב דכיון דיש מקום לנדר לחול אחר גירושין דאז אינו משועבד לה וכיון דיש מקום למציאות חלות נדר א"כ אמרינן דצריך לומר יהיו מ"י למזונות דאין כאן נדר לבטלה אך ע"כ הנדר לא היה אחר גירושין דא"כ איך יוציא ויתן כתובה ואין לומר משום דאלמוה דהא ברא"ש איתא דבכתובה לא אלמוה וראיה מאיצטלא דפרסוה אמיתנא ולא אלמוה לשיעבודא וע"כ דבכתובה לא אלמוה. אך י"ל דסוגיא קאי לת"ק דקונם לא חשיב קדושת הגוף וע"כ אין קונם מפקיע מידי שיעבוד ומש"ה נוטלת כתובה ולעולם דהנדר היה אפילו על אחר גירושין וא"כ

לא שייך אין אדם מד"ל וע"כ צריך לאוקמי באמר לה צאי מ"י משא"כ לדידן דקונם מפקיע וא"כ תקשי איך נוטלת כתובה כיון דבכתובה לא אלמוה וע"כ דהנדר לא היה אחר גירושין דשייך לומר אין אדם מוציא דבריו לבטלה:

אך לפי מאי שכתבתי לעיל בפשיטות ניחא הא דלא הביא הרמב"ם תירוץ הגמ' דהא קשה קושיא הנ"ל ולמה לא מקשי על רב גופא. אך נראה דהא קשה מאי פריך הגמ' ואם איתא וכו' דילמא התם שאני דנדר שבטל מקצתו בטל כולו דכיון דעל מותר אינה יכולה לומר איני נוטלת מעה כסף ואיני נותנת מותר ע"כ בטל כל הנדר וע"כ דקאי הסוגיא לר"א ב"א דסובר דמזונות תחת מותר ומ"כ תחת מ"י משא"כ רב לשיטתו דסובר מ"כ תחת מותר י"ל נדר שבטל מקצתו ולא שייך לומר נעשה כאומרת איני ניזונית ואיני עושה וע"כ לא הביא הרמב"ם תירוץ הגמ' דאמר לה צאי מ"י משום דאמרינן נעשה כאומר לה משא"כ בקונם מה שאני עושה לפיך כיון דהרמב"ם פסק מ"כ תחת מותר וע"ז אינה יכולה לומר איני נוטלת מ"כ וע"כ בטל כולו:

ובאמת י"ל על דברי הרי"ף הנ"ל דלא הביא תירוץ הגמ' כשהדירה כשהיא ארוסה בפשיטות י"ל דעיקר הא דמשני בהדירה כשהיא ארוסה משום דחיוב דרבנן אינו יכול להפקיע נדר דאוריית' משא"כ מ"י הנדר ג"כ רק מדרבנן דהוי דבר שאין בו ממש אך ע"כ אייריי באומרת יקדשו ידי וע"כ דקאי הסוגיא למ"ד אדם מקנה דבר שלב"ל ולא מיירי באומרת יקדשו ידי ואז הנדר רק מדרבנן משא"כ לדידן דאין אדם מקנה דבר שלב"ל וע"כ באומרת יקדשו ידי והנדר מדאוריית' וא"כ חזינן דאפילו חיוב דרבנן יכול להפקיע נדר דאורייתא וע"כ לא הביא הרי"ף תירוץ הגמ'. גם נראה דעיקר תירוץ הגמ' בהדירה כשהיא ארוסה דאז הוי תרתי דרבנן דמזונות דרבנן וגם מדאוריית' קונם מפקיע אך לפי מאי דאיתא בתוס' גיטין דהא דקונם והקדש מפקיעין מידי שיעבוד משום דב"ח מכאן ולהבא גובה ובתשו' איתא דהא דלא אמרינן למפרע גובה משום דאין ברירה ולא אמרינן הוברר הדבר למפרע שהי' שלו ובתוס' בפסחים איתא דמדאורייתא לעולם אמרינן ברירה רק הא דאמרינן דבדאוריית' אין ברירה זה רק מדרבנן וא"כ מן התורה אין קונם והקדש מפקיע כלל משום דמדאוריית' יש ברירה ולמפרע גובה וא"כ לא הוי תרתי דרבנן וע"כ דהסוגיא קאי למ"ד דאפילו בדרבנן אין ברירה וע"כ משום דסובר דהא דאין ברירה הוא מדאוריית' משא"כ לדידן דקיי"ל בדרבנן יש ברירה א"כ מדאוריית' לעולם אמרינן דיש ברירה ולמפרע הוא גובה ומדאוריית' אין הקונם מפקיע וא"כ לא הוי תרתי דרבנן ע"כ לא הביא הרי"ף תירוץ הגמרא:

ובזה ניחא דברי הרמב"ם דפסק המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה וגירש את אשתו ידירנה הנאה שמא יעשה קנוניא על ההקדש ותמהו עליו למה פסק דלא כר' יהושע דהא בעירכין דף כ"ג איכ' פלוגתא דר"א ור"י אם יש שאלה בהקדש או לא וא"כ כיון דקיי"ל יש שאלה בהקדש ליכא למיחש לקנוניא הא יכול לישאל על הקדשו ע"כ נראה לפי מאי שהקשו לפי מאי דקיי"ל מלוה על פה מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר גבי בני חורין ולפי זה בהקדיש כל נכסיו ומגרש אשתו ויש כאן חשש הערמה דאולי הוא יודע דיש עליו מלוה ע"פ בעדים קודם לכתובת אשתו לכך כשישאל על הקדשו ויהי' נכסיו ב"ח יבוא המלוה ע"פ הקודם ויגבה הנכסים ותצא אשתו ריקן מכל ולכך מניח הקדשו בלי שאלה ויהא נכסיו משועבדים ואין מלוה ע"פ גובה ממנו. ועי' בס' ב"ט דתירץ דאף למ"ד אין אדם מקנה דבר שלב"ל מ"מ אם מקדיש אדם נכסיו בעוד שם הקדש עליהם מוכר או נותן לאחר בהקנאה גמורה כשהוא שואל על ההקדש ונעקר למיפרע איסור הקדש קיימת למיפרע מכירה או מתנה וא"כ אף אם בעל חוב ע"פ מוקדם ביד הבעל להקנות לאשתו הנכסים קודם שישאל על הקדשו ונגד זה תעשה היא לו שובר על הכתובה ואחר זה ישאל על הקדשו ויתגלה למיפרע שיהיו הנכסים האלו קנוין לאשתו כקנוית כל מקחי קרקע ולא יהי' לב"ח ע"פ שום זכות לטרוף מאותן נכסים דב"פ אינו גובה מיד לקוחות או מקבל מתנה:

אך יש לומר דבר חדש דאי אמרינן דאין ברירה לא חל המתנה או המכירה הגם ששואל על ההקדש ונעקר למיפרע איסור הקדש לא אמרינן דאיגלאי מילתא למיפרע דהמכירה או המתנה קיימת. אך בריטב"א פ"ק דקידושין הוכיח דר"ג ור' יהושע סוברים דיש ברירה מהא דאמר ר"ג עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו וכו' ועיין שם וע"כ ר"י לשיטתו קאמר שפיר דכיון דיש שאלה בהקדש לא שייך קנוניא:

ובזה ניחא קושית ש"ך סי' רנ"ה דהכא סובר ר"א דאין שאלה בהקדש ובפסחים איתא בהדיא דר"א סובר הואיל ואי בעי מיתשיל עלה אלמא דסובר דיש שאלה. אך לפי מה שכתבו האחרונים דהא דאמרינן הואיל הוא משום דאין ברירה מדאורייתא לפי זה ניחא דכיון דאמרינן הואיל ע"כ משום דאין ברירה א"כ לפי זה לא צ"ל דר"א סובר דאין שאלה בהקדש דלעולם יש שאלה כמו דסובר בפסחים ומ"מ שייך לומר קנוניא דאין לומר דיכול ליתשול דיש לומר דיודע בעצמו שהוא חייב לאחד מלוה ע"פ מוקדם דאין לומר דבידו להקנות לאשתו הנכסים קודם שישאל על הקדשו ואחר זה ישאל על הקדשו מה בכך מ"מ לא חל הקנין למיפרע משום דאין ברירה והא דאיתא בגמ' דר"א סובר דאין שאלה בהקדש הוא להך אוקימת' דר"א לא סובר הואיל והיינו משום דיש ברירה

משא"כ אי אמרינן הואיל אז י"ל דגם ר"א סובר דיש שאלה בהקדש אך א"ל בידו ליתשול די"ל דיש לו מלוה ע"פ מוקדם וד"ל. ולפי זה ניחא דברי הרמב"ם הנ"ל הגם דפסק דיש שאלה מ"מ צריך שידור הנאה משום שמא יש לו מלוה ע"פ מוקדם ואין בידו להקנות הנכסים לאשתו קודם שישאל על הקדשו ואחר זה ישאל על הקדשו דמ"מ לא יהי' קנוים לאשתו הנכסים משום דאין ברירה. אך לפי מה שכתבתי לעיל י"ל דלא ירא ממלוה ע"פ מוקדם דיכול לאסור בקונם על המלוה ע"פ ניהו דאלמוה רבנן לשיעבודא מ"מ ליכא תו שיעבודא דאוריית' כיון דקונם מדינא מפקיע מידי שיעבוד רק דאלמוה לשיעבודא א"כ לא שייך לומר שיעבודא דאוריית' א"כ מלוה בשטר קודם וע"כ שפיר קאמר הגמ' דאי יש שאלה בהקדש אין צריך שידור הנאה דאין לומר דשמא יש עליו מע"פ מוקדם מ"מ הא עיקר הטעם דמע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר משום דשיעבודא דאוריית' וא"כ יכול לאסור על מע"פ מוקדם בקונם ואז מדינא דאורייתא קונם מפקיע מידי שיעבוד ותו ליכא רק שיעבודא דרבנן א"כ מלוה בשטר קודם ותטרוף היא הכתובה והיא קודמת למע"פ מוקדם. ובזה ניחא מה שהקשו על רב הונא דסובר ש"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי דנאמן דחזקה דאין אדם עושה קנוניא על ההקדש והקשו דבלא"ה ליכא קנוניא כיון דיש שאלה בהקדש. ועי' בר"ן בכתובות. אך יש לומר דבר חדש דהנה הא דמסיק הגמרא דקונמות קדושת הגוף ניהו ומפקיע מידי שיעבוד הוא משום דלא תיקשי איך חל הנדר לאחר שיגרשנה הא הוי דבר שלב"ל ואם כן לר"ה לשיטתו דסובר אדם מקנה דבר שלב"ל י"ל דסובר דקונם אין מפקיע מידי שיעבוד וא"כ הגם דיש שאלה בהקדש י"ל דעושה קנוניא משום דילמא יודע בעצמו שהוא חייב לאחד מע"פ מוקדם ואין בידו לאסור עליו בקונם שיהי' השיעבוד רק מדרבנן כיון דלא סובר דקונם מפקיע מידי שיעבוד. ולפי זה ניחא דברי הרמב"ם הנ"ל דלדידן דקיי"ל דמדאורייתא יש ברירה וא"כ מדאוריית' למפרע גובה וכיון דלמפרע גובה א"כ מדאורייתא לא יכול לאסור עליו בקונם והוי השיעבוד מדאורייתא ומדרבנן דאין ברירה הא מ"מ מדרבנן אמרינן אלמוה וע"כ הגם דיש שאלה בהקדש מ"מ פסק דצריך שידור הנאה דשמא ידע הבעל שהוא חייב לאחד מע"פ מוקדם והסוגיא קאי למ"ד דאפילו בדרבנן אין ברירה וע"כ משום דסובר דמדאורייתא אין ברירה. ובזה י"ל הא דלא הביאו בהמגרש את אשתו דנדר יהי' עדע"ר ובסוגיא איתא בהדיא ועי' בעירכין דהנדר יהי' עדע"ר ולא אמרינן כיון דצריך לפרט את הנדר לא צריך עדע"ר. אך י"ל דסוגיא דקאי לר"ה דלדידיה אין קונם מפקיע וי"ל נהי דצריך לפרט את הנדר מ"מ אין צריך לפרט הסיבה אך התם בנודר ועובד דחזינן דסגי בזה דצריך לפרט את הנדר התם י"ל דלשון הנדר יהי' כמו שפי' רש"י שלא תהנה

ממנו והוא ממנה ואז ירגיש החכם שאשה זו אסורה עליו דאל"כ הרי משועבד לה וא"כ כל הנדר בטל דנדר שבטל מקצתו בטל כולו ואין לומר כיון דמדינא קונם מפקיע לא שייך נדר שבטל מקצתו וכו' דליתא דהא לרב הונא אין קונם מפקיע וכיון דאין צריך לפרט הסיבה ע"כ סובר הסוגיא דעירכין דקאי אליבא דר"ה דהנדר יהי' עדע"ר דוקא משא"כ לדידן דקונם מפקיע ולא שייך התם בנודר ועובד נדר שבטל מקצתו וע"כ דצריך לפרט הסיבה וע"כ לא הביאו הפוסקים בהמגרש את אשתו דהנדר יהי' עדע"ר וסמכינן על הא דצריך לפרט את הנדר. ובאמת היה נראה לתרץ קושית התוס' בגיטין ד' ל"ה ע"ב ד"ה ליחוש דהקשו הא דפריך הגמ' וליחוש דילמא אזלה לגבי חכם ושרי לה דבלאו ר"ה קשה קושיא זו על מתניתין גופא דקתני נודרת ליתומים וליחוש דילמא אזלה לגבי חכם. אך לפי מאי דאית' ברא"ש שם דהקשו על ר"ה דסובר בנישאת אין מדירין אותה ואמאי ידירוה בפני הבעל ויאמר קיים ליכי שאז אינו יכול להפר ותירץ שמא ישאל על ההיקם ואחר כך יפר לה אך אי אמרינן דצריך לפרט הסיבה על מה נדר א"כ לא יתיר לו החכם ועכ"ל דהרא"ש קאי אי אמרינן דאין צריך לפרט אלא הלשון ולא הסיבה ועי' בקרבן נתנאל לפי זה ניחא קושית התוס' הנ"ל דעל גופא דמתניתין לא קשה דילמא אזלה לגבי חכם ושרי לה דידע דצריך לפרט את הנדר ויש לומר דצריך לפרט גם הסיבה משא"כ לרב הונא ליכא למימר דסובר דצריך לפרט גם הסיבה דא"כ אמאי בנישאת אין מדירין אותה ואין לומר דהבעל יפר לה הא יכול לומר לה קיים ליכי ואין לומר דישאל על ההיקם כיון דצריך לפרט גם הסיבה לא שייך זה וע"כ דר"ה סובר דאין צריך לפרט גם הסיבה וא"כ קשה ליחוש דילמא אזלא לגבי חכם ומשני הגמ' דלעולם דסובר ר"ה דצריך לפרט גם הסיבה ואין לומר דא"כ אפילו בנישאת ואמר לה קיים ליכי די"ל שמא יפר לא בלחש כדאית' בתוס'. גם נראה לתרץ דברי הרמב"ם דפסק גבי כהן הנושא נשים בעבירה דבעינן שהנדר יהי' עדע"ר ובגמ' אית' בהדיא דלר"פ דסובר דצריך לפרט את הנדר לא צריכין שהנדר יהי' עדע"ר. אך נראה דלר"פ לשיטתו דסובר שיעבודא לאו דאוריית' דהא סובר דפריעת ב"ח לא הוי רק מצוה לחוד ועי' בר"ן ולדידיה י"ל דפליגי ר"א ור"י בעירכין אי יש שאלה בהקדש דמש"ה סובר ר"י דאין צריך שידור הנאה משום דיש שאלה בהקדש ואין לומר דידע בעצמו דיש עליו מלוה ע"פ מוקדם מה בכך דכיון דשיעבודא לאו דאוריית' א"כ מלוה בשטר קודם והכתובה קודם למלוה ע"פ ולעולם דצריך לפרט הסיבה משא"כ לדידן דשיעבודא דאוריית' א"כ אין לומר דפליגי אי יש שאלה בהקדש דהא אכתי איכא למיחש לקנוניא דילמא הבעל ידע בעצמו שהוא חייב לאחד מע"פ מקודם וע"כ דפליגו ר"א ור"י אי נדר עדע"ר יש לו התרה דר"א סובר דיש לו

התרה וא"כ אינו מועיל הנדר וא"כ ע"כ שמעינן דאין צריך לפרט הסיבה דאל"כ אמאי לא ידור הנאה וע"כ פסק הרמב"ם גבי כהן הנושא נשים בעבירה דצריך שהנדר יהי' על דע"ר. ובאמת בפשיטות י"ל על הקושיא הנ"ל מה שהקשו דילמא ידע הבעל בעצמו דיש עליו מע"פ מוקדם לפי מאי דאיתא בתוס' ב"ב דהא דשיעבודא דאורייתא דוקא בדאיכא עדים על ההלואה וא"כ יכול להודות דחייב לפלוני מע"פ ופלוני ופלוני הן עדים ואז חשוב העדות עדות שאי אתה יכול להזימה כדאית' בב"ק דף ע"ה ע"ב דא"כ אינו מועיל העדות כיון דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה ואז לא אמרינן שיעבודא דאוריית' וא"כ המלוה בשטר קודם ותטרוף היא הכתובה וע"כ לא צריך שידור הנאה וזה הכל לדינא דמתניתין דהי' קודם תקנה דגם בממון בעינן עדות שאתה יכול להזימה ועי' בסנהדרין פ' ד' משא"כ בתר תקנה דבממון לא בעינן עדות שאתה יכול להזימה וחשוב עדות מעליא ואז שיעבודא דאוריית' ומלוה ע"פ קודם וע"כ פסק הרמב"ם דצריך שידור הנאה הגם דסובר דיש שאלה בהקדש. גם נראה לתרץ דברי הרמב"ם דפסק דצריך לפרט את הנדר מ"מ סובר דכהן הנושא נשים בעבירה צריך שידור הנאה על דע"ר נראה דהנה שיטת התוס' דנדר שלא תהנה מכל הפירות לא חל הנדר דהוה דבר שאי אפשר אמנם בר"ן פ' ש"ש הקשה דלא דמי לשבועה שלא אישן דבע"כ ישן משא"כ נשבע שלא יאכל הרי בידו שלא יאכל מה אמרת כשיסתכן אז תדחה מפני ס"נ וכתב הר"ן לקיים דברי הרמב"ם דלא הוי שבועה משום דנשבע לסכן א"ע והוי נשבע לבטל את המצוה מעתה בנדר דחל אף לבטל את המצוה לדעת הר"ן הנדר חל אף מכל פירות אך הקשו על הר"ן שכתב דכשיסתכן נדחה שבועתו מפני סכנת נפשות הלא לדעת הרי"ף והתוס' גם למסקנא בשבועות כ"ד בנשבע שלא יאכל אין דעתו על נבלות וטרפות לכשיסתכן נאכילו טרפות דלא הוי בכלל השבועה וקיל משבועה דלא הוי רק לעקור לא תעשה בלחוד ושבועה הוי עשה ולא תעשה. ועי' בס' בית יצחק. ונראה דהרשב"א בחידושיו בנדרים הקשה וז"ל ואם תשאל מי שנדר שלא לאכול דבר שהוא מצווה לאכול כגון מצה איך לא יאכלנו יבוא עשה וידחה ל"ת ותירץ דהנדר עשה ולא תעשה כדכתיב לא יחל ככל היוצא מפיו יעשה ואין עשה דוחה ל"ת ועשה. והנה שיטת ריב"א ועי' בתוס' פסחים פ' ג' הגם דאין עשה דוחה ל"ת ועשה מ"מ לא תעשה נדחה ולא נשאר רק עשה לחוד וע"כ ליכא מלקות. לפ"ז ניחא קושיא הנ"ל דשפיר כתב הר"ן דכשיסתכן נדחה מפני ס"נ ואין לומר דיאכילנו נבלות דלא היה בכלל השבועה וקיל משבועה דלא הוה רק ל"ת לחוד ושבועה הוה ליה עשה ול"ת דליתא דהא עשה ושמרתם את נפשותיכם דוחה ל"ת דנדר ושבועה דהגם דאין עשה דוחה ל"ת ועשה מ"מ הל"ת נדחה ולא נשאר רק העשה וא"כ מאכילין אותו

לכשיסתכן מה שנדר עליו דלא הוי רק עשה לחוד וקיל מל"ת דנבלות וטרפות. ועי' במסכת יומא בסוף דמאכילין אותו יותר איסור עשה מאיסור לאו דלאו חמור מעשה. והנה בשער המלך הקשה דלפי התוס' במס' עירובין דף ק"א דלא אמרינן עשה דוחה ל"ת כשהדחיה באה על ידי השמיעה דלכך בנתערב מתן אחד במתן ד' אין עשה דמתן ד' דוחה לאו דבל תוסיף של מתן אחד א"כ מהיכא תיתי תדחה העשה דמצה ל"ת של נדר שגרם בפשיעת עצמו שנדר שלא יאכל מצה ותירצו הנה בחמור נגד קל השכל שופטת שידחה החמור את הקל ואפילו לא הוי ילפותא דחיית עשה לל"ת מכלאים בציצית הוה ידעינן דחמור דוחה קל ולכך בכה"ג אף בבא ע"י פשיעה אמרינן שדוחה וה"ה היכא שהל"ת הוא קיל מחמת שישנו בשאלה נדחית מפני העשה גם כשהדחיה באה ע"י פשיעה וע"כ שפיר הקשו דנדר ידחה מפני עשה דאכילת מצה הגם דבא ע"י פשיעה מ"מ כיון דקיל הל"ת מחמת שישנו בשאלה ל"צ למילף מכלאים בציצית וע"כ אפילו שבא ע"י פשיעה עשה דוחה ל"ת. ועי' בס' ב"ט לפי זה היכא דהנדר היה ברבים דהל"ת אינו קיל דאין לו התרה א"כ אפילו הל"ת ג"כ לא נדחה משום שבא ע"י פשיעה וא"כ אז איכא בנדר עשה ול"ת וא"כ כשיסתכן אז נאכילנו נבלות או טרפות דלא היה בכלל נדר וקיל מאיסור נדר דלא הוה רק ל"ת לחוד משא"כ נדר איתא עשה ול"ת. והנה המפרשים הקשו על הא דמשני הגמרא בנדר היה ברבים דאז אין לו הפרה מ"מ תקשי מה בכך שמא תדור מקודם נדר סתם שלא ברבים ואח"כ כשתדור ברבים לא יהא חל הנדר השני דאין נדר חל על נדר ואח"כ יפר לה בעל נדר הראשון ובעל מיגז גייז ולא חל הנדר השני ולפי הנ"ל ניחא דהנדר שנדרה היא על כל מיני פירות לא יהא חל משום דאי אפשר לקיים לכשתסתכן תאכל מאי תאמר כשתסתכן תאכל טריפות זה אינו דאיסור נדר לא יהי' רק עשה לחוד משום דעשה דוחה ל"ת כנ"ל משא"כ איסור נבילות וטריפות הוא ל"ת וא"כ ע"כ תעבור על נדרה וא"כ ע"כ תדור רק על מין אחד אמנם אח"כ כשתדור ברבים ידירוה על כל מיני פירות דכיון דנדר זה ליתא בשאלה וא"כ אין עשה דוחה ל"ת דלא יחל דכיון דבא ע"י פשיעה דלא שייך לומר דקיל משום שישנו בשאלה כיון דנדר שהודר אין לו שאלה וכיון דאיכא עשה ול"ת חמור מטריפות וכשתסתכן תאכל טרפות והוה נדר שאפשר לקיים ולכן לא חיישינן שנדרה מקודם דנדר השני חשיב איסור כולל דכולל כל מיני פירות:

ובזה ניחא קושית תוס' דלא משני עדע"ר כיון דעד"ר יש התרה לדבר מצוה וא"כ עשה דוחה ל"ת דלא יחל דחשיב איסור קל משום שישנו בשאלה לדבר מצוה וא"כ איסור נדר קיל מטריפות והוה דבר שאי אפשר לקיים דע"כ תעבור על נדרה וע"כ צריכה לידור

חוץ ממין אחד וא"כ חיישינן שנדרה מקודם וע"כ משני הגמרא דנדר היה ברבים דאז אין היתר אפילו לדבר מצוה:

ובזה ניחא דברי הרמב"ם הנ"ל דהא הרמב"ן הקשה הא אין לו חרטה דמעיקרא גבי כהן כיון דבע"כ נדר וע"כ כתירוץ מהרי"ט דסבר שיוכל לסבול ואילו היה יודע שלא יוכל לסבול לא היה נודר ולא היה עובד אמנם כשנדר מכל מיני מאכל לא שייך חרטה זו דידע שלא יוכל לסבול. והנה המפרשים הקשו מאי מועיל מה שצריך לפרט הנדר שמא ידור מקודם על כל פירות חוץ ממין אחד ואח"כ כשידור בתנאי אם ידור על מין שהתנה לא חל הנדר להפוסקים דגם בתנאי לא מועיל באוסר כל פירות ואם ידור על מה שכבר נדר לא חל הנדר ואח"כ ישאל על הנדר הראשון וכשהותר בחרטה דהשתא לא חל הנדר השני דהכא סגי בחרטה דהשתא כיון דעיקר כוונתו בנדרו הראשון היה רק שלא יחול נדרו השני וא"כ אמאי אי צריך לפרט את הנדר ניחא אך י"ל דכיון דנדר קיל שישנו בשאלה וא"כ הגם דנדר חשיב ע"י פשיעה מ"מ עשה דוחה לא תעשה דלא יחל ולפי זה נדר מכל מיני מאכל לא חל דאי אפשר לקיים ולכשיסתכן ע"כ יעבור על נדרו ולא יתנו לו טרפות כיון דחמיר דהוה ל"ת וע"כ לא נדר מכל פירות וא"כ יש לו חרטה דמעיקרא שסבר שהי' יכול לסבול ויש לומר דחרטה דהשתא לא מועיל מידי רק חרטה דמעיקרא וא"כ לא חיישינן שיתיר נדרו הראשון דאז חל נדר השני ולכן שפיר קאמר דאי צריך לפרט את הנדר ניחא דחכם לא יתיר כשיפרט התנאי והרמב"ם לשיטתו דסובר דלא כסוגיא דפסחים פ' ג' דהיכא דאין עשה דוחה ל"ת ועשה גם הלא תעשה לא נדחה וא"כ יכול לידור אפילו מכל מיני פירות דכשיסתכן יאכילנו נבילות דקיל מאיסור נדר דאיסור נדר הוא עשה ול"ת וא"כ כיון דנדר מכל מיני פירות אין לו חרטה דמעיקרא דלא שייך לומר שסבר שיוכל לסבול כיון שאי אפשר וא"כ אין לו חרטה דמעיקרא רק חרטה דהשתא וא"כ לא יחול הנדר השני וא"כ מה בכך דצריך לפרט את הנדר וע"כ פסק דבעינן עדע"ר וכשנודר עדע"ר לא חיישינן שמש ידור מקודם דכשנדר השני עדע"ר הוה חמור וחל על נדר הראשון ועי' בס' ב"ט:

והנה לפי מאי שכתבתי למעלה דבכתובה אין קונם מפקיע מידי שיעבוד כיון דלא מהני מחילה בכתובה בזה נראה לתרץ דברי הרמב"ם דהנה בפ' שבועת העדות אמר ר"פ הכל מודים בעד אחד במיתה שחייב והכל מודים בעד אחד שהוא פטור והקשו על הרמב"ם דלא הביא דפטור היכא דאמר לה לדידה ולא אמר לב"ד. אך נראה דהא הקשו דאפילו באמר לדידה אמאי פטור דהא אפסדה לה התוספות כתובה דאי לא כפר העד היתה נוטלת גם התוס' משא"כ השתא דכפר אינה נוטלת רק עיקר הכתובה משום דהוא מדרש

כתובה משא"כ תוס' דאינה מדרש ואינה נוטלת ע"י עצמה רק ע"י העד. ועי' באה"ע סי' י"ז נראה דהא הקשו אמאי בלא אמר לדידה דחייב העד הא כיון דצריכה לישבע מי יימר דמשתבעת ולא חשיב רק גורם לממון וכתבו משום דאזלינן בתר דאוריית' ומדאורייתא לא צריכה לישבע אך תקשי הא מדאוריית' קונם מפקיע מידי שיעבוד א"כ אכתי לא הוי רק גורם אך אמרנו דבכתובה אין קונם מפקיע משום דלא מועיל מחילה וזה תינח בעיקר הכתובה דלא מועיל משא"כ בתוס' דמהני מחילה וקונם מפקיע וע"כ פטור העד באמר לדידה דאין לומר דחייב דהפסידה התוס' כתובה דהא בזה קשה שפיר דלא הוי רק גורם דמי יימר דמשתבעת ואין לומר דאזלינן בתר דאוריית' זה ליתא דגם מדאורייתא לא הוי רק גורם כיון דלענין תוס' קונם מפקיע וד"ל. אך י"ל דבתוס' ליכא שבועה כלל משום דהוא תוך זמנו דבשלמא על עיקר כתובה י"ל כדאיתא בתוס' גיטין משום דתנאי ב"ד הוא מתפיס צררי אפילו בתוך זמנו משא"כ תוס' אינו תנאי ב"ד אך ר"פ לשיטתו דסובר כאביי ורבא דסוברים עביד אינש דפרע בתוך זמנו משא"כ לדידן דליכא שבועה על תוס' משום דהוא תוך זמנו א"כ אפילו באמר לדידה חייב דהפסיד לה התוס' ולא שייך מי יימר דמשתבעת דליכא שבועה וע"כ השמיט הרמב"ם דין זה:

אי נדר חל בקיום המצוה

בו יבואר אי נדר חל בקיום המצוה כמו שחל על ביטול מצוה:

עי' בר"ן בנדרים דף י"ח דקונם חל על השבועה לקיימה בנשבע שלא יאכל ככר זה וחזר ואסרו עליו בקונם ואכלו חייב שתים כיון דשבועה הוא רק איסור גברא כי אמר קונם מיתוסף בו איסור חפצא הרי דסובר הר"ן דשבועות כמו כן נבילה וכל איסורי התורה איסור גברא לחוד הן וא"כ אם שוב אסרו בקונם איתוסף איסור חפצא מיגו דאיתוסף איסור אחפץ איתוסף נמי אגברא וחייב משום לא יחל דברו וזה הכל אי אמרינן דכל איסורי תורה חשיב איסור גברא לחוד וע"כ חל עליו איסור קונם משא"כ אי אמרינן דכל איסורי תורה חשיב איסור חפצא לא חל עליו איסור קונם כגון אם אסר עליו בקונם שלא לאכול נבילות וכל איסורין לא חל איסור קונם רק על ביטול מצוה חל כגון קונם שלא אוכל מצה. והנה מסוגיא דנודרת דפריך הגמ' הנושא נשים בעבירה דפסול עד שידור הנאה ותני עלה נידר ועובד יורד ומגרש ופריך ליחוש דאזיל לחכם ושרי וע"ש. ועי' בי"ד סי' רכ"ח סעי' ט"ו מובא דעת הסוברים דנדר על דבר איסור אם התיר אינו מותר ועי' בש"ך בשם הב"ח שמקשה איך אפשר שלא הותר בדיעבד דא"כ מה מקשה הגמ' דליחוש דילמא שרי ליה חכם מה קשי' הא אינו מותר כלל אלא ודאי מוכח התם מכולה סוגיא דמותר בדיעבד וכתב בש"ך לתרץ דהתם מיירי בכולה שמעתתא שהנדר אינו דבר מצוה

או מילתא דאיסורא אלא שתלוי בדבר האסור כגון שאמר קונם עלי פירות אם עברתי או אעבור עבירה פלוני ותמהו עליו דמנא ליה להגמ' להקשות הא י"ל גבי נודר ועובד הנדר הוא שלא יהנה ממנה פשוט והרי הנדר על איסור ואז אינו מותר אפילו בדיעבד. ומזה ראיה לשיטת הסוברים שאין נדר חל על איסור ולא משכחת גבי כהן הנושא נשים פסולות שיחול נדרו על איסור תשמיש דבלא"ה אסורה באזהרת לאו מן התורה ולא משכחת שיחול אלא אם כולל גם שאר הנאות שאין בהם איסור וי"ל דבכה"ג אם התיר ע"י חכם מותר בדיעבד חלק הנדר שהי' על דברים המותרים ופקע למיפרע והוה כאילו לא נדר רק לתשמיש ואין נדרים חלין על איסורין וא"כ מזה ראיה שאין נדרים חלין רק בביטול מצוה ולא לקיים:

ובזה ניחא קושיתי התוס' שם ד"ה ותני עלה מאי איצטריך לאתויי הברייתא דנודר ועובד ליפרוך ממתני' דתני פסול עד שידור הנאה ועי' שם. ולכאורה יש ליישב. ועיין בס' חמדת שלמה דהא קשה דלעולם דנדר הי' שלא יהנה ממנה ולא כליל דברים אחרים ג"כ מ"מ חל הנדר אי אמרינן יש מעילה בקונמות וא"כ הוה לי' דין קדשים ובקדשים איסור חל על איסור כדאיתא בכריתות דף כ"ג. אך יש לומר לפי פירוש רש"י בבכורות שיהי' הנדר של כהן שאוסר ע"ע שלא יהנה ממנה וגם היא לא תהנה ממנו וא"כ כל הנאות שלו ושלה אסורין עליו ועליה וא"כ היא אסורה ליהנות ממנו בשום דבר ואיך אמרינן בגמ' נודר ועובד יורד ומגרש דאיך אפשר לגרשה אי אמרינן דגט שכתב על איסורי הנאה פסול ועי' בירושלמי בקידושין ועי' באה"ע סי' כ"ח וא"כ בכה"ג שהדירה שלא תהנה ממנו הוה כאילו כתב גט על איסור הנאה דאורייתא'. ועי' בתשו' מהר"ם מינץ וע"כ צריכין לומר דכיון דיכולה ליהנות שלא כדרך הנאתו הגם שאינו שוה פרוטה על שלא כדרך הנאתו מ"מ חזי לאיצטרופי ודמי לכתבה גט על עלה של זית דדחי הגמ' דמש"ה כשר הגט משום דחזי לאיצטרופי. ועי' בתשו' בית אפרים דהקשה דא"כ כל איסורי הנאה חזי לאיצטרופי דחזי ליהנות שלא כדרך הנאתן הגם שאינו ש"פ שלא כדרך הנאתן מ"מ חזי לאיצטרופי אך שם בהגמ' י"ל דמיירי באיסורי הנאה שאסורין גם שלא כדרך הנאתן כגון של ערלה וכלאי הכרם אבל איסורי הנאה דחזי ליהנות שלא כדרך הנאתן מודה הירוש' דהגט כשר וא"כ אי סובר הך מתניתין דקונם דמי להקדש וע"כ איסור נדר חל משום דבקדשים איסור חל על איסור תקשי דכיון דבהקדש קיי"ל דאסור אפילו שלא כדרך הנאתו א"כ איך מועיל הגט אלא וודאי דסובר דקונם לא חשיב הקדש וא"כ תקשי איך הנדר חל הא אין איסור חל על איסור וע"כ דהנדר הי' בכולל גם דברים המותרים ושפיר מקשי דלמא אזיל לגבי חכם ושרי דיתיר חלק הנדר שהי' על דברים המותרים וע"כ ניחא

קושי' התוס' הנ"ל דהמתניתין הוה מצי למימר דכבר גירשה והנדר יהי' שלא יקח לעולם נשים פסולות יותר וא"כ כיון דכבר גירשה י"ל שפיר דהנדר הוה בלא כולל ומ"מ חל הנדר משום דחשיב כמו הקדש ובקדשים איסור חל על איסור וא"כ ל"ק דילמא אזיל לגבי חכם דכיון דהנדר היה בלא כולל א"כ נדרי איסור אף בדיעבד אינו מותר ומש"ה הביא הך דתני עלה נודר ועובד יורד ומגרש דכיון דעדיין לא גירשה תקשי הא כתב גט על איסורי הנאה פסול וע"כ דלא חשיב כמו הקדש ושרי ליהנות שלא כדרך הנאתן וכאן דלא חשיב הקדש ע"כ דהנדר היה בכולל דאל"כ אין איסור חל על איסור ושפיר פריך וליחוש דילמא אזיל לגבי חכם ויתיר דברים המותרים ואז ממילא בטל כל הנדר:

גם נראה לפי מאי דאיתא בתשו' מהרשד"ם דכהני זמננו ואחר שעלה עזרא ובקשו כתב יחוסם ולא מצאו אף שכהני חזקה הם מ"מ אינם רק כהני ספק. לפ"ז ניחא קושית התוס' הנ"ל דעל גופא דמתניתין ל"ק דילמא אזיל לגבי חכם די"ל דהנדר הי' בלא כולל ולא שייך אין איסור חל על איסור דכיון דאינו רק כהני ספק וליכא מלקות והיכא דליכא מלקות על איסור הראשון חל איסור השני והרבה פוסקים סוברים דאפילו על איסור עשה חל איסור השני ועי' בתוס' שבועות פ' ג' ומש"ה מביא הך דתני עלה נודר ועובד דכיון דאיירי בזמן שב"ה קיים ולא הוו כהני ספק א"כ ע"כ הנדר היה ע"י כולל דאל"כ לא היה חל הנדר ע"כ קשה וליחוש דילמא אזיל לגבי חכם ויתיר דברים המותרים וממילא בטל כל הנדר:

ועי' בתשו' ח"ס דכתב לתרץ קושית התוס' הנ"ל דהא קשה קושית התוס' שם דתאכל לאלתר לפנינו וע"כ דאינו חושש אלא אם אסורה עליו בהנאה לעולם אמנם בשו"ת ש"א כתב דלפי מה שאמר הרא"ש פ"ג דשבועות דגם בזמה"ז דליכא מלקות וקרבן מ"מ אכלה כולה נשאל עליו ועכ"פ חיוב קרבן ומלקות איכא א"כ לא מקשי תוס' מידי אלא ע"כ תוס' לא סבירא להו כהרא"ש אלא סבירא להו בזמה"ז דליכא קרבן ומלקות אכלה כולה אין נשאלין עליו ולפי זה יש לומר מש"ה לא פסיקא להש"ס להקשות דילמא אזיל לגבי חכם דדילמא נותנים לו ככר ואוכלו לאלתר בפנינו ודילמא לאיסור שעה נמי חושש מש"ה מייתי ברייתי' דנודר ועובד א"כ מיירי בזמן עבודה ואיכא קרבן ומלקות ואז אפילו אכלה כולה נשאלין וא"כ קשה דילמא אזיל לגבי חכם ועיין שם:

ובזה ניחא קושית תוס' בלא ר"ה קשה על מתניתין גופא וע"ש אך על מתני' י"ל דיתנו לו ככר ויאכל לאלתר בפנינו ודילמא לאיסור שעה נמי חוששת ובזמה"ז דליכא חיוב קרבן ומלקות דאז ליתא בשאלה משא"כ ר"ה דאמר דאם נישאת אין מדירין וע"כ דסובר דעל איסור שעה אינה חוששת וקשה שפיר דילמא אזיל לגבי חכם ושרי גם מדקאמר אבל

נישאת אין מדירין ע"כ דמיירי בזמן ב"ה דאיכא קרבן ומלקות או דסובר דאפילו בזמה"ז יכול לישאל אפילו לאחר שכבר אכל וע"כ אין מדירין פריך שפיר ודילמא אזלה לגבי חכם. ובזה ניחא קושית תוס' שם הא דפריך על מתניתין דנושא נשים בעבירה דילמא אזיל לגבי חכם אי אין צריך לפרט אמאי לא מקשה על מתניתין דנודרת ליתומים ליחוש דילמא אזלה וכו'. לכאורה י"ל דגם המקשן ידע די"ל דהנדר היה עדע"ר אך היה סובר דאי אפשר לומר דמיירי על דע"ר לפי מאי שהקשה איך מהני נדר על תנאי הא נדר אי אפשר להיות ע"י שליח וא"כ התנאי בטל והמעשה קיים ותירצו דכיון דאינו רק דיבור לחוד לא בעינן שמעשה יתקיים ע"י שליח וע"כ היה סובר המקשן דזה דווקא היכא דהנדר לא היה עדע"ר דלא חשיב מעשה משא"כ נדר עדע"ר דכיון דאלים חשיב מעשה ולא מהני בו תנאי אך לפי מאי דאיתא במ"ל דבתנאי לשעבר לא בעינן כל דיני תנאי ע"ש וע"כ על מתניתין דהוא תנאי לשעבר אם נהניתי מכתובתי ל"ק ליחוש דילמא אזלה לגבי חכם די"ל עדע"ר והגם דחשיב מעשה מכל מקום בתנאי לשעבר לא בעינן דיני תנאים וע"כ לא פריך רק על מתני' דנושא נשים בעבירה דהתם התנאי להבא ובעינן דיני תנאים א"כ ע"כ לא מיירי עדע"ר וע"ז משני דמדרינן עדע"ר ניהו דהנדר אלים מ"מ לא חשיב מעשה רק דבור ולא בעינן דיני תנאים אך לפי הנ"ל י"ל בפשיטות דעל מתניתין י"ל דמדירין על הככר ותאכלנו לאלתר בפנינו ואיירי בזמה"ז משא"כ דקתני נודר ועובד א"כ אפילו יאכל לאלתר יכול ליתשול:

והנה בעיקר הדין אי נדר חל על קיום ל"ת או רק ביטול ל"ת נראה דבר חדש דהנה עיקר הטעם דנדר חל על קיום ל"ת משום דחשיב איסור מוסיף דכל איסורין חשיב איסור גברא ונדרים איסור חפצא והנה אי כל איסורין חשיב איסור חפצא או איסור גברא תליא בפלוגתא דר"י ורבנן אי מין במינו בטיל אי לא דהנה בר"ן בנדרים פי' פלוגתא דר"י ורבנן דר"י יליף מולקח דם הפר דמין במינו לא בטיל ורבנן פליגו דשם שניהם היתר משא"כ איסור והיתר הוה מין באינו מינו והיינו משום דרבנן סבירא להו כל איסורין הוה א"ח מש"ה איסור והיתר הוה אינו מינו דיש הפרש בין החפצים ור"י סבירא ליה כל איסורין הוה איסור גברא ובחפץ אין הפרש רק דהבעלים אסורין ומש"ה הוה מין במינו וא"כ לר"י דע"כ כל איסורין הוא איסור גברא וא"כ קונם חל על כל איסורין דחשיב איסור מוסיף משא"כ לרבנן דע"כ סוברים דכל איסורים איסור חפצא א"כ לא איתוסף מידי וע"כ קונם אין חל על כל איסורין. ובזה ניחא דברי רש"י במכות דף כ"ב דפירש על מתניתין והן מוקדשים דחמור היינו קדשי ב"ה והקשו בתוס' שם דשם בסוגיא פריך הגמ' ולחשוב נמי כגון דאמר שבועה שלא אחרוש בין בחול בין ביו"ט דחל בכולל ומשני מידי דאיתא

בשאלה לא קתני ופריך והרי הקדש ומשני בבכור אלמא דלא מיירי בקדשי ב"ה דאל"כ הדרא קושיית הגמ' לדוכתא וע"כ נראה דהא דפירש רש"י דחמור היינו קדשי ב"ה ולא פירש דמיירי בפטר חמור ואליבא דר"י דסובר דפטר חמור אסור בהנאה משום דהי' קשה לרש"י לפי מאי דמסיק הגמ' דהאי תנא איסור כולל לית ליה אכתי תקשי ליחשוב בנודר שלא לחרוש ביו"ט דחל הנדר בלא כולל וע"כ דגם נדר לא חל על כל איסורין משום דלא חשיב מוסיף דכיון דקי"ל דמין במינו בטיל ע"כ כל איסורין חשיב איסור חפצא וא"כ אי אפשר לומר דחמור היינו פטר חמור וכר"י הא לר"י ע"כ כל איסורין הם איסור גברא וא"כ ניהו דאיסור כולל לית ליה מ"מ ליתני בנודר שלא לחרוש ביו"ט דחל בלא כולל וע"כ הוכרח רש"י לפרש דלא אתי כר"י רק דאיירי בקדשי ב"ה משא"כ לס"ד דמשני מידי דאיתא בשאלה לא קתני שפיר משני דמיירי בבכור וחמור היינו פטר חמור ואתיא כר"י ומ"מ ל"ק ליתני קונס דהא מידי דאיתא בשאלה לא קתני ועיין בנו"ב דכתב לתרץ דמש"ה ל"ק ליתני קונם כיון דמסיק דהאי תנא איסור כולל לית ליה והיינו כר' שמעון דלא סובר כולל ור"ש גם איסור מוסיף לית ליה וא"כ אליבא דר"ש פשיטא דקונם לא חל על דבר איסור ניהו דאיתוסף א"ח מ"מ הא ר"ש לית ליה איסור מוסיף ועיין שם וקשה מאוד הא אנן קיי"ל דהיכא דנדר שלא לעשות דבר איסור לא מהני התרה וע"כ כתבו דמש"ה לא משני תיכף מידי דאיתא בשאלה לא קתני אך כיון דנשבע שלא יחרוש ביו"ט לחוד א"כ הוה נדרי איסור דלא מועיל שאלה ולכך הוצרך הש"ס לתרץ דלא חלה השבועה משום דמושבע ועומד מה"ס אבל אהא דפריך וליתני שבועה שלא אחרוש בין ביו"ט בין בחול שפיר משני הש"ס מידי דאיתא בשאלה לא קתני דבזה מצי לישאל במה שנשבע שלא יחרוש בחול דזה לא הוה נדרי איסור וממילא הותר גם מה שנשבע שלא יחרוש ביו"ט משום נדר שהותר מקצתו. ועי' בספר יש"י וא"כ תקשי לס"ד דהאי תנא סובר איסור כולל ופשיטא דקונם חל על יו"ט לחוד דחשיב מוסיף וא"כ מה משני הגמ' מידי דאיתא בשאלה לא קתני מ"מ ליתני קונם ובלא כולל דבקונם לא צריכין כולל ובזה לא שייך לומר מידי דאיתא בשאלה לא קתני כיון דהנדר היה על יו"ט לחוד. והנה לפי מאי שתירצו דמש"ה לא קתני קונם דא"כ אמאי חייב משום יו"ט דכיון דהוא אסר עליו הנאת החרישה הגם דשרי לאחריני חשיב מלאכה שאינה צריכה לגופה:

ובזה ניחא מה שהקשו בתוס' יו"ט דבמתניתין בנדרים בנטולה אני מן היהודים איך חל הנדר על כל העולם הא אין איסור חל על איסור ואין לומר משום כולל כיון דכולה פירקין כר' יוסי ור"י לא סובר איסור כולל אך י"ל דאליבא דידן דמלאכה שאינה צריכה לגופה חייב וא"כ קשה אמאי לא תני קונם וע"כ דגם קונם לא חל על כל איסורין וע"כ מוכרחין

לומר דבנטולה אני מן היהודים דחל הנדר על כל העולם משום כולל דאל"כ אין הנדר חל משא"כ ר"י לשיטתו דסובר במס' שבת דמלאכה שאינה צריכה לגופה פטור לדידיה י"ל דקונם חל על כל איסורין וא"כ הגם דר"י לא סובר כולל מ"מ ניחא המתניתין דנטולה אני מן היהודים דנדר חל על כל העולם בלא כולל:

ובזה ניחא דברי רש"י במכות דף ט"ז דמשני דהנדר היה עדע"ר ופי' רש"י שמצא לה עון שאסורה עליו והדירה עדע"ר ובתוס' שם הקשו דא"כ אין מצוה לקיימה אלא נראה שהדירה בלא עון ועי' בתוס' שם ולי נראה דכוונת רש"י דהנה שיטת בה"ג דאשה לא נאסרת לבעלה אם ראה רק כדרך המנאפין והפוסקים חולקין עליו ועיין ברא"ש ביבמות שבוודאי גמר תאוותו וע"כ סגי בראה כדרך המנאפין והוה חזקה מחמת רובא דרוב ב"א אין מעמידין א"ע בזה. והנה לכאורה נראה ניהו דאסורה לבעלה אבל היא שאומרת ברי לי שלא נטמאתי כלל אין עליה שום איסור דהתורה לא אמרה דליזול בתר חזקה אלא למי שמסופק ועיין בפ"י והנה בש"ס כתובות דפריך שם וניתי עשה ולידחי ל"ת ומשני דאי אמרה לא בעינא ליתא לעשה כלל ועיין פי' רש"י ועי' בתוס' ישנים דכתב וז"ל דהכא גבי דידה ליכא עשה דהא אי אמרה לא בעינא ליתא לעשה כלל הילכך אין לה לעבור בלאו משום עשה דידיה דהא מוזהרת כמותו. ולפ"ז י"ל דבכה"ג דעדים לא ראו רק כדרך המנאפין דאז כיון דעליה ליכא איסור שהיא אומרת ברי שלא זינתה א"כ באונס דאיכא עשה ולו תהי' לאשה י"ל דאתא עשה ודחי ל"ת ולא שייך דגבי דידה ליכא עשה ובאיסור היא ג"כ מיפקדא דליתא דהיא שאומרת ברי שלא נטמאתי כלל בוודאי מותרת בו. ומעתה ניחא דברי רש"י הנ"ל שהי' קשה לרש"י ז"ל דברי הש"ס דאוקמא ליה להא דמשכחת אונס בביטול עשה שהדירה עדע"ר והא אפילו בכה"ג שאמר הנאת תשמישך יאסר עלי דבכה"ג לא שייך לומר דלא מועיל הנדר משום דמשועבד לה אפ"ה אי אפשר להנדר לחול מצד דאיכא גבי אונס ג"כ לאו דולא יוכל לשלחה דאפילו אי מהני הנדר לבטל מצות עשה מ"מ לא חל הנדר לבטל הלאו כמו קונם נבילה בין בקיומו בין בביטולו וא"כ לא חל הנדר לעבור על הלאו דולא יוכל לשלחה וע"כ פירש רש"י דמיירי שמצא בה עון שאסורה לו והיינו דעדים לא ראו רק כדרך המנאפים דאז ליכא לאו ולא יוכל לשלחה ואולם מצד העשה דולו תהי' לאשה דדחי ל"ת רשאי לקיימו אך אם הדירה עדע"ר דלו יהא דנדר אינו חל על הלאו דולא יוכל לשלחה מ"מ חל על עשה בכה"ג שאמר הנאת תשמישך יאסר עלי ואז ממילא נאסרת עליו מצד סוטה כיון דלא שייך לומר דאתי עשה ודחי ל"ת דכיון דחל הנדר על העשה כמו בשאר מצות עשה ושפיר מהני הנדר עדע"ר מאחר שמצא בה עון. ובזה ניחא מהא דמסיק הש"ס דגבי אונס לא

משכחת ביטלו משום לדבר מצוה יש לו הפרה דקשה מאי מצוה איכא אדרבה עבירה בידו לפי הנ"ל ניחא יען דלדבר מצוה לקיים העשה דולו תהי' לאשה יש לו הפרה דכיון דהותר הנדר שהדירה עדע"ר שהיה חל על העשה אז ממילא מותרת לו דאתי עשה ודחי איסור דסוטה ודו"ק:

נפילה דרבים ונפילה דיחיד

עי' במס' יבמות ד' קט"ז סוגי' דתרי יצחק דאביי חייש ורבא לא חייש ועי' בב"ת ד' קע"ג דפליגי אביי ורבא באותיות דנקנית במסירה דאביי סובר דצריך להביא ראי' דחייש לנפילה דרבים ורבא סובר דא"צ להביא ראי' ועי' בחמ"ש סי' נ' דפסק המחבר בשטר שכתוב בו ממך דאם הוא כת"י דנאמן הלוה שלוה מאחר במיגו דפרעתי:

ועי' סי' מ"ו דפסק המחבר ובשטר שאינו מקוים נאמן הלוה לומר כתבתי ללות ולא לויתי ונפל ממני במיגו דמזויף והקשה דהא בגט קיי"ל באה"ע סי' קנ"ב דאם מוציאה גט שאינו מקוים והבעל מערער ואומר שלא נתן לה הגט רק דנפל ממנו דאינו נאמן במיגו דמזויף הרי מבואר דאינו נאמן בטענת נפילה אפי' במיגו והא לא קשה דאמאי בכת"י שכתב ממך דנאמן שלוה מאחר במיגו דיש לומר משום דהתם הוא נפילה דרבים עדיף הגם דקיי"ל כרבא דאפי' נפילה דרבים לא חיישינן אך היכי דאיכא מיגו נאמן. אך קשה מההיא דסי' מ"ו דנאמן הלוה במיגו והנה במ"מ כתב משום דלנפילה לא חיישינן משום שאין דין איסורין כדין ממון והיינו דבאיסור מיזהר זהיר יותר וע"כ לא מהימן הבעל בטענת נפילה אפילו במיגו משא"כ בממון נאמן הלוה לומר שנפל ממנו במיגו דמזויף. ובקצה"ח סי' מ"ו הקשה מהני דאית' בגיטין פרק כל הגט קטנה הוא דלא מצי מגרש הא גדולה מצי מגרש ולא חיישינן לנפילה אמר רבא דש"מ דשני יוסף בן שמעון מוציאין שט"ח על אחרים ול"ח לנפילה וכיון דבממון חיישינן יותר לנפילה היכי יליף רבא מגט:

והנה לפי מה דאיתא בתומי' לפרש דכוונת המ"מ משום דרוב מיזהר זהיר אך בממון לא אזלינן בתר הרוב וע"כ נאמן הלוה כתבתי ללות וממני נפל במיגו משא"כ בגט דאזלינן אחר הרוב וע"כ לא מהימן הבעל לומר שנפל ממנו הגט במיגו דמזויף וע"ש. ניחא קושי' קצה"ח הנ"ל לפי מה דאית' בש"ך סי' צ"א על הא דפסק המחבר באם מת הפועל דנוטל החנווני בלא שבועה והגם דלגבי החנווני חשוב איני יודע אם נתחייבתי ותירץ דהא הטעם דא"י א"נ דפטור משום חזקת ממון והכ' ליכ' חזקת ממון משא"כ סוף סוף האי ממון תיפוק מרשות דהא מ"נ חייב לאחד מהם או לחנווני או לפועל וע"ש. ועי' תוס' ב"מ פרק המפקיד לענין גזל אחד מחמשה. ולפ"ז ניחא קושית קצה"ח דבשלמא היכי

דלוה אמר כתבתי ללוות ולא לויתי ונפל ממני נאמן במיגו משום דלא אזלינן בתר הרוב בממון להוציא משא"כ בשני יב"ש דספק מי הוא המלוה והלוה מ"נ חייב לאחד מהם ולא תשאר הממון בחזקתו אז אזלינן בתר הרוב גם בממון וע"כ שפיר מדמי רבא ממון לגט דאי בגט לא חיישינן לנפילה ה"ה דשני יב"ש מוציאין שט"ח על אחרים. ובזה ניחא מה שהקשה על המחבר דפסק דבכת"י שכתב ממך דנאמן דלוה מאחר במיגו ומשמע הא אי אמר דלא לוה כלל ונפל ממנו אינו נאמן במיגו והא בסי' מ"ו פסק דנאמן דלא לוה ונפל ממנו במיגו אך יש לומר דלרבותא דלא מיבעי' דנאמן הלוה דלא לוה ונפל במיגו דפרעתי משום דלא אזלינן בתר הרוב בממון דהא איכא חזקת ממון ללוה אלא אפי' אי טעין דלוה מאחר דאז ליכא חזקת ממון דמ"מ חייב לאחד מהם אפ"ה נאמן במיגו והיינו משום דנפילה דרבים הוא חיישינן ביותר לנפילה אפי' היכי דליכא חז"מ לגבי הלוה:

ועי' בתומי' סי' מ' דכתב על פלוגתא דר"ה ור"ח בגיטין בבעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין דר"ה סובר דבעל נאמן דאם אית' דלגירושין יהיב לדידה יהיב לה ור"ח סובר דשליש נאמן משום דהא הימני' וכתב שם דאי אמר הבעל דנפל ממנו ואתה מצאת' דנאמן לכ"ע אפי' לר"ח דבזה הא ל"ש דהימני' והגם דנפילה קיי"ל דל"ח בעלמא הכא שאני דאיכא הוכחה דאם אית' דלא נפל רק דהוא מסר לו לדידה יהיב לה והימני' ל"ש בטענת נפילה דהא לפי דברי' לא האמינו מעולם ובזו פי' שם הא דסובר ר"ה דנאמן לומר לפקדון ואע"ג דהימני' דע"כ גם ר"ה סובר הך דהימני' דאל"כ ל"צ לטעמא דאם איתא דת"ל דאוקמא על חזקת א"א וע"כ פי' דטעמא דר"ה דנאמן לפקדון במיגו דנפילה דבודאי נאמן משום אם אית' והימני' ל"ש וע"כ נאמן ג"כ לפקדון במיגו דנפילה והגם דהימני' במקום מיגו לא הימני' וע"ש. והא דקאמר ר"ה אם אית' וכו' היינו כיון דאם אית' דלגירושין וכו' ונאמן בטענת נפילה וע"כ נאמן לפקדון במיגו דנפילה. ובזה ניחא קושי' מהרש"א שם על התוס' דפירשו שהשליש אומר דהוא שליח לקבלה ומיירי דאיכא עדים דמעידין בפנינו אמרה לו לקבלו והקשה דאמאי לא פירשו דאומר דהוא שליח להולכה וכבר נתן הגט בידה אך לפי מה שאמרנו דמש"ה קאמר ר"ה אם אית' כדי דמשום זה נאמן על טענת נפילה ור"ה סובר בב"ת ד' הנ"ל דנפילה דרבים חיישינן וא"כ בשליח להולכה חשוב נפילה דרבים דכל אדם שימצא יכול לומר דהוא שליח להולכה דבשלמא שליח לקבלה משום נפילה דחד דצריך שימצא דוקא מי שאמרה לו לקבלו וצריכין עדי אמירה משא"כ שליח להולכה חשוב נפילה דרבים ור"ה חייש לנפילה דרבים ול"צ לטעמ' דאם אית' דבלא"ה נאמן על טענת נפילה וממילא נאמן לפקדון במיגו וע"כ פירשו דאומר דהוא שליח לקבלה דאז צריכין לטעמא דאם איתא. אך נראה לפי מה דפסק בעה"ת

דשני יב"ש דמוציאין שט"ח על אחרים משום דלנפילה דחד לא חיישינן והקשה הא אפי' נפילה דרבים ל"ח ותירצו דבנפילה דחד אפי' במיגו לא מהימן. ועי' בתומי' סי' נ' ולפ"ז כיון דחזינן דלנגד חזקה דאם איתי' וכו' מהני מיגו דהא איתי' בסוגי' דאי אמרה קמאי דידי יהבית לגירושין דר"ה מודה דנאמנות במיגו אלמא דמיגו אלים לדחות אם איתא ולנגד טענת נפילה אפי' מיגו לא מהני וא"כ כיון דמיגו לא מהני שיהי' נאמן על טענת נפילה מכש"כ דאם איתא לא מהני שיהי' נאמן על טענת נפילה דחד דהא חזינן דחזקה דאם איתי' מיגו אלים יותר דמיגו מהני לנגד אם איתא וא"כ כיון דמיגו לא מהני שיהא נאמן בטענת נפילה מכש"כ דחזקה דאם איתי' לא מהני שיהא נאמן בטענת נפילה.
ובזה ניחא הרי"ף דהביא הך ומודה ר"ה דאי איכ' מיגו נאמן והקשה דכיון דפסק כר"ח דלעולם השליש נאמן משום דהימני' לא צריך להביאו ומודה ר"ה וע"כ נראה דמש"ה הבי' זה ללמוד דאפי' באומר טענת נפילה דאז ל"ש הימני' וה"א דנאמן מכח אם איתא אך כיון דחזינן דמודה ר"ה וחזינן דמיגו אלי' יותר מכח חזקה דאם איתי' וא"כ כיון דמיגו לא מהני בטענת נפילה מכש"כ אם איתי' לא מהני שיהי' נאמן על טענת נפילה הגם דל"ש דהא הימני' בטענת נפילה דנפילה דחד ל"ח. ובאמת אמרתי לתרץ הרי"ף דלפי מה דאיתי' בחמ"ש סי' ע"א דהיכ' דנתן לו נאמנות והמלוה הוחזק כפרן בדבר אחר דבטל הנאמנות דלא האמינו דהי' סובר דהוא בחזקת נאמן ולפ"ז אפשר דה"ה בשליש הגם דהימני' מדמסר לו הגט מ"מ אי השליש הוחזק כפרן לא מהני הימני' ומודה ר"ח דבעל נאמן אך היכי דאיכ' מיגו דאמרה קמאי יהבית לגירושין אז נאמנות במיגו כמו לר"ה דסובר דבעל נאמן ואפ"ה במיגו מודה:
ובאמת דקשה לי הא בתוס' שם הקשה דלר"ה דבעל נאמן לומר לפקדון א"כ הא דתקנו דשליח יאמר בפ"נ לפי שאין עדים מצוין לקיימו דאכתי יערער ויאמר לפקדון ותירצו דאם איתא ל"ש אלא היכי דהן בעיר אחת והקשו הנך דמצרכי לומר בפ"נ מערסא לערסא דבעיר אחת אכתי יערער ויאמר לפקדון ותירצו דסוברים כר"ח דשליש נאמן וקשה דהא ר"ח מודה היכ' דל"ש הימני' דבעל נאמן מכח אם איתי' וא"כ בעיר אחת דאיכ' אם איתי' וא"כ אי יאמר דמזויף איכ' הוכחה מכח אם איתי' דאינו מזויף רק דהוא מסר לדידה יהיב והימני' ל"ש בטענת מזויף וכיון דאיכ' חזקה דאם איתי' ממילא בעינן קיום מדאורייתא כמו היכי דאיכ' ריעות' בשטר שנפל דאז בעינן קיום מדאוריית' וכמו שכתבו על הא דאם הייתי חייב למה מכרת לי את השדה דכתבו דבעינן קיום מדאורייתא. ועי' בחמ"ש סימן פ"ה. וכיון דבעינן קיום מדאורייתא לא האמינו לשליח בזה שאמר בפ"נ דהא מה שהאמינה לשליח משום דקיום שטרות דרבנן ואכתי יכול לערער בעיר אחת וא"כ מה

מועיל בעיר אחת בזה שאומר בפני ובזה לא שייך דסוברים כר"ח דבטענת מזויף ל"ש דהימני':

וגם קשה אי בנפילה דרבי' נאמן במיגו ואמאי הא חזינן בשטר שנפל חיישינן לפרעון אפי' בת"ז אלמא כיון דמיזהר זהיר אי הי' השטר כשר אלים לדחות החזקה דת"ז ולא אמרינן דהשטר אינו פרוע רק דנפל שלא זהיר לשומרו וע"כ משום דנפילה ל"ש ע"כ אמרינן יותר משום דשטר פרוע לא נזהר וחיישינן לפרעון אפי' ת"ז ומגו מספקא להגמ' אי מהני נגד חזקה וא"כ חזינן דהא דנפילה ל"ש אלים יותר ממיגו וא"כ איך נאמן על טענת נפילה במיגו דכיון דחזינן דנפילה ל"ש עדי' מחזקה דת"ז ומיגו מספקא אי מהני נגד חזקה דת"ז וא"כ תקשה אמאי נאמן על טענת נפילה במיגו ובזה אמרתי הא דאמרינן דכיון דנפל איתרע דאי הי' כשר הי' זהיר לשומרו ולא תלינן שנאבד משום דאזלינן בתר הרוב דרוב מיזהר זהירי לפי התומים. וניחא בזה הא דפריך הגמ' ב"מ גבי מצא שטר שיחרור דבזמן שהרב מודה דיחזיר לעבד וליחוש דהוא מוקדם ויטרוף הנכסי' אשר מכר האדון בין ניסן לתשרי שלא כדין ומשני דכי אתא למיטרף אמרינן ליה אייתי ראי' והקשה ליחוש שמא מכר העבד גופו בין ניסן לתשרי וע"ז ל"ש אייתי ראי' דהא העבד מוחזק בעצמו אך יש לומר דכיון דמוחזק בעצמו א"כ לא אזלינן בתר הרוב הנ"ל להוציא ואמרינן דלעולם דשטר שיחרור כשר ונאבד ממנו והגם דרוב מיזהר זהיר לא אזלינן בתר הרוב להוצי' דעבד מוחזק בעצמו. והנה הרבה סוברים דמש"ה לא חיישינן לנפילה משום דחזקה דכל מה שת"י אדם הרי הוא שלו ובש"ך סי' מ"ז אית' דבשטר ל"ש זה כיון דשטר אין גופו ממון אך הרמב"ן דמתרץ דמש"ה לא מהימן לומר אמנה במיגו דמחל משום דחזקה דכל מה שת"י אדם ה"ה שלו ע"כ סובר דאפי' בשטר שייך חזקה זו ועי' בס' שער המשפט דתמה דלפ"ז לא יהא נאמן נפילה אפי' במיגו אך הקשה שם דא"כ איך מייתי רבא ראי' דל"ח לתרי יצחק מהא דל"ח לנפילה גבי שטר הא התם שאני דאיכא חזקה דכל שת"י וכו' משא"כ גבי יצחק ר"ג אמאי לא חיישינן ליצחק אחר וע"ש דכתב דההיא חזקה דכל מה שת"י הוא מטעמא דחזקה דכאן נמצא כאן היה וע"כ שפיר הוכיח הש"ס דגם לענין תרי יצחק ל"ח לאחר מה"ט כמ"ש הרמב"ן. ואביי דחיישׁ לנפילה פליג על חזקה דכ"נ וכ"ה וחיישׁ לתרי יצחק ג"כ ועי' ב"ש ביבמות דהקשה דהא ר"א בכתובות פ' המדיר דמתרץ רישא מנה לאבא וכו' אלמא דפליג על רבא דמתרץ שם רישא כ"נ וכ"ה:

ועי' בס' ש"ש דכתב לפי מה דאית' ברמב"ן בב"ת על הא דקאמר אבל ע'נבי מצנעי וכתב דאפי' לר"ח דסובר דרוב וקרוב אזלינן בתר הרוב הא לאו קרוב בלחוד הוא אלא במקומו

ממש וחזקה דכאן נמצא וכ"ה דכל שהוא נמצא במקומו ממש עדיף מקרוב דכ"נ וכו' וה"נ בזה שאנו מספקין בזה יצחק קורטובא אמרינן כיון שהוא במקומו ממש הו"ל קרוב שהוא במקומו והיינו כ"נ דכל שנמצא במקומו הו"ל כ"נ וע"ש:

ועי' ב"מ ד' כ"ב דפריך הגמ' על רבא דסובר דיאוש שלא מדעת הוה יאוש מהא דקציעות בדרך ואפי' בצד שדה קציעות דמותרות משום גזל בזתים ובחרובי' אסור בשלמא רישא לאביי לא קשיא אגב דחשיבי ממשמש בהו תאינה נמי מידע ידוע דנתרא אלא סיפא לרבא קשיא דקתני בזתים אסור אמר ר' אבהו שאני זיתי הואיל וחזותו מוכיח עלי' ופריך אי הכי אפי' רישא נמי אמר ר"פ תאינה עם נפילתה נמאסת וכו' והנה הרמב"ם כתב הטעם משום דתאינה עם נפילתה נמאסת והקשה דכיון דקיי"ל כאביי בלא"ה ניחא רישא וסיפא דברישא בתאינה מותרת משום דמידע ידוע דנתרי וחשוב יאוש מדעת משא"כ בזתים אסור דחשוב יאוש שלא מדעת. ועי' בלח"מ. וע"כ נראה לפי מה דאיתא בתוס' שם ד"ה תאינה וכו' וז"ל בשלמא לאביי תאינה מותרת משום דמידע ידוע דנתרי דרגילות היא דנתרה מעיקרא מתיאש לפי שסבור שהמוציא יקחנה כי היא לא שנפלה מהאילן אלא סבור הוא מעוברי דרכים נפלה ובזתים אסור דלא עבידי דנתרי אע"ג דאם היה יודע דנפלו היה מתייאש לפי שעוברי דרכים יקחו כי יתלו דנפל מעוברי דרכים השתא דלא ידע סבור שלא נפלו אסורה דחשוב יאוש ש"מ אבל לרבא תקשה והקשה אם דין היא לתלות בעוברי דרכים ולא באילן שאצלו אמאי אסור בזיתים ובחרובין וי"ל דבדין ודאי דאין לתלות בעוברי דרכים אלא באילן אלא שהבעלי' מתייאשו לפי שסבורין שעוברי דרכים דלא מעלו יורו היתר' בפירות שמוצאים ויתלו בעוברי דרכים והקשה עוד א"כ מה פריך על רבא נימא דזתים אסור משום דאפי' לאחר שידעו הבעלים שנפלו לא נתייאשו לפי שיודעין שהמוצי' לא יקחם שיתלו שנפלו מהאילן כאשר הוא האמת שאין לתלות בעוברי דרכים וי"ל דא"כ אמאי בתאינה מותרים וע"ש. ולפ"ז יש לומר דהא דקאמר דלאביי ניחא ואע"ג דיש לומר דהגם דרגיל הוא דנתרה בתאינים מ"מ לא מתייאש מעיקרא שהמוציא לא יקחנה דכיון דע"פ דין אזלינן בתר קרוב וחזקה דכאן נמצא וכ"ה א"כ לא יתלו דנפלו מעוברי דרכים רק מאילן אך על אביי לשיטתו דחייש לתרי יצחק ולא סובר חזקה דכ"נ וכ"ה וע"כ יש לומר דנפלו מעוברי דרכים ולא מאילן וע"כ יש לומר דמתייאשים משום דיתלו מעוברי דרכים דכיון דהדין כן דלא אזלינן בתר חזקה דכ"נ משא"כ לדידן דקיי"ל דאזלינן בתר חזקה דכ"נ היכי דהיא במקומו ממש א"כ יש לומר דלא מתייאשו דיתלו דנפלו מאילן כאשר הוא האמת דאין לתלות בעוברי

דרכים משום חזקה דכ"נ וע"כ הוצרך הרמב"ם לומר דמש"ה מותרת בתאינה משום דעם נפילתה נאמנת ולא חשיבי ומפקר לה:

ובזה ניחא קושי' תוס' ביבמות ד' ק"כ על הא דפריך הגמ' אע"ג שיש סימנים בגופו ובכלי למימרא דסימנים לאו דאוריית' ורמינהו מצאו גט קשור בכיס וכו' אמר אביי לא קשי' הא ר"א והא רבנן וכו' עד ואיכא דאמרי אמר רבא דכ"ע סימנים דרבנן והכא בשומא ס' מובהק קא מיפלגי וכו' והקשו בתוס' דתקשה ברייתי' דמצאו גט קשור בכיס דאי סימנים דרבנן אמאי יחזיר ותירצו שנוכל לומר דמיירי שמצאו בעצמו ומכיר הכיס בט"ע ונאמן במיגו דלא אבד. ולכאורה נראה דברשב"א אית' דהא דחיישינן לשני יב"ש בשיירות מצויות ול"ח באין ש"מ משום דבאין ש"מ חשוב נפילה דחד דל"ח משא"כ בש"מ חשוב נפילה דרבים וע"ש והנה הא קיי"ל דאפילו לנפילה דרבים לא חיישינן. וע"כ יש לומר דהא דאית' בתוס' ב"מ דחשש דשני יב"ש הוא מדרבנן הוא משום דקיי"ל דאפי' לנפילה דרבים לא חיישינן וע"כ מה"ד אין לחוש לנפילה משא"כ לאביי דסובר דנפילה דרבים חיישינן יש לומר דחשש דשני יב"ש הוא מדאוריית'. ולפ"ז יש לומר דהא קשה מה פריך הגמ' דילמא מש"ה בגט סמכינן על סימנים דכיון דרק חששא דרבנן הוא דשני יב"ש אינו חשש' דאוריית' משא"כ במתני' דאין מעידין וכו'. אך אביי לשיטתו דחייש לנפילה דרבים וחשש' דאורייתא וע"כ מדמי להדדי והוצרך לומר כתנאי משא"כ לרבא דקאמר דלכ"ע סימני' דרבנן לדידי' בלא"ה לא קשה קושי' הגמ' דכיון לדידי' חשש' דשני יב"ש מדרבנן ע"כ מהני סימני אפי' אי לאו דאוריית':

אך יש לומר דאיירי דנאבד במקום שמצאו ויש לומר כ"נ. ועי' בב"ש סי' קל"ב דרצה לומר דלפי מה דקיי"ל דל"ח לתרי יצחק משום כ"נ ה"ה בגט שנאבד במקום שמצאו אמרינן כ"נ. אך לפי מה דאיתא ברא"ש ביבמות דבגט החמירו דאפשר לכתוב גט אחר וע"כ לא סמכינן על כ"נ ועכ"פ בזה מהני סימני אפי' אי ל"ד וא"כ לא קשה קושי' הגמ' דיש לומר דמצאו במקום שנאבד וי"ל כ"נ וכ"ה דהחמירו חכמים משום דאפשר גט אחר מ"מ מהני סימני' וע"כ לרבא לא קשה ועיקר הקושי' הגמ' אזלא רק לאביי דלא סובר כ"נ ושפיר משני כתנאי. ובזה ניחא הרמב"ם דבסוגי' מקשה על הא דמצא גט אשה בשוק בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה וליחוש שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ומפקי מלקוחות הפירות שמכר הבעל בין ניסן לתשרי שלא כדין ומשני דכי אתי' למיטרף אמרי' לה אייתי ראי' אימת מטי גט לידה והרמב"ם לא הביאו דצריכה להביא ראי' וכו'. ועי' בתומי' סי' ס"ה. ולכאורה נראה לפי מה דאיתא בשמ"ק דל"ח רק היכי דיטרוף שלא כדין דהיינו במקום שאם יוציא השדה יהי' השדה בגזל בידו אבל להפקעת שיעבוד לא

חששו. ולפ"ז לפי מה דסוברים דאי קנין פירותו כקה"ג אז חשוב הבעל מוחזק דכיון דיש לו פירות משא"כ אי לאו כקה"ג דמי ל"ח מוחזק ובזה מתרצין דברי רש"י דסובר דבכל מקום צריכה להביאה ראיה אימת מטי גיטו לידה והיינו דקאי לר"י. ועי' בס' גי"ר:

ולפ"ז יש לומר דקושי' הגמ' דקאי למ"ד דיש לבעל פירות עד שעת נתינה והיינו לר"י ולדידי' דסובר דקה"ג דמי לא חשוב מניעה דהלקוחות לא יוכלו לגבות דכיון דהן חשובין מוחזקין מכח הבעל ופריך שפיר דאמאי יחזיר וליחוש משא"כ לדידן דקיי"ל דלאו כקה"ג ול"ח מוחזק והיא חשיב' מוחזקת וע"כ ל"ח כלל וע"כ לא הבי' תירוץ הגמ':

גם נראה דהא בתוס' ד' כ"ז הקשו דאמאי לא מקשה על מתני' דשאני אומר דכתובין ונמלך שלא ליתנן הא אמר תנו נותנים וניחוש שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי כדפריך אברייתא הנ"ל. ולכאורה נראה לפי מה דסוברים דהיכי דזכות הוא ושייך לומר עדים בחז"ל אז לכ"ע אין לבעל פירות משעת חתימה וא"כ יש לומר דעל מתני' לא קשה דיש לומר דאיירי היכי דהגט זכות לה כגון במזנה. ועי' בתהד"ש ועי' באה"ע סי' א' ואז אין לבעל פירות משעת חתימה משא"כ הכא בבריית' דקתני דאין הבעל מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה ופי' רש"י משום הכתובה א"כ ע"כ לא מיירי במזנה דאז ליכא כתובה וא"כ יש לו פירות עד שעת נתינה וקשה וליחוש:

וגם יש לומר דהא הקשה מה פריך הגמ' דתטרוף שלא כדין דהא אי תטרוף צריכה להחזירה הדמים שנתנו הלקוחות לבעל משום תקה"ש דלא גרע מגזילה דצריכין הבעלי להחזיר ללוקח הדמים משום תקה"ש ותירצו דסתם גירושין יש קול ע"י עדי מסירה ולא עשו תקה"ש אך יש לומר דאיירי בהוחזקו שני יב"ש ואז ליכא קלא דלא ידעינן מי המגרש ואיכא משום תקה"ש וליכא חששא דכתב בניסן ומאי פריך הגמ' דילמא איירי בהוחזקו אך אז תקשה אמאי יחזיר שמא אין זה הגט אלא ודאי דלא איירי בהוחזקו משא"כ על מתני' לא קשה דיש לומר בהוחזקו ולאלתר כמו דמשני ר"ז ואיכא משום תקה"ש וא"כ לא קשה שמא כתב ליתן בניסן. וניחא בזה קושי' תוס' דאמאי לא מוקי מתני' בש"מ ולא הוחזקו דא"כ תקשה שמא כתב ליתן בניסן דאז ליכא תקה"ש דאיכא קלא:

ועי' בס' יש"י דכתב לתרץ דעיקר קושי' הגמ' וליחוש והגם דעדי מסירה מפקי לקלא דלא נמסר ביומא חיישינן שמא לא ימסור בעדים רק ע"י עדי חתימה לחוד ואליבא דר"מ ואפי' לר"א מודה דע"ח מהני אך תקשה דילמא איירי בהוחזקו דאז לא מהני ע"ח לחוד דכיון דלא מוכח מהגט מי המגרש ובעינן ע"מ ואז איכא קלא אך אז חיישינן שמא אין זה הגט שנפל משא"כ על מתני' יש לומר דאיירי לאלתר ובהוחזקו דאז ע"כ איכ' ע"מ ואיכא קלא ולא קשה וליחוש וכו' וע"כ לא מקשה רק על הברייתא. אך לפי מה דאית'

בשמ"ק להקשות מה פריך הגמ' שמא אין זה הגט והא איכ' ס"ס שמא אמת כדברי הבעל דכבר גירשה וא"כ מה בכך דאין זה הגט שנפל ושמא זה הגט שנפל אך כיון דאי גירשה קלא איתי ליה ל"ח ס"ס. ועי' בירושלמי דמתרץ על קושי' הגמ' בכתובות באומר פ"פ מצאתי דנאמן לאוסרה והא איכ' ס"ס ומשני דקול יוצא לאנוסה וה"ה הכא לא חשוב ס"ס וע"כ דלא מיירי בהוחזקו ועי' בתשובות ברית אברהם דהוכיח דע"כ ס"ס דידן סובר דאפי' היכא דס' אחד נגד רוב חשוב ס"ס דאל"כ מאי מקשה ואמאי ס"ס ומ"ל דאין זה רק רוב דרבנן וע"ש. ולפ"ז הסוגי' דהכא דקאי לר"י ור"י סובר בירושלמי דל"ח ס"ס וא"כ ע"כ דלא מיירי בהוחזקו וסגי בע"ח לחוד וליכא קלא וע"כ שפיר מקשה וליחוש משא"כ לדידן דחשוב ס"ס ויש לומר בהוחזקו וע"כ בעינן ע"מ ומפקי לקול ולא קשה קושי' הגמ' וליחוש וע"כ לא הביאו אייתי ראי' וכו':

אך לפי הנ"ל יש לומר דהא קשה דילמא איירי בהוחזקו ומצאו במקום שאבד דאיכ' חזקה דכ"נ ואיכ' תקה"ש וגם ע"כ איירי בע"מ ואיכ' קלא ומה פריך הגמ' אך הסוגי' קאי לר"י ור"י סובר בנדה דל"א כ"נ דסובר דמחזקינן טומאה ממקום למקום ושפיר פריך הגמ' דהא ע"כ לא איירי בהוחזקו משא"כ לדידן איירי בהוחזקו אך איירי דבמקום שנאבד מצא' ואיכא כ"נ וכ"ה:

ובזה ניחא קושי' קצה"ח הנ"ל על מ"מ דא"כ איך יליף רבא דשני יב"ש מוציאין שט"ח על אחרים והא לא דמי איסור לממון דעיקר החילוק לפי מה דקיי"ל דל"ח לתרי יצחק משום כ"נ והתם במומין קיי"ל כר"א דפליג על רבא וע"כ דבממון לא מהני כ"נ ועי' בנ"י הנ"ל וע"כ בגט ל"ח לנפילה משום כ"נ משא"כ בממון וע"כ חיישינן לנפילה משא"כ רבא לשיטתו דמשני שם רישא כאן נמצא וסובר דגם בממון אזלינן בתר כ"נ וע"כ מדמי שפיר שני יב"ש בממון לגט:

והנה מה שהקשה דלפי מה שמתרץ אביי דברי רב לעולם דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים והקשו בתוס' דאמאי לא מהימן במיגו דמחל ומתרץ הרמב"ן דחשוב מיגו במקום חזקה דכל משת"י אדם הוא שלו וא"כ תקשה דאמאי חייש אביי לנפילה דרבים ול"א חזקה זו ונראה דהא בש"ך סובר דבשטר ליכ' חזקה זו דנהי דשטר ת"י אך הממון אינו ת"י אך הרמב"ן כתב לתרץ דברי אביי ואביי משני דברי רב דאומר שטר אמנה אינו נאמן ורב דסובר דמודה בשטר שכתבו דא"צ לקיימו וכתבו הראשונים משום דרב סובר דכיון דיש לו שטר חשוב מוחזק בממון וע"כ לא מהני המיגו של הלוה דחשוב מיגו להוצי' וע"כ לרב שייך שפיר גם בשט"ח חזקה דכל מה שת"י וכו' דכיון דחשוב מוחזק

בממון ע"י השטר וע"כ מתרץ אביי דברי רב שפיר משא"כ לפי האמת דקיי"ל דצריך לקיימו ול"ח מוחזק בממון וע"כ חייש אביי לנפילה:

ובאמת דקשה מאוד אי רב סובר דחשוב מוחזק בממון בשטר א"כ אמאי סובר רב דאין אדם מוריש שבועה לבניו דהא חזינן לב"ש דסובר דכגבה דמי ל"א דאין אדם מוריש שבועה:

ועי' בנב"י דכתב דאפי' אי אמרינן דמחילה בשטר צריך קנין. ועי' בח"מ סי' רמ"א וסי' י"ב זה דווקא היכ' דיש לו ללוה קרקעות דאז חשוב מוחזק ובעינן קנין משא"כ היכי שאין לו קרקעות ל"ח מוחזק. ועפ"ז ניחא הא דהקשו על שיטת בה"ג דסובר דאפי' לשמואל דסובר דאבד אלפי זוזי בשטר מודה דלא אבד כל החוב והקשה בתומי' דא"כ מאי פריך הגמ' על שמואל דילמא איירי בשטר ותירץ דא"כ ליכא שבועה דחשוב שיעבוד קרקעות וע"ש סי' ע"ב וקשה דילמא איירי דלית ליה קרקע ולא חשוב שעבוד קרקעות להסוברים דאפי' בשטר היכי דלית ליה קרקע ל"ח ש"ק אלא ודאי דכיון דהא טעמא של בה"ג דשמואל מודה בשטר הוא משום דטעמא של שמואל דדעתו שאם יאבד המשכון יפסיד החוב והגם דלא הי' קנין מחילה ל"צ קנין ובשטר אפי' מחילה צריך קנין וזה אי יש לו קרקע משא"כ אי איירי באין לו קרקע אפי' בשטר ל"צ קנין ומה שהקשה אי בלית ליה קרקע אפי' בשטר ל"ח ש"ק א"כ מאי פריך רבא על רב"ח ועוד דאין נשבעין על ש"ק דילמא איירי דלית ליה קרקע. ועי' בנב"י. אך לפי מה דסוברים דשטר העומד לגבות כגבה דמי ל"ש אלא למ"ד דלמפרע גובה וכיון דרב"ח דהי' סובר דש"ד ע"כ הי' סובר דכגבה דמי דאל"כ הוי נשבע ונוטל וע"כ דלמפרע גובה ובמטלטלין לא אמרינן למפרע גובה. ועי' במרש"א בפסחים וע"כ דאיירי דאית ליה קרקע ושפיר מקשה רבא. ונחזור לענין ראשון והנה שיטת הרמב"ם דלדידן דקיי"ל דאין אותיות ניקנית במסירה מ"מ נאמן לומר דהי' לו שטר כתיבה ואבד והקשה עליו מהא דאית' בסנהדרין ההיא איתת' דנפק שטרא מתותי ידא אמרה ידענא בי' דפרוע דהימני' ר"נ אמר ליה רבא כמאן כרבי דאמר דאותיות נקנית במסירה ונאמנת במיגו דלקוח וקשה דאפי' לרבנן מהימנא במיגו דלקוח ונאבד שטר כתובה. ולכאורה נראה דלפי מה דכתבו הראשונים דמש"ה למ"ד דנקנית במסירה נאמן לומר לקוח משא"כ אי אין נקנית אינו נאמן לומר דהי' לו שטר כתובה משום דבשלמא אי נקנית דכיון דמסירה גופו הקנאה היא והתפיסה מוכחת באותיות דמלוה מסר לשם מקח כשם שהיא מוכחת בשאר מטלטלין אבל אי אין נקנית במסירה כיון דמסירה גופו לאו הקנאה הוא לא מהימן דתפיסתו לא מוכחת רק שהבעלים מסרוהו לידו ולא על הקנין והיינו דאמרינן התם דאי אין נקנית שני יב"ש

אין מוציאין שט"ח על אחרים ואינו נאמן במיגו דאי בעי אמר דהי' לו כתובה (היה לי) ונאבד ועי' בר"ן בכתובות פ' הכותב וטעמא של הרמב"ם יש לומר דהוכיח דלא בעינן שהתפיסה יהי' מוכחת על הקנין דהא קיי"ל כר"י דדבר תורה מעות קונות וא"כ אפי' במטלטלין אין התפיסה מוכח על הקנין. ועי' בנתיבות סי' ס"ו ואפ"ה נאמן לומר לקוח וע"כ ה"ה הכא נאמן לומר דנאבד הכתיבה משא"כ רבא לשיטתו דסובר כר"ל דמשיכה הוא קנין מהתורה וא"כ תפיסתו מוכח על הקנין ויש לומר דהיכא דאין מוכח אינו נאמן וע"כ קאמר רבא כמאן כרבי דוקא דלרבנן אינו נאמן לומר דנאבד הכתיבה דכיון דלא מוכח התפיסה על הקנין משא"כ לדידן דקיי"ל כר"י:

אך יש לומר לפי מה שהקשה בר"ן דא"כ אמאי בשני יב"ש מוציאין שט"ח על אחרים ול"ח דילמא מסר ליה אלאן ודאי מה בכך דנאמן לומר דהי' לו ש"כ ואבד וכתב ברמב"ן דהתם שאני דנאמן דהוא המלוה משום חזקה דכ"נ. ולפ"ז לדידן דקיי"ל כר"א דלא סמכינן בממון על כ"נ וע"כ הא דל"ח דילמא מסר וע"כ משום דנאמן לומר דהי' לו ש"כ ואבד משא"כ רבא דסובר דאפי' בממון אמרינן כ"נ יש לומר דאינו נאמן לומר דהי' לו ש"כ ואבד ושני יב"ש דמוציאין שט"ח משום כ"נ וע"כ קאמר כמאן כרבי דוקא:

ועי' בתשובות הגאון ר' ע"א בשטר שנפל והלוה אומר דאיני יודע אם פרעתי אי חייב הלוה א"ד כיון דאיכ' ריעותא דנפילה פטור. ולכאורה נראה לפי מה דאית בתשובות ב"ח לחלק בין ערב לקבלן דערב חשוב א"י א"ר וקבלן חשוב א"י א"פ. וניחא בזה קושי' שעה"מ על הא דקיי"ל דנאמן לומר דפרוזבל הי' לו ואבד דחזקה דלא שביק היתרא וכו' ות"ל דחשוב א"י א"פ וע"ש אך נ"מ בבא לגבות מערב דאז חשוב א"י א"נ. ועכ"פ בקבלן חשוב א"י א"פ ובחמ"ש סי' קכ"ט פסק דאפי' בקבלן אם אין השטר ביד ביד המלוה לא יכול לגבות כיון דנפל איתרע הגם דחשוב הקבלן א"י א"פ אלמא דכיון דאיכ' ריעותא דנפילה פטור הגם דהוא א"י א"פ ויש להסתפק בשטר שנפל דלנגד לקוחות אפי' חייב מודה לא יחזיר אך לגבות מב"ח אי חייב מודה גובה ואי אינו מודה נאמן משום דנפל איתרע ולפ"ז היכי דמודה על מקצת החוב א"כ ל"ש לומר דכיון דנפל איתרע דאפי' לפי דברי' הי' למלוה להיות נזהר וא"כ אין נאמן הלוה כלל דל"ש כיון דנפל איתרע או דאפשר דנאמן במיגו דאי בעי לא הודה כלל ומיגו דהעזה לא הוי דהא מסייע החזקה דנפל איתרע ויכול להעיז:

ויש לעי' דאמאי נאמן לומר דפרוזבל הי' לו ואבד דכיון דרוב מיזהר זהירי ורוב עדיף מחזקה וכן תקשה דאמאי נאמנת לומר גרשתני משום חזקה דאין אשה מעיזה דרוב הנ"ל כנגדו ודו"ק:

יתבאר נתינה בע"כ אי הוי נתינה:

ועי' גיטין פ' מ"ש דבראשונה היה נטמן יום שנים עשר חודש כדי שיהא חלוט לו התקין הלל הזקן שיהא חולש המעות ללשכה ואמרינן עלה אמר רבא מתקנתו של הלל נשמע אמר לאשה הרי זה גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז ונתנה לו מדעתה מגורשת בע"כ אינה מגורשת דנתינה בע"כ לא הוי נתינה ואיכ' דאמרי דמגורשת דבע"כ חשוב נתינה. ועי' בר"ן דכתב דלענין הלכה סובר בעל העיטור דהלכה כלישנא בתרא דרבא וגם שיטת הרמב"ם כן אלא שמחמיר לכתחלה ואחרים אומרים שהדבר ספק בהני לישנא כמאן הלכת' ועי' בתוס' שם דהקשו דמ"ש מחוב דקיי"ל הלוהו בישוב לא יחזיר לו במדבר ומשמע הא בישוב מחזיר לו בע"כ ותירצו דהתם שאני דאין המלוה מפסיד בזה וע"כ הוי פרעון משא"כ הכא בגט דמפסיד הבעל וע"כ לא הוי נתינה בע"כ. ועי' בב"ש סי' קמ"ג וסי' כ"ז דסובר דשוה כסף בע"כ בקידושין לא מהני ועי' ברשב"א דתמה דהא גבי אשה כתיב ונתן בידה וקיי"ל דמתגרשת בע"כ וכתב וז"ל ומסתברא דלא אמרו דנתינה בע"כ לא הוי נתינה אלא בנתינה שמפסיד בכך המקבל מה שהוא שלו כי הא דאמר לאשה הרי זה גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז דאשה זו קנוי' לבעל והילכך כשאתה בא לסלק משלו בע"כ אל תסלקנו ודכוותה בית בבתי ערי חומה דממכר קרי' רחמנא אבל גבי גט אשה שאין בעלה קנוי לה אלא שיש לאשה שיעבוד על בעלה כשהוא בא לסלק שעבודו מעלי' אם אתה בא לומר שאינו יכול לסלקו אלא מדעת האשה נמצא שאתה מחייב את שלו בע"כ ואל תחייבהו וע"ש. והרבה מראשונים סוברים דיש חילוק דחוב שאני דבע"כ הוי פרעון משא"כ תנאי שאני דכוונתו היה מדעתו. ולפ"ז יש להסתפק היכי דלא היה תנאי כפול ועיקר הא דבעינן ת"כ אלא שבטל המעשה בלא נתקיים התנאי אבל היכי דלא היה לא כפל נהי דמעשה נתקיים מ"מ צריך לקיים תנאי דחשוב כשכירות דכיון דאי אפשר שהמעשה יהי' נתבטל כיון שלא הי' ת"כ וע"כ מחויב לקיים התנאי דחשוב שכירות. ועי' ברשב"א ביבמות ובס' קצה"ח סי' רמ"א ובא"מ. וא"כ הגם דלא הי' ת"כ נהי דאין המעשה נתבטל באם לא נתקיים התנאי אבל מחוייבת ליתן דכיון דמעשה נעשה בשביל זה ועכ"פ לא נחשב זה רק כחוב בעלמא דכיון דאינה מחוייבת בשביל התנאי דתנאי נתבטל אך רק בתורת חיוב בעלמא וממילא בע"כ הוי נתינה כמו בחוב בעלמא:

ובזה ניחא הרא"ש שם דכתב על פלוגתא דרשב"ג ורבנן גבי איצטלא אי דווקא קאמר אי מהני חזרת דמים דאיירי דהוא אינו נתרצה לקבל הדמים אבל היכי דנתרצה לכ"ע מהני והקשה הב"ש בס' הנ"ל דבלא נתרצה א"כ אפי' אי אמרינן דכוונתו לא היה דווקא על איצטלא לא מהני בע"כ דנתינה בע"כ לא הוי נתינה. אך לפי הנ"ל ניחא דנ"מ היכא

דלא היה ת"כ וחיוב בעלמא איכא ולא הוי רק כמו חוב בעלמ' דמהני בע"כ וע"כ צריכין לומר משום דאיצטלא דוקא אמר. ולכאורה יש לומר דהיכא דאפי' בלא קיום התנאי היא ספק מגורשת אז לכ"ע נתינה בע"כ הוי נתינה דהא החילוק בין גט לחוב לשיטת התוס' משום דבעל מפסיד ע"י קבלתו וא"כ היכי שאפי' בלא קבלתו עכ"פ ספיקא איכא אי צריכה לקיים התנאי והנתינה רק לזה שתהי' ודאי מגורשת וא"כ אין הבעל מפסיד דלענין הזכותים שיש לבעל באשתו לא הפסיד דהי' מוחזקת וע"כ כיון דליכא הפסד לבעל ע"כ לכ"ע הוי נתינה אפי' בע"כ:

וניחא בזה הא דהקשו על הא דפליגי ר"ה ור"י אי לכשתתן ונ"מ בנתקרע הגט או שנאבד דאי ע"מ כאומר מעכשיו מגורשת ומקשה הגמרא מהא דתניא האומר הר"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז אע"פ שנתקרע הגט הרי זו מגורשת ולאחר לא תנשא עד שתתן אלא דע"מ כאומר מעכשיו ועוד תניא הר"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז ומת נתנה אינה זקוקה ליבום לא נתנה זקוקה רשב"ג אומר נתנה לאבי' וכו' עד כאן לא פליגי אלא דמ"ס לי ולא ליורשי וכו' אבל לכ"ע תנאי הוי והקשו לשיטת הרמב"ם דסובר דבמעכשיו ל"צ ת"כ ובתוס' כתבו דאפי' למ"ד לאו כאומר מעכשיו מ"מ עד שתתן ספיקא הוי דשמא ע"מ כאומר מעכשיו וא"כ קשה מה מקשה דילמא איירי דלא הי' ת"כ א"כ מ"נ מגורשת בנתקרע הגט דאי חשוב מעכשיו פשיטא דמגורשת ואי לאו כאומר מעכשיו א"כ בעינן ת"כ וכיון דלא כפול בטל התנאי והגט קיים וע"כ בנתקרע הגט הר"ז מגורשת ומ"מ לאחר לא תנשא עד שתתן דשמא ע"מ כאומר מעכשיו ואז לא בעינן ת"כ וצריכה לקיים התנאי. וע"כ נראה לפי מה דכתבו הראשונים דמש"ה לאחר לא תנשא עד שתתן הגם דקיי"ל דתנאי שהוא בידה רשאית לינשא קודם קיום התנאי אך דכיון דקיי"ל דנתינה בע"כ לא הוי נתינה א"כ לא הוי בידה דשמא לא ירצה לקבל וע"ש במ"מ וא"כ אי איירי דלא כפל וא"כ אפי' בלא קיום התנאי היא ס' מגורשת דשמא לאו כאומר מעכשיו ובעינן ת"כ וכיון דלא כפל המעשה קיים וא"כ כיון דס' מגורשת א"כ בע"כ הוי נתינה ואמאי לא תנשא עד שתתן אלא ודאי דאיירי בכפל לתנאי ושפיר פריך. וניחא בזה הא דמבי' הגמ' הסיפא ולאחר לא תנשא אך בלא"ה יש לומר דאיירי בלא כפל ואז ממ"נ מגורשת אך מדקתני דלא תנשא ואי בלא כפל אז הוי בידה דאז לכ"ע הוי נתינה דכיון דס' הוא אפי' בלא קיום התנאי ולא מפסיד מידי:

ובאמת קשה הא דקאמר אבל גט דלרחוקה קא אתי ודעתו לא הי' מעכשיו דשמא יתפייס וקשה דהברירה בידו שלא יקבל דלא הוי נתינה בע"כ וכמו כן קשה לשיטת בע"ה דאפי' תנאי מעכשיו יכול לבטל התנאי שיהי' הגט ועי' בב"ש שם ולפ"ז אפי' כוונתו

יהי' מעכשיו לא הפסיד אי יתפייס יכול לבטל ובפרט להסוברים דמדעת שניהם לכ"ע יכול לבטל בודאי תקשה והנה היכי דהוא כהן להסוברים דהיכי דהתנאי היה בע"מ או מעכשיו אפי' כי לא נתקיים התנאי אסורה לו ועי' במרדכי וכן הוא שיטת הירושלמי. ועי' בח"ס. א"כ מהראוי לומר דנתינה בע"כ הוי נתינה דלא מפסיד מידי דאפי' אי לא יקבל ולא נתקיים התנאי אסורה לו א"כ דמי לחוב דחשוב נתינה. וניחא ג"כ קושי' ב"ש הנ"ל על הרא"ש גבי איצטלית דנ"מ בכהן דהוי נתינה ומש"ה צריכין הטעם דדוקא קאמר איצטלא הא לא"ה מהני אפי' בע"כ:

ובזה ניחא קושי' המפרשי' דאמאי לא מקשה מסיפא לחוד מפלוגת' דרשב"ג ורבנן. אך בתוס' שם הקשו דילמ' פלוגתא דרשב"ג ורבנן הוא בזה אי ע"מ כאומר מעכשיו וע"כ מהני שתתן ליורשים ותירצו דהא משמע דבלא נתנה זקוקה ליבום ומתייבמת והא אפי' לר"י שמא כאומר מעכשיו ואיך מתייבמת וע"כ דטעמייהו משום לו ולא ליורשים:

אך נראה דהיכי דהוא כהן דכיון דע"מ ספק הוא כאומר מעכשיו ובכהן דכיון דאם תאמר דכוונתו היה מעכשיו אז אפי' לא תקיים התנאי אסורה לו יותר יש לומר דליכא ס' ובודאי ע"מ לאו מעכשיו. ולכאורה ראי' לזה מהא דהקשה במרש"א על התוס' דהקשו דאמאי לא קאמר גם בגט דנ"מ בפשטה ידה וקיבלה קידושין מאחר דלר"י ל"צ גט משני והקשה הא אפי' לר"י ס' הוא אי כאומר מעכשיו וצריכה גט ולכאורה יש לומר דנ"מ בפשטה ידה וקיבלה קידושין ספק דאז ל"צ גט דאיכ' ס"ס אך לפי הנ"ל יש לומר דנ"מ היכי דהוא כהן דאז ע"כ כוונתו לא היה מעכשיו. ולפ"ז ניחא קושי' הנ"ל דמדסיפא לחוד לא קשה דיש לומר דפליגי בזה אי ע"מ מעכשיו אי לא והא דמתייבמת איירי היכי דהוא כהן דאז אפי' ספק ליכא וע"כ מתייבמת ומש"ה מביא הרישא דקתני ולאחר לא תנשא דע"כ לא איירי בכהן דאז נתינה בע"כ הוי נתינה וא"כ התנאי בידה לקיימו ומסתמא גם הסיפא לא איירי בכהן וא"כ אפי' לר"י ספק הוא אי החשוב מעכשיו ואמאי מתייבמת וע"כ דלא פליגי בזה וקאמר שפיר ע"כ לא פליגי אבל לכ"ע תנאי הוי:

והנה בס' אגודה הוכיח מהא דהי' נטמן בסוף שנים עשר חודש שיהי' חלוט לי מכאן נראה שאדם שנדר לעשות דבר וכל הזמן הי' יכול לעשות וביומא דמישלם הזמן נאנס ולא יוכל לקיים לא חשוב אונס דאל"ה למאי הוצרך הלל לתקן ת"ל כיון דהי' נטמן חשוב אונס אלא ודאי כיון שהי' יכול לקיים קודם ל"ח אונס ובס' קצה"ח כתב דבית ערי חומה אפי' אי היה לו אונס שלא היה יכול לפדות כל השנה ג"כ לא מהני ואינו חוזר למוכר דדמי למגרש ע"מ שתתני לי מאתים זוז ואירע אונס שלא היתה יכולה ליתן אפ"ה אינה מתגרשת דחשוב אונס רחמנא חייבו ולא אמרינן אונס כמאן דעביד וה"נ בית בע"ח תיכף

נקנה ללוקח אלא שהתורה אמרה שיהי' רשות ביד המוכר לפדותו תוך י"ב חודש וכל שלא פדה אפי' ע"י אונס אין טענת אונס דחשוב אונס רחמנא חייבו. ובס' נהמ"ש חולק על זה דמוכח בעירכין דחשוב כמו דהוי כמו הלואה דאמר שם דרבית גמורה הי' והתורה התירה והגם דאית' ברשב"א בגיטין דחשוב מכירה על תנאי מ"מ הא כתב בעצמו דדמי לתנאי דכשיהי' לך מעות אחזיר לך והיינו דכשיתן לו מעות נתבטל המכירה למיפרע והמעות הוא הלואה וע"כ חשוב אונס רחמנא פוטר וע"ש סי' כ"א וסי' נ"ד:

ובזה ניחא הרמב"ם דפסק מכר לו קרקע והתנה המוכר כשיהי' לי מעות תחזיר לי הקרקע הרי הפירות של מוכר דחשוב ריבית ואסור הלוקח לאכול הפירות מכר לו קרקע סתם ואמר הלוקח כשיהי' לך מעות אחזיר לך השדה הרי התנאי קיים והלוקח אוכל הפירות והקשה בטור חמ"ש סי' ר"ז שאם התנאי קיים איך אוכל הפירות דחשוב רבית דלמיפרע לא הי' מכר וע"ש וע"כ נראה דהא הקשו דאפי' כי התנה המוכר וצריך הלוקח לקיים התנאי מ"מ אסור הלוקח לאכול הפירות ואמרינן דכוונתו היה דעכ"פ המכר יהי' חל עד שיחזיר לו המעות ואמאי אמרינן דדעתו היה באם יחזיר לו המעות דנתבטל המכר למיפרע כמו דמהני באתרוג מתנה ע"מ להחזיר משום דאמרינן עד שעה שמחזיר לו הי' שלו ומה"ט בעי קנין חדש מיד המקבל לנותן וה"ה הכא דעתו הי' כן דאפי' אי יחזיר לו המעות לא נתבטל הקנין למיפרע. אך יש לומר דהמוכר חושב דשמא יהי' לו איזה אונס שלא יוכל לפדותו ואם יהי' דעתו דלא נתבטל למיפרע המכר רק מכאן ולהבא לא מהני טענת אונס דחשוב אונס רחמנא חייבו וע"כ אמרינן דדעתו דלמיפרע לא יהי' המכר ומהני טענת אונס דחשוב אונס רחמנא פטרי' משא"כ אי הלוקח התנה אמרינן דכוונתו דלא יתבטל למיפרע המכר דאז לא מהני טענת אונס למוכר ומש"ה הגם דתנאי קיים מ"מ שרי לאכול הפירות:

אך קשה דבגמ' פריך מ"ש רישא ומ"ש סיפא אמר רבא סיפא דאמר ליה מדעתי' ולשיטת הרמב"ם אפי' כי צריך לקיים התנאי בהתנה הלוקח מ"מ רשאי לאכול הפירות:

וע"כ נראה דהא קשה קושי' הנ"ל דאמאי יהי' אסור באומר המוכר אם יהי' לי מעות תחזיר לי הא קיי"ל גבי מתנה ע"מ להחזיר דחשוב מתנה וכתב ברא"ש בסוכה דענין מתנה ע"מ להחזיר היינו שיחזור ויתננו לו במתנה והיינו עד זמן החזרה הוא של המקבל ואח"כ הוא חוזר ונותנו בקנין חדש וע"כ אע"ג דאמר ע"מ להחזיר מ"מ כעת הוא שלו ואח"כ חוזר ומקנה להנותן וא"כ ה"ה בזה אמאי חשוב ריבית כיון שהמוכר התנה נימא דיחזיר לו בקנין חדש וע"כ עד שעת החזרה הוא של הלוקח ואמאי לא יאכל הפירות. ועי' בס' יש"י דכתב לפמ"ש הרשב"א בתשובה הובא ברמ"א סי' ש"ה דוקא באם ע"מ

שתחזיר לי אבל באומר ותחזירו לא מהני דלא גמר בלבו פעם אחד לשם מתנה גמורה וביאור הדבר דבאומר ע"מ והי' משפטי התנאים כהוגן נוכל לומר שדעתו היה לשם מתנה גמורה ע"מ שיחזור ויתננו לו במתנה גמורה ואם לא יקיים התנאי אח"כ הרי נתבטל המתנה אבל בלא התנה דרך תנאי גמור כמשפטו א"כ איך יאמר דבר שתלוי ברצון המקבל לקיים דהרי אף אם לא יחזיר לו חבירו מ"מ כבר קנה וע"כ שכוונתו היה שנותן לו לפי שעה עד שיחזיר לו. ול"צ קנין חדש ולכך לא מהני וע"כ ה"ה הכא דלא אמר ע"מ ע"כ כוונתו לא היה שיחזור ויקנה כיון שהברירה בידו שלא להחזיר וע"כ דכוונתו הי' שלמיפרע לא יהי' שלו ולכך אסור. ובתשובות בית אפרים מתרץ משום דאוקמ' הקרקע בחזקתו הראשונה ולא יצא כלל מרשותו משום דאוקמ' על חזקת מ"ק ואמרינן דכוונתו היה שבאם יחזיר המעות השדה שלו מעיקר' ולכאורה קשה דהא איכ' כנגדו חזקת כשרות דלא עבר על איסור ריבית ובודאי הי' כוונתו דאם יחזיר לו המעות יחזור ויקנה לו מחדש ועד עכשיו היה שלו אך קיי"ל דבריבית דרבנן אין הלוה עובר וכיון דאין כאן רק צד אחד בריבית והגם דאתא כרבנן דאסרו צד אחד בריבית ואית' בשמ"ק דלרבנן דאסרו ליכא רק איסור דרבנן וליכא חז"כ וע"כ אוקמ' על חזקת מ"ק דלא יצא מרשותו וע"כ אסור אך תקשה דא"כ בהתנה הלוקח דמשני רבא משום דאמר ליה מדעתי' ות"ל הא קיי"ל דמלוה עבר אפי' על ריבית דרבנן וא"כ איכא חזקת כשרות וכוונתו היה באם יהי' לך מעות אחזיר היינו שיחזור ויקנה לו ואין לומר דאיכ' חזקת מ"ק הא איכא חז"כ כנגדו וא"כ יש לומר דזה החילוק בין רישא לסיפא דהיכא דהמוכר התנה דאז ליכא חז"כ של המוכר דלא עבר בריבית דרבנן וע"כ יש לאוקמ' בחזקת מ"ק ואמרינן דכוונתו היה שלמפרע יהי' שלו וע"כ אסור משא"כ היכי דלוקח התנה שרי דאמרינן דכוונתו שיחזור ויקנה לו בקנין חדש ולנגד חזקת מ"ק איכא חז"כ דהא מלוה עבר אפי' על ריבית דרבנן. אך לפי מה דאיתא בס' שמ"ק דאליבא דרבא דסובר דלכ"ע צד אחד בריבית אסור רק דפליגי בריבית ע"מ להחזיר והיינו דלרבנן צד אחד בריבית אסור מהתורה וע"כ אפי' ע"מ להחזיר אסור מדרבנן משא"כ לאביי דמוקי פלוגת' דר"י ורבנן בצד אחד בריבית אז אמרינן דאפי' לרבנן לא אסור רק מדרבנן וע"כ רבא לשיטתו מוכרח לומר דסיפא דאמר ליה מדעתי' דאל"כ רק דשרי משום חז"כ גם בהתנה המוכר איכא חז"כ דכיון לדידי' עבר על איסור ריבית דריבית דאורייתא הוא משא"כ לדידן דליכא רק איסור דרבנן ולא עבר הלוה יש לומר דגם בסיפא מחויב לקיים התנאי ואפ"ה שרי דאוקמ' על חז"כ כנגד מ"ק וכונתו שיחזור ויקנה לו משא"כ בהתנה המוכר דליכא חז"כ כנגדו וע"כ אסור. ועי' בשמ"ק דפי' על הא דאמר רבא ריבית ע"מ להחזיר איכ' בינייהו היינו שהתנה עמו

שיחזור ויקנה לו השדה בקנין חדש באם יחזיר לו המעות והגם דעד עכשיו הי' שלו אסור לאכול הפירות ומתרץ בזה קושי' תוס' דמאי איסור איכא ע"מ להחזיר וע"כ פי' דלא התנה שישלם לו בעד הפירות שאכל רק ע"מ להחזיר לו השדה בקנין חדש כשיתן לו המעות ובזה בפשיטות ניחא הרמב"ם דרבא הוצרך לומר דסיפא דאמר ליה מדעתי' דאין לומר משום חזכ"ש של המלוה אמרי' דכוונתו הי' שיחזור ויקנה לו בקנין חדש דגם זה אסור לרבא לרבנן וע"כ הוצרך לומר דאמר מדעתי' משא"כ לדידן י"ל דגם בסיפא מחויב לקיים התנאי ואפ"ה שרי דאוקמ' בח"כ דכוונתו הי' שיחזור ויקנה לו דאז ליכ' איסור משא"כ ברישא ליכא איסור ללוה וליכ' ח"כ וע"כ אוקמא בחזקת מ"ק ולא הי' כוונתו כך וע"כ אסור:

גם נראה לפי מה דהקשה ברא"ש בב"ת על דינא דרבא באתרוג ע"מ שתחזירו הא הוי תנאי ומעשה בדבר אחד ותירץ דרבא לשיטתו דפליג על ר"א בזה וסובר דלא איכפת לן בזה דהוי דבר אחד. ובזה ניחא קושי' תוס' במגילה דאליבא דרבא דסובר דלכ"ע צד אחד בריבית אסור תקשה מתני' דאין מוכרין בה"כ אלא על תנאי והא אסור לדור בו אפי' לר"י וחוץ מזה שיש לומר דיכול למכור על תנאי ויתנה עמו בפירוש שיחזור וימכור לו לכשיחזיר לו המעות דאז לכ"ע שרי דעד עכשיו היה שלו רק שהתנה עמו שיחזור ויקנה לו כשיחזיר לו המעות. אך לפי הרא"ש הנ"ל יש לומר דהא דמשני דמתני' ר"י דשרי צד אחד בריבית ולא משני על תנאי שיחזור וימכור לו באם יהי' לו מעות דהא הברירה בידו שלא לקיים התנאי דכיון דתנאי ומעשה בדבר אחד הוא תנאי בטל ומעשה קיים. וע"כ שמכר לו דלמיפרע לא יהי' מכירה ואין לו ברירה שלא להחזיר וע"כ צריך הגמ' לומר דאת' כר"י דמתיר וא"כ רבא לשיטתו דסובר דלא איכפת בזה שהוא בדבר אחד בלא"ה לא קשה קושי' הגמ' דיש לומר על תנאי שיחזור ויקנה לו בקנין חדש. ולפ"ז רבא הוצרך לומר דאמר מדעתי' דאין לומר דמש"ה שרי דכוונתו הי' שיחזור ויקנה א"כ גם ברישא בהתנה המוכר יהי' שרי דכוונתו הי' כך דאין לו לירא דהא לרבא תנאי קיים משא"כ לדידן דתנאי בטל דבעינן שלא יהא בדבר אחד י"ל דבסיפא שרי דכוונתו הי' שיקנה לו בקנין חדש באם יחזיר המעות משא"כ אי המוכר התנה ירא דלא יחזור ויקנה לו דתנאי בטל וע"כ דשייר בגוף המכירה שנותן לפי שעה עד שיחזיר לו וע"כ אסור:

אך הקשו על הרא"ש. ועי' בשעה"מ דא"כ תקשה לדידן דקיי"ל דבעינן שלא יהי' בדבר אחד וקיי"ל בלא החזירו לא יצא וע"כ נראה דהא הקשו אי קנין דרבנן לא מועיל למידי דאורייתא תקשה הא דנהגו שפורעין מעות אתרוג לאחר יו"ט א"כ לא היה רק קנין משיכה ואיך מהני שיצא בו הא משיכה רק קנין דרבנן הא מדאוריית' לא הי' שלו ואיך

יצא באתרוג זה וע"כ נראה לפי מה דאית' בשמ"ק דהיכי דידעינן דגמר ומקנה קני אפי' בלא עשה שום קנין דהקנין אינו עושה רק דחזינן דגמר ומקנה בלב שלם וכל זמן דלא עשה קנין יש לומר דאין בדעתו להקנות אבל כי ידעינן דגמר ומקנה ל"צ שום קנין ועי' בנב"י דכתב ג"כ על הדברים דנקנין באמירה כגון אגב הנאת חיתון גמר ומקנה הוא ג"כ משום הך טעמא דכיון דגמר ומקנה ממילא ל"צ שום קנין ולפ"ז יש לומר לפי מה דאית' בב"ת דמשום דמצוה לשמוע דברי חכמים גמר ומקנה וא"כ כיון דאיכ' קנין משיכה ממילא ידעינן דגמר ומקנה דהא מצוה לשמוע דברי חכמים וכל היכי דמצוה לשמוע וגמר ומקנה ממילא ל"צ שום קנין דהא היכ' דגמר ומקנה לא בעינן שום קנין ומה בכך דמשיכה קנין דרבנן עכ"פ ע"י משיכה ידעינן דגמר ומקנה. ובזה ניחא קושי' קצה"ח סי' ר"ז לענין משב"ק דאית' ברמ"א דבעינן שיהי' הדף קנוי לשניהם והקשה דהא חצר השותפין אין קונין זה מזה. אך לפי מה דאית' ברשב"א דמש"ה איבעי' להגמ' בקידושין סלע של שניהם מהו הגם דחצר השותפין הוא אך כיון דרוצה לקדשה מסתמא מקנה לה חלקו אך במקנה הקשה דמ"מ הא לא הי' קנין וע"ש. ולפ"ז במשב"ק כיון דאגב דבעי למיקני גמר ומקנה וא"כ ל"צ שום קנין היכי דגמר ומקנה וע"כ מהני אפי' חצר השותפין: **והנה** באתרוג דנתן לו ע"מ להחזיר דהקשה במחנה אפרים הא הקנין משיכה הוא רק קנין דרבנן ואיך מהני לצאת בו וע"כ צריכין לומר דכיון דמצוה לשמוע גמר ומקנה וממילא לא בעינן שום קנין אך יש לומר דכיון דאסור ליתן מתנה ביו"ט א"כ יש לומר דלא גמר ומקנה דאז ליכא איסור אך במג"א אית' דע"מ להחזיר שרי ליתן ביו"ט אך תקשה מה הקשה ברא"ש דחשוב בדבר אחד הא עיקר הטעם דלא מהני משום דלא אתא דיבור ומבטל מעשה והכא התנאי מחזק המעשה דאי לאו התנאי והי' אסור ליתן ול"ש דגמר ומקנה דעבי' איסור אך על רבא לשיטתו דסובר כר"ל דמשיכה קנין מדאוריית' א"כ התנאי אינו מחזק המעשה דל"צ דגמר ומקנה ומתרץ דרבא סובר דתנאי קיים הגם דהוא בדבר אחד ולדידן בלא"ה ניחא דהתנאי מחזק המעשה ודו"ק:

יתבאר הדין דנ"ר עשיתי לבעלי:

עי' בכתובות ד' צ"ה דמקשה הגמ' וכי קנו מידה מאי הוי תימא נחת רוח עשיתי לבעלי מי לא תנן לקח מהאיש וחזר ולקח מהאשה מקחו בטל אלמא יכולה לומר נ"ר עשיתי לבעלי לא קשיא הא ר"מ והא ר"י דתניא כתב לראשון ולא חתמה לו לשני וחתמה לו איבדה כתובתה דברי ר"מ ר"י אומר יכולה לומר נ"ר עשיתי אמר ר"פ בגרושה ודברי הכל ר"א כולה ר"מ הוא וע"כ לא קאמר ר"מ התם אלא בשני לקוחות דאמרי לה אם

איתי' דנ"ר לקמא איבעי לך למיעבד אבל בלוקח אחד אפי' ר"מ מודה ומתני' דכתב ליה לאחר וכו':

והנה שיטת הרמב"ם דהא דקתני כתב לראשון ולא חתמה ולשני וחתמה איירי הכל בשדה אחת רק שמכר השדה לראשון ולא חתמה ונפסד המכר ואח"כ חזר ומכר השדה זו לשני והסכימה על המכר ועי' במ"מ דכתב וז"ל דמשמע מדבריו דוקא דנפסד המכר אבל אי נתרצה הלוקח בלא חתימתה יכולה היא שתאמר ללוקח שני כשחתמה לו נ"ר עשיתי ומה שלא עשיתי כן לראשון מפני שלא צריכין החתימה שהרי אפי' בלא חתימה נתקיים המקח והקשו עליו דהא בסוגי' משמע דאפי' נתקיים המכר נמי אינה יכולה לומר נ"ר עשיתי:

והנה האחרונים כתבו דהא בר"ן הקשה מה זה הוכחה מדלא חתמה לראשון ש"מ דהא דחתמה לשני לא היה בשביל נ"ר אמאי לא נאמר דילמא לכך לא חתמה לראשון דלא צריכין לחתימתה דכיון דאיכ' שדה שני' שוי' דמי כתובתה וא"כ ממילא יכולה לומר בשני דחתמה משום נ"ר ותירצו שזבין שדה שני' אחר שמכר שדה ראשונה דאז היה צריך הראשון חתימה שלה דאז לא הי' לו שדה עבור לגבות הכתובה. אך קשה דהא בש"ך פסק דאקני לא נשתעבד לכתובה אפי' לדידן דקיי"ל דאקני נשתעבד משום דמקולי כתובה שנו כאן וא"כ אי איירי חשוב דאקני דלא הי' לו בשעת נישואין ובלא"ה לא יכולה לטרוף משני אך לר"מ דסובר דכתובה דאוריית' ל"ש זה וגם לכתובה נשתעבד דאקני וא"כ לדידן דלא נשתעבד א"כ ע"כ לא איירי בדאקני' וא"כ ע"כ לא איירי בשני שדות דא"כ קשה קושי' הר"ן וע"כ פי' הרמב"ם דאיירי בשדה אחת ונפסד המכר אך הקשו דנהי לר"מ ניחא דסובר דכ"ד מ"מ קשה על ר"י שם ולדידי' לא מצי איירי בדאקני דהוא סובר דכתובה דרבנן:

והנה על דרך הנ"ל יש לומר עוד דיש לומר דשדה שקנה לוקח שני הוא זיבורית ושדה של לוקח ראשון הוא עידית והגם דאין נפרעין מלקוחות במקום שיש ב"ח אפי' הן זיבורית אך הטעם משום דמדאוריית' בע"ח בזיבורית והיכי שכתב לו שבח או בנזקין טריף מלקוחות וא"כ ה"ה בכתובה דמדאוריית' בעידית רק דחכמים תקנו בבינונית ועכ"פ בינונית מדינא מגיעה וא"כ היכי דב"ח הן זיבורית יכולה לטרוף מלקוחות שקנו בינונית וא"כ יש לומר דמיירי באופן זה ושייך דאי נ"ר עשתה לקמא הי' לה למיעבד דכיון דיכולה לטרוף מראשון הגם דאיכ' ב"ח וזה הכל לר"מ דסובר דכתובת אשה בבינונית ולא קשה קושי' הר"ן דבזיבורית יקשה קושי' הר"ן וע"כ פי' דאיירי בשדה אחת ונפסד המכר:

ויותר נראה דהנה במתני' איתי' שם היכא דכתבה ראשונה ללוקח דין ודברים אין לי עמך דשני' טרפה מהלוקח וראשונה משני' והלוקח מראשונה עד שיעשו פשרה ביניהם ופריך הגמ' דתימא נ"ר עשיתי לבעלי והקשו דאמאי מקשה קושי' זו בתר דמשני דאיירי בקנו מידו דאל"כ הא לשון דו"ד לא מהני ואמאי לא מקשה על גופא דמתניתין דתימא דנ"ר היה:

ולכאורה נראה לפי מה שהקשה דילמא אירי שהלוקח נתן איזה דבר עבור החתימה שלה דאז נהי דמשום נ"ר חשוב כמו אונס דהי' מהכרח לחתום לעשות נ"ר לבעל מ"מ כיון שקיבלה מעות עבור זה דמי לתלוי' וזבין דזביני' זביני. ולכאורה נראה דהא דזביני' זביני משום דגמר ומקנה אין זה דבר ברור רק ע"פ רוב גמר ומקני ולא יכול להוציי' מהלוקח הגם דקרקע בחזקת בעלים אין זה רק חזקת מ"ק לחוד ובזה אזלינן בתר הרוב ועי' בש"ש אבל להוצי' מחזקת ממון לא אזלינן בתר הרוב ולא מהני הרוב דגמר ומקני משא"כ הכא פי' הרא"ש דקושי' הגמ' אזלא מהא דלוקח מוצי' מיד הראשונה דתימא נ"ר עשיתי לבעלי וא"כ אפי' קיבלה מעות יחשוב תלוי' וזבין דגמר ומקני לא מהני הרוב להוציא מידה. ובזה ניחא הא דפי' הרא"ש דקושי' הגמ' אזלא מהא דלוקח מוצי' מהראשונה ולא פי' בפשיטות דקושי' אזלא דאמאי אינה מוציאה הראשונה מהלוקח רק השני' אך נראה דאז יש לומר בקיבלה מעות וע"כ לא קשה רק מהא דלוקח מוצי' מהראשונה דאז לא מהני קבלת דמי' להוצי' מידה:

אך נראה עוד דבתוס' שם הקשו מה מהני קנו מידו הא ר"י סובר דעל דין ודברים קנו מידו. אך נראה דאירי דקיבלה מעות דאז מודה דעל גופו של קרקע קנו מידו וע"ז פריך דתימא נ"ר ואפי' בקיבלה מעות לא מהני דהא אי לא קיבלה מעות בלא"ה לא מועיל הקנין רק ע"י המעות וא"כ לא מהני קבלת מעות שלא תוכל לומר דנ"ר דעל תרתי לא מהני קבלת מעות וניחא הא דלא פריך על המתני' דאז יש לומר דקיבלה מעות משא"כ השתא דמשני בקנו מידו וקשה דאמאי לא אמרינן דעל דו"ד קנו מידו וע"כ משום קבלת המעות וע"כ תו לא מהני זה על טענת נ"ר ואין לומר דל"צ מעות עבור הקנין דיש לומר דר"י מודה הכא משום דלא הוי ידה כידו כדכתבו בתוס' אך הא ע"כ אירי באפותיקי דאל"כ תקשה למ"ד דבע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה אמאי הראשונה מוצי' משני'. ועי' בשמ"ק וא"כ באפותיקי בודאי ידה כידו וא"כ ע"כ בעינן קבלת מעות וע"כ קשה דתימא נ"ר עשיתי:

ובזה ניחא הא דהקשו על התוס' דהקשו דאמאי לא משני דכולה ר"י ועד כאן לא קאמר ר"י אלא בשני לקוחות ובחד לוקח מודה ואמאי הדר מסבר' הראשונה והקשו דאז אכתי

תקשה מסיפא דקתני וכן בע"ח וכן אשה ובע"ח דהתם איירי בשני לקוחות ותקשה דתימא נ"ר דהא כיון דחזינן דלא חתמה בראשון א"כ כי חתמה נמי בשני לאו שהודית במכר אלא לנ"ר דהא חזינן דלא חתמה בראשון. ולפ"ז ניחא דהתם יש לומר דלא איירי באפותיקי וא"כ יש לומר דר"י מודה דעל גופו של קרקע קנו מידו משום דלא הוי ידה כידו ולא בעינן קבלת דמים לזה ואז מהני קבלת דמים שלא תאמר נ"ר

ולפי מה שכתבו דמש"ה לא משני בקיבלה מעות דהא קשה איך הלוקח מוצי' מראשונה הא יכולה לומר אי שתקית וכו' ואם לאו מהדרינא השדה לשני' ותירצו דיכול הלוקח לומר לכי תיהדר ואי איירי בקיבלה דמי' א"כ אי תשאר השדה בידה צריכה להחזיר הדמים שקיבלה מלוקח ואי תחזיר השדה לשני' אז ל"צ להחזיר הדמים להלוקח אז ל"ש לכי תיהדר דמפסיד הדמים אלא ודאי דלא איירי בקיבלה דמים. ובזה ניח' הקושי' הנ"ל על התוס' דא"כ תקשה מסיפ' וכן אשה ובע"ח דתימא נ"ר ואיך לוקח שני מוצי' מידם די"ל דאיירי בקיבלה מעות ולא תקשה דתאמר אי שתקית ואם לאו מהדרינא ללוקח ראשון דיאמר לכי תיהדר ואין לומר שמפסיד הדמים דלית' דאפי' אי יחזור ללוקח ראשון מחוייבת להחזיר הדמים להלוקח דהא דלוקח ראשון טריף מלוקח שני בא על ידה שטרפה מהראשון ודמי להא דאמרינן דאחריות דנפשי' מי לא קיבלה וא"כ יש לומר שפיר דאיירי בקיבלה דמים וליכא משום נ"ר:

גם נראה דהא הקשה מה פריך דתימ' נ"ר דילמא איירי דהיא גופ' לא אמר' דמשום נ"ר חתמה ואנן לא טענין עבורה דנ"ר. ועי' באה"ע סי' צ'. אך לפי מה שהקשו בתוס' הא ר"י סובר דעל דו"ד קנו מידו ועי' בשמ"ק דכתב לפי מה דסובר אביי דדוקא בעורר ולא בעומד א"כ יש לומר דאיירי בעומד דמודה ר"י. ועי' ברש"י דפי' דמש"ה בעומד מודה משום דאמרינן דהשת' למדוהו לטעון כך שקר וא"כ יש לומר דקושי' הגמ' אזלא ותימא נ"ר וכיון דיכולה לומר כך א"כ אפי' בלא אמרה דנ"ר עשיתי אכתי תקשה מה מהני דקנו מידו הא על דו"ד קנו מידו ואפי' אי איירי בעומד מה בכך הא בודאי אמת דברי' ולא אמרינן דלמדוהו לטעון כך ושקר דיש לה מיגו דאי בעי אמרה דנ"ר אלא ודאי דאמת הוא דעל דו"ד קנו מידה וניחא דלא פריך על מתני' דאז יש לומר דלא טענה דנ"ר עשיתי ואנן לא טענינן עבורם. אך לפי מה דמשני בקנו מידה וקשה הא על דו"ד קנו מידה ואפי' בעומד ל"א דשקר הוא דיש לה מיגו דאי בעי אמרה דנ"ר אך הא הוי מיגו להוצי' וע"כ פי' הרא"ש דקושי' הגמ' אזלא מהא דלוקח מוצי' מראשונה דהיא מוחזקת משא"כ הא דראשונה אינה מוציאה מלוקח לא קשה דמיגו להוצי' הוא. וניח' הרא"ש הנ"ל. אך אכתי תקשה דיש לומר דהיא לא אמרה דנ"ר עשיתי ואין לומר דמ"מ אפי' בעומד לא מהני

דיש לה מיגו דנ"ר הא יש לומר דהכא ר"י מודה דל"א דעל דו"ד קנו מידה משום דלא הוי ידה כידו אך הא ע"כ מיירי באפותיקי דאל"כ תקשה דאי בע"ח מאוחר מה שגבה גבה אמאי הראשונה מוציאה משני' ובאפותיקי ידה כידו וע"כ משום דאיירי בעומד וע"ז קשה הא נאמנת במיגו דאי בעי אמרה נ"ר. ובזה ניחא קושי' הנ"ל דלא מקשה על אשה בעלת חוב דאיירי בשני לקוחות דתימ' נ"ר דיש לומר דלא טענה דנ"ר ומיגו ליכא דלא איירי בעומד רק משום דלא הוי ידה כידו ולא איירי באפותיקי:

ובפשיטות ניחא לפי מה שהקשה ברשב"א מה פריך דתימא דנ"ר עשיתי דילמא איירי לאחר שנגמר המקח דאז לא צריכין חתימה שלה ול"ש דחתמה משום נ"ר אך כיון דע"כ איירי באפותיקי דאל"כ מה שגבה גבה וא"כ אפי' אי כבר נגמר המקח מ"מ יכולה לבטל המכירה בכל עת וא"כ אכתי יכולה לומר נ"ר עשיתי דאכתי צריכין לחתימה שלה וע"כ לא קשה קושי' הנ"ל דאכתי תקשה בסיפ' יכולה לומר נ"ר דהא איירי בשני לקוחות אך התם לא איירי באפותיקי ויש לומר דאיירי דכבר נגמר המכירה:

וגם יש לומר דהא הקשו לפי מה דקיי"ל דנהי דיכולה לומר נ"ר עשיתי מ"מ כל זמן שאינה חוזרת המקח קיים וא"כ מה פריך הגמ' דנ"ר עשיתי דילמ' איירי באינה חוזרת אך נראה דקושי' הגמ' אזלא לפי מה דאיתא בתוס' דמש"ה הראשונה מוציאה משני' אפי' אי אמרינן דבע"ח מאוחר שגבה גבה משום דבעלמ' לא יהי' נ"ר לגבי הראשון דכיון דיכול להקדים משא"כ הכא דל"ש דיכולה להקדים דכיון דכתבה דו"ד וע"כ מה שגבה לא גבה וא"כ יש לומר דקושי' הגמ' אזלא דכיון דיכולה לומר דנ"ר עשיתי נהי דאינה חוזרת מהמקח מ"מ יכולה להקדים הגם דכתבה דו"ד מ"מ יכולה להקדים מטעם נ"ר ולחזור מהמקח ואמאי הראשונה מוציאה משני' וע"כ ניחא דלא מקשה רק לבתר דמשני בקנו מידו דהא כיון דאיירי בקנו מידו וקשה לר"י דסובר דעל דו"ד קנו מידו וע"כ משום דלא הוי ידה כידו וא"כ ע"כ לא איירי באפותיקי דהא אז ידה כידו וא"כ קשה אי מה שגבה גבה אמאי מוציאה משני' וע"כ משום דל"ש דיכולה להקדים וע"ז קשה הא יכולה לומר דנ"ר וא"כ אפי' אי אינה חוזרת מהמכירה מ"מ יכולה להקדים מטעם נ"ר משא"כ על גופ' דמתני' לא קשה דיש לומר באינה חוזרת ואפ"ה מוצי' מהשני' דאיירי באפותיקי וע"כ לא קשה בסיפ' דנ"ר עשיתי דאיירי באינה חוזרת מהמקח:

גם לפי מה שתירצו קושי' מהרש"א דמאי פריך דנ"ר עשיתי דילמא איירי בשטר ותירצו דהא בתוס' הקשו לר"י דסובר דעל דו"ד קנו מידו אך יש לומר דאיירי בשטר דאז מודה ר"י וע"כ תו לא מהני השטר לענין נ"ר דהא השטר בעינן בלא"ה דאל"כ אמרינן דעל דו"ד קנו מידו וע"כ ניחא דפריך רק לבתר דמשני בקנו מידו משא"כ על מתני' יש לומר

בשטר אך יש לומר דשטר לא בעינן לגוף הדבר דאין לומר דבלא שטר אמרינן דעל דו"ד קנו מידו הא יש לומר משום דלא הוי ידה כידו אך דע"כ איירי באפותיקי דאל"כ אמאי מוציאה משני' אי בע"ח מאוחר מה שגבה גבה וא"כ הא באפותיקי הוי ידה כידו וע"כ בשטר וא"כ קשה דתימא נ"ר אפי' בשטר וניחא הסיפא דל"א דנ"ר דאיירי בשטר ול"א דעל דו"ד קנו משום דידה כידו ולא איירי באפותיקי:

וגם נראה דבלא"ה הקשו דכי לא ידע המקשין דיש לומר דמתני' איירי בשני לקוחות דאז ליכא נ"ר כדמתרץ לבסוף אך לפי מה שהקשה בר"ן דבראשון לא צריכין לחתימה שלה דבלא"ה לא יכולה לטרוף כיון דאיכ' ב"ח ואין נפרעין מלקוחות במקום שיש ב"ח אך יש לומר דאז בשעה דלא חתמה לראשון לא הי' לו שדה שני' רק קנה אח"כ דאז היה צריכין לחתימה שלה ואין לומר דא"כ הוי שדה שני' דאקני וא"כ הראשונה אמאי מוציאה משני' דהא הטעם דבע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה הוא אי ש"ד ועי' בר"ן ודאקני משועבד רק מדרבנן אך לפי מה דמסיק דמתני' אתיא כר"מ ואליבא דר"מ דסובר דאדם מקנה דבר שלב"ל אז דאקני מדאוריית' נשתעבד ושפיר משני דמתניתין איירי בשני לקוחות משא"כ לס"ד דלא הי' סובר דמתני' כר"מ אי אפשר לומר דאיירי בשני לקוחות דא"כ ע"כ איירי דשדה שני' הוא דאקני דאל"כ קשה קושי' הר"ן וא"כ בדאקני לכ"ע מה שגבה גבה דל"ש ש"ד וא"כ אמאי מוצי' משני' ואין לומר דאיירי באפותיקי דא"כ הוי ידה כידו ותקשה לר"י דסובר דעל דו"ד קנו מידו. וניחא דלא הקשו על מתני' דתימא נ"ר דאז יש לומר בשני לקוחות ואיירי בדאקני רק דאיירי באפותיקי וע"כ מה שגבה לא גבה רק לבתר דמשני בקנו מידו וע"כ משום דלא הוי ידה כידו וא"כ ע"כ לא איירי באפותיקי וא"כ אי אפשר לומר דמיירי בדאקני דא"כ מה שגבה גבה וא"כ אי אפשר לומר דאיירי בשני לקוחות וע"כ קשה דתימא נ"ר עשיתי:

אך נראה לתרץ הכל וגם הרמב"ם הנ"ל דהא קשה מה פריך דתימא דנ"ר דיש לומר דלא טענה דנ"ר עשיתי וכתבו כיון דהרבה סוברים דקנין בעינן בפני שנים לקיום הדבר ובלא"ה לא חל הקנין וא"כ אי יכולה לומר דנ"ר עשיתי רק דהי' מודה דלא היה החתימה משום נ"ר א"כ חשוב ליכא עדים על הקנין דאי לאו הודאתה לא מהני העדים שעל הקנין דיכולה לומר דנ"ר וניחא דפריך רק לפי מה דמשני בקנו מידו וא"כ בעינן עדים וכיון דיכולה לומר נ"ר חשוב ליכא עדים משא"כ על המתני' לא קשה דנ"ר עשיתי די"ל דהודה דלא הי' משום נ"ר. והנה בתוס' הקשו דמאי פריך וכי כתבו ליה מאי הוי הא לא בא עדיין לידה וחשוב כמו ארוסה דמהני דו"ד. וכתב במש"ל דא"כ לא מהני הסילוק דחשוב דבר שב"ל דבשלמא התם בעודה ארוסה מהני דבדרבנן מהני סילוק אפי' על

דבר שב"ל משא"כ הכא דשיעבוד מדאוריית' לא מהני סילוק על דבר שב"ל וע"כ דלא חשוב כמו ארוסה. אך קשה דילמא איירי דהשדה הוא דאקני ולא נשתעבד רק מדרבנן ומהני סילוק ולעולם דחשוב כמו ארוסה ול"צ לומר בקנו מידו ול"צ עדים ולא קשה דנ"ר דאיירי בהודה דלא היה משום נ"ר אך אי אפשר לומר דאיירי בדאקני דא"כ לכ"ע מה שגבה גבה דל"ש ש"ד בדאקני ואמאי מוציאה משני' כב וניחא דלא קשה בסיפא וכן אשה בע"ח דתימא דנ"ר די"ל בהודה ואין לומר דא"כ ליכ' עדים דיש לומר דלא איירי בקנו מידה רק משום דחשוב כמו ארוסה ואיירי בדאקני דאז מהני סילוק הגם דחשוב דשב"ל בדרבנן מהני:

ובזה ניחא הרמב"ם דפי' דאיירי בשדה אחת ונפסד המכר בראשון והקשו דהא איבעי' שם באישתדף ב"ח אי טרפה ממשעב' ופשיט הגמ' מהך ברייתי' דקתני דאבדה כתובתה ואמאי מראשון מיהא תגבה אלמא דאיירי בשני שדות וע"כ נראה דהא הקשו דכיון דקנו מידה. ובעינן עדים הא הוי דבר דעדי' קנין צריכין לעדים הראשונים מה שמכר קודם דאז אמרינן מדלא חתמה קודם ע"כ גם מה שחתמה השתא לא היה משום נ"ר ובשלמא בשני שדות יש לומר דכיון דראשונים ל"צ לאחרונים דעל ידם נתקיים המכירה הראשונה ע"כ לא הוי ח"ד הגם דאחרונים צריכין לראשונים משא"כ אי איירי בשדה אחת ונפסד המכר קשה דהוי ח"ד אך יש לומר דלא איירי בקנו מידה רק דמש"ה מהני דחשוב כמו ארוסה ואין לומר דאיך מהני סילוק על דשב"ל דיש לומר דאיירי בדאקני דהוא מדרבנן וזה לדידן משא"כ הברייתי' דאתי' כר"מ ולדידי' דאקני מדאורייתא נשתעבד ולא מהני סילוק אי חשוב כמו ארוסה וע"כ בקנו ובעינן עדים ואי מיירי בשדה אחת הוי ח"ד וע"כ בשני שדות ופשיט שפיר:

גם נראה דהא הקשו איך השני' מוציאה מלוקח יאמר הלוקח אי שתקת וכו' ואם לאו מהדרנא השדה למוכר ואז תטרוף הראשונה. ונראה לפי מה דאית' בחמ"ש סי' קי"ט היכי דכתב המלוה להלוקח דו"ד ומכר הלוקח לאחר דאינו טורף גם משני כמו מראשון משום דיכול הלוקח שני לומר אי שתקית ואם לאו מהדרנ' למוכר שלי. ועי' בקצה"ח דכתב דאע"ג דענין מהדרנא אינו בחזרת שדה בלבד רק מכירה גמורה ואעפ"כ לא יהי' חייב משום מזיק שיעבוד משום דבדי' קא עביד ולא בדחברי' דבע"ח מכאן ולהבא גובה ועד עכשיו שלו היה ומה"ט אמרינן דלוקח שמכר לעכו"ם השדה המשועבד לבע"ח דפטור משום מזיק שעבוד של חבירו ובע"ח מאוחר שקדם וגבה ומכר לעכו"ם דחייב משום מזיק שיעבוד דל"ש בדידי' עביד משא"כ בלוקח דחשוב שלו עד שעת דטריף הבע"ח וע"כ לא יכול לטרוף מלוקח שני דיכול לומר אי שתקית ואם לאו מהדרינא ויהי'

פטור משום מזיק שיעבוד וע"כ הראשונה מוציאה משני' ולא יכולה לומר אי שתקית ואם לאו מהדרינא להלוקח דכיון דע"כ דיהדר במכירה אז חייב משום מזיק שיעבוד דבע"ח מאוחר אי מכר חייב דל"ש בדידי' עביד. ולפ"ז יש לומר לפי מה דאית' בס' הפלא' לתרץ דאי בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה אמאי הראשונה מוצי' משני' וכתב דלא איירי דמת הבעל רק גירש לראשונה ודר עם השני' ועשה השדה אפותיקי לשני' והגם דלא מטי זמן לגבות הכתובה מ"מ יכולה השני' לטרוף מהלוקח דבאפותיקי יכול תיכף לבטל המכירה וע"כ ל"ש להקשות הא מה שגבה גבה דכיון דאכתי לא מטי זמן לגבות משא"כ הראשונה הגיע זמן וע"ש וכיון דע"כ איירי באפותיקי ואז אמרינן דלמיפרע גובה. ועי' בתוס' ב"מ דמה"ט אפי' אי לא מסיק רק שיעור ארעא נוטל גם השבח דארעא דידי' אשבחי'. ועי' בתומי' סי' קט"ו וע"כ יכולה השני' לטרוף מהלוקח ולא יכול לומר מהדרנא דהא יהי' חייב משום מזיק שיעבוד ול"ש לומר דבדידי' עביד דכיון דלמפרע גובה באפותיקי:

ובזה יש לומר דקושי' הגמ' דנ"ר אזלא נהי דלא אמרה דנ"ר מ"מ לא חשוב ברי הזיקא אי הלוקח יהדר השדה דשמא תאמר נ"ר והיתה הי' יכולה לטרוף מלוקח וא"כ אינו חייב משום מזיק שיעבוד ואמאי השני' מוצי' מלוקח הא יכול לומר אי שתקית וכו' ואם לאו מיהדר למוכר ופטור משום מזיק שיעבוד דלא הוי ברי הזיקא וניחא הא דלא ידע המקשין דיש לאוקמי בשני לקוחות אך אז ע"כ איירי בדאקני דאל"כ קשה קושי' הר"ן הנ"ל ואז אינו חייב לכ"ע משום מזיק שיעבוד דכיון דאקני של"ד אינו חייב. ועי' בתומים. וא"כ תקשה איך השני' מוציאה מלוקח יאמר אי שתקית אך לבתר דמשני כר"מ ור"מ דאקני מדאוריית' נשתעבד שפיר משני דאיירי בשני לקוחות הגם דאז ע"כ איירי בדאקני לא יכול לומר אי שתקית דחייב משום מזיק שיעבוד:

ובזה ניחא הרמב"ם דיש לומר דהוכיח דע"כ לא איירי בשני שדות משום דאז ע"כ איירי דשדה שני' הוא דאקני דאל"כ קשה קושי' הר"ן הנ"ל וא"כ תקשה דמראשון מיהא תגבה ואין לומר דאפסיד אנפשי' דכתבה דו"ד. אך לשיטת הב"ח הובא בש"ך דעל דאקני לא יכול לומר הנחתי מקום לגבות כיון דהוא משועבד רק מדרבנן וא"כ ל"ש דאפסיד אנפשי' דכתבה דו"ד דאפי' אי לא כתבה דו"ד יכולה לטרוף מראשון וע"כ הוכיח דאיירי בשדה אחת ונפסד המכר משא"כ הברייתי' דאתא כר"מ ולר"מ דאדם מקנה דשב"ל דאקני דאורייתא ויכול לומר הנחתי אפי' על דאקני לדידי' יש לומר בשני שדות וע"כ לס"ד דאישתדוף ב"ח לא טרפה ממשועבדים ניחא וכן למסקנ' משום דאפסי' אנפשי' ניחא הגם דשדה שני' הוא דאקני' דהא לדידי' דאקני דאוריית':

ובזה ניחא מה שהקשו דלפי מה דקיי"ל דליורשים לא טענינן נ"ר א"כ מה פריך הגמ' דתימא נ"ר דילמ' איירי ביורשי' וראשונה ושני' היינו יורשי ראשונה ושני' אך לפי הפלא' ע"כ איירי דראשונה גירש ודר עם השני' וא"כ כמו דשני' מוציאה מהלוקח איירי דהיא חי' ה"ה הראשונה היינו האשה גופה ולא יורשי' אך יש לומר דאיירי ביורשים ועשה אפותיקי לראשונה דאז מה שגבה לא גבה אך אז תקשה דהא על דו"ד קנו מידה וידה כידו באפותיקי וע"כ דהיא חי' ועשה אפותיקי לשני' וניחא דלא מקשה על מתני' דנ"ר דאז יש לומר דאיירי ביתומים ועשה אפותיקי לראשונה וניחא דלא קשה בסיפ' דנ"ר עשיתי דיש לומר ביתומים איירי ואנן לא טענינן נ"ר:

גם נראה על הרא"ש הנ"ל דקושי' הגמ' הי' מהא דלוקח מוצי' מראשונה דתימא נ"ר. ונראה דבתוס' הקשו דאמאי לא מהני כשלקח מאשה תחילה ועי' בס' ת"י דכתב דא"כ תקשה בסיפא וכן בע"ח ושני לקוחות ופי' הרמב"ם דלוקח ראשון מכר לאחר והיא טורפת מהשני ואמאי מה מכר ראשון כל זכות שבא לידו דבשלמ' היכי דבשעה שמכר הראשון לשני אכתי לא כתבה לו דו"ד א"כ לא הי' לו אז שום זכות ע"כ ל"ש מה מכר ראשון לשני וכו' משא"כ בלקח מאשה תחילה תקשה מה מכר לשני כל זכות וכו' וע"ש עוד דכתב דהא דאמרינן מה מכר לשני זה דוקא אי סילק א"ע מגוף השדה משא"כ היכי דלא סילק מגוף השדה רק דמחל לו שלא יהא לו דו"ד ל"ש מה מכר ראשון לשני כיון שהזכות שהי' לו לא היה על השדה שהי' יכול לגבות משני וע"ש דכתב על הא דפריך הגמ' וכי כתבה מה הוי והתניא האומר לחבירו דו"ד וכו' ולכאורה קשה הא לא דמי להדדי דבשלמא התם שהשדה של שותפות ובעינן לשון מתנה אבל הכא אם סילק א"ע מהלוקח מ"ט לא נימא דחשוב מחילה אטו אי ימחול הבע"ח להלוקח לא מהני ומתרץ דודאי אי מחל הבע"ת להלוקח שלא יהא לו דו"ד מהני כמו מחילה כמו אי מחל ללוה דמהני אלא דהכא ע"כ צריכין לאוקמ' שסילק א"ע מגוף השדה דאל"כ אמאי חוזר חלילה הא כיון שהבע"ח לא סילק א"ע מגוף השדה רק שמחל להלוקח שלא יהי' לו עלי' דו"ד א"כ נהי שאינו יכול לגבות ממנו משום שמחל לו אבל היכי שיש לה השדה שטורפת משני' מ"ט דחוזר עלי' ולכן צ"ל שסילק השיעבוד מהשדה וע"כ שפיר חוזר הלוקח וגובה ממנה כיון שסילק את השיעבוד ממנו ולהכי פריך והתני' האומר לחבירו דו"ד וכו' דלא מהני דהוי כשדה של שותפות כיון שסילק מגוף השדה. ולפ"ז ניחא הרא"ש הנ"ל. דעיקר הקושי' כיון דחזינן דלוקח מוצי' מראשונה ע"כ איירי שסילק מגוף השדה דאי בתורת מחילה שלא יהי' לה דו"ד א"כ נהי דלא יכולה לטרוף מלוקח כיון דמחלה מ"מ השתא דראשונה טרפה משני' אמאי לוקח חוזר עליו אלא ודאי דסילקה

מגוף השדה וא"כ ע"כ לא איירי בלקח מאשה תחילה דא"כ תקשה בסיפא בשני לקוחות אמאי טרפה מלוקח שני לאמרינן מה מכר ראשון לשני דכיון דכבר הי' לו זכות וגם ע"כ איירי שסילקה מגוף השדה דאל"כ איך לוקח מוצי' מראשונה אלא ודאי דלא איירי בלקח מאשה תחילה דל"ש מה מכר דאכתי לא הי' לו זכות א"כ תימא נ"ר עשיתי ואי לאו דחזינן דלוקח מוצי' מראשונה יש לומר דלא סילק מגוף השדה וא"כ יש לומר בלקח מאשה תחילה ול"ש מה מכר כיון דלא סילק מגוף השדה ומש"ה מביא הרא"ש הקושי' מהא דלוקח מוצי' מראשונה:

ובאמת יש לומר דנהי דקיבלה מעות וחשוב כמו תלוי' וזבין מ"מ יש לומר דגם בתלוי' וזבין יוכל להיות דלא נתרצה בלבו אך חשוב דברים שבלב דאינו דברים וזה להוצי' לא מהני דברי' שבלב משא"כ להחזיק וע"כ פי' דקושי' הגמ' רק מהא דלוקח מוצי' מראשונה ותימא נ"ר נהי דקיבלה דמי' מ"מ כיון דבלבה לא נתרצה להחזיק מהני דברי' שבלב משא"כ מהא דאינה מוצי' מלוקח לא קשה דיש לומר דקיבלה דמים ולהוציא לא מהני דברי' שבלב. ובאמת יש לומר בפשיטות הא דפריך לבתר דמשני בקנו מידה דנ"ר דבלא"ה אי לא הי' צריכין הקנין שיהי' מהני לשון דו"ד אז מהני הקנין לבטל טענת נ"ר משא"כ השתא דמשני בקנין תו לא מהני לבטל טענת נ"ר. ויש לומר עוד על הרמב"ם לפי מה דאית' בגיטין להוכיח דק"פ לאו קה"ג מדחזינן דנוטל בכור שני חלקים משדה החוזרת לאבי' ביובל דאי קה"ג חשוב ראוי' וא"כ אפי' לשיטת הש"ך דאקני לא נשתעבד לכתובה מ"מ משדה החוזרת ביובל נוטלת הכתובה ולא חשוב ראוי דאי קה"ג דמי חשוב ראוי ואין אשה נוטלת בראוי ולפ"ז לא קשה קושי' הר"ן דמ"נ ניחא דאיירי בשעה שמכר לראשון לא היה לו אז שדה שני' רק אח"כ חוזרת לו ביובל וא"כ אמרינן שפיר דאי משום נ"ר לראשון איבעי לה למיעבד דהא אז לא הי' לו שדה שני' וא"כ ר"מ דסובר דק"פ קה"ג הוא סובר דכתובה דאוריית' ונוטלת גם בראוי ולר"י דכתובה דרבנן ואינה נוטלת בראוי הא הוא סובר דלאו קה"ג ולא חשוב ראוי והרמב"ם לשיטתו דסובר דביובל לכ"ע חשוב קה"ג וא"כ חשוב ראוי וע"כ צריך לפרש בשדה אחת ונפסד המכר. וגם יש לומר לפי מה דקיי"ל דהיכ' דב"ח הן במקום אחר יכול לטרוף מלקוחות בלא"ה לא קשה קושי' הר"ן דאיירי דשדה שני' הוא במקום אחר דאז צריכין לחתימה שלה דהא היה יכולה לטרוף מראשון אך בתומים אית' דזה אי ש"ד וכתובה דרבנן ול"ש ש"ד אך ר"מ סובר דכתובה דאוריית' משא"כ לדידן דכתובה דרבנן וע"כ הוכרח הרמב"ם לפרש דאיירי בשדה אחת ודו"ק:

נאמנות מפורש נגד יורשים

יתבאר נאמנות מפורש נגר יורשים אי מועיל בכתובה:

עי' באה"ע סי' צ"ט דפסקו דלא מהני נאמנות בכתובה והקשה דבחמ"ש סי' ע"א אית' דמהני נאמנות מפורש נגד היתומי' דל"צ לישבע בבא ליפרע מיתומים ובש"ך כתב דכתובה שאני משום דתנאי ב"ד חיישינן יותר לצררי וע"ש ועי' בס' יש"י דכתב דהא ענין נאמנות הוא משום מחילה ולכך לא בעינן קנין והנה באונאה לא מהני מחילה משום דלא ידע דמחל וסבור שאין בו אונאה ולכך מחל והקשו בתוס' דא"כ גם בכתובה אמאי מהני מחילה הא לא ידעה אי הוא ימות קודם ותירצו דאעפ"כ ידעה על הגירושין שעי"ז תהי' קל בעיניו להוציאה. ולפ"ז יש לומר דלכך לא מהני מחילה השבועה נגד היורשים דמבואר בש"ס דלא מסיק אדעתי' דמת לוה ונפלו נכסים קמי יתמי ולכך לא מהני מחילה דאפשר דמחל לפי שלא אסיק אדעתי' ומיקרי לא ידע דמחל אלא דיש לומר הא מחל גם על השבועה שלו דהיינו על שבועה דאישתבע דזה ידע מה דמחל וחזינן דמחל בלב שלם וממילא חל המחילה גם על אחר מותו כמו בכתובה שמחלה האשה דאמרינן כיון שמחלה על גירושין מחלה גם על לאחר מיתה והיינו כיון דחזינן לדעתה דמוחלת בלב שלם הוא הדין בזה כיון שמוחל שבועה דאישתבע לי ממילא שבועת היורשים גם כן בלב שלם. אך בתוס' הקשו למה צריכה אלמנה לישבע נימא אין אדם פורע בתוך זמנו ותירצו דבשעת מיתה עביד דפרע ובגרושה באם הבעל טוען עמה בעת הגירושין ואומר שכבר פרע לה אינה צריכה שבועה וא"כ לא משכחת בגרושה שבועה דאישתבע לי וע"כ שייך נגד שבועת היורשים לא ידע דמחל וזה ל"ש בחוב וע"כ שם מהני נאמנות. ובזה ניחא הא דאית' בשבועות דאמר ר"פ דהכל מודים בעד מיתה שהוא חייב וקאמר דש"מ דמשביע עידי קרקע חייב ומשני דאתפסי' מטלטלין וע"ש והרמב"ם הביאו דינא דר"פ וכתב ג"כ באתפסי' מטלטלין והקשה בלח"מ הא לבתר תקנת הגאונים דגם מטלטלין נשתעבד לכתובה א"כ אפי' בלא אתפסי' ל"ח משביע עידי קרקע. וע"כ נראה דהא הקשו דאמאי הכל מודים בעד מיתה הא אכתי לא הוי רק גורם דכיון דצריכה שבועה ומי יימר דמשתבע' אך יש לומר דאיירי בנאמנות אך בכתובה לא מהני נאמנות נגד היורשים אך הטעם משום דלא ידע דמחל דכיון דליכא שבועה בגרושה משום דהוא ת"ז ור"פ הא סובר כאביי ורבא דעביד דפרע ת"ז וא"כ גם בגרושה איכ' שבועה ול"ח לא ידע דמחל ומהני נאמנות גם בכתובה וא"כ לדידן דליכ' שבועה בגרושה ולא מהני נאמנות ותקשה מי יימר דמשתבע' וע"כ צריך לומר דאיירי באתפסי' דאז קיי"ל דנשבעין ונוטלין אי אתפס' ליכא שבועה. ועי' בחמ"ש סי' פ"ז. וע"כ נהי דל"ח עדי קרקע לבתר

תקנת הגאונים מ"מ ע"כ איירי באתפס' דאל"כ הוי גורם מי יימר דמשתבע ולר"פ יש לומר דאיירי בנאמנות:

והנה להסוברים דמש"ה צריכה אלמנה לישבע משום שמא תפסה מעצמה או משום דתנאי ב"ד הוא מתפיס צררי אפי' בת"ז וע"כ אפי' מת פתאום מחויבת שתשבע אז אפי' גרושה צריכה שבועה אי אומר שהתפיס לה צררי בת"ז ועי' בב"ש סי' ק' ולפ"ז מהני נאמנות גם בכתובה לנגד יורשים דהא ידע דמחל. והנה בס' א"מ אית' דלפ"ז לא משכחת כתובת ב"ד דהגם דכתובת בנין דכרין היא היכי שמתה בחייו מ"מ היכי דלא נשבעה קודם שמתה והיא חייבת לישבע שמא תפסה אין אדם מוריש שבועה לבניו וע"ש. ובזה ניחא הא דפריך הגמ' בשבועות למ"ד דאין אדם מוריש שבועה לבניו מהא דקתני שניה ויורשים קודמין כו' הא אין אדם מוריש שבועה לבניו ולא הקשה מרישא דמתני' דקתני דיורשי הראשונה קודמין ליורשי שני' דהא אין אדם מוריש שבועה לבניו. ולכאורה נראה לפי מה דאית' בכתובות ד' צ' אמר רבה והכא בכתובה נעשה מותר לחברת' וה"ה לבע"ח קמיפלגי מר סבר כתובה נעשה מותר וה"ה לבע"ח ואמינא להו אנא בבע"ח כ"ע לא פליגי דהוי מותר כי פליגי בכתובה. ועי' ברש"י דפי' בבע"ח כ"ע לא פליגי הואיל והשטר יוצא על כולם נמצאו כולם פורעין והיא נחלה שלהן שעשו בהן מצות פריעת חוב אביהם כי פליגי בכתובה דר"ע סובר לאו כשאר חוב דמי כיון דאינהו גופייהו קא שקלי וע"כ הנך בני שני' מקבלין ולא פורעין נמצא שאין כאן נחלה דאוריית' וע"ש. ועי' בשמ"ק דמפרש דבע"ח איכ' מצוה ע"כ הי' נחלה שלהן שעשו בהן פריעת בע"ח משא"כ בכתובה ליכא משום מצוה. ולכאורה נראה דפליגי בזה אי בחיי השני' איכא כתובת ב"ד ול"ח דאת' לאנצויי דכיון דיורשי שני' לא נוטלים כלום בחי' ועי' בראש"ש שם דהבי' פלוגתא בזה דבאמת אפי' אי בבע"ח חשוב מותר דזה שפורעין החוב זה נחלה שלהן משא"כ בכתובה דבני שני' שוקלין וא"כ בני שני' מקבלין ולא פורעין מהראוי לומר דל"ח מותר אך מ"ד דחשוב מותר משום דסובר דגם בחיי השני' שוקלין בני הראשונה כתובת ב"ד וע"כ אפי' לאחר שמתה השני' חשוב מותר דחשוב כמו מרובין ונתמעטו דהא קודם שמתה השני' לכ"ע חשוב כבע"ח דהא פורעין ולא מקבלין וע"כ הגם דמתה אח"כ ולא חשוב מותר כיון דאינהו גופייהו שקלי מ"מ דמי למרובין ונתמעטו דאזלינן בתר שעת מיתת האב ואז הי' חשוב מותר ומ"ד דכתובה ל"ח מותר סובר דבחיי השני' בודאי ליכא כב"ד א"כ ל"ח מרובין ונתמעטו ומה שפורעין ל"ח מותר כיון דאינהו שקלי הילכך בני שני' מקבלין ולא פורעין. וניח' בזה קושי' תוס' שם ד"ה וכי תימא וז"ל ועוד קשה דהואיל דבעי לומר איפך הוה ליה לאסוקי פלוגתייהו בכתובה נעשה מותר לחברתה

וע"כ נראה דהא הקשו שם דאי אבני הראשונה קאי מה לו להזכיר לאחר מיתה דהא פשיטא דבאין דקאמר לאחר מיתה דהא מתה קתני וע"כ נראה דמש"ה קאמר לאחר מיתה למעוטי דבחי' לא שקלי ב"ד משום אנצוייי דכיון דבני שני' לא שקלי כלום ולפ"ז אי אפשר לומר דכתובה נעשה מותר דהא עיקר הטעם דחשוב מרובין ונתמעטו ואי בחי' לא שקלי פשיטא דל"ח מותר דלא דמי לבע"ח דנוטלין ולא פורעין וע"כ דפליגי אי בדינר מקרקע. אך נראה דאי אמרינן דגם לכתובה בחזקתה משום חינא כמו למזונות וע"כ מוכרת שלא בב"ד. ועי' בס' א"מ סי' ק"ג דכתב דמשום חינא תיקנו שיהי' לאלמנה דין שותף ועשאו כאילו יש לה חלק בגוף הנכסים וכן הא דנזקקין לכתובה לגבות מיתומי' קטנים משום חינא התם נמי כיון דמשום חינא עשאו כמוחזקת וכשותף ולא חשוב כמו חוב על הקטנים אלא כמו שותף בנכסים ומש"ה אפי' לר"פ דסובר דטעמא משום מצוה וגבי אלמנה כיון שהי' כשותף ונוטלת חלק שלה ל"ח כמו פרעון וע"ש וכיון דל"ח פרעון פשיטא דבחיי השני' לא נוטלין בני הראשונה כב"ד דל"ח מותר מה שפורעין וזה יהי' נחלה שלהן דליתא דכיון דחשיב' כשותף ונוטלת חלק שלה פשיטא דל"ש לומר מה שפורעין ומקיימין המצוה חשוב נחלה כיון דל"ח פרעון וע"כ הא דלאחר מיתה השני' חשוב מותר לחד מ"ד הוא משום דלקמן ד' צ"ז פריך למ"ד משום חינא יורשי' מה חן איכ' ומשני שהיורשת נקבה דשייך חינא וכתובת ב"ד הי' היכי דיורשי שני' זכרים וליכא משום חינא ולא הוי מוחזקת וכשותף וחשוב פרעון וע"כ סובר דחשוב מותר אבל בחי' פשיטא דל"ח מותר דל"ח פרעון וניחא מה שהקשו על מ"ד דכתובה ל"ח מותר ואמאי לא חשוב מרובין ונתמעטו דבחי' פורעין ולא שוקלין דלית' דבחי' ל"ח פרעון רק לאחר מיתה ואז כיון דאינהו נוטלין ל"ח מותר:

וניחא בזה קושי' מהרש"א לקמן על ר"פ דקאמר הגמ' דהוי אמינא כגון שנשא שלש נשים ומתו שתים בחייו ואחת במותו והך דמייתי לאחר מיתה יולדת נקבה והקשה כיון דבכה"ג שניהם עושין המצוה ופורעין הכתובה א"כ אין רבות' הא דכתובה נעשה מותר ואמאי לא נקט ר"פ בע"ח דחשוב מותר דהא בכה"ג ל"ש דאינהו נוטלין וע"ש אך י"ל דכיון דהן נקבות ואיכ' משום חינא ומוחזקת דחשוב כשותף ונוטלת שלהן ה"א דלא חשוב מותר דנ"ח כאילו הן פורעין וזה יהי' נחלה שלהן משא"כ בע"ח דחשוב פורעין ואשמעינן ר"פ דאפי' הכי חשוב מותר:

אך נראה דזה לאנשי יהודה אז גם לכתובה בחזקתה כמו למזונות משא"כ לאנשי גליל דהא לקמן ד' צ"ז בתוס' ד"ה נכסי וכו' כתבו דכתובה שאני דמיד שנפרעה נסתלקה אבל מזונות לעולם יש לה עד שתתבע הכתובה וכתבו דלאנשי יהודה דהיו כותבין

עד שירצו היורשין ליתן הכתובה ואעפ"כ הי' בחזקתה למזונות הגם דהברירה בידם לסלקה ממזונות וע"כ ה"ה לכתובתה בחזקתה משא"כ לאנשי גליל דאין הברירה בידם לסלקה וע"כ אמרינן דרק למזונות היא בחזקתה ולא לכתובה כסברת התוס' הנ"ל. ובזה ניחא קושי' לח"מ להסוברים דבחי' ליכא כב"ד תקשה הא דאמר ר"פ דהילכתא אחת בחי' ואחת במותו יש להן כב"ד וכתובה נעשה מותר ופריך לאשמועינן כתובה נעשה מותר ואנא ידענא דיש להן כב"נ וקשה דילמא ר"פ אשמעינן דוקא לאחר מית' השני' יש להן בנ"ד כמו דקאמר ואחת במותו משא"כ בחי' השני' ליכא ב"נ משום אנצוויי. אך דהא אמרנו דמש"ה לחד מ"ד כתובה ל"ח מותר ולא דמי למרובין ונתמעטו משום דבחי' פשיטא דל"ח מותר דכיון דבחזקתה קיימ' משום חינא וחשי' כשותף ולא כפרעון והיינו לרבנן דבי רב דסובר דהלכה כאנשי יהודה א"כ גם לכתובה בחזקתה כמו למזונות משא"כ ר"פ דקאי כהלכתא כאנשי גליל א"כ לכתובה לא חשיב' מוחזקת וא"כ אי בחי' איכ' כב"ד א"כ מה אשמעינן ר"פ דכתובה נעשה מותר פשיטא דחשוב מרובין ונתמעטו וע"כ דבחי' ליכא כב"נ משום אנצוויי א"כ פריך הגמ' שפיר דאי אשמעינן דכתובה נעשה מותר ממילא ידעינן דבחי' ליכא ב"ד דאל"כ פשיטא דחשוב מרובין ונתמעטו אלא ודאי דבחי' ליכא כב"ד וה"א דל"ח מותר דלא דמי לבע"ח דכיון דנוטלין ולא פורעין:

ובזה ניחא קושי' הנ"ל דלא מקשה מרישא דאין אדם מוריש שבועה דהא המרדכי סובר דכתובה חשוב מוחזקת ועי' בתומי' סי' ס"ז דכתב דזה דוקא לאחר שנשבעה אז היא מוחזקת משא"כ קודם השבועה דצריכה ב"ד על השבועה ולא קיימ' בחזקתה וע"ש וא"כ ברישא לא קשה דיש לומר דאיירי בנאמנות ושבועת אלמנה שמא תפסה או דכיון דתנאי ב"ד מתפיס צררי בת"ז ואיכ' גם בגרושה שבועה וחשוב ידע דמחל ומהני נאמנות ול"ש דאין אדם מוריש שבועה ומש"ה מקשה מסיפ' דהוכיח מזה הגמ' דסוברת דכתובה נעשה מותר דמשמע הא איכ' שקלי ולא קתני מותר דינר ואי איירי בנאמנות א"כ כיון דליכ' שבועה היא מוחזקת וכשותף ולא חשוב מותר דל"ח פרעון שבזה יהי' נחלה שלהן אלא ודאי דלא איידי בנאמנות ומשני דאיירי בנשבעה ומתה ואע"ג דלבתר שבועה בחזקתה קיימ' מ"מ כיון דבשעת מיתת האב אכתי לא היה בחזקתה דמי למרובין ונתמעטו:

גם נראה דהא הקשו דלמאי צריכין לומר דמה שפורעין חשוב נחלה שלהן ות"ל דכיון דאמרינן דמכאן ולהבא גובה א"כ כבר היה מותר דינר קודם שפרעו וה"ל מרובין ונתמעטו דהא איתא בראש"ש וז"ל ואם לא היה נכסים אלא כשיעור כתובה ראשונה ופרעו מהן כתובת השני' לא יטלו בני הראשונה המותר וכן פי' רש"י בבע"ח שיש שיעור שני כתובות ומותר דינר והוא משועבד לבע"ח אבל אם אין שם מותר דינר אע"ג דהן צריכין

לפרוע חוב אביהן ל"א הרי קיימ' נחלה דאוריית' והמותר יחלקו ביניהם והיינו טעמא כיון דבשעת מיתת אביהן לא היה שם מותר זכו מיה' בני הקטנה וכשבא בע"ח אח"כ הוי ליה כדבר שנתחדש דהא קיי"ל דמכאן ולהבא גובה ויע"ש וא"כ ל"צ לומר דפרעון חשוב נחלה רק משום דמכאן ולהבא גובה חשוב מרובין ונתמעטו:

ולכאורה נראה לפי מה דסוברים דאי יש ברירה אז אמרינן דלמפרע גובה והנה אנן קיי"ל דבדרבנן יש ברירה דאזלינן להקל כיון דס' אי יש ברירה או אין ברירה וה"ה אי יהי' לקולא אי אמרינן אין ברירה אז אמרינן בדרבנן אין ברירה וע"כ כיון דכתובת ב"ד היא תקנת חכמים ואמרינן ברירה ולמפרע גובה וא"כ לא חשוב יותר וע"כ צריכין לומר דמש"ה חשוב נחלה משום מה שפורע לבע"ח ולכתובה משא"כ התם בדברי הרא"ש הנ"ל שפיר כתב הרא"ש דל"ח מותר וליכא כב"ד דאמרינן אין ברירה בדרבנן ואז מכאן ולהבא גובה וליכא מותר:

אך נראה לפי מה דאית' בתומי' סי' ס"ו דבכתובה לכ"ע לא אמרינן למיפרע גובה. ולפ"ז יש לומר דטעמא מ"ד דכתובה נעשה מותר ואע"ג דליכא פרעון דאינהו שקלי משום דסוגי' לרב ורב סובר דיש ברירה וא"כ בבע"ח למיפרע גובה וע"כ צריכין לומר דבזה שפורעין חשוב מותר דל"ש לומר בבע"ח דקודם שפרעו הי' שלהן וחשוב מרובין ונתמעטו דכיון דלמפרע גובה וא"כ בכתובה נהי דאינהו קא שקלי ול"ח פרעון או מטעמא דשמ"ק דל"ח בכתובה מצוה מה שפורעין מ"מ כיון דבכתובה לכ"ע מכאן ולהבא גובה בלא"ה חשוב מותר דחשוב מרובין ונתמעטו והנה בחידושי הרי"מ דהא לב"ש שטר עומד לגבות כגבה דמי זה אי למיפרע גובה משא"כ אי מכאן ולהבא גובה וגם אי יגבה יהי' שלו רק מאז ואילך ל"ש כגבה דמי דהא אינו עומד להיות עכשיו שלו אף לכשיגבה וע"כ ניחא דלא פריך מרישא דיש לומר דאתא כב"ש דכגבה דמי וע"כ מקשה מסיפא דקתני שני' ויורשי' קודמין הא איכא שקלי ב"נ וע"כ משום דכתובה נעשה מותר וא"כ אי כגבה דמי וע"כ משום דלמפרע גובה אפי' בכתובה דאל"כ ל"ח כגבה וא"כ אמאי חשוב מותר וע"כ משום דמכאן ולהבא גובה וחשוב מרונ"ת וא"כ ל"ש כגבה וקשה דא"כ אין מוריש שבועה לבניו:

אך לפי מה שכתבנו דאי אמרינן דהשבועה הוא שמא תפסה או כיון דתנאי הוא חיישינן לצררי אפי' ת"ז אז איכא שבועה אפי' בגרושה וממילא מהני נאמנות דהא ידע דמחל אך אז לא משכחת כתובת ב"ד היכי דלא נשבעה קודם שמתה דאין אדם מוריש שבועה וע"כ מרישא לא קשה דיש לומר בנאמנות והשבועה שמא תפסה או כיון דתנאי ב"ד הוא ומש"ה מקשה מסיפא דשמעינן דאי איכא שקלי כב"ד ואי אמרינן דהשבועה משום

דתנאי ב"ד מתפיס אפי' ת"ז ליכא כב"נ וע"כ דל"ח לצררי אלא סמוך למיתה וא"כ ליכא בגרושה שבועה ולא מהני נאמנות וקשה דאין מוריש שבועה:

וגם נראה דאפי' אי אמרינן דחיישינן אפי' בת"ז משום דהוא תנאי ב"ד מ"מ לא משכחת שבועה דאישתבע דל"פ לפי מה שהקשה במרדכי איך איכ' שבועה זו הא אין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות ומתרץ בלית ליה קרקע וע"כ צריכין לומר הא דפוגם שטרו צריך לישבע אפי' באית ליה קרקע דפוגם שאני דחמור וכן שבועת היתומי'. ועי' בתשובות הגאון ר' ע"א. ולפ"ז כתובה דאינה נגבת רק מקרקע לא משכחת שבועה דל"פ דחשוב שיעבוד קרקעות וממילא מהני נאמנות בכתובה משום דלא ידע דמחל אך לר"מ דסובר דכתובה דאורייתא ואז נגבית גם ממטלטלין אז איכא שבועה דלפ"ז ומהני נאמנות דידע דמחל. והנה בירושלמי מקשה קושי' הגמ' ב"ת דאיך מהני כתובת בנ"ד הא אין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם אפי' לר"מ ומשני משום דכתובה דרבנן וביאור הדבר כתבו דכיון דכתובה דרבנן א"כ בשעה שתקנו חז"ל כתובה לאשה תקנו ג"כ לבני' אחרי' ויש כח ביד חכמים לתקן וע"ש בס' יש"י. ובזה ניחא הא דהבי' המחבר באה"ע סי' קי"א דיש אומרי' דלענין כב"ד גם התוס' כתובה בכלל והקשה למה מביא יש אומרים הא גמ' ערוכה היא ת"כ ככתובה וחשוב שם כב"נ. וע"כ נראה דהנה לפי הירושלמי הנ"ל מהראוי לומר דעל תוס' כתובה דאינה תנאי ב"ד רק דהוא התחייב א"ע לא מהני על ב"ד דל"ש תירוץ הירושלמי משום דכתובה דרבנן וא"כ לא מהני חיוב שלו לדבר שב"ל. אך לפי מה שהקשה מה פריך דאין אדם מקנה לדבר שב"ל הא קיי"ל דמזכה לעובר שלו מהני משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו וגמר ומקנה אך לפי מה דאיתא ב"ש דוקא במטלטלין מהני ולא בקרקע ולא מהני הא דדעתו קרובה וכב"ד הוא רק בקרקע ופריך הגמ' שפיר והוצרך הירושלמי לתרץ משום דכתובה דרבנן ולפ"ז היכי דכתב מטלטלי אגב מקרקע דאז נגבת גם מטלטלין ואז ל"צ לומר משום דכתובה דרבנן רק משום דדעתו של אדם קרובה וכו' וממילא מהני גם בתוס' כתובה ב"ד הגם דהוא חייב א"ע ולפ"ז אין ראי' מהגמ' הנ"ל דאיירי באופן זה וע"כ אמרינן דת"כ גם לענין ב"ד ומש"ה כתב יש מי שאומר דאפי' בלא כתב אגב מכל מקום אמרינן דת"כ לענין ב"ד הגם דהוא התחייב א"ע:

ובזה ניחא קושי' הנ"ל דמרישא לא קשה די"ל בנאמנות ואליבא דר"מ דכתובה מדאורייתא וגם מטלטלין משועבד לכתובה ומשכחת שבועה גם בגרושה בלית ליה קרקע ומהני נאמנות וע"כ לא קשה רק מסיפא דאי כתובה דאוריית' ליכ' כב"ד ומשמע דאי איכ' שקלי וע"כ דכתובה דרבנן ואז לא נשתעבד מטלטלין וליכא שבועה דל"פ דחשוב שיעבוד קרקעות ולא מהני נאמנות וקשה דאין מוריש שבועה:

ובזה יש לומר על הסוברים דמהני נאמנות בכתובה לנגד יורשים וקשה הא אביי מסיק דפלוגתא דר"ש ות"ק דר"ש סובר דלא מהני נאמנות נגד היורשים וכל זמן שתובעת כתובה היורשין משביעין אפי' בנאמנות אך יש לומר דלבתר תקנת הגאונים דגם מטלטלין משועבד לכתובה ואיכ' בגרושה שבועה בלית לי' קרקע וידע ומחל וע"כ מהני נאמנות משא"כ לדינא דגמ' דלא משכחת שבועה דל"פ לא מהני נאמנות:

ובזה ניחא קושי' תוס' שם דאי אמרינן דבקרקע לכ"ע מה שגבה לא גבה א"כ מה קאמר ש"מ מה שגבה לא גבה דילמא איירי בקרקע ונראה דהא קשה דאיך קתני יורשי הראשונה קודמין ליורשי השני' דהא ע"כ השני' לא נשבעה דכיון דמגיע לראשונה ואין מוריש שבועה וליכא כתובה כלל לשני' וע"כ בנאמנות ואין לומר דלא ידע דמחל וע"כ דאיכ' שבועה דל"פ דאיירי במטלטלין ביד אחרים כר"ט וא"כ שמעינן דאפי' במטלטלין מה שגבה לא גבה:

וגם נראה לפי מה דקיי"ל דפוגם שטרו צריך לישבע אפי' בת"ז אי טוען אישתבע לי ועי' בחמ"ש סי' פ"ד וא"כ מרישא לא קשה דיש לומר בנאמנות אך בשעה דכתב נאמנות היתה פוגמת מכתובה דאז איכא שבועה אפי' בגרושה וידע דמחל ומש"ה מקשה מסיפא דקאמר דשני' ויורשי' קודמין וקאמר הגמ' משום דכב"ד לא טריף ממשועבדי'. ועי' בר"ן דפי' דמשום זה הגם דראשונה קדמה חשוב מאוחר לנגד השני' ואי מיירי בפוגם הא שטר פוגם אינו טורף מלקוחות ועי' בסמ"ע סי' נ"ה וברא"ש נדרים וא"כ אמאי קודמת לראשונה אלא ודאי דלא מיירי בפוגם ולא מהני נאמנות וקשה דאין מוריש שבועה. ובלא"ה קשה דמה מקשה דלא מהני כב"ד לר"מ משום לדבר שב"ל גם ר"מ מודה ות"ל לפי הרשב"א בקידושין דסובר דמקדש עובר אפי' לר"מ לא מהני דחשוב לא עבידי דאתא דכל היולדת יולדת מחצה זכרי' ומחצה נקבות ומיעוט מפילות וסמוך מיעוט למחצה וחשוב נקבה מיעוט וע"ש והכא אי אמרינן סמוך הוי זכרים מיעוט' וחשוב לא עבידי דאתא ולא מהני גם לר"מ:

גם נראה לפי מה דאיתא בחידושי הרי"מ דמש"ה לא מהני נאמנות נגד יורשים דהא ע"כ ענין נאמנות בתורת חיוב שמתחייב א"ע שאף אי באמת פרע לו אם יאמר לא פרעתי מתחייב א"ע לשלם לו פעם שנית וע"כ החיוב שמתחייב א"ע הוא מעכשיו דאי החיוב יתחיל אז בשעה שאומר לא פרעתי אין חיוב לאחר מיתה וע"כ מעכשיו וכיון דאין ברירה לא מהני החיוב. ולפ"ז מרישא לא קשה דיש לומר בנאמנות וכר"מ דסובר דיש ברירה מש"ה פריך מסיפא דע"כ לא אתא כר"מ דהא לר"מ דסובר דכתובה דאורייתא לא מהני כב"ד דל"ש תירוץ הירושלמי הנ"ל משום דכתובה דרבנן וע"כ דלא אתא כר"מ

וא"כ לא מהני נאמנות משום דאין ברירה וא"כ קשה דאין מוריש שבועה לבניו. ויש לומר עוד דבאמת מהראוי לומר דכיון דשבועה דהבא ליפרע מיתומים הוא רק מדרבנן בדרבנן קיי"ל דיש ברירה אך דכיון דחיוב כתובה הוא רק מדרבנן א"כ ל"ש להקל לומר יש ברירה בדרבנן דהא מהתורה אין מגיע לה כתובה וע"כ אמרינן הם אמרו וע"כ הגם דשבועה זו היא מדרבנן אמרינן אין ברירה ולא מהני נאמנות נגד היתומים וע"כ מרישא לא קשה דאיירי בנאמנות ואתא כר"מ דכתובה דאורייתא ואז אמרינן דכיון דשבועה זו הוא מדרבנן אמרינן דיש ברירה ומש"ה פריך מסיפא דאי כתובה דאורייתא ליכא כב"ד להירושלמי וע"כ דהוא דרבנן וממילא לא מהני נאמנות. ועי' בש"ך סי' פ"ב:

גם לפי מה שאמרנו דאי למיפרע גובה בודאי לא חשוב כתובה מותר דל"ח מרובין ונתמעטו דכיון דגם עד עכשיו שפורעין לא היה שלהם ובזה שפורעין ל"ח מותר בכתובה כיון דאינהו גופייהו שקלי ובפרט לפי מה שנראה מתוס' ב"מ דאי אמרינן דלמיפרע גובה חשוב לגמרי ומה"ט נוטל השבח אפי' בלא מסיק רק שיעור ארעא. ועי' בתומי' סי' קט"ו וא"כ בודאי ל"ח פירעון שיהי' זה נחלה שלהן וא"כ מרישא לא קשה דאיירי בנאמנות וכמ"ד דיש ברירה וע"כ מקשה מסיפא דאי יש ברירה א"כ למיפרע גובה ואז לא חשוב מותר ואמאי הא איכ' שקלי:

וגם יש לומר דברישא איירי בנאמנות והגם דאין ברירה יש לומר דאיירי במטלטלין שביד אחרים וכיון דאין היורשים מוחזקים ולא בא להוציא מהם אמרינן דיש ברירה דהא בחזקתה קיימא וכיון דספק הוא אי יש ברירה אמרינן דיש ברירה וע"כ מקשה מסיפא דע"כ לא איירי במטלטלין ביד אחרים דא"כ אמאי חשוב מותר דהא עיקר הטעם דחשוב מותר פי' רש"י משום דכשמת ונפלו נכסי' לפני היורשין ואין לך ירושה גדולה מזו בזה שפורעין משא"כ במטלטלין ביד אחרים דע"כ לא חשוב דנפלו נכסי' לפני היורשין דאל"כ דחשבינן בחזקת היורשים לא הי' מצוה עליהן לפרוע מהם ועל כן דאיירי בקרקעות אז אמרינן דאין ברירה ולא מהני נאמנות:

וגם דהא לחד מ"ד כתובה ל"ח מותר וכתב בשמ"ק דל"ח מצוה ומ"ד דחשוב מותר הוא משום דסובר דכיון דמחויב ליתן כתובה אי מהתורה אי מדרבנן ממילא איכא מצוה משא"כ בנאמנות דהוא מחייב א"ע פשיטא דליכא מצוה ואמאי חשוב מותר וע"כ דלא מיירי בנאמנות וקשה דאין מוריש שבועה:

גם נראה על קושי' לח"מ הנ"ל על ר"פ דהא הקשה על מתני' דפליגי ר"ע ור"ט דמי שמת והניח כתובת אשה ובע"ח ויורשין דר"ט סובר דיתנו לכושל ופליגי מי נקרא כושל ור"ע סובר דיתנו ליורשין משום שכולן צריכין שבועה וקשה דאי איירי ביתומים גדולים ליכא

שבועה וביתומים קטנים קשה למ"ד דכושל הוא ב"ח הא אין נזקקין ליתומי' קטנים ובשלמא למ"ד דכושל הוא כתובת אשה ניחא דלכתובה נזקקין משום חינא וע"כ נראה דבר חדש דבכה"ג לכ"ע נזקקין ליפרע מיתומי' קטנים דכיון דאי לא יטול הבע"ח אז תגבה האשה וא"כ אין היתומי' מרויחין שום דבר בכה"ג לכ"ע נזקקין ליתומי' קטנים דהא הטעם דאין נזקקין משום תועלת היתומי' והכא אין שום תועלת דאז יטול הכתובת אשה. ועי' בתשוב' שו"מ ולדעתי יש לפשוט זה ממתני' הנ"ל דהיכי דאין היתומי' מרויחין לכ"ע נזקקין:

וגם לפי מה שהקשו דכיון דלשיטת רש"י חששא דצררי הוא רק למשכון בעלמא וקשה דאמאי אין נזקקין ליתומים קטנים משום חשש צררי ואמאי לא נאמן בשבועה במיגו דנאנסו וע"כ משום דחשוב מיגו להוציא והגם דבשטר קיי"ל דאמרינן מיגו להוצי' זה במקום דס' על הפרעון דחזקת שטר מסייע לו ועי' בתומי' בכ"מ משא"כ לענין צררי דאינה רק משכון בעלמא ליכ' חזקת שטר מסייע ואין לומר דהא קיי"ל דבברי ושמא אמרינן מיגו להוצי' דזה דל"ח שמא כיון דאנן טענינן בעד היתומים חשוב ברי וא"כ לפי מה דאית' בש"ך סי' צ"א דמש"ה במת הפועל נוטל החנוני בלא שבועה ול"ח איני יודע אם נתחייבתי משום דליכא חזקת ממון דסוף סוף לא ישאר הממון בידו דמ"נ הוא חייב לאחד מהם וא"כ ה"ה הכא דאי לא יגבה הבע"ח תטול האשה וליכא חז"מ ול"ח מיגו להוצי' וע"כ נזקקין דנאמן במיגו דנאנסו. ולפ"ז ניחא קושי' לח"מ דהא הקשה דאי בחי' ליכא כב"נ דא"כ לא דמי שני' ליורשי' דביורשי' אמרינן הא איכא שקלי ובשני' אפי' כי איכא לא שקלי ותירצו דאיירי במטלטלין והגם דמטלטלין לא משועבד לכתובה אך במרדכי אית' בשם ר"ח דכופין יתומים גדולים לפרוע חובת אביהן אפי' ממטלטלין ופלוגת' דר"ט ור"ע איירי ביתומי' קטנים וא"כ יש לומר דמתני' איירי במטלטלין וביתומי' גדולים ואז אפי' ביורשי' אי איכא לא שקלי בני ראשונה כב"ד ודמי שני' ליורשי' ולעולם דבחי' ליכא כב"ד אך הקשה דאיך אפשר לומר דפלוגתא דר"ט ור"ע איירי ביתומי' קטנים הא אין נזקקין וע"כ משום דנאמן במיגו דנאנסו וזה למ"ד דהא דאין נזקקין הוא משום צררי ואז מהני מיגו דנאנסו שלא נתן לו צררי משא"כ ר"פ דסובר בעירכין דטעמא דאין נזקקין משום דיתומי' קטנים לאו בני מצוה נינהו ליכא מיגו וע"כ פלוגתא דר"ט ור"ע איירי בגדולים ואפ"ה אין כופין וא"כ אי אפשר לומר דמתני' דהכא איירי במטלטלין רק בקרקע וא"ה אי בחיי השני' ליכא ב"ד לא דמי שני' ליורשי' וע"כ דר"פ סובר דגם בחי' איכא כב"ד ומקשה שפיר על ר"פ לאשמעינן דכתובה נעשה מותר

ואנא ידענא דאחת בחייו ואחת במותו דיש להן בנ"ד דהוא סובר ע"כ דאפי' בחיי שני' איכא כב"ד ודו"ק:

והנה מה שאמרנו הגם דשבועת היתומי' הוא מדרבנן ל"ש להקל לומר דיש ברירה משום דכתובה הוא מדרבנן עי' בפ"י דכתב דכיון דחכמים תקנו כתובה ממילא הוא מחייב א"ע ונעשה חיוב דאורייתא דיכול אדם להתחייב א"ע בדבר שאינו חייב אך זה שייך בכתובה משא"כ מזונות ל"ש לומר דכיון דרבנן תקנו נעשה חיוב מדאורייתא דהוא מחייב א"ע דליתא דהא מזונות הוא דבר שאינו קצוב והרמב"ם סובר דאינו יכול להתחייב א"ע דבר שאינו קצוב ועי' חמ"ש סי' ס':

ובזה נראה הא דנחלקו הרמב"ם והראב"ד אי מתחיל חיוב מזונות מעת נישואין כמו כתובה הגם דזמן פרעון לאחר מיתה מ"מ החיוב מתחיל בעת הנישואין או שהחיוב מתחיל לאחר מיתה ושיטת הראב"ד דאינו מתחיל בעת נישואין וכן אית' באה"ע סי' ק"ג דאשה אלמנה דמוכרת נכסים מוכרת וכותבת סתם ואם יבא מלוה בשטר תאמר לכתובה מכרתי דחיוב מזונות אינו מתחיל רק לאחר מיתה דאי היה חיוב מזונות מעת הנישואין הא קיי"ל דמע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר וא"כ מה בכך דלמזונות מכרה ומקור דין זה הוא מירושלמי דקאמר דסתם יפה לה בא מלוה בשטר אומרת לכתובה מכרתי ועי' בר"ן בכתובות והקשו דהא שיטת הרמב"ם ג"כ דמלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר וא"כ מה בכך דתאמר האמת דלמזונות מכרה וע"כ משום דחיוב מתחיל לאחר מיתה וכתבו דהא עיקר הטעם דמבע"פ קודם משום דש"ד וכאן מזונות הוא דרבנן ול"ש ש"ד ולעולם דחיוב מזונות הוא מחיים. ועי' בתומי' דהקשה דהא כתובה ג"כ הוא רק מדרבנן ומה בכך דתאמר לכתובה מכרתי:

אך לפי מה שכתבתי ניחא דכתובה הגם דהוא מדרבנן מ"מ כיון דהוא מתחייב א"ע ממילא מתחייב מדאוריית' משא"כ מזונות לא מהני מה שהוא התחייב א"ע דאין יכול להתחייב בדבר שאינו קצוב וע"כ הוא רק מדרבנן. ובזה יש לומר דרמב"ם לשיטתו דאין יכול להתחייב דבש"ק וע"כ יש לומר דחיוב מזונות הוא מעת הנישואין ואעפ"כ מלוה בשטר קודם דל"ש דש"ד כיון דמזונות מדרבנן משא"כ הראב"ד דחולק וסובר דיכול להתחייב דש"ק וע"כ דמזונות חיוב לאחר מיתה. וע"כ מלוה בשטר קודם. ועי' בתומים סי' ס' דזה אי יכול להתחייב דש"ק תלי' בפלוגת' דפליגי בגיטין אי משום שאין קצובין אי משום שאין כתובין דלפ"ז יכול להתחייב דש"ק. ובזה ניחא מה שהקשה בס' א"מ ס' הנ"ל בהא דפליגי אי כתובת בנין דכרין טרפה מלקוחות דאי יסבון תנן טרפה ואמאי הא תנאי כתובה של בנותי' ואלמנתו ובנין דכרין כולן זמן חיובן בשעת מיתה והיכי טרפה

משועבדים הן הלוקח קדים לזמן חיובן וע"ש וע"כ נראה דהא מ"ד דטרפה ע"כ סובר דטעמא משום שאין קצובין דאל"כ הא אין כתובין דהא לא ידעינן בשעת נישואין אם עתידים להיות לה בנין דכרין אם לאו וע"כ אין קול יוצא עליהן וע"כ דסובר דטעמא שאין קצובין ובנ"ד קצובין הן וע"ש וא"כ לדידי' יש לומר דחיוב תנאי ב"ד מתחיל משעת נישואין ואפ"ה (מתחיל) מלוה בשטר קדים משום דמזונות הוא מדרבנן דחיוב שלו לא מהני דאינו יכול להתחייב דש"ק ממילא כל ת"כ וכב"ד החיוב משעת נישואין ומש"ה אי יסבון תנן טרפה מלקוחות:

והנה אי אמרינן דחיוב מתחיל לאחר מיתה. ע"כ הא דתנן דאין מוציאין למזון אשה והבנות מלקוחות היינו מה שמכרו האחין דמה שמכר האב פשיטא דלא טרפה דלקוחות קדים וא"כ חזינן למ"ד משום שאין קצובין לא טרפה הגם דהשתא לאחר מיתה הוא קצוב דידעינן כמה בנות יש לו וע"כ משום דבשעת נישואין לא הי' קצוב לא מהני אך זה אי מזונות דאוריית' משום דהוא מתחייב א"ע הגם דדבר שאינו קצוב הוא מ"מ לר"מ דסובר דאדם מקנה דשב"ל ה"ה דיכול להתחייב דש"ק וע"כ הא דמלוה בשטר קודם למזונות משום דחיוב מזונות לאחר מיתה וא"כ חזינן הגם דהשתא קצוב כיון דבשעת נישואין לא היה קצוב דאל"כ לא משכחת הא דאין מוציאין לבנות משום תה"ע דמה שמכר האב פשיט' דלא טרפה דהלוקח קדים. וניחא בזה קושי' מהרש"א ב"מ סוגי' דשבח דהקשו בתוס' ולוכח מהכא דאקני לא משתעבד מדלא טריף בע"ח ממשועבדים דטריף לוקח ואין לומר דלאחר שטרף בע"ח קנה קרקעות ומכרן דא"כ גם השבח יגבה מלקוחות דהא השתא הוא קצוב ותירצו דאיירי באפותיקי והקשו דא"כ אמאי דחיק לאוקמא כר"מ יעמוד באפותיקי והקשה במרש"א על לשון יעמוד דהא ע"כ איירי באפותיקי אך אליבא יש לומר דמיירי לאחר שטרף קנה ומכרן והגם דהשתא הוא קצוב לא מהני כאן כתיבת אחריות לא היה קצוב לא מהני וע"כ כתבו יעמוד באפותיקי דהא לדידי' ע"כ חיוב הבנות לאחר מיתה דאל"ה אמאי מלוה בשטר קדים וא"כ חזינן הגם דאז ע"כ איירי במה שמכרו האחין והשתא קצוב הוא לא מהני' דכיון דבעת נישואין לא הי' קצוב וה"ה הכא ע"כ כתבו יעמוד:

ולפ"ז הא דסוברים דמע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר ומירושלמי הנ"ל מוכח להיפך דאל"כ ל"צ לומר דלכתובה מכרתי דהא מזונות קדמה וע"כ משום דמזונות דרבנן הגם דהוא מחייב א"ע לא מהני משום דהוא דש"ק ולפ"ז למ"ד דאדם מקנה דשב"ל וה"ה דש"ק וא"כ גם מזונות דאוריית' ע"כ סובר דמלוה בשטר קודם הגם דהוא מאוחר. ובזה ניחא הא דהקשה על ר"ה דאמר בסוף ב"ת דשכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר דמנה

לפלוני בידי דנאמן דחזקה דאין אדם עושה קנוני' על הקדש ומסיק דנקט שטרא שאינו מקוים והקשו הראשונים דת"ל דבידו ליתשל. ועי' בר"ן והקשה אי מע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר א"כ יש לומר דחיוב מע"פ מוקדם למלוה בשטר מאוחר ואי יתשל על הקדש ויהי' ב"ח אז מע"פ יטרוף אך ר"ה לשיטתו דסובר דאדם מקנה דשב"ל לדידי' ע"כ מלוה בשטר מאוחר קודם וא"כ אפי' אי יתשול יטרוף מלוה בשטר מאוחר. ובזה ניחא הא דהרמב"ם פסק במקדיש נכסי' והיתה עליו כתובת אשה ר"א אומר כשיגרשנה ידור הנאה ור"י אומר אינו צריך ומסיק דפליגי אי מהני שאלה בהקדש דר"י סובר דיש שאלה בהקדש וע"כ סובר דאינו צריך והרמב"ם פסק דידור הנאה והקשו כיון דיש שאלה בהקדש אמאי צריך שידור הנאה אך לפי מה שהקשו דשמא יש לו מע"פ מוקדם וע"כ אינו רוצה ליתשל דאז יטול מע"פ מוקדם אך ר"י דסובר ברירה ועי' בריטב"א ב"מ א"כ ממילא דסובר דאדם מקנה דשב"ל ועי' בקצה"ח סי' ס"א דכתב כן וא"כ מלוה בשטר מאוחר קודם וע"כ קאמר דא"צ משא"כ לדידן דמע"פ קודם וע"כ פסק דידור הנאה:

ולכאורה קשה כיון דבע"ח לכ"ע חשוב מותר א"כ תקשה הא דפריך הגמ' באומר שטר אמנה אי דקאמר מלוה תבוא עליו ברכה הא יש לומר דאומר כן כדי שלא יחשב מותר דינר ולא יטלו בני הראשונה כב"ד:

ולפי מה שכתבנו דמש"ה לא מהני נאמנות נגד היורשים משום דאין ברירה והגם דשבועה הבא ליפרע מיתומי' הוא מדרבנן ובדרבנן יש ברירה אך כיון דכתובה רק מדרבנן והן אמרו וכו'. וניחא הא דבחוב מהני נאמנות נגד היורשים דיש לומר בדרבנן יש ברירה. וניחא קושי' ש"ך הנ"ל ודו"ק:

נותן טעם לפגם:

עי' בע"ז פ' בתרא פלוגתא דר"מ ור"ש אי נותן טעם לפגם שרי וילפינן מנבילה דנבילה שאינה ראוי' לגר לא חשוב נבילה ור"מ מוקי לה בסרוחה מעיקרא דוקא. ועי' בפסחים ד' ל' דסובר רב דקדירות בפסח ישברו ושמואל פליג משום דסובר כר"ש וע"י תערובות לא קניס וע"ש ברש"י דפי' דמש"ה סובר רב דישברו דסובר דנטלפ"ג אסור ובתוס' שם הקשו דא"כ מה מספקא ליה לרבא בע"ז אי סובר רב דנטלפ"ג אסור אי לאו ליפשוט מהכא דרב אוסר וע"כ כתבו דמהכא אין ראי' משום דלכתחלה אסור נטלפ"ג וע"ש עוד מה שכתבו דהכא שאני דאינו פוגם רק מחמת ששה' בדופן הכלי והקשו דא"כ שמואל דסובר בע"ז דאפי' באופן זה חשוב נטלפ"ג ל"צ לומר דמש"ה לא ישברו משום דסובר כר"ש ת"ל דשרי משום נטלפ"ג ועי' בשעה"מ:

ועי' בר"ן בע"ז דכתב הגם דקדירה שאינה ב"י חשיב' ראוי לגר אך כיון דמב"מ בטל ברוב רק מין בשאינו מינו הטעם אוסר וע"כ באב"י דלא נהנה מטעמו שרי והממש נתבטל ברוב ועכ"פ אמרינן דהיתר דאב"י הוא משום ביטול ברוב והטעם הגם דלא בטל אך כיון שלא נהנה בטעמו שרי וא"כ לפ"ז אי באב"י בעינן גם ביטול ברוב א"כ ג"נ לא הוי חידוש הגם אי אמרינן דאפי' קדירה ב"י אי אפשר דלא פגם פורת' אך מש"ה צוה התורה הגעלה משום דאין מבטלין איסור לכתחלה להסוברים דהא דאין מבטלין איסור לכתחלה הוא מהתורה הגם דאין כוונתו לבטל ועי' בר"ן ובט"ז סי' פ"ד ביו"ד אך עכ"פ לרב דאוסר דבר שאינו מתכוון לדידי' ג"נ לא הוי חידוש דיש לומר משום דאין מבטלין לכתחלה וכן למ"ד דבאפשר אסור אפי' לר"ש דבר ש"מ פשיטא דיש לומר דכיון דאפשר להגעיל ע"כ אפי' אין כוונתו לבטל אסור משום דאין מבטלין לכתחלה ולפ"ז ג"נ לא הוי חידוש.
ובזה ניחא הרמב"ם הלכות מלכים ה' ח' דפסק דחלוצי צבא בשעת מלחמה מותרים לאכול כל דבר איסור אי לא מצאו מה יאכלו והקשו מסוגי' דחולין ד' כ"ד דאיבעי' ר' ירמי' איברי בשר נחירה שהכניסו ישראל עמהן לארץ מהו ואמרינן עלה אימתי אילימא בשבע שכבשו וכו' קד"ח אישתרי בשר נחירה מיבעי' לשיטת הרמב"ם שלא הותר אלא מדוחק אם לא ימצאו לאכול והיתר לא פריך מידי עוד הקשו דהא הרמב"ן הקשה על ציווי הגעלות במדין ולא במלחמת סיחון ועוג שקודם לכן ותי' בס' מעין החכמה דאי אמרינן דחידוש הוא משום דהוא נטלפ"ג לא קשה ממלחמת סיחון דאמאי לא ציוה התורה דכיון דבמדין ג"כ הוי חידוש אך ברמב"ן כתב משום דסו"ע המה משבעה עממי' ורשאי לאכול אפי' קדלי דחזירי וכש"כ גיעולי עכו"ם ולשיטת הרמב"ם שלא הותר אלא מדוחק אם לא ימצאו היתר לא יתכן תירוץ זה:
ולכאורה נראה דהא אי מב"מ לא בטל א"כ ג"נ לא הוי חידוש דיש לומר דהא דהגעילו הגם דהוא נטלפ"ג שמא ישתמש הישראל במין שהשתמש העכו"ם ומב"מ הוא במשהו וכל היכי דמשהו אסור גם נטלפ"ג אסור אך כתבו דהא ע"כ גם כלי שתיה הגעילו משום נזיר דאל"כ מנ"ל ט"כ בנזיר דאין איסורו איסור עולם ואי אפשר למילף מג"נ וא"כ הא הנזיר לא ישתמש בו יין וע"כ משום אינו מינו ציוה התורה להגעיל וע"כ הוי חידוש וא"כ לפי מה דאיתא בס' יע"ד דאי אמרינן דאפי' שלל דידן אשתרי וא"כ אילו היה הכלים של מדין נכנסו לארץ אפי' האיסור שבתוכו בעין ואינו פגום היה מותר כי בתוך ז' הותרו נבילות וא"כ אף זה חשוב יש היתר לאיסורו וע"ש ולפ"ז ידעינן בנזיר ט"כ הגם דיש היתר לאיסורו מג"נ דגם התם יש היתר לאיסורו ויש לומר דלא הגעילו משום נזיר וממילא יש לומר דג"נ לא הוי חידוש רק דהגעילו משום מב"מ דהוא במשהו ואסור נטלפ"ג וא"כ הא

דלא הגעילו במלחמת סו"ע ע"כ כתירוץ הרמב"ן ושמעינן דאפי' ביש להם לאכול דבר היתר מותרים לאכול דבר איסור דהא התם בקל אפשר להגעיל אך למסקנא דשלל דידן לא אישתרי א"כ הכלים של מדין נכנסו לארץ היו צריכין הכשר ול"ח יש היתר לאיסורו וע"כ הא דידעינן ט"כ בנזיר משום דהגעילו גם כלי שתי' וא"כ ליכא משום מב"מ והוי חידוש ולא קשה קושי' הרמב"ן ויש לומר דוקא באין להם במה לאכול דבר היתר וע"כ ניחא דלס"ד שפיר פריך השתא קד"ח אישתרי בשר נחירה מיבעיא דהא ע"כ לס"ד דלא ידעינן דשלל דידן לא אישתרי שרי אפי' יש להם לאכול דבר היתר והרמב"ם פסק כן למסקנא דשלל דידן לא אישתרי דאז לא צריכין לומר תי' הרמב"ן רק משום דחידוש הוא. וניחא בזה קושי' תוס' שם ד' י"ז ד"ה ר"ע דהקשו דס"ל דרי"ש לא סובר כר"ע דילמא גם הוא סובר דהותר בשר נחירה וע"כ נראה דהנה אי יש שאלה בנזירות אז אפי' אי אמרינן דג"נ חשוב יש היתר לאיסורו משום דשרי בשבע שכבשו אפי' דבר איסור לא דמי לנזיר דיש היתר קודם שלשים יום ע"י שאלה משא"כ ג"נ אין לו היתר רק לאחר שבאו לארץ וא"כ ע"כ הגעילו בג"נ משום נזיר ג"כ וא"כ אי אפשר לומר משום מב"מ והוי ג"נ חידוש משא"כ אי אין שאלה בנזירות נהי דיש לו היתר לאחר שלשים הא זה גם ג"נ יש לו היתר לאחר שבאו לארץ ודמי נזיר לג"נ ויש לומר דלא הגעילו כלי שתי' ויש לומר דלא הוי חידוש רק משום מב"מ וע"כ כתירוץ הרמב"ן וא"כ ר"ע לשיטתו דסובר דיש שאלה בנזירות וא"כ נזיר לא דמי לג"נ דיש היתר מיד וע"כ דהגעילו משום נזיר כלי שתי' וליכא משום מב"מ והוי חידוש ולא קשה קושי' הרמב"ן ויש לומר דמלחמת סו"ע אינו מארץ ישראל ואז יש לומר דבשר נחירה הותר במדבר ולא קשה קושי' פ"מ דאמאי לא צוה להגעיל במלחמת סו"ע את כליהם של ישראל דהי' משתמשים במדבר בשר נחירה ועכשיו נאסר להם דלית' דגם השתא שרי דאכתי לא באו לארץ משא"כ רי"ש דסובר דאין שאלה וא"כ דמי נזיר לג"נ והיינו ללישנא דאפי' שלל דידן אשתרי וא"כ יש לומר דלא הגעילו משום נזיר ויש לומר דלא הוי חידוש רק משום מב"מ וע"כ דסו"ע הוא מארץ ישראל וקשה דאמאי לא צוה התורה להגעיל כלי של ישראל דנשתמשו ב"נ והשתא דסו"ע הוא מארץ ישראל נאסר וע"כ משום דבשר נחירה לא אשתרי. והנה לשיטת הרמב"ם דדוקא באין להם לאכול דבר היתר אז שרי לאכול דבר איסור א"כ פשיטא דל"ח ג"נ יש היתר לאיסורו דהא צריכין להכשיר הכלים אם יבואו לארץ דכיון דיכולין להגעיל לא חשוב אין להם מה לאכול אך נראה דזה תלי' אי טומאה דחוי' בציבור אי לא דאי אמרינן דהותרה אז אמרינן דהותרה אצל פקוח נפש וא"צ לחזור על כשרות כמו בטומאה אי הותרה א"כ ע"כ שמעינן דבשעת מלחמה מותר אפי' יש להן מה לאכול

דאי אסור רק דא"צ לחזור אחר כשרות א"כ בכל מקום כן אלא ודאי דשרי אפי' יש להם דבר היתר וא"כ חשוב ג"נ יש היתר לאיסורו כיון דא"צ להגעיל הכלים בבואם לארץ משא"כ אי דחוי' יש לומר דוקא באין להם מה לאכול ואין לומר דא"כ אפי' שלא בשעת מלחמה שרי דיש לומר דנ"מ דבשעת מלחמה ל"צ לחזור אחר כשרות משא"כ שלא בשעת מלחמה וא"כ ל"ח יש היתר לאיסורו ול"ש ט"כ בנזיר. וניחא קושי' תוס' בע"ז דלר"ש משרת למה לי דט"כ שמעינן מג"נ אך ר"ש לשיטתו דסובר דטומאה דחוי' וה"ה בפ"נ ויש לומר כשיטת הרמב"ם וא"כ ג"נ ל"ח יש היתר לאיסורו וא"כ אי אפשר למילף נזיר מג"נ ובעינן משרת על ט"כ בנזיר:

ובזה ניחא הרמב"ם דיליף לקובעו חובה בזמן הזה מקרא מבערב תאכלו מצות והקשה בלח"מ כיון דפוסק כר"י דלפני זמנו עובר לדידי' ילפינן מהיקשא דלקובעו חובה בזה"ז אך לר"ש דסובר דאינו עובר לפ"ז לדידי' ילפינן לקובעו חובה מקרא הנ"ל. וע"כ נראה דהא הקשו דאפי' אי ילפינן מבערב תאכלו אפ"ה איצטריך היקשא ושנה עליו הכתוב לעכב אפי' מצה של איסור חדש דאי מבערב תאכלו הוי עשה דלפני הדיבור ולא דחי ל"ת דחדש דלאחר הדיבור. ועי' בתוס' קידושין שהבי' הירושלמי. ועי' בס' ש"א. וע"כ נראה דהא הקשו דאפי' אי עשה דוחה ל"ת לא יצא במצה של חדש משום דאי היה חמץ לא הי' איסור חמץ רק איסור חדש דאין איסור חל על איסור ועי' במקנה שם אך יש לומר דאיסור חמץ חל דחשוב איסור מוסיף דבחמץ איכ' קרא דאסור היוצא מהן משא"כ חדש נהי דאסור היוצא מהן זה ידעינן במ"מ ואין עונשין על מ"מ משא"כ חמץ איכ' קרא ואיכא עונש ושפיר הקשה דאמאי לא דחי אך אכתי יש לומר דגם בחדש עונשין דכיון דאיסור ידעינן בלא"ה משום דט"כ כמו שהקשו בתוס' פסחים פ' שני על הא דקאמר אבל הכא זיעה בעלמא הא ט"כ דאוריית' אך כתבו דליכא מלקות על ט"כ אך עכ"פ איסורא איכא ואז עונשין על מ"מ אך בתשובות אית' דבחדש לא אמרי' ט"כ משום דלא מצינן למילף מג"נ דיש היתר לאיסורו ובזה ל"ש לומר דהגעילו בכ"מ גם משום חדש כמו בנזיר דהא חדש אינו נוהג בעכו"ם אך אי אמרינן דאפי' ביש להם מה לאכול שרי א"כ גם ג"נ חשוב יש להם היתר לאיסורו ויש למילף גם חדש דט"כ ולא הוי מוסיף אך זה אי ג"נ לא הוי חידוש וקשה קושי' הרמב"ן וע"כ כתירוצו ואז שמעינן דאפי' ביש להן מה לאכול שרי משא"כ אי הוי חידוש ולא קשה קושי' הרמב"ן ויש לומר דוקא באין להם מה לאכול ול"ח ג"נ יש היתר לאיסורו וא"כ בחדש לא אמרינן ט"כ וחשוב מוסיף ואמרנו דלמ"ד דאסור דש"מ אז ג"נ לא הוי חידוש דיש לומר משום אין מבטלין לכתחלה הגם דאין כוונתו לבעל וע"כ ר"י לשיטתו דאוסר דש"מ ולא הוי חידוש וצריכין לומר תירוץ

הרמב"ן ושמעינן אפי' ביש להם מה לאכול שרי וגם ג"נ חשוב יש היתר וא"כ גם בחדש אמרינן ט"כ וליכ' מוסיף וא"כ אפי' אי יהי' עשה לאחר דיבור ודוחה ל"ת מ"מ לא יצא משום דאין איסור חל על איסור שפיר פריך הגמ' על ר"י דשמעינן לקובעו חובה מקרא דבערב תאכלו מצות ואין לומר כדי שיהי' עשה לאחר דיבור דליתא דמ"מ לא יצא במצה של חדש משא"כ לדידן דג"נ חידוש דהא דש"מ שרי ויש לומר כשיטת הרמב"ם וג"נ ל"ח יש היתר ובחדש לא אמרינן ט"כ ואיסור חמץ חשוב מוסיף לענין יוצא מהן ויש לומר דעשה דוחה וא"כ היקשו בעינן שיהי' עמה לאחר הדיבור והגם דעיקר ידעינן לקובעו חובה מבערב תאכלו מצות ועי' בשע"ה:

וגם דר"י לשיטתו דסובר דטומאה הותרה וא"כ ע"כ אפי' ביש להם לאכול שרי וג"ר חשוב יש היתר לאיסורו וא"כ גם בחדש אמרינן ע"כ וליכא מוסיף משא"כ לדידן ולא אמרי' ע"כ בחדש וחשוב מוסיף ובעינן היקשא שי' עמה לאחר דיבור ואפי' להסוברים דאפי' היכי דאיכא איסור בלא"ה אין עונשין במ"מ ומשום לעולם מוסיף וע"כ נראה דהא הקשו דאי ט"כ אמאי אין לוקין על היוצא מהן ותירצו דליכא מלקות על ט"כ והנה במחברי' כתבו דאי ילפינן ט"כ מג"נ אז ליכא מלקות דליכא רק עשה תעבירו באש משא"כ אי ילפינן מנזיר איכ' מלקות והנה לר"י דאוסר דבר ש"מ לא מצינן למילף ט"כ מג"נ דהא אפי' כי לא ילפינן ט"כ מג"נ רוב בעינן לבטל דהא ידעינן מקרא דטמאים לאסור הציר ורוטב אך בר"ן כתב דמהתם לא ידעינן רק היכי שהוא בעין אבל אי נתערב יהי' בטל ברוב וע"ז ילפינן מג"נ דטעמ' לא בטל וא"כ אין ראי' מג"נ דט"כ דיש לומר משום אין מבטלין לכתחלה וע"כ צריכין לומר משום דאין כוונתו לבטל וא"כ לר"י דאוסר דבר ש"מ אין ראי' מג"נ דט"כ וע"כ ילפינן מנזיר ואז איכא מלקות גם על היוצא מהן וליכא מוסיף ואפי' יהי' עשה לאחר דיבור לא יצא משא"כ לדידן:

וגם אליבא דר"י לשיטתו דסובר מב"מ במשהו וג"נ לא הוי חידוש דיש לומר משום מב"מ וע"כ צריכין לומר תירוץ הרמב"ן ושמעינן דאפי' ביש להם לאכול שרי וא"כ ג"נ חשוב יש היתר לאיסורו וא"כ גם בחדש אמרינן ט"כ וליכא מוסיף משא"כ לדידן דבטל מב"מ וג"נ הוי חידוש ויש לומר כהרמב"ם וג"נ ל"ח יש היתר וא"כ בחדש לא אמרינן ט"כ והוי מוסיף וה"א דיוצ' דע"י היקשא הוי עשה לאחר הדיבור:

גם נראה לתרץ הרמב"ם מהא דמקשה הגמ' על ר' ירמי' דהא קשה קושי' הנ"ל דהא שמואל מתיר נטלפ"ג אפי' היכא שנפגם מחמת ששהה בדופן הכלי וא"כ ל"צ לומר דמש"ה לא ישברו משום דסובר כר"ש. ולכאורה נראה דהנה שימת הריטב"א בחולין דהגם דאסור להשתמש לכתחלה באב"י מ"מ היכא דהיתר' בלע רשאי להשתמש

לכתחלה באב"י כמו דחזינן דבסוף ע"ז מחלק ר"א דבהיתר' בלע סגי בהגעלה משא"כ היכי דאיסורא בלע בעינן ליבון וה"ה לענין זה יש לחלק. ובזה ניחא הא דבחמץ לא אמרינן דסתם כלי אב"י ואסרינן המאכל שנשתמש בו:

ועי' במג"א סי' תמ"ז דכתב דמשום חומרא דחמץ לא אמרי' דסתמא אב"י הגם דס"ס וע"ש ולפ"ז ראוי לומר דגם רוב לא מהני בחמץ משום חומרא דחמץ דהא ס"ס עדיף מרוב וניחא בזה מה שהקשו הא דהקשה הש"ס בפסחים ד' ל' על רב דסובר דישברו דאמאי לא מהני היסק כמו התם דקתני עד שיוסק את התנור ומשני רב מוקי להך ברייתא דמהני היסק בתנור של מתכת וקשה לשמואל לדידי' אי אפשר לומר דמיירי במתכת דא"כ ל"צ היסק דהא די בקינוח בעלמא דאז הוי נטבנ"ט דבשלמא בתנור של חרס אינו מתקנח יפה כדכתבו התוס' שם דבשלמא רב דאוסר נטבנ"ט ויש לומר דאיירי במתכות אך לשמואל ע"כ מיירי בשל חרס ואפ"ה מהני היסק וקשה דאמאי קאמר שמואל עד לאחר פסח הא יכול להשתמש בפסח ע"י היסק. ולכאורה נראה דהא הקשו מה פריך הגמ' דילמא אפי' ע"י הסקה נשאר משהו והכא בחמץ דמ"ב במשהו וע"כ לא מהני היסק משא"כ בעלמא מהני היסק והנה לפי מה שכתבו דהא גם התם הוא במשהו דמשמע דאם הוסק רשאי לאכול הפת אפי' עם חלב ולשיטת הרי"ף חשוב זה דבר שיל"מ דכיון דיכול לאכול בלא חלב וא"כ גם התם הוא במשהו וע"כ דע"י היסק אפי' משהו לא נשאר ופריך שפיר על רב. והנה סברת הרי"ף מוכרח לרב דאוסר נטבנ"ט ותקשה מהא דכל יום נעשה גיעול לחבירו הא ממעט באכילת שלמים דאין לומר משום דהוא נטבנ"ט כדכתבו התוס' חולין דהא רב אוסר וע"כ דרב לא אוסר נטבנ"ט אלא היכי דהוא במשהו והתם בדגים שעלו בקערה הוא במשהו דיכול לאכול בלא כותח וחשוב דבר שיל"מ דסובר סברת הרי"ף הנ"ל ושפיר פריך על רב דאמאי לא מהני היסק כמו התם דגם התם הוא במשהו משא"כ שמואל יש לומר דלא סובר דחשוב זה דשיל"מ דהא הוא מתיר נטבנ"ט וא"כ בלא"ה לא קשה דהתם מהני היסק משום שאינו במשהו משא"כ הכא:

אך יש לומר לפי מה שכתבו דאין לומר דע"י היסק עכ"פ נשאר משהו דכיון דמתחלה לא נבלע רק משהו דאינו רגילין להשתמש הרבה ביחד וע"כ ע"י הסקה גם משהו לא נשאר אך כיון דאפי' ס"ס לא מהני משום חומרא דחמץ מכ"ש על רוב לא סמכינן על הא דאין דרך להשתמש הרבה וא"כ יש לומר דאכתי נשאר משהו. אך לרב קושית הגמ' אזלא על לאחר הפסח דאמאי ישברו ואז ל"ש משום חומרא דחמץ ואזלינן בתר הרוב וא"כ לאחר היסק אפי' משהו ליכא ופריך שפיר משא"כ לשמואל להשתמש בפסח ע"י היסק לא אזלינן בתר הרוב ויש לומר דנשתמש הרבה ואפי' לאחר הסקה משהו נשאר

משא"כ התם וגם לשמואל דלאחר פסח שרי להשתמש בלא היסק חשוב דבר שיל"מ ולא אזלינן בתר הרוב ואמרינן דנשאר משהו לאחר היסק משא"כ לרב דאוסר אפי' אחר פסח ול"ח דבר שיל"מ ואזלינן בתר הרוב ואפי' משהו ליכא ופריך שפיר וגם לרב דסובר דאזלינן בפ"נ אחר הרוב משום דרוב חשוב ודאי ועי' בפלתי סי' ס"ג וע"ב אפי' בחמץ אזלינן בתר הרוב:

אך נראה על קושית מג"א דהנה על הא דמשני הגמ' לא אסרה תורה רק קדירה ב"י וביאור הדבר דלא שהה הכלי מיום שבאת ליד הישראל מעל"ע והקשה מה בכך הא סתם כלי של עכו"ם אב"י ועי' בס' יש"י ומכבר אמרתי דהא קשה דל"ח ס"ס דדמי להא דאמרינן שם אונס חד הוא וה"ה מה נ"מ אי נטלפ"ג משום דהוא אב"י או שהשתמש דבר הפוגם בעין אך דנ"מ לענין דבר חריף דמשום אב"י אסור להשתמש דבר חריף משא"כ אי נשתמש דבר פוגם בעין ובתשובות איתא דהא דדבר חריף אסור רק מדרבנן והכא דקאי על התורה ל"ח ס"ס:

אך האחרונים כתבו דבאמת אינו ס"ס גמור רק דיש כאן שני צדדי היתר ואמנם ליכא חזקת היתר ואדרבה יש כאן חזקת איסור דהרי כלי זו היתה אסורה קודם שעבר עלי' מעל"ע ורצונך להתיר מספיקא דשמא עבר מעל"ע מהכ"ת נוציא את הכלי מחזקתה וראוי לומר שעדיין באיסורו עומד. ואמנם אילו היה לנו לדון על הכלי שייך לומר דנוקמי על חזקתה אבל באמת הכלי הגם דהיא אב"י אסורה להשתמש ואין אנו דנין רק על התבשיל היתר שנתבשל בתוך הקדירה אי קיבלה טעם משובח או טעם פגום והתבשיל הוא בחזקת היתר ולכך אמרינן ס"ס והיינו לאחר שאסרו חכמים הכלי אבל מה"ת דגם הכלי מותרת לכתחלה ואנו דנין אם צריכה הגעלה כדי להשתמש בו לכתחלה אין להתיר מכח ס"ס ועי' בס' יש"י וא"כ בכלי של חמץ דהיתר' בלע ואם תאמר דהוא אב"י אתה רשאי להשתמש לכתחלה ואיכא חזקת איסור של הכלי וע"כ לא אמרינן בחמץ דסתם כלי אב"י:

ובזה ניחא הרי"ף דפסק בשוחט בסכין של כותים דסגי בהדחה ולא כרב דסובר דקולף ולא סובר דאיידי דטרידי סימנים לאפוקי דם לא בלעי. דהא הקשה הא דאיתא במס' ביצה פ' א' השוחט עולת נדבה ביו"ט דלוקה וקאמר דהא מני ב"ש דלא סובר מתוך שהותרה לצורך וכו' והקשה הא בשחיטת קדשים איכא גם משום מפרק דבחולין חשוב מלאכה שא"צ לגופו ופטור משא"כ בקדשים דצריך לדם וא"כ הא איסור מפרק לא הותרה מעולם לצורך דבחולין חשוב מלאכה שא"צ לגופה דפטור ול"ש מתוך. אך נראה דהא גם בחולין משכחת מפרק בשוחט בסכין של נכרים דצריך לדם דאז יש לומר איידי

דטרידי סימני' וכו' לא בלעי ואפ"ה הותרה ביו"ט ושייך שפיר מתוך ושמעינן דלא כרב רק דאמרינן איידי דטרידי וכו' אך רב לשיטתו דסובר מלאכה שא"צ לגופו חייב ושייך מתוך בלא"ה משא"כ לדידן דמלאכה שא"צ לגופו פטור ע"כ דפסקינן איידי דטרידי דלא כרב וגם יש לומר לפי מה דאיתא בשבת דשוחט חייב משום צובע ואמרינן דניחא ליה כי היכי דליתיוס בית השחיטה וא"כ צריך גם בחולין לדם ושייך מתוך ואין ראיה דאמרינן איידי דטרידי סימני' וזה לרב לשיטתו דסובר משום צובע משא"כ לדידן ע"כ אמרינן איידי דטרידי לא בלעי וע"כ סגי בהדחה:

אך נראה לפי מה שאמרנו דהיכי דרשאי להשתמש לכתחלה באב"י אז לא אמרינן דסתם כלי אב"י והנה בנוב"י איתא דיהא מותר להשתמש לכתחלה אפילו שבלע איסור תורה כשאינו ב"י במינו דהא מב"מ מדאורייתא בטל ברוב א"כ אפי' אי ישתמש ביומו אין כאן איסור תורה דתמיד יש עכ"פ במה שבכלי רוב נגד פליטת הכלי ולגזור להשתמש במינו שמא ישתמש אינו מינו ג"כ ליכא חשש איסור תורה שהרי היא אב"י וצריכין אנו לגדור שלא ישתמש במינו אפי' אב"י גזירה שמא ישתמש בו בשא"מ וביומו זה הוי גזירה לגזירה וע"ש. והנה בתוס' הקשו אמאי סובר רב דקולף הא סתם כלי אב"י אך התם הוי מב"מ והגם דרב סובר דמב"מ לא בטל איתא בריטב"א ע"ז דרק מדרבנן לא בטל נמצא אם אתה אומר דהוא אב"י אז אתה מוציא הסכין מחזקת איסור דהא אתה רשאי לשחוט לכתחלה דלא גזרינן אב"י אטו ב"י כיון דמה"ת בטל ברוב וממילא לא אמרינן דסתמא הוא אב"י ואיירי לדידן באב"י וע"כ סגי בהדחה ורב אייר בסתם סכין ובזה לא אמרינן דסתמא אב"י ועכ"פ אמרינן דהיכי דהיתר' בלע רשאי להשתמש לכתחלה באב"י וזה הכל לרב דאוסר נטבנ"ט ול"ש התירוץ דכל יום נעשה גיעול לחבירו דהא ממעט באכילת שלמים וע"כ כמו דמשני ר"א שם דהיכי דהיתרא בלע עדיף. ולפ"ז אין לומר דמש"ה סובר רב דישברו משום דלכתחלה אסור נטלפ"ג דהא בהיתרא בלע רשאי להשתמש לכתחלה וע"כ מוכרח התוס' לחלק דהכא שאני דאינו נפגם אלא מחמת משהה בדופני הכלי משא"כ לשמואל דמתיר נטבנ"ט ויש לומר משום דכל יום נעשה גיעול ולעולם דאין חילוק בין היתרא בלע דלעולם אסור לכתחלה אב"י וע"כ הוצרך שמואל לומר דמש"ה לא ישברו משום דסובר כר"ש הגם דסובר דאפי' אב"י חשיב נטלפ"ג מ"מ לכתחלה אסור. ובזה יש לומר הא דרבא מסופק בע"ז אי אוסר רב נטלפ"ג ולא פשיט מהכא לשיטת רש"י דהוכיח מכאן דרב אוסר נטלפ"ג דיש לומר דרבא סובר סברת הרי"ף דחשיב דשיל"מ כיון דיכול לאכול בלא כותח ויש לומר דמש"ה אוסר רב דגים שעלו בקערה לאכלן בכותח ובעלמא שרי נטבנ"ט ויש לומר משום דכל יום נעשה גיעול ולעולם דאין חילוק

בין היתרא בלע ע"כ אין להוכיח מכאן דיש לומר משום לכתחלה אסור נטלפ"ג גם נראה דהא הרבה סוברים דמב"מ דכיון דהוא במשהו וע"כ גם נטלפ"ג אסור. אך הטעם דכיון דאב"י ראוי לגר וע"כ משום דנתבטל ברוב מהתורה הממש והטעם אינו אוסר משום דלא נהנה וע"כ מב"מ דלא בטל וע"כ אסור אפי' אב"י וזה לדידן דדבר ש"מ שרי ויש לומר דאפי' אב"י צריכין לביטול ואפ"ה הוי ג"נ חידוש דאין לומר משום דאין מבטלין לכתחלה הא אין כוונתו לבטל משא"כ לרב דאוסר דבר שאינו מתכוון א"כ אי אפשר לומר דנטלפ"ג הוא משום ביטול דא"כ אמאי הוי חידוש וע"כ לרב אב"י חשוב אינו ראוי לגר וממילא דאין חילוק דאפי' מב"מ שרי אב"י. ולפ"ז לרב הוצרכו התוס' לחלק דהכא שאני דאינו נפגם אלא מחמת דשהה בדופן הכלי דאין לומר משום דהוא מב"מ אסור נטלפ"ג משא"כ לשמואל הגם דסובר דאפי' אב"י חשוב נטלפ"ג מ"מ הוצרך לומר משום כר"ש דאין להתיר משום נטלפ"ג כיון דהוא מב"מ דבמשהו ואז אסור גם נטלפ"ג:

ולפ"ז ר' ירמיה לשיטתו דסובר בשבת דבאפשר אסור דבר ש"מ וא"כ ג"נ לא הוי חידוש דיש לומר משום אין מבטלין לכתחלה וע"כ כתירוץ הרמב"ן ושמעינן דאפשר לאכול היתר שרי וע"כ מקשה שפיר אילימא בשבע שכבשו אפי' קד"ח אישתרי ואפי' יש להם לאכול דבר היתר משא"כ לדידן דש"מ שרי וא"כ ג"נ חידוש ולא קשה קושי' הרמב"ן ויש לומר דוקא באין להם לאכול ואפ"ה לא ציוה במלחמת סו"ע דכיון דג"נ חידוש הוא:

ובאמת אמרתי דזה כוונת התוס' הנ"ל אבל הכא אינו לפגם אלא מחמת הכלי והיינו דאז אכתי ראוי לגר והיתר רק מחמת ביטול והכא דהוא מב"מ לא מהני ביטול וע"כ גם לשמואל דסובר דגם זה חשוב נטלפ"ג מ"מ הוצרך לומר כר"ש דמשום נטלפ"ג כיון דצריכין לביטול והכא מב"מ ל"ש ביטול:

גם אמרתי דהנה הרמב"ם כתב דהיתר דנטלפ"ג משום דחשוב שלא כד"ה ועי' בפלתי סי' פ"ז וקשה דהא שלא כד"ה איסורא איכא עכ"פ ולכל הפחות איסור דרבנן בודאי איכא ועי' במשנה למלך הלכות יסודי התורה:

אך נראה דכיון דעל ט"כ ליכא מלקות וע"כ היכי דהוא שלא כד"ה אפי' איסור דרבנן ליכא וכמו כן כתבו דעל ח"ש שלא כד"ה אפי' איסורא ליכא וג"כ מהך טעמא ועי' בתוס' שבועות פ' ג'. והנה כל זה אי ילפינן ט"כ מג"נ אז ליכא מלקות על ט"כ דאינו רק עשה תעבירו באש משא"כ אי ילפינן מנזיר ט"כ אז איכא מלקות ול"ש דאין עונשין מהדין משום דטעם לא חמור מעיקר ול"ש כיון דחמור אין כפרה במלקות ונפק"מ לענין מב"מ דאי אמרינן דילפינן מג"נ וא"כ יש לומר דהא דשרי נטלפ"ג משום שלא כד"ה דכיון דליכא מלקות וע"כ מב"מ דל"צ למילף ט"כ מג"נ דידעינן מקרא דהטמאים לאסור הציר

ואין לומר דהתם הוא בעיני' אבל כשנתערב נתבטל דהא מב"מ לא בטל וכיון דעל מב"מ איכא מלקות על ט"כ ע"כ אסור נטלפ"ג משא"כ אי ט"כ ילפינן מנזיר ואז לעולם איכא מלקות על ט"כ ואפ"ה חזינן דנטלפ"ג שרי וע"כ ה"ה מב"מ שרי נטלפ"ג וע"כ אליבא דרב דאוסר דבר ש"מ וע"כ דלא ילפינן ט"כ מג"נ דהא יש לומר דאין ראיה דלעולם דטעם אינו אוסר בנתערב דנתבטל והתם משום דאין מבטלין לכתחלה וע"כ לדידי' ילפינן מנזיר וא"כ גם מב"מ שרי נטלפ"ג וע"כ הוצרכו בתוס' לומר דהכא שאני דאינו נפגם רק מחמת הכלי משא"כ שמואל נהי דסובר דגם זה חשוב נטלפ"ג מ"מ הוצרך לומר כר"ש דאי משום נטלפ"ג אסור משום דהוא מב"מ דהא מב"מ איכא מלקות על ט"כ ולא מהני הא דחשוב שלא כד"ה דאיסור עכ"פ איכא. וניחא הא דרבא מספקא אליבא דרב ולא פשיט מהכא לפי מה דכתבו דלרבא אפי' אי ילפינן מנזיר ליכא מלקות על ט"כ משום דאין עמה"ד דהוא לא סובר סברת מהרש"א הנ"ל ועי' בתמורה וא"כ אכתי יש לומר מב"מ דאיכא מלקות על ט"כ אסור נטלפ"ג וע"כ אוסר רב הכא וסובר דישברו:

אך לפי מה דאיתא בחידושי הר"ן בסנהדרין דרב לא אוסר דבר ש"מ רק באיסור סקילה ולא באיסור לאו ולכאורה בזה ניחא קושי' תוס' בעירובין פ' ג' דסובר שם רב באומר שבועה שלא אוכל ככר זו דמערבין בו משום דלא אסור אלא באכילה ככר זה עלי אין מערבין דאז אסור גם בהנאה והקשו בתוס' דהי' לחלק בשבועה גופא בין שלא נשבע רק על אכילה מערבין משא"כ בנשבע גם על הנאה אין מערבין ונראה דהא הקשה למ"ד דאין מערבין אלא לדבר מצוה אמאי אסור הא מצות לאו ליהנות נתנו וע"כ נראה דהא הקשה בשעה"מ דהא איכא הנאת הגוף ג"כ והוכיח מזה דאפי' היכי דאיכא הנאת הגוף אמרינן דלאו ליהנות נתנו ובתשובות איתא דטעם הוא הגם דיש לו הנאה חשוב דבר ש"מ דהא הוא מתכוין רק למצוה. ולפ"ז באמר עלי דהוא קונם ורבי סובר דהזיד במעילה במיתה ואז סובר רב דאסור דבר ש"מ וע"כ לא אמרינן דלאו ליהנות נתנו כיון דאיכא גם הנאת הגוף וזה בקונם משא"כ בשבועה הגם דנשבע גם על הנאה מ"מ מערבין דלאו ליהנות נתנו הגם דאיכא הנאת הגוף הא הוי דבר ש"מ ושבועה דהוא איסור לאו לחוד מודה רב דשרי דבר ש"מ ולא קשה קושית תוס':

ובזה ניחא דברי רש"י בסוף ע"ז דפי' על קושית המקשין דאמאי בקדשים סגי בהגעלה אפי' שפוד דתשמישו ע"י האור ופירש"י ונותר איסור כרת הוא ותמהו מה בעי רש"י בזה דבלא"ה קשה קושית הגמרא. ונראה דהא בפלתי הקשה מה פריך הגמ' התם שאני דהוא נטלפ"ג ורק הא דבעינן הכשר הוא גזה"כ כמו דאיתא בר"ש וע"כ סגי בהגעלה אך בשע"ה איתא דהתם בקדשים הגם דהוא נטלפ"ג אסור דהיתר דנטלפ"ג דחשוב שלא

כד"ה ובקדשי' אסור אפי' שלא כד"ה אך בס' ים המלך הוכיח מע"ז דאפי' באיסורין דאסור שלא כד"ה שרי נטלפ"ג דהא כלאי הכרם דאסור שלא כד"ה אעפ"כ שרי נטלפ"ג ועי' בפלתי ס' פ"ז והטעם דבאמת אינו מתכוון ליהנות מאיסור שנפל בהיתר אך היכי שנהנה לא מהני אינו מתכוון וע"כ היכי דהוא נטלפ"ג דלא נהנה שרי משום ש"מ וא"כ הכא בקדשים שרי נטלפ"ג ואינו רק גזה"כ ומה פריך הגמ' וע"כ פירש"י דנותר איסור כרת ואז אסור דבר ש"מ הגם דבאיסור שבת שרי דבר ש"מ התם שאני דמלאכת מחשבת אסרה התורה ועי' בחידושי הר"ן בסנהדרין כמו דמחלק שם בין איסור לאו לאיסור סקילה ואז קשה דאמאי סגי בהגעלה דאין לומר דהוא נטלפ"ג ורק גזה"כ דליתא דהא אסור בקדשים שלא כד"ה ואין לומר משום ש"מ דהא לא נהנה דכיון כרת אסור גם דש"מ. ואין לומר דבלא"ה אי אפשר לומר משום ש"מ כיון דהוא פ"ר דליתא כיון דלא נהנה חשוב פ"ר דלא ניחא דשרי. ובזה ניחא קושית תוס' בע"ז דאליבא דר"ש דע"כ סובר דקדירה ב"י לא פגמה כלל וג"נ אינה חידוש ומשרת דכתב רחמנא למה לי דהא מצינן לילף ט"כ מג"נ וע"ש:

אך בשלמא פגמה פורתא והוי פ"ר דלא ניחא ליה אז מצינן למילף ט"כ מג"נ דאין לומר משום דאין מבטלין דהא א"מ לבטל משא"כ אי לא פגמה חשוב פ"ר דניחא וא"כ יש לומר משום דאין מבטלין לכתחלה וא"כ לא מצינן למילף מג"נ דט"כ ובעינן משרת על ט"כ אך אי באיסור לאו מודה רב דבר ש"מ שרי וא"כ אי אפשר לומר משום שאין מבטלין אפי' לרב וגם הוי חידוש ג"נ אפי' לרב:

ועיין בתוס' פסחים שם דהקשו דבפסחים אמרינן דמאן דסובר דקדירה ב"י אי אפשר דלא פגמה ס"ל דחידוש הוא ולא מצינן למילף דט"כ ובע"ז אמרינן להיפך דר"מ סובר דאי אפשר דלא פגם פורת' וילפינן מיניה דנטלפ"ג אסור בכל התורה ועי' בח"מ דכתב וז"ל יש להקדים אחד דמבואר דאפי' אי נאמר נטלפ"ג אסור בכל התורה מ"מ כל הסרוח מעיקרא שרי היכי דנסרח טרם בואו לכלל איסור אי אפשר לאסור בשום פנים דלכל הפחות צריכים לאוקמא קרא לגר אשר בשעריך לאוקמו בסרוח מעיקרא ואם נמצא בשום מקום דרחמנא אסר בסרוח מעיקרא. ע"כ נימא דחידוש הוא ואי אפשר למילף מיניה. והנה ידוע דבמלחמת מדין אישתרי אפי' קדלי דחזירי בשעת מלחמה ולא הוצרכה הכשר אלא משום שהביאום למחנה אחרי ככלות המלחמה נמצא אי נניח שמיד בשעת הבליעה בדופני הכלי כבר נפגם טרם נבלע בתבשיל אחר נמצא כבר נפגמה הבליעה בשעת המלחמה כשהוא היתר טרם שבא לכלל איסור ואפ"ה צוה רחמנא להגעיל הוי ליה חידוש לאסור סרוח מעיקרא וליכול למילף מיני' עוד הקדמה מסברא אומר אפי' יסבור

רש"י דלא כר"ן דס"ל דאינו נפגם בדופני הקדירה מ"מ ליכא אלא רובא אבל עכ"פ מודה רש"י דמיעוטא איכא שאינו פוגם בדופני הקדירה אלא בתבשיל הבא אחריו והשתא בע"ז דר"מ הוא דחייש למיעוט ע"כ שפי' יליף מהכא דנטלפ"ג אסור דאינו חידוש דאיכא למימר משום חשש מיעוט שאינו פוגם בדופני הקדירה צוה רחמנא להגעיל ומ"מ אי אפשר דלא פגמה פורתא בתבשיל הבא אחריו וש"מ נטלפ"ג שאינו סרוח מעיקרא אסור וא"ש פי' רש"י דע"ז ובפסחים קאי למאי דקי"ל דל"ח למיעוט והרי רובא כבר פגום בדופני הקדירה וה"ל סרוח מעיקרא ואפ"ה אסרה רחמנא ה"ל חידוש וליכא למילף מיני' כלל וע"ש:

ובזה ניחא הא דהקשה דאמאי אוסר רב דגים שעלו בקערה לאוכלן בכותח הא לשיטת רש"י רב אוסר נטלפ"ג ואז ע"כ אמרינן דאפי' קדירה ב"י אי אפשר דלא נפגם פורתא וגם דאינו מחלק בין פגם פורתא להרבה וא"כ הא הוי סרוחה מעיקרא דתיכף שנבלע בקדירה נפגם קודם שבאו לכלל איסור ובסרוחה מעיקרא לכ"ע שרי. אך נראה דכיון דמיעוטא איכא שאינו נפגם בדופני הקדירה אלא בתבשיל הבא אחריו רק ע"פ רוב נפגם בדופני הכלי א"כ הא לשיטת הרי"ף חשוב זה דבר שיל"מ דכיון דיכול לאכול בלא כותח וידוע בדבר שיל"מ לא אזלינן בתר הרוב וממילא לא הוי סרוחה מעיקרא וע"כ [אסר] לאכול בכותח:

ובזה לא קשה מה שהקשו איך הוכיח ר"מ דנטלפ"ג אסור מג"נ דילמא משום דבר חריף צוה התורה להגעיל וכתב דאזלינן בתר רוב תשמישו והקשו הא ר"מ חייש למיעוט. ומה שכתבו דא"כ אמאי בעי ליבון לסגי בהגעלה אפי' דבר אשר יבוא באש דע"י הגעלה כבר איקלש הטעם ואינו יכול להתעורר שוב ע"י דבר חריף ועי' בח"ס. ובזה נדחה מה שכתבו על קושית הרא"ש הנ"ל דהא הוי נטלפ"ג ולמה בעינן מריקה ושטיפה וכתבו דהא הכהנים יכולים לאכול עם כל דבר אפי' עם דבר חריף ובזה לא מהני נטלפ"ג. אך לפ"ז תקשה מה פריך הגמ' דאמאי סגי בקדשים בהגעלה הא יש לומר דכיון דאיקלש ע"י הגעלה לא יוכל שוב להתעורר הטעם ע"י דבר חריף שישתמש אך לפי מה שכתבתי ניחא דחשוב תרי מיעוטא דהא ע"פ רוב נפגם בדופן הכלי וחשוב סרוחה מעיקרא וצריכין לחוש למיעוטו וגם למיעוט דשמא ישתמש דבר חריף ואז אפי' ר"מ מודה דל"ח דחשוב מיעוט' דמיעוטא ודוק:

דין נפל

ועיין בשבת פ' ר"א דמילה וביבמות פ' החולץ דרשב"ג סובר דכל ששהה שמונה ימים בבהמה אינה נפל שלשים יום באדם אינו נפל. והנה לפי מה שנראה מראשונים דרשב"ג

מודה דמדאורייתא לא בעינן שהה ואזלינן בתר הרוב ורק מדרבנן החמירו דצריכין שהה ומש"ה במת הילד בתוך שלשים יום ונתקדשה דאם אשת כהן דאינה חולצת וסמכינן על רבנן הסוברים דאפי' בלא שהה ולד מעלי' הוא ול"ח לנפל כיון דליכא תקנתא בחליצה דאז אסורה על הכהן והקשו דלפ"ז מהראוי לומר דגם בבהמה בדיעבד דנשחט בתוך שמונה רשאי לאכול וסמכינן על רבנן כיון דלא אפשר כמו באדם דאמרינן דאם הי' א"כ דאינה חולצת וגם הקשו על הרמב"ם דכתב ואם אכל בתוך ח' ימים אינו לוקה משמע מדבריו דספק דאורייתא הוא אי הוי נפל דאי חומרא מדרבנן הוא פשיטא דאינו לוקה וקשה דא"כ אמאי באדם בא"כ דלא אפשר שרי וע"כ דחומרא מדרבנן הוא. ונראה לחלק בין אדם לבהמה דהנהו אי אמרינן דכלו חדשיו ע"כ צריכין לומר דכבר נתעברה דהיינו באדם מתשעה חדשים וע"כ כלו חדשיו וא"כ יש לומר דאוקמא בחזקת הקודם דלא היתה מעוברת אז וא"כ לא כלו חדשיו אך יש לומר דמש"ה לא אוקמי על חזקה דלא היתה אז מעוברת דהוא נגד הרוב דרוב מתעברות. ולפ"ז לפי מה דאיתא בתוס' יבמות פ' בתרא על הא דפריך הגמ' דאמאי לא תנשא ואמאי לא אזלינן בתר הרוב דמתעברות ויולדות דאמאי לא משני כדמשני הגמ' בבכורות משום דחשוב רובא דתליא במעשה ותירצו דיש חילוק בין אדם לבהמה דבאדם לא חשוב מעשה וע"ש. ולפ"ז יש לומר דבשלמא בבהמה הוי ספק דאורייתא וכן אפי' בדיעבד אסור ולא אמרינן דכלו חדשיו דאיכא חזקה כנגדו ואמרינן דלא היתה אז מעוברת וממילא לא כלו חדשיו ואין לומר דאיכא רוב דמתעברות דזה אינו דחשוב רובא דתליא במעשה דל"ח רוב ואמרינן דאם נאמר דכלו חדשיו ע"כ צריכין לומר שנתעברה זה שבעה חדשים ואוקמ' על חזקה דמעיקרא דאז אכתי לא היתה מעוברת וממילא לא כלו חדשיו וע"כ אפי' בדיעבד אסור משא"כ באדם דל"ח רוב התליא במעשה ואיכא רוב כנגד הך חזקת שאינה מעוברת מאז וע"כ בדיעבד בא"כ סמכינן על רבנן ושריא בלא חליצה:

ולפי מה שנראה מתוס' שבת וביבמות דף ל"ו ד"ה מת וכו' דביום שלשים דוקא סמכינן על רבנן וניחא גירסת רש"י דגריס מת בסוף ל' יום משום דוקא ביום שלשים סמכינן על רבנן בלא"ה לא קשה דהא הראיה שהביאו דאפי' בדיעבד אסור מהא דאי' שם דר"פ ור"ה איקלעי וכו' ועבדי ליה עיגלא תילתא ביממא דשבעה ואמרו ליה אי איתרחשו עד לאורתא הוה אכלינן השתא לא אכלינן דהתם שאני דלא היה ביום שמונה וביום שמונה באמת הוי אכלי כמו התם ביום שלשים סמכינן על רבנן. ולפ"ז מה שכתבו בתוס' שבת וז"ל אינן שוין דיום ח' כלאחר ח' כדמוכח לקמן דקאמר אי איתרחשי עד לאורתא הוי אכלינן ויום שלשים כלפני שלשים ולפי הנ"ל יש לומר דבהמה שוה לאדם והתם דהוי

אכלו בלילה משום דבדיעבד סמכינן על רבנן דפליגי על רשב"ג כמו באדם בדיעבד ביום שלשים:

ועכ"פ באדם מדאורייתא ל"ח לנפל ועיין בס' ב"מ דהקשה על הרא"ש ביבמות על הא דמת בתוך שלשים ועמדה ונתקדשה דאם אשת ישראל חולצת ובא"כ אינה חולצת וכתב ברא"ש ואע"ג דהשתא נשארת תחת בעלה בספק יבמה לשוק דאורייתא ואם היתה חולצת ונשארת תחת בעלה היתה עומדת בספק חליצה דרבנן מ"מ הא עדיפי טפי דאי חולצת אמרו קמי רבנן בולד דנפל הוי ואתא למישרי חליצה לכהן אבל כי לא חולצת אמרו קמי רבנן דולד מעלי' הוי וכו' והקשו דהא אי צריכה חליצה צריכה גט מקודם כדי שחליצה יהיה ראויה לביאה דבלאו גט לא הוי חליצה הראוי לביאה משום איסור אשת איש וא"כ כיון דצריכה גט איתסרה על בעלה כהן משום גרושה וע"ש. ונראה לפי מה דסוברים דהא דבעינן חליצה ראוי לביאה זה דוקא אם החליצה בעינן מדאורייתא אבל היכי דמדאורייתא ל"צ חליצה לא בעינן ראויה לביאה והכא מדאורייתא דל"ח לנפל לא צריכה חליצה וממילא לא בעינן ראויה לביאה:

והנה הרמב"ם פסק בחמותי ביציאתה מליאה חוששת ותמה השעה"מ דאמאי לא אזלינן בתר רובא דכל היולדת יולדת מחצה זכרים ומחצה נקבות והו"ל זכרים מיעוטא המצוי כמ"ש התוס' לענין מיעוט דנפלים דמש"ה כל שלא שהה שלשים יום חולצת הגם דרוב אינם נפלים מ"מ כיון דהוי מיעוט המצוי חיישינן אך הקשו על מה שפסק הרמב"ם בתרומה דעובר אינו פוסל מטעם דסמיך מיעוטא דמפילות לנקבות הגם דהוי מיעוט המצוי וכתבו בתשובות דהתם מוקמינן העבדים בחזקת היתר לאכילת תרומה אך כתבו כיון דקודם היו אוכלין בשביל האב והאב כבר מת וא"כ אזיל ליה חזקה ראשונה דהא בשביל האב בודאי שוב אינם יכולים לאכול וקברו מוכיח עליו רק דהיום הדין דנתחדש להם היתר דאוכלין בשביל בנים שהניח והרי הי' מעוברת לפנינו שיש לו ג"כ חלק בעבדים והוא פוסל ואינו מאכיל ואין לנו לדין חזקה ראשונה שהיה קודם שמת עכשיו לאחר שמת. והנה יש לומר דאי רשות יורש לאו כרשות לוקח וחשוב כאלו הוא ברשות האב א"כ אכתי יש לומר דהתם אוכלין משום דמוקמינן העבדים בחזקת היתר הגם דמקודם הי' אוכלין בשביל האב והאב כבר מת מ"מ לא אזיל ליה חזקה ראשונה דכיון דחשוב חדא רשות אכתי דבשלמא אי כרשות לוקח אז ל"ש להעמיד בחזקת הראשונה דמעיקרא היו אוכלין בשביל האב וזה כבר אזיל דהי' חשוב רשות אחרת משא"כ אי לאו כרשות לוקח הוא אכתי איכא חזקה ראשונה ואיכא חזקה בהדי רוב ולכ"ע ל"ח למיעוט:

ובזה ניחא קושית תוס' בב"ת דף קמ"ג דמקשו התם בסוגי' למ"ד דמזכה לעובר קנה והיינו ר"ש מהא דאיתא בנדה דף מ"ד דבן יום אחד נוחל ומנחיל בן יום אחד דוקא אבל עובר לא ומשני נוחל בנכסי האם להנחיל לאחין מן האב ודוקא בן יום אחד אבל עובר לא דהוא מיירי ברישא וכו' והשתא מה היה סברת המקשה דע"כ צריך לומר כדמשני ר"ש דאל"ה תקשה אי בעי מיניה לירות אי בעי מאבי' לירות כדמקשה בנדה:

וע"כ נראה דהנה בתוס' נדה ד' הנ"ל הקשו דאמאי לא מקשה שם מרישא דמתני' דקתני דבן יום אחד פוסל אבל עובר לא ותירצו דסבר ר"ש דלרבנן דר"י נמי עובר אית ליה זכיה וטעמא דעובר אינו פוסל משום סמוך מיעוטא דמפילות למחצה דנקבות והוי ליה זכרי' מיעוטא ול"ח למיעוט ודוקא ביש לו בנים משאינה גרושה דאי אין לו בנים פוסל עובר גם לרבנן דאית ליה זכיה דאפי' אי יהי' נקבה הרי הן שלה וע"ש וצריכין לומר דסובר דרשות יורש לאו כרשות לוקח דאל"כ כיון דזכרים הוי מיעוט המצוי אמאי ל"ח למיעוט וע"כ דלאו כרשות לוקח ואיכא חזקת היתר הראשונה שהיו אוכלין בחיי האב וחזקה ורוב לכ"ע ל"ח למיעוט:

ולפ"ז לא קשה קושית תוס' דהא לכאורה קשה לשיטת הרמב"ם דסובר דיאוש ושר"ש דקונה מ"מ צריך הלוקח להחזיר הדמים דכיון דיאוש לחוד לא קנה א"כ באיסורא אתי לידו וסובר המקנה דאי הלוקח מכר לאחר אז הלוקח שני לא צריך להחזיר הדמים דכיון דכבר קני הלוקח הראשון ביאוש ושר"ש א"כ בהיתרא אתי ליד לוקח שני וא"כ קשה אמאי צריך ר"ש לומר דנוחל בנכסי האם וכו' הא נ"מ היכי דמה שירשו היא גזילה לאחר יאוש וא"כ נ"מ שפיר בזה דבן יום אחד הוא יורש דאי ירתי מכח האב צריכין להחזיר הדמים דל"ח רק לוקח ראשון צריכין עכ"פ הדמים להחזיר משא"כ השתא דבן יום אחד נוחל נמצא דהן ירתי מכחו וחשוב לוקח שני ואפי' דמים א"צ להחזיר אך ר"ש דסובר דעובר אית ליה זכיה וע"כ הא דעובר אינו פוסל משום דל"ח למיעוט והגם דמיעוט המצוי הוא וע"כ משום דאיכא חזקתו הראשונה א"כ סובר דרשות יורש לאו כרשות לוקח וליכא שר"ש כלל וצריכין להחזיר הגזילה גופה וא"כ המקשין דהיה סובר דעובר לית ליה זכי' וא"כ יש לומר דזה הטעם דעובר אינו פוסל משום דלית ליה זכיה ולעולם דיש לחוש למיעוט דזכרים משום דהוי מיעוט המצוי ול"ש לאוקמא על חזקתו ראשונה משום דרשות יורש כרשות לוקח וממילא אי כרשות לוקח ל"צ לומר דנוחל בנכסי מאם רק דנ"מ לענין גזל דאי ירתי מאביהן אז צריכין להחזיר הדמים משא"כ אי בן יום אחד חשוב יורש דמי ללוקח שני ויש לומר דנוחל בנכסי אב רק ר"ש דסובר דעובר יש לו

זכיה וע"כ הא דאינו פוסל משום דל"ח למיעוט א"כ ע"כ סובר דלאו כרשות לוקח וליכא נפקותא זו לענין גזל וע"כ צריך לתרץ דנוחל בנכסי האם וכו':

ועיין בתוס' יבמות דף ל"ה ד"ה ונמצאת מעוברת דכתבו דע"כ איירי בחולץ תוך ג' חדשים דומיא דסיפא דהכונס את יבמתו דאיירי תוך ג' דאי לאחר ג' אמאי חייב קרבן כיון דרוב נשים עוברות ניכר לשליש ימיו וזו הואיל ולא הוכר אונס הוא ועי' לקמן ד' נ"ח דפריך דכוותיה גבי שומרת יבם שבא עלי' יבם בבית חמיה שומרת יבם קרית לה אשתו מעלי' הוא דהא אמר רב דקנה לכל וקשה דילמא איירי שבא לאחר ג' חדשים ונמצאת מעוברת והפילה דכיון דביאת מעוברת לא חשוב ביאה לא קני לה בהך ביאה ומ"מ חשוב מנוקה מעון כיון דחשוב אונס דהא מה"ט ליכא חיוב קרבן ודוקא שוגג משמע מתוס' שם דחשוב אינו מנוקה מעון וע"ש דהקשה ונוקמי בשוגג דבעת שבא עלי' לא ידע דנסתרה וכתבו דגם זה חשוב אינו מנוקה מעון והטעם דהא בשוגג צריך כפרה דהא חייב בקרבן רק באיסור דרבנן בשוגג ל"צ כפרה ועי' במרי"ט ובזה יש לומר הא דמשני שבא עלי' ארוס בבית אבי' והקשה לשיטת הרמב"ם חשוב זה אינו מנוקה מעון אך יש לומר בשוגג דחשוב מנוקה מעון דכיון דחזינן דל"צ כפרה. ובזה יש לומר הא דהקשו התוס' ביבמות ד' ל"ו ד"ה ולא קתני יפריש והא דתנן בסוטה גבי מעוברת חבירו דיכול הוא להפרישה ולהחזירה אחר זמן וקשה הא בעינן גט ולא סגי בהפרשה אך דהא הראב"ד הקשה דאמאי לרבנן משקה הא אינו מנוקה מעון וע"כ דאיירי בשוגג דבאיסור דרבנן בשוגג חשוב מנוקה מעון ובשוגג לא בעינן גט רק סגי בהפרשה ועי' בתה"ד וברא"ש דכתובות ובמש"ל ודוק:

נוגע בעדות

עיין בסוגיא דפרה וטלית בב"ת פ' חז"ה דסובר שמואל דהמוכר שדה לחבירו שלא באחריות דאין מעיד לו עליו משום שמעמידה בפני בע"ח ופריך אי דאית לי' נכסים לא מצי הבע"ח ליטרוף מלוקח ואי דלית ליה מה נ"מ ומשני משום שלא יהיה לוה רשע וכו' ובתוס' שם הקשו דהגם דלית ליה הוא נוגע משום שמא יתעשר וכתבו דמשום זה לא פסלינן לעדות דהשתא אין מרויח מידי ועי' בחמ"ש ס' ל"ז דהביא המחבר זה הדין דמשום דשמא יתעשר לא חשוב נוגע בעדות והמפרשים הקשו על הא דפריך בסוגיא וסיפא נמי אמאי רשאי להעיד משום דמהני יאוש ושר"ש מ"מ מדמי מי מייאש ומשני דאיירי במת גזלן וקשה לוקמא דמוכר אין לו לשלם השתא ואינו נוגע השתא ולשמא יתעשר לא חשוב נוגע ועי' בחמ"ש ס' ע"ז דפסק המחבר ראובן שתבע לשנים שלוו ממנו וכפר אחד והודה אחד אין עדותו מחייב את חבירו ועי' בש"ך דהקשה דאם יש לאחד

שהודה ממה לשלם יגבה הכל ממנו ובלית ליה לא חשוב נוגע דהא משום שמא יתעשר ל"ח נוגע וע"ש:

ונראה דלקמן דמלוה מעיד ללוה והוא דאית ליה ארעא אחריתי והקשה בש"מ דמ"מ נוגע בעדות דירא המלוה שמא יש בע"ח מוקדם ולא יהיה לו ממה לגבות חובו כמו דחיישינן לעיל במוכר שדה לחבירו שלא באחריות דמעמידה בפני בע"ח. ותירץ דוקא היכי דאי חיישינן לבע"ח יהיה ודאי נוגע אז חיישינן מספק לבע"ח. אבל היכי דאפי' אי חיישינן לבע"ח אכתי לא הוי ודאי נוגע דסובר המלוה דשמא יפרע לו הלוה מכיסו וכיון דאפי' אי חיישינן לבע"ח לא יהי' ודאי נוגע וע"כ לא חיישינן לבע"ח כלל וע"ש:

ולפ"ז יש לומר דעיקר הטעם דל"ח נוגע משום שמא יתעשר דכיון דלא ידעינן כלל מבע"ח רק חששא בעלמא וע"כ כיון דאפי' אי חיישינן לבע"ח לא יהי' ודאי נוגע רק משום שמא יתעשר וע"כ לא חיישינן לבע"ח כלל דבשלמא לפי מה דמסיק משום לוה רשע וא"כ הוא ודאי נוגע וע"כ חיישינן לבע"ח מספק משא"כ לחששא משום שמא יתעשר דכיון דלא הוי ודאי נוגע ל"ח לבע"ח כלל משא"כ ההיא דס' ע"ז דידעינן מבע"ח וליכא רק ספק אחד דנוגע שמא יתעשר חשוב נוגע גם משום שמא יתעשר וניחא הא דפריך מדמי מי מייאש משום דהתם אפי' אין לו לשלם חשוב נוגע שמא יתעשר דליכא רק ספק אחד והכא עיקר הטעם דכיון דלא ידעינן מבע"ח ואפי' אתה אומר דיש לו בע"ח צריכין לומר שמא יתעשר וע"כ נ"ח לבע"ח כלל משא"כ התם:

והנה אי חשוב נוגע משום תערומות עי' בתוס' שם דהקשה על שמואל דאמר מפני שמעמידה ות"ל דהוא נוגע משום תערומות ושמא מש"ה אין לפוסלו וכתבו עוד דמיירי במכיר שהוא שלו דליכא משום תרומות ועי' בש"ך שם דהקשה דמשמע לתירוץ זה חשוב נוגע משום תערומות וקשה הא בגמ' מקשה דאמאי בפרה וטלית מעיד הא אמר ר"פ נמצאת אינו שלו חוזר עליו ומשני במכיר בה ות"ל דבלא"ה ע"כ אייריי במכיר בה דאל"ה הוא נוגע משום תערומות וא"כ מה ס"ד דמקשין דפריך דחוזר עליו כיון דע"כ אייריי במכיר אלא ודאי דלא נפסל משום תערומות. ונראה דהנה יש לומר דאפי' משום שמא יתעשר לא פסלינן לעדות מ"מ משום תפיסה דכיון דבקל יכול לתפוס חשוב נוגע ועי' בכ"מ דסובר דעדים מחוייבין לשלם בהזמה היכי דע"י עדותן היה מהני תפיסה משום דבקל היה יכול לתפוס. וא"כ פשיטא דחשוב נוגע. והנה הרמב"ן הקשה דאמאי בפרה וטלית מעיד נהי דאייריי שלא באחריות מ"מ הא המערער מחויב ליתן הדמים להלוקח מה שנתן למוכר משום תקה"ש ואח"כ יחזרו עליו וע"כ הוא נוגע ותירץ דמיירי דמערער לא אמר שמוכר שמכרה לו גזל ממנו רק דקנה מגזלן וא"כ לא יחזור עליו

והקשה דא"כ מה פריך והא נמצאת אינו שלו חוזר הא הלוקח לא יחזור עליו דהא המערער מחויב להחזיר לו הדמים משום תקה"ש. ונראה לפי מה דאייתי בחמ"ש ס' ש"מ דהיכי דבא החפץ הנמכר ליד הבעלים אז אין צריכין עוד לשלם להלוקח משום תקה"ש ולפ"ז יש לומר דקושית הגמ' היא דנוגע דשמא הבעלים יתפסו מהלוקח ואז ליכא משום תקה"ש ויחזור הלוקח עליו דנמצאת אינו שלו חוזר עליו וע"ז משני דמיירי במכיר בה וע"כ לא קשה דבלא"ה הוא נוגע משום תערומות לס"ד דלא איירי במכיר בה דהא באמת מחויב להחזיר הדמים להלוקח משום תקה"ש אך עיקר מה שנוגע דירא דיתפוס מיד הלוקח ואז ליכא תקה"ש וא"כ הוא אפסיד אנפשיה דהיה לו ליזהר שלא יתפוס ממנו ואז היה מחויב להחזיר הדמים משום תקה"ש וע"כ ליכא משום תערומות: **ובזה** ניחא התוס' שם דכתבו על מילתא דשמואל וכש"כ באחריות דאינו מעיד. והקשו הא ע"כ איירי במכיר דאל"ה הוי נוגע משום תערומות וא"כ אפי' באחריות לא יחזור עליו ונראה דהא בתומים הקשה מה משני הגמ' דמיירי במכיר דמ"מ הוי נוגע דשמא חייב הלוקח לאדם אחד ואין לו ממה לשלם וע"כ נוגע דירא דבע"ח של הלוקח יחזור עליו הגם דמכיר בה שהוא שלו דבמקום דחב לאחרים לא מהני שהודה שהוא שלו וע"כ נראה לפי השמ"ק הנ"ל לא חיישינן לבע"ח רק במקום דיהיה ודאי נוגע אי חיישינן לבע"ח וא"כ הכא דבאמת המערער צריך להחזיר הדמים להלוקח משום תקה"ש רק דקושית הגמ' דנוגע משום תפיסה דאז ליכא תקה"ש וא"כ אפי' אי חיישינן לבע"ח לא הוי ודאי נוגע דהא הבע"ח לא יחזור עליו דיש לו ממה לגבות מהדמים שמחוייב להחזיר משום תקה"ש רק אי יתפוס הוי נוגע ואז ממילא לא חיישינן לבע"ח כלל ומשני שפיר דמיירי במכיר וזה תינח במטלטלין דאיכא משום תקה"ש משא"כ בקרקע דליכא תקה"ש וא"כ אי חיישינן לבע"ח יהי' ודאי נוגע וממילא חיישינן וא"כ לא מהני מכיר דשמא חייב הלוקח לאדם אחד ובמקום דחב בהודאתו לא מהני מה שמודה. דמכיר שהוא שלו וע"כ כתבו שפיר וכש"כ באחריות. ובזה ניחא קושית התומים דלפי מה דמשני דמיירי במת גזלן א"כ בלא"ה לא קשה מ"ש רישא ומ"ש סיפא דיש לומר דבמטלטלין מעיד דמה מרויח דאי יטרוף מלוקח צריך להחזיר הדמים משום תקה"ש ואין לו על מי לחזור על הדמים כיון דמת גזלן משא"כ בקרקע ליכא תקה"ש אך אכתי נוגע דאי יתפוס ל"צ להחזיר הדמים וזה בקל לתפוס וחשוב נוגע משום תפיסה:

ועי' שם בסוגיא דפריך וכיון דאסהיד דהשדה הוא של לוי היכי מצי מפיק לה מיניה וא"כ אינו נוגע בעדות ועי' בט"ז ס' הנ"ל דהקשה דאמאי לא יוכל להוציא השדה אח"כ מיד לוי הא יכול ליתן אמתלא דלא אמר כן רק לדחות המערער דהא איתא ברא"ש בכתובות

דבאומר שטר אמנה במקום שחב לאחרים דקיי"ל דאינו נאמן אם אח"כ פרע לבע"ח שלו ובא לתבוע מהלוה ואומר דלא אמר דאמנה הוא רק כדי לדחות הבע"ח דמהני אמתלא זו וא"כ ה"ה הכא יכול לומר דלא הודה דהוא של לוי רק לדחות המערער ול"ח הודאה כלל דהוא של לוי. והנה לפי מה שנראה מהפוסקים דבהודה לפני ב"ד לא מהני שום אמתלא ועי' בט"ז סי' קפ"ה דסובר דאמתלא לא מהני בהודה לפני רבים. ולפ"ז ה"ה בפני ב"ד ובפרט לפי מה דקיי"ל בחמ"ש סי' פ"א דבהודה לפני ב"ד אז לא יכול לומר אח"כ דהודה משום שלא להשביע הגם דחשוב אמתלא וא"כ הכא כיון דאסהיד בפני ב"ד לא מהני אמתלא ובט"ז כתב דכיון דהשטר בידו הדבר מוכיח דלא פרע וע"כ יכול ליתן אמתלא דלא אמר כן רק לדחות הבע"ח שלו משא"כ הכא דליכא שום הוכחה לזה וע"כ לא מהני אמתלא זו וע"ש. ובזה ניחא קושית תומים דמה פריך וכיון דאסהיד דהוא של לוי היכי מצי מפיק דילמא מעמידה בפני בע"ח ולנגד בע"ח לא מהני הודאה שלו דהוא של לוי. אך לפי מה דסוברים דוקא אמנה אינו נאמן במקום שחב לאחרים דכיון דאינו עומד לכך אבל פרוע נאמן אפי' במקום שחב לאחרים א"כ חזינן דהיכי דהדבר עומד לכך נאמן אפי' במקום שחב לאחרים ואפי' להסוברים דגם פרוע אינו נאמן בחב לאחרים היינו משום דגם פרוע אינו עומד ליפרע כיון דהשטר בידו ועכ"פ חזינן דהיכי דעומד לכך נאמן אפי' בחב לאחרים וא"כ הכא דכיון דע"כ עומד לכך דאל"ה היה מועיל אמתלא הנ"ל דלא אמר רק לדחות המערער וע"כ הגם דחב לאחרים נאמן:

ועי' בחמ"ש סי' פ"א דפסק המחבר דתבעו בחפץ פלוני והשיב אינו שלך אלא של פלוני אפי' אי אומר כן בפני ב"ד אינו הודאה להוציא מידי אותו פלוני ועי' בסמ"ע שם דכיון שלא היה צריך להשיב רק שאינו שלך ולא היה צריך לומר דשל פלוני. והרבות דברים שיחה בעלמא הם וע"ש. וקשה מכאן דלא היה צריך לומר דהוא של לוי רק שאינו של המערער וא"כ מה שאמר דהוא של לוי לא חשוב הודאה רק שיחה בעלמא דהא היה סגי שיאמר ידענא דארעא לאו דיהודה וא"כ ל"ח הודאה:

ועי' שם בסוגיא דמסיק ר"ש דמש"ה בקרקע אינו מעיד משום דהדרי ליה ועי' ברשב"ם דפי' וז"ל דאין יאוש ושר"ש מהני בקרקע דקרקע אינה נגזלת ועי' בתוס' שם וכגון שמכר שלא באחריות ונראה דפי' כן משום דאי באחריות הוי שמעון נוגע דהגם דהוי יאוש ושר"ש מפיק לה שמעון מלוי כיון דאין שום הפסד שיחזור על ראובן וע"ש דהקשה דהא איתא דיאוש מהני דקרקע הגם שאינה נגזלת וכן גבי עבד מהני יאוש. ונראה דהא ר"פ סובר דאפי' שלא באחריות נמצאת אינו שלו חוזר עליו ופי' הרשב"ם הטעם משום דבשלמא היכי דטריף בע"ח דכיון דאינו טריף רק השבח ולא הפירות וע"כ אמרינן דזבין

ארעא ליומא אבל היכא דנגזל טריף דכיון דנוטל גם הפירות לא חשוב מכירה כלל וע"כ חוזר עליו אפי' שלא באחריות ועי' בס' שער המשפט דכתב דזה דוקא בקרקע אבל במטלטלין דקיי"ל דאם גזל מטלטלין ועשה בהם מלאכה ונהנה דפטור מלשלם ואינו משלם רק כשעת הגזילה דכיון דמטלטלין נגזלין א"כ בדין קא עביד מלאכה משא"כ קרקע דאינה נגזלת וברשות הנגזל קיימו וע"כ במטלטלין אין חילוק בין הבע"ח טריף או הנגזל אפי' לר"פ דהא אפי' הנגזל טריף אין לו הפירות והא דפריך והא אמר ר"פ נמצאת אינו שלו חוזר קושית הגמ' לא היה על מטלטלין דאמאי מעיד רק על קרקע דלמאי צריכין לומר שמעמידה בפני בע"ח דת"ל דנוגע דחוזר עליו ולפ"ז יש לומר דגם הרשב"ם סובר דמהני יאוש בקרקע והא דכתב דאינה נגזלת רק לפי מה דסובר דבאחריות לא חשוב שר"ש הגם דהי' יאוש הדרי ליה כיון דאין לו הפסד וא"כ בקרקע דאינה נגזלת א"כ מחוייב להחזיר גם הפירות בנמצאת אינו שלו וממילא חוזר עליו אפי' שלא באחריות דל"ח מכירה כלל וע"כ לא מהני היאוש ושר"ש כיון דאין לו הפסד דחוזר עליו אפי' שלא באחריות משום דל"ח מכירה כלל דכיון דאינה נגזלת מחוייב להחזיר הכל משא"כ מטלטלין דנגזלת ולא יחזיר הפירות וא"כ שלא באחריות אינו חוזר עליו וע"כ מהני היאוש ושר"ש אבל בעלמא מודה הרשב"ם דמהני יאוש בקרקע הגם דאינה נגזלת. רק הכא כיון דאינה נגזלת היינו דמחוייב לחזור הכל וא"כ יחזור עליו אפי' שלא באחריות ואין לו הפסד משא"כ היכי דסגי יאוש לחוד ולא מכר או במתנה דל"ש דיחזור עליו ואין לו הפסד אז אפי' בקרקע מהני יאוש ושר"ש הגם דאינה נגזלת:

ובזה יש לומר הא דפריך הגמ' ב"מ סוגיא דמצא שטר שיחרור בשוק דבזמן שהרב מודה יחזיר לעבד ופריך וליחוש שמא כתב בניסן ולא נתן עד תשרי ואזיל העבד וקנה נכסים ואזיל הרב ומכר ומפיק העבד שלא כדין והקשה דאמאי לא חיישינן דהעבד גופא מכר לאחר בין ניסן לתשרי ועי' בשמ"ק אך לפי מה דאיתא בתוס' דהתם חיישינן משום לקוחות שלא באחריות דאל"כ מה ירויח דיחזור עליו אך קשה הא ר"פ סובר דנמצאת אינו שלו חוזר אפי' שלא באחריות וצריכין לומר דחששא הוא על מטלטלין דגם מטלטלין מיקרי נכסים משא"כ על העבד גופא דמה מרויח דיחזור אפי' שלא באחריות דחשוב קרקע:

אך קשה לי לפי מה דסובר הרא"ש ב"מ דבאפותיקי נוטל גם הפירות וא"כ יהיה הדין דאפי' שלא באחריות ובא בע"ח וטריף באפותיקי דחוזר עליו דדמי לנמצאת אינו שלו וא"כ תקשה הא דאמר אביי ראובן שמכר שדה לשמעון ואתא בע"ח וקא טריף דינא הוא דאזיל ראובן ומשתעי דינא ואיכא דאמרי אפי' שלא באחריות נמי ועי' ב"ק דף י'

והקשו בתוס' דמאי נ"מ בזה דמשתעי ראובן הא טענינן ללוקח ועי' בראש"ש דכתב דנ"מ באפותיקי דראובן יכול לסלק לבע"ח משא"כ הלוקח וקשה דא"כ אפי' שלא באחריות חוזר עליו דחשוב נמצאת אינו שלו דכיון דנוטל גם הפירות:

וגם קשה על הא דאיתא בסוגיא דבמטלטלין ל"ש דמעמידה בפני בע"ח ולא מיבעי' בסתמא דלא משתעבדי ליה אלא אפי' באפותיקי נמי לא ומשמע הא אי משתעבדין ליה חיישינן דמעמידה בפני בע"ח אפותיקי וקשה דמה מרויח דהא יחזור עליו הגם דהי' שלא באחריות דחשוב כמו נמצאת אינו שלו באפותיקי וראיה לדברי שער המשפט דבמטלטלין אפי' אינו שלו אינו חוזר שלא באחריות:

ועיין בש"ך סי' ל"ז דכתב דבנזקין ל"ש דנוגע משום שלא יהא לוה רשע ולא ישלם כיון דלא לוה עמנו אינו רשע בזה שאינו משלם ובתומים השיג על זה ולפי הש"ך ניחא מה שהקשה בראש"ש על הסוברים דבע"ח גובה מראוי דהא בירושלמי איתא מיטב כרמו ישלם פרט לראוי עיין בראש"ש בבכורות אך לפי מה שכתבו דמש"ה בע"ח גובה מראוי משום מצוה על היתומין לפרוע חובת אביהן ועי' במש"ל ועיקר הא דמצוה לפרוע הוא משום כיבוד אב שלא יהי' לוה רשע ולא ישלם וא"כ בנזקין ל"ש זה וע"כ התם אינו גובה מראוי משא"כ בעלמא ועי' ברמב"ן דפי' הא דנוגע משום לוה רשע הגם דאי יעיד שקר הוא רשע וכתב דעדות שקר הוא דבר שאינו מפורסם לכל ומי יודע שהעיד שקר ולכך אינו חושש משא"כ כשאינו משלם לבע"ח ויהי' לוה רשע מפורסם בעיני הבריות ומתבייש בדבר וזה הכוונה הא דאמר אישתמוטי משתמיט ועי' בשמ"ק הא יכול לומר האמת דחייב רק דאין לו לשלם אך אז יהיה לוה רשע בפני הבריות משא"כ בזה שכפר לא נודע לכל אי משקר וא"כ בניזקין דליכא משום לוה רשע ל"ש אישתמוטי משתמיט וממילא ליכא שבועה משום מיגו דחשיד וכו' וניחא קושית תוס' ב"ק דהא מודה בנזק הפרה ועל הולד לא ידע וחשוב חמשין ידענא וכו' אך בניזקין ליכא שבועה:

וע"ש בסוגיא דבני העיר שנגנבו להם ספר תורה דאין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראיה מאנשי העיר ואמאי וליסלקו בי תרי ולידיינו וכו' ותמהו המפרשים דאמאי לא פריך על עדים דלסתלקו תרי ויעידו גם תמהו דאמאי קאמר לסתלקו תרי ולידיינו הא בעינן לכתחלה שלשה נהי דשמואל ס"ל דשנים שדנו דיניהם דין אבל לכתחלה בעינן שלשה. ונראה דהנה בעדות אמרינן דעדות שבטלה מקצתה בטל הכל ועי' בראש"ש במכות ובדיינים הוכיחו דלא דמי לעדות מהא דאיתא ברישׁ סנהדרין למ"ד דבר תורה חד כשר והא דבעינן שלשה משום יושבי קרנות ופריך בתלתא נמי ומשני דאי אפשר דלית בהו חד דגמיר וקשה מה בכך דאיכא חד דגמיר הא חשוב נמצא אחד פסול דמאן

דלא גמיר פסול לדון אלא ודאי דבדיינים לא אמרינן כן ושם אמרינן דלמ"ד חד כשר אז שנים שדנו דיניהם דין:

והנה הירושלמי סובר דבקנס לא מהני מחילה א"כ בגניבה הא איכא כפל ולא מהני הסילוק נגד הכפל ולא יוכלו לחייבו כפל דנוגעין וא"כ בטל כל העדות גם על הקרן וע"כ לא פריך רק מדיינים דלא אמרינן דבטל הכל וזה שמעינן דאי שנים שדנו דיניהם דין משום דמהתורה חד כשר והא דבעינן שלשה משום יושבי קרנות אלמא דלא בטל כל הדיינים וע"כ קאמר לסלקו תרי ולדיינו ודוק:

אות ס

יבואר ספק טומאה ברה"י אי מהני ס"ס:

עיין בס' גינת וורדים כלל ח' דהביא שם שני טעמים הא דאזלינן בתר ס"ס דרשב"א בתשובה ס' ת"א כתב דס"ס חשוב כמו רובא דיש שני צדדים להיתר וצד אחד לאיסור טעם השני לשיטת הרמב"ם דסובר דכל ספיקות מהתורה שרי ורק מדרבנן לחומרא נמצא ע"י הספק ראשון דמהתורה שרי לא נשאר רק איסור דרבנן א"כ הספק השני חשוב ספק דרבנן ולקולא ונ"מ דלטעמא דרשב"א אז אפי' בס' כרת מהני ס"ס דחשוב רוב משא"כ לטעמא של הרמב"ם לא מהני ס"ס דהא בספק כרת מודה הרמב"ם דספק אסור מהתורה או באיתחזק איסורא דאז מודה הרמב"ם דספק אסור מהתורה וממילא לא מועיל ס"ס משא"כ לטעמא דרשב"א מהני דכיון דס"ס הוא משום רוב רובא וחזקה רובא עדיף גם נ"מ היכא דאיכא ס"ס להחמיר לטעמא דרשב"א אזלינן בתר ס"ס להחמיר וחשוב ודאי איסור משא"כ לשיטת הרמב"ם משום דספק שרי מהתורה וס' שני חשוב ספק דרבנן ולקולא להחמיר ל"ש זאת וע"ש דכתב דבזה יש לומר מה דמחולק ר"א וחכמים פ' ד' משנה י' דטהרות כל ספק וס"ס ברשות הרבים טהור ברה"י טמא ר' אלעזר אומר ספק ביאה טהור ועי' תוס' ב"ב ד' נ"ה דפליגי בס"ס והיינו דרבנן סוברים דטעמא דס"ס משום דספק דאורייתא מהתורה מותר וכל זה בשאר איסורין משא"כ בס' טומאה דספק אסור מהתורה לכ"ע דהלכתא גמירי מסוטה וע"כ לא מהני ס"ס בספק טומאה ברשות היחיד משא"כ ר"א לשיטתו דסובר בכריתות דלא בעינן באש"ת חתיכה משני חתיכות הגם דלא איתחזק מחויב אש"ת וא"כ לדידי' ע"כ ספק אסור מהתורה וע"כ דטעמא דס"ס הוא משום רוב וע"כ גם בספק טומאה ברה"י מהני ס"ס דהא רובא מהני גם בס' טומאה ברה"י ומש"ה מטהר ר"א וע"ש:

ובזה יש לומר הא דפירש"י בריש כתובות דהא דתקנו דבתולה נשאת ביום ד' שאם היה לו טענת בתולים ישכים לב"ד ופירש"י דיתברר הדבר דיביאו עדים והיינו דהיה קשה לרש"י דמאי בכך דיבא לב"ד הא איכא ס"ס שמא אינו תחתיו ושמא באונס ועיין בתוס'. וע"כ כתבו דיתברר ע"י העדים. והקשו בתוס' דא"כ מאי מייתי אביי ראיה ממתני' דאומר פ"פ מצאתי דנאמן לעולם דאינו נאמן רק דנ"מ דיתברר ע"י עדים. וע"כ נראה דהנה בשמ"ק הקשה דמאי פריך הגמ' דס"ס הא ספק טומאה ברה"י לא ילפינן רק מסוטה וא"כ כיון דס' טומאה ברה"י לא מהני ס"ס ה"ה ספק סוטה. וע"כ דקושית הגמ' למ"ד דעל חתיכה אחת חייב אש"ת וע"כ דסובר דס' מהתורה וס"ס ע"כ הוא מטעם רוב וממילא מהני ס"ס הן בס' טומאה ברה"י והן בסוטה:

ולפ"ז לפי מה דאיתא בס' ש"ש דאביי סובר דס' מהתורה שרי ורבא פליג בזה יע"ש וא"כ לאביי יש לומר דהתקנה לא היה משום שיתברר ע"י עדים משום דזנות בעדים ל"ש ואין לומר דא"כ הוי ס"ס דלאביי ע"כ ס"ס משום דס' מותר מהתורה וממילא מהני ס"ס הן בס' טומאה ברה"י והן בסוטה וכיון דלא היה התקנה דיבואו עדים שפיר מייתי אביי ראיה דנאמן לומר פ"פ. ובזה ניחא הרי"ף דהקשה על הא דמשני הגמ' דאיירי בא"כ או בפחות משלשה שנים דאכתי איכא ס"ס דהא איכא עוד ס' דמכ"ע ותירץ דמכ"ע פתחו סתום ועיין בר"ן דהקשה דא"כ תקשה לפי מה דדחי הגמ' לא דטעין טענת דמים הא איכא ס"ס דמכ"ע וע"ש אך על אביי לשיטתו לא מהני בספק סוטה ס"ס:

ועיקר נראה לי לתרץ שיטת רש"י דשפיר מייתי אביי ראיה לפי מה דאיתא במכות דף ז' בבועל את הערוה היכי הוי עבדי אביי ורבא דאמרי תרווייהו ראיתם כמכחול בשפופרת ורבנן כשמואל דאמר מנאפים עד שיראו כדרך מנאפים ובהכי סגי לה והיינו מצד חזקה דכיון דראו כדרך מנאפים בודאי בעל ועי' ברא"ש יבמות פ' שני מה שהביא בשם בה"ג לאוסרה על בעלה לא סגי כדרך מנאפין אך לא קיי"ל כן דחזקה דודאי בעל והנה עיקר הטעם של רש"י דכתב דיתברר ע"י העדים והגם כי אמר לפני ב"ד דפ"פ מצאתי מותרת לו ע"פ הדין משום ס"ס ולמאי תקנו שתנשא ביום ד' כדי שיתברר ע"י עדים אך כיון דאיכא לברורי דיבואו עדים ויעידו אי היה ברצון או תחתיו וע"כ לא סמכינן על ס"ס ועשו תקצה שמא יתברר ע"י עדים ועיין בתשובות ולפ"ז שפיר מייתי אביי ראיה דנאמן לומר פ"פ וא"כ ידעינן ע"י דיבורו דהיתה בעולה רק דאיכא מ"מ ס"ס וע"ז יתברר הדבר ע"י עדים משא"כ אי אינו נאמן לומר פ"פ וא"כ ספק איכא אי הי' בתולה ל"ש לומר דעשו תקנה דיתברר ע"י עדים דכיון דע"י עדים ג"כ לא ידעינן בברור דהי' בעולה רק דצריכין לסמוך על החזקה דכיון דראו כדרך מנאפין בודאי בעל א"כ לא הוי בירור גמור דכיון

דע"כ צריכין לסמוך על חזקה וממילא ל"צ בירור כלל דהא אפי' כי אמת דפ"פ מצא איכא ס"ס ושרי ליה אך מטעם בירור נעשה תקנה ולא חשוב בירור אלא ודאי דנאמן לומר פ"פ וידעינן דזינתה רק ס"ס שמא באונס ושמא א"ת ע"ז עשו תקנה שתנשא ביום ד' ויתברר הדבר ע"י עדים:

ובאמת נראה לי על קושית שמ"ק הנ"ל לפי מה דאיתא בתשובות ת"ר על הא דכתבו בתוס' ב"ב דיי"נ הוי כמו טהרות דלא מהני ס"ס והגם גם בס' טומאה ברה"י בדבר שאין בו דעת לישאל טהור וכאן החשש נגיעה חשוב אין בו דעת לישאל כמו בקטן דכל שאין נאמן מיקרי אין בו דעת לישאל ובסוטה שאני דחשוב יש בו דעת לישאל דכיון דנאמנות היכי דאיכא רגלים לדבר דכיון דנתיחדה לכ"ע נאמנת אפי' להסוברים דגם ברגלים לדבר אינה נאמנת לומר דטמאה אני לך מ"מ בנתיחדה לכ"ע נאמנת וע"ש ועכ"פ אמרינן דהיכי דאינו נאמן דמי לאין בו דעת לישאל ולפ"ז בשלמא בסוטה דס' הוא אי נבעלה אי לא ע"ז איכא רגלים לדבר ע"י היחוד שהיה ואז נאמנת לומר טמאה אני לך וחשוב דבר שיש בו דעת לישאל משא"כ הכא דאמר פ"פ מצאתי והספק רק אי באונס או א"ת וע"ז ליכא רגלים לדבר וא"כ אפי' אי היא אמרה דהיה תחתיו ברצון אינה נאמנת דע"ז ליכא רגלים לדבר וחיישינן שמא נתנה עיניה באחר וא"כ חשוב אין בו דעת לישאל כיון דאין לה נאמנות וע"כ מהני ס"ס אפי' בסוטה דהגם ברשות היחיד מהני ס"ס באופן זה:

ובזה ניחא הר"ן לקמן בההוא ארוס וארוסתו דאתו לקמי דר"י היא אמרה מיניה והוא אומר אן מינאי אמר ר"י למאי ניחוש לה חדא הא קא מודה ועוד דהא הלכה כר"ג וכו' עד והא נמי כדיעבד דמי ועי' בר"ן דהקשה למאי הוי כדיעבד אי לגבי עובר הוי לכתחלה היא ואי לגבי אשה דיעבד ממש הוא וע"ש והקשה בתשובות ברית אברהם הא היא לא נאסרה כלל דהא איכא ס"ס דשמא מיניה ושמא באונס אך לפי מה דאיתא בתשובות דארוסה נאמנת להפקיע א"ע. ועי' בתוס' רי"ד דהא עיקר הטעם דלא אמרינן דשויא חתיכה דאיסורא כתב בר"ן בנדרים משום דמשועבדת לו משא"כ בארוסה לא חשוב משועבדת וא"כ לא מהני ס"ס דחשוב יש בו דעת לישאל דכיון דנאמנת וא"כ דמי לספק טומאה ברה"י דלא מהני ס"ס ובזה ניחא הא דסובר אבוה דשמואל דאשת ישראל שנאנסה אסורה לבעלה דחיישינן שמא תחלתה באונס וסופו ברצון ופריך הגמ' אלא אונס דשרי רחמנא היכי משכחת לה והקשו לשיטת הרמב"ם דספק שרי מהתורה א"כ מה פריך אונס דשרי רחמנא וכו' הא מהתורה דס' לקולא לא חיישינן שמא סופו ברצון. אך נראה דהא חזינן דספק טומאה ברה"י לכ"ע טמא מהתורה וה"ה ספק סוטה ואין לומר דאין בו דעת לישאל כיון דאין לה נאמנות דליתא דהא מדאורייתא נאמנת לאסור

א"ע עליו וא"כ ספק אסור מהתורה. גם יש לתרץ דברי הר"ן דהא מהראוי לומר היכי דאמרה טמאה אני לך ברצון דמפסדת הכתובה דתהיה נאמנת דקושטא קא אמרה כמו במאיס עלי דנאמנת מה"ט ועי' בתוס' כתובות אך כתבו דמ"מ אינה נאמנת משום דאין אדם משים א"ע רשע ועי' בשעה"מ ור"י הא סובר דאדם משים א"ע רשע ושם קאי הר"ן על ר"י וכיון דנאמנת וחשוב יש בו דעת לישאל וע"כ לא מהני ס"ס.

