שו״ת · אחרונים

מצות כהונה

רבי אברהם הכהן יצחקי

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

מצות כהונה

רבי אברהם הכהן יצחקי

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/מצות-כהונה/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 5
סימן ב 6
סימן ג 7
סימן ד 8
סימן ה 11
סימן ו 14
סימן ז 17
סימן ח 18
סימן ט 21
סימן י 23
סימן יא 29
סימן יב 31
סימן יג 33
סימן יד 35
סימן טו 36
סימן טז 38
סימן יז 40
סימן יח 42
סימן יט 44
סימן ך 47
סימן כא 49
סימן כב 51
סימן כג 54
סימן כד 56
סימן כה 65
סימן כו 66
סימן כז 66
סימן כח 68
סימן כט 73
סימן ל 74
סימן לא 77
סימן לב 83
סימן לג 107
סימן לד 112
סימן לה 119
סימן לו 125
סימן לז 132
סימן לח 137
סימן לט 141
סימן מ 143
סימן מא 154
סימן מב 157
סימן מג 161
סימן מד 164
סימן מה 172
סימן מו 175
סימן מז 182
סימן מח 184
סימן מט 185
סימן נ 187
סימן נא 190
סימן נב 194
סימן נג 195
סימן נד 196
סימן נה 198
סימן נו 200
סימן נז 203
סימן נח 206
סימן נט 207
סימן ס 211
סימן סא 212
סימן סב 212

סימן סג 213
סימן סד 214
סימן סה 215
סימן סו 216
סימן סז 217
סימן סח 220

ספר מצות כהונה

סימן א

שאלה בעיר מרסיליא יע"א יש להם ב"הכ אחת והמה ראו שב"הכ צר להם מחמת ריבוי עם ברוכי ה' נתנו אל לבם לבנות ב"הכ גדולה במ"א ומוכרין ב"הכ הישן ונפשם לשאו'ל הגיע אי שרי למכור ב"הכ בכה"ג:

תשובה בגמ' ס"פ בני העיר אהא דתנן מוכרין ב"הכ בד"א של כפרים אבל של כרכים אסור וג' טעמים יש דהרא"ש ז"ל כתב הטעם משום כיון דשכיחי מעלמא אתו על דעתם הקדישו והו"ל כמו שקנו אותה דיש לו זכייה בגווה וכ"כ הרמב"ם ז"ל אבל המרדכי ז"ל כתב דמסתמא כ"ע נתנו בבנינה והתוס' ז"ל כתבו כיון דהוקדש לכל העולם הו"ל קדושה חמורה ואין יכולין להפקיעה וכן איתא פי' זה במרדכי ע"ש. וכתב המג"א סקי"ו דבשל כרכים אפילו בנו ב"הכנ אחר א"י למכור הישן וכתב הרב פרי מגדים ז"ל דדוקא לטעם הג' דמשום דקדושה חמורה אבל לב' הטעמים האחרים אם בנו אחרת יכולין למוכרה דלא איכפת להו לדעלמא כיון דעשו להם ב"הכ אחרת והמג"א חשש לכל הפי' ע"ש והמ"ב סל"ג כתב דדוקא בימיהם שהיה יכולת ביד בני העיר למחות בז' טובי העיר הוא דאמרי' דשל כרכים אין מוכרין אבל בז"הז שהמנהיגים והפרנסים שהוברו עושין כל מה שירצו ואין בני העיר יכולין למחות בהם יכולין למכור דלא עדיפי אנשי עיר אחרת מאנשי אותה העיר ע"ש וכ"כ מהר"ם לובלין ז"ל סי' כ"ט והפנ"י בתשו' ס"ז והמג"א סקל"ז הביא דברי מ"ב וכתב ודוקא שבנאוה משלהם דאי בני עיר אחרת נתנו בבנינה אין יכולת ביד בני עיר אחרת לדון על אנשי עיר אחרת כמ"ש הריטב"א הביאו הב"י בח"מ ס"ס ק"ט ע"ש ונראה דדוקא לטעם המרדכי דמסתמא נתנו בבנינה הוא דבעינן דבנאוה משלהם אבל להנך טעמים לא חיישי' שמא נתנו בבנינה וכ"נ מדברי מרן בב"י שאחר שהביא דברי המרדכי ישן שכתב דהיתר הברורים דוקא בנאוה משלהם כתב דלטעמיה אזיל דחיישי' שמא נתנו בבנינה וכבר כתבתי דהרמב"ם והרא"ש ז"ל תפסו עיקר לטעמא דע"ד כל העו' בנאוה ע"ש והו"ל דלדידהו לא חיישי' שמא נתנו בבנינה בני עיר אחרת ומעתה אם בונים ב"הכ אחרת שרי לכ"ע דלטעם דמסתמא נתנו בבנינה או לטעמא דאדעתא דבני העולם הקדישוה כיון שבונים ב"הכ אחר ולטעם דקדושתה חמורה לא חיישי' שמא נתנו בבנינה ושרי מטעם דהברורין דבז"הז ל"ד לזמן התלמוד איברא דראיתי למהר"ם מינץ סי' ס"ז שנסתפק בזה אי להסו' דטעמא משום קדושה חמורה חיישי' נמי לשמא נתנו בבנינה ולא כתבו טעם דקדושה חמורה אלא לאסור אפילו בנאוה משלהם

ע"ש ומ"מ לא שבקינן פשיטותיה דמרן הב"י משום ספיקו דמהר"ם מינץ ועוד דמרן בכ"י פ' דנקטי' כפי' הר"מ והרא"ש ולדידהו אי בונים ב"הכ שרי ועוד טע"א די"ל דמרסיליא לאו כרך אלא עיר גדולה ודוקא בגדולות הוא דאסור דהיינו עיר של שווקים ורוב בני העולם באים שם לסחורה וכמ"ש הפנ"י ס' ז' ועוד יש סניף אחר דב"כ של ח"ל על תנאי הם עשוים כמ"ש סניף זה המ"ב שם ועוד סניף אחר דמחמת דוחק המקום הוא שעשו כן כמ"ש סניף הנ"ב במ"ב חא"ח סי' מכל הני טעמי נראה להתיר למוכרו אמנם אין רשאין למכור עד שיקנו ב"הכ אחרת ויתפללו בה ואז שרי למכור הישן כנ"ל:

סימן ב

כתב ה' החינוך סי' קל"ח מצות שריפת נותר דנוהגת בזכרי כהונה דוקא כי להם העבודה נראה מדבריו דנשים לא מחייבי במצוה זו מפני שאינם בני עבודה והיינו בקדשים הנשרפים בפנים דמצותן בכהן אבל בנותר בבית בעלים דשריפתו בבעליו אפילו ישראל כמ"ש סי' קל"ט עי"ש ה"נ אפילו נשים מחייבי וכ"נ מדברי התוס' בקי' דל"ד ד"ה מעקה דנשים מחייבי במצוה זו ומדלא מפטרי משום דהוי מ"ע שה"ג דשריפתן ביום מוכח דה"ד בזמנו אבל שלא בזמנו מצותו בין ביום בין בלילה וכה"ג כתבו התוס' בקי' דכ"ט גבי מילה ע"ש וממאי דתנן בפסחים דפ"ב העצמות והנותר ישרפו בי"ו ואמרי' בגמ' דה"ט משום דכתיב עד בקר ליתן בקר ב' לשריפתו ולא שרפי' בליל י"ו אין להוכח דשלא בזמנו נמי דוקא ביום די"ל כיון דלא ניתנה יו"ט לידחות אצל מצוה זו הו"ל זמנו ביום ומה"ט נמי בחל י"ו בשבת דשריפ' בי"ז ולקמיה ית' ד"ז וראיתי להרב שע"ה ז"ל פי"ח מה' פס"המ ד"ה שהביא סוגיא ערוכה ביבמות דע"ב דאפילו שלא בזמנו דוקא ביום ונ"ל מו"ה דהנותר ועפ"ז תמה ע"ד התוס' דקי' וכתב שכן דעת החינוך סקל"ט דדוקא בגברי נוהגת מצוה זו ע"ש ולא ראה דבריו בסי' קל"ח ומה שתי' דאפילו הוי מ"ע שה"ג נשים חייבות משום דהוא תי' הלאו ע"ש ק"ל דא"כ מאי פריך בריש תמורה ד"ד לר"י קרא דוהנותר ל"ל נימא דאשמועי' מועי' דעשה הוא תי' הלאו לחיוב נשים אפילו דהוי מ"ע שה"ג והתוס' ז"ל שם הקשו נימא דאתא קרא לשריפה ותי' דהו"ל למכתביה בעלמא עי"ש ודרך אגב י"ל בדבריהם דגמ' ערוכה בפסחים דפ"ב דכל פיסולי קדש דבשריפה והלכה למשה מסיני ע"ש וכבר זה ימים שמעתי מקשים כן ונ"ל דכוונתם דאצטריך קרא לשרי' כי היכי דנלמוד פגול מיניה דטעון עיבור צורה כדאי' בפסחים שם ואי נותר ע"י שריפתו הלכה למ"מ אין דנין ג"ש מהלכה כמ"ש רש"י ז"ל בפ' ר"א דמילה דאין דנין י"ג מדות מה' והנה התוס' ביבמות שם הק' אמאי אצטריך והנותר אמאי לא נפ"ל מבקר ב'

ותי' דכיון דאין נשרף ביום טו"ב הוי זמנו בי"ו ע"ש והוא הדבר אשר דברנו לעיל ועפ"ז ניחא מ"ש מקשי' בשם ס' נצח ישראל בגמ' דפסחים דפ"ג דר"א דאמ' משום דהוי יו"ט עשה ול"ת איך פליג אתנא דבי חזקיה דנפ"ל מבקר ב' גם בגמ' דקמו' מוקמי לר"י כדתנא דר"ח ואנן קי"ל כר"י וקי"ל כר"א דיו"ט עשה ול"ת ועפ"ה מקום יש בראש לומר דע"י מאי דאתא תנא דכ"ח הוא לתת טעם אמאי אין נשרף ליל י"ו אלא דממי' שמעי' דאין שורפים ביו"ט ורא"א דבלא"ה יו"ט עשה ול"ת ומ"מ אצטריך קרא לאפו' ליל י"ו ואע"ג דנפ"ל ביבמות מוהנותר אצטריך ב' קראי דאי מחד קרא הוה מוקמי' ליה לעבר זמנו מכח שבת ויו"ט דמ"מ הוי זמנו כדכתבו התוס' ביבמות ומיתורא דקראי הוא דשמעי' אפילו שלא בזמנו ממש מה שהק' השע"ה שם על התוס' בקי' אמאי לא הוכיחו ממתני' דחלה במס' ביצה ע"ש לק"מ דס"ל דשרי' תרומה ליכא אלא מדרבנן ועיין בתו' בפ' ב"מ בשמעת' דאין מדליקין בשמן שרי' ביו"ט:

סימן ג

שאלה ר' יש לו שטר ששדך בנו עם בתו של ש' וש' ג"כ יש לו שטר ששדך בתו עם בנו של ר' ובם כתו' שאם רוצה א' להתפרד מחבירו מחוייב לתת לחבירו סך מה בתו' קנס בלי פשרה ולא שום ד"וד ולא טענה וערעור כ"וע וקיבלו ר' וש' ע"ע בקנין גמור להיותם עפ"ק בעד בניהם וחייבו עצמם בקנס הנז' עכ"פ בביטול טענת לא ידעתי אם ימאנו ואחר ימים שלח ש' שליח לר' וא"ל ש' שלח לך שטר שבידו ואמר שתתן לו שטר שבידך והשיבו ר' כבר קרעתי את השטר ולעת עתה שמע ר' ששמעון שדך בתו לאיש אחר ותבע ראובן ממנו הקנס וההפסד שהפסיד במאכל ומשתה וכיוצא והשיבו ש' איני מחוייב כלום מחמת שהבן אינו הגון שמשחק בקובייא זאת ועוד שאמרת לי שקרעת את השטר יורנו רבינו היאך שורת הדין נוטה ושכמ"ה:

תשובה אם באנו לחייבו בקנס מטעם דלשון קרעתי השטר לאו לשון מחי' הא ליתא דכבר מהרימ"ט בחא"ה סי' כ"ז ובח"מ ס"ק הוכיח דלא בעי לשו' מחי' ממש אלא שכל שהענין מוכח דלמחילה נתכוון מהני מדאמרי' בפ"ק דקי' אי ע"ע

אין גופו קנוי ל"ל באפי תרי זיל ואם באנו לחייבו משום דמלוה בשטר היא ול"מ אלא בקנין או חזרת השטר וכמ"ש הטור ז"ל סי"ב בשם ר"י ופ' כן הסמ"ע ז"ל שם ומ"ש בהגהה בסרמ"א אפילו במלוה בשטר אין צריך קנין כבר כתב הסמ"ע שם דבעי' מיהא חזרת השטר וכן הסכים ה' בית יהודה ח"ב דקצ"ז הא ליתא והרי מידי פלגותא לא נפקא דהעיטור הביאו הש"ך סרמ"א פ' לקולא וכן הסכימו הרב בית שמואל וה' ח"מ סק"ה ע"ש

שחלקו על הסמ"ע ואע"פ דמהרי"ן מיגש בתשו' סקע"ב כתב דבספיקא דדינא מוקמי' השטר על חזקתו ויד בעל השטר על העליונה והסכים בן הע"הש סי"ב מ"מ הרי העיטור חולק על מהרי"ן מיגש ויכול לומר החוזר מן השידוכין קי"ל ועוד דהב"ח כתב בטעמו של רבינו ישעיה משום דשטר העומד ליגבות כגבוי דמי ונ"ל דאפילו ב"ה דפליגי בסוטה דכ"ה וסברי דלאו כגבוי ה"ד בכתובה דס' הוא אם יבא לידי גבייה דשמא היא תמות בחייו. וכמ"ש התוס' ז"ל שם וא"כ בקנס השידוכין דדמי לכתובה אפילו רבינו ישעיה מודה דמהניא מחילה דלאו כגבוי דקי"ל כב"ה ואם באנו לחייבו משום דמחילת האב לא מהניא למחול זכות בנו וכמ"ש הב"ש סקי"ד הרי כתב מהרשד"ם סט"ו באלמנה היושבת בבית אביה דמסתמא ירעה וקבלה כל מה שעשה אביה והביא ראיה מדין השותפין ע"ש וה"ן בבן היושב בבית אביו מסתמא ידע וסבר וקיבל ואע"פ שמהרלנ"ח סי' קל"ז חלק בדין השותף דאע"פ שהוא בעיר ל"מ מחילת שותפין והסכימו כן מקצת מן האחרונים וכמ"ש הע"הש ז"ל שם מ"מ מידי פלוגתא לא נפקא ואפילו בתרי או בתלת פלוגתא. דרבוותא הסכמת האחרונים ז"ל דיכול לומר קי"ל ולדידן כל שלא נתברר דעת מרן הכי דייני' דיכול לומר קי"ל מיהו נ"ל דחייב בקנס דהנה כתב מהר"י באסן ז"ל הביאו מהר"א גאון ז"ל בתשו' בס' משפטים ישרים סכ"ו דהא דמחי' אינה צריכה קנין ה"ד מחילה בעדים אבל בלא עדים יכול לומר משטה אני כך עש"ב וכ"ן מהגמ' בפ"ק דקידושין דנקט ל"ל באפי סהדי זיל ואע"פ דהכא ע"א הוא השליח ששלח בידו השטר והגד"ת ז"ל נסתפק בע"א אי יכול לומר משטה והש"ך סי' פ"ב סקכ"ג פשיט לה דהמודה בפני ע"א א"י לומר משטה מ"מ ה"ד בהודאה גמורה שאומר הריני מודה או באומר אתם עדי וכמו שמבואר שם בסימן פ"ב אבל בדברים בעלמא דלאו לשון הודאה ל"מ מחי' וחיוב החוזר בו בקנס שביניהם כנ"ל ועוד ט"א שהרי כתב מהר"י בן מיגש ז"ל בתשו' סימן נ"ח דבקריעת השטר לא נמחל החוב ע"ש ואע"ג די"ל דלא נמחל החוב והוי מלוה ע"פ אבל כח השטר נמחל בקריעת השטר וקנס דשידוכין לא מתחייב אלא ע"י השטר היינו דוקא אם מתחי' לא נכתב השטר הוא דאינו נגבה אבל אם היה שטר וחל חיוב הקנס אע"פ שנקרע השטר מתחייב כמו מלוה דעלמא כיון דכבר חל חיוב קנס נקטי' דבנ"ד מחוייב החוזר בו בקנס שביניהם ועיין להרב עדות ביהוסף ח"ג סימן ט"ו דמ"ז ע"ד:

סימן ד

שאלה על מעשה שהיה בעיר אלגזאי"ר יע"א בענין קידושין וז"ל קבלת העדות ששלחו מתם במותב תלתא כחדא הוינא וכו' אלדי אוחרא קאעדין פ' חאנות יעקב הנז' וג'את

הבחורה זהרא וכו' וקאלתלו להבחור יעקב הנז' אעטיני זורג' סוולרי קאללא מה ענדישי קאלתלו אעטיהומלי קידושין זא יעקב הנז' ג'בד נץ פ'רנך פ'צ'ה מן שאנו ווראולנא ועקלנאו הווא נץ פ'רנך פ'צ'ה ג'א יעקב הנז' קאללא כ'וד אדא פ'לקידושין דייאלך ועטאולא פ'י יראה ועבאתו ומשאת לדארהם ע"כ נוסח קבלת העדות הצ"ל ולפי שנפלה מחלוקת בזה בין החכמים הללו אוסרין והללו מתירין שלחו לנו לחוות דעתנו בזה:

תשובה נ"ל דאין לפוטרו בלא גט דעל לשון זה ממש שאמר קח דינר זה בקידושי' נחלקו ה' מהר"י בירב ומהרלנ"ח ז"ל ומהר"ם אלשקאר ז"ל הובאו תשובותיהם ודבריהם באורך בתשו' מהרלנ"ח סי' קל"ו והנמשך ובתשו' מהר"ם אלשקאר סימן ס' והנמשך אלא שבנדונם אמר קח דינר זה בקידושין לי וכללות דבריהם הצ"ל הוא שמהר"י בירב ז"ל דעתו לפוטרה בלא גט וטעמו משום דליכא הוכחה שמקדש אותה עתה די"ל דה"ק תשמור זה הדינר לזמן שאני רוצה לקדש אותך או אשה אחרת ומהר"ם אלשקאר כתב דלא יעלה על לב זאת הכוונה ואפילו אם יש לצדד זאת הכוונה היינו אם אמר לקידושין אבל אם אמר בקידושין אין שום משמעות שתשמור אותם לצורך קידושין ומהרלנ"ח ז"ל כתב דיש לספק אם הכוונה שתקחם בקידושין אשה אחרת והיא נעשית שליח מאשה אחרת לקבל קידושין ואין מוכיח שמקדש אותה ומ"מ כתב דצריכה גט וגם ע"ז נתפלא מהר"ם אלאשקאר ולדעתו הם קידושין גמורים ובנ"ד שלא אמר לי אפילו לדעת מהר"ם אלאשקאר אינה מקודשת ודאי אלא שצירכה גט וגם למהרלנ"ח צריכה גט ונ"ד עדיפא שא"ל בקידושין שלך אלא שלא אמר לי ואפילו לדעת מהריב"ר נראה דבנ"ד דמתחלה שאלה בתורת מתנה לצורך עצמה ומוכחא מילתא דכשא"ל קח זה בקידושין הוא לצורך עצמה ולא לשמור:

ועוד דבכה"ג מקרי עסוקים בענין קידושין ואין ץ נגרע כח הקידושין בחסרון לי כמ"ש כל הפוסקים ומרן בש"ע ואפילו נתן בשתיקה דיו דהנה אמרי' בפ"ק דקידושין תן מנה לפלו' ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב ופירש"י ז"ל וא"ל בשעת נתינה התקדשי לי וכ"כ הר"מ ז"ל בפ"ה מה"א וכתב הר"ן ז"ל אבל אחרים אומרים אפילו נתן לה בשתיקה מקודשת דכיון דהיא אמרה תחלה ואקדש אני לך הוי עסוקים בע"ק ואפילו לא א"ל כלום בשעת נתינה מקו' ודברי הר"מ נ"ל עיקר דאי לא אמר בשעת נתינה כלום הוי נתן הוא ואמרה היא דאינה מקו' אלא מס' דבעי' כי יקח ולא כי תלקח את"ד בקיצור הרי דאפילו לדעת הר"מ ז"ל מיקרי עב"ק ולא הצריך שיאמר בשעת נתינה ל' קידושין אלא משום נתן הוא ואמרה היא וא"כ בנ"ד שחזר ואמר ל' קי' אלא שלא אמר לי מקו' ודאי ואע"פ שהר"מ כתב שא"ל בשעת נתינה ה"א מקודשת לי ל"ד אלא אפילו לא אמר לי

וכנ"ל להוכיח דבכה"ג שדברה האשה בע"ק מקרי עב"ק ואפילו נתן לה בשתיקה דיו מגמ' בפ"ק דקי' דפריך אהנך בעיי דבעי בגמ' בלישני דקי' במ"ע אי במדבר עמה עע"ק אפילו לא א"ל נמי ואי אינו מדבר מנא ידעה מאי קא"ל והשתא נוקמא באמרה היא תן מנה ואקדש אני לך ואח"כ נתן לה וא"ל בהיני לישני דידעה מאי קא"ל ולא מהני בשתיקה אלא ע"כ אפילו במדברת היא ע"ע קידושיה סגי ובשתיקה דיו ואע"פ דמ"מ אינה מקו' אלא מס' דהוי בתן הוא ואמרה היא ושפיר מבע"ל בהני לישני כי היכי דליהוי מקו' ודאי מ"מ לא ניחא ליה לאוקומה בהכי כיון דמ"מ מקו' היא מס' וניחא ליה לשנויי בגוונא דהבעיא היא אי לא הוו קי' כלל נקיט' דאפילו במדברת היא דיו בשתיקה ועיין למהריב"ל ח"ג סי' ס"ו:

איברא דהמרדכי סוף גיטין כתב בא' שהיה מדבר על אשה להלוות לה על קרס א' ואמר לה אם תרצה להתקדש בו אתננו לך ונתן לה וא"ל הרי את מקודשת בו דה"ר נתן אמר דאינה מקו' משום דלא אמר לי ופליאה דעת ממני דאפילו נתן לה בשתיקה מקודשת כיון דעב"ק שא"ל תרצה להתקדש בו וכתב מהריב"ל ז"ל ח"ג סי"ח דט"ס נפל וצ"ל תרצי להתקדש לי בו דלא הוו עסוקים ב"ק אלא אי בשעה שעסוקים אמ"ל לשון טוב ואפילו להריב"ש שכתב דכשאמר אני נותן לך הוי נמי שאמר לי מ"מ לא הוי אלא ס' ע"ש והרדב"ז ח"ב סי' רצ"ה חלק על מהריב"ל וכתב דכיון דהיה מדבר עמה בע"ק בסתם ולא א"ל פ' שלחני לקדשך ידים מוכיחות שמקדשה לו ולא אחר הן אמת שמכל דבריו באותה תשו' נר' שהדין דמהריב"ל שהגיה בדברי המרדכי הוא בלשון המקדש בשעת הנתינה והוא תימא וכבר תפסו עליו האחרונים ז"ל בזה מ"מ נקטי' מדבריו דגם במה שאמר תחי' תרצי להתקדש א"צ להגיה תיבת לי וא"כ בנ"ד לדעת הרדב"ז הוי עסוקים בק' ואפילו לדעת מהריב"ל ספיקא הוי מיהא דגם כשאמרה תנם לי בקי' ידים מוכיחות דלו מקדש כמ"ש הריב"ש בהריני נותן לך דיש להוכיח דבכה"ג הוי עוסקי' בענין קי' מהאי דקי' וע"ד שכתבתי לעיל נקיטי' דבנ"ד א"א לפוטרה בלא גט מתרי טעמי מחמת לשון הקי' ומשום עב"ק וצריך לפוטרו בגט מרצונו כדת של תורה וכ"ז אם הבחורה היא בוגרת או נערה יתומה אבל אם היא קטנה או נערה בחיי אביה אין בו חשש קי' כיון שנתקדשה שלא לדעת אביה ואם נקרצה אביה אח"כ פולגתא דרבוותא ולפי שלא נת' דבר זה בשאלה לא רציתי להאריך ודי בזה:

סימן ה

שאלה בא' שמינה שליח לקדש לו אשה המשודכת לו ולא נתרצית לקבל הקי' מחמת שעבר זמן זמנם מזמן הקצוב ביניהם לנשואין והמשודך עיכב בנשואין ואז א"ל השליח הנז' שתקבל הקי' מידו אם יהיו הנשואין במשך ד' חדשים ואם יעכב הנשואין אחר ד"ח אז הקידושין בטלים מעיקרא ואז נתרצית לקבל הקי' ואח"כ קדשה השליח וא"ל בזה הלשון הרי את מקודשת לפ' ותו לא הן היום שעברו הד"ח ולא נעשו הנשואין נפשם לשאו'ל הגיעו אם נתבטלו הקדושין או לא:

תשובה כבר ידוע אם עשה שליח לקדש סתם והלך השליח וקדש ע"ת הוי שינוי בשליחות ולא הוו קידושין כלל וכמ"ש הר"מ וכל הפוס' אפילו אח"כ כששמע המשלח נתרצה בתנאי ההוא לא הוו קי' כלל וכמ"ש המש"ל ז"ל בפ"ו מה"א ולא נסתפק הרב שם אלא אי המשלח לא הוזכר בדבריו הקפידה אלא בדבר שמכח אומדנא הוא דאמרי' דעתו של המשלח כך אבל אם א"ל קדש לי אשה פ' סתם והלך וקדש ע"ת או להפך פשיט"ל דאפילו נתרצה אח"כ לאו כלום הוא ע"ש אמנם מה שיש להסתפק הוא דלכאורה התנאי הנז' בטל מעיקרא כמ"ש וכיון שהתנאי בטל הו"ל כאלו לא היה תנאי ולא הוי שינוי בשליחות וקידושיו קי' דהתנאי בטל והמעשה קיים ומה שהתנאי בטל הוא משום דא' ממשפטי התנאים הוא תנאי שא"א לקיימו ע"י. שליח ולא הוי תנאי דבעי' כתנאי ב"ג וב"ר דאפשר לקיים ע"י שליח ותנאי זה דנ"ד של הנשואין א"א לקיימו ע"י שליח דהנשואין אינן אלא בהמשלח בעצמו הן אמת שכל הראשו' ז"ל פי' דר"ל תנאי שהמעשה אפשר לקיים ע"י שליח והקפידה אינה אלא על המעשה ולא על התנאי דעיקר דין זה איתמר בגמ' בפ' המדיר דע"ד דטעמא דחליצה מוטעת כשרה דהיינו דא"ל חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז משום דחליצה א"א לקיימה ע"י שליח אך הרב מכתב מאליהו דקמ"ב ע"ד הוכיח מדברי התוס' בפ' מי שאחזו דע"ה ע"א ד"ה לאפוקי שכתב רוב מצות נעשות ע"י שליח עי"ש דס"ל דעל התנאי היא הקפידה ותמה ע"ד מגמ' דפ' המדיר גבי חליצה ומכח זה פלפל בחכמה ופי' פי' חדש בסוגיא דפ' המדיר אשר לא שיערוהו כל הראשו' גם מכח ק"ו בדברי רי"ו והעיטור כתב דגם הם ס"ל דעל התנאי היא הקפידה ע"ש באורך וכבר מהר"ם שי"ף ז"ל שם בפ' מ"ש תמה ע"ד התוס' מסוגיא דפ' המדיר ע"ש ואי מיהא י"ל דס"ל להתוס' דהקפידה על שניהם על התנאי ועל המעשה וכיון דרוב מצות נעשות ע"י שליח ש"מ דגמרי' משפט תנאי זה מבני גד וב"ר וכיון דילפי' משפט זה ילפי' מינה דבעי' גם המעשה אפשר לקיימו ע"י שליח דומיא דבני גד וב"ר שהמעשה והתנאי אפשר לקיימו ע"י שליח אבל קשה דהתוס' ז"ל בעצמם שם בגיטין דפ"ו ע"א גבי ע"מ

שתעלה לרקיע שהקשו הא א"א לקיימו ע"י שליח ותי' דהקפידה היא על המעשה ולא קפדינן בתנאי כלל וזה סותר למ"ש בפ' מ"ש אשר ע"כ נראה דהתוס' בפ' מ"ש כתבו כן לפום ס"ד דפ' המגרש אבל בפ' המגרש מכח הקושי' הוכיחו דהקפידה היא על המעשה ולא על התנאי ומסקנתם כפי' כל הא' גם מדברי רי"ו אין הוכחה כ"כ מדבריו הפך כל הראשונים גם דברי העיטור כבר השע"ה ז"ל בה"א דל"ו יישבם ע"ש ואפי' לדברי הרב מכתב מאליהו דפלוגתא דרבוותא היא והוי ס' קידושין מ"מ ה"ד במקדש עצמו אבל במקדש ע"י שליח י"ל דשינוי בשליחות הוא דהמשלח לא מינהו אלא לקדש קי' ודאי ואין דעתו על קי' ס' וכמו שכבר נסתפק המש"ל ז"ל בפ"ו מה"א בזה ולא פשיט מר מידי וא"כ אפ' לדברי המ"מ הוי כמו ס"ס:

איברא דלכאורה התנאי בטל מט"א והוא דהתנאי נעשה קודם שקדשה אבל כאשר נתן לה הקידושין לא אמר אלא הרי את מקודשת לפ' ותו לא וכיון שקיבלה הקי' בלי שום תנאי י"ל דאחלה לתנאי ודמי למ"ש הר"מ בספ"ז מה"א המקדש ע"ת וכינס סתם או בעל סתם צריכה גט שמא אחלה לתנאי וכתב מרן הכ"מ ז"ל דפ' כר"א בפ' המדיר דאפילו כינס ולא בעל ס"ל לרב צריכה גט משום דאמרי' כיון שלא הזכיר התנאי בשעה שכינס שמא אחלה לתנאי ע"ש וה"נ בנ"ד צריכה גט מיהו יש לדחות דדוקא בכנס הוא דחיישינן דרגילות הוא בנשואין דגמרי ומחלי וכמ"ש התוס' בפ' המדיר ריש דע"ג ע"א ועוד כבר כתבתי דכיון דקדש ע"י שליח הוי כעין ס"ס דלדעת הרא"ש דוקא בעל אבל כנס א"צ גט כמ"ש לקמיה בשם מהראנ"ח ז"ל וראיתי למרן בכ"מ ברפ"ו מה"א שהביא דברי ה"ה שכתב דמה שהשמיט הר"מ משפט תנאי דאפשר לקיימו ע"י שליח משום דסמך אמ"ש בפ"ד מה' חליצה דחליצה מוטעת כשרה וטעמיה משום דחליצה א"א לקיימה כמ"ש בפ' המדיר ותמה מרן בכ"מ דהא י"ל דטעמא דחליצה מוטעת משום כיון דחלץ סתם אחליה לתנאיה כמו קדש ע"ש וכנס סתם דפ' הר"מ דאמרי' אחליה לתנאיה ומכח זה כ' דהר"מ לא פ' משפט תנאי זה משום דלא איתמר בגמ' אלא אליבא דמ"ד קדש ע"ת ובעל א"צ גט והר"מ פ' כמ"ד צריכה גט ע"ש וא"כ לפ"ד מרן בדעת הר"מ י"ל בנ"ד כיון דקיבלה קידושין סתם אחלה לתנאיה מיהו דברי מרן תמוהים טובא דאי טעמא דחליצה מוטעת משום דאחליה לתנאיה הול"ל חליצה פסולה דס' הוא אי מחל או לא וכבר תמה כן הלח"מ ז"ל וכ' דכדברי ה"ה עיקר ע"ש ולכאורה אפ"ל דברי מרן דדוקא בקידש ע"ת שהתנאי נעשה בעת תחי' הקנין הוא דהוי ס' אי מחל אבל בחליצה דהתנאי נעשה קודם שום תחילת קנין אמרי' דודאי מחל אמנם הא ליתא דא"כ מאי פריך הגמ' בפ' המדיר למ"ד קידש ע"ת ובעל א"צ גט מחליצה מוטעת נימא שאני חליצה שנעשה

התנאי קודם הקנין אלא ע"כ דאין סברא לחלק בכך באופן שדברי הכ"מ תמוהים ודברי ה"ה עיקר אח"ז ראיתי להרב שע"ה בה"א דל"ה שכתב דמרן הכ"מ לא כ"כ אלא גבי חליצה דרמיא עליו עש"ב ומעתה בכ"מ אמרי' דפ"ד הראשונה הוא עושה ודוקא בכנס הוא דמספק"ל אי מחל אבל בכל התנאים אמרי' ע"ד התנאי הוא עושה וכ"מ למהרלנ"ח ח"א סנ"ב שנשאל בבעל ש"מ שאמר קודם שרוצה לגרש את אשתו ע"ת דאם מתי ואח"כ מינה שליח סתם והלך השליח וגירש בתנאי דאם מתי והשיב דלא הוי שינוי בשליחות דהבעל כשמינה שליח ע"ד הראשונה הוא עושה והוכיח כן מדתניא בפ' מי שאחזו א"ל ה"ז גיטך ע"מ שתשמשי את אבא ב"ש וחזר וא"ל בפני ב' ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז לא ביטל דבריו הראשונים רצתה משמשתו רצתה נותנת לו מאתים זוז והביא גם דברי הרא"ש בתשו' כלל ל"ד ס"ח שהביא ההיא דפ' המדיר דאמרי' אמר אביי לא תימא טעמא דרב דאחליה לתנאיה וכו' דר"ל ותלמוד מכאן דכל המתנה בשעת המעשה ובשעת גמר המעשה לא הזכיר התנאי שמחל התנאי אלא ע"ד הראשונה הוא עושה ואח"כ כתב מהראנ"ח דנראה דגם לקולא אמרי' כן מההיא דפ' מ"ש מדסגי בתנאי הא' דרצתה משמשת את אביו ע"ש וי"ל בדבריו אמאי לא הוכיח דגם לקולא אמרי' כן גם מתשו' הרא"ש שהביא מקודם שהרי קאי על מימרא דרב דאמר צריכה גט וקאמר דמטעם אחליה לתנאיה א"צ גט אלא דאמרי' דע"ד הראשונה הוא בודאי וא"צ גט ועוד דנראה דאין הוכחה כלל מדברי הרא"ש שהרי לא נחית שם אלא לאוכוחי דמצי לבטל התנאי בפי' דאפילו מאן דפליג עליה דאביי אינו אלא משום דאמרי' אחליה לתנאיה א"כ ש"מ דיכול לבטל אבל אין ללמוד מדבריו דס"ל לדינא ע"ד הראשונה הוא עושה דאפ' דקי"ל כעולא וכמ"ש הר"מ בספ"ז מה"א דהמקדש ע"ת וכנס סתם צריכה גט דמספק"ל אי אחיל לתנאיה או ע"ד הא' עושה וכמ"ש מרן בכ"מ שם ואין להקשות ע"ד הר"מ מברייתא דפ' מ"ש שהוכיח מינה מהראנ"ח ז"ל דבודאי אמהי' ע"ד הא' ולא ספיקא הוא די"ל דדוקא בכנס הוא דמספק"ל משום דרגילות הוא למחול וכמש"ל ולפ"ז הגמ' דפ' המדיר דפריך מחליצה מוטעת הו"מ למפרך גם למ"ד צריכה גט דע"כ ל"ק צריכה גט אלא גבי נישואין אבל בעלמא דודאי ע"ד הא' הוא עושה כמ"ש מההיא דפ' מ"ש שהביא מהראנ"ח ולכ"ע עכ"ל טעמא דחליצה מוטעת משום דא"א לקיים ע"י שליח נקיטי' דבכל תנאים אמרי' דודאי ע"ד הא' הוא עושה אפילו לא הזכיר התנאי בשעת המעשה ממש וכה"ג כתב ארשב"א ח"ב סימן רכ"ט בתשו' הכרם גבי קנין דע"ד הא' הוא עושה ולא מספקי' באחליה לתנאיה וכ"כ הרשב"א בחי' שם בהך דפ' מ"ש בשם הרמב"ן ז"ל דל"פ הרבוותא ז"ל אלא היכא דהתנה תנאי אחר אח"כ אבל היכא דהתנה קודם

ובשעת מסירה מסרו סתם לכ"ע ע"ד הא' הוא נותנו וכ"פ מהריב"ל ח"ב ס"ט ומהרימ"ט ח"א סימן ל"ה ומהרשד"ם חא"ה סי' ק' אלא שנראה מדבריו דדוקא אם באותו מעמד שהתנה לא זזו משם עד שמסרו לה ע"ש ובנ"ד באותו מעמד מסר לה הקידושין איברא דמהרימ"ט סותר דברי עצמו ממ"ש בח"א סי"ג וכבר עמד ע"ז הרב משאת משה ז"ל חא"ה סי' ח' עש"ב. ומרן עצמו בכ"מ בפ"ו מה' שאלה דין ב' כתב בדעת הר"מ דע"ד הא' הוא עושה דלא כמ"ש גבי חליצה נקיטי' דבנ"ר דעברו ד"ח ולא נעשו הנשואין ולא נתקיים התנאי הקי' בטילין מעי' שהרי לא נתקיים התנאי ועוד יש לצרף סניף בעלמא דהנה השליח לא אמר הרי את מקודשת בזה ולא ביאר שהוא מקדשה במעות או חפץ שנותן לה והוי ידים שאין מוכיחות כמו גבי גט דבעי' ודין הן אמת דהמבי"ט ח"א סנ"ז וסימן רצ"א כתב דבדעבד אינו מעכב והב"ד סי' ק' כ' שרבו נסתפק בזה והביא ראיה דעיכוב יש בדבר והב"ד דחה ראייתו והביא דברי המבי"ט גם מתשו' מרן בדיני קידושין סי' כ' נראה בהדיא דלא מיפסל בהכי ע"ש וכמ"ש במ"א מ"מ מהרמ"א בס' מש"דר דק"ה הביא דברי המבי"ט וחלק עליו ומסיק שכל שלא אמר בזה לא אמר כלום וקידושיו אינם קי' הרי דדעתו ודעת רבו של הב"ד דעיכוב יש בדבר אם לא אמר בזה:

תורה יוצאה בהינומא דאשה זו שריא לאנסובי לכל גבר די תצביין ולית מאן דימחי בידה כלל ועיקר:

סימן ו

בעדים שהעידו בא' שנתן קידושין חתיכת בשר למגורשתו ע"א מהם העיד שבפניו ובפני העד הב' היתה האשה עומדת בפתח החצר וא"ל ה"א מקודשת לי בזה הבשר כדת משה וישראל ולקחה אותה מידו וצחקה ונכנסה לחצר והעד הב' העיד שבפניו ובפני העד הא' נתן לה הבשר בשתיקה ונכנסה לחצר ובעוד שהיא הולכת א"ל ה"א מקו' בזה הבשר והאשה מכחשת ואומרת שלא שמעה שום דיבור קי' כלל והעד הב' הודה לדבריה שאפ' שלא שמעה:

הנה בעדות העד הב' יש ב' ריעותות א' דלא אמר לי וכבר נודע פלגותא דרבוותא אי ידים שאין מוכיחות הויין ידים לענין קידושין והב' דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות דהר"מ בפ"ה מה"א פ' עובדא דההוא גברא דקידש בציפתא דאסא א"ל והא ליתּ ביה שו"פ אמר תיקדוש בד' זוזי דאית בה דלא הוו קידושין דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות דלאו כלום ואע"ג דאמרו בגמ' אתון דשמיע לכו חשו לה מפני כבודו א"ל כן ומ"מ צריכה גט מס' דשמא יש שו"פ במ"א עי"ש אבל הרי"ף פ' דדוקא אם א"ל מעיקרא כנסי סלע בתורת

פקדון הוא דלא הוו קידושין דסברא אי שדתינהו אחייבה בהו אבל בעובדא דציפתא חיישי' דאמרי' אי לא ניחא לה תשדינהו וכ"ד הרא"ש והטור והשתא בנ"ד לא קיבלה מעיקרא בפקדון וא"כ לדעת הר"מ אינה מקו' כלל ולדעת הרי"ף מקו' מס' וצריכה גט מיהו כיון דאיכא ריעותא דלא אמר אלא ה"א מקו' ולא אמר לי לא הוו קידושין כלל וכמ"ש מרן בתשו' ד"ז והביאו הב"ש סי' נ"ז ס"ק י"ד דאע"ג דפלוגתא דרבוות' אי ידים שא"מ הויין ידים גבי קי' מ"מ היכא דאיכא ריעותא אחרת דמצדה לא הוו אלא ס' קי' לא חיישינן לה כלל כיון דלא אמ"ל ע"ש וכן ראיתי למהריב"ל ח"א סי' ך' שכתב כנז' ממש כיון דע"א מעיד דלא אמר לי ואיכא ריעותא דע"א מעיד שנתן לה סתם ואח"כ א"ל ה"א מקודשת דלא הוו קי' ותינשא לכתחילה ע"ש ועור דאפילו. לדעת הרי"ף כתב מרן בתשו' סי' ב' דדוקא בציפתא דאסא דמעיקרא נתן לה בתו' קידושין אבל אם נתן לה מעיקר' סתם מודה דלאו כלום ע"ש וכ"ן מתשו' הרשב"א שהביא ה"ה והביא דבריהם מהריב"ל שם דהיכא דנתן לה סתם ואח"ך א"ל לקידו' לא הוו קי' אפילו אמרה הן ע"ש והרי אפילו לדעת הר"מ דבכל גוונא שתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום היא מ"מ היכא דאמרה הן מקו' כמו שמבואר בגמ' ועכ"ל דשאני היכא דנתן סתם דמסתמא למתנה נתכוון וכיון שכבר זכתה במאי מקדשה וכן ראיתי למהר"י אדרבי ז'ל סי' ר"ז שכ"כ משם גדול א' אלא שהרב ז"ל חלק עליו בזה דיש לחוש כיון דא"ל אח"ך לקידושין אמרי' הוכיח סופו על תחילתו נקיטי' דרבים הם הסוברים דאפילו לדעת הרי"ף היכא דנתן סתם מעי' תנשא לכתחלה מעתה מצד עדות העד הב' לא הוו קי' כלל אמנם מצד עדות שהעד הא' היה נר' לכאורה דראוי להחמיר ולה צריכה גט דכבר נודע דאע"פ דרובא דרבוותא הם הסוברים וכו' דהמקדש בע"א אין חוששי' לקי' ואפילו לדעת הסמ"ג דחוששי' לקי' מ"מ היכא דהאשה מכחשת מודה וכמ"ש הרשב"ץ ובנ"ד האשה מכחשת שלא שמעה שום שמץ דבר מענייני הקי' מ"מ כ"ז דוקא היכא דליכא אלא ע"א בקי' אבל כשאומר שעד שבפניו ובפני העד הב' היו הקידושין הוו קידושין בב' עדים וחיישי' לכ"ע וכמ"ש מהרימ"ט חא"ה סימן ל"ח אהא דתניא בתוס' הביאה הרי"ף ז"ל בפ' מי שאחזו בראוה שנתייחדה עם בעלה שגירשה דאם ראוה א' בשחרית וא' בין הערבים אין מצט' וכ' הר"ן אע"פ שבממון כה"ג מצט' מ"מ עדות אשה כד"נ והקשה מהרימ"ט ת"ל דהמקדש בע"א אין חוששין לקידושיו ותי' דמיירי שכ"א אמר שבפניו ובפני אחר היה וקמ"ל דאין מצט' לאחזוקה בא"א ע"ש הרי דבכה"ג דאמר בפניו ובפני אחר חוששין וכ"כ הת"הד ז"ל סימן רי"ב דהיכא דאמר העד בפניו ובפני עד אחר הוו הקי' אע"פ שהעד הב' הכחישו דלא הוו הקי' כלל חיישינן לכ"ע דרמיא לדאמרי' בפ' המדיר פ' תיקן לי את הכרי ואשתכח שקרא

דאמרי' בירוש' דוקא אשתכח שקרא בעדים אבל הכחשת הפ' ההוא לא הוי הכחשה אלא שהרב ת"הד התיר בנדונו מדאמרי' בפ"ב דכתובות ע"א אומר נתקדשה וע"א או' לא נתקדשה ה"ז לא תינשא ואם נשאת לא תצא והקשו התוס' אמאי לא מוקמינן לה אחזקת' פנויה ותינשא לכתחילה ותי' דהכא מיירי כששניהם מודו דהוה ענין הקי' אלא דא' אומר קרוב לו וא' אומר קרוב לה ע"ש הרי דלא התיר הרב אלא משום דעד הב' אמר דלא אמר לה כלל ה"א מקודשת אבל בנ"ד דשניהם מודים דהוה ענין הקי' אלא דא' אומר שאמר לי וא' אומר דלא אמר לי גם א' אומר שא"ל לקי' בשעת מתן מעות וא' אומר לאחר מתן מעות נראה דכל כה"ג דמי לא' אומר קרוב לו וא' אומר קרוב לה דלא תינשא לכתחילה ואפילו הסוברים המקדש בע"א א"ח לקידושיו בה"ג מודה כדכתי' ולדעת הר"מ בפ"ה מה"א דאפילו האשה מכחשת לא תינשא לכתחילה דאע"ג דאמרי' בפ"ג דקי' ע"א בהכחשה לאו כלום הוא מ"מ כיון דאיכא ע"א דמסייע לה מעיזה ומעיזה ואין הכחשתה כלום וכ"כ ה"ה לדעת הר"מ שם ע"ש וכ"כ מהר"י אדרבי סי' ר"ז דא' אומר בשעת מתן מעות וא' אומר לאחר מתן מעות דמי לא' אומר קרוב לו וא' אומר קרוב לה דלא תינשא לכתחילה ומהריב"ל ח"ג סי' פ"ד נסתפק בזה די"ל דדוקא בא' אומר קרוב לו וא' אומר קרוב לה הוא דלא תינשא לכתחילה משום דעבידי אנשי דטעו כמ"ש הר"ן ז"ל שם עי"ש ואע"פ שמהרשד"ם סי' י"א כתב דפשי' דכל כה"ג הוי הכחשה בין העדים ותינשא לכתחילה מ"מ היה נראה להחמיר להצריכה גט כדברי מהריב"ל ומרי"א מ"מ נר' עיקר דבנ"ד דאיכא ריעותא דלא אמר לי תנשא לכתחילה דהנה הכנ"הג בסי' כ"ז הביא פלוגתא דרבוותא בא' אומר אמר לי וא' אומר דלא אמר לי אי תנשא לכתחי' ע"ש והוו תרתי פלוגתא דרבוותא והוי כעין ס"ס דשריא לכתחילה וכמ"ש מהרשד"ם סי' י"א ע"ש גם מהריב"ל כא"א בתשו' שהבאתי כתב בהדיא אע"פ שא' אומר בשעת מתן מעות וא' אומר לאחר מתן מעות ודמי לא' אומר קרוב לו וא' אומ' קרוב לה לא תינשא לכתחי' מ"מ כיון דאיכא ריעותא דא' אומר דלא אמר לי שריא לכתחי' ואע"ג דבנדון מהריב"ל בכל עד יש ריעותא א' אבל בנ"ד הב' ריעותות בעד א' אין נראה לחלק בכך ועוד מט"א כיון דהעד הב' אמר אפ' דלא שמעה אין כאן עדות כלל. כמ"ש מרן בתשו' סי' ב' דכיון דע"א אומר אפ' דלא שמעה הו"ל הוכחשו בחקירות ואין כאן עדות ע"ש שכ"כ בפשיטות תורה יוצאה דאשה זו שרייא לאנסובי לכתחילה

סימן ז

כתובה שכתוב בה ומזוניכי ובסוף כ' בקש"ם עכמ"ד ומפ"ל דהקנין קאי גם על המזונות אי טרפה ממשעבדי למזונותיה:

הנה בע"הת ש"א כ' בשם הרי"ף דמלוה בשטר קודמת למזונו' אשה והטעם משום דשעבודיה דמלוה דאורייתא דש"ד אבל חיוב המזונות אינו אלא מדרבנן ובס"ד כ' אבל מלוה ע"פ ומזונות אשה כי הדדי נינהו וחולקין שהרי אשה במזונותיה בע"ח היא אי משום תנאי ב"ד אי משום דכתוב בכתובה ומזוניכי ע"ש והב"י ח"מ סי' צ"ז סמ"ג תמה ע"ז כיון דמירי ככתוב בכתובה מזוניכי א"כ שעבודה דאורייתא ואמאי מלוה בשטר קודמת לה וכ' דאפ' דטעמא דמזונות משום דחיוב מזונות דמכאן ולהבא עדיין לא הגיע זמנו ודלשעבר דלוותה ואכלה אפילו לוותה בשטר אין שעבוד השטר על הבעל אלא עליה ע"ש ובודאי דמרן הב"י טעמא דנפשיה קאמר ולא ליישב דברי הרי"ף דא"כ אמאי כתב הרי"ף טעמא דשעבוד מזונות דרבנן הלא אפילו הוי דאורייתא מ"מ לא הגיע זמנה וליישב דברי הרי"ף נ"ל במאי דאמרי' בפ' הניזקין דנ"א ע"א דטעמא דמזונות הבנות לא גבי ממשעבדי אפילו קנו מידו משום דכיון דאיתיה בתנאי ב"ד מתפיס לה צררי ומש' מדברי התוס' שם ד"ה אימור דבמזונות אשה נמי אפילו קנו מידו לא גבי ממשעבדי דחיישי' לצררי אבל לגבות מבני חרי לא חששו לצררי גם מדברי התוס' שם ד"ן ע"ב בד"ה כתובים דל"ח לצררי אלא בקנו מידו ע"ש והשתא א"ש דברי הרי"ף דבקנו מידו או כתוב מזוניכי חיישי' לצררי אבל היכא דלא כתוב מזוניכי ולא קנו מידו דליכא חששא דצררי ע"כ מטעמא דשעבוד מזונות מדרבנן ושעבוד דמלוה מדאורייתא והסמ"ע שם כתב דטעמא דמלוה בשטר קודמת למזונות משום דלא מחייב מדאורייתא אלא אם יש לו ואפילו קנו מידו ומדרבנן הוא דמחייב אפילו אין לו וכ"כ הכנ"הג בהגב"י אות ט"ל וראיתי שהק' שם ע"ד מרן הב"י מדתנן ר"פ הנושא בקבל עליו לזון בת אשתו הניזונת מנכסים משועבדי' ואמאי הא עדיין לא הגיע זמנן גם מתשו' הרשב"א שהביא הב"י סי' ק"ד מחו' ח' ע"ש ונראה דלא ק' דשאני מזונות אשה דאפ' שלא יתחייב אי ספקה במע"י וא"כ אינו מתחייב מעכשיו אלא בהגעת הזמן ולא ספקה משא"כ בבת אשתו דלעולם חיובא רמיא עליה וכן תשו' הרשב"א שהביא הב"י סימן ק"ר דכה"ג מירי ע"ש וכה"ג כתב הרשב"א בחי' בפ' הניזקין שם במזונות אשה ל"ח לצדדי משום דאפשר שלא יתחייב בספקה במע"י ולא דמי למזונות הבנות ע"ש ובהכי ניחא דל"ק ע"ד מרן הב"י מאי איכפת לן אם לא הגיע זמנן הלא קי"ל בסימן ק"ד דמלוה בשטר מוקדמת אפילו לא הגיע זמנה קודמת לב"ח מאוחר אפילו הגיע זמן המאוחר ועפ"ה ניחא דשאני מזונות אשה

דלא חל החייוב מעכשיו דאפ' דספקה במע"י נקיטי' דלכל הטעמים שנאמרו בדינו של הרי"ף שייכי גם בקנו מידו דמלוה בשטר קודמת למזונות אשה אפי' קנו מידו וא"כ לא גביא ממשעבדי אפילו קנו מידו אבל הרשב"א בחי' בפ' הנזקין שם ובתשו' הביאה מרן בב"י בא"ה ס"ס צ"ג והמ"מ בפי"ח מה"א דין י"ג כתב דהיכא דקנו מידו על המזונות גובה ממשעבדי ודמי לבת אשתו ע"ש הרי פלוגתא דרבוותא בקנו מידו אבל בכתיבה לחוד יש להסתפק בדעת הרשב"א דהנה רש"י שם פי' הנזקין במאי דאוקים בגמ' בקנו מידו כ' דסתם קנין לכתיבה עומד והק' התוס' הא כתיבה ל"מ גבי בנות כדאמרי' בגמ' לעיל דכמאן דכתיבה דמי ע"ש ולדעת רש"י צ"ל דאע"ג דאמרי' כמאן דכתיבי מ"מ בכתיבה ממש מהני וא"כ אפשר דהרשב"א מודה להרי"ף בכתיבה וס"ל כדעת התוס' דלא מהני כתיבה בכה"ג וראיתי לה' ב"ד ח"מ סימן כ"ח שכתב דאפשר והרי"ף ל"פ דהרי"ף מודה בקנין דמהני והרשב"א מודה בכתב לחוד ע"ש ולע"ד דהרי"ף אפילו בקנו ל"מ דלכל הטעמים איתנהו גם בקנו גם ראיתי לו שהוכיח מדברי רש"י גבי מאי דאמרי' כמאן דכתי' דכתיבה ל"מ ע"ש ונעלם ממנו דברי רש"י גבי מאי דאוקי' בקנו מידו דנראה משם דכתיבה מהניא וכדכתי' נקיטי' דלדעת הרשב"א מהני הקנין ובכתיבה לחוד יש לספק בדעתו ודעת הרי"ף אפילו בקנו וכתב ל"ג ממשעבדי ולפ"ז מלוה בשטר קודמת למזונות אשתו וכל מה שירויח יתנו לב"ח ולא תזון מהם אשתו אפילו לדידן דכתוב בכתו' מזוניכי וקנו מידו גם על המזונות וכן דנין מימי קדם ועיין בתשו' זרע יצחק שבס' בני יוסף סי' ו' ע"ש:

סימן ח

שאלה יהודי. א' שהעיד שא"ל פלוני שהר' יוסף חצ'רייה נלב"ע ששמע מהגוים שהרגוהו והפ' ההוא שהעיד בשמו הכחישו שלהד"מ ולא אמר לו מעולם ואח"כ בא עד אחר והעיד שא"ל אותו פ' הנז' שיוסף חצ'רייה הנז' בעו"הר הרגוהו הגוים וגם לזה העד הכחישו בפניו שלהר"מ ולא אמרתי לו מזה הענין כלל ועיקר אם יש להתיר אשתו של יוסף הנז' ושכמ"ה:

תשובה כבר נודע דפלוגתא דרבוותא היא בעד מפי עד והכחישו עד הא' אי מהימן וכמ"ש הרא"ש בפ' המדיר גבי פ' חכם תיקן את הכרי ושיילו ואשתכח שקרא ובפ' שבועת העדות המ' בע"א שאמר לאשה ולא אמר בב"ד ע"ש אך אם העידו ב' מפי ע"א לכ"ע אין יכול העד ההוא להכחיש את הב' כמ"ש הב"ש וכ"כ מהראנ"ח ח"א סי' ל"ז דא' אין בידו להכחיש את הב' מיהו כתב מהראנ"ח שם דאם מודה שא"ל כן אלא שבפני

ב"ד אמר שכל מה שאמר להם הוא שקר שאינו יודע לה שום עדות נאמן שכיון שדבריו הראשו' היו חוץ לב"ד חוזר ומגיד בב"ד ואפי' בעדות אשה דמהנו דבריו שאמר חוץ לב"ד להתירה אפ"ה חוזר ומגיד בב"ד כמו שהוא הדין כן בד"מ כמ"ש הר"ן בתשו' סי' מ"ז ע"ש וראיתי להרדב"ז ח"א סי' רמ"ב שכתב בעד מפי עד והכחישו העד הא' שיכולה האשה לילך לב"ד אחר ולו' שמת בעלה והוציא כן ע"פ גירסתו בפרש"י בפ' שה"ע ע"ש נראה מדבריו דבעדות אשה אף שאמר דבריו חוץ לב"ד א"ח ומגיד דאי איתא דיכול לחזור היאך תוכל לסמוך ע"ד הראשונים כיון שחזר בו בפניה אלא ע"כ דא"ח ומגיד ובאותו ב"ד ששמעו כפירת העד א"י להתירה שלא ידעו בבירור שהעד א"ל מתחילה שמת בעלה שהרי העד הראשון מכחישה אבל ב"ד אחר שלא ידעו הכחשת העד יכול להתירה ונעלם ממנו תשובת הר"ן הנז':

וראיתי להרב אליה רבא וזוטא דע"ח שדחה דברי מהראנ"ח מהלכה ומסיק דאפילו בשנים יכול הא' שאמרו בשמו להכחישם ועיקר הוכחתו היא מדאמרי' ברפ"ג דכריתות בא"ל ב' אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי דרבנן ס"ל דפטור ומבע"ל בגמ' אי טעמייהו דרבנן משום מגו דאי בעי אמר מזיד הייתי וכתבו התוס' דלא הוי מגו במקום עדים משום דמיתרצי דיבוריה דא"ל לא אכלתי שוגג אלא מזיד ע"ש וה"נ נתרץ דיבוריה דמ"ש לא אמרתי לכם היינו ר"ל לא אמרתי לכם אמת אלא שקר דברתי כיון דאי אמר שקר דברתי מהימן אפילו בעדות אשה כיון דמ"ש להם תחילה היה חוץ לב"ד וחוזר ומגיד ע"ש ונראה דאין משם הוכחה כלל דהרי התוס' שם הקשו ונשייליה ותי' דשיילי' ליה והוא בעצמו מתרץ דיבוריה ואפ"ה ר"מ מחייב כדתני' בתוס' ע"ש וא"כ לעולם אינן לא מתירצי' ליה לדיבוריה אלא הוא. דמתי' דיבוריה ובכה"ג לא מיירי מהראנ"ח ועוד דהת"י שם כ' דלא הוי מיגו במ"ע אלא כשהעדים גמרו עדותן אבל א"ל אכלת חלב לא גמרו עדותן בהם באים לחייבו קרבן ואינם יודעים אם אכל שוגג או מזיד ובכה"ג דלא גמרו עדותן הוא דא דאמרי' מיגו במ"ע ע"ש וא"כ הכא בב' מעידין שא"ל מת בעלה הרי גמרו עדותן ולא אמרי' מיגו במ"ע בכה"ג דגמרו עדותן אפילו ע"י תי' דיבוריה כמו ההיא דשל אבותי שהביאהו שם ועוד לפמ"ש שם בשם ריב"א דדוקא בדבר דנפשיה ליפטר מקרבן הוא דמתרץ דיבוריה אבל להפסיד חבירו לא מהימן ע"ש וה"נ לאו דנפשיה הוא אלא להפסיד האשה ובכה"ג לא מתרצי' דיבוריה וראיתי להרב משאת משה ח"א חא"ה דק"ץ שדחה הוכחת ה' מההיא דכריתות דאין לחי' דיבוריה שאמר שקר דאפילו משוי נפשיה רשיעא ע"ש ונראה דאין ענין למשוי נפשיה רשיעא לכאן דעביד איניש לאשתעוי הכי שהרי בעלמא קי"ל כל שלא אמר עדותו בב"ד. חוזר ומגיד וגם לפ"ד מאי מקשה שם

ממיגו במ"ע גם דברי התוס' שכ' שם משום דלא לייתי חולין בעזרה שייכי כאן דגם כאן כי היכי דלא לאשתרויי א"א לדעלמא ומ"מ כבר כתבתי דאין משם שום הוכחה לדחות דברי מסדאנ"ח גם מ"ש עוד הא"ר וזוטא כבר יתיב שפיר ה' מ"מ שם ברם מ"ש המ"מ שם ראיה לדברי מהראנ"ח מתשו' הרא"ש צלל צ"ד ומדברי ת"הד סי' רכ"ב ומתשו' מהרימ"ט אינו ענין לכאן דכל הנהו השומעים מפיו מעידין עליו ובאין לחייבו ולפוסלו וכה"ג ודאי דאינו נאמן להכחישם אבל בעדות דלא שייכא לדידיה אה"ן דיכול להכחישם נקיטי דהעיקר הוא דבשנים א"י להכחישה כדברי מהראנ"ח והב"ש והח"מ וכן מחי' להלכה המ"מ שם ואי אמר שקר אמרתי לכם נאמן דחוזר ומגיד אפילו בעדות אשה כמ"ש הר"ן בתשו' ודברי מרן בתשו' סי' ד' שכ' כה"ג א"ח ומגיד לא יסתרו לזה דהתם בגוי דלאו בר הבאה לבד וכמ"ש מהריב"ל ח"ה סי' ח' דלא כ"כ הר"ן בתשו' אלא בישראל ץ דבר הבאה לבד הוא:

ואכתי נשאר לנו לספק בשריותא דהך איתתא דכיון דלא הז' שם הגוים אפילו דע"י קול הברה שיצא שמת הוא דאמרו כן כמ"ש מהריב"ל ח"ב סי' פ"ט וכן חשש מהר"י סמוט הובאו דבריו בתשו' מרן סי' ג' אך מרן שם בתשו' פ' דלא חיישי' להכי אע"פ שלא הזכיר שם הגוים ששמע מהם וכן הסכים הרב פני משה ח"ג סי' י"ב ועוד דהכא שמע שהרוצחים עצמן כמו שמבואר בדברי העד הא' וגם דברי העד הב' יש לכוונם לזה ואין ביניהם הכחשה כלל וברוצחים לא שייך למי' ע"י הקול אמרו ואין לומר כיון דברוצחים מיירי א"כ צ"ל וקברתיו אפילו להחולקים על הר"מ כמ"ש המ"ב סי' דכבר מהר"ם מלובלין בתשו' סי' ק"י הוכיח במישור דאפילו שמע מן הרוצחים אצ"ל וקברתיו ופן הוכחתי במ"א מגמ' סוף יבמות מההיא דא"ל קטול אספסתא דאדרבה אפילו לדעת הר"מ ברוצח לא בעינן קברתיו דהרוצח קיל טפי כמ"ש מהרח"ש בקו' עיגונא ועוד דכבר כתב מהר"י סאג'יס הביאו מרן הב"י דדוקא בגוי המעיד והוא נמצא בעת ההריגה הוא דבעי' קברתיו אבל כשהמעיד לפנינו לא נמצא בעת ההריגה לא בעי' קברתיו ע"ש:

ואכתי נשאר לנו לברר ולספק בנ"ד דלא אמר הישראל שהגוי שא"ל היה מסל"ת וכבר נודע דפלוגתא דרבוותא אך מהריב"ל ומהרשד"ם בתשו' כתב דפשטה הוראה בכל ישראל כדברי הת"הד דגוי המעיד משם גוי אחר אצ"ל שהגוי הא' מסל"ת איברא דהת"הד שם סי' רל"ט כתב ב' טעמים מאי דלא חיישי' שמא ע"י שאלה אמר הגוי הא' ולא הוי מסל"ת הטעם הא' דדוקא בישראל השואל לא חשיב מסל"ת משום דמרגיש הגוי שיש להם נפקותא בדבר ומשקה אבל אם שואל אותו גוי שלא בפני ישראל חשיב מסל"ת והטעם הב' דכיון דהגוי הב' לא אמר שע"י שאלה היה לא תלי' להחמיר ע"ש ונר'

דנ"מ בין הטעמים ליש' האומר משם גוי דלטעם הא' חיישי' ולטעם הב' ל"ח והמ"ב סי' כתב דלכ"ע בישראל משם גוי צ"ל שהגוי הא' מסל"ת והביאו הכנ"הג ע"ש אמנם הט"ז ומהראנ"ח ח"א סי' כ' ומהר"ם אלשיך סי' מ"ד ומהרימ"ט חא"ה סי' כ"ה הסכימו דעדים ישראל המעיד ולכ"ע ל"ח שמא הגוי הא' מסל"ת ועוד יש לצרף ט"א דכיון שעברו יב"ח משאבד הרי אבד זכרו ויצאה מאיסו' דאורייתא כמ"ש מהר"ם כח' הובאו דבריו בגו"ר כלל סימן ז' וסי' י"ו והוכיח כן מדברי הר"ם בפ"ז מה' נחלות ע"ש ובמ"א הארכתי בזה והוכחתי כן מדברי הרשב"ש והריב"ש מכל הני טעמי נראה דאתתא דא שריא ויוצאת מכבלי העיגון:

סימן ט

האשה שתבעה כתובתה בתוך ג"ח שהב"ד סימן נ"ב כ' דלא הפסידה מזונות ג"ח כיון שמעוכבת מלינשא מחמתו והפנ"י ח"ב סי' ק' כתב דהפסידה וכבר הביא מו"ה ע"הש שם בסי' צ"ג תשו' הרשב"ץ ח"ב סי' רצ"ב תיקון ז' שכתב דתבעה תוך ג"ח הפסידה מזונותיה אך מה שהוכיח הע"הש ממ"ש הת"הד סי' ריז' דבתובעת כתובתה בתוך ימי היניקה שהפסידה מזונותיה אע"ג דמעוכבת מלינשא מחמתו. עי"ש כ' הב"ד שם חילק בדבר בין תוך כ"ד חדש לתוך ג"ח ע"ש ומ"מ לדינא ודאי דנקיטי' כדברי הרשב"ץ שהפסידה מזונותיה ועוד בנד"ז שבע"ח הוא שבא להוציא מיד האלמנה אפילו נימא דיש לה מזונות בע"ח מוציא מידה אם תפסה למזונותיה כמ"ש הרדב"ז ח"ב סי' תק"ד ואף דיש חולקים בזה מ"מ סניף מיהא הוי:

וע"ע הקנס של שידוכין שהאב עפ"ק בעד בנו ולא קנו מיד הבן אלא מיד העפ"ק ויצאו עוררין דכיון דמהלווה ל"מ גבי גם מן הערב לא גבי ליתא דכ"ז בערב לחוד אבל בערב קבלן מצי גבי כדמוכח בגמ' בפ' יש בכור דמ"ח א' דקאמר מיאי' מידי דמלוה ל"מ גבי ומערב מצי גבי וקי"ל דאין נפרעין מהערב תחילה ע"ש מוכח דטעמא משום דאין נפרעין מהערב תחילה. אבל בעב"ק דמצי מהערב תחילה מהני וכ"מ מדברי בע"הת שי"ד ח"ד ע"ש וזה ימים שהגיעו הדברים לפני מוה"ר מהרי"ב ש"י והיה חוכך בזה ממ"ש מהרשד"ם חח"מ סי' ט"ל דדוקא בקבלן לחוד הוא דגבי מהקבלן תחילה אבל כשכתוב עפ"ק גרע אך אח"כ ראה ראינו להרדב"ז ח"א סי' קי"ו שדחה דברי מהרשד"ם וכתב דאדרבה עדיף עפ"ק מקבלן לחודיה אח"כ בא שטר שידוכין אחר לפני הרב מהרי"ב ודן את הדין והוציא הקנס מהמתחרט וכן עיקר:

וע"ע המקוה האמת אתך ואין לזוז מפ' מרן שצריך לעשות מדרגות אבנים רחבה ד' ולעת עתה אין הזמן מוכשר להוציא מעב"ד בחתימת מרן מלכא ש"י עתה ראיתי להרב פנים מאירות ח"ב סי' קל"ה דאין כלי עץ מטמא מדרס אלא אם הוא עב טפח וא"כ יכול לעשות מדרגות של עץ אף לדעת מרן:

וע"ע האשה שמכר לה בעלה חנות א' בעד סכי כתובתה וחזר בו מליתן גט אם המכירה קיימת והאריך בזה והעלה דהמכירה קיימת מכמה טעמי תריצי וכ"נ עיקר וגדולה מזו נראה דאפילו לא מכר לה אלא שחייב עצמו לפרוע לה סכי כתובתה וליתן גט וחזר בו מחוייב לפרוע לה סכי כתובתה וכמ"ש הרשב"ץ ח"א סי' צ"ד בתנאי דשעת הנשואין שהתנו שאם ישא אשה אחרת עליה מחוייב לפרוע לה כתובתה וליתן לה גט כתב וז"ל מיהו אם יש לו נכסים לפורעה כדי לקיים תנאו ואינו רוצה לגרשה חייב לכתוב לה כתובה מנה וכו' ותקרע לו כתובה הראשונה ותעמוד עמו בכתו'. האחרונה ויהיה הממון בידה בנכסי מלוג ונ"ל שאין הבעל אוכל פירות כדין הנותן מאנה לאשתו וכדין מוכרת כתובתה בט"ה עיש"ב הרי דכשחייב עצמו לפרוע לה כתובתה וליתן גט כשחוזר בו מן הגט חייב לפרוע לה כתובתה ואין הבעל אוכל פירות כ"ש בנד"ז שפרע לה כתובתה וחזר בו מן הגט בלי שום אונס שבודאי המכירה קיימת וכ"ז בסך היתר על מה שמשכנה אבל בסך המש' א"צ לכ"ז דקי"ל מוכרת למזונות:

וע"ד השאלה במי ששכר חצר לחבירו בסך מה ע"מ שיבנה לו המשכיר עלייה ע"ג הבית ולא קיים המשכיר התנאי נראה דאם השוכר נתרצה אח"כ בשכירות ההוא בלא בנין העלייה השכירות קיים דכל תנאי שהוא לטובת השוכר והתנה אותו השוכר ה"ז יכול לומר הריני כאלו התקבלתי אבל אם התנה אותו המשכיר והוא לטובת השוכר יכול לבטל השכירות אפי' המשכיר כשלא קיים התנאי והיינו ההיא דע"מ שתכתבו לו את השטר דאע"פ שהוא לטובת הלוקח מ"מ הרי המוכר הוא שהתנה וכמ"ש כ"ז בדברי הר"ן בפ"ק דקי' ומשם למד רמ"א בתשו' סי' כ"ב לנדונו והוסיף עוד דאם כותב בשטר והתנו ביניהם סתם אמרי' דמסתמא מי שהתנאי לטובתו הוא שהתנה וכן הסכים הרב בני אברהם בחח"מ סי' ס"ח במי שקנה קרקע ע"מ שתסלק אשת המוכר שעבוד כתובתה ולא רצתה ואח"כ נתרצה הלוקח לקיים המקח בלי סילוק כן את הדין שהלוקח זכה במקח והביא דברי הר"ן ותשו' רמ"א הנז' ע"ש ואפילו מחל לתנאו אחר שעמד בדין לית לן בה דמ"מ השתא מיהא רוצה בקיום השכירות ומעולם לא מחל בקיום השכירות אלא דמעיקרא עמד בדין לנכות לו מהשכירות וכשלא זכה בדין מחל התנאי דמסתמא הוא שהתנה כמ"ש רמ"א בתשו' הנז' ובעיקר הדין אם יכול השוכר לנכות לו מהשכירות כנגד

העלייה או יכול לומר אם לא תתרצה בכך תחזיר המקח יש ללמוד כן דיכול המשכיר לומר לו תחזיר המקח מתשו' הרדב"ז ח"א סי' קל"ו במי שקנה בגדים מחצירו והתנה שהם צבועים במי קרמ"ז ואח"כ מצא חתיכה מהם שאינה צבועה במי קרמ"ז והשיב. דיכול לומר המוכר או תקח כך הכל בסכום ההוא או תחזיר הכל כיון שהכל מקח א' ע"ש איברא דיש לעמוד בזה מתשו' מהרשד"ם חח"מ סי' ר"ס ויש לחלק ביניהם ומה שהאריך כת"ר בענין קנין דברים אתמהה מה ענין קנין אצל תנאי ומ"מ לעיקר השאלה ששלח כת"ר אם יכול השוכר. לקיים השכירות בסכום ההוא ולמחול התנאי נראה פשוט שזכה השוכר וכאמור:

סימן י

במותב תלתא כחדא הוינא העתיק מעשה ב"ד בקבלו עדות נחנא ב"ד דח"ל כד אתא קדמנא ה' ח"ר יהודה הלוי הי"ו והעיד בפנינו בתע"ג אחר האיום והגיזום ע"ן וע"י וכה היתה עדותו וכה אמר לנו מעשה שהיה כך היה שבחדש אדר של שנה שעברה התרט"ו ליצירה בא אצלינו ליפו ת"ו אחד יהודי מע"הק טבריא ת"ו שמו ח' שלמה אבואלעאפיא הי"ו והביא עמו כלה א' לבן הר' חיים ברוך הי"ו תושב יפו ואחר כמה ימים רצה לחזור לעירו וביום ה' נסע דרך ים בספינה קטנה עם יהודי אשכנזי וכרמי בני אדם ש גוים וערלים והלכו לדרכם בספינה הנז' ללכת לחיפ"ה ת"ו וכיום ש"ק באה השמועה ליפו ת"ו שהספינה הנז' נטבעה בים סמוך לכפר אם כאל"יד רחוק מיפו ת"ו ו' שעות ותכף ליל מש"ק הלכתי אני עם כמה בנ"א לכפר הנז' לראות אם פלט הים לב' היהודים הנז' כדי להתעסק בהם לקוברם כראוי והלכנו לשם ולא מצאנו כלום ברם בהיותינו בכפר הנז' הגידו הגוים בני הכפר הנז' שביום ה' לעת ערב המה ראו בעיניהם איך נאבדה הספינה הנז' ונטבעה במצולות ים עם כל הבני ארם שהיו בתוכה וביום ששי בבקר פלט הים לספינה הנז' וכל בנ"א שהיו בתוכה והשליכם לחוץ ע"ש הים ובליל מש"ק היה רוח סערה חזק מאד והחזיר לכל בנ"א שהיו מושלכים ע"ש הים כלם הוחזרו לתוך הים ולא נראו עוד כלל ואח"כ נכנסנו לבית מבתי הכפר הנז' ומצאנו שם באותו בית כמה גוים שהיו מדברים ביניהם זע"ז ע"ע הספינה. הנז' ואמר גוי א' לחבירו שגוי א' שהיה בתוך הספינה הנז' שנטבעה בים ראה אותו מת ומושלך ע"ש הים ביום ו' בבקר והכירו היטב שהוא הגוי הידוע להם וראה ג"כ לב' יהודים מתים שהיו מושלכים ע"ש הים אחד מהם היה סמוך לאותו הגוי שראהו מת מלמטה ממנו וא' מהם היה רחוק מהם לצד האבנים בנקיקי הסלעים וכשמעי את דברי הגוי הנזכר אשר דבר עם חבירו

הנזכר אזי שאלתי אותו מהיכן אתה יודע שהם יהודים ולא גוים השיב לי הגוי הנזכר מצד הפיאות שהיו להם הכרתים שהם יהודים דוקא ואני נותן לך בהם סימנים שהיהודי שהיה סמוך לגוי שלמטה ממנו היו פניו ארוכות וזקנו ארוכה ושחורה ויש לו בה כמה שערות לבנות ושיניו הם פרודות זה מזה ואחד מאצבעות ידיו היה עקום וכפוף לצד פנים והיהודי הב' שהיה מושלך בנקיקי הסלעים היה קצר וזקנו עגולה וקצרה ואדומה הדבר הזה היתה תשובת הגוי אלי פה אל פה ואח"כ חזרנו ליפו ת"ו בידים ריקניות ואני מעיד בעע"ג שהגוי בעל הספינה הנז' שנטבעה בים כמי הלכו הגוים לבקשו ביום ש"ק ומצאוהו מת ומושלך ע"ש הים וקברוהו הגוים וברור הדבר לי ולכל תושבי יפו ת"ו שלא נסעו היהודים הנזכרים שהם ח' שלמה אבואלעאפיא הנז' והאשכנזי הנז' זולתי עם הגוי הנז' בעל הספינה הנז' שמצאהו מת ע"ש הים ובספינתו דוקא ולא נסעו בספינה של אדם אחר כ"ז העיד לפנינו הרב ח"ר יהודה הלוי הי"ו בתע"ג ע"ן וע"י אחר האיום והגיזום כדבעי וקיבלנו עדותו כראוי עוד העיד לפנינו הרב חדי"ל הנז' הי"ו שהספינה הנז' שטבעה בים יצאה מיפו ת"ו מלאה מפור"תקאין ובהליכתו לכפר הנז' לבקש על היהודים הנז' מצא מפורת קאין מושלכים בדרך ע"ש הים ואכל מהם עוד העיד הרב הנז' בתע"ג שבאותו זמן שיצאה הספינה הנז' מיפו ת"ו לא יצאה שום ספינה אחרת משם כלל לא קודם ולא אח"כ ואדרבה כל יושבי הנמ"ל של יושבי יפו ת"ו צעקו על בעל הספינה הנז' שלא ילך באותו זמן ולא שמע אליהם והלך לו כ"ז העיד לפנינו בתע"ג וקיבלנו עדותו כראוי ולראית אמת וצדק ח"ש פה ע"הק יפו ת"ו בע"א לחדש אייר תרי"ו:

הצעיר יעקב הלוי הצעיר שלום משה חי ס"ט

גאגין ס"ט הצעיר

יעקב פינצו ס"ט

ולהיות כי ב' סניפים אלו לא נתבארו יפה בקבלת עדות של העיגונא הנני מפרטם דהיינו שידוע ומפורסם שכל הפור"קאן שיוצא באותם המקומות בספינות בים הוא דוקא מיפו ת"ו שהיא מושפעת באלו הפירות פור תקאן וכיוצא לא כן בשאר מקומות אין בהם כרי שביעה אפילו לעצמם וגם מודעת זאת שביפו ובעכו ובחיפה ת"ו אם תחסר איזה ספינה מהעיר קטנה או גדולה תכף ישמע בעיר שספינה של איש פ' נטבעה בים יען אותם המדינות הם קטנות והכל שומעים מה שיארע דבר קטון או גדול ובאותם הימים לא נשמע כלל שנאבדה שום ספינה מהם כלל ועיקר גם זאת להודיע שספינות קטנות כאלו לא יבואו ממקום רחוק לאלו המקומות כי אם הם מהלכים מעיר לעיר הסמוכים דוקא גם הנני מבאר שהגם שבפירות ובצידון ובצור יבואו ספינות קטנות מהם ליפו ליקה

פורת"קאן כידוע ולא נודע אם נשברה איזה ספינה מהם באותם הימים ברם כל קבל דנא אם ב"מ איזה יהודי יפרש בים באותם המדינות ולא יחזור או לא יגיע למחוז חפצו תכף יהיה נשמע הדבר ובאותם הימים ברור הדבר שלא נחסר שום יהודי קטון וגדול מכל אלו המדינות:

תשובה יש לספק בנדון זה ד' ספיקות ס' א' דמהא ידעי' שהספינה שנטבעה היא ספינה זו שיצאה מיפו דילמא ספינה אחרת ממ"א דמה שבאת השמועה ליפו שנטבעה לא נתבאר אם הוא קול הברה או בירור גמור וכיון דאי' למי' קול הברה בעלמ' הוא א"כ י"ל דגם מ"ש הגוים שראו בעיניהם שהספינה הנז' נטבעה בדדמי הוא שאמרו כיון ששמעו הקול שיצא ביפו. הס' הב' שאפי' נאמר שברור הוא שהספינה שיצאה מיפו היא שנטבעה מ"מ לא אמרו הגוים שראו שנטבעה ששהו עליהם עד כדי שתצא נפשם. ס' ג' דלא כת' שראו אותם בשעה שפלטם הים וחיישי' שמא אשתנו כדאמרי' בגמ' דבעי' דחזו ליה בשעתי' וא"כ י"ל דגם ע"י סי' מובהק חיישי' ובכלל זה יש לספק אם הסי' הנז' הוו סי' מובהקין או לא. ס' ד' דלא אמרו קברתיו דלדעת הר"מ צריך שיאמרו קברתיו והנה לס' האי נראה דכיון שאמרו הגוים שהמה ראו שהספינה הנז' נטבעה ע"כ שידעו בבירור שהיא הספינה שיצאה מיפו מדאמרו תיבת הנז' ואין לספק דמשום הקול שיצא הוא דאמרו כן וכ"נ ממ"ש בקבלת העדות שהלכו הגוים לבקש את הגוי בעל הספי' ומצאוהו מת וקברוהו וכיוצא לזה ממש כתב מהרח"ש בתשו' סי' נ"ו ע"ע ספינה שיצאה מויניציא ללכת לרגוזא ובתוכה ג' יהודים ובאת השמועה שנטבעה ושלחו היהודים יהודי א' לראות אם עלו היהודים ע"ש הים כדי לקבור אותם ואח"כ העידו גוים סוחרים שהספי' שיצאה מויניציא בזה הזמן נטבעה ואח"כ הציידין הוציאו מן הים ג' יהודים ומצאום כרוכים בוילון הספינה ודן ה' ז"ל שכיון שבכלל דבריהם הם אמרו שהספינה שיצאה מויניציא נטבעה ודאי שנתאמת להם בבירור שהספינה זו היא עצמה שיצאה מויניציא דע"פ הקול לא יגזרו אומר שהיא הספי' שיצאה מויניציא דמנ"ל זה אם לא שנתברר להם ע"ש וכ"ש בנ"ד שמצאו הגוי בעל הספינה מת וקברוהו וברור לן שהב' יהודים הללו לא יצאו אלא עם זה הגוי ועוד אומדנא דמוכח מהפור"תקן שנמצא ע"ש הים וברור לן שהיה בתוך הספינה הנז' דכיוצא בזה כ' המרדכי בסוף יבמות שהתיר עיגונא באומדנא זו שהכלים אשר היו בתוך הספינה נמצאו ע"ש הים ואע"פ שמרן בתשו' בדיני מים שאל"ס סי' ב' כ' שאין לסמוך ע"ז דמה ראיה היא זו וכי לא הי"ל להמלט על נפשו אם לא יוליך סכלים ע"ש מ"מ מינה למדנו שהיא ראיה שהספינה המ' היא שנטבעה ואין לספק בספי' אחרת ולס' הב' דלא העירו בפי' ששהו עליהם עד כדי שתצא

נפשם לצאת מאיסו' דאורייתא ד"ז פלוגתא דרבוותא הוא דהרשב"א במיוחסות סימן קכ"ח כתב דלצאת מאיסו' דאורייתא צריך שיעידו ששהו עליהם עד כדי שתצא נפשם וכ"כ ה"ה בפ"ג מה"ג ושכ"ד הר"מ וע"ש בכ"מ אבל הריב"ש סימן שע"ט נראה מדבריו דלדעת הר"מ א"צ שיעידו כך וכ"כ מהר"א ששון סי' א' ובתשו' ר"ב סי' ר"א הוכיח מדברי הר"מ בפי' המשנה בפ"ג דגיטין ור"ח דפי' להא דתנן ספי' שאבדה בים נותנים עליו חומרי חיים וכו' בנשתברו כלים המנהיגים אותה וכולה קיימת מש' אם העידו שנטבעה הספינה יצאה מאיסו' דאורייתא ואם נשאת לא תצא אע"פ שלא שהו עליהם כדי שתצא נפשם ואפילו לדעת הרשב"א אם מעיד שהאנשים אשר בתוכה מתו רחוק הוא שהוא ניצול ע"ש ובתשו' בני משה שלטון סימן כ"ז הוכיח מדברי התוס' מפ"ג דבכורות גבי חלב פוטר א"ב דס"ל דלא בעי' עד שתצא נפשם ומהרימ"ט חא"ה סי' ל"א כתב דלא כתב הרשב"א דבעי' שהה אלא במעיד שנטבעה הספינה לבד אבל במעיד שטבע פ' לא בעי' שהה ע"ש ובנ"ד שהעידו שנטבעה עם כל בנ"א אשר בתוכה הוי כמעיד שטבע פ' ועוד כיון שבנ"ד עד מפי עד הוא תלי' שהראשון אמר ששהה וכה"ג כתב מהריב"ל בח"א בראשו וכ"כ בתשו' מהר"א כן שנזי ז"ל הובאה בס' בני משה שלטון סימן ס"ד דבכה"ג היא מוצאת מאיסורא דאורייתא לכ"ע ועוד ט"א דמהר"ם ב"ח בתשו' הובאה בס' גו"ר כלל ג' סי' ז' וסי' י"ו כתב דע"כ לא אמרי' דבעי' שהה אלא בבאין להתירה בתוך שנה לטביעתו אבל אחר שנה שאבד זכרו כדכתיב נשכחתי כמת מלב יצאת מאיסורא דאורייתא ולמד כן ממ"ש הר"מ בפ"ז מה' נחלות מי שטבע במים שאין ל"ס ובאו עדים שטבע בפניהם ואבד זכרו אע"פ שאין משיאין את אשתו לכתחילה הרי היורשין יורדים לנחלה ע"פ ע"ש הרי דבאבד זכרו אנל"ת וגם ממ"ש מהרא"י בפסקיו סי' קל"ט דמי שנטבע ואבד זכרו אזלינן בתר אומדנא ואנל"ת עש"ב וכן יש להוכיח ממ"ש הר"ש בן הרשב"ץ ז"ל הביאו מרן הב"י דמי שאבד זכרו אין אשתו נשאת ע"ש מש' דאנל"ת וכן יש להוכיח מדברי הריב"ש בסי' הנ"ל שכ' דכל אנהו דתנן במתני' בסוף יבמות אין מעידין עד שתצא נפשם וכו' כלן א"נ תצא מדפריך בגמ' שם הא מדסיפא לאו רשב"א דתנן מן הארכובה ולמעלה וכו' ואי מגוייד דתנן בהך מתני' אנל"ת מאי פריך הא כיון דחומרא דרבנן היא א"כ במים שאל"ס דעיקרו דרבנן לא החמירו ע"ש והשתא הא בהך מתני' תנן נמי צלוב והר"מ בה' נחלות שם כתב דבצלוב א"נ ל"ת ושמעו בו שמת שכתב הר"מ שם היינו קול בעלמא דלא מהני מידי כמ"ש הלח"מ שם אלא ע"כ דהר"מ באבד זכרו הוא שכתב אנל"ת ומתני' לא מיירי בהכי והנ"ב ח"א חא"ה סימן מ"ו פי' לפי דרכו דהך מתני' דצלוב חומרא דרבנן היא ע"ש ונעלם ממנו תשו' הריב"ש הלזו ואי קשיא לדברי הריב"ש

מגמ' דפ' יש בכור דמ"ו ע"ב דאהא דתנן אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם שאני עדות אשה דהחמירו בה רבנן הרי דהך מתני' דסוף יבמות מדרבנן היא וי"ל דס"ל דשינויא בתרא דמשני יכיר לחוד וכו' עיקר ולפום ההוא שינויא כולה מתני' דאוריית' היא והא דתנן בשלשלוהו לים מן הארכובה ולמעלה תנשא וב' הראשונים דלא התירוה אלא לאחר יב"ח דטריפה אינה חיה יב"ח ע"ש דמש' דמשום דעלתה בידן רגלה הוא דהתירוה אע"פ שאבד זכרו היינו לענין דתינשא לכתחי' אבל לענין דלא תצא בעברו יב"ח סגי והרדב"ז ח"ב סי' תקכ"ו הביאו הע"הש חלק על מהדא"י ע"ש ומ"מ נקיטי' דבאבד זכרו אחר יב"ח אנל"ת הרי כת' הס' הב' דבנ"ד אע"פ שלא העירו ששהו יצאת מאיסורא דאורייתא:

ולספק הג' דלא חזו ליה בשעתיה כשעה שפלטו הים כ' בתשו' ר"ב סי' כ"א דוקא שפלטו הים במקום שאין גלי הים מגיעין אבל אם גלי הים מגיעין אמרי' מיא צמתי ליה וכתב עוד דהיכא דמעיד שמצאנו ע"ש הים סתמא דמילתא במקום שגלי הים מגיעין ועוד דוקא בנתפח הוא דבעי' חזיוה כשעתא ועוד דהגה"מי כ' דבגוי המסל"ת לא בעי חזיוה בשעתיה ע"ש ונ"ד עדיפ' דכי היכ' דחזרו המים ושטפוהו לתוך הים ודאי במקום שגלי הים מגיעין הוא גם דעת הרא"ש בפסקיו ובתשו' דבכל גופו קיים לא בעי חזיוה בשעתיה ומהריב"ל סי' א' סמך ע"ד הרא"ש בצירוף עד מפי עד כנ"ד דתלינן דהא' חזיה בשעתיה ע"ש ועיין בח"מ בתשו' פינחס ועוד יש לצרף לזה הסי' באצבע עקום דאית מאן דס"ל דהוי סי' מובהק כמו שית' ובס"מ לא בעי' חזיוה בשעתיה כמ"ש מרן בתשו' אפילו בסי' ך דמצוי אצל קצת בנ"א ע"ש:

ולספק הד' דלא אמר קברתיו הנה לדעת הר"מ דבעי קברתיו ל"ד קברתיו אלא ה"ה טלטלו ממקום למקום וכתב מהרימ"ט סי' מ"א דכי ליתיה להעד לשואלו אמרי' מסתמא. טלטלו ממקום למקום גם הריב"ש הביאו הב"י כ' כשמזכירו כשמו לא בעי' וקברתיו וכתב הרב משפטי שמואל סי' פ' דאם הגוי אינו מזכירו בשם אלא אומר יהודי שהיה בספינה מת ויש עדים שיהודי פ' יצא בספינה זו הוי כמו שמזכירו בשמו ולא בעי' קברתיו:.

היא העולה דמכל הני טשעמשצאה אשה זו מאיסו' דאורייתא ואכתי איסורא דרבנן רביע עלה ולא תינשא לכתחילה אלא דאצל"ת מיהו מט"א יש להתירה להנשא והוא דהנה בתשו' מהרד"ך והביא' מרן בב"י דאצבע עקום והושם בצידו הוי סי' מובהק משמע דעקום בלא רושם לא הוי סי' מובהק כן דקדק מהר"ם לובלין סי' ל"ו וממנו למד לרגלו עקומה דלא הוי סי' מובהק ובסי' קכ"ח אחר שדקדק כן מדברי מהרד"ך ולמד מהם

לצוארו עקום כתב דמתשו' הרא"ש שהביא הטור סי' קי"ח שכתב דנמצא שינוי בא' מאבריו הוי סי' מובהק מש' דצוארו עקום הוי סי' מובהק ע"ש ומינה י"ל גם לאצבע עקום דהוי ס"מ לדעת הרא"ש וכן הבין בכוונתו הרב כנסת יחזקאל סי' צ"ג והרב בארות המים סי' כ"א וכ"כ הרב שב יעקב סי' י"א דאצבע עקום הוי ס"מ נקיטי' דפלוגתא דרבוותא באצבע עקום אי הוי ס"מ ואפילו למ"ד לא הוי ס"מ סי' אמצעי מיהא הוי דהא ליתיה ברוב בני אדם וכיון דסי' אמצעי הוי ומהני גבי. אבידה מהני לאיסו' דרבנן דהא הא דבעי' סי' מובהק משום דסי' דרבנן וא"כ בדרבנן מהנו סי' דרבנן דהם אמרו והם אמרו וכ"כ הנ"ב חא"ה סי' מ"ג והוכיח כן מתשו' הרא"ש כלל ב שהק' לס' הר"מ דב' מינים טמאים לא הוי אלא כלאים דרבנן מדאמרי' בחולין דע"ט כי מעיילת כודנייתא בדוק בהנך דדמו להדדי. ודייק הגמ' ש"מ סימנין דאורייתא ולס' הר"מ כיון דב' מינין טמאין לא היו אלא כלאים דרבנן מהנו סי' דרבנן באיסורא דרבנן וכ"כ מהר"א שנג"י בתשו' הובאה בס' בני משה שלטון סי' ס"ד בסוף התשו' דסי' דרבנן מהנו במים שאל"ס ברם ראיתי בס' ישועות יעקב סק"מ שהביא משם מהר"ר עוזר שכתב דסי' דרבנן מהנו במים שאל"ס וחלק עליו ועיקר יסוד ראיותיו הוא מהגמ' בפ' יש בכור דאוקמא למתניתין דאין מעידין אלא על פרצות פנים דחומרא דרבנן היא ובסיפא דמתני' קתני אע"פ שיש בו סימן עי"ש ואינה ראיה כלל דלפום ההוא שינוייא מיתקמא מתני' דאע"פ שיש סי' בארוך וגוץ דסי' גריע והגמ' ביבמות דק"ך דלא אוקמה בארוך וגוץ אלא למ"ד סי' דאורייתא אזיל כשינויא בתרא דפ' י"ב דמסיק יכיר לחוד והכרת פנים לחוד וכ"נ עיקר כדברי הנ"ב ומהר"א שנג"י ומהר"ר עוזר דסי' דרבנן מהנו למים שאל"ס דאיסורא דרבנן הוא ועוד ט"א דקי"ל מנין סי' הוא ואפילו שנים הוי מנין סי' כמ"ש בתשו' מ"ב סי' ס"ג ובתשובות אמונת שמואל סי' ט' וכיון דנתבאר דהיו ב' יהודים בספינה זו וגם לא היו שם אלא הב' יהודים הללו כדמוכח ממ"ש בקבלת העדות כשבאת השמועה שנטבעה הספינה הלך יהודי א' לשם לראות אם יצאו הב' יהודים הנז' ע"ש הים ונתבאר שנטבעה הספינה ופלט הים שם הב' יהודים ודאי דאמרינן הם עצמם הב' יהודים וכמו דקי"ל אם ידעי' שיצאו ב' יהודים בדרך ואח"כ מצאו ב' יהודים באותו המעבר דאמרי' הם שיצאו הם שנמצאו ה"ן כאן ועיין בכיוצא בזה בתשובות כ"ב סי' מ"ג ואין לחוש שמא בתוך הדרך יצאו היהודים מן הספינה למקום היבשה ונכנסו אחרים תחתיהם והם שנטבעו שכבר כתב הרא"ש בתשו' כלל כ' דמההוא עובדא דיודן בפ"ב דיבמות שמעינן שאין חוששין שמא היהודי שיצא עמו נתרחק ממנו ונתלוה עמו יהודי אחר ועל אותו היהודי אמר שמת ואע"פ שמדברי הר"מ אין נראה כן כבר כתב מהריב"ל ח"א סי' ב' וח"ב סי' י"ב דעבדינן עובדא כדברי

הרא"ש וכ"פ מהרש"ך סי' ובתשו' מ"ב סי' מ"ב וכתב שם דאפילו הר"מ י"ל דסובר כן ולא דק בלישניה ודלא כהט"ז ואין לחלק בזה בין ים ליבשה ולומר דבים חיישי' שמא המים הביאו הב' יהודים הללו ממקום אחר והיהודים שהיו באותה הספינה לא יצאו ע"ש הים הא ליתא דכבר כתב מהר"ם אלאשקאר סי' כ"ה כיוצא בזה שנשאל בספינה שנשברה סמוך למחוז א' והיו בה ל"א יהודים שנטבעו כולם ואח"כ פלט הים סמוך למקום ההוא ל"א יהודים מתים והשיב שכל שנתאמת שכל הל"א נפשות שנקברו היו כולם יהודים וידענו שבעלה של אשה זו הוא בכלל החשבון בהכי סגי ואין לחוש שמא בעלה של אשה זו יצא מן הכלל ונכנס יהודי אחר מאותן המקומות במקומו דלמילתא כי האי ל"א ודמי לעובדא של קולר של ס' בני אדם ול"מ גבי חבורה של בנ"א אלא אפילו באדם א' לא חששו וכדאמרי' בההיא דאבל על יהודי א' שיצא עמי ואין לחלק בין ים ליבשה ע"ש הרי דאפילו באדם א' שנמצא ע"ש הים אמרי' הוא שנטבע באותו מחוז וכ"מ בתשובת ר"ב סי' ר"א דל"ח שמא המים הביאו ממ"א אלא תלינן באותה ספינה שנטבעה באותו מחוז וכ"כ רב א' הובאו דבריו בתשו' הכנ"הג סי' י"א ונסתייע מדברי תשו' ר"ב איברא דהכנ"הג חלק עליו דלא כ"כ ר"ב אלא להוציאה מאיסורא דאורייתא אבל לא תנשא לכתחילה וכתב דמהרשד"ם דחולק על ר"ב וכ"כ מהרא"ש בקינ' עיגונא דנ"א ומ"מ נ"ד שיצאת מאיסורא דאורייתא דאפ' מהרשר"ם. ומהרח"ש לא מיירי אלא דלא תנשא לכתחילה וכן הא דתנן בפ' האשה. שלום מעשה בא' ששלשלוהו לים ועלתה יפאדן רגלו ואמרו חכמים מן הארכובה ולמעלה תינשא וכתב הנ"י דוקא קשרוהו ברגלו אבל נפל לים ופירשו מצודה ועלתה רגל חיישי' שמא דגל של אחר היא וכ"כ ה"ה בפי"ג בשם הרשב"א ושכן דעת הר"מ היינו לענין דלא תינשא לכתחילה ובתשו' עבודת הגרשוני סי' ע"ב הק' בעובדא דב' ת"ח שנטבעו והשיא ר' נשותיהם ע"פ נשים דאמרו בגמ' דקט"ו דחזינהו לאלתר ואמרו סי' דאמאי צריך סי' הא ב' הוי מנין וקי"ל מנין הוי סי' ותי' דלא מצאום במקום א' ולא יצאו במקום א' ע"ש הרי דאין לחלק בין ים ליבשה: **המורם** מכל האמור דאשה זו יצאת מכבלי העיגון ומותרת לינשא לכל אדם ולית מאן דימחי בידהא והכל שריר וקיים:

סימן יא

שאלה באשה הנותנת מתנה ולא כ' בה שא"ל כתבוה בברא ובתוך השטר כ' מתנת פהרסיא ודר המקבל בבית שנתנה לו כמה שנים ואח"כ עירערה האשה הנותנת:

ראה ראינו כל מ"ש הרב הפוסק נר"ו שפיסל שטר המתנה. מפני שלא ידע הנותן שכן נוהגים לכתוב דבנ"ד אשה היא הנותנת וחיליה מתשו' הרשב"א שהביא מרן בב"י סי' ס"א והביא בידו תשו' מהרש"א בס' מש"דר סי' רמ"ב וכנ"ל עיקר לדינא באשה הנותנת כי האף אמנם שמהרש"א שם כתב אח"ז שלא נהגו ב"ד לחפש אח"ז אפילו במתנת אשה מ"מ הרי מהר"ש חיון ז"ל בתשו' ס"סי מ' אחר שהביא דברי הרשב"א הללו כ' וז"ל אע"פ שאין נראה כן מסתמיות דברי הפוס' מ"מ כיון שהרשב"א והביאו הר"ן כ' בהדיא דבמתנה האשה פסולה מי יוכל להוציא מיד המוחזק נגד ארשב"א והר"ן ע"ש אבל טעם הב' שכ' הרב הפוסק שכיון שלא כתב שא"ל כתבו בכל לשון של זכות וכו' הוי כאלו קבלו קנין לבד ולא א"ל כתבו שטר עכ"ד אין נ"ל לפסול מטעם זה עד שיתברר בעדים שלא א"ל הנותן כתבו שטר וכמ"ש מהר"ם בתשו' הביאו מרן בב"י סי' ר"ז מאו' מ' והכנ"הג בתשו' סי' ע"ו דדוקא אם נתברר ע"פ עדים שלא א"ל כתבו שטר איברא דיש לספק בנ"ד מי הוא הנק' מוחזק דאע"פ שכ' הפו' דהנותן נק' מוחזק מ"מ כה"ג דנ"ד דכבר החזיקה הזקנה בבית ודרה בבית כמה שנים י"ל כי היא הנק' מוחזקת וד"ז בפלוגת' דרבוותא בפ' חזקת דל"ב דאמרי' הילכתא כוותיה דרבא באראע דהיכא דקימא ארעא תיקום וכ' התוס' בשם ר"ש משום דמס' לא מפקינן מיד מי שצידו עכשיו ולפירושו צ"ל דלא דמי לנכסי דבר שטיא דשא"ה דהוי ס' דדינא ודחו התוס' דבריו ע"ש וכ' הכנ"הג סי' פ"ה הגהב"י אות מ"ט בשם מהראר"ב דחוכך לומר בס' דדינא יכול מי שהוא עכשיו מחזיק בקרקע לומר קי"ל כמ"ד דבס' דדינא מי שהוא בתוך הקרקע נק' מוחזק ולבסוף כתב שאין זה ברור בעיניו עי"ש ובסי' ק"מ הגהות הטור אות י"ד כתב בשם מהר"ש יפה דמי שבידו הוא המוחזק ע"ש וה"נ בנ"ד כיון שהזקנה מוחזקת בה עכשיו י"ל דאין להוציא מידה נגד סתמיות דברי הפו' שלא חילקו בין איש לאשה ומ"מ כיון שמהר"א ד"ב כ' שאין זה ברור בעיניו ראוי לפשר ביניהם הרציתי פ' זה לפני מי שגדול ממני מוהשש בסיס נר"ו וא"ל שדעתו נוטה שאין להניח פשיטו' מהר"ש יפה מפני ספיקו של ה' מוהראד"ב והמתנה קיימת אח"ז ראיתי למהרש"ך ח"א סי' קע"ו שכתב דהא דאמרי' בריש פ' הכותב מסתברא מלתיה דר"י בעורר אבל בעומד לא ה"ט. משום דמספק"ל אי מגופה דשדה סילק נפשיה אי מר"וד וכך בעומד מס' מוקמי' ביד מי שבידו עכשיו הן אמת דמתשו' הרשב"א במיוחסות סי' ס"ו אין נראה כן אלא דטעמא דעומד כיון שראו עומד בשדה ולא מיחה גלי דעתיה דמגופה דשדה סילק נפשיה ע"ש מ"מ מדברי מהרש"ך למדנו דפשט"ל דבספיקא דדינא מוקמינן לה בחזקת מי שבידו עכשיו כדברי מהה"ש יפה ז"ל וכ"מ מדבריו להדיא בנוספות סי' א' וע"ש בתשו' הרשב"א תשו' הכרם שהביא

ה' שם ע"ש ומהראנ"ח ח"א סי' ק"ך שכתב דבספיקא דדינא קרקע בחזקת בעליה עומדת אע"פ שנדונו שם דמיירי דדר בה מקבל המתנה ע"ש שא"ה דלא נתן לו הקרקע לגמרי אלא לדור בו לבד והר"ן בהלכות בפ' מי שאחזו גבי נתינה בע"כ כתב די"א דמספקא לן בנתינה בכ"כ אי הוי נתינה והלכך במטלטלין לא מפקי' מיניה אבל בקרקע בחזקת מריה קמא וכ"כ ה"ה בפ"ח מה"ג דין כ"א ע"ש הרי דבס' דדינא מוקמינן ארעא בחזקת מריה קמא ולא בחזקת מי שבידו עכשיו אע"פ שירד ברשותו וזה סותר מ"ש הרשב"א בתשו' הכרם והיא בח"ב סי' רכ"ט ומהרש"ח סי' מ"ו חילק דשאני בתשו' הכרם דס' אם היה תנאי כלל אבל הר"ן וה"ה מיירי בהיה תנאי אלא הס' אם נתקיים התנאי הוא ובפה"ג דודאי איכא תנאי מוקמי' בחזקת מריה קמא ע"ש בבבא המתחלת מעתה לא נשאר לי לבאר וכו' ע"ש:

סימן יב

ע"ד השאלה בגדול האחים שהשיא בתו מתפוסת הבית ואח"כ עמדו האחים לחלוק ביניהם הירושה אי מחשבי' מחלקו מה שרוצה בנישואי בתו ראיתי להרב משאת משה חח"מ סי' י"ד שהוכיח בא' גדול האחים ששלח סבלונות לארוסתו מתפוסת הבית דמחשבי' ליה מחלקו מגמ' דס"פ י"ן דקל"ט ע"א אהא דתנן נשאו גדולות ישאו קטנות אם אמרו הקטנים הרי אנו נושאין כדרך שנשאתם אין שומעים להם פריך הגמ' רישא לסיפא ומשני רישא בנישאת לאחר מיתת אביהם וסיפא בנישאת בחיי אביהם ואי איתא לוקמה רישא וסיפא לאחר מיתת אביהם וסיפא בגדול האחים אלא ע"כ בכה"ג כל האחים שוים בדבר זה ע"ש וליתא שהרי סיפא קתני שכבר נתן להם אביהם משמע דנשאו גדולים בחיי אביהם ובמילתא דחיי אביהם אין להעדיף גדול האחים משאר האחים והגמ' ס"ד דרישא נמי בחיי אביהם דומיא דסיפא ועוד דבסיפא דמתני' דתנן ד"ז גבי בנות נמי שם שייך קו' הגמ' ובבנות דלאו בני משא ומתן נינהו לא שייכא עדיפותא דגדול האחים גם מ"ש המ"מ שם בס"ד מדברי הנ"י שכתב בנתן מתנה לאחר דמחל וסבר הרב דבגדול האחים מיירי הנ"י ע"ש עירוב פרשיות שנו כאן דדברי הנ"י ברור מללו דבכל אחים מיירי ומ"ש אח"ז גדול האחים וכו' קביעות אחר בדברי הרי"ף הוא והעיד ע"ז מור"ם בהגה סי' רפ"ו שהעתיק דברי הנ"י וכ"נ מדברי הש"הג והוא דבר ברור בדברי הנ"י ומ"מ דינו של המ"מ אמת דל"ד שילוח סבלונות למתנה כמ"ש הרב שם מילתא בטעמא וכ"ש בנישואי בתו דודאי מחשבי' כל מה שהוציא מחלקו וכמו שהעלה הרב לב שלמה סי' פ' הביאו מע' כ"תר בפסקו ודמי לבגדי שבת ויום טוב דשמין אפילו בגדול האחים בגדי

שבת ורגל שעשה לעצמו כמ"ש בתשו' ר"ב סימן ל"ח בשם ש"י הביאו הכנ"הג סי' רפ"ח ע"ש וקר"מ בפ"א מה' מ"ול כתב דב"ח גובה מבגדי שבת דבניו וכתב ה"ה דיצא לו כן מדאמרי' בירושלמי באחים שחלקו דשמין בגדי שבת והטעם דבגדים מכובדין כאלו אין דעתם להקנות להם ומהר"י אדרבי סי' ת"ט נשאל אם הזמין נדוניא לבתו ואח"כ חזר בו והביא דברי ה"ה הללו וכתב דנדוניא נמי דמי לבגדי שבת ע"ש הרי דלענין אחים שחלקו שמין הנדוניא של בנותיהם:

וע"ד המס של הלו' גרושות לכל נפש שלא נתנם השב רוחם עד שישלחו לדבר על לב השררה לבטל המס הנז' והוצרכו לתת שוחדות וקצת מן הקהל הם אמרו שיתחלק סך השוחד לפי נפשות יען כי עיקר המס גזר המלך לפי נפשות גם ההוצאות של השוחד לפי נפשות סוף דינא כתחי' דינא נ"ל שיתחלק לפי הממון וראיה לזה ממ"ש המרדכי בפ"ק דבתרא סימן תקפ"ה תשו' מהר"ם וז"ל וע"ע שומרי העיר שמתחי' היו שומרים בעצמם בלילות ואח"כ נתפשרו הקהל לתת דבר קצוב לשנה השיב ר"ם אע"פ שמתחי' היו שומרים לפי הגלגולת אם דל ואם עשיר מ"מ אחרי שכבר הוסבה השמירה לד"ת דאמרי' בפ"ק דב"ב דמחשבין לפי ממון בתר השתא אזלינן וכו' דבשלמא כשהן היו שומרים בעצמם דין הוא דהתם השמירה לפי הגופים שהם בני השמירה וכו' אבל עתה שנותנים דבר קצוב אין לומר כיון שהמעות שהם נותנים הם תחת השמירה שהיו שומרים תחילה העשיר ל"י והדל ל"י דהא אמרי' בפ"ק דבתרא בריה דפחיה אפילו מרבנן ואי נפיק באכלוזא רבנן לאו בני מיפק באכלוזא ולא מצו רבנן למי' כיון דאלו הוו נפקי באכלוזא היו פטורין גם עתה לא ניתן כלום או אם התחילו לצאת בא באכלוזא ושוב נמלכו ושכרו שכרים לבריא דפחיא לא מצאו רבנן לומר סוף דינא כתחי' דינא וכו' ע"ש הרי דמסיק דאע"פ שהשכירות הוא חליפי השמירה הא' שהיתה לפי הגולגולת מ"מ עתה נותנים לפי ממון כדין שאר המסים וה"נ השוחדות אע"פ שהם לצורך ביטול הלו' גרושות שהם לפי הגולג' אפ"ה השתא מיהא נחשבים לפי ממון איברא לכאורה תשו' מהר"ם הלזו במחלוקת היא שנויא דהנה בפ' המקבל כתב דכיון דרבנן לא נפקי באכלוזא פטירי נמי מלהשכיר פועלים תחתיהן נראה דלא ס"ל דאזלי' בתר השתא וכן ראיתי למרן בב"י בח"מ סי' קס"ג שהביא דברי הנ"י הלזו וכתב ע"ז עיין תשו' מהר"ם במרד ב' השותפים הפך זה ע"ש שנראה שכוין לתשו' מהר"ם שהבאתי וכ"כ הד"מ שם הרי דס"ל למרן דפלגן בהדייהו אך דברי מרן הללו תמוהים דהנ"י לא קאמ' אלא בעודן הקהל שומרים בעצמן או נפקי באכלוזא בעצמן אין לחייב להת"ח לשכור פועלים אבל כי נמלכו כל הקהל לשכור פועלים בעדם כנדון מהר"ם מודה הנ"י דלא אמרי' סוף דינא כתחי' דינא

וכבר תמה ע"ד מרן ה' משא מלך דכ"ה ע"ב גם הביא תשו' ר' האיי בשכר החזנים דנראה דפליגא אתשו' מהר"ם ואח כ כ' בתשו' מהר"ם מוסכמת היא מן הכל ע"ש וכ"נ מדברי מרן ומור"ם בש"ע יו"ד סי' רמ"ג דמרן בש"ע הביא דברי הנ"י הנז' ומור"ם בהגה הביא תשו' מהר"ם בקיצור בסתם ולא כתב בשם י"א ע"ש באופן דיש ללמוד מתשו' מהר"ם הלזו לנ"ד בשוחדות שנגבין לפי הממון אע"פ שעיקר הוא כסף לפי הגלג' אחר כ"ז עיני ראתה להרב זכרון יוסף חח"מ סי' ט' שנשאל בכיוצא לנ"ד והוא בקהל א' שרצו לשפוט עם השררה שלהם שלוקח מס י"ז זהובים מכל א' ויש להם כתב שלא יתנו רק ו' זהובים כיצד נגבה המעות של הוצאת המשפט אם לפי ממון או לפי נפשות והשיב וז"ל נ"ל דהוצאת המשפט עם השררה לפחות קשבת המס יען שהוא תקנת הצבור יוגבו חצי לפי ממון וחצי לפי נפשות ואף ע"פ שבתחי' וגם לבסוף פורעין המס שוה בשוה היינו משום דיד השררה תקיפא עליהם ומבקשים מכל א' דבר קצוב כי ימאנו לטרוח לדעת ערך כל א' משא"כ בהוצאת המשפט שבידינו הוא נוקמיה אדין תורה לגבותו לפי ממון ויש לדמותו למ"ש מור"ם בהג"ה דסי' קס"ג גבי שומרי העיר וכו' מצורף לזה די"ל דאלולי העשירים היו העניים משתדלין בהוצאה מועטת להחזיר. הדבר ליושנו כי המלכים אשר ב"י מסתופפים בצילם מלכי חסד המה ועל עניי עמנו יחמולו וסוף דבר מסיק ודי לנו שיתנו החצי ערך נפשות ואפ' אם יתמצה הדין יגבו הכל לפי ממון ונסתייע לדבריו מתשו' צ"צ סי' ל"ו ומתשו' שב יעקב סי'. יו"ד ע"ש ונ"ד דמי ממש לנדונו וכפי אשר בינותי בספרים ראיתי שכתב דבענין המס יותר טוב לפשר מלהעמידו ע"ד תורה אשר ע"כ נראה עיקר כדברי הרב זכרון יוסף שיהיה נגבה החצי לפי ממון והחצי לפי נפשות: **וע"ד** ששאל בקהל המתפללים בב"הכ א' והיו כל הוצאות הקהל יוצאין מהכנסת ב"הכ ואח"כ קצת מן היחידים עשו ישיבה בביתם ואין באים להתפלל בב"הכ הקבועה ועתה עמדו היחידים המתפללים בב"הכ כיון שכל הכנסת ב"הכ היא משלהם ולא מן היחידים שהלכו להתפלל א"כ לא יפרעו להוצאות הקהל מהכנסת ב"הכ אלא מה שיעלה לחלקם בהוצאות ההם אבל היחידים המתפללים בביתם יפרעו מכיסם כיון דאין להם חלק ונחלה בהכנסת ב"הכ דינא קא משתעו והכי מסתברא שהיחידים מתפללים בביתם יפרעו מכיסם ויפה טענו הקהל המתפללים בב"הכ:

סימן יג

יג **יע** למר שטר מתנה שנעשה בעיר עונאבא יע"א ושלחו מתם מה יהיה משפטו ומעשהו:

הנה לא נתברר בשטר אם הנכסים שנתנה האשה הם נ"מ או נצ"ב שהכניסה בנדגנייתה או שהם נכסי הבעל והיא נתנתם בכח שטר כתובתה שיש לה על בעלה וע"כ צריך לבאר כל הצדדים שאם הם נ"מ או בגדי נדונייתה מתנתה קיימת דגם בגדי נדונייתה כיון דנוטלם בלא שבועה יכולה למכור או ליתן אבל אם הם נכסי בעלה אין מתנתה כלום כ"ז שלא נשבעה ולא לגבות בדין או היורשין ואם הוא ס' אם הם נכסיה או נכסי בעלה דינא הוא שזכו מקבלי המתנה ועל היורשים להביא ראיה שהם נכסי בעלה כיון שמתה האשה הנותנת כמ"ש ע"ז הרדב"ז ח"ב סי' תקכ"ג ע"ש. ואפילו בזמן שמתנתה קיימת דוקא מקרקעי או מטלטלי שהיו מצויין בזמן המתנה אבל מה שקנה אח"כ לא זכו בו מקבלי המתנה אע"פ שכתוב בשטר דאקניה לאו כלום הוא דאין אדם מקנה דשלב"ל ואפילו באו הנכסים ליד מקבלי המתנה אם לא. באו לידם אלא לאחר מיתה לאו כלום הוא ואע"ג דאמרי' בפ' א"נ דאפי' למ"ד אין אדם מדשלב"ל אי צמית ואכיל קני היינו דוקא אם באו לידם מחיים דאמרי' מחיל דמחילה בטעות הוי מחילה בזביני כמבואר בגמ' שם אבל אחר מיתת הנותן מאן מחיל וזה נ"ל ברור ואם לא נתברר אם היו נכסים אלו בשעת מתנה והיורשים טוענין שמא קנתה אותם אח"כ ומקבלי המתנה טוענים בבריא שהיו בשעת המתנה הנה הטור בסימן קי"ב הביא פלוגתא דרבוותא בזה בנותן מתנה מהיום ולאחר מיתה על מי לברר ובש"ע די"ג י"א על מקבל מתנה להביא ראיה וי"א הכל בחזקת מקבלי המתנה ובס"סי ר"ן כתב בסתם שעל היורשים להביא ראיה ובסי' ס' ד"ו כתב בכותב שנתתי לו ק' זהובים וטוען שלא היו בידו על התובע להביא ראיה וכתב הסמ"ע דבסי' ס' דהנותן חי וטוען בריא על התובע להביא ראיה אבל בסי' קי"ב ור"ן מיירי ביורשים שטענתם היא טענת שמא וכיון שהתובע טוען בריא על היורשים להביא ראיה וביורשים גופייהו יש לחלק בין מטלטלין למקרקעי דבמטלטלי הוא דאמרי' כאן נמצאו וכאן היו ולכך בסי' ר"ן כתב בסתם אבל בסי' קי"ב במקרקעי מיירי ולכך כ' י"א וי"א ולפי הכלל המסור דהלכה כי"א בתרא אין חילוק בין מקרקעי למטלטלי דבכלהו על היורשין להביא ראיה ואם בכלל הנכסים שנתנה היו הלוואות אצל הזולת לא זכו בהם מקבלי המתנה ל"מ מלוה ע"פ דאינה נקנית אלא במע"ג אלא אפילו מלוה בשטר לא קנה אע"פ שנקנו באג"ק מ"מ בעי' שיאמר לו קני לך הני שטרי וכו' וזה דבר פשוט כמ"ש בסימן רמ"ח די"ג ברם מאי דאיכא לספוקי הוא אם היו מעות בעין אם זכו מקבלי המתנה דקי"ל אין מטבע נקנה בחלפין אבל הם נקנין א"ק ובשטר זה בקנין אגב כתו' מטלטלי מקואג"ם ויש לפ' דפי' מקואג"ם היינו מקרקעי ואגבן מטלטלי ומטבע אינו נק' מטלטלי כמ"ש הכנ"הג סי' רמ"ח בהגהת הטור משם מהר"א גאליקו א"ד

פי' מקואג"ם הוא מקרקעי ואגבן מטבע וממון והמטלטלי לא הוצרך לאגב דנקנים הם בחליפין ויצדק בזה לשון השטר שכ' בין מטלטלי בין מקואג"ם ומ"מ הדבר ס' הוא אצלי וע"ז אני שואל למר יודענו דעתו בכל הפרטים להשיב להעיר הנז' דבר דבור על אופניו: **ראיתי** כל הכתוב לעיל מ"ש על לשון מקואג"ם א"ד מטבע אין דעתי כן מעולם לא נשמע זה הר"ת כ"א על מטלטלין שטר וכיוצא:.

