הלכות דעות פ"ב ה"ג ועוד אמרו בשמת' מאן דאית ליה גסות הרוח ואפי' מקצתה וכו' בפ"ק דסוטה (ד"ה ב') אמר ר"ח בר רב אשי אמר רב ת"ח צריך שיהיה בו אחד משמנה שבשמינית וכו' אמר רבא בשמתא דאית ביה ובשמתא דלית ביה אמר רב נחמן בר יצחק לא מינה ולא מקצתה מי זוטר וכו' ופסק רבי כרנ"בי וכמ"ש בהג"מיי.

ונראה מדברי רבי' דקאמר בשמתא וכו' דקאי אפילו אמקצתה ואין נראה כן מלשון הש"ס דקאמר בשמתא דאית ביה ובשמתא דלית ביה ועלה קאמר רנ"בי לא מינה ולא מקצתה ולא אתא לפלוגי עליה מן הקצה אל הקצה. וכן משמע מדלא הזכיר בלשונו שם שמתא וכן הסברא נותנת ונראה דרבי' תרתי קאמר מאן דאית ביה גסות הרוח הוא בשמתא והוא כרבא בהך דקאמר ובשמתא מאן דאית ביה והא דקאמר ואפילו מקצתה דלא כרבא אלא כר"ן ושם שמתא לא קאי עלה.

(א"ה לישרי לן מר דרבי' פסק כרנ"בי וכמ"ש בהג"מיי ור"ן ב"י ס"ל דקאי בשמתא אפי' מאן דאית ביה מקצת כיון דקרא דתועבת ה' כל גבה לב קאי נמי למקצת): הלכות עכ"ום וחוקותיהם פ"ד ה"ב אין העיר וכו' וכן אם הדיחוה וכו' או שהודחו מאליהן וכו' וראיתי להרב משנה למלך ז"ל שם או שהודחו מאליהן אין דנין בה עיר הנדחת בפ' חלק איבעיא להו הודחו מאליהן מהו ת"ש הדיחוה נשים וקטנים וכו' וכתב מר"ן ז"ל ואף על פי דמשמע דדחיה בעלמא היא פסק רבינו דכוות' וכו' ולא יכולתי להלום דבריו דמשמע דק"ל היאך תפס רבינו ז"ל דחיית הגמרא וזה אינו וכו' ואדרבא איהו תפס כפשטא דתלמודא מההיא דהדיחוה נשים וסבר וכו' יע"ש: ואשר אנכי אחזה לי לפי עניו' דעתי דעת הדיוט דדברי מר"ן צדקו והם חזקים כראי מוצק וכוונתו לומר אע"ג דדחיה היא ר"ל אע"ג דהש"ס דחה דברי הפשטן שרצה לפשוט מהך מתניתי' מאליהן לא מקרו עיר הנדח' ונהפוך הוא דיכולני לומר דמקרי עיר הנדחת כדמפרש טעמא משום דאדוקים ביותר מ"מ רבינו פסק כדע' הפשטן דלא מקרי ע"הנ משום דטעמא דמסתבר הוא: ולפי דברינו זה אתי שפיר מילת דמסתבר דכתב ר"ל דסברא נכונה היא לחלק בין שהודחו מאליהן ובין שהדיחוה נשים וקטנים כטעמו של הש"ס דהנך בתר נפשייהו גרירי וכו' ופסק רבינו וכו' כמו דלא משמע ליה דברי הש"ס דהיינו לא ס"ל דאינה נראית אותה סברא בעיניו אבל לדברי מש"למ מילת דמסתבר טפלה היה דהול"ל אע"ג דדחיה בעלמא היא פסק רבינו כוותה: : איברא דהסיבה שהכריח להרב מש"למ להבין כמו שהבין בדברי מר"ן משום דגירסתו אינה כגירסת נש"ו דגירסתו היה בדברי מר"ן דדחיה בעלמא היא ולכך הוכרח לפרש כמו שפירש והקשה מה שהקשה אבל לפי גירסתינו ליכא שום תלונה על דברי מר"ן וצדקו דבריו וכך היא הגירסא האמיתית דמשמע דדחיה היה וכונתו על הפשוט כדפירש ומ"ש מרן משום דטעמ' דמסתבר הוא ר"ל דליכ' לחלק בין שהדיחו אנשי' וכו' להנדחה מאליהן דסברא היא ולא כדברי המרחה דמחלק ביניהם ועוד דאזלינן לקול' בדיני נפשו' דממונם פלט ונשיהם ובניהם.

זה כוונת מר"ן במה שכ' דטעמא דמסתבר הוא ולפ"ז הוסרה תלונת מש"למ במ"ש ובלאו הכי כיון וכו' דבכלל דבריו היה ודוק: ואחרי כותבי ראיתי להרב כנ"הג שהגיה דברי מרן בליקוטים על דברי רבינו ב"ח א"ח והוסיף בדברי הר"מ וז"ל ואע"ג דדחינן לה

בגמרא משמע דדחייה בעלמא היא ע"כ ולפי מאי דכתיבנא ניחא ואין אנו צריכים להגהת הרב ודוק: פי"ב ה"ו פאה זו וכו' ושמענו מזקנינו שאינו מניח פחות ממ' שערות.

וכתב מרן הכ"מ וסמ"ג כתב על דברי הב"י שיש להתיישב בדבר וכו' ואיני יודע מה הוקשה לסמ"ג דהא רבינו מיירי וכו' עכ"ל ותמיהא לי על תמיהתו דכוונת הסמ"ג לומר דבתוספתא קאמר בפירוש חייב משום מקיף אם תלש ב' שערות. ואם כדברי רבי' במ' שערות יצא ידי חובה (א"ה נ"ל שט"ס נפל בדברי ה"ה וצ"ל חיוב פאה מ' שערות) בפאה .

אמאי יתחייב משום מקיף והא עדיין יותר ממ' שערות ודוק א"ה עיין למרן ב"י ביו"ד סי' קפ"א ששם מבוארים דבריו בא"הט): הלכות תפלה פ"ח הי"א אין ממנין שליח צבור וכו' נשאלתי בענין ת"ח שנתמנה ש"ץ ע"פ הצבור בעיר אחת ומתפרנס מהכנסת בית הכנסת הנז' ועוד מינוהו עליהם להיות שוחט דמתא ומ"ץ באיסור והיתר והחזיק בענין זה יותר משני חזקה.

ואחר מכן מינוהו עוד עליהם לרב לדון בין איש לרעהו גם בדיני ממונות ולהורות להם את הדרך ילכו בה וגו' ואחר מכן ע"י אונס יצא מן העיר הנזכר הוא וכל הקהל כולם יושבי העיר הנז' והלכו בגולה מחמת עירבוב מלכיות והם גולים ונדחים בארץ ציה וצלמות. ואחר מכן כמו שנהויותר מ"מ חזרו מקצת הקהל להעיר הנזכר.

ומקצתם עדיין המה גולים ונדחים וכשחזר הת"ח הנז' מהגולה הלך לעיר אחרת וקבע שם דירתו עם בני ביתו ומקודם לזה כשבאו מקצת מן הקהל מן הגולה וחזרו לעיר הנז' בא ת"ח אחר וקבע דירתו שם ונתמנה פרנס עליהם להיות ש"ץ בב"הכ הנז' ולהיות שוחט ומ"ץ במקום הת"ח הא' ואחר סמוך כמו שנה מ"מ והוא פחות משני חזקה חזר הת"ח הנז' לקבוע דירתו בעירו הנז' ורוצה לחזור להיות שור"ר כקדם ועיכבו על ידו מטעם דכבר קידמו הת"ח והחזיק בכל ההנאות והוא הלך לו למקום אחר ולא נשאר לו עוד שררה מאחר שהלך לו למקום אחר וקבע דירתו ונשאר הת"ח הנזכר מוטל ברעב ואין לו במה להתפרנס ועוד שהת"ח האחר ירד עמו עד לחייו והנה בעתה נפשו לשאול הגיעה בכל שערים המצוייני' בהלכה מה יהיה דינו ומשפטו אם עדיין יש לו דין קדימה לחזור לשררתו ואל מקומו הראשון להתפרנס משם כקדם ואחר כמה פיוסים ובקשה ותחנונים ביקש ממני לחוות דעי אם יש לו תרופה למכתו לחזור למקומו על פי הדין ואני מפני הבושה שהפציר בי עד בוש לא יכולתי להשיב פניו ריקם ולעשות רצונו חפצתי וגם כדי שתהא האמת נהדרת אמרתי להשיב שואלי דבר כמו שיורוני מן השמים ועיני לשמיא נטלית שלא אכשל בדבר הלכה וזה החלי בס"ד: איתא בדברי רבי' הרמב"ם בהלכות מלכים פ"א ה"ז וז"ל ומאחר שמושחין המלך ה"ז זוכה לו ולבניו עד עולם וכו' ולא המלכות בלבד אלא כל השררות וכל המנויים שבישראל ירושה לבנו ולבן בנו עד עולם יע"ש וכת' הג"מיי והכ"מ בספרי שנינו הוא ובניו שאם מת בנו עומד תחתיו וכו' ומנין לכל פרנסי ישראל שבניהם עומדים תחתיהם ת"ל בקרב ישראל כל שהוא בקרב ישראל בנו עומד תחתיו וכ"א בת"כ ובנים לא היו להם.

הא אם היו להם בנים הם היו קודמין אע"פ שלא היו שקולין כאלעזר ואיתמר ע"כ ופי' דבריהם לומר שהן קודמין הכוונה הוא שאין הצבור יכולין למנו' דאי ברצונם מאי

למימרא וכי מגרע גרע וא"כ הדברי' ק"ו ומה בנו שהוא יוצא חלציו אינם יכולים לסלקו מהשררה של אביו אף על פי שעדיין לא החזיק בה אלא מכח אביו קא זכי אביו שכבר החזיק איך יכולים לסלקו ואם רבי לא שנאה ר"ח מניין לו דאם יכולים לסלקו מה יש להם וכן פסק מו"רם בה' ת"ת סי' רמ"ה סעיף כ"ב וז"ל ואפי' בנו ובן בנו לעולם קודמין לאחרים כ"ז שממלאים מקום אבותיהם וכו' והם חכמים קצת וכו' יע"ש ומדבריו מובן אפי' אינם כאבותיהם יש להם דין קדימה מדקאמר והם חכמים קצת ואפילו יש רב גדול מהם ודבריו הם כתובים מתורת כהנים שכתב אע"פ שלא היו שקולים כאלעזר ואיתמר יש להם דין קדימה ומשם באר"ה דה"ה גם לגבי דידיה אפי' אם איתיה עכשיו גברא רבא גדול ממנו אינם יכולים לסלקו מהשררה אחר שהחזיק בה: וכן כתב הריב"ש בתשובה סי' רע"א והובא דבריו בדרכי משה הל' ת"ת וז"ל מי שהחזיק אפילו מעצמו איזה שררה או דין קדימה אין נוטלין אותה ממנה לתתה לאחר גדול ממנו כיון שכבר זכה זה אלא א"כ הוא ע"ה והאחר ת"ח אבל כל שהראשון הוא ת"ח אין מסלקין אותו אע"פ שהבא ליטול הוא גדול ממנו יע"ש ומו"רם הביא דבריו בקיצור בסי' הנז' יע"ש הרי מפורש בדבריו דאפי' אם הת"ח אינו גדול בחכמה ובמנין אין נוטלין השררה ממנו לתתה לגדול ממנו ואפילו החזיק באותה שררה והנאותיה מצד עצמו והצבור לא מיחו בו זכה בה ואינם יכולים לסלקו מדקאמר אפילו מעצמו ומכ"ש בנדו"ד שנתמנה על פי הצבור והחזיק בה שני חזקה והותר דזכה ואין יכולת ביד הצבור לסלקו ולמנות אחר תחתיו: אלא דעדיין יד הדוחה נטויה לדחות ולומר דכנים הדברים אם נשאר במקומו ובמנויו אבל אם הוא מצד עצמו סילק עצמו והלך לו למקום אחר אבד חזקתו ולא נשאר לו דין קדימה ובא רעהו וזכה באותה שררה וכך נראה לכאורה: אבל כד דייקת שפיר נראה האמת הוא שעדיין הוא בחזקתו כדמעיקרא והטעם הוא משום דלא יצא מרצונו הטוב אלא מחמת אונסו כידוע שנחרבה העיר והלכו בגולה אנשים ונשים וטף ומאחר שיציאתו היה באונס עדין יש לו דין קדימה כמ"ש מר"ן בח' א"ח סי' קנ"ג סעיף כ"ב וז"ל אדם שהוא רגיל בשום מצוה וכו' ואירעו אונס או עוני ונתנו הקהל המצוה לאחר ואח"ך העשיר ורצה שיחזירו לו המצוה אם בשעה וכו' היה ספק בידו לתת מה שהיה נותן בכל שנה וכו' ונתרצה הוא עם שאר הקהל לתת' לאחר אבד זכותו אבל אם לא היה ספק וכו' ועתה שיש ספק בידו רוצה לחזור למצותו וכו' חוזר וזוכה בה וכו' יע"ש וכתב מ"א ס"ק מ"ט וז"ל וה"ה לפרנס שעבר מחמת אונס ומינו אחר תחתיו דכשיעבור האונס הראשון חוזר לשררתו כ"כ התוספות ביומא דף י"ג יע"ש הרי בפי' אתמר שאם יצא משום אונס כנדו"ד לא אבד זכותו ויחזור למקומו ולהנאתו כקדם.

ופסקה מור"ם בח' ח"מ ס"ס קמ"ט וכתב הרמ"ע סק"ן אבל אם נתן המצוה לא' בלי אונס כצ"ל אם נתן בלא יוד ור"ל שנתנה הוא מעצמו לאחר אבל הצבור לאו כל כמינייהו ליתנה לאחר וכו' ואסור להו לשנות יע"ש וכן משמע מלשון המרדכי בפ' ח"ה יע"ש אלא דעדיין יש לגמגם בדבר דשאני הנדו"ד דאפי' אחר שעבר האונס ונכנסו קצת מהקהל לעיר הנז' לא חזר הוא עמהם והלך וקבע דירתו בעיר אחרת ואחר שנה מ"מ לא נאות' לו לישב שם עוד וחזר וקבע דירתו בעיר הנז' ומצא מקומו מלא שבא ת"ח אחר והושיבוהו במקומו והחזיק גם הוא באותם הימים שקבע הוא דירתו בעיר אחרת ודין גרמא שעכבו עליו ואמרו שאחר שנסתלק והלך למקו' לא נשאר לו שררה עוד

ונתנוה לרעהו: אמנם נראה דגם טענה זו אינה טענה ועדיין לא אבד זכותו כדמוכח מדברי מור"ם בהגה בח' ח"מ סי' קנ"ו בסופו וז"ל נהגו הקדמונים שאם אחד נסע מן העיר י"ב חדש וגילה דעתו שאינו חוזר אבד זכותו אבל אם לא גילה דעתו בכך לא אבד זכותו עד שלש שנים ואם גילה דעתו לחזור לא אבד חזקתו אפילו בשלש שנים וי"א דאפילו בסתם לא אבד חזקתו יע"ש.

והיא סברת הרשב"א נמצא לפי סברת הקדמונים בנדון דידן קודם ג"ש לא אבד זכותו כ"א אמר בפי' שאינו חוזר דאמרי' אחולי אחלי' למנויו ולשררתו ואחר ג"ש אפי' לא אמר בפי' שאינו חוזר אלא בסתם אבד זכותו ולדעת הרשב"א אפילו אחר ג' שנים לא אבד זכותו בסתם עד שיאמר בפי' שאינו חוזר עוד נמצא לכל הדעות בנדון דידן לא אבד זכותו והכא בחזקת ישוב הוא דפליגי ואפי'יצא מרצונו בלא שום אונס ובנדון דידן דיצא מחמת אונס נ"ל דכ"ע יודו דאפי' אחר ג' שנים לא אבד זכותו אם לא אמר בפירוש שלא יחזור עוד לשררתו ולמנויו אבל בסת' לא אבד זכותו ואפילו קבע דירתו ונתמנה לראש בעיר אחרת דאמרינן דהוה משתהי שם עד שיראה איך יפול דבר וחשש דילמא לית לה קיום להעיר הנז' כפעם א' דחזרו ואחר מכן נחרבה ואמרינן דלא נתייאש לגמרי ולא מחל ועדיין זכותו קיימת ואין הקהל יכולים למנות אחר במקומו וגם הת"ח הנז' שנתמנה במקומו חוששני לו משום השגת גבול ואם עברו בדבר זה הקהל ועדיין מחזיקים בסברתם שלא לקבל הת"ח הנז' עליהם לראש כתמול שלשום הרי גזילת העני בבתי' ועליהם אמר הכתוב אל תגזול דל כי דל הוא ושלום על ישראל.

ומי שחותמו אמת הוא ינחנו במעגלי צדק ואמת: פרק יו"ד הלכה ר' מי שנסתפק לו אם התפלל. אם לא התפלל.

אינו חוזר ומתפלל וכו'. כשהייתי במתא ארגיל יע"א הקשה לי כמוה"ר יוסף אבולכיר נר"ו על דברי הרמב"ם אלו שפסק דאינו חוזר ומתפלל.

כיון דהוא ס"ל דתפלה דאורייתא כמ"ש איהו גופיה בפ"א ה"א א"כ איך פסק כאן דאינו חוזר ומתפלל והא קי"ל ספקא דאורייתא לחומרא. זת"ד ולכאורה נ"ל להשיב דבר מאחר דקי"ל ספק ברכות להקל משום דכתיב לא תשא את שם ה' וכו' הו"ל האי דקאמר אינו חוזר ומתפלל היא חומרא דמחמרינן עליה שמא התפלל כבר ונמצא מוציא שם שמים לבטלה ועובר על לא תשא וגו'.

ואם חוזר אדרבא היא קולא (א"ה לכאורה דברי ה"ה תמוהים ממאי דקי"ל גבי ברכת המזון אם נסתפק לו אם בירך אם לא בירך חוזר ומברך ועוד דאיכא תיקון ע"י שמתפלל תפילת נדבה ע"י הוספה. אלא דלבי מגמגם בתי' זה והוא דמה דקי"ל ספק ברכו' להקל משום לא תשא וגו' הוא מדרבנן וקרא אסמכתא (א"ה דבר זה במחלוקת שנוי וכבר עמדו ע"ז שרים ונכבדים הלא: בספרתם נפלאות מתורתם) ומצוה דרבנן שאני דהם אמרו והם אמרו.

או במצוה דאורייתא ותקון ברכה מדרבנן. אבל התפלה עצמה דהיא גופה מדאורייתא והברכות הם מדאוריי' אמרינן ספיקא דאוריי' לחומרא והדרא קושיא לדוכתה וכן תפלת

נדבה לא מקרי תקון דיש לחלק בין חובה לנדבה: ונ"ל דקושטא קאי דהא דכת' הרמב"ם מי שנסתפק וכו' אינו חוזר ומתפלל.

כוונתו לומר אינו חוזר ומתפלל כעין שתיקנו אנשי כנ"הג שמתפלל י"ח ברכות דהך (צ"ל דנוסח) ברכות הוא מדרבנן אלא חוזר ומתפלל כמו שהיו מתפללין מעיקרא כמ"ש הרמב"ם ז"ל גופיה שם וז"ל ואין מטבע התפלה הזאת מן התורה וכו' אלא חיוב המצוה הזאת כך היא שיהא אדם מתחנן ומתפלל בכל יום ומגיד שבחו של הב"ה ע"כ וכוונתו לומר אינו חוזר ומתפלל י"ח ברכות דהמה מדרבנן דספיקא דרבנן לקולא ומכל מקום חוזר ומתפלל ומתחנן שהיא עבודה דאורייתא.

ועוד נ"ל לתרץ על פי מ"ש רבינו גופיה שם דווקא גוף המצוה דהיינו התפלה מדאוריית' אבל זמנה הוא מדרבנן שתיקנו לנו להתפלל ערב ובקר כנגד התמידין. אבל מן התורה די לנו פעם א' ביום.

ולפ"ד אם נסתפק לו אם התפלל שחרית אם לא. הו"ל ספיקא דרבנן ולקולא דהא מדאורייתא די לו בתפלה אחת ויכול לתקן ספיקא דאורייתא בתפלת מנחה דדי לו בתפלה אחת.

וכן אם נסתפק לו בתפלת מנחה אין צריך לחזור דכבר התפלל תפלת שחרית ויצא י"ח תפלה דאורייתא. אלא דיש להסתפק לדעת רבינו אם נאנס ולא התפלל תפלת שחרית ונסתפק בתפלת מנחה דלא קיים אפילו אחת מהן.

ולמאי דכתיבנא לעיל לדעת רבינו דקאמר דאינו חוזר ומתפלל י"ח אבל מכ"מ חוזר ומתפלל ומתחנן אתי שפיר ועיין הכ"מ שם דבכלל דבריו דברי א"ה קושטא קאי דהדברים נובעים ממקור מים חיים מר"ן כ"מ בפ"א מה' תפלה. איברא דחזינא להגאון שאגת אריה סי' י"ד דשדי בהו נרגא משום דאי ס"ד דיש לתפלה עיקר מן התורה אלא שנוסח זה של י"ח הוא מדרבנן.

א"כ כמו דאמרינן התם במסכת ברכות דף כ"א לר"י דאמר אמת ויציב דאורייתא ליבריך לאחריו ומשני מ"ט מברך וכו' ופריך ונימא הא וכו' ומשני ק"ש עדיפא דאית בה תרתי. משמע דקורא ק"ש ככל אדם דהיינו ג"פ.

ואע"ג דאינו חייב מן התורה אלא פ"א מ"מ כיון דהתחיל גומר כל הג"פ והכא נמי כיון שמחויי' להתפלל מן התורה אם כן היה ראוי להתפלל כל נוסח התפלה כתקנת חכמים עכ"ל עש"כ. ואח"ה לק"מ דשאני גבי ק"ש דסוף סוף הנוסח של פ"א הוא מן התורה ולכן כיון שנתחייב בפ"א גומר את כולה כתקנת חכמי'.

משא"כ גבי תפלה אפי' הנוסח של ברכה א' על תפלת י"ח אינו אלא מדרבנן ולכך לא חייבוהו חכמים לומר נוסח זה אלא מתפלל ג"פ כמ"ש הכ"מ עוד הק' הש"א ז"ל שם וז"ל ועוד הרי ברכת המזון נמי עיקרו מן התור' ונוסחה מד"ס כדאמרינן בפ"ג שאכלו דמ"ח ופסקו הרמב"ם בריש פ"ב דהלכות ברכות וגם קי"ל דהטוב והמטיב לאו דאורייתא א"כ ממ"נ אם בעל קרי מברך בר"המז כנוסח חכמים וגם הט"והמ.

א"כ בנוסח תפלת י"ח נמי יהרהר בלבו הואיל ועיקרה מדאורייי' כמו גבי בר"המז. ואם אפילו גבי בר"המז מהרהר בקצרה כפי רצונו.

גם גבי תפילה נמי דינא הכי ואמאי לא תני במתניתין תפלה בהדי בר"המז וק"ש. א"ו אין לתפלה עיקר מן התורה זת"ד עיש"ב ואח"ה אף גם זאת לא שמא מתיא דשאני גבי ברכת המזון דהגם דהנוסח הוא מדרבנן מ"מ מן התורה מחוייב לברך לאחריו שלשה עניינים אלו האמורים בבר"המז דהיינו על המזון ועל הארץ ועל בניין ירושלם.

וחז"ל נתנו לנו נוסח זה שהוא ברור בא"הט כמ"ש בתוספות בפרק היה קורא דט"ז ד"ה וחותם וכו' שכתבו אע"ג דמדאורייתא הם יש כח ביד חכמים לעקור וכו' משא"כ גבי תפלה דכל ענין י"ח אינו אלא מדרבנן דמן התורה א"ח להתפלל אלא תפלה כפי רצונו. ואע"ג דמר"ן כ"מ בפ"ב מה' ברכות ה"א כתב דרבי' ס"ל כהרמב"ן בהשגות שאין מטבע לברכת המזון מ"הת אבל נצטוינו מ"הת לברך כפי דעתנו ולברך כ"א כפי דעתו כענין מנימין רעיא דהוה מברך בריך רחמנא וכו' מ"מ ברכת מנימין עצמה היא מעין המזון ומודים רבי' והרמב"ן ז"ל דמ"ה צריך לברך מעין המזון ועיין בהלח"מ ז"ל שם פר' הפועלים): פרק י"ב הכ"ד מקום שמוציאין ס"ת וכו' אין הצבור רשאין לצאת עד שיצא ס"ת וכו' מימרא דרי"בל בפ' אלו נאמרין (דט"ל ב') ארי"בל אין הצבור רשאין עד שינטל ס"ת ויניח במקומו.

ושמואל אמר עד שיצא ולא פליגי הא דאיכא פתחא אחרינא האדליכא פתחא אחרינא ע"כ ומהתימה על רבי' איך לא חילק בין דאיכא פתחא אחרינא לליכא פתחא כמו שחי' הש"ס. ולכאורה יש להפליא על נושאי כליו איך לא העירו בזה.

ונראה דרבי' מפרש הש"ס כדעת הרי"ף בפ"ב דמסכת מגילה. ודוק: הלכות ספר תורה פרק ז' ה"א מצוה וכו' ואף על פי שהניחו לו אבותיו וכו' הכי איתא בפ' כהן גדול (דף כ"א ב') אמר רבא אף ע"פ שהניחו לו אבותיו לאדם ס"ת מצוה לכתוב משלו שנא' וכו' איתיבי' אביי וכותב ס"ת לשמו מלך אין הדיוט לא ל"צ אלא לב' תורות יש לדקדק לרבא דאית ליה אפי' הדיוט לא יתנאה בשל אבותיו.

אמאי גבי מלך הוצרך הכתוב לכתוב תיבת משנה וגו' ddרשינן מינה דמלך צריך שני תורות די לו לומר וכתב לו התורה הזאת ואני יודע פי' שהוא משנה דאילו אחד בלא"ה נתחייב בו כשהיה הדיוט דבשלמא לאביי דאית ליה דההדיוט יתנאה בשל אבותיו ממה שהקשה לו איתיבי' וכו' משמע ליה דווקא מלך לא יתנאה דקאמר קרא וכתב לו אבל הדיוט יתנאה בשל אבותיו ולא דריש משנה לב' תורות דאיצטריך משנה לומר לכתב הראוי להשתנות כדדרשינן לקמן אלא לרבא דדריש משנה לב' תורות לא אצטריך משנה דמהדיוט שמעי' ליה: ואפשר לומר דאם לא כתב משנה הייתי אומר דלא בא הכתוב לומר אלא דהמלך כותב ס"ת אפי' הניחו לו אבותיו או כבר כתב לעצמו כשהיה הדיוט כשישב על כסא מלכותו חייב לכתוב לו ס"ת אחר.

וה"ה אם לא כתב לעצמו כשהיה הדיוט כשישב על כסא מלכותו לא יכתוב לו אלא ס"ת א' לכך כתב משנה לומר לך דאם לא כתב כשהיה הדיוט כשישב על כסא מלכותו חייב לכתוב ב': | ובזה יש לישב דברי רבי' שכתב מצוה ע"כ ישראל לכתוב ס"ת לעצמו וכו'

ואע"פ שהניחו לו אבותיו וכו' ואח"ך כתב והמלך מצוה וכו' לכתוב לו ס"ת וכו' יתר על ס"ת שהיה לו כשהיה הדיוט מוכח מדבריו דהא דכותב לו א' היינו אם כתב לעצמו כשהיה הדיוט.

אבל אם הניחו לו אבותיו ל"מ וצריך לכתוב ב' תורות. וכך דייק בלשונו הזהב שכתב כותב לו ס"ת יתר על ס"ת שהיה לו כשהיה הדיוט והדיוט גופיה ל"מ בשל אבותיו אלא כשכותב לעצמו כמ"ש מצוה על כל איש מישראל וכו' וכן מוכרח מדברי הר"מ ז"ל שכתב וז"ל בגמ' תנא וכו' א' מדין הדיוט ואחד מדין מלך יעו"ש.

ובהלכות מלכים פ"ג כתב וז"ל כותב לו ס"ת א' יתר על ס"ת שהניחו לו אבותיו ואם לא הניחו לו אבותיו כותב ב' ספרי תורות משמע אפילו לא כתב לעצמו והניחו לו אבותיו לא יכתוב אלא א' והר' כ"מ ז"ל שם דחק לישב דבריו שכתב מניחו וכו' אינו כותב אלא א' דנר' דדבריו הם הפך הש"ס ולא זכר שרוב דבריו אלו בהלכות ס"ת דנראין הפך דבריו שם (א"ה עדיפא מינה פריך מר"ן הכ"מ).

ולפי דברינו לעיל אתי שפיר דלא בא רבי' אלא לומר דכשישב על כסא מלכותו חייב לכתוב לו ס"ת בין כתב כשהיה הדיוט או לא. ואינו חייב לכתוב ב' ס"ת אלא אם לא הניחו לו אבותיו: ובאגב נ"ל לפרש דברי רבינו דלכאורה דבריו.

כפולים דבתחי' כתב אפילו הניחו לו וכו' מצוה לכתוב משלו ואם כתבו בידו כאילו קבלה מהר סיני ואם אינו יודע לכתוב אחרים כותבים לו וכל המגיה ס"ת אפי' אות א' הרי הוא כאילו כתבו וכו' ע"כ נראה דבבא זו שכתב ואם אינו יודע וכו' יתירה שהרי לעיל מינה כתב מצוה לכתוב משלו.

ואפשר דכוונת רבינו לומר אם אינו יודע לכתוב וטורח לבקש אחרים שיכתבו לו וטורח עמהם לתקן הגויל וכל צרכי הכתיפה או מגיהו עמהם הרי הוא כאילו כתבו. וכל המגיה ס"ת וכו' לאפוקי לעיל הוא אומר דמצוה לכתוב משלו וכו' דהיינו שקנאו שלם ולא טרח בו והוא כחוטף מצוה מן השוק דמגרע גרע שכרו ולדעת רבי' הטור ומור"ם לא יצא בזה יעו"ש ועיין ט"ז שם: ואגב אביע אומר במאי דאמרי' שם בש"ס ובלבד שלא יתנאה בשל אבותיו תיבת ובלבד היא טפלה ועוד דבתוספת' ל"ג שם ובלבד ומה בא למעט: ואפשר דמלשון המשנה דקתני וכותב לו ס"ת לשמו משמע שכתיבה תהיה לשמו אם הוא יודע לכתוב הוא כותב ואם לאו אחרים כותבים לשמו לכך בא בעל התוספתא לומר דמאי דקאמר במתני' וכותב לו וכו' לא בא אלא לאפוקי שלא יתנאה וכו' אלא קונה ס"ת משלו וזה לישב גירסתינו: הלכות ברכות פרק ד' ה"ז גמר בלבו מלאכול ומלשתות וכו' שאלה שאלוני רעיוני וכו' שאלה שאלוני רעיוני ולבי יחיל בקרבי בדבר זה על פי מה שנהגו במח"ק זה באימו' מות בפקודת השבוע והחודש והשנה שהאב מאסף ת"ח ללמוד במשנה וזוהר למנוחת הנפטר ובשעת תלמוד מביאין להם הקאווי לשתות וכל אחד מברך לעצמו ועל סמך ברכה זו סומכין שלא לברך עוד אע"פ שמוסיפין להם עוד הקאווי לשתות פעמים שלש עם גבר דסמכי אתכא דבע"ה שיודעין שמוסיפין להם לשתות עוד.

ברם אחר גמר הלימוד אחר שאומר הקדיש מביאין לפניהם מים שרופי' ופת הבאה בכסנין ומיני פירות ומברכין על המים שרופים ולזה חם לבי בקרבי על מה ועל מה

מברכין עוד ודי להם בברכה ראשונה שהרי ברכתן שוה ומאי שנא מהקאווי שאינם מברכין על ההוספה שמוסיפין להם עוד ועד"ז חששתי לברכה לבטלה ושם בפקידת שבוע של אדם א' הרימותי קולי ודברתי עם הת"ח שהיו שם ואמרתי להם אני חושש לברכה לבטלה בדבר זה שאנחנו מברכין על המים שרופים וכבר ברכנו על הקאווי וברכתן שוה ומאי שנא המי"שרו מהקאווי שאין מברכין עוד על ההוספה ודי בברכה ראשונה והכרתי מבין ריסי עיניהם שהדבר קשה וחששו לדברי וגם בעינם יפלא.

והנה בעת"ה רציתילעמוד ולראות אמיתות הענין ולחפש בספרים ובדברי סופרים אם הם ברכה לבטלה או כך צריך להיות לברך גם על מים שרופים אע"פי שברכו מקודם על הקאווי ומי שחותמו אמת ינחני במעגלי צדק ואמת: וזה החלי בס"ד איתה בש"ע א"ח סימן קע"ט ס"ה וז"ל הקרואים בבית בע"ה לאכול מיני פירות ומביאין להם בזה אח"ז אינם צריכים לברך אלא על הראשון ע"כ יע"ש וכתב ע"ד המ"א דאתכא דבע"ה סומכין שידועים שיתנו להם כל צרכן ע"כ מפורש יוצא מדברי הש"ע והמ"א דהכל בידיעה תלוי ואע"פי שאין הפירות מונחים לפניהם כולם בשעת הברכה ואינם יודעים כמה מינים מביאין לפניהם די להם בברכה אחת דאמרינן דעתם עלוויהו.

ברם אם גמר בדעתו שלא לאכול עוד ונמלך לאכול עוד צריך לברך שנית אע"פ שהפירות היו מונחים לפניו בשעת ברכה כמ"ש הש"ע בסימן קע"ד ס"ה וז"ל. כל מה ששותה בתוך הסעודה די לו בברכה אחת וכו' אלא א"כ כשבירך לא היה דעתו לשתות אלה אותו הכוס ונמלך לשתות.

וכו' ע"כ יע"ש. ומדסתם הש"ע דבריו נראה דליכה חילוק דאפי' מונחים לפניו יחזור ויברך מאחר דבשעת ברכה לא היה בדעתו לשתות כ"א אותו הכוס ודברי הש"ע לא מתוקמה אלא ביין דקובע ברכה לעצמו ואין ברכת המוציא פוטרתו אבל שאר משקים כמו מים שרופים או מים אין לברך עליהם בתוך הסעודה או לסברת י"א שהביא הש"ע סי' ס"ז וה"ה לענין אכילה נמי.

כמ"ש ט"ז סק"ו יעו"ש. וכן הדין נמי בשמש כמ"ש הש"ע ס"ס קס"ט וז"ל השמש מברך בורא פה"ג ע"כ כוס וכוס וכו' לפי שהוא כנמלך וכו' יע"ש כוונתו לומר אע"פ שלא היה בדעתו שלא לשתות עוד ולא מקרי נמלך מ"מ מאחר דאינו מסב עמהם ומצפה לשלחן אחרים אם יתנו או לא מקרי נמלך ואמרינן דלא היה דעתו עליה וצריך לברך ע"כ כוס וכוס ברם אם נתן בדעתו בשעת הברכה לצאת ע"כ מה שיושיטו לו המסובים די לו בברכה אחת שבירך בראשונה על כוס ראשון.

כמ"ש המ"א סימן ק"ז וזה לשונו. נראה לי דאם היה דעתו בשעת ברכה ראשונה ע"כ מה שיתנו לו אין צריך לברך וכמ"ש ס"ס קע"ז וסי' קע"ט ס"ה יע"ש.

והראיה שמביא מסי' קע"ז וסי' קע"ט היה לומר דאפילו אינם מונחים לפניו מהני הכוונה דאם היה בדעתו בשעת הברכה ע"כ מה שיתנו לו דומיא דסי' קע"ז ס"ד דקאמר הש"ע אע"פ שלא הפירות לפניו בשעה שבירך וכו' וכן בסימן קע"ט ס"ה הקרואים בבית בע"ה וכו' ומביאין להם בזה אחר זה וכו' אע"פ שאין מונחים לפניו אלא מקצת אמרינן אין צריך לברך אלא על הראשון דאמרינן מחמת דקדמא ליה ידיעה והיה יושב לאכול

ולשתות מסתמא אמרינן דעתיה עליה אבל הכא בשמש מאחר דאינו מסב וספיקא איכא קמיה אם נותנים לו עוד או לא לא אמרינן מסתמא דעתיה עלויה עד שיכוין ויתן בדעתו בשעת ברכה על כל מה שיתנו לו לאפוקי הך דסימן קע"ז וקע"ט דתמן אמרינן דעתיה עלויה ואין צריך שיתן בדעתו בשעת הברכה כמו השמש.

נמצא הא כדאיתא והא כדאיתא והראיה שהביא משם אע"פ שאין מונחים לפניו והיה עולה על הדעת דלא מהני מה שיתן בדעתו בשעת ברכה כמ"ש בש"ע סי' ר"ו ס"ה וז"ל אין מברכין לא על אוכל ולא על משקה אלא עד שיביאוהו לפניו ע"ש ולכך הוצרך להביא ראיה מסימן קע"ז וקע"ט דאע"פ שאינם מונחים כל הפי' לפניו אלא המקצת מהני ולא קאמר הש"ע אין מברכין וכו'.

היינו היכא דליכא אפי' המקצת כמ"ש בסוף הסעיף אבל מי שבירך על הפי' שלפניו ואח"כ הביאו לו יותר וכו' א"צ לברך יע"ש. אלה דעדיין לבי נוקפי דמאי ראיה אצטריך אחר דפי' הש"ע דבריו וחלק היכא דאיכא מקצת או לא: ותצא דינה לנדו"ד דמאחר דכן נהגו בכל משמרה ומשמר' דאחר הלימוד מביאין לפני הת"ח מים שרופים ומיני פירות וכו' אמרינן בהו מידע ידעי ודעתם עלוייהו מתחיל' ואפילו לא היו מונחים לפניהם בשעת ברכה ראשונה לית לן בה כמ"ש הש"ע בס"ס קע"ז דאע"פ שלא היו הפירות לפניו בשעת הברכה שבירך על הפת וכן ממ"ש הקרואים לבית בע"ה וכו' ומביאין להם בזה אחר זה וכו' כנז"ל.

ונד"ד אתי מנייהו במכ"ש דהתם אף על פי שיודעים שמביאין לפניהם מ"מ לא ידעי כמה מינ' פירו' ואפשר שמביאין לפניהם ביותר ממה שהיה בדעתי ואפי' הכי אמרינן בהו מידע ידעי ודי להם בברכה אחת מכ"ש בנדו"ד דליכא אלא מין אחת והוא ממין הראשון בברכתו שוה דאמרינן בה די לו בברכה ראשו' דאמרינן מסתמא דעתיה עלוויה ויוצא בברכה ראשונה שבירך על הקאווי דברכתו שוה.

אלא דעדיין יד הדוחה נטויה לדחות ולומר דאין הנדו"ד דמי להאי דשאני התם דסי' קע"ז וקע"ט דאמרינן דאף ע"פ דאין הפירות מונחים לפניו דעתיה עלוייהו מאחר דידע מידע שיביאו לפניו וממילא די בברכה אחת דהתם ליכא הפלגה והסח הדעת דעיסקייהו באכילה ושתיה. אבל נדו"ד דאיכא הפלגה והסח הדעת ואמרינן אפילו בין כוס.

וכוס מהקאווי עצמו צריך לברך עליו דהרי הם עוסקים בלימודם ואיכא הסח הדעת דאינו מונח לפניו וקיימא לן היכא דאיכא הסח הדעת צריך לחזור ולברך כמ"ש הש"ע סימן ק"ע ס"א וז"ל ואם דיבר חברו והפליג נוטל שתי ידיו כיון שהסיח דעתו וכו' יע"ש וכן קיימא לן הסיח הדעת מברך ברכה ראשונה ע"מ שרוצה לאכול כמ"ש הש"ע בסי' קע"ח יע"ש וה"ה לנדו"ד דהוי הסח הדעת וצריך ברכה אחריתי: אמנם כד דייקת שפיר נראה דיד הדוחה יד כהה היה ואין בדבריו ממש דשאני שנוי מקום דבה אמרו חז"ל דאיכא הסח הדעת מאחר דשינה מקומו משך שייך הס"הד ולכך הצריכוהו חז"ל ברכה אחריתי אבל בנדו"ד דיושב במקומו ועדיין יושב במקום קבעו אף על פי דעסיק וגריס באורייתא ליכא הס"הד וה"ט בנטי' דילמא הסי"ד ונגע במקום הטינופת ולכך איצטריך נטילה אחרת אבל בנדו"ד אין צריך לחזור ולברך פעם שנית מאחר דאיכא קביעות מקום והראיה מדמצינו בליל פסח דמברך בטבול ראשון בורא פרי האדמה ועל המרור

טבול שני אינו מברך בורא פ"הא כי אם על אכילת מרור וטעמא משום דנפיק בברכה קמייתא דבירך בטבול ראשון בורא פרי האדמה והתם אעפ"י דאיכא הפלגה טובא על ידי לימוד ההגדה והלל והוי כהסח הדעת אעפ"ך אמרינן דיוצא בברכת בורא פ"הא דטבול ראשון ואין צריך לחזור ולברך מאחר דדעתיה עליה ולא שינה מקומו.

וליכא למימר דהכא בנדו"ד איכא הפלגה ביותר מהתם דא"כ נתת דבריהם לשיעורין וליכא לחלק בינייהו ואין כאן הסיה"ד ולעניין נטילה אמרינן דצריך נטילה אחריתילסעודה אף על פי דכבר נטל מקודם לטיבול ראשון דחיישינן שמא נגע במקום מטונף הרי דיש חילוק בין נטילה לברכה וכן היה דעת מר"ן בקצר דפסק בסימן קע"ג וז"ל ומברך בפ"הא ואינו מברך אחריו ונראה דהאי דקאמר ואינו מברך אחריו יתור לשון הוא מאחר דקאמר ואכל פחות מכזית פשיטא דאינו מברך אחריו אלא ודאי כוונתו היה דאפי' אכל כזית אינו מברך אחריו כסברת רשב"ם.

ומאי דפסיק ותני פחות מכזית לרווחא דמילתא לצאת לכל הדעות ואפי' לסברת ר"י דאית ליה אם אכל כזית שצריך ברכה אחרונה ואין ברכת המזון פוטרת משום דהגדה והלל הוי הפסק בין טבול לסעודה ולכך אם אכל בטבול ראשון כזית צריך ברכה אחרונה וטעם דלא מברכינן בפ"הא על המרור משום דהמרור גופיה שייך לסעודה ונפטר בהמוציא ובברכת המזון ולכך פסק מר"ן דצריך לאכול פחות מכזית לצאת עצמו מפלוגתא אבל אם אכל כזית ודאי אית ליה דצריך לברך אחריו כרשב"ם ולכך הוצרך להוסיף בדבריו ואינו מברך אחריו שהוא יתור לשון אלא לומר לנו דדעתו הוא כדעת רשב"ם דאפילו אכל כזית אינו מברך אחריו דברכת המזון פוטרת וההגדה וההלל לא הוי הפסק וכן מוכרח הדבר מעצמו דמרן לא פסק אלא כרשב"ם וסיעתיה שהם רוב בניין ורוב מניין רש"י ותוס' ומרדכי וכן הוא דעת הרא"ש והרשב"א כמ"ש דבריהם הר"בי סי' תע"ג ע"ש וכן היה דעת הטור וכן מצינו דבריו מפורשים בסימן תע"ד וז"ל שותה כוס שני ואין מברך עליו לא ברכה ראשונה ולא ברכה אחרונה וכו' והיא סברת הרא"ש ואף על פי דאיכא הפסקה בין כוס ראשון לשני בלימוד ההגדה והלל אפ"ה לא מקרי הפסק ודי בברכה ראשונה שבירך על כוס ראשון ואע"פי דכתב שם מור"ם והמנהג בין האשכנזים לברך וכו' לאו משום דאית להו דהגדה והלל הוי הפסק אלא משום דכל חדא וחדא הוי מצוה בפני עצמה ומברך עליה כמ"ש הרב מג"א והרב ט"ז דהוי כמתנה בשעת ברכה שאין בדעתו לשתות מחמת ברכה זו אלא כוס זה וכו' יע"ש נקיטינן מכל הני מילי מעלייתא דדי ברכה ראשונה ואין צריך לברך עוד על מים שרופים ולימוד התורה לא הוי הפסק ואעפ"י דאיכא מקצת דפליגי לא חשחין אנחנא עלייהו מאחר דאיכא רוב בניין ורוב מניין דאית להו דהגדה והלל לא הוי הפסק ולדידהו גם הלימוד לא הוי הפסק.

ועוד דבברכות אזלינן בתר המקל דספק ברכות להקל. וצור.

ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות. א"ה ע"ש להרב הגן בספר חקי חיים ס"א שהעלה לברך ע"כ א' וא' ועיין להרב זכור לאברהם ח"ג ד' ג' ד"ה ברכת ברכת הקאווי וכו'): פרק ו' הי"ט ואסור לזלזל בנטילת ידים וכו': הכי איתא בפ"ק דסוטה (ד"ד ב') אמר ר' זריקא אר"א כל המזלזל בנ"י נעקר מן העולם.

ופיר"שי המזלזל בנ"י שאוכל תמיד בלי נטילה. נראה דטעמיה הוא מדלא קאמר כל האוכל בלא נט"י כמ"ש רב עוירא ונקט מזלזל משמע דכך דרכו כסיל לו.

וגם .

לעיל אמר כאילו בא על אשה זונה דעונשו קיל והכא קאמר נעקר מן העולם דהוא עונש חמור לכך קאמר שאוכל תמיד. אבל לעיל אינו תדירי לכך עונשו קל ועוד דאזלינן בתר רובא בעונש כזה: : ועוד אפשר דבא לתרץ קושיית התוספות דהכא קאמר נעקר מן העול' ובפ' במה אשה קאמ' דעונשו העניות דווקא.

אלא דעדיין קשה ההוא מעשה דר"ע דהתם אינו תדירי ומאי קאמר להו מה אעשה שחבירי וכו' והא עונשו הוא שיבוא לידי עניות ואפשר לומר דכוונתו היא שורש העניין שהוא בתדירות חייבו עליו מיתה דהא בלא"ה הוא פטור מכל העונשין כמ"ש התוספות. אלא דכוונתו מאחר דהחמירו בו רבנן וגזרו על ענין זה מיתה כשהוא תמיד יש לו להזהר בו ולהחמיר על עצמו.

ודוק וכתבו התוספו' וז"ל נעקר מן העולם וכו' ונראה וכו' דבריהם הם סתומים דלכאורה נראה דלא תי' אלא קושייא הא' ועוד קושייא ב' תקשי בלא"ה בלא פירש"י ז"ל עם אותו מעשה דר"ע. ועוד דאמאי לא הביאו מתחילה מעשה דר"ע ואחר שכן מקשה מתרוייהו עם ההיא דעונשו עניות ונראה דכוונתם היא לומר דמתחילה מקשה הך דנעקר בסוגייא דידן עם ההיא דפרק במה אשה וכו' ואם תשיב לי דסוגייא דידן תמיד וההיא בלא תמידו' והאי מעשה דר"ע בלא תמידו' ולכך חזרו והקשו מההיא דר"ע.

ותי' דהך דסוגי' דידן דקאמר נעקר וכו' היינו ע"י עניות שהיא חמורה. וכך ההיא דבפרק במה אשה וכו' דבא לידי עניות הכוונה היא דבא לידי עניו' וע"י נעקר מן העול' וההוא מעשה דר"ע שאינו תדירי מיתה על ידי נחש שאינה קשה כאחריתי: אלא דלפי' זה קשה דהא קאמר בש"ס תנא שלשה דברים מביאין וכו' לידי עניות.

ומשמע דנט"י כהנך דהיא עניות גרידא. ודוחק לומר דמשתין מים לפני מטתו ומי שאשתו מקללתו שהם נעקרים על ידי עניות ועוד דעיקר חסר מן הספר.

והו"לל נעקר מן העולם כמ"ש כאן המזלזל בנטילה נעקר וכו'. וכן דוחק לומר דתנא קאמר ג' דברים וכו' דמשמע שהם שוים ואנו אומרים הא כדאיתא והא כדאיתא: ויכולני לפרש בדברי התוס' בענין אחר אלא דלא משמע כן מדבריהם דהכא נעקר מן העולם ע"י עניות אם הוא תמיד וההיא דפרק במה אשה וכו' דקאמר דאין עונשו אלא עניות היכא שאינו תמיד וההיא דר"ע דקאמר מיתה כונתו לומר על שורש הדבר דקאמרי חז"ל המזלזל בנטילה נעקר וכו' ואע"פי דהוא לאו בר הכי כמ"ש לעיל בדברי רש"י דהרי הוא אומר ומה אעשה שחבירי חייבו עליה מיתה והיכן מצינו שאמרו חז"ל דבר זה אלא הכא דאמרו נעקר מן העולם או הך דקתני בה בא לידי עניות: ואין לתרץ ולומר דההיא דפרק במה אשה דקאמר בא לידי עניות הוא מיירי במשא ולא משא וההיא דר"ע בלא משא כלל אלא דאינו תמיד וסוגייא דידן שהוא תדירי.

דמשמעות הש"ס התם דכולהו אפי' דלא משא כלל עונשו בעניות דוקא מדקאמר בש"ס ולא היא דאמר רב חסדא וכו' וכוונתו לומר דלא כמ"ש אימור לבדא משא כלל. אלא גם

במשא ובלא משא:הלכות שבת פרק ח' ה"ד וכן הזומר וצריך לעצים חייב משום קוצר וכתב הכי איתא בפ' כלל גדול (ד' ע"ג ב') וכתבו התוס' שם בד"ה זומר ובפ' זה בורר ד' כ"ו ד"ה לעקל וכו' וי"ל דעביד ליה באותו ענין וכו' וי"ל דבתחילה מאי סברו דקוצר הוא ומשביח ולכך הוקשה להם מה בכך וכו' ואפשר לומר דעלה בדעתם מדהוצרכו לעקל בית הבד דהיינו שצריך לקצור לעצים וקוצר בשביעית ליכא איסורא ולא השיבוהו בפשיטות דעביד בענין דאינו משביח נראה דליכא איסורא אפילו אם קוצר כדרכו ולכך הוקשה להם ומה בכך הזומר וצריך לעצים חייב שנים ותירץ וי"ל דעביד ליה בענין דקשה ליה ותי' אלא דקשייא לי דא"כ הדרא קושייא לדוכתה אמאי הוצרכו לומר לו לעקל וכו' יאמרו לו דעביד ליה וכו' ואפשר לומר דאם יאמרו לו דעביד ליה וכו' לבד ולא יאמרו לעקל וכו' יאמר להם למה הוא מטריח עצמו בחנם לכך אמרו לו לעקל בית הבד דעצים אלו עשויין לכך ולא להסקה ומ"ש התוס' וי"ל דעביד ליה וכו' דודאי קשה ליה וכו' יש לעיין דאמאי קאמרו בענין דקשה ליה וכו' לא הול"ל אלא בענין דאינו משביח וכו' ומשום דהוה קשייא להו והא משביח יתרץ לו דעביד בענין דאינו משביח וכו' וי"ל דאינו משביח ודאי אלא אם יעשה לו בענין שהוא קשה ליה כדאמר התם בש"ס ג' טפחים מעלים ליה מעם הארץ ובודאי קשה ליה מכאן ואילך לא מעלי ולא מקשה קשה ליה וכו'.

דהיינו מספ"קל משום דזמנין קשה וזמנין מעלי עי"ש. ולכך עבדינן מידי דודאי קשה דפשיטא לן ביה דלא ישביח בזמור זה משום דספיקא דאוריית' לחומרא ולכך קאמרי דעביד ליה בענין דקשה ליה אבל בענין אחר ספק שמא ישביח ועביד איסורא וחייב משום נוטע: ומה שאמר דשאני שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה וכו' נראה דכוונתם לומר דאפי' עביד בענין דקשה ליה אפי' הכי חייב דאיתעביד מחשבתו דנתכוון לחתוך וחתך ולכך חייב אפילו על הנטיעה.

ולא ידעתי מאי קאמרי דאיתעביד מחשבתיה לגבי הנטיעה דאינו אלא לגבי הקצירה. וראיתי למהרש"ל ז"ל שכתב וז"ל אע"ג דקשה ליה שיתקלקל מ"מ מעט צומח והוי כנוטע וכו' עיין שם.

ולא יכולתי להולמם דלא עבד בענין דקשה ליה משמעותיה דמגרע גרע ליה יותר מקודם קצירה ואיך מחייבין ליה אם צומח מעט מ"מ אותו צמיחה אינה מחמת הקצירה שקצר. ועוד מי דחקם לפרש כן והו"ל למימר דשאני גבי שבת דעביד בענין דמשביח כמו שנראה מדבריהם ז"ל וז"ל אע"ג דהכא אמר חייב משום נוטע מיירי בכהאי גוונא שאין האילן מותקן בכך וכו' ע"ש.

מוכח מדבריהם דהתם דחייב משום נוטע דעביד ליה בענין דמתקין ליה וצומח ביותר מקודם קצירה. ואמאי הוצרכו לדחות עצמם בכך וכן מוכח מדברי רש"י ז"ל שם וז"ל זמר להצמיח גפן וכו' יעו"ש.

ואחרי כותבי ראיתי למהרש"א שהרגיש בדבריהם אלו ולזה פנה דרך לעצמו בדברי התוס' ודברים נאותין למי שאמרן יעו"ש: ומשום מילתא דאתיא באגב חביבא לי ראיתי לעמוד בעיקרא דסוגייא דפרק זה בורר על מ"ש רש"י בד"ה אגיסטון וכו' אי נמי משום ארנונא שכרו בע"הב וכו' ר"ל בעל הבית ישראל שכרו לכהן משום ארנונא לחרוש לו

כדי ליתן מס מן התבואה ולדברים אלה אין צריך לומר דכהן הוא וכונתו לומר אגיסטון ישראל.

אבל קשה לפי' דקאמר א"נ וכו' אמאי קאמרי שכרו בע"הב יאמרו לו דחריש משום ארנונא דמותר אפי' לדידיה. ועוד לפיכך דקאמר משום ארנונא שכרו וכו' א"כ הי"ל להשיבו דקא חריט משום ארנונא.

דאלולי דבריו יכולני לומר דבאותו זמן לא היו גובין ארנונא מן הפירות. ולכך השיבוהו אגיסטון לעכ"ום.

אלא לפי' רש"י דפירש אגיסטון לישראל בשביל ארנונא הי"ל להשיבו משום ארנונא הוא חורש ואמאי אמרי ליה אגיסטון וכו'. ולקושייא קמייתא אפשר לומר דשגירת לשון הוא מאחר דבתי' הא' צריך לומר שכיר הוא לכך גם בפירוש שני נקט שכיר וה"ה דהוה מצי למימר לעצמו חורש משום ארנונא.

וכן ראיתי למהרש"א דפי' כך. ויש מי שפירש משום דבש"ס קאמר אגיסטון והוא שכיר לכך נקט שכרו בע"הב וכו': ולקושייא ב' אפשר לומר הטעם דלא השיבוהו דחורש משום ארנונא.

משום דריש לקיש היה מכיר בו שהוא כהן וחורש ולא ראה שום ישראל חורש שם ואי משום ארנונא אמאי כל ישראל אינם חורשים דארנונא רמי אכלהו ישראל ואמאי אינם חורשים ולא אחד בהם ולכך השיבוהו שכיר לאחריני ואינו נפסל בכך. ובזה יתורץ גם קושייא קמייתא: והתוס' ד"ה אגיסטון וכו' כתבו וז"ל וא"ת וכו' אין עודרין עם העכ"ום בשביעית וכו'.

ואפשר דיש לחלוק דמאי דקאמרי' אין עודרין וכו' היינו בחנם והכא אגיסטון וכו' ואחרי כותבי ראיתי דבריהם שם דלא ניחא להו לחלק בהכי ופירוש אגיסטון בקרקע שמקבל מן המלך לפרוע כו"כ תבואה בשנה וכו' ע"ש. ונראה לי להשוות דבריהם דהתם עם דבריהם דהכא דלא פי' כדפי' הכא שכרו בע"הב וכו' ואפ' לומ' דמשום ארנונ' שכר בע"הב קאי אשדה דהיינו אותו שדה שחורש בו הבעל הבית שכרו מן המלך לתת לו כו"כ בכל שנה והיינו ארנונא.

והוא התירוץ שתירצו שם בשם ר"ת ולפי זה נפלו ולא יקומו עוד הקושיות שהקשינו לעיל. ויותר נאה לי ויאה הפירוש הזה: פרק י"ח ה"א המוציא דבר מרה"י לר"הר וכו' משנה ריש פרק עשירי דשבת המצניע לזרע וכו'.

ובגמ' פריך למ"ל למתני המצניע ליתני המוציא וכו' חייב בכ"ש. ומשני אמר אביי הב"ע כגון שהצניעו ושכח למאי הצניעו והשתא קא מפיק סתמא מ"ד וכו'.

נראה דפי' הסוגייא כך הוא שהמקשה הבין דממתניתין משמע דתרתי בעינן מצניע. לזרע ומוציא אדעתא דמזריע.

ולכך הקשה לו למ"ל מצניע בלא הצנעה אם הוציא לזרע חייב דהא אחשביה ומה שהכריחו להבין במתניתין דהוציא אדעתא דזריעה ולא בהצניעו והוציאו סתם משום דקשייא ליה דאי הכי מאי קמ"לן והתני לה לעיל כל שאינו כשר ואין מצניעין וכו' ואמאי

חזר ותני לה הכא. אלא על כרחך צ"ל דמתניתין מלתא אחריתי קמ"לן ולכך הוקשה לו ליתני המוציא לזרע ולדוגמא וכו' ותירץ אביי לעולם מתניתין במוציא.

סתם וא"ת כבר תני לה לעיל כל שאינו כשר להצניע וכו' הב"ע דשכח למאי הצניעו והו"א בטולי בטל מחשבתיהוכו' ומוקמי' לה בהכי מכח יתורא דמתניתין הנז"ל וכן. משמע מדברי רש"י כמ"ש דוק ותשכח: ומ"ש רש"י וא"ת וכו' לאו קושייא היא אלא גמר דברי' בעלמא.

והתוס' כתבו למ"ל למתניתין והא תנא ליה לעיל וכו' ודבריהם צריכים אצלי תלמוד דאמאי קאמר אביי דשכח למה הצניע דהול"ל הב"ע בהצניע והוציא סתם ולא כמו שעלה בדעתו דהצניע והוציא לזריעה. ואם דעתם לפרש בדברי המקשה דלא כפירש"י ולעולם דהמקשה הבין דהוציא סתם קתני מתני' ואעפ"ך מקשה לישמועינן דהוציא לזריעה ואע"ג דלא אחשביה מעיקרא חייב בכל שהוא והוא חידוש טפי ממצניע מעיקרא אדעתא דזריעה וכו' וחידש לו אביי דמתניתין אשמועינן חידוש טפי מהנך דהב"ע בשכח למאי הצניע ואעפ"ך חייב מ"מ נלמוד מינה דהכא בשכח ולעיל בלא שכח וגם דוחק הוא לומר דחידוש הוא בהוציא לזריעה טפי ממצניע: ולפום ריהטא נ"ל לפרש דברי התוספות דקושייתם היא אאוכל אדם דאינו חייב עליו אלא כשיעורו למ"ל למתני .

אי ללמוד מינה דאפילו עשיר ואין שיעורו בכך אפי"ה חייב אחר שרוב העולם בכך. הא תני לה לעיל כל הכשר להצניע ומצניעין כמוהו חייב.

ומדקאמר דחייב סתם משמע אפילו עשיר כדמשמע התם מפירש"י והתוס' ע"ש. אלא דמדברי המפרשים משמע דקושייתם קאי אערישא.

ועוד דוחק לומר דקשייא אסיפא דוכל אדם וכו' דאחר דרישא אצטריך תנא וכל אדם אגב רישא כמו שמיישבין לפירש"י: וראיתי בספר הרב המאירי בחי' למס' שבת שפי' הא דחזר ותני לה ולא הספיק במתניתין דלעיל דמהתם לא שמעינן אלא דבר שהוא גרוע מצד פחיתותו אין אדם אחר מתחייב בו אפילו כשיעורו או טפי אבל המצניעו מתחייב עליו או כגרוגרת או לפחות כזית ומהכא שמעינן אפילו בכ"ש ע"ש.

ולדבריו קשה מאי מקשה הש"ס לקמן פשיטא ומשני לאפוקי מגרוגרת ולעולם עד דאיכא כזית. והא ממתניתין דלעיל ילפינן כזית ומהכא ילפינן אפי' בכ"ש ואם דברי הרב המאירי אחר האמת של הש"ס אבל המתניתין אינו בכזית הדרא קושייא לדוכתה: ה"ד המוציא עצים וכו' משנה בפרק רבי עקיבא (דפ"ט ב') המוציא עצים כדי לבשל ביצה קלה.

תבלין כדי לתבל ביצה קלה ומצטרפין זע"ז וכו' ופרכי' בגמרא תנינא חדא זמנא קנה כדי לעשות וכו' ומשני מ"ד וכו' ועל הא דתני במתני' תבלין כדי לתבל ביצה. קלה פרכי' ורמינהי וכו' אסורין ומצטרפין זע"ז.

ומשני אמר חזקיה במיני מתיקה שנו ע"ש הסוגייא עם רש"י ותוס'. וקשייא לי אמתניתין דקתני המוציא עצים וכו' ומצטרפין זה עם זה והא תנינא לעיל אוכלין כגרוגרת ומצטרפין זע"ז וי"ל דלא דמי תבלין לאוכל והו"א לחלק ביניהם.

דשאני אוכלין דחשיבותם מחמת עצמם אבל תבלין דאינם עשויים אלא לתבל בהן את האוכל אימא לא אי נמי דוקא אוכלין שהן בעין מצטרפין אבל הכא דמעורבין בתבשיל הוא דאינן מצטרפין. ולפי זה אתי שפיר מה שראיתי בס' שבת של מי שהקשה משם הרמב"ן ז"ל דמאי מקשה הוצאה מערלה.

מה להוצאה שכן מצינו דבאוכלין מצטרפין גם התבלין מצטרפין אבל בערלה דבאוכלין אינם מצטרפין גם התבלין אינן מצטרפין עכ"ל. ולפי מה שכתבנו אתי שפיר דשאני אוכלין דהן בעין ולכך מצטרפין אבל תבלין המעורבין דומיא דערלה אינן מצטרפין כי אם במיני מתיקה: ועל הא דקאמר בגמרא מ"ד וכו' אפילו כל שהוא קמ"ל דלא משום דככא דאיקלידא שכיחא ולא שכיחא דאיכא דעביד לה דפרזילא אבל לבשול שכיחא וקיימ"ל שכיחא ולא שכיחא אזלינן בתר דשכיחא ואפילו לקולא ומתני' דלעיל באגב נקטיה דקא' לעשות קולמוס נקט ואם היה עב וכו': ועל מה דמשני חזקיה במיני מתיקה שנו וכו' כוונתו היא לומר דמיירי בטעמם שוים ולכך מצטרפין ומיני מתיקה לאו דוקא אלא משום דמיני מתיקה מן הסתם טעמם שוה והוא הדין אם טעמם כולם לחזק דמצטרפין וההכרח הוא משום דל"ג במתניתין ושם אחד אלא ג' מינים ומשמעו שנים וג' שמות ואם כן תקשי אמאי אשמועינן ב' וג' מעין אחד מצטרפין הוה ליה לאשמועינן ג' מינין וג' שמות ומכ"ש מין א' דמצטרפין ולכך הוצרך לומר דסיפא דקאמר בה ג' מינין מצטרפין דטעמם שוה ורישא דמין אחד אפילו אין טעמם שוה מאחר דמין אחד הוא.

א"נ דקשייא ליה וכי בשביל דיש להם שם א' ולא שוו במינן ובטעמן מצטרפין וכמ"ש התוס' ולעולם גריס שם אחד: . והתוס' בד"ה ב' וג' שמות וכו' ר"ש אומר וכו' משמע דל"ג במילתיה דת"ק ושם א' ולכך לא הוקשה להו אלא לר"ש מאי קמ"לן דאין מצטרפי' אחר דהם ב' מינים ולא שוו בטעמא ולא הול"ל אלא בן שמות ומין א' ומ"ש כגון אהלה דוגמא בעלמא שאינה מיני תבלין כדמשמע בש"ס.

אלא דקשייא ליה מי הכריחם להבין בדברי ר' שמעון דאמר ב' מינין ושם א' דלא שוו בטעמם עד שהוצרכו לפרש שם אחד הוא שם דאיסור בהפך מדברי רש"י. וראיתי בדבריהם במסכת ע"ז באופן אחר וז"ל ג' מינין ושם א' לרבי שמעון היכי משכחת לה ולכך הוצרכו לפרש שם א' הוא שם האיסור ולפר' התם ניחא אלא דיש לו לדקדק בדבריהם דאם היו גורסין בדברי ר"ש ג' מינין מאי קאמר הכא ושני מינין לר"ש משכחת לה כגון אהלה ומה הועילו אחר דגרסי בדברי ר"ש ג' מינין ויש לישב קושייא אחת בדרך אפשר דההכרח הוא מדברי הת"ק דלג' שם אחד כדפירש ולכך הוצרך חזקיה לומר דבטעמם שוים איירי אבל לר"ש דגרסי בדבריו שם א' אפילו לא שוו בטעמם והרי חזקיה לא פי' כן אלא בדברי ת"ק ולא בדברי ר"ש ולכך הוצרכו לפרש שם א' הוא שם האיסור ואחר דאיסורן שוה חידוש קמ"לן ר"ש דאינן מצטרפין אע"פ דאין טעמם שוה ומ"ש בסוף דבריהם ותרומה של דמאי וכו' ר"ל תרומת מעשר של דמאי דתרומה גדולה לא נחשדו עליה עם הארץ וכ"כ התי"ט.

ומה שתירצו וי"ל וכו' שכלם שם א' ר"ל ועוד מין א' אלא שאיסורן אינו שוה דאם לא כן תקשי קושייתם לעיל: עוד כתבו התוס' ד"ה למנין וכו' דלא פליגי אלא בב' מינין וכו'

ור"ל ולא שוו בטעמא שם באותו דבור מצטרפין הן למלקות וכו' ופטור דקאמר כשבללן. ומ"ש.

בסוף.

דבריהם דר"ת מפרש דאסורה ומצטרפת להצטרף וכו' כדעת רש"י ז"ל ועיין דבריהם במס' ע"ז שהביאו דברי רש"י דפירש כי הכא והקשו עליו והוצרכו לפרש כהאי פי' אחרינא א"נ והביאו בשם רשב"ם והכאניחא להו בו וכתבו ור"ת מפרש וכו': עוד כתבו התוספות שם ד"ה הואיל וראויין וכו' אי בנותן טעם אפילו שאר מינין וכו' דבריהם צריכין תלמוד אצלי דהא חזקיה דקאמר במיני מתיקה שנו כוונתו לומר דשוו בטעמם וה"ה שאר מינין אם שוו בטעמם מצטרפין אלא דסתם מיני מתיקה שוו בטעמם ולכך מצטרפין אע"פ שאין בכל אחד כדי לתבל קדירה אחר דיש כח בשניהם כדי לתבל מצטרפין ואוסרין אבל שאר מינים דלא שוו בטעמם אף על פי דיש בשניהם כח לתבל הקדירה אינם אוסרין אחר דאין בכל אחד בפני עצמו שיעור כדי לתבל ומאי קאמרי אי בנותן אפילו שאר מינים ואם כונתם לומר אפילו שאר מינים דשוו בטעמם ומיני מתיקה דקאמר חזקיה בדוקא מאי קא משנו בשאר מיני' טעם לפגם מאחר דשוו בטעמם ודוחק לומר דאע"פ דשוו בטעמם נותן טעם לפגם: הלכות שביתת יום טוב פרק א' ה"ד כל מלאכה שחייבין עליה בשבת אם עשה אותה ביום טוב שלא לצורך וכו' לוקה וכו' כתב הרב המגיה וז"ל המכוון אצלי בדעת רבינו כך הוא שכל מלאכה שחייבין עליה בשבת ואותה מלאכה היא שלא לצורך וכו' עכ"ל סולת נקיה המורם מדבריו לדעת רבינו היא דכל מלאכה דאינה נעשית אלא באכילה ושתיה כגון שחיטה ואפייה וכו' אפי' עשאה שלא לצורך אכי' דהיינו שלא לאוכלן אלא בשביל הגוים או צורך חול אינו לוקה עליה אבל איסורא איכא וכל מלאכה דאינה נעשית בא"וש כגון הכתיבה וכו' אפי' עשאן לצורך אכילה לוקה עליהן לבד מההוצאה דמתוך וכו' לפי שאף היא באוכל ומשקה והבערה ביום השבת כתיב ולא ביום טוב: ואם תאמר מאי שנא לדעת רבי' ז"ל ההוצאה מאפיי' ושחיטה דמ"מ איכא איסורא ולא אמרינן מתוך שהותרה וכו' ואפשר דמ"מ לאו מלאכה היא כאחריני וה"המ דיהיב טעמא לפי שאף היא וכו' לתוספת טובה נ"ל ומדברי רבינו לקמן יתורץ קושיא זו עיין שם וכתב שם דההוצאה מקרי מלאכה הפך דברי: פרק ז' הט"ז ואין נושאין נשים במועד וכו' ומארסין נשים במועד וכו' הכי איתא במסכת מ"ק (דף י"ח ב') אמר שמואל מותר לארס אשה בחולו של מועד שמא יקדמנו אחר ופריך עלה בגמ' ומי אמר שמואל וכו' והאמר רב יהודה אמר שמואל בכל יום ויום בת קול יוצאת ואומרת בת פ' לפ' וכו' אלא שמא יקדמנו אחר ברחמים כי הא דרבא שמעיה להוא גברא דבעי רחמי ואמר תזדמן לי פלנית' אמ"ל לא תבעי רחמי הכי.

אי חזיא לך לא אזלא מינך וכו' בתר הכי שמעיה דקאמר או איהו לימות מקמה או איהי תימות מקמיה וכו'. ופירש"י בד"ה או איהו עצמו ימות מקמי דתנסיבא איהי לאידך ולהכי מארס במועד שמא יקדמנו אחר ברחמים שתמות היא.

ע"כ מוכח מדברי רש"י דהתפלה אינה מועלת לבטל הב"ק שמכרזת בת פ' לפ'. דאל"כ הו"ל לפרש שמא יקדמנו אחר ברחמים וישאנה א"ו לא מהני התפלה לבטל דברי הב"ק דאחר הגזירה אינה מועלת התפלה.

וקשה והא אמרי' בפ' הרואה (ד"ס ב') תניא ג' ימים הראשוני' יבקש רחמים שלא יסריח משלשה ועד מ' יבקש רחמים שיהיה זכר וכו' והשתא מה מועלת התפלה אחר הכרזת בת קול שאמרה בת פ' לפ' דנמצא שכבר הכריחו עליה שתהיה נקבה ואעפ"ך אמרינן יבקש רחמים להיות זכר. (א"ה עיין בתוספות בפ' כהן גדול ד' כ"ב ד"ה ארבעים וכו' סיעתא לדברי ה"ה דהכריחו מכאן דפי' שמא יקדמנו אחר ברחמים וישאנה ולא כפירש"י): ועוד קשה דהתם בש"ס הקשה ומי מהני רחמי והא אמר ר"י איש מזריע תחילה יולדת נקבה אשה מזרעת תחילה יולדת זכר ומשני כשהזריעו שניהם ביחד ע"ש והשתא אמאי לא הקשה מהכא דמ' יום קודם יצירת הולד ב"ק מכרזת וכו' ולא מהני האי תירוצא כשהזריעו שניהם ביחד דמ"מ ב"ק מכרזת בת פ' לפ' אם הוא זכר או נקבה דליכא למימר דאין ב"ק מכרזת היכא שהזריעו שניהם דאמאי דלא ימנע אם הוא זכר או נקבה ואמאי לא יכריזו והתירוץ לא יצדק כי אם שם שהקשה מר"י שאמר אשה מזרעת תחילה יולדת זכר ומתרץ לה שפיר דמהני תפלה היכא שהזריעו שניהם ולפעמים יהיה זכר ולפעמים יהיה נקבה לכך מהני תפלה מאחר דדרכו להשתנות אבל אם הקשה לה מהכא לא יצדק ההוא שנויא: ואפשר לתרץ דלא אמרי' דאינה מועלת התפלה דוקא שם דרוצה לבטל הזיווג לגמרי שהב"ק הכריזה בת פ' לפ' והוא משנה הזיווג לגמרי ע"י תפלתו ורוצה לבטל הגזירה.

אבל הכא שהתפלל להיות זכר אינו מבטל הזיווג לגמרי אחר שהועילה תפלתו להיות זה זכר והזיווג שלו יחזור נקבה נמצא דברי בת קול לא יתבטלו לגמרי. דומיא דמצינו בהאמהות לאה ורחל שאמרו רז"ל שם דע"י תפלת לאה נהפכו שניהם וזכר שהיה בבטן לאה חזר נקבה ורחל שהיתה בבטנה נקבה נהפכה לזכר (א"ה הכי דברי ה"ה צ"ל הא דפרכינן מרבי אמי דאמר איש מזריע וכו' אלמא לאו ברחמי תליא מילתא.

ומשני כגון שהזריעו שניהם בב"א קאי אברייתא דקתני ג' ימים הראשונים מבקש אדם רחמים וכו' אך אלאה שדנה דין בעצמה לא קא מקשי הש"ס ופשט הגמרא לא משמע הכי): ומדי דברי בהאי סוגיא הוקשה לי עמ"ש הרא"ם בפ' תזריע וז"ל אשה מזרעת תחי' וכו' אבל אם הזריעו שניהם בבת אחת אינו לא זכר ולא נקבה ע"כ.

והרי מסוגיין דפ' הרואה דפריך מתיב ר"י ואחר ילדת בת וכו' לאחר שדנה לאה דין בעצמה וכו' לא תהיה אחותי כאחת השפחות מיד נהפכה לבת ותירץ הש"ס מעשה דלאה בתוך מ' והדר מקשה הש"ס ומי מהני והאמר ר"י אשה מזרעת תחילה יולדת זכר איש מזריע תחילה יולדת נקבה ומשני שהזריעו שניהם בבת אחת.

הרי דמעשה דלאה שהזריעו שניהם בבת אחת. (א"ה מדברי ה"ה אלו נר' שהבין דקושיית הש"ס מר"א קאי גם אלאה) וקאמר הש"ס ואחר ילדה בת שנהפכה לבת ומשמעות נהפכה היינו מזכר לנקבה וכן ארז"ל שהיתה יצאנית מסיבת שעיקרה הוא זכר וטבעו הוא בשוקים וברחובות והוא יוצא ובא.

ויש לישב בדוחקדהרי מפרש הש"ס דקאמר ואחר ילדה בת שנהפכה לבת דהיינו על ידי התפלה נהפכה לבת אבל קודם התפלה אינה לא זכר ולא נקבה וזהו פי' נהפכה לבת שמקודם לא היתה ראויה אפי' ועכשיו נהפכה. אלא דקשייא לי א"כ אין אנו צריכין

לתפלה דבלא"ה עיבור לאה אין בו ממש דאינו ראוי להיות לא זכר ולא נקבה ונשארו ב' שבטים לרחל דכל מגמתה היא בשביל רחל שלא תהיה גרועה מאחת השפחות.

ואפשר דהקב"ה רוצה בתפלתן של צדיקים ולא רצה להיות תפלתה ריקם ואינה עושה פירות: אלא דקשה על הרא"ם מהא דאמרי' בפ' המפלת (דכ"ח ב') אצטריך מהו דתימא הואיל ואמר ר"י אשה מזרעת תחילה וכו' מדהאי זכר האי נמי זכר קמ"לן אימא שניהם הזריעו בבת אחת זה זכר וזה נקבה יעו"ש הרי ש"ס ערוך דהיכא שהזריעו שניהם משכחת לה או זכר או נקבה והוא הפך דברי הרא"ם ואפשר דמצא במכילתא או בספרי כדבריו.

דאין השכל מחייב דאשתמיטיתיה תלמוד ערוך (א"ה הגם דיש איזה ברייתא דספרי כדבריו מ"מ הו"ל לתפוס עיקר סוגי' דהמפלת): והתוס' בד"ה ומי אמר שמואל וכו' הקשו וז"ל תימא לי אמאי לא משני הא בזווג א' הא בזיווג ב' כדמשני בפ"ק דסנהדרין ובפ"ק דסוטה ע"כ וכן הקשו בפ"ק דסוטה והניחוה בקושייא.

ולכאורה קשה דמאי מקשים דאדרבה ניחא ליה להש"ס לאוקומי דברי שמואל בכל גוונא בין בזיווג א' בין בזיווג ב' יותר מלאוקומיה בזווג א' דווקא. משום דדברי שמואל סתמא קאמר מותר לארס וכו' משמע בין בזיווג א' בין בזיווג ב'.

ואפשר דקשייא להו משום דדברי הש"ס דחוקים דשמואל קאמר שמא יקדמנו אחר דמשמע יקדמנו לארס והש"ס מפרש לה שמא יקדמנו ברחמים ע"י תפלה שתמות האשה. אך אכתי קשייא לי דאיך יכול הש"ס לתרץ הא בזווג א' הא בזווג ב' והרי הש"ס מקשי מדברי שמואל עצמו שאמר בכל יום ויום בת קול מכרזת בת פ' לפ' וכו' דמשמע בהשגחת האל יתב' ואינו ע"פ המזל אלא לפי מעשיו דמשמע אפי' אחר שהגדיל וניכרים מעשיו מה הם לכך לא תירץ הא בזיווג א' הא בזווג ב' וי"ל דהתוספות לא גרסי אלא כמו הכא וכן משמע מלשונם דכתבו קא פריך ליה מהכא ארבעים יום קודם יצירת הולד וכו': ובדרך אגב נ"ל לפרש הא דאמרינן בפ"ק דסוטה וקשה לזיווגן כקריעת ים סוף ופירש"י שנשתנו סדרי בראשית.

ר"ל גם כאן בזווג נשתנו סדרי בראשית דבזווג א' הכריזו בת פ' וכו' ועכשיו שמתה האשה שזווגו לו והוכרח לישא אשה אחרת שלא הכריזו עליה. או מת האיש שהוא זווג של האשה וצריכה האשה לישא איש אחר והוא שינוי דומיא דקריעת ים סוף: ולפי זה צ"ל דוקא אלמון עם אלמנה דהלך לו הזווג הא' שהכריזו עליו.

אבל בחור עם אלמנה או אלמון עם בתולה מקרי זווג א' על ידי הכרזה. דאל"כ היכן היה זיווגה הא' וכן ראיתי בפסקי התוס' שכתבו כן ע"ש שזו גם לפי המזל לקחה אחר על ידי הרחמים ואחר כך נדחה מפניו מפני שהיא בת זוגו.

ואלמון עם בתולה אפשר שהכריזו עליו בשתיהן אחר שתמות הא' אשה שנית אלא מדברי רש"י דמ"ק הנ"ל דפירוש שמא יקדמנו אחר ברחמים שתמות ולא יראנה נשואה עם אחר משמע שהתפלה אינה מועלת לבטל הכרזת הב"ק כמ"ש לעיל ואם כן במאי זכה זה ולקחה קודם הבחור בר זיווגה. ואפשר לפי שעה מהניא התפלה ואחר כך נדחה מפניו.

והתם במ"ק מתפלל שיבטל הזווג לגמרי שהיה על ידי ב"ק. ולא שייך לומר שהתפלל ההוא גברא שישאנה לפי שעה ואח"ך ימות וידחה מפני בן זוגה.

אלא דק"ל אחר דהתפלה אינה מועלת לבטל דברי הב"ק דבת פ' לפ'. שהוא זיווג א' ובזיווג ב' הוא לפי מעשיו מאי קאמר בש"ס לעולם וכו' וישא בת ת"ח וישיא בתו לת"ח היכי משכחת לה בין בזיווג א' בין בזיווג ב' וליכא למימר על ידי זכות ותפלה גדולה וזהו פי' לעולם ישא אדם בת ת"ח דהיינו יתפלל וירבה בתפלה דמדברי הש"ס משמע דליכא חילוק דאם כן אמאי מוקי לה שמא יקדמנו אחר ברחמים שתמות היא הי"ל לתרץ על ידי זכות ותפלה גדולה שמא יקדמנו אחר ודוחק לומר מ"ש ז"ל לעולם ישא וכו' היינו בזווג ב' ומ"ש לעולם וכו' ר"ל יתקן מעשיו עד שיהיה ראוי לישא בת ת"ח דחכמים ז"ל אמרו סתם: הלכות חמץ ומצה פרק ו' ה"ב בלע מצה יצא וכו'.

הכי איתא בפסחים (ד' קט"ו ב') אמר רבא בלע מצה יצא בלע מרור וכו'. והיינו טעמא דבליעה נמי הוייא אכילה.

והרב משנה למלך בה' יסודי התורה נסתפק אם אכל מצה שלא כדרך הנאתן אם יצא י"ח או לא והרב שער המלך ז"ל פשיט לה דלא יצא מהא דקי"ל אם נשבע בכולל שלא יאכל מצה שנה או שנתים לא יאכל מצה בליל פסח ואם איתא דאם אכל מצה שלא כדרך הנאתן יצא. יאכל שלא כדרך הנאתן ואז יוצא ידי חובתו ולא יעבור אשבועה.

וכן הביא ראיה מהא דקי"ל אם נשבע שלא לאכול מצה בליל פסח הוי שבועת שוא ולוקה ואוכל. ואי יצא שלא כדרך הנאתן אמאי הוי שבועת שוא והרי יכול לקיים המצוה בשלא כדרך הנאתן: ולענ"ד נראה דאין מכאן ראיה דכוונת הנשבע שלא יאכל מצה בליל פסח הוא לבטל המצוה ואם יוצא י"ח שלא כדרך הנאתן.

אם כן הוא נשבע שלא לאכול מצה אפילו שלא כדרך הנאתן ולכך מקרי שבועת שוא. ואם אינו שלא כדרך הנאתן א"כ שבועתו היא בכדרך הנאתן ולכך מקרי שבועת שוא: וראיתי להר"א הכהן בכתביו שתי' דהיינו טעמא דהוי שבועת שוא כיון דאינו יכול לקיים המצוה כתקנה אלא שלא כדרך הנאתן: ולענ"ד זה אינו דהעיקר הוא החובה ואם יוצא שלא כדרך הנאתן אמאי הוי שבועת שוא ולוקה והראיה הראשונה אינה ראיה כמו שדחה הר"א הכהן שלא יאכל מצה דקתני היינו מצה כדרך הנאתן ואין הכי נמי שלא כדרך הנאתן יאכל ויצא ידי חובתו או לאידך גיסא דילמא שלא כדרך הנאתן לא יצא ולהכי לא יאכל דלא מהנייא ליה: הלכה י' הכל חייבין באכילת מצה אפילו נשים וכו' הכי איתא בפ' אלו עוברין (ד' מ"ג א') כל מחמצת לרבות את הנשים ופרכינן מדר' יהודה אמר רב נפקא דאמר וכו' השוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה ומשני סד"א הואיל וכתיב לא תאכל עליו חמץ ז' ימים תאכל עליו מצות כל שישנו בקום אכול מצה ישנו בבל תאכל חמץ והני נשי וכו' קמ"ל והשתא דאיתרבו להו בבל תאכל חמץ איתרבו נמי לאכילת מצה כר"א דאמר רבי אלעזר נשים חייבות וכו' וכתבו התוס' ד"ה סד"א וכו' יש מקשים למה נשים אין חייבות בציצית משום דכל שישנו בלבישת שעטנז ישנו בגדילים כדדרשינן בערכין גבי כהנים וכו' יעו"ש שהניחוהו בקושיא.

והתוס' בפרק התכלת (ד' מ"ג א') ד"ה ור"ש פוטר תירצו דהתם שאני דכתיבי בחד קרא יעו"ש מפורש יוצא מדבריהם דע"כ לא אמרינן כל שישנו וכו' אלא דוקא היכא דכתיבי בחד קרא אבל היכא דכתיבי בתרי קראי לא אמרינן כל שישנו וכו': וראיתי מקשים על דבריהם מהא דאמרינן בפ' ד' מיתות (ד"ס ב') דר"ש ס"ל דבני נח מוזהרין על הכישוף.

וקאמר עלה בגמרא מ"ט דר"ש דכתי' מכשפה לא תחיה וכתיב כל שוכב עם בהמה וכו' כל שישנו בכלל כל שוכב וכו' ישנו בכלל מכשפה וכו' והרי הכא דתרי קראי נינהו ואפ"ה דרשי' כל שישנו וכו' ולענ"ד נראה דלא כתבו התוספו' האי כללא אלא לגבי עשה כגון אכילת מצה וציצית אבל כששניהם לא תעשה דחמירי אמרינן כל שישנו אפילו בתרי קראי (א"ה אכתי יש לעמוד בדברי התוס' הנז' מדאמרינן בפ"ק דחגיגה (ד"כ ב') ובאת שמה והבאתם שמה כל שישנו בביאה ישנו בהבאה וכו' גם מדאמרי' בפ"ק דערכין (ד"ד א') והעמיד והעריך כל שישנו בהעמדה ישנו בהערכה וכו' עי"ש והרי הכא אע"ג דתרי קראי נינהו ושניהם בלשון עשה ואפי"ה דרשי' כל שישנו וכו' ועיין להרב למודי ה' לימוד קכ"ד שהאריך בדברי התוס' הללו.

ויישב דבריהם בטוב טעם ודעת ודוק): ואין להקשות מהא דאמרינן בערכין (דף ג' ב') ומנחות (ד' מ"ג א') הכל חייבין בציצית כהנים לויים וישראלים ופרכינן עלה פשיטא ומשני כהנים אצטריכא ליה סד"א הואיל וכתיב לא תלבש שעטנז גדילים תעשה לך מאן דלא אישתרי כלאים לגביה וכו' והני כהנים הואיל ואשתרי כלאים לגבייהו וכו'.

והרי הכא תרי קראי נינהו וקאמר כל שישנו וכו'. דיש לומר דזה דוקא כפי ס"ד אך לפי המסקנא דקמ"לן דכהנים חייבים לא אמרינן כל שישנו.

ומשם באר"ה דלא אמרינן כל שישנו בתרי קראי (א"ה ק"ק לתירוץ זה דאם כן אמאי אצטריך הש"ס לסיים נהי דאשתרי בעידן עבודה וכו' דמשמע דאי לאו האי טעמא הוו פטירי ואמאי ת"ל דבתרי קראי לא אמרינן כל שישנו. איברא דקושייא זו כבר נועדו עליה שרים רבים ונכבדים כמו שמבואר בס' למודי ה' לימוד הנז'.

ולעד"ן אפשר לחלק דעל כן לא כתבו דבתרי קראי לא דרשינן כל שישנו אלא דוקא בשאר דוכתי אבל במשנה תורה דכ"ע דרשינן סמוכים אמרינן כל שישנו אפי' בתרי קראי דסמיכי): וגבי מעקה אע"ג דבחד קרא כתיב ועשית מעקה לגגך וסמיך ליה ולא תשים דמים וכו' לא אמרינן דנשים חייבות בעשיית מעקה מכח כל שישנו דמצוה אחת היא ונתינת טעם היא דאמאי חייבה תורה בעשיית מעקה משום לא תשים דמים (א"ה כוונת קושיית המחבר ז"ל היא לפי דברי התוס' פ"ק דקידושין (ד' ל"ד) ד"ה מעקה שכתבו תימא לר' וכו' ותי' כשנמלך דליכא אלא עשה ואז נשים פטורות.

וע"ז מקשה ה"ה שפיר דהו"ל לחייב נשים מכח כל שישנו וכו' ועיין למהרימ"ט ז"ל שם בחידושיו): הלכות שופר פרק א' ה"א מצות עשה של תורה וכו' ושופר שתוקעין בו וכו' הוא קרן הכבשי' הכפוף וכו'. וכתב מר"ן הכ"מ ושופר שתוקעים וכו' בפ' ראוהו ב"ד (כ"ו ב') תנן שוה היובל לר"ה לתקיעה ולברכות רי"א בר"ה תוקעין בשל זכרים וביובל בשל יעלים ואפסיקא הלכתא כר"י וכדאמר ר' לוי שופר של ר"ה ויו"הך מצוה בכפופים וסובר רבי' דת"ק ור"י לעיכובא פליגי וכו' ע"כ.

ר"ל בש"י ורה"ש וכר"א ור"ל ס' גם ביו"הך בעי' כפופים דומיא דר"ה דר"ל אית ליה בחדא כר"י ובחדא כרבנן. ואף על גב דרבי' קאמר בפי' הכפוף מ"מ דייק לה מדלא קאמר וצריך כפוף או וכפוף ומדקאמר הכפוף ר"ל הכבשים שהם מסתמא כפופים ומ"ש רבי' אע"פ שלא נתפרש בתור' תרועה בשופר וכו' מפי השמועה למדו מה תרועת יובל בשופר וכו'.

הקשה מר"ן הכ"מ למה אמר מפי השמועה הא בגמרא מייתי לה בהיקשא א"נ בג"ש. דברי מר"ן הללו צריכין אצלי תלמוד דמדקאמר א"נ בגז"ש דקשיתיה גם אגז"ש וא"כ מה תירץ מדברי רש"י שאמר השתא דאיתמר ג"ש למשה מסיני.

מעיקרא מאי סבר ולבסוף מאי סבר וכי יש ג"ש שלא נאמרה למשה מסיני. ואם כוונתו להביא ראיה מדבריו דאחר ג"ש ליכא עוד היקשא והכל נלמד בג"ש.

ויכול לומר מפי השמועה על הג"ש אמאי נקט אי נמי אג"ש. ועוד בלא דברי רש"י מוכרחין אנחנו לפרש כן דאל"כ תקשי קושיית הש"ס דיכול ללמוד הכל מהיקשא או מג"ש ואמאי התנא מתחילה הביא ראיה מהיקשא ולבסוף הביא מג"ש.

ומוכרחין אנו לומר דהכוונה היא דאם לא נאמרה הג"ש. ומאחר שקבלנו הג"ש למשה מסיני הכל למידין ממנה וצ"ע ודוק.

ונראה לי דקושייא אינה אלא אהיקשא ומאי דקאמר א"נ אג"ש כוונתו לומר א"נ למאי דקאמר בש"ס ג"ש מ"מ לימוד אהיקשא קאי ולא קאמר אג"ש אלא אשאר ומאי מפי השמועה דקאמר אהיקשא וקושייא. ועוד יש לישב בדוחק דלא כפי רש"י: הלכה ג' שופר של עכ"ום וכו' וכן שופר של עולה לא יתקע בו ואם תקע יצא שאין בקול דין מעילה.

וא"ת והלא נהנה בשמיעת הקול מצות לאו ליהנות ניתנו ע"כ. נראה שהוא הפך ממ"ש שאין בקול דין מעילה.

ונראה דכוונת רבי' היא מתחילה אמר שאין בקול דין מעילה דהיינו להתחייב קרבן מעילה ולבסוף הוקשה לו מ"מ נהנה בשמיעת הקול ואיכא איסורא משום מצוה הבאה בעבירה. לכך אמר מצות לאו ליהנות ניתנו: הלכה ד' שופר של ר"ה אין מחללין עליו אתיו"ט ואפילו בדבר שהוא משום שבות וכו' ואין עשה דוחה ל"ת ועשה ע"כ.

וכתב מר"ן בכ"מ פי' וחכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה כיון דלא דחי מלאכה דאורייתא אף שבות דדבריהם לא ידחה ע"כ. ואע"ג דפסק רבינו לקמן בפרק ב' ה"ו וז"ל אע"פ שהתקיעה משום שבות וכו' יבא עשה של תורה וכו' והכא קאמר גם שבות דרבנן לא ידחה שאני התם דתתבטל המצוה לגמרי ואין כח ביד חכמים לבטל עשה דאורייתא לגמרי אבל הכא תתקיים באחר ודוק: פרק ב' ה"ד המתעסק וכו' וכתב מר"ן הכ"מ ואולי שהוא סבור שכיון שאין אדם עושה מעשה בתקיעת שופר אלא השמיעה ואפילו התוקע עיקרו אתקיעה ע"כ.

פירוש לפירושו ואע"פ שהתוקע עושה מעשה דומיא דאכילת מצה ואמאי אצטריך הכוונה ולכך אמר עיקרו וכו': הלכה ו' יו"ט של ר"ה שחל להיות בשבת אין תוקעין

בשופר בכל מקום ואף על פי שהתקיעה משום שבות וכו' ע"כ. פירוש אין תוקעין מדרבנן גזירה שמא יתקן כלי שיר כמו בשבת וכדומה.

והכא מן הדין היו תוקעין ולא אמרינן שבות שמא יתקן וכו' דא"כ בטלת מצוה דאורייתא לגמרי אם לא מטעם דשמא יעבירנו דלא הוי ביטול אלא בשבת ויכולין לקיים המצוה בחול ודוק: פרק ג' ה"י המנהג הפשוט וכו' וחוזר ומברך שהחיינו וכו'. כתוב בהגהות מימוניות ולא חילק בין ראשון לשני וכו' וכ"כ רבי' שמחה ואפילו החולקים על רש"י היינו דווקא בקידוש אבל בתקיעה מודה דאין יוצאין בתקיעה של אתמול וכו' ע"כ לשונו.

לכאורה קשה דגם בקידוש אימא הכי ואחר החיפוש ראיתי דבריהם בפ' כ"ט מהלכות שבת עשירים וכאן הם עניים וז"ל ואע"ג דקדושה אחת דיינו עיקר קדושה יום ב' וכו' דיו"ט א' מספיקא עבדינן ליה דשמא יבואו עדים מן המנחה ולמעלה וכוונתו לומר דלענין קידוש היתה הקדושה מאתמול דעושים ב' קודם ולא מקרי יום תרועה אלא יום שני ודוק: הלכות לולב פרק ז' ה"ז כמה נוטל מהן לולב א' וכו' ושני בדי וכו' משנה בפרק לולב הגזול (ד' ל"ד) ופסק רבינו כר"ט ומפרשינן שם בגמרא היינו טעמא דר"ע משום דכתיב כפת וכו' והתוס' בסנהדרין (ד"ד) ד"ה כולהו כתבו וז"ל וא"ת וכו' ובפ' לולב וכו' משום דכתיב כפת וכו' והקושייא בדבריהם גלויה לעין כל דממ"נ אם מכחשי לדרוש מקרא ואי לא מכחשי לדרוש תרווייהו מקרא ומסורת.

ושוב ראיתי מהרש"א שנדחק בזה והניח הדבר בצ"ע. ואחר החיפוש וימצא כתוב בספר יבין שמועה למהרי"ש אלגאזי ז"ל שנדחק גם הוא בדברי התוספות הללו ופי' דבריהם בד"א.

ומ"ש ונראה דדווקא וכו' הוא שנוייא אחרינא לתרץ קושייתם הא' אבל לר"י ן' ברוק' לא מכחשי דיש לקיים שניהם דא' ללולב ואחד למזבח וכן דעת ר"ע ודרש מקרא ומסורת אבל לכאורה קשה דזה הפך דבריהם ממ"ש בפרק כל שעה וז"ל דכולי עלמא מודו דדרשינן מסורת משום דסמכינן אקרא פרי עץ הדר דלא משמע אלא חד וי"ל דאה"נ דלגבי לולב לא דרשינן אלא מסורת ודוקא לולב א' דסמכינן אקרא פרי עץ הדר אבל לגבי מזבח ליכא סמיכות אלא דקשה לדבריהם להאי תירוץ בתרא אמאי קחשיב ר"ש והא לא מכחשי אהדדי דומסורת אצטריך לסוכה תחת סו' כמ"ש הם עצמם במס' סוכה דלא לחנם נכתב המסורת ולדברי מוהר"ש דקאמר לאו שנויא הוא ניחא דתלמודא דידן כר"ל ודוק: והואיל ואתו לידן דברי התוספות אלו נימא בהו מילתא עמ"ש בריש דבריהם ונראה דדוקא הכא וכו' לאו תירוצא הוא אלא מילתא באנפי נפשה דלא תקשי דבריהם אדבריהם כדמפרשי ואזלי דהא הכי מרבי ור"ש וכו' בחתיכה וכו' משום דמצוה כתיב וכן משמע מדבריהם במ' סוכה (ל"ה) הוזכרה שם הפירכא הנז' אבל קשה לי על דבריהם דמנא להו דר"ש מחייב בחתיכה אחת עד שהוצרכו דדריש מקרא ומסורת והא בברייתא לא קאמר אלא אכל ספק חלב ויכולני לומר היינו בחתיכה מב' חתיכות וכן פסק הרמב"ם ז"ל בחתיכה מב' חתיכות אבל בחתיכה א' יכול אני לומר דאית ליה לר"ש דפטור.

ואפשר לומר דההכרח הוא משום דמצאו מפורש בדברי ר"ש ור"ע היכא דלא מכחשי דרשינן מקרא ומסורת כמו עני ועוני בבגדו ואם כן מוכרח אתה לומר בפרק ספק אכל דלא מכחשי דרשינן מקרא ומסורת ודוק: ואחר החיפוש וימצא כתוב בברייתא אחרת. וז"ל תנו רבנן היו לפניו שני חתיכות וכו'.

בא נכרי ואכל את הראשונה ובא ישראל ואכל את השניה פטור ור' מחייב תסתיי' מהכא דר' אית ליה אפי' בחתיכ' א' אבל יכולני לדחות דשאני התם דמקודם היו שני חתיכות והוקבע איסורא אבל אם היתה מתחילה חתיכה א' דוקא מנא להו דחייב עליה קרבן אשם לר' ולר"ש ולר"ע: ומ"ש באותו דבור ואפשר לקיים שניהם וכו' לחייב בשניהם וכו' והמסורת לחייב וכו' לכאורה יש לדקדק דגם בסוכות ובסכת יש לקיים שניהם שבא המקרא דבסוכות לחייב בארבעה דפנות ומסורת בא אפילו לג' דפנות ומכ"ש ד' ושניהם מתקיימין.

ואפשר לומר דלא דמי דיש לחלק ביניהם דשאני מצות ומצוות מקולא לחומרא אבל בסוכות ובסכת מחומרא לקולא והו"ל מכחשי ודוק: הלכה ח' כמה שיעור אורך כל מין וכו' לולב וכו' כתב הרב המגיד משנה וגמרא אמר ר"י אמר שמואל שיעור הדס וכו' ור"י אמר אפי' שדרו של לולב וכו' ומבואר שם עוד דלר"י וכו'.

הוצרך להוסיף ומבואר שם עוד משום דנראה מובן מדבריו הראשונים דרבי' אית ליה דאין צריך לקמן בדרבי' ז"ל ותרתי קמ"לן בתחילת ההלכה כתב לולב אין פחות מד' טפחים ואם אגד לולב צריך שדרו וכו' ומדברי הגמרא משמע דקאמר ר"י שדרו וכו' היינו כשהן אגודין ומנ"ל דקאמר כמה שיעור לכך הוצרך הרב להוסיף שם עוד וכו' ודוק:הלכות קדוש החדש פרק ד' ה"ב על ג' סימנים מעברין את השנה על התקופה ועל האביב וכו' אם תהיה תקופת ניסן בי"ו בניסן או אחר זמן זה וכו' ועל סימן זה סומכין ואין חוששין לסימן אחר וכו' והראב"ד ז"ל השיבו וז"ל הא ליתא וכו' ואי משום ההיא דשלח ליה רב הונא כי משכת תקופת טבת עד ט"ז בניסן עברוה להיא שתא התם בתקופת טבת וכיון דמשכה עד ט"ז בניסן משכה תקופת תמוז עד אחר החג ואמטו להכי מעברינן משום דבעינן אביב בתקופת ניסן תו בעינן החג בתקופה חדשה וכי קתני בברייתא על אחד מהן אין מעברין בתקופת תשרי וכיון דאיכא אביב כתקנו אין מעברין על התקופה לבדה דלא דחינן תרתי מקמי חדא עכ"ל.

משמע מדבריו דמאי דקאמר רב הונא דכי משכה עד ט"ז בניסן היינו עד ועד בכלל ונפלה תקופת ניסן יום ט' דהשתא תקופת תמוז משכה עד כ"א עד ועד בכלל ותקופת תשרי יום כ"ב וליכא מקצת החג ולכך מעברין משום דאיכא תרתי משום האביב ומשום תקופת תשרי ולכך השיג על רבינו דכתב אם תהיה תקופת ניסן ביום ט"ז מעברין דהשתא תקופת תשרי נופלת ביום כ"א בתשרי ואיכא מקצת החג ואף על פי דלפעמים אפי' כשנופלת תקופת ניסן ביום ט"ז נופלת תקופת תשרי ביום כ"ב כגון אם נפלה ביום י"ו בתחילת היום או בחצי היום כמ"ש התוספו' מכל מקום כשנופלת בלילה תקופת תשרי אינה נופלת אלא ביום כ"א וליכא אלא חדא והתניא בברייתא על שנים מעברין ועל אחת אין מעברין זה כוונת הרא"בד: אבל דעת רבינו אינו כן בפירו' דשמעתתא ומאי דקאמר דכי משכה עד ט"ז בניסן היינו עד ולא עד בכלל ותקופת תשרי נופלת

בכ"א בתשרי וכדעת אחרים דאית להו מעברין על תקופת ניסן לבדה דמסייע להו קרא שמור את חדש האביב כדפי' רש"י בש"ס ר"ה וההיא ברייתא אפשר לומר דפליגא כדמשמע מפרש"י.

אי נמי כדפירשו התוס' דההיא ברייתא בתקופת תשרי ולא פליגא וכן משמע מדברי התוס' בש"ס דר"ה כדפי' רש"י וכ"כ רש"י דמאי דקאמר דכי משכה עד ט"ז היינו עד ולא עד בכלל וכ"כ התוספות בש"ס הכא אבל בש"ס דר"ה כתבו להפך כמו שהבין הראב"ד. ונראה דמה שהכריחו להראב"ד להבין כן הוא משום דקשייא ליה מאי שנא דכולהו נפקי מקראי כמו שהקשו התוספות.

ואפשר דרבינו סובר דשאני תקופת דניסן דכתיב בה לשון שמירה הקפיד בה רחמנא ביותר ולכך אפי' לחודה מ"ע. אלא דקשה דאמאי רבינו לא הזכיר בלשונו לשון הזהב תקופת תשרי והו"ל תקופת תשרי בהדי תקופ' ניסן והא כדאיתא והא כדאיתא וראיתי למוהר"י עייאש ז"ל בספרו שכתב דרבינו ס"ל דקי"ל כאחרים דלא חיישי לתקופת תשרי דלא דרשי חג האסיף כמו שפי' התוס' לדעת רש"י ז"ל ודוק: וחזה הוית להמפרש על הרמב"ם שפירש שם אם יתאחר התקופה עד י"ו בניסן יודע שנתאחר בישול התבואה ויתכן שלא ימצא שעורים להקריב מהם העומר לפיכך תלו התקופה בי"ו בניסן.

ואפשר לומר דהמפרש הוקשה לו הקושייא שהקשה הראב"ד על רבי' ולכך הוצרך לומר אם יתאחר התקופה עד י"ו בניסן יודע שנתאחר בישול התבואה ונמצא שהם שתים ולכך מעברין אבל אחר האמת דמאי דקאמר לפיכך תלו התבואה בי"ו בניסן דבריו אינם מדוייקים אם כוונתו לומר לאפוקי אם נפלה קודם ארבעה עשר פשיטא דאין מעברין דליכא שום חדא ואם כוונתו לומר לאפוקי אם נפלה בט"ו הא קאמר בש"ס דמעברין לאדר: וראיתי לתוספות בסנהדרין (ד"ג ב') ד"ה שמור וכו' שכתבו והא דאמרינן כי חזית דמשכא תקופת טבת עד י"ו בניסן וכו' עי"ש נראה לי דקשייא להו על מאי דקאמר יום תקופה גומר והא אמרינן דכי משכה תקופת טבת עד י"ו משמע ונפלה תקופת ניסן עד י"ז ואי יום תקופה גומר אפי' נפלה ביום י"ו מעברינן משום דיום תקופה גומר ולכך כתבו אפילו נופלת ביום י"ו.

ומאי דקאמר עד יום י"ו היינו עד ולא עד בכלל וכן לרש"י מפרשים כך וכמ"ש רש"י גופיה בשלהי ר"ה: עוד כתבו התוס' ומיהו התם קשה למה לי טעמא וכו' משמע דהכא לא תקשי למה לי טעמא ואמאי והא גם הכא נמי קאמר טעמא משום אביב של תקופה שיהיה בחידושה של לבנה ומלמעלה למטה קא חשיב ותיפוק ליה משום תקופת תשרי וי"ל דא"כ היינו ר"ש או ת"ק אלא דקשה דבכלל דבריהם דבריו: עוד כתבו התוספו' ולפי' ר"ת אתי שפיר וכו' ותפול תקופת תשרי בעשרים בו וכו' ע"כ ר"ל לר"ת דקאמר לעיל דלא חיישי אחרים לאד"ו דעבר יום אחד ותפול תקופת תשרי בך' בו אם לא מהאי טעמא של תקופה בחידושה של לבנה אבל לפי' רש"י דפירש לעיל דאחרים חיישי לאד"ו קשייא מאי דקאמר ונפלה בתחי' הלילה וכו' משום דכי נפלה בתחילת הלילה או בחצי הלילה נופלת תקופת תשרי בכ"ה ואין צריך לעבר משום תקופת תשרי אבל אם נפלה בתחי' היום נופלת תקופת תשרי בכ"ב בו וצריך לעבר משום תקופת תשרי: עוד כתבו בסוף דבריהם אף ע"ג דתקופת תשרי וכו' עי"ש ר"ל דלא חיישינן לתקופ' תשרי

דקימ"לן כאחרים דלא דרשי חג האסיף כדפירשתי דבריהם בסוף ולא מעברין אלא משום שמור את חדש שיהיה בחידושה וכו' ולכך אם משכה עד י"ו מעברין אבל אם נפלה בחמיסר אין מעברין אפילו נופלת בתחי' היום או בחצי היום דהשתא נופלת תקופת תשרי בכ"א בו ויום תקופה גומר דאזלי לשטתייהו כדלעיל והתחלה היא ביום כ"ב וליכא מקצת החג דלא חיישינן לתקופת תשרי אלא מעברין לאדר כדי שיהיה האביב בחידושה של לבנה אף על גב דתקופת תשרי נופלת בכ"א בו דהא מעברינן בקייטא חד ירחא חסר טפי מכסדרן כמ"ש לעיל דחיישינן לא"דו ולא חיישינן לתקופת תשרי: הלכה י"ג יש לב"ד לחשב ולקבוע ולידע וכו' אבל אין אומרים שנה פ' מעוברת אלא אחר ר"ה הוא שאומר שנה זו מעוברת וכו' ע"כ הכי איתא במסכת סנהדרין (די"ב) ת"ר אין מעברין את השנה לפני ר"ה וכו' וקשייא לן בגווה והיכי מצי מעברי אלא דאף ע"ג דידעינן חשבון התקופה מ"מ לא ידעינן באביב ובפי' האילן אם מתאחר בישולם או לא ואמרינן לעיל בגמ' על ב' מהם מעברין ועל א' וכו' וז"ל דהכי קאמר אין מעברין את השנה לפני ר"ה ואחר שיגיעהזמן ובא האביב ופירות האילן בזמנן מודיעין לבני.

הגולה וקמ"לן דאין מעברין וכו' משום דחיישינן שמא מתאחר האביב ופי' האילן וצריך לעברו וחיישינן שמא יש שכחה בדבר ואתו לזלזולי בחמץ ולפני ר"ה דקאמר לאו דווקא אלא דאפי' אחר ר"ה אין מעברין אלא באדר ואיידי דבעי למימר בסיפא אחר ר"ה נקט ברישא לפני ר"ה ודווקא העיבור אבל החישוב מחשבינן כדמשמע בש"ס בסמוך והיינו דקאמר רש"י אין יושבין לעיין ולומר אלא דקשייא לי לפי' זה אמאי מפני הדוחק אין מעברין קודם ר"ה דהא לית ליה אין מעברין משנה לחברתה.

וי"ל קצת דמ"מ ליכא שכחה כ"כ: ומסיים שם בגמרא אימתי רגילים לעבר וכו' ויש לדקדק מאי קאמר אימתי רגילים מאי רגילות איכא והא אין מעברין אלא מפני הדברים הנז' לעיל ואם בערב שבת מעברין בלא הנך דברים הוו"ל למנותם שם הנך דלעיל ואם כוונתו לומר דכשרואין שצריכה שביעית לעבר או מוצאי שביעית רגילין לעבר ע"ש מהיכן ידע דצריכה שביעית לעבר עד דמעברין ע"ש במקומה דאע"ג דידעי התקופה לא ידעי האביב ועוד דאמרינן לעיל אין מעברין משנה לחברתה ופירש"י שם אם השנה הבאה צריכה לעבר אין מעברין וכו' ואם כוונתו לומר היינו בשאר שנים הו"ל לפרש וי"ל בדוחק דהך ברייתא פליגא וס"ל דמעברין אפילו התקופה בלא אביב ולפ"ז מתיישב מ"ש לעיל ומדברי רש"י לקמן משמע דע"י התקופה יודעין זמן האביב והשתא מתורץ מה שהקשינו לעיל ואחר זמן ראיתי בתוספות ר"ה דמעברי' אתקופת טבת לחוד אם משכה עד ט"ז בניסן מעברין ומתניתא דידן בתקופת תשרי והשתא תתיישב הסוגייא כולה: הלכה י"ד הגיע יום ל' באדר וכו'.

לא יעברו אותה כלל וכו' ואם עברוה ביום ל' של אדר ה"ז מעוברת באו עדים וכו' הרי אלו מקדשין וכו' הכי איתא בפ"ק דסנהדרין (די"ב) עברוה מאי עולא אמר אין מקדשין וכו' יעו"ש בסוגייא. וכוונת עולא אבל אם עברוה מעוברת.

אבל קשה לי דמי הגיד לו לש"ס דמאי דקאמר עולא אין מקדשין היינו ביום שלשים דילמא עולא קאמר אם עברוה ביום כ"ט ואם תשיבני דעולא קאי אדשמואל ולא להתיר הספק שיש בדברי שמואל הו"ל למימר בפשיטות מעוברת ואם תשיבני דמלתא אגב

אורחיה קמ"לן הול"ל אם קידשוה אינה מקודשת אבל השתא הניח לנו מקום לטעות כדאמר בש"ס.

ואי לא מסתפינא מחברייא הייתי אומר כוונת הש"ס כמו שפי' בה"י דתרי לישני נינהו ונסתפק הש"ס בדברי שמואל ובאגב נסתפק בדברי עולא ודברי עולא לא קאי אדברי שמואל ומשני רבא אמר בטל העיבור. ר"נ אמר מעובר ומקודש ולהאי פירוש' אתי שפיר לרבה דהוצרך חזקיה לבקש רחמים משום דאפי' בדיעבד אינה מעוברת ולר"ן משום דאין מעברין לכתחילה אבל לפי' קמא קשה לרבא למה חזקיה בקש רחמים משום דעבר וקידש ולר"ן משום דאין מעברין לכתחילה אלא דדוחק הוא לומר דבקש רחמים משום דלכתחילה אין מעברין כדפירשנו: אבל קשייא לי מאי האי דקאמר ר' נחמן מעובר ומקודש דמלת מקודש תפלה היא דהוו"ל למימר מעובר לחוד דכשתאמר מעובר ודאי מקודש וכשתאמר אינו מעובר אינו מקודש לפי' דפיר' מקדשין לשם אדר שני ואפשר לומר דר"ן בא לומר דמקדשין לכתחי' ולכך קאמר מקודש לרמוז לנו דמקדשין לכתחי' ואפשר לומר דהיינו טעמא דרבינו דפסק דאם באו עדים ביום ל' דמקדשין משמע מקדשין לכתחילה והוא הפך הש"ס דהא בהדיא קאמר עולא אמר אין מקדשין ור"ן קאמר מעובר ומקודש בדיעבד: וחזה הוית להרב זבחי השלמים למוהר"ם גלאנטי ז"ל שהקשה על רבי' דפסק דמקדשין לכתחי' והוא הפך הש"ס ותי' הוא ז"ל דמאי דקאמר הש"ס אין מקדשין היינו אם לא באו עדים ביום ל' אלא אחר ד' או ה' ימים והם כבר עברו את השנה ביום ל' והשכימו בנשף ביום ל"א ועברו את החדש ואחר מכן באו עדים ואמרו שראו החדש בליל ל' כגון שהיו בארץ רחוקה בההיא קאמר בש"ס אין מקדשין ר"ל דאין חוזרין ומקדשין החדש יום ל' אלא מניחין הענין כדמעיקרא דהחדש מעובר ומונין מיום ל"א דאי מקדשין יום ל' מן הלילה כבר נראה הלבנה לשם ניסן ואינו יכול לעשותו אדר.

והרמב"ם דקאמר מקדשין לכתחילה היינו אם באו עדים ביום ל' אחר שעיברו השנה והיינו דקאמר מקדשין את החדש ביום ל' ובזה קאמר אין מעברין את החדש לשום צורך והיכא דבאו עדים אחר ל' יום אין מקדשין והניחו החדש מיום ל"א כמו שהיה והיינו דקאמר בש"ס מעברין החדש לצורך כי אין לך צורך גדול מזה יעו"ש:.

ולפי דבריו מלת מקודש מדוייקת דהיינו מקודש מיום שלשים אם עברו וקידשו כדברי העדים שאמרו שראו הלבנה בליל ל' אלא דקשייא לי אמאי דקאמ' אם באו עדים אחר ד' או ה' ימים אין מקדשין דמן הלילה כבר נראית הלבנה לשם ניסן ואינו יכול לעשותו אדר דא"כ גם כשבאו ביום ל' אין מקדשין דמן הלילה נראית הלבנה לשם ניסן.

ואם תשיבני אין מעברין לשום צורך וגם אם באו אחר ל' מקדשין יום ל' דאין מעברין אלא לצורך ועוד דלפי דבריו מאי פשיט ממלתיה דעולא דאנן קיימי ביום ל' ומלתיה דעולא היינו אחר ל' אבל ביום ל' מקדשין לכתחילה ומיהו הא לא תקשי לך דמכל מקום ילפינן מדיוקא דקאמר דביום ל' מקדשין מכלל דאם עברוה מעוברת ועוד לפי דבריו רבינו השמיט המצאת הש"ס ולא כתב לן אלא דברים היוצאים מדיוקא ודוק: בס"ד חידושים על הרמב"ם חלק שני הלכות אישות פרק ג' הי"א האב מקדש את בתו שלא לדעתה כל זמן שהיא קטנה וכן כשהיא נערה רשותה בידו וכו' משנה ריש פ' האיש

מקדש ד' מ"ג דתנן התם האיש מקדש את בתו כשהיא נערה בו ובשלוחו וכו' עי"ש נדרשתי לאשר שאלוני בעניין קדושי קטנה אחת בת ה"ר ישועה שקרון שקידשה ה"ר יצחקאדרעי בשחוק וקלות ראש על ידי אביה הנזכר שחטף אביה הנז' להרב יצחק הנז' והיה כמצחק בעיניו לאמר לו תן לי פורים שלי שכבר אמרת לי בב"הכ שתתן לי פורים ולזה חטף מידו סך מה והם עסוקים בשחוק ודברי הוללות זה עם זה ונמצא עמהם עד אחד ואמר העד הנז' להר"י הנזכר הנח לו המעות בידו ותאמר לו הרי הם קדושין על בתו אז ענה הר"י הנזכ' ואמר לה"ר ישועה הנז' ראהום קדושין עלא בנתך והעיד העד הנז' דבשעה שאמר לו הר"י הנזכר ראהום קדושין עלה בנתך גאווּבו ה"ר ישועה הנזכר וקאלו ואנא נציב אביר מנך אבל ה"ר ישועה הנז' הכחישו בפניו ואמר לו שהוא לא דבר מאומה אלא שהעד עצמו הוא שאמר דבור זה והווא יציב אביר מינך והמה עדיין עסוקים בשחוק וקלות ראש בדברים אלו ועמד העד הנזכר ואמר להם אתם מדברים דבר זה בשחוק ועכשיו בדינא ודייני ויאמרו לכם שהם קדושין גמורים ענה הר"י הנז' ואמר לה"ר יצחק הנז' נחנא ראנא נטחכו ונלעבו חתא לדאבא די ראנא נצירו פלקדושין דצאח לאיא כוייא ראהוא לראמך ורמאלו לרהמו עד כאן חתם העד הנזכר עדותו ועכשיו שגדלה הבת הנזכר והגיעה לפרק בתולה נשאת נפשם לשאול הגיעה אי מקרו קדושין או ספק קדושין וצריכה גט או לא דלא מקרו קדושין יורנו המור' לצדק' ושכמ"ה: תשובה לענד"ן דבר פשוט הוא דהקדושין אלו אין בהם ממש והבת הנז' אינה צריכה גט מארבע טעמי חדא רעותא היא משום דחסר תיבת לי דאפילו אם אמר לה הרי היא מקודשת כתי' חז"ל ולא אמר לי לא הוו קדושין ואינה צריכה גט והיא גמרא ערוכה בש"ס קדושין בפ' קמא ופסקוה עמודי ההוראה כולהו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והרמב"ן והרשב"א והטור והר"ן עיין ב"י בסימן כ"ז ופסקה מר"ן בקצר בסימן כ"ז סעיף ד' וז"ל אמר לה הרי את מקודשת ולא אמר לי אינה מקודשת וכו' ע"ש.

רעותא שנית היא שלא אמר לו לשון המוכיח מניה שהוא מקדש האשה הנז' דלשון ראהום קדושין עלא בנתך לא משמע מניה שהוא מקדשה דיכולני לומר לצורך בתו כדי שתתקדש אחר כן לאחר כמ"ש הרב' בסימן הנז' בשם רבו מהר' בירב בשם הרב דוראן וז"ל קח טבעת זו קדושין על בתך שאינו כלום שאינו מוכיח בדברים אלו שהאשה הוא מקדש וכתב עוד בתשובה דבעינן שיאמר לשון המוכיח להבא וכו' יע"ש ופסקה מור"ם בסימן הנז' סע"ה וז"ל וצריך שיאמר לה לשון המוכיח להבא כגון הרי הן קדושין או קדושין יהיו אבל אמר הן קדושין לחוד אינו כלום וכו' יע"ש והנדו"ד מגרע גרע דאית בה תרתי דאינו מוכיח במה שאמר לו קדושין עלא בנתך שהוא מקדשה ועוד שהלשון קדושין עלא בנתך אינו מוכיח שהוא להבא ומשמע לשון עבר ראהום כבר והוא מגרע גרע מן הלשון דקאמר קח טבעת זו וכו' וקאמר הרב דוראן ז"ל דלא מקרי להבא ואע"פ דכתב מור"ם ויש מחמירין ואומרים דהוו קדושין אפילו חסר תי' לי דמשום חומרא דעריות יש לחוש לדבריהם היינו דוקא אם אמר לשון מתוקן כתי' חז"ל הרי את מקודש' וחסר תי' לי בהא אמרו יש להחמיר וצריכה גט אבל בנדון דידן דאיכא טענתא אחריתי דקאמר ליה לשון זה ראהום קדושין עלא בנתך דאין הלשון מוכח שהאשה הוא מקדש וגם אינו להבא דלשון ראהום קדושין עלא בנתך משמעותיה לשעבר יודו בפה מלא דלא הוו קדושין: וכן ראיתי להרב ב"ש ס"ק י"ד שכתב וז"ל אבל יש מחמיר וכו' ואפילו

לדעת המחמירין מ"מ אם יש רעותא עוד או היכא דאינו אלא ספק קדושין אפילו אם היה אומר לי מקילין ע"ש: איברא דראיתי להרב ח"מ ס"ק ט"ו וז"ל לשון המוכיח להבא וכו' שאינו מוכיח בדברי' אלו שהאשה הוא מקדש כלומר שמא מקדשה לאחר והוי כמו שאינו אומר לי וכו' יע"ש.

ולא ידעתי אכנה. מאי האי דקאמר ומפרש דברי הרב דוראן ז"ל שמא מקדשה לאחר והוא פירש דבריו בפירוש שאינו מוכיח בדברים אלו שהאשה הוא מקדש דמשמע מלשונו דאינו לשון קדושין כלל והוא מפרש שמא מקדשה לאחר והוי כאינו אומר לי דמשמע דלשון קדושין הוא והוא מקדש' אלא שאינו ניכר אם מקדשה לעצמו או לאחר ואם יפרש בדברי הרב דוראן ז"ל שאמר שאינו מוכיח וכו' שהאשה הוא מקדש פירוש לעצמו מאי קמ"לן הר"ד והוא ש"ס ערוך וכבר קדמוהו הפוסקים דאם חסר לי אינו כלום ואפילו אמר לשון מתוקן הרי את מקודשת והל"ל דלא הוו קדושין משום חסרון לי כלשון הש"ע והפוסקי' ומאי קאמר שאינו מוכיח וכו' שאשה מקדש אלא ודאי כוונת הרב דוראן ז"ל לומר דבלא חסרון לי אין הלשון מוכיח שהאשה מקדש ואפי' אם הוסיף תי' ממני והיא כמו לי אעפ"ך לא מוכח ואף ע"פ שלא הזכיר בלשונו אלא קח טבעת זו על בתך מוכרח אתה לומר דכוונתו כך כדכתיבנא דאינו לשון קדושין דמוכח מניה שהאשה הוא מקדש אפילו בלא חסרון לי ועוד מאי האי דקאמר והוי כאינו אומר לי משמע דאפילו אמר לי הוי כאינו אומר וא"כ לאו רישיה סי' ולאו סי' רישיה ואי לא מסתפינא אני אומר דטעות סופר נפל בדבריו דפי' ואמר כלומר שמא מקדשה לאחר וצ"ע: רעותא ג' היא מטעם דהוי שתיקה דלאחר מתן מעו' ולאו כלום הוא דאחר שחטף המעו' ובאו לידו בתורת גזל אמר לו ראהום קדושין עלא בנתך ושתק האב לא הוו קדושין כמ"ש מר"ן סימן כ"א ס"ד וז"ל נתן לה פקדון ואמר לה כנס פקדון זה וכו' ואם אחר שנטלתו בתורת פקדון אמ"ל הרי את מקודשת לי בו ושתקה אינו כלום יע"ש.

הרי מפורש יוצא בדבריו דשתיקה דאחר מתן מעות לאו כלום הוא ואין לחלק בין אם באו לידה בתורת פקדון או בתורת גזל וכ"כ מור"ם שם וז"ל אשה שחטפה מעות מאיש אחד ובקש ממנה שתחזירם לו ולא רצתה ואמ"ל הרי את מקודשת לי בהם ושתקה והחזיקה המעות לא הוו קדושין דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות ולאו כלום הוא ואף על פי שהעד מכחישו ואמר שענה אבי הבת ואמ"ל אנא נציב אביר מנך מ"מ ליכא אלא עד אחד וע"א בהכחשה כמאן דליתיה דמי ולא הוו קדושין: רעותא ד' היא מאחר דקדושין הוו בע"א והיא גמרא ערוכה בקדושין בפרק האומר אמ"ר נחמן אמר שמואל המקדש בע"א אין חוששין לקדושיו ופסקוה גדולי ועמודי ההוראה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והרמב"ן והרשב"א והטור ופסקה מר"ן בשלחנו הטהור סי' מ"ב סע"ב וז"ל המקדש שלא בעדים ואפילו בע"א אינם קדושין ואפילו אם שניהם מודים בדבר וכו' יע"ש משום דאין דבר שבערוה פחות משנים ואפילולדעת הסמ"ג דמחמיר ואית ליה המקדש בע"א הוו קדושין והביא דבריו מור"ם שם היינו היכא דליכא הכחשה ושניהם מודי' כמ"ש מור"ם שם אבל אם אחד מכחיש העד אין לחוש יע"ש.

שפירש כך הרשב"ץ לדעת הסמ"ג דמחמיר והכא בנדון דידן הוכחש מפי אבי הבת שאמר שלא דיבר מאומה אלא שתק ולדבריו לא הוו קדושין דהוי שתיקה דאחר מתן

מעות לאו כלום הוא ואע"פ שהמקדש הוא מודה לדבריו מקרי הכחשה כמ"ש מור"ם אבל אם אחד מכחיש העד אין לחוש דהוי עד אחד בהכחשה ועוד דבלאו האי טעמא דהכחשה מאחר דאיכא ריעותי אחריני בהצטרף כולהו לא הוו קדושין אפילו ליש מחמירין: נקטינן מכל הני מילי מעליית' דכתיבנא דקדושין אלו לא הוו קדושין ולא צריכה גט לכל הדעות כולם ומי שחותמו אמת יצי' משגיאות וינחנו במעגלי צדק ואמת: הלכה י"ד היתה הבת ספק בוגרת בין שקדשה אביה שלא לדעתה בין שקדשה היא עצמה שלא לדעת אביה הרי זו מקודשת מספק וכו'.

אירע מעשה בנערה אחת שקבלה קידושין מבחור אחד בעד החלון נשקפה לעת ערב וקיבלה קידושין שלא ברשות אביה והנערה הנז' לפי קול בני אדם קלא דלא פסיק ששנותיה מספר הסמוך לט"ו שנים. וגם אביה מסיח לפי תומו שהיא בת י"ג שנים ויש מי שאומרים והם מלמדים עליה זכות שעדיין עומדת בתוך ששה חדשים שבין נערות לבגרות באופן שזה אומר בכה וזה אומר בכה ובשעת קבלת הקידושין מהבחור הנזכר העמיד עמו ב' עדים ודיבר עמה בלשון ספניול ואמר לה אם תרצה לקבל הקידושין ממני הרי העדים עומדים עכשיו והשיבה ואמרה הנערה הנז' אני רוצה בכך ואמר לה תן לי הטבעת שלי שנתתי לך מקודם ותכף הוציאה לו הטבעת של זהב וראוהו העדים ואמר לה מה שמך ואמרה לו אני פלונית ומה שם אביך אמרה לו פלוני ומה שם אמך אמרה לו פלונית ונתן לה הקידושין בידה ואמר לה הרי את מקודשת לי בטבעת זו כד"מו והעדים ראו פניה בשעה שהיה מדבר עמה ונתן לה קידושין וגם היא ראתה פניהם וכל אחד הלך לדרכו למחר בא אביה ושידכה עם בחור אחר ויהי כשמוע הבחור הראשון שנשתדכה עם בחור אחר עמד וערער ולקח עדי הקידושין עמו והלך אצל שני תלמידי חכמים וכתבו לו קבלת עדות לאחר האיום והגזום ובעדות גמורה בפני היכל הקדש וזה עדותם שהבחור הנז' אמר להם תבואו עמי למקום אחד לצרכי והלכו עמו עד אצל החלון והקיש על הדלת וצעק פלונית והיא תכף נשקפה מן החלון ואמר לה בלשון ספניול אם תרצה להתקדש לי הרי שני עדים מזומנים עכשיו ואמרה לו הן ואמר לה תתן לי הטבעת שלי שהיא אצלך ותכף מסרה לו הטבעת של זהב והם ראו הטבעת וראו פני הנערה והיא גם היא ראתה פניהם ושאל אותה מי את ומי אביה ואמה ואמרה אני פ' ובת פ' ופ' מסיבת שהם אינם מכירים אותה.

ונתן הקידושין בידה. ובשעת הנתינה אמר לה הרי את מקודשת לי בטבעת זו כד"מו והלכו להם.

ויהי כשמוע אבי הנערה ואמר שהבחור הנזכר הוציא קול של קידושי בתם וכתב ק"ע בענין זה. למחר שלחו אחר המשדך ואמרו לו תלך ותקדש המשודכה לך והלך וקידשה לפני ב' עדים כשרים.

וכששמע המקדש הא' צווח ככרוכייא ואמר שהבת הנזכרת כבר היא מקודשת לו ואיך תקבל הקידושין מאחר והלך אצל דייני העיר והראה להם קבלת עדות שהוא המקדש הא' ושלחו הב"ד אחר א' מהעדים הנז' והגיד להם בתורת ע"ג דברים כהווייתן כנז"ל בלי תוספת ומגרעת ואחר מכן שלחו אחר העד הב' וגם הוא העיד בפניהם כנ"ל ברם בדבר א' שינה בו מדברי העד הא' דמה שאמר העד הא' שהמקדש הוא השואל והיא

אמרה לו אני פ' בת פלוני ופלונית והעד הב' אמר שהם שאלו לה אתה פלוני' ואמרה הן אתה בת פ' ופ' ואמרה הן ושלחו וקבצו נערות רבות והושיבו הנערה המקודשת ביניהם ואמרו לעדים תראו אם תכירו הנערה שנתקדשה ובא עד א' ולא הכירה שנתחלפה לו באחרת וכן שלחו עד שני וגם הוא לא הכירה שנתחלפה לו באחרת ואחר מכן בחרו לה ב' נשים זקנות ואמרו להן תלכו ותבדקו נערה פ' אם יש לה סימני נערות או גם סימני בגרות והלכו הנשים הנזכ' ובאו ואמרו דלא מצאו לה לא סי"ן ולא סי"ב כי אם הבשר נתמעך למטה באותו מקום ועכשיו נפשם לשאול הגיעה מה הוא משפט הנערה הזאת אם קדושי הא' הוו קידושין וקדושי השני לא הוו קידושין או להפך או צריכה גט משניהם ואם ירצו אחד מגרש וא' כונס מי זה מהם מגרש ומי זה מהם כונס: וזאת תשובתי בס"ד הנערה הזאת ששאלתם ממני לחוות דעי עם שאין דעתי מכרעת נ"ל דבר פשוט שצריך גט משניהם.

ומנא אמינא לה מדאיתא בש"ס בפ' עשרה יוחסין וז"ל קידשה אביה בדרך וקדשת עצמה בעיר. ופיר"שי בו ביום והרי בוגרת לפניו ר"ל בדקנוה אחר שקבלה הקדושין ונמצאת בוגרת רב אמר הרי בוגרת לפנינו ור"ל מדהשתא בוגרת היא אמרינן גם בצפרא בשעה שקבל אביה קדושין היתה בוגרת וקדושי אביה לא הוו קדושין שכבר יצתה מרשותו ושמואל אמר חיישינן לקדושי שניהם שמא בגרה בצפרא שמא השתא הוא דבגרה ולכך צריכה גט משניהם מספק ופריך בש"ס אימת אילימא בתוך ששה חדשים שבין נערות לבגרות בהא לימא רב הרי היא בוגרת לפנינו ומדהשתא בגרה גם בצפרא אמרינן בגרה קודם קדושי אביה ולא הוו קדו' ומיקל בערוה החמורה דילמא השתא הוא דבגרה וצריכה גט מספק משניהם אלא לאחר שש בהא נימא שמו' חיישינן לקדושי שניהם והא אמר אין בין נערות לבגרות אלא ו"ח בלבד ר"ל ודאי אחר תשלום ו"ח אמרי' ודאי בגרה וקדושי אביה לא הוו קדושין ואיך קאמר צריכה גט משניהם.

ומשני לא צריכא בההוא יומא דמשלם ו"ח ר"ל דבאותו היום קידשה אביה בצפרא והיא קדשה עצמה ברמשא ובהא קמפלגי רב ושמואל רב אמר מדהשתא בוגרת גם בתחילת היום היתה בוגרת וקדושי אביה לא הוו קדושי דיום דמשלם הוי כאחר שש ומוקמינן לה בחזקת בוגרת מצפרא ושמואל ס"ל דילמא השתא בגרה היא או בצפרא ולכך צריכה גט משניהם דיום דמשלם ו"ח לא הוי כאחר שש ומעמידינן לה בחזקת בוגרת מצפרא ומסיק בש"ס הלכה כרב דאם נתקדשה ביום דמשלם ו"ח אמרינן מדהש' בוגרת לפנינו גם בצפרא אמרינן בגרה ונ"מ אם קידשה אביה לא הוו קדושין ואם היה קידשה עצמה הוו קדושין גמורין: נמצינו למדין מדברי הש"ס דקאמר אימת בתוך ו"ח וכו' השתא הוא דבגרא וכו' ילפינן דנערה בתוך ו"ח מישך שייך להביא סימני בגרות ואם קידשה עצמה הוו קדושין בין לרב בין לשמואל אם נמצאו לה סימני בגרות והכי נמי אם קדשה אביה דהוו קדושין בין אם נמצאו לה סי"ב או לא והמה ס"ק.

וכן למדנו מדברי הש"ס דלאחר ששה חדשים אם פשטה ידה וקבלה קדושין הוו קדושין גמורין בין לרב בין לשמואל אם נמצאו לה סי"ב וקדושי אביה לא הוו קדושין ואפי' קדם וקידשה קודם שקדישה עצמה מדפריך בש"ס בהא קאמר שמואל השתא הוא דבגרה משמע דאפילו שמואל יודה לדבר זה דאוקמינן אחזקתה: והנה מצינו לרבי'

הרמ"בם שהשמיט סוגייא זו מספר תורת משה ולא קבעה להלכה וכבר תמהו עליו וחד מנייהו ה"המ אבל רבינו הטור קבעה להלכה בסימן ל"ז וז"ל קידשה אביה בבוקר וקידשה היא עצמה בערב ושניהם ביום דמשלם בו ששה חדשים שבין נערות לבגרות וכו' ובדקנוה ומצאנוה בוגרת מחזיקין אותם בחזקת בוגרת וקדושי האב אינם קדושין וכו' אבל בתוך ששה חדשים אם קידשה אביה שלא לדעתה והיא קידשה עצמה שלא לדעת אביה ונמצאו לה סי"ב הוי ספק וצריכה גט משניהם יע"ש וכן פסק מרן בשולחנו הטהור כוותי' אבל אם קידשה לאחר ששה חדשים לא פסקוה ואפשר דאתיא במכ"ש באם נתקדשה ביום דמשלם ו"ח דקי"לן כרב דמחזקינן לה בחזקת בוגרת מצפרא קודם ו"ח אם נתקדשה לאחר שש דמחזקינן לה בחזקת בוגרת וקדושי אביה אינם קדושין אפי' לשמואל כמ"ש לעיל: נמצינו למדין מהש"ס ומדברי רבינו הטו"ר ומר"ן דהבת אחר ו"ח דבין נערות לבגרו' מחזיקנן לה בחזקת בוגרת אם נבדקו ונמצאו לה סי"ב ואמרינן בודאי הביאה סי"ב קודם לזה ואפילו לא נבדקה אלא לאחר מכן זמן רב אמרינן מדהשתא בוגרת וכו' דמעמדינן לה על חזקתה ואפילו ביום דמשלם ו"ח דבין נערות לבגרות כנזכר וכן אם נתקדש' בתוך ששה חדשים וקידש' אביה או אם קבלה עוד קדושין מאחר צריכה גט.

משניה' מאחר דעדיין עומדת בתוך שש וכן ראיתי להר' ב"י בסי' מ"ג בסופו שהביא דברי הרא"ש וז"ל כתב הרא"ש בתשובה סוף כלל ל"ג כיון שהגיע לכלל שנותי' ומשכחי' ליה השתא סימנים מחזיקי' ליה לגדול משהגיע לכלל שנותיו וכו' ועוד ראיה מדאמרינן בפרק מי שמת אמר שמואל בודקין לגיטין ולקידושין פי' אם הגיע לכלל שנותיו וקידש בודקים אותו אם הביא ב' שערות קדושיו קדושין והא דבדקינן ליה לאו משום דאי לא משתכחי ליה סי' לא חיישינן לקדושיו דהא אמרינן קטנה שהגיעה לכלל שנותיה אמרינן חזקה שהביאה סי' אלא להכי דאם מצאו לו שערות ופשטה ידה וקבלה קדושין מאחר שאינה צריכה גט משני ואם לא מצאו לו שערות צריכה גט משניהם דחיישינן שמא נשרו: נמצא לדעת הרא"ש אדם שהגיע לכלל שנותיו דהיינו בן י"ג שנה ויום אחד אם קידש אשה ואחר מכן פשטה ידה וקבלה קדושין מאחר ואח"כ בדקנוהו ונמצאו לו שערות קדושין שקבלה מאחר אינם קדושין דאמרינן כיון שהגיע לכלל שנותיו חזקה שהביא סי' משהגיע לכלל שנותיו ולכך אין קדושין תופסין בו ואינה צריכה גט ואם לא נמצאו לו סי' צריכה גט משניהם דחיישינן שמא היו לו סימנים ונשרו וכן הוא דעת ר"י ודעת התוס' בפ' מ"ש ע"ש ב"י: אלא דכתב עוד וז"ל כתב מורי מהרי' בי רב ז"ל הרב דוראן והרשב"א חולקים ע"ז וכתבו שצריך שיעידו עדים שהיו לה ב' שערות קודם ו"ח כדאמרינן אין בי"נ לבגרות אלא ו"ח וכ"ז שלא יעידו ע"ז אפילו תהיה בת ט"ו שנים היא בספק קדושי' ואם פשטה ידה וקיבלה קדושין מאחר צריכה גט משניהם יע"ש: ולדעתי תקשי להו דהא בש"ס קאמר קידשה אביה וכו' וקידש' עצמ' וכו' וקאמר בש"ס הלכה כרב דאמרינן מדהשתא בוגרת וכו' דחזקה שהביאה סי"ב מצפרא ולא קאמר בש"ס דמיירי שראו סי"נ מקודם דאם איתא לא הו"ל לש"ס לסתום אלא לפרש וכל שכן לאחר שש ולכאורה נראה דדבריהם הפך הש"ס דקאמר הלכה כרב ואפשר לומר דהש"ס לא קאמר אלא ביום אחד דאמרינן מאחר דאית בוגרת בפנינו בסוף היום גם בתחילת היום היתה בוגרת אבל מיום ליום אחר לא אמרינן מדהשתא

בוגר' וכו' אלא אם יעידו עדים שראו מקודם שתי שערות: והנה ראיתי להרב לאשקאר בתשובה והביא דבריו מהרלב"ח שכת' הוא ז"ל ע"ד מהר"י בירב דאמר דבעינן ב' שערות קוד' ו"ח להרשב"א וכתב על דבריו גם הרשב"א לא דיבר בו' חדשים קודם וכו' דבעינן סי' להחמיר וכו' ולא סמכינן אחזקה וכ"כ בפ' מ"ש וז"ל בודקי' לקדושין אף ע"פ שהוא בן י"ג ויו"א והאשה בת י"ב שנים ויו"א ולא סמכינן אשנים לאחזוקינהו בגדולי' ובני שער להחשיב קדושיו קדושי ודאי אף להקל כגון לבטל קדושי ב' שקידש אחריו בלא גט אלא בודקין אחריו אם הביא ב' שערו' יחשבו קדושי ודאי ע"כ: הנה נראה מדברי מהר"ם שכתב גם הרשב"א לא דבר בששה חדשים והביא דברי הרשב"א בפרק מ"ש דמוכח דהרשב"א לא ס"ל כהר' דוראן אלא כהרא"ש וזה היה כונת מהר"ם להשיג ע"ד מוהר' בירב וכן נראה דאחר שכתב דברי הרש"בא כתב וכן יש מן המפרשים שכתבו שם בודקין לקדושין וכו' דכוונתו לומר דהרש"בא כוותי' ואחר זה הביא דברי הרא"ש וסברת ר"י וסברת התוספות לומר לך שכולם שוים לטובה דהיכא דנמצאו.

שערות סמכינן אחזקה אפילו להקל ואמרינן מדהשתא בוגר' גם בשעת הקדוש' ראשונים אמרינן הויא בוגרת אם הגיעה לכלל שנותיה וכן מובן מלשונו דס"ל כהרא"ש מדקאמר בודקין אם הביא שתי שערות קדושי שני לא הוו קדושין וכו' דמשמע דבודאי אחר קדושי שני ואם נמצאו לו ב"ש מחזקינן ליה שהביא שתי שערות בשעה שקידש הוא וקדושיו הוו קדושין וקדושי שני לא הוו קדושין ואם לא נמצאו לו שערות חוששין לקדושי שניהם דשמא נשרו כמ"ש דבעי סימנים ואם לאו עבדינן לחומרא להצריכה גט משני דהיינו גם משני ומוכרח אתה לומר דהבדיקה דאמר היינו אחר קדושי שני דאל"ך אמאי צרי' בדיקה ומה הועיל הבדיקה והרי קדושי תורה ואפי' לא אשכחוה שערות אמרינן שמא נשרו וצריכה גט אלא ודאי בדיקה היא לאחר קדושי שני ואמרינן מדהשתא הביא ב"ש גם מקודם הביא הרי הוכחנו מלשון הרשב"א דדעתו כדעת הרא"ש דסמכינן אחזקה ואמרינן מדהשת' וכו' והיא כונת מהר"ם לאשקאר להשיג על מהר"י בירב ואפילו הרשב"ץ בעל סברא זו לא הזכיר הרשב"א ואם איתה הו"ל להביא דבריו ולהסתייע מהם: אם לא שתאמר דמהר"ב רב שמא מצא דברי הרשב"א מפו' במקום אחר וס"ל כהרב דוראן ולכך כת' בפשיטותדהרשב"א ס"ל כהרב דוראן: ואח"כ ראיתי להרשב"א בתשובה אל"ף רי"ו שכת' וז"ל לאחר שתים עשרה שנה ויו"א נקראת גדולה והיא הנערה האמורה בתור' והוא שהביאה ב"ש ומשעת גדלות זה עד ששה חדשים עדיין נקראת נערה וכו' ואפשר דע"ז סמך מהר"י בירב ז"ל דמשמע מדב' דאינה נקראת בוגרת עד אחר י"ב שנה ויום א' והביאה ב"ש ואחר מכן ו"ח ואילך נקראת בוגרת דוק מינה אם לא הביאה ב"ש קודם שש אף על פי שבגרה לא מקרית ' בוגרת: אלא דעדיין ידי יד כהה לדחוק דדילמא כוונת הרשב"א לומר דאם הביאה ב"ש קודם שש אע"פ שלא הביאה סי"ב מקרייא בוגרת כדעת הרמב"ם אבל אם הביאה סי"ב סמכינן אחזקה כדעת הרא"ש ור"י ולא הוצרך לומר ב"ש קודם אלא לאחזוקי לה בוגרת אחר שש אפילו לא הביאה סי"ב דאין בי"נ לבגרות אלא ו' חדשים וכן נראה מסוף דבריו שכתב וז"ל ומ"מ צרי' אתה לדעת שאע"פ שלא הביאה סי' התחתון אם הביאה סי' עליון בדדין הרי זה סימן וכן היה רשב"י אומר ג' סי' נתנו חכמים באשה מלמטה וכנגדן מלמעלה פג"ה בוח"ל קמ"ל והוא סי"ב נמצא דאית ליה אם הביאה סי"ב נקראת בוגרת ואף ע"פ

שלא הביאה סי"נ כמ"ש אע"פ שלא הביאה סי"ב וכו' אבל לא ידעינן אם היה משעת בדיקה או אפי' מקודם כדעת הרא"ש: נמצא דדברי הרשב"א לא נתבררו לנו והיא פלוגתא לדעת מהר"י בי רב אית ליה דדע' הרשב"א כהרב דוראן ולא סמכינן אחזקה ואמרינן מדהשתא וכו' אבל אם ראו ב"ש קודם ו"ח ולדעת מהר"ם אית ליה דהרשב"א ס"ל כהרא"ש וכן נראה מפשט דברי הרשב"א כמ"ש לעיל דסמכינן אחזקה אפי' להקל ברם אסורה נא ואראה את המראה הגדול לרבינו הטור ומרן מאי דעתייהו בדבר זה אם אית להו כסברת הרא"ש או כסברת הרשב"א והרשב"ץ והנה דבר פשוט נ"ל דלרבי הטור ודאי אית ליה כאביו כדרכו בכ"מ דברא כרעא דאבוה הוא אלא לחזק הדבר ביותר וכן להביא ראיה למרן דאית ליה כסברת הרא"ש אני מוכיח במישו' מדבריה' הלא המה פסקו אם קדשה אבי' וקדשה היא עצמה ביום דמשלם ו"ח ובדקנוה ונמצאו לה סי"ב מחזקינן לה דבגרת מצפרא כרב אבל אם נתקדשה בתוך ו' חדשים הרי היא מוטלת בספק וצריכה גט משניהם ואם איתא דרבנן הטור ומרן אית להו כהרשב"א והרשב"ץ דלא סמכי' אחזקה הו"ל לאשמועינן אם נתקדשה לאחר שש ולא נראו בה סימני נערות קודם שש הרי היא מוטלת בספק וצריכה גט מספק משניהם אפילו נראו בה סי"ב ומכל שכן בתוך ו"ח דהוי ספק וצריכה גט משניהם ואם דינא דגמר' קמ"ל לפחות הו"ל לפרושי וכן לאחר שש אם לא נראו בה סי"נ מקודם אף ע"פ שנראה בה סי"ב הרי היא בספק וצריכה גט משני' עוד מצאתי דברי מר"ן מפורשי' בח"מ סי' ל"ה ס"א וז"ל קטן וכו' עד שיביא ב"ש אחר י"ג שנה גמורות ואם שהו מלבודקו זמן רב אחר שהיה לו יג"ש ובדקנוהו ונמצאו לו ב"ש הוא בחזקת גדול משעה שהיה לו י"ג שנים וכו' יע"ש הרי דבריו מפורשים דס"ל כהרא"ש דסמכינן אחזקה וליכא לחלק בינייהו ועוד דלא מצינו למר"ן לפסוק כהרשב"א במקום הרא"ש ומכל שכן דאין דברי הרשב"א מפורשים כמ"של ועוד דסבר' הרא"ש דסמכינן אחר זה היא סברא פשוטה בש"ס כהלכתה כרב דאמר דמחזקינן לה דבגרה מצפרא אבל לדעת הרשב"א והרשב"ץ צריך לחלק בשנויי דחיקי כדשנינן לעיל דשאני מיום ליום אחר אבל לסברת הרא"ש היא סברא פשוטה כדברי הש"ס ויפרש דברי הש"ס דקאמר אין בין נערות לבגרות אלא ו"ח היינו שלא נראו בה סי"ב אבל אם נראו בה סי"ב מחזקינן לה שהביאה סי"ב משעה שהיתה ראויה להביא דסמכינן אחזקה: נמצינו למדין מכל מאי דכתיבנא שהנערה הזאת שבאנו לכבודה דלדעת התוספות בפרק מי שמת ובראשם ר"י והרא"ש ורבינו הטור ומרן אית להו דקדושי הראשון הוו קדושין ודאי והיינו לאחר הבדיק' אם נמצאו לה סי"ב וקדושי שני אינם קדושין.

ולדעת הרשב"ץ וגם הרשב"א לדעת מהר"י בירב צריכה גט משניהם מאחר שהגיעה לכלל שנותיה אבל אם היתה עומדת בתוך ו"ח הרי היא בספק וצריכה גט משניהם ואם נשאת לשני בלא גט מהראשון תצא משום דהוי ספיקא דאורייתא וכל זה לאחר הבדיקה אם נמצאו לה סי"ב כדתנן בגמרא דנדה בפרק בא סימן פגה בוחל וצמל וכו' ואפילו אם לא נמצאו לה אלא סימן אחד משמונה סי' שהוזכרו במשנה ובברייתא והמה כתובים בדברי הרמ"בם בפ"ב מה"א לדע' רש"י הרי היא נקראת בוגרת ולדעת התוספות והרא"ש הסו' שהוזכרו במשנה המה סי"נ ושהוזכרו בברייתא המה סי"ב ובכל א' מהם אזלינן לחומרא וכ"כ הרמב"ם בפ"ג מה"א הי"ד וז"ל היתה הבת ספק בוגרת בין

שקדשה וכו' הר"ז מקודשת מספק וכו' וכוונתו לומר ספק אם עברו ו"ח של נערות או לא ה"ז מקודשת מספק דאין לפרש ספק אם היתה בוגרת בשעת קדושין או לא דלדידיה ליכא למיחש אלא לאחר ו"ח שבין נערות לבגרות אם נראו בה מקודם ו"ח סי"נ הויא בוגרת אע"פ שלא נראו בה סי"ב כמ"ש בפ"ב מה"א וז"ל הבת מיום לידתה עד שתהא בת י"ב שנה גמורות היא נקראת קטנה אפי' הביאה סימ' אבל אם הביאה סי' מלמטה והיא מבת י"ב שנה ויום א' נקראת נערה ומאחר שתביא סי' התחתון תקרא נערה עד ו"ח גמורים ומתחלת יום תשלום ו"ח ומעלה תקרא בוגרת דאין בין נערות לבגרות אלא ששה חדשים בלבד יע"ש הרי לדעתו תקרא בוגרת אע"פ שלא הביאה סי"ב והך שמונה סי' שהביא שם לדעתו הם סי"נ ואם הביא' מקצת מהם עדיין ספק נערה או קטנה עד שתביא ב"ש או עד שתביא כל הסימנים כולם והא דקי"ל אינו בא עליון עד שיבא התחתון הכוונה היא עד שיבואו כולם אבל משכחת לה שיבוא מקצ' מן העליון קודם שיבוא התחתון יע"ש בדברי ה"המ ולדעתו נראה דבתוך ו"ח אינה נקר' בוגרת ולכאורה נראה דהוא הפך הש"ס שהבאתי לעיל דקאמר אימת בתוך ו"ח בהא קאמר רב מדהשתא בוג' וכו' השתא הוא דבגרה משמע דמשכחת לה שתהוי בוגרת בתוך ו"ח ואפשר לומר דאחר שש הויא בוגרת אפילו לא הביאה סי"ב מאחר שהביאה מקודם סימ"נ אבל אם הביאה סי"ב אפילו בתוך ו"ח מקרייא בוגרת מאותה שעה אלא דיש לדחוק מאחר דלא מצינו לרבינו הרמ"בם שהזכיר בספרו סי"ב משמע דלא מקרייא בוג' אלא לאחר ו"ח ולאחר שנראה בה סי"נ ואף ע"פ דקאמר בברייתא אלו סי"ב אפשר דרבינו נזדמנה לו גירסאאחרת וכו': ואחרי כותבי ראיתי להר' ח"מ סי' ל"ז סק"ו שנרא' דדעתו כדעת הרא"ש וז"ל וה"ה אם קידשה אביה לבדו או אם קידשה היא עצמה לבדה לעולם היא בספק וכו' מאחר דהיא בתוך ו"ח יש להסתפק אם היו סי"ב בשעת הקידו' או נימא השתא הוא דבגרה ע"כ הוי ספק ואם נתקדשה לאחר ע"י אביה ונמצה לה לאחר הקידושין סי"ב לאחר זמן רב בודאי גם בשעת הקידושין היתה בוגרת ואין חוששי' לקדושי אביה אפי' אם הבדיק' היתה זמן רב אחר קדושי אביה מאחר שהקידושין היו לאחר ו"ח ואפשר לאחר ו"ח אף שאין לה סי"ב סמיכנא אדשמואל דאמר אין בי"נ לבגרות אלא ו"ח בלבד ובודאי בוגרת היא ולא נאמרו סי"ב אלא לעשותה בוגרת בתוך ו"ח וכו' וכ"ז לדעת המפרשים דס"ל לחוד וסי"ב לחוד ואם הביאה סי"ב בתוך ו"ח היא בוגרת אבל לדעת הרמ"בם לא הזכיר סי"ב ומשמע דאינה בוגרת אלא לאחר ו"ח וכו' יע"ש: נראה מדבריו דאית ליה דסמכינן אחזקה כדעת הרא"ש ולכך אפי' בדקי' לה לאחר זמן רב משנתקדשה אמרינן דגם בשעת הקדושין הויא בוגרת אלא דהפריז על המדה במאי דקאמר ואפי' לא הביאה סי"ב סמכינן אדשמואל ואם באמת לא נראו בה סי"ן מקודם נמצא הוא דלא כמאן דלדעת הרשב"א והרשב"ץ אית להו דלא סמכינן אחזקה אלא אם נראו בה סי"ן קודם ו"ח ולדעת הרא"ש אם נמצא שהביאה סי"ב סמכינן אחזקה סוף דבר דדעתו הוא דסמכינן אחזקה וכן נראה מדכתב ע"ד הרב ב"ש היינו אם ידוע שהיה לה סי"ן כשהיתה בת יב"ש וכו' ואפשר דבא לפרש דבריו ולא להשיג עליו וכ"נ ממ"ש בסוף דבריו כלל מדברי הרשב"ץ נראה דלא איירי אלא אם נראו בה סי"ן מקודם: ובסוף דבריו כתב ופסקו שם בגמר' כדברי כולם להחמיר וכן כתב הרי"ף שאם הביאה א' מכל הסי' האלו וקדשה עצמה בחיי אביה קדושי' קדושי' וצריכה גט ואם

קדשה אביה שלא לדעתה צריכה גט וכו' וכ"כ הרא"ש וז"ל ואם הביאה אחד מן הסי' הללו מחזי' לה בוגר' להחמיר שאם קידש' עצמה בחיי אביה קדושי' קדושין ואם קידשה אביה לאחר צריכה גט הימנו עד שתביא כולם יע"ש: וצריכין אנחנו לומר דהשתא דבא' מהם הוי ספק להחמיר וכו' לדעת הרא"ש דקאמר אם בדקנוה לאחר זמן שנתקדשה ונמצאת בוגרת דאמרינן בודאי גם בשעת קדוש' היתה בוגר' ואין חוששין לקדושי אביה היינו אם נמצאו בה כל סי"ב הללו אבל אם נמצאו בה מקצת מסי' הללו עדיין בספק וצריכה גט משניהם.

או אם נראה לה צמל כמ"ש רש"י דהיינו סימן מובהק בדדיה דודאי בגרה ובהא מחזקינן שבגרה כבר וקדושי אביה אינם קדושי' בה סלקינן ובה נחתינן לדעת התוס' ובראשם ר"י. ולדעת הרא"ש ורבינו הטור ולדעת מרן אית להו דהנערה הזאת דנדו"ד היא מקודשת גמורה לראשון אחר הבדיקה אם הביאה סי"ב וקדושי שני לא הוו קדושין כלל ואינה צריכה גט ממנו ואפי' אם בדק' לאחר זמן רב משנתקדשה אמרינן מדהשתא היא בוגרת גם כשהיתה בת י"ב ו"ח היו בה סי"ב הללו ולדעת הרשב"א כפי דעת מהר"י בירב ולדעת הרשב"ץ צריכה גט משניהם: איברא דמר"ן ז"ל לא הזכיר סי"ב בשלחנו הטהור ומטעם זה לא ידעינן אם הבדיקה היא בעינן ע"י אנשים כשרים או אפילו ע"י נשים ונאמנים בדבר זה אמנם אחר החי' ראיתי בדרכי משה שהביא בשם המרדכי ובשם בע"הת וכן הביא דבריו בי"ש בסי' קצ"ט סק"ו וכ"כ ב"ח בשם הסמ"ק דבדיקת דדים צריך להיות ע"י אנשים כשרים אלא א"כ הוחזקה גדולה בשנים אז בודקים ע"י נשים שהחזקה מסייעת ואף על פי דקי"לן דנשים נאמנות בשערות כמ"ש מר"ן בסי' קנ"ה לענין מיאון היינו לחומרא שלא תמאן עוד דהיא אם אמרה שהביאה ב"ש דחזקה דרבא מסייעת לה ואחזקה סמכינן ואינו אלא גלוי מלתא בעלמא כמ"ש הרב ב"ש בסימן הנזכר בס"ק כ"ג וז"ל וכללא הוא לפי דעת הפוסקים דנשים אינם נאמנות אלא לחומרא ולא לקולא וכו' ואם בדקוה אחר יב"ש ומצאו לה שערות חולצין לה משום חזקה דרבא מסייעת להן יע"ש: נמצא לדעת המרדכי ובע"הת וסמ"ק וב"ח ולדעת הרב ב"ש אית להו דבדיקת דדים שהם סי"ב אינם אלא ע' אנשים כשרים ולא ע"י נשים ואף על פי דקאמר הב"ח בשם הסמ"ק בהוחזקה לגדולה בשנים נבדקת ע' נשים שאני התם לענין חליצה שחולצת ע"י סי"ן ודאי אם הביאה ב"ש וקי"לן לא בא עליון עד שבא תחתון ולכך אם בדקוה על ידי נשים סי' הדדין סמכינן אחזקה דאחר שהגיעה ליב"ש ויום א' אמרינן ודאי הביאה סי"ן כמ"ש בדבריו כי החזקה מסייע מסתמא אחר יב"ש שהביאה סימנים יע"ש.

ולכך קאמר אם הוחזקה גדולה בשנים סמ"כ אחזקה ובודקין סי"ן אבל בנדו"ד דלא מהני לן סי"ן דאינה יוצאת על ידם מרשות אביה כי אם על ידי סי"ב אינה נבדקת כי אם על ידי אנשים להקל אם יאמרו דלא הביאה סי"ב ופוטרה בלא גט אבל להחמיר אם יאמרו שנראו בה סי"ב נאמנים אם הגיעה לכל שנותיה דאמרי' דחזקה מסייע להו דומיא דסי"ן דאמרינן נאמנת להח"מ משום חזקה דרבא דסמכינן אחזקה ואינו אלא גלוי מלתא בעלמא וראיתי לרבי' הרמב"ם בפ"ב מה"א כתב וז"ל כשבודקים הבת בין בתוך הזמן בין קודם הזמן בין לאחר הזמן בודקים על פי נשים כשרות ונאמנות וכו' בין הביאה בין לא הביאה ע"כ יע"ש וכתב ע"ד ה"המ וז"ל ת"ר כל הנבדקות נבדקות על פי נשים וכן

היה ר"א מוסר לאשתו ורבי יהודה מוסר לאמו ופסק רבינו הלכה כמותו וכפסק זה נראה מן ההלכה וכן הסכימו הרמב"ן והרשב"א ז"ל יע"ש.

וכן מצינו למר"ן סימן קנ"א פסק כן כלשונו בודקים על פי הנשים בין הביאה בין לא הביאה יע"ש ודבריהם הוא הפך כללא שכתב הריב"ש דאין נאמנים אלא להחמיר ולא להקל דהרי מפורש בדבריהם בין להקל בין להחמיר כמ"ש בין הביאה בין לא הביאה: וראיתי לרבינו הטור בדיני מיאון סי' קנ"ה כתב וז"ל ואפילו נשים נאמנות לומר שהביאה ב"ש אחר יב"ש ע"כ.

נראה מדבריו שכתב לומר הביאה ולא קתני שלא הביאה וגם נקט לאחר יב"ש ולא נקט קודם ובתוך י"ב משמע דאית ליה דאינם נאמנות אלא להחמיר ולאחר יב"ש נאמנות משום חזקה דרבא אבל להקל אם אמרו שלא הביאה הפך החזקה אינם נאמנות ואינה ממאנת וכן ראיתי להריב"ש שכתב דאינם נאמנות אלא להחמיר ונסתייע מדברי רבינו הטור וכתב וכן כתבהטור אלא ראיתי להר"בי ז"ל שכתב ע"ד וז"ל פלוגתא דתנאי היא וכו' ופסק הרא"ש כמ"ד נבדקות ע"פ נשים בין להקל בין להחמיר וכו' וכן פסק הרמב"ם וזה לשונו כשבודקים הבת וכו' נשים נאמנות וכו' נראה דדעתו הוא להשוות דעת רבינו הטור כדעת אביו הרא"ש דנשי' נאמנות בין להקל בין להחמיר ואע"פ דאין משמע כן מלשונו דנקט אם הביאה לאחר י"ב ולא נקט גם אם לא הביאה כמ"ש הרמב"ם ואם כוונתו לומר דלא כן דעת אביו הרא"ש לא היה לו לסתום אלא לפרש דזה חדוש הוא שפסק שלא כדעת אביו שלא כדרכו: מ"מ עלה בידינו מן המוגמר דכולהו רבוותא בעלי עמודי ההוראה אית להו דנשים נאמנות אפילו להקל ודון מינה ואוקי באתרין דגם בסי"ב נשים נאמנות אפילו להקל דמאי שנא וכד דייקינן שפיר נראה דשנא ושנא דלא קאמר רבינו והרא"ש אלא לענין מיאון דהוו קדושי דרבנן ונשים נאמנות בדבר דרבנן דהם אמרו קדושי קטנה הוו קדושין והם אמרו דנשים נאמנות כמ"ש בממאנת עצמה אם לא בעל אחר י"ב ובדקוה ולא נמצא לה סי"ן יכולה למאן ולא חיישינן שמא נשרו מטעם דקדושי דרבנן מקילינן אבל אם בעל לאחר י"ב אפי' אם בדקוה על ידי אנשים כשרים אינה יכולה למאן דחיישינן שמא בעל לשם קדושין ולאחר י"ב הוו קדושי דאורייתא וחיישינן שמא נשרו וספיקא דאורייתא לחומרא ופסק הרמב"ם בהל' גרושין פי"א ה"ה יע"ש וכן פסק רבינו הטור ומר"ן בסימן קנ"ה פ"ב וז"ל בד"א שיכולה למאן כשבודקין אותה ולא הביאה כשלא בעל אחר היות לה יב"ש ויום א' אבל אם בא עליה אח"ך אינה יכולה למאן אף על פי שאין מוצאין לה סי' חיישינן שמא נשרו שהוא ספיקא דאוריי' יע"ש.

הרי דאיכא חילוק בין קדושי דרבנן לקדושי דאו' וה"נ יש לחלק בענין בדיקת נשים בין קדושי דרבנן לקדושי דאורייתא והשתא מוקמינן דברי הרמב"ם ומר"ן שכתבו בין הביאה בין לא הביאה היינו בדלא בעל אחר יב"ש ויום אחד דליכא אלא קדושי דרבנן ולכך מהני בדיקת נשים דהם אמרו והם אמרו אבל בקדושי דאורייתא כנדו"ד לא מהני בדיקת נשים אלא להחמיר וכן מצאתי כדברינו זה מפורש בהמרדכי ובהג"מ והביא דבריהם הריב"ש בסי' קנ"ה ס"ק כ"ט וז"ל נשים נאמנות לומר דאין להם שערות ותמאן כיון דליכא חששא דאורייתא וכן כדלא בעיל ונשים מעידות על הנשים וכו'.

וכן יש לדייק מלשון רש"י בפרק בא סי' דף מ"ח יע"ש ואף על פי דהרמב"ם והטור ומר"ן כתבו דנשים אינם נאמנו' על השני' מבוא' בחליצה דוקא דאיכא איסורא דאורייתא אבל במיאון דקדושי דרבנן כגון שלא נבעלה לאחר יב"ש גם הם סברי דנשים נאמנות גם בשנים יע"ש: ואני בחפשי ראיתי למהרימ"ט בח"א שאלה מ"א שחלק כן קדושי דאוריי' לקדושי דרבנן וששתי כעל כל הון שנתכוונתי לדעת קדוש שנשאל בנערה שאמרו אחיה ואמה ששנותיה י"א שנים ושלחו נשים נאמנות לבודקה אם לא הביאה ב"ש כדי שתמאן וכתב וזה לשונו הרי יש כאן ספק של תורה דשמא כשקדשה כבר היתה גדולה וחיילי בה קדושי דאוריי' הילכך נראה דיש להחמיר בה להצריכה גט משני צדדים חדא דבזה לא היו נאמנות הנשים להעיד על השערות דלעולם נשים אינם נאמנות להקל באיסורא דאורייתא אי לאו מטעם דסמכינן אחזקה דרבא דאמר משבאה לכלל שנותיה וכו' להכי כי אמרה הביאה סי' ותחלוץ מהימנין לה וכו' ופי' דברי הרמב"ם עד"ז יע"ש: עוד כתב והא דבודקין למאונין בקדושי דרבנן וכו' ולא סמכי' אחזקה דרבא לאו משום דלא חיישי' לחזקה דרבא אלא כיון דקדושי דרבנן הם והם עצמם אמרו שתמאן כל שלא הביאה ב"ש לפנינו ומעיקרא הכי תקון הם אמרו והם אמרו יע"ש וכ"כ הרי"ף בפר' ב"ש ואמר הא דרבא הלכתא היא הילכך נבדקות אף על פי דסמכינן אחזקה דרבא.

וכתב עוד דהך מלתא מוכיחה מתוך שמעתי' בפרק בא סי' דקתני ר"י אמר לפני הפרק ולאחר הפרק נשים בודקות אותם תוך הפרק אין הנשים בודקות אותם שאין משיאין ספקות ע"פ הנשים ומפרש בגמ' לאחר הפרק דאיכא חזקה דרבא סמכינן אנשים תוך הפרק דליכא חזקה דרבא לא סמכינן אנשים וקי"לן ר"י ור"ש הלכה כר"י וכו' ואף על פי דר"י ס"ל תוך הזמן כלאחר הזמן ולא קי"לן כוותיה בהא וכו' אבל הך מלתא דס"ל לר"י כוותיה דרבא דאמר חזקה משבאה לכלל שנותיה שהביאה סימן קי"לן כוותיה ונלמוד מדבריו שאין משיאין ספיקות עפ"ן אלא היכא דאיכא חזקה דרבא דלאו הא בהא תליא יע"ש: וכ"כ בשאלה נ"א וז"ל ראיתי למהרש"ך בתשובה כ"ג נשאל על זה הדין שאין סומכין על הנשים בענין השנים שנראה שמהר"ם ז"ל בתשובות מימוניות חולק ע"ז שהאמין הנשים לומר שהיא קטנה והשיב הרב הנז' ח"ו שלא יעלה ע"הד שמהר"ם ז"ל יחלוק עד"ז כי מ"ש שסומכין על הנשים להחזיקה בקטנה משום דהוו קדושי דרבנן והימנוה רבנן בדרבנן אבל בשל תורה לא יע"ש וכן הביא משם הרב דוראן בתשובה ע"א שאמר אנו סומכין עפ"ן משום חזקה דרבא דאמר קטנה שהגיעה לכלל שנות' חזקה שהביאה סימן יע"ש: וכן ראיתי כתוב בש"ות למהריק"ש ז"ל וז"ל כתב הרי"ף בפרק ב"ש האמינום משום חזקה דרבא לומר הביאה סי' וכן לענין מיאון היכא דקדיש בתוך הזמן ולא בעיל לאחר זמן דליכא השתא חשש איסור דאוריי' כי דגם אם גדולה היא אינה צריכה גט מן התורה.

אבל כל שיש חשש איסור תורה לא מהנייא בדיקה ואין שם נאמנות לנשים יע"ש. וכן מצאתי למהר"י בירב הביא דבריו מהרל"בח בספרו שכתב וז"ל גם מענין הבת אם בוגרת היא נחקור בנדון שלפנינו אם עדות הנשים או עד אחד נאמן לומר לא היתה בוגרת וכו' ובנדון שלפנינו אפילו אם נאמר שלא היה אלא עדות מוכחשת הויא אסורה מדרבנן ובאיסור דרבנן ע"א נאמן בענין הסי' וגם עדות הנשים וזה פשוט בש"ס והביא

תשובה מהר"ם הלא היא כתובה במרדכי בפרק ב"ש וז"ל וששאלת על יתומה שנתקדשה אם יכולה למאן אי סמכינן על עדות נשים שהיא בת י"א שנה ולא נכנסה לי"ב שנה ודאי סמכינן כיון דלא בעיל ואפי' היתה גדולה אין כאן אלא קדושי דרבנן והימנום רבנן בדרבנן יע"ש: נקטינן מכל הני מילי מעלייתא דכתיבנא דנשים באיסור' דרבנן דהיינו קדושי דרבנן הנשים נאמנות בין להקל בין להחמיר כגון קטנה ממאנת שקדיש בתוך יב"ש ולא בעיל לאחר יב"ש ויום א' דעדיין קדושי דרבנן הם נאמנות אם אמרו לא הביאה שערות ויכולה למאן והיא להקל ומכ"ש אם אמרו שהביאהשערות ואינה יכולה למאן דהמה קדושי דרבנן והימנום רבנן בדרבנן.

לא כן בקדושי דאורייתא אינם נאמנות כי אם להחמיר אך היכא דאיכא חזקה דרבא כגון נערה בת יב"ש ויום א' נשים נאמנו' לומר שהביאה ב"ש וחולצת על פיהן דסמכינן אחזקה דנערה הבאה לכלל שנותיה חזקה הביאה סי' וסמכינן אחזקה אפילו להקל וזה הוא דעת הרי"ף והרמב"ם והרמב"ן והרא"ש והרשב"א ורבינו הטור ומרן כמו שכתב' לעיל דוק ותשכח ודלא כהריב"ש שכתבנו דבריו לעיל שכתב לפי דעת הפוסקים דנשים אינם נאמנות לענין מיאון להקל אלא להחמיר: ומסימני נערות נילף לסימני בגרות דהם קדושי דאורייתא דנשים אינם נאמנות אלא להחמיר כגון נערה העומדת בתוך ו"ח שבין נערות לבגרות וקדשה עצמה נאמנות להחמיר לומר שהביאה סי' בגרות להצריכה גט אבל אם קדשה אביה ובדקוה נשים ואמרו שהביאה סי"ב אינם נאמנות להקל ולהוציאה בלא גט וכן אם קדשה אביה לבדו וקדשה היא עצמה אינם נאמנות בין אמרו הביאה או לא הביאה דהויא להקל וחזקה דרבא ליכא דעומדת היא בתוך ו"ח וצריכה גט משניהם ולא סמכינן אבדיקת נשים כי אם על פי שנים עדים אבל לאחר ו"ח נאמנות אפילו להקל כגון אם קדשה אביה וקדשה היא עצמה ובדקוה הנשים ואמרו הביאה סי"ב נאמנות וקדושי אביה לא הוו קדושין דסמכי' אחזקה דרבא נערה שהגיעה וכו' וכדעת הרא"ש והתוס' ור"י ורבינו הטור ומרן דאמרינן מדהשתא בגרה וכו' או לדעת הרשב"א והרשב"ץ כגון שראו ב"ש קודם וכו' דאמרינן מדהשתא בגרה וכו' אלא דאפשר בהך שראוה שהביאה ב"ש מקודם לא בעיא בדיקה דילמא אית להו כהרמב"ם דלא בעי סי"ב אלא לאחר שהביאה ב"ש ולאחר ו"ח מקרייא בוגרת כמ"ש המפרשי' לדעת הרמב"ם וכ"ז הוא לדעת הגאוני' והרמב"ם והרי"ף דאית להו דמהני בדיקה אבל לדעת ר"ת והובאו דבריו בספר הישר ולדעת בע"הת וקבעה רבינו הטור להלכה וכן פסק מר"ן בס"ס קנ"ה דלא מהני בדיקה וז"ל י"א דהאידנא יש להחמיר שלא תמאן אחר יב"ש אע"פ שנבדקה ולא נמצאו לה ב"ש וכו' ופי' טעמו משום דקי"ל גומות אף על פי שאין שערות דאין אנו בקיאים להבחין דבר זה שלא יהיו בו גומות ועוד שמא הביאה ב"ש בגובה או בכריסא או על קשרי אצבעותיה ומי לבדוק.

וה"ה לסי"ב או אתי' במכ"ש דהוו קדושי דאורייתא ואנן לא בקיאינן בהו דבש"ס גופ' פליגי בהו חד אמר עד שיתקשקשו הדדין וח"א עד שיטו וחד אמר עד שתקיף העטרה ואנן לא בקיאינן בהו כמ"ש האחרוני' ע"ד הרמב"ם דמהאי טעמ' השמיט הרמב"ם מספרו סי"ב ולא כתב כי אם אחר שתביא ב"ש ולאחר ו"ח מקרייה בוגרת ולפי דעתם דאית ליה להרמב"ם דאנן בקיאי בסי"ן ולא בקיאי בסי"ב ועיין בס' מהרימ"ט ובספרי אחרונים ולפי דעת ר"ת ובע"הת ומר"ן והטור דלא מהני בדיקה לעולם ובספק עומדת

עד שתביא ב"ש לאחר יב"ש ויום אחד ולאחר ו"ח אז מהנייא בדיקה או משכחת לה בלא בדיקה כדעת הרמב"ם או אם גדולה ביותר שיש סימ' מובהקים בדדיה שגדלו במאד מאד.

נמצא דהנערה הנזכ' שאמרו עליה ששלחו נשים זקנות ובדקוה ולא נמצאו לה לא סי"ן ולא סי"ב המה מהבל ימעטו ואינם נאמנות במה שאמרו שלא הביאה סימנים וצריכה בדיקה עוד בעדי' כשרי' לדעת הרי"ף והרמב"ם והרמב"ן והרא"ש והרשב"א לאפוקי דעת ר"ת ושע"הת והטור ומרן דלא מהני בדיקה האידנא והיא בספק בלא בדיקה: ואחר כותבי כ"ז לענין הל' חפשתי עוד באמתחות ספרי אחרוני' ומצאתי כתו' בש"ות למהר"ם מלובלין ז"ל בשאלה קל"ט שנשאל בנערה אחרת כנד"ד שהיה עומדת בתוך ו"ח שבין נערות לבגרות ואירע מעשה שבחור אחד דחף לה טבעת באצבעה ואמר לה הרי את מקודשת לי וכו' והלכה לה והיו שם שני נערות ואמרו לה מה את עושה הרי את מקודשת לו ואז החזירה לו הטבעת ובדקוה ע"י נשים ולא נמצא לה שום סי' וזאת תשובתו הרמתה וז"ל דכ"ע אין הנשים נאמנות בבדיקתן לסמוך עלייהו להקל אלא היכא דאיכא חזקה דרבא דהיינו לאחר יב"ש ויום אחד אז נאמנות לומר שיש לה סי"ן לחלוץ וכו' משום חזקה אבל כשאומרות שלא הביאה לא סמכינן עלייהו להקל דהיינו למאן במקום דאיכא חשש קדושין דאוריי' וכו' ואחר שכתבתי זה מצאתי שכ' ג"כ הסמ"ג דהא דאמר בפ' בא סי' לאחר הפ' הנשי' בודקות דהיינו להחזיקה בגדולה אבל להחזיקה בקטנה להקל אינם נאמנות דכיון שהגיעה לכלל שנותיה חזקה הביאה סימ' ולא תמאן וכו' והשתא מדרב יהודה בתוך הפרק דסי"ן נשמע לדידן בתוך ו"ח לסי"ב דהא חזינן לר"י דאית ליה דאם נמצאו לה סי' הויא לה גדולה ואין סומכין אבדיקת הנשים משום דליכא חזקה דרבא וכו' ובתוך הפ' נאמנו' הנשים להחמיר כיצד גדולה היא שלא תמאן קטנה היא שלא תחלוץ אבל אין נאמנות לומר גדולה היא שתחלוץ וכו' וה"ה נמי לדידן בתוך ו"ח של בגרות אע"ג שאינה בחזקת שהביאה סי"ב כיון שראויה להביא סי"ב ולהחזיקה בוגרת אין סומכין על הנשים שאומרות שלא מצאו לה סי"ב שלא להחזיקה לבוגרת לענין אם קבלה קדושין בלא דעת אביה שתצא בלא גט ועוד יש להצריכה גט מטעם אחר דבזמן הזה אפילו עדים כשרים אין לסמוך להקל כשאומרים אין לה סי"ב דאין אנו בקיאים וכו' דפסקינן כרב מלכיו גומות אע"פ שאין שערות וכו' שערות אע"פ וכו' ומי יוכל להבחין דבר זה וכו' וכשיש לה סי"ן ראויה היא ג"כ לסי"ב ובסי"ב אין אנו בקיאים כי שמא יש כאן אחד מהם וכגון שנתמעך הכף וכיוצא שאין מרגישין בזה ואין לסמוך בזמן הזה להקל אלא כשאמרו שמצאו סי' רבוי שערות והוצא שאין להסתפק בו לענין וכו' וכ"ש דאין לסמוך על הנשים וכו' יע"ש נמצא שכל מה שכתבתי הרי הוא מפורש בדברי קדשו ונתכוונתי לדעת קדוש לכן שמח לבי ויגל כבודי: וכן ראיתי למהרימ"ט שכתב דלא בקיאינן בסי"ב ומהאי טעמא השמיט הרמב"ם מספרו סי"ב אלא לאחר ו"ח משהביאה סי"ן נקראת בוגרת יע"ש: וכן ראיתי להרשב"א סימן אלף רי"ו והביא דבריו הרב"י וז"ל אשה שנסתפקו במספר שנותיה שנתקדשה ונבדקה ולא נמצא לה סי' אפשר גם בזו אנו חוששין שמא נשרו אלא שיש להתיישב בזה לפי שיש שני ספיקו' ספק הגיעה וכו' ואת"ל הגיעה ספק אם הביאה וכו' ונשרו וכו' ואפי' הכי איני רואה בזה להקל כי עוד יש להתיישב בדבר וק"וח לנדו"ד שהגיעה לכלל שנותיה אלא דלפי דבריהם לא

מצאו לה סי"ן דחיישינן שמא נשרו או השירה אותם בידים לפטור עצמה בלא גט ואין להאריך עוד בדבר זה:עוד הנה שמעתי באומרים לי שרצו לבטל קדושי הנערה הזאת מפאת שנתקדשה בעדים פסולי' והפיסול הוא משום עבירה חדא שמגלחים זקנם ועוברי' על מה שכתוב בתורה ולא תשחית את פאת זקנך ועוד עבירה היה בידו שחשדוהו שבא על הגויה ושותה סתם יינם והו"ל כאילו קידש שלא בעדים דקדושיו אינם קדושין ולעד"ן דלא מפסלי לעדות בדבר זה אף על פי שעבירה היא בידם: דאיתא בהרמב"ם בהל' ע"א בפ"ב ה"ז וז"ל דרך כהני עכ"ום היה להשחית זקנם לפיכך אסרה תורה להשחית הזקן וכו' ואינו חייב עד שיגלחנו בתער שנאמר ולא תשחית גילוח שיש בו השחתה לפיכך אם גלח זקנו במספריים פטור ואין המתגלח לוקה עד שיסייע וכו' יע"ש.

וכתב הכ"מ שם וזה לשונו ומכל מקום איכא למידק במה שאמר אם גלח זקנו במספריים פטור דמשמע דאיסורא מיהא איכא דמותר מבעי ליה דומיא דהקפת הראש ונראה לומר דסרכא דלישנא דמתניתין נקט ולאו דוקא דלכתחילה נמי שרי. וכן פסק בקצר דאינו חייב אלא בתער אבל במספרי' מותר לכתחילה וכו' יע"ש.

וכן יש לדון למתגלח נמי דמותר כמו המגלח דאינו עדיף מן המגלח דעיקר הקרא הוא למגלח כמו שמצינו בהקפת הראש כתיב לא תקיפו פאת ראשכם דעיקר הקרא למקיף והניקף נתרבה כמ"ש לא תקיפו לרבות הניקף כמקיף אם סייעו כן יש לפרש נמי בהשחתת הזקן וכן נראה נמי מלשון הרמב"ם דנקט המקיף והמגלח ואחר מכן נקט הנקיף והמתגלח אם סייעו חייבים מלקות או אם נאמר בשנים הכתוב מדבר מ"מ לא עדיף מניה וגם המתגלח מותר לכתחי' על ידי מספריים.

אלא דראיתי לרבינו הטור ומרן דלא הזכירו המסייע כי אם בהקפת הראש ולא בזקן ואי לא מסתפינא הייתי אומר דאית להו דהמסייע פטור בזקן ואינו חייב כי אם בהקפת הראש משום רבויא דקרא דלא תקיפא אחד המקיף ואחד הניקף לאפוקי בזקן כתי' לא תשחית ולא כתיב לא תשחיתו או יכול לומר דסמכו על רישא דהקפת הראש וקצרו במענה לשונם ושנים המה מכח הקישא לא תקיפו ולא תשחית ולדבר זה צריך חיפוש בש"ס ובספרים וגם צריך לראות אם הריבוי דלא תקיפו אם קאי אמקיף או אניקף ולא עת האסף מ"מ נקיטנן דאינם חייבים מלקות אלא בתער וכן המתגלח אם סייע אינו חייב מלקות אלא בתער אבל במספריים אפילו סייע מותר לגמרי וכן ע"י תער ולא סייע אינו חייב מלקות דלאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו ואף על פי דאיכא איסורא בצד מה שנתגלח בתער ולא סייע מ"מ מלקא לא לקי.

ואיכא למימר דהעדים הנז' ספק אם מתגלחים בתער או במספריים ואת"ל בתער דילמא לא סייעו ופטורים ממלקות ואין אתה יכול לומר דמסתמא סייעו דמאחר דמתגלחים ברצונם וגם נותנים שכר דא"כ מאי האי דקאמר ואם סייע חייבים אלא ודאי משכחת לה דאפי' הם מתגלחים ברצונם הטוב לא מקרי סיוע אלא בעי' סיוע גמור ואמרינן בהו דילמא לא סייעו ופטורים והו"ל ספק ספיקא ופטורים ממלקות ואינם נפסלים אלא מדרבנן כמ"ש מור"ם בח' חה"מ וז"ל עבר עבירה שאין בה מלקות אינו פסול אלא מדרבנן וקי"ל המקדש בפסולי דרבנן קדושיו קדושין מאחר דכשרים מדאורייתא וכ"כ הרמב"ם בפ"י מה' עדות וז"ל הרשעים פסולים להעיד מן התורה שנאמ' אל תשת ידך

עם רשע להיות עד וכו' איזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין עליה מלקות מן התורה שנא' אל תשת ידך עם רשע התורה קראה למחוייב מלקות רשע שנא' והיה אם בן הכות הרשע עבר עבירה שחייב עליה מלקות מן התורה פסול מן התורה יע"ש ופסקה מרן בקצר בה"ע יע"ש משמע אפילו עבר עבירה שאסורה מדאורי' ואין בה מלקות אינו פסול מן התורה דהתורה אמרה אל תשת ידך עם רשע עד וכתיב והיה אם בן הכות הרשע גילה לנו אמאי דקאמ' אל תשת ידך עם רשע עד היינו שמחוייב מלקות מן התורה וכ"כ במישרים והביא דבריו ב' וז"ל ואם היה מן התורה ואין בה מלקו' אינו פסול אלא מדרבנן ואפילו אם ימצאו עדים ברורים שמגלחים בתער שמא לא סייעו וליכא מלקות אלא איסורא בעלמא ומהאי טעמא נמי לא מיפסלו אם נחשדו על הגויה דגם היא לית בה מלקות ואיסורא מדברי קבלה וכן אם שתו סתם יינם אין נפסלים אלא מדרבנן ואפי' איסורא דאוריי' ליכא וקי"ל המקדש לפני עדי פסולי דרבנן קדושיו הוו קדושין והיא דעת הרמב"ם והרמב"ן והרא"ש והרשב"א והריב"ש והר"ן ורבינו הטור ומר"ן בסי' מ"ב וכן דעת כל אחרוני' ז"ל ודעדיפא מינה אני אומר דאפי' אם באמת איכא עדים שמגלחים בתער ומסייעים כשרים אפילו מדרבנן משום דנחשב דלא עבדי איסורא מסיבת האיספניול שהם נ"ון עמהם והמה מבזים אותם בדבר זה ובזוי' בעיניה' עד שכמעט אינם רוצים לשאת ולתת עמהם ומלעיגים עליהם וגם הורגלו בכך ואוחזים מעשה אבותיהם בידיהם ומטעם זה אינה נחשבת עבירה בעיניהם ואף על פי דבאמת עבירה היא בידם ואל ישעו בדברי שקר מ"מ אינם נפסלי' לעדות בשביל זה ולא אמרינן עלייהו מאן דעבד הא עבד הא ומקרו חשודים ופסלינן לנו מאחר שהיא היתר בעיניהם כמ"ש מור"ם סי' קי"ט בטור י"ד ס"ז וז"ל מי שהיה חשוד בדבר דלא משמע להו לאינשי שהיא עבירה לא מקרי חשוד יע"ש וכן מצינו קוברי מת ביום טוב דעבדי מלאכה ועוברים על לאו דאורייתא וכשרים להעיד כיון שיכולים למצוא טענה של זכות אפי' ברחוק עשר אמות כמ"ש הרא"ש דהנהו קבוראי אין נראה שרוב העולם יטעו בזה אלא כיון שאפשר לתלות תולין כמ"ש הרמב"ם שאם עשה מעשה בשבת צריך להודיעו שהיום שבת שמא שוכח הוא ואע"פי שאין רוב העולם טועים בזה יע"ש בהריב"ש והביא דבריו הרב"י סי' ל"ד וכן מצינו בלאו דלא תחמוד דלא עברי על הלאו מטעם דמשמע להו לאינשי לא תחמוד בלא דמי משמע אפילו בדבר דאיכא ביה מלקות ואיסורא דאורייתא מאחר דנראה להם כהיתר פטורים עליו וכשרים לעדות וכ"כ בתשובת מהר"יל ז"ל וז"ל עכשיו נתפשט המנהג להלוות מעות היתומים ברבית קצוצה אף על פי דשלא כדין עבדי מ"מ אין לפסול אפוטרופוס גבי משום דעבדי כמנהג יע"ש.

ואין לחלק בין מצוה לרשות דומיא דלא תחמוד דלית בה מצוה אלא בדבר שנראה לאינשי דאינה עבירה מאיזה טעם או מטעם מנהג אף ע"פ שהיא עבירה בידם לא מפסלו: נמצא דעדים אלו אינם נפסלים משום תגלחת זקנם כנזכר וכן אינם נפסלים מחמת שחשודים על הגויה מטעם דאיסורה אינו אלא מדבריקבלה ולית בה מלקות דאורייתא וכן נמי לא מפסלו בשתיית סתם יינם: זאת ועוד אחרת במה ששמעתי שמזלזלים בכבוד שבת שעושים עובדין דחול אינם נפסלים בזה מאחר דאינה מלאכה גמורה ואפילו פיסול דרבנן ליכא כמ"ש כתוב להרב וז"ל מ"כ באחד שקידש בפסולי עדות והתירה רב חיים הארוך וחלקו עליו חכמי טוליטו"לא וגזרו עליו נדוי שיחזור בו וכו' דאינו פסול מן

התורה אלא מי שעבר עבירה שחייב עליה מלקות ואע"פ שלא התרו בו וגם על חילול שבת אם עבר על המוקצה או אפי' על הוצאת שבת בזמן הזה אין פסולים אלא מדבריהם וצריך הכרזה וכאן לא הכריזו עליו ומספק אין לנו לפוסלו כי שמא לא חלל שבת אלא בשל דבריהם ואפילו הכריזו עליו המקדש בפסולי עדות של דבריהם מקודשת ואפי' היו פסולי עדות דאוריי' אם לא נתקבלה עדות פסולם בפניהם עדות הפוסלים בטלה יע"ש: והנה צריך לדעת מאי האי דקאמר בזמן הזה אין פסולים אלא מדברים וצריך הכרזה וכו' דמאי צריך הכרזה הכא גבי קדושין דהא הרמב"ם ז"ל כתב בה"ע בפרק י"א וז"ל לפי כך כל עדות שהעיד קודם שיכריז עליו מקבלים אותה כדי שלא לאבד זכות העם שהרי לא ידעו שהוא פסול וכ"כ מר"ן בסימן ל"ד וז"ל והפסול מדבריהם העדות שהעידו קודם שהכריזו עליו כשרה ונתן טעם לשבח הסמ"ע וז"ל לא רצו להפסיד ממון הבריות וכו' יע"ש וטעם זה לא שייך הכא בקדושי' ואחר החי' ראיתי למהרח"ש שכתב וטעם זה לא שייך הכא בקידושין מ"מ יראה דכיון דאמרו חכמים דצריך הכרזה מההוא טעמא ממילא לא נפסלו בשום מקום עד שיכריזו אפי' לענין קדושי' וכ"כ בתשובת מוהרשד"ם סי' ל"ו וכ"כ בתשובת ב"י יע"ש: נקיטנן ממאי דכתיב' שהעדים אלו כשרים לגמרי מטעם דכתי' ועוד דאיכא למיחש בהו שמא חזרו בתשובה אפילו אם פסולים באמת כמו שכתב למור"ם בסימן מ"ב וז"ל המקדש לפני פסולי תורה י"א דחיישינן לקדושין דילמא חזרו בתשובה ובערוה החמורה איכא למיחש לכל הדעות נמצא דלא מפסלי אלא בפסולי דאוריי' במקום דאיכא מלקות ובעינן דידעינן בהו שהם פסולים בודאי אבל אם הם ספק פסולי דאוריי' כשרים לעדות וצריכה גט כמ"ש הרמב"ם ופסקה רבינו הטור ומרן בס"ס מ"ב יע"ש עוד נשאר לי דבר א' לפרשו וללבנו בקדושי הנערה הזאת והוא במה ששמעתי באומרים לי דאחר שנתקבלה עדותם בפני שלשה ונמצאת עדותם מכוונת ונכתבה קב"ע בדבר זה לא רצו דייני העיר לפסוק הדין על פי קבלת עדות ושלחו אחר העדים והעידו בפניהם פעמים שלש ונמצא שנוי בדברי עד א' הפך מה שהעיד פעם ראשונה והוא הפך דברי העד הב' ונמצאת עדותם מוכחשת ועל דא קסמכי שתהא עזרה להם לבטל קדושי הנערה הזאת קדושין ראשונים ולפוטרה בלא גט ולדבר זה צריך ארבעה חקירות בדבר חקירה ראשונה היא עדות שנתקבלה בפני שלשה ובפרט אי איכא בהו אחד דגמי' בענין פסלות העדים וכשרותם ויודעים לכוין הדברים וזהירים בקבלתם שלא ילמדו מותך לשונם לשקר כנדו"ד אי הויה קבלה וממילא עדות ראשונה היא העיקר ובהא נמצאת עדות' מכוונת או לא הויא קבלה והעיקר עדות שניה שנתקבלה בפני ב"ד ונמצאת עדותם אינה מכוונת ואת"ל דעדות ראשונה הויא עדות ה"מ אם נתקבלה בפני בעל דין אבל בנדון דידן דלא נתקבלה בפני בע"ד לא הויא קבלה וחזרת העדות הויא כדין ואזלינן בתר השתא.

ואת"ל דקבלת עדות שלא בפני בעל דין לא הויא קבלה ובתר השתא אזלינן צ"לח אם עדי הקדושין צריכין ד"וח כדיני נפשות או לא בעי' ד"וח כדיני ממונות ואת"ל דאין צריך ד"וח צריך לחקור אם קדושי הנערה הנזכ' מקרי דין מרומה וצד"וח או לא מקרי דמ"רו ואת"ל דלא מקרי דין מרומה כגון הכא דעבדו ב"ד וח"וד בדבר מטעם דסברו דהוא דין מרומה והוכחשו דעד אחד אמר שם טוב הארוס הוא אמר ושאל את פיה ואמר לה מה שמה ואמרה לו אני פלונית ומה שם אביה ואמרה פלוני ומה שם אמה ואמרה

פלונית והעד השני אמר שהם שאלו את פיה ואמרו לה אתה פלונית ואמרה הן אביך פלוני הן אמך פ' ואמרה הן ונמצא דיש שנוי בין ז"לז בענין השאלה מי הוא השואל ובענין השמות שאחד אמר שמה ושם אביה ואמה בפי' ואחד אמר שאמרה הן כשאמר לה שמה פ' ושם אביה פ' ושם אמה פ' אמרה הן מי אמרינן אע"פ שח"וד הוי כד"מר ומה הוכחשו בבדיקו' לא הויא הכחשה א"ד עכשיו שח"וד הוי כדין ואפי' הוכחשו בבדיקות הויא הכחשה ואת"ל דדינם כדין צריך לחקור אם הויא הכחשה או לא הויא הכחשה ולא מקרייא הכחשה אפי' בבדיקות.

ואני משיב על ראשון ראשון ועל אחרון אחרון: וזה החלי בס"ד כתב הרב' בסכ"ח וב"ח בח"מ וז"ל ונ"י כתב בשם הרב בעל העיטור תשו' להרי"ף אם בא לפני ב"ד שטר קב"ע והעדים באותה העיר רואים אם אותם בקיאי' בדקדוק העדים ובחקיר' הולכים אחר קב"ע ואין חוששין לעדות העדים ואם לאו אין סומכין עליהם ע"ק העדות אלא סומכין על העדים.

והלכתא קב"ע צריכא ג' מומחי' יודעים הלכות עדות. כשר ופסול וזהירין בקב"ע לכוין כל עדות אחד ואחד וכו' יע"ש ופסקה מרן בקצר בסי' הנז' סעיף כ"א יע"ש נמצינו למדין מדברי הנ' והעיטור ולפסק מר"ן דק"ע בעי' שלשה דגמירי בה' עדות בפסלות וכשרות העדים ואפי' אם יהיה בהם אחד דגמיר לא מהני דבעי' כולהו תלתא דליהוו גמירי ולפי זה קב"ע דנדו"ד לא הוי קבלה ואע"פ דאיכא חד בהו דגמיר תרתי מנייהו לא גמירי ודינא הוא דמה דחזרו בית דין וקבלו עדותם כדין עשו דקבלו עדותם פעם שנית ולא סמכו על קבלת העדות אלא על פי העדים: ברם אח"החי מצאתי כתוב למהרי"קש בתשובות סי' כ"ז שכתב וז"ל הא דבעינן דייני דבקיאי וגמירי לענין קב"ע וכו' ולפחות צריך בהם חד דגמיר וכו' הוא לענין די"מ מן הראייות שהביא מדברי בעל העיטור וזולתו אמנם בדיני נשים זאת מצאנו תשובה להרשב"א ז"ל וז"ל עדות נשים אינה צריכה ד"וח וכיון שאינם צד"וח אף על פי שקבלו עדותם בפני הדיוטות שאינם בקיאי בד"וח לית לן בה ושוב אינם יכולים לחזור ולהעיד לבטל עדותם ראשונה ע"כ ותשובה זו קיימוה וקבלוה מהר"ר אליה מזרחי ז"ל בתשובותיו סימן כ"ד ומהרי"בל ז"ל בח' א' מפסקיו כלל ג' סי' י"ח דאפי' היכא דליכא בהו חד דגמיר יע"ש ומדכתב הרשב"א ז"ל בפני הדיוטות שאינם בקיאין בד"וח וכו' הכוונה גלויה וידועה דהדיוטות דקאמר לאו לאפוקי סמוכין לחודקאמר אלא לומר לך דאף על גב דלא בקיאי וגמירי לית לן בהו: וכ"כ הרי"בש בסימן רס"ו וז"ל גם ד"וח אין צריך בגיטין וקידושין דהא בדי"מ לא בעי חו"ד כדי שלא תנעול דלת בפ"לו וגיטין וקידושין לדי"מ דמו דהא ילפינן דבר דבר מממון ואיכא בהו טעמא שלא תנעול דלת ומהאי טעמא לא בעי' סמוכין אלא הדיוטות וכו' יע"ש ואחר שכתב טעם אמאי לא בעי ד"וח כתב דמהאי טעמא נמי לא בעינן סמוכין וכו' הרי ד"וח לחוד וסמוכין לחוד ואם כן כי אמרי דלא בעו דייני דבקיאי בד"וח אפילו היו מקבלי' העדות הדיוטות גמורים דלא ידעי לח"ולד קבלתם קבלה גמורה ואע"ג דבדי"מ נמי לא בעי ד"וח ועכ"ז הצריכו לפחות שיהיה בהם אחד דגמיר אין מזה קושיא שהם ז"ל לא דימו אותם לדי' ממונות אלא לענין דלא בעו ד"וח ומ"מ די"מ צריך שידעו בית דין לחקור את העדים שמא וכו' אבל בעדות נשים דחומרא דאתי לידי קולא הוא וכיון דאין צד"וח גם הב"ד שמקבלין העדות לה בעינן שידעו לח"ולד ומשום הכי בעדות

ממון הצריכו שיהיו בקיאי בד"וח ובדקדוק העדים וחקירתם כמ"ש בתשובת הרי"ף ז"ל ובעדות הנשים לא הצריכו כמ"ש בתשובת הרשב"א ז"ל וגדולה מזו כתב הרב המאי"רי ז"ל שהיה בתחילת אלף הששי נודע בשערים שמו וז"ל בחדושי יבמות ולמדת של כל דברי הכל וכו' וה"ה לכל ענייני גיטין וקדושין שאינן צריכין ד"וח וישנן בב"ד הדיוטות וכו' עד ואפילו בדין מרומה שכיוצא בו אף בממון צריכין ד"וח בגיטין וקדושין לא ואילו היו צריכים ד"וח היו מצריכין בהם זמן מן התורה ואע"פ שבגיטין תקנו זמן לא מן התורה אלא מדרבנן משום בת אחות' ואף על גב דהרשב"א והרי"בש סברי דבדין מרומה בעי' ד"וח אפי' בעדות נשים מ"מ מצינו מי שמקל בעדות נשים טפי מדי"מ ולפיכך אין תימא אם יסבור הרשב"א ז"ל דבעדות נשים סגי בב"ד הדיוטות דליכא בהו חד דגמיר ע"כ יע"ש עוד כתב דאין לחלק ולומר דע"כ לא מכשרי הרשב"א והריב"ש ז"ל אלא דייני דלא בקיאי בד"וח אבל דייני דלא ידעי הלכות עדות אין קבלתן קבלה כדאמר הרי"ף בדי"מ דהא ודאי ליתא דאי לא בקיאי בח"וד דהוי מלתא זוטרתי כוון המעשה וכוון הזמן וכוון המקום כמ"ש הרמב"ם ז"ל פ"ב בה"ע ק"ו הדברים דלא בקיאי בדקדוק העדים לעיין דברי כל אחד וכ"ש שאינם בקיאים לדון ולא ידעי הלכות עדות כשר ופסול כמו שהצריכו בדי"מ.

ומה גם עתה שכתב הריב"ש בסי' רס"ו דאפי' בדין מרומה לא בעי דר"וח כדין ממש אלא שצריך הדיין לחקור בו כל מה דאפשר וכו' דהשתא תליא הא מלתא בפקחות הדיין ומדינותו דודאי הגמור מאן דלא בקי בהכי אינו מן הישוב ואין צריך לומר שאינו בקי בדינין וכיון דמכשיר הרשב"א בעידי דיני נשים דייני דלא בקיאי בד"וח וכ"ש מאן דלא גמיר וכן דעת מהרי"בל באותה תשובה דבעי לאכשורי להההוא דלא גמיר א"כ אפילו אם יחשב דין מרומה דבעי' ד"וח מ"מ לא בעי' כולי האי כמו דיני נפשות עוד יש קצת ראיה ממה שהכשירו לענין חליצה כשחלצה לפני דייני עמי הארץ שאינם יודעים להקרות יע"ש: נקיטנן מכל מילי מעליית' דכתי' דלדעת הרשב"א והרב המא"ירי והרי"בש והרא"ם ומהר"בל אית להו דעדות נשים אפי' נתקבלה בפני ג' הדיוטות דלא גמירי ואינם בקיאי בד"וח הויא קבלה וסמכינן עלה ואם חזרו העדים ושנו בעדותם הויא חזרה ואמרינן בהו אחר שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכן היה דעת מהרי"קש וכ"ש וק"ו לנדו"ד דאיכא חד או תרי דגמיר בפיסול העדים והכשרם ויודע לדקדק בדברי העדים בד"וח כמ"ש וחתום בקבלת העדות אחר איום וגיזום וחקרו בכוון המעשה מי היה בדקדוק הקדושין ובדקדוק הזמן ובדקדוק המקום ובאותו דבר עצמו ששנה בו אחד מן העדים כבר בשעת קב"ע דקדקו בו כראוי ונמצאת עדותם מכוונת אלא דהשתא חזר בו ואמרינן ביה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכן ראיתי למהרח"ש בתשוב' י"ט שכתב וז"ל אמנם בדין מרומה לכ"ע צריך ד"וח ולענין אם יכולים העדים לחזור או לאו העולה מדברי המפרשים הביאו גם הרא"ם בסימן כ"ד דבדברים שאין צריך ד"וח ונשלם עדות העדים אף שלא נחקר עדותם להרשב"א ז"ל בתשובה כיון שנשלם העדות אף שלא נחקר שוב אינם חוזרים ומגידין וכ"כ הר"ן ז"ל בתשובה וכן דקדק הר"בי בסי' כ"ח בטור ח"מ מלשון ר"י שהביא המרדכי וכן י"ל מדברי הריב"ש יע"ש.

הרי מפורש דאין העדים יכולים לחזור אלא בדבר דצריך חקירה ודרישה ולא חקרו בו אבל אם חקרו בו אפי' דברים דצריך ח"וד אינם יכולים לחזור כמ"ש אמנם בדברים

דצח"וד ונגמרה עדותם ולא נחקרה עדותם יכולים לחזור בהם הא דוק מינה אם נחקרה עדותם אינם יכולים לחזור בהם ומכ"ש בנדו"ד דחקרו ודרשו כנזכ' וחקרו באותו דבר ונמצאת עדותם מכוונת והשתא חזר אחד מהם דהויא חזרה ואינם יכולים לחזור ולא עוד אלא ראינו כל מה שחקרו ב"ד פעם ב' בדברי העדים כבר חק' בו בק"ע ומשם באר"ה שהם בקיאי' בד"וח ומה גם לדעת הרי"בש דכתב דאפי' דין מרומה א"צ ד"וח כדין אלא שצריך הדיין לחקור בו כל מה שאפשר דהשתא הדבר תלוי בפקחות הדיין וקא חזינן דפקיחי אינהו בד"וח דחקרו בכל דבר שצריך בו הזמה ובכל מה שחקרו ב"ד פעם ב' חקרו בו כבר וגם אית בהו חד דגמיר דודאי קבלתם הויא קבלה ואינם יכולי' לחזור וכן כתב הרי"בש בסימן רס"ו וז"ל הני עדות ב' עדים בטיל כיון שלא היה בעדות ח"וד שהרי לא אמרו בכמה לח' ולא באיזו יום ואע"פ שבשאר ק"ע שחתמו וכו' כתבו שד"וח באיזה שנה ובאיזה חדש וכו' אין הולכים אחר עדות אחרונה אלא אחר עדות הראשונה יע"ש נמצא דאם ח"וד באיזה יום ובאיזה שנה ובאיזה חדש דהיינו בכל דבר שתלוי בה הזמה מקרי חקרו ודרשו וכ"כ מהרח"ש בסי' מ"ז דאף על פי דאיכא התם דבקיאי בד"וח כיון דלא כתבו בק"ע שד"וח אמרינן ודאי לא ח"וד יע"ש: אלא דעדיין יד הדוחה נטויה לדחות ולומר הא דקאמר הרשב"א והרב המאי"רי והרשב"א ומהרי"בל ומהרי"קש דמהני קב"ע אפי' בפני ג' הדיוטות היינו אם נתקבלה בפני בע"ד אבל בנדו"ד דנתקבלה שלא בפני בעל דין לא הויא קבלה ואין עדותם עדות ויכולים לחזור כמ"ש רבינו הטור בסי' כ"ח ופסקה מרן בקצר יע"ש אמנם אחר הח"י ראיתי למהרח"ש בסי' י"ט שכתב וזה לשונו ממה שרשום בזכרוני משנים קדמוניות וראיתיו עתה בדברי הרב אליהו בן חיים ז"ל בתשובה סימן ס"ח וז"ל שהמקובל אצלינו מפי סופרים וספרים ומהר"ר יצחק אדרבי שכתבו בשם הרדב"ז ושאר גדוליהדור בענייני איסור אישות לא שייך למימר דבעי קב"ע לפני בע"ד שהב"ד עצמם הם בעלי הדין בין להחמיר בין להקל איתמרא ע"כ ומהר"י אדרב' ריש סימן כ"ד בתשובו' הביא דברי הרדב"ז וז"ל אני סובר דמקבלים עדות שלא בפני בע"ד בקידושין דכ"ע בעלי דבר נינהו לאפרושי מאיסורא וז"ל הרב המאי"רי מקבלים עדות שלא בפני בע"ד לאפרושי מאיסורא כגון שיש עדים שנתקדשה פ' וכן נראה מתשובת הרי"בש בקיד' מאידונה והכי משמע מתשובת הרשב"א אשר כתב בקונטריס ואני מעיד דכן היה דעת מהר"י בירב ז"ל ממעשה שהיה וכן דעת כמהר"ר שמואל סיד ז"ל אלא שהם הפריזו על המדה לקב' עדות שלא בפני בע"ד לאסור אשה על בעלה ואני וחבירי חלקנו עליהם בזה אבל בעדים שנתקדשה פ' דהוי לאפרושי מאיסורא לא חלק אדם מעולם כת"וח שמי דוד בן זמרא ע"כ וכ"כ מהרי"בל ז"ל שכתב הרשב"א דבדי"מ אין מקבלין שלא בפ' בע"ד אבל בעידי נשים יכולים לקבל שלא בפני בע"ד: וכתב מהרח"ש על דבריו וז"ל ויראה בעיני שהוא דעת נכון וקרוב לדעת דכיון דהך מלתא דאין מקבלין עדות וכו' אפילו בדי"מ אינה אלא מדרבנן וקרא אסמכת' בעלמא כמ"ש המפרשי' דלהכי מחלקינן בין אונס להיכא דליכא אונס ובין אם היה בעיר וכו' א"כ בדי"מ דוקא אמרינן שראו חז"ל לעשות כן אבל בקידושין כיון דמדאורייתא הוי עדות גמורה אפילו שלא בפני בע"ד והיא אשת איש גמורה דרחוק הדבר מאד לומר דלא מהנייא עדותייהו ויתירו אשת איש לעלמא והויא חומרא דאתייא לידי קולא יע"ש.

גם הרב בצלאל ז"ל בתשובותיו סי' ה' הביא דברי הרדב"ז דמעשי' בכל יום שמקבלים עדות שלא בפני בע"ד כגון אם באו עדים והעי' שלא בפניה שנתקדשה לפ' או שנטמאו טהרותיו ואמר שזכות הוא להפרישו מאיסורא והביא ראיה לדבריו מדברי הרב המא"ירי ז"ל הנז"ל שהסכימו עמו חכמי הנשיאים מברצלונא ע"כ וגם מן הפוסקי' המפורסמים לא מצינו שכתבו דין זה שאין מק' עדות בקדושין שלא בפני בע"ד וכל הפוסקים שהביא הרב' סי' כ"ח מטור ח"מ וגם השאר אשר ראיתי שכתבו שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד הוא בדי"מ אבל בדיני קדושין לא ראיתי להראשו' שכתבו כן זולתי מהרשד"ם ז"ל שכתב בסי' כ"א וז"ל אע"פ ששמע' אומרים שיש מי שכתב דקידושין א"צ שיקובל עדות בפני בעל דין אני אומר לבטל סברא זו שלא מצינו סברא זו בשום פוסק מהפוסקים ע"כ כנראה מדבריו שלא היה לו אלא שמועה בעלמא ולא ראה תשובת הרשב"א והרב המא"ירי ז"ל וכתב שהסכימו עמו הנשיאים מברצלונא וגם הריב"ש ושאר גדולים ואדרבא לא נמצא בשום פוסק מהפוסקים המפורסמים דין זה שאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין אלא בדי"מ עד .

כאן לשון מהרח"ש: נמצינו למידין לדעת הרשב"א והרב המאירי והרי"בש ומהרי"ב רב והרדב"ז ומהרש"ך ומהר"י אדרב' ומהרב"ח ומהרח"ש ומהרי"קש כמ"ש דבריו בתשובה י"ט כולהו אית להו בעידי קדושין מקב' עדות שלא בפני בע"ד וכן נהגנו במ"ק זה וכן הוא מנהג רבותינו שקדמו לנו. ולפי זה קבלת העדות דקדושי הנערה הזאת שעליה אנו דנים שנתקבלה שלא בפניה הויא קבלה גמורה ואמרינן בהו כיון שהגיד אינו חוזר ומגיד ועדות שניה כמאן דליתא דמי: נשאר לי לברר ספק ג' אם עדי קדושין צריכין ד"וח כדין או לא בעי' ד"וח כדי"מ והגם שלא נתברר דבר זה בדברי מרן ולא כי אם בענין לאסור אשה על בעלה פסק דבעי' ד"וח ובעגונא דאתת' פסק דלא בעי' ד"וח ובענין גיטין וקדושין לא דבר מאומה מ"מ מצינו דבר זה נפתח בספרי הראשונים והיא תשובת הרשב"א והביאה הרב' בטור א"הע בסי' י"א וז"ל והרשב"א כתב בתשובותיו לעיקר הדין ולהלכה ולמעשה כך נ"ל באמת דעידי קדושין אין צריך ד"וח דהשתא מיהא לאו אדין קא מסהיד וכו' ואע"ג דבקדושין אפשר דאתי לדין השתא מיהא לאו אדין קא מסהיד ומכולהו סוגיו' משמ' ודאי דלא בעי' ד"וח בעידי קידושין וגירושין לפיכך ישנן בבית דין הדיוטות וכו' מידי דהוה אהודאות והלוואות וכן כתבו כל רבותי מורי הר"ר יונה וגם מורינו הרמב"ן ז"ל ותדע לך שלשה גיטין פסולים ואם נשא הולד כשר וחד מנייהו אין בו זמן וכן לגבי קידושין דאמרינן דאין כותבין בו זמן דהיכי עבדי וכו' אלמא גיטין וקידושין ליתנהו בד"וח דאף הם כדיני ממו' דבדידהו נמי איכא משום נעילת דלת וכו' וההיא דפרק אין בודקין לא ידענא מאי קא דייקי מינה דההיא לאו בעידי קדושין היא אלא במי שנתקדשה כבר ובאו עדים ואמרו נערה המאורסה זו זינתה ועדות זו צריכה ד"וח דבנפשו קא מסהיד עד כאן יע"ש.

וכן כתב בתשובה אחרת והביאה הרב' בסימן מ"ב וז"ל כתב הרשב"א בתשובה אין בודקין עדי נשים בד"וח בין בגיטין בין בקידושין דקי"לן כת"ק דר"ט ור' עקיבא וכן דעת הגאוני' והרמב"ם והרמב"ן וכתב ע"ד הרב' וכן כתב הנ' סוף יבמות ע"ש וכן כתב הרי"בש בסי' רס"ו וז"ל גם הד"וח אין צריך בגיטין וקדושין דהא בדי"מ לא בעי' ד"וח כדי שלא תנעול דלת וכו' וגיטין וקידושין לדי"מ דמו דהא ילפינן דבר דבר מממון ואיכא

בהו טעם נעילת דלת ומהאי טעמא סגי בהדיוטות יע"ש וכן ראיתי למהרי"קש בתשובות סימן כ"ז שהביא תשובת הרשב"א דלעיל וכן הביא דברי הרי"בש הנז' וקבעום להל' דדיני גיטין וקדושין לא בעו ד"וח והוסיף עוד דאפילו נתקב' העדות בפני שלשה הדיוטות הויא קבלה ודייק לה מדברי הרשב"א והריב"ש אלו וכתב עוד תשובה זו קבלוה וקיימוה מהר"ר אליה מזרחי ז"ל בתשובותיו סימן כ"ד ומהרי"בל ז"ל כלל ג' סימן י"ח יע"ש וכן הביא ראיה משם הרב המאי"רי שהבאתי דבריו לעיל יע"ש: נמצא דעדי נשים בגיטין וקדושין לא בעי' ד"וח והמה רוב מניין ורוב בניין הרמ"בם והרמב"ן ורבינו יונה והרב המאירי והרשב"א והסמ"ג והמרדכי בשם ר"ח והרשב"א והריב"ש בסי' רל"ב ובסי' רס"ו וכ"כ המרדכי בשם מהר"ם ואפי' בעדי כעור לא בעי ד"וח וכן היא דעת הגאונים ונ"י ומור"ם סי' מ"ב וגם מר"ן כך דעתו מדמצינו בטור ח"מ סימן ל' שדחה דברי הר"ן שכתב באישות דשייכא בדי"ן בבת א' בעינן ואינם מצטרפים ודבריו הפך המרדכי והר"ם.

ומר"ן דחה דבריו והביא ראיה מפר' השולח וממקומות אחרים לסייע דברי המרדכי והר"ם משמע דכך הוה ס"ל וכן פי' דבריו לבסוף וכת' בסוף העניין נ"ל דכיון דהירושלמי מספקא ליה ובתלמודא דידן משמע דכל דאינו די"ן ממש אע"ג דנ"מ לדי"ן מצטרפין הכי נקיטנן דעידי נשיםבקידושין דינם שוה לדי"מ.