גם יש לומר לפי מה דאיתא בתשובות בית אפרים דהא דלא מהני ס"ס בספק טומאה ברה"י הוא רק מדרבנן דמה"ת מהני וא"כ לפי מה דסובר הרא"ם דהיכא דאיסור הוא רק מדרבנן לא אמרינן דשויה אנפשיה חתיכה דאיסורא:

ולפ"ז יש לומר דקושית הגמ' והא ס"ס היא היינו דכיון דבאמת לא קים ליה בפ"פ והאיסור רק משום שח"ד וע"ז קשה דהא ס"ס הוא והגם דבס' סוטה לא מהני ס"ס כמו ברה"י הא זה אינו רק מדרבנן וא"כ לא אמרינן דשויה אנפשיה ח"ד כיון דליכא רק איסור דרבנן וזה תינח הכא משא"כ בארוס וארוסתו דחזינן דמעוברת ובספק אי מיניה שפיר לא מהני ס"ס כמו דלא מהני בספק טומאה ברה"י:

ולפ"ז בטענת דמים דהיא טענה מבוררת ואיכא חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה דבשלמא בטענת פ"פ ליכא הך חזקה דלא קים ליה ואיסור רק משום שויה ח"ד משא"כ בטענת דמים וממילא לא מהני ס"ס:

ובזה ניחא דברי הרי"ף דמשני דמש"ה לא חשוב ס"ס דמכ"ע משום, דמכ"ע פתחו סתום והקשה דאכתי תקשה לפי מה דמשני בטענת דמים הא איכא ס"ס דמכ"ע ועי' בר"ן אך יש לומר דבטענת פ"פ דאיסור אינו משום שויה ח"ד. דכיון דטענה מבוררת איכא חזקה דאין אדם טורח בסעודה א"כ לא מהני ס"ס דדמי לספק טומאה ברה"י:

ולפ"ז למסקנא דאפי' על טענת פ"פ איכא הך חזקה דמה"ט נאמן להפסיד הכתובה א"כ אפי' באשת ישראל לא מהני ס"ס. וניחא קושית תוס' דבאשת ישראל דלא נאסרה עליו משום ס"ס א"כ ליכא חזקה דאין אדם טורח וכו' דליתא דהשתא דאמרינן קים ליה והאיסור אינו משום שויה ח"ד לא מהני ס"ס כמו בספק טומאה ברה"י ונאסרה עליו ואיכא הך חזקה:

והנה לפי מה שכתבתי דלמאן דסובר דספק דאורייתא מה"ת לחומרא והיתר דס"ס הוא משום רוב אז גם נגד חזקה מהני ס"ס דרובא וחזקה רובא עדיף בזה לא קשה מה שהקשה בס' ש"ש הסוברים דס"ס נגד חזקה לא אמרינן תקשה הא דאיתא ב"ק דף י"א אמר ר"א שליא שיצאתה מקצתה ביום ראשון ומקצתה ביום שני מונין לה מראשון מאי קמ"ל דאין מקצת שליא בלא ולד ופירש"י דאל"כ הוי ס"ס דשמא אין בו ולד ודילמא לא יצא

רובו תנינא שליא שיצאתה מקצתה אסורה באכילה ואי נימא דס"ס לא מהני נגד חזקת איסור א"כ אין ראיה דאין מקצת בלא ולד והא דאסורה הגם דאיכא ס"ס משום דלא מהני ס"ס לנגד חזקת איסור שאינו זבוח דחייל אפי' קודם שנולד וע"ש אך אליבא דר"א לשיטתו דסובר בכריתות דעל חתיכה אחת חייב אש"ת אז ס' אסור מהתורה וס"ס הוא משום דוב ואז מהני ס"ס נגד חזקת איסור ושפיר הוכיח דע"כ ליכא ס"ס כלל ודו"ק:

יבואר אי אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה

הנה האחרונים כתבו ועיין בתשובות ברית אברהם דזה תליא אם רוב נחשב רק לספק ועי' בשמ"ק אי אמרינן סמוך וכו' משא"כ אי רוב חשוב ודאי כשיטת התוס' אז לא אמרינן סמוך ועיין בפלתי דכתב דבזה פליגי רב ושמואל דרב דסובר דאזלינן בפקוח נפש אחר הרוב ועי' בסוף יומא הוא משום דסובר דרוב חשוב ודאי ושמואל דסובר דלא אזלינן בפ"נ אחר הרוב הוא משום דסובר דרוב נחשב רק ספק וכן הא דסוברים דסמוך מיעוטא לפלגא וחשוב רוב זה אי רוב חשוב רק ספק משא"כ אי רוב חשוב ודאי אז לא אמרינן סמוך מיעוטא לפלגא ולפ"ז לפי מה דאיתא בפ"י דאפי' אי ס"ס מטעם רוב לא מהני נגד חזקה הגם דרוב וחזקה רובא עדיף זה מדאורייתא אך מדרבנן הא סמוך מיעוטא לחזקה וע"ש וא"כ אליבא דרב חשוב ודאי רובא ולא אמרינן סמוך פשיטא דמהני ס"ס נגד חזקה. ובזה ניחא קושית הר"מ בחולין דף ס"ח על הא דפריך הגמ' הא נמי תנינא שליא שיצאתה מקצתה אסורה באכילה וכו' וכתב מהר"מ דילמא הטעם דאסורה שמא יצא רובא ולעולם דראש אינו פוטר בנפלים אך ביצא מקצתה ודאי לא יצא רובו והקשה מהא דפי' רש"י ב"ק דף הנ"ל על הא דשליא דשמא יצא רובו א"כ תקשה מה פריך הגמ' לעולם דראש אינו פוטר והכא חיישינן דיצא רובא אך לפי מה דכתבו דאי ראש אינו פוטר וכו' רק דחששא שמא יצא רובו א"כ אז איכא ס"ס להתיר דשמא יצא רק מקצתה ושמא מחצה על מחצה וכעין זה איתא בתוס' חולין ובעירובין על הפלוגתא דמחצה על מחצה כרוב אך כתבו דחשוב ס"ס נגד חזקת איסור דאינו זבוח וניחא דברי רש"י דלדידן דרוב חשוב ספק ואמרינן סמוך וא"כ לא מהני ס"ס נגד חזקה שפיר פירש"י דחיישינן דשמא יצא רובו וראש אינו פוטר והגם דאיכא ס"ס לא מהני משא"כ הסוגיא דקאי לרב ולדידי' מהני ס"ס נגד חזקה הוכיח שפיר דראש פוטר בנפלים דאין לומר שמא יצא רובו דא"כ איכא ס"ס שמא מקצתה ושמא מחצה דלרב לא אמרינן סמוך אלא ודאי דראש פוטר:

גם יש לומר דבאמת לא שכיח דבמקצתה שיצאתה יצא רוב אך אמרינן סמוך מיעוטא לחזקת איסור שאינה זבוח וזה לדידן דאמרינן סמוך משא"כ לרב וע"כ דראש פוטר.

וניחא בזה קושית תוס' שם דאמאי לא מקשה על שמואל דסובר בבכורות דראש אינו פוטר בנפלים והכא קתני דאסורה באכילה אלמא דראש חשוב לידה וע"ש אך לשמואל לשיטתיה דסובר דרוב חשוב ספק ואמרינן סמוך יש לומר דראש אינו פוטר רק דחיישינן דיצא רובו והגם דל"ש או ס"ס אמרינן סמוך

והנה לפי מה דאיתא בירושלמי על קושית הגמ' והא ס"ס באומר פ"פ מצאתי דמשני ר' יוחנן דקול יוצא לאנוסה וסובר דרוב מדאורייתא מדליכא קלא אך נהי דרוב גמור הוא דברצון מ"מ אמאי לא אמרינן סמוך מיעוט דאונס לפלגא דאינה תחתיו ועי' בפ"י וע"כ משום דר"י סובר דרוב חשוב ודאי. ובזה ניחא הרמב"ם דפסק דהיא נאמנת להכשיר את הולד רק לקהל ולא לקהל כהונה והקשה דר"י קאמר לדברי המכשיר בה מכשיר בתה מדקאמר בתה אלמא לכהונה מכשיר. אך לפי מה דאיתא במ"מ הטעם דבשלמא לקהל ישראל דס' ממזר מותר מהתורה ורק מדרבנן אסור וע"כ האמינוהו בדרבנן משא"כ לכהונה דספק אסור וע"כ אינה נאמנת להכשיר והקשה הב"ש הא קיי"ל דאפי' ברוב פסולין נאמנות להכשיר והתם ספק אסור מהתורה ואפ"ה חזינן דנאמנות וא"כ ה"ה לכהונה וכתב בס' ש"ש דגם רוב חשוב ספק והיכי דכתבה התורה בפירוש דספק שרי כמו הכא דס' ממזר שרי מהתורה אז גם רוב לא נחשב רק ספק. ולפ"ז לר"י דסובר דרוב חשוב ודאי וא"כ לא התירה התורה ספק ממזר ברוב פסולים ואפ"ה חזינן דהיא נאמנת להכשיר הולד א"כ אין חילוק דהיה לכהונה הגם דמהתורה אסור ספק וע"כ קאמר להכשיר בתה משא"כ לדידן דאפי' בר"פ אינו רק ספק ושרי מהתורה ע"כ אמרינן דנאמנת רק לקהל ישראל ולא לכהונה דס' אסור מהתורה:

ולפ"ז יש לומר לפי מה דאיתא בחולין דף פ' דמש"ה חש"ו ששחטו דמותר לשחוט אחריהן משום דרוב מעשיהן מקולקלים והקשו הא או"ב השוב דבר שיל"מ שיכול לשחוט למחר ואמאי אזלינן בתר הרוב וכתבו דהא איכא חזקה דבהמה בחיי' בחזקת איסור וכו' וע"כ חשוב מיעוטא דמיעוטא ואז אזלינן בתר הרוב אפי' בדבר שיל"מ אך לפי מה דסובר ר"א לדברי המכשיר בה פוסל בבתה משום דחזקת כשרות דאם לא מהני לבתה א"כ הכא אמאי מהני חזקת איסור דבהמה לילד שיהיה מותר לשחוט בו ביום וליכא רק רוב לחוד ולא מהני בדבר שיל"מ וע"כ דר"א סובר דרוב נחשב לודאי ואז אפי' בדבר שיל"מ אזלינן בתר הרוב וא"כ מהני לדידי' ס"ס אפי' במקום חזקה וניחא קושי' ש"ש הנ"ל דשפיר פריך על ר"א דאי יש מקצת שליא בלא ולד אמאי אסורה באכילה הא איכא ס"ס הגם דאיכא חזקת איסור משא"כ לדידן:

והנה לפי מה שאמרנו דאי ס"ס מטעם רוב אז מהני ס"ס נגד חזקה דרוב וחזקה רוב עדיף משא"כ לשיטת הרמב"ם בזה נראה לתרץ קושית הרשב"א בריש כתובות בסוגיא דאין אונס בגיטין דשם בסוגיא פריך דמנ"ל לרבא הא דאין אונס בגיטין ורצה להוכיח מהא דקתני במת בתוך שנים עשר חודש אינו גט הא חלה הרי זה גט ודילמא חלה נמי אינו גט והא קמ"ל דאין גט לאחר מיתה וכו' עד לאפוקי מרבותינו דהתירוה לינשא משום דסוברים כר' יוסי דזמנו של שטר מוכיח ואלא מסיפא מעכשיו אם לא באתי ומת בתוך שנים עשר חודש הרי זה מת וה"ה לחלה וכו' והקשה ברשב"א דאמאי לא הוכיח מרבותינו גופא דהתירוה לינשא ואע"ג דאונס היה דמת אלמא דאין טענת אונס וע"ש וע"כ נראה דהנה בשמ"ק שם הקשה על הא דקאמר ודילמא לעולם אימא לך דחלה נמי אינו גט והטעם דמת אינו גט משום אונס והקשה דא"כ אמאי באמר מעכשיו הרי זה גט ואי טעמא דרישא משום אונס מה מהני דאמר מעכשיו וע"ש דכתב וז"ל ויש לומר לחלק בין היכי דאמר מעכשיו להיכי דלא קאמר משום דכי קאמר אם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש משתמעי בתרי אנפי' אי דקאמר אם לא באתי שבכל ענין שיהיה עכוב ביאתו בין שיהיה באונס או ברצון כיון דמ"מ לא בא בתוך י"ב חודש יהיה גט או דר"ל אם לא באתי שאוכל לבוא בתוך י"ב חודש ואני ברצון נפשי לא אבוא אז יהי' גט והיכי דאמר מעכשיו הרי היא בחזקת מגורשת ואין לך להוציאה מחזקתה ויש לך לקיים הגירושין בכל מה דאפשר ומש"ה הר"ז גט משא"כ כשלא אמר מעכשיו הרי היא בחזקת א"א ואין לך להוציאה מחזקתה כי אם בראי' ברורה. אך קשה לפי דבריו מהא דאיתא בנדרים דף כ"ז ולרבא מ"ש מהא דתנן הרי זה גיטך מעכשיו אם לא באתי ומת בתוך שנים עשר חודש הרי זה גט אמאי והא מינס איתניס וכו'. ולפי דבריו יש לחלק דבשלמא באתפיס זכוותי' בב"ד ואמר אי לא אתינא עד תלתין יומין ליבטלין הוי זכוותי'. ויש לפרש דוקא אם לא באתי מרצון נפשי ובאם לאו מוחל אני זכותי שיש לי בשטרות ויש לומר שבכל ענין שיהיה עיכוב ביאתו אפי' באונס ליבטלן הזכות שיש לי בשטרות א"כ הוא ספק מחילה אוקמא על חזקת חיוב דמעיקרא וע"כ. סובר רבא דיש טענת אונס משום דאמרינן דכוונתו היה דוקא אם לא באתי מרצון נפשי ולא ע"י אונס דכיון דיש ספק אוקמא על חזקתו ראשונה משא"כ מעכשיו אם לא באתי היא בחזקת מגורשת וליכא חזקת א"א דמעיקרא כיון דאמר מעכשיו וע"כ לא מהני טענת אונס דכוונתו היה שבכל ענין אפי' ע"י אונס יהי' גט אלא ודאי דאפי' באמר מעכשיו אי יש ספק יש לומר דאוקמי על חזקת א"א. וגם קשה על דבריו מהא דפריך הגמ' וליחוש שמא בא ובטל הגט הא כיון דאמר מעכשיו היא בחזקת מגורשת א"כ לא חיישינן שמא בא להוציאה

מחזקתה כמו דאמרינן דאין טענת אונס היכי דאמר מעכשיו וכן תקשה על מ"ש דהיכי דספק אי קיים התנאי לא צריך לברר והא הכא פריך שמא בא ולא נתקיים התנאי וע"כ נראה לפי מה דאיתא בס' הפלאה דהא דיש טענת אונס היינו דוקא שרצונו לבוא והאונס מעכבו אז יש טענת אונס אבל היכי דאפי' אי לא היה אונס לא היה בא אז לכ"ע אין טענת אונס וא"כ לעולם יש להסתפק דשמא אפי' אי לא היה אונס לא בא וא"כ הוי ס"ס שמא לא היה דעתו על אונס רק אם לא באתי ברצון ואפשר דכוונתו היה דאפי' אם לא באתי מחמת אונס יהי' גט וספק השני דשמא דאפי' אם לא היה אנוס לא בא וא"כ נהי דכוונתו אם לא באתי דוקא אם לא באתי מרצוני ולא מחמת אונס מ"מ שמא אפי' אם לא היה אנוס לא בא ועיין בפ"י דכתב ג"כ דזה חשוב ספק דשמא אפי' אי לא היה אונס לא בא וא"כ לעולם איכא ס"ס אך הוי ס"ס במקום חזקת א"א כיון דאפילו מעכשיו אכתי היא בחזקת א"א. ולפ"ז ניחא קושית הרשב"א:

ולפ"ז אין ראיה מרבותינו דסוברים כר"י ור"י הא סובר דעל חתיכה אחת חייב אש"ת וע"כ דס"ס הוא משום רוב ומהני ס"ס אפי' לנגד חזקה וע"כ אין טענת אונס משום דאיכא ס"ס משא"כ לדידן דס"ס לא מהני נגד חזקה וה"א דיש טענת אונס משום דס"ס לא מהני לנגד חזקת א"א ומש"ה הוכיח דאין טענת אונס מהא דמעכשיו אם לא באתי משום דאין שום ספק דכוונתו לא היה אם לא באתי על אונס:

גם נראה לתרץ קושית ש"ש הנ"ל דהנה בבכורות דף כ' דפריך הגמ' ומי חייש ר' יהושע למיעוט והתנן היתה לה חמותה אינה חוששת יצאה מליאה חוששת ר"י אומר אינה חוששת ואמרי' מ"ט דר"י דסובר דרוב מתעברות ויולדות ומיעוט מפילות וכל היולדות יולדות מחצה זכרים ומחצה נקבות והוי להו זכרים מיעוטא ולמיעוט לא חיישינן אלא איפוך ובתוס' שם ד"ה חלב פוטר הקשה הא דפריך לר"י דאמר חלב אינו פוטר מהא דסובר דיצאה מליאה אינה חוששת דל"ח למיעוט דזכרים ודוחק לומר איפוך ומאי קשה דהתם ליכא חזקה בהדי מיעוטא אבל במיעוט דחולבת אע"ג שאינה יולדת איכא חזקה בהדי מיעוט וע"כ חייש למיעוט וע"כ ממתני' דהתם נמי מוכח דיש חילוק דרישא לא תנשא ולא תתייבם מפרש התם משום סמוך מיעוט לחזקה ולא פליג ר"י וכו' עד ומיהו תימא דלמאי דמפיך כש"כ דתקשה דכאן אמר ר"י דחלב פוטר ול"ח למיעוט דגם דאיכא חזקה בהדי' ובההיא דיבמות משמע דלא פליג אלא בסיפא אבל ברישא מודה וע"ש:

ולכאורה יש לומר לפי מה דאיתא בש"ע דסמוך מיעוטא לחזקה לא אמרינן רק ברוב התליא במעשה ומתרץ בזה קושית תוס' בכתובות פ' א' דתמה דאכתי לא דמי דהתם ליכא רק רוב פסולין ואמרינן סמוך מיעוט לחזקת כשרות משא"כ בשבויה ליכא מיעוטא

ול"ש סמוך וכו' וע"כ כתב דסמוך לא אמרינן רק היכי דרוב תליא במעשה. ולפ"ז יש לומר הגם דברישא מודה ר"י דאמרינן סמוך התם שאני דתליא במעשה משא"כ הך רוב דאינה חולבת אלא א"כ יולדת הוא רוב חשוב וע"כ לא אמרינן סמוך וכן ניחא קושית הגמ' דל"ש לומר דהכא משום דאיכא חזקה ואמרינן סמוך דברוב דלא תליא במעשה לא אמרינן סמוך ובזה לא קשה מה שהקשה על הרא"ש דהקשה דאמאי אזלינן בתר הרוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן ולא אמרינן סמוך מיעוט לחזקת איסור דבהמה בחיי' בחזקת איסור עומדת ותירץ דמיעוט חשוב מיעוטא דמיעוטא ולא אמרינן סמוך והקשה דאכתי תקשה הא דמצא גדי שחוט דברוב ישראל כשר והכא קשה אמאי לא אמרינן סמוך ועיין בס' כתר כהונה וחוץ מזה דברובא דאיתא קמן לא אמרינן סמוך וע"כ אי אפשר לומר דס"ס במקום חזקה לא אמרינן אפי' אי ס"ס משום רוב מ"מ סמוך וכו' אך לפי מה שכתבו דס"ס חשוב רובא דאיתא קמן ממילא לא אמרינן סמוך אך יש לומר דהרא"ש לא הקשה דאמאי לא אמרינן סמוך רק על רוב מצוין אצל שחיטה מומחין דהוי רוב דתליא במעשה ועיין בפלתי סי' ט"ז משא"כ במצא גדי ברוב ישראל שפיר סמכינן על הרוב דרוב דלא תליא במעשה לא אמרינן סמוך

וגם יש לומר דמיעוטא דחולבת אע"פ שאינה יולדות חשיב מיעוטא דמיעוטא וע"כ נהי דאיכא חזקה בהדי' לא נעשה פלגא ופלגא רק מיעוט גמור דבשלמא היכי דמיעוט לא הוי מיעוטא דמיעוטא רק מיעוט גמור אז אמרינן דע"י חזקה נעשה פלגא ופלגא משא"כ במיעוטא דמיעוטא ע"י החזקה נעשה מיעוט גמור ולפ"ז שפיר פריך ומי חיש ר"י למיעוט נהי דאיכא חזקה לא נעשה רק מיעוט גמור ור"י לא חיש אפי' למיעוט גמור מיעוט דזכרים. ולפ"ז לפי מה דמסיק איפוך ור"י אזיל בתר הרוב הגם דאיכא חזקה והא ברישא מודה דהתם בלא החזקה איכא מיעוט גמור וע"כ ע"י החזקה הוא פלגא ופלגא משא"כ הכא דמיעוטא דמיעוטא הוא ולא נעשה ע"י החזקה רק מיעוט גרידא ולמיעוט לא חיישינן:

גם יש לומר לפי מה דפסק הרמב"ם דיצתה מליאה חוששת והקשו עליו דהא הכא ליכא חזקה בהדי מיעוט וא"כ ל"ח למיעוט דזכרים דהי"ש לומר סמוך מיעוטא דמפילות למחצה נקבות והוי זכרים מיעוטא ועיין בס' שעה"מ דכתב לתרץ דלפי מה דקיי"ל כרשב"ג דסובר דכל שלא שהה שלשים יום באדם הוא נפל ולא אזלינן בתר הרוב:

וכתבו בתוס' משום דמיעוט דנפלים הוא מיעוט המצוי וע"כ חיישינן למיעוטא וא"כ ה"ה מיעוט דזכרים דהוי מיעוט המצוי וע"כ חיישינן למיעוט הגם דליכא חזקה ולפ"ז

ר"י דסובר דיצאה מליאה אין חוששין ואזלינן בתר הרוב הגם דמיעוט דזכרים שכיח' לא חיישינן א"כ חזינן דסובר דאפי' למיעוט המצוי לא חיישינן:

ולפ"ז לפי מה שכתבו דמיעוטא דמיעוטא וחזקה בהדי' אז ע"י החזקה נעשה מיעוט גמור ולא יותר ואליבא דידן ל"ח רק לר"מ דחייש למיעוט אך במיעוטא דמיעוטא מודה דל"ח אז ע"י החזקה נעשה מיעוט גמור וחיישינן משא"כ לדידן מה בכך דנעשה מיעוט גמור ע"י החזקה הא ל"ח למיעוט אפי' במיעוט גמור ולא אמרינן דנעשה פלגא ופלגא ע"י החזקה. ולפ"ז לדידן דקיי"ל כרשב"ג ובמיעוט המצוי חיישינן למיעוט. ולפ"ז היכי דאיכא מיעוט וחזקה לא נעשה ע"י חזקה רק מיעוט דשכיח כמו מיעוט דנפלים דסמוך מיעוטא לחזקה ונעשה מיעוט המצוי וממילא חיישינן למיעוט המצוי דהא קיי"ל כרשב"ג דחיישינן למיעוטא דנפלים אבל ר"י דפליג וסובר דאפי' על מיעוט המצוי ל"ח דהא סובר דאינה חוששת וא"כ לדידי' ל"ש לומר דסמוך מיעוט לחזקה דכיון דלא נעשה רק מיעוט המצוי ולא יותר ולר"י הא לא חיישינן אפי' למיעוט דשכיח דהא מיעוט דזכרים הוא מיעוט ולא חייש וע"כ שפיר פריך ומי חייש ר"י למיעוט והתנן יצתה מליאה אינה חוששת אלמא דל"ח אפי' למיעוט דשכיח וא"כ מה בכך דהתם איכא חזקה ונעשה ע"ז מיעוט דשכיח הא ר"י לא חייש אפי' למיעוטא דשכיח משא"כ ברישא מודה ר"י דהתם כיון דמיעוט דזכרים הוא מיעוטא דשכיח וע"כ כי איכא חזקה נעשה פלגא ופלגא משא"כ הכא במיעוטא דחולבת דלא הוי רק מיעוטא בעלמא א"כ הגם דאיכא חזקה ג"כ לא נעשה רק מיעוט דשכיח ור"י ל"ח למיעוט דזכרים הגם דהוי מיעוט דשכיח וע"ז משני איפוך דר"י אזיל בתר רובא ול"ח למיעוט ואע"ג דאיכא חזקה ג"כ ואפ"ה ברישא מודה משום דכיון דמיעוט דזכרים שכיח וע"כ ע"י החזקה נעשה פו"פ משא"כ הכא דליכא רק מיעוטא בעלמא הגם דנעשה ע"י החזקה מיעוט דשכיח ר"י לא חייש משא"כ לדידן דקיי"ל כרשב"ג דחיישינן למיעוט דשכיח וע"כ אמרינן סמוך ונעשה מיעוט דשכיח וחיישינן אך היכי דהוי מיעוט דשכיח אז ע"י החזקה הוי פו"פ:

ובזה ניחא הטור דבהלכות גירושין הביא לענין להחזיר הגט ע"י סימנים הכלי דאם הוא דברים דלא מושלי אינשי דל"ח לשאלה ומהדרינן ובמיתה פסק ס' י"ז דאפי' דברים דלא מושלי אינשי חיישינן לשאלה ולא מתירין לינשא ועיין בב"ש סי' קל"א. ונראה דהא אפי' בדברים דלא מושלי מ"מ לפעמים משאיל ועיין בב"י שם מה שהביא בשם הריטב"א וא"כ קשה אמאי מחזירין הגט לאמרינן סמוך מיעוט לחזקת א"א. אך לפי מה שהקשה בנוב"י דאמאי חיישינן לשאלה ואמאי לא אמרינן דחזקה דכל מה שת"י אדם הרי הוא שלו ותירץ דאיכא כנגדו חזקת א"א. ולפ"ז ניחא דבגט ל"ח לשאלה בדברים דלא מושלי

דכיון דאיכא רובא דלא מושלי וחזקה דכל מה שת"י אדם הוא שלו א"כ נעשה המיעוט מיעוטא דמיעוטא וע"כ נהי ע"י חזקת א"א נעשה מיעוטא דמיעוטא מיעוט גמור הא לדידן ל"ח אפי' למיעוט גמור משא"כ במיתה דאיכא עוד חזקה חזקת חי ועיין בתשובות הריב"ש ובנוב"י וע"כ נהי ע"י הרוב דלא מושלי וחזקה דכל מה שת"י אדם שלו נעשה המיעוט מיעוטא דמיעוטא מ"מ ע"י חזקת א"א נעשה מיעוט גמור וא"כ ע"י חזקת חי נעשה ע"י מיעוט המצוי וחיישינן לדידן דקיי"ל כרשב"ג משא"כ בגט ל"ש זה. ובזה ניחא קושית מהרש"א ביבמות על התוס' דהקשה דאמאי לא מהימנה לומר מת בעלי במיגו דגרשתי למ"ד דאפי' שלא בפניו אינה מעידה ותמה הא הוי מיגו דהעזה ואם נאמר דגם באומרת מת בעלי חשוב העזה באם בא לביתו כמו בגרשתני א"כ ל"צ למיגו כלל דבלא"ה נאמנת מת בעלי משום דאין אשה מעיזה. וע"ש. אך לפי מה דאיתא ברא"ש סוף נדרים דמש"ה נאמנת לומר גרשתני דחזקה דלא מקלקלת א"ע להיות באיסור א"א כל ימי' משא"כ באומרת טמאה אני לך דלא מקלקלת א"ע דהא יתן לה גט וע"כ חיישינן לשמא נתנה עיניה באחר והקשה למאי צריך להוסיף טעם זה ולא סגי בחזקה דאין אשה מעיזה לחוד וגם דא"כ מה פריך הגמ' מטמאה אני לך והוצרך לומר משום דבעלה לא ידע ת"ל הא ליכא חזקה דלא מקלקלת א"ע ועי' בנוב"י וע"כ נראה דבאמת חזקה דאין אשה מעיזה הוא רק רוב לחוד וע"כ הי' קשה לרא"ש דאמאי לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקת א"א וע"כ כתב הרא"ש דאיכא חזקה דבודאי לא תקלקלה א"ע וחשוב מיעוטא דמיעוטא וא"כ נהי דע"י סמוך מיעוט לחזקה ונעשה מיעוט גמור מ"מ הא גם למיעוט גמור לא חיישינן כיון דע"י הרוב דאין אשה מעיזה וחזקה דלא מקלקלת א"ע חשוב המיעוט מיעוטא דמיעוטא א"כ הגם דנאמר סמוך מיעוטא דמיעוטא לחזקת א"א ליכא רק מיעוטא ולמיעוט ל"ח וע"כ בטמאה אני לך נהי דליכא חזקה דלא מקלקלת א"ע מ"מ אי הי' שייך לומר דאין אשה מעיזה בזה לחוד סגי דהתם ל"ש סמוך מיעוטא לחזקת א"א דהא אפי' אי אמת דטמאה היא אכתי היא א"א דצריכה גט וע"כ צריכין לומר דליכא דאין אשה מעיזה כיון דבעלה לא ידע בזה וזה תינח בגרשתני דליכא רק חזקת א"א לחוד משא"כ מת בעלי דאיכא עוד חזקה חזקת חי וע"כ נהי דשייך גם בזה לומר דאין אשה מעיזה. מ"מ כיון דליכא רק רוב לחוד והגם דאיכא חזקה דלא מקלקלת א"ע וא"כ אפי' תאמר סמוך מיעוט לחזקת א"א ליכא רק מיעוטא לחוד כיון דע"י הרוב וחזקה נעשה מיעוטא דמיעוטא א"כ ע"י סמוך ליכא רק מיעוטא לחוד מ"מ כיון דאיכא עוד חזקת חי נעשה המיעוט עכ"פ מיעוטא דשכיח ולדידן חיישינן למיעוט דשכיח וא"כ לא מהני

חזקה דאין אשה מעיזה הגם דשייך גם במת בעלי חזקה דאין אשה מעיזה. וע"כ הקשה שפיר דעכ"פ נאמנת במיגו דגרשתני:

ולפ"ז לא קשה קושית ש"ש דכיון דר"א סובר דמכשירי מילה דוחה שבת וקשה אמאי שמא נפל הוא דבשלמא מילה גופא איכא מ"נ דאי נפל הוא מחתך בבשר הוא משא"כ על מכשירי מילה ל"ש זה וע"כ דר"א לא חייש אפי' למיעוט המצוי וא"כ לדידיה לא אמרינן סמוך דנהי דסמוך וכו' ליכא רק מיעוט דשכיח ולדידי' ל"ח למיעוט אפי' מיעוט דשכיח וממילא אמרינן ס"ס אפי' לנגד חזקת איסור אי ס"ס מטעם רוב דאין לומר סמוך כיון דלא נעשה רק מיעוט דשכיח ולר"א ע"כ ל"ח ושפיר הוכיח דאין שליא בלא ולד דאל"כ איכא ס"ס משא"כ לדידן דקיי"ל כרשב"ג ובמיעוט דשכיח חיישינן א"כ ע"י סמוך נעשה מיעוט דשכיח ע"כ לא אמרינן ס"ס כנגד חזקה. ובאמת קשה לי הא דאיתא ביבמות דר"א סובר דכהן לא ישא קטנה משום דחייש למיעוט וסובר דאיילנות זונה היא ואיך אפשר לומר דר"א חייש למיעוט כיון דסובר דמכשירי מילה דוחה שבת אלמא דאפי' במיעוט המצוי לא חיישינן:

ובזה ניחא קושית תוס' בנדה דף י"ח ד"ה למעוטי רוב דר"י דהקשה דהוי מצי להקשות הניחא להך לישנא דמפרש טעמא דר"י משום דרוב חתיכות של ד' מיני דמים הן אלא לפי מה דמסיק דטעמא דר"י משום דאי אפשר לפתיחת הקבר בלא דם ולא משום רוב למעוטי מאי דאין לומר דהאי דאי אפשר לפתיחת הקבר בלא דם אינו רק רוב לחוד ולא שורפין עליו את התרומה דליתא דהא אמרינן התם דלר"י דאי אפשר בלא דם דמביאה קרבן ונאכל א"כ טמא ודאי הוא ואמאי אין שורפין את התרומה. וע"ש. ונראה דהא הקשה על ת"ק דסובר דקשתה שנים ולשלישי הפילה ואינה יודעת מה הפילה הרי זה ספק לידה ספק זיבה מביאה קרבן ואינו נאכל ואמאי הגם דסובר דאפשר לפתיחת הקבר בלא דם מ"מ הא איכא ס"ס דשמא לידה היא ושמא לא היה לידה רק ראתה וכיון דלאו לידה היא הוי זבה דאז לא הוי קושי סמוך ללידה נהי דסובר דאפשר בלא דם מ"מ ס' עכ"פ איכא שמא ראתה ואמאי אינו נאכל:

וע"כ נראה דבחידושי הר"ן הקשה על ת"ק דסובר דמפלת חתיכה אם אין בה דם דטהורה ואמאי נהי דסובר דאפשר בלא דם מ"מ ספק עכ"פ איכא שמא ראתה ואמאי מטהר לגמרי ונראה דהנה הראב"ד הביא ראיה דרוב דמים טמאים באשה דאל"כ מה בכך דאי אפשר לפתיחת הקבר בלא דם שמא היה דם טהור ואיך נאכל הקרבן אלא ודאי דאזלינן בתר הרוב דרוב דמים טמאים באשה ועי' בבעה"מ ולפ"ז כיון דאמרינן בכל מקום סמוך מיעוטא לפלגא כגון הא דאמרינן סמוך מיעוט דמפילות למחצה זכרים וע"כ לת"ק

דסובר דאפשר בלא דם וא"כ הוי פו"פ אי היה דם ומיעוט דדם טהור ע"כ אמרינן סמוך מיעוט לפלגא וחשוב רוב וע"כ מטהר ת"ק לגמרי. ולפ"ז יש לומר דמש"ה אי אמרינן דהך אי אפשר בלא דם לא חשוב רק רוב לחוד דאין שורפין עליו את התרומה משום דאיכא תרי מיעוטא מיעוטא דהי' בלא דם ומיעוט דדם טהור הי' וחשוב פו"פ וכה"ג איתא בר"ן בחולין דמש"ה פריך וליחוש שמא מעוף טמא הגם דרוב עופות טהורים אך משום דאיכא גם מיעוטא דטריפות וע"כ חיישינן וה"ה הכא וע"כ אין שורפין את התרומה משא"כ התם סובר ר"י דנאכל נהי דע"י תרי מיעוטא חשוב פו"פ מ"מ הא איכא עוד ספק לידה וע"כ נאכל וזה תינח לר"י דסובר דאי אפשר בלא דם וע"כ נהי דע"י תרי מיעוטא חשוב פו"פ איכא ס"ס דשמא הי' לידה משא"כ לת"ק דסובר דאפשר בלא דם והוי ספק אי הי' דם ומיעוט דדם טהור וסמוך מיעוטא לפלגא וחשוב רוב דלא ראתה א"כ הא קיי"ל דהיכי דספק אחד נגד הרוב ל"ח ס"ס וע"כ ל"ח ס"ס שמא ראתה ושמא לידה דספק ראתה ל"ח ספק דהוא נגד הרוב דסמוך מיעוטא דדם טהור לפלגא וחשוב רוב דלא ראתה משא"כ ר"י דסובר דאי אפשר בלא דם נהי דל"ח רק רוב ואיכא מיעוטא דדם טהור וחשוב פו"פ מ"מ מצרפינן ס' לידה וע"כ נאכל ומ"מ אין שורפין התרומה דכיון דאיכא תרי מיעוטי וחשוב פו"פ:

ובזה ניחא קושית תוס' בקידושין דף פ' על רש"י וע"ש ד"ה שדרכו של תינוק לטפח דתמה דכיון שהתינוק אינו ודאי טמא א"כ אמאי נקט שנמצא בצד העיסה לינקוט שנגע בעיסה וע"ש אך הא בתוס' הקשה דהכא משמע דאי אמרינן סמוך מיעוט לחזקה הוי יותר מפלגא דהא מטהרינן לעיסה וביבמות משמע דלא הוי רק פ"פ. וע"כ נראה דהכא דכיון דלא ידעינן שנגע בעיסה וע"כ נהי דרוב תינוקות מטפחין בעיסה ג"כ כמו שכתבו בתוס' לקמן מ"מ כיון דאיכא שני מיעוטים מיעוט דאינו מטפחין באשפה ומיעוטא דלא נגע בעיסה וחשוב פו"פ. וע"כ ע"י חזקת עיסה מטהרינן משא"כ התם ביבמות דליכא רק חד מיעוט וע"כ ע"י דסמוך לחזקה לא נעשה יותר מפלגא משא"כ אי בודאי נוגע בעיסה וליכא רק חדא מיעוטא דאין מטפחין באשפה א"כ הגם דאמרינן סמוך לא הוי רק פלגא ולפי מה שכתבתי אפי' פלגא לא הוי רק מיעוט דשכיח ואמאי מטהרי רבנן:

ולכאורה קשה על הר"ן מהא דאיתא בחולין דף ע"ז דקאמר מ"ט רובה בר מוקדש הוא וע"ש בתוס' דכתבו דסוגיא קאי למ"ד ולדות קדשים בהויתן הן קדושים וא"כ הא איכא מיעוט דנדמה ומיעוט דמות יונה דלא קדיש בבכורה וחשוב פלגא ופלגא להר"ן הנ"ל:

ועיין בס' מחנה אפרים דרצה לתרץ דמש"ה סובר הרמב"ם דיצאה מליאה חוששת והגם דל"ח למיעוט דזכרים משום לדידן דל"ח למיעוט א"כ לא אמרינן סמוך מיעוט

דמפילות למחצה דנקבות דמיעוטא כמאן דליתא ודוקא לר"מ דחייש למיעוט חשוב מיעוט לאיצטרופי לפלגא או לחזקה משא"כ לרבנן ועיין בפ"י סוגיא דפ"פ דכתב כן על התוס' דסובר דאי רוב רצון הוא רוב דאורייתא לא חשוב ס"ס ואמאי לא אמרינן דסמוך מיעוט לפלגא משום דמיעוט כמאן דליתא:

ועיין בס' שעה"מ דהקשה מהא דאיתא בחולין דף הנ"ל סמוך מיעוט דנדמה לפלגא דנקבות ותירץ דהתם שאני דאיכא חזקה למיעוט דמוקמינן כמו שהיתה במעי אמו שלא הי' קדוש בבכורה וע"ש ועי' בתוס' בכורות פ' ג'. והנה באחרונים איתא אי זה חשוב חזקה מה שהיתה במעי אמו תליא אי מחזיקין מאיסור לאיסור או לא דהנה הא דלא היתה קדוש בבכורה כשהיתה במעי אמו משום דאכתי לא פטר את הרחם והשתא כבר ילדה רק דאמרינן דנקבה היה ואינה מכח חזקה הראשונה אך למ"ד דמחזיקין מאיסור אבר מן החי לאיסור טריפה ולא אמרינן דהא איסור אבמ"ה הלכה כשנשחטה ה"ה דחשוב חזקה מה שלא היה קדוש בבכורה כשהיה במעי אמו משא"כ למ"ד דאין מחזיקין מאיסור אבמ"ה לאיסור טריפה ה"ה דל"ח חזקה מה שלא היה קדוש בבכורה במעי אמו ואפ"ה אמרינן סמוך דנדמה לפלגא אפי' לדידן דלא קיי"ל כר"מ לא אמרינן דמיעוטא כמאן דליתא ונ"מ דאפי' אי רוב רצון הוא רוב גמור חשוב ס"ס משום דסמוך מיעוטא לפלגא משא"כ למ"ד דמחזיקין מאיסור לאיסור אז אין ראיה דאמרינן לדידן סמוך וא"כ אי רוב רצון רוב גמור ל"ח ס"ס והתם במיעוט דנדמה שאני משום דאיכא חזקה בהדי' ועיין בש"ך ס' נ' ביו"ד דכתב דבזה פליגי רבה ואביי ורבא אי מחזיקין מאיסור לאיסור אי לא וע"ש. ובזה ניחא ג"כ דברי רש"י הנ"ל דפי' דיתברר ע"י עדים ובתוס' הקשו דא"כ מאי מייתי אביי ראיה ממתני' דאמר פ"פ מצאתי דנאמן לעולם דאינו נאמן ונ"מ דיבא ויבאו עדים וע"ש. אך יש לומר דרש"י סובר כשיטת הירושלמי דרוב רצון הוא רוב גמור ואפ"ה חשוב ס"ס דהא כיון דחזינן דאין מחזיקין מאיסור לאיסור וא"כ הא דאמרינן סמוך מיעוטא דנדמה ליכא חזקה בהדי' ואפ"ה אמרינן סמוך וע"כ ה"ה הכא אמרינן סמוך מיעוט אונס לפלגא דא"ת וחשוב ס"ס וע"כ פירש"י דיתברר ע"י עדים ואז ליכא ס"ס אך אביי לשיטתו דסובר דמחזיקין מאיסור לאיסור וא"כ יש לומר דל"א סמוך מיעוט לפלגא והתם בנדמה שאני דאיכא חזקה בהדי מיעוט וא"כ לא אמרינן סמוך מיעוט דאונס לפלגא וליכא ס"ס ול"צ לומר דהתקנה היה דיתברר ע"י עדים דבלא"ה ליכא ס"ס וע"כ שפיר מייתי אביי ראיה דנאמן לומר פ"פ. ובזה ניחא הרי"ף הנ"ל דהקשה דהא איכא ס"ס דשמא מכ"ע ותירץ דמכ"ע פתחו סתום והקשה בר"ן דאכתי תקשה דס"ס דמכ"ע לפי מה דמשני דאיירי בטענת דמים אך נראה דבלא"ה קשה דאמאי הקשה הרי"ף רק על

אשת כהן ולא על אשת ישראל בפחות משלשה שנים דשמא באונס ושמא מכ"ע. אך יש לומר דהרי"ף סובר דמכ"ע ל"ש ואפ"ה חשוב ס"ס משום דאמרינן סמוך מיעוטא דמכ"ע לפלגא דא"ת וזה ל"ש על פחות משלשה שנים דאיכא ס' דמכ"ע ואמרינן סמוך מיעוטא לפלגא דכיון דס' אונס ל"ש וליכא פלגא ועכ"פ אמרינן דמכ"ע ל"ש רק דחשוב ס"ס משום סמוך מיעוטא לפלגא וזה לדידן דאין מחזיקין מאיסור לאיסור ואפ"ה אמרינן דסמוך מיעוט דנדמה לפלגא וה"ה הכא משא"כ על אביי לשיטתו ליכא ס"ס דכיון דמכ"ע ל"ש וסמוך לא אמרינן והא דאמרינן סמוך בנדמה דאיכא חזקה בהדי' דכיון דסובר דמחזיקין מאיסור לאיסור וע"כ דחי בטענת דמים:

והנה בתשובות ח"ש איתא להיפך דאי מחזיקין וכו' ע"כ דחזקת מה שהיתה במעי אמו ל"ח חזקה דכיון דאז לא בא לעולם. ועי' ברשב"א דפליג ג"כ מה"ט משא"כ אי אין מחזיקין אז יש לומר דחשוב חזקה מה שהיתה במעי אמו והוכיח מהא דמקשה הגמ' בבכורות וניחוש שמא נתהפכה זכרותו לנקבותו כמאן כר"מ דחייש למיעוט וקשה הא אפי' כר"מ לא אתיא דכיון דאיכא חזקה בהדי רוב דאוקמא בחזקת שאינה קדוש בבכורה כמו שהיתה במעי אמו חשוב מיעוטא דמיעוטא ואפי' ר"מ מודה דל"ח וכתב משום דאין מחזיקין וכו'. ולפ"ז למ"ד דמחזיקין ע"כ סובר דל"ח חזקה מה שהיה במעי אמו ובזה ניחא הרמב"ם דפסק דתקפו כהן דאין מוציאין מידו וכבר כתבו דהרמב"ם סובר כהרשב"א לחלק בין ספק בכור ובין ספק פטר חמור דבכור לאו ממונו של ישראל שהרי אסור בגיזה ועבודה ולהכי אם ת"כ אין מוציאין מידו משא"כ ספק פטר חמור דממונו של ישראל הוא וע"כ מוציאין מידו ור"ח דהוי בעי לאתוי' ראיה הוי ס"ל דמיירי בספק בכורות ולא הי' סובר הך קושי' דיהי' קודש אמר רחמנא ולא שכבר קדוש לפירכא ואליבא דמסקנא דמסיק דאיירי ע"כ בספק פט"ח א"כ אין ראיה כלל והקשה דהיכי הוי ס"ד דאיירי בספק בכור דא"כ תקשה ולא שכבר קדוש וע"כ נראה דהא הקשה דהא הך ברייתא קאי על מתני' דבכורות ואיירי באותן ספיקות הנזכרים שם במתני' דהיינו בילדה זכר ונקבה ואינו יודע מי יצא ראשון וא"כ קשה מה פריך ולא שכבר קדוש הא באותן ספיקות דאיירי שם במתני' ל"ש לומר חזקה שלא ילדה שהרי אנו דנין על הלידה שנעשה עכשיו זכר ונקבה אם זה ילדה תחלה או זה וא"כ נשאר הך חזקת מעי אמו לחזקה כיון דליכא חזקה כנגדו וע"כ דקושית הגמ' אזלא למ"ד דמחזיקין מאיסור לאיסור ולדידי' ע"כ חזקת מעי אמו לא חשוב חזקה וע"כ פריך שפיר ולא שכבר קדוש ולפ"ז שפיר קאמר לרבה תניא דמסייע לך דהא לדידי' דסובר דאין מחזיקין וכו' אז חזקת מעי אמו חשוב חזקה וא"כ יש לומר דאיירי בבכור בהמה טהורה ואפ"ה לא קשה ולא שכבר

קדוש מטעם חזקה הנ"ל. משא"כ אי מחזיקין וכו' אז ע"כ ל"ח חזקה חזקת מעי אמו וא"כ קשה ולא שכבר קדוש וע"ה דאיירי בפטר חמור וע"כ מוציאין מידו משא"כ ספק בכור פסק דאין מוציאין מידו:

ובזה יש לומר דהירושלמי לשיטתו דמשני דקול יוצא לאנוסה דהא לכאורה קשה דאיך אפשר לומר לדידן לא אמרינן סמוך מיעוטא לפלגא דהא במתני' דנדה איתא דבן יום אחד פוסל העבדים מלאכול בתרומה אבל עובר לא וע"כ משום דל"ח למיעוט זכרים וקשה הא כיון דלא אמרינן סמוך מיעוט דמפילות למחצה דנקבות ל"ח זכרים מיעוט וע"כ דאמרינן סמוך אך לפי מה דסובר בירושלמי דעובר אין לו זכיה רק במטלטלין ולא בקרקעות ועי' בש"ך ס' ר"י ועבדים חשי' מקרקע וא"כ יש לומר לעולם דלא אמרינן סמוך והא דאינו פוסל משום דעובר לית ליה זכיה בעבדים דהוא קרקעות ולעולם לדידן דל"ח למיעוט לא אמרינן סמוך מיעוטא לפלגא וע"כ משני שפיר בירושלמי דל"ח ס"ס דקול יוצא באונס ולא אמרינן סמוך מיעוט דאונס לפלגא דאינו תחתיו משא"כ הש"ס דידן דלא מחלקין בין מטלטלין לקרקעות ועי' בש"ך שם וא"כ ע"כ הא דעובר אינו פוסל משום סמוך מיעוט דמפילות אלמא דאפי' לדידן אמרינן סמוך וע"כ פריך שפיר דס"ס הוא הגם דקול יוצא לאונס משום דאמרינן סמוך:

ובזה יש לומר הא דר"י סובר דזמן הוא משום ב"א ור"ל סובר משום פירות משום דזנות ל"ש דהא הקשה דהא ע"כ דהתקנה היה דבתולה נשאת ליום ד' משום שמא יתברר ע"י עדים דאל"כ חשוב ס"ס א"כ שמעינן דאפי' זנות בעדים שכיח וא"כ יש לומר דר"י לשיטתו דסובר דמזכה לעובר בבנו קנה וכש"כ דיש לו זכיה בירושה דזה עדיף ועי' ברא"ש יבמות וא"כ ע"כ הא דעובר אינו פוסל לפי ש"ס דידן דלא מחלקין בין קרקעות למטלטלין וע"כ משום דאמרינן סמוך מיעוט דמפילות וחשוב זכרים מיעוט וא"כ כיון דאמרינן סמוך חשוב שפיר ס"ס הגם דקול יוצא וע"כ דתקנה הי' דיתברר ע"י עדים ושמעינן דאפי' זנות בעדים שכיח וע"כ סובר משום ב"א משא"כ ר"ל סובר דמזכה לעובר אפי' לבנו לא קנה וה"ה בירושה ויש לומר לדידן לא אמרינן סמוך והתקנה לא היה דיתברר ע"י עדים דזנות בעדים ל"ש ואפ"ה לא הוי ס"ס דכיון דל"א סמוך ליכא ס"ס משום דקול יוצא וע"כ סובר משום פירות ואין לומר דא"כ תקשה מתני' דאומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה כיון דלא סובר דמזכה לעובר קנה יש לומר דמתני' שאני דע"כ היה בתורת חיוב ואין לומר דחיוב לרבנן לא עדיף מקנין לר"מ דלא מהני בלא עביד דאתי והכא ל"ח עבידא דאתי דסמוך דמפילות למחצה דנקבות וחשוב זכרים מיעוטא ועי' בתשובות ברית אברהם ליתא דהא השתא אמרינן דר"ל לא סובר סמוך. ולפ"ז הירושלמי

לשיטתו דסובר דהא דמסיק הגמ' איפוך היינו קמייתא ור"י סובר משום פירות אך כיון דבירושלמי סובר דבקרקעות אין לעובר זכיה וא"כ יש לומר דמש"ה אין עובר פוסל ולעולם דלא אמרינן סמוך וא"כ יש לומר דהתקנה לא היה דיתברר ע"י עדים דזנות בעדים ל"ש וס"ס ליכא משום דקול יוצא כיון דלא אמרינן סמוך וע"כ ע"כ ר"י סובר משום פירות. משא"כ הש"ס דידן דסובר דאין חילוק בין קרקעות וא"כ ע"כ הא דאינו פוסל משום סמוך וחשוב ס"ס וע"כ דתקנה הי' משום זנות בעדים וע"כ יש לומר דר"י סובר משום ב"א ואיפוך בתרייתא ועי' ברא"ש בגיטין סוגיא זו:

ובזה ניחא קושית הרשב"א ביבמות על הא דמשני דאיירי בנכסים מועטין ואיכא בן בהדי בת ומ"נ דאי בן הוא לא עדיף מהא דקאי ואי בת היא כל כמה דלא נפיק לאויר העולם לא תקינו רבנן והקשה הרשב"א הא זה רק תקנת חכמים דנכסים מועטין לבנות ואיך מועיל זה להאכילו בתרומה ותירץ דהא ר"י סובר דתרומה בזמן הזה הוא דרבנן והקשה דהא לקמן סובר ר"י אליבא דר"י דתרומה בזה"ז הוא דאורייתא ואכתי תקשה איך סובר ר' יוסי דאוכלין עבדים בתרומה ולפי הנ"ל מ"נ לא קשה דאליבא דר"י דאמרינן סמוך מיעוט לחזקה נהי דחייש ר' יוסי למיעוט דזכרים הא זה רק מדרבנן חייש למיעוט וע"כ הגם דתרומה בזה"ז הוא דאורייתא מ"מ כיון דהא דחייש למיעוט הוא דרבנן וע"כ מהני הא דעשו תק"ח דנכסים מועטין לבנות ולר"ל דלא סובר סמוך וחששא דאורייתא הוא דשמא יהיה הולד זכר מ"מ אזלינן בתר התקנת חכמים דנכסים מועטין לבנות משום דהא הוא סובר אליבא דר' יוסי דתרומה בזה"ז דרבנן. ובאמת אמרתי על קושית תוס' שם דהא ר' יוסי לא חייש למיעוט אפי' בממון וע"ש אך כיון דל"ח למיעוט אפי' בממון וע"כ דסובר דרוב חשוב ודאי וא"כ לא אמרינן כלל סמוך מיעוט דמפילות לפלגא וממילא לא הוי זכרים מיעוטי רק ספק השקול. ובזה אמרתי הא דאיתא בקידושין דף נ' דמייתי שם הש"ס ראיה ממתני' דחוששין לסבלונות מהא דקתני שמחמת קידושין הראשונים טעמא דמחמת קידושין הראשונים שלח הא לאו הכי הוי חיישינן לסבלונות ומאי ראיה דילמא מתני' איירי במקום דכולם מקדשי והדר מסבלי דאז אי לאו מחמת קידושין הראשונים שלח פשיטא דחיישינן לסבלונות אך לפי מה שהקשה בר"ן הא קיי"ל בקדש בפחות משוה פרוטה ובעל אח"כ אמרינן דקידש בהך ביאה ואמאי בסבלונות לא אמרינן אך יש לומר דאינו דבר ברור דאדם יודע שאין קידושין בפחות משוה פרוטה וסמוך מיעוט דמסבלי והדר מקדשי להך פלגא וחשוב רוב משא"כ אי מיירי דכולם מקדשי והדר מסבלי תקשה קושית הר"ן לדוכתא אלא ודאי דאיירי דרק רוב לחוד מקדשי

והדר מסבלי ואפ"ה אי לאו מחמת קידושין הראשונים הוי חיישינן ושפיר פשיט הגמ' דחוששין לסבלונות:

ועיין בכתובות דף נ"א דסובר אבוה דשמואל דאשת ישראל שנאנסה דאסורה לבעלה דחיישינן שמא סופו ברצון ורבא פליג דאמרינן דיצר אלבשה ועי' בס' הפלא' דכתב דהגם דלאו דבר ברור בודאי דהא יש לומר דנתרצית לבסוף מרצונה אך משום דאוקמי על חזקת כשרות דראינו שהיתה אנוסה מתחלה הגם דנתרצית לבסוף תלינן ביצר אלבשה. ועיין בס' יש"י דכתב משום דמוקמינן על חזקת היתר לבעלה וע"כ תלינן ביצר אלבש' וע"כ ניחא הסוברים דלבועל אסורה אפי' היה באונס משום דבשלמא לבעלה איכא חזקת היתר ותלינן דיצר אלבשה משא"כ לבועל הספק נולד בעת שהיתה בחזקת א"א. אך יש להבין נהי דליכא חזקת היתר לבועל מ"מ הא איכא חזקת כשרות דידה דיצר אלבשה ואמאי אסורה לבועל. אך לפי מה דאיתא ברשב"א בכתובות על הא דאמר ר"ח דטעמא דר"מ דסובר בעדים שאמרו להם חתמו שקר וא"ל תהרגו יהרגו ולא יחתמו שקר וכתב וז"ל ואע"ג דקיי"ל דאין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש אלא בשלשה דברים מ"מ מדת חסידות הוא ליקטלי' ולא יחתום שקר ואי לא עביד הכי משוי' רשע וסובר ר"מ דאפי' בכה"ג אין אדם משים א"ע רשע וע"ש. ולפ"ז יש לומר הגם דאשה אינה מחוייבת למסור א"ע למיתה אפי' בג"ע משום דקרקע עולם היא מ"מ מידת חסידות למסור א"ע תו לא שייך לאוקמי על חזקת כשרות וע"כ הא דתלינן דיצר אלבשה משום חזקת היתר לבעל וזה ל"ש לבועל. ובזה לא קשה קושית התוס' בכתובות דף ט' על הא דקאמר וכי תימא מעשה שהיה מפני מה לא אסרוה התם אונס הוי ואיבעית אימא דכל היוצא למלחמת בית דוד גט כריתות כותב לאשתו ופירש"י על תנאי שאם ימות במלחמה והקשו בתוס' הא תנן מה היא באותן הימים ר"י אומר הרי היא א"א לכל דברים וקאי על מה דתנן לעיל הרי זה גיטך מהיום אם מתי אלמא הגם דאמר מהיום הרי היא א"א. ועי' בתשובות תועפות ראם דכתב לתרץ דהא עיקר הטעם דהיא א"א דדעתו לאחר הגט כל מה שיוכל אבל היכי דיבוטל הגט מחמת זה א"כ תו אמדינן דעתו שרצונו שהגט יחול מיד וא"כ יש לומר דודאי רצונו לגרשה בשעה קודם שתאסר לו דאחר שזינתה והרי נאסרת לו וא"כ אין לבעל טובה במה שהיא אשתו שהרי נאסרת עליו א"כ אין דנין שרצונו בחלות הגירושין קודם וע"ש:

וקשה על דבריו דהא עיקר מה שמתרץ תירוץ השני דג"כ כותב לאשתו ולא סגי בתירוץ קמא דאונס הוי אך משום דהיה קשה דלבועל עכ"פ אסורה אפי' באונס וא"כ אסורה על דוד וע"כ משני דג"כ כותב לאשתו ועי' בב"ש ס' י"א דכתב כן וא"כ דכיון דאפי'

לתירוץ שני עכ"פ מותרת לבעל משום אונס וא"כ ל"ש לומר דכוונתו היה שיחול הגט מיד קודם שנאסרה עליו דהא לבעל מותרת בלא גט משום אונסא ואכתי קשה קושית תוס'. ובזה ניחא הרש"י בגיטין דף ע"ג ד"ה כאשת איש והבא עלי' במזיד בחנק והקשה דאמאי פירש"י על הבועל ולא על האשה. אך כיון דע"כ איירי באונס דאי ברצון דנאסרה על הבעל ע"כ היה דעתו שיחול הגט מיד שלא תאסר עליו וע"כ באונס וע"כ כתב רק דהבועל חייב חנק:

אך לפי מה שכתבתי נראה על קושית תוס' דהא עיקר מה שתירץ דג"כ כותב לאשתו כדי שלא תקשה דלבועל עכ"פ אסורה והטעם משום דליכא חזכ"ש דכיון דלא מסרה א"ע למיתה הגם דאינה מחוייבת וזה הכל לר"מ שם משא"כ חכמים דר"מ דהן ר"י דפליגי שם על ר"מ בהך סברא וסוברים דלא משוי' רשעים בזה דלא מסרו א"ע למיתה וה"ה לגבי דידה דכיון דאינה מחוייבת למסור א"ע הגם דמדת חסידות הוא לא אבדה חזקת כשרות וא"כ מותרת גם לבועל וא"כ הגם דלר"י ל"ש התירוץ השני דכיון דאכתי א"א היא מ"מ הא סגי לדידי' דאונס הוי דכיון דמותרת גם לבועל ודוק:

ובתשובות איתא דהא דלבועל ליכא חזקת היתר זה אי מחזיקין מאיסור לאיסור ואז כיון דהספק נולד בעת שהיתה א"א וזה כבר אזלא מ"מ אסורה לבועל משא"כ אי אין מחזיקין ל"ש זה וליכא חזקת איסור לבועל:

ובזה אמרתי לתרץ קושית תוס' על אביי דמייתי ראיה דנאמן לומר פ"פ לעולם דאינו נאמן רק דנ"מ דיתברר ע"י עדים. ולכאורה נראה לפי בה"ג דסובר לאסור אשה על בעלה בעינן שראו העדים כמכחול בשפופרת ועי' ברא"ש ביבמות פ' שני. וא"כ יש לומר דאפי' אי נאמר דגם זנות בעדים שכיח אך זה ל"ש שיראו כמכחול ועי' במכות דאיתא שם דלא היה אדם נהרג מעולם והיינו משום דל"ש שידעו עדים בזה וא"כ אי הבעל אינו נאמן לומר פ"פ רק דיתברר ע"י עדים דזינתה דכיון דבעינן דעדים יעידו דראו כמכחול וכו' וזה ודאי ל"ש דיהי' עדים על זה וע"כ דנאמן לומר פ"פ רק על ס' אונס או א"ת ע"ז עשו תקנה דיתברר ע"י עדים. ועוד נראה דאפי' החולקים על בה"ג משום דנהי דע"פ הרוב משראו כדרך מנאפים בודאי בעל וכן היא ע"פ הרוב. ומה"ט בדיני נפשות סגי בראו כדרך מנאפים דחשוב חזקה מחמת רוב דרוב בני אדם אין מעמידין ע"ע בזה וכ"ז לענין ד"נ דאזלינן בתר חזקה ורוב אבל לאפקועי אשה מבעלה דהיא משועבדת לו לכל דבר לא אזלינן בתר הרוב זה הטעם של בה"ג ועי' בתשובה הנ"ל אך החולקין סוברים דכיון לאוסרה על הבועל בודאי סגי בראו כדרך מנאפים דלבועל ל"ש דלא מהני הרוב להפקיע משיעבוד וכיון דמחזיקין כרוב לענין הבועל ה"ה לאוסרה על הבעל אזלינן בתר

הך רובא. אך לכאורה יש לומר דלבועל ל"צ הרוב דבלא"ה אסורה מספק ואפי' לשיטת הרמב"ם דכל ספיקות שרי מהתורה מ"מ לבועל איכא חזקת איסור אי מחזיקין וכו' וא"כ ל"ש לומר דכיון דאזלינן בתר הרוב לבועל ה"ה לבעל אך אי אין מחזיקין א"כ ליכא חזקת איסור אפי' לבועל רק משום הרוב סגי וע"כ ה"ה דמהני הרוב להפקיע מבעל משא"כ אביי הא סובר דמחזיקין וא"כ ל"צ הרוב לאסרה על הבועל וא"כ אמרינן דבעינן לאוסרה על הבעל שיראו כמכחול וזה ל"ש ולא עשו תקנה וע"כ דנאמן לומר פ"פ ושפיר מייתי אביי ראיה:

ובזה אמרתי הא דסוברים דהיכי דהבועל היה מזיד הגם דהיא אנוסה מ"מ אסורה לבועל והקשו מהא דמשני דהתם אונס הוי ועי' בב"ש דהא הטעם דלבועל אסורה דשמא נתרצית ולא אמרינן דאפי' אי נתרצית מ"מ יצר אלבשה אך לבועל ליכא חזקת היתר וע"כ נראה דגם לתירוץ ראשון דהתם אונס הוי ידע מזה דג"כ כותב לאשתו אך היה קשה דהא ר"י סובר דהיא ספק א"א אך כיון דהא דלבועל אסורה רק מספק וע"כ איכא ס"ס שמא יצר אלבשה ושמא הגט חל מיד ואפי' למ"ד דהיא ודאי א"א באותן ימים מ"מ מודה דמיעוטא איכא באומר היום אם מתי שיחול הגט מיד ואמרינן סמוך מיעוטא לפלגא דלא נתרצית ולתירוץ שני מתרץ דכל היוצא וכו' כותב ג"כ ולא דוקא אי ימות במלחמה רק שאם לא יחזור ג"כ יהי' גט ול"צ דאונס הוי ודוק:

ספקא דאורייתא לחומרא

בו יבואר הא דספקא דאורייתא לחומרא אי מהתורה לחומרא או מה"ת ספק שרי ורק מדרבנן לחומרא:

הנה שיטת הרמב"ם דכל הספיקות מהתורה לקולא ויליף לה מהא דממזר מותר בשתוקי והקשו עליו דא"כ שפיר קאמר ר' יהודא דתרווייהו מחד קרא נפקא דכיון דילפינן לכל התורה כולה כ"ש דנילוף שתוקי בישראל ממזר בשתוקי ולפי דעת החולקים על הרמב"ם יש לומר דבאמת הא דכתבה התורה תרי קראי הוי כמו שני כתובים למעט במקום אחר דאין מלמדין מהם ואפשר דהיינו טעמא של ר"י דמוקי קרא לקהל גרים ולא למעוטי במקום אחר דלשיטתו אזיל דס"ל מלמדין ועי' במקנה דכתב זה וא"כ לפ"ז לר"י דסובר מלמדין ילפינן מכאן דבכל מקום ספק שרי מהתורה:

ובזה אפשר לומר דהא דיליף ר"י דאין ביעור חמץ אלא בשריפה ויליף לה מנותר ואמרו לו לא מצא לשורפו יהא יושב ובטל והתורה אמרה תשביתו. והנה בכלבו הוכיח מכאן כשיטת הרמב"ם דסובר דעל חמץ ידוע לא מהני ביטול דאל"כ בלא מצא עצים לשורפו יכול לבטל אלא ודאי דלא מהני ביטול וטעמא דר"י יש לומר דהא בס' צל"ח הקשה

דאיך אפשר לומר דביטול לא מהני רק בחמץ שאינו ידוע אז לא צריכין לביטול כלל דכל ס' מהתורה לקולא ובשלמא אי אמרינן דבית שנשתמשו בו חמץ חשוב איתחזק איסורא ניחא אך להרמ"א דסובר דל"ח איתחזק תקשה. וצריכין לומר דהרמ"א סובר דס"ד מהתורה לחומרא ואז יש לומר דביטול הוא רק בחמץ שאינו ידוע משא"כ ר"י דסובר מלמדין וס"ד מהתורה לקולא ע"כ דביטול קאי אפי' על חמץ ידוע דאל"כ ספק מהתורה לקולא ול"צ לביטול כלל וע"כ סובר דבשריפה ולא קשה בלא מצא עצים יהא יושב ובטל דהא יכול לבטל'. ובזה ניחא הא דרבנן לא ילפי מנותר דהא לדידי' ליכא הך פירכא וע"ש בתוס' אך יש פירכא בלא מצא עצים וכו' לדידהו לא מהני ביטול על חמץ ידוע:

ובזה ניחא קושית תוס' בסוטה דף ה' ד"ה לאחר ולא ליבם דהקשה דבקידושין פ' ג' ילפינן מהך קרא לאיש אחר ולא לקרובים והא בעינן לזה לאחר ולא ליבם ולכאורה נראה דהא הראב"ד הקשה דלמאי צריכין ולא ליבם דתיפוק ליה דכיון דודאי סוטה אינה מתייבמת א"כ ה"ה ספק סוטה דס"ד לחומרא. אך לפי מה דהקשה בתוס' קידושין שם מה פריך מנ"ל דלא תפסי קידושין בחייבי כריתות ת"ל דכיון דהוי ממזר מחייבי כריתות פשיטא דלא תפסי קידושין דהא ר"ע דסובר דאין קידושין תופסין בחייבי לאוין לא ידעינן מהא דסובר דיש ממזר מחייבי לאוין ותירצו דזה לר"ע והכא בעי לר' יהושע דסובר דאין ממזר אלא מחייבי מיתות ב"ד ואפ"ה מודה דאין קידושין תופסין בחייבי כריתות ואליבי' בעי מנ"ל וכיון דלר"ע לא בעי מנ"ל מ"נ ניחא דהא ר"ע סובר דחמץ הוא בשריפה בריש פסחים. וא"כ קשה בלא מצא עצים יהא יושב ובטל וע"כ משום דסובר דספק דאורייתא מהתורה לקולא וע"כ דביטול על חמץ ידוע וא"כ יהי' יכול לבטל לדידיה לא איצטרך קרא ולא לקרוביו דפשיטא דלא תפסי קידושין דבלא"ה ידעינן דכיון דיש ממזר מחייבי כריתות וא"כ מוקמינן קרא לאחר ולא ליבם. ואין להקשות קושית הרשב"א הנ"ל דכיון דודאי סוטה אינה מתייבמת ה"ה ספק סוטה דליתא דהא הוא סובר דס' מהתורה לקולא ואליבא דר"י ולדידי' פריך מנ"ל משני שפיר לאחר ולא לקרובים ולא בעינן ולא ליבם דהוא סובר דס"ד לחומרא מהתורה וא"כ כיון דודאי סוטה אינה מתייבמת ה"ה ספק סוטה דס"ד לחומרא:

גם יש להוכיח דר"ע סובר דמהתורה לקולא דהא ר"ע יליף דטעם כעיקר דאורייתא מג"נ והקשה דכיון דמבשר בחלב אי אפשר למילף ט"כ משום דחידוש הוא א"כ גם מג"נ לא מצינן למילף דאפשר משום חששא דבשר בחלב צוה התורה להכשיר הכלים ותירצו דאי ס"ד לקולא מהתורה ניחא דא"כ ל"צ הכשר כלל ועי' באור חדש וא"כ שמעינן דר"ע

ע"כ סובר דספק מהתורה לקולא. ובזה יש לתרץ קושית תוס' דהנה ברשב"א בקידושין כתב על הא דפריך ואימא על אחות אשתו הא לכתחלה הא דיעבד וכתב לרבא דסובר דאי עביד לא מהני לא מקשה הגמ' דכיון לכתחלה לא ל"צ קרא על דיעבד דממילא ידעינן משום דאי עביד לא מהני רק דקושית הגמ' אזלא לאביי דסובר דאי עביד מהני והנה אביי יליף ט"כ מבשר בחלב וא"כ יש לומר דסובר דספק מהתורה לחומרא אך רבא דיליף מג"נ ע"כ דסובר דס' שרי מהתורה דאל"כ יש לומר דמשום בשב"ח צוה התורה להכשיר וא"כ מ"נ ניחא דאליבא דאביי דאי עביד מהני וצריכין קרא על דיעבד דלא תפסי קידושין לדידי' ל"צ ולא ליבם דפשיטא דכיון דודאי סוטה אינה מתייבמת ה"ה ספק סוטה דס"ד לחומרא מהתורה ולרבא דסובר ע"כ דס' שרי מהתורה וא"כ צריכין קרא על סוטה ספק לדידיה ל"צ קרא על דיעבד דהא סובר דאי עביד לא מהני:

והנה התוס' סוף גיטין הקשו בשם הירושלמי דלב"ש דסובר דלא יגרש את אשתו אלא במצא ערות דבר א"כ לא צריכין קרא דלא יוכל בעלה הראשון וכו' דת"ל דהא ע"כ גירשה משום דמצא ערות דבר א"כ אסורה עליו משום סוטה וע"ש:

ולכאורה נראה דבמרדכי הקשה למאי צריכין קרא וקשרתם דנכרי שכתב ספר תורה דפסול משום דכל מי שאינו בקשירה אינו בכתיבה ת"ל דהא בעינן לשמה וכותי אדעתא דנפשיה עביד ואפי' ישראל עומד ע"ג לא מהני. דבשלמא בקטן בעינן קרא וקשרתם דנ"מ בישראל עומד ע"ג. והנה לפי מה שנראה מב"ש באה"ע סי' קכ"ג דהא דאמרינן דלא מהני עומד ע"ג אינו רק ספק דיוכל להיות דעביד על דעתא דישראל לשמה ניחא דהא מה"ת ס"ד לקולא וא"כ היה מהני עומד ע"ג ומש"ה בעינן קרא וקשרתם דכיון דאינו בקשירה פסול לכתיבה:

אך יש לומר לפי מה דסובר ר"ה בכתובות דגר קטן מטבילין על דעת ב"ד משום דזכות הוא לו ואם הגדיל יכול למחות וכתבו בתשובות דאם מוחה נחשב למפרע כעכו"ם ועי' בח"ס ולפ"ז נ"מ בכתב גר קטן וישראל עומד ע"ג וכשהגדיל מיחה ונעשה למיפרע כותי ולא היה אז בר קשירה ומ"מ כתב על דעת ישראל דהיה אז ישראל ועשה על דעת הישראל וכתב לשמה אך מחמת וקשרתם פסול דכיון דנעשה למיפרע כותי לא חשוב בר קשירה:

ולפ"ז לפי מה דסובר רב"ת ועי' תוס' כתובות דף ד' דע"י ביאת כותי לא נאסרה על בעלה דחשוב ביאת בהמה וא"כ נ"מ במצא ערות דבר עם גר קטן בן תשע שנים ויום אחד דביאתו ביאה וגירשה ואח"כ כשהגדיל הי' מוחה והוא למפרע כעכו"ם וליכא איסור סוטה וליכא רק משום לא יוכל בעלה הראשון וכו':

אך על הירושלמי הקשו דאמאי לא הקשה גם לב"ה דאיצטריך קרא דיכול לגרשה אפי' בלא מצא ערות דבר דבלא"ה ידעינן דאל"כ ל"צ קרא דלא יוכל בעלה הראשון. ולכאורה נראה דבנוב"י הוכיח דע"י עדות מיוחדת נאסרה על בעלה ולא דמי לדיני נפשות דאל"כ מה הקשה בירושלמי הא נ"מ דעדים דהעידו על הזנות הן עדות מיוחדת דלגרשה יכול ומשום סוטה ליכא אלא ודאי דנאסרה גם ע"י עדות מיוחדת וע"ש. ולכאורה יש להבין לפי מה דאיתא בב"ש להקשות דאמאי בעדי זנות לא בעינן דו"ח דחשוב ממון משום הכתובה הא ליכא ד"מ כלל דהא אם היא אסורה אין לה כתובה ואפי' אם היא מותרת מ"מ אינה נוטלת הכתובה מיד. ועי' בנוב"י דכתב דהא יכולה למכור הכתובה בט"ה וע"כ חשוב ממון עכשיו וא"כ לפי מה דסוברים דמכ"ש הוא דרבנן וא"כ מהתורה ל"ח ממון וא"כ מהתורה לא נאסרה ע"י עדות מיוחדת ואכתי תקשה מה הקשה בירושלמי הא נ"מ בעדות מיוחדת דמשום סוטה דמהתורה דל"ח ממון דמי יותר לד"נ. אך יש לומר לב"ש דסובר דשטר העומד לגבות כגבה לדידי' מכ"ש דאורייתא דבתוס' ב"ת כתבו דמש"ה מכ"ש דרבנן משום דאינו ברשותו ולב"ש חשוב ברשותו. וע"כ על ב"ה לא קשה לדידי' יש לומר דנ"מ בעדות מיוחדת דליכא משום סוטה דהא לדידיה לא חשוב דיני ממונות דכיון דמהתורה לא יכולה למכור בט"ה:

ובזה ניחא קושית ב"ש לב"ש למאי כתבה התורה במוציא ש"ר דלא יוכל לשלחה דהא לב"ש לעולם לא יוכל לגרשה אך נ"מ בעדות מיוחדת דבעלמא יוכל לגרשה ע"י עדות מיוחדת דחשוב ממון משא"כ במוציא ש"ר דליכא כתובה ולא מהני עדות מיוחדת. והנה מהירושלמי יש לומר הא דהקשה במהרש"א בריש מכות דילמא בהעידו שהוא מצרי שני והוזמו דנעשה מצרי שני. אך מהירושלמי יש להוכיח דלא נעשה מצרי שני דאל"כ מה הקשה בירושלמי הא משכחת בהעיד הבעל על אחד שהוא מצרי שני והוזמו דנעשה הוא מצרי שני ומחויב לגרשה ואח"כ הוזמו לאחר שגירשה דאז צריכין קרא דלא יוכל בעלה הראשון דליכא משום סוטה והא דכתבו דנ"מ בהוזמו העדים המעידים על זנות דליכא משום סוטה כבר כתבו דכיון דהיא ידעה דשקר העידו העדים והגט אינו גט וא"כ אי ניסת לאחר חשוב זנות בעלמא ואכתי אסורה משום סוטה דהגט אינו גט כיון דהוא גירשה רק אדעתא דהכי אי זינתה משא"כ על אופן הנ"ל היא לא ידעה אלא ודאי דאינו נעשה מצרי שני בהזמה:

אך נראה דגם לב"ש ל"ש דחשוב ממון משום דיכולה למכור בט"ה לפי מה דאיתא בתומים דבמוציא ש"ר ל"ש למכור הכתובה בט"ה דהא עיקר הקנין באשה משום גירושין דאי משום שמא ימות הוא קודם הא באשה שכיח מיתה ולא בבעל א"כ במש"ר ל"ש

משום גירושין דלא יוכל לגרשה בלא דעתה וא"כ ה"ה לב"ש ל"ש דיכולה למכור בט"ה דלא יוכל לגרשה ומי יקנה וא"כ כיון דליכא ממון לא נאסרה ע"י עדות מיוחדת:

גם נראה הא דלא הקשה על ב"ה לפי מה שכתב בפ"י דנ"מ באמר הבעל פ"פ מצאתי דנאמן לאוסרה וגירשה וניסת לשני ומצא שהיתה בתולה ונתברר דשקר אמר הבעל הראשון וליכא משום סוטה וע"כ צריכין לקרא דלא יוכל בעלה הראשון. אך הקשה דהא איכא ס"ס ומתרץ הגמ' דאיירי בא"כ או בפחות משלשה שנים והכא לא מצי איירי בא"כ דא"כ בלא"ה אסורה משום גרושה וא"כ בא"י איכא ספק אונס וספק שרי מהתורה וא"כ אי אפשר לומר דגירש ע"י שאמר פ"פ וע"ש. וזה הכל לב"ש דסובר דש"כ מלמדין וא"כ ס' מהתורה לקולא וא"כ אי אפשר לומר דאיירי דגירש ע"י שאמר פ"פ דאפי' אי מיירי בפחות מג' שנים וליכא רק חדא ספיקא ס' אונס מהתורה מותר משא"כ על ב"ה לא דיש לומר דגירש ע"י דאמר פ"פ והוא סובר דס"ד לחומרא מהתורה:

אך יש לומר דלפ"ז גם על ב"ש לא קשה דהא הקשה על הירושלמי דנ"מ בעבר וגירש בלא ערות דבר וכתבו דאי לא כתבה התורה אך ביבמות דף ע"ח פריך והרי ממזר דאי וכתבה התורה ומשני דאי לאיסורא כתב וא"כ אכתי תקשה דנ"מ בעבר וגירש וע"כ נראה דהא הקשה דמה פריך והרי ממזר דאי דאליבא דר"י דסובר בכותי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר משכחת ממזר בלא דאי דהיינו בכותי שבא על ב"י דליכא איסור דאורייתא רק כיון דלא תפסי קידושין הולד ממזר וכתבו דקושית הגמ' אזלא למ"ד דהולד כשר ולפ"ז יש לומר דקושית הירושלמי היה למ"ד דנכרי הבא על ב"י הולד ממזר וא"כ יש לומר דאפי' דאי לאיסורא לא כתבה וע"כ אי אפשר לומר דמיירי בעבר וגירש. והנה כתבו המפרשים דאי אמרינן דנכרי הבא על בת ישראל דהולד ממזר לא מצינן למילף מהתם דס"ד מהתורה לקולא מספק ממזר דשרי דהתם ע"כ גזה"כ הוא דהא רש"י בקידושין כתב על הא דאמר רבא דבר תורה שתוקי כשר דרוב כשרין אצלה דגם נכרי ועבד אין הולד ממזר וא"כ למ"ד דהוי ממזר ע"כ דהוי גזה"כ וא"כ לא מצינן למילף מהתם דס' לקולא מהתורה וא"כ מ"נ ניחא דאם נאמר דס' אסור מהתורה והיינו למ"ד דנכרי הבא על ב"י דהולד ממזר א"כ משכחת דגירשה ע"י דאמר פ"פ והגם דאיכא ס' אונס אסורה מהתורה ולמ"ד דס' מותר מהתורה והיינו למ"ד דנכרי הבא על ב"י הולד כשר דאפשר למילף מהתם מס' ממזר דאז לא הוי גזה"כ לדידי' ע"כ אמרינן דאי לאיסורא כתבה דהא ממזר ג"כ דאי אפשר לומר בנכרי הבא על ב"י דאז הולד כשר א"כ יש לומר בעבר וגירש בלא ערות דבר:

ומה שהקשה דאי מהני בעבר וגירש הא בירושלמי איתא והובא בתוס' גיטין דהא דב"ש סובר דפוטר את אשתו בגט ישן משום דב"ש לשיטתו דלא יגרש אלא ע"י ערות דבר ואז מאוסה בעיניו ול"ח דבא עליה וקשה דילמא דעבר וגירש בלא ערות דבר. ונראה לפי מה שכתבו דמתני' ע"כ דגרשה ע"י שליח דאל"כ חשוב מוקדם וקיי"ל דכל מידי דהוא לא מצי עביד לא מצי משוי שליח וא"כ בלא מצא ערות דבר דהוא לא מצי מגרש אי אפשר להיות ע"י שליח וע"כ במצא ערות דבר איירי ושפיר כתבו בירושלמי דב"ש לשיטתם:

והנה לפי גירסא אחת ברמב"ם מודה הרמב"ם דבספק כרת מהתורה לחומרא וע"כ משכחת אש"ת משום דבספק כרת מודה הרמב"ם אך הקשה אי בס"כ מהתורה לחומרא אמאי ספק ממזר שרי והא יכול לבוא לידי ס' כרת כגון שהספק קידש אשה ואח"כ קיבלה קידושין מאחר דלא תפסי קידושי שני ע"י דהספק ממזר קידשה קודם וא"כ יכול לבוא לספק כרת ואין לומר דאפי' אי היה ממזר ודאי תפסי קידושי ראשון דהא קידושין תופסין בחייבי לאוין ולא חל קידושי שני מ"מ יכול לבא לספק כרת באם קדשה ע"י שליח דאי הי' ממזר ודאי לא חלין הקידושין דאין שליח לדבר עבירה והיו חלין קידושי שני משא"כ השתא דהוא ס' ממזר ומותר לא חלין קידושי שני או נ"מ בקידש הס' ממזר ע"י ביאה דאי היה ודאי ממזר לא חלין קידושין מטעם אי עביד לא מהני ועי' במרי"ט דכתב דאפי' דקידושין תופסין בחייבי לאוין מ"מ ע"י ביאה לא מהני והיו חלין קידושי שני משא"כ השתא דהוא ספק ממזר לא חלין קידושי שני. וע"כ דאין חילוק דאפי' בס' כרת ס' לקולא. והנה לאביי דסובר דאי עביד מהני וא"כ אפי' ממזר ודאי דקדש בביאה חלין הקידושין או אפי' ע"י שליח ועי' בנוב"י דכתב ג"כ לאביי לא אמרינן ע"י שליח דבטל המעשה וא"כ לא יוכל לבוא לספק כרת ויש לומר לדידי' דבס' כרת מודה הרמב"ם:

ולפ"ז לרבא לא קשה קושית הראב"ד הנ"ל דכיון דודאי סוטה אינה מתייבמת ל"צ קרא על ספק סוטה דס"ד לחומרא דליתא דהא מהתורה לקולא הגם דס' כרת הוא דאשת אח שלא במקום מצוה הוא בכרת וצריכין קרא על ס' סוטה דאינה מתייבמת לאחר ולא ליבם אך לדידי' ל"צ קרא על אחות אשה דאפי' בדיעבד לא תפסי קידושין דממילא ידעינן דאי עביד לא מהני כהרשב"א הנ"ל ואליבא דאביי דסובר דאי עביד מהני ובעינן קרא דלא תפסי קידושין אפי' בדיעבד לדידי' ל"צ קרא על ספק סוטה דאינה מתייבמת דממילא ידעינן דס"ד באיסור כרת הוא לחומרא מהתורה וניחא קושית תוס':

ולכאורה ראיה קצת דבס"כ מודה הרמב"ם מהא דאיתא בביצה דמש"ה כוי אין מכסין ביו"ט גזרה משום התרת חלבו וקשה הא מהתורה כיון שהוא ספק חי' החלב מותר ואמאי גזרינן משום התרת חלבו אלא ודאי דבס' כרת מודה הרמב"ם דס' אסור מהתורה:

אך קשה על המרי"ט הנ"ל דסובר דבחייבי לאוין וקדשה בביאה לכ"ע לא חלין קידושין דאי עביד לא מהני א"כ הא דאיתא ביבמות בני צרות לב"ש חייבי לאוין נינהו והקשה בנב"י הא משכחת ממזרים לב"ש כגון שקדשה הראשון ע"י שליח ושוב מת היבם וקדשה השני דלב"ה היא מותרת לשוק וחלו קידושי ראשון ולא של השני ולב"ש אסורה לשוק והגם שהוא חייבי לאוין מ"מ אין שליח לדבר עבירה וחלו קידושי שני ובנים מהראשון ממזרים ותירצו דהא ב"ש סובר דיש שליח לדבר עבירה אך לפי המרי"ט קשה בקידש הראשון בביאה והיבם מת וקדשה שני דלב"ש הגם דקידושין תופסין בחייבי לאוין מ"מ בביאה לא תפסי וחל של שני ובנים מראשון ממזרים:

ועיין ברש"י ביבמות דף מ"ט דפי' לרב ליכא לאו ביבמה לשוק רק עשה וא"כ לפ"ז אפי' לר"מ ל"ח למיעוט באיסור יבמה לשוק לפי משנה למלך הלכות יו"ט דכתב באיסור עשה מודה ר"מ דל"ח למיעוט וקשה מהא דמשני הגמ' ביבמות דמש"ה לא תנשא לשוק הגם דאיכא רוב דמתעברות וכו' דאתא כר"מ והא הכא ר"מ מודה דל"ח למיעוט וכן תקשה מהא דמת הולד בתוך ל' יום דצריכה חליצה ולא אזלינן בתר הרוב וכעין זה קשה לי הא דפריך הגמ' בחולין מ"ש דפטור מלכסות בשחטו חרש שוטה וקטן ולענין או"ב אסור לשחוט אחריהן דבאמת איכא רוב מעשיהם מקולקלים אך לר"מ חיישינן למיעוט וזה לענין או"ב דאיסור לאו משא"כ לענין לכסות דעשה ל"ח למיעוט אפי' לר"מ:

ולכאורה קשה על הרמב"ם מהא דאיתא בב"ת דף מ"ח דסובר ר"ה דתלויה וזבין חשוב זביני ורצה להוכיח יקריב אותו מלמד שכופין אותו יכול בע"כ ת"ל לרצונו הא כיצד כופין עד שיאמר רוצה אני ופי' הרשב"ם אלמא היכי דאמר מתוך יסורין רוצה אני קרינן לרצונו דגמר בלבו להקריב וה"ה בזביני אמרינן דגמר בלבו להקנות וע"ש. ולשיטת הרמב"ם קשה דאין ראיה מהתם דלעולם דלא אמרינן דבודאי גמר ומקני רק ספק הוא אי גמר ומקני אי לאו וממילא הקרבן כשר דס' מהתורה לקולא משא"כ בזביני א"כ כיון דספק הוא אי גמר ומקנה א"כ אוקמא על חזקת מ"ק ולהנך הסוברים דבקרבן איכא חזקה חזקת חיוב וע"כ הוכיח הגמ' בחולין מקרבנו דאזלינן בתר רובא דאל"ה שמא היה הקרבן טריפה ואין לומר משום דמה"ת ספק לקולא אך משום דאיכא חזקת חיוב ואז מודה הרמב"ם דאזלינן לחומרא וא"כ ה"ה הכא שפיר הוכיח דאינו מתורת ספק רק דבודאי גמר ומקנה. ויותר נראה לפי מה דאיתא במקנה על הא דהוכיח הגמ' בקידושין מקרא הנ"ל יקריב אותו דדברים שבלב אינו דברים והקשה הא הכא מסיק הגמ' דאגב אונסו גמר ומקנה וכתב דבאמת מהראוי לומר דל"ח דברי' שבלב דחשוב דברים שבלב דמוכח דאז הוה דברים אך כיון דאיכא דגמר ומקנה תו לא הוי דברים שבלב דמוכח

וממילא לא הוי דברים ועכ"פ אמרינן דהך דאגב אונס גמר ומקנה אינו ודאי אלא דבאמת ספק הוא אי גמר ומקנה אי לא אך כיון דספק הוא תו לא הוי דברים שבלב דמוכח וא"כ הגם דבאמת לא נתרצה לא מהני דחשוב דברים שבלב ועכ"פ מוכיח שפיר הגמ' בקידושין דברים שבלב אינו דברים דאין לומר משום דגמר ומקנה דליתא דזה אינו עושה רק שלא יהיה דברים דמוכח וע"ש דמסיק דמש"ה תלוי' ויהיב לא מהני ולא אמרינן דאגב אונס גמר ומקנה כיון דזה אינו עושה רק שלא יחשב דברים שבלב דמוכח ובמתנה דברים שבלב הגם דאינו מוכח הוה דברים ע"ש:

ולפ"ז שפיר פשיט הכא דזביני' זביני דאין לומר דהא דהקרבן כשר הוא מטעם ספק דמה בכך דכיון עכ"פ אמרינן דס' הוא אי גמר ומקנה תו לא הוי דברים שבלב דמוכח ולא הוי דברים וזביני' זביני:

ויותר נראה דהא מדקאמר דאגב אונס גמר ומקנה משמע דאינו ספק אי גמר ומקנה. אך יש לומר דע"פ רוב גמר ומקנה אגב אונס אך מיעוטא איכא עכ"פ דלא גמרי ומקני וע"כ הגם דלא אזלינן בממון אחה"ר ואפשר דהוא מהמיעוט דלא גמרי ומקני אך עכ"פ לא הוי דברים שבלב דמוכח. וזה הטעם דתלויה ויהיב לא מהני דכיון דלא אזלינן אחר הרוב בממון ויכול להיות דהוא מהמיעוט הגם דלא הוי דברים שבלב דמוכח במתנה דברים שבלב הוי דברים. ולפ"ז למ"ד דאזלינן בתר הרוב בממון אפי' תלויה ויהיב מהני דכיון דע"פ הרוב גמר ומקנה וא"כ אפי' דברים שבלב ליכא. ובזה לא קשה קושית תוס' שם על הא דמשני מודה שמואל היכי דיהיב זוזי והקשה דמשמע דלרב מהני אפי' בלא יהיב זוזי ואמאי הא תלוי' ויהיב הוא אך לרב לשיטתו דסובר דהולכין אחר הרוב בממון מהני אפילו תלויה ויהיב:

ובזה ניחא הרמב"ם דכתב הטעם דגט מעושה כשר משום דמצוה לשמוע דברי חכמים והקשה הא זה לס"ד דלא ידעינן דסברא הוא דאגב אונסו גמר ומקנה ותלויה] וזבין לא הוי זביני ואז צריכין לומר דמש"ה הגט כשר משום דמצוה לשמוע דברי חכמים משא"כ למסקנא ל"צ לטעם זה וע"כ נראה דהא בתוס' הקשו דבגט חשוב תלויה ויהיב דלכ"ע לא מהני. אך לפי מה שאמרנו ניחא דבאיסור דאזלינן בתר הרוב וע"כ כיון דרוב גמר ומקנה גם בלבו וע"כ מהני אפי' תלוי' ויהיב אך הא יש לומר סמוך מיעוטא לחזקת א"א וע"כ צריכין לומר דהסוגיא אזלא להך תירוץ ביבמות פ' בתרא דהא דלא תנשא ולא אזלינן אחר הרוב דאתיא כר"מ דחייש למיעוט אבל לרבנן תנשא ול"א סמוך וכו' משא"כ לדידן דקיי"ל דאמרינן סמוך וא"כ ה"ה הכא לא מהני הרוב דגמר ומקנה וע"כ כתב הרמב"ם

משום דמצוה לשמוע וחשוב כמו חזקה ג"כ דנתרצה ואז חשוב מיעוטא דמיעוטא ולא אמרינן סמוך:

ובזה ניחא הרמב"ם דכתב דשלא כדין אינו בטל הגט רק פסול וכן ע"י נכרים והקשה עליו אך לפי מה דאיתא בתוס' דמש"ה לא מהני שלא כדין משום דאז חשוב תלויה ויהיב וכן ע"י נכרים אפי' כדין חשוב תלויה ויהיב וא"כ כיון דע"פ רוב גמר ומקנה אך דאמרינן סמוך וזה לא הוי רק מדרבנן וע"כ פסק דלא בטל רק פסול:

ובזה ניחא הירושלמי דפי' שמים ביני לביניך שהיא אומרת דאינו נזקק עמה כלל והקשה הא בזה ידע דמשקרה ואיכא חזקה דאין אשה מעיזה ואמאי לא מהימנה לומר שמים ביני לביניך. אך נראה דהא ברא"ש בנדרים איתא דמש"ה נאמנת לומר גרשתני דחזקה דלא תקלקלה א"ע להיות באיסור א"א כו' והקשו עליו דא"כ מה פריך הגמ' משמים ביני לביניך דאמאי לא מהימנה הא אפי' אם נאמר דגם שם איכא חזקה דאין אשה מעיזה מ"מ הא לא מקלקלת א"ע ותירצו דכיון דהוא ידע דמשקרת א"כ אפי' דיתן לה גט יהי' גט מעושה שלא כדין ותקלקלת א"ע. אך לפי מה שאמרנו דאפי' שלא כדין אינו רק פסול בלבד א"כ לא דמי לגרשתני דיש לומר דאינה חוששת על פסול דרבנן וע"כ דסוגיא קאי להך סוגיא דגיטין פרק המגרש דשלא כדין פסול מדאורייתא ודמי לגרשתני ושפיר פריך והוצרך לתרץ משום דבעל לא ידע משא"כ לדידן דשלא כדין הוא רק פסול ולא דמי לגרשתני דליכא כל כך חזקה דלא מקלקלה א"ע וא"כ יש לומר דשמים היינו דאינו נזקק עמה ומ"מ לא מהימנה הגם דאיכא חזקה דאין אשה מעיזה מ"מ ליכא חזקה דלא מקלקלה א"ע ודוק:

ועיין בפ"ח ס' ק"י דכתב דמש"ה מביא אש"ת הגם דס' מהתורה לקולא אך כיון דאש"ת הוא על חתיכה משני חתיכות וכיון דאיתחזק איסורא מודה הרמב"ם דס' אסור מהתורה:

ולפ"ז למ"ד דעל חתיכה אחת מחויב אש"ת ע"כ סובר דס"ד מהתורה לחומרא. ובזה אמרתי לתרץ הספרי דיליף דטריפה פטור ממתנות משום דכתיב מאת זובחי הזבח פרט לטריפה והקשה דאמאי לא יליף דכתיב ונתן לו ולא לכלבו וע"כ נראה דלכאורה קשה דאי טריפה פטור ממתנות א"כ איך משכחת שמחויב במתנות דשמא במקום נקב קא שחיט ואין לומר דאזלינן בתר הרוב הא בממון לא אזלינן בתר הרוב וע"כ צריכין לומר דכיון דלכל הדברים מחזקינן שהוא מרוב כשרות לאכול מבשר וע"כ גם מה שנוגע לממון הולכין אחר הרוב וע"כ מחויב במתנות אך אי אמרינן כשיטת הרמב"ם דס' מהתורה לקולא א"כ לענין לאכול מהבשר ל"צ לרוב דמספק שרי לאכול והרוב רק לממון שמחויב במתנות וקשה הא לא אזלינן בתר הרוב בממון ובשלמא אי אמרינן דמש"ה טריפה פטור

ממתנות משום לו ולא לכלבו ניחא דכיון דרשאי לאכול אי משום הרוב אי משום דספק שרי א"כ לא חשוב לכלבו רק לו משא"כ אי נאמר דהטעם משום דטריפה ל"ח זבח תקשה שמא היא טריפה. אך ר"ש סובר בכריתות יש אם למקרא ועי' דף כ"ב ואז חיוב אש"ת על חתיכה אחת וע"כ דסובר דס' מהתורה לחומרא וסתם ספרי הוא ר"ש וא"כ ע"כ צריכין למיזל בתר הרוב לאכול הבשר וע"כ מהני הרוב גם לממון וחייב במתנות וע"כ מצינן למילף דטרפה פטור ממתנות משום דל"ח זבח משא"כ לדידן דס' לקולא מהתורה וא"כ קשה דילמא הי' טריפה ולא אזלינן בתר הרוב כיון שנוגע רק לממון וע"כ דילפינן דכתיב לו ולא לכלבו ואז כיון דשרי באכילה א"כ לא חשוב לכלבו רק לו. ולכאורה קשה הא דאיצטריך קרא נבלה וטריפה לא יאכלו הכהנים דה"א מדשרי לאכול מליקה שרי לכהנים גם נבילות וטריפות ועי' במנחות וקשה דבלא"ה ידעינן דאל"כ איך דרשינן לו ולא לכלבו הא אפי' אי היה טריפה חשוב לו אלא ודאי דאסורין בטריפות:

ובלא"ה קשה הא דפריך הגמ' בחולין דף קל"ד בנשחטה פרה וס' אי קודם שנתגייר או לאח"כ דפטור מהמתנות ופריך אלמא ס' לקולא ורמינהו ספק לקט לקט וקשה דהכא שאני כיון דאיכא מיעוט דטריפות סמוך מיעוטא לפלגא דנשחטה קודם שנתגייר וחשוב רוב וע"כ פטור ממתנות:

ועיין בס' חוות דעת דמחלק בין היכי דאיסור נכתב אז יש לומר דוקא ודאי איסור וספק שרי מהתורה משא"כ היכי דהיתר כתוב בפירוש אז ס' אסור מהתורה ועי"ש וקשה הא דאיתא בחולין דף מ' אי טריפה בהדיא כתיב ואי בשחיטה דמצורע מסיפא דקרא נפקא וזה אשר לא תאכלו מהם לרבות שחיטת מצורע וקשה הא נ"מ בס' דמקרא דזה אשר לא תאכלו מהם הי' משמע רק ודאי מצורע ולא ספק משא"כ מקרא כל צפור טהור תאכלו אז אפי' ספק אסור דמשמע ודאי טהור דוקא:

ועיין באה"ע ס' כ"ז דפסק דבנתנה היא ואמרה היא דאפי' הוא אדם חשוב אפי' ס' קידושין ליכא והקשה דכיון דבאדם חשוב חשוב כנתן הוא והיכי דנתן הוא ואמרה היא הוי ספק קידושין וע"ש בב"ש. ויש לומר דאפי' באדם חשוב הנאה דמקבל מתנה דחשוב כסף זה ע"פ הרוב ומיעוט ליכא הנאה אפי' באדם חשוב וע"כ ניחא קושית הר"ן הא דבחליפין לא מהני אדם חשוב דלא אזלינן אחר הרוב בממון וע"כ ניחא הכא דסמוך מיעוטא לפלגא ודוק:

סימנים

יבואר סימנים אי מועיל להתיר בא"א ואם יש חילוק בין גט למיתה:

עיין ב"מ דף כ"ז דמיבעי' סימנים אי דאורייתא או דרבנן נ"מ לאהדורי גט אשה בסימנים ופשיט מהא דאין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם אע"פ שיש סימנים בגופו ובכליו ומשני גופו דארוך וגוץ כליו דחיישינן לשאלה אי חיישינן לשאלה חמור בסימני אוכף היכי מהדרינן ליחוש לשאלה ומשני לא שאילי אינשי איבעית אימא כליו בחיורי וסומקי וכו' והנה הרמב"ם כתב וז"ל ולמה פרט הכתוב חמור להחזירו בסימני מרדעת ועיין בנוב"י דתמה הא הגמ' פריך ליחוש לשאלה ומשני לא שאילי אינשי ובמרדעת יש חשש שאלה ואמאי מחזירין ע"י סימני מרדעת וע"ש. ולכאורה נראה דהא הקשה שם דאמאי לא פריך הגמ' חמור בעידי אוכף היכי מהדרינן דהא לחששא דשאלה גם עדים לא מהני דמ"מ איכא חששא דשאלה:

ולכאורה נראה דהא הקשה מה פריך הגמ' דילמא מיירי דיש לו סימן גרוע בגוף החמור רק דלא מהני ס"ג רק הסימן אמצעי דיש באוכף ועכ"פ לא חיישינן דחשוב שאלה דיחיד ועי' בתשובות חכם צבי שמתיר לינשא באם יש סימנים בגוף וסימן מובהק בכלי' מה"ט דחשוב שאלה דיחיד דל"ח כמו דל"ח לנפילה דיחיד אך באמת לא קשה דהתם דיש לו סימן אמצעי בגוף חשוב שפיר שאלה דיחיד משא"כ הכא דתאמר ע"כ דיש לו סימן גרוע בחמור דאי סימן אמצעי ל"צ הסימן דאוכף ובסימן גרוע דל"ח סימן משום דיש הרבה כזה בסימן כזה ממילא לא חשוב שאלה דיחיד ושפיר פריך הגמ' משא"כ בעדי אוכף לא מצי פריך ליחוש לשאלה דהא אי בעינן עדי אוכף ע"כ משום דסימנים לאו דאורייתא וא"כ יש לומר דאיירי דיש לו סימן אמצעי בגוף החמור ומ"מ לא מהני משום דסימנים ואז ל"ח לשאלה דחשוב שאלה דיחיד וא"כ יש לומר לפי מה שכתבו דהרמב"ם ע"כ איירי דיש לו סימן מובהק במרדעת דכיון דסובר דסימנים לאו דאורייתא וא"כ יש לומר דיש לו ס"א בגוף החמור דאז הוי דשאלה דיחיד ול"ח וע"כ כתב להחזיר בסימני מרדעת ולפ"ז מוכח דשני סימנים גרוע לא מצטרפי להיות חשוב ס"א. ועיין ברמ"א באה"ע ס' י"ז דהא הרבה סוברים דהיכא דאיכא ס"א בגוף של ההורג וסימן מובהק בכליו מהני מ"נ דאי סימנים דאורייתא ואז כדי שלא תקשה ממתני' דאין מעידין וצריכין לומר משום דחיישינן לשאלה וא"כ לא מהני ס"מ דכלי' משום שאלה מ"מ כיון דסימנים דאורייתא מהני ס"א דגוף ואי לאו דאורייתא וא"כ לא קשה קושית הגמ' הנ"ל א"כ ל"ח לשאלה ומהני ס"מ דכלים ועי' בב"ש דכתב דכיון דסימנים דרבנן ובעינן ס"מ א"כ ע"י חששא דשאלה לא הוי סימן מובהק וכתבו בתשובות דנעשה עי"ז הסימן מובהק לסימן אמצעי וא"כ ה"ה בס"א נעשה ע"י חששא דשלה סימן גרוע וא"כ אכתי תקשה מה מקשה ליחוש לשאלה דיש לומר דאיירי דיש לו ס"ג בחמור וס"א באוכף ונהי דחיישינן לשאלה ונעשה

סימן גרוע מ"מ שני סימנים גרוע מצטרפין וחשוב ס"א והשתא סובר דסימנים דאורייתא ומהני ס"א ויש לעי' דאמאי לא מתירין באמת באיכא ס"א בגוף וס"מ בכלים דהא לפי מה דמשמע מרמב"ם דמדינא סימנים דאורייתא ורק החמירו חכמים וא"כ לפי מה דסוברים דבממון ל"ח לשאלה ועי' בראש"ש ב"מ ובש"ך ס' ס"ה ועיין בתשובות דכתבו דאיסור דרבנן דמי לממון וא"כ כי איכא ס"א בגוף דמהתורה סגי בזה ונהי דהחמירו חכמים מ"מ מהני ס"מ דכלים ול"ח לשאלה דאיסור דרבנן דמי לממון דל"ח לשאלה:

וגם דהא בנוב"י הקשה דאמאי חיישינן לשאלה הא חזקה דכל מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו ותירץ דאיכא חזקת א"א כנגדו וא"כ לפי מה דכתב הוא בשאלה ל"א וז"ל והנה הגם דסימנים דרבנן היינו דחיישינן שמא איתרמי גם אדם אחר שיש לו סימנים כאלו ועכ"פ מידי ספק לא נפק שמא הוא זה או שמא אחר ועכ"פ איתרע חזקת א"א ומש"ה מתיר בספק אם הוא תוך ג' ימים או לאחר ג' ימים היכי דאיכא סימנים הגם דסימנים לאו דאורייתא דהא קשה על הנך דמחמירין בספק אם הוא תוך ג' ימים לוקמא בחזקת חי ועדיין לא עברו ג' ימים וע"כ משום דאיכא כנגדו חזקת א"א ומש"ה כי איכא סימנים הגם דל"ד מ"מ חזקת א"א עכ"פ ליכא וא"כ מהני הט"ע דתלינן שהוא בתוך ג' ימים משום חזקת חי וע"ש. ובזה ניחא הטור דכתב דשומא לא הוי סימן משום דעשוי להשתנות לאחר מיתה ותמהו דת"ל דסימנים לאו דאורייתא ולפי הסוברים דשני ס"א חשוב סימן מובהק בפשיטות ניחא דנ"מ דאיכא עוד ס"א בגוף דאי לאו דעשויה להשתנות מהני דמצטרפין. אך לפי דבריו ניחא דנ"מ בספק אי הוא תוך ג' ימים דאז אי הוי שומא עכ"פ ס"א נהי דלא דאורייתא עכ"פ איתרע חזקת א"א ותלינן דהוא תוך ג' משום חזקת אי והיה מהני הט"ע משא"כ אי לא נחשב אפי' ס"א משום דעשוי להשתנות לא איתרע חזקת א"א. וא"כ לפ"ז באיכא ס"א בגוף וס"מ בכלים נהי דסימנים ל"ד מ"מ איתרע חזקת א"א ע"י ס"א שבגופו וממילא מהני ס"מ דבכלים ול"ח לשאלה דחזקה דכל מה שת"י אדם הוא שלו וחזקת א"א ליכא כנגדו:

ולפ"ז יש לתרץ הא דהקשה בתשובה הנ"ל על הא דפריך הגמ' במצא גט קשור בכיס דיחזיר ליחוש לשאלה והקשה דילמא כי מתרץ כליו בחיורי וסומקי אז תו ל"ח לשאלה וע"ש. אך יש לומר דהא דמתרץ כליו בחיורי וסומקי קאי להך לישנא בבכורות דמדאורייתא לא בעינן פרצוף פנים עם החוטם וע"ש וא"כ מדאורייתא כבר יצאה מחזקת א"א וא"כ איכא חזקה דכל מה שת"י וכו' וחזקת א"א ליכא כנגדו וע"כ ל"ח לשאלה וע"כ מתרץ כלים בחיורי וסומקי אבל בעלמא חיישינן לשאלה וע"כ פריך שפיר ממצא גט קשור בכיס דאמאי ל"ח לשאלה:

גם יש לומר על הרמב"ם דכתב להחזיר בסימני מרדעת לפי מה שכתבתי דהיכי דאיכא שני מיעוטי חשוב פלגא ופלגא. ולפ"ז יש לומר דבאמת גם חששא דשאלה הוא חשש רחוק ואינו רק מיעוטי אך כיון דסימנים הוא רק רוב לחוד דהא יש לומר דאיתרמי אדם אחר בסימן כזה אך הוא רק מיעוטי וע"כ כי איכא עוד חשש דשאלה הגם דל"ש מ"מ כי מצטרפי הנך שני מיעוטי חשוב פו"פ וע"ז משני לעולם דס"ד וכלים דחיישינן לשאלה וע"כ כיון דאיכא עוד חשש דשאלה חשוב שני מיעוטי וע"כ לא מצי להקשות חמור בעדי אוכף היכי מהדרינן ליחוש לשאלה דבאמת לשאלה לחוד ל"ח רק היכי דמחזירין בסימנים דאז אפי' אי ס"ד מ"מ מיעוט איכא וע"כ חיישינן לשאלה משא"כ בעדי אוכף. ולפ"ז היכי דאיכא ס"מ דאז אפי' מיעוטא ליכא אז אין לחוש לשאלה. ולפ"ז כיון דע"כ הרמב"ם מיירי בס"מ דהא סובר דסימני' ל"ד וממילא ל"ח לשאלה. דליכא שני מיעוטי. ולפ"ז ניחא התוס' דהקשה דאמאי לא פשיט הגמ' דסימנים דאורייתא ממצא גט קשור בכיס ותמהו דילמא איירי בס"מ אך דא"כ למאי נקט דברים דלא מושלי אינשי הא בלא"ה ל"ח לשאלה בס"מ ושפיר הקשו בתוס':

ובזה נימא הרא"ש ב"מ דהקשה דאמאי לא פריך הגמרא דאי חיישינן לשאלה אמאי במצא פירות בכלי מחזירין ליחוש לשאלה ותמהו עליו דאמאי לא הקשה ממתני' דמצא שטרות בחפיסה דיחזיר דאמאי ל"ח לשאלה אך לפי מה דאיתא ברא"ש דבשטרות לא מהדרינן רק ע"י ט"ע לת"ח ואז ל"ח לשאלה דליכא שני מיעוטי כיון דמיירי בט"ע ומש"ה לא הקשה רק ממצא פירות בכלי דהתם איירי ע"י סימנים. ולפ"ז בס"מ או בט"ע לכ"ע ל"ח לשאלה:

והנה הרמב"ם פ' ג' מהלכות נחלות פסק מצא ההורג ולא הכירו בפנים אבל היה לו סי' בגופו בכל אלו הדברים יורדים לנחלה אע"פ שאין משיאין את אשתו שאני אומר שלא החמירו אלא לענין כרת בלבד והקשו עליו דהא בהדיא איתא בסוגיא דאי סימנים דאורייתא מהדרינן ג' אשה בסימנים וסמכינן אפי' באיסור א"א ולא החמירו חכמים כלל. ולכאורה נראה דיש לחלק דהא סימנים הוא רק מטעם רוב דל"ש דיתרמי עוד איש כזה בסימנים אלו וא"כ לפי מה דהחמירו בא"א דלא אזלינן בתר הרוב דהא נפל למים שאל"ס אשתו אסורה אע"ג דאיכא רוב להתיר וא"כ מהראוי לומר דגם סימנים אפי' אי דאורייתא כיון דהוא רק מטעם רוב החמירו חכמים עכ"פ דלא תנשא לכתחלה. אך לפי מה דאיתא בתשובות הריב"ש הטעם דהחמירו במים שאל"ס הגם דרוב וחזקה רובא עדיף אך משום דאיכא תרי חזקות חזקת חי וחזקת א"א ועי' בנוב"י וזה ל"ש בגט דליכא רק חזקת א"א וע"כ אמרינן דאי ס' דאורייתא מהדרינן ולא החמירו חכמים משא"כ במיתה דאיכא שני

חזקות וע"כ אפי' אי ס"ד החמירו כמו דהחמירו במים שאל"ס והא דפריך הגמ' מהא דאין מעידין אלא בפ"פ עם החוטם הי' סובר מדקתני אע"פ שיש סימנים בגופו ובכליו היינו בגופו ובכליו וכן איתא בתשובות דהלשון משמע כן וא"כ תרי סימנים חשוב כמו תרי רובא ומהני אפי' נגד שני חזקות כמו בגט דמועיל ס' אחד נגד חד חזקה. וראיה לזה דבזה לא החמירו חכמים דהא לשיטת מהרש"ל יהא דטריפה אינה חי' זה רק רוב לחוד וא"כ תקשה הא דאיתא במתני' דיבמות בנפל למים שאל"ס מן ארכובה ולמעלה תנשא והיינו לאחר י"ב חודש ועיין במ"מ וסמכינן על הא דטריפה אינה חי' וקשה כיון דאינו רק מטעם רוב הא בא"א החמירו דלא אזלינן בתר הרוב וע"כ כיון דאיכא תרי רובא דהא נפל למים שאל"ס ובתרי רובא לא החמירו חכמים וה"ה בשני סימנים לא החמירו וע"כ סובר הרמב"ם הגם דס"ד דהחמירו חכמים וזה ל"ש בגט. ומזה קשה לי על השמ"ק ב"מ דכתב על הא דפריך הגמרא מצא גט אשה בשוק בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה ואפי' לזמן מרובה והקשו בתוס' דכיון דבעל שאמר גרשתי נאמן א"כ מה בכך דאין זה הגט שנפל כיון דכבר גירשה ותירצו דלמפרע אינו נאמן הבעל והקשה בשמ"ק דא"כ הוי ס"ס שמא אמת שכבר גרשה ושמא זה הגט שנפל ממנו ותירץ דכמו דהחמירו דלא מהני הרוב בא"א ה"ה דהחמירו דאפי' ס"ס לא מהני וע"ש וקשה הא הטעם דהחמירו משום דאיכא תרי חזקות וזה ל"ש בגט וחוץ מזה קשה עליו דהא ר"א משני דאמרו עדים נקב יש בצד אות פלוני ר"א מספקא ליה סימנים אי דאורייתא אי דרבנן וע"כ בעינן ס"מ וקשה דאפי' אי סימנים דרבנן מהתורה מותרת דאיכא ס"ס ורק דהחמירו חכמים ובאיסור דרבנן מהני סימנים אפי' אי לאו דאורייתא וכן איתא בתשובות דבמים שאל"ס מהני סימנים אפי' אי לאו דאורייתא:

גם נראה דבלא"ה הקשה במש"ל על הרמב"ם דפסק דאם אמר בגט סימן מובהק דמחזירין והקשה כיון דבאבידה פסק דסימנים דאורייתא א"כ אמאי כתב כאן דבעינן ס"מ. ונראה דבלא"ה תמה בראב"ד אמאי לא כתב הרמב"ם דהי' לשליח ס"מ. גם תמהו על רש"י דפי' שנאבד מהשליח המביאו לה ולא פי' שנאבד מהבעל:

ולכן נראה דבאמת בא"א מהראוי שהחמירו חכמים כמו דהחמירו במים שאל"ס דאשתו אסורה וה"ה בסימנים דהוא רק משום רוב ואין לומר דאיכא התם שני חזקות דכבר כתבו דל"ח רק חדא חזקה ועי' בנוב"י. אך נראה דעיקר מה שהחמירו משום חומר דא"א וא"כ לפי מה דאיתא בתשובות דהיכי דאיכא שני עדים שנטבע במים שאל"ס ואח"כ נמצא אחד במים וע"א מכיר בט"ע שזה בעלה נאמן העד מדינא ולאו מטעם דייקא ונ"מ דנאמן אפי' בקטטה דל"ש דייק' והטעם דהא בדבר שבערוה לחוד היכי דלא אתחזק נאמן העד

הגם דהוא דבר שבערוה וע"כ כיון דאיכא שני עדים דנפל למים שאל"ס דמדאורייתא כבר יצאתה מחזקת א"א וליכא רק דבר שבערוה לחוד אז נאמן העד מדינא:

ובזה ניחא מה שהקשה הרשב"א בתשובה להסוברים דהא דאשה נאמנת לומר גרשתני הוא רק בדיעבד דלא תצא ולא לכתחלה א"כ מה פריך הגמרא בגיטין על ר"י דאמר דהוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים ופריך וליהמנה לדידה דאשה שאמרה גרשתני נאמנת וכו' וקשה דילמא הא דאמר ר"י דאין דבר שבערוה פחות משנים לענין לכתחלה אך זה ודאי דהא דאסורה לכתחלה הוא רק מדרבנן דמדאורייתא אין חילוק בין לכתחלה לדיעבד וא"כ דמדאורייתא יצאתה מחזקת א"א וליכא רק דבר שבערוה לחוד וא"כ אמאי אמר ר"י דאין פחות משנים ושפיר מקשה על ר"י