הצעיר **ישועה בסיס** סלט"א

סימן יד

ש"מ שנתן מתנה במקצת וכתבו שטר ודי"ן כתבו וחתמו ותנו מנכסי אלף גרוש לפלוני מהיום ולאחר מיתה וש"מ הוא מחולי הקולי"רא:

הנה שטר זה לית ביה ממשא כלל דלא פ' נתתי מנכסי אלא כתבו ותנו דנ"ד שצוה להם שיתנו ולא נתתי דמשמעותו דהוא הנותן ודבר זה מתבאר מתשו' הרא"ש כלל ט"ל וכ' מרן בש"ע א"הע סימן קי"ח די"א וז"ל שטר שזה נסחו הוו עלי עדים וחתמו עלי בכל לשון של זכות ותנו ללאה אשתי כ"וכ בתים מתנה גמורה אינו כלום ומתבאר מתשו' הרא"ש שם דבקנין מיירי וכיון דהשטר אין בו ממש המתנה בטלה דמתנת ש"מ במקצת בעי קנין ודיניה כדין מתנת בריא והקנין אינו אלא עמ"ש בשטר והשטר חספא בעלמא:

איברא דלכאורה יש לקיים המתנה משום דבמצוה מחמת מיתה אפילו. המתנה במקצת לא בעי קנין ובנ"ד שהוא מחולי הקוליר"א הוי מצוה מחמת מיתה ואף שהרב משאת משה בחח"מ ח"א סי' ו' נסתפק בחולי המגפה אם דינו כמצוה מח"מ וכיון דס' הוא נכסי' בחזקת יורשים קיימי כבר הרב אדמת קדש ח"ב בח"מ סי' י"ח פשיטא לה דהוי מצוה מח"מ ותמה על המ"מ דמספק"ל ע"ש וכן מתבאר מדברי מהרש"ך ח"ב סי' צ' דחולי המגפה הוי כמצוה מח"מ א"כ דל שיטרא ודל הקנין המתנה קיימת. ואין לומר דהקנין מגרע כחו כדקי"ל במתנת ש"מ בכולה דלא בעי קנין היכא דקנו מידו חיישי' שמא לא גמר להקנות אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה דבנ"ד דהנותן לא בקש קנין אלא העדים מעצמן בקשו ממנו. לקנות בקנין הקנין אינו מגרע כח המתנה כמ"ש בדברי הפוסקים:

מיהו נראה עיקר דהמתנה בטלה מצד אחר והוא דכתוב בשטר מהיום ולאח"מ ובכה"ג אפילו במצוה מחמת מיתה ממש לא מהני והוי מתנת בריא דבעי קנין כמו שהוכיח מהריב"ל ח"א סי' ס"ב מדברי הר"מ והנ"י דמצוה מח"מ ונתן המתנה מעכשיו או מהיום ולאחר מיתה בעי קנין כדין מתנת בריא זולת היכא דכתב בסוף השטר והכל נעשה במצוה מח"מ דאז מהני דהכל הולך אחר התחתון כדקי"ל כתב מנה למעלה ומאתים

למטה הכל הולך אחר התחתון ע"ש וכ"כ מהר"י אדרבי ז"ל סי' ר"ס ומהרש"ך ח"א סי' ק"ח אפילו דגמגם בראייתו מדברי הר"מ מ"מ לדינא מודי ליה כמ"ש להדיא מהרש"ך בח"ב סי' צ' שהפ' המחוור דאפילו מצוה מח"מ כיון שכתוב מהיום ולאחר מיתה בעי קנין וכ"ה מהריק"ש בהגהותיו סי' ר"ן ע"ש:

ואין לומר דבנ"ד דהעדים החתומים בשטר עצמן ל אמרו שהנותן לא אמר אלא לאחר מיתה ולא אמר מהיום אלא שהם מעצמם נראה להם שכן צריך לכתוב ולא הוו חוזרין ומגידין משום דדבר עשוי לטעות בו וכדקי"ל לענין נאמנות בסי' ע"א ע"ש הא ליתא דלא דמי כלל לנאמנות וכמו שכן העלה מהרש"ך שם בסימן צ' והביאו הכנ"הג סי' ר"ן הגהב"י אות ע"ד דשטר שכתוב בו מהיום ולאח"מ והעדים אמרו שלא אמר המצוה כן ה"ל חוזרין ומגידין ואין נאמנים אפילו אין כ"י יוצא ממ"א עש"ב וא"כ כיון דדברי העדים לא מעלין כלל אין לנו אלא ללכת אחר לשון השטר וכיון שכתוב מהיום ולאחר מיתה אפי' במצוה מח"מ בעי קנין וכבר נתבאר דהשטר אין בו ממש נקטי' דהמתנה בטילה היא מעיקרא ונכסי בחזקת יורשים קיימי מיהו אם הגיע שטר המתנה ליד המקבל בחיי הנותן מהני כמ"ש הר"מ ופ' מרן בש"ע סי' ר"נ דין ט' ושטרי דידן שטרי קנין. הם כמ"ש מרן בש"ע סי' קצ"ח ועיין להרב כנ"הג סי' ר"נ ורנ"א:

סימן טו

ש"מ שכתב אגרת לחבירו דע שהכביד החולי ואפ' שימות ובנו קטן תזכה בפקדון שיש לי בידך לבני אם הכתובה נגבית מהפקדון או לא

תשובה כתב הר"מ בפ"ח מה' זכיה וז"ל מתנת ש"מ אינה קונה אלא לאח"מ ואין א' זוכה בדבר שצוה לו בין במקרקעי בין במטלט' אלא לאח"מ לפי' מוציאין לכתובת האשה ומזון האלמנה ובנות מיד אלו שצוה לתת להם שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים בכתו' ומזונות ואלו שנתן להם לא יקנו אלא לאחר מיתה נראה מדבריו דאפילו במתנת מטלטלין גובה כתובה ממתנת ש"מ ואינה גובה ממתנת בריא וע"כ דהיינו טעמא משום דעשו תקנת השוק במתנת בריא ולא במתנת ש"מ כיון דאינה קונה אלא לאחר מיתה ולא הוי אלא מדרבנן ולא עשו תקנתא לתקנתא וכה"ג כתב מהר"ם מפאדווה סי' נ"ד על צואה בעש"ג דתקנתא לתקנתא לא עבדי' ע"ש וה"ה כתב דכתובה דכ' הר"מ היינו כתובת ב"ד דלא טרפי ממשעבדי גמורים וטרפי ממתנת ש"מ דאלו כתובה ממש אפילו ממשעבדי גמורים טרפי וס"ל להר"מ כדעת הרא"ש דגם במתנה עשו ת"הש משום דהר"מ מיירי גם במקרקעי וכתובה טרפי במקרקעי במתנת בריא ולעולם כתובה גובה

ממתנת ש"מ במטלטלי דבתרוויהו מיירי הר"מ ומרן בש"ע סי' רנ"ב העתיק לשון הה"מ ובמקום כתובה כתב כב"ד וכתב הסמ"ע דא"ל כתובה ממש ובמטלטלין דגם כתו' ב"ד אינה גובה ממטלטלי דמתנת ש"מ כיון שקדם וגבה ע"ש נראה מדבריו דס"ל דלא כתב הר"מ דגובה אלא במקרקעי אבל במטלטלי אינה גובה אף כתו' ב"ד וכ"ש מזונות האשה והבנות ומשמע הא. כתובה ממש ס"ל דגובה וס"ל דלא עשו תק"הש בש"מ והא דאינה גובה כב"ד משום דלא תיקנו הגאונים דמטלטלי משתעבדי אלא לכתובה ולא לכתובת ב"ד כמ"ש הר"מ בפי"ד מה' אישות וס"ל להסמ"ע דדוקא בניתנו במתנה הוא דלא תיקנו אבל אם הם בעין גובה כנ"ל. לפי דרכו ומ"מ גם מדבריו למדנו דכתובה ממש גובה מש"מ דלא עשו ח"הש בש"מ וכ"כ מהרימ"ט בחי"ד סי' כ"ב בפשוי' דבמתנת ש"מ לא עשו ת"הש והביאו הכנ"הג הגהב"י אות ה' וכתב שכן נראה דברי הסמ"ע לקמן ע"ש וטפי הו"ל להוכיח מדברי הסמ"ע שכתבתי וע"ש שהביא פלוגתא דרבוותא בזה ומ"מ דעת מרן בש"ע שהעתיק לשון הר"מ נראה דס"ל דגובה וכ"כ הכנ"הג שם בדעת הר"מ ועוד דבנ"ד דהמתנה היא ליורש לכ"ע גובה דמתנה ליורש ירושה היא וכמ"ש הת"הד ומהרי"ו הביא דבריהם הכנ"הג אות י"ז דכ"ע מודו בזה ע"ש נקטי' דכתובת אשה גובה ממתנת ש"מ זה ואין לומר דשא"ה דאמר לו תזכה לבני והוי כמי שזיכה מחיים הא ליתא דבגמ' בפ' מ"ש דקנ"ב איתא כ' וזיכה לא' וכ' וזיכה לב' שני קנה לשמואל דקי"ל כוותיה ואם כ' וזיכה וקנו מידו לראשין קנה א' ופירשב"ם זיכה היינו מסר השטר והתוס' והרא"ש דחו דבריו וכ' דזיכה היינו דזיכה לו המטלטלין ע"י אחר וכ"כ הטור סי' ר"ן וכ' בשם הרמ"ה דמצוה מח"מ אפילו כתב וזיכה וקנו מידו. לא מהני ונראה דאפילו לפירשב"ם מודה מודה בזה דבמצוה מ"מ ל"מ זיכוי דלא מצינו שחלק בזה ואין לאפושי בפלוגתא וע"ש בסמ"ע ובנ"ד מצוה מח"מ בהדיא ולכ"ע ל"מ זיכוי דלא נפקא מדין ש"מ וכתובה גובה מהם איברא דהטור סי' קכ"ה כתב בשם הרמ"ה בש"מ שאמר הולך מנה זה לפלוני א"י לחזור דכיון דהוציא הממון מתחת ידו הוי כאלו אמר זכי במנה זו לפ' מהיום אם מתי ע"ש טעמו וזה סותר למ"ש בסי' ר"ן והסמ"ע שם נרגש מזה בסקמ"א וכתב דבסי' קכ"ה מיירי בנתנו ליד השליח ליתנו ליד המקבל מיד והכא מיירי דאמ"ל שלא יתנו לו עד שימות ע"ש וא"כ בנ"ד י"ל דדמי דסי' קכ"ה כיון שלא א"ל שלא יתנו עד שימות וא"כ לא הוי מש"מ אלא מתנת בריא דהוי כמו שאמר מהיום אם מתי מיהו נראה פשוט דכל זה בנתנו ליד השליח בשעת המתנה דכיון דהוציא הממון בשעת המתנה דעתו לזכות לו זכיה גמורה כמו שמבואר בדברי הרמ"ה שהביא הטור בסימן קכ"ה וכ"מ להדיא מדברי הסמ"ע שם בס"ק ל"ד ע"ש וי"ל בזה דההיא דסי' ר"ן מיירי בהיה מופקד

אצלו מקודם אלא דהסמ"ע משמע ליה ל' זיכה במסרו. לידו מירי וא"כ בנ"ד שהיה מופקד אצלו מקודם אפילו שא"ל בלי זכיה הוי כמצוה מ"מ דעלמא כתובה נגבית מהם ועוד ט"א דאפילו בבריא וא"ל זכה לפ' כנ"ד לא מהני כיון שלא אמר הנפקד תקנה לי חצירי כדאיתא בפ' הספי' דפ"ה ברשות דלה המופקדים אצלו עד שנקבל עליו הנפקד ופירשב"ם שייחד רשותו ללוקח והרא"ש פו' שיאמר תקנה חצירי ללוקח וכ"כ הטור סי' ר' והב"י הביא שם בשם הרמב"ן דמירי דאמר המוכר לנפקד זכה ללוקח ע"ש הרי דאפילו בא"ל זכה לפ' בפירות המופקדים אצלך ל"ק עד שיאמר הנפקד תזכה חצירי ללוקח וא"כ בנ"ד שלא אמר הנפקד תזכה חצירי לפ' לא הוי אלא מתנת ש"מ וכבר נת' דכתובה נגבית ממתנת ש"מ ועיין להש"ך סי' קכ"ה ס"ק ל"ב ונ"ל דאפילו לסמ"ע שם סקכ"א שכתב דמהניא חצירו בזכה בבריא דוקא באמר הנפקד תזכה חצירי לפ' כמו שנת' ודע דבנ"ד הפקדון הוא תכשיט זהב וסך מאה גרושוש והסך הנז' אע"פ שהוא פקדון שלח בו יד הנפקד מקודם המתנה ונעשה גזלן עליה וא"כ בודאי דלא חלה זיכוי כלל עליהם דלא היו מונחים בחצירו ולא הוצרכנו לכל מ"ש אלא לבטל אפילו זכיית התכשיט נקטי' דכתו' נגבית ממתנה זו. כמו שנתבאר:

וע"ע השטרי חוב שהי"ל ונתנם ביד הזוכה במתנה ע"י כ"ומס לזכות בהם לבנו קטן גם בזה נראה דהאשה גובה כתובתה אע"ג דנתנם במתנת בריא מטעם דאפשר דבעי' מסי' ליד המקבל ולא ליד הזוכה כמ"ש האו"ת בדיני מיגו אות קכ"א ויישב עפ"ז תשו' הרא"ש ע"ש איברא דק' ע"ד שהרי בידו להקנותם בקנין אגב ואכתי איכא מיגו ואין לומר דהרא"ש סובר דלא מהני קנין אגב. בשטרות שהרי בכלל ע"ה הביא מחלוקת:

הרי"ף ור"ח אי מהני ק"אג בשטרות ולא הכריע ואפ' דגם באגב בעי' נמי שיאמר קני לך המקבל ממש ולא הזוכה ומ"מ בנ"ד דע"י כומ"ס כיון דהמתנה היא בס' וחיוב הכתובה ברור גובה כתובתה מהם:

סימן טז

ישראל ששכר חנות מגוי והתנה עליו הגוי בשעת השכירות שלא יהא לו שום זכות להחזיק בהחנות. כתב מהריב"ל ח"א סימן מ"ב דלא מהני תנאו דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתם והוכיח כן ממ"ש הר"ן בר"פ הכותב דדוקא בכותב לה ועודה ארוסה אבל קודם אירוסין ל"מ סילוק דמהריק"ש בהגהותיו סי' ק"ס העתיק דברי מהריב"ל גם ה' לח"ר סי' קס"ב הביא דברי מהריב"ל ולמד ממנו לנדונו ומהרש"ך בנוספות סי' ט' דחה ראיית מהריב"ל דההיא דפרק הכותב בסילוק מירי אבל בתנאי י"ל דמהני

ולא ראה דברי הרשב"א בתשו' סי' תתק"ס דאפילו בתנאי ל"מ בכותב קודם ארוסין והובאה בב"י סי' ר"ז ומ"מ גם מהרש"ך אע"פ שדחה ראיית מהריב"ל הסכים למעשה כמהריב"ל דל"מ תנאה וכל קבל דנא מהרח"ש ח"א סי' ל"ג אחר שהביא דברי מהריב"ל כתב שמצא בפ"ד א' שבו כתוב שג' רבנים הסכימו דלא כמהריב"ל ועשו מעשה גם הכנ"הג סי' ק"ם כתב בשם מהר"ש הלוי ששני רבנים הסכימו דלא כמהריב"ל והמה תרי מגו תלת שהוזכרו במהרח"ש והשתא כיון דפלוגתא דרבוותא היא נראה דקרקע בחזקת מרה קמא קיימא שהוא הגוי גם ישראל השוכר הב' דר עכשיו בחנות ואי להוציא אותו מהחנות כיון שהשוכר הא' לא נתבררה חזקתו והרב לחם רב סי' קנ"ד בכיוצא לנ"ד כתב דבפלוגתא דרבוותא מוקמי' בחזקת מי שבידו עכשיו כמ"ש התוס' בפ' חזקת לפירשב"ם ומהרשד"ם סי' שנ"ב בכיוצא לזה כתב דמוקמי' לה בחזקת מרה קמא ועיין להרב בני חיי סי' ר"ה ומ"מ בין למר ובין למר בנ"ד מוקמי' ביד הגוי שהוא מרה קמא ובידו היא עכשיו שהוא שכרה ליש' הב' ומצד שלא כפל התנאי ל"ל בה דכבר הוכיח הכנ"הג בתשובתו דכיון דכתוב התנאי בשטר או קנין א"צ כפילת התנאי דהוי כמעכשיו כמ"ש הרשב"א בתשו' מיהו מצד אחר נראה עיקר לזכות השוכר הא' בדינו דממ"ש בשטר ומחל ע"ז וכו' וכשרוצה לצאת ממנה אין לו רשות לערער על ישראל אחר נר' דכל עיקר כוונת התנאי והמחילה הוא שכאשר הישראל יוצא מרצונו לא יוכל לערער אבל כשיוצא בע"כ כנ"ד כמו שהעידו עדים ע"ז שהגוי הוציאו בע"כ כל כה"ג לא היה בכלל התנאי די"ל דכל חשש שחש הגוי בראשו שמא יוצא ממנה השוכר ותהיה רקנית שלא יוכל שום בן ישראל לשוכרו אבל כל עוד שהשוכר דר בה ונותן לו שכירות לא איכפת ליה ואין דעתו להוציאו בע"כ ולא אסיק אדעתיה להתנות אלא אם יוצא ישראל השוכר מדעתו כנ' מלשון השטר ובכן דעתנו נוטה לזכות להשוכר הא' ובפרט שבעיקר הדין רבים המה הסוברים דתנאה ל"מ כדעת מהריב"ל כנ"ל אנן תלתא ב"ד אם יראה בעיני מורינו. הרב ש"י ולהסכמתו אנו מצפים לעשות מעשה רב:

אחרי שאתם רוצים לגלות דעתי בזה צריך אני ך לגלות דעתי שודאי הגוי שלא רצה להשכיר לשוכר אלא אם לא יהיה שום זכות לו בחזקה ואדעתא דהכי השכיר לו גם השוכר קע"ע בכתב מפורש שלא יש שום זכות לו להחזיק בחנות כלל א"כ מאין יבא לו עוד שם של חזקה ומה שכ' באחרונה וכשרוצה לצאת לא יערער אינו אלא לאפוקי שאם הוא עדיין בחנות אם יבא אחר לשכור החנות מאת הגוי הוא יכול לערער עליו שלא ישכרנה וכמו שאירע כמה פעמים זהו דעתי:

הצעיר **ישועה בסיס** ס"ט

סימן יז

שלשה אנשים שקנו מכס מאת השררה יר"ה ונכתב על שמם ואח"כ א' מהם שיתף עמו בחלקו אדם אחר ואח"כ השותף הזה ששיתף עמו איש אחר עמד והאמין לשני שותפין המתעסקים בגביית המכס בלי שו"א אם יכולת ביד השותף החדש להשביע הב' שותפין הא' וב"כ או אם יכולים לומר לאו בעל דברים דידן את אלא שותפנו הג' והוא כבר נתן לנו נאמנות:

תשובה נראה שיכול להשביע אותם כיון דממונא דיליה הוא אע"פ שלא נשתתפו הם עמו ויש ללמוד ד"ז מתשו' הרא"ש כלל צ"ג סי' ב' בראובן שמשכן ספרים אצל שמעון והלך שמעון ומשכנם אצל לוי באותו הסך שהלוה לראובן ואח"כ המחה ש' את ר' צל לוי שבזמן שיביא לו המעות יתנם לו וכשהביא לו המעות מצא שהספרים נפסדו מחמת שהיה לוי לומד בהם ואמר לוי ששמעון הרשהו ללמוד בהם ולאו בע"ד את והשיב שטענה זו מועלת אלו היה לוי סבור שהספרים של שמעון אבל אם ידע שהספרים של ר' לא היה מועיל הרשות שנתן לו שמעון ול"מ למי' לאו בע"ד דידי את דהו"ל כגוזל ומאכיל לאחר דאמרי' בר"פ הגוזל ומאכיל דרצה מזה גובה רצה מזה גובה ע"ש הרי דאע"פ שלא היו הדברים אלא בינו ובין שמעון כיון שהספרים של ר' יכול לתובעו ובנ"ד נר' דאפילו לא ידעו השותפים ששותפם שיתף עמו אחר בחלקו יכול להשביעם דדוקא התם דאלו ידע שהספרים של ר' לא היה לומד בהם משא"כ בנ"ד ועיין מהרשד"ם סימן ק"א דסותר למ"ש ה' גופיה בסי' ע"ט ועיין להש"ך סי' ע"ב דין ל"ב איברא דק"ל בדברי הרא"ש הללו דמתבאר מדבריו דבגוזל ובא אחר ואכלו דקי"ל רצה מזה גובה רמ"ג דוקא בידע הגוזל הב' שהיא גזולה ביד הגוזל הא' אבל אם לא ידע שהיא גזולה אין לבעליה ד"וד עמו ומהגמ' שם אין נראה כן דפריך אר"ח דאמר רמ"ג רמ"ג ממתני' דהגוזל ומאכיל את בניו והניח לפניהם פטורים מלשלם וס"ד דלפני יאוש מיירי וא"כ הניח לפניהם מיירי שאכלום כמתבאר שם וכן פריך שם מברייתא דהא' ומוקי לה לאחר יאוש ואי איתא מאי פריך נוקמא בלא ידעו שהיא גזולה ביד אביהם אלא ע"כ אפילו לא ידעו קאמר ר"ח רמ"ג. וכ"כ הטור בסי' שס"א דר"ז מיירי אפילו לא ידעו וכתב מרן בב"י ר"ז לא מצאתיו אבל מתבאר מהדין שיבא בסמוך ולע"ד דמהגמ' גופה נראה כן ועוד ק"ל מתשו' הנז' דמתבאר ממנה אפילו האכיל הגוזל לאחר מדעתו רמ"ג רמ"ג אמ"ש הטור שם בא אחר ונטלה שלא מדעתו ואכלה רמ"ג וכו' מ"ש דאם האכילו הגוזל מדעתו ל"מ האוכל וכ"כ בש"הג שם לדעת הטור והביאו הכנ"הג שם ולפ"ז. הגמ' דפריך אר"ח ממתני' מחלוקת הניח לפניהם פריך והדבר ק' שהרי מתשו' אביו הרא"ש הלזו מתבאר אפילו האכילו

רמ"ג רמ"ג ונ"ל דדוקא בלא ידע שהיא גזולה הוא דס"ל להטור דבעי' נטלה שלא מדעתו אבל בידע שהיא גזולה אפילו האכילו דגמ' והרא"ש שפיר כתב לחלק בין ידע ללא ידע כיון דבנדונו נטלה מדעתו ודמיא לגוזל ומאכיל והגמ' פריך לר"ח מחלוקת הניח לפניהם דהיא שלא מדעת הגוזל אכלום ובכה"ג אפילו לא ידע שהיא גזולה גובה ממנו נקטי' דלא מחייב האוכל אלא בנטלה שלא מדעת הגוזל או בידע שהיא גזולה אבל האכילו מדעתו ולא ידע פטור ועיין למהרא"ש סי' ק"א ובהכי ניחא מה דק"ל בעובדא דנרשאה שם דקט"ו ע"א אמאי לא שקיל כל הק"ך מנרשאה כיון דקי"ל כר"ח דרמ"ג רמ"ג דשא"ה דלא ידע ומדעתו מיהא בלא"ה י"ל דש"ה דמן הדין שקיל מרי דספרא מלוקח ב' בלא דמים ולוקח ב' חוזר על לוקח ראשון ואז לוקח א' אינו נוטל מן הגנב אלא פ' ולכך אע"פ שתיקנו תקנת השוק לגבי גנב אוקמוה אדאוריית' ובפ' חזקת הבתים דכ"ט דחזקת הבתים מ"ל ביממא ובליליא כגון דאתו בי תרי ואמרו אינן אגרינן מיניה ופריך נוגעין בעדות דאי לא אמרי הכי אמרי' להו זילו יהבו אגר ביתא ע"ש צ"ל כיון שידוע שהיא חזקת מרה קמא הו"ל כידע ומדעתו דרצה גובה ממנו וכאמור:

אח"ז מצאתי להר"ב בש"מ. בפ' אלו נערות דל"ד ע"ב אהא דאמרי' הניח להם אביהם פרה שאולה כסבורים שהיא של אביהם ואכלוה משלמין דמי בשר בזול כ' בשם הראב"ד שהקש' אמאי דמי בשר בזול ותו לא מ"ש מגזל ולא נתייאשו הבעלים דרמ"ג ותי' דש"ה שאכלה באיסור שלא ברשות והוא עצמו נק' גזלן אבל התם דכסבורים שהיא של אביהם וכו' ובגזל ומאכיל לבניו או הניח לפניהם ואכלוה אי ידעו שהיא גזולה משלמין דמי כולה ואי לא ידעו משלמין דמי בשר בזול לבד וכ"כ שם בשם הרמב"ן והרא"ה והריטב"א ע"ש הרי מבואר דבגזל ובא אחר ואכלו שלא ברשותו אפילו לא ידע שהיא גזולה מחייב אבל אם אכלה ברשותו ולא ידע שהיא גזולה ל"מ אלא דמי בשר בזול ובגזל והניח לפניהם אם ידעו שהיא גזולה חייבין זיני כולה ואם לא ידעו חייבין דמי בשר בזול ומעתה ודאי זהו דעת הטור מיהו קשה לפ"ז מאי פריך הגמ' על ר"ח ממתני' נוקמא בלא ידעו ואי פריך דמ"מ דמי בשר בעי לשלומי זה ל"ק לר"מ אלא לרבה דאמר כסבורים שהיא של אביהם משלמין דמי בשר בזול ומעתה י"ל דל"פ רבוותא כאשר כתב הש"הג אלא דהנהו מיירי בידע שהיא גזולה ומ"מ נקטי' בנ"ד דיכול להשביעם דזכות דידיה. הוא ול"מ בשותף הא' להאמינם כמ"ש הטור דאפילו מחל הגוזל הא' לב' ל"מ דדין הב' הוא עם הבעלים ומצאתי להעיטור אות ש' שותף דכ"ו ע"ג שכ' וז"ל היכא דראובן ושמעון נשתתפו ונטל א' מהם מן הממון ונשתתף עם לוי הרי חבירו משביע ללוי ולא מ"ל לאו ב"ד דידי את וכ"ש אם נתן ראובן לשמעון בתורת עסק ונתן שמעון

ממנו ללוי בעסק משביע ראובן שבועת. השותפים דא"ל ממונא דידי הוא ושליחותא דידי עבד וכו' ומסתברא דאפילו פיטר ראובן לשמעון משבועה וא"כ פיטר שמעון את לוי ראובן משביע את לוי אלא א"כ פיטר הוא והבאים מכוחו וכו' ע"ש הרי מבואר כמ"ש דכיון דזכותא דידיה ל"מ השותף שלו להאמינו והב' שותפים הא' ל"מ למי' ליה לאו בע"ד דידן את ואפילו לא ידעי ששיתף עמו אחר דינא הכי כיון דזכותא דידיה הוא כלל: **וראיתי** למהרימ"ט ח"א סי' ל"ג שכתב דאלמנה שגזלה מנכסי בעלה ונשאת לאחר והכניסה לו מה שגזלה מנכסי בעלה הא דאע"ג דקי"ל בעל לוקח הוי גובין יורשי בעלה הא מן הבעל הב' דקי"ל כר"ח דגזל ובא אחר ואכלו רמ"ג רמ"ג ולא תימה שא"ה שאכלו שלא ברשות הגוזל הא' אבל אם ברשותו

ל"מ הא ליתא שהרי פריך הגמ' מהגוזל ומאכיל את בניו ומוקי לה לאחר יאוש אלמא דלפני יאוש אפילו יהיב להו איהו גופיה בניו חייבין עש"ב ואי מהא לא איריא די"ל דהגמ' פריך מחלוקת הניח לפניהם דלא יהיב להו מדעתיה ובעיקר הדין תליא מילתא בידיעת הבעל דאם ידע שהוא גזל אע"פ שהכניסה לו מדעתה מוציאים ממנו ואם לא ידע שהם מגזל לא מחייב כמו הניח לפניהם ואכלום כמו שנתבאר מדברי הראשונים והטור שכתבתי ועיין להר"ב במקו' שם בקמא ועיין למהרשד"ם חא"ה סימן קע"ד שכתב בשותף שנטל מהשותפים והשותף עם הזולת דאינו יכול השותף האחר לירד לדין עם הזולת ההוא דכיון דלא ידע יכול לו' לאו בע"ד את ע"ש ונראה פשוט דדוקא לירד עמו לדין דיכול לומר דמית עלי כאריה ואלו הייתי יודע לא הייתי משתתף כמ"ש שם אבל לענין להשביעו אם גזל יכול להשביעו דס"ס זכות דידיה הוא אצלו כמ"ש:

סימן יח

שאלה ראובן שקנה חצר מגוי בעש"ג וכתוב שם שמחוייב ראובן לעשות גדר לגוי האוצר שסמוך לחצר הנז' שגם הוא של הגוי ההוא לעכב שלא יבואו מגגו חצירות הסמוכות ע"ג האוצר ושאם לא עשה ראובן הגדר ימנענו הגוי מלהשתמש ע"ג האוצר יען שיש פתח מעליית ראובן לגג האוצר ואח"כ ראובן מכר החצר לשמעון ולוי והיו משתמשים ע"ג האוצר יותר משני חזקה ואח"ז מכר הגוי האוצר ליהודה ואז עמד יהודה לבנות ע"ג האוצר עלייה וע"י נמנעין מלהשתמש ע"ג האוצר בעלי החצר ההיא ועמדו בדין על דנא פתגם וטען יהודה כיון שלא נכתב מכירה מהגוי לבעלי החצר אלא מכלל לאו אתה שומע הן ואפי' אמרי' מכלל שאמר שימנעם אתה שומע שאם עשו הגדר לא יוכל למונעם וכאלו מכר לו להשתמש בגגי האוצר מ"מ הוי דבר שאין בו ממש שצריך שיאמר

שמכר להם הגג לתשמישו ועוד שהם לא קיימו התנאי ששיירו בגדר בענין שיכולין לבא שם מגגין אחרים וכיון שלא קיימו התנאי הוא במקום הגוי עומד למונעם מתשמיש ע"ג האוצר ושאלו אם עולים דברי יהודה בדין וגם טענו שמכר להם הגוי לתשמישו והביאו בידם שטר ובו כתוב לאמר שנתברר להם מקריאת העש"ג שביד הקונים שמכר להם הגוי הגג לתשמישו ואז הביאו א' מהעש"ג וקרא לפנינו העש"ג ונתברר ששקר הוא מ"ש בשטר והוא לא נכתב בו אלא מ"ש בראש אמיר וע"ע התנאי השיבו שהגוי ראה וידע ומחל התנאי מדלא מיחה ואפילו לא מחל מ"מ עכשיו יבנו הגדר:

תשובה נראה כיון שאכלוה שני חזקה דל שיטרא מהכא זוכין מכח חזקה ואע"ג דקי"ל הבא לידון בשטר ונתבטל השטר לא יזכה מדין חזקה דקי"ל צריך לברר מ"מ ה"ד בלוקח עצמו אבל אם מכרה לאחר טוענין ללוקח ב' ששטר אחר הי"ל במכירת הגג לתשמישו כיון דאכלה שני חזקה כמ"ש מהרימ"ט הח"מ סי' כ"ח בנדונו בלוקח אחר לוקח ולוקח א' לקח מאיש א' שהיה חתנו של בעל החצר ולא נכתב מכירה מבעל החצר וכ' דטוענין ללוקח שטר אחר היה וכ"כ הפמ"א ח"א סי' ע"ג בנדונו שלוקח א' לקח החצר מאלמנת בעל החצר ולא נכתב שטר שהגבו לה ב"ד החצר בכתובתה וטוענין ללוקח ואע"ג דקי"ל הבא לידון בשטר אינו נידון בחזקה ה"מ בעל דבר אבל לא לוקח ע"ש ואפ' שמהרח"ש ח"א סי' כ"ח נסאצק בזה לא שבקינן פשיטותיה דמהרימ"ט והפמ"א מפני ספיקו של מהרח"ש ועוד שמהר"י ן' מיגש ז"ל בתשו' הובאה בס' פאר הדור להרמב"ם סי' רי"ד דשטר גביה שהגבו ב"ד למלוה חצר של הלוה ולא נכתב בו שעשו שומא כ' כיון דהוא לוקח ב' טוענין ללוקח ואפילו שמתחי' בא מכח שטר נידון בחזקה ואמרי' שיש שטר אחר דכל דבר החסר מן השטר טוענין ללוקח לתקנו ע"ש וה"נ דכוותה טוענין ללוקח שמתוקן הכל בשטר אחר הגג לתשמישו ובלא התנאי הנז' בשאלה כיון שאכלוה שני חזקה וגם לא קיימו התנאי והגוי שתק:

איברא דיש לדון בחזקה זו שהחזיקו דמה שאנו טוענים ללוקח שיש שטר אחר הוא שאח"ז שכתבו העש"ג כ' להם הגוי עש"ג אחר וכיון שמתחי' ירדו ברשות ע"פ העש"ג הא' לא הוי חזקה דכל היורד ברשות כגון משכנתא שוב אין לו חזקה כמ"ש בסי' ק"ן דאם באותו יום עצמו של העש"ג הא' הי"ל לכתבו בשטר עש"ג קניית החצר עצמו:

וראיתי למהרימ"ט חח"מ סי' מ' שכ' בנדונו שהוא כעין נ"ד דוקא משכנתא הוא דאמרי' יירד ברשו' אין לו חזקה כיון דגם מתחי' היה אוכל הפירות מחמת המשכנתא אבל בשכירות יש לו חזקה כיון דמתחי' היה פורע שכירות ועכשיו אינו פורע וכדאמי' באריס דיש לו חזקה משום דמתחי' לפלגא והשתא נחית לכולה ע"ש וה"נ בנ"ד י"ל

דדמי לשכירות דבנין הגדר הוא השכירות ומתחי' נחית בבנין הגדר. ועכשיו אכלה שני חזקה בלא בנין הגדר מיהו אשתמיטיה למהרימ"ט ז"ל תשו' הריב"ש סי' שכ"ז שכ' להדיא ירד ברשות אין לו חזקה היינו כגון משכנתא או שכירות וכיוצא ע"ש הרי דאף בשכירות עיקרי ירד ברשות ואין לו חזקה שו"ר להמש"ל בפי"ג מהל' טוען שתפס עליו בזה ועוד תמה ע"ד בנדונו והוא בא' שנתן דרך בחצירו לבעל החצר הפנימית לעבור דרך חצר ויפרע לו בעד זה ש' לבנים מידי שנה בשנה ושאם לא יפרע לו ימנענו דמה מקום חזקה בנ"ד ה"ז כמו שכירות לעולם ודמים הוא דחייב לו ודמי למי ששכר ביתו לה' שנים ולא פרע לו השכירות דלא שייך בזה טענת חזקת ע"ש ולפ"ז בנ"ד נמי בנין הגדר שכירות הוא ואין מקום לטענת חזקה בזה ועיין לה' תורת חסד סי' קפ"ה שתמה על ס' מהרימ"ט מתשו' הרשב"א שהביא מרן בב"י סי' קע"ג מחו' א' שכתב דאין חזקה למי שבא בידו בתו' שאלה ופקדון ושכירות ע"ש ואין משם ראיה כלל דשכירות דהתם הוא דשכרו לעשות אותו וכמו אומן דעוסק בו הרשב"א שם ושנייא היא משכירות דהכא דשכר הדבר מבעליו ונותן לו שכירות ועברו שני חזקה ולא נתן לו שכירות ומ"מ הדין דין אמת דגם בירד בתו' שכירות מיקרי ירד ברשות ואין לו דין חזקה ועוד דבתשמישי הגג שהיא לשטיחת בגדים וכיוצא לא חזקה כמ"ש מהר"ם אלשיך בתשו' סי' צ"ד ועוד יש טעמים אחרים דלא אמרי' בד"ז טוענין ללוקח ומבוארים בתשו' מהר"ם אלשיך שם דשייכי גם בנ"ד:

נקטינן דלא טעני' ללוקח בכיוצא בזה וכיון דלא טעני' ליה ואין דנין אלא עמ"ש בשטר הרי בשטר זה אין בו מכירה בגג אלא כעין שכירות בעלמא וגם תשמיש דבר שאב"מ כמו ידור פ' בבית זה:

מיהו כיון שיהודה זה קנה האוצר מן הגוי דיינינן ליה בדיניהם דישראל הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי לגריעותא לכ"ע וא נחלקו הפו' אלא אי דיינינן ליה כגוי גם למעליותא והכי אי בדיניהם שטר כה"ג עולה כמו שטר מכירה גמור ואין יכולת ביד הגוי לבטל העש"ג בשום אופן גם אינו יכול לבנות עלייה ע"ג אוצרו אזי גם ישראל הבא מכחו כמוהו ואם בדיניהם יצא הגוי זכאי בדינו גם ישראל הבא מכחו כמוהו וזכאי הוא בדינו גם בד"ת שת"ת:

סימן יט

שאלה ר"וש שותפים בחצר והיה להם נהרסות בחצר ועמד ובנה הנהרסות ונשאר להם מותר הבנין וראה ראובן שאם ימכור אותו המותר יהיה נמכר בזול ואז עמר והוסיף

איזה סך ובנה בנין חדש עלייה ע"ג החצר ואח"כ מצא מי שיתן לו כל ההוצאות עליה וישכון בה י"ג שנים ואח"כ תחזור העליה לבעליה חנם ושלח לשותפו שהוא בעיר אחרת והשיבו שאינו רוצה בבנין ההוא אלא דוקא אם לא ישכון השוכר הפורע ההוצאות לד' שנים ותו לא וזולת זה איני רוצה בבנין ההוא ונפשם לשאו'ל הגיע מה יהיה משפט הבנין החדש ההוא:

תשובה בתחי' יש לבאר באיניש דעלמא דלאו שותף מה דינו ולכאורה נר' דל"ע בעל הקרקע בהוצאות בנין החדש ויכול לומר טול עציך ואבניך וצא וד"ז נלמד מתשו' הרא"ש שהביא הטור סי' שע"ו ד"ח שנשאל בראובן היה לו בתים והלך מעירו ובא שמעון ודר בהם וראה שהיה הבית רעוע ובנה בו וסידו וכיידו וכו' תשו' כיון שהיה רעוע חייב ליתן לו יציאותיו אבל מה שבנה שלא היה צורך לבנות כגון שבנה חדרים וסייד וכייד אין חייב לפורעם לו ויכול לו' טול עציך וכו' ע"ש ואע"ג דסתם חצירות עשויים לבנות ולהוסיף עליות כמ"ש הר"מ בפ"י מה"ג והביאו הטור גופיה שם בסמוך מ"מ הרא"ש לש לשיטתו אזיל דס"ל אפי' בשדה העשויה ליטע יכול לומר טול עציך כמ"ש הטור שם בראש הסי' וכ' מרן בב"י דגם דעת הר"מ כן והכי נקטי' דלא כדעת ה"ה בדעת הר"מ ע"ש אמנם ראיתי למרן בב"ה שתמה ע"ד הרא"ש בתשו' הלזו שהביא הטור דילמא יכול לומר טול הרי כתב הטור בשם הר"מ דחצירות עשויות להוסיף עליות ותי' דהרא"ש מיירי דעשה חדרים שאין ראויות לדירה בפ"ע אבל אם הוסיף בתים ועליות שראוים לדירה בפ"ע אי"ל טול עציך ע"ש וי"ל דמאי ק' הא אפילו עשויות ליטע דעת הרא"ש והר"מ דיכול לומר טול וצ"ל דס"ל למרן דדוקא בשדה הוא דס"ל להרא"ש דאפילו עשויות ליטע אי"ל טול משום דיכול לומר אנא בשדה לבן ניחא לי דעדיפא לי לזורעה זרעים ותבואה אבל בבתים ועליות כיון דעשוי ליבנות אי"ל טול וכ"מ מדברי הרא"ש במציעא דק"א דגבי שדה העשויה ליטע כ' דיכול לומר טול עציך וגבי חורבא כתב בשם הראב"ד דסתם חורבא עשויה ליבנות ואי"ל טול ומסתבר טעמיה אי לא משתמש בחורבא וגם יש לו כדי לבנות ולא יקפיח פרנסתו ע"ש הרי דס"ל דדוקא בשדה דיכול לומר בשדה לבן בעינא או בבית ומקפיח פרנסתו אבל זולת זה אינו יכול לומר טול ושפיר הוק' לו למרן בדברי הרא"ש וחילק בין חדרים לבתים ומעתה מ"ש מרן בב"י בשם תשו' תלמידי הרשב"א והרי"ף דאפילו בבית העשויה ליבנות יכול לו' טול מיירי בחדרים אבל בהוסיף בתים הראויות לדירה ס"ל למרן שאין מי שחולק בזה שאי"ל טול הודאי תואנה הוא מבקש כמ"ש הרא"ש במציעא ועפ"ז ליתא למ"ש הכנ"הג בתשו' סי' רכ"ג דאי איתא דבשדה. העשויה ליטע ס"ל להר"מ דיכול לומר טול אמאי לא כתב ד"ז דיכול לומר טול

גבי חצירות העשויות לבנין ואמאי לא כתב ד"ז אלא גבי חורבא דאינה עשויה ליבנות ע"ש ועפ"ה ליתא דאפילו דס"ל בשדה העשויה י"ל טול בחצר מודה כיון דעשויה לבנין ודוקא בשדה משום די"ל בשדה לבן בעינא ובחורבא אפילו בלא טעמא י"ל טול משום דאין עשויה לבנין נקטי' דדעת מרן דבנ"ד דלא מפסי' מכיסו כלום לכ"ע אי"ל טול וראיתי למהרימ"ט ח"א סי' ק"ו שכ' דאפ' דאפילו לסוברים דשדה העשויה ליטע אי"ל טול בבתים מודה דיכול לומר טול משום דלאו כל אדם עשוי לבזבז בנכסיו ולהתעסק בבנינים שמסכנות בעליהן ע"ש וכבר כתבתי דעת מרן להפך דאפילו להסוברים בשדה י"ל טול בבית אי"ל טול ושכ"מ מדברי הרא"ש ואפילו לדברי מהרימ"ט בנ"ד שאינו מוציא מכיסו אלא השוכר דר בה זמן מה כנגד יציאותיו ואח"כ תחזור לבעליה בחנם מודה דאיל"ל טול ומה שהקשה מהרימ"ט שם ע"ד התוס' בפ"ק דבתרא גבי מקיף את חבירו מד' רוחותיו שהק' אמאי סגי ליה בדמי קנים בזול הא אפילו בשדה שאינה עשויה ליטע שמין לו וידו ע"הת דמאי קו' הא י"ל טול עציך ע"ש י"ל דא"ה אמאי משלם לו כלל דמי קנים בזול אלא ע"כ דס"ל דאנן סהדי ניחא לו ודוקא בשדה די"ל אנא בשדה לכן נח"ל אבל בגדר מסתמא נח"ל וע"ש בתירוצם ומאי שהק' עוד אמאי לא הוק"ל בגדר ניקף דגלי דעתיה דניח"ל הול"ל וידו על העליונה כההוא עובדא דרב במציעא ע"ש י"ל דאע"ג דגלי דעתיה דניח"ל בגדר ליכא גילוי דעת בגדר ממש אלא בקנים סגי ליה ומ"ש בכוונתם דאגדר ניקף הוק"ל ע"ש ק' בתי' שכ' דסגי ליה בנטירא בר זוזא אמאי הא גלי דעתיה דניח"ל בגדר נקטי' דבנ"ד אי"ל טול עציך וזהו אפילו באיניש דעלמא וכ"ש בשותף דקי"ל שותף כיורד ברשות וא"כ אי"ל טול עציך כמו יורד ברשות וכ"כ הכנ"הג בסימן קע"ח בשם מהר"ם ד"ב דשותף אי"ל טול ואפילו שמהרימ"ט שם חולק ע"ז וס"ל דלא הוי כיורד ברשות אלא לענין לעשות שאינה עשויה ליטע אבל מ"מ י"ל טול וחיליה מס' הרא"ה דס"ל דגם בשותפ' אם ההוצאה יתירה על השבח אינו נוטל אלא כדי השבח דלא הוי כיורד ברשות ממש וא"כ כשאמר לא ניח"ל הוא בהוצאה יתירה על השבח ע"ש מ"מ נראה מדברי מרן בש"ע ע שם בסי' שע"ה דנוטל כל ההוצאה שכ' בעל בנכסי אשתו הקטנה והשותף ידם ע"הע והוא לשון הר"מ בפ"י מה"נ וכ' ה"ה בסוף הפ' דבעל בנכסי אשתו דאמרי' בגמ' דאם היציאה יתירה על השבח אינו נוטל אלא כדי השבח היינו שמין וידו ע"הת ומ"ש הר"מ שמין וידו ע"הע באשתו קטנה ואפ' בשותף דכייל ליה בהדי בעל וכ' ידם ע"הע נוטל כל ההוצאה דיורד ברשות ממש ואגב ראיתי למהרימ"ט שם שכ' אפילו ראהו בונה ושתק ל"א שתיקה כהודאה דמיא ותשו' הרשב"א שהביא מרן בב"י בר' שהשאיל ביתו לשמעון וכו' בחצר מיירי דעשויה לבנות ע"ש והוא

תימא שהרי כתב הרשב"א בס"ד דאם אמר יהודה עצי ואבני אני נוטל הרשות בידו ואי בעשויה ליבנות כבר זכתה לו חצירו ואי"ל עצי ואבני וכו' כמ"ש ה' גופיה שם תורה יוצאה שבנ"ד אי"ל טול עציך ואפילו באדם דעלמא וכ"ש בשותף ועוד שבנ"ד הוגד לנו שקודם שבנה שלח לו ע"י אדם א' שרוצה לבנות ושלח אותו אדם לשותף הנז' ואמ"ל שנתרצה בזה וא"כ אע"פ שזה מכחיש לאותו אדם מ"מ שותף זה מיקרי ירד ברשות דכה"ג כ' מהר"ם ד"ב סי' כ"ה דאם עשה ע"פ הוראת חכם ונמצא שאותו חכם טעה בדין אע"פ שחוזר הדין מ"מ מקרי ירד ברשות כיון שעשה ע"פ חכם ע"ש וה"נ דכוותה עוד ראיתי להרב הנז' שכ' דלמ"ד בשדה דיכול לומר טול גם בבית יכול לומר כן דיכול לומר איני רוצה להוציא מעותי בבנין ע"ש וא"כ בנ"ד דאינו מפסיד מכיסו מודה דאי"ל טול עציך וכמ"ש:

סימן ך

אומן שנתנו לו בגד לתופרו ונתנו בחנות שלו עם בגדיו ונגנבו הכל ע"י גנב לילה אם חייב האומן בדמיו:

הנה כבר ידוע כי כל האומנים ש"ש הם כדתנן בס"פ. האומנים וש"ש חייב בגניבה ואבידה אך אפליגו רבוותא בגניבה באונס משאר אונסים אי חייב ש"ש או אי הוי כלסטים מזויין דפטור כדאיתא בגמ' בפ' הכונס ודעת רובא דרבוותא דדוקא בלסטיס מזויין אבל בשאר אונסים חייב וכמו שמבואר בטור וב"י סי' ש"ג ובודאי באתרא דדייני בדין קי"ל פטור האומן אבל במקומות דלא דייני בדין דקי"ל הפך דעת מרן כש"ע יש לדון בדבר דהנה מרן בש"ע שם כ' ש"ש חייב בגניבה ואבידה וי"א דאפילו בגניבה באונס כגון שהעמיק בקרקע מאה אמה וכו' חייב הש"ש ע"ש ולא נתבאר בפ' דעת מרן והרב מעיל שמואל סי' ל"ג ול"ד כתב דמדכתב וי"א וכו' גילה דהסתם שכ' תחי' הוא דבגניבה באונס פטור ועפ"ז הורה גבר בגניבה ע"י גנבי לילה הוי אונס ופטור ע"ש שהאריך בראיות אבל מהר"ם ב"ח בתשו' הובאה בס' גו"ר ח"מ סי' א' פשיט"ל מילתא דלא הוי סתם בהכי אלא שכ' מדכתב מרן וי"א הורה דיש מי שחולק ואין דעתו לפסוק כהי"א ע"ש והגו"ר סי' ב' חלק עליו דכיון שלא הביא דעת החולקים בפי' דעתו כי"א לפ' הלכה ע"ש ומדברי השיירי כנ"ה הג בא"ח סי' רס"ח נראה דבכה"ג דעת מרן לפ' הלכה כי"א שכ' אי רובא נינהו פ"ש שכ"כ ליישב דעת הב"ח ומ"מ אינו מוכרח כ"כ ללמוד לנ"ד באופן דהדבר במחלוקת הוא שנוי מה היא דעת מרן בש"ע לפ' הלכה וא"כ יכול לו' קי"ל כל שלא נת' דעת מרן באר היטב ועוד דגנבי לילה דמו ללסטים מזויין ולכ"ע פטור

הש"ש דמסתמא באין בכלי זיין וכן הוכיח מהר"ם ב"ח ז"ל שם מדברי ה"ה בפ"א מה' גניבה דין ג' דלא כמ"ש המבי"ט סימן רפ"ב דדוקא בבאו לפני השומר הוא דהוי לסטים מזויין ע"ש וכן מסיק הרב מעיל שמואל שם דסתם גנבי לילה לסטים מזויין נינהו וכ"ן מדברי הר"ב במקובצת בפ' השואל דצ"ג ע"ב גבי עובדא דבר שבו שכתב דההיא דנגנבה באונס לאו בלסטים מזויין איירי דא"ה ש"ש נמי פטור ע"ש וא"א לוקמא בלסטים מזויין ושלא בפני השומר אלא ע"כ דבכל גוונא הוי לסטים מזויין ועוד ט"א לפטור האומן והוא מה שראיתי למהרש"ך ז"ל ח"ב סי' קס"ט שכתב דאף להסוברים דש"ש דוקא בלסטים מזויין הוא דפטור ה"ד בנוטל שכר על השמירה דהוי ש"ש גמור אבל במלוה על המשכון דלאו שכר שמירה שקיל לא הוי ש"ש גמור ופטור אפילו בשאר אונסים וכ"כ מהר"ש יונה ז"ל סי' ט"ו והשע"א סימן קכ"א ואחריהם החזיק בס' זו מהר"ם ב"ח שם בתשו' הנז' ולכאורה דברי תימה הם שהרי חילייהו דהמחייבין ש"ש בגניבה באונס הוא מגמ' בפ' הכונס דז"ן דלא מוקי לה להא דר"י בשאר אונסים ע"ש בתוס' והתם קאי על שומר אבידה דמשום פרוטה דר"י נגעו בה ולא נטל שכר השמירה בפי' ושו"ר להע"ש דקנ"ח שעמד ע"ז ועוד הוכיח מגמ' בפ' אלו מציאות דכ"ט דמוקי פלוגתא דר"ט ור"עק בשואל ודחיק אבדו בטבעה ספינתו ולא מוקי לה בפשיטות באבדו באונס משאר אונסים וא"ש לפיכך דר"עק דלא נימא דהוי ש"ש גמור ע"ש ונ"ל דהנה בפ' הכונס איתא שם בגמרא דטעמא דש"ש הוי משום פרוטה לעני וא"ד כיון דמשתעבדי בע"כ הוי ש"ש ולפי' א"ד הוי ש"ש גמור כיון דלאו משום נטילת שכר נגעו בה וא"כ שפיר י"ל דמאי דלא שני בפ' הכונס במימרא דר"י בשאר אונסים משום דאכתי קשה לא"ד ולכך משני בלסטים מזויין דא"ש אף דהוי ש"ש גמור וכן ההיא דפ' א"מ אזלא לפי' הא"ד ובהכי י"ל מה שהשיג הראב"ד ז"ל על הר"מ ז"ל בפ"א מה' גניבה דין ג' דהדבר מוכרח בפ' הכונס דלסטים הוי גנב דקי"ל כרב יוסף וקי"ל כר"י בהאי דתשלומי כפל ע"ש ולפי"ה י"ל דלמאי דקי"ל דהטעם הוא משום פרוטה לעני א"ש בשאר אונסים דלא הוי ש"ש גמור ולסטי' מזויין גזלן הוא איברא דלפי' ה' מה שהביאו ראיה התוס' שם בפ' הכונס דהלכה כרבה מהאי דפ' א"מ ע"ש לאו ראיה היא וי"ל דהתוס' בראיה זו דעתם דאפילו שאר אונסים פטור אפילו ש"ש גמור וכדברי התוס' במציעא ואכמ"ל:

איברא דהגו"ר שם חלק על סברא זו דאין לחלק בין ש"ש לש"ש ע"ש גם המש"ל בפ' י"א מהל' שכירות הוכיח מדברי מהרי"קו שורש קנ"ה דליתא לס' זו גם מהרש"ך ח"א סי' ט"ו כתב לחייב הפאטור שנגנב ממנו משום דש"ש הוא ע"ש וזה הפך ממ"ש בח"ב

סי' קס"ט ומ"מ מידי פלוגתא לא פלטי' נקטי' דמכל הני טעמי דכתיבנא נראה לפטור האומן מדמי הבגד:

וראיתי להרב מכתם לדוד למהרד"ף ז"ל בחיו"ד סי' י"א שכתב לחייב המלוה על המשכון שנגנב לו המשכון ע"י גנבי לילה משום דהוי ש"ש עש"ב ולא זכר שר לפרטי הדינים הנאמרים באמת:

סימן כא

המשדך בתו לזמן ומת אחר שעבר הזמן אי יורשיו חייבין בקנס:

נראה דד"ז מתבאר מתשו' מהר"ם הביאו המרדכי בפ"ק דמציעא בשמעון שהי"ל בת קטנה וכתב שמעון לראובן כשיהא בנך ראוי לקדש אם לא אקבל קידושי בתי או בתי בעצמה לא תקבל קידושיה אתחייב לך מעכשיו כ' זקוקין כסף ומת שמעון קודם שהיה לבן ראובן י"ג שנה והיא גדלה ועמדה ונשאת לאחר ועתה תובע ראובן הקנס והשיב כיון דמת שמעון קודם הגעת הזמן הוי אונס דאם היה חי היה מפיסה עש"ב והובאה תשו' הלזו באורך בתשו' מהר"ם הקצרות סי' ל"א ע"ש נראה מדבריו דוקא מת קודם הגעת הזמן אבל אם מת אחר הגעת הזמן אף שעתה אנוס הוא כיון שלה השיאה בהגעת הזמן הוי פושע ולא מיפטר באונס דהשתא אף שלא תבעו לא מיפטר בכה"ג ודברי מהרי"ו סי' ק"ה נר' דבכה"ג איירי וכן מ"ש מהרי"ו בסי' קמ"ב בכה"ג איירי דאל"כ מאי ק"ל מדברי המרדכי ע"ש וכזאת ראיתי להרב נ"ש די"ג ע"ב שדקדק מדברי מהר"ם הללו דאפילו מיאנה הבת חייב אביה בקנס הפך דעת הרשב"א וכבר דקדק כן מור"ם בד"מ סי' נ' וכתב הנ"ש ליישב דבנדון המרדכי בידו היה אף אם אין הבת רוצה מאחר שעדין היתה קטנה באותה שעה ובידו היה לקדשה ע"ש ור"ל דאם לא מטעם שמת קודם הגעת הזמן אלא שהיה חי מ"מ כיון דבשעה שהגיע הבן לגדלות עדין הבת קטנה וביד אביה לקדשה בע"כ אם לא קדש' וגדלה ומיאנה מתחייב האב בקנס אף דעכשיו אנוס הוא כיון דיצא לשעה שלא היה אנוס הרי לך כמ"ש דבמת אחר הגעת הזמן חייבין היורשים בקנס וכנ"ל להוכיח מדאמרי' בפ' החולץ ד"מ ע"ב יבמה אחר ג"ח אין לה מזונות עמד בדין וברח ניזונת משל יבם וכ' התוס' וה"ה חלה והא דבעי בריש כתובות חלה מאי היינו שחלה מיד בהגעת הזמן אבל הכא שחלה אחר שעמד בדין דהי"ל לכונסה לאלתר קודם שאירע לו אונס ע"ש והרי התם אם לא ברח ונתרצה ליבם אלא שאיחר קצת אין לה מזונות כמ"ש התוס' אח"ז ע"ש ואי ברח או חלה אף דהשתא אנוס הוא הו"ל לכונסה קודם שיבא האונס וכ"מ מדברי הרא"ש והריטב"א ובדברי מרן סימן ק"ס ע"ש וביותר מש'

כן מדברי התוס' בכתובות דק"ז ע"ב בד"ה עמד וז"ל וי"ל ש"ה שהי"ל לכנוס מיד אחר שהגיע הזמן אחר ג"ח אבל התם כשהתחיל חוליו קודם שהגיע הזמן מאי הו"ל למעבד ע"ש באופן דנר' פשוט דמת אחר שהגיע הזמן לא מיפטר מטעם אונסא כיון דיצא לשעה שלא היה אנוס:

ועוד יש לחייב את היורשין מצד אחר דע"כ לא כ' ך המרדכי דהיורשין פטורים מן הקנס מטעמא דאונס אלא בנדונו דליכא פסיקת נדוניא אבל בנ"ד שחייב עצמו בנדוניא ואם לאו יפרע קנס הוי חוב וחייבין וכמו שנראה מדברי מהרי"ו בסי' קמ"ב שכתב וז"ל ומ"ש שהיתומים פטורין מן הקנס וקמדמת הא מילתא למ"ש מהר"ם ל"ד דהתם לא היה ש"ח רק קנס בעלמא אבל הכא דאיכא ש"ח הוי כמו הלואה דלא מהני טענת אנוס ע"ש אשר נראה מדבריו דבכה"ג דחייב עצמו בנדוניא ואם לאו יתן קנס. אין לפוטרו משום אונס אלא דלפ"ז דברי מהרי"ו סתראי למ"ש בסי' ק"ה דבכה"ג נמי פטורין משום אונס ולמד כן מדברי מהר"ם וכבר ראיתי לה' נת"מ ז"ל דצ"ו ע"ד שתמה עליו בזה ע"ש וע"כ נר' דמ"ש בסי' קמ"ב אבל הכא דאיכא שט"ח היינו דכתב שט"ח והשלישו דאם יתחרט יתן לו השט"ח דבכה"ג הלואה גמורה היא וכ"נ שהבינו הח"מ סי' כ' סק"כ ומ"מ נכתב הקנס בלשון חיוב דהיינו שחייב עצמו מעו"מ בקנס המ' כנ"ד יש לדמותו להשלישו ולא מיפטרי מטעם אונס והרדב"ז בס' דברי דוד הנ"מ סי' ס"א כ' במיאנה הבת דפטור האב מהקנס משום דאנוס שאם זקף עליו הקנס בתורת מלוה חייב בקנס ע"ש ועיין להב"ש סקי"ח:

וראיתי להפמ"א ח"א ס"סי ס"ב שכתב ליישב בסתירת דברי מהרי"ו הנז' דמ"ש בסימן ק"ה מיירי שלא הגיע זמן הקנס בחייו שמת קודם שהגיע זמן הקנס אבל בסי' קמ"ב מיירי שהגיע זמן הקנס בחייו דאז ודאי חייבין היורשים ע"ש נר' שהבין דמ"ש מהרי"ו אבל הכא הוי שט"ח היינו משום שמת אחר שהגיע זמן הקנס הרי דבכה"ג אין לפוטרם דהוי שט"ח ולא קנס וק"ק דבכה"ג שמת אחר שהגיע הזמן אפילו הוי קנס ממש אין לפטור דלא חשיב אונס וכמו שהוכחתי נקטינן דבכה"ג דמת האב אחר שהגיע זמן הקנס חייבין היורשים לגדל פרע סך הקנס משלם כנ"ל ועיין להסמ"ע בסי' פר"ו ובתשו' מרן ב"י סי' י"א ועיין בתשו' מהראנ"ח סי' צ"ד הובאו בש"ך סי' ק"י בסק"ג ומ"ש ע"ד הרב אורים שם ע"ש:

סימן כב

שאלה ראובן שיש לו מעות בבאנקו ומת וזכו בניו אחריו בבאנקו הנז' ואח"ך מתו רוב בניו והניחו זרעם אחריהם בנים ובנות ואז עמדו כל היורשים ומנו לדודם מורשה ליילך למ"ה ולגבות פירות הנוגע להם בכל שנה מאחרי מות הבנים הנז' שהם מורישיהם וכתבו לו נאמנות ג"ץ לכל אשר יאמר כי הוא זה שזהו חלקו המגיע לו לכל א' בלי שו"א ואחרי שגבו הפירות הנז' עמד והוציא הוצאות לפרנסת ב' יתומות בני אחיו הנז' יותר ממה שמגיע לחלקם ואז עמדו שאר יורשים ותבעו ממנו לפרוע להם חלקם מושלם דמי הרשהו ליטול מזה וליתן לזה ואז השיב המורשה הנז' שהוא יודע בבירור שאביהם של היורשים התובעים עמד והשיא בחייו לב' בנותיו מהאמצע ע"ד שגם אחיו כשישיאו בנותיהם ישיאום מאמצע והוא נאמן בדבורו הקל מגו דאי בעי אמר להתובעים שזהו שעלה לחלקם והיורשים טוענים לו יהא כדבריו מי הרשהו ליתן להם:

תשובה נראה ברור שראובן נאמן בזה כיון דאית ליה מגו וכשם שהוא נאמן לעצמו לומר בחובי אני נוטל כך נאמן לומר לפ' אתם חייבים במגו וזה פשוט ויבואר מכלל דברינו בסמוך אך מה שיש לעיין הוא במה שטוענים היורשים דאף אם יהיה כדבריו מי הרשהו לפרוע חובותיהם. והנה לכאורה יש לפוטרו מהא דכ' הרא"ש בתשו' כלל ס"ח ס"ב וז"ל ועוד נראה דאפוט' הממונה על נכסי בע"ה וכן האשה הנו"נ בתוך הבית מודים ויודעים שהיה לו לבעלים נכסים אחרים ומת ונשאר הממון ברשות בע"ה ואפוטרופוס והאשה מושלין על הנכסים ויודעים של מי הם וביד להחזיר לכל א' וכו' חייבים להחזיר לכ"א מהם שלו ואם לא החזירו ובא לב"ד מהימני במגו שאם היו רוצין היו מחזירין וראיה מההיא דסנהדרין אמר להם אני ראיתי את אביכם שהטמין מעות וכו' בשדה דבריו קיימים דבידו ליטלם אלמא באותו שיודע שהם של פלוני יכול ליקחם וליתנם לבעליהן דאם לא היה יכול להחזירם לבעליהן אין כאן מגו שאם היה מחזירן היה חייב ליורשין וכו' עכ"ל וע"ש שהאריך ופסקו מרן ז"ל ס"ס נ"ו ע"ש ומבואר מזה דאע"פ שאין כאן עדים אלא הוא נאמן ומחוייב להחזיר לכ"א שלו וא"כ יפה עשה ראובן במה שפרע חובם ולא תימא ה"מ באפוטרופוס שיש לו לפקח על עסקי יתומים ולהצילם מאיסור אבל בנפקד דעלמא לא. הא ליתא שהרי כל עיקר ראיית הרא"ש היא מההיא דסנהדרין והתם לאו באפטרו' איירי אלא באחר דעלמא ואפ"ה רשאי להחזיר לכ"א שלו. אלא דמהא ליכא למשמע מינה דהרא"ש לא איירי בפרעון חוב אלא בהשבת הפקדונות דלאו דיתמי נינהו ולא זכו בהם מעולם הילכך יש לו להחזיר להצילם באיסור גזל אבל פירעון חוב אין לו רשות אף אם יהיה החוב אמת נכסי בחזקת יתמי ואינו רשאי ליתנם לאחר אלא יתנם

ליורשים והם יפרעו החובות. ואע"פ שהנדון של הרא"ש מיירי בעיסקא וקי"ל דעיסקא פלגא מלוה. אך מלוה לא דמיא למלוה דעלמא שהרי אינו יכול להוציאה לצורכו ולא ליתן לאחרים במתנה ואינה נעשית מטלטלין ונוטלה בלא שבועה ואין ב"ח גובה ממנה כמבואר ביו"ד סי' קע"ז אלמא אית לה דין פקדון וברשותא דמרה קיימא וליכא למילף מינה מלוה דעלמא. וליכא להקשויי מהא דכתב מהר"ם אלשיך ז"ל בתשו' סי' ק"ל בענין האורג שהיו בגדים של המוריש בידו ואמר שהמוריש צוהו ליתנם לפ' בעל תוכו והאמינו ה' ז"ל ויליף לה מתשו' הרא"ש הנז' וכ' ואין לחלק בין אומר נכסים אלו של לוי לאומר שחוב יש ללוי עליו וכו' עכ"ל הרי להדיא דלא מחלק ה' בין הלואה לפקדון הא לאו מילתא היא דודאי לענין שיהא נאמן אין לחלק בין הלואה לפקדון דמ"ש כיון דאית ליה מגו ולענין זה הוא דמדמה להו ה' והתם ודאי אי הוה מהימן פשיטא דיש לו להחזיר כיון דהמוריש צוהו אבל בנ"ד לו יהיה כדבריו מי הרשהו ליתן וזה פשוט. תדע דמפלגינן בין הלואה לפקדון דאי לא תיק' על הרא"ש מדידיה אדידיה שהרי בכלל פ"ט ס"ט והביאו הטור סי' קכ"ח פ' בראובן ושמעון שהיו להם שטרות בשותפות ופרע מהם ר' המס שלו וש' תובע מר' חלקו ור' משיב שהוא רוצה לפורעם במס של שמעון וש' מעכב ופ' הרא"ש שטענת ר' אינה טענה כיון דמחויב לפרוע לשמעון צריך ליתן לידו או למקום שצוהו ליתן אבל ליתן בע"כ למי שיש לו ביד שמעון לאו כל כמיניה ולאו פירעון הוא עכ"ל:

וא"כ ק' איך נתן רשות לאפוטרו' בהך תשו' דלעיל ליתן הפקדונות לאחרים בלא רשות היתומים וק' דידיה אדידיה וצריך לחלק בין הלואה לפקדון. והכי נמי מבואר מדברי הרמב"ן שהביא הבע"הת ש' ס"ז ס"ו ח"ב דנפקד שתפס לצורך ב"ח דמפקיד אם ב"ח כאן תפיסתו תפיסה לענין שביעית ומטלטלי דיתמי ואם אין ב"ח כאן אינה מועלת תפיסתו ואע"ג דאית ליה מגו ואפילו חייב מודה ובכל ענין אין לו ליתנם לב"ח אלא שיניחם בידו אם ב"ח כאן ואם לאו צריך להחזירם למפקיד אלמא לא מצי נפקד לפרוע חובות המפקיד בכל ענין ופסקו מרן ז"ל ס"ס ק"ה וא"כ קשה מדידיה אדידיה דפסק' להך דתשו' הרא"ש בס"ס נ"ו וצריך לחלק בין הלואה לפקדון כדלעיל:

והנה מדברי הרמב"ן ז"ל מבואר שאינו רשאי ץ הנפקד לפרוע חובות המפקיד בין אית ליה נכסי אחריני למפקיד בין לית ליה נכסי ואע"ג דמשתעבד נפקד מדר"ן כמבואר בדבריו עי"ש בבע"הת אבל מדברי הרשב"א בחי' לקמא ד"מ ע"ב והביאו ב"י סי' ק"ה מבואר דיכול הנפקד לפרוע חובות המפקיד בלא רשותו היכא דלית ליה נכסי דמשתעבד מדר"ן שכתב וז"ל ושמעי' מהא דאילו רצה ב"ח ונפקד דראובן לפרוע ממה שיש בידו

למי שנושא בראובן אע"פ שלא תבעו בדין הרשות בידו וכן נראה מדברי הראב"ד וכו' עכ"ל ומבואר דהרשב"א והראב"ד פליגי על הרמב"ן ובע"הת והטור בס"ס ק"ה וכ"כ ה' ג"ת ש' ס"ז סח"ב דפליגי אהדדי וכ"כ מהר"א ששון סי' ס"ז ע"ש ומרן ז"ל השמיטו דברי הרשב"א ופ' כדברי הרמב"ן בס"ס ק"ה ע"ש:

מיהו ע"כ לא פליגי אלא לענין לכתחילה אבל בדיעבד אם עבר ופרע אפילו הרמב"ן מודה דפטור כמבואר בדבריו בין אית ליה נכסי בין לית ליה נכסי היכא דאית ליה מצי אמר ליה מאי אפסדתיך לאו מינך הוא גבי להו ולא מצי טעין דילמא הוה מפייסנא ליה ומחיל ליה כדאמרי' גבי פורע חובו של חבירו שלא מדעתו דלא אמרו זה אלא לפטור הלוה אבל לא לחייב כמ"ש מרן ז"ל סי' ק"ה והיכא דלית ליה נכסי נמי פטור כיון דמשתעבד מדר"ן וכ"ז מבואר בדברי הרמב"ן הנ"ל ומבואר נמי בסו' דקמא ע"ב ע"ש:

מיהו כ"ז היכא שהחוב ברור אבל אם לא היה החוב ברור כנדון דידן שאין עדים בדבר אלא שהוא טוען שהם חייבים לאחר בזה יש לצדד דאי לית ליה נכסי דאיכא שעבודא דר"ן הא ודא פשיטא כיון שלפי דבריו שהם חייבים משתעבד מרר"ן ופטור כדאמרן מרן וכיון דאית ליה מגו והוא נאמן בכך כדאמרן פשיטא דפטור. מיהו היכא דאית להו נכסי אחריני דלא שייך שעבודא דר"ן בזה יש לעיין דלכאורה אין מקום לפוטרו דשעבודא דר"ן אין כאן והך טענת דאי אהדרתינהו ניהליך לאו מינך הוה גבי לא שייכא הכא כיון שאין החוב ברור ולא היה לגבות מהם כלום דבאיזה כח יכול לגבות. מיהו כד מעיינן שפיר נראה דאפילו בכה"ג נמי פטור מהא דכ' הרשב"א בהך סו' דקמא דלעיל וז"ל וכן שמענו מכאן דלא אמרו מוציאין מזה ונותנים לזה אלא כגון שאינו יכול להפרע ממנו כגון שאין לו נכסים וא"נ בב"ח של אבי יתומים ושלא הניח להם אחריות נכסים כההיא דאמרי' בפ' ב"ש בפלוגתא דאביי ורבא דב"ח למפרע הוא גובה וכו' והדין נותן שכל מה שיש ביד אחרים הוי משועבד ואין נפרעים מנכסים משועבדין במקום שיש בנ"ח עכ"ל וכ"כ ה' המאירי הובא בא"ז שם יע"ש ולמדנו מדבריהם דאפילו אי אית להו נכסי כיון שאינו יכול ליפרע מהם חשיב כלית להו וזיל בתר טעמא משום דאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח וכיון שאינו יכול ליפרע מהם חשיב כאשתדוף בנ"ח וכמאן דליתנהו דמו ומשתעבד שפיר מדר"ן הילכך בנ"ד נמי כיון דאינו יכול ליפרע מהם חשיב כלית להו נכסי דחד טעמא אית להו ואין לחלק ביניהם כלל וכיון שכן הרי זה משתעבד מדר"ן ותו ליכא לחיוביה לכ"ע כדאמרן:

ומיהו בעיקר דברי הרשב"א יש לתמוה דמבואר מדבריו דב"ח של אבי יתומים יכול לגבות ממטלטלי שיש להם ביד אחר ולא מקרו מטלטלי דיתמי משום דמשתעבדי מדר"ן

וזה תימה דמשנה שלימה שנינו בפרק הכותב ד' פ"ה מי שמת והיתה עליו כתובת אשה וב"ח ר"ט אומר ינתנו לכושל שבהם רע"א ינתנו ליורשים וקי"ל כר"ע ובפ' כ"ש נמי אמר אנן מטלטלי שבק אבון גבך ולא משתעבדי לב"ח אלמא אפילו הם ביד אחרים מיקרו מטלטלי דיתמי ואיכא למימר דס"ל להרשב"א כדעת התוס' בפ' מי שהיה נשוי דצ"ב ע"א בד"ה ראובן דטעמא דר"ע אינו אלא משום שכולם צריכים שבועה אבל אי לא הוו צריכי שבועה מודה ר"ע דגובין מהן וכ"כ התוס' להדיא בפ' יש בכור דנ"א ע"ב בד"ה ולא בראוי ע"ש וא"כ מצינן לאוקומי דברי הרשב"א כשפטרו משבועה וגבי שפיר ממלוה שביד אחרים:

ויותר נכון לומר דמיירי הרשב"א כששעבד לו הך מטלטלי בפי' כההיא דתשו' הרשב"א ח"א סי' תתקי"ד ע"ש ובכי הא משתעבד שפיר מדר"ן אבל אי לא שעבד ליה מטלטלי בפי' לא משתעבדי מדר"ן והכי מבואר בפ' כל שעה דבמטלטלי לא שייך שעבוד דר"ן כלל כמ"ש התוס' שם:

וא"כ לכאורה בנ"ד דמטלטלי נינהו לא שייך שעבודא דר"ן וא"כ אין מקום לפוטרו. ומיהו כ"ז מדינא דגמ' אבל הגאונים תיקנו דמטלטלי דיתמי משתעבדי לב"ח דהאידנ' סמכי עלייהו כמקרקעי. וא"כ הדר דינא דמושעבד מדר"ן וכ"כ הרשב"א בתשו' הביאו ב"י בסי' ק"ז מחו' ה' וכיון דמשתעבד מדר"ן אין מקום לחייבו. ואע"פ דיש מקום לו' דמעות שבבאנקו מקרי ראוי מ"מ פלוגתא דרבוותא אי בע"ח גובה מן הראוי. וכדעת מרן אין הכרע וא"כ יכול לומר קי"ל כהסו' דב"ח גובה מן הראוי ומשתעבדי מדר"ן ובפרט שה' בית יהודה ח"א סי' וח"ב סי' יו"ד כתב בשם רבו דקי"ל ב"ח גובה מן הראוי:

סימן כג

אם הקדיש מנכסיו ואין שם אלא ע"א קרוב וע"א כשר נראה פשוט דעד הכשר לבדו לא מהני ואין אומרים במילתא דממונא עד אחד נאמן באיסורין וכ"נ מתשו' הריטב"א שהביא מרן בב"י בסי' ל"ז דשקיל וטרי בא' מהעדים שיש לו הנאה ע"ש ואי איתא ליתכשר בעד האחר ומ"ש הרשב"א בתשו' ח"א סי' תקס"ג אם עשה שליח וכו' נוגע בעדות ע"ש איירי באחר עמו ומ"ש הר"ן בחי' בפ' ז"ב ד"ל גבי בבית לא אמר כלום אע"ג דע"א נאמן באיסורין ומתרץ ב' תי' כנראה דזה תלוי בב' התי' ליתא דדוקא גבי מעשר ב' הוא דהוצרך הר"ן ליישבו משום דאף לפי עדותו נאכל לבעלים ואין בו הוצאות ממון אבל להוציא ממון ודאי בעי' ב' עדים ואף דלענין ס' דצדקה לחומרא כמ"ש הר"ן בשם הרשב"א בפ"ק דנדרים גבי בעיא דידות דצדקה מ"מ לענין ע"א לא מהני וממקומו הוא

מוכרע שהרי גבי הנחתומין שהביא הר"ן שם פריך בגמ' במע"ב ליסקוה וכו' הרי דס' לחומרא והר"ן בפ' ז"ב כ' דאינו מועיל בו ע"א הרי דלאו הא בהא תליא וכ"ן להר"ר מגמ' דפ' שבועת העדות דקאמר ה"מ בע"א וכו' ול"ק כה"ג שתובעו להעיד לו שא' נדר לו צדקה דהוי תביעת ממון אלא ע"כ דאנו בזה בעי' ב' עדים אם כן מוכרחים בנ"ד לעדות הקרוב וכבר נודע מ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' והרשב"א ז"ל בתשו' הביאם מרן בב"י סי' ל"ו דבהסכמות ותקנות מהנו עדות הקרובים ומהראנ"ח ח"א סי' כ"ט כ' דדוקא בהסכמות ולא בהקדש וכ"כ פ"מ ח"א סי' ס' ע"ש ומרן ז"ל בשלחנו כתב וכן בהקדשות נראה דאף בהקדש ס"ל כן וכ"כ בפ"מ ח"ב סי' קי"ח בדעת מרן ז"ל ע"ש ואין לחלק דדוקא בהקדש לאותה העיר ומשום תקנה אבל בהקדש צעיר אחרת לא דמדברי הפ"מ בח"א סי' ס' נראה דאין לחלק בכך ע"ש וא"כ מטעם זה יד ההקדש על העליונה אמנם יש לבטל הקדש זה מטעם אחר דכבר נודע המחלוקת בזה אי בהקדשות בז"הז אי אמרי' אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט והסכמת מרן ז"ל דדין הדיוט יש כמ"ש בה' שומרים ע"ש ועיין למהראנ"ח ח"א סי' ל' ע"ש ועוד דנכסי המקדיש היו חובות ואינו יכול להקדש דבר שאינו ברשותו כמ"ש בתשו' פ"מ. ח"ב בתשו' שאחר המפתחות סי' קל"ב מכל הני טעמי נראה לבטל ההקדש הנ"ל וכ"ש דלפ"ד האחרונים שכתבנו דאין מועיל עדות הקרובים בהקדשות וכ"מ מתשו' הר"ן סי' ע"ה:

איברא נ"ד היה בש"מ וש"מ שאמר הלוואתי לפלוני קנה א"כ אפי' חובות אצל הזולת מקנו שפיר והטעם דאמירתו לגבוה ליתא דמ"מ מחוייב מטעם נדר ועיין להרב מח"א בה' צדקה סי' ב' וא"כ לא נשאר לנו לבטל ההקדש אלא מטעם קורבא וכבר כתבתי דהפ"מ כתב בדעת מרן דהקדשות נמי מהנו אמנם ה"ד בהקדשות של הציבור ועיין להרב ע"הש שם בסי' ל"ז מ"ש משם מהריב"ל. ומסרש"ג ז"ל ע"ש ועוד נראה לבטל ההקדש דבכלל נכסי לא נכלל מלוה ע"פ אפילו בש"מ כמ"ש מהראנ"ח ח"א סי' ע"ו והרשב"א ז"ל ח"ב סי' ק"ב ומהרימ"ט והביא דבריהם הכנ"הג סי' רמ"ח אות נ"ג ועיין לה' דברי אמת בתשו' סימן יו"ד דל"ח ע"ג שהביא מי שחולק ע"ז וא"כ לא יהיה אלא ס' אין מוציאין מיד המוחזק:

כ' פ"מ ח"א סי' ס' דתשו' הרשב"א. ז"ל שהביא מרן בב"י ר"סי ל"ז פליגא אתשו' הריטב"א ז"ל שהביא שם סמוך לזה דזה מיקרי הנאה מה שבידו ליתן למי שירצה ע"ש ולא ראה תשו' הרשב"א ח"א סי' תקס"ג ע"ש:

עתה נדפס מחדש ס' קדושת יו"ט וראיתי לו שם בריש קונט' דעת לישאל באחד ש"מ שצוה לתת סך מה לאחד מקרוביו ולא נמצאו שם כי אם ע"א ואחד מבניו לשאו"ל הגיעו

אם יכולין לטעון שאר הבנים לא מהימנן לע"א ע"ש ולא ידעתי מקום לס' זה כיון שאינו הקרש אלא מתנה בעלמא היא ומ"ש עוד את"ל דאין חייבין שאר הבנים יש להסתפק אם נפרע מהבן שהיה שם כל הסך או אינו א"ח אלא בחלקו ע"ש כבר כתבתי בד"ז בס' שלחנו של אברהם בר"סי ק"י עש"ב:

סימן כד

על ענין קידושין

הנה בענין שלא שמעו קצת מן העדים לשון קידושין לא איכפת לן בזה שהיו מדברים בענין קידושין ונתרצה אביה לקדשה לו אפילו נתנו לו בשתיקה הוו קידושי' דקי"ל היה מדבר עמה ע"ע קידושיה ונתן לה בשתיקה דיו ובענין שהעידו שא"ל בתך מקודשת לי ולא אמרו שא"ל בזה דלכאורה הוו ידים שא"מ כמו הדין בגט דבעי' שיאמר ודין דאל"ה אמרי' דבדיבורה מקדשה אלא שראיתי להרב המבי"ט ח"א סי' נ"ז וסי' רצ"א העולה דלכתחי' דוקא צ"ל בזה ובדיעבד אינו מעכב וה' בית דוד סי' ק' כתב שרבו נסתפק בזה והביא ראיה דעיכוב יש בדבר ודחה ראייתו ואח"כ כ' אח"כ ראיתי להרב המבי"ט וכו' ע"ש גם ה' קול אליהו חא"ה סי' ה' ומו"ה ע"הש הוכיחו כן מדפריך בפ"ק דק"י למימרא דסבר שמואל ידים שא"מ הוין ידים וכו' הרי דס' המקשה דדברי שמואל בדקדוק ושמואל לא אמר בזה ע"ש וכ"מ להדיא מתשו' מרן חא"ה בדיני קידושין סי' ב' בב' עדים א' העיד שאמר בזה וא' לא אמר בזה כ' דאין לפוסלו מטעם הכחשה דלא הוי אלא הכחשה בבדיקות דכשירה דלא עדיף מזה אמר מנה שחור וזה אמר מנה לבן דהוו קי' ע"ש הרי להדיא דלא מיפסל בהכי ולא הוי אלא הכחשה בבדיקות ומהרמ"א בס' מש"דד דק"א הביא דברי המבי"ט וחלק עליו ומסיק כל שלא אמר בזה לא אמר כלום אם יסכימו בעלי הוראה וה' מהרש"א בנו בדק"א נסתפק בדבר ולא עמד ע"ז כי שם לא נשאל ע"ז אבל בדק"ה נשאל ע"ז ומסיק דמקודשת והוכיח כן מלשון הגמ' אלא שלא זכר דברי המבי"ט ומרן בתשו' ע"ש באופן דנראה עיקר לדינא דאין עיכוב בדבר אם לא אמר בזה ואפילו למהרמ"א. נראה הכא בנ"ד דא"ל המקדש בפרוטה וא"ל אבי הבת לא וא"ל בב' פרוטות וכו' מוכחא מילתא דבכסף זה מקדשה כי היכי דמהני מדבר עמה ע"ע קידושיה לענין לי מה"ט דמוכחא מילתא דלעצמו מקדשה:

איברא מה שיש לעמוד הוא במה שכל העדים שוין שתכף השליך אבי הבת כסף הקידושין מידו דיש להבין מה כוונתו בזה שהשליכו מידו אם הוא חוזר בו אחר שנתרצה או שלא נתרצה כלל וגלי אדעתיה. דדרך שחוק הוא ואם נאמר שהוא חזרה

הוו קידושין דבקידושין תכ"ד לאו כדיבור דמי כדאיתא בסוף נדרים וכ' הר"ן הטעם דבדיבור איסור חמור כזה ודאי עושה אותו בדעת שלימה משא"כ בעלמא ובשם ר"ת כ' הטעם דאפילו בד"מ מדאורייתא לאו כד"ד אלא דתקנת חכמים דתיקנו בממון דתכ"ד כד"ד ע"ש ולפ"ז מדאורייתא לאו כד"ד בקידושין והוו קידושין גמורים ואפילו לרשב"ם שכ' בפ' י"ן דמדאוריית' כד"ד אפילו בקידושין אלא דחומרא דרבנן היא שהחמירו בקי' וכ"נ דעת תשו' המימוני בריש ס' נשים שכ' לאו כד"ד משום חומרא דא"א מ"מ מדרבנן מיהא הוו קי' אבל אם נאמר שכוונת ההשלכה היא שלא נתרצה בקי' מעיקרא לא הוו קי' כלל כדאמרי' בפ"ק השל א"ל התקדשי לי במנה נטלתו והשליכתו אינה מקודשת שו"ר דהא ליתא דודאי כוונת ההשלכה היא חזרה כיון שנתרצה מעיקרא לקדשה לו כמ"ש בתשו' המימוני ס' נשים באומרת בא וקדשני ואחר שקידשה נטלתו והשליכתו דחזרה היא והוו קי' וההיא דפ"ק דקי' בלא גילתה דעתה דרצתה להתקדש לו ע"ש וכ' מור"ם בסי' מ"ב נקטי' דודאי חזרה ולאו כד"ד והוו קי' לפחות מיהא מדרבנן:

ואכתי נשאר לנו לברר מה שלא ראו העדים הנתינה דהנה הרשב"א סי' תש"ף ואלף **תצ"ג** כ' וז"ל ולא עוד אפילו ראינו שאתרוג עכשיו יוצא מתחת ידה והיא מודה שקבלתו מידו לשם קידושין איני רוצה בזה חשש קי' דלגבי קי' עדות ראיה וידיעה בעי' ופי' מור"ם סי' מ"ב והמרדכי חולק בזה שכ' א' מן העדים שלא ראה נתינת הטבעת אין לבטל בכך הקידושין וכ"כ הב"ש דהמרדכי חולק על הרשב"א ובתשו' רמ"א סי' ל' כ' דהעיקר לסמוך על הרשב"א ומהרימ"ט חא"ה סי' מ"ג והמבי"ט ח"ב סי' תמ"ח סמכו על הרשב"א בנדונם ולא זכרו דברי המרדכי והרא"ם ח"ב סי' ל' לא הביא אלא דברי המרדכי נקטי' דפלו' דרבוותא היא אי סמכי' בעידי הקידושין על ידיעה בלא ראיה ומהרש"א בס' מש"דר דק"ו כ' דלא אמרה המרדכי אלא בא"ל התקדשי לי בחפץ זה ואח"כ ראו החפץ יוצא מתחת ידה דהו"ל עדות ידועה וברורה אבל היכא דלא אמר מהו הדבר שמקדשה בו אין כאן אלא אומדנא בעלמא ע"ש וא"כ לפ"ז בנ"ד חשיב אמר דבר שמקדשה בה שהרי אמר בפרוטה ולא רצה וא"ל בב' פרוטות וא"כ תלייא בפלו' דרבוותא ולא נשאר דלא תלי בפלו' אלא עדות העד הב' שראה הנתינה ממש ובע"א כיון דאומדנא דמוכח שהכל היה דרך שחוק לא חיישי' לעדות ע"א כמ"ש הב"ד סי' כ"א ע"ש:

עוד יש ריעותא בקי' הללו דיש הכחשה ביניהם דב' מהם העידו כשא"ל בב' פרוטות נתרצה האב וג' לא העידו שנתרצה האב בפי' וכ' מהרימ"ט סי' קל"ח בנדונו דב' עדים העידו שאמר מקודשת לי וע"א לא אמר שאמר תיבת לי וז"ל ואפילו כשתמ"ל דלא בעי' לי דידים שאמר הוין ידים מ"מ הו"ל הוכחשו בבדיקות ואע"ג דבד"מ קי"ל אם הוכחשו

בבדיקות כשר וקידושין שוו לד"מ לענין שאין צריך דו"ח מ"מ לענין הוכחשו בבדיקות שוו לד"נ והוכיח כן מתשו' הרא"ש ומדברי התוס' סוף מכות והביא בידו תשובת מהרש"ך ח"ג סי' ל"ג דבמה שלא הזכיר העד נמי הוי הכחשה ע"ש ונ"ד נמי הוי הוכחשו בבדיקות כמו כליו שחורים או לבנים איברא דמדברי מרן בתשו' שהבאתי לעיל בע"א אמר בזה וע"א לא אמר בזה נראה שחולק ע"ז דבהכחשה בבדיקות נמי כשירה בעידי קידושין כמו ד"מ הרי פלוגתא דרבוותא אחרת בקי' הללו אמנם שאלנו העדים ואמרו שגם הם ידעו נאמנה דא"ל בב' פרוטות ונתרצה האב ומה שלא אמרו כן בתחי' לא עלה ע"ד שזה דבר הגורם לקי' וא"כ אזדא לה ריעותא זאת:

ועוד יש ריעותא בקי' הללו שאמר בתך מקודשת לי ולא אמר הרי בתך מקו' לי וכתב הרשב"ץ ח"א סי' כ"ג דבקדושין בעי' לשון המוכיח להבא כדאמרי' בפ' השולח גבי ביטול הגט דאבע"ל הרי הוא חרס מהו ואסיקנא דלהבא משמע אבל בלא הרי לא משמע להבא ודמי לחרס הוא דלא אמר כלום וה"נ שאמר קידושין הן לא אמר כלום כיון שלא אמר קידושין יהיו או הרי הן קידושין עכ"ד איברא דנראה דדוקא בקידושין הן הוא שכתב דלא אמר כלום אבל בנ"ד שלא אמר הן נר' דדמי לגט זה בטל ולא אמר הוא דבעיא היא בגמ' שם ולא איפשי' ומ"מ ריעותא הוי בקידושין הללו מיהו י"ל דבנ"ד כיון שהיו מדברים במה מקדשה בפרוטה או בב' פרוטות מוכחא מילתא דעכשיו הוא מקדשה מהני כמו דמהני מדברים ע"ע קידושיה לענין היכא דלא אמר לי וחד טעמא הוא:

ועוד יש להתיר מט"א שכל העדים אמרו שאין זוכרין באיזה יום היה המעשה והו"ל עדות שא"א יכול להזימה כמ"ש הר"מ ריש ה' עדות אפילו זוכרין באיזה יום אלא שלא כוונו השעה הו"ל עדות שא"א יכול להזימה ואפילו בד"מ דלא בעי' ד"וח מ"מ בעי' עדות שאתה יכול להזימה כמ"ש מרן בש"ע סימן ל"ג דעידי הקיום הקרובים לדיינים פסולין והיינו משום דבעי' עדות שאי"ל כמ"ש הסמ"ע ואפילו להחולקים וס"ל דכשירים הוא מטעם דיכול להזימה בב"ד אחר כמ"ש התוס' בפ"ב דכתובות וכ' הש"ך שם סקי"ו דאפי' דלא בעי' ד"וח היינו דאמרי' מסתמא יודעים באיזה יום אבל אם ברור לנו שאין יודעים באיזה יום לכ"ע עדותן בטילה ואין חולק בזה ע"ש שהוכיח כן מדברי הגמ' והראשונים וכ"ז בד"מ כ"ש בעידי קידושין דאעיקרא איכא פלוגתא דרבוותא אי בעי' ד"וח או לא דהרשב"א בתשו' ח"ג סי' קי"א הובא בב"י א"הע סי' שי' י"א נשאל בעידי קי' אי צריכין ד"וח והשואל אמר דמסוגיא דפ' היו בודקין דאמרי' עידי נערה המאורסה שהוזמו א"נ דיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו נר' שצריכין ד"וח והרשב"א השיב דאין צריך ד"וח ושכן דעת הרמב"ן והוכיח כן מדלא תי' זמן בקי' ומדתנן ג' גיטין פסולין ואם נשאת

לא תצא וא' שאן אין בו זמן ומדמכשר בגמ' בפ"ב דגיטין בכתוב בו שנה לבד ומסוגיא דהיו בודקין אין ראיה דהתם מיירי שהיתה מקו' מקודם ובאו להעיד שזינתה דד"נ הוא ומהר"א ששון סי' י"ז כתב בדעת השואל דהתם מיירי בבא להעיד על הקי' או על שניהם על הקי' והזנות ומדשאלו. להם באיזה זמן שעי"כ הוזמו ש"מ דבעי' ד"וח ע"ש ותמהני דהתם בגמ' פריך והא התרו ומשני דלא התרו בה ובאשה חברה וכרי"ב ואי איתא מיתקמא דעידי קי' לבד דהיינו דעידי זנות התרו בה ועידי הקי' לא באו להעיד אלא על הקי' ועי"כ נאסרת ע"י עידי הזנות ועוד הול"ל לאוסרה על כל העולם באנו שהרי בחזקת פנויה היתה הרי דעת הרמב"ן והרשב"א שא"צ ד"וח אבל דעת התוס' בפ"ק דסנהדרין והנ"י שם והג"מי פכ"ד מה"א והסמ"ג והרא"ש בתשו' דבעידי הקי' בעי' ד"וח כמ"ש מרן בב"י סי' י"א וכיון דבעי דו"ח ודמו לד"נ אם אמר א"י עדותן בטילה:

איברא שראיתי להנ"ב חא"ה סי' ע"ב שדחה דברי הש"ך וכ' דאדרבה לדין תורה בעי' ד"וח לא בעי' עדות שאי"ל דד דד"וח ועדות שאיל"מ תרי מילי נינהו דד"וח נ"ל מודרשת וחקרת ועדות שאיל"מ מכאשר זמם ולד"וח נ"ל ד"מ ממשפט א' ולא מכאשר זמם והוכיח כן מגמ' דסנהדרין ד"ל דלריב"ק דקי"ל כוותיה מקבלין עדות של ע"א היום ועדות העד הב' לאחר כמה ימים והרי כי מקבלין עדות ע"א היום לא מחייב ממון אם הוזם שהרי יכול לומר לחייבו שבועה באתי ולא לחייבו ממון וכדאמרי' גבי עידי נערה המאורסה יכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו וא"כ כיון דאינו מחוייב ממון אם הוזם אמאי מקבלין עדות הב' מחייבים ממון ע"פ עדותן הא עדות שאי אי"ל אלא ע"כ בממון לא בעי' עדות שאי"ל ואפי' לדין תורה דבעי' ד"וח שהרי ריב"ק ורבנן בקראי פליגי כדאיתא התם ע"ש וליתא שהרי בגמ' ר"פ אד"מ פריך אמתני' דא' ד"מ וכו' בעי' ד"וח ורמינהי שטר שכתוב בו א' בניסן בשמיטה ובאו עדים ואמרו והלא באותו יום עמנו הייתם שטר כשר חיישי' שמא אחרוהו וכתבוהו ואי ס"ד בעי' ד"וח היכי חיישי' שמא איחרוהו וליטעמך תק"ל מתני' דמאוחרין כשרין ופירש"י המאוחרין שבאו עדים ואמרו יודעין אנו במלוה זו שקדמה לזמן הכתוב בשטר ואי ס"ד דבעי' ד"וח היכי מתרצי' למילתא דשיטרא נימא זיופא הוא ולא הוי אלא מלוה ע"פ אבל ראב"ן דקי"ג הביאו הת"ח שם כ' דה"פ מאוחרין אמאי כשרין הא הו"ל עדות שאיל"מ והר"ן בחי' כ' המאוחרין כשרין פירש"י בב' כתי עדים ובאו עדים וכו' וק"ל למ"ל לאוקמא בהכי לוקמא כגון שהעדים בעצמם מעידין שאיחרו השטר וכתבוהו אחר ההלואה וכיון דמאוחר הוא א"א להזימו ואי ס"ד בעי' ד"וח1 הוי עדות שאאיל"מ ואינו כלום וניחא ליה דאי אוקמה בהכי הוי ברייתא עדיפא ממתני' דבברייתא איכא הזמה ולכך ניחא ליה לאוקמה בגוונא דברייתא ע"ש הרי מבואר

דאי בעי' ד"וח בעי עדות שאיל"מ וראייתו מדאמרי' שומעין דבריו של א' היום אינה ראיה דלא ראה מ"ש התוס' בפ"ק דסנהדרין ד"ט ע"ב בד"ה עידי דדוקא בעידי נערה המאורסה שלא התרו בו הוא דיכול לומר כן אבל הכא יודעים שאם יוזמו ישלמו ע"ש וה"נ יודעין שאם יבא עד הב' ישלם ממון וא"י לו' לשבועה באתי ומ"מ לד"ת דבעי' ד"וח בעי' נמי עדות שאיל"מ כמו שהוכחנו וכן יש להוכיח מדברי רש"י בפ' החובל דפ"ח ע"א שכתב דקטן פסול לעדות משום עדות שאאי"ל דלאו בר עונש ע"ש וקטן דפסול לעדות הוא אפילו בד"מ הרי דבד"מ בעי' עדות שאי"ל ויש לעמוד בדברי רש"י הללו דבגמ' בפ' מ"ש דקנ"ה ע"ב דאהא דאמרי' קטן פחות מבן כ' דאינו מוכר בנכסי אביו בקרקעות אין עדותו עדות במטלטלי דזביניה זבינא עדותו עדות ופריך אלא מעתה הא דתנן הפעוטות מקחו מקח ה"נ דעדותו עדות שאני התם ב' אנשים למעוטי קטן הרי דקטן ממעט מב' אנשים ולאו משום עדות שאי"ל ונראה דס"ל לרש"י כהסוברים דבד"מ דמדרבנן לא בעי' ד"וח לא בעי' עדות שאי"ל אבל לר"ת דבעי' ד"וח בעי' שאי"ל וכמו שכן הוא לפי' ראב"ן דהגמ' בפ' אד"מ פריך משום עדות שאאי"ל ומשני הגמ' מדרבנן לא בעו ד"וח ולא בעי' נמי עדות שאאי"ל והשתא רש"י בפ' החובל אדינא דאורייתא קאי דבעי' הגמ' למילף עבד פסול לעדות מק"ו מאשה מה לאשה שכן אינה במילה קטן יוכיח ולפום ד"ת דד"מ בעו ד"וח בעי' עדות שאי"ל וקטן מפסל משום עדות שאאי"ל ועיקר קרא דב' אנשים למעוטי נשים כדאיתא בפ' ש"הע אבל הגמ' דפ' מ"ש מיירי אחר דעקרו רבנן ד'וח ולא בעי' עדות שאי"ל ומשני דפסלוהו רבנן ואסמכוהו אקרא דב' אנשים:

ועפ"ז ניחא מה שיש לעמוד היכי ממעט מחד קרא דב' אנשים אשה וקטן והא בכ"מ בעי ב' מיעוטי לאשה וקטן אע"ג דכתיב איש וכדאיתא בפסחים בפ' האשה גבי אשה בב' וכן בכ"מ אכן עפ"ה ניחא דעיקר קרא לא אתא אלא למעוטי אשה:

איך שיהיה כבר הוכחנו דלפום ד"ת דבעי' ד"וח בעי' עדות שאי"ל דלא כהנ"ב ומ"מ מה שחידש הש"ך דלכ"ע כי ידעי' דלא ידעי באיזה יום עדותן בטילה ראיתי להאחרונים דמחו לה אמוחה דה' תומים דחה דברי הש"ך והוכיח ממ"ש בסי' מ"ג אם אין עדים יודעין יום ההלואה כותבין בשליש א' גם מהר"י עייאש בס' בית יהודה ח"א סי' ו' דחה דברי הש"ך ומ"מ תלייא בפו' דד"וח בקי' דלמאן דבעי ד"וח בעי עדות שאי"ל ומאן דלא בעי דו"ח לא בעי עדות שאי"ל וכמש"ל וכ"כ מהרא"ש סי' י"ז דלאוסרה על בעלה בעי ד"וח לכ"ע וכיון דבעי ד"וח אם אין זוכרין באיזה יום עדותן בטילה:

איברא דראיתי להנ"ב שם שיצא לידון בדבר חדש דלאוסרה על בעלה לא בעי עדות שאי"ל וכל חיליה הוא ממ"ש התוס' ריש מכות שהק' בעדות בן גרושה אמאי כשלא

הוזמו נעשה בן גרושה הרי עדות שאי"ל שהרי העדים כשהוזמו אין נעשין בן גרושה ותי' כיון דלוקין הוי עדות שאי"ל ועוד תי' כיון שעדות שאי"ל נ"ל מכאשר זמם והא מוכח בגמ' דכאשר זמם קאי נמי עליהן דהא אם התרו כה מקטלו אינהו כשהוזמו ואלו איהי בלא בהוזמו ולכך בעי' כאשר זמם עכ"ד ולמד מזה הנ"ב דבעדות לאוסרה על בעלה לא קאי כאשר זמם עלה שהרי העדים כשהוזמו אין נשותיהם נאסרות עליהם וא"כ איך נאסרת על בעלה בעדותן הא עדות שאי"ל אלא ע"כ כאשר זמם לא קאי ע"ז ולא בעי עדות שאי"ל עש"ב ולפ"ד גם בעידי קידושין הדין כן לכ"ע אפילו למאן דבעי ד"וח מיהו נר' עיקר דבעדות לאו ועדות קידושין כאשר זמם קאי עליה שהרי ע ה שמעידין שזינתה אם התרו בה היה מתקיים לאשר זמן וכן עדות קי' אם סבר העידו עדים על הזנות והתרו בה ובאו אלו והעידו על הקידושין והוזמו נהרגי' שהרי באו להורגה וכמש"ל משם מהר"א ששון וא"כ עדות זו משכחת לה שתתקיים כאשר זמם אבל עדות בן גרושה לא מקיים בהו בשום צד בשום עדות וכמו שמדוקדק כ"ז בדברי התוס' דריש מכות ואי קשיא א"כ איך אוסרין אותה ע"ב כשלא הוזמו הא הו"ל עדות שאי"ל י"ל דפשיט"ל להתוס' דבעדות לאוסרה ע"ב כיון שלא באו אלא לחייבו מלקות אם אינו מגרשה מתקיים בהו כאשר זמם ע"י מלקות ולא ניידו מתי' קמא אלא בעדות בן גרושה שבאו להפסידו כל מצות כהונה ס"ל לתי' בתרא דכה"ג ע"י מלקות לא סגי ולא מקיים כאשר זמם וכן יש להוכיח מדברי הריב"ש סי' רס"ו אחר שהוכיח דבעידי קידושין ל"ב ד"וח כתב וז"ל ואיברא דבדין מרומה אפילו בד"מ צריך ד"וח כדאיתא בפ' אד"מ וכו' ובודאי אין לך דין מרומה גדול מזה שיאמר אדם שהוא קדש אשה חשובה בלא קידושין וכו' ואם באנו להשוות דין מרומה של הודאות והלואות לד"נ ומ' הנה עדות הב' עדים שהעידו על הקי' בטל כיון שלא היה בעדותן ד"וח שהרי לא אמרו בכמה בחדש ותנן דבחקירות אמר אחד מהם א"י עדותן בטילה וכו' אלא שנראה שבהודאות והלואות אפילו בדין מרומה לא בעי' ד"וח כד"נ ממש אלא שצריך הדיין לחקור בו כל מה דאפשר לא שאם אמר בא' מהחקירות א"י שתהיה עדותן בטילה כד"נ וכו' עכ"ד הצ"ל הרי דאי בדין מרומה בד"מ אם אמר א"י עדותן בטילה גם בעידי קי' כן ולא דחה. אלא משום דבדין מרומה דד"מ אם אמר א"י עדותן קיימת ואי איתא אפילו דבד"מ בטילה בעידי קי' קיימת דלא בעי בעדותן עדות שאי"ל:

נקטינן דבקי' הללו יש ב' ריעותות בתרי פלוגתא דרבוותא הא' מחלוקת המרדכי והרשב"א במה שלא ראו העדים הנתינה והב' במה שאין זוכרין יום נתינת הקידושין ותלייא בפלו' דרבוותא אי עידי קידושין צריכין ד"וח וכבר נודע מפי ספרים וסופרים

מהריב"ל ומהרשד"ם ורבים מהאחרונים דמבטלין הקו' בתרי פלוגתא דרבוותא וכ"כ מרן ב"י בתשו' בדיני קי' וכ"ש לדעת הש"ך דאפילו למ"ד א"צ ד"וח אם יודעין בבירור שאין העדים זוכרין באיזה יום עדותן בטילה ובפרט בקידושין הללו דלדעת רשב"ם והג"מי מדאוריית' תכ"ד כד"ד ולא אמרו בקידושין לאו כד"ד אלא מדרבנן מכל הני טעמי דכתי' נר' להתיר בלא גט אם יראה וירצה בעיני מו"ה ש"י:

הצעיר ע"ה

אברהם הכהן יצחקי ס"ט

ראיתי את כל הכתוב למעלה דברים ככתבם בדרישה וחקירה על כל הצדדין שנפלו בקי' **הללו** והם דברים מצודקים חיים וקיימים כאשר הורה הרב הפוסק להתירה בלא גט וכן ראוי להורות:

הצעיר **ישועה בסיס** ס"ט

סימן ב"ה

שאלה ד' אחים שזכו בחזקת ישיבה א' ממורישם אביהם הזקן ז"ל וחלקו ביניהם עליות הס"ת דהיינו ג' מהם נטלו ג' עליות שלישי וסמוך ומסיים כ"א מהם עליה א' והרביעי נטל עליית ששי ועמה עליית השירה ב"פ בשנה ועליית עשרת הדברות ג"פ בשנה ופתיחת היכל ספר כל נדרי בליל כפור כנר' משום דעליית ששי ליתיה בי"ט משו"ה צירפו עמה העליות הנז' וכך היו מתנהגים שנות דור ודור הן היום עמדו מוחזקי הג' עליות וערערו על בעל עליית ששי והם אמרו שרצונם לחזור חלילה בעליות הללו ושכנגדם שהוא יורש השיב דשמא אבותיהם חלקו ביניהם חלוקה לעולם וזה חלקו המגיעו ועוד שמא אביו או זקנו קנה במעות מבעלי הג"מ הנז' להיות כך לעולם ולא נמצא ביניהם שום מזכרת כתב בענין חלוקת העליות:

תשובה תחילה נבאר דין שותפין אם יש להם חזקה זע"ז גרסי' בפ' חזקת דמ"ב ע"ב אהא דאמר שמואל השותפים מחזיקים זע"ז והאמר שמואל שותף כיורד ברשות אלמא שותף אין לו חזקה ל"ק הא דנחית לכולא הא דנחית לפלגא אמרי לה להאי גיסא וא"ל להאי גיסא רבינא אמר הא והא דנחית לכולא הא בדאית בה דין חלוקה מחזיקי' הא בדלית בה דין חלוקה אין מחזיקי' הרי מבו' דבאין בהם ד"ח אין להם חזקה זע"ז וביש בהם ד"ח יש להם חזקה זע"ז ומבו' בגמ' בעובדא דתרי אמתי דלא מקרי יש בהם ד"ח אלא בכל דבר שיחלק ושמו עליו ואפילו אפ' ע"י חלוקת זמנים אין בהם ד"ח מקרי כל שאם יחלק אין שמו עליו וכמ"ש הטור סי' קמ"א ע"ש וא"כ בנ"ד נר' דאין בהם ד"ח מקרי שכל עלייה בזמנה אינה ראויה ליחלק ועוד דהעליות פרי דקרקע הוא וכיון דקרקע לאו

בר חלוקה אין להם חזקה זע"ז ואפילו נימא דשם עליות א' הם ובתרייהו אזלי' והו"ל יש בהם ד"ח ויש להם חזקה זע"ז מ"מ הרי כתב הטור בסי' קמ"ט בשם י"מ דדוקא במחזיק בכולה אבל במחזיק בפלגא אין להם חזקה ובשם ר"ח כתב אפילו מחזיק בפלגא יש להם חזקה וכתב מרן בב"י דדעת הרי"ף והר"מ כדעת י"מ מדנקטו יש להם חזקה כי מחזיק בכולה וכ"פ מרן בש"ע דדוקא במחזיק בכולה אבל מחזיק בפלגא ואמר חלקנו וזה חלקי המגיעי אין לו חזקה וכ"ד העיטור באות מ' מחא"ה דפ"ו ע"ג וז"ל ומסתברא מדנקט הא והא דנחית לכולה ש"מ דאי נחית לפלגא אע"ג דאית ביה ד"ח אין מחזיקי' דהא שנויא קמא נחית בכולה באית ביה ד"ח איירי ע"ש ודבריו צריכין ביאור ונראה בכוונתו משום דעיקר המכריחנו דבנחית לפלגא אין לו חזקה הוא מדנקט רבינא הא והא דנחית לכולה ולזה יש לדחות דנקט דנחית לכולה לרבותא דאפילו דנחית לכולה אי אין בה ד"ח אין לו חזקה לזה קאמר דזה אינו חדוש דהא לשנוייא קמא נמי כן הוא דמ"ש בשנוייא קמא באמרי לה להאי גיסא דבנחית לכולה מחזיקין דוקא באית ביה ד"ח וא"כ אין זה חדוש וע"כ מדנקיט רבינא הא והא דנחית לכולה שמעי' דבנחית לפלגא אפילו יש בה ד"ח אין מחזיקי' איברא דמדברי התוס' שם דנ"ז ע"ב בד"ה שותפין לפמ"ש מהרש"א ז"ל בכוונתם נר' דבשינוייא קמא בנחית לכולה אפילו אין בו ד"ח מחזיקי' מ"מ הרב העיטור כתב בהדיא דלשנויוא קמא באית ביה ד"ח איירי נקטי' דבנחית לפלגא אפילו יש בה ד"ח אין לו חזקה וכדעת הרי"ף והר"מ והעיטור וכמו שסתם מרן בש"ע וא"כ בנ"ד יראה דאין לו חזקה וכ"ז בשותפים אבל באחין כתב הטור בשם בעל העיטור דאחים אינם כשותפים ומחזיקים זע"ז משמע דאפילו אין בו ד"ח מחזיקים זע"ז מיהו מתשו' הרשב"א שהביא מרן בב"י שם מחו' ב' נראה החולק ע"ז דאפילו באחים דוקא ביש בהם ד"ח ומחזיק בכולה ע"ש והרב לחם רב סי' קט"ו תמה ע"ד העיטור וכ' דבע"הע לא מיירי אלא בנכסים שקנו אבל בנכסים שירשו מודה דדינן כשותפין וכבר כ"כ הפרישה אלא שכ' דמסידור לשון. הטור אין נראה כן ע"ש ובסי' קל"ה שם הובאה תשו' מהרשד"ם וכ' דיחיד הוא העיטור בס' זו ומ"מ כיון שהטור לא הביא חולק עליו יכולין לעשות ממנה סניף ומהרח"ש ח"א סי' כ"ד הביא לשון העיטור בדפ"ו שכ' להפך דאחין דינם כשותפין וכ' שנר' שט"ש נפל בדברי הטור ע"ש וכן הסכים הרב עדות ביהוסף ח"א סי' מ"ט להלכה דאחין דינם כשותפין עש"ב ומהרש"א ז"ל בס' מש"דר דקנ"ז ע"ג כתב דמדלא חילק מרן בש"ע בין אחים לשותפין נר' דדעתו לפ' כהרשב"א ע"ש הרי נתבאר דנקטי' להלכה דאחים דינם כשותפין ואין להם חזקה בדבר דלית ביה ד"ח או בדבר דאית ביה ד"ח ונחית לפלגא ודוקא בדאית ביה ד"ח ונחית לכולה הוא דמחזיקין זע"ז:

ואכתי פש גבן לבאר אי אמרי' דכ"ז בשותפין עצמן אבל בבניהם יש להם חזקה וכדאמרי' מרי' בבן אריס דיש לו חזקה אע"ג דאביו אין לו חזקה וכדאי' בפ' חזקת דמ"ז אריס ואומן א"ל חזקו ביניהם יש להם חזקה בן גזלן אין לו חזקה בן בנו של גזלן יש לו חזקה מיהו הא ליתא דבגמ' שם פריך אי בא בטענת אביו אפילו אומן ואריס נמי דלא טעני' ליורשים טענה דל"מ אביהן למטען אי בטענת עצמו אנא זבנתא מינך אפילו בן גזלן נמי ומוקי לה בגמ' בבא בטענת אביו ואמרי עדים בפנינו הודה לו המערער לאביו שמכרה לו בן אריס ואומן י"ל קושטא קאמרי אבל גזלן אי לא דאודי ליה הוה ממטי ליה ולחמריה לשחוור והתוס' גרסי בפני הודה לאביו דנאמן מגו דאי בעי אמר מינך זבנתא הרי דבבניהם נמי אין להם חזקה בבא בטענת אביו אלא אי אמרי עדים או הוא בפני הודה לו אבל אי לא אמר מידי גם בן אומן ואריס אין להם חזקה דלא טענינן ליורש מילתא דל"מ אבוהון למיטען: **אמנם** פש גבן לבאר בבן בן השותף דלכאו' דמי לבן בן הגזלן דיש לו חזקה דטענינן להו שאביו דהיינו בן הגזלן קנאה ממנו דהא אבוהון דהיינו בן הגזלן מצי טעין זבנתה ממך וכפי' רשב"ם אבל התוס' שם בד"ה פעמים לתי' בתרא כ' דטענה דלא שכיחא ולא טעני' ליורש וטעמא דבן בן הגזלן משום דמיירי דא"ל בפני הודה דומיא דרישא וע"ש במהרש"א ז"ל ונראה שלזה כיוין מור"ם בהגה סי' קנ"ב שכתב בן בנו יש לו חזקה אפילו דמרן שם כתב דין זה בהדיא אח"ז דכתבו מור"ם קודם דין הודה לו שכתב מרן בש"ע להשמיענו דדין בן בנו אפילו לא אמר בפני הודה לו יש לו חזקה דטענינ' ליתמי בכה"ג וכפירשב"ם ותי' קמא של התוס' וא"צ למ"ש שם הסמ"ע ע"ש וא"כ בנ"ד בבן בן השותף הדבר במחלוקת הוא שנוי דלפירשב"ם והתוס' בתי' קמא יש לו חזקה ולהתוס' בתי' בתרא אין לו חזקה מיהו הא ליתא דדוקא בבן בן גזלן הוא דטענינ' דאביו קנאה ממנו משום דאביו לאו גזלן הוא ואלו אביו קיים הוה טעין שמכרה לו ומהימן במגו דאי בעי אמר מינך זבנתה אבל בבן בן שותף לא טענינ' ליה שהרי אביו ל"מ טעין דליכא מיגו דהא ל"מ למי' מינך זבנתה אאא תחת אביו והוא עצמו שותף במקום אביו ומיי' ייעשה חייא סי' ב' והביאו הכנ"הג סי' קנ"ב דבשותף אפילו אמר בפני הודה לו לא מהני דדוקא בבן אריס ובן אומן דלא קם תחת אביו נאמן לומר בפני הודה לו מיגו דאי בעי אמר מינך זבנתה אבל בבן שותף קם תחת אביו שגם הוא שותף ול"מ אמר מינך זבנתה וליכא מיגו ע"ש ומינה שמעי' לבן בנו של שותף דלא טענינ' ליורש כיון דאביו ל"ל מיגו דמינך זבנתה כיון שגם הוא קם תחת אביו נקטי' דבעל עליית ששי ל"מ ליה חזקת אבהתיה ויכולין שאר המוחזקים לחלוק ביניהם כל העליות ע"פ חזרת חלילה:

אני

אבר"ך ס"ט
נ"ל לענין זכיה במצוה אפילו שותפין מחזיקי' ע"ז שהרי אפילו בחזקה דעלמא כל דבר שמקפיד עליו והלה שותק הוי חזקה ואע"ג דלא קי"ל בזה כהרמב"ם דס"ל הוי חזקה לאלתר מ"מ בחזקת ג"ש הוי כמבואר בס"סי ק"ם וא"כ מצוה דכ"ע קפדי לזכות בשלו לא יניח לחבירו לזכות במצוה שלו והוא יהיה בטל מצותה מצוה ודאי הוי חזקה ואפילו שותפים כנ"ל:
הצעיר
ישועה בסיס ס"ט

סימן כה

ראיתי לרום כ"תר מה שיצא לידון בדבר חרש דבמידי דמצוה קפדי אפילו שותפין והריני דן לפניו בקרקע דאלו אין שותפו נוטל מצוה אחרת כנגדו היה מקום להסתפק בזה. אבל בנ"ד שכל אחד מהשותפין זכה במצוה א' שהיא תדירה אפילו ביו"ט אע"פ שעליית ששי הוא מקודש מ"מ תדיר ומקודש כ' הר"מ דתדיר עדיף ועוד שעליית ששי מקודשת מכל העליות ליודעי חן דוקא ואדרבה מנהג קדום בכל בתי כנסיות שמכבדין. לאדם גדול בעליית שלישי ואלו היורשים כולם המונים מראשם ועד סופם ועוד דנר' פשוט דאפילו רום כת"ר מצדד אצדודי דיש להסתפק בדבר ולא יחליט הדבר לודאי א"כ נחזי אנן בנ"ד היורשים הם המוחזקין וכמ"ש הרב עדות ביהוסף ח"א סי' מ"ט דצ"ב ע"ב באחין שירשו ד' בתים והחזיק א' מהם בבית הגדולה שני חזקה שהביא פלוג' דרבוותא בהחזיק בפלגא אי הוי חזקה וכתב וז"ל ולענין הדין נר' דאין חזקתו חזקה דכיון דבחלוקת הוא שנוי נוקי ארעא בחזקת האחין דהיינו מרא קמא גם הכנ"הג בס"סי ק"מ כ' בפלוגתא דרבוותא בשותפי' אי מחזקי בהעמדת בהמה או צריך עשיית מחיצה כתב בשם הראד"ב ומהרש"ח כיון דפלוג' דרבוותא יכול המוחזק לומר קי"ל כהרי"ף והר"מ דאין מחזיקי' אלא בעשיית מחיצה וא"כ כיון דהיורשים נק' מוחזקי' אין להוציא מידם מס' ועוד דבנ"ר שהם יורשים ואין טוענין בריא הרי לדעת התוס' בפ' חזקת לחד תי' והבאתי דבריהם בפ"ד ששלחו לו דכל כה"ג אין טוענין ליורש גם נזדמן לפני לפי שעה ס' אמת ליעקב למהר"י אלגאזי ז"ל וראיתי לו בדיני מצות ס"ת אות י"ב ביחידי שהחזיק שיקראו בס"ת שלו וערערו הצבור שרוצים שיקראו בס"ת שלהם וכ' דהדין עם הצבור שהרי כל הק"ק נק' שותפין ואין השותפין מחזיקים זע"ז ע"ש הרי דפשיט"ל דגם בדבר מצוה אין השותפין מחזיקין זע"ז ולתשובתו אני מצפה וללמוד אני צריך וש':

אני **אבר"ך** ס"ט

סימן כו

כתב הר"מ ריש ה' תמורה למה לוקין על לאו דתמורה והרי לאו שבה ניתק לעשה וכו' **שאין** לאו שבה שוה לעשה שהרי הצבור והשותפין אין עושין תמורה אע"פ שהם מוזהרים שלא ימירו ע"ש מתבאר מדבריו דהיכא דהלאו כולל והעשה פרטי אין כח בעשה לנתק הלאו אפילו היכא דמתקיים העשה וראיתי להמש"ל בפ"ג מה' מ"ול דין ב' שהקש' ממ"ש הר"מ שם דאינו לוקה על לאו דחבלה מפני שהוא ניתק לעשה שנאמר השב תשיב לו את העבוט כבא השמש ע"ש והרי הלאו כולל עני ועשיר ואינו לוקה אפילו החבלת עשיר הפך ממ"ש בה' תמורה ונראה דאי מהא ל"ק דשאני חבלה דעשיר דאפשר שיעני ויבוא לכלל ניתוק אותו הלאו עצמו דעשיר והוי גם העשה כולל דאף בשעת החבלה היה עשיר מ"מ כשיעני ויצטרך לו חיוב העשה רמי עליה ולא אזלי' בתר שעת החבלה ול"ד לתמורה דאותו קרבן שעשו בו תמורה הצבור והשותפים לא אתי לכלל עשה כלל מיהו הא ק"ל ממ"ש הר"מ בפכ"א מהל' נערה דין ז' וז"ל אע"פ שנאמר באונס לא יוכל לשלחה כיון שקדמו עשה ולו תהיה לאשה ניתק לעשה לפיכך האונס שעבר וגירש כופין אותו להחזיר ואינו לוקה וכו' מתה גרושתו וכו' או כהן שאסור בגרושה ה"ז לוקה ע"ש וכפי מ"ש בהל' תמורה גם ישראל הי"ל ללקות דלא הוי ניתק כיון דהלאו כולל כהן וישראל והעשה פרטי בישראל דוקא לא מינתק וי"ל דש"ה דהניתוק לעשה ע"י מעשה דהחזרה והוי ניתוק גמור משא"כ בתמורה נמצא ג' חילוקי דינין בענין שו"ר דלא ק"מ מאונס דשא"ה דגם העשה אפילו הכהן כ"ז שלא גירש דלו תהיה לאשה והוא עיקר העשה אלא היכא דגירש ל"מ לקיים העשה:

סימן כז

מי שקנה אתרוג מהודר בדמים יקרים ובא חבירו ופיסלה לו אי מצי פטר נפשיה באתרוג פחות ממנו. מהר"ם מינץ סי' קי"ג הוכיח מגמ' בפ' מרובה דע"ח דמצי פטר נפשיה דאמרי' הרי עלי עולה והפריש שור ובא אחר וגנבו אי מצי פטר נפשיה בכבש הדר פשטה דמצי פטר נפשיה ע"ש והמש"ל בפי"ז מהל' מע"הק דין ז' דחה דהתם ליכא דררא דממונא דקי"ל המוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום אבל גבי אתרוג איכא דררא דממונא דמצי א"ל אני הייתי מוכר אותו ולוקח אתרוג פחות ממנו נמצא דהפסידו ממון ע"ש וכן דחה מהר"ץ בתשו' סי' ק"ך ע"ש והרב אדמת קדש חח"מ סי' ס"ד כתב דגם

בההיא דמרובה איכא דררא דממונא שהרי קי"ל כב"ה בב"ב דק"ח דיש שאלה בהקדש וא"כ יכול לומר לו הייתי נשאל על ההקדש והייתי מביא כבש לעולתי ושפיר הוכיח מהר"ם מינץ דינו דאתרוג מההיא דמרובה והרב נחפה בכסף חח"מ סי' י"ב דחה דמיירי שלא מצא פתח לנדרו וכ"מ מדלא קאמר הגמ' אלא א"ד דמ"ל ליה בעינא למעבד מצוה מן המובחר ול"ק משום דמצי למוכרו ע"ש וק' דהא אמרי' בנדרים דכ"ב פותחין בחרטה וכ"פ כל הפוס' וא"כ יכול לישאל ע"י חרטה ובידו להתחרט על נדרו ואפילו למה שהוכיח המח"א בה' צדקה סי' ה' דנדרי הקדש צריך פתח היינו לעקור ההקדש מכל וכל אבל לישאל עליו לעשות אותו חולין וחוזר ומקדיש אחר במקומו יכול לישאל ע"י חרטה וכמ"ש המח"א שם דה"ט דתרומה קרי לה בגמרא בנדרים דבר שיל"מ מפני שיכול להתירה ע"י שאלה לחכם ול"א שמא לא ימצא פתח משום דתרומה כשישאל עליה ותצא לחולין אינו עוקרה מכל וכל אלא חוזר ומפריש אחרת במקומה ולכך סגי בחרטה ע"ש וה"נ דכוותה גבי הקדיש שור דיכול לישאל עליו ע"י חרטה כיון דאח"כ יפריש כבש במקומו ולא יעקור ההקדש מכל וכל וא"כ כיון דסגי בהחרטה ע"כ דהא דלא קאמר הגמ' צד זה דהייתי מוכרה בדמים יקרים משום דלא הוי היזק בודאי דשמא לא ימצא קונים ול"ד לדינא דגרמי ומינה למדנו לדין דאתרוג שפיר איברא דנר' פשוט דל"מ פטר נפשיה בכבש אלא אי ניתר ע"י פתח אבל אם ניתר ע"י חרטה צריך להפריש אחר במקומו כמו הראשון וה"נ בתרומה כי אמרי' דניתר ע"י חרטה צריך שיפריש כשיעור שהפריש בתחי' ולא סגי בחטה א' פוטרת את הכרי דכיון דטעמא דמהניא ע"י חרטה משום דיחזור ויפריש במקומה ודאי דבעי' דליכא פסידא כלל וכן הוכחתי בחי' בפ"ק דנדרים מדברי הר"מ ועפי"ז ישבתי מא שהק' מהרש"א ז"ל בס"פ הא"מ דח"ן ע"ב ע"ש וא"כ גבי הקדש נמי אינו ניתר ע"י חרטה אלא דוקא כי חוזר ומפריש שור כמו הראשון ואע"ג דהתוס' שם בפ' מרובה כתב דבעליו פשיטא דמצי פטר נפשיה בכבש היינו אי נגנב אבל בניתר ע"י חרטה ל"מ פטר נפשיה בכבש וא"כ אין ללמוד משם דין דאתרוג די"ל דבאתרוג שאני דאיכא דררא דממונא:

וראיתי מי שהוכיח דלא מצי למי' מידי לישאל על נדרי כמ"ש ה' אדמת קדש מדאמרי' בנדרים דפ"ה דכהנים נהנים לי יטלו ע"כ אע"ג דט"ה ממון משום דלא חזיא אלא לכהנים והוא אסרה על הכהנים שויה עפרא בעלמא וכתב הר"ן בשם הרשב"א דמכאן יש ללמוד דמי שאסר פירותיו על עצמו יכולין אחרים ליטלם ממנו בע"כ ע"ש ואי איתא אמאי יטלו בע"כ ליתא להו אכתי ממוני הוא דבידי לישאל עליו אלא ע"כ כ"ז שלא נשאל עליו לאו ממוניה הוא ויטלו בע"כ וא"כ בגנב שור עולה דחבירו נמי אע"ג דבידו לאתשולי כ"ז

שלא נשאל לא מחייב ליה שור ומצי פטר נפשיה בכבש עכ"ד איברא דדברי הרשב"א סתראי נינהו דבח"ד סי' ר"ב הק' בההיא דכהנים היא הואיל ואי בעי מתשיל והוי דידיה וקתמהנו מיניה באיסורא ותי'. משום דלא אמרי' הואיל אלא אי חזיא השתא לשום אדם אבל תרומה לזרים לא חזיא והוא אסרה על הכהנים ע"ש וא"כ באוסר פירותיו ע"ע אמרי' הואיל דהא חזיא השתא לאדם אחר וא"כ באוסר פירותיו ע"ע לא יטלו אחרים בע"כ משום הואיל הפך מ"ש הר"ן משמו מיהו נראה פשוט דדוקא לענין איסורא הוא דאמרינן הואיל אבל מ"מ יכולין ליטלה בע"כ וכ"מ מדבריו בתשו' הנז' דלא הקשה גבי תרומה אלא משום איסורא דאסור ליהנות ממנו ולא הקשה אמאי יטלו בע"כ וא"כ שמעי' דלענין ממונא לא אמרי' הואיל דהשתא מיהא לאו ממוניה הוא ואה"נ דבאוסר פירותיו ע"ע והיה בהם אתרוג יכול לצאת בו הואיל ואי בעי מתשיל וכמ"ש בתשו' הנז' ודבריו בתשו' ובגמ' דנדרים יחדיו יכונו ולמדנו דלענין ממונא ל"א הואיל ובידו לאתשולי דלא כהרב אדמת קדש ואין להוכיח דינא דאתרוג מההיא דפ' מרובה כמ"ש מהר"ן והמש"ל ועמ"ש בנימוקי ביו"ד סי' קכ"ז ע"ש:

ד

סימן כח

שאלה בגביר א' מן הרמתי"ם מעי"ת בבל יע"א שהקדיש מנכסיו קרקע לפירותיו לי' ת"ח בע"הק טבריא שיבררו האפוטרפוסים שמינה וחייב עצמו ונכסיו בקיום דבר זה והכל היה בקש"ם בדל"ב כמ"ש בשטר המתנה באורך ויצאו עוררין לבטל ההקדש הנז' ושלחו לנו רבני טבריא לעמוד על תוכן ד"ז וזה אשר כתבתי והסכימו עמי כל הדיינין ועל ראשם מו"ה מהרי"ב ש"י וזה החלי בס"ד:

הנה בשטר זה כתוב בו קנייה וחיוב שכ' בו שהקנה להם קרקע לפירותיו מעתה ומעכשיו וגם כתוב בו שחייב עצמו ונכסיו לקיום ד"ז ומצד הקנין נר' דתליא בפלו' דברירה וכדאי' בפ"ג דעירובין מעשר שיש לי בביתי מחולל על סלע שיעלה בידי מן הכיס לא חלל משום דאין ברירה ודעת ר"ת דאין ברירה בדאורייתא בסוגיא דביצה ודעת ר"י אפילו בדאורייתא יש ברירה דקי"ל כראב"י בנדרים בפ' השותפים כמ"ש התוס' שם וא"כ בנד"ז שהקנה קרקע לפירותיו לעשרה ת"ח שיבררו האפוטרופוסים שמינה לדעת ר"ת לא זכו ולדעת ר"י זכו מעכשיו שיבררו איברא די"ל דאפילו לדעת ר"ת שפ' דאין ברירה זוכים הם משעה שיבררו דלא שייכא ברירה אלא אי בעי' למימר זוכים למפרע אבל מכאן ואילך משעה שהוברר לכ"ע זכו כמ"ש מדברי הריטב"א ז"ל בחי'

שם בעירובין באהא דמעשר מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס כתב וז"ל פי' חילל מעכשיו קודם שתעלה מן הכיס לכשתעלה והיינו דאיכא דין ברירה ע"כ הרי מבואר שאם לא יחול החילול עד שתעלה לית כאן דין ברירה ואי קשה לפ"ז מאי פריך שם בגמ' ובר' יוסי דאמר אין ברירה מהא דתניא מעשר שיש לי בביתי מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס רי"א מחולל ומאי פריך נימא דר"י דאמר מחולל היינו משעה שתעלה י"ל דא"כ מ"ט דרבנן דפליגי עליה והרמב"ם בפ"ד מה' מע"ב דט"ו כ' וז"ל האומר מע"ב מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס ה"ז חילל והוא תימה דהא פ' בכ"ד דבדאורייתא אין ברירה וכבר עמד ע"ז מהרי"קו הביאו מרן בכ"מ ותי' דהמעשר מחולל מעכשיו בלא דין ברירה והוו כולהו סלעים ס' מעשר וכשהעלה הסלע מן הכיס הותרו האחרים דאמרי' זהו הסלע שאמר דהא אמר כשתעלה והגמ' עדיפא מינה משני משום דמסייעא ליה הסיפא עכ"ד וזה תימה דא"כ מ"ט דרבנן ועוד לפום מאי דאפכה הגמ' ואמר ר"י לא חילל ע"כ דשייכא ברירה בכה"ג ע"כ נר' עיקר בישוב דברי הר"מ כמ"ש מהרי"קו בראש אמי'ר דמ"ש הר"מ ה"ז חילל היינו מכאן ולהבא משעה שתעלה ואין כאן ברירה ועפי"ז י"ל מ"ש התוס' שם בד"ה אלא שהקשה אמאי לא פריך אטעמא דברירה מב' רימונים די"ל דמאי דפשיט"ל להגמ' דבב' רימונים מהני היינו מכאן ולהבא ואי טעמא משום דבעי' שיהיו ניכרים אפילו מכאן ולהבא לא מהני דבעי' ניכרים בשעת קריאת שם ואי קשיא מדאמרי' בפ"ג דגיטין הריני בועלך ע"מ שירצה אבא רש"א רצה האב מקודשת ומוכחי' מינה דר"ש אית ליה ברירה והרי התם א"צ לקיומו של דבר מעיקרא ונימא מקודשת משעת רצוי האב קאמר וי"ל דמ"ל להגמ' דסתמא קאמר ואפילו רצה האב אחר מיתת הבן ולענין ליזקק ליבם ובכה"ג בעי' קיומו ש"ד מעיקרא ועפי"ז ניחא מ"ש הר"מ בפ"ז מה"א ע"מ שירצה אבא ויאמר הן רצה האב מקודשת ותימה דהא הר"מ פ' דבדאורייתא א"כ והר"ן שם בגיטין כתב משם הרמב"ן דלמאי דקי"ל א"ב ההיא דע"מ שירצה אבא ע"מ שלא ימחה אבא היא ולדברי הר"מ דבאומר הן קאמר קשה ועפי"ה ניחא דבחיי הבן מיירי הר"מ כדמוכח מדבריו שם ומקודשת מכאן ולהבא דלא שייכא בדין ברירה וכ"מ להרשב"א בח"ב סי' פ"ב בכללא כייל דלא שייכא ברירה בדבר דסגי לן בקיומו של דבר מכאן ולהבא עש"ב איברא דברי הרשב"א ז"ל סתראי נינהו דבח"ד סי' קנ"ג כתב בעשתה שליח וחזרה ועשתה שליח ואפילו עשרה בזאח"ז או עשתה עשרה בב"א כל שהגיע הגט לא' מהם מגורשת דל"ש בכה"ג ברירה תדע לך דהא כתיבת הגט בעי' ברירה כדאיתא בפרק כל הגט אמר כתוב גט לאיזו שארצה אגרש בו פסול ואלו בשליחות כתיבתו והולכתו לא' אין ברירה כדאי' בפ' האומר כולכם כתבו כל חד מנכון

חתומו ול"א א"ב אבל אם אמרה כל מי שירצה הבעל מכם ליתנו לו יהיה שלוחי לקבלה נאמר בזה א"ב כענין באיזהו שארצה אגרש בו והרי הוא כמבואר דדברי הרשב"א סתראי למ"ש בח"ב שהבאתי:.

נקטינן דדבר שאינו רוצה בקיומו של דבר מעיקרא אלא מכאן ולהבא לכ"ע מהני וכן ראיתי להרב שאגת אריה סי' צ"ג שכ"כ מסברא דנפשיה וכ' דההיא דהריני בועליך ע"מ שירצה אבא בעי' לקיומו של דבר למפרע משום דבשעת רצוי ליכא ביאה דדוקא קידושי כסף הוא דאמרי' דמקודשת מכאן ולהבא עש"ב והנ"ב חא"הע סי' צ"א כתב באומר כל מי שיבחר פ' יהיה שלוחי דלא שייכא ברירה כיון שהוא מכאן ולהבא והן ולאו ורפיא בידיה ע"ש וכבר נתבאר דהדין דין אמת דבכה"ג לא שייכא ברירה ומעתה בנ"ד שהקנה קרקע לפירותיו למי שיבררו האפוטרו' י"ל לכ"ע מהני דמשעה שיבררו זוכים הם משעת הברירה ואילך שו"ר דהא ליתא כיון שמת הנותן קודם שיבררו לית להו זכייה אחר מיתה דכבר זכו היורשים וכמ"ש הנמק"י בפ' מ"ש אהא דאמרי' ירושה אין לה הפסק הק' הרמב"ן א"כ היכי מהניא מתנת ש"מ בתנאי הא אין זוכין אלא עד שיקיים התנאי ובאותה שעה כבר זכו היורשים ותי' דשאני תנאי דזוכין הם מעכשיו ומקיים התנאי ואזלי ואה"נ דאם אומר השמ"מ שיקנו אחר ל"י ומת לא מהני דכבר זכו בו היורשים וירושה אין לה הפסק ע"ש מעתה כיון דצריכין אנו לקיומו של דבר למפרע תליא בפלוג' דרבוותא דברירה ונכסי בחזקת יורשים קיימי ואין מוציאין מידם וכן הסכימו מהרימ"ט סי' כ"ב והמח"א ה' צדקה סי' י"א דנותן למי שיבררו האפוטרופ' לא קנה כ"ז כתבתי מצד הקנין ועפי"ז י"ל עמ"ש מהר"ש ן' חסוו בס' משפטים ישרים סי' ן' ע"ש ומהרד"ך בית ל':

אבל מצד החיוב שכ' בשטר שחייב עצמו ונכסיו לקיומו של דבר לכאורה נראה שנתחייבו הנכסים אע"פ שעדיין לא הוברר עשרה ת"ח שהרי אפילו בדבר שלב"לע כתב הטור סי' ס' אע"פ דאין אדם מקנה דבשלב"לע אדם מתחייב בדבר שב"לע ע"ש וכ"ש בדבר שלא הוברר דאיתיה מיהא לעולם אלא שלא הוברר אמנם הא ליתא דלא כ"כ הטור אלא במקנה דבר שב"לע למי שהוא בעולם אבל למקנה למי שלב"לע לא מהני אפילו בלשון חיוב וכמ"ש בגמ' בפ"ק דגיטין בשמעת' דמעמד שלשתן דנעשה כאומר משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך ופריך הקנה לנולדים מא"ל דאפי' לר"מ דאמר אדם מקנה דשלב"ל אין מקנה לדבר שב"לע וכ"כ מהריב"ל בח"ב סי' כ"ד דאין אדם מתחייב לדבר שב"לע ודלא כתשו' ר"ב סי' י"א שכ' דאשתמטיה דברי הטור דסי' ס' שהרי לא כ"כ הטור אלא במקנה דשב"ל כאמור וכבר תמה עליו הרב בני יעקב דפ"ט והביא דברי הנ"י

ביבמות שכ' גבי מזכה לעובר ל"ק דאפילו ע"י שעבוד לא משתעבד ושעבוד וחיוב חדא מילתא היא ע"ש וכן הסכים הרב בית דוד חח"מ מ סימן י"ב מיהו כ"ז במתחייב למי שלא ב"לע אבל במתחייב למי דאיתיה בעולם אלא שאינו מבורר מהני וכמ"ש הרא"ש בתשו' כלל ס"ח סי' ט' בשטר שלא כתב בו שם המלוה אלא שכ' בו ששעבד עצמו הלוה לכל מי שמוציא עליו שט"ח זה שיגבה ממנו דמהני וכל המוציא הוא גובה בו והוכיח כן מהגמ' דפ"ק דגיטין דאמרי' נעשה כאומר לו משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך ומההיא דשלהי בתרא אני פ' לויתי ממך מנה וממעשה דשאול שאמר האיש אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול וכו' ע"ש הרי מבואר דס"ל להרא"ש דהמחייב עצמו למי שאינו מבורר מהני ומתבאר מדבריו דאפילו אותו דמוציאו מודה שלא ליוה ממנו מעולם איברא דמדברי הרמב"ן והר"ן בשמעתא דמעמד שלשתן נר' דחולקים ע"ז דהרמב"ן כתב דבמעמד ג' יכול למחול שהרי לא נשתעבד כיון דאין ברירה ואינו אלא דהוו שלוחי המלוה והר"ן כתב דא"י למחול דמן הדין זכו כיון דאפשר שחוזר החיוב חלילה על כל העולם ע"ש הרי דס"ל דאין מתחייב למי שאינו מבורר כמו שאינו מחוייב למי שב"לע נקטינן דפלוגתא דרבוותא היא ומהרשד"ם חח"מ סי' ך' כתב דאדם מתחייב למי שאינו מבורר והביא תשו' הרא"ש הלזו ומהרימ"ט חח"מ סימן כ"ג תמה עליו שהרי הרמב"ן והר"ן חולקים ע"ז ונכסי בחזקתם קיימי וכתב עוד די"ל דהרא"ש בתשו' בשי' ר"י אזיל דפ' דיש ברירה אבל בפסקיו בפ' השותפים חזר בו ופ' דא"ב ובפסקיו עיקר ומ"מ לדידן דהולכין אחרי פ' מרן ז"ל בש"ע נקטי' דברי הרא"ש בתשו' שהרי מרן בש"ע סי' ס"א דין יו"ד פ' לתשו' הרא"ש הלזו ואפילו מודה המוציא שלא הלוה לו מעולם דלא כדמשמע מדברי הטור סי' ן' ולזה כוין מרן בב"י שם שכתב ע"ד הטור עיין בתשו' הרא"ש שהבאתי בסי' ס"א ע"ש ואע"פ שמת המתחייב בכה"ג דיש לו נכסים ושעבד עצמו ונכסיו חיובא רמיא על היורשים לקיים דבריו וכמ"ש ה' בנ"י דצ"א ע"א מתשו' מהר"מ שפיטר היורשים מקנס השידוכין שחייב עצמו אביהם מטעם שאביהם לא נתחייב דאנוס שמת וגם מתשו' מהריב"ל דביש לו נכסים או שעבד נכסיו חייבים היורשים ול"ד לשבועה שכתב הריב"ש ז"ל דאין חייבים היורשים לקיים שבועתו ע"ש וכ"ש בנ"ד דאיכא תרתי למעליותא יש לו נכסים בשעת המתנה וחייב עצמו ונכסיו ואע"פ שיש מקום לדחות דל"ד נ"ד לדין זה שפ' מרן לתשו' הרא"ש די"ל דש"ה דיכול לחזור על כל העולם בזאח"ו כמ"ש א גבי מ"ג כמ"ש הנמק"י בסוף בתרא וז"ל שטר שכ' בו שמשתעבד לכל המוציאו כשר ואי משום שלא נתברר וקי"ל אין ברירה ש"ה דכיון דהוא ראוי להתחייב בו לכל אדם אין כאן דין ברירה ע"ש וכוונתו כמ"ש הר"ן גבי מעמד ג' ואע"פ שמתשו' הרא"ש הלזו נר'

דאפילו היכא דלא שייכא טעמא מתחייב שהרי הביא ראיה ממעשה דשאול מ"מ מן הדין שפ' מרן בש"ע אין להוכיח אלא היכא דשייך למי' מתחייב לכל העולם בזאח"ז מ"מ מהרשד"ם סי' הנז' ומהרח"ש סי' קכ"ב ומהר"ם אלשי"ך סי' צ"ז כולם הסכימו כא' שחייב עצמו לכל מי שילוה לפ' או נותן לו סחורה דחייב וסמכו על תשו' הרא"ש הלזו אע"פ דלא שייך טעמא דכל העולם זוכין בו בזאח"ז וכ"ש בנ"ד דנר' דשייך הך טעמא שהרי לא התנה שיבררו עשרה קבועים וא"כ בידם שיבררו עשרה חדשים בכל יום וא"כ הוי כמבורר והו"ל כמי שאמר לכל חכמי א"י ועוד שכ' בו שקיבל עליו סברת יחיד והרי ר"י בעל התוס' ס"ל דיש ברירה וא"כ גם מדין קנין זוכין בו ובפרט דבנ"ד איכא מעליותא דמפי השמועה שמענו והגידו לנו הני שלוחי דרחמנא כי תקנה קדומה ויתד תקועה בע"הק צפת וטבריא ת"ו כל אשר הקדיש איש לשם ת"ח הי"ו מהארצות האלו וקב"ע את קובעיהם מפורש יוצא איש על שמו במספר שמותם לגלגלותם המעות הללו זכו בהם כל החכמים הלומדים בבית ה' וחוזרים חלילה בלימוד בזמנים קבועים א"כ הא ודאי נק' בשם עניים סתם כי יד כלם שוה בהם ונק' בשם כללות עניים ולא נכנס בסוג ברירה כלל בנ"ד ונק' בשם הקדש לכל העניים כגון דא כולם מודים בזה דהא הקדש הקדש גמור:

ברם אכתי איכא למישדי ביה נרגא בשטר המתנה וההקדש הלזו שכ' בו שאם לא ישאר זרע מיוצאי יריכו יזכו בו מעכשיו ההקדש שהרי הוי כמי שאמר למי שראוי ליורשו נכסי לך ואחריך לפ' דקי"ל ירושה אין לה הפסק וא"כ אין לאחריך כלום ובכה"ג דאמר אחריך מעכשיו לפ' פלוגתא דרבוותא היא כמ"ש בב"י סי' רמ"ח והמח"א בה' זכיה סימן ט"ל הוכיח מדברי הר"מ דאפילו במעכשיו לפ' אמרי' ירושה אין לה הפסק ממ"ש בפ"ב מה' זכיה אבל הבריא שאמר אחריך וכו' דהרי מתנת בריא כמעכשיו וע"כ בדאמר אחריך מעכשיו לפ' ומינה נידוק הא מתנת ש"מ כה"ג אין לה הפסק ולשון הר"מ פ' מרן בש"ע בסימן רמ"ח וא"כ אין לאחריך כלום בכה"ג אמנם הא ליתא דכ"ז הוא במתנת ש"מ אבל במתנת בריא במעכשיו ל"א ירושה אין לה הפסק וכמ"ש הר"מ ופ' בש"ע כאמור ואע"ג שכתב מהרשד"ם חא"ה סי' קמ"ה ומהרי"ל סי' ע"ב הביא דבריהם הכנ"הג בסי' רמ"ח בהג"הט אות ז' דעת הרא"ש והטור דגם בבריא אמרי' ירושה אין לה הפסק ועפי"ז מה שהוכיח מהרימ"ט ח"מ סימן מ"ח מתשו' הרא"ש כלל פ"א דאפילו בש"מ בעי' משפטי התנאים דלא כמהר"ם אלשיך ז"ל מדכתב בא' שנתן נכסיו לבניו בתנאי ועבר א' מהם על התנאי דהו"ל ירושה אין לה הפסק ובסוף התשו' כתב דבעי' תנאי כפול והרי הא דירושה אין לה הפסק בש"מ דוקא ואפ"ה כ' דבעי' ת"כ עש"ב ליתא שארי הרא"ש סובר

דאפילו בבריא אמרי' אין לה הפסק מ"מ נקטי' דדעת הרא"ש והטור דאפילו בבריא איתיה להאי דינא מ"מ מרן בש"ע פ' לסברת הר"מ דבבריא ל"א ירושה אין לה הפסק ובשטר המתנה כתוב בהדיא שהם ממקומות שקיבלו עליהם הוראת מרן ועוד דאפילו להרא"ש והטור בכה"ג כנ"ד שכ' בשטר המתנה כתבוה בשוקא וכו' ולא הוי כמתנה טמירתא הוכחה גמורה היא דלמתנה נתכוון כמ"ש הכנ"הג בהגהב"י אות י"ט משם מהר"א גאליקו ע"ש נקטינן דבכה"ג דמתנת בריא לא אמרי' אין לה הפסק ואפילו אם יתברר שהיה ש"מ בשעת המתנה ואפילו כתוב בשטר שהוא מחמת מיתה מ"מ כיון שכ' מעכשיו דין מתנת בריא יש לה ויש לה הפסק וכמ"ש מהר"י אדרבי סימן תי"ד. תורה יוצאה בהינומא שההקדש הנז' שריר וקיים:

סימן כט

כתב הר"מ בפ"ך מהל' עדות דין ח' העידו על שורו של זה שהרג את הנפש והוזמו ה"ה לוקין ואין משלמין את הכופר וי"ל אמאי אין משלמין דמי השור שהיה נהרג והיו מפסידין בעליו את השור וכיון דמשלמין אין לוקין וכבר ראיתי להקצה"ח סי' ל"ח סק"ד שתמה כן ע"ש ונ"ל דלק"מ דבריש מכוח תנן מעידין אנו באיש פ' שהוא בן גרושה והוזמו לוקי' והק' א ז"ל אמאי לא משלמי דמי תרומה שהפסידוהו מאכילת תרומה ותי' הריטב"א בחי' שם בשם התוס' דכיון דלא מקיימה הזמה במקצת לענין בן גרושה לא מקיימה תו תורת הזמה וכמ"ש בגמ' ונפסליה לדידיה ולא ליפסליה לזרעיה ומשני בעי' כאשר זמם וליכא ע"ש וה"נ דכוותה כיון דלא מקיימה הזמה לגבי כופר בטל ממנו דין הזמה אבל אין לתי' דלא מחייבי עדים זוממים בדמי השור משום דא"ל הי"ל לערקו לאגמא ולא היו גומרין דינו של שור שלא בפניו ודכוותה אמרי' בקמא דמ"ה ע"א בשור שהחזירו השומר משנגמר דינו דלרבנן אינו מוחזר משום דא"ל הוה מעריקנא לאגמא ע"ש דהא ליתא דעדים זוממין מחייבי אפילו דלא הוו מפסידין בודאי אלא ספק יבואו לידי הפסד שהרי כתב הר"מ בפכ"א מה"ע דין ד' העידו על פ' שהפיל עין עבדו ואח"כ סימא את עינו והוזמו משלמין דמי העבד ודמי עינו לאדון וכתב מרן בכ"מ וז"ל אע"ג שפ' בפ"ד מה' חובל שהאדון אינו משלם אלא א"כ תפס העבד משלמים לו העדים שהרי. הפסידוהו שאפילו יתפוס לא יועיל ודבר קרוב הוא לתפוס וכיון שכן משלמין ליה ע"ש הרי דבכה"ג מחייבי עדים זוממין וכה"ג כ' בס' בשמים ראש בסי' מ"ה שהק' לדעת הר"מ שכ' בפי"ג מה' מלוה דבמלוה בשטר או על המשכון והלוה אומר זמן קדמת לי והמלוה מכחיש ישבע המלוה ויטול ע"י השטר או מן המשכון א"כ במתני' דריש מכות מעידין

אנו באיש פ' שחייב לחבירו אלף זוז מכאן ועד ל"י והוא אומר מכאן ועד עשר שנים אומדין וכו' ומוקי לה בגמ' במלוה על המשכון או מוסר שטרותיו לב"ד אמאי חייבין עדים שהוזמו הרי לא הפסידו ללוה בעדותן שהרי ביד המלוה לישבע ויטול ותי' דמ"מ חייבין הערים דא"ל הלוה מי יימר דהוה משתבע ע"ש הרי דאפילו דלא הוו מפסדי ליה בודאי אלא ע"י מי יימר מחייבי העדים ובעיקר קו' הכ"ר נ"ל דמתני' מיירי כשהמלוה א"י הזמן שקצבו ותובע ע"פ העדים דהשתא אי לאו עדותן לא הוה נשבע ונוטל שהרי אין לו תביעת בריא אבל ע"י עדותן הפסידוהו דאפילו להסו' דטוענו ע"פ העד לא מקרייא טענת בריא ול"מ שבועה להכחיש את העד דוקא בע"א אבל בטוענו ע"פ ב' עדים שידעו קצבת הזמן ודאי הוא שנוטל ע"פ עדותן:

והנה הרב בית דוד חי"ד בה' ריבית סימן פ"ח. הוכיח מהך מתני' דמכות מדלא נקט להפך שהעדים העידו מכאן ועד עשר שנים והמלוה אומר מכאן ועד ל"י מוכח דבכה"ג אם הלוה עצמו עיכב ולא פרע בזמנו אינו מתחייב לשלם לו כלום דהוי שכר המתנה וכ"ש העדים לא יתחייבו שהרי אם. הם עשו כן לא מחייבי אבל מלוה שחטף מהלוה קודם הזמן חייב לפרוע ללוה ההפסד ולכך בכה"ג דמתניתין חייבין העדים עש"ב:

ועפי"ד הב"ד דחיוב העדים משום מי יימר י"ל דנקט מתני' בכה"ג לריבותא לאשמועי' דחייבים העדים משום דיאמר הלוה מי יימר דהוה משתבע מלוה אע"ג דהלוה א"י אי הוה משתבע מלוה ואשמועי' דאפי' בכה"ג חייבים העדים אבל אם העידו לי' שנים דהוו מפסידין המלוה והוא אומר אני ברי לי שאני הייתי משתבע בהא פשיט"ל דחייבי' העדים ולכך נקט מתני' בהעידו לשלשים. יום דאפילו במי יימר דלוה דס' הוא חייבין העדים ועיין בנימוקי לח"מ סי' כ"ט דין ב' שם כתבתי לחלק בכה"ג ליישב דברי מהרש"א ריש מכות והרדב"ז ח"ב סי' תר"ז דל"ק עלייהו ממתני' דמכות דמעידין באיש פ' שגירש אשתו ע"ש גם שם כתבתי עפי"ז ליישב מה שהק' התוס' בקמא. דפ"ט דלא מייתי הגמ' שם ממתני' דמכות. ומייתי מברייתא עש"ב נקטי' דממתני' דמכות אין להוכיח דינו של הרב בית דוד דלעולם מלוה שחטף מעות ההלואה בתוך הזמן אינו חייב לשלם מה שהפסיד ללוה ועיין למהרימ"ט חח"מ סי' ק"ה ע"ש

סימן ל

פ' עיגונא

במותב תלתא כחדא וכו' ה"ר מרדכי גיז הי"ו העיד בזה הלשון ג'א לצ'ארי גוי א' קאלו ראיתשי מאיר מסכין אלדי ערפ'נא ביבום האש ג'ראלו קאלו אלגוי יאכ'ד פ'יהום אלחק

קתלוהו ויקלד מן תקלדהם קאלו מרדכי אחכילי כיף האש ג'ראלהום ג'אובו אלגוי קאלו שמעת אלדי קתלו מאיר פ'י לול ובעדו הרב אליהודי אלדי מעאה וכ'לטו עליה ודבחוהו האד אלעדות אלדי העיר מרדכי גיז ביום כ"ג מרחשון התרי"ו:

במותב תלתא כחדא וכו' אתו קודמנא ב' עדים כשרים ונאמנים. והעידו אלדי אנהר אלדי כ'רג' מאיר טייב ומכ'לוף צרפתי מן אלבלאר מה פ'רג'ו כאן וחדהום ומעצ'הם גוי אחר דוקא וקבלנו עדות זו ביום י"ו לחדש טבת שנת התרי"ו עכ"ל ועתה יורה לנו אם אשת מכ'לוף מותרת לינשא:

תשובה יש להסתפק בזה טובא ספק א' כיון שהתחיל היהודי לדבר דלא הוי מסל"ת אי הוי מסל"ת לגבי היהודי הב' שנהרג עם מאיר כיון דעל היהודי הב' הגוי הוא שהתחיל לדבר. ס' הב' אי חיישי' שמא הגוים ששמע גוי זה מהם לא הוו מסל"ת א"ד דתלי' בי היכי דגוי זה מסל"ת גם הם מסל"ת ספק הג' כיון שלא הזכיר גוי זה שם הגוים ששמע מהם אי חיישינן שמא ע"י קול הברה ששמע הוא שאומר כן. ספק ד' אי חיישי' שמא שמע גוי זה מהרוצחים עצמן וברוצחים עצמן אפשר דבעי' וקברתיו אפי' להחולקים על הר"מ דאמרי' דאמרי בדדמי דיראים לעמוד עד שימות פן יכירו בהם בני אדם ספק ה' כיון שלא הזכיר שם היהודי שנהרג עם מאיר יש לחוש שמא היהודי שהלך מן העיר עם מאיר הלך למ"א ויהודי אחר נתלווה עם מאיר בדרך ואותו היהודי הוא שנהרג עם מאיר:

והנה לספק הא' נלמד מתשו' מהרשד"ם סימן פ' שכתב בישראל ששאל לגוי על ראובן והשיבו הגוי מי הוא זה ראובן אותו שנהרג עם שמעון דאשת שמעון מותרת דלגבי שמעון הגוי הוא שהתחיל עש"ב ועוד דאפילו אשת מאיר יש מקום להתירה דלא מיקרי התחלת דברים כה"ג דלא שאל לו להודיעו כלל אלא כמתאונן עליו וכה"ג כתב מהריק"ש בתשו' סימן נ"ג וז"ל בנ"ד סיגנון דברי האיש העברי גם העכ"ום כמתאוננים על הריגתו בדבר פשוט וידוע לכל ואין כאן הגדה כלל לא בשאלה ולא בתשו' שהרי היהודי אמר נבכי על עיאד כדבר הידוע לו בבירור שנהרג ומתאונן עליו גם העכ"ום לא נסתפק וכו' וכפי דעת העכ"ום לא חידש ליש' וכו' וכה"ג הוי בכלל מ"ש הר"מ פי"ג מה' גירושין וז"ל כיצד העכ"ום מסל"ת וכו' וכיוצא בדברים האלו שאין מראין שכוונתו להעיד ה"ז נאמן ע"כ דודאי בנ"ד הדברים נראין שאין כוונת העכ"ום להעיד ולא להסיר הספק כלל ע"ש ודוק מינה ואוקי באתרין. ולספק הב' כבר כתב מהריב"ל ומהרשד"ם בתשובותיהם שפשטה הוראה בכל ישראל להכשיר גוי מפי גוי ול"ח שמא הגוי הא' לא היה מסל"ת ע"ש:

ולספק הג' שכיון שלא הזכיר שם הגוים ששמע מהם אפשר דע"י קול הברה שיצא שמת הוא דאמרו כן הנה מרן בב"י כתב מ"כ בשם רבינו משולם שכל ששמע מפי גוים שנהרג משיאין את אשתו מוכח דלא חיישי' שמא אותם הגוים אמרו ע"י הקול שיצא ומהריב"ל ח"ג סי' פ"ט חשש בנדונו שלא הזכיר הגוי שם הגוים ששמע דחיישי' דשמא ע"י קול שיצא וכן חשש מהר"י סמוט בתשו' מרן סי' ג' אך מרן שם בתשו' כ' דלא חיישי' להכי אע"פ שלא הזכיר שם הגוים ששמע מהם וכן הסכים הרב פני משה ח"ג סימן י"ב ועוד שבנ"ד שאמר שאמרו לו שברח היהודי שיצא עמו ורדפו אחריו ושחטוהו כ"ע מודו דלא חיישי' וכה"ג כ' הפ"מ שם באמרו לו שהרגוהו והשליכוהו לאינדיק דבשלמא על המיתה לבדה אפשר דעל ידי קול שיצא אבל שהשליכוהו לאינדיק מאין הרגלים דבפרט זה ל"ש קלא ע"ש וה"נ דכוותא:

ועל הספק הד' אי חיישי' שמא שמע מן הרוצחים הנה מדברי המ"ב סי' משמע דברוצחים חיישי' אך מהר"ם מלובלין בתשו' סי' ק"י הוכיח דאפילו שמע מן הרוצחים לא בעי' קברתיו ועיין להרב אמונת שמואל סימן:

איברא מה שהוכיח מגמ' דספ"ב דיבמות גבי הרגנוהו תנשא אשתו לא מיכרעא דההיא בישראל מיירי וכבר כתב מרן בב"י דלא האריך הר"מ שיאמר קברתיו אלא בגוי המסל"ת אבל בע"א ישראל לא בעי' וקברתיו אך יש להוכיח מגמ' דסוף יבמות. בעובדא דגוי שאמר לישראל קטול אספסתא בשבתא וכו' דלא התירו את אשתו אלא משום דגוי למירמא אמתיה הוא דעבד ות"ל דלא אמר וקברתיו אלא ע"כ דברוצח לא בעי' קברתיו ואפילו לדעת הר"מ דבעי קברתיו רוצח קיל טפי וכצ"ל לתי' הר"י סאגיס ז"ל שהביא מרן וכמ"ש מהרח"ש בקו' עיגונא ע"ש

ועל ספק ה' שלא הזכיר שם היהודי הנה בגמ' בפ"ב דיבמות איתא אבא יודן איש צידן אמר מעשה בישראל וגוי שיצאו לדרך ובא גוי ואמר חבל על יהודי שהיה עמי בדרך שמת וקברתיו והשיאו את אשתו וכתב הרא"ש בתשו' כלל מיהא שמעי' דאין אנו חוששין שמא אותו היהודי שיצא נתרחק ממנו ונתלווה עמו יהודי אחר ועל אותו היהודי הוא שאמר שמת אבל מדברי הר"מ אין נר' כן שכתב בפי"ג יצא ישראל וגוי מעמנו למ"א ובא גוי והסל"ת ואמר איש פ' שיצא עמי מכאן וכו' הרי דבעי' שיאמר איש פ' שיצא עמי מכאן וכתב מהריב"ל ח"א סי' ב' וח"ב סי' י"ב דעבדי' עובדא כדברי הרא"ש לפי שראה בדברי הפו' שהביאו דברי הרא"ש לפ' הלכה ולא הזכירו דברי הר"מ הרי דכשאנו יודעים שיצא עמו לא חיישי' דיהודי אחר נתלווה עמו וכ"פ מהרש"ך ותשו' מ"ב סי' ב' ודלא כהט"ז ואפילו לדברי הר"מ כתב המ"ב דלאו דוקא ואינו חולק על הרא"ש ועל שלא אמר

הגוי שאמרו לו הגוים קברתיו כבר כתב מרן בב"י בשם מהר"י סאגיס דאפילו לדעת הר"מ דמאריך קברתיו דוקא בגוי הנמצא בשעת ההריגה אבל אם הגוי המעיד לפנינו לא נמצא בשעת ההריגה לכ"ע לא בעי' קברתיו ומרן בתשו' סימן ה' קילס את דבריו ואמר שדברים נכונים הם וכ' מהרשד"ם סי' פ' דלא תיק' מהריס הנז' דוקא כשידענו בבירור דהגוי היה בשעת ההריגה אבל מן הסתם תלי' שלא היה בשעת ההריגה ואצ"ל קברתיו לכ"ע נקטי' דאיתתא דא שריא וכן נעשה מעשה:

סימן לא

נתתי אל לבי לבאר בא' שיש לו בן לפדותו ואמר לכהן א' שהוא נותן לו בנו לפדותו אם יכול לחזור בו וליתנו לכהן אחר אי זכה בו הכהן באמירת האב או לא ואם ת"ל דחזרתו מהניא אי איסורא עבד האב משום שארית ישראל וכו' וכן י"ל במכירי כהונה:

הנה יש ללמוד ד"ז מדתנן בפ' כל הגט ד"ל ע"א המלוה מעות את הכהן ואת הלוי להיות מפריש עליהן מחלקם מפריש עליהם בחזקת שהם קיימים ופריך בגמ' אע"ג דלא אתו לידיה ומוקי לה רב במכירי כהונה ושמואל מוקי לה במזכה הרי מתבאר מהגמ' הלזו דמכירי כהונה אית להו זכיה בגוויהו והו"ל כמי דמטו לידייהו דהני כהני ומקיימא בהו מצות נתינה אע"ג דלא מטו לידייהו ואפילו לשמואל דמוקי לה במזכה ל"פ ארב בד"ז והא דלא מוקי לה במכירי משום דמכירי ל"ק וכדאיתא שם בגמ' וכיון שכן נראה דלא מצי לחזור כיון דכבר זכה בו הכהן וגם י"ל מגמ' הלזו דבאמירה בעלמא בלא מכירי ומזכה לא מהני דאי איתא הא כבר א"ל שהוא יזכה במתנותיו ושיטלם בחובו ע"כ דבאמירה בעלמא לא מהני אך ראיתי להמרדכי שם שכתב דטעמא דמכירי כהונה יש להו זכיה משום דכל מ"כ חשיבה מתנה מועטת ואסור לחזור בו כדאמדי' בפ' הזהב ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי יכול לעשותו תר"מ על מקום אחר וטעמא משום דאסור לחזור בו אפילו בדברים וכו' ומיהו אם בדיעבד חזר בו חזרה היא וכ"פ מהר"ם בנתינת מצוה דמוהל וב"ב עכ"ד נר' מדבריו דמכירי כהונה ואמירת בעל הברי חד דינא אית להו דבתרוויהו אסור לחזור בו משום שארית ישראל כדאיתא בפ' הזהב ואם עבר וחזר בו מהניא חזרתו וה"ט משום דהוי כאלו זכו בו משום דמסתמא לא יחזור אבל אם חזר מהניא חזרתו וק"ל דלפ"ד אמאי הוצרכו לאוקומא במכירי ומזכה הרי כבר מילתו אמורה בתחי' ההלואה ונ"ל דס"ל דמתני' מיירי גם בשעדין הפירות לא באו לעולם וכ"מ בירוש' דמתני' מיירי שעדין לא נזרעו ע"ש וכה"ג דבשעת אמירתו עדין לא באו לעולם לית ביה איסורא וכמ"ש הרא"ש כלל ק"ב סי' יו"ד דלא אמרי' דברים יש

בהם משום מחוסרי אמנה אלא בשאמר לו בשעה שהדבר בא לעולם ובדבר שיש בו ממש אבל בנותן בנו למולו מותר לחזור בו ואפילו אם אמר לו אחר שנולד הבן הוי דבר שאב"מ ע"ש והמרדכי ס"ל כוותיה בדבר שלב"לע אבל בדבר שאב"מ פליג עליה וס"ל דהו"ל כאלו מקנה לו בנו למולו וכמו שצדד השואל להרא"ש שם ע"ש ולכן ס"ל להמרדכי בנותן בנו למולו אסור לחזור בו והיינו אחר שנולד אבל אכתי קשה לשמואל דמוקי לה במזכה אמאי הוצרך לזיכוי ע"י אחר באמירה בעלמא שיאמר בשעת ההפרשה זה אני נותן לפ' סגי דכיון דאסור לחזור בו הו"ל כדין מכירי כהונה דחד טעמא אית להו וי"ל דדוקא באמר לו בפניו אבל שלא בפניו אינו בכלל שארית ישראל וכו' ולכך מוקי לה במכירי ובמזכה דאפילו שלא בפניו מהני ועפי"ז ניח"ל מה שהק' המח"א בה' שלוחין סי' כ"א דבההיא דפ' הזהב סמכי' אשארית ישראל אפילו באיסור תורה להקל דרשאי ן' לוי לעשות תר"מ על מ"א ואלו בקידושין דמ"ה בההוא דאמר לקריבאי רבא לא סמיך אשארית ישראל ע"ש ועפי"ה ניחא דההיא דאמר לקריבאי שלא בפניו ובהא פליגי אבייי ורבא ובלא"ה י"ל דש"ה דמתחי' הוא אמר לקריבאי וע"י שכפאתו הוא דהודה לדבריה ואמר לקריבה וע"ש להריטב"א בחי' איך שיהיה למדנו מדברי המרדכי דאמירת בע"ד ומכירי כהונה חד דינא איתי להו ואסור לחזור בו ואם עבר וחזר מהניא חזרתו וכ"ד התוס' דפ' י"נ דקכ"ג בד"ה הכא ע"ש וראיתי להרב במקו' שם שכתב וז"ל במכירי כהונה י"מ כיון דמסתמא לא הדר ביה הו"ל מוחזק וכו' כההיא דישראל שאמר לבן לוי וכו' ומסתברא לן כיון שיכול ב"ה לחזור בו אינו ממונו של זה כלל וכו' ומה שהוא רשאי לעשותו תרומת מעשר על מ"א מידי דהוה התורם משל חבירו ברשות חבירו וכיון דמסתמא לא הדר ביה הרי עשאו ת"מ ברשותו והא דחשבינן הכא לחיים וקיבה מוחזק משום דבמכירי כהונה א"י לחזור בו מעידנא דאתשחיט ומשום דס"ל כר"י דאמר עשו שאינו זוכה כזוכה כדאמרי' בפ' כ"ה וכו' ע"ש וי"ל במ"ש דטעמא דמכירי כהונה הוי כאלו אתו לידיה משום עשו שאינו זוכה כזוכה דבפ' כל הגט שם עולא הוא דמוקי לה כר"י דעשו שאינו זוכה ואמרי' דמ"ד במכירי כהונה ומזכה לא מוקי כעולא משום דכיחידאה לא מוקי הרי מבואר דמכירי לכ"ע מהני וי"ל דמ"ש הר"ב כר"י ל"ד אלא דרבנן מודו לר"י במכירי דעשו שאינו זוכה כזוכה נקטי' דהדבר במחלוקת הוא שנוי דלדעת המרדכי והתוס' טעמא דמכירי משום שארית ישראל ומכירי ואמירת בע"ד חד דינא א"ל דבתרוויהו אסור לחזור ואם חזר בו מהני ולדעת הר"ב במכירי לא מהני חזרתו ובאמירה מהני אבל אסור לחזור ומהגמ' שם בפ' י"נ נראה קצת כן מדלא מוקי לה באמירה וכ"ש למ"ש הר"ב בש"מ שם ליישב גי' הספרים דגרסי' בקו' הגמ' ראוי הוא דס"ד באמר ליתנה

לו ע"ש ואי איתא לא הו"ל לשינויי אלא באתשחיט בחיי אבוהון וא"ש באמירה כדס"ד מעיקרא ומדברי התוס' בפ"ק דמציעא דף ו' בד"ה והא נר' דדעתם דבמכירי כהונה אינו יכול לומר לכהן לכהן אחר אני נותנו ע"ש וראיתי להרב מוצל מאש קצבי סי' י"ט שכתב הטעם שאינו יכול ליתנו לאחר משום דחשדי' ליה דרוצה לעכבו לעצמו ע"ש ולא ראה דברי הר"ב במקו' שכתבתי ועיין לרשב"ם בפ' ח"ה דמ"ו ע"ב שכ' באריסי בתי אבות שאינו יכול להחליפם באריסי אחריני ע"ש:

וראיתי למרן בב"י ביו"ד סי' רס"ד שהביא דברי המרדכי שכתבתי והגה"מר דהנותן בנו למולו אסור לחזור בו ואם חזר בו מהני ואח"כ כ' אבל הרא"ש כלל י"ב כתב דיכול לחזור בו ול"מ אלא בתקיעת כף ע"ש והד"מ כתב דגם הרא"ש מודה דאסור לחזור בו ולא איירי בתשו' אלא לענין דאם חזר בו הוי חזרה ע"ש וכה"ג כתב מהראנ"ח ח"ב סי' ע' להסכים דעת הרא"ש לדברי המרדכי דאסור מיהא לחזור בו ע"ש. ותמהני דבתשו' כלל ק"ב שהבאתי לעיל מבואר להדיא דמותר לחזור בו ואין בו משום מחוסרי אמנה דליכא מחוסרי אמנה אלא בדבר שאם הקנה אותו בקנין גמור מהני משא"כ בדבר שלא בא לעולם וכדבר שאין בו ממש באופן דדברי הרא"ש ברור מללו דרשאי ושרי לחזור בו ומ"מ נר' דדוקא בנותן בנו למולו הוא דהוי דבר שאב"מ אבל בנותן בנו לפדותו ממונא הוא ודמי לת"ומ ומודה הרא"ש בפדיון הבן דאיסורא איכא ואם חזר מהני לכ"ע אע"ג דעבר אשארית ישראל וכו' וכ"ז באמירת בע"ד לבד אבל במכירי כהונה פלוגתא דרבוותא היא אי מהניא חזרתו ומן האמור ניחא אצלי דברי ה' החידושי' לא נודע למי מקדושי' בפ"ק דקי' דכ"ט אהא דאיתא התם דאזיל כהן וטריף ממשעבדי הק' איך טריף ממשעבדי הא ממון שאין לו תובעים ותי' דנתן לו הרשאה א"נ במכירי כהונה ע"ש ותמה ע"ד ה' הלכות יו"ט דקצ"ב ע"ד מה הרשאה שייך בזה בדבר שהוא חייב לאחרים ע"ש ועפי"ה ניחא שפיר דכתב לו שהוא נותן לו הפדיון ודינו כמו מכירי כהונה כמו שנתבאר ואזל איהו וטריף:

והנה כגמ' שם בפ' כל הגט מוקמי' לברייתא דאיתא התם דהק' מעשר יש לך בידי הילך דמיו אין חוששין שמא עשאו ת"מ עמ"א כור מעשר יש לך בידי הילך דמיו חוששין שמא עשאו ת"מ עמ"א ופירש"י אע"ג דלא מיחסרא משיכה לא קנייה ישראל דבמאי קנייה האי לוי דלקניה לישראל ע"ש נראה דס"ל דע"י אמירה לא קנאו ומאי דיכול לעשותה ת"מ עמ"א אע"ג דלא קנייה ה"ט משום דהוי כתורם משל חבירו ברשות חבירו כמ"ש הר"ב בש"מ בפ' י"נ כנ"ל והריטב"א בחי' שם תמה ע"ד רש"י דא"כ איך יכול לעשותו ח"מ עמ"א הא אפילו במכירי כהונה לא זכה אלא מדרבנן ופי' דאיירי שזיכה לו הישראל

בפי' ע"י חצירו דזכה הלוי זכיה גמורה וחוששין שמא עשאו ת"מ קודם שקיבל הדמים דלא נתן לו הרמים באותה שעה ומאי אדפריך אטו ברשיעי עסקינן היינו ר"ל דשקלי דמי על דבר שעשאו כבר ת"מ ע"ש ותמהני דבגמ' בפ' הזהב מבו' דיכול לעשותו ת"מ עמ"א אע"ג דלא הקנה לו קנין גמור דהא אמרי' דאי נתנו לאחר אין לו עליו אלא תרעומת ואי הקנה לו ע"י חצירו שלו הוא וא"י ליתנו לאחר וצ"ע ומ"ש דמכירי כהונה לא זכו אלא משום תקנה והיינו ע"פ מ"ש הריטב"א גופיה לעיל משם הירושלמי דדוקא בהלוהו עכשיו ע"ש בירושל' שלפנינו מבואר דמסקנא דמילתא אע"ג דהלוהו כבר וא"כ מכירי כהונה לאו משום תקנה אלא זכיה גמורה וכ"נ מדברי הרשב"א בחי' שם ע"ש ועיין בתוס' שם בד"ה הילך ומ"מ אפשר דמדרבנן הוא דא"ל זכיה וכן הוא לפי הטעם שכתב הר"ב דמשום דעשו שאינו זוכה כזוכה ועיין למהריט"א ז"ל בס' קי' סי' רמ"ט בסופו ע"ש ובגופא דשמעת' ק"ל אמאי הגיה הברייתא בא"ל הילך דמיו ואמאי לא מוקי לה דהק' אם בא לחזור בי הישראל וליתנה ללוי אחר א"י דחיישי' שמא עשאו הלוי ת"מ עמ"א כיון דאמרי ליה כור דנראה פשוט דאם נודע שעשאו ת"מ שוב א"י ליתנו לאחר כיון דכבר עשאו ת"מ וכן נאסר כבר משום תרומה דכיון דכבר חלה ודאי דלא פקעה ועו"ק בשמעת' דפ' הזהב מאי קמ"ל ר"י הא מברייתא הלזו לכולהו אוקמתי שמעי' דרשאי ן' לוי לעשות ת"מ עמ"א ולפחות הו"ל להגמ' למי' תניא נמי הכי ונ"ל דס"ל להגמ' דמברייתא הלזו אין להוכיח ד"ז. די"ל בהקנה לו ע"י חצירו כמ"ש הריטב"א ז"ל ור"י אשמעי' אפילו באמירה ולכך לא מוקי לה הגמ' באמירה ולענין חזרה דא"כ מאי קמ"ל ר"י וע"י חצר א"י לחזור בו ולכך לא מוקי לה הגמ' אלא בהילך דמיו אבל קשה למאי דאוקמא בהילך דמיו ונתרצה ן' לוי במכירה ואפ"ה חיישי' שמא עשאו ת"מ לאחר המכירה לפירש"י ואמאי חיישי' מ"ש מההיא דפ' הזהב דרשאי ן' לוי לעשותו ת"מ עמ"א ולא חייש דילמא הדר ביה בע"הב משום דאסור לחזור כדאי' התם וה"נ אע"ג דהמכירה בטלה לא גרע מדברים דיש בהם איסורא משום שארית ישראל וכה"ג כתב הרא"ש שם בפ' הזהב בראייתו מההיא דבני ר"ח זבון אמתא ע"ש ולא מבעיא להסו' דאפילו בדשב"ל אית ביה משום מח"א אלא אפילו להרא"ש בתשו' שהבאתי לעיל שכתב דלית ביה מח"א הכא שאני דאית ביה קנין ע"י שיקנה לו הישראל ע"י חצירו ויחזור וימכרנו לו ונ"ל דיש לחלק דלא אמרי' בפ' הזהב דלא חיישי' ורשאי בן לוי לעשות ת"מ עמ"א אלא דוקא היכא דהתחיל הישראל ואמר לבן לוי שהוא רוצה ליתן לו אבל היכא דהבן לוי ביקש ממנו שיתן לו וא"ל הן אין בו משום מח"א ודכוותה בהילך דמיו דפ' כל הגט כיון שע"י בקשת הישראל היה אין בו משום מח"א ותבלין יש לחילוק זה ממ"ש הר"מ בפ"א מה' מעשר דין ח' וז"ל

האומר לחבירו הריני מעשר ע"י א"צ לעמוד עד שיראה אם יעשר ואם לא יעשר ואם אמר הוא לחבירו עשר ע"י ה"ז צריך לעמוד עמו וכתב מרן בכ"מ מירוש' דפ"ב דמעשר והטעם דכיון שהשליח פתח לו שהוא רוצה לעשר ע"י חזקתו שעשה שליחותו משא"כ בשלא פתח הוא ע"ש ומהרי"ק שם ביאר יותר דכשלא פתח הוא אע"פ שהודה וכו' אפשר דלאו בלב שלם הוא וא"כ ה"נ במאי דאמרי' דברים יש בהם משום מח"א היכא דהודה ע"י בקשת חבירו אפשר דלאו בלב שלם הודה וכל כה"ג לית ביה משום מח"א וכן ראיתי להכנ"הג סי' ר"ד בהגהב"י אות ח' שכתב לדעת מהרי"ו דדוקא באמר בתחי' בדעת שלימה ע"ש כנ"ל לשי' רש"י ז"ל:

וראיתי להרדב"ז בס"פ יקר תפארתי שם שכתב דהטעם הוא דכי אמ"ל בע"הב אני מעשר ע"י ועשה אותו שליח חזקה שליח עושה שליחותו וא"צ לעמוד עמו אבל אם אמ"ל חבירו עשר ע"י הרי בע"הב לא עשה אותו שליח ולא קפיד לעשות השליחות וצריך לעמוד עמו ע"ש ותמהני דבהדיא פ' הר"מ בפ"ד מה' תרומות דין ו' דהאומר לשלוחו צא תרום אע"פ שמצא כריו תרום אין חזקת שליח עושה שליחותו ע"ש וה"ב כי אמ"ל בע"הב ועשאו שליח אין חזקת שליח עושה שליחותו וע"כ דהכא כשפתח השליח וכמ"ש מרן ומהרי"ק וכן תפס במושלם המש"ל בפ"ד מה' בכורות מזה כלל גדול דכל היכא דפתח השליח חזקת שליח עושה שליחותו לכ"ע ע"ש:

מן האמור מתבאר דדוקא משום דפתח השלוח אבל אם פתח הבע"הב ואח"כ אפר השליח בפי' אני מעשר ע"י אין חזקתו לעשות שליחותו ולא אמרי' כיון דהבטיחו ודאי עושה שליחותו משום שארית ישראל ודלא כמ"ש המח"א בה' שלוחין סי' כ"א דכה"ג חזקת שליח עושה שליחותו לכ"ע משום שארית ישראל וכדאמרי' בפסחים דצ"א בהבטיחוהו ישראל להוציאו מבית האסורים דשוחטי' עליו בפ"ע משום שארית ישראל וכו' ובפ' הזהב וכו' וע"ש שחי' ביניהם ולע"ד בדברי הר"מ דה' מעשר א"צ לפ' כן דהטעם הוא משום דודאי יקיים דבריו משום שארית יש' שהרי עיקר ד"ז הוא מהירוש' כמ"ש מרן בכ"מ ע"ש ובירוש' דפסחים שם בפ' האשה אמרי' דמתני' בחבשו ישראל וקתני דאין שוחטין עליו בפ"ע הרי דהירוש' ס"ל דלא סמכי' ע"ז לשחוט בפ"ע דלא כתלמורן וכ"כ התוס' שם בפ' האשה ע"ש וע"כ דהטעם משום דפתח השליח ומ"ש המח"א שם דבז"הז דתרומה דרבנן היא חזקה שליח עושה שליחותו עמ"ש התוס' בפ"ג דעירובין דל"ב בד"ה תאנים ע"ש ומ"ש בפשי' דהר"מ פ' כר"ן דאין חזקת שליח עושה שליחותו כ"כ גם המש"ל בפ"ד מה' בכורות והוכיח כן ממ"ש בפ"י מה' מעשר דין יו"ד ע"ה שאמר לחבר וכ' חזקה על חבר שאינו יוצא דבר שאינו מתוקן מתחת ידו וטעם זה לא הוזכר

בגמ' אלא לר"ן ע"ש ואינו מוכרח דט"ז עכ"ל גם לר"ש משום דיש כנגדו חזקה דלא נחשדו חבירים לתרום שלא מן המוקף ובגמ' בס"ד הוה ניח"ל לר"ש משום די"ל דרבי לית ליה הא דמוקף אבל למסקנא א"צ לדחוק בכך אשר עפי"ז ניחא מה שלא הוכיחו התוס' שם דהלכה כר"נ משום דר"ח חוזאה קאי כוותיה כדהוכיח מרב שמעיה ע"ש מיהו לזה י"ל דעיקר דברי ר"ח חוזאה אבריתא דמגורה שהביאו בגמ' בפ"ק דפסחים ד"ט ע"א ואע"ג דאמרי' שם ואבע"א ספק וספק י"ל דר"ח חוזאה מ"ל לאוקמא בודאי וודאי גם מה שהוכיח ממ"ש בפ"א מה' מח"כ חזקה דאין ב"ד של כהנים וכו' אינו מוכרח כ"כ ונ"ל להוכיח דהר"מ פ' כר"ש והוא ממ"ש בפ"ו מה' ק"פ דין ד' מח"כ שחל יום הבאת קרבנותיהם בי"ד וכו' ואין שוחטין עליהם עד שימסרו קרבנותיהם ביד ב"ד שמא יפשעו ולא יקריבו אותם ע"ש ויש להבין דבגמ' בפ' האשה בפסחים ד"צ לא הוצרכו למסירת קרבנותיהם אלא לס"ד דטעמא דאין שוחטין על ט"צ משום דילמא פשע ולא טבל ופריך א"ה מח"כ נמי ומשני דמסרינהו אבל למסקנא דמסיק דט"ש מדאורייתא לא חזי א"צ למסירת קרבן דלעולם ל"ח דילמא פשע וצ"ל דהר"מ דפ' בדין א' שוחטין על ט"ש מדרבנן הוא דילמא פשע ופ' דלא כרב דמדאורייתא לא חזי ומי הוא זה דסבירא ליה דמדרבנן דילמא פשע דיפסוק הר"מ כוותיה כיון דלא אמר אין שוחטין עט"ש אלא רב ואיהו מדאורייתא קאמר וצ"ל דס"ל להר"מ דרב שמעיה דהוצרך לחזקה דב"ד משום דס"ל אין שוחטין עט"ש דילמא פשע ועפי"ז ניחה מ"ש הלח"מ שם מגמ' דפ' כ"צ בבעיא דרמי ב"ח בכהן המרצה בקרבנותיהן ע"ש דעפ"ה י"ל דהגמ' דקאמר הניחא למ"ד אין שוחטין מדאורייתא קאמר והיינו רב אלא למ"ד שוחטין ר"ש דמדאורייתא שוחטין והר"מ פ' כותיה ומעתה ע"כ דהר"מ פ' כר' ששת דחזקת שליח עושה שליחותו אפילו בדאורייתא דלדידיה ע"כ רב שמעיה אההיא דפסחים קאי ומינה הוכיח דר"ש ס"ל אין שוחטין עט"ש מדרבנן דאי איתא דפ' כר"נ מנ"ל דר"ש ס"ל אין שוחטין מדרבנן דילמא רב שמעיא אההיא דעירובין קאי הן אמת דבסוף ההיא שמעתא דפסחים דאמרי' אצט' סד"א וכו' קמ"ל כדר"ש נר' דאפילו שוחטין עט"ש ולא חיישי' אעפ"כ צריכי לדר"ש מה שלא נר' כן מרישא דשמעתא דפריך א"ה מח"כ נמי ומ"מ מדברי מרן הכ"מ שם בדין א' נראה דס"ל כדעת הר"מ דפוסק אין שוחטין עט"ש דמדרבנן הוא אבל מדאורייתא מיחזא חזי ע"ש:

וראיתי למרן בב"י בח"מ ס"סי קנ"ו שהביא תשו' הרשב"א שנשאל בחייט שרגיל אצל עירוני א' והלך יהודי א' ופיתה את העירוני לעשות הוא מלאכתו בזול אי הוי כמזיק בידים וכו' והשיב דמוחין בידו וכו' ועוד דכל מכירי הוו כאלו באו לידו כדאמרי' מרי'

בפ' י"נ וכו' ע"ש והיא בח"ג סי' פ"ג ולפמ"ש. התוס' והמרדכי שהבאתי דבריהם לעיל דטעמא דמכירי כהונה דהוי כאלו בא לידו משום דאסור לחזור בו אין ענין לד"ז גבי גוי אלא בישראל דוקא דכתי' שארית ישראל:

חזרתי על המקרא וראיתי דמה שהוכחתי מדברי התוס' דפ"ק דמציעא דבמכירי כהונה א"י לחזור י"ל דלעולם יכול לחזור כמ"ש התוס' בפ' י"נ אלא דהתם בתקפו כהן שאני דבא ליד כהן ובאומר ליתן לחבירו מתנה מועטת דיכול לחזור בו י"ל דאם קדם חבירו ותפס המתנה ההיא א"י הנותן לחזור בו וקצת יש להוכיח כן מגמ' דריש בתרא ד"ג דפריך קנין דברים הוא ומסיק ר"א בהלך זה והחזיק וכו' וכתבו התוס' בהחזיק שלא בפניו ע"ש הרי דבמידי דהיה יכול לחזור בו אם קדם והחזיק אפילו שלא בפניו שוב א"י לחזור וה"נ דכוותא ועיין להרמ"ה שם ע"ש:

וראיתי למהר"ץ בתשו' סי' ע' שהעלה דאפילו במכירי כהונה מצי בע"הב לחזור בו וליקנה לצורבא מרבנן או לקרובו ע"ש ולכאורה מדברי התוס' בפ"ק דמציעא שהקשו אמאי אין מוציאין מידו הא יאמר לכהן אחר אני נותן ותי' במ"כ ע"ש נראה דאפילו לצ"מ או לקרובו ל"מ הדר דאי איתא אכתי קשה היכי פסיק ותני המע"ה הא אי איכא צ"מ או קרובו מצי אמר לכהן אחר אני נותן ואולם ע"פ מ"ש י"ל דש"ה דכבר בא ליד כהן ובכה"ג מודה מהר"ץ דל"מ הדר ביה ליתנם לצ"מ או קרובו ועיין להש"ך בס' ת"כ סי' ה' שכתב בפשי' מסברא דבמכירי כהונה יכול בע"הב לחזור בו וליתנה לאחר ע"ש ועיין להמרדכי ר"פ אע"פ במ"ש משם אבי העזרי ובפ' הזרוע דקל"ג ע"א כתב רש"י בד"ה זכי לי וכו' ואע"ג דרבא כהן הוה וכו' מ"מ מנפשיה ל"מ שקיל והתוס' כ' דרבא גרסי' דלא היה כהן ע"ש מתבאר מדבריהם דאפילו במכירי כהונה רשאי ליתנם לכהן אחר ומותר דהא התם במכירי כהונה עסקי' כמבואר שם ואי איתא אפילו הוא כהן ל"מ שקיל דעביד בע"הב איסורא ע"י ואולם לפ"ד מהר"ץ שכתבתי דלצ"מ שרי לחזור כו א"ש:.

סימן לב

נסתפקתי בהא דדרשי' בפ"ק דיבמות די"א דסוטה ודאי אסורה לבעלה בלאו דלא יוכל בעלה הראשון וכו' אחרי אשר הוטמאה וכן הא דדרשי' במס' סוטה ונטמאה ונטמאה א' לבעל וא' לבועל אי דוקא בנישואין הוא דאסירה אבל בזנות ליכא לא לאו דאחרי אשר הוטמאה ולא עשה דונטמאה לא לבעל ולא לבועל ובעודה תחת בעלה פשי' דאיכא לאו ועשה אם מקיימה תחתיו ובא עליה דהרי נשואה היא וכדאיתא בכ"ד אבל סא קא מבע"ל אי אחר שגירשה בא עליה בזנות אי עובר בלאו דאחרי אשר הוטמאה ועשה

דונטמאה או לא וכן אם הבועל בא עליה בזנות אי עבר בעשה דונטאה א"ד דדוקא בנישואין הוא דעובר:

והנה התוס' בפ' החולץ בדמ"ט בד"ה סוטה הק' נוקמיה לקרא דכי תהיין לסוטה ולבועל ותי' ליה חד תי' דלא כתיב הויה גבי בועל ולא תפסי קידושי' דבועל ע"ש נראה מדבריהם דעשה דונטמאה דגבי בועל הוא בזנות דהא לא תפסי קידושין דבועל ובהא ל"פ ר"עק ורבנן ומ"מ אין ללמוד מזה לעשה דגבי בעל דאף שכ' התוס' בריש יבמות ד"ג דאין להחמיר בבועל יותר מבעל מ"מ לפ"ד התוס' בפ' החולץ מצינו דהחמירה תורה בבועל יותר מבעל לענין תפיסת הקידושין דבבעל תפסי קידושין ודבועל לא תפסי וכ"נ להוכיח דעשה דונטמאה דגבי בועל אפילו בביאת זנות מדאמרי' במס' סנהדרין דמ"א ע"א דפריך אשה חבירה דמיקטלא המ"ל הא יכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו ומשני שזינתה מקרוביה ומדנקט מקרוביה ולא נקט שזינתה מחייבי לאוין דהיינו גרושה לכהן או ממזרת ונתינה לישראל משמע דכה"ג אכתי יכולין לו' לאוסרה על בועלה בביאה בלא קידושין דכל חייבי לאווין אין אסורין אלא בביאה אחר הקידושין וכמ"ש הר"מ בפט"ו מה' א"ב ואפ' דבלא"ה אסורה מכח ביאת זנות מ"מ הפלגש דהיינו מיוחדת לו בלא קידושי' שריא מדאורייתא לדעת הר"מ כמ"ש לקמיה ואכתי המ"ל דמיקטלה הא יכולין לומר לאוסרה לבועלה בביאה בלא קידושין ולכך הוכרח לאוקומי שזינתה מקרוביה דבלא"ה אסירה להו אפילו בביאה בלא קידושי' איברא דלחד קי שכ' התוס' בפ' החולץ דלא תפסי קידושין דבועל י"ל דבחייבי לאוין יכולין לומר באנו להעיד כי היכי דלא תפסי קידושין דבועל אבל לתי' קמא שם דתפסי קי' דבועל ע"כ צ"ל דהא דנקט קרוביה טפי מכל חייבי לאוין משום דבחייבי לאוין יכולין לומר לאוסרה על בועלה בביאה באנו ולא מצי לאוקומה בכל חייבי לאוין ונקט קרוביה שפיר נקטי' דעשה דונטמאה דגבי בועל איתיה אפילו בביאה בלא קי' אבל בלאו דאחרי אשר הוטמאה ועשה דונטמאה דגבי בעל אכתי מספק"ל אי איתיה בביאה בלא שיאין או לא:

ומסתברא לי דלאו דאחרי אשר הוטמאה ליתיה אלא בביאה דאחר הקידושין דכיון דמקרא דמחזיר גרושתו הוא דנ"ל שם בפ"ק דיבמות לאו בסוטה ודאי ובמחזיר גרושתו לא לקי אביאה בלא קי' כדאי' בפי' יוחסין דע"ח ע"א ע"ש ה"נ בסוטה ודאי דהו"ל כאלו כתיב לא יוכל לשוב לקחתה אחרי אשר הוטמאה וכו' וכ"נ מדברי מרן בכ"מ בפי"א מהלכות גירושין די"ד שכ' דמ"ש הרמב"ם ז"ל שם דלוקה משום אחרי אשר הוטמאה הוא כשגירש' והחזירה דקרא בהכי מיירי ולא הוי לאו שבכללות דכולהו מחזיר גרושתו הוא וה"ק קרא לא יוכל לשוב לקחתה אחר שנשאת ולא יוכל לשוב לקחתה אחרי אשר

הוטמאה אם גירשה ומ"ש בפ"א מהא"ב דאינו לוקה אלא משום זונה איירי בשלא גירשה ע"ש הרי דקרא ה"ק לא יוכל לשוב לקחתה דהיינו בקידושין אחרי אשר הוטמאה ולא הוי לאו שבכללות משום דכולהו מחזיר גרושתו משמע דחד דינא אית להו דלא אסיר אלא בביאה אחר הקידושין:

איברא דדברי מרן תמוהים אצלי טובא מגמ' דיבמות דנ"ו ע"ב דאמרי' כהן לוקה משום זונה ופריך משום זונה אין משום טומאה לא ע"ש ומאי פריך הא מיירי בשלא גירשה מדלא מחייב משום גרושה ובכה"ג ליכא לאו דטומאה לפ"ד מרן בכ"מ ועוד י"ל מגמ' בפ"ק דסוטה ד"ז ע"א גבי בא עליה בעלה בדרך וכו' דאמרי' סוטה שהיא בלאו לכ"ש ע"ש ולפ"ד מרן ליכא לאו כ"ז שלא גירשה אלא ע"כ דאפילו לא גירשה. איתיה ללאו דאחרי אשר הוטמאה ואע"ג דליכא לאו אלא בודאי סוטה כדאיתא בפ"ק דיבמות והתם בפ"ק דסוטה בס' סוטה איירי מ"מ קרי ליה לאו דכיון דאי זינתה ודאי איכא לאו בס' סוטה עומד בס' לאו וקרי ליה שפיר לאו וכן צ"ל בדברי המאירי בסוטה דכ"ג ע"א גבי אלמנה לכ"ג שכ' דמקנין להם לריבויי איסורי לאוין ע"ש גם מדברי הר"מ שם בה"ג נר' דבלא גירושין איירי ע"ש ומ"ש מרן בכ"מ ע"ד ה"ה עיין לה"ה בפי"ח מהא"ב דין ז' ע"ש ולקמן בסוף דברינו כתבתי ליישב דברי מרן בכ"מ ע"ש ומ"מ למדנו דקרא ה"ק לא יוכל לשוב לקחתה דהיינו קידושין אחרי אשר הוטמאה וליכא לאו אלא אחר הקידושין וכ"נ מדברי הר"מ בפט"ו מהא"ב דין ב' שכתב וז"ל שאין לך בכל חייבי לאוין מי שלוקה על בעילה בלא קידושין אלא כ"ג באלמנה ע"ש הרי בהדיא דכללא כייל לן רבי' דכל חייבי לאוין אין לוקין בבעילה בלא קידושין וכמו מחזיר גרושתו משנשאת:

איברא דיש לעמוד בדברי הרמב"ם הללו דנר' דמפ' להא דאמרי' בפי' יוחסין דע"ח ומודה רבא בכ"ג באלמנה דלקי אבעילה לחודא משום דכתיב לא יחלל זרעו והרי חילל דדוקא בכ"ג באלמנה וסובר רבינו דלאו דלא יחלל ליכא אלא בכ"ג באלמנה דביה כתיב קרא דלא כמו שנר' מפירש"י שם דכל איסורי כהונה דינם שוה דא"כ אמאי נקט הגמ' כ"ג באלמנה ע"כ מפרש לה הר"מ דדוקא בכ"ג באלמנה הוא דאיכא לא יחלל זרעו אלא שהדבר תימא דלעיל מינה פריך הגמ' אר"י דאמר כ"ג באלמנה לוקה. ב' משום לא יקח ולא יחלל ממתני' דאלמנה וגרושה חייב עליה משום ב' שמות מאי לאו ב' שמות ותו לא לאו ב"ש ע"ז וב"ש ע"ז ובסיפא דגרושה וחלוצה א"ח אלא אחת א"ח אלא על א' קתני ולעולם ב"ש ע"ש ולדעת הר"מ המ"ל בגרושה ב' שמות הא ליכא לא יחלל ולזאת י"ל דבכ"ג בגרושה הוא דאיירי מתני' דבכ"ג כתיב לא יחלל גם אגרושה ומ"ש הר"מ כ"ג באלמנה ל"ד ולאפוקי כהן הדיוט הוא דאתא מיהו הא ליתא דבפי"ז שם דין ב' וג' כ'

להדיא דדוקא כ"ג באלמנה לוקה משום לא יחלל דהרי חללה בביאתו אבל בגרושה וחללה זונה בין כ"ג בין כ"ה אינו לוקה אלא בביאה אחר הקידושין ע"ש ולפ"ד אם היא אלמנה וגרושה אינו לוקה אפילו כ"ג כיון דכבר גרושה היא ומחוללת היא וזה הפך הגמרא וראיתי לה"ה שם שעמד ע"ז וכתב דרבינו דחה ההיא סוגיא מהלכה ע"ש וליישב דברי רבי' נ"ל דהגמ' שם פריך אר"י וללקי נמי משום לא יחלל זרעו ומשני בשלא גמר ביאתו ואח"ך פריך ממתני' דאלו הן הלוקין דאלמנה וגרושה וסובר רבינו דהגמ' הכי פריך דנהי דכיון שהיא גרושה א"ח משום לא יחלל משום דמחוללת היא משום דגרושה היא מ"מ כיון דהתנא דאלו הן הלוקין מהדר אלאוי יתירי הול"ל שני לאוין משום אלמנה וכן משום גרושה ובגמר ביאתו דמחלל זרעו דאף דא"ח משום חילול עצמה דמחוללת מ"מ בחילול זרעו חייב בין כ"ג דכתיב ביה קרא בין כ"ה דיליף מג"ש דזונה זונה כדאי' התם ומק' לר"י דמחייב תרתי הול"ל ב' ע"ז וב' ע"ז ובגמר ביאתו ומשני דה"נ קאמר ב"ש ע"ז וב"ש ע"ז ומ"ש רבינו דאינו חייב משום לא יחלל בחילול עצמה מיירי אבל בגמר ביאתו ליכא האי טעמא דמחוללת ועומדת ומחייב שפיר כנ"ל בדעת רבינו ולפי"ז בגמ' בכריתות די"ב דאמרי' מודה ר"מ בשפחה הומ"ל מודה ר"מ בכהן שא"ל ב' בעלת גרושה דאי בעי אמר לא גמרתי וכו':

ועפ"ז ניחא מ"ש עמ"ש הרמב"ם בפ"ב מהלכות נערה דין י"א או שהיתה מחייבי לאוין דמשמע דחייב בחייבי לאוין בביאה לחוד וזה הפך ממ"ש בפט"ו מה' א"ב דא"ח בביאה לחוד אלא אלמנה לכ"ג וכבר עמד ע"ז הר"א בנו של רבינו הביאו הר"מ שם ומ"ש לזה הוא תימה ועפ"ה ניחא שפיר דברי רבי' דמ"ש מחייבי לאוין היינו חייבי לאוין דכהונה ובגמר ביאתו דמחייב בביאה לחוד כאמור:

איך שיהיה נקטי' מדברי רבינו דבכל חייבי לאוין ל"מ בביאה לחוד וא"כ בלאו דסוטה ליכא אלא בביאה שאחר הקידושין ואף להריטב"א ז"ל שם בפ' ע"י שחולק על רבי' וסובר דבכל חייבי לאוין חייב בביאה לחוד ולא איירי הגמ' אלא בלאוין דכתי' בהו קיחה והויה ע"ש מ"מ בלאו דסוטה מודה כיון דכתי' קיחה והויה דגבי מחזיר גרושתו כתיב וכדתיבנא:

אך אכתי מספק"ל בעשה דונטמאה דגבי בעל אי מחייב הביאה לחודה אחר שגירשה כמו ונטמאה דגבי בועל או לא מחייב אלא בביאה אחר הקידושין כמו הלאו דאחרי אשר הוטמאה ונ"ל להוכיח ד"ז מגמ' דגיטין דפ"א דפליגי ב"ש וב"ה במגרש את אשתו ונתייחד עמה דב"ש סברי אין צריך גט ב' וכ"ה סברי צריכה ג"ב ואיכא תרי לישני בגמ' לל"ק פליגי בראוה שנבעלה אי אדם עושה בעי' בעי' זנות ולל"ב בלא ראוה שנבעלה

פליגי. אי אמרי' הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה אבל בראוה שנבעלה לכ"ע אין אדם עושה בעי' בעי' זנות וכתב הרשב"א בחי' שם דב"ש לטעמייהו דס"ל לא אדם מגרש את אשתו אלא א"כ מצא בה ערות דבר ומזוהמת היא אצלו וב"ה לטעמייהו דמגרש אפילו לא מצא ערות דבר ואינה מזוהמת אצלו והשתא לל"ק דפליגי בראוה שנבעלה ב"ש ס"ל כיון דמזוהמת ליה לא בעיל לשם נישואין וב"ה ס"ל דלא מהזמה ליה ובעיל לשם נישואין אבל אי מגרש משום ערוה ב"ה מודו דמזהמה ליה ולא בעיל לשם נישואין ולל"ב דפליגי בלא ראוה ופליגי אי אמרי' הן הן עידי יחוד וכו' דב"ש ס"ל כיון דמזהמה ליה לא בעיל ולב"ה בעיל אבל בראוה שנבעלה כיון דראו דלא' מזהמת ליה אמרי' דבעיל לשם נישואין אפילו גירש בערות דבר וכמו שמבואר כ"ז בדברי הרשב"א שם ובדע"ט ע"ש וכל הפו' פ' כל"ב והשתא אי איתא דהלאו דאחרי אשר הוטמאה ועשה דונטמאה ליכא אלא בנישואין אפילו ראוה שנבעלה ע"כ דבעיל לשם בעי' זנות דאי בעיל לשם נישואין עובר בלאו ועשה אבל אי בעיל לשם זנות ליכא אלא איסורא דבעי' זנות דאפילו לדעת הר"מ בריש ה"א דפ' דלוקה משום לא תהיה קדשה ליכא אלא לאו ובכה"ג לא שביק היתרה ואכיל איסורא דכה"ג אמרי' בתמורה דכ"ו בארבעה בהמות לפניו ואמר אלו תחת אלו דאף דג' מהם תמורה הויין ולקי אמרי' לא שביק היתרה וכו' וה"ד לאחולי וכ"פ הרמב"ם בה"ת ע"ש וה"נ דכוותה דכל למעוטי תפלה ש"ד וכ"נ מתשו' הרשב"א שהביא מרן אה"ע ס"סי י"ז דמשם בא'רה דאף לגבי בועל דאסירה וקיימא מונטמאה אמרי' חזקה אין אדם עושה בעי' בעי' זנות למעוטי באיסורא ע"ש וכ"כ בש"הג בפ' מי שאחזו דתקפ"ט דאם גירש אשתו ונשאת לאחר וגירשה וחזר הא' ונתייחד עמה ל"ח לקידושין כיון דאי לשם קידושין חייב מלקות משום מחזיר גרושתו משנשאת אבל אי לשם זנות ליכא אלא איסור דבעי' זנות וליכא מלקות והב"ש בסימן קמ"ט ייחס סברא זו להר"מ והטור דנקטו עד שלא נשאת ע"ש:

הן אמת שדבריו תמוהים דהר"מ בריש ה"א כתב דהבועל אשה לשם זנות לוקה משום לא תהיה קדשה ע"ש וכ"כ הטור סי' כ"ו ועכ"ל לדעת הר"מ והטור דבעי' זנות קילא להו לאינשי ממחזור גרושתו דכתיבה בהדיא ולקמן ית' זה מ"מ נקטי' דכל למעוטי באיסורא עדיף טפי וא"כ בראוה שנבעלה נימא דלשם זנות בעיל כי היכי דלא נעבור בלאו ועשה דסוטה אלא ע"כ דעשה דונטמאה איתיה אפילו בבעי לחודה בלא קידושין א"כ שקולים הם דאי בעיל לשם קידושין איכא עשה דונטמאה ולאו דאחרי אשר הוטמאה ואי לשם זנות בעל איכא עשה דונטמאה ולאו דל"ת קדשה והלאוין דזנות ודטומאה שקולים בתרוויהו אתו מדרשא ולכך חיישי' לקידושין:

וראיתי להרשב"א בתשו' ח"א סי' תקנ"ז שהוכיח דב"ש דבעו דבר ערוה לאו דבעי' שראו עדים שזינתה דא"כ אמאי אצט' קרא דלא יוכל בעלה הראשון לאסור להחזיר גרושתו משנשאת הא אסורה וקיימא ע"ש והתוס' בסוף גיטין הביאו הירוש' שפריך כן ומשני לעבור עליו בב' לאוין מוכח דבסוטה ודאי מיירי אך ראיתי בירוש' שלפנינו דבכל הספרים גרסי' לעבור עליו בל"ת והן הנה דברי הרשב"א אלא שלא הזכיר הירוש' על דל שפתיו ומ"מ אף דלב"ש מגרש בערות דבר בלא עדים מ"מ כולל נמי בערוה בעדים ואכולהו אמרי' בראוה שנבעלה צריכה ג"ב וע"כ דעשה דונטמאה איתיה בבעי' בלא קידושין וכדהוכחנו:

ומצאתי להרדב"ז ח"א סי' רע"ז דנשאל בגירש את אשתו משום ש"ר ואח"כ בא עליה אי חיישי' לקידושין ומסיק דצריכה גט ב' משום דאי לשם זנות בעל איכא כולהו איסורי הלאו דאחרי אשר הוטמאה ובעי' זנות וכל מאי דאפשר לתקוני באיסורא עדיף עש"ב וכבר הוכחתי דלאו דאחרי אשר הוטמאה ליתיה אלא בנישואין ומ"מ דינו אמת דאי לשם קידושי בעל איכא לאו דאחרי אשר הוטמאה ועשה דונטמאה ואי בעל לשם זנות ועשה דונטמאה ושקולים הם וחיישי' לקידושין וראיתי למהריט"ץ סימן רמ"ז דכתב בבועל ביו"הכ ל"א אין אדם עושה בעי' בעי' זנות ע"ש וצ"ל שאני יו"הכ דאיסור כרת הוא וכ"כ הריב"ש בסימן ו' בבועל נדה ע"ש אבל בלא"ה אמרי' כל למעוטי באיסורא עדיף כדהוכחנו ובהכי ניחא מ"ש המש"ל ע"ד מהריט"ץ הללו מגמ' דתמורה הביאוהו הרב בני חיי סי' וה' סם חיי בליקוטי' ע"ש ועיין להרב יד אהרן א"הע סי' ל"ח ועיין להתוס' ר"פ ב"ש בד"ה טעמא ע"ש וראיתי להרב בני יעקב דקע"ב סע"ב שכ' בפשי' לפי דרכו דלאו דאחרי אשר הוטמאה בבעל איתיה אפילו בזנות בלא קידושין ע"ש:.