וכן דעת מהריב"ל ומהריק"ש ומהרח"ש סי' מ"ב ונשאר הר"ן הוא סברא יחידאה וכתבו. האחרונים על דבריו וחד מנייהו מהרי"קש דודאי לא ראה דברי הרשב"א והראיה שלא הזכיר דבריו ואם באמת ראה דבריו לא היה חולק על דבריו וכן היא דעת הרא"ש בסי' כ"ד דדינייהו כדי"מ איברא דדברי התוספות פ"ק דמכות עלה ו' ד"ה שמואל אומר הלכה כר"י כתבו התוספות קשה איך מצינו ידינו ורגלינו כשכותבין גט שיש במעמד קרובים והוי דומיא דדי"ן דשרינן אשת איש שיש בה מיתת ב"ד וכו' ולכאורה נראה דבריהם הפך הרשב"א וראיתי למהרח"ש שהביא דברי הרשב"א וכתב וכ"ז לעניין גיטי' אמנם בקדושי' כתב הרשב"א דגרע טפי דאפי' לר"ע דחשיב בעדי מיתה כדי"ן הכא בקדושין לא חשיב די"ן דהשתא מיהא לאו אדי"ן קא מסהיד וליכא סתירה מדבריהם להרשב"א דלא נקטו אלא גיטין דלא שייך לומר בקדושין דשרינן אשת איש לעלמא דהשתא פנויה היא והשתא מיהא לאו אדי"ן קא מסהיד יע"ש אמנם דברי הרא"ש הם הפך דברי הרשב"א שכת' בפסקיו וא"ת לשמואל איך תמצא קדושין וגיטין כשרים שנעשים בפומבי וכו' שהקשה גם מקדושין שנראה דדמי לדי"ן ותירץ ב' תרוצים יע"ש והעמיד דברי הרא"ש כדברי הרשב"א ולא דמו לדי"ן יע"ש סי' מ"ב: ואני בחפשי באמתחות ספרי הראשונים ראיתי למהרימ"ט ח"ב תשובה ל"ח כתב והא דאמרי' ביבמות אין בודקין עדי נשים בד"וח היינו עדי נשים להתירה להנשא אף ע"ג דאית בהו די"ן כיון דאית בהו די"מ איכא נעילת דלת בפני לווים משום חנא אבל לאסור אשה בעדות קדושין לא שייכא כלל לדי"מ ומה שהקשה הרמב"ן והלא עיקר עדות העד להתירה לשוק וכו' והויא די"ן ותירץ בזמן הזה דמייא לדי"מ טפי וכו' ואפי' בארוסה דלית לה כתובה וכו' אין דבריו ז"ל אלא בעדות אשה שמת בעלה דרוב נשים אית להו כתובה ודמי טפי לדי"מ מדי"ן אבל בעדות גטין וקידושין כדיני נפשות דמייא ע"כ יע"ש עיניך תחזינה משרים שנעלם ממנו דברי הרשב"א והריב"ש וכל הני רבוותא דלעיל דאית להו דדיני גטין

וקדושין כדיני ממונות ומגרע גרע מהם וגם טעה בדברי הרמב"ן דהעמיד דבריו באשה שמת בעלה ולא בגט וקדושין והרשב"א העיד וכן דעת רבותי מהר"רי והרמב"ן הרי דדבריו בקדושין וכן דבריו הפך דברי הרשב"א והריב"ש דקאמרי דאית בהו נעיל' דלת והוא קאמר דלית בהו נ"ד וחומרא דאתיא לידי קולא.

והראיה שהביא מדברי הרא"ש מדנקט בלשונו כיון דאיכא כתוב' ובארוסה דליכ' כתובה ואין בה כדי שבועה אפשר אית ליה כהרמב"ן דכתב דאפילו בארוסה דלית בה כתובה לא פלוג רבנן דדי"ן בזמן הזה ליכא ודמו טפי לדי"מ מדי"ן וגם הפריז על המדה שכתב בח"א ואפילו אם תמצי לומר דלא בעי' ד"וח אם חקרנום והוכחשו אפילו בבדיקות עדותם בטלה וזה לא יעלה על הדעת דאם באמת לא בעי' ד"וח הו"ל כד"מ דקי"לן אם הוכחשו בבדיקות עדותם קיימת ולא עוד דאפילו בדין מרומה דאית לן דבעי' ח"וד כתב הריב"ש דלא בעינן ד"וח כדי"ן ואם אמרו דלא ידעי בחקירות בטלה עדותם כדי"ן אלא דצריך לחקור כל מה דאפשר יע"ש וכן הדין אם הוכחשו בבדיקו' נמי לא בט' דומיא דדי"מ דתרוויהו כהדדי דהא בדי"ן אם לא ידע בחקירותם או הוכחשו בבדיקות עדות' בטלה נמצא דתרוייהו כהדדי וכשתאמר בד"מ בדין מרומה היכא דלא ידע בחקירה לא מקרי הכחשה כך אם הוכחשו בבדיקות לא מקרי הכחשה והריב"ש ז"ל דנקט דלא ידע בחקירות משום מעשה שהיה כך היה כמ"ש בשאלה יע"ש וכן משמע מלשונו דקאמר דשייך ד"וח קצת לא כך אמרת לי יונתן בן יוחנן לא כך אמרת לי דמכפר וכו' ע"ש וכן משמע מדברי רבי' הטור וב"ח ח"מ סי' ל' אם נראה וכו' שהדין מרומה צריך ד"וח ואף ע"פ שאין צריך ד"וח אם הוכחשו בח"וד עדותם בטלה אבל בבדיקות עדותם קיימת ומשמע דקאי גם אירישא בדין מרומה דאם הוכחשו בבדיקות עדותם קיימת: נמצא דדבריו הם הפך דברי הראשונים עמודי ההוראה והפך האחרוני' וממילא אין לסמוך על דבריו במקום גדולים הרמב"ם והרמב"ן ורבי' יונה והרב המאירי והרשב"א והסמ"ג והמרדכי והרמב"ם והגאונים ונ"י ומר"ן ומור"ם והריב"ש ומהריב"ל ומהריק"ש ומהרח"ש דכולהו אית להו דמידי גטין וקדושין לא בעי ד"וח דומ' דד"מ ולא עוד אלא דמגרע גרע מנייהו כדכתיבנא: אמנם כ"ז אם הוא בדין שאינו מרומה אבל אם נאמר שהנד"ד מקרי דין מרומה וממילא צריך ד"וח והרי הוכחשו וצריך לדעת אם מקרי הכחשה בבדיקות או בחקירות ודרישות: ואני אומר דדין הנערה הזאת לא מקרי דין מרומה וצריך ד"וח דלא מקרי ד"מר אלא אם מכירין.

התובע הזה שהוא רמאי או שמבינים טענת רמאות בדבריו כמ"ש רש"י וכן פסק מרן או אם שמענו בו שהיה מחזר אחר עדי שקר למצוא לדבר זה עלילות ברשע או אם נשתהה הקול ולא יצא עד עבור זמנם זמניהם דמוכחא מלתא דקדושי' אלו רמאות בזה אמרינן דזה די"מר וצריך ד"וח אבל בנערה זו אני אומר דח"וד בה הויא חומרא דאתיא לידי"ק דמתוך חומרתה אתה בא לידי קולתה ואם מטעם דהיא מכחשת בקדושין לא מקרי מרומה דהרי הריב"ש בסימן רס"ג בפסק של מאייר"ונא פסק דלא מקרי דין מרומה ואע"פ שהיא מכחשת יע"ש והוא עצמו פסק דבדי"מר בעי' ד"וח אלא ודאי אית ליה דהכחשת האשה לא מקרי די"מר ואפי' לסברת המרדכי דאית ליה אם מכחשת מקרי די"מר יודה בנדו"ד דלא מקרי די"מר משום דאין העיכוב מצדה אלא מצד אביה ואמה דלא רצו בהארוס הנז' והיא מלומדת בעל כרחה ואי לה פה להשיב ולא מצח להרים

ראש אם מחמת מסוה הבושה אם מחמת היראה לכך היא מעיזה ומכחשת ודבר זה הוא נגלה לעין כל וכולי עלמא מרנני בדבר זה בקלא דלא פסק ומאחר דהעיכוב מצד אחר ועל דא קא סמכא אינה נאמנת ולא מקרי הכחשה במה שהכחישה בקדושי ראשון וקיבלה קדושי שני והויא כמו אשה שפשטה ידה וקבלה קדושין בפני בעלה דאמרינן דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה ונאמנת ואם יש לה עוזרין אפילו ע"א אינה נאמנת דסמכה עלייהו ודין גרמא שהכחישה: : ואפילו כפי דעתם דזה מקרי די"מר וצריך ד"וח כבר כתבנו דג' בי"ד הראשונים שנתקבלה העדות בפניהם המה חקרו כמ"ש בקבלת העדות בגיזומים ואיומים וחקרו על כל דבר ודבר בדקדוקבשמה ובשם אביה ואמה ובכוון זמן ובכוון מקום המעשה ושאלו לה בגוף העניין ובלשון ובמעשה ויודעים בד"וח וקב"ע תוכיח כדאמרינן לעיל בשם הריב"ש ומהרח"ש יע"ל ואמרינן לעיל בשם הרשב"א והמאירי והריב"ש דבדברים שאין צריכים ד"וח ונשלמה העדות אינם יכולים לחזור בהם וכו' אמנם בדברים שצריכים ד"וח ונגמרה עדותם ולא נחקרה העדות יכולים לחזור בהם יע"ש דוק מינה הא אם נחקרה עדותם אינם יכולים לחזור אפי' בדבר דבעי' ד"וח ואפי' הרמב"ם דקאמר כל שלא נחקרה עדותם יכולים לחזור בהם ואפי' בדבר דלא בעי' ד"וח יודה בנדו"ד דחקרו ודרשו כנז' דאינם יכולים לחזור: ועוד אפשר לומר הא דנקט הרמב"ם בלישניה כל שלא נחקרו העדים לאו דוקא וס"ל כדעת הר"ן הביא דבריו ה"בי בסי' כ"ט וז"ל אל תחשוב כשתפסו הלשון שנחקרה עדותם שהיא בדקדוק ותלמוד ממנו שאף בדי"מ דלא בעי' ד"וח שיכולים לחזור מאחר שלא נחקרה עדותם שזה בודאי אינו כן שכיון שנגמר' העדות והגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכן היא דעת הרמב"ם אף על פי דנקט בלישניה לשון חקירה לאו דוקא אלא אחר שנגמרה עדותם אע"פ שלא חקרו ודרשו אינם יכולים לחזור: ואחר החי' ראיתי להס"מע שכתב כן על דברי מר"ן שנקט בל' כל שלא נחקרו וכו' כלשון הרמב"ם וכתב על דבריו דלאו דוקא דח"וד אלא אחר שנגמרה העדות אינם יכולים לחזור יע"ש שנת' לדעת קדושין דהרמ"בם אית ליה דד"מ לא בעי ד"וח: ואל תשיבני דבר מתשובת הרשב"א סי' אלף ר"ט והביאה הרב"י סי' מ"ו וז"ל על א' שהוציא קול שקידש אשה א' אני רואה כי רבו היום אנשים מתפרצים ולפיכך ראוי לחקור ולדרוש הרבה וכו' וכדאמרינן בפ' אחד די"מ דבדי"מר אפילו בדי"מ צריך ד"וח יע"ש הרי דע"י קול בעלמא והיא מכחשת קראהו די"מר דאין משם ראיה דהרב"י הביא דבריו בקצור נמרץ והרוצה לעמוד על האמת יעיין הדבר במקורו שכך מפורש שם דראובן הוציא קול שקי' את לאה ובא בעקיפין והעמיד עדי שקר עד שחתם שטר קדו' בעדים מזוייפים ונתרעם לקהל וכו' ולכך קראהו די"מר ואדרבא משם ראיה לדברינו דנד"וד לא מקרי די"מר מאחר דהתובע אינו רמאי ולא בקש אחר זיופים כנדון דהרשב"א.

ועוד דקבלת עדות היתה קודם שקיבלה הקדושין מן השני ובאותה שעה לא היה די"מר ואיך מבטלים העדאת עדים למפרע: נמצא דנדו"ד לא מקרי די"מר ואפילו לפי דעתם דמקרי די"מר כבר דרש"וח עדים הראשו' ואפילו לפי דעתם דלא ח"וד והעי' קבלת עדות פעם שנית והרי הוכחשו ומקרי הכחשה לא הויא הכחש' אלא בבדיקות דקי"לן דלא מקרי הכחשה בד"וח אלא בשבעה דברים שיש בהם הזמה כגון באיזה זמן ובאיזה מקום וכו' וחוץ מזה.

נקראים בדיקות ואפילו לדעת הרמב"ם דאית ליה שהדבר שגוף העניין והעדות תלוי בו מקרי ד"וח היינו שזה אומר חבית של יין וזה אומר חבית של שמן שמחולקים בגוף העניין אבל בנדו"ד לא מקרי מחולקי' בגוף העניין דכולהו מעידי' המתקדשת היא פ' בת פ' ופ' והוי כמו דמי חבית יין וזה אומר דמי חבית שמן דכלהו מעידין אמנה וכמו מנה שחור או לבן דכולהו מקרי בדיקות ואם הוכחשו בבדיקות עדותם קיימת כמ"ש מדברי הריב"ש דלעיל דאף על פי דבעי' ח"וד לאו כדי"ן ממש ופסק מור"ם בח' ח"מ סי' ל' יע"ש: וכ"ז שכתבתי אינו אלא לרווחא דמלתא לפי מה ששמעתי באומרים לי שאמרו הכחשה היא שהכחישו ז"לז בעדותם לכך אני משיב על דבריהם לפי.

דעתם אבל לפי האמת והצדק לא הויא הכחשה ולא מקרי הכחשה חדא דבדבר זה לא דכרי אינשי מאחר דאינו גוף העדות דעיקר העדות היא פ' בת פלוני ופ' אבל מי הוא אמר או זה או זה או אם אמרה הן או שמה ממש לא דכרי אינשי כמ"ש הריב"ש אמר אחד בדיוטא: עליונה ואחד אמר בדיוטא תחתונה עדותם קיימת ונתן טעם לשבח הריב"ש משום דלא דכרי אינשי וק"ו אם הוכחשו במקום דתלוי בו הזמה ואע"פ אמרינן דלא מקרי הכחשה משום דלא דכרי אינשי מכ"ש בנד"ד דהוכחשו בדבר דלא תלוי בו הזמה דאמרינן דמצויים העבדים שלא לדקדק בו ולא דכרי ואחד מהם טעה: ועוד טעם אחר דבשבילו בטלה טענת הכח' והוא וכו' אם אנח' אומרים שבע"ד הוא שאל את פיה מה שמה ושם אביה ואמה ואמרה שמה ושם אביה ואמה אין אנו יכולים לומר שגם העדים חזרו ושאלו את פיה שאתה פ' ואמרה הן וכלהו איתנהו בה והעד אחד בחר בשאלת הארוס והעיד שהארוס שאל את פיה והעד אחר בחר בשאלת העד חבירו ששאל גם הוא את פיה ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי.

או כוונתו לומר שגם הארוס שאל את פיה לא מלבד העדים אלא גם הארוס שאל את פיה ואמרה הן. ולעילא מזה מצינו במהרח"ש שכתב באחד שהעיד בשנה פ' נתקדשה פ' ואח"ך פעם שנית העיד בשנה אחרת וכתבו זה בקבלת עדות ואמר דליכא הכחשה בדבריו ואמרי' שמא פעמי' נתקדשה ומכ"ש בנדו"ד דאמרינן פעמים שאלו את פיה העדים והארוס ומאי הכחשה איכא בדבר זה.

או כוונתו להוסיף ר"ל גם אנחנו שאלנו את פיה ואין תמיה אם באמת שאלו העדים ויצא הדבר מפיהם איך ישכחו דבר זה ובהוספה לא מקרי הכחשה כמ"ש הרשב"א דבהוספה ליכא הכחשה דהוי כמו זה אומר מנה וזה אומר מאתים דבכלל מאתים מנה וכן כל דבר שמצינו במה לתלות ואפילו בדבר רחוק תלינן ביה כדי שלא יהיו מוכח' ונקרא אחד מהם רשע כמ"ש הר"ן בתשובה סי' ל"ד וז"ל שיש לנו לתרץ דברי ב' עדים כדי שתהיה עדותם מכוונ' ותולין בכל מה שאפשר כדי שלא יהיה אחד בהם רשע וכן פסק מר"ן ומור"ם בסימן כ"ט וסימן ל' וז"ל ואם היו דבריו סתומים ויכולין לסבול ב' עניינים ואפי' אחד קרוב וא' רחוק וכו' יכולים לכוין ואפי' בדרך רחוק וכ"כ מור"ם בעניין ע"א ומכ"ש בנד"ד כי קרוב הוא הדבר לפרש דבריהם ולא יהיו מוכחשות: ועוד אני אומר טעם אחר לסלק ההכחשה והוא משו' בני אדם דמשמע להו שמה והן כל אפיא שוין וכשאומרת הן הוי כאומרת שמה ממש ובשעת הגדה אומרים ששאלנו את פיה ואמר שמה פ' ושם אביה פ' ושם אמה פ' ואף ע"פ שלא אמרה כי אם הן נדמה להם שספרה שמה ושם אביה ואמה

מטעם כשמה כן הן וכן להפך ולא מדקדקי כולי האי וכ"כ מהרשד"ם סי' נ"ד אחד העיד שאמר הן ואחד העיד שאמר יהיה מהשיהיה לא מקרי עדות מוכח' יע"ש וכן השיב רב אחד למהרימ"ט באחד שאמר קודם הנתינה אמר לה ואחד אמר לאחר הנתינה דלא מקרי הכחשה שנפרש מה שאמ' קודם פי' שהתחי' לדבר קודם ולא אמר עד לאחר הנתי' שכן כתבו חכמי פרווינצייא וכן ראיתי להרא"ש שיישב דברי הרמ"ה שכת' רבי' הטור א' אמר בפני הלווהו ביום פ' וא' אמר ביום פ' עדותם מצטרפת וכת' הרמ"ה דוקא דלא מכחיש המלוה לחד מנייהו וכו' ואי הוברר דבתרי מנה מסהדי הא ודאי חד מנייהו הוי שקרא הילכך משתבע ליה שבועה דאורייתא ומפטר ועיין בטור סימן ל' ס"ז וכתב ע"ד הרא"ש ז"ל דאין זו עדות מוכחש שיבטל כל העדות וכו' דאין שני' מעידין עד"א כגון שזה אומר הרגו וזה אומר לא הרגו ומכחי' א' את חברו אבל כאן הם שני דברים ואין אחד מכחיש את חבירו יע"ש הרי לפניך דאפי' חד מנייהו הוי שקרא לא מקרי עדות מוכח' ומחוייב שבועה מטעם שני דברים ועיין למהריק"ש שאלה כ"ז דיש הכחשה בדברי העדים וישיבום בדרך רחוקה כדי שלא להכחיש חד מנייהו ויקרא רשע יע"ש ואין להאריך עוד בדברים פשוטים ולמפורסמות אינם צריכות ראיה ומכ"ש לערוה החמורה דצריך לחוש לכל הדיעות והמה מסתבכים בחורי עכביש להקל בערו' ואם המה מסתבכים להחמיר החרשתי דיראי וזחלי מעונש ערו' החמורה אלא שאני רואה שמבקשים עילה ומאספים כל המחנות הפוסקים המקילין להקל בערוה החמורה ושרי להו מארייהו ויעידו עלי שמים וארץ שיגעתי בעשר אצבעותי וברמ"ח איברי ושס"ה גידי בחורין ובסדקין עד מקום שידי מגעת ולא מצאתי מי הוא המיקל בכל מה שכתבתי לעיל אפי' שנים מעיר ואחד ממשפחה אם מפאת הנערה אם בגרה או לא וקדושי' לא הוו קדושי' כלל דבר זה לא נשמע בכל הפוסקי' מגדולם ועד קטנם דאדרבא יש מהגדולים דאית להו דקדושי ראשון הוו קדושין גמורים וקדושי שני לא הוו קדושי אי אזלינן בתר קלא דבפי הכל דהנערה הזאת היא גדולה בשנים וכמו שהוכיח אביה לפי תומו אם כן היא בוגרת גמורה ע"י בדיקה מכ"ש על ידי עדים ואם נמצאת בוגרת גם למפרע היא בוגרת וקדושיה הוו קדושי ודאי וקדושי ב' לא הוו קדושי' ולא תפס בה והיא סברת והתוספות והרא"ש והטו"ר ומר"ן ולדעת שאר הפוס' הוו קדושי ספק תרוייהו ואפי' אם עדיין עומדת בתוך ו"ח דבין נערות לבג' מ"מ הרי מקודש' מספק שמא בגרה מקודם והיא ספיקא דאו' והוא תלמוד ערוך ואם מצד בדיקת הנשים שאמרו שבדקו ולא מצאו לה סי"ב כל הפוסקי' אית להו באיסור דאורייתא אין נאמנו' אלא להחמיר או במקום דאיכא חזקה דרבא ולא פליגי אלא בקדושי' דרבנן לעניין מיאון וא"כ בנדו"ד דאמרו דלא מצאו לה סי"ן וגם סי"ב אינם נאמנו' להקל להוציאה בלא גט כדפי' לעיל ומכ"ש עכשיו שהובא לידי פסק דין אחד מדייני העיר וראיתי כתוב בו שמצאו הנשים בשעת בדיקה סי' שמיני הכתוב בהרמב"ם והסי' הוא שנתמעך הבשר שהוא למעלה מאותו מקום ודאי אמרי' שהביאה סימנים בדדיה שהרי בש"ס אמרו ג' סי' בעלי' פג"ה בוח"ל צמ"ל פגה בידוע שלא הביאה סי"ן בוחל כידוע שהביאה סי"ן דהיינו ב"ש ופירשו בש"ס בוחל הוא שנראו סימנים בדדיה ואפי' לא נמצאו אמרי' שמא נשרו צמל בידוע שכבר נתמעך הבשר.

נמצא עדות הנשים שאמרו נתמעך הבשר ולא נראו סימנים בדדיה הם שקר דלא נתמעך הבשר עד שבאו סי' בוחל כדקאמר בוחל בידוע שהביאה ב"ש צמל שהם סימני בגרו' בידוע שנתמעך הבשר והוא אחד מסימני בגרות נמצא בוח"ל קדים ואיך קאמרי לא נראו בה סי"ן ולא סי"ב אלא ודאי דלא בקיאי כי אם בב"ש דוקא ולא בדקו כי אם אחריהם ולכך ראו שנתמעך הבשר אבל בשאר סי' לא בקיאי ובפר' דטעות הוא בידם כי דרך נשים על ידיהם נקראת בוגר' ודכ"ע אית להו דנשים אינם נאמנות כי אם ברבוי שערות ובדדים גדולים ואם מצד העדים אפי' אם נאמר בהו דפסלי להו לא הוי פסולים אלא מדרבנן וכ"ע אית להו המקדש בפני פסולי דרבנן קדושיה הוו קדושין לבד הרי"ף.

וחלקו עליו ופסקו כס' הגאונים ואם מפאת אם קדושי' הם כדי"ן וצריכין ד"וח או כדי"מ ולא בעי' ד"וח כ"ע אית להו כדי"מ ולא בעי' ד"וח מלבד הר"ן וגם הרא"ש בתשובה דבריו מפורשים בעניין לאסור אשה על בעלה ולא בענין גיטין וקדושין ואם מטעם דין מרומה ורובא דרובא אית להו דבעי' ד"וח ולכך חזרו וקבלו העדות ונמצאת הכחשה בדבריהם והו"ל כדי"ן ואפילו הוכחשו בבדיקות חדא דלא מקרי די"מר ואפי' לפי דעתם דקרו ליה די"מר הרי הריב"ש פסק דלא.

הוי ממש אלא ד"וח כל מה שיכול הדיין לחקור וכ"כ הרא"ה והר"ם מקוצי ופסק מור"ם בסימן ט"ו וב"ח בח"מ ולא ראינו מי שחלק על דבריו ואומר דצריך ד"וח כדי"ן ודינו כדי"מ והויא הכחשה בבדיקות וכל זה לדעתם דקרי לה הכחשה אבל לפי האמת והצדק לא מקרי הכח' דהוו ב' דברים ובכלל מאתים מנה כדכתיב' או מכל הצדדים הנז"ל וכל מי שיש לו חוש הראות עיני השכל יראה דליכא שום הכחשה והדברים פשוטים: עלה בידינו מכל מה דכתיבנא דליכא שום מיחוש בכל החששות הנז"ל להרע כח קדושי הנערה הזאת וכל הראיות שכתבתי הם חזקים כראי מוצק והם מוסכמים מכל הפוסקים עמודי ההוראה וגם מדברי אחרונים רובא דרובא ואם נשאר מיעוטא דמיעוטא לא חיישינן להו וממילא בטלו הסניפים וליכא למימר זה סניף לזה לבטל הקדושין מאחר דהם דברים מוסכמים ואין בהם נפתל ועקש והמה מיוסדים על אדני פז מדברי הש"ס ומגדולי הפוסקים: ואולם בעבור זאת שראיתי פסק דין אחד מדייני העיר והוא כתוב בו שהושיבו הנערה הנז' בין כמה נערות בבית א' ושלחו אחר העדים כל אחד בפני עצמו כדי לראות אם מכירים הנערה הנז' והלך עד ראשון ולא הכירה שנתחלפה לו באחרת וכן היה בעד שני שנתחלפה לו באחותה ולא הכירוה.

ועכשיו צריך לכתוב מה שנראה לי לפי ענ"ד: ולכאורה היה נראה לי דאפי' לא הכירוה עכשיו וגם היא מכח' ואומרת לא אני הוו קדושיה קדושין מאחר דבשעת קידושין הכירוה על פיה ששאלו את פיה ואמרה להם אני פ' בת פ' ופ' הוי כאילו באה לפנינו אחר כך ואמרה אני היא שקבלתי הקדושין מפ' בפני העדים ואפי' אם אחר מכן מכחשת לא איכפת לן בה דמאחר שהגידה לן ליכא לחלק בין אם הודית בשע' הקדושין או אחר כך מאחר דאיכא עדים על הודאתה למה חיישינן דילמא אחרת היא ושמה כשמה ושם אביה ואמה כשם אביה ואמה זה לא חיישי' מאחר דלא הוחזקהובעיר כמו שני שמעון בן יוסף דדוקא אם הוחזקו בעיר והכא לא הוחזקו ואי מטעם דחיישינן דמשקרת היא והחליפה שמה אין אדם חוטא ולא לו ואי מטעם דבעי' הכרה שלא על פיה זה אינו כמו

שאפרש לקמן ואם כן הודאתה הויא הודאה גמורה ואינה אלא גלוי מלתא בעלמא מאחר דמצינו דנאמנים אפי' עבד אפילו אשה כמ"ש הרמב"ם ומרן בחליצה וגיטין דמהני עדות אשה גם בקדושין מהני עדות אשה ואפילו קטן שהוא נבון ולא עוד אלא בקדושין אפילו הודאתה מועלת מטעם דאית בה אין אדם חוטא ולא לו לאפוקי חליצה ומיאון כמ"ש הר"ן והביא דבריו הר"בי בסי' קנ"ה וכמו שכתב הריטב"א יע"ש ומדברי הרשב"א שהביא מור"ם בה"גה בסי' מ"ב ז"ל מי שקידש דרך חור וכו' מגרע גרע מנדון דידן דהתם לא דברו עמה ולא הגידה להם שמה ומולדתה וה"ל מקדש בע"א ולאו קדושיו קדושין ואעפ"ך לא ביטל הקדושין אלא מטעם דלא העידו בודאי ששמעו שנתנם לה בשם קדושין אבל בנדון דידן שראו פניה והודית להם והגידה עמה ומולדתה ודברו עמה קודם הקדושין ואמר לה אם תרצי תתקדשי לי ואמר' רוצה אני ונתנה לו הטבע' שלו שהיה מופקדת אצלה ודאי עדיף טפי ממעשה דהרשב"א דודאי מקודשת היא בהודאתה כמ"ש מדברי הרשב"א דעדות דידה מהנייא אם הודית דקבלתם לשם קדושין דליכא חששא בקדושי הנערה הזאת אלא היא משקרת והיא אחרת ובדבר זה אין חוששין לו משום' דאין אדם חוטא ולא לו כ"ז היה נלע"ד: אבל אחר החי' ראיתי להרב הגדול מהרי"בל בשאלה ק"ה הביא מעשה כנדון דידן ששאלו את פיה וכו' ואחר מכן הכחישה ואמרה לא אני והוא שקיל וטרי בש"ס ובפוסקים והוכיח במישור דמדאורייתא לא בעי'.

היכרא אלא על פי הודאתה. הוו קדושין גמורין ברם מספיקא ליה אם מכחשת מי אמרינן דלא בעי.

הכירא ואפילו אם מכחשת אלא על פי הודאת המקדש והעדים או דלא בעי' הכיר' היכא דאינה מכחשת אבל אם מכחשת בעי' היכרא והעמי' בספק קדושין מדאוריי'. וכן ראיתי.

למהריק"ש בסי' ק"ז דגם הוא שקיל וטרי והעמיד דלא בעי' הכירא מדאורייתא אלא דבנדון דידיה לא' הוה הכחשה לגמרי אלא שאמרה שקבלתם ללכת בהם למרחץ ולא לשם קדושין ומוקי דהוו קידושין והצריכה גט יע"ש. ולפי דבריהם הנערה הזאת היא בספק קדושין מדאוריי': וכן ראיתי להרדב"ז בח"א סימן קנ"ו שכתב שנשאל: על עד אחד שלא הכיר נערה אחת ואת שמה ושם אביה ואמה לא הגידה אלא שהיו במקום אחד והיו: שם ג' נשים וקרא המקדש לאחת מהם וכשבאה אצלו דבר עמה וקידשה בפניהם ושאלו את פי העד אם הוא מכיר את האשה או לא ואמר אינו מכירה רק אם תשיב בין שתי נשים שהיו יכול להכירה על ידי טביעות עין אבל בין נשים אחרות אינו יכול להכירה גם אמר שאינו יודע שמה וכו' יע"ש.

והעלה דמקוד' גמורה מן התורה כיון דבשעת קדושין ראה את פניה ואחר כך הוא מכירה בין ב' נשים אף על פי שאינו מכירה מקודם ואינו יודע שמה. מקודשת גמורה מידי סופרי העיר דכמה נערות צנועות ואינם מכירים להם מקודם ואת שמייהו לא ידעי ובשעת הקידושין מגלים פניהם ורואים אותם ואפשר יכירו אותם אח"ך או לא וכ"ש בנדון דידן שאומר שמכיר אותה בטבעות עין בין שתי נשים אע"פ שאין מכיר אותה עם נשים אחרות מקרי דהכרה ואם נתערבה עם נשים אחרות מעביר אותם לפניו אחת אל אחת ואם מכיר אותה מקודשת ודאי והשאר אינם בספק ואם לאו הרי כולם בס"ק כמו קדשתי את כו' ואיני יודע יע"ש.

יש ללמוד מדבריו שכתב אם מכירה אותה ודאי מקודשת והשאר אינם בס"ק ואם לאו וכו' דהוא מדבר בהכחשה שהאשה מכחשת בקדושין דאל"כ אמאי השאר בס"ק אחר דהיא מודה ואפילו העדים אינם מכירים אותה הרי היא ניכרת על פי הודאתה כמ"ש הרשב"א בשאלה והביא דבריו מור"ם באשה שנתקדשה מן החור דלא פטירה בלא גט אלא מטעם שאמרה לא שמעתי שנתנם לי לשם קדושין משום שהכותל היה מפסיק והחור צר מאד ועדות העדים אינה ברורה יע"ש נמצא דמהניי הודאתה ואמאי קאמר הכא שכולם בס"ק אלא ודאי דאיכא הכחשה באמצע וגם למדנו מדבריו דאף על פי דאיכא הכחשה וליכא הכרה אח"ך מאחר שראה פנות: והמה מגולים ובאותה שעה: הכירה בט"ע אף על פי שאינו מכיר שמה ושם אביה הוי ס"ק הוי מדקאמר ואם לאו השאר בס"ק ומיירי במכחש' דאל"כ אמאי השאר בס"ק והלא הודאתה מהנייא כמו שהוכרחנו לעיל.

אלא דק"ל: דלפי זה מאי ראיה מייתי מסופרי העיר דשאני התם דאינה מכחשת אבל הכא היא מכחשת. ואפשר לומר דעיקר הראיה שהביא מסופרי העיר.

לענין הכרה דמקודם דלא צריך מדי דהוה סופרי העיר שאינם מכירי' נערה שהיא צנועה וגם שמה לא ידעי נמצא דגם לדעת הרדב"ז ז"ל הנערה הזאת היא בספ"ק: האמנם ראיתי בבאר היטב סימן מ"ב ס"ק י"ב שהביא משם הרמ"ט סי' רכ"ז וז"ל דאפי' היא מודה אינה מקודשת ואפילו הכירוה אח"ך צריך שיהיו מעות הקדושין בעין ויחזור ויאמר לה הרי את וכו' יע"ש והביא משם מהרש"ך דאם מכחשת אינה .

מקודשת מאחר דאינם מכירין אותה יע"ש. ולפי הנראה.

דדברי הרמ"ט המה הפך דברי הרשב"א לגמרי דאית ליה דהודאתה מועלת אפי' בלא הכירא ומכ"ש אם הכירוה ולא ידעתי טעמו דספרו השתא מיהא לאו בידי לראות דברים על מכונם: ולפי זה היא מחלוקת הפוסקים ובאיסור דאורייתא הלך אחר המחמיר. ובנדון דידן אני אומר דלא מקרי שלא.

הכירוה דמאחר דהושיבוה בין הנערות רבות דין גרמא שלא הכירוה ואפשר אם הוציאוה לבדה לפני עדים היו מכירים אותה או אם היו מעבירי' כל אחת ואחת לבדה לפניהם היו מכירים אותה ורבוי הנערות הם היו גרמא בדבר שלא הכירוה ודבר פשוט הוא לפי חוש הראות מחמת דאינם מורגלים עמה והמה מרובות טועים בה ומתחלפת באחרת לאפו' אם היו מוציאים כל אחת ואחת.

לבדה כמ"ש הרדב"ז ונמצא דחומרותייהו היא קולתייהו ונכנסו בספק אם מכירין או אין מכירין ואפילו לדעת מהרש"ך דכתב אם היא מכחישה אינה מקודשת מאחר דאינם מכירים אותה יודה בנדון דידן דהיא בס"ק דילמא היו מכירין אותה והשתא סברת הרמ"ט דאית ליה דאפי' מכירין אותה אינה מקודשת היא סברא יחידאה אבל לשאר הפוסקים היה בס"ק ואפי' לסברת מהרש"ך יודה בנדון דידן וליכא למימר מאחר דאינם מכירים אותה בתוך נערות רבות אע"פ שמכירין אותה לבדה לא הויא.

הכירה זה אינו כמ"ש בדברי הרדב"ז שכתבנו לעיל יע"שוכן אין ראיה מדברי העדים שאמרו בשעה שרצו הב"ד לשלחם לראות אם מכירין אותה ותשיבום לא ידענו אם

מכירין אותה לפי שלא ראינוה מקודם כי אם בשעת הקדושין דברים אלו אין בהם כדי סמיכה לומר דודאי אינם מכירין אותה כלל ואפי' לבדה דלא אמרו כן אלא מפני היראה שחששו דילמ' לא יכירוה והם אמרו שמכירין אותה ונמצאו שקרנים ולכך השיבונום כך והראוה שהלכו לראותה ואם פשוט וגלוי הדבר לפניהם לא היו הולכים לראותה ומה שאמרו כן דלא מחזי כשקרא ואמרינן ודאי אם היתה לפניהם לבדה מכירין אותה ואזלינן לחומרא מפני ערוה החמורה: גם מה ששמעתי שאומרים לי דרצו לבטל הקדושין מטעם דבאותה שעה שרצתה לקבל הקדושין היו הנשים היושבות אצלה בחדר שהיתה יושבת שם ולא הרגישו בדבר זה מעולם ומפני זה רצו לבטל הקדושין בהצטרף עם הספיקות הנז"ל נ"ל גם בטענה זו אין דבריהם מחוורין בעיני מטעם דלא ראינו אינה ראיה ואין בדבריהם ממש ואת"ל דהוי במקום דמוכרח להם לראות דהוי כמו שלא זזה ידם מתוך ידה והויא ראיה היינו אם נכנס עמהם בחדר שיושבות שם אבל נדון דידן קדש' מחוץ לחדר מן החלון ואפילו אם היו יושבים שם בני אדם אנשים בעלי צורה לא היו מרגישין בדבר זה ובפרט מלתא דלא רמייא עליה דאינש לא מזדהר בה ומכל שכן נשים דדעתם קלה ואינם מרגישין אלא בדבר שהוא גלוי מאד לעין כל ואין צריך דקדוק כ"כ.

ועוד דאינם נאמנים משום דפסולי עדות נינהו ועדותם בטילה בפני ב' עדים כשרים שאומרי' שנתקדשה בפניהם ודבר זה מרוב פשיטותו לא הוצרכתי להביא לו ראיה מספרים ומדברי סופרים: גם ראיתי בפס"ד שלהם שכתוב בו ונטפלנו לבודקה על ידי נשים כשרות אם הביאה סי"ן גם סי"ב וכו' ולא ידעתי מה מועלת הבדיקה דסי"ן וכו' בסי"ן היא יוצאת מרשות אביה והלא כל שבח נעורים לאביה ועוד אפילו אם בדקו לה על ידי אנשים כשרים ולא מצאו לה סי' נערות אמרינן שמא נשרו או הנערה השירה אותם כדי להחזיק עצמה בקט' להפקיע קדושי הראשון לפי דעתה והעיקר בדבר זה הוא סי"ב ומאי האי דקאמר או גם סי' בגרות שעשו טפילה לסי' נערות ואדרבא העיקר בדבר זה הוא סי"ב ואם הביאה סי"ב אין צריך לבדוק אחר סימ' נערות דודאי לא הביאה העליון עד שהביאה התחתון ואפילו לא נמצאו לה סי' התחתון אמרינן שמא נשרו דנדון דידן קדושין דאורייתא ואמרינן שמא נשרו מאחר שהגיעה לכלל שנותי' כמ"ש מרן סי' קכ"א ס"ך וז"ל בד"א שיכולה למאן וכו' אבל אם בא עליה לאחר יב"ש ויום אחד אינה יכולה למאן אף על פי שאין מוצאין לה שערות חוששין שמא נשרו דספיקא דאורייתא לחומרא וכו' וכן פסק הרמב"ם בהל' גיטין וכן פסק רבינו הטור ולא ידעתי טרחא בכדי למה להו ואפילו קדושי קטנה שהם מדרבנן כתב מרן שם בשם בע"הת ור"ת דהאידנא יש להחמיר שלא תמאן אפילו אם בדקנוה על ידי אנשים כשרים ולא מצאו לה סי' נערות לאחר יב"ש מאחר דלא בקיאינן בגומות אע"פ שאין שערות ואחד בגובה ואחר בכריסה וכו' יע"ש סי' כ"ב וכן פסק רבינו הטור ואם כן איך אנו סומכין אעדו' הנשים גם תמ"ה אני על דבריהם שכתבו וכתב הרמב"ם דבעינן כל השמונה סי' ואז נקר' בוגרת בודאי אך בסימן אחד נקראת ספק נערה ספק בוגרת וכו' ואח"ה זה אינה טענה גמור' בידם דהרמב"ם אית ליה שטה אחרת הפך הפוסקים כולם דלדידיה אית ליה דכל השמונה סי' הם סימ' נערות ואם נמצאו כולם היא נערה ודאית ולא משגחינן בשערות ואם לא נמצאו אלא מקצתם הרי היא ספק קטנה או נערה וז"ל בפ"ב מהל' איסורי ביאה

ה"ח כל אלו הסי' ח' וכו' נעשית בת יב"ש ויום א' ונראה בה הסי' התחתון אין משגיחין בא' מאלו וכו' ואם לא נראה התחתון ונראה בה אחד מכל אלו הרי ספק בין נערה לקטנה ודנין בה להחמיר ואם נראו וכו' יע"ש הרי מפורש בדברי רבינו דאית ליה כל ח' סימנים אלו סי' נערות ואם הביאה מקצתם הרי היא בספק נערה או קטנה ואיך תאמרו אם נמצאו בה כל הסימני' אלו הרי ודאי בוגרת ובמקצתם הרי היא ספק נערה או בוגרת ולא ידעתי מאין נזדמן להם גירסא מוטעת בדברי רבינו וכן כתב ה"המ וז"ל ולא עדיפי סי' אלו משתי שערות וכו' ויש בדברים אלו שטה אחרת שיש מן הסימ' האלו סי"ב וכו' יע"ש והיא שטת הרא"ש והתוספות דאית להו דלא מקרי סי"ב אלא הנז' בברייתא אבל הנז' במשנה הם סימ' נערות אבל לרש"י אית ליה דכולהו סי"ב ועוד מאי ראיה מביא מדברי הרמב"ם דבדבר זה לא קי"לן כוותיה אלא כרש"י ותוס' והרמב"ן והרא"ש והרשב"א ושאר אחרונים ואפילו מרן דדרכו להלך בעקבות משיחא בדבר זה חלק דרך לעצמו ופסק כדעת הפוסקים הנז'.

גם מה שכתבו ולא מצאו לה כי אם הסי' השמיני הנז' בדברי הרמב"ם והוא שנתמעך הבשר לעיל מאותו מקום מאי כוונתם לומר ומאי ספיק' איכא קמייהו עוד דמאחר שנתמעך הבשר זה אחד מסי"ב הנזכרי' בברייתא וכבר נפסק הלכה בגמ' הלכה כדברי כולם להחמיר שאם הביאה אחד מן הסימ' הללו מחזיקינן לה בבוגרת להחמיר עליה שאם קדש' עצמה בחיי אביה קדושיה קדושין וצריכה גט ופסקה הרי"ף והביא דבריו הרב ח"מ סימן ל"ז וכן כתב רש"י והרא"ש ומאי האי דקאמרי לא מצינו לה סי' אלא סי' א' שנתמעך הבשר דאפי' בא' משאר סי' סגי מכ"ש בסי' זה שנתמעך הבשר היא הוכחה שהביאה סי' בדדיה כמ"ש בגמרא סימ' בתחתון וכנגדם בעליון פג"ה בוח"ל צמ"ל פג"ה לא הביאה ב"ש בוח"ל בידוע שהביאה ב"ש צמ"ל בידוע שנתמעך הבשר ופי' בש"ס בו"חל היינו שנראו בה סימ' בדדיה צמ"ל מלשון אני מליאה וכו' פי' שנתמלאו ונראו דדיה ביותר והמה סי"ב אז אמרינן ודאי נתמעך הבשר נמצא דסימן בוח"ל הוא הנראה תחי' קודם מיעוך בשר ואחר שראו שנתמעך הבשר ודאי אמרינן שנראו סימנים בדדיה ואם אמרו שלא מצאו סי' לה בדדיה אינם נאמנים ואמרינן ודאי לא בקיאי בבדיקת הדדים ובפרט הנשים דידן דדעתם הוא סי"ב היינו דרך נשים וסימני נערות ב"ש נמצא דסי' דמיעוך בשר הוא סי' מובהק לסי' ואם כן מאי האי דקאמרי לא מצאו לה כי אם הסימן השמיני ואם כוונתם לומר דאם נמצאו כולם קדושי שני לא הוו קדושין לגמרי ואינה צריכה גט ממנו זה לא יעלה על הדעת דאפילו נמצאו כולם צריכה גט משני דאמרינן שמא השתא הוא דבגרה ואפילו הגיעה לכלל שנותיה לדעת הרשב"א והרשב"ץ ושאר אחרונים מאחר שלא נראו בה סי' נערות מקודם אמרינן שמא השתא הוא דבגרה וצריכה גט משניה' להחמיר ומאי האי דקאמרי לא נמצאלה אלא סימן אחד מ"מ הוו קדושין אפילו בסימן אחד כמ"ש בגמרא והלכתא ככולם נמצא דהנערה הנז' היא מקודשת מכל טעמי דכתיבנא לכולהו רבוותא: אלא דעדיין יד הדוחה נטויה לפטור הנערה הזאת בלא גט מהראשון מכח ספק ספיקא דהשתא דאמרינן לדעת הרדב"ז ומהריב"ל ומהריק"ש ומהרש"ך דאית להו דהיכא דלא הכירו היא בספק קדושין וכן איכא ספק אם הביאה סי"ב בשעת קדושין וצריכה גט מספק כדכת' לעיל נכנסנו בס"ס ספק אם הביאה סי"ב בשעת קדושין ספק השתא הביאה בשעת בדיקה ואת"ל דבשעת

קדושין הביאה סי"ב דילמ' לא היתה אלא נערה אחרת מאחר דהיא מכחשת והעדים אינם מכירי' אותה וגם ס"ס מתהפך ספק שמא היא הנערה הזאת שמא אינה היא ואת"ל היא דילמא לא הביאה סי"ב בשעת הקדושין וקי"לן ס"ס אפילו באיסור דאורייתא לקולא: איברא ראיתי למהרדב"ז בפ' החולץ בשם תשו' רבינו ברוך שכתב דאין להתיר ולעשות מעשה לכתחי' משום ס"ס משום דאשכחן בכמה מקומו' דאפילו בס"ס מחמיר' לכתחי' כגון בבכורות ס"פ אלו מומין דאשת טומטום חולצת ולא מתייבמ' אע"ג דאיכא ס"ס דשמא נקבה ואת"ל זכר שמא אינו סריס ובפרק בהמה המקשה דמטילין עליה חומרות שתי וולדות והתם נמי הוי ס"ס שמא לא היה שם ולד היה אכתי שמא זכר היה ועוד הביא ס"ס אחריני יע"ש.

נמצא לדעת המרדכי ורבינו ברוך אפילו בס"ס אין להתיר לכתחי' באיסור דאורייתא וכן ראיתי להרא"ם בביאורו לסמ"ג בהלכות מגילה שכן כתב דהא דאמרינן בס"ס באיסור דאורייתא לקול' היינו בדיעבד אבל לכתחי' אפילו בס"ס לחומרא יע"ש. ונפקא מינה לדינא לנד"ד דאין להתירה בלא גט אף על גב דאיכא ס"ס: אלא דראיתי להרשב"א בתשו' אל"ף רי"ו וכתבתי לעיל באשה שנסתפקו במספ' שנותי' שנתקדש' ובדקו ולא מצאו לה סי' וכתב ואפשר גם בזו אנו חוששים שמא נשרו אלא שיש להתיישב בדבר לפי שיש ב' ספיקות וכו' הרי מוכח מדבריו שיש להתיר לכתחי' באיסור דאורייתא ואע"פ שכתב בסוף ואפ"ה איני רואה בזה להקל לאו מטעם דיש להחמיר אפי' בס"ס אלא מטעם דהוי ספק א' דאם אתה אומר אם הגיעה לכלל שנותי' דהכוונה היא ספק גדולה או קטנה וכו' אמרינן את"ל שמא הגיעה דהיינו גדולה תו ליכא לספוקי אם לא הביאה סי' או לא והו"ל תרי ספיק' משם אחד אם גדולה או קטנה אבל היכא דאיכא ס"ס דלאו משם אחד יודה הרשב"א דס"ס אפי' באיסור דאורייתא לקולא לכתחילה ואע"פ שראיתי להרב ב"ש שכתב בסי' מ"ו ס"ק י"ז ד"ה לא יכנוס וכו' כתב וז"ל כתב הרשב"א אע"ג דהוי ס"ס שמא לא קידש הא' ואת"ל קידש שמא לא גירש וקידושין וגרושין של השני לאו כלום הוא מ"מ לא יכנוס ע"כ יע"ש אין משם ראיה דהרשב"א לית ליה ס"ס באיסור דאוריי' לקולא לכתחי' ואפשר דכוונתו היא לו' דאע"ג דבקדושי דרבנן לא חיישינן לשמא יאמרו מחזיר גרושתו וכו' כגון חרש שקידש פקחת ואח"ך גירש' וקידשה פקח וגירשה מותרת לחזור לחרש ולא חיישינן לשמא ואמרו וכו' והוא ס"ד דגם הכא בס"ס באיסור דאורייתא לא חיישינן לשמ' יאמרו דהוי כמו קדושי דרבנן קמ"לן דלא יכנוס ראשון שמא יאמרו וכו' מאחר דשייך בזה קדושי דאורוי' לאפוקי חרש שקידש פקחת וכו' דלא שייך ביה קדושי דאורייתא לא חיישינן לשמא יאמרו וכו' ובאמת חפשתי בשו"ת הרשב"א ולא נזכר בדבריו עניין זה להכריח דבריו : כדכתי' או לא: וכן ראיתי לרבינו הטור דפסק בסימן מ"ו ופסקה מר"ן בקצר סעי' ג' וז"ל כיצד היא האמתלא פי' נתקדשה קדושי ספק קרוב לו ספק קרוב לה לא הוחזקה וכו' וטעמא מאי משום ס"ס שמא הקול אמת שנתקדשה שמא אינו אמת ואת"ל אמת שמא קרוב לו ולכך לא הוחזקה יע"ש נמצא דלדעת הרשב"א והטור ומרן אית להו דבס"ס לקולא ואפי' לכתחי' ולדעת המרדכי ורבינו ברוך והרא"ם אית להו דלא אמרינן ס"ס באיסור דאוריי' לקולא לכתחי' ולפי זה הנערה הנז' אם היא צריכה גט הוא מחלוקת הפוס' וקי"לן באיסור דאורייתא אזלינן בתר המחמיר אלא דלבי נוקפי מטעם דמר"ן הוא מן המקי' וכבר קבלנו הוראותיו

עלינו אם לא שיש לחלק דאין הנדון דומה לראיה ויש לומר דלא קאמר מרן דאזלינן לקולא לכתחי' אלא שם דלא אתחזק איסורא אלא קלא בעלמא ושוברו בצדו דשמא קרוב לו והא אמרינן ס"ס לקולא ואפי' לכתחי' אבל בנדו"ד דאיתחזק איסור' שהיא מקודש' בעדים אלא דאח"ך נולד לנו ספק אחר דילמא אחרת היא מאחר דלא הכירוה בהא לא קאמר מר"ן דלא אזלינן לקולא לכתחי' וכן מוכח לשון מר"ן שכתב ושמעו אמתלא כששמעו שנתקדשה וכו' משום דלא הוחזקה שנתקדשה אלא קול ושוברו עמו אבל אם יצא קול קדושי' בתחילה ולאחר ימים אמרו אמתלא אין חוששין לאמתלא ואף על פי דאיכא ס"ס אין חוששין לאמתלא וצריכא גט ואע"פ שכתב אם נראה לב"ד שהוא כן סומכין עליו עיין בח"מ וב"ש שכתבו דהיינו כגון שבתחילה יצא קול שקדשה בזריקה ואז אם יצא אמתלא שהוא קרוב לו מקרי שלא הוחז' אבל אם יצא קול סתם פ' קידש פ' ואח"ך יצא אמתלא לא חיישינן לאמתלא יע"ש וכ"כ אם יצא קול פ' זרק לה קדושי' לא אמרינן דגם זה מקרי אמתלא אלא אמרינן מסתמא היה קרוב לה וכו' יע"ש הרי מובן מלשון מר"ן דלא אמרינן ס"ס באיסור דאוריי' לקולא אפי' לכתחי' אלא היכא דלא אתחזק איסורא אבל בנדו"ד דאתחזק איסורא כדפי' לא אמרי' ס"ס לכתחילה וכן יש לחלק בנדון דהרשב"א: ועוד אני אומר אפי' אם באמת מהני ס"ס לכתחי' ואפילו אם הוחזקה מ"מ בנדו"ד לא מקרי ס"ס להתירה בלא גט חדא מאחר דאיכא קלא דהנערה הנז' הגיעה לכלל שנותיה והקול מהני בעדים כמ"ש מר"ן בסי' קס"ט סעי"א יצא עליו קול שבא לכלל שנים נאמנים להחזיקו בגדולים לחלוץ ואפילו לקולא ומכ"ש בנדו"ד דלחומרא דמהני קלא והשתא דהגיעה לכלל שנותיה ליכא אלא ספק א' ולא מבעיא לדעת התוספו' ור"י והרא"ש והטור ומרן דאית להו דסמכינן אחזקה ואמרינן מדהשתא בוגרת גם בצפרא בוגרת אלא אפי' לדעת הרשב"א והרשב"ץ ושאר הפוסק' דאית להו דלא סמכינן אחזקה ואמרי' השתא הוא דבגרה היינו לחומר' לעניין אם קדשה אביה וקידש' היא עצמה שלא להפקיע קדושי אביה בלא גט אבל לקולא כנדו"ד דאמרינן שמא השתא הוא דבגרה ודנינן לה בספי' ולהוסיף ספק אחר.

דילמא לא היא ולפוטרה בלא גט יודו דסמכינן אחזקה דהא ש"ס ערוך הוא קידשה אביה וכו' וקידשה היאעצמה וכו' ואפי' ביום דמשלם ו"ח קי"לן כרב דאמרינן זימרהשקא היא בוגרת גם מקודם היתה בוגרת וכל שכן אחר:ו'זח דאמרינן מדהשתא ולא קאמרי דלא סמכינן אחזקה אלא להחמיר עליה ולא להקל עליה: ועוד אני אומר אפי' אם יהיה במונח הנאא גמורה שהנערה הנז' לא הגיעה לכלל שנותיה והיא עדיין עומדת בתוך ו"ח שבין נערות לבגרות אפ"ה לא מקרי ס"ס דקי"לן דלא מקרי ס"ס אלא דומיא דההיא דאיתא בש"ס בכתובו' בפ"ק האומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו והקשה בש"ס ואמאי ס"ס הוא ספק תחתיו ספק אינו תחתיו ואת"ל תחתיו שמא באונס שמא ברצון דהספיקות המה מעניין אחד וכגוף אחד מעניין אחד דכולהו קאי אביאה אלא לא ידעינן אם הוא באונס או ברצון ובגוף אחד דכולהו איתנהו באותה אשה גופה אבל הנדו"ד אינם מעניין אחד ולא בגוף אחד דספק ראשון הוא הוא בעניין סימן אם הביאה סימני' או לא וספק ב' מעניין היכרא ודילמא אשה אחרת היא ולא הנערה הזאת.

ולא הוי אלא כמו ביצה שנמצאת בקליפתה בתרנגולת שאירע בה ספק טרפות בקרום דאין להתיר אותה ביצה מס"ס שמא אינה טריפה ואת"ל טריפה שמא נגמרה הביצה

בקליפתה קודם שנטרפה משום דגבי ביצה עצמה השני ספיקות מב' עניני' ומשני גופו' מב' עניינים הטרפות והגמירה ומב' גופות התרנגולת והביצה וכן הוי דומיא דנמצאת ביצה בחצר שיש בה ב' תרנגולים אחת ודאי כשרה ואחת ודאי טריפה וספק אם נגמרה וכו' דלא מכשירינן ההיא ביצה מכח ס"ס דאינם בגוף א' ובעניין א' וכן הוי דומי' דכתב הרא"ם בביאורו לסמ"ג בה' מגילה דקי"לן טומטום אפי' מינו אינו מוציא אע"ג דאיכ' תרי ספיקי דאימור המוציא ספק זכר ספק נקבה ואת"ל נקבה אימור גם היוצא נקבה ואמאי אינו מוציא מינו אלא היינו טעמא משום דס"ס בתרי גופי לא אמרינן עיין ש"ך דיש כמה וכמה.

כנד"ד דלא מקרי ס"ס. נמצא דכל החששות שחששנו בקדושי הנערה הנז' לבטל הקדושין אין בהם ממש והמה מהבל ימעטו ואפילו ספיקא ליכא בכל החששות אם מפאת הקדושין והעדי' אם מצד בדיקת הנשים גם מצד הכחשה גם מצד שהיו עמה בעת הקדושין ולא הרגישו בדבר מטעם שהקדושין המה מן החלון ואין בעל חי מרגיש ואם מצד ד"וח בקדושין לא בעי ד"וח כדיני ממונות ואפילו בדין מרו' לא בעינן ד"וח כדי"ן כדכתי' לעיל ולא מצינו ס"ק כי אם בהכרה דוקא וליכא ס"ס כדכתיב ולכך פשוט לעד"ן שהנערה הנז' צריכה גט פטורין ואם נשאת בלא גט תצא ואסורה לבעל ולבועל וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות וכל זה אם: יסכימו עמי בעלי ההוראה יראי ה' וחושבי שמו: נאם אני הצעיר פארוזה קרסינטי ס"ט חוזרני על הראשונו' הנה באו בעניין ס"ס הנסתר מחמתם מטע' דהוו ב' גופו' א"ת דעבדי' ס"ס באופן אחר והוא באופן זה ספק מדאורייתא בעי' היכרא מאחר דהיא מכחשת ספק לא בעי' היכרא ואת"ל דלא בעי' היכרא שמא השתא דבגרה וממילא הוי ספק ספיקא בגוף אחד ואע"פ דהוי בשני עניינים מ"מ הוי גוף אחד ואינם קדושין מיהו כד דייקת שפיר הוי ס"ס בשני גופות אפי' באופן זה דזיל בתר טעמא בצד דאמרי' שמא מדאוריי' בעי' היכרא היכא דהיא מכחשת הוא משום דאמרינן שמא אחרת היא והעדאת העדים אמת שהעידו שקידש שם אוב המארס נערה והיא אחרת והיתה ואינה זו שאומר עליה המארס או שמא לא בעי' היכרא ולא חיישינן לאחרת ואת"ל דמדאורייתא לא בעי' היכרא וקדושיו הוו קדושי' ולא חיי' לאחרת דילמ' השתא הוא דהביאה סי' ולא קודם וממילא הוי ס"ס בשני גופי' אם היא זו או אחרת וכן הוי ס"ס בשני עניינים ספק א' בגופה אם הביאה סי' וספק א' בעדים אי בעי היכרא או לאו: ומה ששמעתי לאחד מן החולקים שאמר בצד שאנו אומ' דמדאורייתא בעי' היכרא טעמא הוא דהיכא דליכא הכירא הקדושין פרחו באויר וכאילו קידשה בלא עדים אבל בצד דאנחנו אומרים לא בעי' היכרא הקדושין עומדים במקומם על פי שני עדים: ואני אומר דלא דק שפיר ודבריו בלא מדה ושיעור ואם האמת אתו אמאי אמרינן היכא דאינה מכחשת אפי' אם אין העדים מכירים אותה הוו קדושי' גמורים כמ"ש הרשב"א בההיא דקידשה מן החור ופסקה מור"ם בסי' מ"ב וכן פסק מהריב"ל והרדב"ז ומהריק"ש היכא דאינה מכחשת אע"פ שאין העדים מכירין אותה הוו קדושין ואמאי והא טעמא דבעי' היכרא ולא בעי' היכרא הוא משום דפרחו באויר אם אין העדים מכירים הוי קידשה.

שלא בעדים ומאי מועיל לנו הודאתה וכי אם קידשה שלא בעדים והיא מודה שקידשה הוו קדושי' בתמיה דמוכרח אתה לומר דטעמא הוא כדכתי' משום דחיישינן דילמא

אחריתי מאחר דאינה מודה אבל אם מודה לא חיישי' לאחריתי והוי ס"ס בב' גופו' וב' ענייני' ולא הוי ס"ס וכמ"ש הוא לצד מה שנא' שהנערה הזאת היא עדיין עומדת בתוך ו"ח שבין נערות לבגרו' דאיכא ספיקא דשמא השתא הוא דבגרה ולכך הוכרחנו להאי טעמא דהוו ב' גופות ושני עניינים אבל לפי הקול שאומרים קלא דלא פסיק שהנערה הזאת היא בת י"ג ו"יד ויותר ליכא ס"ס כלל דאוקמינן אחזקה דאחר ו"ח שבין נערות לבגרות הביאה סימ' ומקרי בוגרת בודאי לכולהו רבוותא ולא מבעייא לדעת ר"י והתוס' והרא"ש והטור ומרן אלא אפילו לדעת הרשב"א והרשב"ץ דאית להו דלא מחזקי' דבגרה אחר ו"ח אלא אם ראו שהביאה ב' שערות אחר יב"ש ויו"א אבל לא ראינוה שהביאה שתי שערות אמרינן השתא דבגרה היינו לחומרא לעניין שאם קידשה אביה וקידשה היא עצמה אמרינן השתא הוא דבגרה כדי שלא: להפקיע קדושי אביה אבל לקולא כגון הנדו"ד שאנו אומרים שמא השתא הוא דבג' ולפוטרה בלא גט מכח ס"ס לא אמרינן השתא הוא דבגרה אלא אוקמינן אחזקתה ואמרינן מדהשתא בגרה גם מקודם אחר ו"ח היא בוגרת וליכא אלא ספק אם בעי הכרה או לא דהא גמרא ערוכה הלכה כרב אפי' ביום דמשלם ו"ח ופשוט דלא קאמרי אלא לחומרא ולא לקולא: ואל תאמר דהשתא נמי דאמרינן אוקמה אחזקתה .

ומדהשתא בגרה גם מקודם הוא בוגרת עדיין איכא ספק ספיקא מטעם דבשעת בדיקה שבדקוה הנשים כפי דעתם דמהני עדות הנשים אפילו לקולא ואפי' במקום דליכא חזקה לא מצאו לה סימנים כי אם שנתמעך הבשר וליכא אלא סי' אחד ואנן בעינן ח' סי'הנז' בש"ס והביאם הרמב"ם בפרק ב' מה"א ובכולהו מקרייא ודאי בוגרת אבל מקצת מהם הוו ספק קדושין ואיכא ס"ס דלא אמרי' כן דבמקצת הוי ס"ק אלא לחומרא שאם קידש' אביה וקדשה עצמה שלא לפוטרה בלא גט אבל לקולא אפי' בסי' אחד מקרי ודאי בוגרת וכן לשון הש"ס מוכח כן והלכת' ככולהו להחמי' ר"ל להחמיר ולא להקל וכן מסברא דר"י דאמר נתמעך הבשר הוא סי"ב כוונתו לומר באותו סי' לבדו מקרייא בוגרת וכן ר' יוסי שאמר משתקיף העטרה לומר באותו סימן הויא בוגרת וכן כולהו אלא לחומרא חששו ואמרו דלא לפוטר' בלא גט עד שיהיו כולהו וגדלה ביותר אבל לקולא לא אמרינן עד דהוו כולהו אלא אפילו בחדא מנייהו שפיר קרינן לה בוגרת: נמצא דלצד שאנו אומרים דהנערה הזאת באה לכלל שנותיה ליכא ספק ספיקא דאמרינן ודאי בחזקת בוגרת מאותה שעה שבאה לכלל שנותיה ואפי' אם לא נמצא לה כי אם סימן אחד מהסי' שהוזכרו במשנה ובבריית' לדעת רש"י ז"ל ולדעת התוס' והרא"ש אם נמצא בה סימן אחד מהסימנים הנז' בברייתא הוי ודאי בוגרת וליכא אלא ספק א' אם בעי' היכרא מדאוריי' או לא והא דקאמר הלכתא ככולהו היינו להחמיר אבל להקל כנדו"ד דיה בסי' אחד דשפיר מקריי' בוגרת וליכא אלא ספק אחד אבל לצד שאנו אומרים עדיין עומדת בתוך שש שבין נערות לבגרות איכא ס"ס אבל שוברו בצדו דהו בשני' גופות ושני עניינים וק"ל: פרק ה' הט"ז אמ"ל הרי את מקודשת לי וכו' וכן אם אמר לה במלוה שיש לי אצליך ובפרוטה זו הרי מקודשת דהכי אמרי' בפר' האיש מקדש ד' מ"ו ע"א המקדש במלוה ופרוטה דעתיה אפרוטה ובסנהדרין ד' י"ט ב' אמרינן שאול ס"ל מלוה ופרוטה דעתיה אמלוה ואינה מקודשת ודוד סבר מלוה ופרוטה דעתיה אפרוטה ומקודשת ומה"ט אמ"ל דוד לשאול תנה את אשתי את מיכל אשר ארסתי לי במאה ערלות פלשתים: והנה

לא נחה דעתי דעת הדיוט בדבר זה דהא מעיקרא קאמר בש"ס דקידושי מירב קדושי טעות וכו' אמ"ל מלוה אית לך גבאי אי בעי דאתן לך מיכל זיל אייתי לי מאה ערלות וכו' נמצא בין לשאול בין לדוד מידע ידעי דהך דקאמר ליה יעשרנו המלך וכו' היא מלוה אצלו ולכך קדושי מירב לא הוו קדושין ולכן אמ"ל זיל אייתי מאה ערלות כי היכי דלהוו קדושין ואם כן מאי האי דקאמר דשאול סבר דעתיה אמלוה אפילו אם באמת בעלמא ס"ל לשאול מלוה ופרוטה דעתיה אמלוה הכא שאני מאחר שקדמו קידושי מירב ואמ"ל קידושי טעות הם דהמקדש במלוה לא הוו קידושין אמרי' וודאי דעתיה אפרוטה ועוד דאמאי הש"ס הרחיק פלוגתייהו מן הקצה אל הקצה דקאמר דשאול ס"ל דעתיה אמלוה ודוד ס"ל דעתיה אפרוטה.

הוול"ל ודוד ס"ל דעתיה גם אפרוטה: ולא נחה דעתי בסוגייא זו אלא אם כן שנאמר דמאי דקא' בש"ס דשאול סבר דעתיה אמלוה כוונתו לומר דעתיה דהמקדש גם אמלוה ודוד אית ליה דעתיה דהמקדש אפרוטה דוקא ולא אמלוה והשתא אתי שפיר דקדושי מירב כולהו ס"ל דלא הוו קידושין אליביה דרבי יהושע דליכא אלא מלוה ושכר מלאכה לית ליה אלא כמאן דאמר דאינה מק' בשכר מלאכ' וקידושי מיכל אית בהו תרתי מלוה ופרוטה ושאול דעתו גם אמלוה שהיא חשובה ואף על פי שאמר לו לך והבא לי ק' ערלות מ"מ דעתו גם אמלוה ואמ"ל דרך הערמה ודוד אית ליה דעתיה אפרוט' דקי"ל המקדש במלוה ופרוטה דעתיה על הפרוטה ואפילו אמ"ל בפירוש התקדשי לי במלוה ופרוטה ומכ"ש בעובדא דידיה דלא הזכיר לו אלא ק' ערלות וכן מוכח מש"ס ופוסקים דקאמר המקדש במלוה ופרוטה דעתיה אפרוטה משמע ולא אמלוה הא למ"ד דאית ליה דעתיה אמלוה פירוש גם אמלוה דאין סברא לומר דדעתיה אמלוה דוקא דהוא אמ"ל התקדשי לי במלוה ופרוטה דהיינו בשתיהם כדמוכח מלשון הרמב"ם ורבינו הטור ומרן הב"י ואיך אמרינן דעתיה על המלוה ולא אפרוטה די שנאמר דעתיה על ב' מאחר שקידשה בשניהם לאפוקי אפרוטה אחר שהיא בעין: וראיתי לרש"י כאן שהחליף לשון הש"ס דקאמר דעתיה אפרוטה דקאי אאשה המתקדשת והוא קאמר דעתיה דמקדש לקדש וכו' ונראה דנקט לה הכא בפלוגתא דשאול ודוד מאחר דשאול עצמו הוא קיבל הקידושין ואמר לו לך והבא לי ק' ערלות ואין שייך לומר דעתה לכך אמר דעת המקדש הוא דוד גם על המלוה ודוד אמ"ל דעתו על הפרוטה.

וק"ל: ומדי דברי בהאי סוגייא נימא בה מלתא במאי דקאמר לעיל תלמודא וז"ל שאלו תלמידיו וכו' אמר להן וכו' לדעת רבי יוסי דקאמר להם אחר מיתת מירב נמצא דאית ליה דקידושי מירב הוו קידושין וכן משמע מדקאמר לקמן מקיש קידושי מירב וכו' משמע דקידושי מירב הוו קידושין והא מקדש במלוה כ"ע מודים דלא הוו קידושין ודוד קדשה במלוה כמו שנאמר והיה אשר יכנו יעשרנו המלך וכו' וי"ל דר"י אית ליה דדוד קידשה בשכר מלאכ' במה שהרג לגלית כאילו אמ"ל עשה לי מלאכה זו הרוג לי לגלית ובשכר זה מירב מקודשת לך ור"י ס"ל כמ"ד קידשה בשכר מלאכה מקודשת דלא כחכמים.

וק"ל: פרק י"ד ה"ח האשה שמרדה. וכו'- אירע מעשה בראובן שמרדה עליו אשתו ועמד לפנינו לדי"ת שת"ת ראובן ואשתו הנז' ושאלו את פיה מה יש לה עם בעלה ומפני מה מרדה עליו וענתה ואמרה בז"הל מא ננגמש נקשאע.

פיה מן סבת עמאיילו לקבאח. קולנאלהא ביין כלאמך אמאהום עמאיילו קאלתלנא עלא סבת די כל לילא מא יגי חתא לנוץ אליל.

וחין יגי יכון סכראן קייו לגיה וחומ"א לגיה וימשי לענד אזונות ודאיים יקהארלי קלבי ויקוללי אש נעמל ביך אנא ענדי פ' ופ' די הומאן אכיר מנך ומזייאנאת עליך. .

וזאייד שאיין יצוור ימשיה פלפסאד- והווא מא ענדו תצוויר גיר יסרקלי מן חוואייגי ויביע ויפסד ולמאכלא מזייא אובוה. והאד אשי לכל נתום ראהו בעלמכום ובעלם לבלאד לכל.

וראהו בעלמכום בלצטרא אלוולא ותאנייא אלי חייב רוחו בכח הקוש"ח באש מא בקאש ורגאע לעמאיילו לקבאח ומן תבאן עליה בעד לפאלטא חייב רוחו באש ידפעלי לכתובה דייאלי ויטלקני ומן בעדו עמללו אובוה לסאנות. ובאע מן חוואייגי באש זאד פלחאנות.

ומא קעדש פיהא שהאר אוולא שהרין וצייאעא פלפסאד והוציאה מתחת ידה כתב יד הבעל הנז'. וז"ן מודה אני ע"ע החו"מ וואיין ראנינחייב רוחי לנסיבי מן דאבא ולפוק אנהאר אלי יסמאע בייא נאכד חאגא מן חוואייגי אוולא מן חוואייגהא ומן חוואייג לבית אוולא נהאר אלי יגיו לעדים וישהדו עלייא וואיין עמלת חאגא דונייא אוולא דכלת למוצאע דוני ראני מחוייב בקוש"ח שקנו אחרים מידי באש נעטי לגט לבנתו ונדפעלהא כתובתהא וכיף האד אשי חאק ראני נפירמאר וכו' ע"ה פ' וכו' ולצטרא לוצרא אלי רדיתוה חסאבני רגאע מן עמאיילו לקבאח.

סאעא מאזל הווא הווא. מא קדרתש נרפד כתר ע"כ והבעל הנז' לימד לשונו על הן לאו ועל לאו הן ואומר שתשאר עגונא עד שתלבין ראשה וגם בקשנו מן הבעל הנז' שיחזור ממעשיו הרעים ולא ישוב עוד לכסלה ותהי לו לאשה ואם יחזור כמות שהיה יחייב עצמו לפוטרה בגט כשר ולשלם לה כתובתה ולא רצה לקבל ע"ע שום חיוב אלא אם תרצה תחזור כקדם ואם לאו תשב עד שתלבין ראשה ואין אני נותן לה גט גירושין כלל עכ"ל: וזאת תשובתי כפי הנראה.

לע"ד כאשר עלה במצודתי. בדברי חז"ל ריש כל מראין ראיתי בספר התשב"ץ להרב מהר"א בן טוואה ז"ל שכתב וז"ל כי סיבת המיאוס גלויה וידועה לכל ואין מניחין הסיבה הגלוייה שהיא כדאי שתשנא אותו בעבורה וניחוש לשמא נתנה עיני' באחר וכן ראיתי בס' פ"ץ למהר"ש צרור שכתב וכשיש שם אמתלא הוה ידעינן דממאיסותא עשתה זאת ולא להוציא נצ"ב מיד הבעל עיש"ב ומינה יש לדון לנ"ד אחר שבאה האשה בטענה ונתנה אמתלא לדבריה בטענה מבוררת כפי חוש השמע מאנשי העיר אנשים ונשים כלם כא' מדברים בגנות הבעל ודרכיו המקולקלי' ומעשיו הרעים ככל הטענות שטענה האשה והטענות יש בהם כדי שבועה והחשיבום חכמים ז"ל לטענה מעלייתא שראוי לה בשבילם למאוס בבעל נעוריה כמ"ש במורם סי' ע"ז וז"ל שאומרת שאינו הולך בדרך ישר ומכלה ממונו וגם בא"הט הביא בשם רש"ל השותה יין שרף בבית משתיהם ובא

שם לביתו מקרי טענה ובנ"ד כולהו איתנהו ביה גם לרבות רועה זונות ובכל חדא וחדא אית בה כדי שביעה למאוס על ידה.

והיא אתיא במכ"ש מאותה טענה שכתב מהר"א בן טווא שראוי לה למאוס על ידה שהרי הרב ז"ל כתב ענין זה לענין כפייה שכופין אותו לגרש וכ"ש לענין ממונא. והרב ז"ל סמך על חכמתו הרמה להכריע בין ההרים הגבוהים אבל אנן יתמי דיתמי לית לן שיעורא להכניס ראשינו בין ההרים הגבוהים במקום שלא נתנו חכמים ז"ל דבריהם לשיעורים זה אומר בכה וזה אומר בכה שב ואל תעשה עדיף ואין לנו לסמוך ע"ד אלא לענין ממונא שכופין אותו להוציא מידו נדונייתה.

וישלם לה מכיסו מה שגנב ונאבד ואינו ראוי למלאכתו ראשונה לאלתל כמ"ש מורם ז"ל בסימן ע"ז ס"ג וזה לשונו ויש אומרים דכל זה באינה נותנת אמתלא וטעם לדבריה למה אומרת מאיס עלי וכו' אבל הנותנת אמתלא וכו' כגון שאומרת שאינו הולך בדרך ישר ומכלה ממונו אנן דיינינן ליה כדין שתקנו הגאונים וכו' שצריך להחזיר לה כל מה שהכניסה בנדונייתה אם הם ראויים למלאכתם הראשו' וכ"ש אם נגנבו או נאבדו עיין שם וכתב הב"ש ז"ל וזה לשונו קאי לעיל על ס"ב דכתב דין מאיס עלי וכתב כאן דלעיל איירי דאומרת מאיס עלי בלי אמתלא מבוררת אבל אם נותנת אמתלא מבוררת וניכרת לבית דין שהוא אמת וראויה למאוס אותו על זה תיקנו הגאונים וכו' יעי"ש: המובן מדבריהם שהיש אומרי' שהביא מור"ם ז"ל שחייבו הבעל לשלם לה כל בלאותיה.

לא פליגי אדברי מרן לעיל בס"ב שאמר דאין לה אלא בלאותיה הקיימים אלא שמפרש דברי מרן שאמר אין לה אלא בלאותיה הקיימין היינו בלא טענה אלא שאומרת מאיס עלי וניכר מתוך מעשיה שהוא מיאוס בלי שום טענה אבל בטענה מבוררת גם מרן יודה שחייב לשלם לה כל נדונייתה ומה שנגנב ונאבד ואינו ראוי למלאכתו ראשונה גם הוא חייב לשלם.

וכן הדבר מוכרח מצד עצמו שדברי מרן מיירי בלא טענה. שהרי נקט בלשונו הזהב.

ושואלין אותה מפני מה מרדה. ואמרה מאסתיהו ואיני יכולה להבעל לו מדעתי.

ואם כוונתו הוא דאיירי בטענה. לא היה לו למרן לשתוק בדבר זה שהוא עיקר הדין.

תדע שכך הוא האמת שהרי מרן ז"ל פסק במורדת כהרמב"ם ולא פליג עליה אלא לענין כפייה בגט והעתיק לשון הרמב"ם ממש בדיוק בלי שום ת"ומ כלל אלא במקום שכתב הרמב"ם כופין לגרש כתב מרן ואם רצה לגרש. והרמב"ם נתן טעם לשבח שלא תהיה כשבויה שתבעל למאוס לה.

נמצא זו היא עיקר הטענה ומרן פסק כוותיה דהא יש לנו ד' שטו' בדין זה כמ"ש הרב' והביא הרב"ש. והיא שטת הרמב"ם ושיטת הרא"ש ושיט' הרמב"ן והרשב"א ושיטת הר"ן ומרן לית ליה כא' מהם ומכ"ש דלא כהרא"ש דאית ליה בטענ' מאיס עלי בעייא תפיסה ובטענת בעינא ליה ומצערינן ליה אפי' תפסה מוציאין מידה וכן היא שיטת הרמב"ן והרשב"א אלא דיש ביניהם חילוק אחד עיין בב"י והרן בט"מאי דאית לה אפי' עיקר כתובה ומרן אית ליה בטענת מאיס עלי אפילו לא תפסה מוציאין מידו ואית לה עיקר כתובה ובטענת בעינא ליה וכו' אם תפסה אין מוציאין מידה והיא שיטת הרמב"ם

כמ"ש דבריו בפ' י"ד מה"א יע"ש ומרן פסק כוותיה דהרמב"ם ולדידיה בלא טענה כמ"ש בפי' שלא תהיה כשבויה וכו' ובלבד שניכר ממעשיה שהוא מאוס בעיניה דלא חיישינן להערמה כמ"ש הרב פרי צדק למ' הר"ש צרור יע"ש.

וכן היא דעת מרן דלעולם אזיל בעיקבות משיחא ולא בעייא טענה דלא פליג עליה אלא בכפיית הגט כמ"ש בדבריו אבל לענין ממון אזיל בשטתיה כמ"ש נוטלת בלאותיה. וכ"ז בלא טענה אבל בטענה יודה מרן דעדיף כחה לשלם לה כל בלאותיה.

מאחר שנסתלק' החששה שמא נתנה עיניה באיש אחר וגם הטענה דכד חזייא דאשתמיטו נכסי תמרוד וכו' אחר שבאה בטענה מבוררת: תדע שהרי מצינו כת החולקים על הרמב"ם בכפית הגט ובעיא תפיסה בממון שהם הרא"ש והרשב"א וטעמייהו דחיישינן לנשים פרוצות שמא נתנו עיני' באיש אחר וכוונתם להוציא מידם נצ"ב שלהם ולכך קנסינן להו אפילו בנצ"ב אם לא שתפסה כמ"ש בב"י טעמייהו ופתח פתוח מצאנו בדבריהם היכא דאיכא טענה מבוארת כייפינן גם לגרש כמ"ש הרא"ש בתשובה והביאה רבינו הטור בסי' קנ"ד ופסקה מרן בקצר וז"ל האשה שנתייראה מבעל שילך למדינה אחרת ושואלת שיגרשנה או שישב' לה שלא ילך ופס' הרא"ש שישביעוהו או יכופוהו לגרש וכן פסק מרן ז"ל בסי' קנ"ד וכן מצאנו להרשב"א ז"ל שפסק דמי שמצער לאשתו ומשליכה מביתוכופין אותו להוציא' ופסקה מור"ם בסי' קנ"ד הרי מפורש בדבריהם דטענה מבוררת מועלת אפי' לענין גירושין וכ"ש לענין ממון וגם מרן אית ליה נמי טענה מבוררת דמהנייא כמ"ש בההיא דהרא"ש ואין חילוק בין טענה לטענה במקום שחשבוה חז"ל טענה נמצא דבטענה מבוררת ליכא חששא דשמא נתנה עיני' באחר ומטעם זה לא קנסינן לה וחייב לשלם לה כל נדונייתה וליכא לחלק בין טענה לטענה אחר שהיא טענת מבוררת וחז"ל אחשבוה טענה ואע"פ דלא סמכינן עלה לענין כפיה לגט משום חומר עריות מ"מ לענין ממון סמכינן עלה והרא"ש והרשב"א דפסקו הכא דכייפינן לגרש ומכל שכן לענין ממון ובטענת מאיס עלי פסקו דלא כייפינן וגם לענין ממון דוקא בתפסה היינו לדינא דש"ס בטענת מאיס עלי בלא טענה כמ"ש דברי הרשב"א והביא דבריו הרב' וז"ל שאינה נאמנת במה שאומרת עד שנכיר מתוך דבריה שהוא מאוס בעיניה כמ"ש וכ"כ בתשובה אחרת והביאה בעל נתיבות משפט והביא דבריו מהר"ש צרור בספר פרי צדק שאלה ב' וז"ל האומר מאי"ע א"צ לתת טעם ואמתלא לדבריה מפני מה מאוס בעיניה לפי שכמו שיש דעות במאכל ובמשתה כך יש דעות באנשים ובנשים עכ"ל.

הרי מפורש דטענת מ"ע לא בעיי' טענה אחריתי ובהא קא משתעי הרא"ש והרשב"א דאמרי לא כייפינן לגרש וגם לענין ממון דוקא אם תפסה אבל בטענה ואמתלא מבוררת. מודה דכייפינן לגרש וגם לשלם לה בלאותיה מה שנגנב ונאב' כמ"ש דבריהם מפורש' כנז"ל.

וכ"כ בתשו' כלל על אלמנת ת"ח ובת גדולים וכו' ואין זה כבוד בעלה וכו' והיא אומר שמואס' בו וכו' מ"מ יש לסמוך בנדון זה כמ"ש בדינא וכו' דכופי' אותו לגרשה יע"ש ואתיא במכל שכן לענין ממונא הרי מכאן הוכח' עצומה דלא פליגי על הרמב"ם אלא היכא דליכא טענה מבוררת דחיישינן שמא נתנה עיניה וכו' ואם יד הדוחה נטויה לדחות יודה מיהא לענין ממונא וזה דבר פשוט וברור לע"ד ועיין בתשב"ץ כל מה שכתב בח"ג

שאלה אחרונה להר"א אבן טוואה ובדברי הרב מהר"ש צרור שאלה ב' בספר פרי יצחק וכן משמע מדברי מרן בסי' קנ"ד סעיף ו' ובכל גוונא אם ידוע שהוא עקר והיא באה מכח טענה יוציא מיד יע"ש: וראיתי להרב הנז' בשאלה הנז' שכתב וז"ל מרן ז"ל שכתב על תשובת הרשב"א הראשונה שזהו דברי מהר"ם אפשר שלא ראה התשובה האחרת שהביא כ"מ שמפורש בה דלא בעי אמתלא יע"ש בב"י דברי הרשב"א: ולעד"ן שהרב ז"ל הניח לי.

מקום להתגדר בו ולעולם ראה התשובה האחרת והא דכתב הרב"י וזה כדברי הרמב"ם לא קאי אתחיל' דבריו דקאמר. לענין אמתלא מבוררת אלא קאי אסוף דבריו דקאמר וכשרואה ערמה בדבר לא היה מצוה להחזיר אפילו נדונייא שדינה כמו דבעינא ליה ומצערינן ליה דאפילו תפסה מוציאין מידה והיא כדעת הרשב"א דאפי' תפסה מוציאין מידה ועורמה היא שאומרת מאיס עלי ואין אנו רואין מתוך הענין סימן מיאוס.

וכו' ולעולם הרשב"א דקאמר אין לה אלא בלאותי' הקיימים אם תפסה דהיינו בלא טענה אלא שניכר ממעשיה שהוא מאוס בעיניה כמ"ש דבריו מוהר"ש צרור ז"ל בשאלה ב' ודברי מהר"ם כשנותנת אמתלא מבוררת ולכך ישלם לה כל נדונייתה אפי' מה שנגנב ונאבד ומר א"ח ומר א"ח ולא פליגי דגם הרשב"א יודה לס' מהר"ם היכא דאיכא אמתלא דחייב לשלם לה הכל כמ"ש מדבריו דלעיל נמצא דלכל הדיעות יודו היכא דאיכא טענה מבוררת דתהני מיהא לענין ממון וכן דעת מרן כמו שהוכחנו לעיל וכן מוכח מדברי מור"ם שפי' דבריו ומה גם דקי"לן בכ"מ שלא מצינו בפי' דברי מרן הפך דברי מור"ם הלכה כמור"ם ובנדון דידן לא מצינו דברי מרן מפורשים דלא תהני אמתלא אפילו לענין ממון ואדרבא הוכחנו להפך דמרן אית ליה דתהני אמתלא מבוררת ואפושי פלוגתא לא מפשינן: אלא שעדיין יד הדוחה נטויה לדחות מהא דמצינו בפירוש דמרן פסק כהרמב"ם לענין ממון כמ"ש לעיל ולעולם אזיל בעקבותיה והוא גופיה פסק בפ' י"ד מה"א וז"ל ואמרו הגאונים ז"ל שיש להם בבבל מנהג אחר וכדין התלמוד ראוי לתפוס ולדון והביא דבריו רבינו הטור בסימן הנז' יע"ש.

נמצא דהרמב"ם קא תני ואזיל דלא דיינינן כתקנת הגאונים אלא כדין הש"ס ומשם באר"ה דגם לדעת מרן דאזיל בשטתי' כך ס"ל ואיך אמרי' גם מרן יודה לדין מורם שהוא כתקנת הגאונים ז"ל: ונ"ל דגם הדוחה ידחה שהרי הרב ב' ז"ל פי' דבריו דהרמב"ם וז"ל ואף הרמב"ם כתב בפ' הנזכר כדין הש"ס ראוי לדון כלו' לענין מורדת כתב כן הרמב"ם וכמבואר בדבריו ולאפוקי מתקנת הגאונים ז"ל שכתב הרי"ף שהאיש שמרדה עליו אשתו כופין אותו להוציא מיד אלא ראוי לתפוס כדין הש"ס שאין ראוי לכוף אותו במורדת דאילו באומרת מאיס עלי כבר נתבאר שהוא סבור שבדין הש"ס כופין אותו להוציא וכו' יע"ש בב"י בדברי הר"ן שהביא שם פי' דברי הרי מוכח מדברי הרב"י שהרמב"ם מפרש תקנת הגאונים אפילו במרדה דבעינן ליה ומצערינן ליה ועל זה קאמר וכדין תלמוד ראוי לדון אבל בטוענת מאי"ע לענין ממון לא קאי עלה הרמב"ם ואמרינן דיודה לתקנת הגאונים.

ועוד אני אומר דאפי' אם נאמר במונח דהרמב"ם לית ליה תקנת הגאונים אפילו לענין ממון במ"ע היינו לפי תקנת הגאונים דתיקנו שהאיש שמרדה עליו אשתו בלא שום טענה

כדמוכח מדברי הרי"ף וכ"ש לדעתו ז"ל דלית ליה תקנת הגאונים אפילו במורדת דבעי"ל ומצ"ל וכו' כמ"ש הרב' כנז"ל בהא קאמר הרמב"ם דאין לדון אלא כדין הש"ס אלא בלאותיה הקיימין במ"ע ולא כייפינן ליה לגרש במרדה דבעינא ליה וכו' ובעיי' תפיסה אבל בטענה מבוררת שפסק מור"ם משם מהר"ם אמאי לא יודה הרמב"ם ומרן אחר שבאה בטענה מבוררת וליכא חששא שמא עיניה נתנה באחר ורצונה שתטול בלאותיה ותמרוד ומטעם זה ליכא טעם קנסא דקנסינן לה מאחר שבאה בטענה תדע שהרי מהר"ם בעל ס' זו לא ס"ל כתקנת הגאוני' בלא טענה אבל ע"י טענה מבורר' פסק דדיינינן לה כתקנת הגאונים שתטול בלאותיה וישלם לה מה שנגנב ונאבד ואינו ראוי למלאכתו ראשונה ואם כן גם להרמב"ם אמרינן דלא מיאן בתקנת הגאונים אלא כשמרדה בלא טענה מטעם שלא יצאו בנות ישראל לת"רע והיא הפך הש"ס אבל לפסק מהר"ם שהביא מור"ם להלכה אתי כדין הש"ס דלא קאמר בש"ס דאין לה אלא בלאות' אלא בלא אמתלא מבוררת דשמא נתנה עיניה באחר ולכך קנסו לה חז"ל אבל בטענה מבוררתליכא האי חששא ולכך פסק מהר"ם דשלש חלוקות בדבר באה בטענה ואינה מבוררת דיינינן לה כדין הש"ס דאין לה אלא בלאו' הקיימים ואם נראה ערמה בדבר אפילו תפסה מוציאין מידה והיא כמו דבעי"ל ומצע"ל וכו' לדעת הרשב"א ובטענה מבוררת ישלם לה כל מה שנגנב ונאבד וכו' כמ"ש הב"ש יע"ש וכך הסברא נותנת בטוב טעם ודעת וודאי דהרמב"ם ומרן יודו בדבר זה דאין דין זה תק"הג גופיה דתקנתם בלא טענה ואמתלה ומהר"ם חדש לן היכא דבאה בטענה מבוררת דיינינן לה כדין הגאונים שתיקנו בלא טענה וצדקו דברי מור"ם להלכה ובנדון דידן חייב הבעל להחזיר לה כל מה שנשאר מנדונייתא וישלם לה מה שנאבד ואינו ראוי למלאכתו ראשונה לאלתר ואפילו אם מסרב מלגרשה: ודלא כהרב ט"ז שכתב שאין הבעל חייב להחזיר לה בלאו' אם מסרב לגרשה אם לא שתפסה ולמד דין זה מדברי מהר"ם שכתב דין זה לענין עיקר כתובה דאין הבעל חייב לש' לה מנה ומאתים עד אחר הגירושין דאין הכתובה נגבית מחיי' והוסיף הוא מדיליה גם בלאו'.

ודבריו המה הפך דברי מור"ם דכתב בריש דבריו אבל הנותנת אמתלא לדבריה וכו' צריך להחזיר לה וכו' וכ"ש נגנב: ונאבד וכו' ואחריו כתב אבל אין כופין אותו לגרש וכו' דמובן. מדבריו ישלם לה והגרו' כפי רצונו אם ירצה וכ"כ הט"ז עצמו ודלא כמשמעות מור"מ דאית ליה אפילו לא גירשה וכו' ודברי.

הט"ז במקום דברי מור"ם אינה משנה וכן כתב בסימן קנ"ד וז"ל וכ"מ דאיכא פלוגתא אם כופין או לא אע"ג דלא כייפינן לגרש מ"מ כופין אותו ליתן כתובה ונדונייא יע"ש: וכ"כ בד"מ בסימן ע"ז ס"ק י"ז וז"ל ובמרדכי בפ' אע"פ וכו' אבל כל מה שהכניסה לו נותנים לה ומעגינן לה עד שתתפיס וכו' יע"ש ועי' במהרי"ו סי' ך' הלכה למעשה וכו' וז"ל ונראה דמיירי התם שלא היתה אמתלא מבוררת או שנראה שיש עורמה בדבר וכו' אבל.

אם היתה: אמתלא מבוררת ודאי דיינינן להו כדינא דמתיבתא. וכדברי מהר"ם ואין חילוק בין תפסה ללא תפסה וכו' וכ"כ מהר"י עייאש בס' ב"י יע"ש בח' א"הע שאלה ה' וז"ל אע"פ דלא כייפינן ליה מוציאין ממנו כתובתה וכ"כ הכנ"הג סימן קס"ה בהג"הט

אות כ"ה וז"ל ומדין תקנת מורד' נוטלת כל נדונייתה בין נכסי מלוג בין נכצ"ב ויכולה למוכרם כאילו הם שלה וכו' יע"ש ובתחי' דבריו הביא דברי הרמב"ן שמוכח בטענת מאיס עלי אין לה נדונייא ולא כתובה עד אחר הגט וטעמו דאין כתובה נגבית מחיים ובסוף דבריו כתב בנדו"ד כזה שהיא טענה מבור' כתב ואם חוששים לסברת הרמב"ן דלא כייפינן לגט כייפינן ליה לשלם לה' נדונייא ואפי' מנה ומאתים חוץ מתוס' וכו' יע"ש הרי אפילו לסברת הרמב"ן דאית ליה וכ"כ מהריט"ץ סימן רכ"ט בספרו שאירע מעשה כנדו"ד ממש באדם אחד שמעשיו מכו' ורעים.

ופסק וז"ל שאם אנחנו חוששים לסב' הרמב"ן ואין כופין לגט מ"מ חייב לשלם לה נדוניית' וכתובתה יע"ש אך יש לגמגם בסוף דבריו שכתב והיא משמשת וכו' ואיך משמשת והוא מאוס לה. יע"ש וצ"ע וכ"כ הכנ"הג סי' מ"ז הג"הט אות ל"ח וז"ל לענין ממון וכו' מכל מה שהכניסה וכו' ואפילו תפס מוציאין מידו וכו' כלל הדברים דעתי נוטה לפסוק לעניין ממון ממון ע"פ התקנה וכו' יע"ש וכ"כ מהרימ"ט בח"א סי' קי"ג בעניין אם הבעל נכפה וז"ל נהי שלא הורשינו לכופו ולהוציא שלא יהיה גט מעושה וכו' מ"מ כתובתה מאו טעמא לא נפקי' מיניה כיון שחייבו חז"ל ליתן לה כתוב' ומזונות נמי נראה דיש לה כ"ז שאינו מוצ' בגט שהרי גדולה מזו אמרו במ"ש חז"ל מגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב במזונות' אע"פ שנתן לה כתובת' וכו' שהרי מעוכבת מלינשא מחמתו ואין הבעל יכול לטע' שתהיה נזונית ממה שתחת ידיה כי מה שתחת ידיה הם מטלט' שהכניסה לו בנדונייתה ואין הבעל יכול למוכרם וכו' יע"ש: הרי שהר' ז"ל מתמיה דמי תלה ז"בז דמאחר שחז"ל חייבו' דאע"פ שאינו מגרש מחוייב לשלם וכייפינן ליה לש' וכ"כ מהר"ש צרור בס' פרי צדק שאלה י"א בסופה וז"ל ולענין כתובה ונדונייא הסכמת הפוסק' שיתן לה כתוב' ונדונייתא משלם ולא החמירו אלא שלא לכופו.

ליתן גט אבל לעניין נדו' וכתובה כופין אותו אמנם התוספת לא יתן לה דאדעתא למיעל ולמיפק לא יהיב לה ולעניין מזונות חייב להעלות לה כ"ז שאינו פוטרה בגט דהא היא מעוכבת מצדו מלינשא ע"כ הרי מפורש בדברי חז"ל הנזכרים דאית להו דבמקום שחייבו חז"ל אין לחלק בין קודם גירושי' או אחר גירושי' וליכא לחלק דשאני נכפה טענה אלמתא לאפוקי טענה אחרת זה אינן דזיל בתר טעמא דאמאי חכמים לא חייבוהו לשלם נדונייא וכתובה הוא משום שמא נתנה עיניה באיש אחר ולכך קנסינן לה אבל היכא דאיכא טענה וחז"ל החשיבוה שהיא טענה אזלא לה האי חששה ותלינן קלקלה במקולקל וליכא לחלק וכן מוכח מדברי מהריט"ץ דלעיל והוא מעשה כנדו"ד שמעשיו מכוערים ורעים וכתב אף על פי דכתב הרמב"ן בטענת מאיס עלי אין לה נדונייא דאין כתובה נגבית מחיים כי אם אחר מיתה ובסוף דבריו כתב אבל בנדו"ד איכא טענה מבוררת כייפינן ליה ואם חוששים לסברת הרמב"ן דלא כייפינן אגט מ"מ כייפינן ליה לשלם לה נדונייתה וכתובה והוא אחד גדול.

מש"ל מבני ספרד נמצא דאית ליה. כסברת מהר"ם היכא דאיכא טענ' טענ' תגבה אפילו מנה ומאתים ודברי הש"ס אמורים היכא דליכא טענ' אומר' מאיס עלי וניכר ממעשיה שהוא מאוס בעיניה וכן הוא דעת מהרי"ו כנז"ל דיש חיי' בין אם היתה טענה מבור' או לא וכן מוכח מדברי הרשב"ש והביא דבריו הרב' בסימן הנז' על אשה שטענה שקודם

נשואיה היתה מואסת בו וכו' וכתב וז"ל ונראה דאפילו לאומר שאין כופין לגרש בטענת מ"ע יודה בזה דלא חיישינן שמא נתנה עיניה וכו' דהא הרמב"ם כשהיתה האשה נותנת טענה ואמתל' לדבריה למה הוא מאוס לא היה כופה לגרשה וכו' יע"ש הרי הרשב"ש ז"ל דבמקומו נהגו לפסוק הלכ' כהרמב"ם ואחרי דבריו לא ישנו חוץ מן המורדת לענין כפיה ואפילו הכי פסק כמהר"ם היכא דאיכא טענה מבוררת ומה שנהגו דאין כופין כסברת הרמב"ן והרשב"א והרא"ש אלא היכא דליכא טענה מבוררת דחיישינן שמא נתנה וכו' ומינה יש ללמוד דגם להרמב"ם דאמר דלא דיינינן כדינא דמתיבתא אלא כש"ס היינו בתור' או מאיס עלי בלא טענ' ואע"פ דלבסוף כת' ולעניין מעשה לא היה מיקל היינו לעניין כפיית והגט ומטעם דאין טענה מבורר' כנדו"ד אלא דקשה לי' ע"ד שכתב דהא הרמב"ם כשהיתהנותנת אמתלא וכו' היה כופהו לגרש וכו' ודבריו הם הפך רבינו הטור ומור"ם ועיין ב"י שם דסברי דלא מהני אמתלא לדעת הר"ם אלא לעניין ממון וי"ל וכן ראיתי בכתב אחד שהביא משם הרב עדות ביעקב סי' ל"ו וז"ל באשה שטענה על בעלה שרגיל לבוא עליה שלא כדרכה וכו' תשובה וכו' פשיטא דכל אשה שבאה בטענה למרוד בבעלה ואיכא טענה ואמתלא לדבריה מטעם הפוסקי' כולהו אית להו דלאו מורדת מקרייא כלל ואינה בשום חייוב וקנס כנשים המורדות בבעליהן וכמ"ש הרמב"ם בפ' ט"ו מה"אב הט"ו גבי הג' נשים דמשנה אחרונה וכו' דלאו מורדת מקרייא ע"ש וא"כ הרי הוא חייב בכל ובמזונותי' כדין כל איש עם אשתו העומדת עם בעלה עד שיפטור אותה בגט והילכך אשה זו דנדו"ד דלא מתדר לה עם בעלה עבור כל אותם המעשים המכוערי' דלחיים ניתנה ולא לצער דודאי דחייב ליתן לה מזונותיה יעש"ד והיא הוכחה עצומה לנדו"ד וכן משמע מתשובת מהר"ם אלשיך סי' ח' וז"ל כל שבאה בטענה וכפי מה שבאה בשאלה שהיא מאסה אותו ואינה נותנת אמתל' למה מאסה אותו וכו' תפסיד אפי' מה שהכניסה וכו' שאפילו לדברי האומרים בטענת מ"ע כופין לגרש היינו בנותנת טענה ואמתלא למה מאסה אותו אבל האומרת מאו' עליה בלא טענה אין לה לא מזונות ולא כתובה וכו' יע"ש ומכלל לאו אתה שומע הן: וכ"כ הרב' ע"ד רבינו הטור בסי' ע"ז וז"ל ונראה שאע"פ שבעניין לכפות לגרש לא קיימא לן כדינא דמתי' מ"מ בענין ממונא אפשר דנקטינן כההוא דינא וכמ"ש בסמוך שכך היה דן הר"ם ז"ל יע"ש וכן ראיתי להרב"י בסי' קנ"ד שהביא דברי הרשב"א וז"ל כתב הרשב"א סימן אלף קצ"ב דמשמע בגמרא אפילו באה בטענה אין כופין אותו בשוט' לגרש ואין כופים אותו אלא בגביית כתובה כלומר שכופין אותו ליתן לה כתוב' עכשיו ע"ש: נמצינו למדים דלכל הדיעות: כולם ראשונים ואחרוני' אית להו דאיכא חילוק בין אומר' מ"ע בלא טענה לאומרת מ"ע בטענה ואמתל' מבור' דניכר שמאסה בו משום אותו דבר ולא פליגי אלא לעניין כפיית הגט והרמב"ם דקאמר דלא דיינינן כדינא דמתי' אלא כדיני הש"ס היינו במרדה מ"ע בלא טענה אבל בטענה יודה לדברי הר"ם ועדיפא מניה דאית ליה אפי' לענין כפית הגט ולא הודו לו אבל לענין ממונא כולהו אית להו דחייב לשלם לה כתובתה: מעכשיו אפילו לא נתגרשה ודלא כה"טז שנדחק בדברי הר"ם ולכך הוצרך לחלק בין קודם הגט לאחר הגט וכבר הב"ח והח"מ ז"ל תירצו קושי' בעניין אחר ולא ניחא להו בתי' הרט"ז עיין בקיצור דיני מורדת בהשגותיו הח"מ על הב"ח: וכן נראה נמי דחייב במזונותיה כמ"ש מדברי מהרימ"ט הנז"ל וכן משמע מדברי ש"ות עדות ביעקב הנז"ל

ומדברי מהר"ם אלשיך הנזכר לעיל וכן הסברה נותנת מאחר שהיא באה בטענה והיא מעוכבת מחמתו והוא חייב לגרש אלא דאין כופין מחמת חומר ערות: וכן ראיתי בדברי הרב"י שכתב בשם ההגהות ובשם התו' ובשם הר"ם ז"ל וז"ל אבל אומר' מ"ע בלא טענה אינו חייב לה מזונות ולא כתובה וכו' עי"ש בב"י ס"ג ומכלל לאו אתה שומע הן דבאה בטענה מבוררת חייב במזונותיה כ"ז שלא גירשה וכן מוכח מדברי הח"מ בהשגותיו על הב"ח בקיצור דיני מורדת וז"ל אבל כל היכא דאמרה מ"ע ואינו כן וכו' יהיבנא כוליה לדידיה וכו' ואין לה מזונות כמו מורדת יע"ש מכלל דבריו מובן דאם באמת מ"ע כמו שבאה בטענה מבוררת כנד"ד חייב במזונותיה כ"ז שלא גירשה מאחר שהיא מעוכבת בשבילו: ואולם רעי עלי דידי לבאר דין אחד שדנו לפני הבעל עם האשה הנזכרת שהבעל טען מאחר שמאסה בו האשה הנז' ואינה רוצה בו יש לו כח ויכולת כפי הדין לישא אשה אחרת עליה ולא יגרשנה ותשאר שם עגונה אלמנת חיות עד שתחזור ברוחה ותאמ' מה עשיתי וענתה האשה ואמ' לא כי עד שיגרשנה ואח"ך ישא אשה אחרת ולעד"ן שהאמ' אתה ולא יוכל לישא אשה אחרת עד שיגרשנה מאחר דהאשה הנז' אין לה דין מורד' ומעשיו גרמו לה למאוס בו נמצא חוטא נשכר כך דנתי מסברא ועכשיו רציתי לעמוד על אמתו' הדבר ולחפש בדברי חז"ל לראות איך שורת הדין נותנת והנה מדברי מור"ם שכתב בסימן ע"ז ובזמן הזה שאין נושאין ב' נשים וכו' וי"ח וכו' ומינה יש ללמוד דלא פליגי.

אלא מחמת שהעיכוב מצדה כדמוכח בדברי מור"ם דחז"ל תקנו שלא יהיו בנות ישראל וכו' אבל אם העיכוב מצדו שלא רצה לגרש כ"ע מודו דאינו יכול לישא ב' נשים וליכא ראיה דה"ט משום חר"ג דדבר זה דוקא לבני אשכנז דקבלו עליהם. חר"ג לעולם כמ"ש מור"ם בסימן א' סעי' וז"ל ומ"מ בכל המדינות האלו התקנה והמנהג במקומו ואין נושאים ב' נשים וכו' יע"ש אבל אנן בני ספרד דלא קבלנו תקנתו ולא נתפשט' וכו' בכל הארצות ולא החרים אלא ע"ס האלף החמישי ועל ד"ז סמכי אינשי יכולני לומר דיכול לישא ב' נשים דבלאו הכי אפילו לא מרדה יכול לישא אשה אחרת עליה ועד ארבעה לא אשיבנו: אלא דמצאתי לה תרופה ממקום אחר דאינו יכול לישא עליה והטעם משום דאנן אתרא דאין נושאין ב' נשים כמ"ש כתוב בספר כ"י למהר"ל עייאש בח' א"הע שאלה.

ה': וז"ל שכבר נתפשט המנהג: מימות הראשונים ז"ל שלא ישא אדם אשה אחרת על אשתו אלא אם היה עקרה או לצורך מצות יבום: וכתב נ"י בפרק החולץ בשם הרטב"א ז"ל בשם רבותיו דבמקום שנהגו שלא לישא ב"נ אינו רשאי דאומדנא דמוכח הוא דאדעת' דא אנסיבא ליה דלא למנסיב אחריתי יע"ש והמנהג זה נתפשט במחנה קדשי' זה וכך אנחנו דנין וכן ב"ד שלפני' היו דנין כך דאינו יכול לישא אשה אחרת עד שיגרש או ע"פ ורצונה והשתא חזר הדין והמנהג דידן כמו בני אשכנז אלא הם נהגו כך משום חר"ג ואנן נהגינן מכח אל תטוש תורת אמך וכל מי שנושא אדעתא דהכי נושא וחזר דין אחד לכולנו ואחר שמצינו דבנדו"ד פסק מור"ם אם העיכוב מצדו כ"ע מודו דאינו יכול לישא עד שיגרש לפי מנהגם גם למנהגינו הדין כן.

ואין לדחות ולומר אין הנדון דומה לראיה דשאני לדידהו דנהגו מכח חר"ג אית להו אפילו מרדה דהרי דברים אלו קא משתעו במורדת דבעי' ליה וכו' כמ"ש בסי' ע"ז ואפי' הכי פסק מור"ם שם אם העיכוב מצדה איכא פלוגתא ואם העי' מצדו לכ"ע אינו יכול. אבל מנהגנו שקבלנו על' היינו בלא סיבה אבל אם מרדה לא קבלו עליהם ויש כח בידו לישא אשהאחרת וחזר הדין כדמעיקרא מ"מ היכא דלא מרדה דינו שוה ובנדו"ד שבאה בטענה מבוררת אינה נקראת מורדת אלא שמעשיו גרמו לה למאוס בו ודינא כשאר נשים דאינו יכול לישא אשה אחרת עד שיגרש.

ועוד טעם כעיקר בשביל שלא יהיה חוטא נשכר ותשאר עגונה ואין בידינו לכפות וחיישינן לה שמא יצרה ילבשה ותולה עצמה בערלים ולכך הדין נותן להחמיר עליו ובדבר זה יגרש לה. ודבר זה ל"מ כפייה דלא אמרו ז"ל דכפיי' אין כופין היינו בשוטים או לנדותו כמ"ש מור"ם סוף סי' קנ"ד וז"ל ומ"מ יכולים לגזור ע"כ ישראל שלא לעשות לו שום טובה וכו' עד שיגרש ובכל חומר שירצו ב"ד יכולים להחמיר יע"ש ובדבר זה הוא מקרי אנס את עצמו מטעם דאין אנחנו כופין אותו ליתן גט אלא שלא ישא אשה אחרת עד שיגרש.

כלל העולה מכל הני מילי מעליית' דכתיבנ' שהאשה הנז' זכתה בדינא וחייב הבעל הנזכר להחזיר לה נדונייתה גם מה שנגנב ונאבד ואינו ראוי למלאכתו ראשונה לאלתר אפילו קודם שיגרש וכן כ"ז שלא גירשה חייב לזונה מאחר שהעיכוב ממנו ואינו יכול לישא אשה אחרת עליה עד שיגרשנה.

מאחר שבאה בטענה מבוארה כפי ראות עיני ב"ד וטובי העיר וחכמיה שהם העיקר בדבר זה כמ"ש בדברי חז"ל והמה כתובים בדברי מהר"ם והובאו דבריו במרדכי וז"ל נותנת אמתלה מבוררת וניכרת לב"ד שהיא אמת וכן מפורש' בדברי הטור ומור"ם וז"ל והב"ד ידונו בזה לפי ראות עיניהם וכן כתב הרב ב"ש והח"מ יע"ש הרי כולם עולה דבריהם בקנה אחד דהעיקר בזה בית דין ואנשי העיר וכנז' כפי ראות עינינו וכפי ידיעת אנשי העיר כלם אנשים ונשים צדקו דבריה וטענתה טענה אלימתא גם מכח כתב יד הנז"ל בשאלה מוכח ממנו שדבריה אמת שקיבל על עצמו שלא ישוב עוד לכסלה ולא ימכור משלו ולא משלה ולא יכנס למקומות המטונפים ולא יעשה דבר רע ועדיין עומד במרדו אזורו מוכיח עליו שטענתה אמת.

ודברים אלו פשוטים לפי ע"ד ולא הוצרכתי לכותב' ולשולח' לפני כל רב ודיין אלא בשביל שיש מי שחולק על דברים אלו ויצא לשטן וכתב ושרטט הפך דברי ופי' דברי מרן באופן אחר וזה פי' דכוונת מרן ז"ל דאם היא רוצה להתגרש אבדה כתוב' ותטול בלאותיה הקיי' והקדים ברישא ואם רצה לגרש ולא כתב בהפך משמע דאין לה בלאותיה אלא בגרושיה ואם לא רצה לגרש אין לה אפילו נדונייא.

ואשתומם כשעה חדא על שמע זה כמה וכמה מאות שנה שהודפס הש"ע וכמה מפרשים פי' דבריו ולא ראיתי ולא שמעתי פי' זה והוא הפך דברי מור"ם בכאן כמש"ל וי"א שכתב מור"ם בכאן מפרש דברי מרן כנזכר ולא מוכח מניה שום פלוגתא בדבר זה וגם הפך דבריו בסוף סימן קנ"ד כנז"ל והוא הפך דברי מהרי"מט ומהר"ש צרור שכתבו כדלעיל ועוד דאין הסברא נותנת כך אחר דבלאותיה הקיי' בחזקתה והמה שלה אמאי

יכול לעכבם לדעת מרן דסבירא ליה כהרמב"ם דלא קנסינן לה ועוד דאם חייב כפי הדין לגרשה אלא שאין כופין אותו ויעכב בלאותיה נמצא חוטא נשכר ועוד מרן דסבר הכי כמאן ס"ל דלהרמב"ם אינו יכול לעכב ואם כהרשב"א בעי' תפיסה: ולעד"ן דדברי מרן כפשטם ואית לה בלאותיה אפילו לא גירש ומרן נקט לשון הרמב"ם והעתיק לשון הרמב"ם ממש אלא דבמקום כופין וכו' נקט לשון ואם רצה לגרש והשלים לשון הרמב"ם אבדה כתוב' ותטול בלאותיה והרמב"ם נקט האי לישנא דחי' הוא בכופין לכך נקטא ברישא ועוד ליכא נפקותא: וכן משמע מדברי הרב בעל הלבוש בסימן ע"ז שחתך דברי מרן לב' חתיכות בסיגנון אחד וז"ל ושואלין אותה מפני מה מרדה וכו' אם רצה הבעל לגרשה אין לה כתובה מיהו כיון שטוענת מאיס עלי אם האמת אתה מה לה לעשות אנוסה היא ואע"פ שאין זה מועיל לכופו לגט וכו' מ"מ נוטלת בלאותיה הקיי' שאינה מפסי' בזה את שלה שמא אמת טוענת אבל משל בעלה אינה נוטלת וכו' יע"ש.

הרי מפו' בדבריו דאף על פי דאינה נאמנת לענין הגט גם לענין נכסי בעלה משום דאמרינן דילמא משקרת היא והמוציא מחברו עליו הראיה מ"מ בלאותיה שהם שלה והם בחזקתה נאמנת ואמרינן שמא האמת עמה שהוא מאוס בעיניה ואנוסה היא ואמאי יכול לעכבם אחר שהם שלה וזכתה בהם בדין ואפילו להט"ז שכתב האי סברא לא עלה בדעתו לפרש' בדברי מרן אלא מסברא דנפשיה אמרה ולימדה מדברי מהר"ם שאמר דין זה לענין עיקר כתובה והוסיף הוא מדיליה וה"ה גם לענין הבלאות ולפי פירושו בדברי מרן היה לו להט"ז להביא סייעתא מדברי מרן שאמר בפי' לענין בלאות אינה גובה עד אחר הגט וזה הוכחה עצומה וכן ראינו ב"ד שלפנינו כשהאשה מואס' בבעלה ותובעת אותו לדין בשביל הבלאות פוסקים לה שתטול בלאותיה ונשארת עגונא עד שיתרצו לגרש או לחזור לבעלה ופי' זה לא שמעתיו ולא ראיתיו בשום פוסק שפי' כן בדברי מרן וגם מה שהביא ראיה מדברי מהר"י עייאש שכתב ואם ירצה לגרש וכו' והוא כלשון מרן אין משם הוכחה דלא כמו שעלה בדעתו שהם דברי מהר"י עאייש אלא המה דברי מרן וכוונתו לומר כמ"ש מרן בסי' ע"ז ואם ירצה לגרש וכו' והוה קצר בלשונו וכאילו אמר כמ"ש מר"ן בסימן ע"ז וז"ל ואם וכו' אלא דקצר כך נר"ל.

גם מה שטען דבזה הזמן לא דיינינן דינא דמתיבתא וגם הרמב"ם כתב בפי' דלא דיינינן אלא כדין הש"ס לא דק שפיר דשאני דינא דמתי' שאמר הרמב"ם לא דיינינן וכו' היינו בלא טענה מבוררת ומכל שכן לפי דעתו דאית ליה דתקנו אפילו במורדת דבעינא ליה וכו' ודברי מור"ם הם לקוחין מדברי מהר"ם דתיקן דלא דיינינן דינא דמתי' אלא בטענת מבוררת.

ודוקא לענין ממון וגם הרמב"ם ומרן יודו לדין זה דדין זה אינו הפך הש"ס. דמאי דקאמר בש"ס אין לה אלא בלאותיה הקיי' בלא טענה מבוררת והיכא דאיכא טענה מבוררת ישלם לה כל מה שנגנב ונאבד דלא חיישינן שמא נתנה עיניה וכו' וממילא לה קנסינן לה ויבואו דברי שנינו לפני כל יודעי דת ודין והבוחר יבחר ומי שחותמו אמת ינחנו במעגלי צדק ואמת ויצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות בס' ולפני אלעזר הכהן יעמוד: כה דברי ע"ה הצעיר מכיר בערכי ומיעוטי פארוזה קרסינטי ס"ט גם אני הח"ומ אזיל ומודה ומסכים לכל דברי הרב.

הפוסק הנ"ל שכל דבריו מיוסדים על אדני פז דברי אמת וצדק אין בהם נפתל ועקש וחזקים כראי מוצק הגם שאינו צריך להסכמתי ולא לחיזוקי ודלא כמ"ש איפכא דטועה הוא מדרך השכל וטועה בדברי משנהוכמש"א בעניותין בארוכה בס"ד ומשם בארה ולרצות האמו"ץ כו"ח ש"פ. צעיר אנכי ונבזה וחדל אישים חרפת אדם דל מעפר ואבק האסקופה העש"ל זוראפא ס"ט: פרק ט"ו ה"ט הוא אומר ממנה נמנע הולד והיא אומר' ממנו נמנע מפני שאינו יורה כחץ נאמנת ויש לו להחרים סתם על מי שטוענת דבר שאינה יודעת בו בודאי ואח"כ יתן כתובה ע"כ הכי איתא בגמר' במסכת יבמות ד' ס"ה הוא אמר מינה והיא אמרה מניה.

אמר רבי אמי דברים שבינו לבינה נאמנת וטעמא מאי איהי קים לה ביורה כחץ איהו לא קים ליה ביורה כחץ ע"כ: נשאלתי על ידי השררה בענין ראובן שהיה נשוי עם אשה אחת ולא זכה להבנות ממנה ובכל עת ועונה הוא מתקוטט עמה והסכימה דעתו לקחת לו אשה אחרת כדי ליבנות ממנה וילכו שניהם אצל בית דין ע"ע זה וב"ד מעכבין אותו ואומרי' לו עדיין לא נשלמו עשר שנים ושמא במשך הזמן פקוד יפקוד אלהים את אשתו ולא יצטרך עוד לאשה אחרת והם מפייסין אותו בדברים ואשתו לא אמרה כלום מדין העיכוב דילמא ממנו והנה בעת"ה אחר שעברו ע"ש ויותר עמד הבעל הנז' על עמדו לישא אשה אחרת ועלת' צעקתם ועמדו לפני ב"ד והוא צועק ככרוכיא לאמר עד אימתי אשב בלא זרע ואת' מעכבין אותי עד שיעברו ע"ש והמה כבר עברו ומוכר' הוא לישא אשה אחרת כדי ליבנות ממנה והיא לא טענה כלום דילמא העיכוב ממנו וטוענת היא שאינה רוצה שישא אחרת עליה ואם רוצה לישא אחרת יגרשה ויפרע לה כתובתה ואחר כך ילך וישא אחרת והם הולכים ובאים אצל ב"ד ולבסוף כי ראתה שהב"ד נוטים קצת דעתם אל דברי הבעל שיכול לישא אחרת פערה פיה לומר מי יאמר שהעיכוב ממנה העיכוב הוא ממנו והב"ד לא פסקו להם את הדין והיו הולכים ובאים על עניין זה ועלתה צעקתם עד לב השמים והגיעו הדברים אצל ערכאות הגוים ושלחו ושאלו את פינו מה שורת הדין נותנת בדין זה ודין גרמא שהוצרכתי לעמוד על קו הדין והאמ' ולעיין בדברי חז"ל: איתא בדברי רבינו הר"ם במזל ה"א פ' ט"ו ה"ט וז"ל הוא אומר ממנה נמנע הולד והיא אומרת ממנו נמנע מפני שאינו יור"כח נאמנת וכו' ואח"כ יתן כתובה.

ואם אמרה איני יודעת אם ממני אם ממנו אין לה עיקר כתובה וכו' והעמד ממון בחזקת בעליו עד שתטעון בודאי שאינו יורה כחץ ולמה נאמנ' היא בטענה זו מפני שהיא מרג' אם יור"כח וכו' והוא אינו מרגיש ע"כ: מרישא ליכא הכרח מדברי רבינו שצריכה לטעון שאיו"כח ואם לא טענה כן אין בטענתה כלום דאיכא למימר דמאי דקאמר והיא אומרת מפני שאינו יור"כ מטעם שהוא טוען עליה טענת ודאי ואומ' לא ממנה נמנע הולד ולכך גם היא צריכה לטעון טענת ודאי שאיו"כח אבל היכא דלא טען הבעל טענת ודאי גם היא אינה צריכה לטענת שאיו"כ אלא אפילו סתם שאומ' שאינה ראויה להבנות ממנו או באה בטענת בעינא חוטרא וכו' יוציאה ויפרע לה כתובתה ברם מסוף דבריו.

שכתב ואם אמרה וכו' דתלה הדבר בה ולא הזכיר דברי הבעל וכן מדכתב העמ' ממון בחזקת וכו' נראה דצריכ' לטעון שאיו"כ ואם לאו לא יפרע לה וכו' ולא אמרי' דלא זכה להבנו' ממנה וכן משמע מדבריו שם ה"י וז"ל האשה שבאה לתבוע מבעלה לגרשה מפני

שלא ילדה והיא אומרת שאיו"כ שומע וכו' והא התם לא הזכיר טענת הבעל דהוא לא תבע לגרשה והיא באה לגרשו וקאמר והיא טענה שאיו"כ משמע אפילו באה בטענה צריכה לומר והוא פשוט לדעת רבינו וכתב ה"המ הוא אומר ממנה וכו' זהו הדין הנזכר בגמ' וכו' אפילו הוא טוען בריא שהיא וכו' או שפולטת את הזרע או כיוצא וכו' כיון שהיא טוענת שאיו"כ יוציא ויתן כתובה וכו' וכל שאיו"כ מה לו אם ראויה היא או לא וכו' ע"כ ור"ל כדכתיבנ' דאפי' הוא טוען בריא שהיא אינה ראויה אם טענה היא ט"ב דאיו"כ יוציא ויתן כתובה דיכולה לומר לו אפילו היא ראויה מ"מ הוא אינו יו"כ ואינה ראויה ליבנות ממנו והיא לא הפסידה לו כלום ואמאי היא נאמנת בטענתה מפני שהיא מרגשת שאיו"כ והוא אינו מרגיש ומשמע אפילו אם היא באה בטענה לגרשו יוציא ויתן כתובה כמ"ש ה' ומכ"ש אם בא הוא לגרשה שחייב לפרוע לה כתובה ודוקא אם טוענת שאיו"כ דהו"ל כמו בריא ושמא בריא עדיף וחייב ואפילו אם הוא טוען טענת בריא והו"ל בריא ובריא ואמרינן העמד ממון בחזקת בעליו תאמר לו מאחר דאיו"כ מה לו אם ראויה היא או לא וכו' כדכתי' ובטענ' שאיו"כ הו"ל בריא ושמא בריא עדיף שהיא מרגשת והוא אינו מרגיש וכן משמע עוד מדברי רבינו דצריכה לפרש דבריה ותאמר בפירוש שאיו"כ ולא מהני אם אמרה בריא לי שממנו העיכוב דאמרינן שמא בריא לה מטעם אחר ובאותו טעם יכול להכחישה ואנה נאמנו דזיל בתר טעמא אמאי היא נאמנת משום שהיא מרגשת וכו' אבל בדבר אחר שהוא גם הוא מרגיש הוא נאמן דהעמד ממון בחז"ב ואפילו לא טען בריא כדמש' מדברי רבינו דאפילו על טענת שמא צריכה.

לומר שאיו"כ: א"כ דינא יוצא לנדון דידן דלא טענה שאיו"כ אין בטענתה כלום ואפילו אם טענה בריא לי ומכ"ש דלא טענה בריא לי אלא מן יקול שאינה יולדת לאיכון ממנו והו"ל שמא ושמא דכתב רבינו ואין לה כתובה: והנה ראיתי אחרי רואי דברי רבינו הטור שהוציא מתק לשונו בסגנון אחר ולכאורה נראה מדבריו דלא בעייא לטעון איו"כ אלא אפילו אם באה בטענה בלבד יוציא ויתן כתוב' ואמרי' דלא זכה ליבנות ממנה ואע"פ דנקט בלשונו הזהב ואומרת שהוא גורם שאינו יו"כח וכו' אפשר לומר דלא נקט לה אלא בשביל שאמר אפילו יש לו בנים מאשה אחרת ולכך הצריך לומר ואומרת שהוא הגורם וכו' משום דבלא זה תלינן הקלקול בה מאחר דכבר יש לו בנים.

ולכך צריכה לומר שאיו"כ והיא מרגשת והוא אינו מרגיש ואמרינן השתא נתקלק' אבל היכא דלא הוליד אפי' לא טענה שאיו"כ יוציא ויתן כתובה דאמרינן דלא זכה ליבנות ממנה כמ"ש התוספו' והרא"ש ע"ש בש"ס בפ' העי': מיהו ראיתי באמצע דבריו בשאלה ששאל את אביו וכן בתשובה שהשיבו אביו משמע אפילו יש לו בנים לא בעי' טענה שאיו"כ וז"ל שאלה ראובן ששהה עם אשתו כ' שנה ולא ילדה והוא כדי לידע אם העכבהממנו לקח אשה אחרת וכו' ונתעברה ממנו וכו'.

ובתוך דבריו כתב ורואה אני שאין מגרע כחה אף כי אינה בת בנים וכו' וכן בתשובה שהשיבו אביו וז"ל ואין לגרוע כח הראשונה במה שאין לה בנים כיון שלא הוחזק' בג' אנשים וכו' משמע מדבריהם דלא בעי' טענה שאיו"כ דהא הכא כבר נשא אשה אחרת והוליד ממנה דלא שייך טענה שאיו"כ ואעפ"ך כתבו דאין למגרע כחה ויפרע לה

כתובתה ולבסוף כתב וז"ל נשא אשה ושהה עמה עשר שנים ולא ילדה יוציא ויתן כתובה וכו' בא להוציאה תוך ע"ש בלא כתובה ואומר שהיא גורמת והיא אומרת שהוא הגורם.

שאיו"כ נאמנת וצריך ליתן לה כתובה וכו' ואם אמר אני אשיא אשה אחרת ואבדוק את עצמי שומעין לו ואם ילדה האחרת יוציא הראשונה בלא כתובה וכו' יע"ש והוא הפך דבריו דלעי' דכתב דאין לגרוע כח הראשונה במה שאין לה בנים כיון שלא הוח' בג' אנשים וכו' ואין לומר דרבינו הטור דעת אחרת אית ליה בדבר זה ולית ליה כסברת אביו דהא הוא עצמו כתב בשאלה ורואה אני שאין מגרע כחה וכו' ואף על פי דיש לדחות דאפשר דהשאלה היא מאיש אחר ולא מדברי רבינו הטור מ"מ הוא דרכו להלך בעקיבות משיחא אביו ז"ל ואין להמרות בדברי אביו וסברתו והוא הביא דבריו בספרו שאלה לא"א הרא"ש וכו': ונ"ל לחלק ולומר דשאני הכא דאמר אבדה הראשונ' כתובתה הוא מטעם דגם היא מודה שהעיכוב גם הוא ממנה אלא שהיא אומרת דמ"מ גם הוא איו"כ ואפילו אם היא יולדת כדרך הנשים מ"מ הוא איו"כח ולית ליה פסידא מחמתה שהרי הוא אינו מוליד שאיו"כ כמ"ש לעיל בדברי ה"המ יע"ש.

והיינו טעמא אפילו הוא טוען טענת בריא שהעיכוב ממנה שמפסדת הזרע והיא טוענת. שאיו"כ יוציא ויתן כתובה מטעם דבלאו הכי אינו מוליד והעיכוב ממנו שאיו"כ ולכך אמר אבדוק את עצמי שומעין לו דיכול לברר טענתה ואם ילדה השניה נמצא טענתה שקר שאמרה שאיו"כ ויוצאה בלא כתובה אבל לעיל מסתמא מעמידינן אחזקתה שיולדת כדרך הנשים ואמרינן דלא זכה להבנות ממנה ואית לה כתובה ולא מהני שאמר אבדוק א"ע ואפילו ילדה השניה אמרי' דגם הראשונה יולדת אלא דלא זכה ליבנו' ממנה: ולעיל מניה בתחי' דבריו שבאה מחמת טענה .

שחפצה לילד וכו' רצונה לומר דהעיכוב הוא ממנו אבל היא קי"ל בנפשה שהיא יולדת ולא בעייא טענת ולא נקט לה אלא לאשמוע' דאפי' ליה בנים מאשה אחרת והוה סלקא דעתין דאין בטענתה כלום לכך הוצרכנו לטע' שאי"וכ לאשמועי' דהשת' נתקלק' ולפי זה נראה דלא מהני אם אומר אבדוק את עצמי דאמרינן דלא זכה ליבנות ממנה וכן נראה מדברי מור"ם יע"ש ולכך לא קתני באותה בבא אם אומר אבדוק את עצמי וכו' ומשום דלא מהני.

אמנם ראיתי להרב ב"ש שמיאן בדבר זה ואית ליה דאם אומר אבדוק את עצמי וכו' אפילו באה בטענה שמעינן ליה ואם הוליד עם השניה הראשונה אבדה כתובתה. והקשה על מור"ם .

מנ"ל לומר כן יע"ש: ועתה אסורה נא ואראה המראה הגדול דברי מרן בקצר להיכן דעתו נוטה אם צריכה לטעון שאיו"כ או לא והוא נקט בלשונו הזהב וסגירת לשונו כדברי רבינו הטור וז"ל האשה וכו' ואם טענה שחפצה לילד וכו' ואומרת שאינו יו"כ וכו' שומעין לה אפילו יש לו בנים מאשה אחרת וכו' ויכולני לומר דטעם דנקט בלשונו ואומרת שאינו יו"כ לא נקט לה אלא לאשמועינן דאפילו יש לו בנים וכו' וה"א דהעיכוב ממנה ויוצאת בלא כתובה לכך הוצרך לומר והיא אומר' שאיו"כ נאמנת דאמרינן השתא התקלקל אבל אם אין לו בנים לא בעי' טענה שאיו"כ כדפרשינן בדברי רבינו הטור וכן משמע מדברי מור"ם שכתב ע"ד מרן וה"ה אם שהה ע"ש וכו' ובאה מחמת טענה וכו'

דכוונתו לומר וה"ה אם שהה וכו' ולא בעייא טענת שאיו"כ אלא באה בטענה דיי ולא בעי' טענה שאיו"כ אלא אם יש לו בנים כמ"ש בסוף דבריו נמצא דמור"ם אית ליה דדברי מרן דנקט והיא אומרת שאיו"כ לא נקט לה אלא להשמיענו דאפי' אית ליה בנים וכו' הא לאו הכי לא בעי' למימר שאיו"כ ולכך כתב והא אם וכו' דאל"כ דמרן אית ליה דבעיא לומר שאיו"כ כדעת הרמב"ם הו"ל לומר וי"א שהיא סברת הרא"ש והתוס' שהם הפך דברי הרמב"ם אלא ודאי דעתו היא דמרן אית ליה כסברת רבינו הטור דסבר כאביו ולא כתב והיא אומרת שאיו"כ אלא לאשמועי' דאפי' אית ליה בנים נאמנת מאחר שהיא אומרת שאיו"כ והיא מרגשת בדבר ואמרינן נתקלקל אחר מכן וכן נראה מסי' שכתב נשא אשה וכו' ולא הזכיר אלא יוציא ויתן כתובה: : אמנם בדבר א' נ"ל דמרן לית ליה כרבינו הטור דהא הכא שבאה בטענה שחפצה לילד וכו' לא הזכיר רבינו הטור ואם אמר אבדוק את עצמי וכו' ואמרינן דלא מהני ליה בדיקה וכן מוכח מדברי מור"ם ומרן אית ליה הכא דבאה בטענה כתב ואם אמר אבדוק את עצמי וכו' שומעין לו ואם ילדה השניה הראשונה יוצאה בלא כתובה.

ותמה לי על רבינו מור"ם איך לא הרגיש בדב"ז וכתב וה"ה אם וכו' ולא מהני אם אומר אבדוק את עצמי וכו' דמ"ש גם מרן יודה לדבר זה: ואחר החי' ראיתי להרי"בש שהבי' כל סבר' הגדולי' וכתב גם המח' חושש לדעת הרמב"ם מה שסתם וכתב שאינו יו"כח אפי' דאינו טוען בריא ומכחיש אותה גם משמע אפילו בבעל ראשון ואפילו אין לו בנים מדכתב ואפילו יש לו בנים וכו' צריכה לומר שאיו"כ ולא כהגהת מור"ם שהביא דעת התוס' ע"ד המחבר כאילו לא היה חי' ביניהם יע"ש וכ"כ בסעיף י' ע"ד המחבר שכתב נשא אשה וכו' יוציא ויתן כתובה כתב ע"ד איך פסק ותני יוציא וי"כ ולפי משמעות דבריו סעיף ט"ז דפסק כהרמב"ם כל עוד דלא טענה טענת בריא דהעיכוב ממנו אין לה כתובה וכו' יע"ש נמצא דאית ליה דמרן ס"ל כהרמב"ם דצריכה לומר שאיו"כ ואם לא טענה כן אין לה כתובה דמוקמינא ממונא בחז' בעליו ואפילו אין הבעל טוען בריא: ואפילו את"ל דמרן סבירה ליה כרבי' הטור דלא בעייא לומר שאינו ויוציא ויתן כתובה היינו אם לא אמר איזיל ואבדוק את עצמי אבל אם אמר איזיל וכו' שומעין לו ואם ילדה השניה תצא הא' בלא כתובה כמ"ש בדבריו וכן הכריח הרב"ש לדעת התוספות דהיכא דיש לו בנים לא אמרי' לא זכה ליבנות ממנה אם לא טענה שאיו"כ וכן ה"ה כשאין לו בני' והוליד אח"ך עם אשה אחרת דלא אמרינן דלא זכה ליבנו' ממנה ויוצאה הא' בלא כתובה אם רוצה להוציאה: ותצא דינה לנדון דידן דלא טענה אשתו שאיוכ"חואפילו אם טענה טענת בריא ואומרת ממנו הוא העיכוב ולא פירשה שאיוכ"ח לדעת הרמב"ם ומרן כפי סברת הרב"ש וכן פשט דבריו מדקאמר ואפילו יש לו בנים.

ואם באמת דלא בעי' טענת שאיוכ"ח אלא משום דאית ליה בנים הול"ל אם יש לו בנים מאי אפילו אלא פשוט כמו שהכריח הב"ש דאית כסברת הרמב"ם ובעיא לומר שאיו"כח ואם לא אמרה תצא בלא כתובה . דאוקמיה ממונא בחזקת בעלים: ואת"ל דלא בעי' לס' מרן לומר שיו"כח כמו שהבין מור"ם מ"מ אם אמר איזיל ואבדוק וכו' שומעין לו כמ"ש בדברי מרן אם אמר איזיל וכו' ואם ילדה השניה תצא הראשונה בלא כתובה אם רוצה להוציאה מרצונו הטוב דאפילו הבאה מחמת טענה לא כייפי' ליה אלא בדבר שמפורש בש"ס דכופין להוציא אבל באחריני אומרים לו חכמים חייבוך וכו' כמ"ש מרן בסעיף

כ"א ומכל שכן בזה שנשא אשה אחרת והוליד ממנה דאינו חייב להוציא ואפילו לומר לו חז"ל חייבוך לא אמרינן: פרק ט"ז הכ"ג ועד כמה תגבה האלמנה וכו' אם היתה בבית בעלה גובה לעולם ואם היתה בבית אביה גובה כתובתה עד עשרים וחמש שנים וכו' משנה בפ' הנושא דף ק"ד ע"א פלוגתא דר"מ וחכמים ופסק רבי' כחכמים ופירש"י שם במתניתין כל זמן שהיא בבית אביה והיורשים זנוה שם ע"כ בא לאשמועינן רבותא דאפילו זנוה שהייתי אומר הרי היא כבית בעלה ואינה גובה אלא עד כ"ה וכו' שתעשה טובה וכו' אפ"יה גובה כתובתה לעולם דבבית אביה אינם מספיקים לה אלא בצמצום כברכת הבית וכן לסברת חכמים כל זמן שהיא בבית אביה אפילו זנים אותה שהייתי אומר אין שתיקתה מחילה קמ"לן עד כ"ה דאינו דומה בית אביה לבית בעלה: ועל מאי דקתני סיפא דמתניתין מתה יורשיה מזכירין כתובתה וכו' ק"ל מאי קא משמע לן פשיטא אפילו היא עצמה שהייתי אומר שתיקתה לאו מחילה היא דהא לטובתה בשביל שתהיה נזונית ויכבדו אותה ומכל שכן היורשין דאין להם מזונות שצריכים למחות.

ודוחק לומר דאשמועינן אפילו לת"ק דלית ליה טעמא דמחילה לגבי יורשים אית ליה טעמא דמחילה וצריכים למחו' על כתובתה. ואפשר לפרש במאי דפירש"י ד"ה אלמנה בת אחולי היא שנהנית מהם כל השנים וכו' דמשמע דלגבי אלמנה אמרינן מחלה טפי ומ"ש רש"י ד"ה מתה וכו' כלומר צריכים וכו' ר"ל דלשון מזכירין משמע דגלוי דעת בעלמא סגי לכך הוצרך לומר צריכים למחות: וכתבו שם התוספות ע"ב ד"ה אמר רב הונא וכו' תימא אם כן הואיל ואינה גובה לרב וכו' יע"ש.

ר"ל מאחר דרב אית ליה דמנה ומאתים אינה גובה בכתובה כי אם בעדי מיתה ותוספ' גובה לעולם א"כ מאי קאמר רב לעיל ל"ש אלא שאין שטר וכו' מאי הוכחה משטר אחר דאינה גובה בו ומצי אמ"ל פרעתי וגם לגבי מחילה הו"ל כמאן דליתיה דמי ומאי ראיה מביא ורש"ל מגיה ואינה גובה וגריס וגובה בו וכו' וכוונתו לומר וגובה בה התוספת ומשו"ה אין ממנו ראיה אבל ק"ל מאי קשייא ליה על גירסת התוספות עד שהוצרך להגיה ואפשר לומר דרש"ל ז"ל קשייא ליה על פי' התוספות מאי מקשים דאע"ג דאינה גובה בה מנה ומאתים היכא דאמ"ל פרעתיך מ"מ תיהני לה לעני מחילה דתאמר לו דאם איתא דמחלה היתה מחזרת לו שטר כתובתה ואם כן מאי מקשים לכך הוצרך להגיה וגריס וגובה בה דהשתא לא מציי' אמרה אם איתא דמחלה היתה מחזרת שטר הכתובה.

דיכול לומר לה לעולם מחלה והניחה שטר כתובה אצלה משום התוס' דשמא למחר אומר לה פרעתי. או אין לך עלי אלא תוספת: פרק י"ז הט"ו היתה כתובתה מאתים ומכרה שוה מאה במאתים וכו' משנה בפ' אלמנה ניזונית דף צ"ח ע"א אלמנה שהיתה כתובתה מאתים ומכרה וכו' היתה כתובתה מנה וכו' היתה כתובתה ד' מאות וכו'.

ולכאורה קשה דמאי טעמא ברישא נקט מאתים ובמציעתא נקט מנה ובסיפא נקט ד' מאות והו"ל למנקט בכולהו חשבון אחד ולמה שינה בלשונו בכל בבא ובבא. ולעד"ן דברישא נקט מאתים משום דסתם כתובה היא מאתים דכך תקנו רבנן ומשום דקתני ברישא ומכרה שוה מאתים במנה נתקבלה כתובתה משום דטעתה בשלה לזה הוצרך לומר אבל אם כתובתה מנה ומכרה שוה מנה ודינר במנה דטעתה בשל יתמי מכרה בטל דאם היתה כתובתה מאתים מכרה קיים ולכך נקט מנה דומיא דריש' דטעתה במנה.

וטעמא דנקט ברישא ד' מאות לרבותא נקט דלא גזרינן הא אטו הא כדאמרינן בש"ס ואף על פי דגם אם היתה כתובתה מאתים ילפינן שפיר דלא גזרינן מ"מ יכולני לומר דדוקא אם מכרה ב' פעמים וטעתה בפעם שניה הוא דלא גזרינן אבל אם מכרה פסקי פסקי ד' פעמים גזרינן הא אטו הא קמ"לן.

וראיתי להרב תי"ט שתירץ קרוב לזה: וכתבו התוספות שם ד"ה אלמנה וכו' ומוקי לה ר"י כשהוזל המקח כשהוקיר המקח וכו' ר"ל מכרה שוה מאתים במנה הוזל המקח דמה תועיל בהחז"ה והיכא שמכרה מנה במאתי' אוקיר המקח דאין להם תועלת להלוקחים בחזרתו וק"ל. ברם בהא דקאמר ר"י דהוא הדין ביטול מקח מלת הוא הדין אינה מדוייקת: וכתבו שם התוספות ע"ב ד"ה כאן שנה רבי וכו' דאי לא קיימא הכי קשייא דר' אדר"י ולא תקשי לפירש"י דמפרש מתניתין כרבי יוסי ולא מחלק בין אם פירש לדלא פירש דמה שאמר ר"י וכו' היינו לת"ק ור"ל לדידי הכל לשליח אלא לדידך דאית לך לב"ה יכול לומר לו אי אייתית לי בשית וכו' וק"ל (כך מצאתי כתוב : בתוספות הרא"ש): עוד כתבו התוספות שם ד"ה כאן שנה רבי וכו' הא לאו הכי הדר דהכא משום וכו'.

ר"ל לפירוש הירושלמי מאי הוכחה מכאן דשנה כאן רבי הכל לבעל המעות. דהא בירושלמי מוקי למתניתין באוקיר ואוזיל הא לאו הכי מצי מהדר נמצא כאילו עדיין הקרקע ברשות יתמי ולא יצא הכל לשליח.

ותירצו דאם כן גבי שוה מאתים במנה תחזיר להו דעדיין ברשותם אלא הכא והכא קנאתם. מיהו קשה אחר דקנאתם תימא אנא ארווחנא וי"ל דפי' קנאתם הוא כמו שכתבו להך דמכרה מאתים שנתכוונה לקנות הקרקע לכתובתה במאתים אלא דק"ק אם כן איפוא מאי הוכחה מכאן לבעל המעות וי"ל:פרק ח"י ה"א אלמנה ניזונת מנכסי יורשין וכו' משנה היא במס' כתובות דף צ"ה ע"ב אלמנה ניזונת מנכסי יתומים וכו' ובגמרא איבעיא להו ניזונת תנן או הניזונת תנן וכו'.

ת"ש אמר רבי זירא וכו' אי אמרת בשלמא הניזונת תנן שפיר וכו' לכאורה קשה לפירו' הקונטריס דמוקי מלתיה דשמואל בשעה שאינה ניזונת אבל כשניזונת מציאתה שלהם אמאי לא תני במתניתין מציאתה וכו' וכן לפי' התוספות אמאי לא פשיט ממתניתין גופה בלא מלתיה דשמואל הניזונת תנן מדלא קתני במתניתין מציאתה.

ואפשר לומר דתנא ושייר. וא"ת מאי שייר דהאי שייר.

שייר כל המלאכות שהאשה עושה וכו' כדלקמיה: ובעיקר בעיית הש"ס דבעי ניזונת תנן או הנזונת לכאורה נראה דהמבעי ראה מה שאמר במתניתין ניזונת ואף על פי כן קא מבעייא ליה ניזונת כמו שכתוב וכאנשי גליל או דילמא הנזונת וט"ס וכאנשי יהודה וקרוב לדברי התוספות שכתבו דלא נסתפק המבעי אלא מט' שמצא במתניתין כתוב מעשה בלא וא"ו ולכן נסתפק אם מניח מתניתין ניזונת תנן ומגיה תיב' מעשה וגריס ומעשה בוא"ו א"ד גריס הניזונת ולא חסר וא"ו ממעשה ומגיה תיבת ניזונת אבל זה אינו דאם איתא דהוא"ו כתוב במתניתין ומעשה בוא"ו לא הוה מבע"ל דדבר פשוט דנזונת תנן.

אך ק"ל דמי יימר להו דבמתניתין הוה כתוב מעשה חסר וא"ו אי משום דאי לאו הכי מאי קא מיבעיי' ליה דילמא היה כתוב במתני' ומעשה בוא"ו ולכך קא מבעייא ליה הנזונת תנן וכו' ואפשר לומר דהתוספות משמע להו מדנקט נזונת ברישא קודם הנזונת ש"מ דניזונת הוה גריס המבעי: הלכה כ' אלמנה שבאה לב"ד לתבוע מזונות וכו' וכן יש לה למכור למזונות שלא בב"ד וכו' משנה בפ' אלמנה נזונת דף צ"ז ע"ב מכרה כתובתה וכו' ומוכרת למזונות שלא בב"ד וכותבת למזונות מכרתי וכו' ולעיל דף צ"ו ע"ב וכו' אמרינן בברייתא וכותבת אלו למזונות מכרתי ואלו לכתובה מכרתי דברי ר"י וכו'.

ולכאורה ק' לר"י למ"ל לפרש לכתובה מכרתי ואדרבה אית ליה פסידא שאם שהתה איבדה שאר מזונות דמצי אמ"ל מחלה אבל במוכרת סתם לכתובה יכולה לומר למזונות מכרתי כמ"ש התוס' ועוד שמעתי מקשים דאית לה הרוחה אחריתי שמוכרת סתם דיכולה לטרוף מן הלקוחות כדר"י ועוד דהמתני' דלקמן לא קאמר' אלא למזונותיה ואפשר לומר דלרבי יהודה אפילו כותבת סתם לכתובה לית לה הרוחה דשאני ר"י דאמרינן בסתם יפה לה משום דנכסי בחזקת אלמנה.

קיימי וכשם שנאמנת גבי יתומים גם לגבי לקוחות נאמנת לומר למזונותיה מכרה אבל לר' דאית ליה נכסי בחזקת יתמי קיימי אינה נאמנת לגבי לקוחות בסתם כמו שאינה נאמנת לגבי יתמי בסתם ולעולם לר"י ליכא שום חילוק בכתובה בין פירשה ללא פי' והא דקאמר ר' וכותבת אלו למזונות ואלו לכתובה לאו דוקא אלא באגב נקטא והראיה ממתניתין דלא קאמר' אלא למזוני ודוק: ובדברי רש"י ד"ה מאי לאו וכו' לכאורה קשה מאחר דנכסי בחזקת יתמי קיימי ובידם להכחישה אם כן אפילו פירשה ועוד דלמה לי טעמא דיאמרו נתננו לך מטלטלין וכו' תיפוק ליה דבלא"ה אין לה מזונות אחר שגבתה כתובתה: ואפשר לומר דמ"ט יכולין לומר משום דהם מזוני דלשעבר דמוכחא מילתא דקושטא קאמרי אבל אם פירשה ליכא הוכחה ועליהם להביא ראיה.

ולקושייא ב' נראה דר' אית ליה אפילו מכרה כתובתה ונשאר לה קצת יש לה מזונות לכך אצטריך להך טעמא: ובתוספות שם ד"ה ור' יוסי וכו' והכא לעולם וכו' לכאורה קשה דמאי שייכות לדברים אלו עם דלעיל ועוד מאי מקשי אחר כך וא"ת והלא וכו'. ונ"ל שטעות נפל בדברי התוס' וצריך אתה לומר דוהכא לעולם גרסינן ליה בסוף הדבור אחר א"נ בלקוחות וכו' א"נ דהתם מקומו וכוונתם היא לאשמועי' כמו עצה טובה ומה שהקשו וא"ת וכו' כוונתם להקשות על עיקר הדין שאמר טורף מן הלקוחות ולא קאי אדלעיל מניה.

א"נ אפשר לפרש כוונתם דקאי אדלעיל מניה. וק"ל על דברי ר' שפירש אף על פי שמכרה דמשמע לא מבעייא היכא דלא מכרה וקנו הלקוחו' מקודם שיכולה לומר וכו'.

לכך קשה להו לאידך גיסא דקנו מקודם מצו לוקחים לומר הנחנו לך מקום לגבות ותו דהוי כמו אישתדיף וכדפי' רבי דאין חילוק בין קנו מקודם וכו' אי נמי בלקוחות וכו' ודלא כרבי וק"ל: הלכה כ"ז אלמנה שתבעה מזונות וכו' הם אומרים נתננו והיא אומרת לא נטלתי וכו' בגמרא שם בעי רבי יוחנן יתומים אומרים נתננו וכו' על מי להביא ראיה וכו'.

ופירש"י נתננו דמי מזונות לשנה הבאה ע"כ ר"ל דר' לא מבעייא ליה אלא אמזונות דלהבא. אך אמזונות דלשעבר פשיטא ליה דעל האשה להביא ראיה דמדשתקה עד השתא קושטא קאמרי.

ופשיט ליה מדתני לוי וכו' ומוכרח אתה לומר דמלתיה דלוי היא אמזוני דלהבא דאי לשעבר פשיטא שעליה להביא ראיה ומרישא פשיט ליה עד שלא נישאת וכו' דמשמע אף על פי שתבעה כתובה בב"ד או גבתה כל זמן שלא נישאת אם היתומים תובעים אותה עליהם להביא ראיה דעדיין הנכסים בחזקתה דהכי משמע מדנקט בלישניה עד שלא נישאת כדמשמע מדברי התוספות דתנאי בית דין כל ימי מיגר אלמנותה וסיפא באגב רישא קתני לה לאשמועינן דבר והופכו ולא תקשי לפי' דאמר דאם לשעבר פשיטא דעליה להביא ראיה מדר"י ור"י דבמזונות דלשעבר ופליגי אם על היתומים להביא ראיה או עליה להביא ראיה והוא פשיטא ליה דעליה להביא ראיה דהתם לא שתקה שהרי היא אומרת למזונות מכרתי והם אומרים לכתובה אבל אם שתקה פשיטא דכ"ע מודים דעליה להביא ראיה.

זה מה שנראה לענ"ד לפירש"י. אך לפי' התוספות דס"ל דהמבעי לא בעי אלא לשעבר אבל להבא פשיט' דעליהם להביא ראיה דהטוען אחר מעשה ב"ד וכו' לא פשיט ממלתיה.

דלוי אלא מסיפא נישאת עליה להביא ראיה דמשמע אפילו תבעה כתובה וכו' דדוקא נישאת דיצאו נכסים מחזקתה והיינו טעמא דלא דייקי אלא מסיפא דמרישא ליכא למידק מידי דאיכא לאוקומה במזוני דלהבא עליהם להביא ראיה והיא גופה קמשמע לן הטוען אחר מעשה בית דין לא אמר כלום. אבל מדברי מהרש"א לא משמע הכי וק"ל: והתוספות שם ד"ה יתומים וכו' כתבו אומר ר' וכו' דמוכח מילתא וכו' ר"ל כיוןדמוכחא מילתא נמצא דיתמי ואלמנה כי הדדי נינהו ושקולים הם.

לאלמנה איכא טעמא דהטוען אחר מעשה בית דין וכו'. וליתומים איכא טעמא דמוכחא מילתא לכך מבעייא ליה לרבי יוחנן נכסי בחזקת מי להכריע ביניהם: בא"ד ואפילו למאן דלית ליה וכו' ר"ל היינו להבא דהוי כמו הכתובה במקום שאין כותבין.

אבל לשעבר עליה להביא ראיה דהוי כמו במקום שכותבין כתובה וזה פשוט ולא הוצרכתי לכתבו אלא לאפוקי ממי שפירש בע"א וק"ל: ומ"ש התוספות שם ע"ב ד"ה נכסי וכו' וכתב דחשבינן וכו' יע"ש. אבל משום תנאי בית דין ליכא העדפה דהא מוכחא מילתא ושניהם שוים כדפירשנו: ומ"ש בא"ד א"נ מזונות שאני דכתובה וכו'.

ר"ל דכתובה אית לה קצבה וכשאומרים פרענו נסתלק שעבודה אבל מזונות אין להם קצבה ואף על פי שאומרים פרענו לשעבר אית לה מזונות להבא עד שתפרע כתובתה. ומ"ש בס"ד ולשם מודה וכו' ר"ל דאפילו בודאי קדם האילן לע' מודה בעל האילן שיש לו לקצץ כמו שמפורש במתניתין וכ"ש בספק: פרק כ"ב הל"ה הורו הגאונים וכו' וכל הנושא על המנהג זה קבל עליו אחריות הנדונייא וכשם שאינו משלם הפחת כך אינו נוטל את השבח וכו' ע"כ: נשאלתי מחכמי מתא תלמסאן יע"א בענין כתובה שנמצא כתוב בה בזה ודא נדונייא דהנעלת כלתא פ' קרקע פ' בחצר פ' בין הכל עיקר ונדונייא ותוספת סך אלף דינרי זהב וכו' ונתארמלה האי אתתא ורוצה לגבות בכתובתה הקרקע

הנז' משום שבח בית אביה והוקר הקרקע הנז' באיזה שומא נוטלתו נוטלתו בשומתו הראשונה או שיימינן ליה ונוטלתו בשומתו של עכשיו ובעיא להשלים להיורשים דמי היוקר שנתייקר עכשיו ונפשם לשאול הגיעה אם האשה הנז' חייבת בתשלומין לשלם ליורשי' דמי ההוקרה או לא יורנו המורה לצדקה ושכמ"ה: תשובה דבר זה הוא פשוט ומפורש בדברי מרן בח' א"הע סי' פ"ח ס"א וז"ל נהגו שכל זמן שראוים לעשות מעין מלאכתן ראשונה וכו' נוטלתם.

כמו שהן וכו' בד"א במקום שנוהגין לכתוב בכתובה הכניסה לו כלי פ' בסך כ"וכ וכלי פ' בכ"וכ אבל במקום וכו' שכוללי' הכל וכותבי' הכניסה לו בגדים ותכשיטין סך כ"וכ מעות וכו' חוזרים לשום אותם כמו ששוים עכשיו וכו' יע"ש נמצא דלא מיעט מרן דלא אזלינן בתר מנהגא אלא אם כוללים בגדים ותכשיטין בשומא סך כ"וכ דלא פי' לא הכלים ולא השומא דאמרי' ודאי לא סמכי אשומא ראשונה והראיה דלא פי' אותם בפרטות לדעת שומתם הראשונה אבל אם הוא כנ"ד דכותבין בכתובה קרקע פ' הוי כמו פרט כלי פ' בשומא כ"וכ ואע"פ שלא הזכיר שומתו וכללה עם העיקר והתוס' לא מקרי כללות אלא פרטות דהתוס' ידוע שהוא שליש והעיקר גם הוא ידוע ונמצא שומת הקרקע הוא שני שלישי הסך הנזכר גבי העיקר ואין לך כלי ידוע ושומא ידועה יותר מזה ואמרי' דפרטו הקרקע וכתבו השומא הוא כדי שתעלו שומתו הראשונה: ואין לך בדברי מרן אלא חדושו אם כלל בגדים ותכשיטים דאפילו בדבר זה חלקו עליו וכתבו עליו דאין לחלק בין בכללות בין בפרטות אם פחתו פחתו לה ואם הותירו הותירו לה אם ראויים לעשות מעין מלאכתן הראשונה כמו שהובא דבריהם בב"י יע"ש ואין לך להוסיף ע"ד ואין בו אלא חידושו דלא פירטו ועוד אני אומר דמאי דכתב מרן במקום שנוהגים לכתוב בכתובה הכניסה לו כלי פ' לאו דוקא בכתובה אלא אם הם בפרטות בפנקס הקהל אף על פי דהם בכללות בכתובה סמכינן אפנקס ואמרינן אדעתא דהכי פריטום בפנקס לידע שומתם הראשונה וכן ראיתי להרי"ע שכתב כן במנהגם בס' ב"י יע"ש שהביא ראיה מס' יו"ב יע"ש.

וכן נהגנו במ"ק זה דסמכינן אפנקס של הקהל ואם במח"ק יש להם פנקס הקהל והמה בכתובים ומפורשים שם דיינו ואם לאו הרי הם מפורשים בכתובה ותטול הקרקע שלה בשומתו הראשונה ומי שחותמו אמת הוא ינחנו במעגלי צדק ואמת: פרק כ"ג הי"ז הנושא את האשה ופסקה עמו שיהיה זן את בתה כ"וכ שנים חייב לזון אותה שנים שקבל על עצמו וכו' משנה ריש פרק הנושא דק"א.

והא דנקט בתה ולא נקט בנה לאשמועינן נשאת הבעל נותן לה מזונות וכו' אי נמי מילתא אגב אורחיה קמ"לן דהבת אצל אמה לעולם ושוב שמעתי בשם המרדכי שתירץ כשינויא קמא ע"ש. והא דנקט ה' שנים עיין להרב תויו"ט.

ועיין בתוספות ד"ה הנושא וכו' כאילו התנה עמה וכו'. והקשו בני הישיבה משם מהרש"א והא ר"מ אית ליה מתנה על מה שכתוב בתורה אפילו בדבר שבממון תנאו בטל יע"ש ואנא בריה קלה נלע"ד דלא אמרינן מתנה עמ"ש בתורה ת"בט אלא במתכוין לעקור דבר תורה אבל הכא כוונתו היא דמאחר דאיכא איניש אחרינא דזן לה הוא אינו

רוצה לזונה א"נ דלא אמרינן תנאו בטל אלא אם אמר לה ע"מ שאין ליך עלי שאר וכסות וכו' אבל אם אמר לה ע"מ שתפטר ממני תנאו קיים.

והכא כוונתם לומר כאילו התנה עמה ואמ"ל ע"מ שתפטרני. והא דנקטו בלשונם ע"מ שאין לה עליו היינו פירוש הענין אבל לא אמ"ל בהאי לישנא וכ"כ התוספות לעיל בפ' אף על פי: ובאגב י"ל לתמוה ע"ד התוספות בד"ה חייב וכו' שכתבו ואף ע"ג דלא הוי וכו' וקשה דהא לקמן מוקמינן ר"י כר"ש וקאמר דלא גבי אלא מבני חרי והתם קאמר ואני ערב כדהכא חייב אני לך.

וי"ל: עוד כתבו שם התוס' ד"ה והיא ניזונת וכו' ולמ"ד כתובין בעינן מוקי לה כשקנו מידו וקשה דהא לקמן מוקמי' לה בשלא קנו מידו והאי מ"ד דהתם היינו ר"ל דאם לא כן מאי למימרא וסיפא דמתני' קאי אארישא כדמוכח מדבריהם ד"ה חייב לזונה. והיאך מוקמינן לה בשקנו מידו.

ושוב מצאתי למוהרש"א שהקשה כן עי"ש מה שישב אבל קשה לענ"ד למ"ד דמוקי לה בשקנו מידו תיקשי ליה מאי למימרא וי"ל דאתא לאשמועינן דהויא כבעל חוב וגביא ממשעבדי. אכל בנות אף ע"פ שקנו מידו לא גביא ממשעבדי כדלקמן: הלכה י"ב הנושא אשה סתם כותב ונותן כמנהג המדינה וכו' ועיין לה"ה ז"ל והנה באה לידי כתוב' לאשה אלמנה ולא נמצא כתוב בה השליש כפום מנהגא והיה כתוב בה כך ודא נדונייא שהכניסהסך כ"וכ והעיקר תליסר ופלגא והשליש לא הוזכר בה כלל ואני לעצמי פסקתי לה שהדין הוא לנכות לה שליש מסך הנדונייא הנזכר' כפום מנהגא דאית לן דמנכין לאלמנה שליש מסך כתובתה ואע"פ דלא הוזכר השליש בכתובה אמרי' מסתמא לא נכתבה אלא כמנהג מח"ק זה והוסיף השליש בנדונייא וטעה והשמיט השליש ולא כתב נמצא סך כתובה דא בין עיקר ונדונייא ושליש וכו' והו"ל כמו שנכתב מאחר דמנהג העיר כך והוא מנהג פשוט בעיר ולית כתובה דאין מוסיפין בה השליש ואמרינן ודאי נכתבה כתיקון העיר ובפרט דהסופר הוא מובהק ויודע תיקון ומנהג העיר ובכל הכתובות יוסיפו השליש ואם יש לבעל דין לחלוק מידי ספיקא לא נפקינן והמוציא מחבירו עליו הראיה דיד בעל השטר על התחתונה וכל ספק שאירע בשטר טוענין ליורשים וללקוחות כמ"ש מרן בח"מ סימן מ"ב ע"ש : ומאחר שראיתי דיש חכמים שנראה להם שהוא דבר תימא מאחר דלא הוזכר השליש בפי' בכתובה וגם אמרו דמצאו למהרי"ע בבית יהודה בח"ב שהביא משם הרשב"ץ הפך הפסק שלי לכן רצתה נפשי לעמו' על קו הדין והאמת מפי סופרים וספרים ולעיין בדברי הרשב"ץ תחלת כל ראיתי לרבינו הטו"ר בסימן ס"ו בח' א"הע שכתב וז"ל ויש מקומות שרגילין לכתוב כתובה יותר ממה שמכנסת לו שאם מכנסת אלף כותבי' אלף ות"ק לפיכך לעולם יגבו אותה כפי' המנהג אם ידוע שמוסיפין וכותבין אלף ות"ק כשמכנסת אלף לא תגבה אלא אלף וכ"כ הרמב"ם כשבאת לגבות כתובה מגבין לה מה שבכתוב' לפי מנהג המדינה ובכל הדברים האלו וכיוצא בהם מנהג המדינה הוא עיקר ועל פיו דנין והוא שיהיה אותו המנהג פשוט בכל המדינה ע"כ ע"ש: הנה מלשון הזהב דרבינו הטו"ר דכתב שאם מכנסת לו אלף כותבין אלף ות"ק משמע דכוללים הכל וכותבין ודא נדונייא דהכניסה אלף ות"ק וכן מוכח נמי ממה שכתב אם ידוע שמוסיפין וכותבין אלף ות"ק וכו' ואם כותבין התוס' בפי' מאי אם ידוע וכו' דקאמר

הרי ידוע ועומד וכן מוכח לשון הזהב להרמב"ם בפ"כג שכתב וז"ל כגון שתהיה הנדונייא מאה וכותב שהכניסה מאה וחמשים כדי להרבות בפני העם וכו' ולא שייך הרבוי אלא אם הזכיר הסך כולו בשם נדונייא ולא בשם תוספת: נמצינו למדים מדברי הרמב"ם ורבינו הטו"ר .

דבמקום שנהגו להוסיף שליש מלבר אפילו הוא כלול עם הנדונייא אין דינו כנדונייא ותוס' מקרי ומנכין לאלמנה מכתובתה אותו שליש. ואם יצא לדון בעל הריב ויאמר דשאני הכא דהטעם הוא משום דשינה מהמנהג שדרכם שלא לכלול והכא קחזינן דכללו או שמא לא כתבו ולא כתב כי אם הנדונייא לא מלבד טעמי קמאי דכתיבנא לעיל דתלינן בטעותא וקי"לן המוציא מחבירו עליו הראיה דיד בעל השטר על התחתונה דמדין ספיקא לא נפקינן מכח מנהג דהכי נהוג וכל המשנה ממנהג המדינה עליו להביא ראיה דבעי לפרושי כמ"ש בש"ס בריש פרק המקבל הכל כמנהג המדינה וכו' לאתויי מאי וכו' לא צריכה דכ"ע יהבי בתלתא ואזל איהו ויהיב בארבעה וכו' קמ"לן דאיבעי ליה לפרושי וכתב שם הרא"ש בשם ר"ח שמע מינה מאן דטעין לשנויי ממנהג המדינה עליו הראיה ע"ש: וכן הוא בנדו"ד דרצתה לשנוי ממנהג המדינה שלא לנכות לה השליש כמו שנהוג עליה הראיה ואבעי לה לפרושי בכתובה ולומר ודא נדונייא סך כ"וכ בלא השליש הנהוג וזולת זה לא מהני ואפילו לא נכתב ולא הזכירו הו"ל כנזכר ונכתב מאחר שהוא מנהג והוא מנהג פשוט וכ"כ שם בש"ס דף ק"ד ר"י היה דורש לשון הדיוט וכו' ופי' התוס' והרא"ש פי' לשונות שלא תקנו חז"ל אלא הדיוטות וכו' היה דורש ואפי' לא כתב כאילו נכתב דאי כשנכתב פשיטא דצריך לקיימו ע"ש ולא מלבד זה עוד יש לי להביא ראיה מדקדוק לשון רבינו הטו"ר דכתב ולפיכך לעולם יגבו אותה כפי המנהג ע"ש ומדהוצרך לדקדק בלשונו הזהב ואמר לעולם כוונתו למעט כל צד וכל אופן שיהיה לא אזלינן אלא בתר מנהג מדינה ואפילו אם שינו שלא לכלול עם הנדונייא ואירע שכללו השליש עם הנדונייא ולא הוזכר בכתובה לעולם יגבו אותה כפי מנהג המדינה ומנכין לה שליש כנהוג ולא אמרינן מאחר דלא נכתב בכתובה השליש בפי' עשו שלא כמנהג המדינה ולא הוסיפו לה שליש לכן כתב לעולם לומר לך בכל אופן שיהיה אין לה אלא כמנהג המדינה דאל"כ מאי לעולם דקאמר והול"ל לכן יגבו לה כמנהג המדינה וכו' אלא דודאי בה למעט כדכתיבנא בכל אופן עד שיפרש כדכתיבנא ובלא זה בכל לשון דאיכא לספוקי אזלינן בתר מנהגא וזה פשוט לע"ד: ופניתי לראות ולעיין בדברי הרשב"ץ ומהרי"ע שנסתייעו מדבריהם ורצו להפך ממנהג המדינה וראיתי דליכא שום סייעתא ולא שמה מתייא דלא מלבד דיש לחלק בין הנדו"ד להנדון דמהרי"ע ורב המרחק ביניהם ואנן לא צריכנא לחלק משום דכל דברי הרשב"ץ הם בנויים על קוי התקנו' שתקנו בני גילו ואנשי מדינתו וכך תקנו דאם כללו התוס' עם הנדונייא חזר הכל נדונייא והוא שינה וכ"ז מוכח מלשון הרשב"ץ סי' רס"ה וז"ל עוד שאלת בענין ירושת הבעל ע"פ התקנות שתקננו במקומנו וכו' וכתב עוד בתוך התשובה וז"ל והדין בזה הוא לתת ליורשיה שהוא אביה שליש מאתים וחמשים לפי נוסח התקנה שכך כתוב בה ע"ש הרי עיניך תראינה מישרי' דהטעם שגובה מאתים וחמשים ואע"פ שלא הכניסה כ"א מאתים הוא משום התקנה דכך תקנו שאם יכללו התוס' עם הנדונייא הרי הוא כנדונייא וכן כתב ג"כ בפי' התקנות סי' רצ"ב וז"ל ואם כתב לה יותר ממה שהכניסה לו לפי לשון התקנה אותו תוס' יש לו דין נדונייא

אחר שכלל אותו עם הנדונייא וכו' ע"ש נמצא דכל דבריו הם בנויים על פי התקנות ואם כן מאי ראיה מביאים משם למנהג דידן המובא מן הש"ס בפרק המקבל ומשם מקורו כמ"ש הב"י על דברי רבינו הטו"ר דכתב יש מקומות וכו' ואותו המנהג הוא מנהג מקומנו זה דאפילו מבגדים הנשומים מוסיפין שליש מלבר אבל דברי הרשב"ץ הוא אומר ע"פ התקנו' ומהרי"ע נסתייע מדבריו מאחר דהוא מארי דאתרא ומנהגם ע"פ התקנו' דידיה לאפוקי אנן באתרא דידן ליכא סייעתא מדבריו ובזה יתורץ נמי איך יהיה דבריו הפך הרמב"ם ורבינו הטו"ר ולמאי דכתיבנא ניחא: תדע דפסק מהרי"ע על פי התקנה דהא בסוף השאלה והתשובה בחתן שכתב תוס' לכלתו וכתב לה הרי הוא כעיקר והחכם הדיין חייבו והוא חלקעליו וכתב דדוקא אם כללם עם הנדונייא כמ"ש הרשב"ץ דמשם באר"ה דדבריו ע"פ התקנה דאל"ך מאי שנא דכפי הדין אית לן דאם התוספת קבלו עליו כעיקר אפילו נתארמלה גובה אותו כמנה ומאתים וכמו נדונייא גופה אלא ודאי דדבריהם ע"פ התקנה בנויים וכך תקנו דוקא התוספת שכלל אותה עם הנדונייא והיא גופה תקנה שהחזיר הנדונייא ליורשי הכלה אם מתה בתוך ג"ש ולאו מדינא דגמר' דלא נזכר מנהג זה בש"ס ובכלל התקנה תקנו אם כלל התוס' עם עיקר הנדונייא: אלא דלכאורה נר"ל דיש גמגום בדברי מהרי"ע דמתחי' כתב דאם כלל התוס' עם הנדונייא נעשה כנדונייא ומקרי שלה וכן מדוייק בפלוגתיה עם החכם הפוסק משום דלא כללו עם הנדונייא וכ"כ דסוף סוף וכו' שהרי לא כללו עם הנדונייא וכו' ובסוף דבריו כתב דדוקא מה שהביאה מבית אביה ולא יותר דטעמו משום דתם לריק כחכם ולא שייך אלא במה שהביאה וכו' ולשון נדונייא ולשון חזרה מוכיחין דדוקא מה שהביאה היא נוטלת לה להרויח וכו' ולפי טעם זה אפי' כלל עם הנדונייא ומאי האי דקאמר שהרי לא כללו עם הנדונייא ע"ש וצ"ע ולדבריו תקשה נמי גם התקנה שתקנו כך ולאפס הפנאי אין להאריך: ועוד שאלוני בענין כתובת בנין דכרין והאשה השניה עדיין היא קיימת וגם צרת הבת אם יש לו לבן כתובת בנין דכרין מאחר דהאשה השניה וגם הבת קיימין אין לבן כתובת ב"ד עד לאחר מיתה או יש לו אפילו קודם מיתה או אין לו אפילו לאחר מיתה דדוקא שמתו שניהם בחייו: וראיתי לרבינו הטור שכתב בסי' קי"א וז"ל וכאשר הדין וכו' כן הדין אם מתה אחת בחייו והשניה קיימת וכו' אם יש שם כדי שני כתובות בני הראשונה נוטלים כתובת אמם והשניה נוטלת כתובתה וכו' יע"ש.

וכתב עוד יש מן הגאונים שכתבו שאם השניה קיימת אין בני הראשונה נוטלין כתובת אמם וא"א הרא"ש ז"ל כתב כסברא ראשונה יע"ש. הנה מבואר מדברי רבינו הטור ולדעת אביו ז"ל דיש לבני הראשונה כתובת בנין דכרין אע"פ דעדיין השניה קיימת וכ"כ מרן ז"ל בקצר יע"ש.

מתה אחת בחייו ואחת קיימת דינם כדין מתה אחת בחייו ואחת לאחר מותו ע"כ יעי"ש: הרי מפורש דין פשוט דאפי' עדיין שניה קיימת יש לבני הראשונה כתוב"ד ודלא כיש מן הגאונים שכתבו דכל עוד שהשניה קיימת אין לבני הראשונה כתוב"ד משום דלא ליתו לאנצויי דלדעת רבינו הטור ואביו ומרן ז"ל לא חיישינן לדבר זה: אלא שעדיין יד הדוחה נטויה לומר דדוקא באשה שתבעה כתובתה.

אבל אם הוא כנ"ד שהאשה יושבת על נכסי בעלה עדיין אנחנו אומרים אין לבני הראשונה כתוב' בנין דכרין דנכסי הבעל משועבדין למזון האשה כמ"ש מרן עצמו דמזון האשה קודם לכתוב"ד ואין לבני הראשונה כתובת בנין דכרין עד שתתבע השניה כתובתה אלא שמדברי רבינו הטור ז"ל שכתב ואם יש שם שתי כתובות בני הראשונה נוטלין כתובת אמן והשניה נוטלת כתובתה וכו' משמע דיש לבני הראשונה דין קדימה אע"פ שהשניה לא תבעה כתובתה מדהקדים בני הראשונה לשניה עתה ושינה מכל בבי דלעיל שהקדים בהם בני הב' לבני הראשונה: אלא שאין זה מוכרח דאפשר דבא לאפוקי מסברת הגאונים כדכתיבנא ולא לענין קדימה: אלא דיש לחלק דמאי דקאמר מרן דמזון האשה קודמין לכתובת בנין דכרין היכא שהנכסים מועטין דאי מגבינן כתוב"ד לבני הראשונה נשארה השניה בלא מזונות ובלא כתובה אבל בנכסין מרובין דיכול לקיים שתיהן לא אמרינן דאין לבני הראשונה כתוב"ד עד שתגבה השניה ותתבע כתובתה בב"ד או עד שתמות ודבר זה מפורש בדברי מורם סי' צ"ג סע"ד וז"ל ובמקום שאלמנה דוחה הבנות מוציאין לאלמנה מזון עד זמן שאומדין ב"ד שראויה להחיות אם ילדה ואם זקנה וכו' יע"ש.

וכן כתב מרן סי' קי"ב סי"א וז"ל אבל אם אין בנכסים שהניח אלא פחות מזה מוציאין מהם מזונות לבנות וכו' ונותנין השאר לבנים וכו' יע"ש. וגם בנדו"ד אמרינן כן ואמאי מענים דינו ואמרינן ליה עד שתגבה האלמנה וכ"ש במקום דמטי ליה פסידא כנ"ד שיש לו עוד אחים והם ניזונין מנכסי אביהם ובאריכות הזמן מתמעטין הנכסים ויפסיד דמזונות הבנים אינן דוחין כתוב"ד ומטי ליה פסידא בהמתנה דלאחר זמן: וגם בספרים ובמנהגי רבני ארגיל יע"א לא נזכר דבר זה שימתין עד וכו' אלא אית להו כפסק מרן והקודמין לו דלא ימנע מלהזכיר דבר זה במנהגי מהר"י עייאש ז"ל והקודמים לו אם יש להם שינוי בדבר זה הפך דברי מרן והקודמין לו: וראיתי להרשב"ש ז"ל שכתב בשאלה תר"ח וז"ל.

ואפי' לסברת הרמב"ן ז"ל שאמר שאפילו לא מתה אלא אחת בחייו וכי' צריך שתהיה האחת נשואה עמו בשעת מיתתו ובאה לקבל כתובתה אחר מיתתו וכו' אין מדברי קדשו ראיה לנדו"ד דמאי דכתב ובאה לתבוע דאם לא תבעה לא וכו' היינו בנכסים מועטים ודבריו מכוונים כדברי מרן דאם היא עיכובא לא ימנע ממוהר"י עייאש לכתוב דבר זה בספרו וגם הסברא מבטלת דבר זה דאמאי לא מאחר דהנכסים מרובים ואי חיישינן לאשתדוף נכסי זה אינו כמו שהוכחנו לעיל מדברי מרן ומורם בענין האשה והבנות שמוציאין להם ולא חששו שמא אשתדוף ותשאר האשה והבת בלא מזוני דבכל דבר אזלינן בתר השתא וצ"יש וצ"ע: הלכות גירושין פרק ששי ה"א השליח שעושה האשה לקבל לה גיטה מיד בעלה הוא הנקרא שליח קבלה ומשיגיע הגט ליד שלוחה תתגרש כאילו הגיע לידה וכו' ועיין בה"ה וכ"מ.

אירע מעשה כאשה אחת שהלך בעלה לארץ מרחקים במערב הפנימי ונשא שם אשה אחרת ונתיישב שם והניח לאשתו הנזכ' שהיה הכא במח"ק זה יושבת גלמודה עגונה זה כמה שנים עשרה שנים ויותר ושלחנו כמה וכמה אגרות לפחות הבעל הנזכר כדי לפוטרה בגט כשר ואין קול ואין עונה לפי שרצונו להניחה אלמנות חיות שכוחה

וגלמודה עד יום מותה ולבסוף אחר שראתה צרתה כאן היה וכאן נמצא ת"ח אחד מתושבי ערי מערב שעקרדירתו משם ונתיישב בכאן והלכה האשה הנזכרת אצלו ופיתה אותו שישלח על ידו שם לעיר בעלה הנז' לב"ד ויחידי הקהל לכוף הבעל לפוטרה בגט כשר ונתרצה לה בענין שמינתה מכאן שליח קבלה שהוא עומד במקום הבעל וכתב לו הרשאה כדחזי שמינתה פ' שליח קבלה והגיעה ההרשאה ליד בית דין ושלחו אחריו ואחר עמל וטורח ופטפוטי מלין ופיוסין ברצי כסף עד שאמר להם רוצה אני ברם אני נותן הגט לשליח ע"ת שאם לא באתי מעכשיו עד ד' חדשים בתנאי כפול וכתבו בי"ד קב"ע שנתגרשה על ידי שליח הקבלה שמינתה האשה ואמרו בקב"ע שנתקיימה ההרשאה כדחזי וכתבו שנתן הגט בלא שום תנאי כ"א על תנאי אם לא יבוא כנז' ונתעכבה קב"ע עד שעבר הזמן הנזכר ושלחוה למחק"ז ושמחה האשה הנזכרת שהותרה מכבלי העיגון אלא שנהפכה שמחתה לתוגה שהב"ד שהיו יושבים על כסא ההוראה בזמן ההוא אמרו לה שעדין היא אסורה בכבלי העיגון מטעם שנתגרשה ע"י ש"הק ובתנאי ויהי כבואה אל בית מדרשנו בוכה ומבכה ובקשה ממני היש מזור למכתה וכשראיתי בעלבון האשה הנזכ' יושבת גלמודה נכמרו רחמי ואמרתי לעמוד על אמת"ת הענין לעיין בדינה וזה החלי בס"ד: איתא בדברי רבינו הטור סימן קמ"ה וז"ל שליח קבלה צריך שטר הרשאה ויחתמו בו ב' עדי' וצריך שיהיו ידועים וכו' ואף אם יקיימוהו בהנפק צריך שתהיו חתימות הדיינים ניכרות וידועות לבני מקום הנתינה וכו' ולא יטיל בו שום תנאי והדיינים יכתבו עדותם וכו' וגם הבעל יכתוב תחת החתימות כך וכו' ע"כ.

הוסיף רבינו הטור ואמר וז"ל מדברי הרי"ף הנה הפליג להחמיר ואחר כל זה כתב והנה פי' דין ש"ק אבל נכון שלא תעשה אשה שליח לקבלה וכו' כי ברוב פעמים אינו מצוי שיהיו שלשה בני אדם ידועים וחתי' ניכרת במקום כתיבת הגט ועדים שיכירו חתימת כל שלשה דיינים. וצריך שלשה דיינים שהם בשעת נתינה שיכירו החתימות שחתמו בשטר שעשתה אותו ש"ק ולא סגי בחתימות שיקי' מעיר לעיר דשמא לא יכירו החתימה מכולם וצריך לקיים כל השלשה בגט וכו' יע"ש: ופניתי וראיתי בדברי מרן בקצר דאפסיק' הילכת' כוותיה אם ס"ל כסברת הר"ף או לא וראיתי שפסק בסימן ק"מ ס"ג וז"ל האשה עושה שליח לקבלה והיא מתגרשת בקבלתו מיד וכו' ובסי' קמ"ז ס"ח כתב כשהיא עושה שליח קבלה צריכה לעשותו בפני ב' עדים וכו' ובסעיף כ"ז כתב וז"ל על שטר שליחות קבלה יחתמו ב' עדים וצריך שיהיו בני אדם ידועים שתהיה חתימו' ניכרת ואם יקיימוהו בהנפק צריך שיהיו חתימ' הדיינים ניכרות וידועות וכו' ובסעי' כ"ט כתב בשעת נתינת הגט וכו' ויכירו חתימות ההרשאה וכו' ויש מי שאומר שלא יטיל בו שום תנאי וכו' והדיינים יכתבו עדותם ע"כ: נראה פשוט דדעת מרן ז"ל הוא הפך גזירת הר"ף שהביא רבינו הטור שאין לעשות שום ש"ק דבהדייא פסק דעושין ש"ק והביא תחי' דבריו דעושין שליח קבלה וחומרת סו"ד דגזר אומר שאין לעשות שום שליח קבלה השמיטה מספרו דאין כך דעתו.

גם נראה מדבריו שכתב שיהיו חתימות הדיינים ניכרות וכו' ולא כתב מכולם כמ"ש הר"ף בסו"ד נראה דדעתו היא דאין צריך להכיר חתימות כולם אלא בשנים סגי כדקי"ל בקיום שטרות והראיה דהוא גופיה השיג על הר"ף בס' ב"י שהדין אינו כן דשלשה החתו' בשטר כשיקיים ב' מהם סגי כדאיתא בפ"ב דכתובות וכו' יע"ש.

ולכך סתם דבריו בקצר וכתב חתימות דיינים סתם אלא דראיתי להב"ש שהביא משם הלבוש ודרישה וב"ח דבגט מח"מ בעי' הקיום לכולם עיין סי' קמ"א ס"ק ל"ח ותמיהא לי על הב"ש איך הביא דבריהם ע"ד מרן והוא מיאן בדבר זה בספרו בב"י ואפשר דהתם שהשיג על הר"ף הוא על מה דקאמר בלשונו דקיום שטרות בשלשה דמשמע דכך הוא הדין אבל על מאי דקאמר וצריך לקיים כל הג' בגט יודה לו משום חומרת הגט כמו שאמר הרב ב"ש משם הרבנים הנז' משום חומרא: הרי מפורש בדברי מרן דעושין ש"ק אפי' לכתחי' ולא חשש לס' הר"ף דהיא סברא יחידאה גם פי' בלשונו הזהב דיכולים לקיים שטר הרשאה בהנפק אף על פי שהדיינים שיושבים בשעת נתינת הגט אינם מכירין חתימות עדי ההרשאה יכולים להכירם ע"י עדי הקיום כשמכירין חתימ' וזה אפי' גם מה שאמר מרן יע"ש שאין להטיל שום תנאי היינו לכתוב וכן מוכח מלשונו דנקט האי לישנא שאין להטיל שום תנאי היינו לכתחי' משמעותו.

ועוד דזיל בתר טעמא משום חשש שמא תדע בנתינת הגט ולא תדע בתנאי דטעמו משום חששא והוא לכתחי' אבל אחר שנעשה מעשה ונתקיים התנאי אין פוסלין הגט למפרע ובפרט במקום עיגונא דאתת' דדבר זה הוא זר מאד ואין הדעת סובלתו ולדעתי דבר פשוט דגם הרי"ף יודה דאחר שנעשה מעשה הגט כשר ומגורשת על ידי ש"ק מדנקט בלשונו הזהב אבל נכון שלא תעש' האשה ש"ק דבשבי' הנכון אין מבטלין הגט אחר מעשה ובפרט במקום עיגונא דאתתא דודאי יודה הר"ף דלכתחי' ש"ק דבמקום עיגונא לכתחי' הוי בדיעבד וכן לענין התנאי יודה דאין אחר מעשה כלום דטעמו משום חששא ועוד דבמקום עיגונא לא דיבר הר"ף.

דמצינו בכל הפוסקים בהרבה מקומות שהחמירו בגט ומ"מ הקילו במקום עיגונא דאתתא וזה דבר ברור ולמפורסמות אינם צריכות ראיה: ועוד טעם לדבר שדברי מרן דפסק יש מי שאומר שאין להטיל שום תנאי בש"ק דבריו הוא לכתחילה אבל בדיעבד מגורשת ומכ"ש במקום עיגון דהא כל עמודי ההוראה כולם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש אית להו יכולה אשה לעשות ש"ק לכתחי' ואפי' בתנאי ולא חיישי להאי חששא של הר"ף כמ"ש הרמב"ם בריש פ"ו מה"ג יע"ש וכן היא דעת הרא"ש ואף ע"פ דלא ראיתי דבריו מפורשים מ"מ י"ל דעתו ממ"ש רבינו הטור ריש סימן קמ"א האשה יכולה לעשות שליח לקבל גיטה מיד שליח בעלה וכו' ובספר התרומה כתב וכו' וא"א הרא"ש ז"ל כתב כסברא ראשונה וכו' יע"ש.

הרי דהרא"ש אית ליה דיכולה לעשות ש"ק אפילו מיד שליח בעלה ומכ"ש מידו ואין הסברא נותנת דמרן פליג אכולהו לפוסלו בדיעבד ואפילו במקום עיגון ותשאר עגונה דודאי לא קאמר לה מרן אלא להחמיר עליו לכתחילה דוקא ולא בדיעבד ומכל שכן בדיעבד ובמקום עיגון ומדסתמו דבריהם הרמב"ם והרי"ף והרא"ש דבריהם פשוט דאית להו דאפילו על תנאי לית לן ביה דאם לא כן הוה להו לפרש:וכן ראיתי למרן בהך דאשה יכולה לעשות שליח וכו' דבראש הסימן סתם לן דאשה יכולה לעשות שליח לקבל גיטה מיד שליח בעלה ואחר מכן כתב בשם י"א שאין האשה יכולה וכו' והתם מוכרח אתה לומר דמאי שהביא סברת י"א הוא בא להחמיר לכתחיל' אבל בדיעבד מה שעשתה עשוי דאל"כ אמאי הביא סברא קמייתא בסתמא דיכולה לעשות דהכי קי"לן דדעת מרן בהבאת

י"א הוא לסמוך עליהם אם כבר נעשה הדבר ומכל שכן היכא דנעשה הדבר דיש לסמוך אסתם ועוד דדוחק לומר דמרן פסק היפך עמודי ההוראה דודאי לא נקט לה אלא משום חומרת הגט והיינו לכתחי' דוקא: ומזה יש ללמוד לנ"ד דדעת מרן שהביא יש מי שאומר שאין להטיל שום תנאי וכו' היינו משום חומרת הגט והיינו לכתחי'.

ועוד דדבר זה אינו דינא דגמרא אלא דרבינו פרץ חידש דין זה מסברא משום חששא ואין לך בו אלא חידושו דוקא לכתחילה מאחר דאינו מדינא דגמרא כמ"ש מרן בסי' קכ"א סי"ח דצריך הגט להיות מעורה ואם לאו י"א שהוא פסול וכו' יעיין שם. וכתב עליו מור"ם ונ"ל דבמקום עיגון אין להחמיר וכו' יע"ש.

וכתב עליו הרב ח"מ ס"ק ל"ו וב"ש פשוט הוא מאחר דדינא דש"ס בכתיב' הגט אפילו ע"ד שיכול להזדייף וכו' יע"ש. נראה דדעתם הוא דבדבר שאינו מדינא דגמרא אינו מעכב בדיעבד או במקום עיגון ומכ"ש בשניהם ואפילו הפיסו' בגוף הגט ומכ"ש בנ"ד דהגט כשר אלא משום דאיכא חששא בדבר ונסתלקה החששא דודאי אינו מעכב בדיעבד ובמקום עיגון: וכן ראיתי להרב שער אפרים שאלה ק"ט שכתב על גט אחד שנמצא בו כמה קלקולים ושנוים בין הגט להרשאה והתיר במקום עיגון יע"ש: וכן ראיתי להרב הלבוש ז"ל שכתב על דברי מורם סוף סימן קכ"ה וז"ל.

וי"א דאין להפריד האותיות וכו' ויש מקילין וכו' לתקן קודם שיח' העדים כשבעל מצוה לתקן ע"כ. וכתב הלבוש ונתן טעם לדבר אע"ג דעדי מסירה כרתי מ"מ כיון שכבר חתמו העדים הסופר נסתלק וכו' ולא יתקננו עוד בד"א כשיכולי' לכתוב אחר וכו' אבל במקום שיש חשש עיגון כגון שבא מארץ רחוקה ואין שיירות מצוייות להביא אחר אין לפוסלו יע"ש.

וכן כתב הח"מ סק"ט אבל הרא"ש בתשובה וכו' כתב דבוקי' האותיות פסולין בארצנו וכו' אבל במקום עיגון שבא מארץ רחוקה וכו' לא הייתי פוסלו וכו' וכתב עליו הח"מ משמע אפי' לאחר חתימה ואפילו שאין הבעל כאן היה מכשירו וכו' יע"ש ועיין ב"ש שם: הרי מוכח מדברי הרא"ש ז"ל ומדברי בעל הלבושי' וח"מ וב"ש דבדבר שאין איסורו מדינא דגמרא אלא חומרא בעלמא שהחמירו הפוסקי' אחריהם אע"פ שפסקה מורם וה"ה מרן לא פסקוה אלא לכתחי' משום חומרת הגט אבל במקום עיגון או בדיעבד אין בה עיכוב: ומכ"ש בנ"ד דפסק מורם בו י"א שנכון להחמיר שלא לגרש על ידי ש"ק כלל וכו' דפירש.

דבריו דטוב הדבר משום חומרא דבדיעבד אינו מעכב ומכל שכן במקום עיגון וכן לענין תנאי דפסק מרן יש מי שאמר וכו' ונקט בלישניה ימ"ש וכו' דכונתו לומר דלסברא קמייתא ליכא עיכובא אבל ימ"ש שאין וכו' והיא סברא יחידאה דודאי אינו לעיכובא וזה דבר פשוט לדעתי ולא כתבתיו אלא לאפוקי מדעת בית דין שהיו בימים ההם שפסקו להח' ורצו לעגן האשה הקוש'ית הנזכרת אחר שנתעגנה זה כמה שנים ורצו להוסיף לה מדילייהו הי"בע: גם מה שטענו הדיינים דיש לבטל הגט מטעם דלא כתבו בקבלת העדות ששלחו הבית דין מהתם להכא והעידו בה שהשליח שמינתה האשה הנזכרת קבל הגט מיד בעלה ונתגרשה כדת משה וכו' לא כתבו בה שנתקיימו להם החתי' באחד מדרכי הקיום וצ"ל בה שהם עצמם בי"ד שהיו בשעת נתינת הגט הם קיימו שטר שליחות ולא

ע"י אחריני: ואנכי נפלאתי ע"ד במאי דקאמרי שהם עצמם מקיימים וכו' והוא הפך דברי מרן דכתב ואפילו אם יקיימו' בהנפק צריך שיהיו חתימת הדיינים ניכרות וידועות וכו' הרי דאין צריך הם עצמם לקיים חתימת העדים דשטר שליחות אלא יתקיים בהנפק וצריך להכיר חתימת הדיינים כולם.

גם מה שטענו דלא כתבו בשטר שליחו' שנתקיי' להם וכו' לדעתי אינו צריך תדע דעיניך תחזינה מישרים בהעת' שטר קב"ע שהוא בספר רבינו הטור וכן לשון שהובא בהגהות מימונייות וכן שטר קב"ע שהובא במרדכי לא הוזכר בהם שיכתבו בק"ע שנתקיים להם חתימות שטר שליחו' וכו' ואם באמת כדבריהם שצריך להזכיר בקב"ע ואם לא הזכירו אמרינן מסתמא לא נתקיים וטעו הו"ל לרבנן לקבוע לשון זה בשטר קב"ע אלא ודאי לא חיישינן לדבר זה דודאי נתקיים להם ולא חיישינן לבית דין דין טועים.

ואם תאמר דחיישינן לבית דין דאינם בקיאים בדינא ולדעתם הוא דלא בעי קיום. דמסתמא לא אמרינן כן אלא אם ראינו שום ריעותא בגט או בשטר אז אמרינן אתרע חזקת' אבל מסתמא אמרינן בקיאים ולטעות לא חיישינן ומכל שכן דדבר זה של הקיום כ"ע ידעי דשטר בעי קיום.

ואם תאמר דאינן יודעים דצריך להכיר שלשה חתימות ב"ד אם לא קיימוהו הם בעצמם ונתקיים להם ע"י הנפק ודילמא לא הכירו אלא ב' חתימות כמו קיום שאר שטרות ואנן בעינן בגט להכיר שלשה חתימות. זה אינו מעכב דדוקא לכתחי' בעי' קיום ג' אבל בדיעבד ובמקום עיגון א"צ דהרי גדולה מזה כתב הרשב"ץ והביא דבריו הב"ש ס"ק ל"ח דבמקום עיגון מקילין אפילו בש"ק דקיום שטרות דרבנן יע"ש: נקיטינן מכל הני מילי מעלייתא דכתי' שהאשה הקושי' הנזכ' שנתגרש' ע"י שליח קבלה ובתנאי גירושיה גירושין גמורין והרי היא מותרת לינשא כחפצה ורצונה ולית מאן דימחה בידה ונפש היפה תאכלנה והמוחה בה עתיד ליתן את הדין שגורם לה מכשול על ידו דכמה וכמה הקילו חז"ל בעיגונא דאתת' שלא יצאו בנות ישראל לתרבות רעה ומי שחותמו אמת ינחנו במעגלי צדק ויצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות אכי"ר: פרק י' הי"ד שליח שהביא וכו' וכן הנטען וכו' הרי זה לא ישאנה ע"כ ועיין בה"ה נשאלתי לאשר שאלוני בעניין איש יהודי מעיר גיבלטאר שיצא לחוץ ממחיצתו דת יהודית וחשקה נפשו בבת אלנכר לזנות עמה והיה עמה כמה שנים בדרך ארץ עקומה עד שהוליד ממנה בן וקברתואמו ואחר מכן נתנצנצה בה רוח קדושה והלכה ונתגיירה כדת גיורי' גמורה וחזרה עוד וחשקה נפשה באיש יהודי הנז' להיות לו לאשה בקדושין וכתובה כדת משה וישראל וגם הוא חשקה נפשו בה והלך וקדשה בפני עדים קדושין גמורים ורצה לכונסה לחופה והיה עכ"ב בדבר שלא לכנוס אלא יגרש מפני שלא יאמרו וכו' ועכשיו נפשם לשאול הגיעה אם אמת בדברי המעכבים ויגרש או יכנוס יורינו המור' לצדקה ושכמ"ה: תשובה דבר זה הנה כבר פתח פתוח מצאתי בדברי הפוסקי' עמודי ההוראה ראשון לציון איתא בדברי רבינו הרמב"ם ז"ל וש"ס ערוך הוא וז"ל שליח שהביא גט מחוץ לא"י ואמר בפני נכתב ובפני נחתם הרי זה לא ישאנה שאנו חוששין שמא עיניו נתן בה וכן הנטען על השפחה ונתגיירה ועל הנכרית ונתגיי' הרי זה לא ישאנה וכולן אם עברו

ונשאו אין מוציאין מידם ע"כ וכן פסק הרא"ש והביא דבריו רבינו הטו"ר בסימן קמ"א וז"ל וכל היכא דהתרו בו ועבר וכנס לא מקרי דיעבד ומפקי' לה מיניה ע"כ.

מכלל דהיכא דלא התרו בו וכנס לא מפקינן לה מיניה ע"ש: וכן פסק רבינו הטו"ר בסוף סי' י"א וז"ל הנחשד משפחה ונכרית ונתגיירה וכו' לא יכנוס ואם כנס לא יוציא ע"כ יע"ש וכן פסק מר"ן בשלחנו הטהור כלשונו ואם כנס לא יוציא ע"ש הרי דכולהו רבוותא עמודי ההוראה אית להו אם כנס לא יוציא: אמנם יש לדחות דמאי דקאמר אם כנס ל"יו היינו כניסת החופה לא כניסת הקידושין שהכניס' לרשותו ונאסרה לכל דאל"כ הול"ל ואם קידש לא יוציא ומכ"ש כנס ומכ"ש לרבינו הרמב"ם דנקט בלשונו הזהב ואם נשאת לשון נשואין איכא למימר ולא קדושין ומדדייק בלישניה וקאמר ונשאת ולא קאמר ואם כנס דמשתמע נמי כניסה לרשותו ע"י קדושין: וראיתי לה"המ שם שנסתפק בדבר זה וכתב וז"ל .

פי' כניסה זו יש לומר דוקא נישואין ויש לומר אפילו קדושין בלבד ולמטה בסמוך יתבאר בדין שליח וז"ל שם למטה בד"ה וכולן אם עברו וכו' בירושלמי יש בזה נוסחאות חלוקות האחת היא קידש אין אומרים לו שיכנוס אלא שלא יכנוס ואם כנס אין מוציאין מידו וזה הנוסחא שכתב הרמב"ן ז"ל אבל הרשב"א ז"ל מצא נוסחא אחרת קידש כמי שהכניס אמרו לו שלא יכנוס וכנס מוציאין מידו ופירש הוא ז"ל אמרו לו וכו' וכנס אחר התראה קונסין אותו ומוציאין אותה מידו ע"כ: נמצא לפי נוסחת הרמב' קידש לאו ככנס ואומרי' לו אל תכ' והיא חומרא אבל אם עבר וכנס ממש לחופה לא קנסינן ליה ואין מוציאין אותה מידו והיא קולא ופי' אם עבר וכנס דקאמר לא קאי אקידש דרישא אלא אפילו קודם שקידש אם אמרו לו שלא יכנוס וכנס אין מוציאין אותה מידו ומכ"ש אם קידש ואמרו לו שלא יכנוס וכנס שלא יוציא והיא קולא ביותר או אפשר לומר דהא דקאמר ואם עבר וכנס לא יוציא קאי ארישא דקידש לאו ככנס אבל אם אמרו לו אל תכנוס קודם שקידש ועבר וכנס מוציאין אותה מידו וצד זה הוא כמו נוסחת הרשב"א והחי' שביניהם הוא לענין אם קידש דלדעת הרמב"ן אומרים לו אל תכנוס ולדעת הרשב"א אומרים לו כנס דקידש הרי הוא ככנס נמצא לנוסח' דהרמב"ן איכא לפרש בה בתרי אנפי כדכתיבנא ולנוסחא דהרשב"א דאם עבר וכנס יוציא היינו קודם שקידש והיא חומרא אבל אם קידש אומרים לו כנוס והיא קולא נמצא להרשב"א קידש הרי הוא ככנס ומאי דקאמר' בש"ס ואם כנס אל יוציא היינו קידש אלא דעדיין מידי ספיקא לא יצאנו אם הרמב"ם ז"ל אית ליה כנוסחת הרשב"א דהא דהא שהוא מבאר דבריו ומחפש באמתחותיו וירד לסוף דעתו איכא ספיקא קמיה כנז"ל.

ואחר החיפוש ראיתי למהרח"ש שכתב דלדעת מרן אית ליה דמאי דקאמר הרמב"ן ואם כנס לא יוציא קאי ארישא דקידש ועלה קאמר ואם כנס לא יוציא אבל אם מקודם שקידש אמרו לו אל תכנוס וכנס מוציאין אותה מידו ומהרימ"ט פליג וס"ל דדעת הרמב"ן שאמר ואם כנס אל יוציא לא קאי ארישא ואפילו אם מקודם אמרו לו אל תכנוס וכנס אל יוציא: אמנם אח"ה ראיתי לרבינו הרמב"ם בה' איס"ב פרק י"א הלכה ל' וז"ל אשה שנשאת לשני אנשים ומתו לשלש לא תנשא ואם נשאת לא תצא ואפי' נתקדשה יכנוס ע"כ ע"ש: ומכאן מודעא רבא לאורייתא דרבינו אית ליה גם בנטען מן הנכרית

אית ליה קידש ככנס כנוסחת הרשב"א כמו הכא ואתיא במכ"ש מקטלנית מתרי טעמי חדא דלא קאמר בש"ס בקטלנית ואם כנס לא יוציא כמ"ש בנטען ואחריני דלא קאמר אלא לשלישי לא תנשא ותו לא ויכולני לומר מאחר דלא קאמר אלא לא תנשא ולא קאמר ואם כנס לא יוציא בהנך כוונתו לומר דאפילו כנס ממש יוציא וקאמר רבינו פירוש לא תנשא היינו לכתחילה אבל אם נשאת לא תצא וטעמו כמ"ש ה"המ דבהרבה מקומות אומר לא תנשא ומפרש בש"ס ואם נשאת לא תצא והכא דכוותייהו ולא מלבד זה אלא הוסיף עוד וקידש ככנס ואם בעלמא אית ליה קידש ככנס מניין ליה לרבינו לומר כך דאם נשאת גופה לית ליה אלא מהנך אחריני וקידש ככנס מנ"ל אלא ודאי דרבי' אית ליה כנסחת הרשב"א בירוש' דקידש ככנס ואם נשאת לא תצא כמו אחריני דדינם שוה דלאו בני כפיה נינהו ובכולהו אמרינן ואם כנס לא יוציא ועוד דאתייא במכ"ש משום דחמירא סכנתא מאיסורא ואם בקטלנית אית לן בקידש ככנס וכ"ש בנטען מן הנכרית דלית בה סכנתא אלא איסורא וגלה לנו רבינו דעתו בקטלנית ומכל שכן בנטען: וכ"כ הרא"ש ז"ל והביא דבריו רבינו הטו"ר סי' ט' וז"ל אשה שנשאת לשלש כופין אותו להוציא דחמירא סכנתא מאיסורא וכ"כ הנ"י והרשב"א והביא דבריהם הר"בי נמצא דקטלנית חמירא מהנטען וכופין לאפוקי אחריני דלאו בני כפיה נינהו ואית ליה לרבינו קידש ככנס ומכ"ש בהנך ואע"פ דרבינו לית ליה כפיה בקטלנית מ"מ לא גרע מהנך דאית ליה אם נשאת לא תצא: וכן ראיתי להר"מ שכתב שם וז"ל וכתב רבינו שהקדושין ככניסה וכבר כתבתי בכיוצא בזה בפ"י מה"ג יע"ש: נראה דכוונתו לומר כמ"ש דמשוה להו אהדדי ואע"פ דלא הכריח שם דקידש ככנס אלא מסופק בדבר מ"מ כוונתו לומר בכיוצא בזה דאית לן בש"ס דקידש ככנס כמ"ש רבינו והיא נסחת הרשב"א שכתב שם ואם באמת רבינו לית ליה כנסחת הרשב"א אלא כנסחת הרמב"ן מאי האי דקאמר ה"המ וכברכתבתי בכיוצא בזה דקידש ככנס והיא סברת הרשב"א אלא ודאי דאית ליה דרבינו ס"ל כנסחאת הרשב"א עכשיו שראה דבריו מפורשים בקטלנית: איברא דראיתי להכ"מ שם בקטלנית שכתב וז"ל ורבינו עצמו כתב בתשו' שלאשה קטלנית אין בו איסור אבל הוא מדוחק על צד הניחוש והפחד וכו' שינזקו בהם הגופות החלשים וכו' ואע"פ שיש חכמים שסוברים שלא תנשא אומרים לה אם תמצאי מי שיקדש אותך לא נחייבוהו לגרש והיו מערמין ומקדישין בפני ב"ע ואח"ך כותבין לה בי"ד כתובה וכו' יע"ש: ולפי דברינו אלה נראה דקטלנית היא קולא מאחריני ואין ללמוד ממנה ולא קאמר רבינו קידש ככנס אלא דוקא שם דהא אנן אמרינן לה בקום עשה מי יקדישך לא נחייבוהו לגרש דלא מצינו קולא זו באחריני: ונראה לי דדעת רבי' בחבורו אינו בדעתו בתשו' וודאי חזר בו דהא בתשובה קאמר אומרים לה אם תמצאי.

מי שיקדש אותך לא נחייבוהו לגרש משמע דאית ליה אפי' לכתחי' והכא בחבורו פסק ואם נשאת לא תצא משמע דוקא בדיעבד והוצרך ה"המ לתת טעם לדבר משום דהרבה מקומות אומר לא תנשא וקאמר בש"ס ואם כנס לא יוציא ואם דעת רבינו בחבורו כמ"ש בתשובה מאי ראיה מייתי מהרבה מקומו' דהתם דוקא בדיעבד והו"ל לומר דטעם רבינו משום דקילא קטלנית דאינה אלא על צד הניחוש בעלמא אבל אחריני איכא איסור ודאי.

נמצא דדעת רבינו וכן דעת ה"המ אית להו כנסחת הרשב"א דקידש הרי הוא ככנס ואם קידש כנדו"ד לא יוציא ואמרינן ליה לך וכנוס: וכן היא דעת הרא"ש ורבינו הטור ומרן

דאית להו כנוסח' הרשב"א דקידש הרי הוא ככנס מדמצינו להר"בי שכתב ע"ד רבינו הטור שכתב הנחשד משפחה ונכרית ונתגיירה וכו' לא יכנוס ואם כנס לא יוציא כתב הוא על דבריו וז"ל כתב הרשב"א בתשובה אפשר שאפי' לא כנס בנישואין אלא שקידש אין מוציאין מתחת ידו שכל שצריכה גט מוציאין קרי' ליה ואין מוציאין בדיעבד ע"כ יע"ש נראה דאית ליה כנוסחת הרשב"א וקידש הרי הוא ככנס דאל"ך אמאי בחר בנוסחת הרשב"א יותר מנסחת הרמב"ן: ועוד ראיה גמורה דכלהו אית להו דקידש ככנס דמצינו להרא"ש שכתב ואם התרו בו וכנס לא מקרי דיעבד ומפקינן לה מיניה ופסקה רבינו הטור בסי' קמ"א ופסקה מרן בס"ס י"א והיא סברת הרשב"א ונוסחתו אמרו לו אל תכנוס וכנס מוציאין אותה מידו ואם אית להו כנוסחת הרמב"ן אפילו התרו בו וכנס אין מוציאין דלא קנסינן ליה: וליכא למימר דלפי מאי דכתיבנא לעיל לדעת מרן דחלק על הרב המבי"ט ויש לו לדעת הרמב"ן דאיכ' לחלק בין קודם שקידש לאחר שקידש נאמר דפסקו כנוסחת הרמב"ן מדחלק מרן לענין שלא להוציא דמאי דקאמר הרמב"ן ואם כנס לא יוציא היינו אם כבר קידש אבל אם אמרו לו אל תכנוס קודם שקידש יוציא ופסק מרן כנוסחת הרמב"ן ומיירי דהתרו בו ואמ"ל אל תכנוס קודם שקידש דאם כן לא הו"ל למרן לסתום אלא לפרש ולומר אם התרו בו קודם שקידש יוציא ואם לאחר שקידש אל יוציא ומאחר שסתם דבריו וכתב ואם התרו בו וכו' ודאי דאית להו כנוסחת הרשב"א.

ועוד דמרן הב"י הביא נוסחת הרשב"א ע"ד רבינו הטור שכתב הנחשד משפחה וכו' וכת' ע"ד כתב הרשב"א שאפי' לא כנס אלא קידש וכו' ואיך יפסוק בכאן כנוסחת הרמב"ן דאית ליה דקידש לאו ככנס דמי ומטעם זה אין לפרש דברי מרן שכתב כל היכא דהתרו וכו' לא מקרי דיעבד וכו' וכנס דקאמר היינו קידש אבל אם כנס ממש לא יוציא והיא כנוסחת הרמב"ן לפי דברי מרן בתשובה שחלק לדעת הרמב"ן בין קידש לכנס וחלק על הרב המבי"ט דהוא גילה דעתו הכא דאית ליה כנסחאת הרשב"א שהביא דבריו ע"ד רבינו הטור כדכתיב' ועוד דמדברי הרא"ש ורבינו הטור שהוא מקור הדין שכתב מרן משמע שכנס ממש ואם התרו בו יוציא ע"ש.

ועוד דהרשב"א בתראה להרמב"ן ועוד דהרשב"א הול"ל ושבח גירסא שהביא דקידש הרי הוא ככנס וכו' כמ"ש דבריו הב"י ס"ס י"א והביא מן הש"ס דילן סייעתא כגירס' דודאי דכך הוא הדין ופסקו כנוסחתו דקידש הרי הוא ככנס: וכן נראה מדברי הרב ב"ש ס"ק י"ח וז"ל כל היכא שהתרו בו וכו' לגירסא א' קידושין הם כנשואין ולפ"ז התרו בו לא הוי בדיעבד ומוציאין ולגירס' ב' הוא להפך והרא"ש פסק אם התרו בו לא הוי דיעבד וכו' וכונתו לומר לגירס' א' והיא גירסת הרשב"א דאית ליה קדושין כנישואין לא הוי דיעבד ומוצי' ולגירסא ב' שהיא גירסת הרמב"ן הוא להפך דאין מוציאין והרא"ש פסק אם התרו בו לא הוי בדיעבד ובסוף דבריו כתב ולמ"ש המחבר מוציאין אחר ההתראה א"כ הקידושין הרי הם כנשואין יע"ש הרי מפורש יוצא מדבריו דאית ליה להרא"ש ורבינו הטור ומרן אית להו כגירסת הרשב"א דקידש הרי הוא ככנס נמצא דכולהו רבוותא אית להו דהנדו"ד אחר שקידש יכנו' ואומרים לו כנוס: ואין לדחות ולומר דשאני נדו"ד דלא קאמר בש"ס אלא הנטען מהשפחה והגוייה וכו' דהיא חששא בעלמא אבל בעובדא דידן שנטמא עמה בודאי והוליד ממנה בין יש לבע"ד לחלוק ולומר דאפילו כנס

יוציא ומכ"ש קידש זה אינו דזיל בתר טעמא משום שלא יאמרו וטעם זה מישך שייך בכולהו מאחר שבני אדם רואין שהוא נטען ומישך שייך גבה ונפשו קשורה עם נפשה ואוהבים זה לזה ואומרים דלא נתגיירה אלא להנשא לו דאל"ך דלא שכיח אצלה ואינו רואה לא מקרי נטען וליכא טעם שלא יאמרו נמצא דטעם שלא יאמרו שייך בכולהו וליכא לחלק וכן ראיתי להנ"י והביא דבריו הרב"י וז"ל ולאו דוקא ברנון אלא אפילו בא על שפחה ועל הגויה בודאי ובתוספתא קתני לה הכי בהדיא וטעמא שלא יוציא דכיון שנתגיירו וקבלו עליהם חזקה דגמרו וקבלו וכו' וגרים גמורים הם וכיון דגיורת מיהא הויא מותרת היא לו ל"ש יש לה בנים ממנו או אין לה בנים לא יוציא וכ"כ הרמב"ן ז"ל ע"כ: נקיטינן מכל הני מילי מעליית' דכתיבנא שהאיש הזה שקדם וקידש דלכולהו רבוות' עמודי ההוראה אית להו דאינו מוציא ואומרים לו כנוס דקידש הרי הוא ככנס וכל זה בשלא התרו בו אבל אם התרו בו ועבר וקידש קנסינן ליה ומוציאין אותה מתחת ידו דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש והם פקעו לקדושין דידיה ואפי' אם כנס ממש כמ"ש מרן ז"ל ס"ח וז"ל כל היכא שהתרו בו וכו' לא מקרי דיעבד ומפקינן לה מיניה והיא סברת הרא"ש ורבינו הטור עיין שם סי' קמ"א וכן היאדעת הרמב"ם לפי מה שהכרחנו לעיל דאית ליה כגירס' הרשב"א דקידש הרי הוא ככנס ממילא אית ליה כוותיה דאם כנס מוציא דדוחק לומר דאית ליה כתרי קולי דידהו מאחר דלא פי' דבריו אפושי פלוגתא לא מפשינן: אלא דיש לי להסתפק ששמעתי מאחורי הפרגוד שאמרו דהתם בעיר הלזו דיש מן החכמים שאמרו לו והתרו בו בפירוש ואמרו לו אסורה עליו ויש חכמים אחריני שהתרו לו ואחר מכן הלך וקידש מי אמרינן מיקרי התראה ומפקינן לה מיניה או אמרינן מאחר דקידש ע"פ המתירין לא קנסינן ליה: ולעד"ן מאחר דבעיר הלזו לית להו בי"ד קבוע על מה לסמוך וגם הת"ח הם נערכים בערך אחד וליכא בהו חכם מפורסם מבעלי ההוראה שישמעו לו יותר מאחריני שאמרו לו והתירו לו לא מקרי התראה ומנא אמינא לה מדברי הרא"ש ז"ל והביא דבריו רבינו הטור בסי' קמ"א וז"ל תשובה אע"פ שנכתב הגט ונחתם בשיב"ליא וכו' ובסוף התשובה כתב והביא דבריו הרב"י וז"ל המתירי' לא יפה כיוונו ואף אם יאמר לא עברתי על התראת בית דין לאו כל כמיניה חדא שהדבר ידוע שאין בשיב"ליא ובכל פרוב"ינצא אדם שיוכל לחלוק על הוראתך אף כי היית מיקל והם מחמירין וכו' יעיין שם.

הנה מפורש מדברי הרא"ש דדוקא אם הוא אדם גדול שהתרה בו לגבי אחריני שהתירו לו דאינם יכולים לחלוק על דבריו מטעם כמאן דליתנהו דמי ולא הו"ל לסמוך עלייהו דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים אבל במקום דערכם שוה לא מקרי התראה. וכן ראיתי להרב באר הטיב שהביא משם המביט ומרן בתשובה וז"ל התרה בו חכם אחד וכו' אין מוציאין זולת אם החכם שהתרה הוא מפורסם בחכמה ולא היו נערכי' אצלו יע"ש.

ואף על גב דבאותה תשובה פליגי המביט ומרן ולא ראי זה כראי זה מ"מ בדבר זה הכל שוים יע"ש: ואחר כותבי ראיתי למהר"י עייאש ז"ל בספ' ב"י ח' א"הע שאלה י"ט שהביא דברי הרב"י סוף תשובת הרא"ש להוכיח ממנה שהתראת יחיד שמה התראה ולא בעי בי"ד וכתב הרי משמע דהתראת אחד בלבד חשובה התראה וכו' ולא דק במאי דכתב התראת יחיד שמה התראה ואע"ג דאיכא מתרין והביא סייעתא מסוף תשובת

הרא"ש והעיקר דבעי' אחד חכם מפורסם והוא גברא רבא דא"י לחלוק ע"ד לא כתב והוא כתב משמע דהתראת יחיד הוי התראה כמות שהוא בין רב האיכות או לא והוא הפך דברי הרא"ש דבעי מפורסם דאינם יכולים לחלוק עליו ועוד כתב ושוב מצאנו הדבר מבואר למוהריק"ש וז"ל התרה בו חכם אחד שלא יכנוס וכנס תצא אפילו היו המתירין רבים בשם מהרי"ק בדיני מים שאל"ס ע"כ ומאי ראיה מביא משם דמהרי"ק פי' דבריו אם החכם שהתרה בו הוא מפורסם בחכם ולא היו נערכים כמ"ש לעיל והוא ז"ל העיקר חסר מן הספ' ומי שחותמו אמת ינחני במעגלי צדק ואמת ויצילני משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות אכי"ר: הלכות יבום וחליצה פרק א' ה"א מצות עשה מן התורה שייבם אדם אשת אחיו מאביו בין מן האירוסין בין מן הנשואין וכו' וכתב ה"המ דהוא סבור שאשה שאמרה מאיס עלי כופין אותו לגרשה וכו' וקשה דבפ' כיצד ובפי' הבעי' גבי אלמנה לכ"ג מן האירוסין פריך הש"ס וליתי עשה וכו' ומשני גזרי' ביאה א' אטו ביאה שניה ולפי דעת רבינו הו"ל לשנויי כדמשני הכא לגבי אונס אי אמרה לא בעינא ליתיה לעשה וכו'.