וא"כ לפי מה דאיתא בר"ן דהא דשליח אינו נאמן בט"ע דזה הגט שנפל משום דנוגע משום הפסד שכרו ועיין בש"ש דכתב דרק מדרבנן אינו נאמן משום דהוא נוגע וא"כ היכי דהשליח יש לו ט"ע ומדאורייתא נאמן א"כ כבר יצאתה מחזקת א"א וממילא מהני סימנים אי דאורייתא ול"ש דהחמירו חכמים משום חומרא דא"א דחזקת א"א כבר אזלא ע"י ט"ע. ולפ"ז ניחא הרש"י דפי' שנאבד מהשליח משום דאי נאבד מהבעל ע"כ מיירי דאין לו ט"ע דאל"כ נאמן וא"כ אכתי לא יצאתה מחזקת א"א וא"כ אפי' אי סימנים דאורייתא לא מהדרינן דהחמירו חכמים כמו במים שאל"ס וע"כ פי' שנאבד מהשליח ואירי דיש לו ט"ע רק דאינו נאמן משום דהוא נוגע וזה הוא רק מדרבנן ומדאורייתא כבר יצאתה מחזקת א"א וע"כ מהדרינן בסימנים אי דאורייתא. וניחא הרמב"ם דסובר דבעינן ס"מ דכיון דכתב דהעדים אמרו ס"מ ע"כ דלית להו ט"ע בגט דאל"ה ל"צ לסימנים ואז איכא חזקת א"א וא"כ החמירו חכמים כמו דהחמירו במים שאל"ס וע"כ בעינן ס"מ. ובזה ניחא דלא נקט דהשליח היה לו ס"מ אך דבשליח משכחת דלא בעינן ס"מ כגון דהיה לו ט"ע וכיון דמדאורייתא נאמן ליכא חזקת א"א ולא החמירו חכמים וסגי בס"א. וע"כ כתב עדים ואז ע"כ אירי דלית להו ט"ע וע"כ בעינן ס"מ. וע"כ סובר הרמב"ם דבנמצא הורג דבעינן ס"מ הגם דס"ד. ובאמת אין חילוק בין גט למיתה:

ובזה ניחא מה שהקשה בנוב"י להסוברים דשני סימנים מצטרפין וחשוב ס"מ א"כ הא דאיתא בחולין פ' או"ב ש"מ דסימנים דאורייתא דילמא התם שאני דאיכא שני סימנים ס' אודנא וגנובתי' וע"ש:

ונראה דהא בתשובות הרא"ש הקשה על הרמב"ם דסובר דליכא בכלאים דהנהגה אלא בטהורה עם טמאה דומיא דלא תחרוש בשור וחמור דקרא אבל שני מיני טהורים או טמאים ליכא רק איסור דרבנן והקשה דא"כ מה הוכיח הגמ' דס"ד הא אפי' אי ל"ד הא

ליכא רק איסור דרבנן ומהני סימנים אפי' אי דרבנן ועיין בתשובות ח"ס דכתב דהרמב"ם מפרש הגמ' דבשלמא אי ס"ד והמרביע פרידות דלא שוה בסימן לוקין דברור לנו דשני מיני' הם א"כ בהנהגה דרבנן נמי צריכי ליבדוק כיון דאיכא למיקם עלה דמילתא ע"י סימן אבל אי נימא דסימנים לאו דאורייתא ואין לוקין על היכר ס' בהרבעה ש"מ אפי' רוב לא הוי דאל"ה הוי לוקין א"כ בהנהגה מה צורך לעי' בהנך דדמי אפי' לא ידעו בס' מה בכך ספק דרבנן דליכא למיקם עליו הוא וע"ש:

ולכאורה קשה אפי' אי ס"ד ואיכא רוב מ"מ ל"צ לברר דהא רוב גופו לאו דבר ברור הוא דמה"ט ברוב היכי דמצינן לברורי צריכין לברר וא"כ אפי' אי ס"ד ל"צ לעי' אי דמי ליה אך יש לומר דהא ברוב גמור היכי דהמיעוט מיעוטא דמיעוטא לכ"ע ל"צ לברר משום דזה גופו חשוב דבר ברור וא"כ הכא דאיכא עוד סימן חשוב דבר ברור דע"י ס' הראשון לא נשאר רק מיעוט וא"כ ע"י סימן השני חשוב מיעוט דמיעוטא ודמי להיכי דאיכא חזקה בהדי רוב דחשוב מיעוט דמיעוטא ואז חשוב בירור גמור וע"כ צריך לעיין אי דמי ליה משא"כ אי סל"ד ורק ע"י סימן השני נעשה סימן גמור ול"ח רק רוב לחוד א"כ ל"צ לברר כלל דכיון דגם לאחר הבירור לא יהי' רק רוב ורוב ל"ח בירור אלא ודאי דס"ד ואז ע"י סימן השני חשוב תרי רובא וחשוב בירור גמור וע"כ צריכין לעי' אי דמי ליה:

ועיין בחולין דף צ"ו אמר ר"י תדע דאילו אתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימנים וכו' קטל נפשא לא קטלינן ליה וכו' ועיין בנוב"י דתמה דכיון דס' דאורייתא אמאי לא קטלינן ליה ע"י סימנים וכתב שם דהא דס"ד מאבידה גמרינן לה והיינו דוקא דומיא דאבידה שאין זה שמוצאה אומר ברי להכחיש הסימנים וכן באשה להתירה ע"י סימנים אין אדם מכחיש שאין זה בעלה אבל הכא דבודאי הוא מכחישם ואומר דלאו הוא קטיל אלים ברי דידי' ואמרינן איתרמי אחרינא בסימנים כאלו הגם דל"ש מהני ברי דידי' וע"ז קשה מהא דאיתא ביבמות דף קט"ו דאפקיד שומשמי גבי חבירו ואמר ליה הב לי שומשמי אמר ליה שקילתינהו וכו' עד דסבור ר"ח לומר היינו שני ת"ח וכו' וקשה מי דמי התם ליכא טענת ברי נגד הסימנים וע"כ סמכינן על סימנים משא"כ הכא. אך לפי מה שאמרנו דסימנים הוא מטעם רוב וא"כ לפי מה שהוכיח הגמרא בחולין דאזלינן בתר הרוב מרצוח דילמא היה טריפה וע"כ דאזלינן בתר הרוב וא"כ איכא שני מיעוטי שמא אין זה הרוצח ושמא היה טריפה וחשוב פו"פ וע"כ לא קטלינן ע"י סימנים:

ובזה ניחא מה שהקשה בשעה"מ דאמאי לא מוכיח הגמ' דאזלינן בדיני נפשות בתר הרוב מהא דדרשינן פרט לאשת קטן ביבם בן תשע שנים ויום אחד הבא על יבמתו ות"ל שמא הוא סריס אלא ודאי דאזלינן בתר הרוב. ולכאורה נראה לפי מה שהקשו בתוס'

קידושין על הא דהוכיח הגמ' דאזלינן בתר הרוב מהא דקטנה בת ג' שנים מתקדשת בביאה וחייבין עליה משום א"א ואמאי שמא איילנות היא ואדעתא דהכי לא קדשה והקשו דאמאי לא קאמר ולאו בת יבום הוא כיון דקאי על אם בא עלי' יבם. וכתבו דהא יש לומר דכיון דכבר הוחזק הרוב בעת שיבם דלאו איילנות דאל"כ לא היה רשאי ליבם וע"כ הגם דבא עכשיו לנפשות אזלינן ג"כ בתר הרוב כיון שכבר הוחזק וע"כ קאמר דאדעתא דהכי לא קדש וא"כ בעת שיבם לא צריכין לרוב דמ"נ שרי ליבם דאי איילנות א"כ לא היתה מעולם אשת אחיו. ועיין בתוס' בריש יבמות וע"כ משני הגמ' דאיירי בקיבלו וא"כ לא היה מקח טעות וא"כ ע"כ הוצרכנו הרוב בעת היבום וכיון דכבר הוחזק ע"כ גם בעת שבא לנפשות אזלינן בתר הרוב ולפ"ז אין להוכיח מהא דל"ח שמא סריס הוא דע"ז יש לומר שפיר דכיון דע"כ בעינן למיזל בתר הרוב בעת היבום דאל"ה שמא סריס והי' אסור וכיון דכבר הוחזק וע"כ גם כעת שבא לידי נפשות אזלינן בתר הרוב ומש"ה לא הוכיח רק מהא דל"ח שמא איילנות ולזה בעת היבום לא איצטריך הרוב כלל דמ"נ מותרת ליבם דאי איילנות א"כ הוי ק"ט ולא היתה אשת אחיו בלא קיבלו וע"ז משני דמיירי בקיבלו:

אך יותר נראה דהא דה"א דלא אזלינן בד"נ בתר הרוב היינו היכי דאיכא תרי מיעוטי בקטנה שמא איילנות ושמא לאו אביה הוא ולא היה יכול לקבל הקידושין וע"כ משום דאזלינן בתר הרוב ואיכא תרי מיעוטי וכן הא דהוכיח הגמ' מאחד אומר בשנים בחודש ג"כ איכא תרי מיעוטא שמא טריפה ושמא לא טעו בעיבור' דירחא משא"כ הא דשמא סריס ליכא רק חדא מיעוט ופשיטא דאזלינן בתר רובא אפי' בנפשות ודוק:

ועיין בר"ן בגיטין פ' ג' על הא דמצאו בחפיסה ומכירו כשר ותמהו דכיון דיש לו סימן בחפיסה למאי צריכין שיכיר את הגט בט"ע דהא קיי"ל דחמור בסימן אוכף מהדרינן ועוד כיון דמכירו והוא בעצמו מצאו ויש לו מיגו דלא נאבד אמאי לא מהדרינן בלא סימן דחפיסה וע"ש:

ולכאורה נראה לפי מה דפסק הרמב"ם בהחזיקה היא מלחמה דאיבעי' לגמ' ביבמות אי נאמנת במיגו או לא משום דהוא מיגו בדדמי ולא איפשוט וסובר הרמב"ם דלכתחלה לא תנשא ואם נשאת ל"ת וע"כ הכא בעינן תרתי דמכירו לחוד לא מהני הגם דיש לו מיגו דלא נאבד משום דחשוב מיגו בדדמי כמו דכתבו בתוס' גיטין דלא חשדינן לשליח דמשקר במזיד רק דאומר בדדמי דזה הגט שנאבד אך כיון דאפי' במיגו בדדמי אי נשאת ל"ת וע"כ מהני הסימן דיש לו בחפיסה הגם דסימנים לאו דאורייתא דבמידי דרבנן מהני סימנים אפי' אי ל"ד וע"כ כיון דיש לו ט"ע ויש לו מיגו הגם דחשוב מיגו בדדמי מ"מ

כיון דאם נשאת ל"ת ע"כ משום דהוא רק מדרבנן הא דלא נאמן במיגו וע"כ מהני סימנים אפי' אי ל"ד וע"כ בעינן תרתי סימן בחפיסה לחוד לא מהני אי סל"ד וגם מכירו לחוד לא מהני הגם דיש לו מיגו דחשוב מיגו בדדמי:

אך העיקר נראה לי דהנה הרמב"ם סובר דסימנים דאורייתא באבידה ואעפ"כ החמירו חכמים שלא תנשא ע"י סימנים וכבר כתבנו הטעם משום דסימן לא עדיף מרוב וכיון דהחמירו במים שאל"ס ה"ה בסימנים החמירו אך הקשו מהא דמשני ר"א כגון דאמרו נקב יש בצד אות פלוני ר"א מספקא סימנים אי דאורייתא אי דרבנן אלמא דאי ס"ד מהני גם באיסור א"א ולא אמרינן דהחמירו חכמים. ולכאורה יש לומר דהא בתשובות הריב"ש איתא דמש"ה החמירו במים שאל"ס משום דאיכא תרי חזקות חזקת חי וחזקת א"א ורוב לא עדיף משני חזקות וא"כ אין ראיה דהחמירו חכמים דלא מהני רוב או סימנים דחשוב כרוב אך הא חזינן דאפי' ת"ח שנפל למים שאל"ס דאשתו אסורה ולא אמרינן דאי סליק קלא איה ליה וע"ש בתוס' שם דכתבו הגם דע"פ רוב קול איה ליה מ"מ החמירו אלמא הגם דאיכא תרי רובא חדא דנפל למים שאל"ס וגם הרוב בת"ח קלא איה ליה ול"ש דרוב לא עדיף משני חזקות דהא איכא תרי רובא וע"כ דהחמירו חכמים וע"כ יש לומר דה"ה דהחמירו דלא מהני סימנים אפי' בגט הגם דהתם ליכא שני חזקות רק חזקת א"א לחוד אך הא חזינן דאפי' בת"ח דנפל למים שאל"ס אסורה הגם דאיכא תרי רובא לנגד שני חזקות ואעפ"כ החמירו וע"כ ה"ה דהחמירו לענין סימנים אפי' בגט משא"כ ר"א לשיטתו דסובר דבת"ח לא החמירו ועיין שם בגמ' וא"כ יש לומר דלא החמירו חכמים כלל רק דהא דאשתו אסור במים שאל"ס הוא מדינא דרוב לא עדיף משני חזקות וזה ל"ש בגט וע"כ סובר דאי ס"ד מהני ולא החמירו חכמים כלל משא"כ לדידן סובר הרמב"ם דבעינן ס"מ אפי' בגט דהחמירו חכמים כמו מים שאל"ס בת"ח דאסורה:

אך יש לומר עוד דזה אמרינן דאפי' אי סימנים דאורייתא לא עדיף מרוב והחמירו חכמים אך אז עכ"פ לא החמירו בס"מ דחשוב מיעוטא דמיעוטא אך אי סימנים ל"ד אז נהי דס"מ לכ"ע הוא מדאורייתא מ"מ חכמים החמירו כמו דאי סימנים דאורייתא החמירו חכמים אך אז לא החמירו בס"מ וע"כ אי סימנים ל"ד אז נהי דמדינא מהני ס"מ מ"מ החמירו חכמים ושפיר קאמר ר"א דאמרו עדים נקב יש בו וכו' אך מה בכך דאיכא ס"מ מ"מ החמירו חכמים על זה קאמר דר"א מספקא סימנים אי דאורייתא ואז נהי דהחמירו מ"מ בס"מ לא החמירו או סימנים דרבנן ואז החמירו גם בס"מ אך כיון דספק הוא חשוב ס' דרבנן דכיון דרק חומרא דהחמירו חכמים אזלינן לקולא ואמרינן דסימנים דאורייתא ואז נהי דהחמירו מ"מ בס"מ לא החמירו. וניחא מה שהקשה דאמאי לא קאמר דר"א

סובר בודאי דס' דרבנן וע"כ בעינן ס"מ אך אז החמירו אפי' בס"מ אך כיון דשמא ס"ד וע"כ לא החמירו בס"מ וא"כ הא דקאמר דמספקי אי ס"ד לאו דאי ס"ד לא בעינן ס"מ ליתא דהא החמירו חכמים כשיטת הרמב"ם רק דאז עכ"פ בס"מ לא החמירו משא"כ אי ל"ד אז אפי' בס"מ החמירו אך חשוב ס' דרבנן ולקולא משא"כ אי בודאי סימנים דרבנן אז אפי' בס"מ החמירו וע"כ קאמר מספקא ליה וכו' והא דאיתא ב"מ נ"מ לאהדורי גט אשה בסימנים אי ס"ד היינו ע"י ס"מ משא"כ אי לאו דאורייתא אז לא מהדרינן אפי' ע"י ס"מ משום חומרא והא דפריך מאין מעידין וכו' אך קושית הגמ' דקתני שיש סימנים בגופו ובכליו דמשמע דאפי' שני סימנים ל"מ הגם דחשוב ס"מ וע"כ משום דס"א לאו דאורייתא וע"כ החמירו אפי' בס"מ:

ובזה לא קשה קושית הר"ן לפי מה דאיתא בר"ן בשבועות דמש"ה היכי דליכא עדים דשכרו דבעה"ב נאמן לומר פרעתי במיגו דל"ש הגם דחשוב מיגו בדדמי אך כיון דהא דשכיר נשבע ונוטל הוא רק תקנת חכמים ולא מדינא וע"כ מהני מיגו הגם דחשוב מיגו בדדמי וע"ש. ולפ"ז הא דמכירו לחוד לא מהני הגם דיש לו מיגו חשוב מיגו בדדמי אך כיון דיש לו סימן בחפיסה ומדינא מהני סימנים רק דהחמירו חכמים כמו במים שאל"ס וע"כ מהני מכירו ונאמן במיגו הגם דחשוב מיגו בדדמי כמו בשכיר:

גם נראה על הרמב"ם דסובר דבעינן ס"מ ובגמ' איתא דר"א מספק' ומשמע דאי ס"ד לא בעינן ס"מ. ונראה דהא הקשו לפי מה דאיתא בתוס' ב"מ דחששא דשני יב"ש הוא רק מדרבנן ומדאורייתא ל"ח א"כ תקשה מה קאמר ר"א מספקא וכו' הא אפי' אי סימנים דרבנן לא בעינן ס"מ דכיון דליכא רק חששא דרבנן ועי' בפ"י. ולכאורה נראה לפי מה דאיתא בשמ"ק דהגם דבאבידה מהני אפי' אי סימנים דרבנן ומהדרינן מ"מ היכא דאיכא ס"מ ואינו אומר הס"מ רק סימן אמצעי אז לא מהדרינן ליה וע"ש. גם איתא שם דאי ס"ד אז אפי' היכי דלאידך יש לו ס"מ והוא אומר רק ס"א מ"מ שניהם שקולין הן וע"ש ולפ"ז אי אמרינן דאפי' ס"מ דרבנן אז ג"כ שקולין הן משא"כ אי ס"מ דאורייתא וס"א דרבנן אז נותנין למי שאומר ס"מ. וא"כ לפ"ז יש לומר נהי דהכא סגי לכ"ע ס"א אפי' אי לאו דאורייתא משום דחששא דשני יב"ש הוא מדרבנן מ"מ כיון שיש בה ס"מ שיצמצם באיזה מקום ואות הוא הנקב נימא דלא יחזיר בסימן אמצעי כמו באבידה דמהני לכ"ע ס"א מ"מ היכי דאיכא ס"מ לא מהדרינן ע"י ס"א מדלא ידע בס"מ וה"ה הכא דהגם דחששא דשני יב"ש הוא מדרבנן ומהני אפי' ס"א מ"מ כיון דאיכא ס"מ לא מהני ס"א אך זה אי ס"מ דאורייתא אז לא מהני ס"א משא"כ אי אפי' ס"מ לאו דאורייתא א"כ שקולין הן וממילא מהני גם ס"א כיון דחששא דשיב"ש הוא דרבנן:

ולפ"ז יש לומר דהא דאמר ר"א מספקא אי ס"ד היינו ס"מ וע"כ לא מהדרינן היכי דלא אמר בצד אות פלוני הגם דהכא מהני אפי' ס"א דכיון דחשש דשני יב"ש רק מדרבנן מ"מ גרע דכיון דלא צמצם המקום ואות או סימנים דרבנן היינו אפי' ס"מ וכיון דשקולין הן ממילא סגי בס"א וניחא דילמא סובר בודאי סימנים דרבנן אך אז כיון דגם ס"מ מדרבנן סגי אפי' ס"א כיון דחששא דרבנן הוא. אך נראה עוד דיש לומר אי חששא דשני יב"ש דאורייתא או דרבנן תליא בפלוגא דר"א ורבנן דהנה התוס' ב"מ כתבו על הא דפריך איך פשיט איסורא מממונא והקשה הא ממונא חמור דלא אזלינן בתר הרוב בממון משא"כ באיסור דמ"מ בא"א החמירו דמים שאל"ס אשתו אסורה הגם דאיכא רובא ועוד כתבו דמדאורייתא ל"ח לשני יב"ש רק מדרבנן משום לעז וזה ל"ש בממון וע"כ אמר היכי פשיט איסור מממון. והנה תירוץ הראשון דהא החמירו במים שאל"ס ולכאורה דהתם שאני דאיכא שני חזקות חזקת חי וחזקת א"א וזה ל"ש בגט אך הא חזינן דאפי' בת"ח דאיכא תרי רובא מ"מ לא מהני וע"כ משום דהחמירו וע"כ ה"ה בגט החמירו וא"כ יש לומר דחשש שני יב"ש הוא מדאורייתא משא"כ לר"א דמתיר בת"ח ויש לומר דלא החמירו רק דהתם הוא מדינא דאיכא שני חזקות וזה ל"ש בגט ולדידי' ע"כ צריכין לומר דחשש דשני יב"ש הוא דרבנן ולפ"ז ניחא דאליבא דידן דלא קיי"ל כר"א ויש לומר דחשש דשני יב"ש הוא דאורייתא וע"כ נהי דס"ד מ"מ החמירו חכמים וע"כ סובר דבעינן ס"מ משא"כ לר"א לשיטתו ע"כ דחששא דרבנן חשש דשני יב"ש וע"כ אי ס"ד מהדרינן בס"א ולא החמירו חכמים דכיון דעיקר החשש הוא דרבנן וע"כ כיון דאפי' אי ס"ד צריכין לומר דהא דלא החמירו חכמים משום דחשש דרבנן וע"כ ניחא דאי סימנים דרבנן לא הקילו משום דחששא דרבנן הוא דליתא דכיון דאפי' אי ס"ד צריכין לומר הא דלא החמירו משום דחששא דרבנן הוא וע"כ אי סימנים ל"ד לא מקילינן משום זה וניחא קושית פ"י הנ"ל דכיון דאפי' אי דאורייתא צריכין לומר משום דחשש דרבנן וע"כ אי ל"ד בעינן ס"מ:

ועיין ביבמות דף ק"ך דפריך הגמ' על מתני' דקתני אע"פ שיש סימנים בגופו ובכליו אלמא דס' ל"ד ורמינהו מצא גט אשה קשור בכיס וכו', אמר אביי לא קשיא הא ר"א והא רבנן דפליגי אי מעידין על השומא וכו' עד אמר רבא דכ"ע סימנים דרבנן והכא בשומא ס"מ הוא קא מיפלגי וע"ש בתוס' דהקשו ברייתא דמצאו גט קשור בכיס תקשה דאי ס' דרבנן אמאי מהדרינן ובתוס' תירצו דמתחלה היה סובר דאדם אחר מצאו ולכך בעי ליפשוט דס"ד אבל השתא סבר דמיירי שמצאו בעצמו ומכיר הכיס בט"ע ונאמן במיגו והקשה דא"כ אמאי צריך אביי לתרץ כתנאי לישני ג"כ במצאו בעצמו ונאמן במיגו והנה לפי מה שכתבתי דבאמת הוי מיגו בדדמי אך אי מדרבנן החשש אז אמרינן אפי' מיגו

בדדמי והנה ברשב"א איתא דהא דחיישינן לשני יב"ש בשיירות מצוייות דוקא משום דאז חשוב נפילה דרבים וחיישינן משא"כ באין ש"מ חשוב נפילה דיחיד דל"ח וע"ש ולפ"ז הא דחשש דשני יב"ש הוא דרבנן הוא משום דקיי"ל כרבא דסובר דאפי' נפילה דרבים ל"ח וא"כ אפי' בש"מ דחשוב נפילה דרבים מדינא ל"ח וע"כ לא הוי רק חששא דרבנן וזה לשיטתו וע"כ מהני המיגו הגם דמיגו בדדמי הוא כמו בשכיר דאמרינן מיגו דל"ש כיון דהוא רק תק"ח ה"ה הכא כיון דחשש' דיב"ש הוא מדרבנן ותירצו שפיר דרבא מוקי דמצאו בעצמו משא"כ לאביי דחייש לנפילה דרבים וחשש דשני יב"ש הוא דאורייתא בש"מ וא"כ לא אמרינן מיגו בדדמי ולכך צריך לומר דתנאי היא אי ס"ד או דרבנן:

ולכאורה נראה על קושית תוס' דבאמת אי חששא דשני יב"ש הוא דרבנן לא קשה קושית הגמ' דהא יש לומר דהתם בגט מהני סימנים אפי' אי ל"ד משום דגוף החשש הוא דרבנן אך איתא באחרונים דבגט אפי' חשש דרבנן חשוב כדאורייתא ועי' בפ"י דכתב ג"כ משום שכותבין בגט כדת משה וישראל והוי כמו שאמרו חז"ל בכמה מקומות כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש והיינו משום שאומר בשעת קידושין כדת משה וישראל וה"ה בגט אך כתבו דזה אינו דהרי הטעם דאמרינן כל המקדש על דעת רבנן הוא משום דמה שאומר בשעת קידושין כדת משה הוא כמו תנאי ע"מ שירצו חכמים ובגט אי אפשר לומר כן דלשם תנאי נאמר דא"כ הרי נכתב תנאי בגט וקיי"ל דתנאי שנכתב בגט פסול משום דאין ברירה אלא ודאי דלאו לשם תנאי נכתב ועי' בס' יש"י ס' קמ"ב וא"כ לאביי דמחלק דבתולה בד"ע אין ברירה משא"כ בתולה בד"א יש ברירה א"כ לדידי' יש לומר הא דנכתב בגט כדת משה לשם תנאי נאמר ולדידי' אפי' היכי דחשש הוא דרבנן כדאורייתא וא"כ ה"ה הכא מה בכך דחשש דשני יב"ש הוא דרבנן חשוב כמו דאורייתא ולא מהני סימנים אי ל"ד וע"כ צריך לתרץ כתנאי משא"כ לרבא דסובר שם דאפי' תולה בד"א אין ברירה וא"כ ע"כ לאו לשם נכתב א"כ לדידי' בלא"ה לא קשה מהתם דיש לומר משום דחשש דשני יב"ש דרבנן וע"כ מהני אפי' אי סל"ד:

גם נראה לפי מה דסוברים דשני ס"א חשוב סימן מובהק ובזה ניחא הרי"ף בב"מ דהשמיט דין של רבא דאמר שם בסוגיא אם תמצא לומר דס"ד מדת ארכו ומדת רחבו ואחד אומר מדת גמי ינתן למדת ארכו ורחבו. והנה לפי מה שהקשה דפשיטא דינתן למי שאומר ארכו ורחבו דשני סימנים חשוב ס"מ משא"כ אידך אין לו רק ס' אחד:

אך לפי מה דאיתא בשמ"ק הנ"ל דאי ס"ד או שקולין הן זה שאומר ס"א עם זה שאומר ס"מ ודוקא אי ס"א לאו דאורייתא אז ינתן למי שאומר ס"מ ולפ"ז דכיון דרבא קאי אי

ס"ד ואז שקולין הן וה"א דיניח וע"כ אשמעינן דמ"מ ינתן למי שאמר מדת ארכו ורחבו משא"כ לדידן דסימן דרבנן אז פשיטא דינתן למי שאומר ארכו ורחבו דשני סימנים חשוב ס"מ ועדיף מאידך דאין לו רק ס"א. וע"כ השמיטו:

ובזה ניחא מה שהקשה דכיון דר"א מספקא אי סימנים דאורייתא אי דרבנן א"כ תקשה אמאי מחזירין במצא תכריך של שטרות דבשטרות ל"ש דניחא ליה ללוה אלא ודאי דס"ד כמו דהוכיח רבא. ולכאורה נראה דע"כ שמעינן דלא בעינן טעמא דניחא ליה גבי ממון דהא הראשונים הקשו דאי חיישינן לשאלה אמאי במצא פירות בכלי מחזיר ע"י סימן בכלי ול"ח לשאלה וכתבו דמדרבנן נ"ח לשאלה כמו שתקנו להחזיר אבידה בסימן שאינו מובהק והנה לענין חששא דשאלה ל"ש דניחא ליה כמו שכתבו המחברים וע"כ דנ"ב טעמא דניחא ליה וע"כ אין להוכיח מהתם דס"ד אך רבא לשיטתו שפיר הוכיח והיינו לפי מה דאיתא בס' ס"ט דמהתם אין ראיה דל"ח לשאלה דנהי דאינו מועיל הסימן שנותן בהכלי לגבי הפירות משום דחיישינן לשאלה מ"מ חייב להחזיר גם הפירות לזה שנותן סימן בהכלי דהא ידוע דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו וא"כ הגם ששאל הכלי שלו לאדם אחר והפירות הם של השואל כיון שאין הסימן של הכלי מועיל לגבי הפירות משום חשש שאלה א"כ ממילא חשוב הפירות כמו דבר שאין בו סימן דקיי"ל דהרי הוא של מוצאו ואינו חייב להחזיר שהבעלים מתייאשין א"כ קנתה לו הכלי הפירות שמונחים בתוכה ומחויב להחזיר גם הפי' להאיש שנותן הסימן בכלי כיון שהכלי שלו כבר קנתה לו הפירות המונח בתוכה קודם שמצאה זה אך זה אי יאוש שלא מדעת הוי יאוש דאל"כ כיון שבא הפי' בכלי קודם יאוש לא מהני ויע"ש ולפ"ז רבא לשיטתו דסובר הוי יאוש וע"כ הוכיח שפיר במצא תכריך של שטרות דס"ד דאי ס' דרבנן אמאי מחזירין הא ל"ש ניחא ליה ומהא דמצא פי' בכלי דל"ח לשאלה אין ראיה דל"ב טעמא דניחא ליה דיש לומר דהתם קנה הפירות שבכלי משום חצר הגם דחשוב יאוש שלא מדעת משא"כ לדידן דלא הוי יאוש וע"כ הא דל"ח לשאלה משום דרבנן תקנו דל"ח לשאלה הגם דל"ש דניחא ליה וא"כ אין להוכיח ממצא תכריך של שטרות דס"ד דאפי' אי דרבנן מחזירין כיון דלא בעינן טעמא דניחא ליה:

וגם יש לומר דבאמת הא בתכריך של שטרות איכא שני סימנים סימן מנין וסי' כרוכין ועי' בקצה"ח ס' ס"ה וחשוב ס"מ וא"כ אין ראיה דס"ד אך לפי מה דאיתא בחדושי הר"ן שני טעמים דאיכא למיחש באבידה אחד שמא איתרמי ועוד דילמא מיחזי חזי והנה לטעם זה דמיחזי חזי לא מהני, אפי' ס"מ. ולפ"ז יש לומר דרבא דהוכיח מתכריך של שטרות היה סובר טעמא דמיחזי חזי ועי' בשמ"ק דכתב דסוגיא אזלא דאפי' ס"מ לא

מהני מטעם הנ"ל וע"כ הוכיח משם דס"ד משא"כ ר"א דקאמר דעל ס"מ ליכא שום ספק דבודאי מהני שפיר מספקא דסי' דרבנן ואפ"ה מחזירין בתכריך של שטרות משום דאיכא שני סימנים וחשוב ס"מ:

וגם יש לומר לפי מה שהוכיחו דאפי' שני סימנים לא מהני דכיון דחזינן דנפל למים שאל"ס אשתו אסורה ואפי' בת"ח דאי סליק קלא אית ליה והנה הרוב בנפל למים שאל"ס עדיף מסימנים אי ל"ד דהתם בסימנים תצא אי סימנים דרבנן משא"כ במים שאל"ס ל"ת וכיון דלא מהני הרוב אפי' בת"ח דאיכא הוכחה דאי סליק קלא אית ליה ה"ה דשני סימנים לא מהני וע"כ שפיר הוכיח רבא מתכריך של שטרות דס"ד משא"כ ר"א לשיטתו דמתיר בת"ח א"כ יש לומר דה"ה שני סימנים חשוב ס"מ וא"כ אין ראיה מחכריך של שטרות דס"ד דיש לומר משום דאיכא שני סימנים וחשוב ס"מ:

ובזה יש לומר לפי מה שדקדקו על הא דקאמר רבא דכ"ע סימנים דרבנן ולכאורה הוא שפת יתר בזה דאמר דסי' דרבנן ולא היה צריך לומר אלא דכ"ע ס' לאו כלום ועי' בס' ש"ש וע"כ נראה דכוונת רבא דאי ס' לאו כלום אז אפי' דאיכא עוד סימן לא מהני להיות ס"מ משא"כ אי סימנים דרבנן מצטרפין עוד סימן להיות ס"מ. וכוונת רבא בזה לתרץ קושית תוס' דא"כ אמאי מחזירין בקושר בכיס אך דכיון דעכ"פ ס' דרבנן אז שני סימנים חשוב ס"מ והתם איכא תרי סימנים כמו שכתבו בתוס' ובתשובות חכם צבי דכתב דשם יב"ש הנכתב בגט חשוב זה גופו סימן:

וגם נראה על קושית תוס' דהא קשה דגט שאני דחשש שני יב"ש הוא דרבנן וע"כ מהני סימנים אפי' אי ל"ד. אך לפי מה דאיתא בבכורות דפריך על ר' יוחנן דסובר דפדחת הוי היכר ממתני' דקתני אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם ומשני התם דאחמירו רבנן ופריך מי החמירו והא תנן הוחזקו וכו' ומשני כי הקילו רבנן בסופה ולא בתחלתו ואב"א יכיר לחוד והכרת פנים לחוד וכו' וא"כ ללישנא קמא גם במתני' ליכא רק חששא דרבנן דמדאורייתא חשוב היכר ואפ"ה לא מהני סימנים אלמא דאפי' בדרבנן לא מהני סימנים ושפיר מקשה ממצאו קשור בכיס הגם דנימא דחשש דשני יב"ש הוא דרבנן וכן תירצו בתשובות:

ובזה ניחא הסוגיא דב"מ דמשני שם לעולם דס"ד וכליו משום דחיישינן לשאלה ופריך אלא הא דתניא מצאו קשור בכיס דכשר ואי חיישינן לשאלה ניחוש לשאלה והקשה דא"כ דרצה להוכיח דל"ח לשאלה ע"כ הא דלא מהני סימני הכלי משום דל"ד וא"כ בודאי תקשה אמאי מחזירין הגט בקשור בכיס ובתוס' כתבו דיש לומר משום מיגו דהוא בעצמו מצאו ויש לו מיגו אך דא"כ גם חששא דשאלה ליכא דנאמן במיגו וע"כ נראה

דהנה בתשובות חכם צבי כתב דהיכא ס"א בגוף וס"מ בכליו מהני דל"ח לשאלה דחשוב שאלה דיחיד ול"ח. אך נראה להך לישנא דפדחת מדאורייתא והוי הכרה ואפ"ה לא מהני סימן דכליו משום דחיישינן לשאלה ע"כ דחיישינן אפי' לשאלה דיחיד דהא צריכין לומר דהשאיל הכלי למי שיש לו פדחת כזה האיש אך לאידך לישנא דפדחת לא הוי היכר אז י"ל דשאלה דיחיד ל"ח וא"כ יש לומר דהא לפי התשובה הנ"ל דשאלה דיחיד ל"ח לא קשה קושית הגמ' במצאו קשור בכיס דאמאי ל"ח לשאלה דהא חשוב שאלה דיחיד דישאל ליב"ש הנכתב בגט כמו שהקשה בתשובות וע"כ נראה דקושית הגמ' אזלא וליחוש לשאלה ואין לומר משום דחשוב שאלה דיחיד דא"כ גם בההיא דאין מעידין וכו' חשוב שאלה דיחיד אי מדאורייתא חשוב פדחת היכר וע"כ כאידך לישנא דמדאורייתא לא הוי היכר וע"כ חיישינן לשאלה וא"כ ממילא ראיה מהכא דס"ד דיש לומר דמש"ה מחזירין משום דחשש דשני יב"ש הוא מדרבנן וע"כ מהני סימנים אפי' ל"ד משא"כ בההיא דאין מעידין חשש דאורייתא הוא כיון דע"כ קאי ללישנא שני וע"כ לא מהני סימנים והנה לאביי דחייש לתרי יצחק ע"כ דסובר דהחמירו בתחלתו כלישנא קמא ועי' בתשובות דכתבו כן וא"כ לדידי' יש לומר דפדחת מדאורייתא מהני ורק דהחמירו בתחלתו ואפ"ה חזינן דלא מהני סימנים אפי' בדרבנן וע"כ קשה במצאו קשור בכיס דאמאי יחזיר דאין לומר משום דחשש שני יב"ש הוא דרבנן דהא הכא הגם דהוא דרבנן לא מהני וצריך לתרץ כתנאי משא"כ רבא דל"ח לתרי יצחק וע"כ דהקילו גם בתחלתו א"כ ע"כ סובר דמדאורייתא לא הוי הכרה דאין לומר דאחמירו רבנן וא"כ בלא"ה לא קשה ממצאו קשור בכיס דהתם שאני דחשש דשיב"ש הוא מדרבנן:

וגם יש לומר דהא התם איכא שני סימנים אך אי מדאורייתא חשוב פדחת היכר רק דהחמירו בתחלתו עכ"פ לא גרע מסימן ושמעינן דאפי' שני סימנים לא מהני וע"כ שפיר קשה ממצאו קשור בכיס וזה לאביי דחייש לתרי יצחק והחמירו בתחלתו ויש לומר דסובר דמדאורייתא הוי היכר משא"כ לרבא דלא חייש וע"כ דסובר כלישנא בתרא דמדאורייתא ל"ח הכרה וליכא שני סימנים וע"כ לא קשה מגט דהתם איכא שני סימנים:

ולפי מה שכתבו דמש"ה גט שאינו מקוים הגם דקיום הוא מדרבנן בטל הגט וכתבי משום דכל הגיטין חשוב עדות שאי אתה יכול להזימו דאי יוזמו יכולין לומר דהוא מאוחר אך דחשוב ממון משום הכתובה דלא בעינן יכול להזימו מדרבנן וע"כ אמרינן דהן אמרו וכו' וא"כ ה"ס דל"ש להקל משום דחששא דשני יב"ש הוא מדרבנן כיון בלא"ה לא מהני מדאורייתא משום דחשוב עדות שא"א יכול להזימו כמו התם אך אי מאוחר פסיל משום ב"א כשיטת הרמב"ם ל"ש זה וחשוב יכול להזימו ויש לומר שפיר דחששא

דרבנן משא"כ ר"א לשיטתו דסובר דמשעת כתיבה מונין לגט ועי' ברי"ף דהוכיח מזה דה"ה לפירות מפסיד הבעל משעת כתיבה כר"ל וא"כ זמן משום פירות וכשר מאוחר וחשוב עדות שא"א יכול להזימו וע"כ ל"ש להקל משום דחשש דיב"ש הוא דרבנן וע"כ סובר ר"א דאי ס' דרבנן בעי בגט ס"מ. ודוק:

והנה לענין סימני דגים דאיתא בש"ס בע"ז דף מ"ח דסובר ר"ה דשניהם ובעינן ראש ושדרה ומחלק הש"ס שם בין צירן לגופן דבציר בעינן רק חד סימן ובגופן בעינן שני סימנים והקשו בתוס' דכיון דציר אסור מהתורה מה חילוק יש בין צירן לגופן וע"ש. אך לפי מה שכתבנו דסימנים הוא משום רוב ובספרים איתא ועי' בס' ש"ש דכל היכי דאמרינן דוקא ודאי ולא ספק אז אפי' רוב לא מהני דגם רוב לא חשוב רק ספק וא"כ כיון דכתיב כל אשר לו סנפיר וקשקשת תאכלו משמע דוקא שידע בבירור אותם תאכלו ולא ספק וא"כ אפי' רוב לא מהני וה"ה סימן דהוא מצד רוב לא מהני וע"כ סובר דבעינן שני סימנים דאז הוא ודאי משא"כ לענין הציר דכתבו בתוס' דאף דילפינן מקרא לאסור צירן היינו באיסור לאו ולא באיסור עשה וכיון דלא אסור רק מכח הלאו א"כ לא דרשינן דס' אסור דמכח הלאו דרשינן דוקא בידוע דאין לו סנפיר וקשקשת וע"כ סגי בחד סימן הגם דציר אסור מדאורייתא ודוק:

בו יבואר ס"ס משם חד אי חשוב ס"ס

והנה לשיטת הרמב"ם דס"ד מהתירה לקולא וע"כ אזלינן לקולא בס"ס דס' השני חשוב ס' דרבנן ולקולא לדידי' בודאי אפי' משם אחד חשוב ס"ס דמ"מ ע"י ספק הראשון דשרי מהתורה ס' השני חשוב ס' דרבנן וע"כ פסק הרמב"ם דקטנה שזינתה דנאסרה על בעלה ולא אמרינן דפיתוי קטנה אונס הוא וכתבו דהוכיח זה מהא דמשני הגמ' בכתובות דאיירי באשת ישראל פחות' משלשה שנים והקשו בתוס' דאכתי איכא ס"ס שמא באונס ושמא כשהיתה קטנה ופיתוי קטנה אונס ובתוס' תירצו דשם אונס חד הוא אך הרמב"ם לשיטתם דלדידי' חשוב ס"ס וע"כ דלא אמרינן דאונס הוא אך להסוברים דס' אסור מהתורה וע"כ דס"ס הוא משום רוב כיון דאיכא שני צדדי' להתיר חשוב רוב וע"כ היכי דהוא משם אחד ל"ח שני צדדים ול"ש רוב וע"כ ל"ח ס"ס:

ובזה לא קשה מה שהקשה עליו מהא דאיתא ביבמות דף ס"א דר"א סובר דכהן לא ישא הקטנה ומסיק הטעם שמא תתפתה עליו אי הכי ישראל נמי פיתוי קטנם אונס הוא אלמא דחשוב אונם. אך ר"א דסובר בכריתות דעל חתיכה אחת חייב אש"ת ע"כ דסובר דס' אסור מהתורה וס"ס הוא משום רוב ול"ח ס"ס היכי דהוא משם אחד וא"כ יש לומר דפיתוי קטנה חשוב אונס ואעפ"כ ל"ח ס"ס משא"כ הרמב"ם לשיטתו הוכיח

שפיר דחשוב ס"ס לדידי' וע"כ דלא אמרינן דאונס. גם לפי מה דאיתא בס' ש"ש דרבא סובר דס"ד מהתורה לחומרא וע"ש דבזה פליגי אביי ורבא וע"כ שפיר משני רבא דפ"ק אונס ואפ"ה ל"ח ס"ס דל"ח רוב כיון דהוא משם אחד. ובזה ניחא הרמב"ם דסובר דמת בעלי במלחמה אפי' אמרה קברתיו לא מהני והקשו עליו דהא בסוגיא איתא הדר אמר רבא רעבון גרוע ממלחמה דאילו מלחמה אמרה מת על מטתו מהימנא ואילו גבי רעבון עד דאמרה מת וקברתיו וכיון דרעבון דגרוע ממלחמה נאמנת באומרת קברתיו כש"כ במלחמה מהני באמרה קברתיו ונראה דעיקר הוכחה של הרמב"ם מהא דאיבעי' התם החזיקה היא מלחמה בעולם מהו אי אמרינן מה לה לשקר דאי בעי אמרה שלום בעולם וכו' והקשו רש"י ותוס' דמתני' הוא דקתני בשלום בעולם ואמרה מת בעלי נאמנת וע"כ איירי דאמרה מת במלחמה דאי על מטתו מאי אירי' שלום אפי' מלחמה בעולם נאמנת אלא ודאי דמת במלחמה היינו החזיקה מלחמה וע"כ דאיירי דאמרה מת במלחמה וקברתיו דאז נאמנת במיגו והיינו כיון שהיא החזיקה מלחמה ויש לה מיגו ע"כ נאמנת ושמעינן דמלחמה בעולם אז אינה נאמנת אפי' באומרת קברתיו כשיטת הרמב"ם אך אין זה ראיה דלעולם דאפי' מלחמה בעולם נאמנת לומר מת וקברתיו ומתני' דקתני שלום בעולם נאמנת איירי באומרת מת סתם ואשמעינן מתני' דבשלום בעולם מסתמא מת על מטתו קאמרה משא"כ במלחמה בעולם מת סתם במלחמה אמרה ועי' ברש"י דכתב לתרץ כן וא"כ אין ראיה דלא מהימנה אפי' באומרת קברתיו אך הנראה דלכאורה תקשה דכיון דחשש בדדמי הוא מדרבנן וא"כ אפי' ידעינן דמת במלחמה חומרא דרבנן הוא ואמאי לא אזלינן לקולא דמת סתם דאמרה היינו מת על מטתו אך זה אינו דהא מדאורייתא אפי' מת על מטתו לא מהימנא רק מדרבנן וע"כ כיון דחכמים חשו שמא אמרה בדדמי ממילא תלינן לחומרא דמת במלחמה אמרה אך לפי מה דאיתא בחידושי הרי"מ דיש לומר דמדאורייתא נאמנת לומר מת בעלי דכיון דחזקה דאשה דייקא וכו' מגרע לחזקת א"א והיכא דליכא חזקה סובר הרמב"ם דספק שרי מהתורה ואכתי תקשה דאמאי לא תלינן לקולא דמת על מטתו קא אמרה וא"כ יש לומר דרבא לשיטתו דסובר דס"ד לחומרא מהתורה וע"כ לא תלינן להקל ויש לומר דאפי' במלחמה מהני באמרה קברתיו וממתני' אין לפשוט איבעי' דיש לומר דאיירי דאמרה מת סתם ובמלחמה בעולם כי אמרה מת סתם בודאי מת במלחמה הגם דחששא דבדדמי הוא דרבנן מ"מ לא תלינן לקולא דכיון דמדאורייתא אין לה נאמנות כלל וע"כ קאמר דרעבון גרוע ממלחמה דכיון דגם במלחמה מהני באמרה קברתיו משא"כ הרמב"ם דפסק דס' לקולא וא"כ אי אפשר לומר דאיירי באמרה מת סתם דאמאי לא תלינן לקולא דכיון דחזקה דאשה דייק' מגרע

חזקת א"א וא"כ מדאורייתא נאמנת וחשש בדדמי הוא מדרבנן וע"כ דשלום בעולם היינו דהחזיקה מלחמה ואמרה קברתיו ומשמע הא מלחמה בעולם אפי' אמרה קברתיו ולא מהימנה כשיטת הרמב"ם ועכ"פ רבא סובר דס"ד לחומרא מהתורה וע"כ ס"ס משום רוב ול"ח ס"ס היכי דהוא משם אחד וע"כ מתרץ לר"א משום דפ"ק אונס הוא משא"כ לדידן:

ובזה יש לומר הא דלא פסקינן כרב דסובר דבשוחט בסכין של נכרים דקולף אך בתוס' הקשו הא סתם כלי של עכו"ם אב"י אך יש לומר דהטעם משום ס"ס שמא אב"י ושמא נשתמש דבר הפוגם ורב דסובר בכריתות דעל חתיכה אחת חייב אש"ת א"כ סובר דס"ד לחומרא מהתורה וס"ס ע"כ משום רוב והכא לא חשוב רוב דמשם אחד הוא משא"כ לדידן דחשוב ס"ס וא"כ סתמא אב"י משום ס"ס וע"כ לא פסקו כרב:

ובזה ניחא קושית תוס' בגיטין דשמואל סובר דאחין שחלקו לקוחות הן וא"כ מחזירין זה לזה ביובל ותקשה קושית הגמ' שם דלא משכחת דמייתי ביכורים כמו דפריך על ר"י אך לפי הסוברים דאפי' אי אין ברירה מ"מ ספק הוא שמא זה חלקו וא"כ לא מקשה הגמ' דהא איכא ס"ס שמא יש ברירה ואפי' אין ברירה ג"כ ספק הוא אך ר"י דסובר דאפי' בדרבנן אין ברירה וע"כ דסובר דודאי אין ברירה מקשה שפיר משא"כ על שמואל לא קשה דיש לומר נהי דלקוחות אין מחזירין משום ס"ס שמא יש ברירה ואפי' אין ברירה שמא זה חלקו משעה ראשונה הגם דמשם אחד הוא חשוב ס"ס וגם ר"י דסובר בירושלמי דפיתוי קטנה אונס היא וקשה קושית תוס' הנ"ל דאכתי איכא ס"ס וע"כ דסובר דס"ס משם אחד ל"ח ס"ס וע"כ פריך שפיר על ר' יוחנן דלא משכחת דמייתי בכורים משא"כ לדידן חשוב ס"ס הגם דמשם אחד הוא ודוק:

ספק אחד נגד הרוב

בו יבואר היכא דספק אחד נגד הרוב אי חשיב ס"ס

עיין בכתובות דף ט' אמר ר"א האומר פ"פ מצאתי נאמן לאוסרה עליו ופריך ואמאי ס"ס הוא ספק אינו תחתיו וספק שמא באונס ומשני באשת כהן או בקיבל בה אביה קידושין פחותה מבת ג' שנים ועיין ברי"ף דכתב וז"ל והני מילי בא"כ ולא מצי אומרת אם תמצי לומר תחתיו ספק מ"ע משום דמ"ע פתחה סתום ועיין בר"ן דהקשה דהא בגמ' מסיק דמתניתין דבתולה ניסת איירי דקטעין טענת דמים ובטענת דמים ודאי הא איכא למיתלי במ"ע וע"ש. לכאורה י"ל לפי מאי שהקשו דהא ספק אינו תחתיו איכא כנגדו חזקת הגוף ותירצו הואיל וסתמא דמילתא לא נבעלה לאחר החופה דאין שהות וע"כ או אחר אירוסין או קודם וא"כ איכא חזקה להיפך דכאן נמצא כאן היה לכך הואיל דאיכא חזקה נגד חזקה שפיר פריך הגמ' דס"ס הוא. והנה בראש"ש בכתובות פרק המדיר איתא

דבבוגרת לא שייך חזקה דכאן נמצא הואיל וכבר יצאת מרשות האב ולפ"ז י"ל דרי"ף לא הקשה דאכתי איכא ס"ס רק לס"ד דמיירי בטענת פ"פ דאז אין לומר דמיירי בבוגרת דאז ליכא ספק דאינו תחתיו דליכא כאן נמצא ואיכא חזקת הגוף דהא בוגרת פתחה פתוח וליכא טענת פ"פ משא"כ למאי דמשני דמיירי בטענת דמים אז י"ל דמיירי בבוגרת דהא בוגרת אית לה דמים וא"כ ליכא ספק דאינה תחתיו דאוקמה על חזקת הגוף וחזקה דכאן נמצא ליכא בבוגרת ואין לומר דאכתי באשת ישראל פחות מג' שנים איכא ס"ס שמא באונס ושמא מ"ע וזה דוחק לומר דהתקנה לא היה רק משום א"כ לחוד כמו דאיתא במפרשים. אך נראה דבלא"ה הקשו על הרי"ף על מאי דהקשה רק על א"כ לחוד דאיכא עוד ספק דמ"ע ואמאי לא הקשה גם על אשת ישראל פחות מג' שנים:

וע"כ נראה דהנה שיטת רש"י דר"א ל"ס ליה דנאמן להפסידה כתובתה רק לאסרה ובתוס' הקשו דילמא נקט לאוסרה לרבותא וכ"ש דנאמן לכתובה וע"כ נראה דהנה בדרישה הקשה אמאי נאמן להפסידה כתובתה משום חזקה דאין אדם טורח בסעודה אי אמרינן דארוסה יש לה כתובה א"כ שמא טרח בסעודה דאם היה מגרשה מקודם היה חייב ליתן לה כתובה ותירץ דאיך ידע שהיא תטעון בתולה אני שמא תטעון תחתיו נאנסתי ונאמנת ולכך איכא שפיר הך חזקה והנה הא דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי משום מיגו דמ"ע דהשתא פסלה נפשה מכהונה משא"כ מ"ע. והנה הרמב"ם פ' י"ח מהלכות א"ב פסק א"כ שאמרה לבעלה נאנסתי אע"פ שמותרת לבעלה הרי היא אסורה אחר שימות בעלה לכל כהן שבעולם והראב"ד סובר שאם אמרה לאחר מיתת בעלה לא אמרתי אלא כדי שיגרשני בעלי למה אינה נאמנת והמ"מ הביא ראיה לרמב"ם מדאיתא בגמ' וקאמרה נאנסתי דפסלה נפשה מכהונה אלמא דלא מהני אמתלא דאמרה כן כדי שיגרשנה בעלה אך במ"ל תמה על ראיה זו דהתם איירי באשת ישראל דמותרת לבעלה וליכא אמתלא זו ועיין שם ולפ"ז לשיטת הראב"ד א"כ אינו נאמן לומר משארסתני נאנסתי דלא שייך לומר דפסלה נפשה מכהונה משא"כ במ"ע דהא גם השתא לא פסלה נפשה דיש לה אמתלא דאמרה כן כדי שיגרשנה בעלה וא"כ ליכא חזקה דאין אדם טורח דילמא עשה כן משום ריוח הכתובה דלא שייך לומר שמא תטעון תחתיו נאנסתי וע"כ שפיר פירש רש"י דלהפסיד הכתובה אינו נאמן והיינו למאי דמשני בא"כ:

ולפי"ז י"ל דגם הרי"ף סובר סברת התוס' דמש"ה ליכא ספק דמ"ע דאי איתא דמ"ע היתה טוענת דאין גנאי בכך. אך בס' הפלאה הקשה דאיך נאסור אותה מדלא טענה דשמא היא רוצה בכך שתאסור עצמה לבעלה שעיניה נתנה באחר אך הרי"ף סובר דכיון דמפסדת כתובתה לא שייך לומר עיניה נתנה באחר כמו באומרת מאוס עלי ועיין בתוס' כתובות

פ' אע"פ ולפ"ז על אשת ישראל דאיכא חזקה דאין אדם טורח ונאמן גם להפסיד הכתובה לא קשה דאיכא ס"ס דמ"ע די"ל דאם איתא דמ"ע היתה טוענת דאין לומר שמא נתנה עיניה באחר דכיון דהפסידה הכתובה וע"כ לא הקשה הרי"ף רק על אשת כהן דאינו נאמן להפסיד הכתובה וי"ל דעיניה נתנה באחר וע"כ אין ראיה מדלא טוענת מ"ע מקשה שפיר דאיכא ס"ס דמ"ע. ובזה ניחא הא דכתבו ועיין בחידושי הרי"מ לתרץ דברי רש"י הנ"ל דבא"כ ליכא חזקה הנ"ל דהגם אם תאמר תחתיו נאנסתי אין לה כתובה כמו משמשתו נדה דאין לה כתובה משום שהכשילתו באיסור דכיון דאפי' באונס דא"ש אסורה עליו וכיון דלא ידע שהיא אסורה עליו חשיב עוברת על דת דאין לה כתובה ולא שייך תירוץ הדרישה דתאמר תחתיו נאנסתי אך כתב דהא הטעם במשמשתו נדה משום שלא אמרה לו שהיא נדה וזה שייך היכא שהיא נאמנת אם היתה אומרת אבל הכא אינה נאמנת שמא עיניה נתנה באחר וא"כ לא הכשילתו במה שלא אמרם ועיין שם. והנה לפי מאי דאיתא במהרי"ט על הא דאיתא בר"ן בנדרים דמש"ה בטמאה אני לך אינה נאמנת ולא אמרינן דשויה אנפשה חתיכה דאיסורא משום דמשועבדת לבעלה וכתב במהרי"ט דזה דוקא בנשואה משא"כ בארוסה לא שייך דמשועבדת ליה לבעל אז נאמנת לומר טמאה אני לך משום דשויה אנפשה חתיכה דאיסורא ועיין שם ובספר ש"ש ולפ"ז אי היתה אומרת משארסתני נאנסתי היתה נאמנת לאסור א"ע על בעלה וא"כ הכשילתו וא"כ אין לה כתובה אפילו אי משארסתני נאנסתי:

ובזה ניחא הא דפריך הגמ' דף י' וניחוש שמא תחתיו זינתה ומשני שקידש ובעל לאלתר והרי"ף לא הביא הך תירוצא דקידש ובעל לאלתר ותמהו עליו. וע"כ נראה דהא בתוס' הקשו מאי פריך וניחוש דילמא הא דקתני אין לה טענת בתולים לענין להפסידה כתובתה ולא לאוסרה והגם דמיירי בא"כ איכא ס"ס שמא אינה תחתיו ושמא באונס ואפילו א"כ באונס לא הפסידה הכתובה ותירצו דהכא הפסידה משום שהכשילתו וחשיב עוברת על דת. אך תמהו דכיון שאינה נאמנת לא הכשילתו במאי שלא אמרה. אך כתבנו דבארוסה נאמנת. אך אכתי תיקשי דילמא מיירי דהי' שהות בין חופה לביאה וי"ל לאחר החופה נאנסתי ואז לא שייך לומר דעוברת על דת במה שלא אמרה דכיון דאינה נאמנת בנשואה דשמא עיניה נתנה באחר ואיכא שפיר ס"ס אך י"ל בדאיכא שהות אמרינן כאן נמצא וליכא ספק אינה תחתיו אך זה הכל לרבה לשיטתו דמשני לקמן כאן נמצא כאן היה לחד גירסא ועיין בת' המדיר משא"כ לדידן דלא קי"ל כאן נמצא ואיכא ס"ס דשמא אינה תחתיו ושמא נבעלה באונס לאחר נישואין קודם ביאה ולא שייך דעוברת על דת כיון דאינה נאמנת וע"כ לא הביא הרי"ף תירוץ הגמ'. ויותר נראה לפי מאי שפסק בס' ב"ש

סי' ס"ח דאפילו היא נאמנת לומר משארסתני נאנסתי מ"מ ת"כ אין לה וא"כ לפי מאי דאיתא בתוס' כתובות דמש"ה במאוס עלי לא חיישינן דעיניה נתנה באחר משום דאין לה כתובה בוודאי קושטא קאמרה משא"כ א"כ שאמרה נאנסתי דיש לה כתובה ע"כ חיישינן שמא עיניה נתנה באחר והא דאשת ישראל שאמרה טמאה אני לך ברצון אינה נאמנת הגם דמפסדת הכתובה משום דאין אדם משים א"ע רשע וא"כ הכא במשארסתני נאנסתי דמפסדת ת"כ א"כ ל"ח שמא עיניה נתנה באחר ונאמנת וא"כ הכשילתו במה שלא אמרה. ובזה ניחא מה שהקשו דאמאי לא קאמר הגמ' דמש"ה חשיב מיגו דמ"ע דהשתא דאמרה נאנסתי מפסדת הת"כ משא"כ אי אמרה מ"ע. אך לפי מאי שהקשו לר"י דסובר דיש לה מנה בנמצאת בעולה א"כ בלא"ה היא נאמנת לומר משארסתני נאנסתי דחשיב חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דאינו יכול לישבע ומשלם וע"כ לדידיה מיירי בא"כ דחשיב מקח טעות דהוה מום במקח כיון דנאסרה עליו ועיין בתומים אך בא"כ חשיב עוברת על דת וליכא כתובה וע"כ דמיירי באשה דאין לה ת"כ דאז אפילו אי תאמר נאנסתי אינה נאמנת דשמא נתנה עיניה וכו' וע"כ קאמר הגמ' דמרוחת דהשתא פסלה מכהונה משא"כ במ"ע:

והנה לפי מאי דסוברים דאפילו לר"ג דנאמנת היינו בשבועה דוקא וכן הוא דעת הרמב"ן ועיין בט"ז סי' צ"א ובקצה"ח א"כ י"ל דבא"כ אינה נאמנת לומר משארסתני נאנסתי דהא היא חשודה על השבועה דהא היכא דהוא מוזהר היא מוזהרת וכיון דאסורה עליו אפילו באונס א"כ עברה על הלאו ונעשית חשודה ומפסדת הגם דהשבועה מדרבנן מ"מ כתובה דהיא רק מדרבנן מפסדת ועיין בש"ך סי' פ"ב. ובזה ניחא הא דהקשו בתוס' על שיטת רש"י דאינו נאמן לכתובה מהא דקאמר אביי אי למיתב לה כתובה אלמא דנאמן יותר להפסיד הכתובה. אך למאי דאיתא במפרשים דאי אמרינן למיתב לה כתובה היא לר"מ ור"מ סובר כתובה דאורייתא וא"כ לדידיה נאמנת לומר משארסתני אפילו בא"כ דמה בכך דהיא חשודה הא השבועה רק מדרבנן וא"כ איכא חזקה דאין אדם טורח אפילו בא"כ ושפיר קאמר אי למיתב לה כתובה משא"כ אליבא דאמת דכתובה דרבנן ואינה נאמנת משארסתני נאנסתי וליכא חזקה דאין אדם טורח וע"כ פירש רש"י דאינו נאמן להפסיד הכתובה:

והנה לפי הב"ש הנ"ל ניחא מאי שהקשו בתוס' שם ד"ה אי למיתב דאמאי מפסידה הכתובה הא הוה ס"ס ספק אי בקי בפ"פ ושמא באונס. אך י"ל דאכתי איכא נ"מ דאם יבוא לב"ד עכ"פ נאמן על הת"כ דעל ת"כ ליכא ספק שמא באונס דעכ"פ ת"כ אין לה

אך לפי הסוברים דעל ת"כ אינו נאמן לומר פ"פ משום דהוא מדאורייתא א"כ א"א לומר דנ"מ לענין ת"כ:

גם נראה על קושית הר"ן הנ"ל דעל טענת דמים איכא ס"ס דמ"ע דהא בתוס' איתא דהאי רוב דברצון אינו רוב גמור רק מדרבנן והלכך במקום ס"ס שרי ובזה לא קשה קושית תוס' הנ"ל דכתובה שהיא רק מדרבנן חשבינן רוב דברצון רוב גמור הגם דהיא רוב מדרבנן מ"מ הא עיקר חיוב כתובה רק מדרבנן ע"כ לא חשיב ספק אונס לספק ושפיר קאמר אביי אי למיתב לה כתובה. וגם י"ל דסברת התוס' דחשיב ס"ס משום דניהו דמדרבנן ליכא ס"ס מ"מ הא מדאורייתא איכא ס"ס ומדרבנן דליכא ס"ס מדרבנן סגי בחד ספק ועיין בש"ך סי' ק"י דכתב כן משום דספק דרבנן לקולא וזה תינח לענין איסור וזה לא שייך לכתובה להוציא וע"כ שפיר קאמר אביי אי למיתב לה כתובה אך העיקר נראה דכיון דמדאורייתא איכא ס"ס ניהו דמדרבנן ליכא ס"ס מ"מ לפי שיטת הסוברים דעל איסור דרבנן לא אמרינן שוויה חתיכה דאיסורא וא"כ בפ"פ דאיסור רק משום שוויה חתיכה דאיסורא דכיון דמדאורייתא איכא ס"ס תו לא אמרינן שויא חתיכה דאיסורא משא"כ למאי דמשני בטענת דמים דאינו משום שויה חתיכה דאיסורא א"כ בלא"ה ליכא ס"ס דמ"ע דספק אונס לא נחשב לספק דאונס קלא אית ליה וניחא קושית הר"ן:

גם נראה לתרץ קושית הר"ן הנ"ל דהנה הא דלא פירשו התוס' דהתקנה היה שיתברר ע"י עדים כמו שפירש רש"י דזנות בעדים שכיח רק זנות בהתראה לא שכיח אך דא"כ אכתי תיקשי על ר"ל דאמאי קאמר משום פירות משום דזנות לא שכיח דאמאי לא אמר שלא יחפה על בניו ממזרים. אך לפי מאי דאיתא בתשו' דלפי מאי דאיתא בתוס' גיטין דף י"ז דאמאי לא נוקי אותם על חזקת א"א ותירצו בתוס' דאיכא נגד זה חזקת צדקת וע"כ לפ"ז למאן דסובר לדברי המכשיר בה פוסל בבתה ממילא לא שייך שמא יחפה על בניו ממזרים דאיכא חזקת א"א וחזקת צדקת של אם אין מועיל לגבי בנים וא"כ י"ל דזנות בעדים שכיח וי"ל דהתקנה היה דיתברר ע"י עדים וליכא ס"ס אך לדידן דקי"ל לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה וא"כ ע"כ זנות בעדים לחוד נמי לא שכיח דאל"כ אמאי לא קאמר ר"ל שמא יחפה על בניו ממזרים וע"כ לא פירשו התוס' דהתקנה היה משום עדים משא"כ הסוגיא דקאי לר"א ור"א סובר למאן דמכשיר בה פוסל בבתה ושפיר משני לא דקטעין טענת דמים ואין לומר דאיכא ס"ס דהתקנה היה שיתברר ע"י עדים. ובזה ניחא הא דהקשו ועיין במ"ל על הסוברים דפיתוי קטנה אמנם מהא דאיתא בכתובות דף מ"ד דאמר ר"ל המוציא ש"ר על הקטנה פטור שנאמר נערה מלא ואי איתא דקטנה שזינתה אינה נאסרת היכא ס"ד שיהא חייב בקנס וב"ד לאיזה תכלית נזקקין כיון דאינה

נאסרת ועיין שם. אך ר"ל לשיטתו דסובר משום פירות ולא קאמר שמא יחפה על בניו ממזרים דהא קי"ל כמאן דמכשיר בבתה וע"כ דסובר דגם בזנות בעדים לחוד לא שכיח וא"כ ע"כ התקנה לא היה משום שיתברר ע"י עדים וא"כ ע"כ פיתוי קטנה אינו אונס דאל"כ אפילו באשת ישראל פחותה מג' שנים איכא ס"ס שמא באונס ושמא כשהי' קטנה להסוברים דלא אמרינן שם אונס חד הוא ומשום א"כ לחוד לא הי' מתקנין כמו דאיתא בש"מ משא"כ לדידן דקי"ל משום ב"א ואפילו זנות בעדים ובהתראה שכיח י"ל דהתקנה הי' דיתברר ע"י עדים ולעולם דפיתוי קטנה אונס הוא:

ובזה אמרתי הא' דדייק הגמ' בריש א"נ אלו נערות שיש להם קנס קטנה לא ומשני כר"מ והפוסקים פסקו דאפילו קטנה יש לה קנס והקשו הא ממתניתין שמעינן דקטנה אין לה קנס ע"כ נראה לפי מאי שהקשו לר"פ דמוקי מתני' במפותה דאל"כ ניתן להצילה בנפשו א"כ לא מצי למתני קטנה דפיתוי אונס הוא וניתן להצילה בנפשו אך י"ל דאליבא דרב לשיטתו דסובר דרוב חשיב ודאי ועיין בפלתי סימן ס"ג וה"ה ס"ס דהוא משום רוב וא"כ כיון דחשיב ודאי היכי דאיכא רוב או ס"ס לא צריכין לברר וא"כ אי פיתוי קטנה אונס אמאי היה התקנה שתנשא ביום ד' הא איכא ס"ס וא"ל דיתברר ע"י עדים כיון דאיכא ס"ס לא צריכין לברר א"ו דרב לא סובר דפיתוי קטנה אונס וע"כ צריך רב לתרץ הא מני ר"מ משא"כ לדידן דרוב חשיב ספק וצריך לברר וי"ל דהתקנה היה דיתברר ע"י עדים ולעולם דפיתוי קטנה אונס הוא וא"כ י"ל דגם קטנה יש לה קנס אך מש"ה לא קתני קטנה משום דא"כ תקשי הא ניתן להצילה בנפשו דכיון דפיתוי אונס הוא. ובאמת בדין זה או בס"ס צריכין לברר איתא בנדה פ"ש דר"י סובר אשה שיש לה וסת בעלה מחשב ימי וסתה ובא עליה ורש"י פירש משום ס"ס שמא לא ראתה ושמא טבלה ואע"ג דאפשר לברר אך בירושלמי איתא דר"י לשיטתו דסובר דטבילה בזמנה מצוה משמע דסובר דלא מהני ס"ס היכא דאפשר לברר וע"כ נראה דבתוס' איתא דמש"ה חשיב ספק אונס לספק אע"ג דרוב ברצון משום דהוא רק רוב דרבנן ותמהו מנ"ל להגמ' להקשות ואמאי ס"ס הוא דילמא הוי רוב גמור ותירצו דהא הקשו דמאי משני הגמ' דמש"ה נאמנת לומר השארסתני נאנסתי משום דאיכא חזקת הגוף דמיגרע גרע דכיון דהוה תחתיו שמא ברצון וליכא לאוקמי בחזקת היתר דהא רוב ברצון. אך י"ל הא הוי איני יודע אם פרעתיך כיון דודאי היה תחתיו וארוסה יש לה כתובה וכבר נתחייב כתובה חשיב איני יודע אם פרעתיך ולפ"ז ע"כ שמעינן דרוב ברצון הוא מדרבנן ומצרפין עם ספק אחר דאי אינו ספק כלל רק ודאי ברצון לא חשיב איני יודע אם פרעתיך משא"כ לטעמא דמיגו י"ל דרוב ברצון חשיב רוב גמור ולא חשיב ספק ספיקא ולא צריכין לומר דהתקנה היה דיתברר ע"י

עדים ולפ"ז לר"י לשיטתו דסובר ע"כ טעמא דחזקה דהא לדידיה ליכא מיגו ועיין בתוס' ותיקשי דאמאי היה התקנה שתנשא ביום ד' הא איכא ס"ס דהא לדידיה ע"כ רוב ברצון דרבנן וע"כ משום דיתברר ע"י עדים א"כ שמעינן דר"י סובר דאפילו בס"ס צריכין לברר וע"כ מוכרח הירושלמי לומר דטעמא דר"י אינו משום ס"ס רק משום דטבילה בזמנה מצוה ולדידן דקי"ל דלאו מצוה י"ל טעמא דמיגו ולעולם רוב ברצון דאורייתא וליכא ס"ס והתקנה לא היה דיתברר ע"י עדים ולעולם דבס"ס לא צריכין לברר וי"ל דמש"ה מחשב ימי וסת משום ס"ס. גם י"ל על קושית הר"ן דבאמת מ"ע לא שכיח ולא חשיב ס"ס אך הרי"ף דסובר דחשיב ס"ס משום דסובר דאפילו במצא דם יכול לומר פ"פ הגם דלא שכיח לומר דהוא דם צפור או דם נדה דשלא בשעת וסת לא שכיח מ"מ שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא וע"כ הקשה הרי"ף שפיר דאיכא ס"ס דמ"ע הגם דלא שכיח כיון דגם השתא דאומר פ"פ ביש דם ג"כ הוא לא שכיח משא"כ לפי מאי דמשני בטענת דמים לא קשה דאיכא ס"ס דמ"ע לא שכיח. והנה באחרונים איתא דאפילו אי אמרינן דלענין איסור אינו נאמן לומר פ"פ במצא דם מ"מ להפסיד הכתובה לכ"ע אפילו במצא דם יכול לומר פ"פ. ובזה ניחא הרא"ש דכתב באמר פ"פ והיא אומרת נאנסתי תחתיו דאינה נאמנת דברי ושמא לאו ברי עדיף והא קי"ל כר"ג דנאמנת משום דאיכא מיגו והכא ליכא מיגו ותמהו עליו דגם הכא איכא מיגו דמ"ע וע"כ נראה דהתם מיירי במצא דם ואעפ"כ יכול לומר פ"פ ע"כ יש לה מיגו דמ"ע ואין לומר דמ"ע לא שכיח דליתא דגם השתא לא שכיח דיש דם ויהי' פ"פ משא"כ הכא דמיירי לענין איסור דאז ע"כ מיירי דלא נמצא דם דאל"כ לא היה יכול לומר פ"פ וע"כ ליכא מיגו דמ"ע משום דלא שכיח. והנה על עיקר קושית תוס' על רש"י דהתקנה היה שיתברר ע"י עדים והקשו בתוס' דא"כ מאי מייתי אביי ראיה ממתניתין דנאמן לומר פ"פ לעולם דאינו נאמן רק דהתקנה היה שיתברר ע"י עדים. ונראה דהנה בפלתי הקשה דלפי מאי דסוברים דהיכא דספק השני מוסיף על הראשון לא שייך שם אונם חד הוא הא אף כאן ספק אחד מוסיף דהא הך ספק שמא באונס אינו רק להתירה לבעלה ולא ליתן כתובה דהא היא שותקת איך ניתן נגד הרוב ברצון אבל הך ספק שמא כשהיא קטנה ופיתוי קטנה אונס הוא חייב ליתן לה כתובה ג"כ ואין הרוב מנגדו דאין כאן קול ואינו בגדר שם אונס חד ועיין שם. אך לפי שיטת רש"י דאליבא דר"א אינו נאמן להפסיד כתובה שפיר משני דמיירי באשת ישראל פחות ג' שנים וליכא ס"ס שמא כשהיתה קטנה דשם אונס חד דליכא נ"מ לכתובה דהא אינו נאמן לכתובה משא"כ לדידן דנאמן גם לכתובה אכתי איכא ס"ס וע"כ הוצרך רש"י לומר דהתקנה היה שיתברר ע"י עדים משא"כ אביי דקאי אליבא דר"א אינו נאמן לכתובה

וא"כ קי"ל דהתקנה לא היה משום עדים דהא ליכא ס"ס ושפיר מייתי ראיה דנאמן לומר פ"פ לאוסרה עליו. וניחא הא דהירושלמי סובר דאיפוך קמייתא דר"י סובר משום פירות דאי ר"ל סובר משום פירות אכתי תקשי כיון לדידן דנאמן להפסיד כתובה א"כ איכא ס"ס וע"כ דהתקנה היה דיתברר ע"י עדים וא"כ ע"כ זנות בעדים בלא התראה שכיח ותקשי אמאי לא קאמר שמא יחפה על בניו ממזרים וע"כ דר"י סובר משום פירות ור"י סובר דכנסה בחזקת בתולה דיש לה מנה ואז ליכא חזקה דאין אדם טורח ואינו נאמן לכתובה וליכא ס"ס וי"ל דגם זנות בעדים לא שכיח וליכא משום יחפה על בניו ממזרים וע"כ סובר משום פירות:

וגם נראה דאליבא דאמת דמיירי בטענת דמים אז איכא ס"ס שמא מ"ע וע"כ פירש רש"י דהתקנה היה שיתברר ע"י עדים משא"כ לס"ד דמיירי לענין פ"פ דאז ליכא ספק דמ"ע דמ"ע פתחה סתום וי"ל דזנות בעדים לא שכיח והתקנה היה משום א"כ או פחותה מבה ג' שנים ושפיר מייתי אביי ראיה דנאמן לאוסרה. גם נראה דהא בתוס' כתבו דיבואו עדים שזינתה ברצון משום דזה לא שכיח דעדים ידעו אי תחתיו אי אינה תחתיו וכיון דזה לא שכיח שיהיה עדים ראו כמכחול וכו' דזה לא שכיח רק דראו דרך מנאפים וע"כ שפיר מייתי אביי ראיה דנאמן לומר פ"פ דאי אינו נאמן גם ע"י עדים לא יתברר דכיון דבראו כדרך מנאפין ליכא רק רובא לחוד וסמוך מיעוטא לפלגא דאינו תחתיו ואיכא רובא להתיר א"ו דנאמן לומר פ"פ וידעינן דזינתה רק דאכתי איכא ס"ס ע"ז אמרינן דהתקנה היה שיתברר ע"י עדים:

הנה קי"ל דאומר פ"פ נאמן להפסידה כתובה משום דכתובה דרבנן בתוס' סנהדרין דף ח' הקשו על רש"י דפירש במתניתין דמוצא ש"ר שהבעל אומר פ"פ דהא ר"מ דסובר דכתובה דאורייתא אינו נאמן לומר פ"פ וע"ש. והנה לפי מאי דאיתא ברמב"ן דהקשה דאפילו אי כתובה דאורייתא ואפילו בלא חזקה דאין אדם טורח אפ"ה יש להאמינו דעליה להביא ראיה שנתקיים התנאי שהיתה בתולה ועיין בפ"י דכתב דיש לה חזקה דאין אשה מעיזה בפני בעלה וע"כ אי כתובה דאורייתא אינו נאמן ולפ"ז להסוברים דאפילו במצא דם נאמן לומר פ"פ ותלינן הדם בדם נדות הגם דלא שכיח שלא בשעת וסתה. והנה קי"ל דהיכא דחזקה או רוב דמסייע לה יכולה להעיז וא"כ אפילו אי כתובה דאורייתא נאמן במצא דם דליכא חזקה דאין אשה מעיזה וא"כ י"ל דשם מיירי במצא דם דאז אפילו לר"מ נאמן לומר פ"פ דליכא חזקה דאין אשה מעיזה והגם דשיטת רש"י דאינו נאמן לומר פ"פ במצא דם זה לאוסרה דרש"י קאי לר"א דסובר דאינו נאמן להפסיד הכתובה:

וגם נראה דהא בתוס' הקשו דאמאי נאמן לומר פ"פ הא יש לה מיגו דמ"ע ותירצו דלא אמרינן מיגו להוציא והנה כיון דקי"ל דהיכא דעד מסייע לה אינה נאמנת לומר גרשתני דיכולה להעיז א"כ פשיטא דהיכא דמיגו מסייע לה ניהו דחשיב מיגו להוציא עכ"פ המיגו מסייע לה ויכולה להעיז וליכא חזקה דאין אשה מעיזה וקשה דא"כ אפילו אי כתובה דאורייתא נאמן אך בר"ן איתא דלא חשיב מיגו דגם במ"ע מיפגמה וכי אמרה בתולה נבעלתי לא מיפגמה וע"ש ולפ"ז דלא חשיב מיגו איכא חזקה דאין אשה מעיזה. אך נראה דסברת הר"ן הוא לדידן דקי"ל דמ"ע כתובתה מנה משום דדמי' לבעולה שייך לומר דלא חשיב מיגו דמיפגמה משא"כ לר"מ דסובר דמ"ע כתובתה מאתים דמ"ע לא דמי לבעולה רק לבוגרת א"כ לדידיה לא מיפגמה וע"כ הא דאינה נאמנת במיגו דמ"ע משום דמיגו להוציא לא אמרינן ולפ"ז ניחא ניהו דר"מ סובר כתובה דאורייתא מ"מ נאמן לומר פ"פ דליכא חזקה דאין אשה מעיזה כיון דיש לה מיגו טוב דמ"ע דלא מיפגמה לר"מ אך דהוה מיגו להוציא ועכ"פ המיגו מסייע לה משא"כ לדידן דמ"ע דמי לבעולה ולא חשיב מיגו ואיכא חזקה דאין אשה מעיזה וע"כ אי כתובה דאורייתא אינו נאמן לומר פ"פ:

ובזה ניחא קושית תוס' לר"י דסובר דנמצאת בעולה יש לה מנה ליכא חזקה דאין אדם טורח ואמאי נאמן לומר פ"פ. והנה לפי מאי דאיתא בח"מ באומר מכרתי לך שדה ואיני יודע אם גדולה אם קטנה ואמר אידך דמכר לו שדה גדולה אינו נאמן דלא שייך דלא חציף לומר גדולה משום דעכ"פ יש לו בידו שדה קטנה ע"כ חציף לומר שדה גדולה ולפ"ז לר"י דסובר דיש לה מנה תו ליכא חזקה דאין אשה מעיזה כיון דעכ"פ מגיע לה מנה וממילא ל"צ לחזקה דאין אדם טורח דבלא"ה הא צריכה לברר שהיתה בתולה אך בלא"ה ניחא דהא לר"י דיש לה מנה ע"כ סובר כר"מ דמ"ע כתובתה מאתים דאל"כ מאי איכא בין טענה דידיה לטענה דידה בהיא אומרת מ"ע וא"כ איכא מיגו טוב דמ"ע רק דהוה מיגו להוציא וליכא חזקה דאין אשה מעיזה וע"כ בלאו חזקה דאין אדם טורח נאמן הבעל. גם נראה דהא מ"ע לא שכיח ולא חשיב מיגו אז איכא שפיר חזקה דאין אשה מעיזה ובעינן חזקה דאין אדם טורח. ולפי זה לפי מאי דסוברים דמש"ה סובר ר' אליעזר דאינו נאמן לכתובה דליכא חזקה דאין אדם טורח בא"כ דאי יגרשנה יתן לה כתובה וא"ל דתאמר משארסתני נאנסתי הא אינה נאמנת בא"כ דעוברת על דת וא"ל דתאמר מ"ע דליתא דמ"ע אני קודם לא תאמר דאין לה רק מנה ותחתיו אינה נאמנת לטעמא דמיגו. ולפ"ז לאביי דסובר דברי ושמא ברי עדיף לדידיה פשיטא נאמנת לומר מ"ע תחתיו הגם דליכא מיגו וע"כ שפיר קאמר אביי אי למיתב לה כתובה אלמא דנאמן

יותר לכתובה אך אביי לשיטתו דאיכא חזקה דאין אדם טורח דהיה לו לחוש דתאמר מ"ע וגם דהא קשה דהא בתוס' הקשו דזנות לא שכיח ואמאי נישאת ליום ד' וכתבו דמשום שלא תשב באיסור חשו חכמים לעשות תקנה הגם דלא שכיח ולפ"ז תיקשי איך קאמר אביי אי למיתב לה כתובה הא לזה לא עשו תקנה דכיון דלא שכיח וע"כ הא דקאמר אי למיתב כתובה הוא אליבא דר"מ ור"מ דחייש למיעוט עשו תקנה הגם דלא שכיח דלדידן דלא חיישינן למיעוט אז י"ל דלא עבדינן תקנה על מילתא דלא שכיח משא"כ לר"מ וכיון דאליבא דר"מ ע"כ הא דנאמנת מ"ע הוא משום חזקה דהא לדידיה ליכא מיגו וע"כ שפיר קאמר אי למיתב לה כתובה דאיכא חזקה דאין אדם טורח אך לפי מאי שכתבתי בלא"ה ניחא דאליבא דר"מ ל"צ לחזקה דאין אדם טורח דליכא חזקה דאין אשה מעיזה כיון דמינו מסייע לה וע"כ קאמר שפיר אי למיתב לה כתובה אך לפי מאי שאמרנו דאי מ"ע לא שכיח לא חשיב מיגו דמסייע לה משא"כ אי שכיח וחשיב מיגו טוב. ובזה ניחא הא דהירושלמי סובר דאינו נאמן להפסיד הכתובה דהירושלמי לשיטתו דסובר דמ"ע לא שכיח וליכא חזקה דאין אדם טורח בא"כ וכיון דאיכא חזקה דאין אשה מעיזה דהא המיגו אינה מסייע לה דלא חשיב מיגו וע"כ אינו נאמן לכתובה ולפ"ז לר"מ לשיטתו דסובר דמ"ע שכיח ועיין בירושלמי על הא דיש עדים שיצאה בהינומא ושמא מ"ע אתי כר"מ דמ"ע כתובתה מאתים א"נ לא חש לדבר שאינו מצוי א"כ לר"מ יש לומר דמ"ע שכיח וע"כ הגם דסובר דכתובה דאורייתא נאמן לומר פ"פ דליכא חזקה דאין אשה מעיזה דמיגו מסייע לה וכן הא דקאמר אי למיתב כתובה דקאי ע"כ לר"מ וע"כ נאמן הגם דליכא חזקה דאין אדם טורח מ"מ ליכא חזקה דאין אשה מעיזה דמיגו מסייע לה:

עיין לקמן דף י"א תוס' ד"ה הדר ביה רבא מהאי אבל מהא לא בעי למימר דהדר ביה משום דמ"ט לגמרי משמע ועיין שם. ולכאורה נראה דהא הקשו בתוס' לר"י דסובר דיש לה מנה ליכא חזקה דאין אדם טורח ונראה כיון דבעל מודה במקצת לר"י דיש לה מנה וצריך לישבע שבועה דאורייתא א"כ לא שייך מאי הועילו חכמים בתקנתם כיון דצריך לישבע באומר פ"פ רק הא דצריכין החזקה למ"ד דאין לה כלום וליכא שבועה ואז איכא חזקה דאין אדם טורח ולמ"ד דיש לה מנה ניהו דליכא חזקה דאין אדם טורח בלא"ה נאמן דלא שייך מאי הועילו בתקנתם ועיין בתוס' ב"מ דף ה' דכתבו דמש"ה בחשוד דכשכנגדו נשבע ונוטל משום דאי יטול בלא שבועה לא שבק ליה חיים לכל חשוד אלמא דאי צריך לישבע לא שייך זה וה"ה הכא לא שייך מאי הועילו בתקנתם היכא דצריך לישבע אך הא אין נשבעין על שיעבוד קרקעות. אך איתא באחרונים דר"י סובר דעל שיעבוד קרקעות נשבעין רק על קרקע אין נשבעין וא"כ רבא דסובר דגם על שיעבוד קרקעות אין נשבעין

ועיין פ' הכותב א"כ ע"כ סובר דמ"ט לגמרי משמע דאל"כ ליכא חזקה דאין אדם טורח וי"ל מאי הועילו בתקנתם ואמאי סובר דנאמן לומר פ"פ א"ו דרבא הדר וסובר דמ"ט לגמרי משמע ובזה י"ל דאי על שבועת היסת צריך נ"ח א"כ אפילו אי מ"ט לגמרי מ"מ לא שייך מאי הועילו חכמים וכו' דבודאי לא ישבע לשקר בנ"ח וא"כ לפי מאי דאיתא בתומים סי' פ"ז דאי כתובה דרבנן ליכא שבועה בנ"ח משא"כ אי כתובה דאורייתא צריך נ"ח וא"כ לר"מ דסובר דכתובה דאורייתא דאז צריך לישבע בנ"ח ולא שייך מאי הועילו חכמים פשיטא דנאמן לומר פ"פ. גם נראה דהא קשה להך לישנא דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי משום חזקה הא הוי תרתי לריעותא הרי בעולה לפניך וחזקת ממון ועיין בקצה"ח סי' ל"ד כשהעיד בב"ד ואח"כ באו עדים שעבר עבירה דסובר הריב"ש דמוקמינן אותו בחזקת כשרות ואמרינן דהשתא הוא דאיתרע ותמה בקצה"ח דהא דמי למקוה שנמדד ונמצא חסר דאיכא תרתי לריעותא ה"ה הכא הרי פסול לפניך וחזקת ממון והגם לנתיבות החולק דחזקת ממון לא חשיב להצטרף בהדי ריעותא מ"מ הכא איכא חזקת כשרות לכהונה ולא היה תחתיו והרי ריעותא לפניך אך י"ל דלא שייך הכא חסר ואתי כמו במקוה ועיין תוס' נדה ובחולין. אך לפי מאי דאיתא בספר ת"ש אי בעינן חסר ואתי זה פליגי ר"ה ור"ח בשוחט בסכין ונמצאת פגומה דר"ה סובר דחשיב תרתי לריעותא אפילו היכי דלא שייך חסר ואתי ואיתא שם בסוגיא דרבא סובר כר"ה וא"כ אי אפשר לומר לרבא טעמא דחזקה כיון דאיכא תרתי לריעותא וע"כ דסובר טעמא דמיגו ואי סובר דיש לה מנה ליכא גם טעמא דמיגו וע"כ דסובר דמ"ט לגמרי משמע דאז איכא טעמא דמיגו וניחא מאי שהקשו לפי מאי דאיתא בתומים דאפילו למ"ד דיש לה מנה מ"מ בא"כ כיון דאסורה עליו חשיב מום במקח ואין לה כלום וא"כ תקשי מאי הוכיח דמדקתני מ"ט אלמא דאין לה כלל דילמא מיירי בא"כ. אך בתוס' הקשו דבא"כ אוקמא על חזקת כשרות ונימא דלאו תחתיו זינתה ותירצו דאיכא חזקת הגוף כנגדו וקשה הא הוי תרתי לריעותא דהרי בעולה לפניך וחזקת כשרות וע"כ משום דבעינן חסיר ואתי וא"כ התם דקאי סוגיא לרבא א"כ אפילו בא"כ מותר' הוי מום וע"כ דנמצאת בעולה אין לה כלום וע"כ קתני מ"ט:

גם נראה לפי מאי דסוברים דהיכא דזינתה קודם אירוסין ברצון אז לכ"ע חשיב מ"ט דחשיב מום במקח וא"כ לפ"ז אפילו למ"ד דיש לה מנה זה היכא דידעינן דזינתה אינה תחתיו באונס אבל ברצון או אפילו היכי דלא ידעינן אי ברצון אי באונס מ"מ כיון דסתם זנות ברצון דאונס קלא אית ליה אז חשיב מום במקח ואין לה כלל אפילו לר"י. אך נראה דזה דוקא אי איכא איסור לאו דלא תהי' קדשה כשיטת הרמב"ם אז חשיב פגם משא"כ

לשיטת הראב"ד דסובר דבזה ליכא לאו הנ"ל אז לא חשיב מום במקח. והנה למ"ד דחייבי מלקות שוגגין ג"כ פוטר מלשלם ע"כ סובר דליכא לאו דלא תהי' קדשה בזה דאל"כ לא משכחת דמפותה ישלם קנס דאין אדם לוקה ומשלם וע"כ לא קשה קושית תוס' הנ"ל לר"י ליכא הך חזקה דאין אדם טורח וכו' כיון דהיא לא אומרת נאנסתי ומסתמא היה ברצון ואז חשיב מ"ט דחשיב מום במקח ואין לה כלום וא"כ איכא חזקה דאין אדם טורח וא"כ ניחא קושית תוס' הנ"ל דאי רבא סובר דיש לה מנה דכיון דרבא סובר דחייבי מלקות שוגגין פטור מלשלם וע"כ דסובר דליכא משום קדשה ולא חשיב מום וא"כ ליכא חזקה דאין אדם טורח ואמאי נאמן לומר פ"פ וע"כ דרבא סובר דמ"ט לגמרי משמע:

והנה לקמן דף י"ב דפריך הגמ' וניחוש שמא תחתיו זינתה ומשני שקידש ובעל לאלתר והרי"ף והרמב"ם השמיטו זה ותמהו עליו ועיין בל"מ. ונראה דהא הקשו מאי פריך וניחוש הא איכא חזקת כשרות ונבעלה אינו תחתיו ומותרת לבעלה ואי משום דאיכא חזקת הגוף כנגדה דהא כיון דניסת כבר לבעל איתרע חזקת הגוף ועיין בספר בני אהובה. ונראה לפי מאי שהקשו ניהו דמדאורייתא אזלינן בתר חזקה אפ"ה מדרבנן לא מהני ומאי הקשו בתוס' בא"כ איכא חזקת כשרות ועיין בפ"י:

ונראה לפי מאי שכתבו דהא דסמכינן על חזקה יש לומר דחזקה הוא מצד ראיה וגם יש לומר דהוא משום כיון שהוא ספק ישאר הדבר כמו שהי' ונ"מ בתרי ותרי ניהו דאינו מהני מצד ראיה דלא עדיף מעדים מ"מ מועיל משום שכיון שהוא ספק נשאר הדבר בחזקתו ולזה לא שייך לומר דלא עדיף מעדים. ובזה תרצו דברי רש"י בקידושין דף ס"ו דכתב דחזקת אם אינו מועיל לינאי ובתוס' הקשו דהא קי"ל כר"י לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה אך כיון דמיירי בספק דתרי ותרי וא"כ אינו מועיל החזקה מצד הראיות דהא לא עדיף מעדים רק דמועיל משום דאין מוציאין מכמות שהי' וזה שייך על אמו דהיתה כשרה מקודם אין מוציאין אבל הוא שנולד בספק שפיר הוה ספק פסול דאצלו אין מוציאין כלל מכמות שהי' אבל היכא דמיירי בשאר ספיקות ולא בתרי ותרי וא"כ יכולין לדון על החזקה מצד הראיה ולכך סובר שפיר לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה דבזה שפיר מועיל חזקת אם לבת כיון דיש ראיה דאם כשרה ממילא ראיה הוא דגם הבת כשרה. ובזה לא קשה קושית תוס' מהא דעירובין תרומה ונטמאת בתרי ותרי דלא מוקמינן החזקה ולמאי שכתבתי י"ל כיון דבתרי ותרי אין מועיל החזקה מצד ראיה רק משום דאין מוציאין וא"כ התם דעכשיו בוודאי נטמאה ולא שייך אין מוציאין רק הספק אם היתה טמאה מקודם או עכשיו ובכל דוכתא שהוא מצד ראי' מהני שפיר דיש ראיה דאח"כ יצא מחזקתו משא"כ בתרי ותרי ועיין בחידושי הרי"מ. ולפ"ז יש לומר על

קושית תוס' דלר"י בהאי דמ"ע ליכא מיגו דר"י לשיטתו דסובר דמכשיר בבתה וע"כ דסובר דחזקה הוא מצד ראיה דהא בבתה לא שייך דאין מוציאין מכמות שהי' וע"כ ניהו דלדידיה ליכא מיגו מ"מ נאמנת משום חזקת הגוף ואע"ג דאיתרע דהרי בעולה לפניך ולא שייך דאין מוציאין מ"מ מועיל משוה ראיה דאח"כ יצא מחזקתו משא"כ ר"א לשיטתו דסובר דפוסל בבתה וע"כ דסובר דחזקה אינה מצד ראיה רק משום דאין מוציאין מחזקתו וא"כ התם דהרי בעולה לפניך רק הספק אימת ולא שייך דאין מוציאין וע"כ לדידיה משני משום מיגו דמ"ע ולדידיה איכא מיגו דסובר במנה ולא כלום ולפ"ז י"ל למאן דמכשיר בבתה דחזקה הוא מצד ראיה אז לא החמירו מדרבנן היכא דאיכא חזקת היתר בתרי ותרי דאז ע"כ החזקה משום דאין מוציאין מחזקתו ע"כ החמירו מדרבנן משא"כ לרבה לשיטתו דסובר כר"א דפוסל בבתה וע"כ דסובר דחזקה אינה מצד ראיה וא"כ ניהו דמדאורייתא אזלינן בתר חזקה מ"מ מדרבנן החמירו ופריך שפיר שמא תחתיו זינתה משא"כ לדידן דחזקה מצד ראיה ולא החמירו מדרבנן ויש לאוקמא על החזקה וע"כ לא הביאו תירוץ הגמרא דבעל לאלתר:

ובזה ניחא הרמב"ם דפסק תקפו כהן אין מוציאין ובגמ' איתא ואי אמרת דאין מוציאין נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן ונראה דבאמת כיון דאיכא חזקה משום דבמעי אמו הוה חולין שאין בכור קדוש עד שיצא לעולם א"כ ניהו שאם תפס אין מוציאין מ"מ לא חשיב פוטר בממונו של כהן אך הסוגיא דקאי לרבה ולרבה חזקה אינה מצד ראיה וע"כ קאמר שפיר דאי אין מוציאין מידו חשיב ממונו של כהן משא"כ לדידן הגם דאין מוציאין לא חשיב ממונו של כהן כיון דיש לבעלים חזקה והוא מצד ראיה:

ובזה ניחא הרמב"ם דפסק במחליף פרה בחמור וזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע דחולקין והקשו דהא בש"ס מוקי לה כסומכוס ואנן קי"ל כרבנן דמוציא מחבירו עליו הראיה אך בתוס' שם הקשו דילמא מש"ה חולקין משום דאיכא חזקה ללוקח חזקת מעוברת והשתא הוא דילדה ותירצו דחזקת מרא קמא חשיב טפי וע"כ משום דחזקת מעוברת איתרע דהרי ילדה לפניך והיינו לרבה לשיטתו דחזקה אינה מצד ראיה רק משום דאין מוציאין מחזקתו הראשונה וע"כ התם דהרי ילדה לפניך לא שייך דאין מוציאין משא"כ לדידן דחזקה הוא מצד ראיה מאי בכך דילדה לפניך וע"כ כיון דאיכא חזקה נגד חזקת מרא קמא וע"כ פסק דחולקין:

גם נראה דהא בתוס' הקשו על הא דקאמר אביי אי למיתב לה כתובה הא איכא ס"ס שמא אינו בקי בפ"פ ושמא באונס דאפילו א"כ באונס לא הפסידה כתובה אך לאביי לשיטתו דסובר דלא אפשר ומכיון דשרי ואיתא בהפלאה לדידיה אפילו אשת ישראל

באונס אסורה לבעלה דשמא סופה ברצון דהא דיצר אלבשה לאו דבר ברור הוא רק משום דמוקמינן לה על חזקת כשרות וזה לרבא דאוסר לא אפשר ומכוון אז איכא חזקת כשרות ואמרינן דיצר אלבשה משא"כ לאביי דשרי ליכא חזקת כשרות ואסור אפילו באונס וא"כ יש לומר דא"כ באונס אין לה כתובה ומשנה ראשונה דיוצאה ונוטלת כתובה בטמאה אני לך י"ל דמיירי באשת ישראל ומיירי באונס ומ"מ אסורה דשמא סופה ברצון וכתובה יש לה דחשיב איני יודע אם פרעתיך דכבר נתחייב לה ושפיר קאמר אביי אי למיתב לה כתובה והתקנה היה משום א"כ דאין לה כתובה גם באונס וליכא ס"ס. והנה רבה דמשני בדף ו' הא מני ר"ש מש"ה מותר לבעול בתחלה בשבת ולא משני משום דמקלקל הוא ע"כ דסובר דבר שאינו מתכוין אסור לר"י מדאורייתא וע"כ לא שרי משום מקלקל ולא הוי תרתי דרבנן וא"כ ע"כ סובר כאביי דשרי בלא אפשר ומכוין וממילא דא"כ באונס אין לה כתובה ושפיר פריך על רבה לשיטתו שמא תחתיו זינתה דליכא ס"ס שמא באונס משא"כ לדידן דקי"ל כרבא ואז ע"כ א"כ באונס יש לה כתובה ואיכא ס"ס ולא קשה קושית הגמ' שמא תחתיו זינתה וע"כ השמיטו דבעל לאלתר ולפי מאי שאמרנו דהיכא דליכא חזקה דאין אדם טורח בסעודה אז ליכא ס"ס שמא כשהיא קטנה משום שם אונם חד הוא כיון דליכא נ"מ לכתובה. ובזה ל"ק קושית תוס' דף ל"ב ד"ה ורמינהי על הא דפריך אינו לוקה ומשלם דעל רישא דמתניתין הוה מצי למיפרך מחייבי לאוין דיש להן קנס הא אינו לוקה ומשלם ע"ש ונראה דעל חייבי לאוין ידע לתרץ דכל היכא דאיכא ממונא ומלקות ממונא משלם מילקא לא לקי ואין לומר איתגורי איתגר שנידן בקלה דיש לומר דחס רחמנא. ואין לומר הלא בקנס לא שייך חס רחמנא אך כיון דעל בושת ופגם שייך שפיר חס רחמנא שהזיק לו ממון וממילא משלם הקנס דהא אינו לוקה כיון דמשלם בושת ופגם מש"ה מקשי הגמ' רק מחייבי כריתות דניתן להצילה בנפשו על שעת העראה דליכא בושת ופגם ועל קנס לא שייך דחס רחמנא אך תקשי הא גם חייבי לאוין הוה עדות שאי אתה יכול להזימה שאם יוזמו לא ישלמו די"ל איתגורי איתגר וא"כ ילקו ולא ישלמו ואין לומר דחס רחמנא כיון דעדים זוממים קנסא וא"כ גם הוא אינו משלם בושת ופגם דחשיב עדות שאי אתה יכול להזימה. אך באמת ניחא דבממון קי"ל דלא בעינן עדות שיכול להזימה אך זה אי זנות שכיח אז תקנו חכמים דלא בעינן יכול להזימו משא"כ אליבא דר"ל דסובר דזנות לא שכיח אז לא תקנו חכמים וע"כ ניחא לקמן דמקשי ר"פ על רבה אי כר' יצחק קשיא ממזרת א"כ חזינן דפריך הגמ' גם מחייבי לאוין דשם עיקר קושיא קאי אליבא דר"ל דסובר דחייבי מלקות שוגגין פוטר מלשלם וע"כ קשה גם מחייבי לאוין דחשיב עדות שאי אתה יכול להזימה דאי יוזמו ילקו ולא

ישלם דלא שייך דחס רחמנא בקנס. ולפ"ז ל"ק קושית תוס' דהא גם ר"פ סובר דבקנס מת ומשלם מאי מקשה רק על רבה אך י"ל דהא לכאורה ע"כ שמעינן דזנות בעדים שלא בהתראה שכיח דהא תקנו דבתולה נישאת ביום ד' וע"כ שמא יתברר ע"י עדים דאל"כ איכא ס"ס אך י"ל דתיקנו משום א"כ או פחות מג' שנים אך אפילו על פחות מג' שנים איכא ס"ס שמא באונס ושמא כשהיתה קטנה ופיתוי קטנה אונס ואין לומר שם אונס חד דהא אי נימא דנאמן גם להפסיד הכתובה משום חזקה דאין אדם טורח לא שייך שם אונס חד דנ"מ לענין כתובה לפי הפלתי הנ"ל א"כ ע"כ התקנה היה שיתברר ע"י עדים וע"כ זנות בעדים שכיח ולא בעינן עדות שיכול להזימה וע"כ ל"ק על ר"פ גופיה רק על רבה דסובר דנמצאת בעולה דיש לה מנה וממילא אינו נאמן לומר פ"פ להפסיד כתובה דליכא אין אדם טורח וא"כ י"ל דזנות בעדים ג"כ לא שכיח דהא ליכא ס"ס דשם אונס חד וע"כ קשה אפילו מחייבי לאוין. ובאמת נראה לתרץ קושית תוס' הנ"ל דהא הקשו דהוה מיתה לזה ותשלומין לאב ותירצו כיון דהוא אינו זוכה רק ממנה והוה מיתה ותשלומין לאחד ולפ"ד נראה למ"ד המכשיר בה פוסל בבתה וה"ה דלא מהני חזקת הגוף שלה לאב ועיין תוס' לקמן וא"כ הא דחייב בושת ופגם וקנס ולא יכול לומר פ"פ מצאתי ואין לומר משום חזקת הגוף ובודאי היתה בתולה הא חזקת הגוף אינו מועיל לאב ואין לומר במודה דהיתה בתולה א"כ הוה מודה בקנס ועיין במ"ל וע"כ משום דאב אינו זוכה רק ממנה משא"כ למאן דמכשיר בבתה אז י"ל דאין זוכה ממנה ומ"מ מחויב בושת ופגם וקנס משום חזקת הגוף שלה דמהני לאב. ולפ"ז י"ל דמש"ה לא מקשי מחייבי לאוין די"ל דחשיב מלקות לזה ותשלומין לאב דאינו זוכה ממנה וע"כ לא מקשי רק מחייבי כריתות דקתני אשת האח ומיירי ע"כ בנערה שנתארסה ונתגרשה דהקנס לעצמה ועיין שם בתוס' א"כ הוה מלקות וממון לאחד וקשה דאינו לוקה ומשלם משא"כ לקמן דפריך ר"פ על רבה ורבה סובר כמאן דפוסל בבתה כר"א וחזקת הגוף שלה לא מהני לאב וע"כ דאב זוכה ממנה וע"כ מקשו גם מחויבי לאוין:

והנה מאי שאמרנו דבא"כ ליכא חזקה דאין אדם טורח די"ל דמש"ה לא גירשה דאז יהא מחויב ליתן כתובה ואין לומר דהיה לו לירא שמא תאמר משארסתני נאנסתי דבא"כ אפילו אי תאמר כן אין לה כתובה דחשיב עוברת על דת אך מתוס' אינו נראה כן דכתבו בהדיא בסוגיא דחזקה דאין אדם טורח הוא אפילו בא"כ וע"כ נראה דבאמת כתבו דלא חשיב עוברת על דת כיון דאינה נאמנת לומר טמאה אני לך וא"כ לא הכשילתו במה שלא אמרה. אך נראה דהא ברא"ש בנדרים איתא דמש"ה נאמנת לומר גירשתני ולא חיישינן שמא נתנה עיניה באחר משום דלא תקלקל את עצמה לינשא באיסור כל ימיה משא"כ

באומרת טמאה אני שתצא בגט לא תהי' באיסור א"א. אך תמהו דגם בטמאה אני אם היא משקרת יהי' גט שלא כדין והגט אינו גט. וע"כ נראה דהנה תוס' ב"ב כתבו דמש"ה חשיב תלויה וזבין היכא דכופין אותו על הגט משום דפטור ממזונות אך הקשו דא"כ אפילו שלא כדין נמי חשיב תלויה וזבין ועיין בס' יש"י דכתב וז"ל דבאמת אין זה חשיב זבינא מה שנפטר ממזונות דאנן חזינן דכל אדם נושא אשה הראויה לו ונותן מזונות ואיך יתכן דזה יהי' נחשב זבינא מה שעל ידי הגט נפטר מחיוב מזונות אמנם כוונתם כיון דהדין נותן לגרשה שהוא מאותן שכופין א"כ הגם אי נימא דאין בידינו לכופו על הגט פשיטא דאין האשה חייבת להיות עמו וע"כ הפטור שנפטר מחיוב מזונות חשיב כמו זבינא אבל שלא כדין דאינו מחויב לגרשה א"כ מחויבת היא להתנהג עמו כאיש ואשתו ואם תמאן פשיטא דיכול למנוע מזונות ע"כ לא חשיב כמו זבינא מה שלא יתן לה מזונות כשיגרשנה כיון דכן דרך ב"א להנשא הגם שיתן מזונות לאשתו וע"ש וא"כ הכא באומרת טמאה אני דלפי דבריה אסורה עליו א"כ פשיטא דאינה מחויבת להתנהג עמו כאיש ואשתו ואינו יכול למנוע ממנה מזונות א"כ פשיטא דחשיב תלוי' וזבין מה שנפטר מחיוב מזונות וא"כ אפילו אם היא משקרת לא תקלקל א"ע וע"כ אינה נאמנת לומר טמאה אני ולפ"ז בארוסה דאין לה מזונות ולא חשיב תלויה וזבין ומקלקלה א"ע וממילא נאמנת לומר טמאה אני לך וע"כ כיון שלא אמרה קודם נישואין כן חשיב עוברת על דת משא"כ לקמן קאי התוס' אליבא דרבא ורבא סובר בנדרים אפילו גירשתי אינה נאמנת הגם דמקלקלה א"ע לדידיה פשיטא דאפילו ארוסה אינה נאמנת לומר טמאה אני ולא הכשילתו וע"כ כתבו תוס' שם דאפילו בא"כ איכא חזקה דאין אדם טורח:

והנה בספר עצי ארזים סימן י"ז איתא דהא דפליגי רב המנונא ורבא אי נאמנת לומר גירשתני, תליא בשני תירוצים שמתרץ הר"ן על קושיא דלמשנה אחרונה האיסור שבה היכן הלך ומתרץ משום אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה ועוד תירץ דגם למשנה ראשונה דנאמנת לאו מדינא דלאו כ"כ לאפקיע א"ע מבעלה שהיא משועבדת לו רק משום דהא מילתא דטמאה אני לך כסיפא לה מילתא תקינו למשנה ראשונה שתהי' נאמנת דאי לאו דקושטא קאמרה לא הוה מזלזלה נפשה ובתר דחזו רבנן שיש לחוש שמא נתנה עיניה באחר אוקמוה אדינא שלא תהיה נאמנת ובהא פליגא דרב המנונא ס"ל כתירוץ הראשון דמדינא נאמנת רק משום שמא נתנה עיניה באחר הפקיעו חכמים הקידושין ושפיר מייתי ראיה ממתניתין דכמו דבאומרת טמאה אני נאמנת מדינא ה"נ נאמנת באומרת גירשתני ואפילו למשנה אחרונה דאינה נאמנת אבל גבי גירשתני לא חששו חכמים שתשקר דחזקה דאין אשה מעיזה ורבא סבירא ליה כתירוץ השני דאין

סברא לומר שיפקיעו הקידושין אלא וודאי דמדינא אינה נאמנת להפקיע א"ע מבעלה כיון שמשועבדת לו רק באומרת טמאה אני למשנה ראשונה דנאמנת הוא משום תקנת חכמים דלא עבידא לבזוי' נפשה אבל באומרת גירשתני מדינא אינה נאמנת. ובזה נראה הא דסובר רבא בסנהדרין דף ט' אמר רבא פלוני בא על אשתי דפלגינן דיבורא והך דינא השמיט הסמ"ג וע"כ נראה לפי מאי שהקשו לדברי הר"ן הנ"ל דאשה אומרת טמאה אני דהפקיעו הקידושין א"כ איך מחייבין מיתה הבא על א"א דילמא אמרה האשה שזינתה לבעלה טמאה אני ונפקע הקידושין. וביותר קשה דכל אשה שזינתה ותירא מחיוב מיתה תאמר לבעלה טמאה אני לך ותשאר תחתיו מצד הפקעת קידושין למפרע וע"כ דאם באו עדים אח"כ שזינתה שאוסרים אותה דנתגלה למפרע שלא הפקיעו קידושין. אך תקשי בדין רבא הנ"ל דהוא ואחר מצטרפין להרוג את הבועל דפלגינן דיבורא ולפי פי' התוס' אמרינן דלא עם אשתו פלוני זינה כ"א עם אשה אחרת הא בכה"ג ליכא למיחייב מיתה את הבועל כיון דאם זינה עם אשה אחרת ואינו ידוע עם מי הרי ליכא עדים על האשה שהיא טמאה ואם אמרה האשה ההיא לבעלה טמאה אני נפקעין הקידושין והיא למפרע פנויה ואמאי נהרוג את הבועל הא איכא ספק הרגיל דילמא האשה שזינתה עמו אמרה לבעלה אחר שזינתה עם זה טמאה אני לך ונתעקרו הקידושין ועיין בס' ברוך טעם אך לרבא לשיטתו דאינה נאמנת לומר גירשתני ע"כ דסובר דבטמאה אני אינה משום אפקיעא הקידושין רק משום דע"פ הדין אינה נאמנת להפקיע מבעלה וע"כ לדידן דנאמנת לומר גירשתני וע"כ בטמאה אני לך צריכין להפקעת קידושין וע"כ השמיטו דינא דרבא. אך הקשו על הר"ן הנ"ל מהא דאיתא בסוף נדרים דאמרה אי אנת לא דילמא חד מהני אחלוי ואמרינן דעיניה נתנה באחר אע"ג דנבעלה לעכו"ם לפי דבריה ולא מועיל מאי דהפקיעו לקידושין דעכ"פ אסורה לכהן ועיין בתשו':

אך י"ל דבאמת גם הם סוברים סברת הרא"ש ביבמות דראו חכמים שרוב נשים משקרות ומש"ה חשו לעיניה נתנה באחר אלא דלא ניחא להו בהא טעמא משום דכיון אי זינתה הרי היא סוטה לבעלה והוה ספק טומאה ולא מועיל רובא דליתא קמן ועיין בש"מ ובפ"י ובתשו' ת"ר מש"ה מוכרח הר"ן לומר משום דאפקעינהו לקידושין ולפ"ז לפי מאי דסוברים דאפילו אי אמרינן דנאסרת לבעלה מביאת עכו"ם מ"מ אינה בכלל ונטמאה ועיין בספר הפלאה וכיון דאיסור אינו משום ונטמאה מועיל הרוב הנ"ל דרוב נשים משקרות דלא דמי לספק טומאה ברשות היחיד ובאמת תקשי על תוס' כתובות דף ד' דלא הביאו ראיה מכאן דנאסרה מביאת עכו"ם ועיין בר"ן בנדרים דכתב דלפ"ז היכא שאומרת דמנתין נבעלה לא מהני דהפקיעו הקידושין ונאמנת ואמאי לא נקט נכרי אלא

ודאי דאז אזלינן אחר הרוב כיון דאינו משום טומאה אך תקשו על הסוברים דע"י ביאת עכו"ם נאסרה מהתורה אך מיתה ליכא ותיקשי הא דאיתא בסנהדרין עדים של נערה המאורסה שהוזמו אינן נהרגין דיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו דא"כ לא היו צריכין לומר דזינתה עם ישראל אלא ודאי דבאו להורגה. ולהנך הסוברים דע"י ביאת עכו"ם נאסרה רק מדרבנן תקשי באומר פ"פ אפילו פחותה מג' שנים איכא ס"ס דשמא מעכו"ם והגם דמדרבנן אסור הא מדרבנן סגי בספק אחד שמא באונס דספק דרבנן לקולא ועיין בש"ך בי"ד סי' ק"י:

והנה מה שכתבנו הגם דהחמירו מדרבנן שלא לסמוך על חזקת היתר מ"מ להוציא האשה מבעלה לא החמירו ועיין בפ"י ולפ"ז היה נראה דבארוסה דלא שייך להוציא האשה מבעלה אז לא מהני מדרבנן חזקת היתר הנ"ל. ולפ"ז לפי מאי דסובר אבוה דשמואל דחיישינן שמא סופה ברצון ורבא פליג דיצר אלבשה ועיין בהפלאה דכתב דגם סברת יצר אלבשה אינה דבר ברור בודאי אלא משום דמוקמינן לה בחזקת כשרות ועיין שם ולפ"ז בארוסה אפי' באונס אסורה דהחמירו מדרבנן. אך תקשי לפ"ז הא דפריך הגמ' בגיטין דף כ"ו אלא בארוסה בשלמא למאן דאמר משום ב"א איכא אלא למאן דאמר משום פירי ארוסה מי אית ליה פירי. וקשה דהא בתוס' שם איתא דמש"ה בזמה"ז תקנו זמן שלא יאמרו זינתה אחר גירושין ויחזירנה והקשו לפ"ז אמאי קאמר ר"ל משום פירי ולא אמר משום שמא יחזירנה ניהו דסובר דזנות לא שכיח זנות שלא בהתראה שכיח וכתבו דכיון דזינתה מאוסה בעיניו ולא חיישינן שמא יחזירנה וא"כ לפי מאי דאיתא בס' ב"ש דבאונס לא מאוסה בעיניו וא"כ בארוסה דגם באונס אסורה א"כ ניהו דליכא משום פירי מ"מ איכא משום שמא זינתה באונס ויחזירנה דבאונס לא מאוסה בעיניו. ובזה ניחא הא דאיתא בגיטין דף פ"א במגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי דב"ש סוברים דאינה צריכה הימנו גט שני וב"ה סוברים דצריכה גט ומוקי מעיקרא פלוגתייהו בראוה שנבעלה דב"ש סוברים דאדם עושה בעילתו בעילת זנות והדר מוקי פלוגתייהו בלא ראוה שנבעלה ופליגו אם הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה ומפרש שם בירושלמי טעם דב"ש דאזלו לטעמייהו דלא יגרש אא"כ מצא בה ערות דבר וכיון שזינתה נמאסת בעיניו וע"ש ושם הקשו בתוס' ללישנא קמא דפליגי בראוה שנבעלה וטעמא דב"ש דאדם עושה בעילתו בעילת זנות הא ביבמות סובר ב"ש דאין אדם בועל בעילת זנות והדבר תמוה דילמא הכא שאני דב"ש לשיטתו דלא יגרש אא"כ מצא ערות דבר משום הכי לא שייך אין אדם בועל בעילת זנות כיון דעבד מ"מ אסור. אך נראה דהא קשה על הירושלמי תינח בנשואה דבאונס שרי וע"כ ברצון וע"כ שייך מאוסה בעיניו משא"כ בארוסה דאסורה גם

באונס ולא שייך דנמאסת בעיניו אלא דהא ליתא דבארוסה בלא"ה אין לבו גס בה ואפילו לב"ה אינה צריכה גט וכ"ז למאי דמיירי בלא ראוה שנבעלה משא"כ בראוה שנבעלה דפליגי אי אדם עושה בעילת זנות ליכא למימר דטעמא דב"ש דאזלי לטעמייהו דא"כ ארוסה דאסורה אפילו באונס ואז ליכא רק איסור דרבנן א"כ אכתי י"ל דלא עביד איסור דאורייתא ליבעל בעילת זנות. ובזה י"ל הא דסובר הרמב"ם דקטנה שזינתה דאסורה לבעלה ולא אמרינן דפיתוי קטנה אונס הוא ועיין בספר ישועות יעקב דכתב דאי ידעינן דהבעל פיתה אותה חשיב אונס רק שמא היא מעצמה זינתה מרצונה א"כ מידי ספיקא לא נפיק אך דא"כ היה לנו לומר דאוקמה על חזקת היתר לבעלה אך י"ל כיון דעבד איסור דאסור לקדש בתו קטנה ע"כ לא שייך לומר להוציא אשה מבעלה לא החמירו חכמים וע"כ כיון דחז"ל החמירו שלא להעמיד על חזקת היתר אסורה ועכ"פ ליכא רק איסור מדרבנן וניחא מאי שהקשו הא דאיתא ביבמות דכהן לא ישא קטנה שמא תתפתה עליו ופריך אפילו ישראל נמי ומשני דפיתוי קטנה אונס הוא ולשיטת הרמב"ם תקשי' דאמאי לא חיישינן אפילו בישראל שמא תתפתה. אך לפי מאי שאמרנו דליכא רק איסור דרבנן ע"כ לא חיישינן וניחא מאי שהקשו הא דהשמיטו תירוץ הגמרא דקידש ובעל לאלתר. ונראה דהא הקשו מאי פריך הגמ' הא יש לאוקמה בחזקת היתר וחזקת הגוף ליכא כנגדו הכא כיון שכבר כנסה ראשון כך י"ל דעל ר"א לשיטתו דמשני לקמן רישא מנה לאבא בידך סיפא מנה לי בידך ופירשו דברישא דכתובה לה לא הוי תרתי דסתרי להדדי וניהו דלענין קידושין מוקמינן לה בחזקת הגוף מ"מ לענין שיהא הכתובה לאב משום חזקת הגוף לא מועיל להוציא וניהו דלא אמרינן תרתי דסתרי להדדי מ"מ כיון דהוה לשני בני אדם לית לן בה וסיפא מנה לי בידך וע"כ כיון דלענין גט אזלינן בתר חזקת הגוף ה"ה לכתובה אלמא דסובר דאי ידעינן דהמומין היו קודם שנתארסה אפילו גט לא צריכא ולא סובר דאין אדם בועל בעילת זנות דאל"כ הי' צריכין גט וא"כ לדידיה אי אינה תחתיו זינתה אם רצונו לדור עמה צריכין קידושין אחרים דקידושין הראשונים בטלים וא"כ לא שייך להוציא אשה לא החמירו דבלא"ה לפי דבריה אינה אשתו כלל ואנו דנין אם יקדשנה מחדש פשיטא דאסורה. ולפ"ז על ר"א לשיטתו שפיר פריך וליחוש שמא תחתיו זינתה הגם דאיכא חזקת היתר לא מועיל דלא שייך לדידיה להוציא אשה לא החמירו דהא אי אמרינן דאינה תחתיו זינתה אפילו גט לא צריכה ובעי קידושין מחדש משא"כ לדידן דצריכה גט משום דאין אדם בועל בעילת זנות א"כ יכול לאוקמה על חזקת היתר דשייך לומר להוציא אשה מבעלה לא החמירו וע"כ השמיטו תירוץ הגמ':

והנה לפי מאי דסוברים דבאונס לא שייך דנמאסת בעיניו וניחא מאי שהקשו דאיך סובר ב"ש דגרושה אסורה לדור עם בעלה בשכונה אחת הא לב"ש סתם גרושה הוא מחמת דזינתה תחתיו וא"כ מאוסה בעיניו אך י"ל בארוסה היכא דלבו גס בה ובאונס דארוסה אסורה אף באונס ואז לא שייך דמאוסה ומש"ה אסורה לדור בשכונה אחת:

והנה רוב הפוסקים הסכימו דעל ת"כ אינו נאמן לומר פ"פ ובזה ניחא הא דסובר ר"י בסנהדרין דף ט' הביא הבעל עדים שזינתה והביא האב עדים והזימו לעדי הבעל עדי הבעל נהרגין ואין משלמין ממון משום דקלב"מ והקשה בתומים דתיפוק ליה דאפילו לא העידו היה נאמן להפסיד כתובה דאומר פ"פ מצאתי נאמן. אך י"ל דר"י אשמעינן דאפילו ת"כ הגם דהוא לא היה נאמן להפסיד רק ע"י עדים מ"מ אין משלמין משום דקלבד"מ. גם נראה לפי מאי שהקשו בתוס' דאמאי נאמן הבעל הא יש לה מיגו דמ"ע ותירצו משום מיגו במקום חזקה דחזקה דאין אדם טורח וכיון דאיבעיא דלא נפשט אי אמרינן מיגו במקום חזקה מועיל תפיסה וא"כ ע"י העדים הפסידה דלא מועיל תפיסה ועיין בכ"מ דסובר דבאופן זה חייבים העדים לשלם מכאשר זמם ע"כ אשמעינן ר"י דמ"מ פטורים משום דקלבד"מ. ובזה ניחא הא דהשמיט הרמב"ם דאין משלמין ממון דהרמב"ם לשיטתו דפסק טעמא דמיגו וא"כ באומרת מ"ע תחתיו אינה נאמנת דליכא מיגו וא"כ אפילו תפיסה לא מועיל א"כ פשיטא דאין משלמין אי הוזמו. ולפי שיטת הריטב"א דגם בממון אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה וא"כ ע"כ מיירי הכא דיש לה משכון על הכתובה ולא הוה כאשר עשה דאכתי לא החזירו המשכון וא"כ פשיטא דאינו נאמן לומר פ"פ דנאמנת במיגו ולא הוה מיגו להוציא כיון דיש לה משכון וע"כ איצטריך לאשמעינן דפטורין משום דקלבד"מ. אך זה הכל לר"י לשיטתו דסובר דמשום מצוה חשיב ש"ש לדידיה י"ל דבמשכון לא לקח לגוביינא רק לזכרון דברים ואז הוה ממש כשנים שיש להם חוב זע"ז שדין דזה גובה וזה גובה ועיין בנתיבות סימן נ"ד וא"כ ע"י העדים שהעידו שזינתה הפסידה הכתובה הגם דקלבד"מ מ"מ כיון דהדין דזה גובה וזה גובה לא אמרו רק דאין מת ומשלם ולא לגבות משום דקלבד"מ משא"כ אי שומר אבידה ש"ח ומשום מצוה לא חשיב שומר שכר וא"כ ע"כ הא דבמשכון הוא ש"ש משום דלקח לגוביינא וא"כ לא אמרינן דזה גובה וזה גובה ואינה מחויבת שתחזיר המשכון דאין אדם מת ומשלם ופשיטא דאין משלמין ממון וע"כ השמיטו זה. אך הרמב"ם לא סובר כריטב"א. ומה שאמרנו דנ"מ לת"כ בזה ניחא מאי שהקשו הא דמשני ר"א בסנהדרין דף ח' דאתרו בה למלקות וקשה דאמאי לוקה האשה כלל הא הוה לה עדות שאי אתה יכול להזימה דכשיוזמו לא יעשו בהן דין הזמה דהא קי"ל דעדים זוממין ממונא משלמו

מילקא לא לקו וא"כ כיון שיתחייבו לשלם ממון להאשה שרצו להפסידה כתובתה הוה ליה ממון ומלקות וישלמו ולא ילקו. אך לפי הנ"ל ניחא דנ"מ באשה שאין לה ת"כ ועל עיקר כתובה לא הפסידה כלום שגם הוא היה נאמן לומר פ"פ מצאתי:

ובאמת קשה לי כיון דעל ת"כ אינו נאמן לומר פ"פ וכן לפי הרמב"ן שסובר הגם שכתובה דרבנן היינו הסך אבל ודאי פרוטה אחת היא מדאורייתא דכתיב כמוהר הבתולות ש"מ שיש להן מוהר ועיין בס' בני אהובה ולפ"ז תקשי באומר פ"פ מצאתי חשיב מודה במקצת דנתחייב מתוך טענתו הת"כ דע"ז אינו נאמן ואפילו באשה שאין לה ת"כ מ"מ דינר אחד עכ"פ הוא נתחייב וא"כ הוה מודה במקצת והי' ליה לישבע שבועה דאורייתא. ובאמת אמרתי בזה לתרץ קושית הב"ח מאי פריך הש"ס על הא דמודה ר"י מאי שנא האי מיגו מהאי מיגו וקשה לישני דהתם הוה מיגו להוציא והכא להחזיק. אך לפי מאי שהקשו על ר"י דאמר הרי זו בחזקת בעולה עד שלא תתארסה עד שתבא ראיה לדברי' וקשה הלא אף אם יש עדים לדברי' לא מהני דחשיב חצי דבר דעדי קידושין צריכין לעדים אלו דאל"כ הוה מ"ט ועדים אלו צריכין לעדי קידושין וחשיב ח"ד ועיין בחידושי הרי"מ. אך נראה דכיון דעדי קידושין פעלו אפילו בלא עדים אלו שאמרו נאנסה תחתיו שנוטלת עכ"פ דינר אחד משום דעל דינר אחד יש לה מיגו דאי בעיא אמרה דלא היה פ"פ ולא היה נאמן הבעל כיון דהוא מדאורייתא וא"כ אף אם לא תביא ראיה לדברי' מ"מ נוטלת ע"י עידי קידושין דינר אחד וע"כ לא הוה ח"ד אך הא הוה מיגו להוציא וע"כ משום דברי ושמא אמרינן מיגו להוציא. וא"כ ע"כ שמעינן דר"י סובר דברי ושמא אמרינן מיגו להוציא וע"כ פריך שפיר מ"ש האי מיגו מהך מיגו וצריכין לתרץ התם אין שור שחוט לפניך וכו':

ובאמת הא דהקשו למאן דסובר כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה אמאי אינה נאמנת לומר משארסתני נאנסתי הא הבעל הוא מודה במקצת דמודה עכ"פ מנה ואינו יכול לישבע ומשלם. אך לפי מאי שהקשו בתוס' אמאי מנה אית לה שמא זינתה תחתיו ברצון ותירצו דחשיב איני יודע אם פרעתיך אי אמרינן דארוסה יש לה כתובה א"כ כבר נתחייב לה רק דאמרינן שמא ברצון חשיב איני יודע אם פרעתיך וא"כ לפי שיטת הסוברים דבכל איני יודע אם פרעתיך עכ"פ מחויב לישבע א"כ לא חשיב הודאה כלל ודמי למאי דאיתא בר"ן בחמשין דחבלה דכיון דאינו נוטל רק בשבועה לא חשיב מודה במקצת וה"ה הכא:

ומה שהקשו לב"ש דסובר דנא יגרש אא"כ מצא בה ע"ד אם כן אמאי כתבה תורה אשה גרושה לא יקחו ותיפוק ליה כיון שהיא גרושה ממילא היא זונה. ונראה דנ"מ באומר

פ"פ מצאתי ניהו דנאמן מ"מ מדקאמר ר"א לאוסרה עליו משמע דאינה אסורה רק עליו ולא נאסרה על כהנים אחרים א"כ ניחא קושיא הנ"ל דמצד גרושה אסורה על כל הכהנים משא"כ לאו דזונה ליכא על כהנים אחרים בזה ניחא מה שתירץ בירושלמי לעבור בשני לאוין מש"ה צריכין קרא לאו דמחזיר גרושתו הגם דלב"ש בלא"ה אסורה עליו משום סוטה והקשו הא אין איסור חל על איסור. אך נראה דנ"מ דבעל אמר דפ"פ מצאתי דאינה אסורה עליו רק משום שויה אנפשיה ח"ד וא"כ לא הוה רק איסור גברא משא"כ לאו דמחזיר גרושתו הוה איסור חפצא וא"ח קי"ל דחל על איסור גברא דמהך טעמא נדרים חל על שבועה ועיין בתוס' כתובות דף ל"ו דהקשו דמאי משני הא ר"ג הא ר"י דהוה מצי לתרץ הא דקטעין פ"פ הא דקטעין ט"ד ואי אמרינן כהפוסקים דסוברים דבחרשת דנשואיה הוא רק מדרבנן אי זינתה לא נאסרה על בעלה וכיון דלא נאסרה ליכא חזקה דאין טורח וממילא אינו נאמן לומר פ"פ ולפי מאי שכתבנו דעכ"פ דינר אחד הוא מדאורייתא וא"כ באומרת משארסתני נאנסתי יש לה מיגו על דינר אחד דהיתה בתולה וא"כ הבעל מודה במקצת מתוך טענתו ומחויב לישבע ואינו יכול ומשלם ואמאי לר"י אינה נאמנת ודו"ק:

גם נראה לתרץ דברי הסמ"ג הנ"ל דהשמיט דינא דרבא וע"כ נראה לפי מאי שהקשה בט"ז סימן קכ"ז על מתניתין דקידושין דף נ"ה באומרת קידשתני והוא אומר לא קדשתיך אמאי לא אמרינן מתוך שאוסרת נפשה נאמנת ג"כ על אחרים כמו בס"ת דאמרינן מתוך שמפסיד שכרו וכו' ובט"ז תירץ דש"ה דאיכא חזקת פנויה ולכאורה י"ל דהא דאמרינן מתוך דחשיב כמו רגלים לדבר וכמו בעד אומר אכלת חלב והלה שותק דנאמן לא משום שתיקה כהודאה רק מטעם רגלים לדבר לפ"ז י"ל אפילו באיני יודע נאמן העד היכא דאיכא רגלים לדבר כמו בשותק וע"כ כיון דיש לומר מתוך שנאמן להפסיד שכרו חשיב עכ"פ רגלים לדבר וממילא נאמן העד אפילו באינו יודע וזה שייך בעלמא משא"כ בדבר שבערוה דסובר רבא דבאשתו זינתה והלה שותק דאינו נאמן העד אע"ג דשותק דרגלים לדבר משום דאין דבר שבערוה פחות משנים רק לאביי נאמן העד משא"כ לרבא וממילא י"ל דבדבר שבערוה אפילו היכא די"ל מתוך כיון דאינו רק רגלים לדבר לא מועיל בדבר שבערוה וניחא קושית הט"ז הנ"ל. ולפ"ז ניחא מה שהקשו על הר"ן דסובר דגם למשנה ראשונה מדינא אינה נאמנת לומר טמאה אני דאינה נאמנת להפקיע א"ע מבעלה ואמאי לא אמרינן מתוך שנאמנת להפסיד עצמה לאסור עליו משום חתיכה דאיסורה ובפרט לשיטת הרמב"ם דנאסרה לכל כהן שבעולם אחר שימות בעלה משום חתיכה דאיסורא ונימא מתוך שמפסדת עצמה לכל כהן נאמנת לאסור גם על בעלה אך לפי הנ"ל ניחא

דבדבר שבערוה לא מהני מתוך כיון דאינו רק רגלים לדבר וזה הכל אליבא דרבא הנ"ל משא"כ לאביי דבשותק מהני בדבר שבערוה ה"ה היכא די"ל מתוך מהראוי להיות נאמן וע"כ לאביי צריכין לומר דהטעם דמשנה אחרונה משום אפקעינהו רבנן לקידושין משא"כ אליבא דרבא לא צריכין לטעמא דהפקעת קידושין וע"כ רבא לשיטתו סובר שפיר פלוני בא על אשתי דמצטרפין להורגו אבל לא להורגה ולא קשה קושית ב"ט הנ"ל וע"כ השמיט הסמ"ג זה:

והנה על דברי הר"ן הנ"ל דהקשה הא שויה נפשה חתיכה דאיסורא ואמאי אינה נאמנת לומר טמאה אני והר"ן כתב דאע"ג דמדינא אסורה שרו לה רבנן ומבטלין מילתא דאורייתא משום מיגדר מילתא בקום עשה והקשה בר"ן שאין ב"ד מתנה לעקור דבר מן התורה אלא בשוו"ת ולא בקום ועשה וכתבו האחרונים לתרץ לפי מאי דאיתא ברמב"ן דמש"ה מטמא כהן למ"מ הגם דהוה קום עשה אך משום דאינו שוה בכל חיישינן לכבוד הבריות וא"כ מכ"ש דחיישינן לכבוד חכמים היכא דהאיסור אינו שוה בכל וע"כ הכא במתניתין דמיירי בא"כ באונס דאינו שוה בכל ע"כ יכולין חכמים לעקור אפילו בקום ועשה. אך באמת זה אינו כיון דמ"מ איסור א"א הוא גם בישראל. אך עכ"פ ניחא בזה דברי הר"ן הנ"ל דכתב משום דאפקעינהו רבנן לקידושין ולפ"ז היכא דהיא אומרת דנבעלה לפסול לא שייך זה דמה בכך דאפקעינהו מ"מ אסורה לכהן ובגמרא משמע בהדיא דאפילו היכא דהיא אומרת דנבעלה לנכרי אמרינן שמא עיניה נתנה באחר וקשה הא הכא לא שייך אפקעינהו לקידושין. אך לפי הנ"ל ניחא דכיון דאפקעינהו לקידושין והיא פנויה ניהו דאסורה לכהן מ"מ האיסור אינו שוה בכל וממילא יש כח ביד חכמים לעקור אפילו בקום עשה דלא גרע כבוד חכמים מכבוד הבריות:

והנה לפ"ז היכא דהאיסור יהי' נפקע למפרע ג"כ יש להם כח לעקור אפילו בקום עשה דהא ברמב"ן איתא דמש"ה מטמא נזיר למ"מ משום דישנו בשאלה ועיין בנו"ב דכתב דאשה שזינתה ונאסרה על הבעל איסור זה יש לדמותו לאיסור נזיר שישנו בשאלה שהרי הטעם שנחשב קולא מה שישנו בשאלה משום שבידו לעקור האיסור מעיקרא וגם בבעל מצינו כזה דהרי התוס' בגיטין כתבו דא"כ יחפה על ב"א דישלח לה גט ויבטלנו שלא בפני השליח ואז אפקעינהו רבנן לקידושין וא"כ הרי ביד הבעל לעקור הקידושין למפרע והוה דומיא דנזיר דאיסור כזה דחויי כבוד הבריות אפילו בקום ועשה והגם דקי"ל כרבי דבטלו מבוטל אמנם כבר כתבו התוס' דאם בטלו בפני שנים לר"ש אמרינן מה כח ב"ד יפה וא"כ ג"כ צ"ל דאפקעינהו רבנן לקידושין וע"ש בנו"ב. ובזה ניחא שיטת רש"י בשבת דכתב דמש"ה נאמן ע"א במיתה משום אפקעינהו רבנן לקידושין והקשו דא"כ אמאי

אם בא בעלה הולד משני ממזר מן התורה ואמאי כיון דאפקעינהו וכו'. אך נראה כוונת רש"י דכיון דאפקיענהו רבנן לקידושין א"כ איסור א"א דמי לנזיר דאזלינן בתר כבוד הבריות לעקור אפילו בקום עשה ומכ"ש כבוד חכמים דבר כזה דיכולין להפקיע למפרע יכולין לעקור אפילו בקום עשה וע"כ יש להם כח לחכמים לעשות שיהא נאמן עד אחד הגם דהוא קום עשה ולעולם הכא לא אפקעינהו רק רש"י כתב דכיון דמצינו דאפקעינהו רבנן לקידושין א"כ האיסור דומה לנזיר וממילא יש להם כח לעקור בקום ועשה כיון דישנו בשאלה:

ובזה ניחא דברי הרמב"ם דפסק בעד אומר מת ועד אומר לא מת ועד השני בא לאחר שהתירוה ע"פ עד הראשון דלכתחילה תנשא ולא חיישינן ללזות שפתים ובגמ' איתא בהדיא דאביי משני דברי ר"י עד אומר מת האמינוהו רבנן כבי תרי מ"מ לכתחילה לא תנשא משום לזות שפתים ותמהו עליו וע"כ נראה דסברת הרמב"ם דמש"ה לא חיישינן ללזות שפתים דראוי לחוש יותר לזילותא דבי דינא דזה שייך אפילו בהתירוה לחוד וע"כ סובר דלכתחלה תנשא והיינו דסובר כר"ש דביטול בפני ג' ואז יכול להפקיע הקידושין דיבטל בפני שנים דמדינא מועיל הביטול רק דאמרינן מה כח ב"ד יפה וצ"ל דאפקעינהו רבנן לקידושין וא"כ האיסור קל כיון דיכול לעקור למפרע ע"כ חיישינן יותר לזילותא דבי דינא דלא גרע כבוד חכמים מכבוד הבריות וע"כ סובר דלכתחלה תנשא משא"כ אביי דמתרץ דברי ר' יוחנן ור' יוחנן סובר בפני שנים ועיין בגיטין פרק השולח וא"כ אם יבטל בפני אחד מדינא לא מועיל הביטול דאין דבר שבערוה פחות משנים וא"כ לא יכול לעקור הקידושין למפרע ולא דמי לנזיר וע"כ לא חיישינן לכבוד חכמים הגם דהתירוה וחיישינן יותר ללזות שפתים מלזילותא דבי דינא וע"כ לכתחלה לא תנשא משא"כ לדידן דקי"ל כר' ששת ודו"ק:

אות ע

בו יבואר ע"א במיתה אי נאמן מהתורה או רק מדרבנן

הנה אי טעמא דע"א דנאמן הוא משום מדע"ל אז נאמן מהתורה אך אי הוא משום דייקא ומינסבא אז הנאמנות דע"א מדרבנן ועיין בנוב"י. והקשה בתשובה פ"מ וש"י בהא דאיבעיא להו טעמא דע"א אי משום דייקא א"ד משום מלתא דע"ל ת"ל דמשום דייקא וכמ"ש רש"י בהדיא ותירצו דע"כ לא הוצרך רש"י לכך אלא לר"ש דמחלק במתני' בין שני עדים לע"א וס"ל בשני עדים יש לה דין אונס דמאי ה"ל למיעבד ע"כ בע"א הוי טעמא דדייקא אבל לדידן דקי"ל כרבנן דאפי' בשני עדים יש עלי' כל חומר משום דאפי'

ע"פ שני עדים הי"ל למידק א"כ תו לא מוכח מידי דבע"א הוי עיקר טעמא משום דייקא ויכול להיות שהוא משום מדע"ל ומ"מ לא עדיף משני עדים דאסורה לחזור ועיין בס' א"מ ס"ק:

ובזה ניחא הא דסובר הרמב"ם דעד פסול נהי דנאמן בעדות אשה מ"מ לא אמרינן דינא דעולא דחשוב כשנים לאחר שהותרה ע"פ ב"ד ובירושלמי איתא דרב סובר דאפי' בע"פ חשוב כשנים לאחר שהותרה ועיין במ"מ אך לפי מה דאיתא בתשובות תועפות ראם דע"מ אע"ג דכבר הותרה עפ"י ב"ד מ"מ ל"ש לומר דכבר חל עידותו שבשגם הותרה לינשא היינו חזקה דדייקא ובודאי דייקא ואין מתירין אותה לינשא אלא משום חזקה דתידוק ול"ש לומר דהאמינו לעד כ"ז שלא נישאת דהרי עיקר היתר משום דתידוק וכ"ז בלא נישאת ולא נתברר שדייקא לא הוי גמר נאמנות העד וזה ל"ש בעד סוטה וע"ש. ולפ"ז יש לומר דהרמב"ם לשיטתו דסובר דנאמנות העד כשר משום דע"ל ולא משום דייקא ונגמר נאמנות העד לאחר שהותרה וע"כ חשוב כשנים משא"כ דלכ"ע הנאמנות רק משום דייקא ולא נגמר הנאמנות וע"כ סובר הרמב"ם דבע"פ לא חשוב כשנים משא"כ רב לשיטתו דסובר כר"ש דבשני עדים מותרת לחזור וע"כ טעמא דע"א אפי' עד כשר משום דייקא ואעפ"כ אמרינן דחשוב כשנים לאחר שהותרה הגם דצריכין עוד לדייקא. וע"כ הוא בע"פ חשוב כשנים:

ובזה ניחא הרמב"ם דהשמיט דינא דר"פ בשבועות במשביע ע"א במיתה דפטור העד באמר לדידה ועיין בלח"מ דהא הקשה אפי' באמר לדידה אמאי פטור הא הפסיד התוס' כתובה דע"י עד נוטלת גם התוס' משא"כ ע"י עצמה אינה נוטלת התוס':

ולכאורה יש לומר דהא אי משום הקו"ח אם התרתם ערוה החמורה וכו' גם תוס' נוטלת ע"פ עצמה אך בס' הפלאה איתא דק"ו פריכא הוא דהא דהתרתם לינשא משום דחזקה דאשה דייק' מגרע לחזקת א"א וע"כ נאמן משא"כ לענין כתובה איכא חזקת ממון אך ב"ש לשיטתו דסובר כגבה דמי וכיון דהכא איירי ע"כ באתפסה מטלטלין דעדיף מהא דכגבה דמי וע"כ אמרינן הקו"ח הנ"ל וע"כ נוטלת גם ע"פ עצמה התוס' משא"כ לדידן דל"ש אתפסה וע"כ השמיטו. אך הא הרמב"ם הביא דאיירי באתפסה אפי' לבתר תקה"ג ואכתי תקשה:

אך נראה דהא ר"פ סובר ביבמות דף צ"א דר"פ סבר למיעבד עובדא במאי הוי לה למיעבד אלמא דסובר כר"ש והיינו להך גירסא דלא גרסינן ופסק ועיין בראש. ולפ"ז ע"כ נאמנות ע"א משום דייקא וא"כ גם ע"י ע"א לא נוטלת התוס' וע"כ סובר דפטור באומר לדידה

משום לדידן דע"א משום דע"ל ונאמן מהתורה ונוטלת התוס' ע"י העד משא"כ עי"ע וע"כ אפי' באמר לדיד' חייב:

גם יש לומר דהא בש"ש הקשה דאפי' באמר לדידה דהא עכ"פ הראשון מכחיש אותה וע"א אינו כלום בהכחשה ואין לומר דאיירי דכבר הותרה בב"ד לינשא דאכתי תקשה לפי מה דסובר הרמב"ם דבע"פ ל"ח כשנים ותצא מהתירה הראשון ע"ש:

אך לר"פ לשיטתו דסובר כר"ש וא"כ אפי' בע"כ הוא משום דייקא ואפ"ה חשוב כשנים וע"כ ה"ה בע"פ אמרינן דחשוב כשנים וע"כ יש לומר דהא דפטור באמר לדידה דאיירי בכבר התירה והיא נאמנת יותר משא"כ לדידן דלא קי"ל כר"ש וא"כ בע"פ ל"ח כשנים והראשון יכול להכחיש וע"כ חייב אפי' באומר לדידה:

וגם יש לומר דהא בק"ע למוהרח"ש הוכיח דהראשון נאמן יותר מהא דאשמעינן ר"פ הכל מודים דפטור באמר לדידה ואי דלא מצי להכחיש הראשון א"כ מאי קמ"ל ר"פ דפטור דת"ל דליכא בזה שום כפירת ממון כיון דהיא נאמנת יותר אלא ודאי דהראשון נאמן יותר ומפסדה בכפירתו ואפ"ה קמ"ל דפטור משום דהיא גרמה לעצמה ותקשה להסוברים דעד מפה"ע דשני נאמן וקשה דפשיטא דפטור. אך לפי מה דאיתא בתשובות ת"ר ובחידושי הרי"מ דמש"ה אין נאמן לומר דשקר העיד לה שמת וממילא יהא נאמן העד שלא אמר לה שמת במיגו דאי בעי אמר אמת שאמרתי לה אך ששקר הוא ולא מת הוא משום דל"צ ב"ד ומהראוי לסמוך על עדות שלא בפני ב"ד מ"מ אין אדם משים א"ע רשע דודאי אי שיקר לומר מת בעלה רשע הוא דתלך ותנשא ע"י אמירתו וליכא מיגו וע"כ היא נאמנת שאמר לה כיון דאין לעד מיגו וע"ש:

אך נראה דזה דוקא אי נאמן העד בלא דייקא רק משום מדע"ל אז כיון דיכולה לינשא בלא דייקא אי שקר הוא הוי רשע ואינו נאמן העד לומר שאמר שקר וליכא מיגו וע"כ היא נאמנת יותר שאמר לה משא"כ אי נאמן העד רק משום דייקא לא נעשה רשע בזה שאמר מת והוא שקר דהא ידע דלא יכולה לינשא רק אי דייקא ואז נתברר לה האמת ול"ת וממילא באומר שלא אמר לה שמת העד נאמן במיגו ולפ"ז ניחא דר"פ לשיטתו דסובר כר"ש ובע"א משום דייקא ואז העד נאמן יותר במיגו ואשמעינן ר"פ דאפ"ה פטור העד משום דהיא גרמה לזה שהשביע משא"כ לדידן דטעמא אינו משום דייקא ואין יכול לומר דשקר העיד דנעשה בזה רשע דהיא יכולה לינשא בלא דייקא וא"כ אינו נאמן העד שלא אמר במיגו דליכא מיגו והיא נאמנת יותר ופשיטא דפטור וע"כ השמיטו. ובאמת יש לומר בפשיטות לפי מה שהקשה בש"ש דהכחשה עכ"פ הוי ואפי' אי מיירי בהותרה מ"מ לכתחלה ל"ת משום לזות שפתים וכל היכי דלכתחלה ל"ת אינה גובה הכתובה

כמו במים שאל"ס וע"ש. אך לפי מה דאיתא במ"מ דהא דלכתחלה ל"ת היא רק עצה טובה ואין בזה שום איסור ועיין ברא"ש יבמות ובח"מ א"כ לא דמי למישאל"ס ונוטלת הכתובה וע"כ אשמעינן ר"פ דהא דכיון דלכתחלה ל"ת לא נוטלת הכתובה וחייב אפי' באמר לדידה משא"כ הרמב"ם לשיטתו דל"ס לזות שפתים וסובר דלכתחלה תנשא א"כ פשיטא דפטור באומר לדידה:

והנה בתשובות תפארת צבי איתא דלבתר דהחמירו בסופה דאז ליכא חזקת א"א משום דאשה דייקא מגרע חזקת א"א ושפיר מהימן מדאורייתא והיינו אי בעינן תרתי דבר שבערוה ואיתחזק וזה לאביי בקידושין כאשר כתבנו אות ד' משא"כ לדידן דקי"ל כרבא שם אז אפי' בלא איתחזק דבר שבערוה לחוד אינו נאמן ע"א א"כ לעולם ע"א במיתה רק מדרבנן:

ובזה ניחא הא דרמב"ם לא פסק כאביי דסובר לר"י דמש"ה ל"ת אי ניסת משום דעולא דחשוב כשנים ולכתחלה לא תנשא משום לזות שפתים והרמב"ם סובר דתנשא לכתחלה ועיין במ"מ שם:

אך לפי מה דאיתא בתוס' כתובות דף כ"ב דהיכי דנאמן העד מדאורייתא כגון בעד סוטה אז הוא חשוב כשנים אפי' בב"א וע"כ לאביי יש לומר דאיירי בב"א דהא לאחר שהחמירו בסופה ואיכא דייקא דמגרע לחזקת א"א ודבר שבערוה לחוד נאמן לאביי וע"כ אז לכתחלה ל"ת משום לזות משא"כ אליבא דאמת דקי"ל כרבא והנאמנות רק מדרבנן ובעינן זה אחר זה וע"כ סובר הרמב"ם דאפי' לכתחלה תנשא וגם י"ל דזה ודאי היכי דהותרה ע"פ ב"ד ואיכא משום זילותא דב"ד אז לא חיישינן משום לזות שפתים ותנשא לכתחלה דיותר ראוי להשגיח על זילותא דב"ד וא"כ לפי מה שכתבו דמש"ה צריכין להיתר ב"ד דכיון דנאמנות העד רק מדרבנן וצריכין להפקיע הקידושין ועיין ברש"י בשבת וע"כ צריכין ב"ד לזה להפקיע הקידושין וא"כ לאביי דנאמן העד מדאורייתא ול"צ ב"ד וליכא משום זילותא דב"ד וע"כ סובר דלכתחלה ל"ת משום לזות משא"כ אליבא דאמת דנאמנות רק מדרבנן וצריכין ב"ד וע"כ לכתחלה תנשא משום זילותא דב"ד וע"כ לא פסק כאביי:

ובזה ניחא שהרמב"ם דפסק בעד אומר מת ועד אומר לא מת בב"א אם ניסת להעד שאומר מת והיא אומרת ג"כ ברי שמת דל"ת והרמב"ן סובר דתצא דבשלמא בשנים שאמרו מת אתרע חזקת א"א שלה ע"י שנים הגם דהוי תרי ותרי משא"כ באחד דאז החזקת א"א קיים הוא והנה בירושלמי יבמות על מתני' דע"א אומר מת וניסת תני עלה מפני שאמר משנשאת הא עד שלא נשאת תצא מתני' מני ר' מב"י ולא ניחא להירושלמי

לאוקמי בהתירוה להנשא לכך מוקי בב"א ולא קשה קושית הגמ' הרי מבואר בהדיא דגם בע"א שייך דין זה דבנשאת לעד ואומרת ברי דל"ת והקשה מדברי הש"ס כתובות דף כ"ב דקאמר אביי ע"א אומר מת הימנוהו כשנים ולכתחלה ל"ת משום לזות ואמאי לא מוקי לה בב"א וניסת לעד ומרויחין דלא קשה דלכתחלה נמי דכיון דלא איירי בהותרה: **ולכאורה** יש לומר דהא בתוס' הקשו דמדקאמר תרווייהו בא"א קמסהדי אלמא דלא ידעינן דהיא א"א רק ע"פ א"כ אמאי לא מהימן העד לומר נתגרשה במיגו דאי בעי שתיק וליכא רק ע"א שהיא א"א. אך לפי מה דסובר הרמב"ן דעדים אינן נאמנים במיגו דהתורה אמרה עפ"י שנים עדים יקום דבר שיהי' נאמנים בדיבורם ולא משום מיגו ועד הצריך מיגו אין ממש בעדותו וניחא קושית תוס' הנ"ל. אך תקשה דזה שייך בגירושין דבעינן שני עדים ולא מועיל עד הצריך מיגו משא"כ במת בעלה דסגי בע"א ל"צ תורת עדות כלל ומהני מיגו וא"כ תקשה דלמה צריך אביי לומר משום דעולא דנאמן כשנים ת"ל דנאמן במיגו דאי בעי שתק וע"כ ל"ת משא"כ בגירושין דלא מועיל מיגו. אבל הדבר נכון דבמיתה בלא"ה אין כאן מיגו שהרי האשה אינה יודעת מאומה אי מת בעלה או לא רק שהיא סומכת על דברי העד ואין כאן מיגו דהרי האשה בעצמה יודעת שנתקדשה ואין כאן מיגו. ומעתה ניחא הרמב"ם דאי אפשר לאוקמי בב"א וניסת להעד ואומרת ברי והיינו ברי לי ממש לשיטת הר"ן דא"כ תקשה הא יש להם מיגו דאי בעי אמר לא נתקדשה והיא גם היא תאמר כן ואפי' לכתחלה תנשא והרמב"ם איירי דהיא בחזקת א"א משא"כ כאן דאיירי ע"כ דלא נתחזקה בא"א רק ע"פ וכמ"ש התוס':

גם יש לומר דהא דרמב"ם סובר דגם חד לגבי חד בב"א דמי לתרי ותרי דאי ניסת לעד ל"ת דכיון דאין בודקין עידי נשים בדו"ח והרמב"ם סובר משום תק"ע דלא גרע מפסולי עדות דמהני בעדות אשה והרבה פסולים אינם אלא כע"א ואפ"ה חזינן דל"ת בנשאת לעד ואומרת ברי לי וע"כ ה"ה חד לגבי חד אפי' בב"א וניסת לעד ל"ת. ובזה ניחא הירושלמי הנ"ל דתני על מתני' דעד אומר מת ונשאת מפני שאמר משנשאת אמר ר"י זו דברי רמב"י אבל דברי חכמים בין משנשאת בין שאמר עד שלא ניסת ל"ת ומשמע מזה דר"י מפרש לפלוגתא בע"א וע"א ובש"ס דילן מפרש להדיא דפליגי בתרי ותרי וה"ה בפ' י"ב מה"ג הביא לשון הירושלמי וכתב דס"ל דכי היכי דפליגי בתרי ותרי הכי נמי דפליגי בחד וחד ואכתי קשה דמ"ל להירושלמי. אך נראה דהא קשה קושית תוס' ב"ב דבשני עדים דמותרת לחזור וכיון דליכא חומרא בסוף לא דייקא וע"כ מפרש הירושלמי דכיון דאין בודקין בדו"ח בודאי לא הי' דו"ח וא"כ היתר משום דלא גרע מעדי פסולין דהקילו משום עגונות וע"פ לא חשיבי רק כחד כשר ואז אפי' לר"ש יש לה חומר בסופה דווקא בע"כ

מותרת לחזור ולכן קאמר שפיר הירושלמי דדין זה דע"א אומר מת תלי' בפלוגתא דרמב"י וחכמים כיון דהן ע"פ לא נחשב רק כחד כשר וגם הרמב"ם הוכיח זה דכיון דלא היו דו"ח ומהני משום דלא גרע מפסולין ואז לא נחשב רק כחד ואפ"ה ל"ת דניסת לעד וע"כ ה"ה בחד וחד:

וניחא בזה הא דהקשה הא דפריך הגמ' ביבמות דף פ"ח מברייתא דדפנו ותצא על רב ולא מקשה על הברייתא דשנים אומרים מת וכו' דל"ת. אך על גוף הברייתא לא דיש לומר דהא דקתני דפנו לא איירי בשני עדים רק בחד וחד בב"א וניסת לעד דאז תצא ופשיטא לא הוי דהא דדמי לתרי ותרי והתם איירי בשנים אומרים מת. ובאמת הי' דו"ח משא"כ רב דסובר דמותרת לחזור בשני עדים וליכא דייקא וע"כ דלא הי' דו"ח ואז הן נחשב לפסולין ושמעינן דאפי' בפסולין הגם דלא נחשב רק כחד ל"ת וממילא דה"ה בחד וחד ל"ת בנשאת לעד וע"כ שפיר קשה דהכא קתני דפנו ואמאי תצא אפי' אם איירי בחד וחד.