והנה בסוטה דכ"ה ע"א אבע"ל עוברת על דת אי צריכה התראה להפסידה כתובתה ופשיט לה מדתנן אלמנה לכ"ג גרושה וחלוצה לכ"ה לא שותות ולא נוטלות כתובה הא קינוי מקנין למאי אי לאוסרה הא אסירא וקיימא אלא לאו להפסידה כתובתה ע"ש וק"ל לפי מה שהעליתי דעשה דונטמאה איתיה בביאה בלא קידושין אמאי לא משני לאוסרה על בעלה בזנות אחר הגירושין ואף דהשתא אסירה וקיימא אהני הקינוי לאוסרה אחר הגירושין דכה"ג משני התם לאוסרה על בועלה ע"ש בפירש"י איברא דהא מילתא תלייא באשלי. רברבי אי ביאת זנות בפנויה אסורא מדאורייתא או לא דהנה הר"מ בריש ה' אישות כתב הבא על אשה ביאת זנות לוקה משום לא תהיה קדשה ובפ"ד מה' מלכים כתב דפלגש אסורה להדיוט וכתב מרן בכ"מ דאזיל לטעמיה דס"ל לוקה מ"ה ע"ש והראב"ד שם בה"א השיג דבקדשה ליכא לא מלקות ולא איסורא לאו והביא

ראיה מפלגש ע"ש נר' דמודה מיהא דאיכא איסור מדרבנן מדלא השיגו בה' מלכים וכ"כ הרדב"ז ח"א סי' רכ"ה בדעת הראב"ד דלא כמור"ם בהגה אה"ע סימן כ"ו ע"ש וכ"נ דעת רש"י במס' יבמות דס"ט ע"ב דאהא דאמרי' התם ומה התם דלהאי איסורא ולהאי איסורא פירש"י דגזרו על יחוד פנויה נר' דס"ל דפנויה מדרבנן הוא דאסירה וקשה דא"כ מאי קאמר הכא דלהאי התרה וכו' הא בארוס נמי אסור לבעול קודם החופה מדרבנן וצ"ל דס"ל כמ"ש הר"ן ז"ל בפ"ק דקידושין דארוס שבא על ארוסתו לשם נישואין קני לה והוי נשואה אפילו בלא חופה ולהכי קאמר שפיר דלהאי התרה דאי אמרי' דארוס הוא שבא עליה אז אמרי'. חזקה אין אדם עושה בעי' בעי' זנות ובא עליה לשם נישואין וכ"נ מדברי רש"י בר"פ ארוסה דאהא דאמרי' בא עליה ארוס בבית אביה כתב רש"י בזנות ע"ש ועיין להרב מגלת ספר לאוין דכ"א ע"א מיהו ק"ל דבפי' החומש בפ' חיי שרה בפ' ולבני הפלגשים פירש פלגשים בקידושין בלא כתובה נראה מדבריו דבלא קידושין אסירה מדאורייתא ע"ש בהרא"ם וזה הפך מ"ש מדבריו ביבמות:

נקטינן דדעת רש"י והראב"ד דליכא אלא איסור מדרבנן ודעת הר"מ לפמ"ש ה"ה שם ובפט"ו מהא"כ דין ב' דלוקה אפילו בביאה באקראי אך מרן בכ"מ בספ"ב מה' נערה כתב דהר"מ סמך עמ"ש שם דדוקא במופקרת אבל ביאה באקראי אינה אסירא מדאורייתא וכ"נ מדברי הר"מ בפ"א מהלכות נערה דין י"א שכתב ב"כ וחייבי לאוין אם התרו בו לוקה ואם לא התרו בו משלם קנס ע"ש וא"א דבכל ביאת זנות איכא לאו ולוקה הו"ל לפלוגי הכי בכל ביאת זנות דאי התרו משום ל"ת קדשה לוקה ואם לא התרו משלם קנס אע"פ דדוקא במופקרת הוא דלקי ול"ש במופקרת קנס וכ"נ מהגמ' בפ' אלו נערות דל"ב דפריך ורמיני אלו הן הלוקין וכו' ולפמ"ש התוס' שם דס"ד דלקי ולא משלם ואמתני' דהכא פריך וס"ד דחייבי מלקיות שוגגין פטורין ולפ"ד ה"ה אמאי פריך אמתני' טפי מקרא גופיה היכי מ"ל קנס כיון דחייבי מלקיות שוגגין פטורין וצ"ל לדברי ה"ה דס"ד ממונא משלם מילקא לא לקי וס"ד דמתני' דהלוקין בכל גוונא מיירי אפילו בנערה ומ"מ פשטא דגמ' כדפי' התוס' ע"ש בהסוגייא ועיין להר"מ בפ"ד מה' א"מ דין ח' ולהלח"מ שם ונ"ל להביא ראיה לדעת הר"מ לפי מ"ש ה"ה דפנויה בזנות איכא איסורא דאורייתא מגמ' ר"פ ארוסה דאמרי' בבא עליה ארוס בבית אביה ופריך דכוותא גבי שומרת יבם וכו' והשתא אמאי לא מוקי לה בבא עליה בזנות קודם שקדשה וכן שומרת יבם בא עליה בזנות קודם שקידשה אחיו אלא ע"כ דאיכא איסורא דאורייתא ואינו הוי מנוקה מעון אבל בבא עליה ארוס בבית אביה כיון דלא אסירה אלא מדרבנן מנוקה מעון קרי' ליה ואפילו לדעת הר"מ בה' סוטה דבעי' מנוקה אפילו מאיסו' דרבנן מ"מ התם בר"פ ארוסה אקרא קאי

וכמ"ש המש"ל שם ליישב השגת הראב"ד ע"ש ומזה י"ל ע"ד הסוברים שהביא המש"ל דדוקא בביאה שבא אחר הסתירה הוא דבעי' מנוקה דא"כ לוקמה שבא עליה קודם הקידושין וא"ש גם משומרת יבם ואי קשיא אי איתא דפנויה אסורה מדאורייתא א"כ במס' ע"ז דל"ז אמרי' דגזרו על יחוד הפנויה ופריך יחוד דאורייתא ומשני דגזרו ביחוד פנויה ואי פנויה דאורייתא גם יחוד דידה דאורייתא דמדאורי' מ"ל איסור לאו מ"ל איסור כרת וכבר ראיתי שעמדו ע"ז וי"ל דמדאורייתא לא אסיר אלא חייבי כריתות ומיתות דומיא דבן עם אמו והאב עם בתו דמקרא דכי יסיתך אחיך בן אמך הוא דנ"ל יחוד ועוד דיש לה היתר ע"י קידושין ודומיא דבן עם אמו בעי' וכ"כ התוס' בפ"ק דסוטה ד"ז ע"א בד"ה נידה ע"ש וניחה בזה מאי דאי' למי' בדבריהם כיון דטעמא דשרייא נידה ביחוד משום די"ל היתר מאי יליף מינה ר"י לסוטה דאין לה היתר ועפ"ה י"ל דהכי יליף כיון דנידה שרי' משום די"ל היתר ול"ד לבן עם אמו כ"ש סוטה כיון דבלאו היא ול"ד לבן עם אמו ורבנן אהדרו ליה דקרא לא מימעט אלא עריות דחמירי כוותה ומכאן מודעה דחייבי לאוין לא אסירי ביחוד מדאורייתא דלא כמ"ש הב"ש סי' כ"ב בשם הפרישה ע"ש:

וראיתי להכנ"הג בלשונות הרמב"ם דקמ"א ע"ב שהוכיח דהפלגש דשריא היא בקידושין דוקא מדכתי' ולשאול פלגש ושמה רצפה בת איה ואמרי' בירוש' בפ"ב דיבמות אשת חמיו אסורה לו מפני מראית העין וא"ת תורה היא לאיסור הרי דוד נשא את רצפה בת איה שהיתה אשת שאול חמיו שנאמר ואתנה את נשי אדוניך בחקך ואם איתא שהפלגש היא בלא קידושין היכי מוכח דשריא אשת חמיו דלא היתה בלא קידושין והו"ל כמו אנוסת אביו ומפותת אביו דשריא ושוב דחה דדוקא באנוסת אביו ומפותת אביו שהוא באקראי בעלמא משא"כ בפלגש שהיא מיוחדת לו ע"ש ונ"ל דאין לחלק בכך דא"כ מאי פריך הגמ' בר"פ נושאין וכ"ה בירוש' שם ורבנן האי לא יגלה מאי עבדי ליה ע"ש נוקמיה במיוחדת לאביו אלא ע"כ דאין לחלק בכך גם מה שדחה הכנ"הג דר"י הוא דס"ל דדוד נשא רצפה וכיון דהירוש' אליבא דר"י קאי הא ר"י ס"ל דפלגש בקידושין בירוש' בפ' אע"פ ע"ש לא היה צריך לזה דהרי ר"י אוסר באנוסת ומפותת אביו כדאיתא בר"פ נושאין וע"ש בגמ' ובודאי שנעלם ממנו משנה וגמ' דר"פ נושאין איך שיהיה הנה נתבאר דפלוגתא דרבוותא אי איסור פנויה מדאו' או מדרבנן וגם לדעת הרמב"ם כתב הרמב"ן הביאו ה' כ"מ שם בה"א דבמירחדת לו שריא ומעתה הדר"י למה שהקשי' אמאי לא משני לאוסרה על בעלה בביאת זנות או במיוחדת לו דשריא להמתירין הפלגש ובלא הקינוי היתה שריא דבכל חייבי לאוין א"ח על בעילה בלא קידושין כמ"ש בפט"ו מהא"ב ולדעת הריטב"א בפ' ע"י ודעמיה דס"ל דבכל חייבי לאוין אסור בבעילה בלא קידושין

ניחא אבל לדעת הר"מ ז"ל דס"ל בחייבי לאוין א"ח בבעילה לחוד וס"ל דזנות דפנויה שריא מדאורייתא לפ"ד מרן בכ"מ או במיוחדת לו להרמב"ן קשה וצ"ל דמאלמנה לכ"ג פריך דחייב בביאה בלא קידושין כדאי' בפ' ע"י ופ' הרמב"ם ובהכי ניחא מאי דמשני הגמ' שם לאוסרה על בועלה דלכאורה אכתי תפשוט ממזרת ונתינה וע"ש במהרש"א ז"ל ועפ"ה ניחא דמעיקרא ל"מ למיפשט אלא מאלמנה לכ"ג אבל שאר חייבי לאוין מקנין לאוסרן על בעלה בביאה בלא קי' אחר שגירשה:

ומן האמור י"ל מ"ש התוס' בסוטה דכ"ו ע"ב בד"ה אבל וכו' הא שמעי' ליה מאלמנה לכ"ג ואפי"ה אצט' קרא ועפ"ה י"ל דהו"א דעיקר קרא דכי תשטה אשתו לא אצט' אלא לגרושה לכ"ה וממזרת ונתינה ליש' דמהני הקינוי לאוסרה על בעלה אחר הגירושין בבעי' זנות וקרי' ביה שפיר ונטמאה ונטמאה א' לבעל וא' לבועל ולעולם ליכא דין סוטה אלא היכא דאיכא נטמאה ונטמאה וע"י כל העריות אין מקנין קמ"ל ודע דעפ"ד הר"מ דבכל חייבי לאוין ל"מ אביאה בלא קידושין ניחא מה שהק' התוס' בפ' אלו נערות דל"ב ע"ב בד"ה ורמיני ע"ש גם ניחא מ"ש הר"מ בפ"ד מה' א"מ דין ט' נשא וכו' דבגמ' בתמורה דכ"ט איתא גרושה לכ"ה וכו' ע"ש וע"כ בנשא דבאתנן בעי' ביאת איסור כמ"ש בהרמב"ם וגמ' שם ע"ש וע"ש בכ"מ ואי קשיא להר"מ ז"ל דפנויה מדאורייתא מאי פריך בס"פ בן סורר למ"ד פנויה מאי כולי האי ומ"ל איסור לאו ומ"ל איסור כרת כדאמרי' ביבמות דפ"ב וי"ל דלענין גדר ערוה שאני שהרי מצאנו דיחוד עריות מדאורייתא ויחוד דפנויה לא אסיר מ"ה דמדרבנן הוא דגזרו על יחוד פנויה ועיין להרב המגיה בס' מש"ל בפ"א מהל' יו"ט דין י"ז ע"ש:

והרשב"ץ ח"ב סי' י"ט כתב וז"ל ומה שהיה אפשר לטעון בזה היאך אפשר למסור לו שבועה והלא רשע הוא כיון שבא על הפנויה והרי עבר על לאו דלא תהיה קדשה ואין זה טענה שהרי אמרו בפ' אלמנה לכ"ג דאונס ומפתה אינו פוסל בתרומה ואלו היתה ביאתו בעבירה היה פוסל ומ"ש שם אנוסה אסורה כבר פירשי שאינו מ"הת אלא מדרבנן שגזרו על יחוד פנויה ע"ש הרי שכ' בפשי' דאיסור פנויה מדרבנן ולא זכר דעת הרמב"ם וראייתו לא מיכרעא דכבר כ' התוס' ביבמות דס"ט ע"א בד"ה לא דאפילו לר"א דאמר פנוי הבא על הפנויה עשאה זונה לא מיפסלא מתרומה דאין זה לאיש זר דבתרומה לא מיפסלא אלא מי שנבעלה לזר אצלה דהיינו הנך פסולים דמני להו שם לעיל דס"ח ע"א וע"ש בגמ' ולדעת הסו' דאיסור פנויה דרבנן הא דאמר ר"א עשאה זונה ע"כ במופקרת מיירי דאיסורא מדאורייתא דודאי מדעשאה זונה ע"כ דמדאורייתא אסורא כמ"ש ה"ה ריש הלכות אישות ע"ש ומדברי התוס' הללו יש להוכיח דס"ל דר"א דאמר עשאה זונה אפילו

באקראי מיירי וס"ל דאיסור פנויה מדאורייתא דאל"ה מה ענין מילתא דר"א אמתני' דהתם דבאקראי מיירי:

חזרתי על הראשונות מה שתמהתי בריש דברינו ע"ד מרן בכ"מ בפי"א מה"ג דין י"ד מגמ' דיבמות דנ"ו וגמ' דסוטה ד"ז עתה חשבתי דרכי די"ל דדברי מרן דקרא בכל גוונא מיירי בין בא עליה אחר שגירשה בין קודם שגירשה ואין ביניהם חילוק אלא לענין מלקות דאם נשאה אחר שגירשה לוקה דלגבי הא מילתא לא הוי לאו שבכללות כיון דפשטיה דקרא בהכי מיירי אבל בבא עליה קודם שגירשה לא לקי דהו"ל לאו שבכללות וכה"ג. כ' התוס' בפ' כ"ש דכ"ה ע"א גבי דרשא דכל שבקדש פסול ע"ש ומ"מ מודה מרן דעובר בלאו אפילו קודם שגירשה וגם ה"ה י"ל דסובר כן ויש להעמיס דברי מרן הכ"מ בדברי ה"ה:

והנה כתב הרמב"ם ז"ל בפכ"א מהא"ב דין כ"ז וז"ל וכן מי שגירש את אשתו מן הנשואין לא תדור עמו בחצר שמא יבואו לידי זנות ואם היה כהן לא תדור עמו במבוי ע"ש וקשה לפמ"ש ה"ה בדעת הר"מ דפנויה אפילו אינה מופקרת קאי עליה בלאו דל"ת קדשה מ"ש דבישראל סגי בדירה חוץ לחצר ובכהן אסור בכל המבוי הא תרוויהו איסורי דאורייתא נינהו ומ"ל חד לאו מ"ל תרי לאוין וכן קשה למ"ש הריב"ש הביאו בב"י סי' קי"ט דבמינקת חבירו נמי אף דאיסו' דרבנן הוא אסור לדור במבוי כדין כהן ע"ש דא"כ בכל אשה אפילו אשת ישראל שלא נשאת אמאי סגי בחוץ לחצר הא בפנויה אפילו להחולקים על ס' הר"מ מודו דאי' איסור דרבנן ואפילו להמתירין הפלגש היינו במיוחדת לו דוקא אבל באקראי אסורה מיהא מדרבנן וגזרו אפילו על יחוד פנויה ועו"ק הא באשת כהן נמי ליכא איסורא דאורייתא לדעת הר"מ שכ' בפט"ו ובפי"ז דא"ח על בעי' בלא קידושין אלא אלמנה לכ"ג וא"כ אשת ישראל ואשת כהן תרוויהו לא אסירי מדאורייתא ואמאי החמירו בכהן לאסור אפילו במבוי טפי מאשת ישראל ולפי מה שהעליתי לעיל בדעת הר"מ דבגמר ביאתו דמחלל זרעו לוקה משום לא יחלל זרעו ניחא אך לפי מה שנראה מדברי ה"ה דככ"ג אינו חייב בבעילה לחוד ק' ואין לומר דנהי דלאו ליכא עשה דקדושים מיהא איכא דאע"ג דמסקי' ביבמות דכ' דליכא עשה דקדושי' באלמנה מן האירוסין מיהו בגרושה חללה זונה איכא עשה דקדושי' דעל כל מאי דכתיב באותה פרשה קאי עשה דקדושין כמ"ש התוס' בפ' אלו מציאות ד"ל ע"א ע"ש הא ליתא דעשה דקדושין קאי אלא יקחו וכיון דהלאו ליכא בבעילה לחוד גם עשה דקדושים ליכא וא"כ לא אסירה בעילה לחוד בלא קידושין מדאורי' כמו אשת ישראל ואין לומר דבאשת כהן חיישי' שמא ישאנה הא ליתא דודאי ל"ח לנשואין דלא שבקי' לים ולא חיישי' אלא לבעי' זנות

וכמ"ש מדברי הר"מ שם ונ"ל דיש לחלק דבאשת ישראל אף אי הוי איסורא דאורייתא לא החמירו אלא שלא לדור בחצר דכיון דשריא ליה ע"י נשגאין ל"ח לבעי' זנות כ"כ דאי יצרו תוקפו עליה ישאנה בהיתר ול"ש היתרה ואכיל איסורא אבל באשת. כהן ומינקת חבירו אף דאיסורא דרבנן נינהו החמורר בו כיון שאינו יכול לישאנה עכשיו בהיתר וגם בה וכן גרושת ישראל שנשאת לאחר ונתאלמנה או נתגרשה כתב הרא"ש ז"ל בפ"ב דכתובות דכ"ח דאסור לדור עמה במבוי כדין כהן ע"ש אע"ג דליכא איסורא דאורייתא בבעילה לחוד כדאיתא בפ' ע"י והיינו משום דס"ל דאיכא איסורא מיהא מדרבנן וכיון דאין לה היתר בנשואין החמירו בה טפי מגרושת ישראל שלא נשאת ומ"ש הרא"ש אינה כ"א בלאו ר"ל דאפילו ע"י נשואין ליכא אלא לאו והוי כמו גרושה לכהן דליכא. אלא לאו בנשואין וס"ל כדעת הר"מ דבגרושה א"ח אלא בבעילה אחר קידושין ואף למ"ש הר"ן בהלכות שם דגרושת ישראל שנתאלמנה מותרת לדור במבוי עם בעלה הא' כיון דא"ח בבעי' לחוד ע"ש נראה דס"ל דליכא אפילו איסורא דרבנן בבעילת. גרושתו שנתאלמנה למנה דלא מצינו שגזרו בה רבנן אבל אי איכא איסורא דרבנן דלית ליה היתר בנשואין מודה הוא דאסורה כדין כהן כס' הריב"ש ודינו של הריב"ש אמת ודברי הר"מ לפמ"ש ה"ה דליכא איסורא דאורייתא בגרושה לכהן בבעילה לחוד תנא דמסייע ליה להריב"ש איברא דהריב"ש כ' שם דלהסו' גרושת ישראל שנשאת ונתאלמנה מותרת לדור עם הא' במבוי הוא משום דליכא אלא איסור מדרבנן ע"ש:

וראיתי למרן בב"י בס"סי קי"ט שכ' סניא באבל רבתי ספ"ב בש"א המגרש את אשתו לא ישרה עמה לא במבוי ולא בחצר וכו' בד"א בזמן שנשאת והכהנת אע"פ שלא נשאת ע"ש וק"ל דהא ב"ש ס"ל לא יגרש אדם את אשתו אלא"כ מצא בה ערות דבר וא"כ אסורה עליו באיסורא דאורייתא ומ"ש מאשת כהן ואף למ"ש הרשב"א בתשו' שהבאתי לעיל דבס' סוטה נמי מגרש מ"מ איכא עשה דונטמאה אפילו בבעילה לחוד כמו שהעליתי לעיל ואסור להחזירה וא"כ הו"ל להחמורי בדירת המבוי כמו באשת כהן ומ"ל איסור לאו מ"ל איסור עשה וצ"ל כיון דהוציאה משום ש"ר מזוהמת ליה ולא בשיל כמש"ל בשם הרשב"א ז"ל דבלא ראוה שנבעלה ל"ח לקידושין משום דמזהמת ליה ולא בעיל וכ"כ הרשב"א בתשו' סי' תת"ס בשם ר"י דזינתה תחתיו יכולה להיות יושבת תחתיו ומשמשתו ול"ח דילמא יבא עליה דכיון דזינתה תחתיו שונא אותה ולא בעיל ע"ש ומכאן הראת לדעת דאפילו בס' זינתה שונא אותה ולא בעי דהא ב"ש ס"ל דמצי לגרש בס' זינתה כמש"ל מתשובת הרשב"א ואכולהו קאמרי ב"ש דמזהמת ליה ולא בעיל ודלא כהב"ש סי' קי"ז שק"ח ע"ש וראיתי למרן בב"י בסי' ז' שכ' דמדברי הר"מ בפי"ח מהא"ב שכ'

דטעמא דהקילו בשבויה בדירה ע"י עדים משום דספק הוא נר' דאם יש עדים שזינתה אסור לדור עמו ע"ש וצ"ל דש"ה דזינתה באונס ולא מזוהמת ליה אבל ברצון מזוהמת ליה וכמ"ש הב"ש שם סי' ז' ע"ש וכן מאי דתניא באכל רבתי בכהנת אע"פ שלא נשאת באונס מיירי וכמו שיתבאר לקמיה:

והנה מדברי הר"מ שם בפי"ח מה א"ב נראה דטעמא דאמרי' בשבויה הקילו משום דספק הוא וכל הספיקות מד"ס וכיון דס' דאורייתא דלחומרא הוא מדרבנן ע"כ הקילו וכ"נ דעת רש"י בקמא דקי"ד ע"ב בד"ה בשבויה דלא כמהרש"א שם וכ"נ קצת מסוגיא שם דשבויה ואיסורי דרבנן שוים בדינייהו ומעתה מאי דאמרי' בפ"ב דכתובות מהו לעשות בגרושה כן בשבויה הוא דהקילו היינו כיון דאיסורא דרבנן הוא ולפ"ז במינקת חבירו דאיסורא דרבנן הוא דינו כמו שבויה ולא כמו כהן וזה הפך דברי הריב"ש שכ' במינקת חבירו דאסור בדירה כמו כהן והוכיח כן מדלא קאמר בבעיא דגרושה בשבויה הוא דהקילו משום דמדרבנן ע"ש דלפמ"ש טעמא דשבויה הקילו הוא מהט' גופיה דאיסורא דרבנן הוא ועיין להפר"ח ביו"ד סי' ס"ט סק"מ ע"ש ומ"מ יש לחלק בין שבויה דאסרה חכמים מפני הס' דמ"מ ספיקא הוא ובין מינקת חבירו ודינו של הריב"ש אמת במינקת חבירו דאסור בדירה וכ"נ להדיא מדברי הרשב"א בתשו' סי' תתל"ט גבי הוחזקה לראות דם מחמת תשמיש וז"ל ועוד כיון דהכא אסורה לו עולמית לפירש"י איכא למיחש טפי דאפילו באיסורא דאורייתא חיישי' כדאמרי' בספ"ב דכתובות במגרש את אשתו דלא תנשא בשכגבתו כ"ש בוסתות דרבנן דחיישי' דילמא עבר עליה ע"ש הרי דאדרבה באי דרבנן יש להחמיר טפי:

והנה לפמ"ש לעיל דהא דתניא באבל רבתי בש"א המגרש את אשתו לא תדור וכו' דהוא מטעמא דמזהמת ליה ולכך כשלא נשאת מותר לדור צ"ל דבנשאת החמירו אע"ג דמזהמת ליה משום חומרא דאשת איש ובכהנת דהחמירו בלא נשאת אע"ג דמזהמת צ"ל דבאונס מיירי דלא מזהמת ליה כמש"ל והק' כל מגרש את אשתו לא אסור בדירה אלא בנשאת אבל בכהנת יש דאפילו בלא נשאת לא תדור והיינו אם גירשה משום דזינתה תחתיו באונס אבל אם גירש משום זינתה ברצון אפילו בכהנת תדור כיון דמזהמת ליה דאין סברא לחלק בין האיסורין וראיתי להרב עבודת הגרשוני סי' צ"ג שנשאל באשה שנשאת לכהן ונודע שהיא הרה לזנונים מקודם ואמרה שנתעברה מחייבי כריתות אם חייב להוציאה מביתו והשיב דשרי לדור עמו אע"ג דזונה אסורה לכהן משום דמזהמת ליה כיון שזינתה אע"ג דלא זינתה תחתיו אלא מקודם ולמד כן מתשו' הרשב"א דסי'

חת"ס שהבאתי לעיל ע"ש ואע"ג דבכהן מיירי כיון דזינתה ברצון וההיא דאבל רבתי בזינתא באונס וכדכתיבנא:

וראיתי לסרב שבות יעקב ח"א סי' קי"ט שכתב דלא כתב הרשב"א בשם ר"י דבזינתה תחתיו מותרת לשמשו אלא בלא נתגרשה דכיון דמאוסה היא בעיניו לא בעיל באישות אבל אם נתגרשה אסור והוכיח כן מדתניא באבל רבתי בש"א המגרש וכו' לא תדור אע"ג דמשום ע"ד הוא דמגרש לה לב"ש ע"ש והוא תימא דדוקא בנשאת הוא דקתני לא תדור משום חומרא דא"א אבל בלא נשאת שרי אף דנתגרשה והיינו משום דמאיסה ליה ולא בעיל כלל וכ"ה ללישנא בתרא דפ' הזורק דקי"ל כוותה בראוה שנבעלה אמרי' דבעיל לשם קידושין כיון דחזי' דלא מזהמא ליה ובלא ראוה שנבשלה אמרי' דלא בעיל כלל לב"ש מטעמא דמזהמת ליה הרי דאין לחלק בין בעילה באישות לזנות גם מ"ש בשם עבודת הגרשוני שהתיר גרושה משום זנות בדירה ע"ש להד"מ דלאו בגירש מיירי אלא במאמין בעלה לדבריה אסורה ואין כופין לגרש ולא רצה לגרש או באינו מאמין וליכא תרי רוב דאסורה מס' ולא איירי כלל בנתגרשה ומ"מ נראה דדברי הרשב"א איתנהו אפילו בנתגרשה ומשום דמזהמת ליה ודוקא בנשאת הוא דלא תדור וכמ"ש:

ודע דק"ל לדעת הר"מ דפט"ו מה' א"ב דכל חייבי לאוין אין לוקין בבעילה בלא קידושין מהא דתנן בפ' המגרש דפ"ה ע"א הרי את מותרת לכל אדם אלא אלמנה לכ"ג וכו' ולכל מי שיש לה עליו קידושין אפילו בעבירת פסול ואמרי' בגמ' דכל שאין לה עליו קידושין לאתויי שאר חייבי לאוין ע"ש משמע דהוי שיור משום דקידושין תופסין בה ושייר דליהוי א"א לגבייהו דלא תפסי קידושין וכדפירש"י במתניתין ע"ש והשתא לדעת הר"מ למ"ל טעמא דתפיסת קידושין אפילו למ"ד אין קידושין תופסין בח"ל הוי שיור דהא לא היתה אסורה עליהם אלא בנשואין וע"י שיורו של זה נאסרה אפילו בזנות ואין לומר דשיור דזנות לאו שיורא הוא דהא בגמ' שם בעיא דלא אפשי' בחוץ מזונותיך ע"ש ואי איתא ליפשוט ממתני' מדקתני טעמא משום תפיסת הקידושין דאי שיורא דזנות הוי שיור תפ"ל דמשייר זנות וצ"ל דכי אמר ה"א מותרת לכל אדם סתם דעתו של אדם לא מתנה אלא על הנשואין ולא ס"ד לאוסרה בזנות ודוקא באמר חוץ מזונותיך בהדיא הוא דבעי בגמ' ואע"ג דאמרי' בגמ' בלאבא ולאביך דאי בנשואין הני בני נשואין אלא לאו לזנות דוקא באבא ואביך ע"כ דבזנות קאמר אבל באחר דוקא כי אמר בזנות אבל בסתמא נשואין הוא דמשייר ועפי"ז ניחא לי מה שהק' מהריט"א ז"ל בס' ק"י סימן ר"ן לדעת הר"מ דבזנות דפנויה חייב מלת"ק מאי מבע"ל בגמ' חוץ מזונותיך הא אסירא בלא"ה ולא הוי שיור והו"ל כמו עבד ונכרי דקתני מתני' דלא הוי שיור כיון דבלא"ה אסירה מל"ת

קדשה ע"ש ולדעת מרן בריש ה"א דדוקא במופקרת הוא דכ"כ הרמב"ם ניחא גם לדעת הרמב"ן דבמיוחדת לפלגש שריא ניחא אכל לה"ה בריש ה"א ובה' מלכים דבכל גוונא אסור קו' הרב נכונה ועפ"ה ניחא שפיר דודאי אף דאסיר בזנות מל"ת קדשה מ"מ אהני שיורו לחייב עליה מיתה משום דהוי א"א לגבי דהאי דמשייר ליה ועבד ונכרי דקתני מתני' דלא הוי שיור אף דמשייר בזנות לחייב מיתה ה"ט משום דסתמא לא התנה ושייר אלא נשואין ועבד ונכרי לאו בני נשואין נינהו ולכך הוי שיור ובהכי נדחה מה שהוכיח ה' שם דאף לדעת הר"מ דאיסור שפחה לב"ח אינו אלא מדרבנן מ"מ עבד לב"ח מדאורייתא אסירה דאי מדרבנן הוא דאסירה אמאי לא הוי שיור ע"ש ועפי"ה אין להוכיח משם כלל דאף דאסור מדאורייתא מ"מ לאו בני נשואין נינהו ותנא בנשואין קא עסיק גם ניחא מה שהקשה ה' שם ע"ד התוס' בפ"ק דיבמות די"ו ע"ב בד"ה קסבר דביאת נכרי בב"י מדאורייתא ביאת היתר היא ובב"ד של שם הוא שגזרו וכ' בתי' בתרא דלא הוי ממזר אלא מדרבנן דנר' דגזירה דב"ד של שם לא מקרי מדאורייתא והקשה ה' ממתני' דהמגרש דלנכרי לא הוי שיור וא"א דמדאוריי' שרייא אמאי לא הוי שיור ע"ש ועפ"ז ניחא שפיר: **איברא** דבלא"ה נ"ל דלק' דמ"ש התוס' ביאת היתר מדאורייתא ל"ד אלא דר"ל דליכא לאו ומ"ש בתי' בתרא דמדרבנן היינו הממזרות לא הוי אלא מדרבנן דאליבא דר"עק קיימי דיש ממזר מח"ל אבל מחייבי עשה לא הוי ממזר מדאורייתא וקרא דהוציאוה ותשרף לא הוי אלא חייבי עשה ולכך לא הוי ממזר מדאורייתא אלא מדרבנן וכ"מ מדברי התוס' בפ' ע"י דע"ה ע"ב בד"ה ורי"ש שכ' דהוציאוה ותשרף לא הוי אלא עשה אלא שכ' דאין סברא דכר' ישבב אתיא כיון שלא הוזכר ע"ש הרי דגזירת ב"ד של שם דאורייתא היא ומחייבי עשה היא וכפשטי' דגמ' בפ' א"מ דקרי לה לגזירת ב"ד ש"ש דאורייתא ע"ש וכ"נ להוכיח מגמ' דפ' החולץ דמ"ה ע"א דאמרי' נכרי ועבד הבא עב"י הולד פגום לכהונה מק"ו מאלמנה לכ"ג ע"ש ואי איתא דביאת נכרי לא הוי אלא מדרבנן. מאי ק"ו איכא ניפרוך מה לאלמנה שכן ביאת איסור מדאורייתא ולומר דיליף לפגום מיהא מדרבנן הא ודאי ליתא דלא שייך ק"ו בכה"ג אלא ע"כ מדאורייתא הוא ואף דאיסור עשה הוא דאית ביה יליף שפיר מאלמנה דמ"ל לאו מ"ל עשה וכמש"ל ומגמ' הלזו יש להוכיח דאף להר"מ דשפחה לב"ח מדרבנן מ"מ עבד לבת ישראל מדאורייתא וכמ"ש מהרשד"ם מדיליף מק"ו מאלמנה לכ"ג ועיין להשע"ה בה' א"ב דקי"ו ע"ש ומה שהק' הק"י והשע"ה מדפשיט בס"פ האומר דר"ט דיעבד קאמר מדא"ל טיהרת את הזכרים ולא טיהרת את הנקבות ולדעת הר"מ שאני זכרים דאיסורן בשפחה הוא מדרבנן ומשום תקנת הבנים לא גזרו אבל נקבות איסורן לעבד מדאורייתא ע"ש י"ל דלממזרת מודה הר"מ דליכא

אלא איסור דרבנן לינשא לעבד דבקרא דלת"ק מבנות ישראל כתיב וכמ"ש רש"י ושאר הראשוני' שם לסברתם דשפחה לב"ח מדאוריי' דשרי ר"ט לממזר לישא שפחה משום דל"י קדש מבני ישראל וה"נ ס"ל להר"מ בקרא דלת"ק ואי לאו משום תקנת הבנים קי"ל לגזור מדרבנן לממזרת לינשא לעבד ומה שהוכיחו מדברי הר"מ בפט"ו דין ד' דלא ס"ל כן ע"ש איני רואה שום הוכחה משום דהר"מ ס"ל דשפחה לב"ח מדרבנן די"ל דלעולם מדאורייתא אך פשיט"ל להר"מ דלממזר לא אסירא מדאורייתא דל"י קדש מבנ"י כתיב אלא דהי"ל לגזור מדרבנן אף בממזר אי לאו משום תקנת הבנים אלא דמדברי הר"מ בפי"ב מה' א"ב הוא דיש להוכיח דס"ל דשפחה לב"ח הוא מדרבנן וכמ"ש מהרשד"ם סי' קצ"ו וכיון דמתבאר משם דס"ל מדרבנן ע"כ מאי דכ' בפט"ו ולא גזרו משום תקנת הבנים לאו על הממזר לבד קאי אלא אעיקר האיסור שפחה לב"ח אבל בעבד לבת חורין אף דס"ל דאיסורי מדאורייתא מ"מ לממזרת לא אסיר אלא מדרבנן ומשום תקנת הבנים לא גזרו דלגבי גזירת חכמים יש לגזור אף בממזר אי לאו משום תקנת הבנים ומה שהוכיח השע"ה מגמ' דיבמות דס"ט ומגמ' דקמא דפ"ח ע"ש אין משם ראייה דאף דאין אסור אלא מדרבנן מ"מ אין קידושין תופסין כמבואר שם ובכ"ד דמדאורייתא אין תופסין לנכרי ועבד בב"י וכיון דאין קדושין תופסין שפיר קרי ליה זר אצלה ואין ראוי לבוא בקהל ומ"מ נראה מוכרח הוא לדעת הר"מ דאף דאיסור שפחה לב"ח מדרבנן עבר לב"ח מדאורייתא וכמ"ש ודלא כמו שנראה מדברי הרדב"ז ח"א סי' קפ"ח וכן הסכים מהרח"ש ח"ג סימן מ"ד דעבד לב"ח מדאורייתא הוא לכ"ע ע"ש:

והנה ראיתי מסדרי גיטין שבשעת נתינת הגט ליד האשה כך סדרו לבעל לו' ה"ז גיטך וכו' תהיה מגורשת ממני ומותרת לכל אדם ישראלי ע"כ ומצד הנראה דלא התירה אלא לישראל אבל לנכרי ועבד אכתי א"א היא והוי שיורא אין לחוש דהתנן בפ' המגרש לעבד ולנכרי לא הוי שיורא אבל יש לגמגם דנראה דישראלי לאפוקי כהנים דלא נק' ישראל או לאפוקי גרים דלא נק' ישראל כדתניא בפ"ק דכריתות ד"ו ובכ"מ בני ישראל אין לי אלא בנ"י גיורת ומשוחררת מנין וכו' ע"ש וא"כ משייר בגט הוא ולא הוי כריתות איברא דבתוס' הביאה הרא"ש בפ"ג. דנדרים. ופ' הר"מ בפ"ט מה"נ והטוש"ע ביו"ד סי' רי"ז הנודר מישראל אסור בגרים ובכהנים הרי דגרים וכהנים נק' ישראל בלשון ב"א דלא כלשון תורה וא"כ מאי דנקט ישראלי לאפוקי עבד ונכרי הוא ולא הוי שיורא כמ"ש וכ"ז להוציא לעז על הגיטין שכבר ניתנו ע"י המסדר הלז אבל יש לבטל מנהג זה ולהשמיט תיבת ישראלי וכ"ה המנהג פשוט ועיין למהרימ"ט חי"ד סי' מ"ז ע"ש:

ועוד נ"ל להוכיח דעבד לב"ח מדאורייתא לדעת הר"מ ממ"ש בפ"ד מה' נחלות דין ו' מי שבא על שפחתו והוליד בן וכו' ואעפ"כ אינו נושא בת ישראל שהרי הוחזקה שפחה וכו' ע"ש וא"א דמדרבנן הוא הא ס' דרבנן לקולא אך לפמ"ש הש"ך ביו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס אות כ' דהיכא דאתחזק איסורא לא אזלי' בס' להקל ע"ש אין משם ראיה ואכמ"ל:

וראיתי לעמוד על עיקר דין שפחה לב"ח לדעת הר"מ דהנה בפי"ב מה' א"ב דין י"א כ' ח"ל העבדים שהטבילו אותם לשם עבדות וקיבלו עליהם מצות שהעבדים חייבין בהם יצאו מכלל העכ"ום ולכלל ישראל לא באו לפי' השפחה אסורה לב"ח א' שפחתו וא' שפחת חבירו והבא על השפחה מכין אותו מכת מרדות מד"ס שהרי מפורש בתורה שהאדון נותן ש"כ לעבדו העברי והיא מותרת לו שנאמר אם אדוניו יתן לו אשה ולא גזרו חכמים בד"ז ולא חייבה תורה מלקות בשפחה אלא א"כ נחרפת לאיש כמ"ש אל יהא עון זה קל בעיניך מפני שאין בו מלקות מ"הת ע"ש מבו' מזה דשפחה לב"ח אינהי אסורא אלא מדרבנן שלא כדעת המתרגם שכלל אותה בכלל לאו דלא תהיה קדשה ול"י קדש ומוכיח לזה דאי אסורה מדאורייתא אמאי הותרה לע"ע וכן תפס במושלם הרדב"ז ח"א סי' קפ"ח וכן הוכיח מהרשד"ם חאה"ע סי' קצ"ז בדעת הר"מ ודחה דברי החולק עליו ע"ש וק"ל לדעת ה"ה בריש ה' אישות ובפ"ד מה' מלכים דסברת הר"מ דהבא על הפנויה לוקה משום לת"ק ואפילו במיוחדת לו דהיינו פלגש לוקה עליה מ"הת ואפי"ה הותרה למלך כמבואר בדברי הר"מ שם הרי מצינו דאסור לזה ומותר לזה מדאורייתא וא"כ מאי ראיה מייתי הר"מ דשפחה לב"ח לאו דאורייתא מדהותרה לע"ע הרי מצינו היתר הבא מכלל איסור בפלגש למלך וצ"ע:

וראיתי להרב בתי כהונה ח"א בחלק בית ועד דנ"א ע"ד שכתב דהר"מ על המלקות הוא דאיירי דלא חייבה תורה מלקות אבל איסור עשה אית בה דרחמנא אמר כי יקח איש אשה ומי שבועל בלא קידושין עבר אעשה דכי יקח ועפ"ז דן דגם בא על הגויה עובר בעשה מדאורייתא ומ"ש הר"מ מדרבנן לא קאי אלא אחיובי דנשג"א ונשג"ז ע"ש הן אמת שכ"כ ה"ה בריש ה"א דלדעתו בא על הפנויה אית בה עשה דכי יקח איש מיהו דוקא בבת קידושין אבל גויה ודכוותא דלאו בני קידושין ליכא איסור דאורייתא כלל כמו שמתבאר מגמ' בפ' א"מ דל"ו ע"ב דפריך בנותיהן דאורייתא הן ומשני דאורייתא גוי הבא עב"י ואתו אינהו וגזרו אפילו ישראל הבא על הגויה ע"ש הסוגיא דמשם בארה"ה דליכא איסור דאורייתא בבא על הגויה ועיין לה"ה שם בריש ה"א ומעתה גם בש"כ כיון דלא תפסי בה קידושין לא שייך בה עשה דכי יקח איש אשה ועיין להרב עדות ביהוסף ח"ב דנ"ג ע"ב שכ' דשפחה לב"ח לאו הבא מכלל עשה אין בה מדכתיב אם אדוניו יתן

לו אשה דתיבת לו יתירה למדרש לו ולא לב"ח ע"ש ונעלם ממנו גמ' בפ"ק דקידושין דט"ו ע"א דדריש לו לדרשא אחריתי וע"ש עוד בדנ"א ע"ג דתלי לה בפלוג' דרי"ש ור"עק בסנהדרין דנ"ד ע"ב ע"ש וקשה דא"כ בתמורה ד"ל אמאי לא מוקי פלוג' דרבי ורבנן בפלוג' דרי"ש ור"עק:

והמש"ל בפ"ג מה"ע דין ג' הקשה למ"ש מהרשד"ם בדעת הר"מ ז"ל דשפחה לב"ח שריא מדאורייתא מדאמרי' בפ"ק דקידושין דט"ו לו בע"כ ואי שריא מדאורייתא ע"כ דקרא דאם אדוניו יתן לו אשה לא אצט' אלא לע"כ דאי מרצונו אמאי אצט' קרא הא היתרה לו ע"ש וי"ל דאצט' אם אדוניו לעבד כהן דבודאי אסירה מדאורייתא משום זונה וכמ"ש הר"מ בפי"ב מהא"ב גבי גויה ה"ה שפחה וכ"כ מהרח"ש ח"ג סי' מ"ד בפשי' ואתי קרא דאם אדוניו למשרי ולעולם מרצונו ובהכי ניחא גם מה שהקשה המש"ל שם מההיא דפ' המניח דכ"ח ע"א דמוקמי' להיא ברייתא בעבד כהן ואע"ג דחכמים ס"ל בפ"ק דקידושין דכ"א דאין עבד כהן נרצע מ"מ ת"ק דס"ל שם דרוצעין במילת ס"ל דרוצעין אף עבד כהן וכדאי' בירוש' שם דרש ר"י ב"רב המילת הזה נרצע שלא יהיה כהן ויפסל רמ"א אינו נרצע שמא יעשה בע"מ דגזרי' פחות מכרשינא אטו כרשינא וכ' ה' קרבן העדה שם דאף מדברי חכמים י"ל כן דמדרבנן הוא אבל מדאורייי' נרצע ע"ש ועוד אם היה כהן בע"מ ודאי דנרצע לכ"ע וכן י"ל מה שהק' הרב בתי כהונה סי' הנ"ל מגמ' דתמורה ד"ל גבי פלוגתא דתלין שפחתך אצל עבדי ע"ש ובמכילתא בפ' משפטים איתא רי"ש אומר אם בגפו יבא וכו' למה נאמר לפי שנאמר אם אדוניו יתן לו אשה יכול חובה ת"ל אם בגפו וכו' וי"ל מהיכא ס"ד למי' חובה הא אי לאו אם אדוניו הו"א אסור משום ל"י קדש ולכך אצט' קרא למשרי ומהיכא תיסק אדעתין חובה והמש"ל שם בה"ע כתב דהו"א חובה כדי לקיים לעולם בהם תעבודו ע"ש ותמהני דההיא דמכילתא רי"ש קאמר ליה. ורי"ש ס"ל בפ"ק דסוטה ד"ג לעולם בהם תעבודו רשות ע"ש בגמ' ואולם לפ"ד מהרשד"ם ניחא שפיר דכיון דמדאורייתא שריא ליה לא אצט' אם אדוניו ולכך ס"ד דאתא לחובה ואחר דגלי אם בגפו לרשות שבקי' לקרא דאם אדוניו דדחיק ומוקי אנפשיה דאצט' לכהן או לסיפיה דקרא האשה וילדיה וכו' וע"ש בהמש"ל מיהו י"ל דהוה ס"ד חובה. כדי לקיים מצות הענקה דאם לו מסר לו ש"כ א"מ להעניק לו כמ"ש מהרימ"ט בחי' לקידושין דט"ו ובזה ניחא מ"ש המש"ל בה"ע דאמאי אצט' ואף לאמתך ת"ל מדאיתקש עברי לעבריה ע"ש וניחא גם מ"ש. הק"הע דת"ל דקרא סתמא כתיב דכל התורה בלשון זכר נאמרה ע"ש ומה שתי' דקרא אצט' ליוצאה בסי' דמעניקין לה ע"ש עיין להתוס' בפ"ק דקידושין די"ז ע"ש:

אמנם הדבר הקשה לס' מהרשד"ם הוא מההיא דאבע"ל בפ"ק דקי' דכ"א עבד כהן מהו שימסור לו רבו ש"כ חידוש. הוא ל"ש כהן ל"ש ישראל א"ד. שאני כהנים דריבה בהם הכתוב מצות יתירות ואסיקנא דשרי ע"ש וא"א דמדאורייתא שריא מאי חידושא וגם פשיטא דבכהן אסור משום זונה כיון דלא התירה התורה כאן האיסור וכבר הוקשה כן להמש"ל ומהרח"ש שם ע"ש והנה בירוש' שם איתא וז"ל אחר דינא דרבו מוסר לו ש"כ ר"א בר"מ בעא קומי ר"א הגע עצמך שהיה קונה כהן א"ל וישראל לא היתר הבא מכלל איסור כר"ש ושוב פשיט מברייתא דאין עבד כהן נרצע ע"ש ופי' הק"הע דמבע"ל ע"כ מהו שימסור לו ש"כ א"ל כיון דהתירה התורה האיסור גבי ישראל גם כהן שרי והשיב לו כר"ש דס"ל כי יסיר לרבות כל המסירין א"כ ה"ה שפחה דאסורה מדאורייתא ושריא רחמנא גבי ישראל וה"ה בכהן אבל לרבנן שפחה מדרבנן הוא דאסירה ולא הותר האיסור גבי ישראל ושפיר מבע"ל אליבא דרבנן אי שרי לכהן ע"ש ולא נהירא לי פי' זה דא"כ מאי פשיט בתר הכי מברייתא נוקמא כר"ש ובעייתו אליבא דרבנן ע"כ נראה דכולה מילתא דר"א והק' ובישראל לאו איסור הבא מכלל היתר לר"ש דקי"ל כוותיה ואח"כ ר"א בר ממל גופיה חזר בו מכח הברייתא דמייתי בתר הכי מבע"ל אליבא דכ"ע וכדאבעי"ל בגמרין ומעתה י"ל דמאי דנקט הגמ' כיון דחידוש הוא נקט הכי לר"ש וה"ה דמבע"ל אליבא דרבנן ומסיק דשרי לכ"ע ועי"ל דד"ז דשפחה לב"ח מדאורייתא שרייא כאן הוא דהשמיענו הכתוב ד"ז מדשרי לעבד וכדהוכיח הר"מ שם בפכ"ד מהל' א"ב וכמ"ש המש"ל שם בה"ע ע"ש וזהו בעיית הגמ' כיון דהשמיענו הכתוב דשרייא מי אמרי' לא שרייא אלא לישראל אבל לכהן אסורה משום שפחה דריבה בהם הכתוב מצות יתירות א"ד ל"ש ומסיק דמקרא מלא דיבר הכתוב ל"ש כהן ל"ש ישראל וא"ת ליתסר משום זונה מיהא י"ל דדוקא בגויה שאינה משומרת הוא דאסירה אבל במשומדת שריא וכמ"ש התוס' במס' סנהדרין דפ"ב ע"א ע"ש וא"ת ליתסר מיהא משום קרא דבתולות מזרע ישראל דמפקי' מיניה בקידושין דע"ח דאפילו גיורת פחותה משתי שנים משום דלא נזרעו בישראל ואפילו במשומרת ליתסר מה"ט וע"ש בתוס' דסנהדרין דאחר שתי' לחלק בין משומרת לאינה משומרת הק' מההיא דקידושין ע"ש וי"ל דס"ל להר"מ כיון דההוא קרא בדברי קבלה מדרבנן הוא דאסירה כמו שנראה שכ"ד רש"י שם בקי' ע"ש בחי' הריטב"א ומ"ש הר"מ בפי"ח מה' א"ב דין ג' הגיורת וכו' ה"ז זונה ואסורה לכהן זונה מדרבנן קאמר וראיתי לה"ה שם שכ' דס"ל לרבינו דגלי קרא דיחזקאל דבכלל זונה האמורה בתורה ע"ש דנר' מדבריו להדיא דזונה דאורייתא ממש היא וק"ל מדאורייתא בתמורה דכ"ט דאביי ס"ל דזונה גויה אינו לוקה הכהן עליה משום זונה והשתא ת"ל

מקרא דבתולות מזרע ישראל כיון דלא נזרעו בתוליה בישראל וגלי לן קרא דבכלל זונה וע"ש בתוס' וכיון דלאביי ע"כ דל"א כן מנ"ל לומר דלרבא גלי קרא דבכלל זונה דקרא היא:

והנה בסנהדרין דנ"ז ע"א אמרי' כיוצא ביפ"ת מאי היא ב"נ שיחד שפחה לעבדו ובא עליה נהרג עליה ופירש"י עכ"ם בישראל שפ' שיחד ישראל לע"ע ישראל בעכ"ם שיחד עכ"ם שפ' לעבדו ולקחה ישראל בשביה ישראל בישראל דהיינו שפחה חרופה ע"ש והנה הא דהוצרך לומר ישראל בישראל אע"ג דלא קתני לה בברייתא משום דמדלא קתני לה ע"כ דאסור ועוד מי איכא מידי וכו' וכמ"ש רש"י שם בד"ה התרה הוא ע"ש ויש להוכיח דדעת רש"י כהר"מ דשפחה לב"ח מדאורייי' שריא דא"א דאסירא מדאורייי' אמאי אתי עלה מכח שפחה חרופה ת"ל משום ל"י קדש אע"כ מדרבנן הוא דאסירה ולכך כתב משום ש"ח כי היכי דלא יקשה מי איכא מידי וראיתי למהרש"א שהק' ע"ד רש"י אמאי שינה פי' ולא פי' ישראל בישראל בייחד שפחה לע"ע כמ"ש גבי עכ"ם בישראל ע"ש ועיין בפ' ד' מחוסרי כפרה בסופו דפליגי תנאי בשפחה חרופה ואיכא תנא דס"ל דשפחה חרופה היא שפ' ומאורסת לע"ע ואליביה שינה רש"י משנתו ולא שינה כלום והר"מ בפ"ג מה' א"ב פ' כמ"ד ש"ח היא חציה שפחה וחציה ב"ח ומאורסת לע"ע וק"ל דבפ"ט מה' מלכים דין ח' כ' ב"נ שייחד שפחה לעבדו ובא עליה נהרג ע"ש והשתא אמאי נהרג ב"נ כיון דישראל כה"ג שרי מי איכא מידי דלישראל שרי ולב"נ אסור דישראל שרי בשפחה מדאורי' לדעת הר"מ וש"ח אינה אלא חציה שפחה וחציה ב"ח איך שיהיה נקטי' דגם דעת רש"י שפחה לב"ח שריא מדאורייתא:

ומן האמור בזה דדעת רש"י ז"ל דשפחה לב"ח מדרבנן הוא דאסירה ניח"ל מ"ש רש"י ביבמות דצ"ט ע"ב אמתני' דכהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה דקתני ואין נושאים נשים לא כשירות ולא פסולות פירש"י לא כשירות משום עבד ולא פסולות שפחה משום כהן ע"ש והרב קרבן העדה שם הק' דמאי איריא משום כהן אפילו לישראל אסורה השפחה משום ל"י קדש ותי' דמילתא דפסיקא נקט דבישראל מצינו לפעמים דמותר בשפחה כגון דנמכר לע"ע אבל כהן אסור בשפחה אפילו נמכר לעבד כשמואל ע"ש והוא דוחק דמפירש"י אמתני' הפך מסקנא דגמ' בפ"ק דק דקידושין דנדחו דברי שמואל מכח ברייתא דמייתי שם ועפ"ה הנה נכון דלישראל כיון דמדרבנן הוא דאסירה הכא דהוי ספק הא קי"ל ספיקא דרבנן לקולא ועיין להרדב"ז ח"א סי' קפ"ח אבל לכהן אסורה מדאורייתא משום זונה כמש"ל וממתני' הלזו גופה יש להוכיח דאיסור שפחה לב"ח מדרבנן כדעת הר"מ מדלא קתני האי דינא דאין נושאין נשים אלא בכהן וכן להוכיח

דאיסור עבד לב"ח מדאורייתא לכ"ע דאי מדרבנן אמאי אסור לישא נשים כשירות הא ספיקא דרבנן לקולא אפילו בכה"ג דמתירין שניהם אך מדברי רש"י בס"פ האומר דקדושין שכ' לכתחי' קאמר משום דכי כתיב ל"י קדש בישראל הוא דכתיב ע"ש נראה דס"ל דאיסור שפחה לב"ח מדאורייתא הוא וצ"ל דלעולם מדרבנן הוא דגזרו אלא דרבנן גזרו ואסמכוהו אלאו דלא יהיה קדש ודוקא בישר' כשר הוא דגזרו משום דמצאו לו אסמכתא בקרא אבל בממזר ל"ג וע"ש בהר"ן מיהו מדברי רש"י בפ' הבע"י דנ"ה ע"א בד"ה שפחה נר' להדיא דאיסור שפחה לב"ח מדאורייתא מלא יהיה קדש ולדעת הר"מ דאיסור שפחה מדרבנן קשה קו' התוס' שם בד"ה ולישתוק ומה שתי' לקושי' לא יתכן לדעת הר"מ:

וראיתי למהריט"א ז"ל שם שהק' לס' הר"מ מהא דאמרי' בפ' השולח ד"מ ע"א מי איכא דלעבדיה לא עביד איסורא ואיהו עביד איסורא וא"א דשפחה לב"ח מדרבנן שפיר לעבריה לא עביד איסורא דאורייתא אבל איהו דעביד איסורא דרבנן לא איכפת ליה דאיסורא דרבנן לא זהירי. ביה אינשי ע"ש ונ"ל דלא איכפת ליה לרב אי עבד עבדיה איסורא ומאי דקאמר לעבדיה לא עביד איסורא משום דעבר רבו אלפני עור ובכה"ג דלא קאי בתרי עברי דנהרא ויכול העבד לישא אותה בלא רבו ליכא איסורא דאורייתא וכדאי' בפ"ק דע"ז ד"ו ע"ש וכיון דס"ל דזהירי אינשי באיסורא דרבנן לעבדיה כ"ש לגבי דידיה וע"ש בפירש"י ומה שהק' עוד מהריט"א ז"ל ממתני' דפ' השולח דמ"א מי שחציו עבד וחציו ב"ח דא"א דמדרבנן למה יעבור האדון בעשה דלעולם בהם תעבודו כיון דמדאו' יכול לקיים עשה דשבת ע"י שפחה ע"ש נ"ל דמשום עשה דפ"ור הוא דכ"פי דע"י שפחה לא מקיים עשה דפ"ור ומאי דקתני לישא שפחה א"י שכבר חציו ב"ח ה"ק א"י לקיים עשה דפ"ור וב"ח מחוייב בעשה דפ"ור אבל עבדים לא מחייבו בעשה דפ"ור דלישראל נאמרה ולא לב"נ ודברי התוס' דריש חגיגה בד"ה לא תהו כבר תמה ע"ד מהרש"א ז"ל שם ע"ש:

והנה הר"מ בפ"ו מה"ע פ' דדוקא בהשיאו רבו ב"ח הוא דיוצא לחירות ע"ש וקשה מנ"ל הא למאי דמסיק בפ' השולח דפליגי ר"מ ורבנן באמ"ל צאי בו והתקדשי בו תו לא צריך לאוקומא בהשיאו רבו ואי גמר לה מהניח תפלין לפני רבו הא ל"ד דהתם ליכא איסורא אלא דאין רגילות כמ"ש התוס' בד"ה בשרבו אבל בנשא ב"ח מנ"ל וצ"ל דהר"מ סובר דגם בתפילין איכא איסורא וחולק על ר"ת דס"ל נשים מברכות אמ"ע שהזי"ג וכ"כ ה"ה בפ"ב מהלכות שופר בדעת הר"מ והביאו ב"י בא"ח סי' תקפ"ט ע"ש ולפי"ז לדעת ר"ת ודעימיה אה"נ דאפילו נשא בפני רבו יצא לחירות ועפ"ז ניחא מ"ש הטור א"הע סי' ד'

בנשא בפני רבו דחוששין לקידושין ע"ש בב"י ועפי"ה ניחא דלענין קדושין חשש לס' ר"ת ודעימיה ועיין למהרש"ך ח"ב בנוספות סי' ד' שנראה מדבריו דהר"מ סובר כדעת ר"ת וליתא אבל קשה בדברי הרא"ש שם בפ' השולח שכתב דדוקא בהשיאו רבו ובהניח תפילין כתב כדעת ר"ת ע"ש:

נחזור על הראשונות עמש"ל בשם הירושל' בסוף גיטין דפריך אב"ש דס"ל לא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה ע"ד אמאי אצט' קרא דלא יוכל בעלה הראשון וכו' הא אסירה וקיימה ע"ש וקשה מאי פריך נימא דאצט' קרא דל"י בעלה הא' להיכא דנשא אשה ונמצאת אילונית דלא הכיר בה דהא. ודאי אף לב"ש מצי מגרש לה כיון דלא הכיר בה ואין לו' דאילונית לב"ש לא בעיא גט דטעמא מאי דבעיא גט אפילו לא הכיר בה דאין אדם עושה בעי' בעי' זנות כמ"ש רש"י בגיטין דמ"ה ע"ב וב"ש ס"ל בפ' המגרש אדם עושה בעי' בעי' זנות וא"כ לא בעיא גט כלל דהא ליתא דכבר כ' התוס' ביבמות בפ' ב"ש דק"ז ע"א בד"ה טעמא דהיכא דהיו בתחי' דרך נשואין אין עושה בעי' בעי' זנות אפילו לב"ש ע"ש וה"נ דכוותא באילונית וא"כ בעיא גט לב"ש וצ"ל דכיון דבההוא קרא דכי מצא בה ע"ד גופיה כתיב ל"י בעלה הא' משמע דבתר גוונא איירי ובהכי ניחא מאי דמק' אמאי אצט' קרא למיסר גרושה לכהן ת"ל משום זונה עוד מקש' מקרא בפ' אמור ובת כהן כי תהיה אלמנה וגרושה ושבה אל בית אביה ואי זונה היא מיפסלא מתרומה עוד מק' אמאי דאיתא בירוש' ריש סוטה דר"א ס"ל כב"ש דלא יגרש אדם את אשתו אלא א"כ מצא בה ע"ד דהרי תנן בערכין דכ"ג המקדש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה ר"א אומר כשיגרשנה ידיר הנאה ע"ש והא כי גירש משום ע"ד ל"מ מחזירה גם ל"ל כתובה. ועפ"ה ניחא הכל שפיר דבכולהו אמרי' דאיירי בנודע שהיא אילונית ולא הכיר בה כשנשאה דמצי מגרש לה אפילו לב"ש ולא פריך בירוש' מקרא דל"י בעלה הא' אלא משום דכתיב בההוא קרא גופיה:

והנה אם הכיר בה שהיא אילונית או הזקינה תחתיו ודאי שא"י לגרשה אפילו לב"ה כיון דבעי' הקדיחה תבשילו ואפילו עדיין לא קיים פ"ור א"י לגרשה דיכול לקיים ע"י שישא אחרת עליה ואולם מאי דמספק"ל הוא בכ"ג דא"י לישא ב' נשים מעולם דכתיב אשה א' ולא שתים כמ"ש הרמב"ם בפי"ז מה' א"ב ע"ש בכה"ג אי שרי לגרשה אפילו לא הקדיחה תבשילו כיון דחזקינה ומשום מ"ע דפ"ור ונ"ל דכיון דמאי דאסור לגרשה בלא הקדיחה תבשילו הוא איסור תורה כמו שהוכיח מהר"י כולי ז"ל בס' מש"ל בפ"י מה' גירושין דין כ"א ע"ש ומאי דאסור לישא ב' נשים הוא איסור תורה בכה"ג דע"כ לדחות איסור א' משום פ"ור יעשה מה שלבו חפץ אם לגרש אם לישא אחרת וכן הדין במקומות

שקיבלו עליהם חרגמ"ה שלא לישא אחרת ושלא לגרש ועפ"ז י"ל דהשגת הראב"ד ז"ל מקרא דיהוידע ע"ש וה' שיו"ט סי' פ"ד הק' ע"ד הר"מ מגמ' דיבמות דס"א דפריך אלא מן האירוסין ליתי עשה ולידחי ל"ת ולדברי הר"מ גם מן האירוסין איכא עשה ול"ת אי יש לו אשה אחרת ע"ש ונ"ל דיבמה לא מק' אשה כדמוכח בגמ' דיבמות שם לעיל מזה דאמרי' א"ה שומרת יבם נמי אשה ולא יבמה וכן הוכיח מהר"ץ בתשו' מכמה דוכתין ע"ש וא"כ י"ל דמאי דממעטי' אשה א' ולא שתים היינו ב' נשים דומיא דאשה אבל יבמה ל"מ אשה ועוד י"ל דהר"מ לשי' אזיל שכתב הרב יבין שמועה משמו דס"ל דלאו הבא מכלל עשה הוי לאו לענין הדחיה ע"ש ועיין להי"מ וא"כ ניחא דאתי חד עשה ודחי תרי לאוי איברא דהך מילתא תלייא באשלי רברבי ואכמ"ל:

אבל ק' לס' הר"מ הלזו דכ"ג אינו נושא ב' נשים לעולם א"כ בפ"ג דהוריות די"ב דקחשיב דברים שבין כ"ג לכ"ה אמאי לא חשיב לה להא מילתא דאינו נושא ב' נשים ועיין במס' בכורות די"ח דפליגי תנאי אי קרובה ולא קרובות או קרובה ואפילו קרובות ע"ש ואי האי דרשא דאשה א' ולא ב' דתליא בפלוגתא דתנאי הלזו ניחא שפיר וניחא גם מ"ש השיו"ט אבל היותר נ"ל דהכא שאני דאשה קרא יתירה הוא ולהכי הוא דאתא ולהכי כ"ע מודו דדרשי' אשה א' ולא ב' ועיין בס' ג"מ למהריט"א ז"ל עש"ב:

ודע דמש"ל בפשוי' דס' סוטה ליכא אלא עשה דונטמאה ומאי דקרי ליה הגמ' בפ"ק דסוטה לאו היינו שעומד בס' לאו ע"ש עתה ראיתי להרשב"א בחי' בפ"ק דיבמות די"א ע"ב שכ' דס' סוטה בלאו משום שעשה הס' כודאי וע"ש בתוס' והכוונה כיון דבודאי איכא לאו דאחרי אשר הוטמאה גם בס' אית בה לאו זה כיון דעשה הס' כודאי ולעולם הלאו אינו. אלא מאחרי אשר הוטמאה אבל ונטמאה אינו אלא עשה וכמ"ש התוס' בפ' א"נ ד"מ ובכ"מ ולפ"ז בבועל ליכא אלא עשה דהא לא כתיב ביה לאו אפילו בודאי וכן הוא מוכרח בגמ' שם ביבמות דפריך נבעלה הא כתיב ונטמאה ומשני ללאו מבו' יוצא דונטמאה עשה הוא ודלא כהרב דברי אמת בקו' דנ"ו ע"א שנראה מדבריו להדיא דאי לבעל בלאו גם לבועל בלאו דונטמאה הוא לאו להסוברים דסוטה לבעל היא בלאו ע"ש וליתא דודאי ונטמאה עשה הוא ולאו מאן דכר שמיה וכמ"ש מדברי הרשב"א ומהגמ' ומה שהק' אי איתא דונטמאה עשה אמאי לא מוקי רבנן בקי' דס"ח דכי תהיין בסוטה לבעל דעשה הוא דאית בה וליכא לא מיכתב כי תהיין לכהן ולא כי תהיין לבועל אבל חייבי לאוין נילף מיבמה ע"ש כבר כ' התוס' ביבמות דמ"ט ע"ב דשנואה משמע שנואה בתחי' נשואיה ע"ש ובפ' א"נ ד"מ דפריך הגמ' ליתי עשה ולידחי ל"ת פי' בש"מ בשם הראשונים דאדבר ערוה פריך ע"ש וע"כ דס"ל דונטמאה הוא לאו ואתי חד עשה ודחי

תרי לאוי א"נ דמתני' איירי גם בס' סוטה ועלה פריך ולעולם דלא אתי חד עשה ודחי תרי לאווי ומ"מ שמעי' מדבריו דונטמאה אינו עשה דא"א דעשה הוא הא קי"ל דלא אתי עשה ודחי ל"ת ועשה וי"ל דהתם לענין הדחיה אתמר וכבר כתבתי לעיל דדעת הר"מ דלאו הבא מכלל עשה לענין הדחיה הוי כלאו ולא כעשה והאי ונטמאה לאו הבא מכלל עשה הוא וכמ"ש התוס' בסוטה דכ"ח ע"א ע"ש אבל לשאר דברים עשה הוא וכדמסיק במכות די"ח ע"ש ודלא כהרב דברי אמת שהוכיח מדבריהם דס"ל ונטמאה הוא לאו ע"ש והתוס' שכ' שם בפ' א"נ דאדבר ערוה לא פריך משום דהוו לאו ועשה חולקין ע"ז וס"ל דגם לענין הדחיה לאו הבא מכלל עשה עשה באופן דעשה הוא לכ"ע ואין מי שיסבור דלאו הוא:

ראיתי להרב בני דוד בה' יבום פ"ב דין נ שנסתפק בבא על יבמתו על תנאי אי קני לה מדאורייתא אע"פ שלא נתקיים התנאי כיון דקי"ל אפילו ביאה בלא כוונת יבום קני לה ופשיט לה מדאמרי' בר"פ ארוסה דכוותא גבי שומרת יבם דאי איתא דלא קני לה בביאה ע"ת נוקמא בבא עליה ע"ת ע"ש ולא מיכרעא דאי בא עליה ע"ת ולא נתקיים התנאי הו"ל בעילתו בעי' זנות ולא הוי מנוקה מעון וכמש"ל דמה"ט לא מוקי לה בבא עליה בזנות קודם שקידשה אחיו וגם בנתקיים התנאי אם אנו אומרים דלא קני לה הוי בעי' בעי' זנות:

ודע דעפ"ד הר"מ הנז' דכל חייבי לאוין לא מחייבי בביאה לחוד אלא ע"י קדושין ניחא מה שהק' התו' בקדושין דע"ח ע"א הביא דבריהם מהרש"א ז"ל שם במאי דאמרי' גר נמי פוסל בביאה דהא ל"מ פוסל אלא בנשא בת ישראל ואיכא למפרך שכן יש בהם צד עבירה ע"ש ועפ"ד הר"מ י"ל דמ"ל פוסל בלא עבירה בביאה בלא קדושין דליכא איסורא דאורייתא לס' הר"מ דס"ל דלא אסירה פנויה מדאורייי' וס"ל דהנך פסולין דוקא ע"י קדושין ומ"מ פוסלין בביאתן לכהונה אפילו בלא קדושין דאפילו בן ט' שנים דלאו בר קדושין פוסל וכדאי' ביבמות בפ' אלמנה דס"ח ע"א ע"ש ועיין בס"פ נושאין ד"ק ע"ב דדחיק הגמ' לאוקומי .מתני' דהתם לשמואל ולס' הר"מ הלזו הומ"ל בראשון בנשואין וגירשה ושני בזנות דליכא לאו דגרושה ולא הוי חלל וע"פ מש"ל בישוב ס' הר"מ מגמ' דפ' ע"י ניחא שפיר דבגמר ביאתו מודה הר"מ מיהו בלא"ה י"ל ועמ"ש מהרש"א שם בפ' נושאין ץ בפירש"י ע"ש:

והנה איתא בת"כ בפ' בהר פרשתא ו' מנין לבא על שפחתו והוליד ממנה בן שאתה רשאי להשתעבד בו ת"ל אשר יהיו לך ופי' הז"ר דסד"א דאין אדם עושה בעי' בעי' זנות ואמרינן דשחררה קמ"ל ע"ש וק' לסברת הר"מ שכתבתי למעלה דאיסור שפחה לב"ח

אינו אלא מדרבנן הא לא אסירה ליה מדאורייתא ואמאי אצט' קרא ואי משום זנות הא לס' הר"מ לדעת הכ"מ שכתבתי למעלה הבא על הפנויה לשם זנות ליכא אלא איסור מדרבנן וי"ל:

כתב הר"מ ז"ל בפ"י מה' גירושין המגרש את אשתו ואח"כ בא עליה בעדים מקודשת ודאי אבל ביחוד בלבד דאמרי' הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה מקודשת מס' שמא בא עליה וכ"כ הרא"ש בתשו' כלל ל"ה ולישנא דמרן בב"י סי' קמ"ט שכ' אנן סהדי דבא עליה לא דייק ומדברו הר"מ הללו ק"ל עמ"ש ה"ה בפ"א מה' נחלות דין ט' דמהירוש' בפ' מי שאחזו דאמר ר"ז זאת אומרת הרי היא כא"א לכל דבריה נר' דדוקא משום דמקודשת ודאי דאנן סהדי שבא עליה הוא דיורשה ע"ש דכיון דמהירוש' מבואר דבמגרש ונתייחד עמה מקודשת ודאי ובגמ' דילן לא נתבאר. ד"ז היכי פ' הר"מ בה"ג דמקודשת מס' אלא ע"כ דהר"מ מפ' הירושלמי דקאי אמתני' דמהיום ולאחר מיתה וכן פי' הקה"ע שם ע"ש וכ"נ מהירוש' שם בפ' הזורק אמתני' דהמגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי ע"ש ועיין להגהמ"ר שם בפ' הזורק שלמד מהירושל' שם דדינו כמו גט ישן דלכתחי' לבד הוא דלא יגרש בו אבל בדיעבד ש"ד ע"ש:

והנה מדברי התוס' בפ' הזורק דפ"א ע"ב בד"ה ב"ש נר' דלישנא דפליגי בראוה שנבעלה לא תלייא בפלוגתייהו באי מגרש את אשתו בל ערות דבר דהא חזי' דבא עליה ולא מהזמא ליה ובירוש' לא אוקמא בהכי אלא אפלוגתא מתני' דפליגי בלא ראוה אבל בתנא דברייתא ל"פ בהכי דאי איתא לא מקשה מידי דהכא שאני דמזהמת ליה ודלא כמ"ש הרשב"א בחי' שם הבאתי דבריו לעיל בראש אמי'ר וע"פ מה שנר' מדברי התוס' ניחא אצלי מה שהק' מהריט"א ז"ל בס' קדושת יו"ט הנ"מ בסי' נ"ד ע"ד הירושלמי הלז מדתניא בפ"ק דיבמות די"ד ע"ב אע"פ שנחלקו ב"ש וב"ה בצרות וכו' ובמגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי לא נמנעו ב"ש מלישא נשים מב"ה ולא ב"ה מב"ש וא"א דפלוגתייהו תליא באי מזוהמת אצלו כמ"ש בירושל' מהיכ"ת דהוה ס"ד לו' שנמנעו הא באופן דהוי מגורשת לב"ש דהיינו דגירשה במצא בה ע"ד אפילו ב"ה מודו דל"ח דילמא בא עליה דמזוהמת היא אצלו וא"צ גט ע"ש ועפ"ה י"ל דהברייתא דפ"ק דיבמות ס"ל כתנא דברייתא דפ' הזורק דפליגי בראוה ולדידיה לא תלייא בפלוגתא דלא יגרש אא"כ מצא ע"ד אך מ"ש רש"י שם בל"א דס' א"א היינו מפלוגתא דלנה עמו בפונדקי בלא ראוה שנבעלה ע"ש תימה דמה ענין ז"לז הא התם בגירשה משום ד"ע דוקא וכבר תמה ע"ד הרב בנ"י דקע"ב ע"ש מה שנדחק ליישב דברי רש"י והנה התוס' שם הק' ע"ד רש"י דבהדיא חשיב התם. ההיא פלוגתא דפ' המגרש ע"ש ואפ"ל בדעת רש"י דתנא דברייתא דהתם ס"ל

דפליגי בתרתי בראוה שנבעלה ובלא ראוה כתנא דמתני' ובריייתא דפ' הזורק ומאי דקתני במגרש את אשתו וכו' היינו פלוגתא דראוה ומאי דקתני ס' א"א היינו פלוגתא דלא ראוה דבנתייחד מיירי ולב"ש א"צ גט אפילו ראוה שנבעלה ולב"ה צריכה גט אפילו לא ראוה דהן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה וב"ש סברי דלא אמרי' הן הן עידי יחוד וכו' ואע"ג דלא צריכי לה"ט דהא אפילו ראוה שנבעלה פליגי מ"מ משמעות הענין דפליגי נמי בהאי:

סימן לג

נסתפק הרב גד"ת בדל"א ע"א אם מכר ישראל לגוי ב"ח דאין המלוה יכול להוציא מידו מהו שיטרוף המלוה מהלקוחות שלקחו מהלוה אחר ההלואה מי מצו אמרי הנחנו לך מקום אותם הב"ח שמכר לגוי או הוי כאשתדוף ב"ח דטריף מהלקוחות א"ד דוקא אשתדוף דלא פשע הלוה אבל היכא דבא ע"י פשיעת הלוה שמכר לגוי לא טריף ופשיט לה ממ"ש. הרא"ש בתשו' ריש כלל מ"א דאם המיר הבעל וקנה נכסים בהמרותו כיון דאין האשה יכולה לגבות בדיניהם מהנכסים שקנה בהמרותו טורפת מהלקוחות אע"ג דע"י פשיעה שהמיר הוא דאשתדוף ע"ש ונראה דיש ללמוד כן מגמ' במס' כתובות דצ"ה ע"א דאיבעיא לן. בגמ' אשתדוף ב"ח מהו לגבות ממשעבדי ופשיט לה מהא דתניא לוה מן הא' ומכר נכסיו לב' נכתב ב"ח ללוקח ב' ד"וד אין לי עמך אין לו על הלוקח א' כלום מפני שיכול לומר הנחתי לך מקום לגבות ממנו ודחי התם הוא דאפסיד בידים ע"ש הרי אי לאו משום דאפסיד אנפשיה היה טורף אע"ג דע"י פשיעת הלוה בא דמכר נכסיו לב' וכ"כ הריטב"א בחי' שם הביאו הר"ב במקו' וז"ל מהא שמעי' דאשתדוף ל"ד אלא ה"ה כל שיש עיכוב שאין יכול לגבות מהם דהא הכא נכסים שהניחה קיימין הן אלא שאין יכולה לגבות מהן וע"כ לא דחי' אלא משום דאפסדא הא כל היכא דלא אפסדה כגון שנטלוה מסיקין גובה מהם ב"ח וכ"ש אם התפיסום הלוה ביד גוי וכיוצא בו דלא אפשר למגבי מיניה ע"כ וכ"נ מדברי התוס' שם דצ"ו ע"ב בד"ה ר"י שהק' בס"ד ולימרו לה הנחנו לך מקום ותי' דהוו כמו אשתדוף ע"ש אע"ג דע"י פשיעתה הוא שמכרה ומ"ל פשיעת האשה מ"ל פשיעת הלוה וכ"כ להדיא מדברי השיטה שלא נודעה למי מקדושת בקדושי' דכ"ט ע"ב אהא דהוא לפדות ובנו לפדות דר"י ס"ל פודה את בנו ואח"כ פודה את עצמו ומוקי לה בגמ' בהיו לו חמשה משועבדים וה' ב"ח דפודה את בנו בב"ח ואזיל הכהן וטריף ממשעבדי בשביל האב דס"ל מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר כ' בשיטה וז"ל הב"ח מטלטלי נינהו דאי מקרקעי יאמרו לו הנחנו לך מקום א"נ אפילו במקרקעי וכיון דפדה בנו בב"ח הו"ל כאשתדוף ע"כ ובספרים יש ט"ס והוא טעות הניכר

וע"ש בחי' הריטב"א ז"ל הרי להדיא דאע"ג דע"י פשיעת הלוה שפדה את בנו בב"ח קאמר דהו"ל כא כאשתדוף וצ"ל דהך קרקע ב"ח שמכר באחרונה לא נשתעבד לפדיון האב דהו"ל דאקני דאל"ה הו"ל לטרוף מאותה שמכר לפדיון בנו באחרונה וכ"נ מדברי התוס' במס' בכורות דמ"ט ע"ב בד"ה ודידיה. וז"ל וא"ת היכי טריף ממשעבדי והא אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום ב"ח ואם היה פודה בנו תחילה הוה ניחא ע"ש והרי הוא כמבואר:

איברא דלכאורה מדברי התוס' בקידושין שם יש להוכיח להפך שהק' אפירש"י אפי' פדה בנו בב"ח יאמרו לה הנחנו לך מקום ע"ש משמע דכה"ג לא הוי כאשתדוף כיון דע"י פשיעת הלוה הוא בא והדבר קשה מסוגיא דכתובות שהבאתי וי"ל כיון דע"כ במכירי כהונה איירי דאל"ה היכי טריף הא הו"ל ממון שאין לו תובעין וכ"כ הריטב"א בקדושין וא"כ הכהן זה בעצמו הוא שנטל הב"ח בשביל פדיון הבן וכיון דאיהו גופיה שנטל הב"ח יכולין לומר לו הנחנו לך מקום וה' תומים בסי' קי"א נסתפק בד"ז דהיינו ראובן שיש לו על שמעון מלוה בשטר קדומה ומלוה ע"פ ויש לו משעבדי וב"ח ונטל הב"ח בשביל מלוה ע"פ אי יכול לטרוף בשטר ממשעבדי והוכיח מדברי התוס' דכתובות שהבאתי דכה"ג הוי כאשתדוף ע"ש ונר' דהתוס' בקידושין חולקין ע"ז ובכה"ג הוא דס"ל דלא הוי כאשתדוף ויכולין לומר לו הנחנו לך מקום אבל היכא דמכרן לאיש אחר הוי כאשתדוף ואין מי שחולק ע"ז כמו שהוכחתי:

וראיתי להמבי"ט ז"ל ח"א סי' ר"ל שכ' בנדונו דוקא אשתדוף אבל היכא דמכרן או משכנם אע"ג דאין גובין מהם מפני תקנת השוק לא טריף דיכולין לומר לו הנחנו לך מקום ע"ש והוא תימה דמה יענה לכל מה שהוכחנו איברא דראיתי לה' בעי חיי ח"א סי' קפ"ז שהק' על המבי"ט כיון דפ' בח"א סי' קנ"ה דהיכא דנפלו קמי יתומים קטנים דל"מ גבי מנייהו טריף מלקוחות א"כ גם במכרן כיון דל"מ גבי מפני תקנת השוק הו"ל לטרוף מלקוחות ותי' דבההיא דסי' ר"ל מדינא דגמ' מצי גבי מלקוחות שקנו הב"ח אלא דמפני תקנת השוק הוא דא"י לגבות וכיון דמן הדין יכול לגבות לא טריף ע"ש ולפי"ז ניחא הכל שפיר ודברים מוכרחים בדעת המבי"ט ז"ל נקטי' דכל היכא דמדינא א"י לגבות מהב"ח טריף מלקוחות ולפ"ז אם לא כ' לב"ח המוקדם שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי דל"מ גבי מהקונה המטלטלי מדינא כמו שמבואר בש"ע סי' ס' טריף מה מהלקוחות:

וכ"נ להוכיח ממ"ש התוס' בפ"ק דמציעא די"ד ע"ב בד"ה תריץ וכו' דאהא דתניא משבח קרקעות כיצד דאוקימנא בב"ח הקשו אמאי לא טריף ב"ח קרקע זו שטורף לוקח א' כיון דאקני וקנה משתעבד מדגובה ב"ח השבח ע"ש מוכח דאי דאקני לא משתעבד הוה ניחא

מאי דטריף ב"ח קרקע זו שלקחה לוקח זה ולא מאי א"ל הנחתי לך מקום כיון שהיו ב"ח קודם שמכרן דכיון דל"מ ב"ח לטורפה משום דאקני ל"מ הוה ליה כאשתדוף דלא מצי א"ל הנחתי לך מקום וע"ש במהרש"ל ובמהר"ם שיף:

וראיתי לה"ה ברפכ"א מה' מ"ול שהק' קו' התוס' אמאי לא גבי ממשעבדי דטריף הב' ותי' בדלא כ' דאיקני לראשון והוא אחר שלוה קנה ומכר דהשתא לא מצי טריף מהני ע"ש הרי דאע"ג דהיו בני חרי קודם שמכרן לא מצי לומר לו הנחתי לך מקום כיון דהשתא שמכרן ל"מ גבי מנייהו דלא כ' ליה דאיקני ומה שקש' בדברי ה"ה דא"כ שבח נמי לא ליגבי כבר תי' הדרישה בסי' קט"ו דהרמב"ם לצדדין קאמר ע"ש ובעיקר קו' התוס' י"ל דלעולם בדכתב ליה דאיקני אלא דמיירי דאחר שלוה נתן לו אדם אחר קרקע זו השנית במתנה ע"מ שלא תשתעבד לב"ח הקודמין שעליו דבכה"ג ל"מ טריף מנייהו כמ"ש הטור ומרן בש"ע בסי' קי"א דין ג' ואחר שמכר הראשונה מכר זו שניתנה לו במתנה והלוקח מצי לטורפה דהא אחר שניתנה לו במתנה לקח ממנו הא' והנותן לא התנה אלא על ב"ח הקודמין והא דלא גבי הב"ח הבני חרי דנוטל מהם הלוקח השבח כבר תי' מהרש"א כמ"ב שם בפ"ק דמציעא דאיירי אחר שטרף הא' קנאם וכ"כ הש"ך סי' קט"ו סקי"א ע"ש אבל קש' דא"כ אמאי קתני בברייתא ונוטל השבח מנכסי בני חרי הוה. ליה לאשמועי' אפי' מכרן אח"כ דטורף מהם כיון שכבר טרף הב"ח ממנו השבח הו"ל קצובים ע"כ נראה דמבני חרי לא ק"ל להתוס' די"ל בב"ח מטלטלי וס"ל דבמטלטלין א"י לומר הנחתי לך מטלטלי וכמ"ש הריטב"א בחי' בפ"ק דקידושין גבי ההיא דהוא לפדות וכו' שהבאתי שכ' א"נ במטלטלי דא"י לומר הנחנו ע"ש והתוס' בפ' מי שמת שכ' דל"ל ב"ח ס"ל דאפי' במטלטלי יכולין לומר הנחנו כדעת הרשב"א בתשו' פסקו מרן בר"סי ק"ד ע"ש איברא די"ל דהריטב"א בפדה בנו כבר איירי ובמטלטלי שכבר מכרן הו"ל כאשתדוף ואינו חולק על הרשב"א ולפ"ז גם מה שתי' עוד הריטב"א שם דמיירי דלא קנה הקרקע זו עד אחר שמכר ונתחייב בפדיון בנו ע"ש מיירי נמי שכבר פדה בנו דבחדא מחתא מחתינהו ועפ"ז יש להוכיח מדברי הריטב"א שכתב אחר שמכר ונתחייב דאי אחר שמכר קודם שנתחייב בפדיון בנו יכולין לומר הנחנו אע"פ שבשעה שקנו לא היו לו נכסים ב"ח כלל וכ"נ מדברי התוס' שם בקדושין שכ' אפילו פדה כבר יכולין לו' הנחנו ואי איתא מאי קו' נוקמה בקנה אחר שמכר וכ"נ מדברי התוס' בפ"ק דמציעא שהבאתי וכמ"ש מהרש"ל ומהרמ"ש שם ע"ש אבל התוס' בפ' מי שמת ס"ל דבכה"ג א"י לו' הנחנו כיון שלא היו לו נכסים בשעה שקנו כמ"ש מהרש"ל שם ובמציעא ע"ש ולפ"ז י"ל שזה דעת התוס' דבכורות שהבאתי שכ' ואי פדה כבר ניחא דר"ל דנוקמא בקנה אחר שפדה ומה שהק'

אח"ז הלקוחות אמאי לא טרפי מכהן ס"ד דכ' להו דאקני ואפי' לא כתב להו דאיקני אחריות דאיקני ט"ס ותי' דלא כתב דאיקני ובעי' כתב דאיקני ודלא כמש"ל בכוונתם מיהו לדינא נראה עיקר דבכה"ג דקנה אחר שמכר ואח"כ מכרן מצו לו' הנחנו כדעת התוס' דמציעא והריטב"א והתוס' דקדושין וגם התוס' דפ' מ"ש לפמ"ש מהרש"א שם בכוונתם אין חולקין על ד"ז וכן יש להוכיח מתשו' הרא"ש שהביא הגד"ת שהבאתי לעיל ואם עדיין הם בני חרי יכולין לומר הנחנו אע"פ שקנאם אח"כ גם לדברי התוס' דפ' מי שמת גם למ"ש מהרש"ל בכוונתם כמו שנראה מדבריהם שם בפ' מי שמת ע"ש:

ודע דמדברי התוס' דפ"ק דקדושין הנ"ל נראה דחל שעבוד הפדיון משעה שנולד אפילו בתוך שלשים יום דזמן ממילא אתי ותמהני דמגמ' בפ' יש בכור דמ"ח נראה להדיא דלא חל שעבוד הפדיון עד אחר ל"י דאהא דתנן מת האב והבנים קיימים פריך אי אחר ל"י בהא לימא ר"מ וכו' אלא בתוך ל"י וכו' ע"ש הסוגיא דמשם בא'רה דלא חל שעבוד הפדיון עד אחר ל"י ואפשר דהא מילתא תליא בפלוגתא דרב ושמואל שם בפ' יש בכור דמ"ט בפדה בנו בתוך ל"י וע"ש בגמ':

ועפ"ד הרב בעי חיי הניתנים למעלה ישנו בנ"ט למ"ש ה' בית יהודה סי' מ"ו בלוה שמכר שט"ח שיש לו על אחרים דעלה ע"ד חכם א' דהמלוה טורפו דלא עשו תקנת השוק בשטרות כמבואר בסי' ס' ודחה דדוקא בכ' לו מטלטלי אגב מקרקעי הוא דלא עשו ת"הש בשטרות ע"ש ולא נתבאר טעמו כיון דאפי' לא כתב לו מטלטלי א"מ מאי דאינו טורף מטלטלי הוא משום תקנה כמ"ש רשב"ם בפ' חזקת דמ"ד ועפ"ה ניחא שפיר דדוקא בכ' מטלטלי א"מ הוא דלא עשו ת"ה בשטר דקיל הוא כיון דממנהגא הוא אבל מדינא דגמ' טורף אבל בלא כ' לו אף דמשום תקנה מ"מ מדינא דגמ' הוא ועפ"ז אני תמיה עמ"ש הש"ך בסימן שנ"ו סק"ד בגנב ומכר דעשו ת"ה דאי אתו ליד בעליהן אין כאן ת"ה ולמד כן מתשו' מהר"ם אלשיך שהביא ס"סי קכ"ו ע"ש ועפ"ה לא ראי זה כראי זה דמהר"ם אלשיך למד דינו משטרות והרי נתבאר דדוקא במנהגא הוא דלא עשו ת"ה בשטרות אבל גנב ומכר מדינא דגמ' הוא ואפילו אתו ליד בעלים עשו ת"ה וכ"נ עיקר דלא כהש"ך ומצאתי בתשו' הרשב"א נדפסה בס' בשמים ראש סי' קע"ו דמתבאר משם דאפילו אתו ליד בעלים עשו ת"ה בגנב ומכר דלא כהש"ך ע"ש ועיין למהרשד"ם חא"ה סי' קפ"ג דמבואר מדבריו דעשו ת"ה אפילו בתפס ואפילו בדבר שהוא ממנהגא ע"ש:

איברא די"ל הא קי"ל דאם ידע הלוקח שגנוב הוא לא עשו ת"ה וכמבואר שם בסימן שנ"ו וא"כ היכא דכבר בא החפץ ליד הבעלים אמאי מחייבי ליתן ללוקח מה שנתן יאמרו לו שמא היית יודע שגנוב הוא אתו ומ"ש מהא דקי"ל מנה לי בידך והלה אומר

א"י אם אני חייב לך דפטור וה"נ א"י הבעלים שחייבין לו ופטורים הם וכה"ג כ' הנמק"י בפ' המפקיד בעובדא דבקרא דאהא דאמרי' משתבע ספסירא דלא הוה ידע ומשלם בקרא כ' וז"ל משתבע ספסירא וא"י לו' הבקרא א"י אם אני חייב דספק הוא דשמא ידע במום זה וא"כ א"ח ליתן לו כלום דהאומר מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור שהרי מת השור קודם שישלם הספסירא ליתומים וא"כ כבר נתחייב הבקרא ליתומים וא"י לפטור עצמו בס' זה לומר שמא ירע הספסירא משום דהספסר במקום יתומים עומד וכו' הילכך דמי לאומר מנה לי בידך והלה אומר א"י אם פרעתיך ע"ש הרי דדוקא משום דהספסר במקום יתומים עומד ולגבי יתומים א"י לפטור בטענת א"י אם הספסר יודע ועמ"ש בחי' בפ' המפקיד דל"ה ע"א גבי לא ידענא פשיעותא היא ע"ש וא"כ ה"נ ליפטרו הבעלים בטענת א"י אם הלוקח א"י כיון דכבר בא החפץ בידו ואינו תחת יד הלוקח וי"ל דש"ה דמשום תקנת השוק וכך ראו לתקן אפילו בכה"ג ועפ"ז י"ל עמ"ש התוס' בפ' הגוזל דקי"ד ע"ב בד"ה המכיר וכו' וז"ל וא"ת בלא ת"ה יטול דמצי אמר להציל נתכוונתי ולהשיב אבידה ע"ש ומאי קו' הא אצט' ת"ה דאפילו שבא החפץ ליד הבעלים יטול מה שנתן דמדינא פטור דיכול לומר ללוקח איני יודע אם לטובה נתכוונת או שמא יודע היית שגנוב הוא אתו דהו"ל כא"י אם חייב אני לך וי"ל דבגמ' שם דקט"ו מתבאר דאפילו עדיין ביד הלוקח החפץ משום תקנה הוא ועלה הוא דמק' התוס' כיון דהחפץ בידו נאמן לו' לטובה נתכוונתי ומן האמור מתבאר דמ"ש מור"ם בהגהה בסי' שנ"ו דאם אמר הלוקח לטובה נתכוונתי יטול מה שנתן אפילו בגנב מפורסם דלא עשו בו ת"ה ע"ש ה"ד בשעדיין החפץ ביד הלוקח אבל אם כבר בא החפץ ליד הבעלים אפילו לפי מה שנתבאר דעשו ת"ס גם בזה דלא כהש"ך מ"מ בכה"ג דגנב מפורסם דליכא ת"ה וכבר בא החפץ ליד הבעלים פטור מדינא דיאמרו לו מי יימר דלטובה נתכוונת או שמא יודע היית שגנוב הוא והו"ל כמנה לי בידך והלה אומר א"י אם אני חייב לך דפטור:

איברא דנראה דד"ז מחלוקת הר"מ והראב"ד בפ"ב מה' שלוחין דין ו' דהר"מ כ' דאם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן הוא וזה המוכר לו סרסור הוא יחזיר החפץ לבעלים ויחרים על מי שנתן לו רשות וכו' והראב"ד השיג עליו וסובר דיכול הלוקח לומר שמא נתת לו רשות למכור בחמשים. ע"ש ויש להבין בס' הרמב"ם מ"ש ממנה לי בידך והלה אומר א"י דפטור ויש לחלק ומדברי הרמ"ה שהביא הטור סי' קפ"ב אין להוכיח דס"ל כס' הראב"ד דש"ה דכיון דשלוחו בלא שכירות מסתמא נתן לו רשות בין לתקוני בין לעוותי וכמ"ש הסמ"ע שם בסי' קפ"ב ע"ש ועיין בס' משפטים ישרים בתשו' מהר"ש בן חסון סי' ע"ה דע"ז ע"א וב' ע"ש ועיין למהרשד"ם חח"מ סי' שע"ט שכ' הטוען על חבירו אונאה והלה

אומר א"י אם אנאו ישבע שא"י ויפטר דהוי כמנה לי בידך והלה אומר א"י דפטור ע"ש והרב מקור ברוך סי' נ"ה חלק עליו דבכה"ג דמי לא"י אם פרעתיך ע"ש טעמו והרדב"ז ח"ה סימן שני אלפים ק"ל כתב כדברי מהרשד"ם דבכה"ג דמי לאומר מנה לי בידך והלה אומר א"י דפטור ע"ש ויש להתיישב בדבר מ"ש ד"ז דא"י אם אנאו מדין הסרסור שכתב הר"מ יחזיר החפץ וא"י לו' לו שמא נתת לו רשות למכור בחמשים ועיין להט"ז סי' ע"ה דין כ"ה בתשו' שאלה ולהש"ך שם סקכ"ז ובחי' במציעא דנ"ב ע"א ע"ש:

והנה מדברי הנ"י שכתבתי מוכח דאפילו היכא דלא הו"ל למידק בדיא בחיובא וס' בפירעון חייב דהא הכא א"י אם הספסר יודע וקאתי עלה מדין מנה הלויתך והלה אומר א"י אבל בא"י אם פרעתיך אפילו בכה"ג דלא הו"ל למידק חייב ודלא כהמש"ל ברפ"ד מה' שאלה ופקדון שכתב דדוקא בא"י אם פרעתיך הוא דמחייב משום דהו"ל למידע אם פרעו ע"ש וכן יש להוכיח ממ"ש הר"מ בפ"א מה' שלוחין דין ז' ודין ט' ע"ש בכ"מ ועיין בב"י ס"סי קכ"א ולהש"ך שם ע"ש ועמ"ש ע"ד המש"ל הללו בחי' בכ"פ הגוזל בתרא ועיין להיש"ש שם בסי' ג' ע"ש:

גם נראה מדברי הנ"י דלמ"ד מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב א"ש ההיא דספסירא ולא קש"ל אלא למאי דקי"ל פטור ולפמ"ש התוס' בפ"ק דכתובות די"ב ע"ב דדוקא בשמא גרוע דהו"ל למידע הוא דאיכא למ"ד דחייב אבל בשמא טוב לכ"ע פטור ע"ש וכ"כ בפ' השואל דצ"ז לפ"ז הכא דהשמא טוב דא"י אם הספסירא א"י לכ"ע פטור ונראה להוכיח כן. מגמ' בפ' האשה שנפלו דפ"א ע"א דאמרי' בפלוגתא דב"ש וב"ה במתו עליהן עד שלא שתו דטעמא דב"ש דאמרי נוטלת כתובתה משום דס"ל שטר העומר ליגבות כגבוי דמי וחשיבה מוחזקת ולב"ה דאמרי אינה נוטלת כתובתה משום דס"ל לאו כגבוי דמי ע"ש וקש' למ"ד מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב מ"ט דב"ה דאינה נוטלת כתובה נהי דאינה מוחזקת מ"מ היא טוענת ברי שלא זינתה והיורשים ספק שמא זינתה. ובריא עדיף והו"ל ליטול כתובתה אלא עכ"ל דס"ה דהשמא טוב דא"י אם זינתה ולכ"ע פטור ולדברי הנ"י צ"ל דכיון דקינא לה ונסתרה ואיכא רגלים לדבר חשיבה כמו בריא:

סימן לד

כתב מהרימ"ט ח"א ס"סי קכ"ז נ"ל הדברים שאם אמר אדם לחבירו צא והקדיש שור: אחד משוורי אין בו דין הקדש דמילי נינהו וקי"ל מילי לא ממסרן לשליח וכו' מיהו תרומה חשיבה מעשה וכו אבל דיבור של הקדש מילי נינהו ולא ממסרן לשליח ע"ש ובודאי דלא נעלם מעיני הרב דעיקר דין מילי לא איתמר בגמ' ובפו' אלא לגבי שליח ב'

דעילי ל"מ משליח לשליח כדאיתא במס' גיטין דס"ו אלא דסובר הרב דה"ט דכי אמר כתבו גט דצריך אינהו גופייהו לכתוב. משום דכי כתבו אינהו גופייהו הרי עבדי מעשה ולא הוו מילי אבל כי אמרו לסופר לכתוב אישתכח דאנהו גופייהו לא נעשו שלוחים אלא למילי ולא הוי שליחות דמילי ל"מ לשליח ועפ"ז דן דבדבר דליכא מעשה כלל כמו הקדש ל"מ אפילו לשליח א' איברא דק"ל מדאמרי' דפסחים דפ"ח ע"ב האומר לעבדו צא ושחוט עלי את הפסח וכו' שכח מה א"ל רבו ישחוט גדי וטלה ויאמר אם גדי א"ל רבי גדי שלו וטלה שלי וכו' ופריך בגמ' מה שקנה עבד קנה רבו אמר אביי הולך אצל רועה הרגיל רבו אצלו דניחא ליה בתקנתא דרביה ומקני ליה חד מנייהו ע"מ שאין לרבו רשות בו וי"ל מי הקדישו לפסח של רבו דהרי רבו א"י להקדישו קודם דעדיין אינו ברשותו דשל הרועה הוא והוא לא יבא עד הלילה וע"כ דהעבד הקדישו והוא עשאו שליח להקדיש ולשחוט ואיתיה בתורת שליחות דהא איתיה בפסח דנפשיה ולדברי מהרימ"ט לא הוי שליח להקדש דמילי נינהו ועיין להר"מ בפ"ג מה' ק"פ ואפשר לו' דכיון דעשאו שליח לשחוט ולהקדש אע"ג דשליחות דהקדש לחודיה מילי נינהו כיון דנכלל בשליחותו מילתא דמעשה לא חשיבי מילי ועפ"ז ניחה לי מה שהק' המח"א בה' שלושין סי' ז' ע"ד מהרימ"ט מדאמרי' בפ"ק דתמורה ד"י ע"א אי מקדיש עושה תמורה מצינו צבור ושותפין עושין תמורה דשוו שליח להקדושי ולדברי הרב ל"מ לשווי שליח לאקדושי ע"ש ולכאורה סבור הייתי לומר דכיון דעיקר ד"ז דמילי פלוגתא דר"מ ור"י שם בגיטין ולר"מ מילי ממסרן לשליח א"כ י"ל דהגמ' ה"פ מצינו לר"מ צבור ושותפין עושין תמורה והא ליתא דמדאצט' קרא לר"מ לרבויי נשים בריש תמורה ע"כ ס"ל דלא עבדי תמורה דאל"ה למ"ל קרא הא השוה אשה לאיש כדאיתא התם בריש תמורה ועפ"ז ניח"ל מאי דא"י למי' שם בגמ' דקאמר מאי הוי עלה וכו' והא כבר אפשי' דא"כ מצינו צבור ושותפין עושין תמורה ועפי"ה ניחא דלר"י דקי"ל כוותיה אין מזה הכרח דהא ל"מ לשווי שליח להקדש שור דכ"ז ליתא וגם ר"מ ס"ל מילי ל"מ לשליח ולא פליג אלא בג' דעשאן בד' וכמ"ש הריטב"א בחי' שם ואע"ג דלאביי בפ' כ"ה דכ"ט דפלוגתייהו בבזיון דבעל ולכ"ע מילי ממסרן וכמ"ש הריטב"א שם מ"מ לרבא פלוגתייהו במילי ורבא גופיה הוא דפריך בתמורה א"כ מצינו צבור ושותפין עושין תמורה והד"ק המח"א לדוכתא ועפי"ה ניחא שפיר דהתם ה"פ דשוו שליח להקדיש ולשחוט דכה"ג לאו מילי נינהו וכמ"ש:

אבל אכתי ק"ל מדתנן בפ' שבועת העדות דל"ה שילח ביד עבדו פטור ומפיק לה בגמ' מדכתיב אם לוא יגיד ע"ש ולדברי מהרימ"ט אמאי אצט' קרא למעט עבדו הא מילי נינהו ולא הוי שלוחו כמותו במידי דמילי וי"ל דעבדו כגופו והו"א דמהני כיון שהוא

כגופו וכה"ג אמרי' במס' מנחות דצ"ג גבי סמיכה דאף דכבר ממעטי' שלוחו אצט' ידו יתירה למעט עבדו כיון שהוא כגופו ע"ש ועפ"ז ניחא מאי דקתני מתני' עבדו ולא קתני שלוחו דלעבדו הוא דאצט' קרא וא"צ למ"ש התיו"ט שם ובהכי ניחא מאי דק' מנ"ל למעט שליח ועבד מחד קרא גבי עדות מ"ש מסמיכה דבעי קראי לשליח ועבד איברא דלאביי דס"ל דלכ"ע מילי ממסרן לשליח וע"כ לא אימעיט שליח גבי שבועת העדות אלא מקרא דלוא יגיד מאי דנקט במתני' עבדו צ"ל כמ"ש התיו"ט מיהו קשה מנ"ל למעט שליח ועבד מחד קרא גבי עדות מ"ש מסמיכה דבעי תרי קראי לשליח ועבד ועפ"ה ניחא נמי מתני' דהאומר לעבדו צא ושחוט הפסח משום דעבדו כגופו ועי"ל דמיירי דנתן לו רבו מעות לקנות פסח והקדש רבו המעות דבכה"ג א"צ להקדיש את הפסח גופיה וע"כ לו' כן דבנתן לו מעות איירי דאלת"ה קשה להה' דקנין דרבנן ל"מ בדאורייתא באיזו קניה קני הרב לפסח הא משיכה מדרבנן הוא דקנייה וד"ת מעות קונות אלא ע"כ בנתן לו מעות איירי עוד הק' המח"א מהפרת נדרים דבעל מאי משוי שליח להפר נדרי אשתו אע"ג דמילי נינהו ע"ש ולפמ"ש הרשב"א בחי' רפ"ב דקדושין אע"ג דמילי ל"מ לשליח בקנין מהני ע"ש י"ל דבהפרת נדרים בקנין מיירי וניחא נמי ההיא דתמורה דשוו שליח לאקדושי באופן המועל קאמר:

ואכתי ק"ל ע"ד מהרימ"ט ז"ל מדתנן ר"פ השולח קידם אצל שליח או ששלח אחריו שליח ואמר לו גט שנתתי לך בטל הוא ה"ז בטל ולדברי ה' ז"ל היכי מאי מבטל ליה ע"י שליח הא מילי נינהו ואין לו דהבעל הוא המבטל ושלח השליח להודיעו שהבעל מבטלו הוא דהא בגמ' שם אמרי' או ששלח אחריו שליח למ"ל מ"ד לא אלימא שליחותיה דבתרא משליחותא דקמא דלבטליה קמ"ל הרי דהשליח הוא המבטל וכן נר' מפירש"י שם בגמ' וכ"נ מבעיא דירוש' שהביא לקמן ע"ש ועו"ק מדתנן ר"פ הא"מ האיש מקדש את בתו נערה בו ובשלוחו ולדברי הרב היכי מצי משווי שליח לקבל קדושי בתו הא מילי נינהו ואפילו להסו' דבקדושי' לא הוו מילי היינו באיש המקדש דמסר כסף הקדושין ביד השליח אבל אשה המתקדשת לכ"ע הוו מילי ולקמן ית' זה ועוד קשה ממ"ש המרדכי בר"פ הא"מ משם הקדוש מדרוש דאפילו נתן כסף הקדושין ביד השליח ל"מ השליח לעשות שליח דמילי נינהו ול"ד לגירושין דמגרשה בע"כ ובשעת נתינת הגט ביד השליח הוי כמגורשת ולא הוו מילי אבל קדושין דצריך דעתה לעולם הוו מילי וכ"כ התוס' רי"ד בר"פ הא"מ מט"א ע"ש ולפי"ז ע"כ דלא כמהרימ"ט דאל"ה בטלת דין שליחות בקידושין מעיקרו אפילו לשליח א' איברא דק"ל ע"ד המרדכי דא"כ בגרושין גופייהו במילתא דלאו בע"כ שליח ל"מ למשווי שליח והדבר קשה דבספ"ב דגיטין אמרי' הוי שליח להולכה עד

דמטית התם וכי מטית התם שוי שליח להולכה והא התם לאו בע"כ היא דאי בעיא לא משווי שליח ולא מגרשה וי"ל דאע"ג דלא מגרשה בשליחות זו מצי הבעל לגרשה בע"כ.. **וראיתי** להרב קרבן העדה בפ"ג דגיטין אמתני' דהמביא גט בא"י וחלה שהק' ע"ד המרדכי מפשטא דגמ' ר"פ הא"מ דאמרי' ושלח ושלחה שעושה שליח והשליח שליח אשכחן בגירושין בקי' מנלן איתקש הויה ליציאה נר' דאכל מילי קאמר גם אמאי דהשליח עושה שליח ע"ש וי"ל דסוגיא דר"פ הא"מ אזלא אליבא דאביי דס"ל פלוגתא דר"מ ור"י בבזיון דבעל ולכ"ע מילי ממסרן לשליח ועוד נ"ל דע"כ לא כ' המרדכי דבקדושין הוו מילי אלא דוקא אי א"ל קדש לי אשה פ' דכיון דלא עשאו שליח אלא לקדושין דאשה א' אמרי' דהוו מילי שמא לא תתרצה לו אבל אי א"ל קדש לי אשה סתם דודאי ימצא מי שתתרצה לו לא הוו מילי וכה"ג אמרי' בפ"ק דמציעא גבי שדה זו כשאקחנה ממך וכו' ע"ש ובהכי ליתא למ"ש הק"הע שם מדברי הר"ן דס"ל כס' המרדכי והוא ממה שהוכיח הר"ן דיכול ליעשות שליח לקדש קרובתו לחבירו אע"ג דלדידיה ל"מ מקדש לה מדאמרי' בפ"ק דנזיר האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה סתם אסור בכל הנשים ולא מתשרי בקרובות השליח ומדלא קאמר דחיישי' שמא השליח עשה שליח משמע דהוי מילי ע"ש ולפ"ה בהך דשליח לקדש סתם אפילו המרדכי מודה דמהני ומאי דלא חיישי' משום דדוקא בשליח א' הוא דאמרי' חזקת שליח עושה שליחותו אבל בשליח ב' לא והסברא לחלק ביניהם יתבאר מתוך דברי התוס' בעירובין דל"א ע"ב בד"ה וליחוש ע"ש ובמ"א יתבאר זה בע"ה ונהי דבכ"מ לא חיישי' שמא שויה שליח היינו משום דחזקת שליח עושה שליחותו בעצמו ולא ימסור שליחותו לאחר אבל כי אמרינן דמסר שליחותו לאחר תו אזדא לה חזקת שליח עושה שליחותו:

והנה בירוש' ר"פ השולח איתא וז"ל חלה שליח מה את עביד ליה כגיטין או כקדושין אין תעבדינה כגרושין ביד כל אדם מצוי לגרש אין תעבדינה כקידושין אין ביד כל אדם מצוי לקדש ופי' הק"הע דמבע"ל לשליח לבטל אי מצי משוי שליח לבטל אי דמי לגירושין או לקדושין ולא נפשטה הבעיא ותמהני מאי מבע"ל הא קי"ל מילי ל"מ לשליח ובטול מילי הוא ונר' דס"ל להירוש' כאביי דפלוגתא דר"מ ור"י היא בבזיון דבעל ומבע"ל בבטול למי מדמינן ליה לשליח הולכה דגט או לקדושין אבל למאי דקי"ל מילי ל"מ לשליח ליכא לספוקי כלל ומט"ז השמיטוה הפו' ומ"ש הק"הע דבעיא זו אינה אליבא דר' דס"ל אם בטלו מבוטל ע"ש נעלם ממנו דברי התוס' בר"פ השולח בד"ה ר"ן ע"ש:

עוד יש לעמוד בס' מהרימ"ט הלזו מדאמרי' ס"פ הבית והעליה דקי"ח ע"א דפריך אמתני' דאין שומעין לו מברייתא ומשני כאן בהגבהה כאן בהבטה ואמרי' בתר הכי

הבטה בהפקר תנאי היא ע"ש הרי דאי הבטה בהפקר קניא היה קונה השוכר בהבטת הפועל והוי משום דשלוחו הוא ולס' מהרימ"ט ל"מ למשוי שליח לקנות לו בהבטה דהבטה ודאי דלא עדיף ממילי וי"ל דאע"ג דכה"ג מילי נינהו ולא ממסרן לשליח היינו שליח לחודיה אבל פועל ידו כיד בע"הב וכדאמרי' בפ"ק דמציעא ד"י ע"א דאפילו למ"ד המגביה מציאה לחבירו ל"ק חבירו פועל שאני ע"ש ומסוגיא הלזו למד המח"א בה' שלוחין סי' י"א בפועל גוי הוי שליח אע"ג דקי"ל אין שליחות לגוי ע"ש ובסוף ה' שותפין כ"כ גם לענין אשלד"ע ע"ש הן אמת שדבריו שם תמוהים אצלי מדאמרי' מרי' ברפ"ב דקדושין גבי שליחות יד עבדו ושלוחו מנין ואי איתא לעבדו א"צ קרא דגם בעלמא עבדו כגופו גם לד"ע דפועל ועבד כי הדדי נינהו ועיין לה' הלכות יו"ט דע"א ע"ש וכבר כתבתי בזה בחי' במציעא ד"י ע"ב ע"ש ועפ"ה א"ש מאי דאמרי' שם בס"פ הבית והעליה ת"ק סבר הבטה בהפקר קני אי יהבי אגרא אין אי לא לא דא"ש אפי' כמ"ד המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו מ"מ יש חילוק בין יהיב אגרא ללא יהיב דאי יהיב אגרא הו"ל פועל ומצי לזכות להם בהבטה אבל אי לא יהיב אגרא הוי כשליח דעלמא ולא מצי לזכות להם בהבטה דמילי נינהו וזכי בה איהו דכיון. דיודע שאין חבירו זוכה מכוין לזכות לעצמו וכמ"ש במקו' שם ועיין להמח"א ה' שלוחין סי' י"ו ע"ש ועוד י"ל דאפילו כמ"ד המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו איתא דיש לחלק בין יהיב אגרא ללא יהיב אגרא דכי לא יהבי אגרא מהימן לומר דנתכוון לקנות לעצמו אבל אי יהבי אגרא לא מהימן עד שיאמר בתחי' שמירתו קודם הבטה א' בפני עדים אני רוצה לקנות לעצמי ובהא יכולין לעשות שלא יהיו עדים שם בהבטה א' וד"ז מתבאר מדאמרי' בפ' הגוזל בתרא דקי"ז ע"ב גבי שיירה שעמד עליה גייס לטורפה ועמד א' והציל אמר לעצמי אני מציל קנה לא אמר לא ומוקמי' לה בשותפין או בפועלים ולכך אמר אין לא' לא מתבאר מסוגיא הלזו דדוקא בפועלין הוא דבעי' אמר בתחי' משום דמסתמא לדעת בע"הב מציל ולא מהימן למי' דנתכוון לעצמו אבל אדם אחר מהימן למי' נתכוון לעצמו והרשב"א ח"ב סי' פ"ז כ' בשנים שנשתתפו במלאכת החייטי' או הרצענין דנעשו שכירין ז"לז ולא מהימן א' מהם לומר שחזר בו אלא מסתמא כל מה שעשו במלאכתן לזכות שניהם ודוקא עד שיאמר קודם שיעשה המלאכה בפני ערים שחוזר בו מן השותפות ולמד ד"ז מסוגיא הלזו דפ' הגוזל בתרא ומשמע דאדם אחר דלאו פועל מהימן:

איברא דק"ל ע"ד הרשב"א הלזו דאפי' בשותפות דאין לה מקום לחול ויכולין לחזור אמרי' דנעשו שכירין ז"לז דא"כ היכי מוכח הגמ' בפ"ק דמציעא ד"ט דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו מדתנן בזמן ששניהם מודים יחלוקו בלא שבועה דילמא שניהם

מודים שנשתתפו להגביה אותה שניהם לזכות שניהם דהו"ל פועל דידו כיד בע"הב כדמסיק שם בדף יו"ד ע"ש וקמ"ל דפועל המגביה מציאה קנה חבירו דלא כס"ד דרבא שם דפריך לר"ן מברייתא דפועל ע"ש ועיין עוד שם בגמ' במאי דרצה להוכיח ד"ז דהמגביה מציאה לחבירו מדתנן זה אומר כולה שלי וז"א חציה שלי וע"ש בתוס' ועוד קשה דמדברי הרשב"א גופיה שם בח"ב סי' ק"ג נראה דאפילו בשאר כל אדם דלאו פועל אינו נאמן לומר לעצמו נתכוון שנשאל בראובן שחייב לשמעון ולוי ונתן מעות לשמעון להוליכן ללוי וקבלם בשתיקה ואח"ז אמר דנתכוון לקנות לעצמו מפאת חובו והשיב דכה"ג ל"א שתיקה כהודאה מדאמרי' בפ"ק דמציעא ד"י רישא דאמר תחילה הרי אף דס"ל תן כזכי יכול לומר לעצמו נתכוון ולא אמרי' שתיקה כהודאה ע"ש ועיין בחלק ה' סי' קפ"ו ע"ש משמע דוקא משום דשתק לבד לא אמרי' בכה"ג שתיקה כהודאה אבל אמר אין לא מהימן לומר דחזר בו ולעצמו נתכוון איברא דיש לי לדון בראיה הלזו שכתב הרשב"א די"ל דלעולם ס"ל לעולא נמי תן לאו כזכי ולכך יכול לומר לעצמו נתכוון אלא דס"ל לעולא דאע"ג דלא עשאו שליח לזכות לו מ"מ כי נתכוון לזכות לו קני ור' יוחנן שם חידש לן דכי אמר תן גלי אדעתיה דלא ניח"ל לזכות עד שתבא לידו ועיין להנ"י שם ועיין בחידושים שם דכתבתי ליישב בזה דברי רש"י שם גבי התופס לב"ח ע"ש כהרא"ש מיהו בסתירת דברי הרשב"א נ"ל דיש לחלק בין אמר שנתכוון לעצמו. דהיינו בלבו לבד בין אמר שאמר בפי' בינו לבין עצמו דלעצמו נתכוון ובההיא דסי' פ"ז אמר בפי' אלא דלא אמר בפני עדים ולכך אדם אחר דלאו פועל נאמן לו' כן אבל בההיא דסי' ק"ג אמר שנתכוון בלבו לבר וכה"ג כי אמר אין מתחי' הוי מה שנתכוון אח"כ לעצמו דברים שבלב ואינם דברים ועיין למרן בב"י סי' קפ"א שכתב משם המרדכי גבי פועל דאפילו נתכוון הי"ו וכ' בב"ה דל"ד נתכוון דדברים שבלב לא מהנו אלא דאמר בפי' בינו לבין עצמו ע"ש והרשב"א חולק בזה בפועל דבעי' בפני עדים אבל באדם אחר. ס"ל לחלק כן ועיין להרשב"א שם בח"ב סי' שס"ט ע"ש ועיין להמח"א בה' שלוחין סי' י"ט ודו"ק והש"ך בסי' קפ"א כ' ע"ד המרדכי שהביאו מור"ם בהגה דמיירי דאמר שאמר בפניהם ע"ש ומדברי מרן בב"ה אין נר' כן אלא דוקא נתכוון הוא דלא מהני משום דהוו דברים שבלב מיהו לדינא נר' עיקר דצריך שיאמר בפני עדים כמ"ש הרשב"א ועיין להט"ז סי' קע"ו דין כ"ח ואם אמר שאמר בפני עדים והלכו למ"ה נשבע ונוטל לעצמו:

עוד י"ל בס' מהרימ"ט מגמ' דפ"ק דתמורה ד"ט ע"א דמוקי לברייתא דלא יחליפנו בשל אחרים בהקדש דעלמא וחולין דידיה ואמר מריה בהמה דהקדש כל הרוצה להמיר ימיר ע"ש ולס' מהרימ"ט הא מילי הוא ול"מ לשליח ואין לומר דכה"ג דכל הרוצה להמיר לאו