ואנכי איש צעיר נלע"ד דלא קשה דשאני אונס דהאשה אין עליה חיוב עשה כלל ואינה מחוייבת אלא בלאו דלא יבא וכו' דהשוה הכתוב אשה לאיש והיא מותרת לשוק אבל הכא היבמה היא מחוייבת בעשה כמו בלאו אלא אם מאיס לה דלא חייבתה התורה שתבעל למאוס לה ועוד הרי מקיימת העשה ע"י חליצה אפילו אומרת מאיס עלי אבל באונס פטורה לגמרי ודוק: פרק ב' ה"ח אמר הגדול וכו' אין שומעין לו אלא אומרים לו עליך המצוה או יבם או חלוץ ע"כ (א"ה כאן מצאנו פתקא אחת לה"ה ז"ל שהשיב לשואלו דבר וכפי הנראה שהשאלה היא ראובן שמת בלא בנים ונשארה אשתו זקוקה לשמעון שהוא כבר נשוי עם אשה אחרת וכפי חק מלכות צרפת יר"ה שלא ליקח אדם ב' נשים דין גרמא לשמעון שהוא פוסע על ב' הסעיפים דלא רצה לא ליבם ולא לחלוץ ולשאול הגיעו אם ב"ד כופין אותו לחלוץ אם לאו) הגיעני כתב גלילי אצבעותיך אגרת שלומים וראיתי כל הכתוב בה וגם ראה ראיתי הפס"ד ששלח כת"ר לעירנו זו ליד אח' והובא אלי לחוות דיעי בע"ה: וראיתי כתוב בו שדעתו נוטה לכפות ליבם לחלוץ ע"י צירוף ב' או ג' אמתלאות אף על פי שאין בכל אחת מהם שיעור לכפות על ידי צירוף כופין והביא כת"ר ראיה מתשובת הריב"ש סימן תק"ט ומשם הביא הרב מים רבים ראיה שעל ידי צירוף כופין ואחזה אנכי בדברי הריב"ש ולא נראה לי משם שום ראיה לנדו"ד דשאני נדון דידיה דאינו יכול ליבם באותה שעה עת שיתברר משום קול שיצא שיש לו אשה במקום אחר וחיישינן שמא הניח זרע אחריו ואם הוא מיבם הוא פוגע בערוה ולכך אינו יכול ליבם עד שיתברר אבל לחלוץ יכול דליכא איסורא אלא משום שהוא מעכב ויאמר דעדיין לא חלה עליו המצוה עד שיתברר הדבר דילמא לא הניח זרע אחריו ויכו' ליבם ולכך עשו סניף לאותה טענה סברת הצרפתיים דמי שיש לו אשה אינו יכול ליבם דמח"ק וכופין לח' ואין צריך לומר מחוק המלכות וכו' שאינו יכול ליבם אלא לח' ושהויי מצוה לא משהינן נמצא דלא קאמר הריב"ש ע"י סניף כופין אלא מטעם דאינו יכול ליבם השתא ויכול לחלוץ השתא ולא הוצרך לעשות סניף אלא כדי לבטל טענתו שהיה מעכב לומר דאינו חו' עכשיו עד שיתברר ויכול ליבם ולכך קאמר על ידי צירוף וסניף כופין לחלוץ ולבטל טענתו דשהויי מצוה לא משהינן ואין צריך לומר מחוק

המלכות וכו' ומאחר שאינו יכול ליבם כופין אותו לחלוץ אבל כגון הנדו"ד דיכול ליבם
מיק' ואין כופין אלא באותם שאמרו בא"א סי' קנ"ד תדע דהא בסוף השאלה כתב אמנם
בכתב הקהל וכו' ושאי אפשר לחלוץ וכי ותי' לחלוץ ט"ס דצ"ל ושאי אפשר לו ליבם
דאין לה הבנה אמאי אי אפשר לח'שלא נטל רשות מן המלך וכי המלך גזר על הח'
דהמלך לא גזר אלא על היבום דאית ליה דאין נושאין שתי נשים ומוכרח לומר שאי
אפשר ליבם הרי מפורש בדבריו דטעמו הוא מאחר דאינו יכול ליבם ואין אנו יכולים
לומר מצי"ק ובידינו לחלוץ אלא שהיבם מעכב בדבר כדפירש' והיא כונת הרב שכתב
ואף אם לא תהיה ט"ז חזקה וכו' היינו מסיב' היבם שהוא מעכב ולכך כו' לחלוץ ועוד
דאם כוונת הרב לומר דע"י צירוף חולץ אף על פי דיכול לקיים מ"י למה הוצרך להאריך
כ"כ ואמר ודע כי מפני הטענה זו אין כופין וכו' ובשאר אמתלאות שכיוצא בהן בבעל
אין כופין להוציא ביבם הדבר ברור אין כופין לח' וכו' והא בלאו הכי גם הקהל כך עשו
דלא כצרפתים אלא ע"י צירוף אבל אותה טענה דנשוי לבדה לא מהנייא וע"י צירוף
מהנייא כשאר אמתלאות שכופין עליהם אלא ודאי לא מהני אפי' ע"י צירוף אלא בהנהו
דא"א דוקא והכא שאני מטעם דאינו יכול ליבם ולכך הוצרך להזהיר ועוד דאם באמת
מהני הצירוף לכוף לח' אע"פ דיכול ליבם אמאי הוצרך הרב ז"ל להאריך כולי האי ישיב
בקצרה ויאמר להם דשאני הכא דע"י צי' מהני וכופין אף ע"פ דבאותה טענה לא מהני
בצירוף אחריני מהני ומאי סניפן וכל האריכות שכתב והאזהרה שהזהיר ודברים
פשוטים למי שמודה על האמת ועוד דאם לא תפרש דברי הרב כדפי' אלא תפרש דבריו
כמו שהבנת דעי"צ יכולין לכוף לח' אע"פ דיכול ליבם תקשה דבריו אהדדי דהכא קאמר
דעי"צ שמא נשוי עם הטענה אחריתי דשהויי מצוה בצירוף ב' קאמר דכופי' לח' ובסי'
א' כתב במי שהיה נשוי ואינו יכול לזון כפי כבודה משיאין לו עצה וכו' הרי בשתים ולא
עלתה לו ואמאי והא אית ליה ע"י צירוף כופין לח' ואין לחלק ביניהם דא"כ אין לדבר
סוף ולא נתנו דבריה' לשיעורי' וא"ת דבלאו הכי תקשה להרב היכי קאמר בט' מזונות
ובצירוף משיאין לו עצה וכו' והא טענ' מזונות גרידא כופין לח' דהא אפילו בא"א כופין
ומכ"ש בצירוף וראיתי למר"ן בתשובה שהשיב לאשכנזים בשו"ת שלו תירץ דשאני
דברי הריב"ש דקאמר משיאין לו הוא מיירי בדיכול לזון אלא דאינו יכול לזונה לפי
כבודה ע"ש ועוד דכמה וכמה מצינו להפוסקים דאית להו מי"ק ואפילו להחול' דאית
להו מח"ק ואפילו בצירוף לא מהני לכוף עיין בב"י בסימן קס"ה שהביא דברי הריטב"א
במי שנשבע לחולץ בזמן פלוני ויש לו אשה ובנים וכתב דאין לכופו אפילו לקיים
שבועתו משום דלא ליהוי חליצה מעושה ואפילו להחולקין דאית להו מח"ק אין כופין
וכ"כ הרא"ה רבו הרי בצירוף בשתים ולא עלתה לו ואפי' לכופו ע"השבו וקאמר דאין
כופין אלא באותם אמתל' דכופין בא"א ע"ש והיא כונת הריב"ש דכתב ודע וכו' דבא
לשלול כל הדברים האלו וכל הטענות ב' וג' כי אם דוקא אותם הנז' בא"א ואע"פ דבסי'
ש"ב כתב דאפי' להפוס' דאית להו מי"ק והיכא דנשוי מח"ק היינו לענין דאין כותבין
עליה אגרת מרד וכו' כמו שגילה דעתו בסי' ר"ט והתם איכא ב' אמתל' ולא הועילו וכת'
דאין כופין אלא בהנהו דכופין בא"א ע"ש וכ"כ ראבי"א אפילו יש לו אשה ובנים והיבמה
זקנה ואינה ראויה לילד ובמקום שקבלו עליהם חרם רגמ"ה ואין כופי' הרי כמה אמתל'
ואין כופין וכ"כ בעה"ת אפי' קי"לן מח"ק מ"מ לא כייפי' לה דהו"ל חליצ' מעושית ופסו'

אלא באותם שכופין בא"א ואפילו יש לו אשה ובנים ובמקום שקבלו עליהם תקנת רגמ"ה הרי כמה אמתלאות ואין כופין וכ"כ רבינו משה מקוצי ז"ל וז"ל אפילו קי"לן מח"ק אין כופין לח' דהא בש"ס איתא אפילו אם היבמה מביאה כמה אמת' ומבקשין להטעו' ואמאי מבקשי' להטעו' אם יכולים לכפו' וראוי לפסוק הלכה כמ"ד דאין כופין לח' מאחר דקי"לן חליצ' מעושה פסולה ולמ"ד דאין כופין למה נכניס ראשנו בין הרים הגדולים שאם אין לכוף אותו אין בזה הפסד ואם נכוף יש הפסד גדול דשרינן יבמה לשוק ע"ש לשו"ת מר"ן בתשו' אחרת למר דודו וכן היא דעת התוס' והרא"ש שדחו דברי רש"י שכתב לאו דוקא מוכה שחין וכו' אפי' באמתל' אחרת והמה דחו דבריו וכתבו עליו דאמאי בש"ס הוצרך לומר דמטעין ליה והא איכא כמה אמתל' ולכך כתבו דלא מהני כפיה אלא באותם שהוזכרו בא"א ואם איכא דבר אחר דע"י כופין כמו ב' וג' לא היו נמנעים מלהשמיענו ועוד מדקאמרי כמה אמתלאו' משמע אפי' בצירוף לא מהני וכן דעת מר"ן בקצר דכתב טענה מספק' אינה דינה כמורדת וכו' ע"ש דכונתו לומר לאפוקי לח' לא כייפינן אלא בהנהו שהוזכרו בא"א כמ"ש בס"ד וז"ל וכן אם היה יבמה מוכה שחין וכו' שנת' בסי' קנ"ד וכו' ע"ש הרי דאית ליה אפי' טענה מספקת והיא במקום ב' לא מהני אלא באותם דסימן קנ"ד ומשמע ג"כ מדבריו דגט וחליצה שוים וכן מצאתי דבריו מפורשים בתשובה שהשיב לרבני אשכנז בתשובה הסמוכה לה שהפילו דבריהם ארצה באמרם לכוף לח' ליבם שאינו הגון בכמה טענות וכתב להם דאפילו ביבם שאינו הגון אין כופין לח' ישתקע הדבר ולא יאמר וה"המ כתב ע"ד הרמב"ם שכתב כופין לח' ואבדה כתובתה זהו כפי דעתו דאית ליה בא"א באומרת מאיס עלי כופין אותו לגרש ואין לסמוך ע"ז וכן הסכימו חכמי ישראל שלא לכפות וקראו תגר על האומר לכפות והא פשיטא לן דלא שני לן בין הבעל הגון או שאינו הגון דהא כמו שהגט מעושה פסול כמו כן חליצה מעושה פסולה וגם הפיל דבריהם ארצה במה שכתבו דכו' אותו לחלוץ מפני דלא היה כונתו מקודם ליבם ע"ש וכן כתב הר"ש דוראן ז"ל ואפילו טענה האשה שהוא נע"וב ואינו יכול לזון ואפילו אינו מכוין לש"מ אין כופין לח' אלא בהנך דסי' קנ"ד וכו' וכ"כ בשם הריב"ש והרשב"ץ ע"ש הרי כמה אמתל' ואעפ"ך כתב אי"כ ומתוך דבריו למדנו דהגט והח' שוין וכ"כ יו"ב ע"ש וכב"י בשם הרא"ש דכל הכופה לח' מרבה ממזרים בישראל ואל תשיבני דבר מאותה תשובה של הרא"ש שהביא הרב בב"י ביבם שהוא נער ובער ואינו יכול לזונה וכתב ע"ז דכופין אותו לח' ורצית אתה להביא משם ראיה דע"י צירוף כופין דשאני התם דבכל טענה לחודה מספקת לכופו לח' חדא דהתם לא תבע היבמה ליבמה דאינו רוצה ליבם אלא לח' אלא מבקש שכר ממנה כדי לח' לה ואם לאו תשאר עגונה ובדבר הזה כופין אותו כמ"ש הרמב"ם ורבי' הטור ומרן בסימן קס"ה ע"ש ועוד טענת מזונות גם היא לבדה מספקת ועדיף טפי יותר ממוכה שחין וכו' עש"ד ותראה דלא כפה אותו משום צירוף דהא טענת מזונות אפילו בא"א כופין לגרש ואפילו למ"ד אדכופין לו לגרש כופין אותו לזון היינו אם יש לו או יכול להשכיר עצמו אבל בנדון דהרא"ש איש עני ולאו בר מלאכה הוא ועיין דברי מרן בתשובה שהשיב לרבני אשכנז שכתב וז"ל ועוד דאפילו לא היה נשוי אשה מאחר דאין בידו לפרנסה לאמבעייא כי האי גוונא להרא"ש וההולכים בשיטתו שסוברים דהלכה כמאן דאמר האומר איני זן וכו' כופין להוציא ומכ"ש שכו' לח' ואע"פ שהוא אינו אומר איני זן וכו'

זה גריע מיניה הוא כיון דאנן חזינן דאין לאל ידו אמרי' ודאי דאפי' למ"ד עד שיכופוהו להוציא וכו' מודה דבכי האי גוונא כופין אותו להוציא אליבא דכ"ע מפני כי נפש הוא חובל ואתי ב"מ שכן מריח הפה וכו' ע"ש הרי דטענת מזונות לחודה עליה כופין וכו' ולא מט' סניפים וצירופים והשתא דאוקימנא לעניין הלכה דלא כייפינן לדידן אלא בהנהו דסי' קנ"ד או אם אינו יכול להיות זן מטעם כי נפש הוא חובל אבל אם יכול לזונה אלא דאינו יכול לפרנסה כפי כבודה כבר כתב הריב"ש משיאין לו עצה וכו' ואין כופין או אם אינו רוצה לא ליבם ולא לח' כופין אותו לח' וכל הנשאר מטעינן ליה או משיאין לו עצה נחזור על הראיות שהביא כבודך ראשונה אמרת שהר' מים רבים פסק כך דע"י צירוף כייפי' והביא ראיה מדברי הריב"ש תדע לך שהרב הנז' לא סמך ע"ד הריב"ש אלא ע"ד רבני אשכנזים בתשובות ששלחו למרן ועליהם סמך ולכך לא עיין ולא דק בדבריו וכתב וז"ל וכד מעיינינן בדברי ספרי הפוס' אחרים מצאנו ראינו שלא חששו כהריב"ש ז"ל אבל מדברי הריב"ש ז"ל לא נחה דעתו ואף על פי שחסר בדבריו כמו שנראה לעין בעלי השכל לא הרוה צמאונו ומזה הטעם לא הוצרך לדקד' ולעיין בדבריו כמו שהוכחנו כוונת דבריו ואותה מתייא ל"ש מתייא לדידן ואפילו לדידהו ומכל שכן לדידן אבל אינהו סמכו לפי מנהגם דאית להו בכל מידי מח"ק וכייפינן תדע דהרי מרן ז"ל לא השיב להם על טענותיהם כולם שש הנה ולש"וט בדבריהם אלא מצא טענה אלימתא והיא דאינו יכול לזון ואיש עני הוא ובשביל טענה זו כתב להם ומכל הני טעמי וכו' אליבא דכ"ע כופין ויפה עשו שנדוהו וכו' ועיניך תחזינה דבריו דאין בהם כדי שביעה גם בטענה שנית ושלישית דבשלמא טענה ראשונה שאחד מהם נשוי טענה ויש בה ממש שהרי הצרפתים כופין בשבילה ויש מן הפוס' דברו בטענה זו אלא טענה הב' שהוא משודך מי יאמר שהיא טענה אפילו להיות סניף ואפילו לסברת רש"י דאמר מו"ש לאו דוקא מכל מקום בעינן אמתל' דאית בה ממש שנקר' אמתל' וזאת ואפי' להיות סניף לא חזייא גם את השלישית שאין נוחה דעתה עם דעת היבמים ושיבחה וקילסה שהיא טענה אמיתית ומפיה אנו חיין שאם אומר' כך היא נאמנת והביא ראיה מדברי הרמב"ם מט' מאיס עלי שכופי' לגרש מכ"ש שכופין אותו לח' ואותה סברא דחויה היא אצל כל גדולי בעלי ההוראה ואפילו לדעת ה"המ שהוא ראש ופינה בדברי הרמב"ם וכל הרכסים בדבריו ישים לבק' דחה דבריו בזה כדפי"ל וכן מרן והריב"ש והרשב"א והרמב"ם והרישב"ץ ונכדיו וכו' כדפיר' וכתבו דאין לחלק בין גט לח' והוא סמך על תשו' אשכנזים ולדעתי ליכא סמי' ואם באתי להשיב על דבריהם יכלה הזמן ואין לי פנאי ואפשר דקי"לה מח"ק ובנקל כופין לח' שכך מנהגם ולכך חשיב אותם אמתי' וסמך ע"ד תשו' אשכנזים אבל לדידן קי"לן מי"ק וכדעת מרן דגט וחליצה שוים כמ"ש שהשיב לרבני אשכנזים והפיל דבריהם ארצה כמ"ש לעיל גם מ"ש כבודך דמרן הודה והסכים לדבריהם לא היו דברים מעולם כי אם בט' מזונות גם ראיה שהביא כת"ר מדברי הרב המאי"רי לית' דשאני התם דרוצ' לעגנה ואינו רוצה לא ליבם וגם לא לחלוץ עד שיתנו לו ממון והוי כהך עובד' דהרא"ש דקי"לן דכופין אותו לח' דמצוות לאו ליהנות ניתנו ואפילו בלא טעם דאשה ובנים ואף על פי דהראיות שהביא מרבינו אביגדור ומהגהו' מרדכי ומזה"בי משמע דאפי' טענת נשוי לחודה כופין עליה אין משם ראיה דרוח אחרת אתם דמח"ק ואפי' באמתלא אחת כופין כדעת רש"י ז"ל ואנן לקי"לן כותי' דאל"ך למה

הוצרכת לטענת צירוף אפילו באחת ועלתה לו לכפות בסיבתה ולכך אין לסמוך ע"ד כלל ואין לנו אלא מה שפי' גדולי ההוראה קמאי ובתראי דקי"ל כוותייהו ואין לזוז מדבריהם דאין לכוף אלא בהנך דכייפינן בא"א או אם איש עני הוא דעל הראשו' אנו מצט' והוא בא להוסיף אשה ב'.

ומכ"ש דכ"ש בנד"ז שפי' דבריהם רבני העיר דנתייסדה על פי הוראתם ואין למרות את פיהם והם אמרו דאין לכפות ובתראי פיר' דברי הראשונים ובאו אחריהם ואמרו דאפילו ב' נשים וטענת מזונות אין כופין וכן כתב משם הגדולים הריב"ש והרשב"ץ יו"ב והר"ש דוראן ולא חשו לאותה תשובה של הרשב"ץ סימן ק"פ והם כתבו יו"ב והרש"ד הפך דבריו והם בתראי וכוותייהו נקיטינן וכ"כ הפ"ץ וכן אתה רואה בעיניך אותה תשובה דהרשב"ץ בסימן ק"פ כל רואה תמוהי קא מתמה דכל דבריו שם הוא הפך ההלכה ונטה דעתו לסבר' בה"ג דאית ליה מח"ק ועצ"ט היינו כפיה וכבר דחו דבריו הרמב"ן והרשב"א וכל הפוסקים כמ"ש יו"ב והרש"ד דכולהו אית לאו עצ"ט בעלמא וכן שם הביא ראיה מדברי הרמב"ם שכתב במאיס עלי כופין וחלק בין גט לח' והוא הפך כל הפוס' שסמיכתינו עליהם ומאח' דהם דברים גלויים ומפו' לכל שהם הפך ההלכ' לא הוצרכתי להאריך בזה ובמה שכתבתי יתפרסם הכל ואתה אומר דכונתו לומר בהצטרף ג' טענות כופין ואין משמע כן מדבריו דלא הזכיר לא סניף ולא צירוף ואדרבא משמע מדבריו שכ"א ואחת בשבילה כופין לח' שכתב וז"ל נמצא כופין וכו' מכמה טענות אחר מדין מורדת וכו' ע"ש דתופס כ"א לבדה ועוד דאם באמת כונתו ע"י צירוף טענה ג' דנתקים לא צריכה צירוף מידי דהוה מו"ש ולמאי איצטריך צירוף ועוד דלא ימנע בניו ונכדיו להזכיר דבר זה ולא מלבד דלא הזכירוה והעלימו עיניהם ממנה כתבו הפך דבריו ואת"ל דלא מהני בשתי אמתלו' כדפי' וכתבו משמו הפך דבריו באותה תשובה וכ"כ הוא בתשובה אחרת הפך תשובה זו ואפי' אם יהיה כדבריך דכונתו פי' צירוף לא אזלינן בהא כוותיה מאחר דבניו ונכדיו ראו את דבריו וכתבו הפך דבריו דפירוש אפי' בצירוף ל"מ כדפי' וכוותייהו נקיטינן וכן היא דעת מרן ומכ"ש דדבריו מפורשים דבלא צירוף קמשתעי: והשתא דעמדנו על קו היושר והאמת דצירוף לא מהני לענין כפיה וכו' עכשיו נתתי את פני ודעתי לאותם אמתלות שכתבת בראשית כל טענת האשה שהוא נשוי וכו' וטענה זו תשובתה כבר היא כתובה לעיל וטענה ב' היא דאין כונתו למצוה דגילה דעתו מקודם שהיה רוצה לחלוץ וכו' ואני אומר ומאי הוי אם מתחי' היתה כונתו לח' ועכשיו הדר ברוחו ובן אדם ויתנחם כתיב ועכשיו רוצה ליבם אמאי כייפינן ליה לח' ומצוי"ק ובלא"ה הכי קי"ל כחכמים יבמה יבוא עליה מ"מ אפילו מתכוונין לשם נוי וכו' וזה בדבר זה לא נאמר עליו שאינו מתכוין לשם מצוה כמ"ש מרן‌לרבני אשכנז שכתבו לו יש להביא ראיה שכופין לח' מדברי הרמב"ם שאם אמר איני חולץ ואיני מיבם כופין וכו' והאי יבם כיון שהיה רוצה לברוח וכו' ולעגנה ודאי כאומר איני חו' וכו' ע"ש.

והשיב לו דאין משם ראיה דנהי דמעיקרא וכו' כיון שחזר בו ואמר שרוצה ליבם לא הוי כאומר איני וכו' עש"ד גם בנדו"ד אפי' לא חזר ואמר ליבם אלא כדי שלא ישאנה בעל אחו' מה בכך ומי יאמר דזה היא כונתו דילמא הוא חזר ברוחו ורצה ליבם דהכל יודעים דמצות יבום טוב ממצ"ח ואם מטעם דאמר מיבמה לילה אחת ואח"ך יגרשנה מ"מ מצוה מקרייא דאל"ך היא אסורה עליו משום אשת אח שלא במקום מצוה והו"ל למימר חולץ

ואינו מיבם ועוד מי אמר לך לילה אחת מ"ח עדיפא מינה אי נפקא לך מדברי הריב"ש שכתב במי שהוא נשוי מח"ק ואם באמת יבום לילה אחת עדיפא ממ"ח הו"ל לחז"ל לומר מיבמה לילה אחת וממילא ליכא קטטה ז"א דחיישינן שמא לא ירצה לגרש דברצונו הכל תלוי ואין יכולים לכפותו ומה הועילו חכמים בתקנתם ואם מדברי משחא דרבותא אף על פי דאין הספר מצוי אצלי להשיב ע"ד מ"מ מד"ק שכתבת שהוא סומא ואין בידו לפרנסו כפ"כ וכו' אין משם ראיה לנדו"ד דודאי בזה אמרינן מח"ק ואין משם ראיה דמקיים מ"י לילה אחת אמרינן מח"ק ואם כונתך לומר דע"י דבר זה שמיבמה לילה אחת ואח"ך מגרשה יודעים דאין כונתו למצוה ז"א דמדאמרו חז"ל מיבמה לילה אחת ודיו ודאי מצוה היא וכונתו למצוה ומגרשה מפני המחלוק' ועוד דאפי' אין כונתו למצוה ומח"ק לא כייפי' כמ"ש הריב"ש עצמו כדפי' לעיל גם כתבת מאחר דהוא מיבמה הוא מנוולה על בעל אחותה ולא תנשא לו ותשאר עגונא והויא מצוה הבאה בעבירה וכו' ואמאי נקראת מצה"בע בשביל שלא ישאנה תתקיים באחר דכמה אינשי איכא בשוקא ולא תתעגן אם לא ירצה בעל אחות' ואמאי תתנוול בעיניו דבלאו הכי היא בעולה ואמאי תתנוול בכך אם חפץ בה ובאמתל' כזה כופין אותו לח' כדי לרחם על בני אחותה ותכנס במקומה א"כ לא שבקת חיי לכל בריה וכל אחת כשהיא רואה איש אחר יותר טוב מהיבם תאמר שאינה רוצה ביבם ותבקש סיבי הסיבות והיא נתנה עיניה באיש אחר ובפרט בזאת היבמה נ"ל טעמא משום שנתנה עיניה בבעל אחותה והיא מבקשת עלי' דברים על היבם לח' לה וכגון זה אמרו חז"ל תשב עד שתלבין ראשה או תתייבם ולא מהני כל האמתלו' אפילו דאית בהו ממש דהא חזינן כונתה וכ"ש באלו האמתלו' דאין בהם ממש ותמיהא לי על כת"ר שאומר אמתל' שמהם נודע הדבר שרצונה וחפצה בבעל אחותה לא מטעם אחר ואתה מחזיק בידה ותאמר שהוא מנוולה ב"מ ולא ישאנה וכו' והיא מצוה הבאה בעבירה ואיך לא זכר שר דברי חז"ל שחששו אפילו חששא בעלמא שמא נתנה עיניה באיש אחר ובשביל דבר זה אמרו אין כופין וחלקו על הרמב"ם מכ"ש הכא שאנחנו יודעי' דכך כונתה ואומרת בפיה שאפי' אם יהיו האמתלו' שאומר' יש בהם ממש ובעלמא יהנו בצירוף לכפות לח' בזאת היבמה לא מהני מאחר דידעינן שרצונה כדי שתנשא לבעל אחותה וכמו שחששו חז"ל באשת איש כך חששו ביבמה גם כתבת עוד מפני שאינו יכול למיקם בספוקה וכו' באמת אמתל' זו יש בה ממש וכופין עליה כדפי' ברם כת"ר לא גזר אומר שאינו יכול למיקם וכו' אלא אתה כמסתפק אפשר דאינו יכול וכו' משמע דכבודך הרי הוא מסתפק בלאחר זמן דילמא אינו יכול אבל עכשיו הא קחזינן אם יכול או לא ועוד אתה אומר שהוא בינוני אינו עני ולא חששו חז"ל דילמא לאחר זמן אם חזינן ליה עכשיו שיכול למיקם דאל"ך אפי' עשיר שמא יחזור הגלגל ולא אמרו חז"ל אלא אם הוא איש עני שראינו שאשתו ראשונה ובניה יושבים ברעב ובעירום ובחוסר כל אבל אם יש לאל ידו כדי לזונה אפי' אין בידו לזונה כפי כבודה אין כופין כמ"ש הריב"ש אלא משיאין לו עצה וכו' וזה נראה מדבריך שאשתו ובניו הראשונים מתפרנסים בטוב ואם כן איך תאמר דלא מצי למיקם וכו' ועוד דבלאו הכי אתה אומר דכונתו דווקא ליבמה לילה א' ולגרשה וא"כ מאי נפקא מינה אם יכול למיקם או לא ואפשר דנכנס לך ספק זה דאפשר אינו יכול וכו' מדברי מהרי"ע שם בתשובה בא' שרצה לישא אשה א' על אשתו והלך וקדשה ומשם נראה דאותו האיש באותו זמן לא היה איש

עני אלא דחשש אחר זמן דאינו יכול דלית ליה מלאכה או סחורה ורצית לדמות הכא להתם ואין הנדון דומה לראיה דשאני כונת הרב לעשות גדרים וסייגים לדבר שלא ליתן יד לפושעים שיעמוד כל אחת וישא אשה אחרת על אשתו והיא לא נשאת לו אדעתה דהכי ומלבד דלית בה מצוה אלא אנחנו חוששים לעבירה אבל הנדו"ד איכא מצוה דאורייתא ואין אנחנו חוששים שמה אח"ז אינו יכול ועוד דשאני הכא דאפשר הוא בעל מלאכה או בעל סחורה מאחר דלא הוספת דבר זה בכלל דאינו יכול למיק"ב ולא עוד אלא דצווחו ע"ד קמאי ובתראי באותה תשובה דהפריז מאד ואין למידין הימנה ועוד דכוונתו לעשות גדרים וסייגים לא לבטל המצוה וחוששין שמא אינו יכול למיק"בס וכופין לחלוץ.

והנה ראיתי אחרי רואי דב"ק בסוף תשוב' שחשש לדבר זה שאומרת שרוצה בבעל אחותה והויא נותנת עיניה באיש אחר ומגרע גרע מנשי אחו' והוא מפרק לה מאחר דהיבם הוא נשוי הרי הריב"ש כתב דמצח"ק ואפי' בעינא לי' ומצערנא לי' אין כותבי' עליה אגרת מרד וכו' ע"כ ויש לברר ולומר דודאי הריב"ש טעמיה דקאמר דאם הוא נשוי מח"ק ואין כותבין וכו' הוא מטעם דמסתמא אמרינן דטעמא דבגדה ביבמה הוא משו' דאינה יכולה לסבול צער צרת' והויא לה אנוס' ואין כותבי' וכו' דאנוס רחמנ' פטריה וודאי לא נתנ' עיניה באיש אחר כדי לאבד כתובת' אלא מסתמא זה הוא טעמא משום צרתה והיא אנוסה ולכך אין כותבין וכו' אבל אם ידעינן כונתה שנתנה עיניה באיש אחר ומכ"ש כשאומרת בפי' הו"ל כמו שהבעל פנוי דקי"לן מי"ק וכותבין עליה אגרת וכו' דודאי לאו מטע' צרתה אלא מט' דחשקה נפשה בבעל אחותה והויא נותנה עיניה באי"א דקי"לן אבדה כתוב' תדע דהא כתב מור"ם בסי' ע"ז ס"ב בדין מאיס עלי דפס' מר"ן תטול בלאותיה וכו' דפסק כהרמב"ם דלא תבעל וכו' והויא אנוסה וכו' כתב מור"ם ע"ד וז"ל שבקשה גט בלא כתובה וכו' אבל וכו' חיישינן שמא נתנה עיניה באיש וכו' ויש לה דין מורדת דבעינא ליה ומצערינן וכו' ע"ש הרי לפניך כתוב אפי' היא אומרת מאסתיהו אם אמדינן דעתה דלאו מטעם זה ויש לחוש שמא נתנה עיני' וכו' הויא מורדת ואפילו אומר' בפיה מאסתיהו ולא תלינן בטעם מיאוס ומכ"ש בנדו"ד שאומרת בפי' כדי שישאנה בעל אחותה והיאחפצה בו ודאי אמרינן דבדבר זה מאסה ביבמה ולאו מטעם שהוא נשוי והו"ל כפנו' ויודה הריב"ש דמי"ק וכותבים עליה וכו' ונראה לי דכבודך נסתייע מדברי הריב"ש בסי' הנז' שכתב ע"ד מר"ן שכת' וז"ל וי"א שגם יבמה שאינה רוצה כדי לצערו וכו' וכתב הריב"ש ס"ק כ"ה וז"ל היינו לשיטת הפוסק' דא"יל מצי"ק אז כותבין עלי' אגר"מ יע"ש ומזה דנת בעצמך לנדו"ד שהוא נשוי דכתב הריב"ש עליו מח"ק ואין כותבין עליה וכו' ואני אומר דלא בא הריב"ש למעט אלא להחו' דאית להו מח"ק אפי' בלא סיבה ואפי' פנוי אלא שהיא אינה חפצה להתייבם לו והויא כמו בעינא ליה וכו' אבל לדידן דאית לן מי"ק וכייפינן לה אלא מטעמא אחרינא אמרי' מח"ק דהויא כאנוסה אם אמרה בעינא ומצערנא וכו' כותבין עליה וכו' ואמרינן מי"ק דזה לא מקרייא אנוסה דהא היא אומרת בעינא וכו' והו"ל כמו דלית לה שום סיבה והוא פנוי מקרי ואפי' הוא נשוי ומודה הריב"ש דאמרי' מי"ק וכותבין עליה וכו' מאחר דידעינן דנתנה עיניה באיש א' דזה הוא הטעם שאמרו חז"ל איבדה כתובת' דחיישי' שמא נתנה עיני' וכו' ופשוט אצלי שכותבין עליה אגרת מרד וכו' ומכ"ש דאין כופין אותו לח' ויש לי להאריך

בזה בראיו' אלא דלית לי פנאי ואפי' אינו מכוין לשם מצוה דאפי' ר"ת דאי"תל היכא דאינו מכוין לש"מ כופין לח' הרי ר"י בע"התוס פי' דבריו דכופין אותו במילי ע"ש בב"י עוד כתבת מכ"ש דמתכוין לעבירה ומצוה הבאה בעבי' ומדברינו יתבאר לך דלא מקרי מצוה וכו' בשביל דעיני' וכו' דזו לא מקרי אמתל' אפי' לרש"י ואפי' ע"י צירוף: עוד כתוב בדב"ק וז"ל ולא גרע נדו"ד מאיסור שניות דרבנן וכו' וכן לא גרע מזקן ביותר שתשש כחו וכו' דפסק הרמב"ם חולצין ולא מיבמין וכו' זת"ד.

ותמיהא לי על דברי קדשו איך מדמה ז"לז ורב המרחק ביניהם ולמה לא הוקשה לך אם באמת שוים כדבריך אמאי הכא בנדו"ד אם נתרצו שניהם ליבם ליכא איסורא ומותר ליבם ולקיים מצות יבמה יבא עליה אבל בשניות אפילו ירצו שניהם לא. אלא חולץ דוקא וכן בזקן אפילו יתרצו שניהם וכו' אלא חולצין ואם באמת כדבריך דשוין א"כ אפי' ירצו שניהם לא שבקינן להו אלא ודאי דיש לחלק דשאני יבם זקן מטעם דביאתו אינה ביאה דהוא משמש באבר מת והתורה אמרה יבמה יבא עליה ובעינן ביאה תדע דבזקן שלא תשש כחו יכול ליבם ובשניות גם כי הטעם משום דעשו רבנן סייג וגדר לערוה דאורייתא ואפילו במקום מצוה אין לפרוץ גדר ואין להאריך בדברי' שאין להם טעם.

.

ולא כמו שהבין כת"ר דטעם הזקן משום דאינו יכול להקים זרע וממנו אתה למד ללילה אחת דאינו יכול להקים זרע כופין אותו לחלוץ אלא מטעמא דכתיבנא דביאתו אינה ביאה. ולדבריך תקשה והא שניות יכול להקים זרע ואמאי אינו מיבם עוד כתב כת"ר כופין אותו וכו' מטעם דלא מתדר לה עם היבם וכו'.

משמע דהיא אומרת כך ולא העולם אומרים כן וממנה אין ראיה מאחר שאינה חפצה בו ורצונה בבעל אחר ודאי אומרת כך ואינה נאמנ' דהא חזינן דקא מתדר עם אשתו הראשונה ופשוט הוא דדבר זה הוא נלמד מדברי הרב מים רבים והביא ראיה ממאיס שכתב הרמב"ם והיא סברה דחויה ואין לסמוך עליה ודבריו שכתב דנח' עליו שמא אינם חולקין עליו ביבמה והוא הפך דברי ה"המ ומר"ן והריב"ש ושאר הפוסקי' כדפי'.

ברם הטענה שהיא מחק המלכות שאינו יכול ליבם והוא מבקש תואנות עד שימצא שעת הכושר כדי ליבמה בצנעה ושהויי משהי לה לזה כייפינן ליה לחלוץ דשיהוי מצוה לא משהינן ולא תשאר עגונה עד שימצא יכולת ליבם דלא גרע מאם היה היבם הגדול במדינת הים דלא משהינן לה עד שיבא ואפי' עיקר המצוה בו וכייפי' לאחיו הקטן ואמרינן ליה או יבם או חלוץ דשיהויי מצוה לא משהינן ופסקה הרמב"ם והטור ומר"ן דאין בידו לעגנה.

ובזה אמרינן מח"ק למצות יבום והוא הטעם שכתב הריב"ש בתשובה מאחר דאין בידו ליבמה השתא כופין אותו לחלוץ. בהא סלקינן ובהא נחתינן דאין בכל אמתלאות אלו שכתובין בשאלה לכוף לחלוץ לזה היבם ואפילו בצרוף ז"לז ברם אמרינן ליה או כנוס או פטור ושיהויי מצוה לא משהי' ואין בידו לעגנה ואם אין לאל ידו ליבם כופין אותו לחלוץ ולא משהי' ליה עד שימצא פתח כ"א ע"פ רצונה אם תרצה להתעכב וא"ל כופין

אותו לחלוץ ומי שחותמו אמת ינחני במעגלי צדק ואמת: פרק ו' הי"ט אשה שזנתה וכו' אבל סוטה שמת בעלה קודם שישקנה וכו' הרי זה חולצת ולא מתיבמת ע"כ.

משנה בפ"ק דסוטה ופרכי' עליה בגמרא (ד"ה ב') אמאי תתייבם נמי יבומי ומשני אמר רב יוסף אמר קרא ויצאה מביתו והלכה והיתה לאיש אחר ולא ליבם עי"ש. וקשיא לי בגווה דמאי מקשה והא ספק ערוה היא דהא אם נטמאת בודאי אינו מיבם ואינו חולץ דטומאה כתיבה בה והויא כעריות כמ"ש התוס' והשתא שנסתרה הוי ספק ולכך חולצת ולא מתייבמת ומאי מקשה אמאי תתייבם וכו' ותו למאי אצטרי' קרא למעוטי יבם.

ואיפשר לומר דכוונ' המקשה היא תתייבם מכח דאתי עשה דיבמה יבא עליה ודחי ספק טומאה לכך אצטריך קרא למעוטי אחר ולא יבם: והתוספות בד"ה לאחר ולא ליבם וכו' כתבו וז"ל או אינו אלא לאחר ולא לאב וכו' עי"ש. ר"ל ומכל שכן בן שאם מכרה לו שאינה חוזרת ביובל לכהנים כשהוא אומר לאיש רבי לן אח שאם מכרה לו שחוזרת לכהני' ביובל ואחר למעוטי בן שאינה חוזר': עוד כתבו בס"ד ועוד תקשה דהכא אע"ג דכתיב איש אחר עי"ש.

אין כוונת' להקשות דמאי שנא דהתם מרבינן אח מאיש וממעטינן בן מאחר דגם הכא הו"ל לרבות אח ולמעט בן דהכא הבן התורה מיעט אותו בפירוש ולא יקח את אשת אביו וא"כ המיעוט ודאי אינו אלא ליבם אלא דכוונתם היא אמאי בשדה דרשינן איש ואחר והכא לא דרשינן אלא אחר ותירצו וא"ת מאיש וכו' ר"ל דגם הכא דרשינן איש לאחות אשה וכו' ואף ע"ג דלא דמי דהתם מרבינן והכא הוא למעט י"ל דהתם יתור איש הוא לרבויא דהו"לל ומכר לאחר וממעטינן אח וכ"ש בן כמ"ש בש"ס ואימא לאחר ולא לאח ומכ"ש בן דמסתברא דהבן יותר מן האח כדמוכח התם בש"ס ואמאי כתב איש ולכך הוא לרבויא אבל הכא אם כתב קרא והיתה לאחר להדיא לא הוינא ממעטינן אלא יבם משום דרמיא עליה ליבומי ולא ממעטי' הקרובים לכך כתיב והיתה לאיש אחר למעוטי קרובים ויבם מאחר ותירצו גם קושיא הראשונה דאחות אשה מאיש נפקא ויבם מאחר דדרשינן תרוייהו:הלכות סוטה פרק א' ה"ב הסתירה האמורה בתורה וכו'.

שאמר לה אל תסתתרי עמו בפני שני עדי' אם שהתה עמו כדי טומאה וכו' הרי זו אסורה על בעלה עד שתשתה מי המרים וכו' ע"כ. משנה בריש סוטה המקנא לאשתו ר' אליעזר אומר מקנא לה על פי שנים ומשקה לה ע"פ ע"א או ע"פ עצמו רבי יהושע אומר מקנא לה ע"פ שנים ומשקה ע"פ ב' ע"כ וי"ל דהול"ל אם קינא לה וכו' דהיינו בדיעבד.

מאחר דהתנא נקט בלישניה לשון דיעבד כדמוכח מניה בש"ס דאסור לקנאות מדנקט בלישניה המקנא ואיפשר היא דקשיתי' לרש"י ז"ל ד"ה מקנא לה ע"פ ב' וז"ל אם בא להשקותה וכו' ר"ל האי דקאמר מקנא לה היינו אם בא להשקותה אומרים לו צריך אתה בתחילה להיות מקנא לה ע"פ ב' ולדברי התוספו' לקמן ד' ג' ב' ד"ה ר"י אומר רשות וכו' דכתבו שם דרבי אליעזר אית ליה מקנא לה חובה כמו שהוכיחו מהירושלמי ותנא דידן הוא דנקט בלישניה המקנא ודיוקא דהש"ס היינו לתנא דידן אבל ר"א דאמ' חובה ניחא דנקיט בלישניה ר"א אומר מקנא לה וכו' בדיוקנא וקי"ל: ומשקה לה ע"פ ע"א או ע"פ עצמו וכו' ולא זו אף זו קתני ופי' לא מיבעיא ע"פ ע"א אלא אפי' ע"פ עצמו נאמן להשקותה.

ואע"פ דאית לן דבבא אחת דהיינו בשתי תי' לא אמרי' לא זא"ז כמ"ש התוספו' במסכת קידושין במתני' דהאיש מקדש בו ובשלוחו וקא פריך הש"ס השתא בשלוחו מקדש בו מיבעיא וכו' וכתבו שם התוספות דבשתי תיבות לא אמרינן לא זא"ז. דוקא התם דקאמר ב' תיבות בו ובשלוחו אבל הכא דקאמר או ע"פ עצמו דהוסיף תיבת או מקרי ב' בבות ואמרינן לא זו אף זו.

אי נמי אפילו נאמר דגם הכא מקרי שני תיבות ובבא א' אמרינן בה לא זא"ז דלאו כללא כיילי התוס' דבשתי תיבות לא אמרינן לא זא"ז בכל מקום דהרי מצינו דבריהם בהפך במסכת יומא (דף כ"ג א') אחת או שתים וכו' ופריך בש"ס שתים מוציאין א' מבעיא וכו'. וכתבו שם התוספות וז"ל אע"ג דבכמה דוכתי קתני לא זא"ז וכו' יע"ש והוא הפך דבריהם במס' קידושין דבשתי תיבות לא אמרי' לא זא"ז ומוכרחין אנו לומר דלא קאמרי התוספות דבשתי תיבות לא אמרינן לזא"ז אלא דוקא שם בקידושין דבתיבת בו ליכא שום חידוש דאם הוא עצמו אינו מקדש מי מקדש אבל הכא דאיכא חידוש בע"פ ע"א והוא הפך שאר עדויות אמרינן לא זא"ז וכן במסכ' יומא איכא נמי חידוש.

עיין יב"ש: והיותר נ"ל דשאני מסכת יומא דהקשו התוספות ואף ע"ג דבכמה דוכתין קתני לא זו אף זו משום דהוסיף תיבת או כמו הכא ולכך הקשו התוס' אע"ג וכו' משום דלא מקרי ב' תיבות ומשם סייעתא לדברינו דלעיל שכתב' דאחר שהוסיף או מקרי כמו ב' בבות ובזה לא תקשה דברי התוס' אהדדי ולא הוצרך הר' יבין שמועה לתירוץ דלעיל דליכא שום חי' אלא לגבי אחריני כמו הסול והסיר וכו' וארבעים וחמשים ואחריני דלא כתיב בהו או.

אבל הכא ובמסכת יומא דכתב א' או ב' שפיר מיקרי ב' בבות ולכך לא הקשה שם הר' י"ש מההיא דיומא והקשה מאחריני משום דכתב בה או. ודו"ק: רבי יהושע אומר מקנא לה על פי שנים וכו'.

תי' מקנא לה דנקט ר"י בדבריו יתירה דליכא בה שום פלוגתא ולא הי"ל אלא אף משקה ע"פ ב'. ואיפש' לפי דברי הש"ס שאמר טעמיה משום דקא' בה למעוטי קינוי וסתירה ור"א דוקא למעוטי קינוי אתי שפיר דכוונתו לומר כשם שמקנא לה על פי שנים מכח בה כך משקה לה ע"פ ב' מכח מיעוט בה ולא כדבריך שאמר' דבא למעוטי קינוי ולא סתירה.

ודו"ק: והתוספות ד"ה המקנא כתבו וז"ל ותימא אמאי לא קבעה אגב נדרים וכו' ר"ל דהא נדרים מקרי שפיר סדר נשים דהרי כתיב ואשה כי תדור נדר ואגב נדרים תני נזיר דדמי ליה דאין נזירות אלא על ידי נדר ובסוף נזיר איכא משניות טובא בנדרי נשים וכו' והוי דומיא דנדרים. ותירצו דעדיפא ליה וכו' אלא דק"ל אחר דאיכא משניות טובא במסכת נזיר דאית בהו סדרי נשים והפרת הבעל אם כן היא מקריא שפיר סדר נשים ואמאי נשנית באגב וגם בקרא כתיב איש או אשה כי יפליא לנדור נדר נזיר וכו': עוד כתבו התוס' ד"ה המקנא דיעבד אין וכו' וז"ל ס"ד ועל כרחך אית לן למימר ממשנה יתירה כדפירש"י ע"כ.

ר"ל כדפירש"י דהו"לל ר"א אומ' מקנא אדם לאשתו וכו' ואמאי נקט יתור לשון המקנא לאשתו והיא משנה יתירה. וק"ל: הלכה ה' קינא לה על פי שנים ונסתרה עמהם הרי זו אסורה עד שתשה' וכו' וראיתי בספר עינות מים שהקשה והא בפ' שני נזירים הקשה הש"ס על מתני' שאמר' אחד שאמר לשנים נטמא אחד מכם ואיני יודע וכו' מביאין קרבן טומאה וקרבן טהרה בשותפו' ואומר וכו' יע"ש הקשה הש"ס והא ספק טומא' בר"הי מסוטה גמרינן לה מה סוטה בועל ונבעלת אף כל ס' טומאה בר"הי והכא ב' נזירים והאי דקאי גבייהו הרי ג' והו"ל טומאה ברשות הרבים ס' טהור וי"ל דספק הגמור דראוי לחוש לו מד"ת אינו אלא בבועל ונבעלת בשנים דוקא אבל אם נסתרה עם ב' דלא שכיח דעבדי עבירה תלוי ביד הבעל וברצונו אי בעי מקנא כדאמר רבי יוסי שם אי בעי מקנא לה ממאה ומעיקר הדין הוא דלמדו לטומאה ולא מדין קפידת הבעל דא"כ נמצאת אתה אומר ספק טומאה ברשות הרבים טמא וק"ל: הי"ד האשה שקינא וכו' ובא ע"א וכו' הר"ז אסורה וכו' פ"ק דסוטה ד"ב והתוס' ד"ה כל מקום כתבו וז"ל ואחד דכתי' וכו' ולא יומת ע"פ ע"א וכו' ע"כ יע"ש ולכאורה דבריהם הפך הש"ס דקאמר כ"מ שנאמר עד הרי כאן ב' עד שיפרט וכו' אחד ואם כן מאי קאמרי התוספות ואחד דכתיב וכו' מוקי לה וכו' והרי אצטריך למכתב אחד שלא נטעה ונאמר ב' וכפי דברי הש"ס במכות א"ש דברי התוספו' דהכא דקאמר התם לא יומת ע"פ ע"א מאי א' אילימא ע"א ממש מרישא שמעי' לה ע"פ ב' עדים אלא מאי אחד א' א' יע"ש וזהו כונתם הכא דקאמר כל מקום שנא' עד וכו' עד שיפרט לך וכו' ולכך ק"ל והכא כתי' וע"א לא יענה וכו' לא יומת על פי ע"א והתם לא אצטריך לגלויי על עד שהוא אחד שהרי ברישא דקרא כתיב ע"פ ב' עדים וכו' הא א' אינו מועילוכן בקרא אחרינא כתיב ברישיה לפי עדים ירעתטקר ותיבת עדים ב' וא"כ בלא א' ידעי' דעד היינו א' מכח רישיה דקרא.

ותירצו דבפרק ד"מ מוקי לה לא' מן התלמידים והך לעדות המיוחדת לאפוקי א' רואה מחלון זה וכו' עיין במהרש"א שפי' דבריהם בע"א: פרק ב' הי"ב כל אשה וכו' (א"ה כאן מצאנו פסק א' לה"ה ז"ל דשייך להלכ' זו והשאלה נאבדה ומתוך התשובה יובן הענין). איתא בהרמב"ם ה' סוטה פ"ב הי"ב כל אשה שהיה לה קינוי וסתירה וכו' הואיל ונאסרה על בעלה וכו' הרי היא אסורה על זה שנתייחדה עמו וכו' ואם עבר ונשאה מוציאין אותה מתחתיו בגט ואפילו היו לה כמה בנים ממנו ע"כ אבל אם לא קדם הקינוי ובאו עדים שנסתרה וכו' ובאו ומצאו דבר מכוער כגון שנכנסו אחריו ומצאוה חוגרת חגור' וכו' ואם הוציאה בעלה בדבר מכוער כזה הרי זה לא תנשא לזה וכו' ואם עבר ונשאה והיו לה בנים ממנו לא תצא ממנו וכו' במד"א כשרננו העיר.

עליה וכו' אבל אם לא היה לה שם רנון בעיר וכו' אם נשאת לנטען לא תצא אע"פ שאין לה בנים ע"כ המורם הוא מדבריו היכא דאיכא עדי טומאה ונשאת אפי' יש לה בנים ממנו תצא ובעדי כיעור וקלא דלא פסיק אם יש לה בנים לא תצא ובקלא דפסיק אפילו אין לה בנים לא תצא אבל אכתי לא אפילו בעדי כיעור גרידא או בקלא גרי' דלא פסיק וכ"מ מתשובת הרשב"א הביאה הר"בי סימן י"א וז"ל על מי שנחשד באשת איש ונפטר הבעל וכו' אם אותו קול של רינון קול ד"פ וכו' לא יכנוס ואף על פי שאין שם לא עידי טומאה ולא ע"כ ויש מן הגדולים שאמרו שאם כנס יוציא וכו' ע"ש ובמה שאמר ואם

כנס יוציא הוא הפך דברי הרמב"ם והרי"ף וכן הוא דעת מר"ן בקצר כדברי הרמב"ם ודייק בלשונו כדברי.

הרמב"ם ותצא דינא בנדון דידן דליכא עידי כיעור אלא קלא ד"פ אם נשאת לא תצא אע"פ דאין לה בנים ממנו. מיהו לכשתידוק נראה הכא בנדון דידן דאפי' נשאת תצא דיש לחלק דלא אמרו אלא הנחשד או הנטען באשת איש דהוא באקראי בעלמא נכנס אצלה או באה אצלו בצנעה במורא ופחד מבני אדם ומבעלה ביותר לכך הוצרכו עידי טומאה או עידי כיעור אבל בנדון דידן שראינו שבגדה בבעל נעוריה ונכנס אצלה בפרהסייא ביום ובלילה בכל יום ובכל לילה והוא מאכיל ומשקה לה ועשו בו כמה התראות ועמדו יחידי הקהל והלכו אל מושל העיר ובקשו ממנו שלא יניחוהו ליכנס אצלה ולא הועילו כלום.

מחמת שמפזר ממונו לכל בני השררה בשביל שלא יעכבו עליו זה דבר פשוט דאנן סהדי שנטמא' עמו דמי מעכב אש בנעורת מוכרח אש דולקת עד ששלהבת עולה מאיליה דליכ' עיכוב ואם נאמר דהבחור זה נמנע משום איסורא. לא היה לו להתייחד עמה ביום ובלילה והיה לו לגדור עצמו ממנה.

ואמאי מפזר ממונו בשבילה ומאכילה ומשקה ועושה לה כל צרכה בכל דבר שמבקשת ממנו וכל זה בפומבי לעין כל וכל העם אנשים ונשים אומרי' בפה מלא שהיא כאשתו ממש ועדיף ממה שא' חז"ל עד שישאו ויתנו בה מוזרות בלבנה דקי"ל הל' כר"י דאית ליה אין משקין לה אלא ע"פ שנים ואעפ"כ אמר אם ישאו ויתנו בה מוזרות בלבנה בפריצותא מכוער הדבר ואסור.

ומכ"ש בנדו"ד דהכל יודעים ואומרי' שהיא כאשתו והיא משמשתו בכל הצריך לו והוא משמש לה בכל דבר הצריך לה והוי כע"ט דאסורה לבעל ולבועל ואמרינן בה אם נשאת תצא ואפילו יש לה בנים ממנו מיהו אע"ג דאמרינן דאם נשאת תצא אם לא הוציאה וילדה עם הנחשד הולד לא מקרי ממזר.

ומותר לבוא בישראל דלא הוי ממזר אלא הבא מן הערוה כמו חייבי מיתו' וכריתו' כמ"ש הרמב"ם פט"ו מה' א"ב ה"א איזהו ממזר האמור בתורה זה הבא מערוה מן העריות חוץ מן הנדה וכו' וכ"כ רבינו הטור סי' ד' ופסקה מרן בקצר וכן מצינו במחזיר גרושתו משנשאת דהולד כשר כמ"ש הרמב"ם בפרק הנז' ה"ב והיא אסורה לו והולד אינו ממזר וכן אם זנתה תחת בעלה דאסורה עליו וצריך להוציאה והולד אינו ממזר כמ"ש הטור סי' ד' ופסקה מורם סט"ז אמנם נשאר לי ספק א' וצריך לפרשו וקאי אדלעיל דאמרינן לא תנשא לנחשד ואם נשאת בע"ט יוצאת אפי' יש לה בנים ואם בע"כ וקלא ד"פ לא תצא דיש לבע"ד לחלוק ולומר היינו אם הוציאה הבעל בשביל דבר זה אסורה לנחשד וצריך להוציא אבל אם גירשה מרצונו או אם נתארמלה יכולני לומר שמותרת לנחשד ולשון מרן ז"ל מסייעני שכתב ואם הוציאה בעלה בדבר מכוער כזה ה"ז לא תנשא לנטען וכו' משמע אם לא הוציאה בעלה בשביל דבר זה מותרת לנחשד ואע"פ דיש לחלק בין ע"ט לע"כ דבע"ט אפי' אם עבר בעלה ולא הוציאה מ"מ לנחשד אסורה כמ"ש בלשונו הואיל ונאסרה על בעלה משמע דהדבר תלוי באיסורא וכ"מ מלשון הש"ס שאמר כשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל.

וכן יש להסתייע מלשון הרמב"ם שכ' כל אשה שבאו ב' עדים והעידו שזנתה עם זה כשהיתה תחת בעלה וכו' דמוכח הלשון דלא הוציאה בעלה אם מחמת שלא נודע לו או מטעם אחר תצא מ"מ בע"כ יש להסתפק. ואחר החי' ראיתי להרב"י בסי' הנזכ' שהביא בשם מ"כ וז"ל על מי ששאל על בתו וכו' וחשדה משמעון ונתגרשה מראובן מרצונו ונשתדכה לשמעון וכו' ונ"ל ולכל חבירי וכו' מ"מ וכו' הוציאה קתני משמע הוציאה הבעל משום ההוא שם וכו' ע"ש נראה מדבריו דלא נאסרה על הנחשד אא"כ הוציאה בעלה משום ש"ר של הנחשד וא"כ נמ' לנ"ד אם אנו חושבים החשד הנז' בע"כ אינה יוצאת מאחר שבעלה לא הוציאה בשביל דבר זה: ברם לאח"ה ראיתי להר"בי ז"ל שהבי' משם הרא"ש ז"ל כלל ל"ב וז"ל על הנטען על א"א ונתארמל' אין כאן מקום להסתפק דמאי נ"מ אם גירשה אם מת וכו' יע"ש וכ"כ הב"ש שם ס"ק י' וכתב ודלא כמ"ך שהביא הר"בי וכ"כ הד"מ ודלא כמ"ך ע"ש ואמנם במ"ש בנ"ד שהבעל בשעת הגירושין אמר להם אני אוסרה על פלוני שהוא אותו פלוני שנטען עליה אם הוא באמת שהבעל התנה בשעת הגירושין נ"ל אם כנים הדברים שהבנים ממזרים כמ"ש הרמב"ם בפ"ח מהל' גרושין ופסקה מרן בסי' קמ"ג סט"ז וז"ל אמ"ל ע"מ שלא תנשא לפ' עד"ז פ' וכו' ואם נשאת לו נתבטל הגט ובניה אפ' מהב' ממזרים ע"כ ר"ל אם נשאת לאחר וילדה עמו וגירשה ואח"ך נשאת לזה שאסרה הבעל הא' עליו נתבטל הגט למפרע והבנים שילדה עם הב' ממזרים הם מאח' שנמסר לה הגט ע"ת ולא קיימ' התנאי נתבטל הגט ועדין היא אשת איש והיא ערוה עליו והבנים ממזרים כל מה שילדה עמו וע"ש להרב בית שמואל שהק' לפי התנאי שלו נמצא שהיא אשת איש ולא הוונשואין אם כן לא עברה על התנאי שלו שלא תנשא לפ' וכו' ר"ל ולא נתבטל הגט ואמאי בניה ממזרים מהב' וכל הביאות שבא עליה האיש שנאסרה עליו אינם אלא דרך זנות בעלמא והתנאי היה שלא תנשא לפ' ולא שלא תבעל לו זה פי' דבריו והיא הקו' גופה שהביא ה"ה בפ' הנז"ל והרמב"ן תריץ דכוונתו שלא תנשא כדרך הנשואין וכו' והיא נשאת לו כדרך הנשואין אע"פ דאינם נשואין ולא נתקיים התנאי ונתבטל הגט והבנים ממזרים הם ממנו ומהב' איברא דראיתי למרן בסי' קל"ח שכת' וז"ל אבל אם אמר ע"מ הרי הוא כשאר תנאי הגט בין אמר לה ע"מ שלא תנשא לו וכו' ומדסתם דבריו משמע אפי' לא קבע זמן והיא סברת הרא"ש ורבינו הטור והוא הפך מה שפסק בסי' קמ"ג סט"ז דצריך לקבוע זמן והיא ס' הרמב"ם ובס' כ"ב הביא בזה פלוגתא ע"ש והם סברות נראות הפוכות וכן ראיתי להרב באר הגולה סי' קל"ז שרשם ע"ד מרן אבל אם אמ' וכו' וכן היא ס' הרמב"ם משמע דהרמב"ם אית ליה אפי' לא קבע זמן מקרי גט ונ"ל דמרן בסי' קל"ז לא בא אלא לשלול דעת הפוסקים דאית להו דמאי דקאמ' בש"ס הרי את מותרת וכו' אלא לאיש פלוני דאפילו בע"מ פליגי ר"א ורבנן והוי שיור ולא מקרי גט והיא סברת יש מפרשים שהביא מור"ם שם ובא לומר דלא פליגי אלא בחוץ מפ' או אלא לפלוני אבל בע"מ הרי הוא כשאר תנאי הגט והיא ס' הרמב"ם והרי"ף והרא"ש וכולהו רבוותא ובסי' קמ"ג פי' דבריו ואמר אע"פ דאמרי' בע"מ הרי הוא וכו' דוקא אם קבע זמן דאם לא קבע זמן הוי כאומר ע"מ שלא תשתה יין כל ימי חייכי דגם בתנאים יש לחלק ועיין ב"ש שם נמצא דנקטינן דאם עבר על התנאי שהתנה הבעל ע"מ שלא תנשא לפ' הרי נתבטל הגט ובניה ממזרים אמנם נראה דוקא בתנאי גמור כתנאי ב"ג וב"ר כמשפטי כל התנאים

כמ"ש מרן בריש סי' קמ"ג המגרש ע"ת וכו' וכבר נתבארו משפטי התנאי' בסי' ל"ח ע"כ ור"ל שיהיה בו ד' דברים ואם לאו לא מקרי תנאי ואפי' לא נתקיים הגט גט וא"כ בנד"ד צריך להיות תנאי גמור שיהיו בו ד' דברים וצריך לחקור בדבר זה ואם לאו לא מקרי תנאי ואפי' נשאת לזה שנאסרה עליו בניה לא מקרו ממזרים וכאילו ליכא תנאי ומקרי גט בלא תנאי.

מיהו ראיתי למרן בסי' ל"ח ס' ד' הביא בשם י"א דלא בעי' שיהיה בתנאי ד' דברים אלא במקום דאתי מנייהו חומרא ולא היכא דאתי מנייהו קולא ע"ש ומידי ס' לא יצא מידי ס' ממזרות כנד"ד וכ"ז אם א"ל ע"מ דלא בעי ד' דברים וכמ"ש מרן שם סי' ל"ח ס"ג דהוי תנאי גמור ואם נשאת לו בניה ממזרים דמאחר שלא קיימה התנאי הגט בטל ועדיין אשת איש מיהו כל זה הוא אם בשעת נתינת הגט א"ל ה"ז גיטך ע"מ אבל לפי מנהגנו במח"ק זה שאנו חוששין לס' וי"מ שהביא מור"ם בסי' קל"ז דאפי' בע"מ פליגי ר"א ורבנן והוי שיור ולא מיקרי גט ולכן בשעת כתיבת הגט כשמזכיר המגרש דבר זה אני אוסרה על פלוני אומרי' לו שתוק לא תאמ' זה הענין אנחנו מדברי' עמה בדבר זה ולא תדבר עוד דברי' כאלו ואחר שנותני' לה הגט ונגמר הענין אומרין לה לא תנשא לפ' כמ"ש מור"ם שם ואם חושדה מאדם יאמר לבית דין והם ימחו בידם שלא ישאו זה את זה ע"ש וודאי ליכא תנאי כלל ולא מקרי תנאי דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתם שאמר מור"ם נ"מ וכו' ואם חושדה וכו' אלא ודאי כוונתו לומר דכיון דבית דין אומרין לה כך לא מקרי תנאי ואם עברה ונשאת לו בניה כשרים זה מה שנלע"ד בזה וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות כי"ר: פרק ג' ה"ז ואח"ך משביעה וכו' והיא אומרת אמן אמן משנה בפ' היה מביא די"ח אמן על האלה אמן על השבועה וכו' ר"ל אמן קמא כוללת האלה והשבועה ואמן שנייה צריכה לגלגול שבועה אלא דק"ל מנ"ל לרבות ארוסה דילמא אמן ב' לא באה אלא לג"ש לאיש אחר דלא קינא לה בשבילו שהיא חייבת ע"י גלגול משום דשייך ביה קינוי אבל ארוסה דלא שייך בה קינוי אין מגלגלין כדאמרינן בר"פ ארוסה נשים לא שותות וכו' ומנ"ל לתנא דמגלגלין גם על הארוסה: הלכה ט' ואח"ך מביא כלי חרס שלא נעשה בו מלאכה מעול' וכו' ואם החזירו לכבשן עד שנתחדש כשר ונותן לתוכו מים חצי לוג מן הכיור וכו' ע"כ.

הכי איתא בש"ס בפרק היה מביא (ד' ט"ו ב') תנא פיילי של חרס חדש דר"י ואמרינן דיליף ממצורע ופרכי' אי מה להלן מים חיים וכו' מה למצורע וכו'. ומשני אמר רבה אמ"ר בכלי חרס כלי שאמרתי לך כבר עי"ש.

ונראה פשוט בפירוש הש"ס דרבה בא לתרץ מ"ט דר"י דקאמר דבעינן כלי חרס חדש ופליג ארבנן דלא בעו חדש אלא אפילו ישן ואחר שהשיבו על הג"ש בא רבה ליתן טעם אחר לר"י שהוא לימוד גמור משום דאמר קרא בכלי ולא קאמר ולקח כלי חרס ונתן בו מים כמ"ש רש"י ז"ל והיינו טעמא דלא אמר אלא אמר רבה כדרך הש"ס בכל מקום משום דעדין הלימוד בקרא ממצורע מים חיים אל כלי והכא קאמר בכלי שהוזכר במקום אחר שהוא המצורע ולכך לא קאמר אלא אבל לרבנן דפליגי על ר"י לית להו האי דרשא דבכלי וכן מוכח מדברי רש"י ד"ה דומיא וכו' אע"ג דלא גמירי ממצורע יע"ש וכן מהני כלי ישן ולא בעי חדש וכן מוכח מפירש"י ד"ה ל"ש רבנן דמתני' דלא בעו חדש ומכשירי

בישן יע"ש ומוכרח אתה לומר דלית להו האי דרשא דבכלי ואינה אלא איכא דר"י ובהא פליגי דלר"י בעי חדש ולרבנן לא בעו חדש אבל הא דמימי כיור דבעי מים חיים לא איירי אלא לענין קידוש בעלמא ולא קאי אסוטה אלא דראיתי להר' תוי"ט במכילתין שפי' וז"ל ונ"ל אפילו לרבנן דר"י דלא בעו מים חיים מודו בכלי דבעי חדש משום דלאו גזירה שוה היא אלא הוראת מקום ועל הכלי לבד קפיד קרא ולפיכך לא קשיא דהכא סתם תנא דחדש בעינן ובריש פ"ב דזבחים במ"ש כל המימות כשרים לקדש יעי"ש.

וקשה דלפי דבריו דקאמר דאפילו רבנן מודו בבלי דבעי חדש במאי פליגי ר"י ורבנן דקאמר בתוספתא תנא פיילי של חרס חדשה דר"י ואמרי' בש"ס מ"ט דר"י משמע דרבנן פליגי עליה וליכא למימר דרבנן דקאמר היינו רבנן דפליגי עליה במימי כיור דבס"ד דהוה גמרינן מג"ש דכלי כלי ממצורע מוכרחין אנו לומר דרבנן לית להו דבעי חדשה דאם כן צריך מים חיים כמ"ש בש"ס אי מה התם מים חיי' אף כאן מים חיים ורבנן מאחר דאית להו דמימי כיור הם מי מקוה לית להו האי ג"ש אבל השתא דקאמר טעמא משום בכלי וליכא מים חיים שפיר יליף מניה לענין כלי חדשה והנך רבנן קאמ' אבל הנך דמתני' דידן פליגי אר"י ולא בעו חדשה דא"כ מאי האי דקאמר משום דלאו ג"ש אלא הוראת מקום ושם לא נזכר ענין ג"ש ועוד מאי האי דקאמר דהכא סתם תנא דחדשה בעינן:ואיפשר לומר בדוחק דכוונתו לומר דרבנן דהכא קאמר אחר דהלימוד מבכלי מודו לר"י דבעי חדשה וסתם תנא דקאמר אמתני' דידן דקתני היה מביא וכו' ומאי דקאמר בתוספתא דברי ר"י לאו לאפוקי דרבנן פליגי עליה אלא משום דדבריו מפורשים לכך נקט ר"י אבל רבנן מודו והוי שפיר דקאמר דסתם תנא חדשה וכו' מאחר דרבנן מודו ליה.

אלא דדבריו הם הפך דברי רש"י דקאמר בד"ה ל"ש וז"ל רבנן דמתניתין דלא בעו חדשה וכן מבואר מדברי מרן הכ"מ שכתב ה"ט דרבינו דבעי חדשה משום דפסק כר"י משום דרבה דהוא בתרא מפליג בהדיא וליכא למימר דדבריו דקאמ' דפסק כר"י קאי אנתאכמו וכו' דרבה מפליג בהדיא וקאמ' ל"ש וכו' ולא קאי אפיילי.

חדשה דגם אפיילי חדשה קאי כמ"ש דבריו שם לתרץ הבעיי' דכיון דלרבנן לא בעי חדשה וכו' הרי דרבי' דפסק דבעי חדשה הוא כר"י מאחר דרבה מפלג פליג בנתאכמו בכלי פסק כוותיה בכלי בכוליה הרי דבריו הפך דברי התוי"ט: ולא ידעתי מי הכריחו לזה אם אנו אומרים דרבנן אית להו דבעי' חדשה והוצרך לומר דסתם תנא דחדשה בעי' והיכן סתם והתנא לא הזכיר בלשונו חדשה ואחר שאנו אומרים דלאו היא זו אלא הוראת מקום אפי' אם נפרש דסתם לן תנא דלא בעי חדשה מכ"ש דלא תקשי סתמי אהדדי אהך דכל המימות כשרים וגם דברי רבינו מתוקנים דל"ת דהכא פסק דבעינן כלי חדש והתם דמי מקוה כשרים מאחר דלא יליף ג"ש אלא מבכלי והכא פסק כר"י וכמ"ש הכ"מ יע"ש ומצי יליף ממצורע דבעי כלי חדש וכו' ולא בעי מי כיור מים חיים ואף ע"ג דהכא פסק כר"י והתם פסק כרבנן מה בכך ומרן הכ"מ נתן טעם לשבח בשביל מה פסק כר"י הלכה י"א ואח"ך כהן אחד בא אליה וכו' ומביא חבל מצרי וכו' ואם לא מצאו מצרי מביא חבל מכל מקום וקושרו ע"כ הכי איתא בגמרא דסוטה (ד' ח' ב') בעא מניה ר"א וכו' חבל מצרי מהו שיעכב בסוטה משום שלא ישמטו וכו' א"ד משום דאמר מר היא חגרה לו

וכו' א"ל תניתוה וכו' ויש לדקדק אחר דהמבעי ידע הברייתא היא חגרה לו וכו' אם כן מאי ספיקא איכא קמיה דהא קתני בהדיא בברייתי' היא חגרה וכו' והוא אומר בפי' דאמ' מר היא חגרה וליפשוט מינה ועוד מאי קאמר משום שלא ישמטו בגדיה מי הגיד לו טעם זה ואם ידע ג"כ הברייתא דקאמר ליה הפשטן תניתוה ומספקא ליה אי תנא דידן ס"ל כמר או כמר מאי מיפשט ליה תניתוה והרי גם הוא ידע ומספקא ליה.

ואיפשר דכוונ' המבעי היא דעיקר הבאתו של חבל שלא ישמטו דדיה וא"כ בצלצול סגי הכוונה דיודע תרוייהו ונסתפק מהו הטעם דכל חדא אומרת טעם אחד ואם עיקר הטעם כהך ברייתא משום שלא ישמטו אם כן א"צ לחפש אחר חבל מצרי. משא"כ אם עיקר הטעם משום שהיא חגרה ובאגב שלא ישמטו בגדיה צריך לחפש אחריו וכשיט ליה דעיקר הטע' הוא שלא ישמטו בגדיה כדדייק תנא בלישניה כדי שלא ישמטו אבל הך ברייתא דקתני היא חגרה וכו'.

אין להכריע ממנה דאיכא למימר שלא ישמטו ומיהו בחבל משום שהיא חגרה. א"נ דהמבעי אינו.

יודע כי אם הך ברייתא דאמר מר ומאי דקאמר שלא ישמטו מסברא דנפשיה ומסתפק בברייתא עצמה בשביל מה עיקר הבאתו ונ"מ דא"צ לחפש אחריו והיינו העיכוב דקאמר אם צריך לחפש אחריו א"ל כדפירשו התוס' בפי' רש"י דאינו עיכוב ממש בדיעבד: וכתבו התוספות ד"ה תנינא ואחר כך וכו' וז"ל ולא ידענא מאי פשיט מהכא וכו'.

נראה דהתוס' הבינו בדברי הפשטן דעיכוב ממש בדיעבד ופשיט לה מהכא תניתוה דאינו עיכוב אלא לכתחילה בעי חבל מצרי ולכך הוקשה להם מאי פשיט מהכא טפי מהא דחגרה לו וכו' דהך נמי היינו לכתחי' דהיכא כתיב חבל מצרי בתורה. וקש"ל דאמאי לא הוקשה להם על המבעי גופיה דמנין לו עיכוב כלל דהא דקתני היא חגרה לו היינו לכתחילה דהיכא כתיב וכו' בתורה וכו'.

ואי לא מסתפינא לפרש דברי התוספו' דקאי אמבעי ואף על גב דתפסו דבריהם בדברי הפשטן כדי שתהיה תמיהתם אתרוייהו והאי דקאמר מאי פשיט' ליה מהכא טפי מהא וכו' נ"ל דקאי אמבעי דקאמ' משו' שלא ישמטו בגדיה מעליה בצלצול קטן סגי דאינו מעכב משמע דאם באמת הטעם שלא ישמטו בגדיה פשוט דלא מעכב ואי אמרי' הטעם משום שהיא חגרה וכו' הוי לעיכוב ועל זה קאמרי לא ידענא מאי פשיט וכו' מאחר דהעיכוב הוא לכתחילה למצוה ליכא עדיפות מההיא דהיא חגרה טפי מהך שאם נאמר שלא ישמטו לכל הצדדין ולכל הטעמים לכתחילה למצוה בעי' חבל דאם לא כן אמאי נקט התנא חבל ודאי לכתחי' בעי' חבל אפי' אם אמרי' טעמא כדי שלא ישמטו וכו': ותירץ מיהו לפירוש רש"י דקא מבעי על עיקר הבאתו ונ"מ בין שני.

הטעמים אם צריך לחפש אחריו יותר מדאי או לא אי אמרי' טעמא משום שלא ישמטו וכו' העיקר שלא ישמטו ואפילו בצלצול קטן סגי אלא כדי לצערה ואין צרי' לחפש אחריו יותר מדאי ואי משום שהיא קשטה וכו' צריך לחפש. אחריו ופשיט ליה תניתוה כדי שלא ישמטו נתינת טעם דמשמע דהוא עיקר הטעם וכן צריך לפרש דברי מהרש"א ז"ל כדכתי' דאל"כ תקשה כדאמרן ומאי צדדין הבעייא לדבריו אי קאי אפשטן.

וק"ל: הלכה י"ב ואח"ך מביא עשרון קמח שעורים משל בעל וכו'. ונותנו לידה כדי ליגעה.

ע"כ משנה ריש פ' היה מביא די"ד וכתבו שם התוס' ד"ה כדי ליגעה וכו' ולא שייך למימר דדריש טעמא דקרא וכו' יע"ש קצרו בדבריהם במקום שהיה להם להאריך. וכוונתם היא לומר דמאי דקאמר' מתני' כדי ליגעה לת"ק דר"ש דאית ליה היה משקה ואחר כך מקריב ההודאה משום דחסה התורה עליה כדי שלא תמות ולר"ש דאית ליה מקריב ואחר כך משקה כדי שלא ימחה שמו ית' נמצא לר"ש אית ליה הכא דאמרי' דוקא כמ"ש הקרא ואחר ישקה את האשה דהיינו אחר ההקרבה ולכך קאמר מקריב ואח"ך משקה ולכך ק"ל לתוס' ור"ש דריש טעמא דקרא ולא אמרי' דוקא הכא ואמאי הכא קאמ' ואחר ישקה דוקא וטוב לפרש כת"ק לאחר הקרבה השקאה שהיא מנחת זכרון מזכרת עון ותי' דהכא ליכא נפקותא ור"ש לא דריש טעמא דקרא ואמרי' לה דוקא אלא היכא דאיכא נפקותא כגון לא תחבול בגד אלמנה: הלכה י"ג ואח"ך לוקח המנחה מן הכפיפה וכו' ואינו נותן עליה שמן ולא לבונה ואם נתן לוקה וכו' ע"כ משנה בריש היה מביא ועיין בגמרא שם (ד' י"ד ב') ומאי דקאמר הש"ס מגישה בקרן דרומיתמערבית כנגד חודה וכו' היינו מבחוץ למטה מהמזבח וחודה דנקט כמ"ש רש"י ז"ל כל מה שיכול לקרבו כלפי מערב לאפוקי אם היה אומר כנגד קרן מערבי' דרומי'.

וק"ל.

ורש"י ד"ה מנחה גופה וכו' פי' שהיה מסירה מן הכלי לגמרי לכך קאמר דיו שיניחנה בתוך הכלי וכופה הכלי וכו'. ומ"ש רש"י ד"ה קסבר האי וכו' ר"א בן יעקב אית ליה כולי מזבח בדרום וכו' ק"ל לראב"י היכי מוקים לקרא לפני ה' וכו' בשלמא למ"ד דכוליה בצפון יכול להתקיים דקרן מערבי' דרומית משכחת לה שיהיה כנגד ההיכל אעפ"י שאינו מבור' אלא למ"ד שכולו בדרו' לא משכחת לה לקרן מערבית דרומית כנגד ההיכל.

ואיפשר דראב"י יפרש או זה או זה בכותל מערבית או בקרן דרומית אם ירצה: : והתוספות ד"ה טעונה נסכים וכו' כתבו וז"ל משום דאינו בנדר ונדבה וכו' ואע"ג דבש"ס קאמר הטעם שלא יהא חוטא נשכר אם כן מאי קאמרי משום דאינו בנדר ונדבה. כוונתם היא לומר דאין כאן חוטא נשכר מאחר דאינה בנדר ונדבה והרי היא כשאר חטאות דבשלמא לעיל במנחת חוטא שנתן בה הטעם שלא יהא חוטא נשכר משום דבשאר מנחות אית בהו נסכים ובהא לית בה שפיר קאמר שלא יהיה חוטא נשכר אבל הכא מאחר דליכא באחריני משום דאינן באים בנדר ונדבה הרי היא ככולהו ולא שייך למימר בה שלא יהיה חוטא נשכר ותירצו דכוונת הש"ס היא מאחר שהוא חוטא מענישין ליה ואף על גב דליכא באחריני ואינו כמו חוטא נשכר דעלמא אלא מענישין ליה בתוס' ע"א ולשון מושאל הוא: עוד כתבו התוספו' שם ד"ה סבר לה וכו' וז"ל וא"ת שמואל ס"ל וכו' ואע"ג דאיכא למימר דמאי דקאמר בש"ס אין ואפילו כ"א וכו'.

הכי נמי בנזיר חוטא סתמא דתלמודא קאמר לה מ"מ פשיטא להו דכך היא סברת שמואל מדלא תיר' בש"ס מתני' אליבא דרבנן דלית להו נזיר חוטא כלל ופי' אליבא דר"א הקפר דאית ליה נזיר טמא ששנה בחטא היינו שנטמא מקרי חוטא: עוד כתבו בס"ד וז"ל ואכתי הוה מצי למפרך התם לר"ש דהכא ולר"י וכו' ר"ל התם בכריתות שהק' ולר"א הקפר

מאי איכא למימר ותי' כי מייתי קרבן לאו לכפרה וכו' אכתי תקשי התם לר"ש דהכא ולר"י דליכא לתרץ עלייהו כמו שתירץ לר"א הקפר דהכא קאמ' בפי' ר"ש משום דבאה על חטא אינה טעונה נסכים וכן לר"י קאמ' בפי' חטאת העוף באה על חטא והיינו בנזיר טמא דחטאת העוף הוא שמקריב נזיר טמא כמו שכתב התוס' לעיל דנזיר טמא מביא חטאת העוף ולכך נקטי התוס' בלשונם לר"י מספק נזיר טמא ולר"ש אפי' מספק נזיר טהור כמ"ש בדבריו דקאמר משום דבאה על חטא אינה טעונה נסכי' והיינו בחטאת בהמה שאינה טעונה נסכים משום שבאה על חטא והוא קרבן נזיר טהור דנזיר טמא קרבנו חטאת העוף כדלעי' וכוונתם לומר נהי דלר"א הקפר יכול לתרץ דאע"פי דנקרא חוטא מ"מ קרבנו אינו בא בשביל החטא אלא לאחולי נזרו וכו' מ"מ אכתי תקשה לר"ש ולר"י דקאמרי בפי' על חטא היא באה והיא תשלום הקושייא דלעיל דקאמר והכא משמע משום דבאה על חטא וכו' דכוונתו להקשות לר"ש כך פירש מהרש"א: הלכה כ' סוטה שיש לה זכות ת"ת וכו' הרי זה תולה לה וכו' בפר' היה נוטל יש זכות תולה וכו' ואמרינן עלה בגמר' זכות דמאי אילימא זכות תורה מי מיפקדא וק"ל ואמאי לא הקשה עוד אמאי ג"ש דוקא והא זכות תורה מגינה לעולם כדקאמר בברייתא ותורה אור מה אור מגין לעולם אף תורה מגינה לעול'.

וי"ל דודאי האמת הוא דאף דבעלמא אית לן דתורה מגינה לעולם הכא בסוטה אינה מגינה יותר משלש שנים דאם לא כן מה הועילה התורה שאמרה ימחה שמו על המים כדי להטיל שלום בין איש לאשתו ואף על גב דקי"ל מתנוננה והולכת מאחר דזכות תולה לה לעולם ולכך לא הקשה אלא מי מיפקדא: והתוספות ד"ה יש זכות וכו' כתבו וז"ל היה .

עסוק במצות וכו' נראה דהירושלמי פליג אש"ס דילן דקאמ' דמצות מגינות כולי האי ג' שנים ובש"ס דילן לקמן פריך זכו' דמאי אילימא זכות תורה מי מגנא כולי האי: הלכה כ"ג באו עידי טומאה אחר ששתתה הרי זה תצא בלא כתובה וכו' שאין המים בודקים אלא מי שאין לה עדים שמודיעין זנותה ע"כ.

וכתב מרן הכ"מ מימרא דרב ששת בפ"ק דסוטה ד' ו' דהכי איתמר: פרק ג' הכ"ג שם בש"ס סוטה שיש לה עדים במד"ה וכו' ותמיה לי טובא לרב ששת תקשה מה תועלת יש במי סוטה דאמרינן לברר אם נטמאה או לא וכן מה שאמרו חז"ל לעשות שלום בין איש לאשתו צוה הקדו' ב"ה לימחה שמו על המי' והא יכולים לומר שיש לה עדים והלכו להם למד"הי וגם הבעל עדין אין דעתו נוחה הימנו.

וי"ל דכוונת רב ששת לומר דאם שתתה ובאו עדים אין המים בודקים אותה אבל אם לא באו עדים אוקמי' אחזקת' דודאי טהורה ולכך המים לא בדקוה והא דנקט במד"הי לריבותא דאפילו בשעה ששתתה הוו רחוקים במד"הי והו"א דלא מקרי ידיעה קמ"לן דמקרי ידיעה ואין המים בודקים וגם הבעל אינו חושש לדבר זה דהיא חששת דרך רחוקה כמו שתירץ הש"ס אליבא דר"ש לקמן אלא דעדיין תקשה דאם כן מאי בא ר"ש לאשמועי' והא משנה ערוכה היא או שבאו עדים ואמרו טמאה היא ומוכח כמו דמוקי לה בש"ס לאחר ששתתה וי"ל דהוה אמינא כמו דמוקי לה רב יוסף משום זכות ובא ר"ש לומר דהטעם הוא משום דאין מים בודקין אותה מאחר דאית לה סהדי ואפילו היו

במד"הי: רש"י ד"ה זונה היה ופשיטא וכו' דהא תנא ליה וכו' נראה דרש"י הוסיף בדבריו דהא תנא ליה וכו' אע"פ דהש"ס לא קאמר אלא זונה היא הוא לחזק ההכרח דמיירי שבאו עדים אחר ששתתה וכונתו לומר חדא דזונה היא ופשיטא דאסור כמו שאמר בש"ס ועוד דתנא ליה האומרת טמאה ולמאי אצטריך לומר שבאו עדים וכי תנא כרוכלא הוא ופשוט: והתוס' ד"ה ושבאו לה עדי' וכו' מספקא ליה לרב אי דוקא נקט עדים וכו' דדוקא קודם ששתתה וכו' או דילמא כיון דהאמינה תורה וכו' אחר ק"וס וכו' יש להסתפק דמאי ספיקא איכא גביה דטעמא מאי האמינה התורה ע"א בסוטה משום דאיכא רגלים לדבר דקינא לה ונסתרה ואחר דקדם הק"וס מה לי קודם ששתתה או אחר.

ואפשר לומר דהחיוב היוצא מק"וס הוא להשקותה ואחר ששתתה ליכא רגלים דק"וס שהרי כבר שתתה והמים לא בדקוה. ונחשבים העדים שבאו מכשי' כעדי טומאה דעלמא ולכך בעי' תרי סהדי או דילמא כיון דהאמי' תורה לע"א אחר קנ"וס עדיין הנאמ' במקומה אחר שקדם לה הקנו"ס וליכא חי' בין ע"א לב' ואפי' אחר ששתתה: ותירצו מסתברא וכו' כדעולא דאמר כל מקום שהאמינה וכו' ותירוצו תמוה לע"ד דמאי דקאמר עולא כל מקום וכו' היינו אם בא ע"א והכחישו אמרינן כ"מ שהאמי' ואין דברי ע"א מועיל לגבי ב' אבל הכא הספק הוא אם העד נאמן או לא ומאי קאמרי כדעולא וכו' דהספק הוא בגופיה אם הוא נאמן אחר ששתתה: ואחרי כותבי ראיתי להר' מש"ל בסוף פ"ג דסוט' שהביא דברי התוס' הנזכ' ודקדק הדקדוק שדק' בדברי התוספות מאי ראיה מביאין מעולא יע"ש ותירץ דכוונת התוס' דמסברא ליכא לחלק וא"ת דאמאי דנקט במתני' עדים השתא דאפילו ע"א נאמן ותירץ כדעולא כ"מ שהאמי' תורה ע"א הוא במקום ב' לכך קרא לע"א עדים והכונה היא עדות המועיל יע"ש: אלא שראיתי להרב מש"ל שפי' התוס' באופן אחר משום דקש"ל לפי דברי התוספות דפי' ה"ה לע"א משמע מדבריהם דקאי גם אדברי רב ששת וא"כ דבריהם הוא הפך הראיה שהביא מקרא ועד אין בה שנים אין בה הא א' אית בה וכתיב והביא אותה אל הכהן וכו' אלמא בע"א מים בודקים ואיך אמרי וה"ה ע"א אין המים בודקים ומכח קושיא זו הוכרח לפרש דמאי דקאמרי התוספות ה"ה קאי על המתני' שהביא ראיה ממנה אבל ר"ש שאמר עדים במד"ה אין המים בודקים עדים ב' דוקא אבל בעד אחד אין מים בודקים והראיה שמביא מן המתני' היא אחר שאמר לנו אם באו עדים לה שהיא טמאה ואפי' אחד ואמרי' אסורה ואמאי דילמא סהדי שקרי דלא בדקי המים אלא אמרינן אית לה שני עדים במד"ה שנטמאה ולכך לא בדקוה דאל"ך אמאי אסורה שקרי נינהו אחר שלא בדקוה המים יע"ש: ואח"ה רבה מכ"תר דאין הפשט של התוספות כן דהא קאמר ור"ש דאמר וכו' דוקא עדים ותירץ אתרוייהו וה"ה לע"א ואם כדברי הר' היה להם לפרש ולא לסתו' אחר דנקטו בתי"א שהספק הוא על שניהם.

ועוד דמשמע מש"ס דאמאי לא בדקו ההיא דמתני' שבאו עדי' ואמרו משו' דידעי בה אינהו גופייהו ולכך לא בדקוה וכן משמע מפירש"י דאמר משום דהוו ידעי בה לא בדקי וכו' משמע הנך עדים שבאו ולפי דברי הרב מש"ל עדים אחריני במד"ה ולכך לא בדקוה המים ועוד דהתוס' כוונתם להשוותם אהדדי וכמ"ש בעד אחד נאמן ואין משקין לה ואסורה גם אם יש לה עדי' במד"ה אפילו ע"א אין המים בודק' ולפי דברי הרב מחולקי' שלא להשקותה או שתתה עד אחד נאמן אבל לענין בדיקה בעי' ב': ולעד"ן דהפשט לא

יופשט כמ"ש בדבריהם בשנים הכתו' מדבר ואם תקשה קושי' מש"ל דהא מקרא משמע אם הוא אחד מים בודקים אותה שהרי ועד אין בה כתי' וכ"מ שנאמר עד הוא ב' עד שיפרט לך א' ושאני הכא דלא כתב א' משום דאצטריך לדרוש והיא נטמאה ועד אין בה דסמיך ליה לדרוש מינה עד אחד בסוטה נאמן ולכך לא כתב עד אחד אלא עד סתם דלא אמרו חז"ל כל מקום שנאמר עד הוא ב' עד שיפרט א' היינו במקום שהיה יכול לכתוב עד א' וכתב עד כגון במקום דאין ללמוד ממנו אלא דבר א' אבל הכא דילפינן מיניה כמה דרשות וצריך לכתוב עד סתם לדרוש מיניה עד בסוטה נאמן שהיא סמוך לו אע"פ דכתב עד סתם לאו לעיכובא עד שהוא ב' לכל הפרשה כולה דלא נכתב עד סתם אלא לדרוש מינה ע"א בסוט'.

ומה שהוכרחו לזה הוא משום דמצינו שהתורה האמינה עד א' בסוט' ודאית ואפילו אחר ששתתה מקרא דאמר ונטמאה ועד אין בה והיא לא נתפסה גם לימוד אחר שלמדנו ממנו ועד אין בה והביא האיש את אשתו אל הכהן היינו דלית דידע בה כלל אבל אם איכא אפילו עד אחד דידע בה אין המים בודקים אותה כמו אם איכא עד אחד בטומאה דאין משקין לה: וראיתי להרא"ם על התורה שהקשה על רש"י : שהביא בחומש ועד אין בה הא אם יש לה אפילו עד אחד לא תשתה וכו' יע"ש והקשה עליו הרא"ם הקושי' הנז' שהקשה המש"ל דאדרבא מקרא דועד אין בה מוכח דוקא ב' אין משקין לה אבל א' משקין ותירץ דקרא דועד אין בה לא קאי אלא אוהיא לא נתפס' דסמיך ולא קאי אקרא והביא האיש וכו' יע"ש ותמיהא לי דהא רש"י כתב בש"ס על ההיא דקאמר על הסוטה דאית לה עדים במד"ה אין המים בודקים אותה שנאמר ועד אין בה דליכא דידע בה וכו'.

כתב רש"י ד"ה ועד אין בה אף על גב דדרשינן ליה לעד אחד נאמן בסוט' לסוטה ודאית שלא תשתה עוד אין המקרא יוצא מידי פשוטו ודרשינן נמי הכי ועד אין בה והביא האיש את אשתו וכו' הא רש"י בפירו' קאמר דקרא ועד אין בה קאי על והביא האיש וכו'. וקאמר דהוא פשט הקרא ואיך קאמר דלא קאי על והביא.

ועוד בש"ס קאמר בפי' סוטה שיש לה עדים במד"ה מנין שאין מים בודקים אותה שנא' ועד אין בה ולפי דבריו דקאמר ועד אין בה לא קאי על והביא מהיכן גמרינן סוטה שאין המים בודקים וכו': וי"ל דהרא"ם אית ליה דהלימוד לסוט' שיש לה עדי' במד"ה הוא מהברייי' דלקמן וז"ל תניא כותיה דרב ששת ולאו מטעמיה טהורה ולא שיש לה עדים במד"ה וכו' יע"ש ופירש"י שם ולא מטעמיה דועד אין בה לאו לספק סוטה מדרש אלא לסוטה ודאית בעד אחד וכו' יע"ש ולפי זה מאי דקאמר רש"י דאין המקרא יוצא מדי פשוטו וכו' היינו לסברת ר"ש דלמד משם לסוטה דאין המים בודקין אותה אם יש לה עדים וכו' אבל למאי דלמד מהברייתא דקאמר טהורה ולא שיש לה עדים וכו' אתי שפיר מאי דקאמר הרא"ם דועד אין בה לא קאי אלא אוהיא לא נתפסה וק"ל:.

ע"ב התוס' ד"ה וטהורה ולא שיש לה עדים במד"ה וכו'. אבל מואם לא נטמא' האשה אין ללמוד מינה הכי ואם לא נטמאה ונזרעה זרע הא אם נטמאה ויש לה עדים במד"ה לא ואמאי איצטריך וטהורה משום דלא דרשינן הכי אלא מכח יתורא דוטהורה אבל ואם לא נטמאה וכו' איצטריך לגופה ולא דייקינן לה הכי אלא ואם נטמאה וצבתה בטנה ונפלה וכו' דאל"ך תקשה רישא דקרא אסיפיה וק"ל.

אלא דקש"ל לפי פירוש הברייתא דילפינן הכי מן הקרא וטהורה ונקתה ונזרעה זרעלאפוקי אם יש לה עדים במד"ה או אם יש לה זכות א"כ למפרע ידעינן שנטמאה ואסורה דהא לא נזרעה זרע ותחזור לאיסורה דהיא סוטה ודאית מאחר שלא נזרעה וי"ל דליכא היכרה כ"כ לאוסרה דלר"ע ונזרעה זרע אם היתה מתחי' עקרה אבל אם מתחי' היתה יולדת ליכא שום היכר' ולר"י שאם היתה יולדת בצער יולדת בריוח דליכא היכרה כ"כ ומכ"ש אם מתחי' היתה יולדת בריוח דליכא היכרה כלל וכן יולדת נקבות יולדת זכרים ליכא היכרא אם מתחי' היתה יולדת זכרים וכן בקצרים ובשחורים ומאחר דליכא היכר' באחריני תשאר בחזקתה אלא דבעל נפש יחוש לעצמו אם ראה שום שנוי.

ועוד דעיקר הבדיקה היא לצבות בטן ולנפיל ירך וההיא אינה אלא לתוס' טובה דמלבד שאין המים מזיקים אותה אלא מוסיף להנאותה שאם היתה יולדת ומשכחת לה להשתנות ע"י דבר אחר מאחר שאינו מעיקר הבדיקה ואינה נאסרת כמו שמצינו אם נחלת מותרת לבעלה אלא אם כן צבתה בטנה וכו' הרי דעיקר הבדיקה היא לצבות בטן אבל שאר החולאים תלינן בדבר אחר וכן מצינו אם יש לה עדים במד"ה או זכו' אין המים בודקים אותה ואע"פ שנטמאת.

ועוד דליכא חזקה שהרי קדם לה קינוי וסתי' ואיכא רגלים לדבר ואעפ"ך אם לא צב"ב וכו' מותרת לבעלה דצריך סי' מובהק לאוסרה על בעלה דליכא למתלי ביה טעמא אחרינא: עוד כתבו התוס' ד"ה וטהורה וכו' וכן הראני ונקה האיש מעון ואתיא כמאן דאמר וכו' סוף דבריהם דכתבו ואתיא כמאן דאמר וכו' ואינה ניכרת אם התוס' אומרים כן דאין חוששים לזכות ומותרת לאלתר אתיא כמאן דאמר זכות תולה ואינה ניכרת אבל למ"ד ניכרת אסורה לבעלה לאלתר עד שיעברו עליה ג' שנים נמצא אדבריהם הם הפך הש"ס ערוך דאמר בפי' אפילו ניכרת והיא מתנוונה מותרת לבעלה לקמן דף כ"ו דקאמר במתני' אשת כהן שותה ומותרת לבעלה ומקשה בש"ס פשיטא ומשני במתנוונה וכו' יע"ש.

ואם המה דברי הירושלמי והתוס' העתיקו דברי הירושלמי ככתבו א"כ הוא חולק עם הש"ס שלנו דלפי הש"ס דידן אפילו ניכרת ואפשר לומר דמאי דקאמר בש"ס דידן מתנוונה מותרת היינו בשאר איברים אבל בבטן ובירך אם ניכרת אסורה ולמ"ד אינה ניכרת לא חיישינן לזכות תולה והשת' יכולים לומר דהתוס' כ"כ וכן כתב רש"י להדייא שם דף כ"ו ד"ה מתנוונה שאינה מתנוונה במיעיי' ובירכיים אלא ראשה וכו' יע"ש משמע דאי מתנוונה במיעיי' ובירכיים אסורה והוא דמקשה הש"ס מתנוונה הא בדקוה מיא פי' ואסורה וס"ד במעיים ובירכיים לפי זה בין לתלמוד דידן בין לש"ס ירושלמי היכא דמתנוונה בשאר איברים מותרת אבל אינה מזרעת וכן הא דקאמר לעיל לר"ש בין לר' בין לרבנן זכות תולה וניכרת אלא שמתנוונה ואינה משבח' ואינה מזרעת היינו בשאר אברים דוקא: ואין לומר דמאי מכריחין התוס' מהכא דבעלה מותר לאלתר דילמא לאחר ג' שנים קאמר קרא דאי לאחר ג' מאי קאמר וטהורה ונקתה זרע ואם טמאה וזכות לה אינה מזרעת בלאו הכי כבר כלתה זכות ואין נשאר לה אלא מיתה:.

פרק ד' ה"ב ואין משקין את הסוטה וכו' ואין משקין ב' סוטות כאחת משנה בפ"ק דסוטה ד"ח ומפרש טעמא בגמרא לפי שאין עושין מצות חבילות חבילות. וכתבו התוס' ד"ה

אין משקין ב' סוטות וכו' נראה לפרש שהעמיד ב' בעזרה וכו' הטעם דאם העמידן אפילו אינו משקה אותן בב"א למ"ד משום דלבה גס בה איכא ע"י העמדה הא מלתא ולמ"ד גזירת הכתו' אותה לבדה הקרא משתעי בהעמד' והשביע אותה הכהן היינו שלא בשעת שתיה.

עוד כתבו התוס' בס"ד ותימא וכי היה אסור לשחוט וכו' ובפ' נערה המאורסה בנדרים ופשיט להו מהכא ע"כ. פי' דבריהם הוא ותימה וכו' היה וכו' כוונתם לומר ותוס' זאת היא משבשתא.

ועוד לחזק תמיהתם שהרי בנדרים פשיט ליה מהכא אליבא דרבי יהודה דאית ליה גזירת הכתוב גם בהפרה כן יניא אותה גזירת הכתוב. אבל למ"ד דטעמיה משום דלבה גס בה ליכא שום פישוט דשאני הכא.

ואם באמת דהתוספתא אינה משבשתא לפשוט מינה ככולהו במכ"ש דלגבי הפרה ליכא העמדה בבת אחת וק"ל. אלא דק"ל מאי מקשים משאר קרבנות דשאני בפרה משום דכתיב והוציא אותה לבדה לאפוקי בעולות וחטאות.

וי"ל דמקרא לא מעיט אלא ההוצאה דוקא ולא ההעמדה בעזרה וכן מדויק בלשונם שכתבו ב' עולות או חטאו' שיעמיד שניהם בעזרה יע"ש וק"ל: והתוס' ד"ה איכא בינייהו רותתת וכו' הומ"ל איכא בינייהו אשה אחרת שאינה סוטה וכו' דפליגי נמי בקרא דהוציא וכו' אע"ג דבאשה אחרת לא שייך בה השקאה למימר אין משקין ב' סוטות וכו' הם אזלי לשיטייתהו דאמרי לעיל אין מעמידים שניהם בעזרה והיינו אין משקין ושייך אפי' באשה אחרת והתם ההיא דטרף בקלפי דרשי לה לענין הוצאה דלמ"ד גזירת הכתוב אסיר אפילו עם החמור ולמ"ד דטעמיה שלא יאמרו וכו' מותר כמו כן יש ללמוד בכאן באשה אחרת לענין העמדה וק"ל: הלכה ד' אמרה איני שותה וכו' ואם אמרה וכו' אחר שנמחקה המגילה מערערין אותה בעל כורחה ע"כ.

משנה בסוטה דף כ' ע"א נמחקה המגילה ואמרה איני שותה מערערין אותה וכו' וטעמא דמלתא כדקאמר בברייתא לעיל די"ט ב' וז"ל ת"ר והשקה מת"ל וכו' שאם נמחקה המגילה ואומרת איני שותה מערערין אותה וכו' דר"ע ור"ש אומר וכו' ע"כ יע"ש הסוגיא. וכתב רש"י ד"ה ה"ג תנו רבנן וכו' ולא גרסינן בתרא ברישא וכו' שאין לשון הברייתא ופי' משובש הוא וכו' פי' לפי' דלא גרסינן בפי' בברייתא בתרא וקמא מתרי טעמי חדא שאין לשון הברייתא כך ועוד לפי גירסא זו מוהשקה בתר' דריש ר"ע שמערערין אותה וכו' ומנ"ל דאפילו נמחקה המגילה שלא כדין מערערין דקרא קאמר והשקה אחר ההקרבה ואחר הכל ואין ללמוד ממנו אלא שאם נמחקה המגילה בדין לאחר ההקרבה.

ואע"פ דרבנן גמרי מיניה דמערערין בע"כ משום דאית להו משקין ואח"ך מקריבין ונמחקה כדין ולר"ש אית ליה דוקא נמחק' כדין ולכך למד מוהשקה בתרא אבל לר"ע דאית ליה מקרי בין ואחר משקין מנ"ל ללמוד מהאי קרא נמחקה שלא כדין וודאי לר"ע אצטריך קרא להכי שאם נמחקה שלא כדין מערערין דאם לא כן במאי פליג אר"ש ועוד לפי גירסא זו קרא קמא למאי אתא לר"ע דהא אית ליה מקריבין ואח"ך משקין ולרישומו

ניכר לא משתמע מיניה ולכך קאמר פי' משובש ודו"ק: תוס' ואחר ישקה וכו' ותו גרסינן התם קרבהמנחתה וכו' מערערין אותה ומשקין אותה כר"ש וכו' ר"ל קרבה מנחתה ונמחקה המגילה מערערין אותה ולא נקט קרבה מותרת אלא לומר לך דבעינן קרבה מנחתה ואח"ך נמחקה המגילה דמחקה כדין אבל אם נמחקה שלא כדין אין מערערין וכו' וכן משמע מש"ס לקמן דר"ש תלי במחי' דקאמר ואם נמחקה המגילה וכו' וכן קאמר בש"ס אליביה דר"ע דקאמר קרב הקומץ וכו' דבדין עבדי כהנים דמחקי וכו' נמצא דהערעור הוא בסיבת המחיקה והאי דנקט הקרבה לומר דבעי מחיקה כדין והאי דקאמר כר"ש ר"ל דמשכחת לה כר"ש דאמר מקריב ואח"ך משקין ואתיא מתניתי' שפיר דקאמ' קרבה מנחתה וכו' מערערין אבל לרבנן לא משכחת לה דאית להו משקה ואחר מקריב כבר שתת' לא אתי שפיר קרבה מנחתה וכו': אלא דקשה לי לפי דבריהם דלעיל דקאמרי דלרבנן נמי אם הקריב מנחתה ואחר השקה דכשרה לוקמ' כרבנן ובדיעבד אם קרבה מנחתה ואמר' אינה שותה וכו' וי"ל דלשון הברייתא משמע לכתחי' דקאמר לעולם יכולה היא לחזור בה עד שלא תקרב מנחתה קרבה מנחתה וכו': בס"ד השתא אית לך וכו' אף ע"ג דלרבנן דרשינן והשקה בתרא לאונס וכו' וקרא יתירה קא דרשי ע"כ ר"ל דבשלמא לר"ש ddריש והשקה בתרא לומר לך דמערערין משום דאית ליה מקריב ואחר כך משקה ואחר שקרבה המנחה ונמחקה המגילה ואמרה איני שותה מערערין אתי שפיר דלמד מוהשקה בתרא ר"ל אחר כל אלו הדברים מערערין וכו' אלא לרבנן דאית להו משקה ואח"כ מקריב ואם נמחקה המגילה היינו קודם ההקרב' מערערין הכי ילפי' מוהש' בתרא דמשמע אחר כל הדברים הנזכרים ותירצו ילפי מכח יתורא דתלוי במחיקה וקודם הקרבה וק"ל: ד"ה ר' יהודה וכו' ופירש ר"י דהכא נמי היו פותחי' וכו' מטילין לתוכה קלבוס וכו' וא"ת דאמאי הכא לאחר שפותחים פיה בצבת מטילין קלבוס והתם לא היו מטילין קלבוס וי"ל דהכא חיישינן שמא יהיו נשפכים מימי סוטה דבעי' שתשתה כולהו כדדרשי' ובאו בה כולן ולא מקצתן ויצטרכו למחוק השם פעם ב' לכך היו מטילין קלבוס: ד"ה בפי' ר"ח וכו' אלמא ס"ל שמחיקה והשקאה קודם הקרבת המנחה וכו' ר"ל דכולהו סבי"ל דעיקר העיכוב היא המחיק' שנראה לשם שנמחק ואמאי נקט מחיקה והו"ל למנקט בלישניה משקרב הקומץ ובודאי הכוונה משקרב ונמחקה המגילה אלא האי דנקט המחיקה לומר לך שהמחיקה והשקאה קודם הקרבה וכן אידך דנקט בלישניה קומץ מעכב: עוד כתבו בס"ד ירושלמי ולית ליה לר"ע וכו' וצריך לפרש דאם נמחקה המגיל' קודם שקרב הקומץ דשלא כדין עבוד כהנים וכו' פי' לפי' דלדעת הבבלי מתרץ הברייתות תרי תנאי וכו' דלסברת רש"י תרי תנאי אית להו כר"ש דמקריב ואחר כך משקה אלא דלחד תנא אפי' נמחקה המגילה שלא כדין קודם הקרבה מערערין וכו' דיליף מקרא קמא והשקה וכו' אפילו קודם הקרבה מערערין אותה וכו' והיא ברייתא דקאמרינן נמחקה המגילה מערערין ותנא אחרינא אית ליה דוקא נמחקה המגילה כדין לכך נקט בלישניה קרב הקומץ ור"ע כר"ש ס"ל ודריש קראי כרבי שמואל ומערערין יליף ליה מקרא דוהשקה ולדעת ר"ח תרי תנאי הכוונה דחד תנא ס"ל דר"ע כרבנן משקה ואח"כ מקריב והיא ברייתא דנמחק' המגילה וכו' ויליף דמערערין וכו' מוהשקה בתרא דוהשקה קמא אצטריך לגופיה דמשקה ואחר כך מקריב ותנא אחרינא ס"ל דלר"ע מקריב ואח"ך משקה כר"ש ויליף מערערין מקרא דוהשקה קמא והשקה בתרא אצטריך לגופיה

דמקריב ואח"כ משקה כ"ז לדעת הבבלי דאית ליה ב' תנאי אליבא דר"ע אך לדעת הירושלמי דלית ליה תרי תנאי אליבא דר"ע במאי מתרץ הני ברייתות דחדא קאמר' דעיקר היא המחיקה אפי' שלא כדין ואידך קאמר' דוקא כדין לדעת רש"י לכך הוצרכו התוס' לומר דברייתא קמייתא דקאמר' נמחקה המגילה היינו אם התחילה לשתות מאחר שנמחקה המגילה שלא כדין קודם הקרבה ואידך ברייתא דנמחקה המגילה כדין אחר הקרבה אפילו לא התחילה מערערין אותה וכו' ולדעת ר"ח נמי כוונתם לומר דמאי דנקטי נמחקה המגילה וכו' לא בא לומר דבעי השקאה קודם הקרבה לעולם הקרבה קודם השקאה וכוונתו לומר דאם נמחקה המגילה קודם הקרבה אם התחילה לשתות אחר הקרבה ושוב אינה רוצה מערערין אותה וכו': הלכה ז' מגיל' סוטה וכו' כתבה למפרע פסולה שנא' האלה על הסדר הכי איתא בסוטה די"ז ב' כתבה למפרע פסולה דכתיב וכתב את האלות האלה כדכתיבן.

והתוספות כתבו שם ד"ה וכתב וכו' ואמאי לא נפקא להו מהאלה כי הכא וכו' וי"ל כיון דקבלו וגמירי וכו' ר"ל דאמאי לא נפקא להו מהאלה ואייתר והיו לדרוש מינה בהוייתן יהו דס"ד דהטע' דרבנן דדרשי קרא דוהיו הוא למפרע משום דלא משמע להו דברים הדברים ואיצטריך קרא דוהיו שלא יקראנה למפרע ולפי דברי רבא הכא דדריש האלה כדכתיבן גם התם הו"ל למדרש מהאלה שלא יקראנה למפרע ואיתר והיו לדרוש מיניה בהוייתן יהו ותירץ דהטעם דדרשו רבנן והיו למפרע ולא דרשו והיו בהוייתן וכו' משום דכך קבלו וגמירי בכל לשון שאתה שומע ולכך לא דרשו והיו בהוייתן וכו' אלא לדרשה שלא יקראנה למפרע והוא פשוט וק"ל: הלכה י"ג ולא יחפור בקורדום בהיכל ויוציא עפר שנאמר אשר יהיה בקרקע וכו' ע"כ.

הכי איתא בפרק היה מביא דף ט"ו ב' תנו רבנן ומן העפר וכו' יכול יתקן מבחוץ ויכניס ת"ל בקרקע המשכן אי בקרקע וכו' ר"ל אלא ומן העפר אשר יהיה במשכן ולא יאמר בקרקע דאם לא כן מנ"ל דיתקן מבחוץ ויכניס בפנים אם אמר הקרא ומן העפר אשר יהיה ולא אמר במשכן מאי משמע מניה שיכניס בפנים ולא אמרי' אלא דיעשה הכל בחוץ השתא דכתיב במשכן יליף מניה דיכניס בפנים והכי קאמר קרא ומן העפר אשר יהיה יכניס במשכן: גמרא שם דט"ז ע"א איבעיי' להו אין שם עפר מהו שיתן אפר אליבא דב"ש לא תיבעי לך דאמרי לא מצינו אפר שקרוי עפר וכו' ר"ל שקרוי עפר סתם אלא עפר שרפת וכו' והכא קאמר עפר סתם אלא דתקשה דאמאי התורה קראתו עפר שרפת וכו' ואיפשר אצטריך כדלקמן דשינה הכתוב במשמע לדון ממנו ג"ש דוקא לב"ש ולב"ה תרתי שמעת מינה כמ"ש התוספות לקמן ודו"ק:גמרא שם ואם איתא ליחשוב נמי וכו' ר"ל מאחר שמצינו דר"י אית ליה כב"ש דלא מצינו אפר שקרוי עפר אלא עפר דוקא ובאה ההלכתא ואמרה בכסוי הדם דלאו דוקא עפר ובסוטה אוקמה כדינה דעפר דוקא ולא חשיב לה מוכרח טעמיה משום דהכא בקרקע כתיב ואין בו אלא עפר מינה נלמוד אליבא דב"ה דאית להו דאפר קרוי עפר דוקא בכסוי הדם אבל הכא בסוטה עפר דוקא משום דבקרקע המשכן קאמר ולהכי הוא דאתא ולפי זה לא תקשה קושיית התוספו' ד"ה ואם איתא וכו': ורש"י ד"ה והלכה ככולה דבר וכו' כגון הגיה והזרניך וכו' לא ידעתי דאמאי השמיט בלשונו אפר ואין לומר דאפר נפיק ממשמעות עפר דהא ר"י ס"ל כב"ש דאית להו דאפר לא מקרי עפר.

ועוד תקשה מאי פשיט מהכא דהלכה לא באה אלא אשאר ולא אאפר דהוא ממשמעות והבעייא דידן הוא אאפר וק"ל. וי"ל: רש"י ד"ה התורה אמרה בתער וכו' וא"ת אין זו עקירה וכו' נראה מדבריו דקושייתו היא דוקא אתער ולא אאחריני ואמאי לא תקשה אאחריני וי"ל דלאחריני מקרי עקירה ממש שהוא מקל בהלכה אקרא דהרי התורה אמרה בעפר דוקא אבל אם כיסה בדבר אחר לא קיים מצות כיסוי נמצא עוקר וכו' וכן לענין גט ספר דוקא ואם כתבו ע"ד אחר אינה מגורשת ובאה ההלכה ואמרה מגורשת אבל בנזיר חומרא היא שהתורה אמרה אינו חייב דווקא בתער וההלכה הוסיפה להחמיר עליו אפילו בזוג וכל דבר.

ודו"ק: והתוספות שם ע"ב ד"ה מאי הוי עלה וכו' וי"ל דלא אתבריר להו האי דשיירי' וכו' כדפירש' וכו' ר"ל כדפירש"י לעיל ד"ה ואם איתא וכו' דאפר בכלל משמעותיה דעפר ולא שיירי לסוטה דהרי אפר בכלל עפר ובכיסוי הדם דהוצרך ההלכה לאו משום אפר אלא משום אחריני דמגדלים צמחים כגון הגיר והזרניך וכו' או משום דתנא נחית לשיורא ודוקא עפר והלכה בכיסוי הדם אכולהו וה"ה אפר וק"ל: הלכה י"ח מצות חכמים וכו' שנאמר וקינא את אשתו ע"כ עיין למרן כ"מ שכתב וז"ל דפסק כר"ע דאמר בפ"ק דסוטה ד"ג וקינא את אשתו חובה ור"י ס"ל רשות וכה"ג פליגי גבי טומאה עי"ש והתוס' שם ד"ה ר"י וכו' כתבו וז"ל לר"י דאמר רשו' בציר להו או לר"ע טפי וכו' ר"ל דממה נפשך אותה דרשא דשש מאות וכו' לא אתיא כחד מינייהו לא ר"י ולא ר"ע א"ת אתיא כר"י דאמר רשות ואיכא תרי"ג חוץ מהנך קשיא לר"ע דא"כ לית ליה האי דרשא דתרי"ג דהא אית ליה טפי ואי ר"ע אית ליה תרי"ג בההוא א"כ לר"י בציר להו ותירצו דאית להו תרי"ג ול"פ אלא באלו אם רשות או חובה ולר"ע דאמר אלו חובה אית ליה כנגדם בשאר מצות שיאמר לך דאינם מדאוריית' אלא אסמכתא ולר"י אית ליה שהם מדאוריית' וק"ל.

בא"ד בירושלמי אמרינן דר"א אית ליה חובה וכו' אלמא קסבר אסור לקנות וכו' דתנא דידן הוא דסבר הכי אבל לר"א וכו' וקש"ל לפי לשון מתניתין דקאמר המקנא לאשתו ר"א אומר וכו' דמשמע דתנא דידן אומר המקנא והוא אומר ר"א אומר ניחא טובא מה שישיבו אבל לפי לשון הברית' דקאמר ר"י ב"י אומר משום ר"א המקנא לאשתו וכו' משמע דר"א הוא אומר המקנא וכו' ואיפשר אחר דמצינו במתני' יש לישב גם הברייתא ורי"בי הוא אומר המקנא לאשתו ר"א אומר מקנא וכו' וכאילו כתוב כך וק"ל: עוד כתבו התוספות ד"ה לה יטמא מצוה ונפקא מינה לעוסק במצוה וכו' נראה לי דכוונת התוספות היא דמאי דקאמר בש"ס ר"ע אומר חובה היינו מצוה בעלמא ואינה חובה כשאר מצוות התורה דענוש יענש עלייהו וכופין עלייהו לקיים העשה.

אלא אם קיימה יש לו שכר ונקרא עוסק במצוה פטור. מן המצוה דהיינו אם היה עוסק בקבורת אחותו ונזדמנה לו מצוה אחרת פטור ממנה ואיידי דנקט בהנך חובה נקט בה חובה ואינה אלא מצוה ונפקא מינה וכו' וא"ת מי הכריחם לפרש בדברי ר"ע שאמר חובה דמשמע חובה כשאר מצוות התורה וכופין עליה ואמרי מצוה בעלמא לעניין עוסק במצוה וכו' ואין כופין עליה.

וי"ל כמו שפי' הרב מהרש"א ז"ל דמוכרח דקרא דלה יטמא בשיש לה קוברים דאל"ך אפי' אחר שאינו קרוב מחוייב בדבר דמת מצוה הוא. ואם כן אין סברא לומר דמחוייב הכהן ליטמא לקרובו וכופין אותו בעל כרחו דמגרע גרע הוא מאיש ישראל דאינו מחוייב ליטמאות לקרובו היכא דיש לו קוברים לכך הוצרכו התוס' לפרש דחובה היינו מצוה ונפקא מינה לעוסק במצוה וכו' דוקא או לטמאותו בע"כ בערב פסח כי ההיא דיוסף הכהן מאחר דאותו היום כל ישראל מוזהרים על הטומאה משום קרבן פסח והמצוה רמייא עליה כל הקרב הקרב תחילה ונעשה לגבי דידיה כמ"ע אבל לר"י דאית ליה .

רשות שוה הוא כאיניש אחר שאינו קרוב: א"נ הא דנקט לה ר"ע בלשון חובה והיא אינה אלא מצוה משום דר"י קאמר רשות לכך קאמר ר"ע חובה דמצוה לגבי רשות קרי ליה חובה: אלא דיש להקשות דאמאי הוצרכו לומר דנפקא מינה לעוס' במצו' וכו' יאמרו ר"ע מצוה ויש לו שכר בקיומה ור"י רשו' ואין לו שכר ואיפשר לומר דאף לר"י אם נתעסק בה יש לו שכר דלא קאמר ר"י אלא רשות ירצה להתעס' אבל אחר שנתע' בה ודאי יש לו שכר אלא דאין שכרו כמו מצווה ועושה ולכך אם נזדמנה לו מצוה אחר' יעשנה מאחר שהוא מצוה בה אבל לר"ע דאית ליה מצוה לכך אמרינן עוסק במצוה פטור מן המצוה ולפי דברי הרב ח"ה ניחא דלא תקשה אמאי לא פי' מצוה אלא בההיא ולא באחריני דההיא מכח סברא כדפי' ועוד דלא שייך בהו ההוא טעמא דעוסק במצוה פטור ממצוה.

ועוד דבש"ס קאמר בפי' המשחרר עבדו עובר בעשה נמצא דהוא חובה וכן ההיא דקינוי משום דתרי קינוי כתיב ואיכא חששה שמא יהי נכשל אחרי אשר הוטמאה ולית בה לקוחין ומוכרח שהם חובה וק"ל: ואחר כותבי ראיתי להרא"ם ז"ל בפ' אמור שכתב רש"י בחומש לה יטמא מצוה ונתן הרא"ם ההכרח לרש"י דאי רשות אמר מכאם לשארו נפקא לה יטמא לחובה ואם לא רצה לטמא מטמאין אותו בע"כ וכו' יע"ש נראה מדבריו שהביא דברי רש"י מצוה וכתב עליו לה יטמא חובה דאין חילוק בין מצוה לחובה ומצוה היא חובה וליכא שום חילוק ביניהם אלא דהכא מכח סברא וכו' מגרע גרע מישראל דאינו מחוייב ליטמא לעם קרובו היכא דיש לו קוברים הוכרחו לומר דנפקא מינה לעוסק במצוה פטור מן המצוה ואין כופין אותו והוא הטעם דנקטו בלשונ' לה יטמא מצוה איידי דנקטודנפקא מינה לעוסק במצוה וכו' אבל בערב פסח ישראל מוזהרי' על הטומאה סברא היא דמטמאין אותו בע"כ מאחר דישראל כולהו מוזהרים על הטומאה דינו כמ"ע וחייב דגם ישראל בערב פסח מטמא לקרובו בע"כ והשתא קרא מיירי בכ"ז אלא דבשאר ימים אין סברא לומר דכופין דאם כן מגרע גרע מישראל אבל בע"פ כופין אותו: אלא דנראה דדברי הרא"ם הפך דברי התוספות דכתב ואם לא רצה ליטמא מטמאין אותו בע"כ והתוספו' כתבו דנפקא מינה לעוס' במצוה משמע דאין כופין דוקא בע"פ.

ודוחק לומר דהרא"ם משתעי בע"פ דא"כ קרא דלה יטמא לא אתא אלא לערב פסח ואין דרך הכתוב לדבר על זמן מן הזמנים ונראה דהרא"ם רוח אחרת עמו וס"ל דאפי' בשאר הימי' חיובא רמייא על קרובו ואם לא רצה כופין וכן הדין בישראל כמ"ש הרמב"ם בה' אבלות והשתא ההיא עובדא דאמר בש"ס דיוסף הכהן דטמאוהו חכמים משום דחיובא רמייא עליה ולא מטעם דערב פסח וישראל מוזהרין דלא פי' מהרש"א כן אלא לדעת

התוספות בפי' דנפקא מינה לעוסק במצוה וכו' ואין כופין אותו הוכרח לתת טעם לדבר משום דאין סברא לחייב לקרובו אחר דאיכא קוברים כן דעת התוספות ומעשה דיוסף הכהן היה בע"פ שישראל כולם מוזהרים על הטומאה לכך חיובא רמייא עליה אבל לדעת הרא"ם אפילו בלא ערב פסח כופין אותו מאחר שהוא קרובו דכך גזירת הכתוב לה יטמא חובה וכן אתי שפיר בריית' דהתם בזבחים שהביא גבי ההוא מעשה דיוסף הכהן וז"ל הברייתא לה יטמא מצוה ואם לא רצה לטמא מטמאין אותו בע"כ דלדעת התוספות התנא איירי בע"פ והוא דוחק כדפי' ואיפשר לומר כמ"ש הכא דקרא בכל זמן אלא דבשאר הימים לא כייפינן ליה ובערב פסח כייפינן ליה אבל לדעת הרא"ם לרש"י ז"ל הברייתא היא אפילו בשאר הימים: הלכות איסורי ביאה פרק י"ז הי"ב כהן גדול שמת אחיו אף על פי שהוא מן האירוסין הרי זה לא ייבם אלא חולץ ע"כ.

והכי איתא בפ' כיצד ד"כ. ראיתי בכת' הר"א הכהן זלה"ה וז"ל וראיתי להרשב"א ז"ל שהק' עמ"ש רב בקידושין דכ"א ב' ביפ"ת לגבי כהן דקאמר הואיל ואשתרי בביאה א' אשתרי בביאה ב' דא"ב אמאי אמרו ביבמות דאלמנה מן האירוסין גזרי' ביאה א' אטו ביאה ב' ולא אמרינן הואיל ואשתרי אשתרי יע"ש: ותירץ הוא ז"ל נראה בעיני דשאני התם באלמנה דלא אשתרי גמר ביאה כלל דהא קי"ל דיבמה ניקנית בהעראה ולהכי גזרי' הואיל ולא אשתרי.

משא"כ ביפ"ת דאשתרי בביאה גמורה ע"כ: ולעד"ן דתירוצו תמוה ואין בו כדי שביעה דמ"מ עדיין תקשה מ"ש וכפי דברי רב הול"ל הואיל ואשתרי תחי' ביאה אשתרי סוף ביאה דמאי שינוי איכא בין אם אמרינן הואיל ואשתרי ביאה א' אשתרי ביאה וכו' או אי אמרינן תחילת ביאה וכו' דהא מצינו להתוס' שם ביבמות ד"ד ד"ה אטו ביאה כתבו וז"ל גזרי' ביאה א' אטו ביאה ב' לאו דוקא אלא תחילת ביאה אסוף ביאה.

א"כ גם לענין היתר אמרי' הואיל ואשתרי תחי' ביאה אשתרי סוף ביאה וגם הרב הרא"ד לא כתבו אלא בלכאורה: ולעד"ן לתרץ דלא דמי אלמנה מן האירוסין ליפ"ת דשאני יפ"ת דשייך למימר בה הואיל ואשתרי אשתרי דלשון אשתרי משמע היא אסורה אלא דהתורה התירה מאיזה סיבה כמ"ש ביפ"ת דהתירה התורה בקושי שלא דברה תורה אלא כנגד יצ"הר כמ"ש רש"י דמוטב שיאכלו ישראל בשר תמותות שחוטה ואף על פי שהיא מאוסה ולא יאכלו בשר תמותות לאחר שימותו ויהיו נבלות יע"ש נמצא שהיא אסורה אלא בקושי התורה התירה שמא יעבור.

וכו' ולכך קאמר הואיל ואשתרי אשתרי אבל הכא גבי אלמנה לכה"ג לא שייך למימר בה הואיל וכו' דביאה א' היא היתר גמור דהכי קי"ל בכל התור' כולה אתי עשה ודחי ל"ת וכאילו התורה אמרה בפי' אלמנה לכה"ג והיא יבמה מותרת לו לכה"ג בביאה א' משום יבמה יבוא עליה עשה ודחי הלאו.

אבל אחר שקנאה בביאה א' כבר קיים עשה ובביאה ב' לית בה עשה ולא דחי הלאו ולא שייך למימר בה הואיל ואשתרי אשתרי א"נ דשאני יפ"ת דהיתרה מפורש בתורה שנא' וחשקת בה ולקחת וכו' לכך אמרי' הואיל ואשתרי וכו' דגזירת הכתוב היא אבל ביבמה אין היתרה אלא מכח דרשא דאתי עשה לכך גזרינן ביאה א' אטו ביאה ב' וק"ל: פרק כ"ב ה"ב לפי' ראוי לאדם לכוף יצרו וכו' ולהרגיל עצמו בקדושה יתירה וכו' ע"כ

ואמרינן בגמרא מעוות לא יוכל לתקון זה הבא על הערוה וכו' ועיין בפרק המקנא בש"ס ובתוס' ד"ה היא תצודינו וכו' שכתבו והכי משמע בפ"ג דיבמות היכא דלא הוליד ממזר וכו'.

הנה ראיתי בש"ס דחגיגה על מתניתין דאמר' מעוות לא יוכל לתקון זה הבא על הערוה והוליד ממנה ממזר. פירש"י שהביא פסולין ויהי זכרון לפיכך אין עונותיו נמחקים בתשובה ע"ש וכתבו התוס' זה הבא על הערוה דטפי בושתו שהממזר נראה לעולם וכו' יע"ש מדבריהם נראה שהם הפך דברי רש"י שאמר על התשו' ופי' הם דקאי אבושת דעולם הזה ופי' מעוות ליו"ל בזה העולם דאל"כ מה באו התוס' להוסיף על דברי רש"י זה נ"ל.

וק"ל דדבריהם הם הפך ש"ס ערוך ביבמות דקאמר התם בשעשה תשובה ומקשים הש"ס וכי הוא בע"ת והאמר מעוות לא יוכל לתקון זה הבא על הערוה וכו' יע"ש הרי דמתני' דקאמר מעוות לא יוכל לתקון זה הבא וכו' הוא לענין תשובה. וגם תקשה מאי מקשה התם בש"ס מההיא דהבא על א"א ואסרה וכו' דמעוות וכו' לאו לענין תשובה.

ומכח זה אמרתי דהתוס' לא פליגי על רש"י ומעוות הוא דלא מהני תשובה ונתנו טעם דאמאי רוצח מהני תשובה ונתנו טעם לדבר דטפי בושתו וניכר ויהיה לזכרון לכך לא מהני תשובה: ואחר החי' ראיתי בעין יעקב שהביא דברי התוס' הנז' מפורשי' באר היטב שדבריהם הפך רש"י וז"ל כתבו בתוס' פירש"י המוליד ממזר וכו' לפיכך אין עונו נמחק בתשו'.

ולא נהירא דאין לך דבר שעומד בפני התשו' אלא וכו' לפי שבושתו וקלונו ניכר לעולם וכו' ע"כ וא"כ הדרא קושייא לדוכתה דהוא הפך הש"ס והפך דבריהם הכא וי"ל בדוחק ולומר דגם התוס' אית להו דלא מהני תשובה ודוקא בזה שהממזר חי משום דטפי בושתו וקלונו ניכר לעולם ותהי לו למזכרת עון אבל לרש"י.

שפי' שהביא פסולין לישראל משמע אפילו לאחר מיתה והוא דוחק דגם רש"י נקט בלישניה. ויהי זכרון יע"ש: בא"ד וי"ל דהתם מיירי כשעשה וכו' והאי דאמרי' נטרד מן העולם פי' מן העולם עם אותו עון דכך הוא חמור וכו' נראה מדלא קאמר והכא בשלא עשה תשובה משום דלא מהני תשובה בההיא דפרקא קמא דחגיגה משום דאסרה על בעלה ותהי לו למזכרת עון כמו שבא על הערוה והוליד ממנה ממזר דהכי משמע מהש"ס שם שהק' הוליד אין לא הוליד לא והא וכו' הבא על א"א ואסרה וכו' נטרד מן העולם ואין מועיל תשובה ומשני הא באחותה פנויה והוליד הא בא"א וכו' עי"ש דבאשת איש ואסרה וכו' ל"מ תשובה והא דקאמרי דהתם מיירי בשעשה תשובה לתרץ ההיא עם הש"ס דהכא דלא נאסרה על בעלה ולכך הוצרכו להוסיף והא דאמרינן נטרד מן העולם וכו' פי' עם אותו עון רוצה לומר עם אותו עון דאסרה על בעלה דהוא חמור כמו שבא על הערוה והוליד וכו' והיא פנויה דבשניהם יש מזכרת עון א"נ דלא באו עליו יסורין נטרד מן העולם ר"ל ואפילו עשה תשובה ולפי תירוץ זה ליכא חילוק בין אם אסרה או לא ובין הוליד או לא ול"מ יוכל לתקן מאחר דאין בידו אלא דקשה דאמאי לא תירצו הא דאסרה הא דלא אסרה וי"ל דדוד גלויה ומפורסמת והוי כמו אסרה: הלכות מאכלות

אסורות פרק ה' הי"א כל אבר עובר שיצא וכו' ואם נחתך אחר שחיטה האוכלו אינו לוקה וכו' ואם מתה בהמה ואח"ך חתכו האוכלו לוקה וכו'.

וכתב הרב המגיד שדעת הרמב"ם ז"ל אבר היוצא ואבר ובשר המדולדלים הוי מדאורייתא אלא שאין לוקין עליהם והרי הם כחצי שיעור דאתי מרבוייא ואין לוקין עליו: והקשה עליו הפר"ח והא ליתא דכיון דמרבינן . .

ליה לאיסורא אמאי לא מרבינן ליה למלקו' ואינו דומה לחצי שיעור דשאני חצי שיעור דכתי' ביה אכילה ואין אכילה פחות מכזית ומלת כל ריבה חצי שיעור וכיון שריבה ומיעט הרבוי ריבה איסור והמיעוט מיעט מלקות עכ"ל: וחזה הוית להרב משנה למלך שהקשה על הפר"ח ז"ל והרי הוא עצמו כתב בא"ח סימן תמ"ג בעמדו על מה שנסתפק הרא"ם ז"ל אם לוקין על ההנאה של חמץ משש.

שעות.

ולמעלה ועלה הוא בהסכמה דאע"ג דאסור מן התורה אין לוקין עליו כדין חצי שיעור והא התם ליכא שום מיעוט שהרי הנאה בכלל אכילה היא הרי דבריו התם הפך דבריו הכא וקשי' זה לזה עכ"ל: ואנא בריה קלה וזעירא' אחר התאבק בעפר רגליו נלע"ד דלא קשה ולא מידי על הפר"ח ז"ל שהרי הפר"ח כתב בשם הרמב"ם שכתב בספ"ח מהמ"א כל מאכל שהוא אסור בהנאה אם נהנה ולא אכל כגון שמכר או נתן לכותים או לכלבים אינו לוקה ובפר' י"א מהמ"א כת' שיין נסך אסור בהנאה והשותה ממנו לוקה מן התורה ואילו בהנאה לא הזכיר מלקות וכתב במ"מ דס"ל לרבי' דכל דבר הראוי לאכילה אין דרך הנאה אלא דרך אכילה כתיקנה: הרי הרמב"ם כתב בפירו' כל דבר שראוי לאכילה אינו לוקה אלא על אכילה והיינו טעמא דחצי שיעור דאינו לוקה עליו משום דבעינן דרך אכיל' כתיקנ' וחכמים שיערו אכילה כתיקנה היינו כזית אבל חצי זית לא מקרי אכילה כתיקנ' והוא אב לכולם דבעינן אכילה כתיקנ' ושפיר מאי דקאמ' הפר"ח כדין חצי שיעור התם אבל הכא גבי אבר היוצא ואבר.

ובשר המדולדלין דמשתעי באכילה ואכילה כתיקנה שפיר אמרינן דלוקה ואינו דומה לחצי שיעור דלא מקרי אכילה כתי' ושפיר מה שהשיג הפר"ח על ה"ה כנלע"ד וה' יצילנו משגיאות ויאיר עיננו בתורתו אכי"ר: ולפי מאי דכתיבנא מתרצא הקושייא שהקשה לי א' . מבני הישיבה והרי מצינו להרמב"ם ז"ל בה' מעילה סוף פרק שביעי הלכה ח' כתב וז"ל המועל בפחות משוה פרוטה בין בזדון בין בשוגג משלם את הקרן וכו' ויראה לי שאינו לוקה על פחות משוה פרוטה אם היה מזיד עד כאן לשונו.

והא התם ליכא שום מיעוטא אלא רבוייא דכתיב ואת אשר חטא מן הקו' ישלם לרבות פחות משוה פרוטה ולמאי דפירשית ניחא דחצי שיעור הוא אב לכולם דבעינן אכילה כתיקונה וכן דבר דאינו נאכל ואין דרכו אלא בהנאה אינו לוקה אלא בהנאה כתי' אבל פחות משוה פרוטה לא מקרי הנאה כתיקונה אלא דהקשה לי אחד מבני הישיבה אחר דהלמוד הוא מחצי שיעור אמאי הרמב"ם נקט בלישניה ויראה לי שאינו לוקה דמשמע דאיכא ספיקא לפניו ויראה דטעמיה הוא משום דהקדש חמור ויכולני לומר דאפילו על פחות משוה פרוטה לוקה ולכך כתב בלשון ויראה לי וכו' וליכא שום חילוק בין חולין

להקדש: הלכות שחיטה פרק א' הכ"ד וצריך לבדוק כן אחר השחיטה וכו' לפיכך השוחט בהמות רבות וכו' צריך לבדוק בין כל אחת ואחת וכו' נשאלתי להשיב שואלי דבר מענין שוחט א' ששחט בהמות הרבה ולא בדק הסכין בין זו לזו ונמצאת הסכין פגומה אחר השחיטה והוא אומן ושוחט בשכר אי מקרי פושע וחייב לשלם.

או לא מקרי פושע ופטור לשלם מספק: תשובה נראה מדברי מר"ן ורבינו הטור בח"מ סימן ש"ו ס"ה שהוא חייב דכתב וז"ל במד"א בשניבל ודאי וכו' וכן אם מצא הסכין פגום והוא בדקו תחי' כיון דאיכא למימר בעצם המפרקת נפגמה לענין ממון לא מפקינן מניה מספק יע"ש ומדנקטווהוא בדקו תחילה מינה תידוק הא אם לא בדקו מקרי פושע וחייב אבל אם בדקו מקרי אנוס ומה בידו לעשות ואע"פ דאמרינן בשכר חייב אפילו אומן דמקרי אנוס היינו אם נבלה בודאי משום דלא עדיף האי אונס מאונס דגניבה דש"ש חייב.

ואמרינן דהו"ל למידק טפי אבל אם לא נבלה בודאי כגון הכא דספק שמא בעור נפגמה או בעצם המפרקת. .

נבדקה תחילה מקרי אנוס אבל אם לא בדקה תחילה מקרי פושע. וא"ת השתא דבדקה תחילה קודם שחיטה אמאי הוצרך לתת טעם דפטור דשמא בעצם המפרקת נפגמה אפי' אם נפגמה בעור פטור דאנוס הוא.

וי"ל דאי באמת נפגמה בעור חייב לשלם דאמרינן דלא דק שפיר ולא בדקה יפה קודם שחיטה והו"ל נבילה ודאי ולא פטרינן ליה אלא מכח ספק דילמא בעצם המפרקת ולא ניבל כלל עיין בסמ"ע ס"ק ט"ו בד"ה בעצם המפרקת: ואחר החיפוש ראיתי להש"ך ביו"ד סי' י"ח סעי"ק י"א שכתב בשם העט"ז אם הוא שוחט לאחרים ועשה כן שלא ברשות ונמצא אח"כ הסכין פגום צריך לשלם אפילו שוחט בחנם כדין מזיק בידים ע"כ יע"ש.

וכעת אין ספר העט"ז יו"ד מצוי לראות ולדקדק בדבריו ולראות טעמו וראיותיו: איברא ראיתי להט"ז שם סק"ח שחלק בדבר על הרב הלבוש ולדעתו. הוא פטור דאין מוציאין ממון מספק והביא ראיה מההיא דהגוזל קמא ההיא מגרומתא דאתיא לקמיה דרב וכו' ופסק הרב דטריפה והשוחט פטור מלשלם משום ספק וכו' דדילמא ס"ל כר"י ורש"י וכו' יע"ש: ולעד"ן אח"ה מכ"תר דאין הנדון דומה לראיה דל"מ לסברת ר"ת דקאמר דרב ס"ל כר"י אלא דהחמיר עליו לפי שהוא עם הארץ שלא יבא להקל בשאר טבעות דליכא ראיה כלל דהא לא פטרו רב מכח ספיקא אלא מטעם דפשוט אצלו דהלכ' ולא פשע השוחט וכדינא עביד אלא אפילו לסברת ר"י דכתב דרב מספק"ל אם הלכה כר"י או כרבנן לית שום ראיה משם דהתם ספיקא דדינא הוא אם הלכה כר"י או כרבנן וקי"ל ספיקא דדינא קולא לנתבע ולכך פטרו משום ספיקא דדינא ודילמא הלכה כר"י ולא פשע.

אבל בנדו"ד דבאמת נפגמה בראשונה נבלה גמור' ואסור' מדאורייתא והוא פשע ולא בדק בין ז"לז והכניס עצמו בספק וחייב עצמו בפשיעתא. אבל התם במוגרמת מי יאמר דהוא הגרים בכונה מכוין וסבר לעשות כר"י דילמא מיירי שהגרים ולאו אדעתיה והו"ל

אנוס ובמקום ספיקא פטרו רב ואף על פי דקאמרי התוספות משום דמספק"ל היינו לרב אבל לגבי טבחא ליכא.

ספיקא קמיה אלא דהגרים ולאו אדעתיה ומאי האי דקאמר וא"כ אמאי לא נימא וכו' דפשע השוחט במה שהכניס עצמו לספק נגד רבנן דמשמע דהשוחט הגרים בכוונה מכוין. גם במה שדחה הראיה שהבאתי לעיל מדברי מרן ורבינו הטור ואמר שאני התם דמבדיק' הראשונה איירי מהיכן משמע כן דדבריהם יכולים לפרשם דכוונת' לומר וכן אם מצא סכין וכו' והוא בדקו תחלה ר"ל קודם ששחט בהמה ב' או ג' פטור דדילמא בעצם המפרקת נפגמה ומאן פליג ליה דדברי מרן אמורים בתחילת שחיטה א' דוק מינה אם לא בדק חייב משום פושע אפילו בין א' לב' או בין ב' לג' ואף על גב דאם לא בדק ביניהם ליכא איסורא אלא זריזות בעלמא כדמשמע מדברי מור"ם שכתב ומי שרוצה וכו' מ"מ לענין ממונא מיקרי פושע וחייב אם נמצאת פגומה וכן ראיתי להש"ך בנה"כ שחלק עליו ודחה דבריו לאמר דהשוחט לא הכניס עצמו בספק וכו' אלא איהו הוה קי"ל כר"י יע"ש ולא ידעתי דאמאי לא דחה ואמר דהשוחט לא נתכוון להגרים כנז"ל נמצא לדעת רבינו הטור ומרן אית להו דמקרי פושע אם לא בדק בין ז"לז כדדייקינן מדבריהם לעיל וכן הוא דעת הר"ב הלבוש כנז"ל וכ"נ דעת הש"ך ממה שהביא דברי הלבוש ודחה דברי הט"ז והכי נקטינן כהני רבוותא אף על פי שהט"ז חלק אזלינן בתר רובא ועדיף טפי מרן ז"ל שהסכימה דעתו ודו"ק: פרק י' הי"ד כל טבח.

וכו' ואם.

יצאת טריפה מתחת ידו וכו' אינו חוזר לכשרותו וכו' עד שילך וכו' וכתב מרן הכ"מ דהכי איתא בפ' זה בורר דכ"ה וז"ל ההוא טבחא וכו' מאי תקנתי' כדרב אידי בר אבין דאמר החשוד על הטריפות וכו' יע"ש הסוגיא. וי"ל דמאי ראיה מייתי הש"ס מדר"א ב"א דראב"א מיירי באדם שהוא חשוד וידוע שהוא מאכיל טרפות לישראל.

מדנקט בלשונו החשוד על הטריפות אבל האי עובדא דההוא טבחא לא היה חשוד אלא השתא מיהא איתרע ביה ההיא מלתא ואיפש' לומר דלא הוצרכו לזה עד שילך וכו' הוא מטעם חששא דילמא לאערומי קא מכוין אבל היכא דידעינן דלאו לאערומי קא מכוין סגי ליה בתשו' כל דהו ואין צריך לילך למקום שאין מכירין וכו' משום דאינו חשוד ואמרי' שוגג הוא וזה מדוייק בלשונו דקאמר ודילמא אערומי וכו' ולא קאמר דל"מ ליה ההיא תשובה וצריך תשובה מעליא שילך וכו' ולזה כיון רש"י דכת' תשובה דהתם לאו איערומי היא ר"ל א"צ עד שילך וכו' כמו החשוד אלא משום איערומי ועי"ל דההוא טבחא מיירי שמעשיו מוכיחין עליו שעשה במזיד והי"ל כמו החשוד ולכך קאמ' דצריך שילך למקום וכו' ומ"ש הש"ס דילמא לאיערומי וכו' כונתו לומר דאף על פי דרבי מזייה וטופריה וכו' והיא גם היא תשובה מעלייא מ"מ חיישינן דילמא לאערומי וצריך לילך למקום וכו' דלא חיישינן לאערומי וכו': ובזה נחה דעתי במ"ש הרשב"א בתשובה והביא דבריו הר"בי בסימן קי"ט בח' יו"ד וז"ל כל טבח שיצתה טריפה וכו' ולא עוד אלא שראוי לדקדק אחריו אם ראוי לסמוך עליו בקבל ד"ח אם ראינוהו שהוא דואג על מה שאירע וכו' מקבלים אותו וכו' ע"ש ואיך יאמד אם ראינוהו שהוא וכו' מקבלים אותו והא בש"ס קאמר דלא מהני עד שילך וכו' וכן כת' בתשובה אחרת בסימן תקצ"ד ופסקה

מר"ן בקצר ביו"ד סי' י"ח ס"ט וז"ל שמעון שאמר לראובן וכו' והיה הולך לשחוט ומצאו פגום מעשיו מוכיחין עליו וכו' ואם.

דברים נראין בעין שהיא שגגה וכו' מחזירין אותו וכו' והא בש"ס קאמ' טבח שיצתה טריפה צריך לילך וכו' ולא חלק בזה כלל ולמאי דכתי' ניחא דשאני ההיא דהש"ס דקי"ל דעשה כעין מזיד. ולכך חיישינן לאערומי ולא מהני אלא שילך וכו'.

ולכך פסק בתשובה אחרת ופסקה מרן והיא סמוכה להההיא דלעי' וז"ל טבח שנמצאת פגימה בראש הסכין וכו' מעבירין אותו וקרוב לומר שהכלים אסורים ע"ש משום דההיא מזיד כדקאמר זאת הפגימה וכו' וכשאני שוחט אני נזהר וכו' ולכך פס' מעבירין אותולגמרי והכלים אסורים ואין לו תקנה עד שילך וכו': והשתא ניחא תשובת הרא"ש והריב"ש.

ומור"ם הביא דבריהם בסי' ק"ט סי"ח וז"ל והא דצריך לילך וכו' היינו שעשה במזיד או שהוחזק לכך אבל אי ידעי' דבטעות נעשה לו סגי ליה ד"ח ויעשה תשובה לפי ראות עיני. הדיין עי"ש וניחא נמי תשובת הרשב"א בסי' תשכ"ב שנשאל על קצב א' שאינו בחזקת כשרות וכו' ששם ידו דרך הושט וכו' והשיב דודאי פסול וכו' כאותה שאמרו ההוא טבחא וכו' ואין לו תקנה עד שילך וכו' הרי מוכח דההוא טבחא הוא במזיד כדכתיבנ' וממילא ל"תק דבריו אהדדי.

אך ק"ל דהא כתב בסימן תרל"ב על טבח שיצאת טריפה מתחת ידו ב"פ אם יש לסמוך עליו וכו' והשיב דאם ראינו שהוא דואג ומתאנח מקבלין אותו וכו' עי"ש. והא הכא מאחר שעבר ב"פ הוי כמזיד ואיך קאמר דאם ראינו וכו' והא בעינן עד שילך וכו'.

ואיפשר לומר דס"ל דאפי' בב"פ לא מקרי פושע ומזיד ואמרינן שמא שגג: אך ראיתי לרבינו בפי"א מה' עדות שפסק וז"ל וכן טבח וכו' ויצאת טריפה מת"י וכו' שהן פסולין לעדות וכו' עי"ש. נראה מדבריו דההוא עובדא מיירי בשוחט ומוכר לעצמו דהו"ל חמדת ממון והרי הוא מזיד ולכך צריך תשובה מעליא שילך וכו' אבל השוחט לאחרים מסתמא אמרינן שוגג הוא ולא נפסל וכ"כ מר"ן כ"מ עי"ש.

ובזה מיושב קושייתינו דלעיל דגם זה מקרי חשוד משום דחמדת ממון גרמה לו לעבור והשתא א"ש מ"ש רבינו כאן ובפ"ח מה' מ"א ה"ט שכתב דמשמתין ומעבירין וכו' עד שילך וכו' ומדבריו משמע אפי' א' ואפי' שאינו מוכח ממעשיו שעושה במזיד משמתין ומעבירין ליה וצריך לילך וכו' והוא הפך כל הפוסקים אכן כפי מ"ש הכ"מ א"ש דהוא אזיל לשיטתי' דס"ל דשוח' ומוכר לעצמו מקרי חשוד מחמת חימוד ממון והוי כמו מזיד.

ואיפשר שגם כל הפוסקים מודים בזה אבל היכא ששוחט לאחרים ויצאת טריפה מת"י בשוגג מודה רבינו דלא מחמרי' עליה כולי האי אלא בתשו' כל דהו' סגי כפי ראות עיני הדיין: ובמאי דקאמר בגמ' עד שילך וכו' ויחזיר אבידה וכו' מדלא קאמר או יחזיר משמע דבעי' תרתי ילך ויחזיר. ברם מדברי רש"י משמע דבחדא סגי דקאמר דתשו' דהתם לאו איערומי הוא יעי"ש משמע דתשו' לחודה חיישינן להערמה וכשילך ליכא הערמה אבל במחזיר אפילו בלא.

הליכה לא חיישינן להערמה מאחר דאיכא פסידא דממונא וכ"כ בדבור שאח"ז דכיון דמחזיר. אבידה ודאי דהדר ביה וכו' עי"ש וכן ראיתי להרא"ש שכתב או יחזיר אבידה וכו' משמע דבחדא מנייהו סגי.

אמנם ראיתי לה' פר"ח שכתב משם הרא"ם דבעינן תרוייהו על שילך וכו' ויחזיר שם אבידה בדבר חשוב: פרק י"א הי"ג מי ששחט את הבהמה וכו' וקודם שיבדוק וכו' ובא כלב או עכו"ם וכו' הרי זו מותרת. ועיין להרב כ"מ דנתן הטעם משום דקי"ל נשחטה בחזקת היתר וכו'.

אירע מעשה במקולין בענין בהמה שנשחטה כראוי ובדקו הריאה ובשעת בדיקה הוציאו הריאה לחוץ לפי שהיתה בה בועה באונה במקום הדק כדי להעלות חוט בשר וכשרו הבהמה הנז' והיה דבר זה ביום ו' אחר חצות היום וביום הראשון בבקר עת תפלה בא הטבח בעל הבהמה הנז' והריאה בידו אצל השוחט שהיה שם במקולין בשעה שבדק השוח' הנז' להריאה ואמ"ל תראה סירכה זו עכשיו הנה באתי לחותכה וראיתי סי' זו והוא הריאה שנבדקה במקולין התחיל השוחט צווח ואמ"ל אני הייתי עומד שם בעת שבדקה השוחט ולא ראיתי מאומה והוא מכחישו והתחיל הטבח לישבע ולקלל את עצמו שכך הוא האמת וזו היא הריאה וביום הששי מכר חצי האונות והדקין וכו' ונשארה האומה והטרפש וקצת מהלב וקבלה בידו השוח' לראות הסירכה אם היא סי' או ריר בעלמא ומצא דבוק בעלמא שהאומה דבוקה לטרפש.

הכניס ידו וראה הדבוק הנז' רך ובנענוע כל דהו נתנתק ולא נשאר שום רושם בריאה ובאו השוחט והטבח הנז' לפני חכם העיר וספרו לו הענין והיה השוחט הראשון צווח ככרוכיא לאמר אין זה כי אם עורמה ועלילה מבקשים עלי להוציא שם רע כדי שיעבירוני. ואינו אלא מלומד מאחרים והתחיל עוד לישבע בכפלי כפלים ואמר להם החכם הנז' כדי לנפוח הריאה ונפחוה ולא בצבצה ולא נראה לו בה שום שנוי והתירה.

למחר שמעו חכמי העיר דבר זה. והתחילו לדבר תועה על החכם הנז' ולומר הלכה זו מקופחת היא.

חדא שהשוחט מכחיש לטבח ואומ"ל לא זו היא הריאה ומבהמה נבילה אחרת באה לידו ואיך נאמן הטבח יותר מן השוחט ועוד מאחר שעברו עליה ב' ימים הסירכא היא מתרככת והריאה לא נשאר בה כח ואינו מועיל בה בדיקה ואפי' אם היא נקובה לא תבצבץ דהוי כמו מים קרים דמטרטשי ואין מועיל בה בדיק' ורצו לאסור הכלים שנתבשל בהם הבשר.

וכ"ז בדו מדעתם מכח סברא בלי שום ראיה. ולכן ראיתי לעמוד על קו הדין והאמת מפי ספרים וסופרים ומי שחותמו אמת ינחני במעגלי צדק ואמת: תשובה איתא ברבינו הרמב"ם בהלכות שחיטה ובדברי רבינו הטור וז"ל ריאה שלא נבדקה ובא זאב ונטלה והחזירה כשהיא נקובה כשירה דתלינן בזאב ולא חיישינן שמא במקום נקב נקב ואפי' יש בה נקבים שלא במקום שיניו תלינן ביה משום דבהמה כחייה בחזקת וכו' נשחטה הותרה עד שיודע לך במה נטרפה יע"ש ופסקה מרן בסי' ט"ל ס"ב יע"ש.

ולכאורה נראה מדבריהם דאחר שחיטה אין אוסרין שום בהמה מספק אא"כ ידעי' בה בודאי שהיא טרפה. וק"ל על דבריהם מהא דפסק מור"ם בסימן ל"ח ס"ב וז"ל היה ספק אם המים מכוסין במוח אם לאו טריפה אמאי לא אמרי' נשחטה הותרה עד שיודע וכו' וכן פסק עוד בסי' ל"ג ס"ד וז"ל בושט אבל אם יש לחוש שניקב על ידי קוץ ומחט טריפה ואפילו אם לא ניקב אלא הפנימי דחיישי' שמא ניקב גם החיצון יע"ש מיהו לזה יש לישב משום דקוץ ומחט שכיח למינקב ולא הוי ספק שקול דצד האיסו' עדיף טפי מצד ההיתר וקרוב לומר שניקב גם החיצון א"נ דנקיבת הושט מקרי איסור נבילה כמו בשחי' והיא בחזקת איסור עומדת וכן מוכח בב"י דנקובת ושט מקרי נבי' ובזה יש לתרץ ההיא דפסק מרן בגרגרת שנמצאת טבעת על הסכין ואין ידוע אם מחיים או לא דפסק טריפה ע"ש דהוי ספק שאירע בשחיטה.

מיהו ק"ל מריאה שנמצאו עליה תולעים וכו' ואם אין המקום לתלות והדבר ספק וכו' ואינם דומים ז"לז טריפה ואמאי לא אמרי' נשחטה בחזקת היתר וכו' ואולם גם בזה ישלישב ולומר מאחר דיכול להתברר ע"י בדיקה אסורה עד שיבדוק ולא סמכי' אחזקה ואם אינם דומין טריפה בודאי. וכפי מה שכתבתי יתורץ לן ההיא דפסק מרן בריאה שהרגיש בה וכו' ואם היא חתוכה טריפה משום דדרכו של מחט לנקוב ולא הוי ספק כנז' וכזה יש לתרץ ההיא דמחט שנמצא בטרפש דספק טריפה וכן מחט שנמצא בהמסס ובית הכוסו' ושנמצא בדקין ובמרה.

ובזה יש לישב נמי ההיא דעוף שנפל לאור ואין ידוע אם נחמרו בני. מיעיו דטריפה משום שהאש משרף שריף ואמרי' ודאי נחמרו ולא הוי ספק וכן אם נשבר הנף והיה בו עוקץ דטריפ' משום שהעוקץ מנקב נקיב כמחט ובזה י"ל ההיא דספק דרוסה דטריפה משום דדרכו של ארי לדרוס והוי כודאי הא לאו הכי לא אסרינן דאמרינן העמידנה על חזקתה וכן אם מנקבא ריאה במקום דלא משמש יד דטבחא דטריפה ואמאי לא אמרינן נשחטה הותרה וכו' ואיפשר דשם הריעותא לפנינו ואין לנו במה לתלות דאמרינן מחיים ניקבה.

אך קש"ל מאי שנא מההיא דהלעיטה דבר שהוא ספק אם נוקב בני מעיה דפסק מרן שהיא טריפה מספק וכן ההיא דנמצא הגף שבור ואין ידוע אם קודם שחיטה או לאחר דפסק מרן דטרי' ואפי' מור"ם דהכשיר אינו אלא מכח ס"ס ואמאי לא אמרינן נשחטה הותר' וכו' דזה מקרי ס"ס ואיפשר להשיב ע"ז מאחר דהריעותא לפנינו ואין לנו במה לתלו' קרוב הדבר לומר דמחיי' נשבר ולא ס"ש מ"מ תקשה מההיא דהלעיטה דלעיל ומהמוח כנז' ואמאי לא אמרי' נשחטה הותרה דספק שקול הוא.

והנה מדי עוברי בדברי מרן לבקש בחורין ובסדקין למצוא. ולישב דבריו ראיתי למור"ם בסי' נו"ן שכתב ע"ד שאמר כל אלו הנקבים אם יש במה לתלות כמו בטבח ובזאב וכו' כתב מורם וכ"מ שאין יכולים לתלות שנעשה אחר שחיטה אע"פ שהוא טרפות שיש לו בדיקה אם לא בדקוהו או שאין יכולים לבדוק הרי הוא בספק טריפה ואוסרין אותה ולא אמרינן נשחטה הותרה אלא בדבר שנוכל לומר שנעשה אחר שחיטה הריעותא דלא יצתה מחזקתה מחיים ע"כ המובן מדבריו הוא דלא אמרינן נשחטה הותרה אלא היכא דאיתרע רעותה לאחר שחיטה דתלינן בה כגון זאב וכו' אבל היכא דליכא רעותא במה

לתלות שנעשה אחר שחיטה הרי זה ספק טריפה דשמא נעשית הריעותא מחיים ואתרע חזקת' ובזה ניחא דברי.

מר"ן ומור"ם דלעיל ושאני זאב וטבחא דאיכא במה לתלות שנעשית הריעותא לאחר שחיטה: אך ראיתי להש"ך שם שכת' וז"ל זה לשון ד"מ מעשה בראש בהמה שהיה בו מים וקודם שידעו הריעותא חתכו הגולגולת לשנים וכו' ולא היה נודע אם המוח מקיפו או לא ואסרנוהו ויש שהיו רוצים להכשיר מהא דנשחטה הותרה וכו' ולא דמי דהואיל ויש כאן ריעותא ברור מחיים אין להכשיר וכן משמע מתוס' וכו' ומהר"ם מלובלין בתשו' חלק עליו וכת' דאדרבא התוס' דחו תירוץ זה ומסקנ' התוס' דאפי' היכא דנעשה הריעו' מחיים אפילו הכי יש להעמידה בחזקת היתר וכו' והא דחוששין לספק דרובא וכן בישב לה קוץ בושט וכו' היינו משום דשכיח ומ"ש הרשב"א כשנמצא מחט תחוב ולא הספיק לבדקו אי ניקב משני צדדים דטריפה היינו נמי משום דשכיח וכן לאסור מים במוח משום דשכיח וכו' ע"ש דבריו.

ובאמת המעיין שם בתוספ' יראה לעינים כמ"ש מהר"ם אבל נ"ל דעת הרב וכו' ולעניין דינא צ"ע ומה שדחק מהר"ם בדברי הרשב"א ליתא דאישתמיט דבריו בחדושיו וז"ל והיכא דנשמט גף העוף וכו' עד דתלינן בזאב וכ"כ הר"ן שם וכו' וכתב שכן פי' רבי' יונה וכן מוכח מסמ"ק וכ"כ האו"ה וכו' ולא אוכל לירד לדעת מהר"ם שכתב דמדברי הסמ"ק ואו"ה משמע דלא תלינן לחומרא אלא היכא דשכיח איסורא כס' התוס' דהא ודאי ליתא אכן מדברי ס"הת וסמ"ג ושאר פוסקים שכתבו גבי נשבר העצם ולא ידע אם מחיים וכו' משא"כ הכא דהספקות תלוי בחסרון חכמה וכ"כ מהרא"י מבו' דכל היכא דאיכא למתלי להיתר ולאיסור תלינן לקולא מטעם דנשחטה הותרה וכדעת התוס' וכו' וכדאי הם כל אינך פוסקים לסמוך עליהם בהפסד מרובה אבל שלא במקו' הפסד מרובה יש לפסוק כר"י והרשב"א והר"ן דהיכא דהאיסור וההתר שוים תלינן לחומר' יע"ש דבריו באורך: נמצא הוא תלוי בפלוגתא דדעת התוס' ומהר"ם דאית להו דאפילו היכא דנעשית הריעותא מחיים ואין לנו במה לתלות וספק שקול אמרי' העמד בהמה ע"ח וכשרה וכן היא סברת.

הרשב"א והסמ"ק והאו"ה לדעת מהר"ם וכן לסברת בע"הת וכן סברת מהרא"י גם בנדו"ד אמרינן העמד בהמה ע"ח וכשרה אך לדעת ר"י והר"ן ומור"ם דאית להו דאפילו בספק שקול לא אמרי' בחזק' היתר עומד' אם לא דאיכא ריעותא שיש לתלות בה שנעשית אחר שחיטה וכן לסבר' הרשב"א והסמ"ק ואו"ה לדעת הש"ך שכתב דאית להו כסברת ר"י ולא אמרינן נעמיד בהמה ע"ח בספק שקול גם בנדו"ד אמרי' כן וטריפ' והכרעת הש"ך היא בהפסד מועט דיש לפסוק כרבי' יונה והרשב"א והר"ן ובהפסד מרובה יש לפסוק כהתוספות וב"הת ומהרא"י ומהר"ם ופשוט דמאי דקאמר ובהפסד מרובה סמכינן אמתירין היינו אפי' לכתחי' סמכינן עלייהו וכ"ש בדיעבד כנדו"ד דאין לאסור הכלים שנתבשל בהם ויכולני לומר אפילו לדעת האוסרים דלא החמירו כ"כ: אמנם ראיתי להפר"ח בסימן כ"ט שהביא דברי מורם הנז' ודחה דבריו שכתב וכן משמע מהתוספות וכתב אדרבא מהתוס' משמ' בהפך כדברי מהר"ם דמוקמינן אחזקת' אפילו אם נעשית הריעותא מחיים וליכא במה לתלות כסברת מוהר"ם והוסיף עוד מדיליה

וכתב וכ"כ הרא"ש כדעת התוס' ע"ש ברם חזר והביא דברי רבינו יונה וכתב וז"ל אמנם הר"י הביאו דבריו הרשב"א והר"ן בחי' בפ"ק דחולין סבור דאי איכא ספק שקול ספיקא דאוריית' לחומרא וכו' וכ"כ הרשב"א בת"ה דף ל"ה בסוף דבריו וז"ל דלא תלינן להקל אלא כשיש לפנינו דבר ממש לתלות בו כזאב או ידא דטבח' וכיוצא אבל בכ"מ שנמצא שם עניין הטורף ולא ידענו עניינו אין תולין בו להקל והראיה ספק דרוסה וכו' ע"ש וכתב וכן הוא בה"ג שהביא הר"ן בס"פ בהמה המקשה והרשב"א בתורת הבית שלא להקל בטרפיות בשום מין ספק שקול ואפילו בה"מר זולתי היכא דאיכא למתלי לקולא טפי וכמ"ש ותו לא מידי עי"ש.

והכריח שם שדע' מר"ן לאסור כדעת רבי' יונה והרשב"א והר"ן יעש"ב. ודבריו הם הפך דברי הש"ך שכת' דבה"מר סמכי' אתוס' וס"הח ומהר"ם וסייעתייהו ומ"מ נ"ל דכל דבריו המה לכתחילה אבל בדיעבד כנ"ד יודה דסמכינן אמקילין כ"זכתבתי לכאורה: אך אחר האמת אני אומר בפה מלא אפילו ר' יונה והרשב"א והר"ן וכולהו רבוותא יודו בנ"ד שהבהמה הנז' כשירה לכתחילה ונפש היפה תאכלנה וראיה לזה ממ"ש הרשב"א בתשובה סי' קע"ד והביא דבריו הרב"י ברישׁ סי' ט"ל שנשאל על סירכא היוצאת מאונה לאונה כסדרן והיא נסרכת בשפת האונה ונסתפ' אם בגב או בחי' וכשנופחין הריאה הרבה נראית שהיא בחיתו' וכשאין נופחין אותה כ"כ נראית שהי' בגב דהיינו שלא היתה הסי' נכנס' בפנים מי ניחוש ונאמר בעודה בחיים לא היתה נפוחה כ"כ ונדון אותה במגב לגב או לא.

והשיב רוב הבהמות כשרות ורובה דאורייתא וכיון שכן כל שנסתפ' אם היא נפוחה כ"כ במעי הבהמה אם לאו העמידנה על חזקת היתר עכ"ל ופסקה מר"ן בש"ע סי' ט"ל ס"ה יע"ש. ודבריו אלה סותרין מ"ש לעיל בשמו דלא תלינן להקל אלא כשיש לפנינו דבר ממש לתלות בו וכו' אבל כשנמצא שם ענין הטורף ולא ידענו ענינו אין תולין בו להקל וכו' וק' דבריו אהדדי ודנתי מסברא דודאי יש לחלק בין ריעותא דסי' לשאר רעותות דאתו מעלמא וכן יש לחלק נמי לדעת מר"ן דס"ל כר"י והר"ן דבספ' שקול אמרי' ספיקא דאוריית' לחומר' ובספ' סי' אם היא בגב או בחיתו' פסק כהרשב"א להקל כמ"ש הפר"ח והכריח דמר"ן ס"ל כר"י.

ואחר החי' מצאתי דברי הרשב"א מבוארים בס' תורת הבית דל"ה והביא דבריו הפר"ת וז"ל כיון דיש סירכ' בלא נקב למה אנו חוששין לה ואינו דומה לישב לה קוץ בושט ולספ' דרוסה דהתם מתיילדא ריעותא וכו' אבל בזה אין שום הוכחת איסור שהרי איפשר שבאה סי' זו מחמת רירין וכו' ותדע דהא עאל ארי בינייהו והוא שותק וכו' תלינן לקולא דאמרינן שלמא וכו' ולא ודאי קאמר ועוד דס"ס הוא ס' מחמת נקב ואת"ל מחמת נקב שמא קרום העליון ניקב ע"כ וכ' ע"ד הפר"ת הרי דלא מצריך בדיקה לחשש' נקב דכל הסירכו' ומה שאנו חוששים להטריף בשלא כסדרן כתב הרב שם דל"ד וז"ל דשלא כס' שאסרו לא מחמת נקב של עכשיו אסרוה אלא מחמת שעתידה להתפרק וכשתתפרק מכאן ומכאן עכ"פ תקרע הקרומו' ותנקב וכל העומד לינקב כנקוב דמי ובכסדרן כיון דמקום רביתייהו לא מתפרקי עכ"ל עי"ש הרי דברי הרשב"א מפורשי' לפניך דחי' בין ריעותא דשאר ריעותות לסירכא ואע"ג דלא הזכיר הענין כיצד היה וס' ת"ה אינו תח"י

מ"מ מוכח מדבריו דמיירי בס' שנפל בסי' מדקאמר שהרי איפשר וכו' ועוד ס"ס וכו' וכן מובן מדבריו שהוא מדבר בעניין אח' ולא בעניין הנז"ל אם הסי' בחי' או בגב מדלא הזכי' בלשונו כדלעיל והיה עושה ס"ס מטעם אם היא בחי' או בגב ודאי הוא מדבר בס' אחר והנה מדקאמר ועוד ס"ס וכו' נראה דתרי מילי קאמר חדא דריעותא דסי' ל"מ ריעות' דעיקר הריעות' הוא הנקב כמ"ש אין שום הוכח' איסור שהרי איפשר שבאה סירכ' זו מחמת הרירין ול"מ ריעותא כשאר ריעותות לאסור אפי' בס' שקול ועוד יש להתיר מכח ס"ס אפילו את"ל שלא מחמת רירין באה וכן היא דעת התוספות והר"ן הביא דבריהם הפר"ח עי"ש.

הרי מבואר דשאני ריעותא דסי' משאר ריעותו' וספיקה מותר דריעותא דסירכא ל"מ ריעותא. ואע"ג דחיישינן שמא תתפרק כדקאמר ושלא כסדרן שאסרו וכו' מחמת שעתידה להתפרק וכו' בספקא לא חיישי' לה להתפרק דחששא בעלמא לית לן בספיקה וכן היא דעת מרן דפס' כוותיה בההיא דס' בחי' או בגב ואף ע"ג דמצינו למר"ן שהחמיר בסי' וכתב כל סירכא אסורה ול"מ בה בדיקה היינו לפי המנהגים והחומרות אבל מדינא דגמ' העי' היא הבדיקה אם בצבצה אסורה ואם לאו מותרת כמ"ש הרמב"ם בה' שחיטה עי"ש ואיהו אזיל בעקבותיו א"נ ס"ל כהרשב"א מט' שמא תתפרק.

וא"ל דמר"ן ס"ל כרש"י דאית ליה דאין סי' בלא נקב וט' דפסק בההיא לקולא משום דהוי ס"ל שמא בחיתוך או בגב ומשום הכי נעמידנה בחזק' היתר ז"א דהא רש"י קאמר בפי' וז"ל מתוך שהריאה שואבת כ"מ משקה והמשקה נעשה עב בתוכה ויוצא מעט מעט דרך הנקב ונעשה קרום וכו' ע"ש בש"ס ולדבריו אין סירכ' בלא נקב דקאמ' היינו ב' עורות כך משמע פשיטות לשונו ועוד דמסתמא אית ליה כהרמב"ם והרשב"א אית ליה כהרמב"ם דיש סירכא בלא נקב ואין חילוק ביניהם אלא דלדעתו לא בעי בדיקה ולהרמב"ם בעי בדיקה לדינא דגמר' עיין הפר"ת ואף ע"פ דראיתי להפר"ח דשדא נרגא בהוראה זו וכתב דאין קיום להוראה זו אלא לדעת התוספות אבל אנן דקי"לן כר"י כיון דמספקא לן הויא ספיקא דאורייתא לחומרא ודעתו היא להשוות ריעותא דסירכא לשאר ריעותות מ"מ מאחר דמר"ן דעתו היא לחלק בין ריעות' דסירכא לשאר ריעותות ודבריו מפורשים כך כוותיה נקטינן ועלי' דידיה סמכינן ועוד איפש' לומר דאישתמיט מניה דברי הרשב"א דלעיל דאמר דסי' לא מקרי ריעותא ועוד דמותרת מכח ס"ס כנז' ואילולי ראה דבריו אלו לא היה משיג על דבריו והראיה שלא הביא דבריו אלו וחלק עליה' ומטעם זה השיג על הש"ך והט"ז בסי' ט"ל סי"ז הקונה ריאה ואמר שמצא בה סירכה וכו' אין כאן עדות וכו' כתבו ע"ד בס"ק מ"ב ד"ה אין כאן עדות וכו' אם כן הו"ל חד לגבי חד ואוקמה הבהמה בחזקת היתר דהא ודאי כ"ע מודים נשחטה בחזקת היתר גמור עומדת וכל ספיקא לאחר שחיטה תלינן לקולא אלא שחכמינו ז"ל הצריכו לבדוק הריאה מפני שעלולה ליטרף וכו' ע"ש וכעין זה כתב הט"ז וכתב ע"ד הפר"ח בס"ק ל"ח וקצת תימה על הש"ך דהכא כתב בפשיטות דאוקי בהמה בחזקת היתר ולקמן בסי' ן' כת' דהיכא דהאיסור וההיתר תרוייהו שוין תלינן לחומרא וכו' ע"ש ולמאי דכתי' לעיל לס' הרשב"א דאיכא לחלק בין ריעותא דריאה לשאר ריעותות דבריו חזקים והמה כראי מוצק וא"המ מכת"ר נראה לי דאישתמיט מיניה דברי הרשב"א ולכך כת' מה שכתב: וטפי תמיה לי על הרפ"ת ז"ל דגם הוא שדא נרגא בההיא הוראה דהרשב"א וכתב ע"ד

וז"ל אלא להרשב"א דעיקרא דדינא לא מכריעא מלתא לאסור מחי' לגב וכו' והא איפשר לומר דלא אסרינן אלא מראשונ' לג' וכו' באופן דעיקר' דמלתא אין הכרח לאוס' כל דאין מחי' לחי'.

לזה אם מסתפקים אי הוי מחי' לחי' או מחי' לגב איפשר להקל ע"ש ואח"ה מדב"ק דלעיל מיניה הביא דברי הרשב"א שכתב בפי' דרעותא דסי' לא הוי כשאר ריעותות ולא מקרי ריעותא לומר דאפילו בספק שקול אזלינן לחומרא ועוד דהוי ס"ס ואפי' באיסור דאורייתא אזלינן לקולא וא"כ גם בספק אם היא בחי' או בגב יש להתיר מהאי טעמא דריר בעלמא או מכח ס"ס שמא בחי' או בגב ואת"ל בגב שמא לא ניקב אלא ריר בעלמאאו לא ניקב אלא קרום העליון: ואפשר לומר דלא הוצרך לומר דטעמ' דהרשב"א משום דלא וכו' הוא לדעתו דקאמר דזה ספק התלוי בחסרון ידיעה ולא מקרי ספק דאם יעמוד בקי וחכם ידקדק לדעת אם היא מחי' לחי' כפי האמת או לא ולזה הוצרך לומר דעיקרא דדינא לא מכריעא מלתא וכו' אבל בספק דשאר סרכות דאינו תלוי בחסרון ידיעא יודה לסב' הרשב"א דאמר ריעותא דסירכה לא מקרי ריעותא כשאר ריעותות וכל ספק דאית בה אמרי' העמד בהמה על חזקתה וכשירה.

ומ"מ הישוב שישב לדעת הרשב"א לא מקרי ישוב לדעת מר"ן דמצינו דפסק בשלחנו הטהור דסירכה היוצאת מחיתוך לגב טריפה ובספק אם היא בחי' או בגב פסק כשירה מספק כסברת הרשב"א והא אית ליה דמיכרעא מילתא וכו' ובספק אם היא בחי' או בגב פסק להתיר ודאי דלדעתו לא מקרי ספק דחסרון ידיעה אלא הרי הוא כשאר ספיקו' מטעם דאפילו מי שהוא בקי לא יכריע בדבר זה מפני שהוא דבר הסמוי מן העין ולא יכול להבחין במה היתה הריאה נפוחה במעי הבהמה ופשוט דגם דעת הרשב"א הוא כדעת מר"ן ולא מקרי ספק תלוי בחסרון ידיעה ולא כדע' הפר"ת אח"ה ממעלת תורתו וקדושתו דאין הדע' יכול לסבול דבר זה דמי שהוא בקי יבחין איך היתה הריאה נפוחה במעי הבהמ' ברם לסברת הפר"ח דשדא נרגא גם הוא בהוראת הרשב"א זו והשיג על הש"ך והט"ז ודאי הוא דאין כוונתו הוא מטעם דתלוי בחסרון ידיעה כסברת הפר"ת דהא הוא קייהיב טעמא דהוראה זו לא אתייא אלא לפי' התוספות דאית להו בספק שקול אזלינן לקולא אבל לדעת ר"י וכו' דאית ליה בס"ש אזלינן לחומרא ואנן קי"לן כוותיה לא מקרי הוראה ע"ש משמע דמשוה ריעותא דסי' לשאר ריעותות ואין דעת הרשב"א ומר"ן כן כדכתיבנא ומכל הני מילי מעלייתא דכתיבנא ותצא דינה לנדו"ד דהבהמה הנזכר' היא היתר גמור לכל רבני מתא ראשונים ואחרונים עונים ואומרים בפה מלא שהיא מותרת והנפש היפה תאכלנה וכל מאי דכתיבנא הוא לסברתם שאמרו שהסירכא שעברו עליה ב' ימים היא מתרככת ולא מהני בדיקה לריאה דהוי כמו מים קרים דמטרטשי ואפי' היא נקובה אינה מבצבצת וכ"ז בדו מסברתם בלא שום ראיה ולא כן אנכי עמדי דאדרבא היא מתחזקת ביותר כשהיא מתקררת ועדיין הריאה בריאה וחזקה ואין בה שום שנוי ואף ע"פ שאין לי ראיה לדבר בריאה עצמה מצאתי זכר לדבר בחלב מדברי הר"אש והב"י הביאם מור"ם סי' ס"ד וז"ל וכן יש לנקר הבשר תוך שלשה ימים מן החלב שלא יתקשה ומ"מ אם לא ניקרו תוך שלשה ימים אין לאסור בדיעבד ע"ש ולכך אמרו חז"ל חלב טמא אינו סותם דחלב טהור דרכיך מיהדק אבל חלב טמא הוא קשה ממנו הרי מפורש דהשיהוי הוא הגור' לקשוי וכן הדע' נוטה ועליהם להביא ראיה.

גם מה שקבלתי דברי הטב' ולא דברי השוח' שאמ' דאינה זו ובעלילה בא עלי להוציא עלי שם רע להוציאו מאומנותו הטעם הוא משום שהוא נוגע בעדות בדבריו זאת ועוד דאין לסמוך על דבריו במה שאמ' איננה וכו' אלא מבהמה אחרת וכו' ובמה יודע לו איפה דאינה זו שיצתה מתחת ידו ב' ימים ומאי טביעות עין יש לו בה כדי לסמוך ע"ד.

לאפוקי הטבח שאומר זו היא יש לסמוך ע"ד חדא דלית ליה נגיעה ועד א' נאמן באיסורין ועוד שהוא מכיר בה בטיב הידיעה יותר מאחר שלא יצתה מתחת ידו ואפילו אם נאמר אחר שיש לו בחנותו בהמו' רבות ונתחלפה לו באחרת מ"מ לא יש שם בהמת נבילה או טריפה אלא בהמות כשרות שנשחטו ונבדקו כראוי וודאי יש בדבריו ממש לסמוך עליהם ומרוב פשיטותם לא הוצרכתי להאריך עוד ולהביא ראיות כדי לאמת ולחזק דברי אלה וכל מי שמודה על האמת יודה לדברים אלו ואנכי לא כתבתי פסק זה כדי להראו' חכמתו ועוצם ידי או להתגדל בעיני' ח"ו כי דל אנכי ומכיר בערכי דידיעת' גדולה מידיעתי אלא לקיים מאמר ולזות שפתים הרחק ממך ועדיין יש מהחכמים מרננים אחרי בהוראה זו וגם שמעתי שהלכו מקצת מהחכמים אצל מהר"ם צרמון נר"ו להסכים עמהם לאסור הכלים והיה נפיק מינה חורבה וגם אנכי חששתי לעצמי שמא נכשלתי בהוראה זו לכן אמרתי אלכה נא ואלקטה בדברי חז"ל לדעת האמת ושלחתי אותותי אלה נגד אחי מעשי ידי לא להתפאר אלא ותכל תלונותם מעלי ולא יוסיפו עוד להרהר אחרי ותהי האמת נהדר"ת ועיני לשמייא נטלית למי שחותמו אמת ינחני במעגלי צדק ואמת.

ונתעכב הדבר עד השתא מפני שאין לי פנאי להעתיקו: אחר סמוך הקרה השם לפני ספר תו' הבית וראיתי דבריו מפורשי' דקאי אסירכא תלויה שהביא סברת האוסרים והמתירים וכתב ובמקומינו נהגו בה היתר וכן נראה לי במקומינו וכדעת האומר שיש סירכה בלא נקב וכדעתנו שכתבנו למעלה וכיון שיש סירכה בלא נקב למה חוששין לה ואינו דומה לישב לה קוץ וכו' ע"ש.

ואל תשיבני דבר לומר מאי ראיה איכא מהתם לסירכא דבוקה למקום אחר דאיכא לומר דלא קאמר הרשב"א למה אנו חוששין לה וכו' אבל בזו אין כאן שום הוכחת איסו' וכו' שבאה סירכא זו מחמת רירין הבאין שלא מחמת נקב וכו' היינו בסירכה תלויה אבל בדבוקה למקום אחר איפשר לומר דאית ליה להרשב"א דחוששין לה וריעותא מקרייא דסברה זו דאיכא חילוק בין סירכא תלויה לדבוקה ונאמר דבדיבוקה באה מחמת נקב ושאינה דבוקה באה שלא מחמת נקב וריר בעלמא הוא כבר דחה אותה הוא עצמו לעיל דף ל"ד וז"ל ואין הדעת סובלת לומר כדעת האומרים דכל שלא נסרכה איפשר שהיא שלא מחמת נקב וכו' אבל כל שנסרכ' ודאי מחמת נקב וכו' שאין אלו אלא דברי נביאות והלא כל סירכא תחי' ממקום אחר היא יוצאת והולכת ומתפשטת ולקץ הימים היא נסרכת למקום אחר וכיון שכן אין כאן מוכיח תלויה זו אם תניחנה שלא תסתרך במקום אחר וכו' ע"ש הרי דבריו מפורשים דליכא שום חילוק בין תלויה לנדבקת ובכלהו אמרינן יש סירכה בלא נקב ואין חוששין לה ולא מקרי ריעותא וכו' וכדכתיבנא בס"ד: חלק שלישי.

הלכות נדרים פרק ו' ה"ה היה שמעון כהן הרי הוא מותר להקריב קרבנות ראובן שהכהנים שלוחי שמים הם ע"כ. בעיא היא בפ"ק דקידושין דכ"ג ב' ובנדרים דל"א ב' ועיין למרן כ"מ שם ודלא כהל"משהניח בצ"ע.

והנה ראיתי בכתביו של הר"א הכהן זל"הה וז"ל אין שליחות לגוי והר' א"ד אות ה' חקר דלפי זה מאי דבעי בנדרים אי כהנים שלוחי דידן או ש"דר תפשוט מברייתא דאיש איש לרבות גויים דנודרים ואי אמרת שלוחי דידן הא אין שליחות לגוי יע"ש והוא עצמו תירץ דלא שייך דין שליחות אלא בדבר שחייב לעשותו כתרומה וכיוצא ובהא הוא דאמרינן אין שליחות לגוי בין אינהו לדידן בין אנן לדידהו אבל בצדדי גוים שהם אינם חייבים לקיים נדרים בהא שפיר מקריב להו ולא מדין שליחות ע"כ: ודבריו תמוהים בעיני דבכל התורה כולה מצינו אין שליחות לגוי בין אינהו לדידן וכו' ואפי' בממון דלית.

ביה שום חובה שאין זכייה לגוי לא אנן לדידהו ולא אינהו לדידן ועוד מאי האי דקאמר ולא מדין שליחות. גם מה שכתב דלא תקשה לי' ממה שכתבו התוספ' בע"ז דף ה' וז"ל וקשה אמאי לא חשיב מחוסר אבר לב"ן בהדי ז"ע די"ל דקום עשה הוא ואם נדר מחוסר אבר אמרינן ליה קום והבא קרבן שלם ע"כ ופי' דבריהם הוא דאין כוונתם לומר דהגוי חייב לקיים נדרו דזה פשיט' דהגוי ליתיה בבל יחל וגו' אלא הכוונ' אם רוצה לקיים נדרו מרצונו אומרים לו הבא קרבן שלם וכו' יע"ש: ואחר המחילה אין פירושו נכון בעיני דלפי מאי דקאמרי התוספו' דקום עשה הוא דהשתא לפי דבריו אינו אלא שב' ואל"ת שלא תקריב מחוסר אבר אבל הנדר אינו חייב לקיימו ובמאי חשיב להו קום עשה ועוד דלפי דבריו אמאי אצטריכו התוס' לומר דקום עשה הוא דמאיש איש גמרינן.

דגוים נודרים נדרים ונדבות כישראל וכו' ולפי דבריו דאמאי ילפינן מאיש איש בלאו הכי ילפינן ליה מקרא ומיד בן נכר כל מום בו לא תקריבו מכ"ש מחוסר אבר אלא דהכוונה היא איש איש לרבות גוים שנודרים נדרים כישראל וחייבים לקיים נדרם ומעתה אין מקום לתירוצו. ולעד"ן לתרץ דליכא הכרח למפשט מההיא ברייתא דשלוחי רחמנא נינהו דלעולם אמינא לך דשלוחי דידן נינהו וא"ת הא אין שליחות לגוי בין אינהו לדידן בין אנן לדידהו דזה הדבר אינו אלא בדבר דיכול הוא לעשותו בעצמו אבל הכא בהקרבה דאינו יכול להקריב הוא בב"המ אלא על ידי כהן דוקא אמרינן דיש: שליחות לגוי ועדיין הבעיא במקומה עומדת.

א"נ דשאני הקרבה דגזירת הכתוב היא דכתיב איש איש לרבות גוים שנודרים נדרים ונדבות ומקבלי' מהם ומאחר דאיכא בהו צרכי גבוה אין למדים מהם לעלמא ועוד דאיכא קרא אחרינא אתם גם אתם מה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית לכך אין לומדים מהכא: הלכות ערכין וחרמין הלכה כ' וכמה הוא הערך וכו' הרי זה כאומר ערך כלי זה עלי ולא אמר כלום ע"כ עיין במסכת סנהדרין דט"ו ע"א דאמרינן התם אמר רב האומר ערך כלי זה עלי נותן דמיו מ"ט אדם יודע שאין ערך לכלי וגמר ואמר לשם דמים.

והתוס' ד"ה האומר ערך כלי וכו' כתבו וז"ל אי נמי איכא תרי לישני דרב חד במקדיש וחד במפקיר ע"כ. ר"ל ואידך לישנא דקאמר המפקיר עבדו דוקא מפקיר יוצא לחירות אבל המקדיש אינו יוצא דקדיש לדמיו והאי דקאמר האומר ערך כל אתיא בהך לישנא

ורב כר"מ ס"ל אבל אידך לישנא דאמר המקדיש מוכרח אתה לומר דשנוייא קמא היינו לר"מ וליה לא ס"ל וק"ל: והתוספות ד"ה אדם מי קדוש וכו' א"נ הכא פריך אליבא דרב דאמר המקדיש עבדו וכו' ר"ל לשנוייא קמא א"נ לשנוייא בתרא וכאידך לישנא דהמקדיש וק"ל: והתוספות ד"ה שערו העומד וכו' דתמעול מעל ריבה וכו' ואינו חוזר ומלמד לתרומה כל העומד לקצור כקצור דמי דגלי רחמנא בפי' ראשית דגנך עד דאידגן וק"ל: פרק ד' ה"ט מיני ירקות וכו' והוא שיזרע ארבע מינ' בד' רוחו' הערוגה וירחיק וכו' עכ"ל.

משנה בפרק ר' עקיבא מנין לערוגה וכו'. ואמרתי להעתיק פה מה שנתחדש לי בסוגיית הערוגה דקתני מתני' מנין לערוגה וכו' שנא' כי כארץ תוציא צמחה וכו'.

ויש לדקד' דהאי קרא לא קאי אכלאים ומאי משמע מיניה ואיפשר לומר דמיתורא קא מפיק לה אך קשה דהא אצטריך למימר כי כארץ וכו' וכגנה וכו' אצטריך למימר זרועיה תצמיח דלא ראי זה כראי זה ואיפשר לומר דמדקאמר זרועיה ולא קאמר זרעה מוכרחין אנו לומר דאתא לדרשה ומדזרועיה לדרשה כך כל התיבות לדרשה וזהו כוונת התנא דקאמר זרעה לא נאמר אלא זרועיה ולא נקט אחריני כולהו דיליף מנייהו על כרחך צ"ל כדפירשית וכן מדקאמר וכגנה ולא קאמר גנה משמע דארץ כמו גנה בכף הדמיון וכולהו לדרשא לחמשה זרעונים: רש"י ד"ה וא' באמצע וכו' זו זרועה וכו' ר"ל דצד מזרח עם צד מערב אינו צריך היכרא דהא רחוקים יותר מדאי וכן צד צפון וצד דרום רחוקים ואין צריך היכרא אלא צד מזרח עם צפון ודרום או מערב עם צפון ודרום לכך כתב זו זרועה ר"ל איכא היכרא שזו זורעים אותה צפון ודרום וזו זורעים אותה מזרח ומערב וק"ל: רש"י ד"ה והמפריש ד' גרעיני וכו' ט' זרעוני' וכו' ולפי דברי התוספו' לא קשה ולא מידי דבכולי האי איכא ערבוב אף ע"פ דאיכא שיעור ליניקה ועוד דילמא לא ידקדק וק"ל: תוס' ד"ה מנין לערוגה וכו' י"א נפקא לן וכו' והיינו דקאמר במתני' שהיא ששה ר"ל שהיא ידועה לנו דסתם ערוגה ששה על ששה מקרא דלחיו כערוגת וכו' והתנא דקאמר מנין וכו' קאי אחמשה זרעונים ולדבריהם צריכים נמי לדקים להו לרבנן חמש בשיתא וכו' משום דאיכא למימר דערוגה ששה לא קאי אחמשה זרעונים אלא דסתם ערוגה ששה היינו להתיר ראש תור כדמשמע מהש"ס לקמן דששה על ששה מרובעת להתיר ראש תור א"נ לענין מקח וממכר וק"ל: תוס' ד"ה ארב' על ארבע וכו' ואין נרא' דלהרכבת האילן וכו' מפיק הרכבת האילן משדך לא תזרע כלאים וכו' דבריהם צריכים אצלי תלמוד אמאי דקאמרי דמפיק הרכבת האילן משדך לא תזרע מאי הוידמקרא שדך לא תזרע מפיק איסור זריעה ומקרא דלא תאכל כל תועבה מפיק איסור אכילה ואפש' דכוונת' היא במה שאמרו מפיק הרכבת האילן משדך וכו' ר"ל ודוחק לומר דלהרכבת האילן קרי כלאי זרעים וא"ת מהיכא תיסק אדעתין דהרכבת האילן קרי ליה כלאי זרעי' משום דמפיק הרכבת האילן משדך לא תזרע נמצא דהרכבת האילן מקרו זרעים והוא דוחק דאע"פי דקרא מפיק לה בשם זרעים מ"מ חכמים לא מפיקי הרכבה בשם זרעים וק"ל: בא"ד משמע דבא"י אסירי מדאורייתא ע"כ ורש"י מוקי לה התם בכלאי הכר' ע"ש והם עצמם הסכימו לדעתו ונתנו הכרח לדבריו ואין מקום לקושיית' וק"ל: דף פ"ה ע"א אמר רב ערוגה בחורבה שנינו ואע"פי דרב ס"ל כרב אסי ערוגה ששה חוץ מגבוליה בעי הרחקה שלשה טפחים ואין לנו אלא שנים של גבולים וזה פשוט ורב אסי לא פיר'

דבריו יכול לומר ס"ל כרב או כשמואל: רש"י ד"ה והא איכא מקום קרנות וכו' ואינך צריך להמשיכן מכנגד וכו' אלא טפח ר"ל מה שכנגד הקרנות אינו צריך הרחקה דהא איכא היכרא דכל אחד יש לו רוח בפני עצמו זו זרועה צפון ודרום וכו' ומה שכנגד חבירו מבפנים איכא שלשה טפחים ב' של גבולים וא' מה שמוליד לנו שני טפחים של גבולים לפי שהזרעים אינם מכוונים זה כנגד זה אלא הם באלכסון ושני טפחי' באלכסון הם שני טפחים וארבעה חומשים ברבועם עם מקום זרעים הם שלשה טפחים: ד"ה בממלא את הקרנות וכו' מעלה את כל הרוח .

של ערוגה מצפון לדרום וכן רוח דרומי אבל מזרחי מערבי זורע מעט וכו' הוצרך לזה משום דלשון ממלא משמעו' הוא מן הקרן אל הקרן ולא יניח כלל חלק ואם יפריש בממלא כל הרוחות ארבעה א"כ ליכא היכרא אפילו בערוגה עצמה לכך הוצרך לפרש ממלא ב' רוחו' ושנים זורע מעט ומניח חלק מעט ואיכא היכרא בערוגה עצמה וק"ל: תוספות ד"ה לא תשיג גבול וכו' אם כן הזורע כלאים ילק"ש משום לא תזרע כלאים וכו' יש לדקדק והא קרא קאמר לא תשיג גבול רעך ואם כדבריהם דמשתעי בכלאים מאי רעך דקאמר ומוכרח אתה לומר כפי' הקונט' שלא יזרע סמוך למצר חביריו וממילא דבקיאי' היו בשיעור יניקה.

ואחר כותבי ראיתי למהרש"א שפי' לדבריו מאי ריעך קאי אהשם ברוך הוא ולי ההדיוט נראה לפרש דהתוספות מפרשי קרא בתרתי לא תשיג גבול רעך ולא תשיג גבול אשר גבלו ראשונים והם הכלאים ולכך מקשי' ילקי שתי' ותירצו משום דאין לוקין על השגת גבול משו' דניתן להישבו' גם על הכלאי' אין לוקי' משום לא תשיג ועוד דהוי לאו שבכללות וק"ל: תוס' ד"ה אמר רב ערוגה וכו' דהוי שלשה טפחים ויותר שני חומשי חומש וכו' ר"ל דשני טפחים מולידים לן ד' חומשים דאמתא ברבועה אמתא ותרי חומשי באלכסונה וחומש היתר על שני טפחים הם ג' טפחי' וחומש מוליד שני חומשי חומש הם שלשה טפחי' ויותר שני חומשי חומש: בא"ד ומשני בממלא את הקרנות של מזרח ומערב וברוח צפון ודרום גרעי' לכל רוח ר"ל כפי' רש"י ע"ש ולפי' הוו מצי לפרש בממלא את הקרנות במשמעות המלה דהיינו מקום הקרנות מלא ובאמצע חלק אלא משום דמשני בממלא את הקרנות משמע תוספת טובא ומה שכתבו וברוח צפון ודרום גרעין אחד לכל רוח דוקא משום דלדידהו בעי' הרח' ג' טפחי' אבל לרש"י היכרא בעלמא וק"ל:.

רש"י ד"ה וליזרע מאבראי וכו' ואת הקרנות שבתוכה לא ימלא וכו' ר"ל וליזרע מאבראי לצד הקרנות כמו שפי' באתקפתא והאיכא מקום קרנות דיכול להמשיך של זו לצפון ושל זו לדרום ולא לימלי מאגווי רוח צפון מקרן זו לקרן זו ורוח דרום מקרן זו לקרן וק"ל: ע"ב בעו במערבא הפקיע תלם וכו' קשה והא מתני' קתני שורה אחת אסור ומאי בעו וכי לא ידעי מתני' וי"ל דהכא קרע תלם שחפר תלם מפולש מצפון לדרום ועמוק טפח ולכך מסתפיקי אבל מתני' לא חפר אלא תלם כתלמי השדה ועוד אינו מפולש ואין להקשות א"כ מאי מקשה מינה לרב אשי והא מחולקי' די"ל דהערבוב הוא מלמעלה שמתערבין זמרותי' ואין חלוק בין תלם קרוע או לא מאחר שהערבוב הוא מלמעלה ולכך מקשה שפיר לרב אשי ואיצטריך לשנויי שאני התם דזמרותיהם דקים והכא גסים

וק"ל: רש"י ד"ה גזירה שמא וכו' כאשר זרע האמצעית וכו' ר"ל אצל הגבול כאשר זרע האמצעית אצל הגבול ולא שימלא חברת' כאשר מלא האמצעית דאפי' בלא מלוי ערבוב מקרי וק"ל.

ד"ה תלם מענה שורה ע"כ ר"ל כפי' התוספו' לבא"י ולבבל וק"ל. ד"ה על פני כולה שהעביר מזרע שבצפון וכו' מי מבטל תורת שורה וכו' ר"ל שעשה תלם מפולש מצפון לדרום כמו שפיר' רב"ע ומי מבטל תורת שורה הליכות ערוגה שאמרנו דאין זורעים בתוכה אלא חמשה זרעונים ועכשיו ששה הם כמו שמצינו בשדה שהוא הפסק או הלכות ערוגה מבטלים תורת שורה ושאנ שדה וק"ל: תוס' ד"ה ושמואל אמר וכו' דסבר דיש ראש תור בערוגה ע"כ הוכרחו לפרש דס"ל דיש ראש תור ולא פירש' כדפי' רש"י דאין ראש תור בערוגה ולא גזרינן שמא ימלא ההכרח הוא ממה דמקשה הש"ס והא קא מתערבי ולדידהו דערוגה בין הערוגות לצד קרנות מאי מקשה והא יכול לעשות בערוגות שבצד הקרנות גרעין בזוית זו וגרעין בזוית זו וליכא שום ערבוב וגזירה שמא ימלא לא חיישי' ומאי מקשה והא איכא ערבוב אם לא שתאמר דערוגה בין הערוגות דקאמר שמואל היינו בממלא את הקרנות ומוכרח לומר דסבר דיש ראש תור בערוגה אבל לפירש"י דפי' ערוגה בין הערוגות מן הצדדין אפי' בלא מלוי איכא ערבוב ולכך מקשה שפיר והא איכא ערבוב ומשני בנוטה שורה ולא גזרינן ולא הוצרך לדחוק עצמו ולומר דאיכא ראש תור בערוגה ופליג אדרב ורבי יוחנן וק"ל.

ואגב אכתו' פה ממ"ש אצלי על האי דקתני מתני' מנין לפולטת וכו' מנין שקושרים לשון של זהורית שנאמר אם יהיו חטאכם כשנים וכו' ר"ל דבחטא לא שייך למימר אדום או לבן אם לא שתאמר דקאי אשעיר דהוא נושא עון ישראל וכו' ומ"ה הוו ידעי שהיו קושרים חציו בהיכל כמו שכתוב במסכת יומא ע"ש.

גמר' מאן דלא מוקי כתנאי תנא רישא טהורה ע"כ ולדידיה והיו נכונים לשלשת ימים כמו והיונכונים ליום השלישי דשל דבור דבשלישי ניתנה תורה כסברת רבנן ולא הוסיף משה יום א' מדעתו ודו"ק: רבי עקיבא אומר לעולם חמשה ע"כ ר"ל לאפוקי ממה דקאמר ר"י דאמר פעמים שהן ד' כגון אם שמשה תחי' ליל חמישי בא ר"ע לחלוק ולומר לעולם אם שמשה בתחילת ליל חמישי בעי חמש עונות כדמפר' אבל אם שמשה בתחי' ליל רביעי מודה לר"י דבעי שש עונות משום דס"ל דבארבע עבוד פרישה כמו ר"י דלא בא ר"ע אלא להחמיר ולא להקל דימים ועונות קפיד קרא ולדידיה צ"ל דיום ג' ירד בהשכמה והזהירם על ההגבלה ובאותה שעה חזר ועלה בהשכמה.

ויום ד' ירד בהשכמה והפרישם: למה ליה למימר להו והאמר רב הונא וכו' קשה דילמא קאמ' להו לאשמועינן בעלמא דקפיד קרא לחמש עונות אבל לתשמיש לא חייש ושוב חזה הוית למהרש"א זלה"ה שנדחק בזה ופי' דבמתן תורה לא איצטריך ולא הו"ל לכותבו כאן במ"ת ע"ש: תוס' ד"ה מניין לפולטת אף על פי שבאותה שעה עדיין לא ניתנה תורה מסתמא הקפידה וכו' וחזה הוית להרב מוהר"ח אבן עטאר בספרו חפץ ה' שכתב ולא ידעתי למה הוכרחו לומר מ"מ מסתמא וכו' דגם מצוה זו אז ניתנה והקדימה כי היו צריכים לקיימה אז כדין הגבלה ואחר הקיד"ה חמש מאות נ"ל דראיה לסתור ויכולני לומר דליכא טומאת פליטה שלשה ימים דוקא במ"ת דומיא דהגבלה דאינה אלא

במ"ת אבל לאחר מ"ת לא אם לא שתאמר דהקפידה תורה כמו שכתבו התוספות: בא"ד ואע"ג דלא הקפיד על זבים ומצורעים ובועלי נדות וכו' קשה דמאי קפידא שייכא בהו והא דבר שלא כרצונו הוא ועוד דבועל נדות בכלל בעל קרי הוא ואיפשר לומר דכוונתם לומר דלא הקפיד לפרוש להם שבעת ימים כשיעור טומאת' ואח"כ יקבלו התורה דכשחנו לפני הר סיני נתרפאו כמאמר המגיד אילו קרבנו לפני הר סיני דיינו ואחר שנתרפאו היה לו להקפיד על מתנת התורה עד שיעבור שבע' ימים שהוא שיעור טומאתם והשתא מתרץ גם לבועלי נדות וק"ל: בס"ד ובעלי קריין אסורים פי' דבעל קרי אינו באימה וכו' דמחמת קלות ראש וכו' ר"ל דגם מצות תשמיש אינו משמש אלא מחמת ק"ר א"נ אחר דבעל קרי אסור בתורה מחמת דאינו רואה קרי אלא מחמת קרי גם התשמיש אסור אף ע"ג דלא אתי מחמת קרי אחר שדינו כבעל קרי ונקרא כשמו ואע"ג דבמעמד הר סיני כולם היו באימה ברתת ובזיע מ"מ הקפידה תורה על דבר שעתיד להיות אסור וק"ל: תוס' ד"ה אע"פי שאין ראיה וכו' לא משתעי אלא ברחיצת מים דומיא דשמן וכו' ר"ל דעיקר הקרא הוא ברחיצה ובקרבו דקאמר היינו דיש לו הנאה ממנה כמו שהן בקרבו דומיא דשמן מ"מ זכר לדבר מדקאמר כמים בקרבו שהיא שתיה ויש ללמוד סיכה משתיה: בא"ד ואומר ר"י לא הוה ליה וכו' אפילו זכר בעלמא וכו' קשה אם כן אמאי קאמר זכר לדבר ושוב מצאתי בתוספות ישנים שפי' אמאי קרי ליה זכר משום דאיכא דמתני לה ארחיצה קרי לה זכר לדבר.

בס"ד קשה לרשב"א דאמאי מייתי האי קרא דאינו אלא זכר בעלמא וכו' ואי לא מסתפינא הייתי אומר דהתנא לא מייתי לעיל אלא הנאה דלאו דרשה גמורא דהפולטת לאו ראיה גמורה דקרא קודם מתן תורה וכן אבבא דמילה לאו דרשה גמורה כדקאמר בברייתא אע"פי שאין ראיה לדבר כדלקמן בפרק ר"א דמילה וכן כולהו: תוס' ד"ה תני רישא וכו' אלא בלאו הכי איכא דתני טהור' וכו' ומאן דמוקי כתנאי וכו' קשה דגם להנך נמי תקשה אמאי תני טהורה ומשבש למתניתין דקתני טמאה ועוד תקשה נמי למאן דתני לה כתנאי אחר דאיכא מאן דתני טהורה טפי הו"ל לאוקומה כחד תנא ואיפשר לומר דמשבשי לה מכח קרא דאמר וקדשת' היום ומחר והפולטת ביום השלישי טהורה וכן כתיב והיו נכונים ליום השלישי ולית ליה דמשה הוסיף יום אחד מדעתיה ולכך תני טהורה ואידך אית ליה דמשה הוסיף יו"א מדעתו ולכך תני טמאה.

בא"ד אבל ההיא דריש פרקין דמרוחקות מההיא דפולטת וכו' אבל מתניתין דספינה ודערוגה אפשר דאתי נמי כר"א: הלכות כלאים פרק י' הכ"ט הרואה כלאים של תורה על חבירו אפילו וכו' קופץ וקורעו וכו' שאין כבוד הבריות דוחה איסור ל"ת של תורה. והנה כתבו התוספות בסנהדרין דח"י ד"ה מעיד וכו' דבאיסורא אין חכמה ואין תבונה וכו' נמצא לדע' התוס' דאפי' מלך מעיד במידי דאיסורא.

איברא מדברי הכ"מ בפ"ג מה' מלכים ה"ז דכתב וז"ל ואני מסתפק אם מה שאינו מעיד הוא דוקא כשאינה עדות לאפרושי מאיסור' וכדאמרינן גבי צ"מ או אפי' בהני ומדברי רבי' וכו' משמע דבכ"הג לא שאני לן בין עדות ממון לשאר עדות דבכולהו אינו מעיד וא"כ כ"ש למלך. ואח"ה לא ידעתי איך עלה על דעתו דרבינו לסבור דמלך וכה"ג אינן

מעידין כלל ואפילו לאפרושי מאיסורא והא מדכתב רבי' כאן הרואה כלאי' של תורה על חבירו וכו' קופץ וקורעו מעליו ואפי' היה רבו שלמדו חכמה וכו'.

שאין כבוד הבריות דוחה איסור ל"ת המפורש בתורה יע"ש וכתב הכ"מ ע"ד ומ"ש ואפי' היה רבו וכו' יש ללמוד כן ממה שאמרו כ"מ שיש חלול ה' אין חולקים כבוד לרב וכו' יע"ש: ואע"פי דקאמר התם בש"ס דגדול כבוד הבריות שדוחה ל"ת בשב ואל תעש' היינו כשאינו עובר ועוקרו בידים אבל אם עוקרו בידים כגוף לובש כלאים שעוקר הלאו בידים אמרינן אין חכמה וכו'.

והכא שמעיד עליו להפרישו מן האיסור נמצא הא' הוא עוקרו בידים ואמרינן ביה אין חכמה וכו' היכא דאיכא ח"ה אין חולקין כ"לר ואם טעמו הוא משום דיש לחלק ולומר דמלך וכ"ג שאני ודברי רבינו הכריחו אותו שכתב בה"ע וז"ל היה העד חכם גדול וכו' בד"א בעדות ממון. אבל בעדות שמפריש בה מן האיסור וכו' מעי' משום דאין חכמה וכו' ובכ"ג פרט וכתב כ"ג אינו חייב להעיד אלא עדות שהוא למלך וכו' ע"ש ומינה דייק אבל עדות אחרת אפילו להפריש מן האיסור אינו מעיד ז"אדאדרבה כונת רבינו לומר דבכ"ג יעיד אפילו בד"מ היכא דהעדות היא בשביל המלך אפילו דליתא בחכם גדול שאינו מעיד אפילו למלך אלא להפריש מאיסורא כמ"ש התוספות כאן ד"ה ינאי המלך וכו' וז"ל וי"ל דודאי ת"ח עדיף משום עשה דכבוד התורה עדיף מעשה דכבוד המלך יע"ש ואם כבוד התורה עדיף מכבוד המלך מכ"ש דעדיף מכבוד כ"ג כמ"ש הוא עצמו ולכך כתב רבינו כ"ג אינו חייב וכו' כונתו לומר אע"פ דמגרע גרע כוחו מת"ח אפילו הכי אין חייב להעיד בד"מ אלא למלך ונקט כ"ג לגריעותא ולא למעליות' להעדיפו ע"כ ת"ח.

ואין לתרץ לומר דשאני התם דכלאים דקאמר רבינו שאין כבוד הבריות וכו' היינו ל"ת המפורש בתורה והכא מיירי באיסור שאינו מפורש להפרישו ממנו ולכך אמרינן גדול כבוד הבריות דאם כן גם בת"ח אינו חייב להעיד ומאי האי דקאמר בד"א וכו' דלא עדיף כוחו מכח צורבא מרבנן כדפי' דאל"ך תקשה לרבינו ההיא דינאי המלך אמאי הוצרכו להעמידו ודברי הכ"מ צ"ע: פרק ח' הט"ו אשת איש שבאו עליה עדי קינוי ועדי סתירה הרי זאת אסורה לאכול בתרומה עד שתשתה וכו' מת בעלה קודם וכו' הר"ז אסורה לאכול וכו' וכל אשת כהן שאמרה טמאה אני הר"ז אסורה לאכול בתרומה ע"כ הכי תנן בפ"ק דסוטה (ד"ו) ואלו אסורו' לאכול בתרומה האומר' טמאה אני לך וכו' ושבאו עדים וכו' עי"ש וצריכי לאשמועינן טמאה אני לך ושבאו עדים.

הא דתני טמאה אני לך לאשמועינן דאף ע"ג דבלא קינוי וסתירה אינה נאמנת דחיישי' שמא נתנה עיניה באחר הכא דאמרה אחר קינוי וסתירה נאמנת כמ"ש התוספו'. והא דתני ושבאו עדים וכו' לאשמועי' אע"ג שבאו עדים אחר ששתתה לא מקרי סהדי שקרי ואינה אוכלת וכן בסיפא אצטריך לאשמועי' אע"ג דבא העיכוב מצדה או מצדו ואי אשמועי' מצדה ולא מצדו הוה אמינא דוקא מצדה משום שהיא יודעת בעצמה.

אבל מצדו אמרי' אוקמינן לה אחזקתה וטהור' היא ואוכלת בתרומה קמ"ל דמאחר דאיכא רגלים לדבר וקינא לה והיא נסתרה אתרע חזקתה ואי אשמועי' מצדו הו"א דוקא הירא דאינו רוצה להשקותה אבל בא עליה בדרך דליכא בירור דאי לאו דקי"ל דלא זינתה

אינו חוזר ובא עליה והו"א דאוכל' בתרומה קמ"לן דאסור' לאכול: ועפ"ז יש לישב מה שהקשו המפרשים ע"ד התוספו' ד"ה טמאה אני לך דכתבו דהכא מיירי אחר קינוי וסתירה והקשו על דבריהם דא"כ מאי קמ"לן והא בריש פרקין אמרינן נכנסה עמו לבית הסתר אסורה לביתה ואסורה לאכול בתרומה ומכ"ש נטמאה.

אך כפי האמור אתי שפיר דהו"א דדוקא התם דאיכא בירור החמירו ואמרו דאסורה לאכול בתרומה עד שתשתה ויתברר אם נטמאת אם לאו אבל הכא דאמרה טמאה אני לך וכן האומרת איני שותה או אם בעלה אינו רוצה להשקותה דאינו יכול לברר אם נטמאת אם לאו הו"א עד שתתגרש ולא אמרו בסוטה ספיקא כודאה אלא במקום ששותה החמירו עליה כדי למהר לשתות או להודות אבל.

הכא דאינה יכולה לשתות שאמרה טמאה אני לך לא החמירו עליה קמ"לן. אלא דיש להסתפק אם הבעל אינו רוצה להשקותה אם יכול לחזור מדבריו ולהשקותה אם לאו דבש"ס קא מיבעייא ליה אם היא אינה רוצה לשתות וקיימא בתיקו ואף על גב דאמרה טמאה אני לך מ"מ אמרינן דילמא רותתת היא ועדיין ספק זונה ולא אמרו ספיקא כודאה אלא להחמיר עליה כדי שתשתה ותודה ויתברר האמת משא"כ היכא שאמרה טמאה אני לך דאין יכול לברר האמת דאינה שותה: הלכות בכורים פרק ד' ה"ז.

המוכר שדהו וכו' בזמן שהיובל נוהג הרי זה מביא וקורא ביובל ראשון בלבד וכו' דקנין פירות אינו כקנין הגוף וכתב מרן הכ"מ דהכי איתא בסוף פ' השולח ד' מ"ח. ופירוש רבי' אינו כפי' רש"י עכ"ל עי"ש.

וראיתי כתוב בשאלה להאי גברא דאתי ממערבא כהה"ר מכלוף הכהן נר"ו משם חכמי מראכ"ש הי"ו דקשיא להם על מה דאיתא בש"ס בגיטין דף מ"ח המוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג ר' יוחנן אומר מביא וקורא ריש לקיש אומר מביא ואינו קורא ופריך בש"ס ת"ש הקונה אילן וקרקעו וכו' ומשני בזמן שאין היובל נוהג והדר מקשה ליה ת"ש הקונה שני אילנות מביא ואינו קורא הא שלשה מביא וקורא ומ"ש בזמן שאין היובל נוהג ע"ש קשה דאמאי המקשה הרחיק נדוד והקשה מדיוקא שנים מביא ואינו קורא הא שלשה מביא וקורא ולא הקשה לו מרישא דמתני' הקונה אילן וקרקעו דקתני בפירוש הקונה שלשה מביא וקורא אלו דבריהם.

ואנא בריה קלה נראה לי לתרץ בהקדים קצת דקדוקי' בדברי המקשה וזה יצא ראשונה מאי טעמא לא הוקשה מקודם מרישא דמתניתין הקו"ש אילנות ולא הקשה אלא מסיפ'. ועוד מאחר שתיר' לו בזמן שאין היובל מאי מהדר מק' ליה הקונה שני אילנות וכו' וכי אינו יודע שיכול לתרץ לו בזמן שאין היובל נוהג כדמעיקרא אלא דהמקשה הקשה מתחילה מסיפא שהיא מוסכמת דליכא מאן דפליג ואחר שהשיבו בזמן שאין היובל נוהג לא מצא כח להקשות לו מרישא דיכול להשיבו בזמן שאין היובל וכו' רישא דומייא דסיפא לכך הרחיק נדוד והקשה לו ממתניתין דלעיל מדיוקא בכח וכונתו לומר דמוכרח אתה לומר דהאי מתני' בזמן שהיובל נוהג וקתני מביא וקורא דאי בזמן שאין היובל נוהג מאי למימרא והא מדיוקא דמתני' דקתני שלשה מביא וקורא גמרינן הא שנים מביא ואינו קורא דלא איפשר לומר דשנים אינו מביא ואינו קורא דהא רבי מאיר אית ליה דשנים מביא וקורא מכלל דתנא קמא אית ליה מביא ואינו קורא אלא מוכרח אתה לומר

דהאי מתניתין בזמן שאין היובל והך בזמן שהיוב' וקתני מביא וקורא וקשיא לריש לקיש ומשני דגם הך מתני' בזמן שאין היובל ותנא דמתני' קמ"לן מלתא דאתיא מדיוקא דכך דרכו לאשמועינן דבר והופכו ואחר כותבי מצאתי כתוב בבבא בתרא ד' כ"ז בדברי התוס' וז"ל הא שלשה מביא וקורא הוה מצי למפרך מסיפא דקתני בהדיא הקונה שלשה אלא ארחא דגמרא שמדקד' מרישא מה שיכול עכ"ל.

וקשה לי א"כ לדבריה' אמאי מתחיל הקושיא מסיפא דסיפא והו"ל להתחיל להקשות מרישא ודו"ק:הלכות כלי המקדש פרק ה ה"ה מת לו מת אינו יוצא אחריו וכו' וכל העם באים לנחמו לביתו וכו' ועיין למרן הכ"מ. והנה אמרי' בגמרא שם די"ט אגב מרריה דילמא מקרי ואתי למנגע עד כאן.