ובזה ניחא הא דרש"י פירש ברי אין לבי נוקפי ולא מפרש ברי לי ממש וברי"ן כתב דדעת רש"י דאז היא נאמנת. ובאמת ניחא בזה דבגירושין ל"ש דייקא לגרע חזקת א"א. אך לפי מה דסובר הרשב"א דהיכי דאומר ברי לא מהני חזקה דלא אזלינן בתר חזקה אלא למי שספק הוא לו ולפ"ז בגירושין יש לומר דאיירי בברי ממש דאפ"ה לא מהימנא וא"כ ל"צ דייקא לגרע חזקת א"א משא"כ במיתה דע"כ לא איירי ברי ממש דאז היא נאמנת לדעת הר"ן בדברי רש"י וע"כ דברי רק אין לבי נוקפי ול"ש סברת הרשב"א וע"כ הוכרח לומר משום דייקא מגרע חזקת א"א. ובזה ניחא דרש"י מוכרח לפרש דברי לי שאין לבי נוקפי דאי ברי שמת כיון דבלא דו"ח נחשבי' פסולים והקילו מפני עגונות וא"כ הא בפסולי' קי"ל דהיא מצטרפת להעדים כדסובר שמואל במכחישתו ל"ת והיינו בפסולים אלא ודאי דלא איירי שאומרת ברי לי ממש רק שאילו היה קיים היה בא:

ולפ"ז יש לומר דכיון דאביי חייש לתרי יצחק ולא הקילו משום עיגונא וע"כ משום דסובר כי אקילו בסופה ולא בתחלתה ועיין אות ק' וא"כ ע"כ הא דלא בעי דו"ח משום דאיכא כתובה למישקל ולא משום דלא גרע מפסולין וא"כ אין ללמוד חד לגבי חד דל"ת בנשאת לעד משנים אומרים מת הגם דלא בעי דו"ח מ"מ נחשבים ע"כ וחשוב כמו עדות של ד"מ דלא הי' דו"ח וע"כ לדידי' בחד וחד בב"א תצא וע"כ לא מתרץ אביי דברי ר"י רק בזא"ז ומשום דעולא:

וניחא הא דלא הביאו דינא דשמואל דסובר ביבמות דף פ"ח ל"ש אלא שלא מכחישתו אבל מכחישתו ל"ת ומסיק דאיירי בפסולי עדות והי' מצרפין לעדות פסולין וע"כ נראה

דהנה דקי"ל דל"ח לתרי יצחק והוא משום עיגונא והקילו גם בסופה או משום חזקה דכאן נמצא ועיין ברמב"ן יבמות ולעולם דלא הקילו בסופה והנה שמואל סובר בכתובות כל הנולד ס' ברשותו דעליו להביא ראיה משום כאן נמצא ולא כר"א דפליג על כאן נמצא וא"כ לדידי' יש לומר דלא הקילו בסופה והא דל"ח לתרי יצחק משום כאן נמצא. ולפ"ז הא דלא בעי דו"ח משום דאיכא כתובה למישקל ולא משום דלא גרע מפסולין וא"כ שנים אומרים מת הן ע"כ אפי' בלא דו"ח וא"כ יש לומר דלעולם בפסולין גם היא מצטרפת והתם בשנים אומרים מת אפי' אי אמרינן דברי ברי ממש כשיטת הר"ן ולבו אין נוקפו לא מהני מ"מ הא לכשרים היא לא מצרפינן משא"כ לפי מה דקי"ל דל"א כאן נמצא וע"כ הא דל"ח ל"ת משום עיגונא והקילו גם בסופה. ולפ"ז הא דלא בעי דו"ח משום דלא גרע מע"פ ותקשה דאמאי היא לא מצרפינן לעדות וע"כ לא הביאו דין דשמואל הנ"ל ודוק:

וגם נראה לתרץ הרמב"ם הנ"ל דהנה תשוב' הרי"ף שהביא בעל העיטור דבע"א במלחמה בלא אמר קברתיו אי אינסבי לא מפקינן מיניה והקשו גדולי הפוסקים דזה נגד דבריו בהלכות כיון דאיבעיא דוקא בקברתיו הוי ליה לומר בלא קברתיו אם נשאת תצא כיון דלא מבעיא לן בזה. ונראה דבתוס' שם תמה על הא דמיבעיא שם החזיקה היא מלחמה בעולם אי אמרינן מיגו והקשה דא"כ מלחמה בעולם אמאי לא מהמני במיגו דמת על מטתו וכתבו כמ"ש בתוס' לקמן ד"ה דאי בעי אמרה שלום בעולם דנהרג אטו מת לא אמרינן והטעם כתבו אחרונים ועיין בס' ע"א לפי הנך הסוברים דעד אומר מת ועד אומר נהרג דהוי הכחשה ולהכי לא הוי מיגו בכה"ג דכיון שנחבל במלחמה והי' קרוב למיתה יריאה הי' שמת אח"כ באמת ושמא יבוא ע"א ויעיד שנהרג במלחמה ואם היא תאמר מת על מטתו יהי' עדות מוכחשת דלא עדיפא היא מעד דעלמא ולכן אומרת מת במלחמה יע"ש. והנה לכאורה נראה דאפי' להסוברים דע"א אומר מה וע"א אומר נהרג דלא הוי הכחשה מ"מ בעד פסול לא מהני לפי מה דאיתא בס' נתיבות לשבת סי' י"ז וז"ל ולכאורה נראה מלשון הסמ"ע בח"ה סי' ל' דבהכחישו זה את זה בחקירות אפי' שבועה א"צ אע"ג דממ"נ איכא ע"א אפ"ה אמרינן עדותו בטל לגמרי וא"כ ה"ה הכא הגם דסגי בע"א אפ"ה עדותן בטל. אך יש לחלק דודאי משמע היכא דשני כתי עדים מכחישים אלו את אלו כגון שנים אומרים מס ושנים נהרג דבודאי עדות קיים וא"כ י"ל בכל מקום שהאמינה התורה לע"א כשנים כגון בע"א אומר מת ואחד נהרג הוי כשני כתי עדים לכך מותרת ממ"נ וע"ש ולפ"ז לפי מה דסוברים דע"פ ל"ח כשנים וע"כ באשה אינה נאמנת במיגו דמת ע"מ דיראה שמא יבוא ע"א ויאמר נהרג ויהי' הכחשה דבאשה לא נחשבה כשנים ויהי' בטל העדות משא"כ בעד כשר דנחשב כשנים ואיכא מיגו דמת ע"מ דל"ש דירא

שמא יבוא אחד ויאמר נהרג מה בכך דכיון דחשוב כשנים ולפ"ז זה טעמא של הרי"ף דאפי' בלא קברתיו אם נשאת ל"ת דנאמן במיגו דמת ע"מ ובזה ל"ש דנהרג אטו מת לא אמרינן רק די"ל כיון דאומר בדדמי ל"ש מיגו א"כ באמת תלינן דין זה בהחזיקה הי' מלחמה בעולם דאם נימא דאמרינן מיגו בדדמי א"כ שוב ע"א נאמן בלא קברתיו במיגו א"כ כיון דשם פסקו בהחזיקה היא מלחמה דאם נשאת ל"ת ממילא הדין בע"א בלא קברתיו אם נשאת ל"ת וא"ש הרי"ף דפסק אף בלא קברתיו אם נשאת ל"ת דזהו ממש דין דהוחזקה מלחמה דפסקו דל"ת משא"כ בהיא עצמה שפיר תירצו דנהרג אטו מת לא אמרינן דיראה שמא יבוא ע"א ויאמר נהרג דלא נחשב כתרי ותרי דבע"פ לא נחשב כשנים. ובזה ניחא מה דהקשו לפי מה דתירצו בתוס' דמש"ה לא נאמן העד במיגו דאי בעי שתק דרוצה לפוסלה לכהונה דא"כ ל"צ אביי לומר דבעד אומר מת משום דעולא דחשיב כשנים ת"ל דיש לו מיגו דאי בעי שתיק דבמת ל"ש דרוצה לפוסלה מכהונה ולפי מה שכתבתי ניחא דהא כיון דאיירי דלא נתחזקה בא"א כ"א ע"פ ע"כ הא דלא הוי עדות מוכחשת ובגירושין כתב הר"ן דאיירי באחד אומר קרוב לה דעבידי למיטעי ובמת ע"כ דאיירי דאומר דמת במלחמה דאז לא הוי מוכחשין. אך תקשה דאפי' הוי ע"א במלחמה וע"כ משום דנאמן במיגו דע"מ והא דחשוב מיגו הא דנהרג אטו מת לא אמרינן וע"כ משום דחשוב כשנים משום דעולא ואפי' יבוא אחד ויאמר נהרג לא הוי הכחשה דחשוב תרי ותרי וא"כ לעולם צריכין לדעולא אפי' אי נאמן במיגו דכיון דאז צריכין לומר דלא נתחזקה בא"א רק ע"פ ותקשה איך סמכינן שהיא א"א ע"פ הא הוי עדות מכחישין וע"כ במלחמה וע"א במלחמה אינו נאמן רק במיגו דמת ע"מ וזה אי אמרינן דחשוב כשנים משום דעולא וא"כ לא מרויחין כלום דאפי' אי משום מיגו צריכין לדעולא וע"כ כיון דע"כ צריכין לדעולא קאמר בפשיטות משום דעולא ואין דבריו של אחד במקום שנים:

ויותר נראה דהנה הרי"ף לא הביא איבעיא דהוחזקה מלחמה אי אמרינן מיגו בדדמי. ולכאורה נראה דהנה הח"מ הקשה על הש"ע שסתם כדעת הרא"ש דה"ז תנשא באחד אומר מת ואחד אומר נהרג דהרי בגמ' מוכח להדיא דעדים המכחישים זא"ז בדו"ח אינן נאמנים דהרי אמרו הטעם דעידי נשים ל"צ דו"ח משום דחשוב ממון ובד"מ גופייהו קי"ל עדים שהכחישו זא"ז בחקירות עדותן בטלה וכתב בס' ע"א דלפי מה דסובר הרמב"ם דהטעם דל"צ דו"ח אינו משום דחשוב ממון רק משום דלא גרע מפסולי עדות משום עגונות א"כ י"ל דס"ל להש"ע שהקלו בזה יותר מד"מ שאפי' הכחישו זא"ז בחקירות עדותן קיימת א"כ י"ל דאפי' לדעת הרמב"ם דמחמיר בד"מ מ"מ בעדות אשה מיקל משום עיגונא כמו שמיקל בדו"ח גופי' מהאי טעמא וע"ש. ולפ"ז יש לומר דאיבעי' הוחזקה

מלחמה קאי אי טעמא דלא בעי דו"ח משום דחשוב ממון ואז אחד אומר מת ואחד נהרג חשוב הכחשה וע"כ אין ליפשוט ממתני דאינה נאמנת מת במלחמה במיגו דמת ע"מ וע"כ דל"א מיגו בדדמי דיש לומר דנהרג אטו מת לא אמרינן משא"כ לדידן דטעם משום דלא גרע מע"פ וע"כ אין בודקין בדו"ס וא"כ אפי' אחד אומר מת ואחד נהרג אמרינן דלא הוי הכחשה וע"כ הא דאינה נאמנת במיגו משום מיגו בדדמי לא אמרינן וע"כ לא הביאו הרי"ף איבעיא זו:

וניחא בזה הסוברים דע"א ביבמה לא מהימן הגם דפשיט הגמ' ממתני' דאמרו לה מת בעלך ואח"כ מת בנך דנאמן והא דמשני בעידי הזמה הוא דוחק ועיין ברא"ש שם. אך לפי מה שכתבו בתשובות ועיין בס' שב הכהן דאי ע"א נאמן ע"כ הא דהיא אינה נאמנת לומר מת יבמי הוא משום חשש בדדמי והא דנאמנת לומר מת בעלי ואח"כ בני ע"כ משום מיגו דאי בעי אמרה רק מת בעלי לחוד אך הא הוי מיגו בדדמי אך הא מתני' מוקי לה כר"ע לענין אין קידושין תופסין בחייבי לאוין ור"ע סובר דהא דאין בודקין בדו"ח משום דאיכא כתובה למישקל וממילא יש לומר דמיגו בדדמי אמרינן והא דהיא אין נאמנת מת במלחמה במיגו יש לומר דנהרג אטו מת לא אמרינן דלה"ט דחשוב ממון אז ע"א אומר מת ואחד נהרג חשוב הכחשה כמו בד"מ וזה הכל לר"ע משא"כ לדידן דטעמא דלא בעי דו"ח דהקילו משום עיגון וא"כ נפשוט דל"א מיגו בדדמי וא"כ אי אפשר לומר דע"א ביבמה נאמן דא"כ אמאי היא אינה נאמנת ואין לומר משום בדדמי דא"כ אמאי נאמנת מת בעלי ואח"כ בני ואין לומר משום מיגו הא מיגו בדדמי לא אמרינן דנפשוט ממתני' דמת במלחמה:

אך יותר נראה כיון דהרי"ף סובר דנפשוט איבעיא דע"א ביבמה נאמן א"כ ע"כ הא דהיא אינה נאמנת מת יבמי משום בדדמי והא דנאמנת מת בעלי ואח"כ בני הוא משום ע"כ דאמרינן מיגו בדדמי וניחא בזה הא דהקשו בתוס' דיהי' נאמן העד במיגו דאי בעי שתק והקשה בתומי' לפי מה דפי' הר"ן דאיירי באחד אומר קרוב לה דעבידי למיטעי א"כ הא הוי מיגו בדדמי. אך לפי מה שכתבו דמש"ה סובר הרי"ף דע"א ביבמה נאמן הגם דדחי דאיירי בעידי הזמה משו' לפי מה דקי"ל למפרע נפסל אי אפשר לאוקמי בעידי הזמה וע"כ בע"א אלמא דע"א נאמן ואי ע"א נאמן ע"כ דאמרינן מיגו בדדמי וע"כ אביי לשיטתו דסובר למפרע נפסל ע"כ דסובר דאמרינן מיגו בדדמי ושפיר הקשו בתוס' על אביי לשיטתו:

ולפ"ז יש לומר דאביי באמת מוקי לדר"י דאיירי. בב"א והא דנאמן העד במיגו דאי בעי שתק דאיירי דלא הוחזקה גא"א רק ע"פ ואין לומר היאך נתחזקה בא"א ע"פ דאיירי

במלחמה דעבי' למיטעי והא דנאמן מת במלחמה במיגו דמת ע"מ. אך נהרג אטו מת לא אמרינן וע"ז קאמר כדעולא ונאמן כשנים וע"כ לא יהי' הכחשה אפי' אי יבוא ע"א ויאמר נהרג והגם דהוי מיגו בדדמי הא לאביי אמרינן מיגו בדדמי. ולפ"ז יש לומר דהא דסובר אביי דלכתחלה משום לזות הוא משום דאיירי בב"א אבל זה אחר זה לכתחלה תנשא וניחא קושית תוס' דאי לכתחלה ל"ת הא ביבמות משני דל"ת מהיתרא ומשמע דתנשא לכתחלה דהתם דאיירי דהותרה כבר מודה אביי דלכתחלה תנשא וניחא הרמב"ם דסובר ג"כ לכתחלה תנשא דבזה אחר זה גם אביי מודה:

וניחא קושית תוס' דמאי אשמעינן ר"י לפי דברי אביי הא מתני' ביבמות דל"ת מהיתרא דליתא דמתני' איירי בזא"ז ואביי מפרש בב"א ונאמן במיגו דאי בעי שתק:

וניחא קושית הרמב"ן הנ"ל דאמאי לא מוקי אביי בב"א וניסת להעד. אך דאז הי' מיירי ר"י בנתחזקה בא"א שלא ע"פ ולא הוי דמי לע"א אומר נתגרשה דאיירי ע"כ דלא נתחזקה בא"א רק ע"פ והשתא מוקי דלא נתחזקה בא"א ונאמן במיגו דומיא דסיפא בנתגרשה ואיירי בב"א. ויותר נראה לפי מה דאיתא בהפלאה דאי ע"א במיתה משום דהפקיעו לקידושין אז ל"ש לומר דתרווייהו בא"א קא מסהדי דאם מת הרי פנויה מעיקרא ולא דמי לגירושין. ולפ"ז יש לומר דטעמא דהרמב"ם דאפי' בחד וחד אם ניסת לעד ל"ת משום דל"ש לומר דאוקמי על חזקת א"א דליתא דלפי דבריו שמת היא למפרע פנויה משא"כ אביי לשיטתו דנאמן מדאורייתא ול"א דהפקיעו הקידושין ואיכא חזקת א"א עד עכשיו אפי' לפי דבריו וע"כ לדידי' לא דמי חד וחד לתרי ותרי דתרי מפקיע מחזקה וע"כ לא מוקי בב"א ונשאת לעד. וניחא התוס' ב"ת דתירצו דכיון דמכחישין זה את זה דייקא אפי' בשני עדים והקשה מנשאת ואח"כ באו עדים. אך בנשאת ואח"כ באו עדים דלא הי' קודם דין מרומה ואז לא בעי דו"ח משום דחשוב ממון וע"כ דהפקיעו הקידושין דהא מהתורה בעי אפי' בממון דו"ח ועיין תומי' סי' ל"ג וא"כ ליכא חזקת א"א למפרע פנויה היתה:

והנה לענין הכחשה דאחד אומר מת ואחד אומר נהרג תמה בנוב"י דהא בירושלמי ביבמות מבואר דמתני' לא אמרה כן רק בצרות לפי שאין דברי צרה אצל חברתה כלום ובתשובות איתא דהא לכאורה שפיר קאמר הב"ש דהרי עכ"פ אחד אומר מת וכאן די בע"א ולא דמי למה דמבואר בסמ"ע סי' ל' דאם שני עדים מכחישין זא"ז דאפי' שבועה א"צ דשם שאני דבעינן תורת עדות והוי כנמצא אחד קו"פ אבל כאן לא איכפת לן זה דכאן לא בעינן תורת עדות ועיין בס' נודע בשערים דכתב לפי מה דהקשה על הרי"ף דפסק דעדות שבטלה מקצתו בטל הכל ובההיא דכתב נכסיו לעבדו פסק כרבא דפ"ד.

אך באמת לא קשה דהא מוסכם דבעדות אשה לא אמרינן עדות שבטלה מקצתו וכו' משום דבעדות אשה לא בעינן תורת עדות וא"כ גבי קיום גט דלא בעינן תורת עדות דהא אפי' עבד או היא בעצמה נאמנת וכן עבד שטר שיחרור שלו נאמן לומר בפ"נ וא"כ מפני מה לא נאמר פ"ד. וע"כ צ"ל דהירושלמי סובר דגם בעדות אשה אמרינן עדות שבטלה מקצתה ול"א פ"ד דממ"נ אם אנו מאמינין לו צריכין אנו להאמין הכל אבל הרי"ף סובר כרבא דכאן אמרינן פ"ד וע"כ הירושלמי לשיטתו סובר דבהכחישו זא"ז עדותן בטילה משום עדות שבטלה אפי' בעדות אשה אבל אנן דפסקינן כרבא דפ"ד בעדות אשה א"כ הגם דהכחישו א"ע בחקירות עדותן קיימת דהא דעדות שבטלה ילפינן מנמצא אחד קו"פ ובעדות אשה כי הכחישו זא"ז לא עדיף מאלו ידעינן איזה מהם המשקר ואפ"ה אין עדותן בטלה ומכ"ש בלא נודע וע"ש:

ובזה יש לומר הסוברים דבמלחמה אפי' כי אמרה מת וקברתיו לא מהימנא והקשו דהא רבא קאמר ביבמות דף קט"ו דרעבון גרועה ממלחמה דאילו מלחמה כי אמרה מת על מטתו מהימנא ואילו גבי רעבון עד דאמרה מת וקברתיו וכיון דברעבון דגרועה מהני כי אמרה קברתיו מכש"כ במלחמה ועיין בכ"מ וע"כ דאליבא דבעדות אשה פ"ד ולא אמרינן בטלה כולו וע"כ הגם דאין דרך לקבור במלחמה מהימנא במיגו דמת ע"מ דנ"ש לדי' לומר דנהרג אטו מת לא אמרינן משא"כ הסוברים דלא מהני אפי' כי אמרה קברתיו סוברים כירושלמי הנ"ל דבטלה כולו וליכא מיגו דמת ע"מ דנהרג אטו מת לא אמרינן דשמא יבוא אחד ויאמר דנהרג דאז הוי הכחשה לשיטת הירושלמי וע"כ סוברים דאפי' באמרה קברתיו לא מהימנא ובזה ניחא הרי"ף דלא הביא איבעיא החזקה מלחמה בעולם:

ונראה דהרי"ף סובר דאיפשוט דל"א מיגו בדדמי דאל"כ אמאי לא מהימנא מת במלחמה במיגו דמת ע"מ ול"ש נהרג אטו מת לא אמרינן לדידן דקי"ל כרבא ואיבעיא קאי לאביי דפליג על רבא דגם בעדות אשה אמרינן דעדות שבטלה מקצתה וממילא לא נפשוט מהא דלא מהימנא במיגו דמת ע"מ דיש לומר דנהרג אטו מת לא אמרינן:

וניחא בזה דבשנים אמרו מת ושנים אמרו לא מת דקי"ל דאם נשאת לאחר דתצא רק דאי נשאת לעד ואומרת ברי לי דל"ת. ואמאי לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה וע"כ משום דבעדות אשה לא בטלה כולה דלא גרע מקרוב ופסול דכיון דלא בעינן דין עדות לדידן דקי"ל כרבא דאל"כ תקשה כיון דבטל העדות לענין אם תנשא לאחר דתצא בטל גם לענין אי נשאת להעד שאומר ברי:

וניחא בזה קושית מהרש"א דאמאי הקשו בתוס' דבשני עדים לא דייקא מנשאת ואח"כ באו עדים ולא מת"ק בבאו עדים ואח"כ נשאת. אך לפי מה דסוברים הראשונים דבנשאת

ואח"כ באו עדים אז לא בעינן נשאת לאחד מעדי' וא"כ יש מת"ק דאיירי בבאו עדים ואח"כ נשאת לא קשה דכיון דבזה בעינן נשאת לאחד מעדי' ויש לומר עדות שבטלה אך כיון דלא בעינן תורת עדות ל"א בטלה כולה וכיון דלא הוי עדות כשרים אז אפי' בשני עדים אסורה לחזור ומש"ה לא הקשה רק מנשאת ואח"כ באו עדים דלא בעינן לאחד מעדי' והן עדות כשרין וע"כ קשה דהא לא דייקא דמותרת לחזור לו:

ובזה ניחא שיטת ר"ח דמוקי דיש ע"א זולת ב' עדים שמכחישים אלו את אלו אמנם בתוס' כתבו לישב כיון דשנים הם לא חשידי והקשה על הר"ח דהרי דברי תוס' הם ש"ס ערוך ביבמות דתרי לא חשידי וע"כ נראה דהא כתבו על שיטת התוס' מה מהני דתרי לא חשידי הא אם תסלק זה שכנס לא נשאר רק אחד וצ"ל דבאמת הך חשש הוא רק מדרבנן דנחשב כנוגע ולזה היכי דאיכא עוד עד מבלעדי זה מהני מאחר דמה"ת נחשב לעד וא"כ יש לומר דשיטת הר"ח דכיון דיש לומר עדות שבטלה מקצתה רק דלא גרע מקרוב דעדות שבטלה פסול רק גזה"כ וא"כ ל"ש לומר דמש"ה סגי בשנים משום דמהתורה גם העד שכנס מועיל דליתא דמהתורה לא מועיל העדות מטעם בטלה מקצתה וע"כ סובר דבעינן שלשה:

וניחא בזה הא דמקשה הגמ' מדפנו על רב דווקא ולא מקשה על הברייתא דשנים אומרים מת ולפ"ז נירא דכיון דיש לומר דעדות שבטלה וכו' דלא גרע מע"פ וא"כ לא קשה על התורה דדפנו דמה"ת בעינן עדים כשרים וע"כ מקשה רק על רב מדמפליג בין חד לתרי ודאי מיירי דלא הי' רק שנים דאל"כ הו"ל לפרש מאחר דנחית לחלק בין חד לתרי וכן כתבו המפרשים וא"כ ע"כ דסובר כר"ל דל"א עדות שבטלה בכל מקום וע"כ סגי בשנים וע"כ פריך מהא דקתני דפנו:

ובזה ניחא הא דלא הביאו הפוסקים דינא דשמואל דהיכי דמכחישתו ל"ת משום דהם סוברים דברי לי היינו ברי שמת ולא דאין לבי נוקפי דזה לא מהני וא"כ מקשה כיון דעדות שבטלה וכו' ורק דלא גרע מפסולין וא"כ גם היא מצטרפין ואמאי סובר ר' מב"י דתצא וע"כ דלא פסקינן כשמואל ושמואל סובר כר"ל דסובר בירושלמי דלא אמרינן עדות שבטלה מקצתה וכן עדים כשרים וע"כ לא מצרפין היא להעדים האומרים מת. ובזה ניחא הא דשמואל לא קאמר דמש"ה באומר יש לי בנים נאמן ליפטור מיבום משום דע"א ביבמה נאמן ולמה תאמר משום דבידו לגרשה ועיין ברמב"ן בב"ת. אך דכיון דע"כ לשמואל עדות שבטלה מקצתה לא בטלה כולה וא"כ אחד אומר מת ואחד נהרג מועיל וא"כ ע"כ שמעינן דל"א מיגו בדדמי דאל"כ אמאי לא נאמנת מת במלחמה במיגו דמת ע"מ דל"ש נהרג אמו מת לא אמרינן ואי ע"א ביבמה נאמן אז ע"כ אמרינן מיגו בדדמי

דאל"כ אמאי היא נאמנת לומר מת בעלי ואח"כ בני דאין לומר במיגו הא הוי מיגו בדדמי דהא כיון דע"א נאמן ע"כ הא דהיא לא נאמנת מת יבמי הוא משום בדדמי וא"כ אמאי נאמנת מת בעלי ואח"כ בני ואין לומר משום מיגו הא הוי מיגו בדדמי וע"כ דאמרינן מיגו בדדמי ושמואל דסובר כר"ל דלא בטלה כולה ע"כ צריכין לומר דל"א מיגו בדדמי וע"כ לא קאמר משום ע"א ביבמה נאמן:

ובזה ניחא קצת הא דהקשו דכיון דלשיטת הרי"ף נפשוט דע"א במלחמה נאמן וע"כ משום דהוי מילתא דע"ל וא"כ אמאי סובר הרי"ף דע"א בקטטה לא נפשוט והא בסוגיא איתא דאי הטעם משום מדע"ל גם בקטטה נאמן. אך נראה דאי בעינן גם לטעמא דמדע"ל דיוקא זוטא עכ"פ א"כ בקטטה דחיישינן למשקרת פשיטא דאפי' דיוקא זוטא ליכא. והנה זה תלוי אי אמרינן מיגו בדדמי דאי אמרינן אז יש לומר דבעינן ד"ז רק הא דהיא אינה נאמנת לומר מת יבמי הגם דע"א נאמן משום דהיא יש לומר דאמרה בדדמי והא דנאמנת מת בעלי ואח"כ בני משום מיגו הגם דהוי מיגו בדדמי משא"כ אי לא אמרינן מיגו בדדמי ע"כ הא דהיא אינה נאמנת לומר מת יבמי משום דמשקרת ולא משום בדדמי ואפ"ה ע"א נאמן ביבמה אע"ג דאי משקרת ליכא אפי' ד"ז וע"כ דלא בעינן דיוקא זוטא וא"כ כיון דאיבעיא אי אמרינן מיגו בדדמי לא נפשוט ממילא לא נפשוט ע"א בקטטה אפי' אי אמרינן טעמא דמדע"ל שמא בעינן דיוקא זוטא והכא ליכא והסוגיא דקאמר דאי משום דמדע"ל נאמן קאי למ"ד דטעמא דקטטה משום בדדמי משא"כ לדידן דקי"ל משום דמשקרת:

וגם יש לומר על קושית מהרש"א הנ"ל דאמאי לא הקשה מת"ק בבאו עדים ואח"כ נשאת דאז יש לומר דכיון דעדות שבטלה מקצתה רק דלא גרע מע"פ וא"כ יש לומר דאיירי בברי ממש שמת ובפסולים מצרפין גם היא וע"כ ל"ת וע"כ הקשה מנ' מב"י דע"כ לא איירי לדידי' בברי ממש דא"כ אפי' באו עדים ואח"כ נשאת אמאי תצא וע"כ דברי רק שאין לבי נוקפי וכ"ש דמצרפין ושפיר קשה וגם יש לומר דמש"ה פירש"י דאין לבו נוקפו דאי ברי ממש יש לה מיגו דמת עכשיו ועיין בתוס' בב"מ ואין לומר דמיגו לא עדיף מעדים והרי כמאה דכיון דנחשב ע"פ מטעם עדות שבטלה ובפסולי עדות אזלינן בתר רוב דיעות וע"כ פי' אין לבי נוקפי. ובזה יש לומר על קושית מהרש"א דעל רבנן לא קשה דיש לומר ברי ממש ואז נאמנת במיגו דמת עכשיו דכיון בפסולי עדות אזלינן בתר רוב דיעות משא"כ בנשאת ואח"כ באו עדים דאז ל"צ דנשאת לאחד מעדים וליכא משום עדות שבטלה מקצתה והן ע"כ ולא מהני מיגו דתרי כמאה:

וניחא קושית הרמב"ן הנ"ל דלאביי לשיטתו דפליג על רבא וסובר דאפי' בעדות אבה אמרינן עדות שבטלה וכו' א"כ אי אפשר לאוקמא בב"א ונשאת לעד דאז דכיון דבטל העדות שאומר מת לאחרים דאז תצא ה"ה אי נשאת לעד תצא משא"כ לדידן דקי"ל כרבא דפ"ד בעדות נשים ע"כ לא תצא. ועיין בשו"ת מאיר נתיבים דכתב וז"ל דמאחר דלדעת רש"י דהיכי דמהימן העד מדאורייתא אפי' בב"א דלא התירוהו ע"פ כרי הוא כשנים כגון בסוטה ולא בעינן התירוהו דוקא אלא היכי דהעד מדאורייתא לא נאמן אף אנו נאמר דהא דאמרינן דהיכי דלא מהימן העד מדאורייתא בעינן התירוהו היינו היכי דאתי העד לאפוקה מאיסורו דאורייתא משא"כ אם האשה כבר יצאה מאיסור דאורייתא ואינה אסורה רק מדרבנן אז ע"א הגם שנאמן רק מדרבנן חשוב כשנים אפי' בב"א לאפוקה מאיסור דרבנן ודמי להיכא שנאמן מהתורה דחשוב כשנים לעולם וע"ש. וניחא הא דנסתפק במשנה למלך באם נודע לנו באחד שנפל למים שאל"ס דכבר יצא מחשש איסור תורה רק איסורא דרבנן איכא אי נאמנים הני נשים להעיד במילתא דרבנן ותמהו דא"כ מהא דקאמר בש"ס יבמות דף קי"ז אהך משנה דאחת אומרת מת ואחת אומרת דלא מת טעמא דאמרו לא מת הא אישתיקא תנשא הא אין צרה מעידה לחברתה וקשה הא נ"מ באופן כזה שכבר יצאת מאיסור תורה דנאמנת צרתה עלי' ועיין בס' יש"י. ונראה דאין ראיה דהא בגמ' וליפלוג ר"מ ברישא ומשני ר"י בהא ר"מ מודה דכל לא מת בעדות אשה לאו הכחשה היא ופי' תוס' דהכי קאמר דכל לא מת אפי' בב"א ובצרות דוקא לא הוי הכחשה אבל בעד ועד בב"א לא תנשא וע"ש ואי איירי היכי דיצאת מאיסור דאורייתא אז אפי' בעלמא תנשא אפי' בב"א דדמי להיכי שנאמן מהתורה אלא ודאי דלא איירי היכי דיצאת מאיסור תורה:

ולפ"ז אין ראיה דהיכי דבאו בב"א ונשאת לעד דל"ת מדלא קתני במתני' עד אומר מת ועד אומר לא מת דתצא ולא קתני רק דל"ת אלא ודאי דמש"ה לא קתני תצא משום דאי נשאת לעד ל"ת ועיין בה"ה דיש לומר דאיירי היכי דיצאת מאיסור תורה ואז לא תצא אפי' אי הי' בב"א ולעולם דבעלמא אפי' אי נשאת לעד תצא:

אך זה אי בסוטה דנאמן מדאורייתא חשוב כשנים אפי' בב"א. אך לר"ח דסובר דהיכי דעד אומר נטמאת ועד אומר לא נטמאת היתה שותה אלמא דסובר דאפי' בסוטה בעינן זא"ז א"כ פשיטא דאפי' היכי דיצאת מאיסור תורה בעינן זא"ז. ולפ"ז לפי מה דאיתא ברא"ש ב"מ להקשות על קו"ח דר"ח מפי' וע"א דמה פי' וע"א שאין אחר יכול להכחישו אי עד המסייע אינו פוטר משבועה וע"ש דכיון דהשבועה ע"י ע"א וע"כ כי אתי אחר ומכחישו חשוב ע"א בהכחשה ואע"ג דחשוב כשנים זה בזא"ז ולא בב"א ואמרנו מכבר אע"ג דע"א

לשבועה הוא נאמן מדאורייתא. אך ר"ח לשיטתו דסובר דאפי' היכי דמדאורייתא נאמן בעינן זא"ז. ובזה ניחא דהרמב"ם הביא דינא דר"ח בשם הגאונים משום לדידן דקי"ל דאפי' בב"א חשוב כשנים איכא פירכא לקו"ח וא"כ ר"י דפליג בירושלמי על ר"ח קמייתא ע"כ משום דסובר דהיכי דמדאורייתא נאמן חשוב כשנים אפי' בב"א ואיכא פירכא על קו"ח וממילא לר"י היכא דיצאת מאיסור דאורייתא מועיל אפי' בב"א וא"כ אין ראיה דנשאת לעד אפי' בב"א ל"ת מדלא קתני במתני' דאי נשאת תצא דנ"מ היכא דיצאת מאיסור תורה וע"כ ניחא קושית הרמב"ן הנ"ל הא דלא מתרץ אביי דברי ר"י אפי' בב"א ונשאת לעד משום דלר"י לשיטתו אין ראיה דל"ת באופן זה והא דלא קתני במתני' עד אומר מת ועד אומר לא מת דתצא נ"מ היכי דיצאת מאיסור תורה:

אך לפי התשובה הנ"ל מאי הקשה הר"ן בכתובות דף כ"ג על תירוץ דר"פ והא הוי ע"א בהכחשה ואיך חברתה משתרי אפומא דעד והוצרך לתרץ שבא העד קודם והתירוה ות"ל הא שבויה היא רק מדרבנן ולא בעינן התירוה:

והנה על הא דאיתא ביבמות דף הנ"ל ואי בעית אימא כל היכא דאתא ע"א כשר מעיקרא אפי' מאה נשים כע"א דמינן אלא כגון דאתאי אשה מעיקרא וכו' אבל שתי נשים באיש אחד כפלגא ופלגא ועיין ברמב"ם ובמ"מ שהרבה הסוברים שהפי' כפו"פ דמי כשני כתי עדים המכחישות זו את זו ואע"פ שהתירוהו לינשא תצא מהיתרה הראשון אבל אם נשאת לאחד מעידים ואומרת ברי לי ל"ת. אך לפי שיטת הרמב"ן דסובר דאפי' נשאת לעד תצא בבאו בב"א ע"כ הוא מפרש כפירש"י דנפק"מ דאי כבר התירוהו ל"ת מהיתרא וע"ש בלח"מ. אך להסוברים דאפי' בב"א אי נשאת לעד ל"ת אז אמרינן דהיכא דאתי עד מעיקרא ואח"כ אפי' מאה נשים דתצא מהיתרה והקשה בלח"מ דא"כ אמאי נייד בגמ' מהך אוקמתא ואוקי מתני' כגון דאתיא אשה מעיקרא אפי' דאתא ע"א מעיקרא שפיר קאמר מתני' תצא מהיתרה הראשון דבהיתרה הראשון היתה יכולה לינשא לאחר וע"ז קאמר דתצא מהיתרה הראשון דהא ברישא עד אומר מת ונשאת מסיק דלא נשאת ממש רק התירוה ובא ע"א ואמר לא מת ל"ת מהיתרה וע"ז קאמר בסיפא דאי באו שני נשים ואמרו לא מת דתצא מהיתרה אבל אי ניסת לעד ל"ת וכן תקשה בריש האשה רבה על הא דקאמר שמואל ל"ש אלא שלא מכחישתו וכו' ובמסקנא אמרו ג"כ דאיירי דאתאי אשה מעיקרא ואמאי צריך לזה לוקמא בע"א ומאי דקאמר מתני' דתצא היכי דלא נשאת לעד וע"ש:

והנה על קושיא הראשונה יש לומר בפשיטות דהא אי אמרינן דאפי' בב"א אי נשאת לעד ל"ת א"כ גם ברישא הא דקאמר לא תצא אינו מהיתרה הראשון ובזא"ז רק איירי

בב"א ונשאת לעד וע"כ קתני ונשאת דוקא כיון דאיירי בב"א כמו שפי' הירושלמי הנ"ל וא"כ אי בסיפא איירי דאתיא ע"כ מעיקרא תקשה אמאי תצא בנשאת לעד דאין לומר דתצא מהיתרה כמו ברישא דל"ת היינו מהיתרה דליתא דאי נאמר דאי נשאת ל"ת דדמי לתרי ותרי א"כ ברישא ל"ת בנשאת לעד ואיירי בב"א והא דבעינן נשאת קודם שבא עד השני דאתיא כר' מב"י כפי הירושלמי:

והנה לפ"ז יהי' כשיטת הרמב"ם דבחד וחד ל"ת בנשאת לעד מדקאמר דהוי פו"פ דאין לומר דנ"מ אי התירוה ל"ת מהיתרא דליתא דבזה לא מהני התירוה. ועיין בתשובות ת"ר דכתב הטעם דלא מהני התירוה ואע"ג דבסוטה סובר הרמב"ם דע"א אומר נטמאת ונשים אמרו לא נטמאת הר"ז שותה מבואר דבזא"ז לא היתה שותה ומהני הגדת הע"א שבא ראשון וצריך לומר דבעד סוטה דנאמן מה"ת מהני כשבא ראשון משא"כ בעדות מיתה דאינו נאמן רק מדרבנן מש"ה לא מהני מה שהתירוה מקודם וע"ש:

ולפ"ז כיון דלאביי ע"א במיתה נאמן מהתורה א"כ מהני ג"כ היכי שהתירוה קודם ע"י ע"כ ואח"כ באו פסולים להכחישו דל"ת מהיתרה וע"ז קאמר דהוי פו"פ אבל לעולם יש לומר דבחד וחד וב"א לא מהני אפי' נשאת לעד:

ולפ"ז לא קשה קושית הרמב"ן דלא מוקי בבאו בב"א ונשאת לעד דל"ת דלאביי אין ראיה מהא דקאמר דהוי פו"פ דאי נשאת לעד ל"ת דיש לומר דנ"מ דלא תצא מהיתרה דכיון לדידי' ע"א נאמן מהתורה. אך לדידן דע"א במיתה רק מדרבנן ותצא מהיתרה ע"כ הא דקאמר דחשוב פו"פ לענין דאי נשאת לעד דל"ת וע"כ הוכיח הרמב"ם דדמי חד וחד כמו תרי ותרי דמהני נשאת לעד אפי' בב"א:

והנה לפי מה שמסיק בתשובה שם דעיקר החילוק דע"א במיתה אע"ג דכבר הותרה ע"פ ב"ד מ"מ ל"ש לומר דכבר חל עדותו דהא דהותרה משום דהיא דייקא וא"כ כל זמן שלא נשאת ולא נתברר שדייקא לא הוי גמר נאמנות העד ונהי היכי שבא אח"כ אחד והכחישו ל"ת מהיתרא מ"מ נגד שני עדים אפי' הן פסולים לא חשבינן גמר דבר וזה ל"ש בסוטה וע"ש. והנה כבר אמרנו דאי כר"ש דבשני עדים מותרת לחזור ע"כ טעמא דע"א משום דייקא משא"כ לדידן דאפי' בשני עדים אסורה לחזור אז יש לומר דאפי' ע"א לא הוי טעמא משום דייקא:

וניחא בזה הא דהקשה על שיטת הרמב"ן דסובר דתצא מה דפריך הגמ' ביבמות דף פ"ח מסא דקתני דפנו וקשה דילמא איירי בחד וחד ונשאת לעד וע"כ תצא ופשיטא לא הוי. אך כיון דקושית הגמ' קאי לרב ורב הא סובר כר"ש וא"כ לדידי' הא דקאמר פו"פ ע"כ דאי נשאת לעד דל"ת דאין לומר דל"ת מהיתרה דכיון דלרב דסובר כר"ש ע"כ טעמא

דע"א משום דייקא משא"כ לדידן דלא קי"ל כר"ש ויש לומר טעמא דע"א אינו משום דייקא ואז יש לפרש פו"פ דל"ת מהיתרה אבל אי נשאת לעד תצא. ועיין בלח"מ שם דתמה דכיון דחזינן דבגירושין שלא האמינוהו רבנן כשנים וע"כ תצא ואפי' נשאת לעד שאומר נתגרשה תצא רק במיתה משום דהאמינוהו כשנים וע"כ ל"ת וא"כ בב"א דאז לא האמינוהו כשנים דמי לגירושין דאפי' אי נשאת לעד דתצא וכתב דכיון דבזא"ז האמינוהו כשנים כדי שתנשא לאחר א"כ נאמר ג"כ בב"א האמינוהו רבנן להא מילתא בלבד דהיכי דנשאת לעד ל"ת וע"ש. ולפ"ז הכא כיון דלא האמינוהו לעד אפי' בזא"ז היכא שבאו שני פסולים להכחישו וא"כ גם בנשאת לעד אמאי ל"ת. ובזה יש לומר דאביי באמת איירי בב"א ונשאת לעד והא דצריך לומר כדעולא היינו דכיון דבזא"ז חשוב כשנים אפי' בנשאת לאחר וע"כ אפי' בב"א ונשאת ל"ת בנשאת לעד ולא קשה קושית הרמב"ן הנ"ל וניחא דל"ת לכתחלה משום דאיירי בב"א אבל זה אחר זה מודה אביי דתנשא לכתחלה ולא קשה קושית תוס' מההיא דיבמות דקאמר ל"ת מהיתרא ומשמע דתנשא לכתחלה דבזא"ז לכ"ע תנשא לכתחלה וניחא קושית תוס' דמתני' הוא ומה אשמעינן ר"י דליתא דר"י איירי בב"א ומתני' איירי בזא"ז ור"י אתא לאשמעינן דכיון דזא"ז ל"ת מהיתרה ותנשא לאחר ע"כ עכ"פ בב"א מהני נשאת לאחד מעדים דל"ת:

ועיין ביבמות דף פ"ט דסובר ר"ה דמש"ה בעי גט משני גזירה שמא יאמרו גירש זה ונשא זה ונמצאת א"א יוצאה בלא גט וכו' עד אלא סיפא אמרה קידושי טעות הוי רישא נמי אמרי נישואי טעות הוי קנסוהו רבנן סיפא נמי ליקנסוה רישא דעבדא איסורא קנסוה סיפא דלא עבדא איסורא לא קנסוה רבנן. והנה הרמב"ם כתב הטעם דנתקדשה מותרת לחזור משום דיאמרו תנאי היה והקשה בלח"מ דהא בגמ' דחי טעם זה משום דרישא נמי יאמרו נישואי טעות הוו. והנה לפי מה דאיתא בתוס' שם ד"ה אמרי וכו' דפי' רש"י קידושי טעות כגון ע"מ שאני כהן ונמצא לוי וקשה דא"כ היכי פריך רישא נמי נישואי טעות הא אין תנאי בנישואין. והנה לפי מה דאיתא בס' בני אהובה וז"ל דמתוס' כתובות דף ע"ג נראה מדכתבו ולא עביד תנאי לסתור הקידושין אלא משום כתובה ומשמע דהיכי דפי' תנאו לסתור ולעקור הקידושין הוי תנאו אם מתנה בשעת בעילה איברא דהש"ג כתב והביא הב"ש דאפי' מתנה בפירוש בשעת בעילה לא מהני דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ולכן אפשר לומר דלעיל למילתא דאביי דס"ל דאפי' בבעל פליג שמואל ואמר דאינן קידושין א"כ פלוגתא רחוקה לא משוינן ע"כ אמרינן דלרב עכ"פ בבעל ע"ת בפירוש לעקור הקידושין לא הוי קידושין משא"כ לדעת עולא לקמן דבבעל כ"ע מודים וס"ל לשמואל נמי דהוי קידושין אז אפי' התנה בפירוש אמרי' אין אדם בועל ב"ז וע"ש:

ולפ"ז יש לומר דהסוגי' קאי לאביי ושפיר פריך רישא נמי אמרי נישואי טעות ואע"ג דאין תנאי בנישואין יש לומר דבעל ע"ת בפירוש לעקור הקידושין דאז ל"צ גט וע"כ מסיק הגמ' משום קנס משא"כ לדידן דקי"ל כעולא וא"כ אפי' מתנה בפירוש בשעת בעילה צריכה גט יש לומר שפיר דנתקדשה משום דיאמרו דתנאי הוי משא"כ ברישא מנישואין דל"ש תנאי דאין תנאי בנישואין ואפי' התנה בפירוש לא מועיל. והנה בס' נתיבות לשבת דכתב דאי הטעם משום שמא יאמרו גירש זה א"כ היכא דניסת לכהן ול"ש חשש זה לא היתה צריכה גט. ולפ"ז בע"א במיתה לא היתה מותרת לכהן כיון דליכא חומר בסופה וע"ש. ולכאורה ראיה לזה מהא דפריך הגמ' ביבמות טעמא דאמרה לא מת הא אישתיקא תנשא הא אין צרה מעידה לחברתה וקשה הא נ"מ לינשא לכהן דמותרת לחזור וליכא קילקול דליכא חששא דשמא יאמרו גירש זה וכו' בכהן אלא ודאי דלכהן אסורה לינשא אפי' אי לא אמרה לא מת:

וניחא בזה הא דהקשו לפי מה שכתבו בתוס' כתובות דף כ"ב דמש"ה לא נאמן העד לומר נתגרשה במיגו דאי בעי שתק דיש לומר דרוצה לפוסלה לכהונה דא"כ למאי צריכין לומר במת דנאמן משום דעולא דחשוב כשנים תי"ל דיש לו מיגו דאי בעי שתק והכא ל"ש דרוצה לפוסלה לכהונה דליתא דגם באומר מת אסורה לכהונה כיון דליכא חומר בסופה דמותרת לחזור דל"ש שמא גירש זה. אך זה אי אמרינן הא דאסורה לחזור הוא משום גזירה וא"כ בכהן ל"ש זה וא"כ ממילא אסורה לכהן דליכא חומר בסופה דהא מותרת לחזור וא"כ ליכא אפי' באומר מת מיגו דאי בעי שתק דיש לומר דרוצה לפוסלה לכהונה משא"כ לטעם הירושלמי דסובר משום קנס אסורה לחזור ולא משום גזירה וא"כ אפי' נשאת לכהן אסורה לחזור וממילא באומר מת מותרת לכהן כיון דאיכא חומר בסופה וממילא בע"א אימר מת ולא איתחזק בא"א רק ע"פ יש לו מיגו דאי בעי שתק:

ובזה ניחא הא דאיתא ביבמות דף קי"ח וליפלוג ר"מ ברישא אמר ר"א במחלוקת שנוי' ור"י ור"ש היא ור"י אמר אפי' תימא ר"מ בהא אפי' ר"מ מודה דכל לא מת בעדות אשה לאו הכחשה היא תמן עד אומר מת ועד אומר לא מת אשה אומרת מת ואשה אומרת לא מת הרי זו ל"ת אלא לר"י קשיא קשיא:

ובירושלמי פסק כר"י דהכחשת צרה לא הוי הכחשה והקשה הא דברי ר"י נשאר בקושיא ואיך פסק כר"י. וע"כ נראה דהא בתוס' שם ד"ה אלא הקשו דמ"ל דאיירי בצרות דילמא בנשים דעלמא איירי וע"כ נראה דהא הקשה דאמאי קתני לא תנשא ולא קתני דתצא ומזה הביאו ראיה דעכ"פ אי נשאת לעד ל"ת. אך יש לומר דאין ראיה דיש לומר דלא יודעין שהיא א"א כי ע"פ דיש לו מיגו דאי בעי שתק ומ"מ לא תנשא לכתחלה משום

לזות דלא עדיף מזה אחר זה וזה שייך בעד אומר מת ועד אומר לא מת דאז יש לומר דלא נתחזקה בא"א רק ע"פ משא"כ באשה אומרת מת ל"ש זה דבא בודאי ידעינן דהיא א"א דע"פ ע"פ לא נתחזקה בא"א ותקשה דאמאי לא קתני דאי ניסת תצא וע"כ דאיירי בצרות וע"כ שפיר הוכיח המקשין דאיירי בצרות. אך אכתי אין ראיה דיש לומר דהיא מודה דהיא א"א ואומרת מת דהשתא אין לה מיגו דהא סוברים דמיגו להכחיש ע"פ לא אמרינן וע"כ יש לאשה האומרת מת מיגו דאי בעי שתקה דאז היא יש לה מיגו דאינה א"א ואכתי מנ"ל דאיירי בצרות אך לפי מה דסוברים דע"כ נאמן מהתורה בלא דייקא משא"כ ע"פ הוא רק משום דייקא ניחא דבעד אומר מת יש לומר דמש"ה לא קתני דתצא דיש לו מיגו דאי בעי שתק דל"ש דרוצה לפוסלה לכהונה כיון דנאמן מהתורה מותרת גם לכהן אלא אשה אומרת מת דעכ"פ אסורה לכהן דליכא דייקא בכהן דליכא חומר בסופה דמותרת לחזור דליכא גזירה שמא יאמרו גירש זה וממילא ליכא מיגו דאי בעי שתק דיש לומר דרוצה לפוסלה לכהונה וא"כ אמאי לא קתני דתצא וע"כ דאיירי בצרות ושפיר הוכיח דאיירי בצרות וקשה לר"י וזה הכל אי משום גזירה וזה ל"ש בכהן משא"כ הירושלמי לשיטתו דסובר משום קנס אסורה לחזור וזה שייך גם בכהן וא"כ מותרת גם לכהן אפי' בע"פ דהוא משום דייקא וא"כ איכא מיגו אפי' באשה ויש לומר דלא איירי בצרות ולא קשה על ר"י וע"כ פסק הירושלמי כר"י דהכחשות צרה לא הוי הכחשה. וע"כ לא קשה דלא מוקי אביי בב"א ונשאת לעד דהא עיקר הראיה דמועיל משום דקתני לא תנשא ולא קתני דתצא וע"כ משום דבניסת לעד ל"ת. אך אין ראיה דגמ' היכי דלא נתחזקה בא"א רק ע"פ דיש לו מיגו דאי בעי שתק. אך תקשה באשה אומרת מת דאז ליכא מיגו דרוצה לפוסלה לכהונה ואין לומר בצרות הא ר"י סובר דהכחשת צרה לא הוי הכחשה וע"כ דמש"ה לא קתני לא תצא דנפקא"מ בניסת לעד ואין לומר דבאשה אומרת מת ל"ש זה דליתא דכבר כתבו ועיין בלח"מ דלאו דוקא אשה רק עיקר הכוונה ע"פ וזה הכל לדידן דקי"ל משום גזירה דקי"ל כעולא ותנאי בנישואין לא מהני אפי' אי אמר בפירוש שהקידושין יהי' בטל לא מועיל ויש לומר משום גזירה ובנתקדשה אמרו דפי' תנאי משא"כ בנישואין אין תנאי וכיון משום גזירה אסורה לינשא לכהן בע"פ דליכא דייקא וממילא ליכא מיגו דיש לומר דרוצה לפוסלה לכהונה וע"כ דאי נשאת לעד ל"ת משא"כ אביי לשיטתו לדידי' ע"כ משום קנס ומותרת גם לכהן ואיכא מיגו ול"ש דאי ניסת לעד ל"ת ויש לומר דתצא וע"כ לא מוקי כן. ובזה יש לומר הא דהרמב"ם לא פסק כאביי דלכתחלה ל"ת דעיקר הראיה דל"ת לכתחלה כיון דחזינן דאפי' איכא מיגו ל"ת לכתחלה משום לזות כיון דאיכא עד המכחיש כש"כ בזא"ז משא"כ הרמב"ם לשיטתו

דמפרש דמש"ה לא קתני דתצא דאיירי בנשאת לעד א"כ אין ראיה דיש לומר הן בזא"ז והן במיגו תנשא לכתחלה וע"כ לא פסק כאבייי:

ובזה אמרתי הא דהרמב"ם פוסק כר"י דב"י הנשואה לכהן שהעידה לה אחת מחמש נשים שמת בעלה מותרת לאכול בתרומה אלמא דלא סמכינן על עדותן כלל והרי היא א"א גמורה והראב"ד פסק כר"ע דאסורה לאכול בתרומה והקשה על הראב"ד. דהא שמואל פוסק דהלכה כר"ט. וע"כ נראה דהנה בס' ע"א מפרש דפלוגתא דר"ט בצע ע"פ מה דאמרינן בירושלמי על הא דאין צרה מעידה לחברתה חשודה היא לקלקל עצמה כדי לקלקל צרתה מעתה אפי' על עצמה לא תהיה נאמנת מתוך בהיא יודעת שלא עשו דברי' כלום אצל חברתה אף היא אומרת מת מעתה אפי' על צרתה תהיה נאמנת א"כ חוזרת לקלקולה הראשון חשודה לקלקל עצמה כדי לקלקל צרתה ונ"ל דר"ע ס"ל כטעם הנ"ל דלהכי מתירין אותה משום דהשתא שיודעת שאין עדותה מועלת לצרה אומרת אמת ומש"ה ס"ל דאסורה צרתה לאכול בתרומה כיון באנו מחזיקים אותה שאומרת אמת רק באנו חוששים שלא להתיר הצרה שא"כ תשקר אבל זה ודאי אין לחוש שתקלקל עצמה באיסור א"א כדי להכשיל צרתה באכילת תרומה א"ו שאומרת אמת ולהכי אסורה צרתה בתרומה אבל ר"ט לא ס"ל כטעם הירושלמי רק ס"ל כדפריך הש"ס ד' ק"ך ואמאי ליחוש דלמא בגיטא אתאי ולקלקולא דצרה היא דמכוונת והיינו טעמא נמי דמתירין אותה להנשא אע"ג שאין מאמינים אותה לגבי חברתה משום דאמרינן היא ודאי לא הקלקלה נפשה ואם תנשא אמרינן שקבלה גט מבעלה וכיון שאין בעדותה כלום לכן צרתה מותרת בתרומה. אך תקשה ממתני' ב' יבמות זו אומרת מת בעלי וכו' זו אסורה מפני בעלה של זו נתייבמו ומתו היבמי' אסורות להנשא ר"א אומר הואיל והותרו ליבמין וכו'. ולכאורה איכא למידק ממתני' כטעמו של הירושלמי דהתם ליכא לומר דמחזקינן לה דבגיטא אתאי דא"כ איך נתייבמה ליבמה הרי היא גרושת אחיו א"ו שאומרת אמת ואמאי אסורה צרתה מפני בעלה של זו א"ו כטעם ירושלמי דמתוך באין דברים מועילים לצרתה אומרת מת ואם כן צרתה אסורה בתרומה כר"ע וע"ש. אך יש לומר דגם התם שייך בגיטא אתאי ע"י גט דהפקיעו הקידושין למפרע כגון דביטלו שלא בפני השליח ובשלמא בסוגיא דרשני דנשאת לכהן לא קשה דילמא היה הגט ע"י דהפקיעו הקידושין דאם כן הוי זונה ואסורה לכהן מה שאין כן לענין יבום ל"ש זה. אך בודאי לא הי' גט כזה דכיון דהוי למפרע ביז ואין אדם עושה ב"ז. אך לשמואל לשיטתו דסובר דבקע"ת וכ"ס ל"צ גט דאלים החזקה דאין אדם בועל ב"ז יש לומר דנתגרשה בגט כזו וע"כ אין ראיה דהלכה כר"ע דסובר טעמא דירושלמי וע"כ פסק שמואל דהלכה כר"ט מה שאין

כן לדידן דקיימא לן כרב דצריך גט דאלים חזקה דאין בועל בעילת זנות ואם כן ל"ש דיגרש בגט כזו וע"כ בטעם הירושלמי. וממילא דהלכה כר"ע דאסורה בתרומה:

ולפי מה שכתבו ועיין בס' יש"י דמש"ה אחד אומר מת ואחד נהרג דבטל העדות הגם דאיכא אחד שאומר מת ועיין בב"ש סי' י"ז אך כיון דהא דע"א נאמן משום דייקא והכא לא דייקא כיון דלדברי שניהם אינו קיים. ובזה ניחא הא דהרי"ף סובר דאפי' בלא אמר קברתיו אם ניסת ל"ת והקשה הא לשיטת ברי"ף איבעיא לא הי' רק בקברתיו ומהראוי להיות תצא אך כיון דעכ"פ לשיטת הרי"ף נפשוט איבעיא ובאומר קברתיו דנאמן משום דמדע"ל לא משקר וכיון דלא אמרינן דטעמא משום דייקא א"כ אפי' בלא אמר קברתיו נאמן, במיגו דמת ע"מ ואין לומר דמת אטו נהרג לא אמרינן הא הטעם דשמא אמר ע"א נהרג ואי טעמא משום דע"ל מהני דעכ"פ איכא אחד שאומר מת:

ועיין בב"ש סי' ה' ס"ק כ"ה וז"ל ואם אחד אומר שנטבע ואחד אומר מת לדברי המחבר מותרת מ"נ ואם נטבע במים שאל"ס לא הוי הכחשה כי י"ל שעלה מהמים ומת שם וע"ש:

ובזה יש לפרש הא דפריך הגמ' דפשיט משני ת"ח שהיו בספינה וכו'. עד ותסברא מים שאין להם סוף נינהו ואשתו אסורה אלא היכי דמי דאמרי אסקינהו קמן וחזנהו לאלתר וקאמר סימנים וכו'. ותמהו מה פריך מים שאין להם סוף דילמא סובר כמאן דאמר דת"ח שרי אפי' מים שאין להם סוף. ונראה דהגמ' הכי פריך דהא קשה מה פשוט הגמ' דלפי מה דס"ד דאין עד כלל על הטביעה אלא הנשים א"כ הו"ל הוחזק' מלרמה א"כ י"ל דמהימנא במיגו דאי בעי אמרה מת סתם וע"כ משום דבשני עדים לא אמרינן מיגו. אך הטעם משום דאינו יודע מה שבלב חבירו וע"ז פריך ותסברא דהא מים שאין להם סוף אשתו אסורה והטעם כי שמא עלה מהמים וממילא ל"ש דאין אחד יודע מה שבלב חבירו דהא אפי' אם אחד אומר מת וע"א אומר שנטבע לא הוי הכחשה שמא עלה ומת וע"כ כגון דאמרו אסקינהו קמן וא"כ ממילא אין לפשוט דיש לומר דקאמרי סימנים דלא עליהו סמכינן. ועל קושית תוס' הנ"ל דעד יש לו מיגו דאי בעי שתק יש לומר דמש"ה לא נאמן משום דאי גירשה קלא הוי לה דמה"ט בעל שאמר גרשתי אינו נאמן הגם דבידו לגרשה. אך תקשה דא"כ בעד אומר מת דל"ש זה בלא"ה נאמן במיגו ול"צ לדעולא וע"כ צ"ל דאפי' אי שתק מה בכך מ"מ היא יודעת דהיא מא"א וניחא ג"כ קושית הרמב"ן דאמאי לא מוקי בב"א וניסת לעד ואומרת ברי דא"כ יש להעד מיגו וגם היא תאמר כן ואמאי ל"ת לכתחלה. ובאמת אי אמרינן דהיכי דמדאורייתא נאמן אפי' בב"א חשוב כשנים וא"כ נירא הא דקתני עד אומר מת ועד אומר לא מת לא תנשא ולא

קתני תצא וניחא הא דדייק דאשה אומרת מת איירי בצרות דהתם לכ"ע הנאמנות רק מדרבנן ובעינן זא"ז ולא קתני תצא וע"כ דאיירי בצרות וניחא קושית תוס' הנ"ל ודוק:

גם נראה על קושית הרמב"ן הנ"ל דהא הקשה על שיטת הרמב"ן דא"כ הא דפריך רבא על רב מהא דקתני דפנו ופי' רש"י דבע"א לא מצי איירי דא"כ תקשה פשיטא דאין דבריו של אחד במקום שנים ולשיטת הרמב"ן דילמא בע"א ובא ע"א והכחישו והיא ניסת לעד ואומרת ברי לי ואשמעינן דתצא דפשיטא ליכא דה"א כשיטת הרמב"ם דסובר דל"ת אפי' בב"א:

ונראה דהנה באה"ע סי' י"ז איתא בא ע"א ואמר מת והתירוה לינשא ואח"כ באו שנים ואמרו לא מת תצא לדברי הכל ואיתא ברמ"א ודוקא דהיא שותקת אבל אם היא אומרת ברי במת חשוב כתרי ותרי אם העדים הם נשים ואיתא בקונטרוס עגונות למהר"ח שבתאי וז"ל דלכאורה מוכח מזה דהרמב"ם סובר כשיטת רש"י דמפרש ברי שאין לבי נוקפי דאילו לשיטת הר"ן שאומרת ברי שמת אז מצטרפת עם העד שאמר מת ואיכא רוב דיעות שאומרים שמת ושרי' אפי' לא נשאת להעד וא"כ לא משכחת דינא דהרמב"ם בעד אומר מת ועד אומר לא מת ובאו בב"א דל"ת אי נשאת לעד ואומרת ברי דכיון דאומרת ברי שמת ודאי מצטרפת עם עד האומר מת ואיכא רוב דיעות וא"כ שרי' לבעלה אפי' אי לא נשאת לעד ואח"כ מסיק שם דאפי' אי אומרת ברי שמת לא חשוב משום זה רוב דיעות לבטל בעד שאומר לא מת דכי היכי דאמרינן דתרי נשים לגבי ע"כ דחשוב פו"פ וה"ה ע"א ואשה לגבי ע"א חשוב פו"פ וכתבו דזה דווקא ללישנא בתרא אבל ללישנא קמא וסמכינן על שני נשים אפי' לנגד עד כשר א"כ כש"כ דמצרפין האשה לע"כ ואפי' לא נשאת לעד ואפי' לכתחלה תנשא כיון דאפי' ש"פ הולכין אחר רוב דיעות נגד ע"כ כש"כ בזה:

והנה שיטת הרמב"ם דאשה אומרת מת ואח"כ בא ע"כ ואמר לא מת אפי' אי נשאת תצא והקשה מהא דאיתא בירושלמי בשם רב דהאשה מכחשת את האיש ועיין במ"מ דכתב דהרמב"ם כלישנא בתרא דשני נשים כע"א דמי דכיון שהורע כח נשים לגבי ע"כ כמו כן הורע כח האשה לגבי ע"כ. והירושלמי סובר כלישנא קמא דאמר עשו שתי נשים באיש אחד כשני אנשים באיש אחד וה"ה לאשה ועד שהולכין אחר הראשון וע"ש ולפי"ז כיון דרב סובר ע"כ כלישנא קמא ואליבא דלישנא קמא מצטרפת האשה לע"כ וע"כ לא קשה דילמא הא דקתני דופנו בעד לגבי עד ונשאת לעד ואומרת ברי דאליבא דרב היא מצטרפת להעד ואמאי תצא ואפי' לכתחלה תנשא ואפי' לאחר. ובזה ניחא הא דמקשה על רב דווקא ולא על הברייתא דשנים אומרים מת דאז יש לאוקמי בחד וחד

דלשיטת הרמב"ן תצא ואפי' אומרת ברי וע"כ מקשה רק על רב לשיטתו דלדידי' יהי' מצטרפת לע"כ:

ולפ"ז יש לומר דאביי סובר כלישנא קמא ובפרט דמתרץ דברי ר"י ור"י הוא כירושלמי וא"כ אי אפשר לומר בב"א ונשאת לעד ואומרת ברי דא"כ אפי' לכתחלה תנשא דהיא מצטרפת וע"כ דלא איירי באומרת ברי וא"כ ע"כ איירי בזא"ז משא"כ לדידן דקיי"ל כלישנא בתרא אז אפי' באומרת ברי לכתחלה ל"ת דליכא רוב דיעות:

גם נראה דהנה על מה שתירצו בתוס' דמש"ה לא נאמן העד במיגו דיש לומר דרוצה לפוסלה מכהונה והקשו דאי איירי דהיא ג"כ אומרת שנתגרשה אסורה לכהונה ע"פ דיבור' ואי דהיא אומרת דלא נתקדשה א"כ אפי' אי איכא שנים דנתגרשה לא הי' מועיל דבזה שאמרה לא נתקדשה מוכחשת מהעדים והעדים שאומרים נתגרשה לא מועיל כיון דהיא אמרה דלא נתקדשה ממילא לא נתגרשה ודמי להא דאיתא בשבועות דאתו סהדי דאוזפי' ופרע דאמר רבא כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי ולכאורה נראה דהא אביי לשיטתו פליג שם על רבא וע"ש בתוס' וע"כ שפיר מתרץ אביי. ובזה ניחא הסוברים כאביי דלכתחלה ל"ת משום לזות ותמהו כיון דרבא תירץ תי' אחר ע"כ משום דל"ס כאביי ואפי' לכתחלה תנשא. אך יש לומר דגם רבא מודה לאביי אך לשיטתו א"א לתרץ כאביי דא"כ קשה קושיא הנ"ל:

אך המחברים תירצו ועיין בס' דו"ח דאיירי דהיא א"י אי נתגרשה וע"ש וא"כ ניחא קושיא הנ"ל דאי איירי בב"א ונשאת לעד ואומרת ברי א"כ תקשה סיפא בנתגרשה כיון דאומרת ברי יש לעד מיגו ואין לומר דדעתו לפוסלה לכהונה הא נפסלה ע"פ דיבור' וע"כ דאומרת שמא א"כ גם במת תצא בב"א וע"כ איירי בזא"ז ובשמא רק כדעולא דחשוב כשנים:

גם לפי מה שכתבו דעיקר הוכחה של הרמב"ם מהא דאיתא לקמן אני טהורה וחברתי טמאה ואמר לה ע"א את טמאה וחברתך טהורה דחברתה משתרי אפומא דע"א וקשה דהא הוי ע"א בהכחשה וע"כ דאיירי בנשואה והבעל אומר ברי שטהורה ואע"ג דאינו נאמן מ"מ מהני הברי שאין לבו נוקפו וספק ולהכי ל"ת דמשתרי' ע"י ע"א הגם דהוי ע"א בהכחשה וע"כ שמעינן דאפי' בב"א בנשאת לעד והיא אומרת ברי ל"ת אע"ג דהוי ע"א בהכחשה אך כתבו דאי אמרינן דהיכי דעד נאמן מדאורייתא אז אפי' בב"א חשוב כשנים א"כ מכש"כ שבוי' דאסורה רק מדרבנן דמי להיכי דנאמן מדאורייתא ואז אפי' בב"א נאמן משא"כ היכי דאינו נאמן רק מדרבנן ובעינן זא"ז אז כי הוי בב"א אפי' נשאת לעד ואומרת ברי לא מהני. ולפ"ז למ"ד דאפי' בסוטה דנאמן מדאורייתא בעינן זא"ז א"כ ע"כ הא דבשבוי' מישתרי אפומא דע"א הגם דהוי ע"א בהכחשה ע"כ משום דבעל אומר

וגם היא אומרת ברי וכבר אמרנו דר"י דחולק על ר"ח קמייתא משום דסובר דהיכי דמדאורייתא נאמן אפי' בב"א חשוב כשנים. אך ר"ח לשיטתו דסובר דאפי' בסוטה בעינן זא"ז וכיון דאביי מתרץ דברי ר"י ואליבא דר"י אין ראיה מסוטה דמהני ברי דיש לומר כיון דשבוי' רק מדרבנן דמי להיכי דמדאורייתא נאמן דחשוב כשנים אפי' בב"א וע"כ לא מתרץ בב"א ונשאת לעד ואומרת ברי משא"כ הרמב"ם סובר דאפי' היכי דמדאורייתא נאמן ל"ח כשנים וא"כ ע"כ ראיה משבויה דמהני ע"א בהכחשה בנשאת לעד ואומרת ברי ועיין בס' ב"ש סימן י"ז דכתב דאפי' אי אמרינן דלא כשיטת הרמב"ם דהיכי דהתירוה ע"י אשה ובא ע"א ומכחיש דל"ת מהיתרה מ"מ היכא דהתירוה ע"י עצמה אז לכ"ע ע"כ יכול להכחיש והקשה בס' ש"ש דא"כ תקשה הא דאמר ר"פ באמר לדידה דפטור והא היא אינה נאמנת אפי' אי מיירי שכבר התירוה ואין לומר דאיירי שהעד הוא ע"פ דא"כ אפי' בלא אמר לדידה אמאי חייב והגם דאיירי דהוא פסול דרבנן דכשר לעדות אשה משום דבעינן והוא עד כיון דבעלמא פסול דאל"כ תקשה מתני' דקתני דשה"ע אינו נוהג בנשים וקשה הא משכחת בעדות אשה דמועיל העדות וע"כ דל"ח והוא עד וע"ש:

אך לפי מה דסובר ר"פ לעיל דמשביע לעדי משב"ק דחייבין קרבן שבועה משום דמדאורייתא חזי והקשה הרשב"א, דמ"מ אין תועלת בעדותן וכתבו דנפק"מ להעיד בעדות אשה שמת דגזלן דרבנן כשר לעדות אשה ואיכא תועלת והוא עד קרינן כיון דמדאורייתא חזי וא"כ משכחת דינא דר"פ דעד הוא גזלן דרבנן דחייב קרבן שבועה לר"פ לשיטתו ומ"מ באמר לדי' דפטור דלא יכול להכחיש אחר שהתירוה כיון דהוא ע"פ הגם דפסול רק מדרבנן וע"כ ניחא דהרמב"ם השמיט באמר לדידה דפטור דהא קיי"ל דלא כר"פ ואפי' עדים פסולי' מדבריהם והשביע שיעידו לעדות אשה דאיכא תועלת מ"מ לא קרינן והוא עד הגם דמדאורייתא חזי וע"ש בסוגיא וע"כ דאיירי דע"כ וא"כ אפי' באמר לדי' דהוא יכול להכחישה אפי' לאחר שהתירוה ודוק:

גם נראה הא דרמב"ם פסק דלא כאביי וזא"ז תנשא לכתחלה ול"ח ללזות דהא התוס' הקשו דהא ביבמות פריך טעמא דנשאת הא לא נשאת לא והא אמר עולא כל מקום וכו' ומסיק דל"ת מהיתרה הראשון ומשמע דתנשא לכתחלה וע"ש. וע"כ נראה דהנה הב"ש הוכיח דבע"א צריך התרת ב"ד דוקא דאל"כ מה פריך הגמרא מדעולא דילמא דלא התירוה ב"ד וע"כ קתני דוקא ע"א אומר ונשאת קודם שבא העד ואמר לא מת דאי לא נשאת ובא ע"א ואמר לא מת אז הגם דנשאת אח"כ תצא ולעולם דאי התירוה קודם אפי' לא נשאת קודם שבא עד ואמר לא מת ל"ת מהיתרה והוכיחו מזה ב"ד דצריכין ב"ד וע"כ דנשאת ע"י התרת ב"ד וע"כ פריך למה קתני נשאת דוקא. והנה בתשובה איתא דמש"ה

בעינן התרת ב"ד כיון דמדינא אינו נאמן העד בדבר שבערוה רק מדרבנן וע"כ דהפקיעו לקידושין ועיין ברש"י בשבת וא"כ לאביי דסובר דאפי' בדבר שבערוה נאמן ע"א ול"צ להתרת ב"ד ולא קשה קושית הגמ' דיש לומר דהא דקתני נשאת מיירי בלא היתר ב"ד ויש לומר שפיר דבלא נשאת רק התירוה לכתחלה ל"ת משא"כ לדידן דע"כ צריכין לתירוץ דל"ת מהיתרא ומשמע דתנשא לכתחלה וע"כ הוכיח הרמב"ם דלא כאביי. ובזה ניחא הא דהקשו הא דקיי"ל דבעל שאמר גרשתי דלמפרע אינו נאמן דע"ז אין בידו לגרשה השתא שיהי' מגורשת למפרע וקשה הא בידו ליתן גט ע"י דהפקיעו הקידושין כגון דיבטל שלא בפני השליח דאז הפקיעו הקידושין למפרע אך לפי מה שהוכיחו דל"צ ב"ד בגט דאל"כ מה בידו לגרשה איכא דילמא לא איתרמי ב"ד כדאיתא בקידושין פ' ג' דלא הוי בידו לגייר כיון דצריך שלשה מי יימר וכו'. וע"כ דל"צ ב"ד וא"כ באופן דיתן גט ע"י דהפקיעו הקידושין דאז בודאי צריכין ב"ד וממילא ל"ח בידו:

ובאמת אמרתי לפי מה שהוכיחו דצריך ב"ד בגט דאל"כ אמאי קיי"ל דבעל שאומר גרשתי דאינו נאמן אפי' על להבא וכתבו בתוס' ב"ת הטעם משום דאי גירשה הי' קול שגירשה וע"כ משום דצריכין ב"ד וע"כ איכא קלא אי גירשה והטעם כתבו דמש"ה צריך ב"ד משום דחשוב דין כיון דגובה הכתובה ע"י הגט:

ובזה ניחא קושית תוס' שם דמה אשמעינן דאינו נאמן על למפרע פשיטא דאל"כ אמאי תיקנו זמן בגט שלא יחפה על ב"א אכתי יכול לחפות שיאמר גרשתי למפרע וע"ש וע"כ דצריכין להבין מהיכי תיתי יהי' נאמן על למפרע כיון דאי גירשה קלא הי' ובשלמא להבא נאמן משום דבידו לגרשה משא"כ על למפרע איכא חזקה דלא גירשה משום דליכא קלא ובידו ליכא וע"כ דה"א דל"צ ב"ד דל"ח דין הגם דאיכא כתובה למישקל והנה אי ל"ח דין ממילא דצריך דו"ח בעדות נשים דהא הטעם דל"צ דו"ח משום דאיכא כתובה למישקל חשוב ממון וכיון דל"צ ב"ד וע"כ משום דל"ח דין ממילא בעינן דו"ח והנה הראשונים הקשו דאמאי לא קאמר דתיקנו זמן כדי שיהי' עדות שיכול להזימו ותירצו דהא אין בודקין ע"ז בדו"ח וא"כ אי תאמר דגם למפרע נאמן ע"כ תאמר דל"צ ב"ד ול"ח דין משום הכתובה וממילא בעינן דו"ח וא"כ לא קשה מפני מה תיקנו זמן שלא יחפה על ב"א דאכתי יכול לחפות דליתא דהשתא יש לומר דתיקנו זמן משום עדות שיכול להזימה. ובזה אמרתי על קושית מהרש"א ב"ת דאמאי הקשו בתוס' מנשאת ואח"כ באו עדים דהא על ת"ק קשה יותר דיש לומר בבאו עדים ואח"כ נשאת לא קשה דיש לומר דדייקא שמא יוזמו העדים ואע"ג דאין בודקין ע"נ בדו"ח הא הטעם כיון דאיכא כתובה למישקל זה אינו דכיון דלכתחלה ל"ת ליכא כתובה דלא קרינן לכשתנשא לאחר כמו

במים שאל"ס דלא נוטלת הכתובה משום דלא קרינן לכשתנשא הגם דאי ניסת ל"ת ומש"ה הקשה מנשאת ואח"כ באו עדים דאז לכתחלה תנשא דאכתי לא הי' המכחישין ונוטלת הכתובה ולא בעינן דו"ח וא"כ ל"ש דדייקא שמא יוזמו העדים ודוק:

והנה לענין ע"א ביבמה אי נאמן שיטת הרא"ש דאינו נאמן דהא בגמ' דחי הפשיטות ממתני' דלעולם דאיירי בתרי רק דאיירי בהזמה וע"כ תמה על הרי"ף דסובר דע"א ביבמה נאמן כיון דפשיט הגמ' ממתני' דנאמן והא בגמ' דחי לה דאיירי בהזמה. אך תמהו דלפי דבריו גם הא דפשיט דע"א נאמן להעיד שתתייבם במת בני ואח"כ מת בעלי ממתני' ג"כ ודחה דשפיר יש לומר דע"א אינו נאמן ואיירי בתרי ובעדי הזמה וע"כ קשה על הרא"ש דפסק באומר מת בנה ואח"כ בעלה דנאמן וקשה כיון דהרא"ש סובר דהא דמשני בעדי הזמה לאו דחויה היא א"כ אין ראיה דמת בנה ואח"כ בעלה דנאמן הא יש לאוקמי ג"כ בעדי הזמה. והנה בס' יש"י כתב הא דלא משני הש"ס גם ברישא דאיירי בעד הזמה משום דהא הרמב"ם סובר דאם העידו שנים שפלוני הרג את פלוני ואח"ז באו שנים ואמרו שהעדים היו עמהם וגם ראו שפלוני לא הרג את הנפש אין זו הזמה רק הכחשה דהזמה אינו רק כשאינן באין על עיקר המעשה רק לפסול העדים וכל המעשה יכולה להיות אמת אבל היכי שבאים לבטל המעשה הוי הכחשה הגם שאומרים עמנו הייתם ג"כ. ולפ"ז תקשה כאן דאיירי שאומרים עמנו הייתם ואמרו ג"כ חילוף הי' הדברים וזה הוי הכחשה ומגרע כח הזמה. ואמנם הדבר פשוט דברי הרמב"ם אמורים באופן שכבר נתבטל כל עדות המעידין בתחלה ע"י הזמה כמו שבאים העדים הראשונים ואומרים פלוני הרג את פלוני ביום פלוני ואח"ז באו עדים ואמרו אתם הייתם עמנו ביום פלוני הרי כבר נתבטל העדות מכל וכל ולמה להם להעדים אחרונים לומר שגם ההורג היה עמהם וע"כ כוונתם לשלול ענין הדבר שלא נעשה ההריגה כלל והרי זה אינו מגיע לענין העדים הללו רק אף אם יבואו עדים אחרים ויעידו על ההריגה יהיו מוכחשים מפי עדים הללו ואין זה רק הכחשה משא"כ בנידון שלפנינו דאיירי שהעדים הראשונים אמרו מת בעלך ואח"כ מת בנך היינו שבעלה מת ביום ב' לחודש ובנה מת ביום ג' לחדש ובאו שני עדים ואמרו ביום ג' לחודש עמנו הייתם והאמת הוא שמת בנה ביום א' לחודש בזה אילו לא הי' כאן ענין ההכחשה הי' העדות הראשון בחזקתו לענין גוף העדות דהרי אף שלא העידו רק על מיתת בעלה תנשא לשוק שהרי הוחזק שיש לה בן וא"כ כשבאים לבטל שלא יהי' מועיל עדות המעידין על מיתת הבן אח"כ ע"כ צריך ענין הכחשה ג"כ בזה אין הכחשה מבטל הזמה. ואמנם ברישא דעדים הראשונים אמרו מת בנה ואח"כ מת בעלה באופן שתתייבם האשה ובאו העדים אחרים ואמרו עמנו הייתם ביום זה והוסיפו לומר

חילוף היה הדברים דהיינו שמת בעלה ואח"כ בנה א"כ ענין העדות הראשון נתבטל בעת שאמרו העדים עמנו הייתם דעדות הראשון שתתייבם וכיון שאמרו עמנו הייתם ממילא נתבטל עדות הזה והבן בחזקת חי הוא. ומעתה מה שאמרו העדים שמת הבעל תחלה ואח"כ הבן הוא למותר לביטול העדות והוי הכחשה גמורה לשיטת הרמב"ם ולכך לא משני הש"ס בעדי הזמה וע"כ נפשוט בעיין דאף במת בנך ואח"כ בעלך דהעד נאמן ואף לשיטת הרא"ש דהך דמשני הש"ס בעדי הזמה שנויי גמורה היא וע"ש. אך נראה דגם בסיפא אפי' אילו לא היה הכחשה שמת בנה קודם לא היה העדות הראשון בחזקתו לענין גוף העדות דאין לומר דהרי אף שלא העידו רק על מיתת בעלה תנשא לשוק כיון דקיי"ל עד זומם למפרע נפסל א"כ ממילא בטל העדות מה שהעידו על מיתת בעלה קודם ע"י הזמה דביום שאמרו על מיתת הבן עמנו הייתם בטל גם העדות על מיתת הבעל וא"כ ל"צ להכחשה שמת הבן קודם דכיון דבטל העדות על מיתת הבעל אי אפשר שתתייבם והוי הכחשה גמורה וע"כ לדידן דקיי"ל כאביי דלמפרע נפסל א"כ גם בסיפא אי אפשר לאוקמי בעדי הזמה וע"כ סוברים הרי"ף והרמב"ם דע"א נאמן ביבמה להתירה לעלמא והסוגיא דמשני בעדי הזמה ע"כ קאי לרבא דמכאן ולהבא הוא נפסל וע"כ רבא לשיטתו צריך להוכיח דע"א ביבמה נאמן מקו"ח משום דמתני' יש לומר בעדי הזמה לדידי' לשיטתו משא"כ לדידן:

אך העיקר נראה לי הא דלא משני לעיל בעדי הזמה דהא תקשה דכיון דאין בודקין ע"נ בדו"ח א"כ אי אפשר להזים העדים אך כיון דהא דאין בודקין בדו"ח דחשיב ממון משום הכתובה והנה בדין מרומה קיי"ל דאפי' בממון בעינן דו"ח והכא דהי' סגי שיאמרו רק מת בעלך לחוד וממילא תנשא לשוק דאוקמא הבן בחזקת חי וע"כ הא דאמרו דמת הבן אח"כ משום דסברו אי אסהידנא על הבעל לחוד כי שמעה דמת הבן תחקור איזה מת ראשון ולא יוכלו לקלקלה אבל כי אסהידנא אתרווייהו כי שמעה נמי דמת הבן לא תחקור ומקלקלא ועיין בתוס' שם דכתבו כן לענין ע"א ובראי"ש שם ועכ"פ חשוב דין מרומה וצריך דו"ח ושפיר משני דמיירי בעדי הזמה. וזה הכל לר"ע לשיטתו דסיפא אתיא כר"ע לענין אין קידושין תופסין בחייבי לאוין ור"ע סובר דהא דלא בעינן דו"ח דחשוב ממון וממילא היכי דהוא דין מרומה בעי דו"ח משא"כ הרישא דלא אתיא כר"ע ולדידן אין בודקין בדו"ח משום עגונות וע"כ נהי דברישא ל"ש כיון דאיכא כתובה למישקל דהא היכא דאיכא יבם לא נוטלת הכתובה מ"מ ל"צ דו"ח משום עגונות וע"כ לא דחי בעדי הזמה. וזה הכל לסוגיא דהכא דמוקי כר"ע אבל לפי הסוגיא דגיטין דאתיא גם לרבנן משום דמדרבנן הוי ממזר אפי' לרבנן וא"כ א"א לומר דאיירי בהזמה דהא אין בודקין

משים עגונות וע"כ דאיירי בע"א וע"כ פסקי הרי"ף נכונים דע"א ביבמה נאמן. וניחא הרמב"ם דלא הביא באמר לדידה דפטור. ולכאורה נראה בפשיטות דהא הקשו דאפי' אמר לדידה הפסידה התוס' כתובה דע"י עד נוטלת גם תוס' משא"כ ע"י עצמה והנה אי אמרינן דהא דנוטלת הכתובה הוא משום קו"ח גם התוס' נוטלת רק אי משום מד"כ אז על התוס' ליכא מד"כ. ובתשובות איתא דעל הקו"ח איכא פירכא דהא דהתירו ערוה החמורה משום דחזקה דאשה דייקא מגרע לחזקת א"א וממילא היא נאמנת משא"כ לענין ממון המוציא מחבירו עליו הראיה וכיון דהכא איירי ע"כ באתפסה א"כ היא מוחזקת א"כ ממילא נוטלת גם תו"כ. ולפ"ז לפי מה דהקשו אי אמרינן דהיא נאמנת יותר מהעד הגם דעד מכחיש שלא אמר לה א"כ פשיטא דפטור העד באמר לדידה דבשלמא אי העד נאמן איצטריך לאשמעינן דמ"מ פטור העד הגם דהפסידה בכפירתו משום דהיא גרמה זה שהשביע לעד משא"כ אי הי' נאמנת תקשה פשיטא דפטור העד. אך יש לומר נהי דהיא מוחזקת לפי מה דסוברים דווקא אי בע"ח קונה משכון אז חשוב מוחזק והנה הא דקנה למשכון היכי דאתפסה הקנין הוא משום משיכה דכיון דהוא אתפיס למשכון ולא ע"י ב"ד ע"כ הקנין משום משיכה ועיין בס' ב"מ ועיין ברמב"ן ועיין בקצה"ח סי' ע"ב ומשיכה הוא קנין דרבנן לדידן דקיי"ל כר"י דדבר תורה מעות קונות וא"כ הו"א דכיון דר"פ סובר דאזלינן בתר דאורייתא ולא קני למשכון וממילא דגם מוחזקת לא הוי ולא נוטלת התוס' אי אזלינן בתר דאורייתא וע"כ מהראוי שאפי' באמר לדידה חייב וע"כ אשמעינן ר"פ דפטור משא"כ לדידן דאזלינן בתר דרבנן וקני' למשכון ואז נוטלת גם התוס' ולא הפסידה העד במה שכפר ופשיטא דפטור העד וע"כ לא הביאו הרמב"ם:

גם נראה דהא בס' ש"ש הק' נהי דהיא נאמנת יותר מ"מ הא הוי ע"א בהכחשה ואין לומר דאיירי לאחר שהתירוה מ"מ לכתחלה ל"ת משום לזות וכל היכי דלכתחלה ל"ת לא נוטלת הכתובה כמו במים שאל"ס וע"כ דר"פ סובר דהא דנוטלת הכתובה הוא משום קו"ח ולא משום מד"כ וע"כ הגם דלכתחלה ל"ת מ"מ קו"ח איכא דאם התרתם ערוה בדיעבד שלא תצא משא"כ לדידן משום מד"כ וכיון דלא קרינן לכשתנשא דהא לכתחלה ל"ת לא נוטלת הכתובה וע"כ אפי' באמר לדידה חייב:

אך לפי מה שכתבתי נראה דהנה דהי' קשה אי הי' נאמנת יותר פשיטא דפטור העד והוכיחו מזה דראשון נאמן במיגו דאי בעי אמר דשקר אמרתי לך דהא חוץ לב"ד חוזר ומגיד כיון דלא היה חוזר והגם דלא בעינן הגדה בב"ד בעדות אשה אך עכ"פ חשוב דין מרומה. וע"כ כשחוזר קודם דו"ח מהני החזרה דחשוב דין מרומה עכשיו שחוזר ובעי דו"ח וממילא בטל העדות משום שלא הי' דו"ח והנה זה הכל אי הא דלא בעינן

דו"ח דחשוב ממון וממילא בדין מרומה בעי דו"ח וא"כ יכול עד לחזור וממילא נאמן העד שלא אמר לה במיגו ואשמעינן ר"פ דאפ"ה פטור העד משום דהי' גרמא משא"כ הרמב"ם דסובר דהא דלא בעי דו"ח משום עגונות וא"כ לא יכול העד לחזור הגם דחשוב דין מרומה א"כ העד לא נאמן שלא אמר לה דהא ליכא מיגו והיא נאמנת ופשיטא דפטור העד וע"כ לא הביאו הרמב"ם:

והנה בתוס' ב"ת הקשו דאי בעל שאמר גרשתי אינו נאמן ול"א הואיל ובידו לגרשה א"כ מ"ט דמתני' דאומר זה בני נאמן. ונראה דהנה הרשב"א סובר דהא דנאמן לומר זה בני אפי במוחזק דאית ליה אחין חזקה בעלמא ולא שיש עדים דיש לו אחין. ותמהו דא"כ מאי קאמר שם מפני מה אמרו זה בני נאמן הואיל ובידו לגרשה וקאמר השתא דאמרת דאמרינן הואיל בעל שאמר גרשתי נאמן משום בידו והא לא דמי דהתם איירי חזקה בעלמא בלא עדים משא"כ בעל שאמר גרשתי דידעינן דהיתה אשתו לא מהני בידו וע"כ נראה דכיון דאינו מכחיש להעד רק שבא להתירה מצד שיש לו בנים א"כ אמאי לא מהני בידו לגרשה וע"כ נראה דהא הראשונים הקשו דלמאי צריכין בידו אי ע"א ביבמה נאמן ועיין ברמב"ן:

וע"כ נראה לפי מה דאיתא בנוב"י שיש מקום לומר דבזמנינו שאין מייבמין גם הרי"ף מודה לאסור לפי מה דאיתא בבעה"מ גבי ע"א ביבמה שכתב ואני אומר אקלקולא דידה כגון אשה שהלך בעלה למדה"י שהיא מקולקלת על בעלה הראשון שהיה לה אבל זו שאין לה בעל אע"פ שאנו אומרים תצא מזה וזה מיבם ומבעל השני אין זה קלקול דבלחודא עיילא ובלחודא נפקא ומעתה אני אומר שגם המתירים ע"א ביבמה היינו משום דלא אמרינן מסני סני ליה וחיישא אקלקולא שנאסרת על היבם שכבר זקוקה ליה אבל הא ודאי אמת ונכון הדבר של בעה"מ שעל הקלקול שתתקלקל על בעל השני לא חיישא דמה מפסדת גם עתה אין לה בעל שני ולפ"ז לדידן שלא הותר לנו היבום ואינה מפסדת את היבם אין כאן שום חומר ולא דייקא וע"ש. והנה המפרשים דקדקו אמאי קאמר לפטור את אשתו מיבום הו"ל להתיר את אשתו לשוק או לפטור מן החליצה ומן היבום. וע"כ נראה דמש"ה קאמר לפטור מיבום משום דאיירי דראוי ליבום ואיכא קלקולא שתאסור על היבם ואז באמת ל"צ לטעמא דבידו דנאמן משום דע"א ביבמה נאמן משא"כ אי הוי אמר להתירה לעלמא אז הוי משמע דאינה ראוי' ליבום רק לחליצה ואז ע"א אינו נאמן וצריכין לטעמא דבידו וע"כ קאמר לפטור מהיבום ובאמת נאמן משום דע"א ביבמה נאמן וע"ז סובר הרשב"ם דוקא חזקה בעלמא בלא עדים כיון דהשתא סובר דמטעם ע"א נאמן בעינן שלא יהי' עדים רק חזקה בעלמא משא"כ לקמן דקאמר מפני

מה אמרו דזה בני נאמן הואיל ובידו לגרשה איירי היכי דאין ראויה ליבום רק לחליצה ואז ע"א אינו נאמן ואז צריכין לטעמא דבידו וממילא דכיון דטעמא משום דבידו נאמן אפי' איכא עדים דיש לו אחין וע"כ קאמר שפיר השתא דאמרת דאמרינן הואיל בעל שאמר גרשתי נאמן משום בידו הגם דידעינן דהיא אשתו והרשב"ם שכתב חזקה בעלמא קאי היכי דראוי ליבום ואז הנאמנות משום ע"א וניחא קושית תוס' דאי ל"א הואיל מ"ט דמתני' דליתא דמתני' איירי בראוי ליבום ואז נהי דל"א בידו מ"מ נאמן משום ע"א ביבמה נאמן:

ועיין בנוב"י דכתב דבר חדש דיש לומר דאפי' אי ע"א ביבמה נאמן מ"מ עד מפי עד לא מועיל אע"ג דבעדי מיתה מהני דהא רבא פשיט מקו"ח דע"א ביבמה נאמן וקשה וכי לא ידע רבא שהיא עצמה תוכיח וצריך לומר דרבא ס"ל דע"א נאמן מהתורה ומעתה ליכא פירכא דהיא עצמה תוכיח דהיא שאני דהנאמנות רק מדרבנן וא"כ עמפ"ע דהנאמנות רק מדרבנן ויש לומר דהיא עצמה תוכיח וע"כ לא מהני וע"ש וא"כ לא קשה קושית הרמב"ן הנ"ל דבעל חשוב ע"פ וא"כ אפי' אי ע"א ביבמה נאמן מ"מ הבעל אינו נאמן וצריכין לטעמא דבידו לגרשה. ולפ"ז לא קשה קושית תוס' הנ"ל לפי מה דמנפח רש"ש דאזיל ליה הואיל דר"י מ"ט דמתני' האומר יש לי בנים דנאמן דר"ש לשיטתו דפשיט ממתני' בע"א ביבמה נאמן משום מדמ"ל א"כ אפי' ע"פ נאמן וממילא נאמן הבעל בתורת ע"א ולא משום בידו. וניחא בזה סוגיא דיבמות דף קט"ז היכי דמי קטטה בינו לבינה אר"י אמר שמואל באומרת לבעלה גרשתני ופריך וליהמני' מדרה"מ דאמר דאשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת וכו'. ועיין בב"ש סי' י"ז דכתב דבזמן הזה דקיי"ל דאינה נאמנת לומר גרשתני מ"מ אם אין עדים מכחישין אותה אינה מוחזקת למשקרת וע"כ באומרת אח"כ מת בעלי נאמנת והקשה עליו דא"כ למה צריך הגמ' להקשות מכח דמהימנה משום דר' המנונא הא אפי' אי אינה נאמנת תקשה איך חשוב קטטה כיון דלא מוחזקת למשקרת אלא ודאי אי אינה נאמנת חשוב קטטה. ולכאורה נראה דבלא"ה הקשו דילמא איירי בתובעת כתובה או להסוברים דלכתחלה ל"ת. והנה לפי מה דאיתא באחרונים דמש"ה חשוב קטטה באומרת גרשתני משום דאי גירשה קלא אית ליה דמה"ט בעל שאמר גרשתי אינו נאמן וע"כ ודאי משקרה והנה כבר הקשו דא"כ אמאי נאמנת לומר גרשתני משום דחזקה דאין אשה מעיזה הא חזקה לא עדיף ממיגו וכיון דבידו לא מהני כש"כ חזקה ועיין בס' ב"מ. אלא ודאי שאין זו הוכחה דשקר מדליכא קלא. ולפ"ז יש לומר דקושית הגמ' וליהמנה מדרה"מ לא אזלא דהא מותרת ע"י טענת גרשתני בלחוד דע"ז יש לומר דנפ"מ בתובעת כתובה רק קושית הגמ' היא וליהמנה דהא אמר רה"מ דנאמנת

לומר גרשתני וע"כ דאין זו חזקה מדליכא קלא דאל"כ אמאי נאמנת לומר גרשתני וע"כ ממילא לא הוי קטטה ומהימנה מת בעלי דלא הוחזקה שקרנית בזה דאומרת גרשתני אע"ג דליכא קלא:

אך יותר נראה דקושית הגמ' אזלא לשמואל לשיטתו דמפרש דמש"ה זה בני נאמן משום בידו ולא משום דע"א ביבמה נאמן ואפ"ה בעל שאמר גרשתי אינו נאמן ול"א הואיל וע"כ משום דליכא קלא וכיון דחזקה זו דליכא קלא אלים לדחות המיגו דבידו לגרשה ממילא נחשב קטטה וחשוב הוחזקה שקרנית עי"ז וע"כ בלא רה"מ ניחא דחשוב קטטה ולא נאמנת לומר מת בעלי וע"כ לא קשה רק דהא מהימנה לומר גרשתני מדרה"מ נהי דמת בעלי אינה נאמנת דחשוב קטטה מ"מ גרשתני נאמנת משא"כ אליבא דאמת יש לומר דל"א אי גירשה קלא היה והא דבעל אינו נאמן גרשתי משום דמעשה לא עביד והא דזה בני נאמן משום דע"א ביבמה נאמן וע"כ כתב הב"ש שפיר דגרשתני ל"ח קטטה אפי' בזה"ז דכיון דל"א אי גירשה קלא אית. לה והא דל"א בידו משום דמעשה לא עביד ועיין בר"ן ובשעה"מ לענין מיגו דבידו ליתשל וזה בני נאמן משום ע"א ביבמה נאמן:

וגם נראה על קושית תוס' להסוברים דבדבר שבערוה אפי' בלא אתחזק אינו נאמן ע"א וא"כ יש לומר לפי מה שכתבו דמש"ה מועיל בידו דאז חשוב חזקה עשויה להשתנות וא"כ בדבר שבערוה מה בכך דע"י בידו ליכא חזקה הא בדבר שבערוה לא בעינן חזקה דאפי' בלא חזקה אין ע"א נאמן משא"כ יבמה לשוק דסוברים הרבה דל"ח דבר שבערוה ועיין במרדכי ובנוב"י ומהראוי שע"א נאמן רק משום דהיתה בחזקת איסור לשוק דמוחזק דיש לו אחין ואין לו בנים וע"כ אינו נאמן וע"ז מהני בידו דחשוב חזקה עשוי' להשתנות דלא הוי חזקה וממילא נאמן הבעל בתורת ע"א. וחוץ מזה יש לומר לפי מה דאיתא בתומים בסי' ק"ח וסי' צ"ז וז"ל דהא דאמרינן מפיג במקום חזקה דת"ז משום דהתם כשהוא לאחר זמנו נאמן לומר פרעתי בעצם הדבר וא"צ למיגו רק ת"ז אינו נאמן משום חזקה א"כ כשיש מיגו למול חזקה אמרינן אוקי מיגו כנגד החזקה והוי כאילו ליכא חזקה ומיגו והרי נאמן בעצם לומר פרעתי ולכך מהני משא"כ במפקיד בשטר דלולי מיגו בעצם אינו נאמן לומר פרעתי בשטר רק מכח מיגו נאמן וכשהחזקה אין אדם פורע למולו אמרינן אוקי חזקה נגד מיגו והוי שניהם כמאן דליתא וא"כ דליכא כאן מיגו אינו נאמן בעצם לומר פרעתי נגד השטר ומיגו ליכא וע"ש:

ולפ"ז בשלמא ביבמה דל"ח דבר שבערוה רק הא דאינו נאמן הוא משום חזקת איסור וע"כ כי איכא מיגו דבידו לגרשה כנגדו חשוב כאילו ליכא חזקה ומיגו וממילא דנאמן מצד עצמו לומר זה בני משא"כ באומר גרשתי דאפי' כי ליכא חזקת א"א אינו נאמן בלא

מיגו דבידו לגרשה כיון דהוי דבר שבערוה וא"כ מה בכך דיש לו מיגו וחשוב כאילו ליכא חזקה מ"מ כיון דגם מיגו ליכא דהא צריכין לגרע החזקה מ"מ כיון דדבר שבערוה הוא וליכא בידו ממילא דאינו נאמן:

ולפ"ז יש לומר דמד"ס דבעל שאמר גרשתי דנאמן ע"כ משום דסובר דהא דאין דבר שבערוה פחות משנים זה לאסור דוקא דקרא איירי לאסור דכתיב כי מצא בה ערות דבר ולא להתיר כמו דכתבו בתוס' יבמות.