שליחות הוא אלא רשות בעלמא הוא דיהיב הא ליתא דמדברי התוס' שם בריש תמורה ד"ב סע"ב שכ' דאי נכרי אינו מימר כי אמר כל הרוצה להמיר נמי לא מהני דכל מילתא דאיהו ל"מ עביד ל"מ למשוי שליח ע"ש מבואר דכה"ג שליחות גמורה היא איברא דק"ל ע"ד התוס' דהא כל ממיר ל"מ עבוד מקרי דהא המימר לוקה וכיון דאסור מקרי ל"מ עביד וא"כ היכי אמרי' בגמ' דלא יחליפנו בשל אחרים באמ' כל הרוצה להמיר הא גם בכה"ג ל"מ וכמ"ש התוס' גבי נכרי ומכח קו' זו נר' להוכיח דדוקא בדבר דאי עביד ל"מ הוא דמקרי ל"מ עביד ול"מ שליח אבל בדבר דאי עבר ועביד מהני מצי עביד מקרי וכמ"ש המח"א בהלכות שלוחין סי' ט' ע"ש ומדברי התוס' הללו ראיה גמורה לדבריו דלא במהראנ"ח שחולק בזה כמ"ש המח"א משמו ע"ש ומ"מ לס' מהרימ"ט קשיא ונ"ל דכה"ג דמימר בהמת הקדש דעלמא בבהמת חולין דידיה לא נכנס בגדר השליחות דסילוק רשות בעלמא הוא ודברי התוס' בריש תמורה מיירי בששתי הבהמות דהקדש ודחולין של נכרי וכה"ג דבהמה דחולין הנתפסת עתה בקדושה היא של הנכרי ע"כ לא מצי להקדושי אלא בתורת שליחות וגם אם אמר כל הרוצה וכו' שליחות מעליא היא ומשמע להו להתוס' דר"י דאמר קדשי עכ"ום עושין תמורה אפילו בבהמה דחולין דעכ"ום ומעתה אין ראיה מדברי התוס' הללו לס' המח"א וכזה ראיתי לס' קדושת יו"ט למהריט"א ז"ל הנד"מ בסי' יו"ד שהביא דברי הר"ב בש"מ כ"י על תמורה שכ' בההיא דמוקי בבהמה דהקדש דעלמא וחולין דידיה וז"ל ולא אמר בשל הקדש דידיה וחולין דעלמא וכגון דאמר כל הרוצה להמיר בחולין דידי ימיר לפי דלא תפיס הקדושה בבהמה דאין שליח לד"ע ולא יועיל מעשה של שליח בממון אחרים עכ"ד מבואר יוצא מדבריו דיש לחלק בין הנושאין בין בהקדש דעלמא וחולין דידיה להקדש דידיה וחולין דעלמא לענין שליחות כדכתי' ועמ"ש התיו"ט שם ע"ד ועמ"ש בסי' י"ט דל"ג ע"ג שכ' דבהמת הצבור הקדש א"י להמיר בה אפילו יחיד מטעם כ"מ דאיהו ל"מ עביד ולמד כן מדברי התוס' גבי נכרי וכ' דא"צ לזה הקשה דמעשר ע"ש ועפ"ה אי הקדש של צבור וחולין דידיה מהני אי לאו הקשה דמעשה ובעיקר ד"ז. שלמדו מהתוספת' נראה דיש ללמדו מהגמ' שם בתמורה די"ג ע"ב דפריך אי מותרות לנדבת צבור פשיטא דאין צבור עושין תמורה ע"ש ואי איתא נוקמא בבהמת הקדש דצבור ויחיד הוא המימר בהם אע"כ דאפילו היחיד אינו מימר בבהמת צבור והוא הדין הנלמד מהתוספתא:

ודע דלפ"ד מהרימ"ט יש ללמוד דאם יש לו חוב על חבירו ועשה שליח למחול לו ומחל לו לא אמרי' שלוחו ש"א כמותו דמילי נינהו ול"מ לשליח ועיין להמש"ל בפי"ו מה' מ"ול

שכ' בפשי' דכה"ג שלוחו ש"א כמותו ומחילתו מחילה ועיין בש"ע ח"מ סי' קכ"ג דין ה' ע"ש:

סימן לה

יש לחקור בחל יו"ט של ר"ה בשבת אמאי אין תוקעין כלל כיון דמשום שבות הוא דאסירה אמאי אין תוקעין בי"הש של מ"ש הא קי"ל כ"ד שהוא משום שבות ל"ג עליו בי"הש ותקיעה בר"ה כיון דהיא מדאורייתא ס"ד לחומרא והיה מן הראוי לחייב לתקוע בי"הש דודאי מי שלא נזדמן לו בר"ה שח"ל בחול שופר אלא עד בי"הש מחוייב לתקוע בי"הש דס"ד לחומרא וכ"כ הי"ל לתקן לח"ל בשבת לקיים מ"ע דאורייתא וכן בנטילת לולב ביוט"א של סוכות שחל בשבת הי"ל בי"הש:

והנה המג"א בסי' שמ"ב נסתפק בהא דאמרי' כ"ד שהוא משום שבות ל"ג עליו בי"הש מי שאני לן בין אפוקי יומא לעיולי מי אמרי' דדוקא בעיולי יומא אבל באפוקי יומא כיון דאתחזק כל היום באיסור גזרו על השבות אפילו בב"הש או ל"ש ע"ש ונ"ל להוכיח דבב"הש דאפוקי יומא גזרו והוא מדאמרי' מרי' בפ"י דנדרים דע"ז דתני ר"ז אין מפירין נדרים אלא לצורך השבת אמר"א הא לא תנן הכי נדרה עד חשכה מיפר לה עד שלא תחשך וא"א צורך השבת אין וכו' מאי אריא חשכה אפילו בתוך היום א"י להפר ומסיק תנאי היא דמ"ד הפרת נדרים כל היום מיפר ולמ"ד מע"לע אינו מיפר דיכול להפר בחול ע"ש וא"א דבי"הש ל"ג מאי פריך ממתני' נימא דה"ק נדרה עם חשכה דהיינו בי"הש מפר לה קודם שתחשך שאם חשכה א"י להפר שמא בי"הש יום הוא וכבר עבר היום ולכך מפר בבי"הש מס' ומשום שבות דהפרת נדרים ליכא דל"ג בי"הש ומשום ספיקא דהפרה דבעל צריך להפר ב"הש ול"מ משתחשך דס"ד לחומרא וכי מפר בי"הש שרייא ממ"נ כיון שהנדר היה בבי"הש אלא ע"כ דגזרו באפוקי יומא בבי"הש אבל אין להוכיח מדלא מוקי ברייתא דר"ז ומתני' לכ"ע כל היום ופליגי בפלוגתא דתנאי אי גזרו בבי"הש משום שבות דודאי כי נדרה בתוך היום ל"מ להפר בבי"הש דס' דאורייתא הוא ומתני' דקתני התם עד שתחשך היינו ס' חשיכה ועיין בס"הק ששי"א בא"ח סי' רצ"ט ע"ש אבל מנדרה בי"הש יש להוכיח שפיר ועפ"ז נתיישב שפיר חקירתינו דא"י לתקוע וליטול לולב בבי"הש משום דגזרו באפוקי יומא בבי"הש משום שבות ועוד נ"ל להוכיח ממתני' רפ"ד דדמאי הלוקח ממי שאינו נאמן על המעשרות ושכח לעשרן שואלו בשבת ואוכל ע"כ חשיכה מ"ש ל"י עד שיעשר וכ' הר"מ בפי"המ חשיכה לאפוקי בי"הש דאוכל ע"פ ומבואר בירוש' דדוקא בשבת הקילו משום צורך שבת וכ"כ הר"מ בחיבורו והשתא אמאי

הקילו בבי"הש כיון דבידו לעשר שלא גזרו על השבות בבי"הש דאפילו למ"ד גזרו על השבות בי"הש בדמאי לא גזרו כדמוכח במתני' בפ' במה מדליקין דל"ד ע"א דבס' חשיכה אין מעשרין את הודאי דקסבר גזרו על השבות בי"הש כדפירש"י ובסיפא קתני מעשרין את הדמאי וקשיא ההיא דרפ"ד דדמאי וגם הר"מ פ' בפי"ב מה' מעשר וע"כ לחלק בין אפוקי יומא לעיולי יומא דבאפוקי יומא גזרו אפי' בדמאי וכ"ש בשאר שבותים וכ"נ להוכיח מדברי התוס' בפ"ק דביצה ד"ד ע"א בד"ה נימא שהק' דילמא טעמיה דרב משום מיגו דאיתקצאי בי"הש וכו' וא"א מאי קו' נימא דלא ניח"ל להגמ' בהכי משום דקי"ל כרב דנולדה בזה אסורה בזה וקי"ל. כ"ד שהוא משום שבות ל"ג בי"הש ולא איתקצאי בי"הש אלא ע"כ דבאפוקי יומא לכ"ע גזרו בי"הש ואיתקצאי בבי"הש ועוד נ"ל להוכיח. כן מדברי התוס' בפ' ב"מ דל"ה ע"ב בד"ה הקשה וכו' שכ' דניחא ליה לאשמועי' רבותא וכו' ואפילו בתרומה דקי"ל משבת או בתרומה דרבנן מחמיר ר"י וכו' ע"כ וי"ל בדבריהם דאמאי הוצרכו לומר בתרומה דרבנן הא ודאי שבות דאית ביה סקילה חמור מתרומה וסגי לן במאי דכ' דאשמועי' אפילו בתרומה דקיל משבת וצ"ל דהוק"ל דהו"ל לאשמועי' הלכה כר"י כמ"ש בשבות דשבת דקיל מתרומה דאכתי בי"הש הוא ואסור ולהכי כ' דאתא לאשמועי' דאפילו בתרומה דרבנן דקיל משבות דשבת מחמיר ר"י ולפ"ז שמעי' מדבריהם דגזרו על השבות במ"ש ולהכי אי לאו בתרומה דרבנן הום"ל הלכה כר"י במ"ש דאכתי בי"הש הוא ואסור ועיין בס' בשמים ראש סי' קכ"א שנסתפק ספיקיה של המג"א והוכיח מדברי התוס' דפ' ב"מ הללו דל"ג אפי' במ"ש ע"ש ולע"ד דבריו תמוהים ואדרבה מדברי התוס' יש להוכיח דגזרו כמ"ש:

גם מההיא דעירובין ד"ל שהביא ה' שם דאמרי' ככר זו היום קדש ולמחר חול אין מערבין בה דמספק לא פקע קדושתה וה"נ במ"ש מספיקא אוקמיה אחזקתיה דאכתי יום הוא ע"ש ראיה נכונה היא ומה שדחה וז"ל ואין זה דומה להההוא דככר דשאני לן בין איסור דאתפיס אחפצה ובין איסור לגברי דלית עליה חזקת איסור וכו' אבל אין מחזיקין בזמן לזמן והזמן אינו מחובר ע"ש לע"ד מדברי התוס' בכ"מ מוכח דאמרי' בכה"ג אוקי אהזקתיה עיין ביבמות דס"ח ע"א בד"ה רישא וכו' וכבר הארכתי בזה בי"ד סי' ק"י לך נא ראה מיהו יש לדון בראייתו מההיא דככר די"ל דש"ה דהקדש מן התורה הוא אבל שבות דאיסור דרבנן הוא מנ"ל דאמרי' מס' לא פקע קדושתיה ועמ"ש בחי' במס' נדרים ד"ז ע"א עש"ב ומ"מ נר' דהדין דין אמת דגזרו ע"ה במ"ש וכמו שהוכחתי שהרי. מאי דקי"ל ספיקא דרבנן לקולא ה"ד בדלא איתחזק איסורא אבל בדאיתחזק איסורא ספיקו להחמיר וכמו שהוכיח הש"ך בסי' ק"י בכללי הס"ס אות כ' מתשו' הרשב"א ע"ש

ועמש"ש בזה וא"כ וראי דגזרו על השבות בי"הש דמ"ש דכיון דאיתחזק איסורא לא גרע משאר איסורי דרבנן דודאי מ"ד כ"ד שהוא משום ישבות ל"ג עליו בי"הש היינו שלא החמירו בו והניחוהו בגדר איסורי דרבנן ולישנא דל"ג הכי משמע ועוד נ"ל להוכיח מגמרא דעירובין דמ"ג דהוכיח. הגמ' דיש תחומין למעלה מעשרה מהאומר ה"נ ביום שבן דוד בא דמותר לשתות יין בשבתות וי"ט וכו' וע"כ דיש תחומין ע"ש והשתא אפילו יש תחומין הא יכול לבוא בי"הש דתחומין דרבנן ול"ב בי"הש ולענין נזיר דא"י דאורייתא הוא אמרי' שמא בי"הש יום הוא ומקרי יום שבן דוד בא ומגמ' זו מוכח דס' נזירות להחמיר אלא ע"כ דגזרו בי"הש דמ"ש כיון דאיתחזק איסורא ולזה י"ל דהאי ברייתא אתיא כמ"ד גזרו בי"הש על השבותין דפלוג' דתנאי היא אך הר"מ בפ"ד מה"נ כ' דמותר בשבתות וי"ט שהדבר ספק אם יוכל לבא בשבת וכו' וס' נזירות להקל ע"ש ואי איתא הא הוי ס"ס להחמיר שמא אין תחומין ויכול לבא ואת"ל יש תחומין שמא בי"הש יום הוא ובכה"ג ל"א ס' נזירות להקל דהוי כמו רובא ואפילו בדרבנן אזלי' בכה"ג לחומרא ועיין להר"ן בפ"ב דנדרים די"ט בפי' הסוגיא דליטמא טמא שנראה מדבריו דמדמי' ס' נזירות לדרבנן ע"ש:

וראיתי להשע"ה בה' שבת דכ"ב ע"א שהוכיח דלג' ע"הש אפילו במ"ש מדברי התוס' במס' עירובין דל"ד ע"א בד"ה אמאי שכ' בהגה וז"ל וע"כ כצ"ל האמת לפ"ה דאי לעולם צריך להוליכו עד מקום השביתה א"כ תק"ל מרב ולא יוכל לתרץ מ"ש גזירה אטו יו"ט אחר השבת ע"כ ופי' הרב בכוונתם דה"ט דל"מ לתרץ גזי' אטו יו"ט אחר השבת משום דאפילו יו"ט אחר השבת שרי משום דכ"ד שהוא משום שבות ל"ג עליו בי"הש ועפ"ז הוכיח דלדעת התוס' דאפילו במ"ש ל"ג ע"ש ולע"ד דאין משם. ראיה כלל דכוונתם פשוטה לפניה דאין יכול לתרץ אטו יו"ט אחר השבת משום דכיון דאפילו ביו"ט אחר השבת לא אסיר הולכה פחות פחות מד"א אלא מדרבנן לא גזרי' וכמו דלא גזר רבי גבי אילן אטו יו"ט אחר השבת וכמ"ש התוס' שם בד"ה גזירה ע"ש והוא פשוט בכוונתם גם מה שהוכיח ה' שם מדבריהם בד"ה גזירה שכ' דאז ממ"נ אסור להשתמש ולא כ' משום דבמ"ש גזרו נראה דאפילו במ"ש ל"ג ע"ש נר' די"ל ע"פ מ"ש דהא מילתא באיסורא דרבנן דאיתחזק איסורא. דקי"ל ספיקו להחמיר וד"ז תלוי בשנויי דגמ' דעירובין דל"ו דלחד שנויא דוקא גבי טומאה דאית לה עיקר מ"הת אמרי' הכי ולאידך שנויא בכל איסורי דרבנן ספיקו להחמיר היכא דאיתחזק איסורא וקי"ל כהך שנויא וכמ"ש הש"ך בסי' ק"י ע"ש וא"כ י"ל דהתוס' נקטו ממ"נ אסור אפי' לאידך שנויי דשרי ס"ד באיתחזק איסורא אבל לדידן דקי"ל כאידך שנויא דס"ד באיתחזק איסורא להחמיר גזרו בע"ש

ב"הש דמ"ש ועפ"ז גם מ"ש. השע"ה בשם הרשב"א שכתב שם בעירובין דל"ב בהדיא דל"ג אפילו במ"ש ע"ש י"ל דלא כ"כ אלא ליישב דר"י בר משרשיא ס"ל כאידך שנוייא דשרי אבל לדידן דקי"ל דכל ס' דרבנן דאיתחזק איסורא להחמיר וכמ"ש הש"ך מדברי הרשב"א גופיה מודה דגזרו ע"הש בי"הש כיון דאיתחזק איסורא נקטי' דבב"הש גזרו ע"הש וממילא נתיישבה חקירקינו דה"ט דלא תיקנו. ליטול לולב ולתקוע שופר בבי"הש דמ"ש:

וע"ל ע"פ מ"ש מדברי רש"י במס' עירובין דל"ה ע"א בד"ה ובעי סכינא דדוקא בשבות. א' הוא דל"ג בבי"הש אבל בב' שבותים גזרו וע"ש בתוס' ולהכי כיון דלולב איכא איסור טלטול וגזירת הולכת ד"א כדאיתא בר"פ לולב וערבה וכן תקיעת שופר איכא גזירה דתיקון כלי שיר והולכת ד"א גזרו אפילו בבי"הש ובהכי ניחא דהוצרכו בגמ' לטעמא דשופר משום גזירת ד"א ולא סגי בגזי' שמא יתקן כלי שיר. דהוצרכו לזה לאסור אפילו בבי"הש ועיין להפר"ח סי' תקפ"ח ולהשע"ה. הלכות שופר דפ"ו ע"ד ע"ש ומה"ט גם בהזאה אסור בבי"הש כמו שנראה מגמ' בפ"ק דיומא ד"ח ע"ב דפריך הזאה כל ז' מי איכא משום דאית בה נמי איסור טלטול ועמ"ש בחי' שם:

איברא דאני תמיה טובא ע"ד רש"י הללו מדאמרי' שם בעירובין דל"ב ע"ב דפריך בגמ' והא משתמש באילן ומשני רבי היא דכל דבר שהוא משום שבות ל"ג עליו בי"הש ופירש"י דה"ה דהומ"ל והא מפיק מכרמלית לר"ה אלא דחדא מנייהו נקט מוכח דלפום שנויא דגמ' אע"ג דתרי שבותי נינהו דמשתמש באילן ומפיק מכרמלית לר"ה ל"ג בי"הש ואף למ"ש התוס' דהומ"ל דקאי בכרמלית היינו דהמקשן ל"מ לאקשויי אבל למסקנא ניחא אפילו בר"ה כדקאמר באילן העומד בר"ה וצ"ע ועיין להתוס' במס' שבת דקנ"ה ע"א בד"ה למטה וכו' במ"ש א"נ כרבי וכו' וע"ש בגמ' ודו"ק:

ודע דמ"ש למעלה בראש אמי'ר דודאי מי שלא נזדמן לו שופר בר"ה עד בי"הש מחוייב לתקוע מספיקא נר' דתוקע בלא ברכה ואין זה דומה לס' קרא ק"ש דחוזר וקורא ק"ש בברכותיה כדאי' בגמ' ובפו' דהתם שאני דגברא בר חיובא אלא דהספק הוא אם כבר יי"ח אבל הכא בשעה זו שהיא בי"הש ס' אי מחוייב בדבר ודמי לטומטום ואנדרוגינוס דאע"ג דחייבין בלולב ובסוכה אין מברכין כמ"ש הר"מ בפ"ז מה' סוכה משום דס' הוא אי מחוייב בדבר ע"ש וכן סוכה בס' שביעי ס' שמיני יתובי יתבינן ברוכי לא מברכי' וה"נ דכוותא בשעת בי"הש ס' אי מחוייב בדבר כנ"ל פשוט ועיין להפר"ח סי' ס"ז ע"ש ועיין להרב קול אליהו ח"א חא"ח סי' שכתב דלמ"ד חומר הספיקות מדאורייתא היינו דוקא בחייב ודאי וס' אם יי"ח אבל בס' גברא אי בר חיובא אינו אלא מדרבנן כמו נשים בב"המ

ותמה בזה על ה' מוצל מאש ע"ש ועיין להתוס' בפ' הערל דפ"ב ע"ב בד"ה תנן שנר' מדבריהם דלמ"ד אנדרוגינוס ספיקא הוא אינו מחוייב לישא אשה לקיים מצות פ"ור ולמ"ד זכר ודאי מחוייב ע"ש והוא תימה דמ"ש בסוכה ך דמחוייב וכן כוי בכסוי הדם:

ומן האמור בזה אני תמה על ה' שאגת אריה סי' מ"ג דעמ"ש התוס' במנחות דל"ו ע"א בד"ה רבי דר"י וחכמים ס"ל לילה זמן תפלין דמשמע דת"ק ס"ל לילה לז"ת ולכך כשתשקע החמה חולץ הקשה דכי פריך התם ארבה בר"ה דידיה אדידיה וס"ד דרבה בר"ה בחול מיירי תק"ל מימרא דרבה בר"ה לחודה דמדודאי חשכה חולץ אלמא דס"ל לילה לז"ת וא"כ ספק חשכה אמאי אינו חולץ הא ספיקא דאורייתא לחומרא ותי' דס"ד דמקשה דלא מיעטיה קרא ללילה מתפלין אלא מחיובא אבל איסורא ליכא ולא ס"ל כהינך אמוראי דס"ל עובר בעשה או בלאו ע"ש והוא תימא דא"כ ספק חשיכה אמאי אינו מניח כיון דליכא איסורא ואיכא ספיקא אי מקיים מצות תפלין באותה שעה ולפחות מדרבנן מיהא איכא מצוה ואמאי אינו מניח אלא ע"כ דאיכא נמי איסורא דעשה או ל"ת למר כדאי"ל ולמר כדאי"ל ולמאי דמוקי בגמ' דרבה בר"ה בע"ש איירי וס"ל כר"עק דנ"ל מדכתיב לאות אע"ג דלההוא דרשא ליכא איסורא הא דאינו מניח בס' חשיכה משום דילמא נפיק לר"ה ועיין להש"א בסי' מ"א ע"ש ולעיקר קושיתו אי ס"ל להמקשה כמ"ד בעשה ודאי דשפיר קמותיב הש"א דכיון דהאי פשה והאי עשה מן הדין הי"ל לחלוץ תפלין דשוא"ת עדיף דכי אינו חולץ הוי כמו שלובש בקום עשה רבוותא אמרי' במס' ברכות המוציא כלאים בבגדו פושטן אפילו בשוק אע"ג דמסקי' התם דבשוא"ת שרי משום דכשאינו פושטן הוי כמו שלובשן בק"ע ע"ש וה"נ דכוותא הו"ל לחלוץ דמאי אולימיה דהאי עשה מהאי עשה אמנם אי ס"ל להמק' כמ"ד בל"ת ניחא שפיר דאינו חולץ בס' חשיכה משום דאתי ס' עשה ודחי ס' ל"ת וכמו דאמרי' אתי עשה ודחי ל"ת הכי נמי בספיקן ועיין בפרט זה להרב משאת משה ח"א סי' א' ולהרב קול אליהו חא"ח סי' ו' והא דאינו מניח לכתחילה חומרא מדרבנן הוא כיון דאי' איסורא דל"ת:

ברם נ"ל להוכיח דלא אתי ספק עשה ודחי ס' ל"ת והוא מדאמרי' במס' יבמות דאצט' כהנת שנתערב וולדה בולד שפחתה הגדילו ושחררו זא"ז אין מטמאין למתים ומשמע דבכל גוונא אין מטמאין אפי' לצורך קבורת המת דמצוה קעביד ודינו כדין כהן ממש אשר עפ"ז ניחא מה שדקדקו שם התוס' אמאי קתני ברישא אין מטמאין כיון דתני בסיפא וכמו דלא תני אין סופגין את המ' ע"ש די"ל משום דלא דמי אין מטמאין דרישא לסיפא דבסיפא אשמעי' אע"ג דאיכא ספק מ"ע והוה ס"ד דאתי ספק מ"ע דשמא ישראל הוא ודחי ל"ת דס' טומאה וקמ"ל דלא דחי ואע"ג דבטומאה איכא ל"ת ועשה מ"מ ל"ת ועשה

שאין שוין בכל נינהו וקי"ל דאתי עשה ודחי להו לחד תי' שכ' התוס' בפ"ק דיבמות ד"ה ע"א ע"ש ומעתה הדרא קו' הש"א לדוכתא דכיון דא"י ל"ת אמאי אינו חולץ בס' חשיכה הא קי"ל ס' דאורייתא לחומרא ולכן נ"ל דבסברת ת"ק אין להוכיח מאי קסבר בלילה אי זמן תפלין וכוונת התוס' דבדר"י וחכמים בע"כ דס"ל לילה זמן תפלין אבל בת"ק אין הכרח דאפשר דלילה לאו זמן תפלין ואפשר דס"ל לילה ז"ת אלא דחששו שמא יישן בהם ועשו הרחקה אפילו מתחילת חשיכה וניחא שפיר קו' הש"א ועיין למהרש"ל בפ' ב"מ דכ"ב ע"א בד"ה ואסור ובמ"ש בחי' שם ע"ש:

וראיתי להריטב"א ז"ל בחי' בפ' ב"מ דכ"ג ע"א שהביא דברי הרי"ף בפ' ר"א דמילה שכ' בנולד מהול שצריך להטיף ממנו דם ברית דאינו מברך ולמד ממנו בספק נטל לולב אפילו ביום א' נוטל ואינו מברך לפי שהברכה מדבריהם ע"ש והוא תימא דמ"ש מס' קרא ק"ש ס' לא קרא דחוזר וקורא אותה בברכותיה:

והנה בת"ב בפ' אמור נ"ל דס' אחיו או ס' בנו אינו מטמא להם מדכתיב לה יטמא מטמא הוא לודאי ואינו מטמא לס' והביאו הרי"ף בה' טומאה והנ"י הקשה אמאי אצט' קרא הא ס' איסורא לחומרא ע"ש ומהרימ"ט חי"ד סי' א' הקשה כן וכ' דלדברי הר"מ דחומר הספיקות הוא מדרבנן ניחא ע"ש ומן האמור י"ל דקמ"ל דלא אתי ס' עשה ודחי ס' ל"ת:

וראיתי להרשב"א בתשו' ח"א סימן תתקע"ו ששאלוהו במתנה שאם תמות אשתו בלא זש"ק שיחזיר חצי הנדוניא ומתה והניחה ולד שמת בתוך ל"י שהוא ס' נפל והשיב כיון שהוא ספק הבעל פטור ודוקא בשכ' אם לא ישאר אבל אם כ' אם ישאר לא יחזיר חייב ועיין מהרשד"ם חא"ה סי' קצ"א מ"ש בכוונתו ומהר"ץ בסי' ס"א ב' בכוונתו דלעולם מה שמזכיר בפי' בתנאי דעתו על הודאי ולכך בכ' אם ישאר ר"ל אם ישאר ודאי אבל בס' חייב להחזיר והוכיח ד"ז מגמ' בשבת דקל"ז דאמרי נראה ואינו נראה א"ב ע"ש ובס' בשמים ראש סי' כ"ט בהגהת כ"ד הק' מדתנן ריש ברכות אמ"ל ר"ג אם לא עלה ע"ה חייבים וכו' משמע אם ספק אינו חייב ואמאי והא ק"ש דאורייתא. ע"ש ונראה דל"ק דה"ק אם לא עלה ע"ה חייבים לקרות כדינה ק"ש בברכותיה אבל בס' לא יברך כמ"ש לעיל דס' אי הוא בר חיובא קורא בלא ברכה ובגמ' בחולין די"א מייתי דאזלי' בתר רובא מרישא של עולה דליחוש שמא טרפה ומק' העולם לדעת הר"מ דאיסור הספיקות מדבריהם מאי ראיה מדלא חיישי' לס' טריפה וה' לב אריה שם תירץ דאפילו לדעת הר"מ היכא דההיתר מפו' בקרא ומכללא דהיתר שמעי' האיסור כגון טרפה דכתיב חיה אכול הא שא"ח לא תיכול בכה"ג מודה הר"מ דס"ד לחומרא מדאורייתא דלעולם מה

שמפו' בקרא הוא הודאי וה"ק חיה ודאי אכול הא ס' לא תיכול ע"ש ודברי הרשב"א בתשו' הללו לפמ"ש מהר"ץ בכוונתו מסייעי ליה למר:

סימן לו

שאלוני רעיוני על מה סמכו פה העירה משנים קדמוניות להיות היהודים קונים מכס העורות דהיינו שכל איש אשר ישחט עגל ופרה ופרים ה"ז בכי יותן העורות שלהם אפילו עור הראש של עגל הרך לבעלי המכס ורובם נבילות וטריפות והרי משנה שלימה שנינו במס' שביעית פ"ז דאסור לעשות סחורה בנבילות וטריפות וכ"פ כל הפוסקים והנה בשאר העורות שאינם ראויים לאכילה ואין עומדים אלא למלאכה היתרן פשוט דכיון דעיקר הטעם דאסור הוא שמא יאכל דוקא במידי דראוי ועומד לאכילה הוא דאסור וכן הוא בירוש' דפריך הרי חמור וגמל ומשני למלאכתן הם גדילים ע"ש וכ"כ להדיא הרשב"א בתשו' ח"א סי' תפ"ט אך מה שיש לעמוד הוא בעור הראש של עגל דראוי לאכילה הוא:

והנה התוס' בפ' כ"ש דכ"ג ובפ' מרובה דפ"ב כ' בשם ר"ת הא דאסור מדאורייי' היינו להשתכר ולמכור לנכרי לאכילה אבל להשתכר בשומנן ועורן לא או שמגדלן שלא למכור אלא למשוח ולהדליק ע"ש אשר מבואר מדבריהם דאפילו במידי דראוי ועומד לאכילה כמו חזירים דמיירי בהו התוס' אם אדם זה מוכרן למלאכה שרי ולא אזלי' אלא אחר דעת אדם זה המגדלן א"כ לפ"ז בנ"ד שקוני המכס מעבדין כל העורות ואין מוכרין כלל לאכול שפיר יש להם על מה שיסמוכו סמיכה דאורייתא:

איברא דהרשב"א בתשו' ח"ג סי' רכ"ג חלק ע"ד התוס' ומסיק דלא אזלי' בתר דעת אדם זה אלא במידי דראוי ועומד לאכילה אסור אפילו דאדם זה אינו מוכר לאכילה אסור וכ"ד ריי"ו הביאו הכנ"הג סי' קי"ז ע"ש ויש להוכיח שכ"ד הרמב"ם ז"ל והוא ממ"ש בפ"ח מה' מ"א כ"ד שהוא אסור באכילה מ"הת אסור לעשות בו סחורה וכו' חוץ מן החלב שהרי אמרה תורה יעשה לכל מלאכה ע"ש וא"א מנ"ל מן התורה דמותר החלב בסחורה דילמא בדעתו של זה האדם לייחדן למלאכה מיירי אלא ע"כ דס"ל כיון דהחלב ראוי ועומד לאכילה לא אזלי בתר דעת אדם זה וכדעת הרשב"א וריי"ו מיהו בלא"ה קש' נוקמה בנזדמנו לו או שנפלו לו בירושה דכ"ע מודו דשרי אע"כ דס"ל להר"מ דעיקר קרא להכי הוא דאתא להיתר סחורה ואי מוקמת ליה לקרא בהני גווני דשרי בשאר איסורין למ"ל קרא גבי חלב ולפ"ז צ"ל דמ"ש הר"מ בדין הקודם לזה כ"מ שנאמר לא תאכל וכו' א' איסור אכילה וא' א"ה עד שיפרט לך כמ"ש בחלב ע"ש לאו דמהכא יליף דהא אצט'

להיתר סחורה כמ"ש בד"ז אלא דעיקר הלמוד הוא מנבילה ולא הזכיר חלב אלא לדוגמא בעלמא וע"ש בהלח"מ שנר' שלא ראה דברי הר"מ בד"ז ע"ש ומה שק' ע"ד הר"מ מגמ' דפ' כ"ש דכ"ג דמבע"ל קרא דחלב לדרשא אחריתי כבר כ' הפ"ת דמדאפקא רחמנא בלשון מלאכה נ"ל להר"מ ד"ז ע"ש:

ומן האמור י"ל בדעת הר"מ דס"ל דאיסור סחורה הוא מדאורי' דע"כ דס"ל עיקר קרא דמלאכה להיתר סחורה הוא דאתא דאל"ה נוקמא לקרא בהני גווני דשרי בשאר איסורים וכדמוקמי' קרא דאו מכור לנכרי דנבילה וכמ"ש התוס' בסוכה והר"ש בשביעית ע"ש ודלא כמ"ש מהריט"א ז"ל בס' קהלת יעקב דע"ו ע"ג דס"ל להר"מ כיון דאיסור סחורה סמכוהו חכמים ז"ל אקרא דיהיו ע"כ דל"ג בחלב דאי גזרו גם בחלב א"א דמתיר קרא בפי' הפך האסמכתא וכמ"ש התוס' במס' חגיגה דח"י ע"ש ועפ"ה א"א לו' כן לדעת הר"מ וע"פ סברת הר"מ ניחא מאי דק"ל בגמ' בזבחים דק"ו דאמרי' לא ליכתוב בחלב ונילף מנבילה מה לנבילה שכן מטמאה עש"ה דאכתי קשה לא ליכתוב לאו בחלב ונילף מדם בבנין אב וליכא למפרך מה לדם שכן לא הותר. מכללו דהא דם נמי הותר מכללו גבי דגים וחגבים דאצט' קרא למעטינהו כדאי' בר"פ דם שחי' ולדעת הסו' דדם שבישלו מדרבנן הוא דאסור ק"ו נמי איכא ומה דם שיש היתר לאיסורו ע"י בשול מוזהר עליו בלאו חלב דאין היתר לאיסורו לכ"ש אמנם עפ"ד הר"מ ז"ל ניחא שפיר דאיכא למפרך מה לדם שכן אסור בסחורה דודאי דם אסור בסחורה אע"ג דלא תנן ליה במתני' במס' שביעית ע"כ תנא ושייר וכן ראיתי לה' בית הלל ביו"ד סי' י"א שכ' בפשי' דדם אסור בסחורה ע"ש:

וראיתי לה' פ"ת סי' קי"ז סק"ד שכ' דדם מותר בסחורה כיון דאיתקש למים ע"ש ואע"ג דאצט' היקשה לדם קדשים שאינו מכשיר מ"מ אין היקשה למחצה אבל קשה דלפ"ד מאי פריך הגמ' בפ' כ"ש דכ"ב ולחזקיה למ"ל היקשה דדם למים ע"ש נימא דאצט' להיתר סחורה וכן קשה למאי דפריך בתר הכי גבי אמ"ה לחזקיה למאי הילכתא איתקש אמ"ה לדם והוצרך לומר דדם הוא דאיתקש לאמ"ה ואמאי לא משני בפשי' דאיתקש אמ"ה לדם להיתר סחורה דהא לפ"ד בפ"ת קושטא הוא דאמ"ה מותר בסחורה דאיתקש לדם דאין היקש למחצה ואפ"ל דלריה"ג דס"ל שם בפ' כ"ש דכ"ג ע"ב דגיד יליף בק"ו מחלב להיתר הנאה ולא פרכי' שכן הותר מכללו דבבהמה מיהו לא אישתרי ע"ש לדידיה איכא למילף אמ"ה מחלב בק"ו לענין היתר סחורה ולא אצט' היקשה וממילא דם יליף בהקשה מאמ"ה ולכך פריך שפיר למ"ל הקשה דם למים והוצרך לשנויי לדם קדשים שאינו מכשיר ואחר דאיכא הקשה דם למים אין הקש למחצה וילפינ' דם ממים להיתר

סחורה ולכך פריך ל"ל הקשה דאמ"ה לדם ולא משני דם הוא דאיתקש לאמ"ה להיתר סחורה דהא כבר יש ללמדו מהקשה דדם למים ואין להקשטת היכי ילפי' אמ"ה מחלב להיתר סחורה איכא למפרך מה לחלב שכן אינו מטמא די"ל דעיקר קרא דיעשה לכל מלאכה בחלב נבילה הוא דכתיב ועפ"ז י"ל מה שהק' השע"ה בה' אישות דט"ו ע"א עמ"ש התוס' בקמא רע"ב אי תקרובת עבודה זרה אסורה בהנאה מדאורייתא או מדרבנן דתפשוט ממאי דפריך הגמ' שם בפ' כ"ש ואימא כמים הנשפכין לפני ע"ז ע"ש ולפ"ה י"ל דהכי פריך א"א דהוקש דם למים נימא דהוקש למים הנשפכין לפני ע"ז דאסורין בסחורה וקי"ל להגמ' דדם מותר בסחורה מדלא תני ליה במס' שביעית או מדתנן נמכרין לגננין לזבל איברא דלפמ"ש התוס' בפ' כ"ש דכ"ג ע"ב בד"ה ומה וכו' גם ריה"ג מודה דבעלמא פרכי' שכן הותר מכללו ע"ש מיהו התוס' מחלפא שיטתייהו ממ"ש בפ' העור והרוטב דק"ך ע"א בד"ה חלב ע"ש ומ"מ נ"ל דיש להוכיח דאמ"ה שרי בסחורה מההיא דפ' כ"ש דתניא מנין שלא יושט אמ"ה לב"נ שנאמר לפני עור וכ' התוס' דבשכר איירי ע"ש ואי איתא בלאו קרא דלפני עור אסור בסחורה ובשכר סחורה מקרי וכמ"ש הרב קול אליהו ח"א חיו"ד סי' כ"ז ע"ש אע"כ דאמ"ה שרי בסחורה ומזה יש להוכיח נמי דאיסורי נזיר שרי בסחורה דהא נמי תניא כוס יין לנזיר ועיין למהריט"א ז"ל שם בס' ק"י שהביא מברייתא דספרי והאריך בזה ע"ש ולע"ד מברייתא הלזו דפ' כ"ש יש ללמוד ד"ז שו"ר דמדברי התוס' במס' ע"א דס"ב ע"א בד"ה והתנן שהק' דילמא מתני' לכתחי' קאמר ע"ש נראה דמשכיר עצמו. להתעסק במ"א לית ביה לתא דסחורה דאי איתא מאי מק' הא ע"כ דיעבד קאמר דאי לכתחי' מ"ש יי"ן אפילו במ"א אסור ודלא כהרב קול אליהו מיהו זה תלוי בכוונת דברי התוס' וכמ"ש לקמן בס"ד:

ומן האמור דדם ואמ"ה שרי בסחורה כמו חלב ניחא מה שהק' התיו"ט לדעת הר"מ דאיסור סחורה מ"ה מדאמרי' בגמ' בפ"ק דבכורות ד"ו דמייתי כמה מקראות להוכיח דחלב בהמה טהורה שרי ולא מיתסר משום אמ"ה או משום דם נעכר ונעשה חלב ודחי דילמא לסחורה ואי איסור סחורה מדאורייתא הא כיון דשמעי' מקרא דשרי בסחורה שמעי' נמי דשרי באכילה ע"ש ועפ"ה לק"מ דקושטא דדם ואמ"ה שרי בסחורה:

וע"פ ס' הר"מ דחלב מותר בסחורה ניחא מה שהק' התוס' בחולין דק"ך בד"ה חלב לריה"ג נפש למאי אתא ע"ש די"ל משום דאין ללמוד חלב מחמץ דמה לחמץ שכן אסור בסחורה וכי פריך בגמ' לא ליכתוב בחלב ותיתי מהינך הומ"ל שכן אסורין בסחורה מיהו התוס' אזלי לשי' שכ' בפ' מרובה דחלב העומד לאכילה אסור בסחורה ע"ש וע"פ מ"ש דאמ"ה שרי בסחורה ניחא מאי דק"ל ע"ד הר"מ דחלב שרי בסחורה מברייתא דת"כ בפ'

צו דבעי למילף דחלב נוהג בב"נ מק"ו מאמ"ה ע"ש ולדעת הר"מ נפרוך מה לאמ"ה שכן אסור בסחורה ולפמ"ש ניחא שפיר:

איברא דק"ל מגמ' דחולין דק"ג ע"א דפליגי אמוראי באכל חלב מ"ה מן הטריפה אי חייב ב' או ג' ומוקי לה כגון שנטרפה עם יציאת רובה עש"ה ולפי מה שנתבאר דחלב ואמ"ה שרי בסחורה נוקמה בנטרפה אחר יציאתה ולמ"ד ג' איסור חלב קדים וכן אי' אמ"ה דבהמה בחייה לאיברים עומדת ואתי איסור טריפה וחייל עלייהו באיסור מוסף מיגו דאיתוסף איסור סחורה ומ"ד ב' ס"ל לאו לאיברים עומדת ולדעת התוס' בחולין דק"א דס"ל דאיסור הנאה לא הוי א"מ ניחא דה"נ איסור סחורה לא הוי א"מ אבל לדעת הר"מ דהוי א"מ קש' ועו"ק לדעת הר"מ דחלב שרי בסחורה אמאי אצט' קרא ואכול לא תאכלהו לו' אתי נבילה וחייל על חלב בלאו קרא ידעי' דחייל באמ"ה מיגו דאיתוסף איסור סחורה ועו"ק אמאי אמרי' התם דלא חייל טריפה האבר הא איסור מוסף הוא:

וראיתי למהריט"א ז"ל בס' ק"י שם שהק' ע"ד הסו' דאיסור סחורה מ"ה מגמ' דבכורות דהוכיח דחלב שרי מדאסר בב"ח ודחיק לשנויי ואמאי לא משני דמאי דאצטריך לאסור בב"ח הוא לסחורה ואע"ג דאי חלב אסור באכילה אסור בסחורה מ"מ נימא דלא אתא בב"ח אלא לסחורה ומינה נילף דחלב שרי בסחורה עש"ב ולפמ"ש דדם ואמ"ה שרו בסחורה ק' טפי ונ"ל ליישב דהנה בחולין דקי"ג דרשי' גדי למעוטי את המתה וגדי לרבות את הטמאה וא"א דעיקר קרא דבב"ח לא אצט' אלא לסחורה הא תרוויהו מתה וטמאה אסירן וקיימן בסחורה לקושטא דמילתא ולקמיה ית' מהיכא נפ"ל איסור סחורה בכל האיסורין ואע"ג דהתם לא אמרי' הכי אלא למ"ד אחע"א אבל לר"ש דס"ל אין אחע"א דרשי' להו לשליא ודם ושליל ע"ש בפירש"י ומהרש"א שם ע"ש מ"מ י"ל דסוגיא דבכורות אזלא כמ"ד בפ' ד"א דל"ג א"ל לר"ש אחע"א בא"כ ע"ש איך שיהיה נקטי' דדעת הר"מ דאיסור סחורה מ"ה וכ"ד התוס' בפ' כ"ש ובפ' מרובה והת"הד סי' ר' כתב משם הגליון דמ"ש התוס' מדאורי' ל"ד אלא דכיון דיש לו אסמכתא מ"ה קרו ליה דאורי' אך מדברי התוס' בסוכה דל"ט ע"א בד"ה וליתיב שכ' דדוקא בקונה להרויח וכו' דבהדיא כ' או מכור לנכרי ע"ש נראה דמדאורייתא ממש אסיר וכ"כ הר"ש בשביעית ומ"ש הט"ז ליישב דהק' כיון דהתורה התירה בהדיא אין כח ביד חכמים לגזור בדבר שהתירתו התורה בהדיא ע"ש ועיין להתוס' במציעא דס"ד ע"ב ודע"א ע"ב ע"ש ואני תמיה ע"ז מגמ' דיבמות ד"ך ע"ב דפריך אלא מעתה אשה שאין לה בנים לא תתייבם גזירה אטו אשה שיש לה בנים ע"ש ועיין להשע"ה בה' יסו"הת ד"ב ע"ד ע"ש ע"כ נראה עיקר בדעת התוס' דאיסור סחורה מדאורי' ובפ"ק דחולין די"ז אמרי' בשר נחירה הותר להם מדכתיב ובתים מלאים

כל טוב ופירש"י סיפיה דקרא ואכלת ושבעת וכו' ע"ש נר' דק"ל דילמא לסחורה לכך הוכרח לסיפיה דקרא ולפ"ז יש להוכיח דדעת רש"י דאיסור סחורה מדרבנן מיהו נראה דאינו מוכרח די"ל למשוח עורות וכדעת התוס' דכתי' בראש אמי'ר א"נ כיון דירושה להם מאבותיהם הו"ל כנזדמנו אך קשה בדברי רש"י מגמ' בפ"ק דבכורות דמייתי דחלב שרי מקרא דארץ זבת חלב ודבש ומי משתבח קרא במידי דלא חזי ליה ע"ש וא"כ אמאי אצט' לסיפיה דקרא וי"ל

:

נקטי' דדעת הר"מ והתוס' דמדאורי' אסיר וכ"ד רובא דרבוותא ודברי הרשב"א סתראי נינהו וכבר האריך בזה מהר"ש יונה ז"ל סי' י"ז ע"ש:

וע"פ פלוגתא דרבוותא הלזו נ"ל דבהא תלייא הסתירה שיש בדברי התוס' דביבמות דל"ג ע"ב בד"ה האר"י כ' דנבילה אחלב הוי איסור כולל ובזבחים ד"ע כ' דהוי איסור מוסף ועיין להשע"ה בה' א"ב ע"ש דביבמות ס"ל דאיסור סחורה מדרבנן ובזבחים ס"ל דהוי מדאורייתא ולכך הוי א"מ א"נ גם ביבמות ס"ל דהוי מדאורייתא אלא דאזיל לשי' בפ' מרובה דחלב אסור בסחורה אבל בזבחים ס"ל כדעת הר"מ דחלב מותר בסחורה ובפ"ב דע"א דס"ב אמרי' דאסור לפרוע שכירות החמרין מפירות שביעית משום דנמצא זה פורע חובו מפירות שביעית והתורה אמרה לאכלה ולא לסחורה והתוס' בד"ה נמצא צדדו דלקדש אשה בפירות שביעית מותר והביאו ראיה לדבר וכ' הטעם משום פ"ור הקילו רבנן ע"ש נר' דס"ל דאיסור סחורה מדרבנן הפך ממ"ש בפ' כ"ש ובפ' מרובה ובפ' לולב הגזול והנה התוס' נסתפקו בלקדש אשה אי אסיר משום סחורה משום דס"ל איסור סחורה מדרבנן אבל אי הוו סברי דמדאורייתא אסיר נראה דפשיטא דאסור לקדש ואין להוכיח דשרי לקדש אפילו אי איסור סחורה מדאורייתא מדתנן בפ' הא"מ דנ"ו המקדש באיסורי הנאה א"מ ולא קתני איסורי מאכלות דאינה מקודשת אי איתא דקדושין הוי כסחורה ולהסו' איסור סחורה מדאורייתא דהא ליתא דודאי אפילו אי אסור לקדש מדאורייתא משום סחורה מ"מ הדבר שנתן לה אינו נאסר ומקודשת דלא אסרה תורה אלא להסתחר לכתחילה אמנם יש להוכיח מדאמרי' בפ"ב דסנהדרין דדוד קדש מיכל במאה ערלות פלשתים והוו קדושין אי לאו דנתן לה פרוטה דדעתה אפרוטה ומזה הוכיח המש"ל דבשר מת דנכרי שרי בהנאה והשתא אי איתא דלקדושי אשה הוו כסחורה איך דוד קדש בהם לכתחי' ולהסוברים איסור סחורה מדרבנן י"ל דעדין לא גזרו רבנן אלא להסו' דמדאורייתא אסור איך קדש בהם לכתחילה אלא ע"כ דקידושין לא הוו כסחורה ומ"מ י"ל דודאי מדאורי' לא הוו כסחורה אבל אפשר דמדרבנן גזרו אפי' לקדושין כיון

דדמי לסחורה ועפ"ז י"ל דגם התוס' בע"א סברי דאיסור סחורה מ"ה כמ"ש בכ"מ אלא דס"ל דקדושין לא הוי כסחורה ומסתפקים אי גזרו בהו רבנן או משום פ"ור ל"ג בהו רבנן:

ב' בהגה"מי בפ"ח מה' ע"א וז"ל מכאן התירו שגובה בחובו יין של עכ"ום או שאר דברים טמאים שיכול למוכרן אבל לקנות יי"ן או דג טמא או דבר איסור וליתנו לעכ"ום אוסר מהר"ם ע"ש הנה יי"ן דקאמר היינו סתם יינם דס"ל דשרי בהנאה ומ"מ אסור לקנותו משום איסור סחורה דס"ל ביי"ן החמירו אע"פ שאינו אלא מדרבנן וכ"כ הכנ"הג בהג"הט ע"ש ועיין למור"ם בהגה ר"סי קכ"ג והטעם שאסור לקנות מאכלות אסורות ליתנם לגוי כ' מרן בב"י דמתנה כמכר דאי לאו דעביד ליה נייח לנפשיה לא יהיב ליה ע"ש ותמהני דבגמ' ר"פ בתרא דע"א אהא דתנן החמרין שכרן שביעית פריך אי דיהיב ליה שכרן מפירות שביעית וכי שרי לפרוע חובו מפירות שביעית לאוכלה אמ"ר ולא לסחורה ומשני אמר אביי בדרך היתר דהיינו שנותנים ז"לז מתנת חנם ע"ש הרי דמתנה שרי ואין בה איסור סחורה ונ"ל ליישב דיש לחלק בין שביעית לשאר איסורין דהנה הטעם דאסור לעשות סחורה במ"א הוא משום דילמא אתי למיכל מיניה ואפי' להסו' דאיסור סחורה מן התורה טעמא דקרא גופיה מה"ט וכמ"ש הט"ז סק"א וכיון דטעמא הוא דילמא אתי למיכל ודאי דה"ה מתנה דה"ט שייך גבי מתנה כמו מכר אבל שביעית דשריה באכילה ע"כ גזירת הכתוב הוא ולאו מה"ט וכיון דגז"הכ י"ל דוקא מכר הוא דהוי סחורה ולכך בגמ' גבי שביעית שרי מתנת חנם אבל בשאר איסורין אסור אפילו מתנה ועיין להט"ז סק"ב אך אכתי קש' להסו' דאיסור סחורה מן התורה מנ"ל הא לא גלי קרא אלא גבי שרצים כדאי' בפ' כ"ש ואי ילפי' בבנין אב משרצים איכא למפרך מה לשרצים שכן מטמא במשהו כדפריך הגמ' בפ' חרש דקי"ד ובכ"מ ועכ"ל דילפי' משרצים ושביעית במה הצד דכי פרכת מה לשביעית שתופסת דמיה שרצים יוכיחו והשתא לפי מה שנתבאר דשביעית לא אסיר אלא במכר ע"כ שאר איסורין דצריך למילפינהו משרצים ושביעית ליכא למילף אלא למכר דשוה בתרוויהו אבל מתנה דלא אסירה אלא בשרצים איכא למפרך מה לשרצים שכן במשהו וקש' על הגה"מי דאוסר מתנה בשאר איסורין וצ"ל דס"ל דעיקר איסור סחורה מדרבנן ובכולהו גזור רבנן אבל לדעת הסוברים מ"ה ע"כ מתנה לאו כמכר דלא כהגה"מי מיהו י"ל דמתנה מדרבנן הוא דאסיר ולפי"ז י"ל. דגם הגה"מי סובר דאיסור סחורה מ"ה כדעת רוב הפוסקים ומדרבנן הוא דאוסר במתנה והנה מור"ם בהגה בסי' קי"ז שינה לשון הגה"מי וכ' דאפילו לקנותו להאכילו לפועליו נכרים אסור והש"ך סק"ג תמה ע"ז והוכיח מדברי רש"י דס"ג ע"ב בד"ה ולא משום יי"ן שכ' משום הנאה ע"ש דס"ל דלהאכיל לפועליו שהם בביתו לא הוי סחורה ע"ש ואינו

מוכרח דכיון דיי"ן אסור בהנאה נקט שפיר לשון הנאה ועוד דמשום הנאה אסור אפילו יי"ן ויין כשר שוין בשומא ובכה"ג איסור סחורה ליכא כיון דאין לו ריוח במה שקונה יי"ן וכ"נ מדברי התוס' שם שהקשו על רש"י אמאי שינה פי' שביעית מיין דה"נ היל"ל שמאכיל שביעית לפועליו ונמצא פורע חובו מפירות שביעית ע"ש הרי דס"ל דאסור להאכיל פירות שביעית לפועליו דהוי סחורה וכ"מ מדפריך בריש ההוא פרקא וכי מותר לפרוע חובו וכו' ואי להאכיל לפועליו מותר מאי פריך וכן הוכיח הט"ז:

וראיתי למהריט"א בס' ק"י שהוכיח מדברי התוס' בפ"ג דמעילה די"ג בד"ה אתיא דאיסור סחורה מ"ה והוא ממ"ש וי"מ דכי אסר רחמנא חלב פיסולי המוקדשין היינו באכילה דכתיב ואכלת בשר ולא חלב אבל בהנאה שריא וא"א דס"ל איסור סחורה מדרבנן א"כ בפ"ק דבכורות דהוכיח הגמ' דחלב בה"ט שרי מדאסר רחמנא חלב פס"המק הא דחולין שרי ודחי דחולין אסור באכילה ומותר בהנאה דפסו"המ אסור אפילו בהנאה ע"ש אמאי דחיק לשנויי הכי מה שאין האמת כן דחלב פסו"המ שרי בהנאה לדעת הי"מ ואמאי לא משני דחלב חולין שרי בסחורה וחלב פסו"המ אסור בסחורה אלא ע"כ איסור סחורה מדאורייתא ואי חלב חולין אסור באכילה אסור נמי בסחורה ע"ש ולע"ד י"ל דלא כ"כ הי"מ דחלב פסו"המ שרי בהנאה אלא לחזקיה דס"ל דלא תאכלו איסור אכילה דוקא משמע וה"נ ואכלת ולכך הגמ' במעילה הוצרך לג"ש ליתובי מילתא אליבא דחזקיה אבל לר' אבהו דס"ל דגם ל"ת איסור הנאה במשמע ה"נ ואכלת ושמעתא דבכורות אזלא אליבא דר"א ולכך דחי כן דקושטא הוא דחלב פסו"המ אסור בהנאה ומה שדחו התוס' דברי הי"מ מגמ' דחולין היינו משום דגמ' שם אזיל אליבא דחזקיה וכמ"ש התוס' שם בחולין ואע"ג דהתוס' בפ' כ"ש דכ"ג כ' דדוקא לא תאכלו הוא דאסור בהנאה לר"א אבל כי כל אוכל לא ילפי'. מלא תאכלו ע"ש וה"נ ואכלת לא ילפי' מל"ת מ"מ הי"מ לא ס"ל כן ועיין להפר"ח פ"ו מה' ע"א שהק' עמ"ש הר"מ תקרובת ע"א אינה אסורה בהנאה אלא מדרבנן הא קי"ל כר"א ע"ש וכבר תמה עליו השע"ה בה' אישות די"ד ע"ד מדברי התוס' דפ' כ"ש ע"ש:

ודע דמש"ל דאיסור סחורה הוא איסור מוסיף והקשי' לשאול לדעת הסוברים דאיסור סחורה מ"הת מגמ' דחולין דק"ג לפמ"ש. המש"ל בה' יסו"הת דכל איסור שאינו לוקה עליו לא הוי איסור מוסף ניחא שפיר דודאי לא לקי אסחורה אפילו להסו' דמדאורי' אסורה דהא מקרא דיהיו דכתיב לגבי שרצים דלא כ' בלשון לאו הוא דנ"ל אך ה' קול אליהו ח"א חיו"ד סי' ז' דחה דברי המש"ל והוכיח במישור דבכל גוונא הוי א"מ ע"ש:

איך שיהיה נחזור למאי דאתן עלה ע"ע היהודים קונים מכס העורות ובכלל עור הראש של עגל הרך דראוי לאכילה דנר' דיש להם על מה שיסמוכו דלדעת התוס' בפ' כ"ש אזלי' בתר דעת אדם זה ואי הוא מוכרן למלאכה אע"ג דעומדין לאכילה שרי והכנ"הג בהגהב"י אות כ"ב ייחס ס' זו לראבי"ה במרדכי ע"ש והגם דלדעת הרשב"א במידי דעומד לאכילה לא אזלי' בתר דעת אדם זה ושכ"ד רי"ו כמש"ל מ"מ כבר כ' מהר"ש יונה ז"ל בסי' י"ז דאף הרשב"א לא אסר אלא מדרבנן הגם דהרשב"א הוא מהסו' דאיסור סחורה מ"הת מ"מ בכה"ג דמוכרו למלאכה לא אסיר אלא מדרבנן גם לדעת הרשב"א ע"ש וא"כ הוי ספיקא דפלוגתא דרבוותא במידי דרבנן ואזלי' בספיקו להקל ועיין להט"ז בסוף הסי' ע"ע ישראל החוכר כפרים מהשר ועיין בא"ח ס"סי רמ"ד בדין קניית המכס ובאחרונים שם ובסי' ת"ן ע"ש:

ודע דמה שהוכחתי לעיל מדברי התוס' ר"פ השוכר דמשכיר עצמו לעשות במ"א אינו בכלל איסור סחורה דלא כה' קול אליהו דאי איתא מאי מק' התוס' דילמא מתני' לכתחי' קאמר הא אי מתני' לכתחי' אמאי לא אשמועי' ד"ז אלא ביי"ן אפילו במ"א כן הוא הנה המש"ל ברפ"ה מה' אישות הבין בכוונת קושיתם דמתני' לכתחי' קאמר היינו אי שכר כבר עצמו אסור ליהנות מן הדמים לכתחילה ע"ש ולפ"ז אין מדברי התוס' ראיה דמשכיר לא הוי כסחורה דודאי בסחורה איסורא דעבד עבד ומותר ליהנות מדמים אך לפ"ז קו' התוס' אין לה מקום כיון שכבר כ' דאסור משמע לכ"ע וכמו שתמה ע"ד המש"ל שם ע"כ נראה דהתוס' מפרשי בבעיא דנדרים כפי' הרא"ש שם דהבעיא אי שרי להחליף לכתחי' וקושי' התוס' דילמא מתני' לכתחילה היינו דלכתחי' אסור להשכיר עצמו ומעתה שפיר יש להוכיח מדבריהם דמשכיר עצמו לעשות במ"א לית ביה איסור סחורה דלא כה' קול אליהו:

סימן לז

האשה שמחלה לבעלה בנכסי מלוג שלה אי מהני:

נראה פשוט דל"מ לשון מחילה בנ"מ דכיון ץ דאיפסיקא הילכתא כר"ל בפ' השולח ובפ' י"ן דק"פ לאו כקנין הגוף א"כ נ"מ שלה מקרו ובדבר שהוא שלו של אדם ל"מ מחילה אלא הקנאה דלא שייכא מחילה אלא בשעבוד וחוב שיש לאדם על חבירו כמו שמבואר בטור ח"מ סי' ע"ג וכ"כ מהרי"קו שורש צ"ד ע"ש וכ"נ להוכיח מפשטא דגמ' בפ' החובל דפ"ט דאהא דתנן אשה שחבלה באחרים פטורה פריך תזבון נ"מ שלה בט"ה ומשני דלית לה נ"מ והדר פריך תזבון כתובתה בט"ה ומשני כדשמואל דהמוכר ש"ח לחבירו וחזר

ומחלו מחול וכל לגבי בעלה ודאי מחלה ומפסיד הלוקח ע"ש ומדלא משני הכי הנ"מ מוכח דל"מ מחילה בנ"מ כיון שהם שלה וראיתי להג"א שם שכ' בשם רש"י דגם אם יש לה נ"מ אין כופין אותה למוכרם ע"ש וע"כ ה"ט משום דבידה למוחלם לו וס"ל דלפום מאי דמסיק כשמואל מתירצו בהכי גם קו' קמייתא דנ"מ ומירי אפילו בדאית לה נ"מ וש"מ מיהא דמהניא לשון מחילה בנ"מ איברא דתימא הוא דכיון שהגוף שלה ל"מ אלא לשון מתנה והקנאה אע"כ נר' דמ"ש הג"א דבנ"מ אין כופין לאו מטעמא דמחילה אלא משום דכיון שהם בידה וברשותה אם הם מטלטלי יכולה. למוכרם לבעל ומפני תקנת השוק אין מוציאין מידו ומפסדי לקוחות ואע"ג דאי מכרה אותם ללקוחות מטלטלי אגב מקרקעי חזר דינם כמקרקעי ואין בהם ת"ה כמבואר בפ' חזקת דמ"ד ע"ב דפריך וליחוש דילמא שעבד להו מטלטלי א"מ ע"ש היינו מדינא דגמ' אבל אח"כ התקינו דגם בכה"ג איכא ת"ה כמו שמבואר בסי' ס' ע"ש ומעתה גם להג"א דברי הגמ' כפשטן דגם למסקנא אי אית לה נ"מ כופין והג"א במטלטלי מיירי ואחר התקנה אבל לשון מחילה לעולם ל"מ כיון שהגוף שלה אך מדברי הש"הג שם בפ' החובל מתבאר דגם בנ"מ שייך לשון מחילה וצ"ע:

והרא"ש שם כתב דאי אית לה נ"מ ונכסי צ"ב כופין אותה למוכרם וכ"כ הר"ן שם ע"ש מוכח דבנ"מ לא מהניא מחילה הן אמת דמ"ש נצ"ב נמי כופין ק' דבנצ"ב מהניא מחילה ובשלמא להר"ן י"ל דס"ל דגם בנצ"ב ל"מ מחילה דיכולה לו' נ"ר עשיתי לבעלי כס' הרמב"ם בפ' כ"ב מה' אישות דדוקא אם נגנבו או נאבדו הוא דכ' דמהני מחילה. וע"ש להכ"מ אבל הרא"ש ס"ל דיכולה למחול נצ"ב כמ"ש בתשו' כלל ל"ח והובא בב"י א"הע סי' צ' ע"ש והשתא אמאי כופין בנצ"ב כיון דיכולה למחול ויפסידו הלקוחו' ונ"ל דברי הרא"ש ע"פ מ"ש התוס' בפ"ק דכתובות די"ט ע"א דדוקא במכירת שטרות שהוא מדרבנן יכולה למחול אבל במשועבד מדר"ן דמדאורייתא א"י למחול ע"ש ובמקו' שם הקשה ע"ז מסוגיא דהחובל דה"נ משועבד להנחבל מדר"ן וא"א דבדר"ן א"י למחול תזבין להנחבל ע"ש ונ"ל דל"ק דטעמא דבדר"ן א"י למחול משום דמשועבד מדאורי' ודוקא במכר שטר שהוא מדרבנן יש לו כח למכור וא"כ בסוגיא דהחובל דבכתובת אשה מיירי שהיא מדרבנן ואפילו דאיכא למ"ד דאורייתא מ"מ הך תנא ס"ל כתובת אשה מדרבנן וכיון דעיקר מה שמחוייב הבעל לאשה אינו אלא מדרבנן אז שעבודא דר"ן דאתי בתריה אינו אלא מדרבנן ובדרבנן יכולה למחול ואין לומר דדוקא כשיהיה שעבוד הלוה להמלוה הוי דאורייתא הוא שכ' התוס' דבמכר שהוא מדרבנן יכול למחול משום דכיון דהמכר מדאורייתא לא הוי מכר נשאר השטר בחזקת המלוה מדאורייתא וכיון

דיש לו בו זכיה מדאורייתא יכול למחול אבל כשעיקר מה שמחוייב הלוה להמלוה אינו אלא מדרבנן כגון כתובת אשה אז כשמכר אפילו מכר דרבנן לא נשאר לו בו שום זכות להמלוה וא"י למחול הא ליתא דא"כ היכי אמרי' בהחובל כדשמואל דמחלה הא א"י למחול כיון שהוא מדרבנן דאפילו למ"ד כתובת אשה מדאורייתא מודה דכתובת אלמנה מדרבנן כמו שנראה מדברי התוס' בפ' החובל בד"ה לא מפסיד ע"ש ואי לא מיירי אלא בבתולה הו"ל להגמ' לפרש גם במקובצת לא הקשה אלא מתזבין לנחבל ע"ש ועכ"ל דהיכא דהמכר מדרבנן מהניא מחילה ואפילו עיקר החוב מדרבנן ומעתה לא שייכא כאן הר"ן מדאורייתא וניחא שפיר מ"ש במקו' ומעתה ע"כ דלא קאמר הגמ' דיכולה למחול ולא דיניינן בה כר"ן אלא בכתובה שהיא מדרבנן אבל נצ"ב דזקפם עליו ובקנין חזר מה שמחוייב הבעל לאשה בנצ"ב מדאורייתא ושייכא דינא דר"נ מדאורייתא וכי זבנה להנחבל א"י למחול ושפיר כתב הרא"ש והר"ן דבנצ"ב כופין אותה למכור ואפילו תזבין לאדם אחר ולא להנחבל ס"ל להרא"ש כיון דמאי דזבנה הוא לצורך פירעון הנחבל הוי כמו דזבנה להנחבל גופיה וא"י למחול ואע"ג דמדברי הרא"ש בפסקיו שם בכתובות שלא תי' כן בקושיתו דליהמניה במיגו דמחיל מוכח דס"ל דאף בדר"נ יכולה למחול כמ"ש מרן בב"י בסי' פ"ו כבר כתב הב"ח בסי' מ"ז דהרא"ש בכתובות מיירי בגוונא דל"מ מדר"ן והעד ע"ז הטור בסי' פ"ו שכתב דא"י למחול ולא הביא דעת אביו הרא"ש דחולק ע"ז ע"ש באופן דמ"ש הרא"ש והר"ן דבנצ"ב כופין למכור הוא משום דהו"ל משועבד מדר"ן וא"י למחול אבל בנ"מ דלא שייכא דר"ן הוא מטעמא דל"מ מחילה בדבר שהגוף שלו וכדכתי' אך מדברי הרא"ש בתשו' כלל ל"ה סי' ו' והובא בב"י א"הע סי' צ"א מבואר דאין כופין למכור נצ"ב ליתן לב"ח דידה משום דמחלה וצ"ל דההיא תשו' נשנית קודם והיה סבור דבדר"ן יכולה למחול ואח"כ חזר בו בפסקיו וסבר דא"י למחול וכמ"ש בתומים סי' פ"ו סק"ב ע"ש:

והנה בגמ' דהחובל לעיל מזה אמרי' תנינא לתקנת אושא מדתניא מעידין באיש פ' שגירש את אשתו ונתן לה כתובתה ונמצאו זוממי' אומדין כמה אדם רוצה ליתן בכתובתה של זו אם נתאלמנה או נתגרשה ואם מתה יירשנה בעלה וא"א הא בידה למכור ולא ירשנה בעלה וראיתי לרב א' מרבני אשכנז שהק' להקו' דהיורש מוחל לנפשיה ולא ישלם להלוקח מדינא דגרמי משום דא"ל לא נתכוונתי להזיקך אלא לטובתי כמ"ש בסי' ס"ו ע"ש להש"ך סקפ"א לפ"ז מה יוכח לתקנת אושא מברייתא הלזו הא הבעל יכול למחול לעצמו וירשנה עכ"ד ואין לתרץ דמ"ל להגמ' דמיירי אפילו בכתובת אלמנה שהיא דרבנן וכיון שעיקר החיוב מדרבנן כי מכרו שוב א"י למחול דכבר הוכחתי דאפי'

בכה"ג יכול למחול גם אין לתי' דהנך סוברים ס"ל כדעת הר"מ דבנצ"ב א"י למחול והך ברייתא בנצ"ב מיירי כמ"ש התוס' שם הא ליתא דאפילו לדעת הר"מ דוקא אם הם בעין אבל אם נגנבו או נאבדו יכול למחול כמ"ש הר"מ שם בה' אישות וא"כ נוקמא לברייתא בנגנבו או נאבדו וימחול לעצמו וירשנה ועור דאפילו אם הם בעין דוקא אם טענה נ"ר עשיתי לבעלי אבל כל עוד שלא טענה מחילתה מחילה כמ"ש הכ"מ שם גבי מתנה ע"ש וא"כ היורש יכול למחול לעצמו ולכן נר' דכיון דבנצ"ב בחזקת הבעל הם והגוף שלו ואין לה עליו אלא שעבוד דזקפם ע"ע כי מחיל לנפשיה פקע השעבוד ולא שייך לישנא דירשנה אלע"כ מדקתני ירשנה בלא מחילה דאפילו לא מחל לנפשיה קתני ירשנה. וא"א דליתא לתקנת אושא הא בידה למכור אע"כ דהבעל מוצא מיד הלקוחות ואפילו בלא מחילה ירשנה:

נקטי' דמחילה בנ"מ לא מהניא כיון שהם שלה ועיין בתשו' מהר"ם גאלנטי סי' מ"ז וק"ח שהוכיח מלשון הר"מ בפ"י מה' מכירה דמחילה מתנה היא ע"ש דדברי הר"מ אינם ענין לדין זה כלל דלענין גילוי דעת לבטל המחילה קאמר דדינה כמתנה דסגי בג"ד אח"ז ראיתי להרב בית יעקב סי' ה' שהבין דברי הג"א כפשוטן ותפס דברי הג"א להלכה פסוקה ע"ש וליתא:

איברא דמדברי הרשב"א בתשו' הביאה מרן בב"י סי' רמ"א נר' דבמטלטלי דאיתנהו בעיניהו ביד הנפקד ומחלם לו מהניא אבל בקרקע ל"מ ובקנו מידו אפילו בקרקע מהני ע"ש וכ"נ דלדעת הרא"ש שהביא הטור סי' ע"ג דל"מ אפילו במטלטלי אי קנו מידו מהני וכדאמרי' בר"פ הכותב ובדצ"ד דבקנו מידו מהני ובפ' חזקת דמ"ג ע"ש בהג"א ובחי' שם ע"ש וכ"כ בתשו' מהרח"ש ח"ב סימן כ' ע"ש ודלא כמהרשד"ם סי' רע"ח שכתב בדעת הרא"ש דל"מ אפי' בקנין ע"ש אלא דמהני בקנין לכ"ע זולת לדעת הג"א בפ' חזקת ובמ"ש מהרשד"ם ליישב ההיא דפ' הכותב להסו' דל"מ קנין דשנייא היא דלא היה שלה אלא שעבוד בעלמא ע"ש אכתי קשה מההיא דפ' חזקת דבשלו מיירי וצ"ל בפי' בהדיא מיירי כמ"ש בהג"א ותמהני ממהרשד"ם שבסי' כ"ט ע"ע כיוצא בזה הביא מדברי הג"א דאפילו בקנין ל"מ ולא זכר מד הרשב"א כלום דהרשב"א סובר דבכל גווני דל"מ מן הדין אי קנו מידו הקנין מתקן הלשון והענין כמ"ש בתשו' סי' אל"ף קמ"ב ואל"ף קמ"ט והוכיח מההיא דפ' הכותב ועיין מהרש"ח בתשו' סי' ז' ע"ש וכ"ד רוב הפו' דבקנין מהני כמ"ש מהר"ם ברודו בתשו' הובאה בס' פ"מ ח"א סי' צ"ב דלא כהסמ"ע ר"סי ל"ז שכתב דרוב הפו' ס"ל דל"מ ועיין להע"הש שם ומרן בב"י ס"סי קצ"ה כתב פלוגתא דרבוותא באומר ידור פלוני בחצירי ובקנין דדעת רבינו האיי ל"מ ולדעת הרשב"א מהני וראיתי

למהריב"ל ח"ד סי' כ"ה שהקשה דלדעת הרשב"א מדאמרי' בפ' מ"ש דקמ"ח ע"א ש"מ שאמר הלוואתי לפ' מהני משום דאיתא בבריא במעמד ג' ואמאי ש"מ שאמר ידור פ' בחצרי ל"מ כדאיתא התם הא איתא בבריא בקנין אע"כ דאפילו בקנין ל"מ ע"ש ונראה דל"ק דטעמא דמהני הקנין מבואר בדברי הרשב"א ודעימיה משום דהקנין מתקן הלשון והו"ל כאומר קרקע לדירתו אבל לעולם לשון זה ידור פ' ל"מ בבריא ולכך בש"מ שאמר ידור ל"מ וע"ש בתוס' בפ' מ"ש:

ובדעת מרן בש"ע אין הכרע דאע"פ דממ"ש בס' ל"ז אלא א"כ סילק עצמו ממנה וקנו מידו שנתנו לשותף משמע שפי' בהדיא שסילק עצמו מגוף השדה והוא כדעת הג"א מ"מ אינו מוכרח שהרי גם לשין הר"מ בפט"ו מה' עדות כן הוא והרי ה"ה בה' אישות גבי ד"וד אין לי בנכסייך כ' דין הנשואה נלמד מדין האמור ד"וד אין לי על שדה זו בפ' חזקת ע"ש משמע דסובר בדעת הר"מ דבסילוק מהני קנין ולא בפי' בהדיא מיירי וע"כ דמ"ש הר"מ שקנו מידו שנתנו לשותף לאו בפי' בהדיא אלא ה"ק כיון שקנו מידו הוי דינו שנתנו לשותף וכ"כ מהר"ם ברודו בתשו' הנז' בדעת הר"מ וא"כ אין לנו הכרע בדעת מרן בש"ע וראיתי להרב בית יהודה חח"מ סי' יו"ד וסי' ס"כ שכ' בדעת מרן מדלא חילק בסי' רי"ב בידור פ' וכו' משמע אפילו בקנין ל"מ ע"ש ואינו מוכרח דכיון דפלוגתא דרבוותא היא ולא הכריע דעתו העתיק דינא דגמ' בסתום כמנהגו בכ"מ ועיין למרן בב"י ס"סי צ"ו ע"ש:

אחז"ר ראיתי להרב פני משה ח"א סי' פ"ב שעמד בפלוגתא זו דהרשב"א והרא"ש והביא דברי מהרשד"ם הנז' ליישב ההיא דפ' הכותב אליבא דהרא"ש דש"ה דשעבוד הוא דאית לה ותמה ע"ד דא"כ ל"ל להגמ' לאוקמא בשקנו מידו הא מחילה א"צ קנין והביא סברת ר"י שהביא הטור סי' י"ב דבמלוה בשטר בעי מחילה בקנין וכ' דאפילו לס' זו ל"ד קנין אלא כיון שכ' המחילה בשטר מהני והכא שכתבה ללוקח למ"ל קנין. עש"ב והיה ליה להסתייע מתשו' הריטב"א שהביא מרן בב"י סי' י"ב דגם בפשרה שצריכה קנין לכ"ע היכא דכ' בשטר בלשון הודאה שקיבל את הפשרה סגי ע"ש:

וכ"נ דעת התוס' ממ"ש בפ' חזקת דכ"ח ע"ב בד"ה אלא וכו' לשון מחילה במה שהוא שלו וכן שם בדמ"א ע"א בד"ה שלא ע"ש במהרש"א דע"כ דבקנין מיירי וס"ל דמועל לשון מחילה בדבר שהוא שלו אם הוא בקנין:

והרב שבות יעקב ח"א סי' ק"ס נשאל בא' שמכר ביתו ושייר דירה לדור בו כל ימי חייו ואח"כ לקח הלוקח קצת מן הבית והכניסו לתוך שלו ואח"כ כשתבעו המוכר טען הלוקח דכיון שראה שהכניסו לביתו ושתק מחל והשיב דלא מהני מחילה אלא בעי' חזקת ג"ש

במשתמש בגוף הקרקע של חבירו כמ"ש רמ"א סי' קנ"ג ע"ש ולא היה צריך לזה דאפילו לדעת מרן שם דאלתר הוי חזקה ה"ד בשימוש לבד כנעיצת קורה וכיוצא אבל בלוקח גוף הקרקע ודר בר צריך קנייה ולא מחילה דהא שלו היא דשייר גוף הקרקע לדירתו כמ"ש הרב גופיה שם ואפשר דשאני התם בנדונו כיון דלא שייר אלא לדור בו כל ימי חייו הוי כמוכר שדהו לפירות דל"ל אלא קנין פירות וקי"ל ק"פ לאו כק"הג ולכך מהני לשון מחילה:

סימן לח

ראיתי לבאר הא דקי"ל בגזל פחות מפרוטה אינו עובר בלאו דגזל אי טעמא משום דלאו ממונא ולאו גזל מקרי א"ד טעמא משום דכל פחות מפרוטה מחיל איניש עליה משעה א' ונ"מ אם לא נודע לו שגזלו אי כל זמן שלא נודע באיסורא דלאו קאי כיון דלא ידע דמחיל: **הנה** אמרי' בפ' השוכר את הפועלים דע"א ב"נ נהרג על פחות מש"פ ולא ניתן להישבון ופירש"י ז"ל אע"ג דלגבי ישראל לאו ממונא ומחלי עליה גבי נכרי ממונא הוא ע"כ ויש להבין דנראה מדבריו דבתר הגוזל אזלי' דאע"ג דלגבי הנגזל לאו. ממונא הוא דלא קפיד עליה כיון דלגבי הגוזל ממונא הוא גזל מקרי וקשה דמ"ש ממי שאסר נכסיו דיכולין אחרים ליטול אותם ואין בהם משום גזל כמו שמתבאר מגמ' במס' נדרים דפ"ה ע"א וע"ש בדברי הר"ן ז"ל וטעמא הוא כיון דלגבי דידיה לא שוו מידי לאו גזל מקרי אע"ג דלגבי הגוזל ממונא הוא וה"נ דכוותא ועוד קשה דבפ' ד"מ דנ"ז ע"א אמרי' כיוצא בו דגזל לפחות משו"פ ופרכינן עכ"ם בישראל אמאי אסור הא מחיל ומשני בתר שעתא הוא דמחיל משמע דאי מחיל מעיקרא לאו גזל הוא אע"ג דס"ס ממונא גזל דלגבי דידיה ממונא ומשום צערא בשעתיה הוא דאסור עכ"ם בישראל וראיתי להריטב"א שם בחי' שפי' בכוונת רש"י דה"ק אע"ג דלגבי ישראל לאו ממונא הוא דמחיל ר"ל ישראל הגוזל מישראל לאו ממונא הוא ומחיל מעיקרא ולא גזל הוא כלל ה"ד לגבי ישראל חבריה אבל לנכרי לא מחיל מעיקרא אלא בתר שעתא ע"ש ולפ"ז א"ש דהגמ' בפ' ד"מ ס"ד דלגבי נכרי נמי מחיל מעיקרא כמו גבי ישראל ומשני דלגבי נכרי לא מחיל אלא בתר שעתא ולפ"ז ישראל הגוזל מחבירו פחות מפרוטה ליכא איסורא כלל כיון דמחיל מעיקרא וכ"נ מלשון הריטב"א ז"ל איברא זה הפך ממ"ש רש"י ז"ל גופיה שם בפ' ד"מ דאיסורא איכא אלא דלא עבר בלאו ודבריו שם מוכרחים מדלא קתני ברייתא ישראל בישראל וכדפריך הגמ' גבי פועל התרה הוא ע"ש בפירש"י אשר ע"כ צ"ל אע"ג דמחיל מעיקרא איסורא מיהא איכא ומ"ש הריטב"א לאו גזל כלל דוקא להעברת לאו קאמר וכ"פ הר"מ ז"ל בריש

ה' גזילה דאסור לגזול אפילו כ"ש דבר תורה ע"ש ומה שקשה ע"ז מגמ' בפ' ד"מ דנ"ט דפריך והרי גזל ע"ש עיין להכנ"הג סי' שע"ו עש"ב ועיין להלח"מ שם בה' גזילה שכ' דמ"מ גוי חמור דאין בו חילוק ע"ש קש' דא"כ קשיא מחצי שיעור גבי אכילה דקי"ל ח"ש איסורא הוא דאיכא וגבי גוי אין חילוק ועמ"ש התוס' בחולין דג"ל ע"א ע"ש נמצינו למידין דטעמא דישראל בישראל משום מחילה נבעו בה ולאו מטעמא דלאו ממונא הוא:

ברם ק"ל מדאמרי' בפ' אלו מציאות דכ"ו ע"ב אמ"ר הא דאמרת לג' אינו חייב לאחזיר לא אמרת אלא דלית ביה שו"פ לכל א' אבל אית ביה שו"פ לכל א' חייב להחזיר מ"ט אימור שותפי נינהו ולא מיאשי ופירש"י והתוס' משום דלית ביה כדי השבה לכל א' וק' כיון דשותפי הם וסבר דשותפו נטלו לצערו א"כ אכתי לא מיאש ואע"ג דידעי' דלכי מתיידע ליה מיאש מ"מ כל עוד דלא מיאש באיסורא הוא גביה דקי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש וכיון דלא מיאש מחוייב הוא להחמיר שהרי טעמא דפחות משו"פ לאו משום דלאו ממונא אלא משום מחילה וכ"ז דלא מיאש חיובא רמיא עליה להחזיר שהרי מאי דאמרי' בב"נ לא ניתן להישבון משום דמחיל הוא כדפירש"י ואין לומר דרבא אזיל לטעמיה דס"ל התם ברישׁ ההוא פרקא יאוש של"מ הוי יאוש ואה"ן דלפום מאי דקי"ל כאביי דיאוש של"מ לא הוי יאוש אפילו לית ביה שו"פ לכל א' חייב להחזיר דאכתי קשה דהר"מ בפי"ד מה' גזילה פ' כלישנא בתרא דרבא דאפילו אין בהם פרוטה לכל א' חייב להחזיר מטעמא דחד מנייהו אחולי אחליה ע"ש והשתא לפום מאי דקי"ל יאוש של"מ לא הוי יאוש בלא"ה חייב להחמיר ואפילו אחר שנודע לו חייב להחזיר כיון דחל עליה מצות השבה כמ"ש התוס' בפ' מרובה דס"ו ע"א צבי יאוש דאבידה ע"ש וצ"ל דמאי דאמרי' א"ח להחזיר ה"ד בתר שעתא שיעור דבודאי נודע לבעלים וכיון דכי ידעי מחיל א"ח להחזיר אע"ג דנתחייב כבר בהשבה והוי כמו הפקר דמהני כה"ג כמ"ש התוס' שם בפ' מרובה ול"ד ליאוש דאפילו גזל גמור כיון דמחיל תו ל"מ לאהדורי ועיין להמח"א ריש ה' גזילה ועיין בחי' שם בפ' א"מ:

ומן האמור תשובה מוצאת למה שהק' ה' מהר"י בכר דוד הביאו הברכ"י בח"מ סי' ו' אות ו' עמ"ש מהרימ"ט ח"מ סי' ק"ה דשותפין שתבעו ב' כסף אע"ג דלכל א' אינו מגיע ב' כסף הוי טענת ב' כסף כיון דבכללות השותפין איכא ב' כסף ע"ש מגמ' דפ' א"מ הלזו דלפ"ד מהרימ"ט אע"ג דלכל א' ליכא פרוטה כיון דבכללות שניהם איכא פרוטה ממונא הוא ע"ש ועפ"ה לק"מ דכיון דהא דא"ח להחזיר מטעמא דמחילה הוא כיון דמחל תו ליכא דין השבה דאפי' גזל פרוטה לאדם א' אי מחיל ליה עלווה תו ל"מ בהשבה עוד הק' ה' הנז' ע"ד מהרימ"ט מדבעי רבא בפ"ק דקדושין ד"ז ב' בניך לב' בנותי בפרוטה

מהו ע"ש וי"ל דלפ"ד קשיין דברי רבא אהדדי דבפ"ק דקדושין מבע"ל ובפ' א"מ פשיט"ל וי"ל דרבא מספק"ל ומספיקא א"ח להחזיר דס' ממונא לקולא ועיין להתוס' במס' קמא דס"ו גבי בעיא דעשו תקנת מסור וכו':

והרב ברכ"י בשם רבו דחה להההיא דקדושין דש"ה דאשה בפחות משו"פ לא מקניא נפשה ע"ש וא' הרואה דזוהי סברת רש"י בריש קדושין דטעמא דאשה לא מקניא בחליפין משום דבפחות משו"פ ל"מ נפשה אכל התוס' שם בד"ה ואשה הוכיחו דטעמא משום דכתיב כסף ופחות משו"פ לא מקרי כסף ע"ש ועיין להשיו"ט סי' נ"ג ע"ש:

ודרך אגב ראיתי לעמוד בדברי התוס' שם שכ' משם ר"ת דגוי קונה בחלפין והוכיחו מדאצט' מכסף מקנתו לומר בכסף הוא נקנה ואינו נקנה בתבואה וכלים ע"ש וכ"כ בש"הג בפ' כ"ש גבי גוי שהלוה לישראל ע"ח שכ' שאם הקנה. לגוי בסודר או באגב שרי וראיתי להש"ך סי' קכ"ג שדחה ראיית התוס' הלזו וכ' דקרא אצט' לנמכר לישראל דודאי קרא דמכסף מקנתו אע"ג דבעכ"ום כתיב בישראל נמי משתעי קרא תדע הא דמש' מכל הפו' דאין ע"ע נקנה בחלפין מנ"ל הא אלא ודאי כדפי' ע"כ ולכאורה ראייתו לא מפרעא דכי היכי דילפי' מג"ש דש"ש או מוכי תשיג נמכר לישראל מנמכר לגוי שנקנה בכסף כדאיתא שם בפ"ק דקדושין די"ד ע"ב ע"ש ה"נ נילף דא"נ בחלפין ולעולם קרא בנמכר לגוי איירי מיהו כבר כתבו התוס' שם בריש קדושין דמיעוט קניינים לא ילפי' בהקשה וג"ש ע"ש וא"כ ע"כ דמאי דנמכר לישראל ל"מ בחלפין משום דביה משתעי קרא אך קש' דא"כ מאי קאמר בגמ' שם אשכחן נמכר לגוי דנקנה בכסף נמכר לישראל מנ"ל ולפ"ד הש"ך קרא משתעי גם בנמכר לישראל וי"ל דמעיקרא דס"ד דאצט' קרא דמכסף מקנתו לאשמועי' דמקנה בכספא ודאי דלא מפקי' קרא ממשמעותיה דבגוי משתעי אבל למסקנא לא אצט' קרא דמכסף מקנתו אלא למעט חלפין כמ"ש התוס' שם ע"ש ולנמכר לגוי לא אצט' דאינו קונה בחליפין וע"כ דקרא משתעי בנמכר לישראל כנ"ל דרכו של הש"ך אך משמעות דבריו לא מטין כן:

ויש לחקור במאי דקי"ל בדברים הנקנים. בכסף דבעי שו"פ אבל בפחות משו"פ ל"מ כסף כמ"ש הר"מ בפ"א מה' מכירה והטוש"ע בסי' ק"צ ע"ש אי ה"ד בישראל דלגבי דידיה פחות מפרוטה לאו ממונא הוא דמחיל עליה אבל גבי קנין דנכרי אפילו פחות מפרוטה קני דלגבי נכרי אפילו פחות מפרוטה ממונא הוא דלא מחיל עליה א"ד ל"ש ומדברי התוס' בפ"ב דע"א דע"א בד"ה ר"א שכ' גבי קנין דנכרי דסגי שיקנם בפרוטה דמשמע דפרוטה מיהא בעינן אין להוכיח כלום דש"ה דישראל הוא המוכר ובעי' שיהא חשוב ממונא גם לגבי המוכר אבל גוי הקונה מגוי דלגבי שניהם ממונא הוא י"ל דמהני

ומסתברא כהצד הב' דמידי הוא טעמא אלא משום חשיבות דאטו פרוטה כתיבא בקרא וכ"נ מהגמ' ר"פ הדר דס"ב ע"א ע"ש הסוגיא ועפ"ז ניחא דמייתי הגמ' בפ"ק דקדושין דכ"ו ע"א קנין קרקע בכסף מדכתיב שדות בכסף יקנו ולא מייתי קרא דעפרון וע"ש בתוס' גם תשובה מוצאת למה שחקר הרב שבות יהודה בהשמטות דקל"ז ע"ג במאי דאמרי' ברפ"ב הקדושין לר"נ דאמר מנין שכל ישראל יוצאין בפסח א' ת"ל ושחטו. וכו' שליחות מנ"ל מיניה ש"ה דאית ליה שליחות בגוויה ע"ש דמ"ש מהא דאמרי' בפ' הישן דכ"ז לרבנן יוצא י"ח בשאולה מדכתיב כל האזרח וכו' ופירש"י דל"מ שותפות דלא מטי שו"פ לכ"א ע"ש וה"נ כיון דכי יוצאין בפסח א' לא מטי שו"פ לכ"א ול"מ שותפות ע"ש ועפ"ה ניחא דקרא דושחטו אותו קודם מ"ת נאמר דאכתי לא יצאו מכלל ב"נ למ"ד ופחות מפרוטה ממונא הוא לגבייהו כדין ב"נ דחד דינא א"ל לכולהו ב"נ ושפיר פריך ש"ה דאית להו שותפות ור"נ לא יליף אלא לענין אכילה ל"מ דכיון דהיו יוצאין בפסח א' ש"מ דאכילה דכתיב בקרא. ל"מ איברא דק"ל לפמ"ש הרא"ם בתוס' על הסמ"ג בהלכות חמץ דסתם אכילה. דקרא הוא בכ"ש ומהילכתא הוא דשמעי' כזית א"כ קודם דאתא הילכתא בסיני הוה משמעות קרא דואכלו את הבשר בכל שהו כמו ב"נ דחייבין בכ"ש וכמ"ש הר"מ בפ"ט מה' מלכים ומהטעם האמור הוא וכמ"ש ה' ק"י באות ח' חצי שיעור עש"ב וא"כ מנ"ל לר"נ ללמוד מהאי קרא דאכילה ל"מ הא אכילה דקרא בזמן ההוא משכחת ביה שפיר וי"ל ודו"ק ועיין לה' קהלת יעקב דס"ל שהוכיח דאפי' לר"ש דס"ל כ"ש למכות מודה דבמ"ע בעי כזית דאי איתא מנ"ל להגמ' דר"נ ס"ל אכילה ל"מ דילמא ר"נ כר"ש ס"ל ויוצאין שפיר בפסח א' דמטי כ"ש לכ"א ע"ש ועמ"ש ע"ד בחי' לפסחים שם:

והנה כבר נודע פלוגתא דרבוותא אי לא יצאו מכלל ב"נ עד סיני עיין לה' פ"ד ומדילפינן דשלוחו ש"א כמותו מקרא דושחטו אותו דכתיב קודם סיני אין להוכיח דיצאו מכלל ב"נ דאי איתא הא קי"ל אין שליחות לגוי די"ל דהא דאין שליחות לגוי אחר סיני דוקא הוא כדנ"ל מאתם גם אתם מיהו נ"ל להוכיח מברייתא דמכילתא פ' בא פי"ב דתניא התם משכו רי"א בא הכתוב ללמדך דמשיכה קונה בבהמה דקה ע"ש משמע דוקא בהמה ואי לא יצאו מכלל ב"נ הא גוי במשיכה לכל מילי לר"י דס"ל ד"ת מעות קונות ועוד דבירושלמי בפ"ק דקדושין אמתני' דבהמה דקה נקנית במשיכה אמרי' דטעמייהו מדכתי' משכו והיכי ילפינן מינה לישראל הא קרא בגוי כתיב דכל קניינו במשיכה אע"פי דיצאו מכלל ב"נ ונימא דאף קודם מ"ת היה כך דגוי במשיכה כמו אח"כ אלא ע"כ דיצאו מכלל ב"נ אך מגמ' דזבחים דקי"ו דפריך למ"ד לא קרבו ב"נ שלמים מיתרו

דהקריב שלמים נראה דלא יצאו מכלל ב"נ עד מ"ת דאי איתא נימא דאחר שנתגייר הקריב אלא ע"כ דאכתי לא יצאו מכלל ב"נ:

ודע דגוי שגזל פרוטה מישראל מחוייב לאהדורה ואם גוי גזל מגוי אפי' פחות משו"פ מחוייב לאהדורה דאהא דאמרי' בפ' השוכר ב"נ נהרג על פחות משו"פ ולא ניתן להשבון ופירש"י משום דישראל מחיל וכ"כ התוס' אבל מגוי דלאו בר מחילה בעי לאהדורה אפי' פחות מפרוטה וק"ל מדאמרי' מרי' בב"ר פ' נח פ"ה בפ' כי מלאה הארץ חמס מה בין חמס לגזל חמס פחות מפרוטה גזל פרוטה וכך היו אנשי דור המבול עושים מוצא אדם קופה מלאה תורמוסין כל א' וא' נוטל פחות משו"פ עד שאינו חייב בדין ע"ש והא כולם היו ב"נ דלאו בני מחילה נינהו ואפי' פחות מפרוטה מחוייב לאהדורה בדין וי"ל:

וראיתי להיפ"ת שם שהקשה הא אפי' פרוטה ל"מ לאהדורה דלא ניתן להישבון כדאיתא בפ' ד"מ ע"ש והוא תימא דבפחות מפרוטה הוא דאמרינן דלא ניתך להישבון ונ"ל דזכ"ה מחמס אחיך יעקב תכסך בושה דמכח החמס תכסהו בושה לעשו דאלו גזל גוי לישראל פחות מפרוטה דהוא חמס הישראל מוחיל לו אפי' דלאו בר מיניה ואלו גוי מגוי לא מחיל ועל זה תכסהו בושה וחרפה לעשו ומלבד הבושה עוד ונכרת לעולם שנהרג על פחות מפרוטה ועמ"ש בח"מ סי' ו':

סימן טל

התוס' במס' ע"ז ד"ט ע"ב בד"ה אבל הקשו לס' ר"ת דסתם יינן בס' אמאי אוסרת חזרת הבורגתני ותי' דס"ל כר"י דמין במינו ל"ב ע"ש מבואר מדבריהם דר"י ס"ל מ"במ ל"ב אפי' באיסורי דרבנן וכ"נ מדבריהם שם דע"א ע"ב בד"ה הב"מ ע"ש וי"ל דבפ' ג"ה דפ"ט ע"ב פריך הגמ' אהא דתנן דג טמא צירו בסאתים והאר"י מ"במ ל"ב ומשני שאני צירי דזיעה בעלמא הוא וכ' התוס' דאינו אסור אלא מדרבנן משמע דר"י ל"ל מ"במ ל"ב אלא באיסורי דאורייתא וצ"ל דוקא בציר דהוא זיעה בעלמא הוא דל"ל מ"במ ל"ב אבל שאר איסורי דרבנן ל"ב כמו איסורי דאורייתא וכ"מ בגמרא בפרק הערל דפ"ב ע"א דפריך ולר"ל מ"ש רישא ומ"ש סיפא ומשני רישא בטו' משקין דרבנן סיפא דאורייתא ע"ש בפירש"י אשר מבואר להדיא דר"י ס"ל מ"במ ל"ב אפי' בדרבנן וע"כ ציר שאני דקיל מכל איסורי דרבנן וניחא שפיר דברי התוס' שם בד"ה ר"י שהוכיחו דר"י מודה דיבש ביבש מ"במ בטיל מברייתי' דליטרא קציעות דהוא דרבנן ועיין להפלתי סי' ק"ט ע"ש ובפ"ק דביצה ד"ד פריך הגמ' גבי ביצה תבטל ברובא כ' הצל"ח שם הא דלא מוקי לה כר"י דמ"במ ל"ב משום דל"א ר"י אלא בדאורייתא וספק דאורייתא לחומרא אינו אלא מדרבנן ובטיל אפי'

לר"י ע"ש ועפ"ה ליתא ובפרק משילין דל"ז אתמר שנים שלקחו חבית ובהמה בשותפות רב אמר חבית מותרת ובהמה אסורה משום דינקי תחומין מהדדי ופריך לאיסורי מוקצה לא חששו לאיסור תחומין חששו והרי"ף פ' כרב וכת' הרמב"ן ז"ל דלא חש לקושי' דגמ' וראיתי בס' ים ישששכר דף שכ' דטעמיה דהרי"ף משום דהמוקצה דרבנן ואפי' ינקי ל"ל בה דבטלי ברובא אפי' לר"י כיון דדרבנן היא אבל תחומין ס"ל דדאורייתא הן ולכך ל"פ ע"ש ועפ"ה ליתא דר"י לא קאמר אלא בציר דזיעה בעלמא הוא ולרב מצינו דס"ל דמ"במ ל"ב אפי' בדרבנן כמ"ש התוס':

וראיתי בס' בשמים ראש בראש הספר שנשאל בחולה שצריך לאכול ויש דבר מוקצה ודבר הכא מחוץ לתחום והשיב דתחומין אע"ג דדאוריי' לא חמירי ממוקצה והוכיח כן מדפריך בפרק משילין לאיסור מוקצה לא חששו לאיסור תחומין חששו ע"ש ואפשר דזה דעת הרי"ף דלא חש להך קושי' משום די"ל דתחומין דאורייתא חששו ולמוקצה דרבנן ל"ח וראיתי להפר"ח או"ח סי' תס"ז גבי תבשיל שנמצאו בו חטין שאינן מבוקעות כ' בדעת הר"מ דפ' כשמואל וס"ל דברייתא בדאורייתא מיירי אבל מדרבנן אסור וכי עבד שמואל עובדא בתבשיל עבד ע"ש ומקשים ע"ד דהא שמואל ס"ל שם בדף כ"ט דכל איסורין שבתורה במינן במשהו שלא במינן בנ"ט וחמץ שוה לשאר איסורין וא"כ במאי הוה עובדא אי במינו אפילו בדרבנן במשהו דשמואל ס"ל כר"י דמ"במ ל"ב ור"י אפי' בדרבנן כדאי' בחולין דצ"ט ע"ש בתוס' ואי בשלא במינו וליכא ספק אפי' בדרבנן בעי' ס' ולק"מ דכבר נתבאר דדוקא בציר הוא דא"ל לר"י דבטיל ועוד דהריטב"א בע"ז דע"ג ע"ב כ' דשמואל כרבנן ס"ל דמ"במ בטיל אלא דס"ל דהיינו מדאורייתא אבל מדרבנן ל"ב ע"ש ואם כן י"ל דבחמץ דרבנן אפי' מדרבנן בטיל בס' ודוקא בדאורייתא הוא הוא דס"ל דמ"במ ל"ב מדרבנן:

והנה כ' מהרא"י בפסקיו סי' קצ"א ופסק מור"ם סי' ע"ט שלא להשהות בשר עד אחר ג"י בלא מליחה דחיישי' שמא ישכח ויבשל וכ' המנ"י כלל ד' סק"ו אע"ג דבזמן מועט ל"ח לתקלה כמבואר בסי' פ"ו גבי תרנגולת ס' טריפה דמשהינן לה כ"א יום כדי שתתעבר ה"ד בס' איסור דאיכא ס"ס שמא לא יבא לידי תקלה ואת"ל יבא לידי תקלה שמא לאו טריפה הוא אבל בודאי איסור חיישי' לתקלה אפי' בזמן מועט ע"ש וק"ל א"כ מאי פריך בפ' כ"ש ד"ל אהא דאמ"ר קדירות בפסח ישברו לשהינו אחר זמנו ולעביד בהו שלא במינו ומאי פריך הא חיישינן לתקלה שמא ישתמש בהם במינו דבמשהו אסור ואפי' לזמן מועט כיון דכי משתמש בזמנו עביד איסורא ודאי ואולם ע"פ דברי הריטב"א שכתבנו ניחא דכיון דאי משתמש בזמנו ליכא אלא איסו' דרבנן דמדאורייתא כרבנן ס"ל דבטיל

ל"ח לתקלה דהוי כמו ס' דרבנן ודמי לס"ס בדאורייתא דל"ח לתקלה אלא לזמן מרובה ולכך פריך ולשהינהו וכו' ומשני דילמא ישתמש במינו אחר זמנו דהוי לזמן מרובה ובכל גוונא חיישי' ועפ"ה ניחא כל מה שהק' הפר"ח ביו"ד סימן נ"ז אהא דפ' מרן שם אם רבים הם הנדרסים לא ישהם יב"ח דחיישי' לתקלה דמשמע דוקא אם רבים הם אבל אם הם א' או ב' ל"ח לתקלה אפי' לזמן מרובה והקשה עליו הפר"ח מכ"מ בש"ס והקיפו חבילות של הלכות דמבואר יוצא מהם דחיישי' לתקלה אפילו בא' ומכח זה דחה פ' מרן ועפ"ה ל"ק כלל דכל אותם המקומות באיסור ודאי ולא בס' ובהנהו דוקא הוא דחיישי' אפי' בא' אבל בס' דרוסה דאיכא ס"ס ל"ח אלא אם רבים הם הנדרסים ופ' מרן נקי ומסולק מכל מה שהקשה עליו הפר"ח מיהו בא"ח סי' תס"ז פ' מרן בש"ע בחטה בקועה בתבשיל דאם נמצאת ביום אחרון יכול להשהותה עד אח"הפ והוא מהגה"מי והמרדכי שהביא בב"י ומשמע דבתוך הפסח אין להשהותה משום דחיישי' לתקלה וכ"כ הראב"ד בס' תמ"ד סי' ל"ג ע"ש הרי דאפילו באיסור משהו דרבנן אסור להשהותה וחיישינן לתקלה ולפ"ז קש' מאי פריך הגמ' בפ' כ"ש ולשהינהו אח"הפ הא חיישי' לתקלה אפילו בזמן מועט ואפילו באיסור משהו דרבנן וצ"ל דפריך ולשהינהו אח"הפ ולעביד להו מחיצת עשרה כדי שלא יבא לאוכלו וכדאמרי' בפ"ק דפסחים גבי חמצו של נכרי בבית ישראל עושה לו מחיצת עשרה ולפ"ז יש להוכיח דבנמצאת חטה בתבשיל בתוך הפסח יכול להשהותה ע"י מחיצת עשרה והרב חקת הפסח הנ"מ שם נסתפק בזה ע"ש:

סימן מ

עמדתי עמ"ש הר"מ ז"ל בפ"א מה' ח"ומ ד"ז שכ' האוכל מן החמץ עצמו בפסח כ"ש ה"ז אסור מ"הת שנאמר לא יאכל וכו' והאוכל פחות מכזית במזיד מכין אותו מ"מ וכ' מרן בכוונתו דכ"ש ממש מעט מן המעט אסור מ"הת אבל אין מכין מ"מ אלא על פחות מכזית ולא על כ"ש ממש אלא שתמה ע"ז מה גבול יש לו ע"ש ונ"ל דהגבול הוא אם יאכל כ"ש הרבה פעמים ויהיה כזית בכדי אכילת פרס אז מכין אותו מ"מ. דחזי לאצטרופי לכזית להתחייב עליו לאו וכרת אבל אם כ"ש מעט מן המעט בענין כשיאכל הרבה פעמים כזה השיעור עד שישלים כזית יהיה יותר מכדי אכילת פרס דלא מצט' לחיוב אז אין מכין אותו מ"מ דקי"ל בכל האיסורין אין מצט' עד שיאכל כזית בכדי א"פ ועוד דכיון דכ"ש ממש הוא מתעכל מהר ואין ראוי להצטרף עם מה שיאכל אח"כ ועפ"ז י"ל מה שהקשה מרן בכ"מ ל"ל קרא הא קי"ל בכל התורה דחצי שיעור אסור מ"הת ע"ש די"ל דטעמא דח"ש אמ"ה משום דחזי לאצט' א"כ בכ"ש מעט מן המעט דלא חזי לאצטרופי

כשיאכל הרבה פעמים כזו האכילה שאכל עכשיו שרי בשאר איסורין אבל בחמץ דכתיב לא יאכל משמע דלא יהיה בו היתר אכילה כל אפילו מעט מן המעט ויצא להר"מ כן מגמ' דר"פ יו"הכ דנ"ל ח"ש אמ"ה מדכתי' כל ויהיב טעמא דחזי לאצטרופי ומדאצט' להאי טעמא ע"כ דס"ל להגמ' דטעמא דקרא משום דחזי לאצטרופי ונ"מ לאוכל מעט מן המעט דל"ח לאצטרופי דשרי וע"ש בתוס' גם יצא לו להר"מ ד"ז מדאמרי' בפ' כ"ש דל"ה דא"י במצה של טבל משום דמי שאיסורו בבל תאכל חמץ ופריך ואסורא דחמץ להיכן אזל ומוקי לה כר"ש דס"ל אין אחע"א וע"כ דס"ל להגמ' דחמץ אטבל הוי איסור מוסף דאי איסור כולל אמאי לא אוקמה כשאר תנאי דל"ל כולל אלא ע"כ דס"ל דהוי א"מ ולא אשכחן תנא דל"ל א"מ אלא ר"ש והשתא י"ל חמץ אטבל מה איסור מוסף איכא אי איסור הנאה כבר כ' התוס' בפג"ה דק"א דאיסור הנאה לא הוי א"מ ואע"ג דהר"מ בפי"המ בפ"ג דכריתות די"ג ס"ל האיסור הנאה איסור מוסף מ"מ י"ל דחמץ אטבל לא הוי א"מ כיון דגם טבל אסור בקצת הנאות דהיינו הנאה של כלוי וס"ל דמדאורייתא אסירה וע"כ הוכרח הר"מ לומר דחמץ אסור אפילו בכ"ש מעט מן המעט והוי א"מ מיגו דאיתוסף איסורא אמעט מן המעט וכה"ג כ' הרב נודע ביהודה ח"א חא"ח סי' ל"ו דטבל ותרומה על יו"הכ הוי א"מ מיגו דאיתוסף איסורא אכזית דיו"הכ ככותבת הוא דמחייב ע"ש וה"נ דכוותא מגו דאיתוסף איסורא אכ"ש ועיין להרמ"ע מפאנו דקכ"ו ע"ב במ"ש לתרץ קושית ה"ה בפ"ד מה' מ"א ע"ש ועיין להתוס' בפ' הלוקין די"ו ע"ב בד"ה דיסק ובמעילה די"ו רע"א ע"ש ועיין להקמ"ר בפ"ד מהל' שבועות במה שהוכיח שיעור דשתיה בכלל אכילה מגמ' דשבועות דכ"ג ובחידושי' שם בשבועות ואף דהמש"ל בה' יסו"הת כ' דכל איסור דאינו לוקה עליו לא הוי א"מ ע"ש כבר הרב קול אליהו ח"א חיו"ד שי' ז' הוכיח במישור דבכל גוונא הוי א"מ ע"ש אך קשה דהר"מ בפ"ט מה' מלכים דין יו"ד כ' דב"נ אסור בכ"ש דלא ניתנו שיעורין אלא לישראל ע"ש ולדידה קשה מה שהק' התוס' בפ"ב דחולין דל"ג ע"א בד"ה אחד וכו' מי איכא מידי דלישׁ שרי ולב"נ אסור ומה שתי' התוס' דלישראל נמי אסור דח"ש אסור מ"ה ע"ש לא יתכן לדעת הר"מ לפמ"ש דכ"ש ממש שרי לישראל ואסיר לב"נ דל"ל טעמא דחזי לאצטרופי לגבי ב"נ דלא ניתנו להם שיעורין וצ"ל דגם לר"י דיהיב טעמא דחזי לאצטרופי ל"ל האי כללא מי איכא מידי וכמ"ש התוס' לד"ל והנך אמוראי דס"ל מזמנין כותי על בני מעיים ל"ל טעמא דחזי לאצט' אלא דח"ש אסור מ"ה אפילו כ"ש ממש:

ועפ"ה ניחא לי מה שהקשו התוס' בפ' הבע"י דס"ב ע"א בד"ה בני הא ב"נ אין מצווין אפ"ור דכל מצוה שנאמרה לב"נ ולא נשנית בסיני לישׁ' נאמרה ולא לב"נ ע"ש די"ל כיון

דטעמא מאי דנאמרה לב"נ ולא נשנית בסיני דל"א לב"נ נאמרה ולא לישראל משום מי איכא מידי וכדאי' בפ' ד"מ דנ"ט וכיון דר"י ל"ל מי איכא מידי י"ל שפיר לב"נ נאמרה ולא לישראל ועכ"ם מצווין אפ"ור ומאי דקי"ל דישראל מצווין אפ"ור משום דאמת הוא דנשנית אלא כיון דנשנית בשביל ד"א לא חשיב לה נשנית וכדאיתא שם בגמ' ע"ש ומאי דלא חשיב לה ברייתא שם גבי מצות דב"נ י"ל תנא ושייר ועיין בחידושי' לספרי שם הוכחתי מברייתא דספרי דל"ל להההוא תנא מי איכא מידי ע"ש וניחא שפיר קו' התוס' דהתם אליבא דר"י קיימי' :

ומן האמור י"ל מ"ש הר"ש במשנה במס' ט"י בפ"ב דח"ש אמ"ה דוקא בעיניה אבל ע"י תערובת שרי וכ"כ הרדב"ז וקש' דמי איכא מידי דלב"נ אסור ולישראל שרי דלב"נ ודאי דאסיר אפילו ע"י תערובת שהרי פחות מכזית לב"נ כמו כזית לישראל דלא ניתנו שיעורין לב"נ וכ"נ קצת מגמ' בפ' ד"מ דפריך לר"י דאמר דלא הותר בשר לאדם הא' מברייתא דהיו צולין לו בשר ומאי פריך נימא דהיו צולין לאכול ע"י תערובת וע"ש בתוס' בדנ"ו ע"ב בתוס' ועפ"ה י"ל סברא הלזו דח"ש דוקא בעיניה לר"י דל"ל מי איכא מידי אבל להנך אמוראי דאין מזמנין וכו' ע"כ דח"ש אסור אפילו ע"י תערובת דאלת"ה קשה מי איכא מידי וכו' ועפ"ז י"ל מה שהק' הר"ש שם מגמ' דפג"ה דפ"ז בההוא פלגא דזיתא וכו' ע"ש ועיין להשע"ה בה' יסו"הת ד"ג רע"א שכ' דאע"ג דח"ש אמ"ה שלא כדרך אכילתו לא אסור אלא מדרבנן דח"ש טעמא מאי משום דחזי לאצטרופי ובשלא כדר"א ל"ל האי טעמא ולמ"ד כ"ש למכות אפילו כשלא דר"א אסור מ"ה ע"ש ולפ"ז בב"נ אסור אפילו שכדר"א וקשי' מי איכא מידי וכו' ועפ"ה יתיישב הכל שפיר דמאן דס"ל טעמא דחזי לאצטרופי ל"ל מי איכא מידי וכו' ומאן דאית ליה מי איכא מידי וכו' ל"ל ה"ט דחזי לאצט' ואסור ישראל מדאורייתא אפי' שכדר"א ומן האמור דכ"ש ממש שרי כשאר איסורין י"ל מ"ש התוס' בפ"ג דשבועות דכ"ג ע"ב בד"ה דמוקי אמאי לק' ר"י לטעמיה דח"ש אמ"ה ע"ש ועיין להתוס' שם דכ"ב בד"ה להיתרה ע"ש:

ובהיותי בזה עמדתי על מה שנסתפקו האחרוני' אי ח"ש דאסור מ"ה דוקא במידי דאכילה או בכל מיד כגון איסורי שבת וכיוצא הלא בספרתם ונ"ל להוכיח דעת הרמב"ם ז"ל דאסור ח"ש מ"ה בכל האיסורין והוא ממ"ש בה' פרה פ"א ה"ג וז"ל היו בה ב' שערות עיקרן מאדים וראשן משחיר הכל הולך אחר העיקר וגוזז במספריי' וכו' ואינו חושש משו' גיזה בקדשי דאין כוונתו לגוז ע"ש וקשה אפילו כוונתו לגוז לשתרי שהרי שיעור גיזה הוא כמלא רוחב הסיט כפול כמ"ש הר"מ בפ"א מה' מעילה ע"ש וא"כ כ"ש חצי שיעור הוא אלא ע"כ ח"ש אסור בכל האיסורין ואין לומר דמדרבנן אסור בכל האיסורין

אבל מדאורייתא לא אסיר אלא מידי דאכילה ולכך אצט' לטעמא דאין כוונתו לגוז הא ליתא שהרי פרה קבד"ה היא ולא אסירה בגיזה אפילו בשיעור שלם אלא מדרבנן כדאיתא בגמ' בכ"מ וא"כ ח"ש אי איתא דמדרבנן הוא דאסיר לא היה נאסר אלא במידי דבשיעור שלם איכא איסורא דאורייתא אבל במידי דליכא בשיעור שלם אלא איסורא דרבנן בודאי בח"ש שרי לגמרי דכולי האי ל"ג רבנן אלא ע"כ דס"ל דח"ש אמ"ה בכל האיסורין ולהכי באיסור דרבנן אסור אפילו ח"ש דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון ולמדנו מדבריו דח"ש אמ"ה בכל האיסורין ולמדנו עוד דאפילו באיסורי דרבנן אסור ח"ש וכן יש ללמוד מדברי הר"ש בפ"ב דט"י שכ' דהט' דגוזז במספריים משום דגיזת פרה קבד"ה היא מדרבנן הוא דאסור ובדבר דלא שכיח ל"ג רבנן ע"ש משמע הא אי שכיח אסור אע"ג דח"ש הוא והאחרונים נסתפקו גם בזה ועפ"ה ניחא מאי דק' בטעמא שכ' הרמב"ם משום דאין פוונתו לגוז דהא פסיק רישיה הוא ואפילו ר"ש מודה ומגמ' דפ' כ"ש דכ"ו נר' דבכל האיסורין אסור פ"ר ע"ש ועפ"ה ניחא שפיר בפרה דקבד"ה דמדרבנן הוא דאסיר לא אסיר פ"ר כמ"ש התוס' בפ' כ"ש דכ"ה ע"ב בד"ה לא ועיין להמג"א סי' ש"י ע"ש ועמ"ש בס' שש"א בי"ד סי' ס"ח ע"ש:

והנה בפ"ב דהוריות ד"ז ע"ב כ' רש"י בד"ה הוא בחלב וכו' א"נ הורו בחלב שעל הקרב בין כזית לפחות מכזית דכזית לא כתיב בהדיא והוי דבר שאין הצדוקים מודים בו ע"ש וק' דהא פחות מכזית לית ביה כרת וב"ד אין חייבין אלא ע"ד שדונו כרת ושגגתו חטאת כדתנן התם וצ"ל דכוונתו דטעו בשיעור הזית כמה הוי וכה"ג אתיא בר"פ יו"הכ ע"ש אבל קשה דבגמ' שם בד"ד דפריך אר"י דאמר אין ב"ד חייבין אלא. . בדבר שאין הצדוקין מודים בו מדתנן יש שבת בתורה אבל המוציא מרשות לרשות וכו' ע"ש ומאי ק"מ נוקמא בטעו בשיעור הוצאה כמה הוי אשר ע"כ נראה דגם השיעורין הצדוקים מודים בהם ומ"ש רש"י פחות מכזית היינו ח"ש ממש וכיון דבשיעור שלם יש בו כדת חייבין ולא בעי' בההוא דבר עצמו כרת וכן ראיתי למהר"י כולי ז"ל בס' מש"ל בפ"ג מה' שגגות דין ה' שהוכיח דלא בעי' באותו דבר עצמו כרת עש"ב והשתא יש להוכיח מדברי דש"י דח"ש לא אסיר בהוצאה דאל"ה אכתי קשה אמאי לא מוקי הגמ' ההיא דהוצאה בח"ש אלא ע"כ דס"ל דדוקא במידי דאכילה איברא דרש"י גופיה בפ' כלל גדול דע"ד ע"א כ' בהדיא דח"ש אסור בהוצאה ומשמע מדבריו שם דמדאורייתא אסיר ע"ש ולפ"ז קשה נוקמא להוצאה בח"ש וי"ל ועיין להתוס' בפ"ק דכריתות ד"ד ע"ב בד"ה ה"מ שגם מדבריהם נר' דח"ש אמ"ה אפילו. בטומאה דאל"ה לא מקשים מידי ע"ש ועיין במס' אהלות פי"ג משנה ה' ובהר"ש שם ע"ש וכן יש להוכיח מגמ' ר"פ ראשית הגז דאמרי' טעמא דכתב

רחמנא צאנך הא לא"ה הו"א ליגזוז וליתיב ליה הא לאו בני גיזה כינהו ואי איתא מאי פריך נימא ליגזוז פחות פחות מכשיעור. אע"כ דח"ש אמ"ה בכל האיסורין וסוגיא דהתם אליבא דר"י דס"ל ח"ש אמ"ה אזלא וע"ש בהסוגיא ומסוגיא הלזו ק"ל אמ"ש התוס' במס' מעילה די"ב ע"ב בד"ה חלב דלא תגוז כתיב אבל הגיזה עצמה טז ש שריא ע"ש דלפ"ד מאי פריך הגמ' נימא דאצט' צאנך להיכא דעבר וגזז וכה"ג איתא בזבחים דק"ג ע"ש ואע"ג דאמרי' בפ' הערל דע"ח ע"א דאי להתרה לא כתיב קרא הא כבר כתבו התוס' שם בד"ה מארי דדוקא פשטיה דקרא אבל יתורא דקרא א"ש לדאי ע"ש:

חזרנו על הראשונות עמש"ל דאמרי' מגו דחל אכ"ש חל אכזית והבאתי דכה"ג כ' הנ"ב ועיין להריטב"א בפ' ע"י דע"ז ע"ב שכ' בנתנבלה ביו"הכ לא חייל נבילה איו"הכ ועיין להשע"ה בה' א"ב דקכ"ב ע"ג וק"ל ע"ז מירושלמי הביאו התוס' בפ"ג דשבועות דכ"ד ע"א שבועה שלא אוכל מצה בליל פסח לא חיילא משום דליכא כולל ע"ש ולפמ"ש נימא מגו דחל אכ"ש דלית ביה מצוה ואסור מכח שבועתו כמ"ש הר"מ ברפ"ד מה"ש דהנשבע שלא יאכל היום אסור לאכול ח"ש ע"ש חייל נמי אכזית ואפילו להחולקים על הר"מ וס"ל דבשבועה אינו נאסר בח"ש כמ"ש המש"ל שם ק' דלר"עק עק דס"ל ברפ"ג דשבועות דגבי שבועה אדם אוסר עצמו בכ"ש ודוקא גבי שבועה אבל בעלמא בעי' כזית כדמסיק הגמ' שם נימא מגו דחל אכ"ש חל נמי אכזית ואמאי לא חיילה נשבע של"י מצה בל"פ ובירוש' סתמא מתניא משמע דליכא מאן דפליג ומכח זה היה נר' להוכיח מכאן מה שנסתפקו האחרונים אי ל"ל אלא חצי זית מצה אי מצוה לאוכלו דא"א דמצוה לאוכלו ניחא שפיר דל"ל מגו דחל אכ"ש דאפילו אכ"ש לא חייל אך ק' להסו' דלא נאסר ח"ש גבי שבועה אמאי נשבע שלא לאכול מצה הא יכול לקיימה בח"ש אשר ע"כ נר' דנשבע של"י מצה בל"פ כיון דהזכיר ל"פ אין כוונתו לאסור אלא המצוה ואי נפיק י"ח מצה בח"ש נתכוון לאסור אפילו ח"ש לכ"ע ואי א"י בח"ש אזי לא נכלל בשבועתו ח"ש ושרי בח"ש לכ"ע דבנדרים בעינן פיו ולבו שוין ועפי"ז גם מה שהוכיח השע"ה בהלכות יסו"הת ספיקיה דהמש"ל אי נפיק שלא כדר"א במצה מהירוש' הלז ע"ש ליתא ועפ"ז ניחא מה שהק' הפר"ת סי' תפ"ה עד"ז דהירוש' אמאי ל"א מגו דסל אכזית בתרא חל אכזית קמא ע"ש די"ל כיון דלא נתכוון אלא על המצוה מעיקרא לא נשבע אלא אכזית קמא שו"ר לסרב קול אליהו ח"א חי"ד סי' ט"ל שכן תי' לקושית הפר"ח ונ"ל להוכיח כן דאי איתא דאסור אפילו בכזית בתרא אמאי לוקה ואוכל מצה בל"פ אמאי ל"ג כזית קמא אטו כזית בתרא דכה"ג אמרי' בפ"ב דיבמות ד"ך דחייבי לאוין לאו בני יבום נינהו דגזרי' ביאה דאשונה אטו ביאה ב' ע"ש וה"נ נגזור ואין לומר דכיון דבטל לגבי מצוה בטל

לגמרי וכדאמרי' נדר שהותר מקצתו הותר כולו הא ליתא דהאי מילתא פלוגתא דרבוותא אי אמרי' נדר שלא חל מקצתו לא חל כולו אי דמיא לנדר שהותר מקצתו הותר כולו וכמ"ש אצלנו בהלכתו נדרים ע"ש איברא די"ל דל"ג ביאה א' אטו ביאה ב' אלא משום דאפשר בחליצה אבל לעקור המצוה משום גזירה ל"ג וזה חזיתי לה' מגיד מראשית דל"ה ע"ב שכ"כ ליישב מ"ש הרשב"א ח"ד סי' ר"פ נשבע שלא ליבם דחיילה משום דאפ' בחליצה ותמה עליו דמסקנא לא קאי הכי אלא דמסקי' חליצה במקום יבום לאו מצוה היא וכתב ליישב דבריו דמטעם גזירה אתי עלה ומ"ש דאפשר בחליצה משום דסובר דל"ג אלא במקום דאפ' בחליצה והא דמבטלי' שופר משום גזירת ד"א שאני העברת ד"א דחמירה והוכיח כן מדברי מהריב"ל ח"ב סי' מ' עש"ב אמנם מדברי התוס' בפ"ק דקדושין דל"ח ע"א בד"ה דאיקרוב נר' להדיא דגזרי' כזית קמא אטו כזית בתרא ועקרו המצוה כולה ע"ש אע"כ צ"ל דלא נתכוון אלא על המצוה וכדכתיבנא ועיין למהרימ"ט חיו"ד סי' מ"ז ע"ש:

והנה הפר"ח תי' לקושייתו כיון דלא אפשר לכזית בתרא בלא כזית קמא לא הוי כולל בכה"ג ע"ש וה' קול אליהו סי' הנ"ל הוכיח דלא כהפר"ח מתשו' הר"ן שהביא מרן ביו"ד סי' רל"ח בנשבע שלא לקדש את לאה מכאן עד הפסח ואח"כ נשבע שלא לקדשה לעולם דחיילה בכולל הרי דאמרי' מגו דחל אבתרא חל אקמא ועוד הוכיח מתשו' הריב"ש סי' שצ"ה דכתב גם בנשבע של"י מצה בל"פ וכלל בשבועתו ימים שאח"כ חיילה בכולל גם מתשו' הרשב"ץ ח"א סי' ק' שכ' בנשבע שלא לחלוץ או שלא ליבם אע"ג דמצי לפטור עצמו בחד מנייהו כיון דאי עבד לה איכא מצוה אין שבועה חלה והביא ראיה מדקי"ל נשבע שלא ישב בסוכה כל ז' הימים דלא חלה אע"ג דאי בעי אינו יושב בשאר ימים לא הוי כולל מגו דחייל אשאר ימים חייל אליל א' דכיון דאי יושב עביד מצוה הוי נשבע לבטל את המצוה אפי' לגבי שאר ימים ולדברי הפר"ח לא הוי כולל בכה"ג עש"ב ולע"ד דל"ד דע"כ לא כתב הפר"ח אלא בכזית בתרא דלא מקרי כולל כיון דאינו ידוע לעצמו דלא יוכל הכזית בתרא אלא אחר שאכל הכזית קמא דבתרא בלא קמא א"א אבל הימים ידועים והוי כאלו כבר. שניהם לפנינו ואמרי' שפיר מגו דחל אימים אבתראי חל אקמאי גם כזית בתרא לא אתי עד שיעבור על שבועתו ויאכל כזית קמא אבל הימים אפילו לא עבר על שבועתו הימים איתנהו בעולם ועיין להטור א"ח סי' תק"ע ולהב"ח שם ונדון הפר"ח ל"ד אלא למ"ש הרשב"א והרא"ש שהביא מרן בסימן רל"ט והרדב"ז בשניות בסי' נ"ו בנשבע שלא ליבם את יבמתו דלא הוי נשבע לבטל את המצוה דבדידיה תלי רחמנא אי בעי ליבם או לחלוץ ולא כתבו מטעם דהוי כולל וכן הוכיח מדבריהם ה' קול אליהו

שם כדבדי הפר"ח ועפ"ד. הפר"ח ניחא אצלי מה שהק' מהר"ם ב"ח בקו' כ"ת דל"צ לדעת הפוס' דשבועה חיילה בכולל אפילו בביטול מצוה בשוא"ת מדאמרי' מרי' בפ"ק דנזיר דאצט' מיין ושכר יזיר לאמר שבועה שאשתה וחזר ואמר הריני נזיר דחיילה ופריך ולרבנן הא מ"ל להכי ע"ש ומאי פריך לרבנן כיון דס"ל אחע"א בכולל נימא מגו דחל איין רשות חייל נמי אמצוה ע"ש ועפ"ד הפר"א ניחא שפיר דהתם ליתיה ליין רשות אלא אחר המצוה ולא אמרי' מגו דחייל איין רשות דבתרא חייל אקמא ודאי ממש לכזית בתרא וקמא:

האמנם ראיתי להתוס' בפ"ג דשבועות דכ"ה ע"א בד"ה חומר שכ' דאצט' קרא לאסור היין מצוה בנזיר וקרא דלה' בנדרים דנזירות לא ילפי' מנדרים משום דנדרים איסור חפצה ונדדים לא ילפי' מנזירות משום דנזירות אוסר כל יין עליו ע"ש הרי דהתוס' ס"ל דההיא דנזיר כולל הוא דמטעם זה לא ילפי' נדרים מנייהו ועיין להשע"ה בה' א"ב דקכ"ב ע"ג במה שתי' לקו' מהר"ם ב"ח שזכרתי ודו"ק ואיכא למידק למה הוצרכו התוס' למי' נזירות לא ילפי מנדרים משום איסור גברא בלא"ה אי לאו קרא דנזיר הוה ילפי' בק"ו. מטומאה כדאי' בנזיר דמ"ד והו"א אהני הקשה לשאר מילי ואהני ק"ו והנה מדברי אתוס' הללו לכאורה יש להוכיח דלא כהפר"ח דמדברי התוס' מוכח דכה"ג הוי כולל ונ"ל דהנה במה שנסתפקו האחרונים אי יי"ח במ"ע בח"ש יש להוכיח מההיא דפ"ק דנזיר דא"א מאי פריך מושבע ועומד מה"ס הא אפשר לקיים שניהם בח"ש אלא די"ל דהגמ' אליבא דר"ש קאי ור"ש ס"ל כ"ש למכות ולכך הוכרח לאוקומא באמר שבועה שאשתה וכי פריך ורבנן ה"פ הא מבע"ל לקדושתא והבדלתא דהו"א כיון דמצוה יותר בשיעור שלם לא חייל קמ"ל כיון דמתקיים קצת המצוה בח"ש אפשר לקיים שניהם מקרי ולפ"ז איכא כולל שפיר ול"ק מדברי התוס' ע"ד הפר"ח ועיין לה' יד יהודה שם שכתב דאיירי שנשבע שלא יאכל היום וס"ל להתוס' כס' הראב"ד בפ"ד מה' שבועות דין יו"ד דכה"ג הוי כולל עש"ב ועיין להתוס' שם בפ"ג דשבועות דכ"ב ע"ב בד"ה נזיר ע"ש ודו"ק ועיין להתוס' בס"פ דם שחיטה שהק' מנ"ל דר"ש ל"ל א"מ ע"ש ולשי' הראב"ד לק"מ דנבילה איו"הכ א"מ הוא מגו דנתוסף אחר יו"הכ ויו"הכ חל מחיים דס"ל להגמ' בהמה בחייה לאו לאיברים עומדת:

והנה א"י בפיו"הך דע"ד ע"ב מה מלאכה שחייבין עליה במ"א אף עינוי דבר שח"ע במ"א ואיזה זה פיגול ונותר אביא פיגול ונותר ולא אביא את הטבל וכו' עד אביא את החולין וכו' ע"ש והדבר תימא היכי ס"ד דלא כתיב תענו אלא מפיגול ונותר דא"כ היכי חייל יו"הכ על פיגול ונותר הא קי"ל דאין איסור חע"א בלא כולל ומוסף ומאי דאמרי' בפ'

אמרו לו דיו"הכ חייל מגו דחל אחולין היינו לפי המסקנא דתענו מכל מילי אבל לפום סברא דהשתא דלא הזהירה תורה אלא מפיגול ונותר במאי חייל ואי יו"הכ קדים נמי לא חייל עליה פיגול ונותר דליכא לא כולל ולא מוסף דמאי דאסור בהנאה משום קדשים הוא ולא משום פיגול ונותר וכי נתפגל או נעשה נותר לא איתוסף מידי ולדעת הראב"ד ז"ל דאמרי' מיגו דחל אשאר ימים דבתר הכי חל היום שפיר אבל לדעת הר"מ דבכה"ג לא הוי כולל ק' ועפ"ד הנ"ב הנ"ל ניחא שפיר דיו"הך קדם ואתי א"י פיגול ונותר וחייל איו"הכ מיגו. דאיתוסף איסורא אכזית ועי"ל דנותר קדים ואתי יו"הכ וחל עליה מיגו דאיתוסף איסורא אשלא כדר"א דיו"הכ אסור אפי' בשלא כדר"א כמ"ש ה' שאגת אריה סי' לתרץ קו' התוס' ס"פ דם שחיטה ע"ש ואפי' להסז' דהקדש אסור אפילו שלא כדר"א היינו משום הקדש אבל נותר דכתיב ביה אכילה לא אסיר שכדר"א ועיין למהרש"ל ז"ל על הסמ"ג בה' יו"הכ ובמ"א כתבתי פ"ד ע"ש:

והנה מדברי הרשב"ץ הניתנין למע' מבוא' דאפי' אפשר לקיים המצוה באופן אחר מ"מ הוי נשבע לבטל את המצוה כיון דבזה האופן א"י לקיים אך מדברי הרשב"א והרא"ש הנ"ל שכ' בנשבע שלא. ליבם דלא הוי נשבע לבטל המצוה דבדידיה אלה רחמנא מתבאר להפך נקטי' דהדבר במחלוקת שנוי בין הרשב"א והרא"ש להרשב"ץ ז"ל ודאיתי להפר"ש בס' מ"א כתשו' סי' ז' שנסתפק אם קדש אשה ע"מ שיחלוץ לה היבם אי הוי מעמש"ב ע"ש ונ"ל להוכיח מדאמרי' בפ' המגרש דפ"ג ע"ז נענה ר"ט ואמר הרי שהלכה זאת ונשאת לאחיו של זה שנאסרה עליו ומת בלא בנים לא נמצא זה עוקר דבר מ"ה ופריך בגמ' עוקר איהו עקד אלא מתנה לעקור מתנה מי קא"ל דלא סגי לה דלא מינסבא לאחוה דההוא גברא אלא גורם לעקור דבר מ"ה ע"כ וא"א אמאי קרי ליה מתנה עמש"ב הא יכול לחלוץ אע"ג דאינה עולה ליבום עולה לחליצה כיון דמחמת התנאי הוא דה"נ בקדש אשה ע"מ שיחלוץ לה ע"כ דתחלוץ אע"ג דאינה עולה ליבום דאי לא"ה אין מקום לספק הפר"ח שו"ר להרשב"א ריש יבמות שכ"כ להדיא ע"ש ותמהני דכיון דחשיב ליה מעמש"ב מטעמא דכיון דאי בעי ליבם ל"מ מיבם אע"ג דבידו לחלוץ ע"ש בדבריו מ"ש בנשבע שלא ליבם דלא הוי נשבע לבטל את המצוה כיון דבידו לחלוץ כנ"ל בתשו' הרשב"א שהביא מרן סי' רל"ט וי"ל והנה בסוגיא דהמגרש הלזו ק"ל אפילו אי חשיב מעמש"ב מאי פריך הא קי"ל דהתנאי בטל והמעשה קיים וא"כ כי נשאת לאחיו יכול ליבמה ומגמ' הלזו נר' דאי הוי מעמש"ב הוה ניח"ל להגמ' תשובת ר"ט וראיתי להמח"א בהלכות רבית סי' ט"ל שהק' מסוגיא הלזו למ"ש התוס' במסכת כתובות דנ"ו בשם ר"י דהיכא דאינו מתכוין לעקור לא הוי מעמש"ב דמגמ' הלזו משמע דאי הוה מתנה ע"מ

שתנשא לאחוה ולא תנשא לו הוה מתנה לעקור שפיר ואמאי הא לא מתכוין לעקור דלא אסיק אדעתיה שימות בלא בנים ע"ש ונ"ל ליישב הכל דודאי פשיט"ל להגמ' דלא הוי מתנה עמש"ב כיון דלא מתכוין לעקור ועוד דהכא ס' אי עקר אלא בתשו' ר"ט כיון דאי נשאת לאחיו איכא גרמא דעקירת ד"ת הי"ל לר"א לאוסרה לינשא לאחיו של זה לפי סברתו והגמ' שקיל וטרי על הלשון ומיישב הלשון דה"ק גורם לעקור ומשום דתשו' ר"ט אינה אלא בלא התנה שתנשא לאחיו דאי התנה לא היה יכול ר"א לאוסרה עליו לכך נקט הגמ' שפיר מי קאמר לא סגי לה וכו' ועיין להע"הש א"ח בסוף הס' מ"ש מסוגיא הלזו ע"ד הרא"ש בתשו' ע"ש ועיין להב"ח א"הע סי' קס"ה בדין אם קנה בק"ס שלא ליבם יבמתו ולהרב דברי יוסף סי' נ"ג ולהכנ"הג ביו"ד סי' ס"א הג"הט סקנ"ד ע"ש ומ"ש הב"ח משם הרא"ם דצריך להתיר החרם עיין להרדב"ז ח"ב סי' שי"ד ע"ש:

שו"ר להרשב"א בחי' בסוגיא דהמגרש שעמד בזה דהא קי"ל דהתנאי בטל והמעשה קיים ותי' דבודאי בכה"ג לא הוי מעמש"ב דהא בידה דלא תינסב ולא תיגרש אלא דבעי' דהבעל לא ליהוי עוקר ד"ת בתנאו דבכה"ג לא הוי כריתות והמעשה בטל עש"ב ועפ"ז אין מקום לקו' המח"א דהכא לאו במתנה עמש"ב איירי ולדמות מעמש"ב למתנה לעקור דטעמיה משום כריתות הא אין דמיונם עולה יפה ועוד לע"ד אין מקום לקושייתו אפילו לפי הבנתו דסוגיא דהמגרש במעמש"ב עסקינן מ"מ כיון דמתנה ע"מ שתנשא לראובן ולא תנשא לאחוה והיכי מ"ל שתנשא לאחוה ע"כ אם ימות ב"ב קאמר וא"כ מתכוין לעקור הוא ולא כ' התוס' דבעי' מתכוין לעקור. אלא לאפוקי ההיא דבית חניו דסבור דגם בב"ח מצוה אבל בכה"ג דהמגרש מתכוין לעקור הוא דאלת"ה אכתי ק' מההיא דבית חניו לרב בפ' הזהב דנ"א דס"ל ע"מ שאין לך עלי אונאה תנאו בטל וס"ל. אע"ג דלאו ודאי קעקר הוי מעמש"ב ולשמואל דפליג עליה דרב הוא דמחלק הגמ' בין ודאי עקר לס' עקר אבל לרב אפילו בס' חשיב ליה מעמש"ב והשתא אי כה"ג דס' הוא חשיב אינו מכוין לעקור אמאי בההיא דבית חניו לא חשיב מעמש"ב אלא דכל כה"ג חשיב מכוין לעקור ול"ד לבית חניו ובס' אי עקר אי חשיב מעמש"ב ד"ז תלוי בפלוגתא דר"וש ואין דברי התוס' ענין לזה כלל מיהו לזה י"ל דלא פליג רב ואמר אפי' בס' עקר חשיב מעמש"ב אלא בממון דתלוי במחילה אבל באיסור אפילו רב מפליג בין ודאי עקר לס' וכמ"ש מהר"א ששון סי' ס"ד ליישב תשו' הרא"ש כלל ל"ג ע"ש וע"ע שם שכ' דבתרי מי יימר אפי' רב מודה דלא הוי מעש"ב וכיוצא לזה כ' מהרש"ך ח"ב סי' פ"ב גבי נשבע לבטל את המצוה לחלק בין חד מי יימר לתרי דבתרי לא הוי נשבע לבטל וכ"כ ליישב תשו' הרא"ש כלל ח' סי' ו' ומה שהק' שם ע"ז מדפריך הגמ' בפ' כירה דמ"ו ע"ב ממתני' דמפרין ונשאלין

נדרים בשבת וא"א לא פריך מידי ע"ש לא ראה דברי התוס' שם בד"ה מי יימר דבחד מי יימר קאמר רבה דהא איירי אפילו בנולד בו מום מעיו"ט וסיימו דכן מוכח מאתקפתא דרמי ב"ח ע"ש ועמ"ש בד"ה והתנן ע"ש ודברי מהרא"ש הללו דבאיסורא אפילו בס' עקר מקרי מעש"ב לא יכונו אלא לפירש"י שם בפ' הזהב בהא דאמר רב ענן דבע"מ שאין בו אונאה מודה שמואל ע"ש אך למ"ש התוס' שם בד"ה ע"מ בשם רשב"א דע"מ שלא יחול אונאה הוא ור"ל דהוי מעש"ב אפילו דס' הוא ובע"מ שאין לך עלי אונאה הטעם משום מחילה ולפ"ד ר"ע שמואל איירי אפילו בודאי עקר כיון דמטעם מחילה הוא וכ"כ הר"ן בשם הרמב"ן ע"ש ומ"ש התוס' בסד"ה בד"א ואתיא אפילו כר"מ דלא ידע דקעקר אינו אלא לפירש"י אבל לפי' רשב"ם א"א דר"מ מודה בס' קעקר אז ע"כ דס"ל לר"מ בע"מ שאין בו אונאה אין עליו אונאה דהא נמי ס' הוא ואיך שמואל פליג על ר"מ בד"ז אלא ע"כ דלפירשב"ם גם ר"מ ס"ל תנאו בטל בס' עקר באופן דלפירשב"ם בס' עקר הוי מעמש"ב לשמואל ולא מצינו לרב דפליג עליה בהא דבמקום דהוי מעמש"ב אפילו בס' הוי מעמש"ב ולפ"ז י"ל דסוגיא דהמגרש נקט מי קאמר דלא סגי וכו' דהשתא פריך אפילו לרב דאיכא תרי מי יימר דמנסבה לאחוה ומי יימר דמת ב"ב אבל אי מתנה שתנשא לראובן ולא תנשא לאחיו לא הוה מצי פריך אלא לשמואל ומ"מ כבר נתבאר דסוגיא דהמגרש לאו במעמש"ב איירי ועפ"ד מהרא"ש הללו דבאיסורא אפילו רב מודה דבס' עקר לא הוי מעמש"ב אין מקום לספיקו של הפר"ח הנ"ל בקדש אשה ע"מ שיחלוץ דבכה"ג ס' עקר הוא דשמא אין מתה בלא בנים וגם איכא תרי מי יימר מי יימר דימות קודם אחיו ואת"ל דימות קודם אחיו שמא יהיו לו בנים ובכה"ג אפילו רב מודה דלא הוי מתנה עמש"ב:

איברא דצריך ליישב ההיא דפ' הזרוע דקל"ד שהביא הפר"ח וכתב הרא"ש שם. דהוי מתנה עמש"ב והתם ספק הוא דשמא לא ישחוט אותה הלוקח וגם בההיא דפ' בית כור שהביא הרא"ש שם דהתם הוי ספק שמא לא יזרע השדה ויש כמה דברים שבידו לעשות ולפטור אותה מן המעשרות ואמאי הוי מתנה עמש"ב לשמואל דמפליג בין ודאי עקר לספק עקר ועוד קשה לרב דמפליג בין ידע ומחיל ללא ידע הא הכא ידע ומחיל ואמאי תנאו בטל ואפילו למ"ש דהתם ספק מחשב ולא ודאי מ"מ אפילו בכה"ג ידע ומחיל מקרי דדוקא באונאה דהוא בדעתו שהוא בקי בדמיה ובדעתו שבודאי לא נתאנה אבל כל מידי דהוא עצמו יש לו ספק ידע ומחיל מקרי וכמ"ש הראשונים הובאו בש"מ בר"פ הכותב דפ"ד ע"א גבי ע"מ שלא יירשנה ודחו דברי התוס' שכ' דבירושה לא ידע ומחיל ע"ש ובהכי ל"ק מ"ש הש"ך סי' קפ"ב סק"ג ע"ש גם מהראנ"ח בחי' שם מכח קו' כ' דהתוס'

עצמן לא כ"כ אלא לס"ד דגמ' גם המרדכי בר"פ הכותב כ' דבירושה ידע ומחיל מיירי ועיין בס' מקור ברוך סי' נ"ה וזה דעת הרי"ף והר"מ שפ' כרב באונאה ופ' כת"ק דרשב"ג דבירושה תנאו קיים וגם בתנאי דשביעית כ' תנאו קיים וכמ"ש הכנ"הג בח"מ סי' ס"ז בהג"הט ובס' בעי חיי ח"ב סי' צ"ד ועיין למהרימ"ט חח"מ סי' י"ט במ"ש בההיא שכ' הטור ומרן בר"סי ר"ט ע"ש והשתא קשה בהנהו דפ' הזרוע ובפ' בית כור אמאי חשיב מעמש"ב הא ידע ומחיל ואפשר דהנהו לאו מידי דממונא מקרי ועיין בדברי הרא"ש בפ' בית כור אבל אין לומר דאתו כר"מ דהרמב"ם פסקן מטעם שיור ע"ש ועיין למהרי"קו בפ"ט מה' בכורים די"ח שכ' לדעת הר"מ דלא הוי מעמש"ב כיון דברצונו נותנם לו:

והנה הר"מ בפ"ד מה"ש דין יו"ד כ' שבועה שלא אוכל ככר זו היום שבועה שלא אוכלנה ואכלה כולה באותו היום א"ח אלא א' והרדב"ז בלשונו' הר"מ שם דקדק מלשון הר"מ דדוקא אכלה כולה באותו היום הוא דא"ח אלא א' אבל אם אכל חציה אותו היום וחציה למחר חייב ב' ועפ"ז כ' דצ"ל דהר"מ סובר דשבועה שלא אוכלנה פי' שלא אשלים אכילתה דאי פי' אוכלנה כולה אמאי חייב כשאכל חציה למחר הרי לא אכל כולה בזמן חלות שבועה שניה ועפ"ז דן באומר שבועה שלא אוכלנה ואכל חבירו חציה והוא השלים אכילתה חייב ע"ש שצידד בזה ולפ"ד נר' דאם אכל חבירו כולה והניח פחות מכזית וזה הנשבע השלימו חייב דהא שלא אשלים אכילתה קאמר וק"ל דא"כ אמאי לא חיילה אשלא אוכל ככר זו היום הא איכא מוסף מגו דחל אכ"ש כמו שנתבאר לעיל דהוי מוסף בכה"ג דבשבועה א' אינו חייב אלא אכזית וצ"ל דאע"ג דשלא השלים קאמר כיון דאזכיר לשון אכילה לא מחייב אלא בשיש באותה השלמה כזית והראב"ד השיג על הר"מ דהא איכא מוסף מגו דחל אשאר ימים דבתר הכי חל אהיום והרדב"ז שם כתב דטעם הר"מ דס"ל דלא הוי מוסף בכה"ג כיון דבימים דבתר הכי כבר חלף הלך יום זה הנאסר ע"ש והשע"ה בהא"ב דקכ"ב הוכיח מגמ' בפ"ג דשבועות דכ"ה דפריך מי איתיה בלא הניח דנר' כהר"מ ולדעת הראב"ד צ"ל דס"ל כמ"ש הר"ן בספ"ג דשבועות ע"ש וא"צ לזה די"ל כמ"ש התוס' בתי' הב' דאתיא כמ"ד שבת זמן תפלין ע"ש מיהו ק"ל לדעת הראב"ד מדאמרי' בפג"ה דק"ט ע"א ואבע"א דכ"ע בהמה בחייה לאיברים עומדת וכגון שנטרפה לאחר מכאן ובמייתי איסור טריפה ומיחל אאיסור אבר קמפלגי מס' אתי וחייל מידי דהוה אחלב וכו' ואידך אחלב הוא דחייב וכו' ע"ש ולשי' הראב"ד אמאי לא חייל טריפה אאבר מגו דחייל אאחר שחיטה חל מחיים והוי א"מ ואי פליגי בא"מ אמאי הוצרך לומר מידי דהוה אחלב הא א"מ הוא וכ"כ קש' להריטב"א שכ' בקדושין דע"ז

ע"ב גבי כ"ג באחותו אלמנה דהוי מוסף מגו דחייל אכ"ג אחר שימנוהו אחר שימות זה דה"נ טריפה אאבר הוי א"מ מה"ט:

סימן מא

ראיתי לבאר הא דקי"ל כל הנקברין אפרן אסור אי דאורייתא או דרבנן:
הנה התוס' בסוף תמורה כ' טעמו ש"ד דכל הנקברין אפרן אסור וכל הנשרפין אפרן מותר משום דהנשרפין כיון שצוה לשורפן אחר ששרפן הוי כדבר שנעשית מצותו ואין לך דבר שנעשית מצותו ומועלין בו אבל נקברין דלא הטעין הכתוב לשורפן משיך אסורייהו לעולם ע"ש משמע מדבריהם דהא דכל הנקברין אפרן אסור איסורא דאורייתא הוא דמשיך איסורייהו לעולם וכ"כ הפנ"י בחי' בפ' כ"ש דכ"א ע"ב ובכ"מ בההוא פירקא ע"ש וכ"נ מדברי ה' חוות יאיר סי' נ"ד ע"ש וי"ל בזה דפ' כ"ש דכ"ז ע"ב יליף ר"י דחמץ בשריפה מק"ו דנותר ומהדרי ליה רבנן כל דין שאתה דן תחילתו להחמיר וסופו להקל א"ד לא מצא עצים לשורפו יסא יושב ובטל והתורה אמרה תשביתו ואמאי לא מהדרי ליה עדיפא מינה דאפילו מצא עצים לשורפו סופו להקל באפר דאפרו מותר וי"ל דבמתני' דתמורה תנן ר"א אם רצה להחמיר ע"ע לשרוף הנקברין רשאי אמ"ל אינו רשאי לשנות ואפ' דפליגי בהכי דר"י ס"ל דגם הנקברין אפרן מותר ולכך קרי ליה חומרא אם רצו לשרוף הנקברין ורבנן ס"ל דאפרן אסור ולכך אינו רשאי לשנות דחומרא דאתי לידי קולא באפרן היא וכן ראיתי להרב אור חדש בקדושין דנ"ו ע"ב שכ' בפשיטות משמיע לפי דרכו דר"י ס"ל הנקברין אפרן מותר ע"ש וכ"נ קצת מדברי הר"מ בסוף ה' פסו"המ ע"ש ולפי"ז ניחא ההיא דפ' כ"ש דרבנן מהדרי ליה תשובה אפילו לשטתיה דר"י דהנקברין אפרן מותר ובזה י"ל מ"ש התוס' שם רבנן לשיטתם אמאי לא ילפי מנותר ע"ש די"ל דאיכא למיפרך מה לנותר שכן אינו בב"י וב"י ולכך בשריפה ויהיה אפרו שרי משא"כ חמץ דחמיר ואולם נ"ל פשוט דאפילו לר"י אפרן אסור ובהא פליגי דר"י ס"ל אה רצה להחמיר ע"ע לשרוף ולקבור האפר רשאי ורבנן ס"ל כיון דלא קביר להו בעינייהו אתי למטעי ולמשרי האפר כמו שאר הנשרפין ועיין להתיו"ט שם ונ"ל ראיה לזה ממה דפריך הגמ' בסוף תמורה אההיא דצפרן אסור מברייתא דדם הנדה ובשר המת טהורין מאי לאו טהורין ומותרין ומברייתא דעולת העוף שנתמצה דמה מוראתה ונוצתה יצאו מידי מעילה ע"ש וא"א נוקמה כר"י אלא ע"כ דל"פ רבנן ור"י בהכי ועוד ראיה מדאמרי' בר"פ כ"ש אמתני' דלא יסיק בו פשיטא ומשני ל"נ אלא לר"י דאמר אין ביעור חמץ אלא שריפה מ"ד בהדי דשריף ליה ליתהני מניה. קמ"ל ע"ש ואי איתא נוקמה כרבנן דטעון קבורה מ"ד כר"י דאפרן

מותר קמ"ל דאפרן אסור וסתמא כרבנן א"נ קמ"ל דאף דאפרן מותר גחלת אסור וכמ"ש התוס' שם דכ"ו ע"ב בד"ה בישלה וע"ש בתוס' דף ה' סע"א אל דע"כ דגם לר"י אפרן אסור וכ"נ מדברי התוס' שם ע"ש באופן דנר' פשוט דאף לר"י אפרן אסור ומעתה הדק"ל אמאי לא מהדרי ליה רבנן סופו להקל באפרו א"א דכל הנקברין אפרן אסור מדאורייתא ועוד ק' דלפ"ד מאי דמשני הגמ' שם בסוף תמורה אברייתא דעולת העוף יצאו מידי מעילה ואסורין היינו. איסור תורה ומאי דקתני יצאו מידי מעילה הייני להתחייב וללקות עליו משים מעילה ולפ"ז ק' בהא דאמרי' בפ' כ"ש דכ"ו דרבא מייתי ראיה להוכיח דלא אפשר וקמכוין אסור מההיא דלולין ומהדר ליה אבייי ותסברא והא. קול ומראה וריח אין בהם משום מעילה ופירש"י כיון דאין בהם איסור תורה לא אטרחינהו והתוס' כ' כיון דליכא איסורא אלא מדרבנן משום תיקון שרי ע"ש ומאי קושי נימא אין בהן משום מעילה אבל איסורא דאורייתא איכא אלא ע"כ כל היכא דאתמר האי לישנא דאין בהם משום מעילה ליכא איסורא דאורייתא איברא דאיתא עוד שם בגמ' בל"ב דרבא מייתי דאיה מההיא דקול ומראה וריח וכו' ע"ש ואפשר דלל"ב בהא פליגי דרבא ס"ל מעילה הוא דליכא אבל איסורא דאורייתא איכא ואביי ה"ל כיון דקתני אין בהם מעילה ליכא איסורא דאורייתא ושמעת' דסוף תמורה אזלא אליבא דרבא:

ועפי"ה ניחא מ"ש המש"ל בפ"ה מה' יסו"הת בשמעת' הלזו דפ' כ"ש לל"ב לרבא דמייתי ראיה מההיא דקול ומראה וריח ע"כ דס"ל דאפי' איסו' דרבנן לא שרי' לצורך וא"כ קשה מההיא דריב"ז שהיה יושב בצלו של היכל להסו' דשלא כדר"ה אסור מדרבנן ע"ש ועפי"ה ניחא דרבא מודה דאיסור מדרבנן שרי' לצורך אלא דס"ל דלישנא דאין בהם מעילה משמע הא איסו' דאורייתא איכא וא"כ קול ומראה וריח אית בהו איסורא דאורייתא ואביי בל"ק ס"ל דמדרבנן הוא דאסור ולכך פריך ותסברא:

ועוד יש לעמוד במ"ש התוס' בטעמו ש"ד דכל הנשרפין אפרן מותר משום דנעשית מצותו דהו"ל למיסר מיהא מדרבנן שהרי בפ' כ"ש שם מסקי' דריח לאחר שתעלה תמורתו אין בו מעילה דאין לך דבר שנעשית מצותו ומועלין בו וריח דאמר ריב"ל אין בו מעילה היינו לאחר שתעלה תמורתו ואפ"ה דייקי' שם מעילה הוא דליכא הא' איסור איכא הרי דכל דבר שנעשית מצותו אסיר מיהא מדרבנן ואין לומר דדוקא בדבר שהיה בו מעילה אז אחר שנעשית מצותו החמירו בו רבנן אבל בדבר שאפילו קודם שנעשית מצותו לא היה בו אלא איסור דאורייתא כההיא דערלה לא החמירו בו דאכתי קש' מאפר הקדש דבגמ' שם מוכח להדיא דאפר הקדש שרי אפילו מדרבנן אע"ג דהיה בו מעילה מדפריך מברייתא דקתני אפר הקדש אסור וא"א מאי פריך נימא דמאי דקתני

אסור מדרבנן ועיין להתוס'. בפ' כ"ש דז"ך ע"ב מה שהק' בברייתא דכל הנשרפין אפרן מותר חוץ מאשרה והקדש מההיא דע"ז שנשתברה מאליה ולהפנ"י שם ע"ש ואפ' לומר דס"ל להתוס' דלא אמרי' התם מעילה הוא דליכא הא איסורא איכא אלא מעיקרא דס"ד דריב"ל איירי קודם שתעלה תמורתו אבל לפום מאי דמסיק דריב"ל איירי לאחר שתעלה תמורתו אה"נ דאפילו איסורא ליכא כיון שנעשית מצותו ועיין במהרש"א שם בתוס' בד"ה לאותן ע"ש:

אח"ז ראיתי להרב שאגת אריה סי' פ"ז שהק' אמאי לא אהדרו ליה סופו להקל באפרו כדאקשי' לעיל והוכיח מזה כדעת רש"י ז"ל דר"י דחמץ בשריפה דוקא קודם זמן איסורו א"כ ליכא קולא ע"ש וראיתי להרא"ש שם בפ' כ"ש שהק' לרבנן לדידהו אמאי לא ילפי מנותר ותי' מה לנותר שכן קדש ושריפה חמורה כדאמרי' אם רצה להחמיר ע"ע לשרוף הנקברין רשאי ע"ש ואיברא דראיתו היא מדנקט לישנא דלהחמיר משמע דשריפה חמורה מ"מ לרבנן דאמ"ל אין רשאי לשנות משמע דס"ל דקבורה חמורה והיינו לענין אפרו כדכתי' וצ"ל דרבנן דהכא ס"ל כר"י דהתם דשריפה. חמורה ועפ"ז ניחא מ"ש הש"א שם להוכיח כדעת רש"י דקודם איסורו בשריפה מדאמרי' מרי' אף מפרד וכו' ע"ש וכל זה הוא לשי' האור חרש שכתבתי לעיל דר"י ס"ל דנקברין אפרן מותר אבל לפי מה שהוכחתי דר"י מודה דנקברין אפרן אסור א"ש ראית הרא"ש בפשי' דמדנקט להחמיר משמע דשריפה חמורה אע"ג דס"ל אפרן אסור ורבנן ל"פ עליה דר"י אלא משום דגזרי דילמא מתהני מאפרן כמש"ל ועיין להרב פלתי סי' פ"ז שכתב הא דנקברין אפרן אסור הוא מדרבנן וכן ראיתי להרב זרע אמת ח"ב סי' מ"ב הארוך להוכיח דנקברין אפרן לא אסיר אלא מדרבנן וגם אפר הקדש ואפר אשרה דאמרי' שם דאסירי אין איסורא אלא מדבריהם עש"ב ונ"ל ראיה דאפר עצי אשרה מדאורי' אסיר מדאמרי' בפ' כל הצלמים דמ"ד ע"א א"ל ר"י והלא כבר נאמר וגם מעכה וכו' וידק וישרוף בנחל קדרון וא"א דאפר אשרה מדרבנן הוא דאסיר מאי פריך נימא דש"ה דוידק וישרוף כתיב ואפרן מותר מדאורייתא ונימא דעדין ל"ג רבנן בזמן ההוא אע"כ דמדאורי' אסיר וכ"נ מתשו' הריב"ש. סי' רנ"ה שכתב בשכר הנעשה מתערובת יי"ן דאע"פ דנשתנה גופו וטעמו וריחו אסור דאפר עצי אשרה אסור ושוב צידד להיתר לחולה מחמת דסתם יינן מדרבנן ודחה עש"ב משמע דדוקא משום דסתם יינן מדרבנן אבל ביי"ן גמור אסור מדאורייתא אפילו האפר ועיין להפר"ח בא"ח סי' תמ"ז שכתב בשריית צימוקין והוציאו מהם שכר בתוך הפסח ומצא שם שעורים מרוקעות דאסור להשהותו דלאו זיעה ולמד כן מתשו' הריב"ש בסימן הנז' שהוכיח דזיעה היוצאת ע"י חמין הוי כעיקר הפרי ע"ש ונר' דאם הוציאו השכר

קודם הפסח אפילו איכא שעורים הרבה דליכא ס' כנגדן דאסיר אפילו למ"ד אינו חוזר וניעור כיון שלא נתבטל בס' מ"מ שרי דהרואה יראה בתשו' הריב"ש הלזו דלא אסר אלא אם אפרו אסור ע"ש ובשרפו קודם זמן איסורו אפרו מותר כמו שנתבאר בסי' תמ"ה וראיתי להרב מטה יהודה סי' תמ"ו שהתיר המים שרופים שהמשיכו אותם קודם הפסח משום שנתבטל קודם הפסח וא"ח וניעור ע"ש משמע דאם לא יש בו ס' אסור דלא כמו שהוכחתי מדברי הריב"ש ועיין להתוס' בשבת דק"ו ובקמא דל"ד שכ' בחובל הוי צריכה לגופה כגון באיסורי הנאה וסבור שיוכל לבשל בו קדירה ולא כ' דצריך לאפר משום דהנשרפין אפרן מותר וכ"כ מהרש"א בשבת שם וא"א דהנקברין אפרן אסור מדאורייתא אכתי קשה דנוקמה בצריך לאפרן ובנקברין אלא ע"כ מדאורייתא שרי וא"כ מדאורייתא הוי מתקן ולא מקלקל דאזלי' בתר דאורייתא דמשו"ה לא סגי להו להתוס' למימר דמשום דמעשה שבת אסורין ולא היו צריכי לאוקומה באיסורי הנאה:

סימן מב

ראיתי לבאר במבער אש תחת הקדרה לבשל אי חייב ב' משום מבער ומשום מבשל א"ד כיון דהבערה גופה קלקול היא וא"ח עליה אלא משום דמתקן הוא אצל בשול וכיון דאחייב משום מבשל ל"מ משום הבערה:

ונ"ל דחייב שנים משום מבער ומשום מבשל מדתניא בפ' א"ע דמ"ז המבשל ג"ה בחלב ביו"ט ואכלו לוקה ה' וקחשיב א' משום הבערה וא' משום בישול וכ"נ מדברי רש"י והרע"ב ז"ל בפ' כלל גדול שפי' עלה דמתני' דט"ל מלאכות דחשיב מבעיר דהיינו מבעיר אש תחת הדוד של הסממני' אע"ג דחשיב שם האופה דהוא מבשל מוכח דמבעיר תחת הדוד חייב משום מבעיר וראיתי להלח"מ בפ"ט מה' שבת ממ"ש הר"מ א' הביא את האור וכו' חייב משום מבשל שהק' אמאי לא חשיב נמי משום מבער ותי' לחד תי' כיון דמבעיר א"ח אלא בצריך לאפרו וכאן א"צ לאפר אלא לבישול וכבר נתחייב משום מבשל לכך א"ח משום מבעיר ע"ש וי"ל מברייתא דפ' א"ע שכתבתי ואפ"ל דברייתא דפ' א"ע אתיא כר"ש דמחיים מקלקל בהבערה בלי שום תיקון כדאיתא בגמ' במס' שבת דק"ו ע"ש ואע"ג דתנא דברייתא הלזו ס"ל יש בגידין בנ"ט ור"ש ס"ל אין בגידין בנ"ט כדאיתא בפ' כ"ש דכ"ב ע"ש י"ל דהאי תנא ס"ל כוותיה בחדא ופליג עליה בחדא:

ועפ"ה ניח"ל מה שהקשה בס' בשמים ראש סי' ובס' צ"לח בפ' א"ע שם למאי דאוקמה בגמרא כשבישלו בעצי הקדש אמאי לא חשיב הבערה דהא הכא ל"ל הואיל וחזי לצורכו דהא הקדש הוא ע"ש ועפ"ה לק"מ דלמסקנא דאיירי בעצי הקדש ולא חשיב ששה לאוין

ע"כ כר"י ס"ל דפטר מקלקל בהבערה ולא מתקן אלא לגבי בישול וכיון דאחייב משום בישול תו ל"מ משום מבער וכמ"ש הלח"מ מיהו אכתי קש' למ"ש התוס' בשבת. דק"ו דלר"י אפי' לר"ש בעי צריך לאפרו ע"ש דא"כ לפ"ד הלח"מ לא מתוקמא ברייתא דחשיב מבעיר בהדי בישול לא כר"י ולא כר"ש ובפ"ק דביצה דף י"ב קאמר ר"י גופיה אהאי ברייתא גופה הא מני ב"ש דל"א מתוך וכו' והשתא לפ"ד הלח"מ אפי' כב"ש לא מתקמא דהא סתם מבשל א"צ לאפרו אלא לבישול וכבר אחייב משום מבשל איך שיהיה נקטי' דמדברי רש"י והר"עב והתוס' נראה דבכ"הג חייב ב' משום מבער ומשום מבשל דלא כמ"ש הלח"מ לחד תי'. שו"ר דלפ"ד התוס' דלר"י בעי צ"ל אפי' לר"ש ברייתא הלזו דפ' א"ע ע"כ בצריך לאפרו איירי דתיקון דבישול לאו תיקון הוא כיון דאסור משום בב"ח וג"ח וכמו שמתבאר מגמרא במס' שבת דק"ה ע"ב דמוקי להקורע בחמתו דתיקן משום נ"ר ליצרו ופריך וכה"ג מי שרי ע"ש משמע דכל היכא דאסור לא מיקרי תיקון ול"ד למ"ש התוס' בביצה דף י"ב רע"ב גבי צורך היום קצת ע"ש ומ"מ ל"ק מה שהק' הבר' והצל"ח די"ל דגמרא דפ' א"ע אליבא דר"י דבעי לר"ש תיקון קצת ולר"י בעי תיקון גמור ולמסקנא דגמ' אתיא ברייתא כר"י ולכך לא תני. הבערה ואפשר דגם לר' אבהו בעי תיקון גמור אליבא דר"י ול"פ אלא אליבא דר"ש וא"ש גמ' דא"ע גם לר' אבהו והר"מ בפ"י מה"ש פרק הקורע בחמתו חייב משום נ"ר ליצרו דלא כמסקנא דגמ' וכ' ה"ה בפ"ח דס"ל דלא פריך הגמרא אלא אברייתא הול"ל כה"ג בחול אסור ומ"מ הוי תיקון אע"ג דאסור ע"ש וקשה דא"כ אמאי לא מוקי ר"י שם דקו' ההיא דגדיש וחובל בעושה בחמתו ומשום נ"ר ליצרו דתיקון גמור ואמאי דחיק לאוקמה בתיקון קצת בצ"ל ולכלבו וליישב דברי הר"מ נ"ל דס"ל לר"א דלא בעי תיקון כלל לר"ש אז לר"י סגי דתיקון קצת ולר' יוחנן בעי תיקון גמור אליבא דר"י ופליגי בתרתי ועושה נ"ר ליצרו כיון דאסור לא הוי אלא תיקון קצת והגמ' דפריך כה"ג מי שרי אליבא דר' יוחנן פריך דבעי תיקון גמור לר"י אבל הר"מ פ' כר"א דתיקון קצת סגי ולכך פ' שפיר דמטעם עושה נ"ר ליצרו שפיר מחייב דתיקון קצת מיהא הוי:

והנה דעת רש"י שם במס' שבת דק"ו דלמ"ד ך מלאכה שאצ"ל חייב עליה מקלקל בהבערה פטור ולמ"ד מלאכה שאצ"ל פטור מקלקל בהבערה חייב ע"ש וק"ל דלפ"ד ר"א ס"ל מקלקל בהבערה פטור שהרי ר"א ס"ל מלאכה שאצ"ל חייב עליה כדאיתא בפ' המצניע דצ"ד ע"ב במתני' דהנוטל צפרניו ע"ש בתוס' וקשה דבפ' ספק אכל די"ט פריך אשמואל דאמר מתעסק בשבת פטור ממתני' דמי שהיו לו ב' תינוקות דפליגי. ר"א ור"י אע"ג דמתעסק הוא ואפילו ר"י לא פטר וכו' ומשני הנח לתינוקות הואיל ומקלקל

בחבורה חייב וכו' משמע דר"א ס"ל מקלקל. בחבורה פטור דאל"ה אכתי קשה מדברי ר"א ובמתעסק ל"פ ר"י ור"א ונ"ל במה די"ל בדברי רש"י ז"ל שם בהאי דאמרי' ור"א האי בה מאי עביד ליה מבע"ל פרט למתעסק דשבת הקשה רש"י ז"ל ת"ל ממלאכת מחשבת ומתרץ דר"א ל"ל דר"ן ע"ש וקש' דא"כ מאי פריך אר"ן מדברי ר"א גבי תינוקות הא כיון דל"ל לר"א מלאכת מחשבת ולא נ"ל מתעסק אלא מאשר חטא בה לא ממעטי' אלא מתעסק בדבר א' ובא לידו דבר אחר כגון דנתכוון לחתוך תלוש זה וחתך מחובר אחר אכל בנתכוון לזה וסבר תלוש הוא ונמצא מחובר כההיא דתינוקות ל"מ ועכ"ל כן דאלת"ה אמאי פריך הגמ' אר"ן מההיא דתינוקות וטפי הו"ל למירמא דר"א דמתני' דקתני א"כ למה נאמר אשר חטא בה פרט למתעסק אר"א דתינוקות אע"כ כדכתי' ולא פריך אלא אר"ן דמפיק ליה ממלאכת מחשבת דלפי טעם זה בכל מתעסק פטור וא"כ לפ"ד רש"י דר"א ל"ל מלאכת מחשבת מאי פריך לר"ן מההיא דתינוקות וצ"ל דלא פריך אר"ן אלא מר' יהושע ועפי"ז ניחא מה שהק' התוס' במס' שבת דצ"ה בד"ה המכבד אמאי דמחייב ר"א חטאת בדבר שא"מ דביומא אמרי' דגבי שבת לא אסיר דבר שא"מ אפילו לר"י אלא מדרבנן דמלאכת מחשבת אסרה תורה ע"ש ועפי"ד רש"י הללו ניחא שפיר דר"א ל"ל מ"ח ולכך ס"ל דשא"מ אסור מדאורייתא ועדיפא מדר"י וג' מחלוקות בדבר ולא פריך הגמ' בכריתות אר"ן אלא מדברי ר"י וכאמור ועפי"ז ניחא מה שהקשי' דהגמ' לא משני הנח לתיטקו' וכו' אלא לר"י אבל לר"א אה"נ דס"ל מקלקל בחבורה פטור כיון דס"ל מלאכה שאצ"ל חייב עליה.

והנה איתא ביבמות דל"ג אהא דזר ששמש בשבת חייב ב' במאי אי בשחי' כשרה בזר ואי הבערה האר"י הבערה ללאו יצתה ומוקי לה בשחי' פרו וכמ"ד בזר פסולה ע"ש ולפ"ד רש"י דהא בהא תליא הומ"ל אי בהבערה הא מקלקל הוא דבעי' צריך לאפרו והכא אפרו אסור ואיכא למ"ד דר"י ס"ל מלאכה שאצ"ל חייב עליה כדאיתא בפ' ב"מ דל"א ע"ש אלא דבעי למפרך לכ"ע והנה הר"מ בפ"ט מה' ב"מק פ' זר ששמש חייב ב' ופ' בשחיטת פרו בזר כשרה ע"ש ובפ"ח מה"ש פ' מקלקל בהבערה פטור והוא תימה דהיכי מ"ל זר ששמש שחייב ב' וכן ראיתי מקשי' ונ"ל דמ"ל בהקטרה וכיון ששרף האימורין ואבדן מן העולם תיקון מקרי דקי"ל אי איתנהו מעכבי כפרה ולא משתרי בשר באכילה וכי ליתנהו כגון נאבדו וכיוצא הותר הבשר ובעלים מתכפרין כדאי' בפ' תמיד נשחט דנ"ט וניחא שפיר דלא פריך הגמ' אלא והאר"י הבערה ללאו יצתה:

ועוד נ"ל פסקי הר"מ דהנה יש להבין בגמ' דיבמות הלזו דפריך והאר"י הבערה ללאו יצתה דנר' דבהקטרה ליכא אלא איסור הבערה והא איכא משום מכבה וכמו בישרא

אגומרי דאיכא חיובא דמכבה ולא שרי ביו"ט אלא משום א"נ וכמ"ש בגמ' בפ"ב דביצה דכ"ב וכ"ג ע"ש ואפי' לר"י דס"ל הבערה ללאו יצתה מודה במכבה דאב מלאכה דמה"ט הוא דאקדמיה תנא בפ' כ"ג מכבה קודם להבערה כמ"ש התי"ט שם וכן מתבאר להדיא מגמ' דס"פ ס' אכל ע"ש ופסיק רישיה נמי הוי כדמשמע בגמ' דביצה שם ומדברי הר"מ בפ"ד מה' יו"ט דכ' המעשן חייב משום מכבה אע"ג דקי"ל דבר שא"מ מותר וע"כ דפ"ר וא"כ מאי פריך והאר"י הבערה ללאו וכו' וצ"ל דהגמ' דיבמות לא שמיע ליה הא דמודה ר"ש בפ"ר וכה"ג כ' מהרי"ק הביא דברי מרן בכ"מ בפי"ו מה' מע"סק דין י"ד דפ' יין לספלים דלא כשמואל במנחות דצ"א אע"ג דהגמ' מוקי ליה כר"ש דקי"ל כוותיה משום דמודה ר"ש בפ"ר והגמ' שם במנחות. לא שמיע ליה הא ע"ש ומעתה ניחא מ"ש הר"מ זר ששמש חייב ב' משום דמכבה הוא וכמו בשרא אגומרי דהוי מתקן וכמו יין דאינו מזלפו ע"ג האישים משום מכבה ועפי"ז ניחא מה שהק' ה' שאגת אריה בה' יו"הכ לשי' ריב"א שכ' התוס' בפ"ק דפסחים ד"ה דלמ"ד הבערה ללאו יצתה שרי ביו"ט מגמ' דס"פ אלו קשרים דאמרי' לכשתמ"ל לדברי ר"יש נ"ון קריבין בי"ט וכי אצט' קרא ליו"הכ דמנ"ל הא נימא דר"יש ס"ל נ"ון א"ק ביו"ט אלא דס"ל דהבערה ללאו יצתה ושרי ביו"ט ולא אצט' קרא להקטרה ביו"ט ע"ש ועפי"ה ניחא דהא מ"מ איכא משום מכבה ועוי"ל דכיון דבחלב איכא במליחה משום עיבוד אע"ג דקי"ל אין עיבוד באוכלין כמ"ש הר"ן בפ"ב דביצה אהא דתניא אין מולחין את החלבים ע"ש וא"כ א"א דנ"ון א"ק ביו"ט הוה אצט' קרא ליו"ט למישרי מליחה דהוי עיבוד דבהקטרת חלבים כמו מליחה מיהו תי' זה לא יתכן לפמ"ש השע"ה בהיו"ט ד"ן ע"ב שהק' מגמ' דיבמות הלזו אמאי לא מוקי לה במליחה דלוקה עליה הזר כמ"ש הר"מ בפי"ו מה' ב"מק ואית בהו משום עיבוד ותי' דכיון דא"צ למליחה אלא משום מצוה הוי מלאכה שאצ"ל ור"י ס"ל פטור עליה ע"ש ומ"ש בפשי' דר"י ס"ל מלאכה שאצ"ל פטור עליה כבר כתבתי דפלוגתא דא דאמוראי היא אליבא ך דר"י בפ' ב"מ ע"ש:

ודע דמש"ל ליישב מ"ש הר"מ זר ששמש חייב ב' דהוא משום מכבה עתה ראיתי להתוס' בפ' ב"מ דל"א בד"ה סותר שנר' מדבריהם דמכבה מקלקל הוא ול"מ אלא ע"מ להבעיר ע"ש ולפי"ז בבישרא אגומרי מחייב משום מכבה משום דתחילתו מכבה וסופו מבעיר והו"ל מכבה ע"מ להבעיר ודוקא התם דמבעיר מתקן הוא דאפרו שרי וגם מתקן הוא אצל בישול אבל בההיא דזר ששמש דמקלקל הוא בהבערה א"כ ל"מ גם משום מכבה ואפילו למ"ד מקלקל בהבערה חייב מ"מ מכבה מקלקל הוא ול"מ משום מכבה דדוקא בהבערה הוא דגלי קרא דמקלקל בהבערה חייב וההיא דמזלפו ע"ג האישים דמחייב משום מכבה

התם שאני בכיבוי דעצי המערכה דחייב אפילו מקלקל דדוקא גבי שבת הוא דפטור מקלקל וכן מלאכה שאצ"ל דוקא גבי שבת וכמ"ש התוס' שם במנחות באופן דבהקטרה בשבת ליכא משום מכבה וכמו שנר' מפשטא דשמעתא דיבמות ועיין להפר"ח בס' מ"ח בפ' כלל גדול ולהתוס' בס"פ ס' אכל:

סימן מג

ישראל מומר אי איתיה בשליחות או דהוי כגוי:
הנה מדברי הרדב"ז בח"ג סי' תר"ג נר' דפשיט"ל דיש שליחות לישראל מומר וכ"כ בתשו' יכין ובועז ח"א סי' ק"ז ע"ש ועיין בתשו' מרן מהריק"א ז"ל בא"הע סי' י"ד ולהפ"מ ח"ב סי' ל"ח ועיין להתוס' בסנהדרין דע"ב ע"ב בד"ה ישראל שכ' דישראל מומר ל"מ ב"ב ע"ש וא"כ גבי שליחות דדרשי' גם שלוחכם ב"ב ממעטי' ישראל מומר דלא ב"ב וכ"נ להוכיח מדברי התוס' בפ' מרובה דע"א ע"א בד"ה בשלמא שהק' הא בישראל אמרי' לצעורי מכוין ואין אדם אוסר דבר שאינו שלו ואמאי טובח ע"י אחר לע"א הוי שחי' שאינה ראויה ע"ש ואי איתא מאי קו' נימא בישראל מומר עסקי' וכמ"ש בגמ' בפ"ב דחולין דמ"א אמתני' דב' אוחזין בסכין שהביאו התוס' שם אע"כ דס"ל דישראל מומר ליתיה בתורת שליחות ואי במומר אמאי מחייב משלחו בתשלומי ד' וה' הא אין שליחות לגוי ואע"ג דעשאו שליח קודם מ"מ כשנעשה מומר בטלה השליחות למפרע ואין לומר כיון דאתרבי גבי טביחה שליחות אע"פ שהוא לד"ע וקי"ל אשלד"ע ה"נ אע"ג דאין שליחות לגוי גבי טביחה יש שליחות הא ליתא. דבסוף מעילה תנן השולח ביד חש"ו אם עשו שליחותן בע"הב מעל ופריך הגמ' והא לאו בני שליחות ע"ש הרי אפילו במעילה דגלי קרא דיש של"ע אמרי' דאין שליחות לקטן מיהו קשה דבגמ' בקמא דק"ו ע"ב דקאמר ולישני ליה בשותף וכו' אמאי לא נקט בטובח ע"י קטן והנה מהרש"ך ח"ג בראש הס' כתב בעידי קדושין שעברו על החרם שהחרימו הקהל שלא יזדמנו בקידושין דלא מפסלי להך עדות דקידושין גופא שנעשו בה רשעים והביא דברי התוס' בפ"ק דחולין די"ד שהק' אמתני' דהשוחט בשבת שחי' כשרה דמוקי לה הגמ' במזיד הא הו"ל שחי' מומר ותי' דבפעם א' לא הוי מומר וכ' דאין זה סותר דבריו דש"ה דבתחילת שחי' שיעור יציאת נשמה נעשה מומר ובגמר השחי' כבר נעשה מומר מקודם עש"ב והרב בני יעקב דקל"ח תמה ע"ז דא"כ מאי פריך הגמ' בפ' מרובה אלא שבת שחי' ראויה דתנן השוחט בשבת שחי' כשרה נימא דההיא מיירי בשוגג והכא במזיד מיירי דנעשה מומר ולכך. הוי שחי' שא"ר ע"ש וע"פ מ"ש לק"מ דאי במומר מיירי א"כ ל"מ משלחו דאין שליחות למומר ופריך

הגמ' שפיר ומשני כר"י הסנדלר ואע"ג דר"י הסנדלר במזיד הוא דלא יאכל למ"ש אפילו לאחרים י"ל דמיירי במזיד בצינעא דלא נעשה מומר אלא מחלל שבתות בפרסייא ועמ"ש ביו"ד סי' י"א וסי' קס"א ע"ש ועוד נ"ל קו' הבנ"י דאי במומר מיירי ומשום שחי' מומר הוא דמיפטר אמאי לא תניא יו"הכ בהדי שבת כדכייל להו במתני' שם ולכך מוקי לה כר"י הסנדלר דמעשה שבת אסורין מדכתי' קדש אבל ביו"הכ לא כתיב וכמ"ש הרא"ש ז"ל שם בפ' מרובה ע"ש:

וראיתי למהרימ"ט ז"ל סימן קל"ח שהק' ע"ד מהרש"ך הללו מגמ' בפ' מרובה דמ"ב דאמרי' העידו על הגניבה ובתוך כ"ד העידו על הטביחה והוזמו על הטביחה אזדא לה גם עידות הגניבה ולפ"ד ה' למה נפסלה עדות דגניבה הא לה קדם לה הפסלות ועוד הקש' ממ"ש התוס' שם מגמ' דפ' חזקת דאמרי' אוקי ארעא בעידי אכילתה ולא הקשו כן אלא לרבא מוכת דלאביי כיון דלמפרע הוא נפסל נפסל גם אותו עדות עצמו עש"ב ולע"ד לא כ"כ מהרש"ך אלא בפיסולין מחמת עבירה ולא בפסולין מחמת שהעידו שקר דהנה התוס' בבכורות ריש דל"ו הקשו דקי"ל כאביי דאוכל נבילות להכעיס נפסל וכיון דלא קי"ל כר"מ דאמר מומר לד"א הוי מומר לכל התורה אמאי נפסל לעדות ותי' דעדות שאני דכתיב אל תשת רשע עד ור"מ דנקט עד זומם אתא לאפוקי מר"י וכו' ע"ש וא"כ כיון דפסלות דעידי עבירה הוא מגז"הכ הא קרא כתיב אל תשת רשע עד דהיינו שהיה רשע קודם שהעיד אבל עד שהוזם פיסולו משום שהעיד שקר והוי חשוד לאותו דבר עצמו דאינו נאמן עליו עוד ואפילו שבאותה שעה הוא שהעיד שקר מ"מ אגלאי מילתא שהעיד שקר ואמרי' שגם שאר העדויות שהעיד בעת ההיא שקר וכיוצא לזה כ' הכנ"הג ח"מ סי' ל"ד אות צ"ד לחלק בין פיסול שמכח העדות לפיסול שמחמת עבירה ליישב תשו' הרא"ש כלל ז' דלא קי"ל למפרע נפסל אלא בפיסול שמכח העדות ע"ש ודרך לימודי הוקשה לי בגמ' דפ' ז"ב דכ"ז דמייתי כתנאי מפלוגתא דר"מ ור"י בהוזם לממון אי הוזם לנפשות ואמרי' דאביי כר"מ ורבא כר"י ע"ש ומאי מייתי נימא דר"מ לטעמיה דס"ל מומר לד"א הוי מומר לכל התורה ואפילו מקל לחמור כדמוכח מגמ' שם בבכורות ד"ל ע"א דאמרי' אבל חכמים אומרים חשוד על המעשר חשוד על השביעית מאן חכמים ר"מ אע"ג דשביעית חמורה דאין לה פדיון כדאי' התם וא"כ לדידן דלא קי"ל כר"מ מנ"ל דאוכל נבילות נפסל ומאי קאמר אביי כר"מ:

עתה ראיתי בס' פ"מ בא"ח סי' ש"ד בקו' אשל אברהם עלה ונסתפק במומר לכל התורה או לחלל שבתות אי א"ל לחלל שבת אי מחייב שולחו מי אמרי' כיון דודאי עביד יש

של"ע או לא וכ"ת מומר לאו ב"ב והוי כגוי ואין שליחות לגוי הא ודאי בן ברית הוא. ע"ש וכבר נת' דהדבר במחלוקת הוא שנוי:

חזרתי על המקרא וראיתי שי"ל מה שהוכחתי ץ מדברי התוס' דפ' מרובה דמומר ליתיה בשליחות והוא דהנה התוס' בחולין די"ד הוכיחו דבפ"א לאו מומר מדמוקי הגמ' ההיא דב' ששוחטין בסכין א' לשם א' מכל אלו וכו' בישראל מומר ואי בפ"א הוי מומר בלא לשום א' מכל אלו שחי' פסולה וכ' מהרש"ל דס"ל להתוס' כהסו' דנכרי וישראל שאוחזין בסכין ושוחטין שחי' פסולה אבל להסו' דשחי' כשרה משום דיד ישראל באמצע ליכא ראיה משם ע"ש והשתא י"ל דס"ל להתוס' דפ' מרובה דבפ"א הוי מומר וכשיש יד ישראל באמצע שחי' כשרה וניחא ההיא דב' אוחזין בסכין אבל שם בפ' מרובה דבשליח חד מיירי אי איתא דמיירי בישראל מומר בלא שחט לע"ז נמי הוי שחי' שא"ר דשחי' מומר פסולה:

באופן דמדברי התוס' בסנהדרין ובמרובה נר' דמומר לאו בר שליחות דלא כהרדב"ז גם מ"ש הרדב"ז שם דהיכא דעשהו שליח לשחוט ושחט לע"ז אינו אוסר אפילו ע"י מעשה דמ"ל לתקוני שדרתיך וכו' ע"ש אין נר' כן מדברי התוס' הללו דפ' מרובה שהרי ס"ד דמיירי בעשהו שליח לשחוט בכשרות וקאמר. בגמ' דאוסר דבר שאינו שלו ע"י מעשה:

איברא דמדברי הר"מ בפ"ו מה' גרושין דין ז' נר' דמומר בר שליחות הוא שכ' וז"ל אבל הפסולין בעבירה מדברי תורה פסולין להבאת הגט ואם הביאו ה"ז פסול בד"א כשנתקיים הגט בחותמיו אבל אם לא נסמך בו אלא ע"ד הפסול בעבירה מ"הת אינו גט ע"כ ואי איתא דמומר לאו בר שליחות כמו נכרי אפילו נתקיים הגט אינו גט וכ"כ הראב"ד שם להדיא וכ"כ בש"הג בפ"ב דגיטין אמתני' דהכל כשרין להביא את הגט ע"ש וכמ"ש הר"מ דבנתקיים פסול השיגו הראב"ד דכיון דנתקיים ואצ"ל ב"נ וב"נ אמאי פסול וע"ש לה"ה ודעת הרמ"ה הביאו הטור סי' קמ"א כהר"מ שכתב דפסולים אפילו בא"י דאצ"ל ב"נ ובע"נ ע"ש ונ"ל בדעת הר"מ והרמ"ה דאזלי. לשטתייהו דס"ל דאפילו בא"י נאמן השליח לומר שהבעל עשאו השליח כמ"ש הטור בסי' קמ"ב בשם הרמ"ה ובסי' קמ"א בשם הר"מ וע"ש להב"ש והרא"ש בפ"ב דגיטין הביאו הטור שם חולק דדוקא בח"ל הוא דנאמן לומר עשאו שליח ע"ש וא"כ כיון דאפילו בא"י ואפילו בנתקיים הגט סמכי' על השליח שיאמר שעשאו שליח דין הוא שיהיה הגט פסול כשהשליח פסול בעבירה אלא דכיון דהגט בידו מקויים פסול הוא דהוי והרא"ש דס"ל דבא"י א"נ לו' שעשאו שליח ס"ל דפסול בעבירה כשר בנתקיים כמ"ש בפ"ב דגיטין ע"ש ונ"ל דדעת התוס'. כהר"מ והרמ"ה דגם בא"י נאמן השליח לומר שעשאו שליח והוא ממ"ש בפ"ב

דגיטין דכ"ג ע"א בד"ה הוא הדין וכו' וז"ל והא דאמרי' בי"נ היה יודע לו עדות עד שלא נסתמא ונסתמא פסול לעדות ש"ה דגבי גט אפי' אשה נאמנת תדע דאפילו סומא מעיקרא קאמר הכא אלא סומא אמאי לא ע"ש ודבריהם תמוהים דמעיקרא דס"ד דמתני' בא"י ליכא שום עדות פריך שפיר אלא סומא אמאי לא ומאי ראיה מייתו וכבר עמד בזה מהריב"ל ח"ג סי' ע"ה ונדחק בישוב דבריהם ע"ש והיה נ"ל דכוונתם דמעיקרא פריך סומא אמאי לא ולא משני לקושיתו אלא משום דלא מצי למי' בפ"נ ובפ"נ ואי איתא אמאי אצט' למי' משום דלא מצי למי' הא אפילו מצי למי' כיון דעדות הוא דבח"ל מיירי בכה"ג פסול אלא ע"כ דבגט אשה כשר ומ"מ לשונם אינו מתיישב שפיר ואולם אי ס"ל כדעת הר"מ והרמ"ה א"ש בפשי' דאפי' בא"י עדות היא שעשאו שליח מיהר ק"ל לדעת הר"מ והרמ"ה מדאמרי' שם בגמ' בספ"ב דגיטין אמתני' דאפי' הנשים שאינן נאמנות לו' מת בעלה נאמנת להביא את גיטה פריך בגמ' והתניא שאינה נאמנת להביא את גיטה ומשני ר"י דמתני' בא"י דלאו אדיבורה סמכי' ובריתא בח"ל ע"ש ואי איתא הא גם בא"י אדיבורה סמכי' דנאמנת לו' שהבעל עשאו שליח דהא בדליכא עדים עסקי' וצ"ע ועיין להריב"ש סי' נ"ג וראיתי למהר"ם שיף ז"ל שם אמתני' דהכל כשרים להביא את הגט שכ' הא דלא קתני ישראל ונעשה נכרי וחזר ונעשה ישראל משום דאפילו בהיותו נכרי כשר ע"ש והוא תימה דכיון שהמיר נק' עבריין על כל התורה וכמ"ש מהר"ם מפדואה סימן ל"ז והפסולים בעבירה מ"הת פסולין להבאת הגט לכ"ע אם לא נתקיים כמו שנתבאר ומתני' מוקי לה בגמ' בח"ל עסקי' דאהימנותיה דשליח סמכי' גם בקיום הגט ומאי דלא קתני מתני' ישראל ונכרי וישראל משום דלא בעי' תחילתו בכשרות דאפילו קבל הגט בהיותו מומר כשנעשה ישראל בשעת נתינת הגט כשר כמ"ש הרא"ש שם ובתשו' כלל נ"ד דלא בעי' בשליחות הגט תחילתו בכשרות וכמו שהוכיח מהריב"ל ח"ג סי' ע"ה מדברי הרא"ש ומהרא"י בפסקיו ולא בעי' תחילתו וסופו בכשרות אלא בשאר עדויות ע"ש ודע דמבואר מדברי הרא"ש ומהרא"י הללו דבשאר עדויות אפי' גבי הפסולין בעבירה בעי' תחילתו וסופו בכשרות דלא כמ"ש הש"ך בסי' ל"ד סקל"ג ע"ש ועיין במהרי"קו שורש פ"ה במעשה שבא לפני רש"י ע"ש ודע דממ"ש הר"מ בלא נתקיים הגט אינו גט מבואר דפוסל מדאורייתא הוא ועיין להרדב"ז ח"א סי' ר"ה:

סימן מד

ישראל שמכר לגוי פרה מבכרת לפוטרה מן הבכורה אך לא מכרה לגוי אלא בכסף ולא משך:

כבר נודע פלוגתא דרבוותא אי קנין הגוי בכסף או במשיכה ולכן כ' דצריך לעשות שניהם כסף ומשיכה לצאת ידי המחלוקת וכמ"ש הטור ומרן בש"ע וא"כ בנ"ד דלא קנה אלא בכסף הוי כדין ס' בכור דספיקא הוא אי הלכה כמ"ד דסגי בכסף או כמ"ד במשיכה וס"ד לחומרא ואם באנו להתיר משום מכס העורות דחק המלכות ליקח כל עור מאת זובחי הזבח והו"ל שותפות גוי באמצע וכמ"ש מהרד"ף ז"ל בס' מכתם לדוד סי' ע"ש הנה הרב ז"ל לא ראה דברי הפר"ח דסי' ס"א דשותפות דלאחר שחי' לאו שותפות הוא לפוטרה מן הבכורה וכמ"ש שם בסי' ס"א ע"ש אך היה נראה להתיר להטיל בו מום ע"י נכרי דכיון דהטלת מום ע"י נכרי ליכא אלא איסורא דרבנן דאמירה לגוי שבות וכמו שנר' מדברי הרא"ש בפ' הפועלים דאמאי דמבע"ל שם אי מותר לומר לגוי חסום פרתי ודוש בה כ' ואע"ג דאסור להטיל מום ע"י נכרי בבכורות ואפילו בז"הז שהוא מדרבנן בקדשים החמירו מוכח דהטלת מום ע"י נכרי מדרבנן הוא ומ"ש ואפילו בז"הז וכו' לאלומי הקושי' כ"כ כ"נ מפשטו' דבריו גם הדבר מבואר מצד עצמו כיון דלא מצינו קרא לאסור ע"י נכרי דאע"ג דגרמא דרשי' ליה מקרא דאסור כדאי' בבכורות מ"מ גרמא עדיפא מנכרי דמעשה ע"י ישראל וכה"ג מצינו שם גבי חסימה דמבואר בגמ' שם בפ' הפועלים דגרמא חסימה מעלייתא היא ובאמירה לגוי מספק"ל אי אסורא ואפילו להצד דאסורא אינה אלא מדרבנן כמבו' שם א"כ נר' פשוט דהטלת מום ע"י גוי ליכא אלא איסורא דרבנן דאמירה לגוי שבות וא"כ יש להתיר בס' בכור להטיל מום ע"י גוי דהו"ל ספיקא דרבנן ולקולא אפילו לכתחי' כמ"ש האחרונים דלא כהרא"ם והרב בני חיי בא"ח סי' תרפ"ט כ' דגם הרא"ם לא כ"כ אלא גבי מ"ע דבעי' שלא יהיה בה שום ספק וע"ש שכ"כ גבי ס"ס בדאורייתא וה"ה בספק דרבנן ועפי"ד ניחא מה שחקר השיו"ט סי' צ"ד במתניתין דסוכה ע"ש איברא די"ל דלא אזלי' בס' דרבנן לקולא אלא היכא דכבר נעשה שרי' ליה אפילו לכתחילה אבל לעשות בידים ס' דרבנן דהיינו לו' לגוי להטיל בו מום לא ודכוותא מצינו דאסרו פתש"ג למוכרה לגוי שמא יחזור וימכרנה לישראל כמ"ש הפו' הרי דאפי' דהוי ס"ד לא התירו למוכרה לגוי לעשות ס"ד בידים מיהו הא ליתא דכבר כ' הת"הד סי' קע"ח בס' דרוסה דפלוגתא דרבוותא. דשרי למוכרה לגוי דלגבי מכירה לגוי דהיא מדרבנן הו"ל ס"ד והוי נמי ס"ס והביא מדברי המרדכי דנר' דכה"ג אסור וכ' דה"ד בס' דמציאות אבל בס' פלוגתא דרבוותא סמכי' אמאן דמכשיר במכירה לגוי שהיא מדרבנן ע"ש הרי דבס' פלוגתא דרבוותא כנ"ד שרי ע"י גוי דאינו אלא דרבנן ואע"ג דהש"ך בס"סי ל"ז כ' דדוקא בנדון הת"הר דאיכא בלא"ה צדדין להתיר אבל בע"א לא סמכי' בזה דלא הוי ס"ס מעליא והוכיח כן מדלא הוק"ל להת"הר מגמ' דפא"ט דנ"ג דלא שרי

בס' דרוסה למוכרה לגוי ע"ש י"ל דלמאי דמסקי' שם לפרסומי איסורא הוא דעביד שרי למוכרה לגוי מדינא דכוותה כ' התוס' שם בד"ה אתי וכו' לחד תי' לענין חשש בתקלה ע"ש ואפילו לדברי הש"ך נר' דדוקא התם לענין ס"ס בדאורייתא דכי ימכרנה לישראל אתי לידי איסורא דאורייתא אבל בנ"ד שרי לעשות ס' דרבנן בידים וראיה לזה ממ"ש הרא"ש בבעיא דפ' הפועלים דמהו לו' לגוי חסום וכו' בשם הראב"ד כיון דבעיא דלא אפשיטא אזלי' לקולא דס' דרבנן לקולא ואף הרא"ש לא חלק עליו אלא מטעם דנפשטה הבעיא וזה נר' דעת הר"מ ופ' מרן בש"ע סי' של"ח דאסור וכ"כ הסמ"ע שם הטעם משום דנפשטה הבעיא ואע"ג דמדברי ה"ה נר' קצת משום דס' להחמיר ע"ש אינו מוכרח הרי דשרי לו' לגוי חסום וכו' ולעשות ס' דרבנן בידים ואע"ג דברישׁ ה' כלאים פ' הראב"ד דספיקא דבעיא הלזו לחומרא כבר כ' הרדב"ז בלשונות הרמב"ם סימן ר' שחזר בו ממ"ש בהשגות ע"ש ויש לעמוד בזה ממ"ש הת"הד שם והפו' דפת ש"ג אסור למוכרה לגוי מ"ש מהאי דחסימה דאפילו דלאו ספק דפלוגתא דרבוותא אזלי' לקולא ומ"מ נ"ד דמי ממש להההיא דחסימה שמותר לו' לגוי חסום ולעשות ס"ד בידים וה"נ מותר לו' לגוי להטיל מום ולעשות ס"ד בידים אח"ז האיר ובא ספר חתם סופר להרב מהר"ם סופר ז"ל וראיתי שם בסי' שי"ח שנשאל בזה אם קנה הגוי בכסף לבד אם יש איזה תקנה וה' השואל כ' דשרי להטיל בו מום אפי' ע"י ישראל וטעמא משום דהטלת מום בז"הז אינו אלא מדרבנן לרש"י ודעמיה והו"ל ס"ד ואפילו לדעת הרמב"ם דמדאורייתא הוא היינו משום דס"ל קדשה לעת"ל ומקריבין אע"פ שאין בית וזהו בא"י דוקא אבל בח"ל הרי ס"ל להר"מ בה' בכורות דאפילו בזמן הבית בכור דח"ל אינו קרב וא"כ הוי כמטיל מום בבע"מ שאינו אלא מדרבנן וה' המשיב האריך להתיר מט"א ושוב כ' להתיר להטיל מום ע"י ישראל חלילה אך הרוצה לסמוך להטיל ע"י גוי קטן דלא מחלף בישראל יסמוך עש"ב:

שבתי וראיתי מ"ש הרדב"ז ח"ג סי' תפ"ה דבס'. דבעיא דגמ' דקיימא בתיקו אזלי' לקולא אבל בס' דפלוגתא דרבוותא לא אזלי' בספיקו להקל אפילו בדרבנן דהו"ל ס' דחסרון ידיעה דלא ידענו דעת דבעלי הגמ' בזה כאיזה מהם משא"כ בתיקו דבעלי הגמ' עצמם לא ידעו לפשוט ע"ש ומעתה אין ראיה מדברי הראב"ד דפ' להקל גבי חסימה לנ"ד דפלוגתא דרבוותא גם בסאיריאים דמ"ד בבעיא דחסימה הלזו כ' דס' להחמיר דכל ס' דתיקו לחומרא וכ"כ מרן בב"י בא"ח בסי' תל"ז בשם הגה"מי ועיין להמנ"י כלל א' סק"ו במ"ש בשם הרדב"ז ודו"ק ולקמיה ית' עוד דיתד היא שלא תמוט דאין עושין ס"ס בידים ומעתה ודאי דאין להתיר בנ"ד להטיל מום ע"י גוי ואין להתיר משום דבדיניהן כסף לחוד סגי וכמ"ש המ"ב סי' נ"ט דכבר המג"א סי' תמ"ח הוכיח מגמ' דפ"ב דבכורות ומהתוס'

סוף ע"א דלא אזלי' בתר דיניהן בענין זה דלא כהמ"ב ע"ש וכן הוכיח מהר"ם מינץ ס"סי פ"ב ע"ש:

ועוד נראה לומר דאפילו אי בהך בעיא דחסימה אזלי' לקולא מ"מ אסור לומר לגוי מדין שליחות להסו' דיש שליחות לגוי לחומרא מדרבנן והיא דעת התוס' בפ' הרבית והובא בטוש"ע ביו"ד סימן קס"ט ע"ש איברא רק' להסו' הללו דיש שליחות לגוי לחומרא אמאי גזרו אמירה. לגוי שבות גבי שבת הא בלא"ה אסור מטעם שליחות ונ"ל דהוצרכו לגזור לאסור אפילו אמר לגוי שיאמר לגוי אחר שיעשה המלאכה דמטעם שליחות לא מיתסר דקי"ל מילי לא ממסרן לשליח ומשום דגזרו שבות אסור אפילו בכה"ג כמו שהוכיחו האחרונים דלא כה' חוות יאיר ע"ש א"נ י"ל דנ"מ לשבות דשבות דמשום דגזרו דאמירה לגוי שבות מיתסר אפילו באיסור דרבנן כמו שהוכיחו התוס' בפ' כ"כ דקכ"א ע"א ע"ש ומשום שליחות נר' דלא מיתסר דמלבד דהסברא נותנת כן דכיון דהא דשליחות לגוי לחומרא מדרבנן הוא ולא מצינו שכ' כן אלא באיסורי דאורייתא מנ"ל לו' דהחמירו וגזרו. אפילו באיסורי דרבנן עוד יש להכריח ד"ז מגמ' דפ' שואל דקנ"א ע"א דאמתני' דלא יאמר לחבירו לשכור פועלים פריך מ"ש הוא מ"ש חבירו ומשני בחבירו גוי ופריך אמירה לגוי שבות ופירש"י וכבר תנן לה בפ' כ"כ גוי שבא לכבות וכו' וא"א אמאי לא פריך בפשי' הא בכל איסורין שבתורה כן הוא דיש שליחות לחומרא ועוד היכן מצינו במתני' ד"ז דאמירה לגוי שבות הא מתני' דפ' כ"כ י"ל מטעם שליחות נגעו בה אלא ע"כ באיסור דרבנן לא גזרו בו דין שליחות ומתני' דפ' שואל איסור דרבנן הוא דשכירות פועלים ולכך לא פריך מדין שליחות ומתני' דפ' כ"כ משמע ליה להגמ' דמיירי אפילו באינו צריך לפחמין דליכא אלא איסור דרבנן למ"ד מלאכה שאצ"ל א"ח עליה ולכך ע"כ דלאו משום שליחות נגעו בה ועפי"ז יש לקיים דברי הח"י בסי' ת"ן סק"ד להסוברים דמאי דבעי' צורך היום קצת הוא מדרבנן ודלא כהרב אליה רבה שם סק"ד ע"ש ואי קשי' הא התוס' בפ' כ"כ לא הוכיחו דגזרו אמירה לגוי אפילו. באיסורי דרבנן אלא מההיא דפ' שואל אבל ממתני' דפ' כ"כ י"ל בכבוי דאורייתא מיידי הא ל"ק דכוונת התוס' בפ' כ"כ היא דמהגמ' דפ' שואל מוכח דמ"ל להגמ' דמתני' דכבוי דפ' כ"כ בכבוי דרבנן מיירי ועכ"ל כן דאל"ה קשיא מאי פריך בפ' שואל אמירה לגוי שבות ור"ל דכבר תנינא בפ' כ"כ כדפירש"י הא מהך דפ' כ"כ י"ל דוקא באיסור דאוריית' ולכך תנן הא דפועלים לאשמועי' אפי' באיסורי דרבנן אלא ע"כ דכוונתם בפ' כ"כ כדכתי':

ועפי"ז נוחין לי דברי הפר"ח בסי' תס"ח דהתיר מלאכה בע"פ ע"י גוי ע"ש ולא זכר דעת הסוברים דיש שליחות לגוי לחומרא דהתם באיסור דרבנן קאי כמו שהוכיח שם

במלאכה בע"פ מדרבנן הוא דאסיר ע"ש איברא מה שאסר הפר"ח שם להסתפר ע"י גוי משום דמסייע והוכיח מדין הקפת הראש דאמרי' בגמ' בפ' הלוקין דהניקף לוקה משום דמסייע ע"ש וכה"ג הוכיח הט"ז ביו"ד סי' קצ"ח סקכ"א לאסור קציצת צפרנים לאשה ע"י גוי מדין מסייע דהקפה ע"ש הם דברים תמוהים דבגמ' בפ' המצניע דצ"ד ע"א מסקי' מסייע אין בו ממש וכן אמרי' בפ"ב דביצה גבי כוחל ע"י גוי ביו"ט דמסייע אב"מ וההיא דהקפת הראש אינה ענין לכאן דהתם הניקף איתיה בהזהרה דלא תקיפו כתיב אלא משום דהוי לאו שאב"מ והו"א דלא לקי וע"ז הוא דאמרו בגמ' כיון דמסייע הוי לאו שיש בו מעשה אבל לאסור עיקר האיסור משום מסייע לא דמסייע אב"מ:

והרמב"ם בסוף ה' ע"ז כ' גבי כתובת קעקע דאם סייע הנחקק לוקה וכתב מרן בכ"מ ובב"י סי' ק"פ דלמד כן מהקפת הראש ע"ש והיינו משום דכתובת קעקע נמי גם הנחקק אזהר רחמנא מדכתיב בבשרכם ולא. כתיב בבשר כמ"ש ה' דינא דחיי לאוין ס"א ועתה ראיתי למהר"ץ בתשו' סי' פ"ב שהאריך בע"ז ע"ד הט"ז דסי' קצ"ח ולא יכולתי לעמוד ע"ד שכל דבריו לסתור דברי הנק"הכ וכעת אין עמדי ס' נק"הכ ברם ק"ל מדאמרי' במס' זבחים דקי"ו ע"ב דאסור לסייע הגוים להקריב הקדישן בז"הז אע"ג דהם שרו להקריב ומוכח מדברי התוס' שם דבעבודה שחייבין עליה בחוץ חייב המסייע כרת ע"ש ומ"ש מההיא דפ' המצניע דאמרי' מסייע אב"מ ומן האמור ניח"ל דברי רש"י בספ"ק דע"ז גבי עובדא דשתילי ערלי שכ' דהט' משום דאין ישראל אסור בעבודת קרקע ע"ש וק' דבלא"ה אמירה לגוי בשאר איסורין בעיא דלא אפשי' ואזלי' לקולא וא"ל דס"ל כהסוברים דאזלי' לחומרא דאכתי קשה בדברי הרא"ש שכתב כדברי רש"י ואיהו פ' להבעיא לקולא וע"פ האמור ניחא דמ"מ אסור מטעם שליחות ועיין להרב זרע אברהם חא"ח סי' ט' וי"ב ומן האמור י"ל ע"ד טובא:

תבנא לדיננא דאסור הטלת מום ע"י גוי מטעם שליחות כיון דקי"ל דאסור מדאורייי' להטיל ישראל מום אפי' בז"הז כדעת רוב הפו' איברא דאכתי קשת להסו' יש שליחות לחומרא מאי מבע"ל הגמ' גבי חסימה בלא"ה מיתסר משום שליחות וכבר ראיתי שעמד ע"ז הפנ"י בתשו' בי"ד סי' ג' ע"ש והמח"בר בא"ח סי' רמ"ד תי' דאסור שבות חמיר מאיסו' שליחות. וע"ז הוא דמבע"ל הגמר' אי גזרו איסור החמור דשבות בחסימה ומ"מ הוא מיתסר מדין שליחות אלא דהבעיא היא אי איכא גם שבות ע"ש ועיין בסוגיית הגמרא שם בפרק הפועלים בבעיא הלזו החסימה ולפי ט"ז שרי לומר לגוי שיאמר לגוי אחר להטיל מום דמילי ל"מ לשליח אבל לטעם הא' שכתבתי אפשר כיון שהחמירו לו' לגוי להטיל מום בקדשים כמ"ש הרא"ש החמירו גם בכ"הג:

ודע דנר' פשוט דאפי' להסוברים דיש שליחות לגוי לחומרא היינו לישראל דוקא דהחמירו. רבנן גבי ישראל אבל גוי בגוי כיון דאין שליחות לגוי בגוי אפי' לחומרא אין שליחות דלא שייכא גזירה דרבנן גבי גוי וזה נר' דעת הת"הד סי' רצ"ט. שלא הזכיר. מחלוקת הלזו שם בנדונו משום דבגוי בגוי עסיק ודלא כה' שבות יעקב ח"א סי' קס"ד ע"ש ועיין לה' משאת בנימין סי' צ"ז שכ' בפשי' דגוי בגוי יש שליחות כיון דשניהם שוין דדוקא אינהו לדידן ואנן לדידהו הוא דאמרי' אין שליחות לגוי אבל בגוי לגוי יש שליחות ע"ש ועיין להר מטה יהודה סי' תמ"ח:

ודע דעפ"ד הת"הר דסי' קע"ח שהבאתי למעלה דיש לחלק בין ס' דמציאות לס' דפלוג' דרבוותא ניחא אצלי מה שהק' מהרימ"ט חא"הע סי' י"ח עמ"ש הרא"ש בפ' החולץ דל"ז דהך דספק נפל הוא איסורא דאוריי' דא"כ היכי אמרי' התם אי אשת כהן לא תחלוץ כיון דספיק' דאורייתא הוא אמאי לא מפקי' לה מתחת בעלה כמו ס' בן ט' לא' ס' בן ז' לאחרון דתצא וחייבין באשם תלוי והוכיח עוד כן מכ"מ בגמ' דבדבר שהוא ס' דאורייתא אם נשאת תצא ומכח קו' זו הוציא דברי הרא"ש מפשטן דמ"ש ס' בדאורייתא היינו דבר שעיקרו היה נוגע באיסור דאורייתא ע"ש. וע"פ דברי הת"הר ניחא שפיר דשאני ההיא דנפל דפליגי רשב"ג ורבנן וכיון דס' דפלוגתא דרבוותא אמרי' דיש לסמוך על ס' רבנן ולא מפקי' מיניה ול"ד לשאר ספיקות דתצא ונ"ל ראיה לזה מדלא אפליגו הנך אמוראי אלא בדבר שנחלקו רשב"ג ורבנן דהיינו נפל מו הגג או אבלו אריה ואמאי לא איפליגו בפיהק ומת דאפילו רבנן מודו דנפל הוי כדאי' בפ' ר"א דמילה ולאו ודאי נפל אלא ס' נפל הוא דהוי ומלבד שהדבר פשוט שכן הוא כ"נ מדברי הר"מ ספ"א מה' יבום ע"ש וכ"כ הרז"ה בפר"א דמילה והריב"ש סי' תמ"ו ע"ש והשתא אמאי לא איפליגו בנפל דלכ"ע מורו דהוי ס' נפל אע"כ דוקא בספיקא דפלוג' דרבוות' הוא דאמרי' לא תצא והרמב"ם ספ"ב מה' יבום כ' אם מת בתוך ל"י והיא אשת כהן אינה חולצת ומסתמיות דבריו משמע דאפי' בפיהק ומת לא תצא ע"ש והיינו משום דס"ל דאפי' בפיהק לא הוי אלא ספיקא דרבנן דמדאוריי' וולד מעליא הוא דרוב נשים יולדות וולד של קיימא וכמו שכ"כ הר"מ שם בפי' ע"ש והרמ"ה הביאו הטור סי' קס"ד כ' אם נתייבמה לא תצא והוא תימה דלכל הפחות הוי ספיק' דאוריי' לענין יבום וכבר עמד ע"ז מהרימ"ט שם ותי' דהרמ"ה מיירי בפיהק ומת דרוב נשים היולדות ולד של קיימא חי והאי מדמת בתוך ל"י ש"מ נפל הוא ולכך לא תצא דאזלי' בתר רובא אלא דמדרבנן הוא דאינה מתייבמת לכתחי' ע"ש. וה' דברי אמת בתשו' ס"סי א' תמה ע"ד דהא איכא רובא דרוב הנשים יולדות ולד ש"ק וכנגדו איכא רוב דרוב היולדות ב"ק חי ל"י וכיון דאיכא רוב ומיעוט כנגד רוב ומיעוט הוי ס'

דאורייתא. וכדאמרי' גבי ס' בן ט' לא' שם בפ' החולץ דפריך אמאי חייבין באשם הלך אחר רוב נשים דרובה לט' ילדן ומשני איכא רוב אחר כנגדו דרוב היולדות לט' עוברה ניכר והאי מדלא הוכר עוברה איתרע לה רובא והוי ספק ע"ש ונ"ל דשאני רובא דרוב ולדות מתקיימין ל"י. דעדיף טפי מרוב שכנגדו ול"ד להנך רובי דס' בן ט' דכי הדדי נינהו וכה"ג כ' התוס' בר"פ המוכר פירות בד"ה וזה הואיל וכו' ע"ש ועיין לה' דברי אמת בקו' דפ"ו ע"ב ועיין בגמ' דריש פרק המוכר פירות:

והנה המרדכי בפ' החולץ כ' דבכ"מ מצינו ס"ס ך לחומרא וא' מהם ההיא דפא"ט דס' דרוסה אסור למוכרה לגוי ומהרימ"ט חיו"ד סי' ב' דחה דש"ה דאין לעשות ס"ס בידים כדאשכחן דאע"ג דקי"ל דאזלי' בתר רובא אפ"ה אין מבטלין איסור לכתחי'ד דאין לעשות בידים דוב והוכיח כן מדאמרי' בריש כתובות בתולה נשאת ליום ד' משום דשמא תתקרר דעתו והיא אסורה לו ולא מ"ל דאסורה לו אלא מס' כגון אשת כהן וכדאי' התם בד"ט ע"ש והי"ל למשרי לישא בכל יום משום דכוי ס"ס דשמא תמצא בתולה ואפי' אינה בתולה שמא אינה תחתיו אע"כ דאין לעשות ס"ס בידים ע"ש וי"ל דעיקר תקנתם משום אשת כהן וגם קבל בה אביה קדושין פחותה מבת שלש שנים דליכא שום ס' ואסורה בודאי ולא חילקו בכל הנשים. עוד הוכיח מדאמרי' בפ' כ"ש ד"מ ע"ב ההיא ארבא דטבעא בחישתא דאסרה לזכונה לנכרים והא חיטין שנבללו אין בהם אלא איסור דרבנן כמ"ש הר"מ בפ"ה מה' ח"ומ ואפ"ה אסורה לזבונה ולא הוי ס' דרבנן כיון דבידים הוא ע"ש. גם הטור סימן תס"ז כ' בההיא ארבא דחשש חמץ הוא דאיכא ע"ש ולא שרי' משום דהוי ס"ס כיון דהוא בידים ועפ"ז ניחא מאי דק' בדברי הטור דא"כ מאי פריך בפ' כ"ש שם מההוא בגד שאבד בו כלאים נימא דש"ה דודאי איסור אבל הכא הוי ס"ס ועפ"ה ניחא דהא מילתא פשיטא ליה להגמ' דלא עבדי' ס"ס בידים ולא מייתי מההוא בגר שאבד בו כלאים אלא דאיכא האי חששא דשמא ימכרנו ועיין להלח"מ בפ"י מה' ערות דין ג' ועמ"ש בא"הע סי' ן' עש"ב. ומ"מ נקטי' דאין לעשות ס"ס בדאורייתא וספק א' בדרבנן בידים וכן תפס במושלם מהרשד"ם חיו"ד סי' מ"ה ע"ש מיהו בבעיא דקיימא בתיקו נראה מדברי הרא"ש דעבדי' ס"ד בידים וכמו שהוכחתי לעיל:

וכ"נ להוכיח דבבעיא דלא איפשטא בדרבנן עושין ס"ד בידים ממ"ש הר"מ בפ"ב מהלכות חמץ בבעיא דככר בבור כ' דמבטלו ודיו וכ"כ הרא"ש בפרק א"ע דמ"ו ע"א בבעיא דבית ועליה דמבטלו ודיו ע"ש וכ"כ מרן בב"י בסי' תל"ח גם בדעת הטור וע"ש להד"מ הרי דמבטלו ועושין אותו ס' דרבנן בידים להקל מיהו לזה י"ל דש"ה דכיון דע"כ צריך לבטל דמדאורייי' בביטול הוא והבודק צריך שיבטל כה"ג ל"מ בידים דהא מדאורי'

צריך לבטלו ועפ"ז ניחא מאי דק"ל בדברי מרן בב"י דהכא מסיק שאפי' שנודע הספק בזמן שהוא מדאורי' כי מבטלו ונתגלגל דהוי מדרבנן אזלי' לקולא ואלו ביו"ד סי' נ"ז הקשה בס' דרוסה שנתערבה אמאי לא שרי מכח ס"ס ועוד ס' דרבנן הוא ולהקל ותי' משום שנודע הס' בזמן שהוא מדאורייתא ע"ש וע"כ דכה"ג ל"א ס"ד להקל דאל"ה אכתי ק' קושי' הב' הרי דס"ל דס"ד שנודע ואח"כ נתגלגל לדרבנן אזלי' בספיקו להחמיר הפך מ"ש כאן בא"ח ועפי"ה ניחא דשאני גבי חמץ דע"כ לבא לדרבנן שהוא צריך לבטלו מדאורייתא ובמנחות דס"ו כ' התוס' דיכול לספור בס' חשיכה דס"ד לקולא וכ"כ הרא"ש בס"פ ע"פ בשם ר"י ע"ש מוכח מזה דכל ס' דרבנן מותר להביא עצמו לס' בידים ול"ד בבעיא דלא איפשטא וכ"מ ממ"ש הרשב"א והר"ן ופ' מרן ביו"ד סי' פ"ג דמותר לקנות מן הגוי חתיכת דג טהור אפילו שמלוחה עם שאר חתיכות משום דציר דגים מדרבנן והוי ס"ד ע"ש הרי דמותר לקנות ולעשות ס"ד בידים:

והרב מוצל מאש קצבי סימן יו"ד הקשה ע"ד מהרימ"ט ומהרשד"ם הללו ממ"ש בס"פ אותו וא"ב אר"י אימתי בזמן שאין לו ריוח אבל בזמן שיש לו ריוח א"צ להודיעו הרי דא"צ להודיעו וסמכי' אס"ס בידים דשרי למכור וא"צ להודיעו וסמכי' אס"ס דשמא הא' שחט אתמול ואת"ל לא שחט אתמול שמא זה האחרון לא ישחוט היום ע"ש וי"ל דהתם לאו מכח ס"ס שרי' ליה אלא משום דמחזקי' ליה למי שקנה אתמול דלקח לשחוט בו. ביום דמסתמא שוחט ביום שלוקח וה' עצמו שם בתחי' דבריו הוכיח כס' הרא"ם דב' גופין ל"א ס"ס מהגמ' הלזו דא"א מאי קמ"ל ר"י הא ס"ס הוא אלא ע"כ דלא הוי ס"ס כיון שהוא בב' גופין ע"ש וכיון דלא הוי ס"ס טעמא מאי שרי ר"י וע"כ משום דמסתמא ששחט אתמול וכדכתי' והמג"א ר"סי תס"ז כתב דממ"ש הר"מ דימכרנו לגוי מעט מעט כדי שיכלה קודם הפסח משמע דטעמא משום דהוי ס"ס דשמא לא ימכרנו ואפילו ימכרנו שמא יאכלנו קודם פסח ועושין ס"ס בידים ואח"כ כ' וז"ל ובכה"ג כ' משם מהרשד"ם וריי"ט אע"ג דס"ס הוא שמא יאכלנו ישראל קודם פסח כיון דהוי ס"ס הנעשה בידים אסור וצלע דהא מיירי בחמץ הרבה ע"ש והרואה בדברי מהרשד"ם וה' מהרימ"ט וגם הכנ"הג שהביא דבריהם לא כ' דאפילו ימכרנו ישראל שמא יאכלנו קודם פסח והס"ס הוא דהחיטין חשש חימוץ הוא שיש בהם ולא ודאי חמץ וכמ"ש הטור וא"כ ס' אינו חמץ ואת"ל חמץ שמא לא ימכרני לישראל ובפ"ק דביצה ד"ד ע"ב אמרי' דר"א סבר נולדה בזה אסורה בזה ואמר ר"ז כוותיה דר"א מסתברא מדעבדי' ב' ימים וקשה כיון דר"א מספק"ל אי חק הוא שהטילו חכמים בין יודע בין א"י או דוקא לשאינו יודע א"כ אנן דידעי' בקבועא דירחא הוי ס' דרבנן ולקולא ואין לו' דמשום דמנהג אבותיהם כמ"ש בגמ'

אח"ז דא"כ מאי קאמר כוותיה דר"א מסתברא ובשלמא מאי דאסר הביצה י"ל בתרנגולת העומדת לגדל ביצים ומשום מוקצה ואע"ג דמוקצה דרבנן אזלי' בספיקו להחמיר כמ"ש מהרש"א שם ד"ג ע"ב אבל מאי דעביד ב' י"ט אמאי הא ס"ד לקולא והצל"ח שם גבי ב' י"ט של ר"ה הקשה אמאי נולדה בזה אסורה בזה הא ס"ד לקולא ולא ידעתי אמאי לא הוק"ל. לעיל בדברי ר"א ולעיקר הקושיא גבי ביצה כבר כתבנו די"ל בתרנגולת העומדת לגדל ביצים ומוקצה ספיקו להחמיר אבל בהא דעביד ר"א ב' י"ט ק' כדאקשי' ואי ספיקא דדינא הוי ס' דחסרון ידיעה א"ש הכל:

עתה נדפס מחדש ס' חקת הפסח וראיתי לו בדצ"ז ע"א שהוכיח מדברי הרוקח שכ' דשרי לאשת כהן ליכנס באהל המת משום דהוי ס"ס דס"ל דשרי לעשות ס"ס בידים ע"ש וליתא דכבר הוא ס"ס ואינו עושה ס"ס בידים הוא אלא כיון דכבר הוא ס"ס שרי אפילו לכתחי' לסמוך אס"ס וכדכתי' לעיל אחז"ר להרב נחפה בכסף חיו"ד סי' ד' שמותר לומר לגוי קח חיטין וזרעם בשדה שלך בשביעית ועמד בקצת מהפרטים שכתבתי ולאפס הפנאי לא יכולתי לעמוד ע"ד ע"ש שהאריך:

ץ

ודע דמש"ל בראש אמי'ר משמא דה' מכתם לדוד דכיון דהמלך נוטל העור הוי שותפות דגוי ופטור ושהפר"ח אוסר בזה עתה ראיתי דאפילו נתפוס במושלם כדברי ה' מכתם לדוד יש להחמיר בדבר שנר' דדעת התוס' לאסור בכה"ג דבפ"ב דע"ז דע"א ע"א כ' דיש לחוש לס' מ"ד בגמ' דבעי שותף בדבר שעושה אותו טריפה ע"ש וכשהוא שותף בעור כיון דאין המלך נוטל עור בית הפרסות לא הוי שותף בדבר שעושה אותה טריפה דדעת התוס' בטרפיות הגלודה עור בית הפרסות מציל וכמ"ש מרן בב"י ביו"ד סי' נ"ט ע"ש וא"כ אפילו נוטל המלך מה ששותף בו אינו עושה טריפה ולא הוי שותפות הגוי לפוטרו לדעת התוס':

סימן מה

סומא בא לכתוב גט לאשתו ולהוליכו בידו למוסרו לאשתו במדינה אחרת:

הנה שליח סומא פסול להבאת הגט לפי שאין יכול לו' בפ"נ ובפ"נ כדאי' בפ"ב דגיטין אבל בעל המביא גט מדינא דגמ' א"צ שיאמר בפ"נ ובפ"נ אך הא"ח ופ' מוד"ם בהגה בסי' קמ"ב דין ד' כ' דגם הבעל צריך שיאמר בפ"נ ובפ"נ ע"ש טעמו ועיין בב"ש ברם סמיה בידן לכתוב הרשאה מקויימת ביד הבעל וכיון דיש עדים על השליחות א"צ שיאמר בפ"נ ובפ"נ כמ"ש בש"ע שם די"ב ע"ש אך לפי"ז באנו לסלע המחלוקת דדעת הרשב"א