כוונתו רצויה דגם ר"י אית ליה מן המקדש לא יצא וכו' היינו מקדושתו לא יצא ולכך יכול לצאת לביתו אבל לאחר המטה לא יצא אפילו איכא היכרא דילמא מקרי וכו'. וראיתי לרבינו בהלכות אבילות פ"ז ה"ו וז"ל כ"ג וכו' שאסור לקרוע ולצאת אחר המטה וכו' יע"ש.

וכת' ע"ד הכ"מ וז"ל ומשמע לי שרבי' מפרש דג' חלוקות הן במתני' ופסק כת"ק אלא דהו"ל לרבינו לסיומי ביה הן נגלין והוא נכסה וכו' ונ"ל דרבינו מפרש הן נכסין וכו' שאינם דברי ת"ק אלא מדברי ר"מ יע"ש. ודאי הוא ופשוט בעיני דטעם הכ"מ שהוכרח לפרש בדברי רבי' שהם ג' חלוקות לאו מטע' דלא הזכיר רבינו הן נכסין וכו' כדמוכ' מלשונו שמתחי' הזכיר שלשה חלוקות וכו' ולבסוף כתב אלא דהוה ליה וכו' ר"ל מאחר דג"ח ולאו דר"מ הו"ל למימר הן נכסין וכו' נראה דלאו מטעם זה.

ועוד דבכלל דברי רבינו הם דכתב אחר המטה דכשאמר אחר המטה הם רואים זה לזה ולרווחא דמילתא קאמר דאינם דברי ת"ק וטעמו הוא דכתב ג' מחלוקות משום דק"ל דק"ילן ר"מ ור"י הלכה כר"י ואיך פסק רבינו כר"מ ולכך הוצרך לומר דג"ח בדבר וק"ל אמאי לא מוקי לה כר"י דגם ר"י מודה דמן המקדש לא יצא ר"ל לא יצא מקדושתו ולביתו יצא ואחר המטה דילמא מנגע: אלא דאכתי קש"ל האי ת"ק מאי דעתיה אם כוונתו לומר אחר המטה ממש היינו ר"מ ומה הוסיף ע"ד ואם כוונתו לומר דאינו יוצא כלל היינו ר"י ועוד אמאי נקט האי לישנא דאינו יוצא אחר המטה: ואפשר לומר דת"ק אית ליה אינו יוצא אחר המטה אפי' הן נכסין וכו' מטעם דלפעמים אינם נכסין או במקום דליכא מבואות וחיישינן דילמא מנגע ואם רוצה לצאת עד אחר הגיעם לבי"הק דליכא חששא עוד ולר"מ יוצא עד פתח שער העיר דוקא אבל יוצא עמהם הן נכסין וכו' ולר"י אינו יוצא כלל כי אם לביתו .

אי נמי דשלשה מחלוקות דקאמר ר"ל דר"מ ור"י פליגי בסברת ת"ק דקאמר אינו יוצא אחר המטה דר"מ פי' דכוונתו לומר אינו יוצא ממש אלא הן נכסין וכו' ור"י מפרש דאינו יוצא כלל אלא לא משמ' כן מדקא' דרבי' מפרש אינם דברי ת"ק ואח"ה ראיתי לרבינו בה' כלי המקדש בפ' ה"ה שכתב וז"ל מת לו מת אינו יוצא אחריו ואינו יוצא מפתח ביתו או מן המקדש וכו' עיניך תחזינ' דרבינו הכא פוסח על שתי הסעיפים דמתחילה נקט בלשונו הזהב אינו יוצא אחריו והיא סברת ר"מ או סבר' ת"ק לדעת הכ"מ שם ואחריו קאמר ואינו יוצא מפתח ביתו או מן המקדש והיא סברת ר"י ואם ע"צ הדוחק

נאמ' שרבינו תנא והדר מפרש האי אינו יוצא וכו' אינו יוצא מפתח ביתו וכו' מ"מ תקשה לדעת הכ"מ דהתם פסק כת"ק דלא כר"י והכא פסק כר"י: ואשימה עיני על הכ"מ שם וז"ל מת לו מת וכו' משנה שם וכו' וידוע דהלכ' כר' יהודה ולפיכך פסק רבינו דאינו יוצא מן המקדש וכו' עיניך הרואות כי יש שכחה לפני כסא כבודו דהתם בה' אבל כתב דרבינו פסק כת"ק והכא כתב דרבינו פסק כר"י וכן התם קאמר דרבינו מפרש מתני' דשלשה מחלוקות והכא קאמר דב' מחלוקות דידוע דהלכה כר"י והיינו במקום ר"מ ולא במקום ת"ק ואילולי דבריו הייתי אומר דפסק רבינו שם כר"י ואחר המטה דקאמר רבינו שם הוא כמו שפירש דבריו בכאן ומטעם זה לא נקט בלשונו הזהב הן נכסין והוא נגלה וכו' דהם דברי ר"מ והוא פסק כר"י אבל דברי הכ"מ צ"ע.

ולעת כזאת לא נמצאו בידי ספרי' המפרשים דברי רבינו ואם נתעוררו בדברים אלו וכשאפנה אשנה בע"ה: רש"י ד"ה בין שאבלים וכו' הורה לי וכו' הוצרך לזה לומר הורה לי לפי שלא פירש מה שאל ממנו ובתשובתו כך אמר אין שורה פחות מעשרה ודבר זה לא נזכר למעלה לכך בא רש"י לומר הורה לי דעיקר השאלה והתשובה הוא לענייו אם האבילים עומדים או עוברים לפי שאמר לעיל בברייתא דבראשונה וכו' ואחר קלקול המשפחות חזרו להיות האבילים עוברים וכו' ולכך שאל ממנו בעניין זה והורה לו דליכא שום שנוי בדבר ואין כאן קלקול בזה העניין ודלא כמתניתא דלעי' דאמרה דהמנהג אבלים וכו' ומחמת הקלקול דש"מ וכו' וק"ל: תוס' ד"ה ושמע מינה וכו' ואבלים משמאלו וכל העם וכו' ואף ע"ג דבברייתא קתני אבלים וכל העם משמאלו דמשמע אבלים לימין העם שהם מנחמים ואיך דייק שאבלים משמאל מנחמי' קאמר הכי מכח מתניתא דקאמר ממצעו בינו לבין העם משמע דכ"ג סמוך לעם לכך מפרשינן בברייתא אבלים משמאלו וכל העם דהיינו אבלים משמאלו ומשמאל העם וכן לפירש"י שהביא ראיה מכ"ג שהוא היה מן המנחמים מוכרח אתה לפרש כן בברייתא אבלים משמאלו וכל העם והביא ראיה מכ"ג שהוא ברור ופשוט דאל"ך אדמביא ראיה מכ"ג שאבלים משמאל המנחמים הו"ל לאתויי ראיה מן העם לאידך גיסא וק"ל: פרק ה' ה"ח כהן גדול דן ודנין אותו ומעידין עליו וכו' עכ"ל.

עיין במרן כ"מ שכתב דהכי איתא בפ' כהן גדול ד' י"ח. והתוספות ד"ה דן פשיטא כתבו וז"ל ועוד אגב דתני כ"ג דן ודנין תנא גבי מלך וכו' ר"ל דן גבי כהן גדול אצטריך דלא נימא דאנן לא דיינינן ליה ומשום דאנן לא דיינינן ליה איהו נמי לא דן קמ"ל דן ודנין אגב מלך דאצטריך למתני ביה לא דנין ותנא לא דן גבי מלך משום רישא דכ"ג דן דאצטריך כנז' וזהו כוונת הש"ס דקאמר תנא כ"ג איידי דקא בעי למתני מלך לא דן וכו, רוצה לומר איידי דתני בהדי מלך דנין תנא גבי כהן גדול דנין ואיידי דקא בעי למתני דן גבי כהן גדול תנא לא דן גבי מלך והש"ס דלא קאמר הכי משום דפשוט דתני סיפא אגב רישא כמו שכתבו התוספות עוד כתבו: בא"ד ותדע דהכי פשיטא ליה וכו' רוצה לומר תדע דהיכא דאיכא שום חידוש בחדא תני זה אגב זה אף על גב דאידך לית בה שום חידוש ודלא כהר"ר טרויי"ש דהא בש"ס לעיל קאמר דנין איצטריך ליה ותני דן אגב דנין וכו' ואם תקשה קושית הר"ר טרויי"ש דלעיל אמאי לא משני דס"ד וכו' דאין דנין וכו' משום דיכול לדחוק לא אדרבא לאידך גיסא וכו' והראייה דמייתי מהש"סהיינו

לתירוצא בתרא ועוד אגב וכו' אבל לתירוצא קמא ליכא שום ראיה דתני דן ברישא וק"ל.

ע"ת: הלכות ביאת מקדש פרק ד' ה"ח אין הציץ מרצה וכו' עיין להכ"מ והכי נמי איתא בפ"ק דסנהדרין אמר לו ר"ש כה"ג ביוה"ך יוכיח וכו' ראיתי למוהרש"א ז"ל שהקשה מדקאמר ר"ש כה"ג ביוה"ך וכו' משמע דאית ליה טומאה דחויה. ולמאי דבעי למימר לר"ש נמי אין מעברין לכתחילה תקשה אין מעברין לכתחילה והא אית ליה טומאה דחויה בצבור ותי' דלעולם דר"ש נמי אית ליה טומאה הותרה וצריך ציץ לרצות ובהא פליגי אדר"י וא"המ מכת"ר דאין אפשר לומר דהותרה וצריך ציץ דהא פי' הותרה היינו הותרה לגמרי ואין צריך ציץ אבל כשתאמר דחויה צריך ציץ לרצות.

וכ"כ רש"י במסכ' פסחים ר"ש אית ליה טומאה דחויה היא ואי לאו משום דציץ מרצה לא הוה מתכשרי ע"ש. וכן במסכת יומא קאמר הש"ס בפי' ואי ס"ד טומאה הותרה בצבור למ"ל לרצויי ואם סברא היא מאי מקשה ואמאי אצטריך לתרוצי שנוייא אחרינא ועוד דאחר דהאמת דאית ליה מעברין לכתחילה מוכרח אתה לומר דאית ליה טומאה דחויה היא בצבור ופליגי בטומאה.

ולעד"ן דלעולם ר"ש אית ליה טומאה דחויה כדדייק לה ואעפ"כ אין מעברין לכתחילה משום דאין דבר קל הוא לעבר ולדחות המועדות והראיה מדקאמר בדיעבד מעוברת ואי הותרה לגמרי אמאי מעוברת בדיעבד. ושוב ראיתי בספר בני יהודה למוהר"י עייאש ז"ל שתלה בדברי הרמב"ם כדפי' ולא תקשי מש"ס דילן דקאמר ר"י אומר מעברין לכתחילה אלמא דאית ליה וכו' דמשמע דלא דייקינן אלא מדקאמר אין מעברין לכתחילה דה"ה אפילו קאמר מעברין בדיעבד מקשה שפיר: והשתא ניחא מה שפס' רבי' טומאה דחויה היא בצבור דלכאורה נראה הפך הדין דהא כללא אית לן דר"י ור"ש הלכה כר"י ור"י אית ליה טומא' הותרה בצבור ואיך פסק כר"ש דאית ליה טומאה דחויה בצבור ולמאי דפרישית ניחא דרבי' פסק בהלכו' קידוש החדש דאין מעברין לכתחילה והיינו כת"ק נמצא לת"ק אית ליה טומאה דחויה בצבור מדקאמר דאם עיברוה מעוברת דאם איתא דאית ליה טומאה הותרה אמאי מעוברת בדיעבד ורבי' פסק כת"ק דאית לן ר"י וחכמי' הלכה כחכמים: וחזה הוית להרב כ"מ שכתב בשם מוהר"י קורקוס וז"ל דאיכא למידק דבגמרא אקשו לר"י ושני דקסבר טומאה הותרה בציבור ומאחר שפסק רבינו טומאה דחויה הוו תרי דסתרן ותירץ שסובר רבינו שהקושייא אינה מוכר' ותירץ לו כן לרווחא דמלתא ע"ש משמע מדבריו דרבינו פסק כר"י: ואנא בריה קלה אחר התאפקי בעפר כפות רגליו לא ידענא מאי קאמר דהא בש"ס קאמר בפי' ורב ששת היכי קאמר טומאה דחויה והתניא ונשא אהרן וכו' וקשיא לר"ש ומשני תנאי היא דתניא ציץ בין שישנו וכו' ולדבריו מאי משני ועוד היכי קאמר דר"י אית ליה טומאה דחויה והא אית ליה דאינה מעוברת אפי' בדיעבד ואי אית ליה דטו"דח אמאי אינה מעובר' ואי אית ליה דמעברין כדמעיקרא אם כן תקשה ליה הברייתא גופה כדמקשה הש"ס: ואחר כותבי ראיתי בספר בני יהודה שכתב כדפי' דפסק כת"ק עי"ש אלא דתמיהא לי על הרב ז"ל איך לא נתעורר בדברי הר"י קורקוס ולא הזכיר שמו לברכה כלל.

ואפשר לומר דכוונת מהרי"ק הנזכר היא דאה"נ דר"י אית ליה טו"הות ורבי' פסק כת"ק כדפירש ובציץ פסק כר"י ואם תקשה ליה יוה"ך יוכיח והו"ל לפסוק כר"י דהותר' ישיב רבינו שאותה קושייא אינה מוכרח' וכו' ואיכא שנויא אחרינא והך שנוייא אינו אלא לרווחא דמלתא משום דאית ליה לר"י הותרה כדמוכחן מש"ס דידן דקאמ' אין מעברין כלל כלל לא אלא דברי מר כ"מ צ"ע.

וי"מ שפ' דר"י אית ליה טו"דחו ומתיישבים דברי מר"ן כ"מ ואין נ"ל כדמוכח מש"ס כדפי' בסמוך וק"ל. ולדברינו מסייע לנו הש"ס דקאמ' לא מצינו דאית ליה טו"הות בצבור אלא ר"י ואה"נ דאם באמת ס"ל לר"י טו"דחו בצבור הוה משני שנויא אחרינא כמו שהקשו התוספות מאי מקשה ר"ש לר"י שאני יוה"ך דלית ביה ציץ כלל ואע"פ שהתוספו' ישבו הדבר רבי' לא ניחא ליה בההוא ישובא וק"ל: ראיתי לרבינו שפסק שמפני ב' דברים שעשה חזקיה בקש רחמים שעיבר מפני הטומאה ואנן קי"ל אין מעברין לכתחילה ועיבר ניסן בניסן והקושיא גלויה לעין כל וכבר נתעורר בה הכ"מ.

ומה שהוקש' לי בדברי הכ"מ כבר קדמני מר קשישא מוהר"י עייאש ע"ש אלא דאיכא קושייא אחריתי שלא נתעורר בה הרב הנזכר והיא דהכא כתב הכ"מ דרבי' פסק כר"י דעיבר מפני הטומאה וביקש רחמים ועיבר ניסן בניסן כתנא דתוספת' ע"ש ובהלכו' קרבן פסח פ"א ה"א הראני אחד מבעלי הישיבה שכתב הכ"מ וז"ל ואף ע"ג דאמרי' בסנהדר' חזקיה ביקש רחמים וסבר בסוף דנשי' בראשון רשות משום ר"ש אמרו לה אבל לרבי יוסי ור"י ביקש חזקיה רחמים ע"ע לא מפני כך אלא מפני שעיבר ניסן בניסן נמצא דהתם הפך דבריו דהכא דהכא כתב דרבינו פסק כר"י וכתנא דתוספתא והתם קאמר דר"י אית ליה דחזקיה עיבר ניסן בניסן ולפי דבריו הכא ליכא שום קושיא מעיקרא.

ודוחק לומר דלא נקט לה אלא לאליבא דר' יוסי ור"י באגב נקטיה דלא אשכחן בדוכתא אחרינא דר"י אית ליה ופליג אתנאי וס"ל דעיבר ניסן בניסן: גמרא אמ"ל ר"ש כה"ג וכו' עיין בתוספות במס' יומא דף ז' ב' שהקשו מאי ראייה מייתי ר"ש מכה"ג ביוה"ך שאני יוה"ך דכיון דאי אפשר להיות על מצח' ותי' מה שתירצו עי"ש: הלכות מעשה הקרבנות פרק ב' ה"ב אין טעון נסכים אלא עולת בהמה ושלמים בלבד וכו' אבל וכו' אין מביאין עמהם נסכים.

משנה בפרק שתי מדות דף צ' ב' כל הקרבנות וכו' טעונין נסכים ואמרי' עלהבגמרא ולר"י למ"ל קרא וכו' סד"א הואיל וכו' יע"ש וכתב רש"י ד"ה הואיל וכו' משום דהתם לא אפשר בלא וא"ו דהיכי ליכתוב ומקלל אביו אמו משמע אביו קלל אמו ע"כ יע"ש הסוגיא באורך: והרב הליכות אלי נסתפק לרבי יאשיה ולר' יונתן דפליגי במקלל אביו ואמו וכו' אי פליגי גם במכה מי נימא דבעינן עד שיכה אביו ואמו ואי אמרת הכי אמאי לא תני בפרק אלו הן הנחנקין חומר במקלל מבמכה יע"ש.

וראיתי להראה"ן ז"ל שתירץ דמילתא דפשיטא דידעינן חומר במקלל מבמכה דבמכה בעינן אביו ואמו לא אצטריך למתני אלא מלתא דלא שמעינן כבר. ונראה לענ"ד דמתני' דפרק הנחנקין אתיא כרבי יונתן דאית ליה וא"ו לחלק וסיפיה דקרא אביו ואמו קלל להביא את המקלל לאחר מיתה כדמוכח מפרש"י בפר' אותו ואת בנו דף ע"ד ד"ה רי"ו

וכו' וסיפיה דקרא להביא את המקלל לאחר מיתה ולרבי יאשיה איצטריך סיפיה דקרא לזה או לזה מכלל דלר' יאשיה לית ליה האי דרשא להביא המקלל לאחר מיתה ומתניתא היא רבי יונתן: ואחר כותבי ראיתי בש"ס בפרק הנזכר שהקשה הניחא לר' יונתן דמיית' ליה קרא אביו ואמו אלא לרבי יאשיה מאי איכא למימר ואמר דנפקא ליה מקרא דמקלל אביו ואמו מות יומת יע"ש הרי גם לרבי יאשיה אית ליה האי דרשא ומתני' רבי יאשיה והדרא קושיא לדוכתה ואפשר לתרץ דר' יאשיה אית ליה דמקשינן הכאה לקללה או זה או זה קאמר כדמשני שם בש"ס על מה שהקשה וליתני חומר במכה מבמקלל שהמכה עשה בו שלא כעמך כבעמך מה שאין כן במקלל ומקשינן הכאה לקללה וק"ל: עוד כתב הרב שם דרש"י כת' במנחו' ד' צ"א דלר' יונתן נמי וא"ו להוסיף וטעמא דמכה דדריש או קתני משום דלא מצי למכתב מכה אביו אמו בלא וא"ו דהוה משמע אביו הכה אמו והקשה הרב דאם כן אמאי צריך קרא לכתוב יחדיו ובלא יחדיו נמי ידעינן שפיר דוא"ו להוסיף דאי לחלק לכתוב ל"ת בשור בחמור ואנן ידעינן דבשור לחודיה ובחמור לחודיה אסו'.

ותיר' הר"א הכהן בכתיבותיו דאיצטריך יחדיו דבלא יחדיו לא ידעינן אי ואו להוסיף או לחלק דמשמע שתיהם כאחת ומשמע כ"א בפני עצמו ומספיקא דרשינן לחומרא ולבדו נמי אסו' להכי איצטרי' יחדיו דבעי' תרתי יע"ש: ולעד"ן דלא יצאו דברים אלו מפי קדוש דעכשיו דר' יונתן אית ליה וא"ו להוסיף היא סברת רבי יאשיה וכבר תירצו התוספות בפרק אותו ואת בנו שהקשו לר' יאשיה דאית ליה וא"ו להוסיף למה אצטרי' יחדיו ותירצו דהו"א דאסורים אעפ"י שאינם קשורים וכן נמי לבישת שעטנז אי לא כתיב יחדיו הו"א דאפילו מלבושים אחד של צמר ואחד של פשתים לא ילבש אע"פ שאינם תפורים יחד.

ועוד דרש"י דקאמר במנחות דלר' יונתן נמי וא"ו להוסיף אין כוונתו לומר דבכל מקום אית ליה וא"ו להוסיף זולת מקלל אביו ואמו דאם כן במאי קמפלגי ר"י ור' יונתן ודוחק לומר דלא פליגי אלא במקלל אביו ואמו דהא בכל מקום בש"ס אומר תלמודא הניחא לרבי יאשיה אלא לר' יונתן מאי איכא למימר וכן מפורש בפרק אותו ואת בנו דקאמ' קרא ושור או שה וכו' וקאמ' הש"ס או לרבות כלאים ולחלק לא איצטריך קרא דסבר לה כרבי יונתן ופירש רש"י ד"ה כר"י יונתן דאמר ואף על גב דלא כתיב או כמאן דכתיב דמי וכל היכא דכתי' פלוני ופלו' או האי או האי משמע ע"כ יע"ש.

משמע דבכל דוכתא אמרינן לרבי יונתן וא"ו לחלק וכן נראה מפירוש רש"י דכתיבנא ואיך אומר רש"י במנחות דלרבי יונתן וא"ו להוסיף אלא דכוונת רש"י לומר דוקא שם דאמ' קרא מן הבהמ' מן הבקר ומן הצאן והוא"ו יתיר' דהול"ל מן הצאן דמאחר שאמ' מן אין צריך להוסיף וא"ו דהיא במקום וא"ו.

ועוד דבא לפרש תיב' בהמה דאמר מן הבהמה היא מן הבקר מן הצאן למ"ל ומן הצאן ואמאי צריך קרא לומר וא"ו שהיא יתירה וטפלה ומוכרח לומר שהוא"ו במקום הזה היא להוסיף אבל בעלמא אית ליה לרבי יונתן וא"ו לחלק אפילו במקום דלא צריכה לדרשא מ"מ צריכה לתפארת הקריאה ואית ליה ואו לחלק ולכך אצטריך יחדיו לומר

דאינו אסור אלא בשנים: הלכות פסולי המוקדשים פרק ב' ה"א כל הדמים הניתנין וכו' אם נתן מתנה אחת בלבד כיפר וכו' ע"כ.

הרי איתא בריש פ"ד דזבחים דל"ו ע"ב ובפר' א' דיני ממונות ד"ד ע"א עי"ש. והתוספו' ד"ה כל הניתנין כתבו וזה לשונם נראה לפרש וכו' דכתיב סביב והוה חשבינן כולה במתנה וכו' עכ"ל.

ר"ל שתי מתנות שהן ד' כולהו נפקי ממלת סביב לחודה והו"ל כמו קרנות א' דילפינן מינה מתנה א' גם הכא ב' מתנות שהן ד' דילפי' ממלת סביב חשבינן כולה חדא מתנה והאי שנוייא היינו לתנא דבריי' כדי שלא יהיה הבריית' אליבא דב"ש ולא כב"ה אבל להני תנאי אית להו דב"ה ילפי מן החטא' ולא אצטרי' קרא ובריית' לא אתיא אלא כב"ש דווקא ועיין דבריהם בזבחים שסתרו דבריהם דהכא והשתא לא תקשי דבריה' דלעיל עם שנוי' דידהו: הלכות מעילה פרק א' ה"ז כל קדשי מזבח וכו' והגוזז את השור או העובד בצאן לוקה מן התורה עכ"ל.

וכתב הרב מש"למ וז"ל ודע שהקשו התוס' במעילה די"ג אמאי אצטריך לא תגוז בכור צאנך ת"ל מדכתי' גבי פסולי המוקדשי' תזבח ולא גיזה וכו' ולא הבנתי קושיתם דהא אצטריך לא תגוז למלקות דאי מקרא דתזבח הוי לאו הבא מכלל עשה ואין לוקין עליו וצ"ע: וראיתי להר"א הכהן בכתביו שתיר' דכוונ' התוס' בקושייתם לומר דאמאי סמיך לא תגוז ללא תעבוד בכור שורך דממנה יש ללמוד אזהר' זו לשאר קדשי' נמי והו"ל לקרא למימר ובכור צאנך לא תגוז ויש ללמוד שאר קדשים מקרא דתזבח ולא גיזה.

וזהו פירוש קושייתם דאמרי אמאי אצטריך לא תגוז בכור צאנך הכוונה אמאי כתב לא תגוז ברישא בין שורך וצאנך מדברי התוספות דנקטו ולא תגוז בכור שורך במקו' צאנך ותי' דאי הוה כתיב הכי הו"א דוקא בכור הוא דאית ביה איסור גיזה ולא שאר קדשים ותזבח לא ידענא למאי קאתי למעוטי.

ותי' עוד א"נ כדפירש"י בבכורות דכ"ה ד"ה לא תעבוד ולא תגוז וא"ו מוסיף ע"ע ראשון וילמד זה מזה ולכך מקשי' התוספות למאי אצטריך וא"ו מוסיף ללמוד שאר קדשים תפ"ל מקרא דתזבח ולא גיזה עכ"ד. ופירוש דבריו מ"ש ללמוד שאר קדשים כוונתו לומר על הבהמה גסה דאל"כ מאי שאר קדשים דקאמר ואמאי אם הקדים לא תגוז ילמוד שאר קדשי' ואם לבסוף לא ילמוד ואמאי גם בכור מקרי קדוש מרח' אמו א"ו כוונתו על הבהמ' גסה.

ותיר' דלא תגוז קאי לשניהם השור והצאן: ואח"ה מכת"ר דאין פי' זה מחוור בדברי התוס' ואינם סובלים פי' דבריו. ודעדיפא מינה אומר אני דלא נתכוונו התוספו' לפי' דקודם קושייא זאת באותו דיבור עצמו הקשו וז"ל דאמאי אצטריך קרא לאסור חלב המוקדשי' ת"ל מדדרשי' גבי פסולי המוקדשי' בשר ולא חלב.

ותירצו דאי לאו האי קרא דאסר חלב המוקדשי' לא הוה דרשי' גבי פס"המ דבשר אתי למעוטי חלב דלא הוה ידעי' ליה למאי אתא בשר למעוטי. תדע מדאצטריך לכתוב ולא תגוז בכור צאנך לאיסור גיזה בקדשי' ואמאי צריך תפ"ל מקרא תזבח ולא גיזה דגבי פסולי המוקדשי' א"ו לא ידענא למאי קאתי תזב' למעט ע"כ.

ומוכרח אתה לומר דקושיא שניה דומיא דקושיא א' דג"ש יתירה גם בקושייא ב' הכוונה היא לא תגוז כולה יתורה: ולענ"ד נראה דדברי התוספו' פשוטים וכוונתם לומר מאחר דכתיב קרא לא תעבוד בכור שורך למאי אצטריך עוד לא תגוז דמדכתי' לא תעבוד נכללת גם הגיזה והראיה מדמצינו בפסולי המוקדשים תזבח ולא גיזה משם באר"ה דגם גיזה אסורה בקדשי' והיא בכלל לא תעבוד דומיא דלא תעבוד בשור דגם גיזה בכלל.

ודו"ק: פרק ה' ה"י המקדיש עבדו אין מועלין בו ולא בשערו וכו' ע"כ. הכי איתא בפ"ק דסנהדרין בעי ר' אבין שער העומד וכו' ור"ל האומר שערי עלי או שער פ' עלי ורצה לעשות לו שומה מי בעי ג' שמאי או י' ופשיט ליה ת"ש המקדיש את עבדו אין מועלין בו ואע"ג דאמרי' בסמוך אדם מי קדוש ואם כן גם בעבד נמי אינו קדוש ומאי קאמר אין מועלין דמשמע דהוא קדוש אלא שאין מועלין בו משום דאיתקש לקרקע.

וי"ל דדוקא אדם שהוא בן חורין ואין לו דמים דלא אפשר לומר דנתקדש לדמיו אבל בעבד שייך למימר ביה קדוש דהיינו קדושת דמים ולא קדושת הגוף א"נ דאמר בפי' דמי עבדי עלי: הלכות קרבן פסח פרק ה' ה"ח נשים שנדחו לשני וכו' הרי פסח שני להם רשות עכ"ל הכי איתא בפ' האש' ד' צ"א כמ"ש מרן כ"מ ועיין בפ' דיני ממונו' די"ב ב'.

בתוספות ד"ה נשים משלימות שכתבו וז"ל. והשתא סוגיא דהכא כמאן אי כרב וכו' למ"ל משלימות וכו' ר"ל לרב דאית ליה דמחצ' על מחצה הוי רוב ועושין פסח ראשון ואיכא דאמרי דרב כהנא דהוי רובא לגבי פסח ב' למה נקט משלימות הול"ל שהיו מחצה על מחצה ונשים עודפ' והו"ל מיעוטא ולכך מדחו לפסח ב' ולבסוף סבר וכו' ולישנא קמא דאית להו מחצה הוי מיעוטא הול"ל רובא טמאים ומיעוטא טהורים ונשים משלימות והשתא מקרו מיעוטא ולכך הודחו לפסח שני ותי' דנקט עדיפות ומשלימות וכו' ר"ל דאי נקט עדיפו' ולא משלימות לבסוף דסבר נשים בראשון רשות לא עשה שלא כתורה היינו לרב ולאיכא דאמרי דרב אית ליה מחצה על מחצה עושה בראשון ולאיכא דאמרי דאינו עושה גם השני נמי אבל לישנא קמא עשה כתורה דאית ליה מחצה ע"מ עושה בשני השתא דקאמר משלימות גם ללישנא קמא עשה שלא כתורה דהשתא הוי רובא ובעי בראשון.

אלא דק"ל דלפי דבריה' דקאמרי דהשתא דנקט עודפות ומשלימות לכולהו לישני עשה וכו' דא"כ הול"ל משלימות ותו לא והשתא לכולהו לישני עשה שלא כתורה. ואפשר לומר דאי נקט משלימות משמע דסוגי' דהכא אתיא כל"ק דרב כהנא והם רצו לומר דסוגיא דהכא אתיא כרב או כלישנא בתרא דרב כהנא ומוכרח לומר עודפות והאי דנקט משלימות משום דלמפרע עבר אכולהו לישני: וראיתי למהרש"א ז"ל שהק' דאמאי לא קאמר הש"ס כגון שהיו מחצ' על מחצה ומתחי' סבר כלישנא קמא דעושים בשני ולבסוף סבר כרב או כלישנא בתרא דר"כ.

ותי' דלא ניחא לפרש דהיו ישראל מצומצמים מחצה על מחצה ע"ש. ואני בעניי נראה לי דבתירוץ התוס' מתתרצא האי קושיא ואינו צריך להאי תירוצא כלל: הלכות חגיגה פרק ב' ה"א נשים וכו' וכן הסומא בעינו א' וכו' עכ"ל הכי איתא בפ' קמא דחגיגה ובפ"ק דסנהדרין ונפקא לן מקרא דכתיב יראה יראה כדרך שבא לראות וכו' יע"ש.

וכתבו התוס' ד"ה כדרך שבא לראו' וכו' כן אתה בא ליראות לו וכו'. נראה לי דתיבת ליראות טעות בדבר דכשתאמר בא האדם ליראות להקב"ה מי הוא הרוא' הוא הקב"ה והיינו כדר' שבא לראותך ולכן צריך להגיה בדבריהם בא לראות.

א"נ צריך להגיה במקום לו ממך כגירסת מסכת חגיגה אלא דתקשי קושייתם דהתם למה הקדים מסור' למקרא גם הכא דכשנאמר בא לראות היא יראה בחירק ופיר' יראה הקב"ה כל זכורך. ותי' ליראו' מפקא מתי' יראה בצירי ופי' יראה הקב"ה לכל זכורך דהיינו יראה לאדם וזהו כוונתם בקושייתם שהקשו על פירש"י למה הקדים המסורת למקרא דלכאורה נראה דאדרב' הקדים המקר' למסורת בהפך מדבריהם.

והמעיין היטב בדבריהם יבין קושייתם היטב על נכון כדפירשית אבל להגהה ראשונה לא תקשי קושייתם דהתם למה הקדים וכו'דעיניך תחזינה מישרים שהקדים המקרא למסורת אלא דגרסי' בשניהם לראות אבל לדבריהם גורסי' בראשונה ליראות ובשנייה לראות. וק"ל: ופירש"י ר"ה יראה כל זכורך וכו' כדרך וכו' בא ליראות וכו' לענ"ד דברי רש"י דהכא ודחגיגה וערכין כולם עולים בקנה אחד וכוונתו לומר כדרך שבא הקדוש ברוך הוא לראותך דמפיק לה ממלת יראה בצירי וקמץ כך בא הקב"ה ליראות לאדם דהיינו שיהא האדם רואהו ומפיק לה ממלת יראה בחירק ושבא אבל תיבת לו דחוק קצת שדברי רש"י הם לנוכח ותיב' לו לנסתר (צ"ל לך) והכל קאי אהקב"ה והתוס' שהבינו דברי רש"י בע"א משום דאית להו גירסא אחרת בפירש"י כמו שנראה מדבריהם שכתבו כך אתה וכו' אבל לפי גירסת רש"י שלפנינו דבריו מכוונים אהדדי כמ"ש: הלכות טומאת מת פרק ד' ה"א רביעית דם וכו' עד שתהא כל הרביעית דם ממת אחד עכ"ל.

עיין בש"ס בפרק א' דיני ממונות ד"ד. וכתבו התוספו' שם ד"ה מנין וז"ל לכך צ"ל שיש שם רבוי וכו' עכ"ל.

לכאורה ק' מאי מקשים לעיל למ"ל קרא דהא כחם הוא מדם נבילה דמטמא מידי דהוה אבשר והשתא קאמרי דדם נבילה לא חשיב כבשר ומרבי' ליה א"כ שפיר דקאמר הכא מנין ואצטריך קרא. ואפשר לומר דאחר האמת דרבינן דם נבילה למ"ל קרא לדם אדם דמכל שכן הוא דמטמא דטומא' מת חמורה א"נ חזרו מדבריה' דלעיל: עוד כתבו התוספות בא"ד והא דמטהרי רבנן וכו' יע"ש קשה דא"כ לר"ע נמי אצטריך קרא דיש אם למקרא דלא למימר כרבנן דמעטי וכו' ותירץ חד גברא דאתי ממערבא מוהר"י הלוי נר"ו לר"ע לשתוק קרא ולא לימא לא נפשו' ולא נפשת.

ואחרי כותבי ראיתי למוהרש"א ז"ל שנתקשה בדבר והניחו בצ"ע: הלכות אבות הטומאות פרק ו' ה"ה כל משמשי ע"ז כשרץ מטמאין אדם וכלים במגע וכו' עיין בריש פרק רבי עקיבא דקאמר מנין לע"ז וכו' וראיתי לכתוב פה מה שחידשתי באותה סוגייא בס"ד. אמר ר"ע מניין לע"ז וכו' משום דרבנן פליגי עליה ואית להו דוקא במגע כשרץ כדלקמיה לכך התחיל בלשון מנין ור"ל והראיה לדברי מנין לי שע"א מטמאה במשא כנדה שנאמר תזרם כמו דוה וק"ל: תוס' ד"ה אר"ע מניין וכו' ועוד דהו"ל למתנייה וכו' ר"ל בשלמא בלא פירש"י הוה אמרי' דתנא לה הכא באגב אלו דתני בהו מניין אבל לפי' תנא הני אגב מתניתין מניין שמרחיצין א"כ הו"ל למתני' בפרק ר"א וק"ל ועוד דהוו מצו להקשו' תנא רישא אגב סיפא ואין לפרש כך אלא מתוך הדוחק דלא מצי לשנויי

באנפי אחריני וק"ל: ע"ב גמרא ואמר רבה במשא דכ"ע וכו' וכל שכן במגע וטעמיה משום דשינה הכתוב להחמיר ואע"פי דטומאת ע"א דרבנן כמ"ש התוס' אבל לר"א אית ליה לא שינה הכתו' אלא להקל ולכך אית ליה במשא כ"ע לא פליגי דלא מטמא והוא דוחק א"נ דר"א אית ליה דקרא סיפיה מפרש לרישיה וקאי אוטמאתם את וכו' הוא תזרם כמו דוה וק"ל ולר' עקיבא שנה להחמיר ואב"מס אתמעיט מדאתקש לשרץ וק"ל: ולרב"ע למאי וכו' למשמשים ע"כ ולרבנן מכי חרם הוא כמ"ש התוס' וכן לרבנן אליבא דר"א נפקי משמשי' מכי חרם הוא ולדידהו משמשי ע"א כע"א שאינם מטמאי' כ"א במגע אלא דקשה לי בשלמא לפי' התוס' דכתבו בד"ה למשמשי' דאי לא הוקשו לשרץ לא הוה מטמי' להו כלל ניחא אלא לפי' הקונט' דקאמר דאתא קרא למימר דאינו מטמא כ"א במגע ולא במשא ולא בא"מס וכי משמשי ע"א עדיף מע"א גופה וליכא למימר דר"א אית ליה משמשי' ל"מט לרבנן כלל דא"כ לקמן דמקש' מברייתא ע"א כשרץ ומשמשיה כשרץ תקשה מינה לר"א ומאי קאמר הניחא לר"א ואיפשר לומר דגם לרש"י אית ליה כפי' התוספות ור"ל לא בא הכתוב אלא לומר שאין הכלים המשמשים מטמאים לא במשא ולא בא"מס אלא במגע אלא דרש"י קצר בלשונו ותכל תלונותם מעליו וק"ל: רש"י ד"ה דבעי רב חמא וכו' דהקיש' לנדה וכו' ר"ל דרב חמא אית ליה כר"א דלא אתקש לרבנן לנדה אלא לשרץ והקישא דנדה היינו לאברים ולכך לא בעי אלא לרב"ע דאתקש לנדה ולר"א להפך וק"ל: רש"י ד"ה דלא מטמא אלא דאפשר לומר דכוונת המקשה היא למאי אתקש לשרץ כי לאב"מס לקשיה רחמנא לנבילה וילפינן מינה דמטמאה במשא ולא באמ"ס ולמה לי היקשא דשרץ ותרצו למשמשי' ור"ל מרישיה דקרא ילפי' אב"מס ומכי חרם הוא ילפי' משמשי' אבל מנבלה לא ילפינן משמשי': רש"י ד"ה דלא מטמא דהא אתקש לשרץ וכו' קשה לדבריו מאי מקש' הש"ס לקמיה למאי אתקש לשרץ וליכא למימר דרש"י לא גריס לה כמ"ש התוס' דהא בסמוך קאמר למשמשי' תירוצא הוא ועוד קשה דאמאי קא מפרש הכא תירוצא ולא לעיל בדברי רבה וליכא למימר דרש"י אית ליה דעת אחרת בפירוש הסוגייא ור"ל למאי הלכתא אתקש לשרץ אי לאבמ"ס נילף ממת ועיקר הקרא לא בא אלא למשמשי' ומניה נמי ילפינן אבמ"ס דהא התוספות כתבו ד"ה ורבנן וכו' דלא ילפינן ממת וכ"ת דהתוס' לא כתבו כך אלא אליבא דרבה דאית ליה שנה הכתוב להחמיר אבל לר"א לא.

זה אינו דדוקא איכא דרבנן דאית להו היקשה דנדה אינה אלא לאברים אבל לר"מ מוכרח אתה לומר דלא בא אלא להחמיר דאל"כ הל"ל כר"א אינה אלא לאברים ועוד איך נילף תרתי מינה ואי לא מסתפינא הייתי אומר דטעות הוא ומקומו לעיל בדברי רבה ולא גריס לה כמ"ש התוספות וק"ל: תוס' ד"ה בא"מס וכו' אפי' טומאה קלה וכו' ר"ל אפי' ראשון לטומא' וק"ל.

בא"ד וי"ל וכו' ר"ל שלשה מינים באבן מסמא וכולהו נפקי מוכל המשכב אלא דינם לאו בשוה כההזב יושב על אבן מסמא וכליםלמטה אינו מטמא אלא כלים הראויים למשכב ולמושב וכשיד הטהור תחת האבן אינו נטמא כי אם אדם אבל שאר כלים ואוכלים ומשקים לא מטמו וכשאצבעו של זב תחת האבן מטמו כלהו בין אדם בין כלים בין אוכלים ומשקים וכולהו מכל המשכב והשתא שפיר מצו מקשו התוספות בסמוך אחר דאתמעיט מדוה ממשכב ומושב מאי מקש' מדוה נמי מטמא בא"מס משום דכלהו נפקי

מכל המשכב וק"ל: בס"ד ואומר ר"י דאבן מסמא וכו' דבריה' צריכים תלמוד אצלי דהא כתבו בסמוך דאב"מס מטמא כל אחד כדינו כמו שכתוב בת"כ ובש"ס ואם כוונתם לומר דלא מטמא אוכלים ומשקים אפילו שאר כלים לא מטמו ואם בא"מס של משא מטמו כולהו כדפי': כ"ג ע"א רש"י ד"ה ור"ע וכו' למשא לחודה וכו' כוונתו מפורשת כדפי' התוס' דלא דמיא לנדה אלא למשא ולא לאב"מס וק"ל: רש"י ד"ה מתקיף לה רב אשי וכו' היסט דברייתא לשון וכו' ר"ל דאי היסט דברייתא היינו משא מוכרח אתה לומר דהן עצמם טמאים ותקשה קושית פשיטא דלא מצית לפרש דהן היינו היסיטו אחרי' דתקשה מאי קאמר הן והלא הסיטן בהיסט טמאים במשא לא כ"ש ודו"ק: רש"י ד"ה רבי עקיבא וכו' אי לאו דהן משמע ליה וכו' אבל לדברי רבותי' הן היינו הסיטו אחרי' והיסטן אחרים היסטים דלא כמשמעות אלא שדבריהם אינם מכוונים בש"ס: גמרא הזב בכף מאזנים כרע הזב וכו'.

לאו דוקא אוכ' ומשקי' דהא מט' כולהו כדפי' רש"י והאי דנקט אוכלים ומשקים משום סיפא נקט לה אלא דקשה לי א"כ הול"ל אוכלים וכלים דגם כלים טהורים וי"ל משום דכלים מחולקים דראוים למשכב טמאי' לכך לא תני להו וק"ל: תוס' ד"ה ע"א כשרץ וכו' דלא מטמא במשא ע"כ אבל ממתני' אע"ג דפי' בה כשרץ ה"ה במשא כנדה והאי דנקט כשרץ לענין אב"מס כדמ': תוס' ד"ה ומשמשי' וכו' משום דהוי בכלל הן ולא היסטן וכו' ר"ל דבשנויי' קמא הן הם עצמם ובמשמשי' נמי כך דינם הם עצמם טמאים ולא היסטן אבל בשנויא בתרא הן היינו משא וק"ל: ע"ב דאי ר' עקיבא וכו' היינו לרבה אבל לר"א אתיא אפי' כר"ע: גמרא ולרבנן למאי הילכתא וכו' היינו אליבא דר"א אבל לרבה וכן ר"ע אליבא דרבנן לא תקשה דאית בהו קולא וחומרא וזו היא כוונת רש"י דקאמר כולהו לקולא ואימא כולהו לחומרא וק"ל: תוס' ד"ה מה מת בכזית לר"ע אי ישנה לאברים וכו' כונתם היא דהמבעי מבעי בין לרבנן בין לר"ע ובשלמא לרבנן קמבעי שפיר דהא אתקש למת וטומאת אברים ליכא אלא לר"ע דמספקא לן דילמא ישנה לאברים אוף האי היקשה דכזית לטומאת אברים אבל ע"א שלימה בפחות בכזית דומיא דמת ולדידן פשוט דאי' לאברים והש"ס העמידה בתיקו ורב אחדבוי שהוא מרבנן סבוראי פשיט ליה דאינה לאברים.

ותירצו דשאני טומאת מת דטומאת אברים בפחות מכזית דומיא דמת גופיה אבל ע"א טומאת אברים בכזית כך כולה וק"ל ואח"ה ראיתי בספר של"מ שפיר' דברי התוס' בסגנון אחר ור"ל תפשוט מהכא דאינה לאברים ודבריו דחוקים והבוחר יבחר: מתניתין מנין לספינה וכו' גמרא איכא בינייהו ספינה ש"ח וכו' ולחנינה דרך אניה בלב ים דקאמר קרא לאו לדרשה אתא אלא באגב דקאמר דרך גבר בעלמה דרך הנשר בשמים ולשנויא אחרינא דקאמר איב"א ספינת הירדן דקרא לא מעיט אלא ספינה שהיא גדולה ובלב ים ולא ספינת הירדן: פ"ד ע"א תוספות ד"ה ולחנניה טלטול וכו' ועוד וכו' ר"ל דמדקאמר רבא טלטול ע"י שורים וכו' ש"מ דספינת הירדן מטלטלת ע"י שורים ולכך קאמ' לחנניה שמיה טלטול וטמאה לאפוקי רבנן לא שמיה טלטול וטהורה ומוכרח אתה לומר דאפילו אית בה ארבעים סאה דאל"כ מאי חדוש קמ"לן רבא דפחו' ודאי שמיה טלטול דיכול לטלטל ע"י אדם ולכך קשה להו וכי רבנן וחנינה פליגי בטלטול והא לא פליגי אלא בקרא דאמר דרך אניה בלב ים ועוד אם קושטא הוא בדברי רבה דספינת הירדן מטלטלת

ע"י שורים כמו שרצה להכריח מכאן דטלטול ע"י שורים שמטל' א"כ ממתני' דכלים הו"ל לאוכוחי אלא ודאי דספינת הירדן אינה מטלטלת אלא על ידי אדם ומאי קאמר ש"מ טלטול ע"י שורים ש"ט ואם ממתני' דקאמ' שלש עגלות אפי' רבנן מודים וק"ל: תוס' ד"ה אלא אמר רב פפא וכו' ור"י אומר אף הספינה כמו מגע וכו' ר"ל דלא גרסינן במלתיה דרב זביד ומגעו טמא אלא הכי גרסינן מדרס כלי חרס טהור וספינה של חרס טהורה כתנא דידן ר"י אומר אף הספינה טמאה ולכך מקשה הש"ס מאי אף אבל לגירסת הקונטריס גרסי' ומגעו טמא לכך קשה להו אמאי הגיה של עץ והפך מחרס לעץ אבל לרש"י ס"ל משום דספינה של עץ שכיחה הוכרח להפך ובשביל כך הגיה דהשתא אף קאי אכלי עץ כמו ספינת עץ וק"ל: תוס' ד"ה מה הוא אית ליה וכו' אלא משום דבעי למנקט מקוה גבי משכב י"ל דהול"ל מקיש משכבו לו מה הוא במים חיים גם משכבו במים חיים דהא משכבו איתקש לן ואמרינן משום דבעי למנקט מים חיים גבי זב נקט מי"ח גבי משכב ומושב וי"ל דהא קמ"לן דבמש' לא בעי מי"ח ולכך נקט מקוה אבל בזב ליכא למטעי דהא גלי רחמנא ביה מי"ח אבל אי הפך ונקט מים חיים אמרי' דגם משכב ומושב בעי מים חיים מהיקשה ויש מי שתירץ משום דבעי למנקט בזבה מקוה משום דלית בה מי"ח דאינה צריכה לכך נקט מקוה וק"ל: רש"י ד"ה מפץ במת וכו' לפי שמצינו שפשוטי כלי עץ טהורים וכו' דבריו הפך הש"ס בב"ק דאמרינן פשוטי כלי עץ טמאים בשרץ וכבר השיג עליו מאור הגולה מוהרש"א ע"ה ע"ש: תוס' ד"ה מפץ במת מנין פי' הקוד' דמיירי במפץ של עץ וכו' ואע"פי דגירסת רש"י של קנים ולא של עץ הכל דבר אחד כמו שגילו דעת' במסכ' סוכה ע"ש: בא"ד ואומר ר"ת במפץ של שיפה וכו' וה"ה דהוו מצי לתרוצי בכל מפצים בין של עץ בין של גמי וכו' כמו שפיר' בד"ה והא לית וכו' והמקשה אינו מקשה כ"א משל גמי ושיפה וק"ל:בא"ד ואע"ג דכתי' וכל מעשה עזים ליכא למילף מה מעשה עזים וכו' עיין לעיל בדברים ד"ה נלמדנה משק וכו' דקאמרי דמדרסות לא איתקש לשק וי"ל: ע"ב ד"ה מה פכין קטנים וכו' וי"ל דמה להנך שכן וכו' י"ל והא פכין יוכיחו שאינם נעשים אב הטומאה וטמאים במת באהל ונעשה אב הטומאה משו' דגלי קרא וכל כלי פתוח אף אני אביא מפץ שאע"פ שאינו נעשה אב הטומאה מטמא במת באהל וי"ל דסוף סוף אי לאו פכין לא ילפינן משאר כלים כגון סאה וכו' משום דאיכא למכ' מה להנך וכו' לכך יליף ק"ו מפכין ואע"פי דלא יליף ק"ו אלא מפכין קטנים ולא מגדולים הרי התוס' נתנו טע' לדבר משום דלית בהו טומא' כלל: בא"ד וא"ת והיכי עביד וכו' מה לפכין שכן מטמאי' מאוירם וכו' ר"ל בשערה מן המת או כעדש' מן השרץ אבל שערה מן הזב לא מטמא כדפירש"י: בא"ד דמה לזב שכן מטמא משכב ומושב וכו' ר"ל דזב מטמא טומאת מדרס ועושה משכבו כמוהו שהוא אב הטומאה אבל המת אין בו אלא טומא' מגע ואינו עושה משכבו כמוהו: תוס' ד"ה מפץ שטמא וכו' וא"ת וכו' דמטמא בהסט בזב וטהור במת וכו' ק"ק והא לא קי"לן כן אלא בטומאת מדרס דעושה אב הטומא' כמו טומאת מת ולא טומא' היסט וי"ל דהוה מצי לשנויי הכי אלא דעדיפא מינה קא משנו וק"ל: תוס' ד"ה והא לית וכו' וי"ל דהאי ק"ו וכו' א"נ ברייתא וכו' ר"ל דהברייתא דקתני מפץ היינו של גמי ושל שיפ' כמו שפי' לעיל ולא של עץ אלא דהאי ק"ו אהני נמי לשל עץ המיוחדים למדרס ועלה קאי מאי דקאמר בין לטומאת שבעה א"נ דהברייתא קאי לכל מפצים בין של עץ בין של גמי ומאי דמקשה התם וקא

מוקי לה בין לטומאת ערב בין לטומאת שבעה קאי אמפץ של עץ ומאי דמקשה הכא ואמאי והא לית ליה טהרה וכו' קאי אשל גמי ושל שיפה ואין להקשות דהא כתבו לעיל ד"ה לאפוקי כלי חרס וכו' דיש במינו בגידולי קרקע וכו' והכא יש במינו כלי עץ ובלא ק"ו ילפינן דמטמא במת דשאני התם טומאת מדרס והכא טומאת מת דטומאת מדרס גלי קרא: תוס' ד"ה מי לא עסיקנן וכו' ור"י מפרש דלא בעי למימר וכו' ר"ל דבין ר"ת ובין לרש"י מיירי דיחדינהו לישיבה וישבה עליו אלא לר"ת אינו מטמא בהיסט וילפינן מן וכל כל טומאות שנעשו על גביו טהור בין טומאת מת בין טומאת מדרס ולרש"י מן וכל ילפינן אפילו ישבה עליו טהור מטומאת מת וטומאת מדרס משום דכל דבר טומאה אינו חוצץ מפני הטומאה ולר"י כוותיה ולא מטעמיה כוותיה דכל דבר טומא' חוצץ מפני הטומאה אבל הכא לא בעי למימר דישבה עליו ממש אלא אפילו אי יחדינהו ולא ישבה אפילו הכי מקבל טומאה ולכך מסופק ר"י בכך ולא כי"מ דפירשו דלא בעי למימר דקאמר ר"י קאי לרש"י ז"ל וכונתו לישב דברי רש"י דעדין הקושיא במקומה עומדת דכשתאמר היכא דיחדו טהור א"כ אינו מקבל טומאת מדרס ולא טומא' היסט דהא הא בהא תליא ועוד לא הזכיר טומא' היסט בלשונו דעסיקנן בה וק"ל: חלק רביעי.

הלכות גניבה פרק ג' הי"ב האיש נמכר בגניבתו אבל לא האשה וכו' משנה היא בפ' היה נוטל (ד' כ"ג). והרב משנה למלך כתב וז"ל כתבו התוס' וז"ל תימא כיון דאי גנבה אינה נמכרת בגניבתה.

א"כ אין ב"ד רשאין למוכרה וכו'. ובפ"ק דקידושין ממעטי רבנן מורצע את אזנו ולא של מוכר עצמו דדוקא מכרוהו ב"ד נרצע ולא מוכר עצמו.

ואשה הואיל ואין בית דין מוכרין אותה אינה נרצעת. ואמאי אצטריך למילף מבעבד ולא אמה ע"כ.

וכתב על דבריהם הרב ז"ל וז"ל ותמהני מהא דאמרינן בקידושין (ד' י"ז) ואף לאמתך תעשה כן להעניק או אינו אלא לרציעה כשהוא אומר ואם אמר יאמר העבד ולא אמה העבריה ומה אני מקיי' אף לאמתך תעשה כן להעניק ע"כ ואי אמרת דכתיב העבד לאשמועינן דהאמה אינה נרצעת א"כ ע"כ אית לן למימר דקרא דאף לאמתך וכו' קאי להענקה וכו' דלא הו"מ למימר לרציעה משום דרציעה לא הוי אלא במכרוהו ב"ד והאמה אינה נמכרת בב"ד.

משום דאף אי הוה שדינן ואף לאמתך וכו' אהעקנה תקשי כן זאת הקושיא בעצמה דהא אמרינן בקידושין (ד' י"ד) מכרוהו ב"ד מעניקין אותו מוכר עצמו אין מעניקין אותו ואף אמה העבריה דאין ב"ד מוכרי' אותה אין מעניקין לה. מאי אית לך למימר גזרת הכתוב היא לחלק בין איש לאשה בהענקה א"כ גם ברציעה הוה אמרי' הכי לכך אצטריך העבד עכ"ד בקיצור נמרץ: ולכאורה היה נראה לע"ד לתרץ על דבריהם ולומר דההיא ברייתא דאף לאמתך תעשה כן להענקה היא אליבא דרשב"א דפליג על רבנן ואית ליה נרצע בין מוכר עצמו בין מכרוהו ב"ד.

וכן מעניקין בין למוכר עצמו בין למכרוהו ב"ד. ולכך אצטריך העבד לרציעה וקרא ואף לאמתך וכו' להענקה.

ולרבנן אצטריך קרא דאף לאמתך וכו' דאמה העבריה אינה עובדת לא את הבן ולא את הבת אלא דדוחק הוא לומר דקרא דאף לאמתך וכו' להענקה דלא כרבי' אליבא דהלכתא וכרשב"א דהוא יחידאה. ועוד דהכרח עצום הוא דמתני' היא רבנן ולא רשב"א דקאמר וכשהוא אומר ואם אמור יאמר וכו' וזה המיעוט הוא אליבא דרבנן דרשב"א ממעיט ליה מאזנו ולא אזנה ומוכרח אתה לומר דמתניתא רבנן וא"כ הדרא קושיא לדוכתה: ואפשר לומר דכך כוונת התוספות להק' ואמאי אצטריך לרבנן למילף מבעבד ולא אמה ולכתוב ואף לאמתך וכו' בהדיה דרציעה ולא ליכתוב ואף לאמתך לעיל בהדי הענקה ומינה ידעינן דאף לאמתך קאי אהענקה ולא אצטריך למילף מהעבד לרציעה דבלא"ה אין ב"ד מוכרין אותה אבל בהענקה גלי רחמנא והיכא דגלי גלי וכ"ת דאצטריך למכתב ואף לאמתך בהדי הרציעה כדי ללמוד ממנו דאמה אינה עובדת לא את הבן וכו' דומיא דנרצע.

אי מהא לא אצטריך שום ילפותא מקרא אלא סברא היא לן מאחר דמעניקין לה ואע"פי שאינה נרצעת חזר דינה כנרצע דאינו עובד וכו' ודטב לה עבדינן לה משום דבושתהמרובה ורבי פדא דאצטרי' להביא רציעה מקרא לרווחא דמלתא נקטיה וה"ה דהוה אמר סברא היא דמאחר שמעניקין לה כנרצע חזר דינה כמותו ודטב לה עבדינן לה תדע דמסיק בש"ס תרתי שמעת מינה משם באר"ה דאינה ראיה גמורה אלא דהסייעתא מן הסברא כדכתי' זה מה שנלע"ד לישב הש"ס לדעת התוספות אלא דקצרו בלשונם במקום שאמרו להאריך וכך הוא דרכם דבמקום אחד עניים ובמקום א' עשירים.

א"נ ד"הה דהוו מצו לתרוצי דשאני אמה העבריה דהו"א דגזיר' הכתו' מאחר דגלי בה קרא ואמר ואף לאמתך וכו' והייתי אומר לרציעה דכתיבה בהדיא ולא להענקה דלעיל מינה לכך אצטריך העבד לרציעה ואף לאמתך להענקה. אלא דמשני לה שפיר דמשו' מכירת האב אצטרי' העבד ודו"ק: הלכות גזילה ואבידה פרק ה' ה"ט בני אדם שחזקתן גזלנין וכו' כגון המוכסין וכו' אסור ליהנות וכו' ואין מצרפין דינרין מתיבה שלהן ע"כ.

וכתב על דבריו הרב משנה למלך ז"ל וז"ל דאיך כתב דאסור ליהנות וכו' ובמשנה לא אסרו אלא לצרף דינרין מתיבת המוכסין אבל נוטל הוא מביתו וצ"ע: ולעד"ן לישב על רבינו ולומר דמאי דקאמר כגון המוכסין וכו' דהדמוי הוא בא לומר דמלאכתן מלאכת גזלנין ולא בא לומר דחזקת כל ממונם של המוכסין והלסטים גזל כמו שהבין הרב מש"למ ז"ל ולכך הקשה עליו מה שהקשה.

דהרי במשנה לא אמרו דחזקת ממונם גזל. כי אם דוקא מה שבתיבה.

ומה שבבי' מותר ליהנות ממנו. ודע' רבי' ז"ל היא להודי' מי הם שמלאכתן גזלנין כגון מלאכת המוכסין וכו' אבל המוכסין עצמן יש מהן שחזקת כל ממונם מן הגזל כגון דאין להם מלאכה אחרת רק שעומדין על המכס.

ויש מהן שאין חזקת ממונן גזל כגון שיש להן מלאכה אחרת וכגון דא דקאמר במשנה מותר ליהנות מביתם ולא מן התיבה ומ"ש רבינו כגון המוכסין וכו' ר"ל דמלאכתן מלאכת גזלנין לא שחזקת כל ממונם מן הגזל. ולמד דין זה רבי' מהתיבה עצמה דאמר אסור ליהנות ממנה משו' שחזקתה מן הגזל.

נמצא דכל שחזקת ממונו גזל אסור ליהנות ממנו. ועוד יליף מרב ושמואל דלא פליגי רק במיעוטא אבל כל המוכסין אסור ליהנות מהן אליבא דכ"ע ותדע דכוונת רבי' כדכתיבנא שהרי בסוף דבריו כתב ואין מצרפין דינרין מתי' שלהן.

ואמאי מן התיבה דווקא והרי הוא אמר דחזקת כל ממונם מן הגזל. ואין לומר שיש חילוק בין צירוף להנאה.

דמן המשנה משמע דליכא שום חילוק ביניהם אלא ודאי כדכתיבנא דלא כל המוכסי' חזקת ממונם מן הגזל אלא עד דידעינן אבל התיבה סתמא מן הגזל ולכך נקט מן התיבה דמתניתא בין ידעינן שחזקת ממונם מן הגזל בין לא ידעינן: הי"ד כללו של דבר כל דין שיחקוק אותו המלך לכל וכו' אינו גזל וכל שיקח מאיש זה בלבד וכו' הרי זה גזל לפיכך וכו'.

עמדו לפני לדי"ת שת"ת ראובן ושני אחיו ע"ע קרקע אחד של יהודה שמכרו לעכ"ום אחד. והעכ"ום הנז' היה נושא ביהודה הנז' חוב אחד.

ועמדו שניהם יהודה הנז' ועכו"ם הנזכר לפני העש"ג והגבו לו הקרקע הנז' בחובו מפני שירד יהודה הנזכר מנכסיו ולא מצאו ממה לגבות לעכו"ם הנז' חובו והגבו לו הקרקע הנז' בחובו ואחר מכן מכר העכו"ם הנזכר הקרקע הנז' לראובן הנז' ובאו אחיו הנזכרי' וכן כמה בע"ח שנושים ביהודה הנז' לטרוף הקרקע הנזכ' מיד ראובן הנז' והבע"חו הנזכרי' יש מהם מוקדמים לחוב העכו"ם הנז' ויש מהם מאוחרים לעכו"ם הנזכר ובאו כולם לתבוע ליהודה הנז' כל א' בא בטענתו המוקדמי' אומרי' ששעבוד' קדם לשעבוד העכ"ום הנז' והמאוחרי' טוענים לאמר שהם קדמו ללוקח הנזכר שכבר היה משועבד בידם ומקודם שהיה ביד העכו"ם לא מצינו לאשתעי דינא בהדיה ועכשיו שלקחו יהודה הנז' יש לנו דין טרפא וכדיננו דייניו ליה.

ויהודה הנז' שהוא בא מכח העכו"ם והרי הוא כמוהו וכדינ' דייניו ליה. ואחר שסדרו טענותיהם לפני ותצא דינ'א שיהודה הנזכר זכה בקרקע הנזכר מחמת שבא מכח העכ"ום והרי הוא כמוהו וכדינם דייניו ליה דמצי אמר להו קאתינא מכח גברא דלא מצינא לאשתעויי דינא בהדיה וראיה לדבר שהרי מצינו למהרימ"ט בשאלה ל"ח שכתב כעניו זה שנשאל בראובן שמכר ביתו לעכו"ם ושוב מכרה העכו"ם לשמעון ועכשיו בא בע"ח של ראובן לטרוף מיד שמעון בכח שט"ח שבידו והשיב הוא ז"ל שזכה שמעון הנזכר בבית הנזכ' והביא ראיה לדבריו ממה דאיתא בסוף פ"ק דבכורות דאמר רבי חנינא הלוקח טבלין ממורחי' מן העכו"ם מעשרן והם שלו דאמ"ל אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה מדינא לא מפני שהוא עכו"ם ולא ציית לך לדינ' וכו' אלא פטו' מדינא משו' דלית להו טרפא וכו' וסיים שם וכיון דב"נ מצווים על הדינים להתנהג בנימוסי' דיניהם דין וטעמא רבא אית להו כיון דלדידהו מלוה ע"פ כבשטר דמייא דלא מצי למימר פרעתי דאינהו אית להו המלוה חבירו בעדים צריך לפורעו בעדי' וקלא אית ליה דעדי' מפקי קלא כדאמרי' בפ' ח"ה המוכר שדהו בעדים דגובה ממשעבדי וכו' ואם ידינו דין טרפא אף במלוה ע"פ בטלת מקח הקרקעות שלא יקנה שום אדם מדאגה שלא יבואו בע"ח במלוה ע"פ ויטרוף ממנו לכך עשו שלא יהיה אחריות על הלוקח ומלוה דמוזיף ליה לאו אקרקעות קא סמיך.

אלא סמיכותו אמטלטלי' וכו' ואע"ג דקי"ל ישראל ועכו"ם שבאו לפנינו אם אתה יכול לזכותו בדיננו אמור לו כך דיננו. ואם לאו אומרים לו כך דיניכם וכו' הכא שדיניה' דין לענין תקנתא דלוקח לא מצינן למימר ליה כך דיננו דלדידן נמי היכא דאיכא פסידא דלקוחות חיישינן לה אלא דבלוקח ישראל אינהו דאפסידו אנפשייהו דהו"ל לעיוני.

עכו"ם דלא הו"ל לעיוני דלדידהו אין טרפא כלל מאי הו"ל למעבד וכו'. אלא להאי מילתא דינא דידהו דינא מתקנתא דלקוחות וישראל הבא מכחו כמוהו דאתי מכח גברא דלא מצית לאשתעי דינא בהדיא מדינ' וכו' וכן מצי אמר ליה מהדרנא שטר' למריה.

א"נ הלוקח מעכו"ם זכה מדינא דידהו דדמ"ד הואיל ומשפט חרוץ הוא אצלם שלא לטרוף מלקוחות אפי' לענין המלך בממונו שאם יש מי שחייב למלך ומכר את שדהו אין המלך מוציא מיד הלוקח. וה"ה בישראל הבא מכחו דזכה כדין עכו"משמכר לו ע"ש שהאריך בראיות וכן מצינו להרדב"ז ז"ל שנשאל בשאלה זו שנשאל עליה מהרימ"ט כמו שנזכר בדברי הרב בשאלה הנז' והשיב הדין עם הלוקח דמצי למימר לבע"ח אי שתקת שתקת ואי לאו מהדרינן שטרא למריה כדאמרינן במי שאבדה דרך שדהו בפ' שני דייני גזרות ע"ש: אלא שיש לבע"ד לחלוק ולומ' דשאני הנדון שדברו עליו הרדב"ז ומהרימ"ט שהוא בלוקח דעלמ' שאינו בע"ח ומטעם דבדיניהם לית להו דין טרפ' אבל בנ"ד הלוקח הוא בע"ח ואיכא למימר דבדיניהם אית להו דין קדימה ומצינו סיוע לדבר מתשובת הרמב"ן והביאה הר"בי בסי' ק"ד שנשאל על גוי שהוציא על ראובן כת"י ומנהג המלך שכת"י כשטר והשופט הגבה ביתו של ראובן לגוי ומכר הגוי הנזכר הבית הנז' ליהודה ובאו שמעון ולוי והוציאו שטר בעדים על ראובן שמשכן להם הבית הנז' וזמן השטר מאוחר מזמן כת"י לעכו"ם והשיב שהדין עם יהודה ע"ש הרי לפניך דלא זכה הרמב"ן להלוקח אלא מכח שהכת"י של העכו"ם הוא מקודם לשטר המשכונא.

ויכולני לומר דאית להו דין קדימא אבל דין טרפא לית להו: אבל כד דייקינן שפיר קושטא קאי דזכה הלוקח כדכתי' דאפי' אמרינן במונח הנח'ה סוב'רת דעכו"ם אית להו דין קדימה כדמש' מדברי הרמב"ן היינו בשט' דידהו אמרינן מוקדם ומאוחר אבל בנ"ד שוברו בצידו דשטרי דידן אית להו בדינא הבל המה וכמאן דליתהו דמו והעדים דידן אית להו דפסלי לעדות ואין כאן דין קדימה כלל.

וא"ת והרי דין הרמב"ן כת"י של ישראל הוא שאני התם דמשום דינא דמלכותא דינא כמו שפיר' דבריו שמנהג המלך הוא בזמן ההוא שכת"י כשטר ומכ"ש בשטר גופיה ועוד דהתם העכו"ם הוא שהוציא הכת"י ולכך חשיב בעינייהו אע"פי שהוא כתב ישראל אבל בנ"ד שהישראל הוא שהוציא השט' וחיישי לקנונייא שעושים על נכסי העכ"ום דבדעתם שישראל חשודים על הגזל ובפרט גזל העכו"ם דהיתר הוא אצלם ולכך אינם מחשבים שטרי דידן והם לגבייהו כחרס הנשבר שאין בו ממש ויכול לומר אי שתקת שתקת ואי לא מהדר': ובנ"ד אמרינן ביה דידמ"ד כמו שמצאתי כתוב למהרימ"ט בשאלה הנזכרת וז"ל כל משפטי דיניהם שיסדו הפקחים שבהם הואיל ומשפט חרוץ, הוא ודרך המלך להתנהג בנמוס זה מקרי דינא דמלכות' ולא בעינן שיהיה תחילת דינו מפי המלך: וכן פסק מור"ם בסי' שס"ט סעי' י"א ישראל שהיה חייב לעכו"ם.

והעכו"ם מכר השטר לישראל אע"פ שאסור לדון עם ישראל חבירו בפני העכו"ם מ"מ דייני ישראל יפסקו לישראל זה מה שהיה הגוי מרויח לפני דייני גוים שהוא דינא דמלכותא דינא: גם מר"ן מודה למור"ם בהאי דינא כמו שפסק בסי' מ"ה סעי' י"ז הבא מכח כותי הרי הוא כמוהו וכו' והקשה שם בסמ"ע ס"ק ל"ח והרי בסי' קנ"ד פסק הבא מכח הכותי הרי הוא כמוהו דוק' לגריעותא ותירץ דשאני הכא בשט"ח דינא דמלכותא דינא.

גם לתירוץ שני שתירץ דאין מזיקי' ללוקח בידים והיכא דיש הזקא ללוקח אמרינן הבא מכח עכו"ם כמוהו. סייעתא לנ"ד דאין מזיקין ללוקח לטרוף הקרקע מידו.

וההיא דסימן קנ"ד גרם היזק בעלמא. וראיתי למהרימ"ט בשאלה הנז' דשאני התם דאמרינן הרי כמוהו לגריעותא דהנזק הוא בכל יום ויום שמזיק לו בגירי דיליה בהיזק ראיה ע"ש: ולא תקש' נמי מההיא שהביא הב"י בסו' סי' ופסקה מור"ם בס"ס רל"ו ישראל שמשכן קרקע אצל עכו"ם וקבע זמן לפדותה וכו' ע"ש דהתם בדיניה' המכר קיים.

ואעפ"כ אמרי' כדינינו דייני' ליה והמכר בטל והא מזיקי' ללוקח בידי' די"ל דשאני הכא דלית ליה הזיקא דבלאו הכי מחזיר לו מעותיו ואין לו אלא הרחקת התועלת ובזה אמרינן הבא מכח העכו"ם לגריעותא. כלל העולה ממאי דכתיבנא הוא דזכה הלוקח בקרקע הנז' אי מטעם דכתב הרב המבי"ט דאמר ליה אתינא מכח גברא דלא מצית לאישתעי דינא בהדיה מדינא מחמת דשטרא דידן חספא בעלמא וטעם הרמב"ן כדכתב א"נ גם דין קדימ' לית להו ודברי הרמב"ן מעשה שהיה כך היה ושו"ת הרמב"ן השתא מיהא אינן בנמצא בידינו.

ואפשר המעיין בדברי הרמב"ן ימצא מפורש בדבריו דזיכהו בלא האי טעמ' אלא שהרב"י הביא דברי הרמב"ן בקיצור נמרץ והמעיין שם ימצא כדכתי'. א"נ דהלוקח זכה מטעם דכתב הרדב"ז דיימר ליה אי שתקת שתקת ואי לא מהדרינן שטרא למריה והש' יצילנו משגיאו' ויראנו מתורתו נפלאות כי"ר פרק ו' ה"א קורות ואבנים ועצים וכו' אם נתיאשו הבעלים מהם הרי אלו מותרי' וכו' ואם אינו יודע אם נתיאשו וכו' חייב להחזיר וכו'.

נשאלתי על ענין ראובן חושב תלמסאן יע"א אשר היה גולה ונדח בארץ אשר לא לו במדינה אחרת מארץ מרחקי' ממדינות המערב הפנימי ושלח ביד שמעון פקדון אחד זהב מזוקק דמתקרי לאתב"ר חמשה צרורות להוליכם לו למדינתו הנז' כי שם ביתו וכן לשמעון הנז' אית ליה מדידיה מהנז' עשרה צרורות.

ויהי מימים בבואו בדרך קרוב למתא הנז' פגעו בו לסטים מזוויינים ושללו ממנו הכל כל אשר בידו בין מצרורות הנז' בין כל הבא בידו כל דמתקרי נכסי גם כל השיירה בזזו איש לו יצאו נקיים מנכסיהם לא נשאר כ"א גויותיהם ואחר סמוך עמד שמעון הנזכ' עם בני השיירה הנז' והכניסו עצמם בעובי הקורה ודברו אל המלך ואל שר הצבא ולא הועילו באשר הם בעלי זרוע ולא צייתי לדינא דמלכות' ושלחו להם אנשים רמי הקומה מפקחי הגוים וחכמיהם לפייסם להשיב את הגזילה אשר בידם ולא הטו להם אזן לשמוע

ועינים לראות ואחר שהפצירו בהם עד בוש נתרצו להם והחזירו מעט מזער מהשלל הנז' וכל מה שהוחזר להם בציעו ביניהם לפי הממון.

והנה בעת"ה תבע ראובן הנזכר לשמעון הנז' לתת לו חלקו בכל מה שהציל באמור אליו דכל מה שהציל הציל לאמצע ושמעון אומר לא כי דכל מה שהציל הוא לעצמו איכו השתא יורנו המורה לצדקה הדין עם מי ושכמ"ה: תשובה איתא בדברי מר"ן בסי' קפ"א סעיף א' שיירא שהיתה הולכת במדבר ועמד עליה גייס וטרפ' אם אינם יכולי' להציל ועמד א' והציל הציל לעצמו ואם יכולי' להציל הציל לאמצע ואף על פי שאמר לעצמי אני מציל יטול כל א' שלו.

היו ב' שותפים והציל אחד מהם הציל לאמצע ואם אמר לעצמי ה"ז חלק מחבירו וכתב מור"ם דוקא כל מה שהגיע לחלקו ודוקא ביכולי' להציל אבל בשאינם יכולים הכל שלו ע"כ:נמצינו למדים מדברי מר"ן דבשאינם שותפים / העיקר הוא ביכולי' להציל ובשאינ' יכולי' להציל ובין אמר לעצמי ובין לא אמר כמ"ש בדברי מר"ן בבא ב' ואם יכולי' להציל אף על פי שאמר לעצמי הציל לאמצע מכלל דברישא שאינם יכולי' להציל אע"פ שלא אמר לעצמי הרי הציל לעצמו וכן מפורש בסמ"ע וכן כתב הטור בפי' ובשותפים העיקר הוא תלוי באמירה אם אמר לעצמי או לא ואין חילוק בין יכולים להציל או לא ואין חילוק כ"א במה שיתר על כולהו: וצריך לדעת דמאי שנא בשאינם שותפי' ביכולים להציל אמרינן לאמצע ואעפ"י שאמ' לעצמי ובשות' אמרינן לעצמו ועוד דכשאינם שותפים לא בעי שיאמר לעצמי ובשותפי' בעי שיאמר לעצמי ומיהו לזה יש לומר דבשות' משועבדים ז"לז וסמך על שות' דמציל לאמצע ולא מייאש ולכך צריך לומר לעצמי דאז חלק מחבירו והציל לעצמי: וראיתי בסמ"ע שדקדק בדברי מר"ן ס"ק ב' דמאי שנא בשאינם שותפים דייק מר"ן בלישניה וכתב הציל לאמצע ויטול כל אחד מהם שלו.

ובשותפים כתב סתם הציל לאמצע. ונתן טעם לשבח דבשאינם שות' כל אחד יש לו עניינו בפני עצמו ומכיר את שלו ולא שייך למימר לאמצע דמשמע דחולקי' יחד וכו' מה שאין כן בסיפא בשות' שיש להם הכל יחד שייך שפיר לומר לאמצע ויחלוקו אם הציל את כולו.

ואם הציל מקצת ואמר לעצמי הציל לעצמו כל מה שהגיע לחלקו ע"ש: למדנו מדבריו דטעם בשות' הוא משום דליכא הכירא ואעפ"כ אם הציל כפי חלקו דוקא הציל לעצמו אבל בשאינם שותפי' איכא הכירא דכל אחד מכיר את שלו ולכך הציל לאמצע דהיינו כל אחד יטול את שלו ואם הציל את של אחרי' ולא הציל את שלו הפסיד שלו: וילמד סתום מן המפורש דגם בשאינם שותפים דליכא הכירא כגון בדבר שהם שוים בו חזק דינייהו כשות' וכל מה שהציל הציל לעצמו כל מה שמגיע לחלקו ודעדיפא מינה הוא דאע"פ דבשותפים בעי למימר לעצמי אני מציל בשאינם שות' לא בעי ואפי' לא אמר לעצמי זכה בכל מה שמגיע לחלקו דשאני שותפי' משום דמשועבדים זה לזה וסמכה דעתיה לומר דשות' מציל לאמצע עד שיאמר לעצמי דאז חלק מחבירו אבל בשאינם שות' אינם משוע' ז"לז וכל מה שטרח והציל הציל לעצמו כל מה שמגיע לחלקו ולא אמרינן באם יכולים להציל וקדם אחד והציל אף על פי שאמר לעצמי הציל לאמצע

דדוק' בשהציל הכל או במקצת ואיכא הכיר' אבל היכא דליכא היכרא הציל לעצמו כל מה שהגיע לחלקו: ואל תשיבני דבר ולומ' דדברי מר"ן סותרים ז"לז דכאן פסק דאם אינם יכולים להציל מסתמא מתייאשי ואפי' הגייס עכו"ם ובסימן שס"ח פס' המציל מיד עכו"ם לסטים או מוכס עכו"ם חייב להחזיר שסתם דבר שלא נתייאשו הבעלים וכו' ע"ש ולא חלק בין אם יכולים להציל או לא דשאני הכא בגייס שהם בעלי זרוע ולא צייתי לדינא ואפילו לדינא דמלכותא ולכך כשאינם יכולים להציל מסתמא אמרי' דנתייאשו אבל המציל מיד לסטים גוים צייתי לדינא ומכ"ש לדינא דמלכותא ואינם גוזלין וחומסי' לב"א בדרכים כ"א בהחבא לא בגלוי כמו הגייס וכמו כן נתן מר"ן טעם לשבח ואמ' וסתם גוים לא נתייאשו מפני שהבעלי' יודעים שעכו"ם (מחזירין מיד הגזלן אף על פי שאין שם עדים אלא בראיות רעועות ובאומד הדעת: כללא דמלתא דשמעון הנז' זכה במה שהציל עד כדי שמגיע לחלקו ואע"פ שיכולים להציל מאחר דליכא היכרא וסחורתם שוה וכל מה שהציל אמרי' דיליה הוא והוא מוחזק והמוציא מחבירו עליו הראיה: ודעדיפא מינה יש לי לומר דאפי' הציל הכל זכה בו כנדו"ד דאמרינן ודאי נתייאשו הבעלים דהנתבעים רבים וזיל גבי הכא קא מדחי ליה וזיל הכא קא מדחי ליה ולמי יתבע כמו שפסק מר"ן בסימן רס"ב סעי' ד' וז"ל ראה אבידה שנפלה משנים או משלשה צריך להחזיר וכו' והיינו טעמא בשלשה משום דחיישינן שמא שותפין כמו שפי' הסמ"ע שם בהדיא אבל היכא דידעינן שאינם שותפין אינו מחזיר בשלשה דודאי נתייאשו אמר למאן נקיטנא לכל חד דנקיטנא ליה אמר לאו אנא שקלתה עיין בש"ס בפרק אלו מציאות דף כ"ו ועיין בתשב"ץ ח"ב שאלה קל"ז: ואע"פ דסתם גייס הוא לסטים רבים ואמרי' דאם יכולי' להצי' אמרי' ודאי לא נתייאשו ואמאי לא אמרי' דזיל הכא קא מדחי ואף על פי דיכולי' להציל אמרי' ודאי נתייאשו.

לזה יש לומר דבגייס שתלה הש"ס בהצלה היינו דעדיין נכסי השיירה לפנינו דליכא שום דחייה דעדיין לא זכו בנכסי ולא נעשית שום חלוקה ולכך הדבר תלוי בהצלה אבל בנדון דידן שכבר חלקו וזכו כל א' בחלקו אמרינן ודאי נתייאשו מטעם דזיל הכא קא מדחי וכו' וכן בלסטי' עכו"ם דאמרינן לא נתייאשו הבעלים היינו בלסטי' אחד אבל ברבים אמרינן ודאי נתייאשו הבעלים מטעם דכתיבנא: וכ"ש ששמעתי באמרם לי שהגיי' הנז' היא משפח' רעה בני איש בליעל רב חיל הנקראים האלנג"אד וכל ימיהם במרד ומעל עם המלך ובשרירות לבם ילכו והו"ל כמלכות אחרת וכשיוצאים ללסטס את הבריו' יוצאים בחרב וחנית וכידון וטורפים ע"י מלחמ' גדול' וטפי עדיף מן הגייס והו"ל כשבאי דכתב הרשב"א דלא בעי יאוש אחר שנטל במלחמה.

ועיין בתשב"ץ בשאלה הנזכרת: ועוד דהצלה הנזכר' היא הצלה שלא כדרך הטבע או בזרוע או ע"י הערכאות שלהם או בדינא דמלכותא אבל ההצלה הנזכר' שהציל על ידי פקחי הגוים וחכמיהם הו"ל כהצלה שע"י הזרות והפלא שפסק ה"ה בפ' ו' מהלכות גזילה ואבידה דין א' וז"ל ומיהו עיקר דאין יכולי' להציל אע"פי שלא נתייאשו הרי זו של מוציאן וכו' אבל כשאין יכולי' להציל רק על צד הזרות והפלא ודאי אפי' לא נתייאשו וכו' ע"ש: והואיל ואתא לידן נפרש מה חילוק יש בין ה"ה ובין כ"מ דלפו' ריהטא נרא' דהן הן דברי ה"ה ודברי הכ"מ דכולהו עולות בקנה אחד דה"ה כתב דעיקר הדין דאין יכולי' להציל אע"פ שלא נתייאשו וכו' וכי בעינן נתייאשו דווקא ביכולים להציל על ידי

הדחק ואין צריך לומר ביכולים להציל בהדיא אבל בשאינם יכולי' להציל רק על צד הזרות והפלא אפי' לא נתייאשו.

ואיפשר שהרב סובר דבכל כי האי גוונא היינו נתייאשווכן כתוב למטה פרק י"א דזוטו של ים שזה ודאי נתייאשו ע"כ: ורבינו בכ"מ כתב ומיהו עיקר הדין אע"פי שלא נתייאשו היכא דאין יכולי' להציל וכו' נ"ל שגם רבינו יסבור כן ממ"ש בפי"א ע"כ ע"ש: ולעד"ן שרבינו תפס על ה"ה במה שכתב ומיהו עיקר הדין דאין יכולי' אע"פ שלא נתייאשו וכו' ודלא כרבי' שתלה ביאוש לכך אמר דגם רבי' יסבור כן ממה שכתב בפי"א ר"ל דאע"פי שרבינו תלה הדבר ביאוש הרי בפרק י"א תלה הדבר בהצלה כמ"ש יצאה זו שאבודה ממנו ומכל אדם ודאי נתייאשו ומוכרח אתה לומר דהכא שתל' הדבר ביאוש היינו ביכולי' להציל ואפי' ע"י הדחק ואינו כפי' ה"ה שפי' דרישא דקאמר רבינו אם נתייאשו היינו אם אין יכולי' להציל וסיפא שכתב ואם אינו יודע אם נתייאשו וכו' היינו ביכולים להציל אפילו ע"י הדחק וזה פשוט.

זהו מה שהורוני מן השמי' ועיני לשמיא נטלית שיאיר עינינו בתורתו וידריכנו לעבודתו עבודת הקדש טהורה כי"ר: ואחר כותבי ראיתי למהר"יע בן נאיים ז"ל שהרגיש בקושי' הנז' מה חילוק יש בדבר והניח הדב' בצ"ע ומה שנראה בעיני כתבתי: איברא שלקחה אזני שמץ דבר מנהו שאומרים שבשעת ההצלה פירש שמעון הנז' דבריו ואמר לגדול שבהם נכרי א' שהוא העומד בפרץ בהצלה הנז' והוא אחד מבני השיירא שהצרורות הנז' יש לראובן הנז' חמשה צרורות ובשביל כך האמינו ונתן לו כל מה שיעלה לו לפי החשבון ונמצא שבעת ההצל' הציל לשמעון ולכאורה היה נראה לי דיש לראובן הנזכר זכות אם כנים הדברים מידי דהוה למגביה מציאה לחבירו דזכ' חבירו כמ"ש מר"ן בסי' רס"ט סעיף א' ע"ש: אמנם אחר העיון נראה לע"ד דאין לראובן הנזכר שום זכות אפי' אם יהיו הדברים אמתיים וכל מה שהציל שמעון הציל לעצמו וראובן הנזכר השם ימלא חסרונו דאיתא במר"ן בסי' הנזכ' המגביה מציאה לחבי' אע"פ שלא אמר לו כלום זכה בה וכתב הסמ"ע פי' ראובן אמר בשע' שמגביה המציאה הריני מגביה מציאה זו כדי לזכות בה לשמעון קנאה וכו' ובסוף הסי' ס"ק ח' ט' ד"ה כיון וכו' ובמגביה מעצמו צריך וכו' דאז אינו יכול לחזור בו וסיים בסעי"ט דבמגביהו מעצמו לצורך חבירו סתם אף אם אחר שהגביהו אמר שהגביה לצורך חבירו נאמן אח"כ לחזור ולומר משטה הייתי בך או שלא להשביע את עצמו אמרתי כן ע"כ.

הרי מפורש מדברי הסמ"ע שאם הגביה סתם ולא אמר בשעת ההגבה' וכו' יכול לחזור בו ואפי' אמר בפי' אחר ההגב' הגבהתי בשביל חבירי. ונ"ד גרוע מן הסתם שהזכיר הסמ"ע דהרי לא הזכיר לא בתחילה ולא בסוף אני מציל לחבירי ומה שאמר שמעון הנז' לנכרי הנז' יש לראובן הנז' חמשה צרורו' בממון הנז' יש לומר דכוונתו היא יש לראובן חמשה צרורות ואני מציל לעצמי דהרי הוא זוכה מן ההפקר ומה שאמר לו כן כדי לאמת דבריו שאמר שיש לו חמשה עשר צרורות אבל ההצלה היתה לצרכו ואפילו לדעת הש"ך שאמר אינו צריך לומר בפי' דבכוונה תליא מלתא יודה בנ"ד דהאמת עם שמעון דהכא ליכא שום כוונה כלל ומה שאמר בשעת ההצלה דיש לראובן הנזכ' חמשה צרורות כדי לאמת דבריו וכונתו לומר דהוא זוכה בהם ודבר פשוט הוא: סוף דבר דשמעון זכה

בכל מה שהציל ואפילו הציל הכל ואפי' עומד ראובן וצווח אמרי' דנתייאש והרי הוא כמו שצווח על ביתו שנפל וזכה שמעון הנזכר וראובן הנז' השם ימלא חסרונו ושלום על ישראל כי"ר: ואחר כותבי ראיתי להרב מהר"ש צרור ז"ל שהרגי' בקושי' דלעיל מה חידש רבי' בכ"מ על דברי ה"המ דלכאורה דברי שניהם עולים בקנה אחד ותי' הוא ז"ל דדעת ה"ה בעיקר הדין היכא דאינו יכול להציל אפי' עומד וצווח אינו חייב להחזיר דהוי כמו שצווח על ביתו שנפל ואמרי' ודאי נתייאש ומה שיישב על רבינו וכתב ואיפשר שהרב סוב' דכל כהאי גוונא וכו' היינו מסתמא אמרינן נתייאשו אפי' אם אין יכולים להציל כלל אבל אם אמרו בפיר' ודאי לא נתייאשו אפילו אם אין יכולים וכו' נמצא דברי רבינו הפך עיקר הדין היכא דעומד וצווח ואפילו אם אינם יכולים להציל.

ולא תקן על רבינו כ"א בסתמא דס"ד מעיקרא בדברי רבינו דמסתמא אמרינן דלא נתייאשו אע"פ שאינם יכולים לזה מר"ן בכ"מ בא וחידש לן דגם רבי' יסבור בעיקר הדין שכתב ה"ה ממ"ש בפי"א שפסק רבינו המוצא אבידה בזוטו של ים וכו' יצתה זו שאבוד' ממנו ומכל אדם שזה ודאי נתייאש ממנו: ובהורמנותיה דמלכא קאמינא דאחר המחי' מכ"תר דאיך יפרש בדברי הה"מ דס"ל לרבי' דדוק' סתמא אמרי' נתייאשו אבל אם אמרו ודאי לא נתייאשו ודלא כעיקר הדין והרי ה"המ הביא ראיה לדברי רבינו מפי"א גופיה שהביא מרן כ"מ והתם קאמר רבינו דודאי נתייאשו ממנה ור"ל אפילו עומד וצווח אמרינן ודאי נתייאשו וכמו שאמר יצאת זו שאבודה ממנו ומכל אדם וכמו שהכריח הרב ז"ל לדעת מר"ן בכ"מ: אלא נראה לע"ד דמחוורתא כדכתיבנא דלדעת ה"המ ס"ל דמה שכתב רבינו אם נתייאשו הבעלים הרי אלו של מוציאן ר"ל אם אינם יכולים להציל כלל והיינו אם נתייאשו ומה שכתב בסוף דבריו ואם אינו יודע וכו' ר"ל אם יכולים להציל ע"י הדחק והיינו ואם אינו יודע וכו' או לא.

וריש דברי רבי' דהכא אם נתייאשו הבעלים וכו' היא דפי"א דאינם יכולים להציל כלל ולזה כתב מר"ן דגם רבינו יסבור כן ממה שכתב בפי"א. ר"ל דמה שפירש בדעת רבינו דאיכא דאינו יכול להציל אפילו עומד וצווח אינו מחזיר יסבור כן מפי"א אבל הכא אינו מדבר כ"א ביכול להציל ולכל הוצרך לומר אם נתייאשו או לא וכי תימא דגם בהכא הזכיר בלשונו הזהב המציל מזוטו וכו' כמו התם ומנ"לן למימר דהכא ביכולי' להציל והתם בשאינם וכו' די"ל דהתם קאמ' מזוטו של ים ומשלולית שאינו פוסק דמשמע שאינו יכול להציל והכא בפוסק קתני דיכול להציל: פרק י' ה"א עכו"ם בעל זרוע שאנס נכסי ישראל וירד לתוך שדהו מחמת שהיה לו חוב על בעל השדה וכו' ואחר שתקף לו את השדה מכרה לישראל אחר.

אין הבעלים יכולין להוציא מיד הלוקח ע"כ. שאלה בבעלים יורינו המורה לצדקה בראובן שיש לו חצר אחת בשותפות עם שמעון שמעיר אחרת והחצר הנז' חלוקה לשנים כל אחד מהם יודע חציו שבחצר הנז' והחצי הנז' של שמעון ממושכן ביד ראובן שותפו שבחצר הנזכר בסך מסויים כמ"ש בשטרהמשכונ'.

וראובן הנז' דר ומשתמ' בחצי החצר הממושכן בידו כנז' ושמעון הנז' היה חייב לתוגר אחד מאילי הארץ סך ידוע בשטר העשוי בעש"ג וכשעמד התוגר הנזכר לגבות את חובו משמעון הלוה הנז' לא מצא ממה לגבו' את חובו. וכשתקף עליו התוגר ושטרו בידו.

אמר לו שמעון אם תרצה לגבות חובך הרי יש לי חצי חצר אחת במתא פלונית בשותפות עם פלוני לך לשם ומכור הקרקע הנזכ' וגבה את חובך מדמי ממכרה. ונתרצה ונתפייס התוגר והלך לו למתא הנזכרת וחקר ודרש על חצי החצר ולו מצא ותכף ומיד הלך לו אל השופט והוציא שטר חובו לפניו.

ובדקו ומצאו חזק מצור וזכה בדינו למכור חצי החצר הנז' וכן עשה אחר שהכריז בשומה והכרזה על פי השופט והעמיסו על התוגר והוסיפו עליו בשומתה כפי נכלי דת"ן והחליטו המכר בידו בערכאותיה' ולאחר שזכ' בה בשטר העשוי בעש"ג. בא בחוזק יד אל ראובן ושכרה לו בסך ידוע לשנה וכן היה מתנהג מספר שלש שנים.

אח"ך נדחק התוגר הנזכר והלך ומכרה לגוי אחר ימ"ש מתושבי הארץ. וכשמוע ראובן במכירה זאת צעק ככרוכיא על המכר הנז' שיש בו נזק ודררא לו ולשכניו שבמבוי עמו ונתרעם על שמעון בעל חצי החצר הנזכר לא דיו שהפסיד אותי בשכירות שלש שנים אלא דאתפסיה לתוראי בידא דלא יכילנא למשתעי בהדיה בדינא ודיינא במכר הנזכר ואף על פי כן ראה צרתו צרה ואין מציל משום דגברא אלמא הוא ועשה לו עלילות ברשע עד שבע"כ קם ומכר כל נכסיו וכלי ביתו בזול דזול שוה עשר בחמש משו' הרחקת הנזק.

וקנה מידו בע"כ קנין גמור בעש"ג. ולאחר שזכה ראובן בעש"ג ובשטר העשוי מידם ובא מכח גוי.

קמו בני ראובן וחלקו חצי החצר הנז' ביניהם לשלשה חלקים וכל אחד זכה בחלקו והיה דר ומשתמש בו שנות מספר הסמוך למעלה מארבעים שנה. ונפלה החצר הנזכר כולה וחזרה ונבנית בהכרח גדול וביד חזקה מהמלכות ובתוך הזמן הנז' נלב"ע שמעון הנזכר וחלוי"ש.

ונשאר שטר קנין חצי החצר הנז' ביד חותנו בעל בתו. וכשראה ושמע על החצר הנז' שנבנית ונשתכללה קם על עומדו והוציא שטרו הנז' ורצה לטרו"ף טר"ף אד"ם חצי החצר הנז' מיד יורשי ראובן הקונה מיד הגוי כנז'.

וזה זמן להם מספר הסמוך לחמשים שנה. אלו דברי השאלה: ועל זה נפשנו לשאו"ל הגיעה ממעכ"ת הרמה והנשאה יורינו מורינו משפט הדין ומעשהו ודמי המשכונה ומה יעשה בהם.

ואל אמת ינחנו בדרך אמת וירים דגל התורה תורת אמת. ולאדון ולכל ביתו ארכא בחיין גם עושר גם כבוד בא בארוכה.

ועוד לו המלוכה ותשובתו הרמת"ה מהרה תצמח. ושכמ"ה: תשובה בריש כל אתוון ראיתי למר"ן ב"ח ח"מ בסי' רל"ו ס"ז וז"ל כותי בעל זרוע וכו' וירד לתוך השדה מחמת שהיה לו חוב על בעל השדה וכו' ומכרה לישראל אחר אין הבעלים יכולים להוציאה מיד הלוקח וכו' ע"ש הנה משגירת לשון מר"ן משמע דהוא עצמו עשה דין לעצמו וירד לתוכה בלי דין ודיין ואפילו הכי אמרינן דזכה בה ואם מכרה לישראל אחר אין הבעלים יכולים וכו' משום דירד לתוכה ומכרה לאחר כדין מחמת חובו שחייב לו והוא שעבודו לאפוקי הך דרישא דסקריקון וההיא דב"ח דירד לתוכה שלא כדין דאין לו מאומה בידו

לכך אמרינן דחוזרת לבעלים הא כדיניה והא כדיניה ועוד מדסתם ולא חילק אם מכרה בשיווייה או לא משמע דאפי' אם מכרה בפחו' משיווייה לא תחזור לבעלים ולא תקשה לי מהא דכתב מור"ם שם בהגה ישראל שמשכן קרקע אצל כותי וכו' ואם מכרה בפחו' משיווייה תחזור לבעלי' דשאני התם דלא הוחלט' ביד הכותי וזכה בה אלא עמד ומכרה כדי לגבות חובו ונעשה שליח לבעל השדה למוכרה לו והוה ליה כדין שליח שטעה אבל הכא כבר הוחלטה הקרקע ביד הכותי וירד לתוכה ואחר מכן מכרה לישראל ושלו מכר לו ואפי' מכרה בפחו' משומתה ועיין סמ"ע ובב"י.

וא"כ בנדו"ד אתי במכ"ש מהך דכתב מר"ן דשם הכותי ירד בזרוע בלי שום דין ודיין ואפ"ה אמרינן דאינה חוזרת לבעלים מכ"ש הכא דזכה בה ע"י דין בערכאו' ואחר מכן מכרה לישראל דפשוט הוא דאינה חוזרת לבעלים: מיהו כ"ז אם בע"הח מודה בחוב הוא או באי"ך או אם יש עדי' מעידין על החוב הנז' כדמוכ' מלשון מר"ן דכתב בד"א כשהודו הבעלים או אם יש עדים וכו' דאל"ך כל איש ירד לישראל ויאמר חוב יש לי עליו ובטלת דין סקריקון כמ"ש ה"המ ע"ש וא"ם בנדו"ד דכבר מת בע"ח הנזכר ויורשיו אחריו כחשו ואמרו דלא היו דברים מעולם ואין להם ידיעה מזה חזר דינו כמ"ש שם מר"ן ס"ח בא הכותי בעקיפין ולא היה בידו להורגו וכו' ותחזור הקרקע לבעלים ושמין לו וכו' ע"ש ואע"פ שכתב מר"ן שם שאם היה שם מלך או שר שהיה יכול לכוף לכותי לדין ולא תבעוהו אפי' לא הודה הלוה וליכא עדים אינם יכולי' להוציא מיד הלוקח וכו'.

דשאני הכא בנדו"ד דלא נמצאו הבעלים שם ושעת חירום היתה והארץ סוגרת ומסוגרת אין יוצא ואין בא וגם שר העיר הן ולא ורפייא בידיה והו"ל כמאן דלית שר בעיר ובעי' הודאת בע"ד או עדים ברורים ע"הח ואם לאו יכולים הבעלים לסלק הלוקח כדפי' לעיל: ומיהו דעדיין יש להסתפק בדבר דיכולני לומר דלא הוצרך מר"ן לומר דבעי הודאת בעל דין אלא בכגון שבא הכותי בזרוע וירד לשדה בלא שום ראיה אלא ע"פ דבורו אבל כגון הנד"ד דירד לשדה ע"פ הערכאות בשטר חתום בערכאות הוי כהודאת בע"ד וזכה הלוקח או נאמר שטר הערכאות חספא בעלמא הוא ובעי הודאת בע"ד או עדים כשרים לגבי לוקח ישראל לזכות במקחו.

ואפן ואראה למר"ן בסי' ס"ח ס"א שכתב וז"ל כל שטרות שחותמיו כותים פסולים חוץ משטרי מקח וממכר ושטרי הלואה וכו' וכן צריכים עדי ישראל שיעידו על עדי השטר ועל זה השופט שקיים עדותם שאינם יודעים בקבלת השוחד וכו' והמה דברי הרמב"ם בלי חסר ויתר ע"ש. ומור"ם הבי' שם סבר' י"א והם הרשב"א והרא"ש והר"מ והעיטו"ר והר"ן והנ"י כולהו אית להו סתם ערכאות לא מקבל שוחדא ולא מרעי נפשייהו ולא בעי עדי ישראל ע"ז ולא בעי שיכתבו בשטר לפנינו מנה פ' וכו' ואע"פ דמקבלי שוחדא להטות הדין מ"מ לעדו' שקר לזייף לא מרעי נפשייהו ע"ש: נמצא דשטר הערכאות הוא פלוגתא בין הפוסקי' דלסברת הרמב"ם והיא סברת מר"ן אית להו אפי' שטרי מ"ומ ושטרי חוב פסולים ולא מכשרינן להו עד דידע בהו דלא מקבלי שוחדא ולא מרעי נפשייהו ולדעת הרא"ש וסיעתיה אית להו דשטרי הערכאות כשרים מדינא משום דמסתמא אמרינן לא מקבלי שוחדאולא מרעי נפשייהו ושאר שטרות כשרים מדי"דמ כמ"ש שם מור"ם ואע"פ דיש לחלק ולהשוות דעת הרמב"ם לדעת הרא"ש כמ"ש לקצת

רבוותא וכן כולי עלמא מזרח ומערב נהגו כס' הרא"ש וסיעתיה דשטרי ערכאות כשרים דאמרינן מסתמא לא מרעי נפשייהו ודלא כהרמב"ם.

מ"מ מאחר דמר"ן אזיל בשיטתיה וקי"לן כוותיה צריכי אנן להביא ראיות ולזכות ישראל הלוקח הנז' אפי' לפי סברתם דאית להו ש"ע אינם כשרים עד שיעידו ע"י עליהם והרי בנד"ד יודו דהשטר הנזכר של הערכאות כשר וזכה הלוקח משום דהרמב"ם ומר"ן לא איירי אלא בישראל עם ישראל שבאו לפנינו לדין וכפר הלוה ואמר שהשטר מזוייף בזה קאמרי דפסולים עד שיעידו עליה' ע"י אבל היכא דאיכא יד העכו"ם באמצע כנדו"ד פשיטא דכשר אפילו בדיננו דהגע עצמך אם בא העכו"ם ותבע ישראל הלוה הנז' לפני הערכאו' כנהוג מחוק המדינה ונימוסי המלכות דישראל עם העכו"ם ילכו לדין לפני הערכאות ותבעו בשטר הערכאו' היכול יוכל לומר מאומה דשטר מזוייף הוא לא מלבד דהבל יפצה פיו ושלם ישלם החוב אלא עוד מחייב ראשו למלך שמוציא לעז על הערכאות והשטר חזק וקיי' וממילא גם ישראל הבא מכוחו הרי הוא כמוהו ואפי' בדיננו יגבה בשטר זה דכדיניהם דיינינן ליה דמצי אמר ליה קאתינא מכח גברא דלא מציתו לאשתעויי דינא בהדיה מדינא כמ"ש הרב בפ"א מהל' תרומות הלוקח טבלין ממור' מן הגוי מעשרן והם שלו דא"ל אתינא מכח גברא וכו' עיין מהרימ"ט שאלה ל"ח ואע"ג דלא קאי ישראל במקו' עכו"ם אלא לגריעותא כמ"ש מר"ן בסי' קנ"ד סי"ח דלאו כללא כייל דבכל מקום אמרינן הבא מכח גוי לגריעותא אלא דוקא שם בחלון שהוא מוחזק בו ובא להזיק בידים בזה אמרינן אינו אלא לגריעותא וכגון ישראל הקונה שדה מהכותי וכו' עיין הסמ"ע שם אבל היכא דהישראל בא להזיק להלוקח בידים להפקיע ממונו יש לו דין כותי עיין שם ס"ק מ"ה בסמ"ע וכן מוכח מדברי מר"ן בסי' ס"ו סעיף כ"ה וז"ל כותי שמכר שטר חוב לישראל וכו' שכיון שבדיניהם כל זכותו מכר לו כדיניהם דיינינן ליה ואם חזר ומחלו אינו מחול ע"ש הרי מוכח מדברי מר"ן דאמרינן ישראל הבא מכח עכו"ם הרי הוא כמוהו למעליותא וכדיניהם דיינינן להו וכן פסק מר"ן בסימן מ"ה ס"יז וז"ל הבא מכח כותי הרי הוא כמוהו לגבות בשטר שעידיו מרוחקין שני שטין אם נהגו הכותי' לגבות בו וכו' הרי מוכח מדברי מר"ן דאמרינן ישראל הבא וכו' הרי הוא כגוי למעליותא וכדיניהם דיינינן להו אלא דראיתי להסמ"ע דכת' דהרשב"א מיירי בכותי לוה שמכ' שדהו וכו' והוי לגריעותא הלוקח ככותי וכו' ע"ש וכ"כ מור"ם סי' ס"ז סי"ו הבא מכח כותי וכו' ולכן מי שקנה שטר מן הכותי וכו' אין השביעית משמטתו וכו' וכתב הסמ"ע שם ס"ק ל"ג וז"ל דאפילו המחבר וכו' כיון דבשטרותיהן גובין בהן מדי"דמ ע"ש וכמ"ש בסי' מ"ה דשם ג"כ פסק המחבר גופיה דאם כן אפי' למעליותא ע"כ ע"ש.

ותמיה לי ע"ד דהא הוא גופיה כתב שם דמיירי הרשב"א בכותי לוה שמכר שדהו לשמעון וכו' והוי לגריעות' דלוקח והרי הוא ככותי ע"ש. ואפש' לומר מאחר דהמחבר לא הזכיר בלשונו שם לוקח והכותי הוא הלוה משמע ליה דאפי' הכותי מלוה מכרו לישראל גובה בו והוי למעליותא וכ"כ מור"ם בס"ס שס"ט וז"ל ישראל שהיה חייב להכותי והכותי מכר השטר לישראל אחר אף על פי שאסור לדון עמו בדייניהם וכו' מ"מ דייני ישראל יפסקו לישראל זה מה שהיה הכותי מרויח לפני דייני כותים הואיל וישראל בא מכוחו ע"ש: נמצא דאפי' לדעת מר"ן דס"ל כהרמב"ם דשטרי עכו"ם לא

מתכשרי אלא עד שיעידו עליהם ע"י אבל מסתמא אמרינן דמקבלי שוחדא ופסילנן להו ולא אמרינן בהו דינא דמלכותא דינא.

מודים היכא דיד העכו"ם באמצע דכשרים משום דמנהג ותקון המדינה דישראל דאית ליה דינא בהדי עכו"ם ידונו לפני הערכאות ובזה אפי' הרמב"ם מודה דכך הוא תקון המדינה ונמוסי המלכות (דאל"ך תקשה דברי מר"ן אהדרי דלעיל בסי' ס"ח פסק דשטרי הער' פסולים היכא דליכא עד"י ולא אמרינן בהו דידמ"ד וכשיד העכו"ם באמצע פסק דכשרים וישראל הבא מכחו הרי הוא כמוהו אלא ודאי דאית להו דבדבר כזה ישראל עם העכו"ם מנהג ותקון המדינה ונמוסי המלכות שידונו לפני הערכאות ואצלם שטר הערכאות חזק וקיים וממילא אפי' יעמדו לדין לפנינו כדיניהם דיינינן להו וישראל הבא מכחו הרי הוא כמוהו והשתא דברי מור"ם דלעיל דסי' שס"ט דגם המחבר יודה לדבריו ואמרינן בהו דדמ"ד כמ"ש הסמ"ע לעיל ע"ד מור"ם דבסי' ס"ז יע"ש: אחר כותבי הקרה ה' לפני תשובה להריטב"א וראיתי כדברי ממש ושמחתי בשמחה בקציר שנתכוונתי לדעת קדוש וז"ל ראובן שהיה חייב לעכו"ם והגבו לגוי בחובו בית אחד של ראובן ומכרו הגוי לשמעון ומת ראובן ובנו תובע הבית אם נתברר לב"ד שההגבהה ההיא נעשית כראוי וכו' או ע"פ הערכאות במקום שדין המלכו' לדון עם ישראל בדיניה' הא קי"ל דידמ"ד והו"ל כאילו לקחה מראובן וחזר ומכר' לשמעון וכו' ואם שמעון טוען בב"ד בריא לי שהיה לגוי הזה שטר גוביינא מספיק מהבי' הזה ויש לו עדי חזקה כראוי נאמן וכו' ע"ש בב"י בסי' קמ"ט הרי מפורש בדבריו שאם הגובייי' ע"י הערכאות מהני וזכה הלוקח ומסתמא דהגבו לו ע"י שטרותיו דשטרי דידן פסולים גבייהו ואם באמת ע"י הודאתו למה בנו יערער אלא ודאי שהם הגבו לו ע"פ ש"הער בדיניהם ואחר שקנאה ישראל בא לערער בדיננו וזכה לו בשביל תקון מדינה ונמוסי המלך דישראל עם הגוי ידונו לפני הערכאות ובשביל זה חשבינן הלוקח הנז' שהוא במקום העכו"ם וכאילו עומד עם העכו"ם בדין ואפי' בדיננו זכה הלוקח ע"י שטרי הערכאות מאחר דמנהגי המדינ' דישראל עם הגוי ידונו לפני הערכאות והרי הוא כגוי: עוד יש להביא ראיה מדברי מר"ן הכא מיניה וביה והוא ממ"ש ואם יש מלך או שר שיכוף הכותי לדין וכו' למה לא תבעתם אותו בדיניהם ע"כ ופירש שיכוף הכותי לדין היינו בדיניהם דכך היא המדה דישראל וכותי ידונו לפני הערכאו' וע"פ שטריהם וכן הוא מפור' בדברי מר"ן שכתב תבעתי אותו בדיניה'.

וממנה מוכח דישראל הלוקח הרי ככותי דאל"ך יאמר לו בדיניהם אין אני יכול לדון עמו משום דהם דנין ע"פ שטרותיו ושמא זייפו' ולכך אני ממתין עד שתצא מרשותו ותכנס לרשות ישראל ואטול מן הדין בדינא מידו ולכך לא תבעתי ולדין ולעולם היא גזולה בידו. אלא ודאי דטענ' זו אינה טענה ואם זכה הכותי בקרקע הנז' ע"פ הערכאות גם ישראל הבא מכחו כמוהו ולכך הלוקח אומר לבעלי' וכו' למהלא תבעתם אותו בדיניהם דלית להו שום טיבותא אפילו תצא מרשות העכו"ם ותכנס לרשות ישראל וכן מוכח מה"המ שם ולא המתין שיודה לו ולא בע"שג וכו' שיש עדים לגוי בודאי וקם עליו ומכרה לישראל אין הבעלים מוציאין אותה מיד הלוקח ישראל: גם יש לי לזכות ישראל הלוקח הנז' מצד אחר והוא על פי מה שהובא בשאלה דכן היה לאחר שזכה העכו"ם בע"ח הנז' בקרקע הנז' ע"פ הערכאות ואכלה כמו ג"ש אח"ך נדחק ומכרה לגוי אחר

מתושבי הארץ והיה בשמעו הלוקח הנז' שהארי' רבוץ עליו ולהיו' שותף עמו עמד בפרץ ופייסו עד בוש והלך והתרפס לפני גדולי העיר ופייסם כמה פייסות וצרתו צרה וכמה הרפתקי עדו עליה עד שביטל המכירה הנז' ועל ידי זה לקחה לעצמו הא לאו הכי היתה מתקיימת ביד העכו"ם הלוקח הנז' דאדעתא דקרקע נחית דבשלמא אם נשארה ביד כותי בע"ח יש לומר דאית ליה תרופה ויכול לפייסו דהוא עצמו לא נחית לה אלא אדעת אדדמי משום חובו ולא אדעתא דקרקע אבל הכותי הלוקח הנז' אדעתא דקרקע נחית כדקי"ל בשומא הדרא אם זבנה לא הדרה דאדעתא דקרקע נחית והיה הכותי הנז' זוכה בה והוא עמד והצילה והבעלים אינם יכולים להציל שהיו בארץ מרחקים וא"כ יכול הלוקח הנז' לטעון מה הפסדתיך דאם לא לקחתיה אני היה העכו"ם הנז' זוכה בה ומ"ל הכא מה לי התם דדבר ידוע הוא דכל טעם דין הטרפא הוא משום דאומר לו למה קנית דבר המשועבד לי להפסידני אבל הכא דלא עביד ליה פסיד' ליכא דין טרפ' א"כ בנדו"ד דלא הפסיד לו ולא הזיקו דבלאו הכי היה הכותי זוכה בו.

וישראל טוב ממנו ולא תהיה כהנת כפונדקית וזכה הלוקח: ויש לי להביא ראיה ע"ז במה שראיתי להרב פני משה ח"ב סי' ל"ב בראובן שמשכן בית א' ללוי בנכייתא לזמן כ"וכ ושעבד לו בית אחר שאם תפול או תשרף זאת הבית שמשכן לו תחזור הבית הזאת במקומה ואח"כ הלך ומכר הבית הנז' לאשה א' וכתבתה בפנקס המיטוולי ע"ש ונפטר ראובן ובא המיטוולי ולקח הבית מיד לוי לסיבה שלא היתה כתובה על שם לוי בנמוס.

שלהם ורצה לוי לחזור על האשה הנז' לטרוף הבית הנז' מידה מכח שעבודו הקדום והיא טענה מה הפסדתיך שאם לא לקחה וכתבתה בפנקס המיטוולי היה לוקחה גם לזאת. והסכים הרב פ"מ שהדין דין אמת עם האשה מטעם זה דמה הפסדתיך ע"ש הרי לפנינו דטענת מ"הפס מהנייא להעמיד הקרקע ביד הלוקח אפי' הוא שעבודו וכ"ש בנדו"ד דזכה בה מדינא בערכאו' ומכרה לאחר וכו': וראיתי להרב בית אברהם ישראל בסי' י"ד בס"ו ס"א שהביא דברי הרב פ"מ ועשה לדבריו כסא וסמוכות מדברי הרשב"א ז"ל דכתב אע"פ דאית לן דאין הנתבע כופה לתובע לילך לב"ד היפה מ"מ אם נזדמנ' לו דרך למלוה לילך שם כופהו למלוה משום דאמ' ליה מה הפסד' כיון דבלאו הכי אתה היית הולך ואע"ג דמצי אמר המלוה אלמלא אתה לא הייתי הולך לשם ר"ל אינו בהכרח שאלך אני ומלאכתי נעשית על ידי אחרים כמ"ש מהרי"קו ע"ש: ובסי' ס"ו ס"ס ל"ג הביא העניין זה במי שמכר ש"ח דקי"ל דשעבוד נשאר ביד המוכר ויכול למחול דשעבודא דאורייתא ומכירת שטרי דרבנן אם בא בע"ח וטרף השטר מיד הלוקח מי אמרינן דאינו טורף כ"א בשקדם החוב למכירת השטר או אפילו אם קדמה מכירת השטר להחוב משום דהשעבוד נשאר ביד המוכר שהוא המלוה ונסתפק הדבר להרב ראש יוסף עיין שם: והוא השיב דדוקא אם קדם החוב למכירת השטר וז"ל דכיון דכל טענתו שטורף מלקוחות הוא משום דאמר להו למה קניתם דבר שהוא משועבד לי להפסידני א"כ הכא ליכא ולא שייך האי טעמא דהרי כשקנה הלוקח הזה השטר חוב עדיין לא לוה המוכר מזה הבע"ח ומאי איכפת לן אם נשאר שעבוד הגוף אצל המלוה הרי הלוקח הזה לא גרם לו שום הפסד וכו' ותו דמצי הלוקח למימר לבע"ח מאוחר מאי הפסדתיך הרי אם אני הייתי מקשקש ללוה בזוזי והיה כותב שטר על שמי לא היה לך שום טענה ותביעה שהרי ע"י כתיב' השטר ע"ש לא היה המוכר יכול למחול ואותו שעבוד הגוף שהיה למלוה מן הלוה היה

מתבטל וא"כ מאי הפסדתיך וה"ז דומה למ"ש הרשב"א דאם נזדמן דרך למלוה וכו' דלעיל: הרי דברי הרב ב"א מפורשים דאפילו לא כת' הלוה שטר על שם הלוקח אפי' הכי חשיב ליה כאילו כתבו מאחר שהיה יכול לקשקש זוזי ללוה לכתוב לו שטר על שמו ושעבוד הגוף היה מתבטל וע"י זה אומ"ל מה הפסדתיך ומכ"ש בנדו"ד דמכרה ממש ולא נשאר כ"א כתיבת השטר ועמד והציל לעצמו במקו' שאין הבעלים יכולים להציל דבוא יבוא בטענה לומר מה הפסדתיך והדין עמו וזכה הלוקח הנז' בקרקע הנז': ואע"פ דקי"ל דקרקע אינה נגזלת ובחזקת בעליה עומדת ואפילו נמכרה לאלף זה אחר זה ונתייאשו הבעלים ה"ז חוזרת לנגזל בלא דמים כמ"ש מרן בסי' שע"א ע"ש דמשמע דהבעלים מוציאין מיד הלוקח חנם בלא דמים דשאני התם דירד לתוכה בתורת גזילה ולקחוה מידו ועתידים בעלי זרוע לירד אבל הכא בנדון דידן ירד לתוכה בדין מחמת חובו ואפילו ירד לתוכה מעצמו בזרוע לא מקרי קרקע גזולה ומכל שכן אם ירד בתוכה העכו"ם ע"י הערכאות מחמת חובו דודאי שלו היא ושלו מכר לישראל וזכה הלוקח הבא מכחו כמו שהוכחתי לעיל.

וכן מוכח מדברי הר"המ שכתבתי לעיל בקיצור. ועכשיו אני מעתיקה באריכות וז"ל שם סימן דל"ו גוי שירד מחמת חוב שהיה חייב לו הישראל ולא המתין שידונו לו בב"ד של ישראל ולא בעש"ג וכן מחמת אנפרו"פי שירד וכו' משום טענתו שיש לו נזק שישראל זה הזיקו או הפסידו וזהו מלת אנפרות נזק והפסד אין בו משום סקריקוון וכו' אלא מקחו קיים וכו' ומפני שדין האנפרות הוא שיש עדים לגוי בודאי וכדקאמרן וכו' ע"ש הלא עיניך תחזינה בדברי ה"המ שכתב ולא המתין שידונו לו בב"ד של ישראל ולא בערכאות וכתב עוד שדין האנפרות הוא שיש עדים לגוי ודאי וכו' ר"ל שדין הערכאות בב"ד של ישראל וכן בעדים ולא השמיענו זה אלא בשביל ישראל שלקח מעכו"ם שזכה במקחו ולא יחזיר לבעלים כשזכה ע"י הערכאות ובשטרי הערכאות דעכו"ם דנים על פי שטרי ואשמועינן דזכה ישראל הלוקח דזה הוא העיקר דבא לאשמועינן להבא דגוי שירד לשדה ישראל מחמת חוב זכה דמה איכפת לן ביתדהעכו"ם דן לפני הערכאות ולא לפני דייני ישראל אלא התכלית הוא לאשמועינן דאם ישראל לקח הקרקע הנז' מעכו' דהישראל עם ישראל מוכרחי' שיעמדו לפנינו לדין מה דינו וקאמר דאפילו זכה העכו"ם הנז' בקרקע הנז' ע"י הערכאות ומסתמא דנין עפ"ש זכה הלוקח ואע"פ דכתב הוא עצמו בס' לומר דרבינו לית ליה דדמ"ד אלא במסים ובחוקי המלכות ולא בדין שיש בין אדם לחבירו מוכר' שצריך לחלק כדכתיבנ' לעיל דשאני הכא דיד הגוי באמצע ומנהג ונמוס המדינה דישראל ועכו"ם ידונו לפני הערכאו' ודנים ע"פ שטרו' וישראל הבא מכחו הרי הוא כמוהו ואפי' בדיננו כמ"ש הריטב"א והבאתי דבריו לעיל וכן הוכחתי לעיל מדברי הרמב"ם גופיה שכתב וכן אם היה שם שר או מלך שיכוף הכותי לדין והיינו בדיניהם ומסת' דנין ע"פ שטרותי' וכו' מכאן הוכחא דאע"פ דאית ליה דליכא דידמ"ד בשטרו' יודה בכאן אם יד הכותי באמצע וכו' כדכתי' וכן הוא דעת מר"ן דפס' כוותיה וכמו שהוכחנו מדבריו בסי' ס"ו ובסימן מ"ה ומדב' מור"ם בסי' ס"ז ומדברי הסמ"ע שם ובסי' קנ"ד: וכן לא תקשה אהדדי דברי מר"ן דבסי' שע"א כתב וחוזרת לבעלים בלא דמים והכא בס"ח בא העכו"ם בעקיפין על ישראל וכו' ולא היה מסור בידו להורגו וכו' וא"צ להחזירו בחנם אלא שמין כמה וכו' ואמאי שמין לו והא

ירד לתוכה בתורת גזילה ולא מחמת חוב דשאני הכא בגוי אנס דאפילו הבעלים אינם יכולים להוציאה מידו בחנם.

אלא דצריך ליתן לו סך מה כדי להוציאה מידו וכך שמין לו ללוקח וכמ"ש הסמ"ע בדברי מר"ן ס"ק י"ט וז"ל דאין להחזיר ללוקח כל הדמים שנתן להכותי עבורו אלא מה שהבעלים צריכים ליתן לכותי יע"ש. מוכח מדבריו דאין ללוקח זכיה בקרק' אלא הו"ל כמציל ממון חברו ואין אדם חייב להציל ממון חברו בממונו משום דכל אחד ואחד לא יציל משום פסידא ולכך צריך ליתן לו דמי ההצלה כמו שהיו הבעלים נותני' מיהו עדיין ק"ל הא דקאמר בס"ט בד"א כשאין שופטים בארץ וכו' אבל אם יש שופטים וכו' ולא עשה אז ודאי נתייאש וישאר ביד הלוקח וכו' כוונתו לומר דקנאה ביאוש ושנוי רשות ובסימן שע"א כתב ואפילו נתייאשו הבעלים ומכרה לאלף זא"ז חוזרת לבעלים וכו' משמע דלא מהני יאוש ולא קנה.

וראיתי להש"ך ז"ל שם שכת' וז"ל וע"ל סי' שע"א נראה דהא קשיתיה: ואפשר דיש לחלק בין גוי אנס לשאר גזילה וכן : נראה מדברי מור"ם דאחר דכתב מר"ן קרקע אינה נגזלת וחוזרת לבעלים כתב ע"ד עיין סימן רל"ו אם לקחה מגוי אנס יע"ש וכ"כ מר"ן בסימן שע"ד אחר שכתב דין שדה הנגזלת כתב גוי שאנס שדה מישראל וכו' עיין בסי' רל"ו ע"כ יע"ש נראה דכוונתם לומר דגוי .

אנס שאני: כלל העולה מכל מאי דכתיבנא דזכה ישראל הלוקח הנז' בקרקע הנז' שקנה מהגוי הנזכר מכח הראיות דכתי'. ועוד לקרא דכך הסברא והאמת הוא דהחוב אמת שהגוי נושה בישראל הנז' ושטר הערכאות חזק וקיים ולא חיישי' לזיוף באשר שזה הקניין של הקרקע הנז' היה כמו שבע עשרה שנה עד היום שעמדו לדין והיה הלוה הנז' חי ע"פ האדמה וגם היורשי' היו גדולי' ויודעים בנכסי מורישם ולא תבעו ללוקח הנזכ' מדוע ככה עשית והשטר של הערכאות מזוייף והקרקע בחזק' בעליה עד עכשיו שראו הקרק' נבנה ונשתכלל ונתייפה ביתר שאת באו לשוף עצמם מן העקב לומר דעדיין הקרקע בחזקתם והשטר מזוייף ואלקאצ"י זייף והוא עצמו עד בדבר שלפניו נעשית ההלואה ולא לפני עדי גוים וקיים חת"י אלא הוא עצמו עד בדבר ואפשר בכה"ג יודו הרמב"ם ומר"ן דלא מרעי נפשייהו ולא בעי' עדי ישראל שיעידו עליו דלא מקבלי שוחדא: ואחרי סמוך הזמין הלוקח הנז' לפני שני עדים כשרים אחד העיד ואמר שהוא נזדמן שם בשעה שבא הגוי הבע"ח הנז' לנגוש להלוה הנז' לפרוע לו החוב והשיבו הישראל הלוה הנז' וא"ל לו יש לי מאומה עכשיו במה לפרוע לך ואתה הולך לעיר תלמסאן ואני יש לי קרקע שם תלך ותגבה חובך מהקרקע הנז'.

והב' העיד דהוא יודע ידיעה ברורה שהגוי הנז' הוא נושה בהלוה הנז' ודבר ידוע הוא לכל בני המדינה ואם תבקש תמצא ע"ב ובעדות זה נסתלקה טענת שטר מזוייף ולהד"מ ובזה דברינו חיים וקיימים וחזקים כראי מוצק. ויש מי שהורה וזכה ללוקח הנז' משום דשטרי הערכאו' אית בהו משום דמ"ד לכ"ע גם להרמב"ם ומר"ן והביא ראיה מדברי מר"ן סי' ק"ד סעי' ב' וז"ל בע"ח וכו' אם נהגו כן דידמ"ד יע"ש ואין משם ראיה דשאני התם טעמו משום תיקון מדינה כמ"ש ואם נהגו כן וכו' דימ"ד גם הראיה שהביא מדברי מר"ן בסי' קצ"ד סעי' ב' וז"ל בד"א במקום שאין משפט המלך וכו' אינה ראיה דשאני

התם דבדינינו ג"כ קרקע נקנה בכסף אלא משום דלא סמכא דעתיה עד שיכתוב שטר בזה קאמר אם משפט ידוע למלך וכו' יע"ש בא"הט סק"ח שהביא דברי הש"ך ועוד דדבר פשוט הוא להרמב"ם ומר"ן דבשטרו' לית בהו דיד"מ כמ"ש הרמב"ם בפכ"ז מה' מלוה וכ"כ מר"ן בב"י דלא אמרו דיד"ד בדין שבין אדם לחברו אלא בדבר שיש בו הנאה למלך ופסקה בקצר בסי' ס"ח יע"ש ועוד אני אומר דאפילו לפי דעתו דאמרי' דיד"מ בשטר היינו בכגון מלכות הפראנציץ שעכשיו אנחנו תחת ממשלתם דתיקון המלך הוא שכל השטרו' פסולי' דדוק' שטר סופרי המלך דכשרים דהיינו שטר של הנו"טר משום הנאת המלכות אבל מלכות תוגרמא דלשעבר היינו תחת ממשלתם לא איכפת להו בזה ואדרבא היו כופין לישראל עם חברו לעשות דין לפני דייני ישראל ובשטרי ישראל ולא חיישי אם ישראל יפסלו שטרותיהם ולא מקפידים אלא אם יהיה דין ישראל עם הגוי שלא ידונו אלא לפני העש"ג ובשטריהם ולא ישראל עם ישראל.

עוד חלק בדברי ה"המ שכתב ולא בעש"ג כפ"ד הרמב"ם ותנאיו שכתב ולדעתי לא דיבר נכונה שהרי הוא אומר ולא המתין וכו' ולא בעש"ג וכו' הוא מדבר על הגוי שלא המתין עד שיגבו לו הערכאות ולגבי הגוי איך שייך לומר בערכאו' כפ"ד הרמב"ם ותנאיו ודאי פשוט הוא בערכאות כפי דעתם כמות שהם הערכאות היודעים להם כנ"ל: ומה ששאלתם ממני להגיד לכם מהו הדין בדמי המשכונא אם חייב הממשכן לפרוע לבע"הח דמי המשכונא מאחר שנטרפה בחובו לכאורה נ"ל דפטו' הממשכן כפי מה שפסק הרמב"ם בפי"ט מה' מכירה וכפ"ד רבינו הטור ומר"ן סי' רכ"ה ס"א וז"ל אבל אם הגוי הוציא מיד הלוקח בין בדיד"מ בין בדיני הערכאות אין המוכר חייב באחריות וכו' שזה אונס וכו' בד"א וכו' אבל אם וכו' שכל אונס וכו' חייב לשלם.

מוכח מדבריודבנ"ד שהוציא הגוי הקרק' בע"המ בערכאו' ובדיני גוים ולא התנה בע"המ על הממשכן שכל אונס וכו' אין הממשכן חייב באחריות שאינו מתחייב אלא אם הוציאו הקרקע מידו בדייני ישראל כפי הדין או בערכאות וע"פי עדי ישראל כמ"ש ה"המ והסמ"ע יע"ש לאפוקי נ"ד שהוציאו הקרקע מידו בערכאות ובעדי גוים: אמנם כד דייקינן שפיר נראה דחייב הממשכן בדמי המשכונה באשר נמצא כתוב בשטר המשכונות וקע"ע הממשכן הנז' לסלק כל עורר וטוען על המשכונה הנז' בני ברית ושאינם ב"ב וכו' והאי לישנא יתירא ולטפויי אתא דאמאי הוצרך לכתו' ושב"ב אם הכוונה לומר דבעי דייני ישראל או עדי ישראל היינו ב"ב ומאי איכפת אם נטרפה ע"י ב"ב או ע"י שאינו ב"ב אלא ודאי לישנא יתירא לטפויי ש"בב אפילו נטרפה ע"י הערכאות בדיניהם חייב באחריות וכן ראיתי תשו' להרשב"א הביאה הר' ב"י ופסקה בקצר סי' שט"ו וז"ל ראובן משכן וכו' והתנה עמו שלאחר זמן וכו' למשכנה לכל זמן שירצו וכו' והשיב שהדין עם שמעון לפי ששורת הדין נותנת דאפי' בלא תנאי יכול למשכנה לאחרים אבל עכשיו שנתן לו רשות למי שירצה ואפי' לסיעא גדולה ואל תאמר דלא נכתב אלא לשופרא דשטרי דלא היא דכל היכא דאיכא למילף ילפי' ועוד דא"ל לכל מי שירצה אינו בא להרשות למשכן לראובן או לשמעון דמאי איכפת לן אם ימשכן לראובן או לשמעון יע"ש.

מוכח מדבריו כדכתי' דלישנא יתירא לטפויי אתא ולא לשופרי דשטרי: ואין לחלק ולומר דשאני התם בנדון דהרשב"א דאמר לטפויי הוא משום דהתנאי יתר לגמרי מאחר דשורת הדין היא דיכול למשכן לאחרים ואמאי אייתר תנאי אלא ודאי לטפויי אתא ולא לשופרא דשטרי אבל בנ"ד דצריך לכתוב תנאי דאחריות כדי להתחייב באחריו' ואע"ג דקי"ל אחריות ט"ס הוא ואחריותו עליו ואפי' שלא נכתב היינו בדיעבד אבל לכתחי' צריך לכתוב אחריות בשטר ולכך אמרינן דלישנא יתירא דכתב וכו': פרק י"א ה"ז היה רוב העיר עכו"ם אם מצא במקום מן העיר שרוב המצויין שם ישראל חייב להכריז אבל אם מצא וכו' בבתי כנסיות ובב"מ שהעכום מצויים שם תמיד ובכל מקום וכו' הרי המציאה שלו ואפילו בא הישראל ונתן סימניה וכו' ע"כ: אירע מעשה בראובן שנפל מידו חפץ אחד ומצאו גוי אחד ומכרו לישראל ואחר מכן בא ראובן לתבוע החפץ מישראל הלוקח ונתברר לן שראובן לא הרגיש בנפילת החפץ כ"א אחר שקנאו ישראל בשני ימים מ"מ והישראל משיב דבר שזו מציאה בר"הר מקום שרובם גוים ועוד דמכח הגוי קאתינא ואין לך עלי שום תביעה כ"א על הגוי הנז' ויקרבו את משפט' לפני יורינו המורה לצדקה ושכמ"ה: תשובה הטענה הראשונה שאמ' מציאה בר"הר ובמקום שרוב' גוים אינה טענה מאחר שלא הרגיש בעל החפץ בנפילת החפץ כ"א לאחר זמן ובא החפץ לידו באיסור שנתייאש ממנו דמאחר שנודע לו לא מקרי יאוש ולא קנהו דקי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא מקרי יאוש כמ"ש מר"ן סי' רנ"ט ס"ג יע"ש ואע"פ דבסי' רס"ב סעי' ג' כ' דבר שהוא חשוב תמיד ממשמש בו ומרגיש בו בשעת נפילתו הרי הוא של מוצאו שהרי נתייאש היינו בסתם אבל כשנתברר לן בודאי שלא הרגיש בו נעשה כדבר דלא חשיב ואמרינן דלא ידע ולא זכה המוצא בה: והטענה ב' שבא מכח הגוי גם היא אינה טענה דקי"לן הבא מכח הגוי אינו אלא לגריעותא לא למעליותא כמ"ש מר"ן סי' קנ"ד סעי' י"ח יע"ש ולא אמרינן הכא מכח הגוי למעליותא אלא היכא דמזיק ליה בידים דלאו כל כמיניה כמ"ש הסמ"ע יע"ש ועיין בסי' מ"ה ס"ק ל"ח בדברי הסמ"ע: ועוד לא אמרינן נמי אי שתקת שתקת וכו' דאין לו הנאה בחזרת החפץ והיכא דלית ליה הנאה לא אמרינן אי שתקת שתקת וכו' כמו שפסק הסמ"ע ז"ל סי' קי"ח סק"ה יע"ש ועיין בדברי מר"ן סימן קמ"ח ס"ב ודו"ק: הלכה י"ח כהן שראה אבידה בב"הק אינו מטמא להחזירה שבעת שקיים מ"ע של השבת אבידה מבטל עשה וכו' ועובר על ל"ת וכו' ולא אתי עשה ומבטל עול"ת ע"כ.

ברייתא בפ' אלו מציאות ובפרק כ"ג די"ח ת"ר והתעלמת וכו' הא כיצד כהן והיא בב"הק: ונ"ל דלא אצטריך קרא אלא לאחריני אבל לכהן בבי"הק לא אצטריך קרא דוהתעלמת דבלאו הכי לא מטמא מטעם דלא אתי עשה ודחי ל"ת ועשה כמ"ש רבי'. ועוד אפילו אי ליתי ביה אלא ל"ת גרידא לא אתי עשה דאבידה ודחי ליה משום דבעיד' דמעקר לאו לא מקיים עשה.

מיהו לזה יש לדחות דמשעת ביאה לבי"הק כיון דמתעסק מקרי בעידנא דומיא דמיל' בצרעת דאע"ג דקי"ל מל ולא פרע כאילו לא מל ואפ"ה מקרי בעידנא כיון דמתעסק: וה"המ ז"ל כתב ע"ד רבינו שאין אנו צריכים לכך דתפ"ל דבעידנא דעייל לבי"הק אכתי לא מקיים עשה ואין עשה דוחה לא תעשה אלא כגון כלאים בציצית ומילה בצרעת ע"כ.

וק"ל מי הגיד לו דדעת רבינו כדעתו דסבירא להו דבעידנא דעייל לבי"הק לא מקרי מקיים עשה דהשבת אבידה ודילמא רבינו ס"ל בעידנא דעייל מקרי מתחיל בעשה דהשבה דהא מילה דאמרי' בה דהוי בעידנא לא נתקיים עשה דמילה עד דפרע דקי"ל מל ולא פרע כאילו לא מל ואעפ"כ אמרי' דהוי בעידנא דמעקר לאו מקיים עשה ה"נ דכוותה ואע"פ דיש לחלק דלא דמי מ"מ מנ"ל דרבי' ס"ל כך דהא מצינו לכמה רבוותא דס"ל כן וחד מנייהו הנמק"י בפ' אלו דאית ליה אבידה בביה"ק מקרי בעידנא ולכך הוצרך לטעם דלא אתי עשה ודחי ל"ת ועשה: פרק י"ב ה"ח שיירה שהיתה הולכת במדבר ועמד עליה גייס וטרפה אם אינם יכולין להציל מידם ועמד אחד מהם והציל הציל לעצמו ואם יכולין וכו' ועמד וכו' אף על פי וכו' הציל לאמצע ועיין להרב המגיד ז"ל: וכתב מור"ם בח"מ סי' קפ"א ס"ב וז"ל ואם אמר שהציל לעצמו ואין לו עדים נשבע על כך ומחזיק לעצמו.

והש"ך ז"ל כתב וז"ל נשבע על כך וכו' שאמר לפניהם ע"כ כוונתו היא לומר עד שיאמר בפני העדים שהוא מציל לעצמו. ואם הלכו העדים למדינת הים או מתו ישבע שאמ' בפני העדים שאני מציל לעצמי ומחזיק לעצמו:אכן חמותי ואומר דמנין לו להש"ך לומר דצריך שיאמר בפני עדים.

שכך היא דעת מור"ם ומי הכריחו לזה דדברי המרדכי שממנו מקור דין זה הם כדברי מור"ם. ואם משום דנקט בלישניה ואם אמר שאמ' שהציל וכו' דמשמע שאמר כן בפיו ובשפתיו שהציל לעצמו.

ומי אמר לנו זה הם העדים. זה אינו דכוונת מור"ם היא דדברים שבלב אינם דברים עד שיוציא בפיו ובשפתיו שאני מציל לעצמי ולעולם בינו לבין עצמו עסקינן ונאמן בשבועה ואמאי צריך שיאמר בפני העדים: ושוב ראיתי להרב משנה למלך ז"ל שהביא בתוך דבריו דברי הש"ך ומתוך דבריו הוברר לנו טעמיה דהש"ך וז"ל ראיתי להרשב"א בתשו' סי' תתקל"ח על ראובן שהפקיד מעות לשמעון ונתעסק בהם והרויח וכו' ובא ראובן להוציא הפקדון מיד שמעון ותבע ממנו הריוח וכו' והשיב שנפקד זה מעשיו מוכיחין עליו שלצורך בע"ה מתעסק בהם וכו' אלא א"כ אומר לפני עדים לעצמי אני מתעסק.

וכאותה שאמרו בפ' הגוזל גבי שיירה שהיתה הולכת במדבר וה"נ דכוותה ע"כ להרשב"א ז"ל. וכתב הרב ונראה דס"ל להרשב"א בדין שיירה דאי ליכא עדי' אינו נאמן בשבוע'.

ומש"ה הצריך בנדון שלו שיאמר בפני עדים וכ"נ מתשובת הרשב"א שהביא מר"ן בב"י סי' קע"ו על שנים שהיה להם חוב א' וכו' אך המרדכי בשם ראבי"ה על דין זה דשיירה כתב דאם אין עדים נשבע וזוכה וכו' ולפי זה יש לתמוה על הרב המפה שבסי' קפ"א פסק שאם אמר שהציל לעצמו ואין לו עדים נאמן בשבוע' דמסתמו' דבריו נראה דלא בעי.

שיאמר לפני עדים וכו' וכן בסי' קע"ו סכ"ח כתב שהשותפים שהיה להם חוב אצל וכו' אם אמר לעצמי אני מציל הרי הוא שלו משמע דבאמירה לחודה בלא עדים סגי. ואילו בסי' רצ"ב ס"ז כתב ואם גילה דעתו שעסק לצורכו או במקום שאסור להשתמש שמסר

עסק לצורך בע"הפ אינו נאמן לעצמו עד שיאמר כן לפני עדים ודין זה מתשוב' הרשב"א הלזו וכו'.

וכמו שנראה מתשובת הרשב"א ז"ל שהביא הב"י בסימן קע"ו כנזכר. וא"כ מזכה שטרא לבי תרי דבסי' רצ"ב פסק כהרשב"א ובסי' קפ"א וסי' קע"ו פסק כהמרדכי: וראיתי להרב הש"ך שכתב בסי' קפ"א דנשבע שאמר לפניהם.

והשתא ניחא במה שפס' בסי' רצ"ב דבעי' שיאמר לפני עדים. ולא בעי' שיביא עדים על האמירה דנאמן בשבועה שאמ"כ בפ"ע.

אך מסתמיו' דבריו וממ"ש בסי' קע"ו נראה דס"ל דלא בעי שיאמר לפ"ע. וא"כ הדרא קושייא לדוכתה.

והנ"ל דס"ל למור"ם דהמרדכי יודה בנ"ד דהרשב"א דבעינן עדים. דשאני גבי שיירה דלא משווי עצמו רשע במה שטוען דהציל לעצמו כדי שלא להפסיד מעותיו וחולק שלא מדע' חבירו שנאמן בשבוע'.

אבל בנדון דהרשב"א שבטענתו נעשה גזלן לא מהימן דמשוי עצמו רשיע' עד שיביא עדים וחילוק זה חילקו הרב המפה כי היכי דלא לפלוג ראבי"ה והרשב"א ז"ל וס"ל דלעול' דהרשב"א מודה דבאמירה סגי בלא עדים. וההיא דהרשב"א דסי' קע"ו דהימניה משום מגו היינו לפוטרו מן השבועה וכו' ולעול' בלא מגו נאמן בשבועה עכ"ד בקיצור: ואני בעניי נ"ל אח"ה וסכ"ר ממכ"תר דלא יתכן לפרש פירושו בדברי הרשב"א ולומר דדעת הרשב"א בההיא דשיירה ודסי' קע"ו דסגי בלא עדים אלא באמירה ומודה לסברת המרדכי.

דהרי הרשב"א כתב בפי' בההיא תשו' אא"כ אומר לפני עדים וכאותה שאמרו גבי שיירה וה"נ דכוותה אלמא דס"ל להרשב"א בההיא דשיירה. וכן בההיא דסי' קע"ו ניחא מה שישיב כש"י דבעי מגו לפוט' משבועה מה יענה בתחי' דבריו דכת' הילכך אם קבל הפירעון בפ"עד ואמר בפ"עד לעצמי הם מפורש בדבריו עד שיאמר בפני עדים.

לכן נלע"ד דלעולם הרשב"א פליג אמרדכי ובעי בכולהו שיאמר לפני עדים וכמו שמוכח מדבריו ומור"ם בההיא דסי' קפ"א וסי' קע"ו בחר לפסוק הלכתא כמו סברת המרדכי אבל בההיא דסי' רצ"ב בחר בסברת הרשב"א משום דגילה דעתו שהוא מתעסק לצורך בע"הפ וכן במקום שאסור להשתמש בהם דמסתמא אמרי' אין אדם משים עצמו רשע ומתחילה לא נתעסק אלא בשביל בע"הפ והשתא הוא דאתרע חזקתי' משום חמדת הממון אחר שנתברר לו הריוח ולכך בעי עדים ולא מהימן בשבועה.

ואפשר דגם המרדכי יודה בדין זה. ודו"ק: הלכות חובל ומזיק פרק ו' ה"א המזיק ממון חייב לשלם נזק שלם בין שהיה שוגג בין שהיה אנוס וכו'.

נשאלתי לאשר (שאלוני ע"ע ראובן שהוזק על ידי הדיבור של שמעון הא כיצד שמעון הנז' היה עומד לפני שר העיר היא מתא תלמסאן יע"א ואמר לו השר הנזכר אתמול שלח לי האלב"אי יר"ה אגרת אחת וציוה עלי לחפש על גוי אחד שברח בגויה אחת והלכו

שניהם בדרך נסתר בלא ידיעת בעלה ולא הגיד לו כי בורח הוא וזרז אותי לאמר הזהר לחפש עליהם בחורין ובסדקין בכל מקום שידך מגעת ותשיבני דבר.

ועתה שמעון הדבר מוטל עליך תחפש שמא נכנסו לרחוב היהודים ותשאל לעברים אם יש להם ידיעה מזה והשיבני דבר והלך שמעון ושאל ליהודים כדבר השר וחזר אצלו ואמר לו אדוני הלכתי ושאלתי ליהודים ולא ענו אותי דבר באמר' שלא ראו ולא שמעו מזה. אבל אמרו לי שראו גויה אח' יוצאה מחצר ראובן והיא אשת בן פצ"א.

ובאותה שעה שלח השר אחר ראובן לתופסו במשמר ולא נמצא ושאל לשמעון הנז' אם יש עם ראובן בחצירו איזה בני אדם והשיב לו שיש לו אחיו ודודו קרובו. ושלח השר ותפסם ולקו בממונם וקנס אותם בסך חמשים גרוש'.

והוסיפו עוד השר ושלח ליחידי הקהל ואמר להם אע"פ שקנסתי אותם בזה הסך מוכרח אני לגלות אוזן האלב"אי להגיד לו המאורע הזה בשביל שיש לו בעיר שונאים וילשינו בי לאלב"אי. ועשה מה שזמם ושלח והגיד לו הכל ושלח האלב"אי ותפס לראובן הנז' ולקה במשמר וקנס לו סך מה ועמדו שני האנשים הנזכ' לפני די"ת שת"ת לפני שד"ר כמוה"ר שמואל אשכנזי ודייני מתא תלמסאן יע"א ופטרו לשמעון באומרם שלא נתכוון להזיק והן עתה ראובן נפשו לשאול הגיעה מה יהיה דינו עם שמעון אם פטור כדברי החכמי' הנזכרי' או יתחייב שמעון בהפסד הנז' יורינו המורה לצדקה ושכמ"ה: וזאת תשובתי ריש כל אתוון אציגה נא אתך דברירבינו ז"ל וז"ל המזיק ממון חבירו חייב לשלם בין שהיה שוגג בין שהיה אנוס הרי הוא כמזיד.

כיצד נפל מן הגג ושבר את הכלים חייב נזק שלם ע"ש. וכן פסק רבינו הטו"ר ומר"ן ז"ל בסי' שע"ח יע"ש הרי מפורש דחייב המזיק בין שוגג בין אנוס ואע"פ שלא נתכוון להזיק: אלא דאין הראיה מכרעת לנ"ד דיש לדחות ולומר דשאני התם דהזיק בגופו ממש.

ולכך מחייבינן ליה השוגג והאנוס כמזיד. אבל בנ"ד דלא עשה ההזק בגופו ממש כי אם בדיבורו שורת הדין נותנת דפטור על השוגג ועל האונס.

והעד על זה דהרי הרמב"ם ז"ל בריש פ"ח מה' הנזכ' פסק המוסר ממון חבירו ביד אנס חייב לשלם וכו' בד"א כשהראה מעצמו. אבל אם אנסוהו עד שהראה הרי זה פטור.

ואם נשא ונתן ביד אפי' אנסוהו חייב ופסק מר"ן בקצר כן בסימן שפ"ח: וקשה מ"ש המוסר בדיבור ממי שנ"ונ ביד דשניה' אנוסים נינהו ואמאי המוסר פטור והנ"ונ ביד חייב. ומוכרח אתה לומר דזה הזי' בגופו שנ"ון ביד ולכך אפילו אנוס חייב אבל המוסר דיבורא בעלמא הוא אם נאנס פטור.

ומהאונס אתה למד לשוגג ואמרי' דוקא נ"ון ביד אבל דיבורא בעלמא פטור: ובתירוץ זה יש לי לתרץ קושייא אחת דאמאי במסור האנוס פטור היכא דלא נש"ון בידו והא דינא דגרמי דינא הוא ולא קנסא לדעת הרמב"ם ומר"ן ז"ל כמו שפסק מר"ן בסימן ס"ו ובסימן שפ"ח ופסקה הרמב"ם בפ"א הנזכר וז"ל ואם מת גובה מן היורשי' יע"ש ואם קנסא הוא לא קנסי' בניו אחריו כמו שפסק מור"ם בסי' שפ"ח בשם י"א דדוקא אם עמד בדין וטעמו ז"ל משום דס"ל דד"ג קנסא הוא ולא קנסינן בניו אחריו כ"א כשעמד אביהם

בדין דכבר נשתעבדו נכסיו לו ולא ירתי להו כמ"ש הש"ך ז"ל וא"כ דאית להו די"דג דינא הוא א"כ אפילו אנוס יתחייב המוסר אע"פ שלא נ"ון ביד מאחר שדינא דגרמי דאורייתא כמ"ש הרמב"ם בריש פ"ו מה"מ וז"ל ומכה בהמה ישלמנה ולא חילק הכתוב בין שוגג למזיד: ובמאי דכתיבנ' ניחא דשאני הכא דלא הזיק בגופו ממש כ"א בדיבור.

ולכך הקילו בו כשהוא אנוס. ויכולני לומר דשוגג הרי הוא כאונס ופטור אדיבורא.

וכן ראיתי לה"המ בפ' הנז' שכתב ד"דג דינא הוא ולא קנסא וכן כתב רבינו האיי והרמב"ן והרשב"א יע"ש ועיין בב"י: אמנם אחר החיפוש ראיתי להרב הש"ך ז"ל בסימן שפ"ו ס"ק א' שהביא דברי הרמב"ן ז"ל וחייב השוגג אפילו אדיבור ולא פיטר כ"א האונס וז"ל והנה הרמב"ן בד"דג שלו כתב דד"דג חייב מדינא ולא קנסא.

ובמוחל ושורף שטר חבירו וכן בכל ד"דג חייב בנו לשלם. וכן אפילו בשוגג חייב יע"ש הרי הזכי' בלשונו הזהב המוחל שטרו וכו' דהוא דבורא בעלמא וכתב עליו דאפילו שוגג חייב וכן כלל גם כן גם המוסר בכלל דבריו שאמ' וכן כל ד"דג.

ובסי' הנז' ס"ק ו' כת' וז"ל כת' מהרש"ל דכל ד"דג פטרינן באונס. ומשמע התם דההיא שורף שטרות באונס פטורין אבל הרמב"ן לא כ"כ אלא דהמוס' והמוחל וכה"ג דבדיבורא בעלמא הקילו רבנן ולא עשו אונס כרצון אבל השורף שטרות באונס חייב דהא לאו מחילה היא.

ובסוף דבריו כתב שם והרמב"ם שמחייב בדי"דג שלו אף בשוגג היינו משום דס"ל דד"דג הוא דאורייתא יע"ש: הרי מפורש לפניך לדע' הרמב"ן ז"ל דאיכא חילוק בין שוגג לאונס ואף ע"פ שהיקלו בדיבור היינו לעניין אונס. אבל אם שגג חייב אף על פי שלא נתכוון להזיק.

וכן דעת מהרש"ל ז"ל כמו שכתב הש"ך לעיל דגם מהרש"ל ס"ל כהרמב"ם ז"ל היינו אכולא מלתא קאמר דהרי כולהו אית להו ד"דג דאורייתא כנזכר וכן יכולני לומר לדעת הרמב"ם ומר"ן ז"ל דאית להו די"דג דאורייתא כדעת הרמב"ן ז"ל דיש חילוק בין שוגג לאונס. וראיה לדבר מדלא הזכירו בלשונם הזהב כי אם האונס ולא הזכירו אם שגג כדי"ד כמ"ש בפ"ז מהלכות הנזכרי' וז"ל המזיק ממון חבירו היזק שאינו ניכר הרי זה פטור מדי"ת.

אבל חז"ל קנסוהו. וכתב שם בהלכה שלישית וכן המזיק היזק שאינו ניכר בשגגה או באונס פטור יע"ש ואמאי במסור לא נקט השוגג כ"א האונס כמו הכא בהיזק שאינו ניכר אלא ודאי בדוקא נקטו האונס אבל השוגג חייב דהו"ל לידע ולעיין בדבריו שמא תצא תקלה על ידו לחבירו והו"ל כמזיד ובפרט בזמן הזה במלכות קטיעה דידן שמבקשים עילה לגזול ולחמוס ממונם של ישראל ובריא הזיקה הוא דאמרינן ביה דהו"ל לידע.

ומכ"ש בנ"ד דיס"ל דפושע הוא וכונ' להזיק דמה לו להשיב על שלא שאלוהו: ועוד דאפי' לפ"ד שאמר דשגג ואין כוונתו להזיק אפ"ה חייב מדינא דקנסא דקנסינן שוגג אטו מזיד כמ"ש התוס' בשם הריצב"א והביא דבריו הרב"י ז"ל בסי' שפ"ו וז"ל ואפשר דבשוגג קנס ר"מ נמי כי היכי דקניס במטמא ובמדמע א' שוגג ואחד מזיד ע"כ ע"ש ואף ע"פ דדעת הריצבא ז"ל ס"ל ד"דג קנסא הוא ולא דינא ואנן קי"ל דדינא הוא ולא קנסא

מ"מ הדין דין אמת דקנסינן שוגג אטו מזיד כמ"ש: וכתב והא מטמא ומדמע פסק הרמב"ם דלא קנסינן שוגג אטו מזיד כנז' ודלא כר"מ.

וכן במסור שהוא ד"דג אמרינן דלא קנסינן וכו' ז"א דטעמא דמטמא ומדמע היינו משום דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק מדאורייתא אלא קנס' הוא ואפי' במזיד והילכך פסק דלא קנסי' משום דקנסא לקנס' לא קנסינן כר"י אבל בדי"דג דלאו קנסא הוא אלא דינא כנז' יודה רבי יהודה דקנסי' שוגג אטו מזיד.

ויכולני לומר היינו טעמא דלא הזכירו הרמב"ם ורבינו הטור ומר"ן ז"ל השוגג כ"א המזיד משום דאית להו קנסי' שוגג אטו מזיד משום דאית להו ד"דג דינא הוא ולא קנסא אבל בהיזק שאינו ניכר דאית להו קנסא ולא דינא נקרא שוגג כאונס משום דלא קנסינן קנסא לקנסא כר"י ולעולם יש חילוק בין שוגג לאונס.

ולא אמרינן דבכל דוכתא דפטור האונס פטר השוגג. אלא היכא דפירש בהדייא: ויש קצת ראיה לזה דיש חילוק בין שוגג לאונס ואפי' פטר האונס חייב על השוגג מהא דפסק רבי' הטור בשם אביו הרא"ש ז"ל ופסקו מר"ן ז"ל בסי' תכ"א ס"ג י"א דצער ריפוי ושבת חייב אפי' שלא בכוונ' ובלבד שלא יהיה אנוס ע"ש נמצא דיש חי' בין שוגג לאונס: ועוד יש לי ראיה ברורה ונכונה לדברינו לחייב השוגג ואפילו אדיבורא מדפסק הרי"ף ז"ל בפרק א' דיני ממונות דף רע"ו ע"א והביא דבריו הרבהסמ"ע סי' כ"ה וז"ל ואפי' לר"מ הרי אית ליה לר"מ ד"דג בדינא דנזיקי' הוא דאית ליה הכי אבל גבי דיינא לית ליה האי סברא.

דא"כ אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם יע"ש. ואם איתא דשוגג פטור אדיבורא למה הוצרך רבינו הרי"ף ז"ל לתת טעם לשבח משום דאין לך אדם שנעשה דיין תפוק לך דהו"ל שוגג ולא נתכוון להזיק אלא שטעה בדין כמ"ש בסימן הנזכר מר"ן יע"ש.

אלא דמוכרח אתה לומר דדעתו היא דמחייב השוגג אפילו אדיבורא ולא פטרי כ"א האונס. ודוקא לגבי דיינא הוא דפטר השוגג מטעם הנזכ'.

וכן משמע מדברי המלחמות שם דמוס' חייב אפילו לא נתכוון להזיק. ולא חי' בין נתכוון ללא נתכוון כ"א לגבי דיינא.

כמו שהזכיר הרי"ף והרמב"ם ומר"ן ז"ל בדין שאינו מומחה ולא קבלוהו עליהם וטעה שחייב לשלם מביתו משום דכוונתו להזיק מאחר דלא גמיר וסביר ונחית להו לדינא ה"ז כוונתו להזיק וחייב אבל בכד"דג חייב אפילו לא נתכוון ואפילו אדיבורא ולא הקילו כ"א גבי אונס: וראיתי להסמ"ע בסי' כ"ה ס"ק כ"ט כתב דדע' הרא"ש ז"ל דאפי' לענין דינא דייני' ד"דג אפילו לא נתכוון להזיק והיא סברת י"א שהביא מור"ם בסעיף ראשון.

ועוד ראיה אחרת לנ"ד ממה שפסק הרמב"ם ז"ל בה"ש בפ"י ה"ה וז"ל וכן המרא' דינר לשולחני ואמ"ל יפה וכו' אם בשכר חייב. ואם בחנם פטור.

והוא שהיה בקי ואינו צריך להתלמד יע"ש ופסקו רבי' הטור ומר"ן ז"ל בסי' ש"ו ס"ו יע"ש והא התם לא נתכוון להזיק בדיבוריה אלא שגג ואפי"ה פסקו דחייב לשלם מדינא

דגרמי: ואין לדחות ולומ' דשאני המראה דינר מאחר שהוא הדיוט הוי כמתכוין להזיק. ולכך חייב מד"דג דומייא דאינו גמיר וסביר ונחית להו לדינא דאמרי' ביה מתכוין להזיק מקרי: דשאני התם דאיהו נחית להו לדינא ולא גמ"וס לכך אמרינן ביה מתכוין להזיק אבל הכא במראה דינר לשולחני לא נחית ליה השולחני לבע"הד להראות לו הדינר אם טוב ואם רע אלא בע"הד בא אצלו להראות לו הדינר והו"ל כאילו קיבלו עליו דפטיר דייקא נמי דקתני המראה דינר לשולחני ושפיר אמרינן ביה דלא נתכוון להזיק: אלא דקש"ל הניח' לדעת רבינו הרי"ף ז"ל דאית ליה היכא דקבלוהו עלייהו אע"פ דלא גמ"וס וכן אם גמ"וס אע"פ דלא קבלוהו עלייהו אמרי' ביה דלא נתכוון להזיק ואינו חייב לשלם לכך הכא במראה דינר לשולחני לא מקרי מתכוון להזי' דהו"ל קבלוהו עלייהו אלא לדע' הרמב"ם ומר"ן ז"ל דפסקו בתרווייהו חייבי' לשלם מא"ל בשולחני.

וי"ל דאפי' לדעת' פטרי בשולח' דהרי לא חייבו דלא גמי"וס וקיבלוהו עלייהו משום מתכוין להזיק אלא מטעמא אחרינא כמ"ש הר"בי יע"ש: אי"נ דממראה דינא לא מקרי מתכוין להזיק שהרי כתב רבינו הטור ז"ל המראה דינר וכו' אם הוא אומן ובקי גדול ואינו צריך להתלמ' בחנם פטור. ובשכר חייב.

וכת' הר"בי ז"ל כמו ניבו ואיסור שהוזכרו בש"ס וכן הרמב"ם ומר"ן ז"ל ס"ל כדעת הטור והיינו דנקטי בלישנייהו ואינו צריך להתלמד כלל. ור"ל שהוא אומן ובקי גדול וא"צ להתלמד אלא דקצרו בלשונם.

דוק מינה במי שהוא אומן ואינו בקי גדול חייב לשלם אפילו בחנם. והשתא דאמרינן במי שהוא אומן אלא שאינו בקי גדול חייב לשלם לא מקרי מתכוין להזיק.

דהא סמך על בקי' וקרינן ביה דהא גמי"וס ואפ"ה חייב היינו משלם דאדם מועד בדינא דגרמי ואפי' אדיבורא: וא"ת והרי רבינו הטור כתב בשם בע"הת ופסקה מר"ן בשולחנו הטהור סי' ס"ו ס' כ"ג וז"ל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול וכו' ומיהו אין היורש יכול למחול לעצמו וכו' לא יאמר הבן הואיל ואני יורש החזקתי למחול לעצמי ואין לי לשלם מד"דג שאני לא נתכונתי להזיק ללוקח אלא לפטור את עצמי יע"ש ומדקאמר שאני לא נתכונתי להזיק.

משמע ד"דג אינו מתחייב אלא עד שיכוין להזיק כמו המוחל שט"ח לאיניש דעלמא דלית ליה רווחא ותגדל התימא ממ"ש הסמ"ע ס"ק נ"ט וז"ל דאילו הוה מצי מחיל לעצמו לא היה משל' כלום. מטעם שכתב דאין כונ' להזיק.

משמע דהכל תלוי בכוונה ולא מחייב אדיבורא עד שיכוין להזיק: וי"ל דכונתו לומר מאחר דאין כונתו להזיק. ועוד דמרויח דמי החוב משום כך פטור מדי"דג מחמת התועלת שיש לו.

והיינו כונת הסמ"ע שכת' דאין בה להזיק ר"ל כ"א להרויח. אבל לעולם היכא דליכא ריוחה אפי' לא לא נתכוון חייב כדכתיבנא.

א"נ דכוונתו לומר דאין יכול היורש לומר כן משום דחייב מדי"דג אף ע"פ שלא נתכוון להזיק אלא דמדברי הסמ"ע לא משמ' כן ודו"ק: ולא עוד אלא דיש לנו ראיה מהתם לדברינו ממ"ש מר"ן וימ"ש ואומר אף לעצמו יכול למחול וס' זו פסקה מר"ן בש"הט

בטור א"הע והביאה בסתם בלא שום חולק וכתב הש"ך דס' זו היא העיקר מדפסקה מר"ן בסתם.

וכתב הסמ"ע ס"ק ס' די"א הללו ס"ל דצריך לשלם ללוקח אף ע"ג דאין כונתו להזיק וכן כתב הש"ך דצריך לש' מדי"דג יע"ש וכמ"ש מדברי הרב בית שמואל בא"הע ס"ק ט"ו וכן משמע מדברי הרב ח"מ ס"ק י"ח. הרי מפורש לפניך דאפילו לא נתכוון להזיק ולא עוד אלא דאפילו יש לו תועלת חייב לשלם מדי' דגרמי יע"ש: אבל קש"ל על דברי הש"ך ס"ק פ"ב דכתב דכל היכא דחייב מדי"דג חייב אפילו לא כיוון להזיק וכדמוכח בש"ס ובפוסק' בכמה דוכתי יע"ש והרי לקמן בסי' שפ"ו ס"ק א' כתב דד"דג קנסא ולא מדינא.

והביא כמה פוסקים דס"ל כך וכן העלה להלכה. ובס"ק ו' כתב ומיהו לפי מה שהעלתי בס"ק א' דכל די"דג אינו אלא לקנסא דרב' פטור וכו' וכן אם היה שוגג נמי פטו' כמו מטמא וכו' יע"ש.

הרי ס"ל דהיכא דלא כיוון פטור מדי"דג ואפי' השורף שט"ח של חבירו דעביד מעשה בידים קאמר דפטור מטעם דלא כיוון. והכא במוחל שט"ח דבדיבור בעלמא קאמר דחייב דכל היכא דחייב מדי"דג אפי' לא כיוון: ואין לומר דלסברת יש מ"ש קאמר ואיהו לא ס"ל הכי דהא קאמר דכל היכא דחייב מדי"דג אפי' לא כיוון.

כמ"ש כללא כייל ודינא קמ"לן. ועוד דהא בס"ק פ"א השיב על הסמ"ע דכתב יע"ש הללו ס"ל דצריך לשלם וכת' עליו איהו דאינו מוכרח.

והביא ראיה הפך הסמ"ע. דאדרבא יש מהחולקים אלו דס"ל דפטורלשלם ובס"ק פ"ב בא להשמיענו דאין הדין כך אלא העיקר דחייב לשלם מדי"דג.

א"כ קשו דבריו אהדדי. וכעת צל"ע: ולפי החי' שחלקנו לעיל יתיישב על נכון מה שפס' מור"ם לקמן בסי' שפ"ח ס"ה וז"ל מ"מ אין לו דין מסור וכו' דלא מקרי מסור אלא במתכוין להזיק אבל לא במתכוין להוציא את שלו וי"ח וס"ל דמקרי מסור וחייב לשלם לו כל הזיקו.

דכוונתו לומ' דמחמ' שנתכוון להוציא את שלו ולא נתכוון להזיק דאיכא תרתי. אבל היכא דליכא תועלת אפי' לא נתכוון להזיק חייב: ועוד אפשר לומר דסברא זו היא סברת רבי אליעזר כמו שהובא במרדכי יע"ש ואיפשר דס"ל דדי"דג קנסא ולכך בעי' עד שיתכוון כמ"ש הש"ך לעיל סימן שפ"ו אבל ליש חולקים אית להו אע"פ שנתכוון להוציא את שלו יש לו דין מסור מטע' דבריא הזי' וסברא זו היא סברת מהר"ם ז"ל ואית ליה אפי' נתכוון להנאתו יש לו דין מסור כמ"ש בתה"מי ובמקור דין זה ע"ש: ולכאורה י"ל דבנ"ד מקרי הזיק בידים משום דמוס' את גופו ולא ממונו כמ"ש מור"ם בסי' שפ"ח סעי' ז' וז"ל וכל זה במוסר ממונו אבל במוסר גופו הנמסר נשבע ונוטל.

וכן אם גרם לו תפיסה דהוי כמזי' בידים וצריך לשלם לו כל הזיקו. וכמו לענין תקנת נגזל חשבינן ליה כמזיק בידי' ונשבע ונוטל מאחר שמסר גופו.

אף אני אביא בנ"ד מאחר שמסר גופו חשבינן ליה כמזיק בידים ולא דיבורא הוא וכו': ומיהו יש לדחות דדוקא התם דנתכוון להזיק אם הוא בגופו חשיב ליה כאילו מזיקו בידים. אבל בנ"ד דלא נתכוון להזיק אפי' גרם ליה תפיס' בגופו לא חשיב ליה מזיק בידים אם כן מהכא ליכא ראיה וחיובו הוא ממה שכתבנו לעיל כנזכר: אלא דעדין יש לבע"ד לחלוק ולומר דכל הראיות שכתבנו הם בריא היזקא ואע"פ שלא נתכוון להזי' אבל בנ"ד איכא למימר דלאו בריא היזק' א"א דאין לך בריא היזיקא יותר מענין זה מאחר שהגיד לו שגויה אחת יצאה מבית ראובן והיא אשת גוי גדול והיא מקושטת בכל מיני קשוטין וסוד גוים עריות ובפרט בזמן הזה שהכבידו עלינו את עולם והם מחפשי' בחורין ובסדקין לבקש עילה לאבד ממונם של ישראל לחמוס ולגזול ממונם ובפרט בעידן רתחא ששלח האלב"אי יר"ה ואמר לו תבקש ברחובות היהודים עכשיו יש לאל ידו לעשות כל מה שלבו חפץ ומקרי בריא היזיקה כמ"ש במרדכי בשלהי ב"ק וכן בתשובו' מימוניות סי' י"ד על אחד שרצה להכריח חבירו ישראל שיעשה לו דין בעכו"ם וכאשר רצו לתופשו ולא רצה להניח עצמו הכהו עד שהרגו ודן מהר"ם על התובע כל דין רוצח וכאילו הרגו בידים משום דבריא הזיקא.

ואפי' לא נתכוון זה כ"א לכופו למשפט ולא להיזק וטעמו כי הערלים שמחים לאיד ישראל וישראל עם א"הע דומים לתוא מכמר מה התוא כיון שנפל למכמר שוב אין מרחמים עליו כך ממונם של ישראל כיון שנפל ליד גוים לא אחי ולא מרחמי ואף על פי דכמה פעמים הולכים אצל השררה כדי שיכריחו בע"ד למשפט ואינו יוצא לבע"ד שום היזק אית ליה למהר"ם בריא היזקא ולא סמכינן אניסא משום דאין מרחמים על ממונם של ישראל וכ"ש בנ"ד שעושים כסא וסמוכות שלו ודורשים אותה לגנאי כדרכם וכעלילותם והיא אשת גדולים והוא אמר לו אשת פלוני והיא ידועה מקרי בריא היזקא בכל עת ויש לו דין מסור דמי הרשהו לומר לשר גויה פלונית היתה בחצרו של ראובן דאין לו שום תועלת דאפילו בנדון של מהר"ם דיש לו תועלת כתב עליו דמי הרשהו לילך לשר להכריחו מכ"ש בנ"ד ובזמן הזה דאין לך יום שאין קללתו מרובה מחבירו וכן הכריע הש"ך כסברת מהר"ם משום דרבים קיימי בשיטתיה.

אבל הסברא א' היא סברת ר' אליעזר היא סברא יחידאה יע"ש: כלל העולה מכל מאי דכתיבנא. ששמעון הנזכר חייב בכל ההפסד שהפסידו לראובן הנז' ואפי' לפי דבריו שאמר שלא נתכוון להזיק משום דאמרינן אדם מועד לעולם אפילו אדיבורא והוא בריא הזיקא ואין לו פיטור אלא על האונס.

ושמעון זה מקרי ברצון דגר' הוא ממ"ש הרמב"ם בפ"א מה' ח"ומ ופסקו מר"ן ז"ל בסימן שפ"ח וז"ל הרי שגזר המלך להביא לו יין או תבן ועמד המוסר ואמר הרי יש לפ' אוצר יין ותבן והלכו ולקחוהו חייב לשלם. ובנ"ד לא גזר עליו שום גזירה כ"א ביקש ממנו לחפש אחר הגוי הנז' והוא הוסיף על חטאתו פשע שהשיב לו על שלא שאלו.

דבר זה פשוט הוא ששמעון חייב הוא בכל ההפסד כאמור ולית נגר דיפרקיניה דיש לו דין מזיק לכל דבר דלא נתמע' המסו' משאר מזיק כ"א לענין האונס כמ"ש רבי' הטור המוסר ממון חבירו דינו כשאר מזיק לכל דבר ולא מיעט כ"א האונס. זהו מה שנלע"ד לפי השאלה וה' יצילני משגיאו' ויראינו מתורתו נפלאות וינחנו במעגלי הצדק והאמת:

ואחר סמוך הלך ראובן הנז' למתא הנז' והראה הפסק דין זה לשד"ר ודייני מתא הנז' והיו מהעלומי העין ולא השיבו על דברי אלו כלום ואמרו לו עדיין עומדים הם בדבורם לפטור את שמעון וכתבו לו פס"ד בידו לפטור את שמעון כדי שילך לשאול לבעלי ההוראה והראני ראובן פסק דין הנז' והוא הפך דברי.

וזה מה שהורוני מן השמים להשיב על דבריהם וזה החל"י בס"ד: ראיתי להפוס' הנז' דכתבו וז"ל והנה בנ"ד לפי סברת הרא"ש וסיע' לא הוי אלא גר"בן כי מ"ש לשר גויה אחרת נכנסה לאכול ולשתות לא דמי לאחווי אחווי כלל דהתם עשה מעשה בגוף הממון מה שא"ך הכא וכו' דלא אחוי ליה מידי ע"כ: ואחזה אנכי הצעיר קשות בדבריהם דכתבו דלא עשה מעשה בגוף הממון דלא אחוי ליה מידי.

המעט מהם דאחווי ליה גופיה וגרם לו תפיסה ואין לך עושה מעשה בגוף הממון יותר מזה ועדיף טפי דמקרי מזיק בידים כמ"ש המרדכי פרק הגוזל עצים ופסקה מרן סימן שפ"ח וז"ל כ"ז במוסר ממון אבל מסר גופו של חבירו וכו' וכן אם גרם לו תפיסה דהוי כמזי' בידים יע"ש ואפילו להש"ך דפליג בס"ק ל"ז היינו לעניין דלא לשוויי' עדיף ממוסר ממון חבירו אבל למגר' כחיה ולומר דלא עשה מעשה בגוף הממון דלא אחווי ליה מידי ליתא לכל הפוסקי' קמאי ובתראי.

ועוד דלפי דבריהם יצא לנו דין מחודש דמי שהלשין בחבירו וגרם לו תפיסה אמרינן דגר"בן הוא ופטור משום דלא עשה מעש' בגוף הממון ולא אחוי ליה מידי. כי תימא זה לא יעלה על הדעת דבכל פסקי קמאי ובתראי כולם כאחד עונים ואומרים דמי שהלשין בחבירו וגרם לותפיסה חייב מדי"דג.

ולמפורס' אינם צריכות ראיה וכדי להגדיל תורה ויאדיר ולהפיס דעת הפוסקים הי"ו אציגה לפניהם מקצת ראיות מדברי רבותינו. חדא מהא דכתיבנ' לעיל דגופו טפי מממונו מדברי המרדכי כנז'.

ועוד איתא בתשובות מימו' סדר נזיקין סימן י"ד דכתב על אחד שרצה להכריח את חבירו לדין וגרם לו שנהרג ודן אותו כרוצח וכתבתי דבריו לעיל יע"ש ועיין בסמ"ע סי' שפ"ח ס"ק י"ז ועיין עוד בש"ך בסימן הנז' בדברי מהרש"ל ומהרי"ל שם ועיין עוד בדברי מד"ן בסי' הנז' ס"י וז"ל מותר להרוג וכו' הריני מוסר פלוני בגופו או בממונו וכו' ע"ש בשנים הכתוב מדבר דנקר' מסור.

וכתב הסמ"ע שם ס"ק כ"ט ד"ה בגופו וכו' אף דאינו מזיק ממון חבירו בידים גרם מזיק וכו' ע"ש. וכן כתב מור"ם סע"ב מי שרוצה לברוח ולא לשלם לכתחיל' וכו' ואם גקם לו היזק חייב לשלם לו מה שגרם וכו'.

והתם מה אחווי אחווי ליה מידי ומה עשה בגוף ממון חבירו עד שיתחייב לשלם אלא מוכרח אתה לומר דבכל גוונא דמסר בין גופו בין ממונו אמרי' אחווי אחווי ליה וכמאן דקליה דמי משום דהאומות מבקשים עילה על ממונם של ישראל עלילות ברשע לגזול ממונם ואין מרח' עליהם דדמו לתוא מכמר וכו': עוד כתבו החכמים הפוסקים הנז' ועוד לא נעשה ההיזק בשעת מעש' וכו' לאחר שדיבר דברים אלו העליל עליו השר וכו' ע"כ.

ולא ידעתי דאמאי לא הוקשה לו הדבר על המוסר ממון חבירו דגם הוא לא גרם לו ההיזק בשעת מעשה אלא לאחר גמר דבריו העליל עליו השר. אלא מה אית לך למימר דמאותה שעה חשיב דקליה דמי.

כך ב"נד קרי עליו דנעשה ההיזק בשעת מעשה וכמאן דקליה דמי: עוד כתבו הפוסקים הנז' ועוד לפי דברי שמעון הנז' לא נתכוון להזיק וכו' ע"כ והנה חזות קשה ראיתי בדבריהם וכו' הנזקים תלוים בכולה והא קימ"ל אדם מועד לעולם וכו' ומה יענה במראה דינר לשולחני וכו' וכן דן את הדין לדע' הרא"ש והטור וכדומה ואם כוונתו לומ' מאח' דלאו בריא היזק' והוא לא נתכוון לא היה לו לומר אלא לאו בריא היזקא ותו לא.

אבל : הכוונה אינה מעלה ואינה מורדת: איברא דחכמים הפוסקי' הנז' סמכו על דברי רבינו הרשב"ש שהביאו דלא מקרי די"דג וחייב כ"א בכוונתו להזיק. ולעת כזאת אין ספר הרשב"ש מצוי בידינו לשאת ולתת בדבריו ואפשר דרוח אחרת אתו | אליבא דלא כהלכתא: גם מ"ש ולא בריא היזקה כלל דדרך הערביי' ליכנס בבתי ישראל ואין פוצה פיו ומצפצף וכו' ע"כ.

האמ' אתם אבל לא כל הערביים שוים ולא צדקו דבריה' כ"א באשות הערביים שהם דלים ואביונים וקרעים מלבושם וכל רואיהם יאמרו הלא המה מבקשים לחם מבית היהודים להחיות את נפשם ולית בהו משום חשדא הן מצד הכיעור הן מצד המלבוש. אבל לא באשות הנכרים בעלי הצורה והם מגדולי המלכו' והם מלובשי' שש ומשי ורקמ' וכיחול ופרקוס דקלא אית לה וברי' היזק' טפי.

ובפרט בעת כזאת ששלח לו האלב"אי יר"ה לבקש לו על אשה כמותה ויאמר כמו שזאת היא היתה נחבאת בבית היהודים גם הגויה האחת היא עדין בבית היהודי' וזה דרכם וצריך לתת שבח ליוצר ב"ה שעשה עמו נס ולא לקה כ"א בממונו וכמע' שהיה מתחיי' בנפשו דהש' ימצא פתחון פה להלשין טפי ואע"פ דאין דרכו להקפיד על זה ובריא היזקא הוא והוה ליה לידע.

וכן שמעתי באומרי' לי שכך דיבר השר שדר' הערביי' ליכנ' למקומו' היהודי' הם פחותי הערך הבזויי' והדלים לא אשה כמות זו מגדולי המלכות מקושטת בכחול ופרקוס וכאלה רבות והגדיל המדורה ודרשה לגנאי כדרכם וכעלילותם: עוד כתבו והאמת יורה דרכו דשמעון הנז' פטור אפילו לדעת הרמב"ם דמחייב גר"בן.

היינו דוקא דומיא דהזור' כלי מראש הגג וכו' דמ"מ הא עשה מעשה בידים וגם הוי קצת בריא היזק' וכו' והביאו ראיה מדברי הרמב"ם דפט' בהמשסה כלבו של חבירו בחבירו וכן הכופף קומתו של חבירו דפטר הרמב"ם וכו' ע"כ. אין דבריהם מחוורין בעיני דבין להרמב"ם והרא"ש והטור כולהו לא בעו דיעביד מעשה בידים אלא אם בא ההיזק מכוחו חייב אפי' לא עשה מעשה בידים דומייא דמראה דינר וכו' וכן מדן את הדין אפי' לא נשא ונתן ביד חייב לסברת הרא"ש והטור.

ומה שפטר הרמב"ם היכא דלא נ"ון ביד הוא מטעמא אחרינא דס"ל כהרי"ף כמ"ש הסמ"ע סי' כ"ה יע"ש וטעמ' בהמשסה ובהכופף משום דההיזק לא בא מכוחו אלא מכח

רוח שאינה מצויה והראיה דברוח מצויה חייב. וכן המשסה מקרי שלא מכחו מטעם דלפעמים אפי' אינו משסה מזיק ולפעמים אפילו משסה אינו מזיק.

וכמ"ש הכ"מ בה' נ"מ פרק ז' ד"ה לבה ולבתו הרוח וכו' מי שעשה גורן בתוך שלו וכו' אם הוליך הרוח המצוי' המוץ והעפר והזיק' פטור שהרו' הוא שסייע ואין נזק בא מכחו ע"ש ועוד דהכופף עשה מעשה בידים ואמאי פטר הרמב"ם לפי דבריהם. ועוד דמצי' כמה דברים דלא עביד מעשה בידים וחייב בהם הרמב"ם ז"ל כגון נתייאש ממנה ולא גדרה וכגון דמחוי אחוויי.

אלא העיקר כדכתיבנא דכל שבא מכחו אפילו לא עשה בידים חייב לאפוקי כשלא בא מכחו כנז' או כשולח הבערה ביד חש"ו. ואל תשיבני מהמבעיית את חבירו וכדומה משום דאיהו אבעית את נפשיה ולא נגע בו ואף על פי שהחכמים הנזכרים נסתייעו מדברי מוהר"ם אלשיך בתשו'.

מ"מ הוא לא החליט הדבר. וגם אני לא ידעתי דבריו אהיכא קאי הנדון דידיה ואין תשובותיו אתנו לידע דבריו ולישבם אלא דמתוך דבריו דכתב דהויא ליה לאסוקי אדעתיה דכרים וכסתות לאו דוכתייהו בארעא וכו' וכוונתו לומר דמקרי בריא היזק' נלמד מדבריו דמכ"ש לנ"דד דמקרי בריא היזקא.

ואפש' לי לישב דבריו ולומר דכוונ' מוהר"ם אלשיך היא לא כמו שסו' הח' הפו' דבעי' תרתי דמזיק בידים ובריא היזקא קצת. דזה לא יעלה על הדעת כדכתיבנא ואפי' להרא"ש וסיעתיה דמחלקים בין גר"בן לדי"דג אלא כוונתו לומר אמאי חייב הרמב"ם להזורק כר"וכ מראש הגג והא אין ההיזק בא מכחו דאינו נשבר ע"ג כר"וכ והוצרך לומר מאחר דמזיק בידים אע"פ דלאו בריא היזק' חייב אי נמי דהו"ל לאסיק אדעתיה דכ"וכ לאו דוכתייהו בארעא והו"ל בריא היזקא ולאו טעמא דאפי' לא הזיק בידי' ולא כמו דעת הפוסקי' שהבינו בדעת מוהר"ם דבעי תרתי וממילא פטר המוסר לעולם זה מה שנראה לי פשוט בדברי מוהר"ם אע"פ שאין תשובו' אצלי מצויים: גם כתבו החכמים הפוס' עוד נראה להפך בזכות שמעון הנז' מהטעם שטען כי לא כוונתי להזיקומפחדי מהשר להכחיש את דבריו הגדתי האמת ודאי טענה אלימתא מתרי טעמי חדא דלא נתכוון להזיק אלא להציל את עצמו לית ליה דינא דמסור כמ"ש מור"ם סי' שפ"ח דלא מקרי מסור אלא במתכוין להזיק לא במתכוין להציל את שלו וכו' ע"כ.

ואשתומ' כשעה חדא על דברים אלו דאם כוונתם וטעמם העיקרי הוא משום דלא נתכוון להזיק אין בטענה זו ממש כדכתיבנא לעיל ואם טעם כעיקר הוא משו' דכוונתו להצי' את עצמו לא ידעי' מי הכניסו עד שיצא וכי הוא שומר הפתח מינהו שר העיר לראות מי יכנס ומי יצא. ואינו אלא שליח ששלחו לראות אם נכנסה הגויה לחומת היהודים ולא שלחו על הגויה הנז' אלא על גויה אחרת.

והו"ל להשיב לו שאלתי כל עוברי דרך ולא הגידו לי מענין הגויה הנז' ואין עליו שום שליטה מהשר משום מלתא דלא רמיא עליה ומהו האונס שאנסו השר דלא אנסו לא לענין גופו ולא לענין ממונו עד שנא' שהציל את עצמו. ואפילו לדברי שמעון הנזכר לא יש שום אונס כי השר אמר לו עליך רמי לחפש לי על גויה הנכנסה לרחוב היהודים.

ודברים כדנא לא מקרי אונס. ולא מקרי אונס כ"א הכאות ויסורין או הפחידו בדבר דבידו למעבד או אונס ממון אע"ג דאית להו לקצת רבוותא דאונס ממון לא מקרי אונס כמ"ש מור"ם סי' שפ"ח ע"ש בנ"ד ליכא שום אונס כלל.

ועוד דבנ"ד אפי' אנסו באמת חייב דקרינן ביה מציל עצמו בממון חבירו דקי"ל דלא מקרי אונס אלא אם אנסוהו להראות ממון פלוני או סתם כדמשמ' מדברי מר"ן בסי' הנז' אבל אם אכסוהו להראות את שלו או של חבירו פלוני בפירוש והראה של חבירו אחר מקרי מציל עצמו בממון חבירו דליכא שום שנוי בין אם אנסוהו להראות שלו והראה של חבירו או להראות של חבירו והראה של חבירו אחר דהכל דבר אחד דלא מעיט מר"ן כ"א באנסו' ואמרו לו ממון סתם.

דאם לא כן לישמועי' רבותא דבאנסוהו להראות ממון זה והראה ממון זה דפטור ומכ"ש בממון סתם. אלא ודאי דלא פטרו אנוס כ"א בממון סתם א"כ בנ"ד דאנסוהו על גויה אחרת והראה להם גויה שנכנסה לבית ראובן מקרי מציל עצמו בממון חבירו אפי' הוא אנוס.

והשתא הדרא קושייא לדוכתה מאי ראיה מביאי' החכמים הפוסקים מדברי מור"ם מאי דמוי איכא מדברי מור"ם לנ"ד. ולא ידעתי למה ברחו למרחקי' והרחיקו עדיה' והביאו ראיות דלא כעניין והעלימו העין מדיני מסור שהוא מענין ל"נד והכחידוהו תחת לשונם.

ודין גרמ"א שכתבו מה שכתבו ואם כל מגמתם וטעמם הוא דקא סמכי על עמוד א' והוא דלאו בריא היזקא כדמש' מלשונם דבה סלקי ובה נחתי. למה מטריחים קולמוס' קסת נחו' במקו' שאמרו לקצר אינו רשאי להאריך ולהרחיב בדברים בלי צורך ז ועוד דבריהם סותרים זה לזה דכתבו בנ"ד דלא עשה מעשה בידים ותו לאו בריא הזיקא כלל דלא אסיק אדעתיה שהשר יעליל עליו על דבר זה עכ"ל דמתחילה כתבו לאו בריא היזיקא משמע דדבר פשוט הוא לעין כל.

ובסוף דברי' דכתבו לא אסיק אדעתיה משמע דתלוי הדבר בו אם אסיק אדעתיה מקרי בריא היזיקא ואם לאו לא מקרי בריא היזקא ואפילו לעין כל בריא הזיקא. ולאו מלתא היא דאין הדבר תלוי בו כדכתי' אדם מועד וכו': גם מה שהביאו ראיה מדברי מ"ג לעת כזאת לא ידעתי מה להשי' על דבריו דאין הספר מצוי אצלנו וגם הנ"ד לא הזכירוהו החכמים הפוסקים בכתב קודשם.

גם מ"ש ראיה מדברי הרשב"א ז"ל אין ראייתם מכרח' דאין הנדון דומה לראיה דהתם לא עבדו ולא מידי בין בידם בין בדיבורם. אבל בנ"ד עשה דבר שיתחייב בו מצד הדין דדין מסור יש לו דבריא הזיקא כאמור: עוד כתבו נראה לנו עוד לרווחא דמלתא לפטור שמעון הנז' במה שטען שכבר נתפייס השר ושתק ע"י הסך שנתנו לו הקהל בתחי' וכל מה שהפסיד שמעון הנז' הוא הפסיד אנפשיה בהליכתו לאלב"אי בלי ידיעת השר.

דהן לא יהא אלא ספק נתפייס או לא נתפייס הו"ל שמעון הנז' מוחזק והלכה רווחת היא דהמע"ה וכמ"ש הש"ך בסימן שפ"ח ס"ק מ"א יע"ש ע"כ. ולא ידעתי מאי ראיה מביא מדברי הש"ך דהוא עצמו כתב אם ספק נפטר ממסירה ראשונה או לאו אין מוציאין מן האחרון מספק וא' חייב וא"ת אמאי מוציאין מן א' מספק אלא מוכרח אתה לומר דתלינן

קלקלה במקולקל ולא מקרי ספק אלא לגבי אחרון ולא לגבי ראשון ועוד יש עדיפות אחרת בנ"ד דלא מצא השר עילה על ראובן כ"א המסירות שמסרו שמעון ובעת שהלשין עליו לאלב"אי לא בא עליו כ"א בעלילה הזאת במסירה ראשונה שמס' שמעון ואילולי המסי' של שמעון לא יש לו כח להשר להלשין עליו אפי' הלך שלא כרצונו וקרינן ביה ודאי לא נתפש כ"א ממסי' הראשונה ודו"ק: ומעתה רמייא עלי לפרש דברי הש"ך שכת' בסי' שפ"ו דדעת מר"ן ז"ל כסברת רוב הפוס' דס"ל לחלק בין די"דג לגר"בן וכת' להוכיח מן הרשו' בכתב ריש הסי' שכתב ורשם שפי' חילוק שבין די"דג לגר"בן וכתבו עליו החכ' הפו' הנז' אנן בעניותי' לא זכינו להבין הוכחה זו ע"כ: ואנא בס"ד נרלע"ד לפרש דבריו דמה שכתב וגם מלשון המחבר מה שרשם בתחי' הסי' ממה שמדבר הסי' נראה כן וכו' כונתו לומ' ממה שרשם בתחי' הסי' וכתב זה הלשון קי"לן כר"מ דד"דג כלשון הטור ולא כתב סתם כל הגורם להזיק כלשון הרמב"ם דמ"ש דכייל בין די"דג ובין גרמ"בן.

מוכרח אתה לומר דדעתו כדע' הטור דמחלק בין די"דג ובין גרמ"בן. ואע"פי שהזכיר מר"ן בלשונו הזהב הדוחף מטבע והפוחת והני לדעת הטור גר"בן נינהו בהני פליג על הטור ואומר ד"דג נינהו וכמ"ש הע"ש והביא דבריו הש"ך בסעי' הנז' ועוד ממה שמדבר הסי' וכו' ר"ל ממה שהזכיר הני דוקא ולא הזכיר אחריני דהם גר"בן נראה כן שהמחבר ס"ל דיש חי' בין די"דג ובין גר"בן וזהו כוונת הש"ך שכתב שפירש חילוק שבין די"דג ובין גר"בן.

ודו"ק: פרק ח' ה"ו מי שנתפס על חבירו ולקחו עכו"ם ממון ממנו בגלל חבירו אין חבירו חייב לשלם וכו' והוא שיקחו ממנו בפי' בגלל פ' בפני עדים ע"כ ועיין לה"המ ז"ל. נשאלתי ללי שאלו ע"ע ראובן שהלך עם שמעון ללוות מעות לצרכו מעכו"ם ולא הלך ראובן עמו אלא לצוותא בעלמא ואחרי מופלג ירד שמעון מנכסיו ולא מצא העכו"ם נכסים לגבות מהם חובו ותבע לראובן לפרוע חובו באמור אליו ששניכם באתם אצלי והלוותי לכם ויש לי רשות לגבות חובי ממי שארצה מכם ועמד ראובן עם הגוי לפני הערכאו' ונצח העכו"ם לראובן בדיניהם ויצא ראובן חייב בדינו באמרמאליו שחייב מאחר שהיית עמו בשע' ההלואה ועליו קא סמיך ונעשו ערבים ז"לז ויש לו יד לגבות חובו ממנו ואחר שנתחייב ראו' בדיניהם וראה צרתו צרה תבע לשמעון לשלם לו כדי לפרוע לעכו"ם ויען ראובן לאמר דלית ליה עכשיו כלום שהרי ידוע לכל שער עמי דלית לי מגרמי כלום ואין לאל ידי לפרוע לך החוב הנז' והריני מחוייב לך עד שירחמו עלי מן הש' ועלי רמי לפרוע לך כל מה שפרעת לעכו"ם בשבילי ונתחיי' בקו"ח בשטר ואחר כתיבת השטר בא שמעון לערער על ראובן ואמר לו דקנין טעות הוא שאני סברתי דחייב בדין ועכשיו שאלתי ואמרו לי שאני פטור מן הדין ועתה נפשי לשאול הגיעה איך שורת הדין נותנת יורינו המורה לצדקה ושכמ"ה: תשובה מראש מקדמי אר"ש את קס'תי נתתי עינים לראו' אם שורת הדין נותנת לחייב שמעון הנז' בסך הנז' קודם החיוב או לא דאמר' מבריח אריה בעלמא ופטור או חייב בלא חיוב שנתחייב.

ע"כ צריך לי להאריך קצת בדברי הפוסקים לידע איך שורת הדין נותנת ואחזה אנכי לרבינו בה' ח"ומ פרק ח' ה"ו שכתב וז"ל מי שנתפס על חבירו ולקחו גויים ממנו בגלל

חבירו אין חבירו חייב לשל'. אין לך מי שנתפס על חבירו וחיי' לשל' חוץ מן הנתפס מפני המס קצוב על כל איש ואיש בכל שנה או הנתפס על התשורה וכו' והוא שיקחו ממנו בפי' בגלל פ' בפני עדים: וכתב עליו ה"המ וז"ל ופ' ארנון ארנונא האמור בגמרא בבלי ופי' סעודה וארוחה ומשאת ונ"ל דטעם אלו מפני שמחוקי המלך למשכן מחמת דברים אלו איש על חבירו ואינו בדין שיפסיד זה ואולי זהו שאמרו בפ' הגוזל דבר מתא אבר מתא מעבט אלא שאין נראה כן מלשון הגמרא שם ולא כן פי' ז"ל ואפשר לומר שכיון שהם חוקי המלך וזה פרעם חייב לשלם אפי' לקחם המלך מזה שלא כדין ואין צריך לומר אם לקחם המלך מזה כדין מחמת חבירו שחבירו חייב לשלם לו כאותן שבפרק הגוזל.

וגולגולתא אחד מהם וכו' דהיינו כרגא דשתא האמור שם עכ"ל: וקודם שנבוא לענייננו צריך לדעת כוונת ה"המ ולפרש כפי שכלי לאט לאט משום דדבריו עמוקים קצת שקצר עט"ו מרוב הרחבת דעתו ויבין המעיין בנקל דבריו. וזהו פי' דבריו דמתחילה עלה בדעתו לומר דדינא דמלכותא הוא למשכן זה על זה בארנון דהיינו סעודה וכו' והיינו דקאמר בש"ס דילן דבר מתא אבר מתא מעבט וקאמ' בש"ס וה"מ באבולא וכרגא ואבולא דקאמר התם היינו ארנון דקאמר בירוש' ודי"דמ הוא דבר מתא אבר מתא מעבט.

וחזר בו משום דלשון הש"ס קאמר וה"מ באבולא ומדקארי לה אבולא משמע לאו היינו ארנון ועוד לא כן פי' ז"ל דפי' אבולא מס שנוטלין מן הקרקע לאו סעודה וארוחה נמצא דאבולא לאו ארנון דקאמר בירושל' ולא מעבט בר מתא אבר מתא אלא אאבולא והוא די"דמ למשכן איש חבירו ולא אארנון ולכך הוצרך לומר ואפשר שכיון שהם חוקי המלך וזה פרעם חייב לשלם אפילו לקחם המלך מזה שלא כדין ואין צריך לומר אם לקחם המלך מזה כדין כאותן שבפרק הגוזל כגון באבולא וכרגא או דמשתכחי בבי דרי דמחוקי המלך למשכן איש על חבירו וגולגות' דקאמר בירוש' היא כרגא דאמר בבלי דמשכ' איש על חבירו דינא דמלכותא הוא.

ודוחק הוא קמיה לומר דבירוש' אית להו דגם ארנונא מעבט איש על חבירו דומייא דאבולא וכרגא דבבלי: והבינותי בספרים וראיתי להרב ר"יע אנאיים ז"ל שהבי' דברי ה"המ ז"ל ופי' בדבריו שכ' ואצ"ל אם לקחם מזה כדין כגון שהוא שותפ' או ממון זה שנתפס בעדו בידו ותפסוהו לשלם מממון חבירו שבידו וכו' פשיטא דחיי' לשלם וכו' ע"ש: ולפי פי' ק"ל דהא ה"המ קאמר ואצ"ל אם לקחה מזה כדין כאותן שבפ' הגוזל והתם ליכא ממון ביד הנתפס של אותו שתפסוהו בעדו.

ועוד דמלתא דפשיטא הוא ואפי' קאמר עלה ואצ"ל ואינו מענייננו כלל מה בא לאשמועינן ודוחק לומר דדוגמא בעלמא נקטא וכוונתו לומר דההיא דפ' הגוזל הוי כמו בידו של נתפס מממון של אותו שתפסוהו בעדו מאחר דמדינא דמלכותא דבר מתא אבר מתא מעבט ודינם שוה דאין במשמעות דבריו כך ולא עלה על דעת הרב פי' זה דלא ימנע לגלות טפח מ"מ: וראיתי להכ"מ שכתב מי שנתפס וכו' חוץ מן הנתפס מפני המס ע"כ איש הקצוב בכל שנה וכו' נראה שרמז למה שאמרו בהגוזל בר מתא אבר מתא מעבט וה"מ באבולא וכרגא דההיא שתא וכו' יע"ש: ולכאורה נראה דדבריו הפך ה"המ

וסתירתו הוא בניינו ואין דרכו לסתום אלא לפרש וגם דרך הרב לילך בעקבותיו: ואפשר לומר דכוונת הכ"מ היא בא לתרץ יתור לשון דכתב רבינו הקצוב על כל איש בכל שנה.

דאמאי נקט בכל שנה מאחר דקאמר הקצוב עליו. ולכך קאמ' דרמז לנו מאי דקאמ' בש"ס דבר מתא אבר מתא מעבט באבולא וכרגא דהאי שתא אבל שתא דחליף לא וכן בארנון דאמרינן מחמת דהן חוקי המלך וזה פרעם חייב לשלם אפי' לקחם המלך מזה שלא כדין היינו דההיא שתא דוקא אבצ שתא דחליף לא וכדעת ה"המ כן דעת הכ"מ.

ואחר כותבי ראיתי להש"ך דפי' כדכתיבנא יע"ש: ואני בחפשי ראיתי להרא"ש ז"ל שכתב בפרק שד"ג בסופו הפך דברי ה"המ וז"ל ארנון וגולגולתא דיצא דמלכותא הוא כדאמרינן בהגוזל בר מתא אבר מתא מעבט: וכן דעת הר"ן ז"ל והובאו דבריו בפרק הנזכר וז"ל בארנון וגולגולתא אם פרע לו מס המוטל על קרקעו או על גולגולתו חייב לפורעו שדין המלכות כך הוא ולדעתו הוא דארנון היינו אבולא דקאמר בש"ס בבלי דגם הוא פי' אבולא מס המוטל על הקרקע: אבל לדעת הרא"ש ז"ל ליכא הכרח לומר דארנון דקאמר בירושלמי הוא אבולא דהבבלי ואף על פי שאמר כדאמר' בהגוזל אפשר לומר דכוונתו היא דמעבט בר מתא אבר מתא על ארנון כמו אבולא: ולדעת הר"ן ז"ל דמפרש ארנון דקאמר בירושלמי היינו אבולא דקאמר בש"ס בבלי אמאי הוצרכו לומר דמקור דין זה הוא מהירושלמי תיפוק ליה מהש"ס דידן דקאמר ואמר רבא בר מתא אבר מתא מעבט וכו'.

ואפשר לומר דבש"ס דילן אינו מוכרח ממש לומ' דחייב לשל' אלא אמרי' דבר מתא מעבט משום דינאדמלכותא ואין חבירו חייב לשלם לו אבל בש"ס ירושלמי מפו' יוצא בדברי ר"י דחייב לשלם לו מה שפרע בעדו: ומר"ן בקצר פסק כדעת רבינו וז"ל מי שנתפס וכו' אין חבירו חייב לשלם וכו' חוץ מהנתפס מפני המס הקצוב וכו' יע"ש וכתב הש"ך ס"ק יו"ד וז"ל ואע"פ שחבירו חייב להם כן הוא במרדכי יע"ש: וכן מדברי הסמ"ע נשמע כן מדקאמר בס"ק ו' וז"ל נראה דאפי' להחו' דדוקא שם דפרע לו מדעתו וכו' ואם דעתו דהנתפס דפטור חבירו היינו בעלילה מאי קמ"ל דשאני התם חוב חייב להם אבל הכא עלילה ופטור אפי' לדעת החולקים.

וכן מפורש הדק הטיב בסוף דבריו שהשיג על הע"ש דפי' דנתפ' דפטור חבירו היינו בעלילה ולא בחוב משמע דאית ליה דנתפס פטור חבירו אפי' בחוב: וכן מפורש בדברי הטור סי' שפ"ח וז"ל ראובן שחייב מעות לגוי ואנס הגוי את שמעון מה שפרע בשביל ראובן אין ראובן חייב לשמעון וכו' יע"ש והוא הפך הע"ש: וכן היא דעת הרמב"ם ז"ל דקתני חוץ מן הנתפס על המס הקצוב ועל התשורה וכו' וכתב ה"המ מחמת שהם חוקי המלך וזה פרעם חייב לשלם אף ע"פ שלקחם מזה המלך שלא כדין וכו' יע"ש ואם איתא כדברי הע"ש מאי קמ"לן דבלאו הכי אפילו חוב דעלמא חייב לשלם לנתפס.

וגם התשורה והמס מאחר שמחוייב בהם מדינא דמלכותא הרי הוא כחוב וחייב חבירו לשלם לו ומאי קמ"לן וכ"ת הא גופא קמ"לן הא מלתא דפשיטא היא וכי מגרע גרע מחוב דעלמא. אבל השתא דאמרינן דהנתפס על חבירו אפי' בעד חובו פטור דחדוש הוא קמ"לן בחוקי המלך דחייב ועדיף מחוב דעלמא: נקטינן מהכא לדעת כולהו רבוותא חוץ מהע"ש דהנתפס על חבירו אפי' על חובו פטור חבירו וא"כ בנ"ד פטור שמעון מהחוב הנז' שפרע

בעדו ראובן ואמרינן מבריח אריא בעלמא ואפי' לדעת ר"ת ור"ח דמחייבין בפורע חובו של חבירו הכא בנתפס בעד חוב חבירו פטור כמ"ש בסמ"ע דפרע לו מדעתו וגמל עמו חסד חייבוהו חז"ל כדי שלא תנעול דלת וכו' משא"כ זה שפרע בע"כ: ויש לי לגמגם קצת בדברי הסמ"ע שכתב דאפילו לדעת החולקים שהם ר"ת ור"ח מודים בזה וכו' דגומל עמו חסד חייבוהו חז"ל כדי שלא תנעול דלת וכו' והרי ר"ת נתן טעם לדבריו ואמר דבאשה קאמר חנן אבד מעותיו משום דליכא הנאה גמורה שמא היה יכול להפט' שהיתה מצמצמת ע"ע דלא ליקרו לה רעבתנות' אבל בפורע חובו של חבירו הנאה גמורה היא הואיל ולא היה יכול להפטר בכל ענין יע"ש בפ' שד"ג דף ק"ה ד"ה הא מני חנן וכו' ולפי טעמו ז"ל יכולני לומ' דגם בנתפס בעד חבירו בחובו חייב דמקרי הנאה גמורה ומאי קאמ' בסמ"ע דאפי' לחולקים בזה פטור משום דפרע בע"כ סוף סוף הנאה גמורה אית ליה בפרעון דפרע עליה: ואפשר לומר דכוונת ר"ת היא דפורע חובו של חבירו מחמת דאיכא הנאה גמורה והוא גומל עמו חסד חייבוהו חז"ל אבל במזונות האשה אע"פ דגומל עמו חסד לא חייבוהו חז"ל משום דליכא הנאה גמורה ור"ת לא חש להזכיר' בלישניה משום דאינו מזכיר אלא החילוק שבין הפורע חובו של חבירו למזונו' האשה והחילוק שביניהם הוא דהכא איכא הנאה גמורה והכא ליכא הנאה גמורה אבל טעם גמילות חסד לא הזכירו משום דכולהו איתנהו בהו.

אבל הנתפס על חוב חבירו אף על פי דאיכא הנאה גמורה מאחר דלית ביה סמא דגמילות חסד לא חייבוהו חז"ל לפרוע לחבירו: כל זה נראה לכאורה אבל אחר העיון נראה לי דשמעון חייב לשלם לראובן כל מה שפרע בעדו לגוי הנזכר ושפיר אמרינן ביה דלא מקרי נתפס בעד חבירו דפטור דשאני בנ"ד דנתחייב לעכו"ם זה בשביל שהלך עמו לחצר העכו"ם והוא הטעה לעכו"ם בחלקלקות שפתיו ואמר לו קניתי אני עם שמעון סחור' כ"וכ ולא מצא שמעון במה לפרוע חלקו תן לו ולא תפחד ויש לך ריוח הרבה וראובן עומד עם שמעון בחצר העכו"ם עד שהלוה לו סך המעות הנז' ונתחייב ראובן לשלם לעכו"ם ע"פ הערכאות מטעם הנז' ודבר פשוט הוא דחייב שמעון לשלם לראובן כל מה שפרע בעדו לעכו"ם: וראיה לדברינו אית לי תנא דמסייע לי הש"ך בסי' הנז' ס"ק י"א וז"ל ואפי' למאן דס"ל דנתפ' על חבירו אפי' חבירו חייב לו פטור מלשלם שאני הכא דנתחייב חבירו מחמת זה שהיה בביתו א"כ ע"י שהיה בביתו נתחייב והוא חייב באמת והוצרך זה לשלם עבורו נראה דחיי' לשל' לו ויכול לעכב מה שבידו עכ"ל יע"ש: וכן כתב הט"ז דדברי מור"ם היינו דעדין לא נתפשר בע"ה עם העכו"ם ורוצה לעכב מעותיו עד שיתפשר משום דאפשר דיבואו הרבה סיבות דלא יבוא לידי פשרה לכך כתב דאינו יכול לעכבם אבל אם נתפשר כבר ודאי נשתעבדו הנכסי' ולא אמרי' דהוי גרמ' בעלמ' דפטור דאין לך ערב גדול מזה כיון דידוע מנהג העכו"ם שפוסקי' שהבע"ה מחוייב להעמי' המלמד וכו' ואין לך ערב גדול מזה יע"ש: וכן מצאתי ראיתי כתוב להרב אורים ותומים שכתב כעין זה וז"ל בקצור דתי' הוצרך דכתב מור"ם לאו דוקא אלא שיצטרך להתפשר ועדיין לא נתפשר אבל אם נתפשר חייב המלמד לשלם לו מדין ערב ע"ש: ואע"פ שמדברי הסמ"ע משמע שדברי מור"ם כפשטן מ"מ קושטא קאי כדעת הפוסקים אלו ואע"פי שאין דעתי מכרעת בין הרים גבוהים יש לי על מה לסמוך והוא דברי המרדכי בפרק הכותב ובסוף ב"ב מוכיחי' כסברתם ז"ל והם מקור דברי

מור"ם: וגם יש לי קצת ראיה מדברי הסמ"ע גופיה דהרי בס"ק ז' כתב וז"ל ומ"ה אף אם פרע לכותי דנתבאר לעיל דלכ"ע צריך לחזור ולפרו' בכה"ג דנתפס מהכותי אין צריך לחזור ולשלם לו.

ובס"ק ח' כתב דשאני התם דפרע לטובת חבירו וכו' מה שאין כן הכא דמיירי דהמלמד יצא משם ולא היו יכולי' הכותים לחזור עליו רק שהעלילו עליו על בע"ה ע"ש. וזה סותר דבריו דלעיל משמע אם יכול לחזור עליו חייב ולעיל בס"ק ז' משמע אפי' יכול לחזור עליו פטור מטעם דנתפ' ועוד דאמאי לא הספיק לו דהוא טעם דכתב בס"ק ז' משום דנתפס מהכותי ומזלו גרם: ואשר אני לי אחזה דגם להרב הסמ"ע יודה לדין זה דמחמת שהיה בביתו לא נכנס בסוג נתפס אלא מחמת שאין הגוי יכול לחזור על המלמד.

דדעתו נוטה לומר מאחר דהעכו"ם יכול לחזור עלהמלמד ואעפ"ך תבע מן בע"ה אמרינן ודאי דמעיקרא דעתו לסמוך על בע"ה מאחר שהוא בביתו וכאילו נכ' ערב בעדו אבל כשאינו יכול לתובעו אמרינן דמתחי' לא סמך עליו ולא חזר על בע"ה כ"א מחמת שאינו יכול לחזור עליו והו"ל עילה בעלמא כנ"ל לישב דבריו ז"ל: וחזה הוית להרב זר"יע אנאיים שהקשה לסברת הרמב"ם ושאר פוסקי' דאית להו פורע חובו של חבירו פטור חבירו משום דמקרי מבריח אריא בעלמא כדמשמע מפשטא דשמעתתא דנדרים יע"ש מההיא דפ' הכונס נפלה לגנה ונהנית משל' מה שנהנית וקאמר בש"ס ואמר רב בנחבטה מ"ד מבריח אריא בעלמא קמ"לן ואימא הכא מבריח אריא מדעתו הכא שלא מדעתו א"נ מבריח אריא לית ליה פסידא וכו' ע"כ א"כ אמאי נתפס בעד חבירו פטור חבירו והא אית ביה תרתי שלא מדעתו ואית ליה פסידא.

וליכא למימר דמזלו גרם ומשמייא אנסו ליה. דאם כן גם בנחבטה אמרינן מזלו גרם ומשמייא אנסוהו.

ובשלמא לדעת ר"ת דלא חשיב פורע חוב וכו' מבריח אריא ולא נכלל בגדר מבריח וכו' ניחא בנתפס דאמרינן ליה משמייא אנסו לך ולא נתכוונת לגמול עמי חסד וכו' אלא לסבר' החולקים דפטרי ליה מדין מבריח וכו' אמאי נתפס פטור וכו' והא איכא ביה תרתי יע"ש: ואח"ה מכ"תר שותא דמ"ר לא גמירנא במאי דקאמר בשלמא לר"ת וכו' דאי היא קשייא תקשה לכולהו רבוותא בין להחולקים בין לר"ת דטעמיה דר"ת דמחייב בפורע חובו וכו' משום דבריא הזיקא והנאה גמורה ולכך יצא מסוג מבריח אריא.

דמבריח אריא לאו בריא הזיקא (ועיין בתוס' ולכך מחייב בפורע חובו וכו' אף ע"ג דלית ביה אלא חדא דאית ליה פסידא ואפי' הוא מדעתו. מ"מ תקשה לו מאי שנא מנפלה לגינה דכולהו אית בהו תרתי שלא מדעתו ואית ליה פסידא וא"ת.

דמזלו גרם גם בנהנית. אמרינן כן ואמאי משלם: גם קשה לי על תירוץ הרב ז"ל שתירץ דלא אמרינן שלא מדעתו ואית ליה פסידא דלא מקרי מבריח אריא וחייב לשלם היינו בדבר שחייב מן הדין כמו שותף שנתפס בעד שותפו וכן ערב כיון שפורע שלא ברצונו אלא מחמת שחייב בדין וכו' והך דנפלה לגינה כיון דמחוייב מן הדין להציל הו"ל אונס כדין דמן שמייא אנסו ליה כדין וכו' יע"ש: ולא ידענא מאי קאמ' כיון דמחוייב מן הדין להציל והא תלמוד ערוך הוא שומר שכר בשכר ושומר חנם בחנם ומאי חייב מן הדין

להציל בנפלה לגינה ויפסיד גינתו ואם כוונת הרב היא לומר כיון דחייב מן הדין להציל בחנם מקרי אונס כדין וחייב לשלם לו א"כ מאי מקשו התוס' בפ' שד"ג על דברי חנן שאמר על מי שהלך למד"ה וכו' איבד מעותיו והקשו התוס' שם ד"ה חנן אומר וכו' וא"ת והא אמרינן בהשוכר את הפועלים שומר חנם שהיה לו לקדם וכו' וכן הא דתנן באלו מציאו' היה בטל מסלע וכו' יע"ש ולפי דברי הרב מאי מקשים שאני התם שחייבים להציל בחנם מקרו אנוסים כדין.

ועוד דהת' קרי לרועה ומחזיר אבידה מדעתו הוא ולכך הוקשה להם על דברי חנן שאמר אבד מעותיו מאי שנא דבכולהו אית להו פסידא ומדעתו ולפי דברי הרב שלא מדעתו מקרי: ולכאורה היה נראה לי לתרץ קושיי' הר' דשאני נתפס דלאו בריא הזיקא אבל נפלה לגינה בריא הזיקא ולכך חייב לשלם אלא שמדברי התוס' בפ' הכונס משמע דלא בעי בריא הזיקא אלא.

בדאיכא חדא מתרתי אבל בדאיכא תרתי לא בעי בריא הזיקא כמו שתרצו על ההיא דשטף הנהר חמורו וחמור חבירו יע"ש. ועוד משמע התם מדבריהם דנפלה לגינה לאו בריא הזיקא: ואשר אני אחזה לי לע"ד דמעיקרא ליכא שום קשיא כלל דשאני נפלה לגינה וכו'.

משום דאדם חייב בנזקי בהמתו דרגלי הבהמה כרגלי הבעלי' ובדין הוא שחייב לשלם כל מה שהזיקה משום שהוא חייב בנזקיה אלא מחמת שנפלה באונס ואמרינן מזלו גרם לכך חייב לשלם מה שנהנה אבל בדין הנתפס וכו' הלוה הזה חייב בנזקי האנס הזה אם הזיק אתמהא ויכול לומר מן השמים אנסוך שהרי שלא כדין משכנוך בעדי שאין אדם עשוי למשכן זע"ז ומה עלי מאונס' כמ"ש הרמב"ן: ולפי דברי הרמב"ן אלו לא תקשה עוד ותאמר דאפי' לא דמיא לנפלה לגינה וכו' מ"מ מאחר דאיכא תרתי אמאי פטור דהא לא מקרי מבריח מאחר דאיכא תרתי ומאי שנא ממי שהכריח חבירו ושכר.

לו להבריח אריה מעדרו דחייב לשלם לו מאחר דאיכא תרתי. זה מה שנראה לי דאינו נכנס הנתפס בסוג דין המבריח כלל.

תדע דבכל דברי הפוס' ראשוני' ואחרוני' לא אישתמיט שום אחד מהם בכל מקום שמזכיר חילו' דינים מי הוא מקרי מבריח וכן בדברי התוס' בפ' הכונס ובבא מציעא ובפרק שד"ג שהזכירו שם מי הוא מקרי מבריח לא הזכירו כ"א פורע חובו ותולה: ותירוץ הרב נפלא בעיני מאוד דיש נפקותא לענין דינא לפי תירוצו וחי' זה לא נזכר בכל הפוסקים ואדרבא נראה הפך דבריו דשלא מדעתו כמו מדעתו והיינו מצד עצמו שלא הכריחו אחר כמו שטף נהר חמורו וחמור חבירו דאין לו אלא שכרו מאחר דעשה מדעתו הא שלא מדעתו כגון שאמר לו בעל החמור הצל חמורי ואני נותן לך דמי חמורך חייב משום דאיכא תרתי ואית ליה פסידא והתם פטור מצד הדין ואפי' הכי חייב ליתן לו דמי חמורו: המורם מהם מכל הני רבוואתא דכתיבנא דאם נתחייב חבירו ונח' מחמת שהיה אצלו חייב חבירו לשלם לו ואפילו לדברי הסמ"ע דלא פטר כ"א מחמ' שאין העכו"ם יכול לחזור על המלמד ואתייא לנ"ד במכ"ש מחמת שהיה עמו בשעת ההלוואה ולא הלוה לו אלא על פיו שאמר לו קנינו סחורה והרי היא מונחת אצלנו ולא תפחד על מעותיך.

וכדנא אפילו בדיננו חייב ראובן לשלם לעכו"ם ויחזור ראובן וישתלם משמעון דחייב כמו ערב כמ"ש מורם בסי' קכ"ט ס"ב וז"ל ואפי' לא נתערב בהדיא רק שאומר למלוה להלוות ללוה כי בטוח הוא והיה שקר חייב לשלם לו דהוי כאילו נתערב לו יע"ש. ובנ"ד היו דבריהם כולו שקרים דלא קנו שום סחו' ולא לקחום כ"א לפרוע בע"ח ודאי דחייב ראובן לשלם לעכו"ם ויחזור על שמעון.