וניחא בזה קושית תוס' כתובות דלמה צריכין קרא דאב נאמן לאסור את בתו תי"ל דבידו לקדשה כמו בעל שאמר גרשתי דנאמן משום דבידו אך לאסור שאני דחשוב דבר שבערוה וע"כ נהי דע"י בידו שוב ליכא חזקת פנויה מ"מ הא דבר שבערוה לחוד ג"כ אינו נאמן משא"כ להתיר דלא הוי דבר שבערוה:

ולכאורה יש להסתפק אי נאמן האב לאסור את בתו היכי דאיכא תרי ותרי דתרי אומרים נתקדשה ותרי מכחישין אי אמרינן דלא עדיף הא שנתנה התורה לאב נאמנות יותר מאם הי' עדים בדבר ותרי כמאה מהני הנאמנות האב. ולכאורה יש ראיה לזה דאל"כ מה הקשו בתוס' דת"ל דנאמן משום מיגו דבידו לקדשה וקשה הא נפ"מ בתרי ותרי דלא מועיל מיגו כמו דכתבו בתוס' ב"ת משום דמיגו לא עדיף מאילו היה עוד עדים בדבר אלא ודאי דבתרי ותרי גס נאמנות אב לא מועיל. וגם ראיה מהא דפריך הגמ' יכיר למה לי הא יש לו מיגו דאי בעי יהיב ליה במתנה וקשה הא נפק"מ בתרי ותרי דלא מועיל מיגו אלא ודאי דאז גם נאמנות אב לא מועיל:

גם יש לומר על קושית תוס' דהא על הא הפשיט הגמ' ביבמות דף צ"ד ממתני' דאמרה לה מת בעלך ואח"כ מת בנך דע"א נאמן וכבר הקשה התם שאני דליכא חזקה לאיסור דהא עומדת בחזקת היתר לשוק וא"כ אין ראיה היכי דעד אומר מת יבמיך דהיתה בחזקת איסור וע"כ משום דהי' סובר דיבמה לשוק חשוב דבר שבערוה ודבר שבערוה ל"ב איתחזק ואעפ"כ חזינן דנאמן וע"כ ה"ה מת יבמיך נאמן. ולפ"ז יש לומר דהסוברים דע"א ביבמה לא נאמן משום דסוברים דתרתי בעינן דבר שבערוה ואיתחזק וע"כ אין ראיה ממת בעלך ואח"כ בנך ולפ"ז השתא דסובר דבעל שאמר גרשתי אינו נאמן אע"ג דבידו לגרשה ול"ח חזקה דחשוב עשויה להשתנות וע"כ משום דבר שבערוה לחוד לא נאמן העד וממילא יש לפשוט ממתני' דמת בעלך וכו' דע"א ביבמה נאמן וא"כ לא קשה מ"ט דמתני' דאומר דזה בני נאמן דיש לומר משום דע"א ביבמה נאמן:

ולכאורה נראה במזכה גט במקום יבום דמספקא לגמ' דף קי"ח אי חשוב זכות משום דסניא ליה א"ד דזימנין דרחמא ליה וחוב הוא לה ומסיק דספיקא הוי. ולפ"ז נראה היכי

דאיכא ע"א דאינה זקוקה ליבם דנאמן העד ממ"נ אי רחמא ליה א"כ נאמן דשייך דייקא ואי סניא ליה שריא לעלמא משום הגט דאז זכות הוא לה. ובזה ניחא קושית ב"ש על הא דאיתא דף קי"ט שתי יבמות זו אומרת מת בעלי וזו אומרת מת בעלי זו אסורה מפני בעלה של זו וכו' משום שאין יבמה מעידה על חברתה ותי"ל דגם ע"א דעלמא אינו נאמן וע"ש אך לפי הנ"ל נפק"מ באופן הנ"ל דזיכה גט דאז ע"א נאמן ממ"נ משא"כ יבמה:

וניחא בזה קושית תוס' בגיטין פ' השולח דאמר אביי שליח מתנה ה"ה כשליח גט נפק"מ להולך לאו כזכי והקשו בתוס' דהא בגט אפי' זכי בפירוש לא מועיל אך נפק"מ באיכא גם ע"א דאינה זקוקה דאז מהני ממ"נ באומר זכי בפירוש:

אך קשה כיון דבמזכה במקום יבום ספיקא אי חשוב זכות א"כ תקשה הא דאיתא בגיטין דאמר ר"ה לדברי ר"י דסובר דזמנו ש"ש מוכיח חולצת ופריך א"כ אפי' חליצה נמי לא בעי וכו' וקשה דהא באחרונים איתא לר"ש דסובר דמשעה שנתן עיניו לגרשה שוב אין לבעל פירות אז לא שייך זמנו של שטר מוכיח דיש לומר דמש"ה נכתב הזמן כדי להפסיד לבעל הפירות אך דלא קיי"ל כר"ש. והנה בס' יש"י איתא דהיכי דגט זכות הוא לה ושייך עדים בחז"ל אז אין לבעל פירות משעת חתימה וממילא ל"ש זמנו ש"ש וא"כ תקשה מה פריך אי הכי חליצה נמי לא בעי כיון דבמקום יבום ספק הוא אי זכות לה ואפשר דזכות ושייך עדי' בחז"ל ול"ש זמנו ש"ש מוכיח וע"כ בעי חליצה ויבום לא דילמא חוב הוא לה ול"ש עבז"ל ויש לבעל פירות וממילא דיש לומר דזמנו ש"ש מוכיח:

גם יש לומר על קושית תוס' דהא בעה"מ ביבמות הקשה מה פשיט ר"ש דע"נ נאמן ביבמה דילמא היכי דאומר מת בעלך ואח"כ בנך הנאמנות מכח מיגו דאי בעי אמר רק מת הבעל לחוד ואז מותרת לשוק דמעמידין הבן בחזקת חי אך לפי מה דסוברים דע"א או עדים הצריכין מיגו ל"ח עד וא"כ שפיר פשיט דע"כ ע"א נאמן דאז לא בעינן דין עדות דאי ע"א לא מהני אז גם מיגו לא מהני דל"ח עדים וניחא בזה הא הכא ל"ש מילתא דע"ל דהספק רק מי מת ראשון גם הקשו דהכא ל"ש להקל משום עיגונא כיון דיבם לפנינו ויכול לחלוץ. אך נראה נהי דליכא משום עיגונא וגם ל"ש דייקא נאמן מכח מיגו הנ"ל ואעפ"כ שפיר פשיט הגמ' דע"א נאמן דאל"כ כיון דבעינן שני עדים אז גם מיגו לא מועיל. ולפ"ז יש לומר דהא דמספקא אי ע"א נאמן נהי דמילתא דע"ל אפשר לומר דהחמירו משום חומרא דא"א ועיין ב"ת דקאמר ניקל בא"א הגם דאיירי ביבום ועיין בתוס' יומא מה שכתבו לענין הגיע לגבורות. והנה הא דמסיק דבעל שאמר גרשתי דאינו נאמן הגם דבידו משום דיש לומר דעד הצריך מיגו לא מהני אפי' בידו. והנה בח"מ איתא דהא דעד הצריך שבועה ל"ח עד זה רק מדרבנן וא"כ כש"כ דעד הצריך מיגו מדאורייתא חשוב

עד. ולפ"ז ניחא דאומר זה בני נאמן במיגו דכיון דמדאורייתא נאמן מכח מיגו דבידו וא"כ יצאתה מחזקתה א"א שוב נאמן משום דע"ל ונאמן בתורת ע"א:

גם לפי מה דאיתא בנימוקי יוסף וז"ל מדאמרינן הכא דיבמה שנשאת אסורה ליבם משום דמחלפה באשה שהלך בעלה למדה"י שמעינן דע"א נאמן ביבמה דטפי מסתבר לאוקמה ביבמה שנשאת ע"פ ע"א מלאוקמה שנשאת במזיד גמור בלא עדות כלל משום דההוא זנות בעלמא הוא ולא יכול לאוקמה שנשאת ע"פ שני עדים דהא רב סובר דבשני עדים מותרת לחזור וע"ש והקשה הא הנ"י כתב קודם וז"ל מעתה כל שנשאת בין ברשות ב"ד בין במזיד גמור תצא מהבעל ואסורה ליבמה אע"פ שהוא ישראל משום דמחלפה וכו' אלמא דאפי' בנשאת במזיד גמור אמרינן דאסורה ליבם ותירצו דוקא לרב דסובר דאין קידושין תופסין ביבמה חשוב נשאת במזיד כזנות בעלמא ולית לן דרב המנונא משא"כ לשמואל דצריכה גט ל"ח זנות אפי' במזיד והנה ר"י סובר ביבמות דף צ"ב דאין קידושין תופסין ביבמה דקאמר ולאו משנתינו הוא זו וע"כ בנשאת במזיד חשיב זנות וע"כ דאיירי בע"א וע"כ דע"א נאמן וע"כ נהי דר"י סובר דלא נאמן לומר גרשתי יש לומר דטעמא דזה בני נאמן משום דע"א ביבמה נאמן:

ועיין באה"ע סימן קנ"ח דאם חזר הזר אחר שגירשה ונשאת וכו' ואיתא בב"ש דה"ה אם עדיין לא גירשה ונשאה אחר שחלץ דאין מוציאין ותמהו עליו דקודם שגירש לא מהני החליצה דאינה ראוי' לביאה מחמת איסור א"א ובס' שב יעקב כתב דכיון דכופין על הגירושין חשיבה ראוי ליבום. ולכאורה קשה הא דאיתא ביבמות שם אמר ר"א השתא דאמר אמימר הלכה כשמואל אם היה יבמה כהן חולץ לה ושרי' ליה וקשה הא אפי' אי כופין על הגט אסורה להתייבם משום גרושה ואיך מועיל החליצה אך באמת מדאורייתא שרי דעשה דוחה רק משום גזירה ביאה שני' וע"כ חשוב ראוי לביאה. ובזה ניחא הא דרש"י פי' וזו נשאת ע"י ע"א ועיין בנ"י שתמה דאמאי לא פי' בנשאת במזיד אך לפי מה דאיתא בתוס' עירובין דהיכי דבא ע"י פשיעה אז לא דחי עשה ל"ת וע"כ איירי דנשאת ע"פ ע"א דאל"כ אפי' לאחר הגט ל"ח ראוי לביאה דכיון דלא דחי עשה ל"ת. והנה שיטת התוס' דוקא היכי דבעי היבם ליבם אבל אי לא בעי לייבמי חולץ לה ושרי' ליה להאי שקידשה דבקדושין לא קנסינן אפי' בא"א והקשו דא"כ מה פריך איתגורי איתגר דילמא איירי בשוגג שנשאת ע"פ ע"א דאז בקידושין מותרת לחזור וה"ה במת הבעל או גירש מותרת למקדש וכש"כ הכא ועיין בנ"י. ונראה דהא קשה דאפי' אי יתן שני גט שרי ליבם הגם דהוא כהן דהא דצריכה גט רק מספק דשמא קידושין תופסין ביבמה ומדאורייתא שרי ליבם אפי' אי צריכה גט בודאי דעשה דחי ל"ת דגרושה רק משום גזירה וא"כ הוי

ספק דרבנן ולקולא ולמה קאמר אם היה יבמה ישראל דוקא וע"כ דאיירי שנשאת במזיד דאז כוי ע"י פשיעה ולא דחי וע"כ פריך שפיר איתגורי אתגיר והתם בנתקדשה דמותרת איירי רק בנשאת ע"פ ע"א:

ולכאורה נראה לפי מה שהקשו בתוס' (לקמן דף קי"ח) דילמא הא דאינה מתייבמת משום דשוית לנפשה חתיכה דאיסורא ובס' ש"ש כתב כיון דהיא משועבדת ליבם לא יכולה לעשות ח"ד ועיין בפ"י שכתב דאפי' אי קידושין תופסין בחייבי לאוין היינו חייבי לאוין דעלמא אבל ע"י קידושין בלא"ה לא משכחת קידושין אחר קידושין כיון שתופסין קידושי ראובן הרי היא ברשותו ואין לה יד לקבל קידושין מאחר ועיין בס' א"מ מה שתמה עליו ועיין בתשובות תועפות ראם מה שמתרץ דבריו וא"כ לפ"ז יש לומר אפי' לשמואל דקידושין תופסין ביבמה זה היכי שאינה ראוי' ליבום רק לחלוץ אבל היכי דראוי' ליבום כיון דחזינן דלא יכולה לעשות חתיכה דאיסורא על היבם משום דמשועבדת ליבם ה"ה דאינה יכולה לקבל קידושין מאחר דאינה ברשות עצמה:

וניחא קושית תוס' שם מה אשמעינן שמואל דנותן לה שני גט והותרה ליבם דהא שמואל כבר אמר דצריכה גט דיש לומר דה"א היכי דראוי ליבום אז גם לשמואל לא תפסי קידושין ואשמעינן דאפ"ה צריכה גט. וניחא הא דקתני לאחר שיחלוץ יבמיך ולא קתני לאחר שימות יבמיך ועיין בירושלמי אך ה"א דלאחר שיחלוץ דאיירי באינה ראוי' ליבום לכ"ע תופסין קידושין השתא וא"כ הוי בידו לקדשה השתא וא"כ כי אמר לאחר שיחלוץ ל"ח דשב"ל:

וגם לפי מה דאיתא בנוב"י דכיון דזה חידוש שאין קידושין תופסין ביבמה דהא קידושין תופסין בחייבי לאוין וע"כ ה"א דאי אמר לאחר שיחלוץ מועיל וזה תינח היכי דאינה ראוי' ליבום אז הוי חידוש משא"כ בראוי' ליבום דמכח הסברא לא חל הקידושין לסברת הפ"י הנ"ל:

ובזה ניחא הא דהרי"ף בקידושין השמיט פלוגתא דרבי ור"נ אי נאמן להתיר ולא לאסור דהא בתוס' הקשו דלא הוי בידו לגרשה בשעת קידושין דהוי גט ישן ותירצו דכיון דבדיעבד מגורשת חשוב בידו אך יש לומר דכיון דעכ"פ אסור לכתחלה ל"ח בידו וראיה דהא לשמואל דקידושין תופסין ביבמה ואפ"ה כי אמר לאחר שיחלוץ חשוב דבר שב"ל ול"ח בידו לקדשה עכשיו וע"כ משום דעביד איסור אי יקדשה עכשיו. אך אביי שם דמפרש פלוגתא דרבי ור"ל וסובר דחשוב בידו דאין ראיה מהכא דהוא לא סובר כשמואל ועיין ביבמות דמספקא ליה אי כרב או כשמואל משא"כ לדידן ע"כ דל"ח בידו וע"כ השמיט הרי"ף:

ולכאורה יש ליישב הסוברים דע"א ביבמה אינו נאמן דהא כתבו דאי מתני' דאמרו מת בעלך ואח"כ בנך איירי בע"א הא דנקט אמרו לה לשון רבים וכתבו משום הכי נקט לשון אמרו משום העדים שאמרו חילוף היה הדברים דבעינן תרי דוקא דאין אחד יכול להכחישו דראשון חשוב כשנים. אך לשיטת הרמב"ם דסובר דבע"פ ל"ח כשנים אכתי תקשה אמאי נקט ואמרו דמשכחת היכי דהראשון היה ע"פ אך לפי מה שכתבו דדין זה דע"פ ל"ח כשנים הוא רק ללישנא ב' דשני פסולין לא יכולין להכחיש ע"כ וע"כ יש לומר דסוגיא קאי ללישנא קמא וא"כ אפי' ע"פ חשוב כשנים משא"כ לדידן תקשה אי מיירי בע"א אמאי נקט אמרה לה דסגי בחד היכי דהראשון הוא ע"פ וע"כ דלא מיירי בחד רק בתרי ובעדי הזמה ולא נפשוט איבעיא:

והנה מה שכתבנו למעלה דמש"ה לא בעי דו"ח בעדי נשים משום דאיכא כתובה למישקל הנה הרשב"א בתשובה ח"ג הביאה הב"י וז"ל לעיקר הדין נראה לי דעדי קידושין א"צ דו"ח וכולהו סוגיות משמע ודאי דלא בעי דו"ח בעדי גיטין וקידושין ולפיכך ישנן בב"ד הדיוטות כדאמרינן בהמגרש אנן שליחותייהו עבדינן ועיין במראות הצובאות דר"ל דגיטין וקדושין גופייהו בלא צד ממון דכתובה שייך בהו נ"ד כמו דיני ממונות כיון דשכיח טובא והא דהוצרך הש"ס גבי עדות עיגונא לטעם דחשוב ד"מ משום דגבי עיגונא ל"ש נ"ד או דעיגונא ל"ש. וע"ש:

ובזה נראה לחלק דנשואה דאסור לגרש אפי' לב"ה וע"כ חשוב ל"ש לגרש וע"כ צריכין לו' אפי' בגט הא דלא בעי דו"ח משום דאיכא כתובה למישקל משא"כ בארוסה דליכא איסור ואפי' ב"ש מודה דיכול לגרש אפי' בלא מצא ערות דבר ועיין בג"פ וע"כ שכיח לגרשה וע"כ ל"צ לטעמא דכתובה הא דלא בעי דו"ח:

וניחא הא דהקשו הא דפריך הגמ' אלא בארוסה למה תיקנו זמן דליכא משום פירות וקשה הא ארוסה דליכא כתובה בעינן זמן משום דו"ח אך בארוסה דשכיח גירושין דליכא איסור בלא"ה לא בעי דו"ח:

ולפ"ז יש לומר הא דכתבו בתוס' דרוב אין מגרשין זה רק בנשואה ולא בארוסה דליכא איסור וניחא הא דהקשו על שמ"ק דסובר דבארוסה זנות שכיח א"כ מה פריך אלא בארוסה דליכא פירות אמאי תיקנו זמן והא בארוסה דשכיח זנות ר"ל מודה לר"י משום ב"א אך הא התוס' הקשו דהוי התראת ספק שמא יבטל שלא בפני השליח והפקיעו הקידושין ותירצו דרוב אין מגרשין וזה ל"ש בארוסה וא"כ ל"ש שמא יחפה על ב"א והא דקאמר דלר"י ניחא משום דבירושלמי הקשה לב"ש דלא יגרש אלא במצא ערות דבר דת"ל דהיא סוטה וקשה הא נ"מ בארוסה והוכיחו מזה דירושלמי סובר דאין לחלק

וסתם ירושלמי הוא ר"י וע"כ קאמר דלר"י ניחא לדידי' גם בארוסה איכא איסור ויש לומר דרוב אין מגרשין:

ובאמת יש לומר דהא דהרשד"ם סובר דבארוסה מודה ב"ש וא"כ תקשה מה הקשה הירושלמי ונראה דהא הקשה דאיך אפשר לומר דבארוסה מודה ב"ש הא בקרא כתיב כי יקח איש אשה ובעלה דילפינן מיניה דנקנית בכסף ובביאה וכתיב כי מצא בה ערות דבר משמע דאפי' בארוסה בעינן ערות דבר אך אי נישואין עושה ניחא וא"כ ר"י דסובר דבעינן אפשר לקיימו ע"י שליח ופריך איך מועיל תנאי בביאה ומשני משום דאיתקש הויות להדדי וא"כ ע"כ דסובר דביאה אירוסין עושה דאל"כ ל"ש דאיתקש קידושין להדדי וא"כ לדידי' ע"כ שמעינן דאפי' בארוסה בעינן ערות דבר וסתם ירושלמי הוא ר"י ושפיר הקשה הירושלמי משא"כ לדידן דלא בעינן אפשר לקיימו ע"י שליח ועיין בלח"מ מה שמתרץ ויש לומר דנישואין עושה ויש לומר דבארוסה מודה ב"ש דלא בעינן ע"ד:

ובאמת קשה איך מועיל קידושי ביאה על תנאי דהא הקשו איך מהני קידושי ביאה הא הוי קידושין בלא עדים דכל הבועל דעתו על הגמר ועל הגמר ליכא עדים ותירצו דכיון דאי לא גמר הביאה יהיה ב"ז ע"כ אנן סהדי דגמר ביאתו וא"כ בקידש בביאה ע"ת דע"כ לא קפיד על ב"ז דהיה לו לירא שמא לא יתקיים התנאי ויהיה ב"ז וא"כ אפי' נתקיים התנאי לא מועיל הקידושין דחשוב מקדש בלא עדים על הגמר ביאה:

והא דהקשו דאמאי לא מקשה לב"ש הא דכתיב אשה גרושה וזונה לא יקחו ת"ל אם היא גרושה היא זונה לב"ש. ועיין במר"ש ונראה דהא הקשו מה הקשה בירושלמי הא איכא נ"מ שהעידו עדים שזינתה ואח"כ הוזמו דליכא איסור משום סוטה רק איסור מחזיר גרושתו והוכיחו מזה דמי שגירש את אשתו לפי שבאו עדים שזינתה ואח"ז נתברר שאין ממש בעדותן כגון שהוזמו דהגט בטל כיון שהיה טעות בגירושין הגם שלא היה תנאי מפורש ולא כפול אך עכ"פ לב"ש דאינו רשאי לגרש רק משום ע"ד כשנתברר ששקר העידו הגט בטל לפי שגלוי לכל הסיבה וחשיב כאילו היה תנאי מפורש ושפיר הקשה הירושלמי. ולפ"ז מאשה גרושה לא יקחו לא קשה דת"ל דזונה היא דנ"מ דהעידו עדים שזינתה וגירשה ואח"כ הוזמו ואין לומר דא"כ גם משום גרושה ליכא דהגט בטל דחשוב כאילו היה תנאי מפורש ולא נתקיים התנאי דליתא דהא ב"ש סובר דאפי' שנתן הגט על תנאי ולא נתקיים פסלה מהכהונה ועיין בגיטין דף פ"א וחוץ מזה לפי הסוברים דתנאי דמעכשיו אפי' ב"ה מודה לב"ש והכא תנאי לשעבר היא אי זינתה דחשוב מעכשיו ודוק:

והנה מה שכתבנו דהא דסובר ר"פ דעדי משב"ק דחייבין קרבן שבועה משום דמדאורייתא חזי היינו דחייבין להעיד בעדות אשה שמת בעלה דאיכא תועלת בעדותן

והוא עד קרינן כיון דמדאורייתא חזי והרשב"א הוכיח מזה דפסולי עדות דרבנן מועיל תפיסה והקשה דא"כ אמאי בהשביע שיעידו שהדליק הגדיש בשבת דפטורין משום דקלבד"מ וקשה הא תפיסה מהני בקלב"מ וא"כ הפסידו העדים ונראה דגם הרשב"א סובר דמשום תפיסה ל"ח תועלת אך התם במשב"ק איירי דהשביע להעיד בעדות אשה דאיכא תועלת משום כתובה והא דצריך לומר משום דפסולי עדות מועיל תפיסה נאך היה קשה דלא קרינן והוא עד וע"כ כתב כיון דמהני תפיסה קרינן והוא עד אבל לעולם משום תפיסה לחוד ל"ח תועלת בעדותן ופטורין:

והנה בקידשה על לאחר ל' יום ובא שני וקדשה בתוך ל' יום קיי"ל דאם מת השני או גירשה תוך ל' חזרו קידושי ראשון ובירושלמי איתא דאם הניח אח מאחר שזקוקה ליבם לא חלו קידושי ראשון והיינו אי אין קידושין תופסין ביבמה ועיין באה"ע סי' מ':

ולכאורה תקשה הא דדריש הגמ' בסוטה פרט לאלמנה לכ"ג וגרושה לכ"ה שאינו חוזר לביתו ופריך דלא כריה"ג דהא צריך לחזור משום עבירות שבידו וע"ש היטב וקשה הא נ"מ דקידש כ"ג על לאחר ל' יום ובא אחר וקידשה ומת בתוך ל' יום דחלו קידושי ראשון וע"ז אמרינן דל"צ ישוב לביתו וע"ז ל"ש דצריך לחזור משום עבירות דהא קידש בהיתר ודו"ק:

והנה היה נראה דבר חדש במעשה שבא לפני אודות האשה שהביאה מכתב חליצה ואינו מקוים והפוסקים החמירו דבעינן מקוים ועיין בב"ש אך יש ע"א אשה אחת אשר העידה שנחלצה אז יש לומר דאפי' אי אמרינן דע"א ביבמה אינו נאמן מ"מ הכא נאמן דהא מדאורייתא ל"צ קיום רק מדרבנן וא"כ אפי' אי ע"א אינו נאמן משום דלא נפשוט איבעיא אי ע"א נאמן דיש לדחות דאיירי בעדי הזמה חשוב עכ"פ ספק דרבנן ולקולא ובפרט לפי הסוברים דאשה נאמנת שכלו חדשי' משום דרוב מסייע שרוב נולדים הם של קיימא ועיין בב"ש סי' קנ"ו ס"ק י"ד וא"כ ה"ה הרוב מסייע דרוב לא חשודין לזייף וע"כ לכ"ע ע"א נאמן ודוק:

יתבאר עד אי נעשה דיין

הנה התוס' כתובות דף כ"א כתבו דמש"ה אין עד נעשה דיין דחשוב עדות שאי אתה יכול להזימו דאי העדים נעשו דיינים לא יקבלו הזמה על עצמן אך כתבו כיון דיכולים להזימו בפני ב"ד אחר חשוב יכול להזימו ועיין בס' טורי אבן דמביא ראיה לזה דאל"כ תקשה למ"ד דחד נמי כשר וקשה הא הוי עדות שאי אתה יכול להזימו דלא אפשר להזימו בפני אותו ב"ד דכיון דמה שמשלמין העדים בהזמה הוא קנס ובקנס לכ"ע בעינן שלשה אלא ודאי כיון דאפשר להזים בפני ב"ד אחר חשוב יכול להזימו ולפ"ז למ"ד דמדאורייתא

בעינן שלשה יש לומר דהא דאין עד נעשה דיין דבעינן הזמה באותו ב"ד והכא לא יקבלו הזמה על עצמן:

ובזה יש לומר הא דפריך הגמ' בכתובות דף הנ"ל על ר"א דסובר דעד נעשה דיין מהא דראוהו שלשה והן ב"ד יעמדו שנים ויושיבו מחבריהם אצל היחיד ויעידו בפניהם ויאמרו מקודש החודש שאין היחיד נאמן ע"י עצמו ואי ס"ד דעד נעשה דיין למה לי כולי האי ליתבו בדוכתייהו וליקדשו וכו' והקשו דאמאי לא פריך מרישא דמתני' דקתני ראוהו ב"ד בלבד יעמדו שנים ויעידו בפניהם ויאמרו מקודש ופריך ואמאי לא תהא שמיעה גדולה מראיה ומשני שראוהו בלילה ואין עד נעשה דיין ועיין בראש השנה דף כ"ו:

ולכאורה נראה דהא הגמ' פריך על הסיפא דראוהו שלשה היינו הרישא ומשני דאין היחיד נאמן ע"ע איצטריך ואיתא בתוס' דקאי ע"כ למ"ד חד נמי כשר דלמ"ד מדאורייתא בעינן שלשה פשיטא דבעדות החודש בעינן תלתא ול"צ קרא על זה וא"כ שמעינן מסיפא דמדאורייתא חד כשר והנה בס' שער המשפט הקשה כיון דבמידי דרבנן עד נעשה דיין וא"כ בד"מ דמהתורה חד כשר רק מדרבנן צריכין שלשה א"כ אמאי לא יצטרף ע"א להיות דיין אחד כיון דמה"ת סגי בחד ואפשר לומר דווקא בקיום עד נעשה דיין דמה"ת ל"ח שהוא מזויף משא"כ הכא הא דתקנו חז"ל דבעינן תלתא לד"מ משום יושבי קרנות א"כ אם נצטרף לע"א למנין הדיינים אכתי איכא למיגזר דדילמא אינך תרי יהיה לא גמירי ופסילי לדון והעד שהוא הדיין הוא יהיה הגמיר והדר ה"ל דאורייתא ואין ענ"ד בדאורייתא וע"ש:

ולפ"ז יש לומר דעל הרישא לא מקשה דידע לתרץ דקיום שאני דהוא רק מדרבנן ובדרבנן עד נעשה דיין ומש"ה מקשה מסיפא דע"כ סובר דבר תורה חד כשר בד"מ וא"כ אי בדרבנן עד נעשה דיין לעולם הוי רק מדרבנן דהא מדאורייתא חד כשר ומשני שאני קיום דגוף החששא הוא רק מדרבנן משא"כ בעלמא מ"מ שייך משום יושבי קרנות דדילמא אינך תרי לא יהיו גמירי ופסילי לדון והעד שיהיה דיין הוא יהיה הגמיר והדר הו"ל דאורייתא:

אך לפי הנ"ל יש לומר דהא בפ"י הקשה אי טעמא דאין ענ"ד משום דחשוב עדות שא"א יכול להזימו א"כ מה פריך מקיום דהא בממון תיקנו דלא בעינן יכול להזימו משום נ"ד ועיין בש"ך סימן ל"ג וא"כ יש לומר דמש"ה לא פריך מרישא דיש לומר דטעמא דאין ענ"ד משום עדות שאי אתה יכול להזימו וזה ל"ש בממון ומש"ה מקשה מסיפא דע"כ סובר דחד כשר מהתורה וקשה דהא אי אפשר להזימו בפני חד דהזמה הוא קנס וחד

לא יכול לדון וע"כ משום דאפשר להזים בפני ב"ד אחר ולפ"ז ע"כ הא דאין ענ"ד אינו הטעם משום הזמה רק מועמדו וע"ש בתוס' וא"כ תקשה מקיום דענ"ד:

ויש לומר בפשיטות על קושית פ"י דהא קושית הגמ' קאי על ר"א ור' אבא הא סובר בסנהדרין דבר תורה חד כשר וע"כ צריכין לומר דחשוב עדות שיכול להזימה משום דאפשר להזימם בפני ב"ד אחר וא"כ ע"כ הא דאין ענ"ד מקרא ועמדו וקשה מקיום:

ובזה ניחא הרמב"ם דיליף דאין דנין בלילה מהיקשא דמקשינן ריבית לנגעים דצריך להיות ביום ולא מקרא והיה ביום הנחילו את בניו וכתב בכ"מ דקרא והיה ביום הנחילו איצטריך דאין עד נעשה דיין והקשו עליו דא"כ תקשה על רבא דיליף מביום הנחילו והא בעינן שאין ענ"ד וע"כ נראה דרבא לשיטתו דסובר דמדאורייתא בעינן תלתא ויש לומר דבעינן שיהיה אפשר להזים לפני אותו ב"ד וע"כ ל"צ קרא ביום הנחילו שאין ענ"ד דממילא ידעינן דהוי עדות שאי אתה יכול להזימו בפני אותו ב"ד דהא לא יקבלו הזמה ע"ע משא"כ לדידן דקיי"ל דמה"ת חד כשר וע"כ דלא בעינן שיכול להזימו בפני אותו ב"ד וע"כ צריכין קרא והיה ביום הנחילו שאין ענ"ד וע"כ יליף הרמב"ם שאין דנין בלילה מהיקשא דריבית לנגעים ודוק:

עדים שהעידו שלא בפני בע"ד

יתבאר עדים שהעידו שלא בפני בע"ד אי מועיל בדיעבד

ועיין ח"מ סי' כ"ח וסימן ק"י ועיין ב"ק פ' ד' עיין בחמ"ש סימן כ"ח דהיכא דהוא חולה או עדים חולים דמקבלים שלא בפני בע"ד ובדיעבד שלא נתקבל העדות בפניו איכא פלוגתא בראשונים אי מועיל כיון דחזינן דבעדים חולים מהני וע"כ משום דלא אפשר חשוב דיעבד אלמא דבדיעבד מועיל ומזה הוכיחו דהא דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד הוא רק מדרבנן והרבה סוברים דאפי' אי הוא דאורייתא מ"מ הקילו חכמים היכי דאי אפשר כגון בעדים חולים וכמו כן בדיעבד שלא נתקבל בפניו אך עכ"פ הוא רק מדרבנן הקילו בדיעבד:

ולפ"ז לא קשה מה שהקשו הא דאיתא ב"ק דרבה סובר דשורף שט"ח דפטור ופריך היכי דמי אי דאיכא עדים דידעו מה כתוב בשטרא נכתוב ליה שטרא אחרינא ואי דליכא סהדי מנא ידעינן ומשני במאמינו והקשו דא"כ למאי צריכין קרא למעוטי שטרות מכפל הא קשה קושית הגמ' לדוכתא והכא ל"ש במאמינו דא"כ הוי מודה בקנס ועיין בים התלמוד. ונראה דהא בתומים הקשה מה מקשה הגמ' הא משכחת בכה"ג שמעידין בפני ב"ד שזה שרף שטרו בפני השורף ולוה אין בעיר וא"כ לגבי שורף מועיל עדותן משא"כ לגבי הלוה וטרם שבא הלוה מתו או שנפסלו בעדים וא"כ לגבי הלוה לא מהני עדותם

ואינן יכולין לכתוב שטר אחר משא"כ לגבי השורף. אך לא קשה דבכה"ג מועיל העדות גם לנגד הלוה דלא גרע מעדים חולים דכיון דאי אפשר מהני שלא בפני בע"ד ובפרט לפי מה דאיתא בד"מ דאף אי קבלו העדות כשלא היו חולים ואח"כ אי אפשר עוד לקבל עדות שהלכו למדה"י ג"כ מהני אע"ג שבעת הקבלה היה שלא כדין מ"מ כיון דעכשיו אי אפשר מהני א"כ כש"כ בזה דהיה הקבלת עדות כדין לנגד השורף דהיה בפניו א"כ פשיטא דבאם טרם שבא הלוה מתו דמועיל גם לנגד הלוה ושפיר פריך הגמ' וזה לאחר התקנה שתיקנו דהיכי דאי אפשר מועיל קבלת עדות שלא בפני בע"ד משא"כ מה"ת לא מועיל וע"כ איצטריך קרא למעוטי מכפל באופן הנ"ל דנתקבל שלא בפני הלוה וטרם שבא מתו העדים דלנגד הלוה לא מועיל עדותם:

הנה במרדכי ב"ק הוכיח דאפי' בדיעבד לא מועיל מהא דאיתא בכתובות דהזמה שלא בפניהם נהי דהזמה לא הוי הכחשה הוי אלמא דאפי' בדיעבד לא מועיל מדקאמר דהזמה לא הוי ויש דוחי' דהזמה חידוש הוא משא"כ בעלמא וע"ש ולפ"ז לפי מה דסוברים דהא דהזמה חידוש זה רק לרבא דסובר דמכאן ולהבא נפסול משום דהזמה חידוש הוא משא"כ לאביי דסובר דלמפרע נפסל ל"א דחידוש הוא וא"כ לדידי' ע"כ שמעינן דאפי' בדיעבד לא מועיל שלא בפני בע"ד:

ובזה ניחא קושית תוס' ב"ק דף ל"ט ד"ה ולא משלם אלא פלגא דמועד דתמהו דאמאי רבא לא משני הכי דאייריי במועד ולא נטריה כלל ור' יעקב סבר כר"י בחדא דאלו דר"י סבר דצד תמות במקומה עומדת ופליג עליו בחדא דאילו ר"י סבר דמעמידין אפוטרופוס לתם לגבות מגופו ור' יעקב סבר דאין מעמידין וע"ש:

ולכאורה נראה דהנה לעיל בתוס' תמה דמ"ט דאין מעמידין אפוטרופוס לתם ואין לומר משום דמשתלם מגופו חשו חכמים שלא יפסיד שורי שהוא דבר מסויים אבל מועד דמשתלם מכל דבר לא חשו דהא לר' ישמעאל ב"ח הוא ויכול לסלוקיה בזוזי וע"ש. ונראה דהא מהר"מ הקשה לפמ"ש הרא"ש בשמעתין על הא דקאמר רבא לעולם לא תיפוך ומזיק שאני דהיינו מפני תק"ה שלא ירבה להזיק ע"כ נזקקין לנכסיהן אפי' כשהן קטנים א"כ למה לא כתבו התוס' דטעם דאין מעמידין משום דאין נזקקים לנכסי יתומים קטנים דהא בתם ל"ש תיקון העולם וע"ש:

ולכאורה נראה לפי מה דאיתא בתוס' דהא דפריך הגמ' דאין נזקקין ליתומים קטנים והוצרכו לתרץ דמועד שאני ותי"ל דהכא ליכא משום צררי וכן טעמא דרבא משום שובר ליכא הכא ותירצו דקושית הגמ' משום דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וקטן כשלא בפניו דמי דחוב מחמת אביהם הוא משום צררי וחוב הבא מחמתם הוא משום דחשוב

שלא בפניו ולפ"ז לפי מה דאיתא בתוס' עירכין דבדבר ברור מקבלין עדים בפני קטן הגם דחשוב שלא בפני בע"ד וע"ש דף כ"ב ע"ב תוס' ד"ה אמר ר"א דהקשו מהא דבר תמוה דר' אחא לקמיה דר"א אמר ליה שלו הוא תובע א"ל והא מייתי סהדי דאחזקי בחיי אבוה אמר ליה וכו' וכי מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ומ"ש משמעתין דהיכי דנמצאת שאינו שלו מקבלין עדים אע"פ שהיתומים קטנים ותירצו דגם אי מייתי סהדי דהוחזק ג' שנים ג"כ לא הוי דבר ברור דמ"מ יכול להיות שאינו שלו וע"ש:

וניחא בזה להסוברים דאפי' בהוחזק ג' שנים מ"מ צריך לישבע שהי"ס ועיין בחמ"ש סימן ק"מ והקשה מהא דאיתא ב"ת גבי רבה בר שרשום אלא איכבשא לשטר משכנתא ואז יהא נאמן בלא שבועה במיגו דלקוח וקשה דהא אפי' יש לו עדים וחזקה צריך לישבע שהי"ס עכ"פ ומה ירויח בזה וע"כ נראה דהא דסוברים דצריך לישבע משום דגם חזקה אינו דבר ברור שהיא שלו דכיון דחזינן דאין מקבלין עדות בפני הקטן שהוחזק ג' שנים משום דחשוב שלא בפניו ואע"ג דבדבר ברור מקבלין וע"כ דל"ח דבר ברור וע"כ סוברים דצריך לישבע שהי"ס וזה אליבא דאמת דקאמר אביי לקוחה בידי לא מצי אמרת וכו' ופי' הרמב"ן דכיון דבעית לאיתויי סהדי שהוחזקת בה בחיי אבוהן ואין מקבלין עדים בפני קטן דאלמא דלא דבר ברור הוא וע"כ סוברים דצריך לישבע משא"כ לס"ד ע"כ היה סובר דחשוב דבר ברור חזקה ג' שנים פשיטא דל"צ לישבע וע"כ קאמר דיש לו מיגו דלקוח. אך הקשו עוד דא"כ ל"צ הגמ' לומר דמועד שאני והיינו מפני תקה"ע מקבלין שלא בפני בע"ד ותי"ל דהא בדבר ברור מקבלין בפני קטן. אך נראה דנ"מ דלפי מה דקיי"ל דמועד שרדף אחר שור וזה אומר דמועד הזיק ומזיק אומר שמא דאפשר דבסלע לקה דחייב ועיין בש"ך דחשוב חזקה בהדי בו"ש דאז לכ"ע ברי עדיף ולפ"ז נ"מ היכי דהעדים לא ידעין רק מרדיפה לחוד והמזיק אומר שמא דאפשר דבסלע לקה דאז נהי דסגי בעדי רדיפה דכיון דהוא מועד בודאי הוא הזיק מ"מ אינו דבר ברור דרק חזקה בעלמא ואז אין מקבלין עדים בפני הקטן רק מכח תקה"ע שלא ירבה להזיק וא"כ לא קשה קושית מהר"מ דהא בתם דליכא חזקה לא סגי בעדי רדיפה לחוד רק עדי נגיחה וא"כ הוי דבר ברור ומקבלין עדים בפני קטן וא"כ נהי דליכא משום תקה"ע מ"מ מקבלין עדים וע"כ שפיר הקשו בתוס' מ"ט דאין מעמידין אפוטרופוס לתם וכו':

וגם נראה לפי מה דאיתא בתוס' דף ל"ג ובשמ"ק דאליבא דר"ע קיימא ליה ברשותו משעת הנזק קודם העמדה בדין וחשבינן כאילו בא חצי נזק לידו מאותה שעה וע"ש ולפ"ז לפי מה דקיי"ל דלהחזיק מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וא"כ בתם אי אפשר לומר דמש"ה אין מעמידין משום דאין נזקקין ליתומים קטנים דחשוב שלא בפני בע"ד

דחשוב להחזיק לר"ע ומקבלין אפי' שלא בפני בע"ד וא"כ נהי דל"ש מפני תקה"ע מ"מ מקבלין עדים:

ולפ"ז לר' ישמעאל דסובר בע"ח הוי אז יש לומר שפיר דמש"ה אין מעמידין משום דאין מקבלין עדות בפני קטן לדידי' לא הוי להחזיק ומשום תקה"ע ליכא בתם וניחא קושית תוס' מ"נ דאליבא דר"ש דל"ש דחש על שורו שלא יפסיד דהא יכול לסלק בזוזי הא לדידיה יש לומר משום דאין מקבלין עדי' ולר"ע דל"ש זה דהא הוי להחזיק לדידיה יש לומר דחש שלא יפסיד שורו. וניחא דברי העיר שושן שכתב הטעם משום דחשו חכמים שלא יפסיד שורו ותמה בסמ"ע דהא בתוס' דחו זה אך אליבא דר"ע אמרינן טעם זה ולר"ש הוא משום דאין מקבלין וכו':

גם יש לומר על קושית תוס' דתקשה לריש דהא מהר"מ הקשה דילמא מש"ה אין מעמידין משום דחשוב שלא בפניו ותקה"ע ל"ש בתם וע"כ נראה לפי מה דאיתא בחידושי הרי"מ דבקנס דכל כמה דלא איגמר הדין לאו בר חיובא א"כ הקבלת עדות חוב גמור הוא לחייב מה שלא היה חייב באמת בלא קבלת העדות ואין חבין שלא בפניו וע"כ מדאורייתא אין מקבלין שלא בפניו משא"כ בעלמא בכל חוב דאם באמת הוא חייב גם בלא קבלת עדות הוא חייב לשלם והקבלת עדות אינו רק לברר שהוא חייב ומנ"ל דבזה לא נקבל העדות שלא בפניו הא אין זה חוב כלל רק לשלם מה שחייב בלא זה לשלם ולכך בכל דוכתא בממון רק מדרבנן אין מקבלין וע"כ מועיל בעדים חולים וה"ה דמהראוי להקל בקטן דג"כ אי אפשר דצריך להמתין עד שיגדלו וע"ש. ולפ"ז לפי שיטת הראב"ד שהביא ברשב"א דסובר דאליבא דר"ע דשותפין נינהו לדידי' קני דפ"נ לא מיפטר בהודאתו וע"ש ולפ"ז ל"ש אליבא דר"ע לומר דמדאורייתא אין מקבלין שלא בפניו דהא החיוב לא בא ע"י העדים דהא אי הודה מעצמו ג"כ חייב והעדים לא באו רק לברר שהוא חייב ורק מדרבנן אין מקבלין והקילו היכי דאי אפשר וה"ה בקטן דחשוב לא אפשר וא"כ ל"ש הטעם משום דאין מקבלין אך לדידי' יש לומר משום דחשו על השור שלא יפסיד ולריש נהי דל"ש זה לדידי' יש לומר משום דאין מקבלין דהא לדידי' פטור במודה והחיוב בא רק ע"י העדים א"כ מדאורייתא אין מקבלין ולא הקילו היכי דאי אפשר והא דפריך בסוגיא על הא דאמר רבא ואם הוחזקו נגחנין מעמידין לכם אפוטרופוס ומעידין בפני אפוטרופוס ומשוינן להו מועד וכו' ופריך הא אין נזקקין ליתומים קטנים משום דחשוב שלא בפני בע"ד כבר כתב בחידושי הרי"מ הנ"ל דג"כ חשוב חוב דהא אי אין מקבלים העדים באמת אינו נעשה מועד ואינו חייב כלל ועכ"פ אמרינן דקושית הגמ' הא אין נזקקין משום דאין מקבלין עדים שלא בפניו וע"ז משני

דמועד שאני וא"כ תקשה לכאורה על אביי דמשני דאיירי במועד ואי אין מעמידין אינה נגבית רק חלק מועד דצד תמות במקומה עומדת ואמאי לא אמרינן דכיון דבטל העדות לחלק תמות משום דחשוב שלא בפניו ואין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד בטל גם לחלק מועד כמו בעדים הקרובים לזה ורחוקים לשני דאמרינן דבטל כל העדות ועיין בירושלמי וברא"ש פ"ק דמכות ולהנך הסוברים דאפי' בדיעבד שהעידו שלא בפניו לא מועיל א"כ חשוב פסול גמור וא"כ אמאי לא אמרינן עדות שבטלה וכו'. ועיין בשעה"מ דתמה כן באם העידו לפני שותף אחד ושותף השני לא היה דאמאי לא אמרינן עדות שבטלה וכו' ולהנך הסוברים דהא דאין מקבלין הוא רק מדרבנן ניחא דפסול דרבנן אינו מבטל כל העדות, אך אביי לשיטתו דסובר כר"פ דהא דאין נזקקים משום דיתמי לאו בני מצוה נינהו וא"כ לדידי' יש לומר דאפי' בחלק תמות הא דאין נזקקים אינו משום דחשוב שלא בפניו ואין מקבלין עדים דיש לומר דדמי לעדים חולים רק משום דלאו בני מצוה נינהו ובחלק מועד עשו תקנה וע"כ ל"ש לומר עדות שבטלה כיון שאינו הטעם משום דאין מקבלין וכו' וא"כ ניחא קושית תוס' דאמאי לא משני רבא כאביי דהא רבא סובר דטעמא דאין נזקקין משום שובר והכא ליכא משום שובר וע"כ דקושית הגמ' משום דאין מקבלין וכו' וא"כ תקשה דאמאי לא אמרינן עדות שבטלה וכו' וע"כ צריך לתרץ דעבדי שמירה פחותה וגובה חלק של תמות:

וניחא בזה הרמב"ם דסובר דמלך חייב בקרבן שה"ט ובהדיא איתא בשבועות ואינה נוהגת אלא בראוין להעיד אמר ר"פ למעוטי מלך וע"כ נראה דהא הקשה בהא דקיי"ל עדים החתומין על השטר דנעשה כמו שנחקרה עדותן בב"ד וגם קיי"ל דהעדים יכולים לכתוב ולחתום אח"כ שלא בפני הלוה ואמאי מהני נהי דהוי בשעת חתימתם כאילו נחקרה והעידו בפני ב"ד מ"מ כיון שאין הלוה והמתחייב כאן וחותמים הוי כאילו העידו בב"ד שלא בפני בע"ד דלא מהני ויכולים לחזור ולהגיד דלא עדיף חתימתם מאם העידו שלא בפני בע"ד בע"פ בב"ד והיה אפשר לומר דכיון דהוא מדעת הלוה שאמר כתבו ולחתום שפיר מהני כמו אם הלוה נתרצה שיקבלו עדות שלא בפניו דמועיל וזה סברת התוס' דל"ח שטר רק בנעשה מדעת המתחייב משא"כ בההיא דכותב אדם עדותו על השטר שהוא שלא מדעתו לא הוי כנחקרה והטעם דכיון דהוא שלא מדעת המתחייב לא מהני משום דאין מקבלין שלא בפני בע"ד וזה וזה כוונת התוס' דהקשו מה מועיל מודעא בכתב הא לא נעשה מדעת המתחייב והוא תמוה דבשלמא גבי לוה וכה"ג דתלוי בדעתו בעינן שפיר לענין החתימה שיהיה מדעתו משא"כ מודעא ל"ש זה. אך כוונת התוס' דכיון דהוא שלא מדעתו ממילא לא מהני שלא בפניו ולא הוי כנחקרה דהא לענין

קבלת עדות על המודעא שפיר אין מקבלין שלא בפניו הגם דלא בעינן דעתו ותירצו דכדי להציל האנוס הקילו חכמים. ולכאורה קשה דאיך מצינו זה דהקילו חכמים להכשיר מפי כתבם משום האי טעמא ולמ"ש שפיר דחשוב כעדים חולים כיון דא"א בענין אחר הקילו חכמים לקבל שלא בפני בע"ד ובמודעא ג"כ הפסיד הוא ולכך מקבלין וממילא הוי כנחקרה ולא הוי מפ"כ ועיין בחידושי הרי"מ. ובזה ניחא הא דרבא סובר דלא כתבינן מודעא אזביני ואמאי בגט כתבינן נהי דגט חשוב כמכר הא בזביני לא כתבינן. אך לפי מה דכתבו האחרונים דמש"ה סובר רבא דלא כתבינן דכיון דקיי"ל דאגב אונסו וזוזי גמר ומקנה וע"כ דאפי' ס' אין בו דאל"ה אמאי לא אוקמי' על חזקת מ"ק אך במסר מודעא חזינן דיצא מכלל בני אדם דנתרצה אגב אונסו וזוזי וכיון דל"ש שימסור מודעא דהא סתם בני אדם גמרו ומקנה אגב אונסו וזוזי והא דהקילו דמהני מודעא בכתב הגם דחשוב מפ"כ והוא רק מתקנת חכמים וכיון דל"ש במילתא דל"ש לא תיקנו רבנן ועיין בס' יש"י, וכבר אמרנו דמש"ה לא מועיל מדאורייתא דחשוב כנחקרה משום דהוא שלא בפניו והפוסקים סוברים דאפרושי מאיסורא לא בעינן בפניו וע"כ בעדי קידושין מהני שלא בפניו. וע"כ ניחא אע"ג דרבא סובר דלא כתבינן על זביני מ"מ בגט דחשוב לאפרושי מאיסורא ומדאורייתא מקבלין ול"ש במילתא דל"ש לא תקנו:

וניחא בזה קושית א"מ סי' ל"ב על הא דכתבו שטר אירוסין לשמה ושלא מדעתה דרב ורבינא סוברים דמקודשת וקשה הא הוי מפ"כ דלא נעשה מדעת המתחייב דנכתב שלא מדעת האשה. ולפ"ז לא קשה דהא עיקר הטעם משום דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ובקידושין מקבלין ולא איכפת בזה דנעשה שלא מדעת המתחייב. אך קשה הא דפריך הגמ' בקידושין פ' ג' בסוגיא דחבילה אי דאית ליה סהדי להאי דקדשה ואית ליה סהדי להאי מי מצי אמרה אלו שני עבדי וחבילה שלי וקשה דילמא איירי דהעידו שלא בפני האשה דגט וצריכה דבזה לא בעינן בפניו. אך לענין ממון הכתובה וע"כ מותר החבילה הוא בספק

ולפ"ז ניחא הא דקיי"ל דלא כרבא דלכאורה יש לומר דגם במודעא על המכר חשוב אפרושי מאיסורא לא תחמוד אך רבא סובר כמסקנת הגמ' דב"ק דאיירי באמר רוצה אני דאז ליכא ל"ת משא"כ לדידן דל"ב רוצה אני ואיכא משום אפרושי מאיסורא ולא בעינן בפי' ול"ש מילתא דל"ש לא תקנו חכמים:

ולפ"ז ניחא הרמב"ם דהא בתומים הקשה דהא גם מלך יכול להעיד ע"י כתב וכתב דכיון דאינו ראוי לבילה וע"כ לא מועיל מפ"כ וקשה דהא עיקר הטעם משום דהוא שלא בפניו וא"כ לפי מה דמסיק הגמ' דבמועד עשו תקנה אע"ג דחשוב שלא בפניו וממילא דה"ה

דמהני מפ"כ ואכתי משכחת דמלך מחויב להעיד כגון במועד דמהני בקטן דשלא בפניו חשוב וה"ה דמהני מפ"כ. אך ר"פ לשיטתו דסובר משום דלאו בני מיעבד מצוה נינהו ויש לומר דקושית הגמ' אזלא רק מש"ה אין נזקקין וע"ז משני דמועד עשו תקנה משא"כ לדידן דטעמא משום צררי והכא ל"ש זה וע"כ דקושית הגמ' משום דאין מקבלין עדי' וע"ז משני דמועד שאני וא"כ משכחת דגם מלך מחויב להעיד עי"כ:

גם יש לומר על קושית תוס' דאמאי לא משני רבא כאביי דלפי מה שכתבו דמש"ה אין מקבלין עדות על קטן הגם דחשוב הפסיד ודמי לעדים חולים דהא כיון דקיי"ל דמכאן ולהבא הוא גובה וא"כ גם בלוה כל זמן שאין הב"ד מוציאין מידו הנכסים הם שלו וחשוב חוב גמור מה שמקבלין עדים שלא בפניו אך זה אינו דכיון שהמצוה עליו לפרוע אין כאן חוב אבל יתמי דכיון דלאו מיעבד מצוה וא"כ אע"ג דיש לו שעבוד על הנכסים מ"מ כל זמן שאין ב"ד מוציאין מהם אין חייבים כלל והנכסים שלהם שפיר הוי חוב גמור וע"כ אין מקבלין הגם דחשוב הפסד וע"ש בס' הנ"ל ולפ"ז יש לומר דהא קשה דמה בכך דצד תמות במקומה עומדת מ"מ כיון דהוא מועד ועשו תקנה משום ת"ה יגבה גם צד תמות וע"כ נראה דאביי לשיטתו דסובר למפרע גובה וא"כ ל"ש בקטן דאין מקבלין דחשוב שלא בפניו דהא דמי לעדים רוצים לילך למדה"י וחוב גמור ליכא דכיון דלמפרע נכסי' הם שלו וע"כ מקבלין ואין זה מפני תקנה תה"ע והא תינח חלק מועד דמעלי' משלם משא"כ חלק תמות דכיון דבמקומה עומדת וניגבית מגופו ובמטלטלין לא אמרינן למפרע גובה וע"כ על צד תמות אין מקבלין עדות משא"כ רבא דסובר דמכאן ולהבא גובה וע"כ הא דגובה חלק מועד משום תקנה הוא ממילא גובה גם חלק תמות דמה בכך דבמקומה עומדת מ"מ כיון דהוא מועד ושייך התקנה דפה"ע. וע"כ לא משני כאביי. אך יש לעיין דא"כ לאביי ל"ש דאין נזקקין כיון דלמפרע גובה ודמי לגזל וא"כ אמאי קאמר אביי בב"ת לכי גדלי יתמי אישתעי דינא ולא קודם אך יותר יש לומר על קושית תוס' לפי מה שאמרנו הא בדיעבד מהני זה לרבא דסובר דחידוש הוא משא"כ לאביי דהא הקשה דהא כיון דבלא זה נזקקין לקבל העדות משום חלק המועד משום פה"ע ממילא דכיון דכבר נגבה העדות ממילא מהני הקבלת עדות בדיעבד גם לחלק תמות הגם דהי' שלא בפניו דהא בדיעבד מועיל שלא בפניו ומה בכך דצד תמות במקומה עומדת ועיין בס' מחנה לוי:

אך אביי לשיטתו הוכיח דאפי' בדיעבד לא מהני מהא דהזמה שלא בפניו דלא מהני אפי' בדיעבד דהא הוא לא סובר דחידוש הוא וע"כ רבא לשיטתו דסובר דחידוש הוא ומהני בדיעבד לא מצי לתרץ כאביי:

והנה בהא דאין נזקקין ליתומים קטנים דקיי"ל בחמ"ש דאם יש יתומים גדולים וקטנים דבע"ח נוטל רק מחלק הגדולים ולפ"ז דאם מת הקטן והגדולים ירשו חלקו עיין בשעה"מ דבע"ח יכול לגבות מהם גם מה שירשו מהקטן אע"ג דבע"ח לא היה יכול לגבות מהקטן מ"מ השתא שהיא הכל בידם יכול לגבות גם מה שירשו מהקטן והטעם דכיון שהם מודים דחוב הוא אמת ולא נתן צררי וגס לא נמצא שובר וע"כ לא אמרינן דכיון דמהקטן לא יכול לגבות ירשו הם כל זכותו אך כיון דהא דאין גובה מהם הוא משום חששא וע"כ כיון דהגדולים ירשו ממנו ולפי דבריהם החוב הוא אמת מחוייבים לשלם ולא אמרינן בכה"ג שירשו כל זכותו וע"ש. אך נראה מדבריו דאי טעמא דאין נזקקין משום דיתמי לאו מיעבד מצוה אז אמרינן דירשו כל זכותו וגם מהם אין נפרעין מה שירשו מהקטן. ובזה ניחא קושית תוס' ב"ת דף קמ"ב ד"ה נוחל וז"ל וא"ת מה עלה על דעת המקשין דהא ע"כ צריך לומר דנוחל בנכסי האם להנחיל לאחין מהאב דאל"ה תקשה קושית הגמ' בנדה אחין אי בעו מיניה לירתו אי בעו מאביהן לירתו:

ונראה דהא קשה מה פריך הגמ' הא נ"מ באיכא בע"ח על אביהם דאי בן יום אחד לא חשוב יורש צריכין לשלם כל החוב משא"כ השתא דחשוב יורש ולא יכול בע"ח ליטול מחלקו דאין נזקקין א"כ השתא ירשו זכותו וגם מהגדולים לא יכול ליטול מה שירשו מבן יום אחד וע"כ דקושית הגמ' קאי לדידן דהוא משום צררי או משום שובר, וא"כ יכול לגבות הגם דחשוב יורש וליכא נ"מ משא"כ הכא קאי למ"ד משום מצוה ואיכא נ"מ שפיר במה דחשוב יורש דלא יכול לגבות מה שירשו מבן יום אחד וע"כ ס"ד דנוחל בנכסי האב ומ"מ איכא נ"מ ודו"ק:

ועיין בחמ"ש סי' ק"נ דדוקא לאחר שאכל נאמן לומר דחייב לו אבל קודם שאכל לא מהימן במיגו דחשוב מיגו להוציא ועיין בסמ"ע ובש"ך הקשה מדברי הרמב"ן דהקשה למה ליה לרבה למיעבד הכי הא אחר דכלה ימי המשכנתא יכול לבא לב"ד ולתבוע ליתומים דאביהם חייב לו ונאמן במיגו דלקוח אלמא דסובר דאפי' קודם שאכל נאמן במיגו ול"ח מיגו להוציא וע"ש:

ונראה לפי מה דאיתא בתומים דאפילו דלא אזלינן בתר הרוב בממון מ"מ חשוב עכ"פ נ"ש ולא טענינן ליתומים וע"כ פי' דהא דפריך הגמ' בכתובות אמאי לא אזלינן בתר הרוב נשים בתולות נשאות וכתבו בתוס' דקושית הגמ' לרב דסובר דאזלינן בתר הרוב בממון וכתב בתומים דקושית הגמ' אזלא אפי' לשמואל נהי דל"א בתר הרוב בממון משום דאיכא חז"מ מ"מ ליורשי' לא טענינן דחשוב ל"ש וא"כ קושית הגמ' אזלא מנתארמלה וה"ה דיש לומר כן לענין מיגו להוציא נהי דלא אמרינן מ"מ ע"י מיגו חשוב ל"ש ולא

טענינן ליתומים דנהי דלא מהני מיגו להוציא משום דאיכא חזקת ממון כנגדו אבל עכ"פ מכח המיגו מוכיח כדברי התובע וע"כ לא טענינן ליתומים דחשוב ע"י המיגו ל"ש ולא טענינן וע"כ יש לומר דלעולם דבעינן דוקא לאחר שאכל דקודם שאכל חשוב מיגו להוציא ומדברי הרמב"ן אין ראיה דהתם דאיירי לענין יתומים אפי' קודם שאכל נהי דחשוב מיגו להוציא אך עכ"פ חשוב ל"ש ולא טענינן וע"כ שפיר הקשה הרמב"ן:

ועיין בקצה"ח דהקשה על הסוברים דאע"ג דאין נזקקין ליתומים קטנים מ"מ היכי דתפס אפי' תפס בעדים דליכא מיגו מ"מ מועיל דלא אמרו רק דאין נזקקין וזה תפס ועומד הוא והקשה דא"כ אמאי קאמר אביי זיל אהדר ליתמי ולכי גדלי משתעי דינא ואמאי נהי דליכא מיגו מ"מ הא כבר תפס ואינו חייב להחזיר וע"ש:

ונראה דהא דתפיסה מועיל זה דוקא אי הטעם משום צררי משא"כ אי הטעם משום דיתמי לאו בני מיעבד מצוה אפי' תפיסה לא מועיל ואביי הא סובר כר"פ דטעמא משום מצוה וע"כ אפי' תפיסה לא מהני לדידי':

ועיין תוס' ב"ק דף קי"ב דכתבו ואין לומר שהניח אביהן אחריות נכסים ולהכי שפיר הא דגדולים חייבים אבל קטנים פטורים מטעם שאין מקבלין עדות שלא בפניו דהא לא פטור משום זה רק לסומכוס ולא לרבנן. ונראה דכיון שאכלו והחיוב רק משום שעבוד דהניח נכסים. והנה הא דלרבנן ל"ח נתקבל עדות שלא בפניו וע"כ משום דדמי לעדים חולים דמשום הפסד מקבלין שלא בפניו וה"ה בקטן דאיכא הפסד להמתין עד שיגדילו עשו תקנה והא תינח היכי שהוא בעין משא"כ באכלו דליכא רק משום שכבר נשתעבדו הנכסים וכיון דשל"ד חשוב תקנתא לתקנתא ולא עשו תקנה לקבל שלא בפניו הגם דאיכא הפסד וע"כ בשאכלו מודו רבנן לסומכוס דאין מקבלין עדים בקטנים דחשוב שלא בפניו:

ובאמת קשה על התומים דסובר דנהי דלא אזלינן בתר הרוב בממון מ"מ חשוב ל"ש ולא טענינן ליתמי מהא דאיתא בגיטין פ' קמא דפריך הגמ' אי בברי כי צבורין מה הוי הא לא משך וקשה דילמא משום תן כזכי ואין לומר דבמתנה לא אמרינן כזכי רק בשיחרור משום דאי לאו דעביד ליה נייח נפשיה לא הוי משחרר דליתא דהא גם במתנה יש לומר כן דאי לא דעביד ליה נייח וכו' לא הוי יהיב ליה מתנה אך זה אינו רק רוב לחוד ובממון לא אזלינן אחר הרוב משא"כ במתני' דאיירי דמת לא טענינן עבור יתומים ואמרינן דאי לאו דעביד ליה נייחא וכו' וממילא דתן כזכי וע"כ יתנו לאחר מיתה משא"כ באם הוא חי ל"א תן כזכי דלא אזלינן בתר הרוב בממון ויש לומר דלא עביד ליה נייח נפש:

ולפי מה שכתבנו דמש"ה בעינן מדעת המתחייב משום דאל"כ נהי דחשוב כנחקרה וכו' מ"מ הא הוי שלא בפניו וניחא בזה הא דהקשו על הא דקאמר אביי בשבועות דהכל מודים בשכנגדו חשיד על השבועה ופריך דחשיד מאן אי לימא דחשיד לוה מי יימר דמשתבע מלוה ואכתי לא הוי רק גורם לממון והקשו הא ר"פ סובר למעוטי מלך אבל משב"ק כיון דמדאורייתא חזי חייבין קרבן שבועה וא"כ לפי מה דאיתא בתוס' ב"מ דהא דצריך התובע לישבע היכי דלוה חשיד זה רק מדרבנן דמדאורייתא אמרינן מתוך שא"י לישבע משלם וא"כ מה פריך מי יימר דמשתבע דילמא סובר אביי כר"פ דאזלינן בתר דאורייתא ומדאורייתא ל"צ התובע לישבע היכי דכשנגדו חשיד על השבועה. וע"כ נראה דהא באמת גם מלך ראוי להעיד ע"פ כתב אך כיון שאינו ראוי לבילה ועיין בתומים והנה הא דשטר כשר ול"ח מפ"כ משום דנעשה מדעת המתחייב וחשוב כאילו נתרצה לקבל עדות שלא בפניו וע"כ מפ"כ לא מועיל משום דחשוב שלא בפני בע"ד וא"כ לפי מה דסוברים דמדאורייתא מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וא"כ לר"פ דסובר דאזלינן בתר דאורייתא א"כ גם מלך ראוי להעיד עפ"כ הגם דאינו ראוי לבילה להעיד בע"פ הא עיקר הטעם דעפ"כ לא מהני משום דחשיב שלא בפני בע"ד ומדאורייתא מועיל שלא בפני בע"ד. אך לפי מה דסובר בעה"מ דעדות בכתב ליכא הזמה משום דהזמה חידוש הוא וע"כ אין לך אלא באם העידו ע"פ וע"כ הא דמועיל עדות ע"פ כתב משום דרבנן תיקנו דבממון לא בעינן דו"ח וא"כ אי אזלינן בתר דאורייתא נהי דלא בעינן בפניו מ"מ לא מהני משום דליכא הזמה וא"כ אביי לשיטתו דסובר דלמפרע נפסל ולא סובר דחידוש וא"כ אי אפשר לומר דאביי סובר כר"פ דאזלינן בתר דאורייתא דא"כ גם מלך ראוי להעיד מדאורייתא דלא בעינן בפניו ויכול להגיד עפ"כ ואפשר להזימו כיון דלא סובר דחידוש הוא:

אך קשה לי הא דאיתא בריש קידושין אי קתני האיש מקדש ה"א אפי' בע"כ ואיך אפשר לומר בע"כ דהא קתני שטר ובע"כ דלא נעשה מדעת המתחייב הוי עדות בכתב דלא מועיל אך אפשר לומר דעכ"פ בכסף מהני בע"כ וניחא קצת קושית תוס' הא דקתני לקמן האיש מקדש בו ובשלוחו אך לפי מה דסוברים דרק בקידושי שטר מהני שליחות דאיתקש לגט משא"כ כסף ועיין בר"ן ריש קידושין וא"כ אי אפשר לומר דאפי' בע"כ דא"כ לא מועיל שטר דנעשה שלא מדעת המתחייב והוי מפ"כ ועיין בח"מ דכתב דמש"ה מועיל גט בע"כ ולא אמרינן דחשוב מפ"כ דנעשה שלא מדעת וכתב דמיד בשעת נישואין נתרצה לזה שאם יגרש בע"כ מועיל וע"ש וקשה לפ"ז לב"ש דסובר דלא יגרש אלא א"כ

מצאן בה ערות דבר וא"כ לא נתרצתה לזה בשעת נישואין דהא אין לו כח על זה ואמאי איתא שם בגמ' דאי עבר וגירש מועיל הא הוי מפ"כ דלא נעשה מדעת המתחייב ודו"ק:

ע"א באיסורין

בו יתבאר ע"א באיסורין דקיי"ל דנאמן אם לוקה אח"כ אי אכל

הנה הרמב"ם פ' ט"ו מסנהדרין פסק דא"צ שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בע"א יוחזק ופ"י בקידושין תמה עליו דא"כ אמאי פסק דאב שאמר קדשתי את בתי דנאמן ומ"מ אין סוקלין על ידו הא ע"כ כבר הוקבע האיסור ע"פ האב לא"א קודם שבא עלי' אחר בזנות דאל"כ פשיטא דאין סוקלין דהא אין כאן התראה של איסור דהא בחזקת פנויה לגמרי היא וא"כ מ"ט דר"א דאמר סוקלין ע"כ מיירי שכבר הוחזקה מקודשת קודם שבא עלי' אחר וא"כ מ"ט מד"ס דאין סוקלין. והנה הפ"י מתרץ דאפשר דהא דהימנא רחמנא לי' לאוסרה לאו כודאי גמור משוינן לה דהא איכא חזקת פנויה כנגדו רק כפלגא ופלגא וממילא דאסורה לעלמא כספק א"א וע"כ שפיר אין סוקלין כיון דלא הוחזק ודאי וע"ש:

ולכאורה תקשה דאם תאמר דהא דהימנא רחמנא לאב לא בתורת ודאי רק שיהיה ספק א"כ אמאי אסורה לעלמא לאמרינן סמוך מיעוטא דלאו אבי' הוא לפלגא דלא קידשה ואיכא רובא להתיר דהא הגמ' בחולין הוכיח דאזלינן בתר הרוב ממכה אביו דדילמא לאו אביו הוא אלא ודאי דאזלינן בתר הרוב ומ"מ איכא מיעוטא דלאו אביה הוא וא"כ אמאי לא אמרינן סמוך מיעוטא דלאו אביה ולא מועיל מה שקדשה הוא לפלגא דלא קידשה ואיכא רוב להתיר אלא ודאי דהא דנאמן הוא בתורת ודאי אך בתוס' חולין כתבו דאיכא עוד חזקת צדיקת דלא זינתה וא"כ הוי מיעוטא דמיעוטא ולא אמרינן סמוך במיעוטא דמיעוטא ועיין ברא"ש בחולין אך אכתי יש לומר נאנסה וליכא חזקת צדיקת אך אונס קלא אית ליה ועיין תוס' כתובות סוגיא דפ"פ דהא דאונס קלא אית ליה זה רק מדרבנן ולא מדאורייתא וע"ש:

ובזה לא קשה קושית תוס' בקידושין דף ס"ג על רבא דסובר דאין סוקלין על ידו והא כתיב באותה פרשה דאמר את בתי נתתי לאיש הזה וסקלוה אלמא לקטלא נמי הימני' רחמנא וע"ש:

ולפ"ז ניחא דמה"ת דל"א דאונס קלא אית ליה ויש לומר שמא נאנסה וליכא חזקת צדיקת וא"כ אי אפשר לומר דהא דהימני' רחמנא לאב רק שיהיה פו"פ דא"כ אמאי אסורה לעלמא לאמרינן סמוך מיעוטא לפלגא וע"כ בתורת ודאי נאמן וע"כ ממילא סוקלין על ידו וע"כ כתיב וסקלוה משא"כ אליבא דאמת דאונס קלא אית ליה וא"כ יש לומר

דהנאמנות לאב הוא רק ספק וסמוך לא אמרינן דאיכא גם חזקת צדיקת דל"ש שמא נאנסה וע"כ אמרינן דאין סוקלין ע"י:

אך להסוברים דהא דאמרינן סמוך הוא רק מדרבנן ואכתי יש לומר דאפי' מהתורה הנאמנות לאב רק בתורת ספק והקשה אמאי סקלוה:

ולפי הפ"י ניחא הא דהקשה על הא דקיי"ל דאין חולצין אלא א"כ מכירין שהוא אחיו ואמאי באומר קדשתי את בתי אמרינן דהגם דאינו נאמן לכונסה נאמן ליתן גט ונאמן שהוא קדשה להתירה לעלמא ולפ"ז יש לומר דחשוב ס"ס כיון דע"י דיבורו של אב לא הוי רק ספק קידושין וא"כ איכא ס"ס שמא לא קידשה ושמא הוא המקדש:

וגם נראה דהא איתא ברמב"ן דחזקת פנוי' ל"ח חזקה משום דעשוי להשתנות דעומדת לינשא אך נראה דכיון דאסור לקדש את בתו קטנה לא חשוב עומדת לכך ושפיר איכא חזקת פנוי' ויש לומר דהנאמנות הוא רק ס' משום דאיכא חז"פ וע"כ סובר דאין סוקלין ע"י והנה הא דאסור לקדש בתו הקטנה האיסור רק מדרבנן וע"כ מה"ת ליכא חז"פ וע"כ דנאמנות לאב הוא בתורת ודאי וע"כ כתיב וסקלוה:

וגם לפי מה שהוכיחו מדסובר הרמב"ם דהוחזק האיסור ע"י אחד דע"כ דלא מהני חזקה ע"י אמתלא דאל"כ לא הוי איסור ברור למילקי עלי' דהא מה"ט הוכיחו דכיון דקיי"ל דהוחזקה נדה בשכנותי' דלוקה דע"כ דלא מהני אמתלא ואע"ג דהיא אין לה נאמנות רק בתורת שוי' ח"ד ומהני אמתלא אך כיון דאיכא מעשה דלבשה בגדי' לא מועיל אמתלא וה"ה בע"א דהימנא רחמנא לא יכול לחזור אפי' ע"י אמתלא ושייך שפיר הוחזק האיסור וע"כ באכל אח"כ לוקה ועי' בס' ש"ש דכתב דהא דפליגי אי סוקלין ע"י משום דהרבה סוברים דאמתלא לא מהני אלא היכי דהאיסור הוא משום דשוי' ח"ד ומש"ה היכי דהי' אמרה נתקדשתי דאסורה רק משום ח"ד ומהני אמתלא אין סוקלין לכ"ע משא"כ באב דהימניה רחמנא הוי ליה תורת עד וע"כ סובר ר"א סוקלין ע"י ורבא סובר דאע"ג דהימנא רחמנא לאב אינו בתורת שני עדים ומהני חזרה באמתלא וע"ש ועי' בס' ח"ד ס' קפ"ה ביו"ד:

וע"כ נראה לפי מה דקיי"ל באומר שטר אמנה היכי דחב לאחרים דקיי"ל דאינו נאמן ואח"כ בא לתבוע החוב ונותן אמתלא שלא אמר רק כדי לדחות בע"ח שלו דמועיל.

ועיין בתומי' סי' מ"ז שכתב באומר פרוע אין יכול ליתן אמתלא זו דבשלמא באמנה דסתם שטר אינו אמנה דאסור לשהות שטר אמנה וע"כ יכול לחזור ע"י אמתלא משא"כ באומר פרוע. ולפ"ז ניחא קושית תוס' דאליבא דאמת דאסור לקדש בתו קטנה וע"כ יכול לחזור ע"י אמתלא ולא הוי איסור ברור וע"כ סובר דאין סוקלין ע"י מה שאין כן על התורה

דליכא איסור ולא יכול לחזור באמתלא והוי איסור ברור וע"כ כתיב וסקלוה. וגם נראה דהא עיקר הטעם דעד אינו יכול לחזור משום דעושה א"ע רשע והכא ל"ש זה דגם השתא שאמר שקידשה עושה א"ע רשע דאסור לקדש בתו קטנה וכיון דיכול לחזור וע"כ אין סוקלין משא"כ על התורה ל"ש זה ודוק:

ועיין בר"ן בקידושין דכתב דמש"ה סובר אביי בגיטין דכל שבידו נאמן והכא בקידושין סובר דע"א נאמן באיסור אע"ג דלאו בידו משום דפועל שאני דכיון דשמירת טהרות עליו חזקה ששמרן יפה ומאי דקאמר השתא לצעורי' מכוין ומש"ה לא נאמן רק משום בידו וע"ש. והנה הראב"ד הוכיח דע"א נאמן באיסור מהא דקאמר חזקי' דמש"ה פטור בשוגג כדי שיודיעו (מיודיעו) אלמא דע"א נאמן. ובזה ניחא דבתוס' הוכיחו דאפי' מפשיעה פטור בהקדשות דאל"כ מה פריך משוכר את הפועל לשמור את הפרה לוקמא בפשע ותמה בש"ך דא"כ אפי' כי אין נותנין לו שכר חייב דפשיעה גם ש"ח חייב וע"ש. ועי' בס' יש"י. וע"כ נראה דש"ח פטור כדי שיודיעו דהא יהא נאמן דע"א נאמן באיסור משא"כ היכי דנותנין לו שכר דמי לפועל דשמירתו יותר עלי' ואינו נאמן ול"ש כדי שיודיעו דאי ליכא עדי' גם הוא אינו נאמן:

ובזה ניחא קצת קושית תוס' ב"ק דאמאי לא משני הא בחנם הא בשכר כמו בטבח אומן דקילקל דג"כ יש חילוק בין חנם לשכר וע"ש ולמ"ש יש לומר דעיקר הטעם דבשכר חייב דל"ש כדי שיודיעו דדמי לפועל דשמירתו יותר עלי' משא"כ בחנם יש לומר דפטור כדי שיודיעו וזה ל"ש בשולחני:

ומה שהקשה על הראב"ד דלעולם דאין ע"א נאמן ונ"מ כדי שיודיעו באם איכא ע"א אך ע"א אינו נאמן משא"כ אי יודיעו יהי' שני עדים ונראה לפי שיטת הרמב"ם דהיכי דאיכא הזמה והכחשה ג"כ לא הוי הזמה וא"כ אי בעינן שני עדים ממילא בעינן תורת הזמה והכא יהיה הכחשה ג"כ דהא הוא עצמו אומר דנסך ואי יזימו ממילא יהיה הכחשה על גוף הדבר אלא דסגי בע"א ואז לא בעינן דין הזמה ועי' בקצה"ח ס' ל"ח ובמקנה סוגי' דשליח נעשה עד:

ויש לעי' קצת דאמאי צריך ש"ח לישבע שלא פשע ולא אמרינן דחזקה דשליח עושה שליחותו למ"ד ועי' בעירובין ודוק:

עובר אי חשוב דבר שלא בא לעולם

עיין בחמ"ש סי' ר"ט דעובר חשוב דשלב"ל וע"כ במוכר עובר פרה אפי' היתה מעוברת לא קנה והרמב"ם פסק בפ"ז מאישות האומר לחבירו אם תלד אשתך נקבה תהא מקודשת לי אינה כלום ואם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר העובר מקודשת נראה

מדבריו דסובר דחשוב כאילו בא לעולם ועי' בס' קצה"ח דהקשה ומביא ראיה מתמורה דאיתא במתני' דכיצד מערימין על הבכור מבכרת שהיתה מעוברת אומר מה שבמעי' של זו אם זכר עולה ושמעינן דחשוב דשב"ל דאל"כ הא אין מקדיש דשלב"ל וע"ש דדחי דאין ראיה לפי מה דאיתא בכ"מ גבי קונמות דקדושת הגוף חייל גם על דבר שלב"ל דכיון דקה"ג מפקיע מידי שעבוד ה"ה דיש כח לחול על דשלב"ל ויש לומר דלעולם דל"ח דבר שבא לעולם:

ובזה ניחא הרמב"ם דהנה בכתובות דף ע' דמקשה וכיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר לה והתנן קונם שאני עושה לפיך דא"צ להפר ורצה הגמ' לומר מתוך שיכול לומר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך נעשה כאומר לה ופריך ואם איתא לדר"ה אמר רב יכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניזונית ואיני עושה קונם שאני עושה לפיך אמאי א"צ להפר לימא מתוך שיכולה לומר א"נ וא"ע נעשה כמי שאומר לה צאי מעשה ידיך וכו' אלא לא תימא נעשה אלא באומר וכו' איבעי' אימא שהדירה כשהיא ארוסה וכו' והרמב"ם השמיט ולא הביא שום תירוץ ועי' בר"ן גם הקשה מהר"ש על הסוגיא דקאמר ואם איתא לדר"ה אמר רב ואמאי לא מקשה על ר"ה אמר רב גופי' וע"ש. ולכאורה אמרתי לפי מה שהקשו בתוס' בקונם שאני עושה וכו' דאמאי א"צ להפר שמא תאמר א"נ וא"ע כתב הריטב"א דכיון דעל העודף על המזונות לא יכולה לומר ואינו חל הנדר ונדר שבטל מקצתו בטל כולו והקשה דא"כ מאי פריך הגמ' ואם איתא לדר"ה נימא נעשה הא אפי' אמרה בפירוש לא מהני מטעם נדר שבטל מקצתו אך נראה למסקנא דמסיק דקונם חשוב קדושת הגוף ומפקיע מידי שעבוד אלא דאלמוה לשיעבוד א"כ ל"ש נדר שבטל מקצתו דהא מדינא חייל על הכל רק מדרבנן אלמוה ע"כ ל"ש נדר שבטל מקצתו ובפרט לפי מה דאיתא במרי"ט דהא דנדר שבטל מקצתו הוא משום דחשוב את וחמור ובדרבנן ל"ש זה ועי' במש"ל דכתב ג"כ דכיון דמדאורייתא ק"כ קונה ע"כ במכר לו מטלטלין וקרקע ל"ח את וחמור והריטב"א לא כתב זה אלא לס"ד דלא ידעינן דקונם חשיב קדושת הגוף ומדינא לא חייל על העודף והנה הא דצריכין לומר דקונם קה"ג דאל"ה חשוב דבר שלב"ל וא"כ על ר"ה לא קשה דהוא סובר דאדם מקנה דבר שלב"ל ויש לומר דל"ח קדה"ג וא"כ מדינא לא חייל על העודף וממילא יש לומר דנדר שבטל מקצתו ולא קשה דלימא דנעשה כאומר ולא קשה רק לדידן דקיי"ל דאין אדם מקנה דשלב"ל וע"כ דחשיב קה"ג ומדינא מפקיע מידי שעבוד ול"ש נדר שבטל מקצתו וע"כ פריך לימא דנעשה וכו':

גם יש לומר דאפי' למסקנא דכיון דדבר שאין בו ממש והנדר חל רק מדרבנן ועי' בש"ך דמסיק כן ולא כתוס' וא"כ ל"ש לומר דכיון דמדינא חייל דהא מדינא לא חייל והם אמרו

ועי' בש"ך ס' פ"ב וא"כ אכתי יש לומר נדר שבטל וכו' אך ע"כ איירי דאמרה יקדשו ידי לעושיהון דאל"כ חשוב דשלב"ל ואז הנדר חל מדאורייתא וע"כ לרב דסובר דאדם מקנה דשלב"ל ולא איירי בהזכיר הידים ואז הוי דבר שאין בו ממש ונדר רק מדרבנן ויש לומר דנדר שבטל מקצתו ולא קשה לימא נעשה וע"כ לא קשה רק לדידן דע"כ איירי דאמרה יקדשו ידי דאל"ה הוי דשלב"ל ואז לא הוי דבר שאין בו ממש ומדינא חייל גם על העודף ול"ש נדר שבטל מקצתו:

גם יש לומר דלכאורה תקשה דילמא לא אמרינן דנעשה אלא היכי דאי אמר בפירוש מדינא חייל משא"כ התם דאפי' אי אמרה בפי' א"נ וא"ע הנדר חל רק מדרבנן דחשוב דבר שאין בו ממש ובה"ג לא אמרינן נעשה כאלו אמר. אך באמת ניחא דהא ע"כ איירי דאמרה יקדשו ידי דאל"כ חשוב דשלב"ל ואז הוי דבר ממש ומדאורייתא חייל ופריך שפיר אמאי לא אמרינן נעשה משא"כ על רב לא קשה דסובר דאדם מקנה ולא איירי באמרה יקדשו ידי וע"כ לא אמרינן נעשה וע"כ למסקנא דמסיק דקונם חשוב קה"ג וחל על דבר שלב"ל ולא איירי באמרה יקדשו ידי ונדר חל רק מדרבנן וע"כ ל"א נעשה משא"כ במתני' במדיר כו' יש לומר משום נעשה וע"כ לא הביא הרמב"ם שום תירוץ:

והנה לפי מה שסוברים דאי קה"ג חל על דבר שלב"ל ויש לומר דעובר לא חשוב בא לעולם וניחא קצת הרמב"ם דפסק דתקפו כהן דאין מוציאין מידו ותמהו עליו מהא דאיתא בב"מ דף ו' אמר ליה ר"ח לרבה תניא דמסייע לך הספיקות נכנסין לדיר להתעשר ואי ס"ד דת"כ אין מוציאין נמצא זה פוטר א"ע בממונו של כהן אלמא דת"כ מוציאין מידו:

וע"כ נראה דהא בס' ש"ש הקשה מה מדמי ספק בכור לספק פדיון פטר חמור דבספק בכור לית להו לבעלים חזקת מרא קמא שהרי מיד כשנולד ספיקו עמו אם של כהן או של ישראל אבל בפדיון פ"ח אית להו חזקת מ"ק והך ספיקות מוקי לה לקמן בס' פדיון פ"ח ואע"ג דגם בבכור אית ביה חזקת מ"ק והוא משום דבמעי אמו חולין שאין הבכור קדוש עד שיצא לאויר העולם מ"מ לאו חזקת בעלים ממש חשוב כמו פדיון פ"ח דבמעי אמו חשוב דבר שלב"ל וא"כ לא הוי דבעלים אלא אגב אמו וא"כ ל"צ אביי לדחות מהא לא תסייע למר וכו' הא לא דמי זה לזה אך אביי לשיטתו דסובר דלמפרע גובה ולדי' כתבו בתוס' גיטין דלא אמרינן דהקדש מפקיע מידי שעבוד וממילא דלא חל על דבר שב"ל ג"כ וע"כ צריכין לומר דעובר חשוב בא לעולם דאל"כ תקשה קושי' הנ"ל איך יכול להקדיש וא"כ גם בבכור איכא חזקת מ"ק קודם שנולד וע"כ מדמי להדדי משא"כ לדידן

דקה"ג מפקיע מ"ש וה"ה דחל על דשלב"ל ולעולם דעובר לא חשוב בא לעולם וליכא חזקת מ"ק בס' בכור ולא קשה קושית הגמ' וע"כ סובר הרמב"ם דאין מוציאין מידו:
וגם בפשיטות נראה דרבה לשיטתו דסובר בקידושין דשחת לא חשוב דשלב"ל וה"ה בעובר היכי דהוכר עובר ועי' בר"ן שם וא"כ גם בבכור יש חזקת מ"ק וע"כ קאמר ר"ח לרבה תניא דמסייע לך לשיטתך משא"כ לדידן:
ובזה ניחא הרמב"ם דפסק במחליף פרה בחמור וילדה זה אומר א"י וזה אומר א"י דיחלוקו ותמו עליו דהא בש"ס מוקי לה למתני' כסומכוס ואנן קיי"ל כרבנן דממע"ה ואמאי סובר דחולקין:
ולכאורה נראה דהא בתוס' שם ב"מ הקשו דילמא היינו טעמא דיחלוקו משום דאיכא חזקה ללוקח חזקת מעוברת והשתא הוא דילדה. ולכאורה יש לומר דכיון דרוב מתעברות ויולדות א"כ אי אמרינן דאוקמא על חזקת מעוברת ע"כ צריכין לומר דהשתא נתעברה והוא נגד הרוב וע"כ דנתעברה מכבר וא"כ ממילא ילדה מכבר וע"כ פריך שפיר דנוקמא על חזקת מ"ק ואיצטריך לומר דסומכוס הוא וזה אי רוב התלוי במעשה חשוב רוב משא"כ לדידן דל"ח רוב כדמשני רבינא פ' ג' דבכורות וא"כ יש לומר דאפי' לרבנן חולקין דאיכא בחזקת מעוברת אך לפי הנ"ל יש לומר דקושית הגמ' קאי אי עובר חשוב בא לעולם והיינו לאביי או לרבה ואז יש לבעלי' חזקת מ"ק בעובר משא"כ לדידן דל"ח בא לעולם וליכא חזקת מ"ק וע"כ אפי' לרבנן חולקין:
גם יש לומר על הרמב"ם דסובר דאין מוציאין מידו דהא המפרשים הקשו דאיך חשוב פוטר בממונו של כהן הא כל זמן שלא תפס הכהן הוא של הבעלים ועי' בס' ע"ח דכתב וז"ל לפי המבואר בחידושי הרשב"א דמש"ה משביע עדי משב"ק חייבין הגם דאין תועלת בעדותם כיון דפסולים מדרבנן אך משום דמועיל תפיסה וחשוב גורם לממון. היוצא מדבריו דבכ"מ שמהני תפיסה חשוב גורם לממון וממילא למד"ס דכממון דמי יש להאיש ההוא זכות גמור באותו דבר וא"כ בס' בכור אי ת"כ אין מוציאין ודבר הגורם כממון הוי הכהן כמו שותף בזכות בס' בכור עם הבעלים לזה זכות שמוחזק בו ולזה זכות תפיסה אבל אי גורם לאו כממון אין להכהן דין ממון בס' בכור קודם שתפסו. והנה איתא בסוכה דדבר האסור בהנאה לא חשוב דין ממון ובפסחים איתא דלמד"ס דלאו כממון לא מעל הגם דמותר לאחר הפסח ויכולין להשהותו וא"כ ספק שהוא אסור בגיזה ועבודה ואין לו שום היתר ולא תקנה בהקרבה מאי דין ממון יש בו לבעלים אי לא משום גורם לממון שיש לו היתר כשיפול בו מום מאליו וא"כ למ"ד דמיירי בס' בכור וע"כ צ"ל דאתא כמ"ד גורם לממון כממון דאל"כ אמאי חייב להתעשר דהא בודאי אין חיוב על הבעלים

לעשר רק בהמות שיש לו בהם דין ממון וא"כ לס"ד דאיירי בס' בכור וע"כ משום כממון דמי שפיר פריך דאי ת"כ אין מוציאין מידו הוא פוטר בממונו של כהן הגם דאכתי לא תפס כיון שיש לו זכות תפיסה יש לו דין ממון למ"ד כממון דמי כמו זכות ממון שיש לבעלים שהוא ג"כ רק משום גורם דהא כעת אסור בגיזה ועבודה וע"ש. אך לכאורה תקשה לפי מה שהקשה אמאי במשביע שהדליק הגדיש בשבת דפטורין משום דקלבד"מ וקשה הא בקלבד"מ מועיל תפיסה וא"כ לחייב קרבן שבועה דהו"ל כפירת ממון ועי' בס' ש"ש דכתב דגם הרשב"א לא קאמר בטעמא דפסולי דרבנן חייב ק"ש משום תפיסה אלא היכי דמדאורייתא מחזי חזי והו"ל עד ממש בלא תפיסה אלא דלא מהני כלום בעדותו לזה אמרינן דכיון דתפיסה מהני חייבין אבל בעלמא משום תפיסה ל"ח ממון וע"ש. ולפ"ז אכתי לא דמי זכות הכהן לבעלי' דלבעלי' מה"ת דס' מותר ורשאי בגיזה ועבודה וגם לאחר שאסרו חכמים ואזלינן לחומרא בס"ד מ"מ יש לו גורם כשיפול בו מום וע"כ הוי כממון משא"כ לכהן הן מהתורה ומדבריהם אין לו גורם שיתפוס משא"כ הבעלים מה"ת בלא"ה שרי בגיזה ועבודה וע"כ דקאי הסוגיא אי ס"ד לחומרא מהתורה משא"כ הרמב"ם לשיטתו דסובר דס' שרי מהתורה לא דמי זכות הכהן לבעלים וע"כ סובר דת"כ אין מוציאין מידו:

יתבאר עדים בחז"ל

ועיין בחמ"ש ס' מ"ג דפסק המחבר דכל שטר הבא לפנינו אמרינן דבודאי נמסר ביום הכתוב בו חוץ היכי דאיתרע בנפילה צריך להביא ראיה שנמסר בזמן הכתוב בו והקשה הא קיי"ל כאביי דסובר דעבז"ל וע"ש בש"ך ונראה דהנה לפי מה דקיי"ל ועי' בח"מ ס' קי"א דאע"ג דאין נפרעין מלקוחות במקום שיש ב"ח מ"מ אם הב"ח הן בעיר אחרת יכול ליטרוף מלקוחות ועי' ברשב"א ובתומים שם דזה דווקא אי ש"ד דאז מהתורה לא יכול לומר הנחתי לך מקום לגבות רק מדרבנן וע"כ היכי דהן במקום אחר הניחו על ד"ת משא"כ אי של"ד אז כשיש ב"ח הגם שהן במקום אחר לא יכול לטרוף וע"ש:

ובזה ניחא תוס' סוגית דשבת דהקשו דיעמיד כשעשה אפותיקי ועי' במהרש"א דתמה דכתבו דיעמיד כשעשה אפותיקי דהא ע"כ איירי כן דאל"כ תקשה קושית התוס' דאמאי לא טרף הבע"ח ממשועבדי' דטריף לוקח וע"כ דאכתי לא נשתעבד. ולכאורה יש לומר לפי שיטת בעה"מ ב"ק דסובר דאע"ג דאין נפרעין מלקוחות במקום שיש ב"ח אפי' הן זיבורית מ"מ בחוב של נזקין היכי דלקוחות קנו עידית או בינונית וב"ח הן זיבורית יכול לטרוף מלקוחות משום דבשלמא בע"ח דמדאורייתא הוא בזיבורית וע"כ בלקוחות אוקמא על דאורייתא משא"כ בנזק או היכי שכתב בו שבח דאז מדאורייתא בעידית יכול

לטרוף מלקוחות ומדמי לה ליתומים ועיין בגיטין דף נ' וא"כ לא קשה קושית תוס' דנהי דאקני משועבד מ"מ לא יכול לומר הנחתי דאיירי דכתב לו שבח ומשועבדים דטריף לוקח הן זיבורית וע"כ לא יכול לומר הנחתי. אך קושית התוס' דעכ"פ איך יכול לטרוף השבח דחשוב דאקני ולא משועבד רק מדרבנן ול"ש לאוקמי על דאורייתא וע"כ כתבו דאיירי באפותיקי וא"כ לר"מ דסובר דאדם מקנה דבר שלב"ל ושבח מדינא משועבד דהא עביד דאתא דבשלמא אם הנכסים הם דאקני גם לר"מ לא נשתעבד מדינא כיון דלא עבידי דאתא ועיין תוס' ב"ת וא"כ ל"צ לומר דאיירי באפותיקי דיש לאוקמי באופן הנ"ל וע"כ כתבו יעמיד וגם יש לומר דהא קשה דיש לומר דאיירי דמשועבדים דטריף לוקח הן במקום אחר דלא יכול לומר הנחתי אי ש"ד וע"כ דקושית תוס' קאי דעכ"פ על שבח דאקני הוא ול"ש ש"ד דרק מדרבנן נשתעבד ואמאי לא יכול לומר הנחתי וע"כ צריכין לומר דאיירי באפותיקי משא"כ לר"מ דגם שבח מדינא נשתעבד ולא קשה דיאמר הנחתי וע"כ כתבו יעמיד בשעשה אפותיקי. ולפ"ז לפי מה דאיתא ב"מ בתוס' דף כ' דהא דעבז"ל הוא רק מתקנת חכמים ולפ"ז היכי דיש ב"ח הגם דהן בעיר אחרת לא יכול לטרוף מלקוחות היכי דלא נמסר ביום שנכתב בו דנהי דעבז"ל מ"מ הוא רק מתקח"כ ול"ש לאוקמי על דאורייתא דהא מדאורייתא לא יכול לטרוף כלל משום דהוא מוקדם ודמי אי אמרינן דשל"ד וא"כ תקשה מה פריך הגמ' אלא לאביי דאמר עבז"ל אמאי לא יחזיר לוקמא דאיירי דיש ב"ח בעיר אחרת וחיישינן למוקדם ונהי דעבז"ל מ"מ יטרוף שלא כדין דהא כיון דלא נמסר ביום שנכתב נהי דעבז"ל מ"מ לא יכול לטרוף מלקוחות ויכולין לומר הנחתי וא"כ יטרוף שלא כדין ולמאי צריך הגמ' לומר משום דחיישינן לפרעון:

וגם תקשה לפי מה דאיתא בתוס' ב"ק דבמילי דרבנן עבדי כמטלטלין וע"כ אי של"ד לא יכול לטרוף מעבדים וממילא כיון דעבז"ל הוא מדרבנן לא יכול לטרוף מעבדים היכי דלא נמסר ביום הכתיבה הגם דעבז"ל וא"כ מה פריך לאביי הא איכא למיחש שמא לא נתן עד תשרי ויטרוף עבדים שלא כדין אך אביי לשיטתו דסובר דשל"ד ועיין בתוס' גיטין דף הנ"ל א"כ אפי' אי אינו מוקדם לא יכול לטרוף וצריך לילך לב"ח שהן בעיר אחרת וכן מעבדים לא יכול לטרוף ושפיר פריך אמאי לא יחזיר וא"כ לדידן דש"ד הגם דקיי"ל דעבז"ל מ"מ צריך להביא ראיה שנמסר ביום שנכתב דיכול לבוא לידי ריעותא לענין ב"ח שהן בעיר אחרת או לענין עבדים. דאל"כ שמא לא נמסר ביום הכתיבה ונהי דעבז"ל לא יכול לטרוף מלקוחות רק מב"ח שהן בעיר אחרת או דיבא לטרוף שלא כדין מעבדים:

וגם יש לומר דלכאורה יש לומר דכיון דכותב דקנאי ודעתיד למיקני אמאי לא אמרינן מיגו דחל על הנכסים שהן בעולם חל ג"כ על מה שקנה והנה האחרונים תירצו דל"ש

מיגו דחל על מה שקנה דזה ממילא נשתעבד אי ש"ד ול"צ מה שמשעבד הוא דממילא נשתעבד אי ש"ד:

והנה בזה ניחא הרמב"ם דפסק דינא דר"נ ופסק דמוכר עצמו אין מעניקין וקשה דכיון דפסק כר"נ א"כ צריכין לו ולא לבע"ח וא"כ מנ"ל דמוכר עצמו אין מעניקין ועיין בש"ך סימן פ"ו:

ונראה דהא הקשו לדעת הסמ"ע סי' פ"ה היכי שלוה הלוה השני אחר שלוה הראשון לא מפקינן מלוה השני למלוה הראשון אם לא כתב ליה דאקני א"כ בהך דהעניקה ל"ש כלל הך דר"נ דהא ע"כ המלוה שלוה העבד לוה קודם שנמכר או אפי' אחר שנמכר קודם שיצא וא"כ איך שייך למדרש לו ולא לבע"ח הא חוב הענקה נעשה בעת יציאתו ומאוחר לחוב שלוה ובלא"ה אין גובה בלא דאקני ואף אם כתב לו דאקני הא דאקני לא נשתעבד רק מדרבנן ול"צ מיעוטא לו ולא לבע"ח וע"ש:

אך יש לומר דנ"מ בכתב לו דקנאי ג"כ והסוגיא קאי לאבייי דסובר דשל"ד וא"כ אפי' מה שקנה לא נשתעבד ממילא ויש לומר מיגו דחייל על מה שקנה ומדינא נשתעבד להסוברים דקנין אגב הוא דאורייתא וע"כ צריך למעוטי ולא לבע"ח משא"כ לדידן דש"ד ול"צ קרא לבע"ח וקאי המיעוט דמוכר עצמו אין מעניקין לו ומיושב דברי הרמב"ם:

אך בח"ס איתא וז"ל דהא קשה על הא דפריך הגמ' ב"ב לר"מ דסובר דאדם מקנה דשלב"ל יכיר למה לי וקשה לשיטת הרמב"ן דסובר דאב שהכיר את בנו לא מצי הדר ביה דיכיר מטעם עדות נוגע בו שהתורה האמינו כעד ואינו חוזר ומגיד וא"כ קשה הא נהי לר"מ אדם מקנה מ"מ יכול לחזור קודם שבא לעולם וא"כ נ"מ במאי דכתב יכיר דאי הוי יהיב ליה במתנה הא מצי הדר קודם שבא לעולם משא"כ השתא לא מצי הדר וע"כ צריך לומר דקושית הגמ' משום דבודאי לא איירי מגברא ערטילאי ועכ"פ יש לו גם עתה מעט נכסים וא"כ יש לומר כי אמר ר"מ דיכול לחזור היינו כי לא מקנה ליה רק דשלב"ל שאין לו לקנין לחול מעכשיו כלל עד שיבא לעולם משא"כ אי מקנה לו גם דבר שבא לעולם אז נאמר מיגו דחייל על דבר שב"ל לחול מיד שלא יחזור בו חייל נמי אדבר שלב"ל ולא יחזיר בו כלל אלא לפ"ז תקשה גם לרבנן מי ניחא נימא מיגו דחייל וצריכין לחלק דבשלמא לר"מ דשלב"ל בר קנין הוא עכ"פ אם יבואו לעולם יקנהו ע"כ נהי דיכול לחזור מ"מ אמרינן מיגו דחייל ולא יכיל לחזור אבל לרבנן דשלב"ל לאו בר קנין כלל לא אמרינן מיגו דחייל ומש"ה לא פריך לרבנן וע"ש. ובזה ניחא הא דהקשו על הא דקאמר אליבא דר"מ לא מיבעי' דסובר דאדם מקנה דשלב"ל וקשה הא גם לר"מ תיבעי' אי יכול לחזור קודם שקנה אי עדיף שיעבוד מקנין ולא יכול לחזור או דלא עדיף ויכול לחזור ולפי הנ"ל

ניחא דאליבא דר"מ נהי דיכול לחזור מ"מ אמרינן מיגו ולא יכול לחזור כיון דשלב"ל הוא בר קנין רק דיכול לחזור אמרינן מיגו ולא יכול לחזור אפי' אי שעבוד לא עדיף מקנין משא"כ לרבנן דשלב"ל לאו בר קנין אפי' אי לא חזר ונ"א מיגו דחייל על מה שקנה וע"כ איבעיא רק אי שעבוד עדיף מקנין משום נ"ד:

ולפ"ז לדידן דאקני נשתעבד רק דיכול לחזור מ"מ היכי דכתב לו דקנאי ג"כ לכ"ע לא יכול לחזור ואמרינן מיגו ולא יכול לחזור וניחא בזה הא דהקשו בתוס' ולוכח דאקני לא נשתעבד מדלא טריף בע"ח מלקוחות דטריף הלוקח והקשו דילמא איירי דחזר ממה שכתב לו דאקני ולעולם דאקני נשתעבד אך היכי דכתב לו דקנאי ג"כ כמו שכותבין בשטרות לא יכול לחזור:

וניחא הא דפריך הגמ' וליחוש דילמא דאקני אמר ליה והקשה בתומים דילמא איירי דחזר קודם שקנה אך קושית הגמ' דילמא כתב לו דקנאי ג"כ ואז לא יכול לחזור דאמרינן מיגו וניחא קושית מהרש"א על הא דהוכיחו התוס' דמעמד ג' לא יכול למחול מדקאמר דבמלוה ע"פ פליגי אי מעמד ג' מועיל במלוה ואמאי לא קאמר דכ"ע סוברים דמעמד ג' קנה במלוה ופליגי אי סמכה דעתא שלא ימחול והקשה במרש"א דאמאי לא כתבו דפליגי בדשמואל דר"מ דסובר דמקודשת דלית ליה דשמואל וע"כ נראה דעיקר הטעם דר"מ לית ליה דשמואל משום דסובר דאדם מקנה דשלב"ל ומכירת שטרות דאורייתא לדידי' וגם דיכול לחזור ומחילה חשוב חזרה ועיין בתומים סי' ס"ו שוב אמרינן מיגו דחייל הקנין על הנייר וזה שייך במלוה בשטר ולא במלוה ע"פ וא"כ אפי' לר"מ יכול למחול וע"כ כתבו דפליגי אי סמכה דעת' אי לא. ובזה ניחא דברי המחבר הנ"ל דהא הקשה נהי דעבז"ל מ"מ הא בעינן דמטו לידו וזה מה שנתרצה להחזיר חשוב מטו לידו מ"מ יכול לחזור קודם ואי כתב לו דאקני יכול לחזור קודם שמטו לידו ומצוה ליתנו וא"כ יש לחוש שמא חזר מדאקני ויטרוף שלא כדין אך לאביי לשיטתו דסובר דשל"ד ויש לומר מיגו דחייל לא יכול לחזור ושפיר פריך הגמ' אלא לאביי אמאי לא יחזור משא"כ לדידן דש"ד ול"ש מיגו דהא מה שקנה ממילא חייל ויכול לחזור וע"כ נהי דקיי"ל דעבז"ל צריך להביא ראיה שבא לידו מעת שנכתב דאל"ה חיישינן שמא חזר מדאקני קודם שבא לידו ודו"ק:

גם נראה לתרץ הטור הנ"ל דפסק דעבז"ל וסובר דצריך להביא ראיה אימת מטי שט"ח לידו ונראה דהא בלח"מ הקשה לשיטת הר"ן בדעת רבינו דקונמות מפקיע מידי שיעבוד דא"כ קשה בתשמיש אמאי אין הנדר חל וכתב במש"ל דשאני התם דמהתורה אין הנדר חל דתשמיש הוא דבר שאין בו ממש אלא דמדרבנן אסור וע"כ במקום שיעבוד אין הנדר

חל ולפ"ז יש לומר דה"ה הא דשיחרור מפקיע מידי שעבוד זה דוקא היכי דשיחרור מהני מדאורייתא משא"כ היכי דלא מהני השיחרור רק מדרבנן אז אין מפקיע מידי שיעבוד והא דעבז"ל כתבו בתוס' ב"מ דהוא רק מדרבנן וא"כ שיחרור כזה אין מפקיע משעבוד דהא חשוב מוקדם ופסול והכשר רק משום דעבז"ל וא"כ תקשה דאמאי מחזירין שטר שיחרור הא יכול להיות שעשה העבד אפותיקי לבע"ח וכתב בניסן ולא נתן עד תשרי דמהתורה פסול ש"ח רק מדרבנן כשר משום דעבז"ל וא"כ שיחרור כזה אין מפקיע מידי שיעבוד ועכשיו דמחזירין ויאמר דנתן לו ביום שנכתב ואז מפקיע השיעבוד ויפסיד המלוה שלא כדין אך לפי מה דאיתא בתוס' גיטין פ' השולח דאביי דסובר דלמפרע הוא גובה לא אמרינן דהקדש ושיחרור מפקיע מידי שיעבוד משא"כ לדידן דשחרור מפקיע מידי שיעבוד א"כ לכ"ע אתאינן לתירוץ הש"ס דאמרו ליה אייתי ראיה ודוק:

יתבאר עני המהפך בחררה

עיין בקידושין דף נ"ט בכל הסוגיא ושיטת רש"י דמיירי בחררה של הפקר ובתוס' שם ד"ה עני תמהו מהא דתנן ב"מ דף י' ראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר ונטלה הרי היא שלו ואמאי עני מהפך בחררה הוא וע"כ שיטת התוס' דבמציאה או בהפקר לא נקרא רשע שאם לא זכה בזאת לא ימצא אחרת וע"ש, וכבר הקשו על התוס' דמהתם אין ראיה דלא נקרא רשע דלא קתני רק דזכה בה ולעולם דנקרא רשע:

ועיין בתשובות בית אפרים דכתב דכוונת התוס' דאי נקרא רשע א"כ לפי מה דמשני הגמ' שם דמש"ה לא קנה הראשון ע"י ד"א דכי תקינו ליה רבנן ד"א בסימטא בר"ה לא תקינו רבנן ועיין בשמ"ק דכתב דהא ד"א של אדם קנו משום דחשוב כחצר המשתמרת משא"כ בר"ה כיון שרבים מצוים שם חשוב חצר שאינה משתמרת והנה הא דחצר שאינה משתמרת לא קני זה דוקא במציאה אבל במתנה קנה דכיון דדעת אחרת מקנה וביאר בשמ"ק דבמתנה הגם דאינה משתמרת מ"מ סמך דעתו שהרי אי אפשר לאחר לזכות משא"כ במציאה דאפשר לאחר לזכות בו לא סמכה דעתו ולפ"ז אי נימא דאחר חשוב רשע א"כ איכא סמיכת דעת דמסתמא לא יזכה שום אדם וא"כ אפי' בר"ה קני ע"י ד"א ואמאי זה שהחזיק זכה בה וע"כ הוכיחו בתוס' שפיר דלא חשוב רשע במציאה וע"ש ולפ"ז לר"פ דסובר דאפי' בר"ה קונה ד"א דרק דבשדה דבעה"ב לא תקינו ליה רבנן לדידי' ע"כ מתרץ המתני' דלא קנה ליה ד"א משום דנפל גלי דעתו דלא ניחא ליה וע"ש וא"כ יש לומר דסובר דאפי' בהפקר נקרא רשע ונהי דסמכה דעתיה לא קני ליה ד"א משום דגלי דעתו:

ובזה ניחא הא דהקשה בש"ך סי' ר' על הסוברים דהיכי דדעת אחרת מקנה מהני אפי' חצר שאינה משתמרת וא"כ מעשה דר"ג וזקנים הוא מתורת חצר וע"כ מהני בעישור שאני עתיד למוד שנתן ליהושע ומקומו מושכר לו הגם דלא היו עומדין בצד שדהו של ר"ג והי' חצר שאינה משתמרת והקשה דהא בקידושין דף כ"ז מוכח דהקנין היה שם בתורת אגב קרקע דפשוט שם מזה דשדה במכר ומטלטלין במתנה קני והיכי מוכח מזה דלעולם דלא מהני בתורת אגב רק דהקנין הי' בתורת חצר וע"כ משום דהוי חצר שאינה משתמרת הגם דד"א מקנה לא מהני וע"ש. וע"כ נראה דהא הקשה על ר"פ דמתרץ משום ד"א מקנה שאני הא עיקר הטעם משום דסמכה דעתיה דאין שום אדם יכול לזכות דהא אי ט"ה אינו ממון וא"כ יכול כהן לזכות שלא מדעת הבעלים וחשוב חצר שאינה משתמרת דהרי אי יזכה בה כהן ה"ה שלו. אך יש לומר דר"פ לשיטתו דסובר דאפי' בר"ה קני ד"א ויש לומר דנקרא רשע בכל מקום וטעמא דמתני' משום דנפל עלי' דגלי דעתו ואפשר דזה טעמא של ר"פ דקני אפי' בר"ה דחשוב משתמרת משום דנקרא רשע ושפיר משני ר"פ דעת אחרת מקנה שאני דהא סמכה דעתו דשום כהן לא יזכה דנקרא רשע משא"כ לדידן דלא נקרא רשע וא"כ הגם דד"א מקנה לא סמכה דעתו דיכול כהן אחר לזכות וע"כ דהקנין היה שם בתורת אגב וע"כ שפיר פשיט הגמ' בקידושין ולעולם דבעלמא היכי דאין אדם אחר יכול לזכות בה קיי"ל כר"פ דמהני אפי' חצר שאינה משתמרת ואפי' אינו עומד בצד שדהו:

וע"ש עוד דכתב לתרץ קושיא הנ"ל דלפי מ"ש בתוס' בריש ב"מ דהא דאמרינן בעלמא לא קני אע"ג דהבטה בהפקר קנה שאני התם דעשה מעשה כל דהו ולפי זה קשה בראה המציאה ונפל עליה דקנה השני נימא דקנה קמא בראיה ובמעשה כ"ד דנפל וצ"ל דיש חילוק בין הפקר למציאה דמציאה שהוא של הבעלים אלא שנתייאשו ממנו וא"כ ביאוש לחוד יוצא מרשות הבעלים עד שיגיע לרשות זוכה וראי' עם מעשה כ"ד לא מהני וא"כ הא הטעם דיאוש קונה באבידה דבהיתרא אתי לידו וכל היכי דפתיך ביה איסורא הגם דאיסור בא מצד אחר מ"מ כיון שאין היתר גמור אינו קונה ואי חשוב רשע דכיון דע"כ מיירי באבידה אז ל"ח בהיתרא בא לידו ולא קני ביאוש אלא ודאי דלא נקרא רשע וע"ש. אך קשה לפי דבריו דאיירי באבידה וכל זמן דלא בא לרשות זוכה הוא ברשות בעלים א"כ לפי מה דאיתא בר"ן להקשות למה הוצרכו חכמים לתקן משיכה ומסירה בסימטא יקנה בד' אמות וכתבו דלא אמרו ד' אמות כשעומד ונתנן לו בתוך ד"א הא אם קדם כלי לא לפי שמקומו של כלי קנוי הוא לבעל הכלי וע"ש. ולפ"ז כיון דאבידה אכתי היא ברשות הבעלים א"כ מקום הכלי קנוי לבעל הכלי ומאי פריך דקנה ליה ד"א הא ד"א

לא הוי שלו רק של הבעלים ואפי' אי לא בעינן גם ביאוש אתא לרשות זוכה מ"מ תיכף שנפל ממנו קודם שנתייאש מקום של אבידה קנוי הוא לבעלים ומאי פריך הגמ' אי מיירי ע"כ באבידה ולא בהפקר ועיין בש"ך סי' ר' דכתב דבאמת באבידה אין חילוק אך יש לומר לפי מה דאיתא בש"ך דנ"מ דע"י משיכה הוי קנין דאורייתא וקנין ד"א אינו אלא מדרבנן ובאמת קשה דהא קיי"ל כר' יוחנן דמשיכה הוא מדרבנן אך עכ"פ לר"ל יש לומר דלעולם דאין חילוק דאפי' אי הכלי קדים קני בד"א ולא אמרינן דמקום הכלי קנוי הוא לבעלים ונ"מ דע"י משיכה הוי הקנין מדאורייתא וע"כ רבא דסובר כר"ל שפיר פריך ממתני' ולפ"ז לדידן דקיי"ל כר"י וע"כ דאי הכלי קדים לא קני בד"א ולא קשה קושית הגמ' וע"כ ניחא הרמב"ם דהביא המתני' ולא כתב דאירי בר"ה דאל"כ הא קני לראשון ד"א אך לדידן לא קשה כלל דכיון דאבידה קדם קנוי המקום לבעלים ואי הוא קדם לאבידה א"כ בא לחצירו קודם יאוש וחשוב יאוש שלא מדעת ובזה יש לומר עוד דרבא לשיטתו דסובר דיאוש שלא מדעת הוי יאוש וע"כ שפיר פריך היכי דהוא קדם לאבידה ודוק:

עשה דאינו שוה בכל

יבואר אי עשה דאינו שוה בכל דוחה ל"ת ועשה דאינו שוה בכל

עיין ב"מ פ' שני דקאמר שם מנין שאם אמר לו אביו דיטמא שלא ישמע לו וכו' עד דפריך דת"ל דאין עשה דוחה ל"ת ועשה וע"ש בתוס' דהקשו דהא דאין עשה דוחה ל"ת ועשה זה השוה בכל אבל הכא דאינו שוה בכל דחי אפי' ל"ת ועשה וע"ש. ונראה דהנה בס' קצה"ח הקשה דאפי' אי לא היה רק ל"ת גרידא לא דחי עשה דכיבוד אב ל"ת לפי מה דמשני הגמ' בכתובות דמש"ה באינה ראוי לבוא בישראל ליכא העשה ולו תהיה לאשה ולא אמרינן דעשה דוחה ל"ת משום דאי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל וכתבו הגם דנא אמרה לא בעינא מ"מ כיון שיכולה לומר כן לא אלים העשה לדחות ל"ת דהא הברירה בידה לעקור העשה ולא אלים לדחות ל"ת ועיין בשמ"ק וא"כ ה"ה העשה דכיבוד אב דג"כ מצי מעיקר' לא חשוב עשה לדחות ל"ת. אך לפי מה דאיתא בשמ"ק שם הטעם דעשה דאפשר לעקור ל"ח עשה דדמי לעשה שאינו שוה בכל דלא דחי ל"ת וה"ה עשה דאפשר למיעקר ולפ"ז יש לומר דאי ל"ת אינו שוה בכל דחי העשה הגם דמצי מיעקר' דמה בכך דחשוב עשה אינו שוה בכל הא גם ל"ת אינו שוה בכל ולא קשה קושית קצה"ח וע"ז פריך שפיר דאין עשה דוחה ל"ת ועשה ואין לומר דאינו שוה בכל ל"ת ועשה דליתא אם העשה שוה בכל אז דוחה ל"ת ועשה שאינו שוה בכל משא"כ

הכא דעשה מצי למיעקרה וחשוב ג"כ אינו שוה בכל וע"כ לא דחי ל"ת ועשה הגם דאינו שוה בכל ולא קשה קושית תוס' הנ"ל:

ובאמת איתא בראשונים על הא דאמרינן דאי אמרה לא בעינא היינו כיון שהיא מוזהרת על הלאו כמו הוא ובדי' ליכא העשה וע"כ נהי דהוא רשאי משום דעשה דוחה מ"מ בדידה דליכא העשה ועל הל"ת מוזהרת ואיכא איסור בדידה ולפ"ז לפי מה דאיתא ביבמות דעל לאו דאינו שוה בכל היא מוזהרת רק משום דכל היכי דהוא מוזהר היא נמי מוזהרת ולפ"ז בלאו שאינו שוה בכל ל"ש דאי אמרה לא בעינא דכיון דעליה ליכא איסור רק משום דהוא מוזהר ועל דידי' יש לומר דעשה דוחה ל"ח ממילא ליכא עלי' שום איסור ועי' במכות פ' ג' בתוס' דכתבו על הא דאונס שגרש דאם ישראל הוא מחזיר ואינו לוקה ואם כהן לוקה ואינו מחזיר וכתבו בתוס' ולא דחי העשה ל"ת ועשה דאינו שוה בכל משום דאי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה וקשה הא שם ליכא עליו איסור דכיון דאינו שוה בכל רק משום דהוא מוזהר וכיון דיש לומר על דידי' דעשה דוחה ממילא ליכא עלי' שום איסור:

והנה בטעמא דאין שורפין קדשים ביו"ט רבא יליף מקרא ור"א משני משוה דיו"ט עשה ול"ת הוא וכבר הקשו בתוס' דהא גם רבא סובר דיו"ט חשוב עשה ול"ת כדמשמע בביצה וא"כ אמאי לא קאמר רבא טעמו של ר"א דאין עשה דוחה ל"ת ועשה וכתבו לפי מה דסובר רבא בזבחים דבדחי' אמרינן מה לי חד דחי' ומה לי שני דחיות ובהותרה אמרינן להא אישתרי ולהא לא אישתרי וא"כ יש לומר דגם דאין עשה דוחה ל"ת ועשה מ"מ כיון דאיכא גם ל"ת הואיל וניתן ל"ת לדחות ה"ה העשה ובפרט לפי שיטת הריב"א דסובר דליכא מלקות דל"ת עכ"פ דוחה וא"כ מהראוי לומר מה לי חד דחי' ודוחה גם העשה וע"כ ניחא הא דאמרינן בכל מקום דאין עשה דוחה ל"ת ועשה ולא קאמר בפשיטות דאין עשה דוחה עשה ועי' בנוב"י אך זה בדרך רבותא דה"א דכיון דדוחה ל"ת דוחה גם העשה דמה לי חדא דחי' וכו'. אך דלרבא מנא ידעינן זה ולא נימא הואיל ואידחי אידחי גם העשה אך ילפינן מקרא דלבדו ולא מילה שלא בזמנה דאין דוחה יו"ט ומהכא יש לומר דילפינן בכל מקום דאין עשה דוחה ל"ת ועשה ובאמת גם רבא ס"ל דיו"ט עשה ול"ת אך מחמת דלשיטתו אמרינן מה לי חדא דחי' וכו' איצטריך קרא דאין עשה דוחה ל"ת ועשה ובאמת לשיטת רבא מהכא ילפינן בעלמא דאין עשה דוחה ל"ת ועשה ור"א סובר כאביי דלא אמרינן הואיל ואידחי' וכו' א"כ מסברא ידעינן דאין עשה דוחה ל"ת ועשה דלא גרע מעשה לחוד:

ובזה ניחא המכילתא וז"ל והנותר ממנו עד בוקר באש תשרפו וכו' עד ר' ישמעאל אומר אינו צריך הרי הוא אומר כל מלאכה לא תעשו ושריפה מעין מלאכה היא ומה ת"ל עד בקר אלא אם חל ששה עשר בשבת שאין נשרף אלא עד אחר י"ז והקשה עלי' דכיון דל"צ קרא על יו"ט כש"כ על שבת דל"צ קרא דאסור לשרוף דעל יו"ט דיש לומר דעשה דוחה ל"ת דיו"ט אעפ"כ ל"צ קרא כש"כ על שבת. אך לפי הנ"ל יש לומר דלכאורה גם על יו"ט צריכין קרא עד בוקר דה"א הואיל דדוחה ל"ת נדחה גם העשה דבדחוי' אמרינן הואיל דאידחי אידחי ומהכא ידעינן בעלמא דלא דחי גם העשה אך לפי מה שכתבו לתרץ דברי רש"י בברכות פ' ג' ע"פ הרמב"ן דסובר דהיכי שקיום מצות העשה הבא בביטול האיסור אגודי' תמיד יחד שאין מציאות לקיום העשה כי אם בביטול האיסור המתנגדה בכה"ג לא מיקרי דחוי' וע"כ ביבום שתמיד המצוה רק באשת אח לא חשוב דחיית איסור אשת אח רק היתר גמור ומה"ט איתא בגמ' שבת הותרה טומאה דחוי' משום דהקרבת קרבנות בשבת אי אפשר במציאות אם לא בעשיית מלאכות וע"כ חשוב הותרה משא"כ טומאה דאי לא הי' מקרה הטומאה היה מתקיים עשיית קרבנות בלי צורך דחיית איסור ולפ"ז ניחא דביו"ט לא חשוב דחוי' דלעולם המצוה הוא ביו"ט ואי אפשר להתקיים המצוה רק בביטול האיסור וא"כ ל"ש הואיל ואידחי אידחי דזה חשוב הותרה ובהותרה לא אמרינן הואיל ואישתרי אישתרי וע"כ קאמר דצריכין קרא דאם חל ששה עשר להיות בשבת דהיה יכול להתקיים העשה אי לא היה חל בשבת רק דחל בשבת וחשוב דחוי' וה"א הואיל ואידחי' וכו' וע"כ צריכין קרא דאסור לישרוף רק ביי"ז:

והנה איתא במכילתא יבמה יבוא עלי' וערות אשת אחיך לא תגלה שניהם בדיבור אחד נאמרו גם איתא שם שם לו חק ומשפט ר"א חק אלו העריות הרי דכל עריות שבפ' אחרי שנאמר בהם חק במרה נצטוו וכיון דערות אשת אחיך ויבמה יבוא עלי' בדיבור אחד נאמרה א"כ יבמה יבוא עלי' במרה נאמרה וא"כ הוי ליה עשה דלפני הדיבור וא"כ לפי מה דאיתא בריש יבמות מה לפסח ומילה שכן ישנו לפני הדיבור הרי מבואר דעשה דלפני הדיבור אלים טפי וא"כ יש לומר הגם דאין עשה דוחה עשה מ"מ עשה דלפני דיבור דאלים דוחה עשה דלאחר הדיבור ובזה יש לומר הא דסובר הרמב"ם דחייבי עשה שנפלה ליבום דאי עבר ובעל דקנה והקשו דכיון דאין עשה דוחה עשה ומדאורייתא לא רמי' ליבום אמאי קנה אך הכא שאני דעשה דיבום הוא לפני דיבור וע"כ דוחה העשה אך קשה לי דא"כ גם אלמנה מנישואין אמאי סובר הרמב"ם דאפי' עבר ובעל לא קנה הא מדאורייתא חזי' ליבום דעשה דיבום דוחה ל"ת ועשה משום דעשה דלפני דיבור הוא ודמי לפסח ומילה ודוק:

אות פ

פשיעה בקרקעות

יבואר דין פשיעה בקרקעות והקדשות דנתמעטו מרין שמירה:

עיין במס' ב"מ פ' הזהב דפריך הגמ' על הא דש"ח אינו נשבע ש"ש אינו משלם ורמינהו בני העיר ששלחו את שקליהן ונגנבו או שאבדו אם משנתרמה התרומה נשבעין לגזברים ואם לאו נשבעין לבני העיר וכו' אמר שמואל הכא בנושא שכר עסקינן ונשבעין ליטול שכרן ופריך והא נגנבו קתני וש"ש בגו"א חיובי מיחייב והכא נמי נהי דשלומי לא משלמי אגרייהו מיהא לפסיד וכו' ר' יוחנן אמר הא מני ר"ש היא דאמר קדשים שחייב באחריותן נשבעין עליהם התינח עד שלא נתרמה התרומה משנתרמה קדשים שאינו חייב באחריותן נינהו דתניא תורמין על האבוד ועל הגבוי ועל העתיד לגבות אלא אמר ר' אלעזר שבועה זו תקנת חכמים היא שלא יהו בני אדם מזלזלים בהקדשות. ופריך נושא שכר אינו משלם רמי ליה ריב"ח לרבה השוכר את הפועל לשמור את הפרה לשמור את הזרעים אין נותנים לו שכר שבת לפיכך אין אחריות שבת עליו היה שכיר שבת וכו' נותנין לו שכר שבת לפיכך אחריות שבת עליו מאי לאו לשלם ומשני ר"ש בשקנו מידו וכן אמר ר' יוחנן בשקנו מידו והרמב"ם לא הביאו בקנו מידו ותמהו עליו ועי' בלח"מ וע"ש בתוס' ד"ה ש"ח אינו נשבע נראה דאפי' אי פשע לא משלם מדפריך לקמן מהשוכר את הפועל לשמור כו' ולא משני כשפשע וע"ש והקשה הא לבתר תקנת חכמים דתקנו דישבע שלא יזלזלו בהקדשות ה"ה דאי ידעינן דפשע חייב מתק"ח. ואכתי תקשה דאמאי לא משני בפשע ועי' בתומים ס' ס"ו. וכתבו דמדחזינן דרבה מתרץ דברי שמואל ע"כ דלא סובר הך תקנה דאל"כ בלא"ה ניחא אך הקשו דאין דילמא גם רבה סובר הך תקנה שלא יזלזלו אך זה שייך משנתרמה התרומה משא"כ קודם שנתרמה דאחריות על הבעלים ל"ש זה וע"כ צריך לומר כדמשני שמואל דנשבעין ליטול שכרן:

והנה שיטת הראב"ד דהדברים דנתמעטו מדין שומרים מ"מ שבועה שאינו ברשותו מחויב לישבע ועי' בר"ן בשבועות והקשו עליו דא"כ מאי פריך הגמ' מבני העיר ששלחו שקליהן הא יש לומר דהא דקתני דנשבעין הוא שבועה שאינו ברשותו ועי' בש"ך ס' הנ"ל דכתב דאפי' לדעת הרשב"א דחולק על הראב"ד מודה דשבועה דאינו ברשותו דתקנת חכמים שחידש ר"ה דחיישינן שמא עיניו נתן בה גם הרשב"א מודה דצריך לישבע וע"ש ועי' בתומי' דהקשה לפי מה דסוברים דהגם דש"ש מחויב לישבע אפי' בלא אפקיד ליה בשטר ולא נאמן במיגו משום דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ומ"מ סוברים דהיכי דהשבועה הוא רק מתק"ח נאמן במיגו וע"כ בשכיר היכי דליכא עדים דשכרו

נאמן במיגו ואפי' שבועה ליכא על בעה"ב וע"כ בשלמא השתא דתקנו שהי"ס ליכא מיגו להד"מ דהא מ"מ יהי' צריך לישבע שהי"ס ואינו מרויח משא"כ בזמן המשנה דליכא שהי"ס ל"צ לישבע שבועה דאינו ברשותו דתק"ח. הא יש לו מיגו להד"מ וע"ש. ובזה נראה לתרץ קושית תוס' על הא דפריך הניחא עד שלא נתרמה משנתרמה התרומה דאינו חייב באחריות דתנן תורמין על האבוד ועל העתיד לגבות והניחו התוס' בתימא הא מגופ' דמתני' שמעינן דמשנתרמה התרומה נשבעין לגזברין ש"מ דאין אחריות על הבעלים וע"ש:

וע"כ נראה דהנה שיטת רש"י בכתובות דהא דקתני על העתיד לגבות היינו אפי' לא שקלו כלל ולא שלחו מ"מ אינו מחויב עוד לשלחו דכיון דתורמין עלי' ולכך המודר הנאה מחבירו שוקל שקלו דלא משתרשי ליה כלל דמשנתרמה התרומה פטור וא"כ לפ"ז יש לומר דוקא קודם שנתרמה צריכין לאוקמא כר"ש דליכא שבועה דת"ח דתיקן ר"ה שבועה דאינו ברשותו דיש לו מיגו להד"מ ולא חשוב מיגו מגברא לגברא דהגם בטענה דעכשיו מפסידין לבעלים וע"כ צריכין לתרץ דאתא כר"ש משא"כ לאחר שנתרמה דבטענה דעכשיו מפסיד להקדש משא"כ אי יאמרו להד"מ ולא קיבלו מהבעלים דאז מפסידין להבעלים וחשוב מיגו מגברא לגברא דלא אמרינן וא"כ יש לומר הא דנשבעין לגזברים היינו שבועה דאינו ברשותו דהא ליכא מיגו וע"ז פריך משנתרמה התרומה ליכא גורם לממון ואין לומר דשבועה זו הוא אינו ברשותו דהא ליכא מיגו דחשוב מיגו מגברא לגברא הא תנן תורמין על העתיד לגבות וכשיטת רש"י הנ"ל וגם אי אומר להד"מ הפסיד להקדש דכיון דכבר נתרמו פטורין אפי' לא שלחו כלל וא"כ ל"ח מיגו מגברא לגברא וליכא שבועה דאינו ברשותו דנאמן במיגו להד"מ וא"כ עיקר הא דמייתי דתורמין על העתיד לגבות לאו לענין זה דהבעלים ל"צ ליתן שקלים אחרים בנגנבו לאחר שנתרמה דזה שמעינן ממתני' דנשבעין לגזברים רק עיקר הראיה דאפי' לא שקלו כלל משנתרמה פטורין ול"ת מיגו מגברא לגברא וליכא שבועה דאינו ברשותו דתיקן ר"ה כמו קודם שנתרמה דליכא שבועה דאינו ברשותו אך זה לשיטת רש"י הנ"ל:

ולכאורה נראה לתרץ הראב"ד הנ"ל לפי מה שהקשו דאמאי נשבעין לגזברים משנתרמה הא יש להם מיגו דיאמרו שנתנו להגזבר ולא חשוב מיגו דהעזה דהא החזקה דשליח עושה שליחותו מסייע והיכי דחזקה מסייע יכול להעיד ועי' בש"ך ס' צ"א דאפי' היכי דהוא נוגע כמו הכא שייך החזקה הנ"ל ועי' בתומים ס' הנ"ל. דהא ברא"ש בשבועות איתא דמש"ה לא אמרינן בש"ש מיגו משום דחשוב מיגו דהעזה והכא ל"ש זה דחזקה מסייע ויכול להעיז וע"כ נראה לפי מה דסוברים דהא דהרמב"ם סובר דל"א מיגו

לאיפטורי משבועה זה דוקא היכי דבאם לא יכול לישבע אינו צריך לשלם אז ליכא עליו רק שבועה גרידא וחשוב המיגו רק ליפטור משבועה דלא אמרינן משא"כ היכי דהשבועה מחייבו ממון באינו יכול לישבע אז חשוב מיגו ליפטור ממון ואמרינן לכ"ע מיגו ועי' בנה"מ וקצת ראיה לזה מהא דאיתא בשבועות שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין היכי דמי אי דאמרי חמשין אית לך וכו' מה לי אביהם או הן והקשו דילמא יורשין שאני דיש להם מיגו דכ"ה ומיגו דהעזה לא חשוב דכיון דלא היה למלוה שום עסק עמהם ועי' תוס' ב"ק ובש"ך ס' פ"ב דלא הלוה להם רק לאביהם. ולכאורה ניחא בפשיטות לפי מה שהקשו הא ליכא מיגו דכ"ה דיוכל להיות דהמקצת שכפר משום דיש לו עלי' ס' מי"ש ועל יותר אין לו ס' מי"ש אך בשמ"ק דהכא לא תלינן ספק מי"ש דמסתמא קודם שהלוה לחבירו חושב קודם אם הלוה אין לו עליו שום תביעה וע"ש וזה ל"ש נגד היורשים וע"כ בלא"ה ליכא ביורשים מיגו דכ"ה אך לפי מה שאמרנו דלפי מה דס"ד דלא ידעינן מתוך שא"י לישבע משלם בלא"ה ל"ח מיגו דחשוב רק ליפטור משבועה ולא אמרינן:

וא"כ לפי מה דאיתא בפוסקים דעל שבועה דלא פשע ושלא שלח יד לא אמרינן מתוך דאינו רק מטעם גלגול וא"כ חשוב מיגו ליפטור משבועה ואי מיירי משבועה דאינו ברשותו דבזה אמרינן מתוך א"כ תקשה אמאי נשבעים לגזברים דנאמנים במיגו דנתנו לגזברים והעזה ליכא דחזקה מסייע וגם ל"ח לפטור משבועה אלא ודאי דלא מיירי משבועה דאינו ברשותו ושפיר פריך הגמ' ולפ"ז קודם שנתרמה דנשבעין להבעלים לא קשה קושית הגמ' דיש לומר דהשבועה היא אינו ברשותו דליכא מיגו הנ"ל דחשוב מיגו מגברא לגברא דבטענה דעכשיו הפסיד להבעלים משא"כ אי יאמרו דנתנו לגזברים יגזלו להקדש. ובזה ניחא קושית התומים על הא דמשני ר"א דשבועה זו תקנת חכמים שלא יזלזלו וכו' דזה שייך משנתרמה משא"כ עד שלא נתרמה דאין להקדש הפסד א"כ ל"ש שלא יזלזלו ואכתי קשה קושית הגמ' אמאי נשבעין וע"ש. והנה לפי מה דאיתא ברמב"ם דקודם שנתרמה ונמצא הגנב דמחויב לשלם כפל דחשוב ממון הדיוט קודם שנתרמה ולפ"ז ע"כ קושית הגמ' לא היה רק לאחר שנתרמה דקודם דכיון דחזינן דמשלם כפל פשיטא דאיכא שבועה וע"ז שפיר משני דתק"ח הוא שלא יזלזלו:

ובזה ניחא המרדכי דסובר דשליח שקרהו בדרך אונס דמפסיד שכר השליחות והקשו עליו מסוגיא דהכא דמשני שמואל דנשבעין ליטול שכרן הרי דלא מפסיד שכרו ועי' בתומים דמשנתרמה התרומה דמרויחין הבעלים ע"י השליחות דל"צ לשקול אחרים ולולי דהיה מסרו להם והם היו הולכים בדרך וקרהו אונס הי' צריכים לשקול אחריו

ללשכה ועכשיו הן פטורים פשיטא דמגיע להם שכר. אך הקשה בקודם שנתרמה ל"ש זה דלא מהני להם השליחות ול"ש דנשבעין ליטול שכרן אך באמת על קודם שנתרמה לא קשה קושי' הגמ' ול"צ לומר דנשבעין ליטול שכרן. אך לפי הנ"ל יש לומר דקודם שנתרמה נהי דל"ש שלא יזלזלו אך מזה לא קשה כלל דיש לומר דהשבועה הוא אינו ברשותו דל"ח מיגו דחשוב מיגו מגברא לגברא וכן הא דמשני שמואל דנשבעין ליטול שכרן לא קאי אלא לאחר שנתרמה דאז לא מצינן לומר דהוא שבועה דאינו ברשותו ואז מרויחין הבעלים וע"כ מגיע שכר שליחות וקודם שנתרמה דל"ש זה יש לומר דהוא שבועה דאינו ברשותו:

ובזה ניחא קושי' הנ"ל דרבה דמתרץ דברי שמואל לא קאי רק לאחר שנתרמה דקודם חשוב ממון הדיוט וגם דיש לומר דהשבועה הוא אינו ברשותו וא"כ מדלא קאמר משום שלא יזלזלו ע"כ דל"ס כר"א ושפיר פריך משוכר את הפועל ולא משני דפשע:

וגם נראה על הקושי' דנהי דגם מפשיעה פטור מדינא מ"מ מתק"ח חייב ואמאי לא משני דפשע ונראה דהא בש"ך הקשה אי מיירי בפשיעה אמאי ברישא דאין נותנין שכר שבת דאין אחריות שבת עליו דהא בפשיעה גם ש"ח חייב וע"כ נראה דזה פשיטא להתוס' דש"ח פטור אי פשע אך עכ"פ אפשר דש"ש חייב בפשיעה משום דלא נחתינן רק חד דרגא דש"ש דהיה עלי' חיוב גו"א ג"כ וע"ז נתמעט מכלל ופרט אבל עכ"פ בפשיעה חייב דלא נחתינן תרי דרגא וע"ז הוכיחו דאפי' מפשיעה פטור ש"ש דא"כ מה פריך דיש לומר בפשיעה ומ"מ ש"ח פטור משא"כ אי הברייתא מיירי בתר תק"ח דתיקנו משום שלא יזלזלו פשיטא דאפי' ש"ח חייב בפשיעה ואדרבה דשייך יותר שלא יזלזל דלא ירא משום הפסד שכרו ואמאי ברישא פטור. ובאמת בפשיטות ניחא קושי' הנ"ל דקודם שנתרמה ל"ש שלא יזלזלו וגם ל"ש דנשבעין ליטול שכרן לפי המרדכי לפי מה דהקשו הראשונים דאמאי לא משני גם הכא דאיירי בקנו מידו ועי' בתומים דכתב דבהקדש ל"ש קנו מידו דמי יתן הכלי לקנין דאי הקדש יתן א"כ ימעול בהקדש והא תינח משנתרמה דהשבועה להקדש משא"כ קודם שנתרמה יש לומר בקנו מידו ועל אחר שנתרמה שפיר משני דנשבעין ליטול שכרן וכן ר"א משני שלא יזלזלו בהקדשות:

גם נראה לתרץ הראב"ד דבלא"ה הקשה על הרמב"ם דפסק דוקא במסרו לש"ש אז אמרינן דמשנתרמה דהפסיד להקדש משא"כ במסרו לש"ח חשוב פשיעה ואפי' משנתרמה הבעלים חייבין ליתן אחרים והקשו הא שמואל משני הכא בש"ש עסקינן ונשבעין ליטול שכרן הא בלא"ה ע"כ איירי בש"ש דאל"כ אפי' משנתרמה הבעלים

חייבין ולא היה צריך לומר דרק דנשבעין ליטול שכרן דהא בש"ש בלא"ה ידעינן דאיירי אלא ודאי דאפי' במסרו לש"ח פטורין משנתרמה. ועי' בכ"מ הלכות שקלים:

ולכאורה נראה דבלא"ה הקשו על הרי"ף דלא הביא הך תירוץ דר"א דשבועה זו תק"ח שלא יזלזלו בהקדשות:

ולכאורה יש לומר לפי מה דהקשה בש"ך דאי אמרינן דאפי' מפשיעה פטור א"כ נ"ש שבועה כדי שלא יזלזלו דכיון דאפי' אי ידעינן דפשע פטור ל"ש שבועה שלא פשע ודוחק לומר דחכמים תיקנו ג"כ דאי פשע חייב דאיך יכולין זה וע"ש דהוכיח מזה דאי ידעינן דפשע חייב בלא התקנה. ונראה דהנה זה ברור דאפי' אי אמרינן דאפי' אי מודה מהני תפיסה מ"מ אי כפר ליכא שבועה דל"ח ממון משום זה ולא חשוב רק גורם לממון כיון דמהני תפיסה וקיי"ל דלא כר"ש דסובר דגורם כממון שיהיה חייב לישבע משום זה. ובאמת איתא בס' א"מ דמש"ה לר"ג איכא שבועה בט"ח הגם דפטור משעורין מ"מ חשוב הודאה דכיון דמהני תפיסה בט"ח אך זה תליא למ"ד דמשביע עדים שהן משב"ק וכפרו דחייבין קרבן שבועה משום דמדאורייתא חזי וכתב ברשב"א דכיון דמהני תפיסה בפ"ע דרבנן וע"כ חשוב כפירת ממון אך לא קיי"ל כן רק דפטורין מקרבן שבועה ואפשר דגם הוא לא קאמר רק דחשוב הודאה כיון דמועיל תפיסה אבל כפירת ממון לכ"ע לא הוי משום תפיסה אך לר"ש דסובר דגורם כממון פשיטא דמחויב שבועה היכי דמהני תפיסה וא"כ לפי מה שכתבו דפשיעה חשוב גרמא בנזקין דחייב עכ"פ בדיני שמים רק היכא דהתורה לא נתמעטו מדין שומר משא"כ הכא דנתמעטו מדין שמירה פטור בדיני אדם אך כיון דגרמא הוי חייב בדיני שמים ומהני תפיסה וא"כ ממילא צריך שלא פשע כיון דאי יודה דפשע מהני תפיסה איכא שבועה לר"ש וא"כ דר"א קאי על תירוץ דר"י דמשני הא מני ר"ש דסובר דגורם כממון אך הגמ' פריך לאחר שנתרמה ליכא גורם וע"ז משני דתק"ח שלא יזלזלו ואע"ג דאפי' אי יודה דפשע פטור איכא שבועה לר"ש לשיטתו דכיון דתפיסה מהני אי יודה וע"כ מחויב לישבע וזה לר"ש לשיטתו משא"כ לדידן ליכא שבועה היכי דמהני תפיסה וע"כ לא הביאו הרי"ף תירוצא דר"א וניחא הא דהקשה דקודם שנתרמה ל"ש כדי שלא יזלזלו אך כיון דקאי על ר"י א"כ קידם שנתרמה פשיטא דאיכא שבועה דגורם כממון והבעלים חייבין באחריות וחשוב גורם:

גם נראה דבלא"ה יש להבין על שיטת הרמב"ם הנ"ל דשלחו ע"י ש"ח חשוב פשיעה הא כיון דליכא דין שמירה בהקדש א"כ אין חילוק אי מסרו השקלים לש"ש או לש"ח דעל גו"א אפי' ש"ש פטור ועל פשיעה אפי' ש"ח חייב לשיטת הרמב"ם. ולכאורה נראה דגם לענין פשיעה יש נ"מ בין ש"ח לש"ש דהא קיי"ל דהיכי דהיה יכול להציל ע"י אנשים

אחרים דש"ש מחויב אפי' לשכור אנשים להציל ואי לא חשוב פשיעה משא"כ ש"ח ל"ח זה פשיעה דאינו מחויב לשכור אנשים. ובזה ניחא הא דהקשה דבתוס' הוכיחו דאפי' בפשיעה פטור דאל"כ אמאי לא משני דפשע והקשה דא"כ גם ברישא דהוא ש"ח חייב וכתבו דיש לומר דהפשיעה היה דמסר לש"ח וברישא דהוא ש"ח ל"ח פשיעה דלא גרע לשמירתו בזה אך לפי מה דאיתא בתומים להקשות על הש"ך דכתב דהא מיירי בפשיעה דא"כ גם ש"ח חייב וכתב דהא יש לומר דהפשיעה הי' שלא שכר אנשים להציל וזה אינו מחויב ש"ח וכתב בקצה"ח דבשבת ל"ש זה דאסור לשכור פועלים וע"ש וא"כ כיון דל"ש הכא לשכור אנשים א"כ אפי' אי הוא ש"ש ליכא פשיעה דמסר לש"ח דהא עיקר פשיעה לענין זה דמחויב לשכור אנשים וש"ח אינו מחויב ובשבת ל"ש זה:

אך יותר נראה לי נהי דגם ש"ש פטור מגו"א הכא בהקדש מ"מ חשוב פשיעה אי שלחו ע"י ש"ח דכיון דעכ"פ אי נגנב נהי דאינו משלם מ"מ שכרו מפסיד דלא קיים תנאו דישמור מגו"א רק בנאנס נוטל שכרו ונשבע שנאנס ליטול שכרו וע"כ בודאי ישמור בגו"א שלא יפסיד שכרו וע"כ חשוב פשיעה אי מסרו לש"ח וע"כ סובר הרמב"ם דאם מסרו לש"ח אפי' משנתרמה חייבין וזה תינח אליבא דאמת דמשני שמואל דנשבעין ליטול שכרן משא"כ לס"ד דלא ידעינן מזה דבשבועה נוטלין שכרן ואפשר דהוא סובר דאין נאמנים בשבועה על זה שקיים התנאי וע"כ היה ס"ד דאיירי אפי' בש"ח דליכא פשיעה בזה דמסרו לש"ח וע"כ משני שפיר הכא בש"ש עסקינן ובס"ד היה סובר דאיירי אפי' בש"ח. ובזה ניחא הרי"ף הנ"ל דהא קשה על ר"א דכיון דלשיטת הרמב"ם ע"כ איירי דמסרו לש"ש ובש"ש ל"ש כדי שלא יזלזלו כמו שכתבו דבלא"ה לא יזלזל משום הפסד השכר וע"כ צריכין לומר דר"א קאי לר"י דל"ס הך דנשבעין ליטול שכרן וא"כ לא פשעו אפי' במסרו לש"ח וא"כ יש לומר דאיירי בש"ח ושייך שפיר כדי שלא יזלזלו חייבין משא"כ לדידן דנשבעין ליטול שכרן ואי מסרו לש"ח חייב וע"כ דאיירי במסרו לש"ש ואז ל"ש שלא יזלזלו דלא יעשה משום הפסד שכרו וע"כ לא הביאו הרי"ף תירוץ דר"א הנ"ל:

גם נראה דהא בש"ך בסי' הנ"ל כתב דטעמא של הראב"ד וז"ל דודאי שבועה שלא פשע ושלא שלח יד פוטר מלישבע משום דאי לאו דגלי קרא אפי' בשאר דברים לא היה צריך לישבע שבועות הנ"ל אלא דגלי קרא ולכך שטרות וחברייהו דאימעטי משבועה מהנך שבועות אימעטו אבל שבועה דאינו ברשותו הגם דלא גלי קרא הוי מחייבי ליה מסברא דאיך יעלה על הדעת דיפטור בלא שבועה שמא הוא ברשותו ולא שבקת חיי לכל מפקידין ויע"ש. ובאמת נראה דזה שייך נגד הבעלים שמסרו לו משא"כ לנגד אחר

שלא מסרו לו ל"ש זה דלא שחל"ב. ובזה יש לומר הא דהקשה מאי פריך הגמ' דילמא מיירי משבועה דאינו ברשותו דיש לומר דקושיא היא מהא דנשבעין לגזברין דבזה ל"ש דמכח סברא צריך לישבע דאל"כ לא שבקת חיי לכל מפקידין דהם לא מסרו לו וע"ז שפיר דשבועה הוא כדי שלא יזלזלו וכן שייך לומר דנשבעין ליטול שכרן דכיון דהבעלים מרויחים ועל קודם שנתרמה הגם דל"ש שלא יזלזלו או ליטול שכרן מזה לא היה קושית הגמ' דיש לומר דשבועה דאינו ברשותו הוא מה שנשבעין להבעלים:

אך נראה עוד לפי מה דאיתא בש"ך שם דמש"ה סובר הרמב"ם דחייב בפשיעה משום דפשיעה חיובא לא אתיא מקרא דבלאו קרא נמי מסברא הוי מחייבינן דפושע מזיק הוא והכלל והפרט לא קאי רק מה שרבתה התורה חיובא דהיינו ש"ח לישבע וש"ש בגו"א וע"ש דהוכיח דבפשיעה מדינא חייב מהא דמשני ר"א דשבועה זו תק"ח שלא יזלזלו ואי אפי' בפשע פטור ל"ש שבועה אלא ודאי דאי ידעינן דפשע חייב ומשום שלא יזלזלו תקנו דמחויב לישבע שלא פשע ולפ"ז יש לומר להמסקנא דמשני כדי שלא יזלזלו ומזה מוכח דחייב בפשיעה וע"כ משום דהוא מכח סברא לחייב ע"כ לא נתמעטו מכלל ופרט וע"כ סובר הראב"ד דה"ה דמחויב לישבע שבועה שאינו ברשותו משום דאפי' אי לא גלי קרא הוי מחייבין לישבע מכח סברא הנ"ל ולא קאי ע"ז הכלל ופרט משא"כ בס"ד דלא ידעינן מזה דתקנו משום שלא יזלזלו וא"כ היה סובר דגם מפשיעה דהוא מכח סברא קאי הכלל ופרט ליפטור וא"כ ה"ה דקאי הכלל ופרט אפי' על שבועה דאינו ברשותו הגם דהוא מכח סברא לישבע מ"מ נתמעט וע"כ לא משני דהשבועה הוא אינו ברשותו דלס"ד גם משבועה דאינו ברשותו פטור והראב"ד לא קאמר כן רק לפי המסקנא דשמעינן דבפשיעה חייב משום דהוא מכח סברא לחיוב וע"כ ה"ה שבועה דאינו ברשותו:

וניחא בזה הרמב"ם הנ"ל דלא הביאו דאיירי בקנו מידו ולכאורה נראה דהא הקשו דילמא הפשיעה היה דמסר לש"ח וע"כ ברישא פטור דלא גרע לשמירתו אך נראה דהא רב סובר דאפי' ש"ש דמסר לש"ח ונאנס דפטור הראשון אלמא דל"ח פשיעה בזו דמסר לש"ח דאי חשוב פשיעה הוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס דחייב. אך איתא בלח"מ דזה לא חשוב אונס הבא מכח הפשיעה דאפי' אי מסר לש"ש היה זה האונס וע"כ פטור הראשון על אונסין ולעולם דחשוב פשיעה הא דמסר לש"ח וא"כ רבה לשיטתו דהוכיח הרי"ף דסובר רבה דאפי' היכי דאין האונס בא מכח הפשיעה וע"כ פריך אי הכי תחילתו בפשיעה וסופו באונס היא הגם דלא בא האונס מכח הפשיעה דהא לא היה יכול להציל אפי' אי היה שם וע"כ לרבה צריכין לומר דל"ח פשיעה בזה דמסר לש"ח והתם קאי הסוגיא על רבה וע"כ לא משני כן וא"כ לדידן יש לומר דאיירי בפשע והפשיעה היה

דמסר לש"ח וברישא דהוא ש"ח לא פשע כלל וע"כ לא הביא הרמב"ם דאיירי בקנו מידו. אך נראה עוד לפי מה שהקשו בתוס' למאי צריכין קנו מידו הא מתנה ש"ח להיות כשואל בדברים בעלמא משום דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה ותירצו דהתם שאני דהוא עכ"פ בגדר שומר דהוא ש"ח ע"כ יכול להתחייב א"ע להיות כשואל בדברים בעלמא משא"כ הכא דאינו שומר כלל וע"כ בעינן קנין וא"כ הרמב"ם לשיטתו דסובר דחייב בפשיעה בלא"ה וע"כ יכול להתחייב בלא קנין כמו התם וע"כ לא הביא בקנו מידו אך ר"י לשיטתו דמתרץ לעיל הא מני ר"ש ולא סובר הך שלא יזלזלו וע"כ משום דסובר דאפי' מפשיעה פטור ולא הוי שומר כלל וע"כ משני בקנו מידו:

ובזה ניחא הרמב"ם הלכות שקלים הנ"ל דהא קשה דליכא פשיעה במה דמסר לש"ח דאפי' אי מסרו לש"ש ליכא דין שמירה ואין לומר דהיה להם למסור לש"ש ובקנין דמהני וע"כ חשוב פשיעה דהא בתומי' דהכא ל"ש קנו מידו דמי יתן הכלי להקנות בו אך הרמב"ם דסובר דחייב בפשיעה א"כ כיון דהוא בגדר שומר יכול לחייב א"ע על גו"א בדיבור לבד וע"כ חשוב פשיעה במסרו לש"ח וע"כ אפי' משנתרמה חייבין הבעלים משא"כ שמואל לשיטתו דסובר דאפי' במתנה ש"ח להיות כשואל בעינן קנין והכא ל"ש קנין א"כ לא הוי פשיעה בזה דמסרו לש"ח וע"כ היה סובר דאיירי בש"ח וע"כ משני הכא בש"ש איירי ונשבעין ליטול שכרן. וגם בס"ד לא ידעינן דחייב בפשיעה ולא הוי בגדר שומר כלל ובודאי בעינן קנין עד למסקנא דמשני שלא יזלזלו ובזה נימא דקודם שנתרמה ל"ש שלא יזלזלו דליתא דהשתא דידעינן דחייב בפשיעה א"כ ה"ה שבועה דאינו ברשותו דמכח סברא ויש לומר דנשבעין לבעלים אינו ברשותו אך משנתרמה מחויב לישבע שלא פשע ג"כ שלא יזלזלו:

גם נראה לתרץ דעת הראב"ד דאמאי לא משני שמואל דהשבועה היא אינו ברשותו דהא לכאורה קשה לפי הסוברים דשבועה שלא פשע ושלא ש"י הוא רק מטעם גילגול דצריך לישבע דאינו ברשותו וגם קיי"ל דאפי' דברים שנתמעטו משבועה מ"מ ע"י גלגול מחויב לישבע א"כ מה נ"מ בהא דנתמעטו משבועה שלא פשע ושלא שלח יד מ"נ היכא דליכא עדים שאינו ברשותו וצריך לישבע שבר"ש ממילא צריך לישבע גם על פשיעה ושל"י מטעם גלגול וא"כ גם השתא דנתמעטו מכלל ופרט מ"מ מחויב לישבע משום גלגול ובאיכא עדים שנגנבו דאז ל"צ לישבע שאינו ברשותו גם בעלמא דלא נתמעטו מכלל ופרט ליכא שבועה על פשיעה ושל"י דליכא גלגול שבועה וקשה על שיטת הראב"ד אך לפי מה דאיתא ברי"ף סוגיא דשומר שמסר לשומר דקיי"ל טעמא דרבא דמש"ה חייב השומר הראשון במסר לשומר שני משום דאת מהימנת לי בשבועה אידך לא מהימן

לי בשבועה וכתב דהיכי דאיכא עדים שנטר שומר שני כראוי ונאנסו לא מחויב שומר ראשון לשלומי דהא ליכא שבועה על שומר הראשון דלימא ליה את מהימנת ואיתא ברא"ש דמשמע מדבריו דבעינן על כל השבועות ושיביא ראיה גם על פשיעה וש"י והקשה עליו דהא הוא סובר דשבועה דלא פשע וש"י הוא רק משום גלגול וא"כ באיכא עדים רק על שאינו ברשותו סגי דתו ל"צ לישבע על פשיעה וש"י ועיין בלח"מ פ' ד' מהלכות שאילה דכתב וז"ל ואפשר לומר דהתם גבי שומר שמסר לשומר בעינן עדים על ג' השבועות משום דפשע דמסר לאחר אבל היכי דלא פשע דלא מסר לאחר לא בעינן עדים על ג' שבועות רק על שאינו ברשותו לחוד וע"ש וצריכין לומר הגם דקיי"ל כרבא דלא סובר טעמא דאין רצוני חשיב פשיעה אך כיון דלכתחלה אסור למסור לאחר לכ"ע כמו שכתבו בתוס' וע"כ בעינן עדים על ג' שבועות ולפ"ז יש לומר כשיטת הראב"ד דמחויב לישבע שאינו ברשותו ואין לומר דא"כ איכא גם שבועות דלא פשע וש"י אך נ"מ באיכא עדים על שאינו ברשותו ואין לומר דא"כ גם בעלמא ליכא שבועה דלא פשע אך נ"מ במסר לשומר שני דבעלמא איכא שבועה אפי' ביש עדים על אינו ברשותו וצריכין עדים על ג' שבועות משא"כ הכא דנתמעטו באיכא עדים שאינו ברשותו סגי אך זה יש לומר באם לא אמרינן טעמא דאין רצוני רק משום דאת מהימנת בשבועה משא"כ אי אמרינן טעמא דאין רצוני דאז לא מהני עדים אפי' על ג' שבועות דחייב משום דאין רצוני חשוב פשיעה ול"ש שום שבועה וע"כ שמואל דסובר ע"כ טעמא דאין רצוני וע"כ אי אפשר לומר דמחויב לישבע אינו ברשותו דא"כ קשה קושיא הנ"ל וע"כ צריך לתרץ דנשבעין ליטול שכרן:

ונקדים דהנה בדף ל"ה במתני' שם פליגי ר' יוסי ורבנן בשוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר דרבנן סוברים דישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל משלם להשוכר ור"י ס"ל דתחזיר פרה לבעלים הראשונים וכתבו בתוס' דעיקר טעמא של ר"י משום דס"ל דבשבועה קני ליה שוכר להך פרה וקאמרי ליה בעלים דל אנת ודל שבועתך ואנא משתעינא דינא בהדי שואל וכדעת המקשה בגמ' והעלו היכי דהבעלים יודעים שמתה כדרכה גם ר' יוסי סבר דשואל משלם לשוכר דבזה ודאי משעת מיתה קני לה להשוכר הפרה והקשה על הא דפסק שמואל התם דהלכה כר"י הא בתוס' הקשו לרב ושמואל דלא סוברים מתוך שאינו יכול לישבע משלם א"כ אמאי מודה במקצת צריך לישבע הא יש לו מיגו דא"י ותירצו דאין אדם טוען ברצון איני יודע דמחזי כמשקר וא"כ הכא לשמואל דלא סובר מתוך וכו' ליכא שבועה על השוכר דיש לו מיגו דאי בעי הוה אמר איני יודע והיה פטור מכלום דהכא ל"ש דאינו אומר ברצון א"י דהא לא הוי ליה למידע מה שאירע בבית

השואל וכיון דליכא שבועה לשמואל אצל השוכר לכ"ע משעת מיתה קני לה שוכר להך פרה ומדוע פסק שמואל דהלכה כר"י דתחזיר לבעלים הראשונים וכתבו דלקמן פליגי אביי ורבא אליבא דרבה בפשע בה ויצאה לאגם ומתה כדרכה דרבא משמיה דרבה אמר פטיר אפי' למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב ואביי משמיה דרבה אמר חייב משום דאמרינן הבלא דאגמא קטלה ופירשו הקדמונים דלאו למימרא דאמרינן דהבלא דאגמא קטלה ומש"ה חשבינן גם עכשיו לפשיעה דבודאי רשאי השומר לרעות בין בהר בין בבקעה ולא חשבינן ליה בזה לפושע אלא מתוך פשיעת היציאה תלינן בכל מילי דכל שהוא מסופק אם סופו היה באונס גמור חייב דמוקמינן ליה אחזקתיה דפשיעת היציאה ולא תפטרינהו מספק אבל כשלא פשע מתחילה אין מקום לחייבו משום ספק זה דשמא הבלא דאגמא קטלה. והנה אנן קיי"ל כרבא דמה לי הכא ומה לי התם ומעתה אמינא דשמואל ס"ל כסברת אביי דהא דשומר שמסר לשומר חייב משום אין רצוני וחשוב פשיעה ומ"מ פטרינן לשוכר בנשבע שמתה כדרכה משום דאמרינן מה לי הכא וכו' וא"כ הגם דתחילתו היה בפשיעה מ"מ אין לחייבו משום דאין מקום לתלות האונס בהפשיעה וא"כ כל זה כשטוען ברי שמתה כדרכה אבל היכי דהשוכר אינו יודע שפיר חייב אף אי נימא דלא אמרינן מתוך ושומר שאמר א"י פטור משום כיון דלא נתברר האונס שפיר חייב דמוקמינן ליה אחזקת חיוב דפשיעה הראשונה דכיון דמשעה שמסרו לזה פשע שמסר בלי רשות הבעלים ואין רצונם כו' אין אנו יכולים לפטור אותו מספק וכמו היכי שיש אפשרות לתלות האונס בהפשיעה דמחייבינן ליה מה"ט הגם דאם לא היה הפשיעה מקודם היה פטור דתלינן באונס מ"מ כל שפשע ולא נתברר אח"כ האונס לגמרי חייב וא"כ אין מקום לפטור השוכר מהשבועה דאי בעי אמר א"י דא"כ יהיה חייב ושפיר פוסק שמואל דהלכה כר"י דהא בשבועה הוא דקני ליה להפרה ואמר דל אנת וכו' ועיין ביש"י:

יש לומר בפשיטות דאי אמר א"י יהיה חייב

ובאמת אפי' לשמואל דבלא"ה הקשו על הרשב"א דפסק היכי דרגיל להפקיד אצלו דנ"ש לא מהימן לי בשבועה אך השני אינו רוצה לישבע או שאינו לפנינו דשומר הראשון פטור דחשוב איני יודע אם נתחייבתי לך והקשה בש"ך סי' רצ"א דהא חזינן דשומר שמסר לשומר דחייב משום דאת מהימנת לי בשבועה הגם דשומר שני מוכן לישבע מ"מ הראשון חייב משום דשומר הראשון לא יכול לישבע ולא אמרינן דחשוב א"י אם נתחייבתי וכ"ש בזה שהשני אינו רוצה לישבע:

אך נראה דהא הראשונים הקשו על רבא דלית ליה דאין רצוני וכו' הא תנן לא ישלחנו ביד אחר ועיין בתוס' דכתבו שם דאע"ג דלכתחלה אסור למסור לאחר מ"מ לשלם אינו מחויב משום זה ועיין בתשובות לחם רב דכתב דזה דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ספק הוא אי אדם מקפיד על זה אי לא וע"כ לענין איסור אסור מספק למסור לאחר דס' איסור לחומרא ופטור מלשלם דספק ממון לקולא ושמא הוא מבני אדם שאין מקפידין ויע"ש וע"כ היכא דאין הראשון יכול לישבע אפי' אי אמרינן דחשוב א"י א"נ דפטור מ"מ הא איכא ס"ס לחיוב דשמא הוא מבני אדם המקפידין ושייך לומר אין רצוני וחשוב פשיעה ושמא פשע השני וחייב הראשון ושיטת התוס' בכתובות דבס"ס מוציאין ממון וע"כ הגם דחשוב איני יודע אם נתחייבתי מחויב מכח ס"ס משא"כ הרשב"א דמיירי ברגיל להפקיד אצלו וליכא רק חדא ספיקא אי היה אונס אצל השני אי לא וע"כ פטור דחשוב א"י אם נתחייבתי וא"כ אפי' אי לא אמרינן דמשום דאין רצוני חשוב ודאי פשיעה חייב המוכר באינו יודע שמתה כדרכה אצל השואל משום ס"ס דשמא בפשיעה מתה ושמא הבעלים מקפידין. אך אפשר דהוצרכו לזה אי אמרינן דמ"ה מה לי הכא וכו' א"כ ליכא ס"ס דמה בכך דמקפיד מ"מ הא מתה ומה לי הכא וע"כ צריכין לומר דאין רצוני חשוב ודאי פשיעה וע"כ באיני יודע אם היה באונס אוקמי' על חזקת פשיעה דמעיקרא משעה שמסר לו וליכא מיגו דא"י וא"כ מחויב לישבע ויכול לומר דל אנת וכו' וע"כ פסק דהלכה כר"י:

ובזה ניחא הרש"י שם דפי' בדברי רב דסובר דפטור ולא מיבעיא ש"ח שמסר לש"ש דפטור ופי' דפטור מאונסין והקשו דאמאי לא פי' חידוש יותר דאפי' מגו"א פטור וכתבו דחידוש יותר על אונסין דעל גו"א דשומר שני חייב א"כ לא הוי נוגע בעדות השומר השני פשיטא דפטור הראשון דיכול לפטור השומר השני להשומר הראשון משבועה דלא פשע ול"ש את מהימנת לי בשבועה דהא יש לו עד מסייע אבל מאונסין דנוגע שומר שני דרוצה לפטור את עצמו ע"כ אומר דנאנסו ול"ח עד ה"א דשומר ראשון חייב דא"י לישבע וע"כ פי' דפטור מאונסין אך הקשה דב"ק פי' רש"י בדף י"א ולא מיבעיא דמשומר חנם דמסר לש"ש פי' דפטור מגו"א ולא כתב רבותא יותר דפטור מאונסין הגם דעל זה אין לו עד מסייע וע"כ נראה דהנה ברא"ש הקשה דלמה צריך השוכר לישבע דמתה כדרכה הא יש לו עד מסייע השואל דאומר דמתה כדרכה והשואל אינו נוגע דהא צריך לשלם ותירצו דחשוב השואל עד הצריך שבועה דל"ח עד דהא צריך לישבע שאינו ברשותו מתק"ח שמא עיניו נתן בה. ובזה ניחא הרמב"ם בפירוש המשנה דכתב דמתני' איירי בנתנו לו רשות להשאיל והקשו דלדידן דקיי"ל כרבא דטעמא משום דאת מהימנת

לא קשה כלל ממתני' לימא ליה אין רצוני וכו' דכיון דהשוכר יכול לישבע ולא שייך לומר דשואל לא מהימן לי בשבועה ורבא גופא קאמר לדי' אין להקשות כלל. וע"כ נראה דבריטב"א הקשה נהי דשוכר נשבע שמתה כדרכה מ"מ על ש"י לא יכול לישבע וע"כ נראה דהא שבועה שלא שלח יד הוא רק משום גילגול שנשבע שמתה כדרכה והכא ו על שמתה כדרכה מהתורה ל"צ לישבע דהא יש לו עד מסייע רק דחשוב עד הצריך שבועה דל"ח עד ובח"מ באה"ע סי' ל"ה איתא דעד הצריך שבועה לא פסול רק מדרבנן וע"כ בשליח נעשה עד אפי' בקדשה בכסף צריכה גט ודמי למקדש בע"פ מדרבנן דבעינן גט וכיון דהשבועה שמתה כדרכה היא מדרבנן פשיטא דגלגול שבועה שלא שלח יד היא רק מדרבנן לחוד ובשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שא"י לישבע משלם וע"כ הגם דלא יכול לישבע על ש"י לא איכפת לן. אך נראה דאי מיגו ליפטור משבועה לא אמרינן משום דאפשר לברורי ע"י השבועה פשיטא דעד מסייע לא יכול ליפטור משבועה דהא מיגו עדיף מע"א אך רבא דפריך בשבועות ש"ש דחייב רחמנא היכי משכחת לה הא יש לו מיגו ע"כ דסובר דמהני מיגו ליפטור משבועה אז יש לומר דה"ה עד מסייע מהני ליפטור משבועה וע"כ נהי דלא יכול לישבע על ש"י הא מהתורה מהני העד מסייע ובשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך וע"כ קאמר רבא דלא קשה ממתני' ול"צ לאוקמי בנתנו רשות להשאיל משא"כ לדידן דלא אמרינן מיגו לפטור משבועה וה"ה ע"א וקשה הא לא יכול לישבע על ש"י וע"כ אוקמ' דאירי בנתנו רשות להשאיל:

גם נראה לפי מה דאיתא בר"ן דמש"ה בשכיר אמרינן מיגו ליפטור משבועה היא דהא הגמ' פריך וליתב ליה בלא שבועה ומשני כדי להפיס דעתו וכיון דהשבועה הוא רק כדי להפיס דעתו וע"כ אם הטלית בידו נאמן בלא שבועה משום מיגו הגם דהגאונים סוברים דטוען על המשכון דצריך לישבע הגם דיש לו מיגו דמיגו ליפטור משבועה לא אמרינן אך הכא שאני דהשבועה רק כדי להפיס דעתו וע"ש וא"כ גם בש"ש יש לומר אליבא דר"י דסובר דהשואל משלם ולא סובר דהשבועה הוא רק להפיס דעתו ויכול לומר דל אנת וכו' אז ש"ש אפי' בלא אפקיד ליה בשטר ולא נאמן במיגו ליפטור משבועה משא"כ לת"ק דמשלם לשוכר משום דסובר דהשבועה הוא רק להפיס דעתו נאמן במיגו וא"כ יש לומר דקושית הגמ' ש"ש דחייב רחמנא היכי משכחת אזלא לת"ק לדידי' אמרינן מיגו ליפטור משבועה דהשבועה הוא רק להפיס דעתו משא"כ לדידן דקיי"ל כר"י והשבועה אינו משום להפיס דעתו לא מהני מיגו וע"כ ש"ש אפי' בלא שטר וה"ה לת"ק יכול השואל ליפטור להשוכר משבועה כמו דמהני מיגו לדידיה דהשבועה הוא רק כדי להפיס דעתו:

ובזה ניחא הרש"י הנ"ל דהא אמרנו דהשואל חשוב עד הצריך שבועה ול"ח עד אך הא סוברים דאליבא דת"ק דשואל משלם לשוכר ל"צ השואל לישבע שבועה דאינו ברשותו דבאמת הוא טענת ספק ואין נשבעין על ט"ס. אך משום דסובר הא דמי יהיבנא ואיכא הוראת היתר ולת"ק ל"ש זה דכיון דמשלם לשוכר ליכא הוראת היתר לגבי הבעלים וכיון דל"צ לישבע שבועה שאינו ברשותו יכול להיות עד וא"כ הכא דקאי לאביי דהוא קאמר לטעמא דרב ואביי משני כדי להפיס וא"כ סובר כת"ק וא"כ שומר שני משלם בגו"א לשומר הראשון ואז ל"צ לישבע שאינו ברשותו ויכול להיות עד מסייע לשומר ראשון דנוגע לא הוי בגו"א דצריך לשלם ועד הצריך שבועה ל"ח דא"צ לישבע דכיון דמשלם לראשון ליכא הוראת היתר לבעלים וע"כ אין רבותא דפטור הראשון הגם דלא יכול לישבע הא יש לו עד מסייע וע"כ פי' רש"י על אונסין דאז חשוב נוגע ולא יכול להיות עד מסייע אעפ"כ פטור הראשון משא"כ לדידן דקיי"ל כר"י וא"כ על גו"א השני הש"ש משלם לבעלים ואז צריך מחויב לישבע שאינו ברשותו וחשוב עד הצריך שבועה וא"כ גם על גו"א לא יכול להיות עד א"כ אין חילוק בין גו"א ובין אונסין וע"כ פי' רש"י התם ב"ק דש"ח דמסר לש"ש ונגנבו דפטור הראשון:

גם לפי מה שאמרנו דכיון דשמואל לא סובר מתוך וכו' ע"כ הא דפסק הלכה כר"י משום דסובר דשומר שמסר לשומר חייב משום אין רצוני וחשוב פשיעה וליכא מיגו דא"י דאוקמי על חזקת פשיעה דמעיקרא וא"כ רב דלא סובר ג"כ מתוך וגם לא סובר הך דאין רצוני חשוב פשיעה וא"כ ליכא שבועה על השוכר דיש לו מיגו דא"י וא"כ ל"ש דל אנת וע"כ דסובר כת"ק דשואל משלם לשוכר וא"כ ליכא שבועה דאינו ברשותו על השני ול"ח עד הצריך שבועה ויכול להיות עד בגו"א דאינו נוגע וע"כ פי' הכא דלא מיבעיא קאי על אונסין משא"כ לדידן דקיי"ל כר"י וחשוב עד הצריך שבועה א"כ אין חידוש יותר על אונסין דגם על גו"א לא יכול להיות עד שומר השני וע"כ פי' התם בב"ק דקאי על גו"א ועכ"פ שמואל סובר ע"כ דאין רצוני חשוב פשיעה וא"כ אי אפשר לומר דנ"מ בשומר שמסר לשומר דאז אי לא נתמעטו צריך להביא עדים גם פשיעה וש"י דהא לא מהני עדים נהי דל"ש דלא מהימן בשבועה כיון דאיכא עדים מ"מ חייב משום פשיעה דאין רצוני וע"כ דליכא שבועה דאינו ברשותו ול"ש גלגול שבועה וע"כ משני דנשבעין ליטול שכרן משא"כ לדידן דאין רצוני ל"ח פשיעה א"כ יש לומר דצריך לישבע שבועה דאינו ברשותו ואין לומר דא"כ ממילא צריך לישבע על ש"י ופשיעה דנ"מ באיכא עדים שאינו ברשותו ונ"מ במסר לשומר שני דבעלמא צריך להביא עדים על ג' שבועות משא"כ הנך דנתמעטו סגי באיכא עדים על שאינו ברשותו:

ולכאורה קשה על ח"מ הנ"ל דעד הצריך שבועה הוא רק מדרבנן פסול א"כ אמאי קיי"ל בשליח נעשה עד דלוה מחויב לפרוע והשליח נשבע דפרע למלוה וקשה הא לאחר שנשבע אינו נוגע רק דחשוב עד הצריך שבועה וזה רק מדרבנן וקיי"ל בדרבנן חזקה דשליח עושה שליחותו. ועיין בש"ך סי' צ"א דכתב דאפי' היכי דיש לומר דנטל המעות לעצמו שייך חזקה זו רק דלא סמכינן על חזקה זו בדאורייתא אבל בדרבנן איתא בעירובין דסמכינן על חזקה זו והכא לא הוי רק מידי דרבנן דמדאורייתא כשר אפי' עד הצריך שבועה וע"ש בש"ך דכתב דמש"ה במת הפועל נוטל החנוני בלא שבועה הגם דחשוב א"י א"נ משום דחזקה שליח עושה וכו' מסייע ואפי' התומים החולק שם משום דקיי"ל בדאורייתא לא סמכינן על חזקה זו מ"מ הכא הוא מידי דרבנן לפי ח"מ הנ"ל:

אך לפי מה דאיתא במקנה דבשליח נעשה עד. חשוב עדות שאי אתה יכול להזימו דאי יוזמו יהיה גם הכחשה לשיטת הרמב"ם אך בממון לא בעינן עדות שיכול להזימו וזה רק מדרבנן א"כ ל"ח מידי דרבנן דהא מדאורייתא ל"ח עד כלל אך הכשר הוא רק מדרבנן וכאן פסלו עד הצריך שבועה ל"ש להקל ולומר דעל מידי דרבנן סמכינן על חזקה הנ"ל דהא מדאורייתא לא מהני העדות כלל וניחא מה שהקשה לשיטת הרשב"א דעל פסולי עדות דרבנן מהני תפיסה א"כ לפי ח"מ דעד הצריך שבועה לא נפסל רק מדרבנן א"כ אמאי מחויב הלוה לשלם למלוה הא הלוה מוחזק ועדיף מתפיסה אך הטעם דמהני תפיסה משום דאוקמי על דאורייתא דהן כשרים והכא אי אזלינן בתר דאורייתא לא מועיל העדות דחשוב עדות שאי אתה יכול להזימו:

ובזה ניחא הא דרבא סובר דשומר שמסר לשומר חייב דמשום דלא מהימן ליה בשבועה והקשו אמאי לא פוטר עד היינו שומר שני וכתבו דכיון דמחויב הראשון לשלם ע"א לא קם לממון ועיין ברא"ש וקשה הא הטעם דע"א אינו קם לממון דאפשר דאומר בדדמי ועיין בנהמ"ש והכא דשומר שני ישבע ל"ש בדדמי אך אז הוי עד הצריך שבועה ול"ח עד אך זה רק מדרבנן ומהני תפיסה ואמאי חייב הראשון אך הכא אפי' לרשב"א לא מהני תפיסה:

ובזה ניחא הא דאיתא בר"ן בקידושין דמדינא לא צריך המלוה לישבע דחשוב הלוה א"י א"פ וקשה הא דא"י א"פ חייב משום דאוקמי על חזקת חיוב דמקדם והכא מדאורייתא דחשוב עד ויצא מדאורייתא מחזקת חיוב א"כ ל"ש להעמידו על חזקתו הראשונה דהא מחזקתו הראשונה בודאי יצא וכעין זה בר"ש לענין ספק אי נפלו עלי' שאובין אך הכא דמדאורייתא ל"ח עד כלל ל"ש ואיכא חזקתו ראשונה:

והנה לפי מה דסוברים דש"ש לשומר דחייב דחשוב שלח יד בזה דמסר לש"ח אך זה אי אמרינן דש"י א"צ חסרון אז יש לומר דחשוב ש"י משא"כ אי צריכה חסרון לא נחשב ש"י ולפ"ז הא דהקשה דילמא הפשיעה היה דמסר לש"ח וע"כ חייב וברישא דהוא ש"ח ל"ש זה דהתם מקשה לרבה ורבה הא סובר כרב ורב סובר דש"י צריכין חסרון ול"ש זה משא"כ הרמב"ם דסובר דא"צ חסרון יש לומר דאיירי באופן דמסר לש"ח וע"כ לא הביאו קנו מידו:

והנה הא דסוברים דבעכו"ם שהפקיד חמצו אצל הישראל דעובר בקיבל הישראל אחריות דאפי' לא קבל רק אחריות פשיעה עובר משום גורם והקשו הא קאמר רבא דאילו מיגנב וכו' אלמא דבעינן אחריות גו"א אך נראה דעיקר הוכחה דסגי באחריות פשיעה דאחריות גו"א לא משכחת דאין דין שומרין בעכו"ם ואין לומר בקנו מידו הא סוברים דק"ח לא מהני בעכו"ם ועיין תוס' קידושין דף ג' ובש"ך סי' קכ"ג וע"כ דסגי באחריות פשיעה ופשיעה חייב אפי' דברים דנתמעטו מדין שמירה אך משכחת בהקדים לו שכרו דחשוב קנין ועיין במחנה אפרים אך לדידן דקיי"ל כר' יוחנן דבישראל מעות קונות וא"כ בנכרי משיכה קני לא מהני הקדים מעות וע"כ דסגי אחריות פשיעה משא"כ רבא לשיטתו דסובר כר"ל ומהני בנכרי הקדים מעות ע"כ אין ראיה דסגי באחריות פשיעה וע"כ סובר דוקא אחריות גו"א ודוק:

פלגינן דיבורא

עיין בסנהדרין דף י"א ועיין ב"ב פ' י"נ סוגיא דבעל שאומר גרשתי לענין אי פ"ד כשאמר למפרע גרשתי שיהיה נאמן עכ"פ על להבא ועיין בגיטין פ' א' פלוגתא דאביי ורבא אי פ"ד דעל עצמו יהא נאמן ולא על הנכסים ועיין ברא"ש פ"ק דמכות שהביא הירושלמי בכתב נכסיו לשני בני אדם והעדים היו קרובין לאחד דפליגי ר"י ור"ל אי פ"ד ועיין בכתובות דף י"ח בתוס' שם ד"ה ואין אדם משים א"ע רשע דהקשו בעדים שאמרו אנוסין היינו מחמת ממון דאמאי לא פ"ד דאנוסין היינו ולא מחמת ממון רק מחמת נפשות וכתבו כיון דקיום שטרות לא אמרינן פ"ד כדי לבטל השטר ובזה לא קשה קושית תומי' סי' ת"א על הא דסובר רבה ב"ק פ' הגוזל דשורף שטרות של חבירו דפטור ופריך היכי דמי אי דאיכא עדים דידעי מה היה כתוב בשטרא ליכתובו ליה שטרא אחרינא ואי לא ידעו מה ידעינן לחייב השורף ומשני בהאמינו והקשה דילמא העדים דידעו מה היה כתוב בשטרא הן קרובים להלוה ולהשורף הן רחוקים דאז לא יכולין לכתוב שטרא אחרינא לחייב הלוה אך לשורף יכולין לחייבו וע"כ אשמעינן רבה דמ"מ פטור השורף דלא אמרינן דגרמי חייב אך לפי מה דסוברים דאפי' למאן דמחייב גרמי הוא רק מדרבנן

ועיין בש"ך סי' שפ"ו וא"כ כיון דמדאורייתא אינו מחויב לא אמרינן פ"ד לחייב משום גרמי ולא איצטריך רבה לאשמעינן דגרמי פטור דאפי' אי חייב אי אפשר לחייבו לשורף דאמרינן דעדות שבטל מקצתו נגד הלוה בטל גם לגבי השורף ולא פ"ד:

ובזה ניחא הא דהקשו לפי מה דמשני בהאמינו א"כ ל"צ כלל ופרט למעוטי שטרות מכפל ת"ל דהא קשה קושית הגמ' אי דאיכא עדים וכו' ליכתוב ליה שטרא וכו' ואי ליכא עדים איך ידעינן והכא ל"ש בהאמינו דא"כ הוי מודה בקנס ועיין ביה"ת אך הכא יש לומר דהעדים הן קרובים להלוה ורחוקים לגנב דהכא דחיוב דאורייתא אז פ"ד וה"א דחייב כפל ואיצטריך כלל ופרט למעוטי מכפל:

ובזה ניחא הא דאיתא בסנהדרין דף כ"ה בר ביניתום אסהידו ביה תרי סהדי וכו' עד וחד אומר לדידי אוזפן בריביתא פסליה רבא לבר ביניתום ופריך והא רבא הוא דאמר לוה בריבית פסול לעדות ומשני דפ"ד והקשו דילמא מיירי בריבית דרבנן דבריבית דרבנן אין הלוה עובר ועיין בנ"י שם ועיין ברמ"א ביו"ד סי' ק"ס ועיין בתומים ס' ל"ד וע"כ נראה דהא בתוס' הקשו בשטר שיש בו ריבית דפליגי ר"מ וחכמים אי גובה עכ"פ הקרן אי לא משום דקנסינן היתרא אטו איסורא והקשו הא העדים הן פסולין דחתמו על שטר שיש בו ריבית ואיך גובה בשטר זה מ"נ אי מפורש הריבית נעשה העדים פסולין ואי בכלל הקרן עם הריבית גם לרבנן איך גובה דיש לחוש דיגבה גם הריבית וע"ש. והא דהקשה בתומים דילמא באמת העדים נפסלו רק דאיירי דחייב מודה וע"כ נקט לשון גובה ולא נקט דהשטר כשר אך דשטר ודאי הוא פסול רק דפליגי בחייב מודה אי קנסינן ליה וע"ש סי' נ"ב ונראה דהא בס' קצה"ח הקשה בס' ל"ח לר"ל דסובר דחייבי מלקות שוגגין ג"כ פוטר מלשלם א"כ אמאי גובה הקרן לחכמים הא הלוה עובר על לאו ואי הותרו היה חייב מלקות ולריש לקיש אפי' בלא הותרו פוטר מלשלם. אך נראה לפי מה דסוברים היכי דאין שום ספק על השטר לכ"ע חשוב כגבה וא"כ חשוב כאילו המלוה מוחזק בהממון ותפיסה מהני אפי' בקלבד"מ וכש"כ הכא דעדיף מתפס דחשוב כאילו מוחזק בחוב. ולפ"ז ע"כ איירי דהשטר הוא כשר דאל"כ לא הוי כגבה וע"כ שפיר הקשו בתוס' דאיך שטר כשר הא העדים הן פסולים. ובתוס' תירצו דעדים לא נפסלין אפי' בריבית דאורייתא משום דלא משמע לאינשי דלאו לא תשימון דקאי על העדים ועיין בתשובות ברית אברהם דתמה דאמאי העדים דכיון דלא משמע להו איסורא אמרינן דכשרים הם לגמרי ואפי' מדרבנן ובמלוה אמרינן נהי דלא משמע ליה איסור דכיון דמדעתיה יהיב כדכתבו בתוס' סנהדרין שם וע"כ לא נפסל מדאורייתא מ"מ מדרבנן נפסל המלוה לכ"ע ועיין במש"ל מה שמתרץ. והנה בתשובה הנ"ל כתב וז"ל דהא בלא"ה לדקדק דלמאי

הוצרכו בתוס' לומר דלא משמע להו לא תשימון בעדים ת"ל דלא משמע להו איסור כיון דהוי מדעתי' דלוה לשיטתם דגם גבי מלוה כתבו כן אך יש לומר דזה החילוק דבמלוה איכא רק חדא ספיקא דשמא לא משמע ליה איסור כיון דמדעתיה יהיב ליה ובעדים איכא ס"ס שמא דכיון דמדעתו לא משמע להו איסור ואם תמצא לומר דמשמע להו איסור גם מדעתו שמא לא משמע להו דקאי על העדים רק על המלוה ולהכי לא נפסלו גם מדרבנן וע"ש:

ובזה ניחא הא דהקשה להסוברים הגם דמחילה ל"צ קנין מ"מ בתפס שטרא בעינן קנין משום דהיכי דאין שום ספק על השטר לכ"ע חשוב כגבה דבשלמא התם בפלוגתא דב"ש וב"ה במתו בעליהן עד שלא שתה שאנו דנין על השטר דיש בו ספק דהאשה זינתה ואין מגיע לה הכתובה ונתבטל שטר הכתובה וע"ז קיי"ל דלאו כגבה דמי והקשה מהא דמסיק הש"ס כאן דכ"ע לאו כגבה הגם דאין שום ספק על השטר ועיין בס' יש"י ועיין ב"מ דף ס"ב וע"כ נראה דבלא"ה הקשה על הא דאיתא שם דלמ"ד דכגבה דמי כבר עבדי לאיסורין הא שטר דאינו טורף מלקוחות ל"ח כגבה וכש"כ בשטר שאין בו עדים והתוס' כתבו דהא דגובה את הקרן בשטר שיש בו ריבית זה בריבית דרבנן אבל בריבית דאורייתא העדים נעשים פסולים וכיון דכאן איירי בריבית דאורייתא והעדים ידעו שיש בו ריבכי א"כ איך נימא בזה דשטר העומד לגבות כגבה דמי וע"ת נראה דהא דכתבו דאיירי בריבית דרבנן ולא אמרינן דאפי' בריבית דאורייתא העדים כשרים משום ס"ס הנ"ל אך משום דס"ס הוא משום רוב ובממון לא אזלינן בתר הרוב להוציא מחזקת ממון כמו שהקשו על התוס' סוגיא דפ"פ אבל אי אמרינן דחשוב כגבה אז אזלינן בתר הרוב וגם בתר ס"ס ומהני ס"ס להכשיר העדים אפי' בריבית דאורייתא וע"כ מקשה שפיר דאי כגבה דמי כבר עבדי לאיסורו ואפי' אי איירי בריבית דאורייתא העדים לא נפסלו משום ס"ס וע"ז משני שפיר לעולם דלאו כגבה דמי ולא קשה דהא היכי דאין שום ס' על השטר לכ"ע כגבה דליתא דהכא הספק על גוף השטר דשמא העדים נפסלין וליכא דין שטר מעולם אך אי כגבה העדים כשרים משום ס"ס ול"ש לומר דס' על גוף השטר דהא גם התם ספק אי זינתה ובטל השטר ואעפ"כ לב"ש אמרינן דכגבה וע"ז משני שפיר דכ"ע לאו כגבה היכי דס' על השטר כמו הכא דשמא העדים פסולים ומעולם לא היה שטר. ובזה ניחא הא דפריך הגמ' בסנהדרין דף כ"ז אל תשת רשע עד אל תשת חמס עד אלו גזלנין ומלוי ריבית אלמא דבעינן רשע דחמס והקשו דכיון דמלוה בריבית ליכא מלקות משום דניתן להישבון ובלאו שאין בו מלקות לכ"ע בעינן רשע דחמס וע"כ הני דליכא מלקות ומ"מ פסולים משום דהוי רשע דחמס ובא הברייתא למעט שארי לאוין

היכי דליכא מלקות דכשרים כיון דלא הוי רשע דחמס דבזה גם אביי מודה דפלוגתייהו הוא דוקא בלאו שיש בו מלקות אי בעינן רשע דחמס דאביי סובר דלא בעינן משא"כ היכי דליכא מלקות כמו בריבית אז גם לאביי בעינן רשע דחמס. וע"כ נראה דהא תמהו דאמאי לא פריך מברייתא דשטר שיש בו ריבית דגובה בשטר את הקרן לחכמים ואמאי לא נפסלו העדים וע"כ משום דבעינן רשע דחמס וע"כ דמהתם אין ראיה דכיון דחזינן דהמלוה לא נפסל מדאורייתא משום דאפשר לא משמע ליה איסור כיון דמדעתיה יהיב ליה א"כ אצל העדים איכא ס"ס הנ"ל דאיכא עוד ספק דשמא לא משמע להו דקאי הלאו ל"ת על העדים וע"כ כשרים ולעולם דלא בעינן רשע דחמס וא"כ יש לומר דקושית הגמ' אזלא אל תשת חמס עד אלו מלוי בריבית אלמא דמלוה נפסל מדאורייתא דהא קרא קא דריש דקאי גם על מלוה בריבית ולא אמרינן דלא משמע למלוה איסור וא"כ ליכא לגבי העדים ס"ס ואפ"ה לא נפסלין התם בשטר שיש בו ריבית וע"כ משום דבעינן עד דחמס הגם דגבי העדים איכא מלקות דלא ניתן להישבון לגבי העדים ועיין במש"ל ושפיר קשה על אביי דסובר דלא בעינן רשע דחמס היכי דאיכא מלקות. ובזה ניחא קושית תומים הנ"ל ונקדים דהא הקשה על הא דלוה לא נפסל בריבית דרבנן דהא עכ"פ עבר על לפני עור שמכשיל למלוה שעושה איסור כמו גבי טבח שהוציא טריפות מת"י דפסקינן דכיון שחשוד להכשיל לאחרים ולעבור על לפני עור משום חימוד ממון וע"כ נעשה פסול וא"כ גם כאן דכיון בלוה הוא משום חימוד ממון דהא רבא סובר דבעינן רשע דחמס וע"כ דגם בלוה שייך חימוד ממון שצריך למעות וא"כ אמאי לא נפסל הלוה באבק ריבית דהא חזינן דחשיד ג"כ להכשיל להמלוה משום ח"מ ועיין בתשובות הרי"מ דכתב דכיון דגם בריבית דאוריית' כתבו בתוס' דמלוה לא נפסל מדאורייתא רק מדרבנן משום דלא משמע ליה איסור כיון דהוא מדעתו רק אעפ"כ פסלוהו חכמים כיון שעושה איסור אבל בלוה שאינו רק משום לפני עור וכיון דלא משמע ליה איסור גם על המלוה ולא ידע דמכשילו שוב לא פסלוהו כלל כיון שאינו עושה גוף האיסור ולפני עור ל"ש דהא לא משמע ליה איסור אפי' למלוה דכיון דמדעתיה א"כ לפי דברי' אינו מכשילו כלל:

ובזה ניחא הא דהקשה על רבא דאמר לוה בריבית פסול לעדות ופריך והאנן תנן מלוה בריבית פסול לעדות ומשמע אבל לוה לא וקשה הא במתני' איירי בריבית דרבנן דמתני' לא חשיב רק פסולי דרבנן וע"כ לא קתני לוה דבריבית דרבנן לא נפסל הלוה. אך לפי הנ"ל ניחא דאי אמרינן דמתני' איירי בריבית דרבנן וע"כ לא הוי רק פיסולי דרבנן וע"כ נאמר דמשמע ליה איסורא דאל"כ בלא"ה לא נפסל המלוה רק מדרבנן אפי' בריבית דאורייתא וע"כ אי תאמר דמיירי בריבית דרבנן משום דלא אמרינן דלא משמע ליה איסור

משום דמדעתיה וכו' א"כ אפי' בריבית דרבנן נפסל הלוה משום לפני עור דהא ידע דמכשילו דכיון דמשמע ליה איסור ופריך שפיר דאמאי לא תני לוה בריבית פסול ואפי' אי מיירי בריבית דרבנן מ"מ פסול משום לפני עור שמכשילו דוקא אי המתני' מיירי בריבית דאורייתא ואפ"ה לא נפסל מדאורייתא משום דלא משמע איסור אז בריבית דרבנן הלום אינו עובר משום לפני עור דלפי דעתו אינו מכשילו משא"כ להנך דאוקמ' דאיירי דוקא בריבית דרבנן אז ע"כ לא אמרינן דלא משמע איסור ופסול הלוה משום לפני עור אפי' בריבית דרבנן:

ועכ"פ אמרינן דאי לא אמרינן הך דלא משמע ליה איסור כיון דמדעתיה אז אפי' בריבית דרבנן נפסל הלוה משום לפני עור שמכשילו אך נראה דזה תליא דלרבא דסובר דבעינן רשע דחמס וא"כ העדים לא נפסלו דאין מרויחין שום דבר וא"כ לדידי' דלעולם דמשמע למלוה איסור והא דהעדים לא נפסלין דהשתא ליכא ס"ס גבי עדים אך דהעדים לא הוי רשעים דחמס ולדידן דפסקינן כאביי דלא בעינן רשע דחמס וע"כ הא דלא נפסלו משום דאיכא ס"ס ע"כ אמרינן דלא משמע איסור אפי' לגבי המלוה וממילא בריבית דרבנן הלוה אינו עובר אפי' על לפני עור דל"ש שמכשילו. ובזה ניחא הרמב"ם דפסק דאי התנה הלוקח לכשיהיה לך מעות אחזיר לך השדה מחויב לקיים תנאי ומ"מ שרי לאכול הפירות והקשו דכיון דצריך לקיים התנאי אמאי מותר לאכול הפירות דהא בגמ' פריך מ"ש רישא ומ"ש סיפא ומשני רבא סיפא דאמר ליה מדעתו דאז אינו מחויב לקיים התנאי אלמא היכי דמחויב להחזיר אסור:

אך הא הקשו דאמאי לא אמרינן אפי' היכי דהמוכר התנה דכוונתו הי' דאם יהיה לו מעות יחזירו לו בקנין חדש וא"כ עד שעת כחזרה הוא שלו כמו באתרוג דמהני מתנה ע"מ להחזיר ופי' הרא"ש בסוכה דכוונתו שיחזיר לו בקנין חדש וכתבו משום דאוקמא בחזקת מ"ק ומעולם לא יצא הקרקע מרשותו אך הא יש לו חזקת כשרות ובודאי כוונתו הי' שיחזור ויקנה לו בקנין ועיין אות נ':

אך הא הלוה לא עבר על ריבית דרבנן ולא איתרע חז"כ שלו אך ולפ"ז קשה למאי צריך רבא לומר דסיפא דאמר ליה מדעתיה ת"ל הא המלוה עבר אפי' על ריבית דרבנן וע"כ מותר משום דאמרינן דכוונתו הי' באם יהיה לך מעות אחזיר היינו בקנין חדש ועד עכשיו הי' שלו וע"כ שרי ואין לומר דאוקמא על חזקת מ"ק הא איכא חזק"כ כנגדו אך לרבא גם הלוה עבר על ריבית דרבנן משום לפני עור שמכשילו ותקשה מ"ש רישא דהמוכר התנה דאסור וע"כ מוכרח לתרץ דסיפא אמר ליה מדעתיה משא"כ לדידן דלוה לא עבר על ריבית דרבנן יש לומר דגם בסיפא מחויב לקיים התנאי ואפ"ה שרי משום דכוונתו

הי' שיחזיר לו בקנין חדש ואין לומר דאוקמא על חזקת מ"ק דיש כנגדו חזקת כשרות משום היכי דהמוכר התנה דהוא לא עביד איסור לא היה כוונתו שיחזיר לו בקנין חדש וע"כ אסור. וניחא קושית תומים דשפיר פריך והא אמר רבא לוה בריבית פסול ואין לומר דאיירי בריבית דרבנן דלרבא מ"מ נפסל משום לפני עור שמכשילו דכיון לדידי' אמרינן דמשמע ליה איסור והא דעדים אין נפסלין משום דבעינן רשע דחמס וניחא גם קושיא הנ"ל בפשיטות דשפיר פריך והא חנן מלוה בריבית דוקא ואין לומר דמתני' הא איירי בריבית דרבנן דלרבא אין חילוק ודו"ק:

עוד כתבו לחלק בין מלוה לעדים דבמלוה דאי ידע ומשמע ליה איסור הגם דמדעתו יהיב ליה אז הי' פסול מדאורייתא וע"כ נהי דתלינן דלא משמע ליה איסור עכ"פ מדרבנן מיהא נפסל משא"כ בעדים דליכא ח"מ דאפי' אי ידעו דלא תשימון קאי גם על העדים לא נפסלו מדאורייתא וע"כ כיון דיש לומר דלא משמע להו דקא עלייהו לאו לא תשימון וע"כ אפי' מדרבנן לא נפסלו ועיין בתומים סי' ל"ד בתרי ותרי על גזלן דרבנן דגם מדרבנן לא החמירו כמו בתרומה דרבנן דלא החמירו אפי' מדבריהם. והנה לפ"ז בריבית דרבנן אז גם המלוה לא נפסל דתלינן דלא משמע ליה איסור וס' דרבנן לקולא וא"כ בס"ד דמקשין דפריך והא אמר רבא לוה בריבית פסול וע"כ הא דלא אמרינן פ"ד וע"כ משום דסובר השתא דמלוה לא נפסל מדאורייתא וע"כ לא אמרינן פ"ד ליפסול המלוה כיון דכל הפסול הוא מדרבנן ודמי לקיום דכיון דהוא מדרבנן לא אמרינן פ"ד ליפסול השטר וא"כ אי מיירי במעשה דבר בינתים בריבית דרבנן אז גם המלוה לא נפסל ושפיר פריך רק למסקנא דמסיק דפ"ד וע"כ דנפסל המלוה מדאורייתא דאל"כ ל"ש דפ"ד וע"כ דלא אמרינן דלא משמע ליה איסור וע"כ ה"ה דאפי' בריבית מדרבנן דהמלוה פסול כיון דאין שום ספק בדבר ודו"ק:

ועיין בחמ"ש סי' ל"ד דמבואר שם הדין הנ"ל דלוה שהעיד על המלוה שהלוהו לו בריבית ויש ע"א עמו דמצטרפין לפוסלו הגם שעושה א"ע רשע פ"ד וכתב בסמ"ע ולאפוקי מדעת המרדכי דסובר דצריך לומר אוזפן בריבית ולא שקיל עוד הריבית דאל"כ חשוב נוגע והקשה בש"ך דהרי לשון הרמב"ם ממש כלשון הש"ס וכמו דפי' המרדכי לשון הש"ס לדידי' אוזפן ולא שקיל מידי כן יש לפרש לשון הרמב"ם והמחבר וע"ש:

וע"כ נראה דהא הקשו במש"ל על הסוברים דלוה לא נפסל משעת הלואה רק בשעה דנתן הריבית אבל על השימה לא נפסל דא"כ מאי פריך והא אמר רבא לוה בריבית הא לשיטת המרדכי ע"כ איירי דאמר אוזפן בריבית ואכתי לא נתן א"כ אכתי לא נפסל הלוה ומה פריך הגמ':

אך יש לומר דלרבא דסובר דבעינן רשע דחמס ע"כ דלוה עובר בשעת הלואה דאז חשוב רשע דחמס מחמת מעות שלוה ממנו משא"כ בשעת שנתן אז ל"ח רשע דחמס ושפיר פריך והא אמר רבא לוה בריבית פסול הגם דאיירי דלא נתן לו הריבית לדידי' ע"כ נפסל מיד בשעת הלואה ובזו יש לומר עוד על הרמב"ם הנ"ל דהא קשה דאפי' אי צד אחד בריבית הוא מדאורייתא אעפ"כ יש לחלק בין היכי דמוכר התנה לכשיהיה לי מעות תחזיר לי ליכא חזקת כשרות של המוכר דאכתי לא עביד איסור משעת השימה וע"כ אמרינן דכוונתו לא היה שיחזור בקנין חדש דאוקמא על חזקתו שלא יצא מעולם מרשותו משא"כ היכי דלוקח התנה דעובר מיד וע"כ אוקמי על חז"כ דכוונתו היה בקנין חדש ולמאי צריך רבא לומר סיפא דאמר מדעתיה אך רבא לשיטתו לדי' ע"כ גם הלוה עובר מיד בשעת שימה דאל"כ לא הוי רשע דחמס משא"כ לדי' דקיי"ל כאביי והלוה לא עבר מיד ויש לומר גם בסיפא מחויב לקיים התנאי ואפ"ה ישרי דכוונתו היה שיחזיר לו בקנין חדש משום דאוקמא על חזקת כשרות וזה ל"ש היכי דהתנה המוכר דאכתי לא עביד איסור ויש לאוקמי על חזקת מ"ק דמעולם לא יצא מרשותו וכוונתו לא היה בקני חדש ועכ"פ לדידן דלא בעינן רשע דחמס והלוה לא נפסל מיד שפיר כתב בסמ"ע דלא כמרדכי דאי מיירי דאוזפן ולא נתן א"כ ל"צ פ"ד דבלא"ה לא נפסל וע"כ דכבר נתן הריבית וצריכין פ"ד א"כ הוי נוגע וע"כ דלא כמרדכי רק דאפי' בכבר נתן הריבית כשר להעיד דאי בלא נתן בלא"ה לא נפסל משעת שימה. והנה בתשובות כתבו על מה דהביאו ראיה דלוה לא עבר בריבית דרבנן מהא דאיתא ב"מ פ' א"נ ר' עילישׁ גברא רבא ואיסורא לאינשי לא הוי ספי ואמאי לא קאמר דהוא גופא לא הוי עביד איסור וע"כ דאינו עובר הלוה על ריבית דרבנן ועיין בנ"י וכתבו דאין ראיה כיון דאכתי לא קבל הנותן חצי ריוח אכתי לא עבר הלוה דהא איני עובר עד שעת נתינה ולפ"ז לרבא דסובר דבעינן רשע דחמס ולדידי' ע"כ עובר הלוה מיד בשעת שימה א"כ לדידי' מוכח שפיר דבריבית דרבנן אינו עובר הלוה מדקאמר דלא הוי ספי:

ובזה ניחא שיטת הרי"ף דסובר דבאומר לו הלוני ודור בחצרי אפי' בחצר דלא קיימא לאגרא חשוב ריבית קצוצה והקשה מהא דמסיק רבא דלא משכחת תרבית בלא נשך וקשה הא משכחת בחצר דלא קיימא לאגרא דנשך ליכא ותרבית איכא. ולכאורה נראה דהא הרא"ש הקשה אמאי אמרינן דהא דאמר לו דור בחצרי הוא בשכר הלואה דילמא משום דבלא"ה אינו משכירו לאחרים והגם שאינו במשמעות הלשון אמרינן שכן היה דעתו דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן ואוקמא על חז"כ וע"ש. ולכאורה נראה לפי מה שנחלקו הפוסקים היכי דאיכא ספק אי הוי ריבית קצוצה או אבק ריבית אי חשוב

ספק איסור ולחומרא או חשוב ס' ממון ולקולא ועיין בר"ן נדרים פ' א' ובתשובות י"א ועיין בש"ך ביו"ד בהלכות צדקה ונראה דהא הקשה דאפי' ספק ממונא אמאי אזלינן לקולא והא חשוב ספק איסור גזל ואמאי לא מחמרינן מספק להוציא מת"י וכתבו דא"כ יהיה אצל התובע ספק איסור גזל ועיין בתומים.

ולפ"ז הכא בריבית דאפי' באבק ריבית חייב לצי"ש להחזיר וע"כ מהני תפיסה וא"כ אי הוי ספיקא אי הו ריבית קצוצה או אבק ריבית מחויב מספק להחזיר אפי' אי חשוב ס' ממון משום ס' גזל ולגבי לוה לא יהיה ספק גזל דשמא הוא א"ר דהא אפי' בא"ר מחויב להחזיר לצי"ש ומהני תפיסה של הלוה וע"כ כיון דהוי ספיקא הא דאמר לו דור בחצירי אם הוא בתורת ריבית מס' מחויב המלוה לשלם שכר דירה וזה תינח לאחר שאסרו חכמים אבק ריבית משא"כ על התורה מספק ל"צ להוציאו מת"י משום דאז יהיה אצל הלוה ספק איסור גזל דמהתורה אינו מחויב בא"ר לצי"ש וע"כ רבא דקאי על הקרא קאמר שפיר דלא משכחת תרבית בלא נשך:

אך בס' יש"י כתב דקודם שאסרו חכמים אבק ריבית שייך לומר דאוקמא על חזקת כשרות משא"כ אליבא דאמת שאסרו אב"ר וא"כ אם אנו מסופקין אם נעשה הדבר באופן שיש בו איסור תורה או אין כאן רק איסור דרבנן כיון דע"כ יצא מחזקתו דהרי עבר עכ"פ על איסור דרבנן יש לנו לומר אולי נעשה הדבר באופן שיש בו איסור דאורייתא וה"ה בזה דאמר לו הלוני ודור בחצרי הגם שלא היה כוונתו בשכר הלואה עבר על איסור דרבנן שוב יש לנו לומר דכוונתו היה בשכר הלואה ידור בחצרי וע"ש אך זה אי הלוה עובר בריבית דרבנן אז יצא מחזקתו לאחר שאסרו חכמים אבק ריבית משא"כ אי הלוה לא עבר אכתי לא יצא מחזקתו וע"כ נראה דרבא לשיטתו דסובר דבעינן רשע דחמס וע"כ דעובר מיד וא"כ ע"כ שמעינן מדקאמר דלא הוי ספי דהוא לא עביד איסור בא"ר וא"כ משום חזכ"ש אמרינן דהא דאמר ודור בחצרי לא היה כוונתו משום שכר הלואה וע"כ מסיק רבא דלא משכחת תרבית בלא נשך משא"כ לדידן יש לומר דלוה עבר גם בא"ר ול"ש לאוקמי על חזקת כשרות ואמרינן דכוונתו משום שכר הלואה וע"כ חשוב ריבית קצוצה:

ובדרך פלפול נראה לתרץ קושית ש"ך על הסמ"ע הנ"ל דהא בפ"י הקשה מה פריך הגמ' מ"ט דר"י דסובר דריבית אינה יוצאה בדיינין הא ר"י סובר דכל היכי דאיכא ממון ומלקות אינו לוקה ומשלם וע"כ כיון דמחויב מלקות ע"כ א"צ להחזיר ותירצו דאי אפשר ללקות על ריבית לר"י כיון דס"ל נמצא אחד מהעדים קו"פ עדותן בטילה והקשה בש"ס נרבע יציל ומסיק יקום דבר במקיימי דבר וכו' ומעתה כיון דהלוה בעצמו יכול להעיד על

המלוה שהלוה לו בריבית אי לאו דהלוה ג"כ עובר על שנתן הריבית והוא פסול לעדות וא"כ יתבטל כל העדות כמו נמצא אחד פסול דכאן אי לא היה פסול היה נאמן כע"א ולא בע"ד ועיין בס' יש"י אך לפי מה דסוברים דלוה לא נפסל מדאורייתא משום דלא משמע ליה איסור ועיין בנ"י ופסול דרבנן אינו פוסל כל העדים ועיין במש"ל הלכות עדות א"כ אי אפשר לתרץ כן:

וע"כ נראה לפי מה דסובר הרמב"ם היכי דהוי הכחשה והזמה ליכא דין הזמה וא"כ קשה לכאורה איך מועיל עדות של הלוה על המלוה לדידי' אוזיף בריבית הא הוי עדות שאי אתה יכול להזימו דאי יוזמו יהיה הכחשה ג"כ אך לפי מה דסוברים דלפסול אדם דמי לממון דתיקנו דלא בעינן עדות שיכול להזימו ניחא דהלוה יכול להיות עד. ובזה ניחא קושית נ"י בסנהדרין על הא דפריך הגמ' שם והא אמר רבא לוה בריבית פסול לעדות ואיך יכול להעיד על המלוה לפוסלו וקשה הא לא הוי הכרזה ופסול דרבנן בעינן הכרזה וע"ש. ולכאורה נראה דכיון דלשיטת התוס' המלוה כשר מדאורייתא משום דלא משמע ליה איסור והנה הטעם דפסול דרבנן צריך הכרזה היינו כיון שמה"ת כשר לעדות לא ראו חז"ל להעמיד דבריהם לפסול עדותן נגד הד"ת בעוד שלא הכריזו עליו ונודע פסולו לרבים והכא דמה"ת כשר המלוה אפי' לפי דברי הלוה ע"כ אמרינן להיפך דעדות של הלוה נגד המלוה פסול אפי' בלא הכרזה להעמיד על ד"ת דמהתורה כשר המלוה:

אך לפי מה שאמרנו יש לומר דהא עדות הלוה מה"ת לא מהני כלל דהא אי יוזמו יהיה הכחשה ג"כ אך דמי לממון דלא בעינן יכול להזימו וא"כ ל"ש לומר דמש"ה בעינן הכרזה כיון דמה"ת כשר לא ראו חז"ל להעמיד דבריהם לפסול עדותן נגד הד"ת בלא הכרזה דליתא דמהתורה העדות של הלוה לא מהני כלל ורק מרבנן עכ"פ אין זה עקירת דבר תורה והם אמרו וכו':

ולפ"ז הא תינח לפסול המלוה לא בעינן עדות שיכול להזימו משא"כ לענין מלקות בעי עדות שיכול להזימו והכא ליכא הזמה דאי יוזמו יהיה הכחשה ג"כ וא"כ פוסל העדים כשרים דחשוב נמצא אחד מהעדים פסול כיון דאי אפשר להזים חשוב פסול שבטל כל העדות ועי' תוס' סנהדרין דפי' על הא דקאמר דלא כר"ע היינו כיון שאי אפשר להזים העד שאמר אינו יודע בחקירות וע"כ חשוב פסול ומבטל כל העדים ועי' בתומים ס' ל"ח דפי' הא דפריך נרבע יציל היינו משום דהוא עד פסול דאי יוזם יהיה הכחשה ג"כ ופוסל כל העדים אך הגמ' משני במקיימי דבר וכו' והכא בלוה ל"ש דלוה לא חשוב בע"ד רק מקיימי דבר אך חשוב עד פסול דאי אפשר להזים ופוסל העדים וא"כ ליכא מלקות למלוה ופריך שפיר אמאי אין יוצאה בדיינים:

והנה בתשובות איתא דדין של הרמב"ם היכי דהוי הכחשה ג"כ ליכא דין הזמה זה לדידן דקיי"ל דלמפרע נפסל משא"כ לרבא דסובר דמכאן ולהבא נפסל לא איכפת בזה דהוי הכחשה והזמה. וא"כ לרבא בלא"ה ל"צ המלוה להחזיר הריבית משום דאין אדם לוקה ומשלם דאין לומר דהלוה פוסל העדים משום דהוא ע"פ דאי אפשר להזימו דיה' הכחשה דאליבא דרבא חשוב הזמה וא"כ אייר לרבא דכבר לקח הריבית ואפ"ה ל"ח נוגע דהא א"צ להחזיר וע"כ פריך שפיר והא אמר רבא לוה בריבית פסול לעדות משא"כ לדידן דצריך להחזיר הריבית וע"כ כתב בסמ"ע דלא כמרדכי דבלא נתן לא נפסל הלוה דאינו עובר רק משעת נתינה ול"צ פ"ד וע"כ מדכתב הטעם דפ"ד איירי דכבר נתן א"כ ע"כ דלא כמרדכי דסובר דאז נחשב נוגע משא"כ אליבא דרבא איירי בכבר נתן וע"כ צריכין פ"ד ואפ"ה ל"ח נוגע דל"צ להחזיר והמרדכי לא קאמר רק לדידן ע"כ איירי בלא נתן ובאמת ל"צ אז פ"ד דאכתי לא נפסל הלוה בלא נתן והא דאיתא בסוגיא דוקא משום פ"ד משום דאיירי בכבר נתן ואפ"ה ל"ח נוגע דא"צ להחזיר לרבא משום דאין לוקה ומשלם משא"כ המחבר דכתב משום דפ"ד וע"כ בכבר נתן איירי ואפ"ה ל"ח נוגע וע"כ דלא כמרדכי:

ובזה דלפוסלו לעדות לא בעינן עדות שיכול להזימו ודמי לממון אבל מהתורה בעינן יכול להזימו. וניחא בזה הא דקיי"ל דהנשבע להכחיש העד דהעד ובע"ד מצטרפין לפוסלו והגם לשיטת הרמב"ם חשוב עדות שא"א יכול להזימו דאי יוזמו יהי' הכחשה ג"כ וע"כ משום לפוסלו דמי לממון. ובזה ניחא מה שמקשין דלמאי צריכין קרא דעדות מיוחדת כשר בד"מ בלא"ה יכול להוציא הממון דיתבע ע"י עד שלוה ממנו ומחויב לישבע להכחיש העד ואז יכול הוא ועד לפוסלו לעדות ולשבועה ואח"כ יתבע בעד השני א"כ כיון דכבר נעשה חשוד ויהיה מתוך שא"י לישבע להכחיש עד השני ומשלם. אך מהתורה דבעינן גם בממון עדות שיכול להזימו לא נפסל ע"י העד ובע"ד:

ובזה ניחא הא דהקשו דהוכיחו דהיכי דהוא מתוך שא"י לישבע דמשלם כגון בנסכא דר"א דנוטל התובע בלא שבועה דאל"כ אמאי אמר אביי הכל מודים בנסכא דר"א דחייב קרבן שבועה ועי' בשבועות פ' ד' ואי התובע מחויב לישבע אכתי לא חשוב רק גורם דמי יימר דמשתבע והקשה דילמא משום דאזלינן בתר דאורייתא ומדאורייתא דא"צ לישבע ל"ח גורם ובשלמא הא דפריך גבי חשוד מי יימר התם ניחא משום דמדאורייתא לא אמרינן בחשיד מתוך משא"כ הכא אך הא בתוס' ב"ב פ' ג' הקשו דאמאי לא מהימן דהוא שלו בשבועה במיגו דאי בעי אמר לא חטפו והיה נאמן בשבועה וכתבו דל"ח מיגו דירא דאחר השבועה יופסל העד ובע"ד וזה ל"ש על התורה דחשוב עדות שא"א יכול להזימו דאי יוזמו יהיה הכחשה ג"כ וא"כ אי אזלינן על דאורייתא לא חשוב ממון דל"צ לשלם

דיש לו מיגו דלא חטפו ואין לו לירא דיפסול הוא ובע"ד וע"כ שפיר הוכיחו דבנסכא דר"א ליכא שבועה על התובע:

ועיין בנהמ"ש ס' ל"ח דכתב דטעם של הרמב"ם הנ"ל דהיכא דאיכא גם הכחשה בגוף העדות דבטל דין הזמה משום דאמרינן דעדות שבטל מקצתו לענין הכחשה דלזה אין אחרונים נאמנים יותר מראשונים וע"כ גם בטל גם העדות של הזמה ולפ"ז לרבא דסובר בגיטין דפ"ד והירושלמי הוכיח מזה דלא קיי"ל כר"י דסובר דלא פ"ד וא"כ לרבא אפי' אי איכא הכחשה והזמה לא נתבטל העדים לענין הזמה הגם דבטל על מה שמכחישין לראשונים מ"מ העדות של הזמה קיים. ובזה ניחא הרמב"ם דהנה במכות דף ה' איתא דאמר רבא באו שנים ואמרו בחד בשבתא הרג פלוני את הנפש וכו' עד וכן לענין קנס באו שנים ואמרו בחד בשבתא נגנב וטבח ומכר ובאו שנים ואמרו בחד בשבתא עמנו הייתם אלא בתרי בשבתא גנב משלמין ולא עוד אלא אפי' אמרו בע"ש גנב וטבח משלמין דבעידנא דקא מסהדי גברא לאו בר חיובא וכו' והרמב"ם השמיט זה וע"כ נראה דהא הקשו דהא ע"כ איירי שעדים מעידים שאותו שור שאתם מעידים עליו היה בתרי בשבת או קודם דאל"כ יכול להיות שהיה שני פעמים וא"כ הוי הכחשה והזמה. אך רבא לשיטתו דסובר דפ"ד א"כ עדות קיים להזמה עכ"פ הגם דנתבטל לענין הכחשה וע"כ הרמב"ם דסובר דנתבטל גם להזמה וע"כ השמיט זה אך רבא לשיטתו ניחא:

והנה הקשה על הרי"ף דפסק כר"י דעדות שבטלה מקצתה בטנה כולה בכתב נכסים לשני בני אדם והעדים היו קרובין לאחד ופסק בעד שהביא גיטו וכתב בו כל נכסי קנויין לך כרבא דפ"ד ועצמו קנה נכסים לא קנה דבעינן קיום. ועי' בראש במכות פ"א ובחמ"ש ס' נ"א. אך נראה דהא בירושלמי למד דעדות שבטלה מדחזינן דאפי' מאה עדים ונמצא אחד פסול כל העדות בטל וע"ש בראש וכיון דפסול דרבנן אינו מבטל כל העדות א"כ יש לומר דה"ה היכי דבטלה מקצתה רק מדרבנן ומדאורייתא מהני העדות לא אמרינן דבטל כולה וא"כ הכא בקיום דמה"ת ל"צ קיום וקנה גם הנכסים ורק מדרבנן לא קנה וע"כ לא בטלה כולה וקנה עצמו משא"כ בעלמא אמרינן דבטל כולה. כר"י:

ובזה ניחא קושית תוס' בכתובות דף צ"ב ד"ה דינא הוא דהקשו מה נ"מ שיטעון עמו ראובן ולא שמעון ואין לומר דנ"מ שהעדים המקיימין השטר קרובים לראובן ואין קרובים לשמעון ואי לא הי' ראובן בע"ד יכול לקיימו הא נמי לאו מילתא דאפי' משתעי דינא בהדי שמעון לא מצי מקיימו ליה כמו גבי אילעא וטובי' דמס' מכות וע"ש. אך לפי מה דאיתא בראש במכות להקשות גבי אילעא וטובי' דאמאי לא אמרינן דפ"ד וליהמניה לגבי לוה ולא לחייבו הערב ותירץ הראב"ד דאדרבה דאמרינן דעדות שבטלה מקצתה

בטלה כולה וע"ש וכיון דגבי קיום לא אמרינן בטלה יש לומר דנ"מ דהעדים המקיימין קרובים לראובן דפ"ד ולשמעון מהני עדותם משא"כ אי ראובן משתעי דינא אך זה ליתא דהא אביי סובר דאפי' בקיום לא פ"ד וסובר דגם עצמו לא קנה:

וע"כ נראה לתרץ קושית תוס' לפי מה שאמרנו דהתוס' סוברים דכיון דקיום שטרות דרבנן ע"כ לא אמרינן פ"ד לבטל השטר ובזה ניחא הא דתמהו על הא דאיתא בכתובות דף י"ח דרב"ח היה מחלק שם דוקא באנוסין היינו מחמת ממון אבל מחמת נפשות נאמנים ופריך כיון שהגיד אינו חוזר ומגיד וכי תימא היינו בע"פ וכו' והא אמר ר"ל עדים החתומין על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ומסיק על רישא אתמר דבאין כת"י יוצא ממקום אחר דנאמנין דוקא מחמת נפשות והקשו דמ"ל עוד לומר דבאנוסין מחמת ממון אפי' באין כת"י יוצא וכו' אין נאמנים דלא היה צריך לומר רק דהיכי דיוצא ממקום אחר אין נאמנין אפי' מחמת נפשות דכיון שהגיד וכו'. אך נראה דהא כתבו דמש"ה הי' סובר רב"ח דבאין יוצא ממקום אחר נאמנים אפי' מחמת ממון משום דמשמע דכל אחד מעיד עליו ועל חבירו דאנוסין היינו א"כ נהי דאינו נאמן על עצמו פ"ד ונאמן על חבירו וזה הכל קודם דידעינן דנעשה כמי שנחקרה עדותן וממילא קיום מדאורייתא וע"כ פ"ד לבטל השטר ונאמן על חבירו משא"כ השתא דידעינן דכמי שנחקרה וקיום הוא דרבנן א"כ לא פ"ד לבטל השטר וע"כ אפי' ברישא דאין יוצא ממקום אחר לא מהימני אנוסין מחמת ממון. ובזה ניחא קושית התוס' הנ"ל דיש לומר דלא פ"ד משום דהרמב"ם סובר דהכשר שטר רק מדרבנן וע"כ לא פ"ד להעדות ואמרינן דבטל כולה והא דהכשר שטר לאו דאורייתא משום דעל עדות שבכתב ליכא הזמה משום דהזמה חידוש הוא וע"כ חשוב עדות שא"א יכול להזימו וא"כ אביי דסובר למפרע נפסל ולא סובר דחידוש הוא ויכול להזימו והכשר שטר מהתורה ויש לומר דפלגינן דיבורו וא"כ נ"מ היכי דעדי' המקיימין השטר קרובים לראובן:

ויש לומר עוד על הרי"ף דהנה בתומים סי' ל"ח כתב על הקושי' על הרמב"ם מפלוני רבעני דחשוב עדות שא"א יכול להזימו דיהיה הכחשה אי יוזמו וכתב דכיון דפ"ד ואמרינן דרבע לאחר נמצא אי יוזמו לא יהי' הכחשה בגוף העדות אך דאכתי קשה לאונסו דאז לא פ"ד וקשה דהא יהי' הכחשה אי יוזמו. אך לפי מה דאיתא בתוס' סוטה דהיכי דאיכא רגלים לדבר לא אמרינן דבטלה כולה וא"כ כיון דאונס קלא איתי ליה ובירושלמי משני כן דמש"ה ל"ח ספק אונס לספק וע"כ מדלא היה קול עכ"פ רגלים לדבר וע"כ לא אמרינן דבטל גם לענין הזמה וכן בעבד דל"ש זיוף דחזקה דלא חציף אינש לזייף וחשוב עכ"פ רגלים לדבר וע"כ פ"ד ולא אמרינן דבטל כולה ודוק:

יתבאר פוגם שטרו אי יכול עוד לטרוף מלקוחות:
עיין ברא"ש, בנדרים ועי' בסמ"ע סי' נ"ה דסוברים דשטר שנפגם אינו יכול לטרוף מלקוחות ועי' בס' קצה"ח סי' פ"ח דהקשה מהא דאיתא בכתובות דסבר רב"ח לומר דש"ד הוא ופריך רבא חדא דהיא נשבעת ונוטלת ועוד הא אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות אלא אמר רבא דשבועה זו מדרבנן דפרע דייק דמיפרע לא דייק וכו' וכיון דפריך דאין נשבעין על שעבוד קרקעות ש"מ דאפי' שטר דנפגם טורף מלקוחות. דאל"כ ל"ח שעבוד קרקעות. וע"ש. ונראה דהא הקשה על רב"ח דהי' סובר דהוא ש"ד וכי לא ידע דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין וכתבו דרב"ח היה סובר דשטר העומד לגבות כגבה וע"כ היה סובר דש"ד הוא ובאמת בזה ניחא קושית מהרש"א דלקמן על הא דאמר ר"פ אי פקח הוא מייתי לידי שבועה דאורייתא פי' רש"י דנ"מ לענין נקיטת חפץ והכא על רב"ח דסובר דש"ד הוא פי' דנ"מ דלא יכולה להפך ואמאי לא פי' רש"י כן על ר"פ הנ"ל דנ"מ דש"ד לא מהפכינן וע"ש:
ולכאורה נראה לפי מה דסוברים דהגם דשבועה דרבנן מהפכינן זה בנשבעים ונפטרים ולא בנשבעין ונוטלין ועי' בר"ן שבועות דמחלק דזה דוקא נשבעין ונוטלין שכיר ונגזל דמה"ת אפי' בשבועה לא שקלו רק מתקנת חכמים נוטלין בשבועה ע"כ לא יכולין להפך משא"כ נשבעין ונוטלין שיש להם שטרי דמהתורה שקיל בלא שבועה יכולין להפך והנה לפ"ז כתובה דהוא רק מדרבנן וע"כ יש לומר הגם דיש לה שטר כתובה אין יכולה להפך דנשבע ונוטל לא יכול להפך ומהתורה אין מגיע לה כתובה ודמי לשכיר ונגזל אך לר"מ דסובר דכתובה דאורייתא בודאי יכולה להפך והנה המפרשים כתבו דרב"ח דהי' סובר דש"ד ע"כ משום דסובר דמתני' כר"מ דסובר גם מטלטלין משועבד לכתובה וע"כ ל"ח שעבוד קרקעות ור"מ הא סובר דכתובה דאורייתא ומש"ה שפיר פי' רש"י דנ"מ דלא מהפכינן דאי שבועה דרבנן יכולה להפך הגם דנשבעת ונוטלת משא"כ אליבא דאמת דכתובה דרבנן א"כ אפי' אי לא מייתי לשבועה דאורייתא לא מהפכינן וע"כ פי' רש"י לקמן דנ"מ לענין נ"ח:
אך יותר נראה דאליבא דאמת דהיא נשבעת ונוטלת א"כ לא מפכינן אפי' אי לא מייתי לידי שבועה דאורייתא וע"כ פי' רש"י דנ"מ לנ"ח משא"כ הכא דע"כ הי' סובר דכגבה דמי וע"כ פי' רש"י דנ"מ דלא מהפכינן דאי שבועה דרבנן יכולה להפך דנשבע ונפטר הוא והנה ברש"י בגיטין פ' דהא דחשוב שטר כגבה דוקא בשטר דטורף מלקוחות אז חשוב כגבה וע"כ שפיר מקשה רבא חדא דהי' נשבעת ונוטלת ועוד דתאמר דכגבה דמי וא"כ ע"כ אמרינן דאפי' שטר דנפגם טורף מלקוחות דאל"כ ל"ח כגבה א"כ תקשה דאין

נשבעין על שעבוד קרקעות וא"כ לפי מה דמסיק רבא דשבועה זו מדרבנן יש לומר דל"ח כגבה וא"כ יש לומר דשטר שנפגם אינו טורף מלקוחות דכיון דל"צ לומר דחשוב כגבה וא"כ אין ראיה דשבועה דרבנן נשבעין על הקרקעות דיש לומר דהכא שאני דשטר דנפגם אינו טורף מלקוחות. וניחא בזה המרדכי דהקשה איך משביעין שבועה אישתבעי לי דל"פ הא שטר חשוב שעבוד קרקעות ותירץ בלית ליה קרקע והקשה הא מוכח מכאן דשבועה דרבנן נשבעין על הקרקעות דמסיק רבא דשבועה זו מדרבנן היא אך מכאן אין ראי' דכוונת רבא דכיון דמדרבנן הוא יש לומר דלאו כגבה ויש לומר דשטר שנפגם אינו טורף מלקוחות ולעולם דאפי' שבועה דרבנן בעינן דלית ליה קרקע. דוקא:

אך קשה לי על המרדכי הא דאיתא במתני' דכתובות המוצא שט"ח ע"ש והלה הוציא שמכר לו השדה דאדמון סובר דיכול לומר אילו הייתי חייב לך וכו' וחכמים אומרים זה הי' פקח שמכר לו כדי שיכול למשכנו ופי' רש"י שלא היה רק מטלטלין וע"ש. וקשה דת"ל דאי לא ימכור לו השדה כיון דלא היה רק מטלטלין היה יכול לומר אישתבע לי דל"פ וע"כ מכר הקרקע דאז חשוב שעבוד קרקעות וליכא שבועה ושבועה דאישתבע דל"פ הוא שבועות המשנה כמו דמוכיח בר"ן מדחזינן דבא ליפרע מיתומים צריך לישבע כיון דהוא יכול לומר אישתבע דל"פ:

גם נראה דהא בתוס' הקשו דאיך אפשר לומר דש"ד הא יש לה מיגו דכ"ה ואישתמוטי ל"ש וכתבו דליכא מיגו כיון דאפי' בלא פוגם יכול לומר אישתבעי לי דלא פרעתיך אך אי אמרינן דגם שבועה דאישתבע לי ליכא היכי דנשתעבד לו קרקעות איכא מיגו וא"כ יש לומר דלעולם דשטר שנפגם אינו טורף מלקוחות רק קושית רבא ועוד אין נשבעין על שעבוד קרקעות היא באמת קושית תוס' הנ"ל דכיון דאין נשבעין על שעבוד קרקעות א"כ לא יכול לומר אישתבע לי בלא פוגם א"כ יש לה מיגו דלא פוגם רק אי לא אמרינן דאין נשבעין על שעבוד קרקעות ליכא מיגו דמה מרויח דיכול לומר אישתבע לי וע"ז משני רבא דמדרבנן משום דמיפרע לא דייק וממילא ליכא מיגו דחשוב מיגו בדמי כדכתבו בתוס' ולעולם דאפי' שבועה דרבנן אין נשבעין על הקרקעות רק דהכא בפוגם ליכא ש"ק דאינו טורף מלקוחות והא דמקשה ועוד אין נשבעין על ש"ק קאי בלא פוגם וא"כ איכא מיגו דלא פוגם ולפ"ז לא משכחת שבועה דאישתבעי לי בכתובה ועי' אות נ' דאין לומר בלית ליה קרקע הא כתובה אינה נגבת רק מקרקע. ובזה ניחא הסוברים דסתם נאמנות לא מהני רק על אישתבע לי דל"ת ולא על פוגם משום דחמיר דאפי' כי לא טען טענינן אנן והקשו מהא דאיתא שם כתב לה נדר ושבועה אין לי עליך ומפרש הגמ' דקאי על פוגמת כתובתה אלמא דסתם נאמנות קאי גם על פוגם ולפ"ז ניחא דבעלמא דאיכא שבועה

דאישתבע לי יש לומר דהנאמנות לא קאי רק על זה ולא על פוגם משא"כ בכתובה דלא משכחת שבועה דאישתבע לי ע"כ קאי על פוגמת דליכא ש"ק דאינו טורף מלקוחות:
ולכאורה נראה בהתנה אל תפרעני אלא בעדים דקיי"ל דצריך לפורעו בעדים ואם הוא מע"פ אין הלוה נאמן ובמלוה בשטר לא יכול לומר אישתבע לי מכח דאנן סהדי דבודאי לא פרע לו בלא עדים ויש להסתפק היכי דהמלוה מודה דפרע מקצת בלא עדים אי אמרינן דאיתרע החזקה הנ"ל דהא חזינן דפרע מקצת בלא עדים א"כ יכול להיות דפרע הכל בלא עדים ואי הוא מע"פ נאמן הלוה ובמלוה בשטר מחויב לישבע כמו כל פוגם שטרו הגם דהתנה אל תפרעני אלא בעדים. אך מהא דאיתא שם איבעי' להו פוגמת כתובתה בעדים מהו ופשיט הגמ' מהא דקתני ופוגמת שלא בעדים דאלמא בעדים ליכא שבועה וקשה הא יש לומר דמיירי בהתנה אל תפרעני אלא בעדים וא"כ קתני שפיר דפוגמת שלא בעדים ואז איכא שבועה דאיתרע החזקה דהא חזינן דפרע מקצת שלא בעדים משא"כ אי המקצת שפגם היה בעדים ליכא שבועה דלא איתרע החזקה ולעולם דבעלמא אין חילוק בין בעדים לשלא בעדים. ולא אמרינן אי פרע טפי בעדים הוי פרע לו:
ואפשר יש לחלק בין מע"פ למלוה בשטר דבשטר דהשטר מסייע לו ע"כ אמרינן הגם דחזינן דפרע לו מקצת בלא עדים מ"מ אינו מחויב לישבע כיון דשבועה זו חומרא בעלמא היא משא"כ מע"פ אמרינן היכי דמודה דפרע לו מקצת בלא עדים איתרע החזקה ונאמן על הכל פרעתי:
וכעין זה איתא בתומים סי' פ"ד לענין פוגם ת"ז. ובזה ניחא דברי בעה"ת דכת' ופוגם ליתא אלא במלוה בשטר שנשבע ונוטל אבל מע"פ ופגם מחובו לוה נשבע היסת ונפטר ותמהו עליו הא אפי' בלא פוגם במע"פ נשבע ונפטר וכי בשביל שפוגם יוגרע כחו הלוה ועי' בג"ת ולפ"ז ניחא דנ"מ בהתנה אל תפרעני אלא בעדים דאי לא היה פוגם לא הי' הלוה נאמן אפי' בשבועה משום החזקה ואנן סהדי אבל השתא דפוגם ומודה המלוה דפרע מקצת שלא בעדים איתרע החזקה הנ"ל ונאמן בשהי"ס דפרע הכל שלא בעדים משא"כ מלוה בשטר דשטרא מסייע ליה א"צ לישבע הגם דמודה שפרע מקצת בלא עדים ודוק:

יתבאר פרוטה דר"י

עיין בנדרים דף ל"ג וב"ק דף נ"ז וב"מ דף ל"א דפליגי רבה ור' יוסף אי שומר אבידה כש"ש או רק ש"ח ועיין במשנה למלך הלכות שכירות דהביא בשם מהרש"ך וז"ל ואפי' למ"ד דחשוב שומר שכר משום פרוטה דר"י מיהו לא דיינינן האי דאמרינן בגמ' גבי ההוא רעי' להכי יהיבנא לך שכר לנטורי נטירו יתירתא דוקא בנותן לו שכר בהדיא על

שמירתו איכא לומר הכי אבל ש"ש הנעשה משום פרוטה דר"י מצי אמר הא נטר כדנטרי אינשי וע"ש:

ובזה ניחא הא דאיתא ב"מ פ' הזהב השוכר את הפועל לשמור את הפרה וכו' דאין נותנים לו שכר שבת וע"כ אין אחריות שבת עליו משא"כ בסיפא דהיה שכיר שנה נותנין לו שכר שבת ואחריות שבת עליו והקשו דאפי' ברישא הוא ש"ש מכח פרוטה דר"י ולפ"ז י"ל דנ"מ בנטר כדנטרי אינשי דהיכי דנוטל שכר מ"מ חייב דאמר ליה להכי יהיב לך שכר לנטורי נטירו יתירתא משא"כ ברישא דהוא ש"ש משום פרוטה דר"י פטור דהא נטר כדנטרי אינשי:

אך קשה דהרשב"א ב"ק דף הנ"ל הוכיח דש"ש חייב אפי' גנבה באונס דאל"כ מה פריך הגמ' שם ואי אמרת שומר אבידה כש"ש אמאי משלם כפל ואמאי לא מוקי בגניבה באונס דאז בעי ליפטור א"ע ולא לחייב בקרן אלא ודאי דאין חילוק וכתב שם דמש"ה לא מקשה רבה הך קושיא דמקשה אביי דרבה לשיטתו דפוטר בנגנבה בעידנא דעיילי אינשי א"כ משכחת כפל באופן זה דנגנב בעידנא דעיילי אינשי וע"ש וקשה דהא אפי' לדידן דלא קיי"ל כרבה ולא אמרינן הא נטר כדנטרי אינשי הוא משום דמצי אמר להכי יהבי לך שכר וזה ל"ש בשכר מצוה וא"כ אכתי לא קשה קושית אביי דיש לומר דנגנב בעידנא דעיילי אינשי אלא ודאי דאין חילוק דלדידן דאמרינן כר"י דש"ש יש לו כל דין ש"ש וע"כ לא משכחת כפל וגם קשה מהא דפריך הגמ' ב"מ דף הנ"ל עד כאן לא פליגי אלא בשנשתמש בהן אז הוא חייב הא לא"ה אינו חייב וקשה על ר"י דסובר דשומר אבידה חשוב ש"ש וקשה הא נ"מ בנטר כדנטרי אינשי דמטעם שכר מצוה פטור ומש"ה בעינן היתר תשמיש דאז כיון דנוטל שכר חייב אלא ודאי דאין חילוק:

גם תקשה דהא בתוס' ובראב"ד כתבו דמש"ה בשומר אבידה אמרינן דמשום היתר תשמיש חייב אפי' באונסין ואנן קיי"ל כר"נ דסובר דמשום היתר תשמיש אינו חייב באונסין וכתבו דבשומר אבידה דבלא"ה הוא ש"ש משום המצוה וע"כ ע"י היתר תשמיש חייב באונסין ועיין בתומים סי' ע"ב דפי' הטעם דעיקר הא דרשאי להשתמש משום דמסתמא ניחא לבעלים כדי שיהיה חייב באחריות אבל אם בלא"ה הוא חייב באחריות לא מסכימים הבעלים שישתמש רק ע"י שנשתמש יהיה חיוב עליו יותר וע"ש דמשום שהיה סגי שיהיה חייב אפי' בנטר כדנטרי אינשי דבלא התשמיש משום שכר המצוה לחוד היה פטור על זה וע"כ ניחא לבעלים שישתמש ויהיה חייב בנטר כדנטרי אינשי ואמאי חייב אפי' באונסין אלא ודאי דמשום שכר מצוה ג"כ חייב בנטר כדנטרי אינשי וע"כ ע"י שנשתמש חייב אפי' באונסין דאל"כ אין הבעלים מסכימים שישתמש:

והנה בתשובות הר"ן איתא דשואל ספר מחבירו ונאנס דפטור משום דאין כל הנאה שלו דבעלים יש להן הנאה דמרויחין פרוטה דר"י ובש"ך סי' ע"ב תמה דהא לא קיי"ל פרוטה דר"י ובקצה"ח כתב דנהי דל"ח ש"ש משום זה היינו משום דליכא הנאת פרוטה וש"ש בעינן שיהיה שכרו פרוטה אבל הנאה איכא עכ"פ וע"כ ל"ח כל הנאה שלו:

אך לפי דבריו תקשה מהא דאיתא בנדרים דף הנ"ל אבל נכסי בעל אבידה אסורין על מחזיר לא מהדר ליה דמהני ליה פרוטה דר"י והוכיחו מכאן דקיי"ל פרוטה דר"י וקשה דאפי' אי לא אמרינן פרוטה דר"י היינו דליכא הנאת פרוטה אבל הנאה איכא וע"כ אסור להחזיר לו דח"ש אסור מהתורה ובפרט דגבי קונמות אפי' בכ"ש:

והנה הוא כתב טעם חדש דמש"ה אינו חייב באונסין וז"ל דאע"ג דברכה נחשב עשרה זה' אפ"ה לא חשוב ש"ש משום זה ותדע דהא בשומר אבידה פליגי רבה ור"י אי ש"ש הוא או ש"ח וטעמא דר"י דמרויח פרוטה לעני דפטור ותיפוק ליה דמצוה לחוד בלא ברכה נמי הוי עשרה זה' וכבר נתקיים המצוה כהוגן בשעה שהגביה האבידה ונטלו לתוך ביתו והרי הוא עשרה זה' אלא ודאי דאין זה שכר לש"ש משום דמצות לאו ליהנות ניתנו וע"ש. ובזה ניחא קושית הט"ז הלכות ציצית לשיטת הרא"ש בקידושין דרשאי לברך על טלית שאולה דאמרינן דחבירו נתן לו באופן המועיל והיינו במתנה ע"מ להחזיר וע"כ בשאל טבעת לקדש בו אשה יכול לקדש דאע"ג דאמר לשון שאלה הוא משום דכ"ע לאו דינא גמירי ואי היה ידע דלא מהני שאלה היה נותן לו ע"מ להחזיר וא"כ תקשה מדוע לא אמרינן בלולב שאול כיון שיודע המשאיל שרצון השואל לצאת בו ואי היה יודע דלא מהני שאלה היה נותן לו במתנה ע"מ להחזיר כמו בטלית וע"ש וע"כ נראה דהא יש לומר דאפי' אי ידע דשאול פסול לא היה נותן במתנה ע"מ להחזיר דאז פטור מאונסין ועיין ברא"ש בסוכה וע"כ נתן לו בתורת שאלה דוקא דאז חייב באונסין אך לפי מה שאמרו דמש"ה חשוב כל הנאה שלו בשאול לדבר מצוה הגם דגם הבעלים יש להם הנאה עשרה זה' אך משום דמצות לאו ליהנות ניתנו וכתבו דהא דמצות לאו ליהנות ניתנו זה היכי דהמצוה הוא חובת הגוף משא"כ היכי דליכא חה"ג אז ליהנות ניתנו וממילא ל"ח כל הנאה שלו ופטור מאונסין ולפ"ז ניחא קושית הט"ז דציצית דאינו חובת הגוף דלא קיי"ל דחובת גברא הוא ול"ש לאו ליהנות ניתנו וא"כ אפי' בתורת שאלה פטור מאונסין דאין כל הנאה שלו וע"כ אמרינן דאילו ידע היה נותן במתנה ע"מ להחזיר דאין לו שום חסרון בזה דגם בתורת שאלה פטור מאונסין משא"כ לולב דהוא חה"ג ויש לומר לאו ליהנות ניתנו ואז חייב באו שין דכל הנאה שלו וע"כ אפי' אי ידע דלא מהני שאול לא היה נותן ע"מ להחזיר כדי שיהיה חייב באונסין:

ובזה אי אפשר לומר דמש"ה ברישא דאין נותנין שכר שבת פטור ולא אמרינן דמשום המצוה חשוב ש"ש משום דזה דוקא במצוה דאורייתא ולא במצוה דרבנן אך לפי שיטת בעה"מ בראש בשנה דבמצוה דרבנן אמרינן ליהנות ניתנו א"כ דלא אמרינן במצוה דרבנן עוסק במצוה פטור מהמצוה מ"מ כיון דליהנות ניתנו במצוה דרבנן חשוב ש"ש משום זה ודו"ק:

אות צ

יבואר צובע בשבת

עיין במס' שבת דרב סובר דשוחט חייב משום צובע ואמרו צובע מה ניחא ליה ומשני ניחא ליה וכוונת הגמ' דפריך מה ניחא ליה ומשני דניחא ליה כי היכי דניתי אינשי ומזבני מיניה דמשום דאל"כ חשוב מלאכה שא"צ לגופו ופטור וע"כ משני דניחא ליה ולפ"ז היכא דשוחט בשבת עבור חבירו או עבורו רק שלא למכור הבשר ול"ש כי היכי דניתי אינשי וכו' אז פטור משום איסור צובע אך למ"ד דמלאכה שא"צ לגופו חייב אז אין חילוק דלעולם חייב משום צובע והנה בשוחט בשבת דאיתא במתני' דחולין אע"פ שהוא מתחייב בנפשו שחיטתו כשרה וכתב הרמב"ם בפירוש המשנה דמיירי דשחט בשוגג דאל"כ מיד כשהתחיל לשחוט נעשה מומר דחילל שבת ונמצא בסוף השחיטה חשוב שחיטת מומר וכתבו דהא ודאי במקצת סימנים ובעור אין כאן נטילת נשמה ואיך נעשה מומר מיד וע"כ הא דנעשה מומר מיד משום דבתחילת השחיטה דיוצא ממנו דם חייב משום צובע ועיין בס' יש"י וא"כ לפ"ז לא היה צריך הרמב"ם לאוקמא מתני' דאיירי בשוגג רק דשוחט עבור איש אחר או שלא למכור הבשר דל"ש דניחא ליה וחשוב מלאכה שא"צ לגופו אך הא הוא סובר דמלאכה שא"צ לגופו חייב וע"כ צריך לומר דמתני' איירי בשוגג ובזה ניחא הא דהקשו עליו דהא הגמ' פריך ונוקמא במזיד וכר"מ וקשה הא במזיד חשוב שחיטת מומר אך ר"מ פוטר מלאכה שא"צ לגופו ויש לומר במזיד ושחט עבור חבירו דאז ל"ש ניחא ליה ופטור דחשוב מלאכה שא"צ לגופו. וניחא מה שהקשה הפליתי סי' י"א דאיתא ב"ק פ' מרובה מאן חכמים ר"ש דסובר דשחיטה שאינה ראויה לא חשוב שחיטה ופריך דשבת שחיטה ראויה היא דתנן דשחיטתו כשרה וקשה דילמא מיירי במזיד וחשוב שחיטת מומר וע"ש אך התם דלא שחט עבורו ול"ש ניחא ליה וחשוב א"צ לגופו ופטור לר"ש לשיטתו ופריך שפיר דבשבת שחיטה ראויה היא אפי' במזיד:

ובזה ניחא הרא"ש ב"ק שם דמוקי מתני' דשוחט בי"ה דחייב דו"ה בשחט אחר ע"י השליח וע"כ לא קשה דאין אדם לוקה ומשלם ואפ"ה בשבת פטור משום דשחיטה שאינה ראויה היא וע"ש ותמהו עליו דהא בסוגיא איתא דאי מעשה שבת דרבנן חשוב שחיטה ראויה משום דלענין דו"ה אזלינן בתר דאורייתא דהא הגמ' פריך אלא למאן דסובר דמעשה שבת מ"ט דרבנן דפטרי אלמא דאזלינן בתר דאורייתא ועיין בש"ך אך לדידן דמלאכה שא"צ לגופו חייב וא"כ הגם דשחט עבור המשלח ול"ש ניחא ליה מ"מ נעשה מומר מיד בהתחלת השחיטה משום צובע וע"כ חשוב שחיטה שאינה ראויה ולא משום דמעשה שבת אסור דהא זה רק מדרבנן רק משום דחשוב שחיטת מומר והסוגיא פריך שפיר לר"ש לשיטתו דפוטר מלאכה שא"צ לגופו אך ברא"ש איתא דמש"ה חשוב שחיטה ש"ר משום כר"י הסנדלר דאוסר מעשה שבת וקשה קושיא הנ"ל לדוכתא דהא רק מדרבנן אסור. וע"כ נראה דלכאורה קשה הא דמשני הגמ' דמש"ה מחייב ר"מ דו"ה בשחט בשבת דאיירי בטבח ע"י אחר והא רבינא סובר בב"מ דכל היכי דהשליח לאו בר חיובא דמשלח חייב הגם דאין שליח לדבר עבירה זה דוקא היכי דהשליח בר חיובא וא"כ על צביעה דהוא בהתחלת השחיטה השליח אינו בר חיובא לדידי' חשוב מלאכה שא"צ לגופו ופטור והבעלים הן בר חיובא דהא ניחא להו וא"כ יש שליח לדבר עבירה והמשלח חייב ואכתי קלבד"מ ואמאי חייב בדו"ה אך יש לומר דאיירי דלא עשה שליח לשחוט דוקא בשבת רק הוא מעצמו שחט בשבת ואז המשלח אינו מחויב מיתה וע"כ חייב דו"ה:

אך קשה דכיון דמעשה שבת אסור אפי' אי אסור רק מדרבנן אם הוא שחט מעצמו בטל השליחות דיכול לומר לתקוני שדרתיך וכו' ואמאי חייב דו"ה אך הא ר"מ סובר דמעשה שבת מותר וא"כ לא עיוות השליחות ושפיר יש לומר דלא נעשה על זה שלוחו שישחוט בשבת וע"כ חייב דו"ה וא"כ לדידן דמעשה שבת אסור הגם דאסור רק מדרבנן מ"מ כי לא אמר לו שישחוט בשבת השליחות בטל ואי נעשה שליח שישחוט בשבת א"כ כיון דהשליח אינו בר חיובא על הצביעה דהוא בהתחלה המשלח חייב וקלבד"מ ובודאי פטור המשלח מדו"ה וזה כוונת הרא"ש דשחיטה ש"ר כר"י הסנדלר וא"כ אי בלא נעשה שליח בפי' השליחות בטל וע"כ דנעשה שליח לשחוט בשבת וא"כ קלבד"מ וע"כ פטור משא"כ בי"ה דמעשה י"ה שרי ויש לומר דלא נעשה שלוחו לשחוט בי"ה וע"כ חייב דו"ה וא"כ אפי' על צביעה דשליח אינו בר חיוב המשלח פטור:

ובזה ניחא הא דפריך הגמ' ביבמות דף ל"ג זר דשימש בשבת במאי אי בשחיטה שחיטה בזר כשרה ואי בהקטרה הא אמר ר' יוסי הבערה ללאו יצאתה ומשני בשחיטת פרו של

כהן גדול והקשה לפי הרמב"ם הנ"ל דשוחט בשבת משעה שהתחיל לשחוט חייב וא"כ קשה דאמאי ס"ל לר"ש דאינו חייב רק משום זרות הא מיד בהתחלת השחיטה חל חיוב שבת ומשום זרות לא בא החיוב עד גמר שחיטה:

והנה לפי מה דסוברים דהא דנעשה מומר מיד זה אי ישנו לשחיטה מתחילה ועד סוף משא"כ אי אין לשחיטה אלא לבסוף אכתי לא חילל שבת רק לבסוף והנה בתוס' שם פירשו דהא דפריך אי בהקטרה ללאו יצאתה וחשוב קל על חמור וקל על חמור לא חל אפי' בכולל והנה נראה דבזה פליגי ר' יוחנן ור"ל בשבועות דר"ל דסובר שם דבאיסור הבא ע"י עצמו לא אמרינן כולל והיינו כיון דאיסור שבועה בא ע"י עצמו חשוב קל על חמור ולא חל השבועה הגם דנשבע שלא יאכל נבילות וכשרות משא"כ ר"י סובר דבכולל חל אפי' קל על חמור ומש"ה סובר דגם באיסור הבא ע"י עצמו אמרינן כולל וכיון דקושית הגמ' היה דחשוב קל על חמור והיינו לר"ל ולדידי' שפיר משני בשחיטת פרו של כהן גדול דהא ר"ל סובר דאין לשחיטה אלא לבסוף ולא חילל בתחילת השחיטה ור"י דסובר דישנו לשחיטה מתחילה וע"ס לדידי' יש לומר דאיירי בהקטרה והגם דהוי קל על חמור חל בכולל לדידי'. ומה שהקשה הא דאיתא בחולין פ' ג"ה שבת ויו"כ ועשה מלאכה דחייב גם משום יו"ה די"ה חשוב כולל דכולל גם אכילה וקשה הא קל על חמור הוא דשבת מיתת ב"ד וי"ה הוא בכרת וכתבו דאליבא דר"ח ב"ה דסובר דכרת פוטר מתשלומין וא"כ כרת דומה למיתת ב"ד ולא חשוב קל על חמור:

ובזה ניחא רש"י בפסחים דף כ"ט על הא דפליגי באוכל חמץ של הקדש במועד אי מעל אי לא מעל משום דר"ח דסובר דכרת פוטר מלשלם ופי' רש"י דמש"ה מעל הגם דלאו בר דמים הוא דסובר כר"ש דחמץ אחר פסח שרי והגם דקנס ה"מ בחמץ של הדיוט דעבר על ב"י משא"כ של הקדש. ותמה במרש"א דאמאי לא פי' דסובר כריה"ג דאפי' תוך הפסח מתיר בהנאה:

ולכאורה נראה דהא הקשו הא דאיתא בכריתות יש אוכל אכילה אחת וחייב ד' חטאות ואשם אחד ר"מ אומר אם היה שבת והוציאו בפי' חייב אמרו לו אינו מהשם והקשו דהא מבואר כאן דהיכי דקלבד"מ ופטור מאשם מעילות ועל הוצאת שבת יש חיוב מיתה א"כ פטור מקרבן מעילה ואפי' בשוגג הא חייבי מיתות שוגגין ג"כ פוטר מלשלם וא"כ ר"מ דמוסיף חטאת דשבת גורע אשם דקרבן מעילה ועיין בקצה"ח סי' כ"ח. ולכאורה נראה דהא בלא"ה הקשו דאמאי סובר חד מ"ד דלא מעל דסובר כר"ח דכרת פוטר מלשלם והא מדאגבהה קני מתחייב בנפשו לא הוי עד דאכל ליה. וכתבו לתרץ דהא בריטב"א כתב הטעם דהגזבר אינו מועל עד שיעשה מעשה ושאר אדם מעל מיד משום דאיש אחר הגם

דלא ידע דהוא הקדש מ"מ מתכוון לגזול בזה שהוציאו לרשות אחר משא"כ גזבר שסובר שהוא שלו וע"כ לא מעל מיד וא"כ הכא דמיירי ששגג ולא ידע שהוא הקדש א"כ אפי' איש אחר בזה שהוציאו לא נתכוון לגוזלו כיון דהוי אצלו כחמץ דעלמא לאו בר דמים הוא לכן אינו חייב מעידנא דאגבי' עד שיעשה מעשה. ובזה ניחא רש"י דהקשה מדקתני מעל ע"כ דאייר בשוגג וליכא כרת והקשה בתוס' דהא גם חייבי כריתות שוגגין פוטר מלשלם. ולפ"ז ניחא דאי מיירי דשגג גם על איסור חמץ וא"כ היה סובר דשרי בהנאה א"כ מתכוון לגזול בזה שהוציאו מרשות הקדש ותקשה דמעידנא דאגבי' קני' הגם דהיה שוגג על הקדש וא"כ אסור בהנאה הא גם על איסור חמץ היה שוגג ולפי דעתו שרי בהנאה וע"כ פי' דעל החמץ היה מזיד וא"כ כיון ששגג על הקדש לא נתכוון לגזול דהיה סובר דאסור בהנאה כשאר חמץ וא"כ לא קשה קושי' דהגם דקלבד"מ על איסור שבת מ"מ לא נפטר מקרבן מעילה דהכא יש לומר דמעידנא דאגבי' קני':

ויותר נראה דכיון דר"ש סובר דגורם לממון כממון דמי א"כ כיון דמהני תפיסה בקלבד"מ חשוב עכ"פ גורם לממון וא"כ תקשה דל"ש כיון דליכא קרן פטור מקרבן דהא גם קרן איכא משום גורם לממון דמהני תפיסה אך יש לומר כיון דחמץ אסור בהנאה אך מש"ה מעל דכיון דשרי לאחר פסח חשוב גורם וע"כ לחד מ"ד לא מעל דסובר כר"ח הגם דמהני תפיסה חשוב גורם דגורם דלכ"ע לאו כממון דמי וזה תינח אי אתא כר"ש וחשוב גורם דגורם משא"כ אי אתא כריה"ג דמותר בהנאה אפי' בתוך הפסח אז ליכא גורם דגורם תקשה כיון דמפני תפיסה חשוב דאיכא קרן ואמאי פטור מאשם דמעילה וע"כ פירש"י דסובר כר"ש וא"כ ניחא קושיא הנ"ל דאפי' בשבת דאיכא חיוב מיתה מ"מ איכא קרבן אשם לר"מ לשיטתו דסובר בב"ק דגורם לממון כממון דמי ואיכא קרן משום דמהני תפיסה בקלבד"מ וחשוב כממון וע"כ חייב אשם דמעילה:

ובזה ניחא הא דהקשה על רבנן דאמרו דאינו מן השם והא משכחת דלא היה שיעור גרוגרות דהוא שיעור הוצאה בשבת אלא מחמת שאוכל ונתחייב ד' חטאות על אכילתו לכך נתחייב גם משום הוצאה בפחות משיטור הנ"ל ודי בשיעור כזית לחייב משום הוצאה ועכ"פ הוי שם אחד דמשום אכילת האיסור מחויב גם משום הוצאה דשבת. אך נראה דהא קשה דהא רבנן סוברים דגורם לאו כממון דמי א"כ לא הוצרכו לומר דאינו מן השם דבלא"ה לא משכחת בשבת דאז ליכא קרבן דאשם דקלבד"מ אך נראה דהרי חיוב דשבת כגרוגרת וחיוב מעילה בכזית א"כ בעת שנתחייב קרבן מעילה אכתי אינו חייב משום שבת וא"כ אי איירי שאין בו שיעור דגרוגרות אך כיון דחשוב שיעור לענין אכילה חשוב הוצאה לשבת א"כ בא בב"א ותקשה דהא קלבד"מ דכיון דהם סוברים

דגורם לאו כממון ואי איירי בגרוגרות דאז לא בא בב"א א"כ אינו מהשם ובתוס' הקשו על ר"מ דמה זה לאכילה ולפ"ז ניחא דלר"מ משכחת דלא היה גרוגרות רק כיון דחשוב שיעור לאכילה מחויב גם משום הוצאה ושפיר הוא מהשם דאל"ה היה בעינן גרוגרות להוצאה ואין לומר דאז קלבד"מ דהא ר"מ סובר דגורם כממון דמי:

אך לפי מה שכתבתי ניחא הרש"י הנ"ל דלא פי' דאתא כריה"ג דהא ריה"ג סובר דשבת וי"ה חייב שתים משום י"ה ג"כ והגם דקל על חמור הוא די"ה הוא בכרת וע"כ דסובר כר"ח דכרת דמי למיתת ב"ד וא"כ אמאי מעל וע"כ פי' דסובר כר"ש:

אך לפי מה שאמרנו למ"ד דפוטר ממלאכה שא"צ לגופו אז לא חילל שבת בשחט עבור חבירו בהתחלת השחיטה והתם דקאי לר"י דפוטר מלאכה שא"צ לגופו שפיר משני בשחיטת פרו של כהן גדול דהתם דל"ש ניחא ליה וחשוב א"צ לגופו א"כ לא חילל שבת מיד רק בגמר אפי' להרמב"ם ודו"ק:

יבואר חששא דצררי אתפסה

עיין כתובות דף צ"ז פלוגתא דרב ושמואל אי פוסקין מזונות לאשת איש דשמואל סובר דאין פוסקין משום אימא דצררי אתפסה ופריך הגמ' מתני' מי שהלך למדה"י וכו' ומשני בששמעו בו שמת דלכ"ע פוסקין. ועיין בר"ן דכתב דטעמי' דרב דסובר דפוסקין ול"ח לצררי משום דסובר דאפי' מחיים הנכסים בחזקתה קיימא משום דמוכרת שלא בב"ד ולשמואל רק לאחר מיתה הנכסים בחזקתה קיימא ועיין בס' א"מ ועיין דף צ"ו בתוס' ד"ה נכסים וכו' דכתבו דמה"ט דמוכרת שלא בב"ד הנכסים בחזקתה. והנה שיטת הרמב"ם אע"ג דקיי"ל כחנן דתשבע בסוף ולא תשבע בתחילה אבל בשמעו שמת צריכה שבועה אפי' לחנן ותמהו עליו דהא לשמואל דסובר דאין פוסקין מזונות לא"א לדידיה מוקי המתניתין בשמעו בו שמת דאפ"ה סובר חנן דלא תשבע בתחילה ולכאורה נראה דהנה בטעמא דמילתא דאינה צריכה שבועה למזונות לא נתברר היטיב דאי נימא משום דתשבע לבסוף תמוה מאוד דאיך תגבה עכשיו על סמך שתשבע לאחר זמן ואולי לא תבוא לידו גביית כתובה שכבר נפרעת כתובתה וע"כ גם מזונות אין לה והיא תגבה מזונות שלא כדין וע"כ משום דנכסי בחזקת אלמנה לכך אינה צריכה שבועה. אך גם זה אינו נכון דהרי נודע מה שכתב הראב"ד ז"ל דעיקר חיוב מזון אשה והבנות מתחיל לאחר מיתה והנה אם נימא שכבר גבתה כתובתה בחיי בעלה שבעלה התפיס לה צררי על כתובתה א"כ לא התחיל חיוב מזונות כלל וכבר כתבו דהא דחשבינן נכסי בחזקת אלמנה היינו בספק פירעון אז אמרינן נכסים בחזקתה ולא בספק חיובא ובפרט לפי מאי שכתבו התוס' דף צ"ו הטעם דלענין מזונות נכסים בחזקתה ולא בכתובה משום דכתובה מיד

שנפרעה נסתלקה ומזונות לעולם יש לה מזונות וכאן אי נימא שכבר נתקבלה כתובתה וכבר נסתלקה ממילא לא שייך לומר נכסי' בחזקתה קיימא ומעתה מצד הדין צריכה שבועה בשעה שתרצה לגבות מזונות שלא גבתה כתובתה וכיון שכבר נתקבלה כתובתה נסתלקה ממזונות ולא שייך לומר נכסי בחזקתה קיימא. אך נראה לפי מאי דמשמע מלשון רש"י במס' עירובין חשש צררי אינו גביית כתובה ממש רק שנותן לה לבטחון לכתובתה וא"כ רק משכון לחוד ובזה לא הפסידה מזונות. אך נראה אי חשש צררי הוא פרעון גמור או הוא רק משכון בעלמא תליא דהא קשה לכאורה דאמאי משום חשש צררי אינה גובה מיתומים קטנים אפילו בשבועה הא יש לה מיגו דנאנסו דלקחה צררי רק דנאנסו והי' נאמן בשבועה והיה נוטל החוב כל מה שנכתב בשטר ועיין בח"מ סי' ע"ב דמלוה שטוען שנאנס המשכון דישבע והלוה מחויב לשלם וע"כ דצררינו משכון רק פירעון גמור אך אליבא דשמואל דסובר אביד קתא דמגלא אביד אלפא זוזי ועיין במ"מ דסובר דאליבא דשמואל אפי' אם נאנס המשכון אבד החוב משום דחשוב כאילו פירש דאם יאבד המשכון אפילו באונס מפסיד החוב א"כ לדידיה יש לומר דחשש צררי הוא רק משכון לחוד ומ"מ ליכא מיגו וא"כ לשמואל לשיטתו שפיר מוקי בשמעו בו שמת ואפילו הכי לחנן לא תשבע בתחילה משום דנכסים בחזקתם קיימא דאין לומר שנתן לה צררי על הכתובה א"כ לא התחיל חיוב מזונות כלל דליתא דכיון דאליבא דשמואל חשש צררי הוא רק משכון א"כ אפילו נתן לה צררי לא נסתלק החיוב מזונות משא"כ לדידן דע"כ חשש צררי הוא בתורת פרעון דאל"כ יש לו מיגו דנאנסו וע"כ פוסק הרמב"ם דבמת צריכה שתשבע גם על מזונות דלא שייך לומר הנכסים בחזקתה קיימא דשמא נתן לה צררי על הכתובה א"כ לא התחיל חיוב מזונות כלל:

גם י"ל דהנה באמת אין לומר דצררי שנתן לה על הכתובה הי' בתורת פירעון דא"כ אסור לדור בלא כתובה ואין לומר דסמוך למיתה נתן לה צררי הא מת במדינת הים וע"כ אי נתן לה צררי הי' קודם א"כ ע"כ לא נתן לה הצררי רק בתורת משכון לחוד וא"כ לא נסתלק חיוב מזונות ושייך לומר נכסים בחזקתה קיימא וע"כ שפיר מוקי שמואל בשמעו בו שמת מ"מ לא תשבע לחנן. וניחא בזה קושית תוס' שם דמאי לי דמת בביתו מה לי ששמעו בו שמת ואמאי נקט דוקא במי שהלך למדינת הים אך לפי הנ"ל ניחא דדוקא בשמעו בו שמת דליכא למימר דהצררי הי' קודם שהלך בתורת פירעון דא"כ אסור לדור ובעת מיתתו הי' במד"ה ע"כ הצררי הוא בתורת משכון וע"כ ליכא שבועה משא"כ במת בביתו דאיכא למימר קודם מיתה נתן לה צררי בתורת פירעון ונסתלק חיוב מזונות ולא שייך נכסים בחזקתה וע"כ צריכה שבועה והרמב"ם איירי שמת בביתו וע"כ פסק

דצריכה שתשבע גם על מזונות וזה כוונת הרמב"ם שכתב וז"ל יש מי שהורה שפוסקין לה מזונות ואינה נשבעת ואין ראוי לסמוך על הוראה הזאת מפני שנחלף לו הדבר באשה שהלך בעלה למדה"י והיינו שנתחלף באשה שהלך בעלה למדה"י ושמעו בו שמת דהתם ליכא שבועה דע"כ הצררי על הכתובה היה רק בתורת משכון משא"כ בביתו:

ועיין בטעם המלך דכתב דבר חדש דהא טעמו של הרמב"ם בשמעו שמת דצריכה שבועה משום כל הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה ואין זה כי אם באופן שהדבר ברור שהנכסים של יתומים כגון שמת בביתו אבל אם אין הדבר ברור שהנכסים של יתומים כגון שהלך למדה"י ושמעו בו שמת ע"פ עד אחד או ע"פ קול ואף שלדי' נותנין מזונות כסברת הש"ס פה בסוגין היא דבעית אינסובי מנסבא מזוני נמי יהבינן לה מודה הרמב"ם דלא הוי כמו נכסי יתומים אלא כנכסי דידיה דיהבינן לה בלא שבועה אבל בשאר אלמנה דהוה ודאי נכסי יתומים אין נותנים לה אלא בשבועה משא"כ היכא דהלך למדינת הים ושמעו שמת ע"פ עד אחד ואין הנכסים נכסי יתומים דהא לענין ירושה לא הוי דידהו ובזה מתרץ שם קושיית מהרש"א על התוספות דהכי הקשו מאי פריך הש"ס האי יורשים משביעין אותה ב"ד משביעין אותה מיבעי ליה דילמא אייריי ששמעו בו שמת והיינו כמו שאמרנו ששמעו בו שמת ע"פ ע"א ושייך שפיר לשון יורשים משביעין אותה דעכ"פ יורשין מיקרי דהא ודאי יורשין דידיה דהא ראויין לירש אותו ור"ש סובר כיון דאין הדבר ברור שמת אעפ"י שנותנין לה מזונות אין צריך שבועה כחנן כיון שעכ"פ משתבע לבסוף ולא הוה האי כרישא דמתניתין הבא ליפרע מנכסי יתומים דרישא מיירי שמת בביתו או שיש עדים גמורים שמת והיתומים יורדים לנכסיו הוי שפיר נכסי יתומים וכו' ועיין שם:

ובזה ניחא מה שהקשו הא דאמר ר"פ הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב והכל מודים בעד מיתה שהוא פטור כגון באמר לדידה והקשו אמאי חייב עד כיון שצריכה שתשבע על כתובתה כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים א"כ לה הוה רק גורם לממון ואמאי הכל מודים שהוא חייב אך לפי הנ"ל ניחא דכיון דליכא רק עד אחד שמת א"כ לא קרינן הבא ליפרע מנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה דאין זה כי אם באופן שהדבר ברור שנכסי יתומים כגון דאיכא שני עדים שמת אבל ע"פ ע"א כיון דאין היורשים יורדים לנכסים לא שייך לא תפרע אלא בשבועה דלא חשיב נכסי יתומים ומש"ה הכל מודים שהוא חייב. ובזה ניחא דברי הריטב"א בקידושין דכתב וז"ל והיינו דאמרינן התם ש"מ משביע עידי קרקע חייב דסהדי כתובה עידי קרקע חשיבי משום דקיי"ל דכתובה לעולם לא גביא ממטלטלין אלא מן הקרקעות בין מיניה בין מיתמי כדאמרינן התם בשבועות ש"מ

משביע עדי קרקע חייב ולא מיתוקמא אלא בדתפסה מטלטלין והאי נמי דווקא מחיים וכיון דלא גביא אלא מן הקרקע הוה כטענת קרקע ואין נשבעין על הקרקעות עכ"ל והוא תמוה דמהתם לא מוכח מידי דמחיים לא גביא ממטלטלין דהא התם במשביע עד מיתה מיירי עיין שם דעלה קאמר התם שמע מינה משביע עידי קרקע חייב ולאחר מיתה וודאי אינו גובה אלא קרקע דאפילו שאר בעל חוב אינו גובה ממטלטלין לאחר מיתה ועיין בס' אבני מילואים סימן ק'. אך לפי הנ"ל ניחא דכיון דבעד מיתה אין אחים יורדים לנחלה על פיו ולא יקרא נכסי יתומים ואם היה דין הגרושה לגבות ממטלטלין היה ראוי גם בעד מיתה לגבות ממטלטלין דלא שייך לומר מטלטלין דיתמי לא משתעבדא כיון דלא חשיב אכתי ע"י עד אחד מטלטלין דיתמי אלא וודאי דאפילו מחיים דבעל כתובה אינה נגבית אלא מקרקעות ושפיר הוכיח הריטב"א. הנה באחרונים איתא לתרץ קושיא הנ"ל דמי יימר דמשתבעת וכתבו לפי דעת רוב הפוסקים דאלמנה אינה צריכה שבועה למזונות א"כ אתי שפיר דנוכל לומר דרב פפא לשיטתו דס"ל כשמואל דאין פוסקין מזונות לאשת איש רק בשמעו בו שמת ואף בשמעו בו שמת ע"י עד אחד כיון דאי בעיא לאינסובי מנסבא מזוני נמי יהבינן לה וא"כ מפסדת ע"י זה שאין העד מעיד דאין נוטלת מזונות ובזה ליכא שבועה בשמעו בו שמת:

ובזה ניחא לתרץ דברי הרמב"ם דמביא תירוץ הגמ' דאתפסה מטלטלין ותמה במ"ל כיון דלבתר תקנת הגאונים גם מטלטלין משועבד א"כ לא הוו עידי קרקע ולא צריכין לומר דאיירי באתפסה דבלא"ה לא חשיב עידי קרקע. אך לפי הנ"ל ניחא כיון דקי"ל דפוסקין מזונות לאשת איש א"כ ע"כ הא דחייב העד קרבן שבועה אין משום חיוב מזונות דהא גם מחיים פוסקין וע"כ דהשביעה את העד כדי שתיטול הכתובה ובזה יקשה מ"ט חייב כיון דלא הוה רק גורם כיון דצריכה לישבע מי יימר דמשתבעת וע"כ מביא הרמב"ם דמיירי באתפסה מטלטלין וקי"ל דכל הנשבעין ונוטלין שתפסו לא מפקינן וליכא שבועה וא"כ לא הוי גורם. אך לפי מה שאמרנו למעלה דמש"ה ליכא שבועה הכא משום דלא חשיב נפרעת מנכסי יתומים ואין להקשות דהא גם בנפרעת שלא בפניו צריכה שבועה ומה בכך דלא חשיב נכסי יתומים אך יש לומר דמיירי שנתן לה נאמנות אך ללמד יתומים לא מהני נאמנות ועיין בח"מ סימן ע"א בש"ך דמחלק בין כתובה לחוב דבכתובה לא מועיל נאמנות לנגד יתומים אך השתא דאמרינן דלא חשיב נכסי יתומים בעד אחד ניחא די"ל שפיר בנאמנות. לפי זה ניחא גם הרמב"ם הנ"ל דזה הכל לר"פ לשיטתו דסובר דאין פוסקין מזונות לאשת איש וע"כ לדידיה מתניתין איירי בשמעו שמת ואז ע"כ שמעינן דע"י עד אחד לא חשיב אכתי נכסי יתומים דאל"כ אמאי ליכא שבועה אליבא דחנן

וע"כ דע"י עד אחד לא חשיב נכסי יתומים וע"כ ליכא הכא גורם רק ממון גמור משא"כ לדידן יש לומר דגם על ידי עד אחד חשיב נכסי יתומים ואיכא שבועה ומתניתין מיירי מחיים ואם כן תקשה מי יימר דתשתבע וע"כ מביא הרמב"ם דאתפסה מטלטלין דאז ליכא שבועה:

גם נראה לתרץ דברי הרמב"ם דפסק דבמת צריכה שתשבע גם אמזונות ולא אמרינן נכסים בחזקתה קיימו לפי מה דאיתא בחידושי הרי"מ דמש"ה הנכסים בחזקתה דכיון דאין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים א"כ יכולין להבריחן ולמכרן והן כמו מטלטלין א"כ לא תוכל לגבות כלל גם כשלא מכרן דמטלטלין לא משתעבדי ולכך תקנו שיהיו נכסים בחזקתה וא"כ ניהו דחשיב כמו מטלטלין הא גם במטלטלין שתפסה הוה שלה וע"ש וזה הכל לדינא דגמרא דמטלטלין לא משתעבדא למזונות וע"כ דנכסים בחזקתה וע"כ שפיר מוקי שמואל דמתניתין מיירי בשמעו שמת ומ"מ ליכא שבועה לחנן משא"כ לבתר תקנת הגאונים דגם מטלטלין משתעבד למזונות א"כ לא עשו חכמים כלל שיהיו הנכסים בחזקתה וע"כ פסק הרמב"ם דבשמעו שמת צריכין שתשבע למזונות:

והנה הראשונים הקשו על הרמב"ם הנ"ל מהא דאמרינן בגיטין דף ל"ח ההיא דאתאי לקמיה דרבה בר רב הונא אמר לה מאי איעביד לך דרב לא מגבי כתובה לאלמנה אמרה ליה הב לי מזוני אמר לה מזוני נמי לית לך דהתובעת כתובתה בב"ד אין לה מזונות ותיפוק ליה דכיון דלא מגבי כתובה לאלמנה משום דצריכה שתשבע ממילא גם מזוני לית לה לשיטת הרמב"ם דהא גם על מזוני צריכה שתשבע ועיין שם. ונראה דהא עיקר הסברא דמפסדת הכתובה כיון דאין יכולה לישבע וא"כ נעקר תקנת חכמים לגמרי דתקנו כתובה גם לאלמנה כמו לגרושה וע"כ דלא מיעקרה תקנת חכמים דיכולה לומר תן לי נאמנות או אל תפרעני אלא בעדים דחשיב ג"כ כמו נאמנות ועיין ברא"ש ב"מ א' דמש"ה במקום שאין כותבין כתובה לא שייך לומר מה הועילו חכמים בתקנתם דיכולה לומר אל תפרעני אלא בעדים דחשיב כמו נאמנות דכל זמן שלא יפרע בעדים יש לה נאמנות והנה עיקר הטעם דנאמנות מועיל משום שמחייב את עצמו שאף אם באמת פרע לה מ"מ אם יטעון לא נפרעתי יתחייב לשלמו לו עוד פעם שנית וזה תינח בכתובה משא"כ במזונות דפוסק הרמב"ם דמתחייב א"ע בדבר שאינו קצוב לא נשתעבד וא"כ מה בכך שחייב א"ע הא לא מועיל החיוב שלו דהא מזונות דבר שאינו קצוב הוא ולא נשתעבד וכיון דלא מועיל אפילו נאמנות א"כ נעקרה תקנת חכמים וע"כ הגם דרב לא מגבי כתובה לאלמנה מ"מ מזונות הים מגיע לה הגם שצריכה שבועה והיא חשודה. וע"כ צריך לומר משום שתובעת כתובתה בב"ד אין לה מזונות. והנה שיטת המרדכי

דאפילו לרב דסובר דפוסקין מזונות מ"מ שבועה צריכה ותמהו עליו דהא לרב מיירי מתניתין מחיים ואפ"ה לחנן לא בעי שבועה ונראה דלכאורה קשה אמאי לרב פוסקין הא איכא ספק ספיקא שמא נתן לה צררי ושמא אמר לה צאי מ"י ואין לומר דכיון דס"ס הוא מצד רוב ואליבא דרב דגם מחיים הנכסים בחזקתה לא מהני הרוב להוציאם מחזקתה דלא אזלינן בממון אחר הרוב זה ליתא דהא רב סובר דאזלינן בממון אחר הרוב וע"כ דרב סובר דחשש צררי לא נחשב לספק כלל ולא נכנס בכלל ספק ספיקא ועיין בתוס' בסוגיא דפ"פ לענין רוב ברצון וכו' וע"כ סובר רב דאפילו שביעה ליכא משא"כ לדידן דלא אזלינן בממון בתר הרוב א"כ י"ל דחשש צררי נחשב לספק גמור מ"מ פוסקין דכיון דהנכסים בחזקתה לא מהני ספק ספיקא להוציא וזה תינח לענין גוף המזונות משא"כ שבועה צריכה כיון דאיכא ס"ס:

ולפי מה שכתבתי דהא דקאמר ר"פ הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב קאי לענין מזונות דליכא שבועה בזה ניחא מה שהקשה בס' שב שמעתתא על הא דאמר ר"פ דבאמר לדידה פטור משום דלא מפסדה מידי דהיא נאמנת יותר וקשה דהא עכ"פ ראשון מכחיש אותה ועד אחד אינו כלום בהכחשה ואין לומר דהך דאמר לה לדידה מיירי שכבר התירוה דאז היא נאמנת יותר דליתא דאפילו בהתירוה להנשא מ"מ לכתחלה לא תנשא כל שבא עד אחד להכחיש וכל היכא דלכתחלה לא תנשא אינה גובה כתובתה משום דלא קרינן ביה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי וא"כ אמאי פטור באמר לדידה. אך נראה לפי מה שכתבו דבאמת מדרש כתובה הוא רק על כתובה ולא על דיני תנאי כתובה ומהך טעמא בתחלה כדאמרינן בשמעו שמת היינו בשני עדים דעד אחד לחוד אינו מספיק ור"פ הוא דחידש דסגי בעד אחד כיון דגם אם עודנו חי מגיע להם מזונות אלא דחיישינן לצררי בזה הגם דעד אחד אינו קם לממון מ"מ כיון דאמרינן כדברי עד להתירה להנשא ומחזקינן לעדותו לממש מספיק ג"כ לאפוקי מחשש צררי וא"כ כיון דר"פ מיירי לענין מזונות ע"כ כנ"ל וכיון דתנאי כתובה אינו מטעם מדרש כתובה וע"כ הגם דלכתחלה לא תנשא מ"מ נוטלת מזונות וע"כ באמר לדידה פטור משא"כ לדידן דפוסקין מזונות לא"א והא דחייב עד משום דהפסיד לה הכתובה וע"כ גם באמר לדידה כיון דלכתחלה לא תנשא וליכא מדרש כתובה ע"כ חייב העד אפילו באמר לדידה וע"כ השמיט הרמב"ם דין זה באמר לדידה ודוק:

אות ק

יבואר בקנס אי מועיל מחילה קודם שעמד בדין:
עיין בתוס' פ' אלו נערות דמביא שיטת הירושלמי דבקנס לא מועיל מחילה משום דחשיב דבר שלב"ל קודם נבאר שיטת הרמב"ם. הנה בסנהדרין דף ע"ד פריך הגמ' אמאי חייבי כריתות יש להם קנס הא ניתן להצילו בנפשו ומשני ר"פ דמיירי במפותה ורמב"ם השמיט תירוץ זה ותמהו עליו. לכאורה נראה דהא ע"כ עיקר קושיית הגמ' לא אזלה רק מאשת אחיו דהא התוס' בכתובות דף ל"א ד"ה ר"א כתבו דהא דלא הוה מיתה לזה ותשלומין לזה הואיל ולא נתחייב מיתה בשביל אדם אלא לשמים דאל"כ תיקשי דכיון דהקנס הוא לאב חשיב מיתה לזה ותשלומין לזה וע"כ דכיון דחיוב מיתה הוא בשביל שמים חשיב מיתה ותשלומין לאחד וא"כ זה תינח בבא על בתו או אליבא דרב חנינא דכרת ג"כ פוטר מלשלם משא"כ הא דניתן להצילו בנפשו דכיון דהוא משום פגם דידה קפיד רחמנא א"כ שפיר חשיב מיתה לזה בשביל דידה מתשלומין לזה לאב ולא פריך הגמ' מידי וע"כ דעיקר קושיית הגמ' מאשת אחיו דמיירי ע"כ בנערה שנתארסה ונתגרשה דהקנס לעצמה ועיין בתוס' שם וחשיב מיתה ותשלומין לאחד ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם הנ"ל דכיון דהרמב"ם השמיט אשת אחיו לא הוצרך לאוקמה במפותה דבלא"ה ניחא דחשיב מיתה לזה ותשלומין לזה וא"כ כיון דעיקר קושיית הגמ' לא אזלה רק מאשת אחיו דאתי כר"ע דסובר דיש לה מב קנס וקנס לעצמה ועיין שם בתוס' בזה ניחא קושיית ההפלאה על הא דדייק הגמרא דקטנה אין לה קנס מדלא קתני קטנה יקשה דלעולם דגם קטנה בעלמא יש לה קנס אך הכא בחייבי כריתות אין לה קנס משום דניתן להצילה בנפשו ואין לומר במפותה הא פיתוי קטנה אונס הוא ולפי הנ"ל ניחא דהא קושית הגמ' היה מאשת אחיו ואליבא דר"ע דסובר דיש לה קנס והקנס לעצמה א"כ הא ר"ע חייש למיעוט ועיין בבכורות פ' ג' וא"כ בקטנה בלא"ה לא ניתן להצילה בנפשו דשמא היא איילונית וקידושי אחיו לא חלין משום מקח טעית ולא היתה מעולם אשת אחיו ולא הוה מחייבי כריתות וממילא לא ניתן להצילה בנפשו ושפיר פריך הגמ' אמאי לא תני קטנה וע"כ שפיר הוכיח הגמ' דמתניתין דאלו נערות היא כר"מ דקטנה אין לה קנס והא תינח דאי קטנה יש לה קנס הוא הדין לאילונית משא"כ הרמב"ם דסובר דאפילו אי קטנה יש לה קנס מ"מ אילונית אין לה קנס ועיין בכסף משנה מה שמתרץ דהא בגמ' משמע דתליא זה בזה א"כ אין ראיה מדלא קתני קטנה דקטנה אין לה קנס דלעולם דבעלמא יש קנס לקטנה אך הכא שאני דניתן להצילה בנפשו ואפילו אי מיירי במפותה הא פיתוי קטנה אונס הוא ואין לומר דשמא אילונית היא כנ"ל דא"כ פשיטא דאין לה קנס דאילונית אין

לה קנס אפילו אי קטנה יש לה קנס וא"כ אין להוכיח דסתמא דמתני' סובר כר"מ ולהכי פסקו דיש קנס לקטנה. ובאמת י"ל על קושיית ההפלאה הנ"ל דהא בלא"ה הקשו דהא אבוה דשמואל סובר דאשת ישראל שנאנסה דאסורה לבעלה דחיישינן שמא תחלתה באונס וסופה ברצון וכתבו הראשונים משום דרוב הנבעלות באונס מתרצות לבסוף וא"כ לס"ד דמקשה דלא איירי במפותה תיקשי באשת אחיו דהקנס הוא לדידה א"כ אמאי משלם קנס כיון דחיוב הקנס הוא לבסוף ואז מחלה דע"פ הרוב סופה ברצון דבשלמא הא דמשני ר"פ דאיירי במפותה לא תקשי באשת אחיו דכיון דהקנס הוא לדידה א"כ הא מחלה די"ל דאיירי בפיתוי לשם אישות וכיון דנתברר שאין הקידושין חלין חשיב מחילה בטעות אבל לפי הס"ד דמיירי באונס ואעפ"כ אמרינן דנתרצית לבסוף א"כ הא מחלה וע"כ צריכין לומר דחיובא דבועל כיון דאנסה בתחלת ביאה וזה גרם שנתרצית לסוף וע"כ חייב קנס. ובזה כתבו האחרונים לתרץ מה הקשה הש"ס הא ניתן להצילה בנפשו ולא קאמר משעת הראה נפגמה וחיוב קנס הוא לבסוף ואפילו אי נימא הראה זו הכנסת עטרה מ"מ החיוב קנס הוא בגמר ביאה ממש לפי הנ"ל ניחא דכיון דבסוף הא מחלה אך החיוב דקנס דכיון דאנסה בתחלה וזה גורם שתתרצית לבסוף וע"כ חייב קנס וע"כ פריך הא ניתן להצילה בנפשו וא"כ כיון דבתחלה יש חיוב מיתה וע"כ אין בדין לחייבו על גרם לבסוף דהרי על שעה זו ניתן להצילה בנפשו ועל הגמר הא מחלה וע"ז משני ר"פ במפותה והיתה לשם אישות והוה מחילה בטעות ועיין בספר ישועות יעקב. אך קשה הא בקנס לא מועיל מחילה דחשיב דבר שלב"ל דבשלמא היכא דהמחילה הוא בהתחלה לא חשיב דבר שלב"ל דמועיל מדין סילוק ועיין בר"ן פרק אלו נערות ובירושלמי משא"כ היכא דהמחילה הוא לבסוף לא מועיל מחילה בקנס ואכתי תקשי דילמא החיוב קנס הוא משום לבסוף וצריכין לומר דכיון דמתניתין אתיא כר"מ ור"מ סובר דאדם מקנה דבר שלב"ל ומועיל מחילה בקנס ושפיר מקשה הא ניתן להצילה בנפשו וזה אליבא דאמת דמתניתין אתיא כר"מ משא"כ אי לא אתיא כר"מ רק הא דלא תני קטנה משום דניתן להצילה בנפשו תקשי שפיר הא לא בא בבת אחת דחיוב קנס על לבסוף ומחילה לא מהני אז וא"כ אפילו אי מיירי בקטנה שהגיע לפעוטות דמועיל מחילה מ"מ לא מועיל מחילה משום דחשיב דבר שלב"ל רק אליבא דאמת דמתניתין אתיא כר"מ שפיר מקשי דניתן להצילה בנפשו וע"כ הרמב"ם השמיט דאיירי במפותה דלדידן לא קשה קושית הגמ' די"ל דחיוב קנס על לבסוף ממש ואין לומר דהא מחלה הא לדידן לא מועיל מחילה בקנס וקושית הגמ' לא אזלה רק משום דע"כ אתיא כר"מ ואליבא דר"מ מועיל מחילה משא"כ לדידן:

גם נראה לתרץ דברי הרמב"ם דהא בלא"ה הקשו הראשונים על שיטת רש"י בפסחים דרנ"ח מודה דבשוגג לא פוטר כרת מתשלומין א"כ תקשי מאי קאמר הגמ' ולאפוקי מרנב"ה דילמא מתניתין מיירי בשוגג מ"מ בא על בתו פטור דחייבי מיתות ב"ד שוגגין פטורין מלשלם משא"כ חייבי כריתות שוגגין וע"כ נראה דהא קשה קושיא הנ"ל דכיון דחיוב קנס לבסוף הא אז מחלה דסופו ברצון אך אמרנו דבקנס לא מועיל מחילה משום דחשיב דבר שלב"ל דאי מודה מיפטר ואע"ג דע"כ איכא עדים מ"מ הא קי"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור אך הקשו דא"כ מאי משני הגמ' דמשעת הראה דפגמה מיפטר ליה מקטלא קנס לא מחייב עד גמר ביאה וקשה הא מודה בקנס ואח"כ באו עדים קי"ל דבעינן שחייב א"ע בקרן אבל היכא דפטר א"ע מכלום לא מועיל הודאתו וחייב וכיון דעל בושת ופגם עכ"פ פטור משום דחיוב בושת ופגם על ההתחלה ואז ניתן להצילה בנפשו וא"כ אמאי חייב קנס על הגמר הא אז מחלה דכיון דסופה ברצון ואין לומר דלא מועיל מחילה בקנס הא עיקר הטעם דחשיב דבר שלב"ל דאי יודה יפטר והכא דכיון דפטור מבושת ומפגם וא"כ אי יודה לא מיפטר דכיון דפטר א"ע מכלום לא חשיב דבר שלב"ל דמועיל מחילה א"כ אכתי תקשי אמאי חייב קנס על הגמר הא אז מחלה. וע"כ נראה דהנה בשבועות פ' שבועת העדות מיבעי להגמ' שם משביע עידי קנס אי חייבין קרבן שבועה או חשיב רק גורם לממון משום דאי מודה מפטר ופשט הגמ' ממתניתין דקתני חצי נזק ופלגא נזקא הוא קנסא והקשה במ"ל הא חצי נזק פטר א"ע מכלום וא"כ אי יודה לא יפטר וכן הקשה על האיבעיא גופה אי מיירי בקנס דפלגא נזקא א"כ פטר א"ע מכלום ואי יודה לא יפטר וחשיב ממון גמור ואי מיירי בקנס דאיכא קרן דאי יודה חייב א"ע בקרן תיפוק ליה דחייבין קרבן משום הקרן אך על האיבעיא יש לתרץ לפי מאי דסובר ר"ע בנערה שנתארסה ונתגרשה דיש לה קנס והקנס לעצמה ועיין ברא"ש דסובר דבושת ופגם הוא לאב ועיין שם. ולפי זה ניחא דמשכחת בקנס דאונס ופיתוי ובנערה שנתארסה ונתגרשה והנערה השביעה העדים על הקנס דאי יודה יהי' חייב בושת ופגם ולא חשיב רק גורם לממון דכיון דאי יודה יפטר מקנס דחייב א"ע בושת ופגם ואין לומר דא"כ חייבין משום בושת ופגם דליתא דזה מגיע לאב ובשבועת עדות בעינן שישמעו מפי התובע דוקא אך עיקר הקושיא על הא דפשט הגמ' מפלגא נזקא דהתם פטר א"ע מכלום ע"כ נראה לפי מאי דסובר הראב"ד דבקנס דפלגא נזקא אי תפיס לא מפקינן מיניה דאע"ג דבכל קנסות אפילו אי תפיס לא מועיל אבל בפלגא נזקא מועיל תפיסה:

ולפ"ז יש לומר דבר חדש דבשאר קנסות כיון דאפילו תפיסה לא מועיל וע"כ בעינן שיחייב א"ע בקרן דאל"כ לא חשיב הודאה רק כיון דיודע דאי יודה פטור ע"כ הודה

משא"כ בקנס דפלגא נזקא דכיון דמועיל תפיסה זה גופא חשיב מחייב א"ע בהודאתו דאי יודה אי תפיס לא מפקינן. ולפ"ז כיון דקי"ל בקלבד"מ מועיל תפיסה ולפ"ז אפילו על בושת ופגם דחיוב בהתחלה ואז ניתן להצילה בנפשו מ"מ תפיסה עכ"פ מועיל וחשיב מחייב א"ע לענין תפיסה על בושת ופגם לפ"ז לא פטור על הקנס מטעם מחילה דסופה ברצון דליתא דלא מועיל מחילה דחשיב דבר שלב"ל דאי יודה יפטר דחשיב מחייב א"ע ושפיר משני הגמ' דמשעת הראה דפגמה איפטר מקטלא קנס לא מחייב עד גמר ביאה. ולפ"ז י"ל הא דמשני ר"פ דאיירי במפותה ולא ניחא ליה בתירוץ הגמ' דלא בא בבת אחת משום דר"פ לשיטתו דמשמע מדבריו ועיין במס' ב"מ פרק השוכר את הפועלים דבקלבד"מ אפילו לצאת ידי שמים אינו חייב וא"כ לא מועיל תפיסה וא"כ תקשי הא פטר א"ע מכלום דכיון דעל בושת ופגם אפילו תפיסה לא מועיל וא"כ ממילא מועיל מחילה על הגמר ולא חשיב דבר שלב"ל כיון דאי יודה לא יפטר דכיון דפטר א"ע מכלום וע"כ הוצרך ר"פ לתרץ דאיירי במפותה. ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם הנ"ל כיון דאליבא דאמת דקי"ל כרבא דבקלבד"מ מועיל תפיסה וחשיב מחייב א"ע ואי יודה יפטר ולא מועיל מחילה דחשיב דבר שלא בא לעולם א"כ בלא"ה לא קשה קושיית הגמ' הנ"ל דיש לומר דחיוב קנס על הגמר ואין לומר דעל הגמר מחלה דליתא דלא מועיל מחילה בקנס דכיון דאי יודה יפטר דחשיב מחייב א"ע לענין תפיסה על בושת ופגם א"כ הוה דבר שלב"ל:

ולפ"ז ניחא קושיית הראשונים הנ"ל לפי מה דאיתא בצל"ח דבר חדש דאע"ג דקי"ל דבקלבד"מ חייב לצאת ידי שמים וע"כ מועיל תפיסה מ"מ אליבא דרנ"ח דסובר דגם כרת פוטר מתשלומין אז אפילו לצאת ידי שמים לא חייב ולא מהני תפיסה דעיקר הטעם דחייב לצאת ידי שמים משום דלב"ד אזהר רחמנא דלא יעבד תרתי משא"כ אליבא דר"נ דגם כרת פוטר מלשלם ובכרת לא שייך לב"ד אזהר רחמנא ואפ"ה פוטר מלשלם וע"כ אפילו לצאת ידי שמים אינו חייב ועיין שם. ולכאורה ראיה לזה מדברי תוס' כתובות דף ל' ד"ה הכל מודים דכתבו דע"כ ר"ש לית ליה דר"נ מדאיצטריך למעוטי מקרא חייבי כריתות מקנס ועיין שם וקשה הא נפקא מינה לצאת ידי שמים דמטעם דר"נ עכ"פ לצאת ידי שמים חייב אלא ודאי דאליבא דר"נ פטור אפילו לצאת ידי שמים. ולפ"ז י"ל דכוונת הגמ' דקאמר ולאפוקי מדר' נחוניא היינו דלדידיה דסובר דאפילו כרת פוטר מלשלם ע"כ סובר דאפילו לצאת ידי שמים פטור וא"כ תקשי אמאי חייב קנס הא ניתן להצילה בנפשו ואין לומר דמשעת הראה הוא דפגמה וכו' דמ"מ דכיון דפטור מבושת ופגם א"כ אי יודה לא יתחייב כלום ופיטר א"ע בהודאתו לגמרי וא"כ מועיל מחילה על הקנס דהא

לא חשיב דשלב"ל ואין לומר דחשיב מחייב א"ע לענין תפיסה דאליבא דר"נ לא מועיל תפיסה וא"כ אמאי חייב על לבסוף דהא אז מחלה:

ובזה ניחא קושיית תוס' שם דמאי קאמר ולאפוקי מר"נ דילמא שאני הכא דגלי קרא דחייבי כריתות יש להן קנס. אך י"ל דקרא איירי בצוחה מתחלה ועד סוף דלא שייך דמחלה לבסוף כמו דמשני הגמ' על הא דפריך אונס דשרי רחמנא היכי משכחת לה וא"כ לא גלי קרא או דקרא מיירי בשאר חייבי כריתות היכא דקנס לאביה ולא מועיל מחילה שלה משא"כ באשת אחיו דקנס לדידה מועיל מחילה:

גם נראה לתרץ קושיא הנ"ל דילמא מיירי בשוגג דהא הקשו דאמאי בא על בתו פטור הא לא בא בבת אחת דחיוב מיתה הוא בשעת העראה וחיוב הקנס הוא לבסוף וכתבו לתרץ דכיון דחיוב בושת ופגם מתחלה ופטור משום דקלבדר"מ וע"כ פטור על הקנס דהוא בסוף דאז מחלה כיון דסופה ברצון ואין לומר דלא מועיל מחילה דחשיב דבר שלב"ל דליתא דכיון דפטור מבושת ופגם א"כ חשיב פטר א"ע מכלום וא"כ אי יודה חייב ולא חשיב דבר שלב"ל אך תקשי דכיון דעל בושת ופגם ניהו דקלבד"מ מ"מ תפיסה מועיל וא"כ חשיב מחייב א"ע בהודאתו כנ"ל ואי יודה יפטר ואכתי חשיב דשלב"ל ולא מועיל מחילה ואמאי פטור על החיוב קנס דלבסוף:

אך נראה לפי מאי דסובר המהרש"ל דהיכא דעבדינן החומרא אז אפילו לצאת ידי שמים פטור וממילא לא מועיל תפיסה וא"כ אי יודה חייב דכיון דחשיב פוטר א"ע מכלום אפילו לענין תפיסה וע"כ פטור מקנס מטעם מחילה דלא חשיב דשלב"ל וזה תינח במזיד משא"כ אי איירי בשוגג דאז חייב לצאת ידי שמים ומועיל תפיסה תקשי אמאי בא על בתו פטור הא לא בא בבת אחת ואין לומר מטעם מחילה הא לא מועיל מחילה דחשיב דשלב"ל דכיון דאי יודה יפטר דחשיב מחייב א"ע בהודאתו לענין תפיסה אלא וודאי דמיירי במזיד וע"כ פריך שפיר אי ר"נ קשיא אחותו. וניחא לפ"ז קושיית תוס' דעל ר"פ גופא תקשי עיין שם אך י"ל דאליבא דר"פ לשיטתו דסובר דאפילו לצאת ידי שמים אינו חייב היכא דקלבד"מ א"כ לא קשה אי כר"נ קשיא אחותו די"ל דאיירי בשוגג ואעפ"כ בא על בתו פטור הגם דלא בא בבת אחת אך דכיון דעל בושת ופגם פטור וע"ז בא בבת אחת ממילא פטור על הקנס מטעם מחילה ואין לומר דאין מועיל מחילה דליתא דכיון דלדידיה לא מחייב א"ע אפילו לענין תפיסה א"כ אי יודה חייב דפטר א"ע מכלום א"כ לא חשיב דשלב"ל משא"כ באחותו דחייבי כריתות נינהו דבשוגג חייב אפילו על בושת ופגם וע"כ חייב קנס דלא שייך דמחלה דלא מועיל מחילה דחשיב דבר שלא בא לעולם דאי יודה יפטר דחייב א"ע בושת ופגם וע"כ על ר"פ לשיטתו נ"ק. ובדברי

המהרש"ל הנ"ל ניחא דברי הרמב"ם דפסק היה גדי גנוב לו וטבחו בשבת חייב שכבר נתחייב בגנבה קודם שיבא לידי איסור שבת גנב וטבח בשבת פטור שאם אין גנבה אין טביחה ואין מכירה ותמהו עליו דכיון דלדידן דקי"ל דאפילו בקנס אין אדם מת ומשלם א"כ בלא"ה פטור וע"כ נראה לפי מה דסובר הרמב"ם דבשוחט בשבת דנעשה מומר בתחלת השחיטה ולבסוף שגמר השחיטה חשיב שחיטת מומר וע"כ מתניתין דשוחט בשבת דהשחיטה כשרה איירי בשוגג ועיין בפי' המשנה להרמב"ם בחולין פ' א' והקשו דלפ"ז אמאי בטבח בשבת פטור משום דקלבד"מ הא לא בא בבת אחת דחיוב מיתה משעה שהתחיל לשחוט וחיוב ד' וה' הוא לבסוף השחיטה דוטבחו כולו בעינן ועיין בשע"ה וע"כ נראה דהא בירושלמי הקשו אמאי פטור בהדליק את הגדיש בשבת הא חיוב מיתה הוא מיד קודם חיוב ממון וכתב לחלק משום דבשעה שבא עליו חיוב ממון ג"כ איכא עליו חיוב מיתה דבשלמא במחתרת דלאחר שיצא משם תו ליכא עליו חיוב מיתה משא"כ הכא אפילו על מעשה שאח"כ משעה שבא עליו חיוב ממון ג"כ איכא עליו חיוב מיתה ועיין שם וא"כ י"ל דה"ה הכא בשעה שבא עליו חיוב ד' וה' ג"כ איכא חיוב מיתה מחדש וע"כ חשיב בא בבת אחת:

והנה בתשובות כתבו דאע"ג דעל חיוב מיתה שבא אח"כ בעת שבא החיוב ממון ע"ז לא מחייבין מיתה דכיון דכבר איכא עליו חיוב מיתה רק דאעפ"כ לא גרע מחייבי מיתות שוגגין דג"כ פוטר מלשלם ולפ"ז לפי המהרש"ל הנ"ל דהיכא דלא עבדינן החומרא אז חייב עכ"פ לצאת ידי שמים אבל היכא דעבדינן החומרא כגון במזיד אז פטור אפילו לצאת ידי שמים ועיין בש"ך סי' כ"ח ולפ"ז בשוחט בשבת חייב לצאת ידי שמים אע"ג דעבדינן החומרא דהא ע"ז דעבדינן החומרא אין לו כח ליפטר מלשלם דהא אז לא בא החיוב ממון ובעת שבא החיוב ממון אז לא הוה רק חייבי מיתות שוגגין:

ובזה ניחא קושית תוס' דף ל"ה ד"ה מתניתין כמאן מוקי לה תקשי לר"פ גופא דסבר לעיל כרבה דאמר היתה פרה גנובה לו וכו' ועיין שם. לפי הנ"ל ניחא דר"פ י"ל דסובר דגם בקנס אין מת ומשלם רק הא דאיצטריך ר"פ לומר דאם אין גניבה וכו' דנ"מ לצאת ידי שמים דעל הקנס עכ"פ חייב לצאת ידי שמים וכיון דלא בא בבת אחת ורק עיקר הטעם דפטור מלשלם משום דבעת שבא חיוב ד' וה' ג"כ איכא חיוב מיתה וזה לא חשיב רק חייבי מיתות שוגגין והי' עכ"פ חייב לצאת ידי שמים וע"כ קאמר דאם אין גניבה וכו' דעל גניבה לא חשיב חייבי מיתות שוגגין וא"כ פטור אפילו לצאת ידי שמים כיון דאין גניבה אין טביחה ואין מכירה ופטור על ד' וה' גם לצאת ידי שמים. ובזה ניחא דברי הרמב"ם הנ"ל דמש"ה כתב הטעם דאם אין גניבה דאז פטור אפילו לצאת ידי שמים

דבגנב בחול רק דהטביחה היה בשבת עכ"פ חייב לצאת ידי שמים דלא הוה רק חייבי מיתות שוגגין משא"כ לטעמא דאין גניבה והיינו בגנב באיסור שבת פטור אפילו לצאת ידי שמים:

ובזה ניחא קושיית תוס' הא דפריך הגמ' דף ל"ב הבא על אחותו וכו' ורמינהו אלו הן הלוקין הבא על אחותו וכו' וקי"ל דאין לוקה ומשלם. והקשו בתוס' דארישא דמתניתין הוה מצי למיפרך דקתני הבא על הממזרת יש לה קנס והתם קתני דלקי וקי"ל דאינו לוקה ומשלם אך י"ל דמחייבי מלקות לא קשה די"ל משום דלא בא בבת אחת דחיוב מלקות על ההראה וחיוב קנס על הגמר בשלמא בבא על בתו פטור משום דעל הגמר איכא ג"כ חיוב מיתה ואע"ג דלא עבדינן מיתה על הגמר כיון דכבר מחויב ועומד מ"מ לא גרע מחייבי מיתות שוגגין דג"כ פטור מלשלם משא"כ במלקות לא שייך זה דחייבי מלקות שוגגין לא פוטר מלשלם ואין לומר דמ"מ איכא בושת ופגם דזה החיוב הוא על שעת ההראה ואמאי חייב מלקות די"ל דאיירי בשוטה דליכא בושת ופגם ומש"ה פריך מחייבי כריתות דאין אדם לוקה ומשלם ואין לומר דחיוב מלקות על ההראה מ"מ הא איכא בושת ופגם על ההראה ואין לומר בשוטה דא"כ בודאי תקשי דאמאי איכא מלקות הא ניתן להצילה בנפשו ואין לומר במפותה דליתא דפיתוי דשוטה חשיב אונס כמו פיתוי קטנה וע"כ החיוב מלקות על לבסוף ואז איכא חיוב קנס ואין אדם לוקה ומשלם:

ובזה ניחא קושית מ"ל דאמאי פריך והא אין אדם לוקה ומשלם לוקמה דלא היה רק הראה לבדה דליכא חיוב קנס על ההראה וע"כ חייב מלקות ולפי הנ"ל ניחא הא מ"מ איכא בושת ופגם וע"כ בשוטה וא"כ בוודאי ליכא מלקות משום דניתן להצילה בנפשו ואפילו אי איירי במפותה חשיב אונס:

גם יש לתרץ קושית תוס' הנ"ל וגם קושית הראשונים דבלא"ה הקשו דאמאי בטבח בשבת פטור מד' וה' הא לא בא בבת אחת לשיטת הרמב"ם הנ"ל דנעשה מומר בהתחלת השחיטה וע"כ נראה דהנה בס' ההפלאה הקשה אמאי בגנב כיס בשבת חייב משום דכבר נתחייב בגנבה ולא בא בבת אחת הא מ"מ הוה עדות שאי אתה יכול להזימה דהא העדים רוצים לחייבו מיתה וממון ואי יוזמו לא יהיו חייבים מכאשר זמם רק מיתה לחוד ולא ממון מטעם קלבד"מ דבעדים החיוב מיתה וממון בא בבת אחת וא"כ איך מחוייב מיתה וממון משום דלא בא בבת אחת מ"מ אמאי חייב לשלם הא לענין ממון חשיב שאי אתה יכול להזימה ועיין שם:

אך באמת קי"ל דבממון לא בעינן שאתה יכול להזימה ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם דלא הביא דין זה דגונב כיס בשבת דחייב לענין כפל ועיין בראב"ד אך כיון דבקנס בעינן עדות שאתה יכול להזימה וא"כ מה בכך דלא בא בבת אחת הא מ"מ הוה עדות שאי אתה יכול להזימה:

ובזה אמרתי לתרץ דברי פירוש משניות להרמב"ם בגיטין סוגיא דמטמא וכו' דכתב דמתניתין איירי בשוגג דאל"כ אין אדם מת ומשלם ותמהו עליו הא בסוגיא איתא משום דבעידנא דאגבהה קניא מתחייב בנפשו לא הוה עד שעת ניסוך וגם תקשי מה בכך דאיירי בשוגג הא חייבי מיתות שוגגין ג"כ פטורין מלשלם אך לפי הנ"ל ניחא די"ל דגם הוא סובר כדמשני רב דמעידנא דאגבהה קניא ולא בא בבת אחת אך היה קשה לו דכיון דהחיוב לשלם הוא מצד קנס ובקנס בעינן עדות שאתה יכול להזימה וא"כ מה בכך דלא בא בבת אחת הא אי יוזמו העדים לא יתחייבו לשלם דקלבד"מ דאצלם בא בבת אחת וע"כ כתב דאיירי בשוגג דאז לא בא לחייבו מיתה רק ממון ואי יוזמו יתחייבו לשלם דלא הוה קלבד"מ ואע"ג דגם חייבי מיתות שוגגין פטורין מלשלם הכא שאני משום דמעידנא דאגבהה קניא אך מש"ה צריכין לאוקמה בשוגג דאל"כ תקשי דמאי בכך דלא בא בבת אחת הא לגבי עדים בא בבת אחת והוה עדות שאי אתה יכול להזימה:

ובזה ניחא קושית הראשונים הנ"ל דמאי פריך אי כר"נ קשיא אחותו לוקמה בשוגג דמודה ר"נ אך לפי מאי שהקשו הראשונים דאמאי בבא על בתו פטור הא לא בא בבת אחת דמשעת ההעראה חייב מיתה וחיוב קנס הוא לבסוף וע"כ דמש"ה פטור משום דלגבי עדים משיב עדות שאי אתה יכול להזימה ואי יוזמו לא יתחייבו לשלם הקנס דאצל העדים חשיב בא בבת אחת והא תינח במזיד משא"כ אי איירי בשוגג הגם דחייבי מיתות ב"ד שוגגים ג"כ פטורים מלשלם מ"מ לא חשיב עדות שאי אתה יכול להזימה דלא באו רק על קנס לחוד כיון דהיה בשוגג וע"כ דאיירי במזיד ושפיר פריך הגמ' אי לר"נ קשיא אחותו:

ובזה ניחא קושיא הנ"ל דאמאי בטבח בשבת פטור מד' וה' הא לא בא בבת אחת דליתא דמ"מ פטור דחשיב עדות שאי אתה יכול להזימה ולפ"ז בשוגג אע"ג דחייבי מיתות שוגגים פטורין מלשלם מ"מ חייב לשלם דכיון דבאמת לא בא בבת אחת דחיוב שבת בהתחלת השחיטה וחיוב ד' וה' הוא לבסוף רק הפטור משום דחשיב עדות שאין אתה יכול להזימה וזה לא שייך בשוגג ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם הנ"ל דכתב הטעם משום דאי אין גניבה וכו' ונ"מ בשוגג דאז הוה עדות שאתה יכול להזימה ולא באו רק לחייבו קנס והיה חייב וע"כ כתב הטעם דאם אין גניבה דלענין גניבה בא בבת אחת וא"כ אפילו

בשוגג פטור וע"כ ממילא פטור מד' וה' אפילו בשוגג משא"כ בגנב בחול דלא שייך דאין גניבה וכו' דאז היה חייב בשוגג דכיון דלא בא בבת אחת ורק הפטור משום עדות שאי אתה יכול להזימה ובשוגג לא שייך זה משא"כ בגנב בשבת אמרינן דכיון דאין גניבה דע"ז בא בבת אחת ופטור אפילו בשוגג אין טביחה ואין מכירה. ובזה ניחא קושית תוס' הנ"ל דעל ר"פ גופא תקשי די"ל דגם הוא סובר דאפילו בקנס אין אדם מת ומשלם. אך הא דצריך לומר משום דאין גניבה דנפקא מינה בשוגג:

גם נראה לתרץ קושית תוס' הנ"ל דאמאי מקשה ר"פ לאביי דעל ר"פ גופא תקשי אך לפי מה שהקשו מאי פריך אי ר"נ קשיא אחותו דילמא איירי בשוגג וע"כ נראה דעל אביי לשיטתו שפיר הקשה דהא עיקר דבשוגג מודה ר"נ משום דבפסחים מוקי הגמ' דמתניתין האוכל תרומת חמץ דבמזיד פטור מלשלם אתיא כר"נ מש"ה פטור והקשו דא"כ בשוגג אמאי חייב הא חייבי כריתות שוגגין הוא וליפטור מתשלומין ותירצו דכיון דגלי התור דמיתה דתרומה אינו פוטר מלשלם ה"ה שוגג דכרת לא פוטר והקשו דמ"מ לרבא דסובר דמית' שמים אפילו במזיד לא פוטר מלשלם אפילו לר"נ וא"כ לא גלי התורה ואכתי תקשי אמאי בשוגג חייב לשלם וע"כ דשוגג מודה ר"נ ועיין ברמב"ן והא תינח אליבא דרבא משא"כ אליבא דאביי דסובר דמיתת שמים ג"כ פוטר וא"כ י"ל כיון דגלי גלי ולעולם דאליבא דר"נ דאפילו בשוגג פוטר כרת מלשלם ואפ"ה לא תקשי מתניתין הנ"ל די"ל מש"ה בשוגג חייב דכיון דמיתה דתרומה וה"ה כרת בשוגג דחמץ וע"כ שפיר קשה אי כר"נ קשיא אחותו דליכא לאוקמי בשוגג דאפילו בשוגג וע"כ על ר"פ גופא לא קשיא די"ל דאיירי בשוגג:

והנה בריטב"א בקידושין איתא דבר חדש דאע"ג דנתרבה הראה כגמר ביאה בכל עריות זה דוקא בלא גמר ביאתו אז חייב על ההראה לחוד דאחשביה להך הראה כנגד ביאה אבל היכא דגמר ביאתו אז אינו חייב על הראה רק על הגמר דגלי דעתיה דכוונתו על הגמר ועיין שם. ובזה ניחא בפשיטות קושיא הנ"ל דאמאי בא על בתו פטור הא לא בא בבת אחת דחיוב מיתה משעת הראה וחיוב קנס הוא לבסוף דליתא דהיכא דגמר ליכא חיוב מיתה על הראה. ובזה ניחא דברי הראב"ד דכתב על מה דכתב הרמב"ם דחובל בבתו דחייב בושת ופגם דוקא בושת ופגם דחבלה אבל בושת ופגם אם בא עניה פטור דאי בעי מסר לה למנוול ומוכה שחין והקשו דתיפוק ליה דקלבד"מ אך לפי הנ"ל ניחא דכיון דהיכא דגמר ביאתו אז החיוב מיתה על הגמר וחיוב בושת ופגם הוא משעת הראה ולא בא בבת אחת ודוק:

ולפי מאי שכתבתי דאפילו היכא דפטר א"ע מכלום אכתי ליכא רק גורם לממון דיכול להודות דהמעשה היה בפני פלוני ופלוני דאז הוה עדות שאי אתה יכול להזימה ואע"ג דאי יוזמו נפסלין מ"מ כיון דהם באו להעיד על שני דברים לפוסלו ולחייבו קנס ע"כ הגם דאי יוזמו נפסלין מ"מ לא חשיב עדות שיכול להזימה. ובזה ניחא לתרץ דברי הרמב"ם מה שכתבתי באות ק' דלא הביא תירוץ הגמ' דמתניתין דבא על אחותו חייב הנס מיירי במפותה וע"כ נראה דהא הקשו מאי פריך הגמ' דניתן להצילה בנפשו הא י"ל דחיוב קנס על הגמר ממש ואין לומר דאז הוא ברצון ומחלה הא בקנס לא מועיל מחילה דחשיב דשלב"ל ואין לומר דפטר א"ע מכלום דכיון דפטור מבושת ופגם אך אכתי יכול להודות דהמעשה היה בפני פלוני ופלוני דאז ליכא עדות כיון שאי אפשר להזימן ואין לומר כיון דנפסלין ליתא דהא חשוד על העריות כשר לעדות אפילו בוודאי בא על הערוה משום דיצרו תוקפו ואין לומר דעכ"פ לעדות אשה פסול לעדות ועיין בסנהדרין פ' ג' זה ליתא לפי מאי דאיתא באה"ע סי' מ"ב בח"מ דהא דלעדות אשה פסול זה רק מדרבנן והכא קאי על הקרא דדריש חטא אלו חייבי כריתות וע"ז פריך הגמ' דניתן להצילה בנפשו והוצרך ר"פ לתרץ דמיירי במפותה משא"כ אליבא דאמת דרבנן פוסלין לעדות אשה וא"כ העידו על שני דברים וחשיב עדות שאי אתה יכול להזימה אי יודה דהמעשה היה בפני פלוני ופלוני וא"כ אכתי חשיב דשלב"ל ולא מועיל מחילה דלבסוף וי"ל דחיוב קנס על הגמר ולא קשה קושיית הגמ' וע"כ השמיט הרמב"ם תירוץ דמיירי במפותיי:

והנה בירושלמי איתא כתובות פ' ג' דמובא שם מחלוקת רנבה"ק עם ר"ש בן מנסיא דאמרינן שם דלרנב"ה היה עושה יוה"כ כשבת ור"ש ב"מ אומר דח"כ כחמב"ד ואמרינן עוד שם דנדה איכא בינייהו דארנב"ה נדה דיש היתר לאסורו חייב בתשלומין ולר"ש ב"מ כל המחויב כריתות פטורין מתשלומין:

ובזה ניחא קושית פ"י דאמאי מוקי הש"ס בפסחים דף ל"ב כריה"ג דחמץ מותר בהנאה ודלא כהלכה הא שפיר מצי לאוקמי כדקי"ל כר"ש דחמץ לאחר פסח שרי רק מטעם קנס וכאן איירי בתרומה שלא בא ליד כהן ולא עבר על ב"י וממילא מותר לאחר הפסח וממילא למ"ד בחמץ של הקדש במועד דדבר הגורם לממון כממון דמי שפיר חייב אם שוגג ומזיד פטור וע"ש:

אך לפי הנ"ל ניחא דאליבא דר"ש דיש היתר לאסורו תקשה אמאי במזיד פטור דהא רנחב"ה מודה דכרת לא פוטר מתשלומין וע"כ כריה"ג הגם לדי' אסור לאחר זמנו ועי' במהרש"א דף צ' ובא"ח. ובזה ניחא קושית תוס' כתובות דאמאי לא מקשה על מתניתין דפסחים דמשני דמש"ה במזיד פוטר משום דר"ח הא מדאגבי' קני' וע"כ נראה דהא

הקשו דמאי פריך שם ולאביי פוטר בזר שאכל תרומה הא מדאגבי' קני' דנ"מ בתרומה שלא בא ליד כהן דל"ש דקני משעת דאגבי'. אך לפי הירושלמי הנ"ל ניחא דכיון בתרומה שלא בא לכהן מהני שאלה חשוב יש היתר לאסורו כמו נזיר דחשוב יש היתר לאסורו משום דמועיל שאלה ועי' בפסחים פ' א"ע א"כ אפי' לאביי חייב דהא גם ר' נחב"ה מודה אלא ודאי דמיירי בבא ליד כהן ושפיר פריך מדאגבי' קני' משא"כ על מתני' דפסחים דכרת בחמץ פוטר ולא מיתה דתרומה יש לומר דמיירי בתרומה שלא בא ליד כהן דל"ש דקני משעת הגבהה ואיסור חמץ אין לו היתר באכילה אפי' לאחר זמנו דבזה סובר כר"י:

ובזה ניחא הרמב"ם הלכות תרומות פ' ו' זר שאכל תרומה בזדון אינו משלם דמי מה שאכל שאינו לוקה ומשלם. והקשו במל"מ הא מדאגבי' קני' והיה לו להביא דמיירי שתחב לו חבירו בבית הבליעה וע"ש. ולפי הנ"ל ניחא כיון דהרמב"ם מיירי שחיוב מלקות פוטר לשלם יש לומר דמיירי בתרומה שלא בא ליד כהן והגם דיש היתר לאסורו לענין מלקות אין חילוק לעולם מלקות פוטר:

גם נראה על קושי' תוס' הנ"ל דאמאי לא מקשה על מתני' דפסחים דהא הקשו על כל חמץ מדוע יעבור על ב"י לפמ"ש הפוסקים דאינו עובר על ב"י כי אם בשיעור כזית אבל בפחות א"ע וא"כ לדידן דקיי"ל דכל העומד לשרוף כשרוף דמי וא"כ כתותי מכתת שיעורו כיון דהחמץ עומד לשריפה וליכא שיעור כלל אך יש לומר דגזה"כ הוא לעבור על ב"י אך הקשו היכי דהיה תרומות חמץ של תרומה טמאה דעומד לשריפה מכח תרומה טמאה אמאי יעבור בב"י כיון דלשריפה עומד מכח תרומה טמאה והוי כדבר אחר וליכא שיעור דכתותי מ"ש אך זה ליתא דבתרומה טמאה אינו עומד לשריפה דיכול למתשל עלה ושפיר עובר על ב"י וע"ש בס' מהר"ם מינץ. והנה המפ' הקשו איך חל איסור חמץ על איסור תרומה אך הוי מוסיף דנאסר גם לכהנים אמנם בתרומה טמאה דאסור גם לכהנים ג"כ תקשה איך חייל וכתבו דחשוב איסור מוסיף דניתוסף לאו דב"י דליכא בתרומה:

ובזה ניחא קושית פ"י הנ"ל לפי מה דאיתא בצל"ח דמש"ה חשוב לאו דב"י איסור מוסיף משום דב"י אינו ענין לאכילה ודמי להקדש דחשוב מוסיף משום הנאה משום דהקדש אין איסור הנאה משום מג אכילה משא"כ בשר בחלב לא חשוב א"מ איסור הנאה ולפ"ז לר"ש דדריש טעמא דקרא וע"כ סוברים דאליבא דר"ש טעמא דלאו דב"י הוא משום אכילה ועי' בר"ן ריש פסחים ובא"ח א"כ לדידי' ב"י לא הוי א"מ וא"כ לא תקשה דאתא כר"ש ובתרומה שלא בא ביד כהן דאי כר"ש לא הוי א"מ ואיך חל איסור חמץ על תרומה. אך תקשה כיון דעומד לשריפה משום דבר אחר משום תרומה טמאה א"כ ליכא ב"י

משום כמ"ש וליכא א"מ לאו דב"י. והנה אי אמרינן דהא דכמ"ש היכא דעומד לשריפה זה רק אליבא דר"ש דסובר כשרוף דמי ועי' באה"ע ס' קכ"א ניחא בפשיטות קושית פ"י הנ"ל דאי אתי כר"ש תקשה דליכא כ"י וליכא א"מ אך יותר נראה דמיירי בלא ביד כהן דכיון דיכול ליתשל לא הוי כמ"ש. ובזה לא קשה קושית תוס' דהא קשה מה פריך הגמ' דילמא מיירי בלא בא לכהן ול"ש דקני משעת דאגבי' אך היה נראה לו לדוחק דכיון דמזיק מתנות כהונה פטור והחיוב רק לצי"ש ל"ש לומר לרבא חייב דמשמע מדינא נהי לאביי פטור יש לומר אפי' לצי"ש פטור הגם דקלבד"מ חייב לצי"ש מ"מ אליבא דר"נ אפי' לצי"ש פטור מ"מ היה לדוחק דאמר לרבא חייב משמע מדינא אך מתני' דפסחים דע"כ מיירי בלא בא לכהן דאל"כ כמ"ש וליכא ב"י וליכא א"מ וממילא לא קשה דקני משעת דאגבי'. ובזה ניחא הא דלא קאמר הגמ' משום דמלקות דחמץ פיטר ועי' במפרשים אך כיון דע"כ מיירי בלא בא לכהן א"כ חיוב דבשוגג רק לצי"ש וחיוב זה אין מלקות פוטר ואפי' מיתה וע"כ משני כר"נ לדי' אפי' לצי"ש פטור. וניחא בזה הרמב"ם בפי' המשנה וז"ל לפי שעיקר דאוכל חמץ לוקה ואינו לוקה ומשלם ומדמי עצים פטור לפי שאסור בהנאה ותמהו כיון דמלקות פוטר מאי צורך לטעם דאסור בהנאה וגם אמאי לא קאמר הסוגיא משום דאינו לוקה ומשלם:

אך יש לומר דכוונתו דכיון דאסור בהנאה א"כ חשוב א"מ דחמץ אסור בהנאה ומיירי שפיר בבא לכהן נהי דליכא ב"י מ"מ הוא א"מ משום הנאה וא"כ בשוגג חייב מדינא ואז במזיד פטור מדינא דאינו לוקה ומשלם משא"כ הסוגיא דמשני כריה"ג וליכא א"מ דהנאה רק ב"י א"כ מיירי בלא בא להכהן דחיוב לצי"ש אז אי אפשר משום מלקות:

ומה שהקשה על הירושלמי הנ"ל דבהדיא איתא פ' א"כ דר"ש בן מנסיא סובר דהבא על הנדה שחייב קנס משום דיש בה הוי' וראויה לקיימה וכרת לא פוטר ונראה לפי מה שאמרנו אות ק' דאמאי בא על בתו פטור והא לא בא בב"א דמשעת הראה חייב מיתה וקנס הוא בגמר ביאה אך אמרנו דחשוב עדות שאי אתה יכול להזימו דאי יוזמו לא ישלמו דאין אדם מת ומשלם דאצלם בא בב"א וזה ל"ש בחייבי כריתות דל"ש עדות שאי אתה יכול להזימו והירושלמי לשיטתו דסובר דחיוב קנס ג"כ משעת הראה וע"כ סובר רש"י הנ"ל דהבא על הנדה דפטור מקנס ודוק:

בו יבואר אי קונמות מפקיעין מידי שיעבוד

עיין בר"ן בנדרים דף מ"ז דהרבה פוסקים סוברים דאפילו קדושת דמים מפקיעין מידי שיעבוד גם שיטת ר"ת כן אך ר"ת מחלק דבמטלטלין דכיון דבשעת ההקדש היה ברשות המקדיש גם מחוסר גובייא ע"כ מפקיעין מידי שיעבוד משא"כ בקרקע קדושת דמים

אין מפקיע משום דכגבוי דמי ועיין ברשב"א בגיטין פ' השולח ועיין בתוס' ב"ק דף ל"ג ושיטת הרמב"ם דאפילו קדושת דמים בקרקע מפקיע מידי שיעבוד ועיין בב"ק דף ל"ג דקאמר הגמ' מאי בינייהו הקדישו ניזק איכא בינייהו דאליבא דר"י דסבר ב"ח הוא אינו קדיש והקשו בתוס' שם ואמאי אינו קדוש לאביי דסובר דלמפרע הוא גובה איתא בהדיא בפסחים דקדוש ולכאורה נראה דאי אמרינן דקדושת דמים אין מפקיע מידי שיעבוד א"כ י"ל דדוקא התם דמיירי ע"כ בקרקעות ובקרקע לא שייך קדושת הגוף רק קדושת דמים ולא יכול הלוה להפקיע הנכסים מהמלוה ע"י הקדש כיון דהקדש דמים אין מפקיע מידי שיעבוד ע"כ סובר אביי דלמפרע הוא גובה משא"כ הכא דמיירי בשור דראוי לקדושת הגוף וא"כ לא שייך לומר דלמפרע הוא גובה כיון דיכול הלוה להפקיע מהמלוה ע"י הקדש למזבח א"כ לא שייך לומר דלמפרע ברשות המלוה הוה קאי כיון דיכול להפקיע ע"מ הקדש גם לפי שיטת רה"ג דכתב וזה לשונו שאין חילוק בין קדושת הגוף לקדושת דמים אלא אם שייר לעצמו כדי חובו של זה והקדיש השאר בכה"ג מפקיע מידי שיעבוד וגובה מבני חורין ששייר ונפקא מינה דאפילו היה בהקדש אפותיקי מפורש אפילו הכי הקדש מפקיע וע"כ כתבו דאי אמרינן דהמזיק שיעבודו של חבירו חייב א"כ ליכא פסידא לניזק או לב"ח אי אית ליה נכסי ולא אלמוה רבנן לשיעבודא והקדש מפקיע אפילו קדושת דמים וע"כ אפילו אפותיקי מפורש ניהו דלא מצי לגבות חובו מנכסים אחרים בתורת חוב דהא אתני בפירוש דאין לו פירעון אלא מזה מ"מ כיון דקי"ל כרשב"ג דהמזיק שיעבודו של חבירו חייב הרי זה המקדיש חייב לשלם למלוה מה שמגיע לו מכח מזיק שיעבודו של חבירו ונמצא שאין המלוה מפסיד כלום ע"י ההקדש הלכך חייל הקדש אפילו אקדושת דמים ולא אלמוה לשיעבודא דב"ח ולפ"ז י"ל דסוגיא מיירי דאית ליה נכסים אחרים לשלם לניזק ואז אפילו קדושת דמים מפקיעין ע"כ לא שייך לומר למפרע הוא גובה כיון דבידו להפקיע ע"י הקדש:

ובזה ניחא דברי רש"י שם דפי' דסוגיא מיירי בשור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים ותמה עליו אמאי נקט דוקא בכה"ג ולא בשור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים אך לפי מה דאיתא בגיטין פ' השולח דנחלקו בו ת"ק ורשב"ג דרשב"ג מחייב במזיק שיעבודו של חבירו ופסק הרמב"ם כרשב"ג דמחייב ותמהו עליו הא הכא בסוגיא איתא דאם שחט המזיק שור תם למ"ד מזיק שיעבודו של חבירו חייב וחייב לשלם פחת שחיטה לניזק והרמב"ם פסק דפטור ועיין בתומים דכתב וז"ל דרמב"ם סבירא ליה קנסא הוא דהא הוא רק גרמא ובתוס' ב"ב איתא דהיכא שמפסיד ג"כ לעצמו לא שייך קנסא שלא יגרום להזיק דהא לא יפסיד לעצמו וא"כ בשור תם דחצי שלו וכמו דמפסיד בשל חבירו כן

מפסיד בחצי שלו א"כ לא שכיח שיעשה כן וע"כ לא קנסוה ולכך פסק דפטור ועיין שם וכבר אמרנו דמש"ה לא שייך למיפרע הוא גובה דכיון דיכול המזיק להפקיע ע"י הקדש דכיון דיש לו נכסים אחרים ויהי' חייב משום מזיק שיעבודו וזה תינח בשוה מנה שנגח שוה מאתים דאז כל ההיזק רק בשל חבירו דהוא לא הפסיד כלום דכיון דנוטל הניזק כל השור וע"כ שפיר חייב משום מזיק שיעבודו וע"כ לא אלמוה ממילא לא שייך למיפרע גובה משא"כ בשוה מאתים שנגח שוה מאתים דהמזיק יש לו הפסד ג"כ בחצי ופטור מטעם מזיק שיעבוד ולא יכול המזיק להפקיע מהניזק השור ע"י הקדש וא"כ אמרינן למיפרע גובה וא"כ אפילו לר"י קדיש:

ובאמת נראה לתרץ דברי הרמב"ם הנ"ל הא דפסק בעבד שעשאו רבו אפותיקי ושיחררו דחייב משום מזיק שיעבוד והכא פסק דפטור משום דהא דעת רש"י שם בגיטין דמיירי באפותיקי סתם והקשו בתוס' שם דא"כ מאי הזיק לו תיפוק ליה דצריך לפרוע החוב ותירץ בפ"י דמיירי שעברה שמיטה על החוב ואי לא שיחררו לא היה משמט דהמלוה על המשכון אינו משמט ועיין בספר ברית אברהם דהקשה הא התם במתניתין מבואר ברמב"ם בפי' המשנה דאינו כותב שטר אלא על דמיו וקשה אמאי והא לחד אוקימתא במס' שבועות מבואר לרשב"ג דאינו משמט כלל במלוה על המשכון וא"כ קשה דליתחייב המשחרר על הכל דע"י השיחרור הפסיד כל חובו ולולי השיחרור גם המותר לא היה משמט ועיין שם אך נראה דכיון דאין זה דבר ברור דדעתו היה שקיבל המשכון אף על היתרים מדמי המשכון וע"כ דעת הג' אשרי דאליבא דשמואל דסבירא ליה אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי זה דוקא במשכנו בשעת הלוואה דחשיב איני יודע אם נתחייבתי דשמא קיבל המשכון אף היתרים מדמי המשכון וזה תינח לענין שיפסיד כל החוב באם אבד המשכון משום דאוקי ממונא בחזקת מריה משא"כ לענין שמיטה איך אמרינן דגם המותר אינו משמט אליבא דשמואל הא שמא לא קיבלו על כל החוב וא"כ משמט המותר דאמרינן לאיפו' אוקי ממונא בחזקת מריה אך נראה דחשוב מתוך שאינו יכול לישבע משלם דכיון דמה שכנגד המשכון אינו משמט בודאי וא"כ כיון דספק אם קיבל על כל החוב אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם משא"כ הסוגיא דגיטין הנ"ל דקאי לרב ורב לא סובר מתוך שאינו יכול לישבע משלם וא"כ משמט המותר וע"כ אינו כותב רק על דמיו וא"כ לדידן דאינו משמט אפילו ביותר מדמיו ובש"ך איתא סימן ק"ז דהיכא דמישתרשי ליה גם בלא מזיק שיעבודו חייב וע"כ פסיק הכא הרמב"ם דחייב הגם דפסק דפטור מלשלם פחת שחיטה מ"מ הכא חייב משום דמישתרשי ליה ע"י השיחרור שישמט יתרון החוב ע"כ פסק דחייב:

גם נראה לפי מאי דהקשו ניהו דמזיק שיעבודו פטור מ"מ עכ"פ איכא גרמי א"כ ודאי חייב לצאת ידי שמים וא"כ אמאי תקנו שיכתוב העבד שטר שהרי אין העבד חייב כלום טפי הוה להו לתקן שהמשחרר יכתוב השטר שעשה שלא כדין אך נראה דע"כ לא היה השיחרור ע"י כסף כיון דהמשחרר עבדו עובר בעשה ואמאי לא אמרינן דאי עביד לא מהני ואין לומר דאין מתכוין לטובת העבד רק לטובת עצמו ועיין בר"ן על הא דמשני הגמ' מצוה שאני דפי' כן אך לרב דאוסר דבר שאינו מתכוין א"כ אפילו בכסף דאין מתכוין לטובת העבד עשה איסור וע"כ דהשיחרור היה ע"י שטר ע"י עצמו דבזה אמרינן אי עביד מהני כמו שכתבו האחרונים (משום דגמר לה לה מאשה וע"כ ע"י עצמו דאל"כ הא הוה תופס לב"ח במקום שחב לאחרים דגרמו חוב לב"ח שעבד משועבד לו וע"כ דקיבל הוא בעצמו וע"כ סוברים רבנן דעבד כותב שטר על דמיו משא"כ לדידן י"ל דמיירי בכסף ע"י עצמו דהא דבר שאין מתכוין מותר וא"כ לא עביד העבד מידי וע"כ פוסק הרמב"ם דהמשחרר כותב שטר על דמיו הגם דפוטר מזיק שיעבודו של חבירו:

ונחזור לענין ראשון גם נראה לתרץ דברי רש"י הנ"ל דהא קשה לפי מאי שפי' רש"י בפסחים דמש"ה בהקדיש לוה וזבין לוה אתי מלוה וטריף ניהו דמכאן ולהבא גובה מ"מ לא היה יכול הלוה להקדיש ולמכור דכיון דהיה משועבד למלוה חשיב אינו ברשותו וא"כ תקשי אמאי לא קאמר הגמ' הקדישו מזיק איכא בינייהו ואין לומר דאינו ברשותו להנך דסוברים דהיכא דמקני דבר שלב"ל עם דבר שב"ל מיגו דמועיל הקנין לדבר שב"ל מועיל נמי לדבר שלב"ל וכן הדין לענין דבר שאינו ברשותו וא"כ ה"ה הכא ניהו דאינו ברשותו להקדיש מ"מ מיגו דחל על פלגא שלו חל נמי על אידך פלגא דמשועבד לניזק וע"כ פירש"י דמיירי בשור שוה מנה שנגח שוה מאתים ואז לא שייך לומר מיגו דהא המזיק אין לו בשור כלום:

ומה שהקשה בספ' קצ"ה סי' קי"ז על שיטת רש"י בפסחים א"כ כי אתי אח"כ לוה מסלק לב"ח בזוזי נמי תתבטל המכירה כיון דבשעת המכירה הוה דבר שאינו ברשותו אך זה אינו דאיתא בשטה מקובצת דהיכא דאינו מחוסר רק משום שאינו ברשותו ע"כ אח"כ שנעשה ברשותו למפרע חל עליו הקדש וע"כ ה"ה הכא כשפרע הלוה ובאו הנכסים לרשותו חל ההקדש למיפרע:

גם יש ליישב דברי רש"י הנ"ל דלפי מאי דאיתא בתוס' גיטין דאינו יכול לסלקו בזוזי אפילו לר"י ועיין בש"מ דכתב דזה דוקא בשור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים דאז אינו יכול לסלקו בזוזי אפילו לר"י עיין שם א"כ י"ל דהיה קשה לרש"י דאמאי לא קאמר הקדישו מזיק א"ב והקדיש קדושת הגוף דמפקיע מידי שיעבוד אך אינו יכול לסלקו

בזוזי ולמיפרע גובה והקדש אינו מפקיע מידי שיעבוד וזה שוה מנה שנגח שוה מאתים דאז אינו יכול לסלק בזוזי אפילו לר"י משא"כ בשוה מאתים שנגח שוה מאתים דאין כל השור שלו ויכול לסלקו בזוזי וניחא דברי רש"י הנ"ל:

גם לפי מה שאמרנו דמש"ה לא אמרינן הכא למיפרע גובה משום דיכול להפקיע ע"י הקדש משום דמיירי דיש לו נכסים ויהיה חייב לשלם משום מזיק שיעבודו וע"כ לא אלמוה אך זה אי אמרינן דמזיק שיעבודו של חבירו חייב משא"כ אי פטור לא שייך זה דאז אלמוה לשיעבוד וע"כ פירש"י דמיירי בשוה מנה שנגח שוה מאתים דאז כיון דאינו יכול לסלקו בזוזי לא חשיב מזיק שיעבודו של חבירו לחוד כיון דגוף השור הוא שלו ולכולי עלמא הוא חייב וע"כ פירש"י בשוה מנה שנגח שוה מאתים:

גם נראה לפי מאי שכתבו התוס' דמש"ה קאמר הגמ' איקדושי מיקדיש משום דר' אבוה הגם דהקדש דמים נמי מפקיע מידי שיעבוד אך משום דאלמוה רבנן לשיעבודא וזה שייך בשוה מנה שנגח שוה מאתים דאז המזיק לא הפסיד כלום וע"כ אלמוה לשיעבודא משא"כ בשוה מאתים שנגח שוה מאתים דהמזיק יש לו ג"כ הפסד במה שהקדיש א"כ לא שכיח שיעשה כן ולא שייך לומר אלמוה ע"כ י"ל דהיה קשה לרש"י אמאי לא קאמר הקדישו מזיק איכא בינייהו דכיון דגם קדושת דמים מפקיע וע"כ משום דאלמוה וזה שייך בשוה מנה שנגח שוה מאתים דאז שייך לומר אלמוה וד"ל:

ובאמת היה נראה לתרץ דברי הרמב"ם הנ"ל לפי מאי שהקשה בספר קצה"ח לפי מאי שמחלקין התוס' דהא דר' מאיר מחייב בדיני דגרמי זה דוקא בשורף שטר דראוי לכל העולם למכור וא"כ קשיא הא דאיתא בסוגיא הנ"ל גבי שחטו תם מה שעשה עשוי וקאמר ש"מ המזיק שיעבודו של חבירו פטור ופריך הא נמי רבה אמרו דאמר השורף שטרותיו של חבירו פטור והיכא מוכח דהמזיק שיעבודו פטור כיון דאפילו למאן דדאין דינא דגרמי אינו אלא בדבר שראוי לכל העולם וכיון דקי"ל המוכר קנסיו לא עשה ולא כלום אם כן שחטו תם דאינו ראוי אלא לו לניזק א"כ היכא מוכח מהך דשחטו תם מזיק שיעבוד פטור הא שיעבוד ראוי לכל העולם למכור ולגבות בו דבמלוה בשטר ע"י כתיבה ומסירה ובמלוה ע"פ ע"י מעמד שלשתן אבל תם ליתא במכירה וכדאיתא שם בהקדישו ניזק איכא בינייהו והך ברייתא דשחטו אתיא כר"י. וביותר קשה למאי שאיתא בתוס' בהא דאמרינן מאן תנא דדאין דינא דגרמי ר"מ ולא אשכחן בהדיא תנא דפליג על ר"מ וכתבו בתוס' דהאי תנא דשחטו תם דמה שעשה עשוי הוא דפליג על ר"מ וקשה ואיך מוכח מהך דשחטו תם דהתם שאני דליתא במכירה וע"כ פטור דאינו ראוי לכל העולם. ובאמת היה נראה אי אמרינן כשיטת הירושלמי דקנס חשיב דבר שלב"ל וע"כ סובר דלא

מהני מחילה בקנס ועיין בתוס' כתובות פ' אלו נערות א"כ מהראוי לומר דאליבא דכ"ע לא יכול לימכר משום דחשיב דבר שלב"ל וע"כ קשה מאוד הא דאיתא בסוגיא מכרו אינו מכור הקדישו מוקדש אלא ניזק מכרו אינו מכור מני ר"מ הקדישו מוקדש אתאן לר"ע וקשה הא י"ל דאתאן אפילו לר"ע ומ"מ מכרו אינו מכור משום דחשיב דבר שלב"ל כנ"ל משא"כ הקדישו מוקדש הא שיטת הרמב"ם דכיון דהקדש מפקיע מידי שיעבוד חל נמי על דבר שלב"ל ובפרט לפי מאי דהקשה בספר ש"מ על הא דקאמר הקדישו ניזק איכא בינייהו דאפילו לר"ע לא קדיש משום דאינו ברשותו אך אמרנו משום דקדושת הגוף כיון דחל על דבר שלב"ל חל נמי על דבר שאינו ברשותו וא"כ י"ל משום הכי הקדישו מוקדש לר"ע הגם דאינו ברשותו משום דהקדש חל נמי על דבר שאינו ברשותו משא"כ מכרו אינו מכור דמכירה לא מהני על דבר שאינו ברשותו ולמאי שהקשה בס' קצה"ח על שיטה זו מאי פריך הגמ' בב"ק דף ס"ח ע"ב על הא דמשני הגמ' שם כגון שהקדישו בעלים ביד גנב ופריך הגמרא הא אינו ברשותו וקשה הא קדושת הגוף חל אפילו על דבר שאינו ברשותו ועיין סי' קי"ז נראה דל"ק כיון דעיקר הטעם דהקדש חל על דבר שלב"ל כיון דהקדש מפקיע מידי שיעבוד והא דהקדש מפקיע מידי שיעבוד הוא משום דמכאן ולהבא הוא גובה והא דמכאן ולהבא הוא גובה הוא משום דאין ברירה ובתוס' י"ט בפסחים איתא דמדאורייתא יש ברירה וא"כ מדאורייתא לכ"ע למפרע הוא גובה וא"כ מדאורייתא אין קונם מפקיע מידי שיעבוד וממילא מדאורייתא לא חל על דבר שלב"ל ולענין ד' וה' הא אזלינן בתר דאורייתא ועיין ברשב"א ב"ק ושפיר פריך מי קדיש הא אינו ברשותו א"כ מדאורייתא לא קטבח דהקדש ואמאי פטור מד' וה' הא בד' וה' אזלינן בתר דאורייתא עכ"פ אמרינן דמכרו אינו מכור אליבא דכולי עלמא משום דאינו ברשותו או משום דבר שלב"ל וא"כ תקשי קושיית קצה"ח הנ"ל דהיכא מוכח מהך ברייתא דמה שעשה עשוי דלא סובר כר"מ דינא דגרמי הא אינו ראוי לכל העולם ואליבא דכ"ע פטור אך נראה דאליבא דר"מ לשיטתו דסובר אדם מקנה דבר שלב"ל א"כ ראוי לכל העולם למכור ושפיר מוכח מדפטור בשחטו ע"כ דלא סובר כר"מ משא"כ לדידן דקי"ל דאין אדם מקנה דבר שלב"ל וא"כ אינו ראוי לכל העולם ע"כ פסק הרמב"ם דפטור בשחטו תם:

גם רב הונא בריה דרב יהושע לשיטתו דמשני בכתובות דאמרה יקדשו ידי וע"כ דסובר דגם קדושת הגוף לא חל על דבר שלא בא לעולם וא"כ אמאי בהקדישו ניזק איתא בסוגיא דאליבא דר"ע קדיש וע"כ דסובר דלא חשיב דבר שלב"ל או אינו ברשותו ע"כ שפיר קאמר רב הונא בריה דרב יהושע זאת אומרת המזיק שיעבודו של חבירו פטור דלדיד'

ראוי לכל העולם משא"כ לדידן י"ל דחשיב דבר שלב"ל ואעפ"כ ההקדש חל משא"כ למכור לא יחול משום דבר שלב"ל וע"כ פסק הרמב"ם דפטור בשחטו משום דאינו ראוי לכל העולם:

גם נראה דרב הונא בריה דרב יהושע דהוכיח דהמזיק שיעבודו של חבירו פטור קאי על הך ברייתא דקתני הקדישו מוקדש משום דר' אבוה משמע דהקדש גמור לא הוי וע"כ משום דהך ברייתא סובר דהקדש אין מפקיע מידי שיעבוד ועיין בתוס' שם ואפ"ה חזינן דחל ההקדש שהקדישו ניזק וע"כ משום דלא חשיב דבר שלב"ל וא"כ ראוי לכל העולם ושפיר הוכיח דהמזיק שיעבודו של חבירו פטור משא"כ לדידן י"ל דחשיב דבר שלב"ל מ"מ הקדש חל משום דהקדש מפקיע מידי שיעבוד וחל גם על דבר שלב"ל וא"כ אינו ראוי לכל העולם וע"כ פסק הרמב"ם דפטור:

וגם נראה כיון דהאי תנא סובר דמוקדש משום דר' אבוה הגם דהקדש מפקיע מידי שיעבוד וע"כ כמו שכתבו בתוס' משום דאלמוה לשיעבודא ואי סובר דפלגא ניזקא קנסא משום דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי א"כ לא שכיח ולא שייך לומר אלמוה לשיעבודא וע"כ דסובר פלגא ניזקא ממונא וא"כ ראוי למכור לכל העולם ושפיר דייק רב הונא בריה דרב יהושע דהמזיק שיעבודו של חבירו דפטור משא"כ לדידן דפלגא ניזקא קנסא ואינו ראוי למכור ע"כ פסק הרמב"ם דפטור בשחטו תם:

אך אכתי קשה מאי פריך הגמ' דילמא משום הכי הקדישו מוקדש משום דמיירי בשור שוה מאתים שנגח שוה מאתים וי"ל מיגו דחל ההקדש על חלקו חל נמי על חלקו של ניזק משא"כ מכרו אינו מכור דלא שייך לומר מיגו דאדרבה דחשיב קני את וחמור משא"כ בהקדש לא שייך קני את וחמור דזה דוקא בקנין משא"כ בהקדש דסגי באמירה ועיין בנו"ב דכתב ג"כ דבדברים הנקנים באמירה לא שייך קני את וחמור:

והנה בחידושי הרשב"א והר"ן בחולין דף קל"ט בהא דאמרו גבי קדשי בדק הבית מכיון דמרדו פקעו להו קדושתייהו והקשו קדושה שבהן להיכן הלכה י"ל דקדושת דמים אינו כקנין הגוף אלא כשיעבוד ממון וכיון שנתיאש הגיזבר מחמת שמרדו הוה ליה כהפקר ופקעה ליה שיעבוד שיש לגבוה עליו ועיין שם לפי זה כתבו האחרונים דמשום הכי קדושת דמים אינו מפקיע מידי שיעבוד משום דבשלמא קדושת הגוף דהוא קנין הגוף אלים משיעבוד ויכול להפקיע השיעבוד משא"כ קדושת דמים דהוא רק שיעבוד ממון לא אלים להפקיע שיעבוד שקדמו:

ובזה ניחא דברי הרמב"ם דכתב סתם דגנב והקדיש פטור מד' וה' ולא חילק בין קדשי בדק הבית בין קדשי מזבח ותמהו עליו דבשלמא בקדשי מזבח שהקרבן קרב לכפר על

הבעלים ונשחט לשמו של בעלים עליו וע"כ לא חשוב מכירה ומעיקרא תורא דראובן והשתא נמי תורא דראובן כמו דמשני הגמ' בב"ק ד' ע"ו משא"כ קדשי ב"ה לא שייך לומר כן וא"כ תקשי מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים הא איתא בהדיא בברייתא גנב והקדיש משלם ד' וה' וע"כ משום דאירי בקדשי ב"ה וע"כ נראה דהנה זה פשיטא דאם גנב ושיעבד אותו לב"ח דבוודאי פטור מד' וה' דלא חשיב מכירה רק שיעבוד לחוד וא"כ בקדשי ב"ה דאמרנו דאינו קנין הגוף רק שיעבוד לחוד וא"כ פשיטא דפטור מד' וה' וקושיית הגמ' שיהא חייב בהקדיש ד' וה' לא אזלה רק מקדשי מזבח דהוה קדושת הגוף וע"ז קשה שפיר מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים וע"ז משני הגמ' דכיון שקרבן קרב לכפר על הבעלים א"כ מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן משא"כ קדשי ב"ה לא חשוב מכירה כלל שיהא חייב בד' וה' כיון דאינו רק שיעבוד לחוד ובברייתא דקתני גנב והקדיש דחייב בד' וה' אתי כשמואל דלא סובר כיון דמרדו פקעה קדושה וע"כ משום דסובר דגם קדושת דמים חשוב קנין הגוף משא"כ לדידן דקי"ל כרב:

ובאמת קשה לי הא דמקשה הגמ' בב"ק על מ"ד דיאוש קונה וטבח ומכר לאחר יאוש פטור מד' וה' מהא דגנב והקדיש ואח"כ טבח דפטור מד' וה' אימת אילימא לפני יאוש מי קדיש אלא פשיטא לאחר יאוש וטעמא דהקדיש מש"ה פטור דהקדש קטבח אבל אי לא הקדיש וטבח משלם ואי יאוש קונה אמאי משלם שלו הוא טובח אלא וודאי דיאוש לא קנה ומ"מ חל ההקדש משום דאיכא יאוש ושינוי השם וקשה הא בתוס' הקשו דחשיב שינוי החוזר לברייתו ע"י שאלה וע"כ דהקדש היה עדע"ר ואין לומר דמיירי בבא ליד הגזבר דהא אי אמרינן כר"ל דבישראל משיכה קונה מדאוריתא א"כ בהקדש ובנכרי משיכה לא קנה ואפילו בבא ליד הגזבר מועיל שאלה כמו דאיתא באחרונים וע"כ עדע"ר וכיון דהא דעדע"ר אין לו שאלה הוא רק מדרבנן ולענין ד' וה' אזלינן בתר מדאורייתא ומדאוריתא חשוב חוזר לברייתו וא"כ אמאי פטור מד' וה'. אך יש לומר הא קושיית הגמ' אזלה ר"ו על ר"ל דר"י לשיטתו דסובר דבישראל מעות קונות ובהקדש משיכה קונה וע"כ אי יאוש לא קנה ניחא דמיירי בבא ליד הגזבר דאז מדאורייתא ליתא בשאלה:

ובזה ניחא קושיית תוס' הא דמקשי אביי על רבה קרבנו ולא הגזול אימת אי לימא לפני יאוש פשיטא אלא לאחר יאוש ש"מ יאוש לא קני והקשו בתוס' דאפילו יאוש לא קני מ"מ הא איכא גם שינוי השם דמעיקרא חולין והשתא הקדש. אך אביי לשיטתו דסובר דבנכרי משיכה לא קני וה"ה בהקדש דסובר כר"ל ועיין במס' בכורות א"כ ליכא כלל שינוי השם דחוזר לברייתו ע"י שאלה ואפילו היה עדע"ר הא זה לא הוי רק מדרבנן והכא קאי על הקרא ומדאוריתא לעולם יש לו שאלה. והנה לכאורה היה נראה דבר חדש הגם

דהקדש מפקיע מידי שיעבוד או קונמות מ"מ היכא דהוא שלא בא לעולם אפילו לר"מ דסובר אדם מקנה דבר שלב"ל מ"מ אין לו כח להפקיע השיעבוד דהא חזינן דאפילו לר"מ עד שלב"ל יכול לחזור וע"כ אין לו כח להפקיע משיעבוד. ובזה ניחא אליבא דר"ל דמוקי מתניתין דעושה ואוכלת דאינו מעלה לה מעה כסף וסבר כר"א דמ"כ תחת מ"י וא"כ תיקשי מאי למימרא וע"כ נראה לפי מה שהקשו מאי פריך הגמ' מאי למימרא הא שיטת ר"ת הקדש דמים ג"כ מפקיע מידי שיעבוד ואפילו במשכון כשהקדישו מדינא מפקיע רק מטעם אלמוה א"כ ה"א דכיון דגוף המ"י שלו רק שיש לה חוב עליו א"כ הקדש מפקיע רק דאלמוה ושפיר איצטריך לאשמעינן דאלמוה. ולפי הנ"ל ניחא דכיון דהוא דבר שלב"ל פשיטא דאליבא דכ"ע אין הקדש מפקיע ושפיר פריך פשיטא משא"כ לר"ל דמיירי באמרה יקדשו ידי ואז לא הוה דבר שלב"ל והוה אמינא דהקדש מפקיע מידי שיעבוד ואיצטריך לאשמעינן דאמרינן אלמוה. וניחא בזה דברי הרמב"ם דלא הביא תירוץ הגמ' דאמר לה צאי מעשה ידיך דהא קשה דבשלמא בקונם שאני עושה לפיך אינו צריך להפר דהתם אין הקונם מפקיע משום דהוא דבר שלב"ל וזה אינו בהמדיר את אשתו מלהנות. אך הגמ' קאי למאי דמוקי באומרת יקדשו ידי וע"כ שפיר פריך הגמ' משא"כ לדידן דלא מיירי באמרה יקדשו ידי בלא"ה לא קשה דהתם שאני דמש"ה אין מפקיע נהי דקונם חל על דשלב"ל מ"מ אין יכול להפקיע משיעבוד:

גם היה נראה דבר חדש דהא בס' בעל התרומות הקשה דאם נאמר דמילתא דרבא דהקדש מפקיע הוא רק בקדושת הגוף כגון שור מאי רבותא אתא לאשמעינן הא אמר חדא זימנא עשה שורו אפותיקי ומכרו אין ב"ח גובה הימנו ומה לי מכרו מה לי הקדישו וכי יעלה על הדעת שלא יהיה כח הקדש חמור ככח הדיוט ועיין שם ובאמת אין זה ראיה דנפקא מינה בשור ניזק דהתם במכרו ניזק גובה הימנו דכיון דנגח קלא אית ליה כמו דאיתא בהדיא בב"ק דף ל"ג אך יותר נראה דה"א כיון דמועיל שאלה בהקדש ואפילו בבא ליד הגזבר אי אמרינן משיכה אינו קונה בהקדש א"כ אכתי לא יצא מרשות הבעלים כיון דיכול לישאל על הקדישו ולא חשוב מכירה כלל כמו שכתבו האחרונים מש"ה פטור מד' וה' על ההקדש משום דלא חשוב מכירה וע"כ ה"א דב"ח גובה הימנו הגם במכרו אין ב"ח גובה מ"מ הכא לא חשיב מכירה וע"כ איצטריך רבא לאשמעינן דהקדש מפקיע מידי שיעבוד:

ובזה ניחא הסוברים דגם קדושת דמים מפקיע מידי שיעבוד א"כ אמאי קאמר רב אשי דקונמות קדושת הגוף נינהו ותיפוק ליה דאפילו קדושת דמים מפקיע. אך ר"א לשיטתו דסובר דמשיכה אינו קונה בנכרי ובהקדש ועיין בע"ז פ' בתרא ושפיר י"ל לדיד' דרק

קדושת הגוף מפקיע דה"א כיון דיש שאלה לא חשיב מכירה כלל ויכול הב"ח לטרוף וכן אליבא דרבא דסובר ג"כ כר"ל בישראל משיכה קונה ובהקדש לא קני משיכה וע"כ י"ל דאליבא דרבא דרק קדושת הגוף מפקיע משא"כ לדידן דקי"ל כר"י דבהקדש משיכה קונה אמרינן שפיר דע"כ דגם קדושת דמים מפקיע. ובזה ניחא מה שהקשו מירושלמי דמוכח שם דדריש מיטב כרמו פרט להקדש דמוכח דסובר דקדושת דמים אינו מפקיע. אך הירושלמי לשיטתו דאיתא בירושלמי הגירסא דר"י סובר דבישראל משיכה קונה וא"כ בהקדש משיכה לא קני וע"כ סובר שפיר רק קדושת הגוף מפקיע משא"כ לגירסא דידן דר"י סובר דבישראל מעות קונות א"כ בהקדש משיכה קונה ע"כ מוכח דאפילו קדושת דמים מפקיע. ובזה ניחא מה שהקשו דאליבא דר"ל דסובר דלא אמרינן איסור כולל באיסור הבא ע"י עצמו א"כ תקשי במתניתין דסוף נדרים בנטולה אני מן היהודים איך הנדר חל על כל העולם הא אין איסור חל על איסור דאין לומר מטעם כולל כיון דחל על הבעל חל נמי על כל העולם הא הוי איסור הבא ע"י עצמו. אך י"ל דמיירי שאסרוה עליהם דחשיב מוסיף ואין לומר דאלמוה לשיעבודא דקונם כללא לא אלמוה ואין לומר דקונם כללא כיון דיש לו פדיון לא הוי קדושת הגוף אלא קדושת דמים דהא אליבא דר"ל לשיטתו דסובר לגירסת הירושלמי דבישראל כסף קונה א"כ בהקדש משיכה קונה א"כ ע"כ דאפילו קדושת דמים מפקיע.

ובזה ניחא דברי הרמב"ם הנ"ל דלא הביא תירוץ הגמרא דאמר צאי מ"י דהא קשה כיון דאין אדם מוציא דבריו לבטלה אמאי לא אמרינן נעשה כאומר צאי מ"י. אך אמרנו דכיון דיהיה חל הנדר לאחר גירושין לא הוו דבריו לבטלה. אך כיון דנדר שבטל מקצתו בטל כולו גם על אחר גירושין לא יהא חל. אך י"ל לפי דברי הקול יעקב שנסתפק באם הקדיש בטל מום ובהמה תמימה כאחת אי שייך לומר נדר שבטל מקצתו כיון דעל בעל מום לא התחיל הנדר כלל וא"כ לפ"ז גם הכא לא שייך נדר שבטל מקצתו כיון דעל קודם גירושין לא התחיל הנדר כלל וא"כ שפיר י"ל דלא שייך אין אדם מוציא דבריו לבטלה כיון דעכ"פ חל על אחר גירושין ולפ"ז לפי מאי דאיתא בתשו' ע"פ מה שכתבו התוס' לחלק בין קדושת הגוף דלא נפקע בכדי אבל קדושת דמים דנפקע בכדי לכך יכול ההקדש לחול ומ"מ הב"ח מצי לגבות מכאן ולהבא:

ולפ"ז יש לתרץ דהסוגיא קאי דקדושת דמים אינו מפקיע מידי שיעבוד וע"כ דקונמות קדושת הגוף וא"כ לא התחיל לחול הנדר ולא שייך לומר נדר שבטל מקצתו והנדר יהיה חל עכ"פ לאחר גירושין וא"כ לא שייך לומר אין אדם מוציא דבריו לבטלה וע"כ צריך הגמרא לתרץ דאמר בפירוש צאי מ"י והרמב"ם לשיטתו דסובר דגם קדושת דמים מפקיע

וא"כ י"ל דקונמות רק קדושת דמים ובקדושת דמים דנפקע בכדי יכול לחול הקדושה ומ"מ יכול להפקיע אח"כ וא"כ שייך נדר שבטל מקצתו וממילא גם על אחר גירושין לא חל הנדר ושייך לומר אין אדם מוציא דבריו לבטלה וע"כ לא צריכינן לומר דאמר לה צאי מ"י רק אפילו לא אמר לה כן אמרינן משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה נעשה כאומר:

והנה שיטת הירושלמי דמש"ה בהמדיר את אשתו הנדר חל ולא אמרינן דאלמוה לשיעבודא משום דמזונות אשה מדרבנן ובזה ניחא קושיית תוס' ב"ב דף קע"ה ד"ה הא דלא מקוים דהקשו כי היכי דאי לא מקוים אמרינן שהוא מזויף והאב אמר שלא להשביע את בניו בהא נמי לימא שלא להשביע את בניו ופרוע הוא וע"כ נראה דהנה בתומים הקשה מאי פריך הש"ס וניחוש שלא להשביע אמר כן הא בלא"ה הקשו הראשונים שם דלמה לי טעמא דחזקה דאין אדם עושה קנוניא ותיפוק ליה דנאמן במיגו דאי בעי מיתשיל ותירץ דמיירי שמסרם ליד הגזבר וא"כ בכה"ג לא שייך נמי שלא להשביע דירא להודות שלא ימסרנו הגזבר ליד פלוני ולכאורה נראה דלס"ד דמיירי במלוה ע"פ בע"כ דמיירי דהודה במנה פקדון ועיין בש"ך סי' רנ"ה דאל"כ אין מע"פ יכול לטרוף מהקדש וא"כ כיון דמיירי במנה פקדון וע"כ דנאמן מצד מיגו דאי בעי מתשיל דאל"כ איך מועיל חזקה דאין אדם חוטא ולא לו לנגד חזקה דכל מה שיש תחת יד האדם הרי הוא שלו וע"כ דאיכא חזקה נגד חזקה ונשאר המיגו א"כ ע"כ לא מיירי בבא ליד הגזבר ושפיר פריך דנימא שלא להשביע משא"כ למסקנא דמיירי במלוה בשטר דאז י"ל דמיירי במנה מלוה וליכא חזקה דכל מה שתחת יד האדם וכו' וא"כ סגי בחזקה דאין אדם חוטא ולא לו וא"כ קשה דלא שייך קנוניא וע"כ דמיירי בבא ליד הגזבר ועכ"פ למסקנא ע"כ מיירי במסר ליד הגזבר א"כ לא קשה קושיית תוס' דאכתי נימא שלא להשביע ופרוע הוא דכיון דהוא ביד הגזבר לא שייך שלא להשביע כנ"ל דירא להודות שלא ימסרנו הגזבר לפלוני:

גם נראה דהנה לס"ד דלא מיירי ר"ה בשטר וא"כ לא שייך אלמוה כיון דשיעבודא לאו דאורייתא לא אלמוה כמו במזונות ומזונות דרבנן לא אלמוה לשיטת הירושלמי דבשלמא במלוה בשטר חשיב שיעבוד בפירוש ולכ"ע שיעבוד דאוריתא ע"כ אמרינן אלמוה משא"כ במלוה ע"פ וא"כ הקדש מפקיע מידי שיעבוד וע"כ דקדושת דמים לא מפקיע משיעבוד והטעם דלא חשיב רק משכון בעלמא וא"כ מהני שאלה אפילו בא ליד הגזבר דלא שייך לומר דקנה הקדש במשיכה דהא שיטת הרמב"ן דלמשכון בעלמא לא מהני משיכה וע"כ לס"ד מיירי דהקדש היה עדע"ר דאז לא יכול ליתשול וע"כ פריך שפיר דנימא שלא להשביע ול"ק קושיית תומים הנ"ל משא"כ למסקנא דמיירי במלוה בשטר

ואז י"ל דגם קדושת דמים מפקיע דלא חשיב רק משכון בעלמא אך דאלמוה לשיעבודא ואז י"ל דמש"ה ליכא מיגו דשאלה משום דמיירי בבא ליד הגזבר כיון דחשיב קנין ממש להקדש וע"כ לא קשה קושיית התוס' דנימא דשלא להשביע הודה דכיון דהוא ביד הגזבר ירא להודות שלא ימסרנו הגזבר לוד פלוני כנ"ל:

אך קשה לשיטת הירושלמי הנ"ל דאמאי סובר חד מ"ד דהמלוה את חבירו בעדים דצריך לפרעו בעדים משום דלא הימניה הא יש לומר דמש"ה הלוהו בעדים דאז שיעבודא דאוריתא דבלא עדים לא אמרינן שיעבודא דאורייתא משא"כ בעדים ועיין בתוס' סוף ב"ב ואז לא יכול לאסור בקונם משום דאלמוה לשיעבודא דכיון דשיעבודא דאורייתא ובלא"ה קשה לפי מאי דאיתא בתומים דהא דמזיק שיעבודו של חבירו חייב זה דווקא אי שיעבודא דאורייתא משא"כ אי שיעבודא לאו דאורייתא וא"כ י"ל דלעולם דהימניה רק מש"ה הלוהו בעדים דאז שיעבודא דאורייתא ואז יהיה חייב המזיק שיעבודא:

והנה לפי הפ"י הנ"ל דכתב לתרץ דמתניתין דגיטין דעבד שעשאו רבו אפותיקי מיירי שעברה שמיטה דאל"כ מה הפסיד לו בזה ששיחררו. לכאורה קשה לפי מאי דאיתא בחידושי הרי"ם במלוה על המשכון ונאנס אם יכול לתבעו תוך זמנו מאחר שלא הימניה רק על המשכון או תשלם או שיתן משכון אחר ועיין שם. ולפ"ז לפי מאי דאיתא בקידושין דהיכא דהוא ברשות הבעלים לחזרה אז יכול לקדש את האשה הגם דמקדש במלוה אינה מקודשת מ"מ דכיון דהוא ברשות בעלים לחזרה חשיב כמו פקדון ומקודשת. ולפ"ז ה"ה הכא כיון דהלוהו על מה שעשאו אפותיקי וע"כ כיון דשיחררו הוא ברשות בעלים לחזרה וחשיב כמו פקדון וא"כ אינו משמט דלא קרינן לא יגוש כיון דהוא ברשות בעלים כמו כן תקשי הא דאיתא בב"מ דף ס"ז האי משכנתא באתרא דמסלקי שביעית משמטתה ועיין ברי"ף דמוקי לה דהמשכנתא היה באיסור רבית הך דעבר ועשה משכנתא כזו ובמ"ל איתא דאם הלוהו שיתן לו רבית כך וכך לחודש ואח"ז נתודע להם שאסור לקחת הריבית ואומר המלוה החזר לי מעות שהלויתי לך מאחר שלא הלויתי לך רק עבור הריבית שתתן ואחר שהדבר אסור למה יהיה מעות בטילות אצלך ומסיק דהמעות המלוה הוא ברשות המלוה לחזרה וא"כ תקשי כיון דלשיטת הרי"ף מיירי במשכנתא באיסור א"כ הוא ברשות מלוה לחזרה ואמאי שביעית משמטת ובאמת בזה היה ניחא קושית התומים דהקשה הא דאמרינן במכות דף ג' ע"ב בהך משנה אומדים כמה אדם רוצה ליתן וכו' ופריך הגמ' כולה בעי שלומי למ"ד דהלוהו לעשרה שנים שביעית משמטת ומשני הגמ' דמיירי במלוה על המשכון וקשה אם המשכון ביד המלוה א"כ מאי הפסידו העדים דאומרים מכאן ועד שלשים יום הא כיון דהמלוה טוען עד ל' יום ולא יותר הא

נאמן בכדי דמיו על המשכון ועיין שם בסי' ס"ז ולפי הנ"ל י"ל דאיירי דנאבד המשכון באונס דאז ליכא מיגו מ"מ שביעית אינה משמטתה דכיון דנאבד המשכון הוא ברשות מלוה לחזרה וממילא אינו משמט דחשיב כמו פקדון. ומאי שהקשו ועיין במ"ל הלכות מלוה פ' ז' דלפי מאי דמוקי מתניתין מעידין באיש פלוני ע"מ ליתן מכאן ועד שלשים יום ונמצאו זוממים דאומדים כמה אדם רוצה ליתן דע"כ מיירי מתניתין דהחוב הוא משכירות דאל"כ שהוא הלואה אז לא היה נותן כלום משום ריבית והקשה במ"ל דאי מתניתין מיירי בשכירות מאי פריך הגמ' על שמואל דסובר מלוה את חבירו לעשרה שנים שביעית משמטת ואי אמרת שביעית משמטת כוליה בעי שלומי ליה וקשה הא שכר שכיר אינו משמט. אך לפי מאי שכתבו דמש"ה שכר שכיר אינו משמט משום דדרך השכיר להניח שכירתו שנה או שתים ואינו תובעו ודמי למלוה את חבירו לעשר שנים וזה אליבא דידן דהמלוה את חבירו לעשר שנים אין שביעית משמטת משא"כ השתא להך לישנא דשמואל סובר דגם במלוה את חבירו לעשר שנים שביעית משמטת גם שכר שכיר משמט ושפיר פריך הגמ':

ובאמת י"ל על קושית פ"י הנ"ל דנפקא מינה היכא דהמלוה היה חשוד ולא יכול לישבע דבנשבע ונוטל הגם דשבועה הוא רק מדרבנן מ"מ מפסיד אמרינן אפילו בשבועה דרבנן ועיין בח"מ סימן פ"ב אך אם לא שיחררו דאז היה לו אפותיקי וחשיב כגבוי דבאפותיקי לכ"ע כגבוי דמי לא היה מפסיד הגם דאינו יכול לישבע משא"כ השתא דשיחררו הגם דמיירי באפותיקי סתם מ"מ אין יכול לגבות ממקום אחר כיון דאינו יכול לישבע מפסיד ובזה היה ניחא הא דאיתא בגיטין דף ל"ז אמר ר"י אמר שמואל יתומים אין צריכין פרוזבול משום דב"ד אביהן של יתומים והקשו ותיפוק ליה דטענינן להו דהי' להם פרוזבול ואבד. אך לפי מאי דאיתא בש"ך סימן פ"ב לחלק בין שע"ח לכתובה דבשט"ח אם אינו יכול לישבע לא מפסיד משום דאוקמא על דאורייתא ומדאורייתא לא צריך לישבע כלל משא"כ כתובה הוא דרבנן. ולפ"ז היה נראה דהיכא דעברה שמיטה והמלוה עשה פרוזבול ונתחייב שבועה ואינו יכול לישבע דמפסיד דלא שייך לאוקמי על דאורייתא דהא מדאורייתא הוא משמט ואינו מועיל הפרוזבול ודמי לכתובה וא"כ נפקא מינה בזה דב"ד אביהן של יתומים דאי משום דטענינן פרוזבול היה להם ואבד א"כ באין יכולין לישבע מפסיד דכיון דפרוזבול הוא דרבנן מה בכך דהיה להם פרוזבול מש"ה בעינן הטעם דב"ד אביהן של יתומים. ובזה ניחא קושית תוס' ב"ב דף קמ"ב ד"ה נוחל בנכסי אם דהקשו שם מאי עלה דעת המקשה ע"כ צריך לומר כדמשני ר"ש נוחל בנכסי אם דאי לא"ה תקשי ליה דאחים אי בעי מינייהו לירתי אי בעי מאביהן לירתי

דהכי דייק בנדה וע"כ נראה דלכאורה קשה מאי פריך הגמ' אי בעו מיניה לירתי הא נפקא מינה דאי ירתי מהקטן לא צריכין פרוזבול כמו דהקטן לא צריך פרוזבול משום דב"ד אביהן של יתומים כ"כ השתא דיורשים זכות הקטן יש להם זכותו משא"כ אי ירתי מאביהן צריכין פרוזבול אך דמ"מ טענינן דאביהן היה לו פרוזבול ואבד וליכא שום נפקותא. אך לפי מאי דאיתא באחרונים דהא דסובר ר"נ דנאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד דחזקה דלא שבק היתירא זה ר"נ לשיטתו דסובר דפרוזבול סגי בפני שנים ע"כ הוה בידו משא"כ לר"ש דסובר בפני שלשה י"ל דזה לא הוי דבר שבידו ואינו נאמן לומר היה לי פרוזבול ואבד וא"כ י"ל דהא דפריך הגמ' בנדה דאחין אי בעו מיניה לירתו ורב ששת הוצרך לומר נוחל בנכסי אם זה לר"נ דסובר דסגי בפני שנים וא"כ ליכא נפקא מינה הנ"ל דמ"מ טענינן להו דפרוזבול היה ליה ואבד כמו דהוא היה נאמן לומר כן משא"כ הכא דמקשי הגמ' על ר"ש דסובר דעובר קנה שפיר היה סובר המקשן דנוחל בנכסי אב ואין לומר דאחין אי בעו מיניה לירתי די"ל נפקא מינה כנ"ל דאי ירתי מכח הקטן ל"צ פרוזבול משא"כ אי ירתי מכח האב ואין לומר דמ"מ טענינן להו דהיה לו פרוזבול ואבד דליתא דאליבא דר"ש לשיטתו דסובר בפני שלשה גם אביהם לא היה נאמן לומר כן ועיין בח"מ סי' ס"ז דפסק המחבר דטוענין ללוקח שהמוכר היה לו פרוזבול ואבד ובכה"ג הקשו דלמה לא כתב דטוענין ללוקח שתנאו היה שלא ישמטנו שביעית ועיין בקצה"ח דכתב וז"ל כיון דאם התנה שלא ישמטנו שביעית לא מהני דהוה מתנה על מה שכתוב בתורה אלא באומר שלא ישמט הוא חוב זה ונמצא שחייב עצמו בממון שלא חייבתו התורה שהוא חייב וכיון דתנאי זה לא יכתב בתוך השטר אלא בע"פ הוה התנאי א"כ אינו אלא כמתחייב בע"פ לפרוע אחר שביעית ולוקח השטר לא זכה בזה דהא חוב ע"פ אינו נמכר אלא במעמד שלשתן והלוקח לא זכה אלא בשטר במה דכתב ליה קני לך הוא וכל שיעבודיה וחוב שבשטר נשמט בשביעית וחוב אחר הוא דנתחייב אבל בע"פ והלוקח לא זכה בזה וע"כ הוצרך לומר דטענינן דהיה לו פרוזבול ואבד:

ובזה ניחא לתרץ דברי הרי"ף הנ"ל דמוקי במשכנתא דאיסור וקשה הא משכחת משכנתא בהיתר אך לפי מאי שהקשו דאמאי שביעית משמטת הא כיון דקובע זמן לפרעון אחר שמיטה הוה כאומר ע"מ שלא ישמטנו שביעית דאין שביעית משמט אך נפקא מינה לענין לוקח השט"ח דלנגד לוקח לא מהני תנאו אך דמ"מ טענינן ללוקח דהיה לו פרוזבול ואבד וע"כ מוקי הרי"ף דהתם משכנתא באיסור דאז הוא עצמו. לא נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד מטעם חזקה דלא שביק היתירא דהא חזינן דשביק היתירא דהיה יכול לעשות משכנתא בהיתר ועביד באיסור. ובזה ניחא דהשמיטו דינא דשמואל

בהמלוה את חבירו לעשר שנים אי שביעית משמטת אי לא. אך לפי מאי שהקשה בספר קצה"ח דבמלוה לעשר שנים הרי התחייב עצמו לפרוע לעשר שנים ולא גרע מתנאי שלא תשמיטנו שביעית וע"כ דנפ"מ להלוקח השט"ח דלנגד הלוקח לא מהני תנאי אך תיפוק ליה דבלא"ה טענינן להלוקח דהיה לו פרוזבול ואבד אך שמואל לשיטתו דסובר דבעינן ב"ד אלימא וליכא חזקה דלא שביק היתירא דלאו בידו משא"כ לדידן ליכא נ"מ לענין לוקח דהגם דלא מועיל תנאו מ"מ טענינן דהיה לו פרוזבול ואבד וע"כ השמיטו דינא של שמואל:

ובאמת קשה לי קצת דאי שביעית דאורייתא וא"כ צריכין ב"ד אלימא וליכא חזקה דלא שבק היתירא דזה אינו בידו ואמאי נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד ואי שביעית דרבנן לא שייך חזקה דלא שבק היתירא דבדרבנן לא מזדהרי כ"כ ועיין במ"מ דכתב להוכיח כשיטת הרמב"ם דבא על הפנויה עובר משום לא תהיה קדשה דאל"כ לא שייך אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות כיון דהוא רק איסור דרבנן:

ובאמת י"ל הא דלא פסקינן כשמואל דסובר דבעינן ב"ד אלימא הא כיון דמהני מוסר שטרותיו מדאורייתא הוה דבר הדומה לדאורייתא וממילא מהני גם פרוזבול ולא מיקרי עוקר דבר מן התורה אך הא דמהני מוסר שטרותיו מדאורייתא הוא משום דהוה כגבוי אך קשה דכיון דצריך לישבע וצריך ב"ד לישבע לא שייך לומר דהוה כגבוי מי יימר דמזדקקי ליה בי דינא וא"כ גם מוסר שטרותיו לא הוי מדאורייתא וליכא דבר הדומה לדאורייתא אך י"ל דהכא לא שייך שבועה דלא שייך לומר שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו זה אינו דאף אם בוודאי יש לו עליו מע"פ אינו חייב לו דהשמיטה משמט וא"כ א"צ לישבע כלל אך י"ל דשמא יש לו עליו ספק מ"י מחוב פקדון דזה אינו משמט. אך לפי מאי דאיתא בנימוקי יוסף דבפקדון אינו רשאי לתפוס דדילמא האי פקדון איתניס ולית ליה גבי חבריה רק היכא דאי טעין להד"מ רשאי המפקיד לתפוס משל הנפקד דאם איתא דנאנסו הוה טעין קושטא ועיין שם אך אכתי י"ל דאינו רשאי לתפוס אפילו אי טעון להד"מ דשמא איתניס ואין לומר דא"כ היה לו לומר אמת דא"כ היה צריך לישבע וזה אליבא דאמת דקי"ל דשבועת שומרין אפילו בלא שטר משא"כ שמואל לשיטתו דסובר בשבועות דשבועת שומרין רק בשטר לדידיה י"ל שפיר די"ל ספק מ"י בפקדון ואין לומר דאינו רשאי לתפוס שמא איתניס ואומר להד"מ כדי שלא ישבע דהא לשמואל ליכא שבועה וכיון דשייך לומר ס' מ"י איכא שבועה גבי שמיטה ולא הוי כגבוי וא"כ גם מוסר שטרותיו לא הוי מדאורייתא וליכא דבר הדומה לדאורייתא וע"כ סובר שמואל דבעינן ב"ד אלימא לפרוזבול משא"כ לדידן דלא משכחת שבועה דלא שייך לומר שמא ספק מ"י

מפקדון דאינו רשאי לתפוס דשמא איתנוס ואפילו אי יאמר להד"מ שמא לא רצה לישבע וע"כ אומר להד"מ דכיון דשבועות שומרין הוא אפילו בלא שטר וכיון דליכא שבועה א"כ מוסר שטרותיו הוא דאורייתא דחשיב כגבוי וממילא הוה דבר הדומה וע"כ פסקינן דלא צריכין ב"ד אלימא בפרוזבול. ובאמת יש לעיין קצת הא דאמרינן כל האומר לא לוויתי כאומר לא פרעתי אמאי דילמא אמר להד"מ משום השבועה אי אמרינן דשבועת היסת ליכא אלא בדררא דממונא ועיין בשבועות וד"ל. מסוגיא זו קשה על המרדכי דהקשה איך משביעין שבועה דלא פרעתיך הא הוה כפירת שיעבוד קרקעות ותירץ דלית ליה קרקע ולפי מאי שכתבו דמש"ה משמט מלוה בשטר ולא חשוב כגבוי משום דצריך שבועה מי יימר דמזדקקי ליה ב"ד א"כ קשה ממ"נ אי יש ללוה קרקעות ליכא שבועה להמרדכי הנ"ל וע"כ דלית ליה קרקע א"כ אפילו לב"ש דסובר דשטר העומד לגבות כגבוי הכא לא שייך כגבוי כיון דלית ליה קרקע ודוק:

יבואר אי קם דינא

עיין ביבמות ד' ל"ז ע"ב ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא וכו' עד אמר לה ספק מה נפשייכו אי אחוכון אנא הבו לי מנתא בהדייכו ואי בר מיתנא אנא הבו לי פלגא דפלג אבוכון בהדאי ר' אבא אמר רב קם דינא ר' ירמיה אמר הדר דינא לימא בפלוגתא דאדמון ורבנן קמיפלגי וכו' ועי' בכתובות ד' ק"ט פלוגתא דאדמון ורבנן במי שהלך למד"ה ואבדה דרך שדהו ועי' בבכורות ד' מ"ח דאמר ר' ירמיה זאת אומרת שני יב"ש שהיו בעיר אחת ולקח אחד מהם שדה מחבירו בע"ח גובה ממנו דאמר ליה אי בדידך מסיקנא מנתא דידך קשקילנא ואי בחברך מסיקנא משתעבדאי אמר רבא מכדי נכסי דבר אינש אינון ערבין בי' מי איכא מידי לדי' לא מצי תבע ליה ולערב תבע וכו' והרמב"ם השמיט דין זה דרבא והקשו עלי' ועי' בתומים סי' מ"ט. והנה בתה"ד איתא במי דסוחר הביא סחורה בזול לחצירו של שמעון ובא שמעון ואמר תקנה לי חצירי ובא ראובן אחר כך ולקחה יש אומרים דזכה ראובן דמאחר שאינו מציאה גמורה וי"א דזכה בעל החצר ואם אח"כ בא סחורה לחצירו של ראובן ואמר תקנה לי חצירי וקנאה שמעון וראובן אינו רוצה ליתן הסחורה לשמעון כי אמר שחצרו קנה לו ושמעון טען מ"נ תתן לי הסחורה ראשונה או השניה אם כבר נפסק הדין במעשה הראשון א"כ הוי מעשה השניה לחוד והמוציא מחבירו עליו הראיה אבל אי לא נפסק הדין בראשונה עד שאירע מעשה שני צריך ראובן ליתן סחורה אחת ממה נפשך ועי' ברמ"א בחמ"ש סי' רס"ח וע"ש. והטעם כתב דאי כבר נפסק הדין דכבר אסח דעתיה מיניה ונתייאש מאותו ריוח ונעשה ממונו של ראובן ותו לא יכול לחזור עליה ומביא ראיה מההיא דיבמות דאמרינן

דקם דינא. ועי' בש"ך דהשיג דע"כ התם לא הוי הטעם משום דאסח דעתי' מיניה דהא קאמר עלה בש"ס לימא בפלוגתא דאדמון ורבנן קמפלגי ואם איתא לדברי התה"ד הנ"ל מאי מייתי ראי' מהתם מהך דאדמון דהתם ל"ש זה דלא איפסק הדין בינתיים אלא ודאי דהך דר' אבא אפי' לא נפסק הדין נמי וטעמא דקם דינא הוא משום דסובר דכל בתרי גברא לעולם לא מצי לאתויי מכח מ"נ משום דמצי אמר ליה אתינא ממאן דלא מצית לאשתועי דינא בהדיה ועי' בס' קצה"ח דכתב דע"כ לא הוי טעמא משום יאוש דהא לא עדיף מיאוש שלא מדעת דלא הוי יאוש וע"כ דטעמא משום דלעולם דבתרי גברי לא מצי לאתויי מכח מ"נ ולפ"ז למ"ד דיאוש שלא מדעת הוי יאוש יש לומר דבעינן כבר נפסק הדין ומכח יאוש. ובזה ניחא הרמב"ם הנ"ל דהנה בקצה"ח הקשה דא"כ למאי צריך רבא להקשות משום דנכסי דאינש אינון ערבין ביה ת"ל דבתרי גברא לא מצי לאתויי מכח מ"נ ואין לומר דרבא לא סובר דקם דינא דא"כ לא היה מהראוי ליפסוק הלכתא כר"א דקם דינא:

וע"כ נראה דגם רבא סובר דקם דינא כר"א וע"כ קיי"ל כר"א רק דהוא סובר דוקא בכבר נפסק הדין דאז איכא יאוש דרבא לשיטתו דסובר דיאוש שלא מדעת הוי יאוש וע"כ התם דלא נפסק הדין מכבר ול"ש יאוש וע"כ לא היה יכול רבא להקשות מכח דקם דינא ולא הקשו רק משום דנכסי דאינש ערבין ביה. ולפ"ז לדידן דקיי"ל דלא הוי יאוש וא"כ אין חילוק בין נפסק הדין אי לאו ועיקר הא דקם דינא הוא משום דבתרי גברא לעולם לא מצי לאתויי מכח מ"נ וע"כ השמיט הרמב"ם דינא דרבא דבלא"ה לא יכול לבוא מכח מ"נ בשני יב"ש משום דקם דינא כמו בעלמא דקיי"ל דק"ד אפי' בלא נפסק הדין מכבר:

גם נראה דהנה ב"ק דף ח' מסיק שם משום דאמר להו אי שתקיתו ושקליתו כדינייכו שקליתו ואי לאו מהדרנא שטרא למרי' ופריך אי הכי בנזקין נמי נימא הכי אלא הכא ביתמי איירי והרמב"ם השמיטו דמיירי ביתמי וסוברי' דאפילו המוכר חי לא מצי בנזקין לומר אי שתקית והטעם משום דלגרוע מדינא לא אמרינן אי שתקית ועי' בנהמ"ש דכתב דהרמב"ם הוכיח זאת דאל"ה כיון דקיי"ל דקם דינא א"כ אפי' מת המוכר לא מהני כיון שמת אחר שנתחייב ואחר שמכר א"כ קם דינא אלא ודאי לגרוע מדינא לא אמרינן אי שתקת וע"ש. והנה בש"ך הקשה דלמאי צריך רבא להקשות משום דנכסי דאינש ערבין וכו' ת"ל דיכול לומר אי שתקת וכרבנן דאדמון ותירץ דנ"מ במת המוכר דבה"ג לא מצי אמר אי שתקת. אך קשה כיון דקיי"ל דקם דינא מה בכך דמת המוכר מ"מ כיון דמחיים יכול לומר אי שתקת א"כ אפי' השתא דמת אמרינן דקם דינא. אך רבא הקשה על ר' ירמיה והא פליג על ר"א ולא סובר דקם דינא וא"כ הגם דבחיי המוכר יכול לומר אי

שתקת מ"מ השתא דמת לא אמרינן דקם דינא משא"כ לדידן דקם דינא השמיט הרמב"ם זה דכיון דבחיי המוכר יכול לומר אי שתקת א"כ אפילו במת אמרינן דקם דינא ולא בעינן משום דנכסי ערבי וכו':

אך קשה על התהד"ש דבעינן נפסק הדין מכבר הא דאיתא בקידושין דף ע"ד דנאמן הדיין לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי ופריך וניהדר ונידייניהו וכו' וקשה הא נ"מ היכי דיכול לבוא עלי' מכח מ"נ כגון מעשה דתה"ד הנ"ל ואי נאמן הדיין א"כ כבר נפסק הדין ולא יכול לבוא מכח מ"נ דקם דינא משא"כ אי ניהדר ונידייניהו א"כ יכול לבוא מכח מ"נ אלא ודאי דאפילו אי לא נפסק הדין קם דינא:

ובלא"ה קשה לי לפי מה דקיי"ל דכל דבר שהוא קנסא לא קנסו בנו אחריו ואיתא בש"ך סי' שפ"ה דאי עמד בדין ונתחייב אז קנסו גם בנו דחשיב ממון א"כ נ"מ בקנס ומת המזיק דאי נאמן הדיין א"כ כיון דכבר נפסק גם בנו חייב משא"כ אי ליהדר ולדיינו דהשתא דכבר מת לא קנסו את בנו ודוק:

יבואר קצירת העומר אי דחי שבת

עי' במנחות דף ע"ב דמקשה הגמ' דאי נקצר שלא כמצותו כשר אמאי דחי שבת הא יכול ליקצור מערב שבת וכו' ושיטת הרמב"ם דנקצר שלא כמצותו כשר ופסק דדחי שבת ותמהו עליו ועי' בהלכות מילה בש"ך דהקשו דאי אמרינן במל תוך ח' יצא ואין צריך להטיף דם ברית תקשה ג"כ אמאי מילה דוחה שבת לימול מערב שבת והגם דמצוה מן המובחר לא הוי הא חזינן דבקצירת העומר דלא דחי שבת אי נקצר שלא כמצותו כשר משום דיכול ליקצור מערב שבת הגם דלא עביד מצוה מן המובחר:

ונראה דהא בירושלמי הקשו דאמאי לא אכלי מצה מחדש ולא אמרינן דעשה דוחה ל"ת דחדש והקשו דהא בתוס' שם איתא דהיה להם לאכול מהישן וא"כ כיון דאפשר לקיים שניהם לא דחי עשה ל"ת וכתבו דכיון דמצוה מן המובחר שיהיה שימור משעת קצירה וע"כ שפיר הקשה הירושלמי דהא מה שהיה להם מהישן לא היה שימור משעת קצירה וע"כ לא חשוב אפשר לקיים שניהם ועי' בס' פרדס דוד וא"כ חזינן הגם דבודאי יוצא אפילו אי לא היה שימור משעת קצירה ועי' בפרי חדש אך כיון דמצוה מן המובחר שיהיה שימור משעת קצירה וע"כ דחי ול"ח אפשר וא"כ תקשה מה קאמר דאי כשר נקצר שלא כמצותו אמאי דחי שבת ליקצור מערב שבת הא לא הוי מצוה מן המובחר וע"כ דחי:

וע"כ נראה דזה תליא בהא דאיתא ביבמות דף כ"א איתמר ביאת כהן גדול באלמנה ר"י ור"א חד אמר פוטרת צרתה וחד אמר אינה פוטרת ופליגי באלמנה מאירוסין מ"ד

פוטרת דעשה דוחה ל"ת ומ"ד דאינה פוטרת כיון דאפשר בחליצה וקאמר לימא תיהוי תיובתא לר"ל דסובר דהיכי דאפשר לקיים שניהם לא דחי ומשני כי אמינא היכי דמקיים מצוה אבל הכא חליצה במקום יבום לאו מצוה ופי' הריטב"א דכיון דמצות יבום קודם למצות חליצה ע"כ לא חשוב אפשר אלמא הגם בדיעבד אי חלצה מקיים המצוה מ"מ כיון דמצות יבום הוא מצוה מן המובחר ל"ח אפשר בחליצה ומ"ד דסובר אין פוטרת סובר דחשוב אפשר הגם דמצוה מן המובחר יבום מ"מ לא דחי משום דאפשר בחליצה. ולפ"ז יש לומר דסוגיא דמנחות אזלא למ"ד דאינה פוטרת וחשוב אפשר וע"כ אי נקצר שלא כמצותו כשר לא דחי שבת משום דאפשר ליקצור מערב שבת משא"כ לדידן דל"ח אפשר כיון דמצוה מן המובחר יבום ה"ה התם חשוב לא אפשר וע"כ פסק דדחי שבת וה"ה דמילה דוחה שבת הגם דיצא במל תוך ח' ודוק:

יבואר דין נמצא קרוב ופסול דבטל כל העדות

עיין במכות דף ו' דר"ע סובר דנמצא אחד מהעדים קו"פ דבטל כל העדות אפי' הן מאה ור' יוסי סובר דזה בדיני נפשות אבל בדיני ממונות תתקיים העדות בשאר ורבי סובר דאחד דינ"מ ואחד ד"נ ואימתי בזמן שהתרו בהן וכו' ועי' בסנהדרין דף מ"א דמסיק אלא אמר רבא הכי קאמר אפי' בחקירות שנים כיוונו עדותן ואחד אינו יודע עדותן קיימת כמאן דלא כר"ע ופי' התוס' דכיון דאומר א"י א"כ אי אפשר להזים אותו וע"כ חשוב כנמצא קו"פ דבטל כל העדות וכו':

והנה הרמב"ם פסק בהלכות עדות היו העדים מרובים שנים כיוונו עדותן והשלישי אומר א"י תתקיים העדות בשאר והקשה עליו הא רבא קאמר דלא כר"ע דאליבא דר"ע בטל כל העדות דחשוב כמו פסול וא"כ לדידן דקיי"ל כר"ע אמאי תתקיים העדות בשאר הא חשוב השלישי עד פסול כיון דאי אפשר להזים וכתבו דסוגיא דקאמר דלא כר"ע איירי בהעידו בב"א וחשוב עדות אחת וע"כ לר"ע בטל כל העדות משא"כ הרמב"ם איירי דלא העידו בב"א רק זה אחר זה והעד השלישי האומר איני יודע העיד לאחר כדי דיבור מן השנים שכיוונו עדותן וע"כ לא בטל כל העדות וע"ש בלח"מ:

ובזה ניחא דברי רש"י במכות שם דפי' על הא דקאמר רבא והוא שהעידו בתוך כ"ד דקאי גם לעני קו"פ דלאחר כ"ד אינו מבטל הפסול כל העדות והקשו בתוס' דהא משמע דלענין קו"פ אינו תלוי' בהעדאה תוך כ"ד אלא בראיית מעשה גמרה עדותן אפי' כי העידו לאחר כ"ד דקאמר הרוג יציל וע"ש אך יש לומר דרש"י קאי היכי שאחד מהעדים אומר א"י בחקירות דחשוב ג"כ פסול משום דאי אפשר להזים והתם שפיר בעינן תוך כ"ד דל"ש לומר דמשעת ראיה פוסל כל העדים הגם דלא העיד תוך כ"ד דהא בשעת ראיה היה

כשר דאז ידע באיזה יום והיה אפשר להזים כמו השנים ולא היה פסול ומש"ה בעינן תוך כ"ד ובעלמא מודה רש"י דלא בעינן תוך כ"ד:

ולי נראה לתרץ הרמב"ם דלכאורה תקשה על שיטת הרי"ף דסובר דבלא ידעו הכשרים מהפסול אז לא מבטל עד הפסול עדות הכשרים א"כ מאי קאמר דלא כר"ע נהי דעד האומר א"י חשוב כפסול משום דאי אפשר להזים מ"מ השנים שיודעים באיזה יום לא ידעו דהשלישי אומר א"י דחשבו דבודאי ידע כמו הן וא"כ ר"ע מודה דלא בטל העדות אך לפי מה דאיתא בתומים סי' ל"ו דדין זה של הרי"ף תלי' בפלוגתא דר"י ורבי דאליבא דר"י דלגמרי מקשינן שלשה לשנים וא"כ אמרינן כמו בשנים אפי' לא ידע אחד דהשני פסול בטל העד השני דהא מ"מ לא נשאר רק אחד בד"נ ולא כלום א"כ ה"ה בשלשה והשנים לא ידעו דהשלישי הוא פסול מ"מ בטל כל העדות דלגמרי מקשינן שלשה לשנים ובשנים אין חילוק דאפי' לא ידע מ"מ ליכא רק ע"א וה"ה בשלשה אפי' לא ידעו משא"כ לרבי דסובר דאפי' בממון בטל כל העדות והגם דבזה ל"ש להקיש שלשה לשנים דהא בשנים גופא ע"א יכול לחייב שבועה כמו דהקשו בתוס' וצריכין לומר דרבי סובר כך כמו בשנים בודאי בטל כל העדות משום דבשנים יש להעד פסול צירוף בעדות דאי לאו הוא ליכא רק ע"א וע"כ ה"ה בשלשה וע"כ שפיר יש לומר דבלא ידע שהוא פסול ליכא צירוף וע"ש ולפ"ז יש לומר דהא דאמר דלא כר"ע היינו לר"י לדי' אפי' בלא ידע מבטל כל העדות משא"כ לדידן דקיי"ל כרבי וא"כ בלא ידע אינו מבטל כל העדות וע"כ פסק תתקיים העדות בשאר הגם דחשוב פסול מ"מ בלא ידע לא מבטל:

ובעיקר דברי רש"י הנ"ל נראה לפי הנ"י דסובר דוקא בהעיד השלישי תוך כ"ד אי הוזמו גם השלישי חייב אבל אי העיד לאחר כ"ד אז אפי' אי הוזמו אינו חייב משום לאחר כ"ד לא חשוב מקיימי דבר ולפ"ז יש לומר דעיקר סברת רש"י משום לפי מה דמסיק הגמ' במקיימי דבר הכתוב מדבר וע"כ לאחר כ"ד ל"ח מקיימי דבר וע"כ אינו מבטל כל העדות משא"כ לס"ד דפריך הרוג יציל ולא ידע מזה דבעינן מקיימי דבר מודה רש"י דלא בעינן תוך כ"ד ודוק:

קרקעות חוץ לארץ

יתבאר קרקעות חוץ לארץ אי חשוב קרקע לענין שבועה

והנה שיטת הראב"ד דקרקעות ח"ל דינם כמטלטלין לענין שבועה וכן לענין דין שומרים ודמי לעירכין ועי' בבעה"ת ועי' בתומים ס' פ"ה דמחלק דהא דחשוב כמטלטלין זה לענין שבועה דהא דאין נשבעין על הקרקעות הוא רק גזה"כ מכלל ופרט נתמעטו אז אמרינן דלא קאי על קרקעות של חוץ לארץ אבל הא דקרקע חשוב הילך דעיקר הטעם משום

דאינו יכול להבריח וע"כ חשוב הילך וא"כ הא גם קרקעות שאינו יכול להבריח ע"כ חשוב הילך וע"ש והנה לפ"ז הא דמטלטלין דיתמי לא משועבד לבע"ח דעיקר הטעם משום דכיון דמטלטלין יכול להבריח ע"כ לא סמך המלוה עליו רק על הקרקעות ולפ"ז אפי' על קרקעות של ח"ל דחשוב מטלטלין מ"מ לענין זה חשוב קרקע דכיון דלא יכול להבריח וסמך המלוה עליו אך תקשה הא דאיתא בכתובות דסבר רב"ח לומר דשבועה דאורייתא גבי פוגמת ופריך רבא ועוד דאין נשבעין על שעבוד קרקעות והקשה דילמא מיירי דלית ליה קרקע וכתבו דהא כתובה אינה נגבית אלא מן הקרקע וקשה דהא יש לומר דאין לו רק קרקעות של ח"ל דלכתובה נשתעבדו דסמך דעתה עלי' ושבועה איכא דלזה חשיב כמטלטלין וכן תקשה מהא דאיתא בשבועות דאמר ר"פ הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב וקאמר ש"מ משביע עידי קרקעות דאי מטלטלין לא נשתעבד לכתובה וקשה הא יש לומר דמיירי בקרקע של ח"ל דלכתובה נשתעבד דסמכה דעתה עליו ושבועה איכא דהוא רק משום גזה"כ וחשוב מטלטלין לזה:

והנה ברשב"א איתא דמדאורייתא גם מטלטלין דיתמי נשתעבד ועי' ב"ק דף ק"ה דמשני כשעמד בדין ופריך אפי' חומש נמי לשלם אמר ר"ה בריה דר"י לפי שאין משלמין חומש על כפירת שעבוד קרקעות ופירש"י והאי בן כי אישתבע כפר שיעבוד קרקעות וקשה הא הכא קאי על התורה ומהתורה גם מטלטלין דיתמי נשתעבד לשיטת הרשב"א הנ"ל ודוק:

לוח הטעות

דף ב' ע"ב שורה מ"א ולא הותר נשואין. צ"ל בלא היתר נשואין

ע"ג שורה נ"ד משום מיתה. צ"ל במיתה לא חיישינן כורה נ"ח דלדידי י"ל. צ"ל אך לדידיה י"ל

ע"ד שורה נ"ד איך כתבו. צ"ל אך כתבו

דף נ' ע"ד שורה י"ד אך מדאורייתא צ"ל אף מדאורייתא שורה י"ט דזכות הוא לא. צ"ל דזכות הוא לו

דף ה' ע"א שורה כ"ט וא"כ אינו ק"ו. צ"ל וא"כ איכא ק"ו

דף ז' ע"א שורה א' מיתה מיד א"צ. צ"ל מיתה מיד א"כ

דף ח' ע"ג שורה כ"ב וא"כ טעמא. צ"ל א"צ טעמא

דף י' ע"ג שורה כ"ז לא אמרינן וע"כ. צ"ל לא אמרינן הואיל וע"כ

דף י"א ע"א שורה י"ג ואיכא הואיל. צ"ל וליכא הואיל

דף י"ב ע"ב שורה נ"ה איך עשה. צ"ל אין עשה

דף י"ג ע"א שורה ב' ועוד דסבר. צ"ל ועוד דכבר

ע"ג שורה כ"ד דהיכי בני. צ"ל דהיכא דאיכא שני שורה ל"ט דמסיק הגמ' כהן. צ"ל דמסיק הגמ' כן
דף י"ד ע"א שורה ט"ו וע"כ דהנה. צ"ל וע"כ נראה דהנה שורה ל"ו גזל יאוש. צ"ל משא"כ גזל יאוש
ע"ב שורה ס' משא"כ לטעמא לא קשה. צ"ל משא"כ לטעמא לבנו לא אזהיר לא קשה שורה של"ט וכיון דלא. צ"ל דכיון דליכא מלקות דלא
ע"ד שורה ב' אייר בריבית י"ל. צ"ל אייר בריבית דרבנן י"ל
דף ט"ו ע"א שורה מ"ד לא חשיב א"נ. צ"ל לא חשיב איסור מוסיף
ע"ג שורה ה' וא"כ משני. צ"ל וע"כ משני שורה ל"ב איך יכול לבטל בו תנאי. צ"ל איך יכול להטיל בו תנאי
דף ט"ז ע"א שורה י"ב ואז י"ל וע"כ. צ"ל ואז י"ל הואיל וע"כ שורה ל"ו אפילו בגורם איכא. צ"ל אפילו בגורם משום דאיכא
ע"ב שורה נ"ד על עשה דיו"ט גם משום. צ"ל על עשה דיו"ט ג"כ משום
ע"ג שורה ט"ז רק חדא לאו לקי. צ"ל רק חדא לאו לא לקה שורה כ' וע"כ משהה עמו. צ"ל וע"כ משהה ע"מ שורה ג"ו דהא הגמ' וכי. צ"ל דהא הגמ' פריך וכי שורה נ"ב. ע"מ לבערו אכתי. צ"ל ע"מ לבערו אינו עובר אכתי שורה נ"ט דהא ח"ש. צ"ל דהא ר"ש
ע"ד שורה כ"ו בוודאי מ"מ. צ"ל בוודאי ביטלו מ"מ
דף י"ז ע"א שורה י"ג א"נ חזינן. צ"ל א"כ חזינן שורה כ"ט וע"כ דבמכר וע"כ. צ"ל וע"כ דבמכר קנה וע"כ שורה ל' לרש"י. צ"ל לתשומת יד שורה נ"ב דעשה שזהו מכר. צ"ל דעשה שדהו מכר
ע"ב שורה ל"א לחזרה דהנה. צ"ל לחזרה ונראה דהנה שורה מ"ד ויותר דאפילו. צ"ל ויותר נראה דאפילו
ע"ד שורה כ"א וא"כ מהני. צ"ל וא"כ מאי מהני שורה מ"ח כל המלוה. צ"ל כח המלוה
דף י"ח ע"א שורה כ"ד ומכירה. צ"ל ומסירה
ע"ד שורה כ' משום ד"ר. צ"ל משום הטפת דם ברית
דף י"ט ע"א שורה ה' אך ל"ש. צ"ל א"כ ל"ש שורה י"ט דידו. צ"ל דידי'
ע"ד שורה ל"א שפיר מתרומה. צ"ל שפיר פריך מתרומה
דף כ"א ע"א שורה ל"ז אך ר"פ. צ"ל אך על ר"פ שורה נ"ד וא"כ דסוגיא. צ"ל וא"כ י"ל דסוגיא
ע"ד שורה מ"ד ישחוט. צ"ל יסחוט

דף כ"ב ע"ב שורה י' פגום ל"ב הא. צ"ל פגום הא שורה ט"ז הרי יש אי נמלחו. צ"ל הרי יש ספק אי נמלחו
ע"ד שורה ל"ז דאזלינן בוודאי. צ"ל דאזלינן בתר דאורייתא בוודאי
ע"ג שורה ט"ז דשינוי כ"ד. צ"ל שינוי כ"ד קנה עם שורה נ"ה תחלת של. צ"ל תחנת דין של
דף כ"ג ע"א שורה ו' דמדאורייתא אע"מ. צ"ל דמדאורייתא אע"ג שורה ז' ולפ"ז קשה. צ"ל ולפ"ז לא קשה
ע"ג שורה ל' די"ל דש"מ. צ"ל דסבירא ליה דש"מ שורה נ"ז דאין בקיאין ברב. צ"ל דאין בקיאין אסור ורב
דף כ"ד ע"א שורה י"ז וע"כ ע"כ. צ"ל וא"כ ע"כ
ע"ג שורה כ"ד פטור משום כרת. צ"ל פטור אינו משום כרת שורה כ"ה וודאי יודה. צ"ל ואי יודה שורה נ"ו עדות ש"ש. צ"ל עדות שאי אתה
דף כ"ו ע"א שורה ט' גזילה למפרע. צ"ל גדולה למפרע
ע"ב שורה נ' שמענו שמוצי' שיוצי' שמענו דכופין. צ"ל שמענו שמוצי' שמענו דכופין
ע"ג שורה י"ט למ"ד דלא ידע. צ"ל לס"ד דידע
ע"ד שורה מ"ב דלא נכון. צ"ל דלא נקב
דף כ"ז ע"א שורה מ"ז בחופה לב"ד. צ"ל בחופה לבד
ע"ב שורה ל"ה ד"ה. צ"ל דה"א
ע"ג שורה מ"ה למ"ד. צ"ל לס"ד
ע"ד שורה כ"ז ואז המכירה ועיי'. צ"ל ואז המכירה בטל ועי'
דף כ"ח ע"א שורה י' מבעלה. צ"ל מבעלים שורה כ"ה וא"כ איו. צ"ל וא"כ אין שורה כ"ח לח דב"ר. צ"ל ל"ח חצי דבר
ע"ב שורה ל"ז ע"י מכר. צ"ל ע"י נכרי שורה מ"ו דרק. צ"ל דגט
ע"ד שורה ט"ו כר"י. צ"ל כר"ל
דף כ"ט ע"ב שורה מ"א דסובר כר"מ. צ"ל דסובר כר"ל
ע"ג שורה ל"א דרמב"ם דבמכר. צ"ל דרמב"ם פסק דבמכר
ע"ד שורה ט"ז המוכר וע"כ. צ"ל המוכר איסור וע"כ
דף ל' ע"ג שורה ו' דנתן דיקח. צ"ל דנתן דמים
דף ל"א ע"א שורה י' למ"ד. צ"ל לס"ד שורה ל"ה למ"ד. צ"ל לס"ד שורה מ"ג ולפ"ז דכתובה. צ"ל ולפ"ז י"ל דכתובה

דף ל"ב ע"א שורה ה' וע"כ דאשמעינן. צ"ל וע"כ נראה דאשמעינן שורה י"א וע"כ דנ"מ.
צ"ל וע"כ נראה דנ"מ שורה כ"ה דהא בתוס' הוא. צ"ל דהא בתוס' הקשו אפילו היא
ע"ג שורה כ"ו ואם משפ"ק. צ"ל משחק בקוביא
דף ל"ג ע"ב שורה א' דאם. צ"ל דאז שורה נ"ח דסובר דע"ל. צ"ל דסובר דעל
ע"ג שורה מ"א למצות עונה יקשה. צ"ל למצות עונה אך י"ל דיש כח ביד החכמים בשב
ואל תעשה וקשה
דף ל"ה ע"כ שורה מ"ו חייב. צ"ל חייל
דף ל"ו ע"ב שורה ל"א ואמר לה. צ"ל יאמר לה
ע"ג שורה ל"ו השמיעה. צ"ל בפשיעה
ע"ד שורה ו' דנדר שהודר אין. צ"ל דנדר שהודר ברבים אין
דף ל"ט ע"ב שורה י"ד חזקת ממון משא"כ סוף סוף. צ"ל חזקת ממון דסוף סוף שורה
כ"ז דלרבותא דלא מיבעי. צ"ל דלרבותא נקט דלא מיבעי שורה נ"ז משום. צ"ל חשיב
ע"ג שורה כ"ו דלא. צ"ל דהא
ע"ר שורה כ"ז ועיין ב"ש. צ"ל ועיין נמ"י שורה נ"ב כי היא לא. צ"ל כי הוא לא מתלה
דף מ' ע"א שורה מ"ח כאן נמצא וכ"ה דהחמירו. צ"ל כ"נ וכ"ה רק דהחמירו ע"ב שורה
נ"ב דע"כ ס"ס. צ"ל דע"כ ש"ס
ע"ד שורה כ"ה דילמא מסר לי' אלאן. צ"ל דילמא מסר ליה אלא
דף מ"א ע"א שורה כ"ז לא כפול. צ"ל תנאי כפול שורה נ"ו אלא דע"מ. צ"ל אלמא דע"מ
ע"ג שורה י"ז דחשיב כמו דהוי כמו הלואה. צ"ל דחשיב כמו הלואה
שורה ל' מ"מ אסור. צ"ל מ"מ אמאי אסור
שורה ל"א ואמרינן. צ"ל לאמרינן
שורה נ"ח באם ע"מ. צ"ל באם אמר ע"מ
דף מ"ב ע"ב שורה ט' ר"א כולה. צ"ל ר"א אומר כולה שורה ל"ח אי איירי חשוב. צ"ל
אי איירי כן חשוב שורה מ"ט קושיית הר"ן דבזיבורית צ"ל קושיית הר"ן ולדידן דקיי"ל
דבזיבורית
ע"ד שורה מ"ו ולא יהי' נ"ר. צ"ל ולא יהי' נעילת דלת
דף מ"ג ע"ב שורה י' הוי דבר. צ"ל הוי מצי דבר
ע"ג שורה ה' לר"מ דאקני. צ"ל אליבא דר"מ דאקני
דף מ"ד ע"ד שורה י"ט ב"נ. צ"ל ב"ד שורה י"ג חידושי הרי"מ דהא. צ"ל חידושי הרי"מ
כתב דהא שורה מ"ב וממילא מהני. צ"ל וממילא לא מהני שורה מ"ד איכא שבועה
דלפ"ז. צ"ל איכא שבועה דל"פ

דף מ"ה ע"ד שורה י"א הן הלוקח. צ"ל הא הלוקח שורה מ"א כאן כתיבת אחריות. צ"ל כאן בעת כתיבת אחריות
דף מ"ו ע"ג שורה ס' עמה לאחר הדיבור. צ"ל עשה לאחר הדיבור
ע"ד שורה ה' ש"י עמה. צ"ל ש"י עשה שורה ז' ומשום. צ"ל וחשיב שורה זו דאי ט"כ אמאי. צ"ל דאי ט"כ דאורייתא
דף מ"ז ע"ד שורה מ"ב לך בשלמא. צ"ל אך אי פגמה שורה נ"ג בח"מ. צ"ל בח"ס
דף מ"ח ע"ב שורה ס' מיעוט המצוי. צ"ל ותירצו דחשיב מיעוט המצוי
דף מ"ט ע"ג שורה ה' מהני דקרקע. צ"ל מהני בקרקע
דף נ' ע"א שורה מ"א וממילא מהני. צ"ל וממילא לא מהני
ע"ג שורה כ"ג דבטענת פ"פ. צ"ל דבטענת דמים
ע"ד שורה מ"ו דספק אסור. צ"ל דספק אסור מה"ת
דף נ"א ע"א שורה מ"ג הוי זכוותיה. צ"ל הוי זכותי'
ע"ב שורה ל"ט בש"ע. צ"ל בתשובות
ע"ג שורה ל"ט דסמוך מיעוטא לחזקה. צ"ל דסמוך מיעוט דמיעוטא לחזקה שורה ל"ז דאיכא מיעוט וחזקה. צ"ל דאיכא מיעוט דמיעוטא וחזקה שורה מ"ה ומיעוט ולא. צ"ל ומיעוט דשכיח ולא
ע"ד שורה כ"ג אינו מעידה. צ"ל אינו מעיזה
דף נ"ג ע"א שורה ג' סמוך מיעוט לחזקה. צ"ל סמוך מיעוט לפלגא
ע"ב שורה ו' אין דנין. צ"ל אנן דנין
דף נ"ד ע"א שורה ל"א דמשום סוטה דמהתורה. צ"ל דמשום סוטה ליכא אך דמהתורה שורה ל"ט והא דכתבו. צ"ל והא דלא תירצו
ע"ב שורה י"ז לא די"ל. צ"ל לא קשה די"ל שורה מ"ד ג"כ דאי איפשר לומר. צ"ל ג"כ דאי אי אפשר לומר
דף נ"ה ע"ב שורה מ"ט חיישינן דחשיב. צ"ל חיישינן לשאלה דחשיב
ע"ג שורה ו' דסימנין ואז. צ"ל דסימנין לאו דאורייתא ואז
דף נ"ו ע"ג שורה ל"ט ואיכא תרי מיעוטא. צ"ל הגם דאיכא תרי מיעוטא
דף נ"ז ע"א שורה מ"ה באיסור דמכל מקום. צ"ל באיסור ותירצו דמ"מ
ע"ב שורה נ"ו לאו לשם נכתב. צ"ל לאו לשם תנאי נכתב
ע"ד שורה נ"ב ממילא ראי'. צ"ל ממילא אין ראי'
דף נ"ח ע"ד שורה מ"ה דאפילו באונס דא"ש אסורה. צ"ל דאפילו באונס אסורה
דף נ"ט ע"ג שורה נ"ח והא קי"ל. צ"ל והא דקמ"ל

ע"ד שורה כ"ב וא"כ כך י"ל. צ"ל וא"כ י"ל
דף ס' ע"ג שורה נ"ב הוי מום. צ"ל ולא הוי מום
דף ס"ב ע"ב שורה ט' כך י"ל. צ"ל אך י"ל
דף ס"ג ע"א שורה ל"ד משא"כ דלכ"ע. צ"ל משא"כ עד פסול דלכ"ע שורה ל"ט וע"כ הוא בע"פ. צ"ל וע"כ אפילו בע"פ שורה נ"ג לדידן דל"ש אתפסה. צ"ל לדידן דלא בעינן אתפסה
ע"ב שורה ג' משום לדידן. צ"ל משא"כ לדידן שורה י"ט ואי דלא מצי. צ"ל ואי דמצי
ע"ד שורה כ"ז לא די"ל. צ"ל לא קשה די"ל שורה כ"ז דהא. צ"ל דה"א שורה ל"ו ניחא בזה דבגירושין. צ"ל ניחא בזה מה שהקשה דבגירושין שורה מ"ד ובזה ניחא. צ"ל ולפמ"ש מוכרח רש"י
דף ס"ד ע"א שורה ה' גם בסופה. צ"ל גם בתחילתה שורה ו' דלא הקשו בסופה. צ"ל דלא הקילו בתחלתה שורה ט' והקילו בסופה. צ"ל והקילו בתחלתה שורה ט"ז הא דלא חיישינן ל"ת. צ"ל דלא חיישינן לתרי יצחק שורה י"ז והקילו גם בסופה. צ"ל והקילו גם בתחלתה
ע"ב שורה ט' דאפילו הוי. צ"ל דהוי
ע"ג שורה כ"ג דלכתחלה משום לזות. צ"ל דלכתחלה לא תקשי משום לזות
ע"ד שורה כ"ב וע"כ דאליבא. צ"ל וע"כ נראה דאליבא דרבא שורה מ"ח יש מת"ק. צ"ל י"ל מת"ק
דף ס"ה ע"א שורה י"ג דלא גרע. צ"ל אך דלא גרע
ע"ב שורה נ"ה דא"כ מהא. צ"ל דא"כ תקשי מהא שורה מ' דהא בגמ' וליפלוג. צ"ל דהא בגמ' פריך וליפלוג שורה י"ט ועיי"ש דכיון. צ"ל וע"ש דכתב דכיון
דף ס"ו ע"ב שורה ל"ג דגמ' היכא. צ"ל דגמ' מיירי היכא שורה מ"ב דפירש תנאי. צ"ל דהי' תנאי
ע"ג שורה ל"ד דאלים החזקה. צ"ל דלא אלים החזקה
דף ס"ז ע"ב שורה מ"ב מזה ב"ד דצריכין ב"ד נמחק ב"ד הראשון
ע"ג שורה י"ג וע"כ דצריכין. צ"ל וע"כ נראה דצריכין שורה כ"ב אין בודקין ע"ז. צ"ל אין בודקין עדי נשים שורה מ"ד ג"כ ודחה. צ"ל נדחה
דף ס"ח ע"א שורה מ"ד והנה דהי' קשה. צ"ל דהא קשה שורה מ"ז דלא הי' חוזר. צ"ל דלא הי' דו"ח
ע"ב שורה ב' הרשב"א. צ"ל הרמב"ם שורה ט' להעד. צ"ל להעדים
ע"ד שורה י"ד מ"מ. צ"ל וע"כ שורה כ"ט מהני הנאמנות. צ"ל לא מהני הנאמנות

דף ע"א ע"א שורה ב' דאליבא דר"ש. צ"ל דאליבא דר' ישמעאל שורה ח' ולר"ש. צ"ל ולר"י שורה כ"ג קני. צ"ל קנס
ע"ב שורה כ"ב וזה וזה. נמחק חדא וזה
ע"ג שורה א' לענין ממון הכתיבה וע"כ. צ"ל לענין ממון הכתובה בעינן בפניו וע"כ שורה ז' ולא בעינן בפי'. צ"ל ולא בעינן בפניו שורה י"ג והקשה. צ"ל ותקשה שורה כ"ט חזקה. צ"ל חזרה
ע"ד שורה כ"ח אלא סגי בע"א. צ"ל אלא וודאי סגי בע"א דבגירושין
דף ע"ג ע"ב שורה י"ז וא"כ למ"ד. צ"ל וא"כ לס"ד שורה ל"ג דאיכא. צ"ל דאוקמי
ע"ג שורה י"ח לו גורם. צ"ל לו רק שורה ל"ח וע"כ דאכתי. צ"ל וע"כ דאקני
ע"ד שורה ל"ד מה שקנה דזה. צ"ל מה שקנה מכבר דזה
דף ע"ד שורה כ' מידי שעבוד משא"כ. צ"ל מידי שעבוד ניחא משא"כ
ע"ג שורה כ"ב דהא דאמרינן בעלמא. צ"ל דהא דאמרינן בראי' שורה כ"ז ביאוש לחוד יוצא. צ"ל ביאוש לחוד אינו יוצא שורה ל"ז ד"א כשעומד. צ"ל ד"א אלא כשעומד
ע"ד שורה מ"ג ליכא עליו. צ"ל ליכא עלי'
דף ע"ה ע"ב שורה צ"א הקשה דאין דילמא. צ"ל הקשה דלמא
ע"ג שורה נ"ז שאמרנו דלפי מה. צ"ל שאמרנו ניחא דלפי מה
דף ע"ו ע"א שורה ל"ז צריך שלא פשע. צ"ל להשבע שלא פשע שורה ל"ח א"כ דר"א. צ"ל וא"כ י"ל דר"א
ע"ב שורה ב' דהא מיידי. צ"ל דאי מיירי שורה מ"ד וע"ז שפיר דבשבועה. צ"ל וע"ז שפיר משני דבשבועה
ע"ג שורה מ"ג דהא בתומים דהכא. צ"ל דהא בתומים איתא דהכא שורה נ"ג ובזה נימא. צ"ל ובזה ניחא
דף ע"ז ע"כ שורה נ"ט בו נאמן. צ"ל בידו נאמן
ע"ג שורה ל"ב ואז צריך מחויב מחייב. צ"ל ואז מחויב שורה נ"א פשיעה וש"י. צ"ל על פשיעה וש"י
ע"ד שורה מ"ו ל"ש ואיכא. צ"ל לזה זה ואיכא שורה מ"ח דש"ש לשומר. צ"ל דש"ש שמסר לש"ח
דף ע"ח ע"א שורה כ"ה דקיום שטרות לא. צ"ל דקיום שטרות מדרבנן לא
ע"ב שורה כ"ב בלא"ה לדקדק. צ"ל בלא"ה יש לדקדק שורה מ"ד ריבכי. צ"ל ריבית שורה מ"ה וע"ת. צ"ל וע"כ
ע"ג שורה מ"ג דברי'. צ"ל דבריו

ע"ד שורה ח' לדידי דלעולם. צ"ל לדידי י"ל דלעולם שורה מ' משום היכא. צ"ל משא"כ היכא