והמרדכי דל"א בעי קיום בגט עצמו אלא דהרשאה נמי חשיב קיום. אבל דעת הריב"ש צריך קיים בגט עצמו והביא דבריהם מור"ם בהגה שם בדין א' וכ' דנוהגין כהריב"ש ע"ש ואף די"ל דאפילו הריב"ש מודה בבעל כיון דמדינא. דגמ' א"צ שיאמר בפ"נ ובפ"נ מ"מ הלא תראה למרן בב"י סימן קמ"א שהביא דברי הא"ח בשורשן ומשם בא"ה דאפילו בהרשאה מקויימת הצריך לבעל לו' בפ"נ ובפ"נ הרי דס"ל כדעת הריב"ש גם בבעל וא"כ אין תקנה להוליכו הבעל סומא אם באנו לצאת ידי כל הסברות ואין תקנה אלא לשולחו לה ע"י שליח אחר:

איברא דיש להסתפק גם בזה דכיון דאיהו ל"מ עביד ל"מ משוי שליח כדאי' בפ"ק דנזיר די"ב ע"ש הסוגיא וראיתי למהרימ"ט חח"מ. סי' כ"ג שכ' דדוקא בסתם אמרי' אין דעתו ע"ז אבל בממנה שליח בפי' ע"ד דאיהו ל"מ עביד מהני ועפי"ז תי' קו' התוס' שם מחלה ע"ש ודבריו תמוהים דא"כ מאי פריך הגמ' שם מאפטרופוס ע"ש וכבר עמד ע"ז המש"ל בפ"ט מה' אישות ודחה דברי מהרימ"ט ע"ש ונראה דבנ"ד לא שייכא הא מילתא דכל דלא מצי עביד ל"מ משוי שליח דהנה התוס' שם בנזיר כ' דחלה שאני דבידו לקנות עיסה מגולגלת ולהפריש על הקמח ולא חשיב ליה מחוסר מעשה כי ההיא דכתוב גט וכו' ע"ש וע"כ היינו משום דמחוסר הבאה לאו כמחוסר מעשה דמי וחשיב בידו וה"נ כיון דבידו להביא עידי הגט למקום הנתינה וליתנו לה בפניהם דאז א"צ שיאמר בפ"כ ובפ"נ משוי שליח ועוד יש לדמות ד"ז למ"ש התוס' בפי"א דיבמות אמתני' דכהנת שנתערב ולדה וכו' כיין דאם יבא אליהו וכו' מצי משוי שליח ע"ש וה"נ דכוותא אם יבא אליהו ויאמר שהם עידי הגט ואינו מזוייף מצי משוי שליח ועוד בנ"ד כיון דמאי דצריך הבעל שיאמר בפ"נ ובפ"נ אינו אלא חומרא מצי עביד מקרי וכה"ג ממש כ' ה' משאת משה ח"ב חיו"ד סי' י"א ע"ש וגדולה מזו כ' המח"א בה' שלוחין סי' ט' דמאי דאמרי' כ"מ דל"מ עביד ל"מ משוי שליח ה"ד אי ל"מ עביד ואי עביד ל"מ אבל אי עביד מהני משוי שליח דלא כהדאנ"ח ע"ש גם המש"ל בפ"ו מה' ביאת מקדש צדד דדוקא בדאורייתא אבל מילתא דל"מ עביד מדרבנן מצי משוי שליח ע"ש תורה יוצאה דסומא משוי שליח לגרש:

והנה בפ"ק דקדושין דכ"ג אמרי' דעבד יכול לעשות שליח לקבל גיטו מיד רבו אע"ג דאיהו ל"מ לקבל גיטו לרשב"א ופריך מ"ש מדאמרי' הני כהני שלוחי דרחמנא דמי איכא מידי וכו' ומשני התם ישראל ליתנהו בתורת קרבנות הכא עבד איתיה בתורת שחרור ע"ש המתבאר מסו' הלזו דבמילתא דשייך בה אפילו דל"מ עביד מצי משוי שליח ותימה דמסוגיא דנזיר שכתבתי נר' להפך והיה נ"ל דשאני ההיא דנזיר דל"מ עביד לא הוא ולא השליח דדבר שלב"ל הוא ובכה"ג הגם דאיתיה בתורת קדושין ובתורת הפרה

ל"מ משוי שליח ושוב ראיתי שכ"כ המח"א בה' גירושין די"א ע"ג ע"ש אך קשה ממ"ש התוס' בקדושין דנ"ו ע"א בד"ה מתקיף ע"ש ועיין לה' מהרימ"ט בסי' הנז"ל מה שהקש' ע"פ דרכו מההיא דכהני שלוחי דרחמנא ע"ש וע"פ סוגיא דקדושין הלזו לק"מ ועיין להרב קול אליהו חא"הע סי' ט"ז ע"ש ולפ"ז בסומא מצי משוי שליח כיון דאיתיה בתורת גירושין והשליח מצי עביד דדוקא במילתא דליתיה או במילתא דהמעשה א"י ליעשות ע"י שליח הוא דאמרי' דכל מילתא דל"מ עביד ל"מ משוי שליח וכן עשינו מעשה:

וראיתי בס' גור אריה חח"מ סי' ק"ד שנשאל בא שקיבל עליו שבת מבע"י ונכנס צבי לתוך חצירו ונעלה חצירו ואח"כ בא אדם אחר שלא קיבל עליו שבת ותפס הצבי אי קנה ליה קמא או בתרא והשיב דבתרא קני ליה שהרי קמא ל"ק לו חצירו דכיון דאיהו ל"מ למקני דהו"ל צידה ולדידיה אסור כיון שקיבל שבת גם חצירו ל"ק כדאמרי' מרי' דק"ב דכיון דאסור לזכות בביצים כ"ז שהאם רובצת עליהן ל"ק חצירו דכל היכא דאיהו ל"מ למקני ל"ק חצירו עכ"ד ולע"ד לא דמיא דסתם ל"מ למקני לא הוא ולא שלוחו אבל היכא דמצי למקני ולזכות בו ע"י שלוחו הוי שלוחו כמותו וקניא ליה חצירו והכא בקיבל עליו שבת אע"ג דאיהו אסור לעשות מלאכה מצי משוי שליח לעשות לו מלאכה וכמ"ש מרן בש"ע א"ח סי' רס"ג ע"ש ואין לו' כל היכא דאיהו ל"מ עביד ל"מ משוי שליח ואע"ג דמותר לו' לו לעשות מלאכה מ"מ לא. אמרי' בכה"ג שלוחו ש"א כמותו הא ליתא דכבר נת' דבכה"ג דהשליח יכול לעשות ל"א כ"מ דאיהו ל"מ עביד וכו' ובההיא דמציעא א"י לעשות אפילו ע"י גוי דאמירה לגוי שבות גם בשאר איסורין היא לדעת קצת מן הראשונים ואפילו להסו' דשרי מ"מ כיון דאין שליחות לגוי לא הוי כאלו עשאו הוא בעצמו ואיהו ל"מ למקני מקרי וכיון דאיהו ל"מ גם חצירו ל"ק והרא"ש בפ"ק דגיטין כ' בשם הרמב"ן דמעמד ג' ליתיה ע"י שליח דאם שלח הנותן שלוחו והמחה הנפקד אצל המקבל ל"מ והוכיח ד"ז מעובדא דאיסור גיורא בפ' מ"ש דאמרי' במאי ליקני ר"מ אי במעמד ג' אי שלח לי לא אזילנא ואי ע"י שליח מהני הא יכול להקנותם במע"ג ע"י שליח ע"ש וקשה מאי הוכחה היא זו הא התם איסור גיורא חולה וא"י לעשות וכל דלא מ"ע ל"מ משוי שליח וע"פ מה שנתבאר ניחא שפיר:

ודע דבמאי דקי"ל דהסרסור א"י לקנות לעצמו ואפילו בשומא שא"ל בעל החפץ למוכרו דאין כאן הוצאה מרשות לרשות כ' המח"א בה' שלוחין סימן כ' בשם חד מרבוותא דיכול לו' לאדם אחר לזכות לו והביא ראיה מדאמרי' בספ"ב דגיטין דאמ"ל הוי שליח להולכה עד דמטית למקום פ' וכי מטית להתם שוי שליח לקבלה ע"ש והרב קול אליהו חח"מ סי' י"ט תמה ע"ז דהרי. אמרי' בפ"ק דנזיר כ"מ דאיהו ל"מ עביד ל"מ משוי שליח ותמה גם

ע"ד הגמ' דגיטין ונתעצם הרבה בתמיה זו ע"ש וע"פ מ"ש לק"מ דדוקא במילתא דל"מ עביד לא הוא ולא שלוחו הוא דאמרי' כ"מ דל"מ עביד ל"מ משוי שליח:

אחד חכם שלח לי במכתב בא' שיש לו בן לפדות ובתוך ל"י נחפז ללכת למ"א אי משוי שליח שיפדנו בזמנו כיון דאיהו מצי ליתן הכסף לכהן שיהיה פדוי אחר ל"י ואע"ג דמפסיד הברכות כמ"ש הת"הד מ"מ מצי עביד מקרי א"ד כיון דל"מ לפדותו עכשיו דלא חל הפדיון אלא אחר ל"י ל"מ משוי שליח והשבתי לו דודאי מצי משוי שליח וממקומו הוא מוכרע מגמ' דנזיר בפ"ק דלר"א דס"ל יכול לומר לאשתו כל נדרים שתדורי עד שאבוא מופרין דמהני יכול לעשות שליח אע"ג דלא חל ההפרה אלא לאחר זמן ואין לו' דשאני דלר"א לא חלין כלל דבנדרים בעי הגמ' לר"א לא חלין כלל או חלין ומופרין וקאמר דנ"מ למתפיס בה ולא קאמר דנ"מ אי משוי שליח משמע דאפילו אי חלין ומופרין מצי משוי שליח:

סימן מו

פלפלת ב"ש בדיני איסור הע"א

כתב ה"ה בפ"ד מהלכות מ"א גבי כל הנבילות מצטרפין דר"מ ס"ל אחע"א והרמ"ע מפאנו ר"סי קכ"ג תמה ע"ד דבפ"ג דכריתות די"ד ובפ' ד"א דל"ד מבואר דר"מ ס"ל אין אחע"א אלא באיסור כולל או מוסיף ע"ש ולא על ה"ה תלונתו אלא על התוס' שכ' בזבחים ד"ע ע"א בד"ה וחד דהא דלא נ"ל לר"מ עוף טמא מקרא דר"י משום דס"ל אחע"א ע"ש ונ"ל דהנה במעילה די"ו אפליגו רב ולוי באיסור נבילה אי חל על טמאה דרב ס"ל לא חייל וללוי חייל וכ' התוס' שם דלוי ס"ל חייל נבילה אטמאה כי היכי דחייל נבילה. אחלב מקרא דוחלב נבילה ורב ס"ל דלא. ילפי' מחלב ע"ש ועיין בפ' ג"ה דק"ג סע"א דאיפליגו אמוראי אי חייל טריפה אאבר מגו דחייל אחלב ואיכא מ"ד דשאני חלב דקיל דהותר מכללו ועיין למהרש"א בפרק הלוקין די"ו ע"ב בד"ה ריסק שנעלם ממנו גמרא דפנ"ה הלזו ע"ש ויש להבין ללוי דס"ל דחל נבילה אטמאה קשיא ברייתא דמייתי הגמרא בזבחים שם דיליף ר"י דעוף טמא אינו מטמא בבית הבליעה משום מי שאיסורו משום בל תאכל נבילה יצא זה שאין איסורו משום ל"ת נבילה וללוי הרי איסורו. בבל תאכל נבילה וצ"ל דלוי מפרש מי שאיסורו בבל תאכל נבילה בלבד וכה"ג משני רבינא בפ' כ"ש דל"ו ולא חייש למאי דפריך הגמ' שם מידי בלבד כתיב וע"ש בפירש"י בדל"ה ע"א במתני' ע"ש ומעתה ר"מ דנ"ל מקרא אחר הא דלא נ"ל מקרא דר"י משום דס"ל איסור נבילה חל אטמאה מידי דהוה דחלב ולא משמע ליה למדרש מי שאסורו בבל

תאכל נבילה בלבד כדדריש ר"י אבל לרב דס"ל דלא ילפי' מחלב אתי דרשת ר"י כפשטא ולר"מ דאייתר קרא לעוף טמא ע"כ דס"ל אחע"א בעלמא בלא כולל ומוסיף ולפ"ז הגמ' בכריתות ובפ' ד"א אזיל בשי' לוי ולדידיה אינו מוכרח דר"מ ס"ל אחע"א די"ל דוקא נבילה משום דחל אחלב אבל לרב בהכרח דר"מ ס"ל אחע"א דהא לדידיה לא ילפי' מחלב וניחא הכל שפיר:

ועפ"ז איתנח לן מ"ש הר"ש בריש טהרות שכתב דלמ"ד אחע"א דריש הכי מי שאיסורו בב"ת נבילה בלבד ע"ש ולכאו' דבריו תמוהים דמלבד דהגמ' בפ' כ"ש פריך מידי בלבד כתיב עוד בה דבפג"ה דק"א פריך הגמ' מברייתא הלזו אמאי דס"ל לר"י שם אחע"א ולדברי הר"ש מאי פריך נפרש בפ"ת נבילה בלבד שהרי הגמרא בפ' כ"ש לא פריך אלא מידי בלבד כתיב ולא אברייתא ועוד מאי ק"ל להר"ש למ"ד אחע"א הרי נ"ל שפיר מקרא דנ"ל לר"מ שם בזבחים ועפ"ה ניחא שפיר דקושייתו היא ללוי מה יענה לבריי' הלזו דר"י וכדאקשי' ומשני שפיר והגמ' דפג"ה אזיל אליבא דרב ומהרש"ל ז"ל שם הק' מהא דפ' הלוקין דריסק ט' נמלים וע"ש מה שתי' דלפי תירוצו א"צ למ"ש התוס' בפרק הלוקין דטעמ' הוא משום מידי דהוה החלב וזה כוונת מהרש"א שם בפג"ה ודלא כהשע"ה בה' א"ב דקכ"א ע"ד ע"ש איברא פסקי הר"מ קשיין להולמן דבה' מ"א בפ"ב פ' להה"א דריסק ובפ"ד פ' כרב וע"ש לה"ה ועיין להרדב"ז ח"ה סי' ב' אלפים ק"ט:

והנה התוס' בפ"ב דחולין דל"ב ע"א בד"ה ורמינהי כתב דכי נתנבלה לא פקע ממנה איסור טרפות והא דא דאמרי' יצא עוף טמא שאין במינו טריפה לאו משום דלא שייכא ביה שחי' ואפילו נשחטה הוי נבילה ופקע מינה איסור טריפה אלא פי' שאין במינו טריפה היינו טריפה לחודיה דאפילו כי נשחט לקי אף משום נבילה ע"ש לפ"ד הללו הגמ' דזבחים דדריש מטריפה למעט עוף טמא לא חייש לפירכא דמידי בלבד כתיב והא דלא ניח"ל לפ' משום דאין איסור טריפה חל על טמאה משום דאיכא טריפה מבטן דאע"ג דטרפיות א"נ בשליל כמ"ש בש"ע סי' י"ג היינו בטהורה דנ"ל מכל בבהמה תאכלו וק"ל דאמאי אצט' טריפה לר"מ ת"ל מנבילה וכמ"ש התוס' שם בזבחים דהשתא ל"ל לר"מ ס"ל אחע"א דהא דרשי' בלבד וכמו דדריש מטריפה נדרוש מנבילה כיון דלא חיישי' לקושי' מידי בלבד כתיב וצ"ל דהא דלא דריש ר"מ מנבילה משום דאצט' ליה נבילה לשיעור כדי אכילת פרס כדאיתא בגמ' שם אבל התוס' בזבחים צ"ל דס"ל דכי נתנבלה פקע איסור טרפיות והוא מה ששללו התוס' בחולין ולהכי כ' דהא דלא נ"ל לר"מ מנבילה משום דס"ל אחע"א אבל קשה לפ"ז במ"ש התוס' שם בדס"ט ע"ב בד"ה ר"י שכ' וז"ל וכצ"ל בגמ' גבי חלב נבילה דלא אצט' טריפ' לאשמעי' דחלב טרפה טהור ולא דרשי' מי

שאיסור בב"ת נבילה יצא. טריפה וכו' ע"ש ולפמ"ש דהתוס' שם סברי דמאי דדרשי' יצא עוף טמא שאין במינו טריפה היינו משום דכי נתנבלה פקעי הטרפיו' לא שייך למדרש מי שאיסורו בב"ת נבילה יצא טריפה שאין איסורו בב"ת נבילה דאדרבה כי. נתנבלה פקע הטרפיות ולא שייך כאן אין אחע"א דהא מידחא קדחי איסורא דטרפיות ולא חלות איסור הוא כי היכי דפקע אמ"ה וע"ד התוס' דחולין איכא למידק אמאי הוצרכו לומר אף כי נשחט לקי משום נבילה דבלא"ה איכא איסור טמאה וכדדרשי' כן מנבילה יצא זה שאין איסורו בב"ת נבילה אלא בב"ת טמאה ועוד קשה דהא איכא טריפה בלא נבילה כגון אם חתך מחיים דליכא נבילה ואין לומר דאיכא איסור אמ"ה דהא ר"מ. הוא דדריש מטריפה יצא עוף טמא ואיהו ס"ל בפג"ה דק"ג אמ"ה אינו נוהג אלא בבהמה טהורה בלבד ולזה י"ל דדוקא אמ"ה הוא דס"ל לר"מ א"נ אלא בבהמה טהורה בלבד אבל בשר מ"ה מודה דנוהג בכל דהא טעמא דר"מ משום דכתיב וזבחת מבקרך ומצאנך וכתיב בתריה אמ"ה אבל במ"ה נ"ל לר"י שם בפג"ה דק"ב ע"ב מבשר בשדה טריפה ל"ת וכיון דנ"ל מקרא דטריפה נוהג בכל כמו טריפה ולדידיה כתבו התוס' שפיר דליכא איסור טריפה לחודיה דבאבר איכא בשר והנה בדברי התוס' בזבחים בעיקר קושייתם שהקשו בתחי' הדיבור מקדשים הומ"ל דהא נבילה לא חלה אטרפה דהא מתני' נמצאת טריפה קתני ולא שנטרפה ע"י מליקה אלא דניח"ל להקשות מקדשים דחמירי וראיתי להשע"ה בהא"ב דקכ"א ע"ג שתמה על קושיתם דהא א"מ הוא דאיתוסף איסורו לגבוה ע"ש ול"ק דהא מתני' איירי בהיתה טריפה וכבר אסורה לגבוה ולא הוסף עלה איסור נבילה איסור כלל ומוקדשין וטריפה איכא לאוקמינהו בכ"ג דאי מוקדשין קדים טריפה חייל מגו דאיתוסף איסורא לגבוה ואי טריפה קדים מוקדשין חל עלה דבקדשים אחע"א כדאי' בס"פ דם שחיטה:

וראיתי להרב נודע ביהודה ח"ב חיו"ד סימן י"ג שהביא דברי השואל דפשיט"ל איסור נבילה חל על איסור טריפה ותמה עליו מהיכן פשיט"ל ד"ז הא ליכא. לא כולל ולא מוסיף ע"ש ונעלם ממני דברי התוס' דזבחים שהבאתי דמשם בארי' דאין איסור נבילה חל על איסור טריפה ממ"ש ולא דרשי' מי שאיסורו בב"ת. נבילה יבא טריפה איברא. דמדברי התוס' דחולין שהבאתי לכאורה נר' להפך ממה שהקשו מאי פריך ורמינהי הא לא פקע טרפיות ואי איתא דנבילה אטרפה לא חיילא נימא דקושי' הגמ' היא אהא דתנן דהוי נבילה הא טריפה היא ואיך חיילא נבילה אטרפה מיהו י"ל דהכי מקשי' מאי פריך נוקמ' למתני' כמ"ד אחע"א אפילו בלא כולל ומוסיף ומ"ש בדרשא דטרפא למעוטי עוף טמא דלקי אפילו משום נבילה היינו דס"ל דלר"מ דדריש למעוטי עוף טמא וע"כ למידרש מי

שאיסורו טרפה בלבד מוכרחים לומר דס"ל אחע"א אבל לשאר תנאי דבעו כולל ומוסיף אה"נ דנבילה לא חיילא אטרפה ולמ"ד דילפי' מחלב אה"נ אפילו לר"מ ס"ל אין אחע"א ונבילה שאני משום דחל אחלב וכמ"ש למעלה:

והנה בפ"ב דחולין דל"ז אמרי' דמסוכנת שריא מדאמ"ר וחלב נבילה וחלב טרפה ואמר מר התורה אמרה יבא איסור נבילה וטרפה ויחולו אחלב ואי ס"ד טרפה היינו מסוכנת ליכתוב חלב טרפה לא תאכלוהו ולא ליכתוב נבילה ואנא אמינא מחיים אתי איסור טרפה וחייל אאיסור חלב לאחר מיתה מבעיא אלא ע"כ דטריפה לאו מסוכנת ע"ש וק"ל היכי הוה ילפי' נבילה מטרפה שהרי טרפה אחלב הוי א"מ מגו דאיתוסף איסורה לגבוה דאפילו בבהמת חולין הוי מוסף כה"ג כמ"ש התוס' בפג"ה דק"א ע"א בד"ה מאן ע"ש ולכן חל שפיר טרפה אחלב אבל לאחר מיתה היכי חייל איסור נבילה הא כבר אסורה מחיים משום טרפה לפום סברא דהשתא דטרפה היינו מסוכנת וכבר איתסרא מחיים לגבוה וכ"כ קשה למה שנראה מדברי התוס' בפ' ד"א דל"ג ע"ב בד"ה האר"י דטעמיה דקרא דטרפה ונבילה חיילי אחלב משום כולל דא"כ היכי ילפי' נבילה לאחר מיתה מק"ו דטרפה ש"ה בטרפה אחלב דהוי כולל אבל נבילה אטרפה וחלב ליכא לא כולל ולא מוסיף ולכך כ"ר נבילה לאשמועי' דאחע"א בלא כולל ומוסיף לפום סברא דהשתא וכ"כ קשה למ"ש הר"מ בפ"ח מה' מ"א דחלב שרי בסחורה ונר' מדבריו שם דבכל האיסורין איסור סחורה מן התורה ע"ש נימא טרפה אחלב שאני דהוי א"מ מגו דאיתוסף איסור סחורה משא"כ בנבילה אטרפה וחלב. ולפמש"ל בדעת התוס' דזבחים דס"ל דכי נתנבלה פקע איסור טרפה ניחא הכל שפיר:

איברא דיש להבין לפ"ז מאי דאמרי שם בשמעתא דמסוכנת ודילמא היינו נבילה היינו טרפה היינו מסוכנת ולעבור עליו בב' לאוין ועשה דמשמע דלא פקע איסור טרפה וכן הוכיחו התוס' בדל"ב וצ"ל בדוחק לדעת התוס' בזבחים דמאי דאמרי' לעבור עליו בב' לאוין ועשה היינו אם אכל כזית קודם מיתה וכזית. לאחר מיתה ונ"מ אי אכלן:

בהתראה א' דאי כולהו משום טרפה א"ח אלא א' ואי ב' שמות נינהו נבילה וטרפה חייב ב' אפילו בהתראה א' כיון דמב' קראי נפקי וכדאי' בפג"ה דק"ב סע"ב ע"ש ומ"מ אכתי קשה לפמ"ש התוס' שם בדל"ב דלא פקע איסור טרפיות איך מדמה נבילה אטרפה וחלב לטרפה וחלב ועוד קשה בריש הך שמעתא דאמרי' לעולם אימא לך היינו נבילה היינו מסוכנת מחיים בעשה לאחר מיתה בלאו דכיון דמחיים אסירא. היכי חיילא עלה איסור נבילה הא קי"ל דאין:

אחע"א בלא כולל ומוסיף. ונ"ל מקראי בפ' כ"ה דקי"ג וכיון שכן ע"כ מדאמרר נבילה דמסוכנת שריא ולכן נר' דכל הך סוגיא דמסוכנת אזלא למאן דס"ל אחע"א בלא כולל ומוסיף דאיכא כמה תנאי דס"ל כן כמ"ש הרמ"ע סי' קכ"ג ע"ש וניחא הכל שפיר דלהך תנאי לא מיסתבר להו לחלק בכולל ומוסיף כלל אבל למאי דקי"ל כאחע"א בלא כולל ומוסיף וכן לתנאי דל"ל לא. כולל ולא מוסיף וס"ל דבכ"ג כאחע"א נ"ל דמסוכנת שריא מדאסר רחמנא נבילה דאי מסוכנת שריא לא הוה חיילא נבילה וכן הא דאמרה תורה יבא איסור נבילה וטרפה ויחולו האיסור חלב לתנאי דא"ל כולל ומוסיף מסתבר לו' דמטעם כולל ומוסיף הוא ואשמועי' דאפילו קל על חמור חייל אבל למאן דס"ל כאחע"א אפילו בכולל ומוסיף וכן למאן דס"ל כאחע"א אפילו בלא כולל ומוסיף מאי דאמ"ר יחולו לאו מטעם כולל ומוסיף דאין לחלק בכך ועפי"ז ניחא מה שהקשה השע"ה בה' א"ב דקכ"א סע"ד מדאמרי' בס"פ ג"ה דר"י ס"ל איסור טרפה חייל כאיסור אמ"ה מדי דהוה אחלב ונימא שאני טריפה אחלב דהוי א"כ ע"ש ועפי"ה ניחא שפיר דהנך אמוראי ס"ל אחע"א אפילו בלא כולל ומוסיף ובלא"ה י"ל דש"ה דאיכא מגו דאמרי' מגו דחל אחלב חל כאבר דהתם בתלש חלב מיירי וכמ"ש הלח"מ בפ"ט מה' מ"א דין ה' ע"ש ומן האמור ניחא גם מ"ש שם לר"ש מנ"ל דשריא מסוכנת ע"ש דלר"ש נ"ל שפיר מדאס"ר נבילה וכאמור וע"ש עוד בהך שמעתא דאיכא ילפותות אחרות דמסוכנת שריא:

גרסינן בגמ' בפ' הנשרפין דף"א אמ"ל ר"א לרבא חמותו ונעשית א"א אמאי אינו נידון כא"א הא מודה ר"י בא"מ אמ"ל אטו בתרי קטלי קטלת ליה ע"ש מתבאר מגמ' הלזו דר"י מודה בא"מ אפילו בקל על חמור ומזה י"ל עמ"ש הת"י בפ' אמ"ל די"ד ע"ב אמתני' דאם עבר זקן ונשאה שכ' דל"ל לר"י אלא בחמור על קל וה"ט דר"י בחמותו ונעשית א"א ע"ש וכ"כ הרמב"ן בחי' בפ' ד"א דל"ג ע"ב ע"ש והוא תימא ועיין בירוש' שם בפ' הנשרפין דבעי אי טעמא דר"י בחמותו ונעשית א"א משום קל על חמור או משום בתרי קטלי ע"ש ודע דרש"י בפרק הלוקין דכ"ב כ' חמותו ונעשית א"א א"כ א"א ונעשית חמותו א"מ ע"ש והוא תימא דאיפכא הוא:

כתב הר"מ בפ"ר מה' מ"א אקדשיה איתוסף איסור הנאה נר' דדעתו ז"ל דא"ה הוי איסור מוסף וכ"ד רש"י בפג"ה דק"א ע"א אבל התוס' הוכיחו דלא הוי אלא איסור חמור מדפריך בפ' כ"ה וסבר שמואל אחע"א והלח"מ כ' בפ"ט מה' מ"א דין ז' דאיסור הנאה דבב"א לא הוי א"מ כיון דאינו לוקה על הנאתו אבל איסור הנאה דקדשי' דלוקה על ההנאה הוי א"מ דלעולם ל"א מגו דאיתוסף איסור שאין לוקין עליו איתוסף נמי איסור שלוקין עליו ע"ש וכ"כ ה' שאגת אריה בה' יו"הכ דלא הוי שבת ויו"הכ א"מ מגו דאיתוסף איסור

מחמר כיון דאין בו חיוב חטאת כמו איסור הנוסף בגללו אלא שתמה ע"ז מגמ' דפ' אמרו לו דאמרי' מגו דאיתוסף איסורא לגבוה ע"ש ונר' דנהי דלא הוי א"מ איסור חמור מיהא הוי והאי תנא דפ' אמ"ל ס"ל אחע"א באיסור חמור ומ"מ א"מ מקרי כמ"ש התוס' וכי הנאה והמש"ל בה' יסו"הת כ' דלעולם לא הוי א"מ אלא אם איסור הנוסף לוקה עליו וה' קול אליהו ח"א חיו"ד סי' ז' תמה עליו מגמ' דפ' אמ"ל הלזו ע"ש ועפי"ה ניחא דלא הוי מוסף אלא איסור חמור ועפי"ז ניחא מה שי"ל בדברי התוס' שם בפג"ה שהקשו אמאי פליגי רבנן בג"ה ש"נ הא הוי א"מ מגו דאיתוסף איסורא לגבוה ע"ש וממ"ש בפ' ד"א דל"ג בד"ה האר"י מתבאר דנבילה אחלב לא הוי א"מ אע"ג דאיתוסף איסורא לגבוה וכבר עמד ע"ז השע"ה בהל' א"ב ע"ש ועפי"ה ניחא שפיר דלעולם לא הוי א"מ כיון דאין לוקין עליו אלא דאיסור חמור מיהא הוי כמו הנאה שכ' התוס' בפג"ה דא"ח הוא דהוי והתוס' בפ' ד"א קיימי אמ"ד דאאחע"א אלא בכולל ומוסיף אבל התוס' דפג"ה קיימי אליבא דחכמים דמודו בג"ה של עולה משום דא"כ בא"ח דהיינו איסור הנאה א"ל ולכך מקשי' שפיר דגם ג"ה של נבילה א"כ בא"ח הוא מגו דאיתוסף איסורא לגבוה איברא דהר"מ בפ"ז מהלכות שגגות פ' להההיא מתני' דפ' א"ל דנותר חל על חלב ומוקדשי' הרי דס"ל דאמרי' מגו דאיתוסף איסור לגבוה ובהמ"א פ' דאאחע"א אלא בכולל ומוסיף הרי דס"ל דאע"פ שאין בו מלקות הוי איסור מוסיף ממש:

כתב הריטב"א בפ' ע"י דע"ז בשם הראב"ד דלעולם אין דנין על החתיכה אלא על האדם ונבילה ויו"הכ נבילה חלה מקודם יו"הכ אע"פ שנתנבלה ביו"הכ מ"מ איסור נבילה חל עליו מקודם משעה שבא לכלל מצות קודם יו"הפ והריטב"א הרבה לתמוה ע"ר ע"ש והשע"ה בה' א"ב דקכ"ב תמה עליו מסוגיא דפ' ע"י גופה דאמרי' אלמנה וגרושה איסור אלמנה קדים וגרושה הוא דאתי וחייל אע"ג דאיסור גרושה קדים על. האדם בהיותו כהן הדיוט משעה שנתחייב במצות ע"ש ונ"ל דודאי הראב"ד ז"ל אזיל ומודה דלעולם אזלי' בתר קדימת האיסור על חתיכה כמבואר בכולי תלמודא וע"כ לא כ' דאזל' בתר האדם אלא באיסורין דלא קדמו ז"לז על החתיכה כגון נתנבלה ביו"הכ דקודם שנתנבלה לא חל יו"הכ דלא חייל אאיסור אמ"ה דאחר שמתה חלו בב"א יו"הכ ואמ"ה וכזה הוא דס"ל דאזלי' בתר חיובא דאדם כיון דלגבי החתיכה חלו בב"א כנ"ל ברור:

איתא בירושלמי הביאו הריטב"א באי' לנדרים ד"ך הריני נזיר מיין דערלה לא אמר כלום חבריא אמרי מחלוקת כר"ש ופי' הריטב"א ז"ל פר"ש דאמר אין אחע"א אבל לרבנן דאמרי אחע"א חייל וקש' כיון דלא נזר אלא מיין של ערלה אפילו לרבנן לא חייל דהא ליכא לא כולל ולא מוסיף ולא איפליגו רבנן עליה דר"ש אלא גבי נבילה ביו"הכ דהוי

כולל או מוסיף וצ"ל דדעתו ז"ל דכיון דהא נזיר חייל ע"ד מצוה מיתורא דקרא נ"ל כדאי' בריש נזיר לא מוקמי' קרא אלא בחד גוונא הלכך לרבנן דאחע"א בא"כ בכל האיסורין כי אתא קרא דנזיר אשמועי' דבנזיר אפילו בלא כולל חייל אבל לר"ש דס"ל אאחע"א אפילו בכולל מיסתבר לאוקומי קרא דנזיר בכולל ועיין במ"ש הריטב"א שם בראיה שהביא מדאמרי' בסוף מכות וליחשוב דאמר שבועה שלא אחרוש התם מושבע מה"ס ע"ש ועיין במסקנא שה במכות דמסיק האי תנא א"כ ל"ל ודו"ק:

כתב מהרימ"ט בחי' בפ' ע"י דע"ח דכ"ג באחותו אלמנה אע"ג דאין איסור אלמנה חל על איסור אחותו מ"מ אי אתרו משום אלמנה לבד או שגג באחותו והזיד באלמנה לקי ע"ש ועפי"ד ניחא מ"ש התוס' בסוף גיטין בשם הירוש' דפריך לכ"ש דלא יגרש אלא במצא בה דבר ערוה אמאי אצט' קרא דלא יוכל בעלה הא' אשר שלחה הא בלא"ה אסורה משום סוטתו ומשני לעבור עליו בב' לאוין וכו' ע"ש וק' היכי חייל לאו דלא יוכל בעלה הא' על איסור סוטה הא אאחע"א וכן ראיתי שהקשה כן הרב ישועות יעקב חא"הע סי' קי"ט ע"ש ועיין בפ"ק דיבמות די"ג ע"ב דאמרי' דב"ש סברי אין אחע"א ועפ"ד מהרימ"ט ניחא שפיר דנ"מ אם שגג בסוטה והזיד במחזיר גרושתו ועי"ל בזה דהעברה בעלמא קאמר דאע"ג דאאחע"א מ"מ איסורא רכיב עלה ונ"מ לקוברו בין רשעים גמורים וכדאיתא בפ' ד"א דל"ג ע"ב ע"ש ועיין בתוס' שם בדי"ג ע"ב ע"ש:

כתב המש"ל בפ"ה מה' יסו"הת דלא מקרי א"מ אלא אי איסור הנוסף לקי עליו והרב קול אליהו ח"א חי"ד סי' ז' תמה עליו מדאמרי' בפ' אמרו לו הו"ל נותר מגו דאיתוסף איסורא לגבוה וכו' ולא מצינו שהמקטיר נותר עובר בלאו ולקי ע"ש ונ"ל דהמקטיר נותר לקי מדאמרי' ברפ"ק דמנחות מן הבקר להוציא את הטרפה והלא דין הוא ומה בע"מ שמותר להדיוט אסור לגבוה טרפה שאסורם להדיוט א"ד שאסורה לגבוה ומסיק דילפי' מבע"מ ויוצא דופן ופריך מה להנך שכן מומן ניכר והשתא כ"כ נילף מהאי ק"ו נותר שאסור להדיוט ולקי א"ד שאסור לגבוה ולקי ואין לו' הא אין מזהירין מ"ה דהא כיון דאיכא האיסור בלא הק"ו מזהירין כמ"ש ה"ה בפ"ב מה' מ"א וליכא למפרך שכן מומן ניכר דהא נותר מקרי איסור ניכר דקלא אית ליה כמו יוצא דופן ועוד דניכר בגוף הבשר שעבר לילה א' עברה צורתו ופיגול נמי דפריך בפ' אמרו לו ליתני פיגול משום דיליף מנותר בג"ש כדאי' בגמ' בכ"ד:

ושמעתי מקשים משמא דא' מרבני אשכנז בגמ' דמנחות הלזו מאי פריך והלא דין הוא הא אצט' מן הבקר לאיסור עשה כדי שע"י לימוד הק"ו לקי ולא אמרי' אין מזהירין מ"ה לפ"ד ה"ה הללו ומתרץ דס"ל להך ברייתא כמ"ד ביומא דנבילה וטריפה מקרי ניתק

לעשה וא"כ אפילו אחר דכתיב מן הבקר לא לקי עכ"ד ור"ל דאמרי' דיו אסוף דינא דלא לקי במקריב טרפה כמו הדיוט ולא מפריך הק"ו דמ"מ אהני הק"ו לעבור בלאו ולעיקר קושיתו נר' דהאי ק"ו גילוי מילתא בעלמא הוא דמשקה ישראל אפילו בהיתה לו שעת הכושר ע"ש בסוגיא דמנחות ובתוס' שם וא"כ בלאו מן הבקר לקי דאיכא איסור דמשקה ישראל והק"ו מגלה על ממשקה ישראל דמיירי אפילו בהי"ל שע"הכ ומזהיר ולקי שפיר ומה שהוכיח עוד ה' קול אליהו ממ"ש הר"מ בפי"ז מה' א"ב לפי מ"ש הכ"מ בפי"א מה' גירושין די"ד בשם יש מי שתי' ע"ש ניחא שפיר:

סימן מז

כהן שהודה שבא על פנויה א' והיא מעוברת ממנו אי שרי לישא אותה מי חיישי' שמא זינתה עם הפוסלה לכהונה והבועל הלז דר בחצר של הפנויה הלזו וגם פעמים הרבה שלן שם בבית הפנויה:

הנה מדאורייי' ודאי שריא דכבר איפסיקא הילכתא כר"ג בפ"ק דכתובות דס"ל דנאמת לומר מאיש פ' וכהן הוא אפילו ברוב פסולין אלא דבגמ' שם אמרי' ואת לא תעביד עובדא אלא בתרי רובי מיהו במודה לדבריה דעת הרשב"א ח"א סי' תר"י והרא"ש כלל ל"ב סי' יו"ד דבנו הוא לכל מילי וה"ה דאם כהן הוא מותר לישא אותה אבל הר"מ בפ"ג מה' יבום כ' דאפי' שניהם מודים חולצת וה"ה הקשה ממ"ש הר"מ בפ"ח מה"ת דאוכלת בתרומה ע"ש והב"ח בסי' קנ"ו כ' דדוקא בתרומה בז"הז דרבנן הוא דכ' הר"מ דמחזקי' ליה בבנו וגמ' דס"פ אלמנה לכ"ג דמייתי רבא דלא חיישי' היכא דלא דיימא מעלמא מדתן תאכל בתרומה רבא ס"ל תרומה בז"הז דאורייתא ע"ש והנה רש"י פי' שם דלרב ממזר ודאי ולשמואל ממזר ס' דלא כמסקנא דגמ' בפ' ע"י דע"ה דאפילו לרב ממזר ס' ושמואל תבדק אמו קאמר ע"ש ואיכא למידק לפירש"י אמאי אמרה רבא למילתיה אליבא דרב דהומ"ל אפי' לשמואל היכא דלא דימא מעלמא שריא דהא מתני' תאכל בתרומה קתני ונ"ל דס"ל לרש"י דהיכא דלא דימא מעלמא ספיקא הוי ומתני' דקתני תאכל בתרומה בתרומה בז"הז דרבנן ורבא קאמר דמודה רב דלא הוי ודאי דאי ליכא ספיקא אמאי תאכל אפילו בתרומה בז"הז ומעתה א"צ למ"ש הב"ח דהגמ' ס"ל תרומה בז"הז דאורייתא ועפי"ז דעת רש"י כדעת הר"מ דספיקא הוי ולפי"ז כהן אסור לישא אותה מיהו בנ"ר דדר שם והיה לן שם נר' דשריא לכ"ע דכבר כ' הרא"ש בכלל פ"ב דאפילו הר"מ מודה במשרתת בביתו שרגיל אצלה דל"ח לדעלמא ומהריק"ש בתשו' בסי' צ"א התיר בנדונו במשרתת אצלם ואפילו איכא שם אב ובנו מתשו' הרא"ש הלזו וראיתי למרן בב"י א"הע ס"סי ע"א שכ'

וז"ל מדברי הרא"ש בתשו' כלל י"ז סי' ז' נר' בהדיא דמי שבא על פנויה וילדה ממנו בן ובת חייב לזונם והכנ"הג שם תמה דהרא"ש בכלל פ"ב כ' דוקא במשרתת ע"ש מ"ש על ריו"ו ולק"מ דהרא"ש דעתו אפילו אינה משרתת ולא כ' בכלל פ"ב אלא דאפילו לדעת הר"מ בשרתת מודה וכמו שמבואר שם בדבריו ע"ש ועיין להרדב"ז ח"א סי' ק"ך ע"ש ונ"ל ראיה לדברי הרא"ש מגמ' דפ' אלמנה דמייתי רבא ממתני' דתאכל בתרומה ואמאי לא מייתי ממתני' דלעיל מינה שם בפ"ב מי שיש לו בן מ"מ פוטר חוץ ממי שיש לו מן הנכרית וע"ש במרדכי דמוקי לה לדעת הר"מ בחבושין והשתא לס"ד דרבא אמאי לא מייתי מינה אלא ע"כ ברגיל אצלה שאני ומתני' דאוכלת בתרומה ל"מ ברגיל אצלה דקתני אונס ומפתה נקטי' דבנ"ד דרגיל אצלה מודה הר"מ וכ"ש למ"ש הרדב"ז בח"ג סי' תקכ"ו בדעת הר"מ דלא מיירי בה' יבום אלא ץ בדדיימא מעלמא ע"ש:

וראיתי להרב נו"ב ח"ב חא"ע סי' כ"ז כ"ח כ"ט שנשאל עז אי שריא לינשא לו אם הוא כהן והשיב דשריא דס"ס הוא שמא לא זינתה עם אחר ואת"ל זינתה עם אחר שמא לא זינתה עם מי שפוסלה לכהונה ועוד משום דיש לה חזקת כשרות ואח"כ כתב דהיכא דרוצה לישא אותה בתוך ימי עבורה יש מקום לאסור לכ"ע דחיישי' שמא עיניו נתן בה כדקי"ל במעיד על השבויה דלא ישאנה ושוב חילק ביניהם ואין ולאו ורפיא בידיה עש"ב וא' הרואה בתשו' הרשב"א ח"ד סי' שי"ד יראה דליתא אלא דהיכא דשניהם מודים אפילו בתוך ימי עבור יכול לישא אותה ולא חיישי' לדעלמא עוד ראיתי להנ"ב שם שכ' ליישב קו' ה"ה דתרומה שאני דההיתר הוא לדידה לבד וכיון שהיא אומרת ברי לי שרי ע"ש והוא תימה דא"כ מאי מייתי רבא ממתני דתאכל בתרומה ומה שהוכיח מדלא מייתי בכתובות דל"ו ע"ב מתני' דמס' עדיות ע"ש ל"מ דממתני' י"ל. בתרומה דרבנן אבל. ברייתא קתני לכהונה והגמ' דחי דגם הברייתא:

איכא לאוקומא בתרומה ע"ש נקטי' דאתתא דא שריא:

לאנסובי לכהן זה ול"ח לדעלמא ועיין בסוף מס' מכות דפרכי' גבי יהודה מנא ידע וכו' ומשני כיון דחשיב ירחי דחזי' מחזקי' דלא חזי' לא מחזקי' ע"ש ועיין למהר"ץ בתשו' סי' מ"ד ולבנו הרב שאלת יעב"ץ ח"ב סי' קי"ב עש"ב:

וראיתי להרשב"ץ ח"ב סי' י"ט שכתב בפנויה שנמצאת מעוברת ואמרה מפ' אם מחזקי' ליה בבנו דאפילו לרב לא אמר אלא בבא על ארוסתו בבית חמיו ולענין ממזרות אבל באונס אשה ומפתה אותה כיון דלא דיימא מעלמא דבר ברור הוא דבתריה דידיה שרינן ליה דהא תנן התם ילדה תאכל בתרומה אע"כ שיש בתרומה חיוב מיתה עש"ב ודבריו תמוהים דא"כ מאי מייתי רבא ראיה ממתני' דתרומה ואביי דחיק לאוקומה בשהיו

חבושין וצ"ע ודע דאם אינו מודה לדבריה וכופר שלא בא עליה מעולם והיא טוענת שבנו הוא וחייב לזונו וליתן לה שכר יניקתה כ' הרשב"ץ שם דתביעת ממון הוא וחייב שבועה ואם מודה שבא עליה אלא דאומר שמא בא עליה גם איניש אחרינא חייב לזונו וחלק על הריב"ש סי' מ"א דפוטר מן השבועה ע"ש ומרן בב"י א"הע סי' ע"א לא הביא אלא תשו' הריב"ש ע"ש:

וראיתי למהרי"ו בתשו' סי' ע"ג שכ' אפי' שניהם מודים א"י לישא אותה בתוך ימי עיבורה משום דחיישי' דאמרי קמו בה רבנן במילתא דבנו הוא ואתי למשרי אשתו כשימות בלא חליצה וכדחישי' כה"ג ביבמות ד"ל ע"ש וצ"ל לפ"ד הא דכתב הר"מ אוכלת בתרומה בשביל בנה ולא חיישי' דאתו למשרי אשתו בלא חליצה משום דבלא נשאת לו מיירי ואף דאוכלת בתרומה אמרי דקמו בה רבנן דמאיש כהן אחר הוא ואינו מוכרח שהוא מכהן זה ומ"מ כבר כתבתי דמדברי הרשב"א מוכח דשרי לישא אותה בתוך ימי עיבורה ועיין בס' עבודת הגרשוני סי' א' שחילק בדבר דבמודה שבא עליה לבד א"י לישאנה אבל באומר שהיא מעוברת ממנו יכול לישאנה בתוך ימי עיבורה כיון שהוא חייב במזונות העובר וכמ"ש הריב"ש ע"ש ואפי' לפ"ד לדעת הרשב"ץ שכתבתי דחייב במזונות הבן אפילו מודה שבא עליה לכך יכול לישא אותה:

סימן מח

הראני ש"דר א' חכם מ"ש הרדב"ז ח"א סי' ר' אהא דקי"ל בפוגם שטרו וע"א מעיד שהוא פרוע אדם מוריש לבניו ונשבעין שבו' היורשין ונוטלין וז"ל אלא דק"ל בשלמא פוגם שטרו הוי דרבנן אבל ע"א מעיד שהוא פרוע הוי מחוייב שבועה דאורייתא ואין היורשין יכולין לישבע שבועתו ואמאי נוטלין אפילו מלוה וכ"ש מיורשין לוה ע"ש ותמ'ה יקרא דבפ' הכותב דפ"ז אמתני' דהפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה סבר רמ"ח למי' שבועה דאורייתא אמ"ל רבא ב' תשובות בדבר חדא דכל הנשבעין נשבעין ולא משלמין ועוד דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות וכן אמרי התם כה"ג אעד א' מעידה שהיא פרועה הרי דפוגמת וע"א מדרבנן היא ואיך כ' הרדב"ז דפוגמת מדרבנן וע"א מדאורייתא והשבתי לו דמשכחת לה במחל על השעבוד או שאין לו קרקע וכה"ג. כתבו התוס' בפ"ק דמציעא בשמעתא דהילך דבכה"ג לא הוי כפירת שעבוד קרקעות ואפילו נשבע ונוטל כה"ג דאורייתא משום דאיכא שטרא ושטר העומד ליגבות כגבוי דמי ואע"ג דקי"ל כב"ה דלאו כגבוי כבר כתבו התוס' בסוטה בפ' ארוסה דכ"ה ע"ב בד"ה וב"ה דדוקא בכתובה דספק היא הוא שאמרו לאו כגבוי אבל בשט"ח דשעבוד ודאי הוא כגבוי דמי ע"ש וא"כ

י"ל דלא אמ"ר בפ' הכותב חדא דכל הנשבעין וכו' אלא גבר כתובה דס' הוא ולאו כגבוי אבל בשט"ח כגבוי דמי ולא מקרי נשבע ונוטל וכה"ג כ' התוס' בפ' חזקת דל"א ע"ב דאע"ג דמגו להוציא ל"א היכא דאיכא שטרא אמרי' מגו דלא הוי להוציא אלא לאוקומי כיון דכגבוי דמי ואע"ג דמחל שעבוד הקרקע הוי שטרא כיון דמשתעבדין בו המטלטלי דמדאורייתא מטלטלי משתעבדי לב"ח כיון דשעבודא דאורייתא כמ"ש הרשב"א וא"כ משכחת לה ע"א מעיד שהוא פרוע מחוייב לישבע מן התורה היכא דאיכא שטר ומחל שעבוד הקרקע ומ"מ בפוגם שטרו אפילו כה"ג ל"א כגבוי דמי כיון דאיכא ריעותא בשטר דהיכא דאיכא ריעותא בשטר גבי מגו ל"א מגו להוציא כמ"ש הכנ"הג בסי' פ"ב בכללי מגו אות נ"ו ע"ש:

מיהו אי קשיא הא ק' מ"ש הרדב"ז ח"א סי' קפ"ב

בנאמנות סתם וע"א. מעיד שפרעו כ' דנאמנות סתם לא מהני נגד ע"א ומחוייב לישבע ש"ד נגד העד ואת"ל שהדבר שקול אי נאמנות סתם מהני נגד ע"א דפלוגתא דרבוותא היא כמ"ש הרא"ש בפ' הכותב) לא מפקי' ממונא אלא ע"י שבועה מן התורה והאומר בכי האי דאוקומי ממונא הוא כיון שהשטר קיים וכו' אין שומעין לו דקי"ל שטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי ע"ש הרי דכ' דגם בשט"ח לאו כגבוי וחייב שבועה מ"הת והוא תימא דנשבע ונוטל מדרבנן הוא וכדפריך הגמ' שם וצ"ע ועמ"ש בחי' שם בפרק הכותב ע"ש:

סימן מט

מי שמכר הכמפיאל בעד סך מה והוציא הכמפיאל על הפאטור שלו במ"ה וחתם בו הפאטור לפורעו לזמן הקצוב כמנהג ובהגיע זמן הפרעון נשברו המוכר והחותם ואח"ז עלה המטבע הכתוב בכמפיאל ביוקר הרבה ממה שהיה בשעת קנייתו ואז עמד הקונה ותבע שיתפרע הכמפיאל לפי ערך היוקר של שעת התביעה:

נראה דאם בא לתבוע ממי שמכר הכמפיאל ודאי הוא שאינו פורע אלא לפי ערך שוויו בעת הקניה כיון שהוא הנותן מעות כשחוזר וגובה מעות יותר ממה שנתן מחזי כרבית וכמ"ש רשב"ם גבי פיסוק ופ' מרן בש"ע ביו"ד סי' קע"ה בסתם וע"ש למהרש"א ז"ל בס' מש"דר אמנם אם בא לתבוע מהפאטור טור שחתם אין כאן חשש ריבית דהוי כמי שלוה גרושוש בגרושוש והוקר דיפרע בזמן היוקר ויוצא בדיינין כמ"ש מהר"ש חיון סי' מ"ט ע"ש איברא דלכאורה יש לפוטרו דכיון דע"פ דרך התגרים רצה גובה מהמוכר רצה גובה מהפאטור הו"ל הפאטור כמו ערבן דעיקר החוב על המוכר הוא וכיון דלא מצי גובה מהלוה בשער הגבוה ל"מ גבי מהערב וכדאמרי' בפ' יש בכור דמ"ח מי איכא מידי

דמהלוה ל"מ גבי ומהערב מצי גבי וקי"ל דאין נפרעין מהערב תחילה וכ"פ בח"מ סי' מ"ט ע"ש ומה שנר' הפך מזה בתשו' הרשב"א סי' אלף נ' כבר כ' הסמ"ע בסי' קכ"ט סקכ"ה דדוקא היכא שאין הלוה מתחייב מעיקרא אלא עיקר החיוב מתחילה הוא על הערב הוא שכ' הרשב"א דחייב הערב אבל היכא דהלוה מתחייב בפיטורו נפטר גם הערב ע"ש ועיין למהרש"ך ח"א סי' מ"ד וקל"ז ע"ש מיהו נר' דהא ליתא דדוקא בערב לחוד הוא דבפיטורו יפטר גם הוא אבל ערב קבלן אינו תלוי בלוה וממקומו הוא מוכרע דבפ' י"ב יהיב הגמ' טעמא דאינו נפרע מהערב תחילה ובע"ק נפרע מהערב תחילה דרמ"ג רמ"ג ובנ"ד עדיף מע"ק וכ"מ להדיא מדברי בע"הת שי"ד ח"ד שכתב כעובדא דס"פ כל הנשבעין בההוא דשכיב ושבק ערבא דמיירי בע"ק דאי בערב לחוד הא קי"ל דלא יתבע מהערב תחילה וכיון דל"מ גבי מיתמי לוה גם מהערב לא גבי ע"ש ומצאתי להרשב"א סי' תתקע"ג שכ"כ להדיא דבע"ק גבי מהערב אפילו היכא דל"מ גבי מהלוה וכ"כ הרדב"ז ח"ב סי' תשס"ז ע"ש וכ"ז נעלם ממהרש"ך ח"ב סי' קי"א בנדונו בע"ק וכתב לפוטרו מטעם דכיון דל"מ גבי מהלוה ע"ש ועפי"ז יש לדון במ"ש הרשב"א בר"סי אלף נ' דהיכא דאין הלוה מתחייב אז חל החיוב על הערב מדאמרי' בפ"ק דקדושין ד"ז תן מנה לפ' ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב ואע"ג דאין המקבל מתחייב ע"ש דע"פ האמור אין משם ראיה דהתם קבלן הוא כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפי"ז מה' אישות דין ט' איזהו קבלן זהו שאמר לאשה הנשאי לזה ואני נותן כתובה ע"ש וזהו קבלן דכתובה המוזכר בגמ' ואע"ג דלא אמר תן ואני נותן הוי הנשאי כמו תן וה"נ דכוותא ואתקדש אני לך כמו ואני נותן ונראה דהרשב"א ס"ל כדעת רש"י בפ' הנזקין ד"נ דקבלן דכתובה היינו דנתן לה החתן מטלטלי והחזירתן לו ע"פ הקבלן ע"ש וכ"מ מדברי ה"ה בפכ"ה מה' מל"ול דין ו' דהרשב"א קאי בשיטת רש"י ע"ש אבל לדעת הר"מ ההיא דאתקדש אני לך קבלן הוא ומ"מ הדין דין אמת דבע"ק אינו תלוי בפיטורו של לוה וכמו שנתבאר ודלא כמהרש"ך ז"ל ועיין להרב פמ"א ח"ב סי' ז' די"ד ע"ג ע"ש ומתשו' הרשב"א הלזו דסי' אלף נ' יש להוכיח דס"ל דאפילו לא דיבר הלוה עם המלוה כלום אלא הערב אמר למלוה תן להלוה ואני פורע דין ערב יש לו ודלא כמ"ש הרא"ש בסיף בתרא והביא הטור בס"סי קכ"ט ופ' מרן בש"ע דין ך' דאם לא דיבר הלוה עם המלוה אין לו על הלוה כלום אלא על הערב שאמ"ל הלוהו ובשליחותו נתנם לו ע"ש דאי איתא מאי ראיה מייתי הרשב"א מתן מנה לפ' ואני אקדש לך ש"ה דשליח שויה ועדיף מקבלן והוי כערב דשלוף דוץ ומ"מ אצט' ליה להגמ' למי' מידי דהוה הערב למיהב טעמא במה משתעבד כיון דלא מטי ליה הנאה ולא קנו מניה אלא נר' דחולק הרשב"א בד"ז שכתב הרא"ש ועיין למור"ם בהגה

בדין ח' שכתב מי ששאל חפץ מחבירו ואמ"ל אם לא אחזירנו לך לזמן פ' אתן לך דמים כ"וכ והעמיד לו ערב בער הדמים אע"ג דלגבי השואל הוי אסמכתא ופטור הערב חייב לשלם והיא תשו' הרשב"א הנז' אלא ששינה ולא כ' דבקנו מידו מיירי ומתשו' הרשב"א מבואר דמשום דקנו מידו הוא דחייביה להערב ועיין להב"ח במ"ש ליישב זה לפי שלא ראה תשו' הרשב"א בח"ב סי' כ"ב דשם הובאה תשו' הלזו דשואל חפץ באורך ומשם בארה"ה משום דהוי אסמכתא לגבי הערב בעי' יקנו מידו ואמר מעכשיו דבכה"ג ליכא דין אסמכתא עש"ב ומעתה מתיישב. שפיר. מאי דהשמיט מור"ם הקנין דלטעמיה אזיל התגיה. בסי' קל"א דאין בערבות משום אסמכתא אבל לפמ"ש בסי' קל"א כהסוברים דיש בערבות בכה"ג דתנאי אם יהיה וכו'. משום אסמכתא בעי' בד"ז דשואל חפץ קנו מידו ואמר מעכשיו וכמ"ש הרשב"א דבכה"ג אסמכתא גמורה ודמי לאסמכתא דעלמא ודלא כהסמ"ע בסי' קל"א סקכ"ד ע"ש.

שבתי וראיתי שמש"ל. דכ"ז נעלם ממהרש"ך ח"ב סי' קי"א ישנו מן הישוב דנדונו שם בערב פרען קבלן וכבר כתב מהרשד"ם חח"מ סי' ט"ל דדוקא בכתוב קבלן לחוד הוא דנפרע מאיזה שירצה אבל אם כתב פרען קבלן מש' פרען מגרע כחו דהוי כמי שאומר תן לו ואני פורע דאינו קבלן אלא ערב לחוד ע"ש אבל הרדב"ז ח"א סי' קי"ו כתב דעדיף טפי עפ"ק מקבלן לחודיה ע"ש:

סימן נ

לאו הבא מכלל עשה אי הוי עשה לענין הדחיה ולא אתי עשה ודחי עשה או הוי כמו לאו: **הנה** כ' הרשב"א והובאו דבריו בש"מ בפרק אלו נערות ד"מ דאתי עשה דולו תהיה לאשה ודחי עשה דמצרי ואדומי ובעולה לכ"ג דהנך לאו הבא מכלל עשה הן והוי כמו לאו ואתי עשה ודחי ל"ת ע"ש והרב דברי אמת בקונט' דנ"ה ע"א תמה מדאמרי' בפ' ת"נ דנ"ט גבי מח"כ בשאר ימות השנה. מאי אולמיה דהאי עשה מהאי עשה אע"ג דעשה דהשלמה לאו הבא מכ"ע הוא ע"ש ונראה דהתם אפי' הוי ל"ת לא דחי ליה עשה דמח"כ דאין עשה דוחה ל"ת שבמקדש כדאמרי' בפ' דם חטאת דצ"ז ואפי' ר"א דמשני התם שינויא אחרינא לפ' בהא דהא מוכח לה מעצם שיש בו מוח דיש בו משום שבירת עצם וכצ"ל לדברי הריטב"א בחי' בעירובין ד"ק שתי' לקו' התוס' שם אמתני' דנתערבו מתנה א' במתן ד' דלא אתי עשה ודחי ל"ת שבמקדש ע"ש ואע"ג דהגמ' בפ' ת"נ נקט לישנא דעשה ל"ד הוא. ולא נחית הגמרא אלא דליכא אלמות בעשה הדוחה דאי הוי אלים הוה דחי שפיר אבל ק"ל ע"ד הרשב"א הללו מדפריך הגמרא במנחות דף פ"ד ע"א אמאי מביאין

עומר בשביעית לאכלה אמ"ר ולא לשריפה ע"ש ומאי פריך נימא דאתי עשה דעומר ודחי ל"ת דולא לשריפה וראיתי להר' טורי אבן בר"ה דכ"ח שתי' לקו' התוס' דעירובין מדנפשיה כמ"ש הריטב"א וכ' עור דבמקדש אין עשה דוחה ל"ת אפי' ל"ת דעלמא ול"ד ל"ת דמקדש ע"ש ועפ"ז ניחא דלא אתי עשה דעומר ודחי ל"ת דולא לשריפה. הך הרב שם חזר בו והוכיח. דעשה דמקדש דוחה ל"ת דעלמא מדאמרי' מרי' בפ' ר"א דמילה שלא בזמנה. ל"ד יו"ט מהא דולא עילת חול ביו"ט ואי איתא. היכי ילפי' מילה ש"ב מדלא מקטר אברי עולה כיו"ט הא החם שאני דבמקדש ל"ד ע"ש וכנ"ל מגמ' ס"פ שילוח הקן דפריך לדבר מצוה הא אין עשה דוחה ל"ת ועשה מוכח דל"ת גרידא דחי כיון דשייך בחולין וכ"נ ממ"ש התוס' ר"פ אוא"ב שכ' דאצט' קרא בקדשים דלא דחי העשה דפסח הל"ת מוכח דאין זה בכלל מ"ש אין עשה דוחה הל"ת שב מקדש וע"ש בחידושי' ועוד ק' ע"ר הרשב"א מדאמרי' מרי' בפ"ב דיבמות ד"ך בשלמא אלמנה מן הנשואין לא אתי עשה ודחי ל"ת ועשה ולדברי הרשב"א גם עשה דכי אם בתולה לאו הוא לענין הדחיה מיהו לזה י"ל דמ"מ לא אתי עשה ודחי קרי לאוי דדמי לניתוק דאמרי' בריש תמורה דלא אתי עשה ומנתק תרי לאוי והגמרא דנקט לשון עשה ל"ד דנקט ליה כלישנא דקרא דכתיב בלשון עשה וכמש"ל בקושית הד"א ועפ"ז ניח"ל מה שהק' ה' שיו"ט סי' עמ"ש הר"מ בה' א"ב דכ"ג אינו נושא ב' נשים לעולם דכתיב ביתו בית א' דלפ"ז מאי פריך הגמ' ביבמות אלא מן האירוסין ליתי עשה ולידחי ל"ת והא איכא נמי עשה דבית א' ע"ש וע"פ האמור ל"ק דלא הוי אלא כמו לאו לענין הדחיה כמ"ש הרשב"א ואתי עשה ודחי תרי לאוי הרחוקים. כמו לענין ניתוק כמ"ש. התוס' בפ' הלוקין רדט"ו ע"ש:

ועוד י"ל ע"ד הרשב"א מגמ' דפ"ק דבכורות די"א דאהא דאמר"ח בהמת שביעית פטורה מן הבכורה דכתיב לאכלה ולא לשריפה פריך מחלה ע"ש והשתא נימא דאתי עשה ודחי ל"ת. מיהו בלא"ה קשה הא חלה עשה שיש בו מיתה ואמאי לא דחי לעשה דולא לשריפה כמו מח"כ בע"פ דדוחה עשה דהשלמה וראיתי לה' תיו"ט שם שהק' כן. עוד ראיתי לו' שהק' להסוברים דכ"ש ל"מ טומאה מדאורייתא מאי פריך מחלה הא מדאורייתא בכ"ש סגי ול"מ טומאה ולא לשריפה קיימא וכי תיקנו. חז"ל דמקבל טומאה אין כח ביד. חכמים לעקור ד"ת בק"ע ע"ש ולק"מ דהגמ' דבכורות פריך לר"ח ובפרק האשה רבה דפ"ט ס"ל לר"ח דיש כח ביד חכמים לעקור ד"ת בק"ע ע"ש והברייתא דמייתי הגמ' בבכורות דנ"ל מלדורותיכם י"ל דאצט' לדורותיכם דנ"מ אפי' נטמאת העיסה כולה וא"ש הברייתא גם למ"ד אין כח ביד חכמים לעקור ד"ת בק"ע:

וראיתי לה' מנחת יהודה בס' דעת זקנים בפ' ראה דעמ"ש רש"י בקרא דששת ימים תאכל מצות ששה מן החדש הקש' למ"ל קרא ת"ל מדכתיב ולחם וקלי וכרמל ל"ת ותי' דאצט' קרא לעשה דהוי חדש בל"ת ועשה ואי ל"ל מצה אלא מן החדש לא אתי עשה דמצה ודחי ל"ת ועשה דחדש ע"ש הרי דחולק ע"ד הרשב"א וס"ל דלאו הבא מכלל עשה דהוי עשה לענין הדחיה וכ"נ קצת מדברי התוס' בריש יבמות בשמעתא דעליה דאהא דאמרי' לא לאו דמחמר הקשו דהא איכא עשה דלמען ינוח והוי ל"ת ועשה ע"ש איברא. דקש' ע"ד המנ"י מהירושלמי שהביאו התוס' בפ"ק דקדושין דל"ח דפריך למה לא אכלו מצה בשנה שנכנסו לארץ ליתי עשה דמצה ולידחי ל"ת דחדש ע"ש ולפ"ד המנ"י עשה נמי איכא אלא ע"כ דלאו הבא מכלל עשה לאו הוא לענין הדחיה ואתי עשה ודחי תרי לאוי סמיכי כאמור והיה נ"ל דהירוש' קי"ל דלא אכלו מצה כל ישראל והנשים פריך אמאי לא אכלו מצה הא פטורין ממ"ע שהזז"ג וה"ה הלאו הבא מכלל עשה כיון דעשה הוא וגדולה כ' מהרימ"ט בחי' קדושין דל"ד ע"א דאפי' לאו הניתק לעשה ואינו תלוי בזמן הנשים פטורות דלאו עונשין הוא ע"ש איברא דקש"ה ע"ז דהרי ל"ת דלא תותירו אין לוקין עליו משום דהוי לאו הניתק לעשה ונוהג גם בנקבות כמ"ש החינוך בפ' בא מצוה י"ד ע"ש ומ"מ בלאו הבא מ"ע נר' דפטורות ופריך שפיר ליתי עשה דמצה ולידחי ל"ת דחדש דגבי נשים ליכא לא ל"ת וכה"ג ממש כ' התוס' שם בקדושין בד"ה מעקה ע"ש שוב ראיתי דהא ליתא דאכתי לתי' הירוש' דמשני דאין עשה דקודם הדיבור דוחה ל"ת שאחר הדיבור. ע"ש ל"ל דכ"ר ששת ימים תאכל מצות הא בלא"ה האי קרא ל"ד עשה דמצה ל"ת דחדש:

וראיתי לה' מח"בר בא"ח סי' תע"א שהביא דברי המנ"י והקש' מהירוש' הלז ותי' דהירוש' ס"ל כמאן דדריש מה שביעי רשות וכו' ע"ש ולדבריו צ"ל דמאן דדריש ששה מן החדש חולק על ס' הירושלמי וס"ל דעשה דקודם הדיבור דוחה עשה דאחר הדיבור דאלת"ה ק' קרא למ"ל והוא דוחק גדול דפליגי. בהא מילתא וטפי הי"ל להמנ"י לתי' לעבור עליו בעשה. ול"פ ונ"מ לחולה ביו"הכ דמאכילין אותו הקל תחילה וכיוצא בזה נ"מ טובא לכמה מילי ובמנחות בפ' ר"יש דס"ח ס"ל לר"י ור"ל דאפי' בזמן בי"המק. האיר המזרח מתיר והדכתיב עד הביאכם למצוה והיינו עשה כמ"ש התוס' שם ולדידהו דאוכל חדש קודם ט"ז בניסן עובד בעשה ול"ת דלא כהירוש' וקש' מה יענו ר"י ור"ל בהך ברייתא ששה מן החדש למ"ל קרא בלא"ה איכא עשה ול"ת ולא דחי להו עשה דמצה אלא ע"כ לעבור עליו בעשה יתירא ולא לענין הדחיה מיהו י"ל דלדידהו מוקמי להך דדריש ששה מן החדש כריב"ז שם במנחות דס"ל עד ועד בכלל ולדידיה קרא

דעד הביאכם לאו לעשה אתא אלא לו' דבזמן ב"המק לא אסיר עד הביאכם ובזמן שאין מקדש עד עצם היום ועד בכלל ומ"מ עיקר קו' המנ"י ל"ת דהכוונה בדרשא זו דששה מן החדש הוא לגלויי דמחרת שבת היינו יו"ט ולא שבת בראשית דא"כ ליכא ששה מן החדש וכמבואר כ"ז במנחות בפ' ר"יש ריש דס"ו וע"ש בתוס':

סימן נא

יש להסתפק למ"ד יאוש כדי קני דמ"מ צריך לשלם דמיה כדמוכח בפ' מרובה דס"ו דאמרי' ואס"ד יאוש כדי קני דמי מעליא בעי לשלומי וכ"כ התוס' שם בד"ה ה"נ ע"ש. אי הוי כשלו לקדש בו את האשה אע"פ שעדין לא נתן את הדמים דחוב בעלמא הוא דחייב א"ד לא הוי כשלו עד אחר נתינת הדמים:

הנה יש להוכיח ד"ז מדאמרי' שם בפרק מרובה אברייתא דקרבנו ולא הגזול אלא לאו לאחר יאוש וש"מ יאוש ל"ק ואי איתא דלא חשיב שלי אלא לאחר נתינת המעות הא אפי' אי יאוש קני שפיר ממעט ליה קרא וקמ"ל דלא הוי כשלו עד לאחר נתינת הדמים וא"ל דהוי יאוש ושינוי רשות כמ"ש התוס' שם. ולכך חשיב שפיר שלו דהתינח לדעת ר"י שם בדס"ז דביאוש וש"ר קני קנין הגוף וא"ח בנתינת הדמים אלא לדעת הר"מ בפ"ה מה' גניבה דס"ל ביאוש וש"ר ל"ק אלא לענין דא"ח בחזרת גוף הגניבה אבל חייב הוא לפרוע דמיה ע"ש מאי א"ל אע"כ דפשיט"ל להגמ' דחשיב כשלו אע"ג דעדין לא נתן את הדמים:

איברא די"ל דע"כ לא כ' הר"מ דיאוש וש"ר לא מהני לענין חזרת הדמים אלא למאי דפ' דיאוש כדי ל"ק וא"כ בשעת ש"ר עדין ל"ק ובאיסורא אתא לידיה ולכך איתיה בחזרת הדמים אבל אי יאוש כדי קני בשעת ש"ד בהתירה אתא לידיה וא"צ נתינת דמיה ומה"ט אם קנאו הגנב בשינוי מעשה ומכרו א"צ הלוקח לשלם את הדמים אפי' לדעת הר"מ כדמשמע מדברי הפוסקים בסי' שנ"ג ודלא כהפרישה בא"הע סי' ק"ך שכ' בגזל נייד וכ' בו הגט ונתנו לה קנאתו וא"ח אלא בחזרת דמיו ע"ש וכבר הושג מהג"פ שם סק"ו ע"ש איברא מה שהק' עליו דאם איתא דצריכה לשלם דמי הנייר לא קרי' ונתן דלא הוי נתינה גמורה ע"ש י"ל כיון דקנאתו לגוף הנייר והדמים שהיא חייבת חוזרת ונוטלת אותם מהבעל כדין הלוקח הוי נתינה מעליא שהרי כ' הר"מ בפ"ה מה' אישות דהמקדש האשה בדבר שקנאו ביאוש הוי מקודשת וה"ט דהוי יאוש וש"ר ביד האשה כמ"ש ה"ה אע"פ דלדעת הר"מ חייבת היא בנתינת הדמים כיון דמ"מ חוזרת ונוטלתם מהבעל והשתא נמי קנאתו לגוף הדבר וכאמור ומ"מ נראה עיקר דבשינוי מעשה ליתיה בחזרת

הדמים דכ"מ מדברי הפו' שלא הזכירו ד"ז אלא ביאוש וש"ר וכמ"ש הג"פ שם וטעמא הוא משום דבהתירא אתא לידיה וא"כ אי יאוש קני כי הוי נמי ש"ר א"צ נתינת דמים אפי' לדעת הר"מ ושפיר קאמר הגמ' ש"מ יאוש ל"ק אשר עפ"ז ניחא מאי דק"ל לס' הר"מ הלזו דביאוש וש"ר חייב בנתינ' הדמים מדאמרי' בפ' הגוזל בתרא דקט"ו אמר"ח הב"ע בנתיאשו ברשות לוקח וביאוש אחר ש"ר פליגי אי קני ודכ"ע א"ל דר"ח ולמ"ד הדין עם הא' ס"ל יאוש אחר ש"ר קני ולס' הר"מ אמאי אין הדין גם עם הב' ליטול את דמיה דהא מאי דקאמר הדין עם הראשון היינו נמי לענין הדמים דגוף הגניבה קנאה הלוקח וא"כ הא' והב' חיובא רמיא על שניהם בפירעון הדמים ועפי"ה ניחא די"ל דלהך אוקמתא כולהו ס"ל יאוש כדי קני אלא דבעי' נמי ש"ר עם היאוש ליפטר מן הדמים אפי' לסב' הר"מ ובהכי ניחא מ"ש התוס' בר"פ לולב הגזול בד"ה הא קנייה מסוגיא דפרק הגוזל בתרא הלזו ע"ש ומן האמור י"ל עמ"ש הב"ח בסי' שנ"ג בדברי רש"י שם בסוגיא דפרק הגוזל דאע"ג דאין יכולת ביד הבעלים להוציאו מן הלוקח אפי' בדמים מ"מ י"ל דהלוקח חייב הוא בנתינת הדמים ע"ש וי"ל דא"כ אמאי אין הדין גם עם הב' ומ"מ מגמ' דפ' מרובה הלזו אין להוכיח ספקינו מיהו יש להוכיח מדאמרי' התם בדס"ז ע"ב אבל אחר יאוש קנאו גנב א' וגנב ב' משלם תשלומי כפל לגנב א' ע"ש ומדמשלם ת"כ לגנב א' אע"פ שעדין לא נתן הדמים מוכח דחזרת הרמים אינה מעכבת הקניה והתם ליכא ש"ר דלא נתנו לו מדעתו דלא הוי ש"ר עד דנותנו מדעתו כמ"ש הטור בסי' שס"א וכן יש ללמוד מדאמרי' בתר הכי ואי ס"ד יאוש קני אמאי משלם תשלומי ד' וה'. שלו הוא טובח שלו הוא מוכר ע"ש וכן מדאמרי' בר"פ לולב הגזול לית דחש להא דר"ש דאמר סתם גזילה יאוש. בעלים משמע דאי סתם גזילה יאוש בעלים יצא בו י"ח אע"פ שעדיין לא נתן את הדמים וכ"מ מדברי הרב ח"מ סי' כ"ח סק"ה דכל כה"ג נתינת הדמים אינה מעכבת הקנייה וע"ש להב"ש סק"ד:

וראיתי להמח"א בה' מכירה סי' ב' שכ' בקנה ך חפץ במשיכה ולא נתן המעות וקדש בו דהוי מקודשת מדאורי' דאע"ג דמדאורי' ל"ק במשיכה מ"מ בעליו נתיאשו ממנו והו"ל יאוש וש"ר ביד האשה וכן בקנה לולב במשיכה ונתנו לאחר יי"ח מ"הת ע"ש ואע"ג דלדעת הר"מ צריך לפרוע את דמיה מ"מ הוי שלו אע"פ שעדיין לא נתן את הדמים דחוב בעלמא הוא דחייב כמו שנתבאר איברא דיש לדון בד"ז דהנה בפרק הגוזל בתרא דקי"ד ע"א תנן נטלו מוכסין את חמורו ונתנו לו חמור אחר הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתיאשין מהם ובגמרא תנא אם נטל מחזיר לבעלים הראשונים קסבר יאוש כדי ל"ק וכ' הרשב"א בחי' בשם הראב"ד דל"פ אמתני' דהא דתנן הרי אלו שלו היינו לו' דאינו

מחזירו בחנם אלא כשנותנים לו הבעלים דמיו מחוייב להחזירו וכן הדין בכ"ד שקנה ביאוש וש"ר צריך להחזירו לבעליו אם נותנים לו דמיו ותמה ע"ד הרשב"א ז"ל מהא דאמרי' בר"פ לולב הגזול דאמ"ל ר"ה להינהו אוונכרי כי גזזתו אסא לגזו הנהו כי היכי דליהוי יאוש בידייהו וש"ר בידייכו ואי איתא דמחוייב להחזירו בדמיו הא ל"ל בגווה קנין הגוף דלא הוי אלא משכון בעלמא עד דפרע ליה אלא ע"כ דא"ח להחזירו לבעליו אפילו בדמים ע"ש וי"ל מה יענה הראב"ד בההיא אונכרי דודאי מסתברא דבכה"ג לא הוי אלא משכון בעלמא וכמ"ש הרשב"א וכמו דין דשומא הדרא דאי א"צ קנייה אחרת לא מקרי המלוה מוחזק ועיין בסי' ק"ג בסמ"ע והש"ך ע"ש:

וי"ל דס"ל לר"ה בההיא דאונכרי דיאוש כדי קני ומ"מ חייב להחזירו בדמיו אבל כי הוי יאוש וש"ר דהשתא כי אתא לידיה בהתירה אתא לידיה א"ח להחזירו אפילו בנתינת הבעלים את הדמים וע"כ לא כתב הראב"ד דחייב להחזירו בנתינת דמים אלא אי יאוש כדי ל"ק דבשעת ש"ר באיסורא אתא לידיה כמבואר שם בדבריו ע"ש ועיין בפירש"י שם בההיא דאנווכרי והשתא לדעת הראב"ד בקנה חפץ ביאוש וקדש בו או בלולב ונתנו לאחר דהוי יאוש וש"ר ובאיסורא אתא לידיה כיון דחייב להחזירו בנתינת הבעלים את הדמים לא חשיב שלו וכמשכון בעלמא חשיב למאי דקי"ל יאוש כדי ל"ק ושאני ההיא דאונכרי דבהתירה אתא לידיה כיון דס"ל יאוש כדי קני והנה הטור כתב בסימן שנ"ז במכיר כליו וספריו ביד אחר בשם הראב"ד דאיירי אפי' לאחר יאוש שגם הוא סובר שאין יאוש וש"ר קונה אלא לענין שא"צ להחזיר הגניבה אלא הדמים וכ"כ עוד בסי' שס"ח בשמו ע"ש והוא תימה דזה סותר למ"ש הרשב"א בשמו דאדרבה ל"ל קנין בגוף האבידה וצריך להחזיר בנתינת הבעלים דמיו ולא שצריך להחזיר את הדמים וצ"ל דט"ס נפל בדברי הטור וכצ"ל שאין. צריך להחזיר הגניבה אלא בדמיה וכן הוא במכיר כליו וכו' דתנן ישבע לוקח כמה נתן ויטול ובהכי. ניחא מה שנתקשה שם מרן בב"י שם בסי' שנ"ז ע"ד הראב"ד ע"ש ובס' באר הגולה בסי' שנ"ג עמ"ש מרן בש"ע קנה גוף הגניבה אבל מחזיר את הדמים כ' שכ"כ הרשב"א בשם הראב"ד בפ' הגוזל ועל מה שנרשם בהגה רשב"א כ' וה"ר מההיא דאונכרי ע"ש והוא תימא דס' הראב"ד היא דמחזיר הגוף בנתינת הדמים וע"ז הוא שדחה הרשב"א והוכיח מהא דאונכרי אבל אי קנה הגוף וא"ח להחזיר אלא הדמים אין ע"ז קו' מאונכרי דאע"ג דחייב בנתינת הדמים לא הוי אלא חוב בעלמא וכמ"ש ומ"מ מדברי הרשב"א בחי' מרהיטת לשונו שכתב קנה הגוף וכו' ע"ש לשונו נר' דא"ח בחזרת הדמים כלל וע"ז הוא שהביא דברי הרשב"א מרן בב"י שם ונרשם בהגה רשב"א וגם ראיתי להג"פ בדף ו' ע"ג שכ' שכ"כ הרשב"א בשם הראב"ד הביאו בב"י

בסי' שנ"ג דקנה גוף האבידה וחייב להחזיר את דמיה כס' הר"מ ע"ש גם ראיתי להכנ"הג בסי' שנ"ג בהגהב"י שהביא מהג"ת שהבין כמ"ש בכוונת הראב"ד וחלק עליו בכוונת הראב"ד ע"ש ולע"ד ליתא וכמ"ש:

ועתה ראיתי שיש להוכיח ספקנו מדברי רש"י בפ' לולב הגזול דל"א ע"א בד"ה אבל וז"ל ודאמרי' בפ' הישן דמודו רבנן בגזולה לאו בגוזל סוכה המחוברת בקרקע ולא בגוזל עצים ומסכך בהם ע"ש וע"ש בפ' הישן דאקרא קאי וא"כ בודאי שמ"ש רש"י דלא מיתקמא בגזל עצים היינו משום דקני להו בשינוי השם ושינוי מעשה כמ"ש בתחילת הדיבור וע"ש בתוס' ואי איתא דכיון דמחוייב בדמים ל"ק עד שיתן הדמים הא מיתוקמא שפיר ההיא דפ' הישן בגוזל עצים וקרא ממעט לה כ"ז שלא נתן את הדמים כיון דשינוי השם ושינוי מעשה אתו בהדדי ובאיסורא אתא לידיה אלא ע"כ בכ"ד דקני נתינת הדמים אינה אלא חוב בעלמא וראיתי להטור בא"ח סי' תרנ"ז שכ' משם בע"הע דאם גזל עצים ואינו רוצה ליתן דמיהן הוי סוכה גזולה ע"ש נר' שחולק על סברת רש"י אך י"ל דדוקא בגזל עצים דאינו קונה אלא מתקנתא דרבנן משום ת"ה בהא הוא דס"ל לבע"הע דלא תיקנו לו קנייה אלא ע"י נתינת הדמים דס"ל דלא הוי שינוי מעשה ושינוי השם דחוזר לברייתו כמ"ש התוס' אבל בדבר שקונה מדאורייתא אה"נ דנתינת הדמים אינה מעכבת הקנייה ואינה אלא חוב בעלמא כס' רש"י ז"ל:

וראיתי להרב משאת משה חא"ח סי' ד' שנסתפק בגזל אתרוג ויצא בו ואחר המועד נתן דמיו לבעליו אי קונה למפרע ויצא בו או לא ופשיט לה דקונה למפרע ממ"ש מהרשד"ם סי' כ"א במי שמכר לולב לחבירו ע"מ שלא יצאו בו הצבור ועבר הקונה על. תנאו ואחר המועד פייסו בדמים ומחל לתנאו קנה למפרע ע"ש ולא היא דיש לחלק בין מחילת התנאי לקנייה דדוקא כשהדבר קנוי לו אלא שהיה התנאי מעכב כשמחל התנאי מהני כמו שמצינו במגרש ע"ת כשמוחל התנאי מתגרשת למפרע כמו שמבואר בדברי הראשונים אבל בדבר שלא היה לו בו קנין לא מהני נתינת המעות לאחשוביה קנין למפרע גם מה שהביא מהא דאמרי' בפ' לולב הגזול בההיא סבתא דצווחא ארבנן דיתבי בסוכה גזולה וא"ל ר"נ פעיתא היא ואין לה אלא דמי עצים ע"ש כבר נתבאר דלדעת רש"י איכא קנין גמור ונתינת דמים חוב בעלמא ואפילו לדעת התוס' ובע"הע אין משם ראיה מכרחת כמו שתראה ע"ש בדבריו:

ונ"ל להוכיח דלא מהני נתינת הדמים לאחשביה למה שגזל כשלו למפרע והוא מדאמרי' בפ' כל האסורין דכ"ט ובע"ז דס"ג גבי אתנן נתן לה ואח"כ בא עליה אתננה מותר ומוקי לה שקדמה והקריבתו דאל"ה חייל אתנן למפרע ופריך ה"ד אי אקניה נהליה לאלתר

פשיטא דמתנה בעלמא הוא דיהיב לה ואלא דא"ל לא לקני לך עד שעת ביאה מי מצית מקרבה ליה איש כי יקדיש את ביתו אמ"ר מה ביתו ברשותו וכו' והשתא נוקמה בנתן לה טלה סתמא בשביל הביאה וכשבא עליה אח"כ קנתה למפרע ואגלאי מילתא. למפרע דשפיר אקדשה ושפיר אקרבה אי איתא דאפילו בגזל אמרי' אגלאי מילתא למפרע שהרי הביאה היא כמו נתינת הדמים ומ"מ אתננה מותר דליתיה לחול עליה שם אתנן כדפירש"י שם אלא ע"כ דל"ק אלא לאחר נתינת הדמים ודלא כהרב משאת משה ועיין להריטב"א בחי' שם:

סימן נב

כתב הריטב"א ז"ל בפ"ק דקדושין דכ"ו ע"א אהא דאמרי' דנ"ל קנין אגב מקרא דויתן להם אביהם מתנות עם ערי וכו' וז"ל ול"ל דהתם מדין חצרם זכו בהם שהיתה חצר המשתמרת דלישנא דעם ערים משמע שזכו בקרקע ומטלטלי כאחד בלא קדימה כלל ולא מ"ל אלא באגב ולא מדין חצר ע"ש מתבאר מדבריו דאין חצירו קונה אלא כשהיתה חצרו קודם קניית המטלטלי ומלבד שדבריו תמוהים מגמ' דפ"ב דגיטין דכ"א דאמרי' כ' לה גט ונתנו ביד עבדו וכ' לה שטר מתנה עליו קנאתו ומתגרשת חצרה וידה באו כ"א ועיין להרב דברי אמת בקו' ז' ע"ש עוד תמהני ע"ד דשם בגמ' דקדושין בסמוך בעי בגמ' אי בעי' צבורין וכתב הריטב"א גופיה וז"ל וכ"ת תפשוט ממתני' דלא בעי' צבורין דאי בעי' צבורין למ"ל מדין אגב ליקני מדין חצר הא ליתא דמאן לימא לן דמתני' בקרקע המשתמרת וכו' ע"ש ולפמ"ש דדוקא בהי"ל החצר מקודם הוא דקני' לו חצרו אין מקום לפשוט ממתני' דהא מתני' בבאו לו כ"א מיירי ול"ק לו חצרו בכה"ג ונ"ל דאע"ג דבבאין כ"א קני מדין חצר מ"מ חלות הקנין בזאח"ז הוא דבתחי' חל קנין דחצר ואחר דהוי חצרו קניה ליה המטלטלין שבתוכה ולישנא דעם ערים משמע דתרוויהו חיילי כאחת ולכך ק"ל שפיר לפשוט ממתני' אך עדיין קשה מגמ' ר"פ הזורק דפריך חצרה מה שקנתה אשה קנה בעלה ומשני גיטה וחצרה באין כ"א והשתא א"א דבתחילה חל קנין דחצר אע"ג דבאין כ"א אכתי קשה מ"ש אשה קנה בעלה ולכאורה היה אפ"ל דהריטב"א מפ"ל מדין קנין אגב וכדפירש"י שם בסמוך בההיא עובדא בההוא ש"מ דהוה תקיף ליה עלמא וכו' ע"ש מיהו הריטב"א שם בחי' דחה פירש"י ומפ"ל כפשוטו מדין חצר אשה ע"כ נראה דסובר הריטב"א דלשינויא קמא דמשני לה בכותב לה ועודה ארוסה ל"ל האי דחצרה וידה באין כאחד מדלא מוקי לה בהכי וכ"נ מפשטא דגמ' שם וס"ל לשינויא קמא דאין חצרו קונה אלא בהיה לו חצרו מקודם קניית המטלטלין וחזקיה דמפיק ליה לקנין אגב

מקרא דעם ערים וכו' ס"ל כההוא שינוייא ושפיר כ' הריטב"א דל"ל מדין חצרם וכו' מיהו במאי דבעי סתמא דגמ' אי בעי' צבורין הוק"ל להריטב"א תיפשוט ממתני' למאי דקי"ל כשינויא בתרא דפ' הזורק דחצרה וידה באין כאחד ולפי"ז לא נ"ל קנין אגב מקרא דעם ערים די"ל מדין חצר וע"כ קנין אגב תקנתא דרבנן הוא דהשתא ליכא קרא דאשמועי' קנין זה דאגב ועפי"ז מקום יש ליישב הסתירה שיש בדברי התוס' דבפ"ק דקמא די"ב כ' דקנין אגב דרבנן ומדבריהם בפ"ק דקדושין ד"ה ובפ' הזהב דמ"ו מתבאר דקנין אגב דאורייתא וכבר עמדו בזה ומן האמור ניח"ל דברי רש"י בפ' הגוזל בתרא דקי"ח רע"א בד"ה פרה שכ' דמטלטלי נקנין אגב וכו' ולא פי' בפשי' מדין חצר:

סימן נג

תנן בר"פ האשה רבה האשה שהלך בעלה למ"הי ובאו ואמ"ל מת בעלך ונשאת ואח"כ בא בעלה תצא מזה ומזה וכו' ע"ש ופשיטא לי דהאי דינא אפילו כנשואין דרבנן כגון גירשה בגט פסול וכיוצא כמו שהוכיח מהר"ם מינץ סי' ט' ע"ש ועיין לה' חיים שאל ח"א סי' ע"ג מיהו מספקא לי אי האי דינא בקטנה שהשיאה אביה או דוקא בגדולה דבגמ' שם דצ"ד ע"ב אמרי' דה"ט דתצא מזה ומזה וכו' משום דכיון דבמזיד נאסרת בשוגג גזרו בה רבנן ע"ש וא"כ י"ל דבקטנה דבמזיד אינה נאסרת דפיתוי קטנה אונס הוא כדאיתא בפ' ד"א ובגמ' בשוגג ל"ג רבנן ולדעת הר"מ בפ"ג מה' א"ב ובפ"ב מה' סוטה דפ' דקטנה נאסרת ע"י פתוי דלא כסוגיית הגמ' ע"ש פשיטא דגם בקטנה תצא מזה ומזה וכו' כי מספק"ל לדעת שאר הראשונים דפ' דפתוי דקטנה אונס הוא וא"כ במזיד אינה נאסרת ובשוגג י"ל דל"ג רבנן א"ד לא פלוג רבנן:

וראיתי להרב מהר"י עיאש ז"ל בס' בית יהודה ח"ב סי' ס"ט שכתב בפשי' בנדונו שם דפתוי דקטנה דע"י נשואין רצון הוא לכ"ע והביא ראיה לדבריו ע"ש שאין ראייתו מכרעת ומ"מ מלישנא דמתני' ר"פ ב"ש דק"ז ע"ב דקתני רא"א אין מעשה קטנה כלום אלא כמפותה ע"ש משמע דע"י נשואין רצון הוא דאל"ה באנוסה מבע"ל למתני וכ"נ להוכיח מדברי התוס' בפ' א"נ דל"ה ע"ב בד"ה ולא פתוי שכתב בשם ר"י דמיירי בבעלה עצמו ומדקתני ולא פתוי משמע דבכה"ג פתוי קטנה לאו אונס הוא מיהו י"ל דקתני ולא פתוי אגב רישא כמ"ש התוס' שם בסיפא ועפי"ז ניחא מה שראיתי מקשים לדעת הראשונים דפתוי קטנה אונס הוא מירוש' בפ"ק דקדושין הלכה ב' גבי יעוד אי אמרי' מעות הראשונים לקדושין ניתנו דקאמר הכל מודים שאם נשאת ששיחק האב באדון והביאו זה הירוש' הראשונים שם בפ"ק דקדושין ופי' דכיון דאי לקדושין ניתנו נאסרת עליו אז

אמרי' דלאו לקדושין ניתנו ע"ש וא"כ ע"כ דפתוי קטנה לאו אונס דאמה העבריה קטנה היא ועיין בירוש' שהביא ה"ה בה' א"ב ע"ש ועפי"ה י"ל פיתוי דע"י נשואין שאני מיהו מדברי רש"י בפ' הבע"י דס"א ע"ב בד"ה לכי גדלה שכ' והו"ל כאנוסת עצמו ומפותת עצמו ע"ש נראה דאפילו ע"י נשואין פתוי דקטנה אונס הוא דהשתא ניחא שכתב תרוויהו וכוונתו דאת"ל פתוי קטנה אונס הוא הו"ל אנוסת עצמו ואת"ל רצון הוא הו"ל מפותת עצמו אמנם אי איתא דע"י נשואין רצון הוא לכ"ע לא הול"ל אלא דהו"ל כמפותת עצמו וכן מצאתי להדיא בש"הג בר"פ ב"ש וז"ל גבי מיאון נר' בעיני שאם נשאת בלא דעת אמה ואחיה או אם אין לה אח ואם ונשאת בלא דעת שאר קרוביה א"צ למאן שאינה אלא כמפותה ופתוי דקטנה אונס הוא והוי כמי שלא נשאת מעולם ע"ש הרי מבואר להדיא דאפילו ע"י נשואין פתוי קטנה אונס הוא דלא כהרב בית יהודה:

סימן נד

כתב הרמב"ם בפ"ח מה' נ"מ דין ו' שור תם שהזיק אם מכרו המזיק עד שלא עמד בדין אע"פ שהוא מכור הרי הניזק גובה וכו' הקדישו המזיק ה"ז הקדש כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון שחטו גובה מבשרו וכו' ע"ש ותמה הלח"מ דבגמ' בפ' המניח דג"ל אמרי' עלה דאהא דאם שחטו גובה מבשרו ל"נ אלא לפחת שחיטה שאינו משלם המזיק ואמרי' ז"א המזיק שעבודו של חבירו פטור וכיון שפ' בפ"ז מהל' חובל המזיק שעבודו ש"ח חייב הול"ל דמשלם פחת שהיטסי ע"ש ועוד ק"ל דלא מקרי מזיק שעבודו ש"ח אלא לרי"ש דס"ל ב"ח הוי דליכא אלא שעבוד בעלמא אבל לר"עק דס"ל שותפין נינהו מזיק גמור הוא וחייב וכ"כ הרמב"ן בר"פ ד' וה' ע"ש וכיון שרבינו פ' כר"עק דשותפין נינהו כמבואר בפרקין ולקמן בפ"ט הו"ל לחייב בפחת שחיטה ובגמ' גופה קשה דמדקאמר טעמא דהקדישו מוקדש משום שלא יאמרו מוכח דבעי לאוקומי ברייתא הלזו כר"עק דלר"יש בע"ח הוא ול"צ לדר' אבהו כדמוכח בגמ' שם וכמ"ש ה"ה בד"ז והשתא בסיפא דשחטו אמאי ל"מ בפחת שחיטה ונ"ל ליישב הכל במאי דאמרי' בפ' חזקת דמ"ג אהא דאמר שמואל שותפין ש"ש הן ז"לז פרכי' והא הוי שמירה בבעלים ומשני באמ"ל שמור לי היום ואשמור לך למחר וכתב המרדכי שם וז"ל אומר ר"מ דל"ד שמור לי אלא דאפילו קנו בשותפות בסתם ולקח א' מהם ושמר בסתם וחבירו שתק ונגנב או אבד אפ"ה חייב השומר שזה יאמר אתה שומר שלי שלאחר שהיית שומר יום או יומים אני הייתי רוצה לשמור ושוב חזר והוכיח דדוקא באמ"ל שמור לי היום ואני אשמור לך למחר הא לא"ה פטור אפילו מפשיעה דפשיעה בבעלים היא מדאמרי' בס"פ המניח בשנים שהזיקו שור

א' דאם שניהם של אדם חייבין ודוקא באיתנהו לתרוויהו אבל ליתנהו לתרוויהו פטור ומוקי לה כר"עק ואי איתא דלא הוי פשיעה בבעלים אמאי כי ליתנהו לתרוויהו פטור הא חייב דהו"ל כשותף שפשע לר"עק דשותפי נינהו ואמאי פסק ותני דפטור הא אי נגנב ע"י פשיעה חייב אלא ע"כ דבכל גוונא הוי פשיעה בבעלים עש"ב ומעתה כי שחטו המזיק לר"עק דשותפי נינהו לדעת המרדכי הו"ל פשיעה בבעלים ופטור ולדעת ר"מ חייב דהו"ל כמו שמור לי היום וכו' והרמב"ם דעתו דבכ"ג הוי פשיעה בבעלים כמו שהוכיח הש"ך בסי' קע"ו סקט"ז מדלא הביא בחיבורו מימרא דשמואל דשותפין ש"ש ז"לז אלא ע"כ דסמך עמ"ש בעלמא שמור לי ואשמור. לך ש"ש ואין לחלק בין שותפין לשאר כל אדם ע"ש ולהכי פ' דא"ח בפחת שחיטה משום דהוי פשיעה בבעלים והגמ' דקאמר ז"א המזיק שעבודו ש"ח פטור משום דבעי לאוקומי ברייתא הלזו ככ"ע אפילו כר"יש והטור בסי' קע"ו שכ' משלם פחת השחיטה דעתו כר"מ שהביא המרדכי דבכה"ג לא. הוי שמירה בבעלים וניחא הכל שפיר ומכאן תשו' למ"ש המש"ל בפ"ה מה' שותפין דין ד' דטעמו של הר"מ שכ' דא' מן השותפין שמכר בהקפה חייב משום דהוי מזיק דאע"ג דפשיעה בבעלים פטור כי עביד מעשה בידים הו"ל מזיק בבעלים וחייב ע"ש וק' דא"כ כי שחטו המזיק אמאי. לא משלם פחת שחיטה הא עביד מעשה בידים והו"ל מזיק ובגמ' מוכח דאפילו לר"עק דשותפי נינהו ל"מ פחת נבילה כמ"ש ובגמ' בס"פ ג' דגיטין אמרי' בג' פרקים מוכרין את התבואה נ"מ לשותפי ומתבאר מדברי רש"י שם דחוץ לזמן הזה אם מכר השותף בלא רשות חבירו חייב וכ"כ רי"ו הביאו מרן בב"י. בסי' קע"ו והעיטור הביאו מרן בכ"מ שם בה' שותפין ע"ש ועיין. למהרש"ך בח"א סי' ל"ב ע"ש וקשה מ"ש משחטו וצ"ל דמיירי כא"ל שמור לי היום ואשמור לך למחר ואכתי קשה בדברי הטור דמ"ש שחטו מזיק משלם פסת שחי' נר' דסובר דאפילו בסתם הוי ש"ש כדעת ר"מ שבמרדכי וכמ"ש ומדבריו שם בסי' קע"ו שכ' השותפין ש"ש ז"לז בד"א בזמן שכל א' מתעסק בו זמן ידוע וכו' נראה דסובר כדעת המרדכי דדוקא באמ"ל שמור לי היום וכו' וכ"כ הש"ך שם דדעת הטור ומרן בש"ע לפסוק כדעת המרדכי דבסתם הוי שמירה בבעלים דלא כמהרימ"ט סי' קכ"ג שב' דמהר"י קארו ז"ל הסכים לדעת ר"מ שבמרדכי ע"ש באופן דדברי. הטור נר' דסתראי נינהו וכ"נ מדברי הרא"ש בר"פ ד' וה' שכ' בתפסו ניזק וז"ל וכן הדעת נוטה דלר"עק הוי כמו חפץ שהוא של שניהם שלפעמים זה שומרו ופעמי' זה שומרו ולעולם אחריותו על שניהם ע"ש הרי דבכה"ג הוי שמירה בבעלים ולא הוי ש"ש וכסברת המרדכי ואי קשיא בדברי הרמב"ם ממ"ש בפ"ט מה' נ"מ די"ג בניזק שתפס הבהמה לגבות ח"נ דנעשה עליה ש"ש ע"ש ומ"ש משחטו מזיק

דפטור מפחת שחי' דהוי שמירה בבעלים כמו שנתבאר וי"ל דתפסו ניזק שאני כיון דהיה בבית הבעלים ותפסו לגבות נזקו אין דעתו להחזירו לבעלים לשומרו ולא שייך בהא למי' פעמים זה שומרו וכו' ולהכי נסתלקו הבעלים והשמירה מוטלת עליו לבדו ולא הוי שמי' בבעלים נקטי' דדעת הרמב"ם והרא"ש והמרדכי וכ"פ מרן בש"ע דלעולם הוי שמי' בבעלים עד דא"ל שמור לי היום ואשמור לך למחר כפשטא דגמ' בפ' חזקת ודלא כר"מ שהביא המרדכי ואפילו לס' ר"מ אם תפסו לצורך גביה ואין דעתו להחזירו ביד הבעלים עד שיגבה לא הוי כמו שמור לי היום וכו' דדוקא בשותפין שכן דרכם פעמים זה שומרו ופעמים זה שומרו הוי כמו שהתנו כן מתחי' וכה"ג כתב הכנ"הג סי' רצ"א הג"הט אות ד' דנאמני הקהל לא הוו ש"ש דאע"ג שבכל שנה מתמנים חדשים לא הוי כשמור לי היום וכו' דאפילו לדעת ר"מ שבמרדכי דוקא בשותפין דודאי כולם מתעסקין בשותפות אבל הכא דיש בהם מי שלא יתמנה לעולם כמו שאינו ש"ש לזה אינו ש"ש לכל הקהל ע"ש ועיין להסמ"ע סימן ת"א סקכ"ג ולהש"ך שם ע"ש:.

סימן נה

כתב הרמב"ם בפ"ג מה' שכירות דין ז' טען הרועה שהציל ע"י רועים בשכר נשבע כמה הוציא ויטול וכו' ע"ש וכ' ה"ה דאזיל בשי' ר"ח גבי המוצא הוצאות על נכסי אשתו דנשבע כמה הוציא ויטול דכל היכא דהאי ידע והאי לא ידע נשבע האי דידע והוא שעשה ברשות ע"ש והוא תימא דמדברי הרמב"ם מבואר דמשום מגו הוא דמהימן ומשום דיכול לומר נאנסה והיא גופא קשיא אמאי לא מהימן בלא מגו מ"ש מהמוציא הוצאות על נכסי אשתו וראיתי להמהרימ"ט חח"מ סי' פ"ג שעמד בזה וכתב דשאני נכסי אשתו דהבעל שייך בהו דפירי דידיה נינהו ע"ש ותמהני דהא תנן בפ' דייני גזירות דק"ז ע"ב מי שהלך למ"הי ועמד אחד ופרנס את אשתו בני כהנים גדולים אמרי ישבע כמה הוציא ויטול אע"ג דלא שייך בגוויהו ורועה נמי ישבע ויטול בלא טעם מגו ע"כ נראה דהר"מ מיירי אפילו בבעלים מכחישין ולכך הוצרך לטעמא דמגו דבמוציא על נכסי אשתו נמי אי מכחישתו לא מהימן אלא היכא דאיכא מגו כמ"ש המרדכי בפ' האשה שנפלו ע"ש וכנ"ל ממ"ש הר"מ בפ"י מהלכות גזילה ד"י וז"ל כל מי ששמין לו בין שהיתה ידו על העליונה בין שהיתה ידו על התחתונה אינו נוטל כלום עד שישבע בנק"ח כמה הוציא ע"ש הרי דבכה"ג נשבע ונוטל ואפילו בירר שלא ברשות דידו על התחתונה שקיל בשבועה וע"כ מ"ש בה' שכירות גבי רועה מטעם מגו בבעלים מכחישין מיירי ומ"מ מבואר דדעת הר"מ אפילו בירד שלא ברשות נשבע ונוטל דלא כמ"ש ה"ה בשם ר"ח והוא דירד ברשות ע"ש

ואי קש' ממ"ש הר"מ כפי"ד מה' שכנים דין ד' טען בן המצר שעשו קנונייא ביניהם נשבע הלוקח בנקט"ח ונוטל מאתים זוז ובטענת ודאי מירי דבן המצר טוען שידע בודאי שעשו קנונייא כמ"ש מרן בב"י סי' קע"ה ע"ש ובשבועה שקיל ומ"ש מנכסי אשתו ומרועה דלא. מהימן אפילו בשבועה היכא דהבעלים מכחישין אלא היכא דאיכא מגו וי"ל שאני לוקח דארעא דידיה ולא מחייב לאהדורי לבן המצר אלא משום ועשית הישר והטוב דמה"ט נקרא מוחזק נגד בן המצר כמו שמבואר שם בה' שכנים פי"ב דין י"א י"ב ע"ש ולכך מהימנן ליה בשבועה דזולת זה ל"מ בועשית הישר והטוב ועפי"ז ניחא מאי דק"ל במ"ש הר"מ שם בסוף ה' שכנים דין ב' וז"ל אבל אם מחל לו זכותו אחר שלקח כגון שבא בן המצר וסייע עמו או שכר ממנו או שראה אותו בונה וסותר כ"ש ומשתמש ולא מיחה בו ולא ערער ה"ז מחל ושוב א"י לסלקו והוכיח הפרישה בסי' קע"ה ראו משתמש קאמר דבחדא מנייהו סגי ע"ש מבואר מזה דשתיקה כהודאה והוי כמחל וסלוק רשותו וקשה דבפ' ב' דייני גזירות אמרי' העורר על השדה והוא חתום עליה בעד אבד זכותו משמע דדוקא עשה מעשה המוכיח הוא דאבד זכותו אבל שתיקה לאו כהודאה איברא דבפ' השואל אמרי' גבי המוכר פרה וילדה וא"י אם משמכרה ילדה א' אומר ברשותי ילדה וזה שותק זכה דשתיקה כהודאה וכבר ראיתי למהרימ"ט בסי' ק"ו שעמד בזה וכ' דש"ה דלא הוחזק הדבר כשלו אלא עכשיו וכיון דשותק איגלאי מילתא שלא היה לו בה כלום אבל אינו מאבד זכותי בשתיקה ועפי"ז דן בנדונו בא' שבנה בחצר חבירו שלא ברשותו אפילו שראה ושתק שתיקה לאו כהודאה ויכול לומר לו טול עציך ואבניך עש"ב ומ"ש גבי בן המצר דבשתיקה סגי ואמרי' מחילה הוי ועפי"ה י"ל כיון דהלוקח מוחזק בגילוי דעת קצת סגי דאפילו הוי ס' אי שתיקה כהודאה לא יוכל לסלק הלוקח אלא בראיה ברורה כמ"ש הרמב"ם ז"ל ומשונה דין המצרנות מדעלמא ובמה שהוכיח מהרימ"ט שם מתשו' הרשב"א שהביא מרן בב"י בסי' שע"ה ע"ש עיין בתשו' הרשב"א בח"ד סי' נ"ד ויתיישב על נכון:

והנה מהראנ"ח ח"ב סי' מ"ב כתב בעורר על השדה והוא היה סרסור במכירתה דא"י לערער דהוי מעשה כמו חותם עליה בעד ול"ד לאתא אמלוכי ביה ואמ"ל זיל זבין דסרסור מעשה קעביד ע"ש והיה נ"ל ל"הר לדבריו ממ"ש הר"מ בה"ש פי"ג דין י' גבי מצרנות דאם היה שליח א"י לערער ע"ש אך עפי"ה אין משם ראיה:

סימן נו

ראיתי לבאר אשה שגנבה או גזלה מן הגוי דאפי' דעברה על איסור דאורייתא ליתיה בעשה דהשבה לדעת מהרי"ו הביאו מור"ם בהגה א"ה סימן כ"ח ואפילו לדעת החולקים אם א"א לה להשיבה מפני הסכנה אי זוכה בהם בעלה כדין מע"י ומציאתה או הוי כמו מתנה שנתנו לה אחרים דהוו כנ"מ דלוקח בהם קרקע והבעל אוכל פירות או אינו זוכה כלל אפי' בפירות:

הנה מדברי מהרש"ך ח"א סי' ס"ה נר' דפשיט"ל ץ דהבעל אית ליה זכיה בגזילת אשתו שכתב בגזלה האשה ונתייאשו הבעלים דלא הוי יאוש ושנוי רשות משום דרשות יורש לאו כרשות לוקח והבעל לא עשאוהו חכמים כלוקח אלא היכא דליכא פסידא דאחריני כדאיתא בס"פ י"נ ע"ש והביאו הכנ"הג סימן שנ"ג ע"ש הרי דפשיט"ל דהבעל זוכה בהם וכן יש ללמוד מדברי מהרימ"ט ח"א סי' ט' ול"ג ע"ש:

איברא דיש לעמוד בזה ממ"ש בגמ' בפ' השואל צ"ו ע"ב דאבע"ל אשה ששאלה. מן ההקדש מי מעל לימעול בעל באיסורא לא ניח"ל דליקני נימעול אשה אפילו בהיתרה לא ניח"ל ליקני בעל נימעלו ב"ד כי עבדו רבנן תקנתא בהיתרה באיסורא לא עבדו רבנן תקנתא והתוס' הקשו שם דא"כ בבעל אפילו ניח"ל דליקני ל"ע רבנן תקנתא ואמאי אצט' לטעמא דבהיתרה ניח"ל ותי' דאצט' להט' דאפילו נטלם הבעל בידו ין שהם של אחרים ושל גבוה ל"ק ע"ש הרי דבאיסורא ל"ע רבנן תקנתא ואינו זוכה כלל בגזילת אשתו דלא כמהרימ"ט ומהרש"ך וראיתי להר"ב במקו' שם שהביא דברי התוס' בשינוי קצת וכ' ע"ד ולי נראה דאפילו לא הגביהם הבעל הוה קני להו בתקנתא דרבנן ולכך אצט' לטעמא דלא ניחא ליה וכו' ע"ש והוא תימא דהא מסיק הגמ' דבאיסורא ל"ע רבנן תקנתא וכן י"ל עמ"ש התוס' רי"ד בפ"ק דקדושין דכ"ד ע"א דאהא דאמרי' התם דלר"מ דמע"ב ממון גבוה לא זכי ביה בעל והוי מעשר דידה וחייבת חומש הקשה דא"כ בפ' השואל אמאי אצט' לטעמא דבאיסורא לא ניח"ל דליקני אפילו ניח"ל ל"ק דשל גבוה הוא ע"ש וי"ל דאמאי ל"ק ליה בגמ' גופא דפ' השואל וכמו שהקשו התוס' ואמאי אצט' להההיא דקדושין ואפשר. דמפרשי לה להגמ' דפ' השואל הכי דעיקר תקנתם היא להיתרה ואפילו דנמשך ממנה איסורא אין לחייבם במעילה וכמו שכן כתב המח"א בהלכות משיכה סי' ב' לדעת הר"מ ע"ש ולכך לא הק' התוס' רי"ד אלא מההיא דקדושין ומ"מ דברי הר"ב במקו' אכתי קשים לשמוע דהא מההיא דקדושי' שמעי' דבשל גבוה ל"ל זכיה לבעל וכן י"ל ע"ד המח"א לדעת הר"מ וי"ל ועיין למהר"ש בן חסון בס' משפטים ישרים ס"סי נ"ג שכתב בפשי' גבי זכיה דקטן דלא עבור רבנן תקנתא באיסורא ע"ש ועיין להתוס' בקדושין די"ז

ע"ב בד"ה אלא ומ"מ התוס' בפ' השואל מפרשי להגמ' כפשטן דלא זכי בהו הבעל וכ"נ דעת הר"מ דלא כהמח"א והוא ממ"ש בה' זכיה פ"ט דין יו"ד ש"מ שנתן מתנה לגוי ל"ק דמתנת ש"מ דרבנן ובמקום עבירה לא תיקנו ע"ש וכיון שכן ק' ע"ד מהרימ"ט ומהרש"ך ונר' פשוט דלא אמרי' לא עבדו רבנן תקנתא באיסורא אלא היכא דע"י תקנתם נעשה האיסור כגון במעילה דאי ל"ק בעל ליכא מעילה כלל וכן בש"מ שנתן לגוי דע"י תקנתם נעשה האיסור אבל היכא דגזלה אפילו דלא זכי בעל כבר נעשה האיסור ולא נ"מ דתקנתם אלא לענין ממונא ועפי"ז ניחא מ"ש המח"א שם ע"ד התוס' דפ' השואל דס"ל באמת דבאיסורא לא תיקנו רבנן מגנב דעיקר דתיקנו משיכה בשומרים מוכיח לה הגמ' ממתני' דגנב כדאיתא בפ' מרובה דע"ט ועפי"ה ניחא דגנב איסורא עביד משעה שגנב אפילו שלא קנאם דאפילו במגרר ויוצא איסורא עביד ומה שתי' המח"א דדוקא במעילה הוא שכ"כ התוס' משום חומרא דאתי לידי קולא ע"ש ליתא דהרי התוס' נקטו בלישנייהו של גבוה ושל אחרים הרי דאפילו בשל אחרים מלתייהו אמורה וראיתי לה' המגיה בס' מש"ל שם בהל' זכיה שהביא משם המש"ל שהק' עמ"ש הר"ן בתשו' סי' מ"ו בפעוטות שמכרו בנכסים מועטין דלא עשו כלום דלא עבדו רבנן תקנתא דהפעוטות ממכרן ממכר באיסורא ע"ש דלפ"ז בגמ' דפ' י"נ דקל"ז בנכסי לך ואחריך לפ' דקאמ' ומודה במתנת ש"מ משום דל"ק אלא לאח"מ הא בלא"ה מתנת ש"מ דרבנן ול"ע רבנן תקנתא באיסורא. ע"ש ולזה י"ל דההוא לאו איסורא ממש אלא לכתחי' לבד ול"מ רשע ע"ש בפירשב"ם ומ"ש ה' המגיה אמאי ל"ק לה' ע"ד הרמב"ם שם ל"ק דההוא איסו' דאורייתא והר"ן הוא דחדית לן דאפי' באיסורא דרבנן ל"ע רבנן תקנתא ומה שהביא מדברי התוס' בפ"ק דמציעא ד"ך י"ל דש"ה דממונא הוא והפקר ב"ד הפקר והוי כמפקיר עבדו ואף דקי"ל המפקיר עבדו צריך ג"ש י"ל דס"ל להתוס' מדרבנן הוא דצריך ג"ש וכמ"ש הב"י בא"הע סי' ד' לדעת הטור ע"ש ובאיסורא דרבנן ס"ל דעבור רבנן תקנתא דלא כהר"ן ועיין להסמ"ע סי' ר"ח סק"ד דדבריו לא יכונו לפ"ד הר"ן ע"ש נקטי' דדעת הר"מ והתוס' דבאיסורא ל"ע רבנן תקנתא היכא דהאיסור נעשה ע"י תקנתם והר"ן הוסיף דאפילו באיסורא דרבנן כן הוא ואני תמיה בזה מדאמרי' בפ' הזהב דמ"ח מתני' מסייעא לר"ל ממתני' דנתנה לבלן מעל וההוא קנין דבלן ליתיה אלא מדרבנן כמו שמתבאר מדברי התוס' בפ' מרובה דע"ט ע"א בד"ה תיקנו ע"ש בס"ד וא"כ אמאי מעל הא באיסורא לא עבדו רבנן תקנתא ומ"ש מההיא דפ' השואל דאמרי' לא מעל משום דל"ע רבנן תקנתא באיסורא וצ"ע ועיין בחידושי' שם בפ' השואל ובנדרים דפ"ח ע"א תורה יוצאה דהיכא דכבר נעשה האיסור הבעל זוכה ולא נשאר לספק אלא אי זוכה לפירות או זוכה בכולה ומדברי מהרש"ך בתשו' הנ"ל שכתב

דאין להבעל אלא פירות אין להוכיח כלום דש"ה דהבעל כתבם בכתובה נ"מ ולא רצה לזכות בהם אלא כנ"מ אבל לעולם דינם כמציאה ויש להוכיח ד"ז מהירוש' בפ' מציאת האשה דאמרי' טעמא דמציאתה לבעלה משום דשמא תטול משל בעלה ותאמר מציאה מצאתי ופריך השתא נמי תאמר מתנה נתנו לי ומשני מתנה קול יש לה וא"א דגזל וגניבה אינו זוכה אלא לפירות אכתי תקשה תאמר גנבתי אלא ע"כ דלבעל הם דאין לומר דדוקא ממתנה דע"מ שאין לבעלך רשות בהם הוא דפריך דאין הבעל זוכה כלל כמ"ש הק"הע שם דהא לדעת הרמב"ם אינה נאמנת בזה משום דכל הנכסים בחזקת הבעל כמ"ש בפ"ט מה"א וע"כ דממתנה סתם הוא דפריך וא"כ י"ל דגניבה כמציאה מיהו יש לדחות דלא חשו להכי שתעיז פניה ותאמר גנבה דחזקה דאין אדם מע"רש ועדיין הדבר צא"ת אי גניבה וגזילה כמציאה או כמתנה:

וראיתי להט"ז ח"מ סי' קע"ו די"ב שכתב שותף שגנב אין לשותפו ליטול עמו מההיא דפ' השואל דבאיסורא לא ניח"ל דליקני ע"ש ולפי"ה לעיל ליתא דדוקא בנעשה ע"י האיסור ועיין להש"ך שם שכ' גניבה ומציאה דין אחד להם גבי שותף ע"ש:

שוב ראיתי דיש ליישב דברי הט"ז דאע"ג דהגנב עשה האיסור מ"מ השותף לא ניח"ל דליקני דלעביד גם הוא איסורא וכשאינו זוכה ל"ע איסורא וכמ"ש הרשב"א בתשו' הביאו מרן בב"י ס"סי קע"ז והיא בח"ד סי' ב' דאם אמר לשותפו גנוב וכל ההפסד אשלם לך דאינו מתחייב דאין שלד"ע ואע"פ שנהנה באיסורא לא ניח"ל דליקני ע"ש וכתב המח"א בהלכות שותפין סי' ח' בכוונתו דאע"פ שנהנה שחלקו הגניבה ביניהם מ"מ ל"ע איסורא כיון שבשעת הגניבה לא זכה בהם דאע"ג דאמרי' בר"פ הגוזל בתרא גנב ולא נתיאשו הבעלים רצה מזה גובה וה"ט דחשיבי כאלו הב' גזלו כפירש"י ה"ד גנב מישראל אבל גנב מכותי הגונב הוא דעביד איסורא ע"ש ודלא כהרב בני אברהם חח"מ סי' ע"ט שכתב דמ"ש הרשב"א אע"פ שנהנה היינו שחלקו בסתם ולא הודיעו שהגניבה בכלל ע"ש אלא אע"פ שהודיעו ל"ע איסורא כיון שלא זכה לו הגונב בשעה שגנב וכמו שנראה מדברי הסמ"ע ס"סי קע"ז ודוקא שגנב מכותי אבל בגנב מישראל כיון דמ"מ עביד איסורא כיון שחלק עמו הגניבה אמרי' דגם משעה שגנב זכה לו ואם אירע הפסד חייב לשלם עם שותפו ובפ' אלו מציאות דכ"ו כתב הרא"ש דחצרו אינה קונה לו שלא מדעתו. באבידה לפני יאוש דלא עדיף מידו ע"ש וק' כיון דאיסורא לא ניח"ל דליקני ודאי דעדיפא מידו דשאני ידו דמדעתו היא אבל חצרו שלא מדעת אמרי' מסתמא לא ניחא ליה באיסורא ונ"ל דזהו דעת התוס' שם בד"ה דשתיך שהביאו ראיה מחנות דס"ל דחצרו

עדיפא משום דשלא מדעתו היא ולא קנתה חצרו אלא אחר יאוש ודלא כמ"ש מהרש"ל שם לחלק בין אדם לחצר ע"ש במהרש"א ועיין להש"ך סימן רס"ח סק"ב:

ודע דמדברי הר"מ בפ"ט מה' זכיה דין יו"ד הנז' שכתב ש"מ שנתן מתנה לגוי ל"ק דמתנת ש"מ דרבנן ולא תיקנו במקום איסורא מוכח דאי לאו דאיסורא הוא מהני אפילו בגוי אע"ג דתקנתא דרבנן היא תיקנו אפילו בגוי ודלא כדמשמע מתשו' הריטב"א הביאה מרן בב"י ח"מ סי' ס"ו מחודש' ל"ד שכ' מכירת שטרות לגוי מהניא שאין מכירת שטרות מדרבנן כדי שנאמר לא תיקנו אלא בישראל ע"ש מוכח דלדעת הר"מ דמכירת שטרות דרבנן לא תיקנו אלא בישראל ודברי הר"מ הללו תיובתיה ועיין למהרש"ח בתשו' סימן י"ב שתמה ממעמד שלשתן דהוא מדרבנן וכ' הרי"ף דמהני בגוי ע"ש ועיין בחידושי' בפ' השולח דט"ל ע"ב ע"ש:

סימן נז

אונסא דשכיח ואיכא אומדנא

הנה דין אונסא דשכיח מבואר בגמ' במס' נדרים דכ"ז דאמרי' שאני מברא דאונסא דמגליא וכו' ע"ש אשר מבואר להדיא דבאונסא דשכיח לא מקרי אנוס דהו"ל לאתנויי ובשגם דהריטב"א בחי' לקדושין ד"ן כתב להדיא דבהנודר הוי אנוס אפילו באונסא דשכיח ע"ש ה"ד בנודר דאדעתא דידיה נשבע אבל בדברים שבין אדם לחבירו בין נשבע בין לא נשבע אמרי' דהו"ל לאתנויי וכמ"ש המח"א בה' שבועות סי' י"ב ע"ש ודלא כמהרש"ך ח"ב סי' מ"ה והובאה גם במהר"א ששון סי' ס' ע"ש:

איברא דהיכא דאיכא אומדנא דאדעתא דהכי. לא עביד מהני אפילו באונסא דשכיח וכמ"ש מהריב"ל ח"ג סי' קכ"ב ועפי"ז מיישב מ"ש הרא"ם בתשו' דמי שיצא מקהל אחד אפי' ע"י אונסא דשכיח יכול להוציא הס"ת שלו מב"הכ שהיה מתפלל בו לב"הכ אחר אשר רוצה עכשיו להתפלל בו מכח האומדנא ע"ש ומה שקשה לזה מגמ' דנדרים דהו"ל לשנויי שאני מתפיס זכותיה דאיכא אומדנא כבר יישב שפיר ה' חיים שאל ח"א סי' י"א דש"ה דנחית לתנאה והו"ל לאתנויי משא"כ בנדון הרא"ם דלא נחית לתנאה עש"ב ברם מדברי הת"ח בחי' לקמא דק"י סע"ב נר' דפשיט"ל דלא מהניא אומדנא באונסא דשכיח אפילו לא נחית לתנאה ע"ש ונ"ל ראיה לדברי מהריב"ל מגמ' בפ' אלמנה נזונת דצ"ז דאבע"ל זבין ולא אצט' ליה זוזי הדדי זביני או לא הדרי ופשטא מההיא בצורתא דהוה בנהרדעא זבנינהו כ"ע לאפדניהו לסוף אתו חיטי אמ"ל ר"נ דינא הוא דהדרו אפדניהו למרייהו ודחי ש"ה דזביני בטעות דהוו בעקולי ומבואר התם דההוא דעקולי שכיח טובא

ומסיק הגמ' הילכתא זבין ולא אצט"ל זוזי הדרי זביני ע"ש ומשמע דבאונסא דאתי בתר הכי אפי' הוא שכיח הוי אנוס ואמרי' דאדעתא דהכי לא זבין ולא אמרי' הו"ל לאתנויי וביותר משמע כן לפי' התוס' שם בד"ה א"ה ע"ש וע"כ משום אומדנא הוא הן אמת שלפמ"ש התוס' שם דאיירי בגילה דעתו בשעת המכר ע"ש אין ראיה מהתם אך מדברי רש"י שם משמע דאיירי בלא גילה דעתו כלל והוא ממ"ש בד"ה זבין ע"ש וכמו שדקדק כן מדבריו הריטב"א בחי' שם ע"ש והובאו דבריו גם בש"מ להר"ב שם ע"ש וא"כ ע"כ דמהניא אומדנא אפילו במילתא דשכיח וכ"נ דמפ"ל כן מהר"ם ז"ל בתשו' הקצרות סי' רנ"ח שכתב במי שמכר חפץ זהב לחבירו ומצא בו אבר דמקח טעות הוא דכיון דמבחוץ נראה שהוא זהב וגם הדמים מודיעים אנן סהדי דבתורת זהב קנאו מדי דהוה איזבין ולא אצט"ל זוזי דאע"ג דזבין סתם אמרי' מק"ט ע"ש:

איברא דלכאורה נר' בתשו' מהר"ם הלזו סותרת למ"ש שם בסי' שט"ו בראובן ושמעון חתנו שהיו שותפין בבית א' והשכיר ראובן לשמעון חותנו חלקו ועתה רוצה שמעון למכור זכותו שיש לו בבית לאחר וטען ראובן דאדעתא דהכי לא השכרתי לך בדמים מועטין והשיב דלא שייכא אומדנא וכו' ועוד אטו אם ראובן מכר לשמעון חפץ ונתקלקל מי נימא דאדעתא דהכי לא קנאו שמעון אלא כמו שפי' ר"י בפ' הגוזל דבדעתא דשניהם תליא ע"ש הרי דבדבר שבין אדם לחבירו לא אזלי' בתר אומדנא וצ"ל דשאני ההיא דסי' רנ"ח דאומדנא דמוכח דלא היה נכנס בס' כי האי וכמו שחילקו התוס' בכתובות דמ"ז ע"ב בד"ה שלא וז"ל וי"ל דהתם אנן סהדי דבאותו ס' היה רוצה ליכנס וכו' ע"ש ואף למ"ש בתר הכי בשם ר"י דבדבר התלוי בדעת שניהם לא אזלי' בתר אומדנא אכתי לא חזרו ממ"ש בתחי' דבריהם דהיכא דאנן סהדי דלא היה נכנס בס' אזלי' בתר אומדנא וכ"כ מהראנ"ח בחי' שם והוכיח כן מלוה ולא אצט"ל זוזי ע"ש ומ"ש ע"ד הרב עדות ביעקב סי' ל"ד דש"ה דגילה דעתו בשעת המכר כמ"ש התוס' ע"ש ליתא דא"כ מה הוכיחו התוס' שם לתי' דאנן סהדי וכו' מההיא דלוה ולא אצט"ל זוזי אלא ע"כ דהתוס' שם אזלי בשי' רש"י דפ' אלמנה נזונת דבלא גילה דעתו מיירי ומעתה התוס' דפ' הגוזל שכ' דברי ר"י לבד ולא הזכירו החילוק דאנן סהדי אזלי לשיטתייהו דפ' אלמנה דבגילה דעתו בשעת המכר איירי וע"ע לה' עדות ביעקב בסי' נ"ט ע"ש איך שיהיה. נר' דדברי מהריב"ל עיקר דמהניא אומדנא אפילו במילתא דשכיח ולא אמרי' אבע"ל לאתנויי איברא די"ל בזה ממ"ש מהריב"ל בח"ב סי' כ"ב במי שנשבע שלא ישא אחרת על אשתו ואירע לאשתו סתימת פתחה שלא יוכל לומר אדעתא דהכי לא נשבעתי דלא אשתמיט שום פוסק לומר דהיכא שאין לו בנים שיכול לו' אדעתא דהכי לא נשבעתי והטעם דאונס בנים מילתא

דשכיחא שיש כמה נשים שאינן יולדות והו"ל לאתנויי ועיין למהרא"ש סי' ס"ד ע"ש הרי דהתם ודאי דאיכא אומדנא טובה דאדעתא שיהיה בל"ב לא נשבע ואפי"ה אמרי' דהו"ל לאתנויי כיון דמידי דשכיח הוא היפך ממ"ש בתשו' דח"ג הנ"ל ועיין בס' חוט המשולש ח"א סי' כ"ח שכ' באונסא דשכיח הו"ל לאתנויי אע"ג דאיכא אומדנא דמוכח ע"ש שכ"כ משם הריב"ש ומ"מ איך מזה ראיה דהתם בנחית לתנאה מיירי ובכה"ג גם מהריב"ל בתשו' דח"ג מודה וכמ"ש בס' חיים שאל:

אחר כ"ז מצאתי הדבר במחלוקת שנוי דהרשב"א בחי' לחולין דנ"א ע"א כתב בשם רבינו אפרים ז"ל דבטרפיות דסירכות כיון דמישכח שכיחי הו"ל לאסוקי אדעתיה ולאתנויי וכיון דלא התנה מחל ואינו חוזר על המוכר והרמב"ן חולק דל"א הו"ל לאתנויי אפילו בשכיח וה"ר מדאמרי' בריש המוכר פירות המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן אי לאו דמצי אמר לשחיטה מכרתיו לך הוי מק"ט אע"ג דרובא. נגחנין הם וכן ממוכר עבד ונמצא גנב ול"א הו"ל לאתנויי ומדלא התנה מחל עכ"ד ולהרמב"ן ע"כ דמשום דאיכא אומדנא הוא דבלא אומדנא מבואר בגמ' דנדרים דאמרי' הו"ל לאתנויי במילתא דשכיחא אע"כ משום אומדנא הוא וכס' מהריב"ל ורבינו אפרים חולק דאפי' איכא אומדנא הו"ל לאתנויי דבודאי אומדנא טובא איכא דאין אדם קונה טריפה:

וראיתי להרב ברכי יוסף ז"ל חח"מ ס"סי ר"א שכתב בשם הרב מהרי"ך ז"ל שנסתפק להסו' דבאונסא דשכיח הו"ל לאתנויי אם יש חילוק בין היכא שמתחייב ע"ת להיכא שכבר היה מחוייב איזה דבר ובא לפטור עצמו מחמת אונס דאפשר דכה"ג לא הו"ל לאתנויי שהרי החיוב לא היה ע"ת עכ"ד ומן האמור נראה ברור דבכל גוונא הו"ל לאתנויי באונסא דשכיח שהרי ההיא דטרפיות הסירכות לא היה חיוב ע"ת וסברת רבינו אפרים דאמרי' הו"ל לאתנויי וכ"כ הרא"ש שם בפא"ט ומייתי עלה ההיא דנדרים ואפילו להחולקים אינו אלא משום אומדנא כדכתי' הא היכא דליכא אומדנא לכ"ע אמרי' דהו"ל לאתנויי עוד ראיתי להרב שם שהביא משם תשו' פ"מ ח"א סי' ס"ב והרב בני חיי סי' ר"ז דאפילו באונסא דשכיח אנוס מקרי ולעת עתה אין מצויין בידי לראות שורשן של דברים נקטי' דבנחית לתנאה אמרי' הו"ל לאתנויי באונסא דשכיח אפילו איכא אומדנא והיכא דלא נחית לתנאה ואיכא אומדנא נר' עיקר דמהניא אומדנא וכמ"ש מהריב"ל בח"ג וכס' הרמב"ן גבי טרפיות הסירכות וכן היא סברת הרמב"ם וכמ"ש מרן בב"י בסימן רל"ב מדסתם דבריו ע"ש וכ"פ בש"ע שם ומדברי הרא"ש בס"פ נערה שנפתתה נר' דאפילו א איכא אומדנא אמרי' אבע"ל לאתנויי באונסא דשכיח ש"כ בשכיר לזמן ועשה לו בע"הב בגדים וכשנשלם זמנו יצא מבע"הב דנוטל השכיר אותם הבגדים דכיון דשכיח לצאת

בנשלם זמנו הו"ל לבע"הב לאתנויי ע"ש והתם איכא אומדנא דלא עשה לו הבגדים אלא אדעתא למיקם קמיה כדאיתא בגמ' שם ע"ש:

סימן נח

סתם נתינה אי בב"ש אי אית ביה שיעורא

הנה התוס' בפ"ב דגיטין ד"כ כת' דסתם נתינה בכ"ש כמו גט דכתבו על איסורי הנאה כשר ובתרומה חטה א' פוטרת הכרי והקשו מתשלומי תרומה לאבא שאול דבעי שו"פ משום דכתיב נתינה ותי' דש"ה דילפי' מתשלומי מעילה ע"ש ותשלומי מעילה גופייהו משום דכתיב ישלם ואין תשלומין פחות מש"פ וכ"כ ס' התרומה בריש ה' גיטין ע"ש ומהריט"א ז"ל בספר גט מקושר בראש הס' נעלם ממנו זה ע"ש מיהו ק' דבס"פ הזהב אמרי' ואת אשר חטא מן הקדש ישלם לרבות פחות משו"פ לתשלומין ע"ש הרי דקרא מיירי גם בפחות מש"פ וכתיב ישלם וי"ל. עוד כ' התוס' שם בגיטין ולמ"ד בכריתות ואשר יתן ממנו על זר דנתינה בכזית משום דסיכה היא ואפקה רחמנא בלשון נתינה ע"ש וצ"ל לפ"ז דמאי דאמרי' התם דטעמא דר"מ משום דיליף נתינה מסיכה אצט' להך ילפותא לאפוקי מהך סברא דסיכה היא ואפקה רחמנא בל' נתינה ומ"ש ר"י שם אבל נתינה דעלמא ד"ה בכזית היינו נתינה דכה"ג דאפקה רחמנא כמו לא יתן עליה לבונה והתוס' בפ' כ"ש דל"ב כ' ג"כ דסתם נתינה בכ"ש והק' מנתינה דשמן המשחה ולא תירצו משום דאפקה רחמנא וכס"ד כ' ולמ"ד נתינה כ"ש ניחא ע"ש וק' מאי ניחותא הא טעמא דמ"ד בכ"ש משום דילפי' מסיכה ולאו משום סתם נתינה בכ"ש גם ר"י קאמר התם אבל נתינה דעלמא ד"ה בכזית וצ"ע ועוד קשה דשם בדל"ג ע"א בד"ה תנן כ' דגבי תרומה בעי' בר נתינה ע"ש ואי סתם נתינה בכ"ש אפי' איסורי הנאה נמי כמו גט דכ' על איסורי הנאה כשר מיהו לזה י"ל דשאני תרומה התרומה דקפיד קרא אהנאת כהן ולכך ממעטי' איסורי הנאה ול"ד לגט אשר עפ"ז ניחא מאי דק"ל על סברא הלזו דסתם נתינה בכ"ש מדאבע"ל בגמ' בס"פ הגוזל קמא כהנים בגזל הגר יורשין הוו או מקבלי מתנה הוו למנ"מ לגזל חמץ וע"ע הפסח אי יורשין הוו היינו האי דקמורית אלא אי מתנה הוא דקאמ"ר אבל האי עפרא בעלמא ע"ש ואי איתא מתנה נמי מקרי כמו גט שכתבו על א"ה כשר ועפי"ה ניחא שפיר דשאני מתנות כהונה ואכתי י"ל מדתנן בר"פ ראשית הגז וכמה נותנים לו כדי מתנה שנאמר תתן לו הרי דלשון נתינה לאו כ"ש וי"ל דסמוך אלעמוד לשרת כדאי' התם בסוף הפרק ע"ש נקטי' התוס' בגיטין ובפ' כ"ש דסתם נתינה בכ"ש וכ"כ ס"הת בה' גיטין אך התוס' במנחות ד"ס כ' דסתם נתינה בכזית ע"ש:

סימן נט

ראיתי לעמוד באם מסר הבעל לסופר ב' או ג' ראית ניידות לכתוב לו גט בא' מהם ואחר שנטלם הסופר מידו בירר לו א' מהם וכתב בו הגט אם יש לחוש לדין ברירה דקי"ל בדאורייתא אין ברירה כדעת הרמב"ם ז"ל ודעימיה וגם לדעת ר"י דפ' דמ"ד יש ברירה אפי בדאורי' כמ"ש התוס' משמו בנדרים ר"פ השותפין ע"ש מ"מ יש לחוש בגיטין כמ"ש התוס' ברפ"ג דגיטין אמתני' לאיזה שירצה אגרש בשם ר"י דאפילו למ"ד י"ב גבי גט אין ברירה דכתיב וכתב לה לשמה משמע שיהיה מבורר בשעת כתיבה וכו' ע"ש:

ונ"ל דאין לחוש כלל דנר' פשוט דלא כ' ר"ן דבגט א"ב לכ"ע אלא דוקא בתולה בדעת עצמו דהבעל גופיה מסופק בדעתו אבל בתולה בדעת אחרים חשיב מבורר לגבי הבעל דכיון שבעלמא קי"ל דיש ברירה די לנו לאוקומי קרא דוכתב במסתבר וראיה לזה ממ"ש הגה"מר. במס' גטין על מה שתקנו שיצוה הבעל לסופר שיחזור ויכתוב עד שיהיה כשר לדעת הר' המסדר דתקון זה לא מהני אלא לדעת ר"י דיש ברירה אבל לדעת ר"ת דפ' דא"ב בדאורייי' לא מהני ע"ש הרי דלדעת ר"י מהני גם בגט וע"כ משום דתולה בדעת אחרים הוא ועפ"ז ניחא מה שמקשי' לדעת ר"י דבגט לכ"ע א"ב מדפריך שם ברפ"ג דגיטין ממתני' דפסחים אגיטין ומאי פריך שאני גט דכתיב וכתב לה ועפי"ה ניחא דבלאיזו שתצא וכו' דהיא תולה בדעת אחרים לא שני לן בין גט לדעלמא וכיון דפשיט לה א"ב פריך שפיר ממתני' דפסחים ואם שייך כאן דין ברירה לדעת הר"מ ודעימיה הוא דיש לחוש אמנם נר' דלא שייכא בנ"ד חששא דברירה כלל דלא שייך ברירה אלא בדבר שבאנו לקיימו למפרע כמו כתיבת גט דלא מתכשר אלא בכתוב לשמה אבל בדבר שדי לנו לקיימו להבא משעה שהוברר לית ביה לתא דברירה וכמו שיתבאר דהנה בפ' בכל מערבין דל"ז ע"ב אמרי' דר"י אית ליה ברירה מדתנן מע"ב מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס ריי"א חלל וכ' הריטב"א בחי' וז"ל פי' חלל מעכשיו קודם שתעלה סלע מן הכיס לכשתעלה והיינו דאיכא דין ברירה ע"ש הרי מבואר דאם לא יחול החילול עד שתעלה לית כאן דין ברירה ואי קשי' הגמ' גופא אמאי לא מוקי לה דלא חל החילול עד אחר שתעלה ומהיכא מוכת לה דר"י א"ל ברירה י"ל דא"כ מ"ט דרבנן דפליגי עליה גבי חילול וכ"מ מדברי הריטב"א עוד בחי' בפ"ק דגיטין בשמעתא דמעמד ג' גבי מאי דאמרי' משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך ע"ש בדבריו והרמב"ם בפ"ד מה' מע"ב דין ט"ו כ' וז"ל האומר מע"ב מחולל על סלע שתעלה בידי מהכיס וכו' ה"ז חילל והוא תימה דהא פ' בכ"מ דבדאורייתא א"ב וכבר עמד בזה מהרי"קו והביאו מרן בכ"מ ומה שתי' לזה דהמעשר מחולל מעכשיו בלא דין ברירה והוו כולהו סלעים בה' מעשר וכשהעלה הסלע

מהכיס הותרו האחרים דאמרי' זהו הסלע שאמר דהא אמר כשתעלה והגמ' דלא משני לה הכי עדיפא מינה משום דמסייעא ליה סיפא תמהני דמ"מ לפום מאי דאיפכא בגמרא ור"י אמר לא חילל ע"כ דשייכא בכי האי גוונא ברירה דאי לאו הכי מ"ט דר"י דלא חילל ומתני' גופא יש להוכיח דבכהאי גוונא שייכא ברירה דא"א מ"ט דרבנן דע"כ בדין ברירה הוא דפליגי ע"כ נראה עיקר בישוב דברי הר"מ במ"ש מהר"י קורקוס בריש אמי'ר דמה שכתב הר"מ ה"ז חילל היינו מכאן ולהבא משעה שתעלה ואין כאן ברירה ע"ש והרי הוא מבואר כדכתי' ועפי"ז ניח"ל מ"ש התוס' שם בפ' בכ"מ בד"ה אלא וכו' אמאי לא פריך הגמ' לטעמא דברירה מב' רמונים ומברייתא דתרומת הכרי בתוכו וכו' ע"ש ועפי"ה ניחא דמאי דפשיט"ל להגמ' בב' רימונים דמהני היינו מכאן ולהבא ולכך לטעמא דברירה ניחא אבל לטעמא דשיריה ניכרים ל"מ דמ"מ בשעת קריאת שם אין שיריה ניכרים וכן ברייתא דתרומת הכרי דתוכו לענין חיובא דמפריש מינה ולא ממ"א הוא דמקניא אבל מ"מ מכאן ולהבא הוא דמהניא וכ"נ מדברי. הר"מ בפ"ג מח' תרומות דין ח' ע"ש ומצאתי להרשב"א. ח"ב סי' פ"ב שנשאל במכר א' מקרקעותיו דקי"ל נותן לו איזה שירצה היכי קונה הא קי"ל א"ב והשיב וז"ל אין דין ברירה אלא במה שאנו צריכין לומר הוברר הדבר כבר אז חל מעיקרא שאלו לא נאמר דוברר הדבר אין לו קיום לפי שאנו צריכין לקדימתו לקיומו של דבר כמו ההיא דהלוקח יין מבין הכותים וכו' דנמצא שותה טבלים למפרע וכמו ה"ז ניטיך אם מתי דאין גט לאח"מ וכן באומר הבעל כתוב גט לאיזו שארצה אגרש בו שאנו צריכין לעיקרו בשעת הכתיבה דבעי' כתיבה לשמה וכו' וכן בא חכם מן המזרח שאנו צריכין שיחול העירוב מתחי' וכו' אבל במוכר ונותן למה אנו צריכים לברירה כל שנותן לו מחמת מכר ומתנה ה"ז קנוי לו ואפי' לא נתן לו עכשיו וא"צ לקיום המכר והמתנה דמעיקרא עש"ב ואי ק' מדאמרי' בפ"ג דגיטין הריני בועליך ע"מ שירצה אבא רש"א רצה האב מקודשת ומוכחי' מינה דר"ש א"ל ברירה והרי התם א"צ לקיומו. של דבר לדמעיקרא אלא שתתקדש מכאן ולהבא וי"ל דמשמע ליה להגמ' רצה האב דמקודשת. דקתני סתמא אפי' ריצוי האב אחר מיתת הבן ולענין ליזקק ליבום והס"ג צריך לקיומו ש"ד לדמעיקרא ועפי"ז ניח"ל מ"ש הרמב"ם ברפ"ז מה"א דבע"מ שירצה אבא ויאמר הן רצה האב מקודשת והר"מ פ' דא"ב ובגמ' מוכח דבהא תליא והר"ן שם בפ"ב דגטין כ' בשם הרמב"ן דלפום מאי דקי"ל א"ב ההיא ע"מ שירצה אבא ע"מ שלא ימחה היא ע"ש ולדברי הר"מ דבאומר אין קאמר קש' ועפי"ה ניחא דבחיי הבן איירי הר"מ וכדמוכח מדבריו שם ע"ש:

וראיתי להר' שאגת אריה סי' צ"ג שחידש דין זה דבקיומו ש"ד מכאן ולהבא לא נכנס בגדר הבירה מסברא דנפשיה וכתב דההיא דהריני בועליך ע"מ שירצה אבא משום דהבעילה כבר הלכה לה ולכך צריכי לקיומו ש"ד לדמעיקרא דדוקא בקידושי כסף הוא דמקודשת אע"פ שנתאכלו המעות ושוב תמה עפ"ז בגמרא בפ"ק דיומא די"ג דמוקי בגמרא דמגרש לתרוייהו וכו' דאמאי לא מוקי לה בפשי' במקדש לה ע"מ שתמות חברתה שתתקדש משעת מיתת חברתה אבל אי שייך ברירה גם בכה"ג ניחא דלא מוקי לה בהכי. משום דר"י ל"ל ברירה ובגירושין דמוקי לה במגרש ע"ת שאני תנאי דשב וא"ת כמ"ש הר"ן בשם הרמב"ן בע"מ שלא ימחה וכו' עש"ב ותמהני דביו"הכ בקידושין לבד לא מהני דבעי' דכניס לה כדאיתא התם בגמ' דיומא והשתא בעת חלות הקדושין בשעת מיתת חברתה כבר הלכה לה הביאה ואפי' כינסה לחופה כבר הלכה לה ול"ד לכסף ועוד דחופה מדין ביאה גם מה שהבין בדברי. הרמב"ן בע"מ שלא ימחה דמשום שוא"ת הוא תימא דא"כ אפי' בע"מ שישתוק נמי ואמאי לא ניחא ליה להרמב"ן אלא לאוקומתא דע"מ שלא ימחה אפילו לאוקמתא קמייתא נמי ניחא דהרמב"ן גופיה מפ"ל בע"מ שישתוק כמ"ש ה"ה ברפ"ז מה"א וכוונת הרמב"ן פשוטה לפניה עש"ב אבל ד"ז שחידש אמת הוא כמו שנתבאר מתורת' של הרא' ועיין למהרי"מט ח"א סו' כ"ב ובח"ב חח"מ סי' כ"ג שהוכיח כן מההיא דהמבשרני שילד' אשתי בן יטול מנה וממעשה דגולית אלא שנר' מדבריו דדוקא אי אין כוונת המתנה אלא על להבא כמו ההיא דהמבשרני דיכול לחזור כ"ז שלא בישר ע"ש ומתשובת הרשב"א שהבאתי אין נר' כן אלא דבכל ענין חל להבא משעה שהוברר וכיון דבדבר שאנו באים לקיימו מכאן ולהבא לא נכנס בגדר הבירה בנ"ד אחר שבירר לו הסופר הוא קיומו ש"ד דלא בעי' מסירה לשמה אלא כתיבה הוא דבעי' לשמה ועיין למור"ם בהגהה בסי' קכ"ב שכתב שצריך הבעל לחזור ולצוות וכו' ולהקנות לו הקלף והדיו והכלים אם אין נשאר מהקלף והדיו והכלים הראשונים ע"ש ונ"ל ראיה דכ"ד שבאין לקיימו מכאן ולהבא ולא למפרע לא נכנס בגדר הבירה מגמ' בפ' התקבל דס"ו ע"א דאמרי' ההוא גברא דעל לבי כנישתא אשכח מקרי ינוקי ובריה דיתבי ויתיב אינש אחרינא גבייהו אמ"ל בי תרי מינייכו נכתבו גיטא לדביתהו לסוף שכיב מקרי ינוקא מי משוי אינש ברא שליחא במקום אבא או לא ואסיקנא הילכתא דמשוי וכ"פ כל הפו' ואי איתא דבכל גוונא הוי ברירה היכי מתכשר הא בדאורייתא א"ב ולא אמרי' הוברר דלאלו הנשארים שוינהו שלוחים אלא ע"כ דכיון דא"צ לברירה דלמפרע י"ב לכ"ע והכא כי מת מקרי ינוקא הוברר דלהני הנשארים שוינהו שלוחים וקודם הכתיבה הוברר ושפיר בשעת הכתיבה כבר מבורר ועומד ואפילו לא מת מקרי

ינוקא השנים שהוזמנו ליכתוב הוברר מאותה שעה והוי בשעת הכתיבה מבורר ועומד וכ"נ מדברי הר"מ בפ"ט מה"ג דין ל' שהעתיק ד"ז ולא כתב דמת מקרי ינוקא ע"ש והטור סי' קמ"א כתב ד"ז בשלוחי הולכה ולא לענין הכתיבה ותמה מרן הב"י למה שינה מרין הגמ' ע"ש ונ"ל דיפה עשה דשינה מדינא דגמ' דכיון דאמר ב' מכם כתבו ע"כ א' כותב וחותם עם הב' והוי חתם סופר ועד והטור בסי' ק"ל הביא דעת התוס' לפסול חתם סופר ועד ובע"כ הגמ' דפ' התקבל אזיל כמ"ד חתם סופר ועד כשר אבל לפי מה שפ' התוס' דהלכה כמ"ד חתם סופר ועד פסול לא שייך ד"ז בשנים כלשון הגמ' אלא בשליחות דהולכה וכנ"ל מגמ' דס"פ התקבל דאמרי' כולכם כתובו כל חד מנכון וכו' ע"ש וכ"פ כל הפו' ולדעת ר"י דס"ל י"ב בעלמא ודוקא גבי גט דכתיב וכתב לה ניחא דדוקא לענין כתיבה לשמה הוא דבעי' מבורר אבל לדעת הר"מ ודעימיה דגם בעלמא קי"ל א"ב בדאורייתא ק' אלא ע"כ דלענין קיומו ש"ד מכאן ולהבא ליתיה בדין ברירה ומצאתי להרשב"א ח"ד סי' קנ"ג שכ' וז"ל אם עשתה שליח וחזרה ועשתה שליח ואפילו עשרה זאח"ז או שעשתה עשרה בב"א כל שהגיע הגט ליד א' מהם מגורשת דלא שייך בכי האי ברירה ותדע לך דהא בכתיבת הגט נמי לשם מי כתבו איכא ברירה כדאמרי' בר"פ כ"ה אמר ללבלר כתוב גט לאיזו שתצא מפתח תחי' וכו' ואלו בשליחות הולכתו וכתיבתו לא אמרי' י"ב כדאמרי' בפ' האומר בגיטא דכולכם כתובו כל חד מנכון וכו' הא יש ברירה מי הוא צוה לכתוב מי הוא צוה לחתום אבל אפשר שאם אמרה על מי מכם שירצה הבעל ליתנו לו יהא שלוחי לקבלה נאמר בזה א"ב כענין לאיזה שירצה אגרש בו דא"ב עכ"ד ותמהני דדבריו סתראי נינהו דלפמ"ש בח"ב דקיומו ש"ד מכאן ולהבא ליתיה בדין ברירה אפילו אפרה למי שירצה הבעל ליתנו לו יהא שלוחי ליתכשר דהא לא בעי' אלא לקיום השליחות משעה שנתרצה הבעל ליתנו לו וממילא גם דין דכולכם כתובו ל"ד כלל לדין כתוב למי שארצה אגרש בו וכו' ולא קשיין אהדדי דרב המרחק ביניהם כאן למפרע כאן להבא וצ"ע ומדברי התוס' במנחות דף פ' ע"א בד"ה הפריש נר' דלא שני להו בין למפרע ללהבא ע"ש בחידושי':

וראיתי להמח"א סוף ה'. ערב שהק' על. תשו' הרשב"א שהביא הב"י בא"ה סי' קמ"א והיא תשו' דח"ד שהבאתי מדאמרי' בפ' המדיר כל השומע קולי יזון או יכתוב גט לאשתי דהוי שליחות אע"פ שאינו מבורר השליח ומ"ש ד"ז ממי שירצה הבעל ליתנו וכו' ע"ש ולע"ד ל"ד כלל דכל השומע וכו' מבורר ועומד הוא השומע אלא דהוא לא ידע ליה ודמי לדאמרי' בפ' בכל מערבין וכבר בא חכם דלא שייך ביה ברירה ע"ש משא"כ בכל מי שירצה הבעל דתלוי ברצוי ובדעת הבעל ואף דעכשיו נתרצה אפשר שקודם לא היה

מתרצה וכמ"ש הר"ן בפ"ג דגיטין בשם הרמב"ן בההיא דע"מ שירצה אבא ע"ש והא דאמרי' בפ' אין בין המודר דל"ו באומר כל הרוצה לתרום וכו' ומהני גבי תרומה דמשמע דהוי שליחות בכה"ג. אע"ג דע"י ברירה הוא הא דמהני גבי תרומה לאו דבעי' שליחות אלא דבגלוי דעת סגי וכמ"ש הר"ן שם אבל התוס' בפ' התקבל דס"ו ע"א כ' בתי' קמא. דכל הרוצה שליחות מעליא כמו כל השומע ע"ש והא דלא מפסיל מטעם ברירה צ"ל משום דהוי שלוחו משעה שהוברר וכדכתי' לעיל ועיין להרדב"ז ח"ג סי' תקצ"ח ע"ש וראיתי להרב נו"ב ח"א חא"ח סי' צ"א שכ' באומר כל מי שיבחר פ' יהיה שלוחי דלא שייך ברירה כיון שהוא מכאן ולהבא וע"ש דאין ולאו ורפיא בידיה וכבר נתבאר דהדין דין אמת דכה"ג ל"ש ברירה ודלא כהט"ז א"ח סי' ת"מ סק"ב ועיין למהרימ"ט חח"מ סי' כ"ג שהק' דמתשו' הרשב"א שהביא מרן בב"י בסי' קמ"א נר' דדעתו דא"ב בדאורייתא ואלו ממ"ש רי"ו בשמו הביאו מרן בב"י בח"מ סי' ן' נר' דיש ברירה ע"ש וראיתי לה' דברי אמת בקו' דס"ה ע"ב שכ' דדעת הרשב"א בר"י דבגט א"ב ע"ש ולפמ"ש לעיל דדוקא בתולה בדעת עצמו הוא דס"ל לר"י דבגט א"ב ליתא וע"ע שם מ"ש בקושית המח"א דמ"מ צ"ל כמש"ל דדמי לכבר בא חכם עוד ראיתי שם שתמה מתשו' הרשב"א הובאה בב"י בס"סי קמ"א דמשם בא'רה דכל הרוצה. להוליך יוליך הוי שליחות ואמרי' י"ב והיא בח"ד סי' פ"ד הפך מתשו' שהביא שם בסי' ההוא דלמי שירצה הבעל אפשר דל"מ ע"ש ובאותה תשו' דס"סי קמ"א סיים עלה אלא שראני להחמיר ועיין להרב תורת חסד סי' קי"ד ועיין לה' חקת הפסח הנ"מ בסי' קנ"ד ע"ש סק"ב:.

סימן ס

עיסקא דקי"ל דנאמן לומר החזרתים לך במגו דנאנסו כ' מהרימ"מט סי' ס' דוקא באמ"ל החזרתי לך החצי אבל אמר החזרתי לך הכל אינו נאמן דליכא מגו דאי אמר נאנסו הוה מפסיד מחצה ולכך אמר החזרתי לך הכל ואינו נאמן אפילו נגד החצי דכיון דהטענות אינם שוות אזדא ליה המגו והוכיח כן מדברי התוס' בפ"ק דכתובות בד"ט ע"ד בד"ה לא שהקשו אמאי אינה נאמנת לומר בתולה אני מגו דאי בעיא אמרה מוכת עץ אני ואפי' לרבנן דמ"מ כתובתה מנה וליכא מגו דיכולה לו' מ"ע אני תחתך הרי דלרבנן דכתובתה מנה ליכא מגו ומפסדת כל כתובתה ע"ש ומדברי התוס' בפ' י"נ דקל"ד ע"ב בד"ה הואיל אין נר כן שכ' אע"ג דאי מגרשה איפסלה מכהונה מ"מ חשיב מגו לפוטרה מיבם הרי דלפוטרה מיבם מיהא חשיב מגו איברא דק' ממ"ש שם בדקל"ה ע"א בד"ה חזיה שכ' ולא שהיה אומר שהי"ל בנים ע"ש דנר' דאי היה אומר שהי"ל בנים היתה מותרת לכהן

אע"ג דמה שנאמן באומר י"ל בנים אינו אלא משום מגו שבידו לגרשה וזה סותר למ"ש בדף הקודם ומהתימא על מהרש"א שם בפירשב"ם שכ' דלא ס"ל לרשב"ם כמ"ש התוס' לעיל. ע"ש. דהרי גם התוס' כ' כדברי רשב"ם ודבריהם סתראי נינהו ונ"ל דהא דהאומר י"ל בנים נאמן משום דבידו לגרשה אינו אלא במוחזק באחי ולא בבני אבל היכא דלא מוחזק באחי בלאו טעמא דבידו לגרשה נאמן משום דהוי ס"ס כדאיתא בגמ' שם לעיל וע"ש בפירשב"ם וא"כ י"ל דכוונת התוס' שכ' ולא שהיה אומר שהי"ל בנים ר"ל דמיירי באינו מוחזק באחי אך רשב"ם כ' בהדיא משום מגו וע"כ דלא ס"ל כמ"ש התוס' לעיל וכמ"ש מהרש"א ולפ"ז דעת רשב"ם דבשטר כיס אפילו אמר החזרתי הכל נאמן דכיון דנאמן החצי משום מגו נאמן על הכל דלא פלגי' דיבוריה כמו באמר י"ל בנים ודעת התוס' שם בהחצי מיהא נאמן ועיין למהר"ץ בתשו' סי' קט"ו ובתשו' מהר"ם גאלנטי סימן צ"ז ועיין להתוס' בפ' חזקת דל"ג בד"ה ואי טעין ולהרמב"ן בחי' שם ובדל"ה ע"ב בד"ה ואי ובחידושים שם:

סימן סא

ראובן שיש לו עיסקא ביד שמעון ומת שמעון ובאו ב"ח של שמעון שאינם ב"ב ונטלו כל מה שנמצא בבית שמעון ועמדה האלמנה של שמעון למשפט נגד הב"ח ויצא משפטה בדיניהם שכתובתה קודמת להב"ח ונטלה כל עיזבון בעלה מהב"ח ואז עמד ראובן בעל העיסקא נגד האלמנה ותבע בד"ת ליטול הסחורה שהיא מהעיסקא ההיא והאלמנה הודית שהסחורה היא מהעיסקא של שמעון אלא שטענה כיון שאם היא לא נטלה היו הב"ח הנכרים נוטלים אותה מה הפסתיך נר' שהדין עם האלמנה וכיוצא בזה כתב הפ"מ ח"ב סי' ל"ב וה' זרע יעקב סי' נ"ח וביאר עוד שם שאפילו בכסף וזהב שניכר וידוע שהם של התובע נוטלם הנתבע ועיין בס' קדושת יו"ט סי' ו' ול"ד למ"ש רי"ו הביאו מרן בב"י בא"ה ר'סי צ"ג ופ' מור"ם בהגה לעיל סי' צ"ז דש"ה דאפשר שלא תבא לידי גביה וחשיב כמי שאין לה כתובה כלל:

סימן סב

אחד שמת ונמצא בתוך כתביו כ"י א' שהקדיש קרקע שלו אחר העדרו לקבוע לו ישיבה והיורשין לא רצו לקיים דבריו אלא א"כ יתחייבו בדין נר' דאינם חייבין דאפילו לס' י"א שכתב מרן בח"מ סי' רי"ב דגמר בלבו להקדיש ולא הוציא בפיו חייב דוקא הוא בעצמו אבל אין כופין עד שיוצא בפיו כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ח וכ"כ מהרשד"ם בחיו"ד סי' פ'

משם מהר"י הלוי בנשבע בכ"י דחייב לקיים דבריו אבל אין כופין. ע"ש וכ"כ ה' משפטי שמואל סי' קפ"ט דנשבע ע"י כתב לאו כלום הוא ע"ש ואין להוכיח דשבועה ע"י כתב מהני מגמ' בגיטין דע"א ע"א אם לא יגיד פרט לאלם דמפיהם מפי כתבם ואמאי אצט' אם לא יגיד ליפטריה מקרבן ת"ל דלא הוי שבועה די"ל דשאני שבועת העדות דתלי לה רחמנא בעדות דכל דמהני לעדות מהני לשבועה ועיין להתוס' בקמא דנ"ו ע"א ע"ש אבל בשבועת ביטוי כתיב לבטא בשפתים וכמ"ש התוס' בגיטין גבי חליצה דכתיב ואמרה אבל ה' חוות יאיר סי' קצ"ד כ' דשבועה ע"י כתב מהני כמו בדיבור וכ"כ הרב שבות יעקב ח"א סי' קנ"ו ומ"מ פלוגתא דרבוותא היא והיורשין מוחזקין ומט"ז אין לחוש שמא הוציא בפיו כיון שהיורשין מקרו מוחזקין ועיין להנ"ב ח"א חח"מ סי' ל' במ"ש ע"ד הרב שב יעקב חיו"ד סי' מ"ט ע"ש וכ"פ כל הראשונים ובכללם הר"מ בעיא דפ' מ"ש בש"מ שהקדיש כל נכסיו לקולא ואפי' הרא"ש שפ' לחומרא מט"א הוא ע"ש וכ"כ מור"ם בהגה ביו"ד סי' רנ"ט וע"ש להש"ך ולהכנ"הג בח"מ סי' ר"נ ועוד מט"א דתנן בפ' מ"ש נמצאת דיתיקי קשורה על יריכו חוששין שמא נמלך ופ' כל הפו' כמ"ש בח"מ סי' ר"נ וא"כ בנ"ד דנמצאת בתוך כתביו חיישי' שמא נמלך ואף להסו' דבהקדשות בז"הז אמרי' אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט מ"מ אפילו בהקדש גמור פלוגתא דהר"ן והרשב"א בהקדש לאחר ל"י אי יכול להחזור בו כיון דלא קדיש השתא ודעת הרשב"א דיכול לחזור בו כמ"ש הר"ן בשמו בנדרים ד"ל ע"ש וא"כ חוששין שמא נמלך כיון שלא הקדישם אלא לאח"מ וכיון שכן אין מוציאין מיד היורשים מס' ועוד אפילו לדעת הר"ן חוששין שמא אתשיל אנדריה מכל הני טעמי נר' דאין חייבין היורשי' לקיים דבריו מיהו כיון שכתב בכ"י בלשון נתתי או הקדשתי באנו למחלוקת אם לשון נתתי הוא הודאה שנתן כבר בלשון המועל כמ"ש בסי' ס' וכתב הרב בתשו' סי' צ"ב דלכ"ע אין טוענין ליורש שמא להבא קאמר ע"ש ואף גם זאת נר' כיון דפי' אחר העדרו אין מקום לפ' דלשעבר קאמר כנ"ל ברור:

סימן סג

בירוש' בפ' ש"הע איתא קיבלו עליהם ע"א כשנים פטור משבועת העדות דכתי' והוא עד דבעי' בר עדות בעלמא ע"ש וק' הרי בר עדות הוא בעלמא בע"א דטומאה דסוטה דמפסדת כתובתה בע"א וי"ל דמ"מ לאו משום עדות הוא אלא משום דקדם קינוי וסתירה אבל ק' דבגמ' בפ' ש"הע אמרי' ה"מ בעד טומאה שחייב בש"הע ואמאי הא לאו בר עדות בעלמא וצ"ל דגמרין פליגא אירוש' בהא דכיון דבר עדות הוא ומפסידה ממון ע"י כבוש

עדותו מחייב בש"הע וכ"נ ממ"ש התוס' חדשים בר"פ אמרו לו אהא דאמרי' דאי בעי אמר לא נתכוונתי לעדות שלמדו מש"הע לדעלמא ע"ש ועיין להתוס' בקמא דנ"ו ע"א ומדברי הר"מ בה' שבועות גבי משביע עידי קנס שכ' דפטורין דבעי' עדות שאין מחוסרת כלום ע"ש אין ראיה דש"ה דבשעת השבועה מחוסרת היא דאפשר שיודה משא"כ הכא בשעת העדות כבר קבלו עלייהו ועיין להתוס' בר"פ הא"מ גבי שליח נעשה עד:

יש להסתפק במודה בקנס דפטור אי לא הודה אלא תבעו ושתק אי אמרי' בע"ז שתיקה כהודאה נר' דיש ללמוד ד"ז ממ"ש הר"ן בחי' בפ' ש"הע דל"ג ע"ב אהא דאמרי' לרי"הג תביעת ממון מדכתיב או ראה או ידע וקאמר בגמ' דבעידי קנס ל"מ ראיה בלא ידיעה והק' הר"ן הא מ"ל באמר שלא אנס מעולם ובעו עדים שאנס אשה דהשתא לא מהימן לו' שלא אנס אשה זו דהוחזק כפרן ותי' דכיון דמכח דהוחזק כפרן הוא הוי כהודאתו ול"מ קנס ע"פ עצמו ע"ש וא"כ כ"ש בשתיקה דאמרי' שתיקה כהודאה דמיא ועיין להר"מ בפ"ב מה' שבועות די"ח ולהש"ך ביו"ד סי' רל"ב סקכ"ז ע"ש:

סימן סד

אם האשה נוטלת כתובתה מדמי הנהרג שלקחו מן הגוי ההורג כיין דאפילו מלוה מקרי ראוי לגבי כתובת אשה:

כתב הר"מ בפי"א מה' נ"מ הכופר של אשה ליורשיה ואין לבעל חלק בו משום דאינו משתלם אלא לאח"מ והוי ראוי אף דלדעתו הבעל יורש מלוות אשתו וה"נ דכוותא כיון דאין נוטלין דמי הנהרג אלא לאח"מ והתוס' בפ' ד' וה' רמ"ו כ' דכופר הוה דס' דלא הוי ראוי כיון דהתחיל מחיים ואשמועי' קרא דבכה"ג נמי ראוי הוא וה"נ דכוותא וראיתי למהרימ"ט חא"ה סי' ד' שכתב כיון דהסברא מבחוץ כיון דהתחיל מחיים לא הוי ראוי דוקא בכופר הוא דגלי ולא ילפי' מיניה בעלמא ע"ש ותמהני דא"כ מאי פריך הגמ' אכופר מברייתא דהבעל יורש את אשתו נימא דבכופר דוקא גלי קרא דהא למסקנא נמי שני לן בין כופר לדעלמא ומ"ש עוד דדוקא לר"עק דס"ל דמי מזיק והמזיק אינו חייב מיתה אלא עד שימות הנהרג ולכך הוי אין משתלם אלא לאח"מ אבל למ"ד דמי ניזק משעה שאמדוהו למיתה נתחייב אפילו עדין לא. מת וחל שעבודו מחיים ע"ש תמהני דבגמ' בפ' השולח מוקי להברייתא דקתני נותן חצי כופר ליורשיו בשעשאו טריפה ומאי יורשיו נפשיה ופריך הא אין כופר משתלם אלא לאח"מ ומאי פריך נוקמא לברייתא כמ"ד דמי ניזק דאז משתלם מחיים ואע"ג דמוקמי' בפ' ד' וה' דמ"א דכ"ע כופרא כפרה אלא דפליגי אי שמינן בדניזק היינו להנך תנאי אבל איכא תנא דס"ל כופרא ממונא וכמ"ש הריטב"א

בחי' ריש מכות דתנא דמתני' דלא חשיב אין משלמין את הכופר משום דקסבר כופרא ממונא ע"ש ולמ"ד ממונא ע"כ דמי ניזק ס"ל כדמוכח שם וע"ש בחי' הריטב"א והשת' לפ"ד מהרימ"ט נוקמא לברייתא דפ' השולח דס"ל כופרא ממונא כתנא דריש מכות דס"ל דמי ניזק וחל מחיים ומ"מ גם מהרימ"ט מסיק שם דבנ"ד אין האשה נוטלת ע"ש:

סימן סה

מתנת בריא שכתוב בה נתתי חצי החצר ליורשי פ' והחצי הנשאר הנחתיו לשאר יורשי לבדם ויש על המוריש חובות:

הנה לשון הנחתי ל"מ אלא בש"מ ולא בבריא וא"כ ץ החובות נפרעין מהחצי של הירושה ולא ממתנה אך יש לספק דכיון דכתב לא' בלשון מתנה ולא' בלשון ירושה בחר שיטרא בלא הפסק בע"א בנתיים מהני ל' מתנה ל"ל ירושה וכדתנן בפ' י"נ כ' בין בתחי' באמצע בין בסוף ל' מתנה מהני ומתבאר בגמ' שם דאפילו ב' שדות לב' ב"א מהני לשון מתנה דחד ללשון ירושה דאידך אם הוא תכ"ד וכ"פ כל הפו' ואפילו בל' הנחה דעת רוב האחרונים דמהני כה"ג זולת מהרי"ל ויחיד הוא בסברא זו וכמ"ש הכנ"הג סי' רנ"ג הגהב"י אות ח' ע"ש א"ד דוקא בש"מ הוא דמהני לשון מתנה דחד לאידך אבל כבריא ל"מ ונר' להוכיח מתשו' הרא"ש סוף כלל פ"ד שכתב דמה שקנה מהני דאע"ג דכ' לשון ירושה כיון דכתב אח"ז ותחזיק וכו' מהני וכדתנן וכו' ואפילו למה שקנה אח"ז מהני ע"ש וע"כ דמאי דמהני למה שקנה אח"כ הוא משום דל' מתנה דחד מהני לדאידך אע"ג דדמי לב' שדות דהיינו מה שקנה ומה שיקנה דאל"ה קש' הא מ"ש ותחזיק ביאר להדיא מה שיש לו בעולם וכ"כ הגד"ת דקצ"ד ע"ג ע"ש הרי דס"ל דאפילו בבריא מהני לשון מתנה דחד ל"ל ירושה דחד וכ"נ להדיא מתשו' מהרשד"ם סי' שי"ג שכ' דאפי' לדברי מהרי"ק דמתנת בריא היא מהני בב' שדות וב' ב"א ע"ש וכ"מ מהגמ' בפ' י"נ דקל"א ע"א במאי דאיתא התם הו"ל זה בירושה וזה במתנה לפירשב"ם והתוס' שם ע"ש אבל בש"מ שם כתב דמסתברא דבבריא ל"מ לשון מתנה דחד ל"ל ירושה דחד ובגמ' שם משום תנאי ב"ד הוא דמהני וכ"כ הרמ"ה בחי' שם ע"ש נקטי' דפלוגתא דרבוותא היא וא"כ הנכסים בחזקת ירושה דמקבל מתנה מקרי מוציא כנודע מפי ספרים וסופרים החובות נפרעין מהחצי הב' שהניח לשאר היורשין וכ"ש דבנ"ד כ' בשטר אח"ז ומעו"מ ילך בעל המתנה ויחזיק וכו' דכיון שלא סיים דבריו אלא בחד ל"מ לישנא דחד לאידך דדמי למ"ש הגד"ת שם ע"ש בדין שחידש מסברתו:

סימן סו

ע"ע מ"ש הע"כש חח"מ סי' ל"ד אין י"ב דק"ק פורטוגיזיס עוברין בל"ע כשמוכרין הבשר לא' מבני עמנו ובס' די השב סי' י"ג חלקו עליו אשר לא ך כדת:

ראיתי את השאלה ואת אשר נגזר עליה מאת ה' הפוסק עליון למעלה וכל דבריו נכונים ומוצדקים מימיו מים. חיים ממעיני הישועה ומלבד מ"ש ה' הפוסק נר"ו נ"ל דמ"ש הני זוגא דרבנן דאפשר ע"י קטן וגוי ליתא דקטן גם הוא עבד איסורא אלא דלאו בר עונשין ומה"ט ב"ד מ"ל למ"ד ולספות לו איסורא לכ"ע אסור מדאורייתא באיסורי דאוריית' וכ"פ מדברי התוס' בפ"ב דחגיגה די"ג ע"א בד"ה אין מוסרין שהק' ת"ל דעבר אלפני עור ותי' כגון שהיה מוצא גוי אחר שרוצה ללמדו ע"ש ומדנקטו גוי דלא שכיח ולא נקטו קטן משמע דקטן מ"מ עביד איסורא מקרי וג"כ שמעי' מדבריהם דלא כס' הפ"מ מדנקטו גוי וגם מ"ש הני זוגא דרבנן ע"י גוי ועומד ורואהו דליכא משו' בשמ"ה וחשבו דליכא אלא משום בשמ"ה ליתא דבמקום שאין מכריזין כשנמצאת טריפה אפי' עומד ורואהו כשלקח הבשר מישראל אסור לישראל אחר לקנות ממנו דחיישי' שמא מכר לו טריפה ע"י שיאמר לו ישראל המוכר כשר הוא דאי טרפה היא אסור משום גניבת דעת כדע' ר"ת בפג"ה דצ"ד ע"א דלא כרש"י שם דשרי ליקח ממנו כשמכר לו בסתם ובס' ר"ת פ' מרן בש"ע סי' ס"ה די"א והלבוש בסי' ס"ג הביא פלוגת' בזה ובסי' ס"ה סתם דבעי' שיאמר לו המוכר כשר הוא דאי בסתם שמא כשרואה שהקונה הגוי מוכר לו טריפה או בלי ניקור ועיין להט"ז שם בסי' ס"ה באופן דאפי' רואה שלקחו מישראל אסור לישׂ' אחר ליקחו ממנו עד שיאמר לו ישראל המוכר כשר הוא ועד שלא יסיח דעתו ממנו ישראל הרואה משום בשמ"ה דתרי איסורי איכא בדבר ועיין להש"ך סי' ס"ג סק"ה גם בלא"ה איכא איסורא דרבנן במ"ש מו"ה ע"הש ומ"ש הנהו זוגא דרבנן דבאיסורא דרבנן נקטי' דברי ה' א"ש כיון דלדידיה שרי ע"ש ליתא דכיון דטעמא דאסרו רבנן משום דהוי מסייע עוברי עבירה כמו שמבואר בדברי הרא"ש ריש שבת וכ"כ המג"א סי' קס"ג דאפי' לא קאי כתרי עברי דנהרא אסור משום מסייע ידי ע"ע ע"ש וא"כ מאי נ"מ אם לדידיה שרי ס"ס עוברי עבירה הוא הקונה ואפי' הר' א"ש מודה בזה דאסור מיהא משום מסייע יע"ע ולא כ' בנדונו דשרי להושיט אמ"ה דטמא' לב"נ אלא משום דאין מצווין להפריש ב"נ מאיסורא וליכא בהו משו' מסייע אבל בישראל ודאי דאסור לסייע ידי ע"ע אע"ג דלא עבר בל"ע לשי' הא"ש אבל מ"מ דבריו תמוהים ממ"ש הר"מ בפרק ג' מה' אבל ישראל המטמא הכהן עובר בל"ע אע"ג דלדידיה שרי תורה דא' מק"ק פורסוגיזוס המוכר בשר לאחד מבני עמנו וגורם להם לעבור על החרם שהחרימו הקדמונים כ"כ עובר בל"ע

כאשר הסכים הע"הש ומהתימה על הנהו זוגא דרבנן איך הרימו ראש נגד רבן של כל ישראל וחלקו עליו בדברים שאין להם סמוכין מן התורה:

סימן סז

שאלה שטר מתנה שכתוב בו כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח שהקניתי חצרי הגדולה הידועה לי לבני פ' ואגבן כל המטלטלין והספרים שיש לי מתנת בריא וכו' וגם השטרות שיש לי וכו' ולא כ' כך א"ל קני לך הני שטרי אגב דא"ק:

תשובה והאי כיון דלא כ' קני לך ל"ק שטרות כמ"ש כל הפוס' ומאי דאיכא לספוקי הוא אי קנה מקרקעי ומטלטלי אי מ"ל קיל כי"א שכ' המרדכי והביאו מור"ם בהגה סי' ר"ג כיון דבטלה מקצתה בטלה כולה כיון דהיורש מוחזק ונר' דל"מ למי' קי"ל בכה"ג דהאחרונ' נחלקו בד"ז אי המוחזק מ"ל קי"ל כהי"א הללו כמ"ש הכנ"הג שם וכיון דפליגי בקי"ל גופיה אי מ"ל קי"ל בכה"ג דהפלוגתא בקי"ל עצמה לא מ"ל קי"ל לכ"ע בקרקעות ובמטלטלין פלוגת' דרבוות' כמ"ש הכנה"ג בסי' כ"ה בדיני הקי"ל והסכים דבמטלטלין יכול לו' קי"ל אבל לא בקרקעות ע"ש וא"כ בקרקע המתנה קיימתא וא"י לו' קי"ל כיון דהפלוג' בקי"ל עצמה וכ"כ להדיא ה' בעי חיי סי' ע"ז בד"ה גופיה דא"י לו' קי"ל כהי"א הללו מט"ז ע"ש וכ"כ ה' בני יעקב בתשו' דקצ"ב ע"ב בפשי' ובדרכ"א ע"א ע"ש ומזה אני תמיה עמ"ש בס' בעי חיי בסי' קס"ד וז"ל ומזה נולד לי ס' אחר כיון דל"ק החובות אפי' המעו' והשטרו' והמטלטלי והקרקעו' ל"ק כמ"ש המרדכי וכו' וכמחלוקת בק"ס כך מחלוקת בקנין אגב כמ"ש מהרש"ח וכו' ואע"פ שמהר"ם אלשיך גם מהר"י הלוי כ' דסברא יחידאה ולא מ"ל קי"ל מ"מ בעל מ"צ ומהרש"ח כ' דמ"ל קי"ל וכו' ע"ש והוא תימה כיון דפליגי בקי"ל עצמה ומהרמ"א ומהרי"ל ס"ל דל"מ קי"ל היכי מסיק עלה דיכול לומר קי"ל כיון דמ"צ ומהדש"ח כ'. דיכול לו' קי"ל וצ"ל דלא קאי אלא אמטלטלי והשארה ולא הקרקעות שכללם בתחי' דבריו וניחא נמי דמייתי דל"ד בק"ס ממהרש"ח והרי מהרש"ח. שם לא כ' אלא בב' דברים שהקנאם באגב אבל בקרקע ומטלטלי דהקרקע הוא בק"ס והמטלטלי באגב מנ"ל נימא דב' קניינים חלוקים לכ"ע קנה מחצה ועפי"ה ניחא דלא קאי אלא אמטלטלי ושארה דכולן הקנה אותם באגב והם דברי מהרש"ח ממש נקטי' דהקרקע נקנה להמקבל מתנה דלגבי הקרקעות לא מ"ל קי"ל כהי"א הללו כיון דפלוג' דרבוותא היא מ"ל קי"ל ועוד דהקרקע נקנה בק"ס או במסירת השטר דשטרי דידן שטרי קנין הם כמו שסתם מרן בסי' קצ"א וכ"מ בדברי מרן בש"ע סי' רנ"ג ע"ש והמטלטלי והשטרות הם באגב אפי' דבטלו קנין השטרות קנין הקרקע

שריר וקיים אפי' להי"א ועוד כיון דכ' בכל לשון זכות ויפוי כח יש מקום לקיים גם קנין השטרות וכמ"ש המ"צ סי' יו"ד ואע"ג דגם בזה איכא פלוגתא דרבוותא מ"מ סניף גדול הוא לקיים מתנת הקרקע:

ועוד נ"ל להוכיח דדעת מרן בש"ע דלא כהי"א הללו ואנן בדידן דגרירי אחר דעת מרן א"י לומר קי"ל לכ"ע והוא ממ"ש בס"סי רמ"ח לתשו' הרא"ש כלל ע"ה סי' ב' דאם נתן כל נכסיו מקרקעי ומטלטלי ולא שייר ליורשין אלא ד' דינרים השטרות לא קנה דלא אמר קני לך וזכו בהם היורשים הרי דהשטרות ל"ק והשאר קנה וכ"מ ממ"ש בסי' ס"ו ד"ג איברא דהמ"צ ח"ב סוף סי' יו"ד כ' די"ל דהי"א הללו לא אמרו דל"ק השאר אלא בפירש בפי' הדברים שהקנה אותם דאמרי' מדבהא ל"ק בהא נמי ל"ק דמשטה הוא אבל בסתם כל נכסי לא אמרינן משטה דאפי' דשטרות בכלל נכסי י"ל כל נכסי המועילים בהם קנין קאמ' ואין שטרות בכלל דבריו ע"ש וא"כ י"ל דאין הכרע מדברי מרן דלא ס"ל כהי"א הללו בפי' דברים שהקנה אותם מיהו הא ליתא דממ"ש מרן וזכו בהם היורשי' דמילתא יתירתא כיון שכבר כתב דלא קנאם וע"כ דבא לאפוקי דלא נימא הפקר הן וכמו שמבואר בתשו' הרא"ש דממנה למד ד"ז ואי איתא דהכוונה היא דלא נכנסו השטרות בכלל המתנה מהיכא תיסק אדעתין דהוי הפקר ועוד כאן מיירי דאמר בפי' דלא שייר ליורשיו אלא ד' דינרים ע"כ דהכל נכללו בכלל המתנה וכמו שמתבאר מדברי הרא"ש בתשו' שם שכתב וז"ל ומה שנסתפקת אם השטרות של יורשיו או של הפקר כיון שלא נתן ליורשיו אלא ד' דינרים סילקן מכל הנכסים והרי הן הפקר וכו' ע"ש ויש להבין למה הוצרך לומר כיון שלא נתן ליורשיו וכו' הא בלא"ה שטרות בכלל נכסי כמ"ש בתשו' ההיא עצמה וצ"ל משום דאיכא למי' נכסי המועיל בהם קנין קאמר לכך הכריח מדלא שייר ליורשיו ש"מ דבכה"ג דלא שייר ליורשיו אלא ד' דינרים הכל בכלל אפילו מידי דל"מ בהו קנין ועדיפא מינה כ' מהל"י הלוי סי' ס"ו בשם החכמים דאפילו מידי דל"מ נכסי נכלל בכלל המתנה כיון דלא שייר ליורשיו אלא דינרים ואפילו מהרי"ל דחלק עליהם לא חלק אלא במידי דל"מ נכסי אבל מידי דמקרי נכסי אפילו ל"מ ביה קנין בכלל דבריו הוא מדלא שייר ליורשיו אלא ד' דינרים כמו שמתבאר בדברי הרא"ש ז"ל איברא דמהר"י הלוי שם כ' דאפילו הי"א לא כ"כ אלא בפי' דל"ל משטה אלא בפירש ע"ש ומשמע דאפילו היכא דודאי נכלל בכלל דבריו מ"מ בסתם ל"ל משטה ע"ש וא"כ י"ל דבפי' מודה מרן דל"ק כהי"א הללו מיהו הא ליתא דמהרי"ל שם בנה יסודו אמ"ש דהי"א ס"ל כמ"ש הראב"ד הביאו הריטב"א בחי' בפ"ב דקדושין דנא דאהא דפריך הגמ' הא נכריות מקודשות קני את וחמור הוא כ' דאע"ג דקי"ל כר"נ דקני את וחמור קנה מחצה

היינו בלא ידע דחמור הוא אבל בידע משטה הוא ול"ק כלום ובכולכם ידע להו וע"ז בנה יסודו מהרי"ל דכיון דסתם ולא פירש ל"ל משטה ע"ש ויש להבין לפמ"ש מהרי"ל דבסתם ל"ל משטה אלא בפי' מאי פריך הגמ' אכולכם קני את וחמור הוא הא כולכם סתם הוא ולא פי' וע"כ צ"ל דגבי כולכם כיון שהם לפניו ואמר כולכם מקרי שפיר פירש ופריך שפיר קני. את וחמור הוא וכ"כ מהרי"ל אח"ז ודברים מוכרחים הם והרי מרן בש"ע בא"ה סי' מ"א כ' בסתם דנכריות מקודשות ש"מ דאפילו פי' ל"א משטה דלא כהראב"ד ובכולכם הוי כפי' כמו שנתבאר מדברי הראב"ד ולא מצינו מי שחלק בזה נקטי' דלדעת מרן ליתיה לטעמא דמשטה וכ"מ מדלא חילק בסי' ר"י גבי קני את וחמור בין ידע ללא ידע ואי איתא לטעמא דמשטה הא בידע דאיכא חמור אמרי' משטה ול"ק כלום ואע"פ שכ' שם וי"א דאפילו נכריות ות אינם מקודשות וחשש לדבריהם להצריך גט ע"ש לא חשש אלא לגבי איסורא אבל לגבי ממונא לא וכ"מ דבממונא גרירי אחר מה שסתם מרן ומוציאין ממון אע"פ שכ' ס' החולקים בשם י"א ובגיטין וקדושין מחמירין ולא אזלי' בתר דעת מרן וחיישי' לכל הסברות אע"פ שלא הזכיר דבריהם בש"ע הרי דיש מקום להחמיר באיסורא טפי ממונא אע"ג דקי"ל. המע"ה ועיין להנ"ב חא"ה סי' ד' ועוד דכבר כתבתי דבסי' רמ"ח דמיירי בלא שייר ליורשיו אלא ד' ד דינרים הוי כמו פירש ממש ש"מ דאפילו בפי' ל"א משטה נקטי' דלדעת מרן ליתנהו להני כללי דכללי לן המ"צ ומהרי"ל ולפי ט"ז בנ"ד זכה מקבל מתנה במקרקעי ומטלטלי והספרים אע"פ שלא זכה בשטרות ועיין לה' קול אליהו ח"מ סי' ח' ע"ש ועיין למהרי"ל ז"ל בס' זרע יצחק שנדפסו בס' בני יוסף סי' ג' שכתב בחייב עצמו בדבר שב"ל ודשב"ל בלא קנין דלא קנה אפילו דבר שב"לע משום דקי"ל כהי"א הללו עש"ב והיינו משום דבמטלטלי עסיק מר אבל במקרקעי כבר נתבאר ד"לע קי"ל ומ"מ אפילו במטלט' כבר נת' דעת מרן ומהתימא על ה' שם דאפילו שהביא דברי מרן בש"ע דבחיוב בדשב"ל בעי קנין הוצרך לטעמא דקי"ל ע"ש והרי באתרא דידן דהוא אתריה דמר גרירי אחר דעת מרן:

אח"ז ראיתי לה' בעי חיי ס"סי ק"ד שכ' שאע"פ שהסכים בתשו' אחרת שבמטלט' יכו"ל קי"ל אפילו בדבר שפלוגתייהו בקי"ל עצמה מ"מ למעשה נר' דא"י לו' קי"ל אפילו במטלט' גם הביא שם פלוגתא דרבוותא בדבר הבא בשם יש אומרים אי מוכרח שהם שנים או אפילו על סברת יחיד יתכן לו' י"א וכיון שי"ל שהיא ס' יחיד אין לו' קי"ל ע"ש והשתא י"ל דגם המרדכי שהביא ס' הלזו בשם י"א יכול להיות שהוא יחיד ואין לו' קי"ל וגם יש לעמוד ע"ד מהרימ"ט שהביא הכנ"הג אי במתנה מודים הי"א דקנה מחצה ולאפס הפנאי לא עמדתי ע"ז ומ"מ ממ"ש נתבאר דהמתנה קיימת ודי והותר ועיין לה'

לחם שלמה די"ז ע"ג ועיין להתוס' בפ' י"נ דקכ"ו ע"ב בר"ה לא שכ' במכר חלק פשיטות ובכורתו דאע"ג דבחלק בכורה לא מהני בחלק פשיטותו מהני וכן הסכימו כל הראשונים זולת רשב"ם ועיין לה' ב"ד ח"מ קי"ז:

סימן סח

א' כ' התוס' בסוף זבחים דלרבה דס"ל בנשחטה בדרום דירדו אם משלה בהם האור לא ירדו ע"ש וק' דא"כ מאי פריך בריש מעילה לרבה אמאי מועלין בהם כיון דלא קדישי ע"ש נימא כיון דבמשלה בהם האור לא ירדו ע"כ דקדישי ומ"ש מעלו לא ירדו לר"י דניח"ל דמועלין בהם ומ"מ נר' דבשאר פסולין כגון נשתטה בל בלילה. וכיוצא אם משלה בהן האור לא ירדו ול"ד לשחטה בדרום דהוי כמאן דחנקינהו כדאיתא התם וכן ראיתי להמש"ל בפ"ג מה' פס"המ דין ו' שכתב גבי נשחטה בלילה דלא ירדו במשלה ע"ש ואני מסתפק באיסורי מזבח כגון רובע ונרבע ובע"מ ומחוסר זמן אי ירדו אפילו במשלה דודאי הני גריעי כיון דלא היה פיסולן בקדש ועיין בזבחים דפ"ד ע"א בפלוגתא דר"י ור"ש ע"ש ואם אמת הוא דהני ירדו אפילו במשלה ניחא שפיר מ"ש הר"מ שם בה' פס"המ בר"פ ז' ע"ש להלח"מ ונ"ל להוכיח דגם בהני לא ירדו במשלה ממ"ש התוס' בחולין דפ"א ע"א שהק' אמאי אצט' קרא ליום להקרבה ת"ל מביום צותו ותי' דנ"מ לשחט בלילה דאי לאו משום מח"ז הוי דינא דלא ירדו וכ' דלא ניחא בזה אלא לר"ש ע"ש ואי איתא הא גם לר"י ניחא שפיר דאי משום לילה דינא הוא דלא ירדו במשלה אבל משום מח"ז ירדו אפילו במשלה אלא ע"כ דגם במח"ז לא ירדו במשלה וה"ה לשאר א"מ דחד דינא אית להו כדמוכח בר"פ פרת חטאת וע"ש בחידושי' במסכת חולין:

ב' כ' התוס' בפ"ק דמציעא ד"י ע"ב בכהן שקדש אשה גרושה ע"י שליח דאי אמרי' אשלד"ע לא הוי שליחות ובטלי הקדושין ע"ש וק"ל מהא דאמרי' בפ' הלוקין די"ו ע"א דמ"ל ביטלו באונס שקבל לה קדושין מאחר ופריך אי שויתיה שליח איהי קמבטלא ליה ע"ש והשתא הא הוי שליחות לד"ע דע"י הקדושין יבטל העשה דולו תהיה לאשה והיכי קרי ליה ביטלו הא הקדושין לא הוו קדושין ן ואע"ג דהיא אינה מוזהרת דהא אי אמרה לא בעינא ליתיה לעשה כלל מ"מ ד"ע הוא לגבי הבעל שהוא השליח ואשלד"ע דהא טעמא הוא משום דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וכיון דלדידיה ד"ע הוא שייך ה"ט ושליחות שעשתה לקדשה לא הוי כמי שאמרה לא בעינא כדמשמע מפשטא דשמעתא שם בפ' הלוקין וטעמא דמצד הבעל הוא ולא מצדה דכיון שהוא גירשה עשתה

שליח לקדשה והדק"ל אמאי הוו קדושין ומכח קו' זו היה נ"ל דלא שייך אשלד"ע אלא בל"ת ולא בביטול מ"ע והצ"ת:

ג' במאי דקי"ל האנשים מוציאין את הנשים י"ח בב"המז נר' דדוקא אם הזכירו האנשים ברית ותורה אבל אם לא הזכירו ברית ותודה כיון דבכה"ג אין מוציאין את עצמן אין מוציאין את הנשים אע"ג דנשים גופיהו אין אומרים ברית ותורה ויש ללמוד דין זה מהירוש' דפ' הקורא את המגלה דאמרי' התם מי שיודע אשורית ולעז אינו מוציא את מי שא"י אלא לעז כשקרא לו בלעז כיון שהוא גופיה אי בכה"ג דמי למי שאינו מחוייב בדבר דאינו מוציא אחר י"ח ע"ש וה"נ דכוותא דאין. מוציאין את הנשים אלא דוקא אם הזכירו ברית ותורה והנשים יוצאות במה ששומעות ממנו ב"המז ומתכוונות לצאת בזה ואינ' מכוונות לברית ותורה שאמר המברך ויש להוכיח ספיקו של ה' ברכ"י שנסתפק אם א' אכל כסנין וגפן ועץ דמברך ברכה א' מעין ג' על ג' ואחד השומע לא אכל כ"א שנים מהם אם יצא י"ח השומע בזה אי תרתי מתלת אתיא או לא ע"ש והרי הכא גבי ב"המז דיוצאין במה ששומעין אפי' דהמברך הזכיר ברית ותורה ויש לחלק:

ד נכרי אדעתא דנפשיה עביד אי ספיקא הוא או ודאי:

הנה מרן בכ"מ בפ"ג מה' גירושין דין ט"ו כתב דאיכא לספוקי שמא עביד לשמה וכ"כ הת"הד סי' רכ"ח ע"ש:

ונ"ל מדברי התוס' דליכא שום ספיקא בדבר דודאי לא עביד לשמה והוא ממה שהקשו במנחות דמ"ב בד"ה אל ימול אמאי אצט' וקשרתם ת"ל דנכרי אדעתא דנפשיה עביד ע"ש ואי איתא מאי קושיא נימא דאתא קרא למפסליה בודאי ונ"מ לנמצא ביד גוי דאי ספיקא הוא הו"ל ס"ס שמא כ' ישראל:

ואת"ל כ' הגוי שמא. כ' לשמה וכי פסיל ליה מוקשרתם ליכא אלא חד ספיקא מיהו לפמ"ש התוס' בפ' השולח דמ"ה ע"ב דלמ"ד נמצא ביד גוי קורין בו דמסתמא ישראל כתבו ליכא שום נפקותא ומדברי רש"י שם בפ' השולח שגתב דטעמא דקורין בו משום דהוי ס"ס ע"ש אין להוכיח דאיכא לספוקי דילמא עביד לשמה די"ל דס"ל דס"ת סתמא. לשמה קאי כמו שנר' מדברי התוס' שם בד"ה עיבור אבל בגירושין דסתם לאו לגרושין קיימא י"ל דודאי לא עביד לשמה ועיין למהריק"ש בהגהותיו בא"ה סי' קכ"ג ע"ש והפר"ח שם הסכים דס' הוא שמא אינו עושה לשמה והוכיח כן מדברי רש"י בפ"ב דגיטין ע"ש ובזה י"ל מה שהק' הפר"ח בה' פסח סי' ת"ס דין א' עמ"ש הב"ח דמי שאין לו בלילה א' אלא מצה שנעשית ע"י גוי אוכל ממנה דאיך יניח מ"ע דאורייתא:

מפני איסור דרבנן והק' הפר"ח הא שימור לשם מצה דאורייי' ונכרי אדעתא דנפשיה עביד ע"ש ומן האמור י"ל כיון דגוי ס' הוא אי עושה לשמה א"כ לדעת הר"מ דחומר הספיקות מדבריהם לא הוי אלא איסורא דרבנן ושפיר כתב הב"ח דלא יניח מ"ע דאורייי' מפני איסו' דרבנן ואפי' להסו' דחומר הס' מדאורייי' מ"מ מספיקא מחוייב לאכול דשמא מקיים בכך מ"ע דאורייתא:

ה' ראיתי לה' קדושת יו"ט סי' שהק' עמ"ש הר"מ בספק מעילות אינו חייב בתשלומין דממ"ש בהלכות ערכין האומר הרי עלי זהב חייב ליתן עד שיאמר לא לכך נתכוונתי הרי דספיקא לחומרא ותי' דשאני גבי ערכין דמ"מ ברי שחייב מקצת אבל ס' מעילות ספק אם חייב כלום ע"ש וק' דא"כ מאי פריך הגמ' ס"פ הזרוע דקל"ד מתני' דחורי הנמלים אמתני' דגר שנתגייר ועיין בהר"ן בפ"ק דנדרים ד"ז גבי יד לצדקה:

ו' ביו"ד סי' ש"ה כתבתי בגדל הבן ורוצה לפדות עצמו והאב רוצה הוא לעשות המצוה ע"ש עתה ראיתי בתשו' הרשב"א ח"ד סי' שכ"א שהאריך. בזה ומסיק דאב עדיף ומצוה דידיה היא ע"ש:

ז' ב' התוס' בפ"ק דחולין די"ד דבפעם א' לא הוי מומר ועיין תשו' מהר"ם מלובלין סי' ט"ו וק' דמהגמ' במס' ע"א דכ"ו ע"ב מוכח דבפ"א הוי מומר דמוקמי' לברייתא דאכל פרעוש א' במומר לתיאבון דבעי לטעום טעמא דאיסורא משמע דבפ"א מיירי ע"ש בתוס' וקרי ליה מומר ולפמ"ש הט"ז בי"ד סימן רנ"א יתיישב שפיר:

ח' כתב מהריק"ש בס' אהלי יעקב סי' ן' דאין ביד האשה למחות מלדור עם חמותה אלא דוקא אם גורמת קטטה וכיוצא והוכיח כן מדברי. הר"מ בפי"ג מה"א איברא דשם מיירי בדירה בחצר א' אבל בלדור עם חמותה בבית א' אין משם ראיה אלא דמהריק"ש השוה את מדותיו דאפילו בבית א' א"י למחות אלא אם גורמת קטטה וכיוצא ע"ש ומהרימ"ט בסי' קי"ג כ' דיכולה למחות מלדור בבית א' ואפילו אינה גורמת כלום כיון דחמותה היא מה' נשים דשונאות אותה אינה מחוייבת לדור עמה בבית א' ע"ש הרי ך הדבר במחלוקת הוא שנוי:

ט' הרב אדמת קדש ח"ב בראשו מסתפק במאי דאמרו לא תנשא ואם נשאת לא תצא אם גירש אי מותר להחזירה לכתחי' ולא השיב ע"ז כלל ע"ש והדבר מבואר בירוש' ספ"ב דיבמות בנטען וכיוצא דאם כינס לא יצא גירש מהו שיחזיר והשיב דאם לא יחזיר מוצא אתה לעז על בניו משמע דאם אין לו בנים אסור להחזירה וכ"פ כל הפו' בא"הע סי' יו"ד ע"ש וקצת משמע כן ממתני' שם בסוף הפ' דלא קתני אלא אם נשאו לאחרים ונתגרשו מותרות. לינשא לזה ע"ש וכ"מ בגמ' בס"פ חזקת דאמרי' איסורא שאני דגבי איסורא

דכיון דאינו בונה לכתחילה אם נפל אסור לחזור ולבנות ע"ש מיהו לפמ"ש התוס' שם אין משם ראיה ויש לכוין דבריהם בפירשב"ם שם ע"ש ולפי"ז גם מה שהביא ראיה משם מהרימ"ט סי' קי"ד גבי היזק ראיה בפלוגתא דרבוותא דספיקא הוא אם נפל חוזר ובונה אותו ע"ש אין משם ראיה ועיין להמש"ל בהלכות עדות שנסתפק אי בספיקא דדינא אמרינן אוקי אחזקתיה ועיין מ"ש בחידושי' בנדרים ד"ז ע"ש:

י' כתב הרא"ם בתשו' סי' י"ו כשהאחד מוחזק מן הדין והאחד ממנהג הזוכה מהדין חשיב מוחזק וה"ד ה' אהלי יעקב סי' ן' ע"ש וכיוצא לזה מצינו בבן המצר. דהלוקח מקרי מוחזק משום דמדינא היא של הלוקח ומשום ועשית הטוב והישר הוא דמחזיר לבן המצר כדאיתא בדברי הראשונים וכמ"ש בב"י סי' קע"ה ע"ש:

י"א כתב הרדב"ע ח"ב סי' קל"ב שותפין שמת אחד מהם בטלה השותפות אפילו לנשארים ע"ש טעמו ודבריו סתראי למ"ש שם בסימן ק"ך דחד טעמא שכ' בסי' קל"ב משום מזלא דבי תרי עדיף שייך גם בנדון דסימן ק"ך ע"ש וכן הסכים מהריק"ש בתשו' סי' ע"ד דבטלה גם לגבי הנשארים דלא כמהרשד"ם סי' קנ"ג ע"ש להכנ"הג סימן קע"ו אות קצ"ד וקצ"ז ע"ש:

י"ב יש לחקור בהא דאמרי' כל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון אי אמרי' כן אפילו במילתא דבדאורייתא גופה אינה. אלא מדרבנן או דילמא דוקא כעין דאורייתא בדינין שהם מדאורייתא ובענין ח"ש כתבתי בפשיטות דאי ח"ש דרבנן לא הוו גזרי רבנן ח"ש אפילו במילתא דרבנן ע"ש וכ"נ מדברי התוס' בפ' ע"פ דקי"ד ע"ב בד"ה אכלן ע"ש במהרש"א ועיין להשע"ה בה' תרומות דכ"ג ע"ב ע"ש:

י"ג בשר וחלב אי הוו ב' מינין עיין להפר"ח ביו"ד סי' צ"ח ונ"ל ראיה מדאמרי' בזבחים דק"י המקריב קדשים ואימורין בחוץ חייב ופריך בגמ' והא איכא חציצה ומשני רבא מב"מ אינו חוצץ הרי להדיא דבשר וחלב מב"מ קרי להו וי"ל:

י"ד נשבע ע"ד רבים אין לו הפרה כמו נדר ץ כ"נ מדלא חשיב לה בשבועות דכ"ה בהדי חומר דנדרים משבועות ובדכ"ט אמרי' לא ע"ד אני משביע אלא ע"ד וע"ד המקום וי"ל מדאמרי' בדכ"ד דפריך ליחשוב שבועה ומשני מידי דאיתא בשאלה ל"ק והשתא ליחשוב נשבע ע"ד רבים וכן י"ל בגמ' במכות דכ"ב ע"א ע"ש וי"ל:

ט"ו תרי ותרי מוקמי' אחזקתיה אי איכא חזקה ץ ועיין להתוס' ביבמות דפ"ח ע"ב והבא וכו' ועיין למהרש"א שם שנעלם ממנו דברי התוס' בבתרא דל"ב ע"א בד"ה אנן שכ' כיון דאיכא עדים המכחישין דייקא ואיכא חומרא אם תעמוד תחת בעלה בטענת בריא שלה

ע"ש וזהו כוונת התוס' בע"א ביבמה שהביא מהרש"א ז"ל דהתם נמי דייקא קצת כמ"ש התוס' שם ע"ש ועפי"ז אין דבריהם סותרין:

ט"ז מבואר בבתרא דל"א דטעמא דר' מנחם דאמר אם באו עדים ואח"כ נשאת תצא משום זילותא דב"ד ועיין בתשו' חכם צבי בסימן ב' וג' ע"ש:

י"ז ה"דא בקונט' ט' דפ"ו ע"ד תמה דביבמות דמ"א אמרי' אם יבא אליהו וכו' ובבכורות דל"ד ל"ל האי סברא אלא ר"א ע"ש ונ"ל דשאני ההיא דבכורות דכתיב לך דבעי' הראויה לך עכשיו דכה"ג כ' התוס' בפ"ק דבכורות ד"ט ע"ב בד"ה ותנן גבי עריסותכם ושללה ע"ש:

י"ח כתב הר"מ בה' מלכים דב"נ מוזהרין גם על הבשר מן החי וכ"מ בגמ' בחולין דקכ"ט ע"ב וע"ש להר"ן בחי':

י"ט דעת הר"מ בה' מ"א דחלב מותר בסחורה מקרא דיעשה לכל מלאכה ונחלקו האחרונים בחלב בהמה טמאה אי קרא לא איירי אלא בטהורה או לא ע"ש ומדברי רש"י בחולין דקכ"ט ע"א בד"ה וחלב נר' דלא איירי קרא אלא בבהמה טהורה ע"ש:

ב' ר"י בר יוסף ל"ל דאמר ר"י הלכה כסתם משנה ורבב"ח אית ליה כ"מ בגמ' בחולין דמ"ג ע"א וזה סותר. למ"ש מגמ' בפ' הזורק דפ"א ועיין לה' דברי אמת בקו' ג' די"ב ע"ב וע"ש שנסתפק ברבין אי אית ליה האי כללא:

כ"א משנת ראב"י קב ונקי דוקא אי פלוג יחיד עליה כ"כ הר"ן בפ' שבועת הדיינין והכ"מ בפ"א מה' שמיטה ועיין להב"י בהלכות שופר ולהד"א בקו' די"ג ע"ד ע"ש:

כ"ב ס' דרבנן ואפשר לברורי אי אזלי' לקולא נר' ץ להוכיח מדאמרי' בנדה דס"א ע"ב האי מאן דרמי חוטי דכתנא בגלימא דעמרא ולא ידיע אי נתקיה שרי משום דמדרבנן הוא אע"ג דאפשר לברורי ע"י צביעה כדאיתא התם לעיל מזה ואפשר דלא מקרי אפשר לברורי כיון דצריך הוצאות לברורי דכה"ג כתבו הפו' בי"ד סי' ק"ב גבי דשיל"מ ע"ש ועיין להר"מ בפ"י מה' כלאים דין כ"ז ע"ש:

כ"ג כתב מהרש"א בס"פ תמיד נשחט דהא דאמרי' עולין אין מבטלין זא"ז דוקא בשניהם כשרים אבל א' מהן פסול לא ע"ש ועיין בפ' התערובת בהא דנתערב דם תמימין בדם בע"מ ע"ש בפירש"י ז"ל ובפ"ב דזבחים דכ"ה ע"א אמרי' השוחט צריך שיגביה ידיו למעלה כדי שלא יפול הדם שעל הסכין דפסול הוא והיכי עביד ליה מכפר ליה. בשפת המזרק וע"ז נק' כפורי זהב ע"ש ולדברי מהרש"א הא מתבטל הוא ואמאי צריך לכפורי במזרק ואי משום ביטול לכתחי' הא כי לא מכוין לבטולי לית ביה לתא דאין מבטלין

איסור לכתחי' כמ"ש הטור ואף אם נאמר כיון דפסיק רישיה הוי כאלו מכוין מ"מ ק' להסו' דמדאודיית' מבטלין איסור לכתחל' מכפורי זהב דכתיב בקרא וי"ל:

כ"ד יש לחקור מי אמרי' בנשבע לבטל המצוה מילתא תלי כדאמרי' גבי איסור חע"א ועיין למהרש"ך ח"ב סי' פ"ב בסופר ע"ש.

כ"ה במה שהסתפק המש"ל בה"ח בפ"ז אי תרומה נטמאת בטומאה דרבנן אי יש בה מיתה או עשה ע"ש יש להוכיח. מדאמרי' בחולין דקכ"ט דה"ט דר"ש דנשחטה הבהמה לא הוכשרו בדמיה משום אוכל שא"י להאכילו לאחרים וקשה הא מדאורייתא שרי לאוכלו ואין בו אלא מצות פרוש מדרבנן כדאיתא בדע"ד ע"ש בפירש"י אלא ע"כ דאסרו חכמים א"י לאוכלו קרי' ביה מדאורייתא ולגבי ב"נ דל"ג רבנן מ"מ אסיר להו מדאורייתא דלדידהו דבמיתה. תליא מילתא הוי נשחטה כמו מיתה דקי"ל מיתה עושה ניפול ודוקא גבי ישראל דאפילו מפרכסת:

דחיה לכל דבריה ניתרת ובאותה שעה שמפרכסת עושה ניפול ומה"ט הוא דאמרי' מיתה עושה ניפול ואין שהי' עושה ניפול ועיין להתוס' בדקכ"ט ע"א בד"ה טומאתה:

כ"ו ר"י ס"ל יש שחי' לעוף מ"ה כ"מ מפשטא דשמעתא בנזיר דכ"ט אך במנחות דמ"ה מדלא אוקמה לקרא דנבילה וטריפה כרבינא משמע דס"ל אשלמ"ה ומבואר שם בנזיר דר"ל ס"ל אשלמ"ה אך לפמ"ש התוס' בחולין דכ"ח לרבי יכול להיות דגם ר"ל ס"ל ישלמ"ה ורבינא ס"ל אין שלמ"ה במנחות שם ואביי ורבא נר' מגמ' דחולין ד"כ ע"ב דס"ל אשלמ"ה דאל"ה קשה הא הוי נבילה אפילו בלא מפרקת ותנא דבי לוי ס"ל ישלמ"ה כ"מ מגמ' בזבחים דמ"ד ע"ש:

כ"ז כ' הב"י בא"ח סי' ל"ב דכתיבת תפילין ביד שמאל כשירה ומדברי התוס'. במ"ק די"ט שכ' גבי ח"המ דבתפילין לא שייך בו שינוי דבעי' כתיבה תמה נר' דביד שמאל פסול ואפשר משום דלכתחילה לא יכתוב אלא בימין

כ"ח כתב הר"ן בהלכות בפ"ק דגיטין בשמעתא דמעמד ג' במאי דאמרי' משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך דלא שייך בהא דין ברירה משום דאפשר דמשתעבד לכולהו בז"אחז וכ"כ הריטב"א בחי' שם ע"ש ונ"ל דלזה כוין הנ"י בסוף בתרא. דקע"ב בשמעתא דממך אפילו מריש גלותא ול"ק:

מה שהק' ע"ד מהר"א ששון סי' קכ"ב ע"ש:

כ"ט כתב הרא"ש בתשו' כלל ס"ח היכא דכתב

בשטר דמשתעבד לכל המוצא שטר זה אע"פ שלא הזכיר שם המלוה מהני וה"ר ממעשה דגולית וכו' ע"ש וכ"כ בכלל י"ג סימן ך' ולפמ"ש מהרימ"ט ח"א סי' כ"ב דמדין שכירות

היא אין משם ראיה שו"ר למהרימ"ט בח"ב חח"מ סי' כ"ג שכ"כ ועיין להמח"א סוף ה' ערב ע"ש:

ל' כופר דמי הנרצח אי משתעבד לכתובה וב"ח מהרימ"ט חא"ה סי' מהר"ם לובלין בתשו' סי' פ"ו ע"ש:

ל"א כתב מהרשד"ם ח"מ סי' שע"ט אם א"י המאנה שאנאו נשבע שא"י ונפטר דהוי כאומר מנה לי בירך והלה אומר א"י אבל בס' מקור ברוך סי' נ"ה חלק בזה דכה"ג הוי כאומר א"י אם פרעתיך ע"ש ומתשו' הרדב"ז ח"ה סי' ב' אלפים ק"ל נר' כמהרשד"ם בדם י"ל בדבריו דנדונו אינו טוען בריא אלא ע"פ סעד ובכה"ג אפילו כאומר אלי אם פרעתיך פטור כמ"ש. בס' מקור ברוך סי' נ"א ונ"ד ע"ש:

ל"ב אחד מהשותפין שרצה למכור ועיכבו שותפו ואח"כ הוזלה אינו חייב המעכב דגרמא היא מהר"ם ב"ב בתשו' הקצרות סימן י"ו וראיתו מגמ' דגיטין ספ"ג נ"מ לשותפין ע"ש:

ל"ג גוי הבא. על בת ישראל:

דקי"ל הולד כשר משמע מדברי רש"י בס"פ האומר בקדושין דס"ח ע"ב דדוקא לכשיתגייר ע"ש אבל מדברי הגה"מי בפי"ב. מה' תפלה והובא בב"י א"ח סימן רפ"ב שכתב דכנעני שהיתה אמו מישראל עולה למנין שבעה לס"ת דגוי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר ע"ש משמע דכשר אפילו לא נתגייר ולפמ"ש בס"ה משמרות כהונה שם בקדושין לחלק בין עבד לגוי א"ש דל"פ אדברי רש"י דבעבר מודה דש"י מיהו ק' דאפילו למ"ד הולד ממזר הא קי"ל דממזר עולה לתורה וכמ"ש מהר"ם מפדואה ופ' מור"ם שם בסי' רפ"ב:

ת"ו ש"ל ב"ע

סי' מ' ש"וט ע"ד הר"מ בפ"א מה' חו"מ

סי' מ"א על האי דקי"ל כל הנקברין אפרן אסור אי דאורייתא או דרבנן.

סי' מ"ב במבער אש תחת הקדרה בשבת אי חייב ב או א'

סי' מ"ג אי ישראל מומר איתיה בשליחות סי' מ"ד ישראל שמכר פרה מבכרת לגוי לפוטרה מבכורה וקנה ממנה בכסף ולא משך

סי' מ"ה סומא שכתב גט לאשתו במדינה זו ורוצה להוליכו לה למדינה אחרת

סי' מ"ו פלפול בענין אחע"א

סי' מ"ז כהן שהודה שבא על הפנויה והרי היא מעוברת ממנו אי שרי לישא אותה

סי' מ"ח ש"וט ע"ד הרדב"ז בהא דקי"ל הפוגם שטרו וע"א מעידו שהוא פורע אדם מוריש לבניו שבועה

סי' מ"ט בענין מכירת הכמפי'אל אי אית ביה משום רבית
סי' נ' לאו הבא מכלל עשה אי הוי עשה לענין הדחיה
סי' נ"א גזל ונתיאשו הבעלים אי מקרי ממונו לקדש בו האשה
סי' נ"ב ש"וט ע"ד הריטב"א בפ"ק דקדושין בענין קנין אגב
סי' נ"ג בהא דקי"ל האשה שהלך בעלה למ"הי ובאו וא"ל מת והלכה ונשאת ואח"כ בא בעלה תצא מזה ומזה אי האי דינא איתיה בקטנה שהשיא לה אביה
סי' נ"ד ש"וט ע"ד הר"מ בפ"ח מה' נזקי ממון.
סי' נ"ה ש"וט ע"ד הר"מ בפ"ג מה' שכירות
סי' נ"ו אשה שגנבה מן הגוי אי זכי בהו בעלה
סי' נ"ז אונסא דשכיח ואיכא אומדנא
סי' נ"ח סתם נתינה אי בכ"ש או אית בה שיעורא
סי' נ"ט בא' שנתן ב' ניירות לסופר לכתוב לו גט ובירר א' מהם הסופר אם יש לחוש לדין ברירה
סי' ס' בעיסקא דנאמן לומד החזרתים לך
סי' ס"א בראובן שיש לו עיסקא ביד שמעון ומת שמעון ובאו הגוים ולקחו כל עיזבון שמעון בחוב שיש להם עליו ועמדה אלמנת שמעון נגדם למשפט בדיניהן ויצא משפטה שכתובתה קודמת להב"ח ועמד ראובן פעל הסחורה ותבע את האלמנה בד"ת ליטול הסחורה מהעיסקא שלו
סי' ס"ב בא' שמת ואחר מותו מצאו כ"י א' בתוך כתביו שהקדיש קרקע שלו אחר העדרו לקבוע לו ישיבה
סי' ס"ג "וט ע"ד הירוש' בפ' "הע
סי' ס"ד אם כתובה נגבית מדמי הנהרג שלקחו מן ההורג
סי' ס"ה במתנת בריא שכ' בה נתתי חצי החצר ליורשי פ' והחצי הנשאר הנחתי לשאר יורשו
סי' ס"ו בענין הק"ק פורטוגיזיס כשמוכרין הבשר לק"ק תואנסא אי עוברים משום לפני עור
סי' ס"ז שטר מתנה שכתוב בו נתתי חצרי הגדולה לבני פ' ואגבה כל המטלטלין והספרים שיש לי וכו' וגם השטרות אשר ולא כ' בו וכך א"ל קני לך הני שטרי אגב דאק'
סי' ס"ח כולל בו ל"ג ענינים מפורדים

שאלה בת שכתבה לאחיה בעת נשואיה שטר שלא נשאר לה אצל אחיה מעישור נכסיה שום תביעה וטענה ואח"ז נודע שעישור נכסיה עולה כפלי כפלים ממה שהכניסו לה בכתובתה:

תשובה נראה ברור דיכולה לתבוע שארית עישור נכסיה מאחיה דנר' מלשון השטר דלא מחלה כלום אלא שסברה שכך הוא עולה וכיון שנתגלה שעולה לסך גדול הודאה בטעות היא ואפילו נימא דלשון מחילה הוא מ"מ הרי מחילה בטעות היא ולא הויא מחילה וכמ"ש מהרי"קו בשורש קי"א ומהרשד"ם ח"מ ס"י ואע"פ שנדונם היה כשאמרו לה אחיה בתחי' שעישור נכסיה הוא פחות ממה שהכניסו לה בנדוניתה וע"פ דיבורם הוא שמחלה מ"מ מבואר בדברי מהרי"קו שם דאפילו לא אמרו לה כלום כך הוא הדין דאומדנא דמוכח הוא דהיתה סבורה שלא יש יותר דלא שקיל איניש מגמלא אונה ע"ש בד"ק ועוד מט"א דהמוחל צריך שיקצוב דבר הנמחל כמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ב סי' רע"ח והביאה הב"י ססי"ב שצריך שיאמר יודע אני ששוה יותר ע"ש ונ"ל שיאמר יודע אני ששוה מאתים וכלשון הברייתא דפ' הזהב שהביא שם כמ"ש מהרימ"ט סי' מ"ב ומבואר שם דלאו מכח סברת הר"מ דאין אדם מתחייב בדבר שאינו קצוב אלא משום דכל שלא כ' כן הויא מחילה בטעות כמ"ש הכנ"הג ח"ב בסי' י"ב ובתשו' סי' ק"צ עש"ב וכ"ש בנ"ד דאינך מעות שנתגלו עתה לא ידע סכומם אפילו מורישם שהם בבאנ"קו של ערי ארום ולא מורישם מתעסק בגבייתם כלל דהכל הוא ביד אחיו הגדולים כידוע ומפורסם ואומדנא דמוכח דלא יש לה ידיעה להבת הלזו סכומם ובפרט אם נשאת בעודה קטנה דלדעת הראב"ד בפכ"ט מהל' מכירה דאין מחילת קטן כלום וכ"נ דעת רש"י בכתובות אמתני' דיתומה שהשיאוה אחיה יכולה היא משתגדיל לתבוע ע"נ שכ' רש"י דקטנה לאו בת מחילה ע"ש וכ"כ הר"ב בש"מ שם לדעת רש"י לחד פי' ע"ש:

מיהו לאידך פי' שפי' בדברי רש"י דדוקא לענין דלא אמרינן מסתמא מחלה אבל אם מחלה בפי' גם רש"י מודה דמהני מחילה והר"מ בפ' ט' מה"א כתב טעמא משום דקטנה לאו בת מחילה היא ע"ש ואם מחלה בפי' מהני גם בקטנה ודע דאם הנדון שלפנינו נשאת ובוגרת לא היה לו להשואל לשאול מכח השטר שכתבה להם דבלא"ה כיון שלא מחלה בעת הנישואין מחלה כמו שמתבאר שם בגמרא דכתובות וכ"פ כל הפוסקים ומ"מ בנדון דידן בכל גוונא ואפילו מחלה בפי' הוי מחילה בטעות אי משום אומדנא כדברי מהרי"קו אי משום שלא קצב לו סך הנמחל ויכולה היא להוציא מידם שארית עישור נכסיה וראיתי להרדב"ז ח"א ס' קל"ו שעמ"ש הר"מ בפ' ט"ו מהלכות מכירה עד שיאמר כל מום שימצא במקח זה הפוחת מדמיו עד כך וכך קבלתי אותו שהמוחל צריך

שידע דבר הנמחל וכ"כ הרדב"ז שהוא אזיל לשי' דאין מתחייב בדבר שאינו קצוב ע"ש ומן האמור נתברר דד"ז כ"ע מודו בו משום דהוא מחילה בטעות לכך צריך שיקצוב הסך שמוחל בו:

שאלה אחד שאמר לחבירו זבין לי סחורה פ' והשליח מנה שליח אחר לקנות לו וקנה השליח השני במעות המשלחו שהוא השליח הראשון שהיו אצלו:

תשובה נראה שמצד שלא נתן השליח הראשון מעות קנה כמ"ש הטור בסי' קע"ג בשם הרמ"ה דאי אמר זבין לי מידי וזבן זכה המשלח ואפילו נתן השליח מעות משלו ופסקו מרן בש"ע ונראה מדבריו דאפילו אמר לעצמי כוונתי לקנות מעיקרא לא מהני אלא צריך עדים וכ"כ הב"ח ואע"פ שמדברי הסמ"ע אין נראה כן ע"ש דמ"ש ליישב דברי מור"ם בהגה לא כ"כ אלא לדעת מור"ם אבל מרן בש"ע מצריך עדים ולפ"ד הב"ח בתשו' סי' י"ט גם דעת מור"ם כן דצריך שיגלה דעתו בפ' עדים ע"ש ואין לומר דאפילו הרע"ה לא כ"כ אלא אם קנה השליח עצמו במעותיו דגילה דעתו דניחא ליה למיקם בהימנותיה שהבטיחו לקנות לו אבל כשקנה השליח הב' מדעתו במעות משלחו לא הא ליתא דכיון דטעם הרמ"ה משום דכשא"ל זבין ליה כמי שאמר ליה זכי א"כ לדעתם הוא לקנות במעותיו של השליח כמ"ש המח"א בה' שלוחין סי' י"ח א"כ דעתו הוא לפרוע משלו ומה שעשה שלוחו עשוי ואין לומר כאן מי הודיעו לבעל החטין וכו' במערבא בפ' הגוזל דק"ב דלדידן דלא קי"ל כמערבא אלא כר"י דס"ל דדעת בעל החטין לקנות לבעל המעות וכמ"ש בש"ע הרא"ש והרשב"א ע"ש גבי עובדא דריש גלותא דבסמוך והכא כיון דדעתם להלות לו משלו הוי שפיר בעל המעות וכן צ"ל בדעת הרמ"ה והוי כמאן דאוזפיה כמ"ש הטור בשמו מיהו לפי מה שמתבאר מדברי הרשב"א ח"ב סי' שצ"ט וטעמא משום דלא בעי' דעת בעל החטים אלא דעת השליח דמתכוין לקנות להמשלח ע"ש וכ"כ מהרימ"ט סי' קי"ו ע"ש וא"כ בנ"ד דהשליח הב' אינו מכוין אלא לקנות להשליח הא' ל"ק המשלח והמח"א הק' ע"ז מגמ' דמייתי מהצבע ע"ש ולמ"ק דשאני ההיא דצבע דלא יוכל הבעל לזכות לאשה בשלו בגד הצבוע אלא ע"י אחר כמ"ש הרא"ש שם ועי"ל בע"א וע"ש בתוס' זכינו לדין דנ"ד במחלוקת הוא שנוי דלהסו' דלדידן דקי"ל כר"י דעת בעל החטין להקנות לבעל המעות גם כאן קנה בעל המעות שהוא המשלח הא' אבל להסו' דהטעם הוא משום דהשליח מכוין לזכות לשליח הא' ל"ק המשלח משום דלא כוין לו ועוד דשינה דלא הי"ל לעשות שליח במקומו ועיין להמח"א בהלכות שלוחין סי' י"ז ע"ש:

ת"ו של ב"ע