ועוד דנתחייב ראובן בדיניהם לפרוע לעכו"ם ומאחר דנתחייב בדין לא מקרי נתפס ומזלו גרם ואפי' אם באמת דברי מור"ם כפשטן במלמד יודה בנדון דידן דחייב שמעון לראובן מטעמי דכתיבנא:ועוד לעד"ן דחייב מצד הקנין והחיוב שחייב עצמו בשטר אפי' אם היה באמת מקרי נתפס בעד חבירו ופטור חייב מצד הקנין כדאיתא בש"ס פ' א"נ ד' ס"ו ע"ב אמר רב נחמן השתא דאמור רבנן אסמכתא לא קנייא הדרא ארעא והדרא פירי למימרא דסבר רב נחמן מחילה בטעות לא הוייא מחי' והא המוכר פירות דקל לחבירו אר"ן אף משבאו לעולם יכול לחזור ומודה דאי שמיט ואכל לא מפקינן מיניה ותי' התם זביני הכא הלוואה: ופרש"י והדרא פירי לאחר שלשה אם אכלם הלוקח יע"ש: וראיתי להרב זי"ע אנאיים ז"ל שפירש דברי רש"י שכתב והדרא פירי לאחר שלשה וכו' דבתוך שלשה לא אכלינהו לוקח אלא מוכר או משלשין כדאמרן בריש סוגיין אבל אם אירע שאכלן ודאי בעמוד והחזר קאי כפי שיטתו דהוי דהוי ר"ק כדלקמן עכ"ל יע"ש: וסד"א מבקש מכ"תר דאגב חורפיה לא דק במאי דקאמ' או משלשין דכוונתו לומ' עד שלשה שנים אם הביא מעותיו אוכלם המוכר ואם לאו אוכלם הלוקח וזה אינו דדברי ר"ן בדלא אמר ליה מעכשיו ולכך אמר ליה הדרא ארעא והדרא פירי וא"כ אפי' לא נתן לו מעותיו אסור לאוכלם הלוקח דמ"מ אב"ר ולדעתם הויא ר"ק לדעת רש"י כמ"ש ודאי בעמוד והחזר קאי ולא דמי לריש סוגיין דהת' אם הביא ליכא איסור ללוקח ואם לא הביא ליכא איסורא למוכר: גם מ"ש ואם אכלם לוקח ודאי בעמוד והחזר אינו נראה למ"ד דכוונת רש"י היא דבתוך שלשה מה שאכל אכל ואינו חייב להחזיר דרש"י אזיל לשיטתיה דאית ליה משכנת' בלא נכייתא א"ר היא ולא ר"ק ואשתמיטיה דברי הר"בי בטור י"ד סי' קס"ד יע"ש: והא דכתב לקמן רש"י הכא הלואה היא ומחזי כרבית וכרבית קצו' דמי וכו' כוונתו ז"ל על הפירו' שאכל לאחר שלשה וא"ת דמאי שנא י"ל דשאני דבתוך שלשה הויא כמשכונ' בלא נכייתא ועלה קא סמי' ואחריותו עלה אבל לאחר שלשה נסתלק שעבודו מעליו והו"ל כמו הלויני ודור בחצירי דהוייא ר"ק.

וכן מצאתי ראיתי סברה זו להרז"ה ז"ל והביא דבריו הר"בי ז"ל וז"ל ולהרז"ה והרא"ש פירות שאכל לאחר שלש יוצאים בדייני' להרז"ה משום דהוי ר"ק ולהרא"ש משום דהוי מחילה בטעות. ושאכל תוך שלש דינם כמשכונ' דאב"ר הוא ואינם יוצאים בדיינים ע"כ ע"ש ותשכח רווחא כמ"ש: עוד כתב הרב זי"ע ז"ל משמע מדברי רש"י דכל מחי' בטעות כי ההיא דהמוכר פיר' דקל וכו' שהוא טועה בדין הוייא מחי' וכל שהוא טועה בגוף הענין כמו הונאה דלא ידע דמחיל לא הויא מחי' וההיא דאסמכתא אע"ג דאינו טועה אלא בדין לה"מ משום איסור רבית דר"ק היא.

ואע"ג דר"ק נמי אם באה כבר ליד המלוה מהנייא בה מחי' כמ"ש הרמב"ם ודלא כהגאונים מ"מ בשעה שהיה אוכל רבית קצוצה קאכיל ואנן סהדי דלא ניחא ליה ללוה

דליחול ולעביד איסורא וודאי לא מחל ע"כ יע"ש: ואני הדל עמקו ממני דברי הרב דהא הרמב"ם כתב דאם מתחי' מחל הלוה למלוה ברבית כדי לקבלם לא מהניא מחי' אבל לאחר שקבלם ותבעו לדין ונתחייב להחזיר ורצה למחול מחי' מחי': והשתא מאי קאמר אע"ג וכו' כמ"ש הרמב"ם דהרי אם מחל לו מעיקרא לא מהני בשעת אכילת פירות ואם אחר אכילה מי יאמר לן דמחל ואם באמת מחל לו בפי' מהני מחי' אחר אכילה ומאי קאמ' מ"מ בשע' שהיה אוכל ר"ק קא אכיל וכיון שכן אנן סהדי דלא ניחא ליה ליחול וכו' דבלאו הכי לא מהני מחי' ואפי' אומר בפי' מחלתי וא"כ לומר אחר אכילה מי לימא לן שמח' דהרי הרמב"ם כתב ומחל לו דווקא בפי' כמ"ש מצחות לשונו וז"ל אלא מאחר שאומרים למלוה להחזיר לו וידע המלוה שדבר זה אסור ויש לו ליטול ממנו אם רצה למחול מוחל וכו' ע"ש: גם קש"ל על דבריו שכתב וז"ל והרי"ף כתב התם זביני וליכא איסורא הויא מחי' הכא הלואה דאיכא איסורא לא הו"מ וכתב עליו הרב הנ"י ז"ל וז"ל ודעת הרב בהלואה אנן סהדי דלא ניחא ליה לאיניש למעבד איסורא ואי הוא ידעי דזביני בטילי לא הוה שביק ליה למיכל הילכך ליכא מחילה כלל ע"כ ופי' הרב ז"ל כוונת הנ"י ז"ל דלא תימא דלא מהניא מחי' ברבית הפך דעת הרמב"ם ז"ל לכך הוצרך לפר' דאנן סהדי וכו': ולפי פירושו ז"ל הם הפך הרמב"ם דלדע' הרמב"ם אפי' מוח' בפירוש לא מהני מעיקרא.

והוא קאמר דאנן סהדי מ"ש דאם מחל בפי' מהנייא מחילתו וזה הפך הרמב"ם ז"ל: ואני בעניי אומר דכוונת הר"ן היא לומר דאפילו מחל בפירוש מחי' אינה מחילה משום דאנן סהדי דלא ניחא ליה וכו' והוכרח לפרש כן משום דיוקא דלישנא דכתב הרי"ף לא הויא מחי' משמע מעיקר' לא הויא מחי' וטעמו משום דאנן סהדי אבל אם כבר קבל ואחר מכן מחלו בפי' מחי' מחי' כדברי הרמב"ם ז"ל: נקיטינן מדברי רש"י והרי"ף ז"ל דמחילה בטעו' בדין הוייא מחילה אם לא במקום דאיכא איסורא: והרא"ש ז"ל כתב התם זביני הכא הלואה בזביני דליכא איסורא מחי' מחי' והקשה דכל הקושיו' שהקשו התוס' ותי' שאני כל הני דלא ידע דמחי' מחי' מפורש יוצא מתוך דבריו דמחי' בטעו' בדין הוייא מחי' אבל אחריני דטעה בגופו הענין מחי' אינה מחי': עוד כתב וז"ל עבד רבינא עובדא ואפיק פירי וקש'.

והא רבינ' גופיה אית ליה במשכ' בלא נכייתא אין מחזי' וכו' וצ"ל אע"ג דהוה בעי למימר דהוה ר"ק לאו מטעם זה אפיק אלא משום דהוי מחיל' בטעות דבתורת מכר ירד לתוכה והמכר אינו מכר וכו': והקשה הרב זי"ע אנאיים ז"ל דמאי שנא הא מפירו' דקל דהתם נמי כסבור שמכירתו מכירה וקושטא לאו הכי יע"ש: ולעד"ן דהרא"ש ס"ל כהרי"ף וכלישני' דייק ואזיל דכתב בזביני דליכא איסורא וכדעת הנ"י דלא ניחא ליה לאינש למעבד איסורא והכא באת ונוולה אחי איכא איסורא דלא גמר ומקני והו"ל מעות הלוואה גביה אבל לגבי דקל לא איכא שום איסורא דגמ' ומקני אלא שהדבר בטל מעצמו וכמ"ש הרב עצמו לדעת הרשב"א ואע"פ דחלוקי' במשכנתא בלא נכייתא דלדע' הרי"ף הוי ר"ק ולדעת הרא"ש הוי א"ר בהא דמכי' דאת ונוולה אחי כ"ע מודים דצריך להחזיר משום דאיכאאיסורא וגרע ממשכנתא בלא נכייתא דהתם אחריותו עלה דנפילה ושריפה אבל הכא המעות הלואה גביה דנתנום לו אדעתא דמכירה והיא בטעות ואיכא איסור'

לכל ומחי' אינה מחי': גם ק"ל על מאי דתירץ הרב זי"ע דשאני פרק י"ד שהטעות היתה בפירות עצמם.

אבל בזביני שהטעות היה בגוף הקרקע והפירו' דבר הנמשך מגוף הקרק' שבו היה הטעו' לא אמרי' בהו מחי' בטעו' הויא מחי' יע"ש ולדבריו אמאי קאמר הרא"ש התם זביני וליכא איסורא ומחי' מחי' הכא הלואה ואיכא איסורא מחי' אינה מחי' ולמאי איצטריך לטעמ' דאיסור' יאמר שאני זביני דלא הוי הטעות אלא בפירות ולכך מחילתו מחי' אבל הכא הלואה והטעות בגוף הקרקע לא הויא מחי' ואם הוצרך לכך משום דלשון הש"ס אינו מדוייק היטב דקאמר הכא הלואה התם זביני תקשה לדבריו אמאי הש"ס לא מחלק בהכי כחי' הרב ז"ל ואמאי קאמ' התם הלואה הכא זביני: ועוד גם לתירוץ שני שתיר' ואמר דשאני פירות דקל דלאו על מגן קאכיל להו אלא בזוזי דיהיב ללוקח אבל בזביני דאמרי' הדרא ארעא והדרא פירי למרייהו נמצא פירות שאכל יתרים על מעו' לא אמרינן מחי' מחי' אפי' טעה בדין ולאו משום איסור דרבית קאמר לה אלא משום דהוי כמניח את חבירו ליטול חפץ ונמצא שאינו שלו ע"ש וכת' על תירו' זה כעין תירוץ זה תירץ הרב בעל המאור והביא דבריו ז"ל וז"ל והלכתא כרבינא בתרוייהו כיון דאיסו' היא ומחי' בטעו' לא הוייא מחי' ואי ק"ל הא ק"ל מחי' בט' הויא מחי' בזביני דדקל דר"ן יש להשיב שאני הכא כיון דהדרא ארעא והדרי זוזי למרי' הויא ליה כהלואה ואסי' עכ"ל ואע"ג דאיהו ז"ל משום לתא דרבית נגע בה הרא"ש ז"ל משום לתא דגזל נגע בה ע"ש בדברי הרב: ואני הדל נרלע"ד דליכא שום ראיה לדבריו ולא נצרכה אלא להעדפ' דהויא ראיה לסתו' וכוונ' המאור ז"ל כדכתיבנא משום דאיכא איסורא ולכך מחי' אינה מחי' אבל בפירות דקל דליכא איסור'.

אבל טעמא דגזל ליכא שום חילוק בינייהו וכו' וליכא לתא דגזל אלא בגזל מרובה דאוכל פירות על מגן ואינו נותן מעות אבל בגזל מועט כגון פירות דקל דנותן לו דמי הפירו' אע"פ דנתייקרו הפירות הויא ליה גזל מועט ומותר אתמהא ולפעמים מתייקרים ביותר והויא ליה גזל הרבה וכי נתנו חכמינו ז"ל דבריה' לשיעורי' וכיון דגבי פ"ד מחי' מחי' גם בזביני דאסמכתא מחי' מחי' אי לאו מטעם דאיסורא: איברא דמאי דדחקיה להרב ז"ל לפרש כן דעת הרא"ש הוא משום דנדחק בדבריו ז"ל דכתב בדברי קדשו דהויא מחיל' בטעו' והוי כמניח את חבירו ליטול חפץ מרשותו ונמצא שאינו שלו יע"ש.

דמשמע להו משום איסור רבית וזה אינו הכרח דאינו כן אלא אמאי דקשיתיה מאי שנא ממשכנתא בלא נכייתא דאית ליה לרבינא דאינו מחז' ותירץ דזה אית בה תוספ' הטעות על המשכנתא והוי כמניח חבירו אבל משכנתא לית בה טעותא אבל בזביני דאסמכתא עם פ"ד יתרץ מוכרח כדכתיבנא: ואבוא היום אל העי"ן עין רואה להשיב להשואל על שאלתו דחזינן לכולהו רבוותא גדולי הפוסקים ז"ל רש"י והרי"ף והרא"ש והרשב"א כולהו אית להו מחילה בטעות בדין הוייא מחילה וגם הרמב"ם ז"ל דפסק בפירות דקל דאי שמיט ואכיל זכה ודאי טעמיה כסברת הרי"ף רבו משום דמחי' בטעות בדין הוייא מחי' בר מסברת התוספות דאית להו מחי' בטעות בדין לא הויא מחי' ופירות דקל משום דניחא ליה דליקום בהימנותיה יע"ש ומסתמא דדעת מר"ן בפירות דקל ס"ל כדעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש שהם עמודי ההוראה בכל מקום וס"ל מחי' בטעו' בדין ה"מ:

אמנם אין הראיה מכרעת לנ"ד דמאי דאית לן מחי' בטעות בדין ה"מ הוא לאחר שתפס כמו פ"ד דאמר רב נחמן ואי שמיט ואכיל זכה ובנ"ד לא תפס כלום כי אם שנתחייב לו בשטר חוב גמור וצ"ל אם מקרי תפיסה במה שנתחייב בשטר או לא: אבל אשכחנא לה פתרי במה שראיתי להג"מ פ' כ"ב מה"מ שכתבו בשם העיטור וז"ל והאי נמי דזבין וכתב ליה שטר ומסר ליה שטרא כמאן דתפיס דמי יע"ש ופסק מור"ם בסי' ר"ט ס"ד ור"ל אם כתב לו שטר מכירה ומסרו לו הו"ל כתפיסה דפירות דעדיף כוחא דשטרא כתפיסה: ואין לחלק ולומ' דשאני מחי' בטעו' בדין דכבר זכה באותו דבר אבל נ"ד הוא תובע חיובו שטר יוכיח דעדיין הוא תובע פירות דקל אחר שמכר לו בשטר ואמרי' ביה כאילו זכה בפירות ואמרי' מחילה בטעו' הויא מחי' וכן אמרינן בנ"ד אחר שנתחייב לו בשטר הוי הוא כגבוי ואמרי' מחי' בדין הויא מחי': ואל תשיבני דבר ממה שפסק רבי' הטו"ר סי' מ' וז"ל אבל המודה לחבירו בחזקת שהוא חייב לו ואח"ך נודע לו שטעה ונתברר הדבר בעדים ה"ז הודאה בטעו' ואפי' מסר לו השטר בעדי' וע"ח בו יע"ש דשאני התם דטעה בגוף הענין דקי"לן מחילה בטעו' בגוף הענין אינה מחי' וכן.

מוכח שם מדברי הר"בי וז"ל ואם בחזקת שהוא חייב לו ונמצא שהוא טועה וכו' דהויא ליה כעובדא דגינאי דאיתא בגטין יע"ש ואפילו טעה בגוף הענין דאית לן מחי' לה"מ אם כתב לו שטר אינו נאמן לומר טעיתי עד שיברר טעותו בעדים כדמש' מדברי הטור שכ"לע: ודעדיפא מינה ראיתי להרבי"ע בספרו ב"י שאלת מ"ב שכתב בשם מהרימ"ט סי' ס"ח וז"ל אלמנה שנתחייבה בשטר לפרוע ס' פרחים ואח"כ אמרה שבטעו' נתחיי' שלא ידעה שבעלה היה לו הרשאה מאחיו וכו' ופסק דאינה נאמנת כלל לומר שבטעות נתחייבה מטעמא שכתב הרי"ף גבי הנהו גינאי דאלת"ה כל שטרי דעלמא נמי נימא דבטעותא הויא מילתא ונפטר וכתב שהסכימו עמו מהר"י קארו ומהר"א שלום ומהר"ר יחיאל ז"ל יע"ש למדנו מד"ק דאפילו במלתא דשייך לומר בה מאומד דטעה אינו נאמן מאחר שנתחיי' בשטר: אלא שראיתי להרב באר הגולה סי' י"ב שהביא משם מהר"ם אלשיך ז"ל טעותא בדין בדבר דשייך למטעי ביה נאמן יע"ש: ואפשר דשם לא נתחייב בשטר ולכך מחי' אינה מחי' אפי' טעה בדין ועוד דנאמן לומר טעיתי דמגרע טפי מחמת שלא נכתב השטר ואעפ"י שקנו מידו אבל אם נכתב השטר בלא"ה מחי' מחי' אפי'טעה באמת מחמת שהטעות בדין: כלל העולה ממאי דכתיבנא דחייב שמעון לשלם לראובן כל מה שנתחייב לו בשטר ואפי' באמ' טעה כדבריו דמחי' הו"מ חי ועוד לא מקרי נתפס בעד חבירו כדכתיבנא לעיל.

והי"מ ומי שחותמו אמת ינחני במעגלי הצדק והאמת: הלכות רוצח פרק ב' ה"ב אבל השוכר הורג להרוג את חבירו או ששלח עבדיו והרגוהו וכו' כל אחד מאלו שופך דמים הוא וכו' עיין להרב המגיד ז"ל וראיתי להמש"ל ז"ל שהביא מה שנסתפק מוהרימ"ט אי אמרינן באיסורא דרבנן אין שליח לדבר עבירה מי אמרינן כיון דמן התורה חשיב שליח אמרינן דהוי שליח או דילמא אפילו במילי דרבנן ד"ע מקרי ושייך דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין: וכתב עליו הרב ז"ל ואני תמיה עליו מההיא דפ' שור שנגח את הפרה ד' נ"ג נימא וכו' יע"ש בפי' רש"י ושוב הוקשה לו מההיא דפר"ק דמציע' דף י' דקאמר איכא בינייהו כהן וכו' א"נ איש דאמר לאשה הקפי לי קטן ואי אמרת וכו' דאף דנשים אינם מוזהרות על לא תקיפו מ"מ איסורא דרבנן מיהא איכא ואפילו מקפת את

הקטן וכדאיתא בנזיר יע"ש עכ"ל: ולכאורה יש לדקדק אמאי לא הביא ראיה מרישא דכהן שאמ' לישראל וכו' דאמרי' אשלר"ע עד שהוצרך להביא מאיש שאמר למשה הקיף וכו' דאית ביה איסורא גם מרישא דכהן שאמר לישראל אף על גב דלית ביה חיובא משום דמותר בגרושה מ"מ איסורא איכא שסייע בעבירה וקידש אשה גרושה לכהן והו"ל ידע"ע וי"ל דמרישא דכהן שאמר לישראל איכא איסורא דאורייתא ולא דרבנן ולית מינה ראיה וכן ראיתי בתוס' בסוגי' שכ' ואע"ג דעובר משום לפני עור מ"מ לאו בר חיובא הוא הרי דאית ביה איסורא דאורייתא אבל באשה אין בה כי אם איסורא דרבנן אבל לפני עור לית בה דמאחר דקטן לאו בר עונשין הוא ליכא מכשול: אך ק"ל ע"ד המש"ל במ"ש בסו"ד ודוחק הוא בעיני לומר דסוגיא זו אתיא אליבא דר"ה דאית ליה דגבי אשה אפי' איסורא דרבנן ליכא מאחר דלית הלכתא כוותיה יע"ש דאיך לא ראה דברי התוספ' בנזיר דכתבו הלכה כר"ה דסוגיא דמציעא אתיא כוותיה יע"ש ר"ל דלא אתיא כר"א בר פלוגתיה ועוד דמוכרח הוא דסוגי' לא מתוקמה אלא כר"ה דהא קתני בפירוש דמשלח חייב דאשה לאו בת חיובא היא והיא כר"ה דלרב אדא אשה בת חיובא היא והא ראיה דאם הקיפה לגדול חייבת וטעמא מאי דאם הקיפה לקטן פטורה משום דקטן לאו בר חיובא הוא ומקיף דומיא דניקף ועוד אפילו גדול פטור מהאי טעמא אבל האשה מצד עצמה חייבת ועוד מדקאמר לאשה ולא קאמ' לאיש הקפי לקטן ש"מ דווק' אשה ולא איש והיא כר"ה אבל לרב אדא אפי' איש פטור כדאמרי' דמקיף דומיא דניקף א"כ סוגיא מוכחא כר"ה ולא כר"א כמ"ש התוספות ומאי דקאמר ודוחק לומר דסוגיא כר"ה משמע דאתיא כר"א וזה אינו וא"ת גם לר"ה קשה אמאי נקט קטן דהוא אית אפילו גדול אין האשה חייבת עליו כבר כתבו התוספות דה"ה גדול והאי דנקט קטן משום דגדול לא שביק נפשיה משום דהוא חייב ובר המחאה הוא אבל קטן לאו בר המחאה.

הוא וכ"כ התוספות במציעא יע"ש: גם ק"ל על מאי דקאמר מאחר דלית הלכתא כוותיה וזה אינו דכל הפוסקים פסקו כר"ה דהמקיף לקטן חייב ולא כר"א דאית ליה המקיף לקטן פטור וכן פסקו ג"כ באשה דפטורה כמ"ש הב"י משם הרי"ף והרא"ש והטור וספר המצות וכ"פ מרן בקצר ועוד מהיכן משמע מהש"ס דנזיר דאשה אית לה איסורא דרבנן אי לר"א אית ליה דומיא דניקף וכמו שהקטן לית ליה איסורא כלל ואפי' מדרבנן כן האשה לית לה איסורא כלל.

ואולי דעת הרב היא מאחר דהרמב"ם פסק דבאש' איכא איסורא אפי' לקטן והיא כר"א דאע"ג דאית ליה דומיא דניקף מ"מ הוא ס"ל דאם באמת המקיף לקטן חייב כר"ה אמרינן דגם האשה חייבת אלא דאית דהמקיף לקטן פטור ולכך איענוש ולא הו"ל לר"ה זרעא כל יומי דר"א מכאן דאית לן איסורא כר"א לסברת ר"ה דאית ליה המקיף לקטן חייב ודו"ק: : אלא דעדיין לא נתקררה דעתי דרש"י כתב אשה : נמי חייבת משמע מדאורייתא ולא מדרבנן וא"כ בין למר ובין למר ליכא איסורא דרבנן: פרק ג' ה"א המכה את חבירו בזדון באבן או בעץ והמיתו.

אומדין דבר שהכהו בו ומקום שהכה עליו אם ראוי אותו חפץ להמית' באבר זה או אינו ראוי וכו' עכ"ל. ועיין בדברי מר"ן בכסף משנה.

וראיתי להמכילתא והביאה רש"י ז"ל בפירוש לחומש על מאי דכתיב וכי יכה וכו' בשבט בשיש בו כדי להמית או אינו אלא אפי' אין בו כדי להמית תפ"ל בישראל וכו' והלא דברים ק"ו ומה ישראל וכו' וכתב הרא"ם ז"ל וא"ת א"כ בשבט ל"ל תפוק ליה מק"ו כבר הק' במכילת' ותירצו אם אמרת כן ענשת מן הדין יע"ש: ואני בעניי שמעתי מקצת מת"ח כשהיינו מקובצי' בפקידת השנה של החכם כהר"ר יעקב אבן דנאן זלה"ה מקשים והא דברי המכילת' דבר תימא מאי עונשין מ"הד איכא הכא אדרבא הק"ו אינו בא אלא להקל עליו שאינו חייב מיתה אלא אם כן יש בו כדי להמי' דבלאו ק"ו היה נהרג על עבדו אפי' הרגו בדבר שאין בו כדי להמית והק"ו הקל עליו עד שיהא בו כדי להמית ובאמ"ד תירצתי להם דאע"פ דהק"ו הקל עליו לעניין השבט ואבן ואגרוף מ"מ מחמיר עליו בברזל דאע"פ שאין בו כ"ל כדקי"ל בישראל דהכל נגמר מק"ו ואע"פ דבכלי ברזל ליכא בו ק"ו כאחריני מ"מ יש ללמוד מישראל לעבד מאחר דכלי ברזל ממית בכ"ש חזר דינו כשבט ואחריני בשיש בהם כד"ל כמ"ש רש"י גלוי וידוע וכו' שהברזל ממית בכ"ש לכך אצטריך בשבט: ואחרי מופלג ראיתי למהרי"ע ז"ל שהקשה כך ותירץ בשם מהר"ם גאלנטי ז"ל אלא שהוא הרחיב התירוץ בראיות מדברי הרמב"ם ז"ל והרב מהרי"ע דחה דבריו באמת הבנין וגם הראיה שהביא מדברי הרמב"ם ז"ל: ואנן יד עני יש לי מה לפלפל בדבריו ז"ל דקב"ה חדי בפלפולא ואע"פ דכתותי מכתת שיעוריתורה היא וללמוד אני צריך תחי' דבריו בקושיא שנית שהקשה וז"ל ועוד י"ל דלפי המכילתא דמשמע מינה תי' בשבט יתירה וכו' דהא לא מצית למימר דוקא בשיש בו כ"ל מכח הק"ו דהא קי"ל אין עמ"ה וכו' יע"ש מאי כוונת הרב אם כוונתו לומר תיבת בשבט יתירה מכח הק"ו כדמוכח מדברי המכילתא אם כן מאי קאמר דהא לא מצית למי' בשיש בו כ"ל מק"ו דאעמ"ה ואם כוונתו לומר בשבט יתיר' ולא באה אלא ללמד דבעי' שיש בו כ"ל ולכך הוקשה לו דהרי מצינן למימר אפי' אין בו כ"ל והא בשבט יתירה לומר לך דבעי כ"ל ז"א דכוונת רש"י היא לאמר דאם לא נאמר בשבט אפי' אין בכ"ל ת"ל או באבן יד והלא דברים ק"ו וכו' תדע דאל"כ תקשה לרש"י ז"ל דבריו הפך המכילתא דקאמ' בשבט מגיד שיש בו כד"ל ומאי קאמר ברש"י בשבט בשיש בכ"ל או אפילו אבכד"ל והא במכילתא קאמר דתי' בשבט לא נכתב אלא לומר לך דבעי כד"ל אלא מוכרח אתה לומר כדפירש' והיא עד שלא יאמר דקאמר במכילתא: עוד קצרה דעתי להבין דברי הרב שהקשה על מהרמ"ג וז"ל וקשה לי על דבריו דהבין דעבד א"צ שיעור בברזל כדין ישראל והא ליתא דהרי מבואר בדברי רבינו שכלל סכין וסייף עם אבן ואגרוף וכתב על כולם ואמדוהו למיתה משמע דבכלם בעי' שיש בהם כד"ל וכו' מאי ראיה מייתי מדברי הרמב"ם שכלל אות' משום דדינם שוה לעניין יום או יומים דלא בעי ולעולם הא כדאיתא והא כדאיתא דסכין וסייף אפי' בכ"ש אבל: אבן ואגרוף בשיש בה כ"ל ומאי שנא אבן ואגרוף משבט משום דלא נתנה תורה רשות לאדון להכות באבן ואגרוף לכן אין דינם ביום ויומים ואם הבין הרב שאמדוהו שכת' רבינו היינו כשיעור ז"א דכוונת רבינו היא לאפוקי אם אמדוהו לחיים אפי' יש בו כד"ל ומת אינו נהרג כדאשכחן בישראל כמ"ש רבינו בפ"ג מה' רוצח יע"ש ולעולם הא כדיניה והא כדיניה דסכין וסייף אפי' בכ"ש ואבן ואגרוף בשיש בו כד"ל ואינם דינם ביום ויומים משום דלא נתנה תורה רשות להכות עבדו בהם כמ"ש רבינו ע"ש ובעי' דאמדוהו למיתה אבל

אם אמדוהו לחיים ומת פטור דלא עדיף מישראל דחמיר אבל אם הכהו בשבט שיש בו כד"ל דינו ביום ויומים משום דנתנה לו תורה רשות להכותו בשבט אבל אם אין בו כד"ל פטור עליו דלא עדיף מישראל וכך פי' המכילתא לדעת רבינו בשבט מגיד שיש בוכ"ל ר"ל מדהול"ל ואיש כי יכה את עבדו או וכו' ומת ולא לכתוב בשבט וכתב בשבט לומר לך דבעי' שיש בו כד"ל ומדהו"ל למימר באבן או באגרוף ואמר בשבט לומר לך דאין דין יום או יומים אלא בשבט דנתנה לו רשות להכות בו ולא באחריני ונלמוד מינה תרתי שיש בו כ"ל.

דוק מינה הא בברזל אפילו בכ"ש כדין ישראל וילפינן מינה דווק' בשבט נדון ביום או יומים ולא באבן ואגרוף מדלא קאמר באבן וכו' והוה דייקי' הא בברזל אפי' בכ"ש וחזר דין הברזל כדין האבן והאגרוף דזיל בתר טעמא משום דלא נתנה וכו': עוד יש לי לדקדק על הישוב שיישב הרב דברי המכילתא ופי' דברי המכילתא דקאמר אין עונשי' מ"הד קאי אחר שהכה עבד חבירו כמו שפירש"י כי כספו הוא הא אאחר שהכהו אע"פ ששהה מע"לע חייב ואי גמרינן מק"ו לא היינו יודעים בהכהו אחר דבעי כשיעור דאי ילפינן מק"ו ליכא ילפותא דאינו בדין דיום א"י דאי יליף מהאדון איכא למפרך מה לאדון שכן ישנו בדין יא"י ונמצא האחר מתחייב בכ"ש מכח הק"ו ע"ש וקלסיה הרב עצמו להישוב הזה: ואני הדל ורזה סלח נא אנכי מבקש מכ"תר דעלה מן הישוב ואין הדעת סובלתו לומר דמאן דהרג עבד חבירו חמיר מישראל ודין עבד כנעני אפילו אין בכד"ל וישראל בכד"ל ועוד מה שכתב דאינו בדין יום א"י משמע מדבריו דהק"ו הוא דישראל חמור דאין בו דיא"י ועבד קל משום דאית ביה דיא"י והרוא' יראה בדברי רז"ל שהביאו דברי המכילתא לא נזכר בה כ"א ישראל חמור ועבד הקל ויכולני לומר דחמור משום דחייב בכל מצוות התורה אבל העבד קל משום דאין מחוייב בכל המצוות דעבד כנעני דינו כאשה בכל המצוות וא"כ נלמוד מינה דגם אחר שהרג עבד כנעני של חבירו.

ואפי' אם הר' ראה שכך כתוב במכילת' מ"מ גם זה ק"ו הוא ולא הוה מחייבינן אחר אלא בשיש בכד"ל מכח סברא ועוד דהוה ילפי' ליה מהאדון גופיה שאינו חייב כ"א כשיש בכד"ל מה אית לך למימר מה לאדון שכן ישנו ביום ויומים ישראל גמור יוכיח שאינו ביום ויומים ולא מחייב כ"א בשיש בו כדי להמית ואתיא במה הצד ועוד דלפי דבריו לא מקרי זה עומ"ה אלא משום דלמדנו המכה עבדו מק"ו נתגלגל.

חומרה: זו לאחר ואין זה עונשים מ"ה דמשמע מן הק"ו גופיה בא העונש ועוד דאין סברא כדפי': פרק י"ג הי"ב וכן שתי ספינות העוברות. ופוגעות זו בזו אם עוברות שתיהן בבת אחת טובעות ואם בזו אחר זו עוברות וכן ב' גמלים וכו' כיצד הן עושין וכו' ובזה וכיוצא בו נאמר בצדק תשפוט עמיתך ע"כ ועיין להרב כ"מ.

והכי איתא בפרק א' ד"מ (ד' ל"ב ב') ריש לקיש רמי כתיב בצדק תשפוט עמיתך וכתיב צדק צדק תרדוף הא כיצד וכו' רב אשי אמר מתני' כדשניין קראי אחד לדין ואחד לפשרה כדתניא צדק צדק תרדוף א' לדין וא' לפשרה כיצד שני ספינות עוברות בנהר וכו' וכן ב' גמלים שהיו עולים וכו' וי"לד אמאי הוצרך לומר כיצד וכו' והול"ל א' לדין וא' לפשרה אם ירצו בפשרה מה טוב וא"ל ישפוט להם הדין יקוב את ההר וקרא קמל"ן שחובה על הדיין לפשר ביניהם מקודם ואם לא ירצו בצדק תשפוט הדין.

ואפשר לומר דטעמו משום דקאמר. קרא צדק צדק תרדוף ומוכרח אתה לומר דצדק א' הוא לדין וצדק הב' לפשרה דסמיך ליה הכתוב תרדוף ולא שייך רדיפה אלא בפשרה דהיינו כשיבואו לדין לפניך צדק תרדוף חזר לעשות להם פשרה אבל לגבי הדין לא שייך לומר תרדוף וכי ילך לבקש לבני אדם לעשות להם הדין ולכך הוצרך לומר כיצד אפשר לעשות הדין ולעשות הפשר' פי' ואמרי' ב' ספינו' שני קרובות או שני רחוקות בזה צדק תרדוף לעשות להם פשרה ומעלות שכר זו לזו דבזה מוכרח לפשרה ולא לדין: ונראה דרבינו ז"ל פסק כדברי הברייתא הזאת.

ובמה שסיים דבריו וכתב ובזה וכיוצא בו נאמר בצדק תשפוט עמיתך תמיהא לי דהול"ל ובזה נאמר צדק תרדוף כלשון הברייתא דהברייתא דקתני א' לדין וא' לפשרה לא קאי אקרא דבצדק תשפוט וכו' אלא אקרא דצדק צדק תרדוף א' צדק לדין וא' צדק לפשרה. והכ"מ לא דיבר מאומה בדבר זה:הלכות מכירה פרק ג' ה"א אחד הבהמה וכו' נקנין במעות דין תורה וכו' ואין א' מהם יכול לחזור בו אבל חכמים תקנו שלא יקנו המטלטלין אלא בהגבהה בו במשיכה וכו' ע"כ.

ועיין להרב המגיד ז"ל שכתב דהכי איתא בפרק המוכר את הספינה. והנה נשאלתי לל"י שאלו ע"ע ראובן שהלך אצל הסוחר ואמר לו אני צריך לסחורה פ' שתמכור לי סך מה בהקפה לזמן פ' והסחורה הנז' אני לוקחה ממך בשביל פ' שהוא צריך לה אבל לא יש לך עמו שום דין ודברים כי אם עמי ואני נותן לך כל מה שתתן לו והם בתוך אי אמרת וכו' ובא שליח אחד מעם פ' הנז' ואמר לראובן הנז' צריך שתרחיב בזמן ביותר כ"וכ שלא יהיה לו בושה וכלימה כשיגיע הזמן ולא ימצא לו ממה לפרוע לו ותהיה כנוש' ובאותה שעה ויפרדו איש מעל אחיו וכל א' לדרכו פנה אחר סמוך באותו היום עצמו נזדמנו ג' האנשים הנז' ואמר פ' הנז' להסוחר הנז' אותה סחורה אם תרחיב לי הזמן מהיום ועד זמן פ' הרי היא מכורה וראובן הוא עומד עמהם באותו מעמד ונתרצה הסוחר הנז' ומכר לו הסחורה הנז' במעמד ראובן ואחר שלקח פ' מקצת מהסחורה הנז' תבע הסוחר לראובן ואמר לו תתן לי כתב יד שאתה חייב לי סך כ"וך מפאת הסחורה שלקח פ' ואמר לו ראובן היה דברי עמך מקודם ואח"ך לא נתקיים המכר והמכירה ונש"ונ אתה ופ' ואני לא דברתי עמך כלום ונפשם לשאול הגיעה ויקרבו את משפטם לפניהם יורינו המורה לצדקה וישכ"מה: תשובה דבר פשוט לענ"ד דמקצת הסחורה שלא משך הדין עם ראובן דיכול לחזור בו כ"ז שלא משך ואף על פי שמשך מקצתה יכול לחזור במקצת האחר שלא משך כמ"ש מור"ם סי' קצ"ז ס"ד יע"ש.

אבל בחצי האחר שמשך האמת הוא עם הסוחר ודינו הוא עם ראובן וחייב לו כל מה שמשך אותו פ' ויכול לומר לו אני סומך על דבורך הראשון שאמר' לי שאין לך עסק עם פ' וכן הסוחר גילה דעתו בפעם ראשון ואמר לו לא יהיה לי שום תביעה עם פ' מפני שהוא קשה ממני ואתה רך וטוב ואף על פי שבשעת הקנין של הסחורה בפעם שנית לא יחד הדבור הסוחר כ"א עם פ' הנזכר וראובן הנזכר היה עומד עמהם בשתיקה אמרינן ביה שתיקה כהודאה מאחר שלא חזר בו ואמר לו אין לך עמי שום דין ותביעה ואוקמינן גברא אחזקתיה דעדין עומד בדבורו מאחר דשתק ולא גילה דעתו וראיה לזה מ"ש הרב ב"ח בתשו' י"ט והביא דבריו הר"ב מסגרת השלחן סי' קפ"ד ס"א וז"ל ראובן שהיה

יודע חטים לקנותם ולא היה לו מעות ובא אצל שמעון ואמר לו נלך ביחד לקנות ונחלוק הריוח ונתרצה שמעון והלכו שניהם אל הסוחר ונשאו ונתנו עמו ולא הגיעו לגמר המקח ושבו שניהם לביתם ואחר כך הלך שמעון לבדו וקנה חטים במעותיו ואמר לעצמי קניתי וראובן תובעו שיחלו' עמו הריוח הדין עם ראובן מאחר שנתרצה מתחילה ולא חזר בו בפני עדים קודם שקנאו לומר לעצמי אני קונה ע"כ והנ"ד אתי במכ"ש דהכא שמעון הוא לבדו בשעת הקנין ולא היה עמו ראובן ואפי' הכי חייב שמעון לחלוק עמו ועוד דשם הוא הקרבת התועלת והכא הקרבת הנזק אלא דקש"ל על דבריו שהם הפך דברי מור"ם סי' קפ"ג ס"ד וז"ל ראובן שהיה יודע סחורה בזול וכו' ואפי' אם נתרצה בתחילה בפי' יכול לחזור בו וכו' יע"ש.

וראיתי לסמ"ע שהקש' דברי מור"ם אהדדי סי' קפ"ג הנז' עם סי' רס"ט דפסק שם דאינו יכול לחזור יע"ש. ותירץ הוא דשאני דסי' רס"ט דאמר בפי' קודם הקנין לעצמי אני קונה ודסי' קפ"ג דקנה סתם ואח"ך אמר לעצמי קניתי יע"ש.

ולפי ישוב הסמ"ע דברי הב"ח אינם מתיישבים הכא בדין הנז' וראיתי להש"ך שהביא דברי הב"ח במה שתירץ על דברי מור"ם אהדדי וז"ל דכאן בסי' קפ"ג שלא עשו ביניהם מעמד גמור אלא דברים בעלמא שיקנו ביחד ולא אמרו היאך ובכמה יקנו אבל לקמן בסי' רס"ט איירי דעשו ביניהם מעמד גמור איך ומה יקנו וכו': ולפי זה מוכרחים אנו לומר דדברי הב"ח הנזכר שפסק על ראובן שיהיה יודע וכו' מיירי דעשו ביניהם מעמד גמור וכו' כמו שחלק הוא בדברי מור"ם אהדדי ואע"פ שהוא פסק בתשוב' הנז' דהדין עם ראובן ולא פירש דבריו מוכרח דהאמת הוא כדכתיבנא מאחר דפי' דבריו במקום אחר.

והרב בא"הג סי' רס"ט תירץ דהכא דאחר שקנאו אמר לעצמי קניתי ובסימן קפ"ג שאמר לעדים בפי' לעצמי אני קונה והוא קרוב לתירוץ הסמ"ע אלא דהסמ"ע לא הזכיר שם עדים והט"ז הקשה על תירוץ דהסמ"ע והעלה להלכה כפסק מור"ם בסימן רס"ט דאם נתרצו בפי' דאינו יכול לחזור והוא כדברי הרב ב"ח בכאן ואפילו להסמ"ע דכתב דאם אמר בפי' קודם הקנין לעצמי אני קונה אפילו בלא עדים יודה לנ"ד דחייב ראובן מאחר דהיה במעמד שלהם ולא אמר שאני חוזר בי אלא שתק ולאחר מכן חזר ברוחו כלל העולה לדעת כל הפוס' הנז"ל דראובן חייב בכל מה שמשך אותו פ' ומי שחותמו אמת יעמידנו על קו האמת והצדק ושלם: פרק י"א ה"א המקנה וכו' והתנה תנאים וכו' בין שהתנה הקונה וכו' אם נתקיימו התנאים נתקיים הדבר וכו' ע"כ.

עיין לה"המ ז"ל. אירע מעשה בראובן ושמעון שהיו שותפים מקדם לעין ואחר כך הפרידו ביניהם חבילת השותפות ויפרדו איש מעל אחיו וקע"ע ראובן לפרוע כל החובות שאחרים נושים בהם וגם לגבות על החובות שנושים הם באחרים הכל הם ברשות ראובן ומחל שמעון לראובן בסך מאתים גרושוש מאמצע השותפות וקנו שניהם בקש"מ שלא נשאר ביניהם שום ד"וד ומחלו ז"לז בכל התביעות שיש להם זע"ז ואחר כך חשש שמעון שמא לא יפרע לו ראובן הקרן שלו בזמן שקבעו ביניהם וחזר על ראובן וא"ל שאם לא תפרעני בזמן תחזיר לי כל הסחורה והחובות ויחזרו כקדם להשותפות ואחר כמה פיטומי מילי שעברו ביניהם חזרו והתנו תנאי אחר שהמאתים גרושוש שמחל לו

הוא על תנאי שיפרע לו קרנו בכבוד בזמן שקבעו ביניהם וחדשו קנין חדש שהמחי' היא ע"ת שיפרע לו בזמנו ואם לאו המחילה בטלה וכתבו שטר ע"ז שמחל לו מעכשיו אם יפרע לו בזמנו בתנאי גמור ועכ"כ היתה לראובן ולא פרע החוב בזמן הנז' ועכשיו שמעון תובעו שהמחילה בטילה מאחר שלא קיים מצות פריעה בזמנו ועתה נפשם לשאול הגיעה מה שורת הדין נותנת יורנו המורה לצדקה ושכמ"ה: איתא ברבינו הרמב"ם פ"ו מהל' אישות הל' א' וכל תנאי שבעולם בין בקידושין בין במקחוממכר בין בשאר דיני ממון צריך בתנאי ארבעה דברים ואלו הן שיהיה כפול ושיהיה הן שלו קודם ללאו ושיהיה התנאי קודם למעשה יע"ש ובה' י"ז כת' כל האומר מעכשיו לא יצטר' לכפול תנאו ולא להקדי' התנאי למעש' יע"ש וכ"פ בחלק א"הע ורבינו הטור הביא פלוגתא בזה ודעת הרא"ש אפי' במעכשיו צריך תנאי קודם למעשה יע"ש: והמ"מ ז"ל נתן טעם לשבח ואמ' דכשאו' הרי את מקו' לי מעכשיו או אם אומ' אני נותן לך דבר זה מעכשיו אם יהיה כך המעשה חל מעכשיו ויתקיים התנאי אח"ך ואם לא נתקיים התנאי המעשה בטל אבל אם לא אמר לו מעכשיו עדין המעשה לא חל עד שיתקיים התנאי והשתא התנאי בא לבטל המעשה שלא יחול כלל לכך צריך תנאי חזק שיש בו תנאים אלו כדי לבטל המעשה שלא יחול כלל יע"ש: מיהו כ"ז הוא בתוך כ"ד דבלא מעכשיו צריך תנאי קודם למעשה וכן תנאי אחריני ובמעכשיו אינו צריך משום דאין צריך חיזוק תנאי כמ"ש ה"המ אבל לאחר כ"ד אחר גמר הדבר אפי' אמר מעכשיו לא מהני אח"ך התנאי והמעשה קיים.

וכן מפו' בדברי הרמב"ם שאמר ואף ע"פ שהכל בתכ"ד הרי זה מקודשת ועלה קאי ואמר כל האומר מעכשיו אינו צריך לכפול תנאו ולא להקדים תנאי קודם למעשה אבל אם הטיל התנאי אחר שנגמר המעשה לגמרי ודאי דהתנאי אין בו ממש ואפילו אמר מעכשיו. הגע עצמך מי שאמר לאשה ה"א מקו' לי מעכ' ואחר שנגמר הענין ביותר אמר לה הקדושי' שנתתי לך הרי הם ע"ת כ"וכ תנאי זה לא יש בו ממש ואין הדע' סובלתו וודאי התנאי בטל מעיקרו וכך מי שנתן מתנה לחבירו ואחר שזכה במתנה לגמרי ונגמר הענין אמר לו אותה מתנה היא ע"ת ואם לא יתקיים התנאי המתנה בטלה וכי יש ממש בתנאי זה ואפילו קנו מידו עת"ז אין בתנאי זה ממש מאחר שכבר זכה במתנה זה בלא שום תנאי המתנ' קיימת וצריך לחזור ולהקנות לו המתנה בא' מדרכי הקניין כמ"ש מר"ן בסי' רמ"ה ס"ט המקבל את המתנה וזכה בה וכו' ואמר איני רוצה בה או הרי היא בטילה לא אמר כלום יע"ש וכן פסק מור"ם בסוף סימן קפ"ט ואפי' מחלו ז"לז אח"ך לא מהני וכתב הסמ"ע ומחלו ז"לז הקנין אין הקנין מתבטל עד שיחזור שמעון ויקנה מראובן אותו דבר ואפי' מחלו ז"לז בקנין גמור משמע דלא מהני ואע"פ דלא הזכיר מור"ם מחלו ז"לז ע"י קנין מ"מ סתמו כפירושו דלא מהני אפילו ע"י קנין משום דקי"לן מחילה אינה צריכה קנין והרי שלא בקנין כבקנין וכן כתב רבינו הטור בסי' קמ"ג וז"ל ואם משום שהוחזר השטר ליד הנותן בשביל זה לא נתבטלה המתנה ופסקה מר"ן בסי' ס"ו וכתב הסמ"ע אפילו לא קנאה ממנו אלא בשטר שדי נתונה לך והחזר לו אותו שטר שקנה בו לא מהני אלא צריך לכתוב לו שט"א יע"ש: וכן יש קצת ראיה מדברי הכ"מ בפ' הנז' וז"ל כיון דמלתא דפשיטא היא שאם קדם המעשה סתם אין התנאי שהתנה אח"ך כלום.

מ"מ כיון דדברי' אחדים הם בלי הפסק וכו' יע"ש ואע"ג דהת' קאי בל"א מעכשיו מ"מ יש קצת ראיה גם למעכשיו וכן משמע מדברי מור"ם סי' ר"ז ס"א וז"ל וקודם שנגמ'

המקח לגמרי וכו' וכתב הסמ"ע סק"ה וז"ל דאי הטיל התנאי אחר גמר המקח אפי' התנה הלוקח התנאי לטובתו לא הוה מהני ליה לדבר שכבר נעשה ונגמר יע"ש: מיהו הא איכא לדחות דמיירי בלא קנין לכך לא מהני אחר גמר הענין אבל בקנין מהני וכן משמע מדברי הסמ"ע ס"ק י"ג יע"ש: וא"ת והרי הרמב"ם בהלכות מכירה פסק מכר לו סתם וא"ל הלוקח מדעתו כשיהיו לך מעות הביאם ואני אחזיר לך קרקע הרי התנאי קיים ופסקו מרן סימן ר"ז ס"ז ויישב דבריו הר"בי דמיירי אחר שנגמר המקח לגמרי התנה הלוקח ע"ז וקנו מידיו עת"ז לכך התנאי קיים והביא דבריו הסמ"ע הרי דאפי' אחר גמר הענין לגמרי התנאי קיים ומבטל המכר וליכא למימר דשאני התם דהלוקח רצה דהא הכ"מ כתב דאינו תלוי בתנאי הלוקח או המוכר דאורחא דמלתא נקט דאין בידו להתנות אחר גמר המקח כ"א הלוקח אבל המוכר אין בידו להתנות ועוד דהתנאי קיים ואם ירצה המוכ' מחזי' לו הדמים אפי' שלא ברצון הלוקח: וי"ל דשאני התם דהתנאי אינו מבטל המכ' דהתנאי הוא אם תחזיר לי הדמים אני מחזיר לך קרקע ר"ל אחזור ואמכרנו לך והקרקע נקנה בקנין והשתא מיהא המכר קיים.

דלא אמר לו אם תחזיר לי המעות המכר בטל דאם כן אסור לאכול פירות דהו"ל המעות הלואה גביה אם התנאי קיים ורבי' ומרן פסקו דמותר לאכול פירות אלא ודאי כדכתיבנא שאינו מבטל המכר אלא כשמתנה עמו שיחזיר לו המקח שלו דהיינו שיחזור וימכרנו לו כשיחזיר לו מעותיו וכן משמ' מדברי הר"בי יע"ש: אבל בנ"ד שהתנאי מבטל המחילה לגמרי אם לא יקיים מצות הפרעון ודאי לא מהני אחר גמר הענין אפי' בקנין וצריך שיחזור ויקנה לו הסך הנזכר באחד מדרכי הקנין.

וי"לד בדברי הר"בי דכתב דאחר שנגמר המקח קנו מידו שיחזיר לו המקח וצריך לקיים תנאו והא בעי לומ' קנה מעכשיו דאל"כ אמרי' אסמכת' לה קניא וגם הסמ"ע הביא דברי הר"בי ולא הזכיר בלשונו הזהב תי' מעכשיו ולא נתעורר בזה: ואפשר לומר דמאחר דהקרקע שלו היה מעיקר' והתנה עמו שיחזירנה לו לא בעי מעכשיו אע"פ דהתנאי היה אחר גמר הענין א"נ דלעולם צריך מעכשיו משום אסמכתא והר"בי לא נחית אלא לישב טענת איסור רבית דטען רבינו הטור על הרמב"ם ז"ל ולעולם בעי מעכשיו: ובאגב ראיתי להשיב על מה ששאלו ממני על דבר אחר שנמצא כחוב בשטר זה שאם לא קיים מצות פריעה בזמן הנז' המחילה בטילה גם בעניינים אחרים הידועים להם שמחל לו המלוה השותף הנז' וטען שמעון שהעניינים הוא שהחנות מכללם שלא זכיתי לו החנות אלא ע"ת שיפרעני בזמן ודבר זה לא נגלה אלא ביני ובינו ושמעון זה הוא עכשיו מוחזק בחנות הנז' וראובן אומר לא נכנסה החנות בתנאי זה ושאל ממני לישב בחנות ימים מועטים עד שנצטרך לה ושמעון מכחישו באומרו שהענינים הכתובים בשטר א' מהם היא החנות: ולעד"ן דאין ראובן זוכה בהחנות הנז' כ"א על ידי עדים גמורים שזכה ראובן בהחנות הנז' כולה מאת שמעון ואז תחזור החנות הנז' ליד ראובן אף ע"פ ששמעון הוא עכשיו דר בה דלא החזיק בה כראויחזקת ג' שנים שני חזקה ואע"פ דפסק מרן בסימן ק"מ וז"ל שקרקע הידוע לראובן בעדים שיודעים שהיה בחזקתו אפי' יום אחד דמשמ' דאפי' אין העדים יודעים בודאי שהיא של ראובן אלא שהיא בחזקתו שהוא דר בה וכמ"ש הסמ"ע ז"ל היינו באנשים נכרים שלא נשתתפו ולא היתה החנות בחזקת שניהם אבל בנ"ד שהיו שניהם מוחזקים בה זה כמה שנים לא מהני אלא בעדים ברורים

שזכה בה ראובן מאת שמעון ושמעון אינו זוכה בה כ"א בשני חזקה אחרי הפרדם קשר השותפי' אבל בלאו הכי היא בחזקת שניהם כקדם ואמרי' המוציא מחבירו עליו הראיה ותשאר ביד מי שמוחזק בה כמ"ש מרן בסימן קמ"ו סכ"ב וז"ל זה אומר שלי וכו' ואין לא' מהם ראיה אם היה אחד מהם מחזיק בה מקודם תשאר בידו.

וכן אם קודם השות' היה אחד מהם דר בה אפי' יום א' הוא או אבותיו הוא הזוכה בה אפי' שניהם היו משתמשי' בה בשותפות דקי"ל השותפים אין להם חזקה זה על זה והיא בחזקת הראשון שנשתמש בה קודם השותפ' ואם יש עדי' שזכה בה ראובן בהפרדם מהשותפות הוא הקודם ואפי' שמעון נשתמש בה קודם השותפות: ומה שטען שמעון דהעניינים הכתובים בשטר קאי אחנות דבריו מהבל ימעטו והשטר חספא בעלמא מתרי טעמי חדא דיכול לומר דהעניינים הוא קאי אמידי אחריני ולאו אחנות ויד בעל השטר על התחתונה ועוד דהשטר אדרבא סיוע הוא לראובן דהשטר כתוב בו דלא מחל לו בעניינים אחרים הידועי' להם כ"א עת"ז ואם קאי אחנות לא שייך בה לשון מחילה דלא שייך לשון מחי' אלא בחוב שהיה נושה בו דהלוא' להוצאה ניתנה ומועיל בה לשון מחילה אבל דבר שהוא בעין לא מהני ביה אלא לשון מתנה כמ"ש הרמב"ם בה' ז"ומ פ"ג ה"ב וז"ל מחל לחבירו חוב שיש לו עליו או נתן לו הפקדון שהיה מופקד אצלו וכו' יע"ש הרי שדבר ההוא בעין אינו מועיל בו כ"א לשון מתנ' דאל"כ אמאי בחוב נקט לשון מחי' ובפקדון לשון מתנה וכן פסק מרן בסי' ע"ג סי"ט בשיש לו ביד חבירו חפץ לא שייך בו לשון מחילה אלא לשון מתנה יע"ש וכן פסק מרן בסי' רמ"א וז"ל המוחל וכו' ודווקא מטלטלין אבל קרקע לא אפילו דר והחזיק בה יע"ש ואמרינן דודאי העניינים הכתובים בשטר הם הדברים דשייך בהו לשון מחילה ולא קאי אחנות דאין מועיל בה לשון מחילה כמ"ש מר"ן סימן מ"ב סי"ב כתוב בשטר סלעים סתם ע"ש ועיין בסמ"ע: ויש לי פה עוד להשיב ולומר דאפילו העדים עצמם החתומי' על השטר ואמרו שהמחילה היה ע"ת יכולים להעיד על המחילה הראשונה שלא היתה ע"ת ואין בה משום חוזר ומגיד משום דק"ילן דמיישבים דבר העדים אפי' ע"צ הדוחק במשמעות רחוקה כדי שלא יהיו מוכחשים זה מזה כמ"ש מרן בסימן כ"ט כל שאנו יכולים לכוין דבר העד וכו' כמו שיש לנו לתרץ דברי שני עדים וכו' יע"ש ועיין בסמ"ע שם במה שכתב בשם הריב"ש וז"ל בע"א שמעיד שהיה תנאי בדבר והעדים אחרי' אומרי' שתנאי נכתב בשטר וכו' וי"ל דשמא חשבו שהדברים שבע"פ אינם חשובים תנאים וכו' יע"ש גם בנ"ד יש לנו לומר דמה שכתבו בשט"ז דהמחילה היא ע"ת חשבו מאחר שקרעו שטר ראשון וחדשו שטר אחר מחילה ראשונה נתבטלה והעיקר המחילה דהשתא ולאו כ"ע דינא גמירי: חוזרני על הראשונות דלמאי דכתיבנא לעיל דאין לשון מחי' מועיל אלא בחוב שהוא נושה בו יצא לנו גם לענין מחי' מאתים גרושו' שמחל לו בה לא מהני ואפי' אם קיים תנאו כמ"ש מר"ן בסי' ר"ג ס"ט דהמטבע אינו נקנה אלא ע"ג קרקע ודווקא פקדון אבל החוב אינו נקנה אלא במעמד שלשתן ואם בשטר בכתיב' ומסירה ואף על פי שהשותפים חולקים שטרות זה כנגד זה כמ"ש מר"ן בסימן ס"ו היינו לענין חלוקה שיזכה כל א' בחלקו נהגו כן ולא בעו כת"ומס אבל לענין שיזכה במחילה בעי כתיבה ומסי' או מעמד שלשתן: אלא למאי דטען ראובן דהמחילה שמחל לו בשביל שקבל עליו לטרוח בשבילו ולגבות לו החוב' שנושים באחרים ואפי' יש לו הפסד אם נשתדפו החובות כל ההפסד

עליו הוא מהני לשון מחילה דלא מחל לו בחנם ומקרי שכר טרחו שהרי אם יחזור במחילה צריך ליתן לו ש"טר וכל מה שהפסיד בחובות צריך ליתן חלקו וה' יצ"מ ויראנו מת"נ: הלכה ט"ו המחייב עצמו בממון לאחד בלא תנאי כלל וכו' שדבר זה מתנה היא ולא אסמכתא ע"כ.

ועיין להה"מ ז"ל. שאלה ראובן שהיה נושה בו שמעון מנה.

ושלח ליהודה אגרת ואמר לו תפרע בעדי לשמעון מנה שנושה בי וגילה אוזן שמעון בדבר זה. ובא שמעון אצל יהודה לפרוע לו החוב הנז' שנושה בראובן כמ"ש לו והשיבו יהודה שעכשיו אין לו מעות מזומנים ולזמן פ' אפרע לך דמי החוב הנז' ונתן בידו כתב ידו וז"ן מודה אני ע"ע החו"מ שאני מחויב לפ' מנה לפורעו לו בזמן פ' על זה פ' ואחר שהגיע הזמן בא שמעון אצל יהודה לפרוע לו הכת' הנזכ' והשיבו יהודה לאמר דאין בידי מאומה משל ראובן והוא שלח לי ואמר לי תפרע בעדי מנה לשמעון ועם ספינה ראשונה אשלח לך סחורה וכמה ספינות באו ולא שלח לי גם אני לא אפרע לך תלך ותתבע ראובן הלוה.

ואין לך שום תביעה עלי. ונפשם לשא'ול הגיעה יורנו המורה לצדקה ושכמ"ה: תשובה לעד"ן שאין על יהודה הנזכר שום חיוב בענין זה כי אם תחייבהו מכח ערבנות ותאמר מאחר שהחיוב הוא מפאת ראובן הו"ל ערב קבלן בעדו הו"ל ער"ק שלא בשעת מתן מעות שכבר ראובן מחויב ועומד לשמעון מקודם לזה ושלח לו לפרוע בעדו וחייב עצמו לפורעו לזמן פ' והו"ל ערב שלא בשעת מתן מעות וכעי קנין ואפילו כתב בשטר עצמו לא מהני כמ"ש מר"ן בסי' קכ"ט ס"א וז"ל המלוה את חבירו ואחר שהלוהו אמר לו אחר אני ערב וכו' אין הערב חייב כלום וכו' אבל אם קנו מידו שהוא ערב וכו' נשתעבד ע"כ.

וכן לא תחייבהו מחמת שכתב לו כת"י חוב בעלמא סתם ולא הזכיר בו הערבנות כלל ונעשה הוא עצמו בע"ד והוא במקום לוה והו"ל כמו פטרו דחייב אפילו שלא בשעת מתן מעות ואפילו בלא קנין כמ"ש מור"ם שם ס"ג וז"ל וכן אם פטר הלוה ע"פ הערב הו"ל כערב דשעת מ"מ וכו' יע"ש היינו אם פטרו בפי' דהיינו אם פטר המלוה ללוה ע"פ ערבנות הלה לגמרי שאמר לו בפי' מעתה לא יהיה לי עסק עמך כ"א עם הערב כמ"ש הסמ"ע שם.

אבל הכא ליכא אלא חיוב בעלמא שנתחייב לו בכת"י ועוד שהערב לא היהבמעמד אחד עם המלוה והלוה ואפילו אם יאמר כן המלוה ללוה צריך דוקא במעמד הערב ויתרצה לדבר זה ובנד"ד לא היה הערב עם הלוה והמלוה אלא שלח לו כתב לפרוע בעדו. ואם תחייבהו מפאת מעמד שלשתן ותאמר זה הוי כמו מע"ג מאחר ששלח לו לפרוע בעדו ליהודה.

גם מצד זה פטור דמעמד ג' הוא אם היה נושה בו ואומ"ל מנה שיש לי בידך תנהו לפ' כמ"ש מר"ן ריש סי' קכ"ו וז"ל ואמ"ל במעמד ג' מנה שיש לי בידך תנהו ללוי וכו' קנה ואין יכולין לחזור וכו' והכא לא קאמ' ליה אלא תפרע בעדי ולא אמ"ל מנה שיש לי וכו' כמ"ש שם ס"ב בד"א כשהיה לראובן מנה ביד וכו' אבל אם לא היה וכו' אלא שאמר

ליתן מנה ללוי בשבילי ואפרענו לך לא קנה וכו' יע"ש וה"ה אם לא הזכיר ואפרענו לך אלא תפר' בשבילי ותו לא לא קנה כ"א בידוע שיש בידו משל ראובן ואמ"ל תפרע בשבילי אע"פ שלא הזכיר לו מנה שיש לי וכו' אמרינן מסתמא דכוונתו על אותו מנה וקנה כמ"ש מר"ן שם ס"ג יע"ש: ועוד דנד"ד לא מקרי מעמד שלשתן מטעם אחר והוא משום שלא היו שלשתן ביחד אלא שלח לו ע"י כתב ולא מקרי מע"ג כמ"ש מר"ן שם סכ"א וז"ל מע"ג ליתיה מפי הכתב וכו' יע"ש: ואם תחייבו בכ"י הנזכ' מטעם שחייב עצמו סתם לפרוע לשמעון והכ"י הוא סתם וחייב עצמו בדבר שאינו חייב בו חייב כמ"ש מר"ן סי' מ' בריש הסי' וז"ל המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי אע"פ שלא היה חייב לו כלום ה"ז חייב כיצד האומר לעדים וכו' או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה וכו' חייב לשלם אף על פי ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום וכו' יע"ש: דע דדברי מר"ן הם לקוחים מדברי הרמב"ם פי"א מהל' מכירה ושם פיר' דבריו וז"ל אע"פ שלא היה חייב לו כלו' חייב שדבר זה מתנה היא ולא אסמכת' יע"ש ור"ל הא דאמרינן אף על פי שאינו ח"ל חייב היינו בלא סיבה אלא בתורת מתנה נתן לו והוציאה בתורת חיוב כדי להתחייב בה הא לאו הכי לא יתחייב אם הוציאה בשם מתנה דבמאי יתחייב ואפילו בקנין אינו מתחייב דמטבע אינו נקנה בחליפין ולכך מתנה היא והוציאה בתורת חוב כדי להתחייב בה וממילא לית בה דין אסמכתא דקי"לן אסמכתא לא קנייא אבל אם החיוב הוא בסיבה כנדו"ד לפרוע חוב חבירו והוא בקש ממנו לפרוע בעדו דאית בה משום אסמכתא כמו שאומר הוא הטעני ואמר לי שישלח לי סחורה וע"ז סמך בכ"י שנתן והו"ל אסמכת' וכן החיוב הוא בטעו' והו"ל כמ"ש רבינו הטו"ר אם נתחייב אדעתא דהוא חייב לו ולבסוף נודע לו שאינו חייב לו אין ממש באותו חיוב והכא כוותיה דנתחייב אדעת' דישלח לו סחור' ולא שלח לו וכן לא הויא כמתנה דקאמר דבר זה מתנה הוא גם לא מקרי מחייב עצמו בדבר שאינו חייב וכו' אלא מקרי מחייב עצמו בדבר שהוא חייב בשביל הלוה ראובן ואחר כך נודע לו שאינו חייב משום שהכחיש בו שלא שלח לו הסחורה שהוא פטור כדכתיב' וכ"כ הרב ש"ך שם סק"א וז"ל היינו שיודע שאינו חייב לו וחייב עצמו כמו מתנה אבל מי שמודה לחבירו בחזקת שחייב לו וכו' הר"ז הודאה בטעות יע"ש.

ומדקאמר כמו מתנה משמע דאינו חייב כלל בכל צד ואופן וליכא שום סיב' לחייבו אלא למתנה בעלמא אבל אי לאו כמתנה כמו שחייב עצמו מאיזה סיבה מאיזה אופן שיהיה לא מהני אפי' שטר והו"ל כערב שלא בשעת מתן מעות דבעי קנין: וא"ת וכי אנחנו מפיו אנו חיין דקאמר שהוא הבטיחני לשלוח לי סחורה ובשביל כך נתחייבתי ודילמא אשתמוטי קא משתמיט כמ"ש הש"ך ורבינו הטור אם נתחייב אדעתא דהוא חייב לו וכו' הר"ז הודאה בטעו' ואם נתברר הדבר בעדים או אם המלוה הודה לו וכו' משמע דדבורו לא מהני ואינו נאמן יע"ש.

דשאני הכא דאין עליו שום חיוב אלא החיו' שלו מפאת הכ"י או השטר ואמרי' דאינו מתחייב לא בשטר ולא בכת' דלא מקרי מחייב עצמו בדבר שאינו חייב מחמת שיש סיבה שהוא פורע חוב של ראובן ואם תחשוב אותו ער"ק צריך קנין אבל הנדון דהש"ך הוא חייב בלאו הכי דהוא בחזק' שהוא חייב לו אלא דעכשיו רצה לפטור עצמו ולומר שטעה בהודאתו ואמרינן חזקת דאדם מדקדק בחשבונו קודם שיודה לפני עדים ולכך צריך

לברר בעדים או אם המלוה מודה לסלק החזקה: ועוד דלא קאמר הש"ך דצריך לברר בעדים וכו' אלא למאי דסליק אפי' מסר השטר בעדים והעדים חתומים בו לזה קאמר צריך לברר בעדים וכו' משום דלית ליה מגו אבל היכא דליכא שטר אלא כתיבת יד בנדו"ד נאמן במגו דפרעתי לאחר זה ואין צריך בירור כמ"ש מר"ן סי' קכ"ו סעי' י"ג וז"ל אם לאחר שנתרצה הלוה וכו' ליתן למקבל אומר עיינתי בחשבוני ולא היה לו אצלו כלום וטעיתי במה שהודתי אם יכול לברר בעדים וכו' פטור אפילו היה בעדים כשנתרצה ליתן לו וכו' ואם אינו יכול לברר הטעות אם המחהו בפני עדי' וגם קבע זמן וכו' והוא בתוך הזמן אינו נאמן לומר טעיתי וכו' וטעמ' משום דלית ליה מגו ולא משום דלא היו דברים מעולם משום דהמחהו בעדים ולא מטעם דפרעתי שהרי הוא בתוך הזמן וחזק' אין אדם פורע חובו בתוך זמנו כמו שכתב הסמ"ע וכן נראה מגמר דברי מרן שכתב ואם לא המחהו בעדים וכו' נאמן לומר טעיתי במגו דלהיד"ם או במגו דפרעתי אם הוא אחר זמן ואפילו המחהו בעדים כמ"ש הסמ"ע שם דאם לא המחהו בעדים בלאו הכי נאמן במגו דלהד"ם בלא מגו דפרעתי אלא מיירי דהמחהו בעדים ולכך אצטריך לומר דנאמן במגו דפרעתי יע"ש נמצא היכא דליכא שטר דיכול לומר פרעתי נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי ודברי הש"ך דקאמר עד דיברר בעדים קאי אם יהיה שטר ועדים חתומים דאינו יכול לומר פרעתי ואפילו לימ"ש בתרא דקאמר היכא דהמחהו בעדים אינו נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי הרי מור"ם פי' דבריו דווק' דהמחהו בעדים משום דאדם מדקדק וכו' אבל אם לא הודה לו בעדים יכול לומר טעיתי במגו דפרעתי ואפי' אם נתן לו כת"י נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי וכו' יע"ש וכתב הסמ"ע וכן מפורש בד"מ דכת"י שאינו בעדי' דיכול לומ' אמנה או חתמתי שמי ע"המג יע"ש וכן כת' הש"ך יע"ש: ועוד כתב הש"ך בס"ק ט' וז"ל דדווק' כאן בהמחא' במ"ג הוא דלא מהני טעיתי במגו דפרעתי וכו' אבל היכא דשעבד נפשיה בלא מע"ג אפילו בפ"ע יכול לומר טעיתי במגו דפרעתי יע"ש א"כ בנדו"ד אתיא במכ"ש דנאמן לומר שהוא הבטיחני ואמר תפרעבעדי ואשלח לידך סחורה עם הבא ראשון במגו דפרעתי לאח"ז הכת"י: וכן ראיתי למהר"י עייאש ז"ל בספרו בני יאודה שאלה פ"ט שנשאל על אחד שחייב עצמו בכ"י על אחיו שהיה מחוייב לזולת ונתן הוא כת"י שהוא מלזום באש יעטי לפ' וכו' מן גונת אסוואל די יסאל לפ' כאי וכרגת אנא נעטי מנא לזמן פ' וכו' יע"ש וקא שקיל וטרי מהרי"ע מלשון הרמב"ם ושאר מפרשים אם הוא חייב מטעם המחייב עצמו בדבר שאינו חייב ולבסוף כתב וז"ל ומעתה בכ' דידן כפי הנוסח הנז' לא מבעייא כפי מה שכתוב לבסוף בלשון ערבן דודאי דאינו כלום כיון דליכא קנין ונוסח הראשון דכתב בלשון חיוב פירושו על הערבו' דלבסוף מיירי דילמד עליון מהתחתון שהרי הוא מפרש והולך טעם החיוב שהוא מצד החוב שעל אחיו וסיים וכרגת אנא ערבן וכו' כלומר דר"ל ולכך יצאתי אני ערב שהוא מפרש חיוב הנז' בתחילת הכתב אלא אפי' לא נזכר לשון ערבות כלל מ"מ כיון שאינו כתו' בלשון שטר אין בו חיוב כלל לפי מה שביארנו: ועוד בר מן דין בנ"ד שחייב עצמו כדי לפטור הלוה מיד המלוה אין דינו אלא כערב דעלמ' דלעולם בעי קנין וכו': הנה פי' דבריו כך הוא דמתחי' רצה לומר אע"פי דמקודם כתוב חייב עצמו סתם והו"ל כמו שחייב עצמו בדבר שאינו חייב מ"מ מסוף דבריו דכתב וכרגת אנא ערבן וכו' משם הוכיח דהחיוב שכת' בתחי' היינו משום ערבנות ובעי קנין ולא מהני אפילו שטר ומכ"ש כת' שאינו

בלשון שטר ואחר מכן אמר אפילו לא הזכיר בכ"י לשון ערבנות אלא כמ"ש בתחי' חייב סתם אפי' הכי לא מהני דבעי' כתוב בלשון שטר ולא בלשון כת"י כדאית לן בעלמא משום דהוא מחייב עצמו בדבר שאינו חייב צריך שיהיה כתוב בלשון שטר הא לאו הכי לא מהני ואח"כ כתב ועוד ובר מן דין בנ"ד שחייב עצמו כדי לפטור וכו' ר"ל בר מן דין שאמרנו מתחי' מאחר שמפורש בו לשון ערבות הו"ל החייוב שהזכיר מקודם קאי אסוף שכתב וכרגת ערבן וכו' ואם כן יש לו דין ערבות ולא מהני אפי' אם כתוב בלשון שטר וצריך קנין ובר מן דין שאמרנו אפי' לא נזכר לשון ערבות בשטר אלא כתוב סתם חייב פ' עצמו לפ' כ"וכ דהו"ל מחייב בדבר ש"ח וכו' אפי' הכי אינו מועיל מאחר שאינו כתוב בלשון שטר כ"ז דלא ידעינן בשביל מה נתחייב דאמרינן רצה וחייב עצמו בדבר וכו' חייב כשיהיה הכת' בלשון שטר אבל בנדו"ד דהחיוב שלו כדי לפטור הלוה מיד המלוה אפי' כתוב סתם אני פי' חיי"ע לפ' אין דינו אלא כערבן דעלמא דבעי קנין ולא מהני אפי' לשון שטר מאחר דאית לן ידיעה דהחיוב הוא לפטור הלוה מיד המלוה: הרי מפורש יוצא מדבריו דאפילו כת"י כתוב סתם שחיי' פ' לפ' מאחר דהחוב הוא ידוע בשביל לפרוע חוב פ' אינו דינו אלא כערבן שלא בשעת מת"מ ובעי קנין: וכן ראיתי למהריק"ש בספר אהלי יעקב שאלה כ"ט מוכח כדברינו זה וז"ל ראובן שלח כתב לשמעון שיתן מנה ללוי ושמעון שלח כתב ליהודה שיפרע בעדו מנה ללוי וכו' ויהודה לא רצה לתת וכו' אבל כתיבת יד שנתחי' מנה לתת ללוי וחת' בו ושלחו ליד שמעון ואמ"ל לא תתן כת"י זה עד שתשלח לי הסחורות למכור וכו' ואפרע בעדך ושמעו בהגיעו כת"י תכף נתנו ללוי ולא שלח הסחורה ואז תבע לוי ליאודה בכח כת' והשיב יהודה אני נתתי כת"י וכו' שישלח לי הסחורות ואיני פורע משלי ולוי מודה דקבל הכת' ע"י שמעון אבל טוען שאינו יודע מזה ויפרע הכת"י הנז' שנתח' בו והכת"י כתוב סתם שחייב אני לפ' כ"וכ לפורעו לזמן פ' ואחר זמן בא לתובעו ע' כת"י הנז' ופטרו הרב מהחוב הנז' יע"ש.

ומיהו עיינתי שם בדבריו וראיתי שטע' הפיטור הוא לאו משום דלא מקרי מחייב עצמו בדבר שאינו חייב וכו' אלא פטרו מטעם שטוען יהודה דבשעה שמסר הכת"י לשמעון למוסרו ללוי נתנו לו ע"ת עד שישלח לו הסחורו' לידו דעל ידי שימכרם יכול לפרוע ללוי הכתב יד והוא מסרה ללוי בהגיעו לידו ולא שלח הסחורות ופטרו הרב משום דנאמן יהודה בדבורו ששלחו לשמעון ע"ת שישלח הסחורות וכתב אפי' אם החיוב בשטר נאמן ומכל שכן דלא נתחייב אלא בכת"י דנאמן במגו דפרעתי ויכולני לומר דדעת הרב הוא דמקרי מחייב עצמו בדבר שאינו חייב אפי' בכהאי גוונא דלפטו' הלוה מיד המלוה או אפשר לומר דבכהאי גוונא דלפטור הלוה וכו' גם הרב יודה דלא מקרי מחייב עצמו וכו' כדעת מהרי"ע ולא הוצרך לדבר זה אלא פטרו מכח דאמר יהודה דשלחו לשמעון ע"ת כנ"ז: ומ"מ ילפינן מדבריו לנדו"ד דנאמן יאודה בדבורו שאמר שהוא שלח לו ואמר לו אני שולח לך עם הספינה הבאה ראשונה הסחורה ובשביל כך חייב עצמו בכת"י במגו דפרעתי לאחר זמנו: ואחר כתבי נדפ' ספר גו"א של הרמ"ץ יצ"ו וראיתי כתוב בו שנשאל בדבר זה וחייב לבעל הכת"י מטעם דמחייב עצמו בדבר שאינו חייב חייב וכתב ואין לפוטרו ממה שטוען שחבירו אמר לו שישלח לו סחורות וכו' כמ"ש הש"ך דאם חייב עצמו מחמת שסבור וכו' ושוב נודע לו שטעה אפי' מסר לו שטר בעדים ועדים חתומים בו אינו כלום עש"ד דאין זה כלום דהמקבל יאמר לו וכי אני הטעיתיך וכו' ואי

חבירך הפסיד אמונתו עמך אין לך עלי כלום ועוד דלא דמי להאי דהש"ך דשוב נודע לו שלא היה חייב לו כלום ברם הכא מעיקרא נמי ידע וכו' דאינו חייב לו ושעבד נפשו וכו' יע"ש: ואין אני מבין מהו אומר דהמקבל יאמר לו וכו' וכן הוא בכל טעות הוא טועה מעצמו ואע"פ שלא הטעהו חבירו ואם יאמר טעיתי ויברר נקרא קניין בטעות ולא מצינו שיש חילוק בין אם טעה מעצמו או אם הטעהו חבירו וכן הא דקאמר ואי חבירך וכו' יאמר לו דלא נתחייבתי אלא בשבילו וע"ד סמכתי והוי החיוב בטעו' אבל מצידי אין אני חייב לך כלום ועוד מאי האי דקאמר דלא דמי להאיך דש"ך דשוב נודע לו וכו' גם בנדו"ד שוב נודע לו דאינו חייב לו אבל מעיקרא סבר שהוא חייב לו מכח הסחורות שישלח לו ומטע' זה הרחיב לו זמן עד שישלח לו סחורות ויפרעו מסחורות שלו ברם צריך בירור בדבריו: ועוד תמיה לי ע"ד שבספרו הנזכר הביא ש"ות למוהרי"קש ז"ל הנז"ל וממנה פריך למהר"יע ז"ל דקאמר דהמחייב עצמו בדבר ש"ח דוקא בשט' ולא בכת' והקשה עליו מדברי מהרי"קש שנשאל בדומה לזהופטרו מטעם אחר ואמאי לא פטרו מטעם שהיה כת' ולא שטר אלא ודאי לא בעי שטר אלא בכת' מתחייב ואמאי לא חזר מדבריו שהוא פטר מחמת כת' במגו דפרעתי ואמאי הוא מחייבו והו"ל לפוטרו במגו דפרעתי וכ"ת דשאני התם דהכתב יד היה ע"ת בפי' שאמר לשלי' שהוא שמעון המחייב בחוב זה שלא יתן הכתב יד עד שיגיעו הסחורו' לידו ושמעון עבר ומסר הכת"י מקודם מ"מ לוי אומר שהוא לא ידע מדבר זה והוא חייב עצמו סתם לפרוע לי לז' פ' והשיב הרב דלכל הצדדים בין אם הם מודים לדברי יהודה שאומר שלא יתן הכת' הנז' ללוי כי אם לאחר שישלח הסחורה בין אם כפרו בדבר יהודה פטור במגו דפרעתי ודומה לו נד"ד שאומר שלא חיי"ע אלא בשביל ששלח לו ואמ"ל שישלח לו סחורה עם הב"ר ותפרע בעדי ונאמן במגו ומה יש חילוק בין אם אומר שלא נתן הכת"י אלא ע"ת שלא יתן עד שישלח לו הסחורה הוא או אם אומר שלא נתחייב אלא על פי דבורו שאמר לו שנשלח לך סחורות ותפרע בעדי כ"וכ דמ"מ לא פטרו הרב אלא מכח מגו ואפילו אם כפרו אפי"ה הוא נאמן במגו נמצא דהפיטור הוא משום דלא חייב עצמו לגמרי בדבר שאינו חייב אלא אדעתא דישלח לו סחור' ומאחר שלא שלח לא מקרי חיי"ע בדבר ש"ח ופטור ומגו לא אצטריך אלא דעל ידו יהיה נאמן ואם כן גם בנ"ד הדין כן.

ואין לחלק דשאני התם דהוא אמר בפי' שכך צוה שלא יתנו הכת"י וכו' אבל הכא לא אמר בפי' והו"ל דברים שבלב. זה אינו דמאחר דאמרינן דלא בעי עדים אלא הוא נאמן במגו ליכא לחלק ביניהם ואמרינן הוציא בשפתיו שלא יתחייב אלא בשביל הסחורה שישלח לו.

והראיה מדברי הרשב"א והביא דבריו מר"ן בב"י וז"ל שנים שהיה להם חוב אצל אלם וכו' ועמד א' מהם ופייס ופרע וכו' ואם קבלו בינו לבינו נאמן לומר לעצמי הצלתי מגו דאי בעי אמר לא קבלתי ממנו כלום ע"כ יע"ש הרי היכא דאיכא מגו נאמן אפי' בינו לבין עצמו לומר לעצמי הצלתי ומכ"ש בנדו"ד דהוא ממון שלו ואין לזרים אתו: עוד ראיתי כתוב בו דברי מהרי"ע דלעיל ופירש דבריו באופן אחר כדי לחייב בעל כת"י כסברתו וז"ל ולדידי לא יתכן זה דכיון דמתחייב בכת' סתמא אין כאן דין ערבנות דלימא דבעי קנין אף אם מודו תרווייהו דהחיוב היה מחמת חוב שעל אחר אין כאן דין ערבן ומ"ש הרי"ע ועוד בה מדין וכו' הוא סובב והולך על פי המונח שבכת' הזכיר לבסוף וכו'

כרגת אנא ערבן וכו' דמעיקרא פטר בעל כת' וכו' וסיים וכרגת אנא ערבן ולא יועיל כת"י בערבנות דבעי קנין ועוד אפי' לא נזכר הערבנות בכת"י לא מחייב משום דבר שאינו חייב בעי לשון שטר וכו' ואחר כך כתב ובר מן דין בנדו"ד שחייב עצמו לפטור אחר וכו' הכוונה כמ"ש בכ"י לבסוף וכרגת אנא ערבן לעולם בעי קנין ר"ל אפילו שיהיה החיוב בשטר גמור בלשון עדים וח"ע וכו' יע"ש: ואשתומם כשעה חדא על החזון הלזה אם הוא כדבריו דעת הרב למאי אצטריך להוסיף בבא ג' דאם בא לומר דאפילו שטר בעדים לא מהני ובעי קנין היינו בבא א' דקאמר דבעי קנין משום דערבנות אסמכתא ודאי ל"מ שטר וכשתאמר בעי קנין ממנה נשמע דל"מ שטר ומאי בא להוסיף ועוד בר מן דין וכו' ולהפסיד הנייר והדיו.

אלא ודאי האמת יורה כמ"ש ועוד בר מן דין וכו' אפי' כי כתוב סתם שנתחייב כ"וכ מאחר שהחיוב ידוע שהוא מחמת החוב שעל אחר לא מקרי מחייב עצמו בדבר שא"ח אלא מקרי ערבן ובעי קנין והוא חידוש אחר שלא הוזכר בבבא א' וגם בשנייה והיא ראיה עצומה לדברינו שבעל הכ"י פטור דלא מקרי מחייב עצמו בדבר שאינו חייב: פרק י"ח ה"א אסור לרמות את בני אדם במקח וממכר או לגנוב את דעתם וכו' ואפילו לגנוב דעת הבריות בדברים אסור.

אירע מעשה בין כהה"ר מסעוד טבול דמתקרי ר' ענאן ובין יעקב לעסרי יצ"ו על ענין מכירת החצר ושמונה החנויו' שמכר הר"ם הנז' לר"י לעסרי הנז' בעיר הלזו בסך אלפים וחמש מאות גרושוש עי'ן ואחר קיום המכר הנז' במעוט ימים חזר ברוחו הר"ם הנזכר ואמר מה עשיתי במכירה הנז' ועמדו לפני לדי"ת שת"ת וטען הר"ם הנזכ' על הר"י הנז' ואמר דזה קנין בטעות על אודות ובשביל שהטעני הר' אהרן ואעקנין חבר הר"י הנז' במכירה הנז' דלא עלתה על דעתי המכירה הנז' והוא בא אלי בערמה ועלילה שוא ודבר כזב ואמר אלי יודע לך שהחצר והחנויות הנזכ' הלא המה קיימי לנפילה להאביד ולההרוס ולנתוץ על ידי האלפ'ראנסיס לתקון העיר כדי לעשות שם האל'פלצה ודבר זה נחוץ הוא ליעשות בקרב הימים האלו והוא דבר אמת וצדק כי הגד הוגד לי מפי מגידי האמת כי נכון הדבר וממהר האלפ'ראנסיס לעשותו בקרוב ואם תרצה לעשו' עמך חסד וגם הנה שכרי אתו שאני מצפה ממנו תשלום גמול ועל ידי כן אני עומד בכל מאמצי כוחי למכור לך הקרקע הנזכר לזולת ולקיים בך מצות השבת אבידה בהקרקע הנזכ' כי הוא נפול יפול בלי שום עיכוב כלל ואולם תהיה זהיר בדבר זה שלא יצאו דברים אלו מפיך לשום בר איניש משו' דחברך חברא אית ליה ויהיו הדברי' נשמעים לחוץ ודין גרמא שיבוא הקונה הרוצה לקנות שימנע ולא יקנה וילך הקרקע הנז' לאבדון נא בבקשה ממך תשמע לעצתי שלא תמלך עם שום נברא שבעולם בין קרוב בין רחוק ולא ישמע דבר זה על פיך עד שיתקיים המכר באחד מדרכי ההקנאה.

ודין גרמא שלא נמלכתי עם שום אדם קרוב או רחוק ומכרתי הקרקע הנזכר בשומה פחותה כמו שנראה לעין כל שהוא שוה עד שלשת אלפים וחמש מאות גרושוש עי'ן מ"מ וגם הר"י הלוקח הנזכר גם הוא הטעני קודם המכר ואחר המכר דקודם המכר התחי' לדבר על לבי ואמר לי תדע שהקונה הנז' אינו קונה ממך כי אם הנפילה אבל הוא ידו משגת לעמוד לדין עם הנוב'ירנו ולוקח בהקרקע כפלים על השומה הנז' ולא תעכב בדבר

זה מהרה חושה ולאחר המכר כשראיתי שצוה לסופר לכתוב שטר מכירה על שמו באותה שעה חששתי לדבר ערמה ותחבולה והייתי משתומם כשעה חדא ואמר לי הר"י הנז' תדע לך שהקרקע הנז' כי נפול יפול הסתלק מן הספק דילמא יש לו העמדה עוד ועכשיו תראה.

והנה בעתה לא יצאו הדברים לפועל והמה שוא ודבר כזב והמה בערמה דברו עמי כך לקחת הקרקע הנזכר ממני וגם בשומא פחותה ועיניכם תחזינה מישרים דליכא שום נפילה וגם הוגד לי מפי מגידי האמת דליכא שום נפילה מכאן ולהבא בקרקע הנזכר כלל דאפילו את"ל דאיכא נפילה לתקן אל'פלץ היינו מקרקע שלי ולמטה דהיינו עדהקרקע שלי ולא עד בכלל דהקרקע הנז' שלי רחוק מן האלפ'לץ שרוצים לעשות והר"י הלוקח הנזכר הוא ענה ואמר דליכא שום ערמה ותחבולה בדבר זה וליכא שום טעות כלל אלא כך שמענו וכך אמרו לי שהקרקע הנז' עומד לנפילה בלי שום עיכוב כלל ושמא אלגוב'ירנו חזר ברוחו ונשתנית דעתו שלא להפילו ואני לא נתכוונתי לשום טעות בעולם ומזל דידי גרם ע"כ דברי המוכר והלוקח הנזכר: ולענין דינא לענד"ן שהמקח הנז' נקר' מקח טעו' דאומדנא דמוכח הוא שלא מכר הקרקע הנז' בשומא הנז' אלא בשביל שאמרו לו שהוא עומד ומוכן ומזומן ליפו' דאטו בשופטני עסקינן דהקרקע שוה שומה מעלייא וקפצי עליו זביני והמוכר ימכור אותו בשומ' פחות' אתמהה אם לא על אודו' ובשביל השמוע' הרעה הנז' ומקרי מקח טעות וכמ"ש מהר"ם אל"שיך ז"ל סי' י"ד בסוף השאלה וז"ל ואנן סהדי דמסתמא הכי אסיק דעתיה דאי לא תימא הכי מאי איכפת ליה למעבד פשרה ולאפסודי ממון אטו בשופ' עסקינן וכו' יע"ש.

וה"נ בנדו"ד מאי איכפת ליה למוכר למכור בשומא פחותה ולהפסיד ממונו מאחר שהוא שוה שומא מעולה וקפצי עליה זביני. ואע"פ דפסק מר"ן סי' ר"ז ס"ג וז"ל שמכר חצירו וכו' ופירש בשעת מכירה שהוא מוכר כדי שילך למקום פ' או לקנות דבר פ' וכו' אם ירד המטר או לא נסתייע לעלות וכו' מחזיר הדמים ומחזיר לו הקרקע וכו' משמע דוקא דפי' ואמר בשעת המכירה כדי לעשות דבר פ' כמ"ש בס"ד אבל אם מכר סתם אף ע"פ שהיה בדעתו שמפני כ"וכ הוא מוכר אמרי' דברים שבלב אינם דברים ופי' הסמ"ע סק"ז וז"ל אבל לא גילה לומ' כן בשעת מכיר' אין אנו הולכין מסתמ' אחר אומדן דעת לחוד דפעמים אדם מוכר קרקעותיו ואין ידוע למה הוא מוכר וכו' יע"ש.

דמשמע מדבריהם דלא אזלי' בתר אומד דעת אם לא פי' דאדם מוכר קרקעותיו בלא סיבה וה"נ אמרינן בנדו"ד דמכר קרקעו מרצונו בלא סיבה מאחר דלא פירש ואמר שאני מוכר מסיבת הנפילה ששמעתי מהאלפ'רנסיס שהן מפילין והורסין אותו ומאחר שלא פי' אמרינן דברים שבלב אינם דברים והמכר קיים.

דשאני התם דאמרינן עשוי אדם למכור קרקעו' ואין ידוע למה ובעי גילוי דעת משום דהמוכר מכר מעצמו ובשיויו בשומתו שהיה שוה בשוק ביד הלוק' ואחר המכירה בא ואמר דמכרו מפני כ"וכ בהא אמרינן לא אזלינן בתר אומדנא דפעמים אדם מוכר קרקעותיו וכו' אבל הנדו"ד דלא היה בדעתו למכור אלא על ידי התעוררות הלוקח ושותפו דשרו ביה נרגא וקא חזינן דמכרה לו בפחות משומתה וקפצי עלה זביני לקנותה ביותר כנז' ולא רצה למוכרה הוי כפירש דמפני המפולת הוא מוכרה להם דהוי אומדנא

דמוכח וכפי' ממש ואף על פי דקי"לן דאין הונאה לקרקע וה"ה לבטול מקח היינו בלא טעות אבל על ידי טעות המקח בטל דאיכא מקח טעות בקרקע במ"ש מר"ן בסי' רל"ב ס"ה וז"ל ראובן שמכר לשמעון בתים וכו' וקודם גמר המכירה נכנסו כותים וכו' וראובן טוען כיון שהוא מום עובר ינכה לו מן הדמים הדין עם ראובן יע"ש וטענת שמעון שם דהוי מקח טעות והמכר בטל וקאמר ינכה לו מן הדמים ומדקאמ' ינכה לו ש"מ דאית ביה דין מק"ט דאם לו כן אמאי ינכה לו וכן מוכח מדברי מור"ם שנתן טעם לשבח שהרי בית מכר לו ועדיין נקראת בית אבל אם המום בגוף הבית כגון שאומר לו כותל שלם ונמצא רעוע אינו יכול לבנות לו כותל שלם.

הרי מוכח מכאן דאמרינן מק"ט בקרקע אם הטעות בגוף הקרקע לבטל המקח בין נתאנה בין לא נתאנה. ואפי' לפי דברי הר"י הלוקח הנז' שאמר שלא הטע' ולא נתכוון להטעותו אלא כך שמע ושמא האלגוב'ירנו חזר בדבורו אפי' לפי דבריו אלו מקרי מק"ט דלא יועילו ולא יצילו דבריו אלו אלא להוציא עצמו מכת הרמאי' ולהשיב על דברי הר"ם המוכר הנזכר שאומר לו למה רמיתני והוא מכחישו ואומר לו לא כי כי אם בתום לבבי ובנקיון כפים עשיתי וליכא צד רמאות בדבר אבל לענין המקח מקרי מק"ט דאית לן אפילו טעה מעצמו בדבר דטעו ביה אינשי מק"ט מקרי כמ"ש מרן סי' רל"ג ס"א וז"ל המוכר לחבירו מין ממיני הפירות וכו' ואם מכר לו רעות ונמצאו יפות אפי' אם לא נתאנה בסכום המוכר יכול לחזור בו והלוקח אינו יכול לחזור בו אפי' אם הוזלו יע"ש הרי מוכח מכאן דאפי' טעה מעצמו מקרי מק"ט ואפילו הוזל אחר כך דליכא פסי' למוכר ליכא חזרה אלא למוכר ולא ללוקח מאחר דהמכי' היא בטעות לגבי המוכר.

.

דון מינה ואוקי באתרין בנדו"ד אפילו לא הטעהו הלוקח אלא שטעה מעצמו בדבר דטעו ביה אינשי באומדנא דמוכח כנז' מקרי מק"ט ואפילו הוזל הקרקע אחר כך דליכא פסידא למוכר אלא ללוקח מקרי מק"ט מאחר דבשעת מכירה היה שוה שומא מעולה וטעה או הטעוהו ואף על פי שמדברי מרן אלו מוכח דאפילו לא נתנה בסכום מעות מקרי מק"ט דשאני התם דהטעות מוכח מצ"ע דמכר לו רעות ונמצאות יפות דקחזינן דיפות המה ומכאן הוכחא דטעות הוא אבל בנדו"ד לא מוכ' הטעות אלא מכח השומא וההתעוררות דהר"י ושותפו אבל בלאו הכי אמרינן דעביד איניש דמוכר קרקעותיו ואין ידוע למה ולית בהו הונאה וביטול מקח וההתעוררו' והשומא היא הוכחה שהוא מק"ט ובטל המכר דתלינן קלקלה במ' דבשביל הטעות מכר וכל ספק שנפל במכר אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת והמוציא מחבירו עליו הראיה: וכן ראיתי אחרי רואי להרב אלמליח בספר תוקפו של יוסף סימן נ"ג שנשאל מעין זה בחזקת חצר אחת שהיתה נטושה ביד הגוים שמכרה המוכר ללוקח בשומא שאמר לו הלוקח הנז' דעדיין גוים דרים שם וצריך להוציא עליה הוצאות להוציא הגוים ממנה הדרים שם וכו' והמוכר רצה לחזור מהמכר ולבטלו מחמת הטעות שהטעהו הלוקח שאמר לו שעדין היא ביד הגוים דרים שם והמה כבר יצאו ממנה קודם למכיר' והלוקח אומר שבחושבו שעדיין הגוים דרים שם שלא להטעות נתכוון והמוכר הוא הטעה את עצמו שגם הוא היה בדעתו שעדין הגוים דרים שם וכו' והעלה הר"י אלמליח שם להלכה דמקרי מק"ט והמכר בטל ואפילו לא הטעהו

הלוקח אלא שטע' מעצמו מקרי מק"ט דאומדנא דמוכ' הוא דלא מכר בשומה פחותה אלא מכח הטעות שהיה בדעתו שעדין הגוים דרים שם יע"ש.

ואפילו לבי"ד דמתא מראכ"ש דחלקו עליו וזכו ללוקח משום דלא מקרי מק"ט טעמייהו כיון דאין עלייתה מידם עלייה גמורה וסופה לחזור בידם כיון שכך היא מדתה פעמים היא ביד גוים ופעמים היא ביד ישראל ולא שייך הטעותבדבר הנהוג וידוע שהמוכר והקונה אדעת' דהכי קיימו המכר ביניהם כמ"ש בשטר הן יצאו גוים ממנה או לאו.

וגם להחכם האחר שזכה להלוקח טעמו משום דבאותו זמן כמה חצרות היו ביד גוים ויצאו מהם באותו זמן והיה לו להמוכר להסתפק גם בזה ולחשו' או להתנות שאם יצאו ממנה המכר בטל ומדלא התנ' מוכח שדעתו למכור בכל גוונא ומכ"ש שפי' בשטר בין יצאו ממנה וכו' יע"ש. וא"כ בנדו"ד דליכא הני טעמי יודו דהמכר בטל דמקרי מק"ט ולא צריכנא להו אלא להגדיל תורה ולהאדיר ולאוקי' הלכתא איכ' דכולהו.

אבל האמת אחר שחתם עלה גברא רבא בתורה ובחסידו' הלכתא כוותיה בכ"מ ונדו"ד אתי במכ"ש מהנדון דמהר"י למליח דעין רואה דהתם מאחר דקרקע הנז' כבר נטמע ביד הגוים ואפי' יצאו ממנה חוזרים לה כדרכם כנז' בשאלה ואיכא למי' דהויא כמוכר שדהו מפני רעתה דאפי' עייל ונפיק אזוזי אמרי' להעמיד המכר ולא לבטל המכר כך הקרק' הנז' מקרי מוכר מפני רעתה.

מאחר דכבר הגוים החזיקו ואפי' יצאו ממנה חוזרים לה ואמרינן בכל גוונא מכר לו ואפ"ה פסק מהר"י למליח דמקרי מק"ט ונתן טעם לשבח כאשר עין רואה שם בשאלה ומכ"ש בנדו"ד דליכא למימר בה מוכר שדהו מפני רעתה דלא התחילו לסתור לא בה ולא בהקרקעות הסמוכי' לה דודאי מקרי מ"ט בדבר שטעו בו אינשי דמאן דנכי' ליה חויא מחבלא דחיל דמקודם הפילו והרסו כמה קרקעות לתקון העיר ואע"פ שהם רחוקים מהקרקע הנזכ' ועדין קול הברא בעיר שעדין סותרי' קרקעו' אחריני להגדיל האלפ'לצא ובא הלוקח הנזכר ושותפו ואימת הענין ואמר לו שגם הקרקע הנזכר הוא בכלל הקרקעות שמפילים לתקון האלפ'לץ והוא מישך שייך עם גדולי המלכות דין גרמא שמכר ומקרי מק"ט.

ואנא דאמרי דאפילו אם תהיה הנפילה באמת בקרקע הנז' עדיין מקרי מק"ט דמ"מ הטעהו במה שאמר לו שהנפילה היה בימי' האלה וקרוב הדבר לאלתר והיינו טעמא דעבד כמה הרפתקי ומכר הקרקע הנז' לאלתר בשומא פחותה שלא להפסיד הכל. ונמצא דלא הפילוהו אלא אחר עבור ימים או עשור מזמן המכירה ונודע הדבר כך דעדיין זמן הנפילה מקרי מק"ט דאע"פ דעדיין מוכן ומזומן למפולת מאחר דהוא זמן רחוק לא חיישי ליה אינשי דיאמרו דשמ' לא יסתירוהו כי לא תדע מה ילד יום ויחזור הגוב'ירנו ברוחו ויבטל ולא תהיה סתירה עוד בקרקע הנז' ע"י אריכות זמן ימצא קונים וימכור בשומא מעלייא גם מחמת הנאת פירות לא יחו' לדבריו מאחר דהוא רחוק הדבר לא חיישי ליה אינשי ולא חייש אלא לדבר קרוב דאמר לו הנפילה היא לאלתר:.

גם מה שטען הלוקח הנז' ואמר אחר שערער עליו המוכר הנז' נכנסו מתווכי שלום ותווכו ביניהם והוסיף לו על דמי המכר מאתים פר' שנתחייב לו בקנין לתת לו ק"ק פר'

תוספת על דמי המכירה אין בדבריו ממש ולא הועיל לו ולא מידי מאחר דמקרי מק"ט והקנין הראשון לא הוי קנין במאי קנה קרקע זה וצריך קנין אחר מיד המוכר להקנו' לו הקרקע הנז' מאחר דקנין הראשון הוי בטעות ולא מקרי קנין.

וכי בקנין שקנו מיד הלוקח וחייב עצמו במאתים פר' נקנה לו הקרקע אלא דצריך לחזור ולהקנות מיד המוכר כמ"ש מר"ן סי' ס"ו סי"ג וז"ל הנותן מתנה לחבירו והחזי' לו השטר וכו' עד שיכתו' לו קני לך וכו' יע"ש. וגם עיין בסמ"ע ס"ק ל"ז וכן פסק מור"ם בס"ס קפ"ט וז"ל ואפילו מחלו זה לזה לא מהני אלא צריכין לחזור ולהקנות זה לזה יע"ש.

וזה דבר פשוט ולמפורסמות אינם צריכין ראיה: כלל העולה מכל הני מילי מעליית' דקנין הקרקע הנז' מקרי מ"ט והמכר בטל והקרקע בחזקת בעליה עומדת ומכל שכן בנדו"ד דעדין לא החזיק בה הלוקח והיא עדיין מוחז' ביד הבעלים הראשונים ואמרי' בה קרקע בחזקת בעליה עומדת ואין להלוקח הנזכר שום זכות בהקרקע הנז' ולא בפירותיו שמזמן המכירה עד חזרת המוכר מאחר דמק"ט הוא בטל מעיקרו ומאחר דלית ליה הקרק' ליה פירו' שחותמו אמת ינחנו בדרך אמת ויצילנו משגיאו' ויראנו מתורתו נפלאו' בסדר כי שכר הוא לכם משנת צדק"ת ה' עשה פה והראן ע"ה פארוז קרסינטי כנ"ל להלכה ע"ה מסעוד צרמון זאת תשובתי היתה למעלת החכם השלם הד"ומ כמוהר"ר אהרן סידון נר"ו ומה ששאלת ממני להודיעך ולחוות דיעי בענין ראובן ושמעון שקנו ע"י סרסור כלי בחזקת שהוא של זהב והתיכו לוי ונמצא נחושת.

מאי ספיקא איכא קמיה דאם ראובן ושמעון נתאנו ואינם יכולין לחזור על המוכר אין להם לאונות לאחרים כמ"ש מור"ם בסי' רל"ב סי"ח וכ"ש וכו' כגון שעבר וכו' אע"ג שגם המוכר נתאנה בו וכו' עי"ש ומלשון שכתב שגם המוכר נתאנה בו משמע שאינו יכול לחזור על המוכר הראשון דאל"כ מאי האי דקאמר גם המוכר נתאנה בו והא יכול לחזור עליו ודין א' להם.

וא"ה כתב מור"ם דאם הוא נתאנה וכו' ודין זה הוא אפילו לדעת מר"ן שפטר בשור דלא פטר מר"ן אלא בשור משום דהיה לו לבדוק בו בשור וכו' והואיל ולא הוא הפסיד א"ע אבל בזה דלאו הפסידה דאינו עומד לבדוק ולראות בפנים בנסתרות דגם הם אינם יכולין לבדוק אלא על ידי היתוך.

אלא דעדיין יש לי לפקפק בדברי כ"תר שאמר ונמצא נחושת אם נמצא נחושת ממש או מעורב זהב ונחושת דלענין דינא הם מחולקין דאם הוא מעורב לא מקרי מקח טעות אלא אונאה או בטול מקח אם הוא יותר משתות אבל אם כולו נחושת מקרי מקח טעות. ועוד איך לא בררוהו ע"י אבן הנסיון הנקרא לעיי'אר והו"ל יכול לבדוק ולא בדק אבל אם הוא נחושת כולו ולא יכול לבודקו הדין הוא כדכתיבנא דאין ללוי שום הפסד.

ואם ירצה כת"ר לפשר ביניהם ברצון לוי עשה והצלח זה משנלע"ד כתבתי: פרק כ"ב ה"ה דבר שאינו ברשותו של מקנה אינו נקנה והרי הוא כדבר שלא בא לעולם ע"כ. עמדו לפני לדי"ת.

שלשה שותפי' ראובן ושמעון ולוי שהיו מחוץ לעיר באהלי קדר נ"ונ שם ואח"ך בא ראובן לעיר והניח שם שמעון ולוי ואחר מכן באו ויהי הם בבאם בדרך נכנסו לעיר

מעסכ"ר שהיא על אם הדרך והביאו בידם חתיכות של כסף סגים שקנו באהלי קדר והוציאו החתיכות הנזכרי' למוכרם שמבעיר הנז' ואחר שנתנו להם אנשי העיר השומא רצה השותף אחר למכור באותה שומא והשותף האחר לא רצה למכור באותה שומא ואמר לשותפו אם תמכור בשומא זו אני לוקחה לעצמי ויען השותף הנז' ואמר לו אם תרצה לקחתה בשומא זו קח ולקחה לעצמו בשומא שנתנו בה אנשי העיר והחתיכות הכסף הנז' הם בידו מקודם לכן וברשותו הם קיימי ויהי בבואם מהעיר הנז' בדרך נגנבו והלכו להם החתיכות הנז' ואמר לו שותפ' שהחתיכות הנז' שלו הם שהוא קנאם וכל ההפס' הוא לעצמו ואז השיבו שותפו ואמר לו לא קניתי ולא נגמר המכר בינינו ואפי' אם הוא כדבריך אין לך רשות למכור דבר שאינו ברשותך שהחתיכו' יש לו לראובן חלק בהם ואין לך רשות למכור דבר שאינו שלך ועתה נפשם לשאול הגיעה מה יהיה בדינם יורינו המורה לצדקה ושכמ"ה: תשובה דבר פשוט הוא בשות' דכל אחד יכול למכור בלא רשות חבירו וקרי ביה שלו הוא מוכר ולא מקרי דבר שאינו ברשות כדאיתא בש"ע א"הע סי' פ"ו ס"ב בדברי מור"ם ז"ל ונר"ל דווק' בשאין דרכה להשכיר או למכור בלא רשות בעלה.

אבל אם דרכה בכך מה שעשתה עשוי ע"כ יע"ש וכת' הר' ב"ש ואם דרכה למכור אפי' אם בודאי משל בעל הוא המכר קיים. וכתב בה' ה"ה שני שות' בסחורה אחת ומכר א' סחורה בלי ידיעת חבירו א"צ הלוקח להחזיר הסחורה הואיל והוא דרכו למכור רק זה השות' חייב לשל' לחבירו מה שהפסי' לו וכו' יע"ש הרי מפורש יוצא מדבריו דיש לשותף רשות למכור אפי' בסחורה של שות' וכ"ש בסחור' של שניהם ואע"פ דחלק דווקא בשו' שדרכו למכור דוק מינה הא אם אינו דרכו למכור המכר בטל בנ"ד הו"ל כדרכו למכור מאחר שנכנס ראובן לעיר והניח הסחורה בידם למכור ועדיף טפי דהו"ל כמו שהרשהו למכור: ואין לדחות ולומר דהנ"מ דאם מכר לאיש נכרי אבל אם לקחה לעצמו המכר בטל כמו שמצינו לענין המשכון דאם קנהו לעצמו המכר בטל משום החשד ואע"פ דקנאו בשומא של ג' הדיוטות וכן מצינו באשה אם לקחה לעצמה אפי' ע"פ ג' הדיוטות המכר בטל.

ז"א דהרי מצינו דיכול לקנות ע"י שלשה מומחים וטעמא מאי משום דב"ד מומחי' הם המוכרים והוא לוקח דיש להם רשות למכור אבל הב"ד של הדיוטו' אין להם רשות ונמצא דהוא המוכר והוא הלוקח עצמו ולכך המכר בטל וא"כ בנ"ד מאחר דאיכא השות' האחר בהדיה והוא יש לו רשות למכור כדכתיבנא הו"ל כב"ד מומחי' וסתם שותף יש לו רשות והמכר שמכר החתיכו' הכסף לשותף אחר קיים וברשותו נאבדו לפי הטענה שטען שאין לו רשות למכור.

אבל לפי טענה האחרת אין לו עליו אלא שבועת הסת ואין השותף אחר מחייבו שבו' דאורייתא משום דנוגע בעדות הוא כמ"ש מר"ן בסי' ל"ז סע"ד וכמו שאינו נאמן עליו לחייבו ממון כך אינו נאמן עליו לחייבו שבועה כמ"ש מר"ן בסי' ע"ז ס"ה וז"ל ראובן שתבע משנים שלוו אין עדותו מחייב חבירו שבועה יע"ש: אבל איכא ספיקא קמאי בשאינם שותפים ומכר סחורתו של חבירו אם המכר קיים או לאו ומי מהם יכול לחזור או שניהם או המוכר או הלוקח וצריך צ"ד דהלכתא בעיא צלותא: איתא בהרמב"ם

בהלכות מכי' פכ"ב ה"ה וז"ל דבר שאינו ברשותו של מקנה אינו נקנה והרי הוא כדשלב"ל כיצד מה שאירש מאבא מכור לך מה שתעלה מצודתי מן הים מכור לך לא קנה כלום ופסקה מר"ן בסי' ריי"א וכפול הוא בסי' ר"ט ס"ה ופירש דבריו שם ויכול כל א' מהם לחזור וכן פי' דברי הרמב"ם דכתב לא קנה כלום ר"ל דאין כאן קניין כלל ושניהם יכולים לחזור בהם: וצריך לדע' דאמאי נקטו בלישנייהו כגון מה שאיר' מאבא וכו' ולא אמרו כגון שמכר סחורתו של חבירו דזה הוא מקרי דבר שאינו ברשותו או מכר לו סחורה שעדיין לא באתה לידו: ולפום ריהטא היה נראה לתרץ דלרבותא נקט הכי דהו"א דהמכר קיים מאחר דראוי לבוא לרשותו ומכ"ש אם באו לרשותו דהמכר קיים ואינ' יכולי' קמל"ן דהמכר בטל ומכ"ש במוכר סחורתו של חבירו דגרוע מגרע הוא: וכן משמע מדברי מור"ם בסימן ר"ט וז"ל מ"מ אם טרח המוכר וכו' צריך לקיים מקחו משמע דשוים הם אלא דאם טרח יש חילוק בין הך למה שאירש מאבא וכו' דבהא לית בה טרחא: אלא דיש פנים לומר דבמוכר סחורתו של חבירו דהמכר קיים ואין הלוקח יכול לחזור בו אם נתרצה בעל הסחורה דקי"לן זכין לאדם שלא בפניו וזכות יש לבעל הסחורה ואית ליה הנאה כדמוכח בש"ס דזבין וזבון לאו תגרא אקרי וכן מצינו המודר הנאה לא יקנה ממנו משום דאית ליה הנאה וזכין לאדם שלא בפניו כמו התופס לבע"ח במקום שאינו חב לאחרים ואית ליה פסידא כמ"ש מר"ן בסימן ק"ה יע"ש וכן המזכה חפץ לחבירו ע"י אחר זכה ואין אחר כך יכול לחזור בו משום דזכין לאדם שלא בפניו עד דידעינן דאינו רוצה באותה זכות כגון שגילה דעתו משום דאין זכין לאד' בעל כורחו וא"כ בנ"ד אם מכר סחורתו של חבירו המכר קיים כל זמן שלא חזר בו בע"הס ואין הלוקח יכול לחזור בו ולכך נקטו כגון מה שאירש מאבא וכו' בדווקא: אמנם אחר האמת נ"ל דלאו ראיה כלל ממה דכתיבנא דזיל בתר טעמא דאמאי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם או דבר שאינו ברשותו משום דלא סמכת דעתייהו דמוכר ולוקח וא"כ במוכר סחורתו של חבירו אע"פ דקי"ל זכין לאדם שלא בפניו מ"מ לא סמכה דעתייהו דשמא לא יתרצה בעל הסחורה למוכרה באותא שומא שמכרה לו המוכר.

והשתא חוזרני לסברא קמייתא דאמאי נקטי הך דמאי שאירש מאבא מכור לך לריבותא נקטי כדכתיבנא: וראיתי לרש"י ז"ל שכתב על האי מה שאירש מאבא . מכור לך וז"ל לא סמכא דעתיה דלוקח דקאמר מי יימר שיירש מאביו כלום שמא ימכור אביו נכסיו בחייו ע"כ ור"ל מאחר דלא סמכא דעתיה דלוקח ויכול לחזור גם המוכר יכול לחזור ומאחר דלא מקרי קניין לגבי לוקח גם לגבי מוכר לא מקרי קניין כדי להשוות דעתו לדעת הפוסקי' כולם דאמרו שניהם יכולי' לחזור: אלא דקשה לי מאי שנא מהא דפסק מר"ן בסימן רט"ו ס"ה האומר לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך אפי' לא היו לי דקלים אם רצה לקנות וכו' ואיהלוקח יכול לומר איני לוקח אלא קרקע שיש בו דקלים.

יע"ש והוא מדברי הרמב"ם פכ"ב מה' מכירה משמע דהמוכר יכול לחזור אבל הלוק' אינו יכול לחזור אם קיים המוכר דבריו שהתנה עמו קרקע ודקלים ויקנה לו שני דקלים וכמו שאינו יכול לומר קרקע שיש בו דקלים כך אינו יכול לומר מאחר דאין לו דקלים המכר בטל דדבר שאינו ברשותו הוא דאל"ך יכול לחזור מהאי טעמ' ומאי קאמר אם רוצה לקנות לו ש"ד וכו' דמשמע שהדבר תלוי במוכר אם מקיים תנאו אלא ודאי אין הלוקח יכול לחזור כלל ומאי שנא ממוכר דבר שאינו ברשותו.

דאמרינן שניהם יכולים לחזור: וראיתי להרב כ"מ בה' מכירה פכ"ד הלכה י"ג שהקשה באנפי אחריני מניה וביה ממ"נ אי קרית ליה דבר שאינו ברשות והוא כדבר שב"ל שניהם יכולים לחזור ואם אינו כדשב"ל מחוייב המוכר לקנות לו שני דקלים ואמאי אמרינן הבחירה בידו אם ירצו ותירץ דדין זה מורכב שמצד שלא היה ברשותו את חשיב שלב"ל ומצד שאע"פ שלא היה ברשותו כיון שהיה בעולם בא לעולם מקרי.

ולגבי לוקח מקרי שב"ל. ולגבי מוכר מקרי כדשלב"ל יע"ש: ולפי דבריו תגדל קושייתינו דלעיל דבכל דבר שאינו ברשותו אמרי' כן ולא דמי לדשב"ל והרמב"ם בפ' כ"ב כתב וז"ל דבר שאינו ברשותו של מקנה אינו נקנה והרי הוא כדבר שלא ב"ל יע"ש משמע דשניהם יכולים לחזור דומייא דדבשלב"ל ולפי דברי הכ"מ משמע דלא דמי לדשלב"ל: וראיתי לה"המ שם שהביא דברי הלכות וכתב וז"ל ובהלכות דמאן דזבין לחבריה מידי דשכיח למזבן אע"ג דליתיה להוא מידי ברשותי' מחיי' למזבן וכו' ואנן לא ס"ל הכי דכל מידי דלאו ברשותי' דבר שלא בא לעולם הוא יע"ש: והשתא ניחא לקושייתי' דשאני הכ' דמידי דשכיח למזב' לא דמי לדשלב"ל ומאי דקאמר הרמב"ם דבר שאינו ברשותו הרי הוא כדבר שלב"ל היינו במידי דלא שכיח למיזבן ואם תקשה מאי שנא לוקח ממוכר אתרץ כמ"ש הכ"מ דדבריו קאי אמידי דשכיח למזבן אבל במידי דלא שכיח הרי הוא כדשלב"ל ושניהם יכולים לחזור.

וכן היא כוונת ה"המ במאי דכתב ואינן מוכרחים יע"ש כוונתו כמ"ש הכ"מ: אבל ק"ל מאי שנא מהפוסק על שער שבשוק דאמרינן חייב לקנות לו אף ע"פ שלא היה לו בשעת הפסקה כמ"ש הרמב"ם בפ' כ"ב ה"ג והביאו מרן בסי' ר"ט סע"ו וז"ל הפוסק ע"ש שבשוק ולא היה לו אותו המין שפסק חייב לקנות וליתן ללוקח וכן המוכר נמי אינו יכול לחזור כמו הלוקח ומכ"ש הוא: וראיתי להכ"מ בפ' הנז' שכתב וא"ת והא כיון שאינו ברשותו לא קני שכך כתב רבינו בסמוך שאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו ותירץ וי"ל כיון שזה דבר הנמכר בשוק הויא ליה כאילו הוא ברשותו יע"ש.

ולפי דבריו קשה והא אמרי' מידי דשכיח למיזבן לא מחייבינן למוכר אלא הרשות בידו והוא נתן טעם לשבח לעיל דמאי שנא לוקח ממוכר: ודוחק לומר דיש חי' נמי בין דבר שיש לו פסקא בשוק לדבר שאין לו פסקא בשוק אף על פי דשכיח למיזבן והו"ל ג' חילוקי דינים דבר דלא שכיח שניהם יכולים לחזור אם אינו ברשותו בשעת המכירה והו"ל כדבר שלא ב"ל ומידי דשכיח למיזבן המוכר יכול לחזור ואין הלוקח יכול לחזור דומייא דהמוכר קרקע ודקלים ודבר שיש לו פסקא בשוק דשניהם אינם יכולים לחזור דשכיח טפי: וכן ראיתי להסמ"ע שנתן טעם לשבח בדברי הכ"מ מ"ש דמצוי הוא וכו' ובדין קרקע ודקלי' סתם דבריו ולא פירש טעמו: ולולי דבריה' הייתי אומר דשאני הפוס' ע"ש שבשו' דאמרינן דשניהם אינם יכולים לחזור הוא שמכר לו בלשון חיוב שחייב עצמו ליתן לו כ"וכ סאה בכ"וכ כמ"ש מר"ן בסי' ס' ס"ו המחייב עצמו בדשלב"ל חייב אע"ג דאין אדם מקנה דשלב"ל יע"ש.

ולכך אמרינן דחייב המוכר לקנות וליתן ללוקח מה שפסק עמו וכמו שאין הלוקח יכול לחזור בו גם המוכר אינו יכול לחזור בו ואם חזר מקבל מ"שפ כדקי"לן בעלמא דאם נתן מעו' בין חזר מוכר בין חזר לוקח מקבל מ"שפ: אלא דק"ל עפ"ז דאם הקנה לו

בלשון חיוב מאי קאמר ואם חזר בו מק"מש והא חייב לקנות לו עד עשרה בדמיו ומאי מ"ש איכא.

ואפשר לומר דאף על פי דקי"לן המחייב עצמו בד' שלב"ל או בדבר שאינו ברשותו חייב דוקא המחיי' עצמו בקנין כמ"ש מר"ן בסי' ס' ס"ו והכא מאחר דליכא קנין אלא חייב עצמו וקבל מעות מהני עכ"פ לענין מ"ש ומיהו אם היה בקנין חייב לקיים המקח ולקנות לו עד עשרה בדמיו מחמת שהמכר היה בלשון חיוב לאפוקי במוכר קרקע ודקלים אפילו היה בקנין יכול המוכר לחזור וכ"ז הוא דוחק ולכן ממ"שפ: וראיתי להש"ך ס"ק י"ג שהשיג על דברי הסמ"ע ז"ל שחילק בין אם הדבר מצוי לקנות חל עליו החיוב ואם חזר בו ממ"ש ואם אין הדבר מצוי לא חל עליו החיוב ואינו ממ"ש וכתב הוא דאפילו בדבר שאינו מצוי ממ"ש וכתב עוד וכ"כ ה"המ.

ועיינתי שם ולא מצאתי משמעות יע"ש. ולעד"ן דט"ס הוא בדברי הסמ"ג ור"ל כ"כ הכ"מ שדבריו הם דברי הסמ"ע יע"ש: וצריך לדקדק לדעת הרי"ף והרמב"ם דאית להו במכר קרקע ודקלים דלא מחייבינן למוכר לקנות אלא אם רצה מה יענו בדברי התוספתא דהביא ה"המ שם ראיה להראב"ד וסיעתי' דאית להו דחייב המוכר לקנות שני דקלים.

וכת' דומייא דפוס' ע"ש שבשוק המוכר סתם קתני. ואחר כותב ראיתי להכ"מ פ"כ שפי' לה לדעת רבינו בפוסק עמו ע"ש שבשוק שכבר יצא ולכן קיים המקח ממ"ש יע"ש.

ואחר כתבי ראיתי להט"ז דמשמע מדבריו שיש לחלק כמו שכתבתי בעניותי שהוא דוחק יע"ש: פרק כ"ג ה"ט המוכר פירו' שובך ופי' כוורת לחבירו קנה ואין זה מוכ' דבר שלב"ל לפי שאינו מוכר יונים שיולדו וכו' אלא הוא מוכר שובך לפירותיו וכו' כמו שמוכר אילן לפירותיו וכו' עכ"ל והרא"בד בהשגו' כתב וז"ל א"א דוקא שאמר לו כך ע"כ וכתב עליו הרב כ"מ וז"ל ואני אומר שאין זה במשמע דברי רבינו וכו' עי"ש: ואנכי לא ידעתי מי הכריחו לפרש כן שהראב"ד כוונתו לפרש דברי רבינו ודילמא בא להשיגעליו כדרכו בכל מקום.

ואפשר לומר דאם באמת כוונתו להשיג היה לו להשיג עליו בתחילת דבריו שכתב המוכר פירות וכו' ולמה תפס עליו באמצע אלא הוא מוכר וכו' אלא ודאי כוונתו לפרש וכוונתו לומר דרבינו תנא והדר מפרש דמאי דקאמר ברישא המוכר פירו' וכו' היינו שאומר לו שובך לפירותיו אני מוכר וכו' ומתחי' נקט לשון הברייתא ולכך כתב עליו הכ"מ שאין זה וכו' ועוד שכל המפרשים שמשיבין על רבינו כמו הג"מיי ומ"ע וכדומה לא הזכירו השגה זו בלשונם וגם היישוב א"ו בא לפרש דברי רבינו כנ"ל וק"ל: פרק כ"ט הי"ב קטן שהגדיל והביא ב' שערו' אחר י"ג שנה וכו' אף על פי שאינו יודע בטיב משא ומתן מקחו מקח וכו' במטלטלין אבל בקרקע אין מעשיו קיימין עד שיהיה יודע בטיב מ"ומ אחר שיגדיל ע"כ.

נשאלתי בענין ראובן וכן אחיו שירשו ממורישם. חנות א' ויהי כי ארכו ימים גזר האלגוב'ירנו יר"ה והרס ונתץ החנות הנזכר מטעם שהיא עומדת במקום הלפ'לאץ והיה האלגוב'ירנו נותן להם שכירות החנות הנז' סך מה בכל חדש ועמד בן אחיו הנז' ופנה ומכר חלקו ליהודה והוא עדיין לא הגיע לכלל עשרים שנה ובא ראובן הנז' ותבע ליהודה

ואמ"ל יוודע לך שהמכר הלז שמכר לך בן אחי הוא בטל מעיקרו מסיבת שעדיין לא הגיע לכלל כ'.

ואף את"ל יש ממש במכר הזה אני אין רצוני להיות שותף עמך בחנות הלז. ומעתה אני נותן בה בכללותה שומא כ"וכ או גוד או איגוד בשומא הנז' ויהודה הנז' השיבו שאני אין רצוני לא למכור ולא לקנות.

ונפשם לשאול הגיעה: תשובה לכאורה נראה שהדין עם ראובן וחייב יהודה למכור לו או לקנות ממנו כמ"ש מר"ן ז"ל בסימן קע"א ס"ו וז"ל א' מן השותפים שאמר לחבירו במקום שאין בו דין חלוקה וכו' מכור לי חלקך או קנה ממני חלקי בשער הזה הדין עמו וכו' עי"ש. אלא כד דייקינן שפיר נראה דבנדו"ד לית ביה דינא דגוד או איגוד דהטעם הוא שאמרו חז"ל דיכול לומר לחבירו גוד או איגוד היינו בבית או בחנות וכדומה שאינם יכולין להשתמש בו ביחד דאין להם משום היזק ראיה אבל הכא לא נשאר להם חנות או מקומה לומר דאינן יכולין להשתמש ביחד ולא נשאר להם כי אם לגבות שכירות הקרקע שהם חובעל אלגוב'ירנו לחלוק אותו ביניהם: ובענין המכר שמכר הבן הנזכר הוא דבר פשוט שהמכר בטל מאחר שלא הגיע לכלל שנותיו כ' שנה כמ"ש מר"ן ז"ל סי' רל"ה ס"ט וז"ל במה דברי' אמורי' בקרקע שלו וכו' אבל קרקע שירש מאבותיו או משאר מורישיו וכו' אין ממכרו ממכר עד שיהיה בן כ' שנה וכו' מפני שדעתו נוטה אחר המעות וכו' מיהו יש להסתפק ולומר דדוקא אם הבן גופיה חזר ברוחו ואמר אי איפשי במכירה הנז' אבל אם הבן לא חזר מי אמרי' דקרוביו ג"כ יכולין לבטל המכר או לא.

וראיתי שם למור"ם ס"א בקטן שמכר קרקע שניתן לו במתנה או שקנה לו האפוטרופוס שכתב וז"ל דאין זה צריך לפנים ואין ספק דממכרו ומתנתו דקטן בטל לגמרי ואפי' אם הוא לא חזר יכולין ב"ד או קרוביו לסלק הלוקח מהקרקע וכו' עי"ש. אלא דדברי הסמ"ע צ"ע דמתחילה כתב וכל זמן שהוא שותק ולא מיחו בו קרוביו או שהלך למדינת הים אסור להלוקח לאכול פירות אבל אם רצה הקטן שתתקיים מתנתו ומתוך כך אכל הלוקח הפירות אין מוציאין מידו ואפי' חזר בו וכו' עי"ש משמע מדבריו דהכל תלוי.

ברצון שיתרצה בפי' אבל השתיקה לא מהני ואסור לאכול פירות וכמ"ש וכ"ז שהוא שותק וכו' ובסוף דבריו כתב ומוכח מלשונו דאפילו דלא אמר לו הקטן בפי' לאכול הפי' אלא שהיה שם הוא וקרוביו ולא מיחו במתנה וכו' אין שומעין להם וכו' עי"ש והוא הפך דבריו שכתב מתחילה דאם שתק אסור לאכול ואפי' לא מיחו: וכן הוסיף ואמר צריך לומר דמיירי שלא אכל בפני הקטן כגון שהלך למדינ' הים או שמיחו בו הוא וקרוביו וכו' אבל אין נראה לחלק דכאן איירי דווקא שנתרצה בהדיא ורוצה שמתנתו תתקיים וכו' דזה אינו מהסברא דמסתמא כל זמן שהקטן וקרוביו כאן מסתמ' רצו וכו' דמשמע אפי' בשתיקה זכה ואין מוציאין מידו וכמ"ש בתחילה ואילו לבסוף כתב בשתיקה אסור אבל מ"מ אם רצה הקטן וכו' דמשמע שיתרצה בפי' שללו לבסוף ואמר דאין סברא וכעת אין ש"ות הרמב"ן בידי לחזות בנועם לשונו ואי לא מסתפינא אני אומר דט"ס נפל בדבריו בתחילה וצ"ע: הנה מצינו מפורש דבקטן שלא הגיע לכלל.

י"ג שנים דיש יכולת ביד הב"ד וקרוביו לבטל המכר ואע"פ דהקטן לא ערער על המכר. ואם אכל הפי' אחר הערעור מוציאין ממנו הפי' שאכל.

אמנם בפחות מבן כ' שמכר קרקע שירש מאביו לא נתפרש לא בדברי מר"ן ולא בדברי מור"ם אם יכולין קרוביו או הב"ד לבטל המכר ומלשונו שכתב חוזר ומוציא מיד הלקוחות וכו' משמע דהוא עצמו יכול לחזור ומי אמרי' דה"ה קרוביו וב"ד או לא. וראיתי להסמ"ע ס"ק מ"א שקרא לזה פחות מבן כ' בשם קטן שכתב או כיורד שלא ברשות מאחר דאין במכירתו כלום עי"ש.

נראה דבנכסי אביו מקרי קטן וחזר דינו כקטן דעלמא ויכולין קרוביו או הב"ד לבטל המכר. וכן משמע מלשון מר"ן סי"ג שכתב מי שמכר בין בנכסיו בין בנכסי אביו ומת ובאו קרוביו וערערו לומר שקטן היה בשעת המכר ובקשו לבודקו וכו' עי"ש.

ואם אינם יכולין לבטל המכר מאי אהנו להו בדיקה משמע דאם הוא קטן דהיינו פחות מבן כ' או שלא הביא ב' שערות יכולין לבטל המכר מדנקט נכסי אביו והיא ראיה גמורה דמקרי קטן בנכסי אביו נמצא דהדין עם ראובן שאמ' דהמכר בטל מעיקרו ויכול לבטלו ואע"פ שבן אחיו לא ביטל המכר הוא יכול לבטלו.

והואיל ואתא לידן ענין גוד או איגוד אמרתי להעתיק פה מה שנשאלתי לבאר דיני גוד או איגוד באיזה ענין הם: תשובה אסדר לפניך דיני חלוקה ודיני גוד או"אי ולבארם ולפרשם תחלת דברי דליכא דין גוד או"אי אלא במקום דליכא ביה דין חלוקה ודבר זה ליכא לאוקומי אלא בכרם ושדה או באמצע החצר לאפוקי ארבע אמות של הפתחים ומקום הכניסה ויציאה וכגון בי"הכ ובית שער דבדברים אלו אפילו לית בהו שיעור חלוקה לית בהו דינא דגאו"אי דצריכים לתשמיש הבתים וכן אם כל א' מכיר חלקו לית ביה דינא דגאו"אי דלא שייך למימר ביה גו"אאי דיאמר לו מה לי ולך ואפי' לא הוברר לכל א' חלקו אלא יד הכל שוה בו עכ"פ בבתים ובעליות לית בהו גו"אא דיכולים לחלוק זה כנגד זה כל א' ביתא' או אמצעה של חצר חוץ מד"א ומקום כניסה ויציאה או שדה או כרם ואפי' בזה אם כל א' חלקו ברור לית ביה דינא דגאו"אי אלא כופה כל א' את חבירו להבדיל בין חלקו לחלק חבירו נמצא בנ"ד דכל א' מכיר חלקו ונשאר אמצעה של חצר משותף ביניהם ורצה א' מהם לחלוק אינו יכול לכוף חבירו בארבע אמות של הפתחים ומקום היציאה והכניסה לפי שהם משועבדים לבתים ואינו יכול לחלוק עד שישאר לחבירו ד' אמות של הפתחי' ומקום היציאה והכניסה שהם משועבדים לבתים דאיך יפסיד ביתו או יפרח באויר וזה ברור: פרק ל' ה"ה בעל שמכר מטלטלין של נכסי צאן ברזל או מטלטלין שנתן לה משלו אע"פ שאינו רשאי וכו' קנו הלקוחות ואין האשה יכולה להוציא מידם וכו' ע"כ.

ועיין להרב המגיד ז"ל נשאלתי להשיב על ענין הסבלונות ששולח הארוס לארוסתו קודם הנישואין אם בע"ח גובה מהם חובו ואם תמצא לומר שאינו גובה אם עבר הבע' ופרע לבע"ח בהם או תפס בע"ח מהם אי מוציאין מידו או לא ע"כ: וזאת תשובתי בריש כל מראי"ן איתא בדברי רבינו הטור בח' א"ה סימן צ' וז"ל דווקא בקרקע אמרינן שמכר הבעל קיים עד שעת הטרפא אבל המכנסת נדונייא לבעל במטלט' כסף וזהב ובגדים אין הבעל יכול למוכרם וכו' וכ"ש שאין הב"ח יכול ליטלן בחובו וכן מה שהחתן פוסק לה אינו יכול למוכרם ע"כ: והנה נראה מדברי קודשו דכתב דווקא בקרקע המכר קיים עד שעת הטר' מכלל דבמטלט' המכר בטל לאלתר ולאו דווקא הא דנקט בלישניה אין הבעל

יכול למוכרם אלא אפי' אם מכרם המכר בטל וכן הדין במה שפסק לה החתן דהמכר בטל לאלתר דשוי' בדינם כמ"ש וכן מה וכו' ונ"מ לדינא כמו שהמכר בטל גם אם עבר ופרע בהם לב"ח מוציאין מידו דהא בע"ח גרע טפי כדמשמע מדבריו דכתב וכל שכן שאין הבעל חוב יכול ליטלן: והנה מרן ב' לא פירש לן שם מאין מוצא דין זה של הפסקא אלא שראיתי בדברי קודשו בח' ח"מ סי' צ"ז שהביא דין זה בשם בעל התרומות יע"ש: ואפשר דמוצאו הוא ממאי דאיתא בש"ס בפרק אלמנה לכ"ג דכתב שם המכנסת שום לבעלה אם רצה הבעל למכור לא ימכור ולא עוד אלא אפילו הכניס לה שום משלו לא ימכור יע"ש וכן ראיתי בה"מ פ"ל שפי' כן ה"ה על דברי הרמב"ם שכתב בעל שמכר מטלטלין של או מטלט' שנתן לה משלו ופי' ה"ה מפור' ביבמות פ' אלמנה המכנסת שום וכו' יע"ש: ומפרש הוא דמאי דקאמר בש"ס או הכניס לה שום משלו היינו על ידי פיסקא הוא דדינו שוה לנצ"ב דכבר ייחדם לה לשמה לגמרי והקנם לה וגמר בדעתו שלא למוכרם כלל אבל אם הכניס לה בלא פסקא מגרע גרע מנצ"ב שלה משום דאמדינן דעתיה שלא יחדם לה לגמרי אלא אם יצטרך להם בידו למוכר' אבל שום שלה אפילו בלא שום פיסקא משום שבח בית אביה אבל אם הכניסה לו מעות דלית בהו שבח יכול לעשות בהם כל צורכו ובע"ח גובה מהם כמ"ש הרשב"א והביא דבריו מרן בח"מ סי' צ"ה: באנו לדברי רבינו הכ"מ במז"ל דכתב בפרק ל' מהלכות מכירה וז"ל או מטלט' שנתן לה משלו וכו' אם עבר ומכר קנו הלקוחות היינו על ידי פיסקא ואפי' הכי אם עבר ומכר מה שעשה עשוי ופליג על רבינו הטו"ר אבדיעבד ולדעת רבינו לכתחיל' אין בע"ח גובה מהם ואם מכר ופרע לב"ח או תפס בע"ח אין מוציאין מידו דליכא למימר דמאי דכתב רבינו או מטלטל' שנתן לה וכו' היינו בלא פיסקא וקודם הנישואין או אחר הנישואין אבל ע"י פיסקא קודם הנישואין מודה לרבינו הטור דאפילו בדיעבד מה שעשה אינו עשוי חדא דשום דידיה ע"י פיסקא עדיף משום דידה דאפילו לרבינו דקאמר מה שעשה אינו עשוי מ"מ שוה מיהא לנצ"ב ולדברי רבינו עדיפי מנצ"ב ואין סברא ועוד דהא מצינו בה"מ פ"א פסק שם דבע"ח גובה לכתחי' מנכסי אשתו ובניו שקנה להם והכא קאמר דווקא בדיעבד אלא מוכרח אתה לומר דהכא היינו ע"י פיסקא והתם בלא פיסקא ולכך בע"ח גובה מהם: וא"ת דלעולם דברי רבינו הכא והתם בלא פיסקא עסיקינן ובע"ח בדיעבד מיקרי מאחר שהוא מחוייב לו כבר כמו"ש להרב ב"ש שחלק כעין זה בדברי מרן יע"ש ז"א לענ"ד שהרי ה"ה כתב על דברי רבי' שכ' בפ"א מה' מלוה דבע"ח גובה מנכסי אשתו של שבת שקנה לה הבעל כתב עליו ה"ה דטעם רבינו הוא שאינו עולה בדעת בעלים להקנות להם בגדים המכובדי' וכו' על דעת שלא יוכלו למוכרם ולפי טעמו אפי' לכתחילה יוכל למוכרם ועוד תחשה דאמאי רבינו לא הזכיר לנו דין הפיסקא ועוד אין סברא כדפירש' לעיל ודברי רבי' הכא בפיסקא קא משתעי ולכך קאמר דלכתחילה אינו יכול למכור: ובאגב ראיתי שם לה"המ שכתב ויש מי שחלק ואמר שהאחים דווקא וכו' ובסוף דבריו כתב ואני תמה בדברי הרב למה לא כתב חילוק זה בפ' ג' מה' ערכין וכו' וצ"ע: ואחר המחי' רבה נפשי חשקה להשתעשע בדברי קודשו דקודשא ב"ה חדי בפילפולא לראות תמיהתו דמאי קא מתמה על רבינו אמאי לא כתב חי' זה בפ"ג מה' ערכין משום דלית ליה זה גבי ערכין ואית ליה אין לו בכסות אשתו ובניו אפי' שש' כדאמר בש"ס כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנ' להם כסות אשתו

ובניו מעיקרא ואפי' בגדי שבת וי"ט אבל גבי כ"ח הטעם שאין עולה בדעת הבעלים להקנות להם בגדי מכובדי כמ"ש הוא עצמו ואין לפרש דבריו דכתב למה לא כתב ח"י זה שם ולומר דגם ב"ח מחולק דינו ז"א משום דאין שם מקומו וכשבא למקומו פי' דעתו וכתב בד"א בגדי חול וכו' אבל בגדי שבת וכו': ואפשר לישב דברי ה"המ בדוחק דכוונתו היא דלא אפשר לומר דדעת רבינו דבהקדש אין לחלק דאם כן ההקדש גרוע מן החול ובכל מקום אמרינן יד ההקדש ע"הע ולכך הוקשה לו על רבינו דאמאי לא כתב חי' זה וכו': וראיתי לרבינו הטור בח' ח"מ סי' צ"ז שכתב וז"ל בד"א שאין נותני' לאשתו ובניו כסות בזמן שלא היו להם בגדי' שעשה להם הוא אבל אם עשה להם וכו' אין בע"ח גובה מהם יע"ש.

ומשמע שם מדבריו אפילו מה שעשה להם בלא שום פסקא כמו שנראה משיגרת לשונו דכתב כיון שקנאם לשמן וכן מדכתב אחרדבריו והרמב"ם כת' בד"א בגדי חול וכו' יע"ש. ולכאור' נראה הפך דבריו הכא וכן מה שהחתן פוסק וכו' משמ' דווקא מה שפוסק אבל מה שקנה לאשתו בלא פסקא בע"ח גובה מהם יע"ש: ואפשר לומר דב"ח מגרע גרע מניה דבעל כמו"ש מדבריו וכ"ש שאין בע"ח גובה מהם ובנכסים שקנה לאשתו בלא פסקא אין הבעל חוב גובה מהם אבל הבעל יכול למוכרם לצורכו ובנכסים שקנה לאשתו ע"י פסקא אפי' לצורכו אינו יכול למוכרם ואם מכרם המכר בטל וכ"ש שאין הבע"ח גובה מהם: א"נ הכא דע"י פסקא אפי' בדיעבד המכר בטל וכן בע"ח שגבה כבר מוציאין מידו אבל הכא לא קאמר אלא דאין בעל חוב גובה מהם לכתחילה אבל אם מכר וגבהם בחובו או מכרם הבעל כבר מה שעשה עשוי: א"נ הכא דנקט פסקא לא אצטריך אלא לענין כלי כסף וזהב דאין הבעל יכול למוכרם ואין בע"ח גובה מהם בחוב אבל לענין בגדים לא אצטריך דאפי' בלא פסקא אין הבע"ח גובה מהם ודברי רבינו הטור דכתב בח' ח"מ בד"א שאין נותנים וכו' היינו בבגדים בין בגדי שבת וי"ט בין בגדי חול אבל לענין כלי כסף וזהב מודה לרבינו הרמב"ם דבע"ח גובה מהם היכא דקנאם מרצונו בלא שום פסקא.

וכן משמ' מדברי רבי' הטור דנקט בלשונו הזהב בגדים ולא נקט מטלטלים כלי כסף וזהב כמו דנקט בלשונו הזהב בח' א"ה וז"ל אבל המכנסת לבעלה מטלט' כסף וזהב וכו' וסמוך לו כתב וכן מה שהחתן פוסק וכו' משמע דלא פליג על רבינו הר"ם במז"ל אלא בבגדים אבל בכלי כסף וזהב מודה לו דב"ח גובה מהם: וכן ראיתי להרב הסמ"ע שפסק כן על דברי מור"ם שכתב בסימן צ"ז סעי' כ"ו דכתב מרן בד"א בבגדי חול אבל בגדי שבת בעל חוב גובה מהם כתב מור"ם וי"ח יע"ש והיא סברת רבי' הטור וכתב הסמ"ע די"ח לא פליגי אלא על הבגדים אבל כלי כסף וזהב מודי' דבע"ח גובה מהם ולכך הפסיק בדברי הרמב"ם וכת' וי"ח ואח"כ כתב תשלום דברי הרמב"ם דכתב ואצ"ל אם היה בהם כלי כסף וזהב וכו' יע"ש וכן כתב הריב"ש והביא דבריו הר"בי יע"ש: וראיתי לרבינו הטור שהביא דברי הרי"ף ז"ל וז"ל ורב אלפס פסק שהמכר שמכר הבעל לבדו מנצ"ב קיים וכו' עד שעת הטרפא יע"ש ומשמע שם בין מקרקעי בין מטלט' מדקאמר רבי' הטור ולזה הסכים א"א הרא"ש וכתב דווקא מקרקעי וכו' יע"ש.

משמע דדברי הרי"ף ז"ל בכולהו: וראיתי להרב קהלת יעקב בשאלותיו שכתב בשם מהרי"ק שורש יו"ד שכתב בשם הרי"ף בתשובה שכלי זהב ובדולח אדם מקנה אותם ע"ד שתתקשט אשתו ואם הוצרך להם יתפרנס מהם הילכך בע"ח גובה מהם אלא אם כן התנו עמו בשעת קידושין להכניסם לה וכו' יע"ש: משמע דדעתו סובר כדסבר רבינו הטור כדכתי' לעיל דלא פליג על הרמב"ם אלא בבגדים אבל בכלי זהב וכסף מודה להרמב"ם דבעל חוב גובה מהם והיא דעת הרי"ף ז"ל ומה שכתב ואם התנו וכו' מוכרחים אנו לומר הא דקאמר אין יכול לגבות בעל חוב או למוכרם היינו לכתחילה אבל בדיעבד מה שעשה עשוי דל"עדי מנצ"ב דאמרי' אם מכרם המכר קיים עד שעת הטרפא: אלא שראיתי להרב הנז' שהביא בדבריו וכתב וכ"ש כלי זהב שהכניסה לו דאין בעל חוב גובה מהם וכ"כ הר' נתיבות משפט דף קל"ה וכן כת' הרב פמ"א בח"א סי' ק"ג יע"ש וכו' ואפי' תפס מפקי' מיניה וכו' יע"ש ולדבריהם קש"ל וכי עדיפי מנצ"ב דכתב ואם מכרם המכר קיים עד שעת הטרפא וכתב דקאי על הנכסים שהכניסה לו והא הוא פסק דאם מכר מכרו קיים: ואין לומר דבע"ח מגרע גרע ולכך אפילו תפס מפקינן מיניה אבל אם מכרם הבעל לצורכו המכר קיים דא"א שהרי בתחי' דבריו השוה אותם וכתב ואם הוצרך יתפרנס מהם הילכך בע"ח גובה מהם וכו' מש"מד דכל דאמרינן הבעל יכול למוכרם לצורכו הבעל חוב גובה מהם: ומוכרחים אנו לומר דאית ליה להרי"ף דמה שפסק לה הבעל בעת הקידושין עדיפי מנצ"ב ואפילו תפס מפקינן מיניה ולסברתו מוכרחים אנו לומר דמאי דקאמר בש"ס ולא עוד אלא אם הכניס לה שום משלו אין הבעל וכו' לאו הפסקא קאי כדעת רבי' הטור דהש"ס השוה אותם כמו נצ"ב ולדעתו עדיפי מנצ"ב ומוכרחים אנו לומר לדעתו הא אם הכניס לה שום משלו כגון שייחד מטלטלי לה כנגד נדונייתה או כנגד התוספת וכן ראיתי להרב ח"מ ז"ל בא"ה סי' צ' דפי' כן על דברי מר"ן שכת' מטלט' שנתן לה משלו והם לקוחי' מדברי הרמב"ם שכתב בעל וכו' או מטלט' שנתן לה משלו ופירש הרב ח"מ שלא נתן לה במתנה גמורה וכו' רק שהכניס לה שום משלו לייחד לה נגד התוספת יע"ש: והשתא אין אנו מוכרחים לפרש בדברי רבינו הרמב"ם כמ"ש לעיל אלא כמ"ש בדעת הרי"ף משום דעל הרוב אזיל בעקבו' משיחא ולעולם מידי דפסקא עדיף טפי מנכסי צ"ב ומאי דקאמר בש"ס וכן אם הכניס הוא לה שום משלו היינו שייחד לה וכו' כדפי' לעיל אבל מה שפסק לה היא מתנה גמורה מידי דהוה בא' שנתן מתנה לחבירו יכול לחזור בה אתמהא: וכן ראיתי להר' ב"א בסי' צ"ז שהקשה דברי הרמב"ם אהדדי מה שפסק בה' מלוה עם הל"מ ותירץ דבה"מ מיירי שייחד לה מטלט' שיהיו לבטחון בידה ובה' מלוה מיירי בבגדים ותכשיטים שעשאם מדעתו ולא ייחדם לשמה וכו': וראיתי להרשב"א ז"ל שהביא דבריו הרב"י בטור א"ה סימן צ' שכתב וז"ל שיכולה האשה למחות בבעלה שלא ימכור מלבושים ותכשיטים שעשה לה חמיה לקיים מה שהתנו בעת השידוכין וכו' ואם מכרם שלא מדעתה כופין אותו ב"ד לעשותו לה וכו' יע"ש: הרי מפורש יוצא מדבריו דס"ל כהני רבוותא דבפסקא מוציאין אפי' בדיעבד אלא דלדידיה.

אין אנו צריכין לפרש דמאי דקאמ' בש"ס וכן שום שהכניס לה משלו כמוש' לס' הרי"ף והרמב"ם אלא השום היינו הפיסקא ואפי' בדיעבד לא מהני כמו דאית ליה בנכסי צ"ב דאפי' בדיעבד המכר בטל והביא דבריו ה"המ בפ"ל' מה' מכירה יע"ש: והנה ראיתי

אחרי רואי בדברי הרא"ש בפ' אלמנה וכו' וז"ל ואחד שהכניס לה שום משלו ששם לה שדה כנגד התוספת שהוסיף לה משלו והיינו הכניס לה שום משלו דהכא וכו' ויראה דדווקא בקרקע וכו' אבל המכנסת נדוניי' במטלטלי של כסף וזהב אין הבעל וכו': אלא דיש להסתפק לפי דבריו דהכניס לה שום וכו' כנגד התוס' אם הכניס לה שום מטלטלין כנגד התוס' מה דינו ומי אמרינן שדינו כמו נדונייא דמטלט' שהמכר בטל לאלתר או כמקרק' עד עת הטירף' ולפי טעמו שנתן טעם לשבח משום שבח בית אביה נראה לע"ד דמה שהכניס שום משלו אפי' מטלט' דינו כמקרקעי שהכניסה לו ולכך הוצרך רבינו הטור לומר וכן מה שפסק לה החתן וכו' המכר בטל לאלתר לאפוקי אם הכניס לה שום משלו כנגד התוספת אפילו מטלטלי המכר קיים עד שעת הטירפא וכן משמעות הלשון דקאמר וכן מה שפוסק וכו' ולא קאמר וכן אם הכניס לה הבעל שום מטלטלי משלו וכו' ואפשר שכך הוא דעת הרשב"א: ומר"ן בסי' צ"ז פסק כדעת הרמב"ם ובסוף דבריו כתב אבל מה שהכניסה לו מנצ"ב וכו' וכן ממה שפסק לה הבעל בשעת נישואין וכו' ורשם עליו הרב בא"ה בכתב אמת שהוא מדברי הטור ולפי דבריו יוצא לנו לענין דינא דאפי' בדיעבד מוציאין מידו כמו שפי' דעתו רבינו הטור בח' א"הע יע"ש ואי אמרי' הא דקאמר רבינו הרמב"ם בפ' ל' מה' מכירה או מטלטלי שנתן לה משלו וכו' ופסק' מר"ן בא"הע סימן צ' היינו על ידי פיסקא ופסקו היינו לכתחי' אבל בדיעבד מה שעשה עשוי והכא פסק כרבינו הטור דאפילו בדיעבד אלא ודאי דמאי דקאמר רבינו הרמב"ם או מטלט' שנתן וכו' לאו ע"י פיסקא אלא כמו שפי' הרב ח"מ שנתן לה שום כנגד התוס': מיהו יש לדחו' דלא קאמר רבי' הרמב"ם דבדיעב' מה שעשה עשוי היינו למוכרם לצורכו דצורכו עדיף מבע"ח אבל לבע"ח גופיה אפי' בדיעבד מוציאין מידו ולא פליג על רבינו הטור אלא לענין הבעל לצורכו ויכולני לומר דדברי הרמב"ם דקאמר או מטלטלי שנתן : לה היינו על ידי פיסקא: והבינותי בספרים וראיתי להרב קהלת יעקב שפי' דברי הרמב"ם שכתב וכן מטלט' שנתן לה משלו היינו שום שהכניס לה משלו והיינו ע"י פיסקא ובדיעבד מה שעשה עשוי והביא דברי הרי"ף בתשובה כמ"ש לעיל דאם התנו בשעת קידושין אין בע"ח גובה מהם וכתב אפילו תפס אין מוציאין מידו ולא נתעורר במה שדקדקתי ע"ד כנז"ל ולדעתו הרי"ף והרמב"ם חלוקין בדין פיסק' דלדעת הרי"ף אפי' בדיעב' מוציאין מידו ולדעת הרמב"ם מה שעשה עשוי: אלא דאין מוכרח דאפש' לו דרבינו הרמב"ם מודה בב"ח דמוציאין מידו ולא קאמר דמה שעשה עשוי אלא דוקא אם מכרם הבעל לצורכו וכן ראיתי להרב הנז' שהביא משם מהרד"ב בסימן ט' דיש לחלק לדעת הרמב"ם כך דלא לאפושי פלוגתא יע"ש: נמצינו למדים דלכולהו רבוותא אית להו דמה שפסק הבעל בשעת נישואין אין הבעל חוב גובה ממנו ואם עבר וגבה מוציאין מידו לדעת הרי"ף והרא"ש והטור והרשב"א ומר"ן ולהרמב"ם לדעתי פשוט דמה שפסק לה מודה לרבוותא הנז' דאפי' בדיעבד המכר בטל דלא הזכיר בלישניה כי אם מטלטלי שנתן לה משלו מה שעשה עשוי אבל על ידי פיסקא יכולני לומר דאפי' בדיעבד המכר בטל ועוד אם תאמר ותדחה לי בקש דמאי דקאמר מטלטלי שנתן לה פי' על ידי פיסקא יש לי דרך אחרת לומר דווקא לצורך הבעל המכר קיים אבל בע"ח דגרע טפי אפילו בדיעבד אם גבה מוציאין מידו: אבל אם הכניס לה שום משלו שלא על ידי פיסקא אין בע"ח גובה ממנו לכתחיל' לכולהו הני רבוותא דהו"ל כמו צ"ב כמ"ש בש"ס אם הכניסה

לו שום משלה ולא עוד אלא אם הכניס לה שום משלו וכו' נמצא דכי הדדי נינהו והרמב"ם פי' דעתו בפי' כמ"ש בפ' ל' וז"ל בעל שמכר מטלט' של נצ"ב או מטלט' שנתן לה משלו וכו' וכן לדעת הרא"ש והטור כמ"ש דבריו לעיל בפרק אלמנה ג' שדות וכו' ולא הזכיר שם פיסקא אלא לאשמועינן דאפי' בדיעבד ולדעת הרי"ף כן הוא דומיא דנצ"ב דשוים הם כדמשמע בש"ס ובתשובה שהבאתי לעיל דנקט שם פיסקא לאשמועינן דאפילו בדיעבד מוציאין מידו ומ"ש בריש התשובה שכלי זהב וכו' היינו אם קנאם אחר נישואין וכן דעת הרשב"א וכן דעת מר"ן והא דנקט בלישניה ממה שפסק לה הבעל וכו' לומר לך אפילו בדיעבד דדבריו לקוחים מדברי הטו"ר ודברי הטור אפילו בדיעבד יע"ש: ומצאתי און לי גברא רבה תנא הוא מהר"י הכהן הביא דבריו הר"ב ק' וז"ל כל תכשיטין שעשה לה אחר הנישואין שלא מחמת פיסקא לכ"ע הרי הם של הבעל ועושה בהם כרצונו והבע"ח גובה מהם ע"כ מכלל דמה שעשה לה קודם הנישואין אפילו שלא מחמת פיסקא אין הבעל חוב גובה מהם ע"ש דאמרינן דעתי' דמסתמ' הקנה אותם לאשתו לגמרי וכל הסמיכו' שלה לפרעון כתובתה אינם אלא עליהם: ואם באמת דמאי דקאמר בש"ס ואם הכניס לה שום משלו היינו על ידי פיסקא והיינו דנקט הטור לשון פיסקא וכן מאי דכתב הרמב"ם או שנתן לה מט' משלו היינו על ידי פיסקא איך הרב הנז' פליג עלייהו דרבוותא עמודי ההוראה אלא מוכרח אתה לומר (דדעתו כדפי': וכן ראיתי להמאור הגדול הרז"א ז"ל וז"ל בטול מקח לא אמרו אלא במטלטלי ומכנסת שום לבעלה ומכניס לה שום לא אמרו אלא במטלטלי וכו' והדבר שוה בין בשום שהכניסה לו בין בשום שהכניס לה ובכל כלים שבעולם אפי' שוים אלף זוז וכו' יע"ש.

והביא דבריו הרב ק"י ובסוף דבריו כתב אף על פי שראינו לחכמי הדור שכתבו שאין דנין כך בכלים יקרם ובעדי זהב לא נראו דבריהם יע"ש: וליכא למימר דדבריו אפיסקא קאי דמסוף דבריו דכתב אף על פי שראינו לחכמי וכו' משמע בלא פיסקא דבפיסקא ליכא מאן דפליג וכן משמע מדבריו דכתב והדבר שוה וכו': ואני בחפשי מצאתי ראיתי להרב הגדול מהרי"מט ז"ל שנשא' על א' שרצה לגבו' מהחפצי' שעש' לאשתו בשעת הכנס' לחופה וכתב דלכ"ע החפצי' שאדם עושה לארוסתו קודם החופה דינן כדין נצ"ב שהרילענין מכירה כתב הרמב"ם ז"ל פ"ל שאינו יכול למוכרם בין נצ"ב בין מטלטלין שנתן לה משלו כ"ש מה שנותנים עכשיו הוא כנגד הממו' המדודים שקבל מאבי הכלה שעושה כנגדן תכשיטין ובפ' חזקת באותם שלש שדות גי' הר"יף ור' חננאל ואחד שהכניס לה שום משלו וכו' ולפי זה מה שאמר מהרי"ק דכלי זהב וכו' יכול למכור מיירי בשעשה לה אחר הנישואין אבל החפצים שעשה לה קודם הנישואין לא יגע בהם ע"כ: וראיתי להרב כנ"הג שכתב על דברי רבו דלעיל דכתב מה שנותנים עכשיו הוא כנגד מעות המדודים וכו' וכתב הוא דאיך יפה כח הבן מכח האב יע"ש והביא דבריו הרב ב"א יע"ש ושותא דמר לא גמירנא.

דלא יהיה אלא ממונו דיש ביד בע"ח לגבות ממנו חובו ואפי' הכי אם עשה ממנו תכשיטין לארוסתו אין בע"ח גובה מהם כמ"ש הרב לעיל ובשביל שעשאן ממעות המדודים מגרע גרע ממונו אתמהא והעיקר הוא מאחר שעשה מהם חפצי' ודאי ייחדם לאשתו לגמרי והו"ל שום שהכניס לה משלו לאפוקי אם הם בעין אין לה עליהם אלא שעבוד כמו ממונו ולא שייך למתמה בענין זה יפה כח הבן מכח האב דטעמא משום יחוד דמסתמא

ייחדם לה מאחר שעשה מהם חפצים וה"ה המעות גופייהו אם היה במציאות שייחדם אין בע"ח : גובה מהם: הרי מפורש.

יוצא.

מדבריו דמפרש בדברי רבינו הרמב"ם דפ' ל' מכירה כדפירש' בעניותי שנתן לה בלא פיסקא והיינו שום שהכניס לה משלו דקתני בש"ס. וכן הוא דעת כל רבוות' הנז"ל דהש"ס משוה שום שלו לשום שלה ומר"ן דנקיט בלשונו הזהב או ממה שפסק לה הבעל וכו' תפש לשון הטו"ר כצורתו דנקט לשון פסק' דאפי' בדיעבד בטל הוא משו' דהרמב"ם לא דיבר בבעל חוב כ"א במכירה של הבעל ולכך תפס לשון הטור שכת' בבעל חוב והאשה מוחזקת בנכסיה והמוציא מחבירו עליו הראיה שדברי הרבוותא עמודי ההוראה אפיסקא קאי: ולמנהגינו אנן בדידן בעיר הלזו וכל הסמוכים לה לית דין צריך בושש לדעתי ולומר דב"ח גובה מהסבלונות דאפילו לדעת החולקים דבעי פיסקא משום דנהגו בכל השידוכין דמזכירים הפיסקא ולפעמים מפרשים הפיסקא כ"וכ ולפעמים אומרי' כל א' לפי כבודו ואם נתעכב ולא שלח סבלונו' איכא קפיד' וחיובא בדבר ולפעמים יגיעו עד שמפרידין חבילת השידוכין בשביל הסבלונות וכל העולם מסכימים לדברי אבי הכלה שמוכרח הוא לשלוח הסבלונות ואפי' לית ליה מגרמיה כלום מוכר ולוה מב"ב ושאינו ב"ב עד שיעשה הסבלונות כפי כבודו אם לא שיפרשו בפי' אין לנו עליו שום חיוב כי אם ירחץ ידיו ורגליו ויכנס לחופה הא לאו הכי מחוייב ועומד לעשו' הסבלונות.

ומאחר דמזכירי' שם הפיסקא בפי' אף על פי דלפעמים אומר' לפי כבודו ושולח לה היינו הך והוייא פיסקא ועוד אחר שנהגו כעני כעשיר כל א' שולח כפי כחו דלא סגי בלאו הכי מקרי פיסקא כמ"ש הרב מהרי"מט והביא דבריו הרב בית אברהם ז"ל דעכשיו בזמן הזה שנהגו שהמדודים שנותן אבי הכלה לחתן קונה מהם תכשי' קודם החופה וכו' אינו יכול הבעל ליגע בהם דדמי לג' שדות וכתב הרב בית אברהם על דבריו וכיון דכך הוא המנהג שמן המדודים עושה לה תכשיטין הו"ל כשדה שהכניס לה שום משלו דכוונתו היתה לעשות' לאשתו ושלא יהא רשאי למוכרם אפילו אם ימות ברעב בלי רשותה ואפילו שאין כאן משום שבח בית אביה מ"מ הבעל ייחדם לה לשמה דוקא הרי מפור' יוצא מתוך דבריו דכיון דכך נהגו לעשו' מהמדודים תכשיטי' הו"ל כפוסק ומקבל עליו ומייחדם לשמה אף אני אביא גם בסבלונות מאחר שנהגו כעני כעשיר לעשות סבלונות ואיכא קפידא וחיובא בדבר הו"ל כפוסק ומקבל עליו ולא עוד אלא שמזכירים.

הפסקא בפי' כדפי':. וראיתי להרב בית אברהם שכתב וז"ל עוד ראיתי להרב מור' ז"ל דדחה דברי מהרי"מט מה' ראשונה ותמה עליו מדברי בע"הת והרב ב"ח שכתבו דבעינן שפסק לה בעת הנישואין אבל הנעשה בלתי.

פיסקא מצי בע"ח גובה וכו' יע"ש: והוא ישב דבריו דכוונת מהרי"מט הוא דידוע שאבי הכלה נותן לחתנו מעות מדודים והשמאים שמים המדודים וכו' יע"ש. ואח"ך לא דק שפיר בדברי מהרי"מט דהוא נשאל על החפצים שעשה לה הבעל משלו בשעת כניסה לחופה והביא ראיה מדברי הרמב"ם פ' ל' מה"מצ כמ"ש דבריו והמדודים באגב נקיט להו וכתב וכ"ש מה שנות' עכשיו הוא כנגד מעות המדודים וכו' יע"ש.

ואין כאן מקום לישובו ודוק: הלכות זכייה ומתנה פרק ח' הי"ח אל תטעה בשכיב מרע שכתב : כל נכסיו ופירש שנתן הכל מעכשיו והקנה מחיים שאין זה מתנת ש"מ וכו' ע"כ. נשאלתי כשהייתי במחא ארגיל יע"א שנת כי תדר לפ"ק בחדש השלישי אירע מעשה באחד שמת בלא בנים וחלי"ש וצוה בחליו ונתן במתנת ש"מ לאשתו כ"וכ ועל תנאי שלא תנשא עוד אלא תשב כך אלמנה בביתו עד יום מותה ואחר כמה ימים ושנים באה האשה הנז' והוציאה שטר מתנה ונמצא כתוב בו צואת ש"מ שנתן לה מעכשיו ולאחר מיתה כ"וכ ועל תנאי שלא תנשא עוד אלא תשב אלמנה בביתו ונתחבטו בו חכמי העיר נר"ם אם מקריא מתנת ש"מ והוי מתנה או מאחר דכתוב בה מעכשיו הוי מתנת בריא וצריכה קנין ולא הוי מתנה מחמת דליכא קנין ובטלה זה אומר בכה וזה אומר בכה.

ולכאורה היה נראה דאף על פי שכתוב בה מעכשיו הוי מתנת ש"מ מחמת שכתוב בה שצוה מחמת מיתה וכמו שדקדקתי מדברי מר"ן ומורם. ואחר החיפוש ראיתי הרב על הטור שכת' בשם הרמב"ן והנ"י בקיצור וז"ל מתנת ש"מ שכתוב בה מעכשיו ולאחר מיתה מיקריא מתנת בריא יע"ש.

ולפי דבריהם אלו נמצא דמתנה זו היא בטלה דצריכה קנין: אמנם כד דייקינן שפיר נראה דהמתנה קיימת דהרי בסי' ר"ן פסק מר"ן סעיף ט' וז"ל וכן אם כתב כל נכסיו ומפרש שנותן הכל מעכשיו ומקנה לו מחיים הרי היא כשאר מתנת בריא וכו' או שקנו מיד הנותן קנה הכל וכו' וכתב מור"ם ע"ד וי"א דה"ה מתנת"מ שכתוב בה שמקנה לו מהיום הוי כמתנת בריא וצריכה קנין יע"ש.

ועלה בדעתי לומר דהחי' שיש בין מר"ן למור"ם הוא דמר"ן ס"ל עד שיפרש דבריו בהדיא ויאמר שמקנה לו מחיים אבל אם אמר מעכשיו לחוד לא הוי מתנת בריא וי"א שהביא מור"ם ס"ל אפילו לא אמר אלא מעכשיו מקרי מתנת בריא. ולפי דברי מר"ן מתנת הש"מ הנז' דלא כתוב בה אלא מעכשיו לחוד הוי מש"מ וקיימת.

אלא שראיתי להסמ"ע דפי' מר"ן ומור"ם בע"א וז"ל ס"ק כ"ו פי' המחבר איירי כששמענו מפי הש"מ שצוה במעכשיו ובא מור"ם להוסיף אפילו דלא שמעו כן מפיו אלא שנמצא כתוב כן בצוואה הבאה לפנינו לא אמרי' דט"ס הוא ומעצמו כ"כ הסופר וכו' יע"ש. ולפי דברי תי' ומקנה לו מחיים לאו דווקא אלא אם שמענו מפיו שצוה מעכשיו הוי מתנת בריא וצריכה קנין א"נ דדברי מר"ן לא דיבר בש"מ וכוונתו לומר אם שמענו שציוה ואמר מעכשיו הוי כאילו אמר שמקנה לו מחיי' וצריך קנין.

נמצא דלדעת מר"ן והיא סב' הרמב"ם אפי' נמצא כתוב בצוואה מעכשיו כנ"ד אמרי' ט"ס הוא והש"מ דעתו להקנות לו דוקא לאחר מיתה ולא בעי קנין ונמצא לנ"ד מתנתו מתנה דאמרי' ט"ס היא שכתב מעכשיו ואע"פ שמור"ם פליג והיא סברת הרמב"ן וה"ני אין לנו אלא דברי הרמב"ם ומר"ן שכבר קדשוהו שמים לכו אל יוסף.

וכל מה שכתבתי הוא לעמוד על האמת אבל מתנה זו היא בטלה מצד אחר שהיא על התנאי כנז' שלא תנשא עוד אלא תשב באלמנותה בביתו והיא עברה ולא קיימה התנאי

המתנה בטלה למפרע ולא תגבה עוד ומה שגבתה ואכלה אחר ג' חדשים מוציאין ממנה בדין והדיינים שהגבו לה כתובתה והמתנה אחר שנתארסה.

ואבדו ממון היורשי' והמה ראו שנתארסה קיימה התנאי הוי כמו שטעו בדבר משנה. וה' יכפר בעדם: ובדין חזרה קיימת ואפילו אם האשה הנז' נשאת וק"ילן בעל בנכסי אשתו כלוקח שוויוהו רבנן מאחר דאיכא פסידא לאחריני הו"ל כיורשי ולא מבעיא אם המתנה שנתן לה בעלה היא עדיין בעין שחייב הבעל להחזיר ליורשים כמ"ש הרמב"ם סוף פרק כ"ו מה"מ וכ"כ ה"המ שם וכ"כ מור"ם בא"הע סי' צ"א וז"ל מיהו אם המעות שהלוה הם בעין חייב לשלם וכו' יע"ש.

אלא אפילו אינם בעין דקי"ל מלוה ע"פ אינה נגבית מהבעל כמ"ש מר"ן שם וז"ל היה עליה מלוה על פה ואחר כך נשאת אינה נגבית מהבעל וכו' דוקא מלוה משום דהוא אפסיד אנפשיה שהלוה לה בלא שטר והיא עומדת להנש' והוי הבעל לוקח ומלוה ע"פ אינה נגבית מן הלקוחות. אבל הנדו"ד שגבה מנכסי יתומים דבר שאינו שלה או הב"ד הגבו לה הו"ל גזל בידה וצריך להחזיר הגזילה ליתומים ואף על פי דקי"ל גנב ומכר או משכן אין הבעלי' יכולין להוציא מיד הלוקח או מיד בע"המ בלא דמי משום תקנת השוק כדאמרינן היכא דאיכא פסידא לאחריני שוויוהו כיורש ועוד דבנדו"ז דהבעל שהוא הלוקח ידע דהוא גזול בידה מנכסי דיתמי והיכא דידע לא עשו בו תקנת השוק ועוד הו"ל מלוה בשטר דהא אית להו קלא כמ"ש מור"ם סימן צ"א ס"ה אם לקחה יותר מכתובתה ונשאת צריך הבעל להחזיר המותר דהוי כשלח סבלונות דכל אלו אית להו קלא ואין דרך לעשות בהם שטר לכן הוי כמלוה בשטר ע"כ.

וכתב הח"מ סק"ט ונראה דאף דאין המותר בעין רק דברים אחרים הבאים מחמת המותר צריך הבעל להחזיר דמ"מ גזל הם בידה יע"ש. וכן הוא הנדון דידן שלקחה יותר מנכסי יתומים יתר על כתובתה צריך להחזיר.

אלא דנראה מדבריו דדווקא אם הנכסים בעין או דאתי מחמתייהו אבל אם כלו או נאבדו אינו חייב לפרו' להם אפי' משאר נכסים שהכניסה לו ולא מבעייא מנכסי דידיה שאינו חייב לפרוע כמו שכתב ב"ש שם בשם התוספות והמרדכי עיין שם סימן ק"ט אלא אפילו ממה שהכניסה לו אינם גובים כי אם מנכסי מלוג ולא מנצ"ב כמ"ש הרא"ש והטור בסימן הנז' ועיין ב"ש שם כנ"ל והי"מ ויראנו מתורתו נפלאות כי"ר: הלכות שכנים פרק ב' הי"ב האחין שחלקו הרי הם כלקוחו' זה מזה ואין להם דרך זה על זה וכו' ע"כ ועיין לה"המ.

נשאלתי לאשר שאלוני בענין ראובן ושמעון אחים שירשו חצר א' ממורישם ובתוכה כמה בתים ועליית קיר אחת עומדת בקרן זוית מיוחדת לבדה מחמת המציק והמקום צר מאד ואין במקום ההוא אפי' ד"א על ד"א לפי שהפתח הצריכים לתשמיש העליה הנז' באותו המקום יש פתח א' שעולים ונכנסי' בו לגגות הבתים לעשות כל צורכיהם שם כגון לנער מטותיהם ולשוטחם בחמה וגם לשטוח שם מלבושיהם ביום הכביסה ויש עתים שעולים לטייל שם ובמדרגות עולים לעלייה הנז' ומשם בולטים מפתח העלייה הנז' ונכנסים אל הפתח הנזכר אל גגות הבתים וצריכי' לעבור בד"א שלפני העליה הנז' כדי ליכנס לפתח הנזכר לעלות אל גגות הבתים הנז'.

ואחר מכן עמדו האחים הנז' וחלקו בגורל על ידי השמאים בשומא ועילוי ועלה הגורל בחלק ראובן העליה הנז' והוסיף על חלקו לשמעון אחיו קכ"ה גרושוש עי"ן מפני שחלקו משובח על חלק שמעון אחיו כמש"וח בשטר החלוק' שבידם והחזיק כל א' בחלקו ועמד ראובן הנז' וקבע דלתות לפתחים דלת בפתח שעולים בו במדריגת לעליה הנז' ודלת אחרת לפתח הגג הנזכר שנכנסים ממנו לגגות הבתים ותקנם ראובן הנז' מכיסו לבדו.

ברם לא היה מקפיד ראובן על אנשי בית שמעון וכן על השכנים כולם שבחצר שעוברים בתחומו בד"א שבפתח העליה הנז' ונכנסים בפתח הנז' אל גגות הבתים הנז' ולהשתמש שם כנז' אפילו אחר החלוקה. ואחר עבור כמה שנים רבות יותר משני החזקה והותר חזר ברוחו ראובן ואמר מה עשיתי וחזר ועכב על בני בית שמעון ועל אנשי החצר הדרים שם שלא לעלות עוד במדרגות הנז' לעבור ברשותו ליכנס בפתח הנז' אל גגות הבתים וטען עליהם שמזיקים לו בהזק ראיה וגם המקו' צר ואינו יכול להשתמש שם מפני הנכנסים והיוצאים וצריך בכל שעה לפתוח ולנעול ויהי כמשיב שמעון כך היא המדה לעבור עליו דרך רשותו כימי קדם לפני החלוקה ואחר החלוקה יש לי דרך לעבור עליו וראובן משיבו אחר שחלקו לא נשאר לו זכות עוד לעבור עלי והראיה שבשטר החלוק' מפורש בו כל המקו' שנשארו ביניהם בשיתוף והם דוקא אמצעה של החצרהגדולה והאלד"הליז וב"ה חמ"ה ודרך כניסה ויציאה בשער החצר הגדולה הנז' ודרך זו לא הוזכרה בשטר חלוקה שכבר נסתלק מכל וכל מהעליה ומהדרך הנזכר ומרצוני הטוב הייתם משתמשי' לעלות ולעבור עלי ולא מחיתי ועכשיו אין רצוני שיעברו בי עוד.

ונפשם לשאול הגיעה לראות איך שורת הדין נותנת יורינו המורה לצדקה ושכרך כמ"ה ואחר דקי"ל דינא שלמא בעלמא וגדול השלום בכמה פיוסים והפצרות אמרתי להשיב שואלי דבר כאשר יורונו מן השמים ומי שחותמו אמת ינחני במעגלי צדק ואמת אכי"ר: וזה החלי בס"ד איתא בדברי רבינו הרמב"ם בפ"ב מה"ש הי"ב וז"ל האחים שחלקו הרי הן כלקוחו' זה מזה ואין להם דרך זע"ז ולא סולמות זע"ז ולא חלונות ולא אמת מים זע"ז שכיון שחלקו לא נשאר לא' מהם זכות בחלק חבירו לפיכך י"ל לאחיו כשהיתה השדה כולה לא' היה מעביר בה אמת המים הזאת ממקום למקום אבל עתה שנעשית זה חלקי יש לי להסיר אמת המים מעלי ע"כ יע"ש ופסקה מרן בקצר ופי' דבריו וכתב אף ע"פ שהיה מקוד' וה"ה לשנים שקנו שדה כ"א וחלקו לא נשאר לאחד מהם זכות בחלק חבירו וכו' יע"ש וכן פסק רבינו הטור והביא דבריו הסמ"ע בסי' קע"ג סק"ז וז"ל ז"ל הטור ולא דרך זה על זה שאם אביהם היה עובר דרך השדה שעלה בחלקו של ראובן לחלקו של שמעון ראובן מעכב עליו ולא סולמות לא מבעייא אם נפלה העליה לראובן והבית והחצר לשמעון שאין ראובן יכול לעשות סולם בחצר שמעון וכו' אלא אפי' נפל לחלק ראובן העליה והחצר ולשמעון הבית לבד אין ראובן יכול וכו' ולא אמת מים שאם היה עוברת משדהו לשדה אביו הוא מעכב עליו וכו' יע"ש הנה רבינו הטור פירש דבריו בקמייתא ואין להם דרך זע"ז שאם אביהם וכו' ור"ל אף על פי שהיה לו זכות מקודם אחר שחלקו לא נשאר לאחד מהם שום זכות בחלק חבירו.

וה"ה נמי בסולמות בחצר כוונתו לומר אפי' היה אביהם וכו' וקצר בלשונו ואשמועי' חדוש אחר אפילו אם החצר של ראובן ושמעון בעל הבית יכול לעכב עליו שלא לסמוך הסולם על הכותל שלו ואף ע"פ שהבית משועבד לעליה דווקא לבניין ולא לסולם וכן פי' דבריו באמת המים יע"ש ואשמועינן חדוש בכל חדא וחדא וכן משמע מדברי רבינו הרמב"ם ומרן דכלילנהו כולהו וכתבו אע"פ שהיה מקודם וכו': וכתב הרשב"ם ז"ל והביא דבריו הרב ש"ך סק"ב וז"ל אף על פי שאין דרך אחר אלא זה אין להם דרך זע"ז יע"ש הנה נראה מדברי הפוסקים הנז' שכתבו אף ע"פ שהיה מקודם אחר שחלקו אין להם זכות זה על זה פשוט הוא דטענת שמעון שאומר דיש לו זכות מקוד' החילו' וזאת היא הדרך שיש לו ואין לו דרך אחרת היא טענה רעועה ואין לה רגלים ואין בה ממש דאחר החלוקה לא נשאר לו שום זכות ונתרוקנה זכותו על ידי החלוקה ואפי' אין לו דרך אחרת כאמור מדברי הרשב"ם דלעיל ויקנה לו דרך או יפרח באויר: וראיתי להסמ"ע בס"ק הנז' שכתב וז"ל ובפרישה ודריש' כתבתי והוכחתי דכאן איירי דחלקו בלא שומא ועילוי ומש"ה יכול לבנות נגד החלונות של חבירו אע"פ דמאפיל עליו לגמרי וכו' יע"ש דוק מינה אם חלקו בש"וע אינו יכול לבנות נגר חלון חבירו וכן באינך ונשארה זכותו כמו קודם החלוקה.

ופשוט הוא' דכוונת הסמ"ע דאמר מיירי דחלקו בלא שומא ר"ל שלא הוסיף בשומא ועילוי בעל החלונות לבעל החצר ולכך יכול בעל החצר לבנות ולסתום לו חלונותיו אבל אם חלקו בש"וע שהוסיף בעל החלונות בשומא לחלק בעל החצר אינו יכול לסתום לו חלונותיו דאמרינן דבכלל השומא והעילוי האויר שכנגד החלונות דומיא דפסק מרן סימן קע"ב ס"ב בעניין הבית שיש לו שני פתחים דאם חלקו על ידי שומא ועילוי דזכה בד"א שלפני הפתח דאמרי' דגם ד"א בכלל הש"והע ואף על פי שחלקו סתם על ידי העילוי ולא הזכיר ד"א הנז' אף על פי כן אמרינן דגם המה בכלל העילוי והשומא וכן פסק כאן סוף הסימן אחים שחלקו ועלה לאחד מהם כרם ולשני שדה הלבן יש לבעל הכרם ד"א בשדה הלבן להפך מחרישתו ע"כ יע"ש וכתב הסמ"ע ע"ד בס"ק הנז' מיירי דחלקו בשומא שנתן בעל הכרם לבעל השדה מה שעו' הכרם על השדה דאמרינן דגם אלו ארבע אמות הם בכלל העילוי והשומא יע"ש: אבל אין לפרש דבריו דקאמר דמיירי שלא חלקו בשומא שלא הוסיף בעל החצר בשומא ועילוי לבעל החלונות ולכך יכול לבנות כנגד החלונות הא אם הוסיף לו בשומא ועילוי אינו יכול לבנות דסברא הפוכה היא דאדרבא אמרינן אם חלקו בשומא ועילוי שהוסיף בעל החצר לבעל החלונות בהא אמרינן דיכול לבנות כנגד חלונותיו דאמרינן האויר שכנגד החלון הוא בכלל העילוי והשומא והמה דברים פשוטים כך נ"ל לכאורה ואין משמע כן מדב' הסמ"ע אלא דק"ל דברי הסמ"ע אהדדי דהכא כתב מיירי שנתן בעל הכרם לבעל השדה ולכך יש לו ארבע אמות והתם בסי' קע"ב ס"ב כתב ע"ד מרן שכתב בד"א כששני הבתים שוים וכו' אבל אם אינם שוים ואותו שהגיע לחלקו הבית שיש לו ב' פתחים נתן לחבירו הדמים ששוה יותר על חלקו בכלל זה העילוי ד"א שבחצר וזכה בהם יע"ש וכתב ע"ד הסמ"ע סי' ק"ו וז"ל ה"ה אם הבית שיש לו פתח אחד עדיף וכו' והוא נתן לבע"ה שיש לו ב' פתחים העודף זכה ג"כ בעל שני פתחים לכל פתח ד"א יע"ש והכא קתני שנתן בעל הכרם וכו' משמע דווקא שנתן בעל הכרם אמרינן בכלל העילוי ד"א אבל אם נתן בעל השדה אינו זוכה

בד"א: ולפי האמת דלאו דווקא קתני וליכא חילוק בין אם הוסיף בעל הכרם לבעל השדה או אם הוסיף בעל השדה לבעל הכרם וכן בכולהו בהבתים ובחלונות והעיקר אם חלקו בשומא ועילוי או לא ונקט כל א' לפי עניינו.

דהכא בכרם סתם כרם משובח מן השדה הלבן ובודאי אם חולקים בש"וע מסתמא בע"הכ מוסיף בש"וע לבע"הש ולכן נקט בלישניה שהוסיף בע"הכ לבע"הש וה"ה נמי אם במציאות יוסיף בע"הש לבע"הכ אמרינן נמי זכה בע"הכ בד"א בתוך השדה דאמרי' דהשו"והע הוו ביותר ומחל בשאר בשביל ד"א ואע"פ שחלקו בסתם ודכוות' בהחלונות מסתמא בע"ה הוא המוסיף בש"וע לבע"הח משום דעלה בחלקו בית בנוי ומשוכלל לאפוקי בע"הח דנטל בחלקו חורבה בלא בנין.

ואחר שאמר מרן אין להם חלונות זה על זה הוכרח הסמ"ע לומר דמיירי שחלקו בלא שומא ועי' דאי חלקו בשום' מסתמא בע"ה הוא המוסיף לבע"הח ואמאי אין להם חלונו' זע"ז והא בכלל הש"וע האויר שכנגד החלונו' כנז' ולכן נקט בלישניה החלונות דווקא אבל בבתיםמסתם יהיו שוים או חדא מנייהו גרועה או זה או זה ולכך קתני הסמ"ע וה"ה אם בע"ה שיש לו פתח אחד הוסיף לבע"ה שיש לו ב' פתחים אמרי' בכלל הש"וע ד"א של פתח השני דאמרינן הבית של הפתח האחד הוא שוה ביותר בש"וע.

ובע"ה של שני פתחים ויתר לו בהש"וע בשביל ד"א שנוטל יותר ממנו. ומטע' זה נקט הסמ"ע הכא שהוסיף בעל הכרם לב"הש משום דכך היא המדה דהכרם משובח משדה הלבן וה"ה בהפך זכה בד"א.

ואע"פ דנקט הסמ"ע בלשונו הזהב שחלקו בש"וע שנתן בע"הכ וכו' כוונתו לומר דהעי' אם חלקו בש"וע זכה בד"א אבל אם חלקו בלא שומ"וע לא זכה בד"א ומה שאמ' שנתן בע"הכ לבע"הש וכו' כוונתו לומ' דמסתמא כך היא המדה ולכך נקט שנתן בעל הכרם לבע"הש ולא קפיד אם הפך השיטה כך נ"ל וכשאפנה אשנה עוד בע"ה: נמצא בנדו"ד אם חלקו בלא שומא ועילוי אין לו עוד זכות לעבור בד"א שלפני פתח העליה דאחר שחלקו נתרוקנה זכותו דומיא דהחלונות שאמר אין להם חלונות זע"ז וכת' הסמ"ע דחלקו בלא שומ"וע וכן אמרינן בכרם והשדה דאם חלקו בלא שומ"וע אין לבע"הכ ד"א בשדה הלבן כמ"ש הסמ"ע דמיירי שחלקו בשומא וכו' הא אם חלקו בלא שומא נתרוקנה זכותו וכ"ש אם חלקו בש"וע שהוסיף ראובן בעל העליה לשמעון דאמרינן דהדרך שהיה לו לעבור עליו היה בכלל הש"וע ונסתלק לגמרי ואין לו דרך עוד לעבור עליו ואע"פ דהסמ"ע כתב וה"ה אם הוסיף בעל פתח א' לבעל ב' פתחים הוי בכלל הש"וע ויש לו ד"א לכל פתח וא"כ בנדו"ד נמי עדיין יש לו עוד עליו דרך לעבור עליו דאמרינן ויתר לו בהעודף בשביל הדרך לעבור עליו לית לן כסמ"ע בהך דדבריו הפך הר"בי ז"ל שכתב נ"ל לפרש דברי הרא"ש בעניין שיסכימו לדברי הרשב"א ודעת הרשב"א דווקא אם הוסיף בעל שני פתחים לבעל פתח א' כמו שדייק בלשונו הזהב אם עלו סתם את שיש לו שני פתחים על שאין לו אלא פתח אחד בכי הא את שיש לו ב' פתחים נוטל ד"א לכל פתח ופתח ודקפיד וקאמר בכי הא משמע דווקא אם הוסיף בעל ב' פתחים לבעל פ' א' ולא להפך ומאחר דמרן פסיק כוותיה וכן רבינו הטור וכן דעת ה"המ בפ"ב מהלכות שכנים הכי נקטינן וכן ראיתי דעת הרב ט"ז: ועוד אני אומר דבנדו"ד איכא טעמא

אחרינא דבשבילה אמרינן לא נשאר עוד זכות לשמעון לעבור ברשות ראובן עוד וכאילו בשעת החלוקה פירשו דבריהם דאין לשמעון עוד זכות לעבור בדרך הזה עוד כמ"ש מרן בריש סימן קע"ב חצר המתחלקת נותן לכל פתח ד"א והשאר חולקים בשוה שכל פתח צריך לפניו ד"א לתוך החצר וכו' יע"ש נמצא דראובן זכה בד"א בפתח העליה ואין לשמעון עוד זכות בד"א מאחר שחלקו אע"פ שקודם החלוקה היה יכול כל א' להשתמש בחלק חבירו ואפי' בד"א שלפני הפתח כשהם פנוים כמ"ש מרן סי' הנז' ס"ב מ"מ אחר שחלקו כ"א זכה בד"א שלפני פתחו ואין נשאר עוד שום זכות לכל אחד בד"א שכנגד הפתח ואפילו כשהם פנוים והנה המקום הזה שלפני פתח העליה שמשם בוקעים ועולים לגג הוא מקום צר ואין בו אפילו ד"א וכפי הדין זכה בהם ראובן כמו שזכה שמעון בד"א שלפני פתח ביתו ואינו יכול להשתמש בהם ואע"פ דפסק מרן סימן הנז' ס"ב דאפילו בד"א שלפני הפתח בעי שומא ועילוי היינו דווקא בבית שיש לו ב' פתחים ולחבירו אין לו לביתו אלא פתח א' לזכות עוד בד"א תוספת טובה על חלק חבירו לזה בעי שומא ועילוי ואם חלקו בלא שומא ועילוי חולקים בשוה אבל כשחולקים בשוה כנדו"ד דכל א' ואחד לקח לעצמו ד"א שלפני פתחו אפילו חלקו בלא ש"וע זכה כ"א בד"א שלפני פתח ביתו ומכ"ש בנדו"ד שחלקו בש"וע: נמצא דזכה ראובן בד"א שכנגד פתח ואין שמעון יכול לעבור עליו בד"א הנז' לעלות אל הגג: אלא דעדיין יד הדוחה נטויה לומר אע"פ דקי"לן .

אחים שחלקו אין להם דרך זע"ז וכו' מ"מ בנדו"ד זכה שמעון לעבור ברשות ראובן מכח חזקה שהחזיק כמה שנים יותר משני חזקה אחר החלוקה ולא ערער עליו ומסתמא אמרינן דודאי מחל לו דהא שתק ולא מחה דומיא דשאר נזיקי' כמו חלון וכדומה דאמרינן אחר דשתק ולא ערער מחל ואינו יכול לחזור: ולעד"ן דגם זה בורכא ואין בטענתו ממש ומאחר דרבו הדעות בעניין החזקה צריך להאריך קצת כדי לברר הדבר אליבא דהלכתא.

הנה כתב רבינו הטור בסי' קנ"ד סט"ו וז"ל כתב הרמב"ן דחזקת חלון וזיזין. וכיוצא בהן שאינו גוזל גוף הקרקע כגון סמיכות קורות ורפת וזבל וסיד אינו צריך חזקת ג"ש וטענה אלא מכי אתברר נזקיה ושתיק מחיל וכ"כ הרמ"ה וכן כתבו הגאונים וכ"כ הרמב"ם.

ור"ת פי' שבכל דבר בעי ח"ג וטענה בין חזקת תשמיש בין חזקת גוף הקרקע חוץ מלסתו' שאם בונה וסותם אורו בפניו ושותק. וכ"כ בסי' קנ"ג סכ"ד.

והגאונים כתבו דאפילו הוצאת זיזין ומרזב ומזחילה והעמדת סולם נמי אין צריך ח"ג והטעם הוא משום מחילה וכיון שרואה אותו וכו' ושותק הויא מחיל' לאלתר אפילו בלא טענה וכ"כ הרמב"ם יע"ש. נמצא דענין החזקה היא מחלוק' הפוסקי' דלדעת ר"ת והרא"ש וכן לדעת הרשב"א והביא דבריו הרב"י והר"מ בה"ש פי"א אית להו בכל החזקות בעי' חג"ש וטענה ולסברתם בנדו"ד אין חזקה לשמעון דבעי טענה ואע"פ דהחזיק ג"ש בלא טענה לא מהני ולדעת הגאונים והרמב"ם ז"ל וכן דעת מר"ן כקצר דפסק כהרמב"ם בסי' קנ"ג וקנ"ד דלא בעי חזקת שלש שנים אלא מדאתברר ליה ושתק הוי מחילה ולא בעי ח"ג וטענה יכולני לומר דוקא דעשה מעשה בידים כמ"ש בלשונם הזהב וע"ש מעש' וכן אתה רואה בעיניך שכל אלו שהזכירו הרמב"ם והגאוני' ומר"ן דאית להו חזקה כשהוברר לו ההיזק ולא ערע' עליו בכל אלו הנז"ל בדברי רבינו הטור

כגון חלוק וזיזין ומרזב ומזחילה והעמדת סולם כולהו על ידי מעשה וכן צנור וקורה ופתח וכן סתם אורו בפניו ושתק כולהו על ידי מעשה ואל תשיבני דבר מרפת וזבל וחול וסיד ובור ושיח ומערה וכולהו דלית בהו מעשה דאפשר טעמיה כמ"ש הרב הס"מע סי' קנ"ג סי"ו ובס"ק כ"ב וז"ל לכן נראה דדוקא גבי הרחקת גפת וכו' וכל הנך הרחקות דקא חשיב התם דמחזיק עושה הדבר בשלו ואין נהנה בשל חבירו כלום אלא שחייב להרחיק משום שחבירו נזוק על ידו וכו' יע"ש.

ואף על פי דמר"ן בכולהו אית ליה דלא בעי ח"ג מ"מ מלתא דמסתבר וחילוק גדול לענין זה דהתם מעשה מאחר דהוא נהנה בשל חבירו ולא אמרינהחזיק אלא על ידי מעשה אבל אחריני דהוא עושה בשלו לא בעי מעשה וכן נראה מלשון רבינו. הטור דכתב ועושה מעשה וכן כתב ה"המ בפ"ז וז"ל הרי שפתח חלון לחצר חבירו כבר כתבתי וכו' שדע' המחבר ורבו ז"ל שיש להזק ראיה חזקה כשהניזק רואה שעושה מעשה כנגדו ושותק וכו' יע"ש.

משמע דוקא בעושה מעשה ואם כן בנדו"ד דלא עשה מעשה אין לו חזקה. או אפשר לומר אפילו בלא מעשה כנדו"ד שראהו משתמש ברשותו ולא ערער עליו אמרינן דהחזיק לאלתר ולאו דוקא בעושה מעשה ועדיין הדבר בספק וצריך ראיה גמורה להוציא עצמינו מדי ספק: ואח"ה ראיתי לרבינו הטור בסימן קנ"ד סע' י"ו שהביא פלוגתא דרבוותא בהזק ראיה וז"ל כתב הרמב"ן חזקת חלון לא שיש בה הזק ראיה איירי שאינו יכול למחות ולסלק הזקו מאחר דהחזיק וכו' אלא כשאין בו הזק ראיה עסקינן אבל אם יש בו הזק ראיה לעולם אין בו חזקה כקוטרא ובכב"הכ דמי וכ"כ הרי"ף ואפי' נתן לו רשות לפתוח יכול לומר סבור היתי לקבל ואי איפשי וכ"כ הרמב"ם שאין חזקה להזק ראיה אבל אדוני אבי הרא"ש כתב דיש חזקה להזק ראיה וכן כתב הר"י הלוי וכו' יע"ש.

נמצא לדעת רבינו הטו"ר והרא"ש והרמב"ם ס"ל כהרמב"ן והרי"ף דאין חזקה להזק ראיה וההיא דקאמר הרמב"ם בחלון החזיק לאלתר אחר שידע היינו בחלון דעביד לאורה ואין בו הזק ראיה אבל בחלון שיש בו הזק ראיה אין בו חזקה אפילו מחל בפי' כנז' והשתא בנדו"ד אין לשמעון חזקה מאחר דאיכא הזק ראיה ואפילו אם יטעון שמעון ויאמר מחל לי בפי' לא החזיק ואפי' לדעת ר"י הלוי והרא"ש דאית להו יש חזקה לה"ר בעי ח"ג וטענה כשאר חזקות דלא גרע הזי"ר מכולהו דבעי ח"ג וטענה כנז"ל: וראיתי להרב ב"י שכתב ע"ד רבינו הטו"ר אלו שכתב וכ"כ הרמב"ם וכו' וז"ל ותמיהני עליו והרי בע"ז מה"ש כתב הרי שפתח חלון לחצר חבירו ואמ"ל בע"הח או שגילה דעתו וכו' או שידע הנזק ולא ערער הר"ז החזיק בחלון ואינו יכול לחזור בו ולערער עליו והחלון הפתוח לחצר ודאי יש בו הזק ראיה וכו' ואפשר שכן כתב לפי שראה שכת' רבינו בפ"ב מה"ש גבי חצר השותפים שהזק ראיה הזק הוא ואין לו חזקה אע"פ שעמד' כן שנים רבות בלא מחיצה כופהו לעשות מחיצה וכו' ואין משם ראיה שכבר כתב שם ה"המ דעת המחבר בדעת רבו דבחצר דוקא אין לו חזקה משום דממילא הם מזיקי' זה את זה בלא עשית מעשה אבל אם עשו מעשה כגון פותח חלונות ע"ח חבירו יש לו חזקה לדעתו ז"ל ע"כ יע"ש.

וכ"כ עוד בכ"מ בפרק הנז' וכ"כ הרי"בש והביא דבריו הרב"י בסימן הנז' וז"ל הריב"ש בסימן תצ"ו אמת כדעת הרמב"ם דבפותח חלון וכו' יש לו חזקה דכיון דעושה מעשה בפתיחת החלון והלה רואה ושותק מחל אף על גב דבהזק ראיה דאתי ממילא כגון חצר השותפים אין לו חזקה וכו': נמצא לדעת הרי"בש וה"המ ומ"רן ב"י ס"ל דגם הרמב"ם ס"ל כהר"י הלוי והרא"ש דיש חזקה להזק ראיה ברם אם עשה מעשה דוקא כגון פתיחת חלון אבל אם לא עשה מעש' דידן אין לו חזק' דהו"ל כאמצעה של חצר דטעם אחד אית להו משום הזק ראיה אלא מאחר דלא עשה מעשה לא החזיק ועדיף טפי הכא בנדון דידן דאיכא הזק ראיה ויציאה וביאה ומניעת תשמיש מטעם שהמקו' צר וכן הוא דעת מר"ן בקצר סי' קצ"ד ס"ח וז"ל בד"א שיש חזקה להזק ראיה בעו"מע וכו' אבל חצר השותפים אע"פ שעמדה שנים רבות בלא מחיצ' כיון דממילה בלא עשית שום מעשה וכו' אין להם שום חזקה וכו' יע"ש.

נמצא לדעת מר"ן דקי"לן הלכתא כוותיה שכבר קדשוהו שמים אית ליה דהיזק ראיה לא החזיק אלא אם כן עשה מעשה וצריך לתת טעם לדבר דמאי שנא אם עשה מעשה או לא ונראה לי דדבר פשוט הוא הטעם דאם עשה מעשה שהוציא הדבר ממה שהיה כוונתו להחזיק באותו דבר דאינו טורח לעשותו לפי שעה אלא דכוונתו לעשותו לעולם והו"ל לערער עליו שלא לעשותו דההזק הוא ניכר אבל היכא דלא עשה מעשה אפש' דכוונתו לפי שעה להשתמש וגם המערער לא עלה ע"ד להזיק לעולם ולכך לא ערער עליו.

תדע דכתב הס"מע ס"ק כ"ד בשם הרא"ש וז"ל אין להם חזקה אבל אם יש עדים שמחלו זה על זה על הז"ר שוב אינם יכולי' לחזור בהם וכו' וכ"ש דמהני מחילה לטעם שכתב המחבר כיון דממילה וכו' יע"ש. הרי טעמו כדכתיב' דמאחר שלא עש"מע אינו ניכר שמחל ולכך אם מחלו בפי' אינם יכולם לחזור בהם ואף על פי דהס"מע כתב בס"ק כ"ג ד"ה כיון דממי' וכו' טעמא דחזקה הוא כיון דלא מיחה וכו' היינו לדעת הרא"ש דאית ליה דבעי ח"ג וטענה ולכך נקט לשון המחאה וכוונתו לומר דטעמא דחזקה בעלמא הוא תלוי בהמחאה אבל הכא וכו' יוכל לומר לא חששתי למחות אבל לדעת הרמב"ם ומר"ן דפסק כוותיה הוא מטעם מחילה ועד דידעינן דודאי מחל כגון שעשה מעשה בפניו ושתק דהיא הוכח' דמחל כנז' אבל אם לא עש"מע אמרינן מסתמא דלא מחל אלא לפי שעה ויכול לחזור בו: וכן ראיתי להריט"בא והביא דבריו הרב' בסי' קנ"ב וז"ל כתב הריט"בא ואפילו לדבריו הנ"מ שראה בשעת מעשה ושתק דהוה ליה למחות ולא מיחה אבל כל שלא הוה ליה למחות בשעת מעשה כגון זה שהחזיק תחילה בנכסי אביו ראיה ושתיקה דבאי כוחה דאחר כך אינה כלום יע"ש.

דון מינה ואוקי באתרין מאחר דאינו יכול למחות מתחי' בשביל שהיו משותפים בנכסי אביהם השתיקה דאחר כך אינה כלום: אלא דעמדו לפני כטורא רברבא תשובת הגאון והביאה רבינו הטור בס"ס קנ"ד וז"ל שני אחים שירשו קרקע ונפל לא' חצר החיצון ובו אמת מים וכו' וטען הפנימי שכבר החזיק באמת המים וכו' טענתו טענה דכיון ששתק מחל והויא חזקה מיד וכו' יע"ש והא התם לא עשה מעשה ואף ע"פ כן כתב כיון דשתק מחל ומשמע מדבריו דכתב מחל אפילו לא החזיק ג"ש ואפי' בלא טענ' והוא הפך דברינו

דכתבנו לעיל ועלה בדעתי לומר דודאי התשובה זו היא דלא כהלכתא ודחויה היא והראיה דלא פסקה מר"ן בספרו הקצר ואח"ה בספרים ראיתי בכנ"הג בהגהותיו על רבינו הטור סצ"ב כתב וז"ל נכתב בצדו נראה דאפי' לא החזיק ג"ש ואפי' בלא טענה הויה חזקה וכו' ויש לתמוה על רבינו הטור שכתב תשובה זו בסתם הפך סברת אביו וסברתו דבעו ג"ש וטענה.

ואולי העברת המים עליו הוי כסותם אורו לפניו דלאלתר הויה חזקה וכתב עוד שם והוי יודע דתשוב' זו חולקת על מה שכתב הרי"טבא והביאה הרב"יכנז"ל דכל שלא היה לו למחות בשעת מעשה וכו' ראיה ושתיקה דבאי כוחה דאחר כך אינה כלום וכו' ושמא יש לחלק בין הזק ראיה לאמת המים דאין ההזק נראה וניכר כאמת המים שההזק נראה וניכר יע"ש.

הנה מפורש דאפי' לדעת הגאון דלא בעי מעשה דוקא באמת המים משום דההזק ניכר והוי כעשה מעשה בידים אבל הזק ראיה לא הויא חזקה אלא בעשה מעשה. וישובו הוא אליבא דרבינו הטור דקבעה בספרו להלכה הוצר' לישב משום דהוי כסותם אורו בפניו וכן ההזק ניכר.

אבל לדעת מר"ן היא דחויה שלא פסקה בספרו הקצר כמ"ש הכנ"הג בסימן הנז' וז"ל נ"ב הרב"י בספר בד"ה הקשה ע"ד הגאון וז"ל אמאי אינו נאמן אמאי דטען שלא ידע וכו' אטו כ"ע דינא גמירי גם מ"ש מחי' בטעות כהאי לא מוכחא מילתא וכו' אדרבא מוכחא מלתא דטעות הוא כיון דהוא דין זר ומטעם זה השמיטה מספרו יע"ש וגם כתו' בב"י יע"ש בסי' הנז' נמצא דלדעת מר"ן סברת הגאון דחויה וליכא סתירה ממנה לדברינו אלא דק"ל דאמאי מר"ן לא דחה דבריו בעיקר הדין משום דלא עש"מע ואפשר דהשיב על דבריו לפי דעתו א"נ נכלל במאי דקאמר דהוא דין זר א"נ דיש לחלק בין אמת המים להז"ר כדעת כנ"הג: ועוד ראיה לנדו"ד מדברי הכנ"הג שהביא בשיטה : מ"ז ע"ד רבי' הטור שכת' והגאו' כתבו דאפי' הוצאת זיזין ומרזב א"ץ ח"ג שהטעם הוא משום מחילה וכן כתב הרמב"ם וכו' כתב עליו נ"ב ומיהו חזקת יציאה וביאה צריך טענה ולא סגי בשתיק' אפי' לדעת הגאונים והרמב"ם וכ"כ מהרשד"ם ומהרש"ך בחלק א' סימן מ"ז וז"ל חזקת דריסת כף רגל כל הנכנסים הבאים בביתו על רשות וחלק חבירו לא סגי בשתיקה אפילו לדעת הגאונים והרמב"ם יע"ש ומשמע מדבריו דנקט דריסת הרגל לית ביה הזק ראיה.

ואתי במכ"ש לנדו"ד דאית ביה תרתי דריסת הרגל ומניעת תשמי' כנז"ל: ועוד ראיה לנדו"ד מתשוב' הרשב"א הביאה הרב"י סי' קנ"ד מחודשים א' וז"ל אחים שחלקו ויש בחלקו חלון עשוי לאורה ואחר החילוק עמדו שנים רבו' ולא סתמו יש לו חזק' או לא לפי הנרא' מבעל העיטו' יש לו חזקה והרמ"ה כתב אין לו חזקה.

תשובה מסתברא כדברי האומר שיש לו חזקה וכשבא בטענה. ואף על פי שאין יכול לכוף חברו וכו' מ"מ הו"ל לאמחויי וכו' ואף על פי שמקצת רבותי ל"ס להו הכי אין דבריהם מחוורין בעיני וכו' יע"ש: הנה מוכח לדעת הרמ"ה ורבותיו של הרשב"א אית להו דלא מהני באחים שחלקו ח"ג וטענה מאחר שהיו החלונות מימי אביהם אוקמינן אדינייהו אחי' שחלקו אין להם זה על זה וכו' ולא מהני ח"ג וטענה ואמרינן המוציא

מחבירו עליו הראיה וכן לא עש"מע דאיכא לאוכוחי מיניה והיא סברת הגאונים והרמב"ם אלא דיש להסתפק לדעתם אי לא מהני ח"ג וטענה ולעיל אמרינן באמצעה של חצר אם מחלו זה ע"ז בעדי' מהני.

ואפשר דעדים עדיפי מחזקת שלשה וטענה וכן מעשה עדיף. ולדעת בעל העיטור והרשב"א דמהני חזקה דוקא דאיכא טענה עם חזקה .

אבל חזקה בכדי לא מהני: וראיתי להרב כנ"הג שכתב ע"ד הרשב"א אלו שיטה ס"ה בהגה על דברי הרב"י וז"ל וברור הוא שלא נחלקו הנך רבוותא אם מהני החזקה או לא. אלא לסברת הסוברים דיכול לבנות ולהאפיל עליו אבל אינו יכול לכופו ולומר לו סתום חלון אבל לדעת הרא"ש הויא חזקה יע"ש.

והנה דעת הסוברים שאינו יכול לכוף היא דעת הרמב"ם ומר"ן כמ"ש הרב"י בסי' קנ"ד סכ"ב וז"ל כתב הרא"ש כתב הראב"ד מי שאינו יכול לעכב על סתימת החלון אם רוצה לבנות בפניהם. מיהו כ"ז שלא בנה אינו יכול לומר לו סתום חלון אף על פי שיש בהם הזי"ר ואין דבריו נראים כיון דאין לו חזקה באורה היכי מצי מעבד ליה הזק בראייתו וכו'.

וכ"כ הרמב"ם שצריך לסתום החלון וכו' יע"ש. וכתב ע"ד הרב"י ואני אומר שאין אנו מוכרחים לפרש דברי הרמב"ם כן וכו' ומ"ש סותם החלון היינו בונה כנגדו אבל כל זמן שאינו בונה אינו יכול לכפותו לסותמו ע"ש וכן כתב הרב כ"מ בה"ש יע"ש.

וכן פסק מר"ן בקצר דקאמר אין חלונות זה על זה ופי' הס"מע וז"ל ואז יכול לבנות כנגד החלון וכו' עיין שם. ולדעתם נחלקו הני רבוותא ואפילו להסוברים דמהני חזקה בעי טענה אבל חזקה בכדי לא מהני והיא ראיה עצומה ולית בר נגד דיפריקנ' וממילא משמע תשובת הגאון דלעיל דלא כמאן דכולהו בעי ח"ג וטענה.

ודוחק לומר דהזק ניכר שאני: ועוד לי ראיה אחרת מדברי הרשב"א בתשובה והביאה מרן ב"י סי' קנ"ג מחוד' א' וז"ל ראובן שיש לו מקום חרב וכו' ובא שמעון לעכב עליו וכו' כן מיום שירש הוא החצר לא ירדו משם גשמים לחצירו וכו' תשוב' כל שעבוד שיש לאד' על חצר חבירו שאין בו חסרון קרק' כגון פתיחת החלונו' ושפיכ' מימות וכו' אם סילקה משם וכו' בעניין שיראה שהיה סילוקו מחמת מחי' אם רצה לחזור בו אינו רשאי וכו' וכתב ע"ד הרב הכנ"הג סי' הנזכר בהגה ע"ד ב"י סימן י"א וז"ל נ"ב וכו' מתשובה זו מוכרח ס"ל דכל שאין חסרון קרקע וכו' שיראה שמחל שעבודו אינו רשאי לחזור בו.

אבל כשיש חסרון קרקע אפי' פריצת פצימין יכול לחזור בו. ואילו ממה שכתב הריב"ש שדעת הרשב"א שד"א שנותנים לכל פתח הם לו קנין גמור וכו' נראה כיון שהם קנין גמור הוי חסור קרקע וכ"כ הרשב"א בתשובה והביאה רבינו המחבר בס"ס זה שד"א שלפני הפתח יש בהם חסרון קרקע וצריך חג"ש וטענה וכו' ולמה אמרו בפ"ק דבתרא בית סתום יש לו ד"א פרץ פצימיו אין לו ד"א והא דבר שיש בו חסרון קרקע אפי' פרץ פצימיו לא אבד זכותו.

ותירצתי דשמא ס"ל להרשב"א דאע"ג דד"א שלפני הפתח הם לו קנין גמור ומקרו חסור קרקע מכל מקום אינו חסור קרקע כעובדא דרב ענן וכו' מ"מ חסור קרקע כזה מקרי

שעבוד וכל שסילקו בעניין שהיה סילוקו מחמת מחילה אם רצה לחזור בו אינו רשאי ועדיין אינו מחוור אצלי דמדברי הרשב"א משמע כל חסור קרקע אפילו ד"א שלפני הפתח וכו' ובתשובת מהר"ש יונה הקשה על דברי הרשב"א הפך ממה שהקשיתי וז"ל דאיך מביא הרשב"א ראיה מפרץ פצימיו וכו' דילמ' שאני התם דד"א הם קנוים לו לגמרי ולכן כדי למחול לו צריך מעשה גדול מפירצת פצימין אבל חלון דהוי שעבודא בעלמא בסתימא בעלמא סגי וכו' ותירץ דכוונת הרשב"א היא שיעשה מעשה שיראה ממנו שמחל שעבודו אינו יכול לחזור בו ע"ש:למדנו מדבריהם דדבר פשוט הוא שד"א שלפני .

הפתח מקרי חסור קרקע וצריך מעשה רב שנראה ממנו שמחל בד"א ולכך אינו יכול לחזור בו הא לאו הכי לא אמרינן מחל וא"כ בנדו"ד דפלוגתייהו בד"א שלפני הפתח לא אמרינן מחל אלא אם ניכר ממעשיו שמחל ואין חילוק בין שימוש או סילוק לגמרי דגם זה מקרי סילוק באותו מקצת ובעי מעשה רב שניכר ממנו שמחל ואם לאו יכול לחזור בו דאמרינן לא מחל ואפילו להחולקים על הרשב"א ואית להו דארבע אמות שלפני הפתח לא מקרי קנין גמור אפילו הכי אית להו דבעי' מעש' שניכר ממנו שמחל כגון פריצת פצימין כמ"ש רבינו הטור ומרן בסי' קע"ב וז"ל אע"פ שבעוד שלא חלקו לא הוי ד"א שלו לגמרי אלא לפרק משאו וחבירו הוא משתמש בו ג"כ כשהיה מוצא אותם פנויים עכשיו שחלקו הם שלו לגמרי ופסק שם ס"ז בית סתומה וכו' פרץ פצימיו אין לו ד"א ע"ש הרי דדעת רבי' הטור ומרן אע"פ דאין קנוים לו אלא לפי שעה בעי מעשה רב.

שניכר ממנו שמחל משום דמקרי חסור קרקע ובנדו"ד דהוי אחר החלוקה כ"ע מודים דהוו ד"א קנין גמור ולא אמרינן מחל אלא ע"י מעשה רב דהוי כמו חזקת גוף הקרקע כמ"ש ועכשיו שחלקו הם שלו לגמרי ולא אמרינן מחל ובנדו"ד לא מלבד דלא עשה מעשה בין רב למעט דניכר ממנו שמחל אלא דעשה מעשה לאידך גיסא שנראה ממנו שלא מחל שקבע דלתות אחת בפתח המדרגה ואחת בפתח הגג להורות שהם רשותו בפני עצמו לו לבדו וינעול ויפתח בכל עת שירצה ואין איש שימחה בידו ודאי דבר פשוט הוא דלא אמרי' שמחל: נקיטינן מכל הני מילי מעלייתא דאמור רבנן בה' נחתינן ובה סלקי' דלא נשאר לשמעון שום זכות לעבור ברשות ראובן כמו שנים קדמוניות דמאחר שחלקו לא נשאר להם זכות זע"ז דהיא משנה ערוכה אחים שחלקו אין להם דרך זע"ז וכו' וגם תוספת טובה בנדו"ד שמפורש בשטר חלוקה כל דבר שנשאר בשתוף ביניהם ודרך זה לא הוזכרה בשטר חלוקה ואמרי' בודאי בשעת חלוקה סילק שמעון עצמו מדרך זה ולכך לא הוזכר דרך זה עם אחריני שנשארו בשתוף ביניהם.

גם מצד החזקה אין לו זכות בדרך זה מטעם דלא עשה מעש' שמעון ושתק ראובן וגם ראובן לא עש"מע שניכר ממנו שמחל ויכול ראובן לחזור ולעכב על שמעון שלא לעבור עוד ברשותו אלא אם כן פייסו ברצונו הטוב או יקנה לעצמו דרך או יפרח באויר והשם ישפות שלום ביניהם ומי שחותמו אמת ינחני במעגלי צדק ואמת וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראינו מתורתו נפלאות.

הצעיר מכיר בערכי ומעוטי ע"ה פארוז קרסינטי ס"ט פרק ה' ה"י היה פתח וכו' קטן אינו יכול להרחיבו שהרי שותפו אומר לו וכו' ע"כ. נשאלתי בעניין בית הכנסת של ראובן שהיו בה חלונו' פתוחו' מקדמת דנא על חצירו של שמעון אלא שהחלונות הנז' היו גבוהות ביותר למעלה למעלה מארבע אמות וגם היו עשוים מעשה שבכה דהיינו אשב"אייך ואף על פי שהיו גדולות לא יכול האדם להכניס ראשו ולהביט בהחצר הנז' בקרוב מפני האשב"אייך.

והנה בעת"ה נפלה ביה"כ הנזכר ורצה ראובן לחדשה בבניין חזק ולהגביה ביותר ודין גרמא רצה לחדש הכותל הנז' שפתח בו החלונו' הנזכרו' מפני כובד הבניין וסתרו הכותל הנזכר אדעתא לחזור ולפתוח החלונות כבתחילה במקומם הראשון והמה עסוקים בבניין ויצא שמעון לטעון ולעכב ע"י ראובן שלא לפתוח החלונו' הנזכרות באמור אליו שרוצה לבנות עלייה על גבי ביתו ואם תפתח עוד למחר תעכב ע"י ובעי הרחקה וראובן משיב לו דכבר הוא מוחזק בחלונו' הנז' משנים קדמוניות ויש לאל ידו לפתוח עוד כבראשונ' ושמעון אומר לא כי ועכשיו נפשם לשאול הגיעה מה שורת הדין נותנת יורינו המורה לצדקה ושכרו כמ"ה: תשובה איתא בדברי רבינו הרמב"ם בה"ש ה"ו וז"ל כיצד דינה של חלון זה שהניחה לפתח' אם ראשו של אדם יכול ליכנס ממנה או שהיתה למטה מארבע אמות אע"פ שאין ראשו נכנסת ממנה אין בעל החצר יכול לבנות כנגדה או מצדיה אלא אם הרחיק ד"א.

היתה חלון קטנה שאין ראשו וכו' והיתה למעלה מד"א בעל החצר יכול לבנות כנגדה ובצדדי' וכו' שהרי טוען לא הנחתיך אלא מפני שהיה קטנה וגבוה וכו' בד"א בשפתחה לתשמיש או כדי שיכנס בה הרוח אבל אם פתחה לאורה אפילו היתה קטנה וגבוה ביותר הואיל ולא ערער החזיק ואין בעל החצ' יכול לבנו' כנגדה או מצדדיה עד שירחיק ד"א וכו' שהרי מחל לו על האורה וכו' ע"כ וכן פסק מרן בסי' קנ"ד ס"י כלשונו וכטעמו וכ"פ רבי' הטור בסי' קנ"ד נמצא חלוקי דינים לדעת הרמב"ם ומרן דאין לחלק בין חלון שהיא למעלה מד"א או למטה מר"א אלא בחלון קטנ' שאין ראשו של אדם נכנס בה מפני שלא עשה לקביעות ולכך לא החזיק דלא אסיק אדעתיה שעשאה שם לדורות אלא עראי ולכך לא מחה אבל למט' מד"א שהוא מזיקו בכל שעה שהוא עובר ומסתכל בחצרו מסתמא מחל מאחר שלא מיחה אבל בחלון גדול אפי' למעלה מד"א אם שתק ולא מיחה הויא חזקה דעשוי לקביעו' והו"ל למחות אפי' מארבע אמו' דיאמר לו תעלה בסול' ותראה וכ"ז כשאינה עשויה לאורה אבל אם עשויה לאורה אין חי' בין גדו' לקטנה בין למעלה מד' אמות או למטה מד"א דמחל לו על האורה: דון מינה ואוקי באתרין דחלונות בי"הכ הנז' מאחר דהמה גדולות אף ע"פ שהם למעלה מארבע אמות אמרינן הויא חזקה וצריך הרחקה ואף על פי שהם עשוים בשבאיי"ך ואין ראשו של אדם נכנס בהם דזיל בתר טעמא משום דבג"ד עשאם לקביעות והו"ל למחות ובנדו"ד מאחר דגדולות נינהו עשוים לקביעות והאשב"אייך אדרבא הוא הוכחה דעשויים לקביעות והו"ל למחות ואפי' עשוים לתשמיש וליכנס בהם הרוח ומכ"ש אם עשאום לאורה דחלונו' ביה"כ עיקר' עשוים לאורה ואע"פ שהמפרשים כתבו דחלון עשוי לאורה הוא שפתוח להאיר במקו' האפל והיא דע' רש"י ור"ח ורשב"ם פי' שאין לו אורה ממקום אחר וכן דעת הראב"ד והרמ"ה כתב דבלאו האי חלון לא נפיל אורה בההוא ביתא וכו' אף על פי

דנפיש באורה לאו עשוי לאורה והכא בבי"הכ אית לה אורה ממקומות אחרים ולא מקרי עשוי לאורה מ"מ עיקר פסק הלכה הוא כסברת הרמב"ם דמרן אזיל בשיטתיה שכתב בה"ש פ"ז ה"ז וז"ל אבל אם פתחה לאורה אפי' היתה קטנה וגבוה ביותר וכו' הואיל ולא ערער החזיק וכו' ע"כ משמע מדבריו דהכל תלויבדע' הפותח וכן פי' הריב"ש דבריו והמה בכתובי' בדברי הכ"מ פ' הנז' יע"ש וכן הביא דבריו הרב"י וז"ל ומדברי הרמב"ם נראה שהכל תלוי בדע' הפותח אם פתח אותה לכוונת אורה וכו' יע"ש והוא מדוייק בלשונו שכתב אם פתחה לאורה וכו' וכן פסק מרן כלשונו ממש אבל אם פתחה לאורה וכו' נמצא דלדעת' חלון העשוי לאורה הוא תלוי בדעת הפותח אם ידוע שפתחה לאורה כגון חלונו' בי"הכ דעיקר פתיחת' לאורה או בשאר מקומו' אם ידוע שפתחו לאורה כגון שגילה דעתו וכיוצא בו: אלא דק"ל השתא דמרן ס"ל כדע' הרמב"ם דחלון העשוי לאורה הוא תלוי בדעת הפותח מאי האי דכתב מור"ם ע"ד מרן וז"ל ובעניין איזה חלון עשוי לאורה תלוי בעיני הדיין והיא סברת הרשב"א והרי מרן אית ליה דתלוי בדעת הפותח כמ"ש אם פתחה לאורה וכו' וכמ"ש הריב"ש ע"ד הרמב"ם ואם הכוונה היא תלויה בעיני הדיין אם פתחה לאורה וכדעת הרמב"ם ס"ס תקשה למאי איצטריך להביא ראיה מדברי הרשב"א ודבריו מפורשים כדעת הרמב"ם: נמצא דראובן זכה בהחלונות.

הנז' בין עשוים לאורה או לתשמיש ולרוח ואפילו למעלה מד"א ולפיכך צריך לפרש דברי מרן שכתב בסימן הנז"ל סעיף ט"ז שכתב וז"ל דעת הרא"ש שהפותח חלון לרשות חבירו למקום שעכשיו אינו מזיקו בראיה אין שכנו יכול לעכב עליו בטענה שהיום או למחר יבנה וכו' אבל הרשב"א כתב שראובן הבא וכו' דמשמע דלא פליגי אלא אם יכול לעכב לפי שעה או לא אבל לית ליה חזקה אם עכשיו אינו מזיקו בראיה היינו דווקא בחורבא וכדומה אבל בחלון הפתוח לחצר אפי' פתוח למעלה מד"א דליכא הזק ראיה הויא חזקה משום דשייך בו הזק ראיה שיביא סולם ויעלה ויכול להזיקו בראיה והו"ל למחות ומאחר ששתק מחל וצריך להרחיק ד"א מן הצדדים ולא יסכך על גבה אלא ברחוק ד"א כמ"ש מרן בסימן הנזכר סכ"א וכ"ג יע"ש ע"כ המ"ך: פרק ו' ה"ח כופין בני מבוי זא"ז שלא להושיב ביניהם לא חייט ולא בורסקי וכו'.

נשאלתי לאשר שאלוני בדי"ת שת"ת בראובן ושמעון חורגו בענין חצר א' שהיו משותפים בה ובצד החצר הנז' יש חצר קטנה והגינה בתוכה ופתחה בתוך החצר המשותפים הנזכרים ונכנסים בפתח החצר השותפי' ומשם נכנסי' לחצר הקטנה והגינה הנז' והחצר המשותפת הנז' היא אורכה יותר מרחבה ובשביל כך הוצרכו לבנות כותל אחד באמצע ונשארה החצר בפנים בנוייה ומשוכללת והקצה החיצון הסמוך לפתח שממנו נכנסים להחצר הקטנה והגינה נשאר כמו מבוי קטן ואין בו אלה עליה קטנה והחצר הקטנה והגינה היא לראובן לבדו ואחר מכן מכר ראובן הנז' חלקו לשמעון חורגו ולא נשאר לראובן הנז' כי אם החצר הקטנה והגינה והוא נכנס ועובר בפתח החצר הגדולה הנז' ועמד ראובן להוסיף בנינים ורצה להכניס בית אחרת מחצר אחרת להחצר הנז' ועמד ראובן ועכב על ידו שלא להוסיף בית אחר' מחצר אחר' באומרו שמרבה עליו הנכנסי' והיוצאי' ולא נשתעבד חצרו לנכנסים אלא לבתים שבתוך החצר ולא לבתים שיוסיף מחצר אחרת וראובן אומר מאחר שהוא משועבד חצרו לעבור בו ליכנס לחצרי ולהוסיף בניינם בחצרי ודיורים אחרים ומאחר שהיא עומדת לבנין ואינו יכול לעכב עלי

גם אם אוסיף בית מחצר אחרת לא מצי מעכב עלי דנר לא' נר למאה ורבתה הקטטה והמריבה ביניהם ועמדו לפני לדי"ת שת"ת לראו' איך שור"הד נותנ': וזה החלי בס"ד איתא לרבינו הרמב"ם בפ"ו מהל' שכנים וז"ל היה אחד מבני מבוי שם במבוי אומן ולא מיחו בו וכו' ואפילו היה מבני מבוי אחר אינם יכולים למונעו שהרי יש ביניהם אותה אומנות וכו' יע"ש.

(וכתב ה"המ שם ברייתא היא שם וגי' המחבר אחד מבני מבוי וכו') והם הם דברי מרן בקצר סי' קנ"ו ס"ה בלי ת"ומ וכתב ע"ד הס"מע וז"ל ס"ק ט"ז והנה הרמב"ם מפרש הברייתא דקתני כופין בני המבואות זה לזה וכו' דהוא מטעם שמרבה עליו הנכנסי' והיוצאים וכו' ובסוף דבריו כתב דלהרמב"ם דמיירי הברייתא במבוי שאינו מפולש וס"ל דדינו כחצר דשייך ביה טעמא דנכ"וי ואפ"ה קאמ' דלשכנו אינו יכול לעכב עליו ממילא נלמד דכשיש שם אחר תו אין קפיד' בנכ"וי בשביל אומני' אחרים יע"שב.

נמצא לדעת הרמב"ם ומרן דאף על פי דקפדי אינשי בנכ"וי ולא ניחא להו בהו ויכולים לעכב זה על זה היינו מתחילה אבל על ההוספה ליכא קפידא ואין לומר דאה"נ דמבוי שאינו מפולש דינו כחצר לענין הקפדה בנכ"וי אבל לענין ההוס' מחולקים ובחצר קפדי גם על ההוס' ז"א דרבינו גריס בברי' בני מבוי במקום בני חצר דגרסי התוס' והרא"ש וכו' נמצא דכוונתו לומר אפילו בני מבוי יכולי' לעכב וכאילו כתוב בני חצר ומבוי דין אחד להם וכן כתב רבינו הטור וז"ל והרמב"ם נתן למבוי שאינו מפולש דין חצר וכו' יע"ש.

משמע בשוים הכתוב מדבר דדין א' להם וכן כתב הרב"י שם וז"ל. ונראה מדבריו שהוא מפרש דרב הונא וכו' הכי קאמר בר מתא שיש לו ריחים או חנות במבוי או בחצר א' וכו' מעכב עליו זה מפני הנכנסים והיוצאי' וכו' אינם יכולים לעכב כל שאין מוחים ביד הראשון כיון שיש ביניהם אותה אומנו' וכו' יע"ש הרי הוא מפרש בדברי הרמב"ם מבוי או חצר וכתב שאינם מוחים כיון שיש ביניהם אותה אומנות וכ"מ מדברי מור"ם שם ע"ד מר"ן דס"ל כהרמב"ם וז"ל ורבים האומרים דבני חצר או המבוי שאינו מפולש וכו' דיכולי' למחות וכו'.

מכלל דלהרמב"ם ומר"ן דפליגי עלייהו אית להו דבשניהם אינם יכולים לעכב והמה דברים פשוטים ואינם צריכים חיזוק: נמצינו למדין דהחצר והמבוי שאינו מפולש דין א' להם ויכולים לעכב על הנכ"וי אבל אינם יכולים לעכב על ההוספה אם כבר יש בחצר ובמבוי נכ"וי אחריני ורצה א' מבני החצר או מב"המב להוסיף שום דבר דבשבילו ירבו הנכ"וי אינם יכולים לעכב על ההוספה דון מינה ואוקי באתרין לנדון דידן דכבר החזיק להיות נכנסים ויוצאים דרך אותו הפתח לחצר ולגינה ולבתים שבתוך החצר אף על פי שעכשיו כשהוא מוסיף לבנות בית אחרת מחצר אחרת ומכניסה לחצרו הוא מוסיף הנכ"וי לעבור דרך פתחו ולחצרו לית לן ביה דלא קפדינן אהוספה ואפילו באומנים דלית להו קצבה לנכ"וי ומכ"ש לנדו"ד דאית להו קצבה לנכ"וי: ואע"פ דבאומנים יכול למחות בראשון שהחזיק כמ"ש הרמב"ם בהלכות שכנים בפי"א וז"ל שאפילו החזיק ונעשה אומן יכולים לעכב עליו וכו' שאין לנזק זה חזקה וכו' ופסקה מר"ן בקצר בסימן הנז' ס"ד יע"ש.

ומאחר שמוח' בראשון גם השני וכן אחרינימתבטלים היינו שם דהחזי' בכדי אבל הנדון דידן שהוא מקח וממכר כשם דאינו יכול למחו' בנכ"וי לחצר ולבתי' ולגינה כך אינו יכול למחות בנכ"וי הנתוספים בשביל הבית שהכניס מחצר אחרת: ועוד דלא קאמר הרמב"ם ומר"ן דאין לנזק זה חזקה דוקא באומנים שאין קצבה לנכ"וי אבל בנכ"וי שיש להם קצבה כנדון דידן שאינם אומני' חזקתם הויה חזקה וכן נראה מדברי מר"ן שכת' אבל אינם יכולי' למחות בידו מקול פטיש ומקול הרחיי' וכו' מאחר שכבר החזיק יע"ש.

והתוספות הקשו דמאי שנא אומן מבעל הרחיים ותירץ דברחי' וקול פטיש אין נכ"וי כל כך עיין בב"י שם שהביא דברי התוספו' אלו וכן כתב הרמב"ם והרשב"א יע"ש. נמצא דליכא חזקה אלא באומנים דאין קצבה לנכ"וי: ועוד יש להביא ראיה לדין זה מדברי המרדכי ופסקה מור"ם בסימן קנ"ד ס"ב וז"ל נשאל להר"ם על הרבה שותפים שבבית א' וא' מהם מרשה את הרבים להשתתף בחלקו אם חבירו יכול לעכב עליו והשיב דבר פשוט הוא דיכולים לעכב וכו' מפני שמרבה עליהם הדרים ואף על פי דתנן וכו' היה אחד מן השוק מודר הנאה מא' מהם וכו' ור"א בן יעקב אומר יכול ליכנס דיכול לומר לתוך של חבירך אני נכנס וכו' וקי"לן כראב"י י"ל דה"מ בהחצר וכו' דהילוך החצר לא קפדי אינשי אבל הילוך דבית קפדי אינשי וכו' יע"ש.

והס"מע הביא דבריו בסי' קנ"ד סק"ז וכתב שם וז"ל ואין להקשות מהא דאיתא בגמר' ופסקו המחבר לפני זה דכ"ע לא יפתח א' מן השותפים בחצר פתח לחצר לצורך הבית שיש לו בחצר שבצידו מפני שמרבה עליהם הדרך וכו' ש"מ דאף אהילוך שבחצר קפדי אינשי דשאני התם שיש לו הילוך תדירי ותשמיש קבוע בחצר וכו' משא"כ מחמת הילוך ב"א הבאים מהשוק להחצר באקראי בעלמא ומהאי טעמא לא תקשי להרמב"ם דאסר למלאת ביתו וכו' דשאני הכא דימלא ביתו וכו' שהיה להן הילוך ותשמיש קבוע ע"כ יע"ש: ואע"פ דהס"מע נקט בלישני' ב"א הבאי' מן השוק להחצר באקראי בעלמא לאו למימרא לאפוקי כשנכנסי' בכל שעה לחצר קפדי אפי' בחצר דאם כן אמאי המרדכי מחלק בין בית לחצר הו"ל לחלק בחצר גופיה ויאמר שאני מודר הנאה שנכנס באקראי אבל הכא נכנס בקביעות ואפילו בחצר קפדי אלא ודאי דבחצר לא קפדי אינשי בנכ"וי אפילו בתדירי מאחר דליכא תשמיש קבוע וכוונתו לומר באקראי שאינו משמש שם אלא נכנס ויוצא באקראי בעלמא ועוד משמע דאפי' איכא תשמיש עראי עם ההילוך אמרינן לא קפדי אינשי כדמשמע מדברי הס"מע שכתב דשאני הכא דממליא ביתו שהיה להן הילוך ותשמיש קבוע דוק מינה תשמיש שאינו קבוע אלא באקראי בעלמא לא קפדי אינשי וכן משמע מלשון המרדכי ומור"ם דקאמרי להשתמש בחלקו ועל זה קאמ' אף על גב דלא קפדי בחצר בבית קפדי משמע אפילו איכא תשמיש מאחר דאינו קבוע לא קפדי אינשי: נמצא היכא דליכא תשמיש קבוע אלא שמרבה עליהם את הדרך בנכ"וי לא קפדי אינשי ומי שרוצה להקפיד בטלה דעתו אצל כל אדם ודבריו בטלים.

והא דפסק הרמב"ם ומר"ן דאינו יכול לפתוח פתח בית מחצר אחרת לחצר השותפים וכן ההיא דאסור למלאת את ביתו וכו' היינו מטעם תשמיש תדירי ודבר זה קפדי אינשי כמ"ש הס"מע כדכתיב' לעיל: ועוד איכא ראיה אחריתי מההיא דפסק הרמב"ם בפ"ה מה"ש וז"ל חצירות הפתוחות למבוי שאינו מפולש כולן משתמשות עם החיצונה

והחיצונה משתמשת לעצמה ופסק מר"ן בקצר בסימן קס"ב ס"ז וכתב הרמב"ם עוד וכן בעל השניה שפתח לחצרו בינו ובין החיצונה אין החיצונה מעכבת וכו' אבל אם פתח הפתח השני בינו ובין השלישית הפנימית מעכבת עליו יע"ש וכן פסק מר"ן יע"ש.

וכתב הרב"י משמע שאם פתח בינו ובין החיצונה אין הפנימית מעכבת דאם לא כן הו"ל ליפלוג וליתני בדידה אבל הפנימית מעכבת וכו' וק"ל אמאי אין הפנימית מעכבת הרי אמרו הפנימית משמשת עם כולן ותירץ ואפשר לומר דאע"פ שהפנימית משמשת עם כולן כיון שהשניה יכולה להשתמש מפתחה ולחוץ הרי הוא רשאי לפתוח וכו' שהיא והפנימי' שותפי' בתשמיש המקום ההוא יע"ש.

הרי מפורש בדברי הרב' שהשותף אף על פי שמוסיף בנכ"וי ומזיק לשותפו לית לן ביה שהרי הכא בשנייה הרי היא מזקת בנכ"וי ומרבה הדרך על הפנימית ואפילו הכי אין הפנימית יכולה לעכב עליה מאחר שיש לה תשמיש עמה במקום ההוא ומכ"ש החיצונה דאינה יכולה לעכב עליה מאחר דלית לה תשמיש עמה באותו מקום אף על פי דמטי ליה הזיקא מהנכ"וי: וא"ת מהו רבוי הדרך ראיתי להרב באר הגולה שהביא בשם הרב"ח משו' דסוף סוף מתקרבי' הי"ונכ לפנימית בפתח החדש יותר מפתח הישן וזמנין דדחקי רבים ועיילי להתם לפני הפנימית והאי טעמא מישך שייך גם לגבי החיצונה שמתקרבים הנכנסים ויוצאים בפתח החדש יותר מהישן וזמנין דדחקי רבים ועיילו להתם: ואחר כותבי ראיתי בתשו' של מהר"ם אלשיך סימן מ"ו שנשאל על ענין כנדון דידן ומגרע גרע מניה וזכה לנתבע וז"ל ראובן שמעון ולוי הם משותפים במעבר א' שקורין דהלי"ז עז"הד ראובן יש בו ב' פתחים וחלון א' גדול שקורין שבא"ייך שפתוח למעבר ההוא ושמעון ולוי לכל א' מהם שליש במעבר ההוא להכנס לגנות ויש לשמעון ג"כ פתח א' פתוח מתוך חצרו להכנס למעבר ההוא לגינותיו ולגנות שותפיו ויש פתח א' בסוף המעבר ההוא בדלת ובמסגר ובמפתח להכנס ממעבר ההוא לגינותיו ולגינות לוי והמפתח ההוא היה תמיד עד עתה ביד שמעון כי לוי יש לו פתח אחד מתוך חצירו וכו' להכנס משם לוי ושותפו לגינותיהם וכו' וכעת רצה לוי ושותפו לבנות בתים וחצר בגינה וכו' ולעשות דרך לבתים ולחצר שרוצים לבנות בגינה ההיא מתוך אותו מעבר שמשתמש בו ראובן ושמעון ולוי להכנס דרך אותו מעבר לחצר ולבתים שרוצה לוי לבנות וכו' באומרו שאחר שיש לו דרך לגינה יש לו דרך גם לחצר ולבתים שרוצה לבנות וכו' וראובן ושמעון שותפים של לוי באותו מעבר מערערין על לוי ושות' ואומרי' לאו כל כמינייהו וכו' ואינם מניחים ללוי לבנות לא חצר ולא בתים בגינה ההיא שלא היו מעולם שמגיע להם נזקי' גדולי' שמרבים עליהם דריסת הרגל שעד עתה היה נכנס לוי ושותפיו לגינותיו מהחצר שלהם והיה המפת' ביד שמעון ולעתים רחוקי' היה נכנס לוי וכו' במעבר לתוך גנו' וכו' משומצערא דגופא אי משום צערא דממונא שלפעמים משים ראובן אי זה כלי בחלונות שלהם והעוברים שם יגנבוהו ואי משום הזק ראיה ביותר ומרבה עליהם דריסת כף רגל וכו' ע"ש שהאריך ביותר: והעלה שם להלכה אחר שהביא ראיות מהש"ס והרמב"ם מאחר שהיה שם לו דרך אלא שהורגל מעט ועתה רוצה להרגיל עצמו הרבה שפיר דמי ואחת מהראיות שהביא היא ראיה שהבאתי לעיל מחמש חצרות פתוחות וכו' שהחיצונה אינה יכולה לעכב על השניה וכו' יע"ש ונלע"ד דיכול המדחה לדחות דשאני התם משום דאין לחיצונה שם תשמיש כלל לכך אינה יכולה לעכב

אבל בכאן יד הכל שוה באותו מעבר: ומה שהבאתי אני לעיל ראיה משם היינו משום דקאמר אבל אם פתח בינו ובין הפנימית יכולה הפנימית לעכב עליו אבל בינה ובין החיצונה גם הפנימית אינה יכולה לעכב עליו ואמאי והא היא משמשת גם עם השניה ואמאי אינה יכולה לעכב אלא ודאי מאחר דגם היא יש לה תשמיש עמה אינה יכולה לעכב עליה אע"פ שמרבה עליה הדרך אבל בינה ובין פנימית אין לה תשמיש שם כי אם מפתחה ולחוץ ולכן יכולה לעכב עליה והיא ראיה גמורה נ"ל: ברם חזות חשות ראיתי בדבריו שכתב בסוף דבריו אחר שהביא ראיות מהש"ס ומדברי הרמב"ם לזכות ללוי כתב וז"ל ומה גם שלא יהיה זה אלא כמי שמכניס לביתו מחדש דיורים רבים שאין שכנו יכול לומר עד עתה הייתם אתם בלבד ועתה הרביתי' עלי בני אדם הרבה וכרובם כן ירבו המתעסקים עמהם וכו' וירבו עלינו את הדרך ויצרו אתנו כמו שהביא הטור סימן קנ"ו וז"ל כתב הרמ"ה דווקא בעל אומניות וכיוצא בהם שאין קצבה לנכ"וי אבל אי בעי לאגורי לכמה אינשי דדיירי ביה לא מצי מעכבי עכ"ל יע"ש: ואיך מביא ראיה מדברי הרמ"ה והוא דלא כהלכת' הפך דברי הרמב"ם בפ"ה מה"ש ה"ט וז"ל מכאן אתה למד שאחד מן השותפים שהביא אצלו לביתו אנשי בית אחרת יש לחבירו לעכב עליו יע"ש וכן כתב הר"בי בסי' קנ"ו ע"ד הרמ"ה וז"ל מדברי הרמב"ם בפ"ה מה"ש משמע דלא ס"ל הכי יע"ש ומאי ראיה מביא מדברי הרמ"ה ואין דרכו בכך לפסו' הפך הרמב"ם והוא מאריה דאתרא ואם באמת דנדון דידיה הוי דומה למי שהכניס לביתו דיורים רבים לדעת הרמב"ם יכולים לעכב ובנדו"ד אפי' לדעת הרמב"ם אינם יכולים לעכב דשאני מי שהכניס דיורי' וכו' דאיכא תשמיש קבוע בחצר וקפדי אינשי אבל במעבר ליכא אלא הנכ"וי לבד ולא קפדי אינשי ואפי' הרמב"ם יודה לזה כדכתיבנא לעיל: ונראה לענ"ד לישב דכוונת הרב היא להביא ראיה מדברי הרמ"ה הוא על מה שטענו ראובן ושמעון על לוי שאמרו לו ועתה הרביתם עלי ב"א וכרוכם כן ירבו המתעסקים עמהם וכו' וכוונת' לומר דאפילו לית לן לעכב מצד לוי ושכיניו יש להם לעכב מצד הנכ"וי שנ"ונ עמהם דאין להם שכונה עמהם.

ולכך הוא מביא ראיה דמאחר דאין יכולים לעכב בשביל השכנים כך אינם יכולי' לעכב גם בשביל הנכ"וי בשביל' והראיה דהרמ"ה דאית ליה דאינם יכולים לעכב בשביל השכנים כמ"ש אבל אי בעי לאגורי וכו' לא עכב בשביל הנכ"וי דליכא עכוב דנכ"וי אלא באומנים וכיוצא דלית להו קצבה וזה היא הראיה שהביא מדברי הרמ"ה אבל לעיקר הדין דאי בעי לאוגורי וכו' ס"ל כהרמב"ם: א"נ דלדעת מהר"ם אלשיך אית ליה דהרמ"ה ס"ל כהרמב"ם דקרוביו ומשרתיו לית בהו עכובא וזה כוונתו במה שכתב אבל אי בעי לאגורי לכמה אינשי וכו' אפי' אם באו לו אח"ך או מתחי' אינם יכולי' לעכב וכן פי' הר"בי בסי' קנ"ד בדברי הרמ"ה ומוכרח אתה לפרש לדבריו הא דקאמר אבל אי בעי וכו' כדפירש' ודבר זה דוחק בדברי הרמ"ה דאין הלשון דכתב אי בעי לאגורי לכמה אינשי מוכח כן: א"נ דס"ל דלא קאמר הרמב"ם אלא בבע"ה שהוא דר שם ומביא אצלו אנשי בית אחרת וכו' אבל אי רוצה להשכיר ביתו לכמה אינשי לא מצי לעכב מאחר דהבית היא לו לבדו ואין לו שותפות אלא בחצר וזה ע"צ הדוחק: וראיתי להט"ז שכתב ע"ד מורם בסי' קנ"ד ס"ב שכתב בשם רשב"ם וז"ל ולא דהשות' יכול למלאת ביתו אכסנאים ודיורים וכו' כתב ע"ד וז"ל ונ"ל דגם הרמ"ה ס"ל כן וכמ"ש רבינו סי' קנ"ו

בשמו דאי בעי לאגורי וכו' והא דלא כדעת הר"בי שכתב לדעת הרמ"ה אסור להכניס דיורים מחוץ לביתו ותמיה לי ע"ד איך לא השגיח בדבריו בסימן קנ"ו שכתב בפי' דמותר וז"ל ודעת הר"א כדעת הרמ"ה שכל שאינו מרבה בפתחים וכו' יכול להרבות דיורים וכו' ובסוף הסי' כתב ואם רצה להשכיר ביתו לכמה אנשים להרמ"ה והראב"ד אינם יכולים לעכב עליו ומדברי הרמב"ם נראה שיכולי' לעכב וכו' ואיך נעלמו ממנו: ודברי הרב"י אהדדי יכול לישב דמאי דקאמר בסי' קנ"ד ע"ד הרמ"ה אנשי הבית כגון בניו ומשרתיו לאו דווקא וכמ"ש מסוף דבריו שכת' ודרך כלל דעת הרמ"ה שאם נתרבו בני הבית אין בני החצר יכולים לעכב וכו' דלא קאמר כגון בניו וכו' מכלל דאית ליה דאינם יכולים לעכב אפי' בשאר ב"א כמ"ש דבריו בסי' קנ"ו כנז"ל ולאו דווקא בניו וכו' ואפשר דטעו' הוא אבל מדברי הט"ז נראה דאית ליה בניו ובני ביתו בדווק' ונעלמו ממנו דבריו בסי' קנ"ו: ועוד קשה לי ע"ד דכתב ונ"ל דגם הרמ"ה סובר כן כדעת רשב"ם ואין נראה לע"ד דהא רשב"ם אית ליה דיכול לחלוק ביתו לכמה דיורים אבל אין להוסיף בנין חדש כמו שמדוייק בלשונו הזהב שלא יוסיף עליו בניין חדש לא בגובה ולא במשך ע"ש בב"י וכתב אבל כשאינו מוסיף בבניין שפיר דמי שיכול למלאות כל ביתו אכסנאים ודיורים וכו' נמצא דלדעת רשב"ם יכול למלאות ביתו אכסנאים ויחלק ביתו לכמה דיורים ואין העיכוב אלא בבניין חדש ולדעת הרמ"ה אית ליה דלא קאמר בש"ס דיחלק ביתו לכמה דיורים לא להכניס שם האכסנאים אלא לעשות מהם אוצר ואפי' בלא הוס' בניין אבל אם חלק ביתו לדיורי' להכניס אכסנאים יכול לעכב ובלא חילוק דיורים יכול למלאת ביתו אכסנאים כמו שפי' הוא דבריו.

נמצא לדעת הרשב"ם יכול לחלק ביתו לכמה דיורים וימלא אכסנאים ולדעת הרמ"ה אינו יכול למלאת ע"י לחלק ביתו וכו' כמ"ש דכיון שאינו מוסי' בית וכו' ואם הוא מבין בדברי מור"ם שכת' שיכול למלאת ביתו אכסנאים ודיורים היינו שאינו מוסיף ביתדירה ובזה שוים הרשב"ם והרמ"ה מ"מ תקשה למור"ם איך יאמר כך והרי הרשב"ם אית ליה אפי' מוסיף בית דירה ועוד לשון מור"ם נקט אכסנאים ודיורים דמשמע תרתי לחלק ביתו לדיורים וימלאו אכסנאים וצריך עיון .

ולכשאפנה אשנה ודו"ק: פרק י"ב ה"ד אחד מן האחים או מן השותפי' שמכר חלקו לאחר מסלקין את הלוקח וכו' כדי שלא יכנס זר ביניהם ע"כ: אירע מעשה בראובן ושמעון ולוי שיש להם בית ועליה ע"ג דהיינו הבית של והעליה של שמעון ולוי וחלקוה ביניהם. כל אחד נטל חציה והוברר חלק כל אחד ואחד והיא עכשיו הרוסה ונפולה ואח' מכן עמד שמעון ומכר חלקו מהעליה הנז' לראובן בעל הבית והמכר היה במדינה אחרת ששלח הרשאה המוכר לשלוחו למכור חלקו מהעליה הנזכרת בשביל שחששו המוכר והלוקח שמא כשישמ' ללוי שמכר' לראובן יעמוד ויערער על המכירה בשביל שסובר שהוא שותף אבל ראובן אין לו שייכות עם העליה ואין לו כ"א בבית ואחר שקנה ראובן קנין גמור כנזכר.

בא לוי וערער באומרו שהוא שותף ויוציא המכר הנזכר בדין מיד ראובן דאיהו לא מקרי אפילו מצרן ואפי' לדעתו שהוא מצרן הוא עדיף ומוציא מידו לפי שהוא שותף: תשובה לענ"דן דבר פשוט שזכה ראובן בקניין הנז' דמאי דטען לוי דהוא שותף ועדיף מראובן

בורכא היא דאחר שחלקו והוברר כל א' לחלקו אע"פ שעדיין חורבה ולא בנו ביניהם הכותל לא מקרי אלא מצרן כמ"ש הטור בסי' קע"ה יע"ש והרב הסמ"ע ס' ק"א וז"ל מפני שכל זמן שלא חלקו יש לכל אחד חלק בכולו והרי מה שמכר הא' כאילו מכר חלק של זה שבא לסלקו יע"ש הרי מפורש יוצא מדבריו דהעיקר הוא אם הוברר לכל אחד חלקו לא מקרי שותף כמו שנתן טעם כעיקר כאילו מכר חלק של זה שבא לסלקו והבירור איכא אפילו לא נבנה הכותל ביניהם: והשתא אחר שהוברר חלק כל אחד לא מקרי אלא מצרן דווקא וגם ראובן נמי מקרי מצרן כמ"ש מורם בסי' הנז' סעי' נ"א הבית והעליה של שנים וכו' דלא מקרו שותף וכו' רק דינם כמצרנים יע"ש נמצ' דשניהם מצרנים מקרו ומאחר שקדם ראובן וקנה זכה.

הוא ראשון כמ"ש מרן בסעיף י"א אבל אם קדם אחד וסילק ללוקח זכה בה הוא לבדו ומכל שכן אם קדם וקנאה הוא מהמוכר: ולא נצרכה אלא להעדפה דבעל העליה עם בעל הבית מקרי שותף כמ"ש הסמ"ע ס"ק צ"ה והביא ראיה מוכחת מדברי הרא"ש ז"ל הפך דע' מור"ם יע"ש והסכימו לדברו הש"ך ז"ל והט"ז ז"ל וכתב עליו וכן הוא האמת משום דבעל העליה אית ליה שליש בקרקע יע"ש ולדבריהם ז"ל אפי' אם קדם לוי וקנה חלק שמעון ראובן מוציא מידו כדקי"ל השותף מוציא מיד המצרן ולוי אינו אלא מצרן כדפי' ודבר פשוט הוא דזכה ראובן ולא כתבתי דברי אלו שהם מפורסמים ופשוטים כשמלה אלא לאפוקי מדעת דייני מתא שהוציאו המכר הנז' מיד ראובן וזכוהו ביד לוי מטעם דהוא שותף ועדיף להוציא מיד המצרן והפכו הקער' על פניה: ואחר שהוכחתי' על פניהם בתוכחת מגולה התחי' להתנצל באמרם שעדיין לא' בנו הכותל והביאו לי ראיה מדברי מהר"י עייאש ז"ל במנהגי' בענין מצרנות ס"ו שכת' שם וז"ל וחנות שלא היה מפסיק בינה לחברתה אלא מחיצה של קנים דין בעלי החנויות כאלו הם שותפים בשתיהם ונ"מ אם אחת היתה משכונה וכו' וקדם וקנאה דיכול בעל החנות השנית דחשיב כשותף להוציאה מידו דאילו בכותל בנין אינו חשוב אלא בן המצר וכו' יע"ש: ואין דמיונם עולה יפה לכל בעלי ההוראה דהיא גופה גזירה ואין לה על מה לסמוך ודבריו בלא טעם והבו דלא להוסי' עלה אבל יש להליץ על הרב ז"ל דטעמו הוא מאחר דלא עשו להפסיק ביניהם אלא מחיצה של קנים ודאי גילו דעת' דהחלוקה לית בה ממש ובכל עת שירצו יבטלו החלוקה וליכא אלא חנות אחת משותפ' ביניהם מאחר דשנו ממנהג המדינה ולא עשו כ"א מחיצה של קנים דבנקל יכולי' לנתק המחיצה ולא עשו מחיצה חזקה של בנין אבל בנ"ד שהם מוכנים ומזומנים לעשות מחיצה חזקה של בנין כמו שהיתה מקודם אלא שעתה נמלך ומכר חלקו ודאי דמ"הרי עייאש יודה דהחלוקה כדין היא ולא מקרי שותף ולא מקרי אלא בן המצר: וראיתי להרב הגדול מהרימ"ט ז"ל סימן ס"ח שדחה דברי הסמ"ע ז"ל בשתי ידיו ואין הדעת סובלת דבע"הע מקרי שותף והרבה להשיב על דברי הסמ"ע וגם על מי שסוברים שבעל העליה מקרי שותף משום דאית ליה שליש בקרקע ומדבריו נסתייעו ח' הדור ועלה בדעתם לומר דאינו שותף: וזה החלי בדבריו דשליש קרקע דאית ליה לבע"ה היינו שעבוד בעלמא לעניין זריעה וכו' יע"ש: ואני בעניי אומר דהרב יש לו דעת אחרת אליבא דלא כהלכתא דהוא סבר דמאי דקאמר בש"ס דבע"ה יש לו שליש בקרקע היינו לעניין זריעה כדעת התוספות בדווקא אבל אם מוכרין אותה לא ואנן קימ"לן כדעת מרן ומור"ם דאם מוכרין אותה חולקים הדמים כנז' והיא דעת

רש"י ופסקה רבינו הטור יע"ש ונתן הר"בי טעם לשבח דסבר רבינו דרש"י מודה לדברי התוס' לעניין הלכתא וכן התוס' מודים לרש"י ז"ל ולכך אפסיקא הילכתא אליבא דתרווייהו וכן פסק מרן ומור"ם בקצר ומאחר דקי"לן דכך היא ההלכה נמצא דב"ח יש לו חלק בגוף הקרקע ולא כדברי הרב מהרימ"ט דקאמר דאין ליה אלא שעבוד ונמצא דב"ח שותף מקרי: גם מה שהביא ראיה מדברי ר"י דקאמר צריך להעלו' לו שכר משמע דשכר שלם אחר הס"ר לענ"דן דאינה ראיה דאע"פ דיש לו חלק בקרקע עכשיו הוא משועבד לבנין הבית אחר שנבנה הבית ואין לו החיוב אלא שיכסה עלייתו ע"ג מידי דהוה אם בעל הבית עצמו בנה הבית מי אמרי' שיתן שליש לב"הע ועכשיו אפילו בע"הע בנה הבית לר' יתן לו שכירות במושלם דאית ליה לר"י דזה נהנה וזה אינו חסר חייב: הלכה ה' ולא עוד אלא המוכר קרקע שלו לאחר יש לחבירו שהוא בצד המצר שלו ליתן דמים ללוקח ולסלק אותו וכו' ודבר זה משום ועשית הישר והטוב ע"כ.

הנה ראיתי הפ"ד מחברין חד מינן ה"ה מוהר"ח קצבי נר"ו בענין המצרנו' שזכה לראובן המצרן והוציא הקרקע מיד שמעון הלוקח ושם נמצא כתוב שהלוקח שמעון הנז' סירב בדבר ולארצה לקבל עליו הדין ואמר לו הודיעני מהיכן דנתני ומהר"ח הנז' גם הוא זהו חפצו ורצונו כדי שתהא אמת.

נהדרת וכי היכי דלא לימטי ליה אלא שיבא מכשורא שרטט וכתב לי והנה בע"תה בה אלי שמעון הלוקח הנז' והראני הפס"ד הנז' ובקש ממני לחוות דעי ולהיות מכריע בדבר ואף על פי שאין ידיעתי מכרעת ואשים לאל מלתי ודברי כתותי מכתת שעורייהו ואין מעלין ואין מורידין ודין גרמא דבתחילה עלתה הסכמתי שלא להטפל בדבר זה וטובה השתיקה.

אלא מאחר דהרבה והפציר שמעון הלוקח הנז' וחלה פני בעשר חלו' והפציר בי עד בוש אמרתי עם בני הדרי בי יקובל האמת ממי שאמרו כי המשפט לאלהים הוא ואכתוב לו כמו שהורוני מן השמים ותהי האמת נהדרת ואם שגיתי אתי תלין ועיני לשמייא נטלית שיעזרוני לבל אכשל בדבר הלכה וישמחו בי חבירי: וזה החלי בס"ד בהקדים חקירה אחת שלא חש לה מהר"ח הנז' והוא כלל.

גדול בענין המצרנות וממנה יתברר האמת הנה ראיתי כתוב שם בפס"ד. דשמעון בע"ד הנז' שעשה ג' קנינים דמתחילת קנה חלק א' בחצר הנז' מאת האלמנה ואחר מכן קנה חלק אחר בהחצר הנז' מבעל אחות' והוא בטעות שעלה בדעתם שהוא היורש והלכו לבי"ד ושאלו את פיהם ואמרו לו שאין לו דין ירושה וחזר וקנאו מאת בנו ואחר מכן קנה חלק אחר בהחצר הנז' מיהודה המורשה ואחר כל אלו הקנייני' הקיץ הגאון ראובן המצרן ובא להיות מצרן ולסלק הלוקח ודעתי אומר לי דודאי צריך זמן וזמנים בקניינים אלו ולא שייך אפילו ביום א' ליגמר הקניינים כי אם לפחות שני ימים וג' ימים דמכירת קרקע אינה בנקל לא ללוקח ולא למוכר דלאו אגודת ירק חוטפה מהשוק והולך לו ואין הדבר נגמר אלא באריכות הזמן ושהיה בדבר זה פא"סלת ואפילו אם נאמר דבחלק ג' היה סמוך ונראה ולא שהה המצרן ובא לבי"ד מ"מ בקניינים הראשונים עבר זמנם ואמרינן בהו עבר זמנו בטל קרבנו ובטלה המצרנות.

מאחר דידע ולא בא לבי"ד לבקש זכותו וקניין ועדים אית. להו קלא ובפרט דהגיעו הדברים לפני בית דין ובטלו המכר של האב מטעם שהיה בטעות וחזר הבן ומכר לו דאית ליה קלא ביותר ואפילו את"לומ דהביטול היה בפני בי"ד ואפשר המכר של הבן לא היה בפני בי"ד מ"מ הו"ל לחוש לעצמו ויחפש אם יש מכר אחר מצד הבן מאחר דנודע לו שהיא עומדת למכור ודאי מידע ידע ואבד זכותו וסהדי במרומים דכל זה דנתי מדעתי ומסברא דמוכח הוא דלא יהיו הקניינים בשעה א' ואפילו ביום א' ודרשתי וחקרתי וספרו לי שהקנין הראשון הוא שלקח מאת יהודה המורשה ואותו קניין היה ביום א' מימים ולמחר לקח החלק של בעל אחות' שהמכר היה בטעות ולמחר לקח חל' האלמנה וחזר וחדש החל' שקנה בטעות חדש הקניין עם הבן שניהם ביום א' ואחר גמר הקנייני' למחר בא לערער ויצא לשטן לאמר שהוא מצרן ואפילו לפי אריכות הזמן הנזכר לא הזמין מעותיו בעת בואו לבי"ד אלא בא בידים ריקניו' ואמר אטרח ואביא זוזי והלך לבקש ממקום למקום עד שמצא והלוה ברבית לערב או למחר והביא מעותיו לבי"ד: וכפי זה נסתלק המצרן ראובן הנזכר מכל וכל ולא נשאר לו שום זכות מזכות שתקנו לו חז"ל כמ"ש רבינו הטור סי' קע"ה סעי' נ"א וז"ל ומסתברא כדברי רבינו האיי גאון דכיון דשהה שיעור מיזל ואמטויי זוזי דשכיחי ליה ואיתויי ומתביעיה בדינא ולא תבעיה בדינ' לסלוקיה לא מצי לסלוקיה וכו' ע"ש וכתב הרב' שם וז"ל וה"המ כתב בפי"ד מה"ש וז"ל וכתב בעיטור כתב רבינו האיי גאון והרי"ף בתשובה שאם שהה המצרן משידע כדי תביעת בי"ד ושיביא מעותיו בטל דין מצרנו' וגם הרמב"ן הסכים לדבריהם ולדברי המחבר עכ"ל.

וכתב עוד הרב' וז"ל משמע דס"ל לה"המ דהרמב"ם אינו חולק על תשוב' רבינו האיי וא"כ יש לפר' דברי הרמב"ם דמשמע מינייהו שאם לא סייע אותו ולא ראהו משתמש בו וכו' יכול לסלקו לאו לזמן מרובה קאמר וכו' אלא שיעור הראוי לסלק דהיינו שיעור למיזל ולאמטויי זוזי דשכיחי ליה ואייתויי ומתבעינן ליה בית דין וכו' ע"ש וכתב שם עוד וכן כתב הרי"בש בסי' תק"א וז"ל כל הריב תלוי אם בא לבית דין בעל המצ' מיד שידע וכו' כי אם ידע בעל המצר שקנאו זה וראה אותו משתמש בה ולא מיחה אבד זכותו כמ"ש הרמב"ם גם רבינו האיי והרי"ף כתבו בתשובה שאם שהה המצרן משידע כדי תביעת בית דין ושיביא מעותיו בטל דין מצרנו ע"כ.

וכתב ע"ד הרב"י וכדבריהם כתב הרשב"א בתשובה וכן הדין שאם לא כן הורע כח המוכר שלא ימצא מי שירצה לקנות שיחוש שאחר כמה זמן יסלקנו המצרן וכן פשט המנהג לפסוק. כדעת רבינו והרי"ף ע"כ ע"ש וכן פסק בקצ' סעי' ל"ב וז"ל אם שהה המצרן שיעור שילך ויביא מעותיו ויתבענו בדין ולא תבעו איבד זכותו ע"כ ע"ש: הרי לפניך כל הגדולים עמודי ההוראה רבינו האיי גאון והרי"ף והרמב"ם והרמב"ן והרשב"א והרא"ש והטור והעיטור והרי"בש ומר"ן כולהו ס"ל דאם שהה משידע יותר משיעור דאזיל ואמטויי זוזי ואייתויי למתבעיה בי דינא איבד זכותו מטעם מחילה דאמרינן ודאי מחל זכותיה כמ"ש רבינו הטו"ר בשם אביו וז"ל דכיון דטעמא משום ועשית הטוב והישר אין ליפות כחו כל כך וכו' וכיון שלא גילה לו ללוקח מיד כשידע בקניין וכו' יש לנו לומר שלא ישרה בעיניו או שאין לו מעות לקנותה וכו' ע"כ ע"ש.

ואף על פי דכתב שם בשם אביו דהרמב"ם מדבריו דכת' שאם סייע או ראהו משתמ' וכו' משמע דלא ס"ל הכי הנה הרב"י הוכיח במישור מדברי ה"המ ומדברי הריב"ש דדעת הרמב"ם כדעת הרא"ש והטור ופי' דברי הרמב"ם דכתב כגון שבא המצר' וסייע אותו או שכרו ממנו וכו' היינו בתוך הזמן שלא שהה כשיעור שילך ויביא זוזי ולמתבעיה לבי דינא אם ראהו משתמש בו וכו' איבד זכותו: דון מינה לנדון דידן ששה' יותר משיעור זה ומכ"ש וק"ו שני ימים וג' ימים אבד זכותו ואפילו אם במציאות יהיה חלק ג' שקנה לבסוף אמרינן ביה אורח בא בזמנו ויש בו דינא דבר מצרא ואין בעל המצר יכול לסלקו ממנו דכבר נעשה שותף עמו מכח חלק ראשון ושני ונעשו שניהם שותפי' באותו קרקע ומי שקדם וקנה זכה כמו שכתב רבינו הטור ופסקה מר"ן בקצר סימן י"ט וז"ל אבל אם קדם אחד וסילק ללוקח זכה בה הוא לבדו ואפילו היו המצרנים הרבה וכו' אם קדם וסילק ללוקח או קדם וקנאה זכה בה ע"כ ע"ש.

וכן כתב סמ"ה וז"ל קנה הלוקח מעט קרקע באמצע השדה וכו' יש לו דין כשאר מצרן אח"ך כשיקנו מותר השדה של מוכר וכו' ע"ש: וגם פסקה מר"ן בקצר ע"ש נמצא בידינומכל מאי דכתי' דראובן המצרן והשות' הנז' דאין לו דין מצרן והלוקח שמעון הנז' זכה במקחו: גם כן לא יוכל המצרן הנז' לטעון טעון אחר ולומר דהטעם שלא בא בזמנו משום דלא ידע עד אותו העת ובא אורח בזמנו מקרי.

דטענה זו אינה טענה ואינו נאמן עליה משום דקניין ועדים אית להו קלא כמו שכת' הרשב"א והביאו דבריו הרב"י וז"ל ומה שטען שלא נודע לו וכו' אינה טענה שכל שנמכר כדמכרי אינשי בקנין ועדים קלא אית ליה וכו' ועוד שכל המוכר בפרהסיי' הוא מוכ' כדי שיקפצו הקוני' על מקחו והביא דבריו הרב בא"הט ע"ש.

וכן היא כוונת רבינו הטור ומר"ן שכתבו ודוקא משע' שנתגלה המכר וכו' דכוונתם לומר הא דאמרי' דהיכ' דידע ולא בא מחל היינו שנתגלה המכר וכו' דאמרינן ודאי ידע ואמרינן מחל ולא מהימן לומר דלא ידע מאחר דנתגלה המכר ואין לומר דכוונת' לומר דאפילו ידע לא איבד זכותו אלא עד שיתגלה המכר דדבר זה רחוק מן השכל דאם ידע ולא בא אמאי לא איבד זכותו דמסתמא מחל ועוד אמאי תלו חז"ל דבריהם בידיעה יתלו בפרסום אם נתגלה או לא (וכן היא כונת מר"ן בקצר דבתחילת דבריו נקט שנתגלה המכר והחזיק הלוקח) אלא דודאי כוונתו לומר אם נתגלה המכר ודאי ידע ואם יאמר דלא ידע לא מהימן ולדעתי אפי' בשבוע' לא מהימן מאחר שהלוקח מקרי מוחזק וקניינו מדאוריי' והמצרן אינו אלא תקון רבנן משום ועשית הטוב והישר כמ"ש הרמב"ם והביא דבריו רבינו הטור סס"ד וז"ל טען הלוקח מפני המס וכו' והמצרן אומר שקר אתה טוען על המצרן להביא ראיה ואם וכו' נשבע הלוקח היסת שאין הלוקח מסתלק אלא בראיה ברורה לפיכך אם טען הלוקח למצרן גזלן אתה בשדה זו וכו' צריך המצרן להביא ראיה שהוא מצרן שקרקע זו בחזקתו וכו' וא"א הרא"ש ז"ל כתב כדברי הרמב"ם וכו' ע"כ.

וכתב ע"ד הרב"י וז"ל כתב ה"המ וכו' זה נראה לפי שבן מצר אינו אלא מדברי' ולפיכך נקר' מוציא ועליו להביא ראיה וכן נראה מהעיטור ע"כ ע"ש. הרי לפניך מפורש שהלוקח מקרי מוחזק והמצרן מוציא ולכך נראה לי דאינו נאמן אפילו בשבועה דהו"ל נשבע ונוטל והיכא דשייכא שבועה הלוקח ישבע ובאם לא ידע לא שייכא שבועה לגבי

לוקח דלא ידע אם ידע המצרן או לא ואין לדחות ולומר דבנדון דידן אף על פי דידע לא איבד זכותו דהא רבינו הטור ומר"ן קאמרי דוקא משע' שנתגלה המכר והחזיק הלוקח וכו' משמע עד שיחזיק הלוקח אפי' נתגלה המכר ובנדון דידן לא החזיק הלוקח זה אינו דכוונתו לומר הא דאמרינן אם ידע איבד זכותו הוא בתרי ענייני' בנתגלה המכר או אם החזיק הלוקח אפילו לא נתגלה מאחר דראהו מחזיק ומשתמש בו הו"ל לחוש על עצמו ולדרוש ולחקור עד שיתגלה לו הדבר ומאחר דלא חש ולא חקר אמרינן ודאי מחל.

תדע דהא בס"ד כתב אבל אם לקחה בצנעה ולא החזיק וכו' אית ליה לב"מ לסלוקיה ע"כ. משמע דלית ליה רשותא למצרן לסלק הלוקח אלא בתרי דהיינו בצנעה ולא החזיק הלוקח הא בחדא מנייהו לית ליה רשותא ולכך הוצרך לכתוב סיפא אבל אם לקחה בצנעה וכו' לגלות אריישא דבחדא איבד זכותו ועוד דאם באמת ידע אמאי לא יאבד זכותו עד שיחזיק ואמאי תלו חז"ל דברי' בידיע' דהו"ל לתלות דבריהם בחזקה ויאמרו אם החזיק איבד זכותו וכן מוכח מתשובת רבינו האיי והרי"ף שלא נקטו בלשונם החזקה וז"ל שאם שהה בר מצ' משידע כדי תביעת בית דין ושיביא מעותיו בטל דין מצרנות ע"כ ב"י וכן מוכח מדברי מר"ן בקצר דתחי' דבריו נקט תרתי ובס"ד כתב עד שיתפרסם המכר וישהה אח"ך מלתובעו בדין ע"כ ע"ש.

דתלה הדבר בפרסום המכר בכל אופן שיהיה ואין לומר דפרסום המכר עד שיחזיק דאמאי לא דאפילו בלא החזיק שייך הפרסום וודאי דלא נקט החזיק אלא להרע כח המצרן דאם החזיק הלוקח אפילו לא נתגלה כדכתי'. וכן מוכח מדברי הרי"בש שכתב וז"ל אם בא לבית דין מיד דידע או שנתפרסמה המכירה וכו' דנקט בלישניה או שנתפרסמה ר"ל דידע הוא לבדו כגון אם ראהו שהחזיק וכדומה או שנתפרסמה המכירה לכל וצריך לפרש סוף דבריו שכתב ידע ב"המ שקנאהו וראה אותו משתמש ולא מיחה וכו' ר"ל שראהו וכו' במה ידע שקנאהו שראהו משתמש וכו' ובזה ניחא דבריו רישא וסיפא וכן מוכח ממה שהביא ראיה לדבריו מתשובת ר"ה גאון והר"יף דלא נקטו בלשונם שם חזקה כדכתיב' והעיקר היא הידיעה בכל אופן שיהיה והמה דברים פשוטים אצל בעלי ההוראה ולא הוצרכתי להאריך בהם אלא למי שמעקש בדרכיו ותם יצור דרך: נמצא לנדון דידן דידע ולא בא בזמנו לבית דין .

והביא מעותיו לתבו' זכותו אבד זכותו ולא מהימן לומר דלא ידע אלא אמרינן ידע ומחל מטעם דלא ישרה בעיניו או שאין לו מעות לקנותה. ועוד איבד זכותו מטעם אחר אפילו אם בא בזמנו דבשעה שבא לבית דין לא היו מעותיו מזומני' בידו או בביתו אלא אמר אלך ואטר' ואביא זוזי והלוקח המתין יום א' או יותר מ"מ והלך לבקש ממקום למקום עד שמצא מעות ברבית וסילק ללוקח גם בדבר הזה איבד זכותו אפי' אם בא אורח בזמנו כמ"ש רבינו הטור סמ"א ופסקו מר"ן בקצר סכ"ה וז"ל אמר המצרן אטרח ואביא זוזי לא נטרינן ליה ואיבד זכותו אמר איזיל ואייתי זוזי אם אינש אמיד הוא נטרינן ליה וכו' ע"ש והטעם הוא כמ"ש רבינו הטור סל"ו דינא דבר מצרא תקנת חז"ל היא משו' ועשית הטוב וכו' לפיכך אם יש הפסד למוכר לא תקינו דיד"מ וכו' ע"ש כגון אם הביא המצרן והלוקח וכו' בין אם היו מעותיו של לוקח טובים וחריפים וכו' ע"ש: וכתב שם הרב' סט"ל וז"ל ואע"פ שכתב הרמב"ם דין זה דטבי ותקולי גבי כשבא הלוקח והמצרן למוכר

נ"ל דה"ה כשפרע הלוקח והמצרן מביא לו מעותיו וכו' וכן אי אמר אטרח ואזיל ואייתי זוזי אין שומעין לו ע"ש בב' ופסקה מר"ן בקצר סי' כ"ג ע"ש.

וכתב על דבריו מו"רם וה"ה בכל דבר שיש פסידא וכו' ע"ש נמצא לנדון דידן דהוצרך לטרו' ולהביא זוזי לית ליה דיד"מ ואף על פי שלא מחל דהרי אמר אטרח ואביא זוזי אפ"ה איבד זכותו מתקון חז"ל דהיכא דאיכא פסידא דמוכר לא תקינו דיד"מ כנז"ל ולאו דוקא פסידא דמוכר וה"ה דלוקח דגם היא מקרי פסידא דמוכר דלא ימצא המוכר מי שירצה לקנות וכו' כמ"ש הרב"י.

ואף על פי דהרב"י שם הביא תשובה משם הרמב"ן והרשב"א וז"ל אבל אם עמד אחד וקדם ולקח נראה שאין בזה זמן ידוע אלא כל היכא דאתי בע"המ מסלק ליה משום דזה שקדם וקנה נעשה כשלוחו של בעל המצר וכו' ע"ש ונ"מ לנדון דידן שכבר המוכר מכר דקדם לוקח וקנה ליכא האי דינא דאטרח ואביא זוזי וכן אם לא בא בזמנו ובכל זמן דאתיבעל המצר מסלק ללוקח: דע לך דתשובה זו דחויה עיין בספר בדק הבית למרן וז"ל ודברי תשובה זו סתומים דאם כן לא ימצא המוכר מי שירצה לקנות ממנו שיאמר הלוק' לאחר כמה שנים תצא מידי וגם על מה שכתב רבינו ירוחם בשם הרשב"א יש לתמוה שבתשובת הרשב"א שכתבתי בסמוך משמע בהפך הילכך אין חוששין לאותה תשובה דלאו הרמב"ן ולאו הרשב"א חתימי עלה ואיזה תלמיד טועה כתבה ונתלה באילן גדול ע"ש נמצא לדעת מרן דדין מוכר ולוקח שוים וכן כתב הרמב"ם פי"ד מה"ש ע"ש ופסקה רבינו הטור סמ"ח וכן פסקה מרן בקצר סל"ד וז"ל היה בן המצר במדינה אחרת וכו' ובא אח"ך אינו יכול לסלקו שאם אתה אומר כן אין אדם יכול למכו' קרקיעתו שיאמר הקונה לאח' כמה שנים תצא מידי עד כאן ע"ש ר"ל ולא ימצא המוכר מי לקנות ממנו ובמקום פסידא דמוכר לא תקנו חז"ל ד"דמצ וכ"כ הגאוני' כמ"ש ה"המ ע"ש: נקיטינן מכל הני מילי מעלייתא דכתיבנא דדעת כל עמודי ההוראה וכן דעת כל האחרוני' דאם בן המצר או השותף נתעכב אחר שידע יותר מכדי שיעורו דהיינו כדי למיזל ואמטויי זוזי זוזי דשכיחי ליה ואיתויי ומתבעיה בי דינא איבד זכותו דאמרי' מסתמא מחל או לא מצא מעות במה לקנות ועוד דאפילו בא בזמן הנז' לבי"ד ולא היו לו מעות מוכנים אלא עד שיטרח ויביא זוזי אבד זכותו משום תקון חז"ל דחיישינן לפסידא דמוכר ולוקח.

ואע"פ דראיתי למהרי"ע במנהגים שכתב צריך מע"לע היינו מכח מנהגא כמ"ש בלשונו הזהב וז"ל נהגו להרחיב הזמן למצרן מע"לע וכו' ע"ש לפי שכך קבלו עליה' ולא מדינא תדע דהרי הריב"ש מארי דאתר' הסכימה דעתו לסברת רבינו האיי גאון והרי"ף שאמרו דשיעורה כדי למיזל וכו' ודלא כהר"י ברצלוני שפסק יום אחד ע"ש בטור ומהרי"ע שכתב מע"לע אחריו קבלו ע"ע כך ולא מדינא ואין משם ראיה לנדו"ד ומכל שכן דהפריז על המדה דאמר מהרי"ע ועברו שני ימים או ג' ימי' ואחר מכן הלך וטרח ויגע לבקש לסלק הלוק' דאפי' מהרי"ע שאמר מע"לע בזה השיעור יזמין מעותיו ולא לתת לו זמן אחר להזמנת מעותיו כנ"ד: ועתה אסורה נא ואראה את דברי מהר"ח חברין בפסקו הטהור ובמאי דסליק אפתח פי ואדברה גם אני וז"ל אחר כל אלה הדברים שמעון הנזכר פשפש ומצא לו פתח אחר שהרי יהודה המורשה כתב לו ה"מ באגרת קצבת דמים בכמה

הוא מוכר לו רביע החצר ונמלך בראובן הנז' באותם דמים שפס' לו המורש' וראובן השיב במה שפסק אני אקח אותה אלא קצת דמים אני פורע וקצתם בהמתנה והמורשה לא רצה וראובן הנז' השיבו בכעס האד לקרקע אדי גא עלא יידך מא נסתחקוש והלך המורשה ומכר לשמעון הנז': ויש מי שרצה לדמות זה למה שכתב הרמ"ה ופסקו מרן וכו' נמלך המוכר בבן המצר באותן דמים וא"ל זיל זבין לא בעינא דנסתלק בן המצר וכו' וה"נ בנ"ד אי לאו דהשיבו בכעס דהוי ידים מוכיחות דלא נסתלק וכו'.

ואנכי איש צעיר אמרתי דנ"ד אפי' אי אמר לא בעינא בניחותא לא הוי סילוק וכו' דעד כאן לא קאמר הרמ"ה אלא שהיה הלוקח בעולם ונמלך בו באותן דמים של הלוקח וכו' אבל בפיסוק דמים שיפסוק המוכר מדידיה בלא לוקח לא מהני דמצי טעין בה"מ דאמרתי דל"ב בשביל דפסק לי יותר משוייה כעין משכ' הסמ"ע סק"י גבי לוקח שנמלך בב"המ ואמ"ל לך וקח דלא בטל זכותו וכו' והגם דבנ"ד לא נפיק מינה מידי לעניין דינא דסילוקו היה בלא לב ולב אלא באף ובחימה מ"מ נפקא מינה למקום אחר וכו' עש"ד: ואני בעניי אשר אחזה לי דלא דקו שפיר שניהם ולא צדקו דבריהם בעיני ובדבר זה נסתלק המצרן ואבד זכותו תדע דהא פסק הרמב"ם והרא"ש ורבינו הטור ופסקה מרן בקצר וז"ל אם אמר אטרח ואביא זוזי אבד זכותו משום פסידא דמוכר ובמקום פסידא דמוכר לא תקנו חז"ל דינא דבר מצרא ולדברי הר"ח חברין אמאי אבד זכותו והא לא סילק עצמו אלא אמר אטרח ואביא זוזי והא עדיף מנ"ד דלא קאמר לא בעינא אפי' בכעס אלא אמר אטרח וכו' ואין אני מסתלק מקרקע זה ואפילו הכי אבד זכותו ומכ"ש בנ"ד דרצה למכור לו בהמתנה וצריך זמן וזמנים ולא רצה המוכר למכור לו בהמתנה ומכר לאיש אחר אבד זכותו ואפילו בלא אמירה שאמר האד לקרקע אדי גא עלא יידך מה נצטחאקש אלא אם אמר לו למכור בהמתנה והוא לא רצה ומכר לאחר נסתלק דאין הסילוק תלוי ברצונו עד דאמדינן דעתיה אם כוונתו להסתלק או לא וממילא בנד"ד אין כוונתו להסתלק אלא בכעס אמר למלתיה אלא הכל תלוי בהפסד המוכר והלוקח והכא בנד"ד אם ממתינין לו עד שיעבור כעסו מעליו וילך ויטרח להביא מעותיו איכא פסיד' דמוכר ובמקום פסידא דמוכר לית דינא דבר מצרא ואמרי' ביה נמלך המוכר במצרן למכור לו באותן דמים וא"ל זיל זבון לעלמא דלא בעינא ליה לא צריך למקנא מיניה ע"כ עיין דברי מרן סל"א ובדברי רבינו הטור ואע"פ דרבי' הטור ומרן נקטי בלישנייהו תרתי זיל זבון ולא בעינא ליה והכא בנ"ד לא קאמר אלא לא בעינא ליה ליכא הקפדה בכך ובחדא סגי תדע דהא בהג"א לא נקט כהאי לישנא וז"ל אבל אם בא המוכר למכור לו ולא רצה לקנו' ומכר לאחר פשיטא דלא מפקינן מיניה ע"כ ע"ש הביא דברי הר"בי ואין לומר דפליגי דהא הר"בי אחר שהביא דברי הרמ"ה הנז' כתב ע"ד וכ"כ הג"א עיין שם מ"ש דכולם בהשואה אחת ולא בעי תרתי וכן הסברא נותנת דזיל בתר טעמא משום פסידא דמוכר ובאומר לא בעינא איכא פסידא ואפילו לא אמר זיל זבון ובנ"ד דרצה למכור לו בהקפה אפי' בלא אמירה נסתלק כדפי"ל: גם החילוק שחלק הר"ח חברין ואמר דעד כאן לא קאמר הרמ"ה אלא שהיה הלוקח בעולם ונמלך לו באותן דמים של לוקח משום דמצי טעין וכו' דפסק ליה יות' מדמי שיווי' כמ"ש הסמ"ע גבי לוקח וכו' אח"ה רב המרחק ביניהם כמה וכמה בין מכור לי לקנה ממני דבשלמ' גבי לוקח מאחר דהוא מחזיר על המוכר למכו' לו יאמר המוכר דקרקע זה חביבא בעיניה ויעלה שומתא יותר משיוויה

אבל כשיבוא המוכר אצל הלוקח למכור לו אין אומר לו כ"א השומא הראויה לה כדי שיקנה ממנו דאם יעלה שומתה לא ימצא לו קונה והוא חפצו ורצונו למכור וטענה זו אינה טענה לגבי המוכר והחילוק אין בו ממש ולא משמע כן מלשון הרמ"ה ולא מלשון מרן דלא קאמר אלא באותן דמים שמכר בהם ואמאי לא הזכיר בדמי לוקח מאחר דהדבר תלוי בו ואפהוא השמיטו אחרונים הבאים אחריהם ומפרשי דבריו.

יפרשוהו ואיך לא ירגיש מר בדבר זה ויאמר עם לבבו אם החילוק זה אמת לא אשתמיט אחד מהפוסקים הראשונים ואחרונים שלא יפרשוהו ואם ראה חילוק זה באיזה פוסק היה לו להזכירו ולא יכתבנו הלכה פסוקה בלא שום ראיה ונ"ל דלא סמך אלא אההיא משום דמצי טעין דפסק לה יותר משיוויה ולכך הוצרך לח' חילוק זה ואין הנדון דומה לראיה כדכתיבנא: ועוד אני אומר דלא מלבד דאין דעת הרמ"ה כן אלא הוא הפך דבריו דהא הרמ"ה עצמו שכת' נמלך המוכר בב"המ וכו' נסתלק בה"מ וכו' הוא עצמו כתב לעיל על הא דאם אמר המצרן אטרח ואביא זוזי לא נטרינן ליה אמר איזיל ואייתי זוזי אם אינש אמי' הוא נטרינן ליה וכו' ואי לא לא נטרינן ליה וכתב ע"ז הרמ"ה דוקא דאתא בר מצר למיזבן או לסלק ללוקח לבתר דידע בזביניה ובדמי זביני וכו' אבל אי מקמי דאתו לבי דינא או לגבי מוכר לא הוה ידע וכו' ולא הוה ידע בסכום דמיה כי אמר איזיל ואייתי זוזי אע"ג דלא אמיד נטרינן ליה וכו' ע"ש הרי דלא קאמר הרמ"ה עד דידע לזביני ולדמי אבל בחדא לא אלא לעניין אי אמר איזיל ואייתי זוזי אע"ג דלא אמיד משום דלא ידע בזביני ובדמי אבל לעניין אטרח ואביא זוזי אף ע"ג דלא ידע וכו' לא נטרינן ליה ואיך יאמר הכא בנמלך המוכר בבע"המ ואמר לא בעינא אינו מסתלק אלא בידע בזביני ובדמי וכי מגרע גרע אטרח ואביא זוזי ממי שיאמר לא בעינא דאינו מסתלק עד דידע בזביני ובדמי ובנד"ד איכא תרתי אטרח וכו' שרצה למכור לו בהקפה ולא בעינא ואף על פ"כ אינו מסתלק בידע בדמי ולא ידע בזביני אתמהא והדברים מוכרחים מצד עצמן ולא הוצרכתי להאריך בהם בראיות אלא להסיר מלב מהר"ח חברין.

שלא יהיה חושדני מלומר דכוונתי להפיל דבריו באין אמת וצדק ורצוני להתכבד ח"ו וסהדי במרומים דכמה יגעתי. וטרחתי לבקש סמך לדבריו ולא מצאתי עזר וסמך לדבריו בכל אופן כי אם בנוים על בלימה ואהבת האמת נוצחת בל תמוט:.

נמצא דיאודה המורשה אחר שבא בהרשאה והלך אצל המצרן למכור לו והודיעו השומ' והוא אין לו מעות ולא רצה לקנות כי אם בהקפה ואמר לא בעינא אבד זכותו וזכה שמעון הלוקח בחלק זה ועל ידו נעשה שותף עם ראובן וזכה גם במה שקנה אחר כך. באותה החצר משום דנעשה שותף בקרקע עם ראובן וקי"ל שותף שקדם וקנה זכה במה שקנה כדכתי' לעיל בשם רבינו הטור ומרן סי"ט ובסמ"א ע"ש דכן שמעתי באומרים לי וכמ"ש ביד שמעון הלוקח הנז' שהח' הנזכ' של יהודה המורשה הוא היה ראשית כל הקניינים שקנה בהחצר הנז' והר"ח חברין לא דק בסדרייהו ולאו אדעתי' משום דעלה בדעתו דליכא נפקותא לעניין דינא דלית ליה לשמעון הלוקח הנז' שום זכיה בכל הקניינים ועוד הקדים חלק האלמ' דעליו השיב תחילה דזכה בו ראובן מכח ירושה ואין לאשה האלמנה הנזכרת אלא שעבוד בעלמא ולכך דלג הסדר: ומעתה אין אני צריך להשיב על החל' שקנה אחר החלק הנזכר מאחר שהוא ראשית כל הקניינים כדכתיבנא

אלא משום דחיישינן להכחשה וצריך ראיה או שבועה לכך אני משיב גם עליה על כל פרט ופרט וה' יעזור לי: הוסיף מהרח"ק וכתב וז"ל גם מצא לו פתח אחר .

לאחר שקנה שמעון רביע האחר בטעות מעל האחות הלך לוי בנו אשר לו משפט הירושה ונמלך בראובן ואמ"ל אבי מכר רביע בהחצר הנז' המגיע לח' בכ"וכ דמים וראובן השיבו לא בעינא ליה מי יתן ואמצא מי יקנה ממני הרביע אשר הוא קנוי בידי ואחר מכן כשנודע לשמעון שקנין אביו היה בטעות חזר וקנה מלוי בנו בק"ג ע"ש: והוה שדא ביה נרגא באומרו שאמיר' ראובן שאמ' לא בעינא היה בטעות משום דטע' ברעתו דילמא לוי אינו המוכר ולכך לא חש ואמר לא בעינא והביא ראיה מדברי הר"ן והנ' שכתבו וז"ל והלכתא צריך למקני מיניה משום דחשבינן ליה לבר מצרא כאילו יש לו קנין קצת בגופו של קרקע עי"ש: ולזה כתב וז"ל מדבריהם נלמד דבע"המ כיון דאית.

ליה קנין קצת בגוף הקרקע לא יסתלק כי אם בקנין ונתכוון להקנות לחבירו או בידע ליה להמוכר שהוא בעל הקרקע ואמ"ל לא בעינא אבל אם הקנין והאמירה דלא בעינא בטעות משום דלא ידע ביה שהוא בעל הקרקע וכו' עש"ד: ואני בעניי לא ידעתי אבין דבריו שכת' ומדבריהם. נלמד וכו' ונתכוון להקנות וכו' דמאי דעתיה.

דקאמר ונתכוון דאחר הקנין מאי כוונה איכא דהקניין הוא גופיה הכוונה דאל"ך אמאי הוצרך לקבל הקניין דבשלמ' בשאר קנייני' כגון חזקה והגבהה וכסף וכדומה. צריך כוונה דמשכחת הגבהה שלא לשם קנין וכן בהנהו.

אבל בקניין אינו עשוי ושייך אלא להקנאה. ואם כוונתו לומר לאפוקי אם הקנין בטעות כמ"ש אבל אם הקניין והאמי' בטעות דאע"ג דלא יוצדק פי' זה במאי דקאמר.

ונתכוון להקנות וכו' מ"מ עדיין יש לתמוה דמאי טעות. איכא הכא בקניין הלוקח מהמצרן שסילק עצמו וזכותו.

מהקרקע הנז' אם מכר המוכר או לא דמשכחת לה דלא יזכר לו שם המוכר אלא אומר לו הקרקע שהוא על המצר שלך מצד פ' וכו' וילך ויבקש מי הוא המוכר ומאי נפק"ל אם הוא המוכר א"ל ושם מוכר לא יעלה על שפתיו דעיקר ההקפדה הוא על הקרקע לא על המוכר ואם קבל בקניין סילק זכותו דאין אחר הקניין כלו' ומאי קניין טעו' איכא ואם על הלוקח לא שייך לומר בו קנין בטעו' כי פיו המדבר עמו בין לעצמו בין לאחר ומאי קנין טעות איכא: ועוד מאי האי דקאמר להקנות מאי הקנאה איכא אצל בעל המצר עד שיאמר עד שיתכווין להקנות.

ואני חושש שמא עלה בדעתו ממאי דקאמרי הר"ן והנ"י דאית ליה קנין בגוף הקרקע חזר הוא המוכר וצריך להקנות הקנאה גמורה כמו מוכר ולוקח דעלמא. ולכך הביא ראיה ממוכר ולוקח דעלמא דצריך הקנאה וכוונה גמורה דאע"ג דאין בהם שביעה דאין הנד"ל כמ"ש לעין כל ואין משם ראיה אפילו אם יהיה באמת דהוא המוכר אבל האמת הוא דלא מקרי מוכר והקניין הוא לסלק זכותו דווק' ולא להקנות לו הקרקע כמו שכת' רש"י והביא דבריו הר"בי וז"ל בא אחד ונטל רשות וכו' ואמ"ל זיל זבון צריך למקני מיניה דלא מצי לומר משטה וכו' והביא דברי הר"ן ונ"י שכתבו כאילו יש לו קנין בגוף הקרקע ומיהו כי קנו מיניה סגי אע"פ דהוי כעין קנין דברים וכו' ע"ש.

ואם הוא בעל הקרקע והוא מוכר ממש אמאי מקרי קנין דברים אלא סילוק בעלמא כדי וכו' וכן כתב הרא"ש וקנין דברים לא הוי כי זכות יש לו בסמיכות המצר ואותו זכות הוא מסתלק ממנו בקנין וכו' ע"ש בב"י נמצא דאין נקרא מוכר כמו מוכר דעלמא ובעי שיכוין להקנות ובגילוי מלת' בעלמא סגי ע"י קנין ולא בעי לא מוכר ולא לוקח אפילו על ידי אדם אחר דעיקר הוא שיסלק עצמו מהקרקע.

כתב עוד או דידע ליה להמוכר שהוא בעל הקרקע ואמ"ל לא בעינא וכו' נראה דקאי המוכר שבא לימלך במצרן ואמ"ל ל"ב ועליה קאמר דוקא עד דידע המצרן שהוא המוכר ולא טעה ולא עלה בדעתו שאינו מוכר וקאמר ל"ב אבל אם טעה וחשב שאינו מוכר אע"פ שהאמת הוא שהמוכר ואמ"ל ל"ב לא איבד זכותו בשביל טעותו.

ואשתומם כשעה חדא ע"ד אלו דמהיכן למד דבר זה מדברי מר"ן והנ"י דאם ממה שאמרו כאילו אית ליה קנין בגוף הקרקע לא אמרו דבר זה אלא לגבי לוקח עם בע"המ נקרא בע"המ יש לו קנין בגוף הקרקע אבל לגבי מוכר אינו נחשב שיש לו קנין בגוף הקרקע כמ"ש הוא עצמו בשם ההגהות ובשם הלבוש והראיה מדאמרו אם נמלך עמו המוכר ל"ב קנין אלא בדבור בעלמ' נסתלק ומהיכן למד מדבריה' דאזלינן בתר טעותו ואף על פי דהוא אמת ולא חשש לפסידא דלוקח שהוא פסידא דמוכר כדכתי' דחששו לה חז"ל והוציא הקרקע מיד המוחזק: עוד יצא לידון בד"ח וכתב וז"ל והנה בנדון דידן לוי .

שנמלך בבעל המצר אחר שמכר אביו וכו' דלא ידע כי לו משפט הירושה וכו' עש"ד. והנה באמת מהרח"ח קצר בדברי לוי במקום שהיה לו להאריך ולא כתב לן כי אם ריש מילין דלוי הלך אצל ראובן ואמ"ל אבי מכר וכו' והשיבו דל"ב וכו' ולא פי' לן אם ההליכה הזאת שהלך לוי אצל ראובן אם הוא כדי למכור לו ולבטל קנין שמעון שקנה מאביו ואם הדבר כן ודאי באמת מידע ידע דהוא המוכר ולו משפט הירושה והגיד עליו ריעו שהוא המוכר האמיתי דאל"ך מאי ספק איכא בידו לבטל קנין אביו ואמרינן ודאי מידע ידע ואפילו הוא אומר דלא ידע לאו כל כמיניה דאנן סהדי דידע שהוא המוכר והו"ל מוכר שנמלך בלוקח ואמר ל"ב והלך ומכר לשמעון איבד זכותו ואם ההליכ' היה להודי' דוקא שאביו מכר כדי לעמו' לסלק להלוקח מאי נפק"ל בידיע' המוכ' אם טעה בו או לא טעה.

דאם טעה שאינו המוכר מ"מ הרי מידע ידע דאביו הוא המוכר ומכר לשמעון והו"ל לחשות ולא לומר ל"ב משום דחברך חברא אית ליה ודאי דכוונתו לסלק עצמו ואיבד זכותו אפילו בתוך זמנו דלא גרע ממי שראהו משתמש בו ולא מיחה דכתב הרמב"ם ופסקו מר"ן בקצר כנ"ל וכתב הס"מע ומכ"ש אם אמר ל"ב בפי' ע"ש וה"ל סילק עצמו אחר הקנין ולא בעי קנין אלא בדבור בעלמא מסתלק כמ"ש מר"ן בסעי' הנז' וז"ל בד"א שצריך קנין כשמחל לו קודם שקנה אבל אם מחל לו זכותו אחר שלקח וכו' אף על פי שהוא בתוך הזמן הראוי לסי' ה"ז מחל וכו' ע"ש והמחילה בין בפניו בין שלא בפניו דלא גרע ממשתמש וכו' כדין מחילה ואם ידע שהוא המוכר ולא טעה ובא אצל המצרן להגיד לו שאביו מכר ולעמוד לסלק ללוקח הרי הסכימה דעתו למכירת אביו וממילא ידע דשמעון הוא הלוקח והיה לו לחוש לעצמו ולא יאמר לא בעינא ומחל זכותו וזכה שמעון

הלוקח גם בחלק זה מכח מחילת ראובן דקאמר לא בעינא ואפילו אם הוא היה קנין הראשון ומכ"ש אם אם יהיה קנין שני דזכה בו מכח קנין ראשון כדכתי': נמצא דעלה בידינו מן המוגמר דראובן איבד זכותו מאחר שהלך אצלו ראובן ואמ"ל אבי מכר החלק שלו לשמעון והשיבו דלא בעינא ליה ומי יתן ואמצא החלק שלי וכו' ואפילו עלה בדעתו ולא ידע ליה שהוא המוכ' והו"ל כאינשי דעלמא ומחל לפניו דמחילתו הויא מחי' אפילו שלא בפני הלוקח דקי"ל הודאה בפני עד א' הויא הודאה ואפילו שלא בפניו ולא מפטר אלא בטענת שלא להשביע את עצמי וכו' אבל לגבי מחילה לא שייך טענת השבעה וכן אין צריך לומר אתם עידי כמ"ש מר"ן ספ"ט סכ"ט ועיין ס"ח וסי"ד שם וכ"ש בנדון דידן דליכא ממון וחיוב אלא תיקון חז"ל בעלמא משום ועשית הטוב והישר דבגילוי מילת' בעלמ' מסתלק כמו שכתב מר"ן אם ראהו משתמש וכו' וכ"ש דקאמר בפי' ל"ב דלא הצריכוהו קנין אלא משום מלתא בטעמא כדי שימכרו לו בדמי הראוים אבל אחר המכר דליכא האי טעמא מסתלק בגילוי מילתא בעלמא כדכתיב' ודברי מהר"ח שכתב דבעי כונה וקרי למצרן מוכר כדין מוכר דעלמא והויא מחילה בטעות לא דק והמה דברים יגעים ובנה בניינים בלא יסוד ואדרבא קי"ל מחילה בטעות הויא מחילה כמ"ש המוכר דקל לפירותיו אם שמיט ואכיל אין מוציאין מידו דזכה מדין מחילה ואף על פי דהיה בטעות דעלה בדעתו שהמכר קיים אפ"ה אמרינן דזכה וכן כתב הרשב"א בתשובה והביא דבריו הרב"י בסי' רמ"א במ"ח ס"ב דמחילה בטעות הויא מחילה ע"ש ודוקא פשרה בטעות לא הויא וכו' ומכ"ש דבנדון דידן ליכא מחילה בטעות דאפילו באינשי אחריני הויא מחילה.

ואין לדחות ולומר דאע"ג דהויא מחילה מאחר דנתבטל המכר של האב וחזר ולקח מהבן נתבטלה המחילה כמו שנתבטל המכר דפנים חדשות באו לכאן ז"א דעדין הוא באותו מקום ובאותו האיש ומאי איכפת לן במוכר אם הוא או אחר דבשלמא אם נשתנה המקום יכול לומר דלא מחל אלא מאותו מקום דלא ניחא ליה ביה אבל במקום זה לא ניחא לי למחול וכן אם מכרו לאחר יכול לומר בזה ניחא לי ומחלתי לו אבל לאחר לא ניחא לי ביה ומאחר דנ"ד באותו מקום ובאותו האיש עדין המחילה במקומה עומדת ומרוב פשיטות לכל יושבי על מדין לא הוצרכתי לראיה דידוע דתקון חז"ל שאמרו ועשית הטוב והישר היינו ללוקח עם המצרן והוא ימחול לו זכותו אבל המוכר ימכור לכל מי שירצה ולא רמי עליה תקון חז"ל ודי"ל: עוד כתב הרח"ח וז"ל ובר מן דין רביע שקנה מן האלמנה וכו' מצי לסלקה בזוזי ומכרה בטל מעיקרא וכו' ע"ש ולא פי' לן על ידי מי היתה המכירה ובשביל מה מכרה והוא לעיל כתב שהוא משועבד לכתו' ולמזונותיה ואם באמת משועבד למזונותיה ומכרה לצורך מזונותיה איך יאמר מכרה בטל ולא זכר שר דברי מר"ן בח' א"ה סי' ס"ג סכ"ה וז"ל אלמנה שבאה וכו' וכן אם מכרה בינה לבין עצמה שוה בשוה מכרה קיים ע"כ ע"ש ואם מכרה לכתוב' על ידי ג' בקיאין בשומא מכרה קיים ולא ימנע שהאשה מכרה על ידי ג' או על פי בית דין או על פי היורש והמכר היה בנגלה לא בנסתר ואמאי לא עכב על ידם והוא היה מצוי או ילך לבית דין והמיעכבו על ידם דלכל הצדדים אלו מכרה קיים ואיך גזר אומר מכרה בטל דמשמע בכל אופן מכרה בטל והיה לו לפרש ואיך יכול לסלק' בזוזי אחר שמכרה דהסילוק הוא קודם מכירה ולא אח"ך ואי משום שומא הדרא ליכא דהלוקח אדעתא דקרקע נחית עין סק"ג

נמצא אם יהיה כדברינו זה מכר' קיים ואין היורש יכול לסלק הלוקח גם מכח מצרנות אינו יכול לסלקו אפילו בא אורח בזמנו דזכה בו מכח דנעשה שותף עמו על ידי החלקים שקנה מקודם לכן ושותף שקדם וקנה זכה כדכתי' לעיל: אח"ה ראיתי למהרי"ע בספרו ב"י בח' ח"מ שאלה ג' וז"ל בא' שהיה שותף וכו' וטען שלא ידע וכו' ונפסק הדין שישבע וכו' וערער אחד מן החכמים ואמר שאינו נאמן בשבועה דסתמא דמלתא דידע דהיה מכר בעדים ובשטר וקלא א"ל ושאל את פי רבו ואמ"ל דלא קי"לן כהך תשובת הרשב"א וכל שטען וכו' ישבע ויטול ע"כ ע"ש.

ואני בעניי אומר אח"ה מכ"תר וגודל מעלתו כי רבה איך יצאו דברים אלו מפי קדוש ויאמר דלא קי"לן כהך תשובה דמשמע דהיא סברא יחידאה והלא היא סברת הרא"ש ורבינו הטור ומר"ן ורובא דרוב' סברי הכי כמו שהוכחנו לעיל ע"ש וכן היא ידיעתנו כידיעת מהרי"ע ע"ש ואחר שנשא ונתן בדבר כתב וז"ל אלא ודאי הא עיקר הפי' וא"כ מינה נלמד דכל שנתגלה המכר וכו' אינו יכול לטעון ולומר לא ידעתי דחזקה דידע וכס' הרשב"א וכן ראיתי למהר"י הלוי בתשובותיו כלל ז סי' ס"א ופסק בפשיטות למעשה כס' הרשב"א וכו' ע"ש הנה אלא לפניך דמהרי"ע דדרכו בכ"מ להעמיד דברי רבו בכאן צלל במים אדירים וחזר ואמר דחזקת דידע הפך סברתו ועוד דאפילו אם היא ספקא דדינא ומחלוקת הפוסקי' היה לו להעמיד הדבר בחזקתו וישאר ביד הלוקח שהוא מוחזק ואיך יוציא הדבר מחזקתו ויאמר ישבע ויטול והרי כתב מר"ן בב"י וז"ל ולענין דינא נ"ל דכיון דקי"ל דלוקח הוי מוחזק ועל המצרן להביא ראיה כמ"ש בשם הרמב"ם והרא"ש והעי"טור וכו' כל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא דיינינן ביה קולא ללוקח דכיון שהוא מוחזק אמר דילמא כי האי פוסק או כי האי פוסק קיימא לן ועל המצרן להביא ראיה דקיימא לן כאידך וכו' ע"ש ופסקה מר"ן בקצר סמ"ה ע"ש בדברי מר"ן ומור"ם: הלכה ח' השכירות אין בה משום דין בן המצר ע"כ.

אירע מעשה בראובן שהיה שותף עם שמעון בחצר א' והטילו גורל ביניה' וזכה כל אחד בחלקו באותה שנה בלבד וכל אחד הכיר את מקומו לדור בו באותה שנה ואחר מכן הלך ראובן והשכיר חלקו ליהודה בקנין כדין וכשורה ובא שמעון וערער דרוצה לבטל השכירות באומרו דאית ליה דינא דבר מצרא מאחר שהוא שותף: תשובה דפס' מרן סי' שט"ו המשכיר בית לחבירו וכו' ואם אמר לו המשכיר למה תטרח ותשכיר ביתי לאחרים וכו' שומעין לו יע"ש.

מדבריו שאמר למה תטרח ותשכיר וכו' משמע דווקא קודם שהשכירו אלא שרוצה להשכיר. אבל אם השכירו כבר אפילו בעל הקרקע גופיה אינו יכול לסלק השוכר ומכ"ש וק"ו בנדו"ד דבעל הבית השכיר אלא שהשותף הוא שבא להוציא מידו דאינו יכול דלא עדיף השותף מבעל הקרק' גופיה.

ואני אומר דאפילו עדיין לא השכירו לית ליה דינא דב"מ. ולא קאמר מר"ן שומעין לו אלא לגבי בעל הקרקע ואפילו לפי מנהגי ארגיל דאית להו דשנים שהיו שותפין בקרקע ואחד מהם השכיר חלקו לאחר דחבירו מעכב על ידו כדי לדור בו כמ"ש מהר' עייאש במנהגי' יע"ש בנדו"ד יודה מאחר דחלקו ובשנה זו עלה לו הבית הנז' לחלקו והשות' יש לו מקום לדור בו אפי' אינו מרויח בדירתו אינו יכול לסלק השוכר כמ"ש הרב בני

יהודה שאלה מ"ג וז"ל בסוף השאלה הנז' מי שהוא שותף ושנה א' עלתה לו לחלקו ושותפו יש לו עליות מרווחים ורוצה להשכיר לאחרים אין השותף יכול לעכב כיון דעכ"פ יש לו מקום לדור יע"ש.

ע"כ נמ"ך: הלכות עבדים פרק ג' הי"ג מפי השמועה למדו שאין האשה נרצעת וכו' ומה שנאמר ואף לאמתך וכו' ע"כ. וכתב עליו הרב משנה למלך ז"ל וז"ל והתוספו' בס"פ היה נוטל (ד' כ"ג) הקשו דכיון דקי"ל דמוכר עצמו אינו נרצע ממיעוטא דאזנו וקי"ל דאין האשה נמכרת בגניבתה וכו' וא"כ למ"ל קרא דהעבד למעט אמה תיפוק ליה וכו' ע"כ.

ודבריהם תמוהים בעיני משום דאי לאו קרא דהעבד הו"א דקר' דאף לאמתך קאי ארציעה וכו' ואפשר לתרץ דהתוספות ס"ל דליכא למימר דקרא דהע' ולא אמה הוא משום דקרא דאף לאמתך וכו' דא"כ תקשה לו דהענקה למ"ל יע"ש: עוד כתב שם וז"ל וא"ת אכתי קשה למ"ל לו דהענקה למעט מוכר עצמו הא מדאצטריך לרבות הענקה באמה וכו' וי"ל דהוה ס"ד למעט אמה מהענק' משום דהענקה לאבוה ולאו לדידה יע"ש: ואח"ה לא ידעתי מה ישיב לדעת התוס' לעולם אמינא לך דאית להו להתו' דהעבד בא לגלות על קרא דאף לאמתך היינו הענקה ולא תקשי דאם כן לו דהענקה למ"ל דאי לא כתב קרא לו הו"א דלעולם דמעניקי' בין למוכר עצמו בין למכרוהו ב"ד והא דאצרי' קרא לרבות הענקה באמה עבריה הוא משום דהענק' לגבוה ולא לדידיה והו"א דאין מעניקים לה אף ע"פ דמעניקי' גם למוכר עצמו לכך אצטריך לו דהענקה.

לומר לך דאין מעניקי' למוכר עצמו: ועוד דקתני בברייתא והביאה הרב בדבריו לעיל וז"ל דתניא ואף לאמתך וכו' להענקה הוא או אינו אלא לרציעה כשהוא אומר העבד וכו' אלמא דהעבד לגלויי על הקרא דאף לאמתך קאי להענקה ולא לרציע'. ולזה יש לישב ולומר דאחר דכתב קרא העבד לגופיה ולא אמה לרציעה למדנו דאף לאמתך וכו' קאי להענקה ולעולם לאו לגלויי ולכך הוקשה להו להתוספות לגופיה למה ל"ק אבל קושיא קמייתא עדיין מאי ישיב לפי דבריו כדפירשנו: עוד תירץ הרב שם על התוספות וז"ל א"נ דהתוס' אזלי לשיטתם דהלכה כרבי אלעזר וכו' דליכא.

למטעי בקרא דאף לאמתך וכו' ואח"ה מכ"תר שותא דמר לא גמירנא דהרי התוס' הקשו אליבא דרבנן אמאיציטריך העבד למעוטי אמה והא אין בה מכירת בית דין ומינה גמרינן דאינה נרצעת ומאי איכפת לן אם התוספות ס"ל כרבי אלעזר ואי רבנן חזרו מדבריו שאמרו דאין מעניקים כ"א למכרוהו ב"ד וס"ל כר"א דמעניקי' לכולהו והא רבנן עדיין קיימי בשיטתייהו ולכך אצטריך העבד לגלות על הקרא דאף לאמתך וכו' ואי לר"א איצטריך העבד לומר לך כשהוא עבד וכעת צ"ע.

ועיין בהלכות גניבה פ"ג ה"בי מה שתירצתי לע"ד על קושית התוספות הנז': הלכה י"ד כל המשלח עבדו ואמתו ריקם עובר בל"ת והרי הכתוב ניתקו לעשה וכו' ע"כ. וכתב הרב מש"למ ז"ל וז"ל והקשו שם התוספו' דהא צדקה היא מצות עשה שמתן שכרה בצדה.

ואו"רת דאכפיי' בדברי' ולר"י נראה דבצדק' כופין משום דאית ביה לאו לא תאמץ את לבבך ולא תקפוץ וכו' ואליבא דר"ת ה"ה בהענקה דלא כייפינן אבל לר' יהודה בהענקה כייפינן משום דאיכא לאו דלא תשלחנו וכו' ותירוץ דר"י הסכימו בו רוב הפוסקים וכמ"ש מרן בט"יד סימן רמ"ח וכתב שם שדעת הרמב"ן כר' ותמהתי שהרי כתב הרשב"א בתשובה תשמ"ח דהשבת העבוט אין בית דין כופין עליה ואי ס"ל כתירוץ דר"י הא איכא לאו דהשבת העבוט לא תשכב בעבוטו וכו' ע"ש: ואחר הסליחה כי רבה לא ידעתי מאי מקשה להרשב"א מהשבת העבוט דר' פירש דבריו ואמר משום דאין בה לאוין דלא תאמץ את לבבך ולא תקפוץ משמע מדבריו משום דאית בה תרי לאוין החמירה בה תורה ולכך כופי' עליה ב"ד אף ע"פ שמתן שכרה בצדה וכן פי' דבריהם בפרק נערה שנתפתתה וכתבו משום דאית בה תרי לאוין וכן כתב ב"י בסימן הנז"ל אבל השבת העבוט אין בה כ"א לאו אחד וכן מבו' בלשון התוספות דכתבו דבצדק' כופין משום וכו' ואם משום דאית בה לאו כמו"שה הר"ב מאי ארייא צדקה דבכל המצוו' כולם שמתן שכרן בצדם חוץ מכבוד א"ו אית בהו לאו.

אלא ודאי כדכתיבנא ואפי' לסברת ר"י אין כופין על מצות הענקה. משום דלית בה כ"א לאו א' ושאני מן הצדקה.

ועוד ק"ל דאמאי לא הוקשה לו להרב כ"א על הרשב"א דלא ידעתי דעתו מאי היא שהרי הוא סומך על דברי הר"בי שהביא דעת כל הפוסקים ולא הזכיר דעת הרשב"א. ולא הוקשה לו על הרמב"ן שאמר הר"בי דדעת הרמב"ן כדר"י וכתב הרמב"ן בדין העבוט כסברת הרשב"א כמו"ש דבריו הר"בי בסי' צ"ז ופסקה מור"ם בסי' הנז' ע"ש.

ואם כוונתו להקשות על הרמב"ן מאי מקשה ליה מדברי הרשב"א והרי דעת' שוה דמאי דקאמר אין כופין הרשו' בידם אם ירצו כופין אלא דאין נענשים עליה כמו שאר מצוות. ואחרי כותבי ראיתי ראיתי להר"ן שהביא דברי הרשב"א ומשמע דדעתו כדע' ר"י ואפשר דעל זה סמך הרב ב"י ונקט הרשב"א וה"ה הרמב"ן דס"ל דדעת' שוה.

גם במ"ש דשאני השבת העבוט שהוא לאו הניתק לעשה אבל בצדק' שאינו ניתק לעשה כייפי' ליה וכו' דמאי שנ' העבוט דחשיב ליה לאו הניתק לעשה טפי מצדקה וכו' משום דהעבוט לא מצי מקיים העשה עד אחר העברת הלאו דלא תבא וכו' ושפיר קרי ליה לאו הנית' לעשה אבל בצדק' יכול לקיים העשה דנתון תתן קודם העברת הלאו והו"ל לאו שקדמו עשה.

זה אינו דהא לחכמי' דקיימא לן כוותייהו אית להו דכולהו מקרו לאו שנת"ל כמו שלח תשלח ולקט ופאה וכדומה דיכול לקיים העשה קודם העברת הלאו וקרו להו לאו שנת"לע והדרא קושיא לדוכתה דאמאי קרי להשבת העבוט לאו הנת"ל טפי מצדקה ועוד דמנא ליה להרב לחלק במלקות דרבנן בין לאו הנת"ל לשאינו ניתק דאין חילוק זה אלא לענין מלקות דאורייתא אבל לענין מכת מרדות דרבנן לא נזכר חילוק זה בדברי הפוסקים: ואני בעניי נראה לישב על הרשב"א והרמב"ן ז"ל דבמצו' צדקה דאית בה תרי לאוי חמירא ודינא כשאר מצות שאין מתן שכרם בצדם כדעת ר"י ז"ל ולכך כתבו דכופין על הצדקה אבל שאר מצוות דמתן שכרם בצדם ניתנה הבחירה ביד ב"ד אם רצו כופין ואם לאו אינם נענשים כמו שגילו דעת' הרשב"א והרמב"ן וכתבו אין ב"ד מוזהרין

עליה אם העלימו עיניה' ממנה הילכך אם רצו כופין ואם לא רצו אין כופין וההוא עובדא דרב יהודה דנגדיה להההוא דגזינהו לגפה רב יהודה רצה מחמת שהרשות בידו לכפות וכפהו: ואחר החי' ראיתי להר"ם במזל בה' שחיטה ה"ד שכתב וז"ל נטל אם על בנים וקצץ אגפיה כדי שלא תעוף ושלחה מכין אותו מכת מרדות וכו' ע"ש וכתב הכ"מ נטל אם על בנים וכו' חולין ההוא דגזינהו וכו' ונגדיה ר' יהודה וכו' ואיני יודע למה השמיט רבינו שמכין אותו מכת מרדות ע"ש והרואה יראה בדברי רבי' שכת' בלישניה מכין אותו מכת מרדות הפך דברי הכ"מ ומוכרח אתה לומר דלא היתה בגרסתו בכל ספרי רבי' המוגהים ומאי טעמא השמי' רבינו ולא פסקה כמו שפסק במצות צדקה דכייפינן אלא מוכר' אתה לומר כדכתיבנא מאחר דאינה חובה על הב"ד כמו בצדקה אלא אם ירצו לכך לא פסקה רבינו: ואני בחפשי ראיתי להמרדכי בתרא שהביא בשם ריב"א חילוק אחר ואמר דאין בית דין מעשים עליה דהיי' מכים אותו עד שתצא נפשו או יעשה המצו' כמו שאר מצוות דמשב"ץ אלא מעני' אותו ואם לא קבל לא איכפת לן ביה ומאי דקאמר אין מוזהרים עליה היינו דאין נענשי' עליה ותירוץ זה הוא תירוץ הריצב"א שהביאו התוספות בתרא דף ח' ואפשר דכוונ' הרשב"א והרמב"ן כמו הריצב"א והמרדכי גם במצוות הצדקה וכוונתם לומר דכייפינן ליה ממש ולא כר"ת דאמר דכייפינן ליה בדברים אבל לא כייפינן לה עד שתצא נפשו כשאר מצוות דמ"ש בצידם ומ"מ הרשות בידם אם ירצו לכופו כפיה גדולה: אלא דפי' זה דוחק הוא בדברי הרשב"א מאחר דסתם דבריו דהשואל שאל דאם כופין אותו או אין כופין כלל כדמשמ' מלשון השואל וצרי' המשיב לפר' דבריו ומאחר שלא פירש משמע דאין עליו שום חיובא.

ועוד דראיתי להב"י שכתב שהר"ן הסכים לתירוץ בתרא דר"י וכן דעת הרמב"ן אלא מחוורתא כדכתי' מעיקרא וכן ראיתי בהגהו' מרדכי דכתובו' שכתב משמ' מירוש' הא אם רצו כופין והשתא לא תקש' מהא דגרסי' בקדושי' בירושלמי אמר ר' אסי שכופין את הבן לזון את אביו ובפ' כל הבשר מייתי להההוא דלא מייקר אבוה א"ל שבקוהו משום דהרשו' ביד' יע"ש ועיין הט"ז סיר"ס י"ד: אלא שמדברי ההגהות הנז' משמע דגם במצוות צדקה הרשות ביד ב"ד דהא ההיא דר' אסי דכופין לזון את אביוהיינו שרצו הב"ד והתם מזונות והיינו צדקה דלא כר"י: אבל קש"ל לדעת ר"ת דכייפינן בדברים ואפילו (במצות צדקה מה יענה בההיא דנגדיה רב יהודה כמ"ש הרב מש"למ: ואפשר לתת דשאני ההיא דנגדי' ר"י בשביל דגזייה לגדפי' משום דאותה שעה מיהא ביטל המצוה דאינו יכול לשלח משום דלא מקרי שלוח וכו' אם כן הו"ל בטילה ובעי מלקות מדאו' ז"א משום דאחר זמן מרבי לגדפיה כמ"ש לו ר"י וכו' ולכך נגדיה אבל אם לא גזייה לגדפיה אפילו אם לא שלחה לא הוה נגדיה משום דמצות עשה שמתן שכרה בצדה ועוד דחייש רב יהודה דשמא קודם שיגדילו כנפיה תמות ועובר על איסורא דאורייתא אבל אם לא גזייה לגדפה שמא יחזור ברוחו הוא לעצמו ויקיים בה מצו' שלוח ולא כייפינן ליה ודוק.

ותירוץ זה מתיישב גם להרשב"א והרמב"ן: אלא דקשה לי לסברת ר"ת דאמר אכפייה בדברי' והא קתני בש"ס ממשכנין על הצדקה ואפי' בע"ש ופריך בש"ס והכתי' והפקדתי וכו' ותי' הא דאמיד הא דלא אמיד כי הא דרבא כפייה לר"ן אלמ' כפייה ממש מדממשכנין עליה וליכא למימר דממשכנין הוא גרוע מכפייה ממש ואינה אלא כמו דאכפייה בדברים

ז"א ואין הסברא נותנת כן ועוד דהרי הרשב"א אף ע"פ דס"ל כדעת ר"י דכופין ממש כמ"ש דבריו הר"ן בפ' נערה מ"מ אית ליה דאין יורדין לנכסיו אפי' בפניו ואין חילוק בין ממשכנין ובין יורדין לנכסיו: ואפשר לומר דר"ת מוקי להא דממשכנין על הצדקה הוא כשקצצו ביניהם כל אחד מה שיעלה לו בחלקו ונתחיי' בו דהו"ל כחוב דעלמא וגם הוא נמי אמיד ועובדא דרבא ראיה על דאמיד לית ביה משום ופקדתי על כל לוחציו וכו' דאם לא כן איך אכפייה רבה בדברים והא כתיב והפקדתי על כל וכו' אבל היכא דפסק ואמיד כייפינן ליה ממש ויורדין לנכסיו: ולפ"ז מתיישב שפיר גם לדעת הרשב"א דכתב אין יורדין לנכסיו ואפילו בפניו והא קתני בש"ס ממשכנין ולמאי דכתיב' אתי שפיר ולא קשה מידי ודו"ק: ואני בחפשי ראיתי למופת הדור בספ' ברכי יוסף שהקשה דמאי מקשה מדברי הרשב"א על הרמב"ן והבין בדברי הרב מש"למ שמקשה במוחלט על הרמב"ן ע"ש ולמאי דכתיבנא לא קשה ולא מידי דהרב מקשה על הרשב"א ולא על הרמב"ן דהב' הביא גם דברי הרשב"א בסוף דבריו ע"ש דס"ל כר' אלא שאין יורדין לנכסיו והמש"למ קצר בדבריו ור"ל הרמב"ן וכל דיליה: גם מ"ש אף ע"ג דבצדקה כתיב כי פתוח וכו' י"ל דשאני צדקה דאית בה תרי לאוי דומיא דממיר ע"ש דשאני ממיר דאית ביה תרי לאוי ועשה א' ולא אתי עשה ודחי תרי לאוי אבל בצדקה אית בה תרי לאוי ותרי עשה כי פתוח תפתח נתון תתן וכל עשה מדחי לאו א'.

גם מ"ש בתירוץ שני א"נ כי פתוח פירושו אלא ומשמע קודם הלאו ע"ש ר"ל דהו"ל לאו שקדמו עשה דיכול לקיי' העש' קודם העבר' הלאו אבל העבוט לאו הניתק לעשה דאינו יכול לקיים העשה עד אחר העברת הלאו ואחר הס' מכ"תר דאין חי' דכולהו מקרו לאו הניתק לעשה דהרי שלוח הקן יכול לקיים העשה קודם העברת הלאו ולדעת רבנן מקרי לאו הניתק לעשה ואין זה אלא לסברת ר"י עיין בש"ס בסו' חולין ובש"ס מכות וכן משמ' מדברי הרמב"ם בהלכות סנהדרין ומדברי הכ"מ בפרק ראשון מהל' נערה ע"ש.

ועוד דאם זה כוונת הרב מש"למ מאי קאמר ולפי זה בהענ' דהוי לאו הניתק לעשה ומאי שנא הענקה ממצות צדקה דקרי לה לאו הניתק לעשה ומצות צדקה קרי לה לאו שקדמו עשה והרי בשניהם יכול לקיים העשה קודם העברת הלאו: ולעד"ן לישב דאמאי מצות צדקה לא מקרי לאו הניתק לעשה הוא משום דבכל פעם מחוייב לקיים מצות צדקה ואם חוזר ונותן לו צדקה לא נפטר מעונש הלאו שעבר קודם לכן וזה הצדקה לאו תקון הלאו אלא מקיים מצות הצדקה ולכך לא מקרי לאו הניתק לעשה אלא דקשה לי על תירוץ זה דיכול ליתן שני דינרים אחד לחיובו ואחד לתקון הלאו בב"א ומאחר דנותן חיובו ומוסיף חיוב אחר לתקון הלאו מקרי לאו הניתק לעשה כמ"ש רז"ל על פסוק צדק צדק תרדוף שעושה ב' צדקות א' בשביל החיוב וא' בשביל שיחיה הוא ובניו ולית בה משום אל תהיו כעבדים וכו': ואחר מכן ראיתי להר' נתיבות משפט ז"ל שהביא דבריו מור' ה' חיד"א ז"ל בס' בר"י וז"ל והרב נ"מ הקשה על האי תירוץ דר"ת דאכפייה בדברים דהרי בפ"ק דבתרא מייתי לה אמ"מ על הצדקה ותי' הרב ז"ל דאף דאין כופין בשוטים מ"מ נחתינן לנכסיה ע"כ וכתב עליו הרב ותירוצו הוא חידוש גדול ע"ש ואשתמיט מנייהו דברי הרשב"א ז"ל והביא דבריו הר"ן בפ' נערה שנתפתתה דס"ל כר"י דכייפינן ליה בשוטים וכתב מיהו אין יורדין לנכסיו אפי' בפניו ע"ש: גם מה שסייעו הרב מח"מ מדברי

הרשב"א על מי שאינו רוצה לא לירש ולא לפרוע דלא כייפינן בשוטים אלא בהורדת נכסיו לאו סייוע הוא דשאני התם בחוב דעלמ' כמו יורשת הבכור דינא הוא דיורדין לנכסיו ולא כייפינן ליה משום דאין בו מצוה כ"כ אבל במצות הצדקה איכא מצוה בו כמו שמפורש בדבריו דכייפינן ליה מדין מצות צדקה אבל אין יורדין לנכסיו דלאו חוב הוא דאל"כ תקשה דברי הרשב"א אהדדי.

אלא דק"ל דברי הרשב"א אלו דבסי' רע"ח כתב דלא כייפי' ליה אבל יורדין לנכסיו ובסיק"ז כת' דכייפי' ליורשין וגם יורדין לנכסיהם הביא דבריו הב"י בסימן הנז' וי"ל: פרק ט' ה"ג אחד מן האומות שבא על שפחה וכו' הרי הבן עבד כנעני שנא' וכו' אבל העבד שלנו שבא וכו' אין הבן עבד כנעני שנא' אשר הולידו וכו' ע"כ.

ברייתא היא בפ"ק דסוטה דף ג' ב') דתניא מנין לאחד מן האומות שבא על הכנענית וכו' ת"ל וגם מבני התושבים הגרים עמכם לעולם בהם תעבודו ופר"שי בעבד גרסינן בבי"ת ור"ל דקאי אקרא דאמר מאת הגוים אשר סביבותיכם מהם תקנו עבד ואמה ועלה קאמר מנין לא' וכו' לקנותו בעבד שאמרתי לך מהם תקנו עבד ואמה: והיותר נראה דבא רש"י למעט דלא גרסי כעבד בכ"ף ולפרש בש"ס כפי' רבינו ז"ל דמפרש דאין התנא משתעי לענין לא תחיה כל נשמה אלא לענין אם הולד עבד או ב"ח אתמר ולפי גירס' רבינו צ"ל בכ"ף וה"פ מנין שאתה רשאי לקנותו עבד ולהיות לך עבד כנעני ולכך פיר"שי דגרסינן בעבד בבי"ת ופי' מנין לך לקנו' בעבד ולא אמרי' ביה ל"ת כל נשמה אבל אי גרסי' בכ"ף עכצ"ל כפי' רבינו:ופירש"י ז"ל עוד שם בד"ה ולא מן הגרים וכו' הנולדים לבני ארצכם במקום אחר וכו' והביאום לבניהם לגור שם עכ"ל וק"ל מאחר דהטעם הוא משום דבאומות הלך אחר הזכר וכן מפורש בהדיא במסכת קידושין דאמרינן מניין שהולכים אחר הזכר דתניא וכו' אמאי פירש"י הנולדים במקום אחר.

ואפשר דלריבותא נקטיה דאפילו אשר הולידום במ"א ומכ"ש אשר הולידו בא"י דמקרו בניהם ואינם רשאים לקנו' מהם אלא אם הולידום בא' עם אחד משאר אומות לא מקרו גרים בארצכם לכך נקט שהולידום בארץ אחרת. אך ק"ל ע"ז דמנ"ל לתנא לפרש אשר הולידו בארצכם א' משאר אומות שבא על הכנענית ומהם תקנו ולא מן הגרים בארצכם עבד שבא על אחת משאר אומות ואימא בהפך אשר הולידו א' משאר אומות הבאה לארצכם ובא עליה עבד ועלה קאמר קרא מהם תקנו ולא מן הגרים עבד שבא על אחת משאר אומות ובא הבן אצל אמו וגם עמו וחוששין לזרע האם וקושיא זו ראיתי לרש"י ז"ל בפ' הערל ותי' דתני בסתם האיש גולה ולא האשה ולכך מן הנולדים אחד מן האומות שבא לארצכם ולא מן הגרים אחד מן הכנענים שהלך למקום וכו' ומסתברא למעוטי זרע האב: ואיתא עוד שם בגמ' איידי דכתב ובאחיכם בני ישראל וכו' תנא לעולם בהם תעבודו לכדתנא דבי ר"י וכו' ונשנית בשביל דבר שנתחדש בה ע"כ ומהו הדבר שנתחדש בה כדפי"רשי לעיל לא תעבוד בו עבודת עבד ר"ל לחלוץ מנעלו וכו' וזהו דבר חדש דבאחיכם דאמר קרא לא תרדה בו בפרך שהוא קושי השעבוד ודו"ק.

אבל התוספו' גרסי בהפך איידי דכתב בהם תנא ובאחיכם ולפ"ד קשה מאי דבר חדש איכא אם החידוש הוא ל"ת בו בפרך שהוא קושי השעבוד אם כן החידוש הא כתיב ובאחיכם ומאי קאמר איידי דכתב וכו' תנא ובאחיכם והרי הוא עיקר החידוש דבשלמא

בהם שייך לומר איידי דהחידוש הוא במאי דקאמ' לעולם בהם תעבודו ונקט בהם איידי אבל ובאחיכם ל"ת וכו' עיקר החידוש ובאחיכם דבלא אחיכם ליכא חידוש דמה היה לו לומר: הלכות שכירות פרק ו' הי"א מכר את הבית או נתנו או : הורישו אין השני יכול להוציאו עד שיודיעו מקודם ל' יום וכו' שהרי השוכר אומר לו אין כחך יותר מכח זה שזכית בבית זה מחמתו ע"כ.

נשאלתי לחוות דעי ע"ע בית שהיה מושכר לזמן קצוב ובע"הב נדחקה לו השעה ביותר והוצרך למכור הבית ולא מצא קונים כ"א ע"מ לדור בו והשוכר צווח לומר עד שישלים זמנו ואינו יוצא בתוך הזמן יורנו רבינו. וזאת תשובתי איתא בדברי רבי' הטור סי' שי"ב וז"ל המשכיר בית או חצר לזמן קצוב אינו יכול לחזור בו ולהוציאו בתוך הזמן אפי' נפל הבית של המשכי' וכו' ואפי' העני וצריך למוכרו לאחר אינו יכול להוציאו והמקח קיים והלוקח צריך להניחו ביד השוכר עד שישלי' זמנו וכו' יע"ש ופסקה מר"ן בקצר כלשונו בדיוק יע"ש הרי מפורש והוא דבר פשוט דיד בע"הב על התחתונה ואין בידו להוציא השוכר ולומר לו צא מן הבית דצריך אני למוכרו לאחר ואפילו לא ימצא לקנות ממנו כי אם בשביל הדירה אינו יכול להוציאו דדברי רבי' הטור ומר"ן סתמא קאמר דאינו יכול להוציאו דמשמע אפי' יתבטל המכר בשביל השכירות דאל"ך הו"ל לפרש ולא לסתום אבל אם קנה הלוקח בסתם המקח קיים ולא מקרי מקח טעות: וכן יש כח ביד בע"הב למכור ואפי' אית לן שכירות ממכר ליומיה מקרי והוא דכתב רבינו והטור ומר"ן והמקח קיים ולוקח צריך להניחו ביד השוכר עד שישלים זמנו דבאו לשלול כ"ז דכתיבנא: אלא דצריך להתיישב בדברי רבינו הרא"ש בס"פ השואל והביא דבריו מר"ן הב"י דלכאורה נרא' דהוא הפך דברי רבי' הטור ומר"ן דכתי' לעיל וז"ל אהא דקאמר נפל ביתיה דמשכיר א"ל לא עדיפת מנאי כלל דברי' אם אפש' לאודועי אבע"ל לאודועי ואי לאו מצי א"ל לא עדיפ' מנפשאי וכת' הרא"ש כולה שמעתין איירי בסת' אבל אם שכרו לזמן קצוב כמכר דמי ואם אין לו מה יאכל יכול למוכרו אפי' בתוך הזמן והכי איתא בירוש' המשכיר בית לחברו ורצה למוכרה אמר ר' אמי לא עלתה על דעתו שימות ברעב ור' זעירא ור' אילא אמרו מ"מ קנוי לו אלא דאמרי' לשבקיה עד דמלי וכו' ובא מעשה לפני ר' איסא ולא קבל דבריהם ומה פליג בתמיה ר' איסא פליג עלייהו סבר כר' אמי שיצא לאלתר ומשני לא פליג אלא מעשה שהיה כך היה ביתו של אחד היה ממושכן אצל יהודי אחד במשכנתא דסורא או כל ימיו בכך וכך לשנה כל זמן שלא יפדנה ולא היו לו מעות לפדותה ובזה הורה כר' אמי שיצא מיד אבל המשכיר בית לשנה וצריך למוכר' מחמת דוחק צריך להניח השוכר בבית עד שישלי' זמנו כר' זעירא ור' אילא ע"כ ע"ש: והנה מדברי הרא"ש דכתב אבל אם אין לו מה יאכל יכול למוכרו נראה לכאורה דהוא הפך דברי רבינו הטור ומר"ן דנקטי בלישנייהו ואפילו העני וצריך למוכרו ודברי הרא"ש קאי אקבע לו זמן דלעיל מניה קאמר אם שכרו לזמן קצוב כמכר דמי וסיים ואמר אבל אם אין לו מה יכול וכו'.

ואין מן הסברא לחלק ולומר דיש חילוק בין אם אין לו מה יאכל וכו' לאם העני דקאמר רבינו הטור דלא נתנו חכמים ז"ל דבריהם לשיעורין. ועוד דהו"ל לרבינו הטור ליפלוג וליתני אבל אם אין לו מה יאכל.

ועוד ק"ל על דברי הרא"ש ז"ל דמאי ראיה מייתי מהירושלמי דאם אין לו מה יאכל וכו' דזה סברא יחידאה כר"א ואיך שביק ר"ז ור"א שהם רבים. ועוד דבסוף דבריו משמ' דפסק כר"ז ור"א דקאמרי אבל המשכיר בית.

לשנה וכו' עד שישלים זמנו כר"ז ור"א ומדקאמר כר"ז וכו' משמע דהלכה כוותייהו שהם רבים ועוד דדברי הרא"ש סתרי אהדדי דבתחי' דבריו כת' אבל אם אין לו מה יאכל יכול וכו' וקאי אקבע לו זמן. ובסוף דבריו קאמר אבל המשכיר בית לשנה וכו' צריך להניח השוכר בבית עד שישלים זמנו דאין סברא לחלק בין אם מוכר מחמת דאין לו מה יאכל וכו' למוכר מחמת הדוחק כדכתי' (ועוד מאי קאמר הרא"ש כר"ז וכר"א) ועוד מאי שנא האי דינא דכת' הרא"ש אבל המשכיר בית וכו' וצריך למוכר' מחמת דוחקו דצריך להניח השוכר וכו' כר"ז ור'אילא מההוא מעשה דרבי איסא דמפשטא דתלמודא דקאמר ל"פ אלא מעשה שהיה וכו' משמע דר' איסא ס"ל כר"ז ור"י ותקשי מאי שנא דתרוויהו דוחקא דממונא ובשלמא לגירסת הרשב"א דגריס ברתיה דיהודאי הוות ממושכנת אצל חד רומי ניחא משום פקוח נפש אלא לסבר' הרא"ש דגריס ביתיה תקשי מ"ש: ולעד"ן דהאמת הוא דרבינו הטור אזיל בעקבות משיחא אביו כדרכו בכל מקום והרא"ש מודה לדברי רבינו הטור דקאמר ואפי' העני ואין לו מה יאכל אינו יכול להוציאו כר"ז ור"א והרא"ש לא קאמר אלא לענין המכר דיכול למוכרו ולא לענין להוציאו תו"זמ שלו והיינו דנקט בלישניה יכול למוכרו ולא קאמר להוציאו: ולא תימא מילתא דפשיטא היא דיכול למכור ועוד מאי קאמר ואין לו מה יאכל דמי תלה המכר בזה.

דאפשר לומר דהרא"ש בא לשלול ולומר דלא תימא דשכירו' ממכר ליומי ומקרי דבר שאינו ברשות כמו שדה זו כשאקחנה קנויה לך ומה שאירש מאבא מכור לך דאית לן דהמכר בטל קמל"ן דהמכר קיים דלא דמי להנך וכן מצאתי דפלוגתא היא דלדעת מהרשד"ם דשכירות לזמן קצוב ממכר ליומיה והמכר בטל ועיין ז"י אבן נאיים ז"ל והרא"ש בא לשלול סברא זו ולומ' דהמכר קיים ולא מקרי דבר ש"בר וכן בא לשלול דלא מקרי מקח טעות דאמר לו הלוקח דאדעתא דלדור והא דקאמ' ואין לו מה יאכל איפשר לומר דלא קאמר דהמכר קיים אלא באם העני ואין לו מה יאכל דומייא מה שתעלה מצודתי מכור לך דתיקנו ביה חז"ל שהמכר קיים משום פקוח נפש אבל בעשיר המכר בטל: א"נ דדברי הרא"ש לקוחים מהירושלמי דקאמר דלא עלה על דעתו שימות ברעב ועלה קאמר ר"ז ור"י מ"מ קנוי לו ולכך נקט הרא"ש ואין לו מה יאכל וכו' וה"ה בלא העני המכר קיים ואינו יכול להוציאו והוא סוף דברי הרא"ש דקאמ' אבל המשכיר וכו' וצריך למכו' מחמ' דוחקו צריך להניח השוכר בבית עד שישלים זמנו כרב זעירא וכו': וראיתי בהג"מי בפ"ו מה' שכירו' על מאי דכתב רבינו מכר את הבית וכו' אין השני יכול להוציאו עד שיודיעו מקוד' שלשים יום וכו' שהרי השוכר אומר לו אין כחך יתר מכחי זה שזכיתי בבית זה מחמתו וכתבו עליו פי' ר' יואל הלוי דהיינו דווקא בסתם שלא הזכיר שיצא אבל אם אין הלוקח רוצה לקנות אם לא יצא זה מן הבית יצא בע"כ וכו' והביא דברי הירושלמי דלעיל ע"ס כנז"ל בדברי הרא"ש יע"ש: וקשה דמאי ראיה מייתי בהג"מי מהירושלמי דלא נזכר חי' זה בדבריו ולא נזכר חי' זה קצת כ"א בדברי ר' אמי אבל לר' זעירא ור' אילא שהם הרבי' לא קאמר אלא קנוי.

הוא לו ולא הזכיר היציאה בדבריו ועוד דאמאי הוצרך בעל הג"מי להביא דברי הירושלמי כולו גם דברי רבי ייסא: ולמאי דכתיבנא בדברי רבינו הרא"ש יתפרש לן דברי רבינו יואל שפיר ודבריו קאי אדברי רבינו דבלא קביעות זמן כדנקט בלישניה עד שיודיעו מקודם שלשים יום וכו' ועיקר הראיה שמביא רבינו יואל הוא מדברי ר' ייסא דקאמר אלא מעשה שהיה כך היה דביתו של אחד ממושכן אצל יהודי במשכנתא דסורא וכו' דמקרי בלא קביעות זמן אבל ר' אמי ור' זעירא ור"א דבריהם הוא בקבע לו זמן והלכה כר"ז ור"י שהם הרבי' ואינו יכול להוציאו אלא לא קאמר אלא לעניין קנין כדנקט בלישניה מ"מ קנוי לו והא דנקט בהג"מ דלא עלה על דעתו שימות ברעב לשון מושאל הוא דדבריו בלא קביעות זמן ור"א דקאמרי דלא עלה ע"ד שימות ברעב קמשתעי בק"ז: וכן מצאנו דיש חילוק בין קבע לו זמן להיכא דלא קבע לו זמן היכא דנפל הבית שהיה דר בו או בית חתנות לבנו דאם קבע לו זמן אינו יכול להוציאו והיכא דלא קבע לו זמן יכול להוציאו ואומר לו אינו בדין שתהיה אתה יושב בביתי ואני מושלך וכו' ואפילו הוא עדיין מחוסר זמן ההודעה ל' יום: וכן משמע מלשון הסמ"ע סי' שי"ב סק"א דקאמר דשכירות ליומי ממכר הוא מ"ה אינו יכול להוציאו בשום צד עד שיכלה הזמן וכו' יע"ש: ואחר החי' ראיתי כתוב בס' ב"י למהר"י עייאש סי' פ"ב שפי' דברי הירושלמי והש"ע באופן אחר והוא רחוק מאד מהפשט ואין לשון הירושל' והש"ע סובלים פירושו כמו שיראה המעיין בעין שכלו והעיקר חסר מן הספר בדברי הרא"ש שכתב אבל המשכיר בית לשנה ורוצה למוכר' והוסיף בדבריו ומכרה והוא אומר ורוצה למוכרה איך יתכן לבוא אחריו ומכרה א"כ למאי האריך בלשונו לומר ורוצה למוכרה די לו לומר ומכרה ועוד לפי פי' אמאי הש"ע לא אשמועי' היכא דלא מצא למכור אלא אם ידור בה לאלתר דיכול להוציאו או אם התנה הלוקח על המוכר לדור דגם הוא יכול להוציאו כר"ז ור' אילא דלא פליגי אלא בלאחר מכירה בסתם והם דברי הרא"ש דקאמר ואם אין לו מה יאכל יכול להוציאו והוא סתם ואמר ואפי' העני וכו' דמשמע בכל גוונא אינו יכול להוציאו:.

ועוד מה ראיה מביא מדברי ר' יואל הנז"ל דרבינו יואל לא כתב דבריו אלא אדברי הרמב"ם דמשתעי בלא קביעות זמן ועלה קאמר דווקא בסתם שלא הזכיר וכו' אבל אם אין הלוקח וכו' משום דלאו מחוסר אלא זמן ההודעה אבל בק"ז ממכר ליומיה ובכל ענין אינו יכול להוציאו: גם מ"ש וכי תימא היכן נזכר החילוק של הג"מי בדברי הרא"ש וכו' דהיכי דמי מ"ש דיכול למכרו אם מיירי במוצא מי יקחנו וימתין לשוכר עד סוף הזמן מאי קמל"ן פשיט' דיכול למכור דמי יוכל לעכב על ידו כיון וכו': ותמיה לי מאד דהא הוא עצמו כתב לעיל אבל חביריו פליגי בלאחר מכיר' הממכר קיים ולאפוקי ממאן דאמר בעלמא דהמכר בטל וכו' גם בדברי הרא"ש יש לנו לפרש כן וכמו שהוכחתי לעיל דאיכא מאן דפליג מהפוסקים דאמרו דהמכר בטל דמקרי ממכר ליומיה ומקרי דבר שאינו ברשותו וכן בא להשמיענו דלא מקרי מקח טעות דמסתמא דלא קנו אינשי אלא אדעתא דלדור: פרק י' ה"א המלוה את חבירו על.

המשכון וכו' לפיכך אם אבד המשכון או נגנב חייב בדמיו ע"כ. אירע מעשה בראובן שמכר כלי אחד לשמעון ונתן לו מקצ' מעות ואחר כך נפל ביניהם דין ודברי' בשומת הכלי ודין גרמא שנתבטל המכר ותבע ראובן לשמעון להחזיר לו הכלי הנז' וסירבבו עד

שיחזיר לו מקצת המעות שנתן לו בשבילו ונשאר בידו בתורת משכון להמעות הנז' ובאמ"ץ הפציר שמעון בראובן ואמר לו ראה אחי כחסד שאני עושה עמך שאין אני דוחק לך השעה ואני מרחיב לך הזמן עד שתבקש לנפשך ותמצא ממי תלוה או תרויח לשלם לי מעותי תחת זה תעשה חסד עמי ותתן לי רשות להשתמש בכלי זה בכל עת וזמן שאני צריך לו ונתרצה ראובן לדבר זה ונשתמש שמעון בכלי זה.

ויהי כאשר עברו מקצ' ימים בא שמעון ואמר לראובן תדע לך שהנוגשים אצים בי לתת להם הכלי הנז' להשתמש בו לחצר המלך הפנימית והכל הולך לאיבוד ואין לך עלי שום דיו"ד תביא לי מעותי ותקח הכלי שלך דע לך שאני מתרה בך התראה גמורה תביא לי מעותי ותקח הכלי שלך ולא שמע ראובן לדברי שמעון בשביל שלא נזדמנו בידו המעו' ובאו הנוגשים ולקחו הכלי הנז' והחליפוהו בכלי אחר קטון ממנו והוא שבור ואינו שוה כ"א מעט מזער ונפשם לשאול הגיעה מה יהיה בדינם ועל מי הוא ההפסד יורינו המורה לצדקה ושכמ"ה: תשובה דאע"פ דלא ימנע שמעון מדלא עביד איסורא משום דנשתמש בו בלא נכייתא ומקרי שואל וחייב באונסין אפי' בנתינת רשות בעלמא קודם שנשתמש בו כמ"ש מר"ן בסי' ע"ב ס"ד המלוה על המשכון ונתן לו רשות להשתמש בו ונאנס איפשר שאפי' בנתינ' רשות הוי שואל וחייב באונסים ע"כ יע"ש: ואע"פ דמרן נקיט בלשונו הזהב תורת איפשר דמשמע דאיכא ספיקא קמיה כבר הש"ך עמד בחכמתו ויישב דדברי מרן אייריי בדהלווהו מתחי' ע"המ ואיפשר שכוונתו במה שנתן לו רשות להשתמש משום הלואת מעותיו וכו' יע"ש ס"ק ל"א אבל בנ"ד לא מקרי הלווהו מתחילה ע"המ אלא דאחר שנתבטל המכר תפס המשכון בשביל המעות וחייב באונסים כמו שמצי' בדמי אבידה שחייב באונסי' ועוד דעדיפא מינה איכא בנד"ד דמקרי משכנו שלא ברשות דקי"לן חייב באונסים אפילו בלא תשמיש כמ"ש הרמב"ם ז"ל בהלכות מלוה פ"ג וז"ל עבר בע"ח ונכנס לבית הלוה ומשכנו וכו' אינו לוקה שהרי ניתק לעשה שנאמר השב תשיב לו ואם לא קיים עשה שבו כגון שאבד המשכון או נשרף לוקה ומחש' דמי המשכון ותובע השאר בדין ע"ש והביא דבריו הש"ך סק"ט וכן כתב המ"מ שדעת רבינו הוא שחייב באונסים מאחר שמשכנו שלא ברשות: ואע"פ דאיכא לדחות ולומר דנד"ד לא מקרי משכנו שלא ברשות מאחר דמעיקרא בא הכלי לידו ברשות ונתרצה אח"ך להיות בידו עד אחר הפרעון מכל מקום הדין דין אמת שחייב באונסים כדכתיבנא לעיל: ועוד דאפילו אם תמצי לומר דאיכא עוד ספיקא דדינא ואין בדברים אלו כדי שביעה מכל מקום הלוה פטור מדמי החוב מאחר שהוא תפוס ואין מוציאין ממונא מספ' והמלוה פטור מהיתרון.

ומדברי הסמ"ע נראה דאע"פ דהרשב"א ומרן נקט בלישניה תורת אפשר לא מקרי בשביל כך ממון המוטל בספק אלא מכח דברי הרשב"א דקשו אהדדי וכן בע"ש לא חש לה ולא נקט בלישניה תורת אפשר ואם היא לעכובא בדברי הרשב"א אמאי הכחידה מאחר דעכ"ב היתה וקשי' דברי הרשב"א אהדדי ועיין הט"ז והש"ך ותמצא קורת רוח וכן מפורש להדייא בדברי הרשב"א יע"ש: גם התראתו שהתרה בו אינה התראה מאחר שאמר לו הבא מעות וטול שלך כמ"ש מר"ן באומנים סימן ש"ו ס"א וכמו שמצינו שם עדין עומד בשמירתו כבתחילה ולא מהני ליה מה שאמר ליה הבא מעות וטול את שלך גם בנ"ד עדין עומד בשמירתו כבראשונה וחייב אפילו באונסים ואין לבע"ד לחלוק

ולומר דשאני התם דאינו חייב כ"א בגני' ואבידה דהתם משו' דשמירתו הראשונה לא נתחייב כי אם בג"וא ושאני מן הנד"ד: ואין לחלק בין מלוה ע"המ לאומן דמצינו דהמלוה בריא הזי' יותר מאומן דבאומן אם אמר לו טול שלך והבא מעות נעשה עליו ש"ח דוקא אבל במלוה אפילו פרעו ועדין אצלו המשכון חייב בגניבה ואבידה כמ"ש מר"ן סי' ע"ב סמ"ג ע"ש וטעמו של דבר עיין בדברי הש"ך סק"י: וכד דייקינ' שפיר נראה דבנדו"ד ליכא ספיק' דדינא דמאי דקאמר הרשב"א ומר"ן ז"ל בתורת אפש' היינו בנתינת רשות דוקא ועדיין לא נשתמש בו ונאנס מידו אבל אם נשתמש בו כנדו"ד ליכא שום ספיקא דחייב באונסים לשלם הכל כדאיתא בדברי רבינו הטור סימן רס"ז וז"ל וא"א ז"ל כתב כסבר' ראשונה ולאחר שישתמש במעות לכולי עלמא חייב באונסים שהוא שואל עליהם ע"ש הרי מפורש דבנתינת רשות קודם שנשתמש פטור מן האונסים דלא מקרי אלא ש"ש ואינו שואל ולאחר שנשתמש בו מקרי שואל וחייב באונסים והס"מע בסי' הנז' הביא דברי רבינו הטור ופי' דבריו שם ביתר שאת וז"ל ואע"פ דמותר להשתמש מ"מ כל זמן שלא נשתשמש לא מיחשב כשואל להתחייב באונסים יע"ש ותמה על מור"ם דלא כתב זה בהדייא: נמצא דאפי' לדע' הרא"ש דאית ליה בדמי אבידה דלא מקרי אלא ש"ש היכא דנשתמש מקרי שואל וחייב באונסים.

גם לדעת מר"ן דאית ליה במלוה על המשכון מגרע גרע ול"מ שואל בנתינת רשות היכא דנשתמש בו מקרי שואל וחייב ואפי' ספק לא נסתפק ואית ליה בפשיטו' דבנתינת רשות מקרי ש"ש והיכא דנשתמש מקרי שואל ומכ"ש עכשיו דבנתינת רשות מסתפק אם מקרי שואל. היכא דנשתמש מקרי שואל ודו"ק: הלכות מלוה ולוה הלכה ג' הורו רבותי שהמלוה את חבירו ולאחר זמן תבע חובו ואמר לו הלוה דור בחצרי וכו' הרי זה אבק רבית וכו' שנא' לא תתן לו בנשך ע"כ.

נשאלתי ללי שאלו כשהייתי בעיר קוצמטינא שנת התר"ב לפ"ק דאירע מעשה בראובן שהי"ל בית א' והיא הרוס' ונתוצה שאינה ראויה לדירה ולא עבידא למיגר ובא שמעון ודבר על לבו וא"ל אני אלוה לך מעות לבנות לי ביתך ולדור אני בתוכה עד שתפרע לי חובי שאתה מפסיד בבית הנז' ונתרצו זה לזה והלוה שמעון לראובן סך מה לבנות בית הנז' אדעתא לדור בתוכה עד שיפרע לו דמי ההוצאה שהוציא על הבנין הנז' וכתב שטר משכונה ע"ז הענין וז"ל בקיצורשמשכן בידו הבית הנז' במעות הנז' שהלוה לו בשביל תיקון הבית הנז' משכונה גמורה מהיום ועד ב' שנים ואחר שתי שנים יפרע לו המלוה הנז' ולא ידור בבית הזה עוד.

ואם לא יפרע לו עוד עדיין הוא דר בבית הנז' עד שיפרע לו דמי ההוצאה שהלוה לו משכונה גמורה וכו' כדין משכנתא וכו' ואחר שדר שמעון הנזכ' בבית הנז' כ"וכ ימים ושנים נתעורר ראובן הנז' וחזר ברוחו ואמר מה עשיתי ודבר זה הוא רבית קצוצה ואני מנכה לו דמי שכירו' הבית הנז' זה כמה ימים מההלואה של דמי המשכונה הנז'.

ונפשם לשאול הגיעה יורינו המורה לצדקה ושכמ"ה: וזה החלי בס"ד לכאורה נראה דנדו"ד הוי כמשכנת' בלא נכייתא דהוי אבק רבית כמ"ש מור"ם בח' יו"ד סי' קע"ב ס"א וז"ל ואם לא נכה לו כלום אסור והוי אב"ר וכו' יע"ש ואם רצה שמעון לצאת ידי שמים צריך להחזיר לו השכירות של כל זמן שדר בבית הנז' הן הרבה הן מעט כמ"ש מר"ן

בסי' קס"ו ס"א וז"ל אפי' אם גברא וכו' הוי אב"ר וצריך להחזיר לו אם בא לצאת י"ש יע"ש.

הנה מפורש בדבריו היכא דהוי אב"ר פטור מדיני אדם וחייב בד"ש. וכן מפורש בדברי מור"ם בהגה הנז"ל וז"ל ובכל מקום דהמשכנתא הוי אב"ר אם בא הלוה לנכות למלוה הפירות שאכל לא מנכינן ליה וכו' דהוי כאילו מוציאין ממנו אב"ר בדיינים וכו' יע"ש.

ולפ"ז שמעון הנז' הדר בבית הנז' פטור מדיני אדם ואם רצה לצאת י"ש חייב לראובן דמי השכירות של הבית הנז': אבל כד דייקינן שפיר נראה דשמעון הנז' פטיר ועטיר אפילו מדיני שמים ושרי ליה מאריה ולית בה לתא דרבית כלל מאחר שהבית הנז' הית' נתוצה והרוסה ואינה ראויה לדירה וגם הלוה הנז' לית ליה שום הנאה במעות הנז' והיא טובת המלוה כמ"ש מור"ם בסי' קס"ו ס"ג וז"ל מי שאינו צריך ללות מעו' רק לטובת מלוה אומר לו בנה לך חורבה זו וכל מה שתוציא על זה עלי לשלם לך וכל זמן שאיני משלם לך דור בה בחנם מותר וכו' יע"ש.

הרי מוכח מדבריו דמאחר דהבית הנז' היה חורבה מקודם דלא עבדא למיגר והמעו' הם לצורך בנין הבית הנז' והלוה לית ליה שום הנאה במעות הנז' והיא טובת המלוה שרי ליה למלוה לדור בבית הנז' חנם ולית בה לתא דרבית כלל. וכן משמ' מדבריו עוד דאפי' הוא גברא דעביד למיגר מדקאמר רק לטובת המלוה.

וכ"ז שאיני משלם לך דור בה בחנם ולא אמר בלשון אחר כגון זכי בפי' בית זה או בהנאתה וקאמר לדור בה: ועוד דהעיקר בדברי חז"ל הוא בחצר דקיימא לאגרא או לא כמ"ש מר"ן סי' קס"ו בחצר דלא קיימא לאגרא אע"ג דגברא עביד למיגר פטור אפילו לצאת י"ש ובחצר דקיימא לאגרא אע"ג דגברא לא עביד למיגר חייב לצאת ידי שמים יע"ש ס"א.

ואין לדחות ולומר דדעת מור"ם הוא הפך דברי מר"ן בסימן קע"ב ס"ו וז"ל הנותן חורבתו לחבירו שיבנ' וידור בה עד שיכלו דמי ההוצאה. ואם שוה ג' זהובים אינו חושב לו אלא זהוב מותר יע"ש.

משמע דאינו מותר אלא אם ינכה מעט מזער אבל בלא ניכוי לגמרי אסור דאל"ך דעדיפא מינה הול"ל דין שכתב מורם אפי' בלא ניכוי כלל. ונראה דרב המרחק ביניהם ומר אמר חדא ומ"אח ולא פליגי ומר"ן משתעי בטובת הלוה כמ"ש בדבריו שכתב שיבנה וידור בה עד שיכלו דמי ההוצאה שהיא טובת הלוה שלא נתן לו לבנות אלא אדעתא שינכה לו דמי ההוצאה בשכירות הבית.

והוה אמינא דאם ינכה לו פחות משוייו הוי רבית מאחר דנחית בה אדעתא לנכות לו קמ"לן מר"ן דמותר מידי דהוה משכנתא דסורא דאפילו שוה ביותר ומנכה לו דבר מועט דמותר והוי כמו ששכר לו בפחות. אבל בנדון דמור"ם משתעי בטובת המלוה.

תדע דלא בקש ממנו דבר אלא שחייב עצמו הלוה לפרוע למלוה כל מה שיוציא וידור בחנם ולא ינכה לו מדמי ההוצאה בשכירות הבית הנז' אפי' פש"ן ולכך התיר בלא ניכוי כלל דייקא נמי לשון מר"ן שכתב הנותן חורבתו וכו' משמע שבעל החורבה הוא תובע למלוה בשביל טובתו ובדברי מור"ם כתב מי שאינו צריך וכו' רק לטובת מלוה: ואחרי

מופלג ראיתי להש"ך סקי"ג שכתב אבל אם בנה חורבה זו לצורך בעל החורבה אסור דמיד נתחייב לו לשלם ודר בו בשכר המתנת מעותיו וע"ל סי' קע"ב ובכלל דבריו דברינו אלה ונתכוונו לדעת קדוש.

וה' יצילנו משגיאות: פרק ז' ה"ו עכו"ם שמשכן חצרו לישראל וחזר העכ"ום ומכרה לישראל אחר אין הממשכן חייב להעלות שכר לישראל וכו' אלא דר בחצר בלא שכר וכו'. נשאלתי ע"ע ראובן שמשכן ביתו לשמעון כדין וכשורה ופור' לו השכירו' על ידי השוכר כפי הדין וכמנהג המשכונו' ואחר שעברו כמה שנים עמד ראובן ומכר הבית הנז' ותבעו שמעון הנז' לפרוע לו דמי המשכונא ואמ"ל ראובן מה איכפת לך אם מכרתי הבית הנזכר' אם בשביל השכירות אכתי השוכר במקומו עומד לפרוע לך השכירו' כמאז ומקדם.

והבית עצמה עדיין ממושכנת בידך. ושמעון קבל דבריו ולא תבעו יותר על דמי המשכו' ובכל פעם היה נותן לו פסקי פסקי ושמעון היה במחשבתו שכל מה שנתן לו הוא מפאת השכירות.

ואחרי מופלג תבע שמעון לראובן לפרוע לו מה שנשאר לו מצד השכירות ויפדה המשכונה. ואז השיבו ראובן שאין אני חייב לך כלום מהשכירות.

לפי שהבית כבר נמכר ואם יש לך שכירות תתבע הלוקח. אבל עלי לא יש שום תביעה שאין אני נותן לך הרבית וכל מה שנתתי לך הוא מפאת הקרן של המשכונה: תשובה איתא בש"ס בפ' א"נ דע"ג ב' רב מרי ב"ר משכן ליה ההוא נכרי ביתא.

הדר זבנה לרבא נטר י"ב ירחי שתא שקל אגר ביתא אמטי ליה לרבא. א"ל האי דלא אייתי' למר אגר ביתא עד האידנא דסתם משכנתא שתא.

אי בעי נכרי לסלקי לא הוה מצי מסלק לי השת' לישקול מר אגר ביתא. א"ל אי הוה ידענ' דהוה ממושכן ליה למר לא הוה זבינא ליה השתא כדיניהם עבדינן לך כל אימת דלא מסלקי בזוזי לא שקיל אגר ביתא אנא נמי לא שקילנא מינך אגר ביתא עד דמסלקנא לך בזוזי ע"כ ופי"רשי ד"ה לא שקי' וכו' ואין זו רבית דהא רבא לא מחייב מידי אלא נכרי ע"כ.

והתוס' פי' ד"ה דסתם משכונא שתא וכו' והשתא נישקול וכו' דחשיב כאילו הוה הבית ממושכן מרבא שאם היה בא רבא להחזיק בבית היה מונעו רב מרי אם היה רוצה עד שיפרע לו מעותיו הילכך הוה חשיב רבא כלוה ואסור רב מרי לדור בו בחנם ורבא השיבו דלא עדיף מגברא דאתי מחמתיה ע"כ:ולכאורה קשה לדבריהם דאית להו דחשיב רבא כלוה והוא הפך רש"י.

אמאי רבא לא קיבל השכירות מרב מרי דהא אינו יכול לוותר לו משום איסו' רבית ומאי קאמ' דלא עדיף מגבר' דאתי מחמתי' דאין הדמוי שוה דשאני גברא דאתי וכו' דלית ביה איסור רבי' אבל הוא לדידיה איכא איסור רבי' ולא מצי מוותר ליה. ואפשר דכוונתם לומר דלא עדיף וכו' וכמו שהוא אינו יכול לסלקו בלא זוזי ועדיין הקרקע ברשותי' קאי.

גם אני כך הבא מכחו עדיין הקרקע ברשותו ולא חל עליה הקנין עד שאפרע לך מעותיך: וראיתי להמ בפ"ז מה"מ ה"ו שנתן טעם לשבח בשם הרמב"ן והרשב"א לפי שבדיניהם הרי היא כמכורה עד שיפרע לו דמי המשכונה ולא יפה כחו מכח הנכרי וכשפודה אותה הרי המלוה כחוזר ומוכרה לו ע"כ וגם פי' זה נכלל בדברי התוס' וקרוב למאי דפי' בעי"י ופסקה הרמב"ם בפ' הנז' וגם מר"ן בש"ע יו"ד ע"ש דוק מינה אם היה הקרקע של ישראל ומשכנו ביד ישראל ומכרו אח"ך אחר עבור שנה חייב להעלות לו שכר וכן פסק מר"ן בש"ע ח"מ סי' שי"ב ס"ג וז"ל משכונה לשנים ידועי' וכו' וחזר ומכרו לאחר אין הלוקח יכול לקחתו מיד המלו' תוך שנה דסתם משכו' וכו' אבל אחר השנה יכול לקחתו ע"כ יע"ש: וראיתי למהר"י עייאש ז"ל ב"י ח"ב ס"ו שהביא ראיה לקרקע ישראל מדיוקא דגוי דמשכן וכו' דפסק מרן סי' קע"ב סעי' י"ד וכתב מכלל דישראל וכו' ע"ש ואישתמי' דברי מרן דכתיבנא דכת' להדיא דין זה בישראל.

וליכא למימר דעדיף ליה הדיוקא משום דהזכיר הפירות בפי' אבל הכא בש"ע ח"מ דכתב בהדיא דין ישראל לא הזכיר הפירות ז"א דכשתאמר יקח הקרק' מוכרח אתה לומר להעלות שכר ודבריו כי הדדי נינהו ואיפשר לומר דיתחייב הממשכן: ועתה אסורה נא ואראה מאי סתם משכונא שתא דקאמר מרן וראי' בש"ס הנז' דף ס"ח וז"ל אמר רב אשי וכו' סתם משכונה שתא למאי נפקא מינה דאי אכיל לה שתא מצי מסלק ליה ואי לא לא מצי מסלק ליה ופיר"שי לא מצי מסלק ליה כל שנתו ואפילו באתרא דמסלקי יע"ש יובן מדבריו דמאי דקאמר סתם משכנתא וכו' היינו שמשכ' סתם ולא קבע לו זמן כמה משך המשכונה אינו יכול לסלקו אפי' באתרא דמסלקי ומכ"ש באתרא דלא מסל': ואני בחפשי ראיתי להכ"מ שפי' על דברי הרמב"ם פ"ז ה"ב שאמר וכל הממשכן סתם אינו יכול לסלקו עד שנים עשר חדש פירוש סתם קרי למקום שאין בו מנהג ידוע ומשכן סתם שאילו היה מנהגם שלא היה יכול לסלקו ע"ס זמן המשכ'.

לאחר י"בח נמי אינו יכול לסלקו אם לא הגיע זמן המשכ'. ואילו היה מנהג' כ"ז שיביא לו מעות אפי' מיד יכול לסלקו וכו' ע"כ יע"ש נראה מדבריו דמפרש משכונה סתם לאו אזמן קאי אלא אסילו' קאי דלא פי' אם יכול לסלקו בתוך הזמן או לא ובאתרא דלית להו מנהגא ע"ש: וכן פי' ה"המ בשם רשב"א ע"ש וקשה דאמאי לא פי' בדברי רבינו דסת' קאי אזמן כמ"ש רש"י ואפשר דדעת רבי' אית ליה דבאתר' דמסלקי יכול לסלקו לאלתר דלא כרש"י כדמש' מדבריו שכתב מקום שנהגו לסלק המלוה כ"ז שיביא לו מעותיו ה"ז כמ"ש וכו' יע"ש משמע מדבריו כ"ז שיביא מעותיו אפי' בתוך שתא וכן כת' הרב"י סי' קע"ב ואפי' קבע זמן מכ"ש היכא דמשכן לו בלא קביעו' זמן דיכול לסלקו לאלתר ואם יפרש שמשכן לו סתם בלא קביעות זמן ובמקום שאין מנהג ידוע מאי אריא מקום שאין מנהג ידוע אפילו באתרא דלא מסלקי נמי דאית להו מנהגא ידוע וכי בשביל שלא קבע לו זמן תהיה ממושכנת בידו לאורך ימים לכך פי' הכ"מ דסתם משכנתא שלא פי' אם יכול לסלקו או לא באתרא דלית להו מנהג ידוע: אלא דק"ל דאמאי לא יפרש דסתם משכונא וכו' קאי אזמן ובאתרא דלא מסלקי.

ואפשר לומר דהוצרך לפרש כן משום דדברי רבינו דלעיל קאי אסילוק אתרא דמסלקי ואתרא דלא מסלקי וסמוך לו כתב וכל הממשכן סתם אינו וכו' דקאי אדלעיל אסילוק.

ואחר כותבי ראיתי בדברי הלח"מ שפירש בדברי רבינו סתם משכו וכו' קאי אזמן ובאתרא דלא מסלקי: נמצא האי משכנתא דרב מרי ב"ר לפירש"י היינו שמשכנ' בידו בלא קביע"ז והיה להם מנהג ידוע ובאתרא דמסלקי או לא.

ולדעת רבי' היא שמשכ' לו סתם ולא פיר' אם יכול לסלקו או לא ובאתר' דאין להם מנהג ידוע. וכן מפרש בש"ס דלעיל דקאמ' סתם משכ' שתא או כפי' הלח"ם דקאי אזמן ובאתרא דלא מסלקי: ולפ"ז דברי מרן דלעיל דכתב משכנו לשנים ידועים וכו' אין הלוקח יכול לקחתו מיד המלוה תוך השנה היינו באתרא דלית להו מנהג ידוע ולכך אפילו משכנו לשנים ידועים לאחר שנה יכול לקחתו דאזיל לשיטתיה דפי' בכ"מ דסתם משכ' דקאמר רבינו היינו שלא פי' הסי' ובמקום שאין מנהג ידוע ואפי' קבע הזמן ביותר.

דאי מקום ידוע אי באתרא דלא מסלקי אפילו אחר שתא דהא משכונא לשנים ידועים קאמר ואינו יכול לסלקו ע"ס הזמ' ואם באתרא דמסלקי אפי' תוך שתא נמי דסתמא סובר כרבינו והוא דרכו להלך בעקבותיו ועוד דהוא פי' כן בדבריו. ומוכרח אתה לומר דדברי מרן היינו באתרא דלית להו מנהג ידוע.

אבל באתרא דאית להו מנהג ידוע לסלק בתוך הזמן יכול לקחתו מיד המלוה אפילו תוך השנה ואפי' משכנה לשנים ידועים הרבה. ואם באתר דלא מסלקי ומשכנו לשנים ידועים הרבה אינו יכול לסלקו עד סוף הזמן: נקיטינן מכל מאי דכתיבנא לנ"ד דאנן אתרא דלא מסלקי אם הוא בתוך הזמן חייב הלוקח ליתן השכירות למלוה ואם הוא אחר זמן שקבעו זכה הלוקח בבית ופטור משכירות ואם היה המלוה דר בו חייב ליתן שכירות ללוקח ולא למלוה ואף ע"פ שכותבין בשטר משכו' וכ"ז שלא יפדה תמשך משכונא זו בניכוי זה לא מקרי בתוך הזמן מאחר דביד הלוה לסלקו ממנה מקרי אחר זמנו אבל בתוך הזמן אפי' קבעו שנים הרב' מקרי בתוך הזמן והמלוה אוכל פירותיה: ולהתיר הספק השני אם פטורים שניהם משום לתא דרבית ראיתי להרשב"א ז"ל בתשוב' אחת והביאה מרן ז"ל בסוף סי' קע"ב בש"ע י"ד וז"ל ראובן משכן בתים ללוי במנה וקבל עליו אחריו' ואותם בתים היו של שמעון ולוי לא ידע ושמעון שתק ודר בהם לוי עשר שנים וכשבא ליפרע לוי לא היתה יד ראובן משגת ונתפשרו שיתן ראובן ללוי חמשים דינרים לזמן פ' ואח"ך נודע ללוי שהבתים היו של שמעון ואמר לפשרני'שלא יחזירו השטר לראובן עד שיסלק מעליו את שמעון.

תשובה הדין עם לוי שזו פשרה בטעות ומסתברא לי שראובן חייב ליתן לו מדין אחריו' עד כפי כל הקרן אבל המותר שעל הקרן אני מסופק שלא יהיה בו איסור רבית וכו' וי"ל דכל שיש בו נכייתא ה"ז מכר גמור של פירות והרי הוא לגבי פירות כמכיר' עכ"ל. ופסק מור"ם בסוף סי' הנז' וז"ל מי שהשכין בית שאינה שלו ובא בע"ה והוציא הבית שלו מן המלוה והוצרך ליתן שכר הבי' שדר בו הלוה חייב להחזיר לו מעותיו למלוה גם השכר שהוצרך ליתן לו ע"כ: ויש לדקדק דאמאי לא הזכיר מור"ם בלשונו הזהב דין אחריות וגם לא הזכיר מהידיעה כלל דהרי הרשב"א לא חייבו אלא מדין אחריות וגם מטע' דהמלוה לא ידע והוזכר בתשובתו הרמתה מדקאמר פשרה בטעות מחמת שלא ידע ומור"ם סתם דבריו בתורת פיסקא בסכינא חריפא שחייב הלוה לשלם גם השכר שהוצרך ליתן לבע"ה: ואפשר לומר דס"ל למור"ם דגם בנדון זה אמרינן אחריו' ט"ס

כדקי"ל במוכר שדהו ונמצא' שאינה שלו והשביח הלוקח וגם אכל פי' שחייב הלוקח לשלם לנגזל דמי הפי' שאכל ונוטל השדה והשבח וחוזר הלוקח על המוכר ונוטל ממנו כל מה שנתן לנגזל דהל' כרב באיסורי ואמרי' ביה אחריות ט"ס גם לענין הפי' והשבח.

כן נמי במש' בנכייתא אמרינן אחריות ט"ס. וא"ת דשאני התם מכירה לכך אמרי' אחריות ט"ס אבל הכא הלואה מגרע גרע ואין למדים זה מזה הרי כתב הרשב"א בתשובה הנז' דמשכנת' בנכייתא מקרי מכירה ע"י הנכייתא דכל שיש בה נכייתא הרי זה מכר גמור של פירות: ומה שהזכיר הרשב"א בלישניה מדין אחריו'.

אפשר לומר מאחר שהזכיר השואל בלישניה וקבל עליו אחריות לכך הזכירו בלשונו מדין אחריות אבל קושטא קאי דאחריות ט"ס הוא כמו הפירות והשבח במכירה כנז' א"נ דמאי דקאמר מדין אחריות כוונתו לומר דינא הוא שחיי' באחריות אפי' לא נזכר בשטר דאחריות ט"ס ואין כוונתו על אחריות שהוזכר בשאלה.

תדע שהרי לא הזכיר דין אחריות אלא לעיל כשאמר דחייב לשלם לו עד כדי כל הקרן אבל למטה שחזר וחייבו לשלם הכל משום דמי הנכייתא שהיא כמכירת פירות לא הזכי' מדין אחריו' ואמאי איצטריך בקרן לחייבו משום אחריו' שקבל עליו ואפי' לא קבל עליו אחריות חייב לשלם לו כל הקרן כדין כל משכנתא סתם אם שטפה נהר או נפלה או נשרפה וכ"ה אם נמצאת שאינה שלו חייב לשל' לו כל הקרן כולו ואפי' לא קבל עליו אחריות דאמרינן אחריות ט"ס אלא ודאי מחוורתא כדכתיבנא: ומה שלא הזכיר ולא ידע כמו שהזכיר הרשב"א משום דהיא מילתא דפשיטא דלא עדיף ממכר שדה ונמצאת שאינה שלו דאמר אם ידע בה שאינה שלו חייב הלוקח לשלם לנגזל והמוכר פטור לשלם ללוקח מאחר דידע שאינה שלו דהו"ל המעות פקדון אצלו או הלואה ומחזי כרבי' כמ"ש רבי' הטור בסי' שע"ג ופסקו מרן יע"ש: וא"ת מנ"לן דהרשב"א ס"ל דלענין המקח בשבח ופי' אמרינן אחריות ט"ס עד שנלמד ממנו לענין משכו' דילמא ס"ל כהראב"ד דלא אמרינן אחריו' ט"ס לענין השבח והפי'.

ז"א חדא דהרי ה"המ כתב על הראב"ד ולא כן פירשו המפרשים וה"המ מרגלא בפומיה דברי הרשב"א בכל מקום ולא ימנע מלהביא דבריו וודאי הוא נכלל בדבריו שכתב ולא כן פירשו המפרשים. ועוד שנית דכתב הר"בי בסי' הנז' וז"ל.

ומ"ש רבינו בשם הרמ"ה וכו' הר"זה כתב דאם פירש לו את השבח ויש לו קרקע וכו' יש לו שבח דהא מ"מ שמא דזבינא איכא עליה וכ"כ ה"המ בפר' ט' מהלכות גזילו' ויש מי שכתב שאם קנו מידו וכתב לו אחריו' שיש לו שבח נכסים אע"פ שהכיר בה שאינה שלו וכ"כ הריב"ש בשם הר"ן בשם הרמ"ה והרשב"א הרי דהרשב"א ס"ל דאם קבל אחריו' אפילו ידע שהיא גזולה חייב המוכר מדין אחריו' משום דשמא דזבינא עליה מכלל דהיכא דלא ידע אפילו לא קבל אחריות אמרינן אחריות ט"ס.

דאל"ך אמאי נקט בהיכא דלא ידע. וכ"ת דיש חי' בין ידע ללא ידע דבידע בעי אחריות בפירוש והיכא דלא ידע לא בעי אלא אחריו' סתם כדעת הראב"ד ז"ל ז"א חדא דלא ימנע מלהזכיר סברתו ובפרט ה"המ כנז' ועוד דמצינו באח' דאקני כתב כל מה שראוי

להשתעבד אמרינן ביה אחריות ט"ס ואפילו לא נכתב אחריות כלל כמ"ש רבינו הטור בסימן י"ב והביא סברתו בשם י"א וכתב עליו הר"בי והיא דע' הרשב"א.

גם אני אביא לגבי השבח והפי' אמרי' אחריו'. ט"ס אפי' לא נכתבו כלל: ואני בחפשי ראיתי להט"ז ז"ל שהרגיש בקושי זה דאמאי לא הזכיר מור"ם ז"ל דין אחריות כמ"ש בהרשב"א וכתב עליו הוא ז"ל אפשר דס"ל אחריות ט"ס והשיג על מור"ם ואמ' דאי מהא לא אריא דטע' דאמרי' אחריות ט"ס הוא משום דלא שדי אניש זוזי בכדי וכאן לא שייך הך טעמא דהא אף אם יקחנו בע"ה מ"מ לא יהיה למלוה הפסד דיחזיר לו מעותיו וגם לא ינכה לו כלום.

ולא דמי למוכר שדה דאינה שלו דאף לגבי השבח אמרי' אחריות ט"ס דאנן סהדי שכל הקונ' שדה דעתו להשביחו ומטריח עצמו ומוציא ממון וכו' משא"כ כאן בנכייתא שמנכה לו דבר מועט בשביל הפירו' ששוין הרבה בודאי אינו מבקש מן הלוה שישלם לו מכיסו מה שיצטרך ליתן לאחרים יותר מהנכיותא כיון שלא יהיה לו שום הפסד דהא עכ"פ דר שם ומכניס עצמו לסלק זה דאפשר יוציא קמעא ויאכל הרבה כשלא יקחו המעות ממנו וכו' ואמאי אמרינן אחריות ט"ס כל שלא קבל עליו אחריות בפירוש וכו' והבו דלא להוסיף עלה דהיינו דווקא דקבל הלוה אחריות בפי' בשעת הנכייתא שהוא חייב לשלם לו שכר הדירה מכיסו אם יקחנו בע"ה ואז תנאי שבממון קיים יע"ש ומדין הידיעה לא הזכיר כלום דאמאי לא הזכירה מור"ם: ואח"ה הראוי' מכ"תר יש לי לעיין ולדקדק בדבריו .

דאינם מחוו' לע"ד חדא במה שכתב דוקא בשקבל עליו אח' בפי' וכו' דהיכן הוזכר בדברי הרשב"א אחריו' בפי' דלא הזכיר כ"א אחריו' סתם ואם דעתו היה דבעי אח' בפי' אם כן לא על מור"ם תלונותיו כ"א על הרשב"א והוא לא העיר קשתו כ"א על מור"ם וא"ת אח' שהזכיר הרשב"א שהוא אח' בפי' דזה כוונתו ז"א דבכ"מ דמצריך אח' בפי' מוכרח הוא לכתוב ולומר עד שיקבל אח' בפי' כדי להפריש בין אח' סתם לאח' בפי' והו"ל להרשב"א לומר אח' בפי' ועוד שנית ק"ל על מאי דאמ' טעמא דאמ' אח' ט"ס משום דלא שדי איניש זוזי בכדיוהכא ליכא פסידא למלוה וכו' מ"מ לא ימנע מלהפסיד מעותיו מלשאת ולתת בהם ומבטל כיסו כמ"ש הרב"י דמקרי הפסד דפי' ע"ד הרא"ש דקאמר יפסיד מעותיו בסי' קע"ב דמשמע מדבריו דעיכוב המעות ממש"ומ מקרי הפסד.

גם במ"ש ולא דמי למוכר שדה שאינה שלו וכו' דאנן סהדי שכל הקונה וכו' דטעמו אתי לשבח דמחמת הוצאה מה יענה בשבח דאתי ממילא דהא בשבח דאתי ממילא קי"לן אח' ט"ס ואפי' ידעינן באמת דלא הוזכר אחר' בשעת המכר כלל אמרינן אח' טע"ס דאמדינן דעתיה דמסתם עביד הלוקח כל טצדקי דאפש' כדי שיהיה בטוח כדמשמע מדברי הרמב"ם פי"ט מה' מכי' ומדברי רבינו הטור ומר"ן בסי' רכ"ה וכמ"ש הרב"י בהדיא בסימן קכ"ט יע"ש ומוכרח אתה לומר דטעמא מאי אמרינן בשבח דאתי ממילא אחרי' ט"ס משום בטול מעותיו דמקרי גם הוא פסי'.

וא"ת דשאני הכא דמוציא קמעא ואוכל הרבה ומכניס עצמו לספק ז"א וכי מי שבידו להרויח שתי מעות אינו רוצה כ"א במעה אחת ומסתמא אמדינן דעתיה דודאי ניחא ליה דיקבל עליו אח' ואע"פ שמרויח הרבה ומכ"ש דאיכא ספיקא בדבר ואמרי' דחייש דילמא

גזולה היא ויצטרך לפרוע' לבע"ה ודעתו להתנות עליו באח' אלא דטעה ואמר ביה אח' ט'"ס וכך מפרשי' בדברי הש"ס שכתב לא שדי אינש זוזי וכו' דכוונתו לומר שיבטל מעותיו ממש"ומ במקום דליכא פסידא: ואחר כותבי ראיתי לבאר היטב אשר לפני כתוב והש"ך חולק על הט"ז בנק"הכ יע"ש וששתי כעל כל הון שהנחני השם בדרך אמת ונתכוונתי לדעת תנא הוא ואף ע"פ שלא ידעתי טעמו משום דאין ספרו מצוי בידי מ"מ קושטא קאי דאף על פי שלא קבל עליו אחריות אמרינן אח' ט"ס: כלל העולה לנ"ד דמאחר דידע שהיא גזולה בידו שכבר יצאה מרשותו בשעה שמכרה ללוקח ונכנסה לרשות לוקח וכבר עבר זמן המש' ועכשיו הרי הוא חוזר ומחדש המשכונה פעם אחרת והיא עכשיו ברשות הלוקח ונמצא משכן שדה שאינה שלו והוא ידע שהיא מכורה ביד הלוקח אין לו שום פירות כלל והו"ל המעות פקדון גביה: ולא עוד שהנ"ד גרוע מנדון דהרשב"א דכתב עליו דאם ידע אבד זכותו דהרי בשעה שחזר וחידש לו המשכונה ואמר לו הרי היא כקדם היו המעות אצל הלוה כבר והו"ל חוב קדום ואסור דבמאי קנה פריטי אין כאן נסכא אין כאן ואפי' אם חזר המוכר וקנאה מהלוקח לית ליה פירי דהשטר הראשון כבר נמחל שע' מצד הפי' ואינו מועיל כ"א לענין שעבוד ומשכונה אינה נקנית במלוה כמ"ש מר"ן בח"מ סימן קצ"ה ומור"ם בש"ע י"ד סימן קע"ב ס"ג יע"ש: וראיתי למהר"י עייש ז"ל בספרו הגדול ב' סימן כ"א ח' ח"מ וז"ל אירע מעש' באפוטרופ' של יתומים שנתן מעות סך מסויים בתורת משכונה וכו' ועוד שנית רעה חולה שנמצאת החצר הנז' ממושכנת לאלמנה אחת בשטר משכ' מוקדם לזמן השטר של האפוטרופוס הנז' ואין החצר.

מוציאה פי' אפי' דאלמנה וכו' ובכ"הג אף על פי דהויא משכנתא בנכייתא הוי ר"ק ויוצאה בדיינים וכש' שעדין לא אכלו הפירות וכו' יע"ש: וקשה לע"ד דמאי שנא ממי שמשכן שדה שאינה שלו דאמרינן דחייב הממשכן להעלות שכר לבע"המ כפסק הרשב"א ז"ל דגם בנדון דמהר"י עייש ז"ל מקרי משכן שדה שאינה שלו שהרי היא כבר משועבד' ביד בע"המ הראשון ומקר' שדה שאינה שלו וחזר ומשכנ' לשני ואמרינן ביה דחייב לשלם הפי' לבע"המ כפסק הרשב"א דלעיל: ולכאורה היה נראה לתרץ דשאני נדון דמהר"י עייש ז"ל דאיכא תרתי לריעות' דאינה מוציאה שיעור הפירו' ועוד דכבר היא ממושכנת מקוד' ובכ"הג הוי ר"ק אלא דסברא דחויה היא דחדא ריעותא היא דהעיקר הוא מאחר דאינה מוציאה שיעור הפי' אבל אם מוציאה לית לן בה אם ממושכנת כבר ביד אחר מאחר דאית ביה שיעור הפי' לשניהם וכן נראה מדברי הרב ז"ל דלא חשיב לה אלא חדא ריעותא וריעותא אחרת היא דעדין הלוה נשאר דר בחצרו.

דאם לא כן הו"ל תלת רעותות: ואחר האמת נראה לתרץ דשאני בנדון דמהר"י עייש ז"ל דאין לו שום תיקון להוציא עצמו מאיסור רבית. כיצד יעשה אם אמרינן יאכל הפירות בע"המ השנית וישלם הממשכן השכירות לבע"המ הראשון מכיסו הוי רבית קצוצה דהוי אגר נטר דאי הקרקע של בע"המ הראשון כמו בנדון דהרשב"א דהוי הקרקע שלו ונותן לו שכירות קרקע שלו אבל בנ"ד דהר"י עייש כל מה שנותן לו הוא בשביל שכירות מעותיו וה"ה נמי אם נאמר לו דבע"המ הא' יאכל הפי' של הקרקע והממשכן ישלם לבע"המ הב' מכיסו הוי שכירו' מעותיו ורבית קצוצה היא דאגר נטר דאין הקרקע שלו כמו נדון דהרשב"א ולכך כתב עליו הרב דהוי ר"ק: והואיל ואתא לידן האי ענייא

דמשכנתא אימא בה מילתא לישב דברי מר"ן אהדדי דבסי' קי"ז בשולחן ערוך ח"מ פסק משכנתא דינא כאפותיקי סתם וקי"ל דאפותיקי סתם אם שטפה נהר או נשרפה ונהרסה גובה משאר נכסי' ובי"ד סי' קע"ב ס"ג פסק אם נותן לו דבר קצוב לשנה כדי שיקב' אחריות נפילה ושרפה יש מי שאוסר.

דמשמע דאחריות הוא על המלוה ודינה כאפותיקי מפורש': ונ"ל דמאי דקאמ' בש"ע ח"מ דינה כאפותיקי סתם היא במש' בנכיית' דהוי כאפותיקי סתם דאינו חייב באחריותה ובשולחן ערוך י"ד הוא במשכנתא דסורא והיינו דדייק מר"ן בלשונו הזהב וכתב משכנתא זו ור"ל משכנתא זו שהזכיר בתי' הסי' דהיא משכנתא דסורא.

והטעם הוא כמ"ש הרב' ז"ל שכל זמן שאין כח ביד המלוה לגבות חובו כלום ולהחזיר הקרקע ללוה אינו אלא שכירות ואחריותו עליה דכתב ל' במשלם יומייא אלין תפוק ארעא דא בלא כסף למרה דלא סמיך כי אם עלה והוי האחריות על המלוה ודינה כאפותיקי מפורש אבל בש"ע ח"מ לא קאי אלא על משכנתא בנכייתא דהאחריות הוא על הלוה ולכך כתב דינה כאפותיקי סתם וההיתר הוא שפעמים נופל הבית או נשרף וחשיב שפיר קרוב לשכר ולהפסד דביני ביני קודם שהגיע הזמן מפסיד הנכוי וע"ש בב"י: ומעתה יצא הדין מדברי הרב' דבמשכונות דידן שכותב בהם במשלם יומייא וכו' אע"פ שהם בנכייתא מקרי משכנתא דסורא ודינא כאפותיקימפורש ואם שטפה נהר או נשרפה ונפלה אינו גובה משאר נכסי' וכן לענין המכר אם מכרה ממכר עולם ולא לשעתא יכול לבטל המכר לאלתר מדלא פי' לו שהיא אפותיקי ביד בע"ח ואם לא ימצא ממה לגבות גובה ממנו כדפי' הכ"מ והביא דבריו הסמ"ע לדעת הרמב"ם לאפוקי מיש חולקים שהביא מור"ם ואע"פ דפסק מר"ן בסי' שי"ב והבאתי דבריו לעיל משכנו וחזר ומכרו אין הלוקח יכול לקחתו תוך השנה אבל אחר השנה יכול לקחתו משמ' דהמכר קיים ויזכה בפי' אחר השנה ואע"פ דיש לישב דהוא באפותיקי מפורש ולא קשה מידי כמ"ש הסמ"ע שם בס"ק ח' וז"ל מיהו אפש' לומ' שגם הרמב"ם מודה באפותיקי מפורש דהמכר קיים דלא שייך ביה טעמו דה"המ משו' דאית ליה קלא יע"ש מ"מ באפותיקי סתם אמאי המכר קיים ודברי מר"ן דסי' שי"ב משמע בין באפותיקי מפורש בין באפותיקי סתם: ואפשר לומר דמ"ש הרמב"ם אם מכרה ממכר עולם אינה מכורה אפילו לאלתר היינו אם רצה המוכר לבטל המקח או הלוקח אבל אם נתרצו ביניהם ורצו לקיים המקח עדיין המקח במקומו עומד והלוקח אוכל הפי' אחר י"ב חדש משום דבתוך י"ב חדש היא כמכורה ביד המלוה מאחר שאינו יכול לסלקו וכבר פירשתי לעיל דדברי מר"ן אייריי במקום שאין מנהג ידוע ולא פי' אם יכול לסלקו או לא לכן אינו יכול לסלקו אלא אחר שתא אבל באתרא דמסלקי אפילו בתוך שתא יאכל הלוקח הפירות מאחר שבידו לסלקו ובאתרא דלא מסלקי אפילו אחר שתא אין הלוקח אוכל הפירות עד שישלי' הזמן שקבעו אפי' עד עשר שנים וה"ה אם קבעו פחות משתא כשיושלם הזמן יאכל הלוקח הפירות ודוק ויצי"מ ויראינו מתורתו נפלאות: פרק י"ב ה"ח כשנזקקין ב"ד לנכסי יתומים למכור שמין את הקרקע ואחר כך מכריזין עליה ל' יום רצופין או ששים יום ב' וה' וכו' עכ"ל.

הכי איתא בערכין בפרק שום היתומים (דכ"ב) תנו רבנן שום היתומים שלשים יום ושום ההקדש ששים יום דברי ר"מ ר"י אומר שום היתומים ששים יום ושום ההקדש תשעים יום וחכ"א א' זה וא' זה ס' יום ואמרי' בגמ' יתיב ר"ח בר אבין וקאמ' להא שמעתא א"ל ר"ן בר יצחק ששים קאמרת או ל' קאמר' א"ל ששים דיתומים או דהקדש א"ל דיתומים א"ל כר"מ או כר"י א"ל כר"מ והא ר"מ ל' קאמר א"ל הכי אמר רב חסדא: ושמעתי מקשים מאי האי דקאמר ר"ן ששים קאמר' או שלשים קאמר' מאי ספיקא איכא קמיה והא קאמר בפי' ר"ח הלכ' שום היתומים ס' ועלה קאמ' יתיב ר"ח ב"א וקאמר להא שמעת' וכן פי"רשי ואם כן מאי האי דקאמר ליה ששים קאמר' או ל' קאמר' והוא אומר ס' בפירוש ועוד קשה מאי האי דחזר וקאמר ליה דיתומים או דהקדש והא קאמר בפי' שום היתומים וכשאמ"ל דיתומים הקשה לו ר"מ או ר"י ומאי מקשה ר"מ ומאי ספיקא איכא והא ר"מ קאמר שלשים יום כמו שהקשה לו בסוף כשאמר לו ר"מ: ואני בעניי נ"ל דהכי פי' דטעם ר"ן דנסתפק ס' או ל' ואע"פ ששמע באזניו דקאמר בפי' ששים יום משום דלא הזכיר אלא שום היתומי' ולא הקדש ולכך חשש שמא ר"ח בר אבין טועה הוא שאמר ס' יום דמוכר' הלכה דקאמ' הוא כר"מ שהוא סתם משנה או כרבנן ואם הוא כרבנן הול"ל שום היתומים וההקדש ס' יום דרבנן אית להו דשוים הם ואמאי קאמר שום היתומי' דוקא וזה הוא כר"מ לחלק בין יתומים להקדש אבל אית ליה ל' יום לכך שאל לו ס' יום או ל' יום דנראה שהוא טועה במאי דאמרת ס' יום ולא הזכיר הקדש והוא כר"מ לכך שאל לו ס' יום או ל' יום ואחר שהשיבו ס' יום והוא כרבנן דר"י דאמר ס' יום לא עלה עד שאמר הלכה שום היתומים ס' יום כר"י דמוכר' הלכ' כר"מ שהוא סתם משנה או כרבנן א"ל שום היתומים או הקדש כוונתו לומר או גם ההקדש והוי כרבנן א"ל שום היתומים דוקא אז ידע בבירור דלא כרבנן אלא כר"י לכך חזר ושאל לו כר"י או כר"מ כוונתו לומר ביתומים אית לך כר"י ובהקדש אית לך כר"מ או כר"י דאמר צ' יום א"ל כר"מ דאמר ס' יום א"ל והא ר"מ ל' יום קאמר ביתומים ואת אמרת ס' יום כר' ובהקדש תפסוק כר"מ הו"ל לפסוק כר"י בתרוייהו א"ל הכי אמר רב חסדא רצוף שלשים יום בשני וחמישי ס' יום וכולה ר"מ היא: פרק י"ד ה"א הפוגם את שטרו או שעד א' מעיד.

נשאלתי לאשר שאלוני ע"ע ראובן שהיה חייב לשמעון סך מה בשטר והאמינו עליו ועי"וא ועכ"ן ויהי אחרי מופלג חלה ראובן ונטה למות. ובשעת חוליו צוה מחמ' מיתה ונתן כל נכסיו שיש לו מק"ומט לשני בניו במ"שמ ולאחר שמת מחולי ההוא הוציא שמעון השטר הנז' שיש לו על ראובן הנזכר לגבות בו מבניו הנזכרים מהמתנה הנז' וכשבא לדין פסק להם הדין שחייב שמעון לישבע בנק"ח כדין הבא לטרוף מהלקוחות דקי"ל אפילו יש נאמנות בשטר שהאמין ראובן לשמעון ע"יוא ל"מ הנאמנות לגבי הלקוחות ועכשיו בני ראובן זכו בנכסי אביהם מכח מתנה לא מכח ירושה יורינו המורה אם האמת והדין כך אם לאו.

ושכמ"ה: תשובה לעד"ן דשמעון פטיר ועטיר משבועה מאחר שהאמינו ראובן עליו ועי"א ולא עדיפא מתנת ש"מ דרבנן מירושה דאורייתא דגם היא נקראת ירושה ואפילו אמר לו בלשון מתנה בפי' כמ"ש מר"ן בסי' רנ"ג ס"ו ש"מ שאמר נכסי לפ' וכו' אם הוא ראוי ליורשו זוכה בהם משום ירושה ונפקא מינה שאם אמר ואחריך לפ' איני כלום

שהירושה אין לה הפסק וכו' ואף על פי דבסמוך כתב מור"ם ואם פי' בהדייא שנותן במתנה אפי' אם ראוי ליורשו אינו לשון מתנה וכו' ר"ל שפי' בפי' ולא משום ירושה כמש"ל סי' רמ"ח והיא כוונת מור"ם שכתב וע"ל ריש סי' רמ"ח ס' א"ב.

ודון מינה ואוקי באתרין דאם לענין ממון מקרי משכ"מ ירושה עדיף טפי תקרא ירושה לענין שבועה דהיא חומרא בעלמא שהחמירו חז"ל על המלוה דאוקמינן השטר אחזקתו שאינו פרוע דשטרא דידך בידי מאי בעי. ומן הדין היה ראוי ליטול בלא שבועה אלא שהטילו עליו רבנן שבועה כמ"ש מר"ן והסמ"ע בסי' פ"ב יע"ש.

וכן מצינו דאפילו לגבי אחריני עשו חז"ל מש"מ כירושה כמ"ש רבינו הטור ומר"ן ריש סי' רנ"ב מש"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה וכו' לפיכך מוציאין אפילו לכתובת ב"דכ ולמזון האשה והבנות וכו' הרי מפורש דאפי' מזון האשה וכו' דל"ג ממשעבדי גבי ממתנ' ש"מ משו' רבנן כירושה דהם אמרו והם אמרו.

הם אמרו דמ"שמ קונה אפי' בדברים בעלמא והרי הם ככתובים וכמסורי'דמו והם אמרו דגובין ממנה לכתוב' ב"דכ ולמזון האשה והבנות דהוייא כירושה דאינה קונה אלא לאחר מיתה וכ"ז כל זמן דליכא בע"ח כמ"ש מור"ם שם ומור"ם בא"הע סי' צ"ג ס"ב ודעדיפא מינה ואפי' אם נתן לבניו משכ"מ ולקצתם לא נתן אלא יורשים.

גובין מזון האשה והבנות וכתובת בנין דכרין, מחלק הירושה כי הירושה מקרי בנח' נגד מת"שכמ כמ"ש בב"ש יע"ש וכן ב"ח גובה אפי' ממטלטלי דמ"שכמ כמ"ש מר"ן סי' קי"ג יע"ש בריש הסי' וז"ל אין בע"ח טורף מהלקוח' אלא קרקע וכו' אבל מטלטלי שמכר או נתן אינו טורף וכו' ואם נתנם במתנת ש"מ טורף מהם כמ"ש בסימן רנ"ב ע"כ הרי דחשיבה כירוש' ול"ב תקנת השוק: והנה נראה מדברי מר"ן שכתב כמו שנתבאר בסי' רנ"ב משמ' דהאי דקאמ' משכ"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה וכו' לפיכך מוציאין אפילו לכתוב' בנין דכרין ולמזון האשה וכו' קאי אפילו אמטלטלי ולית בהו משום תקנת השוק: וקשה לי על דברי הסמ"ע בסימן רנ"ב ס"א דכת' אפי' לכתובת בנ"דכ וכו' דאין לומר דמיירי במטלטלי דאין בהם דין קדימה דא"כ אף בכתוב' בנ"דכ אינה גובה ממ"שכמ כיון שקדם וגבה ע"כ יע"ש: הרי מוכח דמאי דקאמר לפי' מוציאין למזון האשה וכו' הוא דוקא מקרקעי והוא הפך דברי מר"ן בסימן קי"ג כדפרישי' ועוד מאי האיד קאמר כיון שקדם וגבה מאן פליג ליה ועוד דברישא הזכיר מקרקעי ומטלטלי ודוחק לומר דמוציאין דקאמר קאי אמקרקעי ולא אמטלטלי.

ועוד דמי הכריחו לתת טעם לכתובת אשה דמר"ן לא הזכיר בלשונו הזהב כ"א כב"ד לבד: ולע"ד נ"ל דברי הס"מע דהכריחו לזה משו' קאמר מוציאין אפי' לכבנ"ד ור"ל לא מבעי' כתוב' אשה וחשש שמא תפרש הטעם דאמר משו' דאינה קונה לאחר מיתה קאי גם אכתובת אשה ולכך אמר לגבי כתובת אשה א"צ לה"ט והדר קשיתיה דהטעם קאי גם אכתובת אשה היכא דבאה לטרוף מטלטלי דאין בהם ד"ק משום תקנת השוק ותירץ דא"כ כתב"ד אין בה ד"ק ואפילו מת"שמ אינה קונה אלא לאחר מיתה ואמאי מוציאין אלא ודאי מתנת ש"מ לא עשו בה תקנת השוק ויש בה ד"ק וה"ט לא קאי אלא אכב"ד אבל כתובת אשה טורפ' בשטר כתובתה אפילו מטלטלי בלא האי טעמא דל"ע בה ת"ה והכא פסיקא ליה כיון שקדם וגבה וכו' משום דקאמר מוציאין אפי' לכת"בד דמשמעות

ואף על פי שקדם וגבה: נמצינו למדים דמתנ' ש"מ אפילו לאחריני מגרע גרע כחה וכירו' שוויוה רבנן ומוציאין ממנה לכב"ד וכו' דאינן נגבין מן הלקוח' או מק"המ ולית בה תק"הש במטלטלי ויש בה ד"ק וגובין ממנה מלוה ע"פ כמו שנגבית מן היורש' מב"ח כמ"ש הרב"י בשם מהר' בן מיגש בסימן רנ"ב וז"ל מלוה על פה כיון שנגבית מן היורשי' ק"ו שנגבית ממש"מ ולדבריו הסכים הרשב"א יע"ש.

וכן כתב הרא"ש שם ומכ"ש לגבי בניו דהא אמ"ד דאפי' מתנת בריא לבניו שוויוה רבנן כירושה ומוציאין ממנה כב"ד וכו' כמ"ש מור"ם בטור א"הע סימן צ"ג ס"ק ל"ג ועוד לגבייהו נקראת ירושה ואפילו אמר בלשון מתנה כנז"ל. קם דינא שדינה כמו הירושה עצמה והנאמנות שקבל אביו עועי"א כמו שתועיל לגבי ירושה תועיל נמי אפילו אם נתן נכסיו לבניו במש"מ דגם היא נקראת ירושה ושוויה רבנן כירושה ודעדיפא מינה נלע"ד דנאמנות זה שהאמין אביהם עוי"א תועיל לבניו אפילו אם נתן להם מתנת בריא כמ"ש אם כתב עליו ועל באי כוחו דמקבלי מתנה בכלל אפילו מתנת בריא ויורשיו בכלל כמ"ש מר"ן סי' ע"א סעיף י"ז יע"ש דטעמא דלא תועיל הנאמנות דלוה לגבי לקוחות משום קנונייא עיין בסמ"ע שם אבל לגבי מתנה ליכא האי טעמא אע"פ דקי"ל מתנה כמכירה בכאן מחולקי' כנז' וכי מחמת שהזכיר בלשונו תיבת יורשיו מגרע גרע אתמהא דתיבת יורשיו קאי אדברי אגופות לא אירושה עד שתוציא המתנה הגע עצמך אם כתב לו עליו ועל בניו תאמר גם המתנה בכלל גם אם כת' ועל יורשיו דינא הכי מאחר דהנאמנות תועיל גם למקבל המתנה כנז"ל ויורשיו דנקט הוא שם כללות יורשיו אע"פ שאינם בניו: וליכא למימר דמתנה דבר דלא שכיח ולא עלה על דעת הלוה במה שהאמינו אלא אירושה דוקא כדקי"ל גבי תנאי באונסין דלא קאי התנאי אלא באונס דשכיח כמ"ש מר"ן סי' רכ"ה חדא דמתנה דבר שכיח הוא דאדם נותן לבניו ועוד פסק מר"ן דאם כתב ועל באי כוחו מקבלי מתנה בכלל משמע דדבר שכיח הוא ועוד שהיא נכללת בלשון שכתוב לו ועי"א בין מצד הירושה בין מצד המתנה והמעקש דרכיו ולא יודה במתנת בריא יודה מיהא במתנת ש"מ דנקראת ירושה ושוויה רבנן כירושה דהיא נכללת במלת יורשיו ונאמנות שקבל אבוהון רביע עלה: ואחר מכן שלחו לי מהתם ממתא תלמסאן פס"ד מדייני' יצ"ו שפסקו הפך דברי שחייב שבוע' בנק"ח וכתבו דמה שפסק מר"ן בסרמ"ח דכל לשון מתנ' ליורשה הרי הוא כלשון ירושה אינו אלא ליפות כחו דלית לה הפסק לא למגרע כחיה דיורש ולגבות ממנו בלא שבועה ונסתייעו מדברי מר"ן בסי' רנ"ג ס"י וז"ל אבל אם אמר תנו ק"ק זוז לפ' בני וק"ק זוז לאיש פ' בנו קודם ואם יצא שט"ח גובה מאותו האיש ע"ש.

והתם בש"מ איירי ואם איתא דבכ"מ אמרי' מש"מ כירושה אמאי גובה מאותו האיש לא הו"ל לגבות אלא מהבן דמתנתו הויה כירושה ואין גובין ממ"שמ היכא דאיכא ב"ח ע"ש: ונעלם ממנו דברי הס"מע ס"ק כ"ז שהביא בשם הרשב"א ובעל נ"י דכל שפירש חלק בנו והקדימו דינו כדין אחר וכתב מור"ם שאם נתן לשנים או לשלשה מתנות בשוה אינו גובה אלא מאחרון דאל"ך הול"ל שיתנו להם ת"ר זוז יע"ש.

דכוונתו היא לומר דאמדינן דעת אביו דלהעדיף כחו מאחר הקדימו ופי' לו המתנה וכאילו פי' דבריו ולא משום ירושה אבל סתמ' מקרית ירושה ומגרע גרע כוחה דאם הוא

כדבריו ליפו' כוחו הול"ל ש"מ שנתן ארבע מאות זוז לאיש פ' בנו ולפ' אחר ויצא עליהם שט"ח גובה מתרווייהו דשוים הם אלא הטעם הוא דהכא אביו העדיף כוחו ואין מכאן שום ראיה.

ולא ידעתי דאמאי לא הביא ראיה מדברי מר"ן סי' רפ"א ס"ז דלכאורה נראית שהיא ראיה לדבריו יותר טפי מהראיה שהביא דלעיל וז"ל אין כל הדברים הללו אמורים אלא כשאמר לשון ירושה אבל אם אמר לשון מתנה דבריו קיימים יע"ש: ולפום ריהטא נראית שהיא ראיה אבל לפי האמת ליתא מינה ולא מקצתה דטעמא דאמרינן דלא מהני לשון ירושה משום דמתנה על מה שכתוב בתורה לא כן לשון מתנה ולכך אמרינן ודאי האי גברא אינו מתנה על מה שכתוב בתורה ודאי למתנה גמורה אתכוון וכאילו פי' דבריו ולא אמרינן כל לשון מתנה ליורש ירושה ונמצא זו עבריין מקרי ולעולם כירושה ואפילו לגריעותא: עוד כתב הר"ח הדיין הנז' וז"ל ואחר סמוך האיר ה' עיני ומצאתי חילוק זה בב' ז"ל בריש סרנ"ב בדעת יש מן הגדולים דסמכו ההיא גירסא קצרה וכו' עי"ש.

ואע"ג דסברתם דחויה וכמ"ש הרא"ש והרשב"א לגבי מאי דסברי דאין אלמנתו נזונית אבל מ"ש היינו דוקא ליפות כוחו כדמפרש בתר הכי דאין לא הפסק קושטא קאי וסברה ישרה היא וקיימה לפי האמת וטעמ' דמוציאין למזון האשה והבנו' ולכתוב' ב"ד משום דמש"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה והני חיילי בשעת מיתה ולכן שויוה רבנן כירושה עכ"ל: ותמיה לי על דבריו דכתב ואע"פ דסברתם דחויה ליפות כוחו קושטא קאי וכו' ואם באמת עמודי ההוראה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והרשב"א אית להו דלא מקרי ירושה אלא ליפות כוחו אמאי מוציאין ממנ' למזון האשה והבנ' וכתב"ד ומלוה ע"פ ואפי' אינה קונה אלא לאחר מיתה אינה נגבית ממנה מידי דהוה מתנת בריא אפילו קדמה לה מלוה אינה נגבית ממנה ואפילו שעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי משום תקנת השוק ובלא שעבוד לא צריכנא לת"הש ומכ"ש מלוה על פה ומלוה ע"פ אינה נגבי' ממקרקעי משעבדי דמתנה ואפילו היא מוקדמת ואמאי הכא במתנת ש"מ גובין אם לא גרע כוחה.

ועוד אלו יש מן הגדולי' שנסתייע מדבריה' שכתבו דאין אלמנתו ניזונת וכו' וכי לית להו דמתנת ש"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה דבהא ליכא מאן דפליג ואפי' הכי כתבו אין אלמנתו ניזוני' וכו' דדינא כמו מ"ב: וכתב עוד וחד צורבא מרבנן סובר דבנד"ז כיון שכתב הנאמנות עוי"א דגם דמש"מ לבניו מקרי משעבדי הרי רביע עלייהו הנאמנות מכח אבוהון ותו לא פקעא ומייתי ראיה ממ"ש מר"ן בסימן ע"א סי"ז וז"ל ואם כתב תהא נאמן עלי וע"כ באי"ך יורשיו בכלל ומקבלי המתנה בכלל יע"ש.

ולא שמה מתייא דהתם מקבלי מתנה הם בכלל בא"ך אבל מק"המ אינם בכלל יורשיו והוא לא האמינו אלא עי"וא בלבד אבל לא על שיחזירו יורשיו מקבלי מתנה וקורא להם שם חדש והוי משעבדי וכיון שכן לא יגבה מהם אלא בשבועה בנק"ח עכ"ל: והרואה יראה שדחה דבריו בקש דאמאי פסיקא ליה דאין מתנה לבניו נכללת במלת יורשיו דתיבת יורשיו קאי אגופות לא אירוש' גופ' מאחר דהנאמנות מועיל לגבי מתנה כמו לגבי ירושה ואין להאריך על מגן ועיין דברי בסמוך דמדברי מר"ן הנז' הבאתי ראיה לדברי והוא הפך דבריו: וכתב עוד יש לחייבו לישבע בנק"ח מטעמא אחרינ' דהא שט"ז אינו לא מחמת הלואה או מכירת סחורה אלא חייב עצמו במה שאינו חייב והיורש הנז' טען

על המלוה מחלת שט"ז לאבי בשביל תביעה אחרת שהיתה לו עליך ואף דפסק מר"ן בסי' כ"ב סי"א דטענת מחילה גרועה הא יהיב טעמא הסמ"ע דאין שטר עומד למחילה וכתב ה' דברי ריבות משום דלא שדי איניש זוזי בכדי אבל אי ליכא האי טענה נאמן: גם כתב ראב"ח וז"ל הא דטענת מחילה גרועה דוקא מחלת לי חנם אבל מחלת לי בשביל תביעא אחרת שיש לי עליך הוי טענ' מעלי' וע"ש הובאו דבריה' בבא"הט ס"ק י"ט ובנ"ד ליכא טענה וכו' כיון שלא הלוהו אלא חייב עצמו במש"ח ומחלת בשביל תביעה אחרת עכ"ל: ולא קיימי דבריו אלא במקום דלא האמינו עכ"ע שט"ז אבל אם האמי' על כל ענייני שט"ז לית בדבריו שום ממשא דהכי כתבינן בכל שטרי דידן עכ"ע שט"ז: המורם מכל מאי דכתיבנא בה סלקינן ובה נחתינן וקם דינא דהמלו' הנזכר פטור משבועה ואין עליו אלא חר"ס ומי שחותמו אמת ינחני במעגלי צדק ואמת: ומשום מלתא דאתיא באגב חביב לי ראיתי לכתוב פה מה שנתחדש אצלי בס"ד עמ"ש המש"ל ז"ל וז"ל מ"ש ה"ה אבל אני חוכך בדין פ"ש וכו' אם פסקו של ה"המ לחייב שבועה למלוה ניח' ואם לפוטרו כמלוה ע"פ ללוה בשבועתו.

קשיא לי פוגם שטרו אמאי נשבע ונוטל הא איבטילא חזקת דשטרך בידי מאי בעי דהא כי היכי דאיבטילא חזקה דאין אדם פורע חובו תוך זמנו ה"נ איבטיל שטרך בידי מאי בעי דהא פרע ולא כתב ואפשר לדחות דהתם גוף הפרעון מבטל החזקה דאין אדם פורע חובו תוך זמנו דהא פרע אבל גבי פוגם אפשר דפרע אדעתא לכתוב מיד שובר ונטרפה השעה מאיזה סיבה ולא כתב עכ"ל: נלע"ד דפי' דבריו כך הוא דהרב הוא כמסתפק בדברי ה"המ שאמר אני חוכך וכו' אם כוונתו לומר אמאי בתוך זמנו גובה שלא בשבוע' דהאמ' הוא דישבע ויטול או כוונתו במ"ש אני חוכך בא לומר דאינו נוטל אפי' בשבועה מאחר דליכא חזקה דאין אדם פורע וכו' דהא קא חזינן דפרע וא"כ הוה ליה כמלוה ע"פ בתוך זמנה דהלוה אומר פרעתיך לגמרי והמלוה אומר לא פרעת כי אם מקצת דהדין הוא נשבע הלוה ונפטר.

דהא דווקא פוגם שטרו נשבע וכו' דאל"כ אמאי קאמר במתניתין הפוגם שטרו לישמועינן רבותא אפילו במלוה ע"פ אלא ודאי דווקא פוגם שטרו נשבע ונוטל אבל מלוה ע"פ נשבע הלוה ונפטר ולזה קאמר אם באמת דעת ה"המ במ"ש אני חוכך וכו' הוא דבא לומר אמאי נוטל בלא שבועה ניחא דלא תקשה פ"ש אמאי נשבע ונוטל ור"ל פ"ש לאחר זמנו אמאי נשבע ונוטל והא ליכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי דשוים הם כמו בתוך זמנו אף ע"ג דליכא חזקה דאין אדם פורע וכו' ואפ"ה נשבע ונוטל גם לאחר זמנו ופ"ש אע"ג דליכא חזקה דשטרך בידי וכו' נשבע ונוטל אבל לצד אחר דלא גבי אפילו בשבועה אלא הרי הוא כמלוה ע"פ וכו' תקשה פוגם שטרו לאחר זמנו דקתני במתניתין נשבע ונוטל ליפטר הלוה בשבועה ודחה ואמר דשאני תוך זמנו גוף הפירעון מבטל החזקה דאין אדם פורע חובו וכו' דהא פרע אבל גבי פ"ש לאחר זמנו אפשר דפרע אדעת' לכתוב מיד שובר וכו' אינו יכול לומ' לו שטרך בידי מאי בעי מאחר דאיכא שובר ואיכא חזקה דשטרך בידי וכו' אלא שנטרפה השעה וכו' אכל בתוך הזמן ליכא חזקה דאין אדם וכו' ואין המלוה נוטל אפילו בשבועהכצד השני ולא תקשה מידי ודו"ק: אמנם עדיין לבי מגמגם בדבר זה מטעם דדברי ה"המ מוכחי טובא כצד הראשון דאמאי נוטל

בלא שבועה דהא קאמר בפירוש דהא איבטילא וכו' יע"ש וי"ל: פרק כ' ה"א מי שיש לו חובות הרבה כל שקד' חובו גובה תחיל' בין וכו' בין מן הלקוחות ע"כ.

אירע מעשה במתא טיטוון יע"א ראובן קנה בית א' משמעון וכתב לו שטר מכר בעש"ג ואחר כך נפטר שמעון לב"ע וחלי"ש ובאו ב"ח ב"ב ושאינם ב"ב ועמד הלוקח הנז' עם בע"ח שאינם ב"ב וכמה הרפתקי עדו עליה עד שחת' לו הערכ' בשט' המכר וזכה לו הבית הנז' כמש"וח כ"ז בידו בעדים. ויהי היום באו בע"ח ב"ב ששטריהם מוקדמים בז' למק' ראובן ורצו לטרוף בית זה בדיננו.

וראובן הלוקח משיב מאחר דידוע דאם לא היה בידי שטר בערש"ג לא הוה אינש דמצי למיקם בשטר ישראל נגד הבע"ח שאינם ב"ב והיתה הבית נטמעת ביד העכו"ם בע"ח א"כ השתא נמי דע"י קנייתי ושטר של הערכאות קם לי הבית ולית בה דין טרפא דחשבינן לה כאילו כבר נטמעה ביד העכו"ם בע"ח הנז' ע"כ: וז"ל התשובה מהדיין של טיטוון וז"ל נראה דקם דינא כוותיה דראובן וכטעמיה דלא אפסידיה מידי לבע"ח הנז' דהא ידוע דכל טע' דין טרפא משום דאומר לו למה קנית דבר המשועבד לי להפסידני.

מה שא"כ בנד"ז דלא שייך האי טעמא דהא לא אפסדיה מידי דאלמלא קנייתו וכתיבת שטרו בעש"ג כבר היתה הבית הנז' נטמעת ביד העכו"ם בע"ח הנז' וא"כ מן השמים זכו לו לראובן דהוציא שטרו הכתוב בעש"ג והצל הציל לו והכי אשכחן שכתבו רבנן בתראי שנשאל על כיוצא בזה הרב פני משה ח"ב סי' ל"ב בראובן שמש' בית א' ללוי וקבל ממנו סך מה בנכייתא לזמן כ"וכ שנים ושעבד לו בית אחר שאם תפול או תשרף זאת שמש' לו תחזור הבי' הנז' במקומה ואח"כ מכר הבית הנז' לאשה אחת וכתבו בפנקס המיטוולי על שמה ונפטר ראובן ובא המיטוולי ולקח הבית מיד לוי לסיבה שלא היתה כתובה על שם לוי בנימוס שלהם ורצה לוי לחזור על האשה הנז' לטרוף הבית הנז' מידה מכח שעבודו הקדום והיא טענה אנא מה הפסדתי' שאם לא לקחתה וכתבתה בפנק' המיטוולי היה לוקחה גם לזאת והסכים הרב דהדין עם האשה מטע' זה דמה הפסדתי' שהיה המיטוולי לוקחה לעצמו ע"ש והרב בית אברהם ישראל ז"ל בסי' י"ד סס"א אייתי ליה ראיה מתשובת הרשב"א יע"ש גם ללמד יצא מתשו' הנז' בסי' ס"ו ס"ס ל"ג יע"ש עכ"ל ושלחו לי מהתם להכא לחוות דעי דעת הדיוט אע"פ שאין ידיעתי מכרעת לעשות רצון השואל חפצתי להשיב שולחי דבר כאשר יורוני מן השמי' ועיני לשמייא נטלית לבל אכשל בדבר הלכה ולהשיב על הן הן ועל לאו לאו.

ולעד"ן דלאו דינא הכי: וזה החלי בס"ד איתא בדברי רבינו הטור סי' רל"ו ס"ק וז"ל באו העכו"ם בעקיפין עליו ולקחוה ממנו ולא היה מסור בידו להורגו ומכרה לאחר צריך להחזירו לבעלים וכו' יע"ש ופסקה מר"ן בקצר בסימן הנ' סעי' ח' ואע"פ דכתב ואין צריך להחזירו בחנ' וכו' אלא שמין כמה היה רוצה ליתן לעכו"ם כדי שיחזירנו כך יתן לישראל וכו' יע"ש הכוונה היא כמו שפי' בסמ"ע בס"ק י"ט דאין להחזיר לו כל הדמים שנתן עבורו אלא מה שהיה צריך ליתן הבעלים לכותי אם היה יכול להשתדל בזול ממנו דיד הבעלים על העליונה יע"ש והטעם דדינו כמו רועה שקדים ברועים וכו' ואין להלוקח שום זכיה מהקרקע אלא שחייב לו מדין הצלה דכל אחד ואחד לא יציל ממון חבירו מטעם פסידא לכך תקנו חז"ל שיתן לו כל מה שהוציא על השדה אלא שידו על

התחתונה: הרי מפורש מדברי רבינו הטור ומרן שאם לקח הלוקח קרקע ישראל מיד גוי אנס שלא כדין אין לו זכיה בו אבל אם יש לגוי זכיה בו בדין זכה הלוקח כדמשמע מרישא ס"ז עכו"ם שירד לתוך שדה מחמת שהיה לו חוב על בעל השדה וכו' ומכרה לישראל אחר אין הבעלים מוציאין מידו ומאי שנא רישא ומאי שנא סיפא ומוכרח אתה לומר דרישא כדין לקחו אבל בסיפא שלא כדין ולכך אין להלוקח זכיה בו ומה שנותנים לו הבעלים מטעם הצלה ולפי דברי הרב יאמר לו מה הפסדתיך: וא"ת דשאני העכו"ם הבא בעקיפין דאין לו זכות לא בדיניהם ולא בדיננו אבל הנדון דידן יש לו זכות בדיניהם ומקרי לקחו בדין ז"א דכל דבר שאין לו בו זכיה בדינינו מקרי שלא כדין וגם לית ביה דינא דמ"ד דלא אמרינן דידמ"ד אלא בדבר דאית ביה הנאה למלך או תקון שהם מחמת המדינה לא בדבר שבין אדם לחבירו כמ"ש הרמב"ם בפ' כ"ז מהלכות מלוה ה' א"ב וז"ל כל השטרות שחותמי' גוים הרי אלו פסולים וכו' וכתב ה"ה והנה דעת רבינו ורוב הגאונים פוסקים כלישנא בתרא שאמרו תני חוץ מבגיטי נשים וכו' ואע"פ דקיימא לן דידמ"ד הנ"מ במה שהוא תועלת למלך בענייני המסים שלו ומה שהם מחוקיו אבל בדברים שבין אדם לחבירו אין דיניהם דין יע"ש ועיין בהש"ך סי' ע"ג ס"ק ט"ל שהביא בשם כמה פוסקים דלא אמרינן דידמ"ד בדבר שהוא כנגד תורתנו הקדושה דאם כן בטלת דין תורה ולא אמרינן דידמ"ד אלא בדבר שאינו מפורש בתורה וכן פסק מור"ם ס"ס שס"ט לענין ירושה וטעם השטרות שפסק מרן בסי' מ"ה והוא הפך סי' ס"ח דפסק כדעת הרמב"ם לעיל וכן מה שפסק בסי' ס"ו וס"ז עיין בהסמ"ע שם והש"ך בסי' הנז': הרי מפורש יוצא דאף על פי שהשטרות כתובים בערכאות ויש בהם דידמ"ד והם כחרס שאין בהם ממש דהעיקר הוא לזכיה בדינינו.

וכ"ת דשאני השטרות הוא בין ישראל לחבירו אבל אם אצבע הגוי באמצע גם דינהם מקרי דין גם זה אינו דמצינו שפסק מרן בסי' מ"ה סעי' י"ז הבא מכח הכותי הרי הוא ככותי לגבות בשטר שעדיו מרוחקים וכו' וכת' הסמ"ע ס"ק ל"ח אע"פ דקי"לן דהבא מכח העכו"ם אינו אלא לגריעותא וכו' ותירץ והיותר נראה דשאני הכא דהכותי' נהגו לגבות בו שהרי אנו רואין שאין בו זיוף ובשל ישראל פסלוהו ובשל עכו"ם לא תקינו בו וכו' יע"ש הרי מוכח מדבריו דאפי' העכו"ם באמצע אין דנים בו אלא כדין תורתינו הקדושה ועיין בדברי מר"ן בסימן קנ"ד ובדברי הסמ"ע: וא"כ בנ"ד אין לעכו"ם זכיה בדינינו והבא מכח הגוי אינו אלא לגריעותא וקי"לן ישראל ועכו"משבאו לפניך לדין אם אתה יכול לזכותו בדיננו אמור לו כך דיננו וא"ל אמור לו כך דינכם: ואין לומ' דעדין יד הדוחה נטויה לומר דשאני הכא דבא בעקיפין דלית ליה זכיה משום דאמר ליה אתה הפסדתני שאני יכול להציל לעצמי אבל בנד"ד אינו יכול להציל לעצמו דקי"לן בסי' קפ"א בשיירא ההולכ' וכו' אם קדם א' והציל והבעלים יכולים להציל הציל לאמצע יע"ש גם כן הכא יכול לומר אני הייתי לוקחה מן העכו"ם ולכך לית ליה זכיה להלוקח אבל בנ"ד אינו יכול להציל ובריא הזיקא.

דא"כ תקשה אמאי ברישא שבא לגבות בחובו אמאי אית ליה זכיה בקרקע יכול לומר לו אני יכול להצילה לעצמי וליתן לו דמיו ולהחזיר לי השדה שלי ואמאי זכה הלוקח בשדה. אלא דודאי הטעם משום דרישא בדיננו יכול למוכרו ובסיפא אינו יכול לזכות בו בדיננו ולכך לא זכה בו הלוקח: וא"ת דגם בנ"ד בא העכו"ם מכח חובו וכדאמרן

ברישא אם בא ולקחה בחובו זכה בה הלוקח הבא מכחו וגם הכא בנד"ד אמרינן דזכה הישראל שהציל מיד העכו"ם מאחר דהעכו"ם זכה בה בדיננו.

דשאני הכא דליכא אלא הבעלים ובדין יכול להוציאה מיד הבעלים בחובו אבל בנד"ד איכא בע"ח מוקדמים ובדיננו יש קדימה ואפילו אם שטר העכו"ם מוקדם על בע"ח ישראל לית ליה זכיה בקרק' הנז' ומגרע גרע ממלוה ע"פ דקי"ל מלוה ע"פ מוקדמת ומלוה ע"פ בשטר מאוחרת מלוה על פה קודם לגבות מב"ח כמ"ש מרן סי' ק"ד סעי' י"ג ולא מבעייא לסברת הרי"ף דפליג ואית ליה בשטר היא קדמא דשעבוד שטרו הרי הוא כמכר אלא אפי' לסברת מר"ן דפסק כרבינו האיי הכא מגרע גרע שהרי מר"ן כתב במתק לשונו כיון שהעדי' מעידים שקדמה וכתב הסמ"ע ששעבד נכסיו כל אחד בפני עדים אבל בנד"ד ליכא האי טעמי דאפילו העדי' העכו"ם מעידי' על הזמן פסולי עדות נינהו כמ"ש מרן בסי' ס"ח עד שיעידו ישראל על אלו הכותים עדי השט' ועל זה השופט שלהם שמקיים עדותם שאינם יודעים בקבלת השוחד ובזמן הזה הגוים שאנו דרים תחת ממשלתם כולו אוהב שוחד וגם הערכאות וגם אינם יודעים בשעבוד לומר ששעבד לו נכסיו בפני עדים ובע"ח ישראל יש להם דין קדימה.

ונמצא העכו"ם הנז' אין לו זכיה בדיננו וגם הישראל שהציל מידו אין לו זכיה ואינו יכול לו' מה הפס' דהכא מגרע גרע טענת מה הפס': ולא אמר הרב פני משה טענ' מה הפסדתי' טענה מעלי' אלא בנדון דידיה דבא המיטוולי מכח דינא דמ"ד והיה זוכה בו המיטוולי הנז' בדיננו מהניא טענת מה הפסדתיך דהו"ל כמו שבא מכחו דיכול לומר לו אנא קאתינא מכח גבר' דלא מצית לאשתעי ביה דינא מדינא אבל בנ"ד דהעכו"ם לית ליה זכיה בדיננו אלא מחמת דידיהם תקיפא עלן גם הבא מכחו אין לו זכיה ולא מהני טענת מה הפסדתיך דעל הראשונים אנו מצטערים על העכו"ם שנוטל שלא כדין מחמת שידיהם תקיפא ואתה בא להוסיף שגם הישראל דהוא דוגמא בעלמא דבא מכחו דיזכה בטענת מה הפסדתיך והבו דלא להוסיף עלה וזה הטענה שכת' בפ"מ מה הפסדתי' אינו אלא בנדון דידיה דאית ליה זכיה בדיננו ולא בכ"מ ואין ספרו מצוי בידי לדקדק בדברי קדשו ולהבין בדבריו ובזה יתיישב דאמרינן בכ"ד הבא מכח העכו"ם אינו אלא לגריעותא ולא למעליותא.

ובזה יתפרש נמי טעמיה דטרפא דיאמר לו למה קנית שעבודי להפסידני מכלל דאם לא הפסידו אינו יכול לטרוף מידו כגון אם נשאר ביד המוכר דאינו יכול לגבותו גם מיד הלוקח אינו יכול לטורפו היינו אם אינו יכול לגבותו בדיננו גם מיד הלוקח אינו יכול לטורפו דיאמר לו מה הפסדתיך אבל אם יכול לגבותו בדיננו והעיכוב הוא מכח גברא אלמא או מכח הערכאות הבא מכח העכו"ם אינו זוכה באותו דבר דאינה אלא גזל ביד העכו"ם וקימ"לן דהקרקע בחז' בעליה עומד' ואינה נגזלת כמ"ש מר"ן בסי' שע"א אלא דיש לישב דברי מרן אהדדי דבסי' רל"ו סע"ח משמע דקרקע נקנית ביאוש דכתב והיה אפשר להוציאו בדין מיד העכו"ם וכו' ודאי נתייאשו וישאר ביד הלוקח ובסי' שע"א כתב אפי' נמכרת אלף פע' זא"ז ונתייאשו הבעלים הרי זה חוזרת לבעלים ועיין הש"ך שם: וכן יש להביא ראיה ממ"ש מר"ן בסימן הנז' דאם קנאה מהעכו"ם ואח"ך מהבעלים בתוך י"ב חדש לא קנה אלא א"כ קבל עליו אחריות ולפי דברי הרב מאי אחריות איכא

דכשבא בע"ח לטורפ' מידו או יאמר לו גזולה היא בידו או יאמר לו מה הפסדתיך אנא אתית מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה.

ודוחק לומר מאחר שחזר וקנאה מהבעלים יש בה דין טרפא דמה שחזר וקנאה מהבעלים אינו אלא לסלק עצמו ורשותו שאינו יכול לחזור על הלוקח ויבטל לו המכירה אבל עיק' המכירה הוא מה שמוכר העכו"ם ומה אחריו' איכא אלא ודאי דאפי' בא מכח עכו"ם יש בה משום טרפא ולכך קתני ואם קבל אחריות זכה הלוקח.

וכן לא מסתבר למימר דאחריות דקאמר הוא של המוכר שלא יחזור עליו ויקחנה מידו דהרי הסמ"ע כתב דזה ודאי לא' היה מבקש ממנו המציק כמו שלא בקש ממנו מתחילה כשפדה נפשו בשדה זו ליתן לו אחריות על השדה יע"ש הרי דמוכח מדבריו דאחריות דאחריני. וליכא למימר דשאני הכא דגוי אנס אבל בנדון דידן זכה בה בדיניהם דכבר הוכחנו לעיל דכל זמן שלא זכה בה בדיננו אע"פ שזכה בדיניה' אין לו זכיה ומקרי אנס והיא בידו בתורת גזל.

ואע"פ דליכא אלא הרחקת התועלת דהרי מחזיר לו דמי המשכונה מ"מ יש ללמוד דדיניהם אינו דין: וכן יש עוד ראיה אחר' בס"ס הנז' דכתב מור"ם ישראל שמשכן קרקע אצל עכו"ם וקבע זמן לפדות' ולא פדאה ומכר' לאחר אם מכרה בשוויה ממכרו קיים דהא כדין מכרה אבל בפחות אפילו כ"ש ממכרו בטל וכתב הסמ"ע אע"פ שבדיניה' המכר קיים מ"מ כיון שמכר זה בטל בדיננו אנו מבטלים אותו ע"כ יע"ש.

הרי דהבא.

מכח העכו"ם אפי' בדבר שבדיניהם דין יכולים לבטלו ולא יכול לומר דאתיא מכח גברא דלא מצית וכו' ומה הפסדתיך דהיה יכול למוכרו לעכ"ום אחר. וקש"ל דאמאי הכא חלק אם מכרה בשוויו אם לאו ולעיל בסי' רל"ו לא חלק בזה וקאמר דזכה הלוקח דמשמע בין בשוויה בין שלא בשוויה וי"ל: וכן ראיתי בריב"ש שאלה ה' שהשיב שהדין עם השכנים ואין אנו צריכי בזה לנמוסי העכ"ום כלל אלא מדין הגמרא אין ראובן יכול לסתום רשות הרבים.

יע"ש משמע אע"פ שבנמוסי העכ"ום יכול לבנו' מאחר שבדיננו אינו יכול לבנות לא אמרינן אנא מכח גבר' וכו' ומה הפסדתיך דהיה הגוי יכול לבנות שם:אבל אם העכ"ום זכה בדינינו גם ישראל הבא מכחו עומ' במקומו ויאמר לו מה הפסדתיך כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"א מהלכות תרומות ה"יד הלוקח טבלין ממורחין מן העכ"ום מעשרן והם שלו יע"ש.

מאחר דהעכ"ום לאו בני מעשרות נינהו ופטורי' בדינינו גם ישראל הלוקח ממנו פטור דיימר ליה אנא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה מדינא קאתינא ומה הפסדתיך: וכן מצאתי להרב' סימן ק"ד סייעתא לדברינו זה שהביא בשם הרמב"ן ז"ל תשובה וז"ל גוי שהוציא כתב יד על ראובן ומנהג המלך הוא שכת' כשטר והשופט הגבהו ביתו של ראובן לגוי הנז' ומכר הגוי הנז' הבית הנז' ליהודה ואחר מכן באו שמעון ולוי והוציאו שטר בעדים שהבית הנז' ממושכ' בידם וזמן השטר מאוחר מזמן כתב יד והשיב שהדין עם יהודה ע"כ: הרי לפניך מפורש דלא זכה ליהודה אלא מטעם דכתב ידו

קדום לזמן שטר שמעון ולוי ואע"פ שלא פי' בתשו' הרמתה מ"מ מכח לשון השאלה שהאריך בה וכתב וזמן השטר מאוחר לכתב ידו משם ראיה דהיא נתינת טעם דאם לא כן הו"ל למרן לקצר כמו שקצר בלשון התשובה ואם מר"ן הביא דברי הרמב"ן כצורתם וכצביונם משום הוכחה דהיא נתינת טעם ולפי דברי הרב אפילו אם השטר מוקדם זכה יהודה דיאמר לו מה הפסדתיך אלא האמת כדכתיב' דטעם מה הפסדתיך אינה מועלת כ"א במקום דזוכה הגוי בדיננו והכא זכה העכ"ום בדיננו לדעת הרמב"ן דאית ליה דאמרי' דינא דמ"ד בשטרות כמו שהביא מור"ם דבריו בסימן ס"ח יע"ש אבל לדעת הרמב"ם ז"ל וגם לדעת מר"ן שהולך בעקבו' משיחא ופסק כוותיה דלא אמרי' דינא דמ"ד אלא בדבר שיש לו הנאה ממנו אין לו זכיה ליהודה הלוקח הנז' דכתב יד אינו טורף ממשעבדי ואף על פי דמנהג המלך דכתב יד כשטר לא אמרינן ביה דינא דמלכותא דינא בדבר שהוא נגד תורתינו.

ואם נראה כתוב בספ' הקדמונים דהבא מכח הגוי הרי הוא כמוהו אפי' למש"ל הסיב' היא דאית להו כמ"ד בכל נימוסי ומנהגי האומות ואנן קי"ל כדעת הרמב"ם ז"ל דמר"ן פסק כוותיה ודוק: פרק כ"ב דין ט"ז ב"ד ששמו לבע"ח בין בנכסי לוה בין במשועבדין שביד הלוקח ולאחר זמן השיגה ידו של לוה או של נטרף או של יורשיהן והביאו לב"ח את מעותיו מסלקין אותו מאותה קרקע שהשומא חוזרת לעולם ע"כ.

שאלה שאול שאל לי האיש ה"ה החכ' השלם הד"ומ כמוהר"י אלמליח נר"ו בענין דבר אחד ששלחו לו מהתם מעיר תיטוון להכא מח"ק זה לחוות דעתינו ולעמוד על קו הדין ולראות מה שורת הדין נותנת והענין הוא באשר ראובן נושה שט"ח בשמעון בסך מה ולא נמצא אצל שמעון בנחלתו כי אם חזקת קרקע אחד ותבעו ראובן לפרוע לו חובו בבית דין ועשו לו בית דין שומא לקרקע הנז' ונתרצה שמעון ואשתו ומכרו הקרקע הנז' לראובן בהחוב הנז' שנושה בו ואחר מכן עברו כמה ימים ונשתהא הדבר זמן רב בה יהודה והוציא שט"ח גם הוא על שמעון הנז' והשטר הנז' הוא מאוחר על שט"ח של ראובן ולא נמצאו בנח' לשמעון ממה לגבות יהודה הנז' חובו הנז' כי אם חזקת הקרקע הנז' שגבה ראובן הנז' בחובו והקרקע הנז' נתקיירה ושוה יותר משיעור החוב של ראובן ויש אומרים דאפילו מקודם לכן בשעת גביה היתה שוה ביותר מחוב ראובן ולקחה ראובן בפחות משוויה וטען יהודה ואמר מאחר דאית לן שומא הדרא משום ועשית הישר והטוב ואילו השיגה ידו של שמעון היה פורע לו דמי חובו ומסלקו מהקרקע גם אני בעל חוב עומד במקומו ומסלקו דהקרקע משועבד גם לי ואני נותן לראובן דמי חובו והיתר מה ששוה עוד אני נוטלו בחובי וראובן אומר לא כי דהשומא לא הדרא אלא לבעל הקרקע לא לבעל חוב ודין גרמא ששלחו לנו לראות מה שורת הדין נותנת יורינו המורה לצדקה.

ושכמ"ה: תשובה דבר זה הוא נפתח בדברי רז"ל ראשונים ואחרונים ואחד מנייהו בספר זכות אבות רב אחד מרבני המערב ולקט בו כל הסברות לעניין פסקי הלכות וכתב ושרטט בו דיש כח ויכולת מספיק ביד בע"ח מאוחר לסלק בע"ח מוקדם מהקרק' שהגבו לו בית דין משום ועשית הישר והטוב כמו שיש כח בידי הבעלים דשעבודו הוא והביא ראייה מדברי הריב"ש ומהרימ"ט והמבי"ט ושמעתי באומרים לי שהרמ"ץ שדי נרגא

בראיה שהביא מהמבי"ט דיכול לחלק דשאני נדון המבי"ט שמכרה בפחות משוויה ובזה קאמר המבי"ט דבע"ח מאוחר יכול לסלק לבע"ח מוקד' אבל בנדו"ד שמכרה בשוייה אינו יכול לסלקו: ולדעתי דעת הדיוט נר"לד דאין בדבריו ממש והחילו' שחילק אין בו כדי שביעה לחלו' על הגדולים שקטנם עבה ממתני' והראיה היא חזקה כראי מוצק דמה לי אם היתרון ישנו בעולם או אם יבוא אח"ך אם הוא באמת שומא הדרא אם כן ברשות בעלים נתייקר' והבע"ח הוא במקום בעלים ושעבודו הוא והרי הוא כבני חרי ביד בעלים ובעל חוב גובה חובו מהיתרון כמ"ש מרן בסי' ק"ג ס"ט ואם המלוה סתר ובנה ולא השביח אינו נוטל הוצאתו וכו' וכתב הב"י והביא דבריו הסמ"ע ס"ק ט"ו דמן הספק דיינינן כולה לנתבע וכו' פירש קולה לנתבע שהוא הלוה וחומרה לתובע שהוא המלוה נמצא דהקרקע הוא בחזק' הלוה וכשנתייקרה ברשות לוה נתייקרה והיתרו' על החוב של ראשון הרי הוא כנכסי בנ"ח ובע"ח מאוח' גובה חובו ממנו וכן מוכח מדברי מר"ן דנקט בלשונו הזהב מסלקין למלוה מאותה קרקע משמע דלא בעי קנין חדש אלא סילוק בעלמא ואין צריך קנין דברשות לוה קיימה וכן דייק הש"ך סק"י ד"ה מסלקין וכו' משמע שאין צריך קניה אחרת אלא סילוק בעלמא וכן דייק הנ' והר"ן בדברי רבי' הרמב"ם דנקט כהאי לישנא דמר"ן דקאמר מסלקינן דייקא דדעת רבינו הוא דלא בעי קניין חדש אלא סילוק בעלמא ודלא כהרא"ש והטור דאית להו דבעי קנין חדש ולכך לא נקטי בלישנייהו מסלקי' עיין בב"י ובדברי הכ"מ בפרק כ"ב מהלכות מל"ול וכן מוכח מדברי רבינו הטור והביא דבריו הסמ"ע בס"ק י"ז וז"ל כיון דשומא הדרה לעולם הרי המעות שביד הלוה כהלואה ואם יטול המלוה דמי אותו השבח דממילא הו"ל כנוטל שכר המתנת מעותיו וה"ל כרבית.

הרי מוכח דהקרקע בחזקת הלוה מדקאמר דמעות ביד הלוה כהלואה ואינו נוטל אלא דמי חובו וכן מוכח מסוף דבריו דכתב מיהו י"ל דכשנשבח גופה של קרקע וכו' דהא איכא למימר דמזלא דלוה גרם שנשבח קרקעו וכו'ע"ש משמע דקרקע בחזקת לוה כדכתיבנא ואף ע"פי. דפי' לעיל ס"ק ט"ו וז"ל ועד"ר שם כתבתי דנ"ל איפכא דהמלוה וכו' מקרי מוחזק וכו' לעיל סברתו היא והכא פי' לפי סבר' מרן כמ"ש להטור פשוט ומרן המחבר וכו' דאין צריך ליתן למלוה וכו' והיא הפך סברת הרא"ש: וכ"כ ה"המ בפרק הנז' וז"ל ואם נתייקר מאליו ועמד ממנה למאתים אין לו אלא מנה וכו' דנראה כנוטל שכר מעותיו וכו' נראה דגם לדידיה אית ליה דקרקע בחזקת לוה ואע"פ דהכ"מ חלק על טעמו וכתב דהטעם הוא משום דאם יצטרך לפדותה ביותר ממה ששמוה לו אין זה טוב לו ע"כ לאו למימרא דאית ליה דקרקע לאו בחזקת לוה דהרי בקצר פסק דקרקע בחזקת לוה כמו שפירש דבריו הסמ"ע כדלעיל דלא חלק על ה"המ אלא בטעמו משום דקשי' היאך אוכל פירות ולכך איצטריך לטעם אחר ואע"פ דיש לחלק בין נתייקרה לאכיל' פירות דלא חששו חכמים לשכר מעותיו אלא בנתים משום דליכא פסידא למלוה אלא מניעת הריוח ומה שנתן יטול ועוד חכמים השוו מדותיהם נתייקרה כמו הוזלה דנוטלה בשומתה הראשונה אבל באכילת פירות אית ליה פסידא למלוה שישלם דמי הפירות ולכך לא חששו לה מ"מ הוא נתן טעם אחר לשבח אלא דעדיין לבי מגמגם בדבר זה משום דכתב הכ"מ וז"ל אלא ע"כ מכר גמור הוא וכו' דנראה קצת דאית ליה דקרק' אינה בחזקת לוה ואיך הסמ"ע פירש דבריו משום דקרקע בחזקת לוה דלא כסברתו

ואפשר דהסמ"ע דייק לה מדנקט בלישניה ומסלקין אותו דמשמע דלא בעי אלא סילוק בעלמא משום דהקרקע בחזקת לוה עומד' וחזר ממ"ש בכ"מ א"ב דמאי דקאמ' מכר גמור היינו לומר דליכא חשש רבית ולעולם דהקר' בחזקת לוה כמ"ש דבריו הסמ"ע: נמצא לדעת רבינו הרמב"ם ורבי' הטור ומר"ן כולהו אית להו דקרקע בחזקת לוה קיימא והשביחה ברשותו והמעות אצלו מלוה ומאחר דהיא ברשות לוה בע"ח מאוחר גובה חובו ממנה תדע שהרי להרמב"ם ומר"ן אינו צריך קנין חדש כמ"ש הנ' והר"ן והש"ך ואם היה באמת בחזקת מלוה צריך קנין אחר לבטל קנין ראשון כמו שדייקו בלשונם מסלקין אותו דמשמע סילוק בעלמא בלא קנין כאילו עדיין הקרקע ביד הלוה וכל היתרון ע"ח ראובן נקרא נכסי בנ"ח ובע"ח מאוחר גובה חובו ממנו: אמנם עדיין יד הדוחה נטויה לומר דבנדו"ד שומא לא הדרה אפי' לגבי בעלים משום דאיכא סתירה ממקום אחר דכתוב בלשון השאלה ושמעון הנז' היתה לו חזקת חנות אחת ונכנסו מתווכי שלום ביניהם ושמו בי"ד ואחר וכו' גמר הוא ואשתו והסכימו ומכרו וכו' נראה מלשון השאלה דלא עמדו בדין הלוה והמלוה והכריחוהו הבית דין ומכרוהו שלא ברצונו אלא הם מכרו מרצונם הטוב וכהאי גוונא שומא לא הדרה כמ"ש מר"ן בסי' הנז' וז"ל הגבה הלוה למלוה מרצונו לא מהדרינן ליה וכו' יע"ש דטעמא מאי אמרו חז"ל שומא הדרא כשמכרוה בי"ד משום עגמת נפש שמכרוה שלא ברצונו אבל אם מכרה הוא מרצונו ליכא עגמת נפש ולכך לא הדרא ואע"פ דאיכא לדחות ולומר דווקא שמכרה מרצונו בלא שומת ב"ד אבל בנדו"ד מכרה בשומ' ב"ד והו"ל שלא ברצונו יש לדחות ולומר מאחר שנתרצה לב"ח ומכרה הויא ברצונו ולא הדרא ואף על פי שהב"ד עשו שומה דכוונתו שלא יוזל הקרק' ויטעה בשומתו ומקרי ברצונו.

ופניתי וראיתי שהיא מחלוקת הסמ"ע והש"ך דכתב הסמ"ע ס"ק כ"א וז"ל הר"בי הוכיח מלשון רש"י דכל היכא דאטרחוהו להביאה לב"ד אף על גב דמיד נתרצה שומת ב"ד מקרי והדרא יע"ש והש"ך שם חלק עליו וכתב אע"פ שעמד בדין לפניהם לא הוי אטרחוהו ב"ד ולא הדרא והביא ראיה מהש"ס יע"ש וחלק על הב' שהביא ראיה מלשון רש"י וכתב דמלשון רש"י נראה איפכא דאפי' עמד בדין מאחר שנתרצה לא הדרא והוי פלוגתא דרבוות' וספיקא דדינא מאחר דלא פסקה מר"ן בקצר וגם בב"י לא כתב בפשטות דכך הוא הדין אלא כתב משמע מדברי רש"י ואמרי' בזה המוציא מחבירו עליו הראיה וגדולה חזקה למי שהקרקע מוחזק בידו: ומזה הטעם נראה לענ"ד לסתור דברי הפוסק שכתב דשומא הדרא משום דמכרוהו שלא בהכרזה וקי"ל ב"ד שמכרו שלא בהכרזה הוי כטעו בדבר משנה והמכר בטל וחוזרין ומוכרין בהכרזה דמאחר שנתרצה בעל הקרקע ומכר ברצונו לא מקרי ב"ד מכרו שלא בהכרזה דבעל הקרקע מכר ונראה לי דלענין זה אפילו לסברת רש"י וב"י דאית להו דמקרי שומא והדרא לעניין הכרזה יודו דלא מקרי מכירת ב"ד ובעי הכרזה: אמנם יש לזכות לבעל חוב מאוחר מטעם אחר והוא ממה שכתוב בשאלה שבעל חוב גבה קרקע זה בחובו בשומא פחותה והשומא שעשו בית דין בטעות אמרינן עוד ידו נטויה לחזור על הבעל חוב הראשון ויגבה ממנו עד תשלום מאתיים מתק"אלים שאמרו העדים שהיתה שוה בשעת מכירה וגבייה ואף ע"ג דהכא לא מצינן למימר דהעדי' השמאים הראשוני' הוכחשו בעדות העדים שאמרו שהיתה שוה בשעת הגבייה מאתיים מתקא"לים משום דאין העדות תלויה בראיה אלא

בשיקול הדעת ויכולני לומר שהשניים המה שטעו ולא ידעו בשומא והאמת הוא עם השמאים הראשונים ודברי חז"ל שאמרו טעו בשומא וחוזר משכח' לה דאיכא הוכחה סמוך ונראה דקפצו עלה זביני בשומ' מעולה והנה בעתה נראה הטעות לעין כל ולא כמו הנדו"ד דזה כמה ימים מזמן השומא והקרקע עולה ויורד ולא מצינן למימר דהראשונים טעו בשומא משום דהעדים אחריני הם אמרו שהיתה שוה יותר דליכא הוכחה אם האמת אתם מ"מ בנדו"ד שאמרו העדים דבאותה שעה הם רצו לקחתה בסך מאתיים מתק"אלים ושוה בשומא זאת אמרי' דלא שדו אינשי זוזי בכדי ובודאי דקדקו בשומא ביותר כדחזי יותר משמאים הראשונים ויש לב"ח מאוחר בהקרקע הנז' כל היתר על חוב הראשון עד תשלום סך מאתיים מתק"אלים שאמרו העדים השניים.

כיון דלית ללוה נכסי בנ"ח ושעבודו על הקרק' הנז' הוא נעשה מוקדם לטרוף מהקרק' הנז' כל הסך היתר על חוב מלוה הראשון דליכא חילוק בין אם מכרו לו בסך מאתיים מתק"אלים ונכה לו בחובו סך ק"ל מתק"אלים ופר' לו בידו התשלו' של מאתיי' מתק"אלים ולא נמצא ביד הלוה נכסי בנ"ח ממה לגבות דאית לן שיחזור על הלוקח ויגבה ממנו התשלום דהרי הוא מוקדם לעניין התשלום של הסך הנז' או אם הקרקע שוה מאתיים מתק"אלים ומכרו לו בשומא בסך ק"למתק"אלים דמ"מ הרי מחל לו בתשלום הסך הנז' ואינו יכול למחול משום בע"ח מאוחר דשעבודו הוא ולית ליה בנ"ח ממה לגבות כמ"ש מר"ן ראובן נושה בשמעון ושמעון בלוי אין שמעון יכול למחול שט"ח שיש לו על לוי משום דנשתעבד לראובן עיין סי' פ"ו גם בנדון דידן הקרקע משועבד גם לבעל חוב מאוחר וכשמכרו לו בפחו' משיוויו נמצא שמח' לו בפחת ואין בידו למחול מאחר דלית ליה נכסי בנ"ח ואתיא במכ"ש מהתם שהרי התם מחל לו ברצונו הטוב ואמרינן מחי' אינה מחי' ומכ"ש הכא שמחל לו בטעות דלא עלה בדעתו ששוה יותר משומא ששמוהו השמאים בב"ד והוא סמך על שומתם ולא דקדק בזה ונמצאו טועים: ומטעם זה נראה לי פשוט דהמכר בטל ואין לבעל חוב הראשון אלא חובו בלבד וימכרו הקרקע הנז' פעם שנית ויגבה בעל חוב הראשון חובו ואחריו בעל חוב שני והנשאר ישאר לבעליו כמ"ש מר"ן בסי' ק"ט סעי' ה' וז"ל הא דאמרינן שאם טעו בית דין ופחתו שתות או הותירו שתות מכרן בטל היינו כשהורידו לבעל חוב בשומת בית דין וכו' יע"ש ונתן הס"מע טעם לשבח וז"ל.

הטעם דדוקא כשנותנין למלוה בחובו דאז צריך לקבלו כמו ששמוהו לו שאין נותנים לו בפחות מכדי שיעור שומתו מ"ה פיחתו שתות או הותירו שתות מכרן בטל אבל כשהב"ד מוכרין השדה לאיניש דעלמא דאינו צריך ללוקחו בשו' בית דין וכי אין אונאה לקרקעות והיינו אם נתאנה הלוקח וקנאהו ביוקר אבל אם טעו בית דין ומכרוהו בזול מכרן בטל בשתות יע"ש: נמצא דאם נתאנה המוכר בשומת בית דין אפילו אינו בעל חוב אלא לוקח דעלמא המכר בטל בשתות מטעם דסמך על שומת בית דין שהם עומדין למכור הקרקע להגבות לבעל חוב חובו ודבר זה תלוי בידם להציל עשוק מיד עשקו ומוכרח עליו למכור כדי לפרוע לבעל חוב לאפוקי הלוקח דאין עליו חובה מבית דין לקנות קרקע זה ולכך אפי' קנהו בשומת בית דין ונתאנה המקח קיים דאין הונאה לקרקעות: ובנדו"ד שהגבו הקרקע לבעל חוב בשומת בית דין וטעו שניהם חוזרים בין המוכר בין הלוקח ובטל מכר בשתות ואע"פ דלבסוף נתרצה ומכר ברצונו הטוב מ"מ הוא סמך על שומת בית דין

ומוכרח עליו בע"כ שימכור הקרקע הנז' לפרו' בעל חוב ואם לא ברצונו מוכרח ימכור בע"כ ואפילו נתרצה לבסוף המכר בטל מחמת שמכרו בשומת בית דין ונתאנה ומטעם זה גם אם נתאנה הלוקח המכר בטל בשתות משום דמוכרח עליו לקנות קרקע זה לגבות חובו דאין מוטל על הלוה למכור ולהזמין לו מעותיו אלא גובה ממה שנמצא תחת ידו בין מקר' בין מטלטלי ולא דמי להכרזה דלעיל דאמרינן דאף על פי שהבית דין הגבו הקרקע הנז' לבעל חוב בלא הכרזה אלא בשומא לבדה לא מקרי טעו בדבר משנה משום דלבסוף נתרצה ומכרו לו לבע"ח מרצונו דיש לחלק דשאני בלא הכרזה דאית לן דאפי' לא טעו ומכרוהו בשיוויו המכר בטל מאחר שטעו ומכרו שלא בהכרז' ולכך אמרי' לא הכריזו מאח' שנתרצה למכור כך בלא הכרזה אלא בשומת בי"ד ונמצאת השומא בטעות חוזר דהריצוי הוה ע"י השומא ודוק כנ"ל: נקיטינן מכל הני מילי מעליית' דכתי' דאם אמת היה הדבר דשומא הראשונה היה בטעו' כמו שבא בשאלה המכר בטל ושום' הדרה ויחזור הקרקע וימכר שנית ויגבה בעל חוב הראשון חובו ואחריו בעל חוב שני ואם לא טעו בשומא אף על פי דאית לן שומא הדרה בין לבעל הקרקע גופיה בין לבעל: חובו כמו שהובא בספרי אחרונים וחד מנייהו ס' זכות אבות הכא בנדון דידן שאני מאחר שנתרצה לבסוף ומכר מרצונו הטוב ולא כתבו שטר אדרכת' ולא שטר אחלט' לא הדרה דמחלוקת אחרונים כנז' והמוציא מחבירו עליו הראיה וצור ישראל יצילנו משגיאו' ויראנו מתורתו נפלאו' אכי"ר: והנה בעתה אחר כמה שנים הודפס ספר ג"וא של הרמ"ץ וכתב בו כל השגותיו שהשיג על הרב בעל ספר זכות אבות והפיל כל הראיות שהביא מדברי חז"ל והמה הרי"בש והמביט ארצה בדברי הבלים דלית בהו ממש וחובה עלי רמיא להעמיד דבריו כדי שתהיה האמת נהדרת והבוחר יבחר ויבחין בין טוב ואמת לדברים דלית בהו ממשא: וזה החלי בס"ד וז"ל כתב בספר זכות אבות וז"ל בעל חוב מאוחר יכול להוציא קרקע ששמו אותה בית דין לבעל חוב מוקדם אם הוא שוה עתה יותר מהשומא דכיון דשומא הדרה עדיין יש זכות ללוה בקר' וכו' ובע"ח מאוחר עומד במקום הלוה ונותן לו דמיו ומסלקו וגובה חובו מהשבח שהוקר תדע שהרי אין צריך קנייה אחרת אלא סילוק בעלמא כמ"ש הש"ך שם סק"י בשם הנ' והר"ן וכו' ושו"מ ראיה ממה שכתב הרב בני חיי ז"ל ח"אה סי' ק"י בשם המבי"ט ח"ב סימן רי"ח וז"ל מי שסובר דהטב' אינה נכנסת תחת השיעבוד דבעל חוב כמו דש"בל והרב כתב עליו דזה טעות דהטבה היא כקרן ביד הלוה.

וכמו קרקע שמודה הקונהו דיש לעבור חלק בו מה ששוה הבית יותר עכ"ד וה"ה בשומא הדרה. ועוד ראיה ממ"ש הרי"בש הובא בט"ז סימן צ"ט וז"ל אם כתוב בשטר כ"ז שיתבענו והמלוה חייב לאחרים מוציאין הם ממנו אם המלוה אינו רוצה לתובעו ול"ד למ"ש הט"ז בי"וד סי' קס"א בלוה שאין לו נכסים כי אם מה שלקחו ממנו ברבית קצוצה אף דיוצאה בדיינים מ"מ אם אין הלוה תובעו אין המלוה מוציא ממנו.

דשאני התם כיון דברצונו נתנו בעינן שברצונו יטלנו. ועוד דטעמא דמפקינן מיניה הוא משום וחי אחיך עמך ובכ"הג לא מטי חיותא ללוה תדע שאין בית דין יורדין לנכסיו רק שכופין אותו לקיים המצוה.

עד כאן לשון הרב זכות אבות: וזה מ"ש הרמ"ץ ע"ד וז"ל הנה ממ"ש מעיקרא תדע דא"צ קנייה אלא סילוק כמ"ש הש"ך משם הנ"י והר"ן וכו' הנה בזה מצינו חולקים דס"ל דצריך קנייה אחרת הלא המה הרמב"ן גם הריטב"א הכי ס"ל כמ"ש הש"ך מהא דכתיב גבי קטן וכו' והרב אות סק"ח הביא סבר' הרי"טבא דבעי קניין חדש וכתב עליו דמסתברא דבריו עד כאן: ולא ידעתי מה ראיה מביא מסברת החולקים הרמב"ן והרי"טבא וכו' דלית הלכתא כוותייהו והעיקר הוא דעת הרמב"ם ומר"ן דפסק כוותיה ונקטו בלשונם הזהב לשון מסלקי' למלוה וכו' דמשמע סילוק בעלמא ומחזירין לו שטר אחלטתא ולא בעי קנין אחר דאל"ך הול"ל רצה לפדותה מחזירין לו מעותיו כלשון הרא"ש ואמאי נקט בלשונו מסלקי ומינה דייק הר"ן והנ"י דלא בעי קנין אלא מחזיר לו השטר ודיי וכן הואדעת הש"ך דדייק לה מלשון מסלקי' ומאי איכפת לן אם פליג הרמב"ן והרי"טבא ואחריני מ"מ דעת מר"ן דאית לן הלכתא כוותיה נקט בלישניה מסלקי' דמשמע דלא בעי קנין כסברת הרמב"ם ולא מצינו דיש חולקי' בדעת הרמב"ם ומר"ן דבעי קנין והחולקים אית להו דלא כהרמב"ם ומר"ן ומאחר דהם פליגי על הרמב"ם ומר"ן מאי איכפת לן בהו דלית הלכתא כוותייהו: ועוד מאי ראיה מייתי מדברי הר"ב נתיבות משפט שאמר שצדד לומר דבמקו' דלא בעי קנין אחר אסור לאכול פירות וא"כ אנן דאית לן מותר לאכול כמ"ש מר"ן והרמב"ם א"כ בעי קנין אחר ואמאי לא מסייע ליה מדברי הר"ן והנ"י שפי' בדברי הרמב"ם ומר"ן מדאמרו מסלקי' לא בעי קנין אחר ואפי' הכי פסקו דמותר לאכול פירו' נמצא דסב' להו דלא כהר' נ"מ ולא תלינן זה בזה: גם מאי ראיה מייתי מדברי מר"ן בב"הב ובכ"מ שאמר מכר גמור וכו' ואמר מדבריו משמע דבעי קנין אחר מדקאמר מכר גמור וכו' ואין משם ראיה כלל דלא קאמר זה אלא לטעמו של הרב המג"י שאמר משום שלא יאמרו וכו' ולכך קאמר דמטעם זה לא חיישינן דיודעי' שהוא מכר גמור ולעולם לא בעי קנין חדש כמ"ש הכ"מ שם דכת' ולענין קנין חדש כתב הנ"י דלא בעי קנין חדש ודלא כהרמב"ן וכו' ואין לך הכרעה גדולה מזו: גם מה שכתב ובש"ע לא כתב מזה כלום וכו' מאריה דאברהם מאי קאמר הוא אמר בפי' מסלקי דמשמע סי' בעלמא ולא בעי קנין אחר כמו שדייק הר"ן והנ"י והש"ך ומשם בא"רה גם לענין קטן וכו' ומאי האי דקאמר לא כתב מזה כלום וכו' ועוד כתב בפי' אם לא השביח הקרקע אינו נוטל הוצאתו וכו' מטעם דהלוה מוחזק בקרקע והמלוה מוציא וקי"לן המוציא מחבירו ע"הר כמ"ש וגילה דעתו בב"י דמחלו' הפוסקים והלוה מקרי מוחזק דהקרקע קיימא ברשותיה ומקרי נתבע וה"מח ע"הר ואם באמת דבעי קנין אחר אם כן המלוה הוא המוחזק דכל עוד דלא חזר וקנאה לו ברשותי' דמלוה קיימא וחייב לשלם לו דמי הוצאתו וכן נראה מדברי הס"מע בס"ק ט"ו דהא בהא תלייא וז"ל ועיין שם שכתבתי דנ"ל איפכא דהמלוה וכו' מקרי מוחז' וכו' אלא שחז"ל תקנו שאם השיגה ידו דלוה וכו' דצריך לחזור ולמוכרם לו לכן הלוה מקרי תובע וכו' יע"ש: הרי מפורש בדבריו לס' החולקים על דברי מר"ן ואית להו דהמלוה הוא המוחזק צריך קנין אחר כמ"ש בלשונו דצריך לחזור ולמוכר' לו מכלל לדעת מר"ן דאית ליה דהלוה מקרי מוחז' והמלו' הוא המוצי' לא בעי קנין אחר אלא בחזרת השטר די ועדיין היא ברשות הלוה ובעל חוב מאוחר יפרע לו חוב ומסל' דמעיקרא לאו אדעתא דקרקע נחית והו"ל כנכסי בנ"ח ביד הלוה: עוד כתב וכ"כ הרא"ש בפ' המפקיד ע"ד הרמ"ה דהמלוה ידו על

העליונה כיון דזבינא מעלייא וכו' אתמה' איך מביא ראיה מסברת החולקים על הרמב"ם ומר"ן והרב זכ"א ז"ל אזיל בעי' משיח' הרמב"ם דמר"ן פסיק כוותיה ולדידיהו לא מקרי זבינא מעלייא ולא בעי קנין אחר.

ואף על פי דמר"ן פסק בהך דשמו' לבעל חוב ואחר כך שמוה בית דין לבעל חוב אחר דידו על. העליונה לא מטעם דידו ע"הע ומקרי זבינא מעלייא אלא מטעם סברא דיאמר לו לאו טוב וישר דפסידנא וכו' כמ"ש הס"מע ס"ק כ"ב ולטעם זה חייב לשלם לו הכל אפי' אם נאמר לא בעי קנין אחר וברשות לוה קיימא: עוד כתב תדע דזכותו של לוה בהא גריעא דהא אמרינן דאי זבנה או אורתא וכו' לא הדרא וכו' ואם באמת דעדיין זכותו קיים ביד הבעל חוב וכו' אם כן אף אם זבנה וכו' יפדנה בשומא אחת מן הלוה וירויח היתרון דמה מכר א' לשני וכו' אלא ודאי דזכות זה גריע' ואינה מתחי' אלא משעת פדייה וכו': כל דבריו בזה המה דברי סכלות ולא עיין בש"ס ובדברי רש"י ובדברי הפוסקים שכתבו על דעת הש"ס שאמר זבנה וכו' הני אדעתא דארעא נחות ולא אדעתא דזוזי ופרש"י בע"ח ששמו לו קרקע הני אחרוני' לוקח או יורש או מ"מ אדעתא דארעא נחות שיהא הקרקע שלהם ולא שיקבלו מעות דאילו בעל חוב אית ביה משום ועשית הטוב וכו' דאין לו עליו אלא מעות והרי הן לך וכו' ע"ש בב"י שהביא דברי רש"י: נמצא דלא תקינו חז"ל דהדר' ארע' משום ועשית וכו' אלא לגבי בעל חוב דמתחי' לא נחית אדעתא דארעא אלא בשביל חוב ולזה תקנו רבנן שומא הדרא אבל הלוקח אדעתא דארעא נחית שיהיה הקרקע שלו ואיך יתקנו בזה שיחזיר לו הקרקע אלא מעתה אפי' אם מכרו רבנן דהיינו בית דין קרקע של לוה לאחר אמרינן שומא הדרא ובזה לקתה מדת הדין דאין קונה מטעם שומא הדרא גם מ"ש ואם באמת וכו' יפדנה בשומא א' מן הלוקח וירויח היתרון וכו' ואיך יקחנה בשומא הא' יאמר לו לאו טוב וישר דפסידנא וכו' דאפי' בעל חוב גופיה דלא נחית אדעתא דארעא אלא אדעתא דזוזי אמרינן דחייב לשלם לו כל מה שנתן מידו משום דאומר לו לא פסידנ' וכו' ומכ"ש דזבינה דאדעת' דארע' נחית: עוד כתב דהראיה שהביא מדברי המבי"ט וכו' דשאני התם דאיירי שהיתה שוה בשעת המכר יותר וכו' וסומך על ההטב' וכו' אך בנ"ד דשמוה בשיוויה ולא נשאר שום שיור ויתרון ביד המוקדם וכו' אם אח"ך ניתוסף בשומתה שהוקרה מהיכא נפקא לן שיעמוד בעל חוב בחריקיה לפדותה מיד המוקדם וכו' ע"כ: לכאורה נראה החילוק שחלק יש בו ממש אבל אבל כשתדוק אין בו ממש דאם איתא כדבריו דטעמו משום שנמכרה פחות משיוויה למה איצטריך לאפלוגי אם הטבה נכנסת תחת השעבוד דבעל חוב או לא ולהרב המבי"ט דאית ליה הטבה נכנסת תחת השעבוד ויכול בעל חוב לטרוף מהלוקח ואידך דפליג אינו יכול לטרוף אמאי יאמר לו בעל חוב הקרקע שוה יותר והוא מכרו בזול והו"ל כאילו מחל לו ביתרון והקרקע משועבד תחת ידו ואינו יכול למחול לו ומוציאין מתחת ידו כל מה שמחל לו היתרון כמ"ש מר"ן סימן פ"ו ראובן נושה בשמעון ושמעון בלוי אין שמעון יכול למחול ללוי משום דנשתעבד לראובן גם הכא יכול לומר לו מעיקרא בשעת המכר היה משוע' בידי ומכר לך בזול פחות משוויו ואינו יכול להפסידני מאחר דלית ליה נכסי בנ"ח ואמאי הוצרכו לטעמא אם הטבה נכנס' תחת שעבוד בעל חוב או לא אלא ודאי מיירי דנתייק' הקרקע והם דנים על היוקר ולכך הוצרכו אם אמרינן הטבה נכנסת תחת השעבוד או לא:ואם תאמר דמ"מ יש לחלק דמשום דמכרה בזול .

.

ולכך אפי' נתייקרה טורף גם היוקר מחמת שמכרה בזול זו לא יעלה על הדעת אם תאמר שאינה נכנס' תחת שעבוד בע"ח אם מכרה בשומת' ואם מכר' בזול טורף גם היוקר דגבי היוקר כמו שמכרה בשומת' או בזול שוה ואם תאמר דהטבה נכנס' תחת שעבוד ב"ח טורף ואם לאו אינו טורף: ועוד כתב והראיה שהביא מתשובת הריב"ש וכו' דשאני התם דהמלוה הלוהו ממונו וכו' וכיון דהלוהו וממונו בידו שפיר אמרינן דתביעת מלוה דידיה כתביעתו משא"ך בשומ' הדרא דלא שייר שום ממון ביד המוקדם וכו' ע"כ: ודבריו אלו אינם במדה ובמישור דגם הכא שייר בידו הקרקע כולו דלא נחית מעיקר' אלא אדעתא דזוזי אבל הקרקע חוזר לבעליו מתקנת חז"ל משום ועשית הישר וכו' ושפיר אמרי' ביה דתביע' מלוה דידיה כתביעתו ועדיפא מההיא דהריב"ש דהכא ליכא תנאה והתם התנה עמו דלא יפרע לו עד שיתבע הוא עצמו והוה אמינא דמועיל תנאו כדקי"ל אם קבע עמו זמן עם המלוה בע"חו אינו יכול לדחקו וליפרע ממנו קודם זמנו כי אם בהגעת זמן עי"ש סי' פ"ו קמ"לן דלא דמי דשאני התם דלא הגיע הזמן דגם המלו' גופיה אינו יכול לתובעו קודם זמנו ובע"ח לא עדיף מגברא דאתי מחמתיה אבל הכא דמלוה יכול לתובעו גם בעל חובו יכול לתובעו דכל זכות שיש ביד מלוה עצמו אותה זכות ביד בע"חו ואפי' במקום תנאי ומכ"ש הכא בשומ' הדרא דליכא שום תנאי ואותו זכות דשומא הדרא למלוה וליורשיו ישנה גם בבע"ח ומי שתופס ספר בידו יודה לדברים אלו דאין בהם נפתל ועקש והיא סברה נכונה ואמתי'.

ועוד כת' אך ממקו' אחר וכו' והוא שראיתי בס' הנז' גופיה וכו' יש מי שהורה דווקא אם משאירה לעצמו אבל אם רוצה למוכרה לאחר אינו חייב להחזירה וכו' ומצאתי כתוב בו שכמוהר"י אלמאליח מצא כתוב בספר חיים שאל בשם חז"ה כסברת יש מי שהורה וכו' וגם הח' הנז' הביא ראיה ממאי דפסק מרן שמו מן האשה ונשאת אין מחזירין וכו' משא"ך לפי מאי דכתב דהעיקר כסבר' יש מי שהורה א"כ נוכל לומר דאין הבע"ח מאוחר נכנס במקומו וכו' יע"ש: ולא ידעתי במה יודע איפה דהעיקר כסברת יש מי שהורה אם מפני העדאת הר"י אלמליח שאמר שראה בספר חי"ש בשם חז"ה יש מי שהורה מה ראיה משם דהיא עיקר בשביל שהביאו בספר חיים שאל דכך היא דרכה של תורה לקבץ כל הסברות בעלי הספר בין אליבא דהלכתא או לא ואיפשר דלא קבע הלכתא כסברת חז"ה ואת"ל שהביא דברי חז"ה להלכה דילמא הוא לדידהו דלא קבלו עלייהו הוראת מרן ואית להו בכל מידי דמוחזק יאמרו קים לי כפלוני אבל לדידן דקבלנו עלינו הוראותיו דמרן יש לדחות ולומר דאין ראיה מדברי חז"ה דהרא"ש אזיל לשטתיה דאית ליה דחייב לנעילת דלת בפני לווין ולכך פסק דאם נתייקרה אין המלוה מוחזק אלא בשומת היוקר כדי שלא תנעול דלת בפני לווין ולא חייש לרבית דאית ליה דהיא מכירה מעלייא ביד המלוה ואפשר דאית ליה דהמלוה מקרי מוחזק וברשותיה אייקר והוא נתבע ובעל הקרק' מקרי תובע וע"כ פסק אם רוצה למוכרה לאחר אינו חייב להחז' משום דסתמא מוכרה כדי להרויח בה דאל"ך מאי ריבותיה דהאי מהאי ומשום הכי פסק דאם רוצה למוכר' וכו' אינו מחזיר משום דיוקר' דיליה היא וברשותו הוקרה ויכול הוא למוכר' ולהרויח בה אם יבוא שום אחד וחפץ בה ולוקחה בתוס' משו' נעי"ד.

לאפוקי דעת מרן דפס' הילכת' כס' הרמב"ם דאית ליה דברשו' הלוה קיימא ונתייקרה ברשותו ואין למלוה אלא דמי חובו ודבר פשוט הוא דחוזר' ללוה אע"פ שרוצה למוכר' דברשו' קיימ' ולא בעי קניין אחר כדדייקי' מלשון מסלקי' אותו דמש' סילוק בלא קניין אחר לאפוקי הרא"ש דלא נקט בלשונו הזהב מסל"ל ואית ליה בעי קנין אחר: ולפי זה סברת יש מי שהורה וכו' היא דלא כהלכת' והאמת הוא כס' הרב זכות אבות דדחה דבריו באמת הבניין וחלק בין שומא הדרא למצרנות והוא חי' טוב וישר ועוד נראה לי לחלק עוד דשאני מצר' משום דהלוקח אדעתא דקרקע נחית ומקרי מוחזק כמ"ש שם בדיני מצרנות והמצרן הוא מקרי תובע ואמרינן ביה המוציא מחבירו עליו הראיה ואמרינן ליה דלא אמרו חז"ל אלא לעצמו כדי שיהיו שדותיו סמוכים דווקא ולא למוכרה לאחר ועליך להביא ראיה אבל בשומא הדרא הוא להפך שהמלוה הוא התובע לדעת מרן ויאמר לו הלוה עליך להביא ראיה דלא אמרו רז"ל ועשית הטוב וכו' כי אם להחזיר' לעצמו ולא למוכרה דהא ברשותיה קיימא ואין לו עליה אלא דמי חובו: ועוד במאי תלינן שומא הדרא לבע"ח מאוחר להא דאמרינן אין שומא למי שרוצה למוכרה ואי אמרי' דאם העיקר כמי יש מי שהורה וכו' דמשם ראיה דאין השו' הדר' לבע"ח מאוח' מי אמר לו דכך הוא דיכולני לומר דאפי' אם באמת נהיה הדבר הזה דכך היא סברת ספר חז"ה כמו שהעיד הר"י אלמאליח מ"מ יש לחל' ביניהם והרבה מרחק ביניה' דזיל בתר טעמא דאמרו חז"ל שומא הדר' משום הטוב והישר טעמייהו משום עגמת נפש שגבו ממנו קרקעו שלא כרצונו ע"י ב"ד משום בע"ח כמ"ש הע"ש עיין שם ומטעם זה אם היה ברצונו הטוב שהגבה קרקעו לב"ח לית ביה דינא דשומ' הדרא ולכך פסק בחז"ה דשומ' הדרה אם משיירה לעצמו משום עגמ"נ דהוא רוצה וחפץ בקרקעו ולא נתנה כי אם באונס דבי"ד דבע"ח אבל השתא דחזינן ליה שרוצה למוכרה גילה סופו על תחי' דלית ליה עגמת נפש וברצונו הטוב היה נותנה לבע"ח אפי' בלא אונס ובזה לא תקנו חז"ל שומא הדרא לאפוקי בע"ח מאוחר דשעבודו הוא והוא עומד במקום לוה דגם הרא"ש יודה לדבר זה: עוד נסתייע מדברי הר"י אלמליח שהביא ראיה ממה שפסק מר"ן שמו מן האשה ונשאת אין מחזירין וכו': ולא ידעתי היכא קאי אם לס' יש מי שהורה או לדינא דידן לבע"ח מאוחר ואין מכאן שום ראיה אם לס' יש מי שהורה דשאני שמו מן האשה ונשא' מטעם דכבר מכרה מקודם והוי כמו זבינה או אורתה וכו' האמור בש"ס אבל הכא עדיין לא מכרה אלא רוצה למוכר' אחר החזרה ומאי ראיה איכא.

ואי ראיה לב"ח מאוחר ליכא דשאני שמו לאשה דאין מחזיר לבעל משום דלוקח הוא אחר השומה ולא נשתעבד לו מקודם אבל בע"ח מאוחר הוא משוע' לו מקוד' וזה לדעת הרמב"סומר"ן אבל לדעת הרא"ש דווקא אם מתה ולהרמב"ם דאית ליה בלא מיתה משום דלוקח הוא אחר השומא ואם שמו ממנה אחר שנשאת והגיעה יד הבעל או היא מחזירין דשומא הדרא אפילו ללוקח כמ"ש בב"י סכ"ב יע"ש: עוד כתב ומידי דברי אזכיר מה שהרגשתי ע"ס הרא"ש וכו' שמוה לב"ח קמא ב"ק ואזל איהו וכו' דלאו דינא הוא דליפסיד וכו' ואמאי הוצרך להאי טעמא תפוק ליה דהרי הוקרה וכו' ואף ממלו' א' בעי ליתן לו דמי היוקר לדעת הרא"ש ושו"ר להרב או"ת שדקדק כן וכו' אך הרא"ש כתב כאשר יהיה האופן דטעו בי"ד ראשונים וכו' יע"ש: והנה לעת כזאת אין בידי ספר או"ת לעמוד ע"ד האמת כוונתו אלא דמ"מ אמאי הוצרך להעמיד דברי הרא"ש בטעיית

ב"ד בדבר דלא שכיח יתרץ אם הוזל אחר כך אחר השומא לזה אמר הרא"ש שיחזי' כמו ששמוה לו מתחי' אע"פ דעכשיו אינה שוה כשומ' הראשו' ששמוה לבע"ח שני מפני פסידה דבע"ח ולא אמרינן ועשית וכו' וכמ"ש ה"המ ע"ד רבינו שאם הוזלה אין כופין להחזירה אלא אם כן נותן לו שיעור חובו יע"ש: עוד כתב ואחרי אינה ה' לידי העתק כ"י מס' חז"ה להרא"ש ז"ל ומצאתי מבואר כדברי דאין בע"ח מאוחר יכול להוציא מיד המוקדם וכו' ותמהני איך נעלם זה מה' זכ"א וכו': ואני אומר דדבר זה לא נעלם מהרב זכ"א אלא דהרא"ש אזיל לשיטתיה דאית ליה דשומא לא הדרא אלא לבעל הקרקע ולא ללוקח דאין לו אלא מעותיו ויתבע למוכר אם יש לו במה לפרוע וגם אית ליה דהמלוה מקרי מוחזק ומכיר' מעלייא בשומא והכרזה ועשית הטוב וכו' אינו אלא לגבי בעלים ולכך אית ליה בבעל חוב מאוחר אינו יכול לטרוף מיד בע"ח מוקדם כמ"ש הרא"ש בלשונו דכיון שבא הקרקע ליד המוקדם בשומא והכרזה והחלטה הרי זה כמכר גמור ואין צריך להחזירו וכו' ע"ש נמצא דטעמו הוא דבע"ח מוקדם הוא מוחזק וליכא ועשית הטוב וכו' אלא לגבי בעלים אבל לגבי בע"ח ליכא ועשית וכו' דלית ליה אלא מעות יחזור על המוכר דומייא דלוקח מאחר דהיא מכירה מעלייא: אבל לדעת הרמב"ם ומר"ן דפסקי' כוותייהו ואית להו ועשית הטוב וכו' אפילו לגבי לוקח דשעבודו הוא ולא מקרייא מכיר' גמור' לגבי בעל חוב ואין לו אלא מעותיו ואדעתא דדמי ירד ולא אדעתא דארעא יכול בע"ח מאוחר ליקח אותה בעילוי: ולא ידעתי מאי האי דקאמר אך אכתי איכא לצדד דהרא"ש לשיט' אזיל דס"ל הוקרה צריך הלוה וכו' ע"כ ולא ידעתי מי תלה זה בזה גם בכאן יתן לו העילוי לב"ח המו' ואמאי קאמר אין שומעין לו: : עוד כתב ומדי דברי בזה וכו' ראיתי להרב או"ת וכו' כתבו דלוה שמכר קרקעו במנה ופרעו לב"ח מוקד' שהלוהו ק"ק חוזר וטורף מהלוקח בעד מנה שעדיין וכו' וה' שבות יעקב חלק בזה דכיון דדמי זבינא קבלם בחובו לא הדר טריף וכו' ותמהני איך לא זכר שר מהא דכתב הריטב"א ז"ל והביאו הב"י ז"ל ריש סימן קי"א ס"ה מ"ש בשטר שימכור הלוה נכסיו וכו' וזה שמכר נכסיו בפחו' ואין לו ממה לשלם וכו' מה שעשה אינו עשוי והמלוה טורף מהלוה וכו' ולא תועיל ערמתו ע"ש ואם באמת כדברי או"ת למ"ל להריטב"א לומר מטעם דזבין בפחו' תיפוק ליה אפי' זבין בשויו מצי הדר טריף ואולי י"ל וכו' דהריטב"א איירי שהב"ח קנו מידו וסילק שעבודו מעל נכסי הלוה אדעתא למוכרן ולהביא לו דמים וכו' וע"ז הוצרך לבטל מעשיו מטעם דמכר בפחות יע"ש ע"כ: ואני אומר דאין זה אלא דברי נביאו' דדברי הרי"טבא סתומים והיכא הוזכר הקנין אפילו ברמז: לכן נלע"ד דדברי הריטב"א המה ע"י תביעה דתבעו ב"ח לפרוע לו חובו ומכר ובא הלוקח עצמו ופרע בעד הלוה וניכר הדבר שהמעות המה דמי המכר של הקרקע ולכך הוצרך לטעם שמכרו בפחות אבל אם מכרו בשוויו אינו יכול לטרוף אבל נדון דה' או"ת וחתנו שהוא מכר הלוה לעצמו ואחר מכן הביא המעות למלוה והמעות אין בהם טביעות עין שהם דמי הקרקע דילמא הוציא דמי הקרקע בעניין אחר והמעות שפרע לו המה ממקום אחר ולכך יכול לטרוף מיד הלוקח וכך נראה מלשון שכתב דלוה שמכר קרקעו במנה ופרעו לב"ח דמשמע שהלוה הוא מכר מצד עצמו בלא תביעה ואחר מכן הביא המעות למלוה וכו' כנ"ל לחלק.

ויצ"מ ויראינו מתורתו נפלאות. אכי"ר: פרק כ"ג ה"י לפיכך אירע מעשה ביהודה שהוציאו עליו שני אחים ראובן ושמעון שטר א' מקויים כדחזי וז"ן השטר להיות אמת שעמד לב"ד שת"ת ה"ר פ' שהוא אפוטרופוס יתומי פ' וה"ר פ' וביד האפוטרופוס הנז' שט"א כ"וח ומבואר בו שהודה פ' הנז' שמופק' בידו איזה כלים של זהב ואבנים טובות בתורת פקדון והן מבו' אחת לאחת בשטר ההוא ומצאת כי תדרשנו ולפי שלא היו מצויים ביד הנפקד הנז' התכשי' הנז' מפני שחזר הוא והפקידם ביד אחר ואותו הנפקד הלך למדינה אחרת ונתחייב בח"וג להזמין התכשיטי' הנז' לתשלום שני חדשים בכח הק"ושח כראוי או ליתן דמי שוויים כאשר ישיתו עליו קרובי היתומים הנז' כמש"וח בשטר הנז' וכו' ולעת כזאת תבע האפוטרו' הנז' הנז' ליתן לו התכשי' הנז' או דמי שיווי' והנפק' הנזכר ביקש מלפנינו להרחיב לו זמן אחר שישלח ויביא התכשי' וכו' והרחבנו לו זמן על הדרך שיתב' בס"ד ובכן הע' ע"ע בק"ושח כראוי פ' הנז' והודה ה"ג וחייב ח"וג להזמין התכשי' הנז' מהיו' ולערב ראש חדש ניסן הבע"ל וליתנם ליד ה"ר פ' האפוטרופוס וכו' ואם באולי לא קיים שבוע' להזמין התכשי' הנז' וליתנם ליד האפוטרופ' הנז' מעכשיו חייב עצמו ח"וג בכח הק"ושת הנז' לתת ולפרוע ליד האפוטרופוס הנז' בדמי שווי התכשי' הנז' סך אלף דורוס די איספנייא לזכות היתומים בלי שום טענה שבעולם בכל אופן שיהיה.

והודה ע"כ מ"ש בשטר זה וכו' ובנאמנות גמו' ומפו' כשע"ך שהאמין להאפוט' ולב"ך עליו וע"כ בא"ך ע"כ עש"ז ובאחריו' גמור' וכו': והנה בעת"ה תבעו האחים הנזכ' ליהודה הנזכר בשטר השני הנז' שנתחייב בו שאם לא יזמין התכשיטים הנז' לזמן פ' מחוייב ליתן בדמי שוויים אלף דורוס כנז' באמרם אליו שאתה יהודה לא הזמנת התכשי' הנז' ביד האפוטרופוס הנז' בזמן הנז' וחייובא רמייא עלי' דידיה לפרוע לנו אלף דורוס בשביל שלא קיים תנאו.

ויהי כמשיב יהודה הנזכר להם שהתנאי שהתנה עם האפוטרופוס להזמין התכשי' לזמן פ' קיימתיו והזמנתים קודם הזמן הנז' ואולם היה העכוב מצדכם שלא נתתי התכשי' ביד האפוטרופוס לפי שבאו הקרובים הידועים לכם גם האם והפציר' בי עד בוש שלא ליתן התכשי' ביד האפוטרופוס שלא יפסידם ומקודם לזה היתה הקב"ע כתובה בידי לאמת דברי ואחר שבאתם אתם ולקחתם התכשי' שלכם והחזרתם לי שטר הראשון שנתחייב בו בתכשי' הנז' ונתארך הזמן יותר מדאי לא נזהרתי בק"עד שמוכח מינה ובה שהעיכוב הוא מצדכם ועוד שבשעת שלקח' התכשי' הנז' מחל לי ראובן ואמר לי מחלתי לך מחי' גמו' ולא נשאר בינינו ובינך שום דבר ודין ותביעה ויען ראובן ושמעון הנזכ' ויאמרו שהכל דברי שקר והבל ורעות רוח והעי' בא ממנו והאמת שלא הזמין התכשי' בזמן התנאי ואני סמכתי על שטרי ולא נזכר שום מחי' כ"א לקחנו התכשי' בשתיקה ושמעון הוסיף על השמוע' באומרו שאני לא נזדמנתי עם ראובן אחי בשעת חזרת השט' ולא מחלתי לך ורשאי אדם לחבול בעצמו ולא לחבול באחרים ואחר שגדלה צעקתם עד לב השמים נפשם לשאול הגיעה להגיד להם את דבר המשפט יורינו המור' לצדקה ושכמ"ה: וזאת תשובתי בריש כל אתוון איתא בדברי רבינו הטור סי' מ"א וכתב א"א הרא"ש אין לב"ד לכתוב העתק' שום שטר אם לא שיראו שיש בו שום צורך כההיא דנמ' שטר חובו.

ואם כתבו לאדם טופס שטר ובא לפני בית דין אין בית דין גובין בו עד שיוציא גוף השטר אם לא כתבו בו טעם למה עשו שטר אחר כי ההיא דנמחק שטר חובו או כגון דידוע לעדים שנאבד וכו' ופסקה מר"ן בסי' הנז' כלשונו ממש יע"ש: והנה מדנקט בלשונו הזהב כי ההיא דנמחק שטר חובו או כגון שידוע לעדים וכו' כגון שנשרף וכו' משמע דוקא כדנא דליכא למיחש עוד לשטר הא' וליכ' חשש' עוד שיגבה ויחזור ויגבה אבל לצורך אחר כגון אם כתבו שטר אחר לתוס' שום דבר על שטר הראשון אין כותבין דחיישינן שמא יגבה ויחזור ויגבה ואם טעו וכתבו אחר אין בית דין גובין בו עד שיוציא גוף השטר הראשון והש' השני פסול ואין גובה בו כמ"ש מר"ן בסעי' הראשון על שטר שנמחק אם לא כתבו בשטר הב' קרענו שטר א' הרי השטר השני פסול דחיישינן שמא ילך לבית דין אחר ויעשו לו קיום אחר ויגבה ויחזור ויגבה ע"ש: וכתב הס"מע ז"ל ס"ק י"א וז"ל והוא דצריך לכתוב בשטר וכו' ואע"ג דלא חיישינן לב"ד טועי' חיישינן לשכחה יע"ש.

משמע מדבריו דאם לא כתבו בפי' כן מסתמא אמרינן דלא קרעו שטר ראשון ושכחו בית דין דחיישינן לשכחה ועיין בס"מע ס"ק כ"א: וכן מצאנו ראינו למר"ן ז"ל בש"ס צ"ח שכתב כל אדרכתא שאין כתוב בה קרענו לשטר הלוואה אינה אדרכת' וכל טרפא שאין כתוב בה קרענו לאדרכת' אינה טרפא יע"ש.

ונתן הס"מע ז"ל טעם לשבח ס"ק כ"ד דשמא שכחו הב"ד בידו השטר חוב וילך לבית דין אחר ויבקש מהן אדרכתא על שדה אחר ויגבה ויחזור ויגבה יע"ש: וא"ת דאמאי תקנו חז"ל דלא יגבה בטופס עד שיוציא גוף השטר משום דחיישינן שמא יטרוף שלא כדין דיגבה ויחזור ויגבה ויאמרו לן דיגבה בטופס ויכתוב לו שובר דאנן קי"לן דכותבין שובר כמ"ש מר"ן בסנ"ד ס"ב וז"ל הבא ליפרע חובו ואמר נאבד לי השטר ה"ז יכתו' לו שובר ויפרע לו כל חובו יע"ש וי"ל דחיי' שמא יוציא גוף שטר ראשון ויגבה בו תחי' והלוה אינו נזהר בשטרו דלא אסיק אדעתיה דיש לו עוד הטופס ולכך תקנו חז"ל דלא יגבה בטופס אפילו אם יוציאהו תחי' דיש לו תקון שיכתוב לו שובר עד שיוציא גוף השטר ועיין בב' וכן כתב הסמ"ע ס"ק כ"ד בהך דאם הלוה במד"ה יע"ש: אבל גבי מי שאבד שטרו ס"ק כ"א לא כתב כן וז"ל ואם טעו בית דין או מאן דהוא וכתבו לו טופס ולא כתבו לו בו משום צורך כתבוהו דלא יגבה וכו' דחיי' שהוא עדין בידו ויחזור לגבות ג"כ בו ע"כ משמע מדבריו דאף כשיוציא הטופס תחי' חיי' שמא יוציא אחר כך גוף השטר ויגבה גם כן בו ודוחק לומר דמאי דקאמר ויחזור לגבו' גם כן בו קאי אטופס דאין הלשון משמע כן דקאי אגוף אשטר: ואפשר לומר דהכא גבי מי שאבד שטרו כותבין הטופס בלשון שטר דלא משמע מיניה שהוא טו' ואחר מכן נודע לבית דין מאיזה סיבה שהוא טופס וכו' במקום שטר שנאבד ולא אסיק אדעתי' דשמא ימצא השטר שנאבד כדי שיכתוב השובר ולכך אפי' יוציא הטופס ראשון חיי' דשמא עדיין גוף השטר בידו ויגבה גם כן בו משום דלא מינכרא מילתא אבל לעיל מפורש בטופס שהוא טופס כגון שכתבו בו טופס שטר שרצו בעליו לשלחו וכו' דליכא חששא אלא אם יוציא גוף השטר ראשון ואחר כך יוציא הטופס: המורם מכל הני מילי מעלייתא דהיכא דחיישינן שמא יגבה ויחזו' ויגבה לא מגבינן בשטר שני עד שיוציא גוף השטר הראשון ואפילו מפורש בשטר

שני שעדיין השטר הראשון קיים אינו יכול לגבות בשטר שני ויאמר לו תן חובי ועלי רמי לכתוב לך שובר.

משום דחיישינן שמא יוציא השטר הראשון ויגבה בו ואחר כך יוציא השטר השני ולכך אפילו אם יוציא הטופס ראשון לא מגבינן: וכמו שכתב מור"ם בסימן הנז' ס"ג וז"ל וכל שטר שמטפ מעתי' אותו אות באות משטר ראשון וכו' יע"ש. וכתב עליו הס"מע ס"ק כ"ז דברים הללו אי אפש' להולמן אם לא שתגיהם וכו' וה"פ וכל שטר ר"ל אפילו שטר מתנה ומכר שיש בהם אחרי' דאין מטפסי אותו משום דיגבה ויחזור ויגבה דוקא כשמט' אותו בלשון שטר גמור ואין נראה ממנו שהראשון עדיין קיים.

אבל כשמט' אותו אות באות אז נראה ממנו ששטר הא' עדיין קיים ולא יגבו בו שום ב"ד עד שיוציא גוף השטר ע"ש: הרי מפורש יוצא מדבריו דאף ע"פ דניכר משטר השני דהראשון עדיין קיים לא יגבה בשני עד שיוציא גוף השטר הראשון מטעמא דכתיבנא. והחי' שיש אם מפו' בשטר שני שעדיין שטר הראשון קיים למי שאינו ניכר בו שעדיין הראשון קיים.

הוא לענין אם יכולין לכתוב או לא דאם אינו ניכר בשטר שני שעדיין שטר ראשון קיים אין כותבים ואם כתב עוב' על דברי חז"ל אבל אם ניכר כותבין שטר שני: וא"ת דמאי הועילו בהטפסה זו הוא לענין דלא יכול לומר לה"דמ דהטופס מכחישו אבל אמאמר פרעתיך בשטר ראשון נאמן דאם לא כן יגבה ויחזור ויגבה ומה הועילו חז"ל בתקנת': וכן מצאתי ראיתי כתוב להרב בעל או"ת ז"ל בס"ק כ"ח בסי' הנז' וז"ל ודברי הס"מע סתומים קצת דודאי מהני על גוף השד' שנתן במתנה או במכירה וכו' וכן בהלוואה נותנים לו ההעתק' דודאי אם טוען פרעתי והחזרתי לו גוף השטר נאמן דאל"ך יגבה ויחזור ויגבה.

רק אם טוען להד"מ אינו נאמן דהרי העתקה לפניך יע"ש: א"כ יוצא לנ"ד דאפילו מפורש בשטר שני שעדיין השטר הראשון קיים אינו יכול לגבות בשטר שני עד שיוציא שטר הראשון ויכול לטעון עליו פרעתיך בשטר הראשון או מחלת לי ואינו יכול לומר שטרא דידך בידי מאי בעי משום שאינו חושש להניחו בידו כיון שאינו שטר גמור בפ"ע כמ"ש מר"ן בסי' ס"ט ס"ב על כת"י וז"ל אבל אם טען פרעתי נאמן בשבועה ואינו יכול לומר שטרא דידך בידי מאי בעי יע"ש: אלא דעדיין יד הדוחה נטויה לדחות ולומר דשאני נדון דידן דהלוה כתב לעצמו דרשאי אדם לחבול בעצמו ואע"פ דאיכא חששא דשמא יגבה ויחזור לית לן בה והשטר קיים ולא אמרו חז"ל אין כותבין היינו בלי ידיעת הלוה כמ"ש הש"ך בסי' הנז' ס"ק י"א יע"ש: ועוד סייעתא לדברינו אלה מדברי רבינו הטור סי' ר"מ ופסקו מר"ן בקצר בסי' הנז' וז"ל ש"ש היוצאים על שדה אחת בשם קונה אחד ואין זמנם שוה אם הראשון מכר וכו' לא בטל השני את הראשון וכו' ועוד כתב בס"ב היו ש"ש במכר אם הוסיפו בשני כלום הרי הראשון קיים וכו' וכתב הס"מע סק"ז בשם רבינו הטור דגובה התוס' מזמן השני והעיקר מזמן הראשון ע"כ יע"ש: וקשה מאי שנא הכא משטר הטפסה ושטר העתקה ואדרכתא דאמרינן דלא יגבה בשני עד שיוציא הראשון והשני יחידי פסול ולא יגבה בו דחיי' שמא יגבה ויחזור וכו' גם הכא במכר איכא חששא דשמא יגבה וכו' והול"ל שטר שני פסול ומאי קאמר דלא בטל השני את

הראשון דמשמע דכחו עדיף והוה אמרינן דיבטל השני את הראשון קמ"לן דלא: וליכא למימר דאינו מפורש בו אחריות דאנן קי"לן דאחריות ט"ס גם במכר כמו בהלואה וכן לא אמרי' דפירש בו דאין עליו אחריות דהא קאמ' דיגבה העיקר מזמן הראשון והתוס' מזמן השני.

אלא מוכרח אתה לומר דלחלק יצתה והכא שאני דברשות הלוה והמוכר כתבי' ולא חיישינן דשמא יגבה ויחזור דרשאי אדם לחבול בעצמו ואע"פ דאיכא חששא דשמא יעשה הלוקח קנונייא עם הנגזל כמ"ש הס"מע והש"ך בשם הש"ס והרמב"ם יע"ש בסי' מ"א ס"ק י"ד בס"מע ובש"ך סק"י ד"ה לית לן בה: אלא שהיה לבי נוקפי בתירוץ זה דאע"פ דאית לן רשאי אדם לחבול בעצמו מ"מ אינו רשאי לחבול באחרים ועדין איכא חששא דלקוחות וטורף שלא כדין כנז' שיעשה קנונייא עם הנגזל וכל זה היה נראה לי מסברא: והשקפתי השקפ' לטובה וראיתי להרב מש"למ ז"ל פכ"ג דלוה ומלוה והביא דבריו הרב מ"א ז"ל וז"ל כתב הר"יבש ז"ל דאף דנימא בהטפסא נמי צריך שיאמרו בפי' בלא אחריות אם היה ברצון המתחייב כותבין והקשה עליו הרב מש"למ ולדבריו הא דאמרינן דאין כותבין וחוזרין וכותבין הוא שלא מדעת המתחיי' אבל מדעתו כותבין וחוזרין ואף דאיכא פסידא דלקוחות דטריף והדר טריף ודין זה פלא הוא בעיני שיהיה בידו להזיק ללקוחות והרי גבי נאמנות אצל לקוחות כמה דיות משתפכות אי מהני וצ"ע עכ"ל: והרב בי"א ז"ל תירץ וז"ל ונ"ל דודאי בשטר מכר אין כותבין וחוזרין וכותבין אפילו מדעת המתחייב משום דמטי פסידא ללקו' וכו' אבל בנדון דידן דהר"בש דאין שני שטרות ביד אחד אלא ההטפסא היא ביד ראובן והשטר העיקרי הוא ביד שמעון לא הוי בריא הזיקא יע"ש דבריו באורך הרי מפורש יוצא דחיי' לפסיד' דלקוחות ואם כן נחזור לקושיתו הראשונה בשני שטרות על המכר: ואשר אני אחזה לי לתרץ קושיא זו הוא באשר יש לי לחלק ולומר דלא אמרו חז"ל דאין כותבין וחוזרין וכותבין כמ"ש בשטר הטפסא וכו' וכן בשטר מכירה דאית לן דאין כותבין שני שטרות על שדה אחת כמ"ש הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה פכ"ג ואם כתבו השטר השני פסול ואין גובין בו היינו במקום דידיע לעדי' שכבר נכתב על הלואה זו או על שדה זו שטר א' ורצה להוסיף עוד שטר אחר כמו הכא בהטפסא או באדרכתא וכן בשטר מכר אם בא הלוקח לכתוב לו שטר דאית לן אין כותבין ללוקח בלא מוכר וחיישינן שמא כתב וחוזר לכתוב מאחר דראינו מוחזק בשדה ורוצה לכתוב השטר.

ולכך קנסינן להו דאם עברו על דברי חז"ל וכתבו שטר אחר פסול ואין גובין בו עד שיוציא השטר הראשון ואפילו כתבו בידיעת הלוה או המוכר מאחר דידעי דכבר נכת' שט"א אין כותבין עוד ואפי' אם יאמרו דנאבד לא שמעינן להו דחיישינן שמא יגבה בו וכו' אבל במקום דלא ידעי העדים כמו הכא בלוקח אחד שהוציא שני שטרות דפסק מר"ן בסי' ר"ם דהרי אית לן דכותבין שטר למוכר אע"פ שאין הלוקח עמו והלך המוכר לשני כתי עדים וכל כת כתבו לו שטר מכירה דאלו לא ידעי באלו כותבין דאם לא כן לעולם אין כותבין שטר מכירה דחי' שמא כתב כבר עד שיוציא כרוז ויכריזו אם כתב שום שטר על מכירה זו או על הלואה זו וזה דבר תימא הוא: וכן מצינו דפסק מר"ן בה' גבית מלוה וז"ל ראובן שהוציא על שמעון שני שטרות בסכום אחד וכזמן אחד גובה שניהם ולא אמרינן על מלוה א' נעשו שניהם.

אלא דיש חילוק בין שטר מכר לשטר הלואה דבשטרי הלואה אפילו כת אחת כתבו שניהם גובין בהם דאמרי' מלוה אחרת היא ולא ידעי העדים אבל בשטר מכירה דוקא בשתי כתי עדים: א"נ אפילו כת אחת במכירה נמי דליכא היכירא דיכול לומר דחזרתי ולקחתיה ממנו ועכשיו אני חוזר ומוכרה לו אבל היכא דידעי לא כתבינן אפילו ברשות לוה: תדע דהא בש"ס פ' גט פשוט דף קס"ח ע"ב איתא וז"ל הנהו ערבאי דהוו קא אנסי ארעתא דאינשי אתו מרוותייהו לקמיה דאביי אמרו ליה ליחזי מר שטרי ולכתוב לן מר שטרא אחרינא עליה דאי מיתניס חד נקטינן חד בידן אמ"ל מה אעביד לכו דאמר רב ספרא אין כותבין שני שטרות ע"ש אחת יע"ש הרי מוכחמש"ס דאלוקח קאי ונתן טעם לשבח משום דחיישינן לקנונייא עם הנגזל כנז' וכדנא לא שייך אלא בלוקח ולא במוכר כנלע"ד: חזרנו על הראשונות לדברי הש"ך שכתב בסק"יא ד"ה ואפילו נאבדו בעדים אין כותבין וכו' ואם כן גם מ"ש הב' וז"ל ובשטר הלואה אין לכתו' טופס וכו' דאפי' כותבין שובר חיישינן שמא ימצא שטר הראשון ויגבה בו תחי' ולא יכריחוהו בית דין לכתוב שובר כיון שנותן לו שטרו ואח"כ בבי"ד אחר יוציא טופס וכו' ליתא דאם כן תקשה הא דאמרינן בכתובות וליחוש דילמא מפקח עדי הינומא בהאי בי דינא וגבייא והדר מפקא כתובה וגבייא אמ"ר אבהו זאת אומרת כותבין שובר.

ואכתי ניחוש דילמא תמצא הכתובה תחילה אלא ודאי כשיוציא הבעל אח"ך גוף הכתובה שוב לא תוכל לגבות ואח"המ מכ"תר אגב חורפיה לא דק דהרי כשפרע לה ע"י כתובה אפילו אם אח"ך תוצא עדי הינומא לא גבייא בהו משום דיכול לומר לה פרעתיך בשטר כתובה וקרעתו ולא חיישינן כ"א שתוציא עדי הינומא ואחר כך תוציא הכתובה וכן מצאתי ראיתי להרב או"ת שהשיג עליו וכתב כמ"ש בעניי וכן כתב הר' ב"א ז"ל יע"ש גם מ"ש בין ידיעת הלוה או לא כבר דחו דבריו הרבנים הנזכרים משום דלא נתנו חז"ל דבריהם לשיעורים ובמקום דגזרו לא חילקו ועוד טעמי אחריני דברים המתיישבים על לב השומע יע"ש דב"א: סוף דבר כל מקום דאיכא חששא דפסידא דיורשים ולקו' לא מגבינן בהאי שטרא ואפילו נכתב מדעת הלוה או המוכר משום דרשאי אדם לחבול בעצמו ולא באחריני ויכול לומר פרעתי עד שיוציא שטר הא': ולא עוד אלא אפילו כתוב בש"ש נאמנות גמורה כש"ד כשרים יכול לטעון עליו פרעתי עד שיוציא גוף השטר הראשון דמאחר דהשטר חספא בעלמ' ואין יכול לגבות בו גם הנאמנות אינה מועלת דאל"ך מה הועילו חז"ל בתקנתם יכתוב בו נאמנות ויגבה ויחזור ויגבה וכן מצינו ראינו למר"ן בשלחנו הטהור בסי' ס"ה ס"ו וז"ל המוציא שטר חוב אע"פ שיש בו נאמנות אפילו תוך זמנו וכו' לא יחזיר דחיישינן לפירעון ולקנונייא גם בנ"ד מאחר דחז"ל הורעו כח שט"ז ואמרו דאין גובין בו דשמא יגבה ויחזור ויגבה ואיכא פסידא דיורשים ולקוחות הורע כוחו גם לענין הנאמנות ויכול לטעון עליו פרעתי: ואין להקשות דנ"ד הוא שטר פקדון ועוד דיש בו נאמנו' גמורה ולית ביה פסיד' דיורשין ולקוחו' דאנן טענינן להו דנגנבו ונאבדו ולגבות ממנו הוא גופיה לא חיישינן דמדעתו נכתבו.

ז"א דלא טענינן ליתמי מלתא דלא שכיחא כמו גניבה ואבידה מאחר דאיכא נאמנות בשטר ואינו יכול לטעון החזרתים כמ"ש מר"ן בסי' ק"ח ס"ד דהיכא דאיכא נאמנות בשטר ואינו יכול לטעון פרעתי לא טענינן נאנסו משום מילתא דלא שכיחא יע"ש וטענת נגנבו ונאבדו דומייא דנאנסו דגם היא לא שכיחא וכל זה כתבתי מסברא דנפשאי משום

דקחזי' דגניבה ואבידה לה שכיחא כמו בנאנסו אלא שהיה לבי נוקפי מאחר שלא ראיתי הדבר מפורש בדברי חז"ל: והבינותי בספרים וראיתי להרב א"ות ז"ל סימן ק"ח בסק"ה שכתב כמ"ש בעניותי והביא מחלוקת הפוס' והעלה לדינא דאנן טענינן להם כמו בנאנסו משום מלתא דלא שכיחא: ואע"פ דהס"מע כתב בסימן ע"ב ס"ק צ"ד וז"ל ודוקא לענין גניבה ואבידה שהוא מלתא דשכיחא דמשמע הפך דברינו זה דבריו ז"ל שגבו ממני והוא הפך דברי המחבר מר"ן בסימן רצ"א יע"ש כמ"ש הש"ך עליו יע"ש ודבריו צריכים.

עיון וגם הרב א"ות דעתו כדעת הש"ך ופי' דברי מר"ן דכתבו נאנסו ולא נקט ג"ואב משום דאית ליה דשומר על המשכון מקרי ש"ש ולא נפטר כ"א בטענת אונס כדברי הש"ך ותמיהא לי על הרב דאמאי לא הזכיר דברי הס"מע כלל והעלים עיניו מדבריו שלא כמנהגו הטוב בכל מקום: ואפילו היא מחלוקת הפוסקי' גדולה הכרעה שהכריע הרב א"ות בראייות עצומות גם אחרון הכביד ואלימא החזקה דאוקי ממונא בחזקת מריה.

ואמרינן דהורע כחו שלא לגבות גם מיניה וביה אע"פ שנכתב מדעתו אם טען עליו פרעתי עד שיוציא שטר הראשון דקנסא דחז"ל משום פסידא דלקוחות זה מה שנלע"ד בדינא לגבי האח הגדול: ואבוא היום אל העין אנה יהיה משפט אחיו הקטן ממנו דודאי מה שטען הנפקד דאחיו הגדול מחל לו בכל התביעות שיש לו עליו אינה טענה ולא מהני המחי' שמחל לו אלא לגבי חלקו ולא בחלק אחיו כמ"ש מר"ן בסימן ע"ז ס"ז וז"ל אחד שלוה משנים ומחל אחד מהם כל החוב אין חלק חבירו מחול אפילו שניהם כתובים בשטר וכן פסק בסי' שפ"ח בשות' שאנסו השר ופטרו פטור אבל אם פטרו מדעתו חייב יע"ש.

ובנדון זה מקרי חוב מאחר שלא קיים תנאו בזמנו נעשה עליו חוב ולא מהני מחילה אלא בחלקו: ואע"פ דהש"ך חלק ואמר דמהני מחי' גם בחלק חבירו יודה בנ"ד דלא מהני מאחר דאחיו הגדול צעק ככרו' דלא מחל כלל ונתן לו שטר הראשון בשתיקה והוא סומך על השטר השני אבל חלקו מהני אפילו אומר עכשיו דלא מחל בשבו' מידי דהוה תביעה על פה דהשטר שנשאר בידו חספא בעלמא מאחר שלא הוציא השטר הראשון: אבל הטענה שטען שהחזירם בזמן הועד טענה אלימתא גם לגבי אחיו הקטן מאחר דהוחזר השטר הראשון ליד הנפקד ושטר השני הורעו כוחו חז"ל ואמרו אין גובין בו ולא רציתי להאריך יותר זה משנל"עד ויצי"מ ויראנו מתורתו נפלאות אכ"יר: פרק ט' הי"ב מי שבלה שטר חובו והרי הוא הולך לימחק מעמיד עליו עדים וכו' והם עושים לו קיום אבל עדי השטר עצמן אין כותבין לו שטר אחר אע"פ שנמחק בפניה' אבל באין לב"ד וב"ד עושים לו קיום ע"כ.

א"ה כאן מצאתי האחת אהובה תשובה אחת להרב המחבר זצוק"ל אשר במאמרו ברא שחקים שוחק וזורה לרוח דברי מי שכנגדו. ברם דא עקא שהש"ות של הרב שכנגדו נאבדה וחבל על דאבדין וכו' ומתוך תשובת הרב המחבר יובן הכל וה' ימלא חסרונינו): : ראיתי כל דברי השאלה הזאת ואת אשר נגזר עליה מאת החכם הפוסק הנז' דקא פסיק ותני שיורשי הר"י הנז' אית להו דין קדימה על שטר המזונות של מהר"ש הנז' שזכה בו כמה שנים והשמיטה החכמהפוסק הנז' ולא הזכיר בלשונו דבר זה מקנין הקרקע: הנז'

וחסורי מחסרא והכי קתני שהקרקע הנז' הוא לקוח ביד מהר"ש הנז' בפרעון חוב המזונות הנז' שזכה בו מהר"ש הנז' בכתו"מ מאת הרמ"ך נ"ע ועכשיו רצו יורשי הר' הנז' לטרוף הקרקע הנז' מיד הר"ש הנז' וכך העלה להלכה הח' הפוסק הנז' ולא כן אנכי עמדי.

ואני בעוניי אומר ששטר המזונות הנז' הוא המוקדם לשטר הר"י הנז' וזכה מהר"ש הנז' בהקרן הנז' והראיות שהביא מהמבי"ט וחכמי המערב ז"ל אין בהם כדי שביעה לטרו' הקרקע מיד הלקוחות בראיות רעועות דאין להם על מה שיסמוכו ותחי' אני מביא ראיה לעיק' הדין שהשט' של הר"י הנז' מקרי מוקדם ואח"ך אני מביא ראיות לסתור ראיותיו: וזה החלי בס"ד איתא בדברי רבינו הרמב"ם בפרק כ"ג מהלכות מלוה הי"ב וז"ל מי שבלה שטר חובו וכו' מעמיד עליו עדים ובה לבי"ד והם עושים לו קיום אבל עידי השטר עצמן אין כותבין לו שטר אח' וכו' אבל באים לבי"ד והם עושים לו קיום כיצד מקיימין כותבין שטר אחר ואם כתבו והוזקקנו לעדותם של עדים ונמצא' מכוונת גובין בשטר זה שכתבו לו וכו' וא"ל צריך להביא ראיה על עדים הראשונים עד שתתקיים עדותן ע"כ ופסקה מרן בקצר סימן מ"א כלשון רבי' בלתי תוס"ומ יע"ש וכתב הסמ"ע סימן ק"ח ד"ה והוזקקנו לעדות' וכו' פי' בין שהעידו העדי' עצמם על חתימת' בין שהעידו אחרים עליהם וכו' ובס"ק ט' וז"ל ודייקו בלשונם שלא כתבו עד שתתקיים חתימה אלא שתתקיים עדותם ר"ל עד שתתקיים כל העדות הכתובה בשטר אע"פ שהעדים הראשונים באו ואמרו שחתמו על זה השטר והיה כתוב בו כ"וך וכו' שאני היכא שכבר בלה השטר לפנינו והיא כעדות חדשה שבאו להעיד לפני ב"ד בע"פ שצריך ב"ד לחקור לכל אחד ואחד ומ"ה כתב המ"ח כל שלא נכתב בקיום שחקרו ועמדו על דבריהם הרי הקיום כאלו אינו עד שיביא ראיה מהעדים הראשוני' ותתקיים עדותן שכן היה מעשה ואז מועיל הקיום לגבו' בו ממשעבדי ושלא יוכל לומר פרעתי וכ"ש אם היה הקיום נעשה ע"י עדים אחרים שאף שאמרו שמכירין החתימות וגם ראו מה שכתוב בשטר מ"מ צריכין ד"וח ע"כ מה שכתוב בו כיון שאין השטר לפנינו ע"כ יע"ש: הנה הסמ"ע שלא פי' דבריו על מה שכתב מ"מ צריכין דר"וח ע"כ מה שכתוב בו וכו' אם קאי אעידי הקיום או אעידי השטר הראשוני' והסברא נראית וכך הוא האמת דקאי אעידי השטר הראשונים דלא גרעי אם נתקיים השטר ע"פ עדים הראשונים דאמרי' כל שלא נכתב בשטר שחקרו ועמדו על דבריהם הרי הקיום כאילו אינו מאם נתקיי' ע"פ עדים אחרי' ואתייא במכ"ש וכן משמע מלשון הסמ"ע דכתב וכ"ש אם הקיו' נעשה ע"פ עדים וכו' משמע דהקיום שנעשה ע"פ עדים אחרים מגרע גרע מהקיום הנעשה ע"פ עדים הראשוני' וכוונתו לומר אם עידי השטר גופייהו שקיימו השטר ואומרי' שכ"וך כתוב בתוכו ואעפ"כ צריכין בי"ד לכתוב בקיום והוזקקנו וכו' מכ"ש אם נתקיים השט' ע"פ עדים אחרים דצריכי ב"ד לכתוב והוזקקנו דזיל בתר טעמא מאחר דהשטר הראשון כבר חלף הלך לו ומקרי עדות חדשה ואתייא במכ"ש אם נתקיים ע"פ עדים אחריני וכן משמע מדברי ה"המ בפ' הנז' וז"ל ופי' כך מי שנמחק וכו' ואח"ך בא לב"ד עם העדים שראוהו.

עתה או עם השטר אם עדין רשומו ניכר והן עושין לו קיום וכו' ובכל זמן אין אנו צריכין לעידי השטר כלל ולפיכך אם כתבו הב"ד שעידי השטר באו לפניהם וחקרנום ונמצאת עדותם מכוונת גובה וכו' הרי מפור' מדברי הרב המגיד דהקיום שנעשה ע"י עדים אחרים

לא מקרי קיום לגבות בו ממשעבדי עד שיבואו עדים לפני ב"ד ויכתבו בשטר הקיום חקרנו עדותם ונמצאת מכוונת ולא מהני חקירת עידי הקיום ועוד דאם נפרש בדברי הסמ"ע דקאמר מ"מ צריכין ד"וח ע"כ מאי שכתוב וכו' וצריכין בי"ד לכתוב כך בקיום ואם לא כתבו כך צריכין להביא ראיה וכו' תקשה והא ב"ד טועין לא חיישינן ואמרי' ודאי בי"ד חק"וד דבדבר זה סתר ה"המ דברי הראב"ד שפי' והוזקקו לעדותם וכו' קאי לעידי הקיום ודחה דבריו דלבי"ד טועין לא חיישינן ומסתמא אמרינן דח"וד משא"כ לסברתם דאית להו דמאי דקאמ' במתני' והוזקקנו לעדותם קאי אעידי השטר לא אמרי' לב"ד טועין לא חיישינן דזה מקרי עדות אחרת מאחר דהשטר בלה ואבד מיקרי עדות חדשה וצריך ד"וח כמ"ש הסמ"ע ועדי הקיום מעידים על השטר שהוא מקויים ואינו מזוייף ובהצטרף שניהם גובה בו ממשעבדי ואינו.

יכול לומר פרעתי וכן מצאתי און לי דבריו מפורשים. בפרישה ודרישה והובאו בספר בית אברהם בסי' הנז' ר"ל שהוזקקנו לעדות עדים ראשונים החתומים בשטר ולעדות אחרונים המכירים החתימות של הראשונים ונמצאו מכוונים אז השטר מקויים וגובה ממשעבדי ואם לא כתבו כן וכו' הרי מפורש יוצא בדבריו דמאי דכתב כאן צריכין ד"וח על כל מה שכתו' בשטר לא קאי אעידי הקיום אלא אעידי השטר: : ואחרי כותבי חפשתי בספרי האחרונים וראיתי לה' א"ות בספרו שנראה מדבריו שהבין בדברי הסמ"ע דכתב דבעי ד"וח על כל מה שכתוב בשט' דקאי אעידי הקיו' וז"ל ואם אין עידי שטר מעידי' רק עדים אחרים על כת"י העדים דכתב הסמ"ע דבעי ד"וח לעד"נ כי דעת התוס' ורשב"ם והרמב"ם בנמחק לא סמכינן על עדים אחרים המקיימים חתי' אם לא שבאים העדים בעצמם ומעידים על גוף ההלואה דכך היא הלואה רק לא ידעו אי השטר נמחק וכו' יע"ש נר' דהבין בדברי הסמ"ע הפך ידיעתי' והעמיד הוא להלכה דאם נתקיים השטר ע"י העדים הראשונים אינם צריכין ד"וח דעל המנה היו מעידין כמ"ש הרמב"ם ומוכרח שיבררו דבריהם שכ"וך היה המעשה כולו והיינו ד"וח ואם עדים אחרים מעידין על הקיום לא מהני אם לא שבאים העדים בעצמם ומעידין על גוף ההלואה וכן הוא דעת הט"ז ז"ל נמצא לכל הדעות לא מקרי שטר הב' קיומו של ראשון ועומד במקומו לגבו' בו ממשעבדי ואינו יכול לומר פרעתי עד שיכתבו הב"ד והוזקקנו לעדותם של עידי השט' הראשון שיעידו על גוף ההלואה ואם לא כתבו כן הו"ל כשטר שאינו מקויים עד שיבואו עידי השטר ויעידו ואפי' לפי דעת הר' או"ת שהבין דברי הסמ"ע דקאי אעידי הקיום מ"מ גם אגבייהו מצריכי' לכתוב בשטר והוזקקנו לעדותם וגם יזכיר בו' מעניינא דשט' הראשון דזהו קיומו כדמשמ' מלשון ה"המ וז"ל והן עושין לו קיומו שמזכירין הדברים שהיו בשטר עם הזכרת עדיו יע"ש ומה גם לעניותינו דדעת הסמ"עהוא דגם בשאר עדים המקיימים צריכין לעידי השטר ועלייהו קאי במתני' והוזקקנו כמ"ש דעתו בפו"ד ואישתמיט מה' א"ות דברי הפ"וד וכן הוא דעת ה"המ ובכ"מ מצינו למר"ן אזיל בשטתיה כדברי רבי' הרמב"ם וראי' דדברי הסמ"ע כדברי מר"ן המה כדע' הר' המגיד כדרכו בכל מקום דון מינה ואוקי באתרין דבשטר דידן דאנו דנין עליו מאחר שלא נכתב בו מעניינו דשטר הא' וגם הוזקקנו וכו' לא מיקרי עומד במקום השטר הראשון וגובה בו ממשעבדי ואע"פ שכתוב בו מפאת העיסקא דבדבר כזה אינו מעלה ואינו מוריד דכך היא דרכה של תורה כשכותבין השטר מזכירין בו מאין נתהווה החוב הזה ומאיזה עסק

ולא עוד אלא אפי' אם כתוב בו הקיום סתם לא מהני כמ"ש לעיל דהוי עדות חדשה מאחר דהשטר חלף הלך לו: ואין לדחו' ולומר דשאני נדו"ד מאחר דהלווים הודו במלוה ובאו לפני ב"ד וקנו מהם וחייבו עצמ' זהו קיומו ולא מצריכינן לעדים כ"ז מהני לענין הפרעון שאינם יכולין לומר פרענו לא לעניין המשעבדי דהא השטר נתקיים על פיהם והודאתם לא מהני לגבות מן המשעבדי כמ"ש מר"ן בסי' רנ"ה ס"ג המקדיש נכסיו וכו' אינו נאמן לומר חוב לפ' עלי וכו' ואפי' היה שטר ביד בע"ח אינו גובה ע"פ הודאתו וכו' וכתב הסמ"ע סק"י ואפילו היה השטר וכו' והיינו אם אינו מקויים אינו גובה בו כלל וכו' יע"ש וכן כתב הש"ך סימן ק"ו סק"ו וכן כתב הריב"ש סי' רס"ד והביא דבריו הש"ך בסי' הנז' יע"ש ומאחר דהקיום בכאן אינו קיום אם לא ע"פ הודאתם לא מקרי קיום לגבות בו מלקוחות אפי' אם כתוב בו נתקיימו לנו החתימות כשאר שטרי לא מיקרי כנדו"ד קיום מאחר דשטר הראשון חלף הלך לו ומקרי נתקיים ע"פ ומכ"ש דלא נכתב בו אלא חת"ומ דלא מקרי קיום אפי' בשאר שטרות דצריך קיום לקיומו כמ"ש מר"ן בסי' מ"ו ס"ו צריך שיכירו חתימו' ב' דיינים ואם לאו אין לו דין מקויי' ונ"מ בקיום כיון שחתומי' עליו ב' דיינים וכו' יע"ש ועוד דלא הזכיר חתום ומקויים אלא על התנאי שאין מוכרין בהקפה ולא על גוף השטר של העסקא ואפשר שהתנאי היה כתוב בפ"ע וכתבוהו על פי הודאתם שכך ראיתי בטו' השטר כתוב וז"ל שכך ראינו בכתב אמת חתום ומקויים שעל תנאי זה גם כדיני העיס' הוטבע' ולא הזכיר בלשונו שטר העיסקא והח' הפוס' הוסיף מדיליה שטר העיסקא ואפשר דפרושי קא מפרש ואינו מועיל כדכתי'.

ועוד דהעיקר חסר מן הספר דלא מקרי קיומו של ראשון עד שיכתוב בו ענין הכתוב בשטר הראשון כדפירשנו לעיל וזה לא נכתב כ"א מפאת העיסק' ואפי' מה שכתבו בו חתום ומקויים לא כתבו אלא אתנאי ומשם ראיה דאין כוונתם הב"ד להעמיד שט"ז במקום הראשון ואמרינן המה מפקי לקלא שקרעו שטר הראשון ולא אמרינן דהלקוחות הפסידו גרמייהו כמ"ש קצת ראיה מדברי הרב ע"ש סי' נ"ד וז"ל מי שפרע וכו' ומתיירא המלוה שמא יצא הקול דשט"ז פרוע ולא יוכל אח"ך לגבות בו ממשעבדי ילך אצל ב"ד וכו' משמע מדבריו דבקול בעלמא אע"פ דהשטר קיים אינו יכול לטרוף מן הלקוחות וגם בנדו"ד אמרינן דהעדים מפקי קלא שקרעו שטר ראשון המוקד' ולא אמרינן דהם הפסידו גרמייהו דקנו משום דהוציאו העדים הקול שקרעו שטר הראשון דאם איתא דהעמידו השני במקום הראשון הו"ל לכתוב בו כל ענין שטר הראשון כנז' אלא ודאי דהב"ד אין כוונתם להעמיד.

השטר הנז' במקום הראשון ואמרינן נמחל שעבודו ואינו גובה מלקוחו' אלא מזמן השטר השני וכעת צריך אצלי תלמוד בדברי הרב הלבוש דאמר ומתיירא המלוה שמא יצא הקול דשטר זה פרוע ולא יוכל אחר כך לגבות ממשעבדי ואע"פ דשטרו בידו ואם פגום הוא ואין בו נאמנות וכו' אמאי אינו גובה בו ממשעבדי וכשאפנה אשנה בע"ה: ועוד יש לי להביא ראיה מש"ס ערוך מס' בבא בתרא במתניתין ד"פ עמוד ב' מי שפרע מקצת חובו ר"י אומר יחליף ר"י אומר יכתוב שובר וכו' ואמרו בש"ס שם אמר רב הונא אמר רב אין הלכה לא כר"י ולא כרבי יוסי אלא ב"ד מקרעין את השטר וכותבין לו שטר אחר מזמן ראשון וכו' יע"ש וכתבו התוספו' ד"ה אין הלכה לא כר"י וכו' דרבי יהודה יחליף ס"ל דכותבין מזמן שני וקמהדר ליה ר"י כך יפה לו ולא יורע כוחו ש"ז משמע

דר"י מזמן השני קאמר דאי מזמן ראשון קאמר מה הורעת כח איכא וכן משמע מדברי הרשב"ם שם וכן מהש"ס שם דאם כתבו מזמן הראשון גובין מזמן הראשון ואם לאו גובין מזמן ב' וכן פסק רבינו ומר"ן בקצר סי' נ"ד וז"ל מי שפרע מקצת חובו וכו' ב"ד יעשו לו שטר ממה שנשאר חייב לו ויכתבוהו מזמן הראשון יע"ש ומאחר דמהני אם לא יקרעו השטר הראשון עד שכותבין השני כדעת הח' הפוסק מה הורעת כח איכא אע"פ שכתבו זמנו מאוחר מסתמא אמרינן לא קרעו הראשון עד שכתבו השני ועוד דאמאי תקנו חז"ל לכתו' השטר מזמן הראשון דמחזי.

כשטר מוקדם הו"ל לתקן שיכתבו השטר מזמן ב' ויצוו לב"ד שלא יקרעו השטר הראשון עד שיכתבו השטר השני אם מהני כדעת החכם הפוסק אלא ודאי דחזי לחז"ל שפיר לתקן שיכתבו מזמן הראשון אע"פ דמחזי כמוקד' יותר משיכתבו מזמן השני ואפי' לא קרעו השטר וכו' דמחזי משפט מעוקל ויאמרו שטורף מהלקוחות בשטר מאוחר אלא שנשאר לי לחקור בדבר ולידע דאמאי בשטר שנמחק לא תקנו חז"ל לכתוב בו מזמן הראשון ובשטר שנפרע מקצתו תקנו חז"ל לכתוב אחר מזמן הראשון ואם כתוב מזמן השני יפסיד הלקוחות ואינו טורף מהם כ"א מזמן השני ואילך ואפש' דשטר שנמחק הנה מזכיר בו מענין שטר הראשון כמה ההלואה ומי הם העדים והזמן והטע' שמזכיר בו הזמן כדי לטרוף מהלקוחות מאותו זמן ומה שמזכיר אחר כך זמן מאוחר היינו זמן ההטפסה ואזלינן בתר זמן הראשון המוזכר שם מה שאין כן השטר שנפרע מקצתו דכותבין שטר אחר מחדש א"ל כתבו בו זמן הראשון הו"ל מאוחר ולכך כותבין בו זמן הראשון לגבות בו מאותו זמן אלא דבעינן דרי"וח על השטר גופיה מאחר שאנו קורעין אותו והו"ל כמלוה חדשה וב"ד חוקרין בדבר זה כנז"ל בשטר הטפסה וצריכי ב"ד משום דהפקר ב"ד הפקר לגבות מזמן הראשון אע"פי דמחזי כמוקדם דמן הדין לא אלים שטרא למיטרף אלא מיום שנכתב ואילך אלא בית דין אלימי ומפקעי ממונא יע"ש בש"ס הנז"ל בדברי רשב"ם ואע"פ שלא ראיתי בדברי האחרוני' ז"ל שהרגישו בדבר זה לחלק בין ב' שטרי הנז' מ"מ כנ"ל לחלק לענ"ד: נקיטינן מכל הני מלי מעלייתא דאין גובין בשט' מזמן הראשון עד שיקדימו זמנו ב"ד אבלכתבוהו מאוחר אינו גובה בו מן הלקוחות אלא מזמן הב' וכן פי' הרמב"ן והובאו דבריו בספר ב"א וז"ל כך יפה לו ללוה עצמו ואל יורע כחו של מלוה להחליף שטרו מזמן הב' שלא יפסיד שעבודו מן הזמן הראשון ותקנה גדולה היא ללוה לקבל ממנו לחצאין ע"כ יע"ש הרי מפורש בדבריו דאם כתבו מזמן השני יפסיד שעבודו דלא כהחכם הפוסק הנז' דאית ליה יסוד מוסד דאם לא נקרע השטר הראשון עד שנכתב הב' הוא עומד במקומו אע"פ שלא נכתב מזמן הראשון והוסיף מדיליה דמסתמא סופרי דווקני לא קרעו השטר הראשון עד שכתבו השני ודעתו ולבו שם לטרוף קרקע מיד צורב' מרבנן באומדנ' ועי' ריבוי דברים בלתי מועיל בנה והקיף ותקן הפס"ד בלי יסוד: ואחר שבררתי בראיות נכוחות וברורות לעיקר הדין דאינו טורף בשטר זה מזמן שטר ראשון חוזרני ע"ד החכם הפוסק הנז' לסתור ראיותיו שהביא שעליהם נטה קו הפ"סד ראשון לציו"ן תשובת המבי"ט ח"א סי' קי"א ראובן משכן ביתו לשמעון בניסן ואחר כך מכרה לו בתשרי וקרע שטר משכנת' ובא לוי ב"ח דראובן מתמוז לטרוף קרקע מיד שמעון באומרו שחובו הוא מוקדם לקנייתו ושמעון טוען שמניסן משועבדת בידו במשכנת' הדין עם שמעון עכ"ל ואם דברי המבי"ט המה נכוחים

למבין כמו שהעתיקם החכם הפוסק בלי ת"ומ דאין ספרו מצוי בידינו לעיין בדבריו היטב נלע"ד דאין משם ראייה לנדון דידן ולא כמו שעלה בדעתו דט' הרב משום דמסתמא לא קרעו השטר הראשון וכו' דאין זה מועיל דטעם הרב מאחר דקרקע זה עדיין מוחזק בידו ולא יצאה מתחת ידו עד שקנאה א"כ משועבד' היא בידו מאותו זמן שמשכנה ואע"פ שאין דעתו מכרעת ובפרט בין הרים גבוהים הדין דין אמת עם שמעון ולא איכפת לן אם נקרע השטר אחר שכתבו שטר המכר או קודם אלא מטעם דעדיין הקרקע מוחזק בידו מזמן המשכונה כך נראה לי טעם הרב וכן נ"ל טעם הרב אלמאליח ז"ל וחפשתי בספרו תקפו של יוסף ולא מצאתי תשובה זו ואף על פי שהוא נת"ט לשבח ואמר והעלה הרב אחר שיש עדים שמקודם המכר היתה ממושכנת בידו ודאי אמרינן שלא קרעו השטר של משכונה וכו' ולא ידעתי אם דברי הח' הפוסק ואזיל לשטר או אם דברי הרב אלמאליח ואם דברי הרב צ"ע בדבריו ואפשר לתוספ' טובה כתב כן מאחר שמוחזק בידו ומאחר דדברי הרב אלמאליח ז"ל אין מפורשים לפנינו באותיותיהם לא מצאתי מענה אלא כסומא בארובה מגשש והולך דאותיות מחכימות ועל הפוסק להביא ראיה: וראיה שלישית שהביא מחכמי אראבאט ופאס ומכנאס ותיטוואן ומרלאכש יע"א וצווירא גם הם לא ידעתי אן פנה ואן חנה התשובה הנז' שהח' הפוסק הוא הדיין הוא העד יש בו מדעת קונו ודברים פשוטים שאין הנדון דומה לראיה דשאני פס"ד משטר דעלמא דשאני פס"ד דאף על פי שלא נכתב בית דין קלא אית להו כמ"ש והוא מפורש בדברי מר"ן סי' ט"ל סעי"ט וז"ל במד"א כשהודה בב"יד במלוה הכתיבה בשטר וכו' אבל ב' שבאו לדין ואמר לו מנה לי בידך ואמר ליה הנתבע הן וכו' ויצא ואמר פרעתי נאמן ע"כ וכ' הס"מע ס"ק כ"ד ד"ה אבל ב' שבאו לדין וכו' ר"ל אע"ג דגם זה שהודה בבית דין מחשב כמלוה בשטר לענין למיטרף מלקוחו' משום מעשה בי"ד יש לו קול ומיהו ה"מ כשידוע שלא פרע לו הלוה או שהלוה מודה לו שלא פרעו אבל כשטוען פרעתי נאמן יע"ש וכן כתב בסימן ע"ט ס"ק ל"א וז"ל לא אירי אלא לענין לכתוב לו שטר הודאה או פס"ד אבל לענין למיטרף מלקוחו' מחשב כמלוה בשטר אף אם לא שלחו אחריו אלא אם בא מאליו לבי"ד וגם לא כתבו להתובע כלל כל סעודה שלא פרעו יע"ש וכן מוכח מדבריו בסימן נ"א סק"ב יע"ש ילפינן מדברי מר"ן והס"מע ז"ל דהפס"ד.

אפי' לא נכתב כמאן דכתב דמי וטורף מהלקוחות ואפילו לא שלחו אחריו ולא הוצרכנו לשליחות אלא לענין למיכתב פסק דין ולענין פרעון דווקא ולא לענין למיטרף מלקוחות ואף על פי דהרב ש"ך פליג בדבר וס"ל דאינו טורף מלקוחות אלא במקום שכותבין לו ואינו יכול לומר פרעתי כגון במקום ששלחו לו ובנדון דידן מאן לימא לן דשלחו אחריו עכ"פ הוא אמר שאם נתחייב שלא על פי הודאתו כגון שחייבוהו בית דין על פי טענותיו או על פי עדים גם הוא מיקרי כמו ששלחו אחריו ואינו יכול לומר פרעתי וכותבין לו כמ"ש דבריו בס"ק כ"ג וכ"ד יע"ש ונדו"ז שהביא החכם הפוסק הנזכ' נראה שנתחייב על פי בית דין מדקאמר וכתבו לו פס"ד שהוא חייב לו הסך הנז' ואח"ך נתפשרו ביניהם משמע שהחיוב הוא על פי הטענות או על פי עדים דאל"ך למאי צריכי לכתוב לו החיוב בפס"ד מאחר שהוא מודה ואמאי פשרו ביניהם מאחר שהוא מודה בהחוב אלא ודאי נתחייב על פי ב"ד ואליבא דכולהו אינו נאמן לומר פרעתי וגובה וטורף מהלקוחות ואף

על פי שלא נכתב הפס"ד וי"ל מאחר דקי"ל הודאה בבי"ד ככתוב' בשטר דמי כנזכ' והפס"ד נמי דכוותה הוא כמו דפסק מר"ן ס"י אם יש בידו פס"ד אינו יכול לומר פרעתי ואפי' לא נכתב אינו יכול לומר פרעתי דומיא דההודאה ואפ' לומר דפס"ד דמשתעי ביה מר"ן הוא שא"ל מנה לי בידך וא"ל הן שלא נתחייב ע"פ בי"ד דיכול לומ' פרעתי ועל דא אומר מר"ן דאם הפס"ד ביד התוב' שהודה בפני בי"ד אינו יכול לומר פרעתי דאם לא נכתב בהאי גוונא יכול לומר פרעתי מאחר שנתחייב על פי הודאתו ולא שלחו אחריו ויש הוכחה קצת לדבר זה מן הסמיכות דסמך מר"ן ז"ל דין זה דפס"ד למנה בידך ואמ"ל הן דמשמע דעליה קאי וכוונתו לומר הא דנאמן לומר פרעתי היכא דלא נקט שטרא דפס"ד בידיה וכן מתפרשים דברי הס"מע בסי' ע"ט דלא איירי אלא לענין לכתוב לו שטר הודאה או הפס"ד יע"ש וראיתי להרש"ך שהרגיש בדקדו' זה והניחו בקו' ומ"ש לענ"ד כתבתי.

ואית לה פרוקא ואפשר דלא ניחא ליה להש"ך בהאי פרוקא משום דאם הודה עפ"ע לשון הפס"ד הוא כבד ולא תיק' עוד מדברי מר"ן בסי' ע' ס"ו וז"ל ומ"ש דה"ה אם תבע את חבירו על פה ונתחייב לו בדין וכו' וכתבו לו מעב"ד וכו' דאמאי נקט וכתבו לו מעשה בי"ד מאחר דאי"לן אף ע"פ שלא נכתב כנכתב דמי ושם קאמר דנתחייב לו בדין ואינו על פי הודאתו ואינו יכול לומר פרעתי ואמאי נקט וכתבו לו דהתם צריכה הכתיב' לאחר זמן כמו שדקדק מר"ן בלשו' הזהב ולא היה בידו לפורעו וכן משמע מדברי הס"מע יע"ש: ואין לדחות ולומר דשאני הנדו"ד דכתבו הפס"ד וקרעוהו מגרע גרע ממה שלא נכתב כלל.

ואמרינן מאחר שנכתב ונקרע אינו טורף מלקוחותויכול לומר פרעתי מידי דהוה אם קנו מידו על ההלואה דקי"ל דגובה מהלקוחות כמ"ש מר"ן סי' ט"ל ס"א ואם כתבו השטר וחלף הלך לו אינו טורף מהלקוחות גם בנד"ד אע"ג דבלא כתי' הפס"ד טורף מהלקוחות אם נכתב ונקרע נגרע כחו ואינו טורף מהלקוחות דשאני התם בשטר דאינו טורף מלקוחות אלא ע"י השטר וסתם קנין לכתיבה עומד והוא התחלת השטר ובשטר גופיה אינו טורף אלא בשטר גמור דאינו יכול לטעון עליו פרעתי אבל במקום שיכול לטעון עליו פרעתי אפילו הלוה מודה בהלואה ועדיין לא קיים מצות פריעה אינו גובה מלקוחות ולכן אם נאבד ונקרע השטר אפי' הלוה מודה לו אינו טורף מהלקוחות אבל לגבי הפס"ד או הודאה בבי"ד טורף בלא כתי' דפס"ד אית ליה קלא ואפי' במקום דיכול לומר פרעתי היכא דהלוה מודה או איכא ברירא דלא נפרע עדיין ואם כן אפילו נקרע הפס"ד מאחר דאיכא ברירא בעדים טורף מלקוחות דהקריעה מורה על הפרעון וחיישינן שמא פרעו וטורף שלא כדין ועכשיו דאיכא ברירה אפי' נקרע הפס"ד טורף דהטרפ' אינה תלויה בכתי' הפס"ד אבל לגבי השטר אם נקרע אפי' איכא ברירה נשארה מלוה על פה והטרפא תלויה בכתי' השטר כנ"ל לחלק: וא"כ בנדון דידן אחר דאיכא עדים שהשטר חובו נתהווה מעסק הפס"ד הנז' לכך טרפו הקרק' מיד הקונה הנז' ונתנוהו להרמ"בם הנז' דהפס"ד קלא אית ליה ואע"פ שקרעו להפס"ד כנלע"ד הטעם אלא שאני משתומם על טעם הדבר שכת' החכ' הפוסק הנז' משום דמסתמא לא קרעו הפס"ד עד שכתבו השט"ח ולבי אומר לי מארי דהאי טעמא הוא החכם הפוסק להסתייע מדברי הרבנים הנז' והטע' הוא כדפי' ובנפול היסוד יפול הבנין דהיסוד זה לא נזכר לא בדברי ראשונים ולא

באחרונים וגם טעם אחר קרוב לטעמינו הנזכרים דבשעת קנין הקרקע היה הפס"ד קיים ואע"פ שנקרע אחר כך לית לן ביה וא"ש טע"ז גם לדין ההמבי"ט ז"ל: ועוד אני אומר דגם לפי היסוד שיסד הח"הפו הנז' דהיכ' דלא קרעו השטר ראשון עד שכתבו השטר השני הרי הוא עומד במקום הראשון וטורף ממשעבדי מזמן הראשון עכ"פ הראיה שהביא מדברי המב"יט והר' אלמאליח אינה ראיה דשאני התם דהלוקח מוחזק בקרקע והוא בחזקתיה עומד ובעל חוב אין לו על הקרקע אלא שעבוד בעלמא והוא בא להוציא מיד הלוקח אמרינן ליה המ"מח עליו הראיה שקדמו וקרעו שטר משכנתא קודם שטר מכירה ואם כן הכא בנדון דידן על בעל חוב הנזכר להביא ראייה שלא קרעו שטר עד שכתבו שט"ח וא"ל מוקמינן הקרקע בחזקת הלוקח וכן אם היה הדבר בהפך שבעל חוב הנזכר קנה הקרקע הנז' ובא בעל חוב של המזונות הנז' לטרוף הקרקע הנז' אמרינן עליו להביא ראיה שקרעו שטר עיסקא קודם שט"ח ואם לאו מחזיקינן הקרקע בידו דהוא מקרי לוקח אע"פ דהוא בעל חוב וגבאהו בחובו כדמוכח מדברי הס"מע בס"ק כ"א סי' ק"מ וז"ל והא דלא אמרי' דטוענין לבעל חוב כמו לוקח נראה משום דהמלוה שגבה שדה בחובו גם כן לוקח מיקרי יע"ש וכ"ז לדעת הח' הפוסק אבל לעניותי נר' דהיסוד זה אין לו רגלים והדבר מסור ללב בעלי ההוראה לברר וללבן האמת: ומה שיצא לטעון טעון אחר דהודאת הר"ן לא שמה הודאה מאחר דחב לאחריני וחיישינן לקנונייא והביא ראיה מתשובת הרא"ש סוף כלל צ"ח ופסקה מור"ם סימן ק"מ ס"י וז"ל ודין לוקח ובעל חוב שגבו קרקע כדין יורש ואין המוכר או הלוה נאמנים לומר שהקרקע אינה שלהם יע"ש.

אינה ראיה ומור"ם הוציא דבריו בדקדוק תי' שגבה וכוונתו לומר אחר שגבה טען כן אינו נאמן מאחר דל"א (טע'ן כ'ן מקו'דם) דבעל חוב ולוקח מוחזקי' בקרק' וכן דייק הס"מע שכת' לחוב לזה המחזיק ושכנגדו בא להוציא ועליו הראיה ולכך אינו נאמן מאחר דלא טען כן מקודם שגבה וכן דייק הפוסק בדברי מור"ם ואם כן מה ראייה משם לנדון דידן שהודה קודם שלא נודע בעל חוב ולא הגיע זמן הפרעון וכי עלה בדעתו שמא לא ימצא לאל ידו במה לפרוע החוב כשיגיע זמן הפרעון והקדים לעשות קנונייא על הבעל חוב ואף על פי שיש מן הפוסקים שפי' דברי.

הרא"ש בע"א כדי לתרץ דברי הרא"ש אהדדי מ"מ לא יצאנו מידי פלוגתא והמ"עה ומכל שכן דדברי מור"ם הם עיקר להלכה אם לא כנגד מר"ן וכן היא דעת הס"מע כמו שדייק בלשונו הזהב לחוב לזה המחזיק בו וכן היא דעת הרב ע"ש דנ"ט לשבח דלאו כל כמיניהו להוציא מיד הלוקח ובע"ח ולזה הסכים הרב א"ות ודחה דברי מהרש"ל ז"ל משום דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ולדברי מור"ם ליכא לחלק בין בנהו ושכללו או ראינו דר בו דעל הכל נאמן כ"ז שלא גבה בע"ח או לוקח דעיקר הוא או גבה או לא גבה: אלא דיש לדקדק לפי חילוק דברי מור"ם תיק' מ"ש משטר חוב שפסק מר"ן בסימן מ"ז אם אמר פרוע הוא או אמנה אינו נאמן במקום שחב לאחרי' והכא אמרינן דנאמן בקרקע קודם שגבה ונ"ל לחלק דשאני בשט"ח דהסבר' נותנת שדיבר בעורמה משו' דאין דרך לפרוע חובו ולהניח השט' ביד המלוה דלמחר יחזור עליו לפורעו פעם אחרת דיאמר לו שטרך בידי מאי בעי וכן בשטר שטוען שהוא אמנה אין מדרך הלוה לכתו' עליו שטר וליתנו ביד המלוה בלא הלואה כמ"ש מר"ן אם אמר שטר אמנה אינו נאמן

אלא במיגו דמזוייף מה שא"כ בקרקע דרך גבר הוא לדור בקרקע חבירו ולבנות ולשכלל ולכך נאמן אם לא גבה.

נמצא דבנדון דידן נאמן הר"ן לומר דהקרקע הוא של הר"ש מאחר דליכא גבייה באמצע ולא עוד אלא דהדבר מוכרע מצד עצמו דבנדון דידן לית ביה הערמה כלל דההודאה הנז' היא לשותף שנתח' גם הוא בהחוב הנז' ער"ק כמ"ש בשט"ח הנז' ומה הועיל בערמתו ולית בה חב לאחריני דאם לא ימצאו הבעלי חובו' ממה לגבות מהר"ן הנז' יחזירו על הר"ש הנז' ויגבו חובם כולו חלקו וחלק הר"ן הנז' מכח ער' ואין לומר דגם בנדון דידן שייך הערמה דהודה לו הר"ן הנז' להר"ש הנז' שהקרקע הנז' הוא שלו כדי לפרוע חובו שהוא חייב בו לבדו כגון שטר מזונות הנז' שהוא מוקדם להחוב הנז' ואם ימכרו לו ויכתוב לשון מכירה חוזר בעל חוב הנז' ויטריפהו מידו לכן כתב לו לשון הודאה ויפרע לו החוב של מזונות.

הנז' המוקדם להחוב הנז' ז"א וכי בשופטני עסיקי' שיתן קרקעו להר"ש לפרוע חובו וישאר הוא חייב לבעל חוב וכ"ת שיתן לו הר"ש הנז' דמיו בזול וממילא כל אחד מהם יש לו מקצת הנאה דר"ן הנז' יש לו הנאה במעות שלקח מהר"ש הנז' וטוב לו' משיקח בעל חוב הנ"ז והר"ס הנז' יש לו הנאה שיקח הקרקע הנז'בזול לפרוע לבעל חוב שלו מ"מ לגבי הר"ש אית ליה פסידא יותר מן ההנאה דישאר החוב הנז' עליו וגם נתן מעות הקרקע מידו ואע"פ שהם בזול מ"מ ישאר הוא חייב ומאי הנאה אית ליה אם יפרע זה וישאר החוב אחר וא"ת דהר"ן עשה ערמה זאת בשביל חוב אחר שאינו חייב בו הר"ש הנזכר כ"ז לא חששו חז"ל בדילמא כמ"ש הכ"ג בסימן מ"ז סק"א וז"ל נ"ב שמעינן מהכא דדוקא היכא שבאים לגבות חובם מזה השטר הוא דאמרינן הכי אבל למיחש לא חיישינן מהרי"ל ס"ד דף פ"א ע"א יע"ש ומכ"ש דהאי גברא אמוד בנכסי כמ"ש לכל שער עמי ולית ביה לתא במקום שחב לאחרים והחכם הפוסק הנז' הוא בא מקרוב מארץ מרחקים ממערב הפנימי ואינו מכיר בגברא הדין ומ"ש כמה שטרות ראינו וכו' וממילא דן בדעתו שיהא הברחה אפש' ששמע כן מבעל דין ועוד דלית הכא לתא דהערמה כדפי': ועוד ראיה גדולה על ההודאה שהיא אמת בלי שום עורמה דהיינו דאחר ההודאה כמו שנה או שנתים ימים חזר הר"ן הנז' וקנה חצי הקרקע הנזכר מהר"ש הנז' ונתחייב לו בסך שלש מאות גרושי' עין דמי מכירה כמ"ש בטופס שטר זה שנתחייב הר"ן הנז' בסך הנז' מפאת שמכר לו חצי החצר ואם באמת ההודאה היא קנונייא מה הועיל אחר הקנין יחזור בע"ח הנז' ויגבה הקרקע הנז' בחובו וא"ת דהחיוב הנזכר שנתחייב לו מפאת הקרקע הוא בעורמה בשביל שכשיבוא בע"ח הנז' לגבות הקרקע הנז' בחובו יוציא שטרו דעדיין לא פרעו הר"ן הנז' להר"ש הנזכר ועדיין הקרקע קיים הוא ברשותיה מ"מ לא מקרי חוב לאחר דגם הר"ש מחוייב בהחוב הצז' ויגבה הקרקע הנז' ממ"נ ודו"ק עוד כנז': גם יצא לטעון טעון אחר החכם הפוסק ואמר שבהודאה כתוב בה שקנו ושכללו החצר הנזכר משמע שמחצית יש לו בה להר"ן הנז' אלא שאחר מכן דקדקו בחשבונם ומצא בידו מנכסי הר"ש כנגד המעות שהוציא על החצר הנז' בקנין ובבנין וזיכה לו החצר הנז' אתמהא וכי קרקע נקנה בדבור בעלמא בלא קנין ובלא חזקה וכ"ת בדמים שהיה חייב לו דקרקע נקנה בכסף והרי מרן בסי' קכ"ה ס"י כתב וז"ל שכירות ומשכונה אינם נקנין במלוה וכתב מור"ם משום דהויין כמכר ע"כ והנה הח' הפוסק ראה דברי

מרן סימן קצ"ה ונעלם ממנו סי' ר"ד ס"י שכ' מרן וז"ל מי שהיה לו חוב אצל חבירו ואמ"ל מכור וכו' י"א שהרי כמי שנתן דמים וכו' וכתב הרב סמ"ע ס"ק ט"ו והרמב"ם לא ס"ל הא אלא אע"פ שאין בידו המלוה שכבר הוציאה הו"ל כאילו היא בעין ואם קנה קרקע דנקנית בכסף קנה אותו קנין גמור וכו' ודברי מרן אלו הם דברי הרמב"ם די"א שה"ז כמי שנתן דמים וכו' דנמצא למרן נקנה במלוה וא"תק' דברי מרן אהדדי דכאן פסק כהרמב"ם דקנה ובסימן קצ"ה פסק כהרא"ש דל"ק ומוכרח אתה לומר דמאי דקאמר מרן בסימן קצ"ה דל"ק היינו במלוה שנושה באחריני ולא במוכר עצמו משום דלא סמכה דעתיה דמוכר דדילמא מחיל ללוה ולכך פסק כהרא"ש דל"ק ואע"פ דהרא"ש ז"ל בכל גווני קאמר משום דס"ל כההיא סוגייא דפרק האיש מקדש והוא פסק כוותיה בההיא במלוה דאחריני ובסימן ר"ד ס"י הוא כמלוה דמוכר שמחוייב ועומד ללוקח ומכר לו קרקעו בחובו דליכא הך טעמא דודאי גמר ומכר לו ופסק שם כהרא"ש מאחר דהרמב"ם לא הזכיר בלשונו מי שיש לו חוב על חבירו: אלא אחרי כותבי ראיתי להסמ"ע ס"ק כ"א סימן קצ"ה וז"ל בסי' ר"ד כתב הטור וגם המחבר בסעי' י' וז"ל מי שיש לו חוב אצל חבירו וכו' דאין קנינו קנין ושם מבואר דיכול להקנות בהנאת מחי' וכו' יע"ש ותמהתי איך הוזכר בדברי המחבר דאינו קנין והא מרן פסק כהרמב"ם דקניינו הוי קנין ומור"ם הוא שאמר דאינו קנין והוכרחתי לומר די"ח דכתב בסי' ר"ד היא דברי מר"ן וצריכה כתי' אשורית בפסק מרן ובטעות נכתבה שלא בכתי' אשורית וראיתי בש"ע בא"הט שכתב וי"ח בכתי' אשורית ומשם ואילך הם דברי מורם ולפי זה אפשר לומר דאין משם ראיה דאפשר מרן מתחילה כתב סתם ואחריו מחלוקת והלכה כמחלוקת בתרא אלא דקש' כל זה ניחא אי כתב י"א וי"א אבל כתב וי"ח וקי"לן בדברי מרן י"א וי"ח הלכה כי"א ועוד דבב"י מפו' בסי' קצ"ט ובסי' ר"ד דדעת מרן נוטה לסברת הרמב"ם וכתב דגם הרי"ף ס"ל כך ומשם דבריו מוכרעים דבקצר ס"ל כהרמב"ם ומקרי כסף והקרק' נקנה בו ואמרי' דמסתמ' אמר לו קנה הקרקע בההוא חוב וההודאה במקום שטר אע"פ שאינו שטר מכירה אלא שטר ראיה כמ"ש הסמ"ע סק"ח יע"ש ועוד אני אומר דאפי' ס"ל למרן כסברת הרא"ש בנדו"ד אמרי' דקנה דמסתמא אמרינן דהחזיק בקרקע נעל גדר ופרץ וכי הר"ן הוא מכחישו לומר לו שלא עשה שום קנין אדרבא מדחזר הר"ן וקנה מהר"ש הקרקע הנז' באחד מדרכי ההקנאה אמרינן מסתמא דהר"ן קנה הקרקע הנז' באחד מדרכי ההקנאה ולכך הוכרח הר"ש הנז' לחזור ולקנות ממנו באחד מדרכי הקנין ומה שלא הזכיר בההודאה ענין ההקנאה משום דלא נחית לאשמועינן הקנין אלא לאשמועינן שהקרקע הנז' הוא קניינו ממעות הר"ש לחוות לן דברי הר"ן לא לחוות לן במה זכה הר"ש ואמרינן אחר שהודה הר"ן שהקרק' הוא של הר"ש ודאי זכה בו כדין באופן המועיל ואע"פ דפסק מרן בסי' ס' ס"ו ראובן שהוציא שטר בקנין על שמעון וטען שמעון שבשעה שכתבו ע"ע לא היו בידו וכו' היינו שם דשמעון מכחישו אבל הכא הר"ן הוא מודה מדחזר וקנה ממנו בא' מדרכי הקנין ואפילו הוא גופיה אומר שלא זכה בו אינו נאמן דאמרי' ליה אמאי חזר וקנה ממונו הו"ל לקרוע שטר ההודאה ותו לא אלא ודאי זכה בה הר"ש כדין באופ"המו ולכך צריך קנין אחר דלא מהני קריעת ההודאה ועוד דעדיפא מינה אני אומר דשאני הכא בתשובת הרי"ף ז"ל דאמר על התובע להביא ראיה טעמיה הוא משום דלא מחשיב ליה שטר הודאה אלא שטר מתנה ולכך

אמרינן דלא קנה בהאי שטרא ועל התובע להביא ראיה וזו היא הפלוגתא של הרי"ף והראב"ד ושאר רבוותא דאית להו נתתי לשון הודאה ואין בודקין אחריו היאך נתן ועיין בסימן הנזכר אבל בשטר הודאה כנדו"ד דמשמע מניה שהוא שטר הודאה כמ"ש בו דירדנו לחשבון וכו' מודה הרי"ף דאמרי' דזכה באופן המועיל ועוד אפשר דבנדו"ד מקרי קנין בכסף ולא מקרי הלואה מאחר שהוא מודה שקנאו הקרקע הנז' מנכסי הר"ש הנז' מקרי מקנת כספו והוא ברשותיה עומד עד שיפרע לו הר"ן הנז' חלקו ולא גרע מהחוב שבא מחמת המכר כמ"ש בסי' קצ"ט דאפילו הרא"ש מודה דקונין בה אפי' המטלטלין קנין גמור: נקיטינן מכל הני מילי מעלייתא דכתיבנא ששטרהמזונות של הרמ"ך הנזכר שזכה בו מהר"ש הנז' ובהחוב הנז' קנה מהר"ש הנז' הקרקע הנז' הוא המוקדם לשטר יורשי הר"י הנז' וזכה מהר"ש הנזכר בקרקע אחר שיביא ראיה המוכר במאי זכה בקרקע הנז' מאת הר"ן הנז' או יורשיו ושטר ההודאה הוא מוחזק ומקויים כראי מוצק ולית נגר ובר נגר דיפריק' ולית ביה לתא דעורמא וקנונייא כך נראה לע"ד אם יסכימו עמי בעלי ההוראה היושבי' על כסאות משפט וציי"מ ויראנו מתורתו נפלאו' אכי"ר.

בס' אם חפץ בנו ה' פה ווהראן יע"א. אם אתן שנת צדק ומשפט ומשרים לפ"ק הצעיר ע"ה פארוז קרסינטי ס"ט ראה ראינו את השאלה הנז"ל ואת אשר נגזר עליה מאת החכם הפוסק הראשון הוא כמוהר"ר יאודה אלמאליח נר"ו ואת אשר השיב על דבריו כמוהר"ר פארוז קרסינטי נר"ו ולמדנו דבריהם אחת לאחת ומה שנראה לע"ד שדברי החכם המשיב הנז' המה חזקים כראי מוצק ויפה כיוין להלכה ויש לנו עוד הרבה ראייו' לדבר ככתוב אצלנו בארוכה אלא שאין הפנאי מסכים להעתיק הכל וכגון דא צריך לאודועי שהח' המשיב הנז' כתב שספר המביט אינו מצוי בידו ואנו חו"מ ראה ראינו דברי הספר הנז' והנלע"ד שאין משם שום ראיה כלל לדברי החכם הפוסק הראשון שאין הנדו"ד דומה לראיה ככתוב אצלנו באורך ג"כ מ"ש החכ' המשיב הנז' בסוף התשובה אחר שיביא ראיה המוכר במאי זכה בקרקע מאת הר"ן או יורשיו הנלע"ד שאם אין ראיה ממקום אחר שחזר הר"ש ומכר להר"ן כי אם עפ"י טופס השט"ח שהוציא המוכר הנז' מתחת ידו אין עליו שום חיוב להביא ראיה שחזר ולקח מכמה טעמי תריצי כמ"ש אצלנו בארוכה והרי הם בכי יותן ביד כמוהר"ש זוראפא נר"ו הלוקח ומצאת כי תדרשנו סוף דבר שזכה החכם הלוקח הנז' במקחו הנז' והדין דין אמת זה מה שנראה לע"ד אם יסכימו עמנו בעלי ההוראה וחתומי חכמי ארגיל נר"ם: פרק כ"ד ה"ה כל שטר שיצא לפנינו ויטעון הלוה ויאמר אינו חייב כלום וכו' מאחר שלא הוחזק וכו' שחזקה שאין העדים חותמין וכו' אלא אם כן מכירין ע"כ.

אירע מעשה באב עם בנו על ענין חצר אחת שהם דרים בה שניהם ויד שניהם שוה בה זה כמה שנים ועד אחורן נפלה ביניהם קטטה ומריבה דין ומצה גם ע"ע החצר הנזכר זה אומר בכה וזה אומר בכה האב אומר שהחצר הנז' היא שלו והוא קנאה מהלוקח והזמין לפנינו שע"כ שהעידו שהאב הנז' הוא תקע כפו עם המוכר בזמן קנין החצר הנז' והשטר שנכתב על שם בנו הוא בטעות שטעו העדים וחשבו שכך הוא שמו והחליפו שמו בשם בנו או חששו שהוא הלוקח והשטר נכתב בטעות והבן השיבו שאין האמת כן שהחצר הנז' היא שלו והוא קנאה והראיה שהשטר כתוב וח' על שמו ומה שתקע כפו עם המוכר הוא עורמ' בעלמא בשביל המצרני' ואח"ך חדשו המכר בקנין ושבועה לשמי

כמו ש"וח בשטר שבידי ועוד דאביו סייעו מעט מזער בדמי המקח וכך אמר לו בפירוש קח דמים שאני מסייעך משלי בקנין החצר ועכשיו חזר ברוחו גם מה שטען עלי אבי שאני סומ' על שלחנו וכל מה שארויח הוא לו ואע"פ שהוא קנה החצר משלו קנה אין המזונות אלו מרצונו דאינו זן אותי אלא מכח החיוב שנתחייב לחותני בשעת השדוכין ח"ג לזון ולפ' לי ולאשתי עשר שנים וכל מה שהרוחתי הוא לי ולא נצר' אלא ליתן לי השכירות של השנים שעברו שהיה דר בחצרי ועתה נפשם לשאול הגיעה מה שורת הדין נותנת יורנו המורה לצדקה ושכמ"ה וזאת תשובתי בריש כל אתוון: איתא בהרמב"ם פ' כ"ד מהלכות מלוה ה"ה וז"ל כל שטר שיצא לפנינו ויטעון הלוה איני חייב כלום שמא רמאי אחר העלה שמו כשמי או שאמר לא לזה אני חייב אלא לאחר וזה רמאי והעלה שמו כשם בע"ח מאחר שלא הוחזקו שנים ששמותיהם שוים אין חוששין לדבריו שחזקה הוא שאין העדים חותמי' ע"הש אלא א"כ מכירים אלו הנזכרים בו ע"כ ופסקה מרן בשלחנו הטהור סי' מ"ט ס"ה ע"ש: והנה הסמ"ע שם ס"ק ח' כתב האי טעמא דלא הוחזקו שנים ש"ש לא קאי אלא אארישא דהעלה שמו כשמי אבל הסיפא כשם בע"ח אפי' הוחזקו שש"ש אין בדבריו כלום דקי"ל שיב"ש מוציא שטר ע"א דכל המוציא שטר מתח' ידיו בחזקת שהוא שלו וגם הרמב"ם שהוסיף דחזקה שאין עדים וכו' גם הוא נתינת טעם לרישא יע"ש ובסוף דבריו כתב דהאי טעמא דאין עדים חותמי' וכו' קאי גם אסיפא והאי היכרא היא בשם ובטביעות עינא ולא חיישינן לרמאות ואפשר ההיא דאמרו שיב"ש מוציאין שטר על אחר הוא מהאי טעמא דחזקה דהעדים מכירים בשם ובטבי' עינא ומעמידנן ליה בחזקת שהוא שלו יע"ש דב"א: וקש"ל והא בריש הסי' פסק מרן בשטר שיש בו קנין א"צ להכיר שם המלוה וכותבין שטר ללוה אף ע"פ שאין מלוה עמו ודברי הסמ"ע סתומים משמע בין יש בו קנין או לא ומיישב גם לדעת המחבר כמ"ש והמחבר קצר בהעתקת לשון הרמב"ם ואין לפרש ולדחוק עצמינו לומר דדברי הסמ"ע הוא בשטר דלית ביה קנין לדעת המחבר דהרי בסוף דבריו כתב ואפשר דמהאי טעמא שיב"ש מוציאין שטר על אחר ואם בשטר בלא קנין דווקא יצא לנו דין מחודש שיב"ש מוציאין ע"א דווקא בשטר שאין בו קנין משום דאיכא הכירא דעדים בשם ובט"ע ואין הדבר כן דאפילו בשטר דאית ביה קנין מוציאין משום חזקה דכל המוציא השטר מתחת ידו בחזקת שהוא שלו: ואפשר לישב דדברי הסמ"ע הוא בין שטר דאית ביה קנין או לא ובריש הסימן ליכא אלא טעמא דטרפא דלקוחות שלא כדין ולכך היא דאיכא ביה קנין דנשתעבדו נכסיו משעת קנין כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו ונותנין השטר ליד הלוה וליכא חששא אחרת דיאמר שמא אחר העלה שמו כשמו או כשם בע"ח והעדים טעו מאחר דלא הוחזקו לנו שנים ששמם שוה אם נתנו השטר ליד הלוה אינו יכול לטעון שמא אחר העלה שמו כשם בע"ח דהרי נתנו השטר לידו ואינו יכול לשקר דאמרי' לי' שהוא שקר והו"ל למידק.

אבל לקמן דאמר הלוה שמא אחר העלה שמו בשם הבע"ח ור"ל שהעדים שנתנו השטר למלוה טעו בו דלאו מלוה שלו הוא. וכן משמע מלשון הסמ"ע דכתב שהרי יכירהו בט"ע כשבא לקחתו שאינו זה שחתמו לו בנד"ז אמרינן חזקה אין עדים חותמין אא"כ מכירין אלו שכתובי' בשט' משום האי חששא דלוה ודמלוה אחר מאחר שנותניםהשטר מידם למלוה: נמצינו למידין בין לדע' הרמב"ם והטור והמחבר כולהו אית להו דאין הלוה יכול

לומר שהעדים טעו בלוה או במלוה ושוים בין בשטר דאית ביה קנין או לא ודכוותה במוכר ובלוקח אף ע"פ שהם מוחזקים דהלוה מוחזק במעותיו והמוכר בקרקע אינם יכולין לומר שהעדים טעו ומוקמינן השטר אחזקתיה וק"ו ובן בנו שק"ו בנ"ד שבא להוציא מאחרים דאוקמינן הש' אחזק' ואמרי' דכל מי שהוציא השטר מתחת ידו בחזק' שהוא שלו כמ"ש בשיב"ש שמוציאין שטר על אחר דאמרינן דכל המוציא שטר מתחת ידו בחזקת שהוא שלו ואינו יכול הלוה לומר שאיני חייב לך אלא ליב"ש אחר ואע"פ ששמותיהם שוים וכ"ש בנ"ד דאין שמותיהן שוים דאוקמינן השטר אחזקתיה ולא נכתב השטר אלא על שם הבן: ועדיף טפי אני אומר שאפילו יבואו העדים ויאמרו שטעו במה שכתבו השטר ע"ש הבן אינם נאמנים דאמרינן להו כיון שהגידו שוב אינם חוזרין ומגידים כמ"ש רבינו בפ"ג מה"ע וז"ל אחר שהעיד העד בב"ד אחר שנחקרה עדותו שיבא מכלל ביטול העדות או הוסיף תנאי בה אין שומעין לו וגמר דבריו עדים החתומים על השטר הרי' כמו שנחקרה עדותן בב"ד ואינן יכולין לחזור בהם וכו' אבל אם א"א לקיים השטר אלא וכו' הרי אלו נאמנים ויבטל השטר ופסקה מרן בסימן מ"ו ס"לז יע"ש וכן פסק מרן בסימן כ"ט ס"א אחר שהעיד וכו' אינו יכול לומר מוטעה הייתי וכו' אלא בדבר שמוכיחו שטעה וכו' ואף על פי שמרן ז"ל פסק שם וכן בכל טעות שהעדים מצויים לטעות וכו' נאמנים ואין בו משום חוזר ומגיד וכו' אינו אלא בטעות שיש במה לתלות כגון בעבורה דירחא או בש"המ וכדומה שאנו תולי' שטעו העדי' ועבדי למטעי' ביה וגם אין השטר מתבטל לגמרי אבל בנדון דידן אין העדים מצויים לטעות בו ועוד דהשטר מתבטל לגמרי והיכא דמתבטל השטר אמרינן כיון דהגיד שוב אינו חו' ומגיד אלא במקום דהשטר אינו מתקיים על פיהם כמ"ש לעיל: וכן כתב עוד רבינו בפ' כ"ד מה"ע ופסקה מרן בשולחנו הטהור סי' מ"ט ס"ב וז"ל צריך שיכירו העדים ששם הלוה פ' וא"א מכירים אותם אפי' אשה אפילו קרוב כשרים וכו' והיכא דסמיך אאשה ואשתכח טעותא לצורבא מרבנן מקבלינן ליה לגברא אחרינא לא מקבלינן ליה: וכתב הסמ"ע ז"ל סק"ה לאפוקי אם הכירו מעצמם או ע"פ עדים כשרים דלאו כל כמניה לומר טעינו ע"ש ובסק"ו כתב דבעינן שיכתבו בשטר כן דהיכרא היא ע"י אשה וכו' אבל אם כתבו סתמא אמרינן דהם ג"כ חקרו ודרשו וידעו ששמו כן ואינם יכולים לומר טעינו ברם אם הוא צורבא מרבנן דטריד בגירסתו ואינו פנוי לחקור ולדרוש מקבלין מניה וכו' יע"ש.

עלה בידינו מן המוגמ' דאין העדי' נאמני' לומר טעינו בשמא או בכל דבר שמבטל השטר לגמרי: גם מצד העדים שהעידו שהאב תקע כפו עם המוכר אין בעדות זה ממש מתרי טעמי חדא דאין הקרקע נקנה בת"כ כמ"ש רבינו הטור בריש סימן ד"א וז"ל יש עוד דבר שהמט' נקנין בו וכו' שתוקע כפו לכף חבירו וכו' ע"ש והביאו באה"ג בסי' הנז' ומדנקט בלישניה דבר שהמט' נקנין בו בא למעט שהקרקע אינו נקנה בת"כ ועוד דאנן אתרא דכתבי שטרא וכל עוד דלא נכתב השטר לא נתקיים המכר וקנין הראשון כמאן דליתיה דמי והרי הוא בטל מעיקרו וקנין שני שהיה בקנין סודר ובשטר הוא העיקר וגם האב מודה בדבר שחזרו וחדשו קנין אחר ובטלו המכר הראשון אלא שאומר שהעדים טעו וכתבו השטר ע"ש בנו אליה וקוץ בה והודאת בע"ד כמאה עדים דמי: ברם מה שטען האב דהבן סומך על שולחנו וכוליה דיליה הוא טענתו אמתית ויש בה כדי שביעה כמ"ש מרן בסי' ע"ר ס"ב ע"ש אלא דתשובתה בצדה במה שהשיבו הבן דזן לו מחמת

החיוב שנתחייב לחותנו לזונו הוא ואשתו עשר שנים ואם כנים הדברים האמת אתו לע"ד דמאי טעמא אמרו חז"ל הבן הסומך על שלח' אביו מ"י לאביו משום הטיבה לטובים וצריך לשלם לעו' הטובה בטובתו ולכך תקנו חז"ל דכל מה שירויח הוא לאביו כמ"ש הסמ"ע בסי' הנז' אבל בנ"ד מחוייב הוא ועומד לזונו הוא ואשתו מידי דהוה האחים שמפרנסי' אחותיהם דמעשה ידיה שלה משום דמחויבי' לפרנסה כמ"ש מרן בשולחנו הטהור בח' א"הע סימן פ' סעיף י"ח וז"ל מי שהתנה עם אשתו שלא יתחייב במזונותיה.

וכן היא לא תתחייב לו במעשה ידיה אם אח"ך רצה ונתחייב הוא לתת לה מזונותיה אין מעשה ידיה שלו יע"ש וכתב הרב ב"ש וכן הדין אם פוסק לזון בת אשתו וכן אם זן יתום דאין מעשה ידיו תחת מזונות אלא מי שאוכל מצד תקנות חז"ל יע"ש: וכן פסק מרן בסי' קי"ד סע"ז ה"ה למי שמתחייב בפרנסת אדם אחר דקאי אדלעיל מניה במזונו' הבת משש' שלה כמ"ש הרב ח"מ דקאי על כל הדינים המבוארים בסי' זה יע"ש.

וכתב הרב ב"ש סק"ה דווקא בבניו ואשתו תקנו חז"ל אבל המחייב עצמו לזון לאחר לא זכה במ"י יע"ש משמע מדבריו דשוה דינם. וכמו שמצינו באשתו אם זכתה מכח החיוב לא זכה במ"י גם בבניו אם זנם מכח החיוב אינו זוכה במ"י ואין לומר דמאי דקאמר ב"ש דווקא באשתו ובניו תקנו חז"ל ר"ל בין מכח החיוב בין מכח התקנה דהרי מצינו בזן אשתו מכח החיוב לא זכה במ"י כמ"ש לעיל אלא ר"ל דווקא באשתו ובניו תקנו חז"ל אם זן להם מכח תקנות חז"ל אבל מכח החיוב חזר דינם כאיניש דעלמא: ואין לומר דאיכא לחלק בין אשתו לבניו ולומ' דשאני אשתו דתיקנו חז"ל מע"י לבעלה משום איבה והשתא דזן לה מכח חיוב ליכא האי טעמא דאיבה כמ"ש הריב"ש בתשובה והביא דבריו הרב באה"ג יע"ש אבל בבנו טעמו משום לשלם לעושה טובה כטובתו והשתא דחייב עצמו לזונו היא הטובה עצמה.

דא"כ תקשה לן דאמאי לא תקנו חז"ל בבת אשתו ובאינשי אחריני דיזכה במ"י משום לשלם לעושה טובה וכו' אלא ודאי טעמא דאמרו חז"ל לשלם לעושה וכו' הוא משום דלא תהוי ליה איבה והאי טעמא לא שייך אלא באשתו ובבניו דזנם מכח תקון חז"ל כמ"ש לעיל משם הרב ב"ש דאין מע"י תחת מזונות אלא מי שאוכל מצד תקנות חז"ל והרי גם בבניו יש תקנת חז"ל שהרי כל מה שירויחו היה לאביו אם סומך על שלחנו אבל אם זנם מכח החיוב חזר דינם כמי שזן אשתו מכח החיוב דלית בה משום איבה:ועוד דסברא היא לומר דזן בנו מכח החיוב אינו זוכה במ"י אע"פ שעשה עמו טובה וחייב עצמו לזונו מ"מ טובתו אינה נמשכת אלא בשע' החיוב ובאותה שעה לא הרויח כלום ומשם ואילך הוא זנו מכח החיוב אבל הזן בנו שלא מכח החיוב בכל יום ויום מחדש טובתו עמו וטובתו נמשכת ובשעת טובתו הוא מרויח ולא הוי אלא כמו שנותן לו מתנה ותו לא.

ועוד דעיקר הוא שמתנים על אבי החתן לפרנס בנו והכלה הוא כדי שירויח מע"י דאל"כ מה הועילו וכי חששו שמא אינו יכול לפרנס עצמו: נמצינו למדים מדברי חז"ל דהזן בנו מכח החיוב לא זכה במע"י. וזכה הבן במ"י אם האב מודה לו לדבריו או אם יש לו עדי' וראיה ואם כפר האב על הבן רמיא שבועה שהוא כדבריו משום דהוא מוחזק בנכסיו

בכח השטר שבידו אבל האב אין לו שום חזקה דאי חזק' הפירות שניהם שוים בה ואם תאמר דזכה מיהא בחלק שהיה דר דהא קי"ל האב אין לו חזקה בנכסי בנו הסומך על שלחנו כמ"ש מרן בסימן קמ"ט יע"ש נמצא דהבן מוחזק טפי מכח השטר ונאמן בשבועה במגו דבמתנה נתונים לו מאחר דהיא לעצמו כמ"ש מר"ן בסי' הנז' ונתן הסמ"ע טעם לשבח דאיכא למימר דנתנו לו אדעתא דלא יזכה אביו במתנה זו יע"ש ואף ע"פ דאיכא למימר לאידך גיסא דילמא נתנו לו אדעתא דיזכה האב הכי אוקמינן המתנה בחזקת הבן מאחר דהוא מוחזק והמוציא מחבירו עליו הראיה.

או נאמן במגו דיאמר מעשה ידי אשתו דמע"י לבעלה כמ"ש בירושלמי והביא דבריו הרב באה"ג סי' קי"ד בח' א"הע וז"ל הפוסק לזון כלתו מע"י של בנו ועוד ראיה מדכתי' לעיל דלא זכה במ"י אלא הזן מכח תקון חז"ל אבל הכא הפוסק מעצמו נתחייב ודאי ומע"י לבעלה או נאמן במגו דהאב נתנם לו במתנה וקנה הקרקע דאין להאב זכות במתנתו מידי דהוה הבעל שנתן מתנה לאשתו דאין הבעל אוכל פירות כמ"ש מרן סי' פ"ה ואע"פ שזוכה בפי' המתנה של אחר וכ"ש בנ"ד דאין לאב זכות אפילו במתנה של אחר דאין לו זכות במתנת עצמו: וא"ת דמאי שנא מאחד מהאחים שנושא ונותן בתוך הבי' ואמר מתנה ניתנה לי דפסק מרן סי' ס"ב דעליו להביא ראיה וכתב הש"ך דעליו להביא ראיה שניתנה לו בפי' שלא יהא לאחיו רשות בה.

וי"ל דשאני התם דהממון בחזקתם גם לו גם להם שאינם חלוקי' בעיסתן ואוקי ממונא אחזקתיה וליכא מגו דאין מגו במקום חזקה ולכך אמרינן דעליו להביא ראיה אבל הכא הממון הוא בחזקת הבן אלא דחז"ל תקנו משום לשלם לעושה הטובה וכו' ואית ליה מגו ואמרי' המוציא מחבירו עליו הראיה ולכך אמרינן הכא דאיכא למימר שנתנו לו בשביל שלא יהיה לאב זכות בה משום דהכא תקון בעלמא שתקנו חז"ל לשלם לעושה הטובה וכו' לכן הקילו חז"ל וכל מאי דמצי' לאוקומי ממונא בחזק' הבן מוקמינן ליה משא"כ בשותפים: גם מה שטען האב שהוא נתן דמי הקרקע אם לא כולו מקצתו והבן השיבו שסייעו בתורת מתנה נאמן הבן בשבועה אבל מה שטען הבן שיתן לו כל השכירות של השנים שעברו אין בדבריו ממש ואביו נאמן בשבועה שהמעות שנתן לו לאו בתורת מתנה אלא אדעתא דהקרק' ואע"פ דהוכחש גבי קרקע לגבי מעות נאמן לענין שלא להוציא מידו ולהפסיד דמי השכירות ואם בנה האב בהחצר הנזכר דינו כיורד ברשותו יע"המ כמ"ש מרן בסי' שע"ה יע"ש זה מה שנראה לע"ד אם יסכימו עמי בעלי הוראה היושבי' על מדין והשם יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות.

נאם אני הצעיר מכיר בערכי ומעטי. ע"ה פארוז קרסיניטי ס"ט.

פרק כ"ה ה"ט שנים שלוו. בשטר אחד או שלקחו מקח א' וכן השותפים שלוה א' מהן וכו' הרי אלו ערבאין זה לזה אף ע"פ שלא פירש ע"כ.

נשאלתי ע"ע ראובן ושמעון שנשתתפו שניהם והלך ראובן וקנה סחורה בהקפה מאת לוי ואחר כך בא לוי לגבות חובו מאת ראובן ולא מצא מקום לגבות לא מב"ח ולא ממשעבדי ואחר כך הלך ותבע לשמעון שותפו שיפרע לו חובו באמור אליו על אמונתך סמכתי והמלוה היה בשטר שנתחייב ראובן ללוי.

ושמעון לא נמצא בידו ב"ח כי אם משעבדי ונפשם לשאול הגיעה אם יכול לגבות חובו ממשעבדי של שמעון יורנו המורה לצדקה ויבא שכמ"ה: תשובה לעד"ן דאין לוי יכול לגבו' חובו ממשעב' דשמעון כ"א מבנ"ח דוקא מאחר דאין השטר כתוב בו החיוב לשמעון כ"א לראובן מקרי מלוה על פה לגבי שמעון ולא גבינן ממשעבדי מלוה על פה דשמעון לא נתחייב לפרוע חוב זה כי אם מכח ערבנות דמקרי ערבן לראובן מאחר שנשתתף עמו דהשותפים ערבים זה לזה כדאיתא בדברי מר"ן סי' ע"ז ס"ב וז"ל שותפים שלוה אחד מהם לצורך השותפות השני משועבד אף על פי שלא היה עמו וכו' ואז דינם כשנים שלוו כא' יע"ש וק"ילן שנים שלוו כא' ערבים זה לזה כמו שכתב מר"ן בסע"א בסי' הנז'.

וקי"לן ערב בלא שטר אין גובה ממנו ממשעבדי כדאיתא בדברי מר"ן סי' קכ"ט סע"ו וז"ל נעשה לו ערב בקנין וכתב לו שטר יש לו דין מלוה בשטר לטרוף ממשעבדי. לא כתב לו שטר אף על פי שנעשה בקנין דינו כמלוה ע"פ ואינו גובה כי אם מבנ"ח יע"ש ואפילו למאן דפליג שם מ"מ בעי קנין אלא דלסבר' יש להסתפק אם כתב לו שטר בלא קנין אם עדיף כחו כקנין או לא ומדברי מר"ן לעיל סע"ד נראה דהקנין עדיף משטר יע"ש ויש לדחות.

מ"מ לענין הלכה קי"לן כדסתם מר"ן דבעי' תרי קנין ושטר ואם גרע חד מנייהו לא גבי ממשעבדי ומכ"ש לנדון דידן דליכא חדא מנייהו דלא גבי ממשעבדי: ואין לדחות ולומר דשאני הכא אפשר דאין המלוה בידו שט"ח על הלוה אלא תביעה ע"פ אבל בנ"ד יש ביד המלוה שנתחייב הלוה שמעון ללוי וראובן ערבן כפי הדין ואיכא למימר דנקרא' מלוה בשטר וגבי ממשעבדי של ערב.

ז"א דעדיפא מינה מצינו שפסק מר"ן בסימן קכ"ט סעי' כ"ב וז"ל הערב והקבלן אינם טורפים ממשעבדי דלוה עד שימסור המלוה שטר חוב ויקנהו דרך קנין שטרות כי היכי דלא תהוי תביעה ע"פ כ"כ בסי"קל ואע"פ שנעשה ערב בשטר והשטר שבידו של החוב כתוב בו שלוה ראובן משמעון ולוי ערב ועדים חתומים עליו כדמוכח לעיל בסעי' ג' וז"ל וכגון שמפורש הערבות בשטר ואין לומר דמאי דקאמ' שמפורש הערבו' בשטר היינו אחר חתימת העדים או קודם וכתוב בו אניפ' ערב בלא וי"ו דאינו גובה אלא מבנ"ח כמ"ש מר"ן סי'.

קכ"ט סעי"ז דהרי שטר סתם קאמר. ועוד דכתב הרב' בסי' ק"ל בשם רשב"ם וצריך לומר שנזכר הערבו' בשטר או מיירי שמודה לו ששם אותו ערב או שיש לו שטר ערבו' עליו ושטר מלוה שבידו מוכח עליו שפרע למלוה.

יע"ש הרי מוכח מדבריו דאע"פ שהערב כתוב הערבות בשטר בפני עצמו אינו גובה ממשע' דלוה עד שימסור לו שטר בכתיבה ומסירה וסתם שטר הוא בעדים חתומים בו כדי שלא תהוי תביעה ע"פ דהשטר מלוה שבידו אין כתוב בו כי אם כח המלוה אבל כח הערב על הלוה אינו כתוב בו והויא תביעה ע"פ ואינו גובה ממשע' מפני תקנת הלקוחות.

ומכ"ש לנ"ד דלא נזכר הערבות כלל בשטר ואפי' קנין ליכא אלא שחז"ל חייבוהו ועשאוהו כערב ודאי אינו טורף ממשעבדי שלו: ואין לומר דאדרבא מאחר דחז"ל

שוויוהו ערב עדיף כחו יותר מערב דעלמא כמ"ש בהערב בב"ד כמ"ש מר"ן בסי' קכ"ט ס"ו וז"ל דערב בב"ד לד"ה גובה ממשע' אפי' לא כתב לו שטר דהודאה בב"ד כש"ד יע"ש: וכתב הס"מע ס"ק י"ט והו"ל כשטר בקנין.

דהתם לאו משום דעדיף כח בית דין אלא הטעם משום דאית ליה קלא מאחר דהערבות בבי"ד כדמוכח לשון מר"ן ונתן טעם לשבח מ"ש דהודאה בב"יד כשטר דמיא ר"ל דאית לה קלא כמו"שט ממש וא"כ הלקוחות אינהו דאפסידו אנפשייהו וגם קנין אינו צריך דהו"ל כמו בשעת מתן מעות דבהאי הנאה דהימנוהו כמ"ש מר"ן ס"ב ולית בהו שום עדיפותא דבלאו הכי גם בערב דעלמא אם נעשה ערב בשעת מתן מעות אינו צריך קנין כי אם בשטר לחודיה גבי ממשעבדי ומ"ש מר"ן בס"ו דבעי קנין ושטר היינו שלא בשעת מתן מעות: תדע דהרי קי"לן שעבודא דאורייתא היא ומן הראוי דגובה מלקוחות אפי' מלוה ע"פ ואע"פ כן תקנו ח"ל דאינו גובה מלקוחות כ"א מלוה בשטר משום פסידא דלקוחו' דמאן דיזיף בצנעא יזיף ולא ידעי לקוחו' ועיין בס"מע סי' קי"א סק"א: ואין לומר דשאני ערב דלית ליה קלא דמאן דיזיף בצנעא ולכך בעי שטר משום פסידא דלקוחו'.

אבל בשותפות קלא אית להו והו"ל כערבו' בשטר ואינהו דאפסידו נפשייהו חדא דלאו כ"ע דינא גמירי ולא אסיקו דעתייהו הלקוחות שיתחייב מחמת שותפו ועוד דסברי דילמא לקחה לעצמו ולא נכנסה לכיס השותפות: והשתא הותר לנו ספק א'. אם נשתתפו בפני בית דין למאי דאמרינן לעיל דטעמא דבית דין משום דקלא אית להו אם נשתתפו בבית דין וידעי הלקוחות שהם שותפים ואם לוה א' מהם בשטר יתחייב חבירו ולמאי דכתיב' לעיל דיש לחלק ניחא: ואדרבא מצינו דהשותף גרע כחו מערב דעלמ' דבערבא אית לן דאם ערב לישראל בשביל הכותי והעליל הכותי על הערב חייב הלוה לשלם לערב כל מה שהפסיד לכותי ואפילו העליל עליו שלא כדין כמ"ש מר"ן ומור"ם בסי' קל"א ס"ז.

ואילו השותף אם העליל עליו הכותי לא מתחייב אחד בהפסד חבירו מכח עלילה אם היא שלא כדין כמ"ש הט"ז בסימן קל"א סק"א יע"ש וכ"פ מור"ם בסי' קע"ו סי"ב ע"ש: פרק כ"ז הי"ד שטר שכתוב מלמעלה מנה ומלמטה מאתים מלמעלה מאתים ומלמטה. מנה הכל הולך.

אחר התחתון. וכו' ע"כ.

הנה נשאלתי לאשר שאלוני בענין ראובן שמכר לשמעון קרקע אחד ואגבו מכר לו עוד האויר שעל גבי הגג של בית המוכר הנז' לבנות על גבו עליה אחת והמכר היה בשנת תקפ"ו או חקפ"ז מ"מ והיה עכ"ב ונתעכב הדבר ולא בנה שמעון עליה הנז'. ואחר שעברו כמה שנים נדחק השעה לשמעון הלוקח הנז' והוכרח במעשיו מסיבת החו' שעלו עליו ונשתרגו על צוארו ומכר בע"כ הקרקע והאויר הנזכר ליהודה בשנת ת"ר ויותר בשנה או בשתים וגם יהודה הנז' נשתהא ולא בנה העליה הנז' וביני בני נפטר שמעון הלוקח הראשון וגם עידי השטר הראשון.

והנה בעת"ה עמד יהודה הלוקח השני לבנות העליה הנז' ובנה הכותל שבינו ובין ראובן וקבע בו חלונו' שקופים גדולים יותר מדיי כל הכותל כולו כמו האלמ'ודא דלפ'רנסיס. ועמד כנגדו ראובן המוכר הראשון הנזכר ועכב עליו שלא יפתח החלונות באומרו אליו שהוא עכשיו לאלתר רוצה לבנות סמוך לו ותעכב עלי בשביל החלונות ואז השיבו יהודה לאמר לו כך כתוב בספר המקנה שביד שמעון שבשעת המכר.

התנה עליך לפתוח חלונות ובלבד שיהיו למעלה מקומת אדם. ואני קניתי ממנו כל זכות שיש בידו והוציא לפנינו השטר הנז' וכתוב בו כך כמו שאמר יהודה הלוקח הב' הנזכר וכן ראובן גם הוא הוציא שטר אחד וז"ל הצריך לענינינו בשעת המכר התנה המוכר על הלוקח שכל החלונות שיפתח בכותלי' המפסיקי' ביניהם מב' רוחות ועוד קמעא הנוסף מרשות המוכר הנז' כמבואר בספר המקנה לא יקבע אותם כי אם למעלה משיעור גובה קומת אדם מקום שאין העין שולטת כי היכי דלא ליהוי שום היזק למוכר וכן כל הכותלים הנז' חדשים גם ישנים מתהומא דארעא ועד רום רקיעא רשאי המוכר הנז' לנעוץ קורותיו בכל מקום שצריך מצד חצרו מבלי לסייעו בבנין בשום פרוטה ע"כ הצריך לדינא.

וכן מצאנו. כתוב בספ' המקנה הראשון כדברי' האלו ונמצאו שניהם.

ראובן ויהודה מריבים זה עם זה מושך עצמו לזכות שיש בידו שהתנה שמעון על ראובן המוכר הנז' לפתוח חלונו' על חצרו וזה ראובן המוכר הנז' מושך עצמו לזכו' שבידו לנעוץ קורותיו בכ"מ שצריך מתהומא דארעא ועד רום רקיעא והתנאי שבידו לפתוח החלונות היה מימי קדם בזמן הקנין שהיה רוצה לבנות לאלתר ובאותה שעה אין.

לאל ידי במה לבנות ואמרתי לו שיפתח דזה נהנה וזה. אינו חסר ועכשיו כמו שהוא רוצה לבנות גם אני כמוהו רוצה לבנות זה אומר בכה וזה אומר בכה ולא הושוו ביניהם עד שנפשם לשאול הגיעה לבית דין לראות מה ששורת הדין נות' ורציתי לעמוד לבקש ולמצוא בדברי חז"ל פתח בענין זה ומי שחותמו אמת ינחני במעגלי.

צדק ואמת: איתא בדברי מר"ן בקצר סימן מ"ב ס"ה והמה בכתובים בדברי רבינו בה' מלוה ולוה בפ' ז"ך ה' י"ד ובדברי רבינו הטור בסי' הנז' וז"ל מר"ן היה כתו' בו למעלה דבר א' ולמטה דבר אחר ואפש' לקיימם מקיימים אותם אבל אם הם סותרים זה את זה וכו' הולכים אחר התחתון וכו' יע"ש וכתב הס"מע ס"ק יו"ד דאפילו אם הקיום הוא בדוחק מ"מ מקיימים משום דאין דרך הבריות לחזור בדבריהם תוכ"ד יע"ש ובס"ק י"א כתב הולכים אחר התחתון הטעם הוא כיון דסותריזה את זה והן שני דברים ודאי.

חזרה היא ע"כ יע"ש. ודאי כוונתו רצויה במ"ש והן ב' דברים וכו' ר"ל ב' דברים שאינם תלוים זה בזה שלא כתב בו מאה שהן מאתים וכו' אז נוטל הפחות שהוא מאה אף על פי שכתוב מאתי' לבסוף עכשיו שהן ב' שאינם תלוים וכו' הולכים אחר התחתון אפילו למעליותא וכמ"ש מר"ן בסוף הסעי' דיד בעל השטר ע"הת.

נמצא לדעת הרבוותא הנזכרי' אם מצינו בשטר ב' דברים דלא ראי זה כראי זה אם היינו יכולים לקיים ב' אפילו על צד הדוחק מקיימים ב' וזה טוב הוא מלומר הדרי בהו ואזלינן בתר התחתון ואם לא היינו יכולים לקיים שניהם אפילו ע"צ הדחק אז אזלינן בתר התח'

מטעם חזרה: אתאן לנדון דידן לכאורה נראה דאי אפשר לקיים ב' אפילו על צד הדוחק דכשתאמר הלוקח יפתח החלונות אין ראובן יכול לנעוץ קורותיו דנמצא מאפיל עליו וכן כשתאמר.

ראובן ינעוץ קורותיו אין יהודה הלוקח יכול לפתוח ר"ל דהוי כמו שאינו יכול דלית ליה הנאה מהם מאחר שהוא מאפיל עליו בבניינו ואם תאמר יכול לקיים שניהם על ידי שיפתח שני חלונות אמצעי' לאור דאמרי' מיעוט רבים שנים ולא כמו שעשה כל הכות' חלונות מ"מ ראובן מעכב מכח יפוי כח שיש לו כתוב בשטר מתדע"דק בכל מקום שירצה ויכול לעכב עכ"מ שיאמר כי הוא זה שאני רוצה וכן הוא אומר עכ"מ ומקום ומוכרחים אנחנו לומר דאזלינן בתר התחתון התנאי שהתנה המוכר עם הלוקח לנעוץ קורותיו וכו' ובודאי חזרה היא שחזרו מתנאי הראשון וקיימו התנאי השני ולבי מגמגם בזה דלשון השטר שכתוב בו וכן כל הכותלים וכו' לא משתמע מיניה דחזר' היא אלא לקיים שניהם: אבל כד דייקת שפיר נ"ל שהם ב' דברים דלא סתרי אהדדי וכך הוא האמת דמתחי' בזמן קדמון שקנה שמעון מראובן הקרקע הנז' והיה שמעון מרווח רווח שעמד וקנה וראובן היה דחוק כמ"ש דעמד ומכר קרקעו ואין אדם מוכר קרקע אלא מחמת דוחקו ושמעון קנאהו אדעתא לבנותו מהר דאין לו הנאה בעמדתו כך בלא בנין דוודאי כוונתו היה לבנות לאלתר וראובן הרי הוא כמתייאש שלא לבנות ולכך כשביקש ממנו הלוקח הנזכר לפתוח החלונות קבל ממנו דזה נהנה וזה אינו חסר אלא שחשש ראובן שמא לאחר זמן ימצא לאל ידו במה לבנות ויכול לעכב על ידו ע"כ התנה עליו שיכול לנעוץ קורא בכ"מ שהוא רוצה ואינו יכול לעכב.

עליו והסופר קצר במקום שהיה לו להאריך ולומר והתנ' המוכר על הלוקח דלאחר זמן אם ירצה דהיינו אם השיגה ידו לבנות יכול לבנות ולנעוץ קורותיו וכו' ונמצא דשניהם קיימי' דתנאי שמעון שהתנא על ראובן לפתוח החלונות היינו בתחילה דאין לראובן שייכות בבנין ותנאי ראובן שיבנה וינעוץ וכו' היינו לאחר זמן אם השיגה יד ראובן לבנות ושניהם קיימים ונמצא תנאי שמעון נמשך והולך עד זמן שתשיג יד ראובן לבנות ומשם ואילך יתחיל תנאי של ראובן לבנו' ולנעוץ קורותיו בכ"מ שירצה וכן פירש המוכר שיחותיו כמ"ש אני בעניותי בלשון השטר דהתנאי שהתנה על הלוקח לנעוץ קורותיו וכו' היינו לאחר זמן אם תשיג ידו דבשעת המכר אין לאל ידו לבנות ולכך נתן לו רשות לפתוח החלונות לפי שעה.

והשתא אתי שפיר טפי לפרש השטר כן יותר ממה שנפרש סותרים זה את זה וחזרה היא דלשון השטר דקאמר וכן כל הכותלי' וכו' לא משמע דלשון חזרה אלא לקיים ב' ועוד דוחק לומר דחזר בו בתוכ"ד מאחר דאיכא לפרושי לשון השטר בקיום ב' בלא סתירה וחזרה: ואם נפשך לחלוק ולומר מאן שם לך ומאן טעים לך לפרש לשון השטר שכתוב בו לנעוץ קורותיו דהיינו לבנות בניינים ולסכך עליהם דילמא הכוונה היא לנעוץ קורותיו דהיינו אם יצט' להשתמש בקורות ינעוץ אותם בכותל שלו ובלא בניינם ובלא סכך ובזה יתקיימו שניהם ויש לאל ביד יהודה לפתוח החלונות וראובן גם הוא ינעוץ קורותיו אם יצטרך להשתמש בהם לשום תשמיש זה בורכה לע"ד חדא דלשון השטר דקאמ' ינעוץ קורותיו בכ"מ שירצה מתהו' דארעא וכו' לא משמע כן דאם הוא תשמיש

עראי היה כותב לו ואם ירצה לנעוץ קורא אחת ושתים ויותר להשתמש בהם ינעון אבל לשון ינעוץ קורותיו וכו' הכוונה היא כדרך כל הארץ לבנות ולנעוץ ולסכך עליהם ופוק חזי מאי עמא דבר בתנאי כזה ועוד מאי האי דקאמר בלי לסייעו בשום פרוטה ואם הכוונה כך מאי סיוע איכא בהדיה: ועוד אפילו אם יהיה במונח הנח הנחה סוברת דיכול לפרש כך לשון השטר מ"מ מידי ספיקא לא יצאנו דהשטר משתמע לתרי אנפי או כמו שפירשתי בעניותי וכדברי המוכר או תפרש' לנעוץ קורו' בעלמא בלא בנין ובלא סכך וקי"לן המוציא מחבירו עליו הראיה והלוקח עכשיו נקרא מוציא שרצה לבנו' כותלים ולעשות חלונות ולעכב על המוכר שלא לבנות בקרקע דכל זמן שלא בנה מקרי הוא המוציא דמהאי טעמא אמרו חז"ל יד בע"הש ע"הת משו' דהו"ל הוא המוציא וקי"לן המוציא מחברו עליו הראיה כמ"ש הרב"י סימן מ"ב סי"ב וז"ל וטעם הדבר פי' וכו' משום דאמרינן יד בע"הש ע"הת היינו משום דהמוציא מחבירו עליו הראיה יע"ש ואם הלוקח יטעון שכך הוא פי' השטר אומרי' לו עליך להביא ראיה ואם לאו אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת ואפילו אם הלוקח יטעון טענת ודאי דכנים הדברים כך וכ"ש בנדון דידן דכל טענותיו טענת ספק דלית ליה ידיעה מזה דהוא לוקח שני שלקח משמעון שלקח מראובן ואפילו לחייבו שבועה למוכר לא מחייבי' ליה דאין נשבעין ע"ט ספק והשטר דקא סמי' עליה משתמ' לכאן ולכאן ודעדיפ' מינה אני אומר דאפי' אם במצי' היה דכבר הלוקח הנז' בנה וקבע חלונות בכותלים והחזיק בהם גם בזה אמרינן דהמוציא מע"ה ויכול המוכר לבנות ולסתו' אורו בפניו מטעם דקרקע בחזקת בעליה עומדת כמו שדקדק בלשונו הזהב רבינו הטור.

ומר"ן וז"ל ואם תפש מטלט' לא מפקי' מיניה ודקדק מר"ן ב"י שם וז"ל ודקדק רבינו לכתוב מטלט' דאילו קרקעות לא שייכא בהו תפיסה דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכן כתב רבינו סי' מ"ו בשם ר"י יע"ש: ואע"פ דק"ילן בעלמא דאם החזיק בחלונות אין בעל הקרקע יכול לסתו' אורו בפניו כמ"ש מר"ן בסי' קנ"ד דאמרינן כבר החזיק היינו דוקא החזקה שיש עמה טענה ברורה אבל הנדון דידן דחזקתו מכח שטר שיש בידו והשטר משתמע לתרי אנפי אמרינן ביה המוציא מחברו ע"הר וקרקע בחזקת בעליה עומדת: ומזה הטעם עצמו יש לדחות גם כן מה שאמרנו לעיל לקיים שניהם שיפתח ב' חלונות לאורהוכו' והמוכר ינעוץ קורותיו בצד אחר ויתקיימו התנאים בשניהם דיכול המוכר לומר לו עליך להביא ראיה מאחר דאיכא לפרש משמעות אחריני בש' כמו טענת המוכר דיאמר לו התנאי היה מקודם אם רצה לבנות ולפתוח חלונות כנז"ל ואמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת והמוציא מחבירו ע"הר: וגדלה תמיהתי על דייני העיר שהפכו הקערה על פניה וזכו ליהודה הלוקח וחייבו לראובן המוכר ומנעו אותו שלא לבנות בקרקע והוא צווח ככרוכייא דשטרי בידי כתוב בו שיש לאל ידי לנעוץ קורותי והמה משיבים לו אם אפשר לו לנעוץ ועכשיו לא אפשר ליה מפני הלוקח שפתח חלונותיו ויראה אם נשאר לו מקום בלא חלונות ינעוץ בו ולא ידעתי למה לא נתנו עיניהם ודעתם לדברי חז"ל ולכל מאי דכתיבנא לעיל ולפחות היה להם להשוותם ולומר להם כל אחד יניח מקום חלק לחבירו ולקיים שני שטריהם שזה ינעוץ וזה יפתח וכך הסברא נותנת ובפרט מטעם שהיתה המכירה הנז' בזמן הישמעאלים ודאי התנאי שיפתח החלונות הוא כמנהג המדינה שעושים חלונות קטנים.

לאורה ולא ירבה בחלונות אלא אחת ושתים ותו לא ומאין להם לומר לו לעשות כל הכותל כולו חלונות כמנהג האלפ'רנסיס והתנאי היה בזמן הישמעאלים וודאי התנאי היה כפי המנהג ואפילו בלא תנאי דינעוץ קורותיו יכול לעכב עליו שלא ירבה בחלונות ולהגדילם כדי לבנות בצדו ולא יפתח אלא כמנהג הישמעאלים ומכ"ש השתא דשטרו בידו זה בא בשטרו וזה בא בשטרו מאין להם להעדי' אחד על חבירו והוא תנאי ראשון על תנאי אחרון ופשוט אצלי דלא טעו בדבר פשוט כזה אלא מחמת פשיטותו בעיניהם ולכך לא חשו לבקש ולעיין בדברי הפוסקים וסמכו על חכמה ודין גרמא בנזיקין לעבור את ה' והלך אצל הערכאות לקיים ואויבינו פלילים ונצח המוכר הנזכר בדיניהם וסתם כל החלונות ובנה בצדו ולא עוד אלא דהפסיד סך מה בשכר הערכאות ומשמשיהן נוסף על סתימת החלונות ראה מה עלתה לו ואם דקדקו בדבר כנז' לא היה נשאר מעל ה' יכפר בעד וה' יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאו' אכ"יר: הלכות טוען ונטען פרק ה' ה"ד טענו ענבים העומדים ליבצר וכו' שכל העומד ליבצר הרי הוא כבצור וכו' הכי איתא במשנה דשבועו' (ד' מ"ב) מחלוקת ר"מ וחכמים בעשר גפנים וכו' וגם בסנהדרין (ד' ט"ו) ואמר רי"בח בענבים העומדות ליבצר וכו' והתוספות שם כתבו בד"ה בענבים וכו' וי"ל דגבי בעל חוב מודים דלא גבי מדבר העומד וכו' ר"ל אע"ג דרבנן פליגי הכא התם בבעל חוב מודים.

ואע"ג דהתם לא קאי בבעל חוב אלא במזונות הבנות מ"מ קרי להו בעל חוב דהנהו נמי בעל חוב מקרו שחוב הוא על הבעל שהרי תנאי כתובה הוא דיכתוב לה בנתן דיהוו ליכי מנאי יהון מתזנן מנכסי עד דמתבגרן וק"ל: פרק ז' ה"ב כל המודה בפני שנים אינו יכול : לחזור וכו' הרי זה כאומר אתם עדי אבל אין כותבין אא"כ אמר להם כתבו וחתמו ותנו לו ע"כ עיין בה"המ והכי איתא בפ' זה בורר (דף כ"ט ב') הודה בפני ב' וקנו מידו כותבין ואם לאו אין כותבין: וכתבו שם התוס' בד"ה הודה וכו' דאם רצה לחזור חוזר כדאמרי' בהמוכר וכו' תדע דהא לא קנו מניה וכו' יע"ש ואע"ג דכבר הביאו ראיה לדבריהם מההיא דהמוכר דיכול לחזור בשטר וכו' משום דיש לדחות דשאני התם דליכא קנין ומשו"ה יכול לחזור בו ואין משם ראיה לדבריהם שכתבו דאפילו בקנין יכול לחזור ויש ראיה לדבר מההיא דאמר לעדי' כתבו וחתמו וקנו מיניה א"צ לאמלוכי ביה והטעם דאיכא למימר הא דאינו יכול לחזור בו משום דאיכא קנין וסתם קנין לכתיבה עומד ולכך כתבו תדע וכו' ר"ל דהא דאמרי' דאין צריך לאמלוכי לאו משום דאינו יכול לחזור בשטר אלא הטעם הוא דמסתמ' כל כמה דלא הדר ביה רוצה הוא שיכתבו וראיה לדבר תדע דהא לא קנו מיניה וכו' ופשיטא דיכול לחזור בשטר וכו' דאין לו במה ליתפס דליכא קנין ודברים בעלמא נינהו ואין בהם ממש כדק"יל בכל דוכתא וליכא מאן דפליג בזה דודאי.

יכול לחזור דבשלמא בקנין הוא נתפס על ידי הקנין אפי' אכתיבה דשטר משום דסתם קנין לכתיבה עומד וכאילו קבל קנין על הכתיבה אבל בלא קנין דבר פשוט הוא דיכול לחזור ואע"פ כן קאמר דאין צריך לאמלוכי ואם איתא דהטעם הוא משום חזרה אמאי אין צריך לאמלוכי אלא ודאי הטעם הוא משום דמשמע כל כמה וכו' ואפילו בקנין יכול לחזור בשטר דהקנין לא קאי אלא אמכירה ולא אשטר: ומ"ש רבינו שכל האומר בדרך הודאה הר"ז כאומר אתם עדי.

עיין לעיל בש"ס דקאמר ש"מ מהא וכו' ל"ש אמר מלוה ול"ש אמר לוה. ור"ל מהא דא"ל מנה לי בידך וכו' דהמלוה הוא דקאמר אתם עדי ושתק הלוה וכו' ולא בעי' שיאמר הנתבע אתם עדי: ברם ראיתי להס"מע סי' פ"א סק"מ שכתב ע"ד מר"ן שכתב אפילו אמר אתם עדי ושתק יכול לטעון שלא להשביע וכו' כתב על דבריו וז"ל דר"ל דהנתבע אמר אתם עדי והתובע שתק איירי וכו' אבל אם אמר התובע וכו' והנתבע שתק ליכא מ"ד דיכול לטעון שלא להשביע וכו' יע"ש.

ותמיהא לי על דבריו אלו דהא הש"ס בפי' קאמר דלא שנא ואיך הוא יכול לחלק ועוד דדבריו הפך הש"ס דמדברי הש"ס משמע דהיכא דאומר הנתבע אתם עדי הוא עדיף מן התובע שאומר אתם עדי והנתבע שותק דדברי הש"ס מפורשין דמיירי דהתובע אומר אתם עדי והנתבע שותק ועלה קאמ' לא שנא וכו' משמע דהנתבע עדיף אם יאמר אתם עדי וכו' דאל"ך מאי ראיה מביא דלא שנא וכו' והא הש"ס לא קאמר אלא אם התובע אומר וכו' ומנא ליה דל"ש והוא קאמר דאם התובע אומר אתם עדי אינו יכול לטעון וכו' אבל אם הנתבע אומר וכו' יכול לטעון שלא להשביע ואין לחלק בין טענת השטאה לטענת השבעה דכן משמע מהש"ס דמתניתין דקתני בלא תביעה דליכא אלא טענת השבעה והביא עלה בש"ס מסייע ליה לרב יהודה וכו' שצ"ל אתם עדי וקתני עלה איתמר נמי מנה לי בידך וכו' למחר אמר לו תנהו לי אמר משטה אני בך פטור וכו' עי"ש.

משמע דאין לחלק בין טענת השבעהלטענת השטאה וקאמר עלה ל"ש אם אמר התובע אתם עדי וכו' וצ"ע. ואחר שכתבתי דברים אלו ראיתי להרב שפתי כהן שנכנס כדברים אלו והאריך שם ולא עיינתי בדבריו.

ולכשאפנה אשנה: פרק ט' ה"ח זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי האומ' כולה שלי ישבע וכו' והאומר חציה שלי וכו' ע"כ. ושמעתי מקשים משם ת"ח א' אשכנזי על דעת מר"ן בח"מ סימן קל"ח ס"ב שכתב וז"ל ואם זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי האומר כולה שלי ישבע שיש לו בה ושאין לו בה פחות משלשה חלקים והאומר חציה שלי ישבע שיש לו בה ואין לו בה פחות מרביע וכו' יע"ש וק' אמאי אצטריך לישבע שיש לו בה מאחר דהאחד מודה לו שחציה שלו ול"פ אלא בחציה הב' ואין אנחנו יכולים לומר דמאי דקאמר ושאין לו בה פחות מג"ח הוא כוונתו שאין לו בה כלל ומקרי משתבע על האמת כשאומר אין לו בה פחות משלשה חלקים שאין לו כלום דהרי אית לה בה חציה דל"פ אלא בחציי' הב' וודאי מאי דקאמר שאין לו פחו' מג"ח כוונתו לומר שאין לו פחות אלא ג"ח כמ"ש רש"י במצי' דף ה' ב' ד"ה על דאית ליה משתבע וכו' וז"ל דבשלמא אם היה לו בה שליש או רביע והוא נשבע שאין לו בה פחו' מחציה נשבע בשקר שהרי יש לו בה שליש שהוא פחות מחציה ואין לו בה חציה אבל כשאין לו בה כלום נשבע הוא באמת ע"כ יע"ש.

וא"כ הכא דאית ליה בה חציה אמאי אצטריך לישבע דאית ליה בה ואין לו בה וכו' די לו לומר שאין לו בה פחות מג"ח וכוונתו לומר אלא ג"ח והש"ס דקאמר דצריך לישבע שיש לו בה וכו' אינו אלא אבבא דקאמר זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי דשמא אין לו בה כלום. אבל לא אהך בבא דזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי.

ונ"ל דלא נקטה מר"ן אלא משום הך שכנגדו שאומר חציה שלי דצריך לומר שיש לו בה ואין לו בה פחות מרביע דחיישינן כשאומר שאין לו בה פחות מרביע כוונתו לומר שאין לו בה כלום וצריך לומר שיש לו בה וכו' ולכך נקטה אשכנגדו דאומר כולה שלי אף על פי דאינו צריך: פרק ט"ו הי"א מי שהלך וכו' לפיכך יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר וכו' ע"כ אירע מעשה באביגיל שמכרה חצר אחת ליהודה והחצר הנז' היא סמוכה לחצר ראובן ונכנסים לב' החצרו' הנז' במבוי אחד קטן ואינם יכולין ליכנס לחצר האשה הנזכר' עד שיעברו על חצר ראובן הנז' והמבוי הנז' הוא בזכות ראובן שהוא מקרקע חצרו והאשה הנז' כשמכרה החצר הנז' התנית על יהודה הנז' בפי' ואמרה לו שהמבוי הנזכר הוא לזכות ראובן שהקרקע שלו ואם יבא ראובן ויעכב על ידך שלא תעבור בו לא תשתעי בי לדינא שאין לי זכות בו.

ואחרי מופלג מת ראובן ונפלה החצר הנזכר לפני היורשים וחזרה האשה הנזכרת וקנתה החצר הנז' מן היורשים ועיכבה על הלוקח הנז' שלא לעבור במבוי הנז' ועתה נפשם לשאול הגיעה מה שורת הדין נותנת בעיכוב הנז' יורינו המורה לצדקה ושכמ"ה: וזאת תשובתי לע"דן דדבר פשוט וברור הוא דיש כח ביד האשה הנז' לעכב על יהודה הלוקח ממנה שלא לעבור דרך המבוי הנז' ויקנה דרך במאה מנה או יפרח באויר דאתיא בק"ו ממה שפסק מרן בסי' רכ"ו ס"ג וז"ל המוכר שדה לחבירו שלא באחריות חייב באחריות דנפשיה ודווקא בזכות שיש לו בשעת מכירה אבל אם בא לו זכות לאחר מכן חוזר עליו ע"כ יע"ש וכתב הסמ"ע ז"ל וז"ל כגון זה שכתב בסעיף שקודם זה אבל אם היה חייב שמעון לאביו של ראובן וכו' ומת יעקב וירש ראובן החוב מאביו יכול ראובן לטורפו מיד שמעון דזכות הבא לו לאחר מכן יע"ש.

ומ"ש ומת אבי ראובן וירש וכו' לאו דווקא דה"ה אם ראובן קנה שט"ח מאביו או מאיש אחר דגם בזה אמרינן דזכות זה בא לו לאח"מ וכאילו הלוהו לאחר המכירה ונשתעבד לו כמ"ש הסמ"ע בסוף דבריו יע"ש דזיל בתר טעמא וכך הסבר' נותנת. והסמ"ע דנקט ומת אבי ראובן וירש בא לאשמועינן מלתא אגב אורחיה דדוקא מכר ואח"כ מת אבי ראובן אבל אם מכר אחר שמת אביו לא מקרי זכות הבאה לו אח"ך או לריבותא נקט ירש דהוה אמרי' דלא מקרי זכות שבאה לו לאחר מכן דהא מקודם עומד וראוי לירש קמל"ן דמקרי זכות הבאה לו לאחר מכן ויטרוף הקרקע מיד שמעון.

ואע"פ שהוא הוא המוכר והוא המוציא לעצמו וכ"ש לנדו"ד דלית ביה שהוא המוכר הוא המוציא שהרי לא מכרה לו המבוי הנז' רק החצר ועכשיו קנתה מחדש המבוי דינא הוא דיכולה לעכב וכל זכות שיש לראובן ויורשיו במבוי הנז' הוא לה וזכתה בו וכשם שהם יכולין לעכב גם היא יכולה לעכב וזה דבר פשוט וברור כשמש ולא כתבתי זה אלא לפי שראיתי מהדייני' שנראה להם דאיכא ספיקא קמייהו והוצרכו לפשרה ומי שחותמו אמת ינחנו בדרך אמת: הלכות נחלות הלכה א' אין הבכור נוטל פ"ש בנכסי' הראויין וכו' נשאלתי לחוות דעי מה יהיה משפט בע"ח לענין אם גובה בראוי כבמוחזק או לא ומה היא דעת עליון מרן בקצר ומה היא הכרעתו אי כמ"ד בע"ח אינו נוטל בראוי או כמ"ד נוטל בראוי אלא כבמוחזק: תשובה דבראוי אית ביה תרי גווני דאם הניח אביהם אחריו מלוה ביד אחרים בין בשטר בין בע"פ או משכנתא אפי' באתרא דמסלקי וכדומה

גובה מינה ב"ח משום דבע"ח משועבד ליה מדר"ן כמ"ש מר"ן בסי' ק"ז ס"א יע"ש: אבל אם נפלה לו לב"ח ירושה לאחר מותו אין בע"ח גובה הימנה וקרי' ביה אין ב"ח גובה בראוי כבמוחזק וזה הכרעת מר"ן בקצר דמצינו דפסק בסי' ק"ד וז"ל לוה שאין לו ממה לפרוע ונפל הבית עליו ועל מורישו ובני הלוה וכו' וירש את מורישו בקבר והוריש' לנו ואין לבע"ח ליטול ממנו וכתב עליו מור"ם וז"ל שהרי אין בע"ח נוטל בראוי יע"ש.

ובסי' ר"פ כתב עוד וז"ל נפל הבית עליו ועל אביו או על אחד ממורישיו ואין ידוע איזה מהם מת תחילה והיתה עליו בעל חוב וכתובת אשה הנכסי' בחזקת היורשים יע"ש ובסי' רי"א פסק וז"ל היה אביו נוטה למות ולא היה לו צרכי קבורהואמר לו מה שאירש מאבא היום מכור לך ומת הבן בחיי האב ואחר כך מת האב הבן מוציא מיד הלקוחות ואינו צריך להחזיר הדמים שהרי מכר דבר שלא בא לרשותו וכו' וזה יורש אבי אביו.

ובסעיף שלאחריו כתב עוד יע"ש שאם ראובן לוה מיעקב אביו ואחר כך מכר נכסיו ומתו ראובן ויעקב מוציא מיד הלקוחות הנכסים שמכר אביו דמאי אמר אנא מאבוה דאבא יריתנא יע"ש: והנה צריך לדעת דאמאי מרן שינה בלשונו הזהב בהני אתרי דבסי' ק"ד נראה טעמו משום דאין בע"ח נוטל בראוי מדקאמ' וירש את מורישו בקבר והורישו לנו וכמו שהבין בדבריו מור"ם ז"ל וכתב עליו שהרי אין בע"ח נוטל וכו' ובסי' ר"פ סתם דבריו ולא פי' דעתו ובסי' רי"א נתן טעם מכח דאבוה דאבא קאתית יע"ש: ונלע"ד דהכא בסימן ק"ד לא מצי למימר אלא ה"ט דירש את מורישם בקבר ואין בע"ח נוטל בראוי אבל טעם מכח דאבוה דאבא קאתינא לא מצי למימר הכא דאין טעם זה אלא בנפל הבית עליו ועל אביו ובני הלוה שהוא ראובן אומרים אבינו מת ראשון ואנו מכח דאבוה דאבא קאתינא ולכך דייק מרן בלישניה וקאמר נפל הבית עליו ועל מורישו דווקא ומורישו היינו אחי או אחוה דאבוה כמו שמוכח בשמעתתא בסו"פ מי שמת וזו היא כוונת מור"ם שכתב שהרי אין בע"ח נוטל בראוי וכוונתו היא דמוכרח האי טעמא דכתב מרן וירש את מורישיו בקבר ולא כמו"ש קצת מפרשי' דאף בהך בבא דעליו ועל מורישיו אמרי' נמי טעמיה מכח אבוה דאבא וכו' דגם בשאר מורי' אמרי' כן זה אינו אלא האמת הוא דלא שייך הך טעמא אלא באב עם בניו ולא בשאר מורישים דאינם יורשים אלא מכח אביהם כמ"ש שירש את מורישיו בקבר וכו' וירשו הם ממנו.

ובסי' ר"ף דנק' תרוייהו נפל הבית עליו וע"א או ע"א ממורישיו סתם דבריו דשייך בהו תרי טעמי דבבא דנפל הבית עו"עא טעמיה גם מכח דאבוה דאבא וכו' אבל עוע"מו לא שייך אלא טעמא דירש את מורישיו ואינו נוטל בראוי: אבל בסי' רי"א לא שייך אלא טעמא דמכח דאבוה דאבא וכו' דנהי דלענין החזרת הדמים מהני הטע' דאין בע"ח נוטל בראוי מ"מ לענין להוציא הקרק' מיד הלקוחות לא מהני אלא מכח דאבוה דאבא וכו' ומוכרח אתה לומר דדעת מרן ורבינו הטור הוא כדעת רשב"ם דלימרו ליה אבוה וכו' הוא לענין ביטול המכר ולא כמ"ש התוספות שהוא לענין החזרת הדמים יע"ש בסו"פ מי שמת ומכ"ש בסעי' שאחריו שאם ראובן לוה מיעקב ואח"כ מכר נכסיו וכו' דמוכרח אתה לומר דטעמיה מכח אבוה דאבא וכו' דאי מטעמא דאין בעל חוב נוטל בראוי אחר דירש אביה' את מורישיו בקבר ירש גם את השטר ואחריות דנפשיה קבל עליה ואמאי

מוציא הנכסים שמכר אביו: א"נ בסי' ר"ף דסתם דבריו ולא הזכיר בלשונו ובני הלוה כמו שהזכיר בסי' ק"ד יורשיו היינו אחיו ומורישיו אחי אביו שהזכי' כמסק' הש"ס יע"ש ולית אלא טעמא דאין בע"ח גובה בראוי: וראיתי לרבינו הטור שהזכיר גם בסי' ק"ד עליו וע"א או עליו וע"א כמ"ש בסימן ר"ף ומוכרח אתה לומר לפי דבריו דטעמו דהזכיר בלשונו הזהב משום דאין ב"ח נוטל בראוי ולא הזכיר הטעם דמכח אבוה דאבא קא יריתנא משום דטעם זה מספיק גם לסיפא דעליו ועל אחיו אבל הטעם אחר דמכח דאבוה וכו' אינו מספיק כ"א לעליו וע"א דאית ליה.

דתח' אבותיך דווקא ולא לשאר מורישיו וטעמייהו משום דירש את מורישיו בקבר: אלא דיש לדקדק דאמאי רבינו הטור ז"ל שינה בלשונו דלעיל בסי' ק"ד כתב או עליו ועל. אחיו ובסי' ר"ף כתב עליו ועל מורישו ועוד דבסי' ק"ד כתב ובני הלוה וכו' ובסימן ר"פ כתב יורשי האב ואפשר לומר דלעיל נקט מאי לאו דס"ס יורשי האב בני ויורשיו אחי ולכך קאמר בני הלוה ועליו ועל אחיו ובכאן נקט כדמסיק הש"ס יורשי האב אחיו מורישיו אחי אבוה יע"ש וכפי זה היה לו ליתן טעם לשבח משום דמכח דאבוה כדבעי הש"ס למימר אלא דנקט טעמא דמספיק לכולהו כדאמרינן לעיל: אלא לדעת הטור וגם לדעת מרן דאזיל בשיטתיה קשה דאם ס"ל כמסקנת הש"ס דיורשי האב אחיו מורישיו אחי אביו ולעול' תחת אבותיך ברכה ולאו דינא אמאי נתנו טעם בבן שמכר בנכסי אביו בסימן רי"א משום דמכח דאבוה וכו' והא ההיא ברכה ולא דינא ואי בסילוק דעת דש"ס דדינ' היא ויורשי האב בני מורישיו אחי אמאי נתן טעם בנפל הבית משו' דאין ב"ח נוטל בראוי וירש את מורישו בקבר: ובשלמא לדעת הרי"ף ז"ל וגם לדע' הר"ם במז"ל ז"ל ל"ק ולא מידי דאפשר דגם בנפל הבית וכו' אית לאו טעמא מאבוה דאבא וכס"ד דש"ס ויורשי האב בני ומורישיו אחיו ואמר דקר' דתחת אבותיך וכו' אפי' בשאר מורישיו אלא לרבינו הטור ומר"ן דאזיל בשיט' קשייא: וכדי להבין הדבר על אמיתתו צריך להביא דברי הש"ס ס"פ מי שמת דף קנ"ט וז"ל איתמר בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו ומת בנו מוציא מיד הלקוחות וזו היא קשה בד"ממ ולימרו אבוך מזבין ואת מפיק.

דילמא מצי אמר מכח אבוה דאב' קאתינ' דכתיב תחת אבותיך וכו' ומסיק הש"ס לעולם כדאמרי' מעיקר' ודקא קשיא לך תחת אבותיך ההוא בברכה כתיב. אבל לענין דינא לא והתנן נפל הבית עליו וכו' מאי לאו יורשי האב בני מורישיו אחי ואי ס"ד דלא מצי אמר מכח אבוה דאבא וכו' ותחת אבותיך לברכה כתיב כי מת הבן ואחר כך מת האב מאי הוי נימא להו בעל חוב ירוש' אבוכון קא שקילנא וכו': ויש לדקדק מאי קאמר כי מת הבן ואחר כך האב מאי הוי וכו' דלעולם אימא לך תחת אבותיך ברכה ומאי דקאמר מת הבן ואחריו האב כוונתו לומר וירש מורישיו בקבר ואין ב"ח נוטל בראוי ומה מכריח הש"ס ואף על פי דעדיין תקשה זו היא שקשה בד"מ דהרי משנה ערוכה מ"מ ליכא הכרח דקרא תחת אבותיך דינא ולא ברכה.

ואין לומר דכוונתו להקשות ממה נפשך אם כוונת מתני' דנפל הבית וכו' הטעם משום דתחת אבותיך תקשה ממאי קשה מד"מ והא מתני' קתני לה ואם הטעם הוא משום דירש מורישו בקבר תקשה גם כן מאי היא שקשה בד"מ דלשון הש"ס לא משמע כן אלא להוכיח ממתני' דקרא דתחת אבותיך וכו' דינא הוא ולא ברכה וכן מוכח מפי' רשב"ם

שם ע"ע ועוד אם נאמר דרצה להוכיח ממה נפשך ליכא שום הוכחה לצד זה דירשמורישו בקבר ואחר האמת קשה היא בד"מ דשאני הכא דבא בעל חוב לגבות דבר שלא נשתעבד לו מעולם אבל הך דבן שמכר שבא להוציא המכר מיד הלקוח' דבר ששעבדו אביו בחייו והוא בו מכח אביו אמרינן קשה היא בד"מ ועוד מה הוא ההכרח שלו עד שאמ' מאי לאו יורשי האב בני וכו': ואפשר לומר דכוונת הש"ס הוא להכריח דטעם .

מתניתין דנפל הבית וכו' הוא משום דמכח דאבוה וכו' וקרא דתחת אבותיך וכו' דינ' וההכרח הוא דתנא נקט במלתיה נפל הבית עליו ועל אביו או עליו וע"מו ואמאי אצטריך התנא לאשמועינן תרתי לישמועינן דנפל הבית עליו ועל מורישיו והוא כולל גם אביו. אלא ודאי טעמו לאשמו' דנפל הבית עליו וע"א הוא משום דתחת אבותיך וכו' אבל על מורישיו הוא אחי ויורשי מורישיו הם אחיו וטעמו משו' דירש מורישו בקבר ואין ב"ח נוטל בראוי נמצא דמתני' אשמו' דאית בה תרי טעמי והדוחה דחה לו בקש דלית בה כי אם טעם א' דירש מורישו בקבר ואין ב"ח ג"בר: והשתא אתי שפיר דפסק רבינו הטור ומר"ן בסי' ק"ד בהאי דנפל הבית וכו' ונתן טעם משום דאין בע"ח נוטל בראוי דטעם מספיק לכולהו כדאמר לעיל אבל בההיא דבן שמכר בנכסי אביו לא מספיק ליה האי טעמא דלימרו ליה אבוה מזכ' וכו' ואצטריך ליה לטעמא דמכח דאבוה וכו' כס"ד דש"ס דקרא דתחת אבותיך וכו' דינא: אלא דעדיין יש לי לפקפק מאחר דטעם דההוא דמכר בנכסי אביו הוא משום דמכח דאבוה דאבא קאתינא אמאי קרי לה וזו היא שקשה בדי"מ ומפי' הש"ס משמע דלפי טעם זה לית בה שום קשיות דהרי בש"ס פריך ודילמא מצי אמר ליה מכח אבוה וכו' משמע דאי אמרינן מכח אבוה וכו' ניחא ולא אמרינן זו היא שקשה בד"מ אלא אי אמרינן וירש מורישו בקבר והוא יורשו משום דלימרו ליה אבוה מזבין והוא מפיק וכן ממש' לשון רשב"ם ע"ע שם כדכתי': וראיתי להר"ן ז"ל שכתב וז"ל.

הבן מוציא מיד הלקוח' משו' דמצי אמ"ל אנא מכח דאבו' וכו' דאילו אבא מעולם לא זכה בנכסים אלו ואין אדם מקנה דבר שלא בא לידו ומע' קשה הוא בדיני ממונות שיוציא מיד' בלא דמים שהרי אילו היה אביו קיים ורוצה לחזור בו היה צריך להחזיר הדמי' וזה שבא במקומו והוא תחתיו היה נראה שהיה חייב לעשות כן אלא שכך פסקו במערבא יע"ש משמע מדבריו דאפילו להאי טעמא דמכח דאבוה דאבא וכו' עדיין יש לומר שקשה היא בד"מ ולפירושו צריך לפרש הש"ס דקאמר ולימרו אבוך מזב' וכו' וקושיית הש"ס דמקשה ודילמא מצי למימר מכח דאבוה וכו' באנפי אחריני ומוכר' אתה לומר דמאי דקאמר בש"ס ולימא ליה אבוה וכו' מלתא בפני עצמה וכוונתו לומר איך יכול להוציא מיד הלקוחו' ולימרו ליה אבל לעולם קשה היא לכולהו טעמי כמו שמוכח מדברי הר"ן וקושיית הש"ס דמקשה ודילמא מצי וכו' מקשה על מאי דקאמר בש"ס איך יכול להוציא מיד הלקוחו' ולימרו ליה אבוה מזבן וכו' ולכך הקשה לו ודילמא מצי וכו' ואם כן יכול להוציא מיד הלקוחות ולעולם קשה כדפי' הר"ן וטעמיה: וראיתי בסמ"ע סי' ר"פ ס"ק כ"ז וז"ל ויורשי האב אומרי' הבן מת תחי' ולא ירש כלום וכו' ואינם משתלמין אלא מן המוחזק ולא מן הראוי וכו' יע"ש ולדבריו צריך לומר דנקט טעם מספיק לכולהו בבי כמו שישבנו לדע' רבינו הטור: ולפי מ"ש לעיל דמוכרח האי טעמא דמכח אבוה דאבא

וכו' בסי' רי"א אבל בסי' ר"פ ובסי' ק"ד יספיק טעם דאין בעל חוב נוטל בראוי אתי שפיר מאי דמסיים מור"ם וכתב שהרי אין בעל חוב נוטל בראוי ר"ל האי טעמא שהרי אין בעל חוב נוטל בראוי יספיק כאן ולכך נקטיה מר"ן במאי דכתב וירש את מורישו בקבר ולא נתן טעם דמצי למימר מכח אבוה וכו' והשת' מור"ם נתן טעם לדברי מר"ן: וראיתי להרב זי"ע אנאיים ז"ל שהקשה דאמאי מר"ן השמיט שהרי אין בעל חוב נוטל בראוי ותירץ משום דטעם ראוי כולל כל ראוי שבבכור ואיכא מילי טובא דהוי ראוי בבכור ואינו ראוי בבעל חוב יע"ש.

ולדבריו קשה אם כן אמאי מור"ם נקטיה בלישניה והא איכא מילי טובא דהוי ראוי בבכור ואינו ראוי לבעל חוב ומה הועיל במה שישב לדעת מר"ן ועדיין אינו ישוב לדעת מור"ם ואינהו קיימי בשיטה חדא דאיכא מילי דמקרי ראוי לגבי בכור ואינו ראוי גבי ב"ח וכן היא דעת רבינו הטור ואף על פי כן כתב דאין בעל חוב נוטל בראוי: איברא דאינו מן הישוב מה שפירשתי הש"ס לדעת לעיל ואינו אלא שבוש בעלמא דכן מוכח מש"ס וזו היא קשה בד"מ הוא משום לימרו אבוך מזבין והוא מפיק וכן מוכ' מדברי הר"יף וכן מדברי מר"ן גופיה ומדברי הפוסקים כולהו ויש ליישב בדוחק דברי הר"ן דמאי דכתב ברישא משום דמצי למימר מכח אבוה וכו' הוא לפי דברי הש"ס דידן דקאמר ודילמ' מכח אבוה וכו' ומאי דקאמר ומ"מ קשה הוא בדי"מ וכו' הוא קאי אמאי דשלחו מתם דס"ד דהוא יורש מכח אביו והוא דקאמר הר"ן דאילו אבא מעולם לא זכה בנכסים אלו ואין אדם מקנה מה שלא בא לידו וכו' ולכך קשיתיה מאחר דלא זכה אביו בנכסים ואין אדם מקנה וכו' מאי קושיא איכא דקאמר וזו היא קשה וכו' ויישב ומ"מ קשה מאחר דמוציא מידם בלא דמים דהוא במקום אביו ואם אביו היה קיים ורוצא להוציא היה צריך להחזיר הדמים וכו' אלא שכך פסקו במערבא אבל הוא האמת שמכח אבוה דאבא קאתינא והשתא לא תקשי דבריו אהדדי אלא דאין הלשון מתוקן אבל כוונתו כדכתיבנא ודעת הר"ן כדעת התוס' דפי' דזו קשה היא בד"מ קאי אדמים אבל מה שמוציא הקרקע מידם לית בה שום קשיות דאין אדם מקנה וכו' ואע"פ דלשון הש"ס מוכח דקשיות הוא על ביטול המכר דקאמר ולימרו אבוך מזבין ואת מפיק עיין בדברי התוספות הישוב: וכן מצאתי כתוב לרש"י על הרי"ף וז"ל וזו שקשה בד"מ ס"ד דמכח אבוה קאתי ותלמודא משני דמזכותא דנפשיה מכח אבוה דאבא וכו' ואינו קשה בדי"מ הרי מפורש דמאי דקאמר בש"ס וזו קשה בד"מ היינו לפי ס"ד דמכח אבוה: וראיתי להש"ך בסי' ק"ד סע"ק כ"א שכתב דטעם הדבר הוא מכח אבוה דאבא וכו' ונ"מ היכא דלא מצי למימר הכי בעל חוב גובה בראוי והביא משם הגה'ות אש'רי וכגון שנפלו לו נכסים לאחר מיתהמאבי אמו שאחיו מן האב א"י לירש אלא מכחו ב"ח גובה מהם וכו': וקשה לי דמאי דקאמר שאחיו מן האב אינו יכול לירש אלא מכחו וכו' דאין זה אמת דאין אחי' מן האב יורשים בראוי שירש אחיהם מן האם ואם כוונתו לומר דאם נפלו לו בחייו ומת דאין יורשים אלא מכחו דזה ראוי קרי ליה מוחזק הוא ובעל חוב נוטל ממנו ומאי קאמר ובעל חוב נוטל ממנו אם בעל חוב נוטל בראוי כבמוחזק נלעד"צע: והבינותי בספרים וראיתי לתרץ קושיא זו על פי מ"ש הרב ח"מ בטור א"הע סימן ק' ס"ק ט"ו עמ"ש מור"ם ז"ל דאם מת יעקב בחיי ראובן בנו והניח אלמנה הניזונ' מנכסיו אין אלמנת ראובן גובה כתובתה מאותם נכסים הואיל והיו משוע' לאלמנת אביו כשמת ראובן יע"ש וכתב

עליו הרב ח"מ ודוקא לענין כתובה מקרי ראוי וכו' אבל לענין ירושת הבעל כגון אם מת יעקב בחיי דינה בתו ואח"כ מתה דינה אזי בעלה של דינה יורש אותה מה שירשה מיעקב אביה אף שהיו הנכסים משוע' לאלמנת יעקב וכו' יע"ש: ולפ"ז אפשר לפרש דברי הא"ש דכתב וכגון שנפלו לו נכסים לאחר מיתה מאבי אמו וכו' ר"ל שמת אבי אמו בחייו אלא שהיו משועבדים לכתובת אשתו ואחר מותו מתה האשה ופקע השעבוד בזה ירשוהו אחיו מאביו דהשעבוד לא מפקע הירושה וזו שכת' שנפלו לו נכסי' לאחר מיתה דהיינו שפקע השעבוד לאחר מיתה ודינם שוה שהרי גם בבעל מצינו שאינו יורש בראוי כמו אחיו מן האב ואעפ"ך יורש בנכסים המשועבדים כנז' אף אני אבי' בהאחים מן האב יורשים בנכסים משועב' כמ"ש הרמב"ם בה' נחלות פ"א יע"ש: א"נ אפשר לומר דבסימן ק"ד נקט מר"ן כטעם הטור דאין בעל חוב נוטל בראוי ובסימן ר"פ סתם דבריו וטעמו משום דמכח אבוה וכו' כדעת הרמב"ם משום דמצי למימר מכח אבוה כמ"ש ה"המ יע"ש והשתא ניחא אמאי כפול הוא בסימן ר"פ אחר שכתבו בס' ק"ד ואפשר שדעת רבינו הטור נמי הכי: וראיתי להרב מש"למ בהלכות נחלות פ"ה ה"ח שכתב דטעמי' דרבינו הטור דנקט דירש את מורישו בקבר ואין ב"ח נוטל בראוי ולא יהיב טעמ' משום דמצי למימר מכח אבוה דאבא וכו' משום דרצה להשוות הדינים בין דנפל הבית עליו ועל אביו או עליו ועל חנוך בנו דטעם תחת אבותיך לא מהני דתחת אבותיך יהיו בניך ולא תחת בניך יהיו אבותיך יע"ש.

ולפי דבריו מוכרח לומ' דס"ל לדע' הטור דתחת אבותי' אפילו בשאר מורישיו דאל"ך אמאי הרחיק נדוד מדברי הש"ס דכתב אחיו או אחוה דאבא: וראיתי להרב ז"יע אנאיים שהקשה ע"ד הרב ז"ל דטעם רבינו הטור משום דנפל הבית עליו ועל בנו והוא נותן טעם על חלוקה זו והיא לא נזכרה בדבריו יע"ש: וטעמו במה שהשיג על הר' מש"למ משו' דבלשונו לא הזכיר רבינו הטור כ"א עליו וע"א או ע"וע אחיו ולא הזכיר מורישיו בלשונו הטהור דמשמע גם הבן בכלל והוא לא עיין בדבריו בסי' ר"ף דנקט עליו וע"מ והבן בכלל וא"כ דמאי דנקיט הכא בסי' ק"ד עליו וע"א לאו דווקא והרב פי' כן לפי דבריו דסי' ר"ף ואפשר דגם בסי' ק"ד היה הרב מש"למ גורס עליו וע"א וע"מ ולכך נתן טעם משום דבנו בכלל וגם בש"ס נקט נפל הבית עליו וע"מ וצי"מ אמן: ואגב אביע אומר מה שנשאלתי בענין הבכור אם נוטל פ"ש בשכירות הקרקע שהניח להם אביהם בנוי ומשוכלל ועדיין לא חלקוהו ביניהם השכירו' דביני ביני מאי הוי עלה ע"כ לשון השואל.

ואני בעניי נראה דדבר פשוט הוא דאית ליה פ"ש בשכירות מאחר דאית ליה פ"ש בגוף הקרקע וקי"לן דבכור אית ליה קודם חלוקה והוא דבר פשוט וברור אצלי. ומאחר ששמעתי שיש גמגום בדבר ממורי ההלכה ונאצוני אמרתי אעלה נא על הס' דברי חז"ל בקיצור לברר האמת ותהי האמת נהדרת וזה החלי בס"ד: כתב מר"ן בקצר סי' רע"ח ס"ד הניח להם אביהם פרה מושכרת וכו' נוטל בה ובולדה פ"ש יע"ש וכתב הס"מע סק"ו פי' ל"מ בה וכו' דאין דבר חדש וכו' אלא אפילו בולדה דהוא גוף דבר חדש וכו' אפ"ה כיון שנוט' מהפרה שהי' מצויה ביד אביהן והשכח דהולד בה ממילא נוטל הבכור פי שנים וכו' ע"כ: הנה מדברי הס"מע נלמוד דהדבר היוצא מגוף הדבר שהיה מצוי ביד

אביהן והוא בא ממילא בלא טרחת היורשי' ובלא הוצאה לא מקרי ראוי ומקרי מוחזק ביד אביהם והבכור נוטל בו פ"ש מאחר שיוצא מגוף אותו דבר בלא טרחא.

ואל תשיבני דבר דמאי שנא מכרמל ונעשו שבולים וכו' די"ל וכו' (וה"ה לשכירות) דשאני שבולי וכו' דאשתנו לחטים ותמרי' דהוי דבר אחר ושם אחר עיין שם: ואין לדחות ולומר דשאני שכירות דלא מקרי יוצא . מגוף הדבר ועוד דהיתומים השכירוהו ולא מקרי ממילא דאע"פ דהחילוק מצד עצמו חלוש ואין בו ממש ואין צריך להביא עליו ראיה.

מ"מ לחזק הדבר במסמרים בל אמוט אמרתי בחפ'שי להביא ראיה מדברי רשב"ם ז"ל בש"ס בתרא בפ' י"ב דף קכ"ד שהקשה בדבר זה וז"ל וא"ת ליתני רועה באפר וכו' סד"א מוחכרת ומושכרת לאו שבח ממילא הוא אלא על ידי ב"א שחורשין ועובדין בה ולא לישקול בה הבכור פ"ש קמ"לן וכו' כיון דאין היתומי' עצמם עובדין בה וכו' יע"ש הרי מדכתב ע"י ב"א ש"וע בה וכו' משמע מדבריו שהבכור נפ"ש גם בשכירות הפרה ומקרי יוצא מגוף הפרה דאל"ך מאי האי דקאמר שחורשי' בה וכו' והלא הוא דבר חוץ מגוף ואין הבכור נפ"ש והיא ראיה עצומה כראי מוצק.

וכן נראה מדברי התוס' שם ד"ה אף מוחכרת וכו': והבינותי עוד בספרים וראיתי להרב בעל הלבושים שפירש כן בדברי מר"ן וז"ל מושכרת ומוח' וכו' או שהיתה רועה באפר וילדה נוטל הבכור פ"ש בשכירות ובה ובולדה וכו' יע"ש הרי מפורש מדבריו דשכירות מקרי דבר היוצא מגופה ונוטל בו פ"ש מאחר דאית ליה פ"ש בגופה ולית בה טרחא.

וכן ראיתי למהר"י עייאש בספרו במנהגים שכן כתב בשם רבו יע"ש וכן הדין בשכירות הקרקע: נשאר לי לבאר דבר אחד דאפי' השכירו היורשים הקרקע אחר מיתת אביהן מקרי מוח' ביד אביהם ולא מקרי שבח היורשים אחמ"א. הנה ראיתי להתוס' בש"ס הנז' ד"ה היתה מוחכרת או מושכרת וכו' שאמרו וז"ל הא דלא נקט חכרוה או השכירוה היתומיסוכו' משום דהשתא אשמועינן חידוש טפי דאע"ג דהיתה מו"ומ בחיי אביהן לא חשבנן לה פרה ראוי ויטול בה פ"ש ע"כ יע"ש.

ואם נאמר דשכרוה היתומים מקרי שבח היתומים אפי' בס"ד מאי האי דקאמרי אשמועינן חידוש טפי הו"ל לש"ס לאשמועינן ששכרוה היתומים דלא מקרי שבח היתומים. אלא ודאי דבר זה לא יעלה על הדעת דבטרחא מועט' כזה לא מקרי טרחא ויכולה להתקיים באחר והוא פשוט דלא מקרי טרחא אלא כמו עבודת הקרק' וכדומה.

וכן מוכח מלשון מהר"י עייאש דהחידוש הוא בשכורה בחיי אביהם דהוה ס"ד דחשיב כמלוה והשוה שכירות הקרקע לשכירות הבהמה יע"ש: ואל תשיבני דבר ממה שכתב הרב נ"י בפרק מוכר את הבית דף קצ"א וז"ל והסכימו המפרשים ז"ל דהאי שכירות איירי שהשכירו האב ומת קודם שהגיע זמנו וכו' דהשתא הוי כפירות המחוברים לקרקע שהוא כקרקע ובלאו הכי אי אפשר ממה נפשך דאם השכירוהו יורשים לאחר מיתת אביהם אם כן ראוי הוא ועישור נכסי לא שקלי מן הראוי ואם השכירו האב והגיע זמנו לגבו' חו' הוא והרי הוא כמטלט' ע"כ יע"ש והביא דבריו הב"ש סי' קי"ג סק"ז על דברי מר"ן שכתב ויש לה לגבות עישור זה משכירות הקרקע ומן הראוי וכו' והביא כת

החולקים עליו ה"ה המרדכי והרא"ש דאית להו דגובה משכירות הקרקע ששכרוהו היתומי' וכ"א אזיל לטעמיה דהמרדכי סבר דב"ח גובה בראוי והיא בע"ח דאחי ובכתובה דוקא הקילו והרא"ש אית ליה דאף על גב דאין בע"ח נוטל בראוי שאני הכא דהיא בע"ח דאחי והם בחיים ולגבייהו לא מקרי ראוי וכל נכסיהם משועבדים בידה בהחוב הנז' כדין בעל חוב דעלמא דנכסי הלוה משועבדים ביד המלוה.

ולדעת הנמוקי אית ליה דאף ע"פ דבע"ח דאחי היא. אחר דהחוב הוא נולד מעישור נכסי של האב והם פטירי ולגבי האב מקרו ראוי אינה גובה מהם מהשכירות אלא מגוף הקרקע שהוא נכסי האב ולא משכירות שהם מקרו נכסיהם ולגבי האב מקרי ראוי לא נשתעבדו לה לגבות מהם החוב של עישור נכסי והרא"ש אית ליה מאחר דבע"ח דאחי היא יש לה לגבות עישור זה משכירות הקרקע ואפי' אם שכרוהו היורשים דנכסי היתומים משועבדים בידה ופשוט הוא שגובה מהם ולא הוצרך לומר בש"ס הוה מגבינן אפי' מעמלה דביתי אלא לענין דאם שכרו אביהם על שנה ודר חצי שנה וכו' לא חשיב כמטלטלי משום דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף וכן כתבו התוספו' שם בש"ס דף ס"ט ד"ה מעמלא דביתי וז"ל היכי דמי אי בשכירות שיבוא מן הבתים פשיטא שטורפת דהא מקרקעי נינהו ואי בשכירות שגבו כבר הני מטלט' וי"ל דמיירי שהשכירו לשנה וכו': הנה מלשון התוס' דכתבו פשיטא שטורפת משמע כדכתי' דהיינו שעבוד בעלמ' דאם לא כן מאי האי דקאמר פשיטא שטורפת אמאי נקט לשון טרפא אלא ודאי כוונתם לומר דהחוב שחייבים לה של עישור נכסי טורפת משכירו' וכן משמע מלשון הרשב"א והביא דבריו ה"ה וכן מוכח מלשון הרמב"ם ומר"ן דכתבו ויש לה לגבות עישור זה משכירות הקרקע דמשמע דהחוב שנתחייבו לה גובה משכירות הקרקע ודאי מר"ן אית ליה כהרא"ש ולשון שכירות דנקט כולל הכל וכן מוכח מדקאמר משכירות הקרקע.

ומן הראוי דקאמר היינו לענין שעבוד כמ"ש הח"מ סק"ט ומן הראוי הטעם שאין לה וכו' ומ"מ אינה גובה רק עישור נכסי האב ע"כ דמשמע מדבריו דמאי דקאמר הרא"ש ומר"ן מן הראוי היינו לענין שעבוד דאל"ך מאי האי דקאמר ומ"מ אינה גובה רק עישור נכסי האב ואפי' אי איכא מאן דפליג על הח"מ היינו לענין הראוי של זקינה אבל לגבי השכירות ליכא מאן דפליג: והדבר מוכרח מעצמו דאמאי הוצרכו לאוקומי דמיירי שהשכירוה לשנה וכו' והיא גופה קמ"לן דגובה משכירו' אף על פי דמקרי ראוי ששכרוהו היורשי' ועוד מאחר דקי"לן דאומדין משעת מיתה ואע"פ דע"נ אינו נגבה עד שתבא הבת להנשא מ"מ משערין לפי מה שהניח בשעת מותו כמ"ש מר"ן ומור"ם סי' ק"יג ס"ד ועוד דהבת אינה יורשת מקרית בע"נ אלא בע"ח דאחי כמ"ש מר"ן שם ס"ג וקאמר בש"ס למאי נפקא מינה אם אמרינן יורשת או בע"ח לענין דאם יכולים לסלק' בממון ולית לה בקרקע ואמאי גובה ע"נ משכירו' הקרקע ואם בע"ח דאחי מאי הוי דאין לה עליהם אלא עישור נכסי בשעת מיתה אלא ודאי דפשוט הוא דהרא"ש ומר"ן לא קאמרי אלא לענין שעבוד בעלמא אבל אינה גובה משכירות ע"נ משום דמשערין לפי מה שהניח בשעת מיתה ולית לה בקרקע דאינה נקראת אלא בע"ח ויכולים לסלקא במעות: ומעתה באנו לנדון דידן דליכא הוכחה מהכא לומר דשכירות קרקע הוי ראוי כמ"ש הנמוקי דשאני הכא משום דלית לה עי"ן אלא כשעת מיתה ואין לה זכות בגוף הקרקע דמצו אחים לסלקה במעות כדכתיבנ' לעיל.

תדע דגם הרא"ש דפליג אנמוקי מודה בדבר זה דאין לה אלא מש"מ ואין לה בגוף הקרקע ולכך אינה גובה מהם ע"נ אלא לענין שעבוד משום דבע"ח דאחים אבל בנדו"ד דאית ליה בקרקע פי שנים ואית ליה קודם חלוקה כנז' נוטל גם בשכירות פ"ש כמו דאית ליה בגוף הקרקע ולא מקרי נכסים ששיבחו אחר מיתה כמו שהוכחנו לעיל: ואחר כותבי חפשתי והבינותי בספרים וראיתי להרב בני אהובה שפי' כדכתי' וששתי כעל כל הון שנתכוונתי לדעת הגאון ז"ל וז"ל ועוד קשה דבהשכירות דאחים לאחר מיתת אביהם וכו' להרא"ש גובה וכו' כיון דהיא בע"ח דאחים ומה בכך הלא ע"ן הכל כשעת מיתה והלא בשעת מיתה אין זה נכנס בחשבון ע"ן.

ואם נאמר כיון דיש לה חלק עשירית בקרקע א"כ יש לה חלק עשירי בשכירות דקרקע שלה השביח מלבד דדין זה לא נראה וכו' לכן נראה דודאי שכירות הבית מהאחים לא נכנס וכו' דאינה נוטלת רק ממה שנמצא בש"מ. אמנם כיון דהעישו' אינו נגבה אלא מקרק' בזה קאמר הרא"ש דנוטלת העישור שנתחייב לה משכירות הקרקע דהוי כקרקע וכו' ודלא תימא הא שכירות הוי ראוי וכו' ואין ב"ח נוטל בראוי לזה קאמר דב"ח דאחים וחל שעבודא עליה' וכו' יע"ש.

הרי דבריו מפורשים כדפירשית ומשמע מדבריו דשכירות קרקע לא הוי ראוי וחשיב כנכסי' ששבחו לאחר מיתה מדקאמ' ואם נאמר כיון דיש לה עשירית בקרקע א"כ יש לה חלק עשירי בשכירות דקרקע שלה וכו' ואם באמת דשכירות מקרי ראוי והו"ל בנכסים ששבחו לאחר מיתה מאי האי דקאמר כיון דיש לה חוב עשירי בקרקע יש לה חל'בשכירות וכו' דאפילו יש לה ח' בקרקע אין לה בשכירו' דמקרי ראוי כמ"ש בבכור א"ו דפשו' הוא אצל הרב דאם יש לה ח' בקרקע יש לה גם בשכירות דקרקע שלה השביח ואפי' שכרוהו היתומים ולא מקרי ראוי דהו"ל נכסים ששבחו לאחר מיתה כדפי' וציי"מ וימ"ן: פרק י"א ה"ד כשמעמידין ב"ד להן אפטרופוס מוסרין לו כל נכסי הקטן הקרק' והמטלטלין וכו' והוא מוציא ומכניס בונה וסותר וכו' ונוטע וזורע וכו'.

נשאלתי לאשר שאלוני ע"ע ראובן נ"ע שנלב"ע וח"ליש והניח אחריו אלמנתו ובנים גדולים וקטנים ויש בין הבנים הנזכר בן גדול נשוי ואחר מיתת אביו כל עזבון אביו היה בידו והוא המוציא והוא המביא והוא היה זן ומפרנס לאמו האלמנה הנז' ולאיחיו מהעזבון הנז' והיה זה עד משך כמו ב' שנים ויותר ואחר בואו חשבון מה שהוציא על הוצאת קבורת אביו ופקידת החודש והשנה ומזונות אמו ואיחיו הנז' והיה העודף סך מה משלו ותבע לאמו לפרו' לו כל היתר מהעזבון שתחת ידה ומהקרקע שהניח אביו הנז' אחריו והאם ואחיו הנז' פשטו לו הרגל באמרם אליו שפטורי' מן הדין בכל היתר ועתה נפשם לשאול הגיעה מה יהיה בדינם יורינו המורה לצדקה ושכמ"ה: תשובה לעד"ן שהאח הגדול הנז' זכאי בדינו ויגבה כל היתר שהוציא על אמו ואיחיו הנז' ולא דמי למאי שכתב הרב"י בשם בע"הת סי' קכ"ח במס"ב וז"ל שנשאל הרי"ף במי שפרנס יתום בתוך ביתו ואחר שהגדול תבע ליתום הנז' באו' שבתורת הלואה פרנסו וכו' והשיב כיון שלא אמר לו בפי' בתורת הלואה לא נתן לו אלא לגמילות חסדים כמו"ש במי שהלך למד"ה ועמד אחד ופרנס את אשתו וכו' הניח מעותיו וכו' וכתב עליו הרב"י ומשמע שאין דברי הרי"ף אמורים אלא בשלא היו בידיו משל יתומים או אם היתום גדול דהו"לל ליה בתורת

הלואה אבל ביתום קטן חייב לשלם ודווקא אם יש לו נכסים באותה שעה אבל אם אין לו נכסים באותה שעה אין לו עליו כלום דהיו אחרים מפרנסים אותו יע"ש דשאני הכא בנדו"ד מאחר שהוא גדול שבאחים והוא היה משתדל בכל אשר להם והוא היה המוציא והמביא בנכסי אביו והיה גובה החובות שהניח אביו אחריו נעשה כאפוטרופוס וגובה כל מה שהוציא עליהם משלו כמ"ש מרן בסי' ר"ץ סכ"ד יתומים שסמכו אצל בע"ה מעצמ' ונשתדל בשלהם יש לו דין אפטרופו' ובסי' כ"ה פסק אם זן אותם משלו לא הניח מעותיו עק"הץ והנדו"ד דינו כאפוטרופוס ועדיף מיניה דיש לו גם דין שותף דכל מה שישביח בנכסי אביו חולקים הוא ואיחיו ומסתמא אמרינן דאין כוונתו לג"ח כלל אלא להלואה עד שיגבה כל הקפות אביו שנושה באחרים או עד שישביחו נכסים שהניח אביו ועכשיו שנשתדפו החובות ולא נשתבחו הנכסי' גובה משאר נכסי אביו שהניח אחריו בשבועה: ואפשר דלזה נתכוון מרן בפסקיו בקצר דבחלק י"ד סי' רנ"ג ס"ה כתב וז"ל מי שפרנס יתום בתוך ביתו וכו' וכשתגדיל תבע ממנו מה שפרנסו פטור וכת' עליו מור"ם אם לא שפי' דדרך הלואה פרנסו ובחלק ח"מ סי' ר"ץ סכ"ח כתב יתומים שסמכו אצל בע"ה וזן אותם משלו לא הניח מעותיו עקה"ץ וכתב עליו מור"ם אבל אם פרנסם בתורת גמילות חסד' פטורים יע"ש: וקשה דברי מרן אהדדי דדבריו בחלק י"ד הם הפך דבריו בח' ח"מ ולפי מה שפירש' אתי שפיר דבח' י"ד נקט בלישניה מי שפרנס יתום בתוך ביתו פטור דמסתמא בתורת גמילות חסדי' פרנסו ולכך כתב עליו מור"ם אם לא שפי' דרך הלוואה ובח' ח"מ נקט בלישניה יתומים שסמכו אצל בע"ה דהוה דינם כמו אפוטרופו' דמסתמ' אמרי' בתורת הלואה פרנסם ולכך כתב עליו מור"ם אבל אם פרנסם וכו' דהיינו שפירש ואמר בתורת ג"ח פטורים וכוונת מר"ן שאמר יתומים שסמכו והוא נושא ונותן בשלהם וקצר דבריו דסמך אמ"ש בס' כ"ד יתומים שסמכו וכו' יש לו דין אפוטרופוס ולכך סמך ב' הסעי' זה לזה ולכך נקט בלישניה יתומי' שסמכו וכו' ולא כתב מי שפרנס יתום בתוך ביתו כמו דנקט בח' י"ד אלא הא כדאיתיה והא כדאיתיה הזן יתום בתוך ביתו מסתמא אמרי' לא נתכוון אלא לג"ח כמ"ש מור"ם עד שיפרש ויאמר לשם הלואה אבל יתומים שסמכו נעשה להם אפוטרופוס ומסתמא אמרינן לשם הלואה עד שיפרש שלשם ג"ח כמ"ש מור"ם: ואין לומר דבח' י"ד דקאמר מרן פטורים מיירי כשאין בידו משלה' ויש להם ביד אחר או מיירי בגדולים דהיה יכול לומר להם בתורת הלואה הוא מפרנסם ומדשתק אמרי' ודאי כוונתו לג"ח ובח' חו"מ מיירי שהיה בידו משלה' או ביתומים קטנים דאין בהם דעת לומר להם בתורת הלואה ויש להם ביד אחר ולכך לא הניח מעותיו עק"הץ דזה דוחק גדול בדברי מרן דהיה לו לפרש דבריו כדרכו בכל מקום וליכתוב חדא כמו שפיר' דבריו בב"י ועוד דאמאי שינה בלשונו וכתב יתומים שסמכו וכו' והו"ל לומר מי שזן יתום וכו' ועוד דדברי מרן בח' ח"מ לקוחים מתשובת הרשב"א וקאמר וזן אותם משלהם אם הוציא משלו לא הניח וכו' והיכי דמי הא דקאמ' וזן אותם וכו' אם הוציא היכי משכח' לה אלא הכוונה היא אפילו הוציא משלו יותר ממה שזן להם משלהם הוציא משלו ואין בידו משלה' אפי' הכי לא הניח וכו' אתוספת קאי דאי מה שהוציא משלהם פשיטא והיא סברת הרי"ף בתשו' דלעיל ומה חידש לן הרשב"א אלא ודאי אתוספת קאי ועלה קאי ואמר לא הניח והטעם משום דסמיכי ועוד אם קאי על מה שזן להם משלה' מאי לא הניח מעותיו וכו' דמשמ' שהוא התובע ליתומים אלא ודאי קאי

אתוס' שהוסיף מדיליה וקאמר הרשב"א לא הניח וכו' מאחר שסמכו אצלו והו"ל כאפו' כך נראה לי דעת מרן ובח' י"ד הביא תשובת הרי"ף מי שזן יתום דאינו סמוך דפטור מאחר דאין בידו משלו ואפילו יש לו ביד אחריני ודווקא בגדול שהגיע לעונת הפעוטות שהיה יכול לומר לו בתור' הלואה קאמר הכי אמרינן מסתמא לשם ג"ח פרנסו ברם אם הוא קטן דלא הגיע לעונת הפעוטו' דלאו בר דעת למימר ליה לשם הלואה ואית ליה באותה שעה ביד אחריני לדעת מרן ב"י ז"ל ובח' ח"מ פסק כתשובת הרשב"א ביתומים שסמכו אפי' הוציא עליהם יותר משלהם חייבים לשלם אפי' לא יש להם באותה שעה דדינו כאפוטרו' ומסתמ' להלואה נתכוון: נמצא לדעת מרן ב"י דהרי"ף לא פטר אלא אם אין לו בידו משלו ואפי' אית ליה ביד אחריני והוא ביתום שהגיע לעונת פעוטו' דיכול לומר לובתורת הלואה אבל ביתום שלא וכו' ואית ליה ביד אחריני חייב לשלם לבע"ה.

ודברי מרן בח' יו"ד שכתב מי שפרנס יתום וכו' פטור וכתב על דבריו מור"ם אפי' היה לו ליתום באותה שעה וכו' היינו ביתום שהגיע לעונת פעוטות דיכול לומר ליה בתורת הלואה ולא קאמר ליה: ולפי זה יכולני לומר דמאי דפסק מרן בח' ח"מ דלא הניח מעותיו עק"ן הוא ביתום שלא הגיע לעונת הפעוטות ויש לו ביד אחריני באותה שעה ובח' יו"ד בהגיע לע"הפ והרי"ף משתעי בשהגיע וכו' והרשב"א בשלא הגיע וכו' והאי דנקט בלישניה יתומים שסמכו וכו' מעשה שהיה כך היה והוא דוחק כנז': ואחר כותבי ואני בחפש"י ראיתי למהר"י עייאש ז"ל בספרו בני יהודה שאלה ק"י שתיר' דברי מרן אהדדי וכתב דההיא דסי' ר"ץ מיירי ביש בידו משל יתומים וכו' אבל אין לתרץ ולומר דסמכו מאליהן דשאני דדינו כאפוטרופוס וכו' דליתא שהרי סיים מרן משם בעל ת"הד דאפילו אחד שאינם סמוכים אצלו שהוציא עליהם לצורך מזונות לא הניח וכו' וכתב דאפי' יש להם אפוטרופוסים אפשר דחייבים לשלם ע"כ אלמא דסמי' השלחן אינה מעלה ואינה מורדת והילכך צ"ל דמיירי ביש בידו משלהם וכו' יע"ש בב"י: ואחזה אנכי הקטן בדברי הרב והנה שגבו ממני וקצרה דעתי להבין דבריו ז"ל דמאי ראיה מביא מדברי מרן שכתב וכ"כ הת"הד ואפי' אחר שאינם סמוכים וכו' דכוונת הרב לומר מאחר דמרן כתב דברי הרשב"א וכתב עליו וכ"כ הת"הד ואפי' אחר וכו' דאינם סמוכים וכו' גם דברי הרשב"א באינם סמוכים אלא ביש לו משלהם בידו ולפי דבריו גם דברי הרב ת"הד מיירי ביש לו בידו משלהם מדקאמר וכ"כ הת"הד.

וזה הדבר רחוק הוא מהשכל לומר דהרב ת"הד מיירי ביש לו בידו וכו' דהרב מהר"י עייאש הביא דבריו בספרו הנז' וז"ל ראובן שהוציא על יתומים וכו' לא מבעייא למאן דס"ל דהך לא הניח מעותיו עק"ן לא נאמרה אלא במזונות אשה וכו' אבל אם פרע חובו חייב לשלם דה"נ ביתומי' כן אלא אפי' למאן דס"ל דגם בפורע חובו הניח מעותיו עק"ן שאני חוב דמצי למימר הייתי מוצא אוהבים וכו' והיו פורעים עלי על מנת שלא להשתלם.

משא"כ ביתומים ליכא למימר הכי דכיון דיש לעצמם למה יפרנסם אחר וכו' יע"ש: ואם באמת דברי הת"הד מיירי ביש בידו משל יתומים אמאי הוצרך לחלק בזה החילוקים די לו לומר דשאני הכא דיש בידו משל יתומים ולעולם דינם שוה וכן הרב עצמו הכריח כך דהת"הד ליה ליה דמיירי ביש בידו משל יתומים וכן כתב בסוף דבריו דאף על גב

דהרב ת"הד מחייב בכל גוונא ופליג על הרי"ף אנן קי"ל כדעת הרי"ף כיון דמרן הביא דבריו בסתם וקבעם בש"ע להלכה יע"ש הרי מוכח דלהת"הד לא בעי ביש בידו משל יתומים ואעפ"ך לא הניח וכו' וכתב עליו מרן בב' וכ"כ הת"הד והא כדאיתי' והא כדאיתי' ומאי דקאמ' וכ"כ וכו' הדימוי הוא כמ"ש הרשב"א לא הניח וכו' כ"כ ת"הד אבל המה מחולקים כנ'.

וכך דרכו מרן בב"י מאסף כל המחנות מי הוא המחייב ומי הוא הפוטר ובקצר ברר להלכה ופסק כהרשב"א דבעי סמוכים דדינו כאפוטרו' ולא כאחר דלא כהרב ת"הד ז"ל: תדע דהסמיכות יש בה ממש ומעלה ואינה מורד' דהרי בתשובה סימן שמ"ח של הרב ת"הד שהביא מהר"י עייאש כתוב בה וז"ל ונוכל לומר דאפילו אם יש להם אפוטרופוס חייבים לשלם.

ואם היו אלו היתומים סמוכים לאותו שהוציא יציאות עליהם נראה. דמלתא דפשי' היא דלא הניח מעותיו עק"הץ יע"ש הרי מוכח מדברי הת"הד דסמיכו' יש בה מעלה ואפי' אין בידו משלהם כדעת הרשב"א ולא פליג אלא באחר: ומה שהכריח מהר"י עייאש מתשובת הרשב"א דמיירי שיש בידו מש"י אינו נראה לענ"ד דלשון הת"הד הוא וזן אות' משלה' אם הוציא משלו לא הניח וכו' ואם כדברי הרב שיש בידו משל יתומים מאי האי דקאמ' ואם הוציא משלו והא לא זן להם אלא משלהם ממה שיש בידו משלהם ועוד מאי האי דקאמר לא הניח מעותיו עק"הץ דמשמע דהוא התובע ליתומים ואם בידו משלהם אמאי הוא תובע וקאמר לא הניח וכו': נחזור לענייננו לא ידעתי אכנה ההכרח של הרב שהביא מר"ן על דברי הרשב"א וכ"כ הת"הד ואפילו באחר מהו ההכרח משם דדברי הרשב"א אינם בסמוכי' וכו' ואדרבא משם הוא ההכרח כדברינו דדברי הרשב"א שהביא מר"ן בח' ח"מ הוא בסמוכים וכו' וכן כתב הת"הד בסמוכים וכו' כמו שהבאתי דבריו לעיל והוסיף עוד אפילו באחר שאינם סמוכים וכו' כיון דיש לעצמם במה להתפרנס וכו' ומר"ן פסק כוותי' בסמוכי' כדעת הרשב"א ופליג עליה באחר וס"ל כדעת הרי"ף דפטר באחר: ואפשר לומר דלא פליג והת"הד ס"ל כהרי"ף דפטור והכא דחייב היינו בקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות כדע' מר"ן ב' ויש לו ביד אחריני ודלא כמהר' עייאש דמוקי ליה בהגיע לעו"הפ וחייב משום דיש בידו וכו' והוא דחוק דאמאי הוצרך להני חילוקי בין יתומים לבע"ח כדפירשתי לעיל: והבינותי בספרים וראיתי להרב מ"מ בפ' י"ב מהלכות אישות שהביא דברי הרשב"א על מי שהלך למד"ה ועמד אחר ופירנס את אשתו שכתב הרשב"א דוקא אם פי' שפירנסה בשביל מזונות בעלה והו"ל פורע חובו של חבירו אבל אם פירנסה סתם חייב לשלם דכל הזן סתם דעתו להלוואה והראיה מזן יתום דאמרינן לא הניח מעו' וכו' יע"ש הרי מוכח מדברי הרשב"א דאפי' אין בידו משל יתומי' לא הניח וכו' דאל"ך מאי ראיה מביא מיתום הסמוך התם משום דבידו משלו וכו' וסמך על מה שיש בידו אבל בעלה לא.

וכ"ת גם הכא במזונות האשה דפירנסה סתם היינו שיש בידו משל בעלה כמו דיתו' א"כ אפי' פי' שזנה בשביל מזונות הבעל חייב הבעל מאחר שיש בידו משל בעלה דומייא דפורע חובו של חבירו דקיל"ן אם בידו משל חבירו לא הניח מעותיו וכו' ולפי דברי מהר' עייאש מאי ראיה מייתי מיתום דיתום גופיה לא מחייב אלא אם בידו משלו אבל

במזונו' האשה דאין בידו משל בעלה וודאי נעלמו ממנו דברי הרשב"א ואישתי' מניה וכתב מה שכתב וודאי דברי הרשב"א בדסמך מעצמו כדכתיב' או בקטן שלא הגיע לע"הפ ואית ליה ביד אחריני וכן מפורש שם דהרשב"א ביתומי' קטנים דקאמר דאינם יכולים להתנות ואם דברי הרשב"א מפורשי' בשאלה כך דמיירי ביש בידו תקשי דבריו אהדדי:וא"ת גם לדברינו שפי' דהרשב"א בסמוכים קא משתעי מאי ראיה מייתי מינייהו לאשה וכו' מ"מ איכא למילף דבסתם אמרינן להלוואה נתכוון ולא למתנ' דהכ' היתומי' בסתם דאינם יכולי' להתנו' עלייהו אבל באינם סמוכים איכא טעמא אחריני דאמרי' לג"ח ולמצוה נתכוון ולא דמי לאשה לאפוקי כשסמכו מאליהם ליכא למימר למצוה נתכוון מאחר שהוא לא בקש אחריה' והם סמכו מאליהם ומסתמא אמרינן להלוואה נתכוון והרשב"א השמיענו דין מחודש בסמוכים אף ע"פ דאין בידו משלהם כשיעור שהוציא עליהם חייבים דהרי"ף לא השמיענו אלא בשאינם סמוכים ואין בידו משלהם פטורים והרשב"א חידש לנו בסמוכים אע"פ שאין בידו משלהם העודף: ואף ע"פ דמר"ן ב"י הביא תשובת הרי"ף ז"ל והזכיר בה שהיתום שנשאל עליו הרי"ף היה לו קרקע שעולה פירות בשנת עשרה זהובים והיה נוטלן ראובן ומוסיף עליהם משלו למזונות היתום וכו' מ"מ לא מקרו סמוכים שאינו משתדל בשל היתום והיה נוטל הפירות לפרעון חובו.

אי נמי לא סמך מאליו ויתומים שסמכו מאליהן תנן ולכך פטר הרי"ף במה שנשאר היתום חייב יתר על פירות הקרקע הנז': עוד ראיתי למהר"י עייאש שהביא דברי הרב בעל כנ"הג שהקשה דברי מר"ן אהדדי ותי' דאפשר הרי"ף מדבר בקטן שהגיע לעו"הפ ומר"ן בקטן שלא הגיע לעו"הפ וביה קאמר מר"ן בסימן ר"ץ דלא הניח מעותיו וכו' ועוד אפשר לומר דהרי"ף ז"ל מדבר בשלא היו לו נכסים בשעה שפרנסו והרשב"א מיירי בשהיו ליתום נכסים באותה שעה עכ"ל הכנ"הג: וכתב עליו הרב מהר"י עייאש דתירוץ זה תמוה דהרי כתב מר"ן בב"י בסוף הדבור דהרי"ף מיירי כשהיו לו נכסים באותה שעה אבל אם לא היו לו נכסים אין לו עליו כלום דאם לא היה מפרנסו וכו' יע"ש אלמא דהרי"ף לא מחייב אלא כשהיו לו נכסים יע"ש: ולעד"ן דתירוץ הכנ"הג נאה ויאה ואח"ה תמיהא לי על תמיהתו דמר"ן בב"י קאמ' על דברי הרי"ף דלא פטר הרי"ף אלא בגדול ואפי' יש לו נכסי' באות' שעה מאחר דפרנסו סתם או בקטן ולית ליה באות' שעה משו' דאם הוא אינו מפרנסו חייבי' ישראל לפרנסו וכו' הרי מוכח דהרי"ף משתעי דפטר בשאין לו באותה שעה ומאי דקאמר מר"ן דהרי"ף משתעי בשיש לו נכסים באותה שעה היינו לצד חיוב.

וכן כתב מהר' עייאש גופיה דהרי"ף לא מחייב אלא בשיש לו נכסים הרי דהרי"ף לא קאמר ביש לו נכסים אלא לענין חיוב ומה שפטר הרי"ף היכא דאין לו נכסים ואפי' בקטן דאין יכול להתנות עליו. משום דאם אינו מפרנסו וכו' וכוונת הכנ"הג לומר דהרי"ף והרשב"א כולהו משתעי בקטן שלא הגי' לעו"הפ והוא הפך התירוץ דלעיל דתירץ דהרי"ף מיירי בקטן שהגיע והרשב"א בקטן שלא הגיע ובשניהם אית להו באות' שעה וחזר ואמ' דכולהו בקטן שלא הגיע לעו"הפ והרי"ף בשאין לו לקטן באותה שעה ולכך פטור דאם הוא אינו מפרנסו חייבים וכו' והרשב"א ביש לו ולכך פסק דחייב ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי ולכך פסקם מר"ן בשני' בח' י"ד משתעי בקטן שאין

לו באותה שעה ופסק כהרי"ף דפטור ובח' ח"מ בקטן דאית ליה ופסק דחייב כדעת הרשב"א: גם מה שהקשה על הכנ"הג דאם לא היו להם נכסי' באותה שעה מאי איריא יתום אפי' אדם דעלמא נמי אם זן אותו בשעה שאין לו פטור מלשלם וכו' ולמאי דכתיבנא דבקטן שלא הלע"הפ אתי שפיר דהוה אמינא דגרע טפי מאדם דעלמא מאחר דאינו יכול לומר לו בתורת הלוואה ומסתמא בתורת הלוואה פרנסו ואפילו אין לו באותה שעה קיימי עליה בתורת הלוואה אבל אדם דעלמא דיכול לומר לו בתורת הלוואה ואפילו אין לו קיימי עליה בהלוואה ומדלא פי' ואין לו אמרינן מסתמא לג"ח פרנסו לאפוקי אם יש לו באות' שעה אפי' פרנסו סתם חייב אכל היכא דאיכא תרתי אין לו ופרנסו סתם אמרינן לג"ח נתכוון.

אבל יתום קטן אין יכול לומר לו והוה אמרי' דהוי כאילו פי' דבתו' הלוואה והוה אמינא אפי' אין לו קיימי עליה בהלוואה קמ"לן דפטור דאם הוא לא פרנסו יפרנסנו אחר דחייבין ישראל לפרנס ענייהם: סוף דבר כל דברי מהר"י עייאש בשאלה זו שגבו ונפלאו ממני והם לענ"ד מגומגמים ביותר והמה תפלים ואפשר דהדבר תלוי בי מחוסר הבנתי: ואח"ה ראיתי בש"ות למהר"ם אלשיך וז"ל כתב בספר התרומות משם תשובת הרי"ף שהזן יתום ויתומ' בתוך ביתו אין לו עליהם שום תביעה ואפי' אם יש להם אלא אם כתב שטר שבתורת הלוואה זן אותם אבל בסתם לא וכן פי' ר"י דברי הרי"ף והוא הפך תירוץ אחרון שתירץ הכנ"הג ואשתמי' דבריהם אלו: ואני בחפשי ראיתי בספר המבי"ט שאלה ל' שהביא כענין זה וכו' ומשמע מדבריו כדפירשית יתומים שסמכו אפילו אין בידו משלהם בכדי שיפרנסם מחוייבים היתומים לשלם משום דדינו כאפטרופוס וברשות פרנסם וז"ל ולא דמי ליתומי' שסמכו אצל בע"ה שיש לו דין אפטרופוס גם לחשב עמהם על המזונות דהתם היינו כשיש להם מעות או מטלט' דיש לו רשות למוכרם וכו' משמע אפילו אין בידו משלהם לא הניח דלא הזכיר בלשונו שיש להם בידו מעות וכו' אלא דתלה הדבר מחמת שיש לו רשות למכור משלהם: ובאמצע השאלה כתב עוד וז"ל ומה שכתבו כי אפילו ביתומים שסמכו אצל בע"ה וזן אותם הוי כאפוט' ולא הניח מעותיו וכו' היינו כשסמכו אליו הם מעצמם שנתח' אליו ונשתדל בשלהם כמ"ש בח"המ סי' ר"ץ שיש לו דין אפוטרו' גמור לקנות ולמכור ולכל דבר וכיון דהוי כמו אפוטרו' לכל הדברים גם מה שהוא זן אותם על הסתם הוא משלהם אבל איש אח' שזן ופירנס את היתום בסתם ולא היה לו משלהם שום דבר אלא שהוא אספם אצלו כנ"ד אינו משתלם מהם אם יש להם שום נכסים ביד אחרים כיון דעל הסתם פרנסם ולא היה מוטל עליו לפרנסם שלא היה אפוטרו' שלהם ולא סמכו הם מעצמם שישתדל בשלהם כיתומי' שסמכו אצל בע"ה ע"כ הרי מוכח טפי מדבריו דאפילו אין בידו משלהם דאלת"ה אמאי הוצרך הרב לאריכות הלשון כ"כ הו"ל לומר בקיצור נמרץ דשאני סמוכי' דיש בידו משלהם ולמה הוצרך לטעם דמוטל עליו לפרנסם והוא משתדל בשלהם ויש לו רשות למכור וכו' ועוד מדקאמר כנ"ד אינו משתלם אם יש להם נכסים ביד אחרים וכו' דוק מינה הא מי שהוא סמוך אפי' י"ל ביד אחרי' משתלם מהם ועוד מאי האי דקאמר ולא דמי ליתומים שסמכו וכו'.

ואי כוונתו לומר מחמת שיש בידו משלהם מאי אירייאשסמכו אפילו אדם אחר אם יש בידו משלהם משתלם מהם כמ"ש הרב עצמו אינו משתלם מהם אם יש להם נכסים ביד

אחר משמע הא אם יש בידו משלהם אפילו אינם סמוכים משתלם מהם. ודברי הרב פשוטי' וברורי' כמ"ש ודלא כמ"ש מהר"י עייאש ודוק: אלא דקשה לי על הרב המביט מאחר דלית ליה אם הוא סמוך אפי' אין בידו משלהם משתלם מהם אמאי הוצרך לומר ודברי הרשב"א שכתב בתשובה על יתומים שסמכו וכו' שאם הוציא משלו לא הניח וכו' היינו כשיש בידו משלהם הול"ל דסמכו שאני וכו' דהרב מצא דברי הרשב"א מפורשים כך תקשה דאמאי אצטריך הרשב"א להאי טעמ' ודוחק דהרשב"א אית ליה בסמוכי' דבעי' בידו והרב המב"יט פליג ועוד דהוא בא להשוות דברי הרשב"א לדעתו ואם באמ' דעת הרשב"א כך אמאי מר"ן פסק בח' י"ד כדעת הר"יף ובח' ח"מ כתשובת הרשב"א ומאי חידש הרשב"א על הר"יף דדבריו היכא שאין בידו משל יתומ' הא אם יש בידו משלהם חייבים: ואפשר לומר דמעשה דהרשב"א כך היה שהיה בידו משלהם ולכך לא הוצרך לטעם דסמוכים שאני: אבל קשה לי על הרב המבי"ט שכתב ומה שכתב בת"ה סי' שמ"ח על מי שהוציא הוצאות על היתומים לצורך פרנסתם דלא הניח מעותיו וכו' נראה דהיינו שהוציא עליהם דרך הלואה וכמ"ש אחר כך שם שאני הכא שהלוה לצורכם ולחיי נפשם וכו' אח"המ תמיה לי ע"ד איך יצאו דברים אלו מפי קדוש לומר שהוציא עליהם דרך הלואה אם כוונתו לומר שפי' להם דדרך הלואה זה מלתא דפשיטא הוא דחייבים ולמאי הוצרך הרב ת"הד ליתן טעם לדבריו ולומר לא מבעיא למאן דס"ל דהך דהניח וכו' לא נאמרה אלא במזונות אשה משום דהיה לה לצמצם אבל אם פרע חובו חייב לשלם דה"נ ביתומים אלא אפי' למאן דס"ל דגם פורע חובו א"ל לשלם חובו שאני הכא דמצי למימר ליה הייתי מוצא וכו' משא"כ ביתומים וכו' כיון דיש לעצמ' למה יפרנסם אחר וכו' וסיים בלשונו ואמר ונוכל לומר דאפי' יש להם אפטרופוס וכו' חייבי' לשלם דלא הוי מבריח ארי שהרי היו חסרים לחם ושמלה וכו' ע"ש.

ולפי דברי הרב המבי"ט למה ליה להני טעמי דהול"ל דשאני הכא דהוציא עליהם דרך הלואה לאפוקי פורע חובו ש"ח ומזונות האשה. וגם בהני אם אמר ללוה אני פורע חובך דרך הלואה וכן לבעל האשה לא הניח מע"עקהץ ואם כוונתו לומר דבדעתו היה דרך הלואה דברים שבלב אינ' דברים דמי יאמר ואינו נאמן לומר להלוואה נתכוונתי ועוד מאי ראיה מייתי מדברי הרב ת"הד שאמר שאני הכא שההלוו' לצורכ' ולחיי נפשם שנתן להם דרך הלוו' ואם משום דנקט בלישניה שההלוואה לצורכם וכו' אינה ראיה דכוונת הרב היא דאפילו את"ל דמסתמא להלוואה נתכוון בלא"ה הלוה לקטן אבד מעותיו ואפילו אחר שיגדל ולכך כת' שאני הכא דההלוואה לצורכ' ולחיי נפשם וחייבים בדין ומי הגיד לו שהוציא עליהם דרך הלוואה: ואפשר דכוונת הרב המביט שכתב הוציא עליהם דרך הלוואה היינו שגילה דעתו בפני עדים ואמר שדרך הלוואה הוא זן להם ואע"פ שלא אמר לא ליתומים ולא לבי"ד ולכך הוצרך לטעמי דלעיל דבחו' ובמזונות אפילו גילה דעתו לפני עדים הניח מעע"קה עד שיאמר בפי' ללוה אני פורע ע"מ שתשלם לי וכן לבעל ולכך הוצרך לומר נמי חסרי לחם ושמלה ולא מיקרי מבריח ארי לאפוקי בע"ח והבעל דלגבי דידהו מיקרי מבריח ארי: סוף דבר הכל נשמע שחייבים היתומים לפרוע לאחיהם כל ההוצאות שהוציא עליהם במזונות כמו שהוכחנו מדברי הרב ת"הד ומדברי הרב המבי"ט וכן מלשון מר"ן דנקט בלשונו הזהב יתומים שסמכו וכו' ומי שחותמו אמת ינחנו במעגלי צדק וי"מנ אכי"ר: הלכות סנהדרין פרק א' ה"א

מצות עשה של תורה למנות שופטים ושוטרים בכל מדינה ומדינה וכו' שנאמר שופטים וכו' אלו הדיינים וכו' עיין למר"ן הכ"מ שכתב דהכי איתא בפ"ק דסנהדרין (דף י"ו ע"ב) דתניא שופטים לכל שבט ושבט וכו' ויש לדקדק אמאי התנא לא נקט כסדר הקרא.

וראיתי להרא"ם ז"ל שהביא לשון ספרי דדריש על סדר המקרא. אבל רש"י בפי' החומש נקט בלישניה כסדרא דמתני'.

עוד ק"ל במאי פליגי ת"ק ור"י ור"ש. ועלה בדעתי לומר דלא פליגי אלא שכל אחד בא להוסיף על דברי חבירו ואע"פ דקאמר ר"י אמר ולא קאמר אמר ר"י מצינו בכמה מקומות כה"ג אלא שראיתי להרב רבינו יונה ז"ל דקאמר דתנא קמא סבר שמעמידין סנהדרין לכל שבט ושבט ואפי' אין בעיר אלא חצי שבט ור"ש סבר מצוה בשבט לדון את שבטו ואין מעמידין ב' בתי דינין בשבט אחד כשהם בב' עיירות אלא שבכל שבט ושבט מעמידין ב"ד א' דמצוה בשבט לדון את שבטו כולו ע"כ.

ולדבריו ק' מאי בכל עיר ועיר דקאמר די לומר שמעמידין סנהדרין בכל שבט ושבט דבשעריך אצטריך לומר דאפי' אין בעיר אלא חצי שבט. ועוד דלשון הברייתא לא משתמע כפי': ואני בעניי נראה לי דת"ק ס"ל אע"פ שמעמידין סנהדרין לכל שבט ושבט אין אנו מוכרחין להעמיד סנהדרין לכל שבט משבטו אלא כל מי שגדול בחכמה ובמנין משבט שיהיה ממנין ליה לב"ד ור"ש ס"ל מצוה בשבט לדון את שבטו דבעינן משבטו וליכא ור"י פליג עלייהו דבעי' סנהדרי גדולה דעל פיהם יצאו ועל פיהם יבואו והם גוזרין עליהם וכל מי שירצה לדון אצלם הרשות בידו.

ואחר החיפוש ראיתי להרא"ם ז"ל שהביא דברי הרמב"ן ז"ל שהקשה אחר שאמ' שעושין סנהדרין בכל עיר ועיר א"כ הוי כמה סנהדראות לכל שבט כמו שהקשו התוס' הכא. ותי' דיתכן שמעמידין סנהדרין תחי' הגדולי' בחכמה ע"כ השבטים והוא ישפוט את כולם ואחר כך ממנין בית דין בכל עיר ועיר שישפוט את העיר ואינם יכולין לכוף זה את זה לדון בפניהם אלא כל אחד ידון בעירו אבל בית דין השבט יכול לכוף את שבטו לדון בפניהם לפי שהם גדולים ואחרים תחתיהם עכת"ד.

ולפי דבריו דברי הברייתא כתובים כסדר הקרא דנקט תחילת סנהדרי השבט ואח"ך נקט סנהדרי העיר שהם תחתיהם ומינה משתמע שאם נמצא בעיר שבט אחד שמעמידין ב"ד וכן שנים. ור"י פליג דאין גדולים אלאסנהדרי גדולה וא"צ להעמיד לשבט כ"א לעיר דוקא היכ' דליכא בעיר אלא חצי שבט ור"ש סבר דכל שבט מחויב לדון שבטו ואינם דנין אפי' בסנהדרי גדולה ואין עושין אלא ב"ד אחד א"נ דר"ש אית ליה מצוה אלא דק' לפי' הרמב"ן אמאי בספרי הקדים העיר לשבט וי"ל דנקט לישנא דקרא אבל תנא דידן נקט מוקדם תחילה: והתוס' ד"ה שופטים לכל שבט כתבו וז"ל אם יש בעיר אחת משני שבטים וכו' ונראה דקשייא להו אחר דקאמר עושין ב"ד בכל עיר ועיר למה קאמר לכל שבט ושבט דמדקאמר עושים ב"ד בכל עיר ועיר עולים כמה ב"ד לכל שבט דמשכחת לה דיש בעיר חצי שבט או רביע ומעמידין להם ב"ד וקאי אקרא ולא קאי אתנא דעדיין לא אשמועינן עיר ועיר: פ"ב ה"ד ואין מושיבין מלך ישראל בסנהדרין שאסור לחלוק עליו ולמרו' את דבריו.

אבל מושיבין כ"הג אם היה ראוי בחכמה ע"כ. הכי איתא בפרק כהן גדול (די"ח ב') והא אין מושיבין מלך בסנהדרין משום דכתיב לא תענה על ריב על רב כתיב ומשני משום יקרא דכ"הג וכו'.

וי"ל מאי מקשה והא הך ברייתא היא משתעייא בדיני נפשות כמו שנתן הטעם משום ל"ת על רב והאי טעמא אינו אלא בד"נ כמ"ש התוס' בד"ה אבל מלכי ב"ד. ואנן קיימי בד"מ כמו שהוכיחו התוס' לעיל דכולא מתניתין משתעיי' בד"מ ולעולם מושיבין מלך בדיני ממונות ומאי מקשה מהברייתא דאין מושיבין וכו' דמשתעייא בד"נ אין הכי נמי בדיני נפשות אין מושיבין בין מלכי ב"ד בין מלכי ישראל אבל בד"מ מושיבין אפי' למלכי ישראל ומתניתין דקתני לא דן ולא דנין וכו' היינו במלכי ישראל לבדן כמ"ש התוס'.

וי"ל דהמקשה לא היה יודע הטעם משום לא תענה על רב וס"ד בין בדיני נפשות בין בד"מ אין מושיבין וכו' לדון דהתוספתא לא קאמר אלא אין מושיבין מלך בסנהדרין ולא מלך וכה"ג בעיבור השנה ולא יותר והש"ס הוא דיהיב טעמא משום ל"ת על רב: והתוספות בד"ה והא אין מושיבין וכו' הקשו וז"ל ועוד מאי קמ"לן והא מתניתין היא וכו' הא דפשיטא להו דמתני' דקאמר אין מושיבין וכו' מיירי לדון הוא משום דקתני בה ולא מלך וכה"ג בעיבור השנה דמשמע דהנהו גופייהו הם המעברין ורישא דומיא דסיפא ולכך הוקשה להו ליפרוך ממתני' דעדיפא מהברייתא ועוד מאי קמ"לן מתניתין היא והתוספתא דרכה להוסיף אבל בסוף דבריהם דמשנו יודע שפיר דלדון בה וכו' חזרו מדבריהן ולא אמרינן רישא דומיא דסיפא אלא הא כדאיתא והא כדאיתא: וראיתי למהרש"ל ז"ל שהקשה ע"ד התוס' אלו שהקשו מאי קמ"לן וז"ל והא טובא קמ"לן וכו' דאפי' מלכי ב"ד אין מושיבין משום ל"ת ע"ר וכו' עי"ש ולמאי דכתיבנא ניחא דהתוספות כתבו כן מאי קמ"לן הוא לסברת המקשה דלא ידע טעמא דלתע"ר ואד"מ משתעייא ובא לומר מלכי ישראל אפילו עם אחריני בסוד הסנהדרין לדון ד"מ אינו יושב דמתניתין לא גמרי' אלא כשהוא לבדו בלא סנהדרין ולעולם בממון קא משתעי: ומעתה נבוא לדברי רבינו ז"ל דכאן קאמר אין מושיבין מלכי ישראל בסנהדרין משום ל"ת ע"ר ואילו בהלכה ה' כתב אבל מלכי ישראל אין דנין וא"ד אותם לפי שאין נכנעין לד"ת והדבר תמוה אצלי דמתחי' כתב הט' משום ל"ת ע"ר וטעם זה לא שייך אלא בד"נ כמ"ש התוס' ואח"ך שינה טעמו וכתב לפי שאין נכנעין וכו' וזה הטעם שייך אפילו בד"מ.

ואפשר לומר דרבי' אית ליה כפי' התוס' דמתני' דקתני מלך לא דן וכו' היינו כשהוא לעצמו דהדין נגמר ע"פ וחיישינן לתקלה משום דאין נכנעין ולא דיינינן להו והם אין דנין משא"כ כשהם יושבין באמצע הסנהדרין דאין הדין נגמר על פיהם אם לא מטעם אחר משום ל"ת על רב. ואע"פ שהתוס' נתנו טעם לדבר משום דאין דנין אותם וכו' רבינו נתן הטעם משום דאינם נכנעין וכו' טעם אחר הוא וכוונתו לומר מאחר דאינם נכנעין וכו' לכך אין דנין אותם וממילא גם הם אינם דנין משום התקוששו וקושו ואיך הדין נגמר ע"פ אבל עם הסנהדרין אפילו אם אין אנו יכולין לדון אותם הם דנין ולית בה משום התקוששו מאחר שאין הדין נגמר ע"פ לבדו: הלכה י"א אחד שהיה מומחה לרבים וכו' מותר לו לדון יחידי וכו' הכי איתא בפ' א' ד"מ (ד"ה) ת"ר דיני ממונות בג'

ואם היה מומחה לרבים דן אפילו יחידי ואמר ר"ן כגון אנא דן ד"מ ביחידי ואסיקנא דה"ק כגון אנא דגמירנא וסבירנא וכו' כאן הוכרחתי לכתוב מה שנתחדש לי בסוגיין על מאי דקאמר ר"ן כגון אנא וכו' הכוונה היא דלא ידענו מהו המומחה ובא ר"ן ור"ח ואמרו מיהו המומחה כגון אנא ולכך נסתפק המבעי כגון אנא דגמיר וסביר ונטיל רשותא והיינו מומחה לרבים דקאמר בברייתא אבל לא נקיט רשותא לא מקרי מומחה לרבים או לא.

ובמאי דמבעייא לן בש"ס מהתם להכא מאי. לכאורה קשה מאחר דגמיר להא מילתא לרבה בר רב הונא דמקשי מינה לקמן מאי ספיקא איכא קמיה ולעד"ן דמספקא ליה בהך מילתא אם הוא לענין דינא או לענין פיטור אם טעה ולכך מקשה מהתם להכא מאי.

אבל עדיין לא נתיישבה דעתי דמ"מ תקשי לפי התוס' דאית להו דגמיר וסביר יכול לכוף את האדם בעל כרחו בלא נטילת רשות תפשוט מהך מלתא דרבה בר רב הונא וכו' ועוד ק"ל תפשוט מברייתא דתניא לא יסור שבט וכו' דמהכא להתם לא פשיטא ליה אלא מהך ברייתא דמשמע מינה דבי ריש גלותא עדיפי אם כן ליפשוט מינה דלא מהני בין לפירש"י בין להתוספות וי"ל משום דמצינו דאית עדיפא לענין סמיכה ואפילו ריש גלותא אינם יכולין לסמוך דאין סמיכה אלא בא"י לכך מספק"ל מהתם להכא מי אמרינן דלכל מידי עדיפא או לא.

ורש"י בד"ה אפי' יחידי פי' דכתיב בצדק תשפוט וכו' ור"ל מדאמר קרא בצדק וכו' דן יחיד בין מומחה לרבים בין אינו מומחה לרבים אבל הוא בקי בדינים. אבל מדרבנן בעינן מומחה לרבים והיינו דקאמר בברייתא ואם היה מומחה וכו' דאל"כ תקשי הכא אדלעיל: והתוספות בד"ה אם היה מומחה וכו' כתבו וז"ל וקשה דא"כ תקשה לר' אבהו דאמר ב' שדנו אין דיניהם דין.

ולעד"ן לישב לפירוש הקונטריס דס"ל דר' אבהו אית ליה דמדאורייתא חד כשר ומדרבנן הוא דבעי' ג' אלא דאלמוה רבנן לתקנתייהו למימר דאפי' דיעבד לא סגי בלא ג' ומ"ש וקסבר אין כאן עירוב פרשיות לאו למימרא לאפוקי מאן דאית ליה עירוב פרשיות כמו שהבינו אלא כוונתו היא דקסבר איכאן עירוב פרשיות ואפי"ה בעינן ג' ואפילו בדיעבד כדפירשתי ומכ"ש למאן דאית ליה עירוב פרשיות ולא פליגי ר' אבהו ושמואל אלא אם מהני בדיעבד או לא וא' מומחה לרבים הוי כג' הדיוטות וכך מפרש הבעיי' כגון אנא דגמירנא וסבירנא ונקיטנא רשותא והיינו מומחה לרבים דקתני הברייתא אבל לא נקיט רשותא דיניה לאו דינא היינו לכתחיל' אבל דיעבד דיניה דינא כך נ"ל לפירש"י.

וחילוק זה למדתי מפי' הרב כ"מ ז"ל עוד כתבו התוס' והשתא הא דקאמר וכו'. ר"ל דלפי' רש"י לא אתייא בין לר"ן בין לר"ח דאפילו לר"ח תקשי קושייא דלעיל דסבר כר' אבהו ואפי"ה יחיד מומחה דן אבל השתא ניחא כר"ח: עוד כתבו התוס' בא"ד ולהאי פירושא וכו' הוה מצי לשנויי דמיירי ביחיד מומחה וכו'.

וקשה והא הם עצמם כתבו בד"ה ואי לא אזיל וכו' דרישא מיירי בשאינו מומחה דקתני בסיפא ואם היה מומחה מכלל דרישא בשאינו מומחה. ונלע"ד דהכי כוונתם דלעיל דקאמרי הוה מצי לשנויי וכו' היינו לפי הס"ד דהו"מ לשנויי וכו' יכולני לומר דרישא

ביחיד מומחה ומאי דקאמר בסיפא ואם היה מומחה לאו למימרא דרישא בשאינו מומחה אלא דרישא במומחה ולא קבלו עלייהו ומשלם מביתו ומ"ש בסיפא ואם היה מומחה פי' וקבלו עלייהו אינו מחייב לשלם ומ"ש בד"ה ואי לא אזיל וכו' היינו אחר האמת דתירץ הש"ס דקבלו עלייהו.

מוכרח אתה לומר דרישא בשאינו מומחה איירי דאי במומחה אמאי משלם מביתו והא קבלו עלייהו דהא בסיפא קתני ואם היה מומחה לרבים אינו חייב לשלם משום דקבלו עלייהו וא"כ תקשי רישא לסיפא. והיינו דדקדקו התוספות בלשונם וכתבו ומוקי לה בדקבלו עלייהו דכוונתם לומר כדפי' ושוב מצאתי במהרש"א שהקשה כן ותירץ כדברי וששתי כעל כל הון שנתכונתי לדעת קדוש: ומ"ש בסוף דבריהם ומיהו ק' וכו' היינו לפי פירושו דפירשו דאפילו למאן דבעי שלשה מומחים וכו' אבל לפירש"י ניחא דמדאורייתא דן יחידי בין מומחה בין אינו מומחה: עוד כתבו התוספות ד"ה כגון אנא והא דתנן אל תהי דן יחידי וכו'.

י"לד דאמאי לא הקשו ממתניתין אברייתא. ובני הישיבה תירצו דמתניתין אברייתא לא תקשי דמתני' מילי דחסידותא.

אבל ר"ן דאמר כגון אנא ולא חייש לחסידות קשייא להו והתנן וכו' ודוחק לומר דר"ן לא חייש לחסידות ותירצו עצה טובה. שו"ר למר"ן כ"מ ז"ל שהקשה על המתני' גופה ותי' כמו שתירצו התוס'.

ומן התימה עליו איך לא ראה דברי התוספות: עוד כתבו התוס' ד"ה דן אפילו יחידי וכו' בע"כ וכו' ע"ש וא"ת והא לעיל כתבו דמילי דכפיה ממעטינן להו מלפניהם ואיך כתבו הכא יכול לכוף - ואפשר לומר היינו ד"ת אבל הכא תקנתא דרבנן כדפי' לעיל ואפשר נמי דמאי דקאמר רב יוסף שליחותייהו עבדינן ר"ל תקנתא דרבנן דאנן שלוחייהו והיינו במלתא דשכיחא: עוד כתבו התוס' ד"ה ואי לא זיל שלים וכו' וקשה מאי דייק וכו' ובשאינו מומחה איירי מדקתני סיפא וכו' דבריהם צריכין אצלי עיון דמאי מקשו לפי' רש"י דילמא רש"י ס"ל דמאי דקאמר בסיפא ואם היה מומחה וכו' היינו מומחה לב"ד דהיינו דנטל רשותא ורישא היינו במומחה לרבים דומיא דהכא ואם תאמר דהוכחתם היא מדברי רש"י לקמן דקאמר דן את הדין במומחה ליכא למימר מדקתני סיפא ואם היה מומחה וכו' כוונתו היא במומחה לב"ד ליכא למימר מדקתני סיפא ואם היה מומחה לב"ד וכו' ועוד לדבריהם קשה דאם גרסי' במתני' ואם היה מומחה לרבים כדמשמע מדבריהם שהקשו לפי' הקונטריס הו"ל להקשות קושיית הסתירה דהכא אמרי' אפילו מומחה אם אמרו לו דון לנו דין תורה משלם ובמתני' קאמר ואם היה מומחה פטור מלשלם והתם מיירי דאמרו ליה דון לנו ד"ת דמוכרח אתה לומר סיפא דומיא דרישא.

ואם גרסינן מומחה לב"ד מאי מקשים לפי' הקונטריס כדפי' וי"ל וא"ת דאם מוקמינן רישא במומחה מאי מקשי מינה לר' אבהו. והא ר"א בשאינו מומחה קאמר.

ז"א דרש"י ס"ל דר"א אית ליה עירוב פרשיות ואחד מומחה דינו א"ד. ולכך כתב לעיל בברייתא לית ליה עירוב פרשיות כמו שהבינו התוספות עצמם וכ"כ מוהרש"ל ז"ל וא"כ אפי' מוקמינן רישא במומחה מקשו שפיר לר' אבהו: ומדברי רש"י לקמן ע"ב ד"ה כנגד

מחנה וכו' שכתב ואטו לגבי משה רבות' וכו' נראה דרש"י לא ס"ל כפי' התוספות דבעי נטילת רשות ולכך הוצרך לומר משום רבותא דמשה וק' והא בתוספתא קתני גזרו תלמיד אל יורה וכו'.

ואפשר דרש"י ס"ל דדוקא דרך קבע אבל עראי שרי ואין צריך נטילת רשות ולכך יהיב טעמא משום רבותא דמשה וההוא מעשה דתנחום בריה דר' אמי באקראי בעלמא. ואיסור אינו אלא משום דבתוך ג' פרסאות אבל לדעת התוס' אפי' באקראי בעלמא צריך נטילת רשות ותנחום בריה דר"א נטל רשות מר' מני דמן צור.

ומה שאמ"ל לאו אדעתאי היינו שהוא בתוך ג"פ אבל נטילת רשות כבר נטל ממנו. א"נ דהכא אחר הגזירה אבל מקודם א"צ נטילת רשות: פרק ה' ה"א אין מעמידין מלך וכו' ואין דנין את השבט וכו' ולא את נביא השקר וכו' אלא בב"ד הגדול וכו' משנה בפ"ק דסנהדרין ואמרי' עלה בגמ' (דף ט"ז א') מנה"מ אמר ריב"ח אתיא הזדה הזדה וכו'.

והא הזדה וכו' וקטלא בכ"נ אלא אמר ריש לקיש גמר דבר דבר וליגמר הזדה הזדה מנביא השקר דבר דבר גמיר הזדה הזדה לא גמיר ע"כ. דברי הש"ס צריכין ביאור אצלי דהא קי"ל אין אדם דן ג"ש מעצמו אלא א"כ קבלה מרבו וכו' עד הלמ"מ וליכא פלוגתא אלא בשאר מדות אבל בג"ש כולהו מודים דהלכה למ"מ.

וא"כ אמאי הכא ר"י מייתי לה הזדה הזדה ור"ל מייתי לה דבר דבר. ועוד מאי מקשי וליגמר הזדה הזדה וכו'.

ואפשר לומר דר"י ידע דאיכא ג"ש בענין זה ויליף זה מזה אלא דאינו יודע התיבות של הגז"ש ומסברא דנפשיה קאמר דילפי' הזדה הזדה ופריך הש"ס והא הזדה כי כתיבא וכו' והוצרך ר"ל לומר דילפי' דבר דבר וקס"ד דהמקשה דגם ר"ל נמי מסברא דנפשיה קאמר לה דיליף דבר דבר ולא קבל אלא הענין ולא התיבות ולכך הדר המקשה להקשות וליגמר הזדה הזדה וכו' ולילף זה מזה וזה מזה דומיא דמצינו באונס ומפתה דיליף זה מזה וז"מז והכא משום דכתיב דבר בהמראה נילף הזדה הזדה למיתה ומשני דקבל מרבו דבר דברדהיינו המלות ולא כר"י דלא קבל אלא הענין ולא המלות והיינו דקאמר רש"י דבר דבר גמיר לה האי תנא מרבו כוונתו לומר דקבל המלות נמי א"נ דריב"ח קבל המלות ולא הענין ומסברא קאמר לה בענין זה ופריך והא הזדה כי כתיבא וכו' אלא אמר ר"ל גמר דבר דבר וג"ש דהזדה בענין אחר והדר מקשי וליגמר הזדה מנביא השקר דהא ר"ל לא מדחי לה אלא מכח הקושיא אבל מודה דאיכא ג"ש דהזדה הזדה.

ומשני דבר דבר גמיר לענין זה אבל הזדה הזדה לא גמיר לה לענין זה והבוחר יבחר ודוק וכן הדבר מפורש בכללי הש"ס יעו"ש: ורש"י ז"ל פי' בד"ה דבר דבר וז"ל וק"ו אדם דן מעצמו. ואין אדם דן ג"ש וכו' מהכא משמע דאין אדם יכול לדון מעצמו כ"א ק"ו אבל שאר מדות אין אדם יכול לדון מעצמו וכן בפ' זה בורר כתב כן והוא הפך דבריו שכתב בפ' השולח דמשמע מדבריו שם דכל המדות אדם דן מעצמו חוץ מג"ש.

וראיתי להרב יבין שמועה ז"ל שהקשה דבריו דבפ' השולח עם דבריו דבפ' לולב הגזול דכתב שם כל המדות אין אדם דן מעצמו חוץ מק"ו כי הכא. ותירץ דהתם אליבא דר"י קאמר לה אבל לרבנן כל המדות אדם דן מעצמו חוץ מג"ש.

ולא תקשי ליה ההיא דפרק בן סורר דקאמר וכל היקש וג"ש וכו' דכוונתו לומר דג"ש טפי מהיקש משום דגמירי לה מהר סיני ולגבי שאר מדות ההיקש עדיף משום דאין משיבין על ההיקש אלא דברי הרב הנזכר בקיצור נמרץ ע"ש. ואילו דברי רש"י דהכא הכחידם תחת לשונו ולא הזכירם כלל וכלל ודבריו נפלאו ממני דהא רש"י קאמר בפי' וכל היקש וג"ש מופנה הרי הוא כמפורש במקרא ועונשין ממנו ונתן טעם לדבר לפי שלא ניתנו לידרש מעצמן אבל ק"ו שניהן מעצמו אין עונשין ממנו והכי קי"ל דאמאי אין עונשין מ"ה משום דניתן לידרש מעצמו וכן ההיקש דוגמא דידיה ולכך הוצרך רש"י לומר לפי שלא ניתנו לידרש מעצמן: הלכה ב' אין דנין דיני נפשות וכו' לפיכך אין דנין שור ולא בהמה הנרבעת או הרובע וכו' בפ"ק דסנהדרין (דף ט"ו ב') קאמר תלמודא קא פסיק ותני לא שנא רובע זכר ל"ש רובע נקבה בשלמא רובע נקבה דכתיב והרגת את האשה ואת הבהמה וגו' מדברי רש"י שם ד"ה בשלמא רובע וכו' וכן מד"ה תנהו ענין לנשכב וכו' וכן מפו' במתני' ד"ה ואמר ואת הבהמה וכו' בנרבע כתיב.

משמע דרובע מפיק ליה מוהרגת את האשה והנרבע מקרא דואת הבהמה וכו' דאל"כ מאי קמ"לן ואת הבהמה בנרבע כתיב וכי אין אנו יודעין דהוא בנרבע כתי' אלא כוונתו דהאי קרא בנרבע וקרא אחרינא ברובע. אבל מדברי רבינו בפי' המשנה לא משמע הכי אלא מקרא דוהרגת את האשה וכו' משמע מניה בין רובע בין נרבע דשקולים הם ויבואו שניהם ואייתר קרא דואת הבהמה וכו' ללמד עליהם שהם בכ"ג וקרא אחרינא עיקרו למיתה.

וק' דלכאורה נראה דדבריו הם הפך הש"ס דקאמר בפי' בשלמא רובע נקבה דכתיב והרגת ולפי פי' רבינו לא גמיר לה מהאי קרא אלא מקרא דואת הבהמה תהרוגו וכו' ועוד לדבריו מאי מקשי הש"ס רובע זכר מנא לן ולמה ליה קרא דכל שוכב עם בהמה דכולהו נפקי מקרא דהורגת את האשה דומיא דרוב' ונרבע.

וי"ל דמאי דקאמר הש"ס בשלמא רובע זכר דכתיב והרגת וכו' משום דהאי קרא גילה על הך קרא דהוא להקישא דאי לאו האי קרא הוה מוקמינן להך במיתה גופה ומאחר שהוא גילה על קרא אחרינא הו"ל כמה דגמרי' מינה. וכן ראיתי להרב ח"ה שחלק כעין זה שהקשה לעיל דמש"ס משמע דמשופטיך נפק"ל מיוחדים ורש"י בפי' החומש פי' דמזקניך נפקא ותירץ דלולי מלת זקניך הוה מוקמי שופטיך לסנהדרי קטנה וכו' נמצא דממלת זקניך נפקא ע"ש.

ולקושיא ב' אפשר לומר דלא גמרינן אלא רובע ונרבע דזכר ונקבה שהם כדרך טבע אבל ב' זכרים לא גמרינן אי לאו קרא דכל שוכב עם בהמה משום דלא דמי להנך. ומיהו אחר העיון נר' דאינו מן הישוב דהא במתני' דפרק ד' מיתות נתן טעם לדבר לפי שבאת לאדם תקלה על ידה ד"א שלא תהא הבהמה עוברת בשוק ויאמרו זו היא שנסקל פלוני על ידה ולשני טעמים אלו מה לי ב' זכרים או זכר ונקבה אלא דהק' לי אחד מן החברים דלדברי רבינו דמפיק לה מיתורא הול"ל דהקישא מקרא דוהרגת את האשה וכו' נפקא דבתורה כתיב ואת הבהמה תהרוגו ברישא ואחריו והרגת את האשה ואת הבהמה.

והשבתי לו דתקשי גם לדברי התנא דהול"ל הנרבע והרובע. ורבינו הלך בעקבות התנא שאמר ואומר ואת הבהמה וכו' משמע דהראיה היא מהאי קרא כמו ואומר בכל מקום

שהוא מוכח על הראיה דהו"ל לתנא לומר הרובע בכ"ג שנא' והרגת את האשה וכו' וכן הנרבע שנא' ואת הבהמה תהרוגו ומדשינה ואמר ואומר משמע דלא הביאו התנא אלא להיקשא ולא לגוף המיתה ורבי' נקט לשון התנא ואה"נ דאי אמר התנא הנרבע והרובע בכ"ג שנאמר ואת הבהמה תהרוגו ואומר והרגת את האשה ואת הבהמה הוה מפיק ליה להיקשא מקרא דוהרגת את האשה זה מה שנראה לי בדברי רבי' הי"מ ויאיר עינינו בתורתו כי"ר: וכתבו התוס' שם ד"ה אם אינו ענין לשוכב וכו' ותימה רבי אבהו וכו' וכן ר"ש דבני נח מוזהרים על הכישוף וכו' כוונתם היא לאביי דדריש לה לאזהרה דריש לה נמי להכי אבל רבי אבהו דפליג ולא דריש לה לאזהרה לא דריש לה כלל וא"כ מנ"ל כ"ג וכן ר"ש ור"ע דצהורך להו להיקשא מנ"ל כ"ג ותי' דאי אתא להיקשא דוקא לישתיק קרא מניה ולא ליכתו' אלא קרא דאיש כי יתן את שכבתו בבהמה גבי מכשפה וילפינן מניה היקשה וכן מיתת בהמה ולמה ליה קרא דכל שוכב עם בהמה אלא מדכתביה רחמנא אצטריך לנשכב ומדסמכיה רחמנא גבי מכשפה ילפינן מניה היקשא דבני נח מוזהרים וכו' ודבריהם נפלאו ממני דאדרבא הסברה נותנת דהקישה היא למ"ד דיליף מניה אזהרה מנ"ל כ"ג אי מדאפקיה הא איצטריך ליה לאזהרה דהרי אינם שקולי' אבל רבי אבהו דלא דריש ליה לאזהרה לא תקשה ליה מנ"ל כ"ג דנפקא ליה מדאפקיה ובפרק ד' מיתות הקשה בהפך מהכא ור' אבהו מדאפקיה רחמנא בלשון שוכב מאי דריש ליה ותירצו לכ"ג והכא קאמרי מנ"ל כ"ג משמע דאית להו בפשיטות דרבי אבהו לא דריש מדאפקיה וכן ר"ש מאי מקשו מנ"ל כ"ג מדאפקיה רחמנא ילפינן כ"ג והיקשה דבני נח מוזהרין מסמיכות קראי כמו שכתבו הם בתרוצם דהו"ל לכתוב קרא דאיש כי יתן וכו' גבי מכשפה וילפינן מניה תרתי מיתה וכ"ג והכי כתב רש"י התם מדסמך קרא דכל שוכב גבימכשפה ילפינן דבני נח מוזהרים אבל מקרא גופיה ילפינן הנשכב ומדאפקיה ילפינן כ"ג ועוד דאמאי לא תירצו קושיא קמייתא מדאפקיה כמו שתירצו לה בפ' ד' מיתות וק"ל וכן כתבו הם עצמם ד"ה ואימא לקטלא ועי"ל דה"פ: ושם בגמרא כמיתת בעלים כך מיתת השור וכו' ר"ל אם במציאות נתחייבו בעלים מיתה כגון שחטאו בעבירה שחייבי' עליה מיתה: ושם ע"ב רש"י ד"ה איכא ביניהו נחש וכו' כדאמרינן בארבע אבות נחש מועד לעולם ד"ה ע"כ נראה הא דהוצרך להביא ראיה מד' אבות נזיקין דנחש מועד משום דקשיא ליה דילמא ר"ע פליג אהנך ולא אנחש דר"ע דבריו סתומים לכך הוצרך להביא ראיה שהנחש מועד לעולם ומסתמ' ר"ע לא פליג אלא אנחש מיהו קשה דא"כ תקשה לת"ק דקאמר דבעי כ"ג והא נחש מועד לעולם לכ"ע ומדקאמר הוא בעי כ"ג משמע לי דמבני תרבות הוא ולא קטלינן ליה אלא א"כ המית ולכך ר"י ור"ל קאמרי אדר"א אבל לת"ק ודאי דוקא שהמית דכ"ג לא בעי אלא בדיני נפשות ואפשר לומר דהנחש מועד לעולם דוקא לענין לחייבו נזק שלם אמרינן לאו מבני תרבות אבל לענין מיתה אמרי' מבני תרבות ובעי כ"ג כמו שפי' התוספות: וכתבו התוס' ד"ה אימא לקטלא דמשמע דאי לקטלא תו לא דרשי' וי"ל דהתם בהמה כתיב בתריה לאקושי בהמה לאדם אבל הכא כתיב שור ברישא וכו' לכאורה דבריהם קשים דהא עיקר ההיקש הוא מקרא כי ימכר לך אחיך העברי או העבריה מקיש עברי לעבריה והא התם עבריה כתיבה בתר עברי ואעפ"כ מקשינן עברי לעבריה וא"כ מנ"ל האי כללא דהך דכתיב בסיפיה דקרא ילמוד מהך דברישיה דקרא ולא להפך ואחר כך ראיתי לרש"י בפי' על החומש בפ'

משפטים שכתב מקיש עבריה לעברי לכל יציאותיו מה עברי יוצא בשש וביובל אף העבריה יוצאה בשש וביובל יכול עברי יוצא בראשי אברים ת"ל עברי או עבריה מקיש עברי לעבריה והשתא ניחא שהקשה קושי' על התו' ושוב ראיתי להרב יד מלאכי שהקשה קושיא והניח הדבר בצ"ע ונעלם ממנו דברי רש"י והש"ס.

ולמאי דכתיבנ' אין מקום לתלונתו. ומ"ש לאקושי בעלים לשור ולא שור לבעלים לאו בדיוק נאמרו דליכא היקש דפשטוה דקרא כך הוא ואגב אחריני נקטיה וק"ל: ובס"ד כתבו ועיין לעיל ואימא לקטלא נמי וכו' דבריהם הכא הפך דבריהם דלעיל דכתבו דלא ילפינן אלא אדם משור והוי סתירה לדלעיל.

אך ק' דלפי האי שינויא מאי מקשה הש"ס א"כ לכתוב וגם בעליו ולישתוק והא אצטריך יומת לומר לך דכמיתת בעלים כך מיתת השור. ואפשר לומר דתרווייהו ילפינן מדקאמר וגם בעליו והקישו הכתוב ואמר וגם בעליו משמע דבעי כ"ג ומדקאמר יומת גילה לן דכמיתת בעלים בעלמא כך מיתת השור ואפשר שזה כוונתם שכתבו דהא דרשינן ליה נמי מדאתקש: הלכה ג' המוציא שם רע וכו' אין דנין אותו תחילה אלא בב"ד של כ"ג וכו'.

משנה היא בסנהדרין מוציא שם רע בכ"ג מפני שיש בו ד"נ. ובדף ח' א' כתבו התוס' וז"ל מוציא ש"ר וכו' ובמקום דאיכא נפשות דבההוא ממון איירי וכו'.

ר"ל אבל לפי' רישא תבעו ממון בג' היינו מאה כסף של אב וסיפא ממון של כתו' וק"ל: עו"ש ומפרש ר"ת לענין מאה סלעים וכו' וכגון שהביא הבעל עדים והוכחשו וכו' אזיל לשיטתי' דס"ל שאין הבעל נאמן להפסי' כתובתה כמו שהקשה על רש"י ז"ל ולכך הוצרכו לומר כגון שהביא הבעל עדים והיינו להפסידה כתובתה והוכיחו דס"ל דאפי' לא הוזמו אית ליה לאב מאה כסף רב לרש"י ס"ל דהבעל נאמן להפסידה כתובתה ולכך לא נקט עדים אלא ע"פ.

וס"ל נמי דאין האב זכאי בק' כסף אלא אם הוזמו העדים אבל להתוס' אפי' הוכחשו ולכך נקטו בלשונם והוכחשו. ומ"ש והביא הבעל עדים היינו בפני ג' דכוונתו היא להפסידה כתובתה דאין להם עדות גמורה לענין מתה כגון דלא התרו בה וכיוצא בזה והשתא לא תקשי לרבה דאמ' משום כבודם של של ראשונים דמשמע מלתיה דעולא לרבנן אפילו בג' והא איכא בה משום כבודם של ראשונים ולמאי דפירש"י ניחא דמלתיה דעולא בשלשה דלא נתכוון אלא להפסיד' כתובתה.

והבינותי בספרים וראיתי להרמ"ד שתירץ לקושיא זו דדינא אחרינא דמעיקרא הבעל תובע והשתא האב. ואחר המחי' כל זה החי' היינו לרש"י ז"ל אבל להתוס' לא ניחא להו כמו שגילו דעתם בד"ה חוששין ללעז וכו': עוד כתבו ואין לדמות ליוסיפו וכו' היינו לסברת רבנן דחיישינן ללעז והתם לא חיישי משום דהתם לא סגי בלא"ה דעדיין לא יצא הדין לאור אבל לר"מ הכא כהתם וק"ל: ועוד כתבו התוס' שם ע"ב ד"ה רבה וכו' שהביא האב עדים להזימם יע"ש.

והקשה כנה"י אמאי לא פי' כגון דאכניף הבעל בג' כדי לחייבה מיתה והביא האב עדים והכחישום ואבדור ובא האב לתבוע ק' כסף דהשתא איכא כבוד הראשונים וללעז לא

חיישי' ואעג ואומר להם דהתוס' אזלי לשיטתייהו דאית להו מוציא ש"ר היינו ק' כסף של האב לא תביעת הכתובה ואי מפרשינן שהביא האב עדים והכחישו' מאי קאמר דונו לי מיהא ד"מ ומאי דינא אחרינא אית ליה עד דאמר דונו לי מיהא וכו' לכך הוצרכו לפרש והביא האב עדים והזימום דאית ליה דינא אחרינא דהזמה דמצי להורגם ואמר דונו לי מיהא ד"מ: אבל אי קשיא הא קשיא דמשמע מדבריהם שאמרו שהביא האב וכו' דאכניף היינו האב ואמאי לא הניחו הדברים כפשטן דאכניף הבעל כדי לחייבה מיתה וכששמע האב הלך והביא עדים כדי להזימם ולא הספיקו לקבלם עד דאיברור ואמ"ל דונו לי מיהא וכו' ואי מסתפינא הייתי מגיה בדברי התוס' והייתי מפרש איכניף היינו הבעל אלא משום דכל המפרשים מפרשי דברי התוס' דאיכניף היינו האב לא רציתי להגיה.

ואחר העיון נלע"ד דשפיר כתבו התוס' דאכניף האב דהיינו הבעל הביא עדים בפני ג' כדי להפסידה כתובת' דהבעל אינו נאמן להפסידה כתובת' כמש"ל אבל העדים אה"נ נתכוונו להורגה שהרי התרו בה והעידו משא"כ הבעל אין כוונתו להורגה אבל אחר שיתוודע הדבר לב"ד הגדול גומרי' דינה למיתה ע"י העדים וכששמע האב הלך ואכניף ב' דיינים עם הג' האלו שקבלו עדות הבעל כוונתו כדי להזימם ולהורגםולא הספיקו לקבלם עד דאבדור ואמר האב להני ג' שקבלו עדות שהביא הבעל דונו לי וכו' שהרי אתם קבלתם עדותם והפסדתם כתובת בתי קבלו עדות גם מעדים אלו ודונו לי וכו' כמו שדנתם מעיקרא ד"מ והפסדתם כתובתה ובהא אפליגו רבנן ור"מ אבל אם נפרש דאכניף הבעל כ"ג וכוונתו להורגה ואח"ך הלך האב והביא עדים כדי להזימם מ"ק דונו לי וכו' מאי יכולת ביד הג' להורגם אחר שהגיעו הדברים לפני הסנהדרין ואפי' ר"מ מודה דבעינן כ"ג: ועוד כתבו התוס' בד"ה והביא וכו' וניחא לפי' ר"ת דכולה סוגייא איירי וכו' עדי הבעל עכ"ל.

ר"ל אחר דאית ליה לר"ת מש"ר היינו ק' כסף תביעת האב מוכרחין אנו לומר דאין האב תובע עד שיביא הבעל עדים ויוכחשו ואחר שיוכחשו אין כאן חיוב מיתה ואמאי קאמרי רבנן דבעי כ"ג אלא ודאי דחיישינן ללעז וגם הכא חיישינן ללעז ואע"פ שהביא הבעל עדים שזינתה והתרו בה סתם ואחר כך הוכחשו ובא האב לתבוע ק' כסף בעי כ"ג לרבנן דחיישי' שמא יבואו עדים אחרים ויצטרכו להוסיף ואיכא לעז לראשוני' אבל לר"מ אע"גב דחייש ללעז הכא ליכא למיחש דאע"פ דחיישינן שמא יבואו עדים אחרים ויאמרו התרו בה סתם משום דאמרינן התרו בה בפי' דהא אחרים אמרו התרו בה סתם ונמצא דמכחישין זא"ז אבל לפי' הקונט' מיירי כולה סוגייא בלא הכחשה ואיכא דין מיתה לרבנן והול"ל אין חוששין ללעז.

וי"מ משום רבותא דר"מ וכו' ואע"ג דלאידך גיסא איכא רבותא לרבנן דאע"פ שאין חוששין הוי בכ"ג מ"מ הוי רבותא ביותר לר"מ חדא משום כחא דהיתירא ועוד דלרבנן איכא מיתה וכ"ע מודו דבמיתה בעי כ"ג ומיהו ק' לר"ת למאי דמסיק פלוגתא וכו' דהשתא מש"ר דר"מ וכו' ובשלמא לרש"י ז"ל כל התביעות היינו לאב אלא דר"מ פטרה ממיתה ואין כאן אלא תביעת כתובה וכן בכולהו שנויי ואע"ג דאמרו לעיל דכולה סוגיא איירי כשהוכחשו עדי הבעל וכו' ס"ד דדוקא בשנויי אחריני דלא הוזכר בהו הכחשה

בפי' אבל הכא דקאמר בפי' הוכחשו בבדיקות אין כאן הכחשה אחריתי ולכך הקשו הכא טפי משנויי אחריני ועוד הקשו לר"מ שמא יבואו עדים אחרים וכו' ואע"פ דהך קושיא תקשה גם לפי' הקונטריס ותקשה גם אחר ההנחה דהוכחשו אחר מכן הכחשה גמורה כמו שפי' בדבריהם לעיל ד"ה בדבור המתחיל בפלוגתא דבן זכאי וכו' הכא באגב נקטו לה משום דאמרי וניחא לר"ת באו למעט ואמרי לאפוקי הני לא ניחא אבל עיקר דבריהם לקמן ותירצו כגון דאיתכחוש בבדיקות וכו' ר"ל כגון שהביא הבעל שני כיתי עדים והכחישו זא"ז בבדיקות ואחר מכן הביא האב שני עדים והכחישום גם בחקירות ובא האב לתבוע מאה כסף לרבנן בעי כ"ג דחיישינן שמא יבואו עדים אחריני דעדותם שוה בין בבדיקות בין בחקירות ואע"פ דמכחישים מאלו העדים שהביא האב ממ"נ דאם יאמרו לבנים הרי כת מהך אומרים שחורים ואם יאמרו שחורים הרי כת אחרת אמרו לבנים מ"מ מיקטלא לרבנן דהכחשה כה"ג לא שמה הכחשה ובעי כ"ג אבל לר"מ שמה הכחשה ולא מיקטלא ולא בעי כ"ג והאי שינויא היינו הך שינויא דלקמן תירו' ב' ד"ה בפלוגתא דבן זכאי וכו' והא דהוצרכו לומר ב' כתי עדים משום דבכת א' אין כאן הכחשה דע"א לא חזי ולא מידי ואפי' ר"מ מודה דלא בעי כ"ג וכן לא הוצרכו לומר ב' כתי עדים אלא לקושיא ב' דר"מ אך לקושיא א' דרבנן אפי' לא הביא הבעל כ"א כת א' והביא האב עדים והכחישום מיתרצא: פרק ו' ה"ג היה הטועה מומחה וכו' ואם א"א להחזיר ישלם מביתו ע"כ.

הכי איתא בפ' אחד ד"מ דל"ג א' ורמינהי דן את הדין וכו' מה שעשה עשוי ומשלם מביתו וכו' יעו"ש כמה תירוצים על קושיא זו והנה כתבו התוס' וז"ל: ד"ה מה שעשה עשוי וכו' והשתא מה שעשה וכו' שעירבן ברוב פי' וכו' יש להקשות אכתי מה בא ללמדנו מה שעשה וכו' פשיטא מאחר שעירבן ברוב בטלי ברוב דאזלינן בתר רובא מדאורייתא בשלמא באחריני חידוש קמ"לן דישלם מביתו אבל טיהר את הטמא וכו' דתרתי קאמר אם עירבן בפי' מועטים ישלם מביתו וברובא מה שעשה עשוי דבטילי מאי קמ"לן וי"ל מאחר דאצטריך סיפא לומר דאם עירבן במיעוט ישלם מביתו נקט רישא אגב סיפא: עוד כתבו התוס' ד"ה השתא נמי וכו' נימא כיון וכו' השתא נמי וכו' י"ל והא מתניתין מיירי דטעה בשיקול הדעת כמ"ש התו' עצמם בדיבור דלעיל ומאי האי דקאמרי נימא כיון דלא עירבן הוה הדר וכו' והא בשיקול הדעת מה שעשה עשוי וישלם מביתו והש"ס לא קאמר השתא נמי וכו' לא מיירי אלא בטעה בדבר משנה חוזר וי"ל דטיהר את הטמא אין לחלק דלא הפסידו כלום ואם לא עירבן אומר לו הרי שלך לפניך ואפי' טעה בשיקול הדעת ולכך קאמרי נימא כיון דלא עירבן וכו': אבל קש"ל דאמאי הוצרך הש"ס לאוקומה כר"מ דדאין דינא דגרמי והא מתני' בשאינו מומחה כדקאמר בש"ס ולא קבלו עלייהו וה"ז כמתכוין להזיק וחייב לשלם אפי' לרבנן דלא דנו דינא דגרמי וי"ל דמשמע ליה לש"ס דמתני' במומחה קתני מדקאמר דן את הדין וכו' בלשון יחיד ואין דן יחידי אלא במומחה וק"ל ויש לדחות מדקתני סיפא ואם היה מומחה וכו' מכלל דרישא בשאינו מומחה ועל מאי דאסיקנא בגמ' כגון שנ"ונ ביד פריך שם הגמרא אלא מתני' וכו' לחובה היכי משכחת לה וכו' ועוד מאי בין ואסיק בקשיא.

וקש"ל לפי מ"ש בעלי הכללים דכשאומר הש"ס תיובתא היא קשיא עצמית. אך כשיאמר קשיא כוונתו רק מתמיה ולא חש להשיבו והרי הכא קא חזינן דהקושיא היא

עצמית מתרי טעמי וקאמר עלה קושיא ול"ק תיובתא: וראיתי להריב"ש שכתב דהיכא דרמי מתניתין אמתני' ומתני' אברייתא אומר תיובתא אך כשמק' מכח מימרא ומטעם אחר אפי' בקושיא אלימת' יאמר בלשון קשיא ובזה יש לתרץ דהכא נמי אע"ג דהמקשה מקשה אמתני' לא מקשי מכח דק"של מתני' אמתני' ומתני' אברייתא אלא הוא מקשה לפי' ר"ח היכי משכחת לה מזכות לחובה אי דאמ"ל פטור אתה הו"ל כנ"ונ ביד ואין מחזירין וישלם מביתו דלא גרע מאמירה.

ואפי' דהקושיא היא חזקה שייך עלה שפיר לשון קשיא: פרק ז' ח"א אחד מבעלי הדין וכו' זה א' וכו' בוררין להם דיין ג' וכו' ע"כ משנה ריש פרק ד"מ ומוקי לה בש"ס ה"ק כשזה וכו' יעוש"ב(א"ה ראינו להביא כאן מ"ש הרב המחבר בחי' לסוגיא זו וז"ל י"לד השתא דקאמרינן דפירוש זה בורר דקתני במתניתין היינו כ"א פוסל ב"ד של חבירו היינו סיפא דקאמר זה פוסל דיינו וכו' ותרתי למ"ל וליכא למימר תני והדר מפרש דמ"מ תקשה דדרך התנא לקצר ובחדא סגי או ליתנינהו בבא א' ואפשר לומר דהוא יפרש סיפא דזה פוסל וכו' בדיין מומחה ופוסל דקתני הוא פיסול משפחה הוא ואחר עמו כמ"ש ר"א לקמן ורישא בערכאות ופוסל דקאמר היינו שאינו רוצה לדון ל"פ מטעם דלא גמירי ואח"כ ראיתי למהרש"א ז"ל שדקדק בזה ותירץ סיפא בדיין א' עש"ד.

וראיתי מי שתירץ דמפ' לה כר' אבא וכו' במגו וכו' או כר' דימי וכו' ולא תירץ דת"ק תרתי למ"ל לר"א ולר"ד לא שייך אלא אגב דצריך לברר דבריו: שם ואפילו לוה וכו' לכאורה נראה דליכא שום קושיא ממלתיה דר"א דהא קאמר ודן בעירו דלא להוסיף מנה ע"מ הא בעירו או במקום קרוב דליכא פסידא אפילו לוה יכול לעכב ומאי מקשה ואפילו לוה ואפשר לומר דכונת המקש' היא מאחר דאפילו לבית הועד שהוא ב"ד הגדול אינו יכול לעכב מטעם דע"ל מכ"ש בעירו דאינו ב"ד הגדול אלא שוים דאינו יכול לעכב א"נ מדקאמר ר"א משום דעבד ליה וכו' להאי טעמא אפי' בעירו אינו יכול לעכב ותרתי קאמר חוץ לעירו משום דלא להוסיף מנה וכו' ובעירו משום דעבד לוה וכו' והמתרץ השיבו כפי דעתו דאפי' בעירו אינו יכול לעכב והנה בערכאות עסיקינן וכו' ורב פפא השיבו עירו שאני דיכול לעכב ולא קאמר ר"א אלא חוץ לעירו ובמומחין עסיקינן וק"ל ואע"פ דקי"לן דבמומחה אינו יכול לעכב דדנין לאדם בע"כ היינו אם אינו רוצה לדון כלל לא לפ"ז ולא לפ"ז אבל הכא שחפץ בדין אלא שאין רוצה בב"ד שבירר חבירו יכול לעכב בעירו ובין למר ובין למר פיסול דקאמר לאו פיסול ממש וק"ל: שם אמרי במערבא מתוך שזה בורר וכו' משמע דאין יוצא הדין לאמתו וכו' אלא כשיעשו כך שאחד בורר לו אחד וכן אחר בורר לו א' ושניהם בוררים להם אחד וכך עושין לכתחי' כדי שיצא וכו' וכן משמע מפירש"י דכתב דסבר החייב וכו' ולפי זה צריך לגרוס בש"ס זה בורר לו אחד וכו' דהיינו שכך עושין לכתחי' ולא גרסינן כשזה דמשמע אם אירע כך יבררו להם שניהם וכו' דמשמע ע"י ברירת הג' די שיוציא הדין .

לאמתו ומדברי ר"ז משמע ע"י שיברור כ"א דיין א' ובוררים אחד ביניהם וכו' על ידי זה יצא הדין וכו' ולכך גרסינן זה בורר וכו' והש"ס לפום ריהטא דלעיל דפי' קמא דקאמר כשזה בורר וכו' נקט לה וכן מהרש"א גריס הכי אלא לא נתן טעם לדבר ואפשר טעמו כך כדפי': אמנם ראיתי לרבינו בהלכות סנהדרין פ"ז נראה מלשונו שכתב שאמר איש

פי' וכו' נראה דלא כמ"ש וכו' וכן פירש הכ"מ וז"ל כשזה בורר וכו' דמתני' לא קתני בחיוב אלא אם אירע וכו' אלא אם א' בורר וכו' כשבוררין דיין ג' יצא הדין לאמתו וזהו שכתב רבי' אם קרה מקרה וכו' נראה דלא כמ"ש ומלשון הש"ס דר"ז משמע דלכתחלה עושין כן דע"י שזה בורר לו א' וכו' ובשניהם בוררין להן א' יצא הדין לאמתו וכו' ואפשר לומר דגם רבינו יודה דאין הדין יוצא לאמתו אלא בענין זה שזה בורר וכו' ושניהם בוררים וכו' כדמשמע פשטיה דר"ז וכוונתו שכתב אם וכו' ר"ל שאין חובה לעשות כך אלא אם אירע וכו' אין מוחין בידם וכשזה בורר א' גם לזה אמרינן ליה ברור גם אתה א' כמוהו אבל לכתחלה לומר להם שיעשו כך לא ולפי זה גם הש"ס יפורש כך כשזה בורר וכו' טוב הדבר ואין מוחין בידם וכדר"ז וכו' וק"ל: ושוב ראיתי להרב תי"ט שכתב גם הוא ואמר דגי' זה בורר וכו' כמ"ש מהרש"א ונתן טעם לדבר דלמאי נפקא מינה נדחק לשון המשנה ונוציאה ממ"ש ואין לנו דבר המכריחנו וכו' ע"ש ולפי דברינו אלו דאם גי' זה בורר הוה משמע דחיוב הדבר לעשות כך ויתרבו המחלו' והבלבולים ולא ישאר ב"ד קבוע לכך גי' כשזה בורר וכו' ר"ל כשאירע וכו' וק"ל: שם כל כמיניה וכו' נראה מדסתם דבריו וכ"כ ולא קאמר כדלעיל אפי' לוה משמע דמקשה אפילו לגבי מלוה כ"כ וכו' ומאי מקשה והא אית לן דמלוה יכול לעכב כדר"א לעי' ועוד דאמאי לא מוקי לה בערכאות ויכול לפוסלם אפי' לוה ונראה דהמקשה ס"ל דסיפא דקתני זה פוסל וכו' היינו פיסול ממש לא פיסול דלא גמיר דדבר זה כבר נשמע מרישא דמתניתין דזה בורר וכו' וגם משמע דאמומחין קאי מדקתני או מומחין וכו' ולכך הוקשה לו כ"כ לפסול ממש והא נוגע בעדות ועד אחד הוא ולא מקרי עדות ותירץ לו אינו פסול ממש אלא בערכאות דלא גמיר' ורישא דמתניתין קתני זה בורר וכו' ומתוך זה יצא הדין וכו' וק"ל: רש"י ד"ה נאמנים עלי וכו' בדיינים קמיירי מדקתני ג' ר"בק ע"כ נראה דבא לשלול שלא תאמר דרישא דאבא וכו' בעדים מיירי וסיפא ג' ר"בק היא בדיינים ולכך אמר דגם רישא דאבא וכו' מיירי ורישא דומיא דסיפא וקשה דליכא הכרח לזה ואע"פ דסיפא בדיינים מדנקט ג' מ"מ רישא בעדים ותרתי קתני במתניתין רישא בעדים וסיפא בדיינים ומנין ליה לומר דגם הרישא בדיינים ועוד מי הכריחו לפרש כך: ואפשר דטעמו הוא מכח הש"ס דקאמר דאי תנא וכו' משום דאבא ואביך חזו לעלמא וכו' אבל חד וכו' דלעלמא ל"ח אימא מודו וכו' ואם באמת דמתני' משתעי' בתרי ענייני רישא בעדים וסיפא בדיינים מאי קאמר דאי תנא וכו' אבל חד וכו' דלא חזו לעלמא הו"א דרבנן מודו לר"מ תקשה והא ג' רע"בק דלא חזו ופליגי רבנן אר"מ ואי אפשר לתרץ תירוץ דמהרש"א דקאמר דרבנן ל"פ אר"מ אלא ארישא דאבא ואביך וכו' ולא אסיפא דג' רועי בק' דאם כן אמאי כללינהו תנא בב"א מאחר דהמה תרי ענייני ורישא בעדים וסיפא בדיינים ועוד דרבנן לא פליגי ואמאי כללינהו והו"ל למתנינהו בתרי בבי ברישא פלגי רבנן וליתני ג' ר"בק בל"פ אבל אם נפרש דרישא דומיא דסי' ומתניתין כולה בדייני קמיירי מקשה הש"ס שפיר דהוה ס"ד דרבנן לא פליגי בהך מטעם דלא חזו לעלמא ורבנן ל"פ אלא ארישא דחזו לעלמא ולאו אסיפא דג' ר"בק דלא חזו ולכך אכללינהו בבבא א' משום דענין א' הוא דכולה בדיינים וק"ל א"נ בדיינים דקאמר לאפוקי לעדות דכ"ש דר"בק כשרים לעדות: ש"ס ע"ב משום דאבא וכו' אבל אימא מודו ליה לר"מ וכו' הקשה מהרש"א והא תנא נמי ג'ר"בק דלא חזו לעלמא ופליגי ע"ש משמע דשלשה

ר"בק לא חזו לעלמא ודבריו אלו המה הפך דברי רשב"ם בפ' י"ג דקאמר ג' ר"בק וכו' וג' רועי צאן לא נקט משום דרשעי' נינהו ופסולים לכל דין שבעולם אבל אבא וכו' כשרים מיהא לדינין של אחרים ע"כ ע"ש מתוך דבריו משמע דג' ר"בק חזו ולא מיעט אלא רועי צאן דלא חזו דאל"כ תקשה אמאי נקט ג' ר"בק והא לא חזו ג"כ אבל אבא ואביך חזו וכו': ונראה דגם רשב"ם יודה דרועי בקר לא חזו כמ"ש הוא עצמו דלא בקיאי בדיינים וכמ"ש מדברי הש"ס דלקמן במלתיה דרבא אלא דלא בא למעט אלא רועי בהמה דקה מאחר דפסלי בגזלנות ולא חזו לעלמא לא נקטינהו תנא דמתניתין דבהו ל"פ רבנן ואית להו דאם קבלינהו יכול לחזור וכו' אבל רועי בקר אף על גב דלא חזו לעלמא מ"מ מאחר דלא פסלי ממש משום גזלנותא אלא טעמייהו משום דלא בקיאי הו"ל כנאמן אבא ואביך וכו' דחזו לעלמא דפליגי רבנן ואמרי דאין יכול לחזור מאחר דליכא בהו פסלנותא אחריתי כמו רועי צאן דאית בהו פסלנותא דגזלנו' וכן אבא וכו' דאית בהו פסלנותא דקורבה אם לא מטעם דחזו לעלמא לכך קאמרי רבנן דאינו יכול לחזור אם קבליה עליה ודבריו אלו הוא לפי המסקנא דהכא דמוקמינן למתני' דזה פוסל עדיו וכו' הוא בבא הוא ואחר ובו: ובזה יש לתרץ קושיי' מהרש"א דהקשה והא ג' רועי בקר וכו' שאני רועי בקר דלית בהו פסלנותא אלא מטעם דלא בקיאי ולכך אפי' לא חזו פלגי רבנן וכך כונת הש"ס לומר דשאני אבא וכו' אע"ג דאית בהו פיסול הגוף של קורבה מ"מ חזו וכו' ולא פליגי רבנן וכן רועי בקר אע"ג דלא חזו לית בהו פיסול אלא מטעם דלא בקיאי אבל הא דקיבל עלי' כבי תרי דהוא פסול דהתורה פסלה אותו ולא דמי להנך הו"א דלא פליגי רבנן וכו' וק"ל: א"נ דרועי בקר חזו לעלמא ע"י תיקון זה שישאלו לבקיאי בדיני והוה ליה כאבא ואביך דחזו לעלמא ולכך לא נקט רועים סתם ורועי בהמה דקה משום דלא חזו אפי' ע"י תקון זה דפסלי משום גזלנותא ודוק: ש"ס שם אין העדים חותמים על השטר וכו' אע"פ דהעדות מתקיימת ע"פ ב' עדים ומאי עדים דק' חותמי' וכו' ר"ל עדי' דעלמא שכל א' וא' אינו חותם עד שידע מי חותם עמו וכן הדין בדיינים שכל א' ואחד אינו יושב בדין עד שידע וכו' אך ק"ל דאמאי לא חששו אלא בדיין ג' בשנים הראשונים דזה בורר לו וכו' כל אחד יהיה חושש עד דידע עם מי ישב ואיך כל אחד בורר לו אחד בלי לידע עם מי ישב ואפשר דקודם אף ע"פ שבירר כל אחד דיין אם אחד מהם אינו ראוי יכול לחזור בו ולא יתרצה לישב עמו אבל אחר שהוברררו שניהם והסכימו עליהם וקבלום קשה לכל והם יבררו דיין ג' שישב עמהם בדין וק"ל: רש"י ד"ה אלא אם כן יודעים וכו' ונמצאו בושים ע"כ משמע דליכא איסורא אלא בושה בעלמא והא בש"ס קאמר דהטעם הוא משום דאין כאן אלא עד א' והתורה אמרה מדבר שקר תרחק ואיכא איסור בדבר עיין בש"ס ומאי האי דקאמר ונ"מ בושי' וכן הדיינים איסורא איכא משום קשר בוגדים לא שמיה קשר ולא מקרי מנין ולא דמי לעדים שאמר מפני שבושים ומש"ס משמע דשוים הם דאיכא איסור בדבר משום מד"ש תרחק: ואפשר לומר דלא קאמר בש"ס דאיכא איסורא היינו ביודעו ומכירו קאמינא אבל הכא דליכא אלא חששא בעלמא שמא אינם מהוגנים דליכא איסורא אלא משום שמא תתבטל העדות ונמצאו בושים וכן לגבי הדיינים שמא ימצא אחד פסול לדינא ויתבטל הדין ואיכא בושה והיינו דקאמר כך היו נקיי הדעת בירושלם וכו' שהיו חוששין ולכך לא היו חותמים וכו' עד שידעו וכו' וכן הוא לשון הרמב"ם והטור דיין שיודע בחבירו וכו' משמע דליכא איסורא אלא אם

כן יודעו איברא דראיתי להר"מ בפ"י מה"ע שתמה ע"ד רבינו שכתב מפני שמצטרף עמו ונמצא השית ידו עם רשע וכו' ע"ש והוא תמה ע"ד וז"ל ואמאי לא מייתי לה מהיכא דמייתי לה בגמר' משום מדבר שקר תרחק וכו' וכן תמה על לשון רבינו הטור דנקט בלישניה כלשון רבינו ותמיהא לי ע"ד קדשו אחרי קידה והשתחויה לפני רו"ם מעלתו דאין כאן דברי תימא דבכלל דברי רבינו אמורים דברי הש"ס דהוא קאמר מפני שמצטרף עמו ונמצא השית ידו וכו' עד שנתקבלה עדותו והו"ל כשני עדים ולפי האמת ליכא אלא עד אחד דהשני הוי עד פסול ועל ידי משוה לה עדות גמורה בש"ע ואין כאן אלא עד אחד והתורה אמרה מדבר שקר יתרחק וכו' עיין שם.

נמצא דדברי רבינו המה מפורשים כדברי הש"ס והוא הוסיף ופי' דברי הש"ס דאמאי כשישב עם הרשע עובר משום מדבר שקר אמאי נתכנה בשם דבר זה ועובר משום דבר שקר וכו' ועוד דעיקר הלימוד בעדים מהאי קרא דלא תשית ידך עם רשע ואיכא משום מדבר וכו' וק"ל: תוס' ד"ה כגון בי דינא וכו' ונ"ל שהיו סמוכים זה לזה חוץ לשלשה פרסאות ע"כ וזה לא מהני אלא לתלמיד חבר כגון רב חסדא עם רב הונא אבל תלמיד ממש לא מהני אפילו חוץ לשלש פרסאות ע"ש בעירובין וק"ל: תוס' ד"ה כדי שיצא הדין לאמתו וכו' לפום ריהטא וכו' כשתדוק בדבריהם נראה דהפי' שהביאו בשם הריב"ן הוא פירש"י ואמאי הוצרכו לכותבו בשם הריב"ן אם לא שלא היה בספרתם בא"ד לפום ריהטא וכו' נ"ל דצריך לומר ולפום בתוס' ויו מפני שהוא פי' אחר חוץ מפי' הריב"ן פי' אמתו היינו שלא יהיה שום עוות מאחר שהדבר שקול אחד מהפך בזכות זה ואחד מהפך בזכות זה וליכא דיינים הרבה שמהפכין לחובה יותר ממי שמהפכין לזכות וכן איפכא אלא שוים שזה מהפך בזכו' זה וזה מהפך בזכות זה וכשיהיה הג' מתברר הענין ביותר ולא יהיה בו שום עוות דיכול להתברר טעמו וטענתו של כל א' וא' והדבר שקול זה לעומת זה והשלישי מכריע ביניהם והמה קרובין לדברי הרא"ש שהביא דבריו רבינו הטור ע"ש וק"ל: ש"ס ע"ב דאי תנא אביך וכו' דחזו לעלמא וכו' וכן רועי בקר חזו לעלמא ע"י שאלה שישאלו בדיני לבקיאי אבל חד וכו': פרק י' ה"ט ב"ד שטעו וכו' אבל אם טעו ופטרו את המחויב הריגה איקסותרין את דינו וכו' כיצד אמרו הבא על הערוה שלא כדרכה פטור וכו' מחזירין אותו עכ"ל הכי איתא בפ' אחד ד"מ דל"ג ע"ב אמר רחבא אר"י והוא שטעה בדבר שאין הצדוקים מודים בו וכו' א"ר יוחנן טעה בנואף ונואפת חוזר אלא ה"ד אין חוזרין וכו' כגון שטעה שלא כדרכה ע"כ ופירש"י ד"ה טעה בנואף וכו' כגון באומר אבן שהרגו וכו' ר"ל איכא טובא לזכות ואיכא למטעי ביה ולכך חלקנו בין דבר שהצדוקים טועים בו לדבר שאין הצדוקים טועים בו אבל בנואף ונואפ' ליכא טעותא לזכות ואף על פי שזה טעה וזיכהו לא מקרי טעותא והו"ל כמזיד וחוזר מזכות לחובה.

ורש"י דנקט כגון אבן וכו' ומותרה מפי ההרוג וכו' אף על פי דהם מחולקין דאית בהו דבר שהצדוקים מודים בו כגון באבן שאע"פ שאין בה שיעור וטעו בה והאמת הוא דיש בה שיעור דאפי' הצדוקים מודים דחייב אבל אחריני דאית בהו דבר שאין הצדוקים מודים בו לא נקט להו אלא דאית ביה זכותא טובא ופשוט הוא ולא כתבתיו אלא לאפוקי ממי שטעה בזה: אך קש"ל בהאי דקאמר במילי טובא דלא מפרשי בהדיא כגון באומר

שהאבן שהרגו בה וכו' והא קרא בפי' באבן יד אשר ימות: וכתבו התוס' שם ד"ה טעה בנואף וכו' דהא איכא מילי טובא וכו'.

קש"ל האי מילי טובא דקאמרי מאי טעותא דזכותא איכא בהו דהא בכולהו איכא פלוגתא בין תנאי ואמוראי ואפשר לומר דכוונתם היא למ"ד דרך מנאפים אסרה תורה אם פסקו לומר דבעי' כמכחול בשפופרת מקרי טעותא לזכות וכן בחבר אי בעי התראה וכו' למ"ד לא בעי התראה אם ב"ד פסקו דבעי התראה מקרי טעותא לזכות וכן בכולהו ובזה יש לישב לפירוש רש"י דדעתו היא מאחר דכולהו איתנהו במחלוקת לא מקרי טעותא לזכות מאחר דאיכא מ"ד דאית ליה דכך הוא הדין ואתי שפיר הש"ס דקאמר שטעה שלא כדרכה דלית בה שום פלוגתא: עוד כתבו בא"ד וי"ל דמבעל וכו' דבר שאין הצדוקי' מודים בו וכו' ולכאורה קשה ולדידהו מי ניחא דאכתי תקשה והא איכא מילי טובא דכולהו אין הצדוקים מודים בהו דפליגי בהו התנאים והאמוראים ואם כן אינם מפורשים בקרא והצדוקים אינם מודים בהם ומאי מבעי ועוד תקשי לר"יו דקאמ' כגון שטעה שלא כדרכה ואמאי לא קאמר כגון שטעה ואמר דבעי כמכחול בשפופרת או דטעה בחבר עיר דבעי התראה וכו' לדעתם דמקרי טעות לזכות ודאי הצדוקים אינם מודים בהו מאחר דקיימי במחלוקת ואפשר לומר דכוונתם לומר דמאי דקאמר הש"ס טעה בנואף ונואפת ר"ל טעה בגוף הניאוף דהיינו בביאה גופה אם יש בה דבר שאין הצדוקים מודים בו ואין מחזירין מזכות לחובה ולא הטעות בעדים והתראה והמבעי מידע ידע דאית בהו דבר שאין הצדוקים מודים בו והכי קא מבעיא ליה אם יש בגוף הביאה דבר שאין הצדוקים וכו' ולכך דייק הש"ס בלישניה טעה בנואף ונואפת והול"ל טעה בניאוף מאי א"ו כוונת הש"ס כדכתי' והאי שיראו דרך מנאפים וכו' אפשר דקי"ל לש"ס שהצדוקים מודים בה דמקרי שכיבה וביאה ולכך נקט שלא כדרכה בהעראה שאין הצדוקים מודים בה: עוד כתבו התוספות ד"ה שטעו שלא כדרכה וכו' מ"מ לפי המסקנא איתוקם האי שנוייא ע"כ ר"ל דלמסקנא אוקימנא בשומרת יום כנגד יום שאמרו שבא עליה כדרכה בהעראה פטור והוא דבר שאין הצדוקים מודים בו והעראה האמורה בתורה דכתיב מקורה הערה בנידה וכדרכה הוא דכתיב והוא דבר שהצדוקים מודים בו הא שלא כדרכה בהעראה מקרי דבר שאין הצדוקים מודים בו כמ"ש שם בש"ס א"ה אפי' נידה נמי בשלא כדרכה והעראה מקרי דבר שאין הצדוקי' מודים בו ואמאי קאמר במתני' שומרת יום כנגד יום וכו' נמצא אפי' לפי המסקנא דאוקי שומרת יום כנגד יום כדרכה בהעראה דבר שאין הצדוקים מודים בו והעראה האמורה בתורה שהצדוקים מודים בו היינו כדרכה ובנדה מכלל של"כ בהעראה מקרי דבר שאין הצדוקים מודים בו: ובעיקר בעיית הש"ס דבעי טעה בנואף ונואפ' מהו יל"דק דאין זה דרך הש"ס דדרך רש"ס הוא דהבעיא יש לה ב' צדדים והכא ליכא אלא צד אחד כדפירש"י ומאי קמבע"ל: ואפשר לומר דכוונתו היא מי אמרינן מאחר דליכא טעותא לזכות כולם יודעין שאינו כלום והדר מזכות לחובה ומתניתין דקתני אין מחזירין ברוצח ובאחריני דאית בהו טעותא לזכות א"ד מתניתין סתמא קתני ואפי' בנואף ונואפת דליכא טעותא לזכות ופשיט ליה דבר שהצדוקים מודים בו חוזר והאי מקרי דבר שהצדוקים מודים בו וחוזר ומתני' לא קאי בנואף ונואפת: פרק י"א ה"א מה בין דיני ממונות לד"נ וכו' גומרין בו ביום וכו' ע"כ ועיין כל ההלכה באורך

משנה ריש פ' אחד ד"מ יעו"ש ואע"ג דכתיב משפט אחד וכו' וליבעי כ"ג היינו משום דגלי קרא אלהים לומר לך דד"מ סגי בשלשה.

ומ"ש רבי' ד"מ מטין ע"פ ע"א וכו' כתב רש"י במתני' ד"ה וד"ן מטין וכו' וברי"מ ליכא לאוקומה כדאמרינן לקמן וכו' וכ"ש שאר ד"מ וכו' עכ"ל. הקושיא בכאן גלויה לעין כל כמ"ש מהרש"א ולא תירץ בזה כלום דלמאי אצטריך קרא בד"מ דמטין ע"פ ע"א לחובה ואף ע"ג דקרא אצטריך אבל אתה מטה משפט שור הנסקל מ"מ אמאי אצטריך לומר וכ"ש שאר ד"מ והא ד"מ גילתה תורה דדינם בג' וממילא ליכא אלא אחד בין לזכות בין לחובה.

ואפשר לומר דאלולי לימוד כ"ש ד"מ הייתי אומר דשלשה דילפי' מקרא היינו תחי' הדין וכן אם הרוב דהיי' ב' לזכות וא' לחובה די בשלשה אבל אם היו שנים לחובה ואחד לזכות מוסיפין עד שיהיו ב' או ג' לחובה מדי דהוה אם אחד מן הג' אומר איני יודע דמוסיפין ואע"ג דע"י ההוספה לא משכחת אלא ג' ולא ב' אין בכך כלום דגם בכ"ג דבד"נ לא משכחת אלא בג' ולכך הוצרך רש"י לומר וכ"ש ד"מ.

א"נ לרווחא נקט לה וקושטא קאי ואע"ג דאינה צריכה. א"נ אליבא דרבי נקט לה דאית ליה ד"מ בה' כדאיתא בפרק קמא: הלכה ד' אחד ד"נ ואחד דיני מלקיות וא' דיני גליות וכו' אלא שהמלקיות בשלשה הכי איתא שם בגמרא דל"ג תנ"ה חייבי מלקיות אתיא רוצח רוצח וחיי"ג אתי' רשע רשע.

וכתבו התוס' ד"ה אתיא רשע וכו' ועוד דלאביי למלקות וממון וכו' ומוקיחדא וכו' עכ"ל אכתי תקשי לאביי אמאי אצטריך ג"ש למלקות וממון מכדי רשעתו ילפי' תרוייהו משום רשעה א' וכו' מה לי מלקות וממון מה לי מלקות ומיתה וכ"כ התוספות שם דף ל"ז ד"ה חדא במיתה ומלקות אליבא דרבנן דילפי' תרוייהו מכדי רשעתו ואפשר לומר דבלא"ה אצטריך גם להך דלעיל משלשין בממון וכו' וק"ל: עוד כתבו בס"ד וסוגיא דההוא פרקא וכו' דלאביי למלקות וממון לא אצטריך קרא דאתיא מג"ש וכו' יעו"ש גם אליבא דרבנן לא אצטריך כדי רשעתו וכו' דהא גמרי לה לג"ש מכה מכה וכו' כמ"ש לעיל ורבא אתיא מכה מכה.

ואפשר לומר דשאני ג"ש דרשע רשע נילף מינה תרתי דומיא דחייבי מיתות דאין אדם מת ומשלם מלא יהיה אסון וחייבי מיתות שוגגין מדתני רבי חזקיה מכה אדם ומכה וכו'. כך יש ללמוד בחייבי מלקות בתרתי מג"ש אבל לרבא דמפיק לה ממכה מכה אין ללמוד ממנה אלא חייבי מלקיות שוגגין פטורין מן התשלומין ממכה בהמה ישלמנה ואצטריך כדי רשעתו אם נתחייב מלקות וממון דפטור מממון: וראיתי למהרש"א ז"ל שכתב וז"ל וסוגיא דההוא פרקא כדי רשעתו אתיא אליבא דרבא וכו' עכ"ל דהך ג"ש דמכה מכה לאו מחייבי מיתה ילפי' לה אלא מדאתקשו לבהמה כדמסי' התם ע"כ ואפשר דכוונתו למאי דכתיבנא ור"ל דהלימוד דג"ש אינו אלא ממכה בהמה ואין ללמוד ממכה אלא חייבי מלקות שוגגין פטורין מתשלומין ואין ללמוד ממנו אם נתחייב מלקות וממון דבשלמא אם ילפינן מכה מכה מחייבי מיתה דהיי' ממכה אדם יומת יש ללמוד ממנה תרתי דומיא דחייבי מיתות ולא אצטריך כדי רשעתו ודוק: הלכה ו' ד"מ וכו' וד"נ מתחילין מן הצד ע"כ הכי איתא במתניתין ופירש"י ד"ה מן הצד ולא ירצו לחלוק על

דבריו וכו' לכאורה תיבת ולא ירצו אין לה שחר דמשמע הא אם ירצו יכולין לחלוק על דבריו והא ליתא דהא כתיב לא תענה על ריב וכו' ואפשר לומר דקרא לא בא לומר לא תחלוק על הרב אלא הכי פירושו לא תעשה דבר שתצטרך לחלוק עליו אלא תתחיל מן הצד ואפי' אם יאמרו הפך סברתו לית לן בה משום שאמרו דבריהם קודם שידעו סברתו ואה"נ אם התחיל מן הגדול יכולין לחלוק עליו א"נ לא ירצו דקאמר ר"ל ע"י שאלה כמ"ש התוס' לקמן דל"ו ולעולם לעיכובא אבל העיקר הוא כתירוץ א' וכן משמע מלשון רבינו דלאו לעיכובא.

שו"ר להתוי"ט שהביא דברי הנ"י שכתב כן ושמחתי אלא דעדיין י"לד דטעמיה דתנא דקאמר ד"מ מתחילין מן הגדול. אם טעמו הוא משום דלא איכפת לן ואפילו יהיה באמת דעת הגדול הפך דעתם לית לן בה דאמרינן כבר הורה זקן.

או דילמא משום דקרא דלא תענה ע"ר היינו בד"נ ולא בד"מ ואח"ך ראיתי לתוס' דל"ו שכתבו שניהם דמתחלה כתבו ד"מ וכו' לא חיישינן ולבסוף כתבו ואפשר דל"ת על ריב בדיני נפשות קאי יע"ש: הלכה ז דיני ממונות וכן הטומאות והטהרות וכו' הכי איתא במתני' שם ולא ידענא דאמאי לא הזכיר תנא דמתני' דיני האיסור והיתר דאינם בכלל דיני האיסור נפשות.

ואפשר לומר דתנא ושייר דהא שייר עבור החדש ושור הנסקל ומילי אחריני טובא וכן ראיתי לרבינו בריש פ"ח מהלכות אלו ה"א שכתב הטומאות והטהרות ואיסור והיתר וכיוצא בהן מדקאמר וכיוצא בהן משמע דאיכא אחריני חוץ מאלו: הלכה ח' זה שאנו מונין וכו' והב' היה מן התלמידים שאמר יש לי ללמד זכות וכו' שומעין דבריו וכו' שם בגמרא דל"ג ע"ב על מאי דתנן במתניתין ד"מ הכל וכו' ופרכי עלה הכל ואפילו עדים לימא מתני' ריב"י היא ולא רבנן דתניא ועד אחד לא יענה בנפש בין לזכות וכו' ומשני אמ"ר פפא באחד מן התלמידים וד"ה ע"כ.

ולכאורה קשה לי בפשט הברייתא דאימא דקרא דעד א' לא יענה בנפש בא ללמד דבעי' ב' עדים שיעידו בנפש אבל ע"א לא מקרי עדות ולעולם אפילו עדים שהעידו עליו חובה יכולים ללמד עליו זכות וקרא לא אתא אלא להכי. וי"ל דהא כתיב ברישא ע"פ עדים יקום דבר וכתיב ע"פ עדים יקום דבר ואמאי חזר וכתב ע"פ עדים יקום דבר ואמאי חזר וכתב ע"פ עדים יקום דבר אלא ע"כ לא אתא אלא לרבות ע"א ולא יענה א"ו ר"ל אפילו עד אחד.

ודוק: והתוספות ד"ה אחד מן התלמידים וכו' כתבו וז"ל ולא יהיה אלא כא' וכו' ולכאור' נראה דרב המרחק ביניהם ואין הנדון דומה דשאני התם דמתחי' אמר איני יודע והוא אחד מן הדיינים ואפילו יחזור ויאמר שהאמת כך דעכשיו נתפשט לו הדבר בין לזכות בין לחובה לא שמעינן ליה אבל הכא באחד מן התלמידים דאינו מב"ד ולא נסתפק בדבר והוא מלמד זכות שמעי' ליה ואי קשיא הא קשיא דאמאי לא שמעי' ליה דהא יכול לחזור מחובה לזכות וכ"ש אם אומר איני יודע ויתרצו לא שמעינן ליה דקאמר לחובה אבל לזכות שמעינן ליה דלא גרע מחובה לזכות: פרק כ"ב ה"ד מצוה לומר לבע"ד וגו' אם רצו בפשרה עושים וכו' וכן בדוד הוא אומר ויהי דוד עושה משפט וגו' ע"כ הכי איתא בגמ' דסנהדרין דף ו' ע"ב ריב"ק אומר מצוה לבצוע שנאמר אמת ומשפט שלום וכו' וכן בדוד הוא אומר ויהי דוד עושה משפט וצדקה ע"כ יעו"ש.

והא דהוצרך לאתויי האי קרא ולא הספיק ליה בקרא דאמת ומשפט וכו' משום דמקרא קמא ליכא הוכחה כ"כ דאיכא למימר דכוונת הנביא היא לומר אמת ומשפט שהם שלום שפטו בשעריכם דדינא שלמא בעלמא הוא ולכך לא קאמר ושלום בוא"ו כמו ומשפט א"נ כוונתו לומר לכל א' ואחד ולאו באחד אחד עושה משפט ושלום לכך אצטריך מקרא דדוד ויהי דוד וכו' לכל עמו דאיכא הוכחה כ"כ דמשמע לכל עמו לכל אחד ואחד עושה משפט וצדקה ולכך כשאמר בש"ס אתאן לת"ק לא הזכיר כי אם קרא דדוד אבל קרא אחרינא לא חש ליה כדפירש' וסיים שם בגמ' דלמ"ד אסור לבצוע מוקי לקרא דדוד דן את הדין וכו' וחייב את החייב וראה שנתחייב עני ממון משלם לו מתוך ביתו זה משפט וצדקה משפט לזה וצדקה לזה ופירש"י ד"ה אתאן לתנא קמא דאמר אסור לבצוע וכו' ולכאורה קשה דאמאי קאמר לתנא דאמר אסור דאפילו לת"ק תקשה קרא דדוד דגם הוא לא דריש ליה לפשרה דאי דריש ליה לא הול"ל רשות דכשתאמר דהפשר' נקראת צדקה מצוה היא כמו שכתבו התו' לעיל ואפשר לומר דרש"י אזיל לשיטתיה דלעיל דממשפט וצדקה מקשינן פשרה לדין ודריש ליה לפשרה ואמאי קאמר רשות משום דפשרה צריך הכרע הדעת וכ"ע לא בקיאי בה וגורעין ומוסיפין ומזלזלין בה ולכך קאמר רשות אבל דוד קראה צדקה משום דבקי בה והשתא הוסרה קושית התוספו'דלעיל על רש"י ז"ל.

ואמרו שם בגמרא דאפילו למ"ד אסור לבצוע ל"ק אבל אהרן היה אוהב שלום ורודף שלום וכתבו תוס' ד"ה אבל אהרן פי' כיון שלא היה דין וכו' יתכן לומר דהתו' ורש"י מחולקים דרש"י ס"ל דגם אהרן דיין הוה דאף על פי שהדין בה לפני משה עכ"פ אהרן שיושב עמו נקרא דיין שני ולא מקרי כאדם אחר ואסור לעשות פשרה אם לא שילך וירדוף אחריהם קודם שיעמדו לדין אבל התוס' ס"ל כיון שהדין אינו בא כי אם לפני משה ואהרן לא מקרי דיין ונקרא כאדם אחר ויכול לעשות פשרה ואינו אסור אלא למי שהוא דיין ומ"מ מלת רודף שלום אינה מדוייקת לפי' התוס' כ"כ אי נמי אפשר לומר דהתוס' ס"ל כרש"י דאינו יכול לעשות ביצוע אלא קודם שיבואו לפניו לדין ומה שאמרו כיון שלא היה דין וכו' באו לתת טעם דאמאי כשירדוף אחריהם מותר דעכ"פ מדברים על לבו ויודע ונחשב כאילו עמדו לפניו לדין.

לכך אצטריך למימר כיון שאינו דיין ושאר דיינים אחרים אינם באים אלא לפני משה חשיב כאדם אחר ומותר אבל בשעה שיושב לפני משה בשעת הדין נקרא דיין ואינו יכול לבצוע והפי' קמא עיקר והבוחר יבחר וק"ל. ומ"ש רבי' אבל אחר שגמר הדין וכו' אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם אלא יקוב הדין את ההר שם בברייתא נגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע וכתבו שם תוס' ד"ה נגמר הדין כגון שדקדקו בדין היטב וכו' ומאי דקאמר לקמן איש פלוני אתה חייב לאו לב"ד אלא דיינים אומרים זה לזה וההיא דר"ש בן מנסיא דקאמר משתשמע ואתה יודע להיכן הדין נוטה פי' אבל לא דקדקו הדיינים כאחד דבריהם היטב ובהא פליגי דלר"ש ב"מ אחר שידעו להיכן הדין נוטה אפילו לא דקדקו דבריהם כאחד אינם יכולים לבצוע ולת"ק כל עוד שלא דקדקו דבריהם יכולים לבצוע: בא"ד אבל קשה מאי ביצוע שייך וכו' ר"ל דלא מקבל מנייהו בע"ד ותירצו שאומרים להם יראים אנו שנותנים להם אמתלא לדבריהם כדי שיקבלו מהם והיינו כונת התנא אי אתה רשאי לבצוע ולומר להם יראים אנו וכו': והנה שם בגמרא ד"ז

פרכי' אי פשרה בעיתו היינו ת"ק וכו' והקשו בני הישיבה משמע אחר האי שנוייא הוא דנתחדש להש"ס האי קושיא היינו ת"ק וכדמשמע מפי' רש"י אבל מקודם לכן ניחא ולא תקשה מידי ומקודם לכן תקשה ממה נפשך אם תנא קמא ס"ל מצוה תקשה היינו רבי יהושע בן קרחה ואם ס"ל רשות היינו ר"ש בן מנסיא ולעד"ן דמקודם לא תקשה מידי דס"ל למקשה דתנא קמא דקאמר רשות היינו למעשה אבל באמירה מצוה ור"י ב"ק אית ליה מצוה לגמרי בין בעשיה בין באמירה אבל ר"ש דמחמיר בפשרה אית ליה הכל רשות בין בעשיה בין באמירה אבל אחר שחידש לו המתרץ דמצוה דקאמר היינו מצוה למימר להו נתחדשה לו הקושיא היינו תנא קמא דבעשיה אית ליה רשות ובאמירה מצוה והשתא לפי דברינו ניחא דקאמר היינו ת"ק דבלא האי הקדמה נראים הדברים תפלים מאי קאמר היינו תנא קמא כבר ידע מאי למצוה למימר להו וכו' אבל תנא קמא אית ליה רשות ותירץ לו איכא בינייהו מצוה באמירה אבל ת"ק אית ליה כולהו רשות היינו ר"ש בן מנסיא ותירץ לו איכא בינייהו משתשמע דבריהם וכו': אבל קשה לי אחר שידע מאי גמר דין פלוני אתה חייב וכו' מאי קאמר היינו ר"ש ב"מ ואם הבין פלוני אתה חייב היינו משתשמע דבריהם ויודע הדין וכו' מי הכריחו לפרש כן עד שהוקשה לו היינו ר"ש ב"מ ואחד מב"ד נתן טעם לדבר משום דאי מפרשי' פ' אתה חייב היינו אמר להם מאי ביצוע איכא לכך הוכרח לפרש גמר דין שאמר היינו שיודע הדין להיכן נוטה ולכך הוקשה לו היינו ר"ש ותירץ לו משתשמע דבריהם וכו' ולפי' רש"י חידש לו שאמר להם פ' אתה חייב ויאמרו להם יראים אנו שמא טעינו ולפי' התוס' כדפי' לעיל וק"ל: עוד שם והני תנאי פוטר מים ראשית מדון מאי דרשי ביה ורצונו לומר תנא קמא ור' יהושע בן קרחה דאית להו עד גמר דין ואפי' יודע הדין להיכן נוטה והא כתיב פוטר מים וכו' דמשמע מתחיל' הדין קודם שיודע וכו' אבל קשה לי מאי מקשה דהנהו מפרשי פוטר מים ולפני התגלע היינו גמר דין לפירוש עד שיתגלה לבעל דין ולפירוש התוספות עד שיתגלה לדיין וידק' בדין אבל מקודם לכן נקרא תחלת דין ועוד קשה לי דאמאי לא מקשו לרבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי שאמר אסור לגמרי והא קרא קאמר פוטר מים וכו' ומפי' רש"י משמע דלא מקשה אלא לתנא קמא ור"י ואפשר לומר דר"א מפרש קרא דפוטר מים היינו ראשית מדון לגמרי קודם עומדם לדין: פרק כ"ג ה"ט כל דיין וכו' גורם לשכינה וכו' הכי איתא בפ"ק דסנהדרין דף ז' ע"א א"ר שמואל ב"ן וכו' כל דיין שדן ד"א לאמתו וכו' וכל דיין שאינו דן ד"א לאמתו וכו' ופי' התוספות בפ"ק דשבת לאפוקי דין מרומה והרב"י ז"ל הקשה ע"ד ופי' פי' אחר וז"ל שאמר פי' שידון דין אמת אם מצורף לזה אהבת הדיין לזכאי או שנאה לחייב אין זה לאמיתו ע"כ וראיתי בספר פרי צדיק להרב הגדול מוהרר"ש צרור ז"ל דהקשה על רבינו מאי ריבותא לאשמועי' וכו' הא איסורא איכא דאסור לדון את אוהבו או את שונאו אפילו אינו אויבו ולא אוהבו אפילו אינו שושבינו כמו שפסק הרמב"ם ע"ש ואנא בריה קלה נלע"ד דאין כאן שום קושיא על רבינו דמאי דקאמר רבינו אם מצורף אהבת הדיין לא נתכוון רבינו על האוהב או על השונא שיש לו מקודם אלא כוונת רבינו היא כגון שבאו לפניו שני בני אדם נכרים שאינו מכירם ואחד מהם קושטא קאי ודבריו מכוונים וא' מהם הפכפך בדברים ועקש ופתלת' בדבריו ואע"פ כן לא הועיל ויוצא חייב בדינו כמו זה קאמר רבי' אם מצורף וכו' דהשתא הדיין ניחא ליה בזה שיצא חייב ואחר זכאי ונעשו כאוהב ושונא

א"נ אהוב ושונה דקאמר רבינו כגון אחד שהוא תם דרך יותר מחבירו דניחא ליה לדיין בההוא שהוא תם דרך והוא נקרא אוהבו ומ"ש שונאו היינו לגבי האחר נחשב כמו שונא אבל הוא אינו שונא ומותר לדונו א"נ אפילו כפי סברת הרב שהבין אוהב ממש ושונא ממש יכול לומר כשקבלוהו עליהם לדון: שם ואמר ר"ש וכו' כל דיין שנוטל מזה וכו' הא דלא כלל דבריו כולם במחתה חדא ואמר וכל דיין שאינו דן אמת לאמיתו ונוטל מזה ונותן לאחר גורם לשכינה וכו' ונוטל ממנו נשמתו משום דלא דמי לדלעיל דאע"פ שדן האמת אם אינו לאמיתו גורם לשכינה וכו'וכ"ש אם אינו אמת אבל הכא אם דן האמת כפי טענותיהם כמ"ש לעיל בפסוק עמכם בדבר משפט אפי' אינו לאמיתו ואפשר שהוא דין מרומה אפילו הכי נקרא דין אמת ופטור ואינו חייב אלא אם לא דן האמת וזיכה לחייב וחייב לזכאי: שם שנאמר אלהים נצב בעדת אל וכו' ראיתו היא מדקאמר קרא בעדת אל משמע שדנים האמת דאי לאו הכי לא מקרו עדת אל אי נמי מדמצינו כשאינם דנים האמת שכינה מסתלקת כדמוכח מקרא משוד עניים וכו' מכלל קרא דקאמר אלהים נצב היינו שדנים האמת אלא דקשה לי מאי ראיה מפסוק' דבעינן לאמיתו יכולני לומר אם דן האמת די: הלכות עדות פרק ה"ג וכל מקום.

שע"א וכו' לעשות ג' כשנים וכו' יע"ש הכי איתא בפ"ק דסנהדרין ד"ט דתנן ר"ע אומר וכו' ומה שנים וכו' ולכאורה קשה דמנין ליה לר"ע לומר לא בא הג' אלא להחמיר דילמא לא בא אלא להקל לסיפא נמצא א' מהם קרוב או פסול וכו' ואפשר לומר דר"ע מפיק לה מתרי קראי דאמר על פי שני עדים או ג' עדים אחד לחומרא וא' לקולא וא' מבני הישיבה תי' דאמר קרא או ג' עדים יומת המת דמשמע לא בא אלא להחמיר ומכ"ש להקל: וכתבו התוס' ד"ה לא בא הג' וכו' כיון דאית הקישא בבואו בב"א וכו' כי היכי דמיקש וכו' ור"ל מאחר דאית ליה הקישא ואפי' באו זא"ז הו"ל כאילו באו בב"א ושלשתן נהרגין.

גם כשנמצאו ב' זוממין והג' לא הוזם אפילו באו זה אחר זה הו"ל כאילו באו בב"א ואינן נהרגין ולר"ש בנדון זה נהרגין ואם כן מאי קאמר לא בא הג' להקל אלא להחמיר והא מיקל הוא מר"ש וגם בקולא פליגי: פרק י' ה"ד ועוד יש שם רשעים שהם פסולים וכו' אע"פ שהן בני תשלומין וכו' עכ"ל משנה בפ' זה בורר דכ"ד ב' ואלו הן הפסולין וכו' ולכאורה נראה דרבי תנא להו שלא כסדרן דבמשנה ראשונה קתני עד שיביא ראיה שהם קרובים או פסולים וכו' ואחריו היה ראוי למתני ואלו הן הקרובים וכו' ואי מטעם דפתח במאי דסליק הול"ל ואלו הן הפסולים אחר משנה ראשונה ואמאי הפסיק הענין במשנת נאמן עלי אבא וכו' ואחר כך תני אלו הן הפסולים וכו' הן הקרובים וכו': אבל כד דייקת שפיר נראה דהם סדורים כסדרן דהא קתני זה פוסל עדיו של זה וכו' וקאמר בש"ס ל"צ דקבליה עליה כבי תרי קמ"לן דמצי הדר ביה לר"מ ולרבנן לא מצי הדר ביה וכו' ולכך תני אחריו נאמן עלי אבא וכו' דלר"מ יכול לחזור בו ולרבנן אינו יכול לחזור ואחר כך תני אלו הן הפסולים והקרובים דקתני ברישא עד שיביא ראיה שהן קרובים או פסולים ומאי דקאמר ר"י במתני' אימתי בזמן שאין וכו' נראה מדתני דברי ר"י לבסוף ולא תני להו אחר מפריחי יונים וכו' משמע דדבריו קאי אכולהו ארבעתן וקשה והא מלוה ברבית איכא איסורא דרבית ואפילו אית ליה אומנות אחרת ואפילו לתוס' דקאמרי פסולין מדרבנן מ"מ פסולים מכח איסור רבית.

וכן סוחרי שביעית איסורייהו מכח שביעית והתורה אמרה לאכלה ולא לסחורה ואפי' מוקמינן לה בשביעית בז"הז מ"מ אסור מדרבנן מכח איסור שביעית ואפילו יש לו אומנות אחרת וכו': וראיתי להתוי"ט שהביא משם הרב דדברי ר"י לא קאי אלא אמשחק בקוביא ולפי' קמא גם למפריחי יונים ולא נתן טעם לדבר מפני מה קתני דבריו לבסוף וכפי דברי רבינו כאן שכתב וכן סוחרי שביעית בני אדם שיושבין בטלים וכשבאה שביעית פושטין ידיהם ומתחי' לישא וליתן בפירו' שחזקת אלו אוספי פירו' שביעית נראה שהוא מפרש דברי ר"י דקאמר בזמן שאין לו וכו' קאי גם אפירו' שביעית.

דאל"כ מאי האי דקאמר שיושבים בטלים וכו' ומאן פליג ליה כן אם הם בטלים אם לאו. וכן מוכח מדברי מר"ן וכ"מ שכתב וז"ל שם באותה משנה וסוחרי שביעית אמר ר"ש מתחילה היו קורין וכו' א"רי אימתי בזמן וכו' וידוע דכל היכא דקאמר ר"י אימתי וכו' אינו אלא לפרש וכו' והלכה כמותו.

ומ"ש רבינו הם בני אדם שיושבין וכו' לפי שאם אינם בטלים וכו' לא נאמר שהם אוספים פירו' שביעית אלא פירות שלפני שביעית אבל כשהם יושבים ובטלים וכו' וכיון שבאה שביעית נ"ונ בפירו' אז נחזיקם שהם אוספי שביעית עכ"ל יעו"ש נראה מדבריו שהביא דברי ר"י ופי' דברי רבינו אמאי חילק בין בני אדם וכו' משמע דטעמו דרבי' הוא מדברי ר"י דקאמר אימתי בזמן שאין וכו' וכן ראיתי להרב באר הגולה שרשם ע"ד מר"ן שכתב אלו ב"א שיושבי' בטלים וכו' נפק"ל מדברי ר"י שאמר אימתי בזמן וכו' יעו"ש והטעם הוא משום החשד וכו' ולפי דבריו אלו דהטעם משום חשד א"ש דדברי ר"י קאי גם אמלוה בריבי' דרבנן דווקא בזמן שאין וכו' אבל אם יש לו אומנות וכו' ליכא חשד דאמרינן מעות יתומים איכא גביה או לא ידע דאיכא איסור בדבר.

וכשאין לו אומנות והוא מתפרנס מזה איכא חשד בדבר ואף על גב דרבי' מפרש מלוי ברבית בתרי אנפי ברבי' דאורייתא ודרבנן טעמיה דר"י קאמר בזמן שאין וכו' קאי ארבית דרבנן וכן הם דברי רבי' מפורשי' בענין מפריחי יונים דפסיל להו אם מטעם הא' משום גזל ואפי' יש לו אומנות אחרת ופוסל להו כמ"ד דאם תקדימי יוני ליוניך ודוקא דלית ליה אומנות אחרת כר"י וכן מוכח מדברי רש"י לקמן דכ"ו ב' דקאמר בש"ס בגזלן דרבנן ופי' שם דבריו דגזלן דרבנן הנך דמתניתין יעו"ש.

וכן משמע דס"ל כפי' התוס' דמתניתין כולה בפיסולא דרבנן יעו"ש: והנה ראיתי אחרי רואי בדברי רבינו הטור דלא נקט אומנות אחרת אלא בתרתי במשחק בקוביא ומפריחי יונים וכתב ע"ד מרן הב"י וז"ל וסוברים הרמב"ם ורבי' דלא קאי ר"י אלא אריש דמשחק בקוביא ובכללו מפריחי יונים דקאי נמי עלייהו וטעמא דהנך מיתסרי משום גזל או משום איסורי שביעית אבל הני דלא מיתסרי אלא משום ישובו של עולם בעינן שלא יהיה להם אומנות אחרת אלא היא יעוין שם.

ולא זכר ש"ר דברי רבינו אלו דלעיל ומ"ש הוא ע"ד יעו"ש ואיך יאמרהרמב"ם ס"ל כרבי' הטור דקאמר דברי ר"י אלא אתרתי ולא קאי אהנך ואין לומר דלעולם הרמב"ם אית ליה דלא קאי דברי ר"י אסוחרי שביעית ולעולם בסוחרי שביעית אפי' אית ליה אומנות אחרת והא דקאמר בני אדם שיושבין ובטלים וכו' מכח סברא אמרה ובמה ניכר

שהם סוחרי שביעית ונפסלים עד שרואין וכו' דלא משמע כן מדברי הכ"מ שהוצרך להביא דברי ר"י על דברי רבינו ואח"ך פי' דבריו וכן מוכח מדברי בה"ג .

כדלעיל וצ"ע: ורש"י פירש בד"ה המשחק בקוביא וכולן מעין גזלנין וכו' וצ"ע דאמאי נקט טעמא משום גזל וכו' ובש"ס קאמר הלכה כר"י דוקא מי שאין לו אומנות וכו' נמצא הטעם משום ישובו של עולם דאי משום גזל אפי' אית ליה אומנות אחריתי נפסל וכן ראיתי להרב שפי' על המתניתין משום ישובו של עולם וכן פירש רבינו הטור ואפשר לישב דבריו בדברי רבינו יעו"ש בכ"מ: והתוספות כתבו דכל פיסולי דמתני' פיסולי דרבנן יעו"ש ואע"ג דגם מתניתין האמורה שם בד"ה דכ"ב פיסולי דרבנן כדמוכח מהש"ס שם דגריס בה עבדים שהם פיסולי דאורייתא עדות החרש שאני משום דהו"א דכשרים מידי דהוה אקרובים לר"ש דכשרים לע"הח לכך גריס להו לומר דאפי' לע"הח פסולים יעו"ש בתוספות: ומ"ש בגמרא איכא ביניהו וכו' דגמר אומנותא אחריתי ה"ה דהו"מל א"ב דמשחק בחנם א"נ המשחק עם הגוי כמ"ש מר"ן הכ"מ לפרש דברי רבי' דמשום גזלנותא ליכא ומשום ישובו של עולם איכא אלא דנקט דבר שהוא מפורש בדברי התנא ר"י אומר וכו' אבל המקשה עלה בדעתו דר"י פליג משום דהברייתא קתני בפי' בין יש לו אומנות וכו' וסבר דרבנן היא.

א"נ דקושטא קאי דהשחוק הוא ע"י מעות ומתני' סתמא קתני אפי' ע"י מעות ומשמע דקאי בין בישראל בין בגוי: שם רבי חמא בר אושעיא אמר אר"א וכו' נראה דכולהו בין למ"ד דיתקדמו יוני ליוניך בין מ"ד דאית ליה אר"א אית ליה סברת רמי ב"ח דפשוט דמתניתין משום אסמכתא דהוי כעין גזל דלמ"ד אי מקדימי וכו' פשו' הוא דטעמו משום אסמכתא כדקתני בש"ס דאי תנא תולה בדעת עצמו וכו' והוי אסמכתא כרמי ב"ח דלרב ששת כל כהאי גוונא לא הוי אסמכתא וגמר ומקני וכן למ"ד משום אר"א טעמיה משום גזל דבהדיא קתני בש"ס משום דרכי שלום ויש בהם משום גזל כמ"ש רש"י ע"ש ומדנתן טעם לשבח משום גזל משמע אפי' אית ליה אומנות אחרת כמו משח' בקוביא אלא דאינהו תרי מילי דמש' בקו' פסול משום גזל גמור דאסמכתא לא קנייא וגזל הם בידו אבל מפריחי יונים אינו אלא משום דרכי שלום ולא תקשה היינו מש"בק וק"ל אך ק"ל למ"ד אפי' שאין עסוקים בישובו של עולם תרתי למה לי ואפשר לומר דלא קאמר משום ישובו ש"ע אלא לגבי מש"בק אבל מפריחי יונים מפרש לה משום אר"א וגזל הוא משום דרכי שלום והשתא יכולני לומר דגם מ"ד דקאמר לעיל משום אר"א ס"ל במש"בק כרב ששת ובמפריחי יונים משום גזל דר"ש וק"ל ואפילו אית ליה אומנות אחרת: שם ע"ב אפי' קליפי אגוזים ורמונים וכו' ופירש"י וז"ל שאינם עשו' לכך ואקראי בעלמא הוא ע"כ ע"ש.

ק"ל מאי ואפי' קליפי וכו' דקאמר ואפילו לפירש"י דקאמר באקראי בעלמא וכו' דלמ"ד משום אסמכתא אפי' באקראי נפסל ואי למ"ד משום ישושל"ע אם יש לו אומנות אחרת מאי אריא קליפי אגוזים אפילו פספסים וכו' ואפשר לומר דלא נקט להו אלא לענין חזרה כדקתני בסיפא ואימתי חזרתן וכו' ולכך אמר אפי' קליפי אגוזים דבאקראי בעלמא צריכין שבירה ואם לאו לא מקרי חזרה: והשתא ניחא דלא הקשה לו מרישא אפי' קליפי אגוזים וכו' והקשה לו מסיפא אפילו בהמה חיה וכו' משום דיכול לדחות כדכתי' א"נ

יכול לומר דמאי דקאמר אפי' קליפי אגוזים וכו' אתיא כמ"ד משום ישו"ש עולם ואתא לאשמועינן אפי' קליפי אגוזים דבאקראי והו"א אע"פ דלית אומנות אחר' מאחר דאינו משחק אלא באקראי מקרי עוסק בישובו של עולם קמ"ל ודוק: שם ואפילו בחנם וכו' וזה טעם בין למ"ד משום אסמכתא ובין למ"ד משום ישובו ש"ע דמאחר שאין לו אומנות אחרת מוכרח סתמו כפי' שיעבוד בשכר להתפרנס ואינו עוסק בישובו של עולם אבל אם אינו עושה אפי' בחנם מוכרח יחזור ועוסק בישובו ש"ע: שם ואמ"ר נחמיה לא חז"ד אמרו נראה פשוט דמדקאמר ואמר"ן ול"ק ור"ן אמר וכן מדקאמר אמרו משמע דר"ן פרושי קא מפרש דברי ת"ק וכ"כ הכ"מ ע"ד רבינו בה"ע דפסק כר"ן משום דפרושי קא מפרש דת"ק.

ברם ראיתי להרא"ש שכתב וז"ל אלא דבסוה"ז לבד הוא דסברי רבנן וכו' אין להוציא אסור מתחילה ואף בזה נחלק ר"ן וכו' ע"ש ואין פשט הלשון משמע כדבריו כדכתי' ועוד איך פסקו הלכה כר"ן במקום רבנן וי"ל בדוחק דכוונתו לומר נחלק ואמר דאין פי' רבנן כפשט לשונם אלא הכי כוונתם שיחזור שאמרו היינו חזר"מ וק"ל: שם כיצד אומר אני פ' ב"פ וכו' לא ידעתי מה המצוה ומה טעם יש בה לומר אני פ' וכו' מה שלא נאמר כן באחריני והיה לו לומר לא חזרת דבריהם אלא חזר"מ שיתן לעניים וכו' ממון של ז' שכנס וכו' וכ"כ הרמב"ם כותב אני פ' כנסתי וכו' הוסיף גם הכתיבה עה"ד ואפשר שיכריז כן כדי שתהיה להם ידיעה לעניים ויבוא כל אחד ויטול דזה ממון שאין לו תובעים לאפו' אחריני ממון שיש לו תובעים וידע למי יחזיר וכו' וק"ל: שם א"נ מפני דרכי שלום וכו' ממונא דקא שקלי פסלינהו וכו' והא דקאמר לעיל מאי טעמא ל"ק אר"א משום דר"ש וכו' והא מציאת חש"ו משום דר"ש ופסלינהו נראה דכוונתו לומר דלא קאי התנא בהכי בגזל דדר"ש אלא בגזל דאינו משום דר"ש אלא כאחריני משח"בק ומלוה וכו' ודאי מאי דפסיל מפר"יו היינו בהכי דלא תקדימי' יוני ליונך דהוא גזל גמור וכו' א"נ דס"ל דמקודם לא פסלי אחשוד אגזל משום דר"ש משום דחשוד אקל לא חשיד אחמור דאל"ך אמאי לא חשיב במתניתין גזלנין מציאת חש"ו ולית ליה האי סברא משום דלא שכיח' אלא טעמייהו משום דר"ש לא מקרי חשוד אממונא ולבסוף חזרו ואמרו סוף סוף וכו' ופסלום וכ"כ התוס'דלמ"ד דתקדמיניה יוני ליונך טעמו משום דרכי שלום ולא מטעם דלא שכיח' מציאת חש"ו ולא הוצרך לומר דלא שכיחא אלא למ"ד משום אר"א וכו' ולכך לא גזרו מקודם: שם כ"ה ע"ב רש"י ד"ה לא חזרת דברים וכו' שיפזרו פי"ז וכו' לכאורה נראה היינו דפי' בדברי ת"ק דאמר חזרת דברים יפקירו גנותי' לעניים וכו' וכן פי' בדברי ר"ן דקאמר חזר"מ שיפזרו הפי"ז לעניים היינו יפקירו דקאמר בדברי ת"ק ואפשר לומר דמאי דקאמר בדברי ת"ק שיפקירו וכו' היינו משתגיע שנה אחרת וכו' ומה שפיר' בדברי ר"ן יפזרו וכו' היינו פירות שהם מכונסים אצלו בשעת החזרה שלקטם לעשות בהם סחורה יפזרם לעניים ולכך נקט יפזרם דמשמע שהם מוכנסים כבר אלא דק"ל דאמאי שינה בלשונו ונקט פירות ובש"ס קאמר מאתים זוז וכו' ואפשר לומר דלריבותא נקט פירות מהו דתימא קרא אמר לאוכלה ולא לסחורה והשתא יניחם אצלו ויקיים בהם לאוכלה ואין צריך להחזיר אלא אם מכרם והרי הם כסף קמ"ל מאחר דכנסם לסחורה צריך לפזרם לעניים ואין לומר דכוונת רש"י לומר דמאי דקאמר ר"ן חזרת ממון ר"ל דלא די במה שיפקיר גנותיו וכו' אלא שילקטם הוא בעצמו ויפזרם

לעניים והיינו חזר"מ דקא' בש"ס ולעולם קאי אפירות משתגיע שנה אחרת וכו' דלא מקרי תזר"מ דמשמע דצריך להחזיר מה שאכל ונהנה מפי"ז ודוק: שם אמר רבא רועה שאמרו וכו' ואחד בה"ג ק"ל לרבא אמאי קתני במתני' ג' רועי בקר ול"ק ג' רועי סתם וכולל גם רועי בה"דק ובשלשה לסתמא דתלמודא דקאמר לא לדינא והוסיף הרועים דקתני במתניתין היינו רועי בה"דק ניחא דנקט ג' רועי בקר ומתני' אחר ההוספה דפסלו רב"דק אלא לרבא דפסלו ב' אמאי נקט רועי בקר דכולהו שוים בין קודם ההוספה בין אחר ההוספה ואין לומר דמאי דקאמר רבא אחד בהמה וכו' כוונתו לומר לאחר ההוספה שהוסיפו גם רועי בהמה גסה הם שוים אבל קודם ההוספה לא היו פסולים אלא רועי בה"דק ומתניתין קודם ההוספה דמדקאמר א' רועי וכו' משמע דשניהם שוים וההוספה קאי אתרוייהו וי"ל דנקט רועי בקר משום דלא שכיחי בישוב יותר מרועי בה"דק דצריך שילכו למרחקי' לראות מרעה טוב ושמן ולריבותא נקטינהו ואפ"ה אם קבלם אינו יכול לחזור לרבנן אבל רועי בה"דק שכיחי בישוב קצת יותר וק"ל: שם הכי נמי מסתברא וכו' קש"ל מאי האי דקאמר מסתברא דהתנא משתעי לענין עדות ואפילו פסולים אחר שקבלו' עליהם אינם חוזרים אי מטעם דנקט התנא רועי בקר ואם לדינא מאי איריא רועי בקר כל בי תלתא וכו' גם לזה תקשה אם לעדות אמאי נקט ג' בתרתי סגי ובמאי מסתברא לצד זה יותר לכך נראה לי דכוונתו לומר ה"נ מסתברא דקאי גם לעדות ויש לסייע ממנה לרבא ונקט רועי בקר לענין עדות דנאמר מאח' שקבלו עלי' ונקט ג' לענין דינא והמדחה דחה לו דליכא סייעתא מינה דמתני' קאי לענין דינא ואמאי נקט רועי בקר חדושא קמ"לן דאפי' רו"בק דלא שכיחי בישוב אם קבלם אינם יכולים לחזור בהם וק"ל: רש"י ד"ה מגדלין אתמר וכו' דעבידא דמשמטא וכו' אבל גסה וכו' לכאורה קשה אמאי שביק הטעם המפורש במתניתין בפ' המרובה דקתני בפי' דבהמה דקה גזרו בה משום דאפשר להביא מחוצה לארץ ובהמה גסה ל"גז משום דלא אפשר כמ"ש התוס' כאן וכן הוא פירש"י שם וז"ל בהמה גסה צריכה בישוב למשוי ולחרישה ע"ש ואפשר לומר דבמתני' יהיב טעמא מפני מה גזרו בדקה ולא בגסה אבל טעם הגזירה גופא אמאי גזרו בדקה לא קתני במתני' ונתן הוא טעם לדבר משום דשמטא וכו' משום ישוב ארץ ולכך השלים דבריו בגסה דלא משמטה דקושטא קאי דלא משמטה ואף ע"פ דאין אנו צריכין להאי טעמא א"נ דס"ל דהא והא גרמו אבל אם משמטה אפשר דהיו גוזרים אע"פ דהיו צריכין לה למשאוי ולחרישה משום ישוב א"י וק"ל תוספות ד"ה מעיקרא סבור וכו' ועי"ל וכו' דמי קא יהבי והיו מפיסים אותם וכו' נראה דאית להו להאי תירוצא דקא עברי על לאו דלא תחמוד ופסלי מדאורייתא והוא הפך דבריהם לעיל שכתב כל הפסולים דמתני' מדרבנן ולא גריס עבדים ועלה קאי הוסיפו הגזלנין והחמסנין ועוד דבש"ס הקשה גזלנין מדאורייתא משמע דהחמסנין פשיטא ליה דפסולייהו מדרבנן ולפי תירוצם נראה דפסולם מדאורייתא ואפשר דכוונתם לומר בהאי תירוצא דעוברים על ל"ת אך הם טועים בדעתם דלא עברי מאחר דקא יהבי דמי ולא מקרי חשידי אממונא ולא פסלי מדאורייתא מאחר דדעתם דדמי קא יהבי אלא דרבנן פסלינהו: תוספות מגדלי אתמר וכו' וא"ת מתניתין וכו' משמע דוקא דקה הא גסה וכו' אע"ג דקתני בברייתא בפ"י אבל מגדלים בהמה גסה וכו' מ"מ עדיפא להו דיוקא דמתניתין להקשות ממנה טפי מהברייתא בפ"י וק"ל: תוספות ד"ה סתם גבאי וכו' והא דהוסיפו הגבאין והמוכסין וכו' דאע"ג

דהחזיר הגבאי והמוכס וכו' תי' והמוכס דנקטו בדבריהם היא תפלה דהא אית לן המוכסין סתמן פסולים כמו שהוכיחו מהש"ס בפ' שבועת הדיינים דקאמר אין לך משפחה שיש בה מוכס שאין כולם מוכסין ואילו גבאין לא קתני עיין בב"י בה"ע שהביא שם דברי הש"ס ומשם הביא ראיה לדברי רבינו דכתב סתם מוכסי פסולים והתוס' לזה גופא אשמועי' דהמוכסין פסולים ומאי האי דקאמ' וקא אתי לאשמועינן דאף ע"ג דהחזיר הגבאי והמוכס פסול וכו' דבשלמא הגבאי מאחר דאמרינן סתמו כשר ומתניתא בדחזו דשקלי לכך מוכרחין לומר דקא אתי לאשמועינן דאע"ג דהחזיר וכו' דאל"כ תקשה פשיטא דהא גזלן הוא אלא למוכסין דסתמו פסול הא גופ' קמ"לן: ודוחק לומר דס"ל דהמוכס סתמו כשר כמו הגבאי ואותה ראיה לא חשחין עלה ועוד שהם מחולקים בעבודתם שהגבאים גובין מה שפסקו עליהם ולית בה לתא דפיסול עד דחזו להו וכו' אבל המוכסין הם פוסקין ומסתמא גובין מהם יתירתא מיהו מלשון הש"ס דקאמר הגבאין והמוכסין מעיקרא סבור מאי דקיץ להו וכו' נראה דשוים הם ולכך לא גזרו לפוסלם מעיקרא ואפשר דדעתם כך ולכך נקטו שניהם: תוס' ד"ה מגדלי אתמר וכו' משמע לאינשי דוקא וכו' וכוונתם לומר דנהי דמדאורייתא לא מיפסלי משום דשמיע להו לא תחמוד בלא דמי מ"מ נפסילנהו מדרבנן מעיקרא כמ"ש לעיל דאפילו מלוהברבית קצוצה לא משמע להו איסור וכו' מ"מ מדרבנן פסלינהו גם בכאן אע"פ דשמיע להו לאינשי בל"ד מאחר שעוברין ע"לת והם טועים נפסלינהו מעיקרא מדרבנן ותי' דכך הוא האמת דלא עברי על לא תחמוד ואם תאמר דאי לא יהיב דמי גזלן הוי מדאורייתא ועובר על לאו דגזי' ואפשר דעובר בשני לאווין בלא תחמוד ולא תגזול א"נ דלא גזלי בכח שלא ברצון בעלים כמו ויגזול את החנית אלא משתדלים עם הבעלים עד דיהיבי להו בלא דמי ובהכי אינו עובר אלאו דגזיל' אלא אלאו דל"ת עיץ הסמ"ע סי' ל"ד ס"ק ל"ב: וק"ל על תירוצם זה דכתבו דכן הוא האמת וכו' אפי' לפי טעותם לא עברי אלאו דלא תחמוד דהתורה אמרה עד חמס דחשידי אממונא והכא לא חשידי דאינם עוברין אלא משום דשמיע להו ל"ת בלא דמי דוקא כדאיתא בפ' המניח בענין שטר שיש בו רבית דקאמר בש"ס דגובה בו את הקרן והקשו התוס' שם וז"ל וקשה לר"י אמאי השטר כשר כיון שהעדים עוברים על לאו דלא תשימון עליו וכו' ותי' דלאו דלא תשימון וכו' במלוה ולוה משמע להו לאינשי ע"ש ובפ' איזהו נשך הקשו כן ותי' דשמא לאו דלא תשימון וכו' לאינשי במלוה משמע להו ולא בעדים ע"ש ועיין בב"י שהביא דבריהם בסימן ל"ד.

הרי דבריהם מפורשים דבדבר דמשמע להו לאינשי אפי' בטעות אינם נפסלים אפי' הם עוברים על הלאו וא"כ גם הכא אלאו דלא תחמוד אפילו עוברין על לאו אינם נפסלים ואמאי הוצרכו לדחוק עצמם ולתרץ דכן הוא האמת ואין פשט הלשון כך דקאמר דשמיע להו וכו' דמשמע ואין האמת כן: ואפשר לומר דלהאי תירוצא דקאמרי דכן הוא האמת גם בלאו דלא תשימון דקאמר דשמיע לאינשי לא תשימון למלוה וללוה ולא לעדים אמרינן וכן הוא האמת דלאו לא קאי אלא למלוה ולוה וכן מוכח מלשונם שכתבו שם כדאמרינן לא תחמוד בלא דמי לאינשי משמע וכו' ע"ש הרי דאית להו לאו דלא תשימון ולאו דל"ת שוים ובתרתי בהו אמרינן משמע לאינשי וכן הוא האמת: והנה ראיתי אחרי רואי לרבינו שכתב וז"ל כיצד החמסנין הם הלוקחים וכו' שלא ברצון בעלים אע"פ שנותנין הדמי' הרי אלו פסולים מדבריהם ע"כ ע"ש וכתב ע"ד הכ"מ וז"ל משמע

מדרבנן הוא דפסילי ואע"ג דאמרינן לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו וכו' כבר כתבו התוספות דקושטא הוא דליכא העברת הלאו דל"ת אלא ע"ש.

משמע דהוא משוה דעת רבינו לדעת התוס' דליכא העברת הלאו אלא בדלא יהיב דמי והוא הפך דברי רבינו בהל' גזילה וז"ל כל החומד וכו' כליו של חביריו וכו' והכביד עליו ברעים וכו' עד שלקחו ממנו אף על פי שנתן לו דמים רבים ה"ז עובר בלא תחמוד וכו' ע"ש הרי דעת רבינו דאפילו יהיב דמי עובר בלאו ופי' משמע להו לאינשי טעותא ואיך הוא מיישב קושיית התוס' רבינו כפי' דקושטא הוא והיא הפך סברתו וכתב דתקשה לרבינו קושייתם אפשר להשיב דלדעת רבינו יתרץ כתי' בתרא שכתבו שהיו מפייסים אותם וכו' מיהו מלשונו התם נראה דאפילו מפייסין אותם עוברין על ל"ת שכתב והכביד עליו והפציר בו עד שלקחו ממנו אע"פ שנתן לו דמים וכו' ה"ז עובר על"ת.

משמע אע"פ שנתרצה מאחר שלא היה בדעת המוכר למכור וזה הפציר בו עד שמכר לו עבל"ת וכן משמע מדברי הכ"מ שם ואפשר ליישב לדעת רבינו דמעיקרא אמאי לא פסלינהו משום דמשמע להו לאינשי ל"ת בלא דמי הו"ל כשוגגין דכפי דעתם אינם עושין איסור דטעם הפיסול הוא משום אל תשת עד חמס ואמרינן מאחר דעובר על הלאו משום חימוד ממון כך חימוד ממון מעבירו על סהדותא דשקרא אבל הכא אינו עובר משום חימוד ממון אלא משום דטעי ואמרי דליכא איסורא והו"ל כשוגג דאינם נפסלים כמ"ש רבינו בפרק י"ב מה"ע ואפילו קי"ל כאביי דלא בעי עד חמס אלא אל תשת רשע עד הכא לפי דעתו לא מקרי רשע ולכך לא פסלינהו מעיקרא אע"פ דלפי האמת עובר על לאו דלא תחמוד ולא ס"ל כהתוספות דאית להו אע"פ דשמיע לאינשי מאחר שעובר פסלינן ליה מדרבנן אע"פ דאינו נפסל מדאורייתא מאחר דשמיע להו לאינשי וכו' מ"מ מדרבנן נפסל ולכך הוצרכו לומר דכן הוא האמת כל זה לישב דעת רבינו דלא תקשה ליה קושיית התוס' אבל דברי הכ"מ צ"ע איך השוה דעת רבינו לדעת התוס' דשמיע לאינשי וכו' דכן הוא האמת והוא הפך דבריו כדכתיבנא וכעת אין ספרי המחברים המיישבים דבריהם דבר דיבור על אופניו מצויים אתי וכשאפנה אשנה בע"ה: חוזרני על הראשונות במה שתירצ' לעיל לישב דברי התוספות ואמרתי דגם בלאו דלא תשימון וכו' אית להו להתוס' דשוה ללאו דלא תחמוד דשמיע לאינשי וכו' וגם ביה אמרינן דכן הוא האמת נראה לי טעות שטעיתי בדבר משנה דקתני בפי' אלו העוברין המלוה וכו' והעדים והערב וכו' בס"פ א"נ ע"ש וא"כ הדרא קושיא לדוכתה: ונ"ל דשאני לאו דל"ת משום דאית ליה הנאה וגם עושה מעשה ולכך לא מהני דשמיע לאינשי וכו' אלא באיסורא דרבנן אבל באיסורא דאורייתא לא מהני ופסול מדרבנן כמו מלוה ברבית קצוצה דלא משמ' להו איסור וכו' כמ"ש הם לעיל ומ"מ פסולים מדרבנן ואל תשיבני ממקברי ביו"ט דל"ק דשאני התם דמתכווני למצוה עדיף ולא מפסלי אפי' מדרבנן ולכך הוצרכו לומר דשמיע להו לאינשי וכו' דכך הוא האמת ולכך לא גזרו מעיקרא עליהם לפוסלם אבל לאו דלא תשימון דלית להו הנאה ואין בו מעשה לא פסלי כלל אפילו עובר על לאו דלא תשימון והשתא לא תקשה דאמאי לא השוו לאו דלא תחמוד דשמיע לאינשי וכו' כמו לאו דל"תשי דאיכא לחלק ודוק.

וכן אתי שפיר דאמאי לא חזרו דעדים החתומים על השטר שיש בו רבית פסולים דליכא למימר בהו כיון דחזו וכו': דף כ"ו ש"ס אחד זה ואחד זה וכו' משרבו האנסי' וכו' וכדבריהם הכי פי' דמתניתין ר"ש אומר בתחי' היו קוראין אותם לאוספי ז' אוספי ז' ואעפ"ך היו פסולים כמו סוח"ז והטעם הוא משום דהיו משהין פי"ז אצלם עד אחר הביעור ולכך אפילו אוספי פירות ז' פסולים משרבו האנסים חזרו לקרותם סוח"ז פי' חזרו לומר דהפיסול הוא לסוח"ז לאפוקי אוספי ז' דכשרים א"נ בתחילה היו קוראין וכו' לסוח"ז אוספ"ז ר"ל לא היו מחלקים ביניהם כי הדדי נינהו דפסולים משרבו האנסים חזרו לחלק ביניהם ולקרות סוח"ז הם פסולים אבל אוספי ז' כשרים:ועמ"ש רבינו וכן עד זומם אע"פ שהוזם וכו' ומאימתי הוא נפסל מעת שהעיד בב"ד וכו' שם בגמרא דכ"ז א' איתמר עד זומם אביי אמר למפרע הוא נפסל ורבא אמר מכאן ולהבא הוא נפסל וכו' וא"ת והא לקמן קאמר אין העדים נעשין זוממים עד שיזומו ב' ואיך קאמר עד זומם דמשמע אפי' אחד ותקשה ביותר לפי' התוספות דאית להו עד זומם דלא הוזם אלא א'.

ואפשר לומר דברייתא דקתני עד שיזומו ב' היינו לענין תשלומין דועשיתם לו כאשר זמם וכו' אבל הכא לענין פיסול ואפי' לא הוזם אלא א' נפסל: עוד שם רבא כאביי ס"ל וכו' ומשום פסידא וכו' לאיכא דאמרי אית להו דמדאורייתא למפרע נפסל אלא תקון רבנן דמכאן ולהבא הוא נפסל משום פסידא דלקוחות.

וק"ל: .

ואגב אביע אומר מאי דאיתא שם בגמ' דאיפליגו אביי ורבא במומר אוכל נבילות להכעיס. ופרכי' שם מתיבי וכו' ומשני מאי שבועות שבועות דעלמא וכו' וי"ל דאמאי לא מקשה ליה מרישא דברייתא דקתני תרתי אל תשת רשע עד אל תשת חמס עד דלא בעי רשע דחמס.

וי"ל דיכול לדחות דכוונתו לומר דתנא והדר מפרש דאל תשת רשע עד דקאמר קרא היינו אל תשת חמס עד ולעולם בעי רשע דחמס דלרבא מפרש קרא כך אל תשת וכו' קאי אחמס עד חמס רשע שהוא עד חמס אל תשת עד אבל אם אית ליה תיבת עד נדרש לפניו ולאחריו אל תשת רשע עד אל תשת חמס עד: שם מתיבי אל תשת וכו' לא ידעתי מאי מקשה מברייתא קמייתא לרבא וכן מברייתא בתרייתא לאביי דכל א' יפרש הברית' אליביה והו"ל להש"ס למימר תניא כוותיה דאביי ותניא כוותיה דרבא כדרכו ומאי מקשה מאחר דמידע ידע דאיכא ברית' אחריתי כוותיה כד פריך מהא לסייעו מהא ודוחק לומ' דלא ידע לברית' אחריתי והך מקשה אחר הוא ועוד מברייתא קמייתא מי הכריחו לפרש אחד שבועת שוא וכו' ולהקשות לרבא: ואפשר לומר דמתחילה לא עלה בדעתו להקשו' לרבא ותדע דכך הוא האמת דלא הזכיר בלשונו תיובתא דרבא כמו האיך דקתני תיובתא דאביי אלא מתחי' רצה להקשות ברייתא עם ברייתא אחריתי דכולהו סתמיות ודברי חד תנא וכוונתו לומר מאי לאו אחד שבועת שוא וכו' ותקשה להך ברייתא דקתני גזלנין ומלוה ברבית וקשו אהדדי ואין כוונתו להקשות לרבא דאיכא ברייתא דסייעיה אלא להקשות ברייתא אברייתא ואף ע"ג דקאמר מתיבי דמשמעותא דמקשה לאמורא מהברייתא מצינו בפרק הגוזל עצים דנקט כהאי לישנא מתיבי והוא מקשה ברייתות

אהדדי שם תנו רבנן הגזלנין ומלוה ברבית וכו' ע"ש ואחר שהשיבו שבועות דעלמא והברייתות מתוקנות חזר ואמר לו א"כ תיובתא דאביי וכו' ואע"פ דלאביי יכול לדחות ולכך קבע הש"ס ואמר סמוך לו הלכה כאביי ודוק.

מיהו מדברי התוס' ד"ה מאי שבועות וכו' לותביה אביי לרבא וכו' נראה מיתיבי וכו' להקשות לרבא ודוק: תוספות ד"ה רבא אמר מכאן וכו' תימא וכו' כיון דאמר רבא מכאן ולהבא וכו' ר"ל לאיכא דאמרי משום פסידא דלקוחות וכו' דליכא חילוק בין הכחשה להזמה ואפילו במקום דליכא פסידא דלקוחות כדפיר' דבריהם בפרק המרובה ע"ש תקשה אמאי קאמר רבא עדות מוכחשת וכו' וק"ל: תוס' ד"ה אין לך בו וכו' משמע וכו' ממה שאני פוסל את הראשונים וכו' ר"ל מדק' בש"ס מאי חזית וכו' סמוך אהני וכו' ר"ל סמוך אהני ולא תפסילינהו כאחריני משמע דהחידוש הוא בפיסול הראשונים ולא בהכשר אחרונים דאל"כ הול"ל מאי חזית דלא פסילתינהו להנך כהני וכו' ולכך הוקשה להם דמאי חידוש איכא בהזמה יותר מבהכחשה והא רבא ס"ל כר"ש דאמר בהדי סהדי דשקרי וכו' והויא הזמה בהכחשה לענין פיסול הראשונים ותי' דכוונת הש"ס התם לומר לימא רבא כר"ח ס"ל וטעם בהזמה כדאיכא דאמרי משום פסידא דלקוחות ולא משום חידוש ולפי המסקנא דקאמר דרבא ס"ל כר"א ולא מקרי עדות מוכח' בעדות אחרת וכוונתו לומר ולעולם טעמיה דרבא בהזמה משום חיד' דנפסל אפילו לעדות אחרת ולכך מכאן ולהבא הוא נפסל וק"ל: סה"ד וכ"הג אמרינן וכו' דלא ילפינן טעם כעיקר וכו' ר"ל דלא ילפינן טעם כעיקר לאסור מאחר דאיכא חידוש בהכשר דאיתרו ליה בחלבא וכו' כמו כן בנדו"ד מאחר דאיכא חידוש בהכשר העדים הב' לא ילפינן גם לפיסול הראשונים לפוסלם למפרע וק"ל: תוספות דאסהידו בי תרי וכו' ונראה לר"ת וכו' וגרסינן נמי ופסליה בגזלה נראה מדבריהם דהוא תירוץ אחד ולכך ל"ג א"נ דפסליה וכו' אלא ופסליה בגזל' וכו' דאחד הוזם ואחד העידו עליו שהוא גזלן וליכא חידוש דגזלנותא מילתא אחריתי וליכא סיוע מהעד אחר דפסול הוא אמנם בפרק המרובה לא פי' כך וגרסי' א"נ דפסליה בגזלנותא וכו' ושתי תירוצי' נינהו או שהוזמו ב' ולא ראו העדות זב"ז או דפסלינהו לב' בגזלנות וכו' ואפשר לומר דהוצרכו לזה בכאן ולא ניחא להו בההוא תירוצא משום דעדין תקשה קושייות אחריני ולכך גרסי' ופסליה בגזלנותא וכו' לתרץ כולהו קושיין אבל שם לא דקדקו בזה.

ועיין הרש"א שנראה מדבריו דתרי תירוצי נינהו וגרסינן א"נ דפסילנ' והתוס' דקאמרי וגרסינן נמי וכו' כוונתם לומר דגרסינן בלשון יחיד ופסליה כגזלנותא וכו' וק"ל ולדבריו העיקר חסר מהספר: ש"ס שם ורבא אמר וכו' אבל הכא רע לשמים וכו' ולאביי יאמר לך דאע"פ דשניהם רעים לשמים ולבריות מ"מ שהתורה החמירה בדיני נפשות יותר מדיני ממונות וגם בעיני הבריות חמירי ואית ליה לר"מ דשוים גם לאוכל נבלות אע"פ דאינו רע לבריות נפסל גם לדבר שהוא רע לשמים ולבריות: רש"י ד"ה ר"י היא וכו' ויחידאה הוא ע"כ.

ר"ל ומאחר דהוא יחידאה לא תהוי תיובתא נראה דמכאן היא סתירה לה"ע דכתב כשהוא אומר בש"ס תיובתא היא קשיא ואין לה לפרק ולא אמרינן הלכה כוותיה מאחר דאתותב

והא הכא איכא תרתי וק"ל: פרק י"ג ה"א הקרובים פסולים וכו' והם האב וכו' משנה פרק זה בורר דף כ"ז ע"ב יע"ש כל הסוגיא.

וכתבו התוס' ד"ה ואלו הן וכו' אבל הנך דנפקי מכללא וכו' ר"ל כגון הוא לאחי אביו דאתי מכללא דלא הוזכר במתני' אלא אמרי' כשם שהם פסולי' לו כך הוא פסול להם ודווקא הוא אבל בנו וחותנו כשרלאחי אביו דהו"ל שלישי בראשון אבל אחים זע"ז שוים הם כשם שאחיו פסול להעיד לו הוא ובנו וחתנו כך הוא פסול להעיד לו הוא ובנו וחתנו דהו"ל ב' בב' ואפשר היינו דקאמרי אי לאו הוו בכלל הנך וכו' דהם בכלל אחי אביו ובנו וק"ל.

ואח"כ ראיתי לרש"ל שפירש דברי התוס' שכתבו אי לאו הוי בכלל הנך וכו' וז"ל פי' כגון בעל אחותו דבנו נמי הו"ל בעל אחות אביו וכו' יעו"ש וכן פירש מהרש"א כגון בעל אחותו בפנים אחרים. ואפשר דלא ניחא להו לפרש כדפי' משום דלא שייך למימר בהו דאתי מכללא דשם אחיו קאי לשניהם דזה אח לזה וזה אח לזה כי מפקת מנייהו ואתרוייהו קאי מתני' דקתני אחיו וכו' א"נ שאני אחיו שהם מפורשים בקרא דלא יומתו אביו וכו': ואמרינן שם בגמרא כך בן אחי אבא וכו' ואכתי הו"ל שלישי בשני וכו' ולא ידעתי מאי האי דקאמר הו"ל ג' בב' והא לא הוי אלא רישא ב' בב' וסיפא לא הוי אלא ג' בא' לפירש"י שפי' ולעולם חתן לאו כדור א' דמי וכו' יעו"ש.

והאמת כך הוה דאל"כ מאי אהני לן דמוקמינן לה כר"א. ואי גרסינן בברייתא ברישא הוא ובנו ובן בנו ניחא דהו"ל ג' בב' וכן ראיתי בדברי רש"י בד"ה בן בנו דאחי אבא ולא ידעתי היכא קאי דבש"ס לא הוזכר בן בנו כר"א אלא אם תאמר דחתנו הוא במקום בן בנו ומילתא אגב אורחא קמ"לן ודלא כדתני ר"ח דאם נאמר כן תקשי סיפא דברייתא דקתני כך בן אחי אבא לא יעיד וכו' וחתנו והא הו"ל רביעי בא' ואמאי פסיל ליה ולא אתי כרב דרב לא פסיל אלא ג' בא' ובש"ס קאמר ס"ל כר"א בחדא שפוסל ג' בד' ואי אמרינן דחתנו במקום בן בנו הו"ל ד' בא' ודוחק לומר דרישא חתנו במקום בנו וסיפא לא: וכתב רש"י בד"ה וא"ו לרבות בני בנים וכו' יע"ש ואע"ג דבש"ס לא הוזכר וא"ו לרבות הוכרח רש"י לפרש כן משום דכולהו צריכי כדלעיל וכן ר"א דריש וא"ו לרבות בני בנים אלא דמוסיף גם בנים דומיא דאבות מדקאמר קרא אבות על בנים בנים דומיא דאבות שלישי בשני פסול: עוד כתב רש"י ד"ה א"ה דחתן כדור וכו' ותמיהא על דברי הש"ס דקאמר דחתן כדור אחר דא"כ הו"ל שלישי בשני וכו' הא מקודם לכן דאמרי' חתן בנו לא והא מקודם דאמרינן מאי חתנו חתן בנו תקשי נמי תרתי הא הו"ל ג' בב' ותקשי נמי הני תלתין ותרין כמ"ש רש"י גופיה ולקמן פריך א"כ הו"ל ג' בב' ולא הול"ל אלא אכתי תקשי הו"ל ג' בב' וכו' וביותר לרש"י דחתן נמי כדור אחר דמשמע דל"ק ליה הו"ל ג' בב' אלא השתא דאמרי' חתן כדור אחר וכו' ואפשר לומר דכוונת רש"י דנקט חתן כדור אחר לאפוקי הך תירוצא דחתן בנו דתקשי ליה עוד והא תלתין ותרין הוו ולכך נקט חתן כדור אחר וכו' וכאילו אמר הא דחתן כדור אחר מ"מ תקשי להאי תירוצא והו"ל ג' בב' ואפשר לפרש כך א"א בשלמא למעיקרא דקא ס"ד חתנו ממש ניחא דלא תקשי ליה והא רב הפך מתני' דפסיל ג' בב' ורב אפשר וכו' ואע"ג דמעיקרא

ק' נמי ואנן תנן וכו' מ"מ ניחא קצת דלא תקשי אלא מנ"ל לרב אבל השתא תקשי ליה קושית ההפך.

והתוספות ד"ה ל"ב הוו וכו' כתבו וז"ל משום . דלא קתני להו בהדיא וכו' עכ"ל.

ר"ל בני בניהם לא קתני במתני' ולכך לא הוו אלא ל"ב הם ובניהם וחתניהם וחתני בניהם. וא"ת דגם חתנים לא הוזכרו במתניתין דחתנים דקתני קאי אבניהם י"ל דחתנים קאי אתרוויהו והוזכרו במתני' אבל בני בניהם לא הוזכרו כלל ולכך לא קשיתיה אלא ל"ב הוו: וראיתי למהרש"א שהקשה לפירש"י דקאמר שם חתנות חד וקושיית הש"ס היא מבני בניהם והא הו"ל ל"ב א"כ מאי משני כדור אחר וכו' אכתי תקשי ל"ב הוו יעי"ש.

ולעד"ן אחרי המחי' מדק' דלאו קושיא מידי דשאני מעיקרא דקאמר חתן בנו ומילתא אגב אורחא קמשמע לן הוה ליה בני בניהם הוזכרו בפי' במתניתין וכן חתנים ולכך הוקשה להם מ' הוו ותי' שם חתנות חד הוא ולא ניחא ליה בתי' התוס' דלדידיה בני בניהם הוזכרו בפי' ולכך קמשני שם חתנות וכו' אבל למאי דמשני הש"ס חתנו כדור אחר לא למדנו אלא דג' בב' פסול בעלמא ולא הוזכרו לא בני בניהם ולא חתני בניהם אלא מ"ח כדר"ח: עוד כתבו התוס' ד"ה כיון דמעלמא וכו' דאמאי לא מקשי לרב דאכשר ג' בב' וכו' יעו"ש לפום ריהטא נראה דקושיית הר"י שהקשה להר"ף היא עצמה קושית הש"ס דקא' א"ה הו"ל ג' בב' ומה' בא להשמיענו ונראה דאינו קושיית הש"ס וכוונת הר"י להק' לרב דידיה אדידיה דבסיפא קאמר אף אני לא וכו' אני ובני לא אעיד לאחי אבא שהוא ג' בא' דוק מינה הא בני שהוא ג' יעיד לבנו שהוא ב' אלמא רב מכשיר ג' בב' ובריש קאמר אחי אבא לא יעיד וכו' וחתנו כדור אחר שהוא ג' בב' אלמא רב אית ליה דפסול ג' בב' דומיא דקושיית הקונטריס מאחר דחתנו כדור אחר והו"ל ג' בב' אמאי קאמר בסיפא אף אני לא וכו' ובני וחתני וכו' וחתני כדור אחר והו"ל ד' בא' אבל קושיית הש"ס היא דקאמר א"ה כוונתו להקשות לו ממתניתין איך הכשיר ג' בב' דאל"כ וכונת הש"ס להקשות דידיה לא הו"ל למימר א"ה הו"ל ג' בב' וכו' אלא הו"ל למימר בקיצור והא רב הוא דקאמר ג' בב' כשר.

ואמרי' שם במתני' אמר ר"י זו משנת ר"ע אבל משנה ראשונה דודו ובן דודו וכל הראוי ליורשו ופירש"י ד"ה וכל הראוי ליורשו וכו' כגון אחי אמו וכו' וגיסו נמי וכתב ר"ת נ"ל מדבריו דקאמר כגון אחי אמו וגיסו שהוא מפרש וכל הראוי ליורשו הוא תשלום משנה ראשונה ור"ל וכל הראוי דהיינו קרוב האב אבל קרוב האם כגון אחי אמו וגיסו וכו' כשרים לו ולפי דבריו תני והדר מפרש ור"ל דודו ובן דודו ושאמרתי לך היינו קרוב האב שראוי ליורשו ומשמע דדודו וב"ד משתמע גם על קרוב האם ולכך הוצרך לפרש כל הראוי ליורשו והנה הפך משנת ר"ע דאמרינן אחי אמו וגיסו פסולים לו ובשביל זה מוכרחים לומר דדעתו היה דמאי דקאמר במתני' וכל הראוי וכו' הנה תשלו' משנה ראשונ' ואחר החי' ראיתי לרבינו בפי' המשניות שפי' וכל הראוי וכו' היא ממשנ' ר"ע וכ"כ הרע"ב וז"ל וכל הראוי וכו' דהיינו קרוב האב וכו' אבל קרוב האם וכו' אחי אמו וכו' כשרי' לו שהרי אין אחי אמו ראוי ליורשו וכו' אבל הוא הראוי ליורשו לפיכך הוא

פסול יע"ש והיאך ישרו דבריו אלו במתניתין דקתני אלו הן הקרובים אחי וכו' דהיינו הקרובים לו שפסולים להעיד עליו ואחד מהם אחי אמו ולדבריו כשר להעיד עליו.

וצריך לדחוק ולפרש אלו הן הקרובים שאני פסול להעיד להם ולפי' רש"י דקאמרממשנה ראשונה ניחא: ויש לי לעורר קצת דמי הכריחו לרבינו והרע"ב לפרש וכל הראוי וכו' תשלום משנת ר"ע ולא כפירש"י דכולה משנת ר"א ואפשר לומר דק"ל דאמאי קאמר דוב"ד וכל הראוי ליורשו וכו' די לו לומר וכל הראוי ליורשו דאין דרך התנא להאריך אלא לקצר ולכך הוצרכו לומר ד"וד משנה ראשונה וכל הראוי וכו' היא תשלום משנת ר"ע.

והנה ראיתי להתויו"ט שפי' ד"וד לאפוקי אחי האם וקרובי האישות ע"כ יעו"ש. ולפי דברי הרב דקאמר וכל הראוי וכו' היא תשלום משנת ר"ע לא יוצדקו דבריו אלו דלמשנה א' דוד אפי' מן האם ותשלום משנת ר"ע וכל הראוי וכו' לאפוקי קרובי האם וכו' כמ"ש הרע"ב וכל הראוי וכו' קרובי האב אבל ד"וד אפי' קרובי האם ואם כוונתו כפי פירש"י עליו לפרש.

וי"ל דהוא יפרש דו"ד דקרובי האב אבל קרובי האם אפי' ראוי ליורשו לא: ועל מאי דתנן במתניתין וחורגו לבדו פירש"י ד"ה לבדו וכו' בן אחות אמו וכו' שאני בן אחות וכו' נראה לי דלשון רש"י זה הוא ט"ס וצ"ל בן אחי אמו וכו' שאני בן אחות אביו ותנן בעל אחות אביו ובנו דהיינו בן אחו' אביו דאל"ך מאי קאמ' ותנן בעל אחות אביו ובנו וכו' מי הכניס בן אחו' אמו וכו' עם בעל אחו' אביו ובנו למילף מיניה אלא ודאי צריך להגיה כדפי' ואע"ג דאיכא אחריני דאתי מכללא ותני להו רש"י קצר בלשונו ומכאן תלמוד לאחריני תן לחכם ויחכם עוד כמ"ש התוס' שם הנה דאתו מכללא ותני להו עיין במהרש"א שמה מפו': ס"ד בר מבן אחי אשתו וחתנו וכו' ר"ל חתן אחי אשתו וכו' דלא קאמר במתניתין הם ובניהם וחתניהם אלא הנהו דקתני במתני' כגון אחי אביו וכלהו אבל אחי אשתו דלא הוזכר במתניתין אלא דאתי מכללא דבעל אחות אביו לא קאי עליהם וחתניה' כדפי' התוס' דכל דאתי מכללא לא קאי עליה בניו"ח ולכך צריך ללמוד דפסול הוא מחמיו כשם שחמיו פסול לו גם הוא פסול לו שהוא חתנו ודוק: עוד שם בגמ' ע"ב בעל כאשתו וכו' אשה כבעלה וכו' נראה דהני תרי לישני לא פליגי בסורא נקטי אם האשה קרובה ופסולה לה פסול גם לבעלה ובפומבדית' נקטי אם הבעל קרוב ופסול לך גם אשתו פסולה לך דאשה כבעלה ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי וק"ל: רש"י ד"ה ואינו מטמא וכו' ואית דלא גרסי אינה מטמאה וכו' ר"ל דהאי דקאמר דלא גרסינן אינה וכו' הוא טעו' ואין שם מקומ' דהא קאמר סמוך לה ומפרש אינה מטמאה דקתני פי' אינה מצווה וכו' מטעם דבני אהרן מוזהרין על הטומא' דקתני ולא בנות אהרן ולכך פי' אינה מטמאה אינה מצווה וכו' ואי גרסי' לה מקומ' בס"הד או להוסיף בדברי רש"י ולמאן דגריס לה וכו' וכן ראיתי ביבמות ומציעא דגריס לה ולא כתוב בו דל"ג כי הכא וק"ל: ש"ס ממאי דר"י דמתניתין דמכשר וכו' קשה לפי' רבינו והרע"ב דאית להו וכל הראוי ליורשו הוא תשלו' משנת ר"ע אבל משנה ראשונ' דו"ד ומשמע אפי' דו"ד מן האם דאינו ראוי ליורשו מאי מקשה הש"ס ממאי דר"י דמתני' וכו' דמכשיר בגיסו

מאחר שאינו ראוי ליורשו והכי קאמר דו"ד משמע אפי' דו"ד הבא מכח האם דאין ראוי ליורשו פסול לו.

ואפשר דאית להו דו"ד דוק' מן האב ולא מן האם ולאפוקי הנך דתני במתני' אחי אמו וכו' ואינו פסול כ"א דו"ד אבל ר"ע אית ליה וכל הראוי ליורשו לרבות כולהו דמתניתין כמו בעל אחותו הראוי לירש אחותו והיא ראויה ליורשו וכן בעל אחות אביו וגיסו דשתי אחיות ראויות לירש זו לזו וכן כולהו ועיין ת"יוט דאינו ממעט כ"א אחי אמו שכשר להעיד לו שאינו ראוי ליורשו כמ"ש רש"י וכך הוא פשטן של דברי' דוד הוא מן האב ולא קרי לקרובי האם דוד דלא כמ"ש לעיל ודוק: וכתב רש"י ד"ה גיסו לבדו וכו' ור"י פליג בתרתי וזה הל' מגומגם ומה שנלע"ד הוא דכוונתו לומר דר"י פליג אמתני' דקתני גיסו ובנו וחתנו וכו' דמשמע דהפיסול הוא משום דבן גיסו ולא מטעם דבעל אחות אמו והוא קאמר גיסו לבדו ולא פסיל מטע' שהוא בן גיסו אלא מטע' דבעל אחות וכו' ומאי נ"מ בין למר ובין למר פסול וקאמר נ"מ לחתן גיסו לתנא דמתני' דאית ליה גיסו ובנו וכו' חתנו פסול ולר"י דאית ליה גיסו לבדו נהי דבנו פסול לו משום בעל אחות וכו' חתנו כשר לגיסו אלא דקש"ל מאי תרתי דקאמר דפליג בתרתי דלא פליג אלא בחדא בגיסו ובנו וכו' ואפשר דלהכי כתב נוסח אחר ונראה וכו' פי' נוסח זה נרא' יותר מן הנוסח הראשון דקתני פליג בתרתי וכו' דהאמת לא פליג אלא בחדא כנוסח ב' ונ"מ לחתן גיסו: עוד כתב רש"י ד"ה ברייתא ר"י וכו' כי היכי דלא ליפלוג ר"י אבעל אחות אמו וכו' נראה דזה הוא כפי נוסח הראשון דקאמר ר"י בתרתי וכו' אבל לפי נוסח ב' אפילו מאותה אשה לא פליג.

ודוק: עוד שם בגמ' ההיא מתנת' דהוו חתמי עלה תרי גיסי וכו' וקש"ל היכי דמי האי שטר מתנתא אי בשכתב לו בשטר שדה שלי נתונ' לך לא בעי עדים כלל דכיון שהגיע השטר לידו קנה. ומאי האי דקא"ל זיל קני בעידי מסיר' ואם זכה בה ע"י קנין בעדי' ונמצאו עדים פסולים מאי איכפת לן אם הם פסולים כמ"ש הרא"ש ופסקו מור"ם בסי' קפ"ה דזכה מכח קנין אפי' בלא עדים דלא איברו סהדי אלא לשקרי ומאי האי דקא"ל זיל לא שבקי ליה.

ואפשר לומר דזיכה לו ע"י קנין והנותן כפר בו בקנין ונמצאו עדים פסולים א"נ שטר מתנה והזכייה ע"י השטר ואע"ג דקנה בלא עדים היינו אם כתב לו בשטר שדה שלי נתונה לך אבל אם כתב בלשון העדי' בפנינו וכו' ואמ"ל שדה שלי נתונ' לך גילה דעתו שהקנין הוא ע"י עדים ונמצאו עדים פסולים לא קנה ולכך אמ"ל זיל לא שבקי לי מרוב חכמת' וחורפתם דכל צד זכות שאני מבקש לך סותרים אותו: פרק י"ט ה"ג אין עדי השטר נעשים זוממים וכו' ולא אחרנוהו וכו' שאפשר.

שכתבוהו ואחרוהו וכו'. הכי איתא בפ"ד ממס' סנהדרין דל"ב א' ורמינהי שטר שזמנו וכו' ובאו עדים ואמרו היאך אתם מעידים וכו' חיישי' שמא אחרוהו וכו' י"ל דלשון היאך אתם מעידים משמע שהם מדברים עם העדי' ואומרי' להם היאך אתם וכו' היית' וכו' ומדקאמ' חיישי' שמא וכו' משמע דאנחנו חוששין והמה לא אמרו ולא ענו דבר שהם אחרוהו וכו' ואיך אנחנו טוענים בשבילם חיישינן וכו' ואם באמת כך המה משיבין כך וממילא אמרינן מזוייף ואיך קאמר ומכשרינן ליה ואפשרליישב דהמה כך אמרו ואנן

חיישינן לדבריהם שאמרו איחרנוהו וכו' ולא אמרינן שוא ידברו ופסלינן להו אי נמי היאך אתם וכו' לאו דוקא ולשון מושאל הוא ושלא בפניהם ואנחנו חוששין שמא וכו' ואם היו שם היו משיבין כך: אמנם ראיתי אחרי רואי בדברי רבינו שכתב וזה לשונו ואין עידי השטר נעשים זוממים עד שיאמרו בב"ד שט"ז בזמנו כתבנוהו וכו' אבל אם לא כן וכו' העדים והשטר כשרים ע"ש וכ"כ רבי' הטור ס"י מ"ג ע"ש נראה מדבריהם כל עוד דלא אמרו בזמנו כתבנוהו ולא איחרנוהו אפילו המה לא אמרו איחרנוהו וכו' אנחנו חוששין שמא איחרוהו וכו' ואפשר לומר דהזמה חידוש הוא ולכך לא פסלינן להו עד שיאמרו בפירוש בזמנו כתבנוהו וכו' אבל בשתיקה לא פסלינן להו אם לא אמרו איחרנוהו: רש"י ד"ה חיישי' שמא איחרוהו מלכותבו וכו' נר"ל הא דהוכרח לפרש דהאיחור קאי גם אכתיבה משום דלשון הברייתא מוכח כן דקתני שמא איחרוהו וכתבוהו וכו' דמשמע האיחור קאי אכתיבה ולא קתני שמא שטר מאוחר הוא ולכך הוצרך לפרש בדבור דל"מ שזמנו כתוב וכו' זמנו הוכיח שנכתב בא' בניסן דהיינו הכתיב' עצמ' בא' בניסן כגון שכתו' בו כת"וח בא' בניסן וכתב כן משום דלשון הברייתא מוכח כן כדפירש' ועוד מוכח מדבריו דהברייתא קתני בשטר שאין בו קנין מדקאמר והוטל עליה' לכתוב שטר ואיחרוהו דאי בשטר שיש בו קנין מאי האי דקאמר והוטל עליהם בל"הכ עדי קנין מפקי קלא וגבי ממשעבדי אפילו בלא שטר אלא ודאי דעתו היא דהברייתא בשטר בלא קנין דלא גבי ממשעבדי אלא מכתיבת השטר ואילך וזה הוא טעות שלא פי' כפי' התוס' שאחרו הזמן ולא הכתיבה ולא בסתם דחק לפרש כן: תוס' ד"ה חיישינן וכו' וא"ת מאי איריא וכו' אלא אחרי כן וכו' נ"ל דקושייתם לא תחול אלא לפי' דקאמרי שהכתיב' היתה מקודם לכן בשע' ההלואה ואיחרו הזמן עד אחד בניסן לכך קשיא להו מאי איריא וכו' דלעולם לא איחרו זמנו ובאחד בניסן היה הקנין במקום פלוני דהיינו במקום המזימים ואחרי כן נכתב במקו' הכתוב בו אבל לפירש"י שפי' שזמנו מוכח שנכתב באחד בניסן לא מצית למימר כך דמ"מ איך כתוב בו דכתבוהו במקום פלוני ביום פלוני ואותו היום לא היה שם ונ"ל דמיירי שהמקומות רחוקים דאל"כ יכולים לומר דהלכו וחזרו וק"ל: הלכות מלכים פרק ב' ה"ג ואסור לראותו וכו' והואיל ואינו חולץ אינו מיבם ע"כ איתא בריש פרק כ"ג די"ח לא חולץ ולא חולצין לאשתו לא' מיבם ולא מיבמין לאשתו רי"א אם רצה לחלוץ או ליבם זכור לטוב ופרכי' עלה בגמ' איני והא א"ר אשי וכו' ומשני מצוה שאני.

וכתבו התוספו' ד"ה מצוה וז"ל אבל הכא גבי יבום מצוה איכא וכו' יעו"ש ונראה לי דהיינו אליבא דר"י קאמר אם רצה ליבם וכו' אבל לרבנן ליכא מצוה ואינו מיבם: וראיתי למהרש"א ז"ל שהק' וז"ל ומאי קושיי' דניחא ליה לשנויי התם אליבא דכ"ע אפי' לרבנן דלית להו מצוה וכו' והא דלא תקשי להו אהך דהכא וכו' די"ל מצוה דכבוד התור' וכו'.

ואחרי המחילה מכ"תר דדבריו תמוהי' בעיני דבפרק אלו נאמרי' כתבו התוס' בהדיא וז"ל מצוה שאני והכי פרכי' בפרק כ"ג וכו' ומשני מצוה שאני והקשו אמאי לא משני הכי גבי מלך ותי' דשאני הכא וההיא דפ' כ"ג דמוחל על כבודו כדי לקיים מצות מלכו של עולם וכו' יעו"ש וא"כ איך הוא מחלק בין הכא להתם דאמאי לא קאמרי רבנן הכי לענין יבום מצו' שאני כי התם דגדול כבוד התור' והא התוספו' קאמרי דתרוייהו כי הדדי

נינהו ותי' דשניהם מיקרו מצוה משום דמוחל ע"כ כדי לקיים מצות מלך וכו' והוא מחלק ביניהם ומעדיף כבוד התורה ממצות יבום.

ואם האמת כדבריו דמאי דקאמ' התם מצוה שאני אפי' לרבנן עדיין תקשי קושייתו מ"ש התם מהכא לפי סברת התוספו' דהושוו שניהם הכא כי התם. ונראה לי באמת דטעמא דקאמר דמאי דמשני התם מצוה שאני לכ"ע הוא משום דקאמר ושבחוהו חכמים משמע אפי' רבנן דפליגי אר"י ולולי דבריו הייתי מפרש רבנן אחריני דס"ל כר"י אבל רבנן דפליגי אר"י אית להו התם כי הכא ולא אמרי' מצוה שאני ואפשר דזהו כוונתו בתי' ב' שכתב ועוד י"ל וכו' דהתם כר"י אזלא וכו' דהיינו סתם לן כחכמים דאית להו כר"י ולא כחכמים דפליגי עליה ולתי' א' צ"ע: ומ"ש רבינו ואסור לראותו כשהו' ערום וכו' משנה שם דכ"ב א' ואין רוכבין על סוסו וכו' ולא כשהוא ערום וכו' ולא בבית המרחץ וכו' לא ידעתי טעמו אמאי אינו רואהו כשהוא בבית המרחץ אם משום שהוא ערום היינו ולא כשהוא ערום דקאמר א"ו אע"פ שאינו ערום כגון בבית החיצון ואמאי לא ואפשר דבבית החיצון אע"ג דאינו עומד ערום מ"מ עדיין לא תקן עצמו במלבושיו כדחזי.

ואפשר שיתבזה בעיניו בכך ולא תהיה אימתו עליו והתורה אמרה שום תשים עליך מלך שתהא אימתו עליך: פרק ג ה"ב לא ירבה לו נשים מפי השמועה למדו וכו' עד י"ח משנה שם דף כ"א ע"א ונראה לי דשלש מחלוקיות קתני במתניתין דלתנא קמא בין בין קאמר לא ירבה יותר מי"ח נשים בין אם יהיו כאביגיל או כאיזבל משום דטעם הקרא ולא יסור לבבו ועיקר ההסרה תלוי ברבוי ואפילו אם יהיו כולם כאביגיל: ור"י ס"ל לא אמר' תורה ל"י אלא במקום דחיישינן להסרה כגון אם יש בהם כאיזבל אבל אם יהיו כאביגיל ירבה ואינו אסור דעיקר ההסרה אינו תלוי ברבוי לבדו אלא בתרתי וזה בזה לא חיי' להסרה ור"ש אית ליה בחדא מינייהו חיי' אם יהיה הרבוי יותר מי"ח אפי' אם יהיו כאביגיל חיי' ואם כאיזבל אפי' אחת וקרא תרתי קאמר לא ירבה לו נשים יותר מי"ח אפי' אם יהיו כאביגיל ולא יסור לבבו אפי' אחת אם היא כאיזבל וכן מוכח מדברי הרמ"ה דפסק כת"ק ובש"ס דלא נקט אלא כר"י ור"ש ושקיל וטרי אליבייהו משו' דמצא במקום אחר דבריהם מפורשים לאפוקי ת"ק וק"ל:וא"ת לר"י דאית ליה אם הם כאביגיל ירבה אמאי לא הוסיף על י"ח דוד המע"ה וגם לא נשא אבישג דהא נשיו לא הטו לבבו ומן הסתם היו כשרות.

ואפשר דחשש דוד שמא יש בהם דאינן כשרות. ואין ראיה ממה שלא הסירו את לבו: עוד אמרינן שם בגמרא תניא נמי הכי וכו' יותר ממ"ח וקש"ל מנין לו לתנא דברייתא לומר כן דאם רבי לא שנאה ר"ח מנין לו דבמשנה קאמר לת"ק ולר"ש ל"י יותר מי"ח ולר"י אית ליה דאם הם כשרות ירבה וירבה ומנין לו לתנא דברייתא לומר כן.

ואפשר לומר דהיא סברת ר"י גופיה דקאמר מרבה הוא לו וכו' ובברייתא נתן לה קצבה כמה הוא דקאמר ר"י מרבה הוא דהיינו מ"ח ומבי' ראיה מקרא דקאמר כהנה וכהנה שהם כ"ד ואם דריש וא"ו מ"ח ליהוו והביא ראיה על הכשרות דומיא דנשי דוד אבל שאינם כשרות לא ירבה ואפילו פחות מי"ח ומ"מ ל"ל כר"ש דאפילו אחת דלא חיישינן אלא לרבויי.

א"נ איכא למימר דהיא סברא אחרת שלא הוזכרה במתני' וכן דרך הברייתא לפרש דברי' שלא נאמרו במתניתין ור"ח שמע אותו דבר מרבי וכתבו בברייתא ומאחר דלא כהלכתא לא כתבו רבי במתניתין והיינו דבר שאינו מוסכם לרבי ופי' אם רבי לא שנאה ר"ח מנין לו עי"ש בה"ע דצ"ב וכדברי יב"ש: ופרכינן עוד שם וכתיב ויקח דוד עוד פילגשים וכו' וי"לד דקרי לה מאי קרי לה ל"י וכי לא ידע שנויי' דגמ' למלויי י"ח.

ואפשר דל' קרא אטעייא דקאמר ויקח דוד עוד פילגשים משמע דהיו לו פלגשים מקודם לכן ועכשיו הוסיף עוד דומיא דנשים והו"ל יותר מי"ח דקרא דלעיל לא הוזכרו בו פילגשים. ותי' למלויי י"ח ויקח עוד דקאמר קאי אנשי' הוסיף עוד וכן פילגשים הוסיף ע"הן ופשוט: והתוס' ד"ה ראו וכו' וז"ל דתמר לא היתה בת דוד שאמה כבר וכו' אבל קושיי' קמייתא לא מצי לתרץ הכי דהא רש"י פי' יפ"ת היתה קודם שנתגיירה אמו ילדה לדוד וכו' הרי רש"י אומר בפי' שהיא בת דוד שהיתה קודם שנתגיירה ולכך תירץ דמיירי בביאה שניה וכוונתם להקשות דברי רש"י אהדדי ואינו מתרץ אלא אליבא דשמואל: ה"ג ולא ירבה לו סוסים אלא כדי מרכבתו אפילו סוס אחד וכו' שם ע"ב ת"ר ולא ירבה לו וכו' ת"ל למען הרבות סוס ע"כ ואע"ג דלאו ל"ת הוא כמ"ש התוספו' דקאי על ולא ישיב וכו' מ"מ יש ללמוד ממנו דסוסים דרישא אפי' סוס אחד משום דסיפיה דקרא לא ישיב למען הרבות סוס קאי ארישא דלא ירבה לו סוסים ונתן טעם לדבר כדי שלא ירבה סוס מניה מוכח דסוסי' דקאמר קרא אפילו סוס אחד ולכך הוקשה לו השתא דסוסים דקאמר קרא אפי' סוס אחד אמאי אפקיה בלשון רבים וכו' ומשני לעבור בל"ת על כל סוס וסוס דהיינו אם קנאם זא"ז והתרו בו על כל אחד ואחד אבל אם קנאם בב"א ובהתראה אחת אינו עובר כ"א בלאו אחד וכ"ת דבלא סוסים נמי אמרינן הכי דכך היא המדה בכל התורה כולה בכל האיסורי' ואמאי אצטריך סוסים דשאני הכא משום דכתב קרא לא ירבה סוס דמשמעותיה אפילו ירבה אינו אלא כסוס אחד דאל"כ מנ"ל לש"ס לומר דלכמה סוסים אינו חייב אלא לאו אחד אימא דבא הכ' לומר דאפילו על סוס אחד חייב ולא בא לומר לכמה סוסים וכו' ואפילו הרבה אינו חייב כי אם לאו א' לכך כתב קרא סוסים ולא סוס לומר לך דחייב על כל סוס וסוס כשאר איסורים וגם חייב על סוס אחד כדגלי קרא למען הרבות סוס.

וכתבתי כל זה לפי מה שראיתי מי שכתב ופי' הש"ס דקאמר כתב בסוסים לחייב ע"כ סוס אפי' קנאם בב"א ובהתראה א' וזה לא יעלה על השכל דלא בא אלא שלא נאמר אפילו לכמה סוסים אינו חייב אלא חד לאו ואפילו בזא"ז ולכך אצטריך לכתוב סוסים לומר לך דחייב כדינו ככל שאר איסורים ולא להעדיפו על שאר איסורים.

ואח"ך ראיתי בש"ס דמכות דכ' בקרא דלא יקרחו קרחה דאפילו בב"א והתראה א' חייב ע"כ א' וא' משום רבוי דקרחה. וכ"נ מהתוספ' הפך ממ"ש ולפי הטעם שפי' לעיל יש לחלק דשא"ה דכתב קרא רבוי דלא ירבה ואי כתב סוס א' הו"א אפי' הרבה אינו אלא כסוס דגזירת הכתוב הוא ואינו כשאר איסורים ואפילו בזה אחר זה לכך כתב סוסים להשוותו לשאר איסורי' אבל התם כשהוא אומר לא יקרחו לחוד היינו כשאר איסורים לכך כתב קרחה להעדיפו על שאר איסורים יעו"ש בתוס' ועוד דיש טעם מן הסברא דמאחר דהסוס הראשון עדיין קים בפנינו ונתחייב עליו לא הו"ל כשאר איסורים דעלמא

דהתם האיסור הראשון כבר הלך לו וזה כמו דבר חדש: פרק ד' ה"א רשות יש למלך וכו' שכל האמור בפ' מלך מלך זוכה בו ע"כ שם ד"כ אר"י אמר שמואל כל האמור וכו' נראה דפלוגתייהו דר"י ורבי יהודה בזה אם נצטוו ישראל להעמיד להם מלך וכו' דר"י ס"ל לא נצטוו וכו' ולכך ענשם הכתוב וגזר עליהם בניכם ובנותיכם וכו' מפני ששאלו שלא כהוגן ולכך קאמר כל האמור בפ' מלך ואע"פ שאמר קרא שום תשים עליך מלך אינו צווי אלא כנגד התרעומת כמ"ש ואמרת אשימה עלי וכו' וס"ל בהא כרבי נהוראי האמור לקמן בתוס' אחריתי לא נאמרה פרשה זו אלא כנגד התרעומת שצפה הש"ית וכו' ולכך נענשו בימי שאול וגזר עליהם ונמצא דרבי יוסי ור"ן בשיטה אחת קיימי ור"י נקט מלתיה בחדא כל האמור וכו' ור"ן בחדא וטעם אחד להם ורבי יהודה אית ליה דנצטוו ישראל להעמיד להם מלך ואין להם עונש בשביל ששאלו ולא נאמרה פרשה זו אלא כדי לאיים עליהם שתהא אימתו עליהם שהרי נצטוו שום תשים וכו' ואף על פי דקרא קרי בחיל ואמרת אשימה עלי וכו' לא מקרי תרעומת ושאלו כדין ושום תשים עליך מצוה היא וכו' ולמה נענשו בימי שאול הטעם הוא לר"י כמ"ש שם בתוספו' למה נענשו לפי שהקדימו ע"י וכו' ע"ש ונ"ל שצ"ל שהקדימו על ידו כמ"ש הרמב"ם בפ"א ה"א דהיינו שהקדימו לשאול מלך בשביל שמאסו בשמואל הנביא והיינו ע"י דהיינו בשבילו וכן ראיתי להרב ח"א שפ' כן בפי' א' מפירושיו יע"ש ור"ן בא לפלוג עליו ולומר לא נענשו אלא מפני התרעומת ששאלו מלך והם לא נצטוו ולכך נענשו ור"א בא לפלוג עליו לומר שהעונש לא מפני ששאלו מלך לשפטנו דבשביל דבר זה אינם נענשים ואין בו מרד בדבר זה דכך יאות להם והעונש בא להם מכח ע"ה שאמרו ככל הגוים שבעטו בדברי תורה אלא ככל הגוים אשר כל אשר יחפוץ יעשה ולכך אמר להם בניכם ובנותיכם וכו' כמו ששאלו וכן מוכח קרא שאמר ככל הגוים אשר סביבותי ודוק:פרק ט' ה"ה שש עריות וכו' כתב מרן הכ"מ שם תניא על כן יעזוב איש את אביו ואת אמו וכו' וצ"ע עכ"ל יעוש"ב: ולי ההדיוט אחרי התאבקי בעפר שתחת רגליו נלע"ד דל"ק מידי דרבינו פסק כרב הונא דאית ליה גוי מותר בבתו ופירש"י בין לר"א בין לר"ע דלא.

אסיר לב"נ כ"א מאי דכתיב בקרא על כן יעזוב וכו' והקושייא דלעיל דר"מ אדר"מ מתרץ לה באופן אחר דלא כר"י ותו לא מידי וק"ל ושו"ר למהרש"א שתירץ כן ושככ"ה שנתכוונתי לדעת קדש ז"ל: פרק י' ה"ז דמילה נצטוו בה אברהם וזרעו לבד וכו' וכ' המש"ל וראיתי לעורר מה שהקשו לי בדברי הרא"ם פ' ויגש ד"ה והנה עיניכם וכו' ויש לחוש שמא הוא מבני קטורה שחייבים במילה וכ"כ בפ' בא אל פרעה ד"ה תושב דמאי דנקט ערבי מהול משום דדרכן למול בגיותן לפי שהן מבני קטורה שהם מחוייבי' במילה עכ"ד ותמהני וכו' דבשני מקומו' הללו מיישב דברי רש"י במה שהוא נגד סברתו דרש"י ס"ל דבני קטורה זרעם פטורים מהמילה וצ"ע עוד אני תמיה דלסברת הרא"ם דס"ל דאית ליה מבני קטורה היום אינם פטורים מהמילה הטעם הוא דלא ממעטינן מקרא דכי ביצחק אלא ישמעאל ועשו שכבר בא לעולם אבל לא בני קטורה שלא באו לעולם ואם כן יש לתמוה מ"ש הרא"ם בפ' חיי שרה ד"ה שטר מתנה כתב ליצחק כתב הרא"ם ואיך העביר הנחלה מישמעאל ובני קטורה ונתנה ליצחק ותירץ ושמא יש לומר שאני הכא דכתיב כי ביצחק יקרא לך זרע ע"כ ולפי דברי הרב התינח ישמעאל דנתמעט מקרא

כי ביצחק אבל מבני קטורה לא הותר מקרא דכי ביצחק כיון דבאותה שעה עדיין לא באו לעולם וצ"ע ע"ש: ולעד"ן לישב על הרא"ם הוא בהקדים מה שפירש הרב חדושי הלכות על קושיית הש"ס לדעת הרמב"ם דאית ליה דזרע בני קטורה מחוייבים במילה שהקשה אלא מעתה בני קטורה לא לחייבו דפי' והא מה שאנו רואים דהרבה אומות מבני קטורה שקבלו עליהם מצות מילה דמוכח שנתחייבו ע"ש וכן כתב הרא"ם משום דדרכן למול בגיותן א"כ מוכרח אתה לומר דגם רש"י יודה לדבר זה דאנו רואים בעינינו דהרבה אומות מבני קטורה שהם נמולים וקבלו עליהם מצות מילה דדוחק לומר דדוק' להרמב"ם קאמר דהרבה אומות וכו' אבל רש"י מדסיים בענין זה דהוי כפליג במציאות ומוכרח אתה לומר דגם רש"י מודה לדבר זה אלא בהא פליגי לדעת רש"י אומר לך דהרבוי דאת לא בה אלא לששה דנולדו בחיי אברהם דהוה ס"ד למעטינהו מכח דלא מקרי זרע כמו שהקשה הש"ס אלא מעתה ובניהם אחריהם פטורים דלא נתחייבו כלל והא דקא חזינן דהרבה מהאומות וכו' מכח דאוחזין מעשה אבותיהם בידיהם משום ואל תטוש תורת אמך אבל להרמב"ם הרבה אומות מבני קטורה שקבלו עליהם המילה מכח החייוב דאת בריתי וכו' לרבות בני קטורה וזרעם והשתא ניחא במה שכתב הרא"ם ויש לחוש שמא הוא מבני קטורה שחייבין במילה אין כוונתו על זרעם אלא עליהם ובניהם נטו אחריהם ור"ל מחמת שהם חייבים וגם בניהם קבלו עליהם משום ואל תטוש חיישינן שמא יאמרו מזרע בני קטורה א"נ חייבים דקאמר אזרע קאי ור"ל מחמת שהם מלים בכל עת וקבלו עליהם מצות מילה נעשית עליהם חייוב ולכך קאמר חייבים וכן מה שכתב מפני שלא נתמעטו מקרא דכי ביצחק היינו על הששה ודוק: ולקושייא השנית לענד"ן דלא קשה ולא מידי דהא דאמרינן דבני קטורה לא נתמעטו מקרא דכי ביצחק לפי שעדיין לא באו לעולם הוא משום דרבי להו קרא דאת בריתי הפר אבל אי לאו רבוייא הוה ממעטינן גם בני קטורה כמו שהקשה הש"ס אלא מעתה בני קטורה לא לחייבו אלא מטעם דאית לן מיעוטא דכי ביצחק ואית לן רבוייא דאת וכו' אוקמינן שפיר מיעוטא לישמעאל ועשו שהיו בעולם ורבויא אכתי לבני קטורה לפי שלא באו לעולם.

והשתא אתי שפיר במילה דאית לן רבויי' דאת בריתי אמרי' בני קטורה לא אמעי' ממילה מכי ביצחק אבל בירושה דליכא רבוייא אמעיטו בני קטורה מקרא דכי ביצחק דלא מקרי זרע לענין ירושה אע"פ דעיקר זרע לענין מילה ואחרי כותבי ראיתי להבי"ע שתירץ כן ועוד דעיקר הקרא דכי ביצחק כתיב ביה ירושה דכתיב כי לא יירש בן האמה וכו' וכתיב בתריה כי ביצחק יקרא לך זרע ומוכרח אתה לומר דהמיעוט בכאן לא בא אלא למעט בני קטורה דישמעאל בלאו הכי מן הדין אין לו חלק בנחלה דהו"ל כגר שנתגיירו בניו עמו שאין הורתו ולידתו בקדושה דקיימא לן כחכמים דלא מקרי גר עד שמל וטבל וכל עוד שלא מל אברהם לא מקרי גר ולא יצא מכלל ב"נ ועוד שדרש יצחק ולא ישמעאל היינו לעניין אחר כגון מצות מילה וכדומה: איברא דק"ל על מ"ש מש"לם וז"ל דלסברת הרא"ם דאית ליה דבני קטורה היום אינם פטורים מהמיל' ע"כ הטעם הוא דלא ממעטינן מקרא דכי ביצחק אלא ישמעאל וכו' משמע מדבריו דאי אמרינן דהיום פטורים ממצות המילה כדעת רש"י ז"ל לא קשה ולא מידי והא מ"מ עדיין תקשה והא בני קטורה הששה לא נתמעטו מקרא דכי ביצחק והעביר מהם הנחלה ומכאן מתרץ הרא"ם דכי ביצחק ולא כל יצחק אלא מאי אית לך למימר דגם הם נתמעטו מקרא דכי ביצחק ולא חייבנום

במילה אלא מכח רבוייא דואת בריתי גם לגבי זרעם אמרינן דנתרבו מכח רבוייא דואת בריתי ולעולם נתמעטו מכי ביצחק וכו': וראיתי להרב תו"ר שהקשה משם רבני חברון תוב"ב על הרא"ם ז"ל שכתב דשאני הכא דכתיב כי ביצחק ולא כל יצחק מסוגיא דקדושין די"ח ע"א דאמרי' שם אר"י עכ"ם יורש אביו דבר תורה דכתיב כי ירושה לעשו נתתי וכו' ודחי לה דילמא ישראל מומר שאני משמע דאי לאו מטעם ישראל מומר הו"א דיורש האב דקאמר קרא כי ביצחק ודרשינן ולא כל יצחק להוציא את עשו עכ"ל: ואני בעניי לא ידעתי אכנה קושייתם מאי היא דכוונת הש"ס להביא ראיה מעשו ובניו כמ"ש בש"ס נזיר ס"א וז"ל כי ירושה לעשו להורישה לבניו אלמא דאית אבות לכותי לענין ירושה ע"כ ע"ש ואם כוונתם לומר איך ילמוד דגוי יורש אביו מעשו ובניו הרי כתיב כי ביצחק וכו' ולא עשו וישמעאל שהם גוים לדעת הרא"ם מאי קאמר משמע דאי לאו מטעם ישראל מומר וכו' ואפילו לאחר דמוקי הש"ס ישראלמומר שאני תקשה לדעת הרא"ם והא כי ביצחק יקרא וכו' ולא עשו שהוא ישראל מומר ועוד דהוה מקשה לה לעיל במלתיה דרבא דקאמר גוי יורש את אביו מדכתיב וחשב עם קונהו וכו' ע"ש הוה מקשה לי שפיר והא כתיב כי ביצחק יקרא וכו' ולא ישמעאל ועשו ועוד מאי מקש' ליה מקר' דכי ביצחק דשאני התם מאחר דאיכ' זרע ישראל עם זרע נכרי או מומר דאית ליה תרוייהו בא קרא ומיעט זרע הנכרי אבל הכא דלית ליה כי אם זרע נכרי גוי יורש את אביו ואם כוונתם להקשות מעשו גופיה ור"ל מאחר דמצינו דעשו מוריש לבניו א"כ דין ישראל אית ליה ונלמוד מינה דגם הוא יורש את אביו כמ"ש הרא"ש ז"ל בדברי המדחה דכתב ודילמא ישראל מומר שאני כתב וז"ל מכאן יש ללמוד דישראל מומר יורש את אביו ישראל ואע"פ דעשו לא ירש את אביו כ"א לבניו אחריו מ"מ למדנו דדין ישראל אית ליה וגם יורש את אביו אם כן לא על הרא"ם תלונותם כ"א על האבות שהעבירו הנחלה מהם: ואני בחפ"שי ראיתי להרב זרע יעקב ן' נאיים ז"ל שכתב כדכתיבנא לעיל דבדין הוא דישמעאל אינו יורש משום דאברהם אחר שמל הוא דמקרי גר ויצא מכלל ב"נ והוה ליה כגר שנתגיירו בניו עמו והשתא הוסרה הקושיא דמקשים איך אברהם העביר נחלה וזו היא כוונת הרא"ם שתירץ שאני הכא דכי ביצחק וכו' דנתכוון לזה אלא לרוב חכמתו לא הרחיב הדבור זהת"ד ע"ש: ואני בעניי נ"ל אח"המ מכ"תר דלא נתכוון לזה הרא"ם כלל ואינו נשמע מדבריו תירוץ זה כלל ועוד לפי דבריו במאי תירץ על בני קטור' דקושייתי' היא גם על בני קטורה כמ"ש אמאי העביר הנחלה מישמעאל ובני קטורה ולפי דבריו לא תירץ כי אם על ישמעאל שנתגייר עם אברהם והו"ל הורתו ולידתו שלא בקדושה אבל בני קטורה שהורתם ולידתם בקדושה אמאי העביר מהם הנחלה ונמצא דהרא"ם לא תירץ עלייהו כלום ודוק: