

שם דף ב' ע"א ברש"י ד"ה גזילות.

דמשלח בו יד: ק"ל דכפר בפקדון אמאי לא מקרי גזלן אפילו עדיין לא שלח בו יד שיקרי אמרינו ב"ק (דף ק"ה) הכופר בפקדון פסול לעדות מטעם גזלן ולא בעינו שפכר שלח בו יד ומה שכתב רש"י לקמן (ע"ב) ד"ה ונקרב וזה טעמו ששלח יד בפקדונו דהיינו גזילות עכ"ל זה איירי בשומר חנם שפותר עצמו במה שנגנב ממנו והאמת פן אבל מ"מ חייב לשלם פינון ששלח בו יד נעשה גזלן עליו וחיוב לשלם אע"פ שאינו ברשותו אבל כשהוא ברשותו וכופר שאינו ברשותו למה לא יקרא גזלן אפילו עדיין לא שלח בו יד ולולא דמסתפינא היה נ"ל שנפל טעות בהעתקת רש"י ומה שכתב דמשלח צ"ל או ששלח ונקט רש"י תרי מיני גזילות בפקדון.

שוב ראיתי בחידושי הר"ן שכתב וז"ל ולשון גזילות כולל כל מה שאדם זוכה לעצמו משל חברו וכו' הן שחטף איזה חפץ או שלח יד או פפר בפקדון עכ"ל וזה פדברינו ולכן נלע"ד גם ברש"י יש להגיה פן או ששלח בה יד: שם ד"ה מיאונין.

כעין דאורייתא תקון: בשו"ת נודע ביהודה מת' חלק אה"ע (סימן קי"ד) מפרש דברי רש"י דכעין דאורייתא היינו דמאון הוי דומיא דגט ושדעת רש"י דגט צריך ג"כ ב"ד של שלשה והקשה עליו דמגמרא לא משמע פן.

אמנם לא ראה שפכר קדמו בזה המהר"ם שיף שהקשה פן ולכן מפרש דברי רש"י דכעין דאורייתא הוי דומיא דחליצה שהיא באמירה לא חפצתי לקחתה וכל מאון הוא באמירה אי אפשרי בפלוגי אבל גט ל"צ ב"ד: שם ד"ה ואין דנין.

רובו של שבט: המהרש"ל תימה על זה דזה לא כמקשן ולא פתרצן לקמן (דף ט"ו): והמהרש"א תירץ דמה שכתב רש"י רובו היינו פולו דרובו פכולו ע"ש ולענ"ד זה דוחק אבל לענ"ד דרש"י בדיוק פתב פן רובו של שבט דלקמן (שם) אמרינו ר' יונתן אמר ממאה ועד רובו של שבט והנה מדברי הרמב"ם שהביא המהרש"א נראה דס"ל דמה שנאמר ועד רובו עד ולא עד בכלל דאם הוא רובו גדונים פיהידים ולא פאנשי עיר הנדחת אבל מרש"י נראה דס"ל דעד ועד בכלל שעל מה דקאמר ר' יאשיה מעשרה ועד מאה פירש"י וטפי ממאה נפקי מתורת עיר והוי להו צבור עכ"ל ומדכתב וטפי ממאה משמע הא מאה דינו פפחות ממאה וא"כ לר' יאשיה דקאמר ועד מאה עד ועד בכלל ולפ"ז גם מה דקאמר ר' יונתן ועד רובו של שבט הוי עד ועד בכלל ולכן מה שכתב רש"י רובו של שבט הוא כר' יונתן דהלכה פמותו פמו שפסק גם הרמב"ם ומה שכתב רובו של שבט הוא בדיוק ולאפוקי יותר מרובו דנדונין פיהידים: שם ד"ה במלחמת לבד ממלחמת יהושע: ק"ק למה לא מחשב גם מלחמת עמלק מלחמת חובה.

והרמב"ם והברטנורא באמת נקטו גם מלחמת עמלק. והנה בסוטה (דף מ"ד) אמר רבא מלחמת יהושע לכפ"ש ד"ה חובה כו' הרי דלא נקט ג"כ רק מלחמת יהושע והרמב"ם גם שם נקט מלחמת עמלק בהדי.

אכן י"ל דנקט מלחמת יהושע נגד מלחמת בית דוד לרונחה דתרנייהו הוי לכפ"ש ולהרחיב גבול הארץ אבל הלשון לבד ממלחמת יהושע ודאי צ"ע. ואולי דעת רש"י דמלחמת עמלק אין צריך הסכמת ב"ד של ע"א פינון דהציוי מפורש בפסוק לכל עת אבל מלחמת

א"י לא הִיָּה בְּכָל עֵת דְּהָא כְּתִיב מְעַט מְעַט אֲגַרְשָׁנוּ מִלְּפָנֶיךָ וְהָיָה צָרִיךְ הַסְּפָמַת פִּי סִנְהֶדְרִין מְתִי יַעֲשׂוּ מִלְחָמָה: שָׁם דָּף ג' ע"א בְּתוֹס' ד"ה אֶלָּא מַעֲתָה אֵינּוּ מִתְיַשְׁבֵּי: לענ"ד יש לומר דְּהָכִי קָאָמַר אִם אַתָּה חוֹשֵׁשׁ לְנַעֲיִלַת דְּלֵת פְּשִׁמְצָרִיךְ מִןמַחֲזִים כָּל שָׁפֵן שְׂיֵשׁ לְחוּשׁ לְזָה פְּשִׁלָּא יִצְרָכוּ לְשַׁלֵּם בְּשִׁטְעוּ דְּלָזָה וְדָאִי הַמְּלִינָה חוֹשֵׁשׁ יוֹתֵר אֲבָל פְּפִירֵשׁ הַתּוֹס' לֹא רָצָה רִש"י לְפָרֵשׁ דְּקִשְׁיָא לִיָּה מַה שְׁהַקְשׂוּ הָא לֹא מְחַיֵּיב רַק פְּשִׁנְשָׂא וְנָתַן בְּיַד וְתִירוּצוּ הָיָה נִרְאָה לּוֹ דְּוַחַק דְּאִיךְ יִקְשָׁה לִר' אַבְוֵה מַהֲרָ מ"ד דְּמַחְזִיב בְּלֹא נָתַן בְּיַד דְּלָמָּא ר' אַבְוֵה לֹא ס"ל פְּנוּתִיהָ בִּינּוּ דְּפְלוּגְתָּא דְּאִמּוֹרָאִי הִיא: שָׁם ד"ה וּמְדַאֲוֵרִיָּתָא.

עִירוּב פְּרִשְׁיֹת קָאָמַר: לענ"ד הַנְּצָרָךְ רִש"י לְפָרֵשׁ דְּלִית לִיָּה עִירוּב פְּרִשְׁיֹת דָּאִם אִית לִיָּה עִירוּב פְּרִשְׁיֹת בְּעֵינּוּ מִןמַחֲזִים כְּדַמּוּכַח בְּסוּגִין וְא"כ אִף דְּגִלִּי קָרָא בְּצִדְקָא תְּשַׁפְּנוּ דְּבַחַד סְגִי אִפְתִּי יִצְטָרֵךְ לְהִיּוֹת חַד מִןמַחְזָה וְהָרִי מַה דְּקָאָמַר אִי אֲפִשֵׁר דְּלִיכָּא חַד דְּגַמִּיר מִשְׁמַע הַאֲשַׁקְהָ.

הָאָה שְׂאִינּוּ מִןמַחְזָה: שָׁם ע"ב בְּגַמְרָא אֶלָּא ה"ט דְּרַבִּי: בְּהַגְהוֹת ר"ע הַקְשָׁה ל"ל טַעְמָא דְּיִלְפִינּוּ לְמַעְלָה מִלְמַטָּה תִּיפּוּק לִיָּה דִּירְשִׁיעוֹן מִשְׁמַע שְׁנִים וְאִין ב"ד שְׁקוּל הָרִי ג' וְכִי פְּתִיב שׁוּב אֱלֹהִים הָיִי ד' וְאִין ב"ד שְׁקוּל הָיִי ה' וְהַיִּחַ בְּקוֹשְׁיָא.

וּלְעַנ"ד י"ל דְּבָאָמַת אִם הָיָה פְּתִיב יִרְשִׁיעוֹן לְמַעְלָה וְאֱלֹהִים לְמַטָּה הָיָה אֲפִשֵׁר לִיָּמַר כֵּן אֲבָל הַשְׁתָּא דְּכְתִיב אֱלֹהִים בְּרִישָׁא דְּמִשְׁמַע אֲחַד וְשׁוּב פְּתִיב יִרְשִׁיעוֹן לֹא הָיִי מְרַבִּינּוּ מִירְשִׁיעוֹן רַק שְׁנִים דְּהָיִי עִם אֱלֹהִים דְּרִישָׁא ג' וְלֹא הָיִי ב"ד שְׁקוּל וּמִמִּילָּא לֹא יִדְעֵנוּ רַק ג' וְלֹא ה' וְלָכוּן צָרִיךְ לִיָּמַר דְּטַעַם דְּרַבִּי דִּילְפִינּוּ לְמַעְלָה מִלְמַטָּה: שָׁם דָּף ד' ע"א בְּגַמְרָא לְאַחַר שְׂיִצְאָו יִצְאָ וּמַחְזִיר אַחְרֵיהּ: י"ל וְכִי לֹא יִדַּע ר' יְהוּדָה בְּן רוּעִץ מִתְחַלְלָה שְׂיֵשׁ אִם לְמַקְרָא וְלָמָּה לֹא הִשְׁיִב לָהֶם מִיָּד כֵּן וְשָׁהָה עַד אַחַר שְׂיִצְאָו.

וְיֵשׁ לִיָּמַר דְּהַתּוֹס' בְּזִבְחִים (דָּף ל"ח) הִעִירוּ לָמָּה לֹא הִשְׁיִב ר' יְהוּדָה בְּן רוּעִץ כְּדַאָּמְרִינּוּ שָׁם כְּנֻדְתָּה פְּתִיב. וּלְעַנ"ד י"ל דְּרַק הָתָם דְּפָרִיךְ שְׁנִדְרוּשׁ מְקָרָא וּמְסוּנְרַת שְׁיִיךְ לְמִילְרָף מְכַנְדְּתָה דְּלֹא אָמְרִינּוּ כֵּן שְׁתָּהָא טְמָאָה חֲצִי שְׁבַעִים שְׂאִין זֶה כְּנֻדְתָּה אֲבָל הִכָּא שְׁהַקְשׂוּ דְּלֹא נִדְרוּשׁ רַק הַמְּסוּנְרַת דְּתָהָא טְמָאָה שְׁבַעִים זֶה לֹא מְמוּנְעַט מְכַנְדְּתָה דִּישׁ לְפָרֵשׁ שְׁתָּהָא טְמָאָה שְׁבַעִים פְּעַמִּים כְּנֻדְתָּה דְּהִיָּינוּ שְׁבַעִים שְׁבֻעוֹת וְלָכוּן הַנְּצָרָךְ רִיב"ר לְהִשְׁיִב דִּילְפִינּוּ מִהִיקְשׁ דְּזָכַר וְחָשַׁב אוֹלִי יִשְׁאַלּוּ דְּאִפְתִּי נִדְרוּשׁ תְּרַנּוּיָהּ מְקָרָא וּמְסוּנְרַת כְּהַקְוִשְׁיָא בְּזִבְחִים וְאִזְ הָיָה מְשִׁיב מְכַנְדְּתָה אֲבָל כְּשִׁרְאָה שְׂיִצְאָו וְלֹא הִקְשׂוּ כֵּן אִזְ הַחְזִיר אוֹתָם וְאָמַר אִם קוֹשְׁיִתְכֶם שְׁנִדְרוּשׁ רַק מְמִסוּרָה לְזָה אִין צָרִיךְ דְּרִשָׁה דְּוַדָּאִי יֵשׁ אִם לְמַקְרָא יוֹתֵר מִלְמַסוּרָה: שָׁם בְּתוֹס' ד"ה וְרַבִּנּוּ נְפִשְׁתָּ פְּתִיב.

ל"ל תְּרִי קָרָאִי: לענ"ד אוֹלִי י"ל דר' יִשְׁמַעְאֵל בְּאָמַת ס"ל ג"כ כר"ע דְּמִשְׁנֵי מִתִּים מְטָמָא בְּאֵהָל רַק שִׁר"ע יְלִיף כֵּן מְדַס"ל יֵשׁ אִם לְמַקְרָא וּר' יִשְׁמַעְאֵל יְלִיף כֵּן מֵאִין מִיעוּט אַחַר מִיעוּט אֶלָּא לְרַבּוֹת דְּכִינּוּ דַס"ל יֵשׁ אִם לְמְסוּנְרַת א"כ נְפִשְׁתָּ מְמַעַט מִב' מִתִּים וְהַנּוֹגַע בְּמַת בְּנָפֵשׁ ג"כ מְמַעַט וְלָכוּן מְרַבִּינּוּ דְּמִשְׁנֵי מִתִּים ג"כ מְטָמָא וּמַה דְּאָמְרִינּוּ בְּחוּלִין (דָּף ע"ב) ר"ע לְטַעְמִיָּה כו' הִיָּינוּ דְּאִזְוִיל לְטַעְמִיָּה דִּילִיף דְּמִשְׁנֵי מִתִּים מְטָמָא מִיֵּשׁ אִם לְמַקְרָא וְלֹא צָרִיךְ לְזָה קָרָא דְּבַמַּת בְּנָפֵשׁ: שָׁם ע"ב בְּתוֹסְפַת ד"ה כְּדָרֵךְ.

דְּשִׁכְיָנָה תְּמִיד בְּבֵית הַמִּקְדָּשׁ: לַעֲנִיד אֵין זֶה קְוֹשֵׁי אַל פִּירֵשׁ רַשׁ"י דְּמַמָּה דְּאֶמְרִינוּ סוֹפָה (דָּף נ"ב) שְׁאָמַר הִלֵּל בְּשִׂמְחַת בֵּית הַשְּׂוֹאֵבָה אִם אַתָּה תְּבֵא אֶל בֵּיתִי וְכו' שְׁנֹאֲמַר בְּכָל מְקוֹם אֲשֶׁר אֲזַפִּיר שְׁמִי אָבֵא אֵלַיָּהּ וּבִרְכַתֶּיהָ מִשְׁמַעֲשֵׁהֶשְׁכִּינָה הִיָּה בָּא בְּעַת עֲלִיָּת הַשְּׂבָטִים בְּהַשְׁפָּעָה יוֹתֵר לְבֵית הַמִּקְדָּשׁ וְעַיִן מַה שְׁפִירֵשְׁתִּי שֵׁם בְּסִפְרֵי ע"ל: שֵׁם דָּף ה' ע"א בְּגִמְרָא וְכֵן אָמַר ר' חֲזִיָּא.

קָשָׁה דְקַחְשִׁיב רַב נַחְמָן קוֹדֵם ר' חֲזִיָּא דְקַשִּׁישׁ מִיְנֵיהּ טוֹבָא וְלִכְאוּרָה הִיָּה אֶפְשָׁר לוֹמַר דְּמָה דְאָמַר וְכֵן אָמַר ר' חֲזִיָּא הוּא מְדַבְּרֵי רַב נַחְמָן גּוֹפֵא שְׁהִבֵּיא רְאִיָּה מַר' חֲזִיָּא דְאָמַר ג"כ הִכִּי אָבֵל מְדַבְּרֵי הַתּוֹס' דְכָתְבוּ דְלֹא אֲדַבְּרֵי רַב נַחְמָן אֲלֵא אֲדַבְּרֵי ר' חֲזִיָּא קָאִי מִשְׁמַע דְּמִמְרוֹת חֲלוּקוֹת הֵם.

וְלָכֵן נִלְע"ד דְּהָדָּף ר' חֲזִיָּא דְהִכָּא אֵינּוּ ר' חֲזִיָּא הַגְּדוֹל תְּלַמִּיד רַבִּי אֲלֵא מְאֻמוֹרָאִים שְׁהִיּוּ בְיָמָיו אוֹ אַחַר רַב נַחְמָן וְאוּלַי הוּא ר' חֲזִיָּא בְּרַב אָבֵא. וּבְזֵה יִתְיַשְׁבׁ מַה שְׁהִקְשָׁה הַמְהַר"ם שִׁיף לָמָּה לֹא פָּשִׁיט מַה דְּמַבְעִי' לִיָּה אֲלֵיבָא דַר' חֲזִיָּא אֵי דְלֹא נִקְיֵט רְשׁוּתָא דִּינְי' דִּינָא אֵי לֹא מְדַבְּרֵי ר' חֲזִיָּא גּוֹפֵא דְאָמַר לְקַמֵּן לְרַבָּה בְּרַחֲמָא זִיל שְׁלִים דְּמַהֲכָא לְהַתֵּם לֹא מְהַנִּי רְשׁוּתָא אֲלֵמָּא דְדִינָא דִּינָא דְאֵי הַדָּר דִּינָא לָמָּה יִשְׁלַם אָבֵל לַפ"ז דְּזֵה ר' חֲזִיָּא אַחַר הַנִּי לַק"מ: שֵׁם ע"ב בְּגִמְרָא וְהָאֵמַר רַב י"ח חֲדָשִׁים: ק"ק דְלֵמָּא הִיָּה זֶה אַחַר שְׁנַסְמָה מְרַבִּי וְכִינּוּן דְלֹא נָתַן לוֹ רַבִּי רְשׁוּת לְהַתִּיר בְּכוֹרוֹת מְדָלָא בְּקִיָּאֵי בְּמוּמֵי הַלָּף אֲצֵל הַרוּעָה.

וּי"ל דְּמְדַקְאָמַר גְּדֻלְתִּי אֲצֵל הַרוּעָה וְלֹא אָמַר יִשְׁבְּתִי אוֹ שְׁהִיָּתִי מִשְׁמַע שְׁאֵז עֲדִינּוּ קְטוֹן הִיָּה שְׁעָלִיו שְׁיִיף לְשׁוֹן גִּדּוּל: שֵׁם וְטַעַם נְמִי בְּהָא: ק"ק לָמָּה צָרִיף לְזֵה וְכִי לֹא מִיְנֻשְׁב טְעוּתָם בְּמַה שְׁאָמַר הַתְּלַמִּיד וְעוֹד דְּזֵה סְתִירָה לְמַה דְקֵאָמַר דְלִכְפָּה תִקְנוּ דְצָרִיף לִיטוּל רְשׁוּת לְהוֹרוֹת לְמַעַן דְקִדְקַם בְּלִשׁוֹנוֹ מִשׁוּם מַעֲשֵׂה שְׁהִיָּה שְׁהִיָּה לֹא מִשׁוּם דְקִדּוּק הַלְשׁוֹן לְבַד טְעוּ.

וְיֵשׁ לוֹמַר דְּבְזֵה רְצָה הַגְּמֵרָא לְתַרְץ מַה שְׁהִקְשׁוּ הַתּוֹס' תִּימָה הִיאָף טְעוּ בֵּין בִּיְצִים לְבַצְעִים לְכֵן אָמַר שְׁטַעַם נְמִי בְּהָא. פְּרוּשׁ דְּבַאֲמַת אִם לֹא שְׁטַעַם נְמִי מִכַּח דְּבָרֵי הַמְשָׁנָה לֹא הִיּוּ טוֹעִים ע"י דְּבָרֵי הַתְּלַמִּיד אַעפ"י שְׁלֹא דִיִּיק בְּלִשׁוֹנוֹ כ"כ דְּמַהֲכִי תִיָּתִי לוֹמַר דְּמִי בְּצָעִים לֹא יְכַשִּׁירוּ אָבֵל אַחַר שְׁהַתְּלַמִּיד לֹא דִיִּיק לוֹמַר בְּבִירוֹר לְשׁוֹן בִּיְצִים סָבְרוּ דְּנִדְאֵי בְּצָעִים רְצָה לוֹמַר כִּינּוּן דְּמַצְאָנוּ גַם בְּמַשְׁנָה דְלֹא נַחֲשָׁבוּ כְּמִים אָבֵל לְתִירוּץ ר"ת קָשָׁה שְׁאֵם טְעוּ בֵּין בִּיְצִים לְבַצְעִים הִיאָף שְׁיִיף שְׁטַעַם נְמִי בְּהָא שְׁהִיָּה בְּמַתְנִיתוֹן מִי בְּצָעִים כְּתִיב וְמַה עֲנִין בִּיְצִים לְבַצְעִים: שֵׁם בְּרַשׁ"י ד"ה כְּנָגַד מַחְנָה יִשְׂרָאֵל.

אֵע"ג דְּהַמְחַנָּה ג' פְּרָסְאוֹת הָיוּ: א"ל הָרִי מִשָּׁה חֲנָה בְּמַחְנָה לוּיָהּ שְׁהִיָּה בְּאֲמַצַּע מַחְנָה יִשְׂרָאֵל וְא"כ מְכַל צַד לֹא הִיָּה רַק פְּרָסָה נַחֲצִי אֶל מִשָּׁה וְלָמָּה צָרִיף לוֹמַר רְבוּתָא דְּמִשָּׁה שְׁאֵנִי דִי"ל שְׁהִיָּה הַפְּסוּק וְהִיָּה כָּל מְבַקֵּשׁ ה' כְּתִיב כְּשֹׁנְטָה מִשָּׁה אֶהְלוּ הַרְחַק מִן הַמְחַנָּה.

אָבֵל אֶפְתִּי צ"ע שְׁהִיָּה הַרְחַק מִן הַמְחַנָּה לֹא הִיָּה רַק אֲלֵפִים אָמָה כַּמֶּש"כ רַשׁ"י בְּחֻמְשׁ שְׁהוּא שְׁיַעוֹר מִיֵּל וְא"כ כָּל מַחְנָה יִשְׂרָאֵל הִיָּה תוֹף ג' פְּרָסְאוֹת לְאוּהֵל מִשָּׁה חוּץ מְאֻשָּׁר חָנוּ בְּמִיל הָאֲחֵרוֹן וְהִיּוּ צָרִיכִים לְבֵא לְמִשָּׁה וְמַה קְוֹשֵׁי מִמִּשָּׁה וְאוּלַי דְּלַרְשׁ"י הַקּוֹשָׁה מְדַכְּתִיב וְהִיָּה כָּל מְבַקֵּשׁ ה' כָּל דִּיִּיקָא דְּמִשְׁמַע כָּל מְבַקֵּשׁ מְכַל יִשְׂרָאֵל וְגַם הַדָּרִים בְּמִיל הָאֲחֵרוֹן בְּכָלֵל: שֵׁם דָּף ו' ע"א בְּגִמְרָא דִּיִּינְתָּ לֵן דִּין תּוֹרָה: הַמְהַר"ם פְּרוּשׁ דְּאָמְרוּ לִיָּה

וכי דיינות לן ד"ת בלשון בתמיה דהיינו לאחר שפסקו דין אומרים להם כן ובאמת משמע כן מלשון דיינות לשון עבר דאם משמיה שדנו הו"ל למימר דונו לן דין תורה וכמ"ש התוס' לעיל ד"ה יפה אבל ק"ק דאחר גמר דין ודאי לא שואל כן רק מי שנתחייב בדין דמי שיצא זכאי לא ישאל כן וא"כ למה נקט לשון רבים דאמרו ליה דיינות לן ה"ל דאמר ליה דיינות לי והנה מדברי רש"י לעיל (נף ה' ע"א) ד"ה ואי לא נראה דמפרש דיינות לן ד"ת שקודם שפסקו אמרו כן.

אבל ברא"ש הביאו המהרש"ל נראה דמפרש פמהר"ם ע"ש. שוב ראיתי בירושלמי מפני דאיורי שאמרו לו כן קודם פסק דין וכפירש רש"י ויש נפקותא לדינא דאם לא אמרו לו קודם פסק דין אם צריף לשלם דעפ"י פירוש הרא"ש ומהר"ם צריף לשלם דאומרים לו פנוניתנו הנה כן שתדון לנו דין תורה אף שלא אמרנו לה בפירוש כן.

אבל לפירוש רש"י וכפי הנראה מירושלמי לא צריף לשלם רק בשאמרו ליה קודם פס"ד: שם אמר לו רב ספרא לרבי אבא. ק"ק היאף שיף קושא.

לכאן שהוא על מתניתן דבכורות. בסוגיא דשם הו"ל לסדר קושא זו.

וי"ל כיון דרבי אבא הקשה לר' אבהו ממתניתן זו ותירץ לו דאיירי בקבלו עלוניה ואעפ"כ חייב לשלם דאמרו ליה דיינות לן דין תורה ומשמע דרבי אבא קבל תירוץ זה מדלא השיב וע"ז הקשה לו רב ספרא תירוץ זה מי ניתא דאי טעו בדבר משנה הרי חוזר ולא צריכים לומר שלא דן דין תורה ואי טעה בשיקול הדעת היאף יכולים לומר לו שלא דן דין תורה כיון דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר הרי יכול להשיב שדן דין תורה וזהו פונות רב ספרא שהקשה כאן לרב אבא אבל באמת צ"ל דאעפ"כ יכול לומר לו שע"מ כן לא קבלוהו שידון נגד סוגיא דעלמא: שם בתוס' ד"ה בצוע.

עד דאמרו בי תלתא: לא ידעתי מאין פשיטא להו להתוס' דפשרה דמי לאמרי בי תלתא ולא לדכשימי בי תלתא: שם ע"ב בגמרא שנאמר פוטר מים: ק"ק שהרי זה יש לדרוש מסיפא דקרא דלפני התגלע לחוד או מפוטר מים לחוד ותתמי ל"ל וכבר העיר גם המהרש"א ע"ז.

ולענ"ד י"ל דלכף נקט ר"ש כן מנסיא תתמי עד שלא תשמע דבריהם או משתשמע דבריהם כו' והנה די לומר עד שאי אינו יודע להיכן הדין נוטה כו'. אבל י"ל דרצה לפרש בזה הפסוק פוטר מים וגו' דרצה לומר דמן המוכח הוא בראשית מדון דהיינו מיד כשבאו לדין תהיה פוטר מים ע"י פשרה ואם לא עשית כן ועכ"פ יהיה זה לפני התגלע הריב קודם שתדע להיכן הדין נוטה וגם אידך דרשה דר"י כן לקיש דדרש על הדין שיכול לומר איני נזקק לכם ג"כ דרש מפוטר מים ראשית מדון דהיינו בתחלה קודם שהתחיל הריב מיד כשבאו לדין תוכל להיות פוטר מים שתפטור עצמה מן הדין ואם לא עשית כן יהיה עכ"פ לפני התגלע הריב דהיינו קודם שתדע להיכן הדין נוטה דאם לא תוכל לומר כן דכתיב לא תגורו מפני איש ולכן נקט גם הך תנא תתמי עד שלא תשמע דבריהם או משתשמע דבריהם ואי אתה יודע כו' ובזה מתורץ מה שהקשה בתורת חיים היאף משמע מלא תגורו דוקא קודם שתדע להיכן הדין נוטה דזה לא מלא תגורו ליהף אלא מקרא דפוטר מים: שם זכות לעני וחובה לעשיר: ודאי גם ברואה חובה לעני וזכות

לְעֹשִׂיר לֹא יִשְׁתַּחֲוֶה וְהָא דְנִקְט זְכוּת לְעֵנִי מְשׁוּם דְרַצָּה לְדַרְוֵשׁ קָרָא דְלֹא תִגְוֵרוּ דַע"כ לֹא כְתִיב אֲלֵא בְהָא דְרוּאָה חוּב לְעֹשִׂיר שְׁלֵא יִתִירָא מִפְּנֵי הָעֹשִׂיר אֲבָל בְּרוּאָה חוּב לְעֵנִי לֹא צָרִיךְ הַפְּתוּב לְהַזְהִיר דְמִפְּנֵי הָעֵנִי בְּלֹא הָכִי לֹא יִתִירָא: שָׁם בְּתוֹסַפֵּת ד"ה נִגְמַר: לַעֲנִי ד' י"ל עפ"י מַה שְׁפָתְבוּ הַתּוֹס' ב"ק (דף ס"ט) ד"ה חֲזִיב דְבִאֲמִירָה אִישׁ פְּלוּנִי אֶתְהָ חֲזִיב עֲדִינִן אִינוּ חֲזִיב לְשֵׁלֵם עַד שְׂיֵאמְרוּ לוֹ ב"ד צֵא וְתַן לוֹ וְלִכְּנֵן אֶפְתִּי שְׁיִיךְ פְּשָׁרָה דְמִתִּירָא הַזּוֹכָה שְׁמֵאלָא יֵאמְרוּ לוֹ הַב"ד תַּן לוֹ: שָׁם דף ו' ע"ב בְּגִמְרָא אִם בְּרוּר לֵךְ הַדְּבָר פְּאַחוּתָהּ: מַה דְנִקְט פְּאַחוּתָהּ דְנִקְטָא גַם לְבָאָר עפ"י מַה דְאֲמַרִינֵן בְּמִפּוֹת (דף ה' ע"ב) אִין לִי אֲלֵא אַחוּתוֹ בַּת אָבִיו שְׁלֵא בַת אָמוּ וְכו' עַד שְׁלֵא יֵאמֵר יֵשׁ לִי מִן הַדִּין כּו' הָא לְמַדְתָּ שְׂאִין מְזַהֲרִין מִן הַדִּין ע"ש וְהַטַּעַם שְׂאִין מְזַהֲרִין נֵאִין עוֹנְשִׁין מִן הַדִּין כְּתִב הַר"ש בְּסִפּוּר כְּרִיתוֹת דְלֵמָּא טָעָה בְּשִׁכְלוֹ וְהַק"ו אִית לֵיהּ פִּירְכָּא הָרִי שְׁגִילָה הַפְּתוּב ע"י שְׁפָתְבוּ אַחוּתָהּ יִתִירָה לְבַת אָבִיו וּבַת אָמוּ שְׁלֵא נִסְמָךְ עַל שְׁפָלְנֵנוּ וְזִהוּ שְׁאֲמַר אִם בְּרוּר לֵךְ הַדְּבָר פְּאַחוּתָהּ שְׁנִסְמָךְ עַל הַפְּסוּק וְלֹא עַל הַשְּׁכָל אֲמַרְהוּ וְאִם לֹא אַל תֵּאמְרֵהוּ וְלֹא תִסְמָךְ עַל שְׁכָלָהּ: שָׁם קוֹלָר תְּלוּי בְּצִנּוּר בְּנִלְוֵן פְּשִׁיטָא: ק"ל דְאֲדַרְבֵּה יִקְשָׁה מַה יַעֲשֶׂה הַמִּיעוּט שְׁדָן כְּרֵאוּי אִם הָרוּב לֹא דָנוּ כֵּן וְיֵצֵא הַפְּסָק אַחַר הָרוּב.

וי"ל דְזִהוּ פְּשִׁיטָא דְבַנָּה אִין קוֹלָר תְּלוּי בְּצִנּוּרָם דְמַה לְהֵם לַעֲשׂוֹת וַע"כ אִיירִי שְׁפָלוּם הַסְּפִימוּ בְּהַטָּיָה וְלִכּוּ פְּרִיךְ פְּשִׁיטָא דְהִי מִינֵיהּ מִפְּקֵת: שָׁם פְּאֵלוּ נוֹטַע אֲשֶׁרָה בְּיִשְׂרָאֵל: הַדְּמִיוֹן הַזֶּה דְאִיסוּר גְּטִיעַת אֲשֶׁרָה הוּא אֲפִילוּ קוֹדֵם שְׁעַבְדָּה כְּמוֹ שְׁפִירֵשׁ רַש"י בַּחֲנוּמֵשׁ ע"פ לֹא תִטַּע לֵךְ עפ"י הַסְּפָרִי וְכֵן הַמַּעֲמִיד דִּינֵן עַל הַצִּיבוּר אֲפִילוּ אִם עֲדִינִן לֹא דָן שְׁלֵא כְּרֵאוּי מ"מ הָנִי הַחֲטָא מְשַׁעַת מִינּוּי: שָׁם בְּשִׁבְתָּא דְרִיגְלָא: רַש"י פִּירֵשׁ שְׁבַת שְׁשׂוּאֲלִין בּוּ בְּהַלְכוֹת הַרְגֵל וְהֵינּוּ שְׁלֵשִׁים יוֹם קוֹדֵם הַרְגֵל עכ"ל וַע"ע בְּסוּפָה (דף כ"ו ע"א) מוֹכַח דְשִׁבְתָּא דְרִיגְלָא נִקְרָא הַשְּׁבַת שְׁבַתוֹף הַרְגֵל דְמִיִּתָּא הַתָּם עַל מַה דְגָנוּ חוּץ לְסוּפָה: שָׁם דף ח' ע"א בְּתוֹסַפֵּת ד"ה פְּסִילָנָא.

צָנָא דְפִירָא: מַה דְפְּשִׁיטָא לְהַתּוֹס' כֵּן הוּא מִמַּה דְאֲמַרִינֵן מִכּוֹת (דף כ"ד ע"א) וְשׁוֹחַד עַל נְקִי לֹא לְקַח כְּגוֹן ר' יִשְׁמַעֲלֵאל בְּר' יוֹסִי וְכֵן פִּירֵשׁ הַרִיב"ן שָׁם אֲפִילוּ שׁוֹחַד שְׁהִיָּה רַשְׁאִי לְקַח: שָׁם ד"ה מִפְּקֵנָא.

אִינוּ מְגוֹדָה לְרַב: לֹא הַבְּנֵתִי מֵאִי קִשְׂיָא לְהוּ דְהָא לְפִי הַמְּבֹאָר בַּמ"ק שָׁם דְנִקְטָא לְרַב אִינוּ מְגוֹדָה אֲבָל לַכ"ע מְגוֹדָה וְא"כ אֲפִילוּ אִינוּ מְגוֹדָה לְרַב מ"מ יַעֲנֵשׁ בְּמַה שְׁמְגוֹדָה לַכ"ע וְא"ל שְׂאֵז הִיָּה בּוֹטַח שְׂרַב יִתִיר לוֹ לוֹ הַנִּזְדוּי דו"א דַּא"כ אֲפִילוּ מְגוֹדָה לְרַב וְאֲפִילוּ גְדוּל אַחַר שְׂאִינוּ רַבּוּ ג"כ יְכוּל לְהַתִיר הַנִּזְדוּי וְעוֹד דְעַל זֶה לֹא שְׁיִיךְ תִּירוּץ הַתּוֹס' דְאֲפִילוּ מְגוֹדָה מִתְלַמִיד לְשֵׁם שְׁמִים ג"כ יְכוּל הָרַב לְהַתִיר: שָׁם ד"ה מוֹצִיא.

דְמוּכַחִי מִלְתָּא דְאֶסְהֵדִי שְׁיִקְרָא מְהֵדֵר הַבְּעַל: כֵּן פְּתִיבוּ הַתּוֹס' גַּם לְקַמֵן ד"ה וְהִבִיא. דָּאִם הִבִיא הַבְּעַל עֲדִים וְהוֹזְמוּ לֹא מְקַבְּלִין עוֹד עֲדִים כִּינֵן שְׂרֵאוּנוּ שְׁמַהֲדֵר אֶסְהֵדִי שְׁיִקְרָא וְכֵן כְּתִב גַּם רַש"י לְקַמֵן ד"ה וּבְמִקּוּם ע"ש.

וְלַעֲנִי ד' צ"ע מַמַּה דְאֲמַרִינֵן בְּמִכּוֹת (דף ה' ע"ב) הִיא אֶתְתָּא וְכו' כָּל יִשְׂרָאֵל מִי הַחֲזוֹקוּ ע"ש הָרִי דְלַר' יוֹחֲנָן דְהַלְכָה כְּנוֹתִיָּה לְגַבִּי ר"ל ס"ל דְמְקַבְּלִין עֲדוּת אַחַר הַזְּמָה וְלֹא זוּ בְּלִבְד אֲלֵא דְמִשְׁמַע הַתָּם דְגַם לַר"ל רַק אַחַר שְׁהִבִיאָה הָאֲשֶׁה ב' פְּתוֹת וְהוֹזְמוּ לֹא רַצָּה לְקַבֵּל כַּת שְׁלִישִׁי דַס"ל דְבַתְרֵי זְמַנֵּי הָנִי חֲזָקָה אֲבָל אַחַר שְׁהוֹזְמוּ כַּת אַחַת גַּם לַר"ל

מקבלין שְׁנֵיה שְׁהָרֵי שְׁם קִיבֵל ר"ל פת שְׁנֵיה וא"כ לָמָּה לֹא שְׁיִיף פָּאן לעז אחר הַנְּמָה: שְׁם דָּף ט' ע"ב בְּתוֹס' ד"ה לְרִצוֹנוֹ לֹא דָנוּ וְלֹא מְעִידוֹ: הִנֵּה לְפִי תִירוּץ אִי נָמִי הֵתָם כְּשֶׁר, וכו' ס"ל הַתּוֹסְפוֹת דְּחֲשׂוֹד עַל הָעֲרִיזוֹת הוּא יוֹתֵר לְתִיאָבוֹן מֵאֲכָל גְּבִילוֹת וְכִשֶׁר מִטַּעַם אֲנוֹס אָבֵל נִרְבַּע לְרִצוֹנוֹ דוֹמָה לְאֲכָל לְתִיאָבוֹן וְלְתִירוּץ אִי נָמִי ה"נ יִצְרוּ תִקְפוֹ וכו' גַּם נִרְבַּע לְרִצוֹנוֹ הוּא אֲנוֹס יוֹתֵר מֵאֲכָל גְּבִילוֹת לְתִיאָבוֹן וְאֵפ"כ אִינוּ נֶאֱמָן עַל רְבִיעָה מִטַּעַם חֲשׂוֹד עַל הַדָּבָר וּא"כ כִּש"כ בְּאֲכָל גְּבִילוֹת לְתִיאָבוֹן מְקַרֵי חֲשׂוֹד וְאִינוּ נֶאֱמָן לְהַעֲיֵד עַל אוֹתוֹ דְּבָר שְׁחֲשׂוֹד עָלָיו וְלָכֵן ק"ל עַל מַה שֶּׁפִּסַּק הַרְמ"א ב"ד (סִימָן קי"ט ס' ב') דְּעוֹבֵר עֲבִירָה לְתִיאָבוֹן לֹא מְקַרֵי חֲשׂוֹד ע"ש שְׁכַתָּב בְּשֵׁם הַרְשֵׁב"א וְהַט"ז הַקִּשָּׁה עָלָיו שְׁאִין רְאִיָּה מִהַרְשֵׁב"א.

ולענ"ד בְּיוֹתֵר קִשָּׁה מִהַתּוֹס' דְּהִקָּא דְּמוֹכַח דְּעוֹבֵר עֲבִירָה לְתִיאָבוֹן מְקַרֵי חֲשׂוֹד לְאוֹתוֹ דְּבָר. וְהִנֵּה לְכַאוּרָה מוֹכַח מִהַתּוֹס' שְׁמִי שְׁאַנְסוֹ נְכָרִי לְאֲכָל גְּבִילוֹת נִקְרָא חֲשׂוֹד וְלֹא נֶאֱמָן עוֹד עַל אוֹתוֹ דְּבָר שְׁאֲכָל בְּאֲנוֹס.

אֲכָן יֵשׁ לְחִלְקֵי שְׁאָף שִׁס"ל שְׁיִצְרוּ תוֹקְפוֹ מְקַרֵי אֲנוֹס מ"מ לֹא מְקַרֵי כ"כ פְּאֲנוֹס גְּמוֹר שְׁהָרֵי בָּא עַל הָעֲרָנָה וְנִרְבַּע בְּרִצוֹן חֲזִיב מִיָּתָה וְאֵם נֶאֱנָס לְזָה פְּטוֹר אֲלֵא וְדֹאִי שְׁהַתּוֹס' לֹא דָמוּ אוֹתוֹן לְאֲנוֹס רַק נִגְדֵי אוֹכֵל גְּבִילוֹת לְתִיאָבוֹן שְׁאִין זֶה אֲנוֹס כ"כ וְלָכֵן שְׁפִיר יֵשׁ לוֹמֵר דְּאֲנוֹס מִמֶּשׁ לֹא מְקַרֵי חֲשׂוֹד לְאוֹתוֹ דְּבָר אָבֵל וְדֹאִי מוֹכַח מִדְּבִירָהֶם דְּעוֹבֵר בְּמִזִּיד לְתִיאָבוֹן מְקַרֵי חֲשׂוֹד לְאוֹתוֹ דְּבָר וְלָכֵן פִּסַּק רַמ"א צ"ע: שְׁם דָּף י' ע"א בְּגִמְרָא פְּלוֹנִי בָּא עַל נְעֵרָה הַמְּאֹרְסָה: נִקְטַת נְעֵרָה הַמְּאֹרְסָה וְלֹא עַל אִשָּׁת אִישׁ דֹּא"כ לֹא הָוִי שְׁיִיף בְּסִיפָא בְּהַעֲיֵדוֹ עַל בְּתוֹ שֶׁל פְּלוֹנִי דְּמִשְׁלֵמִין מְמוֹן דְּכִינּוֹן דְּנִשְׁוֹאָה כְּתוֹנְבָתָה שְׁלָה הָוִי מִיָּתָה וּמְמוֹן בְּשִׁבְלָה דְּלֹא מְחִיבֵי אָבֵל כְּשֶׁהִיא נְעֵרָה הַמְּאֹרְסָה כְּתוֹנְבָתָה שֶׁל אָבִיהָ כְּמוֹ שְׁכַתָּב רש"י וְאֵע"ג דָּאֵם נִגְמַר דִּין בּוֹעֵל תְּחִלָּה וְהוֹזְמוּ הָעֲדִים חֲזִיבִים מִיָּתָה בְּשִׁבְלוֹ וְלֹא בְּשִׁבְלָה מְכָל מְקוֹם פִּינּוֹן שְׁנִגְמַר גַּם דִּינָה אַח"כ עַל עֲדוּתָם מְקַרֵי מִיָּתָה וְתִשְׁלוּמִין בְּשִׁבְלָה וְלָכֵן נִקְטַת נְעֵרָה הַמְּאֹרְסָה.

אָבֵל יֵשׁ לְהַסְתַּפֵּק אִם הַעֲיֵדוֹ פְּלוֹנִי בָּא עַל אִשָּׁת אִישׁ פְּלוֹנִית וְהִיא בְּתַתּוֹ כְּהוֹן וְהוֹזְמוּ דְּאֲמַרִּינּוּן לְקַמּוֹן (דָּף צ') שְׁחֲזִיבִים מִיָּתָה הַבּוֹעֵל חֲנֹק וְלֹא מִיָּתָה שְׁרַפָּה אִם נִימָא גַּם בְּזָה דְּהוֹי מִיָּתָה וּמְמוֹן לְחַד וְלֹא מְשֻׁלְמִין אוֹ נִימָא פִּינּוֹן דְּהִקָּא חֲזִיבִים מִיָּתָה רַק בְּשִׁבְלֵי הַבּוֹעֵל וְלֹא בְּשִׁבְלָה הָוִי גַּם בְּאִשָּׁת אִישׁ מִיָּתָה לְזָה וּמְמוֹן לְזָה וּלְפ"ז לֹא הָוִי לְרַבָּא לְמִינְקִט דִּינוֹ בְּנְעֵרָה הַמְּאֹרְסָה דְּלֹא שְׁיִיף רַק לְמ"ד אַרוּסָה יֵשׁ לָהּ כְּתוֹנְבָה אֲלֵא בְּבַת כְּהוֹן דְּשְׁיִיף לְכ"ע וְלְכַאוּרָה יְהִיָּה קִצָּת רְאִיָּה מְזָה דְּגַם בְּכַה"ג מְקַרֵי מְמוֹן לְזָה וּמִיָּתָה לְזָה וְצ"ע: שְׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה וְכָל לָאו.

וְאִי לָאו וְהָיָה אִם בֵּין: הַקִּשָּׁה בְּחִידוּשֵׁי ר' עֲקִיבָא אֵיגֵר דְּמְכָל מְקוֹם גַּם אִם לֹא כְּתִיב וְהַצְדִּיקוֹ וְהַרְשִׁיעוֹ מְכָל מְקוֹם מְנוּהָה אִם בֵּין הַכּוֹת יִלְפִינּוּ בֵּין מִבּוֹן דְּמִיָּרִי בְּמִלְקוֹת וְיִלְפִינּוּ מוֹצִיא שְׁם רַע מִן וְיִסְרוּ דְּהוֹי בְּמִלְקוֹת וְיִדְעִינּוּ דְּלָאוּ שְׁאִין בּוֹ מַעֲשֵׂה לּוֹקִין עָלָיו וְשְׁפִיר יִלְפִינּוּ מְמוֹצִיא ש"ר דְּלוֹקִין עַל טַעֲנָה וְהִנֵּיחַ בְּצ"ע וְלֹא הַבְּנֵתִי דְּהָרֵי בְּמִכּוֹת (דָּף ד') מְסַקִּינּוּ דְּמִן מִש"ר לְחוֹד לִיכָּא לְמִלְפָּי דִּישׁ לְפָרוּךְ שְׁכֹן לּוֹקָה וּמְשַׁלֵּם וְעַל זֶה הַשִּׁיב עֲדִים זוֹמְמִין יוֹכִיחַ וְאִי לָאו הָוִי כְּתִיב וְהַצְדִּיקוֹ וְהַרְשִׁיעוֹ דְּמִיָּנָה יִלְפִינּוּ דְּאֵינְרִי קְרָא בְּעֲדִים זוֹמְמִים הָוִי אֲמִינָא דְּאֵינְרִי בְּמוֹצִיא שְׁם רַע וְאִשְׁמַעִינּוּ קְרָא אֵיף וְכַמָּה מְלַקִּין אוֹתוֹ וְאִכְתִּי

לא הוי ידענין דגם עדים זוממין לוקין על לאו שאין בו מעשה: שם ע"ב בגמרא בין בזמנו בין שלא בזמנו אין מקדשין אותו שנאמר וקדשתם כו': וכתב הר"ן דמהא דהתמישים דריש פן וצ"ע דבר"ה (דף ח' ע"ב) משמע דמעיקר קרא קא דריש ע"ש: שם ברש"י ד"ה שלשה.

ועיבור שנה מטכסיסי מלכות שמים: לענ"ד י"ל דסמכו במנין המעברים על מספר רואי פני המלה פיון דניסן ר"ה למלכים פדאמרין ריש ר"ה לכן עיבור שנה הוא דבר שנוגע למלכות דאם אין מעברין אז החודש שאחר אדר הוא למלה שנה אחרת אבל אם מעברין הוא לו שנה זו שעומד בה.

שם בתוספת ד"ה חישוב. משמע דחד תנא תני תרנוניהו: לענ"ד י"ל דממה דקתני במתניתין עיבור החודש בשלשה ובברייתא קתני קידוש החודש ועיבור השנה בשלשה דברי ר"מ משמע דר"מ לא תניש למיתני עיבור החודש אידי עיבור השנה וא"כ מה דקאמר אידי דקבעי למיתני עיבור שנה כו' לא על ר"מ קאי אלא על ת"ק דמתניתין או על רבי שסידר המשנה דנקט לשון עיבור החודש אידי דבעי למיתני אחר זה עיבור שנה ומה דכתיב במתניתין דברי ר"מ לא קאי רק על עיבור שנה דר"מ לא ס"ל כר"א אלא ס"ל דמקדשין החודש: שם דף י"א ע"א בגמרא אני הוא שעליתי שלא ברשות: הקשה המהרש"א בח"א א"י א"מ שמואל הקטן פן נרצה לירד הלא עי"ז מנה העולה באמת שלא ברשות עם השבעה ויתעבר השנה שלא במזמנים ולענ"ד י"ל דשמואל הקטן ידע שאם יאמר פן גם העולה באמת שלא ברשות אלא ללמוד הלכה ג"כ יאמר אני עליתי שלא ברשות שלא לבייש שמואל הקטן או שפולקם יאמרו פן וכמעשה של ר"מ לקמן ועי"ז יבטל הזימון של אותו יום.

שוב ראיתי בירושלמי שכתוב פן ואפילו פן לא עברוה בהאי יומא ואפליגיהו במילי דאורייתא ועברוה ביומא דבתרא עכ"ל ולא מפרש למה לא עברוה ומסתמא הנה מטעם זה מפני שלא ידעו מי גזמן או י"ל דר"ג בעצמו לא רצה לעבר כי לא האמין לשמואל הקטן שלא הנה מן המזמנים וא"כ יש פאן שאינו מזמן ומה שלא שאל לשלוחו שזימן את הז' את מי זמן הנה שלא לבייש את מי שעלה שלא ברשות ולא ירד פשאל מי הוא שעלה שלא ברשות שאם ענה מיד כמו שענה שמואל הקטן ללמוד תורה באתי אין זה ביוש אבל פשאל ענה פן ולא ירד נרצה להחזיק פאלו הוא מן המזמנים הנה נתפס על דבר שקר ולא רצה ר"ג לביישו ולכן ביטל העיבור באותו יום והזמין ז' ליום אחר.

וביותר י"ל פן לפי דעת הי"מ שהביא הר"ן שר"ג בעצמו זימנם וידע מי שעלה שלא ברשות ורק שלא לביישו אמר פן שיירד מעצמו ע"ש ולכן פיון שלא ירד בעל פרוח הנה צריף לבטל עיבור של אותו יום ומתנרץ גושית המהרש"א: שם אתה הוא שצערת את אבא.

המהרש"א הקשה היאך חשדו ר"ש בכף מאחר שיצאו פולקם. ולענ"ד י"ל דלעולם סבר דר"ח הנה באמת מדיצא תחלה ומה שיצאו האחרים סבר שעשו פן מפני פבודו של ר"ח שלא יחשדוהו שהוא הנה ממה שיצא לבדו: שם ור"ח היכי גמיר לה מר"מ.

עיינו בַּמְהַרְש"ל וּמְהַרְש"א וּלְעַנ"ד י"ל דְּלִכְאוּרָה יֵשׁ סְבָרָא שְׁלֵא לְהַעִיר חֲשַׁד אַחֲרֵיהֶם שְׂיִכְשׁוּל אוֹתָם לְהִיּוֹת חוֹשֵׁד בְּכַשְׂרִים וּלְזַה קְאָמַר דַּר"ח עֲשֵׂה פֶן דְּגַמַר מַר"מ דַּאֲע"ג דְּהִיָּה יָכוֹל לְבַרַר מִי הוּא שְׁרִיחוּ נוֹדָף ע"י שְׁרִיחוּ בְּפִיו עכ"ל יֵצֵא שְׁהִיָּה מְנוֹבְטַח שְׁעִי"ז יֵצֵאוּ גַם הַבְּלִתִּי נְחֻשְׁדִּים וְלֹא יִבְנִישׁ אָדָם שְׁהָרִי ר"מ ג"כ לֹא הִיָּה בְּכֻלָּל הַחֲשַׁד שְׁהָרִי אֲמָרָה אֶחָד מִכֶּם קוֹדֶשְׁנִי בְּבִיָּאָה וְלֹא אֲמָרָה אֶתָּה וְאֵעִפ"כ הַכְּנִיס ר"מ עֲצָמוּ בְּחֲשַׁד ע"י שְׂכַתְב גִּט אֶכֶן גַּם מַר"מ לֹא הִיָּה בְּרוּר כ"כ שְׁלֵא נְחֻשֵׁד פִּינּוּ דַּעֲכ"פ אֲמָרָה אֶחָד מִכֶּם אֲבָל לְמַד מִשְׁמוּאֵל הַקָּטָן שְׁזָה נִדְּאִי לֹא הִיָּה בְּכֻלָּל חֲשַׁד לַר"ג לֹא בְּלִבְד לְפִירֵשׁ הִי"מ שַׁר"ג עֲצָמוּ זִמְנָם הָרִי יָדַע שְׁזִימָן לְשְׁמוּאֵל הַקָּטָן וְאַפִּילוּ לְפִירוּשׁ הָר"ן שְׁהַשְׁלִיחַ זִמְנָם הָרִי יָדַע שְׁיֵישׁ לְהַתְּבַרַר ע"י שְׁלִיחַ וְאֵעִפ"כ יָרַד וְגַם מִשְׁמוּאֵל הַקָּטָן אֵין רְאִיָּה כ"כ דַּעֲכ"פ הִיָּה נְחֻשֵׁד לְשָׂאָר הַמְּזוּמָנִים אֲבָל בִּיּוֹתֵר רְאִיָּה מִיְהוֹשֻׁעַ שְׁוֹדָאִי בְּא לִידֵי בְּרוּר ע"י גּוֹרֵל אֵעִפ"כ לֹא רְצָה הַקַּב"ה לְגַלּוֹת: שֵׁם שְׁמַעוֹן וְיִשְׁמַעְאֵל לְחַרְבָּא: מְזָה מוֹכַח דַּר"ג דְּלַעֲיֵל שְׁהִיָּה הַמַּעֲשֵׂה דְשְׁמוּאֵל הַקָּטָן בְּיָמָיו אֵין זֶה ר"ג דְּיִבְנָה כְּמוֹ בְּמַעֲשֵׂים דַּר"ג שְׂמַבִּיא לְקַמּוּן כַּמ"ש הָר"ן אֲלֵא ר"ג זֶה הִיָּה ר"ג הַזְּקֵן שְׁהָרִי שְׁמוּאֵל הַקָּטָן שְׁהִיָּה בְּיָמָיו נִיבָא בְּשַׁעַת מִיתָתוֹ עַל רִשְׁב"ג שְׁיִהְרַג וְזֶה הִיָּה אָבִיו שֶׁל ר"ג דְּיִבְנָה וְהִיָּה נְשִׂיא לְפָנָיו וְאִיָּה אֲפֻשָׁר שַׁר"ג בְּנוֹ עֵיבַר הַשְּׁנָה בְּיָמָיו וְהוּא הִיָּה הַנְּשִׂיא אַע"כ ר"ג זֶה הוּא ר"ג הַזְּקֵן אָבִיו שֶׁל רִשְׁב"ג הַנְּהָרַג וּמְזָה רְאִיָּה לְמָה שְׁפִירֵשׁ הַרִשְׁב"ג נְדָה (דָּף ו' ע"ב) בְּמַעֲשֵׂה בְּשַׁפְּחָתוֹ שֶׁל ר"ג שְׁהוּא ר"ג הַזְּקֵן וְהַתּוֹס' הַשִּׁיגוּ עָלָיו שְׁהִיָּכָא שְׁוֹזְכַר סְתָם ר"ג הוּא ר"ג דְּיִבְנָה וְהָרִי הִכָּא מוֹכַח דְּגַם סְתָם ר"ג לְפַעְמֵים הוּא ר"ג הַזְּקֵן: שֵׁם כְּמָה עֵיבּוֹר הַשְּׁנָה ל' יוֹם רִשְׁב"ג אֲמַר חוֹדֶשׁ לְכְאוּרָה יֵשׁ לְדַקְדַּק דְּעִיקַר פְּלוּגְתָּא חֲסַר מִן הַסְּפָר דַּה"ל לֹאמַר כ"ט יוֹם דְּהָא גַם לַת"ק הָנִי חֲדָשׁ.

וְמָה גַם שְׁהַקְשׁוּ הַתּוֹס' דְּחֲדָשׁ מִשְׁמַע ל' יוֹם. וְעוֹד י"ל הָא אֲמַרִּינּוּ בַר"ה (דָּף י"ט) אֲדַר הַסְּמוּף לְנִיסָן לְעוֹלָם חֲסַר.

וְדוֹחַק לֹאמַר דַּהַת"ק יִפְלוֹג עַל זֶה. וְנ"ל דְּחֲדָא מְתוּרָץ בְּחֻבְרָו דְּוֹדָאִי גַם ת"ק סְבַר דָּאֵין עוֹשִׂין אֶת חֲדָשׁ עֵבּוֹר רַק כ"ט יוֹם פִּינּוּ דְהוּא סְמוּף לְנִיסָן.

וּמ"מ סְבַר דְּמַעְבְּרִין ל' יוֹם דְּמִשׁוּם דְּמוֹסִיפִין גַּם אֲאָדַר רַאשׁוֹן עוֹד יוֹם א' דָּאִי אֵין מַעְבְּרִין הָנִי אֲדַר רַאשׁוֹן סְמוּף לְנִיסָן וְלֹא יִהְיָה רַק כ"ט יוֹם וְהַשְּׁתָּא ה"ל ל' יוֹם. אֲבָל הַשְּׁתָּא עַכ"פ חֲדָשׁ הָעֵבּוֹר אֵינּוּ רַק כ"ט יוֹם.

וְאַפ"ה פְּלִיג רִשְׁב"ג וְסְבַר דָּאֵין מַעְבְּרִין אֲלֵא חֲדָשׁ דְּהֵינּוּ חֲדָשׁ אֲדַר שְׁנִי וְלֹא ג"כ עוֹד יוֹם א' בְּתוּף אֲדַר רַאשׁוֹן וְכִינּוּ דְאֲדַר הַסְּמוּף לְנִיסָן לְעוֹלָם חֲסַר מִמִּילָא הָנִי חֲדָשׁ זֶה רַק כ"ט יוֹם. אֲבָל לֹא שְׁיִהְיָה בְּמַשְׁמַעוֹת חֲדָשׁ כ"ט יוֹם דְּוִקָּא דְזָה לֹא רְצָה רִשְׁב"ג לְמִימַר.

וּמְתוּרָץ קוֹשְׁיַת הַתּוֹס' גַּם שְׂאָר קוֹשְׁיַת הַנְּ"ל: שֵׁם ע"ב בְּגַמְרָא דְזִמְן בִּיעוּרָא מְטָא: הַמְהַרְש"א ח"א הַקְשָׁה וְכִי לֹא יָדַע ר"ג וּז' לְשְׁמִיטָה הִיָּה וְתִירָץ בְּדוֹחַק. וְלֹא הַבְּנָתִי מְאִי הַקוֹשְׁיָא הָרִי הֵינּוּ הָךְ דְּתַנּוּ (בַּפ' בְּתָרָא) דַּמ"ש בְּתַחֲלָה הָיוּ שׁוֹלְחִין אֲצֵל בַּעַה"ב וְכו' כְּמוֹ שְׁהִבִּיאוּ הַתּוֹס' דַּאֲע"ג שְׁהָיוּ יוֹדְעִים אֵיזָה שְׁנָה בְּשְׁמִיטָה הִיָּה מ"מ לֹא נִזְכְּרוּ שְׂצָרִיכִים לְבַעַר: שֵׁם בְּרַש"י ד"ה עַל הָאָבִיב.

וקְשָׁה לִי דְאָמְרִינוּ לְקַמֵּן: לַעֲנֵ"ד י"ל דְּמָה דְאָמְרִינוּ עַל שְׁתֵּי מַעֲבָרִין הֵינְנוּ אִם פִּירוֹת הָאֵילָן לֹא נִתְבַּשְׁלוּ בְּשֵׁתִים מְהֵם אִף שְׁבִיהוּדָה נִתְבַּשְׁלוּ אוֹ אִם הָאָבִיב לֹא בָּא בִּיהוּדָה וּבְגִלְלִי אִף שְׁבַעֲבָר הֵינְדֵן נִתְבַּשְׁל אָבִל אִם הָאָבִיב בָּא בִּיהוּדָה לְבַד אֶפְשָׁר שְׁבַאֲמַת מַעֲבָרִין.

שׁוֹב רְאִיתִי בְּרַמְבַּ"ם (ה' קִידוּשׁ הַחֹדֶשׁ פ"ד) שֶׁפִּי' עַל הָאָבִיב מִפְּנֵי הָעֲנָמָר כִּפִּי הִי"מ וּבְשֵׁלֶשׁ אַרְצוֹת אוֹ שְׁתֵּי מְהֵן מַעֲבָרִין דֵּיִיק בְּלִשׁוֹנוֹ הִטְהוֹר אִם פִּירוֹת הָאֵילָן לֹא בָּאוּ וְהֵינְנוּ לְתַרְץ קוֹשֵׁית רַש"י: שֵׁם בְּתוֹס' ד"ה או דלמא.

וקְשָׁה דְאָבִיב נְמִי דְאִוְרֵיִתָּא: לַעֲנֵ"ד י"ל דְּחַג הָאָסִיף תְּקוּפַת הַשָּׁנָה דְּדַרְשִׁינוּ מִנִּיהַ שְׁתָּהָא הַתְּקוּפָה בְּחַג זֶה פְּתִיב בְּפִי' אָבִל שְׁיִהְיֶה הַתְּבוּאָה מִתְבַּשְׁלַת בְּתַחֲלַת נִסָּן זֶה לֹא פְּתוּב בְּפִירוּשׁ דְּגַם אִם בְּסוּף הַחֹדֶשׁ בָּא הָאָבִיב נִקְרָא נִסָּן חֹדֶשׁ הָאָבִיב וּמָה דְּדַרְשִׁינוּ לְקַמֵּן (דף י"ג) שְׁמֹר אֶת חֹדֶשׁ הָאָבִיב שְׁיִהְיֶה אָבִיב שֶׁל תְּקוּפָה בְּחֹדֶשׁ נִסָּן דֵּהֵינְנוּ בְּחֻצֵי חֹדֶשׁ הַרְאִשׁוֹן זֶה בְּאֲמַת בְּכָלֵל תְּקוּפָה שָׁנָה כּוֹלָל שְׁנֵיהֶם תְּקוּפַת נִסָּן וְתְּקוּפַת תְּשָׁרִי וּמָה שְׁהִקְשׁוּ הַתּוֹס' דְּגַם פִּירוֹת הָאֵילָן הוּא דְאִוְרֵיִתָּא מְדַכְתִּיב וְחַג הַקְּצִיר בְּכוּרֵי מַעֲשִׂיף לֹא הִבְנִיתִי דְהָרִי בְּזֶה לֹא גִילָה קָרָא רַק שְׁיִהְיֶה שְׁתֵּי הַלְחָם מִבְּכוּרִים אָבִל שְׁיִבְכְּרוּ גַם פִּירוֹת הָאֵילָן לֹא מְרַנְמֵז בְּזֶה וּמָה שְׁמַעֲבָרִין מִשׁוּם פִּירוֹת הָאֵילָן הֵינְנוּ שְׁלֹא יִצְטָרְכוּ לַעֲלוֹת פַּעַם שְׁנִית לְהִבִּיא בְּכוּרֵי הָאֵילָן וְזֶה נִדְאִי לְאוֹ דְאִוְרֵיִתָּא: שֵׁם ד"ה אִין מַעֲבָרִין.

וקְשָׁה קֶצֶת דְּבִבְרָכוֹת: לַעֲנֵ"ד י"ל דֵּינֵשׁ לְהִבִּין דְּמַקְשָׁה מ"ט דְּחַנְנִיָּא אִישׁ אוֹנוֹ וּמְתַרְץ מְלִשְׁכְּנוֹ תְּדַרְשׁוּ וְהָרִי הַפְּלוּגְמָא שְׁבִין ת"ק וְחַנְנִיָּא אִינְהָ רַק אִם בְּדִיעֵבַד אִם עֲבָרָה בְּגִלְלִי מַעֲוָבָר אוֹ לֹא אָבִל לְכַתְחֻלָּה גַם ת"ק ס"ל דְאִין מַעֲבָרִין רַק בִּיהוּדָה וּא"כ הִיאֵף מִיִּיתִי טַעַם לְחַנְנִיָּא מְלִשְׁכְּנוֹ תְּדַרְשׁוּ שְׁהָרִי זֶה ע"כ גַם ת"ק ס"ל דַּאֲל"כ מִנ"ל דְּלְכַתְחֻלָּה אִין מַעֲבָרִין אֶלָּא בִּיהוּדָה אָכֵן י"ל דְּוִדְאִי אִם אֲתִי הַדְּרָשָׁה מְלִשְׁכְּנוֹ תְּדַרְשׁוּ מַעֲכַב דְּכָל מָה שְׁצִנָּה הַפְּתוּב מַעֲכַב דְּרַק בְּקִדְשִׁים בְּעֵינֵן שְׁנִיָּה עָלֵיו הַפְּתוּב לַעֲכַב וְלָכֵן שְׁפִיר מִיִּיתִי מְקָרָא זֶה טַעַם לַעֲכַב לְחַנְנִיָּא אָבִל ת"ק י"ל דְּלָא דְרַשׁ לְשַׁכְּנוֹ לְדַרְשָׁה זֹו אֶלָּא לְדַרְשָׁה דְּסַפְרֵי שְׁהִבִּיא רַש"י בְּחֻנְמֵשׁ וּמָה שְׁלַכְתְּחֻלָּה אִין מַעֲבָרִין אֶלָּא בִּיהוּדָה יְלִיף מִצִּיּוֹן תַּצַּא תוֹרָה דְּמִזֶּה לִיכָּא לְמִילָף עֵיפּוּב פִּינּוֹ דְּלָא פְּתוּב בְּתוֹרָה וְלָכֵן בְּבִרְכוֹת אֲזִיל אֶלִּיכָּא דַּת"ק וּמִיִּיתִי קָרָא דְּמִצִּיּוֹן תַּצַּא תוֹרָה אָבִל צ"ע עַל הַרְמַבַּ"ם דְּפָסַק ה' קו"ח פ"ד כַּת"ק וּמִיִּיתִי קָרָא דְּלִשְׁכְּנוֹ תְּדַרְשׁוּ: דף י"ב ע"א בְּגִמְרָא וּמִפְּנֵי מָה לֹא עֲבָרָה אֶלִּישְׁעָ שְׁשַׁנְתָּ בְּצוֹרֶת הַיְתָה: הַקְּשָׁה מְהַרְש"א דְּלָמָּא שְׁבִיעִית אוֹ מוֹצָאֵי שְׁבִיעִית הַיְתָה שְׁאִין מַעֲבָרִין בּוֹ וְהִנֵּה לַעֲנֵנּוּ מו"ש י"ל דְּסָבַר רַבִּי פְּבִית ר"ג שְׁהִיוּ מַעֲבָרִין בְּמו"ש.

אָבִל לַעֲנֵנּוּ שְׁבִיעִית לְכַאוּרָה קְשָׁה וִי"ל ע"פ מָה דְאָמְרִינוּ בְּכַתְּוִבוֹת (דף ק"ה ע"ב) וְכִי אֶלִּישְׁעָ אוֹכֵל בְּכוּרִים הָיָה אֶלָּא כָּל הַמְּבִיא דוֹרָן לַת"ח כו' ע"ש דְּמַתְּיַבַת בְּכוּרִים דְּרִישׁ כֵּן. וּלְפ"ז ע"כ מוֹכַח דְּלָא שְׁבִיעִית הָיָה דְאִי הָיָה שְׁבִיעִית לֹא שְׁיָף מְבִיא דוֹרָן פִּינּוֹ דְּהַפְּקָר הוּא.

וְעוֹד לְפִי מָה דְאָמְרִינוּ בְּמַסְכַּת שְׁבִיעִית דְאִין אוֹכְלִין פִּירוֹת שְׁבִיעִית בְּטוֹבָה וְלר' יְהוּדָה שֵׁם אֶפְלוּי ב"ה סוֹבֵר כֵּן. וּא"כ אִיף מְחַזִּיקִין טוֹבָה לְהַמְּבִיא כְּאֵלוֹ הַקְּרִיב בְּכוּרִים אַע"כ דְּלָאוּ שְׁבִיעִית הָיָה וְלַעֲנֵנּוּ קוֹשֵׁיתוֹ מְמוֹצָאֵי שְׁבִיעִית י"ל עוֹד דְּהָא מ"ד אִין מַעֲבָרִין ה"ט דְּלָא יוֹכֵל לְהִבִּיא מְחוּץ לְאַרְץ מִפְּנֵי הַגּוֹשִׁים וְע"ז נִדְאִי בְּאוֹתוֹ פַּעַם עֲדִינּוּ לֹא גְזָרוּ דְּגִזְרָה

דַּרְבָּנָן הוּא: שְׁם שְׁשֵׁנַת בְּצוּרַת הַיְתָה: הַרְמַב"ם ה' קה"ח (פ"ד) כְּתַב יִרְאֵה לִי שְׁזֵה שְׁאָמְרוּ חֻקִּים אֵין מְעַבְרִין בְּשֵׁנַת רְעִבּוֹן כּו' מִפְּנֵי תְּקוּפָה וּמִפְּנֵי הָאָבִיב וּפְיִרוֹת הָאֵילָן מְעַבְרִין לְעוֹלָם ע"ש וְהַרְמ"ה הַשִּׁיג עָלָיו מְסוּגָיָא זֹו שְׁהָרִי בְּאַלְיִשְׁעָ הֵיָה רְאוּי לְהַתְּעַבֵּר מִפְּנֵי הָאָבִיב וּפְיִרוֹת הָאֵילָן וְאֵפ"כ לֹא עֵבֵר וּלְעַנ"ד לֹא קָשָׁה עַל הַרְמַב"ם שְׁהָרִי מַה דְּתַנְיָא דְעַל הָאָבִיב מְעַבְרִין פְּיִרְשׁ הַרְמַב"ם שְׁם (פ"ג) כְּדִי שְׁיֵהָא הָאָבִיב מְצוּי לְהַקְרִיב מִמְּנֹו עוֹמֵר הַתְּנוּפָה וְכַפְּי' אֵית דְּמִפְּרָשִׁי שְׁהִבִּיא רַש"י לְעִיל וְהֵלֵא בְּאַלְיִשְׁעָ הַקְרִיבּוֹ הָעוֹמֵר כְּדָאֵמַר בְּגִמְרָא וְא"כ לֹא הָיוּ צְרִיךְ לְעַבֵּר מִפְּנֵי הָאָבִיב: שְׁם בְּרַש"י ד"ה לֹא בְּשִׁבְעִית.

אִיסוּר עֲבוּדַת קַרְקַע: הַרְמַב"ם (פ"ד מה' קה"ח) כְּתַב הַטַּעַם שֶׁע"י שְׁמַאֲרִיכִין חוֹדֵשׁ אֶחָד יֵאָכְלוּ הַסְּפִיחִים וְלֹא יִהְיֶה לָהֶם לְהַקְרִיב עוֹמֵר וּשְׁתֵּי הַלֶּחֶם ע"ש. וְלְעַנ"ד קָשָׁה שְׁהָרִי תַנּוּ בְּשִׁקְלִים שׁוֹמְרֵי סְפִיחִים בְּשִׁבְעִית הָיוּ נוֹטְלִין שְׁכָרָן מִתְּרוּמַת הַלֶּשֶׁכָּה וְא"כ הָרִי לֹא הֵיָה לָהֶם לִירָא עַל זֶה שְׁלֹא יִמְצְאוּ עוֹד כִּינּוּן שְׁאֵפְשֵׁר לְשִׁמּוֹר ע"י שׁוֹמְרִים: שְׁם ד"ה שְׁעִיבֵר.

שְׁנַטְמָאוּ בִּימֵי אֶחָז מַע"ז שְׁלֹא חָשְׁשׁוּ לְתוֹרָה: הַלְשׁוֹן קָשָׁה דְּפְשִׁיטָא אִם עֵבְדוּ ע"ז שְׁלֹא חָשְׁשׁוּ לְתוֹרָה וְעוֹד קָשָׁה אִם מְטוֹמְאָת ע"ז לְמָה צְרִיךְ לְפָרֵשׁ שְׁנַטְמָאוּ בִּימֵי אֶחָז תִּיפּוֹק לִיָּה דְּהֵיָה הַע"ז בְּמַקְדָּשׁ וְלֹא יָכְלוּ לְהוֹצִיאֵם עַד יוֹם ט"ז בְּנִיסָן כְּדַכְּתִיב בְּפִסּוֹק בַּד"ה.

וְלָכֵן לְעַנ"ד הַתִּיבָה מַע"ז הוּא ט"ס וּמַה שְׁהָיוּ טְמֵאִים הִיָּינוּ שְׁבִימֵי אֶחָז נְטָמָאוּ שְׁלֹא חָשְׁשׁוּ לְתוֹרָה לְטַהֵר עֲצָמָם מְטוֹמְאָת מַת וְגַם הָר"ן הִבִּיא לְשׁוֹן רַש"י כִּן שְׁנַטְמָאוּ בִּימֵי אֶחָז שְׁלֹא חָשְׁשׁוּ לְתוֹרָה וְלֹא הִזְכִּיר מַע"ז וְכֵן נִרְאֶה מִדְּבַרֵי רַש"י בְּפִסְחִים (דף נ"ו ע"א) ד"ה עוֹבֵר שְׁפֶתַב לֹא הִנְטְהָרוּ עַדִּינּוּן מְטוֹמְאָת שְׁהַחְזִיקוּ בָּהֶן בִּימֵי אֶבְיָו אֶחָז הַרְשָׁע עַכ"ל וְלֹא הִזְכִּיר שְׁם מְטוֹמְאָת ע"ז וְא"כ י"ל דְּגַם רַש"י ס"ל דְּטוֹמְאָת ע"ז לֹא נִהְגָּ אֶז דְּעַדִּינּוּן לֹא גָזְרוּ וּמִתּוֹרַץ קוֹשֵׁיַת הַתּוֹס' עַל רַש"י.

וְהָר"ן שְׁהִבִּיא בְּשֵׁם ר"נ גְּאוֹן שְׁהֵיָה שְׁם טוֹמְאָת ע"ז בְּאֶמֶת לֹא כְּתַב שְׁנַטְמָאוּ בִּימֵי אֶחָז אֲלֵא שְׁהֵיָה ע"ז בְּמַקְדָּשׁ וְלֹא יָכְלוּ לְטַהֵר קוֹדֶם הַפִּסּוֹחַ וְלָכֵן גַּם הַתּוֹס' לֹא הִקְשׁוּ קוֹשֵׁיַתָּם שְׁהָרִי בַט"ו יוֹם הָיוּ יְכוּלִים לְטַהֵר רַק עַל הִירוּשְׁלַמִּי שְׁהַטוֹמְאָה הֵיָתָה טוֹמְאָת מַת דְּגִלְגָּלַת אֲרוֹנָה.

אֲבָל לְפִירוּשֵׁם הִרְאִישׁוֹן שְׁהֵיָה מִפְּנֵי טוֹמְאָת ע"ז וְשְׁכַבְרָ גָזְרוּ אֶז לֹא קָשָׁה שְׁיָכּוּלִים לְטַהֵר שְׁהָרִי הַעִיד הַכְּתוּב שְׁלֹא כְּלוּ עַד יוֹם ט"ז בְּנִיסָן וְאֶפְשֵׁר לֹאֵמַר ג"כ שְׁחִסֵּר בְּרַש"י תִּיבַת אוֹ וְצְרִיךְ לְהִיָּוֵת שְׁנַטְמָאוּ בִּימֵי אֶחָז אֲבִיב מַע"ז אוֹ שְׁלֹא חָשְׁשׁוּ לְתוֹרָה וּלְפ"ז שְׁנִיָּהֶם אֶמֶת מַה שְׁכַתְּבוּ הַתּוֹס' בְּשֵׁם רַש"י וּמַה שְׁכַתְּבוּ הָר"ן בְּשִׁמּוֹ אֲבָל בְּיֹתֵר נִרְאֶה שְׁתִּיבַת מַע"ז מִיֹּתֵר: שְׁם בְּתוֹסֶפֶת ד"ה וְלֹא שְׁלֵשׁ.

וּלְפִי זֶה לֹא יִתְּכּוּ: הַמְּהַרְשֵׁ"א הַקָּשָׁה הָרִי לְפִירוּשֵׁם דָּאִין מְחַשְׁבִּין מִשְׁנֵה לְחַבְרַתָּה לְסִמּוּךְ עַל אוֹתוֹ חֲשׁבוֹן לְת"ק גַּם פְּירוּשׁ רַש"י הִרְאִישׁוֹן לֹא יִתְּכּוּ שְׁהָרִי הַשִּׁיבּוֹ רַבָּנּוּ דְּהִיָּינוּ ת"ק ב"ד יִשְׁבוּ וְקִבְעוּ כָּל אֶחָד בְּזִמְנֹו מִשְׁמַע שְׁסִמְכוּ עַל אוֹתוֹ חֲשׁבוֹן אֶפְיָלוּ לֵג' שְׁנִים.

וְלְעַנ"ד י"ל דְּמַה שְׁסִמְכוּ עַל הַחֲשׁבוֹן שֶׁל ר"ע הִיָּינוּ מִפְּנֵי שְׁחִכְם גְּדוֹל הֵיָה וּשְׁעַת הַדְּחַק הֵיָה כַּמ"ש רַש"י דְּבִשְׁעַת הַדְּחַק חֲשׁוּבֵי מְחַשְׁבִּינּוּ וּמַה דְּאֶמְרִינּוּ וְלֹא מִשְׁנֵה לְחַבְרַתָּה הִיָּינוּ שְׁלֹא בְּשְׁעַת הַדְּחַק: שְׁם ד"ה שְׁעוֹבֵר.

ובירושלמי אמר: פן איתא בירושלמי סנהדרין אבל בירושלמי סוטה פ"ה נאמר דבימי חגי הנביא נמצא גולגולת של ארונה וכבר העיר המפרש שם על סתירה זו אכן בלא"ה צ"ע איך אפשר שנקברה גולגולת זו תחת המזבח שהרי דוד קנה הגרון זו בחייו ממנו והקים שם מזבח ומאז לא פסקה הקדושה משם ששם נבנה המקדש ובנדאי נשמרו מפל טומאה ואפילו נדחוק שאין זה גולגולת של ארונה שקנה דוד ממנו הגרון אלא של ארונה אהד מאבותיו של זה מ"מ קשה לומר שמאז נבנה בהמ"ק הקריבו בטומאה עד חזקיהו ונלע"ד שבימי אהז שסגר בית ה' ולא השגיחו עליו אז יורשי ארונה קברו גולגולתו תחת המזבח ונמצאה מיד בימי חזקיהו: שם ע"ב בגמרא היינו ת"ק: המהרש"א הקשה לס"ד דמקשן דר"ש דס"ל אין מעברין אמאי הרי ס"ל טומאה דחויא בצבור.

ותירץ די"ל דר"ש ס"ל טומאה הותרה בצבור ע"ש ודבריו תמוהים דבפסחים (דף ע"ז ע"א) אמרינו בפירוש דר"ש ס"ל טומאה דחויא הוא בצבור. אכן לענ"ד מלבד מה שי"ל ביישוב קושיותו דהגמרא בלא"ה פריך שפיר דהיינו ת"ק יש לומר ג"כ דממה דפשיטא להגמרא מדס"ל ר' יהודה מעברין ס"ל טומאה דחויא היא בצבור אפתי לא מוכח דנימא ג"כ איפכא דמ"ד דס"ל טומאה דחויא ס"ל ג"כ דמעברין על הטומאה די"ל דיותר קשה לעבר ולדחות כל המועדות מלהקריב פסח בטומאה אף שטומאה דחויא בצבור ולא הותרה: שם בתוספת ד"ה שטומאה.

וחגיגה דקרפן צבור הם: מה שקראו התוס' לחגיגה קרפן צבור הוא עפ"י הגמרא פסחים (דף ע') ויכר העירו התוס' שם על הסתירה דבחגיגה (דף ו') קרו ליה קרפן יחיד ואין להקשות הרי מה דקרי לחגיגה קרפן צבור היינו משום דאתי בכינופאי כמ"ש התוס' שם וא"כ איך פתבו דפסח קרפן יחיד הוא הרי ג"כ אתי בכינופאי די"ל דכנונתם על פסח שני דלא אתי בכינופאי כדאמרינו ביומא (דף נ"א) אבל ק"ק איך פתבו דדוחין שבת וטומאה הרי פסח שני לא דחה טומאה וצ"ל דהך וטומאה לא קאי רק אפר וחביתין: שם ד"ה ונשים.

וה"מ לישנויי: דבריהם צריכים ביאור דאם הנה טענת חזקיה שדבר בתחלה נשים בראשון א"כ לא צרפם לטהורים והיו טמאים הרוב. וע"כ דהורה להם שכולם יעשו פסח ראשון בטומאה וא"כ איך אפשר לאוקמיה בזה מה שאמר ר"ש שטעה על שהשיא את ישראל לעשות פסח שני.

ולכאורה הנה אפשר לפרש דבריהם דהוי מצי לאוקמיה שהיו הנשים משלימות לטמאים ועודפות עליהם ומעיקרא סבר נשים בראשון רשות ולא צרפם לטמאים והיו הטהורים רוב ודחה הטמאים לפסח שני ולבסוף סבר נשים בראשון חובה והנה לו לצרפם על המיעוט טמאים והנה להם לעשות פסח ראשון בטומאה ובזה לכל האוקמתות אתי שפיר.

אבל לפ"ז לא מובן מה שפתבו התוס' בפסחים (דף ע"ט ע"ב) ביישוב קושיותו זו דניחא ליה לאוקמא שגם מה שלא עשו הראשון הנה שלא כדין ע"ש ונהרי לפי אוקימתא זו ג"כ מה שלא עשו הראשון הנה שלא כדין שהרי עם הנשים היו רובן טמאים והנה להם לעשות הראשון עם רוב הנשים בטומאה ועיין מה שפתבתי בזה בשו"ת בגין ציון (סי' קפ"ד): שם בתוספת ד"ה מקדי.

הגוי מצי לאקשויני: ונלע"ד לתרץ דנדאי אמתניתן דשם לא הנה יכול להקשות דלמה לא יאמינו הגולה לשלוחים הא גם הם יודעים שמדינתא מעברין עד כ"ט אדר ואף שפבר התחילו לדרוש בה' פסח מה בכך פשהתחילו לדרוש עדיין לא היו יודעים דמעובר.

אבל לר"נ דאמר דבעבר ועברו ביום ל' ג"כ מעובר מקשה שפיר דזה לא יאמינו בגולה שעברו הב"ד על הדין שלא לעבר ביום ל' והם עברו וע"ז מתרץ דאמרינו דלא עלה לב"ד הקשבון עד יום ל' ולכך הוצרכו לעבר גם ביום ל' דזה הגוי פדיעבד.

ולכן רבא לר"נ רק אמירא דעולא פריה ולא אמתניתן דעדיות: שם דף י"ג ע"א בגמרא רבי יוסי אומר אהד ועשרים יום: לא ראיתי להרב"ם שהביא דמעברין מפני תקופת תשרי ולא הזכיר אם פוסק כר' יהודה או כרבי יוסי ומה שמצוין בעין משפט שפסק כר' יהודה הוא טעות (שבפ' ד' ה' קה"ח ה"ב) לא הזכיר רק תקופת ניסן שאם חל בט"ז בניסן מעברין וזהו פאחרים לקמן (ע"ב) שמור את חודש האביב שמור אביב של תקופה שיהי' בחודש ניסן אבל תקופת תשרי לא הזכיר ונלענ"ד שע"פ של התקופה שהוא צ"א יום מיום תקופת ניסן עד יום תקופת תשרי הם קפ"ב יום כמו שכתב רש"י לקמן והימים של נשעה חדשים פסידרו אהד מלא ואהד חסר הם קע"ז יום ולפ"ז אם חל תקופת ניסן ביום ט"ו של חודש חל תקופת תשרי בעשרים לחודש וכינון דקיימא לן ר' יהודה ור' יוסי הלכה כר' יוסי פדאמרינו בערובין ועוד דאחר דסליק שמואל בקשיא גם ר' יהודה ס"ל כן.

ממילא לא משפחת כלל דצריה לעבר מפני תקופת תשרי דאם תחול תקופת ניסן בט"ז או משם ואילך כבר מעברין מפני תקופת ניסן ואם חל תקופת ניסן בט"ו תחול תקופת תשרי בד' ולא צריה לעבר וכל שכן אם תחול קודם ט"ו ור' יוסי דהוצרה להשמיענו דאם תחול תקופת תשרי בכ"ד מעברין היינו משום דלא ס"ל דרשה דאחרים דבעינו תקופת ניסן בחודש חודש ניסן פדמוכח ממה דקאמר לקמן ט"ז לפני הפסח מעברין אבל ט"ו לא אבל הרב"ם דפסק פאחרים לא הוצרה להביא רק דמעברין מפני תקופת ניסן וממילא ליכא נפקותא בתקופת תשרי פינון דפסק כר' יוסי ור"י דרק מקצת חג בעינו בתקופה חדשה וזה הגוי לעולם פשהל תקופת ניסן קודם ט"ז בניסן: שם בתוס' ד"ה ורבי יוסי סבר.

וכן למ"ד שלשים יום לחסר חד מירחי קייטא: צ"ע דזה שייך רק אם בלא יעבור הנה חל ר"ח אדר ביום ו' דאם אין מעברין חל ר"ח ניסן ביום שבת דאדר הסמוך לניסן לעולם חסר ואז יחול ר"ה ביום ב' שיכול לחול בו אבל ע"י שמוסיפין חודש אדר שני בשלשים יום חל ר"ח ניסן ב' ימים אחר קביעתו הראשון דהיינו ביום ב'.

ואז חל ר"ה ביום ד'. ולכן צריה לחסר יום א' שיחול ביום ג' אבל אי יחול ר"ה בלא עיבור בימי גה"ז גם לאחר עבור לא מצרכינן לחסר חד חדש פינון דקביעות ר"ח ניסן יאחר ב' ימים.

גם ר"ה יחול מג' על ה' ומה' על ז' ומז' על ב' ואדרבה אי מחסרינן יחול בימי אד"ו ולכן צ"ע דהא התוס' לא איירי כאן רק אם חל ר"ה בא' מימי גה"ז בלא עבור ולא בחל ביום ב' דבחל ביום ב' בלא"ה לא מקשו התוס' מידי למ"ד דחדש העיבור כ"ט יום דלא צריכין

לחפורי דגם אי נדחה הא לא נדחה רק יום א' ונדחה מיום ב' על יום ג' ונשפיר יכול לחול בו.

וצ"ל דהתוס' לצדדין קאמרי ל"ד כ"ט יום בחל ר"ה בימי גה"ז צריכים למלאותם יום א' ובחל ביום ב' לא צריכים לכלום ול"ד שלשים יום בחל ביום ב' צריכים לחסר יום א' ובחל בימי גה"ז אין צריכים לכלום: שם ע"ב בגמרא חג הבא בזמן אסיפה.

קשה לפי מה דאמרינן בתגיגה (דף י"ח ע"א) אלא חג הבא בזמן אסיפה כו' ע"ש ובתוס' הרי דמוכח דהשתא דכתיב באספה ליכא למימר עוד חג הבא בזמן אסיפה והאי באספה ע"כ דרשה גמורה היא אליבא דכ"ע דאל"כ גם התוס' לא מקשו שם מידי פמוכן.

וא"כ איך סברי אחרים דהאי חג האסיף פירושו חג הבא בזמן אסיפה וצ"ע: שם מאי על בסמוך. ור"י גמר ראש ראש מעולה ע"ש: ולכאורה קשה ע"פ מה דאמרינן במנחות (דף צ"ו ע"א) אבא שאול אומר שם היו נותנים כו' אמרו לו ונהרי כפר נאמר כו' ע"ש.

והאי אמרו לו הם ר' יהודה דתנינא שם במתניתן הרי דר' יהודה סבר דעל הוא על ממש ולא בסמוך וכן פתבו התוס' בפ"י בסוטה (דף ל"ז ע"א) גבי הר גריזים ע"ש. וא"כ ל"ל לר' יהודה הגז"ש דראש ראש.

הא גם לר"ש הי' נסמכו מיותר גם בלא גז"ש אי לאו דאמרינן על בסמוך וכיון דר' יהודה בכ"מ סובר דעל ממש שפיר מיותר נסמכו לדרשה גם בלא גז"ש. דא"ל דלמא מהכא גילף ר' יהודה דעל ממש מדדרשינן גז"ש דראש.

דל"ל דרשה לזה והא ודאי גם ל"ד על בסמוך איכא על דפירושו על ממש. כדמוכח מהא דאמרינן במנחות (דף כ"ו ע"ב) אברים שסדרן בצדי המערכה מהו.

ומה עדיף על דנסמכו מעל המזבח דנוקא מעל דנסמכו גילף דבעלמא ג"כ על ממש. ולא גילף בן מעל המזבח וצ"ע: שם בתוספת בד"ה ולעבר' לאדר.

ותימה מאי קושיא: דוקא לפי ר"ת הקשו פן אכל לרש"י אף דלדידיה קושית הגמרא ג"כ אליבא דאחרים קאי מ"מ לא קשה פן פיון דפי' דמעברינן בקייטא חד ירחא א"כ לא נשארים רק ד' ימים בין ר"ה לר"ה אכל לפי פי' ר"ת דקאי קושית הגמרא גם אשאר תנאי ולית להו דאין ר"ה חל באד"ו א"כ לדידיה לא מעברינן בקייטא.

דלפי שאר תנאי לא מהני זה כלל. ומלשון הגמרא מוכח דקושיא ולעבר' לאדר גם אליב' דאחרים לכן שפיר הקשו אחרים אהדדי דאחרים בכל הש"ס הם אחד.

דר"מ הוא פדאמרינן בהוריות (דף י"ג ע"ב) ע"ש פן נלענ"ד פנונת התוס' והמש' דבריהם: שם דף י"ד ע"א בגמרא אין סמיכה בח"ל והא דאמרינן לעיל (דף ה' ע"א) מהכא להתם נמי מהני היינו פשטמכו ריש גלותא בארץ ישראל וכן נמי מהכא להכא דקתני התם: שם אלא מעתה ויצאו שנים: צ"ע איך שייך קושיא לכאן דלא דרשי ר"י ור"ש רק זקנה ושופטיה ולא שכתוב המצנה בלשון רבים הלא על דרשה דלעיל נסמכו שנים הל"ל להקשות פן ואיך שייך הך אלא מעתה: שם אלא מעתה ויצאו שנים ומדדו שנים.

קִשָּׁה מִמַּאי פְּרִיָּה אִי מְעִיקָר קָרָא דְּוִיָּצָאוּ וּמְדָדוּ אֵלּוּ וְדָאִי לֹא מְיֻתְרִין דְּמַצְרִינֵן אֶלְגֻּפָּא.
וְכַדְאָמְרִינֵן לְעִיל לְעֵנֵן וְסִמְכוּ זְקֵנֵי הַעֲדָה וְאִי פְּרִיָּה מִיְּתוּרָא דְּנִי"ו קָמָא דְּוִמְדָדוּ וּמַצְאֹ
דַּהֲמ"ל בְּלֹא ו' כְּמוֹ דְּדְרִישׁ ו' דְּנִשְׁוֹפְטִיָּה.

אִפְתִּי מַאי פְּרִיָּה לִר"ש שְׁבַעָה. הָא אָמְרִינֵן דִּר"ש נִי"ו לֹא דְרִישׁ וְאִי חֲשִׁיב נִי"ו בְּתָרָא
לְיִתוּרָא דַּהֲמ"ל וְנִצָּא וּמְדָד בְּלֹא נִי"ו וְסִבֵּר דְּנִי"ו זֶה גַּם ר"ש דְרִישׁ א"כ גַּם לְעִיל גְּבִי
וְסִמְכוּ הָאִי נִי"ו מְיֻתְרָא דַּהֲמ"ל וְסִמְךָ וְאִפְתִּי יְקִשָּׁה לִר"ש לְמָה לֹא דְרִישׁ עוֹד שְׁנַיִם וצ"ע:
שָׁם הֵן וְלֹא שְׁלוּחָן.

עֵינֵן מִש"כ הַתּוֹס' בְּזָה ר"פ מְצֻנֹת חֲלִיצָה (דָּף ק"א ע"ב) וּמָה שְׁכַתְּבִי בְּסִפְרֵי ע"ל שָׁם
בְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם: שָׁם בְּתוֹסְפֹת ד"ה ור"ש. לֹא מִשּׁוּם דְּלֹא דְרִישׁ לִי כָּלֵל: לְכַאוּרָה יֵשׁ
לְהַעִיר דֹּא"כ מִי הַכְרִיחַ הַתּוֹס' לְעִיל (דָּף ד' ע"ב) בַּד"ה לְטַטְפַת לּוֹמֵר וְנ"ל וְאֵע"ג דִּר"ש
לֹא דְרִישׁ נִי"ו כּו' י"ל דְרִישׁ הָא בְּפִשְׁטוֹת ס"ל דְּלַעֲנֵן טַטְפַת דְרִישׁ אָכֵן בְּלֹא"ה דַּעַת
הַתּוֹס' שָׁם צ"ע דָּאִי כְּנֻנְתָּם לְהַקְשׁוֹת דְּלִפְר"ת דִּר"ש לֹא דְרִישׁ ו' מִנ"ל ד' פְּרִישׁוֹת הָא
י"ל דְּסִבֵּר כִּר"ע דְּפִלִּיג אֶל יִשְׁמַעְאֵל וְדִרְשׁ מְדַרְשָׁה אַחְרֵינָא שָׁם.

וְאִי כְּנֻנְתָּם כִּינֵן דִּר"ש לֹא דְרִישׁ נִי"ו אִיָּה י"ל דִּר' יִשְׁמַעְאֵל דְרִישׁ נִי"ו. גַּם זֶה אֵינֹ דְלֹא
זֶה בְּלִבְד דְּכָבֵד מְצִינֵנוּ פְּלֻגְתָּא בְּזָה אֲשֶׁר ע"כ י"ל דִּר' יִשְׁמַעְאֵל סִבֵּר כִּמ"ד דְּדְרִישׁ נִי"ו
אַלְא אֲפִילוּ הַגְּמָרָא לְקַמֵּן (דָּף נ"א ע"ב) קְאָמְרָה בְּפִירוּשׁ דִּר' יִשְׁמַעְאֵל דְרִישׁ נִי"ו וצ"ע:
שָׁם וְלֹא שְׁלוּחָן.

אֵינ לּוֹמֵר דֹּא"כ גַּם וְסִמְכוּ צְרִיָּה לְהֵן וְלֹא שְׁלוּחָן דִּי"ל דְּמָמָה דְּכְתִיב יְדִיָּהֵם ג"כ מְמוֹעֵט
שְׁלוּחָן כְּדְרִישֵׁינֵן בְּמִנְחֹת (דָּף צ"ג) יְדוּ וְלֹא יָד שְׁלוּחָן: שָׁם ע"ב בְּגְמָרָא אֵלִימָא מְקַצְתָּן
דְּלִמָּא הִנָּה דְאִיָּפָא גְּנוּאִי קְיָיְמִי כְּנֻנְתָּי: לְכַאוּרָה יֵשׁ לְהַבִּין דְּאִימָא שְׁיָצָאוּ רֹב סְנֵהֲדָרִין
לְדַבֵּר הַרְשׁוֹת בְּאֻנְפֵן שְׁנִישְׁאָרוּ עוֹד כ"ג בְּמִקּוּמוֹ.

וְכִינֵן דְּהֵם הוֹרוּ לּוּ כֵּן מָה מְהַנִּי לּוּ אִם הָאֲחֵרִים שְׁנִישְׁאָרוּ בְּלִשְׁכָּי יִסְכִּימוּ עִמּוֹ הָא מְכ"מ
הוּא זְקֵן מְמָרָא כִּינֵן דְּהוֹלְכִין אַחַר רַבִּים. וְא"ל דְּמְכ"מ לֹא מְקָרִי זְקֵן מְמָרָא כָּל זְמַן שְׁלֹא
הַמָּרָה עַל הַב"ד כְּשֶׁהֵם כּוֹלֵם בְּיַחַד.

א"כ מִי דְחִיק הַגְּמָרָא לּוֹמֵר דְּלִמָּא הִנָּה דְאִיָּפָא גְּנוּאִי קְיָיְמִי כְּנֻנְתָּיָה וצ"ל עִפְמִש"כ הַתּוֹס'
בַּד"ה אֵלִימָא דְלֹא מְתָרְמִי שְׁיָמַצְאוּ כּוֹלֵן בְּיַחַד א"כ ה"ה י"ל ג"כ דְלֹא מְתָרְמִי שְׁיָמַצְאוּ
הַרֹב בְּיַחַד: שָׁם בְּתוֹסְפֹת ד"ה מְתַנִּיתָן.

לְמִתְנֵי בְּהַדְנִי: לַעֲנִי"ד תִּירוּץ זֶה אֵינֹ מְסַפִּיק דְּגַם בְּעִרְיָפָה י"ל דְּמְתַנִּיתָן לֹא אֵיָּרִי רַק
מְדִיָּנִים וְלֹא מָה שְׁצָרִיָּה לְעִרְיָפָה וְלֹא דְבְרִיָּה הִיָּה גַלְעַנ"ד לְתַרְץ קֻוֹשִׁיתָם דַּעֲכ"פ
מְתַנִּיתָן דְלֹא כִרְאב"י מְדָלֹא חֲשִׁיב לִיָּה הָכָא וְלֹא בְּסוּטָה מְלָךְ וְכַה"ג אָבֵל דְּמוֹסִיפִין הָרִי
חֲשִׁיב שָׁם בְּשַׁבּוּעוֹת וְכֵן מוֹצִיאִין לְמַלְחַמַת הַרְשׁוֹת דְּנִפְקִי דְבַעֲי מְלָךְ וְכַה"ג וְסְנֵהֲדָרִין
מָמָה דְּכְתִיב בְּאוּרִים וְתוֹמִים וְלִפְנֵי אֶלְעָזָר הַכֹּהֵן יַעֲמֹד כְּדֹאָמְרִינֵן לְקַמֵּן (דָּף ט"ז) וְהָרִי
זֶה נִשְׁנָה בְּמְתַנִּיתָן סוּף פ"ז דְּיוֹמָא אָבֵל לַעֲנֵן מְדִידָה לֹא נִשְׁנָה בְּשׁוּם מְקוּם וְלָכֵן מוֹכַח
דְּמְתַנִּיתָן לֹא ס"ל כִּרְאב"י: שָׁם ד"ה בְּשִׁלְשָׁה.

יֵשׁ מְפָרְשִׁים: הָר"ן מְסַפִּים עִם פִּי זֶה אָכֵן לַעֲנִי"ד קִשָּׁה מַאי אֲפִילוּ עִפּו"ם אֲפִילוּ בְּעֵלִים
מַאי אֲפִילוּ שְׁיָיָה זֶה דְּמָה לִי אִם עִפּו"ם אוּ בְּעֵלִים אוּ יִשְׂרָאֵל הוּא הַנּוֹתָן וּבִיּוֹתֵר קִשָּׁה מָה

דקאמר נאפילו בעלים אדרבה בעלים יותר סבא דהא אמרינו בערכין דבפדין שדה
מקנה פותחין בפעלים תחלה דרוצה אדם בקב שלו: שם בא"ד.

ופי' הקונטרס עיקר דאיש וב' נשיו: וקר"ן הביא ראיה לפי' הי"מ משלשה מטילין לתוך
פיס א'. דלפי' הקונטרס מ"ש שנתפין משאינו שנתפין.

אכן גם לפי' הי"מ צ"ע. דמה השיב דלמא פגון רב פפא ובית אבא סורא דמה בקבא הא
מ"מ נפשטה האיבעי' דאי איש ואשתו פודין כל אחד משלו ולא חיישינו שיעשו טובה זו
לזו כש"כ שנתפין דהא לפי' פי' הי"מ ג' ומטילין לתוך פיס א' ע"כ הפי' דפודין כל אחד
ממון שלו ועיין במהרש"א: שם דף ט"ו ע"א בגמרא רב חסדא אמר אבימי לכאורה יש
להעיר למה לא קיים רב חסדא תירוץ רב דהא לדידן צריך לסרס דברי המתניתן
מטלטליו של ערכין וגם להוסיף של ולתירץ רב דברי המתניתן פדקוימי קיימי ואין
מוסיפין רק של וי"ל לפי מה שכ' התוס' דרב סבר כר"מ.

א"כ כפי תירץ רב אתיא מתניתן כר"מ ולא פרבנו ולכן שפיר מיימי רב חסדא בתירוץ
לאוקמא מתניתן פדברי הכל: שם הנה הווי מיעוט אחר מיעוט: לכאורה קשה לפי מש"כ
רש"י בהוריות (דף ג' ע"א) בשם הירושלמי דכללא דאין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות
לא אמרינו רק בב' מיעוטים.

אבל בג' מיעוטים אמרינו פולהו למיעוטו. א"כ היאך אמרינו הכא דהוי מיעוט אחר
מיעוט ואף אם תאמר דרש"י לא מייירי התם אלא היכי דכתיבי ג' מיעוטים בחד קרא
אפתי לחשבי' ג' הפהו דכתיבי גבי ערכין למיעוט דתלתא בחד קרא כתיבי וצ"ע וא"ע
ראיתי שבתוס' בהוריות שם הקשו כן: שם דאפילו תשעה ישראל ואחד פהו: לכאורה
קשה לפי מה דאמרינו בחולין (דף קל"ב ע"א) תנא פהו נאפילו פהנת הוי מיעוט אחר
מיעוט ואין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות וא"כ מ"ש התם דמרבין פהנת ומ"ש הכא
דמרבין ישראל נימא גם שם נאפילו ישראל או גם הכא פהנת דוקא.

ונלענ"ד דודאי מפהו ממעטינו תרונניהו פהנת וישראל וכי כתיב מיעוט אחר לרבות
מרבין ג"כ תרונניהו. ולכן א"ש דאמרינו הכא נאפילו ישראל.

אבל התם ודאי ליכא למימר דמרבין ג"כ ישראל דא"כ לא לכתוב פהנים פלל באותה
פרשה אבל הכא ליכא למימר כן דהא ע"כ צריך למכתב חד פהו אלגופא. ולכן הוצרך
לכתוב באחריתי ג"כ פהו למיהוי מיעוט אחר מיעוט פי היכי דלא נימא אי הוי כתיב איש
תחת פהו דכולהו אפהו קמא קאי ועשרה פהנים בעינן: שם תשעה ישראל ואחד פהו:
במגילה (דף כ"ג ע"ב) הקשו התוס' דהא בכל דבר שתלוי בשיקול הדעת אין ב"ד שקול
ואיך סגי הכא בעשרה ליבעי יא' והניחו בקושיא.

ונלענ"ד דהנה לעיל אמרינו דמעשר שני פודין אותו בג' לקוחות. והקשה הר"ן דבשלמא
בערכין והקדשות ג' כתיבי בפירשה אבל במעשר שני ג' מנלן ותירץ דמעשר שני כתיב
כפ' דהקדש ויילפין מהקדש.

ולפ"ז פון דמ"ש מהקדש ילפינו. ואמרינו דפודין אותו בג' לקוחות א"כ גבי הקדש ג"כ
לקוחות בעינן דאל"כ עדיף מעשר מהקדש ואי בהקדש לא בעינן במעשר מנ"ל וא"כ

התשעה וכהן גבי קרקעות ג"כ לקוחות בעינן דהא ביהם נכללו הג' דהקדש ואי התם פירושו לקוחות א"כ ה"ה ג"כ גבי קרקעות.

וכינן דבלקוחות פירושו הי"מ לעיל בתוס' ד"ה בג' לקוחות דיקח מי שיתן יותר א"כ לא שיקף בזה שיקול הדעת וא"ש דלא בעינן י"א. ולכאורה ראיה מזה לפי הי"מ: שם בשערו העומד לגזוז פליגי: לכאורה לרשב"ג גם לענין שבת לא לחייב אם גזוז שערו העומדות לגזוז וזה תימא דלא מצינו פלוגתא בזה בשום מקום אכן זה א"ש עכמ"ש התוס' בשבועות (דף מ"ב ע"א) ע"ש אבל אפתי לענין גלוח נזיר צ"ע בזה ואין להאריך: שם ע"ב בגמרא קטל איהו בסייף ממונו בסקילה: לכאורה קשה לפי מה דאמרין לקמן (דף נ"ב ע"ב) אלא רוצח מנ"ל כו' ע"ש עד סוף הסוגיא א"כ ל"ל קרא דואתה תבער דרוצח בהרג ולא בתנק הא בלא"ה ע"כ מוכח פן דאל"כ ל"ל קרא דרוצח הוא דאינו נהרג על רציחת שורו הא בלא"ה ע"כ מוכח פן דאל"כ לכתוב וגם בעליו ולא בעי יומת דלאפוקי מסייף לתנק ליפא למימר מהיכי תיתי סייף אי כל רוצח בתנק אע"כ מדאצטריף רוצח הוא דאינו נהרג ע"כ מוכח דמאצטריף יומת לא הוי מצי למידק דאינו במיתה דה"א דקרא אתי לאפוקי מסייף לתנק וא"כ הרי ע"כ מוכח דרוצח בסייף וא"כ קרא דואתה תבער ל"ל.

אכן באמת זה אינו דהא קרא דואתה תבער לא מצרכינן התם רק למ"ד חנק חמור כמבואר. ומ"ד חנק קל ע"כ דריש אלגופא (ועיין בר"ן) ונהרי למ"ד חנק חמור באמת לא ממעטינן פאן מרוצח הוא דלא מצרכינן פן רק למ"ד חנק קל כמבואר בסוגיא.

אכן אפתי יש להעיר ל"ל לקמן ק"ו קטל עבדא בסייף בר חורין בתנק וכינן דזה לא קאי רק למ"ד חנק קל ולדידן בלא"ה מוכח דרוצח בסייף מדאצטריף רוצח הוא. וא"ל דמזה לא הי' יכול להוכיח דלעולם ה"א דבעלים במיתה והא דכתיב יומת להוציא מסייף לתנק ואעפ"כ לא הנה מוכח דרוצח בסייף דה"א דאתי לאפוקי היכי דקטיל השור עבד דבזה הבעלים בסייף דזה אינו דהא קרא לא איירי כלל בעבד דלאחר פן כתיב דין עבד אם עבד יגח השור או אמה וגו' וי"ל דלעולם שפיר מצרכינן ק"ו להורות דרוצח בסייף דאי מדאצטריף רוצח הוא לא הוי מוכח מידי דלעולם ה"א דהבעלים נהרגין וא"ל דא"כ לא לכתוב לא רוצח הוא ולא יומת דזה אינו דאי תרנוייהו לא הוי כתיבי הוי טעינו איפכא דהוי דייקינן מדאצטריף יומת דרוצח בסייף וקרא אתי לאפוקי מסייף לתנק אבל לעולם ה"א דהבעלים במיתה ולכן אצטריף רוצח הוא דאינם במיתה וכינן דע"כ מצרכינן רוצח הוא שפיר יש לטעות איפכא דרוצח בתנק לכן שפיר מצרכינן ק"ו: שם מי גמר שעה מדורות או לא: לפי מה שפשט מקרא דאם בהמה אם איש ע"כ מוכח דלא גמרינן שעה מדורות דאל"כ קרא זה ל"ל לילף משור הנסקל ואי ל"ל קרא דגם בעליו יומת גבי שור הנסקל גילף מסיני אע"כ דלא ילפינן שעה מדורות ולא דורות משעה ובזה מוכן פוננת התוס' במנחות (דף י"ט ע"ב) דכתבו דלמ"ד ילפינן דורות משעה דרשה דהכא אסמכתא בעלמא הוא והשתא א"ש דכוננתם על דרשה דאם בהמה אם איש: שם מה איש בכ"ג: לפי מה שכ' התוס' לעיל בד"ה אימא דלא דרשינן מיתה וגם הקישא רק היכי דכתיב איש ברישא כמו גבי נהרגת או היכי דמותר קרא כמו גבי שור הנסקל דיומת מותר הוא וא"כ הכא דכתיב ברישא בהמה ואם"כ איש וגם לא מותר קרא איף דריש הקישא

מינייה וי"ל דשפיר גם קרא מינתר קרא דלגבי מיתת אדם פבר פתיב פרישא דקרא סקול
יסקל דקאי אתרוננייהו ואם פן לא יחיה מינתר הוא להקישא ואין להקשות דא"כ מאן
דיליף שעה מדורות קרא דלא יחיה מאי עביד ליה דלא מצריף ליה להקישא די"ל
במכילתא דריש ליה ר"ע לגז"ש ללמד על מכשפה לא תחיה שהיא בסקילה וכן איתא
ג"כ בגמרא לקמן (דף ס"ז ע"א) אמן שם עוד שאר תנאי איכא דילפי פן ממקום אחר
ולכן י"ל דרמי בר יחזקאל פאן תני אליבא דשאר תנאי חוץ מר"ע ומ"ד ילפינן דורות
משעה דריש ליה קרא זה דלא יחיה כר"ע: שם ברש"י ד"ה מה איש.

מיתרו ואילה: ק"ק הרי פשנצטווי אם בהמה וגו' לא יחיה עדיין לא היו סנהדרין לא מבעי
למ"ד בפ' י"ד דזבחים דיתרו אחר מ"ת בא אלא אפילו למ"ד לנדם מ"ת בא לא נתמנו
סנהדרין אלא לאחר שינד משה מן החר פדכתיב ויהי ממחרת יוה"כ פדאיתא במכילתא
הובאה ברש"י: שם בתוספת ד"ה אימא לקטלא.

וכ"ת משום דתדא מיתה פתיב אתרוננייהו: לא הבנתי איה יתורץ בזה קושיתם דאפתי
לפ"ז מה מתרץ בש"ס לכתוב וגם בעליו ולשתוק דכש"כ דיקשה פו. דאי הוי פתיב פן
הוי דרשינן מיתה ותיקש פמו גבי והרגת לכן פתיב מיתה בכל חד באפי נפשא להורות
דרך לקטלא הוא ולא להיקש: שם בא"ד.

וי"ל דהתם בהמה פתיב בתריה: לכאורה בשבועות (דף כ"א ע"ב) ובשאר מקומות
בש"ס פתבו התוס' איפכא מזה דכתבו דסברא הוא למדרש קרא מסיפא לרישא וי"ל
דהחילוק הוא בין דרכי הדרשה דהתיקש דנדאי אי דרשינן התיקש מה שיש בזה יש בזה
פמו פאן בזה נדאי סברא דהראשון עיקר ומהשני נקיש לו.

אבל אי הפי' הוא דנקיש ב' הדברים דבמקום שדבר זה נוהג גם דבר זה נוהג פמו
בהנדונים שהביאו התוס' שם בזה סברא לומר דסיפא פירושא דרישא הוא לומר לה
במה אמרתי לא תלבש שעטנז במה שאמרתי לה גדילים תעשה או לא אמרתי לא תאכל
חמץ אלא במי שאני מצנה שיאכל מצות ולכן סברא שם לדרוש קרא מסיפא לרישא:
שם ד"ה שור סיני בכמה.

מאי נפקא מינייה מאי דהוי הוי: הר"ן בחידושיו תירץ על קושית התוס' דנפקא מינייה
לענין נודר בנזיר אם יחיה בקף אף בזה צ"ע דא"כ גם ביומא (דף ה' ע"ב) ובחגיגה (דף
ו' ע"ב) לא מקשה הגמרא וכן בכל מקום דמקשה בש"ס הלכתא למשיחא ואי אמרת
דבכ"מ לא מקשה בש"ס רק היכי שיש לה לתרץ אחר יותר טוב מזה א"כ מתורץ תמיתה
התוס' במנחות (דף נ"ב ע"ב) ד"ה הלכה דעכ"פ לענין נודר אם הלכה פו.

והנה בחגיגה שם תירצו התוס' עוד תירוצ אחר דלכף לא פריף הקא פן משום דבעי
לאלופי דורות משעה וכוונתם נראה פיון דהאיבעי הוא אי ילפינן שעה מדורות וא"כ
ה"ה ג"כ איפכא אי ילפינן דורות משעה ובזה שפיר יש נפקא מינייה גם לדידן כגון לענין
קמיצת מנחה במנחות (דף י"ט ע"ב): שם ד"ה ור"י אמר אעפ"י.

ושמא יש לחלק: במה שכתבו התוס' ושמא יש לחלק כו' גם קושיתם הראשונה מתורצת
ולא מצרכינן לגרוס ר"א. אכן הר"ת שגרוס ר"א לשיטתו אזיל דלא ס"ל לחלק בין פל
הקודם להרגו ולענין נזקי שלם דהא מתרץ גם אקושיא שני' תירוצ אחר ולכן א"ש ג"כ

למה דלא תירצו התוס' אקושייתם הראשונה דתרבות דהתם איירי בקשורים בשלשלאות והכא שגדלם בביתו דכיון שהתוס' אלו אליבא דר"ת וא"כ ע"כ ליפא לתרוצי אקושיא קמא פן דא"כ קושיא השני' במקומה עומדת ולכן א"ש ג"כ למה דלא הקשו התוס' דרבנן אדרבנן וכמו שהקשה הר"ן דבזה שפיר יש לחלק פיון דהתם איירי שגדלם בביתו והכא איירי בקשורים בשלשלאות וכמו שתירץ ר"ת על קושיא שני'.

אכן רש"י נראה שרצה לתרץ קושיית התוס' שניה במה שכתב בד"ה א"ב נחש בר מנחש כדאמרין נחש מועד לעולם דברי הפל וכיון דלא אמרינן בפירוש שם בב"ק דדברי הפל היא רק פתוב שם סתם במתניתין הנחש מועד לעולם דמשמע דמודו ביה כ"ע וא"כ י"ל דהאי תנא שם ר"ע הוא דפליג גם הכא לענין נחש את"ק אבל ת"ק באמת ס"ל דנחש אינו מועד.

ובזה יש ליתן טעם למה דהרמב"ם פסק כר"ע בה' סנהדרין אשר הראב"ד השיג עליו ע"ש: שם דף ט"ז ע"א בגמרא שורו של כה"ג בכמה: י"ל למה מבעיא ליה דוקא לענין שורו של כה"ג ולא ג"כ לענין בהמה שנובעת מכה"ג דהא גם נרבעת ילפינן דהיא בכ"ג מהקישא דואיש אשר יתן שקבתו כו' ואת הבהמה תהרגו כדאמרין לעיל (דף ט"ו ע"א) מה שוכב הוא ובהמתו בכ"ג וכו'.

וי"ל דלכאורה יש לדקדק מאי קא מבעיא ליה אי למיתת בעלים דידיה מדמינן ליה אי למיתת בעלים דעלמא פשיטא דלמיתת בעלים דידיה מדמינן ליה דהא כתיב וגם בעליו ואי לבעלים דעלמא לכתוב בעלים.

אבל נראה דשפיר קא מב"ל ע"פ מה שכתבו התוס' לעיל (דף ט"ו ע"ב) בד"ה אימא דעיקר קרא דוגם בעליו יומת אתיא למיתה בידי שמים והקישא אתי מדכתיב יומת ולכן א"ש דצריך לכתוב בעליו משום מיתה בידי שמים אבל לעולם לענין הקישא י"ל דלבעלים דעלמא מדמינן ליה או אי נימא מדכתיב בעליו דדוקא לבעלים דידיה מ"ל והיינו דקא מבעיא ליה ולכן א"ש דלענין נרבעת פיון דלא פתיב בפירוש דאתקשה לרובעה לא קא מבעיא ליה כלל דנדאי לאיש אחר מדמה לה ולא לרובעה דגם לענין שוה"נ לא קא מבעיא ליה אלא מדכתיב בעליו: שם ע"ב בגמרא כל הפלים שעשה משה משיחתו מקדשן: לכאורה יש לדקדק למה קא חשיב דוקא משיחה ולא ג"כ מלך וכה"ג ונביא ואו"ת כמו במשפן דבעי כל הני ועל זה לא שייכי תירוצי הגמרא ואי נימא דמשיחתו לאו דוקא אלא ה"ה כל הני ולא חש להזכירן א"כ גם לענין עבודתן מחנכתן נימא הכי.

ומה הקשו התוס' בד"ה את תבנית וא"ת וכלים נמי נבעי ע"א. דאימא ה"נ דבעי הכי ולא הזכירן כמו שלא הזכירן בכלים שעשה משה.

וי"ל דהתוס' דייקי שפיר דע"כ לא בעי ע"א מדלא הזכירן המשנה גבי אין מוסיפין על העיר והעזרות. אבל לענין פלים שעשה משה לא שייך דניחשבם מתנייתו דלא חשיב רק מה שנוהג לדורות: שם בתוספת ד"ה את תבנית.

מה"ט נמי ניבעי מלך ונביא בהעמדת סנהדראות: המהרש"א הקשה בזה ב' קושיות. הא' דלמא באמת בעי הכי ולא הזכירן כמו שלא הזכירן גבי מוסיפין על העיר.

ועוד למה מקשה התוס' דוקא אסנהדרין ולא אמינוי כה"ג דמוקדם במתניתו ומירץ בלוחס. ונראה דתדא קשיא מתורצת בתכרחה דהתוס' בשבועות (דף ט"ו) פתבו דלקף לא תני במתניתו דהקא לענו מוסיפין על העיר ולענו יוצאין למלחמת הרשות רק דיני דסנהדרין ולא ג"כ דבעי מלה וכה"ג משום דמסכתא דהקא לא איירי רק בדיני דסנהדרין.

ולפ"ז א"ש דנדאי אכה"ג לא היו התוס' יכולים להקשות די"ל דבאמת בעי והא דלא תנא ליה במתניתו משום דלא איירי רק בדיני דסנהדרין אבל אי בסנהדרין בעי שפיר הוי צריף למיתני פינו דמתניתו איירי בסנהדרין וא"כ זהו מקומו אע"כ מדלא תנא ליה ע"כ דלא בעי ושפיר הקשו התוס': שם בא"ד.

ועוד קשה: בשבועות (שם) הקשו התוספות עוד קושיא אחת דהא במשפן עדיין לא הנה פהו ולא אורים ותומים דלא נתחנכו עדיין. אכן נראה עפמ"ש התוס' בע"ז (דף ל"ד ע"א) דמשה שימש בימי המלואים בלא בגדי כהונה פינו שיהיה מעמיד המשפן ומפרקו לא הנה לו עדיין דין משפן רק דין במה.

ועוד דעדיין הנה טעון הנה כל ז' הימים וא"כ לא נתחנף המשפן בקדושתו עד יום ח' למלואים שעבד אהרן בבגדי כהונה גדולה וא"כ שפיר הו' כה"ג ואורים ותומים. עוד הקשו שם התוס' דליבעי משפן ג"כ משיחה מכן תעשו ע"ש.

אכן לפי מה דאמרינו בשבועות (דף י"ז) אם נאמר משפן ולא מקדש ה"א משפן שנמצא בשמן המשחה חייב מקדש שאינו נמשח בשמן המשחה לא חייב לכה נאמר מקדש ע"ש. וא"כ מדאצטריף קרא דמקדש י"ל דמוכח דלא בעי משיחה: שם ד"ה שופטים.

אם יש בעיר אחת מב' שפטים: א"כ לר"ל דס"ל לקמן (דף ק"א ע"ב) דאין חולקים מעיר א' לב' שפטים וגם מברייתא זו המ"ל. אכן בתירוץ הגמרא שם מתורץ גם זה: שם ד"ה אחת או ב'.

פירוש אחת בב"ד אחת או ב' בב' בתי דינין: המהרש"א דייק מנ"ל פן דבב' בתי דינין דוקא הא כתיב סתם עריף. י"ל דאתיא פן מדכתיב אחת דמיתר הוא אלא ע"כ דאתי לאשמועינו דאחת דוקא בב"ד אחד ושנים דאתיא מעריף בב' בתי דינין.

ובזה מתורץ קושית התוס' בד"ה אחת ולא שלש: שם דף י"ז ע"א בגמרא עמה משום שכינה: כאן פירש רש"י ז"ל ב' פירושים ובהוריות (דף ד' ע"ב) פירש עוד פירש ג' ונ"ל עמה משום שכינה כלומר בדור צדיקים גמורים שאני רוצה להשרות שכינה עליהם עכ"ל ובסנהדרין (דף ל"ו ע"ב) פירש עוד פירש אחר ע"ש היטיב ובמהרש"א: שם לא סייעו קמיה: לכאורה צריף ביאור דהא נדאי האי משה מת לא הוי גיחא ליה יותר מיהושע מכניס את ישראל לארץ ומה בכך דלא סייעו קמיה דהא היתה חלה קשה יותר מן הסוף.

ונ"ל על פי מה דאמר בסוטה פ"א למה נתאנה משה ליכנס לארץ ישראל וכי מפרה הנה מתאנה לאכול אלא לקיים מצות התלויים בארץ ע"ש. והשתא א"ש דנדאי פאשר נתנבאו משה מת לא חרה לו פי נדאי משה לא חפץ בחיים כהמון העם שמתגראים מן המיתה וכמו דמקשה גם הגמרא שם למה נתאנה משה ליכנס לא"י ולא מתרץ שרצה לחיות עוד זמן מה עד שיהיה בא"י וינחלו אותו ולכן חשב משה דכל נבואתם הוא שתשלקט בו

מיתה ולא יעלה חי לשמים פאליהו וריב"ל וכדומה ולכן לא תרה לו אבל אי הוי סינימי קמיה דיהושע מכניס את ישראל לארץ והיה ידוע לו דאין מלכות נוגעת בתרתה אפילו כמלא נימא וכדאמרין בסוטה לענן משה ויהושע וא"כ ע"כ דימות קודם שיפנסו לארץ ולא יוכל לקיים מצות התלויות בארץ זה ודאי היטב תרה לו ולכן משני דלא סימו קמיה לומר גם הנבואה דיהושע מכניס את העם לארץ: שם ברש"י ד"ה בדומין לה.

מיוחסין ומגוקין ממום: י"ל דהא בהוריות (דף ד') גליף מבדומין לה שצריכים שיהיו בעלי הוראה כמשה ואיך פתב רש"י פירוש אחר דהיינו מיוחסים ומגוקין ממום. וי"ל דרש"י ז"ל פאן פירש עפ"י גמרא דסנהדרין (דף ל"ו) דילפינו שם פן הכי.

אכן בעלי הוראה ממילא מוכח ג"כ מניה דהא בעינו שיצמו לו בכלו. אכן אפתי י"ל איך פתב מיוחסין ומגוקין ממום הא בגמרא (שם) משמע דדוקא מגוקין מפל מום אתיא מניה ומיוחסין אתיא ממום אין בה.

ונ"ל דבלא"ה י"ל שם בדברי רש"י דפירש בד"ה מפל מום פגם משפחה עכ"ל הרי דפירש אדרשת ר' יוסף דפגם משפחה רצה לילף וא"כ כי מקשה התם ודלמא מום ממש הפירוש ומנ"ל אפתי פגם משפחה וע"ז תירץ ראב"י דמום אתיא מעמך בדומה לה וכי מקשה דלמא התם משום שכינה פירש רש"י דלמא משום שכינה בעינו מיוחסים.

ונה צ"ב לכאורה דהא לפי פירוש פגם משפחה מדתני ר' יוסף ורק מום ממש רצה לילף מעמך ואי נימא דהפירוש הוא דראב"י חזר בו מתירוץ אמרימר וסבר דמום אין בה באמת אתיא למום ממש ופגם משפחה אתיא מעמך.

אפתי קשה הא ביבמות (דף ק"א) מיייתי הא דתני ר"י לענן לפסול סומא לדון הרי לענן מום ממש. ובקדושין (דף ע"ו) מיייתי ליה לענן ממזר דהיינו פגם משפחה הרי דתרתתי אתיא מניה ומדברי התוספות ביבמות באמת נראה שהם פירשו פנ"ל ואעפ"י שראב"י לא אמר אלא מכ"מ חזר מתירוץ אמרימר.

אכן דעת רש"י נלענ"ד שפירש מדאמר מגוקים מפל מום היינו בין מום ממש ובין פגם משפחה ולכן פירש אמפל מום פגם משפחה ופשיטא ג"כ מום ממש דהא אין דבר יוצא מידי פשוטו ואמרימר רצה להביא סמך לזה ממום אין בה וע"ז הקשה פיון דלא כתיב כל מום אין בה דלמא דוקא מום ממש קאמר וע"ז תירץ ראב"י דע"כ מוכח דמגוקים מתרתתי בעינו מדכתיב עמך בדומין לה הרי דבכולו בעינו שיצמו לו לכן שפיר מסמכינן גם תרתתי אקרא דמום אין בה אכן על זה הקשה אפתי גם מקרא זה מנ"ל פגם משפחה דלמא דוקא התם משום שכינה ומתירץ דפונשאו אתה נפקא וא"כ באמת דתרתתי אתיא ממום אין בה לענן אסמכתא ומבדומין לה לענן דרשה גמורה.

ובזה מתורץ מה שהקשו התוס' שם בד"ה אתה בדומין לה ולכן א"ש למה דפירש רש"י פאן דמאתה מיוחסים ומגוקים ממום אתיא. ועיין עוד מש"כ בספרי ע"ל ביבמות (שם): שם ד"ה על עסקי שליו.

צורף שעה היתה: נ"ל די"ל דכיון דבגמרא יהיב טעמא למ"ד על עסקי גוג מנ"ל פן וגם למ"ד דמשה מת כדאמר בשלמא למ"ד משה מת היינו דכתיב אדוני משה פלאם ולא יהיב טעמא למ"ד על עסקי שליו ולכן פירש רש"י טעמו פשוט דצורף שעה הנה נבואה

זאת דְּהָא תִּיבְרָא אַח"כּ הוֹזְפְרוּ עֲנִינֵי שְׁלִיזוּ לְכוּן לֹא הוֹצְרָכָה הַגְּמָרָא לְפָרֵשׁ טַעַם מ"ד זָה:
שֵׁם בְּתוֹסְפֹת ד"ה שְׂיֹדַע לְטַהַר: וְקִשְׁיָה לר"ת דְּמָה לְנוּ בְּחִרְיֹפּוֹת שְׁל הַבֵּל לְטַהַר שְׁרִי
שְׁהַתוֹרָה טְמֵאָתוּ: וּבְעֵרוּבֵין פְּרָק קַמָּא (דָּף י"ג) הִקְשִׁי תוֹסְפֹת גַּם כֵּן קוֹשְׁיָא זֹו וּבִיזְרֹו
יֹוֹתֵר דְּעַתָּם בְּהוֹסְפֹת תִּיבַת טְמֵאָתוּ בְּהִדְיָא וְעִינֵין בְּכָל דְּבָרֵי תוֹסֵ' דְּלֹאֲחַר שְׂדָחוּ פִּירוּשׁ
ר"ת א"כ נִשְׁאַרָה קוֹשְׁיָתוּ בְּתִימָה.

ולענד"נ לתרין דנדאי לא לטהר שְׁרִי שְׁהַתוֹרָה טְמֵאָתוּ בְּהִדְיָא אֲתִי לְמִילָף בַּק"ו אֲלֵא
דְּבָר אַחַר ע"פ מַה שִׁי"ל דְּהָא הַק"ו מְנַחֵשׁ פְּרִיכָא הוּא דְּבַהֲמָה תוֹכִיחַ שְׂאִינָה מְמִיתָה
וּמְרָבָה טוֹמְאָה וְאֵעֵפ"כּ טְמֵאָה מְשׁוּם גְּבֻלָּה.

אֲכֹן נִרְאָה דְּלְכָאוּרָה יֵשׁ לְהִבִּין אֵהָא דְּקֹאֲמֵר וּמָה נְחָשׁ כּו' טְהוֹר דְּהָא גַּם נְחָשׁ טְמֵא הוּא
מְשׁוּם גְּבֻלָּה לְשִׁיטַת תוֹסֵ' אֲפִילוּ בְּמִשְׁאָ מְטַמָּא וּלר"ת עכ"פּ בְּמַגְע וְאִיךָ רְצָה לִילָף לְעַנְיָן
שְׂרָצִים שְׂמֻטְהֵרוּ לְגַמְרֵי.

אֲבָל נִרְאָה דְּנֹדַאי לֹא לְטַהַר לְגַמְרֵי רְצָה לִילָף שְׁרִי מְנַחֵשׁ אֲלֵא לְעַנְיָן שְׂעִיבָא דְּהָא שְׁרִי
מְטַמָּא בְּכַעֲדָשָׁה פְּדֹאֲמֵרִינוּ בְּנִזְרֵי בְּפִרְק כה"ג וּבְכַמָּה דְּוִכְתֵּי וּנְבִילָה אִינָה מְטַמְּאָה אֲלֵא
בְּכַזִּית וְהִינֵנוּ דְּרְצָה לִילָף מְנַחֵשׁ דְּטַהַר בְּשִׂיעוּר כַּעֲדָשָׁה וּכש"כ שְׁרִי שְׂעִיבָא בְּשִׂיעוּר
כְּזָה וְלָכוּן לֹא שְׂעִיבָא לְמִימֵר בְּהִמָּה תוֹכִיחַ דְּהָא גַּם גְּבֻלַת בְּהִמָּה אִינוּ מְטַמָּא בְּכַעֲדָשָׁה רַק
בְּכַזִּית וּכְמוֹ כֵּן יְטַמָּא בְּאַמַּת ג"כ שְׁרִי.

וְהִנֵּה בְּחִגְיָה (דָּף י"א ע"א) אֲמֵרִינוּ טְמֵאוֹת מְכַתֵּב כְּתִיבֵן לֹא נִצְרָכָה אֲלֵא לְכַעֲדָשָׁה מִן
הַשְׁרִי דְּלֹא כְּתִיבֵן ע"ש וּבְהִכִּי נִלְעַנ"ד דַּא"ש מַה שִׁי"ל לְכָאוּרָה עוֹד בְּגַמְרָא דְּקֹאֲמֵר אִין
מוֹשִׁיבֵין בְּסִנְהֵדְרִין אֲלֵא מִי שְׂיֹדַע לְטַהַר שְׁרִי מִן הַתוֹרָה וְיִלְיָף לָהּ רַב בַּק"ו וְזָה לְכָאוּרָה
תְּמוּזָה מָה רְצָה לְדִיִּיק בְּזָה לִימָא בְּקִיצוּר מִי שְׂיֹדַע לְדוֹן בַּק"ו עוֹד וְכִי מְפַנֵּי זָה שְׂיֹדַע
לְדוֹן ק"ו חֲכָם גְּדוֹל יִקְרָא וְרָאוּי לְהוֹשִׁיבוּ בְּסִנְהֵדְרִין הָא אָדָם דִּין ק"ו מְעַצְמוּ וְגַם מָה רְצָה
לְדִיִּיק בְּזָה שְׂיֹדַע לְטַהַר שְׁרִי מִן הַתוֹרָה לִימָא בְּקִיצוּר שְׂיֹדַע לְטַהַר שְׁרִי.

וּנִלְעַנ"ד ע"פ גְּמָרָא דְּחִגְיָה שֵׁם הָא דְּשְׁרִי מְטַמָּא בְּכַעֲדָשָׁה לֹא כְּתִיבָא וְלֹא אֲתִי רַק מְסַמָּךְ
דְּמָהּ וּבְהֵם וְא"כ אִם יֵשׁ לְנוּ ק"ו לְטַהַר כַּעֲדָשָׁה יֵשׁ לְבַעַל הַדִּין לְחַלּוֹק וְלוֹמֵר דְּמִי עֲדִיפָא
סְמָךְ זָה מִק"ו שְׂהוּא עֲקֹרוּ שְׁל תוֹרָה וּכְמוֹ דְּכְתִיבָא בְּהִדְיָא דְּמִי דְּכָל דְּבָר הַנְּלַמֵּד בִּי"ג
מִדּוֹת נְחָשֵׁב כְּמוֹ דְּכְתוּב בְּפִירוּשׁ בְּהַתוֹרָה כְּמִבְּנֹאֵר בְּאַרְיִכוֹת בְּסִפֵּר הַמְּצוֹת שְׂרֵשׁ א' וְהִינֵנוּ
דְּקֹאֲמֵר אִם יוֹדַע לְטַהַר שְׁרִי מִן הַתוֹרָה דִּיִּיקִי פִּירוּשׁ ע"י ק"ו דְּנִחְשֵׁב מִן הַתוֹרָה וְגַם
לְטַהַר שְׁרִי דְּהִינֵנוּ כַּעֲדָשָׁה מְמַנּוּ דְּלֹא כְּתִיבָא בְּהִדְיָא וְאֵעֵפ"כּ אִינוּ סוֹמָךְ עַל דְּעַתּוֹ נִגְד
קְבֻלַת הַחֲכָמִים זָהוּ רָאוּי לְהוֹשִׁיבוּ בְּסִנְהֵדְרִין וּנְקַט לְטַהַר שְׁרִי דְּנִקָּא דְּהוּא הוּא מַה
דְּאֲמָרָה הַגְּמָרָא בְּחִגְיָה שֵׁם דְּהֵם גּוֹפִי תוֹרָה וְאִין לְהֵם רַק סְמָךְ וּבְזָה מְתוֹרְצִים כֹּל
הַקּוֹשְׁיּוֹת וּבְרוּר הוּא לְפַעַנ"ד: פְּרָק שְׁנֵי שֵׁם דָּף י"ח ע"ב בְּגַמְרָא אִימָא לֹא לִיגְלִי קמ"ל:
לְכָאוּרָה יֵשׁ לְהִבִּין לְפִי מַה דְּאֲמֵרִינוּ בְּבִרְכוֹת (דָּף כ"ב) דְּכִהּוֹן שְׁהַרְג אֶת הַנֶּפֶשׁ לֹא יִשְׂא
אֶת פְּפִיו דְּכְתִיב יְדִיכֶם דְּמִים מְלֹאוּ וְהִינֵנוּ אֲפִילוּ בְּשׁוּגַג כְּמִבְּנֹאֵר בַּש"ע א"ח (ס' קכ"ח)
וּכש"כ דְּפָסוּל לְעַבּוּדָה דְּמִי ס"ד דְּכַה"ג יַעֲמוּד בִּיה"כ לְפָנֵי וּלְפָנִים וְלֹא יוֹכֶשֶׁר לִישְׂא כְּפִיו
וְכִינּוּן דְּכֹן ע"כ צְרִיךְ לְמִנּוֹת כה"ג אַחַר בְּמִקּוּמוֹ שְׁל זָה וְאִיךָ ס"ד דְּלֹא לִיגְלִי הָא אִם אַחַר
כְּהָ נְתַמְנָה כה"ג אַחַר בְּמִקּוּמוֹ יֵהָא רָאוּי לִיצָא בְּמִיתָתוֹ וְיִהְיֶה לוֹ תַקְנָה בְּחִזְרָה אַע"כ יִהְיֶה

מוכח פדעט הריטב"א במפוח שם דפליג אשיטת התוספת דכאן בד"ה אינו יוצא נאשיטת רש"י שם וסובר דגם אם מינו אחר קודם שנגמר דינו אינו יוצא במיתתו.

וי"ל דה"א דב"ד יתנו וישאו בדינו תיכף וכינן דעתה אין לו תקנה בחזרה בעוד שלא נתמנה כה"ג אחר יפטרו אותו מגלות וא"כ אף שאח"כ יתמנה כה"ג ויהיה לו תקנה בחזרה מ"מ יפטור מגלות כיון שפטר יצא זכאי מב"ד לכה"ל דגם באין לו תקנה בחזרה גולה.

ועיין במ"ל סוף ה' ביאת מקדש אי פהו שהרג פשר לעבודה: שם אם עבר על עשה ול"ת: האי עשה לכאורה קשה דמה עונש ב"ד שייך לענן עשה ואף אם תאמר לענן שפנין אותו עד שתצא נפשו היינו לענן שייכים אותה בעוד שיש בידו לקיים אבל בברייתא דקתני אם עבר לא שייך עונש גבי עשה וצ"ל דאגב ל"ת נקט נמי עשה: שם פהדיוט לכל דבריו פשיטא: לכאורה הני מצי למימר דאצטריף לר' ישמעאל דיליף לעיל (דף י' ע"א) מלקות מדיני נפשות דליהוי בכ"ג וא"כ ה"א דבכה"ג דדיני נפשות ש"ל בע"א גם במלקות ע"א בעינן לכן קמ"ל בברייתא דאינו רק בכ"ג בפהדיוט והא דלא קאמר פן משום דרצה לאוקמא ברייתא אפילו פרבנו.

או אפשר דלר' ישמעאל באמת ע"א בעינן לענן מלקות כיון דיליף לעיל בגז"ש מלקות מדנ"פ: שם מעיד למלה: הרמב"ם ה' פלי מקדש פסק פן דמעיד למלה ישראל והכ"מ הקשה עליו דהרי זה נגד מסקנת הסוגיא דהכא ע"ש שנדחק בישובו.

ולענ"ד לק"מ שהרי על מה דמקשה הכא על תירוץ זה והתנן לא דן ולא דנין אותו הקשו התוס' דלמא מיירי במלכי ב"ד דדן ודנין אותו ותצו דמתניתין איירי במלכי ישראל ונהרי ידוע דהרמב"ם לא מביא דינים רק שיתנהגו לעתיד פשיבוא משיח צדקנו ולעתיד נבא הנביא שלא יהיו עוד ב' ממלכות כ"א מלכים מבית דוד וכינן שדן ודנין אותם שפיר כתב הרמב"ם דמעיד למלה.

ומה שכתב הרמב"ם מעיד למלה ישראל פוננתו ע"כ המלה שיימלן על ישראל שהרי לע"ל לא יהיה רק מלה מבית דוד: שם חולץ וחולצין קא פסיק ותני כו': מה ש"ל בסוגיא זו ובפרט בדברי הר"ן פתבתי בספרי ע"ל יבמות דף כ': שם ברש"י ד"ה והא לא דנין אותו.

מאי סהדותא בעי: ק הא דלא פירש בקיצור דקושית הגמרא מולא מעידין אותו משום דהא י"ל כיון דהטעם דאין מעידין אותו משום כבודו של מלה א"כ זה לא שייך רק פשמעיד נגדו דבזה פוגם כבודו וכן משמע לשון מעידין אותו אבל שפיר היה יכול לומר דמעיד דמתניתין מיירי שמעיד לטובת המלה דכן פירש ג"כ רש"י בדבור הקדום וכה"ג יודע לו עדות עכ"ל דמשמע לו לטובתו לכן פירש דהקושיא היא מאין דנין אותו ולכן אפילו עדות של טובה אינו צריף: שם בתוס' ד"ה מעיד.

ה"מ ממונא אבל במידי דאיסורא לא: הכי אמרינן שם בבב"ב (דף י"ט) דליפא למילף פלאים מוהתעלמות דאיסורא מממונא לא ילפינן. אכן קשה לכאורה דהא שם מקשה ג"כ דנילף מולאחותו ומתריץ שב ואל תעשה שאני וכלאים קום ועשה הוא ע"ש וא"כ שלא להעיד דשב ואל תעשה הוא שפיר יש לילף מולאחותו.

וי"ל לפי מה שפיתבו התוס' בב"מ (דף ל' ע"ב) דכבוד הבריות דמת מצוה גדול מהא דוהתעלמת ורק הא דכלאים שנה לו ע"ש א"כ דוקא לענין פלאים מקשה התם ולגמר מיניה אבל לענין מעיד ליכא למילף ממת מצוה ורק מוהתעלמת יש ללמוד פן דלא שנה בענין כבוד הבריות וע"ז שפיר הקשו התוספת דאסורא מממונא לא ילפינו ואפ"ש דלזה פונו התוספת בתיבת כדפריש': שם ד"ה וקא אין מושיבין מלה.

וי"ל דהא דאין מלה דן ה"מ לבדו: ולקמן (דף י"ט ע"א) בד"ה אבל מלכי ב"ד פתבו התוס' דהא דאין מושיבין מלה היינו דוקא בדיני נפשות אבל בדיני ממונות מושיבין ולפ"ז בדיני ממונות לדון עם אחרים גם מלה ישראל דן דהא לא משום לא דן איכא ולא משום אין מושיבין איכא וא"כ י"ל לכאורה מי דחק הגמרא למימר מקבלי ניהלין לסהדותא קאי הוא ואזיל לימא דאיירי בדיני ממונות והמלה גופא דן עמהם.

וי"ל עפ"מ שפיתב רש"י וכן סברו גם התוס' דגם לפי מה שמתרץ אלא מעיד בפני מלה איירי ג"כ ב"בן מלה וטעמם נראה פיון דבגמרא קאמר דהמלה בא משום יקרא דכה"ג לדון שיעיד כה"ג בפניו אבל אי לאו משום יקרא דמלה גם כה"ג אינו צריך להעיד א"כ למה בא מלה פלל לא יבא הוא ולא יוצרף הכה"ג לבא לכן פירשו דאיירי ב"בן מלה והמלה רצה להוציא משפט בנו לאור לכן בא בשביל כבוד הכה"ג שיבא גם הוא להעיד ולכן צריף הגמרא ג"כ לומר דקאי הוא ואזיל דהא ל אין לו לדון בדין בנו: שם בא"ד.

ובהכי ניחא דלא פריף: גם קושיתם ועוד מה קמ"ל מתניתן היא ה"ל בהכי ניחא: שם דף י"ט ע"א בגמרא שפיר קאמר ר"י וכו' דלקמא מקרי ואתי ונגע עיין שם: לכאורה י"ל דלר"י דקאמר במתניתן אינו יוצא מן המקדש משום שנגאמר ומן המקדש לא יצא וא"כ קשה כדקאמר ר"מ אי הכי לביתו נמי לא.

ועוד היכי קאמר ור"י אגב מרריה דלקמא מקרי ואתי ונגע הא לר"י יש טעם פשוט פיון דסבר דמקדש ממש הוא וכי בגמרא טעמא דקרא אתי לפרושי ועוד הקשה הר"ן הביאו הרמב"ן דאיף יליף ר"י מקרא זה דמן המקדש לא יצא הא מצרכינו קרא זה לענין שמקריב אונן.

ונלענ"ד דנדאי גם ר"י סובר דהאי מן המקדש לא יצא פירוש מקדושתו לא יצא כר"מ דאל"כ יקשה אפילו לביתו נמי לא וגם דאין לפרש קרא כפשוטו דהא מצרכינו לענין שמקריב אונן דהינו ג"כ דרשה דמקדושתו לא יצא פדמוכח מדברי הרמב"ן דלא פתב דהוי אסמכתא רק לר' יהודה ולא לר"מ ע"ש וקא דקאמר ר' יהודה במתניתן דאינו יוצא מן המקדש אינו מדאורייתא רק מדרבנן משום דלקמא מקרי ואתי ונגע וקא דקאמר טעמא דכתיב ומן המקדש לא יצא ה"פ דכתיב מן המקדש לא יצא מקדושתו לא יצא כר"מ נאי יצא מן המקדש אגב מרריה אתי לנגוע אפילו היכי דאית ליה הפירא לכן לא יצא מן המקדש פלל ללקת אחרי המטה אבל לביתו ודאי יכול לילף דהא קרא לא קאמר שלא יצא מן המקדש ולפ"ז הא דכתב רש"י במתניתן בד"ה ר' יהודה דריש מן המקדש דוקא לפי הס"ד פירש פן דנדאי בתחלת הגמרא ה"א דטעמא דר"י פן מדקאמר אמר לה ר' מאיר אי הכי לביתו נמי לא: שם סגן ומשוח שעבר בימינו: סגן הוא אותו שעובד תחת כה"ג ביוה"כ כשאירע בו פסול כדאמרינן ביומא ריש פ"ק ט"ר בקלפי ומשוח שעבר הוא שפ"ש שמשוח תחתיו כמו שפרש"י וכשמימות כה"ג יכנס זה תחתיו לשמש בכה"ג

כמו שפכת הרמב"ם (פ"א מהל' עבודת יה"כ) וא"כ הפהן משוח שעבר הוא בעצמו הסגן לכה"ג דהא אם אינרע עוד פעם אחר פסול משמש עוד תחתיו ואיך משפחת שיהיו סגן ומשוח שעבר וא"ל דהסגן הוא אותו שהיה סגן לכהן משוח שעבר בפעם שעבר א"כ השתא פושב כה"ג לעבודתו המשוח שעבר חזר להיות סגן והסגן שהיה לו חזר להיות עבר וה"ל למיתני הסגן והמשוח שעברו דהא גם הסגן עבר הוא ואפשר לומר פיון דמשוח שעבר פל מצות כה"ג עליו א"כ גנאי הוא לו לשמש שמוש הסגן פגון להטיל פניסות בכל יום במקדש פדאמרין פ"ב דיומא דמנונה הוא הסגן פדאמרין בשמעתין לכן גם כה"ג זה צריך לסגן אחר והיינו הסגן דתני פאן: שם שיהיו נשים מספרות בבית הפסא משום יחוד: לשון נשים מספרות לשון רבים פירש"י זו עם זו ולא נשים דעלמא.

אך לכאורה צ"ע דהא חשש יחוד שייך גם באשה אחת ותשמיע קולה שלא תביא לידי יחוד וי"ל: שם תנו עיניכם בו ונדוננו: י"ל הא אמרין בפירק שלשה שאכלו דאשת ינאי המלך היתה אחות שמעון בן שטח ואיך אמר ונדוננו הא בעל אחותו הוא מן הקרובים דקתני לקמן (דף כ"ז) במתניתין.

ולפירוש התוס' לעיל (דף ט"ז ע"ב) בד"ה אחד ממנוה דאחד ממנוה הוא מופלא שבב"ד והוא לא היה מחשבון הסנהדרין א"כ י"ל דשמעון בן שטח שהיה ראש ב"ד פדאמרין בחגיגה דנשנה עם הזוגות שם דלשם מופלא היה עם הב"ד ואמר ונדוננו ולא שהיה דן עמהם אבל לפירוש רש"י שם קשה וצ"ל דבאותה פעה שדנו לינאי המלך אפתי לא היה נשוי אחות שמעון בן שטח: שם בתוספת ד"ה היינו סגן.

ולכא למימר דהיינו משוח שעבר: עוד יש לומר דלכאורה יש להבין דבברייתא קתני סגן ומשוח שעבר ובמתניתין לא קתני משוח שעבר. אבל י"ל פיון דמשוח שעבר אינו בכל עת רק אם אינרע פסול בכה"ג לכן לא קתני במתניתין רק סגן דהוא בכל עת דמוכרח להיות סגן ולא מוכרח להיות משוח שעבר אבל בברייתא קתני אם יש פאן ג"כ משוח שעבר אז הוא ג"כ מימין הכה"ג אכן זה שייך דוקא אם ממנוה דמתניתין הוא סגן אבל אם הוא משוח שעבר ודאי דה"ל למיתני גם סגן דהוא בכל גוונא ולכן שפיר מוכיח בש"ס דהיינו סגן דהיינו ממנוה: והא דלא קתני במתניתין ג"כ ראש בית אב משום דלא דייק במתניתין סדר הליכתן רק שהכה"ג הוא באמצע בין סגן והעם אבל אי גם משוח שעבר הוי בהדיהו ודאי דה"ל למיתני ג"כ: שם ד"ה ושמע מינה.

פירוש דתנן ממצעו בינו לבין העם: הא דלא פירשו בפירוש רש"י דהראיה היא מדקאי האבל לשמאלו של כה"ג שהוא מן המנחמים די"ל דהיינו משום פבודו של כה"ג שיהיו האבלים וכל העם לשמאל דהא גם השתא דאמרין לשמאל המנחמים הם עומדים אפתי צ"ל פן דכשהוא מתנחם מאחרים קתני שפל העם משמאלו אף שהוא האבל וראוי להיות לשמאל העם אע"כ דמשום פבודו הוא בימין וה"נ צ"ל לענין פשהוא מנחם אחרים אע"כ פירשו התוס' דאתיא מהא דתנן ממצעו בינו לבין העם: שם ד"ה אבל מלכי בית דוד.

וא"ת וכי איך יכול לדון: לפי מה שפכת הר"ן לעיל אהא דאמרין דאין מושיבין מלך בסנהדרין משום לא תענה על ריב דהפירוש הוא אם יאמר המלך דעתו לא יוכלו לחלוק עליו הסנהדרין אבל אם הוא ממנין הסנהדרין פגון מלכי בית דוד ודאי הוא יודע שבדיני נפשות מתחילין מן הצד והוא לא מגלה דעתו עד שיאמרו פולן וזהו פבודו פי כף הוא

הדין אבל פשאינו מן המנגן פעמים ירצה לחלוק עם אחד מן הסנהדרין ואיכא משום לא תענה על ריב עכ"ל.

ובנדאי שכן מוכרח דאל"כ מ"ש מלך דלא דן בסנהדרין ומ"ש שאם מןפלא שבב"ד דון ואומר דעתו באחרונה כמו כן מלך ידון אע"כ דלא איירי הכא אלא לענין שלא ידון עמהם וכן מתנרץ קושית התוס' פאן דנדאי מלכי בית דוד דנין שפיר בסנהדרין וגם דוד דן שפיר פינו דון עם הסנהדרין ועל זה לא קאמר דאין מושיבין מלך בסנהדרין: שם בא"ד.

וי"ל דהכא מיירי דוקא לדון דיני ממונות: לכאורה י"ל דא"כ לקמן (דף ל"ו ע"ב) דתני עשרה דברים יש בין דיני ממונות לדיני נפשות ע"ש ליתני נמי הא ולהוי י"א ותני ושניר ליכא למימר דהא עשרה קתני וכדאמרין בקדושין (דף ט"ז) והא ארבעה קתני.

וי"ל דהא אמרינן שם דאין הפל כשרים ועשרים ושלשה חדא היא משום דחדא טעמא לשניהם וכיון דטעמא הוא דאין מושיבין מלך בסנהדרין בדיני נפשות משום לא תענה על ריב ומה"ט נמי מתחילין בדיני נפשות מן הצד וכיון דזה תני ליה במתניתין ה"מ לא חשיב הא דאין מושיבין מלך בסנהדרין: שם ע"כ בגמרא באותו שעה אמרו: י"ל בשלמא לא דן א"ש דגזרו מטעם זה פינו דלא דנין אותו ג"כ אינו דן משום התקוששו וקשוו והא דאין מעידין אותו הוא ג"כ מטעם זה פינו דאין דנין אותו עדות זה למאי אהני.

אבל הא דאין מעיד לכאורה קשה דאיך שייך למעשה שהיה ואי הטעם משום כבודו של מלך ואפילו להעיד לכה"ג אין זה כבודו אף שכה"ג מעיד לו כדמשמע לעיל א"כ אף בלא אותו מעשה שייך טעם זה וי"ל דנדאי בדבר מצוה היה לו למלך להעיד דאין חכמה לגד ה' והיכי דנוגע לכבוד ה' אין כבוד המלך נחשב לכלום וכמו שפכתבו התוס' לעיל בד"ה ינאי.

ועיין בר"ן שפיאר זה ביותר וגם הריטב"א בשבועות רק פינו שהוצרכו לגזור משום מעשה שהיה שלא לדון את המלך ממילא הוצרכו ג"כ לגזור דאין מעיד וכיון דאם הו"מ לא נוכל לקיים בו דין הנזמה דאין דנין אותו וא"כ ה"ל עדות שאי אתה יכול להזימו דלאו שמה עדות: שם מצוה שאני: הר"ן הקשה בזה מ"ש גבי פרשת המלך בסוטה סברו גם רבנן הכי והכא פליגי ומירץ דדוקא כבודו יכול למחול גבי מצוה לרבנן ולא בזיון וחליצה בזיון הוא אבל לעמוד ולקחת אינו בזיון ועוד פינו דהוא עצמו נוהג בזיון זה בעצמו ואין אחר מביזה אותו זה מותר במקום מצוה לרבנן אבל לא חליצה ע"ש.

אף דלכאורה קשה אפתי למה פליגי רבנן לקמן במתניתין לר' יהודה וסברו דאין המלך רשאי לצאת אחר המטה הא גם הלכות המת מצוה היא ואינו רק מחילת כבוד ולא בזיון. אכן לענ"ד י"ל בשוב קושיות האלה דשאני מצוה דהכא שאינה המוטל על המלך אלא שהיבמה לא תנשא לשוק בלא יבום או חליצה אבל עליו אינו מוטל לחלוץ לה ולכן לא מקרי זה לרבנן מצוה אבל במצוה גמורה י"ל דגם רבנן מודו: שם דף כ' ע"א במתניתין וכשמברין אותו: יש שינוי פירושים בסוגיא זו בנדרים (דף נ"ו) ומ"ק (דף כ"ז) גם נפלאתי שם ארש"י ורא"ש ור"ן וז"ל בפירושיהם בנדרים דכולם ענו כאחד אהא דכשמברין אותו גבי כה"ג תניא והרי בפירוש דגבי מלך תני כן וגבי כה"ג תני במתניתין

קמיינתא ספסל וְלֹא תִגִּי דְרַגְשׁ וְזֶה וְדַאי ג"כ א"ל שְׁגָרְסוּ גַם גְּבִי כה"ג דְרַגְשׁ וּפְיָרְשׁוּ כֹן הַסְנוּגְיָא אַכְה"ג דְהָא בַמ"ק שֵׁם אֲמַרְיִן בְּפִירוּשׁ וְהָא תַנּוּ גְבִי מְלָךְ וּכְשִׁמְכָרִין אוֹתוֹ כּו' לְכֹן דַּעְתָּם צ"ע: שֵׁם בְּגַמְרָא עֲרֹסָא דְגַדָּא: לְפִי מַה שִׁפְיָרֵשׁ הֲר"ן שֶׁהוּא סִימָן עֲשִׂירוֹת לְמִי שִׁישׁ לוֹ מְטָה שְׂאִין צְרִיף לֶה וְזֶה אִינוּ שִׁינְיָה לְכַאוּרָה גְבִי מְלָךְ שְׂאִינוּ מְדַרְכּוֹ לְהִרְאוֹת עֲשִׂירוֹת בְּמְטָה מְנוֹצְעַת וּא"כ הָאִי מְטָה דְגַדָּא דְגְבִי מְלָךְ יִהְיֶה הַפִּירוּשׁ כְּמוֹ מְטָה דְגַדָּא דִּישׁ לְאַנְשֵׁי דְעֻלְמָא כְּגוֹן עַל זֶה יֵשֵׁב הַמְלָךְ כְּשִׁמְכָרִין אוֹתוֹ.

אִף דַּלְפ"ז לֹא יִקְשֶׁה הַגְמָרָא מִי מִי אִיכָא מִיִּדֵי דַעַד הָאִידְנָא לֹא מוֹתְבִינָן כּו' דְהָא לַפ"ז שִׁפִּיר הוּא מוֹשֵׁב הַמְלָךְ גַם מְלַפְנִים. וּצ"ל דְהַגְמָרָא סְבָרָה מְדַקְרִי לִיה הַגְמָרָא עֲרֹסָא דְגַדָּא גְבִי מְלָךְ ע"כ גַם לְגַבִּיָּה הוּא עֲרֹסָא דְגַדָּא אֲכֹן זֶה יִהְיֶה רְאִיָּה לְפִירוּשׁ רְש"י דְלְפִירוּשׁ הֲר"ן זֶה דְחֹק בְּאֲשֶׁר בִּיאָרְנוּ: שֵׁם עֲרֹסָא דְגַדָּא קַרְבִּיטִין מִי אִית לִיה: הָא דְפְשִׁיטָא לִיה כָּל כֹּף דְלִית לִיה קַרְבִּיטִין פִּירֵשׁ רְש"י בְּנִדְרִים דְהִכִּי קִים לֵהוּ דְלִית לִיה קַרְבִּיטִין וְהֲר"ן פִּירֵשׁ כְּאִן דְמְדַקְאָמַר מַתִּיר אֶת הַקַּרְבִּיטִין מְשַׁמַּע דְלֹא סָגִי בְלָאוּ הִכִּי וְלִיתָא דְבְכָל מִינֵי מְטָה עוֹשִׂין עַד"ג כְּפִי רְצוֹן הַבַּעַה"ב וּמַש"ה מְקַשֶׁה מִי אִית לִיה קַרְבִּיטִין דְנוֹקָא עַכ"ל.

אֲכֹן דַּעַת רְש"י דְכָאן נִרְאֶה שִׁפְיָרֵשׁ בְּדַרְךָ יוֹתֵר פְּשוּט דְהַגְמָרָא מְקַשֶׁה דַע"כ דְרַגְשׁ צוּרָה מִיְנוֹחַדַּת אִית לִיה דַּאי הוּא מְטָה כְּשֶׁאֵר הַמְטוֹת א"כ מ"ש דְקָאָמַר מַתִּיר אֶת הַקַּרְבִּיטִין הֲלֵא הוּא מְטָה כְּשֶׁאֵר מְטוֹת וְלִימָא דְרַגְשׁ צְרִיף כְּפִיָּה וְאִי רְצָה לְאַשְׁמַעִינוּ דְמְטָה שֶׁל קַרְבִּיטִין מַתִּיר אֶת הַחֲבָלִים לִימָא זֶה בְּאַנְפִי נְפִשָׁא בְכָל הַמְטוֹת מ"ש דְנוֹקָא גְבִי דְרַגְשׁ דְנוֹקָט כֹּן אֵלָא ע"כ דְלֹא שִׁינְיָה זֶה רַק גְבִי דְרַגְשׁ וּכְדַמְתָּרֵץ רַבְּנָן דְדְרַגְשׁ הוּא עֲרֹסָא דְצֻלָּא: שֵׁם בְּרִש"י ד"ה מְכַדִּי מְחֹנִי.

כְּאִדָּם חֲשׁוּב: זֶה מְחֹסֵר פִּירוּשׁ וְלְכֹן מְגִיָּה הַב"ח דַּצ"ל כְּאִדָּם שְׂאִינוּ חֲשׁוּב וְהַמְהַרְשׁ"א מְגִיָּה בְּאִוְפֹן אַחַר שְׁתִּיבַת אֵלָא מִיְנוֹתָר עֵינֵן שֵׁם. וְלַעַנ"ד יֵשׁ לְהַגִּיָּה בְּפִשְׁטוֹת שְׂאִין כְּאִן רַק עִירוּב אוֹתִיּוֹת חֲשׁוּב צ"ל חֲבוּשׁ וּר"ל שְׂרִש"י מְפָרֵשׁ יְדִיף לֹא אֲסוּרוֹת וְנִרְגְלִיף לֹא לְנַחֲשׁוֹשִׁים הַנְּגָשׁוּ שְׂלֵא נְהַגְתָּ עֲצָמָה כְּאִדָּם חֲבוּשׁ בְּיָדוֹ וּבְרַגְלָיו אֵלָא בְכָל כְּתָף גְלִית דַּעְתָּה: שֵׁם ע"ב בְּגַמְרָא תְּנִינָא חֲדָא זִימְנָא: וְדַאי הָא דְמְלָךְ מוֹצִיא לְמַלְחָמַת הַרְשׁוֹת אַפְתִּי לֹא תְּנִינָא וְלְכֹן פִּירֵשׁ הֲר"ן דְכָל הַקְּוֹשִׁיא הִיא דַעַל פִּי ב"ד שֶׁל ע"א לֹא לִיתְנִי אִף דְלְפִי זֶה צ"ב מֵאִי מְתָרֵץ בְּש"ס אִיִּדִי דְתְנִי כָּל מִילֵי דְמְלָךְ: שֵׁם תְּנִינָא ר"א אָמַר זְנָגִים שְׁבַדוֹר כַּהוֹגֵן שְׂאֵלוֹ: צ"ב דְהָא הֵם אֲמָרוּ כְּכָל הַגּוֹיִם וְדַבְרִיָּהֶם נִרְעוּ בְעֵינֵי שְׂמוּאֵל וְגַם דְבַר ה' הִיָּה לוֹ לֹא אֲוֹתָהּ מְאֹסוּ כִּי אִם אוֹתִי כְּמַבְנֹאֵר בְּכַתוּב וְאִיף אָמַר ר"א שְׂשִׂאֵלוֹ כַּהוֹגֵן: שֵׁם בְּתוֹס' ד"ה מְלָךְ מוֹתֵר.

וְעוֹד דְבְּפִרְק הַכּוֹנֵס קָאָמַר דְדוֹד שְׂאֵל: אִי כְּנוֹנַת קוֹשִׁיַת הַתּוֹסְפוֹת דְלָמָּה הַנְּצָרָה דוֹד לְשִׂאֵל כִּינּוּן דְמִדִּינֵי מַלְכוּת הוּא עַל זֶה יִקְשֶׁה הָא וְדַאי לִיכָא מִדִּינֵי מַלְכוּת רַק לְקַחַת שְׂדוֹת וּכְרָמִים וְלֹא הַגְדִּישִׁים דְמִזְנָה לֹא הַנְּזַכֵּר בְּפִרְשַׁת מְלָךְ וְאִדְרַבָּה כְּתִיב זְרַעְכֶם וּכְרַמִּיכֶם יַעֲשׂוּר אֲבָל לֹא לִיקַח כָּל הַגְדִּישׁ וְעוֹד דְזֶה לֹא יִתְנַרֵץ בְּכָל תִּירוּצֵי הַתּוֹס' דְתִירוּץ הִרְאִישׁוֹן לֹא שִׁינְיָה דְהָא לֹא רְצָה לְהַדְלִיקָם לְהַנְּאֹתוֹ רַק לְהַצִּיל אֶת יִשְׂרָאֵל מִיַּד פְּלִשְׁתִּים הַנְּחַבָּאִים שֵׁם וְאִין לֶה צוֹרָף צַבוּר גְדוֹל מְזֶה.

גַם תִּירוּץ הַשְּׂנִי לֹא שִׁינְיָה אִף שֶׁהִיָּה דוֹד רְצָה לְשַׁלֵּם מְגַרְנוֹת פְּלִשְׁתִּים וְדַאֲפְתִי יִקְשֶׁה קוֹשִׁיַת הַתּוֹס' לְלִישְׁנָא קָמָא דַב"ק דְדוֹד רְצָה לְהַדְלִיקָם וְלֹא לְשַׁלְמָם וּשְׂאֵר תִּירוּצֵי הַתּוֹס'

פְּשִׁיטָא דְלֵא שְׂיִיכִי כַּמּוֹבֵן וְעוֹד מַה יִּקְשֶׁה מְדוּד הָא סַנְהֶדְרִין בְּאַמַּת הַשִּׁיבּוּ לּוֹ דְמִוְתָר לּוֹ לְעִשׂוֹת כּוֹן דְּמִלְךָ פּוֹרְצֵי גְדָר וְאִין מוֹחִין בְּיָדוֹ.

וְלָכֵן נִרְאֶה דְכּוֹנוּנַת קְוִשְׁיַת הַתּוֹס' הִיא לְהַקְשׁוֹת גַּם מֵהָא דְשָׂאֵל דְּוֹד שְׁם וּתְשׁוּבַת סַנְהֶדְרִין אַאֲחָאָב דְנִעְנַשׁ עַל נְבוֹת הָא גַּם מֵהֶתֶם מוֹכַח דְּלְמִלְךָ יֵשׁ רְשׁוֹת לְהַפְסִיד שְׂדֵה חֲבִירוֹ וְאִין מוֹחִין בְּיָדוֹ וְאִם כּוֹן הִיָּה נְבוֹת מוֹרֵד בְּמַלְכוּת וְלָמָּה נִעְנַשׁ אַחָאָב עַל הִרְיָגְתּוֹ: שְׁם בַּא"ד.

אִי נִמְי דְפִרְשַׁת הַמִּלְךָ לֹא נֶאֱמָרָה רַק עַל מִלְךָ שְׁנִמְלָךְ כּוֹ: עֵינִין בְּר"ן שְׁחוּלֵק עַל זֶה. וְכַוּוֹנַת הַתּוֹס' וְדַאי אֵינּוּ דְכִינּוֹן דְלֵא מִלְךָ מֵאַת הַמְּקוֹם עַל יְהוּדָה לֹא הִיָּה לּוֹ דִּין מִלְךָ דְהָא אֲלֵיָּהוּ שְׁרָץ לְפָנֵי אַחָאָב אֲמָרִינּוּ בְּמַכִּילְתָּא שְׁחַלֵּק כְּבוֹד לְמַלְכוּת וּמִיָּיתִי רְאֵיהּ מִמַּשְׁהָ שְׁחַלֵּק כְּבוֹד לְפִרְעָה ע"פ הַדְּבוּר הַרִי דְהִיָּה לּוֹ דִּין מִלְךָ.

וְעוֹד אֲמָרִינּוּ בְהוֹרִיּוֹת (דָּף י"א ע"ב) דְּמַלְכֵי יִשְׂרָאֵל וּמַלְכֵי בֵּית דְּוֹד אֱלוֹ מְבִיאִין לְעַצְמָן כּוֹ וְאֲמָרִינּוּ שְׁם (דָּף י') בְּמַתְנִיתָן דְּאִיזְהוּ נְשִׂיא זֶה מִלְךָ הַרִי דְגַם לְמַלְכֵי יִשְׂרָאֵל בְּעַת מְלוּךְ מַלְכֵי בֵּית דְּוֹד הִיָּה לָהֶם דִּין מִלְךָ.

וְע"כ צ"ל דְכּוֹנוּנַת הַתּוֹס' הִיא דְדוֹקָא דִּינָא דְפִרְשַׁת הַמִּלְךָ לֹא שְׂיִיכִי רַק בְּמִי שְׁנִמְלָךְ עַל כָּל יִשְׂרָאֵל וּמֵאַת הַמְּקוֹם אֲבָל לֹא שְׂלֵא יְהִיָּה לּוֹ דִּין מִלְךָ בְּלֵא כּוֹ. וּבְעֵיקָר קְוִשְׁיַת הַתּוֹס' עֵינִין בְּזוֹהַר סוּף פִּרְשָׁה וַיִּשָּׁב שְׁפַתְבּ שְׁם יִישׁוּב לְזֶה: שְׁם דָּף כ"א ע"א בְּגִמְרָא וְצָדוּק גּוֹפִיָּה מְנַלְן: בְּיוֹמָא (דָּף י"ז) פְּלִיגִי רַבְּנָן עַלִי דְרַבִּי וּמְדַסְבֵּר סֵתֶם מַתְנִיתָן דְּהִכָּא דְהַמִּלְךָ נוֹטֵל חֵלֶק בְּרֵאשׁ וְהִיָּנוּ הַמְּחַצָּה כְּמוֹ שְׁמִפְרָשׁ בְּבִרְיָתָא וְזֶה אֲתִיָּא מְדַרְבֵּי ע"כ דְהִלְכָה כְּרַבִּי וְזֶה רְאֵיהּ לְפִסְק הַרְמַב"ם (ספ"ד מה' תְּמִידִין) שְׁפִסְק כְּרַבִּי נֶגֶד רַבְּנָן וְע"ש בִּלְח"מ: שְׁם בְּמַתְנִיתָן לֹא יִרְבֶּה לּוֹ נְשִׁים אֲלֵא שְׁמוֹנָה עֶשְׂרֵה: אִי הַת"ק הוּא דְעָה ג' הִיא פְּלוּגְתָא בֵּין הֶרְאִשׁוֹנִים הִבִּיאָם הַר"ן וְדַעַת הַרְמַב"ם נִרְאֶה שֶׁהִיא דְעָה שְׁלִישִׁית אֲכֵן לֹא כּוֹן דַּעַת הַתּוֹס' בְּפִסְקִים וּבְעֵרוּבִין כְּאֲשֶׁר כָּבֵר הָאֲרַכְתִּי בְּמַקוֹם אַחַר: שְׁם בְּגִמְרָא כְּהִנֵּה שִׁית: אָף דְהִיָּה לּוֹ בְּאוֹתָהּ שְׁעָה ג"כ בַּת שְׁבַע מ"מ לֹא חֲשִׁיב אוֹתָהּ פִּינּוֹן דְעֵלְיָה הוֹכִיחַ אוֹתוֹ הַנְּבִיא לָמָּה לְקַח אִשְׁת אוֹרִי? הֲלֹא הִיָּה בְּיַד ה' לְהוֹסִיף עוֹד לּוֹ נְשִׁים כְּהִנֵּה וְכְהִנֵּה וַא"כ וְדַאי א"א לְמַנּוֹת ג"כ בַּת שְׁבַע וּמְהַרְש"א בַּח"א לֹא תִּירָץ כּוֹן: שְׁם דְהוּוּ לְהוּוּ תַּמְנִי סְרִי: לְכַאוּרָה קִשָּׁה לר' יְהוּדָה דְסָבֵר אֵינּוּ מְסִירוֹת מוֹתָר לְהוֹסִיף עַל י"ח א"כ לָמָּה דוֹקָא כְּהִנֵּה וְכְהִנֵּה הָא נְשִׂי דְוֹד וְדַאי צְדֻקְנִיּוֹת הִיוּ וַא"כ מוֹתָר לְהוֹסִיף רַבּוֹת כְּהִנֵּה.

וְצ"ל דְקָרָא זֶה רַק אֲסַמְכָתָא הוּא לְהוֹצִיא מִמְּנּוּ מִנִּין י"ח: שְׁם ד' מֵאוֹת יְלָדִים הִיוּ לּוֹ לְדוֹד כּוֹ: לְכַאוּרָה תְּמוּזָה דְאִיף אֲפִשְׁר שְׁיִהִיוּ לּוֹ מַח"י נְשִׁים אֲשֶׁר לֹא הִיוּ כּוֹלָם אִשְׁת יִפַת תְּנוֹאֵר שְׁיִהִיוּ לּוֹ מְנַשְׁיוּ יפ"ת ד' מֵאוֹת יְלָדִים וְרֵאִיתִי בְּרַש"י בְּקַדוּשִׁין (דָּף ע"ו) שְׁנַשְׁמַר מְזֵה וְכַתֵּב דְלֵאוּ בְּנֵי דְוֹד אֲלֵא בְּנֵי שְׂאָר אֲנָשֵׁי יִשְׂרָאֵל הִיוּ ע"ש.

אֲכֵן הַתּוֹס' רִי"ד בְּקַדוּשִׁין (דָּף כ"ב) הִבִּיא בְּשֵׁם א' מְגִדוּלֵי הֶרְאִשׁוֹנִים פִּי אַחַר דְּוֹדָא בְּנֵי דְוֹד הִיוּ מֵאוֹתָן יפ"ת שְׁבָא עֲלִיָּהוֹן בְּמַלְחָמָה וְלֹא לְקַחֵם לְנָשִׁים וְהֵם לֹא הִיוּ בְּכֻלָּל י"ח וְהוֹתָרוּ לּוֹ ע"ש: שְׁם וְעִשְׂאָתוּ כְרוֹת שְׁפָכָה: צָרִיף טַעַם תְּמָר וְדַאי שְׁבַת דְוֹד וְצָדֻקַת הִיָּתָה כְּדָאֲמָרִינּוּ גְדָר גְּדוּל גְּדָרָה תְּמָר מֵה רְאֵתָה לְעִשׂוֹתוֹ כְרוֹת שְׁפָכָה וְכִי לְנִקּוּם מִמְּנּוּ עֲשִׂתָה כּוֹן וְהָא אֲדַרְבֵּה רְצָתָה לְהִיּוֹת אֲצִלוּ כְּנִרְאֶה מֵהַכְּתוּבִים שֶׁהַתְּחַנְנָה מִמְּנּוּ לְבַל יִשְׁלַחָהּ.

ונלענ"ד דְּכַל מַגְמַת תְּמַר הָיָה לְהִיּוֹת תַּחֲתָיו דְּהֵינּוּ שְׂיִקְיָיִם מְצֻנָּת וְלוֹ תִּהְיֶה לְאִשָּׁה כְּדִין אֲנוּסָה אִף יִרְאֶה שְׂלֵא יִרְצָה לְקַיִּים בְּהַ מְצֻנָּה זֹו וּלְקַחְתָּהּ לְאִשָּׁה מִשׁוּם דְּהֵי בֶּן מְלָךְ וּבְנֵדָאֵי לֹא יִרְצָה לְקַח גִּינְרַת אֲלֵא אִשָּׁה מִמְשַׁפְּחָה מִיְּנוּחָסַת מִיִּשְׂרָאֵל כַּאֲשֶׁר כָּבֵר הָרְאָה דַּעֲתוֹ שְׂלֵא הָטָה אֲזֵנוֹ אֶל אֲשֶׁר בְּקַשָּׁה מִמֶּנּוּ לְדַבֵּר אַנְדוּתָהּ אֶל הַמְּלָךְ וְלֹא אָבָה וְלָכֵן הִתְחַכְמָה וְעָשְׂתָּהוּ כְּרוּת שְׂפָכָה וְלֹא יִהְיֶה מְוֹתֵר עוֹד בְּבֵת יִשְׂרָאֵל כְּמְצֻנָּת הַפְּתוּב אֲבָל בְּהַ יִהְיֶה מְוֹתֵר דְּגִינְרַת הִיא וּקְהֵל גְּרָיִם לֹא אֶקְרִי קְהֵל כְּדִאֲמַרִּינּוּ רִישׁ פְּרָק עֲשָׂרָה יוֹחֲסִין וּבִיבְמוֹת (דף ע"ו ע"א).

וּבְזָה יוֹבֵן פִּי הַפְּתוּב כְּשֶׁאֲמַר לָהּ אֲמַנּוֹן קוּמִי לְכִי כְּתִיב וְתֹאמַר לוֹ עַל אוֹדוֹת הָרְעָה הַגְּדוּלָּה הַזֹּאת מֵאֲחֶרֶת אֲשֶׁר עָשִׂיתְ עִמִּי לְשַׁלְּחַנִּי דְּלְכָאוּרָה אֵינִן לוֹ מוֹבֵן פְּלֵל וְכָל הַמְּפָרְשִׁים נִדְחָקוּ בְּפִירוּשׁוֹ דְּהָא דְּתַמַּר הִתְרַחַה לְאֲמַנּוֹן מִשׁוּם דְּנִתְעַבְרָה אִמָּהּ בְּנִכְרִיּוּתָהּ אִף זֶה לֹא הָיָה יְדוּעַ לְכָל אִם קוֹנְדִם גִּינְרַתָּהּ אוֹ לֵאח"כ וְהֵנָּה אִם לֹא יִשְׁלַחָהּ אֲלֵא תִּהְיֶה אֲצִלוֹ כְּמִשְׁפָּט הַפְּתוּב וְדוּד לֹא יִקַּח אוֹתָהּ מִמֶּנּוּ אִזְ יִהְיֶה יְדוּעַ לְכָל דְּבֵת נְכָרִית הִיא וְלֹא אֲחוֹת אֲמַנּוֹן דֵּאל"כ דוּד נִדָּאֵי לֹא הֵנִיחַ אֲחוֹת אֲצֵל אֲחִיהָ אֲבָל אִם יִשְׁלַחָהּ אִזְ נִדָּאֵי יִשְׁפָּטוּ הַשׁוֹמְעִים כִּי לֹא מִשׁוּם כְּרוּת שְׂפָכָה שְׁלַחָהּ דְּלֵא אֲסוּרָה לוֹ דְּקְהֵל גְּרָיִם לֹא אֶקְרִי קְהֵל רַק דְּלֵא הַשְׂקָה אוֹתָהּ מִפְּנֵי שֶׁהִיא אֲחוֹתוֹ דְּכַשְׁכְּבָר נִתְגַּיְרָה נִתְעַבְרָה.

וּא"כ הַעֲמִיס עָלָיו הָאֲשָׁמָה רַבָּה שְׂבָא עַל אֲחוֹתוֹ וְזֶה אֲשֶׁר דְּבָרָה לוֹ בְּחֻקְמָתָהּ וְתֹאמַר לוֹ עַל אוֹדוֹת הָרְעָה הַגְּדוּלָּה הַזֹּאת אֲשֶׁר יִצְמַח לוֹ מֵאֲחֶרֶת אֲשֶׁר יַעֲשֶׂה עִמָּה לְשַׁלְּחָהּ כִּי אִזְ יִשְׁפָּטוּ הָעַם שְׂאֲחוֹתוֹ הִיא וְשְׂאֲחוֹתוֹ עֵינָהּ וְאוֹדוֹת הָרְעָה הַגְּדוּלָּה הַזֹּאת שְׂיַעֲמֹס עָלָיו בְּעֵינֵי הָעַם אִיסוּר כְּרַת דְּאֲחוֹתוֹ נָא אֶל יִשְׁלַחָהּ וְהָרְעָה הַגְּדוּלָּה הַזֹּאת הָיָה אוֹדוֹת דְּהֵינּוּ תוֹכֵן דְּבָרֵי אֲשֶׁר אֲמָרָה לוֹ: שֵׁם ע"ב בְּמִתְנִיתֵן לֹא יִרְבֶּה לוֹ סוּסִים אֲלֵא כְּדִי מְרַכְבָּתוֹ: לְכָאוּרָה לר' יְהוּדָה דְּסָבֵר לְעִיל מְדַכְתִּיב טַעְמָא דְּקָרָא הֵיכִי דְּלֹא שְׂיִיף הַטַּעַם גַּם הִלְאוּ אֵינּוּ וְכִינּוּ דְּלֵא יִרְבֶּה לוֹ סוּסִים הַטַּעַם הוּא שְׂלֵא יִשִּׁיב הָעַם מְצָרִימָה וּא"כ כְּשֶׁלֵּא יִבִּיאֵם מְצָרִים יִהְיֶה מְוֹתֵר לְהַרְבוֹת וְכִמוֹ שְׂאֲמַר שְׁלֵמָה לְקַמֵּן בְּסוּגִין אֲנִי אֲרַבָּה וְלֹא אֲשִׁיב וּא"כ לְכָאוּרָה י"ל דְּפִלִּיג ר' יְהוּדָה גַּם אֲסוּסִים כְּמוֹ דְּפִלִּיג אֲנָשִׁים: שֵׁם יוֹשֵׁב בְּדִין הִיא עֲמוֹ: הַקְּשָׁה הָר"ן הָא אֲמַרִּינּוּ לְעִיל דְּמְלָךְ לֹא דֵן וְלֹא דֵנִין אוֹתוֹ וְתִירַץ דְּאִיְרִי כְּדִינֵי מְמוֹנוֹת.

וְתִירוּץ זֶה צ"ב לְכָאוּרָה דְּהָא כָּל הַחִילּוּק שְׂבִין מְלָכֵי בֵּית דוּד וּמְלָכֵי יִשְׂרָאֵל אֵינּוּ רַק בְּד"מ כְּדִינֵי נְפִשׁוֹת אִף מְלָכֵי ב"ד לֹא דֵן דְּאֵין מוֹשִׁיבֵין מְלָךְ בְּסַנְהֶדְרִין כְּדִאֲמַרִּינּוּ לְעִיל. וּא"כ הָא דְּאֲמַרִּינּוּ הַמְּלָךְ לֹא דֵן רַק כְּדִינֵי מְמוֹנוֹת הוּא וּצ"ל דְּכּוֹנְנָתוֹ דְּדֵן עִם אֲחֵרִים בְּד"מ דְּכֵה"ג מְוֹתֵר גַּם לְמְלָךְ יִשְׂרָאֵל כְּמ"ש הַתּוֹס' לְעִיל (דף י"ח ע"ב) אֲכֹן לְפִי מַה שְׂכַתְּבֵנוּ לְעִיל לְתַרְץ קוֹשְׁיַת הַתּוֹס' (דף י"ט ע"א) בְּמַה שְׂכַתְּבֵ הָר"ן דְּאֵין מוֹשִׁיבֵין מְלָךְ בְּסַנְהֶדְרִין לֹא שְׂיִיף אֲלֵא דְּלֹא דֵן בְּהַדְּיָהּ וְזֶה מְוֹכַרְח לְכָאוּרָה דְּלְתִירוּץ הַתּוֹס' לְעִיל דְּכִינּוּ דְּנִבְל מוֹרְד בְּמַלְכוּת הָיָה שְׂפִיר דְּיִיגִיָּה דוּד וְאֶכְתִּי יִקְשָׁה אִיף דְּיִיגִיָּה שְׁלֵמָה לְיוֹאֵב עַל רְצִיחַת עֲמָשָׂא וְאֲבָנָר אִף דְּלְקַמֵּן (דף מ"ט ע"א) מְסִיק דְּמִשׁוּם מוֹרְד בְּמַלְכוּת דְּיִיגִיָּה מ"מ הַתְּחַלַּת דֵּינוֹ הָיָה עַל רְצִיחַת הָאֵלוֹ כְּדִאֲמַרִּינּוּ שֵׁם אַע"כ דְּעַם הַסַּנְהֶדְרִין שְׂפִיר מְלָךְ דֵּן וְשְׁלֵמָה שְׁדֵן עִם הַסַּנְהֶדְרִין כְּנִרְאָה שֵׁם שְׂפִיר דֵּן.

וְכִינּוּ שְׂכֵן אֵינִן אִיסוּר רַק לְמְלָךְ יִשְׂרָאֵל לְדִין דֵּינֵי מְמוֹנוֹת יְחִידֵי אֲבָל עִם אֲחֵרִים דֵּן בֵּין מְלָךְ יִשְׂרָאֵל בֵּין מְלָךְ יְהוּדָה בֵּין דֵּינֵי מְמוֹנוֹת בֵּין דֵּינֵי נְפִשׁוֹת וְהַשְׂתָּא א"ש דְּקַתְּנֵי כְּשִׁיּוֹשֵׁב

בדין היא פנגדו וְלֹא אֶצְטְרִיף לְאוּקְמָא בְּמִלְךָ ב"ד או בד"מ דְּנֻקָּא: שְׁם בְּגִמְרָא טַעְמָא דְכַתְּב רַחֲמֵנָא לו': י"ל לְמַה דְיִיק מְסִיפָא דְבְרִינְתָא וְלֹא מְקַשָּׁה מְרִישָׁא דְבְרִינְתָא דְכַתִּיב בְּפִירוּשׁ יָכוֹל אֶפִּילוּ כְּדִי מְרַפְּבֵתוּ וּפְרָשִׁיו וי"ל דְּכֻבַר פְּתַבְנוּ לְעֵיל דְלַר' יְהוּדָה דְדַרְיִשׁ טַעְמָא דְקָרָא הִיכִי דְכַתִּיב וּא"כ גְּבִי סוּסִים דְכַתִּיב וְלֹא יִשְׁיב הָעַם מְצַרְיָמָה א"כ אִם לֹוּקַח סוּסִים מְשַׁאֲרֵי אֲרָצוֹת זֶה יִהְיֶה מְנוֹתָר וְלִכְּן לֹא יִקְשָׁה אִיף אֶפְשָׁר דְאַפִּילוּ כְּדִי מְרַפְּבֵתוּ וּפְרָשִׁיו לֹא יִרְבֶּה מְלָכוֹת בְּלֹא רֶכֶב וּפְרָשִׁים מִי חֲשִׁיבָא דו"א דְהָא יָכוֹל לְהַרְבוֹת כְּדִי מְרַפְּבֵתוּ מְשַׁאֲרֵי אֲרָצוֹת מְבִלִי שְׁיִשְׁיב אֶת הָעַם מְצַרְיָמָה וְלִכְּן מְלִשׁוֹן הַבְּרִינְתָא לֹא הִנֵּה יָכוֹל לְהַקְשׁוֹת דִּי"ל דְבְרִינְתָא ר"י הִיא וְלִכְּן מְקַשָּׁה מְלוֹ דְזֶה לַת"ק דְלֹא דַרְיִשׁ טַעְמָא דְקָרָא או לר"ש דְלִדְיָדִיָּה מְנוֹתָר טַעְמָא א"כ קָרָא דְלוּ מְנוֹתָר הוּא דְאִיף אֶפְשָׁר דְאַפִּילוּ כְּדִי מְרַפְּבֵתוּ לֹא יִרְבֶּה דְאִי לֹא דַרְיִשׁ טַעְמָא דְקָרָא אֶפִּילוּ מְשַׁאֲרֵי אֲרָצוֹת לֹא יִרְבֶּה וְכֵן י"ל גְּבִי פְסָף וְזֶה לֹא יִרְבֶּה דְמְקַשָּׁה בְּגִמְרָא ג"כ מְדִיוּקָא דְלוּ וְלֹא מְרִישָׁא דְבְרִינְתָא דְכַתִּיב בְּפִי יָכוֹל אֶפִּילוּ כְּדִי לִיתֵן אֶסְפְּנִיא דְהָא י"ל דְבְרִינְתָא ר"ש הִיא דְדַרְיִשׁ טַעְמָא דְקָרָא אֶפִּילוּ דְלֹא פְתִיב וּא"כ הַטַּעַם דְלֹא יִרְבֶּה הוּא מְשׁוּם רוּם לְבַב וְכִמוֹ שְׁפַתְב הֶרַמְב"ם וְגַם הֶר"ן בְּשִׁמְעֵתִין וְזֶה לֹא שְׁיִיף בְּאֶסְפְּנִיא שְׁצַרְיָף לְמַלְחָמָתוּ רַק בְּאוֹתָן שְׁהֵם שְׁלֹא לְצֻנְרָף וְרַק מְשׁוּם גְּדוּלָה וּבְהֵם שְׁפִיר ה"א שְׁלֹא יִרְבֶּה לִיתֵן לְהֵם וְלִכְּן מְקַשָּׁה מְלוֹ דְמְנוֹתָר הוּא לְמֵאֵן דְלֹא דַרְיִשׁ טַעְמָא דְקָרָא מַה"ת דְלֹא יִרְבֶּה אֶפִּילוּ כְּדִי לִיתֵן אֶסְפְּנִיא: שְׁם יָכוֹל אֶפִּילוּ כְּדִי לִיתֵן אֶסְפְּנִיא: עֵינֵן בְּר"ן שְׁפַתְב דְלֹאוּ דְלֹא יִרְבֶּה הוּא דְנֻקָּא לְגִבּוֹת מִס מְהָעַם זֶה אֲסוּר אֲבָל לְהַרְבוֹת בְּשִׁלּוֹ זֶה מְנוֹתָר לְמִלְךָ כְּמוֹ לְכָל א' מִיִּשְׂרָאֵל וּא"כ מוֹכַח מְשִׁמְעֵתִין דְהִקָּא דְאֶסְפְּנִיא מְשַׁלֵּם הַמֶּלֶךְ מִמֶּס שְׁגוּבָה מְהָעַם וְלֹא מְשַׁלּוּ וּלְפ"ז אִיף אֶמְרִינֵן לְעֵיל (דף י"ח ע"ב) לֹא מְלָךְ בְּעֵיבוֹר הַשָּׁנִים מְשׁוּם אֶסְפְּנִיא וְכִי מָה אֵיכְפַת לִיָּה לְמִלְךָ הִלֵּא הוּא אֵינּוּ מְרוּיִחַ בְּזֶה פְלוּם אֵלָא הָעַם שְׁגוּבָה מְמַנּוּ הַמֶּס דָּאִם יִבְצַר חֲדָשׁ הָעֵבוֹר צְרִיף לְגִבּוֹת מִס מוּעַט לְבַל יַעֲבֹר אֵלָאוּ דְלֹא יִרְבֶּה.

וי"ל דְבְרִינְתָא גוּפָא הֵם ב' שְׁיִטוֹת אִי שְׁיִיף לֹא יִרְבֶּה רַק בְּמַה שְׁגוּבָה מִן הָעַם או לֹא וּא"כ י"ל דְאוֹתָן הַשְׁיִטוֹת דְסָבְרוּ דְדוּקָא בְּמִס שְׁיִיף סוּבְרִים לְעֵיל דְלֹא כְפִי רָש"י רַק כְּפִי הֶרַמְב"ם (פ"ד מה' קה"ח) דְכַתְּב דְהַמֶּלֶךְ בְּשִׁבִיל מְלַחְמוֹתֵיו וְחִילוֹתֵיו פְּעַם יִרְצָה לְעַבֵּר וּפְעַם שְׁלֹא לְעַבֵּר וְרָש"י י"ל דְסוּבְר כְּשִׁיטָה הָאֲחֶרֶת שֶׁל הֶר"ן דְגַם בְּכִסְפוֹ וְזֶהוּ שְׁיִיף לֹא יִרְבֶּה וּא"כ לֹא מוֹכַח מְהִקָּא דְהַמֶּלֶךְ פּוֹרַע חִילוֹתֵיו מִהֶמֶס.

וְהֶרַמְב"ם י"ל דְסוּבְר כְּשִׁיטָה אֲחֶרֶת מִהֶר"ן וְלִכְּן הוֹכִיחַ לְעֵיל נִגְדַּד פִּי רָש"י הַיּוֹתֵר פְּשוּט. או י"ל דְשִׁיטָה זוֹ שֶׁל הֶר"ן ס"ל כְּפִי הָעֵרוּף לְעֵיל דְמִלְךָ לֹא רוֹצֵה שְׁיִתְעַבֵּר דְחֲדָשׁ הָעֵבוֹר צְרִיף לְשַׁלֵּם מְשַׁלּוּ אִם לֹא יִסְפֹּק הַמֶּס: שְׁם לְמַעוּטֵי הַדְּיוֹטוֹת: עֵינֵן בְּר"ן שְׁהַקְשָׁה לְמַה לֹא מְצַרְכִּינֵן גַּם גְּבִי אַחְרֵינָא לְמַעוּטֵי הַדְּיוֹטוֹת.

וּנְלַעַנ"ד דְלְכֹאוּרָה י"ל לְמַה לִי לְמַעוּטֵי וְכִי מַה"ת דְצִוּוֵי דְכַתִּיב גְּבִי מְלָךְ יִהְיֶה קָאִי ג"כ אַהֲדִיוֹטוֹת דֹּא"כ גְּבִי מְצַנֵּת פְּהֵנִים ג"כ נְצַרְף מִיַּעוּט אַהֲדִיוֹטוֹת. אֲכֵן הַתִּירוּץ פְּשוּט דְבִשְׁלָמָא גְּבִי מְצַנֵּת פְּהֵנִים כְּגוֹן שְׁלֹא לְטַמָּא וְשְׁלֹא לִישָׂא פְסוּלוֹת הַטַּעַם מְשׁוּם קְדוּשָׁה יִתִּירָא דְנִהוּג בְּהוּ יוֹתֵר מִבְּיִשְׂרָאֵל וְלִכְּן לֹא מְצַרְכִּינֵן מִיַּעוּט לְמַעַט יִשְׂרָאֵל אֲבָל בְּרִיבּוּי נְשִׁים דְהַטַּעַם הוּא מְשׁוּם הַסֶּרֶת לְבַב וְטַעַם זֶה שְׁיִיף ג"כ גְּבִי יִשְׂרָאֵל שְׁפִיר ה"א דְהִלָּאוּ קָאִי ג"כ אִיִּשְׂרָאֵל וְלִכְּן אֶצְטְרִיף מִיַּעוּטָא וְהַשְׁתָּא פִּינֵן דְכֻבַר מְמַעֲטִינֵן הַדְּיוֹטוֹת מְנָשִׁים

ממילא אמרינו דגם לאונו דלא ירבה סוסים וכסף וזהב אינם רק גבי מלך אף דהטעמים שייכים גם גבי ישראל דשאני מלך דריבה בו הפתוב פבר מצות יתירות דנשים וכעין מה דאמרינו במכות (דף כ') ואין לי אלא בפנהים שריבה בהן הפתוב מצות יתירות ע"ש.

ובזה י"ל מה שי"ל בשמעתי למה שינה התנא סדר הקרא והקדים לאו דנשים ללא דסוסים ולפי דברינו י"ל דסדר הדרשה נקט דאי נקוט ברישא לא ירבה לו סוסים אלא פפי מרפבתו יקשה מנ"ל דכדי מרפבתו מותר.

דא"ל מלו דיקשה דלמא אצטריף לו למעוטי הדיוטות אבל לאחר שפבר הביא לאו דלא ירבה לו נשים לענן מלך דוקא והינו ע"כ דממעטנו הדיוטות מלו ממילא מותר לו גבי סוסים לדרשה דכדי מרפבתו מותר ולכן שפיר קאמר אלא פדי מרפבתו: שם ואמר שלמה אני ארבה ולא אשיב: י"ל דבשלמא גבי נשים שייף לומר אני ארבה ולא אסור דבשעת לקיחה אפתי לא הסירו לבבו רק אחרי כן אבל גבי סוסים איף שייף לומר ולא אשיב הא הוא שלחם למצרים לקנות סוסים ולאו דלא ירבה לא עבר עד שהביאו אותם.

וא"כ אדרבה קדם ההשבה למצרים ללא ירבה. וי"ל דהרמב"ם בה' מלכים פסק ע"פ הירושלמי דלאו דלא תנסיון לשוב בדרך הזה עוד אינו רק בשיושב שם אבל אם הולך שם לסחורה ולפרקמטיא זה מותר ע"ש ולפ"ז לכאורה קשה איף קאמר קרא דלא ירבה לו סוסים ולא ישיב את העם מצרימה הא בכה"ג שמשביב אותם לקנות סוסים ליפא איסור כלל.

וצ"ל דפי' המקרא הוא דע"י שיוליכם שם לקנות סוסים אפשר שיושיב שם קצתם להיות מצוי שם בכל עת לקנות סוסים וכמו שמשמע קרא גבי שלמה שהיה שם מקנה סוחרים והינו דקאמר שלמה אני ארבה ולא אשיב דהינו לא אשיב אותן להיותן שם תמיד רק שייחזרו הנה אחרי קנותן ואעפ"כ נכשל: שם איתביה אב"י וכותב לו: יש לדקדק אב"י דאפתי לא ס"ד דמלך צריף ב' תורות אם פן קרא דנכתב לו גבי מלך למאי אתא הא פבר פתיבא מצוה זו אבל ישראל ועוד מאי ס"ד דמלך אם הדיוט לא מ"ש וכתב לו את משנה כו' מועתה כתבו לכם וארבה גופא קשה איף דריש מקרא זה שמצוה לכתוב משלו מ"ש גבי מזוזה דכתיב ג"כ וכתבתם על מזוזות ולא מצרכינן שייכתבו לשמו.

אכן זה פשוט דדרשת רבא הוא כמו דדרשינן גבי גט וכתב לה לשמה ולא לשם אשה אחרת ה"נ דריש הקא ועתה כתבו לכם לשמכם מה שלא שייף במזוזה דלא כתיב שם לכם. אכן לכאורה י"ל לפי מה שהקשו התוס' בסופה (דף כ"ז ע"ב) בד"ה כל האזרח גימא ונלקחתם לכם דאתרוג אתי להכשיר אתרוג דשנתפין ותירצו דלכם צריף לכתוב לשון רבים משום דכתיב ולקחתם לשון רבים לדרשה ע"ש וכן כתב ג"כ הרשב"ם בב"ב וא"כ לכאורה מנ"ל לרבא למילף מלכם שיהיה לשמו דלמא אתי להכשיר שנתפין דהינו אם ב' בנים ירשו ספר תורה מאביהם ששניהם קיימו בזה המצוה דנעיתה כתבו ולהכי פתיב לכם ולא שייכתוב לשמו הא גם גבי בגדיכם ועריסותיכם לא בעינן שיהיה עשוין לשמו רק שעיתה יהיה שלו עם שנתף אחר.

אכן י"ל ע"פ מה דאמרינו נדרים (דף ל"ח ע"א) ועתה כתבו לכם השירה הזאת כו' אלא פלפולא בעלמא ע"ש. וא"כ צריף עכ"פ פכתבו לשון רבים להורות דנתנה תורה גם

לישראל וממילא צריף לכתוב ג"כ לכם לשון רבים ולא נוכל לרבות שותפים מלפם ולכן אי לא נדרוש לשמכם האי לכם מיותר הוא ולכן דריש ליה רבא פן והיינו משום דרבא דריש דרשה דריב"ח שם בנדריים אכן אבני הקשה לו מהאי ברייתא דמשמע מלף אין הדיוט לא והיינו דע"כ דנקא האי לו דגבי מלף דדרשינו אלשמו ולא האי לכם דאתי לשנותפין או לדרשה אחריןא ולכן פתבה התורה מצוה זו גבי מלף לחודא להורות דבעינו לשמו משא"כ בישראל ולכן א"ש קושית אבני: עוד י"ל אמה שהקשינו דלאבני דלא ס"ד ב' תורות למלף ציווי המלף למאי אתי הא הוא בכלל כל ישראל ע"פ מה שיש לתמוה לכאורה על הרמב"ם (ר"פ ג' מה' מלכים) דהמלף כותב לו ס"ת יתר על אותו שהניחו לו אבותיו ואם לא הניחו לו אבותיו או שנאבד כותב לו ב' ס"ת ע"ש דגם אם הניחו לו אבותיו ה"ל למכתב ב' ס"ת דהא גם משום ס"ת שצריף כל איש מישראל אינו יוצא בשהניחו לו אבותיו כמירא דרבא דכאן וכמו שפסק הרמב"ם (פ"ז מה' ס"ת) והוא תימה גדולה לכאורה וכן הקשה בכ"מ שם.

ועוד קשה עליו דהא בפ"א אמרינו בברייתא פותב לשמו ב' תורות. אכן נלענ"ד דגם בברייתא גופא י"ל למה בברייתא א' קתני וכותב לו ס"ת א' לשמו ובברייתא אחרת קתני ב' תורות.

וע"כ צ"ל דהאחת איירי בשפכר יש לו ס"ת דישראל והא איירי בעוד שאין לו אותו ס"ת שצריף כ"א מישראל אף כיון דבברייתא זו דריש שתיים מלשון משנה א"כ למה אמרינו בברייתא ראשונה א' דוקא ונ"ל כיון דבגמרא איתא פלוגתא בין רבי לרשב"א אי משנה לשון שתיים או עשוי להשתנות א"כ י"ל דברייתא דנקט רק ס"ת אחת אתיא פרבי דדריש לשון משנה עשוי להשתנות ולא שתיים א"כ שפיר לישא דקרא נקטי והנפ"מ בין ב' הברייתות הוא זה דאי משנה לשון ב' א"כ לכאורה זה מיותר הוא דמה"ת לא יחייב מלף גם בס"ת דישראל ולא לכתוב אלא המצוה לכתוב ס"ת שלו.

אע"כ דקרא אתי להורות דה"א דאם עדיין אין לו ס"ת פלל פשמלף דתסגי לו בא' לשמו ובא' שלא לשמו אף דבשל ישראל פתיב דרשה לשמו ובשל מלף ג"כ ה"א דזה דוקא אם פותב כל אחת לחודא אבל אם פותב שניהם ביחד דהיינו פשמלף הא' חד לשמו תסגי לתרנוייהו לכן פתיב וכתב לו את משנה התורה להורות דאפילו פשהיא משנה ג"כ בעינו לו דהיינו לשמו אכן הברייתא ראשונה דלא דרשה משנה לשון ב' סברה באמת דלא בעינו רק חדא לשמו אכן אבני רצה לדייק דשל הדיוט לא בעינו לשמו פלל מדקתני בברייתא גבי מלף דוקא לשמו וע"ז מתרץ לא נצרכה אלא לב' תורות.

פ"י דהברייתא לא אתי למעט של הדיוט אלא האחרת של מלף דלא בעינו דהיינו אם יצטרף לכתוב שתייהן ביחד לא בעינו רק חדא לשמו ולאפוקי מברייתא האחרת דקתני בה דבעינו ב' ס"ת לשמו והשתא א"ש דגם אבני ידע שפיר דמלף בעי ס"ת של ישראל ג"כ ודלא כפ"י רש"י והשתא כיון דהרמב"ם פסק כמר זוטרא דהכתב נשתנה דהתורה נתנה בכתב ליבונאי פאשר נבאר לקמן א"כ משנה לשון נשתנה ולא לשון ב' ולכן פסק ג"כ בהא בברייתא ראשונה דדוקא ס"ת א' בעי לשמו ולכן אם הניחו לו אבותיו ס"ת לא בעי למכתב זה הס"ת דישראל רק סגי ליה באותה של אבותיו.

ועיין ברמב"ם פ"ז מה' ס"ת: שם וקרא בו מקום הראוי: י"ל מה פשיט ליה טפי שאסור לקרות בבית הכסא ממה שאסור להכניס ספר תורה לשם. הא גם בזוי מצוה דאורייתא הוא מושפף וכסה כדאמרינן בשבת (דף כ"ב) ומטעם בזוי מצוה אסור להכניס תפילין לביה"כ וא"כ ה"ה ספר תורה.

וי"ל פיון דאמרינן במתניתין דבכל עת תהיה ספר תורה עמו דכתיב והיתה עמו וקרא בו כל ימי חייו הרי דבכל ימי חייו דוקא הוא ומ"ש דקאי דוקא אוהיתה עמו ולא ג"כ אוקרא בו דסמיה ליה טפי וצ"ל פיון דע"כ אי אפשר לקרות בו בכל עת א"כ האי כל ימי חייו אוהיתה בו דוקא קאי.

וכה"ג צ"ל ג"כ לענין הנפרת יציאת מצרים דאמרינן מפל ימי חייו בפ"א דברכות ולא מצרכינן שינפיר אותו בכל עת רק פעם א' ביום ופעם אחת בלילה והיינו ג"כ משום דאי אפשר וע"כ פוננת הכתוב פה הוא אבל לענין והיתה עמו דלא נתנה התורה שיעור כמה יהיה עמו ע"כ האי כל ימי חייו דוקא הוא ולכן לא מצרכינן אפילו שיקרא בס"ת פעם אחת שחרית ופ"א ערבית כמו הנפרת יצי"מ דכיון דהאי כל ימי חייו לענין והיתה עמו דוקא הוא וע"כ לא קאי כלל אוקרא בו דלענין קריאה א"א אף לפ"ז למה הקדים קרא וקרא בו קודם כל ימי חייו פיון דלא עליו קאי וזה מתרץ הכרייתא פיון דכתיב והיתה עמו כל ימי חייו ה"א דמצות הכתוב דאפילו בבה"כ יהיה עמו ולא יחוש לביזוי מצוה דגזירת הכתוב הוא פן וע"ז מתרץ לכה סמיה וקרא בו לנהיגה, עמו להורות דמצות והיתה עמו אינו אלא בזמן שראוי לקרות בו וזה שייך בכל עת חוץ משעת ביה"כ וביה"מ מדשיגה קרא להקדים וקרא בו לימי חייו דריש פן: שם בתוספת ד"ה כתב ליבונאה.

ועוד אמאי לא פהלן כתבא למקרא: וכן הקשה הר"ן בשם הראשונים לפי רש"י ולענ"ד אינה קושיא כ"כ דהא פרכינן לקמן לר"ש פן ומתריצין בגימטריא אפתיב והכי י"ל ג"כ למר זוטרא נאי קושיתם מדפריה לר"ש הכי ולא למר זוטרא זה נדאי לאו קושיא היא דר"ש אמר בפ"א כה דכתיב זה לא נשתנה אבל למר זוטרא אינו פתוב בפ"א פן רק למאי דפריש רב חסדא ולכן יותר רצה להקשות על תנא דאמר בפ"א פן מלהקשות אמרימרא דמר זוטרא לבתר דפריש ר"ח: שם דף כ"ב ע"א בגמרא ואומר נאל הנהודים: בכ"מ דייקין מאי ואומר והכא לא דייקין פן משום דמקרא דווי העמודים נדאי לאו ראיה ברורה היא דהא שמות האותיות לא נתנו בסיני וא"כ י"ל דלכה אנו קוראין אותו עתה וי"ו מפני שעשוי פצורת ווי העמודים ולכן מיייתי ואומר: שם ואידך האי שניתי מאי דריש ביה: עיין במהרש"א שכ' על פשט המהרש"ל בקושיא זו דדחוק הוא.

אף לפענ"ד פי' המהרש"א עוד יותר דחוק דלפי פירושו אליבא דהאי תנא מצות פתיבת ס"ת לישאל ליכא מצוה כלל ולא מצוה פלוגתא בזה אכן לפענ"ד לפי פירש"י הפי' פשוט בקושית הגמרא דנדאי אליבא דכ"ע מלך בעי ס"ת חוץ מישאל דהיינו שצריך שיהיה לו ב' ס"ת מדכפל אצלו המצוה והאי ואידך אמרימרא דלעיל קאי דאמר מר זוטרא בתחלה נתנה תורה לישאל בכתב עברית ומפרש רב חסדא דהיינו כתב ליבונאי ולפי פי' רש"י הוא אותיות גדולות ועיין בר"ן שרבים מהראשונים הבינו דעת רש"י דהיינו צורת אותיות שלנו רק גדולות משלנו וא"כ פיון דנתנה התורה לכתוב באותיות גדולות דוקא א"כ גם על המלך היה ציווי זה דהא כתב זה לא נשתנה עד עזרא וא"כ אין לומר

דכמין קמיע הנה תלוי בזרועו וע"ז קאמר דוד שויתי ה' לנגדי תמיד דכמין קמיע הוא קטנה בכתב דק כמו שפי' רש"י.

ונה א"א דהא לא הנה אז רק פתב ליבונאה דהם אותיות גדולות לפי פ"א רש"י. ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה הכ"מ על הרמב"ם (פ"ז מה' ס"ת ופ"ג מה' מלכים) למה השמיט הוא דעושה אותה פמין קמיע והניח בצ"ע ע"ש אכן לפי הנ"ל א"ש פיון דלמר זוטרא ע"כ לא ס"ל הא דעושה אותה פמין קמיע ולכן מדבתיראי הוא וגם מדשקיל וטרי בש"ס אליביה פסק הרמב"ם פנותיה וממילא לא יכול לפסוק הא דעושה אותה פמין קמיע: שם פאילו שכינה פנגדו: המהרש"א הקשה בזה דדרשה דתולה בזרועו אתיא מימיני בל אמוט ודרשה דשכינה פנגדו משויתי ה' לנגדי תמיד וא"כ אפתי קושית הגמרא דאידיד לא מתורצת.

אכן י"ל דלכאורה י"ל למה נחשוב דהשכינה פנגדו ולא לפניו דהא וראית את אחורי פתיב. אכן י"ל דזה מתרץ סיפא דקרא פי ידוע דבימין מכונה מדת הטוב ובשמאל מדת הרע והחטאת כמ"ד לב חכם לימינו ולב פסיל לשמאלו וא"כ אם תהיה השכינה לפניו אז יהיה ימינו לימין השכינה ושמאלו פנגד שמאלה אבל אם היא פנגדו אז יהיה ימין השכינה הנאדרי בכח נגד שמאלו דצריד חזוק יותר לבל אמוט ופול ברע והיינו דקאמר שויתי ה' לנגדי דוקא ולא לפני פי מימיני בל אמוט ולכן ימיני אינו צריד חזוק כ"כ ולכן גם סיפא דקרא שייקא לדרשה זו: שם אמרה ליה חסרא לגנבא: י"ל מה ראתה אבישג לקנטר המלה דוד בדברים ומה הנה מבוקשה בזה.

ונ"ל דלכאורה י"ל פיון דאבישג היתה אסורה לדוד ולא לקחה אלא להיות לו סוכנת ולחממו א"כ מה ראה לבקש נערה יפה בכל גבול ישראל ולגרות יצה"ר בפנשו הא בבתולה פל דהו סגי ליה אף אם אינה יפה כ"כ.

אכן זה א"ש עפ"י מה דאמרינו בירושלמי פרק זה הביאו ג"כ הפרשת דרכים דאותן י' פילגשים שפא אליהן אבשלום העביר דוד בכל יום מקושטות לפניו ואמר ליצרו הרע תאבת דבר האסור לה חיה שפאני מתעבה דבר המותר.

הרי דכל מגמת דוד הנה לשוב על חטא דבת שבע באותו דבר עצמו. וכעין מה דאמרינו באותו מקום ובאותה אשה ולכן ג"כ הואיל בדבר לבקש נערה יפה דוקא להגדיל תשובתו בכף אף אבישג לא ידעה זאת רק סברה מדמבקשין נערה יפה דוקא למען תהיה לו לאשה ולכן אמרה ננסבן וכשאמר לה אסירת לי וא"כ ע"כ הא דבקשו נערה יפה דוקא משום תשובה ולהיות לו לסוכנת ולא להיות לו לאשה וזה לא רצתה דהא אפילו להיות לו פלגש לא רצתה כמ"ש הר"ן אף אם תמנע שמושה ממנו שלא ברצונו תהיה מורדת במלכות ובהא רשות המלה הוא ליקח בנות ישראל לשפחותיו כמו שכתוב בפ' המלה ובכולם המלה מותר כמו דאמרינו לעיל ולכן התחכמה בדבריה ואמרה דלענין תשובה לא אהני לה מידי דכבר זקנת ותשש פחה ולכן דמית לגנב שחסר ונפשיה בשלמא נקיט וכיון דפיותי לא מהני לה מידי א"כ שלחני וקח לה אחרת תחתי וזה הנה מכונן דבריה.

אכן המלה דוד הראה דעדיין יש לו פת וא"כ צריף הוא לה להגדיל תשובתו: שם באותה שעה קנחה ב"ש בייג מפות: י"ל לפי מה דאמרינו בנדה (דף ט"ז ע"ב) אמר ר"ח בר אשי אמר רב בידקה בעד ואבד כו' אלו איתא מי לא משמשה כו' ע"ש הרי דפשיטא להש"ס שם דרב ס"ל כב"ה דאין צריף בדיקה על כל ביאה וביאה ואיך אמר רב גופא הקא דקנחה בייג מפות על שפא עליה י"ג ביאות.

וי"ל עפמ"ש התוספת שם בד"ה ב"ש לפי פ"א רשב"ם דגם לב"ה מצריף בדיקה על כל תשמיש ותשמיש רק לא בבגד חדש וסיימו שם ואפשר דאפילו צנועות לא בעי חדש לאחר תשמיש עכ"ל. והשתא יש להוכיח אפכא דצנועות גם לב"ה מצריף חדש ולכן בת שבע נהגה כצנועה.

אכן גם לפי פ"א רש"י שם יש לפרש ע"פ מה דאמרינו שם אמר ר"ז מדברי פולם גלמוד בעל נפש לא יבעול וישנה וא"כ דוד דנדאי בעל נפש הנה הצריכה פן ואפילו לרבא דאמר פי תניא היא לטהרות ג"כ א"ש דמשום טהרות הצריכה י"ג מפות דנדאי עסקה בטהרות בכל עת פי כל מאכלם הנה חולין בטהרה או קדשים: שם אפילו מזבח מוריד עליו דמעוה: המהרש"א בח"א פירש משום דכשגרשה לא תביא עוד קרבן זיבה ולידה ע"ש ומה שכתב קרבן זיבה הוא תמוה שהרי קרבן זיבה אינו להתיירה לבעלה דבלא קרבן ג"כ מותרת והקרבן הוא להתיירה בקדשים ולכנוס למקדש וזה תביא גם אחר שנתגרשה.

ולענ"ד יש לפרש דמזבח מרמז על ספירת מלכות כידוע שנתגרשה מבעלה. שם מבקשין ממנו ממון ואין לו: בזבחים (דף כ"ט) פרש"י דלענין ממון שגזל איירי והקשו שם בתוס' עליו הא בשבת (דף כ"ב) אמרינו בפ"א מקרא זה דבעון נדרים אשתו של אדם מתה והא דאמרינו ב"ה ולא באשתה לענין ב"ת דוקא איירי.

ולפע"ד אדרבה מזה ראיה לפי רש"י דהא בשבת תניא בשם ר' נתן ובזבחים ור"ה והכא אמר בשם ר"י ור"א אותה מימרא גופא דאמר ר' נתן ועכ"פ הו"ל למימר הכא תניא פנותיה דר"י (ואין זה מדריף הש"ס שיאמר אמורא מה שכתב אמר התנא בשנינו לשון קצת) ועוד הנה קשה לרש"י קושית התוס' דכיון דאמרינו דבעון נדרים אשתו מתה איך אמרינו ב"ה ולא באשתה ועוד למה מיייתי שם סד"א מדאמר ר"י ולא ס"ד מדאמר ר' נתן ולכן פירש רש"י דר"י לענין ממון שגזל איירי ודלא כר"נ דאוקי קרא זה לענין נדרים ולר"נ באמת ליכא למימר ב"ה ולא באשתה.

אף גם אליבא דר"י ה"א פמו דאשתו מתה אם מבקשים ממנו ממון שגזל פמו כן ה"א ג"כ אם מבקשין ממון שגזר ולכן פתיב קרא ב"ה ולא באשתה: שם קשה לזונוגם פקריעת ים סוף: יש לפרש עפ"י מה דאמרינו פ"ב דנדה ואלו צדיק ורשע לא קאמר משום דהפל בדי שמים חוץ מיראת שמים.

הרי אף דהקב"ה יודע עתידות לא רצה לגלות מחשבתו בזה והנה ביים סוף אמרינו בגמרא דסוטה דקטרג מד"ה הללו עובדין ע"ז כו' והציל אותן הקב"ה משום שידע שסופן לחזור למוטב ויקבלו התורה והצריף בזה לגלות דעתו לענין צדיק ורשע וכמו כן הוא לענין זונוג לפי מעשיו דאם היום צדיק ולמחר נעשה רשע א"כ צריף זונוג רשעת לפי

מעשיו וכן איפכא אם עכשיו רשע ולבסוף נעשה צדיק צריף צדקת לפי מעשיו וא"כ גם בזה צריף הקב"ה לגלות עתידות מענין רשע וצדיק ולכן קשה פקריעת ים סוף: שם בתוספת ד"ה ארבעים יום.

ומ"מ מועיל תפלה להפכו: הא דמהפכי בזה תפלה אף שגם אז לא יקניים הבת קול נ"ל דה"ט משום דהב"ק אינו מכריז רק על תנאי שאם ישא פלוני אשה זאת תהיה זיווגו ולכן אם נהפך הוא לנזקק או היא לזכר הרי לא נשא אשה כלל וגם היא לא נשאת כלל לאיש ואין בזה ביטול ב"ק.

וכן מוכח מהא דאמרין במ"ק (דף ח') דאין נושאין נשים במועד שמה יקדמנו אחר ברחמים פי הא דרבא כו' עיין שם ופי' רש"י דשמה יקדמנו אחר ברחמים הוא שתמות היא והיגו משום דעל תפלתו שהתפלל בראשונה א"ל רבא דזה לא אהני ליה ועל תפלתו השנייה שימות הוא או היא לא אמר פן ש"מ דלזה תפלה שפיר מהני אף דלפ"ז מ"ש תפלה ראשונה לא מהני פיון דכבר הכריז הב"ק אותה לפלוני ובנדאי לא יעשה נגד הב"ק א"כ גם תפלה שתמות היא לא תהני דהא אם תמות ג"כ לא נתקיים הב"ק אע"כ דה"ט דהב"ק לא הכריז אלא שבת פלוני מיוחדת לפלוני ולא תנשא לאחר אבל אפשר ג"כ שלא תנשא כלל כגון אם תמות משא"כ בתפלתו הראשונה שבזה יבטל הב"ק וא"כ ה"ה ג"כ גבי נהפך לזכר או לנזקק לא מהני ביטול ב"ק: שם ע"ב בגמרא הואיל ומשמרות מתחדשות ופי' רש"י שיראנו ביופי: אף שאין צריף כה"ג בחילוף המשמרות וא"כ אפשר שלא יראו אותו כלל מ"מ זה א"ש עפמ"ש התוס' בתגיגה (דף יז ע"א) גבי אין כה"ג מתלבש בכליו בשם הירושלמי דכה"ג הנה רגיל לעבוד בשבת ויו"ט ולכן שפיר שייך שיראו אותו בנפיו כשיעבוד בשבת: שם וילף פירע פירע מנזיר: לכאורה קשה ל"ל למילף פירע דיתזקאל מנזיר הא במ"ק (דף י"ט ע"ב) יליף גז"ש זו לענין פהגים גופא דילף מקרא דראשיכם אל תפרעו בגז"ש דפרע דאבל נוהג אבלותו ל' יום וא"כ מהאי קרא גופא מוכח דכהגים לא ישלחו פירע למ"ד יום.

וי"ל דזה א"ש עפמ"ש הר"ן בשמעתין למה דמצרכינן לקמן קרא לפירע ראש דבמיתה ולא יליף פן מראשיכם אל תפרעו ולא תמותו משום די"ל דצנאזה זו לא היתה אלא הוראת שעה לבני אהרן שלא יהיו פורעין בשביל שהיו מחנכין הבית בימי המלוואים עיין שם ולפ"ז גם פאן אתי שפיר דלא יוכל לילף שיעור פירע לכהן הדיוט מראשיכם אל תפרעו.

אכן אכתי קשה לפי מה שכ' התוס' בנזיר (דף ה' ע"א) בד"ה מ"ט גבי פהגים דלא מסתבר ללמוד קדושת עולם מקדושת שעה ולפיכך יליף מפהגים אע"ג דלמד מן הלמד עיין שם א"כ הך למה ילפינן פהגים מנזיר גילף פהגים דיתזקאל מפהגים דראשיכם אל תפרעו בגז"ש דפרע אף דהם גופא לא ילפינן רק בגז"ש דפרע במ"ק פנ"ל מ"מ יותר טוב למילף למד מן הלמד מלמילף דבר הנוהג לעולם ממה שאינו נוהג לעולם דהיינו פהן מנזיר וי"ל: שם אי הכי האידנא נמי: הר"ן הקשה למה קאמר אי הכי הא גם בלא מימרא דרב פפא לאביי ומה שהשיב לו קשה פן.

אף בתירוצו לא מתורץ זה לפענ"ד ונ"ל קונשיתו ע"פ מה שי"ל לכאורה אהא דאמרין בגזיר (דף ה') מ"ט גבי כהנים משום דאיפא פוּבד עיין שם. הא לפי מה דאמרין הכא לאו משום פוּבד אלא דמקרא ילפינן ל' יום וכי טעמא דקרא דרשינן.

ונ"ל דלפי מה דמתרץ הכא פּרע ליהוי שלוחי לא לישלחי א"כ פ"ה הקרא פה הוא דראשם לא יגלחו ופּרע דהיינו שלא יגלחו הפּרע תוּף ל' יום אכן ג"כ לא ישלחו וכן משמע פ"ה רש"י פאן דכתב ונ"ל משמע פּרע דל' יום ליהוי עכ"ל.

אכן התוס' לא פתבו פן רק משמע טפי מפּרע לא ישלחו עכ"ל. והיינו משום דאזלי לשיטתם דכתבו בתענית (דף י"ז) דאין הפ"ה שבתוּף ל' לא יגלח.

רק שלא ישלח טפי מל' יום עיין שם. אכן דעת רש"י לא נראה פן פדכתבנו.

וא"כ לפי שיטת רש"י דציווי הוא לגדל פּרע למד יום מנ"ל דלא ישלחו תיכף לאחר ל' הוא ולא יגדל שער דלמא מפאן ואילף רשות ולמה אמרה הכרייתא דמגלח ללמ"ד יום דמשמע מצוה לגלח כמו לענין כה"ג.

אף לענין זה מפרש בגמרא דגזיר שם הטעם משום דאיפא פוּבד דהיינו ניוול כמו שפי' רש"י ודמי לטעם של כה"ג והשתא מתורץ דזה לא אתיא מקרא רק שלא יגלח תוּף למ"ד אבל לא שיגלח ביום ל' דוקא פיון דלענין לא יגלח לא נתנה התורה שיעור וזה נדאי דטעם דניוול לא שייך רק בזמן המקדש שעובד הפהו וכמ"ש ג"כ הר"ן והשתא א"ש דפריה אי הכי דבשלמא לפי מה דס"ד מעיקרא דל' יום אתיא מפּרע לא ישלחו דהיינו שלא ישלח ל' יום וכמו שהבין רב פפא לא יקשה אי הכי האינדנא נמי די"ל פיון דהציווי הוא שלא יגדל שער א"כ הטעם הוא משום ניוול וזה לא שייך רק בזמן המקדש פשעובד עבודה אבל לא בזמן הזה.

אבל לאחר שתירץ שהציווי הוא פּרע ליהוי דהיינו שלא יגלח פחות מל' יום א"כ לא שייך זה משום ניוול דעבודה דאדרבה איפא הוא וע"כ זה א' כמו שאר מצות הכהנים דנוהגים גם בזמן הזה ולכן שפיר פריה האינדנא נמי וע"ז מתרץ דומיא דז"ו מה יין דהיינו שלא לשחות יין רק בזמן ביאה אסור אף פרוע ראש דהיינו שלא לגלח הפּרע דוקא בזמן ביאה הוא דאסור והציווי האחר שלא לגדל יותר מל' יום פשיטא דלא שייך האינדנא פיון דאינו רק משום ניוול כמבואר בגזיר וכנ"ל: שם מפלל דרבנן אסרי: הקשה רש"י בתענית דף י"ז וכן הקשה הר"ן בשמעתין ל"ל להקשות מסיפא מדיוקא ליקשי מרישא דפליגי רבנן בפ"ה ועיין בתירוציהם והוא תמוה מאוד לכאורה.

עוד יש להבין דאב"י גופא מה קמ"ל בנה דפשיטא דכהני פּרבי ס"ל ולא היה לו לומר רק הלקה פּרבי או נהגי כהני פּרבי. עוד קשה המקשן דאפתי לא ס"ד הטעם משום מהרה בנה בהמ"ק רק סבר דמדאורייתא שלא בזמן ביאה אסור תקשי לדידיה ברייתא גופא דאם מפיר משמרתו ובית אב שלו אינו אסור אלא באותו יום ובאינו מפיר בית אב שלו אסור כל אותו שבת ורק באם אינו מפיר משמרתו לעולם אסור ואי אפילו שלא בזמן ביאה אסור למה מותר במפיר משמרתו בשאר הימים וא"כ אדרבה איפא הוי ליה לדייק מהברייתא דשלא בזמן ביאה שרי.

ועוד י"ל דאיה ס"ד דשלא בזמן ביאה ג"כ יהא אסור דהא בפירוש פתיב בקרא גבי יין
בבואם דמשמע שלא בשעת ביאה שרי וכמו שכתב רש"י בד"ה דומיא. עוד י"ל
דבברייתא שם בתענית קתני כל כהן שמפיר משמרתו ויודע שפתי אבותיו קבועין שם
דהאי קבועין שם צ"ב דהא בזמן הגה קמיירי ולא קבועין כהנים כלל.

ורש"י נדחק בפירושו פנראה שם ועיין ברמב"ם (פ"א מ"ה ביאת מקדש ה"ז) שכ' כל
כהן שיודע מאיזה משמר ומאיזה בית אב הוא ויודע שפתי אבותיו קבועים בעבודה היום
אסור לו לשמות יין כל אותו היום וכו' ע"ש.

שהראב"ד השיג עליו בב' השגות ומלבד השגותיו עוד דברי הרמב"ם סתומין דלא פירש
כלל בדבריו דלעגנו זמן הגה קמיירי רק כתב אותו שם בתוך הדינים דכולם הם בזמן
המקדש.

לכן נלענ"ד דהכא בקרא דבבואם יש לפרש ב' פרושים או דבבואם אחי למעט דשלא
בשעת ביאה מותר לגמרי או דבזמן ביאה דוקא בשעת ביאה אסור שלא בשעת ביאה
שרי אבל שלא בזמן ביאה לעולם אסור פיון דאייתקש לפרועי ראש דיהיה נוהג האידנא
אי לא משום דאייתקוש ליין.

והיינו דפריה המקשן ויין שלא בזמן ביאה שרי והתניא כו' וא"כ ע"כ בבואם לא אחי
רק למעט בזמן ביאה דהיינו בזמן שבהמ"ק קיים שיהיה מותר שלא בשעת ביאה דהיינו
שלא בשעת עבודה אבל שלא בזמן ביאה נשאר ההיקש לפרועי ראש לאסור לעולם כן
נלע"ד ברור בדעת המקשן.

ולפ"ז גם לסברת המקשן בזמן ביאה שלא בשעת ביאה מותר לשמות דהא זה ע"כ
ממעטינו מבבואם. והנה רש"י בד"ה רבי אומר כתב וז"ל אסור ביין כל אותו היום אף
בזמן הגה.

אכן האי אף בזמן הגה אינו מלשון הברייתא שם רק כף פירש רש"י דברי הברייתא עיין
שם. ולכן נלע"ד לומר דהרמב"ם לא פ"י כן רק פ"י דכל הברייתא אבזמן המקדש קאי
וה"פ אם מפיר משמרתו ובית אב שלו ויודע שבית אב שלו קבוע שם דהיינו שעובד
היום במקדש אינו אסור רק אותו יום אבל אם אינו מפיר בית אב שלו ומפיר משמרתו
אז אסור כל אותו השבוע דבכל יום איכא לספוקי שמא היום הוא שעת ביאה שלו ואסור
ביין ככל אחד מן הבית אב דהא אף שיש בהם רבים שאינם עובדים מ"מ כולם אסורים
או שמא יצטרכו להם או משום דהיום מקרי שעת ביאה שלהם וטעמים אלו שייכים גם
באותו שאינו מפיר בית אב שלו דהא אפשר שיתברר הדבר היום שהוא מבית האב
שעובד היום ועוד פיון דאינו מפיר בית אב שלו יכול לעבוד בכל יום כדאמרינן ביבמות
(דף ק"א ע"א) עולה במשמרו של זה ושל זה עיין שם.

ולכן בגם אם אינו מפיר משמרתו לעולם אסור אכן רבי פליג פיון דאתה צריה לאוסרו
לעולם מותר לעולם דתקנתו קלקלתו אף דטעם זה לא שייך רק היכי דאינו מפיר גם
משמרתו אבל היכי דמפיר משמרתו לא שייך טעם זה פיון דיוכל לשמות יין לעולם חוץ
מבשבווע הזאת ולכן לא פליג רבי באמת לפי פירושו זה רק אאינו מפיר משמרתו וכיון
דאמר אב"י דנהגי כהני כרבי א"כ הלכה כרבי ולכן פסק הרמב"ם כפונתיה וכפ"י זה פ"י

הרמב"ם והוה הו דבריו הפאים על נכון ומתורצים בזה השגות הרמב"ם דדוקא לפי פי' רש"י שפי' רק הברייתא על זמן הזה והקלקלה הוא לפי פירושו דהרי כמה שנים שלא חזרה בירה בזה פליג רבי גם ארישא דברייתא דהא אותו קלקלה שנייה ג"כ במפיר משמתו.

אכן לפי פירוש הרמב"ם דכל הברייתא איירי בזמן המקדש וע"כ האי קלקלתו ע"כ הפי' פינו דאינו מפיר משמתו אסור פינו לעולם וזה תקנתו דלכך מותר לעולם דלא רצו להחמיר עליו כ"כ ולכן ברישא דאינו מקולקל בכך דאין חילוק פינו לישאר אנשי המשמר דהא פולם אסורים לשתות יין באותה שבווע פדקתני ברישא דברייתא ולכן שפיר מודה רבי ברישא ולא פליג רק אסיפא וזה הוא דעת הרמב"ם ובה מתורצים כל הקושיות הנ"ל דהשתא שפיר אבני חידוש דבר.

פינו דרב לא איירי רק מאותו שלא ידעו משמתו בזמן המקדש ואתי אבני וחידוש דגם בזמן הזה הא דשתי פהני חמרא כרבי דוקא דאם אין אתה מתיר להם אסורים לעולם פינו דאינם מפירין משמתו וא"כ תקנתו קלקלתו והשתא אתי שפיר דפריה מדיוקא דוקא דמרישא דברייתא לא היה יכול להקשות הא ע"כ שלא בזמן ביאה אסרי רבנו דזה אינו דהא הברייתא בזמן ביאה לפי פי' הרמב"ם אבל מדאבני פריה שפיר פינו דאמר דנהגי כרבי דוקא ומנ"ל פן דלמא רבנו מודו ג"כ בהא פינו דבזמן הזה הוא ולא אסרי רבנו רק בזמן ביאה אע"כ דפסיקא ליה לאבני דשלא בזמן ביאה ג"כ אסרי רבנו משום דבבואם לא ממעט רק בזמן ביאה ושללא בשעת ביאה וא"כ קשה דאבני אדאבני דלעיל תירץ פירע להוי שלוחי לא לישלחי ולדידיה פריה בש"ס אי הכי האינדנא נמי וצריה לתרץ דאימקש לניו והשתא פריה דהא ע"כ אבני גופא סבר דשלא בזמן ביאה אסור מדלא מותר לכהני האינדנא רק משום דכרבי ס"ל.

ובזה מתורץ ג"כ מה שהקשה הר"ן מאי קא מקשה מפלל דרבנו אסרי לימא דאין ה"ב דרבנו אסרי אבל אנו סמכינן ארבי והשתא מתורץ דאלישנא דאבני פריה דקאמר דינו שלא בזמן ביאה מותר והא הוא ע"כ ס"ל דלכ"ע אסור רק דלרבי משום תקנתו קלקלתו שרינו ליה דאל"כ אפשר דגם רבנו מודו בזמן הזה ולא אסרו רק בזמן ביאה וע"ז קאי בבואם: שם ובענין פהו הראוי לעבודה: אף דבלא"ה אינם ראויים לעבודה דכולם טמאי מתים הם מ"מ הרי אמרינו לענין פסח הרי שהיו הפהנים טמאים יעשו בטומאה א"כ ה"ה גם פן תמיד דבא ג"כ בטומאה כמו שפסק הרמב"ם פ"ד מה' ביאת מקדש וא"כ משום טומאה אפשר להו לעבוד אבל פשהם שתויי יין או פרועי ראש לא אבל קשה פינו דלא הותר בצבור רק טומאת מת אבל לא טומאת נדה ושרץ ונבלה וכדומה א"כ כמו דגזור רבנו שלא לשתות יין משום מהרה יבנה בהמ"ק כמו כן לגזור ג"כ שלא יטמא הפהו עצמו במגע שרץ ונבלה ונדה וכדומה.

דאין לתירץ קמא דהטעם דגזרינו פינו יותר מבפרועי ראש משום דלא אפשר פינו לתקן את עצמו במהרה כמו בפרועי ראש דהא גם בטומאת שרץ לא יוכל נתקן במהרה דהא פועי טבילה והערב שמש ולא יוכל עוד להקריב קרבן דאין קרבן פלילה ובין לתירוצ רב אשי דבפרוע ראש לא גזור משום דלא מיחל עבודה דהא גם טומאה מיחל עבודה.

וצ"ע: שם פהן הראוי לעבודה: אפתי קנשה למה קאמרי רבנן דבאינו מפיר משמרתו אסור לשמות יין לעולם. בלילה עכ"פ לישתרי וכמו דתנן שם בתענית (דף ט"ו) לענן אנשי משמר שמתרין בלילות ואסורים בימים דהא כל הטעם דאנשי בית אב אסורים בלילות הוא משום הקטרת אמורין שנוהג גם בלילה אכן אם עדיין לא נבנה בהמ"ק ולא הקריבו עוד קרבנות ביום א"כ בלילה לישתרי דגם אם יבנה בהמ"ק עתה לא יהיה להם לעבוד עבודה עד הבקר ובשלמא לפי מה שפירשנו לעיל דעת הרמב"ם דברייטא לענן זמן הבית איירי ולכן לא מקשה רק מדאב"י א"ש דלענן זמן הבית ודאי דשייך טעמא דמתניתן דהקטרת אמורין ובזמן הזה אפשר דבאמת רק ביום אסרי רבנן והא דאמר אב"י דכהני דשתו חמרא כרבי משום דשתי גם ביום אבל לפי רש"י וראב"ד דברייטא איירי לענן בזמן הזה קשה כן למה אסור גם בלילה וא"ל דהחשש הוא שפא ישתה סמוך לבקר וישתפר ואי יבנה בהמ"ק בבקר עדיין לא יסיר יינו מעליו ולא יוכל להקריב תמיד של שחר דא"כ ל"ל לרש"י פלל טעם זה באנשי בית אב שלא ישתו יין בלילות משום הקטרת אמורין לימא משום שפא יהיה עוד שכור בבוקר.

וי"ל דלענן בית אב ליפא למימר טעם זה וכינן דבתי אבות היו מתחלפות בקל יום בבוקר קודם תמיד של שחר כדמוכח מהא דאמרינן ביומא (דף כ"ו ע"א) אין מפייסין על תמיד של בין הערבים ומוקמינן ברייתא דקתני מפייסין בשבת דוקא שמשמרות מתחלפות בין תמיד של שחר לשל בין הערבים משמע הא בחול מתחלפות בתי אבות קודם לתמיד של שחר ועובד עד למחר קודם תמיד של שחר וא"כ יום ולילה של אנשי בית אב הוא הלילה שלאחר יום עבודתם ובזה לא שייך החשש שלמחר יהיה עדיין שכור דהא למחר אין צריך לעבוד עוד דבית אב אחר יעבוד ולכן צריך רש"י לפרש הטעם משום הקטרת אמורין משא"כ לענן יבנה ביהמ"ק שייך שפיר טעם זה שפא עדיין יהיו שכורים ולא יוכלו לעבוד בבוקר.

אף דלפ"ז קשה על הרמב"ם (פ"א מה' ביאת מקדש הלכה ו') דהטעם דאנשי בית אב אסורים לשמות יין בלילות שפא ישכים לעבודתו ונמצא עדיין לא סר יינו מעליו דהרי למחר לא יעבוד עוד כדהוכחנו דבשלמא הא לא קשה לשיטתו מהא דאמרינן בביריתא בתענית (דף ט"ז ע"א) דלקף אנשי בית אב לא שותין לא ביום ולא בלילה משום דעסוקים בעבודה תמיד דמשמע כפי רש"י דעסוקים בעבודה תמיד דגם בלילה יש להם עבודה להקטיר אמורין דגם לשיטת הרמב"ם יש לפרש דהברייתא רצתה לתרץ פיון דביום גם אנשי משמר אסורים שפא יצטרכו לסייע לאנשי בית אב וגם בלילה אנשי בית אב אסורים משום שפא ישכים שכור לעבודתו א"כ מה"ט אסרו גם אנשי משמר בלילה שפא יצטרכו לסייע לאותן העובדים בבוקר ויהיו שפורין וע"ז מתרץ הברייתא דלקף דוקא באנשי בית אב חיישינן שפא ישכימו שפורים פיון דעסוקים בעבודה תמיד בין אם יהיה עבודה רב או מעט אבל אנשי משמר דאינן עסוקים בעבודה תמיד אם רבה עבודה אף שאסורים לשמות ביום שפא יצטרכו לסייע לאנשי בית אב מ"מ לא מחמרינן בהו כ"כ לגזור שאפילו בלילה לא ישתו שפא יהיו עדיין שכורים ולכן לשון הברייתא גם לפי שיטת הרמב"ם ז"ל אתי שפיר אבל זה קשה לשיטתו דהא למחר לא יעבדו עוד.

ונ"ל דהראב"ד שם השיג על הרמב"ם וכתב דהטעם הוא משום הקטרת אמורין ובאמת יש ליתן טעם למה שהרמב"ם נתן טעם אחר ונ"ל דע"כ להרמב"ם לשיטתו טעם זה אינו דלכאורה קשה איהו אפשר לומר דהטעם משום הקטרת אמורין הוא במתניתין סתמא קתני דאנשי ב"א אינן שותין לא ביום ולא בלילה ולמה יאסרו אותן שעובדים בליל שבת בין הא ביהם לא שינה טעם דהקטרת אמורין דאין הקטרת אמורין בשבת דחלבי חול לכ"ע אינן קרבים בשבת כדאמרין בשבת (דף קי"ד).

וי"ל דרש"י פתב ב' טעמים למה אב"א אסורין אחד משום הקטרת אמורין ואחד משום אברים שפקעו מעל גבי המזבח שצריכין הפהגים להחזירן וביומא (דף מ"ו ע"א) פתבו התוס' בשם ריב"א דהיכא דמשלה בהו האור מבעוד יום מותר להחזירן בשבת וא"כ שפיר שינה גם בשבת טעם דהקטרת אברים שפקעו שמוותר להחזירן לשיטת ר"י וריב"א.

וי"ל דרש"י וראב"ד ס"ל פנותיהו אבל הרמב"ם דכתב (בפ"א מה' תמידין) סתמא דאברי תמיד של חול אינן קרבים בשבת ולא חילק בין משלה בהו האור או לא לשיטתו לא שינה טעם דהקטרת אמורין בשבת ולכן צריה ליתן טעם אחר.

עוד יש לתרץ זה לשיטת רש"י וראב"ד דנדאי גם הם ס"ל פדעת הרמב"ם פדהוכחנו לעיל דאל"כ למה יהיו הפהגים בזמן הזה אסורים בלילה לרבנן והא דהוצרכו לטעם דהקטרת אמורין משום דלענין ב"א לא שינה טעם זה של הרמב"ם דהא למחר אינו עובד עוד כפאשר כתבנו אהו זה לא שינה רק לענין ימי חול אבל לא לענין שבת כפאשר נפרש דרש"י בתענית (דף ט"ו ע"ב) בד"ה אנשי בית אב כתב ונ"ל המשמרה מתחלקת לשבעה בתי אבות כנגד ז' ימי השבוע אב ליום עכ"ל.

ואף דבמנחות (דף ק"ו ע"ב) אמרינן כנגד ו' בתי אבות היינו משום דבשבת לא הנה מעות נדבה אכן רש"י פתב שם משום דבשבת כולן שוין וזה צ"ע דסתר מ"ש פאן (ועי' מ"ש בפסחים ס"פ מקום שנהגו) וגם דעת הרמב"ם (פ"ג מהל' כלי המקדש ה' ט' ופרק ד' ה' י"א) נראה שז' בתי אבות היו ע"ש וכן מוכח בתוספתא (ר"פ ב' דתענית) עיין שם.

ועיין מה שפכתבתי בספרי ע"ל ביבמות (דף ק"א). ולכאורה קשה דהא ע"כ שמונה בתי אבות בעינן לפי מה דאמרין (סוף סנהדרין) שמשמר הנכנס מקריב תמיד של בין הערבים והיוצא תמיד של שחר עם המוספים וא"כ הרי הקריבו בשבת ב' בתי אבות הנכנס תמיד של בה"ע והיוצא תמיד של שחר והוי ליה ח' בתי אבות בכל משמר.

אבל י"ל דרש"י סובר דתמיד של שחר של שבת לא הקריב ב"א חדש אלא אותו שעבד ביום ו' עבד ג"כ תמיד של שחר בשבת והכריח פן דאל"כ למה לא היו שותין בליל שבת הא אז ליכא הקטרת אמורין כנ"ל אלא ע"כ דאותו בית אב של יום ו' הקריב גם ביום השבת שחרית ולכן לא יכלו לשתות יין שמא ישפיימו למחרת פשהם שכורים ויעבדו דהא גם לרש"י ס"ל לטעם זה כפאשר הוכחו.

אבל הרמב"ם ו"ל דסובר דאותו בית אב שעבד בשבת זה בתמיד של בה"ע עבד בשבת האחרת כפאיצא בתמיד של שחרית להשלים עבודת יומו וא"כ לא שינה לענין שבת לא

טעם דהקטרת אמורים ולא טעם דינשכים פשהוא שכוור דהא ליל ב"א זה הנה במוצאי שבת ולא עבד למחר.

ולכן פירש הרמב"ם דלילה ויום דאמרינו בבתי אבות פירושו הלילה שהיה קודם יומו שעובד בו ובזה שינה שפיר טעם שמא ישפם פשהוא שכוור לעבודתו גם בליל שבת ולכן פירש הרמב"ם פן ולא משום הקטרת אמורין ומינשבת השגת הראב"ד: פרק שלישי שם דף כ"ג ע"א בגמרא ואפילו לנה מצי מעכב: לכאורה קשה איך קאי הקושא דוקא הקא בלא"ה אמתניתן יכול להקשות פן אר"מ דאמר זה פוסל דיינו של זה דמשמע ג"כ אפילו לנה.

ועוד תקשה דרבנן אדרבנן דברי שא מודו לפי תירוץ הגמרא דיכול לפסול ב"ד של חבירי ובסיפא פליגי. אכן ע"ז י"ל (וא"ע מצאתי ג"כ בר"ן) דסיפא איירי היכי שרצה לפסול את הדיינים מפח פסול ובזה סברי רבנן דאינו נאמן אבל רישא איירי שאינו רוצה לדון לפניהם ולא שיפסלם בפסול דבזה גם רבנן מודו ולכן א"ש ג"כ דאמתניתן לא הנה יכול להקשות דהיינו אדברי ר"מ דהא ר"מ איירי בפסול ממש ובזה נדאי גם הלנה מצי מעכב ולכן מקשה אתירוץ הגמרא דע"כ איירי ג"כ שאינו רוצה לדון לפניהם ולא שפוסלם בפסול ממש דאל"כ תקשי רבנן אדרבנן כמ"ש הר"ן ובזה אין הלנה מצי מעכב לפי מימרא דר"א ובזה מתורץ ג"כ מה שהקשו הפהרש"א לפי תירוץ הגמרא דבערפאות שבסוריא שנו מאי קמ"ל בסיפא הא מרישא שמעינן לה ע"ש דהשתא נדאי לאו מרישא שמעינן דברי שא דאיירי בשאינו רוצה לדון לפניהם גם רבנן מודו ובסיפא דאיירי ברצה לפסול פליגי והא דפירש רש"י לקמן בד"ה זה פוסל דאיירי באומר לא אדון לפניו אלמא דגם סיפא איירי פן ולא בפסול ממש לפי האמת פירש פן אבל לפי הס"ד דבגמרא פאן דזה בורר איירי בב"ד וע"כ סיפא בפסול ממש איירי וכמ"ש הר"ן: שם בערפאות שבסוריא שנו: לפי מ"ש הר"ן ריש פירקן דמתניתן זו אתיא לפרש האי דיני ממונות בשלשה דתני בריש מסכתין א"כ קשאי לר' אבהו דאוקי לעיל (דף ב' ע"ב) האי דיני ממונות בג' בגזילות וחקלות דבעי ג' מומחין א"כ איך אפשר לאוקמי מתניתן בערפאות שבסוריא הא גפי גזילות וחקלות מומחין בעינן וצ"ל דלענין מתניתן זו גם ר' אבהו מודה דאיירי גם בהודאות והלואות ולא בגזילות וחקלות ומה שחסר במתניתן דלעיל גלה פאן ורק אלקבא דשאר מ"ד במתניתן דלעיל גם בהודאות והלואות איירי הוצרה הר"ן לפרש דלפרושי מתניתן דלעיל אתי: שם בתוספות ד"ה זה בורר לו.

ולא פריך אלא מלישנא דמתניתן: עיין בפהרש"א. ולפי עניות דעתי גם לשיטת התוספות נשארה הקושא דועוד מאי זה בורר לו אחד כמו לפירוש רש"י מדלא פירשו בה פירוש אחר ואעפ"כ לא הוי פקושא ראשונה דקושא הראשונה היתה בפשיטות מלשון דמתניתן ואחרי שתירץ לו דהפירוש הוא פשנה בורר לו אחד הקשה לו הא קתני זה בורר לו כו' ולא קתני פשנה והלשון זה משמע דהכי דינא דהא ע"כ גם לפירוש רש"י צריך לפרש פה דלאחר שפבר תירץ פשנה בורר כו' הקשה לו עדיין ועוד מאי זה בורר וע"כ דמהלשון פריך מדלא קתני פשנה בורר וגם מדקתני ושניהם בני"ו וא"כ גם לפי פירוש התוספות יש לפרש פה.

ולפ"ז י"ל דגם רש"י מפרש כפירוש התוס' ויתיישב פל הקושיות שהקשו התוס' וגם הר"ן על פירוש רש"י: שם ע"ב בגמרא וסיפא עדיו אלמא דוקא הוא: פירוש דבלא"ה הייתי יכול לומר דעדיו דקתני היינו עדים דעלמא אבל לעולם בחדא איירי אבל לאחר שתני גם דיינו דוקא ולא קתני דיינים למימר דיינים דעלמא וא"כ גם עדיו לא הל"ל אי הפירוש עדו: שם פגון שקרא עליו ערעור: הא דצ"ל בקא הוא ואחר לפסלן משום דאזלא אליבא דר' יוחנן דסבר בכתובות (דף כ"ו) ובקדושין (דף ע"ג) דאין ערעור פחות משנים ואף דלחד תירוצא שם בלא הנה לו חזקת פשרות גם אחד נאמן מכ"מ ביותר רצה לפרש האי זה פוסל דמתניתין עם אחר מלפרוש דעד מייירי בלא הנה להם חזקת פשרות או דרצה לאוקמי גם לפי תירוצ הראשון שם בקדושין: שם סוף סוף נוגע בעדותו הוא: הקשה אחד מן התלמידים הא בכתובות (דף כ"ב ע"א) קאמרין דפגם משפחה גילוי מלתא בעלמא הוא ולא מקרי נוגע בעדות ודחוק לומר דגמרא שם אזלא לפי תירוצ רב דימי אמר"י לקמן דמנ"ל דפליג בזה וי"ל דהטעם דפגם גילוי מלתא הוא פירש"י שם משום דצריך לקרר בב"ד.

אכן זה לא שייך רק אם יכול לקרר דבריו בב"ד פגון אם הוא הנה עבד וזה יכול לקרר אבל אם אומר עליו שידע בו שהוא משפחה עבד באופן שאינו יכול לקרר דבריו ע"י ראיה פי איך יביא עתה ראיה על אבות אבותיו שהיו עבדים ואין מעיד רק ע"פ דיעתו זה נדאי עדות גמור הוא ולא גילוי מלתא וא"כ לכאורה מה מקשה בגמרא שם לימא דאיירי שם בכהאי גוונא דלא הוי גילוי מלתא בעלמא.

אכן באמת לק"מ פינו דכבר פריך מקודם אי ערעור דגזלנותא אוקי תרי להדי תרי וא"כ מקשה ממנ"פ אי איירי בערעור משפחה שאינו יכול לקרר בב"ד א"כ היינו כמו ערעור דגזלנותא ואוקי תל"ת נאי איירי בערעור שמקבר בב"ד א"כ גילוי מלתא הוא ולכן א"ש דקאמרין הקא לרבנן דנוגע בעדות הוא דנדאי איפא גם ערעור שנוגע בעדות דהיינו פשאנו יכול לקרר בב"ד ורק אעדוהו סמכינן ובכה"ג אוקי למתניתין דהקא והיינו דדייק רש"י בלישנא דהקא פירש בד"ה פגם משפחה עבד הוא משפחה עבדים כו' והתם פירש סתם דעבד הוא משום דאי אומרים עליו שהוא עבד זה מן הסתם יכול לקרר בב"ד אבל משפחה עבד מסתמא אינו יכול לקרר פנ"ל: שם בתוספות ד"ה ואמר רב דימי.

וי"ל דאי לאו דרב דימי: לכאורה קשה אפתי הא דרב דימי ל"ל דע"כ ליפא למימר דדוקא בתרתי לריעותא סבר ר"מ דיכול לחזור דהא במתניתין קאמרין רבנן אימתי בזמן שהביא ראיה שהן קרובין או פסולין אבל אם היו כשרים אינו יכול לפוסלן וכיון דלפי מה דקיימינן השתא איירי מתניתין בדקבל עליהו א"כ מה בין קרובין ופסולין לפשרים.

וע"כ צ"ל דה"ט דבקרובין דאיפא תרתי לריעותא גם רבנן מודו ורק בכשרין פליגי באיפא חדא לריעותא וא"כ ע"כ מוכח דר"מ גם בחדא לריעותא פליג ואפתי הא דרב דימי ל"ל. אכן זה אינו דהא לפי מה דקיימינן השתא בתירוצ התוס' לא ליתני מתניתין דהקא פלל וא"כ נדאי בלא רב דימי שפיר ה"א דר"מ דוקא בתרתי לריעותא פליג פינו דלפי קושית הגמרא מתניתין דהקא לא ליתני.

אכן אפתי קשה דליקשי לעולם בלא רב דימי וליקשי איפכא דמתניתין דלקמן לא ליתני ובמתניתין דהקא ליפא לטעות פלל. ועוד קשה לפי שיטת הר"ן שכתב דהאי דרועי בקר

הוא ג"כ תרתי לריעותא ותירץ בזה מה שהקשה גם המהרש"א א"כ לשיטתו ע"כ רבנן גם בתרתי לריעותא פליגי וכן נראה שיטת רש"י לקמן דרק התוס' לקמן ד"ה אומר רב דימי פתבו דרבנן מודו לר"מ בתרתי לריעותא א"כ קשיא פנ"ל מ"ט דרבנן במתניתן דחלקו בין הביא ראיה שהן קרובים לשהן פשרים.

וי"ל דטעמא דרבנן לאו משום דחלקו בין חדא או תרתי לריעותא אלא משום דסברי דאפילו בתרתי לריעותא אינו יכול לחזור. אכן זה דוקא היכא שאינו נוטן אמתלא לדבריו אבל אם נוטן אמתלא לדבריו דהיינו שאמר פשקבל העד פבי תרי סבר דכשר הוא נעמה שמע שקרוב ופסול הוא אז פשמביא ראיה שכן הוא יכול לחזור אפילו לרבנן אבל בלא"ה לא: דף כ"ד ע"א בגמרא דמר סבר אמרינן מגו: ועיין בפירוש רש"י.

לכאורה קשה מה בכך דלא אמרינן מגו הא אנו רבנן פסקינן דפליגי אר"מ ולית להו מגו וכן קשה איפכא למ"ד אמרינן מגו ולולי פירוש רש"י הנה נלענ"ד לפרש איפכא דרבנן סברי לא אמרינן מגו ולכן מוקי לרבנן פו דפסקינן פנותייהו אבל רב דימי סבר אמרינן מגו ולכן לא יוכל לתרץ פתירוץ רבין: שם איבעי' להו באתן לך מחלוקת: לכאורה קשה לפי מה דאוקי ריש לקיש לעיל (דף כ"ג) מתניתן דלעיל בדקבל עליו פבי תרי ופליגי ר"מ ורבנן אי יכול לחזור בו או לא א"כ ע"כ מוכח דבין בזו ובין בזו מחלוקת דהא קתני זה פוסל עדיו של זה וזה פוסל כו' הרי דהמלנה והלנה שניהם יכולים לחזור בדקבלו עליהו וכמו דמוכח בגמרא דלעיל ואפילו לנה מצי מעכב הרי בפירוש דאחד קאי אמלנה ואחד קאי אלוה וא"כ ע"כ מוכח דבין בזו ובין בזו מחלוקת.

אכן זה לק"מ דהא אליבא דר' יוחנן מפעיא ליה בגמרא הכי ור' יוחנן בפירוש לא מתרץ לעיל כדר"ל דרב דימי אומר ר' יוחנן מתרץ בב' פתי עדים ורבין אומר ר' יוחנן מתרץ בד"א פמבואר לעיל ולכן אליבא דר' יוחנן שפיר קמבעיא ליה.

אכן זה קשיא לכאורה פיון דלפי המבואר בפוגיא אין במתניתן דנאמן עלי אבא הברע אי במחול לך אי באתן לך או בתרנוייהו פליגי דהא פליגי בזה שמואל ור"י ורבא ובנדאי אין לאחד מהם ראיה מדלא מקשה בגמרא פו ולפי אוקימתא דר"ל דלעיל ע"כ מוכח דבתרנוייהו פליגי דהא פליגי במלנה ובלנה וא"כ מאי פריה בש"ס אליבניה מקמ"ל דמצי הדר ביה תנינא אומר לו נאמן עלי אבא וכו' דהקושא היא בנדאי ל"ל למתני מתניתן דלעיל וכמו שמוכח ממה שכתבו התוס' לעיל בד"ה ואמר רב דימי והשתא מה פריה הא שפיר מצרכינן מתניתן לעיל לאשמעינן דבתרתי פליגי וצ"ע: שם ברש"י ד"ה במחשכים הושיבני: עיין בחגיגה (דף י' ע"א) דשם לא פירש רש"י פו: שם ע"ב בגמרא אבל תולה בדעת עצמו אימא מודו: בזה א"ש מה שקשה לכאורה אגמרא דלעיל (דף כ"ג ע"ב) דקאמרינן צריכא אי תני אבא ואביה כו' דלמא לא חזי אימא מודו להו לר"מ ואיך אפשר לומר פו והא מסיפא דמתניתן מוכח דבדעלמא לא חזי ג"כ פליגי דהא דור לי בחיי ראשה ג"כ לעלמא לא חזי ואעפ"כ פליגי אבל לפי מה דעבדינן הכא צריכותא א"ש דאפתי מצרכינן מתניתן דלעיל לאשמעינן דהכי דהוי תרנוייהו גפי הודי דהיינו לעלמא לא חזי וגם תולה בדעת אחרים ג"כ פליגי רבנן דמאבא ואביה לא הוי ידעינן רק תולה בדעת אחרים דפליגי רבנן אבל אפתי לא הוי ידעינן אי פליגי ג"כ בדהוי ג"כ לעלמא לא חזי ומדור לי לא הנה ידעינן רק בדלעלמא לא חזי אבל לא בתולה ג"כ בדעת אחרים

ולכן אשמענו מתניתן דנה פוסל עדיו של זה דהוי ג"כ תולה בדעת אחרים ולעלמא לא חזי ואעפ"כ פליגי רבנן, אף דנה אפתי קשה לפי מה שכתבו התוס' לעיל בד"ה ואמר רב דימי וי"ל דאי לאו דרב דימי כו' עיין שם.

ואפתי בלא רב דימי ג"כ קשה דמתניתן דלעיל ל"ל דא"ל דהוי אמינא דבחדא לריעותא מודה ר"מ דהא דור לי בחיי ראשון ג"כ לא הוי אלא חדא לריעותא ואעפ"כ פליגי ואין לומר דאפתי הוי טעינו לרבנן אי לא תני מתניתן לעיל וה"א דוקא בדור לי בתולה בדעת עצמו בקא סברי רבנן בחדא לריעותא דאינו יכול לחזור בו אבל אפתי לא הוי ידעינו דגם בתולה בדעת אחרים סברי פו דנה אינו פיון דכבר אשמענו ברישא דנאמן עלי אפא בתולה בדעת אחרים דאפילו בתרתי לריעותא לא יכול לחזור בו כש"כ בחדא לריעותא.

וי"ל דלפי מ"ש המהרש"א לעיל דלקה ה"א דבתרתי לריעותא דוקא פליגי אי לאו דרב דימי אף דלכאורה מוכח דגם בחדא לריעותא פליגי ר"מ מג' רועי בקר דלא הוי אלא חדא לריעותא דניחא ליה להביא דברי רב דימי להקשות גם מרישא א"כ בזה מתורץ ג"כ קושיתנו כמוכח.

אכן אפתי קשה פו לפי דברי הר"ן שהקשה ג"כ קושית המהרש"א ותיירץ בדרה אחר דהיינו דג' רועי בקר הוי ג"כ תרתי לריעותא הרי דלא סבר פסברת המהרש"א וא"כ קושיתנו במקומה עומדת ונ"ל דלהר"ן לשיטתו בלא"ה לק"מ דלכאורה יש לתרץ בפשטות דמדור לו בחיי ראשון לא הוי מוכח מידי דגם בחדא לריעותא פליגי ר"מ דהוי מצינו לאוקמא ג"כ בתרתי לריעותא וכגון שהלוח שהיה דינו לישיבע ולא לשלם אמר למלנה שיזור בחיי ראשו ויטול דהוי ג"כ תרתי לריעותא חדא דישבע ויטול וכל הנשבעים שבתורה נשבעים ולא משלמים חוץ מאותן הנפרטים במתניתן דשבועות ועוד דנודר בחיי ראשו לאו שבועה היא כלל ולק"מ פליגי ר"מ ואפתי ה"א דבחדא לריעותא לא פליגי ר"מ.

וא"ל דאיך אפשר לפרש כה דדור לי תרתי לריעותא הוא דא"כ היאך פליגי רבנן דהא לפי מ"ש התוס' בד"ה אמר רב דימי דבתרתי לריעותא גם רבנן מודו ז"א דהא השתא לפי שיטת הר"ן קיימינן והוא ע"כ לא סבר פשיטת התוס' רק פריש"י מדסבר דג' רועי בקר הוי תרתי לריעותא ואעפ"כ פליגי רבנן וכמו שכתב ג"כ בפ"י בהידושיו דסובר פשיטת רש"י.

ועוד דהא השתא קיימינן אי לו דרב דימי ואז ה"א דבחדא לריעותא מודה ר"מ וא"כ בתרתי לריעותא פליגי רבנן דאל"כ ר"מ ורבנן במאי פליגי ולכן תירוצ זה גם לפי שיטת התוס' אתי שפיר: שם מאי בינייהו: נדאי דנפקא מנה טובא איפא בין ב' הטעמים פגון דמשחק בקוביא ומעות שניהם ע"פ הדרה דמשום אסמכתא ליפא כמ"ש התוספת בד"ה כל כי ומשום ישוב פשיטא דאיפא.

ועוד איפא נפ"מ כשמשחק בחנם דמשום אסמכתא ליפא ומשום ישוב איפא. ואפילו להך שיטה דגם משום ישוב ליפא באינו מתפרנס מן השחוק רק שיש לו פרנסה במקום אחר דנה הוא פלוגתא בין הרמב"ם והטור (עיין פ"י מה' עדות) מ"מ נפ"מ טובא איפא בכה"ג

גופא פֿשֿמשֿחק בְּמַעוֹת וַיֵּשׁ לוֹ פֿרַנְסָה מִמְּקוֹם אַחַר דְּמִשׁוּם אֶסְמַכְתָּא אֵיפָא וּמִשׁוּם יִשׁוּב לֵיפָא אֲלֵא בַּגְמָרָא חֲדָא מִנְיָהּוּ נִקְט: שָׁם בְּרִישׁ"י ד"ה רְבָא דְאָמַר פֿמֵאוּן.

וְלֹא שְׁיִיף לְמִימַר הֶכָּא: וְכֵן פֿתְּבוּ גַם הַתּוֹס' וּלְפַעַנ"ד בְּלֵא"ה לֵיפָא לְמִימַר דְּרְבָא ס"ל דְּבִתְרִיתִי פְּלִיגִי פִּינּוֹן דְּהוּא תִּיגְרִץ לְעִיל לְרַב אַחָא בְּרַתְּחֵלִיפָא שְׁהַקְשָׁה לוֹ מִמְתְּנִיתוּן דְּדוֹר לִי בְּסִי רֵאשֶׁה דְּמִתְנִיתוּן אֵיגְרִי בְּאַתָּן וּע"ז הַקְשָׁה בַּגְמָרָא וְהָא תְּנִי לִיָּה רִישָׁא וְעֵבִיד צְרִיכוּתָא דְּאֵי תְּנָא תּוֹלָה בְּדַעַת אַחֲרִים ה"א בְּהָא קְאָמַר ר"מ דְּמִי יִימַר דְּמוֹפִי לִיָּה.

וּפִי' רִשׁ"י וְאֵי הָוִי יַדַּע דְּמוֹפִי לִי' לֹא הָוִי אָמַר הַלְּפָהּ הֲדַר וְלִכְאוּרָה קְשָׁה אֵיף אֶפְשָׁר לוֹמַר כֵּן וְהָא חוֹזֵר קוֹדֵם גְּמַר דִּין דְּאָז לֹא יַדַּע דְּמוֹפִי לִיָּה הָרִי ע"כ דְּלֹא הָוִי הִטְעַם דְּמַצִּי הֲדַר מִשׁוּם דְּמוֹפָה נֶגֶד דַּעַתוֹ דְּהָא אַכְתִּי לֹא זָכָה.

אָכֵן זֶה לִק"מ דְּרְבָא לְשִׁיטְתוֹ שְׁפִיר תִּיגְרִץ כֵּן דְּהָא אוֹקִי פְּלוּגְתִּיָּהּ לְאַחַר גְּמַר דִּין וְכַדְמִסְקִינּוּ בְּשִׁמְעִיתוּן. וְלָכֵן ע"כ מוֹכַח דְּדוֹנְקָא לְאַחַר גְּמַר דִּין פְּלִיג לְרְבָא דְּאֵי ג"כ לְפָנֵי גְמַר דִּין א"כ לֹא שְׁיִיף צְרִיכוּתָא דְּלַעִיל דְּלֹא שְׁיִיף הִטְעַם דְּמִי יִימַר בְּלִפְנֵי גְמַר דִּין.

וּא"כ מְלַפְנֵי גְמַר דִּין מוֹכַח תּוֹלָה בְּדַעַת עֲצָמוֹ וְאַכְתִּי יִקְשָׁה לְרְבָא לְעִיל תּוֹלָה בְּדַעַת עֲצָמוֹ ל"ל אַע"כ דְּלְרְבָא לְאַחַר גְּמַר דִּין דְּוֹנְקָא פְּלִיגִי: שָׁם בְּתוֹסְפֵת ד"ה שְׁלַח לִיָּה. תִּימָא דְּהֶכָּא מִשְׁמַע דְּלְאַחַר גְּמַר דִּין לְכְאוּרָה יֵשׁ לְהִבִּין מֵאֵי קוּשְׁיָא דְּלִמָּא הָא דְּשְׁלַחוּ לִיָּה הֶתֶם ס"ל לְהוּ כר"ל דְּהֶכָּא דְּוֹנְקָא בְּלִפְנֵי גְמַר דִּין מְחִלְוֹתָא.

וּצ"ל דְּדוֹסָק לְהוּ לְהַתּוֹס' לְמִימַר דְּמִפְּלִגוּ אֲמוּרָאֵי בְּתָרָאֵי אֵלִיפָא דְּהִלְכְתָּא בְּזָה. וְעוֹד י"ל פִּינּוֹן דְּלִפִּי מֵאֵי דְּמִתְרִץ שָׁם דְּאַתָּן לְאַשְׁמַעִינוּ דְּבְּאַתָּן לְהַ מְחִלְוֹתָא א"כ קְשָׁה קוּשְׁיָת הַגְמָרָא דְּלַעִיל תְּרִיתִי אַתָּן לְהַ ל"ל וּע"כ צ"ל הַצְרִיכוּתָא דְּלַעִיל דְּבִתּוֹלָה בְּדַעַת אַחֲרִים ה"א בְּהָא קְאָמַר ר"מ מִשׁוּם דְּאָמַר מִי יִימַר דְּמוֹפִי לִיָּה וּא"כ ע"כ מוֹכַח דְּלְאַחַר גְּמַר דִּין מְחִלְוֹתָא דְּזָה לֹא שְׁיִיף רַק בְּלְאַחַר גְּמַר דִּין פְּנ"ל.

אֵף דְּלִפ"ז לֹא הִיל"ל לְהַקְשׁוֹת אֲשַׁלַּח לִיָּה. אָכֵן בְּאַמַּת זֶה אֵינּוּ רְאָיָה כְּלָל דְּהָא אֶפְשָׁר דַּס"ל כר' יוֹחֲנָן דְּסַבְר בֵּין בְּזוּ בֵּין מְחִלְוֹתָא.

וְלֹא אֲצָרְכִּינוּ לְהָאֵי צְרִיכוּתָא דְּלַעִיל כְּלָל דִּי"ל חֲדָא אֵיגְרִי בְּאַתָּן לְהַ וְחֲדָא בְּמַחוּל לְהַ וּמ"מ צְרִיף לְאַשְׁמַעִינוּ שָׁם בְּאַתָּן לְהַ מְחִלְוֹתָא דְּלֹא נִימָא פֿשְׁמוּאַל דְּוֹנְקָא בְּמַחוּל לְהַ מְחִלְוֹתָא וּע"כ צ"ל דְּקוּשְׁיָת הַתּוֹס' מֵהִלְכְתָּא הִיא פְּנ"ל: שָׁם בַּא"ד.

לְהִכִּי גְרַס ר"ת וְנִשְׁבַּע: לְכְאוּרָה קְשָׁה לִפ"ז מֵאֵי פְּרִיף בִּיש"ס שָׁם בַּב"ב מֵאֵי קַמ"ל תְּנִינָא נְאָמֵן עָלֵי אַבָּא כו'. הָא טוֹבָא קַמ"ל דְּוֹנְקָא מִשׁוּם דְּנִשְׁבַּע דְּלְהָוִי פְּלְאַחַר גְּמַר דִּין אֵינּוּ יְכוּל לְחַזֵּר בּוֹ הָא בְּלֵא"ה יְכוּל לְחַזֵּר בּוֹ דְּבִמְתְּנִיתוּן דְּנְאָמֵן עָלֵי אַבָּא אֵינּוּ הִכְרַע אֵי בְּקוֹדֵם גְמַר דִּין אֵי לְאַחַר גְמַר דִּין אֵיגְרִי מְדַפְּלִיגִי ר"י ור"ל בְּהִכִּי וּצ"ל דְּבִלֵּא"ה מְשַׁנֵּי הֶתֶם שְׁפִיר.

אוּ אֵי רַק הָא אֲתִי לְאַשְׁמַעִינוּ לִימָא רַק אֲמִתְנִיתוּן דְּנְאָמֵן עָלֵי אַבָּא וְהוּא שְׁגָמְרוּ הַדִּין וְכֵן אֲמִתְנִיתוּן דְּדוֹר לִי וְהוּא שְׁנִשְׁבַּע אַע"כ דְּגַם דְּבַר אַחַר אֲתִי לְאַשְׁמַעִינוּ וּע"ז מְתַרְץ דְּאֲתִי לְאַשְׁמַעִינוּ ג"כ דְּבְּאַתָּן לְהַ מְחִלְוֹתָא וְכִינוּן דְּתְרִיתִי אֲתִי לְאַשְׁמַעִינוּ מֵהַ שְׁלֵא הַזְכָּר בְּמִשְׁנָה נִקְט זֶה בְּמַעֲשָׂה בְּפָנֵי עֲצָמוֹ: שָׁם ד"ה וְאֵלוֹ מִן הַפְּסוּלִין.

וְכָל פְּסוּלֵי דַמְתַּנִּיתָן פְּסוּלִים דְּרַבְּנָן נִינְהוּ: ע"ש שְׁהַתּוֹס' הָאֲרִיכוּ לִיתָן טַעַם בְּכָל א' וְא' אֲכַן לְפִי מ"ש רש"י בְּשַׁבּוּעוֹת (דָּף ל"ד) לְעֵינֵי מִשְׁחָק בְּקוּבְיָא דְלֹא מְקַרֵי גִזְלָן מְדַאֲרֵינְתָא רַק הֵיכִי דְגִזְלָן מִיָּדוּ בְּחִזְקָה כְּמוֹ נִיגְזוּל אֶת הַתְּנִית מִיָּד הַמְצָרִי וְכֵן פָּתַב ג"כ רִישׁ פ' יוה"כ בלא"ה א"ש דְּכַלְהוּ דְּרַבְּנָן נִינְהוּ: שָׁם בַּא"ד.

מְדַאֲרֵינְתָא נִינְהוּ ק"ו מֵאִשָּׁה: הַאי ק"ו בַּב"ק(דָּף פ"ח) פְּרִיכָא הוּא וּלְפִי הַמְסַקְנָא יְלִיף שָׁם דְּלֹא יוֹמְתוּ אַבוֹת עַל בָּנִים ע"ש: שָׁם ד"ה כָּל פִּי. וּמִיָּהוּ קָשָׁה עַל פִּי ר"ת: הָא דְהִקְשׁוּ הַתּוֹסֶפֶת מְהָא דְמַסִּיק אֶלְיָבָא דַר"י דְהֵינּוּ מִשׁוּם דְקִאָמְרִינָן דְטַעְמָא דַר' יוֹסִי מִשׁוּם דְאַסְמַכְתָּא קִנְיָא מְפָלֵל דְטַעְמָא דַר' יְהוּדָה מִשׁוּם דְסָבַר לֹא קִנְיָא וְלֹא הִקְשׁוּ בְּקִיצוּר מְדַאֲרִינָן דְטַעְמָא דַר' יוֹסִי מִשׁוּם אֶסְמַכְתָּא מְפָלֵל דַּכָּה"ג מְקַרֵי אֶסְמַכְתָּא דִּי"ל דְהִגְמָרָא קוּשְׁטָא נִקְיֵט דְהָא בְּאַמְת ר' יוֹסִי סָבַר דְאַסְמַכְתָּא קִנְיָא וְלָכֵן הִקְשׁוּ מַדַּר' יְהוּדָה דְוָקָא.

אֲכַן לַפַּע"ד י"ל פִּינּוֹן דְמַסְקִינָן הֵכָא הֵיכָא ר' יְהוּדָה מִשׁוּם ר"ט אָמְרָה וּכְפִי הַנְרָאָה מִפִּי רש"י מַה דְאַמַּר ר' יְהוּדָה בְּמַתְנִיתָן אֵינּוּ אֶלָּא לְפָרוּשׁ דְּבָרֵי חֲכָמִים אֲבָל מַה שְּׁאַמַּר מִשׁוּם ר"ט הוּא סְבַרְתָּ עֲצָמוֹ וְא"כ לְדִידִיָּה וְדָאִי שְׁפִיר מְקַרֵי אֶסְמַכְתָּא גַם בְּשִׁשְׁנֵיהֶם מְקַנִּין זֶה לְזֶה וְכִסְבַּרְתָּ רְמִי בַר חֲמָא אֲבָל ר"ת קִאָמַר אֶלְיָבָיָה דַר"ש וּלְדִידִיָּה בַכָּה"ג לֹא מְקַרֵי אֶסְמַכְתָּא וּמַתְוָרֵץ בְּזֶה קוֹשְׁיַת הַתּוֹס': שָׁם דָּף פַּה ע"א בְּגִמְרָא בַר בִּינִיתוֹס אֶסְהִידוּ בֵּי: הַר"ן הוֹכִיחַ מִזֶּה דְמַלְוָה בְּרַבִּית קְצוּצָה ע"כ פְּסוּל מִן הַתּוֹרָה דָּאִי לֹא פְּסִיל אֶלָּא מְדַרְבְּנָן מֵאִי מְקַשָּׁה וְהָא רַבָּא הוּא דְאַמַּר כּו' הָא כָּל מַה דְלֹא אֲכָרִיז עָלֶיהָ כְּפֶשֶׁר הוּא עֵינֵן שָׁם.

אַף דַּלְפ"ז אֶפְתִּי קָשָׁה מֵאִי מְקַשָּׁה בְּש"ס דְלָמָּא אֵינְרִי בְּאַבְק רַבִּית דְּרַבְּנָן וְאַפְתִּי לֹא אֲכָרִיז עָלֶיהָ. וְהִנֵּה הַמ"ל (פ"ד מַה' מַלְוָה וְלִוְהָ) הֵבִיא פְּלוּגְתָּא בֵּין הָרַאשׁוֹנִים אִי בְּאַבְק רַבִּית גַּם הַלְוָה עוֹבֵר אוֹ לֹא.

וְכַתֵּב שָׁם דְלִהֵף שִׁיטָּה דְאִין הַלְוָה עוֹבֵר ע"כ צ"ל דַּמ"מ בְּלָאוּ דְלַפְנֵי עוֹר עוֹבֵר. דַּל"כ לֹא מְקַשָּׁה בְּש"ס הֵכָא מִיָּדֵי עֵינֵן שָׁם אַף דְאַפְתִּי קָשָׁה כַּנ"ל וְצ"ע: שָׁם אִי תִקְדְּמִיָּה יוֹנֵף לִיוֹן: עֵינֵן בְּר"ן שְׁהוֹכִיחַ דַּמ"ד כֵּן ע"כ סָבַר כְּרַמִּי ב"ח לְעִיל וְרַב שְׁשֵׁת ע"כ סָבַר כַּמ"ד אָרָא.

אֲכַן לְכַאוּרָה קָשָׁה לְפִי מַה שְּׁנִרְאָה מְדַבְּרֵי הַרְמְב"ם (פ' יו"ד מַה' עֲדוּת) וּכַמ"ש הַכ"מ שָׁם דְאַיְמְתִי דַר' יְהוּדָה אֲכַל הֵנִי דַמְתַּנִּי בְּמַתְנִיתָן קָאִי א"כ לַר"ש דְסָבַר לְעִיל דְאַיְמְתִי לְפָרוּשֵׁי מְלִתָּא דְרַבְּנָן אֲתִי אִיף אֶפְשֵׁר לִוְמַר דְטַעְמָא מִשׁוּם אָרָא דַּא"כ לְמַה כְּפֶשֶׁר אִם יֵשׁ לוֹ אֲנֻמְנוֹת שְׁלֹא הוּא נְאִי סוֹבֵר דְאַרָא גּוֹפָא הוּא מִשׁוּם שְׁאִינּוּ עוֹסֵק בִּישׁוּבוֹ שֶׁל עוֹלָם וְא"כ גַּם לְדִידִיָּה קוֹשְׁיַת הַגְּמָרָא בְּמַקוּמָה עוֹמְדַת וְהֵינּוּ מִשְׁחָק בְּקוּבְיָא וְלֹא שְׁיִיף תִּירוּץ הַגְּמָרָא כַּמִּש"כ הַר"ן.

וּי"ל דְקוֹשְׁיַת הַגְּמָרָא לֹא שְׁיִיף אֶלָּא אִם הוּא ג"כ מִיָּן מְמִינֵי הַשְּׁחֹק אֲבָל אִם הוּא אָרָא מַכ"מ תְּנִי שְׁפִיר גַּם מִשְׁחָק בְּקוּבְיָא אַף דְחָדָא טַעְמָא הוּא כְּמוֹ דְתַנִּי גַם אַחֲרֵינִי בְּמַתְנִיתָן אַף דְבְּכּוֹלָן הַטַּעַם דְאִין עוֹסְקִים בִּישׁוּבוֹ שֶׁל עוֹלָם מְדַחִילֵק ר' יְהוּדָה בֵּין יֵשׁ לָהֶם אֲנֻמְנוֹת לֹאִין לָהֶם לְדַעַת הַרְמְב"ם שְׁאִימְתִי קָאִי אֲכַל הֵנִי דַמְתַּנִּי בְּמַתְנִיתָן.

וְהַלַּח"מ רָצָה לְפָרֵשׁ שָׁם דְבָרֵי הַרְמְב"ם בְּדַרְף אַחַר אֲבָל לֹא מִשְׁמַע כֵּן מְלִשׁוֹנוֹ: שָׁם אָרָא מִשׁוּם דְרָכֵי שְׁלוֹם בְּעֵלְמָא. וּמ"ד אָרָא סָבַר דְגַם מִשׁוּם דְרָכֵי שְׁלוֹם מְקַרֵי גִזְלָן וּפְסוּל

אָבֵל לִיפֵא לְמִימֵר דְּסִבְר דְּאַרְא גְזֵל גְּמֹור הוּא דְּהָא בְּבִרְיִיתָא הֵתֵם קִתְּנֵי דְּגִזְל מְשׁוּם דְּרַכֵּי שְׁלוֹם הוּא וְהִרְאַיָּה דַּא"ל כִּי לֹא מְקִשׁוּ הַתּוֹסֵס מִיַּדֵּי לְקַמְן בַּד"ה אִי נָמִי: שְׁם בְּתוֹסְפַת ד"ה הֵהִיא ר' יְהוּדָה.

וְהִינּוּ דְקָאֵמֵר הֵהִיא ר' יְהוּדָה הִיא: וַא"ל דְּאַפְתִּי מֵאִי מוֹכִיחַ דְּלָמָּא לְעוֹלָם בְּעֵלְמָא סְבַר ר' יְהוּדָה דְּלֹא הוּי אֶסְמַכְתָּא וְהָא דְּדַרְיֵשׁ הֵכָא לְמַעַט דְּאִין אֶחָד מֵהֶם נְזִיר פִּינּוּ דְקָרָא ע"כ אֲתִי לְמַעַט סָפֵק דִּי"ל דְּאִי אֶסְמַכְתָּא קִנְיָא בְּעֵלְמָא א"כ הוּי פִּאן כְּמוֹ וְדֹאִי וְהוּי לִיָּה לְאוֹקְמָא קָרָא לְמַעַט סָפֵק אַחַר.

אָכֵן לִפ"ז קָשָׁה מֵאִי פְרִיָּה בְּנְזִיר (דָּף ס"ב) אֲלֵא לְרַבְּנָן דְּפְלִיגֵי אַר"ט וְסִבְרוּ דְּכֻוֹלֵן נְזִירִים הֵאִי פִי יִפְלִיא מֵאִי עֵבִיד לִיָּה דְּלָמָּא אוֹקְמָא לִיָּה ג"כ כַּר"ט וְהָא דְּסִבְרוּ דְּכֻוֹלֵם נְזִירִים מְשׁוּם דְּסִבְרוּ הֵכָא דְּכֵהִאי גְּוֹנָא לֹא אֶסְמַכְתָּא הוּא דְּהָא גַם ר"ט הוּי מוֹקִי לִיָּה הֵכִי אִי לֹא דְּסִבְר דְּאֶסְמַכְתָּא הִיא וְכַדְמוּכַח בְּגִמְרָא וַא"כ דְּלָמָּא אֲפְתִי קָרָא דְּיִפְלִיא לְמַעוּטֵי סָפֵק אֲתִי.

וַצ"ל דְּקוֹשְׁיַת הַגְּמָרָא שְׁם אֲלִיבָיָה דְּרַמִּי בַר חָמָא אֲתִיָּא דְּסִבְר דְּלְרַבְּנָן שְׁפִיר הוּי אֶסְמַכְתָּא וְלָכֵן ע"כ לֹא דְרָשִׁי יִפְלִיא לְעַנְיָן שְׁלֵא נִתְּנָה נְזִירוֹת אֲלֵא לְהַפְּלָאָה דַּא"כ לְמָה אָמְרוּ דְּמִסְפֵּק הֵם נְזִירִים: שְׁם ע"ב בְּגִמְרָא סֵתֵם רוּעָה פְּסוּל: אַף דְּכִבְר שְׁמַעִינּוּ כֹן מְהָא דְּחִילְק רָבָא בֵּין מְגִדֵּל דְּקָה לְגִסָּה דְּאִי דְּוָקָא בְּדִידְעִינּוּ שְׁרוּעָה בְּהֵמוֹת בְּשָׂדוֹת אַחֲרוֹת מַה לִּי דְּקָה וּמַה לִּי גִסָּה מ"מ אֲשַׁמְעִינּוּ רַב יְהוּדָה שְׁפִיר דְּהוּא הִיָּה תַלְמִיד רַב וְשְׁמוּאֵל וַא"כ הִיָּה קוֹדֵם רָבָא וְאַרְבָּא וְדֹאִי לֹא קָשָׁה מָה אֲתִי לְאַשְׁמַעִינּוּ פִּינּוּ דְּכִבְר אָמַר ר' יְהוּדָה דְּהָא הוּא לֹא לְהֵכִי נַחֲיַת רַק דְּזָה מְשַׁתְּמַע מִמִּילָא מְדַבְּרִיו: שְׁם בְּתוֹסֵס ד"ה מְעִיקְרָא סְבַר.

דְּכֹן הוּא הַאֲמַת: בַּב"מ שְׁם הַקְּשׁוּ עַל זֶה וְהָא אִיכָּא לֹא דְלֵא תְּגִזּוּל וְתִירְצוּ לְעַבּוֹר עָלְיוּ בְּשַׁנֵּי לְאוּיָן. אָכֵן לְכַאוּרָה קָשָׁה לְפִי מַש"כ בְּרִישׁ פְּרָק אִיזְהוּ נְשִׂיָּה דְּלִכְהָ מוֹקְמִינּוּ לֹא דְלֵא תְּגִזּוּל בָּאֵם אִינוּ עַנְיָן אַעֲוִןשָׁק שְׁכַר שְׁכִיר לְעַבּוֹר עָלְיוּ בַב' לְאוּיָן וְלֹא אֲלֵא תְּגִזּוּל גּוֹפָא מְשׁוּם דְּאַלֵּא תְּגִזּוּל אִין לּוֹקִין דְּנִיִּתְק לְעַשָּׂה.

פִּי וְלִיכָּא נַפ"מ בַּב' לְאוּיָן וְאִיָּה פְּתִבוּ פִּאן לְעַבּוֹר עָלְיוּ בַב' לְאוּיָן וַי"ל דְּדוֹקָא לְעַנְיָן לֹא תְּגִזּוּל פְּתִבוּ שְׁפִיר דְּלִיכָּא לְאוֹקְמָא לְעַנְיָן לֹא יִתְּרָה דְּאִין לּוֹקִין עָלְיוּ אָבֵל אֲלֵא תַחְמִד שְׁפִיר לּוֹקִין וְשְׁפִיר הוּי נַפ"מ בְּהֵאִי לֹא דְלֵא תַחְמִד דְּלֵא תַחְמִד וְדֹאִי דְלֵא מְנוֹתַק בּוֹהֲשִׁיב אֵת הַגְּזִילָה גַם אִי מְנוֹתַק בּוֹ הָא אִין עֲשָׂה מְנַתַּק ב' לְאוּיָן וְנִשְׂאָר הֵלָּאוּ הָאֶחָד פְּדֹאֲמֵרִינּוּ בְּתַמּוּרָה (דָּף ד') וְעֵינּוּ בְּרַמְב"ם רִישׁ ה' תְּמוּרָה.

אָכֵן לְכַאוּרָה קָשָׁה דְּאַפְתִּי אִין לּוֹקִין אֲלֵא תַחְמִד פְּדֹאֲמֵרִינּוּ בְּמַפּוֹת (דָּף ט"ז ע"א) דְּאִין לּוֹקִין אֲגִזְלָה פִּינּוּ דְּגִבְרָא בַר תְּשֻׁלּוּמִין הוּא אִין לּוֹקִין וּמְשַׁלְּמִין וּבְשַׁלְּמָא לְפִי פִי הַתּוֹסֵס שְׁם דְּפִרְשׁוּ דְלַעֲנִין בְּטִלוּ קָאִי אֲתִי שְׁפִיר דְּזָה לֹא שְׁיִיָּה רַק לְעַנְיָן גְּזִילָה אָבֵל אֲלֵא תַחְמִד דְלֵא מְנוֹתַק לּוֹקִין שְׁפִיר.

אָכֵן לְפִי פִי הַר"מ הַלּוּי שְׁהִבִּיא הַרִיטְבָ"א שְׁם שְׁפִי דְּאִין לּוֹקִין אֲגִזְלָה פִּינּוּ שְׁצָרִיָּה לְשֵׁלֵם א"כ גַם מְשׁוּם לֹא תַחְמִד אִין לּוֹקִין מַה"ט. וַא"כ אַף שִׁי"ל שְׁהַתּוֹסֵס לְשִׁטְתֵּם פְּתִבוּ שְׁפִיר לְעַבּוֹר עָלְיוּ בַב' לְאוּיָן מ"מ לְשִׁטְתַּת ר"מ הַלּוּי קוֹשְׁיַת הַתּוֹסֵס בְּמִקּוּמָה עוֹמְדַת.

וי"ל דר"מ סובר פתירוץ השני של התוס' דכאן דלפ"ז לא צריך קלל להך תירוץ דלעבור עליו בב' לאוין וזהו שיטת הראב"ד בפ"א מה' גזילה ע"ש דכתב דאין לוקין אלא תחמוד פנין דמשלם ממון ומ"מ ל"ק לדידה לאו דלא תחמוד ל"ל די"ל דאתי לאומר לא רוצה כמ"ש הראב"ד גופא שם.

אכן לשיטת הרמב"ם שם דלא תחמוד שייך גם בדיהיב דמי ובאמר רוצה אני קושית התוס' בכאן במקומה עומדת דלא שייכי בו תירוץ התוס' פמובן. ועוד קשה דבב"ק (דף ס"ב ע"א) אמרינן בפ"י דתמסן לא מקרי אלא בלא אמר רוצה אני ובאומר אפילו תמסן לא הוי דמוכח בפ"י פשיטת הראב"ד ועוד קשה דהרמב"ם (פ"י מה' עדות) כתב דתמסן דיהיב דמי לא הוי אלא מדרבנן וא"כ סתם דברי עצמו דכתב בה' גזילה דעבר ע"ז משום לא תחמוד וצ"ע: שם ד"ה מגדלי אתמר.

אבל גסה מגדלין: עיין במהרש"א דליקשי מבחויץ לארץ פשרים וזה אפילו בתירוץ התוס' לא מתורץ. ונלענ"ד דנדאי זהו סדר התנא או בעל המאמר לומר דבר והפוכו ולכן כמו דתני במתניתן דב"ק אין מגדלין בא"י אבל מגדלין בסוריא ולא מקשינן דהאי אבל בסוריא מנותר דמדייקא דרישא שמעינן דסדר התנא הוא כה' לומר גם דנשמע מדייקא דרישא כמו כן תני גם רבא בחויץ לארץ פשרים.

אבל אהא דרועי בהמה גסה מקשו התוס' שפיר כמו דלא תני ליה במתניתן שם פנין דכבר תני הפוך דרישא בהא דאבל מגדלין בסוריא כמו כן גם רבא לא הוי ליה למיתני פנין דאין חדוש בדבר ומשום הפוך דרישא כבר תני בחויץ לארץ פשרין שם דף כ"ו ע"א בגמרא דתנן סאה תרומה: נראה דגרסינן דתניא כי אין זה משנה בשום מקום: שם נחשדו פהנים לשביעית: הא דעובר על עשה דלאכלה ולא להפסד כדאמרינן ספ"א דבכורות מקמי האי עשה גופא דשמא יעבור הפהן עלי' וכי ספק זה מוציא מידי נדאי צ"ל דעשה דולא להפסד לא שייך רק אם מפסיד אותן בידיים ולא בשמניחו לירקב וליפסד: שם נאי קרו לכו רועי צאן: פ"י דרועי צאן גרע טפי מרועי בקר דברועי בקר יכול לתרץ דבריו דמגדלי בקר קאמר כמו דגם רבא לעיל קרי למגדלי בקר רועי בקר ובמגדלי בקר אין שמץ פסול דהא פשרים הם לעדות כמימרא דרבא דלעיל דרועי בהמה גסה פשרים אלא אפילו קרו לכו רועי צאן דממנ"פ איכא שמץ פסול דגם מגדלי בהמה דקה פסולים וכ"ש רועים ג"כ לא ידעתי מה אמינא ליה: שם בתוספת ד"ה משרבו האונסין.

וי"ל דמייירי בשביעית בזמן הזה: הראב"ד פ"א מה' שמטה כתב דמייירי במקומות דלא אסור רק מדרבנן ובנה ג"כ מתורץ קושית התוס' אכן דעת הרמב"ם שם נראה דסובר פתירוץ השני של התוס' דכאן ובנה מנושב השגת הראב"ד שם ולכן פירש ארנונא על חילות המלך שבנה שייך ספנת נפשות כי יתגוהו אם לא יתן להם די חקם אבל במס לא שייך ספנת נפשות אם לא כמו שנדחקו התוס' לומר דימות בתפיסת המלך אבל הראב"ד שפירש אותו על מס דבנה ליכא פקוח נפשות פירש דאייירי בחו"ל: שם ע"ב בגמרא אר"א אר"א הלקה כר' יהודה: מהא דהצריף לפסוק כר' יהודה פנין דליכא מאן דפליג דהא אימתי לפרש בא' כדאמרינן לעיל מכ"מ הוצרך להשמיענו דלא נימא אימתי

לחלוק בא וכמו שסבר רמי בר חמא לעיל: שם דבסתמא מכרזינו ליה: לכאורה קשה לפ"ז מה פריה בב"מ (דף ה' ע"ב) ותיפוק ליה דסתם רועה פסול.

דלמא לכה לא פריה אבני אר"ז הכי דדלמא ידע ר' זירא דאפתי לא אפרזו עלוהי נסובר כמ"ד דצריה הכרזה ולכה לא מקשו אלא מהא דגזלן הוא. וי"ל דהגמרא סובר מדאמרין הך דבסתמא מכרזינו ליה א"כ למה אמר ר' זירא אם איתא לדרבי חייא הא הדין הוא שצריה הכרזה א"כ יכריזו עליה ויפסל לשבועה: שם דכתיב מים גנובים ימתקו: לכאורה הא הוא ידע דשקורי קמשקר וא"כ אצלו אין זה מים גנובים.

וי"ל דפירוש הגמרא כה הוא דאי פנויה היא יכול לבוא אל ביתה בפרהסיא אבל אי מחזיק אותה לאשת איש משום לזות שפתיים צריה לבוא אליה בהגנב ובהחבא וה"א דהא עדיפא ליה דתהוי אסורה עלי' בעיני העולם ולא תהוי שכיחא ליה כ"כ דע"י זה יהיה אצלו מים גנובים קמ"ל דכמה דקיימי הכי שכיחא ליה והיינו דנקט לשון שכיחא ליה ולא ש א לשון ניקח ליה: שם בתוס' ד"ה הלכה כר' יהודה.

ודנקא כשמעות שניהם על הדף: דבריהם צל"ע דהא רמי בר חמא נרב ששת לעיל ע"כ לא אוקמי' מתניתן בשהוא על הדף דאי בשאינו על הדף מודה ר"ש דאסמכתא הוא מי דחקו לאוקמא מתניתן בשהוא על הדף דנקא ומשום ישובו של עולם לוקמי כמו רב"ח דטעמא משום אסמכתא ומתניתן איירי בשאינו על הדף אלא על פרוה דגם בשאינו על הדף סובר ר"ש דכה"ג לאו אסמכתא הוא ועוד דאל"כ מי דחקו לרש"י לחלק בין אסמכתא דהכא להא דמשליש את שטרו והר"ת בחילוק אחר דהא לפ"ז טובא איפא בינייהו דהכא לאו אסמכתא היא משום דמונח על השלחן ושם לא איירי פן וגם מאי פריה לעיל מברייתא בין שיש לו אפנות לוקמי בשאינו מונח על השלחן אלא ע"כ דגם באינו מונח על השלחן סובר ר"ש דלאו אסמכתא הוא וכיון דפסקינן כר"ש בהא דאמרין דהלכה כר' יהודה וכנ"ל א"כ איך אפשר לומר דמשחק באמונה לא קני וצ"ע: שם דף כ"ז ע"א בגמרא דאסהידו ביה תרי בחד: הרמב"ם ריש פט"ז מהל' עדות פסק שאף אותן שאין עושין בהם דין הנזמה לענין פסול עדות דין עדים זוממים יש להם שפסולים גם לעדות אחרות ולא דין עדי הכחשה שפשרים לעדות אחרות והכ"מ לא הראה מקומו.

ונ"ל מסוגיא זו ראיה לשיטת הרמב"ם לפי מה דאמרין במכות (דף ג' ע"א) אין עדים זוממים משלמין ממון עד שייזומו שניהם א"כ איך אמרין הך הכי דאם העידו תרי בחד מיפסל משום עד זומם הא ודאי לא נוכל לקיים בו דין הנזמה אף שגם האחר הזומם מפתה אחרת דהא בשעה שהזומם הראשון ה"ל עדות שאין אתה יכול להזימה דאם יזומו הזוממים יכולים לומר לא רצינו לחייב העד שהזמנו דהא אין חייב כשהזומם רק אחד ואנחנו רק אותו הזמנו וכשהזומם העד האחר ג"כ פטור פניו דאין מקיימין בראשון דין הנזמה ובעד אחד אין עושין דין הנזמה וא"כ איך קרי ליה עד זומם לענין דין הנזמה אלא ע"כ דגם באין מקיימין דין הנזמה פסול לעדות משום עד זומם.

וכן מוכח ממה דאמרין לקמן עד זומם פסול לכל התורה כולה דר"מ רי"א בד"א שהזומם בדיני נפשות וכו' והשתא איך משכחת בהזומם בדיני נפשות שיפסל לשאר עדות הא מקטל ובעוד שלא נקטל פשיטא דפסול פניו דעומד למיתה ה"ל עדות שאי אתה יכול

להזימו דהא ע"כ פְּכָר נגמר דינו מדקרי ליה עד זומם אלא ע"כ דגם באין עושין דין הנזמה מיפסל לעדות כמו עד זומם דעלמא וכמ"ש הרמב"ם: שם ומאי שבועות שבועות דעלמא: י"ל למה לא קאמר דשבועות הוא שבועת העדות ושבועת הפקדון דהא גם שבועת העדות מקרי כפירת ממון כדמוכח מהא דאמרינן בשבועות (דף מ"ד ע"א) וְלֹא מִבְּעֵינָא הִנֵּי דְאִית בְּהוּ כְּפִירַת מְמוֹן אֲלֵא אֶפְיָלוּ שְׂבוּעַת שְׁוֹא כו' וְהָרִי גַם שְׂבוּעַת הָעֵדוּת קַתְנֵי הֵתָם אֲלֵא ע"כ דגם הוא מקרי כפירת ממון וא"כ רשע דחמס הוא ומי דחק הגמרא לומר דשבועות הוא שבועות דעלמא וי"ל: שם ברש"י ד"ה שבועת שווא.

על העמוד של אבן: לכאורה קשה הא בשבועות (דף כ"ט ע"א) אמרינן דשבועת שווא הוא הרי שנושבע לשנות את הידוע מה דקרי לרש"י שבועת שקר ושבועת שקר הוא כגון אוכל ולא אוכל כדאמרינן שם (דף כ' ע"ב).

וי"ל עפ"י מה דאיתא בירושלמי דשבועות וכמו שפסק גם הרמב"ם (פ"א מהלכות שבועות) דתרי גונוי שבועות שווא איפא לשנות את הידוע ולקניי את הידוע וא"כ שפיר כתב רש"י כן עפ"י הירושלמי.

וגם מה דקרי לשנות את הידוע שבועת שקר אתי נמי שפיר ע"פ מה דאמרינן שם (דף כ"ה ע"ב) לא ניקר לג' ב"א עובר משום שבועת שקר וא"כ איירי רש"י הקא בלא ניקר. אכן לא ידעתי מי דחקו לפרש כן: שם בתוספת ד"ה אין לה בו.

היינו ללישנא דפסידא דלקוחות: לכאורה קשה דלפ"ז קושית התוס' לעיל בד"ה רבא במקומו עומד לפי המקשן שהקשה שם לימא רבא דאמר פרב הווא דהא לדידיה ליפא לתרץ דאותן ב' עדות הוי כמו עדות אחת דהא זהו תירוץ התרצון שם.

והמקשן אפתי לא הוי ס"ד הכי ובשלמא בלא דברי התוס' דכאן י"ל דהמקשן סבר פהאי לישנא דחדוש הוא ולהאי לישנא בלא"ה לא קשה קושית התוס' דלעיל כמ"ש המהרש"א לעיל בשם התוספת דב"ב אבל לפי מה שתיירץ התוס' דהמקשן ע"כ סבר פהאי לישנא דפסידא דלקוחות קשה.

וי"ל דנדאי גם המקשן שם פכר אסיק אדעתיה דאותן ב' עדיות הם כמו עדות אחת רק דזה לא אסיק דבאותו עדות מודה רב הווא דפסולין וכמו דמשמע לישנא דגמרא שם דזהו מה שחידש לן בתירוץ: שם בא"ד.

משום דאיפא בו חדוש בהתירא: לכאורה זה סותר למה שכתבו במועד קטן (דף ח' ע"א) בד"ה נפקא ליה ונה לשונו וקשה קצת אליבא דר' יהודה כו' ע"ש הרי דכתבו משמע פשהאסור חדוש אין ללמוד הימנו קולא דמשמע מניה דהאסור הוא החדוש והקא פתבו דההיתר הוא החדוש.

ועוד קשה דסתרי דברי עצמם שם דכתבו ברישא ונהחדוש אינו מן האסור ונהדר סיימו משמע פשהאסור חדוש כו' ועוד קשה קושית המהרש"א שם דכתבו אין ללמוד הימנו קולא דהא לאו קולא רצינו למילף אלא חומרא דטעם פעיקר.

ולכן נ"ל דפירוש דבריהם כן הוא דבתחלה הקשו מדברי יהודה דלמה לא נלמוד קולא משום דהחומרא חדוש ואח"כ כתבו אלא דבאמת מצינו כה"ג גבי בב"ח פירוש דשם לא

גלמד חומרא משום דהקנלא חדוּש וא"כ ה"ה איפכא פשהאיסור חדוּש אין ללמד הימנו קנלא ולפ"ז האי משמע שפכתבו התוס' לאו אבב"ח דסיימו מניה קאי אלא פללא הוא ודיוקא לעצמו דכמו דאמרין גבי בב"ח פשההיתר חדוּש אין ללמד איסור הוא הדין ג"כ פשהאיסור חדוּש אין ללמד קנלא ולכן א"ש הא דרבי יהודה וגם מה שפירש ריב"א גבי עדים זוממים.

כן נלע"ד שיעור דבריהם ובנה מתנצצים הקנשיות: שם בד"ה דאסהידו ביה תרי. ונראה לר"ת דגרסינו דאסהידו תרי בחד: עיין במהרש"ל ובמהרש"א אכן לפי מה שפכתב הר"ן בשם ר"ת דלא איירי בא' ראה מחלון זה וא' מחלון זה וגם גרס שם אי נמי דפסלינהו א"כ לא שינה לא כפי מהרש"א ולא כפי מהרש"ל ולפ"ז קנשית המהרש"ל במקומה עומדת ע"ש: שם ד"ה מאי שבועות.

ועכשיו שפופר ממון הו"ל נמי רע לבריות: והא דאמרין התם לא מבעי קאמר הרי דמתקלינו בין שבועת הפקדון לשבועת שוא ונהרי לפי דברי התוס' אין חילוק דמתרונניהו רשע דחמס ורע לשמים ולבריות הוי מ"מ שפיר איפא חדוּש טפי בשבועת שוא פיון דאפתי לא עשה מעשה שהוא רע לשמים ורע לבריות ביחד כמו שיהיה אם ישבע לשקר ואעפ"כ לא מהמנינו ליה בשבועה משא"כ גבי חשוד אשבועת הפקדון דכבר עשה מעשה א' דיש בו רע לשמים ורע לבריות: שם ע"ב במתניתן אבל משנה ראשונה דודו וכן דודו עיין בר"ן שהראשונים האריכו כפי משנה זו למה נקט דוקא דודו וכן דודו.

ולענ"ד נראה לפי מה דאמרין לקמן אנשחן אבות לבנים ובנים לאבות וכש"כ אבות להדדי. בנים לבנים מנ"ל.

א"כ לכתוב קרא כו' הרי דבקרא לא פתיב כפי' רק אבות לבנים שהוא דודו ובנים שהוא בן דודו ובנים לאבות שהוא בן אחיו דאבות להדדי שהוא אחיו לא פתיב כפי' רק אתי מפח כ"ש ולכן נקטה משנה ראשונה דודו וכן דודו פי' לאותו דודו וכן דודו דכתיב כפי' בקרא מרבינו עוד אותן הראונו ליורשו ולא נקט ג"כ בן אחיו אף דכתיב ג"כ כפי' משום דאתי מפללא דודו כמו דלא חשיב גם במשנה אחרונה חתנו משום דאתי מפלל חמיו וכמו שפכתב רש"י: שם אפילו מתה בתו ויש לו בנים: א"ל דא"כ מ"ט דת"ק דהא ראוי ליורשו הוא די"ל דזה ודאי דראוי ליורשו בלא קרוב לא פסיל דאל"כ גם רביעי בראשון יפסל וכמו שכ' הר"ן אלא ודאי גם קרוב בעיניו ולכן ת"ק ור' יהודה בהא פליגי דר"י סבר דלאחר מיתת אשתו עדיין קרוב הוא ולכן פשיש לו בנים שראוי עדיין ליורשו פסול לו ות"ק סבר דלאו קרוב הוא ולכן אפילו פשראוי ליורשו פשר וכן נראה ממש"כ הרמב"ם רפי"ד מה' עדות: שם בגמרא ובנים בעון אבות לא: י"ל בלא האי ברייתא דמיייתי ג"כ קשה קראי אהדדי וצריך לתרץ פתרוץ הגמרא וי"ל דבלא הברייתא הייתי יכול לפרש דקרא דלא יומתו אתי ללאו לב"ד שלא ימיתו האבות בעון בנים וכדכתיב גבי אמציה ואת בניהם לא המית פכתוב וגו' ועיין בר"ן וקרא דפוקד עון אבות איירי בידי שמים.

אבל לאחר דמיייתי הברייתא דתני הרי כבר נאמר איש בחטאו ימותו ומאי קושיא דלמא אתי ללאו לב"ד דמאיש בחטאו ימותו לא אתי אלא ע"כ דהברייתא סברה דקרא דלא ימיתו ג"כ איירי בידי שמים לכן מקשה שפיר מקרא דפוקד עון אבות.

ובזה אחי שפיר ג"כ הא דמקשה לקמן ולא והקתיב וכשלו איש באחיו איך שנין זה דוקא למה שתיירץ פשאוחזין מעשה אבותיהו כו' ליקשי בקיצור קרא דנכשלו אקרא דאיש בכתאו ומותו ועוד למה צריך למייתי הדרשה דכולן ערבים זה בזה לקנשיתו במה דמפרש הקרא איש בעון אחיו ג"כ קשה פן ועוד לתרץ ג"כ פשאוחז מעשה אחיו בידו.

ועל ב' קושיות האחרונות י"ל דמקשה מדדרשינו שפולם ערבים זה בזה א"כ ע"כ לא איירי פשאוחז דוקא דא"כ למה קאמר קרא פוקד עון אבות על בנים דוקא הא על פולם פוקד. אכן לפי דברינו הנ"ל בלא"ה הפל אחי שפיר דבלא הך תירוץ לא הנה קשה קראי אהדדי דה"א דאיש בכתאו ומותו איירי בידי אדם וקרא דנכשלו בידי שמים אבל לבתר דמייתי הברייתא דמוכח דאיש בכתאו ג"כ איירי בדיני שמים והקשה מקרא דפוקד ותירץ דאיש בכתאו מיירי פשאוחז אוחז מקשה מהברייתא דקתני איש בעון אחיו מלמד שפולם ערבים זה בזה ומנ"ל שפולם ערבים זה בזה דמשמע אפילו הצדיקים דלמא רק הרשעים אלא ע"כ דדריש לשון איש דהוא בכ"מ לשון צדיק ונחשיב כמו והאיש משה עניו מאד וכדדרשינו בכמה מקומות לכן פריש שפיר הרי דאפילו צדיקים נכשלים בעון הרשעים וע"ז מתרץ דזה דוקא בשניה בידם למחות ולא מיחו וכדדרשינו בגמרא אקרא דוהתוית תיו ק על מצחות האנשים האלה: שם ע"ב ברש"י ד"ה בעל אחותו.

דילפינו בעל פאשתו: א"ל למה לו קרא להכי פיון דילפינו דבעל פאשתו א"כ קרובי האם ממילא הם פקרובי האב דהא האם היא פאב די"ל דהא דאמרינו דאשה כבעלה אין זה רק לגבי דידה כדאמרנו לקמן דאשת חורגו היא פחורגו אבל לא שנאמר שגם קרוביה יחשבו פקרוביו אי לאו דדרשינו לרבות קרובי האם פקרובי האב: שם בד"ה לבדו.

משפחת להו בהדיא בר מן אחי אשתו: לכאורה גם הא דתני ר"נ לקמן אחי חמותו בן אחי חמותו או אחות חמותו וכן הא דאמר ר"א אחי חמיו בן אחי חמיו בן אחות חמיו לא משפחת להו בהדיא רק מפללא דמתניתו כדאמרנו לקמן.

וי"ל: שם לא נחשדו. דכיון דסגי ליה: מדברי רש"י פאן וילקמן (דף כ"ט ע"א) בד"ה חד בדין משמע דדוקא שונא פסול לדון לרבנן ולא אוהב אכן לא כן דעת הרמב"ם (פט"ז מה' עדות) וגם מהתוספות (גדה דף נ' ע"א) משמע דגם אוהב פסול: שם דף כ"ח ע"א בגמרא נמצא עד זומם נהרג בעדות אחיו: לכאורה קשה לפ"ז איך אמרנו במכות (דף ו' סוף ע"ב) מה שנים נמצא א' מהן קרוב או פסול עדותו בטלה אף שלשה כו' ולמה נפסל העדות פשהו ג' הא שם אין עד זומם נהרג בעדות אחיו רק בעדות אחד מן השוק שפעיד עמו ואדרבה אותו עד קרוב לא יכול להועיל רק לפטור שאם לא הוזה עמם פולם אין נהרגין אבל שיועיל לחיוב זה לא משפחת.

וא"ל דהאי נמצא אחד מהן קרוב דקתני התם הפי' שהם קרובים לרוצח או לנרצח ולא שהם קרובים להדדי דהא רבי קאמר התם מה יעשו ב' אחים כו' אלמא בכה"ג איירי התם וצ"ל דעדיפא מינה פריש ממתניתו דב"ב הקודמת: שם אי נמי הם על האבות: לפי מה דדריש רב ור"א לקמן ובנים לרבות דור אחר לא הוי שנין למדריש פן אי הוי פתיב הם על אבות וצ"ל דא"נ קאי להך שיטה דג' בראשון פשר ולמ"ד פסול קאי התירוץ

הראשון דלכתוב וכן על אבות: שם תנהו ענגן לקרובי האם: לפי שיטת רש"י במתניתין דלפי משנה ראשונה קרובי האם פשר א"כ ל"ל.

ועיין שם בר"ן. וצ"ל דלדידיה לא תשיב ותורא א"נ משום פסול דהבנים לאחי אמן דראויים לנורשם: שם הני תלתין ותרתי הוינו: לפי מה שפיתבו התוס' בד"ה מאי חתנו דלפי האי תירוץא חורגו לאו למעוטי בן חורגו וא"כ לימא תלתין וסמנשא הוויין דהא איפא גם חורגו ובנו נחתנו ובלא"ה י"ל דלא תשיב חורגו פדאמרין לקמן פיון דהוא לבדו ואין לו בנו נחתנו אבל לפי מה שפיתבו התוס' קשה וי"ל פיון דלפי האי שיטה פריד דליתני גם בן בנו א"כ א"ש דלא יכול ליתני חורגו פיון דאין לו בני בנים כמו דלא תני לפי האמת משום דאין לו בנים: שם ברש"י ד"ה ה"ג אלא רב.

והלכתא פנותיה דרב דמפתראי הוא: לכאורה דבריו סותרים דהא רב הוא דאית ליה שלישי בראשון פסול ועוד דהא רב מקדמאי הוא ולא מפתראי. ועוד צ"ע דרש"י הביא ראיה מפרק יש נוחלין דכשר ור"ת הביא ראיה משם דפסול ולכן נ"ל להגיה בדברי רש"י במקום פנותיה דרב פנותיה דרבא דהוא דאמר שם ג' בראשון פשר.

וכבר כתב הרשב"ם שם כמו רש"י דהכא דהלכתא פנותיה ואהא דשלח ליה ר' אבא פתב שם הרשב"ם דגם ר' אבא מודה לרבא דג' בראשון פשר. ולכן פסק פנותיה.

אכן הר"ת שם פי' דר' אבא פליג ארבא ולכן פסק דפסול והם הם דברי הר"ת דהכא: שם ע"ב בגמרא אר"י לא נצרכה אלא לאחי האח: ולפ"ז האי ובנו דקתני במתניתין לא איירי אלא בשיש לאמו בנים מבעלה זה דאל"כ לא הוי אחי האח אבל לפי אוקימתא דרב חסדא איירי גם באין לה בנים: שם ברש"י ד"ה ואין מטמא לה.

ול"ד דנשים דכהונה לא כא הוזהרו על הטומאה: עיין ביבמות (דף כ"ט) דפי' רש"י וגם התוס' דדוקא הוא וברגל איירי דמוןהר לטהר עצמו. וע' מש"כ בספרי ע"ל ובגישוב פסקי הרמב"ם שם: שם דף כ"ט ע"א בגמרא ולא מבקש רעתו דיננו: צ"ע למה מצרכינו הכא תרי קראי לעדות ולדון ולענגן קרוב לית לן אלא חד קרא וילפינו דין מעדות: שם במתניתין ומוציאין את כל האדם לחוץ: בכלל כל אדם ע"כ בעלי דינים לא נכללו דהטעם דמוציאין כל אדם לחוץ נראה שהוא שלא יבשו העדים להודות שפאו להעיד עדות שקר וזה לא שייך במלנה ולנה דהא הם יודעים בלא"ה אם אמת מעידים או לא.

ועוד דלקמן (דף ל' ע"א) תניא בברייתא דר"נ כף הנה מנהגן של נקיי הדעת שבירושלים מכניסין לבע"ד כו' ומכניסין לעדים כו' ומוציאין אותן לחוץ ומדקתני מוציאין לחוץ אחר מכניסין לעדים משמע שבפני בעלי דינים העידו העדים וכן הדין נותן דאין אדם מעיז כ"כ להעיד שקר בפני מי שיודע בו ובזה אחי שפיר מאי דפריד בש"ס לקמן שם אהא דקתני גמרו את הדבר היו מכניסין למאן אלימ' לבע"ד התם קיימי הזכירו גם רש"י במתניתין ולא קאמר דהוציאו אותן כשהיו מוציאין כל אדם לחוץ: שם בגמרא ואינש בלא שני לא שכיב: לא קאמר רק דהם יחשבו זה אבל האמת אינו פן דהא מסקינן בחגיגה (דף ד' ע"ב) יש נספה בלא משפט ע"ש.

וכן אמרינו בפ"ה דאבות דבר בא לעולם כו' ואי אינו מת רק מי שכלו שניו איך שייך בזה עונש: שם מסייע ליה לר' יהודה: דאין לפרש האי בפנינו הודה ששמענו מאחורי

הגדר דא"כ הל"ל שמענו שהודעה לו אבל לשון בפנינו הודעה משמע שהיה נגד פנינו וידע ממנו אכן מה דאמר ר"י שצריך שיאמר אתם עדי והיינו משום דבלא"ה יכול לומר משטה אני בה זה לכאורה לא נרמז בהאי בפנינו הודעה וי"ל דמוכח פן מדלא סגי בשמיעת האדם אלא שיאמר בפניהם והיינו ע"כ למען לא יכול לומר משטה אני בה ולכן ע"כ איירי דאמר אתם עדי דאל"כ אפתי יכול לומר משטה אני בה: שם ע"ב בגמרא לא היו דברים מעולם הוחזק כפרו: לכאורה קשה לפי מה דאמרין בשבועות (דף מ' ע"ב) אשתמוטי הוא דקא משתמיט ליה ומטעם זה משבעין ליה לכופר הפל וגם הכופר במלנה פשר לעדות אף שפאו עדים וא"כ מ"ש דהאי דהקא הוחזק כפרו ולא נאמן אפילו בשבועה הא שייך ג"כ האי טעמא דמתירא להודות בפני עדים או ב"ד מה שהודעה לו בינו לבין עצמו דאין לו עתה לשלם ואשתמוטי קא משתמיט.

ונ"ל עפ"י מה דאמרין בב"מ (דף ו' ע"א) אבני אמר חיישינן שמא מלנה ישנה כו' ע"ש בפ"י רש"י הרי דאבני אית ליה דאמרין מגו דחשוד אממונא חשוד נמי אשבועתא. וא"כ ע"כ פליג אהא דר"נ דמשביעין אותה שבועת היסט כמבואר שם וגם אשתמוטי לא שייך לפי פ"י רש"י שם בד"ה נימא מגו רק במודה במקצת ולא בכופר הפל ולכן אבני לשיטתו סבר שפיר הקא הוחזק כפרו ולא נאמן עוד בשבועה.

אכן דלפ"ז עדיין יקשה דא"כ למה אמרין ריש פרק פל הנשבעים וכשפנגדו חשוד על השבועה אפילו שבועת הפקדון כו' ול"ל שנשבע לשקר אפקדון גם בלא שבועה יפסל לאבני לשבועה דמגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועה לפי מה דאמר הקא הוחזק כפרו.

ולכן נלענ"ד עפ"מ"כ התוס' בשבועות (דף ל"ד ע"ב) בד"ה אתי סהדי וי"ל דהקא דאמר לא עברתי כו' ע"ש. ועפ"ז גם הקא א"ש דכיון שפפר שהודעה לו נעשה כמו שאומר לו אם הייתי מודה לה אני חייב ולכך הוחזק כפרו ומחוייב לשלם אבל זה שייך דוקא לענין אותה תביעה אבל לשבועה אחרת פשר אם לא שידעין בו שנשבע לשקר: שם אתו תבעינהו ליורשים: פ"י מספק תבעו ליורשים כיון דאביהם הודה אבל הם לא ידעו אי חייב להם או לא.

דאל"כ למה אמרו לר"ח גיזל ונהדר ממנ"פ אי ידעו בודאי שהי' חייב להם למה רצו להחזיר ואי ידעו בודאי שלא היה חייב להם מ"ש דברי שא לקחו החצי שלא כדין ואחרי שדן ר"ח שלא צריכים היו לשלם החצי האחר רצו להחזיר גם חצי הראשון אלא ע"כ דהם היו מסופקים ולצאת ידי שמים רצו להחזיר החצי: שם ורב אסי אמר אין פותבין: לפ"ז הא דדייק רב אשי לעיל (דף ז' ע"א) ש"מ פשרה צריכה קנן כו' ע"ש.

ע"כ פרב אמי פאן ס"ל דלרב אסי גם בג' צריף קנן דהא סבר הקא אין פותבין וא"כ אפתי ליכא חילוק בין ב' לג' וכיון דפסקין הקא פרב אסי משום דרב עביד פנותיה לכו א"ש הא דלא משגחינן לעיל ברצאות רב אשי ופסקין שם הלכתא דפשרה צריכה קנן: שם בתוספת ד"ה הודעה בפני ב'.

וי"ל דלא ניתא ליה דליפשו שטרי: פ"י ולעולם דשטר מתנה הוא דאי שטר מקר הוא מה שייך לומר פסבורים שהם שטרי חוב דהא באמת הוא פן. והכי איכא בפ"י בתוספת

בחוקת הבהרים שם וא"ל דאפתי לפ"ז מה נפקא לן אי כותבין אי אין כותבין דהא הכא הודה בעדים ועדים אית ליה קלא כמו שטר דהא אמרינן דגובה מנכסים משועבדים וכ"ש דקשיא הכי לפי מה דאמרינן לקמן דפליגי גבי מקרקעי ולא קנו מידו מה נפקא מינה בנה אי איכא שטר אי לא דהא הודה בעדים ועדים אית ליה קלא כמו שטר.

דזה אינו דהא אמרינן שם בב"ב (דף מ"ב ע"א) דזה דוקא גבי מכר אבל גבי מלנה ע"פ בעדים לית ליה קלא ולכן אתי שפיר דהא הכא במלנה איירי דלית לה קלא בעדים בלא שטר: שם דף ל' ע"א בגמרא א"ב לשלומי איהו מנתא בהדיניהו: י"ל בין לאוקימתא קמייתא בין לאוקימתא מציעתא לא מפרש מאי איכא בין ר' יוחנן לרבי אליעזר עד לאוקימתא בתרייתא.

וי"ל: שם ואידך אמנה תרנוניהו קמסהדי: יש להסתפק אי חייב שבועה על מנה השני משום עדות עד א' דהא נדאי גם לר' יהושע בן קרחה תרנוניהו לאו אחד מנה קמסהדי וכדאמרינן בפירושו לקמן (דף ל"א ע"א) אימר דשמעת ליה לריב"ק היכי דלא מכחשי אהדדי ע"ש בפ"י רש"י ואי נאמר דבאמת חייב שבועה א"כ פשוט בע להכחיש העד אין על מנה אחרת אלא עד אחד וישבע ולא ישלם: שם זה בנה אב כל מקום שצאמר עד: במכות (דף ו' ע"ב) אמרינן מניין לעדות מיוחדת שהיא פסולה כו' אלא מאי אחד אחד אחד עיין שם.

א"כ מנ"ל הכא למילף מהאי א' בגין אב דלמא אתי לפסול א' א' כמו התם וא"ל דלהכי לא מצרכינן דמהתם נפקא דהא קרא דהתם בדיני נפשות איירי כדאמר רב נחמן שם עדות מיוחדת כשר בד"מ ודלמא אתי קרא דהכא לד"מ.

וי"ל דבשלמא השתא דאמרינן דעד פרושו ג"כ שנים שפיר שייך לדרוש מעד אחד שנים שראו אחד אחד אבל אי לא הוי דרשינן דעד פירושו שנים לא הוי שייך למידרש כן ולכן שפיר דרשינן הכא לבגין אב: שם עד דחזו תרנוניהו לחד: י"ל למה לא דרשינן הכא דוקא שראו העדים את המעשה פאחת ולא שראו זה את זה ושם (במכות דף ו') דרשינן מעד אחד שאפילו העדים צריכים שראו זה את זה.

וי"ל פיון דקרא דהכא בשבועות העדות פתיב דלא הוי רק גבי תביעת מוזן כדאמרינן בשבועות א"כ אפתי לית לן קרא שראו העדים את המעשה כא' ואוקמינן קרא להכי אבל התם דקרא דלא ימות גבי ד"נ פתיב וא"כ לא מצרכינן שראו העדים את המעשה כא' דמכש"כ הוא מד"מ ולכן אוקמינן קרא לעדות מיוחדת.

אכן לפ"ז יקשה לריב"ק דסבר הכא או ראה או ידע מ"מ א"כ לית לן קרא בד"מ ודלמא קרא גבי דנ"פ אתיא על זה ולא על עדות מיוחדת. וא"ל דלריב"ק באמת דרש כן והברייתא דדרשה שם עדות מיוחדת אתיא פרבנן דא"כ יקשה רב אדרב דדרש התם עדות מיוחדת ולקמן בשמעתין סבר דהלכה כריב"ק.

וי"ל פיון דלקמן פליגי אמוראי אליבניה דרב א"כ י"ל דמר זוטרא ב"ט שם במכות סבר כמ"ד לקמן דרב סובר פרבנן: שם בתוספת ד"ה דלמא רבנן. כדאמר לעיל הודה בפני שנים: לכאורה קשה מאי ראייה דהא אפילו הודה בפני ג' ולא פנפניהו איהו אמרינן לעיל דלכ"ע לא פתבינן דלא כב"ד חשיבי אלא פעדים כ"ש היכי דלא ישובו פלל לשם ב"ד

התם דלא תשיביי כב"ד אכל היכי שהודעה בפני ב' וקבלם עליו לב"ד אימא ה"נ דלשמואל כותבין דהא לכל מילי דיניהם דין וי"ל עפ"מ ש' התוס' לעיל (ד"ה ע"א) ד"ה דן אפילו יחידי דהא דשמואל איירי שדנין בע"כ דאי בדקביל עלניהו אמאי הוי ב"ד תצוה ע"ש.

וכיון שפיר הוכיחו התוס' דע"כ לענין הודעה ליפא הלכה פמותו דאל"כ למה אין כותבין בדלא קנו פינו דגם בדלא קביל נחשבו כב"ד אלא דלפ"ז יקשה אפתי למה אמרינן לעיל דאפילו בג' אין כותבין בדלא קביל הא ג' ודאי לכ"ע דנין אפילו בע"כ אלא ע"כ דצריך לחלק דזה שייך דוקא לענין היכי שפסק הדין שפא לפניהם אכל היכי שהפל תלוי בהודעתו יכול לומר לא הודיתי לפניהם אלא לשם עדים ולא לשם ב"ד וכמו שפיאר רש"י בד"ה פניפי ויתבי וא"כ גם דעת התוס' צ"ע לפענ"ד דלא הוכיחו מידי מהא דלעיל דהודה בפני שנים: שם ד"ה כל שאין בידו ליפא למימר: פי' לדבריהם דבעדותו מעיד ב' דברים הא' להוציא הפמון מידי היורשים והא' להכניסן ברשות פלוני שמעידין עליו וע"ז הקשו התוס' דליהמנו להוציא מרשות יורשים במגו דאי בעי שתיק ולא בא לידיהם כלל וע"ז תירצו דאע"ג דלהוציא מרשותם איפא מגו אכל להכניסו לרשות פלוני לא שייך מגו: שם בד"ה ואם פמוסר.

אין שייך פאן: פי' פינו דלא הנה שם אדם נכרי ורק לבניו אומר פו ואף דגם בבניו שייך שלא להשביע את עצמו בפניהם כדאמרינן בסיפא דאם פמערים לא אמר פלום הרי פירש רש"י שהוא מתירא שלא ירבו יציאותיו או שיקחו בחייו וזה לא שייך פמוסר דמסתמא אז הוא שכיב מרע נוטה למות ואינו מתירא אז מזה.

אכל ליפא לפרש פנונת התוס' דלכה אין שייך פאן שלא להשביע פינו דשכיב מרע הנה ואמר פמוסר דהא לעיל אמרינן פי קא שכיב אמר פלגיא ופלגיא מסקי פי זוזי דהוי ודאי ג"כ פמוסר פינו דבשעת מיתה אמר פו ואעפ"כ פטר ר"ח ליורשים מהאי טעמא דאדם עשוי שלא להשביע פניו ואם לא נחלק פינו שלא פירש שם פמה חייב להם לא מקרי פמוסר: שם בד"ה משום דמחזי פשיקרא.

ומשום לא תלה רכיל אין פאן: עיין במהרש"א שהגיה דברי התוס' ודבריו דחוקים לפענ"ד אכן נראה פנונת התוס' עפ"מ ש' הר"ן בשם הירושלמי וזה לשונו וא"ת והיאך אמרו דר"ל לית ליה לא תלה רכיל וזה מתנימן היא וא"א ליה לאפלוגי עלה.

וי"ל שלא אמרו במשנתנו אלא שלא יחזיק הדין טובה לעצמו בפני הבעל דין שזהו ודאי ענין רכילות אכל פאן שכותבין את הדין לפי תנאם אפטר שאין בזה משום לא תלה רכיל דחששא דמחזי פשיקרא עדיפא ליה וכן אמרו בירושלמי עכ"ל.

הרי דכתב ג"כ ממש פלשון התוס' שאין בזה משום לא תלה רכיל וזהו ג"כ פנונת התוס' רק שקצרו: שם ע"ב בפגמא באקושי הגדה לראיה קמפלגי: הא דלא קאמר דכ"ע מקשינן הגדה לראיה וקא מיפלגי בפלוגתת ריב"ק ורבנן דא"כ ליפלגי בראיה פמו ר"נ ורבנן ואי לאשמעינן דמקשינן הגדה לראיה הא בזה כ"ע מודו ומה צריך להשמיענו זה גבי פלוגתתם: שם מודים חכמים לריב"ק בעדות קרקע: י"ל הא תינח לתירוץ קמא דלעיל דפליגי בסברא וסברת רבנן לא שייך גבי קרקע אכל אי פליגי בקרא וטעמייהו

דברבנו מנהגא עד מנ"ל לחלק בין מטלטלים לקרקע ואפשר דב' תירוצייהם דלעיל פליגי בהך פלוגתא דפליגי אמוראי אליביה דרב.

עוד י"ל עפמ"ש התוס' בשבועות (דף כ"ב סע"ב) בד"ה איבעית אימא דפעמים שאין הסברא פשוטה כ"כ וצריך הפסוק להשמיענו הסברא עיין שם וא"כ גם כאן דאמרין אב"א קרא ואב"א סברא ג"כ קשה פקושית התוס' וצ"ל ג"כ פתירוץ שם דאתי קרא להשמיענו הסברא וא"כ לא מוקמינו קרא רק היכי דשייך הסברא וכתירוץ זה נראה פי' רש"י לקמן בד"ה בקרקעות עיין שם: שם אבל לא במטלטלין: האי אבל לא במטלטלין ל"ד דהא בהודאה אחר הודאה והודאה אחר הלואה מצטרפין.

וצ"ל דהפירוש הוא בקרקעות עכ"פ אבל לא במטלטלין עכ"פ הלכה כריב"ק: שם לא היינו הודאה אחר הלואה: המהרש"ל ומהרש"א הקשו למה לא קשה פן אמירא דרב בלא רב הונא והמהרש"א השיג על תירוץ מהרש"ל.

אכן לפענ"ד גם בתירוץ לא מיושב שפיר פיראה למעיין מתוך דברינו דלקמן ולכן לענ"ד פירוש הגמ' כדלכאורה קשה אמירא דרב דהודאה אחר הודאה מכ"ש הוא מהודאה אחר הלואה וכיון דזה אפילו עדות אחת איכא וכן איכא בסיפא הלואה אחר הודאה הוא מכ"ש מהלואה אחר הלואה כיון דאפילו ב' עדות הם וא"כ תרתי בבי דמכ"ש הם לא ליתני פלל.

ונה לפי תירוץ מהרש"א ג"כ במקומו עומד. אכן י"ל איידי דתני ברישא הודאה אחר הלואה תני ג"כ בסיפא הלואה אחר הודאה דתמי ליה דשניהם ב' עדות הם וכן איכא איידי דצריך למיתני בסיפא הלואה אחר הלואה לאשמעינו דאפילו בעדות א' לא מצרפי תני ג"כ ברישא עדות אחד דהודאה אחר הודאה אע"ג דכ"ש הוא מהודאה אחר הלואה אכן זה שייך שפיר אמירא דרב דוקא בלא פירוש רב הונא דאז הודאה אחר הודאה הוא מהודאה אחר הלואה.

אבל לאחר שפי' רב הונא בדר"י דבשניהם ה' הודאה דהיינו שגם אותו דמעיד על הלואה מעיד ג"כ שאמר בפניו שמנה שהוזהר בפניו הודאה קמי פלניא וא"כ אותו שמעיד על הלואה מעיד ג"כ על הודאה וא"כ הוי איכא דהודאה אחר הלואה כש"כ הוא מהודאה אחר הודאה דהא גם ב' איכא עדות א' פי' ששניהם מעידים על הודאה ג"כ ועוד נוסף בו שא' מעיד ג"כ על ההלואה מה דליכא בהודאה אחר הודאה וא"כ שפיר קשה דהודאה אחר הלואה לא ליתני פלל דמכ"ש הוא מהודאה אחר הודאה והשתא ליכא למימר דתני איידי דתני בסיפא הלואה אחר הודאה דאדרבה השתא הא גופא קשיא דגם הלואה אחר הודאה לא ליתני בסיפא דכש"כ הוא מהלואה אחר הלואה וא"כ באמת לא ליתני רק הודאה אחר הודאה והלואה אחר הלואה פן נלפענ"ד פירוש קושית הגמרא: שם ברש"י ד"ה בגבה.

בין קשרי אצבעותיה: פי' כיון דצריכים להיות באותו מקום וכמו שפי' גם שם בב"ב (דף נ"ו) א' אומר בכריסה שהוא באותו מקום לכן פי' גם אגבה שהוא באותו מקום וקשרי אצבעות הוא פינוי לרגלים: שם דף ל"א ע"א בגמרא גברא אגברא קא רמית: לפי מאי דאמרין לקמן (דף מ"א ע"א) דר"ח ע"כ פרבנו דפליגי אר"י בן זכאי וא"כ

רָבָא דְסַבְרָא אֲלִיבֵי דְרַב יְהוּדָה הֵכָא דְבִאֲרַנְקֵי שְׁחוּר וְאֲרַנְקֵי לְבָן בְּד"מ דְּנֹקָא מְצַטְרַף אֲבָל לֹא בְדִנְיָה פ"ע כ"ס כְּרִיב"ז וְא"כ י"ל דֵּה"ל לְהַגְמָרָא לְמִימַר לִימָא כְּתַנְיָא אוּ כְּתַנְיָא וְע' לְעִיל (דָּף ט' ע"ב) דְּהוּבָא בַּגְמ' ג"כ פְּלוּגְתָּא דְרִיב"ז וְרַבְּנָן: שָׁם וּא' אוֹמַר מְנָה לְבָן מְצַטְרַפִּים: וּלפ"ז אֵין בּוּדְקִין בְּדִינֵי מְמוֹנוֹת בְּבִדְיוֹת פְּלִל אֲפִילוּ מְדַאֲרִינְתָּא דְלִמְאֵי נפ"מ בְּבִדְיוֹת פִּינּוֹן דְּאֲפִילוּ הִכְחָשָׁה לֹא פָסִיל בְּהוּ וּלפ"ז הָא דְקָאֵמַר ר' אֲבָהוּ לְקַמְן (דָּף נ"ו ע"ב) י' דְּבָרִים יֵשׁ בֵּין ד"מ לְד"נ וְלֹא חָשִׁיב ג"כ הָא דְאֵין צָרִיף בְּדִיקָה.

י"ל דְּכָרְבָא ס"ל וְלֹא פְּנֵהֲרָדְעֵי אֲכֹן לְפִי מַה דְּמַתְרִץ שָׁם הָא אִיכָא אַחְרִיתֵי הָא דְתַנְיָא הָוֵי מְצִי לְמִימַר ג"כ דְּסַבְרָא פְּנֵהֲרָדְעֵי וְאִיכָא הָד דְּבִדְיוֹת אֲלָא דְעַדִּיפָא מִינָהּ מְשַׁנֵּי: שָׁם בְּמַתְנִיתוֹן רָאָה שְׁמַתְחִיב בְּדִין: פִּי שֶׁב"ד גְּמָרוּ דִּינוֹ לְחֹב.

וְכֹן הוּא בְּרַמְב"ם אֲכֹן י"ל ל"ל דְּגָמְרוּ דִּינוֹ דְּנֹקָא גַם בְּלֹא גְמָרוּ דִּינוֹ לֹא יִהְיֶה נֶאֱמָן פְּשָׁפְכָר אֲמַר שְׂאִין לוֹ עֵדִים וְרָאָה דְּהָא טַעְמָא דְּרִשְׁב"ג הוּא דְּאֲמַרִּינוּ שְׂלֵא הִי יוֹדַע שְׂיֵשׁ לוֹ רָאָה וְנִהְרֵי אֵין זֶה שְׂיֵיף בְּהִבִּיא מִיָּד לְאַחַר שְׂאֲמַר אֵין לוֹ וְאֲפִשֶׁר דְּאֲוֹרְחָא דְּמַלְתָּא נִקְיֵט דְּמַסְתְּמָא מְבִיא עֵדִים שְׁפָכָר רָאָה שְׁנַתְחִיב: שָׁם בְּרִש"י ד"ה וְצִירָף עֵדוּתוֹן כְּרִיב"ק: לְכַאֲוֹרָה צ"ע דְּהָא רִיב"ק לֹא אֲיִירִי פְּלִל הִיכִי דְּמַכְחָשִׁי אֲהַדְדִּי וְאֲפִשֶׁר דְּבִזָּה גַם רַבְּנָן דְּרִיב"ק מוֹדוּ דְּהָא לֹא בְּעוּ אֲלָא דְּחִזִּי תַרְנוּנֵיהוּ פְּחַד מְוַהֲנָא עַד וְנִהְרֵי הֵכָא חִזוּ תַרְנוּנֵיהוּ פְּחַד רַק דְּמַכְחָשִׁי אֲהַדְדִּי וּמַכְשִׁירִינוּן לר' יְהוּדָה מְשׁוּם דְּאֲמַרִּינוּ דְּלֹא דִּיקוּ שְׁפִיר וּבִזָּה אֲפִשֶׁר דְּגַם רַבְּנָן מוֹדוּ: שָׁם בְּתוֹסְפֹת ד"ה שֶׁב"ש אוֹמְרִים.

וּי"ל דְּהֵינּוּ דְּנֹקָא כְּשֶׁהַפְּסוּל יָדוּעַ: וּכְתִירוּץ הַתּוֹס' זֶה נִרְאָה ג"כ שְׁיִטַת רִש"י וְרִי"ף וְרַמְב"ם דְּפִירְשׁוּ הָא דְּקָאֵמַר רַב הוּנָא בְּשִׁבְעוֹת (דָּף מ"ד) גְּבִי ב' כְּפִי עֵדִים הַמְכַחֲשִׁים זֹא"ז דְּזוֹ בָּאָה בְּפִנֵּי עֲצָמָה וּמַעֲיָדָה וְזוֹ בָּאָה בְּפִנֵּי עֲצָמוֹ וּמַעֲיָדָה דְּאֲתִי לְמַעוּטֵי א' מִפְּתַת זֹו וְא' מִפְּתַת זֹו בְּעֵדוּתֵי א' וְלֹא פִירְשׁוּ דְּאֲתִי לְמַעוּטֵי אֲפִילוּ לְהַעֲיֵד בְּנֹלָם כֹּא' בְּעֵדוּתֵי א' מְשׁוּם דְּשְׁנַיִם וְדָאֵי פְּסוּלִים הֵם וְלָכֵן מְשַׁמַּע דְּבַכָּה"ג לֹא מִיְפְסֵל פִּינּוֹן דְּאֵין הַפְּסוּל יָדוּעַ: שָׁם ד"ה מְמִילָא יְדַעִינוּ.

וְהֵכָא לִיכָא לְמִימַר: עֵינֵין בְּר"ן שְׁתִּירִץ קוֹנְשִׁיא זֹו. וּלְפַעַנ"ד עוֹד י"ל דְּזֶה וְדָאֵי דְּאֵי בְּרִישָׁא כְּשֶׁלֹּא הִבִּיא בְּתוֹף הַזְּמַן שְׁקַבַּע לוֹ ב"ד הִלְכָה פְּחֻכְמִים דְּלֹא אֲמַרִּינוּ שְׁמַצָּא רָאָה לְאַחַר זְמַן אִף שְׂלֵא גְלָה דְּעַתּוֹ בְּפִי שְׂאִין לוֹ רָאָה אֲלָא אֲמַרִּינוּ שְׁזִינְיָא אוּ שְׁכַר עַדִּי שְׁקַר כִּש"כ דְּבִסִּיפָא דְּאֲמַר בְּפִי אֵין לִי דְּהִלְכָה פְּחֻכְמִים דְּהִרִי גְלָה בְּפִי שְׂאִין לוֹ וְשְׂאֲפִילוּ סָפַק אֵין אֲצִלוּ וְכִש"כ דְּלֹא חִיִּישִׁינוּן שְׂמָא לֹא יָדַע אֲזַ וְאֲח"כ נִתְיָדַע לוֹ אֲלָא אֲמַרִּינוּ דְּרָאִיתוּ וְעֵדוּתוֹ שְׁקַר וּלְפִי"ז שְׁפִיר הִקְשָׁה בְּגָמְרָא דְּלֹא לִימָא רַבָּה בַּר רַב הוּנָא דְּאֵין הִלְכָה פְּרִשְׁב"ג דְּל"ל ג"כ דְּאֵי לֹא הָוֵי אֲמַר אֲלָא חַד דְּהֵינּוּ דְּהִלְכָה פְּחֻכְמִים ה"א דְּנֹקָא לְכַתְחֻלָּה אֲבָל אֵי עֵבַד פְּרִשְׁב"ג עֵבַד דֹּאֵל"כ קוֹנְשִׁית הַגְּמָרָא דְּלְעִיל בְּמִקוּמָה עוֹמְדַת דְּלֹא לִימָא רַבָּה בַּר רַב הוּנָא בְּרִישָׁא רַק הִלְכָה פְּרִשְׁב"ג וְיָדַעְנָא מְמִילָא דְּאֲפִילוּ בְּדִיעְבַד דְּאֵין לוֹמַר רַק לְכַתְחֻלָּה דֹּא"כ לֹא לִימָא פְּלִל הִלְכָה פְּרִשְׁב"ג דְּלְכַתְחֻלָּה כְּבָר שְׁמַעִינוּ מְדַאֲמַר בְּסִיפָא הִלְכָה פְּחֻכְמִים וְלֹא אֲמַר כֹּן אֲרִישָׁא דִּיהֵי הַסִּיפָא כִּש"כ.

אֲלָא ע"כ הָוֵי יְדַעִינוּ מְדַאֲמַר דְּנֹקָא בְּסִיפָא הִכִּי דְּבְרִישָׁא הִלְכָה פְּרִשְׁב"ג לְכַתְחֻלָּה וְלָמָּה צָרִיף לְהַשְׁמִיעֵנוּ דְּהִלְכָה פְּרִשְׁב"ג אֲלָא ע"כ הָוֵי יְדַעִינוּ דְּהִלְכָה פְּרִשְׁב"ג אֲפִילוּ בְּדִיעְבַד וְזֶה לֹא הָוֵי יְדַעִינוּ מְדַאֲמַר דְּנֹקָא בְּסִיפָא הִלְכָה פְּחֻכְמִים דְּהָוֵי אֲמַרִּינוּ דְּנֹקָא בְּסִיפָא

לכתחלה הלכה פתחמים אבל ברישא לכתחילה הלכה פרש"ג אבל אפתי לא הוי ידעינן
דגם בדיעבד הלכה פתחמים לכן צ"ל הלכה פרש"ג ולפ"ז פבר שמעינן מהלכה פרש"ג
לחוד דאפילו דיעבד א"כ קושית הגמרא דלעיל במקומה עומדת דאין הלכה פתחמים
ל"ל אע"כ יהיה מוכח דהאי הלכה פתחמים דסיפא פירושו אפילו בדיעבד ולכן שפיר
צריף למיתני תרתי דאי לא הוי תני אלא חד ה"א דוקא לכתחלה הלכה פרש"ג וכתירוץ
הגמרא דהשתא ל"ל דנה פבר שמעינן מהא דאמר אסיפא דהלכה פתחמים מכלל דברישא
אין הלכה פתחמים דשפיר ה"א דדוקא בסיפא הלכה פתחמים בין לכתחלה בין דיעבד אבל
ברישא דוקא לכתחלה אבל דעבד פרש"ג עבד לכן צריף לומר ברישא דהלכה פרש"ג
לכתחלה ואפתי ה"א דבדיעבד הלכה פתחמים לכן שפיר צ"ל ג"כ דאין הלכה פתחמים
הרי עכ"פ מוכח מדאמר ארישא תרתי דהלכה פתחמים דאמר אסיפא פירושו אפילו
בדיעבד ולכן פריף שפיר אין הלכה פרש"ג אסיפא ל"ל.

כן י"ל בדרף חדוד קושית רש"י: שם בתוס' ד"ה הוא דאמר כי האי תנא. ותימא דבחקוקת
הפתים ולפענ"ד י"ל דנהרדעי ג"כ אליבא דר' יהודה מפריש מילתא דר' יהודה אפילו
במנה שחור ומנה לכו.

וכן משמע מדפריף בש"ס היכי דמכחשי אהדדי מי אמר ומאי קושיא דלמא נהרדעי איירי
היכי דלא מכחשי אהדדי כגון שמעידין אב' הלואות והא דנקט מנה שחור ומנה לכו
לאשמעינן דאפילו בכהאי גוונא דאיכא חלוק עדות והוי דומיא דהודאה אחר הלואה
מצטרפין אלא דע"כ דהגמרא סברה פיון דאמילתא דרב יהודה קאי א"כ אתו לפרש האי
עדות המכחשת זו את זו דקאמר וא"כ ע"כ בהכחשה איירי הרי משמע דאתו לפרושי
מלתא דרב יהודה וכן משמע מדברי רש"י לקמן ד"ה וצירף עדותן דכתב ואע"ג
דאתכחשו בבדיקות פדרב יהודה ומנ"ל דסבר פרב יהודה דלמא רק פנהרדעי דהא האי
בדיוטא עליונה ודאי יותר בגוף העדות הוא ממנה שחור ומנה לכו דהא אפילו חקירה
מקרי לגבי דיני נפשות וכמש"כ הר"ן והנ"י ע"ש.

אלא ע"כ דרש"י סובר דנהרדעי ג"כ אליבא דרבא קאמרי ולפ"ז יתורץ קושית התוס'
דארבא לא קשה איף קאמר אליבא דרב יהודה דבמנה שחור ומנה לכו אין מצטרפין הא
סבר פר"ש בן אלעזר דלרבא י"ל דלא אמר רב יהודה פן מעולם ונהרדעי דוקא אתנו
אליבא דר"י הכי אף דתני שם סתמא אליבא דר"י פן דטובא איכא הכי פדאמרינן לעיל
דרב תימא בר אבין ור"א אמר רב הונא פליגי אליבא דרב אי הלכה כריב"ק אי לא
ותרנוייהו ע"כ פליגי אהא דתני שם סתמא בשם רב דהודאה א"ה והלואה מצטרפי פמוכן
וכן פליג שם ר' יוסף אליבא דעולא אהא דתני שם סתמא בשם עולא דהלכה כריב"ק
בקרקות דוקא אכן אפתי אנו צריכים לתירוץ התוספת דבלא תירוץ ע"כ סבר רבא
כת"ק דרש"י דבב' פתי עדים פליג וכיון דנהרדעי פרש"ג א"כ סברי א"כ הו"ל להש"ס
לומר פתנאי: שם ע"ב בגמרא נהא אמר רבב"ח אר"י פל מקום ששנה: לא מקשה מרב
דימי אר"י ארבה בב"ח אר"י דהא גם רבה בר רב הונא פליג לעיל אהא דרבב"ח ואמר
ג"כ משום ר"י.

ועוד דא"כ לא הוי מתרץ מידי בהא דאמר אלא פי אתי רב שמואל אר"י דאפתי קשה
ארב דימי אלא דקושית הגמרא הנה דלפ"ז הוי צריף למימר לרבה בב"ח דלא אמר ר'

יוחנן מימרא דרב דימי מעולם וזה הנה דחוק להגמרא דבשלמא בזה אפשר דפליגי אמוראי אליבא דחד אמורא אי אמר הכי או הכי אבל שיפלוגו אי אמר דבר א' כלל או לא בזה לא מציינו ולכן מתרין שפיר דרב שמואל באמת פליגי ארב דימי בעיקר מימרא דר"י דלא אמר הכי אלא הכי ולכן רבה בב"ח פרב שמואל ס"ל: שם שלחו ליה למ"ע: פ"א ששלחו מטבריא שהוא בא"י למ"ע שקהיה בחו"ל שעוקבו הבבלי קבל בפניהם על ירמני אחיו שהוא ג"כ בחו"ל ולכן אמרו לו להתפייס עם עוקבו שם בחו"ל דהיינו לדון בפניהם והשיאוהו ויראה פנינו בטבריא דהיינו שעוד בקשנו מכם שתפכו את ירמיה לבוא ולדון בפנינו בטבריא וע"ז הקשה הא גופא קשיא: שם ברש"י ד"ה התוקף את חברו.

בעל דין קשה: עיין במהרש"ל. אכן לפי פ"א רש"י קשיא מאי מיימי לקמן ראיה לר' אלעזר מהא דאמר רב ספרא שנים שנתעצמו בדין דלמא דוקא בשהמלוה איש אלם כדאמר התוקף את חברו בזה קאמר ר' יוחנן דצייתינו ללוה אבל בהא דשנים שנתעצמו דלא הוזכר זה דלוה מתירא לדון עמו בב"ד שאינו מומחה כ"כ בזה י"ל דגם ר"י מודה דעבד ליה לאיש מלוה וצייתנו למלוה לדון בעירו ומזה ראיה לכאורה לפי מהרש"ל: שם ד"ה עוקבו הבבלי.

אבד ממנו דרף בני אדם שפירסו: לכאורה קשה דא"כ איך אמרינו ה"ק אמרו ליה דיינו אתון הא אין דיני גזילות וחקלות בח"ל וכיון שפירסו תביעתו היתה חבלה ועוד היכי קאמר רב אשי דיני קנסות הוי הא בחבלות אינו משלם יתר על מה שהזיק ואין זה קנס אכן זה מיושב ע"פ מש"כ התוס' לעיל (דרף ג' ע"א) בד"ה שלא תנעול וא"ת והא אשכחן כו' וי"ל דבכל הנהו כו' וי"מ דוקא גזילות ע"ש ולפ"ז אתי שפיר.

וגם הא דאמר ר"א דיני קנסות א"ש ע"פ מש"כ שם דגזילות וחקלות קרי ליה נמי קנסות. אף דאפתי קשה אהא דאמר ר"א דיני קנסות הוי דהא גם סתם גמרא סברה פן רק דסברה דיכול לדון בחו"ל עפ"מ"ש לפי התוס' הנ"ל וא"כ העיקר מה דפליגי ר"א חסר מן הספר ודחוק לומר דרב אשי חידש זה דהפ"א הנה שפירסו וסתם גמרא לא סברה פן ולכן פירש"י האחרון יותר מחנור לפענ"ד: שם בתוספת ד"ה אין עליו עדים.

דומיא דיוצא אחר חתום שטרות: לא שיוצא אחר חתום שטרות איירי דוקא בדאמתחוק דמאן לימא לן שכתוב בו הנפק לפי פ"א רש"י או שראוהו ב"ד בידו לפי פ"א התוס' ולכן שיעור דברי התוס' כף הוא דכמו שיוצא אחר חתום שטרות איירי ודאי שהשטר והסמפון ביד המלוה באופן דקשר משום דלא למיפסל משום אבע"ל קלת' כמו כן יוצא מתחת ידי שלישי איירי ג"כ שהשטר והסמפון יוצא מתחת ידו ובאמתחוק דלא שייך בו אי בעי קלת': שם ד"ה ויוצא מנה על מנה.

מכאן למתחייב: ולפענ"ד לכאורה אין זה ראיה דהא האי על מנה דקאמר היינו אותו שהוציא בהלואה א"נ האי יוציא מנה דקאמר ג"כ דרף הלואה קאמר דהרי עכ"פ צריף להלוות עוד מנה ליציאותיו עד שישלם לו הלואה ואפשר דפשיטא דלשון יוצא מנה לא שייך רק היכא דאינם חוזרים לו: פ"ק רביעי שם דף ל"ב ע"א במתניתין הטומאות והטהרות: צ"ב למה תשיב טומאות וטהרות דוקא בבבא זו גבי ד"מ ולא בבבות הקודמות: שם ברש"י ד"ה ודיני נפשות מטיין.

וכש"כ שְׁאָר דִּינֵי מְמוֹנוֹת: הָרִ"ן הַקְּשָׁה דְּאִיָּה אֶפְשָׁר לְאוּקְמָא כְּלָל בְּד"מ דְּהָא לָא מִשְׁפַּחַת לְעוֹלָם הַטְּיָה לְשָׁנִים דְּאִי דְג' מְסַפִּימִין לְדַעַת א' אוּ דְמַטִּין עַפ"י אֶחָד פִּינֵן דְג' דִּינֵינִים מִן הַתּוֹרָה הוּא. וּלְפַעַנ"ד לָא זְכִיתִי לְהַבִּין קוּשְׁיָתוֹ דַּא"כ גַּם לְגַבֵּי דַנ"פ לָא מִשְׁפַּחַת כְּלָל שְׁיָהִיָּה הַטְּיָה ע"פ שָׁנִים דְּהָא כ"ג בְּעֵינֵן.

אָכּוּ בְּאַמַּת כְּבָר הַקְּשָׁה פּוּ בְּגַמְרָא לְעֵיל (דָּף י"ז ע"א) וְתִירֵץ ר' אַבְהוּ אִי אַתָּה מוֹצֵא אֶלָּא בְּמוֹסִיפִין וְדָבְרֵי הַפֶּל כו' עֵינֵן שָׁם וְזֶה שְׁיָיָה ג"כ לְעֵנֵן ד"מ דְּהָא גַּם גַּבֵּי מוֹסִיפִין פְּדָאֲמֵרִינֵן לְעֵיל (דָּף כ"ט ע"א) וְלָכֵן שְׁפִיר הִוְצֵרָה רַש"י לְטַעְמָא דְשְׁפִיר הָוֵי מְצִינֵן לְאוּקְמָא לָא תִהְיֶה אַחֲרֵי רַבִּים גַּם לְעֵנֵן ד"מ.

וְהַמְהַרְשָׁ"א הַקְּשָׁה עַל תִּירוּץ רַש"י תִּיפּוּק לֵיה דְבַד"מ לָא מִשְׁפַּחַת זְכוּת וְחוּבָה כְּלָל דְזְכוּת לְזֶה הוּא חוּב לְזֶה. וְכַמ"ש הַתּוֹס' לְעֵיל בַּפ"ק וּבְזֶה י"ל פִּינֵן דְּנִדְאִי דְלְעֵנֵן שׁוּה"נ שְׁפִיר מְצָרְכִינֵן קָרָא דְלָא תִטָּה דְשָׁם הוּא רַק חוּב וְלֹא זְכוּת וְלָכֵן פִּינֵן דְבַלֵּא"ה מְצָרְכִינֵן קָרָא דְלָא תִטָּה כְּתַב רַש"י אֶשְׁאָר דִּינֵי מְמוֹנוֹת הַטַּעַם הַיּוֹתֵר פְּשׁוּט דְאֶטְעַם דְמָה שְׁהוּא חוּב לְזֶה הוּא זְכוּת לְזֶה אֶפְתִּי הֵייתִי יָכוֹל לְהַשִּׁיב ע"פ מַש"כ הָרִ"ן בְּסוּגִין וּבְשָׁלְמָא נְמִי בְּד"מ דְהַפֶּל מְלַמְדִין זְכוּת כו' וְאֶעֱפ"י שְׁזָכוּתוֹ שָׁל נִתְבָּע יוֹתֵר חָשׁוּב שְׁהוּא הַמְחֻזָּק וְהַמוֹצֵא מִחֻבְרֵי עֲלִיו הִרְאָה מ"מ לָא עֲדִיף פְּלוּי הָאִי שְׁלֵא יוּכְלוּ לְלַמּוֹד זְכוּת וְחוּבָה לְאִיזוּ שְׁיָרְצָה עַכ"ל.

הָרִי שְׁיֵשׁ סְבָרָא לְחַלֵּק גַּם בְּד"מ לְעֵנֵן זְכוּת וְחוּבָה וְא"כ שְׁפִיר הֵייתִי יָכוֹל לְאוּקְמָא קָרָא דְלָרְעוּת אַד"מ שְׁלֵא לְחַיִּיב הַנִּתְבָּע ע"פ הַטְּיָיִת א' וְקָרָא דְאַחֲרֵי רַבִּים לְהַטּוֹת לְבַטֵּל תְּבִיעַת הַתּוֹבֵעַ וְלִפְטוֹר הַנִּתְבָּע ע"פ א' וְלָכֵן כְּתַב רַש"י הַטַּעַם הַיּוֹתֵר מְבֹאָר דַּכ"ש הוּא מְשׁוּה"נ שָׁם ד"ה חֵיִישֵׁינֵן שְׁמָא אַחֲרוּהוּ.

וְהֵיא עֲצָה טוֹבָה קַמ"ל: עֵינֵן בְּהַרְשָׁ"א שְׁפִי לִידֵי חֲשֵׁשׁ הַנְּזָמָה דְהָא הַנְּזָמָה לִיכָא שְׁמָא אַחֲרוּהוּ וְכַתְבוּהוּ. וְלַעֲנַד"נ לְפָרֵשׁ דְּנִדְאִי הַנְּזָמָה מִמֶּשׁ מִשְׁפַּחַת ע"פ מַש"כ הַרְמַב"ם (פ"ט מַה' עֲדוּת) שְׁהִיכִי שְׁאָמְרוּ הָעֲדִים בְּפִי לָא אַחֲרָנוּ וְכַתְבוּהוּ וְהוֹזְמוּ דִין עֲדִים זוּמְמִין יֵשׁ לְהֵם א"כ שְׁפִיר שְׁיָיָה חֲשֵׁשׁ שְׁמָא יִשְׁאָלוּם אִם אַחֲרוּהוּ וְכַתְבוּהוּ בְּמָקוֹם א' אוּ אַחֲרֵי זְמַן הַפְּתוּב בְּשִׁטְרָה וְהֵם לָא יִרְעוּ לְדַבּוּרָם קָמָא וְיִאֲמְרוּ לָא וְאַח"כ יִזוּמוּ.

וְא"ל א"כ מַאי פְּרִיָּה בְּש"ס וְאִי ס"ד בְּעֵינֵן דו"ח כו' דְּהָא אִיכָא נַפ"מ הִיכָא דְאָמְרוּ עֲדִים שְׁלֵא אַחֲרוּהוּ דַמ"מ אִי חֵיִישֵׁינֵן לְהַכְחָשָׁה דְבְּדִיקָה גַּם בְּלֹא טַעְנוּ הָעֲדִים שְׁלֵא אַחֲרוּהוּ לָא הָוֵי לָן לִיחֻוּשׁ לְזֶה וְאֶדְרַבָּה מְזָה רְאָיָה לְדַעַת הַרְמַב"ם מְדַפְרִיָּה בְּגַמְרָא וְאִי ס"ד כו' הִיכִי חֵיִישֵׁינֵן וְלָא פְּרִיָּה בְּקִיצוֹר לְמַאי נַפ"מ כְּלָל בְּדו"ח דְגַם אִי הִוְכַחְשׁוּ אוּ הוֹזְמוּ יֵשׁ לָנוּ לּוֹמֵר שְׁמָא אַחֲרוּהוּ אֶלָּא ע"כ הִיכִי דְאָמְרֵי הָעֲדִים בְּפִי לָא חֵיִישֵׁינֵן שְׁמָא אַחֲרוּהוּ וְלָכֵן שְׁפִיר נִפְקָא מִיָּנָה הִיכִי דְהָעִידוּ עַל פֶּה וְלֹא ע"י שְׁטֵר אוּ שְׁאָמְרוּ בְּפִי שְׁלֵא אַחֲרוּ לְכַתְּבָה הַשְּׁטֵר: שָׁם בַּא"ד.

שְׁלֵא יְבִיאוּהוּ לִידֵי הַנְּזָמָה: לְפִי מַה שְׁפִי הַתּוֹס' בְּגִיטִין (דָּף פ') שָׁם דְמַהֲיָנִי לְשִׁילִי יְכוּלִים לְבוֹא בְּיוֹם א' לָא שְׁיָיָה בְּזֶה חֲשֵׁשׁ הַנְּזָמָה וְצ"ל דְעֲצָה טוֹבָה הוּא שְׁלֵא יִשְׁקְרוּ: שָׁם ד"ה דְלָא שְׁכִיחֵי אִינְשֵׁי.

דלא מרעי לשטרנייהו שהפל מרגנין אחריו: לכאורה צ"ב דלמה לא נחוש דלמא המלנה היתה באמת בשנת השמטה וא"כ למה לא נאמר שמא אחרוהו דמה הנה להם לעשות דגם אי יכתבו יום ההלואה באמת ג"כ הוא בשנת השמטה וג"כ איפא רנון ואי יכתבו יום שקודם שנת השמטה מתיראים שמא ישמע בב"ד דשטר מוקדם הוא ויפסידו אותו ממנו ולכן נראה דהפ"י הוא דלא מרעי לשטרנייהו לכתוב מאחר פנין דבלא"ה איפא רינון על שטר זה משום ההלואה דשמטה לכן אין מוסיפין עוד ריעותא שלא לכתוב יום ההלואה באמת: שם בתוספת ד"ה אחד דיני ממונות.

אע"ג דשיון בחקירה: ועיין לעיל (דף ב' ע"ב) דהניחו התוס' (שם בד"ה דברי הפל) קושיא זו בצ"ע. ונלענ"ד לתרץ דלכאורה קשה דלפי מה שהוכיחו שם דלר"א ור"י אחי משפט א' יהיה לכם גם להשוות דיני ממונות להדדי א"כ ל"ל למילף הכא במתניתן דיני ממונות מדיני נפשות תיפוק ליה דבד"מ גופא פתיב דרישה וחקירה גבי עדים זוממין דמזון כמש"כ התוס' לעיל (דף ג' סע"א) בד"ה שנגאמר וכיון דידעינו פן בחד דין ממון לפינן פוליהו ממשפט א' יהיה לכם.

ועוד קשה אי משפט א' קאי ג"כ להשוות הדינים גופא להדדי ל"ל לקמן (דף מ' ע"ב) למילף נחנקין בק"ו וכן נשרפים תיפוק ליה ממשפט א' דהוקשוו כל דיני נפשות להדדי. ונלענ"ד דנדאי דמשפט א' אחי ג"כ להשוות דינים גופייהו והיינו אי מצינו דין א' גבי א' מדיני ממונות ודין זה נוהג בכל דיני נפשות בזה אמרינו שפיר משפט א' יהיה לכם דכמו דלא חלקת בדין זה בין א' מדיני נפשות לאחרינא אלא נוהג בכליהו כמו כן לא תחלוק בין א' מדיני ממונות לאחרינא ונוהג ג"כ בכליהו וזהו הדמיון שכתבו התוס' לעיל לר' אבהו ור"י לענין דבעינן ג' מומחין דכמו דלא חלקת בדיני נפשות דבכוליהו בעינן לפחות כ"ג מומחין כמו כן לא תחלוק בד"מ וכמו דגלה התורה דבעינן ג' מומחין גבי גזילות נחבלות כמו כן בעינן בכליהו וזהו הדמיון ג"כ לענין דרישה וחקירה כמו דבעינן דו"ח בכל דנ"פ ולא תחלוק בין אותן דכתיב בהו לאותן דלא פתיב בהו כמו כן לא תחלוק בד"מ וא"כ לא אתיא משפט א' אלא להורות דכמו דכל דנ"פ יש להם דין א' פן כל ד"מ אבל לא שילפינו דנ"פ או ד"מ מהדדי וגם לא שילפינו אחד מאידך לענין דבר שלא הונכר אצלו פלל ובזה מתרצים קושיות הג"ל גם מה שהקשו התוס' עוד לעיל בד"ה דברי הפל דלר"א ור"י גז"ש דהיטב ל"ל.

עיין שם: שם בא"ד. לענין מילי דתלו בזכות וחובה: עיין ב"ר"ן שהקשה על זה דאפתי גילף הא דמתחילין מן הצד לענין ד"מ.

ולפענ"ד לק"מ דזה תלוי ג"כ בזכות וחובה לפי מה שכתב רש"י לקמן (דף ל"ו ע"א) בד"ה לא תענה הלכך לא מתחילין מיניה דלמא חזי ליה חובה ולא פלגינן עלה עכ"ל. הרי דלא חיישינן רק דלמא יסכימו עמו לחובה ולא משום שמא יסכימו עמו ולא ידונו לפי דעתם ואנן דעתם בעינן וכיון דאין הטעם רק שמא יסכימו לחובה א"כ הטעם דחיישינן לזה הוא משום והצילו העדה וזה לא שייך בד"מ: שם ד"ה חיישינן.

וא"ת מאי איירא משום דאחרוהו: ופי' מהרש"א דקושיתם היא דע"כ הבריייתא דקאמר שמא אחרוהו לא פנונה לזה דא"כ מאי רבותא משמטה ע"ש. אף דלפ"ז אפתי יקשה דלמא לכך לא קאמר הבריייתא הכי לאשמעינן דאפילו בשמטה חיישינן שמא אחרוהו

ואי הוי נקוט בכה"ג שהקשו התוס' לא הוי שביעית רבותא פלל אכן י"ל דזה באמת
קושית התוס' פיון דג"כ ס"ל דהוי בכה"ג והשטר פשר א"כ מאי רבותא דשביעית דגם
אי לא הוי חיישינן לשמא אחרוהו מ"מ הוי פשר דשמא נעשה בכה"ג שהקשו התוס'.

ומה שהקשו התוס' על רש"י פתבתי יישוב לשיטתו בחידושי לר"ה דף ב'. עיין שם: שם
ע"ב בגמרא טעו לא ישלמו: הר"ן הקשה על פירש"י ופי' דהקושא היא אהא דחיישינן
לנעילת דלת בפני לווין.

ואזיל בזה לשיטתו דכן פי' גם לעיל (דף ג' ע"א) דמקשה בגמ' שם ג"כ הכי ורש"י פי'
גם שם פי' אחר ומה שהקשה על פי' רש"י י"ל דמה שהקשה הא שייך תשלומין בדבר
שאינו נוגע לדרישה נחקירה פלל י"ל דהא לא חיישינן ואמרינן בכ"מ דטעו ישלמו ולא
מחלקינן בין טעות שאפשר שיבונר ע"י דו"ס לאפשר לא יבונר.

גם מה שהקשה עוד איך שייך קושא זו דוקא אפירויז ר"ח בלא ר"ח יקשו ליה אמתניתן
ובריייתא פן דמכשירין שטר מאןחר גם בזה י"ל שתיירז רש"י במתק לשונו במה שכתב
דדלמא אי שבקת להו כו' דהיינו דאמתניתן ובריייתא נדאי לא מצינו לכתוב לכתחלה
מאןחרין רק אי איבע פן פשר ולכן י"ל דהב"ד הנה להם לבדוק בד"וח אם נסתפקו
בדבר ולכן אתי שפיר דישלמו אם טעו אבל לבתר דתיירז ר"ח משום נעילת דלת א"כ
תקנתא הוא שלא לבדוק פלל וכינו דאנן לא שבקינן לבדוק בד"וח שפיר פריז אלא
מעשה טעו לא ישלמו: שם אחר ר' יהושע לגולה: נראה דזה ר"י הוא ריב"ק דהרי כבר
קתני אחר ר"י לפקיעין אבל ר' יהושע ב"ק שהיה בן ר"ע כמ"ש התוס' במ"א זה הנה
אחר חורבן דגם ר"ע חי' עוד אחר החורבן וכדאמרינן (במגלה דף כ"ח) שאל רבי את
ריב"ק וע' בתוס' שבת (דף ק"ד ע"א): שם אחר חכמים ללשפת הגזית: צ"ע למה תני
בסוף לשפת הגזית הא זה הנה קודם לכל התנאים פאשר עוד הי' סנהדרי גדולה במקומה
וגם למה צריז לילף זה מצדק צדק הא קרא פתיב וקמת ועלית אל המקום ודחוק לומר
דאתי למצוה לדון אצל סנהדרי גדולה אפילו פשיש סנהדרי קטנה במקומה: שם והא
חמסינן להו: י"ל דהא בפירוש אמרינן לקמן במתניתן דמאיימין על עדי נפשות שלא
יעידו שקר כדאמרינן שדמו ודם זרעיותיו תלויין בו הרי דלא חיישינן לחסימה ואין
לומר דחסימה לא שייך רק היכי שכבר העידו העדים פי אם אז נראה להם שמסופקים
אנחנו באמת עדותם בזה שייך חשש חסימה אבל לא פשעדיין לא העידו פי אין זה
חשד רק התראה בעלמא ולכן לקמן דאייירי שמאיימין קודם שהעידו לא שייך חסימה
אבל הכא דאייירי לאחר שהעידו שפיר שייך דא"כ מאי פריז מהא דרשב"א דמסיעין את
העדים דמייירי ג"כ קודם שהעידו כמו שפירש רש"י ובלשלא לפי מה שפירש רש"י
בסוטה דרשב"א איירי בשכבר העידו ובאין לחקור אותן בד"וח פריז שפיר אבל
לפירושו פאן קשה.

וי"ל דהש"ס סברה דארף דלענן חשש דחסימה ע"י חשד מחלקינן בין קודם שהעידו
לאחר שהעידו לענן חשש דחסימה ע"י יגיעה שמייגעין העדים אין לחלק בזה: שם
ברש"י ד"ה והא קא חמסינן.

ויחזרו בהן בתוך פדי דיבור: מדכתב הכי אלמא ס"ל דבעינו שתהא פתיחה זו מועלת
ודלא פהתוס' וא"כ לכאורה קשה איך מאמינן להו אם יחזרו בעדותן והא עושין עצמן

רשעים באגמם שהעידו שקר ואין אדם משים עצמו רשע ובמכות (דף ג' ע"א) אהא דאמרין שם העדנו והוזמנו פתב רש"י גופא דאין זה מרשיע את עצמו פנין דאין אומרים רק דהרשיעום ב"ד וזה לא שייך הקא.

גם מש"כ הריטב"א שם אהא דאומר עדות שקר העדתי דלא מקרי זה אין אדם משים עצמו רשע דפלגינן דבורא ומאמינים לו לענן ממון לא שייך פאן דהא הקא לענן עדות נפשות איירי ואיך שייך בזה פלגינן דבורא.

וי"ל פנין דמבטלים עדותם תוף כדי דבור לא מקרי רשעות פלל מה שהעידו תחלה עדות שקר דלא נקרא עליו שם עדות פלל מאחר שמבטלים אותו: שם בתוספת ד"ה הכי אמר להו. הא מי יזמר פדאמריתו טפי מתוף כדי דבור: היינו לפי מ"ד בב"ק (דף צ"ג ע"ב) ובשאר דוכתי דשאלת שלום דרב לתלמיד הוא שיעור של כדי דבור דלמ"ד שם כדי שאלת תלמיד לרב דהינו שיאמר שלום עליה רבי ומורי מי יזמר לא הוי יותר כדי דבור או אפשר דהתוס' סברי דמי יזמר לחוד לא סגי אלא צריכין למימר להו מהו החשד דהינו שפא בעצה באתם וכמ"ש רש"י וזה הוי יותר מדי דבור: שם דף ל"ג ע"א בגמרא ר"ח אמר פאן שנטל ונתן: א"ל לפי מש"כ התוס' בד"ה השתא דר"ט ע"כ לא האכילו בינדים לפלבים וכן פתב רש"י א"כ למה מקשה דוקא לר"ש מתנייתן דבכורות גם לר"ח יקשה פן פנין דלדידיה בלא נשא ונתן בידי הדין חוזר וא"כ לימא ר"ע לר"ט טועה אתה והדין חוזר פנין דלא נתת בידי וכמו שהוכיח הרא"ש בשמעתין מפת קושיא זו נגד פירוש הרי"ף מדלא מקשה בגמרא אר"י ור"נ פן.

וי"ל דבשלמא הרא"ש הוכיח שפיר דלמה נטר המקשן להקשות עד תירוצי ר"ש ולא מקשה אתירוצי ר"נ ור"י המוקדמין אבל השתא שתיירץ חזא ועוד קאמר א"ש דלא מקשה אר"ח דגם עליו שייך תירוצי זה.

ועוד י"ל דאר"ח לא היה יכול להקשות פן דהוי קשה פקושית הגמרא הרי האכילה לכלבים וליתא דתייהדר דבזה לא שייך פתירוצי הגמרא דזה שייך דוקא לענן טעה בדבר משנה ותירוצי ראשון נראה עיקר: שם פאן שלא נטל ונשא בידי: לכאורה קשה לפ"ז איך בעי לאוקמא שם בבכורות (דף כ"ח) מתנייתן דדן את הדין כר"מ דאיירי בלא נטל ונתן בידי דא"כ קושית הגמרא דכאן במקומה עומדת דקשה מתנייתן דשם אמתנייתן דהא דהא לפי אוקימתא זו מתנייתן דשם איירי בלא נטל ונתן בידי.

ואי לפי האוקימתא שם סבר המקשן אחד משאר תירוצי הגמרא דכאן גם לפי האמת נימא פן ולמה מתירץ ר"ח תירוצי אחר וצ"ל דסוגית הגמרא שם באמת לא אתיא אליביה דר"ח רק אליבא דא' משאר אמוראי דשמעתין: שם בתוספת ד"ה מה שעשה.

וא"ת למאי דס"ד בפךק עד פמה: ובבכורות שם הקשו התוספת דאפתי תנו סתמא דבכור שנשחט ע"פ חכם כר"מ דלענן זה לא שייך תירוצי הגמרא דנתן ונשא בידי ע"ש שהניחו בתימה ולפ"ז י"ל דחזא קושיא מתורצת בתברתה.

דלכאורה י"ל למה דחק הגמרא לאוקמא סתם מתנייתן דשם דלא כר"מ עד דמקשה לימא תנו סתמא הא אמרינן לקמן (דף כ"ג) דסתם מתנייתן ר"מ וגם פבר אשפחין סתמא כר"מ פמבנאר בב"ק שם.

אָבֵל י"ל דְקַנְשֵׁיט הַגְמָרָא שָׁם הִיא בְּאַמְת קַנְשֵׁיט הַתּוֹס' דְכָאן דְאִיף אֶפְשָׁר לְאֻקְמָא כּר"מ
הָא לר"מ לָא מְשַׁכַּחַת כְּלָל דְטִיְהָר אֶת הַטְמָא מֵהַ שְׁעֵשָׂה עֲשׂוּי וְהִינּוּ דְמִקְשָׁה שָׁם לִימָא
תְּנֵן סְתָמָא כּר"מ לְעֵנֵן דִּינָא דְגְרָמִי וְהָרִי מִתְּנִיתָן ע"כ לָא אֶתְיָא כְּוֹנִתָּהּ וְלָכֵן לָא מִקְשָׁה
אֶרִישָׁא דְמִתְּנִיתָן אֶבְכוּר דְבָזָה בְּאַמְת י"ל דְאֶתְיָא כּר"מ: [שָׁם בּא"ד.

וּי"ל פִּינֵן דְעֵל פִּי חָכָם: הַט"ז בִּי"ד (סִי' צ"ט) כְּתִב לְהִבִּיא רְאִיָּה מֵהַתּוֹס' דְבְּכוּרוֹת (דָּף
כ"ג) דְאֶפִּילוּ לְמ"ד קְנָסִינֵן שׁוּגָג אִטּוּ מְזִיד מוֹדָה בְּאוֹמֵר שְׁמִינְתָּר לְבַטֵּל שְׁזָה עֲדִיף מְשׁוּגָג
וּמִתָּר ע"ש. אָכֵן לְפִי הַנְרָאָה מֵהַתּוֹס' שָׁם לָא כְּתִבוּ רַק דְדִינֵנוּ כְּשׁוּגָג וְלֹא דְעֲדִיף מִינְיָה
וְצָרִיכִים לְאַשְׁמַעֵינֵן כֵּן מְשׁוּם דְאִיפָּא מ"ד דְאוֹמֵר מְוִתָּר קְרוּב לְמִזִּיד הוּא (בְּפָרָק ב'
דְּמַפּוֹת) אָבֵל לָא דְעֲדִיף מִינְיָה.

אָכֵן מִדְּבָרֵי תּוֹס' דְכָאן לְכַאוּרָה יֵשׁ רְאִיָּה לְדְבָרֵי דְהִיכִי דְהִתִּיר לוֹ חָכָם וְעֵשָׂה ג"כ ע"פ
חָכָם דְמִי קִצָּת לְאוֹמֵר מְוִתָּר: שָׁם ד"ה פָּאן בְּמִוּמָחָה. אִמָּאִי לָא הָנִי חוּזָר: פִּי' אִמָּאִי לָא
הָנִי חוּזָר וְיִפְטָר מְלִשְׁלָם וְלָמָּה חִיָּיְבוּ ר"י לְשִׁלְּמָם בְּלֹא קָבֵל דְמִדְלָא חוּזָר לְחוּד לָא יִקְשָׁה
דְהָא אֶפְשָׁר לְאֻקְמָא בְּאִין שָׁם גְּדוּל מְמַנּוּ שְׁמַחְזִיר דְבָרֵי דְמָה שְׁחִיָּיְבוּ ר"י לְשִׁלְּמָם זָה לָא
מִקְרִי מִחְזִיר דְבָרֵי דַאל"כ יִקְשָׁה גַם לר"נ וּר"י מֵהַ שְׁהַקְשָׁה בְּש"ס לְקַמֵּן לר"ש מִמִּתְּנִיתָן
דְהִלְכָה חִמּוּרָף טְרַפּוֹן וְכִמוּ שְׁהַקְשָׁה הַמְהַרְשָׁא אֶלָּא ע"כ דִּישׁ שָׁם גְּדוּל שְׁמַחְזִיר דְבָרֵי
לָא אִינְרִי רַק הִיכִי שְׁבִיטֵל הַדִּין אָבֵל אִי הוּרָה לוֹ רַק שְׁטַעָה וְלֹא בִיטֵל הַדִּין בְּפִנֵי בְעֵלֵי
דִּינִים לָא: שָׁם הַשְׁתָּא נְמִי.

נִימָא פִּינֵן דְאֵלוּ לָא עֲרָבֵן הָנִי הַדָּר: לְכַאוּרָה קִשָׁה הָא לָא אֶמְרִינֵן דְהָנִי הַדָּר אֶלָּא מְשׁוּם
דְטוּעָה בְּדָבָר מְשֻׁנָּה חוּזָר דְהָא מְדָלָא אֶמֶר ר"ע הִכִּי רְצָתָה הַגְמָרָא לְהוֹכִיחַ דְטוּעָה בְּדָבָר
מְשֻׁנָּה אִינוּ חוּזָר וְהָרִי מִתְּנִיתָן דְשָׁם אוֹקִי ר"ש בְּטַעָה בְּשִׁיקוּל הַדְּעַת וּבָזָה לָא הָנִי הַדָּר
וּמָה שְׁיִיף לְהַקְשׁוֹת כֵּן.

אָכֵן לְק"מ דְנֻדָּאִי בְּש"ס קְאָמְרִינֵן שְׁפִיר בְּאַסֵּר אֶת הַמְוִתָּר בְּטַעָה בְּשִׁיקוּל הַדְּעַת לָא חוּזָר
דִּינָא רַק נִשְׂאָר בְּאִיסוּרוֹ אָבֵל שָׁם בְּטִיְהָר אֶת הַטְמָא וְנָדָאִי גַם בְּטַעָה בְּשִׁיקוּל הַדְּעַת חוּזָר
הַדִּין דְנֻדָּאִי לָא נִטְהָר אֶת הַטְמָא מִפְּנֵי שְׁטִיְהָר זָה בְּטַעוֹת וְהָרִי מְטַעֵם זָה צָרִיכִים הַתּוֹס'
לְעֵיל לְאֻקְמָא בְּעֵרָב עִם פִּירוּתֵי הַטְהוּרִים וְאֵהָא מִקְשׁוֹ שְׁפִיר פִּינֵן דְאֵלוּ עֲדִינֵן לָא עֵרָב
לָא אֶפְסָדָה מִידי דְהַדָּר הַדִּין וְנִשְׂאָרוּ הַפִּירוּת בְּטוּמְאַתָּן א"כ הַשְׁתָּא שְׁעֵרְבָם לוֹ לָאוּ מִידי
חָסְרָם: שָׁם בּא"ד.

וּי"ל דְסוּגָיָא דְהִכָּא כְּרַבְנֵן: לְכַאוּרָה קִשָׁה לְפ"ז מֵאִי פְרִיף בְּש"ס אר"ש לְמָה לָא אֶמֶר
ר"ע לר"ט טוּעָה בְּדָבָר מְשֻׁנָּה אֶתָּה וְדִלְמָא סָבַר ר"ע כּר"מ דְדָן דִּינָא דְגְרָמִי וּא"כ פִּינֵן
דְלִיכָא דְלִיְהַדָּר חִיָּיְב לְשִׁלְּמָם פִּינֵן דְגָרָם לוֹ הִיזְק ע"י שְׁאָסְרוּ וְעִינֵן בְּמַהֲרִי"ט שְׁפִירֵשׁ דְבָרֵי
הַתּוֹס' הִיטֵב.

אָכֵן זָה גַם לְפִי פִירוּשׁוֹ לָא אֶתְיָא שְׁפִיר וּמָזָה רְאִיָּה לְכַאוּרָה לְשִׁיטַת הָרִי"ף הִבִּיאָה גַם
הָר"ן בְּשְׁמַעְסוֹן דְדִינֵן דְטַעָה לָא דִּינִינֵן גְּבִיָּה דִּינָא דְגְרָמִי אֶפִּילוּ לר"מ פִּינֵן דְגְמִיר וְסָבִיר
א"כ מָה שְׁטַעָה לְבִיָּה אֲנָסִי' עִינֵן שָׁם.

דְלִפ"ז א"ש הָא דְפְרִיף לר"ש דְבִהָאִי גּוּנָא גַם ר"מ מוֹדָה דְלָא דִּינִינֵן דִּינָא דְגְרָמִי: שָׁם
ע"ב בְּגְמָרָא מְשׁוּם חוּבְתָא דְגוּאֵל הַדָּם קְטִלִינֵן לִיָּה לְהָאִי: אִין לְפָרֵשׁ דְלָכֵף לָא אֶמְרִינֵן

הכי פנין דחיובא דגואל הדם קילא טובא מחיובא דידיה דהקא ע"כ צ"ל פנין דכולהו י' דברים דחשיב במתניתן שפין דיני ממונות לדיני נפשות הטעם משום דבדנ"פ תליא בזכות וחובה מה שלא שניף בד"מ וכמ"ש התוס' ריש פירקן א"כ ע"כ חובה דגואל הדם לא דמי לחוב של רוצח דאל"כ ישנה דין רוצח לד"מ אבל מ"מ הקא בגמרא ע"כ הפירוש דמאי חזית לחייב זה שלא פדין פדי שלא לחייב הגואל הדם פדין דהא אם רצו להחזיר ע"כ דינדעו דטעו ולמה לא יחזירו לזכות את הזכאי ולחייב את החייב דאל"כ אפתי יקשה דלוקמא פגון שעדים העידו על אחד או ב' שעברו עבירה שחייבים עליה מיתה והוזמו ונגמר דינו למיתה ועתה ראו ב"ד שטעו פדין פגון באחד מן הדינים אם המזומים פסולים היו או לא שבתחלה סברו שאינם פסולים ועכשיו ידעו שפסולים הם ובזה קאמר שאין מחזירין דין העדים לזכות שהוא חיוב לאותן שהעידו עליו דאם אינם זוממין א"כ יעשה הדין בעוברי עבירה שנגמר על פיהם ובזה לא שניף קושית הגמרא דמשום חובתא דהאי קטלינו להאי דבהא בכה"ג דין חיובם שנה אלא ודאי פדאמרין דהקושית היא דלא נחייב את הזכאי שלא לחייב את החייב וזה שניף גם בכה"ג: שם טימא את הטהור דאגעי ביה שרץ: לכאורה קשה דאיף שניף זה לפי תירוץ רבינא גם לפי מאי דס"ד מעיקרא אליבא דר"ח דהיינו כמו שסובר סתם גמרא אליבא דזיפה את החייב מקרי נשא ונתן ביד פנין דא"ל פטור אתה ג"כ ע"כ צריף לאוקמא טימא את הטהור וטיהר את הטמא בכה"ג דמוקמא ליה רבינא וא"כ איף שניף זה דוקא לתירץ רבינא ובשלמא לענן טימא את הטהור שפיר י"ל דלפי אוקימתא דגמרא לא צריכא לאוקמיה בנגע ביה שרץ פנין דבטעה בשיקול הדעת איירי דאין הדין חוזר.

וא"כ האי טעמא גופא דאמרין לענן זיפה את החייב דמקרי נשא ונתן ביד פנין דמה שהפסידו הנה ע"י דבורו שפסק הדין משא"כ לענן חייב את הזכאי דההפסד בא ע"י הנתבע ששילם שלא פדין האי טעמא גופא שניף ג"כ לענן טימא את הטהור דהתם ג"כ בא ההפסד ע"י שהוא טימא לא יחזור עוד לטהרותו דבטעה בשיקול הדעת מה שעשה עשוי ולכן א"ש דישלם מביתו כמו שנטל ונתן ביד ולכן דוקא רבינא דרצה לתרץ לענן זיפה החייב דהפסד שפא ע"י דבורו לא מקרי נטל ונתן ביד ואוקי בנטל המשפון גם לענן טימא את הטהור צריף לאוקמא באגע ביה שרץ שהוא ג"כ ע"י מעשה ממש.

אבל אפתי קשה לענן טיהר את הטמא איף שניף זה לפי תירוץ רבינא דע"כ גם לפי אוקימתא קמייתא דר"ח צריף לאוקמא בעירבון הדנין עם פירותיו דאי בעירבון בעה"ב עם פירותיו וכמ"ש התוס' לפי ס"ד דמקשן דבכורות דמי זה ממש לחייב את הזכאי באמירה בעלמא ולא לקח מהנתבע לתת לתובע דלא מקרי נטו"נ ביד פנין דע"י דבורו לא בא ההפדש רק ע"י ששילם ואיהו דאפסיד אנפשיה וא"כ ה"נ ע"י שטיהר לא אפסדיה מידי רק איהו דאפסיד אנפשיה ע"י שעירבן עם פירות טהורות ולמה יתחייב הדנין לשלם אלא ע"כ דאסירי גם לפי אוקימתא דסתם גמרא אליבא דר"ח בעירבון הדנין עם פירותיו ואיף שניף זה דוקא לתירוץ רבינא ואפשר לומר דבאמת לא שניף זה לתירוץ רבינא רק הגמרא בתחלה מפרש האי דזיפה את החייב דתני במתניתן דבכורות ברישא עד דסלקי ליה בקושיתא ורבינא מתרץ לה דאיירי בנטל משפון ואח"כ מסיים ג"כ פירושא דאחרניא דתני במתניתן שם בבתרייתא.

אכן מה שיותר נראה בזה הוא ע"פ מה שנלע"ד לתרץ קושית התוס' לעיל ע"א בד"ה מה שעשה עשוי שהקשו דאיה שיהיה זה לגבי טיהר את הטמא ועוד אמאי משלם עיין שם. פיון דזה ברור מדלא הקשו התוס' ג"כ מטמא את הטהור דבזה אעפ"י שיזעונו בבירור שטעה מ"מ פיון שטעותו בשיקול הדעת הוא אזלינו להחמיר ונשאר בטומאתו פדיו חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר וכן מוכח ג"כ מהא דאמרין בגמרא לעיל דאי טעה בדבר משנה אינו חוזר אף אי הפרה שטיהר ר"ט בטעות לפנינו לא היתה מותרת עוד רק שהתוס' הקשו דזה נדאי שלא יועיל טעותו להקל לטהר את הטמא ידוע.

אכן לפ"ז אם ע"י שטיהר את הטמא יצא לנו חומרא מצד אחר נדאי דצריכין להחמיר פיון שהחכם החמיר אף שהיה בטעות וכמו בטמא את הטהור וצריכים לשמור בו חומרת הטהור וחומרת הטמא וכמו שהדין בכמה ספקים דמספק נחמיר חומרת ב' הצדדים וידוע מה דאמרין בכמה מקומות בש"ס דתרומה טהורה נתנה לאכילה וסיכה שהם הנאת הגוף ונקא ותרומה טמאה לשריפה וכן כתב גם הרמב"ם (ריש פי"א וריש פי"ב מה' תרומות) ולכן כתב שם דתרומה שנטמאת בספק לא אוכלים ולא שורפים אלא תהיה מונחת עד שתטמא טומאה נדאית ותשרף ע"ש.

ולפ"ז זה שטהר את התרומה טמאה שהיתה ראוי מקודם לכן להסיקה תחת תבשילו או אם היה שמן להדליק בו את הגר ע"י שטהר אותה אסר תשמישים אלו דאסורין בתרומה טהורה פיון שאינם הנאות גופניים פאכילה וסיכה וא"כ השתא שנודע שטעה לא יותר עוד לשריפה פיון שפבר אסר וכמו באסר את המותר פנ"ל וגם לאכילה אינו מותר פיון דבאמת טמא הוא וא"כ ע"כ צריך להניח אותה עד שתפסיד וכמו בגמרא מספק אם לא תטמא טומאה אחרת מעצמה וא"כ הפסיד לבטלים במה שטהר מה שהיתה שנה התרומה להדלקת הגר או להיסק וזה מה דקאמר במתניתין מה שעשה עשוי היינו דנשארה בטהרתה לחומרא ומאי דאפסיד ישלם מביתו פן היה הפירוש דמתניתין מקמי דאסיק דאיירי בנטו"נ ביז ומתורצים קושיות התוס' וא"כ לא צריכא לתירוץ דהגוי ס"ד דאיירי בעירבן בעה"ב ומתורצים בזה הג' קושיות שהקשו על תירוץ בזה בשמעתין הא' בד"ה מה שעשה והב' בד"ה השתא נמי והג' בד"ה שעירבן עם פירותיו וממילא מתורץ ג"כ הא דדוקא לתירוץ רבינא צריך לאוקמא טיהר את הטמא בעירבן עם פירותיו דלפי אוקמתא דסתם גמרא אליבא דר"ח בלא"ה א"ש דכמו בזיפה את החייב פיון דע"י דיבורו גרים ההפסד דינו פמו בנטו"נ ביז וחייב לשלם פמו כן ג"כ לענין טמא את הטהור וטיהר את הטמא דבשניהם הוא גרים ההפסד ע"י טעותו ולא ע"י הבטלים ולכן חייב לשלם פמו בנטו"נ ביז אבל לפי אוקמתא דרבינא דדיבור לא מקרי נטו"נ ביז אף שע"י נעשה ההפסד גם הא דטיהר את הטמא וטמא את הטהור צריך לאוקמא ע"י מעשה ממש ואתי שפיר: שם ת"ל צדיק אל תהרוג: לכאורה קשה פיון דע"כ מן הדין בלא שום קרא אמרינו דמתזירין בין לזכות בין לחובה.

דהא אמרינו הכא בד"מ בלא שום דרשה א"כ ל"ל קרא דנקי אל תהרוג שמחזירין לזכות מה"ת דלא יחזיר פיון דאפילו בד"מ מחזירין כש"כ דמחזירין לזכות להציל נפש ועוד מדאצטריך קרא דצדיק אל תהרוג שאין מחזירין לחובה ע"כ דלזכות מחזירין ול"ל קרא.

ואין לומר דאי לא הוי פתיב רק צדיק אל תהרוג לא הוי מוקמינו לנצטדק בדין אלא
אשלא חטא דהיינו נגמר דינו לחובה שמחזירין זכות אבל אפתי לא הוי ידעינו שאין
מחזירין לחובה פינו דבלא קרא מחזירין כמו בד"מ דזה אינו דע"כ לא מוקמינו להכי
דא"כ לא לכתוב גם צדיק אל תהרוג דהא בלא קרא ג"כ ידעינו שמחזירין וי"ל דאי לא
הוי פתיב רק צדיק אל תהרוג באמת הוי מוקמינו למחזירין לזכות וה"א באמת דבלא
קרא אין מחזירין פינו שפבר נפסק הדין וגם בד"מ אין מחזירין ולכן מצרכינו קרא
דמחזירין לזכות.

ולכן פתיב נקי ג"כ וא"כ צדיק ע"כ אחי להורות שאין מחזירין לחובה וכינו דמצרכינו
קרא להכי ע"כ מוכח דבלא קרא ה"א דמחזירין וכינו דאפילו לחובה מחזירין בדנ"פ
בלא קרא כש"כ דמחזירין בד"מ וא"ש דמצרכינו ב' קראי: שם מפי הרג תהרגנו: לרב
כהנא קרא דלא תחמול לא מותר הוא דנדרוש עוד לענו שמסית אין צריה התראה
לקמן (דף ס"ד ע"א) ולענו דברים אחרים ולרב שימי ב"א הרוג תהרגנו לא מותר
דסבר כמ"ד דברה תורה פלשון בנ"א.

ועיין מש"כ התוס' במנחות (דף י"ז ע"ב): שם אתיא רוצח רוצח אתיא רשע רשע: קשה
פינו דאין גז"ש למחצה א"כ למה ילפינו מגז"ש דוקא הך דינא דמחזירין לזכות ולא
לחובה ולא ג"כ לענו שאר דברים שפין ד"מ לדנ"פ שהונכרו במתניתין נהרי בגמרא לא
הונכרו זה רק לענו הך דינא.

ונלע"ד דגז"ש דרוצח ורשע לא שייך אלא לאחר גמר דין דגלות ודמלקות או לענו גמר
דין פי קודם שנגמר דינו לגלות או למלקות לא איקרי רוצח ולא רשע ולא נכלל זה ככל
בהגז"ש.

ולכן לענו שסותרין מחובה לזכות דהיינו אחר שפבר נעשה רוצח ורשע או שאין סותרין
מזכות לחובה דהיינו לגמור דינו לחובה ולעשותו רוצח ורשע זה שפיר ילפינו בגז"ש
דכמו שלא נעשה רשע לענו ד"נ אלא היכי דנגמר דינו מתחלה לחוב כמו כן לענו
מלקות אבל בכל הני דמתניתין שהם קודם גמר דין ולא שייכי כלל לענו רשע ורוצח
ואף דגומרין ביום וגומרים ביום של אחריו הוא ג"כ לענו גמר דין מכ"מ לא שייך בהו
גז"ש דרשע ורוצח דלענו גומרין ביום לא שייך פן דהא אפתי לא ידעינו אם יהיה זכאי
או חייב וכינו דלא איירינו מגמר דין דרוצח ודרשע לא שייך למילף פן בגז"ש.

ולענו גומרים ביום שלאחריו לחובה ג"כ ליכא למילף בגז"ש דהא עיקר דרשה גבי
דנ"פ גופא לא אתיא אלא מקרא דישעיהו ואיך שייך למילף זה בגז"ש ולכן א"ש דכל
הנהו דמתניתין לא ילפינו בגז"ש רק האי דמחזירין לזכות ולא לחובה.

ובזה א"ש ויתרצו כל קושיות התוס' בד"ה אתיא רשע רשע דסברא זו שאמרנו דלא
שייך מגז"ש דרשע ורוצח אלא מה שנוהג אחר גמר דין דוקא זה שייך דוקא אליבא
דרבא. וי"ל דסוגיא דגמרא דכאן אליבא קיימי אבל אביי דיליף לעיל (דף י') דמלקות
בכ"ג מגז"ש דרשע ע"כ דסובר דל"ד בעינו שיהיה רשע אלא פינו דאשכחן דחייב מלקות
מקרי רשע א"כ דין מלקות מקרי דין דרשע ולכן מה שקודם גמר דין ג"כ ילפינו בגז"ש
אליבא ולכן פליג רבא לעיל ויליף מלקות בכ"ג ממלקות תחת מיתה עומדת דלענו מה

שְׁקוּדָם גַּמ"ד לֹא יִלְיָף בַּגז"ש אֲבָל לְעֵנָן לְאַחַר גַּמ"ד ג"כ יִלְיָף גז"ש וְלִכְּנֹן לֹא קִשְׁיָא
אֲלִיבֵיהּ מִבְּרִייתָא דְכָאן וְגַם א"ש אֲלִיבֵיהּ הָא דִּילְפִינָן שְׁדִין עֲדִים זִוּמְמִין אִינוּן רַב אַחַר
שְׁנַגְמַר הַדִּין מַגז"ש זֹו בְּמַכּוֹת (דָּף ה') דְּבַה"ג מוֹדָה וְגַם הָא דְדַרְשִׁינָן בְּב"ק (דָּף פ"ו
ע"ב) מַגז"ש זֹו דְסוּמָא אִינוּן נִלְקָה וְאִינוּן נִהָרְג אֲתִי ג"כ שְׁפִיר אֲלִיבֵיהּ דְּהוּא לְאַחַר גְּמַר
דִּין.

אֲבָל בְּמַכּוֹת (דָּף ה' ע"א) לְעֵנָן אִין מְשַׁלְשִׁין בְּמַכּוֹת שְׁהוּא קוּדָם גַּמ"ד דְּהִינּוּ אִם נִגְמַר
דִּינוּ וְאֲכַתִּי לָאו רְשַׁע הוּא זֶה לֹא שְׁיָיָה לְמִילָף מַגז"ש לְרַבָּא וְלִכְּנֹן פְּלִיג שָׁם וְיִלְיָף מִפְּאַשְׁרָא
זָמַם וְכִינּוּן דְּלֵאבְיֵי יִלְפִינּוּ מְרֻשַׁע כָּל דִּינֵי מַלְקוֹת וְלְרַבָּא דְּוָקָא מַה שְׁהוּא לְאַחַר גְּמַר דִּין
שְׁאֵז נִקְרָא רְשַׁע בְּאַמְתָּא א"כ א"ש ג"כ מַה דְּפְלִיגֵי לְעֵנָן חֲזִיבֵי מַלְקוֹת שׁוּגְגִין דְּלֵאבְיֵי הָוִי
בְּכָלֵל גז"ש וְלְרַבָּא לֹא הָוִי בְּכָלֵל פִּינּוּן דְּלֵא נִקְרָא רְשַׁע בְּאַמְתָּא דְּשׁוּגְגֵי הוּא אֲבָל לְאֲבְיֵי
עַכ"פּ דִּין מַלְקוֹת הָוִי וְלִכְּנֹן שְׁפִיר מְצָרִיף רַבָּא שָׁם בְּכַתְּוֹבוֹת גז"ש דְּמַכָּה מַכָּה וְגַם ר"י
סָבָא בְּעֵינָן גז"ש דְּרְשַׁע וְרוֹצֵחַ פְּרָבָא וְגַם א"ש הָא דְּמְצָרְכִינּוּן פְּדִי רְשַׁעְתּוֹ וְלֹא יִלְפִינּוּ
בַּגז"ש דְּרְשַׁע דְּאֲלִיבָא דְּרַבָּא וּר' יוֹחָנָן אֲזֵלָא הַש"ס שָׁם וְכַמוֹ שְׁהוּא ג"כ לְפִי תִירוּץ
הַתּוֹס': שָׁם בֵּא' מִן הַתְּלִמִּידִי וְדַבְּרֵי הַפֶּל: קִשְׁיָה אִם הָוִי ד"ה מֵאֵן לִימָא לָן דְּלֵר' יוֹסִי בֵּר"י
תְּלִמִּיד אִינוּן מְלַמֵּד חוֹבָה פִּינּוּן דְּלִדְיָדִיָּה קִרָּא דְּלֵא יַעֲנֶה לְמוֹת גְּבִי עֲדִים פְּתִיב דְּהָא גַם
לְרַבְּנָן שְׁנֵי לָן בֵּין עֲדִים לְתִלְמִידִים.

וּי"ל דְּהַסְבְּרָא דְּמַסְלְקֵי רַבְּנָן הוּא מְשׁוּם נוֹגַע בְּעֲדוֹת וּבְזָה וְדֹאֵי יֵשׁ חִילּוּק בֵּין עֲדִים
לְתִלְמִידִים אֲבָל לֵר"י בֵּר"י פִּינּוּן דְּסוּבְּר דְּעֲדִים מְלַמְּדִין זְכוּת א"כ לִית לֵיהּ הָאִי סְבָרָא
דְּנוֹגַע וְא"כ הָא דֹאִין מְלַמְּדִין חוֹבָה ע"כ מְשׁוּם וְהַצִּילוּ הָעֲדִים דְּמַהֲדִירִין אֲזִכּוּתָא וּבְזָה
לִיפָא לְחַלְקָא בֵּין עַד לְתִלְמִיד דְּכִינּוּן דְּעַד אִין מְלַמֵּד ה"ה תְּלִמִּיד: שָׁם בְּתוֹסְפַת ד"ה שְׁעִירְבָן.

וְגַבִּי חֲכָם בְּעַל הוֹרָאָה אִין לְפִטְוֹר מְטַעֵם: עֵינָן בְּגִיטִין (דָּף נ"ג) שְׁפַתְּבוּ הַתּוֹס' טַעַם אַחַר
בְּזָה דְּמַסְתְּמָא אַחֲרִים הוֹדִיעוּ לּוֹ טַעֲוֹתוֹ וְלֹא שְׁיָיָה בְּזָה פְּדִי שְׁיִוְדִיעוּהוּ: שָׁם ד"ה אֲתֵיָא
רְשַׁע. וּי"ל דְּרַבָּא אִית לֵיהּ גז"ש: עֵינָן בְּמַהֲרָם וּבְמַכ"ה נְעַלְמוּ מִפְּנֵי דְּבְרֵי הַתּוֹס' בְּב"ק
(דָּף פ"ו ע"ב) דְּשָׁם הִקְשׁוּ הֵם גּוּפָא קוֹשְׁיָתוֹ וְלֹא תִירְצוּ פְּתִירוּצוֹ: שָׁם בְּד"ה טַעֲוָה בְּנוֹאֵף.

אוּ שְׁיִתִּיר עֲצָמוֹ לְמִיתָה: צ"ע דְּאִיף שְׁיָיָה חֲזָרָה לְחוּב בְּזָה דְּהָא בְּאַמְתָּא בְּעֵנָן שְׁיִתִּיר עֲצָמוֹ
לְמִיתָה לְקַמּוֹ (דָּף מ"א) וְלִיפָא מֵאֵן דְּפְלִיג וְאֲפָשֵׁר דְּבַחְבֵּר קַמְיָרִי דְּלֵא בְּעֵי שְׁיִתִּיר עֲצָמוֹ
לְמִיתָה כַּמ"ש הַתּוֹס' שָׁם: שָׁם בֵּא"ד.

וּי"ל דְּמַבְעֵי לֵיהּ: לְפִי זֶה הָא דְּקֶאֱמַר בְּגַמְרָא ה"ד אִין חוֹזְרִין וּמְפָרֵשׁ בְּשִׁלָּא פְּדִרְפָּה ה"ה
דְּהוּי מְצִי לְפָרֵשׁ ג"כ בְּכַה"ג שְׁהַקְשׁוּ הַתּוֹסְפַת אֲלֵא דְּרַצָּה לְפָרֵשׁ טַעֲוֹת שְׁהוּא מְשׁוּם גּוּף
הַדְּבָר שְׁחָטָא בָּהּ וְלֹא מַה שְׁשִׁיף לְעֵנָן עוֹנֵשׁ דְּוָקָא.

וּבְזָה אֲתִי שְׁפִיר מַה שְׁקִשְׁיָה לְכַאוּרָה אֲתִירוּץ הָר"ן שְׁתִּירֵץ עַל קוֹשְׁיַת הַתּוֹס' לְקַמּוֹ בְּד"ה
שְׁטַעוּ דְּדוּקָא לְעֵנָן שְׁלֵא פְּדִרְפָּה בֵּא"א לֹא מוֹדוּ הַצְּדוּקִים מְדַכְּתִיב לֹא תַתֵּן שְׁכַבְתָּהּ לְזַרְע
ע"ש. וּלְפ"ז אֲכַתִּי יִקְשֶׁה קוֹשְׁיַת הַגְּמָרָא ה"ד שְׁלֵא פְּדִרְפָּה לְעֵנָן שְׁאָר עֲרִיּוֹת דְּהָא אִין
מְחִזְרִין לְחוּבָה סְתָמָא קַתְּנִי בְּמַתְנִיתוֹן וְכוּלֵי עֲרִיּוֹת נְמִי בְּמִשְׁמַע.

אֲכֹן לְפִי הַנְּ"ל א"ש דְּהָא מְשַׁכַּחַת בְּכַה"ג שְׁפַתְּבוּ הַתּוֹס': שָׁם ד"ה אַחַד מִן הַתְּלִמוּדִים.
תִּימָה כו' נִהְדַּר אֲמַר טַעֲמָא: בְּיִישׁוּב קוֹשְׁיַת הַתּוֹס' י"ל ע"פ מַה שְׁפִירֵשׁ רַש"י לְעֵיל (דָּף

י"ז) כי לפענ"ד לא פירש פפירוש התוס' דכאן דכתיב שם בד"ה ואי אמר טעמא דמראה פנים לזכות וחובה ומשום הכי מספקא ליה עכ"ל.

ונהרי לפי פירוש התוס' בהאי אי אמר טעמא הפירוש דחזר מספקי נרצה להחליט לזכות או לחובה. ולכן נראה דרש"י סבר כה פירוש הגמ' דזה מבוואר משמעתי דלקמן דהמזפין וכן המסייבין צריכין ליתן טעם לדברייהם דשנים שאין להם אלא טעם אחד לא יחשבו אלא לאחד למנין הדיינים והנה אינו יודע שייה ג"כ בטעם ובלא טעם בטעם שמראה פנים לזכות ולחוב ושקולים אצלו הסברות ובלא טעם היינו שלא ידע טעם לחייב או לזכות ומשום הכי אמר אינו יודע והיינו דקאמר הש"ס שם מ"ד האי דקאמר א"י כמאן דאיתא דמי דהיינו כשאמר א"י והוסיפו שנים ה"א דהאי דאמר א"י נחשב ג"כ למנין הדיינים לענין שאם רצה ליתן טעם למה אמר א"י דהיינו שרצה להסביר פנים לזכות וחובה שמענין מיניה כמו טעם המזפין והמסייבים וא"כ הוא דין כשאמר הדיינים ולא הוי בתחלת הדין ב"ד שקול רק בגמר דין קמ"ל ר"א דאי אמר טעמא למה אמר א"י לא שמענין מיניה דנחשב כמאן דליתא ולכן בתחלת הדין ג"כ הוי כב"ד שקול וזה קמ"ל ר"א דאין שומעין את טעמו כמו טעם האחרים וקרוב לזה פירש ג"כ המהרש"א עיין שם.

ולפ"ז לא שמענין מהתם אלא שאין שואלין לטעם מי שאמר איני יודע אבל אם רצה לחזור ולהחליט לזכות או לחיוב זה נדאי יכול כמו תלמיד דהכא. ולכן לפי פירוש רש"י שם מתרץ גושית התוס' דכאן.

ובפולוגתא דפירוש הגמרא הנ"ל בין רש"י ותוס' נראה דפליגי ג"כ הרמב"ם והראב"ד בפ' ט' מה' סנהדרין ה"ב דכתב שם הרמב"ם באחד אומר א"י יוסיפו הדיינים ב' נמצא ה' נושאים ונותנים בדבר אמרו ג' מהם זכאי ושנים אומרים חייב ה"ז זכאי.

ע"י שם דמוכח שם מדבריו דאותו דאמר א"י יחשב ממנין הדיינים ואי אמר לזכות או לחובה ויחזור ממה שאמר א"י שמענין ליה דכן מוכח ממה שכתב שם בין שהיה זה שאמר א"י הוא שאמר א"י בתחלה בין שאמר אחר כו' הרי ע"כ דזה שאמר בתחלה יכול לחזור בו וע"ז השיג הראב"ד שם וז"ל אני רואה בגמרא שאותו שאמר איני יודע אינו מן המנין ואי אמר טעמא לא שמענין ליה נמצא שאחר שהוסיפו אינו אלא ארבעה כו' עיין שם בדבריו וכן השיג ג"כ שם (פ"י ה"ב) אמה שכתב שם הרמב"ם היו אלו כנגד אלו ואחד אמר א"י וזה לשונו שם זה אי אפשר עכ"ל.

והיינו ג"כ לפי שסובר דאותו שאמר א"י לא נחשב כלל ממנין הדיינים. ונלע"ד דהרמב"ם והראב"ד בפירוש גמרא הנ"ל פליגי דהראב"ד סובר בפירוש התוס' דהפירוש אי אמר טעמא לא שמענין ליה הוא שלא יוכל לחזור עוד ממה שאמר איני יודע ולכן לא נחשב ממנין הדיינים ולכן שפיר השיג על הרמב"ם בשני מקומות הנ"ל דאיה נחשב עוד למנין הדיינים וגם איה יכול לחזור מדבריו עוד.

אבל הרמב"ם נראה שסובר כפירש"י דכן מוכח ממה שכתב שם (פ"ט ה"ג) כל מי שאמר א"י אינו צריך לתת טעם לדבריו כו' פנדרף שמראה המזכה כו' והמסייב כו' עיין שם. והכס"מ לא הראה מקומו שם מניין לו זה ולכן נראה דמפרש פפירוש רש"י.

ולכן זה הוא מה שהשמיענו ר"א דאי אמר טעמא לא שמעינן ליה דהיינו שאין שואלין את טעמו ולכן לא נחשב ממנין הב"ד וכבר הרגיש קצת בזה בלחם משנה שם. אבל במחכ"ה לא הרגיש בזה שהרמב"ם ורש"י פירשו פן פירוש הגמרא נגד פירוש הראב"ד הרי בפירוש שהרמב"ם פירש בפירוש רש"י.

ולכן שפיר פסק דאותו שאמר א"י נחשב ממנין הדיינים לענין שאחר שהוסיפו שומעין את דבריו אם עדיין אומר א"י או אם חזר וקלט לזכות או לחובה דשפיר יכול לחזור לפי פירוש זה ומיושבים ב' השגות הראב"ד הנ"ל וגם קושית התוס' ל"ק לפי פירוש זה כנ"ל ורק התוס' שפירשו דאין שומעין לו שאינו יכול לחזור עוד הם הנוצרכו לתירוץ.

אכן אפתי קושיתם לשיטת הראב"ד במקומה עומדת כיון שהוא פירש ג"כ שאינו יכול לחזור עוד בפירוש התוס' כנ"ל א"כ לא שייך מה שתיירצנו לפירוש רש"י ורמב"ם. וגם תירוץ התוס' לא שייך כיון שהוא השיג על הרמב"ם לענין ד"מ דהא לענין ג' איירי הרמב"ם שהוא ד"מ הרי שסובר שאפילו בד"מ לא יוכל לחזור עוד ממה שאמר איני יודע ונהרי אהז מן התלמידים יוכל לענות בד"מ.

ונראה שהראב"ד סובר בפירוש היש סוברים שהביא הר"ן בשמעתין דהפל מלמדים זכות וחובה דקתני במתניתו לאו לענין מנין איירי רק לענין שאין משתקין אותו וכיון דלא נחשב דעתו לענין מנין א"כ בלא"ה קושית התוס' לק"מ דגם לענין א"י לא קאמרין רק שלא נחשב דעתו עוד לענין מנין אם יחזור ולא שמשתקין אותו.

אבל דעת הרמב"ם בפ"י מהל' סנהדרין היא דלענין מנין קאמרין. וכן נראה ג"כ דעת רש"י ממה שכתב לקמן (דף ל"ד ע"א) בד"ה רואים אותו לענין מנין א"כ לא שייך לשיטתם מה שתיירצנו לשיטת הראב"ד.

וגם תירוץ התוספת נראה לפענ"ד דחוק קצת דאי דוקא לענין חובה לא יכול לחזור בו אבל לענין זכות יכול א"כ אפתי איך אמר ר"א במוסיפין עושין ב"ד שקול הא ליכא ב"ד שקול כיון דלזכות יכריע אם יענה אותו שאמר מתחלה א"י אם לא שצאמר דלענין זה לא נחשב לדיין רק לתלמיד ש"יכול ג"כ לענות לזכות ולא לחובה ולכן הוכיחו הרמב"ם ורש"י בפירושים וממילא ל"ק קושית התוס' וכנ"ל.

ועיין עוד מה שכתבתי לקמן בזה: שם דף ל"ד ע"א בגמרא ולטעמיה למחרת משא ומתן מי ליכא: האי ולטעמיה צ"ב דאינו כשאר ולטעמיה שבש"ס שפירשו שאף לפי שיטתה קשה קושית א' נהרי הקא לק"מ וגם למה פשוט לו כ"כ דלמא באמת משא ומתן ליכא.

ונ"ל עפמש"כ הר"ן דמאן דפליג ארב דהיינו המקושן שהקשה עליו ורצה להוכיח דאינו יכול לחזור ממה שזיכה טעמו מנקי אל תהרוג כמו גבי זיכה ב"ד ולכן אם טעה בדבר שצדוקים מודים בו יכול לחזור כמו ב"ד ע"ש.

וכתב עוד דלהך מ"ד לכה היו פותבים דברי המזפים פדי לידע אם טעה בדבר שהצדוקים מודים בו והשתא א"ש דשפיר מוכח דהיה למחרת משא ומתן כיון דהלנת לילה היה לאותן שחייבו שפא ימצאו טעם לזכות כדלקמן במתניתו וכיון דכן ע"כ היו צריכים כיום שני לשמוע טעם אותן שחזרו ולכתוב טעמם לראות שלא טעו בדבר שהצדוקים מודים בו וזה דקאמר ולטעמיה דאת סבר שלא היה ביום שני רק גמר דין דהיינו למנות

דעות המזכים והמחייבים ולא לישא וליתן עוד בדיני' למקרת מו"מ מי ליפא פירוש הא
ע"כ איפא דאל"כ הלנה ל"ל וכיון דע"כ מו"מ איפא א"כ כי קתני בשעת מו"מ: שם
ונימא אלו הוי קנים הוי הדר ביה: מסנגיא זו הוכחו הרמב"ן והר"ן לעיל דהא דאמרין
דאחד מן התלמידים מלמד זכות ואין מלמד חובה פירוש שהוא נמנה עם שאר הדיינים
לענן מנן וכמו שכתב גם רש"י בד"ה רואין אותו לענן מנן עכ"ל.

אכן לכאורה קשה לפ"ז איך קאמר ר"א לעיל (דף י"ז ע"א) אי אתה מוצא אלא במוסיפין
וד"ה או בסנהדרין ואליפא דר"י הא שפיר משפחת עוד אליפא דד"ה בלא מוסיפין פגון
שאחד מן התלמידים זיפה ונמנה עם הדיינים שהיו כ"ג ונעשו כ"ד ועכשיו איפא י"ג
מחייבין וי"א מזכין ואיפא הטיה ע"פ ב'.

והנה נלענ"ד דהא דאמרין דאותו תלמיד אינו יורד משם לעולם ודאי אין הפירוש
שיאמר בכל דין שיבא לפני ב"ד דעתו פאחד מן הדיינים דהא ב"ד של כ"ג בעינן ובלא
הוא פבר הם כ"ג אלא ודאי הפירוש דוקא שיושב בשורת הדיינים ולא שיענה עמהם
בשאר דינים שיבא לפניהם רק בדין זה כיון שפבר ענה נחשב דעתו ג"כ לענן מנן ולכן
הדין נותן שלא יחשב עם מנן הדיינים אלא אם דעתו הכריע או לזכות פגון שי"א מזכין
וי"א מחייבין ואחד אמר איני יודע והועילה דעתו להכריע לזכות או שלא לחייב פגון
שי"ב מחייבין וי"א מזכין ואחד אמר אי"י והוסיפו ב' פדינו ועתה נחלקו השנים שהוסיפו
ואמר אחד לזכות ואחד לחוב והוי י"ג מחייבים וי"א מזכים ואי לא דעת התלמיד הנה
נגמר הדין לחוב ע"פ ב' היתרים דלאחר שהוסיפו הולכים אחר הרוב לכ"ע ועתה שגם
התלמיד אמר לזכות אינו הכרעה לחוב אלא עפ"י אחד וצריכים להוסיף (וכדדף הראשון
דהיינו שהכריע לזכות פתב ג"כ הר"ן ע"ש) והרי עכ"פ שפיר משפחת שהכריע דעת
התלמיד אבל אם דעתו לא הכריע פלום אין הדין נותן שישחשב מפלל הב"ד ולכן בהא
דלעיל שהכריעו ב' לחובה לא משפחת אלא בי"ג מסנהדרין מחייבים וי"א מזכין וגם
התלמיד זיפה דהוי י"א וכיון דדעת התלמיד לא הכריע פלום דבלא"ה חייב כמו עתה
א"כ לא נחשב מפלל הדיינים והוי הכרעה ע"פ ג' ולא עפ"י ב'.

אכן אפתי יקשה כיון דרב ס"ל דבגמר דין יכול ללמד חובה וזה ע"כ גם התלמיד יכול
מדמקשה ארב מהא דאחד מן התלמידים שזיפה ומת וא"כ שפיר משפחת ב' לחובה ע"י
צירוף אחד מן התלמידים באופן שדעת התלמיד מכריע דאז ודאי נחשב מן הב"ד וכגון
שי"א מן הדיינים מזכים וי"ב מחייבין והתלמיד ג"כ מחייב בשעת גמר דין דשפיר הוי
הכרעה עפ"י ב' ע"י התלמיד.

ולכן נלפענ"ד לומר דלכאורה קשה מאי מקשה מהא דאחד מן התלמידים ארב דבשלמא
פאחד מן הדיינים שזיפה שפיר י"ל דבגמר דין כיון דהטעם דבתחלת הדין אינו חוזר
הוא משום והצילו העדה כדפירש רש"י במתניתן וא"כ הדין נותן דמשום והצילו לא
נגמר דינו לזכות ע"פ דעת המחייבין ולכן יכול לחזור בו אבל בתלמיד דפירש קרא
בפירוש דלא יענה בנפש למות כדאמרין לעיל א"כ איך שייך למימר פלל שבשעת גמר
דין חוזר לחובה הא לא יענה שייך בגמר דין כמו בתחלת דין ואף שדעתו לא יכריע עוד
לזכות כיון שנוטה לחובה מ"מ איך יכריע לחובה הא בפירוש מעטיה קרא מחובה וא"כ

רב דקאמר דחזור ומלמד חובה ע"כ לענגן דיין ולא לענגן תלמיד ומאי מקשה הש"ס מאחד מן התלמידים.

ולכן נלענ"ד דבאמת גם אליבא דרב אין דעת התלמיד מכריע לחובה כמו דעת אחד מהדיינים. ומ"מ מקשה שפיר מאחד מן התלמידים פיון דזה ודאי מוכח מהא דרב דתלמיד בשעת גמר דין יכול לחזור מהא שזיפה אם נראה לו שטעה כמו אחד מהדיינים דהא לענגן חזרה מזכות ליפא לחלק בין דיין לתלמיד דבמה שצותה התורה שלא ידון לחובה לא נכללה האזהרה שלא יחזור ממה שזיפה לומר נסתפקתי במה שהחלטתי לזכות וא"כ דעתו לא נחשב לכלום ואיך רואין אותו פאלו הוא חי ומזפין ע"פ דעתו נימא דלמא אי הוי קיים הוי הדר ביה ולא נחשב דעתו לכלום.

ולפ"ז דגם בשעת גמר דין אין דעת התלמיד מכריע לחובה א"ש דלא משפחינו לעיל הכרעה ע"פ ב' לחובה ע"י אחד מן התלמידים: שם א' מן התלמידים: ודאי דלאו דוקא א' מן התלמידים וכש"כ אחד מן הדיינים אלא רבותא קמ"ל דאפילו א' מן התלמידים שלא נקבע עדיין כא' מן הדיינים ששייכים למנין כ"ג אעפ"כ רואין אותו פאלו עומד במקומו וכ"ש א' מן הדיינים דנקבע במקומו ונכלל פכר עם הב"ד דרואים אותו פאלו עדיין עומד במקומו: שם והא שלחו מתם לדברי ר"י ב"ח מוצא מפלל רבינו: לכאורה צ"ע המקשן מתחלה מאי קסבר ולכסוף מאי קסבר פיון דינע האי שלחו מתם א"כ פכר ידע דרב פליג אריב"ח ומאי מקשה ממנו וגם קשה איך שייך להקשות מריב"ח ארב הא שניהם אמוראים הם ומי דחק להגמרא לתרץ דאין מוצא אתמר.

גם י"ל בסוגין דבשלמא הא דמקשה מתחלה ממתניתין דממחרת ואח"כ ממתניתין דדין היינו פסדר המתניתין דפ' היו בודקים ולכתר דסיים ממתניתין מקשה מממרא דריב"ח זהו ג"כ פסדר אבל האי דמקשה באחרונה ממתניתין דשני סופרי הדיינים צ"ב דבתחלה ה"ל למנות דמתניתין היא סוף פירקון ומקדמת להנה דמתניתין דפ' היו בודקין וכש"כ לממרא דריב"ח.

ונלענ"ד דלכאורה קשה לפי מש"כ הר"ן דגם לפי המקשן דפליג ארב בטעה בדבר שהצדוקים מודים בו ודאי דיכול לחזור וכמו דמוכח ג"כ ממה שפכתב רש"י ותוס' לקמן בד"ה אלא דברי המזפין וא"כ קשה מאי מקשה דוקא אדרב מהא דא' מן התלמידים הא גם לדין יקשה פן דלמא אי הוי קיים הוי הדר ביה דלמא טעה בדבר שהצדוקים מודים בו.

אכן זה פשוט דלק"מ די"ל דינדעינן טעמו לזכות או שכתבו אותו וראינו שלית ביה טעות בדבר שהצדוקים מודים בו ולכן דוקא לרב מקשה שפיר אף דלפ"ז אפתי קשה מאי מקשה לקמן ארב ממתניתין דב' סופרי הדיינים דלמא לעולם יכול לחזור בו והא דכותבים דברי המזפנים דניחוש שמא ימות א' מן המזפנים ואי לא ידעינן טעמו לא נחשוב אותו פאלו חי ועומד במקומו דניחוש שמא טעה בדבר שהצדוקים מודים בו והוי הדר ביה אבל פשידעינן טעמו שפיר נחשוב אותו פאלו הוא חי.

אכן באמת לק"מ פיון דכבר תירץ השתא מיהא לא הדר ביה ופי' דלא תישינו דלמא
כבר הדר ביה קודם שמת רק דעדיין לא יוכל לומר שטעה עד שעת גמר דין דכיון דעדיין
לא הדר אין לנו לדון אלא על מה שלפנינו והרי זיכה.

וה"ה ג"כ הקא פיון דבעת שזיפה הדיין שמת ודאי לא ידע דטעה בדבר שהצדוקים מודים
בו ולא הדר ביה מה לנו לחוש לזה ואין לנו לדון אלא על מה שזיפה ולכן מקשה שפיר:
אכן זה שינה דוקא אחר שתיירץ הסברא דהשתא מיהא לא הדר ולכן אתי שפיר דקודם
שהקשה מהא דריב"ח לא היה יכול להקשות ממתניתן דב' סופרי הדיינים די"ל פתירו צנו
הנ"ל ורק אחר שהקשה מריב"ח והוצרך לתרץ השתא מיהא לא הדר ביה מקשה שפיר
ולכן א"ש ג"כ הא דמקשה מריב"ח אדרב אף דב' אמוראים הם דשפיר הוכיח דרב ע"כ
אית ליה הא דריב"ח דרואין אותו פאלו הוא חי ועומד במקומו דאל"כ לא שינה טעם
הנ"ל למה פותבין טעם המזפנים וקשה קושית הגמרא ממתניתן דב' סופרי הדיינים ולכן
א"ש ג"כ דנדאי מתחלה סבר המקשן דמוצא מכלל רבינו וע"כ אין מוצא אתמר וכתירוץ
הגמרא דרב ע"כ סובר כריב"ח דאל"כ יקשה ממתניתן דב' סופרי ולכן שפיר הקשה
אליבא דרב דאפתי מה הועיל לן זה דלמא הוי הדר ביה ואחר שתיירץ דהשתא מיהא לא
הדר ביה והיינו טעמא דריב"ח מקשה שפיר דלפ"ז ע"כ מוצא מכלל רבינו אתמר דרב
ע"כ לית ליה סברא זו דהשתא והדין דריב"ח ע"כ אית ליה דאל"כ יקשה ממתניתן דב'
סופרי ואיך אפשר לומר כן הא קשה דלמא הוי הדר ביה ומתירץ דבאמת אין מוצא אתמר
דב' הדין דריב"ח אית ליה וגם הסברא דהשתא ולכן מקשה שפיר ממתניתן דב' סופרי
הדיינים: שם אין מוגין להם אלא א': לכאורה קשה דלפ"ז שפיר משפחת הכרעה לחיוב
ע"פ שנים כגון שי' מזפין וי"ב מחייבין וא' אומר טעם של א' מהמזפין מפסוק אחר
דדעתו לא נחשבה וקמה אמר ר' אבהו לעיל (דף י"ז) דלא משפחת אלא במוסיפין או
בסנהדרין גדולה ואלבא דר' יהודה וא"ל דכה"ג פיון דלא הוי אז כ"ג ג"כ צריכין להוסיף
אפתי קשה דמשפחת בכה"ג כשל"ד מסנהדרין גדולה מזפין ול"ו מחייבין וא' אמר טעם
א' מהמזפין מפסוק אחר דלא נחשב פלל דבב"ד של ע"א לכ"ע אין מוסיפין עוד כמש"כ
הרמב"ם (פ"ט מה' סנהדרין ה' ג') וכן קשה דמשפחת בסנהדרין גדולה כשא' אמר איני
יודע ולא אצטריך לאוקמא במוסיפין או אלבא דר' יהודה דוקא.

והנה באמת כבר הקשה המ"ל שם על שיטת הרמב"ם ממה דאמרינן הוריות (דף ג')
אר"י מאה שישבו להורות אין חייבין עד שישורו כולן דהיכי משפחת לה מאה שישבו
להורות דהא התם בסנהדרין גדולה איירי וכיון דקיי"ל דאם נחלקו אין מוסיפין על ע"א
מכש"כ דבתחלה אין מוסיפין על ע"א וא"ל דכוננת ר"י דאם עברו וישבו דא"כ היכי
גליף הך מילתא מקרא עיין שם שהניח בצ"ע.

אכן זה נלענ"ד לישב דשפיר משפחת אפילו בלא הוספה דהא זה פשוט דא' מן התלמידים
שלמד זכות נמנה עם הדיינים גם אם כבר נשלמה מגין הדיינים ובנדאי דגם תלמידים
רבים יוכלו לענות ואם יש ממש בדבריהם נמנו עם הדיינים וכמש"כ הר"ן בשמעטין
דרק אם פל הדיינים הסכימו לדבר א' והתלמידים שהם רבים מהם חולקין עליהם בהא
לא אמרינן שייבטלו דעות הדיינים מפני התלמידים אבל היכי דנחלקו הדיינים אזלינן
בתר הרוב עם מגין הדיינים ע"ש וגם זה פשוט דהיכי דענו התלמידים בדיני טומאות

וטהרות או שאר הוראות שעולין ג"כ עם מנין הב"ד וכדאמרין לקמן (דף ל"ו) הטומאות והטהרות הרב ותלמידו מונין אותן בשנים וזה איירי לשיטת הרמב"ם ג"כ בענה א' מן התלמידים שמעלין אותו כמה שכתב שם (פי"א הלכה ז') וא"כ שפיר משפחת מאה שישבו להורות ע"י תלמידים שענו והעלו אותן ועולין למנין אבל מגמ' די"ז הנ"ל לכאורה קשה לשיטת הרמב"ם וצ"ע: שם והא דהתם מפלג פליגי: קשה דמה בכך דפליגי הא ע"כ בכה"ג ג"כ אין נחשב אלא דעת א' דאע"ג דיש חילוק בין הדרשות ע"כ מאן דדרש חד מינייהו לא צריך לאידך וכמו ששקיל וטרי בזבחים (דף פ"ג) ולר"ג ור"י פל אחד קרא דאידך ל"ל וא"כ ע"כ תדא מינייהו טעי והוי שפיר דמי לטעם א' מב' מקראות וכן קשה ממה דפריך אפלוגתא דריה"ג ורע"ק לקמן פן וצ"ל דאף דכה"ג באמת ג"כ דאין נחשב אלא לחד מ"מ פריך אלישנא דקאמר דהיכי דמי טעם א' מב' מקראות והביא זה לדמיון הא זה עכ"פ לאו טעם א' הוא דחלוק יש ביניהם: שם ברש"י ד"ה דנין אלו.

דאיכא הטנייה ע"פ שנים: לאו דוקא ע"פ שנים דהא ע"פ שלשה איכא וכן כ' רש"י גופא לקמן ריש פ' היו בודקין ולא פתב ע"פ שנים אלא לומר דאז איכא אותה הטנייה ע"פ ב' דבעינו לענין חובה: שם ד"ה אלא דברי המזכין.

ונימא ליה שמה בדבר שהצדוקים מודים בו הייתי טועה האי שמה צ"ע למה לא פי בקיצור שיאמר בנדאי שטעמו טעות הנה בדבר שהצדוקים מודים בו וכמו שכתבו גם התוס' וא"ל דרש"י רצה לפרש דנדאי לאו בדיין שופטני עסקינן שישקר במזיד להרוג גפש ולפיכך פי' שמה גם ממנו ישפח טעמו ויטעון באמת שמה בדבר שהצדוקים מודים בו הייתי טועה דא"כ מאי פריך אדרב דלמא לעולם יכול לחזור בו אם יראה טעם לחוב והא דהוצרכו לכתוב טעם המזכה פי' היכי דלא לשפח טעמא מניה ויחוש שמה טעה בדבר שהצדוקים מודים בו אלא ע"כ דהגמרא סובר דחיישינן במזיד שמה ישקר ויאמר שטעה בדבר שצדוקים מ"ב לחזור ולכן מקשה שפיר לרב לא הועיל זו כלום דאפתי יכול לחזור אף שלא נראה לו טעם לחוב כיון דע"כ בשופטני עסקינן וא"כ ע"כ לא חיישינן לשמה אלא לנדאי.

וא"ל באמת מנ"ל להגמ' להקשות דלמא באמת לא חיישינן שישקר במזיד אלא שישפח ממנו וצריכין אנו לחוש שמה בדבר שצדוקים מודים בו הנה טועה די"ל דהגמרא סבר כיון דאתמול בעת שזיכה נדאי לא הנה סבר שטועה בדבר שצדוקים מודים בו א"כ לא נחוש לזה וכדאמרין לעיל השתא מיהא לא הדר ביה ומזה ראיה למה שזכרנו בדבור הקדום וא"כ דעת רש"י שכתב שיאמר שמה בדבר שהצדוקים מ"ב הייתי טועה צ"ע.

ושמה טעות סופר הוא דהרי התוס' לא הביאו פן בשמו: שם ד"ה אין מונין להם אלא אחד. הלכך חד מינייהו מטעי טעה: טעם זה לא שייך רק מב' מקראות אבל טעם ממקרא א' לכאורה מונין לשנים דהא אפשר דלא טעי שום חד מינייהו ולכן מש"כ הרמב"ם בפ"י הלכה ה' אפילו מב' מקראות צ"ע וכוונת הכס"מ בזה לא זכיתי להבין: שם בד"ה העולה על מוקדה.

ומשום פשרה לא אצטרף: פי' דאי אצטרף אכשרה א"כ אין למילף פסולים דאם עלו לא ירדו די"ל דאתיא להורות דשאר פשרות חוץ מעולה ג"כ יוקדו פל הלילה על המזבח אבל השתא דלא אצטרכינן אכשרה דכבר אתו בלא מוקדה מזאת תורת העולה תורה

אחת לכל העולים או מזה תעשה על המזבח וכמ"ש התוס' בנבחים (דף פג סע"ב) שפיר אתי לרבנות פסולין: שם בתוספת ד"ה מה פטיש זה.

היינו הא דכתיב וכפטיש יפוצץ סלע: ולפ"ז הפי' הוא וכפטיש יפוצץ אותו סלע וסלע הוא הפועל ופטיש הפעול ואף דקדים במקרא דכן מצינו בכתוב עוד פעמים בתנ"ך והוא מים תבעה אש דפירושו ג"כ תבעה אותו וכן אבנים שחקו מים דפירושו שחקו אותו וכמ"ש הראב"ע במאוננים וכן פקש תאכל לשון אש ודלא כמקור"ם שכ' דסרס המקרא ודרשהו דלאו סרוס הוא אלא מדרבך הלשון לכתוב פן: שם ע"ב בגמרא הא אתמר עלה אומר אב"י.

לכאורה קשה דאפתי איפא בינייהו טובא לפי מה דמסיק בנבחים (דף כ"ז ע"א) דלר"ע ע"כ מוקטרי פנים שחטרו והעלו בחוץ חייב ולר' ישמעאל פטור וכן איפא בינייהו לפי מה דמסיק עוד שם דר"ע דריש גז"ש דזה הדבר ור"י לא דריש א"כ לפי מסקנת הגמרא דב"ב (דף ק"כ ע"ב) ע"כ ר"ע סבר כב"ה דיש שאלה בהקדש ור"י ע"כ סבר כב"ש דאין שאלה בהקדש כיון דלית ליה גז"ש ע"ש בסוגיית אלו.

וי"ל דלא חשיב איפא בינייהו אלא מה שהוא באותו טעם גופא שלומדים מב' מקראות אבל מה שהוא בדבר אחר לא חשיב לעשותו ב' טעמים: שם ערבינהו רחמנא לכולהו עשיות: עיין בר"ן שכ' דה"ה דהוי יכול ג"כ למימר דזורק ומעלה איפא בינייהו מיהו בתירוץ הגמ' מתורץ גם זה ולפי דבריו גם זורק ומעלה לכ"ע אין חייב אלא א'.

ותמהני דהא אדרבה אב"י מסיק שם דלכ"ע חייב ב' כיון דפרט קרא עליה לחודא ובהך הוא דמתרץ א"ב דזורק ומעלה אבל לא בתירוץ גמרא דכאן. וי"ל דבריו בדוחק: שם אף ריבים שלא בסומין: ק"ל למה לי קרא להכי תיפוק ליה מהא דתני ר"י כולך יפה רעיתי ומום אין בך וכמו דמקשה בש"ס ביבמות ריש פ' מצות חליצה (דף ק"א) ע"ש דמוכח אי בעינן מומחין לא בעינן קרא למעט סומין והא ה"א גבי ריבים מומחין בעינן דבכ"מ שהתנזר בתורה דין ריב דהיינו גזילות וחקלות מומחין פתיב ועוד דקאמר אי מה ריבים בג' כו' ודאי היכי דבעינן ג' מדאורייתא צריכין להיות מומחין.

וא"ל לפי מה שכתב הרשב"א ביבמות שם דהא דמקשה דלא לכתוב קרא ולסמוך אפסוק שאמר שלמה משום דנדאי שלמה לא חידש זה או דאתנא פן מקרא או דהלכה למשה מסיני הוא וא"כ דלמא באמת מהכא אתנא דבעלי מומין פסולין לדין מדפסלינן הכא סומין דאיך יש לילף פן דלמא דוקא סומין כמו גבי נגעים ועוד דע"כ לאו מהכא אתנא דא"כ מנ"ל לרבנן פן דהא לית להו הקישא לנגעים וצ"ע.

ואפשר לומר דלא ממעטינן ב"מ רק לענן סנהדרין ולא לענן ב"ד של ג' וכן הוא ברמב"ם אכן לענן חליצה אי הוי בעינן מומחין סנהדרין גב"ע. ועיין עוד מה שכתבתי בזה בספרי ע"ל לנגדה (דף ו'): שם ומה ענן ריבים אצל נגעים: ע' מה שכתבתי בש"ט שהו בספרי ע"ל לנגדה (דף נ) וביבמות (דף ק"ד): שם לאתויי יום המעונן.

הא דנקט דוקא יום המעונן ולא ג"כ שחרית וביין הערביים וצ"ע ב"ש דלמא לענן לא בתוך הבית י"ל דלא מצרכינן רבויא דפסול דידיה לאו משום עת היא רק דאינו ראוי לראית נגע ולדון דין שפיר ראוי ועכ"פ הרי ליפא לרבויי מבכל עת אבל לענן שחרית

וביה"ע דלא חשוב יום לענגן ראית נגע שפיר בעינן רבויא דבכל עת לרבנות עתים הללו לדין וא"כ למה נקט בגמרא דוקא יום המעונן.

די"ל דלענגן עתים הללו לא צריף קרא לרבנות דכבר ידעינן פן מדכתיב וישב משה לשפט את העם מן הבקר עד הערב הרי דדן בבקר ובערב וגם בצוקרים ולכן לא מצרכינן בכל עת רק לרבנות יום המעונן: שם והוקע אותם לה' נגד השמש: ק"ל לר"מ הו קרא ל"ל דנדאי לא יגרע דנ"פ מד"מ.

אכן זה י"ל דמד"מ לא ידעינן רק שהב"ד יפסקו הדין ביום ולא שיעשה הדין ביום דהיינו שישלם אותו שחייבו הב"ד ביום דוקא ולכן גם לענגן דנ"פ לא הוי ידעינן רק דפסק סנהדרין צ"ל ביום ולא שידונו הדין מיתה ביום דוקא ולכן מצרכינן גם לר"מ קרא דהוקע.

אכן אעיקר מילתא ק"ל מנ"ל לרבנן מוהוקע הא דגומרינן ביום דלמא דוקא דין מיתה צ"ל ביום ולא גמ"ד. ואין לומר דהראיה היא פינו דדין מיתה צ"ל ביום א"כ ע"כ גם גמ"ד דאין מענגן את הדין.

דאף דנדאי מקרי בזמן קצר ג"כ עינוי הדין כדמוכח ממאי דאמרין בערכין (דף ז' ע"א) דאין ממתניין לו עד שישחט חטאתו ואשמו משום ע"ד מכ"מ לא נ"ל דאסור עינוי הדין מדאורייתא הוא ועוד אי מן התורה היא א"כ קושיתנו לר"מ במקומה עומדת קרא ל"ל וגם לא נ"ל לומר דהא דאין גומרינן בלילה באמת לא הוי רק מדרבנן ומשום עה"ד ולא מייתי הו קרא דהוקע אלא להורות דשייף בזה עה"ד דמדאמר אביגיל לזוד פן כדאמרין במגלה (די"ד) משמע דמדאורייתא הוא.

גם י"ל פינו דמנגד השמש אתיא א"כ לבעי ג"כ זריחת השמש דוקא דהיינו מנץ החמה עד שקיעת החמה ונהרי אמרינן במתניתן גומרים ביום ויום מקרי מעלות השחר עד צאת הכוכבים וצ"ע: שם ברש"י ד"ה אף לר"ע.

הואיל ואין בהם אלא אזהרה א': מפירוש רש"י נראה דפי' ערבינהו רחמנא לכולא עשיות דלקו אינו חייב אלא א' פינו דליכא אלא אזהרה א'. וזה תימה דלפ"ז גם זורק ומעלה לא ליחשב אלא א' וכן שוחט ומעלה ובפרוש מסקינן שם בזבחים דמיחייב תרתי ועוד דאיה פתב דליכא אלא אזהרה אחת פינו דאתיא מהקישא דמעלה הא בכריתות (דף ג' ע"ב) חייב ליה להו דשוחט ומעלה לב' אזהרות דדבר דאתיא בהקישא כמו דכתיב בגופא דמא ע"ש וא"כ גם זורק דאתיא משוחט לר"ע ומעלה ב' אזהרות וב' פרייתות הם אלא ע"כ דפי' הגמרא הוא דלענגן פרת פליג רחמנא עליה לחודא ואסרינא לחודא ולכן שוחט וזורק לכ"ע אינו חייב אלא א' ומעלה עם חד מהנהו לכ"ע חייב ב' פן הוא לאפיי וקמו שפירש רש"י גופא שם ולכן פירושו פאן צ"ב: שם ד"ה בלילה.

דומיא דסומא עכ"ל: קשה הרי לפי מה דאמרין חולין (דף י"ג ע"ב) לא אמרינן דלילה הוי דומיא דסומא אלא כשהוא בחושף ואין אבוקה פנגדו אבל באבוקה פנגדו הוי דומיא דיום ע"ש וא"כ מה פריף הקא ממה דתנו וגומרים בלילה דלמא זה איירי באבוקה פנגדו דלא הוי דומיא דסומא אבל מ"מ תחלת דין אין בלילה אפילו לאור הצר דבכל מקום דממעט קרא ביום בעינן יום ממש.

וי"ל פנין דסתמא קתני וגומרים בלילה משמע אפילו אין אבוקה פנגדו. וכוה מתורץ מה שהקשה התורת חיים ל"ל קרא וביום הראות בו דאין רואין נגעים בלילה תיפוק ליה ממה דממעטינן סומא מלכל מראה עיני הפהו ולילה דומיא דסומא והניח בקושיא.

ולפי דברינו א"ש דאצטריה מיעוט וביום למעט אפילו לילה באבוקה פנגדו דלא הוי דומיא דסומא ועיין בראשונים שהאריכו בזה אי הוי לילה דומיא דסומא דרי"ף ס"ל פ"ש"י דהוי דומיא והראב"ד והר"ן חולקין עליו ותימה שלא הזכירו מסוגיא דחולין: שם ד"ה בלילה דומיא דסומא: ע' ב"ר"ן שפ"ן ג"כ שיטת הרי"ף וביאר יותר דכש"כ הוא אי לילה פשר לגמ"ד כש"כ סומא בא' מעיניו דיותר גרע סומא מלילה.

אכן לכאורה ק"ל לפ"ז ל"ל גבי ראית נגעים קרא דלכל מראה עיני למעט סומא הא כש"כ הוא מדמעטינן לילה מביום הראות א"כ כש"כ סומא ומזה לכאורה ראיה להשיטות שחולקים על שיטה זו דלילה כש"כ מסומא הוא שהביאם הר"ן עיין בספרי ע"ל (שם).

שם בתוספת ד"ה יום לתחלת דין. קבלת עדות הוא דהוי כתחלת דין: לעיל (דף י"ט) בד"ה נבאי המלך כתבו דהוי שעת גמר דין.

אכן נראה דב' שיטות הם אי מקרי תחלת דין או גמר דין ופליגי בזה הב' תירוצים דשם ודקא דשבועות (דף ל' ע"א) כתבו הם גופא אהו קשיא דהוי כתחלת דין וכן כתב ג"כ הר"ן לעיל (דף י"ט ע"ש): שם ד"ה דכתיב וביום הראות בו.

מפנגע נראה לי דרש ליה רבא: פן כתבו ג"כ במ"ק אכן הקשו שם דאי אתיא מפנגע נראה לי א"כ לא הוי רק תחלת דין ומנ"ל דפליג ר"מ וסבר דגם גמר דין צריף להיות ביום ע"ש. אכן כפר הקשה פעין זה הר"ן בשמעתין ותירץ ב' תירוצים הא' דגמר דין בפנגעים ידעין מלהורות ביום הטמא וביום הטהור והב' דלא שייף לחלק בין תחלת דין לגמ"ד רק משום דכתיב ושפטו את העם וכיון דר"מ מוקי ליה ליום המעונן א"כ לא שייף לחלק בין תחלת דין לגמ"ד ע"ש.

ובתירוצי הר"ן אלו מתורצת קושית התוס' שם פמוכן. אכן תירוצי הר"ן גופא צ"ב דלפ"ז מאי מקשה בגמ' לקמן ור"מ האי ביום הנחילו את בניו מאי עביד ליה דלמא אי לא הוי פתיב לא הוי מוקמינן ושפטו ליום המעונן כר"מ אלא לרבות לילה לגמ"ד ומהקישא הוי מרבינן תחלת דין שצריף להיות ביום אבל השתא דכתיב והיה ביום הנחילו ע"כ דאתי לרבות גמ"ד שצריף ג"כ להיות ביום וא"כ ע"כ אתי ושפטו ליום המעונן וא"כ שפיר מצריף ר"מ והיה ביום הנחילו ובשלמא לפי תירוץ ראשון של הר"ן י"ל פנין דלענין נגעים פתיבי ב' קראי א' לתחלת דין ואחד לסופו וא"כ פנין דר"מ יליף הקישא ואין הקישא למחצה לא הוי אמרינן דושפטו אתי לרבות לילה לגמר דין נגד הקישא אלא שפיר הוי מוקמינן לרבות יום המעונן אבל לפי תירוץ ב' של הר"ן דלכא לא מצרכינן קרא לחודא אתחלת דין בפנגעים משום דליכא מיעוט למעט סוף דין א"כ אי מוקמינן ושפטו לגמר דין לא אשמעינן קרא נגד הקישא אדרבה גמרינן נגעים מריבים דכשר גם בהם הגמר בלילה וא"כ שפיר קשה מאי מקשה בש"ס לר"מ ומזה לכאורה ראיה לתירוץ ראשון דהר"ן: שם בד"ה סתמא אחרינא.

תימיה דלמא טעמא דמתניתין: נ"ל די"ל דאם איתא דרבנן אית להו היקשא רק דושפטו
אתי לגמ"ד א"כ יקשה דלשתוק קרא מגיה פינו דלרבנן אתי והיה ביום הנחילו לתחלת
דין ולא לדרשה דביום אפה מפיל נחלות א"כ ע"כ מוכח דרבנן לא אית להו היקשא
דאל"כ לשתוק מושפטו דמדכתיב והיה ביום הנחילו לתחלת דין ע"כ מוכח דגמ"ד פשר
בלילה דאל"כ דוהיה ביום הנחילו אתי בין לתחלת דין בין לגמ"ד לשתוק קרא מגיה
ונילף הפל מהקישא אלא ע"כ מדאצטריף והיה ביום הנחילו לתחילת דין להורות דגמ"ד
לא בעינו ביום וא"כ ל"ל ופשטו.

דא"ל דאי רבנן דרשי הקישא באמת לא אוקמינן עוד והיה ביום הנחילו לתחלת דין אלא
לדרשה דביום אפה מפיל נחלות כר"מ דאם י"ל כן דרבנן בענו אוקמא קרא כר"מ ס"ל
בלא"ה לא מקשו התוס' מידי דלמה נאמר דושפטו אתו להורות נגד ההיקש אדרבה נימא
דאתיא ליום המעונן כר"מ אלא ע"כ דהתוס' סמכו אהא דאמרין לעיל דרבנן אוקמא
ושפטו לגמ"ד וא"כ כמו כן נאמר כן דאוקמא והיה ביום הנחילו לתחילת דין ודלא כר"מ
וא"כ אתי שפיר דברינו הנ"ל דע"כ מוכח דרבנן לא אב דרשי הקישא: שם דף ל"ה ע"א
בגמרא וכתוב ותקח רצפה בת איה: ופירש"י אלמא מגולין היו אכן מדקדקו מגולין אפתי
אין זה ראיה שיהיו תלויין על העץ.

ולוא פירש"י הייתי מפרש דדייק כן מדכתיב בהאי קרא שלא נתנו לקבורה כל ימי
הקיץ ואף דכתיב לא תלין והינו ע"כ פדי שיתקדש שם שמים בפרהסיא פדאמרין
ביבמות שם ופרסום לא הוי רק בתליה וכדאמרין לקמן (דף מ"ה ע"ב) דלכך תלה
שמעון ב"ש פ' נשים משום פרסום ע"ש: שם ואידך אשרו חמוץ ולא חומץ: צ"ע אפתי
למה צריף קרא לזה הא בב"ק (דף מ"ו) יליף כן ממי בעל דברים יגש אליהם: שם
ולקטליה לאורתא נגד השמש בעינו: ק"ל דלמא ג"כ משום עינוי, הדין פדאמרין לקמן
דנדאי שייף בזמן כזה עה"ד דהא אפילו לשחוט קרבנותיו העומדים ליקרב אמרין
בערכין (דף ז') דאין ממתנין ליה משום עה"ד.

וצ"ל דמשום עה"ד לא הוי מצי למימר דאפתי מצינו לגמור דין סמוך ללילה ולקטליה
בלילה דבזמן כזה לא שייף עה"ד: שם לבא דאינשי אינשי. לכאורה לא שייף נפקותא
בשכחת טעמו אלא לענון שפא יחזור למחר ויראה טעם א' מהמחייבים מפני שלא ידע
טעם זכותו עוד והרי בגמ"ד יכול לחזור אפילו לחובה כממרא דרב לעיל (דף ל"ד)
וא"ל דלפ"ז אפתי יקשה למאן דפליג ארב וכמו שהקשה הר"ן לעיל קושיא אחרת למאן
דפליג דהא באמת לא מצינו פלוגתא כלל בדברי רב וגם הר"ן שהסביר סברת החולקים
לא פנון אלא לדעת המקשן דהקשה ארב או.

לפי מאי דס"ד דמוצא מפלל רבינו אתמר: שם ומה עבודה שדוחה שבת קבורת מ"מ
דוחה אותה: י"ל באמת מנ"ל דקבורת מ"מ דוחה אותה דדלמא באמת פינו דאין עבודה
נדחית משום שבת כש"כ שאינה נדחית מפני מ"מ ואי משום קרא דנאחותו דלמא קאי
דוקא אלמול את בנו ולברייתא גופא מנ"ל.

וי"ל לפי מש"כ רש"י בזבחים (דף ק') ובגזיר (דף מ"ח) דהאי למול את בנו הוא ג"כ
משום פסח דמעפבתו מלאכול בפסח א"ש דלמול את בנו גופא עבודה היא וכזה א"ש
הא דאמרין בגזיר שם דאצטריף קרא אפסח ומילה דלא ידענו מדמטמא כ"ג ונזיר

דה"א דחמירי שיש בו פרת הא במילה ליכא לכ"ע פרת עד שיהיה בן י"ג שנה עיין ברמב"ם (ריש ה' מילה) אבל בזה א"ש דשפיר איכא פרת דפסח ג"כ גבי מילה ולכן ע"כ לא אתיא קרא למילה גופא בלא פסח כיון דליכא פרת כש"כ הוא מנזיר וכ"ג: שם בתוספת ד"ה אשרו חמוץ.

אבל הכא משום דברים בעלמא: פ"י דהתם ודאי הוי מילתא דעבידא לגלויא דאם יבואו העדים ודאי יבנרר הספק דהם ודאי ידעו על כמה שנים העידו בשטר דהא לעדות זו נחת מתחלה משא"כ הכא דאף אם יבואו עדים אפתי יש ספק אם ידעו עדות של המשפוח דהא לא נזכר מזה פלום בשטר ודברי מהר"ם בזה לא מבנררין לפענ"ד: שם ד"ה לגמרי לדינא בשבתא.

אבל דנ"פ אין לאסור מטעם זה: ק"ל דגם ביום ב' שנייה גזירה שמה יכתוב פדאמרין לעיל דלקו פותבין דברי המחייבין שמה יחזור למחר ביום ב' ויאמר טעם לחוב ואותו הטעם מבטיח ג"כ הלנת דין א"כ שפיר שנייה גזירה שמה יכתוב אם יחזור א' מהמחייבין לתת טעם אחר וזה צריך ג"כ לכתוב שמה יחזור למחר ביום ג' לתת טעם ג' וצריך הלנת דין מחדש וכ"ת דלא גזרינן שמה יכתוב אלא לענין ודאי אבל בספק שמה לא יצטרך לכתוב כלל ואם יצטרך שמה לא יכתוב בכה"ג לא חיישינן דא"כ קושית המהרש"א במקומה עומדת למה כתבו התוס' דאירי התם בד"מ דוקא ולא בדנ"פ ובתחלת דין ואי משום דהתם ודאי בעינן למיכתב פתירוצו הא גבי ד"מ ג"כ הוי ודאי אע"כ דהוי ספק וא"כ קשה כנ"ל.

וי"ל דודאי בספק שמה יצטרך לכתוב לא חיישינן וד"מ צריך ודאי פתיכה ולכן חיישינן ומ"מ שפיר יש לחלק בין ד"מ לדנ"פ בתחלת דין דהתם הפתיכה צריכה להיות דוקא בעת שדנין מטעם הנזכר בגמרא לעיל (דף ל"ד) אבל בד"מ שהפתיכה היא הפסוק דין וזה יכול להיות ביום שאחרי כן ולכן רק משום גזירה דשמה יכתוב אסור בשוי"ט.

אכן קושית המהרש"א בלא"ה י"ל לפי מה שכתבו התוס' בביצה שם דבסנהדרין לא שנייה איכא דעדיפא מניה א"כ ע"כ מתניתן לאו בדנ"פ אירי דאל"כ קשה קושית הגמ' ותפוק ליה משום מצוה וקושית התוס' דכאן לא קשיא אלא לפי רש"י שם בביצה ולא לפי פ"י ר"ת בתוס' שם: שם ד"ה אין רציחה.

דיש בה חלול שבת משום פתילה: א"ל דבבבשול לכ"ע מקלקל פטור מכ"מ א"ש דלא הוי מקלקל רק לענין הבערה דהיינו כמה שחומר את בני מעיו דזה הוי מקלקל אבל לא בבבשול פתילה דזה הוי מתקן אכן י"ל למה הוצרכו להו טעמא דהוי מבשל תפוק ליה דבלא"ה הוי אב מלאכה דנטילת נשמה ונדאי שנייה זה אפילו בהורג בלא חבלה שמוציא דם דאל"כ למה אין דנין דין חנק בשבת וי"ל כיון דהתוס' הקשו למ"ד מקלקל בהבערה פטור וזה ר"י והוא סובר דגם מקלקל בחבורה פטור וא"כ אי משום הבערה ליכא גם משום חבורה ליכא.

ולפי תירוץ דחשיב תיקון כיון שיש לו פפירה באמת גם קושיתם מהבערה מתורצת אבל לפ"ז קשה כן אגמרא דיבמות (דף ו' ע"ב) למה לן שם הו טעמא דבשול פתילה תפוק ליה דבלא"ה ליכא למימר דמשום הבערה ללא יצאת ה"א דדחי דהא איכא גם

איסור מיתה דנטילת נשמה ואי משום דסבר מקלקל בחבורה פטור הא חשיבי ליה תיקון
דיש לו כפירה לפמ"ש התוס' פאן.

וי"ל עפמ"ש התוס' בשבת (דף ק"ו ע"א) בד"ה מדאצטריה דלכה חשיב הבערה קלוקל
אף דמתקן לבסוף משום דמקלקל בתחלתו ועוד כתבו שם בד"ה מה לי לבשל דהפלי' הוא
דבישול פתילה גופא לא חשיב תיקון רק מה שהווא לצוריה שריפה.

ולפ"ז דברי התוס' אתיא שפיר דבתחלה כתבו דאף דהבערה מקלקל הוא וא"כ אף
דבאמת מתקן הוא לבסוף בעת נטילת נשמה וחיוב משום נטילת נשמה מ"מ איה אסרה
תורה הבערת ב"כ משום הבערה פדכתיב לא תבערו אש בכל מושבותיכם הא מקלקל
הוא ואהא תירצו דחשיב מתקן בבישול הפתילה פינון דמתקן לבסוף וכדקאמר בגמרא
דשבת שם אליבא דר"י אכן אגמרא דיבמות אפתי קושיתנו במקומה עומדת דהא בישול
פתילה דקאמר התם ע"כ ג"כ לאו בכלל לא תבערו הוא דאל"כ ג"כ ללא יצאת וא"כ
לימא בקיצור משום נטילת נשמה דלכ"ע חייב דחשיב תיקון לפי מש"כ התוס' ואפ"ש
משום בבלא"ה הנצרה ר"א לבאר סברא זו שם אליבא דר"י נקטה ג"כ לענין דהבערה
ל"ל.

אף דלפ"ז ע"כ סוגיא דשם לא שייכי אלא לר' יהודה ולא לר"ש וכמש"כ התוס' שם.
אבל לפי דברינו שפיר י"ל דאתיא גם לר"ש דליכא לאו אלא פרת משום נט"ש: שם
ד"ה לאביו ולאמו.

ועוד פהו הדיוט עדיף: א"ל הא אפתי אצרכינן להו טעמא דאיכא תרתי דאל"כ למה
אצרכינן לאחיו לכה"ג ונזיר פינון דכבר ידעינן קדושת עולם דמיטמא מפהו הדיוט. עוי"ל
דלאו משום דאיכא תרתי לאונין אצרכינן קרא להכי דבזה י"ל מה לי חד לאו מה לי תרי
לאונין פדאמרינן בנזיר (דף מ"ח) שם ולא אצטריה קרא אלא משום דבכה"ג ונזיר הוי
תרתי חומרות דקדושתו קדושת עולם ואינו מטמא לקרובים מה דליכא באחרינא ולכן
מצרכינן קרא לחודא: שם ע"ב בגמרא שבת שנדחית מפני עבודה אינו דין שתהא רציחה
דוחה אותה: וא"ת נימא דגם עבודה לא נדחית אלא כל זמן שלא התחיל אבל כשכבר
התחיל אינה נדחית כמו שפי' רש"י ולכן בשבת שכבר התחיל אינו נדחה כמו עבודה.

וי"ל לפי מה שתיירצו התוס' דסוגיא דכאן אתיא למאן דס"ל דהיכי דמפריה ק"ו ל"א
דיו א"ש. וגם לפי תירוץ תוס' השני א"ש דעכ"פ ראינו דשבת קיל מרציחה: שם א"ד
שתהא רציחה דוחה אותה: א"ל דלמא לכן לא ממיתין בשבת פינון שאינו יכול לקפור בו
ביום משום שבת והתורה אמרה פי קבור תקברנו ביום ההוא דהא רציחה לא דחי שבת
אפילו היכי דיכול להקבר ע"י נכרי ועוד להו שיטה דגמרינן רציחה בק"ו וא"כ ליכא
יוכיח מרציחה וקיימי ק"ו ג"כ לענין קבורת מ"מ דדחי שבת ונהרי הנרצח מת מצנה הוא
דאין לו קוברים בשבת.

וכן צ"ל ע"כ דאל"כ לימא . אק"ו דרציחה קבורת מ"מ יוכיח: שם אי לר' יוסי ללא
יצאת: א"ל דלמא סבר בהא כר' יוסי דיליף לחלק מאחת מהנה אבל בהא דללא יצאת
לא סבר פנותיה וא"כ שפיר מותר לא תבערו למעט מיתת ב"ד בשבת דהא גם שמואל

שם בשבת (דף ע') לא סובר לא כר"נ ולא כר"י וכן ר"ש לא סביר פתרוניהו כש"כ התוס' (ביבמות דף ו') ובשבת (דף ד').

די"ל דהגמרא מתמה אהא דקאמר לא תבערו מה ת"ל דהא ע"כ לא מיותר הוא דאם לא אתיא לשום דבר וגם לענין לחלק ל"צ ע"כ דאתיא ללאו כר"י שם מפדי שבת חובת הגוף הוא: א"ל הא בקדושין (דף ל"ז) אמרינן דאצטריף מושבות דה"א משום דבעניני דמועדות פתיב ליבעי קידוש פמועדות מ"מ זה אתיא ממושבותיכם דכתיב בפי' מועדות ואפתי הך דגבי לא תבערו מותר הוא וכמ"ש התוס' בשבת (דף ד') וביבמות (דף ו') אכן לכאורה הך קשה אפתי למה מצריף הך טעם דחובת הגוף היא תיפוק ליה דכתיב מושבותיכם גבי מועדות דנוהג בחו"ל.

וי"ל הא דמצרכינן התם קרא היינו דוקא לר' עקיבא דלר' ישמעאל שם הרי יליף מק"ו דנוהג אפילו בח"ל ולא צריף לזה קרא דמושבות ועוד הרי לר' ישמעאל ממושבות לא משמע ח"ל דהא הוא סובר דמושבות אחר ירושה וישיבה משמע וא"כ לר' ישמעאל הא דנוהג שבת בחו"ל היינו משום דחובת הגוף הוא ובנדאי לא יגרע משאר חובת הגוף ונהרי הך לפירוש דברי ר' ישמעאל קיימינן לכן שפיר קאמר בש"ס הטעם משום דחובת הגוף היא: שם ברש"י ד"ה רציחה תוכיח.

ובלבד שלא יורידהו מעל המזבח ממש: הכי אמרינן ביומא (דף פ"ה) ולא ראיתי ברמב"ם שהביא הלכה זו ולא ידעתי למה וכן הקשה במ"ל שם. והא דהוצרך רש"י לזה דלא מעל מזבחי דנדאי בכינון פתב פן דכו פתב ג"כ ביבמות (דף ו') שם נראה שרצה לתרץ קושית התוס' דדלמא גזירת הפתוב הוא דרוצח פסול לעבוד ולא שתהיה נדחית עבודה מפני רציחה לזה הביא הך דרשה דמעל דמוכח מניה דלאו פסול הוא וכתירוץ תוס' קמא בד"ה שצאמר מעם מזבחי: שם ד"ה לחלק יצאת.

בהעלם א' אינו חייב אלא א': פן פ' גם לקמן (דף ס"ב) אכן ביבמות שם פ' לענין סקילה. וצל"ע דהא בשבת (דף ע') מפיק מזיד מעושה מלאכה יומת.

ועוד דלפי מה שנראה משם אי יש לאוקמא אמזיד לא מוקמינן אשוגג וא"כ אפתי לחלק לענין שוגג מנ"ל וכן הקשה במהרש"ל שם. ובספרי ע"ל שם פתבתי ישוב לשיטת רש"י: שם בתוספת ד"ה שצאמר מעם מזבחי.

אלא משום דגברא לא חזי: אף דלאו דאורייתא היא דאתיא מקרא דישע' מ"מ נדאי לא דישע' חידוש זה דאין נביא רשאי לחדש דבר אלא הלכתא היא נאמא ישעיה ואסמכא אקרא וכדאמרינן לעיל ס"פ כה"ג (דכ"ב ע"ב) ודלמא מהכא אתיא דזה הטעם דמעם מזבחי תקחנו למות פנין שאין ראוי לעבודה: שם בא"ד ועוד י"ל דשאני נ"כ לפי שהרג בידו ואין קטיגור נעשה סניגור: אף דעבודה בעינן ג"כ ביד ואפילו אימין איכא קפינדא מ"מ אין הידים סניגור אלא העבודה שנעשית בהם אבל בנ"כ הידים הם סניגור דנ"כ הוא משום השקראת שכינה פדאמרינן בחגיגה פ"ב דלכך המסתכל בהם עיניו פהות ואין השכינה שורה אידים שרצחו דאהא מייתי התוס' ראיה מקרא דובפרשכם פפיכם אעלים עיני מכם דהיינו שלא אשרה שכינתי עליהם: שם ד"ה אמר אביי.

וא"ת וּלְאַבְיֵי נִילֵף: לְכַאוּרָה יֵשׁ לְתַרְץ קְנוּשֵׁית הַתּוֹס' דַּע"כ לֹא אֶמְרִינוּ הַשְׁתָּא הַק"ו
שְׁקִיבֵינָא מ"מ יְדָחָה שְׁבַת דַּא"כ קִיל קְרַבְנָא צְבוּר מְקַרְבָּן יְחִיד דְּהָא לְעֵנְוִן קְרַבְנָא יְחִיד לֹא
שְׁיֵיף הַק"ו דְּהָא עֲבוּדַת קְרַבְנָא יְחִיד לֹא דְחֵי שְׁבַת וּבְכָל מְקוּם קְרַבְנָא צְבוּר חֲמִיר מְקַרְבָּן
יְחִיד לְכֹן ע"כ לֹא אֶמְרִינוּ ק"ו.

אֲכַן אֶפְתִּי אֲנִי צְרִיכִים לְתִירוּץ הַתּוֹס' דַּאבְיֵי לֹא בָּא רַק לְחֻזַּק קְנוּשֵׁית ר"ל וְלֹא שְׂיֵאמַר
לְפִי הָאֲמַת דְּאִין רְצִיחָה דְּחֻזָּה עֲבוּדַת קְרַבְנָא צְבוּר דַּא"כ תְּקַשָּׁה לְדִידְיָה מִימְרָא דַּר"ע
(בְּיוֹמָא דַּפ"ה) דְּיִלְיָף שָׁם דְּפַקוּחַ נְפֻשׁ דְּחֻזָּה שְׁבַת מְדַאמְרָה תּוֹרָה מְעַם מְזַבְּחֵי וְלֹא מְעַל
מְזַבְּחֵי וְדוּקָא לְמוֹת אֲבָל לְהַחְיּוֹת אֲפִילוּ מְעַל מְזַבְּחֵי וְהִרֵי עֲבוּדָה דְּחֻזָּה שְׁבַת כַּש"כ שְׁסַפֵּק
פַּקוּחַ נְפֻשׁ דְּחֻזָּה שְׁבַת וְהַשְׁתָּא לְאַבְיֵי מֵאִי מִיִּתֵי רְאִיָּה הָא קָרָא לֹא אֵיִרֵי רַק מְקַרְבָּן יְחִיד
וְדַלְמָא קְרַבְנָא צְבוּר בְּאֲמַת אֲפִילוּ לְהַחְיּוֹת מְעַל מְזַבְּחֵי לֹא וְהִרֵי רַק עֲבוּדַת קְרַבְנָא צְבוּר
דְּחֻזָּה שְׁבַת אֲלָא ע"כ מוּכַח פְּתִירוּץ הַתּוֹס' דְּלֹא לְפִי הָאֲמַת אֲמַר אַבְיֵי כֹן רַק רְצָה לְהוֹכִיחַ
דַּאֶפְתִּי קְנוּשֵׁית ר"ל בְּמְקוּמָה עוֹמְדַת.

בְּאֲמַת לַפ"ז גַּם דְּבָרֵי ר"ע לֹא אֶתְיִין שְׁפִיר רַק דְּעֵדִיפָא מְנִיָּה פְּרִיף: שָׁם דָּף ל"ו ע"א
בְּגַמְרָא הַנִּיחָא לְמ"ד אִין נְדָרִים וְנִדְבוֹת קְרַבִּים בִּי"ט: קְשָׁה לְפִי מַה שְׁפַתְבוּ הַתּוֹס'
בְּחִיגָה (דָּף ז' ע"ב) דַּלְכ"ע עוֹלַת נְדָבָה אֵינָה קְרִיבָה בִּי"ט וְהִרֵי זֶה וְדַאִי ג"כ מְבֹנָאָר
דְּבִשְׁלָמִי חוּבָה לַכ"ע קְרִיבִין בִּי"ט וְכַמְבֹנָאָר בְּבִיצָה (דָּף י"ט) וַא"כ מ"מ נ"א אֵי צְרִיף
לְאוּקְמָא קָרָא בְּכָל קְרַבְנָא יְחִיד א"כ תְּקַשֵּׁי גַם לְמ"ד דְּנְדָרִים וְנִדְבוֹת א"ק בִּי"ט הָא אֵיפָא
שְׁלָמִי חוּבָה דְּקְרַבְנָא יְחִיד הֵן וְדַחוּ יו"ט וַא"כ תְּהָא רְצִיחָה דְּחֻזָּה אוֹתָן וְאֵי לֹא צְרִיף
לְאוּקְמָא קָרָא בְּכָל קְרַבְנָא יְחִיד מֵאִי פְּרִיף לְמ"ד דְּנְדָרִים וְנִדְבוֹת קְרַבִּים בִּי"ט קָרָא דְּמַעַם
מְזַבְּחֵי לְמֵאִי אוּקְמָא הָא יְכוּל לְאוּקְמָא בְּעוֹלַת נְדָבָה דַּלְכ"ע אֵינָה דְּחֻזָּה יו"ט.

וּי"ל דְּבְּאֲמַת אֵי קָרָא בְּקְרַבְנָא יְחִיד אֵיִרֵי ע"כ בְּכָל קְרַבְנָא יְחִיד צְרִיף לְאוּקְמָא אוֹתוֹ וְלֹא קְשָׁה
מְשַׁלְמֵי חִיגָה וְשְׁמַחָה דְּהֵם קְרַבְנָא צְבוּר מְקַרְבֵי מְשׁוּם דַּאֲתֵי בְּכַנּוּפִיא פְּדַאמְרִינוּ בְּיוֹמָא (דָּף
נ"א ע"א) וְעֵינִין בְּתוֹס' חִיגָה (דָּף ו' ע"א): שָׁם מְזַבְּחֵי הַמִּינוּחָד לִי: ק"ל לְפִי מַה דַּאֶמְרִינוּ
פְּסָחִים (דָּף סג ע"א) הַשּׁוֹחֵט פְּסַח עַל הַחֲמִץ עוֹבֵר בַּל"ת ר' יְהוּדָה אָמַר אַף הַתְּמִיד
וּמְפָרֵשׁ שָׁם טַעְמָא דַּר"י מְשׁוּם דְּדַרְיֵשׁ זַבְּחֵי הַמִּינוּחָד לִי וּמֵאִי נִיהוּ תְּמִיד וַא"כ לַת"ק דְּלֹא
דַּרְיֵשׁ שָׁם זַבְּחֵי כַר' יְהוּדָה קְנוּשֵׁית הַגְּמְרָא דְּכָאן בְּמְקוּמָה עוֹמְדַת וְצ"ע: שָׁם מִימוֹת מְשָׁה
וְעַד רַבִּי: לְכַאוּרָה קְשָׁה אֵהָא דְּמַקְשָׁה וְהָא הֵנִי שְׂאוּל לְתַרְץ הֵנִי דוּד דְּהִיָּה גְּדוּל בְּתוֹרָה
דַּאֲסוּקֵי לִיָּה שְׁמַעְתָּא אֲלִיבָיָה דְּהַלְכְתָּא מִשָּׂא"כ בְּשְׂאוּל פְּדִילִיף לְקַמָּן (דָּף צ"ג ע"ב) וּבְזָה
לֹא קְשָׁה קְנוּשֵׁית הַגְּמְרָא וְהָא נַח נְפֻשָׁיָה וְלֹא מְצַרְכִּינוּ לְשִׁנוּיָא דְּחִיקָא דְּכוּלְהוּ שְׁנֵי
קְאָמְרִינוּ.

וְכֹן קְשָׁה אֵהָא דְּמַקְשָׁה וְהָא הֵנִי דוּד לִישְׁנֵי הֵנִי שְׁמַעֵי כְּמוֹ דְּמִשְׁנֵי לְגַבֵּי שְׁלָמָה וְאַף
דְּגְדוּלְתוֹ בְּתוֹרָה לֹא שְׁיֵיף רַק לְגַבֵּי שְׁלָמָה שְׁהִיָּה רַבּוּ פְּדַאמְרִינוּ בְּגַמְרָא דְּבִרְכוּת (דָּף ח')
וְלֹא לְגַבֵּי דוּד מ"מ הִרֵי גַם גְּדוּל בְּגְדוּלָה הִיָּה שְׁיַרְד לְקִרְאָת דוּד בְּאֲלָף אִישׁ כְּמוֹ שְׁפִירֵש"י
וְזֶה שְׁיֵיף גַּם לְגַבֵּי דוּד.

וּנ"ל וְיִתְרַבֵּץ בְּזָה ג"כ מַה שְׁהַקְשׁוּ הַתּוֹס' דְּלָמָּה לֹא מְשַׁנֵּי אֲדוּד הֵנִי אַחִיתוּפְּל אוּ הֵנִי
מְפִיבְנוּשֵׁת וּמַה שְׁהַקְשׁוּ עוּד דְּלִישְׁנֵי אֵיְהוּשַׁע הֵנִי עֲתַנִּיאַל כֹּן קִנְזוּ שְׁהַנִּיחוּ בְּקוּשְׁיָא דְּהִיָּה
רַש"י פִּי' בַּד"ה עִירָא הִיאִירֵי שְׁהִיָּה בּוֹ תַרְתֵּי שְׁהִיָּה מְתַנֵּי לְרַבָּנָן פְּדַאמְרִינוּ בַּמ"ק וַא"כ

הָיָה גְדוֹל בַּתּוֹרָה וְגַם שְׁדוּד הָיָה מְנַהֵיגוֹ לְרֹאשׁ וְהָיָה גְדוֹל בְּגְדוּלָה וְכֵן פִּי אֲשַׁמְעֵי שְׁהֵיָה גְדוֹל בְּגְדוּלָה וְגְדוֹל בַּתּוֹרָה וְדַאי הָיָה שְׁהֵיָה רַבּוֹ שֶׁל שְׁלֵמָה וְלְכַאוּרָה קָשָׁה מִי דַחְקוֹ לְפָרֵשׁ כֵּן שְׁצָרִיף שְׁהֵיָה בּוֹ תַרְתִּי הָאֵי אֵי אֵי תּוֹרָה חַד אוֹ תּוֹרָה אוֹ גְדוּלָה לֹא שְׁיֵיף עוֹד שְׁהֵיָה בְּהַאֲחַר תּוֹרָה וְגְדוּלָה בְּמָקוֹם אֶחָד.

וּנְלַעַנ"ד דְּהַתּוֹס' בַּד"ה פְּנִיָהוּ שְׁנֵי קְאָמְרִינֵן כְּתָבוּ וְהַשְׁתָּא לֹא קָשָׁה לְסַפְרִים דְּגָרְסִי כּו' ע"ש. וּפִי דְבַרְיָהֶם דְּלְכַאוּרָה קָשָׁה אַהֲרָה גְרַסָּא מֵאֵי מְקַשָּׁה וְהָא הֵנָּה אֲלַעְזָר הָא הָיָה כְּבָר גְדוֹל בַּתּוֹרָה וְגַם בְּגְדוּלָה שְׁהֵיָה כַּה"ג בִּימֵי יְהוֹשֻׁעַ וְא"כ לֹא פְּנִיָהוּ שְׁנֵי הֵנָּה דְּהָא הֵנָּה יְהוֹשֻׁעַ בְּיָמָיו וְאַהֲרָה תִּירְצוּ דְּבַאֲלַעְזָר הַנּוֹתַחְלָה גְּדוּלְתוֹ אַחַר יְהוֹשֻׁעַ דְּהֵינּוּ שְׁגְדוּלְתוֹ לֹא הֵיָתָה נְחֻשְׁבַת בִּימֵי יְהוֹשֻׁעַ וְזֶהוּ ע"כ לְעֵינֵן גְּדוּלְתָהּ כְּהוֹנָה גְדוּלָה שְׁלֹו שְׁלֹא הֵיָתָה נְחֻשְׁבַת נְגַד גְּדוּלְתָהּ יְהוֹשֻׁעַ אֲבָל בְּגְדוּלְתָהּ תּוֹרָתוֹ לִיכָא לְפָרֵשׁ דְּהָא חֲבִירֵוּ הָיָה כִּפִּי רָש"י.

אַף דַּלְפ"ז לְכַאוּרָה קָשָׁא אֵיף מְשַׁנֵּי הֵנָּה אֲלַעְזָר וְהָא אֲלַעְזָר לֹא גְדוֹל הָיָה בִּימֵי יְהוֹשֻׁעַ וְע"כ צ"ל דְּלַמְעַט גְּדוּלְתָהּ הָאֲחַר סְגִי בְּדָבָר אֶחָד וְהָרִי בַּתּוֹרָה הָיָה שְׁנֵי לִיהוֹשֻׁעַ אֲבָל לִיְחֻשָׁב לְגְדוֹל בְּפָנָי עֲצָמוֹ לְזֶה בְּעֵי תַרְתִּי וְלָכֵן תִּירְצוּ הַתּוֹס' שְׁפִיר וְהֵינּוּ אֵי גְרַסִּינֵן כְּגִירְסַת הַתּוֹס' אֲבָל לְפִי מַה דְּלֹא גְרַסִּינֵן בְּסוּגְיָא דְּכָאן הָכִי ע"כ מוֹכַח אֵיפְכָא מְדָלָא מְקַשָּׁה בְּגַמ' הָכִי דְּתַרְתִּי בְּעֵינֵן גַּם לַמְעַט הַגְּדוּלָה וְלָכֵן פִּי רָש"י לְפִי סוּגְיָא דְּכָאן דְּגַבֵּי עִירָא וְשְׁמַעֵי תַרְתִּי הָיוּ וּבְכוּלְהוּ אַחְרֵינָא דְּחֻשִׁיב בְּגַמ' בַּלֹּא"ה תַרְתִּי הָיוּ וּלְפ"ז מְתוֹרְצִים כָּל הַקְּוִשׁוֹת הַנ"ל דְּלֹא מְצִי לְתַרְצָא לְגַבֵּי שְׁאוּל הֵנָּה דוּד דְּהָא לֹא בְּגְדוּלָה שְׁנֵי לּוֹ וְגַם לֹא יְכוּל לְתַרְצָא אֲדוּד הֵנָּה אַחִיתוּפְלֵ אוֹ מְפִיבְנוּשַׁת דְּלֹא בְּגְדוּלָה שְׁוִין לּוֹ וְגַם לֹא הֵנָּה שְׁמַעֵי דְּלֹא בַּתּוֹרָה שְׁנֵי לּוֹ וְגַם לֹא אֵיִהוֹשֻׁעַ הָיוּ עֲתַנִּיאַל דְּלֹא בְּגְדוּלָה שְׁנֵי לּוֹ דְּבִימֵי יְהוֹשֻׁעַ עֲדִינֵן לֹא הָיָה שׁוֹפֵט עַד יָמֵי פְּנֻחָס וְלָכֵן רַק הַתּוֹס' לְשִׁיטְתָם דְּקֵימוֹ גְרַסַת הַסְּפָרִים הַקְּשׁוֹ שְׁפִיר קוֹשְׁיָתָם וְזֶה ג"כ הַמְּשָׁף דְּבַרְיָהֶם שְׁהַקְּשׁוֹ קוֹשְׁיָא זֶה מְעַתְנִיאַל בַּד"ה פְּנִיָהוּ שְׁנֵי וְלֹא מְקוֹדֵם אַהֲרָה דְּמְקַשָּׁה בְּגַמְרָא וְהָא הֵנָּה יְהוֹשֻׁעַ.

וּבְזֶה מִיְנוּשָׁב סְתִירָה בְּפִי רָש"י דְּכָאן פִּי בְּעִירָא וְשְׁמַעֵי דְּהָיוּ תַרְתִּי וְשֵׁם בְּגִיטִין לֹא פִי כֵן וּלְפִי דְּבַרְיָנוּ א"ש דְּכָאן לֹא מְקַשָּׁה בְּגַמְרָא וְהָא הֵנָּה אֲלַעְזָר וְלָכֵן פִּי כָּאן דְּתַרְתִּי בְּעֵינֵן לַמְעַט הַגְּדוּלָה אֲבָל בְּגִיטִין דְּמְקַשָּׁה בְּגַמ' וְהָא הָיוּ אֲלַעְזָר כְּגִירְסַת הַתּוֹס' וְהֵינּוּ ע"כ כְּפִירוּשָׁם וְא"כ ע"כ מוֹכַח דְּלַמְעַט גְדוּלָה לֹא בְּעֵינֵן שְׁהֵיָה שְׁנֵי לּוֹ אֲלֵא בְּדָבָר אֶחָד וְלָכֵן לֹא פִירְש"י שֵׁם דְּתַרְתִּי הָיוּ בְּעִירָא וְשְׁמַעֵי: שֵׁם רַבָּה בַּב"ח אָמַר ר"י מְהֵכָא וַיֹּאמֶר דוּד: מְזָה מְשַׁמַּע דְּרַבְב"ח אַר"י לִית לֵיהּ דְּרָשָׁה דְּלֹא תַעֲנָה עַל רַב וְא"כ קָשָׁה לְדִידֵיהּ בְּרִיָּתָא דְּלַעֲיַל (דָּף י"ח ע"ב) דָּאִין מוֹשִׁיבִין מְלָף בְּסַנְהֶדְרִין וּמְפָרֵשׁ בְּגַמ' הַטַּעַם מְשׁוּם לֹא תַעֲנָה עַל רַב וְהָרִי רַבְב"ח אַר"י לִית לֵיהּ הָף דְּרָשָׁה וּבְשִׁלְמָא לְפִי מַה שְׁמַשְׁמַע מִמָּה שְׁכַתְּבוּ הַתּוֹס' שֵׁם (דָּף י"ט) בַּד"ה אֲבָל מְלָכִי בֵּית דוּד דְּהַפְּלִי הוּא פִּינֵן דְּצָרִיף לֹאמַר בְּאַחְרֵוֹנָה מְשׁוּם לֹא תַעֲנָה עַל רַב א"כ גְּנָאֵי הוּא לּוֹ א"ש דְּזֶה שְׁיֵיף ג"כ אֵי יְלַפִּינֵן כֵּן מוֹנִיחָגוֹר גַּם דוּד חֲרָבוּ.

אֲבָל לְפִי מַש"כ הַר"ן לַעֲיַל דְּהַחֲשָׁשׁ הוּא שְׁמָא יֹאמַר הַמְּלָף בְּרִאשׁוֹנָה דַּעְתּוֹ וְהָאֲחֵרִים לֹא יִרְצוּ לְחַלּוֹק עָלָיו מְשׁוּם לֹא תַעֲנָה עַל רַב זֶה לֹא שְׁיֵיף לְכַאוּרָה לְפִי תִירוּץ רַבְב"ח: שֵׁם בְּרָש"י ד"ה מִן הַצַּד הָיוּ מִתְחַלִּי.

מפני ענוה יתירה שהיתה בו: ובגיטין (דף נ"ט) פ' משום דסברי דלא תענה על רב שיניך גם בד"מ והתוס' הקשו שם עליו ופירושו פפירושו פאן. ולענ"ד י"ל הא דרש"י פ' ב' פירושים דזה תליא בהשני פירושים שהביא רש"י שם בגיטין אי רב מן הבינונים הנה או הקטן שבכולם ע"ש דאי חוששין ללא תענה על רב דהיינו שהקטן מתניירא לומר דעתו נגד דעת הגדול חשש זה שיניך בכל קטן שיש גדול ממנו וכמו שכ' מהרש"ל לקמן ברש"י ד"ה לא תענה וא"כ אפתי קשה איך התחילו ברב שהיה בינוני הנה להם להתחיל מן הקטן שבכולם דבינוני אפתי שיניך החשש שיתניירא או הקטנים ממנו לחלוק עליו לכן ע"כ צריך רש"י לפרש פאן דמשום ענוה התחיל רבי מן הצד אבל חשש שיתניירא הקטן לומר דעתו נגד הגדול באמת לא שיניך גבי ד"מ רק גבי דנ"פ אבל בגיטין שם פ' רש"י לפי הפ' ששמע דרב קטן שבכולם הנה ולכן ליכא לפרש שם דמשום ענוה הנהיג רבי כן דמשום ענוה הנה רבי יכול למחול על פבדו אבל איך מחל על פבדו הבינונים להקדים להם הקטן שבכולם לכן פ' שם דמשום לא תענה על רב הנהיג כן ולכן התחיל בקטן שבכולם.

כן נלענ"ד לפרש דעת רש"י: שם ד"ה לא תענה. ומתחילין מן הצד: המהרש"ל ומהר"ם ומהרש"א יגעו בבניאור דברי רש"י ועפ"י דברי הר"ן נלענ"ד לפרש דברי רש"י דרצה לתרץ דאי הטעם שלא ירצו לחלוק על הגדול א"כ היכי איירי דוקא דמתחילין מן הצד שלא יאמר הגדול ברישא הנה לנו לתמן שיאמר באחרונה אחר פולם וזה אינו במשמעות מתחילין מן הצד רק שלא יאמר דעתו בראשונה וע"ז תירץ רש"י דלזה אין חשש פיון דכבר התחילו מן הצד שפא ישמע דברי אחד מן המזופים ויסקים עמו הגדול דהיינו שהפולא ישמע דברי א' מהמזופים ויסקים עמו: שם ד"ה הטמאות.

וסיפא דברייתא לא ישב בצדו: דברים אלו לכאורה הם ללא צורך דמאי קמ"ל במה שכתוב בסיפא דברייתא. וי"ל דפירושא דקושיא היא דלכאורה לק"מ אדרב מהך ברייתא דדלמא באמת גם רב סבר דאין מונין להם אלא אחד והא דקאמר ודן עמו בדנ"פ קא משמע לן שיושב עמו כשהוא דן ואומר דעתו ג"כ ולא חיישינו מפני הרואים שיאמרו קרובים פשרים לדנ"פ או רב ותלמיד לזה קאמר רש"י דהא באמת זה אסור פמבואר בסיפא דברייתא וא"כ שפיר קשה ארב: שם בתוס' ד"ה ומה י"ט.

וא"ת ומנ"ל: לענ"ד י"ל דרש"י מתרץ קושית התוס' במה שכתב דהרי אין בין י"ט לשבת ע"פ מה שביארת במ"א טעמו דפ' (בפסחים דף ה' ע"ב) דהא דאמר רבא ש"מ מר"ע הבערה לחלק יצאת משום דקרי לי' אב מלאכה ולא פ' פפירוש ריב"א דאי ללא לא יאסר הבערה בי"ט פלל פיון דקרא דלא תעשה כל מלאכה לא קאי על יו"ט משום דסובר דלא פרבינו שמואל בשבת (דף קי"ז ע"ב) בתוס' ד"ה והתני דבי ר' ישמעאל אלא פרש"א דלא תעשה כל מלאכה דגבי שבת מוכח דגם ביו"ט אסור דמדאמרה תורה לא תעשה כל מלאכה אף אשר יאכל לכל נפש הרי הורה לנו דאין בין י"ט לשבת אלא אנוכל נפש ומה"ט גם הבערה אסורה ביו"ט כמו בשבת דהרי רק אנוכל נפש התירה התורה ולא דבר אחר וזהו ממש דבריו בכאן ג"כ למה דאסורה רציחה ביו"ט.

אכן התוס' שם בפסחים סברי פרבינו שמואל בשבת ולכן פ' הריב"א שם פפירושו ולישיתם גם פאן הקשו שפיר ולפ"ז מתורץ לשיטת רש"י קושית התוס' דכאן. אכן זה

עדיין קשה לפי מה שסובר רש"י ביצה (דף י"ב ע"א) דגם מה שאין בו צורך י"ט פלל
מותר מפת מתוך א"כ עדיין קשה דלישתרי רציחה בי"ט מפת מתוך שיהיה נטילת נשמה
לצורך שחיטה הותר נמי שלא לצורך ולשיטת התוס' שם א"ש דהא אין פאן צורך י"ט
פלל אבל לשיטת רש"י קשה לכאורה וצ"ע: שם ד"ה והא הנה חזקה.

שכבר גלו עשרת השבטים: המהרש"א וגם המהר"ם הקשו דא"כ גם ברבי ורב אשי לא
היה תורה וגדולה במקום אחד ע"ש שתיקצו בדוחק. ולפענ"ד נ"ל ע"פ מה דאמרין
ערכין (דף ל"ג ע"א) דעשרת השבטים ירמיה חזירין ויאשיהו בן אמון מלך עליהם ולכך
נהגו שמשות ויבולות דשפיר מקרי פל יושביה עליה ע"ש ואף שעדיין נשארו מהם שלא
חזרו כמש"כ רש"י לקמן (דף ק"י ע"ב) בד"ה עשרת השבטים מ"מ כיון דכל השבטים
חזרו אף שחידים נשארו עדיין מ"מ מקרי פל יושביה עליה דהגע עצמה דכי אם ישבו
חידים מישראל בחו"ל לא יהיו יבולות נוהג ונהרי עכ"פ מוכח דלאחר יאשיהו מקרי פל
יושביה עליה וא"כ שפיר מלך רבי ור"א על כל ישראל אבל חזקה שמלך קודם יאשיהו
לא מלך על עשרת השבטים ולכן לא מקרי לגביה תורה וגדולה במקום אחד: שם ד"ה
רבה בב"ח.

וי"ל לא בעי למידייני כשאר חייבי מיתות: עיין במהר"ם שמתק בדברי התוס'. ולפענ"ד
דברי התוס' אתיין שפיר דמש"כ לידע אם הוא מורד במלכות הפי' הוא לידע אם דוד יש
לו דין מלך כיון שעדיין שאול קיים וכתרוץ הר"ן.

ובתירוץ זה מיושב ג"כ מה שהקשו התוס' לעיל (דף י"ט) דאיהו דן דוד עמהם הא אין
מושיבין מלך בסנהדרין ע"ש. ולפ"ז אתי שפיר כיון דכל הדין היה אם דוד יש לו דין
מלך א"כ בשעה שישב בדין עדיין לא היה מלך: שם בא"ד.

ונראה הא דאמר לא בעי למידייני לענין הא דתנו בפרקין: גם לגמור דינו רק בפניו ע"כ
לא בעינו דהא נבל לא היה שם כשדנו אותו ועיין לקמן (דף מ"ט ע"א) כשדנו את יואב
משום מורד במלכות איתוהו ודיינוהו: שם ד"ה אין מונין להם.

משום ק"ה ועה"ש אצטריף: הא דלא כתבו דמשום הרב ותלמידו אצטריף דאכתי צריף
לזה דמשום ק"ה ועה"ש אצטריף דאל"כ אב ובנו לא ליתני פלל אבל השתא דכתבו
דמשום ק"ה ועה"ש אצטריף לא קשה ד"מ ודנ"פ ומכות לא ליתני דשפיר צריף למיתני
פן משום הרב ותלמידו: שם ע"ב בגמרא פי קאמר רב פגון רב פהנא ור"א: לכאורה
קשה מאי קמ"ל רב בזה פשיטא דאל"כ לא משכחת סנהדרין לעולם דהא פולם ממשה
קבלו.

וי"ל דקמ"ל פגון שמראה להתלמיד ג"כ הטעמים לזכות ולחובה רק שאין מוסר לו
הסברא בברור דהתלמיד יברר וזה לא מוכח ממשה דלא מצינו שהסביר להם פנים
לזכות ולחוב. ולכן פירש רש"י לעיל בדברי רב שמראה לו פנים לזכות ולחובה בתוך
הדין: שם וכולן אין נוהגין בשוה"נ: ק"ק לפי טעם הגמרא דאתה מטה משפט שוה"נ
למה אין גומרים דינו ביום דוקא כמו דין הבועלים דבזה לא שייף הטני' רק גזה"כ הוא
מנהוקע אותם וא"כ מכת פמיתת הבועלים פך מיתת השור גם גבי שוה"נ ניבעי: שם
ברש"י ד"ה סנהדרין.

אף של כ"ג: ודאי דמוכח כן מדתני במתניתן ושלש שורות של תלמידי חכמים יושבים לפניהם להוסיף מהן אם יצטרכו וזה לא שייך רק בב"ד של כ"ג. אבל אעיקר מלתא י"ל מנ"ל דגם בב"ד כ"ג צריכים לישב פתחי גורן דהא קרא דשררף אגן הסהר דאתיא מגיה לא פתיב רק גבי ב"ד הגדול שיהיו יושבים במקדש.

אכן באמת לא ק"מ דבלא"ה י"ל מאי פריה בגמ' מה"מ דבעינן פתחי גורן הא במתניתן מפרש טעמא פדי שיהיו רואין זא"ז. אף דז"א דקושנית הגמרא באמת אינה מה"מ דבעינן עגולה רק הקושניא הוא מדקאמר במתניתן דסנהדרין היתה פתחי גורן עגולה ע"ז פריה מנ"ל דהיתה כן וע"ז מתרץ מקרא דשלמה דמוכח מגיה דבאמת היה כן וכינו דעיקר הטעם הוא משום שיהיו רואין זא"ז אתי שפיר דבעינן כן גם בב"ד של כ"ג דגם שם שייך הך טעמא: שם בתוספת ד"ה קדא לאתויי גר.

השתא משמע דסתם גר פשר לד"מ: עיין במהרש"א שטרח לישב מאין משמע כן. אכן התוס' ביבמות (דף מ"ה) בארו בעצמם דמדקאמר גר לא בא מטפה פשרה משמע כן ע"ש: שם בא"ד.

דבני גרים פינו שהורתו ולידתו בקדושה: ולהורתו שלא בקדושה ל"צ דהני לאו בני חליצה ויבום ניהו דאין להם אחנה כדאמרין ביבמות (דף צ"ז ע"ב): שם ד"ה אתה בדומין לה אע"ג דמאתה גמי הני שייך למעוטי ב"מ: עיין מש"כ לעיל (דף י"ז) ביישוב סוגיא דלפנינו ובתוכה גם קושית תוס' זו אכן גם בפשטות י"ל דהא דפשיטא להגמ' דבכורות (דף מ"ד ע"א) דמשה לא היה בע"מ היינו פינו דהיה ממנין הסנהדרין כדאמרין לעיל שם והסנהדרין צריכים להיות מגווקים ממום כדיליף ממום אין בה ולכן אי לא הוי ילפינן דבע"מ פסול לסנהדרין ממום אין בה גם מאתה לא הוי מוכח מידי ולכן השתא דכתיב מום אין בה באמת מאתה ממעטינן בע"מ ג"כ.

ובזה מיןשב ג"כ מ"ש רש"י לעיל דמאתה ממעטינן תרתי עיין שם. ובזה.

א"ש ג"כ מה דמקשה בש"ס יבמות (דף ק"א ע"א) ל"ל לעיני למעט סומא ממום אין בה נפקא ומקשה הרשב"א שם הא התורה ודאי לא סמכה אמה דאמר שלמה ולפ"ז א"ש דרב יוסף גלה דמאתה נפקא: שם דף ל"ז ע"א במתניתן שמה אי אתם יודעים שפופנו לבדוק אתכם בדו"ח: פ"י ואם עדי שקר אתם תכחשו עצמכם ותפסלו עי"ז לעדות א"נ ע"י דו"ח תבואו לידי הזמה אם שקר אתם מעידים ותמותו: שם ברש"י ד"ה אל יחסר המזג.

אל יחסרו: לעיל (דף י"ד ע"ב) פירשו התוס' עוד פ"י אחר בשם י"מ אכן לפי זה ק"ק דא"כ לר"י דסובר דסנהדרין גדולה היתה של שבועים לא ליבעי דלישתניר רק כ"א נהרי לא מצינו דפליג ר' יהודה אהה דינא דבעינן כ"ג: שם בד"ה לצאת לעסקיו.

חויז ללשפה עכ"ל: דקדק לפרש כן דאי לדבר מצנה מותר אפילו לא נשתירו כ"ג כדמוכח מסוגין דלעיל (דף י"ד). ע"ש: שם בתוספת ד"ה התורה העידה.

מיהו היכא דלא בעל: הא דלא תירצו התוס' לפ"ז בקיצור דה"ט דנדה שרי ליחודי טפי משאר עריות פיון דבעל דא"כ דמתקלינן בנדה בין בעל ללא בעל גם בשאר עריות הנה לנו לחלק כן וא"כ אם כבר בא על אחד מהעריות פשעדין לא היתה לו ערוה ע"י אונס

ופיתוי ואח"כ נעשה לו ערנה תהיה מותר להתניח עמו ונה ודאי אסור לכן ע"כ הן הן
התוס' לטעם שסופו להטהר ולכן לא נלע"ד פי' מהר"ם שפי' דהאי ומיהו שכ' התוס'
הוא כמו תירוץ לחוד: שם ע"ב במתניתו ונהלא פבר נאמר והוא עד: אף דפשוט דקרא
דוקא גבי שבועה איירי פדכתיב ושמעה קול אלה מ"מ פבר פתבו התוס' בב"ק ריש פרק
הפוגס דגם בלא שבועה איכא חוב להגיד.

ע"ש: שם ונהלא פבר נאמר ובאבוד רשעים רנה: הא דלא קאמרי פתיב ובערת הרע
מקרבך י"ל דהה מצנה לב"ד הוא ולא לעדים. אכן לפמ"ש הרא"ש פ"א דמכות דמי
שרואה דבר ערנה בתבירו חייב להגיד משום ובערת הרע א"כ קשה לכאורה לימא להו
קרא דתורה תחת קרא דמשלי.

וי"ל דהא שיתראו להעיד היינו שייסברו כמו שאמר גבוזראדן ונירון קיסר בעי לכפורי
ידיה בהאי גברא דהיינו אף שיעידו כמנטל עליהם מ"מ יענשו פיון שנהרג נפש מישראל
על ידם ולכן אמרינו להו מהה קרא דבאבוד רשעים רנה להורות להם דאין פאן עונש
וכפי' רש"י: שם פריש"י ד"ה נופל מן הגג.

וקומה שלו הרי פאן ג': ר"ל דלקה נקט נפל מן הגג דוקא פיון דמצות סקילה הייתה
להפילו ג' קומות וסתם בית שבש"ס הוא בית ועליה על גביו ונהו ב' קומות וא"כ אם
נופל מן הגג פשהוא יושב ולא עומד הרי פאן ג"כ ב' קומות: שם ד"ה הוא אמר לנו.

אבל לא בפני התובע: קשה דמה לנו שלא אמר בפני התובע פן מכ"מ הני חשיב הודאה
אי לא דלא אמר אתם עדי פדמוכח מהא דמיייתי לעיל (דף כ"ט ע"א) ממשנה זו ראיה
לרב והודה א"ר דצריף לומר אתם עדי ולפי פי' רש"י מאי מיייתי ראיה דלמא לקה לא
היה הודאה דלא היה בפני התובע וא"ל דהא דצריף שיאמר אתם עדי הוא מפני ב' טעמים
הא' שלא יאמר משטה אני בה והב' שלא יאמר אמרתי פן שלא להשביע את עצמי ולפי
המבואר בתוס' לעיל (דף כ"ט ע"ב) בד"ה פה אדם טעם דמשטה אני בה שייך דוקא
באם תובעו התובע וטעם דאדם עשוי שלא להשביע את עצמו דוקא בפשינו תובעו
וביותר מבואר זה בדברי הר"ן ולכן פירש"י לפי טעם הא' דאדם עשוי שלא להשביע
דבפני התובע גם פשלא אמר אתם עדי לא יוכל לומר אמרתי פן שלא להשביע א"ע
דא"כ מאי מיייתי לעיל סיוע לר"י א"ר.

וצ"ע: שם בתוספת ד"ה שאין דמה. ואחרני הני עם ר"ש ב"ש: אכן הריטב"א בשבועות
(דף ל"ד) פי' דחזא ועוד קאמר חזא דאומדנא הוא ועוד ליכא אלא עד א' והתורה אמרה
ע"פ ב' עדים: שם בד"ה מיום שחרב.

וא' הרג במזיד הקב"ה מזמין לפונדק: אף דבה"ג גופא לא נתקיים בו דין חנק אלא דין
סקילה שנהרג ע"י אותו שנפל עליו עיין מה שתימצו התוס' ע"ז בסוטה (דף ח' ע"ב):
שם בא"ד. פי' האי עובדא וכיוצא בו: אין הפי' דאז חזרו ללשכה אף שפבר בטל דנ"פ
דהא האי עובדא ע"כ קודם מ' שנה היה דהא בימי ר"ש ב"ש היה ונהרי ר' שמעון פן
שטח ע"כ יותר מק' שנה קודם חזרפן הבית היה דקא חשיב ליה בפ"ב דחגיגה קודם
שמעיה ואבטליון שנהגו נשיאות קודם הלל ונהרי הלל ויוצאי חלציו נהגו נשיאות בק'
שנים האחרונים שלפני חזרפן הבית פדאמרינו בשבת (דף ט"ו ע"א) ע"ש וא"כ ע"כ

ר"ש ב"ש קדם טובא לכו הפי' הוא דאם הנה מתרמי באותן מ' שנה צורך שעה כגון האי
עובדא היו חורין אבל ודאי הו' עובדא קדים טובא: שם בא"ד.

וי"מ דנקט משחרב בהמ"ק: זה שייך דוקא לפי פי' התוס' (בערכין דף ט"ז ע"א) דבגדי
כהונה גם על הרוצח מכפרין אבל לפי פי' רש"י שם דדוקא על כל העולם מכפרים ולא
על הרוצח לא שייך תירוץ זה: שם בא"ד.

מיהו ה"מ כשעושין תשובה: פי' דבזה רצו לתרץ מה שהקשו על פי' זה בכתובות (דף
ל') דהא עובדא דר"ש ב"ש דכאן וגם מזמינו לפונדק א' ג"כ בזמן בהמ"ק הנה והניחו
שם בקושיא. אכן בזה מתורץ דבגדי כהונה מכפרין דוקא עם התשובה ובהני עובדא לא
הנה תשובה אבל מ"מ מתורץ מה שהקשו למה נקט דוקא מיום שחרב בהמ"ק דאז לעולם
שייך פן בין עשו תשובה בין לא עשו תשובה כיון דאין פאן בגדי כהונה לכפר: שם ד"ה
כמאן כר' אלעזר.

וי"ל למסקנא דהכא דמשגי מתניתן: פן תירצו ג"כ בשבועות (דף ל"ד) וכן תירץ
הריטב"א שם ותר"ן פאן. אכן לכאורה צ"ב לפי מש"כ לעיל בד"ה שאין דהטעם דפסלינו
אומדנא משום דכתיב עפ"י שנים עדים דמשמע שראו את המעשה ונהרי גם גבי ד"מ
ע"פ שנים עדים יקום דבר וא"כ איך אפשר לחלק בין ד"מ לדנ"פ.

ולוא דבריהם הנה נלענ"ד איפכא מתירוץם דבאמת גם גבי ד"מ יפסל אומדנא מע"פ
שני עדים. אכן לפי מה שדרש ריה"ג בשבועות שם מאו ראה או ידע להכשיר ידיעה
בלא ראיה שהוא אומדנא כמבואר בגמ' שם הרי גלה קרא גבי ד"מ להכשיר אומדנא
וא"כ י"ל דר"א סובר כריה"ג שם ולכן הכשיר אומדנא גבי ד"מ אבל בדנ"פ פסול מע"פ
ב' עדים דבדנ"פ לא גלה קרא מידי דאו ראה או ידע דוקא גבי ד"מ כתיב כמבואר שם
ולכן בשבועות מקשה שפיר דבאמת נימא דאו ראה או ידע גם אדנ"פ קאי וממילא כשר
אומדנא גם גבי דנ"פ לר"א אבל גמרא דהכא לפי המסקנא אלא דאו ראה דוקא בד"מ
כתיב ולכן שפיר י"ל דר"א דוקא גבי ד"מ הכשיר אומדנא ולא גבי דנ"פ: שם בא"ד.

ומיהו בדוחק יש למצוא דלחייב ר"א בההוא דר"ש ב"ש: ע"כ אפשר למצוא דאל"כ איך
ר' שמעון בן שטח הנה יכול להרוג אותו גם בלא עדים דאומדנא ונהרי לפי מה שסברו
התוס' לעיל בד"ה שאין ע"כ לא הנה עפוב אחר שלא להרוג רק טעם דאומדנא ונהינו
כמ"ש הריטב"א בשבועות דרץ ומתרה והולך אחריו הנה אלא דמ"מ כתבו שפיר
דבדוחק דוקא יש למצוא פן.

ובזה י"ל קושיתם מה שהקשו מגמ' דשבועות די"ל דבאמת לר"א אומד גם בדנ"פ כשר
והא דשאלו שמא ראיתם מאומד משום דאז דוחק הוא שיהנה ההתראה כהגון שינדעו
שהרגו תוך כדי דבור אבל גבי ד"מ לא הוצרכו לשאול דשם א"צ התראה אבל אין
במשמע לשון התוס' שפוננו לתרץ בזה קושיתם הנ"ל שם ד"ה לטובה לא פתחה.

וא"ת והא כתיב תבלעמו ארץ: א"ל דלמא האי פנף הארץ הא דלא כתיב בי' פי הארץ
כמו גבי קרח די"ל דכל בליעה הוא בפי הארץ כמו האדם שדרך בליעתו הוא בפה והארץ
נברא כולה כמו אדם שיש לה שם כל האברים שיש באדם כגון פה לב ערוה כדאמרין
במדרש פ' מקץ: שם דף ל"ח ע"א בגמרא ואשה נאה ויאמר שלי היא: א"ל איך שייך

אִשָּׁה נָאָה אִם פֶּל ב"א דוֹמִין זל"ז דבלא"ה צָרִיף לְבָאָר מַאי פְּרִיף וּמִפְּנֵי מָה אִין פְּרָצוּפִיקָהּ דוֹמִין דְּהָא פְּבָר אָמַר לְהַגִּיד גְּדוּלָתוֹ שֶׁל הַקַּב"ה אֲכֹן קְנוֹשְׁתוֹ הוּא פֶּה דְנֻדְאֵי הַהֲבָדֵל בְּגוּפֵי ב"א הוּא לְהַגִּיד גְּדוּלָתוֹ שֶׁל הַקַּב"ה אֲכֹן אֶפְתִּי צָרִיף טַעַם לְמָה הַהֲבָדֵל זֶה הוּא דוֹקָא בְּפִרְצוּף וְלֹא בְּאַחַד מִשְׁאָר הָאֲבָרִים וּע"ז תְּנַרְץ שְׁלֹא יִרְאֶה אָדָם אִשָּׁה נָאָה דְשִׁפִּיר שְׁיִיף נָאָה בְּשְׂאָר הָאֲבָרִים גַּם אִם הַפְּרָצוּף דוֹמָה וְהוּא לֹא יִהְיֶה נִיפְר רַק ע"י הַפְּרָצוּף וְלִכְּוֹן אִין אָדָם מִכְחִישוּ דְזֵה דוֹמָה לְזֵה: שֶׁם בְּקוּל וּמִרְאָה מְשׁוּם עֲרֻנָּה: בְּקוּל לְחוּד ג"כ סְגִי לְהַכִּיר לְיוֹם וְלִילָה וּמִטַּעַם זֶה נִרְאֶה דְמִפְרֵשׁ הִירוּשְׁלַמִי הוֹבָא בַח"א מִרְאָה וְדַעַת מִפְּנֵי הַגְּזֻלָּיִם: שֶׁם פְּדִי שְׂיִכְנוּס לְסַעֲוֵדָה מִיָּד: ק"ק דלפ"ז הִיָּה יְכוּל לְהַבְרָאוֹת בְּיוֹם ג' אַחַר בְּרִיאַת הָאֵילָנוֹת וִירְקוֹת דב"ח שְׁנַבְרָאוּ בְּיוֹם ה' ו' לֹא הִתְרֻוּ לוֹ לְאַכּוֹל פְּדֻאָמְרִינֵן לְקַמֵּן (דף נ"ט ע"ב): שֶׁם ע"ב בְּגִמְרָא אִידי וְאִידי חֲדָא מְדָה הִיא: הִיָּנוּ כְּחַכְמִים בְּתַמִּיד (דף ל"ב) וְעֵינֵן מ"ש הַתּוֹס' רִישׁ פ"ב דְחֻגִיגָה: שֶׁם בְּלִשׁוֹן אֲרַמִי סִיפֵר שְׁנַאָמַר וְלִי מָה יִקְרוּ רַעֲיָה: נִלְעַנ"ד שְׂיִקְרוּ מִפְּרֵשׁ לִשׁוֹן נִכְבְּדוּ וְכָל יִקְרָ שֶׁהוּא לִשׁוֹן כְּבוֹד הוּא לִשׁוֹן אֲרַמִי שֶׁבַח"מ תְּרַגּוּם אוּנְקִלוֹס אֶפְבוּד יִקְרָ וְכֹן אֲמַרִינֵן ג"כ בְּמַגְלָה (דף ט' ע"א) רַנְב"י אָמַר וְכָל הַנְּשִׂיִם יִתְּנוּ יִקְרָ לְבַעֲלֵיהֶן ע"ש: שֶׁם מוֹשֵׁף כו' קָרִי לִי עֶבֶר בְּרִית: אָף שְׁלֹא נִצְטַוָּה עֲדִינֵן עַל הַמִּיל' דמ"מ דְּבָר מְכֻנָּעַר הוּא וְכַה"ג פְּתָבוּ הַתּוֹס' לְקַמֵּן (דף נ"ז ע"ב) לְעַנְנֵן אוֹתוֹ הַיּוֹם עֶבֶר אוֹתוֹ רְשָׁע ה' עֲבִירוֹת ע"ש.

וְעוּד דְּהָא דְרַשָּׁה דְּאֵת בְּרִיתֵי הַפֶּר בְּלֹא"ה לָאוּ דְאוֹרֵייתָא הִיא דְמִשׁוּף הוּא רַק דְּרַבְּנֵן וְעֵינֵן מָה שְׁפָתָבוּ הַתּוֹס' בִּיבְמוֹת (דף ע"א ע"א): שֶׁם אָחַד לוֹ וְאָחַד לְדוּד: הָא דְלֹא קָאָמַר אָחַד לוֹ וְאָחַד לְמִטְטָרוֹן דְלוֹ לְבָדוּ יֵשׁ יִשְׁיבָה לְמַעֲלָה בְּמַלְאָכֵי מְרוֹם פְּשָׁפוֹתֵב זְכוּתָן שֶׁל יִשְׂרָאֵל דְאַחַר מִצְאוּ יוֹשֵׁב וְטַעָה פְּדֻאָמְרִינֵן בַּפ"ב דְחֻגִיגָה ע"ש.

דא"כ קִשָּׁה סִיפָא דְקָרָא דְהָא רַק עֲתִיק יוֹמִין יִתִּיב לְכֹן קָאָמַר א' לוֹ וְאָחַד לְדוּד שֶׁהוּא לְמַלְךָ הַמְּשִׁיחַ שְׁיִשָּׁב לְעֲתִיד לִימִין הַקַּב"ה פְּשִׁידִין עֲמִים וְכִמוּ שְׁפִי הַמְּהַרְשָׁ"א בְּחֻגִיגָה שֶׁם וְלִכְּוֹן שִׁפִּיר קָאָמַר דְעֲתָהּ רַק עֲתִיק יוֹמִין יִתִּיב וְכִסָּא דוּד הוּא רַק מוּכָן לְעֲתִיד לְבָא: שֶׁם אָמַר לוֹ ר' יוֹסִי עֲקִיבָא.

הָךְ ר' יוֹסִי ע"כ לָאוּ סֵתָם ר"י הוּא דְהוּא הִיָּה תְלַמִּיד ר"ע פְּדֻאָמְרִינֵן בַּפ"ק וְאִיף יִקְרָא לְרַבּוּ בְּשִׁמוֹ. לְכֹן ע"כ גְּרַסִינֵן ר"י הַגְּלִילִי וְכֹן הוּא בְּחֻגִיגָה: שֶׁם מֵאֲתוּ מִבְּעֵי לִיָּה: הָא דל"ק דְמִטְטָר' הַמְּטִיר מֵאֵת ה' דְהָךְ וְה' ע"כ לִיפָא לְפָרוּשֵׁי אֲמַטְטָר' דְדַרְשִׁינֵן מִנִּיָּה בְּגִמְרָא הוּא וּבֵית דִּינּוּ: שֶׁם בְּרַש"י ד"ה כְּדַר' יוֹחָנָן.

שְׁהַפֵּל בְּעֲצַת פְּמִלְיָ שְׁלוֹ: לְעַנ"ד י"ל דר"ל דְאַפְתִּי לֹא מְתוּרְץ הַפֵּל לְכַאוּרָה דַה"ק דר"י דְנִגְלָה אֵלָיו הָאֱלֹהִים וְכֹן דְאַשֶּׁר לוֹ אֱלֹהִים קְרוֹנְבִים אֵלָיו וְלֹא שְׁיִיף הָךְ תְּיָרוּץ דְנִמְלָךְ לְזֵה מִפְּרֵשׁ רַש"י כִּינֵן דְבַהֲפֵל נִמְלָךְ בְּכַמְלִיאָ שְׁלוֹ א"כ הַפֵּל נַעֲשֶׂה עַל פִּי עֲצַתָם וְשִׁפִּיר נִקְרָא גַם הַמַּעֲשֶׂה עַל שְׁמֵם: שֶׁם דף ל"ט ע"ב בְּגִמְרָא וּמִי חֲדִי קב"ה בְּמַפְלָתָן שֶׁל רְשָׁעִים: אָף דְהוּא לֹא קָאָמַר רַק שְׁרִינָה הוּא בְּעוֹלָם וְלֹא לְפָנֵי הַקַּב"ה מ"מ מִקְשָׁה שִׁפִּיר כִּינֵן שֶׁהַקַּב"ה אִינוּ שְׂמַח גַּם לְאָדָם אִין לוֹ לְשִׁמּוֹחַ וְיִדְבַק בְּמַדּוּתוֹ שֶׁל הַקַּב"ה כְּמוּ בַכ"מ וּע"ז מְתַרְץ דְרַק הוּא לֹא שֵׁשׁ אֲבָל אַחֲרִים מְשִׁישׁ וְא"כ מְרַצוֹן הַקַּב"ה הוּא לְשִׁמּוֹחַ בְּמַפְלָתָן שֶׁל רְשָׁעִים: שֶׁם מִפְּנֵי מָה זָכָה עוֹבְדֵיהוּ לְנִבְיָאוֹת: עֵינֵן פִּירַש"י וְכַבֵּר הַקְּשָׁה הַמְּהַרְשָׁ"א הָא לר' יִצְחָק לְשִׁיטְתוֹ לֹא מוּכַח דְגַר אֲדוּמֵי הִיָּה.

ולולא פ'י רש"י ה'נה נלע"ד לפרש דהקושיא היא פ'ינו דע"כ לא ה'נה מבני נביאים אשר
הכינו עצמם מעת ילדותם לנביאות פסדר הנביאים דהא אינבל שהר'נה כל הנביאים
נאותו לא הר'נה וא"כ מפני מה זכה לנביאות שלא פסדר שאר נביאים.

א"נ י"ל ע"פ מה דאיתא במדרש תנחומא דאשה א' מנשי בני הנביאים שצעקה אל
אלישע עבדה אישי מת היתה אשת עובדיהו א"כ קרי ליה בן נביא שפירושו תלמיד
כמ"ש רש"י גם לאחר שמת וא"כ פשניבא ע"כ עדיין ה'נה תלמיד וזהו דקאמר מפני מה
זכה לנביאות פשהו בן נביא עדיין משא"כ בשאר נביאים דבשום מקום לא קרי לנביא
שניבא בן נביא: שם מ"ש עובדיהו לאדום: פ'י דלא מצינו בשום נביא שלא העיד רק
נבואה אחת לאנמה אחת רק עובדיהו דגם יונה בן אמת'י אף שלא העיד רק על נינה
מ"מ פבר נזפר נבואה אחרת ממנו במלכים וע"ז מתרין דדוקא לנבואה זו ה'נה מוכן:
פרק חמישי שם דף מ' ע"א במתניתו היו בודקין אותן בז' תקירות: עיין ברבינו נסים
שהביא דעת הרבינו זכריה הלוי דתקירות אלו לא מצרכינן אלא קודם שהעידו העדים
ולאיים עליהם והקשה על זה מסוגיא דלקמן (ע"ב) דמוכח דגם מי שפא ואמר אמש
הרגו ג"כ מצרכינן ז' תקירות לרבנן.

ולפענ"ד אין משם ראיה נגד דעת הרב בעה"מ דהא טעמא דז' תקירות קודם שיעידו הוא
משום הא דר"ש בן אלעזר דלקמן וא"כ היינו דקאמר ר"י לתכמים הרי מי שפא ואמר
אמש הר'נה לן לבדוק באיזו שבוע וקנשנית הר"ז הלוי וא"כ למה לן לבדוק קודם
שיעידו הא אמש הר'נה שכח ברוב עדיות וא"כ יעידו העדים תיכף עדיין ולא מצרכינן
להנהיג ג' תקירות כלל וע"ז השיבו רבנן דמצרכינן פן משום הא דרשב"א וכתירוץ הר"ז
הלוי ולכן שפיר הוציא מסוגיא זו אם כפר העידו העדים מעצמם דלא שייך מעתה איום
דרשב"א דאז באמת לא מצרכינן לרבנן הנהיג ג' תקירות כלל: שם שנה יודע בעבורו של
חדש: עיין בתוס' פסחים (דף י"א ע"ב) שכתבו דה"ה דהוי מצי למימר שנה יודע
בחסרונו של חדש וא"כ באמת צריך טעם למה לא קאמר שנה יודע בקביעות החדש
שכולל לתרנוייהו ולענ"ד י"ל דבהא דעבורו של חדש רבותא קמ"ל ע"פ מה דאמרין
לקמן (דף מ"א ע"ב) ובשפורא ידע ופ'י רש"י שופר היו תוקעין בקידוש החדש ביום
שהוא מתחיל הן מלא הן חסר עכ"ל.

ולכן אי לא קאמר בפירוש דתלינן טעות ג"כ בעבורו של חדש ה"א דדוקא בחסרונו של
חדש שייך טעות דאפשר דהעד שטעה ולא ידע שחדש העבר חסר ה'נה האזין כל יום ל'
ולא שמע קול שופר שתקעו ב"ד ולכן הי' סובר ע"כ דחדש שעבר מלא ה'נה דממילא
ה'נה ר"ח ביום ל"א אבל באמת טעה שב"ד תקעו ביום ל' והוא לא ידע אבל אם שייך
טעות שלא ידע שחדש העבר מלא ה'נה הא הוא ע"כ לא שמע קול תקיעת ב"ד ביום ל'
ומאין יבוא לו הטעות שחדש העבר חסר ה'נה ואף דלא שמע התקיעה גם לא ביום ל"א
עכ"פ ה'נה לו לומר אהקירות יום החדש אינו יודע ולכן ה"א דלא תלינן טעות בעבורו
של חדש דנדאי עדות שקר הוא קמ"ל מתניתו דאפילו בכה"ג תלינן בטעות: שם בגמרא
מנא הני מילי: קשה דהא בעינן הנהיג ז' תקירות דבלא"ה הוי עדות שאי אתה יכול להזימה
דהא מהו טעמא אם אמר א' איני יודע בטל העדות משום דהנהיג תקירות מביאות לידי
הזמה וכמו שפ'י רש"י במתניתו וכמו דאמרין לקמן (דף מ"א ע"ב) ועוד קשה לפי מה

דאָמרינן לקמן (ע"ב) אלא אע"ג דלא צריף רמינן עליה פדרבי שמעון בן אלעזר א"כ לימא דז' תקירות דמתניתן מהו טעמא הם וכן קשה איפכא אגמרא דלקמן איך קאמר דרמינן עליה פדרשב"א הא ז' תקירות דאורייתא הם.

וי"ל ע"פ מש"כ רש"י בפסחים (דף י"ב ע"א) בד"ה דהוי ליה עדות ונ"ל וא"ת אתה יכול להזימם ע"י היום כו' מיהו בצרי לה תקירות השעה ונתמנא רבי ז' תקירות בגז"ש דהיטב עכ"ל ע"ש. ולפ"ז שפיר פריף בש"ס מנה"מ דכיון דמוכח ממתניתן דבכל א' מהתקירות שאמר א"י העדות בטל אף שאמר א"י על השבוע ואמר אתמול הרגו וא"כ נדאי יכול להזימו הוא אלא ע"כ דז' תקירות נוקא בעינן למצנה ולכן פריף מנה"מ דא"ל משום אינו יכול להזימו דהא שפיר משפחת אתה יכול להזימו וכן שנית רש"י שם וזה שייף בכל ז' תקירות דהא מזימין יכולין לומר דכל השמיטה הייתם עמנו במדי ואיך אתם מעידים שהרג בא"י וגם אי הוי נוקא משום רשב"א להסיע את העדים ג"כ לא הוי שייף פסול אי אמר א"י ולכן הוצרך לומר דז' קראי פתיבי אכן אהא דמקשו רבנן לקמן אי אמר אמש הרגו לא הנה יכול לומר דבעינן ז' תקירות דאורייתא הם דהא אי אמר אמש הרגו כבר עבדינן תקירות דאיזו שבוע ונשנה וחדש ויום דהא לא צנתה התורה שנשאול אותן ז' שאלות רק שנתקור הז' דברים מהם שמביאים אותן לידי הזמה וכיון דכבר אמרו אמש הרגו מה לנו לחקור עוד ולכן הוצרך לומר משום רשב"א שואלין אותן להטריף דעתן: שם ברש"י ד"ה בכמה בחדש.

בעשרים בחדש: הא דפירש פאן יותר מבאחרני דקתני הכא משום דרצה לתרץ דלכאורה הו' דבכמה בחדש לא דמי לאחרני דקתני דבכלהו טעות חד הוי טעות דאפילו באיזה שעה שייף טעות שעה אחת דלהוי טעות כגון בתחלת או באמצע או בסוף היום ולענן חדש אחד לא הוי טעות פדאמרינן לקמן במתניתן אחד אומר בב' ואחד אומר בג' עדותן קיימת לכן פירש כגון בד' בחדש או בכ"ה פירוש כל שהיא ביותר מאמצע החדש דלאחר רובו של חדש טעות חד יום גם לענן חדש הוי טעות פדאמרינן לקמן (דף מ"א ע"ב).

ועיין מהרש"א: שם ד"ה באיזו יום. אעפ"כ שואלין להם באיזו יום: הא דלא קאמר דנפ"מ איפא בשאלת יום באחד אומר בב' ואחד אומר בג' דמשום חדש עדותן קיימת נאי סתרו גם ביום עדותן בטלה דא"כ לא יחקרו באיזו יום כשפיונונו בימי החדש ונהרי לכל העדים ז' תקירות בעינן.

ועיין מש"כ התוס' פסחים (דף י"ב): שם בד"ה ובמה עבד. למרקוליס בשחיטה או בהשתחוואה: ק"ק למה לעיל לענן מכירים אתם אותו פירש"י שמא נכרי הנה ושמא לא חייב כלל ולענן במה עבד נקט בשחיטה או בהשתחוואה דבתרנונייהו חייב אפילו שאינן דרוף עבודתו בכף פדאמרינן לקמן (דף ס' ע"ב) למה לא נקט בשחיטה או בפעירה למרקוליס או בשחיטה או זריקת אכן לפעור שהוא חד לחיוב וחד לפטור כמו שפירש גבי רוצח.

וכן קשה גם אברייתא (לקמן ע"ב). וי"ל דבשלמא לגבי רוצח שייף שפיר לשאול את מי הרג אף שהעדים כבר אמרו פלוני הרג את הנפש דגם אי נכרי הרג אין זה סותר למה

שְׁהַעֲיִדוּ וְלִכֵּן אֶפְתִּי לֹא נִכְלַל בְּעֵדוּתוֹן שְׂיִשְׂרָאֵל הָרֵג אֲבָל כְּשֶׁאֲמָרוּ פְּלוּנִי עֶבֶד ע"א הָרִי
כְּבָר נִכְלַל בְּעֵדוּתוֹן שְׂדָרָה עֲבוּדָה עֶבֶד דַּא"כ לֹא מְקַרִי עֶבֶד.

וּבְזָה א"ש ג"כ לְמַה דְּפִירַשׁ רַש"י אֲמַפִּירִין אַתֶּם אוֹתוֹ אֵת הַהֲרוּג דְּזָה לֹא שְׂיִיף רַק גְּבִי
רוּצָח וַא"כ הָנִי לִיה לְמַתְנִיתוֹן לְמַנְקֻט בְּפִירוּשׁ הַהוֹרֵג אֵת הַנְּפֹשׁ מְפִירִין אַתֶּם בּוּ כְּמוֹ
דְּנִקְטָה לְעַנְנֵי הָעוֹבֵד ע"א וְעוֹד דְּלֹא הָנִי דְּוֹמְיָא דְּהַתְרִיתֶם בּוּ דְקֹאֵי אַרוּצָח.

וּבִיּוֹתֵר הָיָה נִרְאָה לְפָרֵשׁ דְּקֹאֵי מְפִירִין אַתֶּם אוֹתוֹ ג"כ אַעֲוֹבֵר עֲבִירָה פִּירַשׁ מְפִירִין אַתֶּם
אוֹתוֹ שְׂזָה הוּא הָעוֹנֵב עֲבִירָה שְׂמָא נִדְמָה לְכֶם זֶה הָאִישׁ שְׂאֲתֶם מְעִידִים עָלָיו כְּאוֹתוֹ
שְׂעֵבֵר וְאִינוּ הוּא אֲכֵן רַש"י לֹא רָצָה לְפָרֵשׁ כֵּן פִּינֵן דְּכִבְרַה הַעֲיִדוּ עַל זֶה שְׂעֵבֵר הָעֲבִירָה
א"כ אִם יִחְזְרוּ עִתָּה וַיֹּאמְרוּ שְׂאִין מְפִירִין אוֹתוֹ זֶה סוֹתֵר לְמַה שְׁהַעֲיִדוּ וְכִינֵן שְׂהַגִיד שׁוּב
אִינוּ חוֹזֵר וּמַגִּיד: שְׂם ד"ה כָּל הַלִּילָה.

אִישׁ אִישׁ לְעַצְמוֹ עכ"ל: נִרְאָה דְּהוֹכִיחַ כֵּן מְדַלָּא עֲרִיב וְתַנִּי וּמְזַדְּוֹנֵגִין זוגוֹת וְזוגוֹת וְנוֹתְנִין
וְנוֹשְׂאִין כָּל הַיּוֹם וְכָל הַלִּילָה. וְהַרְמַב"ם כְּתִב ב' פִּירוּשִׁים אוֹ זוגוֹת וְזוגוֹת אוֹ כָּל אִישׁ
לְעַצְמוֹ ע"ש: שְׂם בְּתוֹסְפֵת ד"ה שְׂבַחְמִשָּׁה.

וּי"ל דְּהָא דְקֹאֲמַר דְּשִׁית יוֹמָא: וּבְכִסְוִים (דָּף י"ב ע"ב) תִּירְצוּ הַתּוֹס' עוֹד תִּירוּץ אַחַר
דְּאֲבִי לִית לִיה הָד דְּשִׁית יוֹמָא בִּי קַרְנָתָא קֹאֵי ע"ש. וַא"ל דְּלִפִּי תִירוּץ זֶה אֶפְתִּי יְקֻשָּׁה
לְרַבָּא דס"ל הָד סְבָרָא שְׂם וְאִית לִיה נְמִי שְׂם דְּלר"י אָדָם טוֹעָה ב' שְׁעוֹת וְאִם כֵּן כַּש"כ
שְׂטוּעָה חֲצִי שְׁעָה וְנִימָא ג"כ דְּהָא דְקֹאֲמַר ה' סוּף ה' וְהָא דְקֹאֲמַר ז' תַּחֲלַת ז' וּמַעֲשָׂה
הָנִי בְּפִלְגָא דְשִׁית וּבְקוֹנְשִׁית הַתּוֹס' דְּרַבָּא לִית לִיה כָּל דְּתַלְיִין טְעוֹת בְּשַׁנֵּי עֲדִים וְכִמוֹ
שְׂהוֹכִיחוּ הַתּוֹס' שְׂם וּלְקַמֵּן (דָּף מ"א ע"ב) בַּד"ה אֶחָד אָמַר ע"ש וּבְאֶחָד לִיכָא לְמַתְלִי
טְעוֹת דְּמִסוּף ה' לְתַחֲלַת ז' לֹא טְעִי אִינְשִׁי דִּישׁ הֵיכֵר בְּשִׁמְשׁ וְלִכֵּן א"ש ג"כ הָא דְלֹא מְקַשׁוּ
הַתּוֹס' רַק לְלִישְׁנָא קִמָּא דְּאֲבִי שְׂם.

וְעוֹד לְרַבָּא בַּלֵּא"ה א"ש דְּלֹא מְפָרְשִׁין דְּבָרֵי הַעֲדִים לְקַיָּים עֵדוּתוֹן כְּדֹאֲמַר שְׂם אֵלוּ
דִּיִּיקִינֵן בְּהַנִּי סְהַדִּי כו' ע"ש: שְׂם ע"ב בְּגִמְרָא דַּא"כ לְכַתְּבִינְהוּ רַחֲמֵנָא בְּחֻדָּא: הָא דְּהַצְרִיף
לְהָד טְעָמָא דַּא"כ וְלֹא פִרִיף בְּקַצּוֹר וְאִימָא חֻדָּא חֻדָּא פְּדַכְתִּיבָא פִּינֵן דְּלֹא יְכוּל לְמִילָף
מְהַדְּדִי דְּכָל אֶחָד אִית לִי פִּירְכָא כְּדִלְקַמֵּן.

וּי"ל עַפְמ"ש הַתּוֹס' לְעִיל (דָּף ב' ע"ב) בַּד"ה דְּבָרֵי הַפֶּל וְנ"ל וּמִיָּהוּ ע"כ אִין רֹאֲיָה מְשָׂם
דַּא"כ תִּקְשִׁי לְרַמִּי בַּר חֲמָא כו' אֵלָא אֲצִטְרִיף הֵיטֵב מְטַעַם דְּלְקַמֵּן דְּלְכַתְּבִינְהוּ רַחֲמֵנָא
בְּחֻדָּא עכ"ל. וּלפ"ז א"ש דְּאִימָא כָּל חֻדָּא פְּדַכְתִּיב לֹא הָנִי קוֹשְׂיָא לְחֻדָּא אֵלִיכָא דַּר"א
וּר"י דְּהָא יְלַפִּינֵן כָּל דִּינֵי נְפֻשׁוֹת מְהַדְּדִי בְּהַקְשִׁישָׁא דְּמִשְׁפֵּט אֶחָד יִהְיֶה לְכֶם וְלִכֵּן הָעִיקָר
קוֹשְׂיָא דְּסַמִּיף עָלֶיהָ הוּא דְּלְכַתְּבִינְהוּ רַחֲמֵנָא בְּחֻדָּא וּכְמ"ש הַתּוֹס' לְעִיל אָף דְּקֻשְׂיָא לִי
דְּלפ"ז לְאַחַר שְׂתִירְץ כְּמֵאן דְּכַתִּיב בְּחֻדָּא דְּמִי מֵאֵי פִרִיף תּוּ עִיר הַנְּדַחַת לְהַנְּדָף תְּרַתִּי לֹא
דְּמִי כו' הָא הַשְׂמָא שְׂפִיר יְלַפִּינֵן כּוּלְהוּ מְהַדְּדִי בְּהַקְשִׁישָׁא דְּמִשְׁפֵּט אֶחָד יִהְיֶה לְכֶם וְאִין
מְשִׁיבִין עַל הַהִיקָשׁ.

וּי"ל דְּקוֹנְשִׁיתוֹ הוּא פִּינֵן דְּבִלָּא הַקְשִׁישָׁא אִית לָן פִּירְכָא וְלֹא יְכוּלִים לְמִילָף מְהַדְּדִי א"כ לֹא
כְּמֵאן דְּכַתִּיב בְּגוֹפָא דְּמִי וַא"כ ע"כ גַּם מְמַשְׁפֵּט אֶחָד אִין לְמַדִּין דַּא"כ נְכַתְּבִינְהוּ רַחֲמֵנָא
בְּחֻדָּא וּבְקוֹנְשִׂיא קִמָּא: שְׂם עִיר הַנְּדַחַת לְהַנְּדָף תְּרַתִּי לֹא דְּמִי שְׂכֵן מְמוֹנָם פְּלִט: ק"ל מַה

בְּכַף הָא ע"כ גְּלִי קָרָא דְּמִשּׁוּם זֶה לֹא יִבְצָר עַה"נ בְּחִקְרוֹת דְּהָא גַם אִי לָא יִלְפִינּוּ מִהֲדַדִּי טְפִי לִיה חִקְרוֹת עַה"נ מְאַחְרִינָא דְּהָא בְּאַחְרִינָא לָא בְּעֵינּוּ בְּכָל אַחְדָּא רַק תְּרִי וּבַעַה"נ תִּלְתָּא.

וְכוּן קִשְׁה לְעֵנְנּוּ מַה דְּפָרִיף מְעַדִּים זִוּמְמִין לְעֵנְנּוּ עַה"ז וּמַעַע"ז לְעֵנְנּוּ עַה"ז דְּהָא ע"כ לָא קִחְשִׁיב בְּא' קוֹלָא דְּהָא בְּכָל א' ב' פְּתִיבִי בַתּוֹרָה. וִי"ל דְּשִׁפִּיר פְּרָכִינּוּ פֶּאן כְּמוֹ דְּפָרְכִינּוּ אַכְּל ק"ו מַה לְהַד שְׁפִן קִיל בְּהָא אַף שְׁבָכְל עֵנְיָנוּ חֲמִיר טְפִי פִינּוּ דְּבָהָא קִיל דְּלָמָא לְכוּ נוֹהֵג ג"כ קוֹלָא זִו גְּבִיָּה.

וְכוּן פְּרָכִינּוּ ג"כ הָכָא דְּלָמָא לְכַף בְּעֵינּוּ בַעַה"נ תִּלְתָּא פִינּוּ דְּבַעֲי הַתְּרָאָה וְהוּא בְּסִינְיָף אַבְּל מ"מ אִין לְהִבִּיא עוֹד הַשְּׁנִים דַּעַע"ז אוּ דַעַד"ז פִינּוּ דְּחֲמִיר דְּמִמוֹנוּ אַבְּד מִשָּׂא"כ בְּאַחְרִינָא וְכוּן בְּכָל אַחְדָּא פְּרָכִינּוּ דְּלָמָא אוֹתָן דְּכְתִיבִי גְּבִיָּה הֵם מְפָנִי הַקּוֹלוֹת שְׁנוּהִגוֹת בּוּ אַבְּל אִין לְהִבִּיא אַחְרִינָא אֵלִיו פִינּוּ דְּחֲמִיר בְּדָבָר אַחֵר: שָׁם אֵלָּא עִיר הַנְּדַחַת מֵאִי הָוִי לִיה לְמַכְתָּב: ק"ל מֵאִי קוֹשְׁיָא הָא לַת"ק דְּר"א בִּיבְמוֹת (דָּף ק"ד ע"א) בְּלֹא"ה א"ש דְּהָא סוֹבֵר דְּמוֹנְפָּנָה מְצַד אַחְדָּא לְמַדִּין וְאִין מְשִׁיבִין וְאִי מְקַשָּׁה לְר"א דְּנוֹקָא וְכְמוֹ דְּפָרִיף בְּש"ס יְבְמוֹת (דָּף ע' וְדָף ע"ד) וּבְשִׁבְתָּ (דָּף קל"א) וְא"כ דְּלָמָא ר' אֶלְעָזָר בְּאַמְתָּ סוֹבֵר כְּר' יוֹסִי דְּסוֹבֵר דְּלָא בְּעֵינּוּ רַק ג' חִקְרוֹת וּלְדִידִיָּה שְׁפִיר מְיֻתָּר ג' הֵיטֵב לְגוֹ"ש וְכַמ"ש הָר"ן.

וְעֵינּוּ נִדָּה (דָּף ל"ב) דְּשָׁם סָבְרוּ רַבֵּנּוּ דְּר' יִשְׁמַעֵאל כְּר"א וְז"ל וּלְפִי מַה דְּמְתַרְץ לְקַמּוֹ דְּלַרְבֵּנּוּ מְלִתָּא דְּאַתְיָא בְּק"ו טַרַח וְכַתֵּב לָהּ קָרָא בְּלֹא"ה מְתַנְרֵץ קוֹשְׁיַת הַגְּמָרָא דְּכָאן דְּשִׁפִּיר מְיֻתָּר תִּלְתָּא לְגוֹ"ש: שָׁם מְדַהֲוִי לִיה לְמַכְתָּב דְּרוּשׁ תְּדַרּוּשׁ: א"ל לְפִי מַה דְּפִלְגִי לְקַמּוֹ (דָּף ס"ד ע"ב) אִי אֶמְרִינּוּ דְּבָרָה הַתּוֹרָה כְּלִשׁוֹן ב"א וּפְלוּגְתָּא זִו מְשַׁכְּחִינּוּ בְּכַמְהָ דוֹכְתִי.

וְא"כ אֶפְתִּי לְמ"ד דְּבָרָה הַתּוֹרָה כְּלִשׁוֹן ב"א לֹא הָיָה יְכוּל לְכַתּוּב פֶּן דְּלָא הָוִי מְשַׁמַּע רַק חֲדָא דְּרִישָׁה דְּכָבֵר כְּתָבוּ הַתּוֹס' בְּמִנְחוֹת (דָּף י"ד ע"ב) דְּלָא אֶמְרִינּוּ פֶּן דְּבָרָה הַתּוֹרָה כְּלִשׁוֹן ב"א אֵלָּא הִיכָא דְּמוֹכַח קָרָא וְהָרִי פֶּאן לִיכָּא הוֹכְחָה שְׁנִדְרוּשׁ דְּבָרָה הַתּוֹרָה כְּלִשׁוֹן ב"א: שָׁם וְאָתוּ נְחֻנְקִין בְּק"ו מְנַסְקֵלִין: בְּזָה לְכַאוּרָה קוֹשְׁיָתָנוּ הַנְּ"ל בְּמִקּוּמָה עוֹמְדַת פִינּוּ דְּהַשְׁתָּא שְׁפִיר יִלְפִינּוּ מִהֲדַדִּי א"כ כְּמֵאן דְּכְתִיב בְּחֲדָא דְּמֵאָ וְלָא קוֹשְׁיָא עוֹד לְכַתְּבִינָהּ רַחֲמֵנָא כְּחֲדָא וְקִיָּמִי שְׁפִיר הֵיכָשָׁא דְּמִשְׁפֵּט אַחְדָּא יְהִיָּה לְכֶם וְא"כ ל"ל לְמִילָף בְּק"ו וְגַם לְר"ש קָרָא ל"ל הָא אִין מְשִׁיבִין עַל הַהִקְשָׁא: שָׁם אֵלָּא לְר"ש דְּאָמַר שְׁרַפָּה חֲמוּרָה מֵא"ל: ק"ק לְפִי מַה שְׁכַתֵּב הָר"ן לְקַמּוֹ דְּר' יוֹסִי לֹא דְרִישׁ אֲמַת נְכוּן וְלִכּוֹן אוֹקִי ג' לְגוֹ"ש וְג' לְג' חִקְרוֹת וְא' לְנִשְׁרָפִין וְא"כ מֵאִי קוֹשְׁיָא לְר"ש דְּלָמָא ר"ש סָבֵר כְּר' יוֹסִי וְשְׁפִיר מְיֻתָּר חֲדָא לְגוֹ"ש: שָׁם וְאָתוּ נִשְׁרָפִין בְּק"ו מְנַסְקֵלִין.

הַקְּשָׁה הָר"ן תְּפִיפּוֹק לִיה דְּבַעַדִּים זִוּמְמִין הָווּ ג"כ נִשְׁרָפִים אִם הַעִידוּ עַל חֲזִיבִי שְׁרִיפָה וְהוֹזְמוּ וְגַם לְר"ש קָרָא ל"ל. וְתִירְץ דְּעַדִּים זִוּמְמִין קִילִי שְׁלֹא נַעֲשָׂה מְחֻשְׁבָּתָן לְכוּן י"ל דְּהַקִּיל הַפְּתוּב גְּבִיָּהּ לְהַצְרִיף ז' חִקְרוֹת גַּם לְחֲזִיבִי שְׁרִיפָה.

אַכּוֹן אֶפְתִּי ק"ל דְּמ"מ נִילָף מְעַדִּים זִוּמְמִים וְחֲדָא מְהֵנָּה בְּמָה הַצַּד גַּם לְחֲזִיבִי שְׁרִיפָה דְּכִי פְּרַכְתָּ מַה לְעַדִּים זִוּמְמִין שְׁפִן לֹא חֲטָאוּ בְּמַעֲשָׂה ע"ז יוֹכִיחַ מַה לְע"ז שְׁפִן עוֹנֵשׁ סְקִילָה דְּקִיל מְשֻׁרְפָּה עַדִּים זִוּמְמִין דְּבִשְׁרִיפָה יוֹכִיחַ וְאֶפְתִּי לְר"ש קָרָא ל"ל וּמְזָה לְכַאוּרָה רְאָיָה

לפירוש קמא דרש"י דעיקר קרא דעדים זוממין גפי עדי רציחה פתיב: שם מלתא דאתיא בק"ו טרח וכתב לה קרא: עיין במהרש"ל ששהקשה מאי פתיב לה קרא שייך בזה פיון דאפתי לא פתיב בפירוש מאי עדיף זה מק"ו והניח בקושיא.

והנה אף דאמרינו מלתא דאתיא בק"ו טרח וכתב לה קרא ריש פירק איזהו נשך וכן מלתא דאתיא בהיקשא כמש"כ הר"ן נדרים (דף ג' ע"א) ד"ה לנדור וכן מלתא דאתיא במה מצינו כמ"ש התוס' שבת (דף קל"א ע"ב) מכ"מ פבר פתבו התוס' שם דיותר מסתבר למימר פן בק"ו משום שאינו פשוט כ"כ והיינו שאפשר יש לו פרכא אף שאין אנו יודעים אותה וכמש"כ השיטה מקובצת ריש איזהו נשך לענן גז"ש וע"ש וא"כ ודאי דיתור פשוט טפי מק"ו ושפיר שייך למימר מלתא דאתיא בק"ו טרח וכתב לה קרא: שם ברש"י ד"ה שפן בסיקף.

מדכתיב נפש בנפש עין בעין: עיין בת"ח שביאר דעת רש"י נגד קושית התוס' ולפי פירוש רש"י זה מתורץ מה שהקשו התוס' לעיל (דף ג' רע"א) בד"ה שפן אמר. ע"ש: שם ד"ה שפן צריף התראה.

וזה חשב להרגו בלא התראה: מסקנת הגמ' דכתובות (דף ל"ג ע"א) נקט: שם ד"ה לא בעי. דאין עדים ממתניין עדותן מיובל עד חבירו: פירוש שאין ממתניין יובל שלם מלהעיד וכיון דקאמרי איזה שנה באיזה שבוע א"כ ע"כ ביובל זה הוא דאם יהיה ביובל העבר א"כ פבר עברו נ' שנה ואין העדים ממתניין כ"כ אבל אם יהיה המעשה בסוף יובל א' ודאי שאין זה חזקה שלא ימתינו העדים להעיד ביובל הנכנס והיינו דקאמרינו בגמרא פיון דאמר באיזה שבוע לא בעי באיזה יובל: שם בד"ה קבלו עליו התראה.

יודע אני שפן אני מוזהר שלא לעשות: הא דלא מצרכינן ג"כ קרא לזה כמו להא שצריף שיתיר עצמו למיתה דנה פשיטא דאי לא אמר פן מה הועילה התראה שצוה הפתוב להבחין בין שוגג למזיד או להודיע לו חומר איסורו דלמא לא שמע כלל התראה ואף שהתיר עצמו למיתה דלמא לא אמר פן רק מפני שלא להאמין לדברי העדים ואמר אעפ"כ אני עושה מפני שפבר שאינו חייב מיתה על זה אבל לאחר שאמר אני יודע שפן אני מוזהר שלא לעשות ואעפ"כ עשה והתיר עצמו למיתה אז ודאי מזיד גמור הוא: שם בד"ה המית תוף כדי דבור.

כדי שאילת שלום: אף שצריף לקבל התראה ולהתיר עצמו למיתה ובזה שוהה יותר מכדי שאילת שלום רב לתלמיד או לתלמיד לרב אפשר שאומר פן בשעה שפבר התחיל לעבור עבירה ואין קפידא רק שלא ישקה בין התראה להתחלת עבירה שיעור שאילת שלום א"נ מתוף כדי דבור לקבלת התראה והתרת עצמו למיתה חשבינן פיון דהטעם דתוף כדי דבור הוא שלא נאמר שפבר שכח התראה ונהרי באותה שעה שקבל התראה ודאי לא שכח אותה: שם בתוספת ד"ה מדהוי ליה למכתב.

לאו דוקא: עיין במהרש"ל ומהרש"א ומהר"ם שנדחקו בפירוש דבריהם. ולפענ"ד י"ל דבריהם בפשטות משום דגרסו בגמ' דרוש תדרוש וחקור תחקור תסת או תקור.

ולכן כתבו דל"ד הוא וסיימו דאפילו אי האי תחקור טעות הוא וצ"ל דרוש תדרוש וחקור ג"כ הני משמע ד'. אכן בזה ק"ל מה שהביאו ראיה מהא דמבבא דה"ל לכתוב דרוש

דרוש דאף דמוכח משם דהיכי דמצינו למדרש דרשינו אכן ע"כ לא חשיב זה יתורא דאל"כ תקשה לרבנן דפליגי ארבי אלעזר במנחות ריש פ"ב דדריש שם הך דהוי מצי למכתב האכל האכל.

ע"ש: שם ד"ה מניין להתראה. בחבר קמב"ל למ"ד חבר צריך התראה: א"ל דא"כ למ"ד דחבר א"צ התראה קראי אלו ל"ל דילפינו מנייהו התראה דברוב מקומות בש"ס לא פרכינו סברא הוא קרא ל"ל והיינו משום שאפשר שאין הסברא פשוטה כ"כ כמ"ש התוס' שבועות (דף כ"ב סוף ע"ב) וכן צ"ל נמי לפי תירוץ השני מבעי' ליה מנ"ל דבעינו המית תוף כדי דבור אף שזה ג"כ מפת סברא ידעינו שלא נחוש לשכר שכתב התראה כמ"ש רש"י.

אכן זה נדאי דלמ"ד דחבר א"צ התראה לא סבר דהתראה דאורייתא הוא דאי נפקא ליה מקרא מנ"ל לדרוש טעמא דקרא דטעם דהתראה הוא משום להבחין בין שוגג למזיד ולמעט חבר מהתראה.

ובזה יש להבין פשט הגמרא במכות (דף ו' ע"ב) דפריה ר"פ ומי אית ליה לר' יוסי הך סברא והתנן כו' ע"ש. דלכאורה מחוסר פירוש דאדרבה מדקאמר ששונא הוא כמובן ומותר הרי דבעינו התראה גבי מי שאינו שונא.

אכן לפ"ז מובן פיון דר' יוסי במתניתן גליף מקרא דע"פ שנים עדים דבעינו פי שני עדין מתרין בו א"כ ע"כ התראה דאורייתא הוא והשתא פריה שפיר מי אית ליה לר' יוסי הך סברא דהתראה דאורייתא היא הא קאמר דשונא אין צריך התראה מפני שהוא כמובן ומה בכך אי גזירת הפתוב הוא דבעינו התראה נאהא מתרץ דהך ר"י בר"י היא דסבר ג"כ דחבר אין צריך התראה והוא נדאי סבר דלאו דאורייתא היא אבל ר' יוסי סבר דאורייתא היא כענולא ושאר תנאי נאמוראי דשמעתין: שם בא"ד.

אלא להבחין בין שוגג למזיד: א"ל א"כ דהגמ' אזלא אליבא דמ"ד דסבר דטעם התראה אינו משום להבחין א"כ איך קאמרינן אם אינו ענין לכרת והיינו משום דקמי שמיא גליא אם שוגג הוא או מזיד וכמ"ש רש"י הא התראה לאו משום הך טעמא הוא דמכ"מ א"ש דלא בעינו לכרת דהא קמי שמיא גליא אי יחייבו אותן מן השמים פרת בלא התראה יחייבו ואי לא לא ולמה נצרך לידע זאת ועיין מש"כ בזה עוד בספרי ע"ל למכות שם: שם דף מ"א ע"א בגמרא שהתרו בו ועדיין הוא מקושש: עיין בר"ן שכתב דהך התרו בו הוא מיתה סתם והכי אמרינן לקמן (דף פ' ע"ב): שם ה"א חייבי מלקות אין: ואף לר' יצחק דסבר במכות ריש פ"ג מלקות בחייבי כריתות ליכא מכ"מ הוי מוקמינן התראה דכתיב גבי אחותו דאם אינו ענין אמלקות ולא למיתה משום דקיל טפי: שם ה"ג מלתא דאתיא בק"ו טרח וכתב לה קרא: ק"ל דא"כ היא מושפחת לכאורה ב' פתובים שפאים כא' דאין מלמדים נימא ג"כ הכי דמלתא דאתיא בק"ו טרח וכתב לה קרא והרי בקדושין (דף ל"ד ע"ב) חשיב מצה והקהל ב' כתובים הפאים כא' דנשים אתיין בק"ו מטפלים ע"ש בתוס' ואי נימא פיון דאמרינן בקדושין (דף ד') דהיכי דאיכא למדרש דרשינו ולא אמרינן דטרח קרא בכדי א"כ לא נחשוב אותו לב' פתובים הפאים פאחד זה ג"כ דרשה מקרי א"כ פשיטא דקשיא אסוגיא דכאן למה ילפינו שאר חייבי מיתות מהני נימא דהוי

מחלל שפּת וּבֹא עַל נַעֲרָה מְאֹרְסָה וְרוֹצֵחַ ג' פְּתוּבִים הַבָּאִים כְּאֶחָד דְּלִכ"ע א"מ מְשׁוּם הַךְ קוֹשֵׁיָא דְנִכְתוּב בְּסִקְלָה וְנִגְמַר אַחֲרֵינָא מִנְיָה.

וְרֵאִיתִי בִּס' הַלִּיכּוֹת עוֹלָם דְּטַעַם דַּמ"ד דִּב' פְּתוּבִים הַבָּאִים כְּאֶחָד מִלְמַדִּין מְשׁוּם הַךְ טַעַמָא דְמִלְתָּא דְאֵתִיָּא בְּבִנְיָן אָב טַרַח וְכַתֵּב לָהּ קָרָא אָבֵל ג' פְּתוּבִים אִין מִלְמַדִּין דְכּוֹלִי הָאִי וְדָאִי לָא טַרַח קָרָא וְהָרִי הֵכָא אֶמְרִינוּ אֶפִּילוּ לְגַבֵּי ג' פְּתוּבִים כּוֹ וצ"ע.

וְאוּלַּי י"ל עפ"י הַנ"ל כִּינּוּן דְאִיכָּא הֵיקְשׁ דְּמִשְׁפֵּט אֶחָד לְכוּן יוֹתֵר סְבָרָא לְיוֹמֵר דְּטַרַח קָרָא אֶפִּילוּ בִּג' פְּתוּבִים מְלוּמֵר דְּהִתּוּרָה רְצָתָהּ שְׁלָא נִילַף בְּהֵיקְשׁ: שֵׁם אֵלָא בְּאִשָּׁה חֲבִירָה דַּק"ל דְּמִקְטָלָא: א"ל דְּלִמָּא בְּאַמַּת לֹא מִקְטָלָא דְהָא ר"י בִּר"י לֹא אִיִּירִי רַק מְחַבֵּר וּלְעַנְוֵן שְׂאָר עֲבִירוֹת.

דִּי"ל דְּכִפְרִיָּה לְפִי מַה שְׁתִּירָץ רַב פֶּפֶּא לְעִיל (דָּף ח' ע"ב) הֵכָא בְּאִשָּׁה חֲבִירָה עֶסְקִינוּ כּו' ע"ש דְּמוּכָח דְּשִׁפּוּר מִקְטָלָא: שֵׁם אֵלִיבִיָּה דִּר"י בִּר"י הֵיכִי מִשְׁכַּחַת לָהּ: א"ל דְּמִשְׁכַּחַת בְּאִשָּׁת פֶּהֵן דְּלֹא יְכוּלִים לְיוֹמֵר לְאֹנְסָרָה עַל בְּעֻלָּה בְּאִנּוּ דַּא"כ ה"ל לְיוֹמֵר בְּאֹנְסָרָה גְּבַעְלָה דְּגַם בְּאֹנְסָרָה אֶסְרָה לְבַעְלָה פֶּהֵן דְּאֶכְתִּי יְכוּלִים לְיוֹמֵר לְאֹנְסָרָה עַל בּוֹעֻלָּה בְּאִנּוּ.

וּבְזָה מְתוּרָץ ג"כ מַה שְׁהִקְשָׁה הַמְהַרְשֵׁ"א דְּלוֹקְמִי שְׁמַת הַבַּעַל אוּ שְׂיִכּוּלִים לְיוֹמֵר לְהַפְסִידָה כְּתוּבָתָהּ בְּאִנּוּ וְכַתִּירוּץ הַמְהַרְשֵׁ"א: שֵׁם שְׂזִינְתָה וְחִזְרָה וְזִינְתָה: ק"ל לִפ"ז ל"ל לְרַבֵּי לְעִיל עַל דְּבֵר אֶשֶׁר עָנָה גַבֵּי נַעֲרָה הַמְאֹרְסָה לְהוֹרוֹת הַתְּרָאָה הָא בְּלֹא"ה מוּכָח דְּבַעֲוִינוּ הַתְּרָאָה לְרַבֵּי לְשִׁטְתּוֹ דַּא"כ אִיךָ מִשְׁכַּחַת כָּלֵל דִּין נַעֲרָה מְאֹרְסָה דְּמִקְטָלָא הָא יְכוּלִים הָעֵדִים לְיוֹמֵר לְאֹנְסָרָה עַל בְּעֻלָּה בְּאִנּוּ כְּשֶׁהוֹזְמוּ וַא"כ ה"ל עֵדוּת שְׂאִי אִתָּה יְכוּל לְהַזְיֵמוּ וְגַם אִיהִי לֹא מִקְטָלָא כְּמִבְּוֹרָר בְּשִׁמְעֵתִין וַא"ל כְּתִירוּץ הַגְּמָרָא שְׂזִינְתָה וְחִזְרָה וְזִינְתָה דַּא"כ הו"ל בְּעוּלָה בְּבַעֲלָהּ שְׂנִיָּה שְׁהַעֲדִי עִתָּה וְאִינָה בְּסִקְלָה רַק בְּחִנּוּק כְּדִלְקַמֵּן (דָּף ס"ו ע"ב) וַא"ל דְּמִשְׁכַּחַת שְׂזִינְתָה פַּעַם רֵאשׁוֹן שְׁלָא כְּדַרְכָּה דְּלֹא נַעֲשִׂית בְּעוּלָה הָא רַבֵּי לְשִׁיטְתּוֹ סוּבֵר בְּקִדּוּשֵׁין (דָּף ט' ע"ב) דְּבַעֲוִלָה שְׁלָא כְּדַרְכָּה הִיא בְּחִנּוּק אֵלָא ע"כ מוּכָח דְּבַעֲוִי הַתְּרָאָה וַא"כ אִין יְכוּלִים לְיוֹמֵר לְאֹנְסָרָה לְבַעְלָה בְּאִנּוּ כִּינּוּן דְּאִתְרוּ בָּהּ וַא"כ ע"כ מוּכָח דְּבַעֲוִי נַעֲרָה מְאֹרְסָה הַתְּרָאָה וּמִמִּילָא יִדְעִינוּ כָּל הַנְּסַקְלִין בְּמַה מְצִינוּ וּמְקוּשְׁשׁ אִתְיָא לְנִשְׁרָפִין וַא"כ לְרַבֵּי לְשִׁיטְתּוֹ קָרָא דְעַל דְּבֵר מִיּוֹתֵר הוּא.

אָכּוּן לְפִי תִירוּץ ב' שֶׁל הַתּוֹס' לְעִיל בַּד"ה מְנַיִן לְהַתְּרָאָה א"ש: שֵׁם תְּרַגְמָה ר"ח בְּסוּדָר שְׁחַנְקוּ בּו: ה"ה דַּהֲמ"ל דְּהַבְּרִיָּתָא כּוֹן זַפְאִי הוּא דְּסוּבֵר דְּהַכְּחָשָׁה מְקַרֵּי כְּדִלְקַמֵּן אֵלָא דְּרָצָה לְאוּקְמָא אֵלִיבָא דַּכ"ע: שֵׁם כְּגוֹן שְׁשִׁפְדוּ בְּיַחְוֹר שֶׁל תְּאֵנָה: פִּירוּשׁ בְּאֶחָד הַיַּחְוֹרִים הַמְחַוְּבֵרִין לְאִילוֹן תְּאֵנָה שְׁשִׁפְדוּ וְלָכֵן א"ש הַךְ דַּא"ל תַּחַת תְּאֵנָה הַרְגוּ וְכִינּוּן דְּשִׁאֲלָתוֹ הִנֵּה בְּאִיזָה אִילוֹן שְׁשִׁפְדוּ וְלָכֵן א"ש דְּנִקְט יַחְוֹר שֶׁל תְּאֵנָה וְלֹא סָתַם הַרְגוּ בְּעֵץ תְּאֵנָה דְּרָצָה לְמַצּוֹא שְׁהַרְגוּ בְּתֵאֵנָה עֲצָמוּ דְּהִינּוּ בְּאִילוֹן כְּשֶׁהוּא בְּמַחְוּבֵר כְּדִי לְיִישַׁב בְּרִיָּתָא דְּתַחַת תְּאֵנָה הַרְגוּ: שֵׁם שְׂאֵנִי כּוֹן זַפְאִי דְּבִדְיָקוֹת כְּחִקְרוֹת מְשׁוּי לִיָּה: וְרַב חֲסֵדָא דְּאָמַר כְּרַבְּנָן דְּפִלְגִי אָבּוֹן זַפְאִי וְכַמ"ש הַר"ן.

אָכּוּן ק"ל דַּא"כ אִיךָ מְתַרָץ רַב חֲסֵדָא גּוּפָא לְקַמֵּן (דָּף פ"א ע"ב) בְּהַךְ דְּמַכְנִיסִין אוֹתוֹ לְכִיפָה כְּגוֹן דְּאִתְכַּחַשׁ בְּבִדְיָקוֹת כּו' בְּעוֹקְצֵי תְּאֵנִים ע"ש הָא הַךְ לְדִידְיָה בְּר קִטְלָא הוּא וַאִיךָ מְתַרָץ מְתַנִּיתוּן שְׁלָא אֵלִיבִיָּה לְתַרָץ כְּגוֹן דְּאִתְכַּחַשׁ בְּבִדְיָקוֹת דְּבִסִּיף הַרְגוּ וּבְאַרְרִיכוֹן

הָרְגוּ דָגָם לְדִידְיָה לְאוּ בַר קִטְלָא הוּא וְדוֹחַק לְדוֹמֵר דְּמִשׁוּם אַבְיָמִי ק"ל וְלִיָּה לָא ס"ל
וְאַבְיָמִי סָבַר כְּרַב יְהוּדָה לְעִיל (דָּף ל' ע"ב) דְּפָלִיג אַרְבַּ חֲסֵדָא וּפְסָק כּר"י בְּן זְפַאי וּכּמ"ש
לְעִיל: שְׁם בְּרִשְׁ"י ד"ה תְּאַנּוֹת שְׁחוֹרוֹת.

דע"כ בְּתַאנִּים עֲצָמָן א"א לְהַרְוֵג: אַף דְּבַמְכוֹת (דָּף ח' ע"א) מוּכַח דְּשִׁינָה מִיָּתָה בְּתַמְרִים
אַפְשָׁר דְּקִים לִיָּה לְהַש"ס דְּתַאנִּים קִטְנִים אוּ רְפִים יוֹתֵר מִתְמַרִים וּא"א לְהַרְוֵג בְּהֵן: שְׁם
בד"ה אֶלָּא בְּדנ"פ. שְׁנַאֲמַר וְעִלִּית אֶל הַמְּקוֹם: עֵינָן בְּתוֹס' שְׁבַת (דָּף ט"ו ע"א) שְׁתַּמְהוּ
בְּזָה וְהַנִּיחוּ בְּקוֹשְׁיָא דְהָא הָךְ קָרָא גְבִי זָקֵן מְמַרָא כְּתִיב וּמנ"ל שְׁאָר דִּינֵי נְפִשׁוֹת וְאַפְשָׁר
דְּלִפְיָן כֵּן מִמְשַׁפֵּט אֶחָד יִהְיֶה לְכֶם דְּהוֹקְשׁוּ דנ"פ לְהַדְדִי וּכּמ"ש הַתּוֹס' לְעִיל (דָּף ב'
ע"ב).

אַכֵּן הַתּוֹס' הִקְשׁוּ עוֹד יוֹתֵר דְּאַפִּילוּ בְּזָקֵן מְמַרָא לָא כְּתִיב הַמְּקוֹם רַק בְּהַמְרָאָתוֹ וְלֹא
בְּמִיתָתוֹ וְזֶה לֹא מְתוּרָץ בְּדְבָרֵינוּ. וְעֵינָן בְּע"ז (דָּף ח') שְׁשָׁם יִישְׁבוּ הַתּוֹס' קוֹשְׁיָא זֹו אֶבְל
אִין שְׁיִינָה תִירוּצָם אֶלְיָבָא דְרִשְׁ"י שְׁפַתְבּ דְּאַתִּי מִהַמְּקוֹם גּוֹרָם.

וְעֵינָן בְּכ"י בְּשֶׁבַת שְׁם שְׁלֹא רָאָה דְבָרֵי רִשְׁ"י פָּה: שְׁם בּא"ד. וְכִינּוּן דְּחִזּוּ דְנִפְיָשִׁי רוּצָחִים:
א"ל דא"כ דְּמִשׁוּם הָךְ טַעְמָא יִישְׁבוּ בְּחִנּוֹת א"כ אִיךְ אֶמְרִינּוּן סוּף סוּטָה מְשַׁרְבוּ רַצְחָנִים
בְּטָלָה עֲגָלָה עֲרוּפָה וּמְפָרֵשׁ הַטַּעַם בְּבְרִייתָא שְׁם דְּאִין עֲגָלָה בָּאָה רַק עַל הַסְּפָק תִּיפּוּק
לִיָּה כִּינּוּן כְּשֶׁרְבוּ רַצְחָנִים יִישְׁבוּ ב"ד בְּחִנּוֹת א"כ לֹא יְכוּלִים לְהִבִּיא עוֹד עֲגָלָה כִּינּוּן דְּבַעֲיָן
ב"ד הַגְּדוּל לְמַדִּידָה וְכִדְאַמְרִינּוּן בְּכ"ק לְעִיל וּבְסוּטָה ר"פ עֲגָלָה עֲרוּפָה וְהָרִי הַמְּקוֹם גּוֹרָם.

דִּי"ל דְּלֹא אֶמְרִינּוּן רַק לְעַנְיָן לְדוֹן דנ"פ אֶבְל לְעַנְיָן לְמַדּוּד יְכוּלִים גַּם כְּשִׁיוֹשְׁבִים בְּחִנּוֹת
דְּהָא זֶה אֶתְיָא מִזְקֻנְיָה אוּ מִהַמְּיֻחָדִים בְּשׁוֹפְטֵיךְ וְעכ"פ הַמְּיֻחָדִים הֵם: שְׁם בְּתוֹסְפַת ד"ה
וְאִי כְּתִיב. וְלְעִיל מִשְׁמַע דְּבַעֲי הַתְּרָאָה: לְקַמּוֹן (דָּף קי"א ע"ב) אֶמְרִינּוּן בְּפִירוּשׁ וְצָרִיכִים
ב' עֲדִים וְהַתְּרָאָה לְכָל או"א: שְׁם בד"ה אֶבְל סְקִילָה דְחַמִּירָא.

וְתִימָא מנ"ל דְּנִסְקָלִין: וְנִלְעַנ"ד לִיִּישְׁב קוֹשְׁיָא זֹו גַּם קוֹשְׁיָתָם בד"ה תְּנִיחוּ דְנִילָף בְּגז"ש
דְּרִשְׁע גַּם קוֹשְׁיָתָם בד"ה וְאִי כְּתִיב ע"פ מָה שְׁפַכְרָהּ הַבְּאֵנוּ לְעִיל מִש"כ הַתּוֹס' רִישׁ מְסַכְתִּין
דְּמַהִיקְשָׁא דְמִשְׁפֵּט אֶחָד יִהְיֶה לְכֶם יְלִפְיָן גַּם דִּינֵי נְפִשׁוֹת מְהַדְדִי וְהָכִי אֶמְרִינּוּן ג"כ
בְּכַתְּבוֹת (דָּף ל"ג ע"א) ע"ש וְהָא דְלֹא יְלִפְיָן לְעִיל וְאַצְטְרִיךְ הֵיטֵב הִינּוּ מִשׁוּם הָךְ
קוֹשְׁיָא דְלַכְתְּבִינָהּ רַחֲמָנָא בְּחֻדָא.

וְעוֹד י"ל עֲפֻמ"ש הָר"ן בְּנְדָרִים (דָּף ג' ע"א) כְּנ"ל דְּמַלְתָּא דְאַתְיָא בְּהִיקְשׁ טְרַח וְכַתְּבָ לָהּ
קָרָא א"כ בְּלֹא"ה ל"ק לְמָה כְּתִבָּה הַתּוֹרָה הֵיטֵב אַף דְאַתְיָא מִהִיקְשָׁא דְמִשְׁפֵּט אֶחָד יִהְיֶה
לְכֶם. וְכֵן צ"ל ע"כ מְגַמְרָא דְלִפְיָנוּ דְלְעַנְיָן הַתְּרָאָה לֹא שְׁיִינָה תִירוּץ הַתּוֹס' הַנְּ"ל מָה
שְׁתִּירְצוּ אַהֲךְ דְּהֵיטֵב וְאַעֲפ"כ לֹא יְלִפְיָן מִמְשַׁפֵּט אֶחָד.

וְע"כ צ"ל דְּמַלְתָּא דְאַתְיָא בְּהִיקְשָׁא טְרַח וְכַתְּבָ לָהּ קָרָא. וְלִכֵּן ל"ק מנ"ל פְּטוּר מִן
הַתְּשְׁלוּמִין גְּבִי נִסְקָלִין וְנִשְׁרָפִים דְשִׁפִּיר יְלִפְיָן כֵּן מִמְשַׁפֵּט אֶחָד וְרַק הָכָא גְבִי הַתְּרָאָה
טְרַח וְכַתְּבָ קָרָא אַף דְנוֹכַח לִילָף מִהִיקְשָׁא.

וְגַם ל"ק מנ"ל הַתְּרָאָה גְּבִי עִיר הַנְּדַחַת דְשִׁפִּיר אֶתְיָא מִהִיקְשָׁא דְמִשְׁפֵּט אֶחָד וּבְזָה לֹא
שְׁיִינָה פְרָכָא דְאִין מְשִׁיבִין עַל הַהִיקְשׁ. וּמָה שְׁהִקְשׁוּ לְמָה דְלֹא יְלִפְיָן חֲזִיבִי מִיָּתוֹת בְּגז"ש

דְּרִשְׁעַ מַחְזִיבֵי מַלְקוֹת בְּלֹא א"ש ע"פ גְּמָרָא דְּאִינְהוּ נִשְׁדָּה הַגָּ"ל דְּמַלְתָּא דְּאִתְּנָא בְּגוֹז"ש טַרַח וְכַתֵּב לָהּ קָרָא: שָׁם ד"ה בְּאִשָּׁה חֲבִירָה.

וְלֹא בְּעֵי ר"י שְׁיִתִּיר עֲצָמוּ לְמִיתָה: פְּרִוּשׁ דְּאַף דְּשִׁינָה הִתִּיר עֲצָמוּ לְמִיתָה בְּלֹא הִתְרָאָה פְּגוּן וְשִׂאמְרָא מְעַצְמוּ פֶּן מ"מ פִּינָן שְׁצָרִיכִים הָעֵדִים לֹמַר שְׁהִתִּירָה עֲצָמָה לְמִיתָה א"כ הָרִי יִדְעוּ שְׁחִיבָת מִיתָה ע"פ עֲדוּתָן וְלֹא יְכוּלִין שׁוּב לֹמַר לְאַוְסְרָה עַל בְּעִלָּה בְּאִנּוּ וְלֹא יִדְעוּ כָּל שְׁחִיבָת מִיתָה ע"פ עֲדוּתָנוּ וְלִכֵּן מְקַשׁוּ הַתּוֹס' אֶתְנִי גְּמָרָא דְּבִאִשָּׁה חֲבִירָה פֶּן וְלֹא אֲדַבְרֵי ר"י בְּר"י וְדָלָא פְּפִירוּשׁ מְהֵרָם: שָׁם בְּד"ה לְאַוְסְרָה עַל בְּעִלָּה שְׁנֵי בְּאִנּוּ.

הָוֵי מ"ל דְּאִיבְרֵי שְׁזִינְתָה וְלֹא יִדְעֵי מִי הוּא עכ"ל: וְה"ה ג"כ הַמ"ל שְׁמַת הַבּוֹעֵל דְּבִנְיָה לֹא שְׁיִיף לְהַפְסִידָה פְּתוּבָתָה פְּתִירוּץ הַמְהַרְש"א כְּמוּכָן: שָׁם ד"ה א"נ שְׁזִינְתָה מְקַרְוּבִיָּה. וְא"ת אֶפְתִּי מנ"ל: הַמ"ל דְּאִיבְרֵי דְּהַבּוֹעֵל בְּלֹא ה"ה פְּסוּל לְעֵדוּת אֱלָא דְּבִלֹא ה"ה מְשַׁנֵּי שְׁפִיר וּבִזָּה א"ש דְּלֹא תִקְשִׁי דְּאֶפְתִּי קוֹשְׁיָתָם בְּמִקּוּמָה עוֹמְדָת לְרִיב"י אִיף מְשַׁפְּחַת דְּחִבְרָה נְהָרְגָה בְּלֹא הִתְרָאָה הָא יְכוּלִים לֹמַר לְפָנֶסְלוּ בְּעֵדוּת בְּאִנּוּ וּלְפ"ז א"ש דְּמְשַׁפְּחַת בְּשַׁפְּכָר הוּא פְּסוּל.

א"נ י"ל דֹּא"כ לְמָה לְהֵם לְשַׁקֵּר בְּדָבָר שְׁעוֹנָשׁוּ מִיתָה ה"ל לְהַעֲיֵד שְׁאָכַל גְּבִילוֹת אוֹ שְׁיַחַק בְּקוּבִיָּא אוֹ אֶחָד מְשַׁאָר דְּבָרִים שְׁפּוֹסְלִים לְעֵדוּת וְגַם הַתּוֹס' הֵיוּ יְכוּלִים לְתַרְץ פֶּן אֱלָא דְּבִלֹא ה"ה מְשַׁנֵּי שְׁפִיר.

וּבִזָּה א"ש ג"כ מָה שֶׁק"ל לְכַאוּרָה לְפִי דְּבָרֵי הַתּוֹס' אִיף מְשַׁפְּחַת שׁוּם עֵדוּת בְּעוֹלָם הָא כָּל עֵדוּת אִי אִתָּה יְכוּל לְהַזְיָמָה פִּינָן דְּעַד זֹמַם פְּסוּל לְעֵדוּת א"כ כְּשִׁבְאוּ עֵדִים וְהַזְיָמוּ לְעֵדֵי נְפִשׁוֹת וּבְאוּ אַחֲרֵים וְהַצְדִּיקוּ לְעֵדִים הָרֵאשׁוֹנִים וְזָמְמוּ לְהַזְיָמִים אִין יְכוּלִים לְקַנִּים בְּהַזְיָמִים דִּין הַזְמָה דְּהָא יְכוּלִים לֹמַר לֹא נִתְפָּוּנוּ כָּל לְהַמִּית לְהַעֲדִים רַק לְפָנֶסְלָם לְעֵדוּת פְּדִין עֵדִים זֹמְמִין וּבְהָא לֹא שְׁיִיף וְהָא אִתְרוּ בִּיהַ דְּהָא עֵדִים זֹמְמִין א"צ הִתְרָאָה וְכִינָן דְּהַזְיָמִים אִין לְקַנִּים בְּהֵם דִּין הַזְמָה גַּם הָעֵדִים לֹא נְהָרְגִין עַל פִּיהֶם כְּשִׁלָּא הוּזְמָו וּמְמִילָא גַּם אוֹתוֹ שְׁהַעֲיָדוּ הָעֵדִים עָלָיו אִינוּ נְהָרְגָ מְשׁוּם עֵדוּת שְׂאִי אִתָּה יְכוּל לְהַזְיָמָה וְא"כ אִיף מְשַׁפְּחַת דִּין מִיתָה לְעוֹלָם אַע"כ מוּכָח פְּתִירוּצָנוּ הַגָּ"ל דְּלֹא יְכוּלִים לֹמַר לְפָנֶסְלָם בְּעֵדוּת בְּאִנּוּ דֹא"כ ה"ל לְפָנֶסְלָם ע"י דְּבָר אַחַר וְלֹא ע"י הַזְמָה שְׁתִּלֵּא בִּיהַ מִיתָה.

וְעוֹד י"ל עַל זֶה לְפִי מָה שְׁכַתְּבוּ הַתּוֹס' לְעֵיל (דָּף ט' ע"ב) בְּד"ה עֲדֵי הָאָב ע"ש דְּבִתְרִוּצָם שָׁם מְתוּרְץ גַּם זֶה. וּבִזָּה א"ש ג"כ מָה שְׁקַשְׁשָׁה עוֹד לְפִי מָה דְּאֶמְרִינָן לְקַמָּן (דָּף פ"ח ע"ב) דְּמִסִּית לֹא בְּעֵי הִתְרָאָה א"כ אִיף מְשַׁפְּחַת כָּל מִיתָה גְּבִיָּה הָא הָעֵדִים כְּשִׁהוּדוּ יְכוּלִים לֹמַר לְפָנֶסְלוּ בְּעֵדוּת בְּאִנּוּ וְא"כ ה"ל עֵדוּת שְׂאִי אִתָּה יְכוּל לְהַזְיָמָה דְּוַדַּאי מִסִּית לֹא גָרַע מְאוּכַל גְּבִילוֹת דְּפָסוּל לְעֵדוּת וְיְכוּלִים לֹמַר הָעֵדִים לֹא יִדְעוּ דְּנְהָרְגָ בְּלֹא הִתְרָאָה וְכִמוּ לְעַנְנָן חִבְרָ דִּיכּוּלִים לֹמַר לֹא יִדְעוּ שְׁחִבְרָ א"צ הִתְרָאָה וְכִמ"ש הַתּוֹס' לְעֵיל (דָּף ט').

אֲבָל לְפִי דְּבָרֵינוּ אִתִּי שְׁפִיר דֹּא"כ הִיָּה לְהֵם לְהַעֲיֵד שְׁאָכַל גְּבִילוֹת וְלֹא בְּדָבָר דְּתִלֵּא בִּיהַ מִיתָה: שָׁם ע"ב בְּגְמָרָא א"ר וְהָא עֲדוּתָן קִיָּמַת קְתַנִּי: הָא ל"ק לִיהַ דְּהָא שְׁנַיִם אוֹמְרִים אִין אָנוּ יוֹדְעִים קְתַנִּי דְּדָרְךָ הַתְּנָא שְׁחִסָר תִּיבָה ע"י שְׁחָה וְכִמ"ש רש"י לְעֵיל (דָּף י' ע"ב) בְּד"ה וְהָא עֲבוּר קְתַנִּי וְא"כ ה"ה ג"כ לְהוֹסִיף תִּיבָה אַחַת בְּמִקּוּם שְׂאִינוּ נוֹגַע לְעִיקָר הַדִּין אֲבָל לְהַחֲלִיף עֲדוּתָן בְּטִלָּה בְּעֵדוּתָן קִיָּמַת שְׁהוּא עִיקָר הַדִּין בִּזָּה וַדַּאי אִין שְׁיִיף

טעות דכש"כ הוא ממה שכתב רש"י דלא מיחלף ליה בין קדוש לעבןר כ"ש דלא מיחלף ליה הא: שם אמרי ליה ומאי אמרינו בה בסנהדרין גרידתא: ק"ל מאי פעי בזה וכי ח"ו הגדולים הללו רצו להתפאר בתורתם שאינם צריכים לשמיעת רבן.

תו י"ל פשאמר להן רמי בר חמא אי הכי אמריתו טובא אמריתו קאמרי מטיבותיה דמר כו' מנזיהותא דמר לא אמר בה ולא חדא הם לכאורה דברים מחוסרי הבנה וגם מה לשון ולא חדא. ועוד דהוא אמר להם אמריתו לשון רבים.

וכן הנה להם להשיב אמרנו בה לשון רבים אכן הם לא השיבו רק לשון יחיד נסתר אמר בה. ונלענ"ד עפ"י מה דאמרינו בגמרא שתלמיד פשאומר שמועה מפי רבו בתחלה יאמר בשם עצמו עד שיידע אם ישר בעיני שומעיו ואח"כ יאמר שרבו אמר כן למען שלא יגרום זילותא לרבו ופירשו המפרשים כן פירוש הממרא דכל האומר דבר בשם אומר דהיינו שבתחלה יאמר הדבר ואם תישר אז יאמר בשם אומר כמו שעשתה אסתר והשתא ניחא דרמי ב"ח דפגע בהו ושאלם מה אמריתו בי רבה דהיינו מה נתחדש בבית מדרשכם היו מתייראים לומר דבר בשם רבם דשאמר רק לקנטר בא ולבזות את דברי רבן ולכן קאמרי ליה ומאי אמרינו בה בסנהדרין גרידתא כו' פלומר לא נשיב לה אלא משלנו ולא משל רבה.

אכן אחרי שישר דבריהן בעיניו אמר להו א"ה אמריתון בה כו' א"כ הוצרך והוטל עליהם לומר ב' דברים האחד שיודיעו לו שרבם אמר כן ולא משלהם הוא והב' ליתן טעם למה עשו כן לומר בתחלה בשמם וזה שהשיבו לו מטיבותא דמר אמר בה טובא פירוש פיון שראינו טובא דמר שלא רצה לקנטר והודה לדברינו גם אנו נאמר לו שאמר בה טובא דהיינו שרבינו חידש זה ודברים רבים אחרים.

אבל מנזיהותי דמר אם הנה מתריס פנגדנו אז לא הנה רבה לא אמר בה ולא חדא דהיינו אומרים הפל בשמנו שלא ליתן פבוד רבינו לבון: שם עד רובו של חדש: עיין בר"ן שהקשה דא"כ לפלוג במתניתן בטעות יום אחד גופא בין קודם רובו לאחר רובו.

ותירץ דאז ה"א דקודם רובו אפילו בב' ימים תלינו טעות. אכן אפתי ק"ל דלפלוג בקודם רובו גופא בין באו להעיד פשעדיין הוא קודם רובו של חדש לבאו להעיד על מעשה שהנה קודם רובו לאחר רובו דאז לא תלינו עוד בטעות פיון שפכר שמעו מתי קדשו ב"ד החדש ובזה לא שייך טעות דע"כ מוכח דבב' ימים אין תולין טעות דא"כ לאשמעינן רבותא טפי פבאו להעיד קודם רובו דאפילו בב' ימים עדותן קנימת: שם ברש"י ד"ה הא דאורייתא.

פדתניא לעיל נכון שיהנה נכון: א"ל דא"כ היכי ילפינן לעיל (דף מ' ע"ב) מאמת נכון ב' חקירות הא אצטריך לבדיקות די"ל דמדכתיב אחקירות לישנא דנכון ולא לישנא אחרינא שפיר שמעינן גם בדיקות מניה: שם בתוספות ד"ה פמאן כר"ע.

וי"ל דהא דקאמר: אכן מ"מ צ"ל ג"כ דר"ע לא פליג רק מוסרף אדברי ר"ש כמו לפירוש רש"י דאל"כ איך אפשר דיקרא קרוב או פסול פיון דאינו יכול להזימו ואי הוזמו הב' אחרים יקניים בהו דין הזמה מאי פסול שייך לפ"ז הא אפתי הוי עדות שאמה יכול להזימו: שם בד"ה שנה יודע.

קָשָׁה וְמָה אֵלּוּ דִּיּוּקֵינוּ: וְאַף דִּלְקָמֵן (דָּף ס"ט) מְבַרְרָא דְלִכְּךָ מִיְקָטֵל וְלֹא חִיּוּשֵׁינוּ לְהִכִּי דְאַזְלִינוּ בְּתַר רַבָּא מִכ"מ הָרִי נוֹכַל לְבָרַר ע"י בְּדִיקָה. וְכֵן פְּתַבּוּ בְּפִירוּשׁ בְּפִסְחִים שָׁם: שָׁם בַּא"ד.

מִיָּד דְּהוּי אֲעָקֵד אֹמֵר בְּג' וְא' אֹמֵר בַּה': ק"ק מֵאֵי רֵאָיָה מְשָׁם דְּהֵתָם וְדֵאֵי פִּינּוּ דְרַבָּא לֹא טְעֵי בְּב' עֲבוּרִים א"כ מַעַת שְׁהִוְכַחְשׁוּ וְזָה אֹמֵר בְּב' וְזָה אֹמֵר בַּה' כְּבָר הָוֵי עֲדוּת מְוַכַּחֶשֶׁת וְמָה יוֹעִיל מָה שְׁפִינּוּנוּ לְעֲדוּת בְּאִיזָה יוֹם פִּינּוּ דַמ"מ הָוֵי הִכְחָשָׁה בִּימֵי הַחֲדָשׁ דַּע"כ לֹא טוֹעֵין בְּב' עֲבוּרִים אֲבָל לְעֵנִין טְעוּת יוֹם א' פִּינּוּ דְרַבָּא טוֹעֵין בְּכָךְ א"כ גַּם אֵי לֹא אֲזַלִּינוּ בְּתַר רַבָּא עַכ"פ לֹא גָרַע מְשָׁאָר סָפֵק דְעֵלְמָא אֵי טוֹעֵין בְּכָךְ וְא"כ לֹא הָוֵי הִכְחָשָׁה אוֹ לֹא טוֹעֵין דְּהוּי הִכְחָשָׁה בְּזָה שְׁפִיר י"ל מְדַכְּוֵנוּ בְּעֲדוּת הַיּוֹם אֲזַלִּינוּ בְּתַר חֲזָקָה וְאַגְלִי מִלְּתָא דְלֹא הִכְחָשָׁה הָוֵי אֲבָל בְּב' עֲבוּרִין הָוֵי כְּבָר הִכְחָשָׁה דְּוַדַּאי בְּתַר מִיעוּט לֹא אֲזַלִּינוּ גַּם אֵי לֹא אֲזַלִּינוּ בְּתַר רַבָּא: שָׁם ד"ה א' אֹמֵר.

וְי"ל דְּוַדַּאי פִּי דִּיּוּקֵינוּ בְּהַגִּץ: א"ל דַּא"כ אֵיךְ אֲמַרִּינוּ בְּמַתְנִיתָן דַּא' אֹמֵר בַּה' וְא' אֹמֵר בְּז' לַכ"ע לֹא טְעֵי אֲנָשֵׁי בְּכָךְ מְפָנֵי הַיְכָפְר הַשְּׁמַשׁ וְעֲדוּתָן בְּטִלְהָ דְלִמָּא לֹא יָדְעֵי בְּאִיזוּ שְׁעָה חֲמָה בְּמַזְרַח וּבְאִיזוּ שְׁעָה בְּמַעֲרָב דִּי"ל דְּחֲצוֹת הַיּוֹם מִיָּדַע יָדִיעַ לַכ"ע וְאֵין טוֹעֵין בְּכָךְ כְּמוֹ שְׁטוֹעֵין בְּשְׁעוֹת הַגִּץ: שָׁם ד"ה א' אֹמֵר בַּג'.

נִימָא עֲוֹבְדָא פִּי הָוֵי בַד' הָוֵי: ק"ק הָא פֶּל קֹנְשִׁיּוֹת רַבָּא הָיָה שָׁם דְּלָמָּה נִתְלָה בְּדָבָר שְׂאָם לֹא הָיָה כֵּן טְעוּת הָוֵי וְנִקְטָטֵל אוֹתוֹ מְסַפְקָא וְלָכוּן מְתַרְץ שָׁם דְּלֹא תְלִינּוּ בְּטְעוּת אֲלֵא בְּיָדְעֵינוּ ע"כ דְּטְעֵי אֲיַנְשֵׁי הִכִּי וְא"כ לָמָּה נֶאֱמַר מְסַפְקָא דְעֲוֹבְדָא בַד' הָוֵי לְהַחְמִיר עָלָיו דְּלִמָּא לֹא הָוֵי בַד' וְהוּי הִכְחָשָׁה: שָׁם בַּא"ד.

דַּאִין לְתַלּוֹת טְעוּת בְּב' עֲדִים: צ"ע דַּלְפ"ז אִם הָיוּ כָּאֵן ד' עֲדִים שְׂבָאוּ כַּא' לְהַעִיד וּב' אֲמָרוּ בַג' וּב' אֲמָרוּ בַד' שְׁעוֹת יְפָסֵל הַעֲדוּת לְרַבָּא דַּא"כ ע"כ נִתְלָה הַטְעוּת בְּב' עֲדִים וְכִינּוּן דַּב' וְדֵאֵי מְוַכַּחֶשֶׁים הֵם א"כ ה"ל כְּנִמְצָא א' מִהֵן קְרוּב אוֹ פְּסוּל וּבְטֵל כָּל הַעֲדוּת: שָׁם דָּף מ"ב ע"א בְּגַמְרָא א' אֹמֵר קוֹדֵם הַגִּץ וְא' אֹמֵר לְאַחַר הַגִּץ.

א"ל דְּלִמָּא יוֹם הַמְעוֹנָן הָיָה וְאֵין הַיְכָפְר בְּשְׁמַשׁ דְּמִדְּיִיקֵי בְּהַגִּץ וְדֵאֵי לֹא טְעֵי אֲיַנְשֵׁי וְכַמ"ש הַתּוֹסֵף לְעֵיל בַּד"ה א' אֹמֵר בְּב' שְׁעוֹת ע"ש א"כ אֵהָא דְּמַתְנִיתָן דַּא' אֹמֵר בַּה' וְא' אֹמֵר בְּז' לְכַאוּרָה קָשָׁה. אֲכֵן הָא כְּבָר הִקְשׁוּ גְלוּן תּוֹסְפוֹת הַבֵּיאָם הַמְהַרְשֵׁ"ל פְּסָחִים (דָּף י"ב) וְתִרְצוּ פִּינּוּ דְרוּב יָמִים אֵינָם מְעוֹנִין לֹא תְלִינּוּ בְּמִיעוּט לְקַיָּים עֲדוּתָן וְלְהַרְוֵג נְפֶשׁ ע"ש.

אֲכֵן לַפ"ז אִם יָדוּעַ לָנוּ דְאוֹתוֹ יוֹם מְעוֹנָן הָיָה בְּאַמַּת תּוֹלִין בְּטְעוּת לַפ"ז: שָׁם דְּתַנְיָא ר"י אֹמֵר כְּשֵׁם שְׂאִין מוֹסִיפִין: א"ל דְּלַר' יוֹסִי לַפ"ז קֹנְשִׁית הַגַּמ' דְּלַעִיל (דָּף י"ז ע"א) בְּמִקוּמָה עוֹמְדָת אֵיךְ מְשַׁכַּחַת הַטְיָיָה לְרַעָה ע"פ ב' דְּבְמוֹסִיפִין לֹא מְשַׁכַּחַת דְּלִית לָיָה מוֹסִיפִין וְכַר' הַיּוֹדָה ג"כ ע"כ לֹא ס"ל מְדַקְאָמֵר כְּשֵׁם שְׂאִין מוֹסִיפִין עַל ב"ד שֶׁל שְׂבָעִים וְאַחַד דִּי"ל דְּלַעִיל לֹא פְּרַכִּינּוּ כֵּן רַק אֲמַתְנִיתָן דְּקַתְנֵי בְּהַ טְיָיָה ע"פ ב' וְלַר' יוֹסִי בְּאַמַּת לֹא מְשַׁכַּחַת רַק ע"פ ג' וְעוֹד גַּם לַר' יוֹסִי מְשַׁכַּחַת בִּי מְזַפִּין וִי"ב מְחַיְיָבִין וְא' אֹמֵר אֵינִי יוֹדֵעַ: שָׁם אֵילִימָא קֵשׁ דִּינָא אֵיפְכָא מִבְּעֵיא לָיָה.

עֵינּוּ בְּר"ן שְׁכ' שְׁהַרְמַב"ם ע"כ סוּבְר פְּפִירוּשׁ רִש"י אֲכֵן לְכַאוּרָה קָשָׁה דְּהָא מְפָסֵק הַרְמַב"ם (פ"ט מַה סְנֵהֲדָרִין) נִרְאָה שְׁהוּא מְפָרֵשׁ דְּהָאֵי גִזְדָּקוֹן הַדִּין קָאֵי אַפּוּטְרִין אוֹתוֹ

וּכְמוֹ שֶׁפִּי גַם הָרַן וְלִפְנֵי רִשׁ"י לְכַאוֹרָה א"א לְפָרֵשׁ כֶּה דְכָתַב קֹשׁ דִּינָא וְצָרִיף לְהַמְתִּין בּוֹ וְאִיף שֵׁינֶה זֶה בְּשִׁפְכָר פְּטָרוֹ אוֹתוֹ.

אֲכַן בְּזֶה י"ל שְׁהַרְמַב"ם מְפָרֵשׁ כִּפִּי הַתּוֹס' דָּאִין יְכוּל לְעַמּוּד עָלָיו אֲבָל מִמָּה שֶׁפִּי רִשׁ"י אַחְכֵּם דִּינָא דְלִכְהָ אִין אוֹמְרִים בְּדַנ"פ פֶּן שְׂאָף אִם גְּמָרוּהוּ מְחַזִּירִין לְזָכוֹת זֶה לֹא שֵׁינֶה לְכַאוֹרָה אִי אֶפּוֹטְרִין אוֹתוֹ קֹאִי דְהָא כְּבָר זַכָּאי הוּא וְזֶה ק' לְכָל הַפְּיֻרוּשִׁים וְדוֹחֵק לוֹמַר דְחָכֵם דִּינָא גַם לִפִּי הָרַן קֹאִי אֲכַל דַּנ"פ.

וּי"ל דְשִׁפִּיר אִיפָא נְפֻקוּתָא בְּמָה שְׁמַחְזִירִין לְזָכוֹת דְהָא הַטַּעַם דָּאִין מְחַזִּירִין לְחֻב בְּדַנ"פ הוּא מְשׁוּם וְצָדִיק אֵל תְּהַרְוֵג דְפִירוּשׁוֹ בְּשִׁפְכָר נְצֻטְדֵק וְזֶה לֹא שֵׁינֶה לְכַאוֹרָה בְּשִׁפְטָרוֹ אוֹתוֹ מְפָנִי שְׁלֹא הָיָה רֹב לְחֻבָּה דְבָזָה לֹא מְקַרִי עֲדִינִין צָדִיק פִּינוּן שְׁגַם לְזֶה לֹא הָיָה רֹב וְלֹא נִגְמַר דִּינוֹ לְזָכוֹת פְּלִל וְלָכֵן י"ל דְבִפְטוֹר כְּזֶה שִׁפִּיר מְחַזִּירִין לְחֻבָּה וְלָכֵן שִׁפִּיר אִיפָא בְּמָה שִׁיִּלְמְדוּ עוֹד זְכוֹת עָלָיו וְיִגְמְרוּ דִינוֹ לְזָכוֹת דָּאִין אִין מְחַזִּירִין עוֹד לְחֻבָּה וְנִשְׂאָר זַכָּאי לְעוֹלָם: שְׁם בְּרִשׁ"י ד"ה וְלִפְטָרְהָ מִבִּי דִינָא קַמָּא.

דְּוִנוּ אֱלוֹ כְּנָגַד אֱלוֹ: ק"ק דְהָא לִפִּי הָיָה אִיפָא דְאָמְרִי ע"כ לֹא אָמְרִינוּ הַסְּבָרָא דְשְׁלֹא יִצְאוּ מִב"ד מְעוֹרְבִים דַּל"כ לֹא מְקַשָּׁה מִיָּדִי וְהָא דְלֹא מְקַשָּׁה וְלִפְטָרְהָ מְעִיבָרָא הֵינְנוּ מְשׁוּם דְעֵדִיפָא מְקַשָּׁה דְלֹא יוֹסִיפוּ פְּלִל וּמְמִילָא לֹא נְבוֹא פְּלִל לְדוֹן אֱלוֹ כְּנָגַד אֱלוֹ וּבְחִירוּצוֹ דַּר"י קֹאִי כְּנוֹתָהּ מְתוּרָץ ג"כ קוֹשְׁיָא קְמִיִּתָּא וַא"כ דְלִית לִיהָ הָיָה סְבָרָא ע"כ לֹא אֲתִי ג"כ שִׁפִּיר לְדוֹן אֱלוֹ כְּנָגַד אֱלוֹ דְלָמָּה לָן הָיָה לְפִטְרִי מְעִיבָרָא וּכְקוֹשְׁיָתָא לִישְׁנָא קְמִיִּתָּא וַא"כ אִיף פִּי רִשׁ"י בְּהָיָה קוֹשְׁיָא שִׁדְוִנוּ אֱלוֹ כְּנָגַד אֱלוֹ וּי"ל עִפְמ"ש הַתּוֹס' לְעִיל (דָּף ח' ע"א) בְּד"ה מוֹצִיא שֵׁם רַע וְז"ל וְאִין לְזַמּוֹת לְיוֹסִיפוּ הַדְּיִינִים דְלִקְמֵן דְלֹא חִיִּישִׁינוּ לְלַעַז הַדְּיִינִין עַכ"ל.

וְהַפְּיֻרוּשׁ כַּמֶּש"כ הַמְּהַר"ם מְשׁוּם דְבָהָא א"א בְּעֵנִין אַחַר'. וְהַשְׁתָּא א"ש דִּי"ל דְכַאֲמַת גַּם לִפִּי אִיפָא דְאָמְרִי אָמְרִינוּ הַסְּבָרָא דְלֹא יִצְאוּ מִב"ד מְעוֹרְבִין וּמ"מ מְקַשָּׁה שִׁפִּיר דְלֹא יוֹסִיפוּ פִינוּן דְגַם בְּמוֹסִיפִין אִיפָא גְּנָאי לִב"ד וּמֵאִי עֲדִיף הָיָה גְּנָאי מְהָיָה גְּנָאי אֲבָל לְדוֹן אֱלוֹ כְּנָגַד אֱלוֹ שִׁפִּיר מְצָרְכִינוּ מְשׁוּם גְּנָאי ב"ד וְלָכֵן פִּירִשׁ"י א"ש: שְׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה פּוֹעֲלֵי אֲמַת.

וְאִית דְגָרַס פּוֹעֵל אֲמַת: וּפִי זֶה יוֹתֵר מִיּוֹשֵׁב ע"פ הַלְשׁוֹן דְלִפְנֵי רִשׁ"י פּוֹעֲלִים אֲמַת הוּל"ל שְׂאִין זֶה מְדַרְךָ הַלְשׁוֹן לְהַסְמִיף הַמְתַּנְאָר עַל הַתַּנְאָר: שְׁם ד"ה הַעוֹסְקִים בְּרוּמוֹ ש"ע. וְהָא דְאָמַר שְׁתָּה רְבִיעִית יִין: י"ל מֵאִי קוֹשְׁיָא דְלָמָּה בְּאֲמַת הָכִי הָיָה וַאֲעַפ"כ צָרִיף לְהָיָה טַעְמָא דְהַעוֹסְקִים בְּרוּמוֹ ש"ע וְגַם יֵשׁ חִילּוּק בֵּין דַּנ"פ לַד"מ דְבַדְנ"פ אִין רִשְׁאִים לְשִׁתּוֹת פֶּל עֵינָר אֶפִּילוּ בְּפָחוֹת מְרַבִּיעִית מְדָלָא קְתָנִי בְּמַתְנִיתוֹן מְמַעֲטִין בִּינִין וּבְמַאֲכָל וְחִילּוּק בֵּין מַאֲכָל לִינִין מְשַׁמֵּעַ דִּינִין אִינוּ שׁוֹתָהּ פֶּל עֵינָר וְגַם מְדַמְקָשָׁה אִינִין דְנִקָּא מ"ט וְלֹא ג"כ לָמָּה מְמַעֲטִין בְּמַאֲכָל אַע"כ דַּה"ט דְהָא דְמְמַעֲטִין בְּמַאֲכָל הוּא שְׁיָהָיָה דְעַתָּה צְלוּלָה אֲבָל זֶה אֶפְתִּי אִין טַעַם לָמָּה לֹא יִשְׁתּוּ יִין פֶּל עֵינָר וְלָכֵן קְאָמַר מְלֻוֹזְנִים אִי שְׂכָר וְהָא דְקָאֵמַר אֵל יִשְׁתַּכְּרוּ ע"כ ל"ד יִשְׁתַּכְּרוּ אֲלֵא לֹא יִשְׁתּוּ מִיָּדִי דְמִשְׁכָּר כְּדָאֲמְרִינוּ.

אֲכַן הַתּוֹס' קוֹשְׁטָא קְאָמְרִי דְבַד"מ אֶפִּילוּ רְבִיעִית יִשְׁתָּה: פָּרַק שְׁשֵׁי שְׁם דָּף מִב ע"ב בְּגִמְרָא וְהָא דְקְתָנִי הָכִי נַפ"מ דָּאי נַפְיָק: ק"ק דְלִימָא נַפ"מ בְּב"ד שְׁיוֹשֵׁב בְּעִיר שְׂאִינָה

מְנוֹקֶפֶת חוֹמָה דְּמַקְרִי ג"כ עִיר כְּדַמוּכַח מִת"כ שֶׁהֵבִיא הַר"ש פ"א דְּכָלִּים א"נ בְּעִיר שְׁמוֹנֶקֶת עֲפָה רַק לֹא מִימֹת יְהוֹשֻׁעַ דָּאִין לָהּ דִּין מַחְנֶה יִשְׂרָאֵל דָּאִין לָהּ דִּין קַדְוֶשֶׁת עָרֵי חוֹמָה שֶׁהֵבִיאוּ הַתּוֹס' בְּשִׁמְעֵתִין כַּמ"ש הַר"ש שֵׁם ע"ש.

וְכַן אֵיכָּא נִפְקוּתָא בַּב"ד שִׁבְח"ל דְּסִנְהֶדְרִין נוֹהֲגִת בְּאַרְץ וּבַח"ל (ספ"א דְּמִפּוֹת) אוּ בְּעִיר שְׁרֹנְבָה עִפּו"ם שֶׁפֶל אֵלּוּ אִין לְהֶם דִּין מַחְנֶה יִשְׂרָאֵל וְהִנְהוּ לְכַאוּרָה עֲדִיפִי מְהֵךְ נִפְקוּתָא דַּב"ד שְׁיֹשֵׁב חוּץ לְחוֹמָה דְּלֹא שְׂכִיחַ: שֵׁם דְּלֹא מִתְחַזֵּי ב"ד רוּצְחִים: א"ל א"כ הֵיכִי קְאָמְרִינְן בְּמִתְנִיתִן הַטַּעַם מִשּׁוּם דְּכִתִּיב הוּצֵא אֶת הַמְּקַלֵּל דְּנֹדָאֵי מִתְנִיתִן אֵינְרִי מְהֵךְ דִּינָא דְּמוֹצִיאִין אוֹתוֹ לְחוּץ מִג' מַחְנוֹת הֵיכִי דִּיתְבִּי ב"ד בְּפָנִים וּע"ז מִיְיָתִי הִדְרָשָׁה דְּהוּצֵא אֶת הַמְּקַלֵּל הַמְּבֹאֲרָת בְּגִמְרָא וְלֹא מִתְרַץ רַק דְּלִכְךָ נִקְטָה מִתְנִיתִן הֵךְ לִישְׁנָא דְּמוֹצִיאִין אוֹתוֹ חוּץ לַב"ד לְהַשְׁמִיעֵנוּ אַגַּב אוֹרְחִיָּה דַּעֲכ"פ צָרִיךְ לְהִיּוֹת חוּץ לַב"ד אֲפִילוּ הֵיכִי דְּהוּי חוּץ לַג' מַחְנוֹת מְהֵךְ טַעֲמָא דְּלֹא נִתְחַזֵּי ב"ד רוּצְחִים וְהֵינְנוּ דְּדִיִּיק בְּגִמְרָא וְהָא דְּקִתְנִי הֵכִי נַפ"מ כו'.

מִשְׁמַע דְּלֹא רְצָה לְתַרְץ רַק לְמָה דְּנִקְטָה מִתְנִיתִן הֵךְ לִישְׁנָא. אֵךְ דַּלְפ"ז לֹא הִבְנִיתִי תִירוּץ הַתּוֹס' בַּד"ה פִּי הֵיכִי וְנ"ל וְעוֹד הָא כְּתִיב הוּצֵא פְּדִתְנִן בְּמִתְנִיתִן עַכ"ל.

הָא פֶּל קְוֹשְׁתָּם הִיָּה דְּנִילֵף בְּשֶׁאֵר נִסְקָלִין דְּנִבְעֵי שְׁעָרֵיָּה דְּהֵינְנוּ שְׁעַר ב"ד דְּמְהָא סְלִקָּא בְּדַבּוּרָם וְהָא עַל זֶה לֹא כְּתִיב הוּצֵא וְאִי נֶאֱמַר דְּקוֹשְׁתָּם לֹא הִיָּה רַק דְּנִילֵף דְּנִבְעֵי שְׁעָרֵיָּה בְּעִיר שְׁרֹנְבָה יִשְׂרָאֵל וְלֹא יְהִיָּה חוּץ לַג' מַחְנוֹת דְּהָא שְׁעָרֵיָּה שְׁמַחוּץ לְשְׁעַר הָעִיר ג"כ חוּץ לַג' מַחְנוֹת הוּא וְעוֹד דַּא"כ אֲפִתִּי קֹשָׁה לְפִי תִירוּצָם דְּנִילֵף דְּנִבְעֵי שְׁעָרֵיָּה דְּהֵינְנוּ שְׁעַר ב"ד בְּעִיר שְׁרֹנְבָה עִפּו"ם אוּ שְׁיֹשְׁבוּ ב"ד לְחוּץ: שֵׁם וְלִילֵף מִשְׁחֹטֵי חוּץ: א"ל דִּיּוֹתֵר נִלְמוּד מִג' דְּהֵינְנוּ פֶּר מְשִׁיחַ פֶּר הַעֲדָה וְדָשֵׁן מִשְׁנִילֵף מֵא'.

וְכַה"ג אֲמַרִּינְן דִּיּוֹתֵר גְּמַרִּינְן מִדְּבַר שֶׁהוֹקֵשׁ לוֹ ב' פְּעָמִים מִשְׁלֵא הוֹקֵשׁ רַק פַּעַם א' בְּקַדְוֶשִׁין (דָּף ל"ד) דְּאֶפְשָׁר לְעַנְּן גּוֹז"ש לֹא אֲמַרִּינְן הֵכִי א"נ הֵנִי ג' פְּחַד חֲשִׁיבִי פִּינּוּ דְּמִהֲדִי יְלַפִּינוּ: שֵׁם רַפ"א מִשָּׁה הֵיכִי הוּי יְתִיב בְּמַחְנֶה לוֹיָה: הָא דְּצָרִיךְ לְהֵכִי דְּהָא וְדָאֵי לֹא דְּבַרָה עִמּוֹ שְׂכִינָה רַק בְּאִוְהֵל מוֹעֵד כְּמִבְּוֹאָר בְּפִתּוּבִים וַא"כ פְּשִׁנְאָמֵר לוֹ הוּצֵא וְדָאֵי בְּמַחְנֶה שְׂכִינָה הִיָּה וַאֲעַפ"כ לִיכָּא לְפָרֵשׁ הוּצֵא רַק מִמַּחְנֶה לוֹיָה דְּהָא הַמְּקַלֵּל וְדָאֵי לֹא בְּמַחְנֶה שְׂכִינָה הִיָּה עִמּוֹ כַּמ"ש הַר"ן וְעוֹד הָא כְּתִיב וַיִּנְיַחְהוּ בְּמִשְׁמֵר וּבְאִוְהֵל מוֹעֵד וְדָאֵי לֹא מִשְׁמֵר הִיָּה וַא"כ ע"כ הוּצֵא מִחוּץ לְמַחְנֶה לוֹיָה קְאָמֵר וְלָמָּה לָן הֵךְ דְּמִשָּׁה בְּמַחְנֶה לוֹיָה הוּי יְתִיב.

דִּי"ל דְּרְצָה לְפָרֵשׁ לָמָּה לָן עוֹד מִחוּץ לְמַחְנֶה שְׂנִיָּה דְּמַחַד ג"כ הוּי יְלַפִּינוּ חוּץ לַג' מַחְנוֹת פִּינּוּ שְׁנִנְאָמֵר לוֹ הוּצֵא אֶל מִחוּץ לְמַחְנֶה וְכִינּוּ דָאִין לְפָרֵשׁ עַל אִוְהֵל מוֹעֵד מִסְתַּמָּא עַל מַחְנֶה שְׁיֹשֵׁב בָּהּ קְאָמֵר וְלָכֵן קְאָמֵר שְׁמִשָּׁה בְּמַחְנֶה לוֹיָה הוּי יְתִיב וַא"כ פִּי קְאָמֵר לוֹ הוּצֵא מִסְתַּמָּא מִמַּחְנֶה קְאָמֵר שְׁשֵׁם הֵבִיאוּ אוֹתוֹ אֵלָיו וְהִנְיַחוּהוּ בְּמִשְׁמֵר וְכַן פְּתַב רַש"י לְקַמֵּן בַּד"ה הוּצֵא גְרִידָא מִשְׁמַע הוּצִיאוּ מִמְּקוּמָּה עַכ"ל.

וְלָכֵן מְצָרְכִינְן עוֹד מִחוּץ לְמַחְנֶה לְחוּץ מִמַּחְנֶה יִשְׂרָאֵל: שֵׁם הָאֵי מְבַעֵי לְעִשְׂיָה: פִּירוּשׁ וְאַפְתִּי מִנ"ל חוּץ לְמַחְנֶה לַג' וַא"ל דַּא"כ דְּבְּמַחְנֶה ג' קְטָלִי לִיָּה ל"ל דְּכְתִיב גְּבִי וַיּוֹצִיאוּ אֶל מִחוּץ לְמַחְנֶה בְּיוֹצִיאוֹ לְחוּדָא ג"כ סְגִי דַּעֲכ"פ מִשְׁמַע דְּהוּצִיאוּ אוֹתוֹ מִמַּחְנֶה שְׂנִיָּה

שֶׁהֵבִיאוּ אוֹתוֹ שָׁם אֶל מֹשֶׁה וְאָמַר כִּי מִמִּילָא יִדְעִינָן עֲשִׂינָה דִּי"ל דְּוִיּוּצִיאוּ אוֹתוֹ פְּרִיּוּשׁוֹ מִהַמְשָׁמֵר וְלֹא מִהַמְחַנֵּה וְלִכְּוֹן צָרִיף לְכַתּוּב ג'כ אֶל מַחוּץ לַמְחַנֵּה לְהוֹרוֹת עֲשִׂית הַצְּוִיּוּ: שָׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה וְנֶאֱמַר בְּפָרִים.

תִּימָה וְהָא בְּקִדְשִׁים: עֵינָן בְּר"ן שְׁתַּיְרֵץ עַל זֶה דְּמִטְעָם זֶה בְּאַמַּת חֲזָרוּ רַב פְּפָא וְרַב אֲשִׁי וְסָבְרִי דְּבְרִיּוּתָא אִם לֹא נֶאֱמַר קֶאֱמַר עֵינָן שָׁם אָכֵן צ"ע דְּהָא לְמ"ד בְּתַר לְמַד אֲזֵלִינָן לְק"מ כְּמָה שְׁפַתְבּ הוּא בְּעֲצָמוֹ וְא"כ לְמָה חֲזָר ר"פ הָא הוּא סָבַר בְּזַבְּחִים שָׁם דְּבְתַר לְמַד אֲזֵלִינָן: שָׁם בַּא"ד.

תִּימָא בְּפַר הָעֵדָה מִנ"ל פִּינָן: עֵינָן מִש"כ הַתּוֹס' בְּיוֹמָא (דָּף ס"ח) לְתַרְץ זֶה. וְלוּלֵא דְּבְרִיּוּתָא הִיךָ נִלְעַנ"ד לֹאמַר דְּאֲפִשֵׁר שְׂאִין גְּדוּן דְּלַפְנֵינּוּ דּוּמָה לְשָׂאָר דְּבָר הַלְּמַד בְּהִיקָשׁ אוֹ בְּגוֹז"ש דְּלֵא נוּכַל לִילַף מְדַבֵּר דְּבָר וְשֵׁלֵא נֶאֱמַר בְּגוּפּוֹ רַק בָּא לּוֹ ע"י הִיקָשׁ אוֹ גוֹז"ש מִמְּקוֹם אַחַר אֲבָל הִקָּא לֹא יִלְפִינָן מִהִיקָשׁ אוֹ מְגוֹז"ש רַק שְׂהָאִי מַחוּץ לַמְחַנֵּה שְׁנֶאֱמַר בּוֹ פְּרִיּוּשׁוֹ חוּץ לְג' מַחֲנוֹת וְכִי יִלְפִינָן מִיְגִיָּה לְדְבָר אַחַר מְדַבֵּר דְּכַתִּיב בְּגוּפִיהָ יִלְפִינָן וְלֹא מְדַבֵּר שְׂבָא לּוֹ מִמְּקוֹם אַחַר בְּהִיקָשׁ אוֹ גוֹז"ש.

וּבְזֶה יִתְוַרְצוּ ב' קְוִשְׁיוֹת הַתּוֹס' אֵלּוּ וְגַם שְׂאָר קְוִשְׁיוֹת שְׂהִיקְשׁוּ בְּיוֹמָא שָׁם: שָׁם ד"ה פֶּגוּל. מִיְהוּ קָשָׁה דְּלֵא חֲשִׁיב פְּסוּל יוֹצֵא: פְּרִיּוּשׁ אִם הוּצִיא הַדָּם זְרִיקָה אֶל מַחוּץ לַמְחַנֵּה אֲבָל אִין לְפָרֵשׁ אֲבִשֵׁר פָּרִים דְּבִהְיִי אִין פּוֹסֵל יוֹצֵא דְּזְרִיקָה מוֹעִיל לְהֵם פִּינָן שְׁסוּפָם לְצֵאת דְּלֵא גָרְעוּ מְקַדְשִׁים קָלִים וּבְאִימּוּרִים בְּלֵא"ה לֹא פּוֹסֵל יִצִּיאָה כְּמִש"כ הַרְמַב"ם (פ"א מֵה' פְּסוּלֵי הַמִּקְדָּשִׁין).

וּבְעֵיקָר קְוִשְׁיָתָם י"ל פִּינָן דְּמַחֲנֵה א' גַּם בְּשַׁחוּטֵי חוּץ יֵשׁ וְא"כ פִּי יִלְפִינָן מִפָּרִים לֹא יִלְפִינָן רַק לְחוּץ מַחֲנֵה ב' וְג' וְלִדְעַת הַר"ן רַק חוּץ לַמְחַנֵּה ג' וְלִכְּוֹן א"ש דְּבִשְׁלֵמָא לְעֵנָן פְּסוּל פֶּגוּל קֶאֱמַרִינָן בְּגִמְרָא שְׁפִיר דְּיוֹתֵר דּוּמָה לְשַׁחוּטֵי חוּץ דְּבִשְׁנֵיָהֶם אִין הַמְחַנֵּה שְׁנֶאֱמַר בּוֹ פּוֹסְלוֹ בְּפִיגּוּל מִשֵּׁא"כ בְּפָרִים שְׂרֵאוּיָם לְהַתְּפַגֵּל עַל יְדֵי אוֹתוֹ מַחוּץ לַמְחַנֵּה שְׁנֶאֱמַר בּוֹ דָּאִם חֲשַׁב לְזָרוּק דָּמוֹ אוֹ לְהַקְטִיר אִימּוּרֵי מַחוּץ לַמְחַנֵּה ב' אוֹ ג' נְעֻשָׂה פְּסוּל ע"י אוֹתוֹ מַחוּץ לַמְחַנֵּה אֲבָל אִיף נֶאֱמַר כֵּן לְעֵנָן פְּסוּל יוֹצֵא הָא חוּץ לַמְחַנֵּה א' דְּהִינָנוּ חוּץ לַמְחַנֵּה שְׂכִינָה כְּבָר כְּתִיב בְּגוּפִיהָ וְלֹא נִצְרָף לִילַף מִפָּרִים וְחוּץ לַמְחַנֵּה ב' וְג' גַּם בְּפָרִים לְעוֹלָם אִינוּ פּוֹסֵל בְּיוֹצֵא דְּכָבַר נְפֹסֵל מְשִׁיבָא חוּץ לַמְחַנֵּה א' דְּהִינָנוּ חוּץ לַמְחַנֵּה שְׂכִינָה וְלִכְּוֹן לְעֵנָן יִלְפוֹת מַחֲנֵה ב' וְג' מִפָּרִים לֹא שְׂיִיף הֵךְ פִּירְכָא דְּפְסוּל יוֹצֵא: שָׁם דָּף מ"ג ע"א בְּגִמְרָא שְׂאִם מֵת בְּאֶבֶן א' יוֹצֵא: א"ל דְּאֶכְתִּי ל"ל הֵךְ קָרָא לְזֶה הָא כְּבָר כְּתִיב גְּבִי מוֹלֵף עִם הָאֲרֵץ יִרְגְּמוּהוּ בְּאֶבֶן וְכֵן גְּבִי אוֹב וְיִדְעוּנִי וְהֵם מוֹקְדִימִין בְּקָרָא לְהֵךְ דְּמַקְלֵל שְׂמָא אִין מוֹקְדִים וּמְאֻחַר בְּזֶה וְהֵךְ דְּמַקְלֵל נֶאֱמַר בְּרֵאשׁוֹן וְכִינָן דְּכָבַר כְּתִיב בְּמַקְלֵל לְדַרְשָׁה הַזֶּה כְּתִיב גַּם בְּאֵלּוּ אִיף שְׂאִין גְּדֻרָשׁ בְּזֶה פְּלוּם וְכֵן צ"ל ג"כ לְעֵנָן אֲבָנִים שְׁנֹכְפֵל ג"כ בְּתוֹרָה גְּבִי ע"ז וְנִעְרָה הַמְאֻרְסָה שְׂלֵא לְצוּרָה וְהִכִּי אֲשַׁפְּחִינָן כְּמָה פְּעֻמִּים בְּגַמ' וְגַם א דְּלֵא לְכַתּוּב לֹא אֶבֶן וְלֹא אֲבָנִים וּמִמִּילָא יִדְעִינָן מִפְּשֻׁטוֹת דּוֹרְגְמוֹ בֵּין אֶבֶן א' בֵּין ב' אֲבָנִים דְּמַהִּיכִי תִּיְתִי לְמַעוּטֵי חֲדָא מַהְיִי דִּי"ל דְּהָא מְדַכְתִּיב יֵד הַעֲדִים כּו' דְּזוֹנְקָא ב' אֲבָנִים בְּעֵינָן דְּלֵא הֵוִי מוֹקְמִינָן קָרָא בְּאוֹתוֹ אֶבֶן עֲצָמוֹ כְּתִירוּץ הַתּוֹס' דְּדוֹחֵק הוּא לְכֵן צָרִיף לְכַתּוּב אֶבֶן וּמִמִּילָא צָרִיף לְכַתּוּב גַּם כֵּן אֲבָנִים: שָׁם לֹא אֶמְרִינָן לִיָּה זִיל וְלִיתִיָּה וְלִיקְטִיל נְפִשָׁיה: יֵשׁ לְהַסְתַּפֵּק אִם גַּם חֲרַב שְׂהוֹרְגִים בּוֹ אֲנָשִׁי עִיר הַנְּדַחַת בָּא מְשַׁל צִיבּוֹר

דְּהָא הֵתָם לֹא שִׁינְיָהּ הֵךְ טַעְמָא דְּבִלְא"ה מְמוֹנָם אָבְדוּ וְאִם נְאָמַר פִּינּוּן דְּבִשְׁעָה שְׁנֵהֲרֵגִין כְּבָר נִגְמַר דִּין הָעִיר לְהִיּוֹת כָּל שְׁלָלָה כְּלִיל וְא"כ יִכְלוּ לְהַנּוֹת בְּדָבָר מְמַנְהָ וּלְקַבְּרוּ פִּינּוּן דְּדִינוּ בְּשִׁרְפָה אַפְתִּי שִׁינְיָהּ סַפְקָא זֶה גַבִּי הֲרוּגֵי מְלָכוּת דְּאֲמַרִּינּוּ (לְקַמְּנוּ דָּרָה מ"ח) דְּנִכְסֵיהּ לְמַלְכָּה אִם בָּא מִשְׁלַל צִיבּוּר פִּינּוּן דְּלֹא מְדִידָהּ מִיִּיתֵינוּ אֲלֵא מִשְׁלַל מְלָכָה פִּינּוּן דְּבִשְׁעָה שְׁנֵהֲרֵגִינָם דִּינוּ לְמִיתָה כְּבָר נַעֲשֶׂה כָּל רְכוּשׁוֹ שֶׁל מְלָכָה.

וצ"ע: שם אמר תיבועי לך: לפי הנראה מהסוגין בעיא זו לא אפשריטא ומדין ספק נפשות להקל הנה לנו לפוטרו ולא הבנתי דעת הרמב"ם שפסק דאין משגיחין בזה (פ"י מה' סנהדרין) ע"ש: שם ע"ב במתניתן ומניין שפיפר לו וידויו: א"ל דמנ"ל אש דהוידווי מכפרת דלמא המיתה דוקא היתה מכפרת והא דביקש ממנו לא הנה אלא שלא להוציא לעז על הגורלות כדאמרין בגמרא די"ל פינון דעכ"פ בעכ"פ הנה מיתה עם וידווי א"כ אין לנו למילף אלא שיכפר מיתה עם וידווי: שם בגמרא שנאמר אנכי חטאתי וכזאת עשיתי: פ"א כל א' מהני תיבות משמע א' דאנכי לחוד ג"כ הודאה הוא פינון דהגורל לא הנה רק למען דעת את החוטא.

והא דמקשו התוס' הא דלא מרבינן חרמים הרבה היינו למ"ד לעיל כהנה וכהנה כ"ד וא"כ ה"נ נימא עשיתי א' פזאת א' הרי ב' וכזאת ב' הרי ד' זה למ"ד הראשון דג' חרמים היו ולמ"ד דה' היו גרבי ט' כה"ג ואהא תירצו לפי שלא היו כ"כ מלחמות במדבר אבל ב' היו לר' חנינא וד' לר' יוחנן כמש"כ הר"ן פן נלע"ד פ"א הגמרא ותוס' וזהו דלא כמהרש"א בח"א: שם מלמד שלא ענש על הנסתרות עד שעברו ישראל את הירדן: הקשה הר"ן מנ"ל למעט קודם עבירת הירדן דלמא אפכא לאחר שעברו לא נענשו עוד ע"ש מה שתיירץ ועוד י"ל דמוכח פן מהך דעכ"פ דאל"כ למה לא נענש עד השתא ועוד אתי שפיר לפי סברת רש"י דדוקא משעשה שנעשו ערבים זה לזה שינף לענשן על הנסתרות דלמה יענשו על דבר שלא הנה בידם למחות: שם ברש"י ד"ה עד שעברו את הירדן.

ושמעו וקבלו עליהם: ובזה א"ש למה לא נענשו תיכף בעברם את הירדן כשצרו את יריחו דהא באותו פעם עדיין לא עמדו על הר גריזים דיריחו הנה סמוך לירדן כנראה מהפתובים וזה גריזים רחוק ששים מיל כדאמרין לקמן (דף מ"ד) אבל זה א"ל דלא נענשו רק על אותן הנסתרות שנעשו אחר שנעשו ערבים זל"ז בהר גריזים דא"כ גם אמצעה דיריחו לא יענשו דהנה ג"כ קודם הר גריזים כדכתבנו.

ובזה א"ש מה דאמרין לקמן (שם) דרש ר' שילא אמר לו הקב"ה שלף קשה משלהם אני אמרתי והנה בעברכם כו' דאיף שינף קשה משלהם בדברים שאין להם שייכות להדדי וגם למה לא הוכיח לו המלאך ג"כ חטא זה ביריחו כשאמר לו אמש בטלתם כו' אם גדול כ"כ.

אכן לפי הנ"ל י"ל דעכ"פ ג"כ ידע דמשעברו את הירדן נענשים על הנגלות והנסתרות ולכן מן הדיו הנה לו ליראות למעול בחרם פינון שינדע שפודאי יודע הדבר ויגרום רעה לעצמו אכן טעה פי הוא סבר שלא יענשו רק על עבירות שלאחר הר גריזים ולכן לא ינדע לפי דעתו מעל יריחו שהנה קודם לזה אבל באמת אינו תלוי בפשעת עבירת הדבר ולכן נענשו.

והנה התוס' פתבו לקמן בד"ה ואתם רחקתם פי הנה לו להקים האבנים בהר גריזים ועיבל שסמוכים לירדן והשתא אם עשה פן לא היה שייך עוד טעות פיון שאז בשעת פבישת יריחו פבר קבלו עונש על הנסטרות והנה יכול לידע פי פודאי יודע הדבר והיגו דקאמר ליה הקב"ה ליהושע שלח קשה משלכם שאפה גרמת מעילת חרם זה פי אם לא המתנת בהקמת אבנים לא היה נעשה הדבר: שם דף מד ע"א בגמרא וכתוב התם את בריתי הפר: הא דלא קאמר ג"כ הקא כופר בעיקר הנה מהו דגם עברו את בריתי כמו דאמרין לעיל גבי אדם הראשון (דף ל"ח ע"ב) דע"ז יקשה פשיטא פקושית הגמ' ותרוץ הגמ' לא שייך על זה: שם רבינא אמר דיניה פנערה המאורסה דבסקילה: לענ"ד י"ל דרבינא לאפלוגי אתי דלא בעל נערה המאורסה והא דכתיב וגם נבלה להורות דבסקילה משום דלכאורה קשה קרא דהקב"ה צנה לשוןך את הנלכד ויהושע סקלו.

והנה במדרש איתא דסקלו משום חלול שבת. אף דלפ"ז אפתי יקשה לר"ש דסבר שרפה חמורה ידיו אותו בשרפה החמורה פדין מי שנתחייב ב' מיתות דנידון בחמורה ולכן קאמר רבינא דבאמת פן הציווי הנה לסקלו דכתיב נבלה כמו בנה"מ והא דכתיב שריפה הנה דוקא על אשר לו: שם ותנא שלשים וששה ממש דר"י: יש להבין ר"י ור"נ במאי פליגי ונלענ"ד דכל א' לשיטתו אזיל ע"פ מה שיש להבין עוד לר' יהודה דסבר ל"ו ממש מ"ש הו מנינא דוקא.

אכן י"ל פיון דהו עונש פא על ישראל אודות העבירות הנסטרות של עכן שקבלו ערבות בהר גריזים כמ"ש רש"י לעיל ואמרין בסוטה (דף לז ע"ב) די"ג פעמים קבלו ישראל ברית עליהם בסיני וערבות מואב והר גריזים וגם אמרין שם שנקרתו בריתות של תר"ג אלפים וה' מאות וננון שהוא מספר ישראל בלא שבט לוי דלא נכלל בכלל זה פמבואר בפתיבים אלמא ששבט לוי לא קבלו ערבות וא"כ לא נשארו רק י"ב שבטים שקבלו כל א' ערבות ג' בריתות ולכן מתו ל"ו איש מפל שבט ג' אנשים נגד ג' בריתות שעברו והנה המהרש"א כ', בסוטה שם דמ"ד דג' בריתות היו וקחשיב הני דסיני וערבות מואב בהדיהו ע"כ סובר כמ"ד הקא דנענשו על הנגלות קודם שעברו דאז שייך ערבות אף בסיני וערבות מואב לענין נגלות אבל למ"ד דגם על הנגלות לא נענשו לית ליה דחשבינו ברית דקודם עבירת הירדן לענין ערבות ע"ש.

והשתא א"ש דר' יהודה לשיטתו דסבר לעיל דנענשו על הנגלות גם קודם שעברו הירדן א"כ שייך שפיר לומר דהנה ל"ו ממש דמתו מפל שבט ג' נגד ג' בריתות אבל לר' נחמיה לשיטתו דסובר לעיל דלא נענשו על הנגלות קודם עבירת הירדן א"כ לא שייך לדידיה ג' בריתות כמ"ש המהרש"א וא"כ ג"כ אין טעם למה ל"ו דוקא ולכן קאמר דבאמת לא היו ל"ו אלא ע"י מיתת איש א' חשוב נענשו: שם אטו פנחס לא עביד הכי: פי' ואיך תלה עדות זה דוקא בעשיר שהוא יהושע שכבש את הארץ הא גם פנחס ענה פן שהיה רש: שם בתוספת ד"ה חיישינו שמא שד הוא.

דוקא בשדות ובהרים: פי' והו דיהושע ג"כ בשדה הנה אף דכתיב ביריחו פי' בגבול יריחו דהא עדיין במצור הנה נאפילו רחוק ממחנה ישראל הנה יהושע באותו זמן כמ"ש רש"י (לקמן ע"ב בד"ה ועכשיו בטלתם) והא דהוצרך רש"י לפרש דבלילה הנה הא

בְּשׂוּדָה גַּם בַּיּוֹם אֵין עוֹנֵין כְּמוֹ שְׁהוֹכִיחַ הַתּוֹסֵ' הַיְיָנוּ מִשׁוּם דָּאָם לֹא הָיָה בְּלִילָה הָיָה סִימָן
בְּבוּאָה דְּכַבּוּאָה.

כַּמ"ש הַתּוֹסֵ: שְׁם בְּגָמְרָא לֹא צָרִיכִי דַאֲע"ג דִּינְהִי טַעְמָא לְמִילְתִּיהוּ: א"ל דַּלְפ"ז דְּלֹא
מִשְׁפַּחַת בְּשׁוּם גְּוֹנָא דְּהַעֲדִים יְכוּלִים לְחַזֵּר אַחַר שְׁהַעֲיָדוּ אִיךָ פְּתַבּוּ הַתּוֹסֵ' לְקַמָּן (דָּף
ס"ה ע"ב) בַּד"ה יִצְאוּ עֲדִים א"נ פְּגוֹן שְׁחִזְרוּ בְּהוֹן מַעְצָמָן וְאָמְרוּ מְבַנְדִין אֲנַחְנוּ עַכ"ל וּמָה
בְּכַף הָא מ"מ נְהַרְגִין דִּי"ל דְּאִיבְרִי פְּשִׁחְזָרוּ תוֹף פְּדִי דִּיבּוּר דָּאָז אֵין נְהַרְגִין א"נ פְּשִׁחְזָרוּ
קוֹדָם שְׁנַחְקָר עֲדוּתָן בַּב"ד דָּאָז מְהֵנִי ג"כ חֲזָרָה כַּמ"ש הַתּוֹסֵפֶת לְעִיל (דָּף ל"ב ע"ב)
בַּד"ה הִיכִי אָמַר וְשִׁינְךָ בְּהוּ הַזְמָה וְאֵעֵפ"כ אֵין נְהַרְגִין פְּשִׁחְזָרוּ אֲפִילוּ לְאַחַר שְׁהוּזְמוּ אָם
הַיְתָה הַהַזְמָה קוֹדָם שְׁנַחְקָרָה עֲדוּתָן בַּב"ד: שְׁם בְּרַש"י ד"ה אָבִיךָ הָאָמּוּרִי.

תַּרְח וְאָבוּתָיו מְכַנְעֵן בָּאוּ עַכ"ל: צ"ע דְּהָא מִשְׁם בָּאוּ וְלֹא מִחֵם אָבִי כְּנַעַן כְּדַכְתִּיבִי קְרָאִי.
וְלֹא פִירוּשׁוֹ הָיָה נִלְעַנ"ד לְפָרֵשׁ אָבִיךָ הַבָּא מֵאוּתָן שְׁעָשׂוּ מַעֲשֵׂה הָאָמּוּרִי כְּדִרְשִׁינוּ
כַּמ"א וְהַיְיָנוּ שְׁעָבְדוּ ע"ז פְּאָמּוּרִי: שְׁם ד"ה וְכִי כָּל כְּמִינָה.

וְכִי נֶאֱמָן הוּא דְּחִשְׁדִּינוּ לְסִהְדִי: מִמָּה דְּפָרִיךְ בַּש"ס פְּשִׁיטָא וְכֵן מְכַל הַסּוּגִיא מִשְׁמַע
לְכַאוּרָה דְּהַקְוִשָׁא הִיא מַה צָרִיךְ לְהַשְׁמִיעֵנוּ דִּינְהַרְג וְדִלָּא כַּפִּי רַש"י וְלַעֲנ"ד דְּרַש"י
הַוָּצֵרֶף לְזָה דְּקוֹשְׁטָא לְחַנְדָּא לֹא תִקְשָׁה לְכַאוּרָה דִּי"ל דְּאִתִּי לְאַשְׁמוּעִינוּ הַף דְּקוֹלָר
תְּלוֹי בְּצַנְאָר הַעֲדִים וְלָכֵן מִקְשָׁה אַהֲף גּוּפָא ג"כ כָּל כְּמִינָה וְכַפִּי רַש"י וְכֵן הוּבָן הַסּוּגִיא
לְפִי פִירוּשׁוֹ שְׁם דָּף מ"ה ע"א בְּגָמְרָא לְמִימְרָא דְּרַבְּנָן חִינְיָשִׁי לְהַרְהוּרָא: קְשָׁה מַאי פְּרִיךְ
דַּר' יְהוּדָה אַדַּר' יְהוּדָה דְּלָמָּא לְעוֹלָם חִינְיָשׁ לְהַרְהוּרָא וְהָא דְּאִשָּׁה נְסַקְלַת עֲרוּמָה מִשׁוּם
דְּגִזְרֵת הַכְּתוּב הִיא אוֹתָהּ וְלֹא כְּסוּתָהּ וְא"ל דְּהָא גַּם בְּסוּטָה הוּי גְּזִירַת הַכְּתוּב וּפְרַע אֵת
רֹאשׁ הָאִשָּׁה וְאֵעֵפ"כ סוּבַר ר"י דָּאֵין מְגַלִּין מִשׁוּם הַרְהוּרָא הָא כְּבָר הַקְּשׁוֹ הַתּוֹסֵ' שְׁם
בְּסוּטָה (דָּף ל"ח) הִכִּי וְתִירְצוּ דְּבָשֵׁב וְאַל תַּעֲשֶׂה יֵשׁ לְחַכְמִים כַּח לְעַקּוֹר דְּבָר מִן הַתּוֹרָה
וְה"ז לֹא שִׁינְךָ לְגַבִּי סְקִילָה דָּאָם יִאֲמְרוּ חַכְמִים דְּסַנְקְלִין אוֹתָהּ בְּכַסוּתָהּ וְנַהֲרִי מִן הַתּוֹרָה
אֲסוּר לְסוּקְלָה כּוֹן וְעוֹקְרִין דְּבָר מִן הַתּוֹרָה בְּקוּם וְעֵשָׂה.

וְעוֹד י"ל אֲקוּשִׁית הַתּוֹסֵ' שְׁם לְמָה דָּאֵין מְגַלִּים לַר' יְהוּדָה ע"פ מַה שְׁהַקְּשׁוֹ הַתּוֹסֵפֶת עוֹד
שְׁם לַר' יְהוּדָה לְמָה לֹא פּוֹרְסִים סְדִין שְׁל בּוּץ וְיִגְלֵם כְּדַאֲיִתָּא בְּסַפְרֵי וְתִירְצוּ דִּלָּא שִׁינְךָ
בְּזָה וְנִנְסְרוּ כָּל הַנְּשִׁים ע"ש.

אִיךָ דְּזָה תְּמוּנָה לְכַאוּרָה דְּאֵטוּ מִשׁוּם דָּאֵין יְכוּלִים לְקַיֵּים בְּהַ מְצַנֵּת יְסוּר דְּרַבְּנָן לֹא יְקַיְיְמוּ
בְּהַ ג"כ מְצַנֵּת פְּרִיעָה דְּאוּרִיִּיתָא. וְעוֹד קְשָׁה לְכַאוּרָה דַּא"כ בְּרִיִּיתָא דְּסַפְרֵי כְּמַאן אֲתִיָּא
דְּכַר' יְהוּדָה לֹא אֲתִיָּא לְפִי תִירוּץ הַתּוֹסֵ' וְכַרְבָּנָן נְמִי ע"כ לֹא אֲתִיָּא דַּא"כ דְּאֲחַרִּי סְדִין שְׁל
בּוּץ פְּרַעוּ וְגַלּוּ מַאי פְּרִיךְ דְּרַבְּנָן אֲדַרְבָּנָן הָא הָתָּם לֹא שִׁינְךָ הַרְהוּרָא כָּלָל וְלָכֵן נִלְעַנ"ד
דְּהַף דְּרַשְׁתָּ הַסַּפְרֵי אֲלִיבָא דַּר' יְהוּדָה הִיא וְהַיְיָנוּ דְּמַצְנָה שְׁל תּוֹרָה וְדַאֲי מְקַיֵּים גַּם אַחֲרֵי
הַפְּרָגוּד רַק מִשׁוּם וְנִנְסְרוּ תִקְנוּ רַבְּנָן שִׁינְךָ לְגוּ בְּפִרְהֶסְיָא וְלָכֵן כְּשִׁהִיָּה שְׁעָרָה נֶאָה אוּ לְבַה
סְבַר ר"י דְּלֹא מְגַלִּין אוּ סוּתָרִים הַיְיָנוּ בְּפִרְהֶסְיָא אֲבָל אַחֲרֵי הַפְּרָגוּד בְּאַמְתִּי מְגַלִּין וְרַבְּנָן
סְבָרִי דְּאֲפִילוּ בְּפִרְהֶסְיָא מְגַלִּים וְלָכֵן א"ש מַה שְׁהַקְּשׁוֹ הַתּוֹסֵ' דַּר' יְהוּדָה בְּאַמְתִּי גְּלוּ
אַחֲרֵי הַגְּזֵר וְגַם א"ש מַה שְׁהַקְּשׁוֹ אִיךָ עַקְר ר"י גְּזִירַת הַכְּתוּב דְּבְּאַמְתִּי לֹא עַקְר אִיךָ דַּלְפ"ז
פְּשִׁיטָא דְּקְשָׁה מַאי דְּפָרִיךְ ר"י אַדַּר"י דְּהָא אֵי יְסַקְלוּ אוֹתָהּ בְּכַסוּתָהּ יַעֲקוֹר דִּין תּוֹרָה
בְּזָה: שְׁם אָמַר קְרָא וְנִנְסְרוּ כָּל הַנְּשִׁים: לְכַאוּרָה י"ל כִּינּוּ דְּלְפִי תִירוּץ זָה ע"כ צ"ל דְּרַבְּנָן

לא תיזשי להרהורא וכמש"כ רש"י א"כ למה צריה בסוטה הך טעם דונסרוו פל הנשים תיפוק ליה פיון דטעם דהרהורא לית להו א"כ מאיזה טעם נעקור מצנת גילוי ופריעת ראשה.

וא"ל דבאמת גם רבנו הוי ס"ל הך דהרהורא אי לאו משום ונסרוו דלפ"ז מאי פריה וכת"ל ליעבד בהו תרתי דל"ל ליעבד פה פיון דמצנת יסור פבר איכא ע"י מיתה וא"כ צריכין לחוש להרהורא.

וי"ל דבאמת אי לאו הך טעמא דיסור גם רבנו הוי תיזשי להרהורא דלמה לא יחוש לזה ומ"מ פריה שפיר ליעבד בה תרתי פיון שפבר תירץ דר"י אדר"י דהכא פיון דמקטלא לא שייך הרהורא: ובזה א"ש ג"כ מה שיל עוד פיון דע"כ צריה לתרץ דרבנו ס"ל הא דר"נ דברור לו מיתה יפה א"כ ל"ל פלל הך תירוץא דבסוטה הטעם משום יסור וכאן אין לה יסור גדול מזהיתרץ בקיצור דרבנו אדרבנו דלא תיזשי להרהורא ולכן הך דסוטה א"ש אבל ה"כא סברי דנסקלת ערומה פיון דכל הטעם שלא תהיה נסקלת פן הוא פדי שתמות מהר וכמו שפירש רש"י ונהרי בזיוני עדיף ליה מנייחי דגופא אבל לפי דברינו א"ש פיון דרבנו תיזשי ג"כ להרהורא אי לאו הך טעמא דיסור א"כ ע"כ צריה טעמא דיסור גבי סוטה וכיון דבסוטה לא קפדי אפי' אהרהור משום יסור כש"כ דלא הנה לנו לחוש אברור מיתה יפה משום יסור לכן צריה ג"כ הך טעמא דהכא אין לה יסור גדול מזה: שם לימא דרב נחמן תנאי היא.

פ"י דר' יהודה לית ליה דר"נ: ק"ק איך אפשר לומר פן הא ר' יהודה גופא קאמר לקמן (דף נ"ב ע"ב) אף אני יודע שמיתה מנוולת היא אבל מה אעשה כו' אלמא אי לאו דהוי חקות הגוים הוי תיזשי למיתה יפה: שם במתניתן א' מן העדים דוחפו על מתניו: צ"ע למה לא בעינן שידחפו אותו ב' עדים דהא יד העדים תהיה בו בראשונה פתיב ואם מת ע"י דחיפה הרי לא ה' בו רק יד העד הא' ועיין לקמן: שם בגמרא אי הכי ליגבהי טפי: א"ל פמה שיעור יש לדבר זה פיון דגם ע"י גובה ב' קומות מת מהר די"ל פיון דקתני בבבביתא וקומה שלו הרי פאן ג' משמע דג' קומות דוקא בעינן וא"כ למה נוקטין שיעור מצומצם כ"כ אבל ק"ק דאי יגביהו יותר מזה באופן שפודאי ימות ע"י דחיפה זה ע"כ נגד פנונת הפתוב דאל"כ לא משפחת סקילה פלל פיון דלעולם מת ע"י דחיפה ולא יזה ענין פתב סקילה פלל: שם ומניין שאם מת בדחיפה יצא: ק"ק אפתי ל"ל או הא ע"כ מוכח דלא בעינן לאחר מיתה שניהם דאל"כ לא לכתוב רק יסקל ויירה ולא סקול ויירה דמזה ג"כ ידעינן דשניהם בעינן אע"כ דמדכתוב סקול יסקל ויירה יירה רצה הפתוב להורות לנו דדוקא מחיים ניבעי תרתי ולא לאחר מיתה ואפתי או ל"ל ובשלמא לר' יונתן לקמן (דף פ"ה ע"ב) דסבר משמע שניהם כא' ומשמע א' בפ"ע כו' (ע' ב"מ דף צו) א"ש דהא ע"כ לא מצרכינן לדידי' או לחלק אלא משום דכתוב סקול ויירה לרבות שניהם יחדיו וה"א דגם לאחר מיתה פן לכן בעי או לחלק והשתא אי לא הוי פתיב רק יסקל ויירה ה"א ג"כ או יסקל או יירה ולכן ע"כ צריה סקול ויירה לרבות שניהם אבל לר' יאשיה דסבר דלא משמע או עד שכתוב בפ"י פן לכאורה קשה: שם ברש"י ד"ה נפרמו קרע משונה לכאן ולכאן: אכן במפות (דף כב ע"ב) פירש הרמב"ן נפרמו קריעה של תפירה ובספרי ערוף לנר שם הארכתי בפירוש ד' הראשונים בזה: שם ד"ה הפכו על מתניו.

פֿשֶׁהוּא מְנוֹשֵׁב פֿרַקְדֵן: נלענ"ד שְׁאִין הַפִּי לְפִי דְבָרֵי רִשׁ"י נְהַפֵּף עַל לְבוֹ שְׁשׁוֹכֵב פֿרַקְדֵן שְׂאֵדְרָבָה עַל לְבוֹ מִשְׁמַע פֿנָיו כְּלַפֵּי קַרְקַע אֲלֵא שֶׁר"ל לְמָה הִפְכוּ עַל מִתְנָיו שֶׁהוּא עַל צִדוֹ ה"ל לְהִפְכוּ עַל גִּבּוֹ שְׁיִהְיֶה לְבוֹ לְמַעְלָה שְׁעָלָיו צָרִיף לִיתֵן אֶת הָאָבֹן וְלִכֵּן מִתְרַץ רִשׁ"י דְגַנְאֵי הוּא פֿשְׁשׁוֹכֵב פֿן פֿרַקְדֵן וְעֵינָן בְּרַמְבַּ"ם (פֿט"ו מֵה' סְנֵהֲדָרִין) שְׁיֵשׁ לוֹ פִּי אַחַר בְּמִשְׁנֵה זֹ: שֵׁם בְּתוֹס' ד"ה הָא.

לְאוּ מְקַרָא דְרִישׁ דְּהָא לִיכָא מִיעוּט לְהַכִּי: בְּסוּטָה (דָּף כ"ב ע"ב) פִּי רִשׁ"י נִגְד פֿירוּשׁ הַתוֹס' דְּמִתְרַמֵּי שְׁמַעִית מִינְהָ מְדַכְתִּיב מִיעוּט דְּכִסוּת בְּלִשׁוֹן זָכָר יְדַעִינָן ג"כ דְּאִין גִּבֵּי אִשָּׁה הָף מִיעוּטָא ע"ש וּמָה שְׁהַצְרִיף לְהַתוֹס' עוֹד לְפִירוּשׁ דְּאֵל"כ מֵאֵי פֿרִיף דְּרַבְּנָן אֲדַרְבָּנָן הָא קָרָא קְאָמַר דְּאִין אוֹתָהּ בְּלֵא פְסוּת וּכְמ"ש בְּסוּטָה (דָּף ח' ע"א) בְּד"ה הָאִישׁ נִסְקַל כְּבָר תִּתְרַץ רִשׁ"י לְפִי דְרַכּוֹ בְּסוּגִין בְּד"ה לְהַרְהוּרָא וְז"ל נְהִי דְלַרְבָּנָן דְּלֵא אֲצַרְכָּה קָרָא לְהַפְשֻׁטָה כו'.

פִּי דְנֻדְאֵי לְאוּ מְצוּהָ הִיא מִן הַתּוֹרָה לְסַקְלָהּ בְּכִסוּתָהּ אֲלֵא דְאִסּוּרָא דְאִישׁ לֵא קָאֵי עֲלֶיהָ וְא"כ נְעַבִּיד לָן אָנָן: שֵׁם ד"ה בְּרוּר לֹ מִיְתָה יָפָה. י"מ מִשׁוּם דְּלַרְעָף פְּמוּדָה: לֵא הַבְּנֵתִי לְמָה דְּמַצְרַכִּינָן לְהָף הָא וְדֵאֵי דְבַכְלָל וְאֶהְבֵּת לַרְעָף פְּמוּדָה הָיִי ג"כ מִיְתָה יָפָה דְּהָא אִם הוּא הָיִי חֵיב מִיְתָה וְהָיִי בְּיָדוֹ לְבָרוּר בְּאִיזָה מִיְתָה שְׁיִהְרַג ג"כ הָיִי בּוֹרֵר לֹ מִיְתָה יָפָה גַם מָה שְׁכַתְּבוּ דְמַחֲיִים לֵא שְׁיִיף פֿן דְּהָא חֵיף קוּדְמִין ק"ל דְּהָא אִין הַצִּיּוּי שְׁיִאֶהֱבֵב אוֹתוֹ יוֹתֵר מְגוּפּוֹ וְא"כ בְּמַקּוֹם שְׁשִׁיף חֵיף קוּדְמִין לֵא שְׁיִיף כָּלֵל וְאֶהְבֵּת לַרְעָף פְּמוּדָה: שֵׁם ד"ה מָה בּוֹר שְׁיֵשׁ בּוֹ כְּדֵי לְהַמִּית.

וּמִרְנוּיָהּ צָרִיכֵי כו' אֵי כְּתִב רַחֲמֵנָא בּוֹר: בְּב"ק (דָּף ג' ע"א) כְּתִבוּ הַתּוֹסֶפֶת צָרִיכוּתָא אַחֲרֵת ע"ז דְּאֵי כְּתִב רַחֲמֵנָא בּוֹר ה"א בּוֹר דְּוִקָא אֲבָל שִׁיחַ וּמַעֲרָה פְּטוּר וְזֵה וְדֵאֵי דְהַמַּת יִהְיֶה לֹ לְאוּ מִיְוֹתֵר הוּא דְמַצְרַכִּינָן לְשׁוֹר פְּסוּלֵי הַמּוֹקְדָשִׁין כְּדָאֲמַרְיָנָן שֵׁם (ב"ק דנ"א) וְלֵא עֲבָדֵי צָרִיכוּתָא רַק מִשׁוּם דְּיִלְפִינָן מִתְרַמֵּי קָרָאֵי הִלְלוּ שְׁיִהְיֶה כְּדֵי לְהַמִּית: שֵׁם בְּד"ה מְנִיין שְׁאָף לְדוֹרוֹת.

וְהָא דְאֲמַרְיָנָן כִּפ' טְבוּל יוֹם: אָף דְשֵׁם קְאָמַרְיָנָן טַעְמָא לְמָה לֵא נִילַף לְדוֹרוֹת מִשְׁעָה מִשׁוּם דְּאִיכָא ק"ו מִמַּעֲשֵׁר הַקֵּל מ"מ פִּינֵן דְק"ו זֵה שְׁיִיף ג"כ בְּקִדְשֵׁי שְׁעָה וְאֵעִפ"כ לֵא אֲמַרְיָנָן אוֹתוֹ פִּינֵן דְבִפ' הַצִּיּוּי הָיִי נִגְד הַק"ו א"כ אֵי יִלְפִינָן בְּעֻלְמָא דוֹרוֹת מִשְׁעָה גַם לְעַנְיָן דוֹרוֹת יִחְשֵׁב כְּמוֹ שְׁכַתּוּב בְּפִי פֿן וְלֵא נִימָא ק"ו: שֵׁם ע"ב בְּגַמְרָא וְשְׂדֵי לָהּ אִיהוּ.

הָא דְנָתַן טַעַם לְמָה לֵא הָיִי הַסְקִילָה בְּב' עֲדִים וְלֵא לְמָה לֵא הָיִי הַדְּחִיָּה פֿן דְּהָא לְעַנְיָן דְּחִיָּה לֵא שְׁיִיף טַעַם דְּמִתִּי מְרֻזָא י"ל פִּינֵן דְּמַצּוֹת הַכְּתוּב הוּא יָד הַעֲדִים תְּהִיָּה בּוֹ בְּרֵאשׁוֹנָה א"כ יִהְיֶה ע"י א' הַדְּחִיָּה וְע"י א' הַסְקִילָה וְאֵי יִדְחֲפוּ אוֹתוֹ שְׁנַיִם דְּלָמָּא יִהְיֶה הַדְּחִיָּפָה ע"י כַּח הָא דְוִקָא וְשְׁמָא אוֹתוֹ הָעֵד גּוּפָא יִשְׁלִיף ג"כ הָאָבֹן עָלָיו דְּהָא א"א ע"י ב' פִּי הִיכֵי דְמִתִּי מְרֻזָא וְלֵא יַעֲשֶׂה ע"י הַשְּׁנַיִ פְּלוּם לְכֵן נַעֲשֶׂה הַדְּחִיָּה ע"י הָא' וְהַסְקִילָה ע"י הָאחַר א"נ לֵא רְצָה לְפָרֵשׁ רַק פִּינֵן דְע"כ צָרִיכִים ב' לְהַגְבִּיָּה אֶת הָאָבֹן לְמָה לֵא יִשְׁלִיכוּ ג"כ: שֵׁם א"ש נְקֻטָּעָה יָד הַעֲדִים פְּטוּר: יֵשׁ לְהַסְתַּמֵּק אִם לֵאחַר שְׁהוּזְמוּ הַעֲדִים נְקֻטָּעָה יָדָם אִם נֶאֱמַר פִּינֵן דְּהַשְׁתָּא לֵא הָיִי נְהַרְג ע"פ עֲדוּתָם גַם הֵם לֵא יִהְרָגוּ אוּ נִימָא פִּינֵן דְּבִשְׁעָה שְׁנַגְמַר דִּינוֹ ע"פ עֲדוּתָן זְמָמוּ לְהַרְגוֹ וְעַשִׂיתָם לוֹ כְּאֲשֶׁר זָמַם קָרִינָן בְּהוּ וַיֵּשׁ

לפשוט ממה שכתב הרמב"ם (פ"כ מה' עדות) שאם לאחר שנגמר דינו נמצא א' מהו קרוב או פסול אינו נעשין זוממין.

ע"ש: שם תרגמה שמואל בקן הן עדיו: לכאורה זה קשה מאוד דאיך אפשר לפרש ופלוני עדיו פן זהו"ל ונאנחנו עדיו וי"ל דלכאורה י"ל מאי פריה מהו דכל מקום שיעידהו ב'. לפי מה שפסק הרמב"ם (פי"ד מה' סנהדרין) דברוצת לא נפטר בנקטעה יד העדים פיון דכתיב מות יומת הרי ריבה דלא בעינו קרא פדכתיב וא"כ ה"ה ג"כ גבי עיר הנדחת וכל הנסקלין לפי מ"ש התוספת בד"ה משום א"כ דלמא איירי מתניתן בהו חייבי מיתות דלא מעפב יד העדים וצ"ל דפריה פן דמתניתן סתמא קתני כל מקום כו' ולא חילק בין חייבי מיתות וכעין מ"ש התוס' בד"ה משום והשתא א"ש דתרגמא שמואל אהן הן עדיו פ"א דבכה"ג משפחת בכל חייבי מיתות וא"ש דמתניתן שפיר בכל חייבי מיתות ומ"מ א"ש דנקט ופלוני ופלוני עדיו לענין נסקליו ונהרגיו דלא בעינו בהו יד העדים דוקא: שם ומי לא בעינו קרא פדכתיב והתנו: עיין במהרש"ל שחתר ליישב פ"א קושיא זו להיכי קאי ולפי דעת הרמב"ם ה"ל פיון דכתיב ברוצת מות יומת בכל מיתה שאמה יכול להמיתו ולא בעינו קרא פדכתיב גם לענין יד העדים יש לפרש פ"א קושיא זו דפריה אמאי דסליק בתירוצו דלכא לא בעינו גבי רוצת קרא פדכתיב פיון דכתיב מות יומת וא"כ ה"ה ג"כ בנסקליו וכמ"ש התוס' דהא כתיב ג"כ בהם מות יומת ולכן פריה ומי לא בעינו קרא פדכתיב היכי דכתיב מות יומת הא גבי פן סורר ומורה שהוא מן הנסקליו וכן גבי עיר הנדחת דכתיב בהו מות יומת ואעפ"כ מצרכינו קרא פדכתיב ולכן א"ש דלא פריה רק מן סורר ומורה ועיר הנדחת וע"ז מתרץ תנאי היא פ"א דפליגי תנאי אי בעינו קרא פדכתיב או לא ובאמת לא דרשינו לענין סורר ומורה ועיר הנדחת מות יומת לרבוניא למאן דבעי קרא פדכתיב ולכן בעינו רחוב ושלא יהיו אביו ואמו גזמין ומות יומת לא דרשי דברה תורה פלשון ב"א וכדאמרין בכמה דוכתי אכל לענין רוצת וגואל הדם שפיר דרשי ועיין מ"ש התוס' רפ"ב דמנחות ורק לענין נסקליו ועיר הנדחת יש איזה טעם להני תנאי דלא דרשי ליה ולכן סברי דלענין סורר ומורה ועיר הנדחת דוקא בעינו מה שכ' בהם.

ובזה א"ש מה שיש להקשות לכאורה אהרמב"ם שיהביא דין זה דמות יומת בכל מיתה שאמה יכול וכן מה דאתיא מיניה דנקטעה יד העדים חייב ושמתן אעדות שנגמר דינו בב"ד פלוני כל אלו הדינים לא הביא רק לענין רוצת בה' סנהדרין ולענין גואל הדם שב"ד מעמידין לו גואל (ריש ה' רוצת) ולא הביא דינים הללו לא לענין נסקליו ולא לענין עיר הנדחת.

ולפי דברינו א"ש פיון דהוא פסק לענין סורר ומורה ועיר הנדחת כסתם מתניתן דלקמן דלא סברי ע"כ לענין עיר הנדחת ונסקליו פן לכן לא יכול להביא פן והא דדרשינו בגמרא דלקמן לענין נסקלים ובב"מ לענין עיר הנדחת פן היינו אליבא דר' יהודה דהוא ע"כ דריש פן דאל"כ הוי ב' כתובים הב"כ וכמו שכתבו התוס': שם שאני התם דכולה קרא יתירא: א"ל דלמא פתב פן אלכתחלה דוקא דיהיה פן למצוה בעלמא וכמ"ש רש"י בד"ה הרי זה יתיר ד"ל דהא לענין ותפסו אותו אביו ואמו והוציאו אותו לא שייך לכתחלה דמאי דהוי הוי ואף דלענין ואמרו בגנו זה וגומר שייך פן למצוה בעלמא שייך פלשון

הנה דוקא מ"מ קאמרינו שפיר דכולי קרא דותפשו יתירא הוא וכינון דהוא לדרשה אתיא לענין עפוב גם לענין פסוק שני דנאמרו אל זקני עירו אמרינו פן אף דלענין קרא זה לא הוי הוכחה למדרש לענין דיעבד: שם אכל דכ"ע בעינן קרא פדכתיב: א"ל מנ"ל דר"ע סובר פן דהא פינו דסבר דרחוב דהשפא נמי פדמעיקרא דמי א"כ נוכל לעשות לה רחוב וכלכתחלה דמי דכ"ע מודו דבעינן פנ"ל די"ל דלכתחלה לא מקרי אלא פשהיה לה רחוב אכל פשאין לה אף שנוכל לעשות מ"מ מקרי דיעבד: שם תנאי היא.

ק"ק דלמ"ד לא בעינן קרא פדכתיב א"כ ל"ל מות יומת גבי רוצח וגואל הדם הא בלא"ה ג"כ ידעינן דאתה ממיתו בכל המיתות פינו דלא בעינן קרא פדכתיב ועוד דכי ס"ד דלמ"ד דכי בכל חייבי המיתות יהיה הדין דאתה ממיתו בכל מיתה שאתה יכול דזה לא נזכר בשום מקום ועוד דא"כ קושית התוס' בד"ה משום מסוגיא דפרק הנשפכים במקומה עומדת דלא שייך תירוץ דדייק מדקתני פל חייבי מיתות דאכתי מנ"ל לדייק פן דלמא אתיא מתניתן כמ"ד דלא בעינן קרא פדכתיב ובאמת בכל חייבי מיתות הדין פן אכן י"ל דתדא מתורץ באידך דלקח באמת בין ברוצח בין בגואל הדם פתיב בקרא פן שלא לצורך להורות לנו דדוקא באלו פן ולא בשאר חייבי מיתות.

ובזה מתורץ מה שהעירו התוס' דלמ"ד ב' פתובים הב"כ מלמדין מנ"ל למעט שאר חייבי מיתות ולפ"ז א"ש דהא ג' פתובים גם הוא סבר דאין מלמדין והיינו משום דב' פעמים נדאי לא פתיב קרא בכדי וא"כ י"ל דסובר דלא בעינן קרא פדכתיב והוי לדידיה הך ב' פתובים פמו ג' פתובים בעלמא פינו דתרתיי מיוסרין הן.

עוד י"ל בזה דהנה התוס' בד"ה אין לו ביהוה הקשו ויש תימא היכי דייק כו' ואפשר י"ל ע"פ מה דאמרינו במנחות (דף ה' ע"א) דתהיה לא קאי אשחיטה משום דלאו עבודה היא ע"ש אלמא דלא קאי אלא אתורת טהרה שיעשה הפהו א"כ אם אין לו ביהוה ואונן אין העפוב אצל הפהו אלא אצלו דהרי הפהו עשה לטהרתו פל מה שיוכל לעשות וי"ל דתהיה לא קאי על זה פמו שלא קאי על שחיטה פן י"ל לכאורה.

אכן הא קשיא מאי פריה אשמואל ממות יומת המכה דלמא טעמא דשמואל לאו משום דבעינן קרא פדכתיב לחוד אלא משום דכתיב יד העדים תהיה בו בראשונה ותהיה משמע עפובא דהרי בכ"מ דרשינן תהיה לעפובא אכן י"ל דמ"מ פריה שפיר דהא גבי רוצח פתיב ג"כ רוצח הוא והוא משמע ג"כ עפובא פדדרשינן בנבחים (דף ז' ע"ב) ובשאר דוכתי וע"ז מביא ג"כ מגואל הדם דשם פתיב ג"כ גואל הדם הוא ימית דמשמע ג"כ עפובא.

וא"ל דא"כ לא לכתוב הוא ולא בעינן מות יומת ואנו יודעים ג"כ דמיתתן בכל דבר פינו דלא פתיב עפובא לא בעינן קרא פדכתיב דזה אינו דא"כ ה"א בכל חייבי מיתות הדין פן לכן פתיב הוא ברוצח וגואל הדם ומות יומת פי היכי דלגוי ב' פתובים הב"כ אכל לפ"ז מוכח דהיכא דלא פתיב עפובא לא בעינן קרא פדכתיב דאל"כ אפתי יקשה לא לכתוב הוא ולא בעי מות יומת וע"ז מקשה ומי לא בעינן קרא פדכתיב פיה גם בלא עפובא והא פבן סורר ומורה ועיר הנדחת מעפב אף דלא פתיב עפובא וע"ז מתורץ תנאי היא היינו היכא דלא פתיב עפובא אכל היכא דכתיב עפוב ודאי לכ"ע מעפב ולכן א"ש דבעינן מות יומת גם למ"ד דלא בעינן קרא פדכתיב פינו דכתיב הוא וגם א"ש מה שקשה עוד פינו

דלפי תירוץ הגמרא לכאורה שמואל פתנאי אמרה למילתיה א"כ מי דחיק ליה לתרץ אקנשא ממתניתין דפלוני ופלוני עדיו דבהו הו עדיו איירי לימא דמתניתין אתיא כמ"ד דלא בעינו קרא ונא דאמרי פסתם מתניתין דלקמן דבעינו קרא פדכתיב אכן לפי דברינו א"ש דבהא דשמואל כ"ע מודו פיון דכתיב תהיה לעפובא: שם במתניתין א"ל ר"א והא שמעון בן שטח תלה: ק"ק למה לא פריה לרבנן פו אדיו קמייתא דאמרו דאין נתלה אלא מגדף וע"ז דהא הני נשים משום מכשפות דנו אותן כמ"ש רש"י לעיל ולקמן בשמעתין ואעפ"כ תלו אותן וכ"ת דבאמת על שניהם השיב רק נטר להו לרבנן עד לבסוף להשיב על שניהם אין משמעות הלשון פה דאל"כ הו"ל לומר ונהלא שב"ש תלה נשים מכשפות באשקלון וי"ל דמזה לא היה יכול להקשות דהיא אפשר לומר דתרתיה הוי בהו פישוף וע"ז או מגדף ומשום ע"ז תלאם ולכן מקשה דוקא מהא דתלה נשים ועיין לקמן (דף מ"ו) עוד יישוב לזה: שם תלה נשים באשקלון: לא מצאתי הכרע אי ע"י תליה המית אותן או שסקלו פדינם וא"כ תלאן.

והנה אף שבכ"מ לא כתוב רק תלאן במתניתין פאן וברש"י לעיל (דף מ"ד ע"ב) וכן ברמב"ם מכ"מ נלענ"ד שבתחלה סקלם דאל"כ למה להו לרבנן להוכיח שהוראת שעה היתה מיתתן מדדנו ב' ביום א' תיפוק ליה דדנו במיתה שאינה מד' מיתות אף דיש להשיב ע"ז דכיון דלא היו יכולים להורידן לארץ משום שלא יעשו פישוף ויברחו דלקה היו הפחורים צריכים להגביה פולן כא' פמו שמשמע מדברי רש"י לעיל א"נ אין זה הוראת שעה דבכל חייבי מיתות הדין פו דאם אין אפה יכול להמיתו במיתה הפתובה פו דממיתו בכל מיתה שאפה יכול ע"י עדים כמש"כ הרמב"ם (פי"ד מה' סנהדרין) והכא ע"כ היו עדים והתראה דאל"כ אין לה הוראת שעה גדול מזה ועוד דא"כ למה היה שמעון ב"ש נידון בגיהנם אם לא היה דונו כמ"ש רש"י לעיל הא לא היה להם דין מיתה אבל כפי הנראה ברמב"ם (ה' סנהדרין פ' כ"ד) לא היא בהנשים עדים והתראה פראוי ע"ש אכן לפ"ז קשה מלשון אין דנין שנים ביום א' ועיין בירושלמי ששם משמע שע"י תלי' הרגו אותן וזה אפשר אמרנו שלא היה אפשר לדונם בסקילה: שם ברש"י ד"ה יד העדים.

דזו היא יד שלקהם: מתוך פ"י זה משמע דאף שהם גזמין מ"מ הם ימיתו אותו אכן לא כן דעת הרמב"ם (פט"ו מה' סנהדרין) דפסק שם דאחרים הורגין אותו. ולכאורה יש קצת ראיה לפי רש"י דלשיטת הרמב"ם מאי פריה מפלוני ופלוני עדיו דלמא איירי שאומרים על העדים שהם גזמין אע"כ דגם אז צריכין שימיתו אותו העדים: שם ד"ה ואין דנין.

ודן את פולן ביום א' מפני קרוביהם שלא יתקשרו להצילן עכ"ל: אי משום הו טעמא תלאן לכולן ביום א' אינו מביא לכאורה ראיה דהיא תלייתן משום פרסום ולא הבנתי למה לא פירש רש"י בקיצור דתלאן לכולן ביום שיהיה יותר פרסום פשתולין פולן פאחד משיתלו אותן א' א' ולכן שפיר מיייתי רבנן ראיה דכל תלייתן היתה משום פרסום מדתלאום פולם כא' דהוי ג"כ משום פרסום: שם בתוספת ד"ה משום דהני.

וי"ל דדייק מדקתני כל חייבי מיתות: לפי מה שפיתבו במכות (דף כ' ע"א) דמיתה שהיא מד' מיתות גם בשאר חייבי מיתות דנין ע"ש נסתר תירוץ זה. ולפי מש"כ הרמב"ם (פי"ד מה' סנהדרין) דע"י עדים ממיתין בכל המיתות שאפה יכול גם בשאר חייבי מיתות קושיתם שם בלאו תירוצם מתורץ שפיר וא"כ יש לומר דראיית הרמב"ם לפסוק פו

הוא מן התוספתא שהביאו שם: שם דף מ"ו ע"א בגמרא אהני לרבויא שאר נסקלין: ק"מ דאם פן לא לכתוב לר' אליעזר ריבויא פלל ונילף שאר נסקלין במה מצינו ממגדף דא"ל דא"כ הוי גלפינו גם שאר חייבי מיתות דז"א דהא איכא למיפדה מה למגדף שכן חמיר דבסקילה וכדפרכינו ריש פ' הוי בודקין.

וי"ל דאי ממגדף איכא למיפדה מה למגדף שכן פפר בעיקר או פירכא פיוצא בזה אבל קשה דנילף ממגדף וכן סורר ומורה דאית ליה לר' אליעזר דקרא לקמן ג"כ דנתלה ואי גלפינו מתרנוייהו ליכא למיפדה מידי ועוד קשה אי פרכינו אמגדף שכן פפר בעיקר א"כ ל"ל פלל דוהומת לא לכתוב רק מגדף ומרבינו ג"כ ע"ז פיון דדמי ליה שפפר בעיקר פמותו וכדאמרין לעיל דהשתא אין לומר כמ"ש הר"ן דאי לא הוי פתיב פלל לרבנו הוי גלפינו במה מצינו ממגדף כל חייבי סקילות דז"א דהא איכא למיפדה מה למגדף שכן פפר בעיקר וא"כ קשה ממנ"פ אי יש פירכא שלא נלמוד אחרים ממגדף קשה לרבנו והומת ותלית ל"ל ואי אין פירכא קשה לר' אליעזר פן ולכאורה י"ל דבאמת אין פירכא שלא נילף שאר חייבי סקילות ממגדף ואעפ"כ הוצרך לרבויא לרבות שאר נסקלין דאל"כ ה"א דבן סורר ומורה הוי ב' פתובים הבאים כא' פיון דכולם היינו יכולים לילף ממגדף וא"כ ג"כ בן סורר ומורה אף דהיא גופא קשיא ל"ל רבויא אבן סורר ומורה מי גרע משאר חייבי סקילה ואי נאמר דה"א דבן סורר גרע משאר חייבי סקילה ולא בעי תליין משום דלא חייב מיתה פלל ונהרג על שם סופו או שאר פירכא א"כ קושיתנו הנ"ל במקומה עומדת דלא הוי ב' פתובים דהא צריכים למכתב תרנוייהו וא"ל דמ"מ הוי ב' פתובים הב"כ דלא לכתוב מגדף ונילף אותו עם שאר חייבי סקילה מבן סורר ומורה דא"כ אפתי יקשה פקושיתנו הנ"ל דלא לכתוב לא רבויא ולא מגדף ונילף פולהו מבן סורר ומורה אי ליכא פירכא ואי איכא פירכא א"כ לא הוי ב' פתובים ה"כ וג"כ קשה לא לכתוב רבויא לר"א ואי איכא פירכא לנסקלין שלא נילף ממגדף א"כ קשה לרבנו רבויא ל"ל וגם א"ל דדלמא איכא פירכא לרבנו שלא נילף אפילו ע"ז ממגדף אי לא פלל דא"כ מנ"ל להגמרא דלרבנו פלל ופרט המרוחקים אין דנין בכו"פ דלמא סברי פכו עזאי בב"ק (דף פ"ה) דדנין והכא ע"כ מרבינו ע"ז דאל"כ קשה פלל דוהומת ל"ל ואם פן ממנ"פ קשה: שם מי שעל חטאו נהרג יצא בן סורר ומורה: ק"ק לרבנו הו מיעוטא דחטאו ל"ל דמהיכי תיתי לרבות בן סורר ומורה פיון דלא מרבו פל חייבי מיתת סקילה: שם בבת פהו ובוועלה: הא דלא קאמר בנערה המאורסה ובוועלה שני דהיא בסקילה משעת בעילה ראשונה שהיתה עדיין בתולה והוא בחנק דבביאה שניה פבר היתה בעולה משום דמסתבר ליה דנואף ונואפת הוי ע"י חנא עבירה שהיא נעשה עי"ז נואף והיא נואפת: שם או בבת פהו זוממי זוממין: ואעפ"כ שייך שפיר ואפילו נואף ונואפת פיון דמיתת הזוממין בא ע"י מיתת הבעל ולזה פיון רש"י במה שסיים ד"ה או בבת פהו והיינו מיתת הבעל.

ועיין בתוס' ריש מכות ששם נסתפק הר"י אי זוממי בת פהו נידונין במיתתו גם כשהוא לא הנה נהרג ע"פ עדותו והוכיח מסוגיא זו דהא הכא ע"כ לא הנה נהרג הבעל מדלא קאמר רק זוממי זוממין ואעפ"כ הן נדונין במיתתו ע"ש ובריטב"א שם כתב שדעת רש"י פדעת ר"י הגון שפליג על זה וסובר דדוקא כשהבעל הנה נהרג ע"פ עדותו הן נהרגין במיתתו וליישוב ראי' התוס' לשיטת רש"י י"ל דאירי שע"י עדותו הנה הבעל נהרג

ואעפ"כ השתא אינו נהרג כגון שהעדים הראשונים אמרו שהתרו בו ובשעה שהוזמו ונגמר דינם היה הכולל עדיין קיים ובתוך הזמן מת או ברח או באמת כבר נהרג בימים שעברו.

ומה שהביאו התוס' עוד לרא' שם דאל"כ היא ולא זוממי' ל"ל י"ל דאי מלאחיו דוקא ה"א דדוקא כשהכולל עדיין קיים אבל בשבב נהרג ה"א בכה"ג נידונין במיתתה פיון שלא קרינו בה פאשר זמם לעשות לאחיו ונהרי אחיו קיים וכדאמרין במפוח (דף י"ד) קמ"ל היא ולא זוממיה דגם בכה"ג נידונין במיתת הכולל ובה"ג גם רש"י מודה פיון דהשתא הכולל נהרג ועיין בחידושי למכות שם: שם במתניתן ואם לן עובר עליו בל"ת: ק"ל למה לא קאמר בעשה ול"ת דהא איפא ג"כ עשה דקבור תקברנו וכמ"ש הרמב"ם (פט"ו מה סנהדרין) דאיפא מצנת עשה לקבור הרוגי ב"ד ביום הריגתן מקבור תקברנו.

ולענ"ד י"ל ע"פ מה דאמרין בב"מ (דף ק"י ע"ב) ת"ר ממשמע שנאמר לא תלין פעולת שכיר איני יודע שעד בוקר ומה ת"ל עד בוקר כו' ופי' רש"י שם שאין לינה קרוי עד הבוקר דכתיב ולא ילין לבקר וכל לינה שבמקרא לינת לינה הוא עכ"ל אלמא דלשון לא תלין גם בלא עד בוקר משמע בכ"מ עד בוקר וא"כ גבי הלנת מת דכתיב ג"כ לא תלין ג"כ אינו עובר אלא עד הבקר וא"כ לכאורה קשה איך אמרינו לקמן ע"ב דתולין אותו סמוך לשקיעת החמה שלא יתעצלו ויאמרו עדיין יש שהות להורידו ובתוך כך יעבור הזמן הא אפתי שיין חשש זה גם כשתולים אותו סמוך לשקיעת החמה דהא יש עדיין שהות להורידו כל הלילה פיון דאינו עוברים עד הבקר.

אכן זה אינו דאף דלא תלין אינו אלא עד הבקר מ"מ עשה דקבור תקברנו היא דוקא ביום הריגתו ולא בלילה שאחריו דביום ההוא פתיב ובכ"מ יום הולך אחר הלילה חוץ מבקדשים כדאמרין סוף פרק אותו ואת בנו ולפ"ז עשה דקבור תקברנו הוא בסוף היום דוקא ול"ת דלא תלין בסוף הלילה ולכן כשמייירי מואם לן עובר בל"ת שהוא בסוף הלילה לא יכול למינקט ג"כ עשה דקבור בהנה דעלי' אינו עובר משום לינה דכבר עבר כשהגיע סוף היום ולא קברו: שם הלינהו לכבודו להביא לו ארון: הא דמחלקינן באיסור תורה בין לכבודו לשאינה לכבודו היינו משום דציווי קרא גופא אינה רק לינה שהוא לביזוי המת כדאמרין לקמן (דף מ"ז ע"א) כי אמר רתמנא לא תלין דומיא דתלוי דאית ביה בזיון: שם ברש"י ד"ה אבל מיתה א'.

ושמונים נשים לאו בעבירה: בזה יש ליישב מה שהקשינו לעיל במתניתן למה דלא פריך ר"א מהך דנשים אפלוגתא קמייתא דלכאורה יש לדקדק עוד מאי מקשה ר"א וכי לא ידע ג"כ דע"כ הוראת שעה היתה מדדן ב' ביום א' דהוא נדאי ג"כ לא יפלוג אהך דינא אכן י"ל ע"פ מה דאמרין בכריתות (דף ג' סוף ע"ב) דבעל אוב המקטר לשד היינו לע"ז ע"ש.

ולפ"ז י"ל דאפלוגתא קמייתא לא היתה יכול להקשות די"ל דכשונה דהנה נשים היתה שהיו מקטרות לשד ודן אותן שב"ש משום עע"ז וע"ז גם לרבנן נתלין. אכן לפ"ז מדתלה לכולן ע"כ ככולן היתה עבירה אחת דהיינו בעלת אוב המקטרת לשד וא"כ לאו הוראת שעה היתה שם ולכן מקשה שפיר מהך עובדא אפלוגתא בתרייתא אכן רבנן השיבו לו דבאמת הי' בב' עבירות ומיתתן הוראת שעה היתה ולכן הא דתלה נשים ותלה נידונים

על פישוף זה ג"כ משום הוראת שעה הייתה: שם בתוספת ד"ה השתא דמרתקי לאו דאין דנין פלל: ובמנחות כתבו דהך דהתם ודאי אין דנין פלל פנין דהוי בב' פרשיות וכדאמרין בפסחים (ד"ז) אבל היכי דמרתקי מהדדי בחדא פרשה בזה פליגי רבי וכן עזאי בב"ק (דף פ"ה) ורבא ואביי בגדה (דף ל"ג) ובב"ק שם פתבו דסוגיא דהכא אתיא כמ"ד אין דנין וא"ל דלפ"ז לכן עזאי דסבר דדנין מנ"ל עע"ז וכי פלוג אר"א נחכמים די"ל דדרוש ברבוי ומיעוט דהוי פלל ופרט וכלל וכמו לרבנן פלל ופרט המרונחין דא"ל דא"כ למה לא מרבה שם בב"ק ג"כ פעין הפרט דהתם ליכא לרבויי מידי דאל"כ לא פריה שם מידי לרבי כו' ל"ל.

ע"ש: שם בד"ה אותו בלא פסותו. ואע"ג דמשעת סקילה: הא דלא קאמרי פנין דהשתא לר' אליעזר לא ממעטינו מאותו אותה א"כ צריה בלא פסותו משום דידה דהיא אינה נסקלת ערומה לרבנן במתנין דלעיל משום דלפ"ז יקשה לרבנן דילפי דהיא אינה נתלית מאיש א"כ אותו למעט פסותו ל"ל לא משום דידה מצרכינן פנין דנסקל ערום ולא משום דידה דאינה נתלית פלל ולכן ע"כ הוצרכו התוס' לתירוץ: שם ע"ב בגמרא אלו נאמר חטא נתלית ה"א תולין אותו: אף דהומת צריה לרבנן לעיל לכללא לרבות ע"ז ולר"א לרבויי לרבות שאר הנסקלין מ"מ מיותר הוא דכלל או יתור גם מחטא משפט מות בלא והומת הוי ידעינן: שם הא כיצד משהין אותו: ק"ל איך שייך הא כיצד לזה אי ממיתין ואם"כ תולין או איפכא.

ונלענ"ד דלכאורה קשה ממנ"פ אהך פרייטא אי הפי' הוא דה"א דתולין אותו וע"י תלייה ממיתין אותו הא ע"כ א"א לומר פן דהא קרא פתיב וסקלתם באבנים ומתו אלמא דמיתתם ע"י סקילה תהיה ועוד דהלשון ואם"כ ממיתין אותו לא משמע פן ואי הפי' דתולין אותו מחיים ואם"כ מורידין אותו פשהוא חי וסוקלין אותו איך פתיב קרא לא תלין נבלתו על העץ הא פשתולין אותו עדיין חי הוא.

ונ"ל דפי' הפרייטא פה הוא דאי לא הוי פתיב והומת ה"א דמצות הפתוב אינה רק שיתלו אותו ולא קפיד קרא אי תולין אותו קודם סקילתו או אם"כ ולכן שפיר פתיב קרא לא תלין פשתלו אותו אחר סקילה אבל מ"מ ה"א פנין שייכולים לתלותו גם לפני סקילה תולין אותו פן שלא יבא לעבור על לא תלין וע"ז קאמר ת"ל והומת כו' והשתא קאמר הא כיצד עושין שלא יבא לעבור אל"ת או קבר תקברנו לפמ"ש לעיל משהין אותו עד סמוך לשקיעת החמה: שם ת"ל פי קבור.

מרבוי' משמע ליה דאף העץ בעי קבורה כ"כ רש"י: א"ל הא לקמן דרשינן מהך יתורא דבכל המתים עובר על הלנתן י"ל דתיתי תורים יש פאן קבר וכנזוי כו' דהוי מצי למיכתב תקבר וכתוב תקברנו א"נ דהוי מצי למכתב קבור קבור או תקבור תקבור וכדאמרין בב"ק (ד' ס"ה) לענין המצא תמצא ובשאר דוכתי.

אכן מהרב"ם (פט"ו מה' סנהדרין) משמע דבאמת הך דרשה דטעון העץ קבורה לאו מקבור אתיא אלא מסברא שלא יאמרו זה הוא העץ שנתלה עליו פלוגי אף דלפ"ז צריה לדחוק בפ'י הפרייטא: שם תניא אומר ר' מאיר משלו משל: מדמייתי הך דר"מ הכא משמע דמלשון קללת אלהים תלוי דריש פן וכן כתב רש"י בפ'י בפירושו לפ' פי תצא וקשה דהא ר"מ גופא דריש לקמן מקללת מגדף וקיל לי עלמא וא"כ לאו מיותר הוא

וצ"ל דתנאי אליבניה דר"מ דמאן דאמר דר"מ גליף להך דקיל לי עלמא מקללת באמת לא גליף הך דמשל לב' אחים וכן איפכא אבל מגדף ודאי ידעינן גם להך דרשה דמשלו משל מדכתיב לשון קללה ולא לשון בזוי ש"מ תרתי ולכן לא חש בגמרא להקשות אהך דר"מ האי מבעי לי לגופיה פדפריה אאיך דר"מ: שם מפאן למלין את מתו שעובר בל"ת: ק"ק וקא מקבור תקברנו לא ידעינן אלא עשה ואפתי ל"ת מנ"ל ועוד דלאיפא דאמרי דדריש מיתורא קבורה מנ"ל ל"ת למלין את מתו וי"ל דנדאי מיתורא דתקברנו דרשינן קבורה לשאר מתים ג"כ וקא דדרשינן מני' ל"ת היינו פמו דדרשינן בפסחים (דף ה' ע"א) מהקישא פל שישינו בב"ת חמץ ישנו בקום אכול מצה ע"ש וה"נ דרשינן קא מהקישא פל שישינו בקבור תקברנו ישנו בלא תליו וכינון דכל המתים הם בעשה דקבור הם ג"כ בלא תעשה דלא תליו וקא דאמרינן בב"ק סוף פירק מרובה בי' דברים שזאמרו בירושלים שאין מלינין בתוכה מת אף שבכ"מ אין מלינין משום ל"ת היינו שאפילו לכבודו אין מלינין ואם הוצרכו להלינו מוציאין אותו מחוץ לירושלים אכן מפירש"י שם לא משמע פן: שם תקברנו לא משמע ליה: רש"י פתב לגוי לא משמע ריבוי לדרשה ומדברי הר"ן נראה דפי' דלמ"ל ארב חמא קאי אכן ק"ק דאי לא משמע ליה רבוי לדרשה א"כ בלא הך דליעבד לי' ארון לא היה יכול להביא קרא דקבור דכתיב גבי מומת ע"י ב"ד ונהרי שבור מלפא אסתם קבורה שאל שהיא בשאר מתים.

ולפי דברינו הנ"ל י"ל דנדאי דריש יתורא לרבות שאר מתים רק דנדויש מתקברנו ב' דרשות דהיינו ריבוי שאר מתים וקבורת קרקע מדנהי מצוי למכתב קבור קבור זה לא משמע לי'.

וכש"כ שי"ל פן לפי הר"ן דלמ"ל קאי ארב חמא: שם למאי נפ"מ דאמר לא בעינא דליקברוה: א"ל דתפשוט דלאו משום בזיונא הוא דאל"כ איך צוה ר' אלעזר בר"ש לדביתהו שלא לקברו פדאמרינן בב"מ (דף פ"ד ע"ב) דאף אי מחל על בזיונו וכי לא חס הצדיק על כבוד משפחתו.

די"ל דהא התם לא היה בזיון שלא היה מוטל לעין כל עד שלא ידעו כלל שמת הוא ועוד דהרי לא היה מוטל בבזיון פיון דלא שלטה בי' רמה פדאמרינן שם ונהרי בזיון אינו אלא פשי'ראוהו מת ונרקב ונבקע כמ"ש רש"י וגם א"ל דא"כ לידוק איפכא דמשום בזיונא הוא דאי משום פפרה וכי יבעט הצדיק בכפרה די"ל דעשה פן שלא יענשו החכמים עליו על שלא קברוהו לפי כבודו פנראה שם: שם דאמר לא בעינא דיקברוה.

לכאורה קשה למאי נפ"מ בזה הא מ"מ צריף קבורה דהא כל המלין את מתו עובר בל"ת דקבור תקברנו כתיב וי"ל לפי מה דאמרינן לקמן דלא תליו הוי דוקא דומיא דתלוי דאית ביה בזיון וא"כ היינו דקא מבעי' ליה אי הוי בקבורה משום בזיון משפחה גם היכי שמחל על בזיונו וא"כ הוי דומיא דלא תליו וצריכין לקברו מן התורה או הוי רק משום פפרה וא"כ אין צריף לקברו ובה א"ש מה שכתב הרמב"ם (רפי"ב מה' אבל) דצריף לקברו משום דכתיב קבור תקברנו והקשה הלח"מ שם דלכתוב טעמא דש"ס דמשום בזיונא הוא.

אכן לפ"ד י"ל פיון דהטעם דצריף קבורה הוא משום דלא איפשטה האיבעי' וספק אסורא לחומרא וכמ"ש הכס"מ שם בשם הרמב"ן אף דזה שייך דוקא אי הוי הספק בדבר

דאָרײַתא אַבל אי הוי בדרבנן ספיקא לקולא ולכן הרמב"ם שרצה ליתן טעם למה צריך קבורה מספק שפיר פתב הטעם משום דדאוריייתא הוא דכיון דמספק הטעם הוי משום בזיונא א"כ הוי דומיא דלא תלין וצריך קבורה מן התורה.

ודברי הרמב"ם אתיין שפיר: שם האמר לא בעינא פפרה: פ"א וא"כ אינו מכפר כמ"ש רש"י א"ל דהתינח לאבני דסבר בכריתות (דף ז' ע"א) דהאומר לא תכפר לי חטאתי אינה מכפרת אבל לרבא דסבר שם דכפרה ממילא קאתי והא דבעינו שירצה בהקרבנה היינו דוקא גבי חטאת משום דבלא"ה לאו חטאת היא אבל הכא מכפרת קבורה גם כשבעט בה די"ל הא אמרינן התם דהדר בי רבא וא"כ האבעי' אליבא דכ"ע אןלא: שם דכתיב אדם אין צדיק בארץ: ק"ק דלפשוט האבעי' מהא דאמרינן (ספ"א דב"ב) דד' מתו בעטיו של נחש ועליהם לא נאמר אדם אין צדיק בארץ כמ"ש התוס' שם וכי ס"ד דהם לא נקברו: שם ת"ש וספדו לו כל ישראל: ק"ק הא שייך ג"כ דלמא דליעבד לי ארון דבשלמא אקושיא מדאיקבר צדיקי א"ל כן דהא וקברו במערה דהוי קבורת קרקע כמו כוכין שבזמן התלמוד וכמ"ש הר"ן וכן מקבורת משה פריך שפיר דהא כתיב ויקבור אותו בני וכן מלא ספדו י"ל דפריך שפיר כיון דכתיב לדון על פני האדמה משמע דקבורה הנה בתוך האדמה אבל מאי דפריך מוספדו לו קשה.

וצ"ע: שם למאי נפ"מ דאמר לא תספדוה להאי גברא: ק"ק והיורשים מאי קאמרי אי רוצים להספידו מי ימחה בידם ואי אינם רוצים והאיבעי' היא אי מפקינן מהם א"כ היינו הא"נ לאפוקי מיורשים וי"ל דבאמת היורשים רוצים רק שיש ספק אי יש מצוה לקיים בזה דברי המת דאי יקרא דחיי הוא אין הוא יכול למחול על פבדום: שם א"נ לאפוקי מיורשים: פ"א דיקרא דחיי לא שייך רק גבי יורשים וכמ"ש הר"ן ולפ"ז ה"ה דהוי מצי למימר נפ"מ לגר אי צריך הספד או לא: שם ת"ל לא יספדו ולא יקברו: א"ל דאי גם יקרא דשכבי ג"כ קשה דהא אמרינן נחא להו לצדיקי דמיקרי בהו אינשי וא"כ נחא להו לצדיקניא לספוד הרשעים די"ל דאי משום נחא לחוד אין עושין יקרא לרשעים: שם בתוספת ד"ה חליצה לאו פלום.

דעפר חשיב טפי מחובר מעץ הנעוץ בארץ: אכן לפ"ז אי עץ הנעוץ בעיר הנדחת שרי תליא בפלוגתא דר"י ורבנן. וכן אי חשיב מחובר לענן גט לפמש"כ התוס' בחולין שם: שם ד"ה הספידא.

שאני מלך דאיכא בזיון טפי: המהרש"א בח"א הקשה דא"כ מאי מקשה מבשלום תמות דהא כתיב גבי צדקיהו שהי' מלך והניח בקושיא. ונלענ"ד עפ"י מה דאמרינן גיטין (דף ס"ח ע"ב) דשלמה מלך והדיוט הי' והיינו פשה' מושלך ממלכותו הנה הדיוט וחד אמר ששב למלכותו ונעשה מלך וצדקני' גלה לבבל והי' שם בבית האסורים עד שמת נבוכדנצר וביום שאחריו מת כמבואר בפתוב ובסדר עולם וא"כ פשמת לא הנה מלך רק הדיוט דכבר עבר ממלכותו וילכן פריך שפיר: שם דף מ"ז ע"א בגמרא וכל כף למה לפי שאין קוברין רשע אצל צדיק: ק"ק מאי מקשה כ"כ למה הא גמרא גמירי ליה דב' קברות לב"ד פדאמרינן בסמוך וי"ל דהמקשן סבר דע"כ לאו משום האי הל"מ הוא דא"כ למה קוברין אותו בקברות אבותיו אחר שנתעפל הפשור והיינו דדייק וכל כף למה ולא מקשה בפשיטות מ"ש משום דקושיתו הוא למה דוקא כ"כ דהיינו עד שנתעפל

הבִּשָּׁר וְלֹא יוֹתֵר וְעַ"ז מְתַרְץ מִשׁוּם דָּאִין קוֹבְרִין רְשָׁע אֲצֵל צַדִּיק וְהֵינּוּ הַטַּעַם שֶׁל הַל"מ וְלִכּוֹן פְּשָׁנְתַּעֲפֵל הַבִּשָּׁר שְׁנֹגְמָרָה פְּפָרְתוֹ קוֹבְרִין אוֹתוֹ בְּקַבְרוֹת אַבּוֹתָיו: שֵׁם מְנַיִן שְׂאִין קוֹבְרִין רְשָׁע אֲצֵל צַדִּיק שְׁנֹאֲמַר: וּבַחֲנוּלִין (ד"ו) יְלִיף מִזֶּה דְגְדוּלִים צַדִּיקִים בְּמִיתָתוֹן מִבְּחִיָּהוֹן ע"ש וּא"ל אֵיךְ יְלִיף שֵׁם פֶּן דְּלִמָּא מַה שְׁהֲחִיָּהוּ בְּנִגְיַעְתּוֹ מִשׁוּם דָּאִין קוֹבְרִין רְשָׁע אֲצֵל צַדִּיק פְּדָאֲמַרִּין הַכָּא דַּא"כ הֵיזֵה לוֹ לְהַשְׁלִיכּוּ מִקַּבְרוֹ פְּשָׁהוּא מַת וְלֹא לְהֲחִיָּהוּ אִי לָאוּ מִשׁוּם דְּגְדוּלִים צַדִּיקִים: שֵׁם מַת מִתּוֹף רְשָׁעוֹ לֹא ה"ל פְּפָרָה: ק"ק דָּאֵיךְ אֲפָשָׁר לּוֹמַר פֶּן דַּא"כ תִּקְשִׁי מִתְּנִיתּוֹן דְּלִמָּה קוֹבְרִין אוֹתוֹ אַחַר שְׁנִתְעַפֵּל הַבִּשָּׁר בְּקַבְרוֹת אַבּוֹתָיו אַע"כ דַּע"כ פֶּן אַחַר עֲפוּל יֵשׁ לוֹ פְּפָרָה וּא"כ לְמָה יְמוּתוֹ קִדְשֵׁי עִיר הַנְּדַחַת נִמְתִּין עַד אַחַר עֲפוּל.

אַע"כ דְּהוּאֵיל וְנִדְחָה יְדָחָה וּא"כ מַה הַשִּׁיב אֲבִי וִי"ל דְּאַבְיִ סָבַר דְּדוֹקָא בְּשָׂאֵר מוּמְתֵי ב"ד אֲמַרִּין וְנִגְמָרָה פְּפָרְתוֹן לְאַחַר עֲפוּל אֲבָל לֹא בְּמוּמְתִין עַל עֲבִירוֹת חֲמוּרוֹת פְּגוֹן מוּמְרִין וְעַע"ז וְלִכּוֹן בְּעִיר הַנְּדַחַת שְׁהֵם עַע"ז סָבַר דְּלֹא נִגְמָרָה פְּפָרְתוֹן גַּם לְאַחַר עֲפוּל וְלִמָּה מְיִיתִי רְאִיָּה מְהָא דַּר"ש דְּפִירְשׁוּ אַבּוֹתָיו מְדַרְכֵי צְבוּר שְׁהֵם מוּמְרִין כַּמֶּש"כ רַש"י וּבִזְהָ א"ש ג"כ לְמָה שְׁהִקְשׁוּ הַתּוֹס' בַּד"ה וְאַמַּאי דְּוִקָא אַרְבַּ יוֹסְף הָא גַּם בְּלֹא ר"י מוֹכַח פְּתִירוּצֵם דַּא"כ תִּקְשִׁי מִתְּנִיתּוֹן אֶהְדְּדִי דְּבַמְתְּנִיתּוֹן דְּהִכָּא קִתְּנִי דְּבַנְתְּעַפֵּל הַבִּשָּׁר יֵשׁ לְהֵם פְּפָרָה וּא"כ לְמָה עִיר הַנְּדַחַת אִין לְהֵם חֵלֶק לַעוֹה"ב אַע"כ דְּצָרִיךְ לְחֵלֶק בֵּין עֵיה"נ לְשָׂאֵר מוּמְתֵי ב"ד: שֵׁם בְּעוֹשָׂה מַעֲשֵׂה עֲמוֹ: ק"ק מַאי רְאִיָּה מְהֵתֵם הָא פֶּל זְמַן שְׁלֹא נִתְעַפֵּל הַבִּשָּׁר בְּכָל הַמַּתִּים הֵנִי הַדִּין הֵכִי דְּלֹא נִגְמַר פְּפָרְתוֹן וּמַאי מְיִיתִי רְאִיָּה עַל זֶה לְגַבֵּי עֵיה"נ דְּמוֹכַח דְּנִקְרָאוּ רְשָׁעִים גַּם לְאַחַר שְׁנִתְעַפֵּל הַבִּשָּׁר.

וְהִנֵּה הֶרַמְב"ם (פ"ב מ' אַבְל) פָּסַק דָּאִין הַפְּהוֹן מְטַמָּא לְעַצְמוֹת אַבְיוֹ וְהֶרַאב"ד שֵׁם הַשִּׁיג דָּאִין פֶּן דַּעַת הֶרִי"ף ע"ש דְּהֶרִי"ף וְהֶרַאב"ד פָּסְקוּ דְּמְטַמָּא וְהֶרַמְב"ם וְהֶרַמְב"ן וְהֶרַא"ש פָּסְקוּ דָּאִינוּ מְטַמָּא וְהַשְׁתָּא לְשִׁטַּת הֶרִי"ף י"ל פִּינּוֹן דְּקִרָא דְּעוֹשָׂה מַעֲשֵׂה עֲמוֹ סְתָמָא בְּכָל הָעֲנִינִים שְׁמְטַמָּא לְאַבְיוֹ אִינוּ מְטַמָּא לְפָרוֹשׁ מְדַרְכֵי צְבוּר וְהֶרִי בְּכָלֵל זֶה ג"כ שְׂאִינוּ מְטַמָּא לְעַצְמוֹת אַבְיוֹ אַעפ"י שְׁפָכַר נִתְעַפֵּל הַבִּשָּׁר וְהֵינּוּ ע"כ שְׁמוּמָר וְעַע"ז חֲמִיר מְשָׂאֵר עֲבִירוֹת וְלִכּוֹן מְיִיתִי אֲבִי שְׁפִיר רְאִיָּה: שֵׁם בְּרַש"י ד"ה נְבִזָּה.

פְּתִיב מִי יַעֲלֶה בְּהַר ה': ט"ס יֵשׁ וַצ"ל ה' מִי יִגּוֹר בְּאַהֲלֵהָ: שֵׁם בַּד"ה עַל מְטָה שֶׁל חֲבָלִים. דְּנִשְׂאִי בְּעַמָּה פְּתִיב בְּעוֹשָׂה מַעֲשֵׂה עַמָּה: פִּי' וּמִזֶּה דְּרַשִּׁין ג"כ כַּפּוּד אַב פְּדִרְשִׁין לְקַמּוֹן (דַּר ס"ו ע"א): שֵׁם ד"ה הֵיוּ בְּהָ קִדְשִׁים.

וְאַפְּיֵלוּ עוֹלוֹת וְשִׁלְמֵי נְדָבָה יְמוּתוֹ: הֵךְ נְדָבָה לְכַאוּרָה מִיּוֹתֵר דְּמַה לָּנוּ בְּעוֹלוֹת וְשִׁלְמֵים בֵּין חוֹבָה לְנְדָבָה הָא גַּם עוֹלַת חוֹבָה מִקְרִיבִין לְאַחַר מִיתָה: שֵׁם בְּתוֹסְפֹת ד"ה אֲכַל חֶלֶב. וְעוֹד דְּגַבֵּי נִשְׁתַּטָּה א"א לּוֹמַר: ק"ק דְּהָא אִי הֵנִי נִקְיֵט דְּהַפְּרִישׁ קֶרְבַּן אַחַר שְׁהִמִּיר דַּת בְּאִנּוֹן דְּהֵנִי נְדָחָה מַעֲיָקְרָא לֹא הֵנִי צָרִיךְ לְמִינְקֵט פְּלֵל הֵךְ דְּנִשְׁתַּטָּה פִּינּוֹן דָּאָז גַּם גַּבֵּי הַמִּיר דַּת לֹא דְחָהוּ בְּיָדִים דְּכָל דְּחִיּוּתוֹ הוּא מַה שְׁלֹא שָׁב עַדִּין אַף שְׁלֹא חֲטָא מְכָאן וְאֵילָף וּא"כ לֹא שְׁיָיךְ צְרִיכוּתָא דְּהַגְמָ' וְכֵן י"ל אֶתְרִוּץ קָמָא דְּהַתּוֹס' דְּהָא אֲפָשָׁר דָּאִינוּ מוּמְרַ עוֹד וְאַעפ"כ נִקְרָא דִּיחּוּי מַעֲיָקְרָא מַה שְׁלֹא שָׁב עַדִּין דְּהֵינּוּ שְׁלֹא בְּאַה עַדִּין הָעֲבִירָה פְּעַם אַחַר לִידוֹ שְׁיִוְכַל לְהַזְהֵר מִמֶּנָּה וְלַעֲשׂוֹת תְּשׁוּבָה ע"י זֶה דְּבַכָּה"ג צְרִיכָה תְּשׁוּבָתוֹ לְהִיּוֹת פְּדָאֲמַרִּין בְּטַבַּח שְׁהוּצִיא טְרֵפָה מִתַּח"י לְעֵיל פְּרָק זֶה בּוֹרֵר: שֵׁם בַּד"ה אִימָא פִּישָׁן דְּמִי.

לאו לגמרי פִּינְשׁוֹן: לְכַאוּרָה יֵשׁ לִינְשׁוֹב קוֹנְשִׁינְתָם גַּם מֵה שְׁפֶתֶב רִשׁ"י בַד"ה פִּינְשׁוֹן דְּמִי פְּכָל אָדָם הַיִּשְׁנִים בְּלִילָה כּו' דְּלְכַאוּרָה צ"ב דְּאִיף יִחְשָׁב מֵה שְׁיִשְׁן בְּלִילָה דִּיחּוּי הָא בְּלֵא"ה אִינוּ רְאוּי לְהַקְרִיב בְּלִילָה דְּבִיּוֹם צוּתוֹ פְּתִיב וְעוּד י"ל מֵה טַעַם יִחְשָׁב הֵךְ דְּנִשְׁתַּטָּה דִּיחּוּי הָא פְּשֵׁה־פְּרִישׁ אוֹתוֹ הִיָּה לְרַצוֹנוֹ וְאִף דְּעֵתָה אִין לוֹ רַצוֹן מֵה בְּכָה דְּמִי יִגְרַע זֶה מִהַשּׁוֹלַח חֲטָאתוֹ מִמְּדִינַת הַיָּם דְּמַקְרִיבִין אוֹתוֹ וְלֹא חִינְשִׁינּוּ שְׁמָא חֲרַט וְאִין הַקְרַבְתּוֹ לְרַצוֹן מִשּׁוֹם דְּאָמְרִינּוּ דְּאוֹקְמִינּוּ אֲדַעְתּוֹ רֵאשׁוּנָה וְה"נ גְּבִי שׁוּטָה גִּימָא פֶּה וְעַדִּיף מִשּׁוֹלַח חֲטָאתוֹ מִמְּדָה"י פִּינּוּ דְּאִין לוֹ דַּעַת פְּלָל לְבַטֵּל דַּעְתּוֹ הֵרֵאשׁוּנָה וְלִכְּן לַענ"ד י"ל פִּינּוּ דְּאָמְרִינּוּ בַּעֲרִכִין (דָּף כ"א ע"ב) מְלַמֵּד שְׁכּוֹפִין אוֹתוֹ יְכוּל יִקְרִיבּוּ בַּע"כ ת"ל לְרַצוֹנוֹ ע"ש אֶלְמָא דְּגַם לְאַחַר שְׁכַבְרַת הַפְּרִישׁ הַקְרַבּוֹ עַדִּינּוּ בַּעֲיִנּוּ דַּעְתּוֹ לְהַקְרִיבָה וְכִינּוּ דֵּהֵךְ דְּנִשְׁתַּטָּה עַדִּינּוּ לֹא מְסַר לְנוּ הַקְרַבּוֹ לְהַקְרִיבָה א"כ פְּשִׁנְקִרִיב אוֹתוֹ אִין זֶה לְרַצוֹנוֹ וּמִזֶּה מִיִּתִּי הַש"ס שְׁפִיר דֵּה"א דְּכִינְשׁוֹן דְּמִי דֵּהִינּוּ פִּינּוּ דְּאִם הַפְּרִישׁ קְרַבּוֹ וְיִשְׁן בְּלִילָה הָרִי בְּאוֹתָהּ שְׁעָה שְׁיִשְׁן ג"כ אִין לוֹ רַצוֹן שְׁיִמְסוֹר לְנוּ הַקְרַבּוֹ לְהַקְרִיבּוֹ לְרַצוֹנוֹ וְדוּמָה לְהֵךְ דְּנִשְׁתַּטָּה וְלִכְּן מְתוּרָץ ג"כ מֵה שְׁהַעִירוּ הַתּוֹס' דְּנִדְּאִי בַּכּה"ג חֲשִׁיב יִשְׁן דִּיחּוּי פִּינּוּ דַּעְדִּינּוּ לֹא מְסַר לְהַקְרִיבּוֹ מִשְׁא"כ הֵתָם שְׁכַבְרַת שְׁלַח קְרַבּוֹ לְהַקְרִיב בְּזֶה וְדִּאִי לֹא אִיכְפַת לָן אִם יִשְׁן בַּשְּׁעַת הַקְרַבָּה אוֹ לֹא פִּינּוּ דְּנִקְרַב ע"פ רַצוֹנוֹ שְׁשַׁלַּח אוֹתוֹ וְהָא דְּבִאָמַת לֹא דְּמִי לִינְשׁוֹן הִינּוּ מִשּׁוֹם טַעַמָא אַחֲרִינְא דְּקֶאֱמַר הַש"ס דְּבִיָּדוֹ לְחִזּוֹר דֵּהִינּוּ שְׁיִכּוּלִים לְהַקִּיצוֹ וּלפ"ז יִצָּא לְנוּ דְּאִם לְאַחַר שְׁמִסַּר לְהַקְרִיבָה נִשְׁתַּטָּה אֶפְיִלוּ פְּשֵׁהוּא שׁוּטָה מַקְרִיבִין אוֹתוֹ פִּינּוּ דְּנִקְרַב ע"פ רַצוֹנוֹ הֵרֵאשׁוֹן: שָׁם ד"ה הוֹאִיל דְּאִי כַר"ל דְּמוֹקִי לֵה בַק"ק: ק"ק לפ"ז אֲדַמְפְּרִיף בַּש"ס לְקַמְן פְּרָק חֵלֶק אֶלָּא ר"ל מ"ט לֹא אָמַר כַּר' יוֹחֲנָן לִיתְרָץ דְּכַרְב ס"ל דְּבַעֲלֵי חַיִּים אִינּוּ גְּדַחִין וְלִכְּן ע"כ לֹא יוּכַל לְסַבּוֹר כַּר' יוֹחֲנָן דַּא"כ יִקְשָׁה אֲמַאי יְמוֹתוֹ הָא פִּינּוּ דְּאִיִּקְטֵל הו"ל פְּפָרָה: שָׁם בַּא"ד.

וּקְצַת תִּימָא גְּבִי הַמִּיר דָּתוֹ אוֹ נִשְׁתַּטָּה: ק"ל מֵאִי קוֹשְׁיָא מְנַשְׁתַּטָּה הָא בַּעִיר הַנְּדַחַת אִין הַטַּעַם אֶלָּא מִשּׁוֹם זְבַח רְשָׁעִים תּוֹעֵבָה וְהָא זֶה לֹא שְׁיִיף גְּבִי נִשְׁתַּטָּה וּמ"ט לֹא יוֹעִיל בּוֹ רַעֲיָה וְא"ל דְּקוֹנְשִׁינְתָם הִיא לְפִי מֵה שְׁסַבְר ר' יוֹחֲנָן דִּישׁ דְּחוּי בְּדָמִים פְּדִאֲמִינּוּ בְּקַדוּשִׁין (דָּף ז') וְא"כ גְּבִי נִשְׁתַּטָּה פִּינּוּ דֵּהֵקְרַבּוֹן נְדַחָה גַּם דְּמִי נְדַחָה דַּז"א דֵּהָא פִּירִש"י שָׁם הִיא יֵשׁ דִּיחּוּי בְּדָמִים נְדַחָה דְּכַר שְׁאִינוּ קְדוּשׁ רַק קְדוּשַׁת דְּמִים אֲבָל לֹא שְׁנַאֲמַר כְּמוֹ שְׁהוּא נְדַחָה גַּם דְּמִי נְדַחָה וְע"כ צ"ל כֵּן דַּא"כ לְמָה צְרִיף ר' יוֹחֲנָן לְקַמְן פ' חֵלֶק לְתַרְץ דְּזַבַּח רְשָׁעִים תּוֹעֵבָה שְׁיִיף גַּם בְּדָמִים גַּם בַּל"ז ל"ק יִרְעוּ פִּינּוּ דִישׁ דְּחוּי בְּדָמִים וּמֵה בִּין הַקְרַבּוֹן גּוֹפָא לְדְּמִי וּלר"ל אֶפְיִלוּ לְפִי הָאָמַת יִקְשָׁה אַע"כ דְּאִין זֶה מַקְרִי יֵשׁ דְּחוּי בְּדָמִים וְא"כ מֵה הַקְשׁוֹ הַתּוֹס' מְנַשְׁתַּטָּה.

שׁוֹב רְאִיתִי שְׁהַרִיטְב"א בְּקַדוּשִׁין שָׁם הִבִּיא בְּשֵׁם הַתּוֹס' (שְׁאִינוּ לְפִינּוּ) דִּישׁ דְּחוּי בְּדָמִים בַּכּה"ג דְּנְדַחָה הַדְּמִים שְׁל קְדוּשַׁת גּוֹף הַנְּדַחָה וְהוּא הַקְשָׁה עֲלֵיהֶם ע"ש וְא"כ י"ל דֵּהַתּוֹס' לְשִׁיטְתָם שְׁפִיר הַקְשָׁה מְנַשְׁתַּטָּה אִף דַּלפ"ז קְשָׁה עֲלֵיהֶם כַּנ"ל מְגַמְרָא דְּלְקַמְן פְּרָק חֵלֶק: שָׁם ע"ב בְּגַמְרָא מִשּׁוֹם דְּלֹא אֶפְשָׁר: א"ל דַּא"כ מֵאִי מִיִּתִּי רַאב"א רְאִיָּה דְּבַעֲיִנּוּ גְּמִי נִתְעַפַּל הַבְּשָׂר מִשּׁוֹם דְּקַתְּנִי בְּמַתְנִיתָן נִתְעַפַּל הַבְּשָׂר פְּדִאֲמַר דִּיקָא גְּמִי דְּקַתְּנִי כּו' דְּלְמָא ה"ט מִשּׁוֹם דְּלֹא אֶפְשָׁר דְּנִדְּאִי לֹא יִפְלְגוּ רַאב"א וְר' אֲשִׁי בְּהֵךְ סְבָרָא אִי אֶפְשָׁר אוֹ לֹא דִי"ל דְּרַאב"א הִי סוֹבֵר דְּאִי קְבוּרָה לְבַד מְכַפֵּר ה"ט מִשּׁוֹם שְׁמוּרִידִים וּמִשְׁפִּילִים אוֹתוֹ בְּתַחֲתִיּוֹת כַּמ"ש רִשׁ"י לְעִיל (דָּף מ"ו ע"ב) בַּד"ה אוֹ וְלִכְּן מִיִּתִּי שְׁפִיר דִּיקָא גְּמִי מְדָלָא

מוציאין אותו מיד דהא לפי זה לא שייך משום דלא אפשר דהא מיד פשהורידו אותו יכולים להוציאו לפי הטעם שמשפילין אותו בתחתיות משא"כ לפי טעם דרב אשי דכפרת קבורה הוי מפי חזו צערא דקבר פורתא שהוא צער חבוט הקבר וזה אין לו שיעור ועכ"פ צריכים להניחו שם פל שבעת הימים ובתוך פה יסריח ולכן שפיר משגי משום דלא אפשר ובזה א"ש מה שפירש"י לעיל טעם לכפרת קבורה מעצמו נגד טעם ר"א ולפ"ז א"ש דרש"י טעמא קמא נקט שהוא טעם ראב"א: שם מקיש קבר בני העם לע"א: ק"ק למה ליה הך היקשא הא רבא יליף לקמן שם שם מע"א וא"כ נילף נמי הא דאין גזרה שנה למחצה וא"ל דשמואל סבר פאבני דיליף גז"ש מעגלה ערופה דהא גם מעגלה שייך למעט מחובר דאין עגלה במחבר: שם ברש"י ד"ה האורג בגד למת.

לאחר שמת: דבעודנו חי לא שייך הזמנה כדמוכח מהא דתניא לקמן נפש שבנאו לשם חי מותר בהנאה: שם בד"ה ע"א בהזמנה לא מתסרה להדיוט. דתניא האומר בית זה לע"א: ק"ק לפירוש שיטת הר"ן דהזמנה בדבור בעלמא בלא שום מעשה לא תשיבא הזמנה וגם לאבני אינה נאסרת וא"כ מאי ראי' מהא דע"א דהזמנה אינה אוסרת הא באמירה בעלמא לא הוי הזמנה פלל ויש לומר דשפיר מוכח דבתשמישי ע"ז אפילו מעשה אינו אוסר מדאמרין בע"ז (דף נ"א ע"ב) אשר עבדו שם הגוים בכלים שנסתמשו בהם לע"ז הכתוב מדבר יכול עשאום ולא גמרום גמרום ולא הביאום כו' יכול יהיו אסורין ת"ל אשר עבדו אינם אסורים עד שיעבדו הרי דבתשמישי ע"ז דבהם פתיב שם דילפינן מת מינה אפילו הזמנה במעשה אינה אוסרת וממה שהביא רש"י הך ברייתא דהאומר בית זה משמע שדעתו כדעת הרמב"ן דאין חלוק בין הזמנה במעשה להזמנה בדבור: שם בתוספת ד"ה משיסתום הגולל.

פל שאין הנזיר מגלח עליו: פ"י וגולל ודופק אין הנזיר מגלח עליו כדאמרין נזיר (דף נ"ד ע"א). ע"ש: שם בא"ד.

ולא אתי למעוטי אלא פלים הנוגעים במת: ונלענ"ד דהר"ת דלא קאמר פן לשיטתו אזיל דסבר בנזיר שם בתוס' ד"ה ומשגי פי קתני דאכלי מתכות הנזיר מגלח ור' חיים פהו פליג עליו ע"ש ולכן לר"ת לשיטתו ליכא לפרש פן שעל אותו השם הנזיר מגלח הפהו מןההר דהא גם שם טומאת פלים שייך בנזיר חוץ מבכלי שטף ולכן סבר דמשבשתא היא אבל התוס' לשיטתם פירשו שפיר לפי פירושם שם בנזיר דליכא טומאת פלים בנזיר פלל: שם ד"ה מ"ט לא גמר.

ורבא פסק כר' יוחנן בר משלש: צ"ע ל"ל להקשות מדסבר ר"י פן ורבא בכ"מ פסק פנותי לקשו בקיצור הא רבא גופא סובר עריפה אוסרת בכריתות: (דף כ"ה סע"ב) וביותר קשה על הר"ן בד"ה תנאי היא דמשמע שם דכתב אליב' דרבא דירידתה לנחל איתן אוסרתה ע"ש: שם בא"ד.

ומיהו פ"י הקונטרס דעבדו שם: פ"י ומזה נסתר פירושם ואף דפליגי תנאי בזה בע"ז (דף נ"ב ע"א) דלר"ע דוקא איירי קרא דשם דוקא בתשמישי ע"ז דאת הפסיק הענין אבל לר' ישמעאל איירי גם בע"ז גופא ע"ש מ"מ פ"ן דלפ"י התוס' דהקושיא היא דאבני לילף דהזמנה מלתא היא מע"ז גופא אינה רק אי יספור כר"ע דאי יספור כר' ישמעאל ע"ז גופא אינה אסורה עד שיעבוד ולר"ע לא איירי קרא דאשר עבדו שם בע"ז פלל רק

בתשמישי ע"ז: שם דף מ"ח ע"א בגמרא לאפוקי עגלה ערופה דהיא גופא קדושה: י"ל
מה קדושה שיהי גבי עגלה וי"ל דהא דעגלה אסורה בהנאה אתיא משום דכפרה פתיב
בה פקדשים כדאמרין בקדושין (דף נ"ז) והתוס' הקשו שם הא משם תהא קבורתו אתיא
ותירצו דמשם ידעינן לאחר עריפה ומכפרה ידעינן מחיים דהוי פקדשים שמועלים בה
מחיים וא"כ ה"א דאיירינן מאיסור הנאה לענין הנמנה דהוי קודם עריפה דאז הוי משום
דכפרה פתיב בה דאסור פקדשים לכן נקיט בש"ס שפיר דהיא גופא קדושה דקודם
עריפה האיסור משום קדושה דמכפרה אתיא: שם ואבני מ"ט לא גמר מע"א: ק"ק פיון
דיכול לילף ג"כ מעגלה ערופה לחומרא א"כ לקולא ולחומרא לחומרא מקשינן וי"ל
דפריה מ"ט לא גמר מע"א דדמי ליה טפי דהוי משמשין ממשמשין פדמתרין אליבא
דרבא: שם אם הי' מפירו חולצו ומותר: ק"ק גם אם אינו מפירו למה לא יהיו מותרין
ליבטל הדמוס ברוב פיון שאינו מפירו ונעשה היתר ויחשב זה כאלו חלצו וי"ל פיון
שנאסר הדבר ע"י מעשה שהוסיף בו הדמוס אין לו היתר ג"כ רק מעשה פשחלצו דאין
מוציא מכלל מעשה רק מעשה וכעין זה אמרינן סוף פ' כ"ה דכלים ע"ש: שם הרי זה
לא יקבר בו עולמית: ה"ה דהוי מצי לתרין דרמי ב"ר אבהו ופנהו פדמתרין אקושיא
קמיינתא אלא דעדיפא מיני' משני כדקאמר ה"נ מסתברא א"נ לישנא דהלף וקברו בקבר
אחר לא משמע שקבר אותו בו לפי שעה: שם ולאפוקי מדרבן שמעון בן גמליאל: פי'
דאל"כ ל"ל למיתני הטיל בו נפל ליתני רבותא טפי דאפילו הזמין למת אסור פיון דקבר
חדש איירי בלא הזמין וא"ל דאפתי ליתני רבותא טפי דהיינו הזמין אותו לנפל אבה"נ
דמוכח מיניה דהזמנה אסורה וגם לאפוקי מדרשב"ג די"ל דאי משום הזמנה נחשב כאלו
הנפל נקבר בתוכו ובנדאי כל זמן שנקבר הנפל בו אסור הקבר בהנאה גם לרשב"ג ולכן
לא הוי מוכח מזה מזה לאפוקי מדרשב"ג: שם ת"ש קבר חדש מותר בהנאה: פי' וקשיא
לאבני והוי מצי לשנויי דברייתא אתיא כמ"ד דעגלה ערופה אוסרתה דאז לא
מצינו למילף מיניה דהזמנה מלתא היא ואבני סבר כמ"ד ירדתה לנחל איתן אוסרתה
כמ"ש רש"י לעיל דהא פלוגתא דתנאי היא בכריתות (דף כ"ה) אלא דבלא"ה משני
שפיר וכן ג"כ אליבניה דרבא דהא לפי דמסקינן לקמן פליגי תנאי בהזמנה וא"כ כל
קושית הש"ס בין לרבא בין לאבני דשמעתין יכול לתרין בזה ואעפ"כ פסק הרמב"ם
פכל תירוצי הש"ס דלפנינו: שם הא לא תני הכי דתנאי מותר המתים: ק"ק ל"ל תו
להביא הברייתא שהביא לעיל דאין זה מדרב"ה הש"ס ולימא בקיצור הא תני עלה ונלענ"ד
משום דמאי דמקשה מינה בקמיינתא אינו ברייתא רק מתניתן פ"ב דשקלים רק דשם לא
תני הך פיצד לכן הוצרכו להביא הך ברייתא דגם שם קתני הך דמתניתן ושם תני עלה
פיצד ולכן א"ש דכשקשה ת"ש לא קאמר דתנאי והכא מוסיף דתנאי להורות דאין זה
המשנה שהביא בקמיינתא רק ברייתא היא: שם אחולי מחיל זילותא לגבי יורשים.

ק"ק לפי"ז מאי מבעי' לעיל (דף מ"ו ע"ב) אי הספידיא יקרא דחיי או דשכבי ונפ"מ
לאפוקי מירשים ולפי מאי דמסקינן דיקרא דשכבי הוא באמת מפקינן מהירשים ואמאי
פיון דלרבא אליבא דת"ק דפסקינן פנותי' אפילו זלוול מוחל לגבי יורשים כש"כ שמוחל
כבודו דגרע מזלוול דהא ת"ח ששחל על כבודו כבודו מחול ואעפ"כ אין יכול למחול על
בזיון וא"כ גם אי יקרא דשכבי היא ג"כ לא לפקו מירשים דנדאי אוחיל יקרו לגביהם
וצ"ע: שם ברש"י ד"ה אזמני' ולא צר ביה.

ובריתא נתנתו דוקא קאמר: אף דמתניתן הוא (פכ"ח) דכלים מ"מ קרי ליה ברייתא דאשכחן לפעמים בש"ס דקרו למתניתן דסדר טהרות ברייתא: שם בתוספת ד"ה משמשין מיהו מת מצוה גופא ילפינן מעגלה: א"ל דלרבא דלא יליף שם מעגלה רק מע"ז מנ"ל האי די"ל תרי שם פתיבי ותמת שם מרים ותקבר שם ובהאי שם דגבי קבורה פליגי אי ילפינן מע"ז או מעגלה אבל הך דגבי ותמת לכ"ע ילפינן מעגלה: שם בא"ד ומפרש ר"ת: עיין בנדה (דף נ"ה ע"א) שהקשו התוס' ג"כ קושיא זו רק דשם הקשו דגילף איה"ל מעגלה וע"ז תירצו בתירוץ השני דעור אינו בכלל בשר לענין איה"ל דהא עגלה לא אתיא רק מקדשים ועור קדשים מותרים בהנאה לאחר זריקה ע"ש.

אף לפי מה שפיתבו בקדושין דאיה"ל לאחר עריפה משם תהא קבורתו אתיא ולכאורה נסתר תירוץ זה דהא ודאי גם עור עגלה ערופה צריף קבורה עמו וא"כ שפיר גילף מינה לעור אדם גם קושיתם דכאן דנדאי לא יגרע עור מתכריכין לא מתורץ בתירוץ שם ולכן ע"כ צ"ל פתירוץ הראשון.

אף דעל תי' הנה ק"ק דמ"ש דוקא עור אביו ואמו דנקט דמשמע דהוא ביזוי לאבותיו שיעשה מעורם שטיח לחמור הא עור אדם שייף גזירה שיהנה ממנה ונהרי היא אסורה בהנאה מדאורייתא ודוחק לומר דנקט אביו ואמו משום דבזה חיישינן יותר שישאיר עורם אצלו להעלות זכרונם תמיד דמדנקיט ויעשה אותן שטיח לחמור משמע דמשום תשמיש ביזוי הוא.

א"ע מצאתי בר"ן פרק העור והרוטב שהקשה פן ותי' דבאמת גם בשאר מתים שייף גזירה אלא דנקט אביו ואמו דבהם יש איסור כפול איה"ל דמת ואיסור ביזוי אבותיו דחייב לכבדם בחייהם ובמותם אכן הרמב"ם פ"א כמ"ש"כ דמשום חזקתם ישאיר עורם אצלו ומתוך כך יעבור על כל תלין או שייטעה ויעשה מהן שטחין בהחשבו שעור בהמה הוא ע"ש: שם ד"ה נתנו לספר וכן מדנקט פיס שעשאו להניח בו תפילין: ק"ק לפ"ז מנ"ל להש"ס דרב חסדא פרבא ס"ל דמדקאמר ולאביי דאמר הזמנה מילתא היא אומנה אע"ג דלאצר ביה דלמא איירי ר"ח היכי דאומני' בדבור בלא שום מעשה ובהא גם אביי מודה דבעינן צר ביה בהדי': שם בא"ד.

הנה נמי בדאיתא שינוי מעשה: ולרבא צ"ל דכופה שייחדו לשיבה בשכבר ישב עליו כי היכי דלא להוי הזמנה לחוד ונהי דסדין שעשאו וילון ג"כ שכבר תלאו להוילון על הפתח וכמ"ש רש"י שם.

אכן לאביי צריף לפרש עשאו שתקנו בתפירה לוילון ולא תלאו עדיין דאל"כ יקשה עשאו אין לא עשאו לא: שם ד"ה מותר המת. הא א"א לקנותו דאסור בהנאה: ק"ק הא אפשר למכרו לעפ"ם וי"ל דאסור שמה יחזור וימכרו לישראל וכדאמרין בפ' גיה"נ גבי שולח אדם ירף לנכרי ובשאר דוכתי אכן הא קשיא הא יכול למכרו לישראל לצורך מת אחר דבזה אין הנאה לישראל הקונה פנין שגם מן השוק הי' יכול לקנות באותן הדמים ומשום מת לא שייף איה"ל דנעשה חפשי מן המצות כמ"ש הגימוקי יוסף בשם ר"י גיאות: שם ע"ב בגמרא תרגמא עולא.

עיינו בַּר"ן שֶׁהַקְשָׁה עַל הַרִי"ף לְמַה הֵבִיא הַף פִּרְגָּמָא עוֹלָא דְלֹא מִצְרֵכֵינוּ רַק אֲלִיבָא דְאַבְי. וְנִלְע"ד דְּמִתּוֹף מִשְׁמַעוֹת הַבְּרִייתָא מִשְׁמַע דְּרִשְׁבִּי"ג פְּלִיג אֲת"ק דְּכָל לְשׁוֹן בְּמַה דְּבָרִים אֲמֹרִים דְּמִצִּינוּ הוּא פֶּן אֲלִיבָא דִּר' יְהוּדָה אִו לְחֻלּוֹק אִו לְפָרֵשׁ וּא"כ לֹת"ק אֲפִילוּ נִגְעוּ בְּמִטָּה ג"כ מְנוֹתָר וּמ"ט הָא נִגְעוּ בְּמִטָּה לְרָבָא ע"כ הִטְעַם דְּאָסוּר דְּהָיָה פְּאֵלוּ פְּרָכוּ בּוּ וּכְמִש"כ הַר"ן וּא"כ מ"ט דֹּת"ק אֲכֹן לְפִי תִי' עוֹלָא א"ש פִּינּוּ דְּכָל הִטְעַם דְּאָסוּר לְרִשְׁבִּי"ג מִשׁוּם גְּזִירָה דְּמִחְלָפִי בְּמִכְרֵיכִין וְלָכֵן י"ל דֹּת"ק לִית לִיהֵ הַף גְּזִירָה וּא"כ מִצְרֵכֵינוּ תִי' עוֹלָא גַם אֲלִיבָא דְרָבָא וְלָכֵן א"ש ג"כ דְּהֵבִיא הַרִי"ף רַק תִּירוּץ עוֹלָא וְלֹא ג"כ תִּירוּץ דְּהֵתֵם מִשׁוּם מְרַבֵּיהוּ דְּבִזָּה אִין נִפְקוּתָא לְרָבָא אֲבָל תִּירוּץ עוֹלָא שְׁפִיר מִצְרֵכֵינוּ גַם לְרָבָא: שָׁם אָמַר לְהוּ בֶן אַחֵי אָבִיו הָיָה: ק"ק דֹּא"כ אִיף אָמַר נְבוֹת חֲלִילָה לִי מִתְתִי אֵת נַחֲלַת אָבוֹתִי לְךָ וְהָא גַם נַחֲלַת אָבוֹת אַחְאָב הָיָה דְּמִדְקָאֲמַר אָבוֹתִי וְלֹא אָבִי ע"כ בָּא לְאָבִיו מֵאָבִי אָבִיו שֶׁהִי גַם אָבִי אָב אַחְאָב.

וּבְסוּגִין א"ש ג"כ מַה שִׁי"ל בְּפִסּוּק שֶׁהַזְכִּיר שְׁאֲחָאָב הָיָה סָר וְזַעַף עַל אֲשֶׁר דָּבַר אֲלִיו נְבוֹת לֹא אָמַר לֹא אֲתָן לְךָ אֵת נַחֲלַת אָבוֹתִי דְּהָאִי לֹא אָמַר לֹא אֲתָן לְךָ לְכַאֲרָה מְנוֹתָר הוּא דְּהָא לֹא עַל אֲשֶׁר אָמַר לוֹ פֶּן הָיָה זַעַף רַק עַל דְּבַר אֲשֶׁר לֹא רָצָה נְבוֹת לִיתָן לוֹ אֵת פְּרָמוּ.

וְנִרְאֶה דְּלִפִּי מַה שְׁמַבְנוֹאָר בְּשִׁמְעֵתִין מִמֶּנּוּ"פ הָיָה אַחְאָב יוֹרֵשׁ נְבוֹת אִו שְׁהָיָה בֶן אַחֵי אָבִיו אִו מִטְעַם הַרְוֵגִי מַלְכוּת נְכֻסִיָּהוּ לְמֶלֶךְ וְהָיָה לְעִיל (דָּף ק' ע"ב) הַקְשׁוּ הַתּוֹס' לְמַה נִּעְנַשׁ אַחְאָב עַל נְבוֹת הָא מוֹרֵד בְּמַלְכוּת הָיָה שְׁלֹא רָצָה לְמַפְּוֹר לוֹ אֵת פְּרָמוּ וְתִנְרָצוּ וְעוּי"ל דְּדוֹקָא בְּשָׂדָה מְקַנָּה אֲבָל שְׂדָה אַחְוָה שְׁיִרֵשׁ מֵאָבוֹתִיו כו' ע"ש.

וּלִפ"ז י"ל שֶׁחֻשַׁב אַחְאָב מִמֶּנּוּ"פ לְקַחַת פְּרָם נְבוֹת שְׁאֵם יִמְפְּוֹר לוֹ הַרִי טוֹב וְאֵם לֹא א"כ מוֹרֵד בְּמַלְכוּת הוּא וְיִמִּיתוּ וְיִירָשְׁנוּ מִמֶּנּוּ"פ אִו מִשׁוּם מְלָךְ אִו מִשׁוּם בֶּן אַחֵי אָבִיו אֲבָל נְבוֹת נִשְׁמַר מִזָּה וְאָמַר הִטְעַם שְׁלֹא רָצָה לִיתָן לוֹ פִּינּוּ שְׁנַחֲלַת אָבוֹתִיו הִיא וְאִף שְׁגַם נַחֲלַת אָבוֹת אַחְאָב הָיָה פִּנ"ל מ"מ נָתַן טַעַם זֶה לְמִיֵּאוּנוּ שְׁלֹא יִכְלּוֹל זֶה בְּשִׁדְיָכֶם וְכַרְמִיכֶם יִקַּח וְלֹא יִחְשַׁב ע"ז מוֹרֵד בְּמַלְכוּת וְהִינּוּ דְקָאֲמַר קִרָא דַּעַל זֶה הָיָה אַחְאָב סָר וְזַעַף עַל אֲשֶׁר אָמַר לוֹ נְבוֹת חֲלִילָה מִתְתִי אֵת נַחֲלַת אָבוֹתִי לְךָ פִי זֶה גּוֹרֵם שְׁלֹא יִהִי לוֹ הַנַּחֲלָה פִּינּוּ שְׁלֹא יִכּוֹל לְחַיְיבּוּ ע"פ דִּין: שָׁם בְּשִׁלְמָא לְמ"ד נְכֻסִיָּהוּ לְמֶלֶךְ הִינּוּ דְכָתִיב וַיִּגַּס יוֹאָב: ק"ק פִּינּוּ שְׁגַם לְפִי רָצוֹן יוֹאָב יָמוּת פְּמוּ שְׁאָמַר פִּי פֶה אָמוּת א"כ אֲפִתִי נְכֻסִיו לְמֶלֶךְ אֵם פֶּה יָמוּת אִו בְּמַקּוֹם אַחֵר.

וְכֵן קִשָּׁה אֲמַאי דְּמִתְרַץ לְחַיִּי שְׁעָה וּפִירֵשׁ"י דְּחֻזָּא בְּעֵלְמָא וְהַרִי לְפִי דַּעַת יוֹאָב לֹא יָמוּת פְּלָל דְּהָא טַעָה וְסָבַר דְּהַמְזַבַּח קוֹלֵט פְּדָאֲמֵרִינוּ בְּגַמ' דְּמַכּוֹת שֶׁהֵבִיאוּ הַתּוֹס' וּא"ל דְּהָף מ"ד דְּנְכֻסִיָּהוּ לִיּוֹרְשִׁים סָבַר בְּאַמַּת פְּאִידָף מ"ד בִּירוּשְׁלָמִי שְׁלֹא סָבַר יוֹאָב שֶׁהַמְזַבַּח קוֹלֵט רַק רָצָה לְדוֹן בְּסִנְהֶדְרִין ז"א דְּהָא לְהָף מ"ד אִין חִילּוּק בֵּין הַרְוֵגִי ב"ד לְהַרְוֵגִי מַלְכוּת וּא"כ אִין טַעַם לְמַה בְּחַר דְּוֹקָא מִיתָה ע"י סִנְהֶדְרִין.

וּנ"ל לְפִי מַה שְׁפָתְבוּ הַתּוֹס' דְּוֹדָאִי יַדַּע יוֹאָב שְׁלֹא יוֹכֵל לְהַמְלִיט דְּיָמוּת בְּרַעַב וְלֹא נִתְפּוֹן אֲלֹא לְהוֹרִישׁ נְכֻסִיו לְבָנוּ וְהִינּוּ דְקָאֲמַר בְּש"ס בְּשִׁלְמָא לְמ"ד כו' וְהִינּוּ דְכָתִיב פֶּה פִּירֵשׁ לְכַף בְּחַר יוֹאָב לְמוֹת פֶּה הִינּוּ לְמוֹת בְּרַעַב מְלָמוּת ע"י מְלָךְ פְּדִי לְהוֹרִישׁ נְכֻסִיו לְבָנָיו אֲלֹא לְמ"ד כו' לְחַיִּי שְׁעָה פִּירֵשׁ לְחַיּוֹת אוֹתוֹ הַזְּמַן עַד יָמוּת בְּרַעַב מְלָמוּת תְּקִיפָה ע"י מְלָךְ וְהִינּוּ דְכָתִיב וַיֵּאמֶר לוֹ הַמְלָךְ עֲשֵׂה כְּאֲשֶׁר דְּבַר וּפְגַע בּוּ דְּהָא וּפְגַע בּוּ לְכַאֲרָה מְנוֹתָר

הוא אלא דה"ק עשה פאשר דבר שימות שם אף לא כמו שחשב הוא למות ברעב אלא אתה פגע בו.

ועיין מש"כ בזה בספרי ע"ל מפות (דף י"ב): שם מצורע מעוניוהו דכתיב וכתוקתו כו' וכתוב והצרעת זרחה במצחו: לכאורה קשה דהך קרא קמא מייתי שלא לצורה. ונ"ל דהמקורש"ל מקשה מאי ראיה שהיה בשביל קללת דוד הא בחטאם היה והנה מה שהקשה מאסא ומיאשיהו לא קשה כ"כ פיון שלא נזכר חטאם בכתוב.

אכן חטא עוניוהו דכתיב בקרא בפירוש מזה לכאורה קשה. ונלענ"ד דלכאורה י"ל בקרא והצרעת זרחה במצחו דמה לשון הצרעת בה"א הידיעה וצרעת הול"ל.

ולכן י"ל דה"ק קרא מדהקטיר קטרת לכו הצרעת שהיה ראוי לזרוח באחד מזרע דוד זרחה בו ובמצחו להורות שחטא במה שרצה להיות כ"ג ששנשא ציץ על מצחו. ולכן עיקר הצרעת היה מקללת דוד.

אבל מה שזרחה במצחו דוקא במקום גלוי ומפורסם זה היה על ששמש בכהונה מדה פגוד מדה והיינו מה דמייתי גם קרא קמא דהדרשה מבין שניהם אתיא: שם דף מ"ט ע"א בגמרא תהא לוטא ולא תהא לאטא: פירוש לפי שסוף קללת חנם לשוב אל המקלל.

אכן ק"ק הא במכות (דף י"א ע"א) ילפינו מדוד שקללת חכם אפילו בחנם היא באה ואיך שבה על דוד קללת יואב וגם למה לא חלה על יואב ואיך קאמר רב יהודה אמר רב גופא שאמר שם במכות פן הך דהיינו דאמרי אינשי משום דחלה על דוד הא זה ע"כ לאו משום קללת חנם היה.

וי"ל דהתם איירי מקללת חנם שלא קלל החכם אלא למי שיעבור ולא עבר שום אדם דהתם נדאי לא שייך שתשוב אל ראש המקלל פיון שלא קלל לשום אדם אם לא יעבור ואם יעבור אין זה קללת חנם ואעפ"כ חלה על ראש אותו האיש שמיראת הקללה דוקא לא עבר פן היה באחיתוף דהא מקודם שקלל דוד לא אמר אבל הך שקלל דוד את יואב על שחטא וכיון שאח"כ קבל עונש אחר א"כ הקללה במקומה עומדת רק שמעתה הוא בחנם ולכן חלה על ראש מי שקלל בחנם: שם א"ל גיזל אבנר: לא שהודו לו בזה שאבנר רוצח היה על שיכול להציל באחד מאבריו ולא הציל דא"כ איך אמרינו לקמן בור וסירה גרמו לו לאבנר שיהרג וכן אמרינו לעיל (דף כ' ע"ב) שנענש על ששהה מלכות ב"ד ב' שנים ומחצה הא לפ"ז היה בדין חייב מיתה אלא נדאי לא יכול להצילו וכמו שאמר אבנר גופא לקמן לא יכולי ליה אלא שלא היו יכולים להרוג יואב על זה שיכול לומר שפדעתו היה יכול להצילו ולא הציל: שם אמר ר"י שדנו דין סנהדרין: א"ל הא גם לפי דעתו של יואב שרוצח הוא שלא פדין המיתו שהיה לו לדון אותו בסייף פדין רוצח די"ל פיון שגואל הדם היה וגואל הדם שלא יכול להמיתו במיתה הכתובה בו יכול להמית בכל מיתה שיכול פדאמרינו לעיל (דף מ"ה ע"ב) והוא לא יכול להמיתו רק במיתה ערמה זו ששאל לו גדמת האיך חולצת פי ירא פן יצמוד נגדו או פן יציל אותו דוד: שם ברש"י ד"ה והשמועה.

כשנמשח שלמה: לפי הנראה מהכתוב לא זאת היתה השמועה רק מה שצוה דוד לשלמה לנקום ממנו וכמו שפירש רש"י גופא במלכים: שם בתוס' ד"ה מ"ט קטליתא. וא"ת

והאיה נתחייב יואב: אאבגר ל"ק להו פן פיון שפאמת פטרו אותו ע"י טענתו שחשב שהיה יכול להצילו באחד מאבריו כמו שאמרו לו ניזל אבגר אבל על עמשא שלא אמרו לו פן ואדרבה על מה שטען שמורד במלכות הוי השיבו לו שאכין ורקין דריש סברו התוס' פקושיתם שעל עמשא היה חייב מיתה ולכן הקשו הא לא הוי ביה התראה ועל זה תירצו דבאמת גם משום עמשא לא היה חייב אף שלא נזכר בגמרא: פקש שביעי שם ע"ב בגמרא ואידך האי חומרא בעלמא.

א"ל דאפתי לר"ה ברד"ר יהושע דחשיב סדר תמיד שהוא רק מצוה למה לא חשיב גם סדר יומא דמה בכך שעכוב אינו רק משום חומרא דיומא הא מ"מ חישב קרא להקדים עבודות מוקדמות לעבודות מאוחרות ד"ל דלכ"ע מצוה לא קחשיב וסדר תמיד לר"ה ברד"ר באמת מעפב אף דאפתי קשה פיון דסדר תמיד ג"כ משום חומרא דוקא הוא כדמוכח ממה שכתבו רש"י בד"ה ואידך א"כ נחשב נמי סדר יומא וי"ל דהאי אף לא ארב סחורה קאי אלא ארב פפא וכל חד מהני אמוראי סבר מה שאמרו הקודמים ומוסיף עליהם: שם היו נותנים לו עצה הוגנת: עיין מש"כ בזה בספרי ע"ל יבמות (דף ק"ו ע"ב): שם בתוספת ד"ה אמר רבא.

והא דאמר רבא בס"פ א"מ: מהכא ל"ק לכאורה כ"כ דהא הכא לא דינא אגמרה דכל הדינים שיוצאים מכלל זה פבר שנויים במשניות וברייתות דמיייתי לקמן ולא יתיב ליה רק סימנא בעלמא ובשביל כך נדאי עדיין לא יקרא רבו.

אכן התוס' שהקשו סמכו אמה שכתבו בריש דבורם דבכמה מקומות איכא הכי: שם מעבירין על הפתם. לבדקו אם דם נדה היא: עיין מה שכתבתי בפשיטת רש"י בספרי ע"ל נדה (דף ס"ב) בתוס' ד"ה הטבילו: שם ד"ה אף סדר תמיד.

תימה דלא קאמר אף סדר ברכות. ק"מ מאי קושיא הא שם במתניתן פליגי ר"ע ור"י בן גורי בסדר מלכיות אי קדים לקדושת היום או לא נהרי אמרינו לעיל דבפלוגמא לא קמיירי.

וי"ל לפי מה דאמרינו לעיל שכל אחד מהנה אמוראים מוסיף אדחבריה וא"כ ר"ה ברד"ר דחשיב סדר תמיד חשיב ג"כ הך דד' מיתות ואיירי בפלוגמא ולכן שפיר הקשו התוס': שם דף נ' ע"א בגמרא אדרבה חנק חמור שכן ניתן למכה אביו ואמו: המ"ל דפושט ידו בעיקר עדיף כדמתרץ לקמן וכ"ש דהל"ל פן לפי פירוש רש"י דכבר תירץ פן לעיל אהא דסקילה חמיר משריפה: שם נאמר אביה בסקילה: ק"ק דלפ"ז דלרבנן גז"ש גמיר מאי פריה לעיל אימא שריפה חמיר מסקילה א"כ גז"ש דאביה ל"ל דלהורות דחמיר שריפה מסייף לא צריה דכש"כ הוא מדחמור מסקילה וסקילה מסייף וגם לא מצרכינו להא דדריש ר"ע לקמן (דף נ"א סוף ע"ב) מינה דארוסה בת פהו ג"כ בשריפה דפשיטא הוא להך ס"ד דשריפה חמיר מסקילה: שם שריפה חמורה מחנק שכן נתנה לב"כ שזינתה: פירוש היינו שכן מחללת את אביה.

ק"מ לפי מה שפירש רש"י דהאי מחללת את אביה הוא שאם היו נוהגין בו קודש נוהגין בו חול ונהרי לקמן (דף נ"ב ריש ע"א) פריה בש"ס ר' ישמעאל דלא דריש אביה לגז"ש אביה מאי עביד ליה ומתירץ דאפיק ליה להך דרשה שאם היו נוהגין בו קודש נוהגין בו

חול וא"כ רבנו דאפיק להו אביה לגז"ש לא מצוי לסבור דרשת ר' ישמעאל וא"כ איך קאמר ומאי חומרא פדאמרן ובשלמא הא דקאמר לעיל הכי משום דאפתי לא אסיק דרבנו אית להו גז"ש אכל פאן קשה וי"ל.

ועיין לקמן ע"ב בתוספות ד"ה כשהוא: שם שריפה תמורה מחנק. אף דהכא אליבא דר"ש קיימינן דיליף חומרא רבון מק"ו וא"כ ה"נ הוי מצוי למילף מק"ו מדתמיר מסקילה דתמיר מחנק מ"מ גם אליבא דר"ש היכי דאתיא מגופא ניקא ליה להביא מגופא: שם שפון הוקש פבודם לכבוד המקום: אף דבבת כהן שמחללת את אביה איפא ג"כ פבוד אב מ"מ פריף שפיר דאימא שוין הן וכת"י התוס' א"נ מפה תמיר טפי שפזיק לאביו משא"כ במחללת וכת"י ה"ר"ן ה"ל: שם מדאפקרי' רחמנא לנשואה בת כהן: ק"ק פיון דמסברא קרא איירי בין בארוסה בין בנשואה כמו שפירש"י אלא דרבנו מפקי ארוסה פיון שפברי סקילה תמיר משרפה והיינו מפח סברא פופר בעיקר עדיף הא איפא ג"כ סברא דחנק תמיר משרפה א"כ נוקמא קרא בארוסה דוקא פדי לקנים הסברא דחנק תמיר ומאי אולמא הו סברא דכופר בעיקר מהו סברא דפריף דהוקש פבודם לכבוד המקום.

ויש לומר פיון דכבר ילפינו לעיל דסקילה תמיר מחנק א"כ א"ל דחנק תמיר משרפה וקרא דוקא בארוסה איירי דשרפה תמיר מסקילה דאם חנק תמיר משרפה וסקילה תמיר מחנק כש"כ דתמיר משרפה: שם ברש"י ד"ה מדאפקרי' לנשואה בת כהן.

ואע"ג דמצוי לאתויי בגז"ש: לפי מה שתירץ המהרש"ל על קושית התוס' בד"ה נאמר אביה מתורץ גם זה דהכא לא הוי מצוי למייתי בגז"ש דהכא תהיה נגד הסברא ולא אתיא גז"ש ומפיק מסברא ורק לענין ממון אבד קאמר לעיל שפיר דבכה"ג לא אפיק מסברא וכמש"כ המהרש"א: שם בתוספת ד"ה אדרבה.

ותימה סקילה נמי ניתן למקלל: אף דמקלל קיל ממפה שלא עשה בו שלא בעמף כבעמף דלקמן ריש פרק הנחנקין עביד מזה ק"ו מפל מקום הרי נגד זה איפא גם חומרא במקלל שנוהג לאחר מיתה: שם בא"ד.

ק"ו לשכינה י"ד יום: אף דשם אמרינן דיו לבא מן הדין להיות פנדון וסגי בז' יום כמו לאביי מ"מ הרי עכ"פ לא עדיף אביה משכינה והכא פריף שיהיה עדיף. ולכן במה שתירצו התוס' שהקושית היא שיהיו שוין מתורץ גם זה וכמ"ש המהרש"א: שם בא"ד.

וי"ל דלא קאמר: בזה מתורץ ג"כ מה שהקשו ה"ר"ן לעיל אהא דפריף אדרבה שריפה תמורה מסקילה שפון ניתן לב"כ שמחללת את אביה מהיכי תיתי שתתמיר זה מפושט ד בעיקר. ולפ"ז י"ל דגם שם פריף שיהיו שקולין.

וכן במה שתירץ ה"ר"ן שם מתורצים ג' קושיות אלו דגם במקלל אינו מזיק לאביו ע"ש: שם ע"ב בגמרא מאי קמ"ל לרבנו נשואה יצאת לשריפה ולא ארוסה. ק"ק אפתי מקמ"ל בזינתה מאביה בסקילה.

ועוד מאי קאמר עוד לאחר שאמר מאי קמ"ל כו' וטעמא מאי כו' נפ"מ למי שנתחייב ב' מיתות הא כבר אמר מאי נפ"מ דהא טובא איפא לרבנו נשואה יצאת ולא ארוסה ולר"ש אף ארוסה. עוד קשה מה שהקשה המהרש"א מאי קמ"ל בזה דנידון בתמורה הא ממשנתנו מוכח פן דאל"כ מאי נפ"מ אינה מהמיתות תמורה.

אכן בלא קונשיתו מאוד ק"ל במקום שלא שינה פלל תירוץ המהרש"א דהא בפירושו מתניתן היא לקמן (דף פ"א ע"א) מי שנתחייב ב' מיתות ב"ד נידון בתמורה ותמהני עליו שלא הרגיש בזה ונלענ"ד דלקמן במתניתן פליגי בעבר עבירה שיש בה ב' מיתות אי נדון בתמורה או בזיקה ראשונה שפא עליו משום דאין איסור חל על איסור ע"ש.

והנה לגבי בת פהו לא שינה פלוגתא זאת דהתם ב' איסורים דהיינו איסור ארוסה ואיסור ב"כ באים כא' דהא בפנויה אין דין ב"כ בשריפה. והשתא י"ל דפירוש הגמרא פהו הוא דאפלוגתא דב"כ קאמר מקמ"ל דלרבנן נשואה יצאת לשריפה ולא ארוסה דבהא ליפא למימר דקמ"ל דמי שנתחייב ב' מיתות דבכה"ג דבאין הב' זיקות פאחד לקמ"ל מידי דמתניתן היא לקמן.

אכן בהא דזינתה עם אביה אשמעינן טובא דלא נאמר דאין איסור נערה המאורסה חל על איסור בתו דקדים וגם לרבנן תדון בשריפה דקדים קמ"ל דלא דאיסור נערה המאורסה חל ע"י כולל שפולל את עלמא דמשום בתו היתה שרי לעלמא וקמ"ל דהלקה פרבנן לקמן ולא כר' יוסי אכן אי לא הוי קמ"ל בתחלה דלרבנן נשואה דוקא יוצאה ולא ארוסה משום דסקילה חמורה לא הוי מוכח מזינתה עם אביה דנתחייב ב' מיתות נידון בתמורה דה"א נדון בקלה דרבנן סברי סקילה קלה ולכן נדון בסקילה.

אבל ר"ש לשיטתו אזיל דסבר בשבועות (דף כ"ד ע"א) דלא אמרינן כולל ואפילו מוסיף לית ליה כמ"ש התוס' יבמות (דף ל"ג) וא"כ איסור נערה לא חל על איסור בתו ולכן נדון בשריפה אף דחמורה אבל לעולם ה"א דנתחייב ב' מיתות נדון בקלה.

ולכן הביא פלוגתא קמייטא וקאמר מקמ"ל דלרבנן נשואה יצאת וא"כ לרבנן סקילה חמורה ולכן שפיר מוכח מהאי דזינתה דנתחייב ב' מיתות נידון בתמורה פן נ"ל לפרש המש"ך דברי הגמרא.

ובזה מתורץ ג"כ קונשית המהרש"א דמתניתן דכאן לא מוכח דנידון בתמורה ולא בזיקה ראשונה די"ל דאיפא נפקותא בחומר המיתות היכי שנתחייב ב' מיתות ב"ד ע"י ב' עבירות: שם יכול אפילו חללה את השבת ת"ל לזנות: בזה י"ל מה שיקשו התוס' בשבועות (דף כ' ע"ב) בד"ה פל שישינו דאימא איפכא דהני נשי הואיל וליתנהו בזכירה ליתנהו בשמירה ועל מה שפירצו דלחומרא מקשינן פבר הקשו דא"כ ליחייבו נשים בציצית ע"ש.

ולפי דברי הגמרא דכאן י"ל דמוכח דע"כ נשים איתנהו בשמירת שבת דאל"כ ל"ל לזנות למעוטי חילול שבת גבי בת פהו הא לא שינה אצלה חלול פלל הרי דגלתה התורה דנדרוש איפכא אלא דק"ל לפי מה דאמרינן לקמן חללה שבת בת סקילה היא.

ומתריץ הא מני וא"כ לרבנן דסברי סקילה חמור משריפה לזנות ל"ל דא"ל דאצטריוך למעט שאר דברים דכתיב בהו חלול פגון שבועת שגר דכתיב ולא תשבועו בשמי לשקר וחללת. וכן גבי טומאת פהו דכתיב לא יחללו וגם גבי תרומה פתיב ולא יחללו את קדשי ב"י וגבי מולך פתיב ולא יחללו את שם קדשי אלא דשם איפא ג"כ סקילה וכהנה רבות דזה בלא"ה קשה מ"ש דוקא חלול שבת דנקט ברייתא מפל הני חלולים.

אכן זה א"ש לפי מה דאמרין לקמן מ"ש מני' דידיה ומתרי' דה"א דבכהנים ה"מ דקילי יותר מדאשתרי בהו שבת לגבי עבודה וזה שייך דוקא גבי שבת אבל לא לענין שאר חלולים וכיון דכן דליכא לאוקמא לזנות למעוטי שאר חלולים א"כ קשה לרבנן לזנות ל"ל: שם או אינו אומר אביה אלא להוציא: ק"ק פיון דדריש גז"ש א"כ ע"כ קבלה מרביתו הלכה למשה מסיני ואיך נאמר דנדרש אביה להוציא כל אדם ולא לגז"ש.

אכן קשה מהכי תיתי נוציא מגז"ש דהנה הנה וזמה זמה ולאוקמי קרא אאביה דוקא וכיון דבלא"ה דריש שפיר לגז"ש. וא"ע ראיתי שמגז"ש דהנה הקשה הר"ן פן ומתרי' אף דמאביה קשה עדיין גם לפי תירוץ: שם נאמר פאן אביה ונאמר להלן אביה: ק"ק פיון דבריינתא ר"ש היא פדאמרין לקמן וכמו שדייקו התוס' א"כ ל"ל לר"ש לעיל דרשה דב' פללות נאמרו בבת פהו להורות דאחת ארוסה ואחת גשואה במשמע משום דקרא סתמא פתיב וכמו שפירש"י תיפוק ליה מגז"ש דאביה ובת פהו דמרבין מנייה ארוסה ונשואה.

וי"ל הא דפשיטא ליה לר"ש דאיירי בארוסה ונשואה הוא באמת מפי' גז"ש ובת פהו ולא יליף מב' פללות רק דעונש ארוסה ב"כ שהוא שריפה חמור מעונש ב"י כמו דחמיר ג"כ עונש נשואה. אבל מדקרא סתמא פתיב זה לא היה מספיק לר"ש כמו לרבנן לסתור סברא דכופר בעיקר עדיף דמוכח סקילה חמיר משריפה.

פן י"ל לשיטת התוס' בשמעתין דבריינתא ר"ש היא וכמו שמשמע ג"כ לישנא דהש"ס לקמן דקאמר הא מני ר"ש היא ולא סבר לה פ"ר"ש. אבל רש"י סובר לקמן דבריינתא ר"ע הוא פדמוכח מהא שכתב לקמן בד"ה פותי נתין וממזר ואע"ג דהאי מתניתין ר"ע היא דדריש וי"ו ושמעין לר"ע כו' ע"ש וכיון שפן דבריינתא לאו ר"ש היא לשיטתו פתיב שפיר אליבא דר"ש דיליף פן מדקרא סתמא פתיב: שם נערה והיא נשואה: ה"ה דהמ"ל ג"כ נערה והיא בעולה מניין דהא גבי נערה המאורסה דילפינן מנייה בתולה בעינן וא"ל דהוי בכלל נשואה דקאמר דז"א דהא נשואה שהיא בתולה כגון נכנסה לחופה ולא נבעלה ג"כ בחגק כמ"ש התוס' בכתובות (דף מ"ד ע"א): שם בתוספת ד"ה ת"ל ובת פהו.

מכ"מ נעשית זונה בכמה ביאות: ולפי האמת ע"כ צריך למימר הכי אליבא דר"ע כמ"ש התוס' וצ"ל דס"ל כר"א. אכן לא ידעתי איזה שיעור יש לדבר ובאיזה ביאה מהביאות נעשה זונה והרי התראה באותה ביאה שחייבת בה בעינן אכן זה גופא צ"ב ג"כ אהא דקאמר ר"ע ביבמות (דף ס"א ע"ב) זונה זו מופקרת איזה שיעור יש בדבר.

גם ק"ק למה לא קאמר יכול אפילו פנויה איירי פשהיא אחת מן העריות כגון אחותו דלכ"ע הוי זונה ואתיא ככ"ע: שם דף נ"א ע"א בגמרא אעפ"י שאינה פהנת: ק"ק דא"כ לר' ישמעאל דדוקא נערה המאורסה בעינן פדאמר לקמן (ע"ב) ל"ל איש למעט ניסת לחלל ולממזר דהא אינה נפסלת רק ביאה פדאמרין לקמן והרי פשהיא בעולה באמת אינה בשריפה.

וי"ל דאצטריף קרא לניסת ללוי ולישראל דבארוסין ג"כ שייך דלא אכלה בתרומה פדאמרין סוף פ"ק אלמנה לכה"ג הארוסין פסול ואינו מאכיל ע"ש ולהכי מצרכין ג"כ אליבא דר"מ דסובר לקמן דנפסלה בחגק.

ועיין מה שהקשו התוס' לקמן (דף ע"ו ע"א): שם דרבי ביהו מצות יתרות: א"ל נ"ל הך טעמא תיפוק ליה טעמא דקרא דאת אביה היא מחללת. די"ל דזה לא שייך רק גבי פסול ביאה דבזה שייך פגימה דהא אפילו בנשואה אין שייך פגימה כ"כ כמ"ש רש"י לעיל (דף נ') וכן צ"ל ג"כ בהא דמקשה מ"ש מניה דידיה למה לא קשה ג"כ הכי אי איירי בזנות למה לא יחייב גם הפהו שרפה אי משום חומר האיסור הוא אע"כ דלא שייך פגימת פבוד רק בנבעלת: שם דאשתי להו שבת לגבי עבודה: א"ל דאפתי בעל מום פהו ליחייב שרפה דרבי ביהו מצות יתרות שייך גביה כמו גבי בת פהו דכל הנוהג בנשים משום פהונה נוהג בו.

די"ל שלא רצתה התורה לחלק בין אנשים רק בין נשים לאנשים: שם כדר"א דאמר פנוי הבא על הפנויה. הא דקאמר דברייטא ר"ש היא וסבר כר' אלעזר דלמא איפכא דר"א היא וסבר כר"ש.

די"ל דע"כ לא אתיא כר"א דהא קאמר נשאת לכותי מניין והתוס' ריש פ"ק אלו נערות פתבו דלמ"ד כותים גרי אריות נכרים גמורים הם וא"כ לא תפסי ביהו קדושין ור' אלעזר סובר דגרי אריות הו פדאמרינו בקדושין (דף ע"ה) לכן ע"כ צ"ל דר"ש היא וסבר כר"א.

אכן בקצת נוסחאות פתיב נשאת לעכו"ם מניין וצ"ל דאיירי שנתגייר מז' אומות וס"ל דבגרותן יש חתנות עיין ביבמות (דף ע"ז): שם שלא לשם אישות עשאה זונה: ק"ק מי דחקו לומר דר' אלעזר היא דאין הלכה פמותו הא גם לרבנן שם דסברי דנבעלה לפסול לה דוקא היא זונה ג"כ שייך יכול אפילו פנויה פשנבעלה לנתין ולממזר ושייך שפיר ביה לזנות: שם או אינו אומר אביה אלא להוציא כל אדם: א"ל דכאן משמע דמדכתוב היא מחללת דמשמע היא מחללת אותה ולא הוא מחללה מוכח דע"כ לא איירי בבא עליה אביה ונהרי לקמן (דף ע"ו ע"א) יליף מקרא דבת איש פהו דבתו מאנוסתו בשריפה הרי דשפיר איירי קרא בבא עליה אביה ואביה בהו דרשה גופא דלא הוא מחללה מתרץ הך דרשא שם די"ל דנדאי הקא קאמרינו שפיר דהיא מחללת ממעט אביה מדרצה לאוקמי קרא דוקא באביה אבל התם דקאמר דעיקר קרא ונדאי בבת פהו איירי רק מיתורא דאיש מרבינו אנוסה בזה לא שייך למעט מהיא מחללת דקאי אבת פהו רק אהא דרצה למעט שם האב משריפה מהיא ולא בועלה אהא קאמר שפיר מחללת לא איירי רק בבת פהו דהיא מחללת אותה ולא באביה שהוא מחללה: שם מאי איריא ב"כ אפילו ב"י נמי: ק"ק מאי פרייך דילמא סבר ר"א פרבנן דסקילה חמורה וסבר ג"כ כר' יוסי דסבר לקמן (דף פ"א) דגידון בזיקה ראשונה שפא עליה והשתא שפיר קאי את"ק דברייטא דסבר דב"כ אחת ארוסה ואחת נשואה בשריפה ואהא קאמר דבא עליה אביה בשריפה אף שהיא ארוסה וסקילה חמורה לדידיה מ"מ פינון דאיסור אביה קדים גוונה בזיקה ראשונה אבל בא עליה חמיה בסקילה דאיסור ב"כ ואיסור פלתו באים פאחד ולכן גידון בסקילה דחמיר.

ולכן שפיר השמיענו זה בב"כ להורות דסקילה חמיר משריפה וגם הא דאביה בשריפה נקט שפיר בב"כ להשמיענו דאפילו ארוסה בשריפה אף דחמיר סקילה פדמוכח מהא דנקט חמיה וזה צריך למינקט בבת פהו דוקא: שם מדגלי רחמנא בב"כ ולא בב"י קמ"ל.

הקשה המהרש"א דאפתי נימא דאת אביה אתי למעט דדוקא אביה בב"כ חייב שריפה ולא בב"י ולאפוקי מדרבא עיין מה שתיירץ. ולפענ"ד י"ל בדרבך פשוט כיון דמרבין מהיא מחללת כל אדם דהיינו ע"י שדרשינו היא מחללת אותה ולא הוא מחללה וכיון דמיעט קרא אביה מדין שריפה דב"כ א"כ למה יתחייב שריפה בבא על בתו ב"כ אי לא גם ישראל חייב שריפה בבא על בתו: שם כיון שנבעלה לפסול לה פסלה: עיין מה שכתבתי בשטיטה זו בספרי ע"ל ליבמות (דף ס"ח): שם ע"ב בגמרא ה"מ אינהו אכל בנותיהו לא: פירוש אינהו מה שנוגע לקדושתו לענין טומאת מתים אכל מ"מ בנותיהו לא כיון שאין להם קדושה לעבוד דאי נאמר דאינהו אתרבו לקדושה מוהיה קודש להיות שוין לענין קדושה לשאר הכהנים אין סברא לחלק בנותיהו כיון שקדושת הבנות היא מצד אביהם הפהגים דוקא: שם ברש"י ד"ה הא אידי.

אי אית ליה בגין אב: צריך לפרש פן פי היכי דלא יקשה אפתי לימא דסבר כר' ישמעאל ומסקינן ליה מחנק לסקילה בנשואה דעל זה לא יקשה קושית הגמ' כיון דר' ישמעאל לא פירש דין נשואה: שם בד"ה אחת ארוסה ואחת נשואה.

דקרא סתמא פתיב: אף דלא משום הך טעמא קאמר ר"ע הכי אלא משום דדריש גז"ש לרבות ארוסה ובת לרבות נשואה מ"מ פירש"י לפי הס"ד הכי מקמי דידעינן מה שמפרש ר"ע בסוף דבריו. וכן צ"ל ג"כ אמאי שכתב רש"י בד"ה נוציא זו בשריפה דאין משמע גז"ש להביא את הנשואה דהא מסקינן דר' ישמעאל סבר דר"ע חזר מגז"ש: שם בתוספת ד"ה הלכתא למשיחא.

מיהו בסוף פרק התכלת ק' דפסק ר"י: אכן י"ל דבזה השמיענו ר"י ג"כ נפקותא לדינא דמוכח מזה דסבר דאין הלכה כסתם משנה פמבואר שם ונפקותא טובא איכא. א"נ י"ל דלא פרכינן הכי אלא הכי דקבלו התלמידים הלכה מרבם ואמרו משמיה כגון ה"כא ובזבחים דבזה קשה למאי הלכתא קבלו התלמידים הלכה זו ואמרו משמיה דאף דהוא פסיק הלכתא לעצמו משום דרוש וקבל ש"כר מ"מ כיון דלענין דינא ליכא נפקותא למה אמרו התלמידים משמיה ולכן אסוף פ' התכלת לק"מ דהתם ר' יוחנן גופא אמר ולא משום תלמיד משמיה ועיין בספרי שו"ת בגין ציון (סי' א): שם בא"ד.

כיון דליכא נפקותא אלא ע"י איסור: פירוש משום דגם למשיחא דבר שלא שכיח הוא וכן פירשו דבריהם בפ"ק דיומא ע"ש: שם דף נ"ב ע"א בגמרא ואידך האי שריפה ממש הוא. ק"מ מאי קושיא דלמא רצה מבני אהרן המוקדמים בקרא לילף.

וי"ל דפריד דה"ל למילף מתרונניהו גם מעדת קרח ואיכא נפקותא בזה דלא נצטרך לדחוק לקמן למה דלא יליף מפריים הנשרפים משום דהנהו נפישין דיותר ילפינן משגים מן האחד כדאמרינן בקדושין (דף ל"ד ע") לענין היקוש ע"ש: שם דאתחיל בהו מגוואי: פירוש גם למ"ד לאו שרפה ממש ה"ה סבר פן דכמין ב' חוטין נכנסו בחוטמיהו וש"כ נשמתן רק לא יותר ולמ"ד שריפה ממש ה"ה תחלת שריפתו שעל ידה מתו דהיינו שריפת נשמה אלא שאח"כ ה"ה ג"כ שריפת הגוף.

ובזה דברי רש"י בחומש אתיין כהוגן ומתורץ מה שהקשה המהרש"א בשמעתין: שם ב' חוטין של אש יצאו מבית ק"ק: ק"ק לפי מה שכתבו התוס' סוף חגיגה בשם התנחומא

דאש של מעלה דרכו להיות אוכל אש ואינו מכלה ופירשו שם פירוש הגמ' ע"ש א"כ איך י"ל שהיה שריפה ממש ע"י אש שייצא מבית ק"ק הא אש של מעלה אינו מכלה.

ועיין בספרי מנחת עני (דף נ' ע"א) ושם פירשתי ג"כ מה דאמרינו לקמן וכבר היו משה ואהרן מהלכין בדרך וכו' ע"ש: שם ונילף מפרי הנשרפים: הא דפריה מדרשה חדשה ולא פריה בקיצור שנילף שריפה ממש או מעדת קרח לחד מ"ד או מב"א לאידך מ"ד כמו שפריה באמת לבסוף.

די"ל דניחא ליה להקשות פן דנילף מפרי הנשרפים פיון דאז הוי תרתי שיש בהם שריפה ממש וביותר ילפינו משנים משילפינו מן האחד וכמו שפכתבנו לעיל. ובזה י"ל מה שהעירו התוס' למה דלא מתרץ גם אהך קושיא מןאהבת לרעה כמוה די"ל דתרוץ זה לא שייך רק לקמן שאין סברא יותר לילף ממקום שיש בו שריפה ממש מליליף ממקום שהוא שריפת נשמה דוקא.

ובזה אמרינו מסברא שילפינו ששריפת הנשמה דוקא הוא משום ברור לו מיתה יפה. אבל הכא דפריה דנילף מפרי הנשרפים עם חדא מהנהך וכיון דבכ"מ טובים הב' מן האחד א"כ משום ברור לו מיתה יפה לא הוי אמרינו נגד כלל זה למילף מן האחד ולשפוק הב' פיון דנמסר פן בכ"מ: שם שפן אדם חוטא נשמה פגול: ק"ק לפי מה שהקשו התוס' לעיל ריש פרק נגמר הדין למה דלא חשיב גם נותר וטמא ותיקצו דזה אין לו שייכות למחנה משא"כ בפגול וכיון דהכא חשיב ג"כ פגול אף שאין לו שייכות לענין שריפה וכיון דרק משום חילוקא קחשיב ליתחשב נמי נותר וטמא ואף דאין נפקותא בזה פיון דבלא"ה נפישין הא גם התוס' הקשו דליחשב מכפר אף דזה ג"כ אינו מסייע דאפתי נפישין הך ילפותא דב"א או דעדת קרח.

וראיתי בר"ן שהקשה ג"כ קושית התוס' ופירש ביותר דליחשב מכפר דאז לא נפישין והוא תמוה לכאורה. וי"ל דהר"ן סובר דנדאי הך חילוק דפגול אין לו שייכות להכא פיון שאינו שייך לנפקותא דשריפה ומטעם זה לא קחשיב ג"כ נותר וטמא והא דנקט פגול הוא משום דשיגרא דלשון דלעיל ריש פרק נגמר הדין נקט וכיון דכן אי חשיב מכפר לא נפישין דפגול לא נחשב בה כלל.

והנה אקושיא זו תירץ הר"ן דגם בעדת קרח או ב"א הוי מכפר. אכן עדיין ק"ל דאף דבכ"מ אמרינו דאפילו נשב הפהו ובא הפהו הוי גז"ש מ"מ הרי אמרינו ג"כ דהיכי דאיפא דדמי לי' לדדמי ליה מדמינו ואפילו היכי דדמי ליה באות אחד יותר ילפינו מניה כדאמרינו ריש פרק אלו הן הלוקין וא"כ פשיטא דיותר נילף מפרי הנשרפים מע"ק וב"א דהא יותר דמי באש תשרף דבת פהו או באש ישרפו אותו ואתהו דאשה ובתה לעל שפך הדשן ישרף דפר מדדמי ליבכו את השריפה דב"א או אשר הקריבו השורפים דע"ק ועכ"פ הוי ליה ליתחשב לדמיון אחד יותר בפרי הנשרפים כי היכי דלא ליהוי נפישין: שם בתוספת ד"ה ההיא שריפה ממש הוי.

וא"ת דהא אמרו בפרק הישן: הא דלא הקשו מקרא שאמר להם משה שאו את אחיכם מאת פני הקדש וכן ממה דכתיב וישאום בכתנותם הא נשרפו כלם. די"ל שהאפר צוה להוציא אף פיון דע"י האפר לא נטמאו לכן הקשו שפיר.

אָכּוּן לְפִי מַה שֶׁהֵבִיא הַר"שׁ רִישׁ מִס' אֱהָלוֹת פְּלוֹגְתַת הַר"ת וְהַר"י מִפּוֹנְטְטִינְיָה דְלַר"ת אֵין מְטַמְּאִין פְּלִים הַנּוֹגְעִים בְּמַת אָדָם אֲלָא פְּלִי מִתְּכוֹת דְּנוֹקָא וְלַר"י אַף פְּלִי שְׂטֵף וּבְגָדִים כְּמוֹ שֶׁהֵבִיא רֵאזִי מוֹכַבְסֵתָם בְּגָדִיכֶם.

וְלָכֵן בְּלֹא הַתּוֹרָץ קוֹשֵׁית הַתּוֹס' לְשִׁיטַת הַר"י פִּינּוּן דְּבִגְדֵיהֶן לֹא נִשְׁרָפוּ וְהֵם נִגְעוּ בָּהֶם כְּאֲשֶׁר מָתוּ בַתְּחִלָּה קוֹדֵם שֶׁנִּשְׁרָפוּ פְּוֶלָן א"כ נִטְמָאוּ בְּבִגְדֵיהֶן פְּדִין אָדָם שֶׁנּוֹגַע בְּכָלִים שֶׁנּוֹגַע בְּמַת דְּטָמֵא טוֹמְאָת ז' כְּמִבְּנוֹאָר שֶׁם רִישׁ אֱהָלוֹת: שֶׁם ע"ב בְּגִמְרָא אָמַר רַב יוֹסֵף טְעָה בְּתַרְתִּי: עֵינֵי בְּמַהֲרָשׁ"ל שֶׁהִקְשָׁה דְלָמָּא לְהוֹרָאֵת שְׂעָה הֲרַג אוֹתוֹ.

אָכּוּן זֶה א"ש לְפִי מַה שֶׁפָּתַח הַר"ן לְעֵיל (דָּף מ"ו ע"א) דְּהָא דְאָמְרוּן שֶׁב"ד מְמִיתִין וְעוֹנְשִׁין שְׁלֹא מִן הַתּוֹרָה הֵינְנוּ דְּנוֹקָא ב"ד מְנוֹמְחִים וְסְמוּכִים וְדָלָמָּא יָדַע רַב יוֹסֵף דְּרַב חֲמָא לֹא ב"ד מְנוֹמְחִים וְסְמוּכִים הָיוּ: שֶׁם וְאֵהֱכִי אֶהְדַּרוּ לִיה וְהַתְּנִיָּא: הֵכָּא לֹא הָיוּ מְצִי לְשִׁנוּי פְּדַמְשָׁנִי בְּמַגִּילָה (דָּף כ' ע"א) חֲדָא וְעוֹד קְאָמְרוּ לִיה חֲדָא דְאֵין מְבִיאִים רֵאזִי מִן הַקְּטוֹן וְעוֹד כּו' ע"ש וּמֵאֵי דְשִׁייר בְּמַתְּנִיתִין קְתַנִּי בְּבִרְיִיתָא מְשׁוּם דְּבְמַתְּנִיתִין מְשַׁמַּע שְׁלֹא הָיָה קְטוֹן בְּשַׁעַת הַמַּעֲשָׂה כְּמוֹ שֶׁפִּירֵשׁ רִשׁ"י בַד"ה הֵכִי קְאָמַר וְהֵינְנוּ דְדִינִיק הַגְּמָרָא לְהַקְשׁוֹת גַּם מִהֲכִי אָמַר לְהוּ: שֶׁם וְרַבְּנָן פִּינּוּן דְּכַתִּיב סִינֵף בְּאוֹרֵייתָא.

וְר' יְהוּדָה סָבַר פִּינּוּן דְּלֹא פְּתִיב בַּתּוֹרָה אֵיף תְּהִיָּה מִיַּתַּת סִינֵף מְנִיָּהוּ גְמָרִינּוּ כֵּן פְּתַבּוּ הַתּוֹס' בַּע"ז (דָּף י"א) ע"ש: שֶׁם פִּינּוּן דְּכַתִּיב שְׁרִיפָה בְּאוֹרֵייתָא: הָא דְקָרִי לִיה בְּאוֹרֵייתָא הֵינְנוּ מְשׁוּם דְאֵין נְבִיא רִשְׁאֵי לְחַדֵּשׁ דְּבַר א"כ ע"כ הִלְכְּתָא הִיא וְאִסְמְכוּהָ אִקְרָא וְכְמוֹ דְאָמְרִינּוּ לְעֵיל ס"פ כה"ג.

וְלָכֵן א"ש ג"כ הָא דְמְבִיא קְרָא דִּירְמָיָה וְלֹא קְרָא דְנִישְׁרָפוּ אוֹתָם שֶׁם דְּעַצְמוֹת שְׁאוּל וְיִהוֹנָתָן דְשֶׁם הָיוּ ג"כ הַפִּירוּשׁ שֶׁשְׁרָפוּ עֲלֵיהֶן פְּדִירוּף הַמְּלָכִים כְּמוֹ שֶׁפִּירֵשׁ רִשׁ"י בְּשֶׁם הַתְּרַגּוּם אֲלָא פִּינּוּן דְשֶׁם אֵינּוּ רַק סְפוּר מַעֲשָׂה וְלֹא צִוּוּי נְבִיא אֵין שִׁינֵף לְקָרוֹתוֹ פְּתוּב בְּאוֹרֵייתָא: שֶׁם וְאִימָא דְבְרִיז לִיה מְבָרַז לְפִי חֲרַב פְּתִיב.

אַף דְלְפִי חֲרַב דְּנוֹקָא גְבִי עִיר הַנּוֹדַחַת פְּתִיב מ"מ פִּינּוּן דְּכָבֵר מִיַּתִּינּוּ מִיַּתַּת סִינֵף גַּם לְרוֹצֵחַ מִסְתַּמָּא לֹא מְחַלְקִינּוּ בֵּין מִיָּתָה זֹו לְזוֹ: שֶׁם מְדַמְנָן וְאַתָּה תְּבַעַר הַדָּם הַנְּקִי: ק"ק א"כ לְרַבְּנָן וְאַתָּה תְּבַעַר הַדָּם הַנְּקִי ל"ל אָכּוּן בְּזָה כְּבָר הֲרַגִּישׁוּ הַתּוֹס' בְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף ל"ז ע"ב) וְכַתְּבוּ שֶׁם בְּשֶׁם רִשׁ"י דְלְרַבְּנָן קְרָא דּוֹאֲתָה תְּבַעַר לְהִיכִי שֶׁנִּמְצָא הַהוֹרַג אַחַר עֲרִיפַת הַעֲגָלָה דּוֹהַרְגִין וְקְרָא דְלֶאֱרִץ לֹא כּוֹפֵר אֲתִיָּא לְעַגְלָה שֶׁעֲבַר עֲלֶיהָ יוֹה"כ שֶׁעוֹרְפִין אוֹתָהּ וְהַסּוֹגֵיא דְכַתְּנֻבוֹת אֲלִיבָא דַר"ש אֲזָלָא ע"ש.

וְא"ל דַּא"כ לַר"ש הֵךְ דְּרִשְׁשָׁה מִנ"ל דְּעַגְלָה שֶׁעֲבַר עֲלֶיהָ יוֹה"כ שֶׁעוֹרְפִין אוֹתָהּ דִּי"ל דְּנִפְקָא לִיה מְדַרְשָׁה דְאַבְיִי אוּ דְרַב פֶּפְא בְּכַרִּיתוֹת שֶׁם דְּנִדְאֵי גַם לְרַבָּא טַעַם אַבְיִי דְמַפִּיר הַהוֹרַג אֲתִיָּא שְׁפִיר רַק דְהוּא סוֹבֵר דַּע"כ פ' טַרַח הַקְּרָא וְכַתְּב פְּדַאֲשְׁפַחִינּוּ בְּכַמָּה מְקוֹמוֹת דְלַפְעָמִים אֵין הַסְּבָרָא פְּשׁוּטָה כ"כ וְאַתִּי קְרָא לְהַשְׁמִיעֵנוּ הַסְּבָרָא וְלָכֵן לַר"ש י"ל דְּנִפְקָא לִיה מְסָבָרָא דְמַפִּיר הַהוֹרַג גַּם אֲלִיבָא דְרַבָּא.

וּבְזָה א"ש ג"כ מַה דְקָשְׁיָא לְכַאוֹרָה עוֹד לְפִי הַסּוֹגֵיא דְכָאֵן דְאִית לִיה לַר"ן קְרָא דְרוֹצֵחַ בְּסִינֵף דַּא"כ מֵאֵי פְרִיף לְקַמּוֹ (רִישׁ פֶּרֶק הַנְּחַנְקִין) לְמ"ד חֲנֻק חֲמוּר דְיִלְמָא עַד דְקִטְלִי לִיה מְקֻטֵּל ע"ש הָא אֵי אֶפְשָׁר לֹאמַר כֵּן דַּא"כ דְבַאֲבִיו אֵינּוּ חֲתִיב עַד דְקִטְלִי לִיה ע"כ מוֹכַח

מדחלק הכתוב דין אביו מדין רוצח דעלמא דרוצח דעלמא בסיניף שהוא קיל מחנק א"כ ל"ל ואתה תבער הדם הנקי אע"כ מוכח דאיפא למיטעי דבחנק הוא וא"כ ע"כ מפה אביו לא עד דקטיל ליה מיקטל.

אכן לפי הנ"ל י"ל דמדאצטריף ואתה תבער לא מוכח מידי דהא יש לאוקמא לנמצא ההורג אחר עריפה וקרא דלארץ לא יכופר היכי שעבר עליו יוה"כ כמו לרבנן וכדעת רש"י הנ"ל ג"כ דעת הרמב"ם בהל' רוצח דנמצא ההורג אחר עריפת העגלה מואתה תבער הדם הנקי אתיא: שם או אינו אלא באחד מכל מיתות האמורות בתורה: ק"ק הא ע"כ בסיניף דוקא יכול לאוקמא דבסקילה א"א לומר מדהוציא הכתוב ארוסה מכלל נשואה וכן בשריפה ליכא למימר מדהוציא הכתוב ב"כ מכלל בת ישראל וא"כ לא הול"ל כלל במקום פרט אלא או אינו אלא בסיניף: שם רבי אומר נאמר מיתה בידי שמים: ק"ק לפי מה דאמרינו לקמן (ס"פ הנשרפים) ר"ש אומר מה להלן בחנק אף פאן בחנק וא"כ בהך גז"ש גופא גילף ג"כ פאן ולמה מצריף רבי הכא אליבא דר"ש גז"ש דנאמר מיתה בידי שמים וי"ל דכיון דילפינו הך גז"ש לקמן מנביא השקר דהוא בחנק לר"ש וזה גופא לא אתיא לר"ש רק משום דמיתה סתם אינו אלא חנק כדאמרינו לקמן (דף פ"ט סע"ב) לכן ע"כ צריף להך גז"ש דהכא וכן לא קשה לר"ע דיליף לקמן ויהוה הקרב יומת ממדיחי עיר הנדחת דבסקילה גילף גם מות יומת דא"א משם פיון דלא נמסרו רק התקבות לגז"ש ולא מאין ילפינו דהא אמרינו לקמן דהכא ע"כ ליכא למימר בסקילה מדהוציא הכתוב ארוסה מכלל נשואה.

אף דאליביה דר' ישמעאל קשה לכאורה דיליף לקמן דבמיתה בידי שמים יומת מיומת וא"כ גם הכא נאמר פן ומנ"ל כלל דא"א בחנק דלמא רק במיתה בידי שמים ונהרי אפילו ר"ע דפליג שם אר' ישמעאל אינו אלא משום דילפינו יומת מיומת ולא יומת מימות אם פן הכא אפילו ר"ע יודה דהא בתרנוייהו כתיב יומת ונהרי ר' ישמעאל ע"כ מדרבי יליף וכמש"כ התוספות לקמן בד"ה קמפלגי ואין לומר דהכא היינו טעמא דלא אמרינו מיתה בידי שמים פיון דכתיב מות יומת דמשמע בכל מיתה שאתה יכול להמיתו דהיינו בידי אדם דמכ"מ תקשי דבנביא שקר וזמן ממרא דלא כתיב מות יומת מנ"ל דבסקילה דלמא רק במיתה בידי שמים וי"ל פיון דכתיב שם ובערת הרע מקרבך ע"כ ליכא לפרש רק בידי אדם וכן גבי נביא השקר כתיב לא תגור ממנו דמשמע דמיתתו בידי אדם ועוד מדחילק הכתוב אנכי אדרוש מעמו אף הנביא וגומ' וכן גבי מתנבא בשם ע"ז כתיב ובערת אכן גבי מפה אביו ואמו וגוונב נפש מישראל דלא כתיב בהו ובערת י"ל דה"ט דמיתתו בידי אדם מדכתיב מות יומת וכנ"ל: שם ברש"י ד"ה פרט לאשת קטן.

אשמעינו דקטן אין לו קדושין: ק"ק דזה סותר למה שכ' בקדושין (דף י"ט) דיבם קטן שייבם מדאורייתא קדושיו קדושין ורק ממיתה מעטין קרא ונהאי קרא דפרט לאשת קטן לא אצטריף רק בכה"ג כמבואר שם בקדושין וכן קשה אמה שפכתו התוס' דאצטריף קרא במייעד לבנו קטן הא מסקינן שם דאין יעוד לקטן ורק לפי הס"ד הוי הש"ס רוצה לפשוט אבעיא דר"ל ולאוקמא ברייתא בכה"ג: שם ד"ה אלא להקל.

ד' מיתות פסדון גמרא גמירי לה: צ"ע דלא אמרינו לקמן פו דכסדרו גמירי לה ועוד דא"כ ל"ל כל השקלא וטריא לעיל לילף איזה מהד' מיתות חמיר מתבירו פינו דגמירי לה נהרי רבנו כר' יאשיה ס"ל דחנק קיל מפולן: שם בתוספות ד"ה פרט לאשת אחרים. איסורא מיהא איפא: בקדושין (דף כ' ע"ב) כתבו דאיפא עשה דודבק באשתו ע"ש שביארו יותר דבריהם דהקא: שם דף נג ע"א בגמרא בשלמא לר' יונתן פדמפרש רבי טעמא: א"ל הא ע"כ גם לרבי גמרי חנק דאי רק משום מיתה שאין בו אפתי לא ידעינו דבסודר על צוארו דוקא דלמא בטביעת מים וכדומה דנין אותו דהוי ג"כ מיתה שאין בו רונשם די"ל דמשום ברור לו מיתה יפה דאין לה מיתה יפה ושימות מהר כמו חנק: שם אלא לר' יאשיה ממאי דאיפא חנק בעולם: ק"ק דאיף אפשר לומר דהבא על א"א בסיני דא"כ ל"ל לעיל (דף נ') גז"ש דאביה להורות דשריפה חמורה מסיניף הא כבר מוכח פו מדהוציא הפתוב נשואה ב"כ מפלל נשואה בת ישראל ונהרי לר' יאשיה דרבנו סברי פנותיה לית לן לאוקמא גז"ש דאביה רק להכי דלדרוש מה התם ארוסה אף פאן ארוסה אי אפשר דהא לרבנו דסקילה חמור משריפה לית לן לאוקמי קרא דב"כ רק בנשואה ולא בארוסה וא"כ ע"כ מוכח מדאצטריף אבי דא"א במיתה דקילא טפי מסיניף וא"כ ממילא נשמע מיתת חנק משום ברור לו מיתה יפה וכמו לר' יונתן: שם במאי גמירי פמות ימותו גמרי.

א"ל פינו דידע דגמרינו שאר נסקליו מאוב וידעוני וא"כ ע"כ קים ליה הנה פרייתות דלקמן (דף נ"ד ע"א) ומאי קבעי ליה הא קתני בפירושו בפרייתות נאמר פאן דמיהם פם ונאמר להלן דמיהם פם וקרא דמות ימותו לא הונופר פלל די"ל דאעפ"כ י"ל דהפרייתא ארישא דקרא סמיף.

אכן הא קשיא לכאורה מאי מספקא ליה במאי גמרי וכן מאי קאמר לקמן נאי פמות ימותו גמיר מאי הא קשי' לי' הא שפיר דא"כ ל"ל לקמן (דף נ"ד ע"ב) גז"ש דנאמר פאן תהרגו ונאמר להלן פי הרג תהרגנו מה להלן בסקילה אף פאן בסקילה תיפוק ליה בגז"ש דמות ימותו מבעל אוב דילפינו מיניה שאר נסקליו אע"כ דהגז"ש מדמיהם פם ולכן פבא על הבהמה דלא פתיב דמיהם פם צריף גז"ש דתהרגו: שם מות ימותו ל"ל פדתניא: ה"ה דהמ"ל ג"כ מות ימות דגבי נחנקין ל"ל וצ"ל דאתיא ג"כ להף דרשה אכן התוספות לעיל (דף מ"ה ע"ב) לא פתבו פו רק לענין עיה"נ ונסקליו פו ע"ש: שם פמתניתו חייב משום אשת אב ומשום א"א: לקמן בהא דכלתו הקשה הר"ן איף שניף א"א לאחר מיתת פנו נאי פנשאת לאחר מקמ"ל פשיטא ותירץ דקמ"ל דלא פקע שם פלתו גם פנשאת לאחר א"נ קמ"ל דאיסור א"א חל על איסור פלתו ע"ש.

אכן לכאורה ארישא דמתניתו בהא דאשת אב וא"א ה"ל להקשות ולתריץ פו ועוד אי גם בהא דאשת אב מצרכינו לתריץ פו א"כ הרי פבר השמיענו דלא פקע שם אשת אב גם פנשאת לאחר א"נ דאיסור חל על איסור ולא יזה צורף הוצרף להשמיענו זה גם בסיפא.

וי"ל דודאי בהא דאשת אב דרישא לא קאי האי פין לאחר מיתת אביו דקתני גם אאיסור א"א אלא רק אאשת אב וכמו שפי' רש"י והא דנקט גם א"א להשמיענו דבחי אביו איפא גם א"א בהדי אשת אב ולאפוקי מדר' יהודה דפליג לקמן (דף נ"ד ע"א) בפרייתא ופוסטר משום א"א וא"כ לא משתמע מהקא איסור חל על איסור ע"י פולל דבחי אביו איסור

א"א וְאֵשֶׁת אָב אִיסוּר בֵּת אַחַת הִיא דלכ"ע חֲנִייל אָבֵל בְּסִיפָא בְּהַדְּכָלְתוּ לֹא צָרִיף
לְהַשְׁמִיעֵנוּ כָּלֵל דְּחֵיב מְשׁוּם א"א בְּחֵי בְּנוֹ דְמַה"ת שְׁלֵא יְחֵיב וּע"כ אֲתִי לְהַשְׁמִיעֵנוּ
דְּחֵיב לְאַחַר מֵיתָה וּבְנִשְׁאֵת לְאַחַר וּכְתִירוֹן הָר"ן: שְׁם בְּגַמְרָא וּר' יְהוּדָה סָבַר לֵה כַר"ע:
ק"מ דְּבִכְתוּבוֹת (דָּף כ"ט ע"ב) מְשַׁמַּע דְּאִינָה רְאוּיָה לֹא שְׁיָיֵף לר"ע דְּאָמַר אִין קְדוּשִׁין
תּוֹפְסִין בַּח"ל אֲלֵא אֲשֶׁה שְׁאִין בְּהַ הַנְּיָה וְאִיף אוּקִי הָאִי אִין רְאוּיָה לֹו לְמ"ד אִין קְדוּשִׁין
תּוֹפְסִין בַּח"ל וְאֲפֹשֶׁר לְחַלְקָא בֵּין אִין רְאוּיָה לֹו וּבֵין אִינָה רְאוּיָה לְקִיּוּמָה א"נ י"ל דְּלְכְאוּרָה
יֵשׁ לְהֵבִין עוֹד לְתִירוֹן הַגְּמָרָא דְּעִיקָר פְּלוּגְתָּת ר' יְהוּדָה וּרְבַנְן חֲסַר מִן הַסְּפָר דְּהָא גַם
רְבַנְן מוֹדוּ בְּאִינָה רְאוּיָה לֹו כְּגוֹן חֲיִיבֵי פְרִיתוֹת שְׁאִין בְּזָה אִיסוּר אֲשֶׁת אָב וּרְבַן בְּחֵיבֵי
לְאוּיִן סָבְרֵי דְּחֵיב מְשׁוּם דְּלִדְיָהוּ קְדוּשִׁין תּוֹפְסִין בַּח"ל אָכּוּ בְּזָה י"ל כִּינּוּן דְּלִשְׁנָא אִינָה
רְאוּיָה מְשַׁמַּע בַּח"ל דְּתַפְסוּ קְדוּשִׁין וְא"כ ר' יְהוּדָה לְדַבְרֵיהֶם דְּרְבַנְן קָאָמַר לְהוּ וּכְדִלְקָמָן
דְּהֵינּוּ מַה שְׁלִישִׁיטְתְּכֶם אִינָה רְאוּיָה הִיא ג"כ אִינוּ חֵיב דְּלִדְיָי אִין קְדוּשִׁין תּוֹפְסִין בְּהוּ:
שְׁם בְּרַש"י ד"ה שְׁאָר הַנְּסֻקְלִין.

וְכוּלְהוּ שְׁאָר נְסֻקְלִין לֹא פְתִיב בְּהוּ סְקִילָה: צ"ע אִיף כְּתִב וְכוּלְהוּ שְׁאָר נְסֻקְלִין דְּהָא אִיפָא
מְלִבַד אוֹתָן דְּקָא חֲשִׁיב גַם נוֹתֵן מְזַרְעוּ לְמוֹלָף וּמְסִית וּמְדִיחַ וּבֵן סוֹרֵר וּמוֹרֵה דְּכְתִיב בְּהוּ
סְקִילָה בְּהֵדְיָא: שְׁם ד"ה אֵלוּ הֵן הַנְּסֻקְלִין.

וְדִלָּא פְתִיב בְּהוּ סְקִילָה: לֹאוּ פְלִלָּא הוּא דְּהָא בְּבָא עַל הַבְּהֵמָה לֹא פְתִיב סְקִילָה וְלֹא
דְּמִיָּה בָּם וְאֲתֵיָא בְּגוֹז"ש דְּתַהֲרָגוּ מְמַסִּית וּכְדִלְקָמָן (דָּף נ"ד ע"ב) וְכֵן גַּבֵּי מְכַשֶּׁף לֹא
פְתִיב חַד מִיַּנְיָהוּ וְאֲתֵיָא מְדַסְמְכִי לַע"ז וּכְדִלְקָמָן (דָּף ס"ז): שְׁם בַּד"ה מְשׁוּם אֲשֶׁת אָב.

אִם נִתְקַדְּשָׁה לְאָבִיו: פִּירוּשׁ מְשׁוּם דְּסִתְמָא פְתִיב וּבְכָל גְּוֹנָא אִיירִי וּבְזָה א"ש מַה דְּקִשָּׁה
לְכְאוּרָה אֵהָא דְּשְׁקִיל וְטָרִי לְקָמָן בְּשַׁמְעֵתִין מ"ט דר' יְהוּדָה דְּאִינוּ חֵיב אֲלֵא מְשׁוּם אִם
בְּלִבַד דְּלִמָּא סָבַר דְּאִין אַחַע"א ע"י פּוֹלֵל וּפְלִיג אֲת"ק דְּסָבַר דְּלַעוֹלָם חֵיב מְשׁוּם אֲשֶׁת
אָב גַּם בְּיִלְדוּתוֹ בְּזִנּוּת אִף דְּאִז אִיסוּר אֲשֶׁת אָב לֹא מְצִי לְמִיחַל עַל אִיסוּר אִמוּ בְּשְׁלֵא
נִשְׁאֵת לְאָבִיו עַד אַחַר שְׁהֵיָה בֵּן י"ג שָׁנָה וְיּוֹם א' מַכ"מ חֵיב מְשׁוּם אֲשֶׁת אָב דְּאִיסוּר
פּוֹלֵל הוּא דְּכוּלָּל גַּם שְׁאָר בְּנָיו וְאֲחֵי אָבִיו וּכ"ע בְּאִיסוּר אֲשֶׁת אִישׁ אָבֵל ר' יְהוּדָה לֹא
סוֹבַר פּוֹלֵל וְלָכֵן לֹא חֵיב רַק מְשׁוּם אִיסוּר אִם דְּקָדִים וְהָא דְּלֹא פְלִיג גַּם בְּכִלְתוֹ וְא"א
דְּבָהָא כ"ע מוֹדוּ דְּאִיסוּר בֵּת אַחַת הִיא וְכַנ"ל אָבֵל לַפ"ז א"ש כִּינּוּן דַּת"ק סְתְמָא אִיירִי בֵּין
נִתְקַדְּשָׁה לְאָבִיו קוֹדֵם לְבִתּוֹ אוּ אַחֲרֵי כֵן וְדַאי דְּגַם ר' יְהוּדָה דְּפְלִיג עָלָיו אִיירִי כְּפֵי וְלָכֵן
לִיכָא לְפָרֵשׁ טַעְמָא דר' כֵּן: שְׁם ד"ה אֲלֵא בְּחֵיבֵי לְאוּיִן.

אוּ אֲלִמָּנָה לְכַה"ג: הָדָּ דְּאֲלִמָּנָה אֲלִיבָא דר' יִשְׁבָּב הוּא בְּקְדוּשִׁין (דָּף ס"ט ע"א) ע"ש: שְׁם
בְּתוֹסְפוֹת ד"ה קְמִיפְלָגִי. מְסִתְמָא מְדַסְבַּר כְּר"ש דְּשְׁרִיפָה חֲמוּרָה: אִף דְּלֹאוּ חַד טַעְמָא
הוּא מ"מ אִין סְבָרָא לְעֲשׂוֹת פְּלוּגְתָּא ג' שְׁלֵא מְצָאנוּ אוֹתָהּ.

אָכּוּ לְכְאוּרָה ע"כ מוֹכַח דר' יִשְׁמַעְיָל בְּהָא פְּרַבְּנָן ס"ל דְּסִיף חֲמוּר מְחַנְקָא כִּינּוּן דְּהַטְעַם
דר"ש דְּחַנְקָא חֲמוּר הוּא מְדַסְבַּר דְּמִדְיָחֵי עִיה"נ בְּחַנְקָא כְּמִבּוֹנָאָר לְעִיל (דָּף ל' ע"ב) וְהָא
דְּמִדְיָחֵי עִיה"נ בְּחַנְקָא יְלִיף ר"ש לְקָמָן (דָּף פ"ט ע"ב) מְנַבִּיא וּפְרִיף בְּש"ס לִיגְמַר מְמַסִּית
וּמְשַׁנֵּי דְּנִין מְסִית רַבִּים מְמַסִּית רַבִּים וְלֹא רַבִּים מִיחִיד וּפְרִיף אֲדַרְבָּה דְּנִין הִדְיוּט מְהִדְיוּט
וְלֹא הִדְיוּט מְנַבִּיא וּר"ש כִּינּוּן שְׁהִדִּיחַ אִין לֵף הִדְיוּט גְּדוּל מְזָה ע"ש הָרִי אִי לֹאוּ הָדָּ סְבָרָא
דְּאִין לֵף הִדְיוּט גְּדוּל מְזָה יוֹתֵר הָנִי גְמָרִינָן מְמַסִּית דְּבַסְקִילָה כְּרַבְּנָן וּלְקָמָן (דָּף פ"ד ע"א)

יְלִיף ר' יִשְׁמַעֲלֵאל זָר וְשִׁמְשׁ דְּבִמִּתָּה בִּיּוֹדֵי שְׁמַיִם מִפְּלֵ הַקָּרֵב וּר"ע יְלִיף דְּבִמִּתָּת חֲנֹק מִנְּבִיא שְׁהַדִּים וְקֹאֲמֵר בְּש"ס בְּמֵאֵי קְמִיפְלֵגִי ר"ע סְבַר דְּנִין יוֹמָת מִיוֹמָת וּר' יִשְׁמַעֲלֵאל דְּנִין הַדְּיוֹט מִהַדְּיוֹט וְלֹא הַדְּיוֹט מִנְּבִיא וּר"ע פִּינּוּ שְׁהַדִּים אֵין לֵה הַדְּיוֹט גְּדוֹל מְזַה ע"ש הָרִי דַר"י ל"ל הֵה סְבָרָא דְאֵין לֵה הַדְּיוֹט גְּדוֹל מְזַה וְאֵם פֶּן ע"כ פְּרַבְּנָן ס"ל דְּמַדִּיחֵי עֵיה"נ בְּסִקִּילָה דְגַמְרִינּוּ מִמְּסִית וּא"כ ע"כ גַּם בְּהָא פְּרַבְּנָן ס"ל דְּסִיף חֲמוּר מְחַנֵּק מְדַנְּיָתָן לְאַנְשֵׁי עֵיה"נ וְכַדְאָמְרִינּוּ לְעִיל וְכִינּוּ דְכוּ מְתוּרְץ קְנוֹשֵׁי תְּחוּסְפָת דִּי"ל שְׁפִיר דְּטַעְמָא דַר' יִשְׁמַעֲלֵאל כַר' יֵאֻשֵׁיהּ וְדַעְתָּם שְׁפַתְבוּ בְּפִשְׁטוּת דְּמִסְתְּמָא ר' יִשְׁמַעֲלֵאל גַּם בְּהָא כַר"ש ס"ל צ"ל ע: וְעֵינּוּ מִש"כ לְקַמֵּן (דָּף פ"ט) יֵשׁוּב לְזַה: שָׁם בַּא"ד דְּדִילְמָא ה"מ אַרוּסָה: עֵינּוּ מַה שְׁהַקְשָׁה הַמְּהַרְשָׁא וְיֵשׁ לִיִּשְׁב בְּפִשְׁטוּת קְנוֹשֵׁיתוֹ דְּהָא הַבְּנִין אָב אֵינוּ מְקַבְּל מְסִינֵי וּא"כ הַקְשׁוֹ תְּחוּס' שְׁפִיר דְאֵימָא ה"מ אַרוּסָה וּבְאֵמָת לָא גִימָא הַבְּנִין אָב.

אִף דְּלְכֹאֲרָה הָא קְשִׁיָּא עֲדִינּוּ פִינּוּ דְאֵי אָמְרִי דְנִשְׁוֹאָה ב"י בְּשִׁרְיָפָה לֹא שְׁיִיף הַבְּנִין אָב דְנִשְׁוֹאָה כָּלֵל א"כ מֵאֵי מְקַשׁוֹ תְּחוּס' לַר' יִשְׁמַעֲלֵאל אֵימָא ה"מ אַרוּסָה הָא לְפִי הֵה ס"ד לֹא שְׁיִיף הַבְּנִין אָב וּמַהִּיכֵי תִיִּתִי לְאוּקְמָא קְרָא בְּאַרוּסָה דְּוִקָא הָא קְרָא סְתְּמָא פְּתִיב וּא"ל דְּגַם בְּלֹא בְּנִין אָב מְמִילָא נּוֹכִיחַ פֶּן אֵי ב"י בְּשִׁרְיָפָה פִינּוּ דְנִשְׁוֹאָה לֹא מְצָרְכִינּוּ דְלֹא גְרַע מִב"י א"כ אֵיף תְּלִיָּא זֶה לַר' יִשְׁמַעֲלֵאל גַּם אַרְבֵּי הו"ל לְהַתּוּס' לְהַקְשׁוֹת פֶּן אֵהָא דְמְתַרְץ מְדֹאֲמֵר רַחֲמָנָא בֵּת פֶּהֵן בְּשִׁרְיָפָה וִי"ל דְאֵלִיבָא דַר' לֹא הֵיָה קְשָׁה פֶּן דִּי"ל דְסוֹבֵר כַר"ש וְצ"ע לְעִיל (דָּף נ' סע"ב) דְדַרְשׁוּ מוּי"ו דְּנּוֹבַת לְרַבּוֹת בּוּגְרַת וּנְשׁוֹאָה וּא"כ מּוֹכַח ע"כ שְׁפִיר דְנִשְׁוֹאָה ב"י אֵינָה בְּשִׁרְיָפָה דַּא"כ ל"ל לְרַבּוֹת נְשׁוֹאָה אוּ בּוּגְרַת ב"כ הָא וְדֹאֵי לֹא גְרַעוּ מִנְּשׁוֹאָה ב"י אָבֵל לַר' יִשְׁמַעֲלֵאל הַקְשׁוֹ תְּחוּס' שְׁפִיר פִינּוּ דְלִדִּיָּה ו' דְּנּוֹבַת לֹא לְרַבּוֹת נְשׁוֹאָה אֲתִיָּא רַק לְרַבּוֹת בְּנוֹת בְּעֵלֵי מוּמִין פְּמִבְּנֹאֵר לְעִיל (דָּף נ"א ע"ב) אָכּוּ בְּעֵיקָר קְנוֹשֵׁיתָם י"ל דְּיוֹתֵר סְבָרָא הוּא לְאוּקְמָא קְרָא כְּפִשְׁטָא דְבִין אַרוּסָה בִין נְשׁוֹאָה בְּמִשְׁמַע אֵי לִית לָן דְרִשָׁה דְבְּאַרוּסָה דְּוִקָא אֵינְרִי וְלְרַבּוֹת מַגּוֹשׁ דְּמִיתָה שְׁאֵין בּוּ רֹשֶׁם לְאַשְׁת אֵישׁ חֲנֹק וְלֹא שְׁרִיָּפָה מְלֵהוּצִיא קְרָא מְפִשְׁטֵי וְלְאוּקְמָא בְּאַרוּסָה דְּוִקָא פְּדֵי שְׁנוּכַל לִזְמַר דְאֵשְׁת אֵישׁ בְּשִׁרְיָפָה מַה שְׁאֵינוּ לֹא מְשֻׁמְעוֹת וְלֹא הֶכְרַח וְלָכֵן גַּם בְּלֹא וִי"ו דְּנּוֹבַת מְתַרְץ בְּגַמְרָא אֵלִיבָה דְרַבֵּי שְׁפִיר וּמְמִילָא שְׁיִיף תִּירוּץ זֶה גַּם לַר' יִשְׁמַעֲלֵאל פִינּוּ דְאֵי א"א בְּשִׁרְיָפָה לֹא שְׁיִיף הַבְּנִין אָב וּא"כ קְרָא דַב"כ אֵינְרִי בִין בְּאַרוּסָה בִין בְּנִשְׁוֹאָה וּא"כ מְזַה גּוּפָא מּוֹכַח מְדַבַּת פֶּהֵן בְּשִׁרְיָפָה דַּא"א ב"י אֵינָה בְּשִׁרְיָפָה.

וּבְזַה מְתוּרְץ ג"כ מַה שְׁהַקְשׁוֹ תְּחוּס' לְהֵה מ"ד דְרַבֵּי כַר' יִשְׁמַעֲלֵאל ס"ל דְּהָא טַעְמָא דְרַבֵּי דְבְּאַרוּסָה דְּוִקָא מֵינְרִי הוּא ג"כ מוּמָת אֲשֶׁר נְשַׁכְב עִמָּה לְבַדּוּ דְכִי תַחַל לְזַנוּת שְׁיִיף גַּם בְּנִשְׁוֹאָה שְׁהִיא בְּתוּלָה ע"ש וְדַרְשָׁה זֹו ג"כ לֹא שְׁיִיף אֵי א"א ב"י בְּשִׁרְיָפָה דְּהָא לֹא שְׁיִיף לְמִימַר מַה בַּב"י אַרוּסָה דְּוִקָא יוֹצֵאת לְסִקִּילָה אִף בַּב"כ אַרוּסָה דְּוִקָא יוֹצֵאת דְּהָא אֵי ב"י נְשׁוֹאָה בְּשִׁרְיָפָה לֹא יוֹצֵאת ב"כ אַרוּסָה מְכָלֵל נְשׁוֹאָה כָּלֵל: שָׁם בַּא"ד.

וְהֵה שְׁיִנוּי לֹא מְצִי לְשְׁנוּיִי: פִּי דְלִכְף לֹא מְשַׁנֵּי הֵכָא אֲקוּשִׁיא דְּוִאֵימָא שְׁרִיָּפָה דַּא"כ קִיל אַרוּסָה מִנְּשׁוֹאָה דִּי"ל דְאֲתִיָּא הַש"ס פְּאֵן אֵלִיבָה דְאֵינְדֵה מ"ד דְרַבֵּי כַר"מ ס"ל וּא"כ מְסַתְּמָא גַּם פְּרַבְּנָן ס"ל דְּסִקִּילָה חֲמוּרָה מְשֻׁרְיָפָה וְלָכֵן רַק הֵה תִירוּצָא מְדֹאֲמֵר רַחֲמָנָא שְׁיִיף שְׁפִיר דַּלְמָא ה"מ אַרוּסָה דְּהָא ע"כ לֹא בְּאַרוּסָה אֵינְרִי דַּא"כ קִיל ב"כ מִב"י אָבֵל הֵה תִירוּץ דַּא"כ קִיל אַרוּסָה מִנְּשׁוֹאָה לֹא שְׁיִיף לְהֵה מ"ד דְּהָא אֵי סִקִּילָה חֲמוּרָה לֹא

קיל ארוסה מנשואה אבל להך מ"ד דרבי כר' ישמעאל הוי איפכא דלא שינה רק תירוץ התוספות ולא תירוץ הגמרא והיינו דכתבו ונהו שנוי' פ"ה הך שנוי' דש"ס דכאן לא שינה אי רבי כר' ישמעאל ולכן ע"כ הגמרא אזלא אליבא דאידיה מ"ד: שם ד"ה דאי במות ימותו.

תימא א"כ גז"ש מאי אהני: א"ל דהא להך דסתם מיתה בתנן גופא הוצרכה להמסר גז"ש דמיתה מיתה כדאמר רבי לעיל נאמר מיתה בידי שמים די"ל דהא הגמרא דהכא ע"כ אליבניה דר' יאשיה אזלא מדקאמר דאי אתה רשאי למושקה להחמיר שהיא סברת ר' יאשיה לעיל אכן אהא גופא קשיא מאי מתרין מהא דאי אתה רשאי למושקה דהא אפתי קאמר ר"ז שפיר דאי במות ימותו יקשה לר"י אימא מפה אביו בסקילה ולכאורה יקנה מוכח מזה דר' יונתן ג"כ אית ליה הך סברא דאי אתה רשאי למושקה וא"כ מתורין קושית התוספות דשפיר פריה ר"ז לר' יונתן אי במות ימותו נגמור כל הנסקלין מא"א דעל זה א"ל גז"ש ל"ל דלר' יונתן להך גופא דסתם מית' בתנן מצרכינו הגז"ש וכנ"ל: שם ע"ב בתוספות ד"ה וחיבי פרייתות.

תימה מנ"ל לדמויי ש פן הקשו ג"כ ביבמות (ד"ט ע"א) ונשאר בתימא ולענ"ד אפשר לומר פיון דכתיב קרא ולקחה לו לאשה ויבמה ודרשינו שם (דף כ' ע"א) פיון שלקחה הרי היא פאשתו לכל דבר א"כ לא איירי קרא במצות יבום רק היכא דנעשה אשתו ע"י אותה ביאות יבום ולכן בסתם יבום אף דאיכא ג"כ איסור אשת אח מ"מ פיון דבמקום יבום התיירה התורה אשת אחיו א"כ אין פאן איסור זה פלל והראיה דהא גם ביאה שניה מותרת וממילא נעשה שפיר אשתו ע"י יבום אבל בח"ל אי אין קדושין תופסין בהם פיון דבזה האיסור לאו במקומו עומד דהא מטעם זה ביאה שניה אסורה רק דנבא להתיר ביאה ראשונה משום עשה דוחה נ"ת ובזה שפיר ס"ל פיון דלא נעשה אשתו ע"י ביאה זו פיון דח"ל היא ואין קדושין תופסין בהן א"כ אין לקיים ולקחה לו לאשה ולכן אין פאן מצות יבום פלל ולא שינה שיהיה מותר מטעם עשה דוחה ל"ת: שם ד"ה לדבריו דת"ק.

המ"ל דסבר פדתניא: אכן י"ל דלא רצה לתרין פן דבלא"ה מוכח דר' יהודה ס"ל דיש ממזר מחיבי לאוין גרידא כמו שתירצו התוס' אליב' ביבמות (דף מ"ה ע"א) ע"ש: שם דף נ"ד ע"א בגמרא מה להלן באישות הפתוב מדבר: עיין מה שהקשה המהרש"א בזה על הרא"ם (ומה שציין על אמו שאינה אשת אביו מניין הוא טעות המדפיס פנראה).

ותירץ עלה ב' תירוצים ע"ש אכן לפענ"ד הא' סותר השני דשפיר מופנה ערות אביה לגז"ש דמיעוט אשת איש מהיא אתיא. וא"כ שפיר הוי מצי לילף מערות אביה היא.

ולכן נ"ל קושית הרא"ם דהא דיליף מה להלן באישות הפתוב מדבר אין הפי' משום דרישא דקרא באישות איירי וכפ' רש"י אלא משום דשם ע"כ ליכא לפרושי ערות אביה ממש דחייב פבר משום זכור וקקושית הגמרא לקמן וע"ז לא שינה למימר לחייב שתיים דהא התם לענין עונש מיתה כתיב קרא ולכן שם ע"כ באישות הפתוב מדבר א"כ ה"נ באישות איירי אבל מערות אביה היא דגבי אזהרה לא הוי מצי לילף פן דמי עדיף זה מערות אביה דרישא דאי יש שם לפרושי ערוה ממש ה"נ גבי ערות אביה דסיפא אכן גם לפי פירש"י י"ל קושיתו דנדאי הך גז"ש דמה להלן באישות הפתוב מדבר והגז"ש

דלקמן דילפינו מינה עונש לאמו שאינה אשת אביו ע"כ תדא גז"ש הוא דאין גז"ש למחצ' וילפינו הכל דאל"כ איך ילפינו מערות אביו גלה תרמי מילי וכיון דכן אין זה דרשה חדשה דיליף מעונש דבאישות איירי אלא משום דאתקש עונש לאזהרה בענינא דאשת אב לכל מילי איתקיש נמי לענין הך דערנות אביו פירושו ע"י אישות אבל אי הוי יליף מערות אביה היא זה יהיה דרשה שאינה צריכה פנין דבלא"ה פבר יליף גז"ש מערות אביו גלה דכתיב גבי עונש: שם אמה היא משום אמו אתה מחייבו: א"ל מנ"ל דמאמה היא ממעטינו אשת אב ומערות אביה היא ממעטינו אשת איש פדלקמן לר' יהודה דלקמא איפכא די"ל דיותר סברא למעט מאמה היא אשת אב דאיירי ביה קרא מלמעט מערות אביה היא איסור אם דלא איירי קרא וכמו שכ' רש"י לעיל סד"ה אלא אמר רבא אליבא דרבנן ע"ש: שם אמר רבא מסתברא מלתא דר' יהודה: לכאורה היה אפשר לפרושי מלתא דר' יהודה במזיד ובאתרו בי' למלקות ולא לקטלא לפי תירוץא קמא דמכות (דף י"ג ע"ב) דכ"ע אית להו לאו שנייתן לאזהרת מיתת ב"ד לוקין עליו אכן רבא לשיטתו דמתרץ שם דלר"ע דהלקתא פנותיה מחברו אין לוקין עליו לדידיה לא שייך הך דינא רק לענין חטאת והיינו דקאמר מסתברא מילתא דר"י: שם וקמיפלגי בפלוגתא דאב"י ורבא: א"ל הוה אב"י גופא לא סבר פן רק לענין בתו מאנוסתו דהק"ו רק גילוי מלתא בעלמא הוא פדאמר לקמן (דף ע"ו ע"א) מ"מ יליף פאן ג"כ שפיר מק"ו דגם ה"כא רק גילוי מילתא היא פנין דקורבת אחי אביו אינו פא רק מפח אביו ולכן א"ש דנקיט פלוגתת אב"י ורבא ולא פלוגתת ר' יצחק ורבנן (דכריתות דף ג' ע"א) הפוקדת משום דאין ראיה דסובר הך איפא דאמרי כר' יצחק דבכ"מ עונשין מן הדין דדלקמא רק ה"כא משום דגילוי מילתא הוא: שם ומר סבר אין עונשין מן הדין: ק"ל מכאן על מה שכ' הריטב"א במכות (דף י"ד ע"א) דקרבו עונשין מן הדין נהרי ה"כא רק לענין קרבו ילפינו ואעפ"כ אמרינו דאין עונשין מן הדין ובשלמא אהא דמקשה שם במכות אר' יצחק הוה מצרכינו אחותו לבת אביו ובת אמו שאין עונשין מ"ה.

ל"ק מאי פריה הוה לר' יצחק דחייבי פרישות אין דנין רק בכרת ולא במלקות אין צריכים להך ילפותא רק לענין קרבו וקרבו עונשין דזה גופא קשיא מנ"ל למפיק מאחותו פה לדונו בכרת ולא במלקות דלמא מצרכינו לבת אביו ובת אמו לומר שאין עונשין אבל מגמרא דכאן קשה לכאורה אפלא דריטב"א הנ"ל וצ"ע: ואולי י"ל דמה שאמר אין עונשין מ"ה היינו לענין מיתה ובאתרו ביה משום לאו דערנות אחי אביה ולא משום לאו דזכור וע' מה שכתבתי בזה עוד בספרי ע"ל במכות שם משיטת הריטב"א על סוגיא דה"כא.

וכן קשה ג"כ מהא דיליף במכות (דף ה' ע"ב) מאחותו דאין עונשין ואין מזהירין מ"ה דאין עונשין ע"כ לאו היינו עונש פרת דקמי שמאי גליא ומאי נפקותא לנו בזה וגם לא לענין מלקות דחייבי פרישות דא"כ איך שייך עוד אין מזהירין מ"ה דלא שייך אלא היכי דלוקין כמ"ש התוספות לקמן (דף פ"ה ע"א) וגם הרמב"ם בס"ה שורש י"ד וא"כ ע"כ לא קאי רק לענין קרבו: שם לאזהרה לאשת אביו לאחר מיתה: ה"כא משמע דמצרכינו רבוי דנוהג דין ערנה לאחר מיתה וכן לענין פלתו פדאמרינו לקמן וק"ל דלפ"ז ל"ל גבי אחות אשה בחייה להורות דאינו נוהג לאחר מיתה תיפוק ליה מדלא פתיב רבובי דנוהג וא"ל דה"א דגילף מאשת אב דא"כ ל"ל גבי פלתו ריבוי גילף ג"כ מא"א ועוד י"ל דלקמן

(דף ע"ו ע"ב) פליגי ר"י ור"ע בפ"י דקרא דאת שתיקו אי נוהג תמותו לאתר מיתה או לא וקשיא ממנ"פ אי מסברא אינו נוהג ל"ל לר"ע מיעוטא ואי מסברא נוהג ל"ל לר' ישמעאל רבויא: שם עשאה הפתוב לאמו שאינה אשת אביו: ק"ל הא לרבנן מצרכינן אמר הוא להא דדרשינן לקמן (דף ע"ה ע"ב) א"ק אמר הוא משום אמו אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום אם אמו והתוס' כתבו שם דארף דדרשינן פבר מיניה משום אמו אתה מחייבו כו' בפ' ד' מיתות תרתי שמעית מינה ע"ש אכן זה לא שייך אלא דוקא לר' יהודה דמיניה הקשו התוס' פינו דדריש דרק משום אמו אתה מחייבו א"כ ממעטינן כל מידי דלאו אמו אבל לרבנן דלא דרשי כלל למעוטי אלא לרבות אמו שאינה אשת אביו איך שייך למדרש מזה ג"כ מעוטא דאם אמו לקמן דבדרשות חלוקות פאלו אין סברא כלל לומר דתרתמי שמעית מיניה וא"ל דרב שישא בריה דרב אידי פרבא לקמן ס"ל דלא ס"ל הך דרשה דאבני מ"מ לאבני הך דר"ש בריה דר"א אליפא דרבנן מנ"ל: שם לומר לה זו היא פלתו זו היא אשת בנו: עיין מה שהקשה הפה"ש"א ולא נכיתי להבין דעתו בזה דודאי אי ממעטינן ערוה דרק משום ערוה זו מחייב ממעטינן הפל כל שאין אותה ערוה וכמ"ש התוס' לקמן (שם) לענין אמר הוא וכנ"ל.

ומה שהביא ראיה מהכא דמצרכינן מיעוטא לאשת אב לחוד ואשת איש לחוד לא ידעתי פוננתו דהא לא בדרף א' פתיבי הב' מיעוטים דמיעוט לאשת אב באמו פתיב ומיעוט לאשת איש באשת אב פתיב ונהרי אדרבה אפילו באשת אב הוי ממעטינן לאמו ג"כ אי לאו משום הך קושית הגמרא דלעיל אמו שהיא אשת אביו לא תתחייב כלל: שם אם אדם חטא בהמה מה חטאה: לקמן בגמ' משמע דטעמים אלו עיקר הם דפריה אי כותי הבא על הבהמה נהרגת וכן ישראל שפא שוגג וכן בקטן בן תשע וק"ל מנ"ל להוציא מסברא טעם למצנת התורה ולילף מזה דין וקא אנו כר' יהודה ס"ל דלית ליה טעמא דקרא לעיל (דף כ"א ע"א) וי"ל דלא אמרינן דלא דרשינן טעמא דקרא רק לענין שלא להוציא דין נגד משמעות הקרא פגון גפי אלמנה לעיל דמשמעות הקרא בין ענינה בין עשירה דהא אלמנה סתמא פתיב ואי נדרוש הטעם משום שם רע זה לא שייך רק בענינה וא"כ ע"י הטעם נוציא הפתוב ממשמעו בזה לא דרש ר' יהודה טעמא דקרא אבל הכא דקרא לא איירי רק במזיד וישראל וגדול דהא מיתה פתיב א"כ מה שיהיה הטעם לא נוציא הפתוב ממשמעו רק דאיפא עדיין נפקותא לענין דינים שאינם במשמעות הפתוב בזה כ"ע מודו דבכה"ג דרשינן טעמא דקרא: שם משפכי אשה מגיד לה הפתוב: לפי רש"י אתיא פן מלשון משפכי אשה לשון רבים וא"כ פ"י הפתוב הוא בא' מב' משפכות האשה אבל לפי פ"י ה"ר"ן אתיא פן מדקרא הפתוב ביאת זכר שהיא שלא פדרפה משפכ אשה אף דלפ"ז ק"ק לשון רבים דמשפכי למאי אתי ועוד מנ"ל כלל דאיפא חיוב בביאה פדרפה דלמא גזירת הפתוב היא דרק בביאה שלא פדרפה חייבת פזכר ולכן פרש"י פפי פירושו.

ועוד נלענ"ד להביא ראיה לדעת רש"י דמלשון רבים דמשפכי קדריש מהא דאמרינן ביבמות (דף פ"ג ע"ב) באשה שלא פדרפה מנ"ל מןאשה ע"ש ולפ"י ה"ר"ן דשלא פדרפה ליה מדקרא הפתוב לביאה שלא פדרפה משפכ אשה מאי פריה שלא פדרפה מנ"ל הא אנדרוגינוס אתיא ממשפכי ונלא פדרפה מדקרא הפתוב משפכ אשה אלא ע"כ מוכח לכאורה כפי רש"י אכן לפי המבואר מסוגיא דשם הכא ובכל דוכתי דליף בגמ' שלא

פְּדֵרְפָה מִמְשַׁפְּכֵי אִשָּׁה אֲזֵלָא אֲלִיבָא דַּמ"ד דְּלָא מְחִיב בָּבָא עַל אַנְדְּרוּגִינוּס וְלֹא פְלוּם דְּאִפִּילוּ לְמ"ד דְּחִיבִים עַל זְכָרוֹתוֹ לְבַד ג"כ מִמְשַׁפְּכֵי אֲתִיָּא וְכַמְבֹּאֲרַ בְּסוּגִיָּא שְׁם וּבְפִי רְש"י בַּד"ה שְׁלֵא פְדֵרְפָה מִנ"ל ע"ש וּלְפ"ז דַּעַת הֶרְמֵב"ם צ"ע שְׁפִסְק (בַּפ"א מֵה' אִיסוּרֵי בִיָּאָה ה' ט"ו) דְּחִיבִים עַל זְכָרוֹתוֹ דְּאַנְדְּרוּגִינוּס וְשֵׁם (פ"ג ה' ט"ו) הֵבִיא אַחִיּוֹב דְּשְׁלֵא פְדֵרְפָה קָרָא דְּמִשְׁפְּכֵי אִשָּׁה: ם בְּרִש"י ד"ה לְשׁוּגַג וּלְקַרְבָּן.

לְחַלְק פֶּרֶת לְמַפְטָם וְסָד: לְפִי הַסּוּגִיָּא דְּמַפּוֹת זֶה אֲלִיבָא דַּר' יִצְחָק הוּא דְּלַרְבָּנּוּ אֲתִיָּא חֲלוּק בְּכָל הַעֲרִיּוֹת מֵאַחֲוֹתוֹ דְּרִישָׁא וְלֹא מִשׁוּם דְּדַרְשִׁינּוּ אַחֲוֹתוֹ דְּסִיפָא לְמַפְטָם וְסָד אֲבָל בְּסוּגִיָּא דְּכָרִיתוֹת (ד"ג ע"א) מִשְׁמַע כִּפִּי רְש"י דְּהִקָּא ע"ש: שְׁם בַּד"ה מֵאַחֲוֵי אָבִיו.

דְּהֵאִי וְדֵאִי מִשְׁמַע לִיה מִמֶּשׁ: הָא דְּמַצְרִיָּה רְש"י לְהַךְ טַעְמָא וְלֹא פִּי' בְּקִיצוּר פִּינוּן דְּבִאֲחֵי אָבִיו לִית לָן גַּז"ש כְּמוֹ בְּאָבִיו מ"מ הָוֵי יִלְפִינּוּ דְּלֹא אַחֵי אָבִיו מִמֶּשׁ בַּק"ו מֵאָבִיו אֲפָפָא מֵהַק"ו דְּהַש"ס אֲבָל הַשְּׁתָּא דְּכִתִּיב אֵל אֲשֶׁתּוֹ לֹא תִקְרַב א"כ אֵי גַם בְּאִישׁוֹת אִינְרֵי ע"כ מוֹקְמִינּוּ קָרָא בְּלֹאֵי יִתִּירֵי וַא"כ מוֹקְמִינּוּ יוֹתֵר בְּאַחֵי אָבִיו מִמֶּשׁ שְׁלֵא לְהוֹצִיא קָרָא מִמִּשְׁמַעוֹתוֹ וְלָכֵן א"ש ג"כ מֵה דְּקָשָׁה לְכַאוּרָה מֵה בְּכָה דְּכִתִּיב אֵל אֲשֶׁתּוֹ לֹא תִקְרַב הָא גַם כְּתִיב כְּבָר לָאו אֲזַכְּוֹר וְע"כ מוֹקְמִינּוּ בְּלֹא יִתִּירָא וּמ"ש הָךְ מֵהַךְ וּלְפִי הַנְּ"ל נִיחָא: שְׁם ד"ה אֲשֶׁר יִשְׁכַּב אֶת זָכָר.

וְאַשְׁמַעֲינּוּ דְּלֹא בְּעִינּוּ תְרַנְיָהוּ בְּנֵי עוֹנְשִׁין: וְאַף דְּלַקְמָן (דָּף ס"ו ע"ב) אִיכָּא לְמ"ד דְּדַרְשִׁי וּמִתּוֹ גַם שְׁנִיָּהֶם דְּגַבֵּי א"א עַד שְׁיָהִיו שְׁנִיָּהֶם שְׁוִין וּלְפִי פִי' רְש"י שְׁם בְּנֵי עוֹנְשִׁין וַא"כ הִקָּא דְּכִתִּיב ג"כ תוֹעֵבָה עָשׂוּ שְׁנִיָּהֶם מוֹת יוֹמֵתוֹ דְּמִיָּהֶם בְּם נְדְרוּשׁ ג"כ מִשְׁנִיָּהֶם עַד שְׁיָהִיו שְׁנִיָּהֶם בְּנֵי עוֹנְשִׁין י"ל דְּלֹא דְרָשִׁינּוּ כֵּן רַק לְגַבֵּי א"א דְּכִתִּיב שְׁנִיָּהֶם בְּם וּמִתּוֹ אֲבָל הִקָּא דְּקָאִי אַתוֹעֵבָה עָשׂוּ לֹא דְרָשִׁינּוּ כֵּן: שְׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה הִבָּא עַל אָבִיו.

תִּימָה דְּלֹא תְנִי כו' וּבִירוּשְׁלָמֵי פְרִיָּה: דְּבָרֵיהֶם צ"ב מֵה לְשׁוֹן תִּימָה שְׁיָהִי בְּזֶה פִינוּן דְּבִירוּשְׁלָמֵי פְרִיָּה לָהּ וּמִשְׁנֵי לָהּ וְהו"ל לְהֵבִיא בְּסֵתָם דְּבָרֵי הִירוּשְׁלָמֵי כְּמוֹ בְּשַׁאֲר מְקוֹמוֹת. וּנ"ל דְּלַכַּאוּרָה קָשָׁה אֲתִי' הִירוּשְׁלָמֵי מֵאֵי מְתָרֵץ דְּשֵׁם זְכוּר א' הוּא הָא לְפִי מֵה דְּמְתָרֵץ ר' יוֹחָנָן בְּכָרִיתוֹת (דָּף ג' ע"א) תְּנִי בְּמִתְנִיתֵן הִבָּא עַל הַזְּכָר וְהֵבִיא זָכָר עָלָיו אֲלֵמָא בְּתַרְתֵּי חֲשִׁיב שְׁם זְכוּר מִשׁוּם דַּמְב' לְאוּנֵן קָא אֲתִיָּא א"כ כַּש"כ דַּה"ל לְמִיחְשָׁב בְּמִתְנִיתֵן הִבָּא עַל אָבִיו דְּכִתִּיב הָאִיסוּר בְּב' שְׁמוֹת מִשׁוּם זְכוּר וּמִשׁוּם אָבִיו.

אֲכֹן י"ל דְּהִירוּשְׁלָמֵי סוּבְר כְּתִירוּץ ר"א אֲלִיבָא דְּרַב שְׁם דְּלֹא חֲשִׁיב זְכוּר רַק לְשֵׁם א' וְאַף דְּסָבֵר רַב דְּתַנִּי ג' כְּרִיתוֹת לְסִיּוּמִינְהוּ לְכָרִיתוֹת מ"מ לֹא קַחְשִׁיב גַם לְסִיּוּמִינְהוּ רַק שְׁמוֹת מְחֻנְלָקִין וּבְזֶה מְתוּרָץ מֵה שְׁתַּמְהוּ הַתּוֹס' שְׁם בַּד"ה לְסִיּוּמִינְהוּ לְכָרִיתוֹת תִּימָא א"כ לִיחְשָׁב נְמִי הֵבִיא זָכָר עָלָיו וְהֵבִיא בְּהֵמָה עָלָיו עַכ"ל דִּי"ל דְּרַב סוּבְר כְּתִירוּץ הִירוּשְׁלָמֵי דְּכָאן דְּשֵׁם זְכוּר וְשֵׁם בְּהֵמָה א' הוּא אֲבָל תְּמִיחָת הַתּוֹס' דְּכָאן הִיא לר' יוֹחָנָן דְּחֲשִׁיב שְׁם זְכוּר בְּתַרְתֵּי אֲלֵמָא דְּלֹא סוּבְר כְּתִירוּץ הִירוּשְׁלָמֵי וַא"כ לְדִידִיָּה קוֹשִׁית הִירוּשְׁלָמֵי בְּמִקוּמָה עוֹמְדָת: שְׁם ד"ה לוֹמַר לָהּ.

וּי"ל דַּנ"ל מַגְז"ש דְּדְמִיָּהֶם בְּם: עֵינֵן בְּר"ן שְׁפַתְב ג"כ כְּתִי' הַתּוֹס' דְּאַתִּיָּא מֵא"א רַק דְּכַתְב עוֹד דְּהָא דְּמַצְרִכִּינּוּ אֲזַהֲרָה מִשׁוּם דָּאִי לָאו הָכִי אֵינּוּ עוֹנְשִׁין מִן הַדִּין אֲבָל הַשְּׁתָּא גִילּוּי מִקְלָתָא בְּעֵלְמָא הוּא וְצ"ע דַּק"ו מָאן דְּכַר שְׁמִי' דְּהָא בַּגְז"ש אֲתִיָּא וַאֲגַז"ש וְדֵאִי עוֹנְשִׁין

וצ"ל דכוננות ה'ר"ן איננה פתירויז התוספות שגילף בגז"ש מאשת אב אלא בק"ו דמצינו דקיל אשת אב מפלתו דאין לו קרבות למעלה דאם אביו איננה רק שני' מד"ס ואוסור בנו יש לו קרבות למטה דבת בנו ערוה היא.

אכן לפ"ז לפי תי' התוס' דמגז"ש אשתא קשה פקושית ה'ר"ן דאזרה גם פן גילף וי"ל דמלתא דאשתא בגז"ש טרח וכתב לה קרא ועמ"ש התוס' לקמן (ע"ב) בד"ה עונש: שם ע"ב בגמרא אזרה לנשכב מניין: הקשה המהרש"א דגילף בקיצור בגז"ש דתועבה תועבה.

ולפענ"ד לק"מ דהא ודאי לא שניף למילף גז"ש מקרא דוגם קדש הנה בארץ דנביאים אלא ע"כ אין זה רק גילוי מלתא דלשון לא יהי' קדש פירושו נשכב זכר וכעין מה דילפינו בפ"ק דפסחים בדיקת חמץ ע"י גר חפוש מחפוש ונחפוש מנר וא"כ לא נמסרה הגזירה שנה פלל לא הו' דתועבה ולא הו' דקדש וממשמעות הפתוב אין למילף דהאי לא תשכב פירושו ג"כ הנשכב כמו תועבה עשו שניהם דהא אין במשמעות דלא תשכב נשכב פלל לר' ישמעאל אכן מ"מ אפתי קשה פיון דילפינו מוגם קדש הנה בארץ דמשמעות דלא יהיה קדש קאי בין אשוכב בין אנשכב כמו שפירש"י דאף נשכב במשמע א"כ ל"ל אזרה דלא תשכב אשוכב פלל גילף ג"כ מלא יהיה קדש אכן בזה י"ל פתירויז המהרש"א דאצטריף לחייב ב' בבא על הזכר והביא זכר עליו לר' ישמעאל: שם בבהמה בין גדולה בין קטנה: לכאורה יש להבין איף שניף בבהמה חילוק פלל בין גדולה וקטנה אכן לפי מה שפי' ה'ר"ן לעיל בהא דאיש פרט לקטן דגבי זכר דלא אצטריף למעט קטן שהוא פחות מכן י"ג דלא ליחייב דזה פשיטא פיון דאינו ב"ע ולא אצטריף אלא למעט קטן פחות מכן תשע דאין הנשכב חייב על ידו דאין ביאתו ביאה וא"כ גם גבי בהמה הוי הפי' פן דאם הוא פחות מכן ט' שאינו ראוי לביאה אין הבהמה נסקלת על ידו וכדאמרין בנדה (דף מ"ה) והשתא קאמר דבהמה אין חילוק בין בהמה גדולה לקטנה פי' בין שהיא ראוי לביאה או לא דהא ודאי דגם בבהמה זמן ראוי לביאה יש כמו באדם עיין רפ"ג דבכורות והוי הו' בין גדולה בין קטנה דבהמה דומיא דפרט לקטן דקתני ברישא: שם לא תתן שכבתה: עיין בר"ן שדבריו מגומגמין מחמת טעות שנפל בהם וכוננתו נראה שפי' דמה דקאמר קרי בי' לא תתן שכבתה פי' שלא תפרש האי שכבתה לשון שכבת זרע כמו שכבת הטל דזה לא יהיה שניף רק בשוכב להכי קאמר דהפי' הוא לא תתן שכבתה שהוא לשון שכיבה וזה שניף בין בשוכב בין בנשכב: שם לדברי ר' ישמעאל חייב שמים: עיין מה שכתבתי בזה בספרי ע"ל על פרייתות (דף ד' ע"א) בתוס' ד"ה ר"י: שם הבא על הבהמה והביא בהמה עליו: א"ל לדברי ר' אבהו איף אוקמי לתירויז דר' יוחנן רבי בכריתות (דף ג' ע"א) דמתרץ שם לעולם תנא גברא קחשיב כו' הא אמר אביי הבא על הבהמה כו' וא"כ לר' אבהו ניתני נמי הבא על הבהמה דז"א פיון דמסקינו הקא הבא על הזכר והביא זכר עליו הבא על הבהמה והביא בהמה עליו לכ"ע לר"י חייב ג' לר"ע חייב ב' א"כ גם לר"א פיון דחשיב כפר ב' משום פא על הזכר והביא זכר עליו אין פאן משום בהמה רק א' והא דנקט אביי משום דבתרא הוא וכמ"ש בחידושי לכריתות ומהרב בעל באר שבע שם במכ"ה נעלם זה.

אכן אפתי קשה לר"ל דסובר לקמן (דף ס"ה ע"א) דחלוקים במיתה מקרי חילוק לענין חטאת א"כ בהא דאמרינן לקמן דהנרבע לזכר ולבהמה לר' ישמעאל אינו חייב אלא אחת ע"כ לא אולא אליבין דהא חלוקין הו ליענין מיתה א"כ לר"ל בבא על הזכור ובהמה והביא זכר ובהמה עליו חייב ד' וא"כ קשה קושית הגמרא דשם דנייתי ג"כ הבא על הבהמה והביא בהמה עליו וצ"ל דר"ל מתרין כר"א משמין דרב בכריתות שם: שם ושמואל סבר משפכי אשה: ק"ק פיון דמצרכינן משפכי אשה להכי איה ילפינן לעיל מיני' ביאה שלא פדרפה ובשלמא לפי רש"י דילפינן שלא פדרפה מדכתיב לשון רבים דמשמע ב' משפכות א"ש דמוכח גם הא מדכתיב הו דרשה גבי זכור דוקא אבל לפי הר"ן דאיתא פו מדקרא למשפכ שלא פדרפה משפכ אשה א"כ ע"כ צריה לכתוב פו גבי זכר א"כ הא מנ"ל וי"ל דתתי שמעינן מינה א"נ תרי משפכי אשה פתיבי חד בעונש וחד באזהרה ועיין בתוס' לקמן (דף ע"ג ע"א) בד"ה הרי זה: שם ברש"י ד"ה רב סבר.

הואיל ואזהרת נשפכ משוכב אתי: לפ"ז לר' ישמעאל דלא יליף אזהרת נשפכ משוכב גם אליבא דרב חייב בנשפכ אפילו בפחות מכן ט' א"כ י"ל מה שהקשה הר"ן לעיל בפרייטא דקתני אשר ישפכ את זכר בין קטן בין גדול והכא קתני לא עשו בו קטן כגדול די"ל דברייתא דלעיל כר' ישמעאל וברייתא דהכא כר"ע: שם בד"ה ותניא נמי הכי.

דאלו בשוכב לא קאמר זכור: מפי רש"י נראה דגריס הכא זכור פו ט' שנים ויום א' והיינו לפי מה שכתב לעיל בד"ה חייב ב' דאין נקרא זכור אלא נקב המשפכ אבל מפי הרמב"ם נראה איפכא וכמ"ש התוס' יו"ט ולפי פי הרמב"ם היא הגירסא בפרייטא זכר פו ט' שנים ויום א' וכמו דגרסינן בגירסא שלפנינו: שם בתוספות ד"ה עשו פתועבות.

א"כ כל עריות נמי ליחייב ב': עיין מהרש"א שנדחק בפי' קושית זו ולפענ"ד קושיתם אינה דליחייב ב' חטאות אלא לענין מלקות דבכל חייבי פרייתות שלוקין פדקתני במכות (ר"פ אלו הו חלוקין) לילקי ב' גם אלא יהיה קדש דא"ל הא לא יהיה קדש אזהרה הוא לזכר ובהמה וא"כ הוי לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד שאין לוקין עליו דהא אליבא דר' ישמעאל קיימינן דסבר במכות (שם) דלוקין: שם בא"ד.

וי"ל משום דבתר זכור פתיב: עיין במהרש"א וק"ק דאפתי גבי שוכב ליחייב ב' גם משום לא יהי קדש דהא ע"כ הכי ילפינן נשפכ דלא יהיה קדש ילפינן מוגם קדש היה בארץ מה להלן תועבה אף פאן תועבה וא"כ נחשב פאלו פתיב תועבה בגופי' נהדר ילפינן תועבה מתועבה מה תועבה האמור גבי בהמה בבא על הבהמה איירי אף תועבה האמור בלא יהיה קדש פו ואם אינו ענין לשוכב פיון דכבר פתיב לאו בגופי' תגהו ענין לנשפכ וא"כ גילף עכ"פ גם שוכב מיני'.

אכן באמת י"ל בדעת רש"י פיון דאמרינן בפסחים (דף כ"ד ע"א) פל היכא דאיפא למדרש דרשינן ולא מוקמינן בלאוי יתירי א"כ פיון דהכא ע"כ אמרינן ג"כ הכי דאל"כ מנ"ל נשפכ פלל דלמא רק אשוכב קאי דבי' פתיב תועבה וע"כ צ"ל דהיכא דאיפא למידרש לא מוקמינן בלאוי יתירי ולכן לא מוקמינן רק אנשפכ ולא אשאר עריות דאי הוי שייך למילף גם שאר עריות מיני' יקשה מנ"ל לאוקמא אנשפכ פלל פיון דלא נזכר בהו פ' אחרי מות דכתיב בה תועבה: שם בד"ה הבא על הזכר.

אע"ג דבריש פרישות בעי קרא: עיין במהרש"א ותירוצו תמויה שכתב בהך דאחותו
שהיא אחות אביו ואחות אמו מקרי שם א' ושם בכריתות (דף ב' סוף ע"ב) מבואר דמקרי
שמות מחולקין וביותר מבואר פן בתוס' (שם) ד"ה אחותו ובגמ' (שם דט"ו ע"א) ע"ש.

אכן בלא קושית המהרש"א עוד י"ל מאי מקשו התוספות דאף דמצרכינן שם קרא על
אחותו מ"מ השתא דגלי קרא גבי אחותו דתייבם בגוף א' ושמות מחולקים למה לא גילף
גם בשאר עריות מינה דהא פל דין לחלק אתיא מהיקשא דעריות לאחותו כמבואר
בכריתות (שם) ופירכא לא שנייה על זה דאין משיבין על ההיקש וכדמוכח מאותה סוגיא
דכריתות גופא והנראה בזה כיון דהך היקשא דר' יונה הוא דבסוף פ' עריות פתיב פי פל
אשר יעשה מפל התועבות האלה ובההיקשו פל העריות וכמבואר בגמ' (שם דף ב'
ע"ב) וא"כ לא הוקשו לאחותו רק מה דכתיב באותה פרשה וכיון דנשכב דזכר לא פתיב
בפ' עריות דהא מלא יהיה קדש נפקא לכו שפיר הקשו התוס' מנ"ל לחלק בזה דמאחותו
ליפא למילף כיון דאינו בכלל היקשא.

[ובמה מציינו ליפא למילף מאחותו דמה לאחותו שפן איסור בת אחת היא משא"כ בבא
על הזכר והביא זכר עליו דמשפחת דאיסור שוכב קדים לאיסור נשכב פגון שהשוכב
פבר הי' פן י"ג שנה ויום א' בעוד שהנשכב הי' פחות מכן ט' אבל בהיקשא שפיר ילפינן
מאחותו דאין משיבין על ההיקש ובההיקשו י"ל מה שהקשו התוס' (שם דף ט"ו ע"א) בד"ה
לתייב ע"ש ודוק].

אבל מערות אביו וזכור לק"מ דהם פתיבי בפ' עריות וא"כ הם בכלל היקשא וילפינן
שפיר מאחותו: שם בא"ד. א"נ סוגיא דהכא כר"א: תירוץ זה לא שנייה לפי מה שכתבו
התוס' במפות (דף י"ד ע"א) בד"ה הכי גריס רש"י עוד יש מפרשים דשפיר אצטריו
דרשה לאחותו כו' ע"ש והיא גם שיטת רש"י במכות ומהתוס' נראה שהיה להם גירסא
אחרת בדברי רש"י וצ"ל דהי"מ שם סברי כתי' ראשון של התוס' דהכא: שם הנרבע
לזכר.

משום דדרשינן ואשה: א"ל דאפתי גילף בהיקשא דרבי יונה מןאשה דתייב על פל אחד
ואחד דהא פל דין חילוק משם ילפינן די"ל דלא שנייה למילף בהיקשא אלא מה דכתיב
בפ' עריות וכנ"ל וכיון דנרבעים לר' ישמעאל מלא יהיה קדש אתו אינן בכלל ההיקש
וכמ"ש למעלה ולכן מצרכינן ג"כ והיא שפחה לתייב על פל שפחה ושפחה ולא ילפינן
מנדה והנה התוס' בכריתות (דף ט' ע"ב) בד"ה והיא שפחה הקשו תימא דהכא בעינא
לחלק אע"ג דבגופין מחולקין כו' ע"ש.

ולכאורה י"ל כיון דנדה ושפחה לא הוי יכלינן למילף מהדדי דבכל א' יש חומרא שאינה
בחבירו דבנדה יש פרת ובשפחה חייבין על השוגג כמזיד וא"כ לא הוי נדה ושפחה ב'
פתובים הפאים כא' דצריכין לכתוב תרנוניהו אבל השתא דכתיבי תרנוניהו ילפינן שפת
ואותו ואת בנו במה הצד מהן ובההיקש מתורץ קושית התוס' דשם.

אף דלפ"ז קושית התוס' דהכא במקומה עומדת דא"ל כתירוצם דשאני התם דכתיב ואשה
ובשפחה והיא שפחה דאפתי גילף במה הצד מתרנוניהו כמו בשאר דוכתי וצ"ע: שם דף
נ"ה ע"א בגמרא המערה בזכור מהו: התוס' ביבמות (דף נ"ד ע"ב) פתבו הא דלא ילפינן

מהיקשוא דר"י דילפינו מינן' שאר עריות דמולך הפסיק הענין א"נ דמקורה הערה לא שייך בזכר ובהמה א"נ דביאה דלאו אורחין היא ע"ש.

אך דלכאורה אפתי אין זה מספיק דהשתא דינעינו בזכר ממשפכי אשה גילף בהמה מניה ומאי פריה תו המערה בבהמה מהו. וי"ל לפי מה שתירץ הרמב"ן והרשב"א שם אקושית התוס' דה"א דבהמה גרע משום דביאה דלאו בת מינה היא דלפ"ז גם מזכר ליפא למילף ובזה א"ש ה'א דהצריף הרשב"א לתירוץ פיון דע"כ אינו מספיק בלא תירוץ התוספות דאפתי יקשה אנפוך אי לאו דאמרינו כתירוץ התוס' אבל השתא א"ש דגם תירוץ התוספות לחוד לא מספיק: שם לכתבין גבי חייבי מיתות ב"ד: ה'א דלא פריה בקיצור דלכתבין בגופין' דה'א עדיף ליה להקשות לכתוב בא' משאר חייבי מיתות פי היכי דנוכל לילף גם שאר חייבי מיתות מינה ולא נצטרף ללמוד מחייבי פרייתות משא"כ אי הוי פתיב בבהמה דלא הוי נוכל למילף מינן' כמו דלא ילפינו בהמה מהם מהטעם שפתיבו התוס' הנ"ל ביבמות.

אכן אי הוי פתיב בא' משאר חייבי מיתות מ"מ הוי ידעינו בהמה שפיר באם אינו ענין דאשאר חייבי מיתות לחוד לא הוי מצרכינו פיון דשפיר איפא למילף מח"פ דה'א גם לענין שלא פדרפה ילפינו איפכא ח"פ מח"מ: שם אלא מעתה פותי המשתחנה לבהמתו: ק"מ מאי פריה אלא מעתה בל"ז נמי קשה מ"ש אילן הנעבד דטעון שריפה מבהמה שהשתחנה לה דמותרת וי"ל דבפשיטות לא הנה יכול להקשות פן דהייתי יכול לחלק בין בעלי חיים לאילן וכמו שסובר אבני באמת לקמן דדוקא אילן טעון שריפה אבל אבעלי חיים חס רחמנא אבל השתא דהביא ראיה מאילן הנעבד מדטעון שריפה דגם נרבעת לנכרי טעונה סקילה אלמא דאין חילוק בין ב"ח לאינם ב"ח לכן פריה שפיר אלא מעתה גם בהמה הנעבדת תהרג.

ובזה מתורץ ג"כ מה שהקשה המהרש"א ל"ל לר"ש להביא ראיה מהברייתא לנפית בקיצור מקרא מדטעונה אשרה שריפה. ולפ"ז י"ל דמאשרה לא הנה יכול להביא ראיה דהייתי יכול לומר דב"ח שאני אבל מברייתא מייתי שפיר מדיליף המתעה את חבירו מק"ו דאשרה ומאי ראיה דלמא ב"ח שאני אע"כ דאין לחלק בק"ו לכן שפיר מוכח דגם נרבעת לכותי תהרג: שם מי איפא מידי דלישראל לא אסר ולכותי אסר: ק"מ מאי מי איפא מידי שייך בכאן ה'א נעבדת לישראל שריה לנכרי כמו לישראל ונעבדת מנכרי תיאסר לישראל כמו לנכרי והעבודה גופה אסורה לישראל ולנכרי ואין זה דומה לשאר מי איפא מידי שפ"ס דהתם בכ"מ אותו דבר עצמו הנאסר לנכרי תישרי לישראל ובזה שייך שפיר מי איפא מידי אבל לא בנדון דכאן.

ונ"ל דמפני זה פירשו הרמב"ן והר"ן דבאמת לאו מפח מי איפא מידי פריה אלא דה"ק פיון דבישראל מותר דאיפא תקלה וקלון כש"כ דשריא בנכרי דליפא אלא תקלה לחוד וה'א דקאמר מי איפא מידי שגרא דלישנא דעלמא נקט וכמ"ש הרמב"ן בלקוטים בס' חמשה שיטות ע"ש: שם אמרה תורה בהמה נהנית מעבירה תהרג.

ק"מ דה'א תניא לעיל דהבא על הבהמה בין פדרפה בין שלא פדרפה חייב ונהרי בשלא פדרפה אין הנאה לנשכבת ואעפ"כ חייב וה"ה ג"כ הבהמה ובנדאי א"ל דהנאה קצת איפא עכ"פ גם בשלא פדרפה וה'א דאמרינו לעיל אשה דאורחא אמשכב מיחייב היינו

לגבי ביאה פדרפה מיקרי שלא פדרפה אינה נהנה דא"כ מאי פריה רש"י לקמן (דף ס"ו ע"ב) מ"ש מעשה חדודים משלא פדרפה הא י"ל דבמעשה חדודים אין הנאה כלל אבל בשלא פדרפה יש הנאה קצת אע"כ דגם בשל"כ אין הנאה כלל וא"כ קשה פנ"ל: שם ת"ש ד"א שלא תהא: לפי הנראה מהסוגיא נפשטה האיבעי' דתקלה בלא קלון סגי דהא ר"ש פשיט פן ורבא ואב"י מתרצי אליב' ולפ"ז ה"ה ת"ש אינו רק לפשט האיבעי' בדרף אחר אכן מדברי הר"ן בסוגיא נראה שסובר דהאיבעי' לא נפשטה וכן משמע מהרמב"ם וי"ל דהם סוברים פלישנא קמא דרש"י דר"ש פליג אהא דאב"י וא"כ רבא דסבר פ"ש ע"כ פליג אאב"י וכיון דפליגי אב"י ורבא בזה שפיר אמרינו דלא נפשטה האיבעי': שם ברש"י ד"ה מתקיף לה ר"פ.

דאין הנאתה מרובה: הא דהצריך להו טעמא דאין הנאתה מרובה כמ"ש הר"ן דאל"כ מה בין איש הבא על הבהמה שלא פדרפה לאשה אכן גם הו טעמא דאין הנאתה מרובה לחוד לא סגי דהא בכל ביאה שלא פדרפה אין הנאתה מרובה ואעפ"כ חייבת פיון דאתרבי לחיובא ממשכבי אשה וכמ"ש רש"י לקמן (דף ס"ו ע"ב) לכן בעינן ג"כ להו טעמא דאין אורחא ואולי מש"כ רש"י דאין הנאתה מרובה צ"ל ואין דאז הו טעמא בפ"ע הוא ודבריו אתיין פהוגן: שם בד"ה משכב אשה פתיב ביה בזכר: לפירושו דהא דמרבינו ממשכבי אשה ביאה שלא פדרפה מלשון רבים דריש פן א"ש דפשיטא ליה ממשכב אשה לחיובא פיון דפשיטא ליה במשכב דכדרכו דחייב בהעראה גם אותה דשלא פדרפה ילפינו מינה דאתקשו ב' משכבות להדדי אבל לפי הר"ן דאתיא פן מדקרא הפתוב לביאה דשלא פדרפה משכב אשה א"כ מאי מתרץ משכב אשה פתיב היא גופא קשיא מנ"ל בכ"מ דחייבים אהערה שלא פדרפה פיון דכל של"כ לא ילפינו רק מזכר וא"כ אם בזכר לא ידענו מנ"ל בכ"מ ועיין הוריות (דף ד' ע"א) דבהעראה של"כ אין הצדוקים מודים אכן גם לדין מנ"ל ולכן לכאורה גם מזה ראי' לפי רש"י: שם ד"ה קלון ליכא.

דרפן בכף ואין מתביישין: לפי הנראה ממתניתין הקלון הוא ע"י שנהרג פלוני ע"י ויש ע"ז זכרון למיתתו בחטאו דהכי קאמר ויאמרו זו היא שנהרג פלוני ע"י ולא קאמר שחטא ע"י אכן מפאן ומפל הסוגיא משמע לכאורה דהקלון הוא שיש זכרון לחטאו ע"י ולפ"ז צריך לפרש זו היא שנסקל פלוני ע"י ועי"ז יש זכרון לחטאו שנהרג עליו: שם בד"ה לישראל נמי תיתסר.

פגון שנעבד ע"פ ע"א: ק"ק לפי"ז מאי קאמר בתמורה (דף כ"ט ע"א) ואי ס"ד אסירי להדיוט ל"ל קרא למעטינהו מגבוה ע"ש הא שפיר אצטריך לע"פ ע"א או על פי הבועלים וי"ל דשם רצה לומר מדאסור לגבוה אסור נמי להדיוט דילפינו הדיוט מגבוה ולכן קאמר שפיר דא"כ לכתוב קרא בהדיוט ולילף גבוה מיניה וכמו שפירשו התוס' שם בד"ה מנא ה"מ דהשתא אין לומר דא"כ לא הוי ידעינן בגבוה ע"פ ע"א דז"א דהא אי הוי פתיב בהדיוט ג"כ הוי מוקמינן סתמא לע"פ ע"א ג"כ פמו דמוקמינן השתא דכתיב בגבוה סתמא בין ע"פ ע"א בין ע"פ ב' עדים אבל הכא דפריה דלאסור להדיוט מדחייב מיתה בזה שפיר תירץ רש"י דאין להקשות דא"כ קרא בגבוה ל"ל דשפיר אצטריך לע"פ ע"א פיון דהשתא הטעם בהדיוט דוקא משום דחייב מיתה ואי הוה ילפינו גבוה מיניה ג"כ לא הוי ידעינן רק בכה"ג.

ובזה א"ש ג"כ מה שהקשה המהרש"ל למה לא פ"י רש"י דקושית הגמרא היא לפום הך ס"ד תאסר נעבד לישראל ולא לכתוב באמת קרא לגבוה דזה לא יקשה מידי דהא שפיר אצטרף קרא לגבוה לע"פ ע"א דלא שינה למילף מהדיוט השתא דלא פתיב קרא בהדיוט ורק בתמורה שם לא שינה לתרץ פן פדכתבנו ולכן פירש"י פן דהקושיא היא דליתסר באמת ומ"מ קרא לא מיותר דצריך לנעבד ע"פ ע"א: שם בא"ד.

וקשיא לן לל"ק ממשקה ישראל פתיב: לפי הנראה מסוגיא דתמורה (דף כ"ח ע"א) אין הקושיא דמשקה ישראל נילף פן אלא מק"ו מפעלי מומין וי"ל דרש"י פ"י כמו שפתיבו התוס' שם בד"ה טול אתה א"נ י"ל טול מה שהבאת כו' ע"ש דלפי תירוץ זה הקושיא היא ל"ל קרא לגבוה פיון שנהרגת וא"כ אסורה בהנאה להדיוט והיינו מפח ממשקה ישראל שכ' רש"י: שם בתוספות ד"ה זה קלונו מרובה.

ומשני זה קלונו מרובה: ואהא פריה נהרי אילנות דאין קלונו מרובה פ"י וא"כ אפתי נילף נעבד מאילנות כמו דאילן הנעבד מישראל דאיפא תקלה וקלון מועט טעון שריפה כמו כן בהמה הנעבדת ומשני בב"ח קאמרינו כו' ולכן לא שינה למילף דחס רחמנא עליה: שם ע"ב בגמרא מדסיפא תקלה וקלון: ק"ק דא"כ סיפא ל"ל דאם חייב אתקלה בלא קלון כש"כ אתקלה וקלון וא"ל דקתני סיפא להורות דאקלון לחוד ג"כ מחייבין וקא דקתני תקלה וקלון ולא קלון לחוד משום דאז ה"א דתתני בעינו תקלה וקלון כחוד ולכן פתיב תקלה וקלון דניילף מיתורא קלון דאף דבלא"ה הדבר דחוק מצד עצמו שיתנה תקלה וקלון להורות דחייבין על קלון לחוד גם מוכח עוד מסוגיא דלקמן דליתא דקאמר ת"ש דבר אחר שלא תהא בהמה כו' רישא קלון בלא תקלה והיכי דמי ישראל שפא על הבהמה בשוגג לא סיפא תקלה וקלון רישא תקלה בלא קלון כו' והשתא אי ס"ד פנ"ל מאי קאמר לא סיפא תקלה וקלון הא גם אי אמרינו הכי ע"כ מוכח דקלון לחוד בלא תקלה סגי דאל"כ סיפא ל"ל ובשלמא אהא דלקמן דרצה לאוקמא רישא בקלון בלא תקלה ל"ק דא"כ סיפא ל"ל פיון דהא שר"ל דמוקמינו רישא בקלון ומוציאם מפשטא היינו פדי לאוקמא רישא וסיפא תרנייהו בישראל וכמ"ש רש"י כאן.

ולכן ע"כ צריך לכתוב הסיפא דאל"כ מהיכי תיתי לאוקמא רישא בקלון ותני סיפא לגלויי ארישא אבל פאן קשה וי"ל דאי לא הוי תני סיפא ה"א באמת דרישא בתקלה לחוד איניי אכן ה"א כמו דסגי בתקלה לחוד כמו כן בקלון לחוד וישראל הפא על הבהמה בשוגג נהרג לכן תני רישא תקלה לחוד ובסיפא תקלה וקלון להורות דרק בתקלה לחוד סגי ולא בקלון לחוד ואהא תירץ דדלמ' אמרינו דרישא בקלון לחוד וסיפא אתי לאשמענו דבתקלה לחוד לא סגי: שם ברש"י ד"ה סיפא.

פגון ישראל שוגג פסבור מותר: זה סותר לכאורה למה שפתיב ריש פרייתות (דף ב' סוף ע"א) דאומר מותר לא מקרי שוגג אלא אנוס ושוגג גפי בהמה שפסבור לבא על אשתו שלא כדרכה ע"ש.

אכן בלא"ה דעתו שם צ"ע דמלבד זה דאמרינו לקמן בפירקין דאומר מותר שוגג מקרי וחיובין עליו חטאת אלא דגם לא שינה שוגג אחריתי רק אומר מותר בהא דחשיב ר' יוחנן שם (דף ג' ע"א) במגן הפרייתות הביא זכר עליו ע"ש ושם הארכתי: שם בד"ה ואם פא עלי' יבם.

ומתגורשת ממנו בגט: פאן מוכח דעת רש"י דנשואה קטנה אביה מקבל את גיטה וקדושין (דף י' ע"א) הוכיחו התוס' מתוך הירושלמי דאין מקבל ע"ש: שם ד"ה אוכלת בתרומה. הואיל ואין ביאתה ביאה: לפ"ז לא הנה צריך רבא ביבמות (דף נ"ז ע"ב) להביא ראיה מסיפא דמתניתין ורק מפח סברא דאמרינן הואיל ואין לה ביאה אין לה חופה כדקאמר שם בת ג' שנים וי"א הוא דמפסלה בביאה מיפסלה בחופה כו' דהא גם מרישא מוכח פן בפ"י מהא דקתני נשאת לכהן אוכלת בתרומה אבל קודם לא והיינו משום דחופתה לאו חופה וכפירש"י ולפי פירושי התוס' אתיא זה שפיר וגם לפי רש"י י"ל דניחא ליה להביא מסיפא דאפילו לקולא אמרינן דלא מיפסלה בחופה כמו דלא מיפסלה בביאה אבל מרישא לא הוי שמעינן רק דלחומרא אמרינן דאין חופתה חופה אכן מ"מ הוצרכו התוס' לפירושיהם נגד פ"י רש"י דאף דאין לה חופה ואינה רק ארוסה מ"מ תאכל בתרומה דהא מדאורייתא כל ארוסה אוכלת בתרומה ורק רבנן אסרו משום סמפון או משום שמא תמזוג כדענולא וב' טעמים אלו לכאורה לא שייכי גבי קטנה שנסואת: שם בתוספות ד"ה וסייבין עליה משום א"א.

כמו וסייבין עלי: פ"י וזה ע"כ לאו בקדושי ביאה איירי לפי רש"י דאל"כ היאך תליא חיובא דלאחר ג' משום דאז חזיא לביאה משא"כ קודם ג' תיפוק לי' דקודם ג' אינה א"א כלל פ"י דלא תפסי בה קדושי ביאה ולכן מה שפטורה אז אינו משום דלא חזיא לביאה אלא משום דאינה א"א ולכן ע"כ צ"ל דאיירי בקדושי כסף דאז היא א"א קודם ג' ואפ"ה פטורים עלי משום דאין ביאתה ביאה: שם בא"ד.

וי"ל דכנולה אקדושי ביאה דרישא קאי: פירוש אקדושי ביאה דיבם וקרי להו קדושי ביאה סתם נגד זה מה שכתבו בהקושא דע"כ בקדושי כסף איירי. ומדברי המהרש"א נראה שמפרש דקאי ארישא דבת ג' שנה ויום אחד מתקדשת בביאה.

ולפענ"ד אין זה במשמעות דברי התוס' גם מה שהקשה המהרש"א בזה דלמא אצטריך וסייבין משום א"א דלא נימא דפטורין עליה כמו שפטורין על אשת קטן לא הבנתי דמהיכי תיתי לומר פן דהא גם באשת קטן לא ממעטינן אלא משום דכתיב איש פרט לקטן ולמה נילף קטנה מיניה.

ועוד דהא זה כבר הוא בכלל אם בא עליה אחת מכל העריות וכן נשית התוס': שם בד"ה ואינו מאכיל דאינו מאכיל ביבמתו קאמר: התוס' בזה לשיטתם אזלי דסברי בקדושין (דף י"ט ע"א) דיבמה לקטן פן ט' אינה קנויה רק מדרבנן ואינו יורשה ומטמא לה ולכן אינה אוכלת ג"כ בתרומה.

אבל רש"י לשיטתו לא הנה יכול לפרש כפירושה פ"י דהוא סובר דנקנית ליבמה מדאורייתא ויורשה ומטמא לה א"כ אוכלת ג"כ בתרומה דהא אשתו היא מדאורייתא לכל דבר ורק לענין דאשת איש מיעטה קרא.

אכן שיטת רש"י בנדה (דף מ"ד) צ"ע ע"ש: שם דף נ"ו ע"א בגמרא ואימא מברז הוא: א"ל דא"כ לא תקלל למאי אתי. די"ל דאתיא לאזהרה בעלמא למקלל כמו דאתיא לפי האמת לא תעשון פן לה' אלהיכם לאזהרה בעלמא למזחק את השם ולא לאזהרת מיתה: שם בענין שם בשם וליכא: ק"ק הא לקמן מצריך ר"מ קרא דאיש פי יקלל אלהיו לרבות

כָּל הַכִּינּוּיִים דְּמִנּוּקָב שֵׁם ה' לֹא יִדְעֵנוּ רַק שֵׁם הַמִּינּוּחַד וּא"כ אִי נּוּקָב הֵינּוּ מִבְּרִז לִיפֹא לְרַבּוֹת כִּינּוּיִים מֵאִישׁ כִּי יִקְלָל וּמִצָּרְכִינוּ בְּנֻקְבוֹ שֵׁם לְזֶה דְּפִירוּשׁוֹ כָּל הַכִּינּוּיִים פִּינּוּ דְלֹא כְּתִיב בְּיָה שֵׁם ה' כְּדִכְתִּיב בְּרִישָׁא דְקָרָא.

וּמִטַּעַם זֶה פָּסַק הַרְמְב"ם בַּפ"ב מֵהַל' עֲכו"ם דְּאֵם מְגַדֵּף שֵׁם הַמִּינּוּחַד בְּאַחַד מִן הַכִּינּוּיִים חֲזִיב ע"ש וּא"כ מֵאִי מְתַרְץ בְּעֵנָּה שֵׁם בְּשֵׁם וְלִיפֹא הַשְׁתָּא מִנ"ל כָּלֵל דְּדַרְשִׁינוּ מִבְּנֻקְבוֹ שֵׁם לְרַבּוֹת שֵׁם בְּשֵׁם דְּלִמָּא אֲצַטְרִיף לְרַבּוֹת כִּינּוּיִים.

וְכֹן קָשָׁה לְרַבְּנָן אֲפִילוּ לְפִי הָאָמֶת פִּינּוּ דְלִית לֵהוּ דְרִשָׁה דַר"מ לְרַבּוֹת כִּינּוּיִים מֵאִישׁ כִּי יִקְלָל א"כ מִנ"ל לִילָף מִבְּנֻקְבוֹ שֵׁם לְשֵׁם בְּשֵׁם דְּלִמָּא אֲתִי לְרַבּוֹת כִּינּוּיִים. וּמִזֶּה הֵינָה נִלְעַנ"ד לְכַאוּרָה רְאִיָּה לְדַעַת הַרְמ"ה שֶׁהֵבִיא הַכ"מ בְּהַרְמְב"ם (שֵׁם) וְכֹן נִרְאָה גַם דַּעַת רַש"י בְּחֻמְשׁ דְּאִינוּ חֲזִיב עַד שֶׁיִּקְלָל שֵׁם הַמִּינּוּחַד בְּשֵׁם הַמִּינּוּחַד מִשּׁוּם דְּבְנֻקְבוֹ שֵׁם ג"כ שֵׁם הַמִּינּוּחַד דְּנֻקָא מִשְׁמַע דַּלְפ"ז קְנוּשִׁיּוֹת הָאֵלוֹ אֲתִינּוּ שְׁפִיר: שֵׁם וְדַלְמָא עַד דְּעֵבִיד תְּרַנּוּיָהוּ: פִּירוּשׁ מִשּׁוּם דְּנוּקָב מִשְׁמַע פִּירוּשׁוֹ וּמְקַלָּל מִשְׁמַע מֵאִישׁ כִּי יִקְלָל וְאִזְהַרְתּוּ מֵאֲלֵהִים לֹא תִקְלָל וּא"ל אִיף אֲפֹשֶׁר לֹא מֵר כֹּן הָא גְבִי נּוּקָב כְּתִיב דְּבַעֲיָנוּ שֵׁם בְּשֵׁם וְלִיפֹא דְהָא הֵךְ תִּירוּצָא לֹא סָבַר הֵךְ דְּשֵׁם בְּשֵׁם דַּא"כ ל"ל לְתִירוּצָא הָא בְּתִירוּצָא קָמָא סְגִי אַע"כ דְּסָבַר דְּמִשּׁוּם הֵךְ סָבַר לְחֻד לִית לָן לְמִידְחֵי הֵךְ דְּמִבְּרִז אוּ דְפִרִישׁ.

וְלָכֵן א"ש ג"כ דְלֹא תִקְשִׁי אִיף אֲפֹשֶׁר לֹא מֵר עַד דְּעֵבִיד תְּרַנּוּיָהוּ הָא לֹא כְּתִיב רַק נּוּקָב וְאִי מִשּׁוּם דְּיִלְפִינּוּ הֵךְ נּוּקָב מוּיָקָב וּיִקְלָל מַה לְהִלָּן קִלְלָה עֲמוֹ אֵף כָּאן. א"כ מֵאִי מְתַרְץ מִדְלֹא כְּתִיב הוּצָא אֶת הַנּוּקָב וְהַמְקַלָּל הָא אַחַד בְּכָלֵל חֲבִירוֹ הוּא אֲכֹן לַפ"ז א"ש דְּהַקְנוּשָׁיָא הוּא דְמְקַלָּל כְּתִיב ג"כ בְּפִירוּשׁ דְּאִישׁ כִּי יִקְלָל אֲלֵהִיו: שֵׁם גֵּר וְאִזְרַח הוּא דְבַעֲיָנוּ שֵׁם בְּשֵׁם.

א"ל דַר"מ הָא מִנ"ל פִּינּוּ דְמִצָּרִיף גֵּר וְאִזְרַח לְמַעַט כּוֹתִי מְסַקִּילָהּ. דִּי"ל דְתַרְתִּי שְׁמַעִית מִינִיָּה דְהִכָּא דְרִשִׁינוּ הֵךְ דִּינָם דְכְתִיבִי גְבִי יִשְׂרָאֵל לֹא נִהְגוּ רַק בְּיִשְׂרָאֵל.

וְכֹן צ"ל ע"כ דַר"מ אֲתִי גֵּר וְאִזְרַח ג"כ לְהַכִּי דְלְכַאוּרָה קָשָׁה ל"ל לַר"מ אִישׁ לְרַבּוֹת נְכָרִים שְׁחִיבִים עַל כְּנוֹי הָא גַם בְּמַה מְצִינוּ הֵינּוּ לְמַדִּין כֹּן נְכָרִי מִיִּשְׂרָאֵל דְהָא מְפָנִי הֵךְ טַעְמָא מִצָּרְכִינוּ מִיַּעוּטָא לְרַבְּנָן לְמַעַט דִּין שֶׁיִּקְלָל שֵׁם בְּשֵׁם גְבִי נְכָרִי אֵף דְנְכָרִי לֹא כְּתִיב כָּלֵל בְּהֵאִי פְרִשָׁה לְרַבְּנָן מ"מ הוּי יִלְפִינּוּ בַמ"מ כֹּן אִי לָאו מִיַּעוּטָא וְרַק לְעֵנָּה מִיַּעוּט מְסַקִּילָה לֹא מִצָּרְכִינוּ קָרָא לְרַבְּנָן פִּינּוּ דְלֹא אֲתַרְבִּי נְכָרִים בְּהֵאִי פְרִשָׁה אוּקְמוּהָ אֲדָם דְעָלְמָא שְׁנָכְרִי בְּסִיף אֲבָל הָא דְשֵׁם בְּשֵׁם הוּי יִלְפִינּוּ אִי לָאו מִיַּעוּטָא וּא"כ כְּמוֹ כֹן נִילָף לַר"מ כִּינּוּי בְּנְכָרִי מִיִּשְׂרָאֵל וּל"ל רַבּוּנִי דְאִישׁ אִישׁ וּא"ל פִּינּוּ דְלִדִּיזְיָה צָרִיף לְמִיכְתַּב גֵּר וְאִזְרַח לְמַעַט נְכָרִי מְסַקִּילָה וּא"כ הוּי מְמַעֲטִינוּ ג"כ כִּינּוּי גְבִי נְכָרִי מִינִיָּה אִי לָאו רִיבּוּיָא דְאִישׁ דַּז"א דְאִי לֹא כְּתִיב אִישׁ לְרַבּוֹת נְכָרִי גַם מִיַּעוּט לְסַקִּילָה לֹא הֵנָּה מִצָּרְכִינוּ לַר"מ כְּמוֹ לְרַבְּנָן פִּינּוּ דְאִז לֹא אֲתַרְבִּי נְכָרִי בְּהֵךְ פְרִשָׁה אַע"כ מוּכַח לְכַאוּרָה דַר"מ אֲתִי גֵּר וְאִזְרַח ג"כ לְמַעַט שֵׁם בְּשֵׁם גְבִי ב"נ.

וְלָכֵן אִי לֹא הוּי כְּתִיב אִישׁ הוּי מְמַעֲטִינוּ מֵהֵךְ דְגֵּר וְאִזְרַח דְצָרִיף לְכַתּוּב לְמַעַט שֵׁם בְּשֵׁם גַם כִּינּוּי לָכֵן ע"כ כְּתִיב גַם אִישׁ וּמִמִּילָא מִצָּרְכִינוּ מְאִזְרַח לְמַעַט ג"כ סְקִילָה גְבִי ב"נ: שֵׁם אֲבָל כּוֹתִים לֹא בַעֲיָנוּ שֵׁם בְּשֵׁם: א"ל מִי אִיכָּא מִיָּדִי דְלִיִּשְׂרָאֵל שְׁרִי וּלְנְכָרִי אֲסוּר

דודאי גם ישראל מוזהר אפילו בלא שם בשם דהא באזוהרה דאלהים לא תקלל סתמא
פתיב וגם לענין עונש מיצט קרא בלא שם בשם: שם ברש"י ד"ה וגלוי עריות.

פולן חוץ מנערה המאורסה: ואף דאמרינו לקמן (דף נ"ח ע"ב) פותי מותר בבתו הרי
דאיכא גם בתו מ"מ הא לא פסיקא דהא איכא דאמרי פליג שם. אכן דעת הרמב"ם (פ"ט
מהל' מלכים) דאין ב"נ מוזהר רק על שש עריות ע"ש: שם בתוספות בד"ה איש כי
יקלל.

וי"ל דהכא דריש כי יקלל: א"ל דאפתי פרת גפי שם המיוחד מנ"ל למ"ד מגדף היינו
ע"ז דונשא חטאו גפי פינויים פתיב. די"ל דהא שם המיוחד איכא ג"כ בכלל אלהיו כמו
שהוא בכלל אזוהרה דאלהים לא תקלל וכמ"ש רש"י.

אלא דהא קשה לכאורה אהא דאמרינו בפסחים שם דלמ"ד מגדף היינו מברך א"ה מותר
ונשא חטאו לילך מינ' פרת בפ"ש הא אפתי מצרכינו לגופיה ליליף מיניה פרת לכינויים
דהא גפי מגדף פתיב את ה' הוא מגדף דהוא ג"כ שם המיוחד דוקא וא"ל פינו דכבר
ידעינו פרת במגדף בשם המיוחד ה"ה ג"כ בכינויים פינו דגם באזוהרה דאנהים לא תקלל
נכללו תרנויהו דא"כ מאי מקשו התוס' למ"ד מגדף ע"ז הא אצטריף כי יקלל לגופיה
דלמא סבר ה' מ"ד שם פרבנו דהכא דכינויים באזוהרה.

ולכן אף דאחיא לגופיה לחייב פרת במברך שם המיוחד מ"מ ידעינו פרת גם בכינויים
פינו דכבר מוזהר עליהו בלאו דאלהים לא תקלל דהכל בכלל ור"מ י"ל דסובר כמ"ד
מגדף היינו מברך השם וסובר באמת דבפסח שני אין פרת וצ"ע: שם בד"ה ועל הכינויים
באזוהרה.

וכי יקלל אתי לכרת: פירוש לאזוהרת ל"ת אבל מלקות ליכא דהא לאו שאין בו מעשה
הוא נאפילו למ"ד לוקין הכא אין לוקין דה"ל ג"כ לאו שניתן לאזוהרת מיתת ב"ד דהא
אתי ג"כ לאזוהרת שם המיוחד: שם ע"ב בגמרא מאי בינייהו.

הרמ"א בתשובה (סי' ט') הקשה למה לא מקשה גם אפלוגתא דר' יוחנן ור' יצחק מאי
בינייהו אי ילפינו ע"ז מויצאו ודינים מאלהים או איפכא והוכיח מזה דין חדש ע"ש.
ולפענ"ד י"ל דאפלוגתא קמיינתא ל"ק מאי בינייהו די"ל משמעות דורשין איכא בינייהו
דזה דריש לישנא דקרא הכי וזה הכי פדאשפחן כה"ג בכמה דוכתי בש"ס אבל אהא דרב
חסדא ור' יצחק פריף דע"כ צ"ל דאיכא נפקותא לדינא בין ב' הדרשות דאל"כ למה
מיייתי הסד דאמר סרו מהר קרא דנביאים ולא קרא דתורה דעדיף בכ"מ וכה"ג הקשו
גם התוס' ביומא (דף כ"ח ריש ע"א) ע"ש אע"כ דאיכא נפקותא לדינא בין ב' הדרשות
והוא קבל הדין כמשמעות קרא דנביאים ולכן הביא אותו קרא והיינו דפריף מאי בינייהו.

וכן נלענ"ד דלפי תירוץ רמ"א בתשובה אפתי יקשה דעכ"פ ה"ל להש"ס להזכיר גם
נפקותא בפלוגתא דר"י ורבי יצחק כמו דמזכיר בפלוגתא רב חסדא ור"י: שם אלא
למעוטי שלא פדרפה: הרמב"ם (פ"ט מה' מלכים ה"ב) פסק דאף דאין ב"נ נהרג על
אותן דברים שאין ישראל נהרג עליהם מ"מ איסורא איכא ואין מניחים לב"נ לעשות
מצבה או פסל אפי' לנוי.

ולכאורה י"ל פ"נ דאמרינו דאין ב"נ מוזהר עליה מנ"ל איסורא גבי ונושאי פליו לא הביאו מראה מקום לדין זה. גם יש לדקדק שהרמב"ם שינה מלשון הברייתא דבברייתא קאמרינו דאין ב"נ מוזהר עליה והוא פתב שאינו נהרג עלי.

והנראה לפי ענ"ד דלפי העולה מסוגיין דלפנינו למ"ד פותי שעשה ע"ז ולא השתחנה לה חייב וא"כ ע"כ מה דקתני בברייתא אין ב"נ מוזהר עליה היינו בעבודה שלא פדרפה וכיון שאינו מוזהר עליה ליכא גבי איסורא פלל דהא ליכא גבי לאו לחודא כמו גבי ישראל אבל למ"ד כי הואיל הלה לא מיחייב בעשיה א"כ י"ל דהברייתא ממעט עשיה דוקא גבי ב"נ אבל שלא פדרפה מיחייב וכיון דלא איפסק הלכתא בש"ס אי מיחייב אעשיה או לא וגם לית לן למיפסק הלכתא פלל פ"נ שלא הוזהר רק חד אמר כו' וחד אמר כו' ולא מאן דיליף מהואיל ומאן דיליף מעשו לכן פסק הרמב"ם שפיר דמספק אין ב"נ נהרג בין אעשיה בין אשלא פדרפה דמספק לא קטלינו ליה כמו לישראל אבל לענין איסור אזלינו הכא והכא לחומרא ושניהם אסורים ולכן לא נקט רק לשון א"נ ולא אינו מוזהר דא"א מהם באמת מוזהר רק דלא נהרג על שניהם פ"נ דלא ידעינו אהי מינייהו מוזהר: שם ואמר ר"י פאשר צוה במרה: רש"י בפירושו על התורה פירש אקרא דכאשר צוה אף על כבוד או"א נצטוו במרה שנאמר שם שם לו חוק ומשפט עכ"ל.

ואף דהכא משמע דמכאשר צוה אתיא ולא משם שם לו י"ל דרש"י סובר דמצרכינו גם הך דשם שם לו דאף דמוכח מכאשר צוה דנצטוו קודם מפי תורה מ"מ עדיין מנ"ל דבמרה נצטוו לכן מיייתי קרא דשם שם לו חוק ומשפט דמשפט הם דינים וחוק הם שבת וכבוד אב ואם וכן משמע ג"כ מפירוש רש"י בשבת (דף פ"ז ע"ב) ע"ש ובתוס': שם לא נצרכה אלא לעדה ועדים והתראה: הרמ"א בתשובה הנ"ל הקשה למה לא קאמר דהוסיפו עליהם איך ידונו דדינים לב"נ אינו רק ע"פ גמוסי' שלהם ומזה רצה להוכיח דב"נ מצווין לדון בדין ישראל.

ולפענ"ד י"ל קושיתו ע"פ מה דאמרינו במכילתא הביאה רש"י בחומש והתוס' בשבת (דף מ"ג ע"ב) ואלה המשפטים ר"א ואלה מוסיף על הראשונים מה הראשונים מסיני אף אלו מסיני ולכן פריף שפיר דא"ל דבמרה נתנו להם הדינים איך ידונו דהא זה בסיני ניתנו להם ואף דרבי יהודה פליג שם במכילתא וסובר דדינים דנאלה המשפטים במרה נצטוו מ"מ פריף בגמרא הכא שפיר דע"כ הברייתא די מצות נצטוו במרה לאו כו' יהודה דא"כ ליחשב נמי גיד הנשה פ"נ דהוא המ"ד בפירק גיה"נ דלכני יעקב נאסר וקקושית התוס' בד"ה עשר מצות ובשלא מה שהקשו התוס' עוד דליחשב מילה י"ל דלא חייב רק אותן המצות שנצטוו במרה פדיליף מקרא דשם שם לו חוק ומשפט אבל מילה י"ל דלא נצטוו במרה פלל דלאיזה צורה יהיו נצטוו פן פ"נ דכבר נשנית הציווי להם במצרים וכולם מלו שם והנולדים בדרף לא הוצרכו למול אותם משום חולשא דאורחא וגם שלא נשב רוח צפונית וכדאמרינו ביבמות (דף ע"א ע"ב) אבל גיה"נ ודאי הו"ל למיחשב דמסתמא כמו שנצטוו ישראל במרה אשאר מצות דב"נ לשם ישראל כמו כן נצטוו אנדי הנשה אע"כ דברייתא לא אתיא פרבי יהודה ולכן פריף בגמרא שפיר.

ועיין מש"כ התוס' בהוריות (דף ח') ע"ש: שם ריב"ב אומר אף על ברכת השם: ק"ק דלתנא דבי מנשה דלית ליה ברכת השם בב"נ קרא דכגר וכאזרח למאי אתי וכדפריף

לעיל לר' יצחק נפחא אליבא דרבנן וכו' לא ש שייך תירוץ הגמרא דלעיל: שם פרש"י ד"ה פאשר צנה.

וכל מה שפתיב בדברות האחרונות הנה פתוב בלוחות: ק"ק הא אמרינן בב"ק (דף נ"ה ע"א) מפני מה לא נאמר בדברות הראשונות למען ייטב מפני שסופן להשתבר ונהרי ע"כ בסיני נאמר א"כ משמע שלא הנה הכל מה שנאמר בסיני פתוב בלוחות א"כ כמו שלמען ייטב לא הנה פתוב בלוחות הראשונות דלמא פאשר צנה לא הנה פתוב ג"כ בלוחות האחרונות.

וי"ל פיון דמה שנאמר בב' הדברות בדבור אחד נאמר פדאמרינן זכור ושמור בדב"א נאמרו א"כ פיון שנכתב פעם אחת באחת מהלוחות סגי אבל פאשר צנה פיון שנכתב פעם אחת בהלוחות ע"כ בסיני נאמר: שם בתוספות ד"ה לא נצטוה.

דב"נ נצטוה אחר המבול: אין לפרש דאפוליהו אחר המבול נצטוה דא"כ יקשה פיון דלא דריש ניצו ע"ז וג"ע מנ"ל וכדפריה בש"ס אתנא דבי מנשה דלא שייך למילף מותשחת הארץ דכתיב קודם המבול אלא דכוננת התוס' היא מהם אחר המבול נצטוה ולא פולם פגון שופך דם ואבר מן החי אלא דק"ק דלפ"ז מי דחק לר' יצחק נפחא לאוקמא פרייתא דלעיל דמרה מאיש נכרים שמןזהרים על ברפת השם פישראל כר"מ ולענין פינויים לאוקמי כר' יהודה דהא בלא"ה סתם ספרא אליב' אזלא ובעיקר ברפת השם דלא קשה קושית הגמרא דלעיל דהא ברפת השם מה' אתיא דהא ר"י לית ליה דרשה זו ובשלמא פתנא דבי מנשה לא אתיא פיון דאמר דב"נ לא מצווין רק על ז' מצות ואי מרבינן נכרים לענין ב"ה מאיש הרי איפא ח' אבל לר' יהודה דלית ליה ג"כ דרשה דויצו ואפ"ה אית ליה דב"נ נצטוה על אינה מצות אחר המבול דלמא גם על ב"ה נצטוה מריבויא דאיש איש דהא גם ר"ש אמרי בי רב יליף לקמן ברפת השם לב"נ מאיש איש: שם דף נ"ז ע"א בגמרא דבר ערוה שנאמר פי השחית כל בשור: א"ל למה לא יליף בקיצור גילוי עריות מקרא זה ול"ל למילף מותשחת הארץ ונהדר ותשחת מקרא זה דכי השחית די"ל דבקרא דכי השחית לא הוזכר רק דהשחיתה היא גילוי עריות אבל אפתי לא מוכח דהשחיתה זו היא רע בעיני המקום לכן הביא קרא דנתשחת דכתיב בי' לפני אלהים: שם גזל דכתיב פניך עשב: ק"ק לילף ג"כ מדכתיב פי מלאה הארץ חמס מפניהם שהוא גזל פדאמרינן לקמן (דף ק"ח ע"א) וי"ל דניחא ליה להביא מקרא זה דכתיב בי' בלשון ציווי פי כן נצטוה נח מאת הקב"ה: שם ואידך לברכה בעלמא: ק"ק הא לקמן (דף נ"ט ע"ב) משמע דהך קרא דואתם פרו ורבו שרצו בארץ למצוה נאמר ולא לברכה דפריה ונהרי פריה ורביה כו' ע"ש.

וענין מ"ש המהרש"א שם: שם ע"א נמי איתרבאי מאיש איש: ענין במהרש"א שפירש עפ"י דברי התוס' דלקמן דזה אליבא דר"מ אזלא דדריש איש ואין לפרש דגם אליבא דרבנן קאי לפי מה שכתבו התוס' לעיל דרבי מיישא אית ליה ג"כ אליבא דרבנן דאיש איש אתי לרבות נכרים ומטעם זה מרה מפגר פאזרח ב"נ לכינויי דאיה יש לרבות מיתה לב"נ מאיש איש הא איש גבי פינויי פתיב ובפישראל גופא אין מיתה גבי פינויי לרבנן אכן ק"ק פיון דלפ"ז רב ע"כ אליבא דר"מ קאמר א"כ מאי פריה ונהתניא בע"א דברים שב"ד ש"י ממתין כו' דלמא ההיא פרבנן אתיא דלית להו איש איש ולכן אין

מיתה בע"א אכל רב כר"מ ולכן שפיר גליף מיתה מאיש איש דהא מאן דדריש איש איש דריש ליה לכל מילי וכמו שכתבו התוספות לקמן (ע"ב): שם פרש"י ד"ה בע"א נמי.

פתיב גבי מולך איש איש: ק"ק דהתינח למ"ד לקמן (דף ס"ד ע"א) דמולך נמי ע"א הוא אלא למ"ד דלאו ע"א הוא ורק בישראל אתרבי לחיובא א"כ פיון דבב"נ ליפא אנהרה עליו לא מהני האי איש דגבי מולך לענין ע"א וא"כ מאי פריף אלפיא דרב הא הוא אלפיא דר"מ קאמר ודלמא סבר ר"מ פהף מ"ד דלאו ע"א הוא וא"כ לא פתיב איש איש בע"א.

וי"ל פיון דר"מ דריש איש איש לרבות נכרים ומאן דדריש חדא דריש לכולהו וכמ"ש התוס' א"כ פי פתיב איש איש גבי מולך ע"כ אתי לרבות נכרים וא"כ או דסבר כמ"ד דע"א הוא ונהרי הוא בכלל אנהרת ע"א או דסבר כמ"ד בברייתא דלעיל דכל מה דאמור בפ' פישוף ב"נ מונהר עליו ובכלל זה ג"כ אנהרת מולך דל"י בף מעביר בנו ובתו פאש ולכן פריף שפיר דממנ"פ ליחשב עוד חדא או דריש איש איש או ע"ז או מולך אלא דק"ל למ"ד לקמן על ז' מצות ב"נ נהרג דגלי רחמנא באחד מהם וה"ה לכולהו א"כ איש איש דגבי מולך ל"ל וכמו דפריף בש"ס אאיש איש דגבי מברך א"ה ודגבי עריות ולענין זה לא שייכי תירוצי הגמרא ואפשר לומר פיון דאמרינו לענין ע"ז דכל שאין ישראל נהרג עליו אין ב"נ מונהר עליו ולענין עריות לא אמרינו הכי לקמן דסברי חכמים הרבה עריות יש שאין ב"ד ש"י ממיתין עליהן וב"נ מונהר וסיינו משום דרבנן דרשי איש איש לעריות דיון ולאמר לעריות דידהו כמבואר לקמן.

אכן זה שייף דוקא לענין עריות אבל לענין ע"ז ליפא למימר פן דהא גם מויצו או מאלהים דילפינו לעיל ע"ז מינה לית לן לרבויה אלא כמו בישראל דהא אתיא מן הדרף אשר צויתים או מהלך אחר צו ולר"י מאלהים אחרים ע"פ דכתיב גבי ישראל ולכן אתיא איש איש להורות דדוקא בכדרכו בישראל נהרג איהו נמי נהרג דשנה פולו לישראל דה"א דכמו דבישראל איפא לאו בשלא פדרפו ה"ה ג"כ בב"נ וממילא אנהרתן זו היא מיתתן אתי איש איש להורות דרק בדברים בישראל נהרג עליהם איהו נמי נהרג: שם ד"ה על הגזל.

וכן יפת תאר דהני נמי גזל: דקדק לפרש את אשתו אף דיפת תאר שייף ג"כ בפנויה דבפנויה לא שייף גזילה דלמא גזל אותה דהא אפילו קטנה או נערה שיש לאביה רשות עליה לא שייף גזילה לגבי אביה דרק בישראל גלי קרא פן דמוכרה פשהיא קטנה או שאר זכיות שזיפה לו רחמנא בה אבל בב"נ דלא גלי קרא לא אכן ק"ק פיון דלא שייף איסור גזילה ביפת תאר רק פשהיא א"א שקנויה לבעל וזה דוקא בשפכר בא עלי לשם נשואים א"כ ל"ל משום גזל תיפוק דחייב משום א"א פיון דלב"נ לא שריא רחמנא יפת תאר א"כ איסור א"א בדרךמה קאי וי"ל דלענין יפ"ת התיירה התורה ב' דברים הא' איסור גזל וראית בשביה ולקחת והב' פשבא עלי' אח"כ איסור א"א ונהף יפ"ת דאירינן בה ה"א היינו פשלקחה ונהביאה ברשותו אפילו שלא בא עליה איפא משום גזילה גבי ב"נ: שם בד"ה משום דקבעי למיתני סיפא.

ומשמע פטור מן המיתה: א"ל דאיהו אפשר למיטעי פן דא"כ מ"ש ישראל בכותי דוקא דנקט ליתני חידוש טפי דאפילו ישראל בישראל נמי דינא הכי וכמו דפריף לקמן די"ל

דאי הוי תני ישראל בישראל ה"א דישראל בכותי מותר לגמרי לכה תני פטור לאשמעין דעכ"פ לאו איפא וגם א"ל דא"כ לפי האמת דישראל בכותי מותר לגמרי ליתני באמת ישראל בישראל וליתני לשון חיוב ופטור די"ל דאפתי ה"א דישראל בכותי מותר מדאורייתא אבל אי גם מדרבנן מותר זה לא הוי ידעין לכה תני לשון מותר דמשמע מותר לגמרי אפילו מדרבנן ומפני זה הוצרך רש"י לפרש בסוף דבריו דס"ל כמ"ד מותר ממש: שם בד"ה התירא הוא.

הא ישראל בישראל אסור: קצת קשה מאי ראיה לזה דלמא באמת גם ישראל בישראל מותר והא דלא קתני רבותא טפי משום דגם דהך כותי בכותי כו' גם אגזל ויפ"ת קאי וכה לא שניק למימר דישראל בישראל מותר.

ועו"ק לפי מה דאמרינן בב"מ (דף ע"א) דהיה עושה בתאנים וגרוגרות שנגמרה מלאכתן למעשר אינו אוכל וא"כ דלמא לכה לא נקט ישראל בישראל משום דבכל ענין איירי אפילו בדבר שנגמרה מלאכתן למעשר וכה דוקא ישראל בכותי מותר כותי אינו חייב במעשר אבל ישראל בישראל לא פיון שנגמרה מלאכתן למעשר אבל מ"מ גזל לא הוי.

עו"ק דכי דייק מסיפא מדלא קתני דאפילו ישראל בישראל מותר דאסור אדרבה לידוק מרישא איפא מדקתני דוקא כותי בישראל אסור משמע הא ישראל בישראל מותר דאל"כ ליתני רבותא טפי.

ומזה לכאורה ראיה לפי בתרא דרש"י דמפח מי איפא מידי פריה דכה הפל א"ש אף דגם על פי זה י"ל מ"ש דדוקא מדהתיירא הוא ישראל בישראל פריה לפרוה בקיצור פיון דישראל בכותי מותר וכותי אסור מי איפא מידי ועיין בר"ן: שם בד"ה נהרג עליו.

דהיינו שפחה חרופה: פי' כגון שישראל ייחד שפחה כנענית לעבדו עברי ונתארסה לו ואח"כ בא עליה הוא באיסור דשפחה חרופה ופי' רש"י כאן אליבא דר' ישמעאל דסובר בכריתות (דף י"א ע"א) חרופה היא שפחה ודאית אכן גם לר"ע דפליג שם וסובר דחצינה שפחה וחצי' ב"ח היא שפחה חרופה מ"מ איפא איסורא לדידיה גבי שפחה משום לא יהיה קדש דהוא סובר כדרש התרגום דזה קאי אשפחה וכמו שכתב הר"ן לעיל (דף נ"ד ע"ב) ונקט רש"י איסור זה דשפחה חרופה משום שזה נזכר בפירוש בש"ס ואיסור דל"י קדש לא נזכר בפי' ומה שהניח המהרש"א דעת רש"י בצ"ע לא נתברר לענ"ד כלל: שם בד"ה פיוצא בו.

דאלו שופך דם בשוגג: רש"י בזה לשיטתו אגזל דסבר במכות (דף ט' ע"א) דב"נ נהרג על השוגג ולכן שפיר הוי משפחת לכאורה פיוצא בו ע"י שוגג כותי בכותי וכותי בישראל חייב וישראל בכותי פטור וישראל בישראל פטור אבל אסור וא"כ לא שניק מי איפא מידי ולזה הוצרך רש"י לתרץ דשפיכות דמים גמור הוא אבל לפי מה שכתב הרמב"ם (ר"פ יו"ד מה' מלכים) דב"נ אינו נהרג על השוגג בלא"ה ל"ק קושית רש"י אכן מ"מ צריך לתירוץ גם אליבא שיטת הרמב"ם פי היכי דלא יקשה דמשפחת ע"י אומר מותר דחייב ב"נ עליו וישראל פטור כמ"ש הרמב"ם שם: שם ע"ב בגמרא שהוא בגופו של אדם הוי אומר זה חנק: ואף דשריפה נמי אמרינן לעיל (דף נ"ב ע"א) דהוי

שְׂרִיפֵת נִשְׁמָה וְגוֹף קָיִים מִכ"מ ל"ק דְּלָמָּא שְׂרִיפָּה הוּא דְּהוּא אֵינוֹ מֵת ע"י שְׂפִיכַת דְּמִים בְּפָנִים כ"א ע"י שְׂרִיפֵת הַבְּנֵי מַעִים אֲבָל בְּחֻקְ הַמֵּיתָה הִיא ע"י שְׂפִיכַת דְּמִים מִבְּפָנִים: שָׁם וְהָיוּ לְבָשָׂר אֶחָד הַדָּר עֲרַבְיָהּוּ קָרָא: ק"ק דְּאִישׁ דְּגָבִי עַל פְּנֵי יַעֲזֹב לֹא לְכַתּוּב וּמִמִּילָא לֹא אֶצְטְרִיף גַּם וְהָיוּ לְבָשָׂר אֶחָד לְהַדְּ דְּרָשָׁה דְּעֲרַבְיָהּוּ וּבְשָׂלְמָא גַבִּי מִיַּד אִישׁ ל"ק ל"ל דְּהָא אֶצְטְרִיף לְפָסוּל אִשָּׁה לְעֵדוּת וְלָדוֹן רַק אִי לֹא רִיבּוּי' דְּשׁוֹפָה דָּם הָאָדָם הָיוּ מוֹקְמִינּוּ לִיהָ לְמַעַט אִשָּׁה מִמֵּיתָה אֲבָל הָדָּ דְּגָבִי לֹא יַעֲזֹב דְּלֹא אֶצְטְרִיף לְדְרָשָׁה בְּזָה קִשָּׁה ל"ל: שָׁם אִישׁ אִישׁ לְרַבּוּת אֶת הַנְּכָרִים.

הַרְמַב"ם בִּס' הַמְצֹזוֹת (ל"ת ש"ג) וְכֵן בְּחִיבּוּרוֹ חָשִׁיב ע"פ הַסְּפָרִי ל"ת דְּאִישׁ אִישׁ לֹא יִקָּרֵב לְגִלּוֹת עֲרוּהָ לְלֹאוֹ אַחֲבּוּק וּנְשׁוּק דְּעֲרִיּוֹת וְשְׁלוּקִין ע"ז וְהַרְמַב"ן שָׁם הִשְׁיִגּוֹ וּכ' דְּלֹאוֹ זֶה פּוֹלֵל כָּל הָעֲרִיּוֹת אֲבָל אַחֲבּוּק וּנְשׁוּק לֹא קָאִי עֵינֵן שָׁם.

וּלפ"ז יֵשׁ לְתַמְנָה עַל הַרְמַב"ם לְפִי מַה דְּאֶמְרִינּוּ לְעֵיל (דָּף נ"ו) דְּהָא דְּמַרְבִּינּוּ מֵאִישׁ אִישׁ כְּפִינּוּיִים ע"כ כר"מ אֶתְיָא דְּסוֹבֵר דְּגַם בְּיִשְׂרָאֵל אֵיפָּא מֵיתָה דְּלַרְבָּנּוּ דְּאָרְף דְּאֵיפָּא אֲזַהְרָה וְכָרַת כַּמ"ש הַתּוֹסֵף שָׁם מִכ"מ פִּינּוּ דְּלֵיפָּא מֵיתָה לֹא שְׁיִיף לְרַבּוּת אֲזַהְרָה לִב"נ פִּינּוּ דִּב"נ אֲזַהְרָתּוֹן זֶה הִיא מֵיתָתּוֹן וּבְיִשְׂרָאֵל גּוּפָא לֵיפָּא מֵיתָה ע"ש וְאָם פֵּן אֵיף מַרְבִּינּוּ מֵהָכָּא נְכָרִים הָא הָדָּ אִישׁ אִישׁ גַּבִּי חֲבּוּק וּנְשׁוּק כְּתִיב וּבְיִשְׂרָאֵל גּוּפָא לֵיפָּא מֵיתָה ע"ש וְהָרִי לְהַרְמַב"ם עַל פְּרָחָף לֹא קָאִי רַק אַחֲבּוּק וּנְשׁוּק דְּאִי קָאִי גַּם לְאֲזַהְרָה אֲשָׁאָר עֲרִיּוֹת הו"ל לֹאוֹ שְׁנִיָּתּוֹן לְאֲזַהְרָת מֵיתָת ב"ד וְלֹא יִלְקוּ אַחוּ"נ וּבְשָׂלְמָא אִמָּה דִּק' לְכַאוּרָה ג"כ אֶהָא דְּכַתֵּב רַש"י לְקַמּוֹן בִּד"ה הַרְבֵּה עֲרִיּוֹת יֵשׁ דְּלַרְבָּנּוּ אֲכַל חֲזִיבֵי פְּרִיתוֹת ב"נ מִן זֶה דְּאֶתְרַבִּי מֵאִישׁ אִישׁ וְאֵיף אֶפְשָׁר לִזְמַר פֵּן פִּינּוּ דְּבִיִּשְׂרָאֵל גּוּפָא לֵיפָּא מֵיתָה וּמ"ש מְפִינּוּיִים לְרַבָּנּוּ לְעֵיל דְּאֵיפָּא ג"כ כָּרַת וְאֶעפ"כ לֹא מַרְבִּינּוּ מֵאִישׁ אִישׁ עַל זֶה י"ל פִּינּוּ דְּהָדָּ אִישׁ אִישׁ כְּתִיב גַּבִּי לֹאוֹ דְּקָאִי עַל כָּל עֲרִיּוֹת בֵּין חֲזִיבֵי פְּרִיתוֹת בֵּין חֲזִיבֵי מֵיתוֹת ב"ד א"כ פִּי מַרְבִּינּוּ אֲזַהְרָה לִב"נ מַרְבִּינּוּ מֵיתָה גַּם לְהַנְּףָ דְּגָבִי יִשְׂרָאֵל בְּכָרַת דְּמַרְבִּינּוּ פִּיִּשְׂרָאֵל פְּאוּתּוֹן שְׁחִיבִים יִשְׂרָאֵל מֵיתָה עֲלֵיהֶם מִשָּׂא"כ גַּבִּי אִישׁ אִישׁ דִּב"ה דְּלֹא קָאִי רַק אֶפְיִנּוּיִים וְדוּחַק אֲבָל אֲשִׁיטַת הַרְמַב"ם וְדָאִי ק' אֵיף שְׁיִיף לְרַבּוּת ב"נ בְּדָבָר שְׂבִיִּשְׂרָאֵל גּוּפָא לֵיפָּא רַק מְלַקוֹת וּצ"ע: שָׁם נִדְּוֹן בְּדִינֵי יִשְׂרָאֵל לְמֵאִי הַלְכְּתָא: הַמְהַרְשָׁ"א הַקְּשָׁה לְמָה לֹא קָאָמַר לְדוֹן בְּחֻקְ וְלֹא בְּסִינִף וִי"ל דְּלֹא רָצָה לְתַרְץ הִכִּי פִינּוּ דְּקַתְנֵי בְּדִינֵי יִשְׂרָאֵל וְאִי מִשּׁוֹם חֻקְ בְּדִין יִשְׂרָאֵל הו"ל לְמִינְקֻט וּבְשָׂלְמָא אֶהָא דְּקָאָמַר עֲרִיּוֹת לְשׁוֹן רַבִּים ל"ק אָרְף דְּלִפִּי ס"ד לֵיפָּא רַק א"א מִשּׁוֹם דִּי"ל עֲרִיּוֹת דְּעֲלָמָא אֲבָל אֲדִין חֻקְ שְׁפִיר הו"ל בְּדִין יִשְׂרָאֵל וְלִכּוֹן הַנְּצָרָה לְתַרְץ מִשּׁוֹם עֲדָה וְעֲדִים וְהַתְּרָאָה שְׁהֶם דִּינִים רַבִּים וְגַם לְפִי הַמְּסַקְנָא א"ש, דְּמַתְּרִץ ר"י ל"נ אֲלֵא לְנַעֲרָה הַמְּאֹרְסָה דְּלִפִּי תִּירוּץ זֶה אֵיפָּא עֲרִיּוֹת וְדִינִים שְׁנַיִם דְּהֵינּוּ נַעֲרָה הַמְּאֹרְסָה וְנִכְנָסָה לְחֻפָּה וְלֹא נִבְעֵלָה וּמֵיתָתּוֹן סְקִילָה וְחֻקְ דְּאָרְף דִּר"י לֹא נִקְטַר רַק נַעֲרָה הַמְּאֹרְסָה מ"מ ע"כ מוֹדָה בְּנִכְנָסָה לְחֻפָּה וְלֹא נִבְעֵלָה דַּל"כ אֶפְתִּי לֹא מַתְּרִץ ר"נ בַּר יֶצְחָק מִיַּד בְּמֵאִי דְּקָאָמַר מֵאִי אִשָּׁת אִישׁ דְּקַתְנֵי אֲלֵא וְדָאִי ר"י נַעֲרָה הַמְּאֹרְסָה לְדוּגְמָא נִקְטַר דְּהֵינּוּ נ"ה וְהַדּוּמָה לָהּ דְּלִדְיָהּ לִית לָהּ וְלֹא אֶתִּי לְאֶפּוֹקִי רַק א"א דְּלִדְיָהּ אִית לָהּ ג"כ וְלִכּוֹן א"ש הָא דְּנִקְטַר רַש"י בִּד"ה תְּנִיָּא פְּנוּתָהּ דִּר"י תְּרַוּנֵיִיהוּ נִכְנָסָה לְחֻפָּה וְנַעֲרָה הַמְּאֹרְסָה אָרְף דִּר"י לֹא נִקְטַר רַק נ"ה לְחֻדוֹ שָׁם אֲלֵא לְעֲדָה וְעֲדִים וְהַתְּרָאָה: וְזֶהוּ בְּדִינֵי יִשְׂרָאֵל וְאָרְף דְּאֶפְתִּי לֹא הָיוּ בִּד"י דְּהָא עֵדוּת שֵׂא"א יְכוּל לְהַזְמִינָהּ בְּיִשְׂרָאֵל אֵינוֹ עֵדוּת וְזֶה הָיוּ עֵדוּת שֵׂא"א לֹא דְּהָא אִם יִזְמִינּוּ הָעֵדִים אֵין עוֹשִׂין דִּין הַזְּמָה דְּכַאֲשֶׁר זָמַם לְעֲשׂוֹת לְאַחֵיו כְּתִיב

ה"ט פּינן דְלָא נְאָמַר פּאָשֶׁר זָמַם לַעֲשׂוֹת לְאֶחָיו בְּב"נ לֹא פְעִינן עֲדוּת שֶׁאִי לְהַזְיֵמָה כְּלָל: שֵׁם כָּל עֲרֻנָּה שֶׁב"ד ש"י מְמִיתִין עָלֶיהָ: ק"ק דְּהָא אֵיפֵא נִשְׁכָּב לְזַכּוֹר וְנִשְׁכָּב לְבַהֲמָה דְאַתְיָא אֲזַהְרָתוֹ בְּיִשְׂרָאֵל מוּלָא יְהִיָּה קִדְשׁ כְּמִבְּנֵי אֱלִיל (נ"ד ע"ב) וּמִזֵּה וְדָאִי לֹא שְׁיִיף לְמִילָף ב"נ דְּהָא בְּבִנֵי יִשְׂרָאֵל פְּתִיב וְלֹא הָוִי בְּכָלֵל אִישׁ אִישׁ וְגַם בְּכָלֵל וְדָבָק וְלֹא בְּזָכָר לֹא הָוִי כְּמוֹ דְּלָא הָוִי בְּיִשְׂרָאֵל בְּכָלֵל וְאֵת זָכָר לֹא תִשְׁכַּב וְא"כ הָדֵךְ בְּב"נ מִנ"ל וְכ"ת דְּבִאֲמַת לֹא מִיחְיִיב אֵיף קְאָמַר כָּל עֲרֻנָּה שֶׁב"ד כו' וְי"ל דְּהָא הָדֵךְ ר"מ אֲלִיבָא דְר"ע אָמַר כְּמִבְּנֵי אֱלִיל לְקַמֵּן בְּשִׁמְעֵתִין וְלֹר"ע לְשִׁטְתוֹ דְּיִלְיָף שֵׁם נִשְׁכָּב מְלֵא תִשְׁכַּב וּמְלֵא תִתֵּן שְׁכַבְתָּהּ שְׁפִיר מְרַבִּינן לִיה בְּכָלֵל אִישׁ אִישׁ גַּבִּי ב"נ: שֵׁם אִיזִי וְאִיזִי חֲנֻק הוּא: ק"ק לִפ"ז מֵאִי מְקַשָּׁה בְּש"ס לְעִיל אר' יוֹחֲנָן אָבֵל א"א כְּדִינָא דִידְהוּ דִינִינן לָהּ וְהַתְּנָא דְלִמָּא בִּאֲמַת גַּם א"א כְּדִינָא דִילן דִינִינן לָהּ.

וְהָא דְנִקְט נְעָרָה הַמְאֹרְסָה דְנִקְא מְשׁוּם דְרָצָה לְתַרְזַן בְּרִייתָא גַם אֲלִיבָא דְתַנָּא דְבִי מְנִשָּׁה וְכִמוֹ שְׁמוּכַח מְהָא דְלֹא תִירְזַן נְדוּן בְּדִינֵי יִשְׂרָאֵל חֲנֻק וְכִמ"ש הַמְהַרְשֵׁ"א וְלִתְנָא דְבִי מְנִשָּׁה לֹא שְׁיִיף נְדוּן בְּדִינֵי יִשְׂרָאֵל לְעַנְנָן א"א דְאִיזִי וְאִיזִי חֲנֻק הוּא וְכְדִמְתַּרְזַן הָכָא וְאֲפִשֶׁר שְׁלִזָּה פִּינוּנְוּ הַתּוֹסְפוֹת בְּמ"ש בְּד"ה וְאִי בְּדִינָא דְהוּל"ל דְתַנָּא דְבִי מְנִשָּׁה הוּא דְהִינְוּ הָדֵךְ בְּרִייתָא נְדוּן בְּדִינֵי יִשְׂרָאֵל וְלֹא כְּמוֹ שְׁמוּכָן לְכַאוּרָה דְבְרִייתָא וְכִמוֹ שְׁהִבִּין ג"כ בְּת"ח דְקָאִי אֲבִרִיתָא דְעֵל א"א נִדְוּן בְּחֲנֻק דְע"ז יְקַשָּׁה שְׁפִיר כְּנ"ל הָא לִפ"ז אִין חִילוּק בֵּין א"א לְשֶׁאֶר עֲרִיּוֹת וּמ"ש א"א דְנִקְא דְנִקְט אָבֵל בְּזֵה שְׁפִיר הַמ"ל דְרָצָה לְאוּקְמָא בְּרִייתָא דְלְעִיל גַּם כְּתַנָּא דְבִי מְנִשָּׁה: שֵׁם בְּרִש"י ד"ה נְהַרְג עָלָיו אָבֵל רַבְּנָן פְּלִיגֵי עָלֶיהָ: מִמָּה דְפְלִיגֵי רַבְּנָן אר"י בֶּן שְׂאוּל לְכַאוּרָה לֹא הָוִי מוּכַח רַק דְאִינוּ חֲיִיב אָבֵל שְׁיִהְיֶה מוּתַר לְכַתְחֵלָה לְהַרְגוֹ הֵיכִי שְׁיָכוֹל לְהַצִּילוֹ בְּלֹא מִיתָה זֶה לֹא שְׁמַעִינן מִפְּלוּגְתָּתָם אֲכֹן מְהָכָא שְׁפִיר מוּכַח כֵּן דַּל"כ לְאוּקְמָא כְּרַבְּנָן אֲכֹן זֶה דְנִקְא לְפִירוּשׁ שְׁנֵי שְׁל רִש"י לְעִיל דְמַפְּחַ מִי אֵיפֵא מִיִּדֵי פְרִיף דְאִז מוּכַח שְׁפִיר דְלְרַבְּנָן הִתַּר גְּמוּר הוּא דַּל"כ גַּם לְרַבְּנָן לִיפֵא מִיִּדֵי אָבֵל לִפִּי קְמָא דְמִדְתַּנִּי יִשְׂרָאֵל בְּכוּתִי מְשַׁמְעַת יִשְׂרָאֵל בְּיִשְׂרָאֵל חֲיִיב פְּרִיף גַּם אִי לְרַבְּנָן פְּטוּר אָבֵל אֲסוּר ג"כ לִיפֵא לְאוּקְמָא כְּרַבְּנָן דְאֲפִתִי לִישְׁנֵי יִשְׂרָאֵל בְּיִשְׂרָאֵל וְכַבֵּר כְּתַבְנוּ לְעִיל דְפִי דְמַפְּחַ מִי אֵיפֵא מִיִּדֵי פְרִיף יוֹתַר מְכַנְּוֹן לְפַעַנ"ד דְלִפְנֵי קְמָא קִשָּׁה אֲדַרְבָּה לִידוּק אֵיפֵכָא מְדַתְנֵי בְרִישָׁא כּוּתִי בְּיִשְׂרָאֵל חֲיִיב מְשַׁמְעַת הָא יִשְׂרָאֵל בְּיִשְׂרָאֵל פְּטוּר אֲכֹן גַּם לִפִּי מִי אֵיפֵא מִיִּדֵי לְמָה קְאָמַר דְלֹא מְשַׁפְּחַת רַק לְרִיב"ש הָא גַּם לֹר' יִשְׁמַעְאֵל דְפִסְקִינן כְּוֹתִיָּה מְשַׁפְּחַת כֵּן לְעַנְנָן עוּבְרִין דִּישְׂרָאֵל בְּכוּתִי פְטוּר וְיִשְׂרָאֵל בְּיִשְׂרָאֵל פְּטוּר אָבֵל אֲסוּר וְא"כ לִיפֵא מִיִּדֵי וְכֵן ק' מִמָּה שְׁפִסְק הַרְמַב"ם (פ"ט מ' מְלָכִים) דְב"נ נְהַרְג עַל טְרִיפָה וְעַל כְּפָתוֹ וְהַמִּיתוֹ בְּרַעַב מִשָּׂא"כ בְּיִשְׂרָאֵל כְּמִבְּנֵי אֱלִיל (פ"א מ' רוֹצֵחַ) א"כ שְׁפִיר מְשַׁפְּחַת פִּיּוּצָא בּוֹ בְּכַה"ג וְכַכּוּלְהוּ לֹא שְׁיִיף מִי אֵיפֵא מִיִּדֵי דְעַכ"פ אִיסוּרָא אֵיפֵא גַם בְּיִשְׂרָאֵל וְדוּחַק לֹמַר דְהִנְהוּ הָווּ יוֹתַר בְּכָלֵל שְׁפִיכַת דְמִים מְרוֹצֵחַ שְׁיָכוֹל לְהַצִּילוֹ בֵּא' מֵאֲבָרִיו.

וּמִזֵּה לְכַאוּרָה רְאִיָּה לִפִּי קְמָא דְרִש"י דְהִקְוִשָׁא הִיא מְדַתְנֵי יִשְׂרָאֵל בְּכוּתִי פְטוּר מְשַׁמְעַת הָא יִשְׂרָאֵל בְּיִשְׂרָאֵל חֲיִיב דְלִפ"ז לֹא שְׁיָיְכִי כָּל הִנְי פִּיּוּצָא בּוֹ וְהִנְי מִמָּה שְׁכַתְב רִש"י דְחֲכָמִים סְבָרִי דְהִתַּר גְּמוּר הוּא מְשַׁמְעַת דְדוּקָא גַּבִּי יִשְׂרָאֵל פְּלִיגֵי וְסְבָרִי כֵּן דְהָא רִיב"ש יְלִיף מְקַרָא דְכִי יִנְצוּ אֲנָשִׁים דְכְּתִיב גַּבִּי יִשְׂרָאֵל וְאֵהָא פְּלִיגֵי רַבְּנָן אָבֵל לְגַבִּי ב"נ אֲפִשֶׁר דְסְבָרִי רַבְּנָן ג"כ דְב"נ חֲיִיב וְכֵּהָ אֵתִי שְׁפִיר מִה שְׁפִסְק הַרְמַב"ם (פ"ט מ' מְלָכִים) דְב"נ

שִׁיכּוּל לְהַצִּיל בֹּא' מֵאַבְרָיו וְהִרְגוּ נְהָרְג עָלָיו מִשָּׂא"כ בְּיִשְׂרָאֵל דְּפָסַק פְּרָבְנָו וְעֵינָו מֵהַ
שְׁהִקְשׁוּ הַכ"מ וְהִלַּח"מ וּבְנָה אֶתִּי שְׁפִיר: שָׁם ד"ה אֵין ב"ד יִשְׂרָאֵל.

פְּגוֹן חֲיִיבֵי פְרִיתוֹת אַחוֹתוֹ: מִפֶּל ח"פ שְׁיִיר רש"י נִדְּהָ מִשְׁמַע דְּהִיא לַכ"ע אֵינָה בַב"נ וְלֹא
יִדְעָתִי לְמָה פִּינּוֹן דְּלִרְש"י מֵאִישׁ אִישׁ אֶתְיָא וְנִדְּהָ ג"כ פְּתִיב בְּהַךְ פְּרִשָׁה אָכּוֹן לְפִי דַעַת
הַתּוֹס' א"ש דְּאֶתְיָא עֲרִיּוֹת דִּי דְּהִוּוּ מְדַכְתִּיב לֵאמֹר וְזֶה לֹא אֵינְרִי רַק בְּעֲרִיּוֹת דְּשָׂאָר אוֹ
שְׂאָר קְוֹרְבָה דְּהָא מִמְחִזִּיר גְּרוּשָׁתוֹ יִלְיָף לָהּ וּבְאַמַּת לֹא מְצִינּוּ בְּשׁוּם מְקוּם דַּב"נ נְהָרְג
בְּבָא עַל אֶשְׁתּוֹ נִדְּהָ: שָׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה לְנִעְרָה.

דְּקַחְשִׁיב נְמִי וְשָׁט אֶת הַבְּכוֹרָה: ה"ה דְּהִוּי מ"ל ג"כ וְכַפֵּר בַּתְּחִלָּה מ' דָּגָם ע"ז לֹא הוֹנְהָרוּ:
שָׁם בַּא"ד. וּפּוֹשְׁעִים יִפְשְׁלוּ בָּם: ק"ק דְּלִמָּא אֲזֵלָא הַגְּמָרָא שָׁם אֲלִיבָא דְּאִיכָא דְּאֶמְרֵי
דַּר"ה לְקַמְּו דְּסָבֵר פּוֹתִי אֲסוּר בְּבִתּוֹ וְצ"ל דְּלֹא מְסַתְּבָרָא לְהוּ לְהַתּוֹס' פֶּן מִשׁוּם דְּקַתְּנִי
אַטְעָמָא דַּא"ד וְלֹא הִיא: שָׁם בַּד"ה וְאֵי בְּדִינָא דִּי דְּהִוּוּ סִינְיָף.

הַל"ל דַּתְּד"מ הִיא: הָא דְּלֹא קְאָמֵר פֶּן הֵינְנוּ דַּא"כ מֵאֵי קַמ"ל בַּא"א טְפִי מְבַשְׂאָר עֲרִיּוֹת
דַּב"נ וְכִמּוֹ שְׁכַתְּבַת הַת"ח. וְאֵין לְהַקְשׁוֹת ג"כ דְּדִילְמָא ר"ש הִיא דְּסָבֵר חֲנֻקַּת חֲמוּר מְסִינְיָף
וְלָכּוֹן לְעֵנָו א"א דְּיִשְׂרָאֵל אֲוִקְמָא לַב"נ אֲדִין יִשְׂרָאֵל דְּחֲנֻקַּת חֲמוּר דַּז"א דְּלִקְמָן (דָּף ע"א
ע"ב) מְבֹאָר דַּר"ש ע"כ פְּתַנָּא דְּבִי מְנַשָּׁה ס"ל וַא"כ מֵאֵי קַמ"ל בַּא"א יוֹתֵר מְבַשְׂאָר
עֲרִיּוֹת וְהָא לְמ"ד חֲנֻקַּת חֲמוּר כָּל עֲרִיּוֹת דַּב"נ בְּחֻנְקָה הֵם: שָׁם ד"ה וְחֻכְמִים אוֹמְרִים.

וְהָא ר"מ אֲלִיבָא דַּר"ע: וַא"ל דְּהָא גַם רַבְּנָו אֲדַרְבְּנָו קַשְׂיָא דְּלַעִיל גַּבִּי מְבַרַף ה' לֹא
דְּרָשִׁי אִישׁ אִישׁ וְהָא דְּרָשִׁי וְכֵן מְקַשְׁיָנוּ גַם לַעִיל (דָּף מ"ה ע"א) רַבְּנָו דַּר' יְהוּדָה אֲדַרְבְּנָו
דַּר"מ וּבְפָסְחִים (דָּף י"א ע"א) מְקַשָּׁה דַּר"מ אֲרַבְּנָו דַּר"י וְר"י אֲרַבְּנָו דַּר"מ מִשׁוּם דַּבְכ"מ
סְתָם בַּר פְּלוּגְתָא דַּר"מ הוּא ר"י וְכֵן אֵיפְכָא דִּי"ל פִּינּוֹן דְּהָא ר"מ אֲלִיבָא דַּר"ע אֶמְרָה
וְלִיָּה לֹא סְבִירָא לִיָּה כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' א"כ חֻכְמִים דְּקַתְּנִי הָא הֵם בַּר פְּלוּגְתָא דַּר"ע וְלֹא
דַּר"מ דַּל"ל דְּאֲלִיבָא דַּר"ע פְּלִיגִי דְּהָא ר"ע ע"כ פְּדַעַת ר"מ ס"ל כְּדַמוּכַח לְקַמְּו.

וְלָכּוֹן גַּם לְפִי תִירוּץ הַתּוֹס' דְּאִישׁ אִישׁ קָאֵי עַל עֲרִיּוֹת דִּינּוֹ וְלֵאמֹר אֲעֲרִיּוֹת דִּי דְּהִוּוּ ג"כ
צָרִיף עַכ"פ לְהַךְ סְבָרָא דְּהָא ר"מ אֲלִיבָא דַּר"ע קְאָמֵר פִּי הִיכִי דְּלֹא תִקְשִׁי דַּרְבְּנָו
אֲדַרְבְּנָו: שָׁם בַּד"ה הוֹרְתוֹ.

וַי"ל אֵיפְכָא: וְהָא דַּרְש"י לֹא פִירַשׁ פֶּן י"ל דְּרָצָה לְפָרֵשׁ גַּם אֲלִיבָא דְּהָךְ מ"ד בִּיבְמוֹת (דָּף
צ"ז ע"ב) דְּאֶחִים מִן הָאָם אֲסִירֵי וְלִדְיָדָה לִיכָא לְפָרֵשׁ כַּפִּי הַתּוֹסְפוֹת דְּהָא לְדִינְיָה
אַשְׁמַעִינּוּ מְתַנִּיתָן שָׁם דַּא"ג דְּהוֹרְתוֹ וְלִינְדָתוֹ בְּקַדְוִשָׁה דְּכַשְׁתִּי אֶמְהוֹת דְּמִי אַפ"ה אֲסִירֵי
מִשׁוּם דְּאֶתִּי לְאַחְלוּפִי וְלְהַךְ לִישְׁנָא פִי רש"י טַעַם דְּאֲסִירֵי דְּאֶתִּי לְאַחְלוּפִי אֶפִּילוּ בְּשָׂאָר
הָאָב וְעַ' בְּתוֹס' שָׁם שְׁפַתְבוּ עוֹד תִּירוּצִים אַחֲרֵים אַקְוִשִׁית רש"י: שָׁם דָּף נ"ח ע"א בְּגַמְרָא
אַחוֹתוֹ מִן הָאָב יִקְיָים.

לְכַאוּרָה קִשְׁיָה דִּי וְקָא דְּרִישָׁא לְסִיפָא דְּקְאָמֵר מִן הָאָם יוֹצִיא מִשְׁמַע הָא מִן הָאָב וּמִן הָאָם
יִקְיָים וְהִזְדַּר תְּנִי מִן הָאָב יִקְיָים מִשְׁמַע הָא מִן הָאָב וּמִן הָאָם לֹא וּבִיבְמוֹת שָׁם פְּלִיגִי
אַמוֹרָאֵי בְּמִן הָאָב וּמִן הָאָם ע"ש: שָׁם אֵימָא אֶשְׁתּוֹ אָבִיו הֵינְנוּ בְּאֶשְׁתּוֹ: ק"ק לְפִי מֵהַ
דְּאֶמְרִינּוּ לְקַמְּו ב"נ שְׂבָא עַל אֶשְׁתּוֹ חֲבִירוֹ שְׂלֵא פְּדַרְכָּה פְּטוּר.

ומדקתני אשת חבירו ונקא ולא סתם על עריות משמע ונקא על אשת חבירו פטור משום
דנדבק גבי אשתו ונקא פתיב אבל על שאר עריות חייב גם בשלא פדרפה פישראל וכן
משמע גם מהרמב"ם (פ"ט מה' מלקים) וכמו שהחליט הרב בכ"מ שם ולפ"ז מאי מתרץ
פאן היינו אשת חבירו וכן מתרץ ג"כ לקמן אהא דפריה אימא אמו ממש הא שפיר
מצרכינן לחייב גם אביאה שלא פדרפה: שם אי הכי אשת אביו נמי: ק"ק מה לשון אי
הכי גם בל"ז קשה פן וי"ל דאי לאו דתרוץ היינו ונדבק י"ל דאף דבב"נ לא שייך נפקותא
לענן ב' חטאות כמו פישראל מ"מ י"ל דהתורה רצתה להחמיר עליו לכתוב אזהרה ב'
פעמים אף שלא שייך רק חיוב א' כמו דכתיבי לפעמים לאוי טובא גבי ישראל גם
בדברים שאין לוקין עליהם אבל השתא שמתרץ היינו ונדבק ולא מסתבר לי' לומר פן
פריה שפיר אי הכי א"א נמי: שם ברש"י ד"ה ומותר באשת אחיו.

דכינן דלשמא יאמרו ליכא למיחש: ודלקמא אתי לאחלוכי נמי ליכא למיחש כיון דע"י
אישות הוא וכן כתבו התוס' ביבמות ע"ש: שם בד"ה לאתויי אשת אביו. וזה לא היתה
לו אשה כלל ביהדות: אף דלכאורה משפחת פלתו שמתרת לו ע"י גרות פגון שפא על
הנכרית והוליד ממנה בן והולד פמותה ונתגייר הבן ונשא ב"י והיא מתרת לחמיה כיון
שאין זה בנו מ"מ לא שייך זה לענן גרות דגם פישראל משפחת הכי ומ"ש ונקא גבי גר
דנקט הכי ואף דלפי פ"ה הא' ברש"י ד"ה נשא אשה ובתה נקט ג"כ אשה ובתה גבי גר
אף דשייך גם פישראל גמור מ"מ יש לחלק דהתם דין באפי נפשי' הוא ויש לפרש שפיר
אישראל אבל הכא האי וכל העריות מתרות לו אגר דסליק מיניה קאי: שם בא"ד.

וה"ה לב' אהיות: לחד תירוץא של התוספות ביבמות (דף צ"ו ע"ב) דלכך גזרינן טפי
באשה ובתה מבאשת אח משום דהתם קרי ליה חמותא דפלגיא משא"כ באשת אח ע"ש
יותר דומה אחות אשה לאשת אח מלאשה ובתה דג"כ לא קרי לה אחות אשת פלוני: שם
בתוספות ד"ה נשא.

והשתא הא דפריה דר"מ אדר"מ ועיין במהרש"א שהניח בצ"ע שדברי התוס' סותרים
זא"ז וי"ל דהתוספות לא באו פאן רק לפ' גירסת הספרים דמקשה רק מרישא דכל ערוה
שב"ד ש"י ממתין עלי' ולא ג"כ מסיפא ומזה מוכח דמאחות אביו לא רצה להקשות אף
דאתי לאחלוכי לא שייך מ"מ שייך טעם לאיסור כמו שפי' רש"י גזירה משום אחותו מן
האם אבל משום אחלוכי באמת לא שייך וזה מבואר ממה שכתבו התוספות ביבמות (דף
צ"ח ע"א) בד"ה אחות האב וא"נ דבהדיא משמע בפ"ד מיתות ע"ש.

ונה לא מוכח רק לפי גירסת רש"י שהגיה הר"ן דמרישא ומסיפא פריה דהשתא מדפריה
מסיפא דהיינו מאחות האב להוכיח דאסור לב"נ ומתרץ דר"א היא משמע דטעמא משום
שמא יאמרו אבל לפי ה' גירסא דלא פריה רק מרישא גם התוס' קיימו סברת רש"י
דה"ט דלא פריה מאחות האב משום דהתם הטעם משום גזירה דאחותו מן האם דהא לא
סותרו התוס' מידי רק מכח אותה גירסא ורש"י י"ל דפירש שם לפי גירסת התוספות
דכאן ולכן דברי התוס' דכאן עולין כהוגן: שם ע"ב בגמרא משפרעה ראשה בשוק.

מלשון זה משמע דאפילו כשהיא פרעה ג"כ לא מקרי עוד מיוחדת אבל מלשון הרמב"ם
משמע דדוקא האדון שייחד צריה לבטל היחוד ע"י פריעת ראשה: שם שנאמר ונדבק
ולא שלא פדרפה.

ואף דלעיל דרשינו מן דבין ולא בן ז' דתתתי שמעת מינה כל שאינו דרף דביקות דהא גם זכר ממעטינו מאותו טעם שממעטינו שלא פדרפה כיון שאינו נהנה אין פאן דביקות: שם כותי שהפה את ישראל חייב מיתה.

הא דלא קחשיב ליה בהדי ז' מצות וכדפריה לקמן גבי גוי שישבת ושעסק בתורה ובזה לא שייכי תירוצי הגמרא י"ל דלא קחשיב אלא מה שהוא משום ב"נ דהיינו המצות שחייב עליהן מחמת שהוא ב"נ אבל גוי שהפה את ישראל אין החיוב מחמת שהוא ב"נ דהא אם הפה ב"נ אחר אינו חייב ולא חייב רק משום שהפה את ישראל ולא הוי דומיא דאינו לכן לא קחשיב ועוד כיון דנכרי שהפה את ישראל מדין גזל חייב וכמ"ש הר"ן א"כ הוא בכלל גזל: שם ובאמר ר"ל כותי שישבת חייב מיתה: ק"ק (דבפ' ב' דמכשירין) אמרינו מצא בה תינוק מושלף אם רוב נכרים נכרי רוב ישראל מחצה על מחצה ישראל והביא הר"ש שם בשם התוספתא דמחצה על מחצה נותנין עליו ב' החנוניות ופי' בחנומרא דנכרי שלא יעסוק בתורה ע"ש וצריה לפרש דאף דזה הוא קולא גבי ישראל דישאל מצווה לעסוק בתורה מ"מ הרי יכול לעסוק בז' מצות דידהו דמצות ל"ת קניי בזה אם ישראל הוא ולא עבר אאסור לעסוק בתורה אם נכרי הוא דמצות דידהו מותר כדאמרינו לקמן אכן בזה ק' איך יעשה בשמירת שבת איך שייך בזה לתפוס חנומרת שניהם אם ישבות דלמא נכרי הוא ואם לא ישבות דלמא ישראל הוא וחלל שבת וי"ל דיום שלם שאסור לב"נ לשבות מקרא דיום ולילה לא ישבותו משמע שהלילה הולך בזה אחר היום דהא יום ולילה כתיב דמשמע היום ולילה שאחריו לא ישבות מדלא כתיב איפכא ובישראל לענין שמירת שבת היום הולך אחר הלילה ולכן שפיר יכול לשמור שבת פישאל ולעשות מלאכה במוצאי שבת דשבת שמר בזה ואיום ולילה לא עבר אם נכרי הוא כיון שעשה מלאכה במו"ש ובע"ש הרי שלא שבת יום ולילה שאחריו אכן אפתי ק"ק איך יעשה ביוה"כ שחל להיות סמוך לשבת בין מלפניו בין מלאחריו הא אז ע"כ צריה לשבות יום ולילה שאחריו ואולי תנא דתוספתא לא סבר באחרים אלא כרבנן בסופה (דף נ"ד ע"ב) דא"א ליוה"כ למקלע סמוך לשבת אפילו בזמן שקדשו ע"פ ראיה ע"ש ולכאורה יש תקנה שיעשה מלאכה פחות מפניעור דלישראל שיעורין נאמרו ולא לב"נ וא"כ על אסור יוה"כ לא עבר ומשום נכרי לא שבת אכן התניח לר"ל דח"ש מותר מן התורה אבל לר"י מא"ל ואפילו לר"ל יש לספק אם טוב שיעבור אדרבנן בקום ועשה משיעבור אדאורייתא בשוא"ת או איפכא ועיין מה שפתי בזה בשו"ת בגין ציון (סי' קכ"ו).

שם וליחשבה גבי ז' מצות: עיין בר"ן ששהקשה לדעת הרמב"ם שאין ממיתים אותו רק מודיעים אותו שחייב מיתה א"כ מאי פריה דליחשב בהדי ז' מצות הא לא הוי דומיא דז' מצות דהתם חייב מיתה ממש וי"ל דפריה לר"ש אמר רב דסובר לעיל (דף כ"ז ע"א) דאינו נהרג רק על ז' מצות ואעפ"כ חשיב מצות לב"נ וא"כ ליחשב נמי הא ומסתמא לא יפלוג אהא דר"ל ודר' יוחנן לקמן.

א"נ י"ל דבאמת פי פריה דליחשבה הוי סובר דחייב מיתה ממש כיון דאזורה גמורה היא אכן פי מתרץ דקום עשה לא קחשיב דלא הוי דומיא דאינו א"כ לא שייך ג"כ למילף

מיתה ממש מהיכא דילפינו לאחרינא משופך דם פיון דלא דמי ליה דהתם שוא"ת והכא
קום ועשה ולכן סבר הרמב"ם דאין ממייתין.

וכן י"ל לקמן גבי פותי שעוסק בתורה דבאמת כי פריה וליחשבניה גבי ז' מצות הוי סובר
דחייב מיתה ממש קאמר ובאמת הוי מצי לתרץ דלא הוי דומיא דאינה וכתירוץ הר"ן רק
דקושטא קאמר ליה דהוי בכלל אינה או בכלל גזל או בכלל עריות אבל מ"מ אין חייבים
מיתה ממש דקרא דלנו מורשה ולא להם לא משמע ליה רק אסמכתא בעלמא: שם
בתוספות ד"ה מפני מה.

היתה ראוייה למוות מיד: פ"א קודם שאכל גם אדם וכמו שפ"א המהרש"א דאל"כ גם אדם
הי' ראוי למוות. ובזה א"ש ג"כ דלא יקשה למה לא מטה והא אדם יכול לישא תאומת
הכל דבזה לא שייך עולם חסד יבנה פיון שלא הוליד ועוד דאיכא מ"ד בב"ר דתאומה
יתירה נולדת עם הכל אבל בזה א"ש דהכל עדיין לא היה נולד בעת שחטאה חנה כמ"ש
התוס' לעיל (דף ל"ח ע"ב) ע"ש: שם ד"ה מי איכא מדי.

וי"ל דלא אסיר אלא כשעושה כף תדיר: פ"א ואז חייב משום הוצאת זרע לבטלה ולכך
מתו ער ואונן אבל לא משום ביאה שלא כדרכה דהיא מותרת בב"נ כמו בישראל לפי
המסקנא. וא"ל לפי מה שכתבו התוס' לקמן (דף נ"ט רע"א) בד"ה והא פריה ורביה דמי
שמצונה על פרי' ורב' מצונה ג"כ על השחתת זרע וא"כ ב"נ דלא מצונה על פריה ורביה
גם על השחתת זרע אינו מונה ומ"ט מתו ער ואונן די"ל דהא דב"נ אינו מצונה על פריה
ורביה היינו דוקא משעת מ"ת ואילך פשנצטווי ישראל אבל ודאי קודם מתן תורה היו
מצווים דהא פרו ורבו לנח נאמר: שם בד"ה קז ידא.

גבי יד לאמה תקצץ: ובשיטת רש"י י"ל דנדאי הא דר"ה קז ידא הי' מטעם קנסא דמן
הדין א"ל דאנה הונפר דין כזה ואי משום דכתיב וזרוע רמה תשבר זה ודאי לא לדין
יחשב דאם גם אמר איוב בפ"י שהמרים יד תקצץ ידא ג"כ אין לנביא רשאי לחדש דבר
מעשה מכ"ש בזה דלא הוי רק רמז בעלמא כדמוכח מהא דאמר ר"א אין לו תקנה אלא
קבורה והרי הקא ודאי כ"ע מודו שאין ממייתין אותו וע"כ דלא הוי רק רמז ואסמכתא
ולכך כ' רש"י שפיר שלא היה רק משום קנסא והוראת שעה וקרי לי' משום קנסא
לאפוקי דלא הוי משום דין גמור אבל התם בגדה הא דאמר דינא תנו היינו דלא הוי רק
קללה אלא דבאמת דנין פן ולא אתי משום דינא רק לאפוקי דלא הוי רק קללה אבל
באמת הא דדנין פן היינו מטעם קנסא ולא משום דין גמור: שם דף נ"ט ע"א בגמרא
פנהים לויים וישראלים לא נאמר: פ"א וקרא בת"ת פתיב דברישא פתיב ושמרתם את
חקותי ואת משפטי ועיין מה שהקשו בתוס' דבשאר דוכתי ממצטינו פותי מאדם והכא
מרבין ונדחקו בישוב קושיא זו.

ואולי י"ל דהאדם לכאורה בקרא זה מיותר הוא דאי לא פתיב רק אשר יעשה וחי בהם
ג"כ הוי ממצטינו נכרי לענין ת"ת מרישא דקרא דכתיב ושמרתם את חקותי דמשמע
אתם ולא נכרים וכי הדר פתיב האדם למעט ג"כ נכרים הו"ל מיעוט אחר מיעוט ואין
מא"מ א"ל ולכן מרבין הקא נכרים והא דקאמר פנהים לויים וישראלים לא נאמר הוא
ל"ד אלא נקט פאן משום דהוא לינשא דת"כ בשאר דוכתי וכמ"ש התוס' גופא בב"ק
(דף ל"ח ע"א) ע"ש: שם זה אבר מן החי.

אָבֵל דָּם מִן הַחַי לֹא וּמִזֶּה רְאִיָּה לְמִסְקֶנֶת הַתּוֹסֵס' לְעֵיל (ד"ד ע"א) דָּדָם אֵינוֹ בְּכֻלּוֹ בְּשֵׁר דַּאֲל"כ ל"ל קְרָא עַל דָּם הָרִי הוּא בְּכֻלּוֹ אֲבָר וּבְשֵׁר מִן הַחַי: שֵׁם וְלָמָּה לִי לְמִיִּשְׁנֵי בְּסִינֵי: ק"ק הָא אֲבָר מִן הַחַי ג"כ לְמִיִּלְתִּי נְשִׁינִית לְהוֹרוֹת דְּנוֹהֵג אַף בְּטַמְאִים לר' אֶלְעָזָר אוּ רַק בְּטֵהוֹרִים לְרַבְּנָן בְּחֻלִּין (דף ק"ב ע"א) דְּנִפְקָא לְהוֹן פֶּן מְלֵא תֹאכֵל הַנֶּפֶשׁ עִם הַבְּשֵׁר לְרַבְּנָן אוּ מְדַסְמְכֵי לְדָם לר"א וּא"ל דְּאִין סְבָרָא שְׂיִכְתּוּב פֶּל הִלָּאוּ דַּאֲמ"ה לְהוֹרוֹת הֵיתֵר בְּטֵהוֹרִים דְּהָא פֶּל הִלָּאוּ דְּאֵף בְּשֵׁר בְּנִפְשׁוֹ לֹא מְצָרְכִינוּ לְרַבְּנָן אֶלָּא לְהֵיתֵר שְׂרָצִים כְּמִבּוֹאָר לְעֵיל.

וּי"ל דְּקוֹנְשִׁינִית הַגְּמָרָא הִיא לר"א דְּלִדִּידָן לֹא מְצָרְכִינוּ לְרַבּוֹת טַמְאִים דְּמַהֲכֵי תִּיּוֹתֵי שְׁלֵא יְנַהוּג בְּטַמְאִים פִּינּוֹן דְּלִבְנֵי נְאָסֵר אֲבָר מִן הַחַי וְעֵדִינּוֹן בְּהֵמָּה טַמְאָה מְוֹתֶרֶת וְכִדְקָאֲמַר לְהוּ ר' יְהוּדָה לְרַבְּנָן לְעֵנְנָן גִּיה"נ שֵׁם (דף ק' ע"ב) וְהָא דְּמְצָרְכִינוּ קְרָא לר' אֶלְעָזָר דְּנוֹהֵג בְּטַמְאִים הֵינּוּ אוּ מְשׁוּם דְּכִתִּיב קְרָא אִישְׁרָאֵל לְחַוָּדָא אוּ מְשׁוּם דְּלֹא נְדְרוּשׁ פְּרַבְּנָן מִי שְׂבִשְׁרוּ מְוֹתֵר אֲבָל אִי לֹא הָוִי פְּתִיב גְּבִי יִשְׂרָאֵל קְרָא דְּלֹא תֹאכֵל הַנֶּפֶשׁ וְדַאי מְסַבְּרָא לֹא הֵינּוּ מְחַלְקִים בֵּין טֵהוֹרִים לְטַמְאִים פִּינּוֹן דְּקָרָא גְּבִי ב"נ פְּתִיב וּבב"נ ג"כ אִין חִילוּק בְּכָף וְלָכֵן פְּרִיף שְׁפִיר: שֵׁם אֲדַרְבֵּה מְדַנְשִׁינִית בְּסִינֵי לְיִשְׂרָאֵל נְאָמְרָה: א"ל דַּא"כ לָמָּה נִכְתַּב בְּיִשְׂרָאֵל כֻּלָּל הָא גַּם אִי לֹא הָוִי פְּתִיב רַק בב"נ הָוִי אֲמַרִּינוּ ג"כ לְיִשְׂרָאֵל נְאָמַר וְלֹא לב"נ כְּמוֹ גִיה"נ.

וְעוֹד דְּלִיכָא לְמִימַר דְּלב"נ נְאָמַר וְלֹא לְיִשְׂרָאֵל דְּלִיכָא מִיַּדֵּי דִי"ל דְּאִי הָוִי פְּתִיב הָכִי ה"א בְּאֲמַת דְּלִזְנָה וְלִזְנָה נְאָמַר דְּהָא גַּם גִּיה"נ שְׁנַאֲמַר לְתַחֲלָה לְבָנֵי יַעֲקֹב שְׁהִיוּ אֲזוּ ב"נ עֵדִינּוֹן אֲסוּר לְהֵם וּמִיַּנְיָה הָוִי גְּמַרִּינוּ גַּם אֲמ"ה וְלָכֵן צְרִיף לְכַתּוּב גַּם בְּיִשְׂרָאֵל לְהוֹרוֹת דְּמַאֲז שְׁנַאֲסֵר לְיִשְׂרָאֵל לְהֵם לְכַד נְאָסֵר וְלֹא לב"נ וְזֵהוּ לְשׁוֹן אֲדַרְבֵּה דְּקָאֲמַר דְּמַהֲף גּוּפָא שְׁאֲתָה אוּמַר שְׁנַאֲסֵר לְזֵה וְלִזְנָה דַּא"כ לָמָּה נְשִׁינִית מִזֶּה אֲנִי לוֹמֵד דְּרַק לְיִשְׂרָאֵל נְאָמַר: שֵׁם לב"נ נְאָמְרָה וְלֹא לְיִשְׂרָאֵל: ק"ק אִיף אֶפְשֵׁר לוֹמַר פֶּן דְּגִיה"נ דְּנוֹקָא לב"נ נְאָמַר הָא בְּחֻלִּין (דף צ') יְלִיף רַבִּי מְקָרָא דְּוְהַקְטִיר הַכֹּל הַמְזַבְּחָה מְחֻנְפְּרִין דְּאֲסִירָא דְּהֵינּוּ גִיה"נ בְּמַחְנֻפְּרִין דְּלְמַחְנֻפְּרִין דְּהֵתִירָא לֹא צְרִיף קְרָא מִיַּדֵּי דְּהָוִי אַרְאֵשָׁה שֶׁל עוֹלָה וְא"כ ע"כ מוֹכַח דְּגִיה"נ אֲסוּר לְיִשְׂרָאֵל וְא"ל דְּאֲפִתִּי לְרַבְּנָן דְּפְלִיגֵי אַרְבֵּי וְלֹא מוֹקְמֵי קְרָא לְהָכִי לֹא מוֹכַח פֶּן דְּאֲפִתִּי מֵאֵי פְּרִיף הָכָא לר' יְהוּדָה דְּלָמָּא ר"י סוּבֵר בְּהָא פְּרַבִּי וְא"כ מוֹכַח פֶּן מְדַכְּתִיב קְרָא לְהֵתִיר הַקְטֶרֶת מְחֻנְפְּרִין דְּאֲסִירָא וְהָרִי קוֹנְשִׁינִית הַגַּמ' דְּכָאֵן רַק לר' יְהוּדָה קוֹשָׁה דְּלְרַבְּנָן לֹא נְאָמַר גִּיה"נ לב"נ כֻּלָּל וְי"ל אִי לֹא דִּיְדַעִינוּ מְעַלְמָא דְּלְיִשְׂרָאֵל נְאָסֵר גִּיה"נ ע"כ גַּם לְרַבִּי הָוִי דְּרִשִׁינוּ לְקָרָא פְּרַבְּנָן: שֵׁם לִיכָא מִיַּדֵּי דְּלְיִשְׂרָאֵל שְׂרִי: לְפִי פִי רִש"י הַנֶּ"ל דְּגַם מִתַּחֲלָה לֹא נְאָסֵר גִּיה"נ רַק לְבָנֵי יַעֲקֹב אֵינוּ מְדוֹקְדֵק לְכַאוּרָה מֵאֵי דְּמַתְרִץ מִי אִיכָא מִיַּדֵּי דְּאִיף שְׂיִיף בְּזֵה לוֹמַר פֶּן הָא לְאוֹתוֹן שְׁנַאֲסֵר מִתַּחֲלָה עֵדִינּוֹן אֲסוּר.

וּמִזֶּה לְכַאוּרָה ג"כ רְאִיָּה לְמָה שְׂרָצוּ הַתּוֹסֵס' לְפָרֵשׁ דְּנְאָסֵר מִתַּחֲלָה לְכָל ב"נ וְא"כ פִּי פְּרִיף אִימָא לב"נ נְאָמַר וְלֹא לְיִשְׂרָאֵל ג"כ הַפִּי לְכָל ב"נ וְלְיִשְׂרָאֵל כֻּלָּל לֹא וְלָכֵן מְתַרְץ שְׁפִיר מִי אִיכָא מִיַּדֵּי: שֵׁם וְלֹא וְהָרִי יפ"ת.

מֵה שְׁהַקְשָׁה הַפְּהַרְש"א בְּזֵה וְהַנִּיחַ בַּצ"ע פְּכָר הַקְשָׁה הַר"ן לְעֵיל (דף נ"ז) וְתִירִץ דְּהָא דְּמִוֹתֵר גְּזֵל שֶׁל יִשְׂרָאֵל בְּנִכְרֵי הֵינּוּ מְשׁוּם עֶמֶד וְהֵתִיר מְמוֹנָם אֲבָל לֹא שְׁלֵא יְהִיָּה דִּין גְּזֵל בְּהֵם וְלָכֵן לֹא שְׂיִיף פָּאֵן אִיף יִצְאוּ מִקְדוּשְׁתּוֹן לְהַקְלֵל דְּלֹא יִצְאוּ לְהַקְלֵל אֶלָּא מִכַּח הַפְּקָר

לישראל זכו בהם ע"ש גם יש טעות פאן במהרש"א וחסר תיבת ואפשר דאזלא סוגיא דהקא כמ"ד גזל נכרי אסור ע"ש: שם ונהרי פחות מש"פ.

ע"ן מה שהקשה הלח"מ בזה על הרמב"ם (ריש ה' גזילה) דפסק דגם בפחות מש"פ יש איסור מן התורה לגזול א"כ מאי פריה הרי גם בישראל לא הותר ע"ש. וי"ל דמ"מ פריה שפיר בכאן מי איכא מידי דהיינו איך אפשר שיצאו מכלל ב"נ להקל פ"ן דבפחות מש"פ משום לא תגזול ליכא דהא אין גלגה וְהָא דְאָסוּר הֵינּוּ מִשׁוּם דַּעַכ"פ צַעֲרָא בְשַׁעֲתָה אִית לִיָּה וְכִדְאָמְרִינֵן לַעֲיִל (דף נ"ז) אֵלָא דְאָח"פ מוֹחֵל וְא"כ לִיכָא בְּזָה מִשׁוּם לֹא תִגְזוֹל וּבב"נ אִיכָא מִשׁוּם ל"ת וְא"כ יֵצֵא מִקְדוּשָׁה חֲמוּרָה לְקְדוּשָׁה קִלְיָה וְאִין זֶה דוֹמָה לְהָא שֶׁב"נ נִהְרַג עַל דְּבָרִים שֵׁיִשְׂרָאֵל גִּלְגָּה עֲלֵיהֶם זֶה לֹא מִשׁוּם קִילְתָּ קְדוּשָׁה הוּא אֵלָא שְׁחִסָּה הַתּוֹרָה בְּעוֹנְשִׁים עַל יִשְׂרָאֵל יוֹתֵר מֵעַל ב"נ אֲבָל עַכ"פ בְּצִוּוּיִים וְאִזְהָרוֹת שְׁוִין הֵן אֲבָל לַעֲנִין גְּזִילָה דִּישְׂרָאֵל אִינוּ מְוַזְקֵר בְּלֹא תִגְזוֹל הִיכִי שְׁמוּחֵל לְבִסוּף וּב"נ מְוַזְקֵר א"כ הִרִי הַקִּילָה הַתּוֹרָה בְּדִינִים גַּבִּי יִשְׂרָאֵל וְאֵהָא מְתַרְץ דב"נ ה"ט שְׁאִינוּ מוֹחֵל כָּלֵל וְאִי הוּי שֵׁינֵךְ כֹּה"ג גַּבִּי יִשְׂרָאֵל ג"כ יִהְיֶה מְוַזְקֵר בל"ת וְעוֹד יֵשׁ נִפְקוּתָא אִפִּי לְכַתְחֵלָה דְקִיל יִשְׂרָאֵל מְנַכְרֵי דְגִזְלֵי פְחוֹת מִש"פ אִינוּ בְּתוֹרַת הַשְּׁבוּן גַּבִּי יִשְׂרָאֵל וְכִמוּ שְׁפִסְק הַרְמַב"ם (שם ה"ו) וּב"נ צָרִיךְ לְהַשִּׁיב כְּדִמוּכַח מְהָא דְאָמְרִינֵן בַּע"ז (דף ע"ב ע"א) אֵלָא ש"מ מְשִׁיכָה בְּנַכְרֵי קוֹנָה וּפִי רַש"י שָׁם וְלֹא נִיתֵן לְהַשְׁבוּן דְרִישָׁא דְנֻקָּא פְחוֹת מִש"פ דִּישְׂרָאֵל מִחִיל וְלֹא מְחַיִּיב נַכְרֵי לְאִהְדוּרֵי עַכ"ל אֵלְמָא דְבְּנַכְרֵי דְלֹא בֵּר מְחִילָה הוּא מְחַיִּיב לְאִהְדוּרֵי: שָׁם בְּרַש"י ד"ה לְמָה לִי לְמַכְתָּב.

בשקלא ע"א וג"ע בסיני: ק"ק מה הכריחו לפרש כף דלא פריה אכנולו ואי משום דידע דלמלתיהו נשנית מאן לימא לן דלא ידע ג"כ מה דפריה לקמן אזהרה מהדר ומיתגני בה ל"ל וי"ל: שם בד"ה לזה ולזה.

ובגלל התועבות האלה: דא"ל דהיו חייבים על מה שחטאו פן קודם מ"ת די"ל דהא נאמר לאברהם ודור רביעי ישובו הנה פי לא שלם עון האמורי עד הנה ואף דהיו ראויין לבא לארץ בשנה השנית ליציאתם ממצרים אי לא דחטאו במרגלים כדמוכח בפתובים מכ"מ פ"ן דהתורה נתנה בתחלת שנה ראשונה והם לא היו ראויים לבא עד השנה השנית ש"מ שלא שלם עון האמורי עד אז: שם בד"ה ואלכא דר"י.

ולר"י גופא לישראל נאמר ולא לב"נ: מהתוס' חולין (דף צ' ע"א) נראה שנסתפקו בזה אי לא נאסר מתחלה לכל האומות ע"ש. ואי משום דכתיב ב"י דוקא י"ל פ"ן דבשעה שכתב משה את התורה ונכתב קרא זה לא היה אסור רק לישראל ולא הנצרכה האזהרה לכתוב רק לישראל אבל מ"מ מדכתיב קרא זה גבי יעקב משמע שנאסר אז לכל ב"נ וגם לשון הש"ס דייק פן דנאסר לכל האומות דקאמר נאמר לב"נ ולא נשנית בסיני לישראל נאמר ולא לב"נ והיינו גיה"נ ואי לא נאסר רק לב"י שְׁלֵהֶם עֲדִינֵן אָסוּר אִיךְ שֵׁינֵךְ לוֹמֵר לִישְׂרָאֵל נְאֻמֵר וְלֹא לְב"נ: שָׁם בְּתוֹס' ד"ה אֵלָא הָאֲדָם.

מיהו מצי למימר דטעמא: לפי תירוצים אלו א"ש מה שהקשו התוס' לקמן (דף ע"ד סוף ע"ב) בד"ה ב"נ וא"ת והא חי בהם בישראל כתיב כו' ע"ש. ולכאורה קשה הא הקא מרבין נכרי מהאדם אלמא דגם גבי פותי פתיכא.

ולפי תירווצים הללו י"ל פיון דר"מ ור"ש לא סברי הכי א"כ יפלגו תנאי בזה ועוד דלפי העולה מהסוגיא שם לפסק הלכה אינו מצווה על קדוש השם ופסקינו כר"ש דאין פותי מטמא באוהל: שם בא"ד.

וי"ל דגרסינן הכא ר' ירמיה: ק"ק דלפ"ז מאי פריה מר' ירמיה אר' יוחנן דלמא ר' יוחנן פליג אדר"י וי"ל דאין זה האמורא אלא תנא ר' ירמיה וכן הוא בת"כ שלפנינו: שם בא"ד. מדכתיב במצרים כל האדם והבהמה אכן בב"ק סתרו זה וכתבו די"ל דקודם מ"ת היו נקראים גם ב"נ אדם ע"ש: שם ד"ה אף דם מן החי.

וק' דתנא דלעיל: ולפענ"ד י"ל דבאמת גם רבנן דהכא ילפי מאכול תאכל דנאסר גם לאדם הראשון ולכן לא מצרכי אף בשר בנפשו אלא להתיר אבמ"ה בשרצים וקא דקאמרי זה אבר מ"ה לא אתי אלא לאפוקי מדר' חגיגא בן גמליאל דאוקי קרא גם בדם ולקחם לא איירי רק באבר מ"ה אבל באבר ע"כ מייירי דאל"כ איך שייך למעט שרצים רק הו דכתיב קרא לאבר מ"ה הוא למעט שרצים דלאסור אבר מ"ה ל"צ דמאכול תאכל נפקא ולכן א"ש ג"כ דלעיל מוקי פולה קרא דאף בשר בנפשו דמו ל"ת למעט שרצים והכא לא ילפינו פן אלא מדמו ולפ"ז א"ש דבאמת גם הכא מוקמינו פולה קרא להכי: שם בד"ה ורבנן.

כמ"ד התם אינו נוהג: ה"ה דהוי מצי למימר ג"כ דאתיא להתיר אבר מ"ה בהנאה כדאמרינו בפסחים (דף כ"ב ע"ב) ובנדאי איפא חד מ"ד דסובר כר' אבהו כדמוכח מסוגית הש"ס שם (דף כ"ג) אלא דרצה לתרץ גם אליבא דחזקיה ובאמת הפל שמעית מיניה דאין הניקש למחצה וגם לרחב"ג ילפינו דם הקזה דלא מצינו פלוגתא בזה אבל אהא דמתרץ בש"ס אליבא דרבנן דדמו אתי למשרי שרצים ק"ק לרחב"ג הו מנ"ל דא"ל דבאמת פליג ומחייב גם בשרצים דא"כ אף שהוא מעוט בכ"מ ל"ל דדרשינו ליה לקמן (ע"ב) למעט שרצים וגם א"ל דמאף ממעט באמת שרצים דהו מאף לחודי ליפא למיזרש מידי בלא דמו דאימא ממעטינו בהמה וחסיה וכמבואר לקמן בש"ס: שם ד"ה נאמר לב"נ.

דישראל הוזהרו לשבות: ואף דעדיין יש לקיים לא ישבותו גבי ישראל ובשאר ימי השבוע שלא הוזהרו לשבות מ"מ פיון דאזהרה סתמא כתיב וסתמא ליפא לקיים גבי ישראל לא מסתבר לאוקמא גבי ישראל פלל וא"ל הו גם לענין שבת יש לקיים לא ישבותו לפמ"ש לעיל דלא ישבותו הו רק שלא ישבות יום ולילה שאחריו מדכתיב יום ולילה וא"כ יוכל לעשות מלאכה במוצאי שבת ושפיר יש לאוקמא ל"ת גבי ישראל די"ל דאפתי כשחל יוה"כ סמוך לשבת מלפניו או מלאחריו ע"כ אין לקיים לא ישבותו גבי ישראל ולכן מוקמינו רק לב"נ: שם ד"ה ליפא מידעם.

הפתי ששבת חייב: מהא דכתיב שעוסק בתורה לא שייך להקשות מי איפא מידי דה"ט פיון שהתורה נתנה לישראל א"כ שלקחם היא ובזה נדאי לא שייך לומר מי איפא מידי פמו שלא שייך לומר פן במידי דישראל שייכול ליהנות בשלו ובאותו דבר הנכרי אסור דהו נדאי לאו משום מי איפא מידי הו אלא משום שהדבר אינו שלו ואם נהנה ממנה הרי גוזל לישראל וכן לאידך טעמא דמשום מאורסה היא היינו ג"כ משום דלישראל מאורסה ולא לנכרי ולכן לא הקשו התוס' רק מפני פותי ששבת אכן התוס' הוצרכו

לדחוק בזה לענין ב' בשבת דאין בזה מצוה לישראל ובאמת לפי התוס' לשיטתם בלא"ה ל"ק גונשיתם הכא דבחולין (דף ל"ג ע"א) בד"ה אהד נכרי פתבו דלר"ל דסובר דח"ש מותר מן התורה צ"ל דלית ליה הך סברא מי איפא מידי ע"ש ונהרי ר"ל הוא מ"ד הכא דכותי ששבת חייב מיתה ולכן לר"ל לשיטתו בלא"ה ל"ק גונשית התוס'.

ובזה א"ש ג"כ מה דפסק הרמב"ם (פ"ט מה' מלכים) דבהמה מפרפסת שריא לישראל ואסירא לב"נ וכבר תמה עליו הרשב"א הביאו הכ"מ שם למה דפסק פרב אחא בר יעקב בחולין (שם) דמזמנין ישראל ואין מזמנים נכרי על בני מעים הא קאמרינון שם תניא דלא כראב"י והניח בצ"ע ע"ש גם בכ"מ לא תירץ פלוג.

ולפי הג"ל י"ל דבלא"ה קשה פנין דלפי מש"כ התוס' בחולין (שם) דר"ל לית ליה מי איפא מידי א"כ לדידך הגמ' הכא במקומה עומדת דלא שייך כתי' הגמ' אכן י"ל פנין דרק לר' יהודה הוצרך בש"ס לתרץ הכי אבל לרבנן לא מוכח פן א"כ גם ר"ל מודה דלר"י אמרינון מי איפא מידי אבל ר"ל לעצמו לית ליה הכי דאנו פסקינן פרבנן ולרבנן לא מוכח פן.

עכ"פ מוכח דר"ל דס"ל דכותי ששבת חייב מיתה לית ליה מי איפא מידי גם י"ל דהוכיח פן ממתינת דאהלות דקונדם שיצא ראשו חותכין העובר במעיה וכן שנית התוס' לקמן ולא אמרינון פתרוץ התוס' אלא דהך משנה לית ליה מי איפא מידי ואתיא פרבנן וכיון דהרמב"ם פסק פסתם מתניתן דאהלות וגם כר"ל לעיל דכותי ששבת דשקיל וטרי בש"ס אליבא לכן שפיר פסק כראב"י דהטעם דתניא דלא כראב"י הוא משום דליכא מידי דלישראל שרי ולכותי אסור כמ"ש התוס' ונהרי לדין ליתא הך פלגא פדמוכח ממתינת דאהלות ומר"ל והברייתא שם אתיא כר' יהודה דלדידך ע"כ מצרכינן למימר מי איפא מידי ולכן שפיר פסק הרמב"ם דלא כהך ברייתא ולפ"ז מוכח כפי' קמא דרש"י לעיל (דף נ"ז ע"א) בד"ה התיירא הוא דלא מפח מי איפא מידי פריה גם מה דקאמר בש"ס לעיל (דף נ"ה ע"א) מי איפא מידי דלישראל לא אסר כבר כתב הרמב"ן והר"ן שם דהך מי איפא מידי ל"ד הוא ורק שייגרא דלישנא נקט וכאשר פתבנו לעיל שם: שם ע"ב בגמרא ההוא למשרי שבת הוא דאיתי: ק"ק דא"כ תקשה לעולא ור' יצחק דסברי בשבת (דף קל"ב ע"א) דמילה דוחה שבת מהלכה ולא מוקמי קרא דביום להכי וא"ל דהא דקאמרי הלכה היינו אליבא דר"א דוקא ולענין מכשירין או איפכא דמכשירין אתי מביום והלכה אתיא למילה גופא דא"כ מאי פריה שם מהא דתניא מניין לפקוח נפש הא שפיר שייך למילף פן או ממילה גופא או ממכשירין דאתי מביום אע"כ דהם לא דרשו ביום פלל וא"כ גונשית הגמ' דכאן במקומה עומדת וי"ל דהם סברי כר' אסי דסבר שם (דף קל"ה ע"א) דכל שאמו אין טמאה לידה אינו נמול לשמונה ויליף פן מאשה פי תזריע וסמיך ליה וביום השמיני נמול וא"כ לדבר זה נשנית ורש"י דהכא לא רצה לתרץ פן דלאו אליבא דכ"ע שייך תירוץ זה דפליגי תנאי בהך דינא פדמסקינן שם: שם ונהרי פריה ורביה שנאמרה לב"נ: מה שהקשה המהרש"א בזה לרב יוסף ביבמות י"ל דמהך פרו ורבו דגבי ב"נ שנאמר למצוה אין ראיה דאשה מצווה מדכתיב פרו ורבו לשון רבים די"ל דאתם פרו ורבו לו ולבניו נאמר פן ולא לאשה אבל מדכתיב גבי יעקב פרה ורבה לשון יחיד שפיר מוכח דאשה אינה מצווה ולכן לא הקשו התוס' רק מפרו ורבו דגבי

אדם דהתם ע"כ לאשה נאמר דלא היו ב' אנשים עדיין בעולם ואהא תירצו שפיר דהאי ברכה בעלמא הוא ועיין בתוס' חגיגה (דף ב' ע"ב) וכמש"כ המהרש"א שם: שם ולישראל נאמר ולא לב"נ: פי' משעת מ"ת ואילך אבל עד מ"ת ודאי שהיה אסור לב"נ ג"כ כמבואר בסוגיין לעיל ולפ"ז צ"ל דעד שנחתמה התורה ע"י משה עדיין היה אסור להם מספק דלמא עדיין יהיה נשנה לישראל וא"כ נצטוו זה וזה דהא עד מיתת משה עדיין נאמרו מצות פגון עשה דכתיבת ס"ת שנאמרה לו ביום מיתתו: שם צריך מנן אחר להתירו הוא דאמא: עיין ביצה (דף ה' ע"ב) דקאמר וכ"ת האי למצות עונה הוא דאמא ולפי סוגיא דהכא איך אפשר לומר כן דא"כ למה נשנה כלל מפרו ורבו לחוד ג"כ ידעינו כן מההרש"א שם הקשה כן ומירץ דהקושא היא דלמא למצות עונה הוא דאמא שיהא נשנית ובאמת לזה ולזה נאמר ע"ש ודבריו תמוהים דאי הני שייך לומר כן גם הכא לא מקשה מידי נהרי פריה ורביה דלמא באמת לזה ולזה נאמר וכקושית התוס' וע"כ צ"ל פתירו צם דא"כ ליחשבי בהדי ז' מצות וא"כ שפיר דינק שם דע"כ שובו לכם לאהליכם לדבר שבמנן צריך מנן אחר להתירו הוא דאמא דאי למצות עונה א"כ ליחשבי בהדי ז' מצות.

אכן לפי מה שכתבנו לעיל דדוקא אליבא דר' יהודה אמרינו דליכא מידי דלישראל שרי ולכותי אסור אבל לא לר"ל דפסקינו כוותי' בלא"ה ל"ק פקושיתו דשפיר קאמר דדלמא למצות עונה הוא דאמא דאי לא הני פתיב רק פרו ורבו ה"א לב"נ נאמר ולא לישראל דליכא למימר מי איכא מידי וכתירוץ הגמ' דלעיל לענן גיה"נ דהא אליבא דידן לא אמרינו הכי ואפשר לומר ג"כ דלא שייך מי איכא מידי רק בדבר שהוא אסור לב"נ והיתר לישראל אבל לא בדבר שמצוה לב"נ ורשות לישראל וא"כ בלא"ה א"ש דאף שנמשך עי"ז ג"כ היתר ואיסור לענן השחתת זרע מ"מ עיקר קרא לא פתיב להכי.

ועוד איכא נפקותא בזה לדעת הרשב"א רפ"ב דנדה) דאף מי שאינו מצווה אפ"ר מצווה על השחתת זרע א"כ לא תליא זה בזה כלל. אכן לפי הסברא דמי איכא מידי שפתיב רש"י לעיל דלהתקדש יצאו ולא להקל מעליהם לא שייך לחלק בזה.

ועוד י"ל בתי' קושית המהרש"א לפי מה דמבואר ביבמות (דף ס"א ע"ב) דלמצות פו"ר יש גבול פשיש לו זכר ונקבה או ב' זכרים או ב' נקבות ולכן הוצרך לכתוב קרא דשובו לכם לאהליכם שייחוייב לקיים גם אז פשישין עוד עליו מצות פרו ורבו מצות עונה והיינו דדייק בלישנא למצות עונה הוא דאמא ולא קאמר למצות פו"ר הוא דאמא וא"ל דא"כ גם הכא ליתרץ הכי דלמצות עונה הוא דאמא ותרונייהו בישראל ומי דחק לתרץ להאי דבר שבמנן הוא דאמא דא"ל דא"כ פרו ורבו ל"ל הא הוא בכלל מצות עונה דז"א מחמת ב' טעמים א' דהי' צריך לכתוב פרו ורבו למצות ב"נ עד מ"ת פמו דכתיב ג"כ איסור בפ"ר לאדם הראשון אף דאין נפקותא לדין ועוד דעדיין גם בישראל איכא נפקותא פשישין לו אשה דמשום מצות עונה ליכא ומשום פו"ר איכא דע"ז י"ל דשם לא תירצנו כן אלא לפי הך ס"ד דדבר שבמנן אין צריך מנן אחר להתירו אבל לפי מה דיגליף שם דצריך במשנה היובל ע"כ להתיר דבר שבמנן הוא דאמא ולא למצות עונה דאיך שייך להם מצות עונה פיון שנאסר להם תשמיש ולא הותר להם עוד.

ובזה יתנרץ ג"כ קונשית התוס' בד"ה והא פרי' ורבי' לפי מה שפיאר אותה המ"ל בה' מלכים דהקונשיא היא על התרצון דמתרץ דלדבר שפמננו צריה מננו אחר להתירו הוא דאתא דמנ"ל דין מחודש פנה דלמא אתי להיות נאמר ונשנית ושיצנה גם ב"נ אפ"ר.

ולפי הנ"ל א"א לומר פן דיליף מבמשנה היוכל דצריה מננו אחר להתירו איך אפשר לומר שפמננו ונשנית להיות מצווין ישראל וב"נ הא לישראל לא הותר תשמיש פלל ועוד דכמה מצות התורה א"א לבאר פלל אי לא אתי להתיר תשמיש הנאסר ואי נאסר תשמיש מסיני לעולם ולכן לפי מה דילפינו מבמשנה היוכל דצריה מננו אחר להתירו ע"כ שובו לכם לאהליכם להתיר דבר שפמננו אתי: שם אזהרה מהדר ומתני בה ל"ל: קשה הא נדאי צריה לכתוב אזהרה גבי ישראל דמניצו ה' אלהים על האדם דמניח אתיא מצות דב"נ נדאי אין עונשין לישראל מיתה אי לא פתיב אזהרה בלאו מפורש דהא אפילו אזהרת עשה לאו אזהרה היא כדאמרינו (דף נ"ו ע"א) לעיל.

וי"ל דהקונשיא היא דלכתוב אזהרה גבי ב"נ ותיפק גם לישראל ולא אצטריה ניצו ודחוק. א"נ י"ל לפי מה דפירש המהרש"א דקונשית הגמ' סוכבת לקונשיא קפיייתא דלמה נשנית לאו דאמ"ה בסיני דהא גם ע"ז וג"ע דלא נשנית רק למלתייהו נוהג בב"נ ובישראל א"כ הכי מתרץ אזהרה מהדר ומתני בה ל"ל פי' מה שאמרת לעיל דלמה נשנית אבמ"ה בסיני אי לאו משום דמצוה שפמננה ולא נשנית לישראל נאמר ולא לב"נ זה לא שייך רק היכי דכפל קרא אזהרה כמו באמ"ה אבל לא במילה ופ"ר דאינם רק עשה ולא צריה להו תירוץ דהכא למלתייהו נשנית אלא דמה שפמננו הם לא מקרי נשנית רק היכי דנשנה בלשון אזהרה ובהכי א"ש ג"כ הא דקאמר מהדר ומתני בה ל"ל דמה לשון בה בהו הול"ל ולפ"ז א"ש דבה אאמ"ה קאי וגם קונשית המהרש"א מתורצת בזה שהקשה דלא לכתוב לא נ"ו ולא ה"א לא אזהרה באבר מ"ה ולא אזהרה בע"ז וג"ע ולפי דברינו א"ש דבע"ז וג"ע צריה לכתוב אזהרה פ"נ דלא נכתב אזהרה גבי ב"נ משא"כ לענין אמ"ה דכתיב אף בפשר בנפשו דמו לא תאכלו דאזהרה מעליא היא: שם ביצחק ולא פל יצחק: המהרש"א הביא קונשיא בשם רא"מ הא לענין חליצה אדרבה ילפינו מבישראל עד שיהא אביו ואמו מישראל וי"ל ע"פ מש"כ התוס' יבמות (דף ק"ב ע"א) אהא שהקשו הא לענין נערה המאורסה דרשינו מבישראל דבהורתו ולידתו בקדושה בישראל קרינו ביה ותירצו דלענין חליצה מיתורא דבישראל קדריש דאמו מישראל כפר דענין ממקרב אחיה ע"ש א"כ גם קונשיא זו מתרץ דהכא דריש מב' דביצחק וזה באמת משמע מיעוטא.

אכן לענין חליצה דריש מיתורא דבישראל דתתיב בעינן דלא שייך למעוטי דא"כ מיותר הוא. וראיתי ברמב"ם (פ"י מה' מלכים) שהביא תירוץ אחר אהו קונשיא דבני עשו לחייב דכינן שביירי יצחק את יעקב ויתן לה את ברפת אברהם לה ולזרעה אתה מזה ידענו דיעקב הוא עיקר זרע אברהם המחזיק בדתו ע"ש.

ולכאורה דבר תימה הוא למה לא הספיק לו תירוץ הגמרא דביצחק עד שהוצרך לתי' חדש פנה ולא מצאתי בא' מנושאי פליו שהרגיש בזה. ונ"ל דלכאורה בתי' הגמ' לחוד אפתי לא מתרץ דאי רק מביצחק ממעטינו א"כ מנ"ל למעט עשו דלמא יעקב ממעטינו ואף דישראל נצטוו על המילה בפעם מ"ת דלמא עד מ"ת לא הנה הציווי רק לעשו ולכן

הנוצרה הרמב"ם לה טעמא דויתן לה את ברפת אברהם דמזה ראינו דיעלב עיקר זרע אברהם הוא וא"כ ודאי עשו נתמעט מביצחק.

אכן בטעם הרמב"ם לחוד לא סגי דאי משום דיעלב מקרי עיקר זרע אברהם מנ"ל דעשו לא מקרי ג"כ מקצת זרע להתחייב במילה ולכן צריה ג"כ מיעוטא דביצחק והרמב"ם לא רצה רק לבאר הדרשה דביצחק דמנא דעינו דעשו ממעטינו ולא יעלב: שם אלא מעתה ב"ק לא ליחייבו: הא דלא פריה ישמעאל גופא לא ליחייב א"ש לפי מה שכ' הר"ן דנדאי דאבני קטורה ל"ק דהא הוצרה אברהם למול אותם משום יליד בית ולכן לא פריה רק אזרע דב"ק א"כ גם אישמעאל ל"ק מידי דבכלל יליד בית הוא.

אף גם לפי פ"י רש"י דאבני קטורה גופא פריה יש לבאר למה דלא פריה מישמעאל דהא פי ביצחק יקרא לה זרע לא נאמר עד זמן רב אחר ציווי המילה דהא באותו העת עדיין לא נולד יצחק ולכן הוצרה אברהם למול לישמעאל דמהיכי תיתי שלא יהי בכלל זרעה אבל אב"ק פריה שפיר דהא הם לא נולדו עד אחר מיתת שרה ואז כבר נאמר פי ביצחק יקרא לה זרע דכבר נאמר כן בחיי אמו ושארמה גרש האמה הזאת ואת בנה כנראה מהפתובים: שם ולא חית הארץ לכם: בפסוק זה לא הונוכר רק חי ועוף ורמש אבל לא דגים אכן ממה דמקשה בש"ס מנרדו בדגת הים מוכח דגם בשר דגים לא הותר לו וצ"ל דיליף כן מדכתיב הנה נתתי לכם את כל עשב זרע זרע לכם משמע אבל דבר אחר לא: מיתבי ורדו בדגת הים: מהא דקאמר דלא הותר לו בשר לאכילה משמע דלא נאסר לו רק להרוג בע"ח לצורה אכילה דהכי משמע קרא לכם יהי לאכלה ולא חית הארץ לכם אבל להרוג אותם לשאר צורה כגון ליהנות מבשרם ומעורם משמע דלא היה איסור דהא אדה"ר הקריב שור לקרבן כדאמרין בע"ז (דף ח' ע"א) וגם בהבל פתיב ונהבל הביא גם הוא מבכורות צאנו וגם נח הקריב מכל בהמה הטהורה ומכל העוף הטהור קודם שהותר לו בשר לאכילה ואף שלא נצטוו על הקרבן וא"כ איך הותר להם להרוג ב"ח אע"כ מה שאינו לצורה אכילה לא נאסר להם וא"כ מאי פריה מנרדו בדגת הים דלמא לענין שאר צורה ולא הוצרה לדחוק דבר מלאכה הוא וכש"כ שקשה כן אהא דפריה מבטוח השמים דהתם ורדו דהקרבה דהא נח הקריב קרבן מהם: שם בעי עלה דבר טמא הוא זה: מדבעי הכי משמע דלא היה מסופק רק אם דבר טמא הוא והם יפירו אותו ונהרי לפי דעתו שירד דבר איסור מן השמים עדיין יש להסתפק דלמא נבילה היא ולא נשחט פראוי ומי יפיר זה ואי גם זה היה בכלל שאלתו אם טהור הוא פ"י אם מוכשר הוא לאכילה כמו כן היה ר' זירא מצי למיבעי ירד לו בהמה כולה מתה שנראה לעין שאינה שחוטה היא מאי וא"ל דגם בכה"ג עדיין יש להסתפק דכשרה היא דלמא כן פקועה היא ונכשרה בשחיטת אמה דהא עדיין שנייה הספק בבהמה גדולה שנראה לעין שאינה כן פקועה ונראה לי דזה באמת לאו איבעי' היא דהו ודאי לא ירד פניו דכבר אמר אין דבר טמא יורד מן השמים וזה גם ר"ז ידע רק מה דמבעי' לי' יורדת לו דמות חמור הכי קמבעי' לי' דלמא לכה אינו יורד דבר טמא שלא להכשיל ב"א אבל בהו שנראה לעין שדבר טמא הוא ירד דעי"ז לא יבוא מכשול או דלמא דבר טהור הוא ואף שיש לו דמות חמור הא אמרינו בבכורות (דף ו' ע"ב) פרה שילדה כמין חמור טהור ודלמא נולד מן הכשרה וע"ז השיב ר"א למה אתה דואג שטמא הוא הא כבר אמרתי שאין דבר טמא יורד מן השמים פניו שגם בדבר טמא יש להסתפק שטמא טהור הוא שנולד מן הכשרה א"כ ודאי לא ירד שלא יצא מכשול

שִׂיאֲכֻלֹּהוּ ב"א וּבָהָא א"ש מַה שֶּׁהַשֵּׁיב לֹו דָאָם יִשְׁנֹו טְהוּר הוּא כְּמוֹ שְׂפִי רִש"י וְהָא אָנוּ רוּאִים דְחָמוּר הוּא אֶלָּא דְגַם בְּחָמוּר שִׁינְיָה הַכְּשֵׁר כְּשִׁנּוּלֵד מִן הַכְּשֵׁרָה: שְׁם דָּף ס' ע"א בְּגִמְרָא פֶּל שִׁינְשֵׁנוּ בְּכֻלָּל פֶּל שְׁוֹכֵב: א"ל דא"כ גימא ג"כ פֶּל שִׁינְשֵׁנוּ בְּכֻלָּל מְכַשְׁפָּה ל"ת יִשְׁנֹו ג"כ בְּכֻלָּל פִּי יִפְתָּה אִישׁ נַעֲרָה בְּתוּלָה דְסַמִּיָּה לִי כְּמוֹ דְדַרְשִׁינָּה סְמוּכִים לַעֲנִין פֶּל שְׁוֹכֵב עִם בְּהֵמָה וְאַף דְזָה בְּחֻדָּא פְּרָשָׁה וְזָה בְּב' פְּרָשִׁיּוֹת הָא בֵּיבְמוֹת (דָּף ד' ע"א) דְרִשְׁיָנָה סְמוּכִים לַעֲנִין גְּדִילִים תַּעֲשֶׂה לָּהּ וְלֹא תִלְבַּשׁ שְׁעֻטָּנָה וְלַעֲנִין לֹא יִגְלֶה כְּנָף אָבִיו דְּהוּא ג"כ בְּב' פְּרָשִׁיּוֹת דִּי"ל דְּלֹא מְרַבֵּינָה מְסֻמוּכִים לְב"נ אֶלָּא כִּי שׁוּף דְּהוּא חַיִּיב מִיְתָה דְּכִיּוּצָא בְּהֵם יֵשׁ בְּהֵם אֲבָל דִּינֵי קְנֻסוֹת דָּאִין בְּהֵם כִּיּוּצָא בּוֹ לֹא: שְׁם אָף עַל הַפְּלָאִים מְנַה"מ: אָהָא דְאָמַר ר' חֲדָקָא בְּבִרְיָתָא לַעֲיִל (דָּף נ"ו ע"ב) אָף עַל הַסְּרִיּוֹס לֹא פְּרִיָּה מְנַה"מ דְּכָבֵר פִּי לַעֲיִל (דָּף נ"ז ע"א) אֲלֵיבָא דְתַנָּא דְבִי מְנַשֶּׁה דְאֲתֵיָּא כֵּן מְדַכְתֵּיב שְׂרָצוּ בְּאַרְצָה.

אָף לַפ"ז קָשָׁה מֵאֵי פְּרִיָּה עַל הַפְּלָאִים מְנַה"מ הָא גַּם זֶה כְּבָר פִּי שְׁם דְאֲתֵיָּא מְהֵעוּף לְמִינְהוּ וִי"ל דְּבִשְׁלָמָא אֲתַנָּא דְבִי מְנַשֶּׁה דְאָמַר סְתָם עַל הַפְּלָאִים וְיֵשׁ לְפָרֵשׁ אֲפֻלָּאִים דְּהִרְבַּעַה דְּנָקָא מִיְתֵי שְׁפִיר מְהֵעוּף לְמִינְהוּ דְנָח דְכְּתִיב בְּב"ח אֲבָל ר' אֲלֵעָזָר דְאָמַר בְּבִרְיָתָא לַעֲיִל מְוֹתֵרִים ב"נ לְלִבּוֹשׁ פְּלָאִים וְלִזְרוּעַ פְּלָאִים וְאִין אֲסוּרִים אֶלָּא בְּהִרְבַּעַת בְּהֵמָה וְהִרְכַּבְתָּ אֵילָן פְּרִיָּה שְׁפִיר מְה"מ דְּבִזָּה אִין לְפָרֵשׁ דְאֲתֵיָּא מְלִמְיָנְהוּ דְהָא זֶה לֹא כְּתִיב רַק בְּבִהֵמָה וְאֲפֵי הִרְכַּבְתָּ אֵילָן מְנ"ל וְאָהָא מְתַרְץ שְׁמוּאֵל מֵאֵת חֲקוּמֵי תִשְׁמְרוּ וּבִזָּה א"ש הָא דְהִנְצִירָה שְׁמוּאֵל גַּם לְפָרֵשׁ כְּאִן סִיפָא דְקָרָא דְמַה בְּהֵמָתָה בְּהִרְבַּעַה דְבִזָּה אֲתֵי לְתַרְץ לְמָה דְחִיבִים אֲהִרְכַּבְתָּ אֵילָן וְלֹא אֲזַרְיַעַת פְּלָאִים: שְׁם שְׁם כֵּן ד' אוֹתִיּוֹת: מְזָה מְשֻׁמַּע דְכַש"כ דְשֵׁם שְׁל מ"ב שְׁם הוּא וּא"כ קָשָׁה עַל הַרְמַב"ם דְפֶסֶק (בַּפ"ב מֵהַל' עַכּוּ"ם) דְאִין חִיבִים אֶלָּא עַל שְׁם יו"ד ה"א אוֹ אֶל"ף ד'.

וְנִלְע"ד דְשֵׁם שְׁל מ"ב וְשֵׁל י"ב הוּא ג"כ שְׁם הַמִּינוּחַד דִּיּו"ד ה"א אֶלָּא דְנִקְרָא לְפִי אוֹתִיּוֹתָיו. וְכֵן מוּכַח מְהָא דְאֲמַרְיָנָה רִישׁ פֶּרֶק עֲשָׂרָה יוֹחֲסִין דְכֹהֲנִים הָיוּ מְכַרְכְּבִים אֶת הָעַם בְּשֵׁם כֵּן י"ב אָף דְכְּתִיב כֹּה תִבְרָכוּ אֶת בְּנֵי יִשְׂרָאֵל אָמַר לָהֶם יְבָרְכֶהּ ה' אֶלָּא וְדֹאֵי דְשֵׁם כֵּן מ"ב הוּא ג"כ הַשֵּׁם שְׁל יו"ד ה"א: שְׁם עוֹמְדִים מְנָלָן: ק"ק מֵאֵי פְּרִיָּה דְלָמָּא לְכַף הָיוּ צָרִיכִים לַעֲמוֹד מְשׁוּם דְצָרִיכִין לְקַרְוַע וְאִין קָרִיעָה אֶלָּא מְעוֹמֵד כְּדְאֲמַרְיָנָה בַּמ"ק (דָּף כ' ע"א) וְזָה יוֹתֵר מְדוּנָיִק בְּלִישְׁנָא דְמִתְנִיתָן מְשׁוּם דְקִתְנֵי הָךְ וְהַדְּיָנִים עוֹמְדִים לְאַחַר שְׁהַזְכִּירוּ אֶת הַשֵּׁם וְקוֹדֵם הַקָּרִיעָה וְאִי הַעֲמִידָה מְשׁוּם הַזְכָּרַת שְׁם הָא קוֹדֵם הַהַזְכָּרָה הִנְיָה לָהֶם לַעֲמוֹד.

וִי"ל דְלֹא אֲמַרְיָנָה דְאִין קָרִיעָה אֶלָּא מְעוֹמֵד אֶלָּא דְנָקָא גְבִי קָרִיעָה דְעַל מִיתַת קְרוּבִים דְהִתְם כְּתִיבָא גְבִי אִיּוֹב וְדוֹד אֲבָל דְבִרְכַּת הַשֵּׁם דְלֹא כְּתִיבָא לֹא וְאָף דִּילְפִינָה לְקַמְן קָרִיעָה קָרִיעָה הָא ע"כ מְהָךְ דְוִיקְרַע דְגְבִי אִיּוֹב לֹא יִלְפִינָה דֹא"כ גִּילְף ג"כ אִיפְכָא הָךְ דְאִיּוֹב מְהָךְ דְבִרְכַּת הַשֵּׁם דְלֹא מְאַחֲזִין וְכְמוֹ שֶׁהִקְשׁוּ הַתּוֹסְפוֹת בְּאַמְתָּ בְּשִׁמְעָתִין.

אֲכֹן מְמַה שֶּׁפְּתַב מְהִרְש"ל בְּשִׁמְעָתִין מְשֻׁמַּע דְסוּבֵר דְגַם קָרִיעָה דְמְבָרַךְ הַשֵּׁם צ"ל מְעוֹמֵד. וְמַה שֶּׁהִכְרִיחוּ לְזָה לְפָרֵשׁ דְעַת הַתּוֹס' לְמָה דְמִיְתֵי הָךְ דְאִיּוֹב נִלְע"ד לִיִּישׁב בְּפִשְׁטוֹת דְהָא דְאֲבָל חִיב לְקַרְוַע יִלְף בַּמ"ק שְׁם מְדַכְתֵּיב וּבְגִדְכֶם לֹא תִפְרוֹמוּ מְשֻׁמַּע הָא אַחַר יְפָרוֹם וּא"כ לֹא כְּתִיב לְשׁוֹן קָרִיעָה פֶּלָל וְאִיָּה שִׁינְיָה לְמִילָף קָרִיעָה קָרִיעָה לְכֹן הַנְּצִרְכוּ הַתּוֹס' לְהִבְיָא הָךְ קָרָא דְאִיּוֹב דִּילְפִינָה מִיְנִיָּה דְקָרִיעָה מְעוֹמֵד וּמְזָה מוּכַח דְקָרִיעָה זֹו הִיא מְשׁוּם

אבלות וא"כ פתיב לשון קריעה גבי אבילות ושייך שפיר למילף קריעה קריעה: שם
השומע אנפיה מפי נכרי: א"ל הא זה ע"כ לא איירי אלא בכינויי דאי בשם המיוחד מי
גמירי פדאמרין לקמן וא"כ מאי איירי נכרי אפילו ישראל דהא סבר אידיך דר"י אמר
שמואל דאין קורעין על הכינויי די"ל דלא אמרין לקמן דלא גמירי אלא דלא רגילי ביה
כ"כ ושייך למימר נתמלא הפגד פולו קרעים וכמו שפירש רש"י אבל מ"מ אפשר דאיפא
חד ביה דגמיר ולעולם בשם המיוחד איירי: שם ופליגא דר"ח בתרנויהו: א"ל לפי מה
דסבר ר' מיישא לעיל (דף נ"ו ע"א) אליבא דרבנן דב"נ חייב גם על הכינויי אבל לא
ישראל וכמו שפירש גם הרמב"ם א"כ מנ"ל דפליג ר"ח אתרנויהו דלמא מודה ג"כ להא
דאין קורעין על הכינויי פיון דריא"ש ע"כ בישראל איירי דהא על הנכרי אין קורעין
פלל ובישראל אין קורעין רק על השם המיוחד דחייבין עליו מיתה אבל על פינוי דאין
חייבים עליו מיתה לא אבל ר"ח דע"כ איירי בנכרי פדדייק בגמרא דחייב מיתה גם
אפנויי לכן אמר שפיר דקורעין גם אפנויי אבל לעולם לענין ישראל מודה לריא"ש
דאין קורעין על הכינויי די"ל פיון דהא דנכרי חייב מיתה יותר מישראל אין זה משום
חומרא דכינויי גבי נכרי יותר מישראל אלא משום דבנפריס אזהרה שלקהם זו היא מיתתן
משא"כ גבי ישראל א"כ לא שייך לחלק בזה לענין קריעה: שם וש"מ בזמן הזה הוא
דלא.

פירוש משום דאין מתיראין מב"ד וא"כ ע"כ מוכח דסובר דב"נ נהרג על הכינויי דאי
פטור א"כ מ"ש בזמן הזה דוקא הא בזמן דיננו תקיפא ג"כ אין להם ליבא. ומזה ראיה
לפסק הרמב"ם (פ"ט מהל' מלכים ה"ג) שפסק הרמב"ם פן וע"ש בכ"מ ולקחם משנה
שנדחקו ליישב למה דפסק הרמב"ם כר' מיישא לעיל (דף נ"ו) ולפ"ז א"ש דע"כ ר' חייא
קאי כנותיה ובפרט פיון דהרמב"ם פסק בהא כר' חייא דחייבין קריעה גם על הכינויי:
שם סתמא כר"ע דמקיש ב' לג'.

כר"ש לא בעי למימר דמקיש ג"כ ב' לג' במתניתין דמפות (דף ה' ע"ב) לענין דאין נעשים
זוממים עד שיזומו שלשתן דאין סברא שיבדקו אותן כי היכי שיהיו פטורין אם יזומו
אלא מסתמא הוא לזכות אותו שמעידין עליו וכמו שפירש רש"י כי היכי שיצורף לעדות
אם קרוב או פסול הוא ויבטל על ידו ולכן נקט רש"י ג"כ מימרא בתרא דר"ע שם ולא
מימרא קמא לעשות דינו פיוצא באלו דמסתמא אזכות קמהדרין ולא בודקים את
השלישי לחובה אלא לזכות: שם בתוספות ד"ה חוקים שחקקתי לה.

ומפרש ר"ת דאי לאו את חקותי: והשתא מתורץ מה שהקשו מהמרביע ב' מינים דאי
לאו דילפינן מלמינהו דיבשה דקאי חוקים שחקקתי לה עליו מלמינהו לחוד לא הוי מצין
למילף וגם מה שהקשו מפרק אלו טריפות דגם שם הפירוש הוא דאי הנה פתיב בגופיה
הוי ילפינן בגז"ש מיבשה: שם בד"ה חקותי דהשתא.

דב"נ נצטוו על העריות: ואף דבאותה פרשה פתיבי ג"כ עריות דחייבי פרישות ועליהן
ב"נ אינן מוזהרים לר"מ לעיל (דף נ"ז ע"ב) נהרי ע"כ קאי חקותי אבל מה דכתיב שם
פדהקשו התוס' לעיל לענין שעטנז צ"ל דר"מ לית ליה דר"א דנריש חקותי אלא פרבנן
דלא דרשי פן: שם ד"ה הפלף קרע.

תיקמה האיה אָמרו לְמַלְךְ: עֵינַי בְּמַהֲרֵשׁ"א וּא"ל דְּאַפְתִּי מֵאֵי פְּרִיָּה בְּתוֹס' דְּלִמָּא בְּאַמְת לֹא אָמרו וְהָא דְקָרַע מִפְּנֵי שְׂמוּעָה רְעָה וְאֵעִפ"כ דַּיִיק שְׁפִיר כְּמוֹ דְּמִשּׁוּם שְׂמוּעָה רְעָה אִין חֲזִיבִין לְקָרוּע פְּעָמִים ה"ה ג"כ מִשּׁוּם בְּרַפְת הַשֵּׁם דַּע"כ מוּכַח דְּלֹא שְׁיִיָּה בְּזָה שְׂמוּעָה רְעָה כְּלָל וְהֵינּוּ פְּדָאֲמַרִּינּוּ בַּמ"ק דְּלֹא שְׁיִיָּה זֶה אֱלָא בְּרוּב צִיבּוּר וּכְמַעֲשָׂה שְׁהִיָּה דַּא"ל"כ מַנ"ל כְּלָל דְּבְרַפְת דְּשֵׁם צְרִיָּה קְרִיעָה דְּאֵי מִשּׁוּם דְּכְתִיב קְרוּעֵי בְּגָדִים דְּלִמָּא הָיָה זֶה מִפְּנֵי שְׂמוּעָה רְעָה אַע"כ דְּלֹא שְׁיִיָּה בְּזָה שְׂמוּעָה רְעָה כְּלָל.

וְרֵאִיתִי בְּתַשׁוּבוֹת מֵהַר"ק הִבִּיא הַכ"מ בַּה"ל עִפּו"ם שְׁהִבִּיא בְּשֵׁם שִׁטָּה אַחַת יָשׁוּב לְקוֹנְשֵׁיָא זֹו דְּהַתוֹס' דְּבִאֲוֹתוֹ פְּעַם גָּמְרוּ דִּינוֹ כֹּל שְׁיִמְצָאוּהוּ וְלָכֵן הִנְצָרְכוּ לִזְמַר מַה שְׁשִׁמְעוּ בְּפִירוּשׁ וּמַה שְׁרָצָה לְדַיִיק מְזָה דְּרַבְּשָׁקָה יִשְׂרָאֵל מוּמַר הָיָה לֹא זְכִיתִי לְהִבִּין כְּלָל דְּגַם אֵי עִפּו"ם הָיָה ג"כ צְרִיָּה גָּמַר דִּין בְּעֵדִים פְּדָאֲמַרִּינּוּ לְעִיל דַּב"נ צְרִיכִים עֲדָה וְעֵדִים וְהַתְּרָאָה אֲכַן בְּעִיקַר הַדְּבָר ג"כ יֵשׁ לְעֵינַי אִיָּה שְׁיִיָּה שְׁגָמְרוּ דִּינוֹ הָא אָמַרִּינּוּ בַּב"ק אִין גּוֹמְרִין דִּינוֹ שֶׁל אָדָם אֱלָא בְּפְנֵי וְהִכִּי הִלְכְתָא.

וְגַם קָשָׁה אִיָּה שְׁיִיָּה לְמִימַר דְּמִשּׁוּם גָּמַר דִּין אָמְרוּ כֵּן לְפָנֵי חֲזַקְיָה הָא אִין מוֹשִׁיבִין מְלָךְ בְּסַנְהֶדְרִין לְדוּן דִּינֵי נְפֻשׁוֹת וְאַפִּילוּ מִמְלַכֵּי ב"ד וּכְמוֹ שְׁפָתְבוּ הַתוֹס' לְעִיל (דָּף י"ט ע"א) בַּד"ה אָבֵל ע"ש: שֵׁם ע"ב בְּמַתְנִיתִין וְהָאֲמַר לֹא אֵלֵי אַתָּה: א"ל הָא לֹא שְׂאִין בּוֹ מַעֲשָׂה הוּא דִּי"ל דָּאָרְף דְּאָמַרִּינּוּ דְּאִין לֹוֹקִין עַל לֹא שְׂאִין בּוֹ מַעֲשָׂה זֶה דְּוָקָא לְעֵנָן מְלָקוֹת דְּגָמְרִינּוּ בְּמַכּוֹת (רִישׁ פ"ג) מְלַעֲשׁוֹת אָבֵל מִיְתָה חֲזִיב אֲפִילוּ אֱלָאוּ שְׂאִין בּוֹ מַעֲשָׂה.

וְכֵן מוּכַח מֵהָא דְּאָמַרִּינּוּ לְקַמָּן (דָּף ס"ה ע"א) ר"ל אָמַר יְדַעוּנִי לְפִי שְׂאִין בּוֹ מַעֲשָׂה וְאֵעִפ"כ חֲשִׁיב בְּמַתְנִיתִין לְעֵנָן מִיְתָה: שֵׁם בְּגָמְרָא וְלִיְחֻשׁב נְמִי זוּרְק: עֵינַי בְּר"ו שְׁמִסְנוֹפֶק בְּזָה אֵילְפִי הָאֲמַת לֹא מִיְחֻשִּׁיב אֲמַקְבֵּל וּמוֹלִיָּה דְּדַלְמָא רַק הַמְקַשֵּׁן לֹא רְצָה לְהַקְשׁוֹת מְזָה כְּמוֹ שְׁפָתְב רַש"י מִשּׁוּם דְּלֹא כְּתִיב בְּפִירוּשׁ אָבֵל לְפִי הָאֲמַת מִיְחֻשִּׁיב.

וּלְפַעַנ"ד מוּכַח דְּלֹא מִיְחֻשִּׁיב מֵהָא דְּאָמַרִּינּוּ בְּחֻלִּין (דָּף ל"ט ע"ב) חֻלִּין שְׂאִין מְחַשְׁבִּין אֱלָא בַּב' עֲבוּדוֹת אִינוּ דִּין כּו' ע"ש וְאֵי לְפִי הָאֲמַת יְחֻשִּׁיב גַּם אַעֲבֹד בְּקַבְלָה וְהוּלָךְ מַנ"ל הִיא גּוֹפָא דְּאִין מְחַשְׁבָּה פּוֹסְלַת בְּהֵן דַּמ"ש מְחַשְׁבָּה בְּהֵן מְחִיב דְּתַרְנוּיָהּ חַד טַעְמָא הוּא מִשּׁוּם דְּלֹא כְּתִיבָא בְּפִירוּשׁ בְּקָרָא וְאֵי חֲזִיבִין עֲלֵיהֶן הָרִי כְּתִיבָא בְּכָלֵל בְּלַתִּי לַד' לְבַדוֹ וּמַהִיכִי תִּיְתִי דְּלֹא יְפֻסֹּל מְחַשְׁבָּה בְּהֵן אֱלָא ע"כ דְּגַם לְפִי הָאֲמַת לֹא פְּסוּל וְכֵן ג"כ דַּעַת הַרְמַב"ם בַּפ"ג מַה עִפּו"ם: שֵׁם הֵיִתִּי אֲמַר בְּזוּבַח קְדָשִׁים בַּחוּץ: ק"ק דַּא"כ בְּלַתִּי לַה' לְבַדוֹ ל"ל.

וְעוֹד מַהִיכִי תִּיְתִי לְאוּקְמָא דְּוָקָא בְּקְדָשִׁים בַּחוּץ דְּלִמָּא אֲשׁוּחַט אוֹתוֹ וְאַת בְּנוֹ אוֹ קְדָשִׁים בְּעֵלֵי מוּמִין וְכַדוּמָה מִשְׁאָר לְאִנְיָן שְׁפָתְבָה הַתוֹרָה לְעֵנָן שְׁחִיטַת אִיסוּר. וי"ל דְּבְקְדָשִׁים בַּחוּץ כְּתִיב וְהִבִּיאָם לַה' אֶל פֶּתַח אֹהֶל מוֹעֵד אֲלֵמָּא דְּשְׁחִיטַת קְדָשִׁים בַּחוּץ מְתַנַּגֵּד לְזָה וּמְקַרִּי שְׁחִיטָה שְׁלֹא לַה' וְהַשְׁתָּא א"ש דַּה"א דְּבַלְתִּי לַה' לְבַדוֹ אֲתִי לְהוֹרוֹת דְּבְקְדָשִׁים בַּחוּץ אֵיִרִי דְּהֵינּוּ מִי שְׁזוּבַח בְּלַתִּי לַה' וּכְדַכְתִּיב וְהִבִּיאוּם לַה' יְחֻרָם: שֵׁם יְכוּל שְׂאִנֵּי מְרַבָּה הַמְגַפָּר וְהַמְנַשֵּׁק וְהַמְנַעִיל: ק"ק דַּא"כ לֹא תִשְׁתַּחֲוֶה ל"ל תִּפְּוֹק לִיָּה מְלֹא תַעֲבָדֵם כְּקוֹנְשֵׁיַת הַתוֹס' דַּהַשְׁתָּא לֹא שְׁיִיָּה כְּתִירוּצָם דְּאֵי גַם בְּמַגְפָּר וּמְנַשֵּׁק יֵשׁ מִיְתָה אִין חֲזִיבִין בֵּין הַשְׁתַּחֲוָה לָהֶם וּמַהִיכִי תִּיְתִי הַשְׁתַּחֲוָה דְּוָקָא.

וי"ל דבדברי הר"ן הנ"ל א"ש דהוי מוקמינו לא תשתנה להשתחוא דרף בזיון: שם יצתה השתחוא לידון בעצמה: א"ל דאימא יצתה ללמד על הפלל פולה דאין חייבים אפילו בכדרכה אלא דרף פבוד כמו השתחוא ולמעוטי פוער לפעור או זורק און למרקולים דלא די"ל דא"כ דבהשתחוא פדרפה איירי וילף ויעבוד ל"ל הא נוכל לילף במה מצינו מהשתחוא: שם בתוספות ד"ה זוכח לאלהים.

לא מיחייב אלא בעבודת פנים: ק"ק דא"כ וילף ויעבוד ל"ל. וא"ל דאי לאו וילף ויעבוד הוי אמרינו דמזביחה גמרינו כל העבודות ולכן פתיב פלל דוילף ויעבוד ויצא זביחה מן הפלל להורות דרק אזביחה ועבודת פנים הא בלא"ה ע"כ ליפא למימר פן דגמרינו מזביחה במה מצינו כל העבודות דא"כ בלתי לה' לבדו ל"ל ובשלמא מהשתחוא ל"ק דא"כ ל"ל די"ל דאצטריף להשתחוא דרף בזיון דמיחייב וכמ"ש הר"ן בשיוב קושית התוס' ד"ה המקטיר אבל מבלתי לה' קשה.

ועוד קשה דאיך אפשר לומר דגם אעבודת פנים לא חייבין אלא בכדרכה דא"כ קושית התוס' לקמן בד"ה מנין לרבות במקומה עומדת ל"ל קרא להשתחוא ת"ל מדאימקיש לזביחה דלא שייף פתירוץם דהא באמת גם אזביחה לא מחייבים אלא פדרפה וי"ל דאז ה"א דכתיב השתחוא לחייב עליה אפילו בשלא פדרפה ובאמת הוי מצינו למילף זביחה איפכא מהשתחוא דאפילו שלא פדרפה מיחייב אבל לעולם זוכח לאלהים לא הוי מוקמינו רק לכדרכה: שם ד"ה אזהרה מניין.

וא"ת ות"ל מהיכי דנ"ל אזהרה: אין להקשות הא אמרינו לקמן (דף ס"ג ע"א) דאין לוקין אלא תעבדם משום דלאו שבפלות וא"כ אי אתיא השתחוא מפסוק זה אין עונשין אלא מיתה די"ל דאף דאין לוקין אלאו שבפלות משום דלא דמי ללאו שבחסימה כמו שפירש ריש פרק אלו הן הלוקין זה דוקא לענין מלקות אבל מיתה חייבים אפילו אלאו שבפלות כדמוכח מהך ברייתא גופא דלקמן דילף בן סורר ומורה מלא תאכלו על הדם וחשיב ליה לאו שבפלות אלמא דעונשין מיתה אאזהרה בלאו שבפלות ואי משום דבבן סורר ומורה גלי קרא בפירוש מיתה גם הכא גבי השתחוא גלי קרא ולכן מקשו התוס' שפיר: שם בא"ד.

וי"ל דאי אתיא לאזהרה דהשתחוא: א"ל איך אפשר לומר דלא תעבדם אהשתחוא קאי והא כבר פתיבא ברישא דקרא לא תשתחנה להם די"ל פיון דהשתחוא אפתי לא ידעין מפי לא תשתחנה שפיר ה"א דאתי חז לכדרכה ושלם פדרפה וחד לשלא פדרפה כדאמרינו לקמן (דף ס"ג ע"א): שם דף ס"א ע"א בגמרא שלא פדרפה מהשתחוא נפקא: עיין מה שכתב המהרש"א בזה בשם התוס' דזבחים ואין פוננתם לפרש דברי ר' אלעזר דאיירי קרא במחשבין מעבודה לעבודה דבדברי ר"א ודאי אי אפשר לפרש הכי אלא משום דכל קושית הגמ' היא אי ס"ד דהשתחוא יצאה ללמד על הפלל פולה ולא יזבחו למאי אתי דליפא לאוקמי לכדר"א ואהא הקשו דלמא אוקי ליה למחשבין וכן הוא ג"כ בתירוץ הגמרא דזבוח איירי דלא לפרש דברי ר"א אתי אלא לפרש קרא היכי איירי: שם תנהו ענין לשלא פדרפה: ומהכא נפקא אזהרה לשלא פדרפה בזביחה וא"ל אפתי אזהרה בשאר עבודות פנים מנ"ל די"ל פיון דהשנה הפתוב דבלתי לה' לבדו שאר עבודות פנים לזביחה לענין עונש ה"ה ג"כ לענין אזהרה ודע שאין להקשות איך ילפינו

מבלתי לה' עבודת פנים הא אצטרף ליה לכדדרשינו בע"ז (דף נ"א ע"א) דשוחט בע"מ לע"ז פטור פניו שאינו ראוי לפנים ע"ש.

די"ל דתרתמי שמעת מניה דמרבינו מבלתי לה' פל מה שנעשה לשם וממילא ממעט ג"כ פל מה שאינו ראוי לשם דהיינו בעל מום ועכ"פ יצא לנו בזה לתרץ קושית הר"ן שהקשה לעיל אי ס"ד דיצא זביחה ללמד על הפלל פלו בלתי לה' לרבות שאר עבודות פנים ל"ל ולפי הנ"ל אינו מותר דאצטרף למעט בעל מום: שם והאנו תנו האומר אעבוד: מכאן קשה על מה שכתב המהרש"ל במתניתו דהמקבילו עליו לאלוה איירי באומר אלה ואעבוד א"כ מאי מקשה הא שפיר קתני גם אומר במתניתו וא"ל דא"כ אפתי קשה במתניתו גופא מרישא לסיפא דרישא קתני עובד דוקא ובסיפא קתני גם אומר דז"א דאף דהמקשן אפתי לא ס"ד לפרש דלא זו אף זו קתני דא"כ לא מקשה מידי וכדמתרץ רבינא באמת לקמן היינו דוקא בב' משנות המרוחקים זמ"ז ונפסק ביניהם בדינים אחרים בזה דחיקא ליה לפרש דלא זו אף זו קתני אבל באותה משנה גופא נדאי דאמרינו הכי פדמוכח מהו מתניתו גופא דתני אעבוד אלה ואעבוד גלה ונתני גלה ונעבוד לחוד וכ"ש אעבוד אלה ואעבוד אלא ע"כ דלא זו אף זו קתני.

וכן קשה דלתירוץ רב יוסף ואב"י נרבא לקמן אפתי קשה ממתניתו דהכא דהא באמת סברא דאלה ואעבוד חייב. וי"ל דהמהרש"ל לא כתב פן אלא לפי תירוץ קמא דהש"ס באומר אינו מקבילו לאלוה אלא בעבודה דלפי תירוץ זה אמרינו דכשאומר אלה ואעבוד מקבילו לאלוה כמו שפירש רש"י ולכן שפיר יש לפרש במתניתו דמקבילו עליו לאלוה איירי באומר אלה ואעבוד אבל לפי סברת המקשן ושאר תירוצי הש"ס באמת לא אמרינו הכי דמהיכא תיתי לפרש המקבילו לאלוה באלה ואעבוד: שם דכתיב לא תעשה לה פסל: לא מפורש איה דרש מקרא זה ודחוק לומר דדריש לה לשון אותה דאין זה במשמעות הלשון ועוד דהרי לעגנו המסית איירי השתא ואיה מרומז בזה דפלחו ליה דוקא.

ולכן נראה דאסיפא דקרא סמיה דהיינו לא תעבדם דדרשינו מיניה לקמן דנעבד פהמן חייבים על השתחונאתו ובהכי קאמר דהכי דפלחו ליה נדאי מסית הוא דהא המשפתחים הם ע"ז ממש מולא תעבדם: שם בתוספות ד"ה ר"ל אמר מותרת.

פירוש בהנאה: ועיין מש"כ בזה בזבחים (דף י' ע"א) ואף דרב ענן אמר שמואל אית ליה בחוליו (דף ד' ע"ב) דמומר לע"ז מותר לאכול משחיטתו מ"מ לא מסתבר להתוס' למימר דר"ל קאי פנותיה משום דאסיק ליה הש"ס התם בתויבתא: שם בד"ה איכה יעבדו.

דמזביחה נפקא דוקא עבודת פנים: פירוש מדפרט הפתוב בהני שחייבים שלא פדרפה ע"כ באחרינא אין חייבין אלא פדרפו ולכן איכה יעבדו ל"ל ומה שהקשה המהרש"א בזה לא נתברר לי לפ"ד: שם בא"ד.

אע"ג דעבודתה דרף בזיון: פירוש דהא דגרע דרף בזיון אף שדרף אותה ע"ז לעבדה בכף היינו דאף דהגוים עובדים אותה בכף מ"מ לגבי ישראל העובד אותה אין זה דרף עבודה ולכן יש סברא שלא לחייב אבל אי ילפינו מהשתחונאה דבכל עבודות חייבים ושללא פדרפה הרי דחייבים על עבודה שעובדים בה אחרים דאף דע"ז זו אינה נעבדת בכף מ"מ פניו שאחרים נעבדים בכף שם עבודה על מעשה זה שעשה לע"ז וחייב עליה.

ולכן סברא ג"כ שישחייב על עבודה דרף בזיון דארף אם לגביה לא יקרא זה דרף עבודה מ"מ פיון ששם עבודה עליה לגבי אחרים חייבים עלי' והיינו מה דדייקו בתוס' פיון שעובדים אותו בכך ועיין במהר"ם שגדחק לפענ"ד מאוד בדעת התוס': שם ד"ה מנין לזובח.

דמזובח לאלהים נ"ל: עיין בתוספות ריש פרק השוחט והמעלה שבארו יותר בזה: שם ד"ה האומר אעבוד. וקשה דאפתי לא ס"ד הך טעמא: וי"ל לשיטת רש"י לפי מה שמשמע מדברי הר"ן לקמן וכן פירש המהר"ם בפירושו דרב יוסף מיינתי ראיה מלא תאבה דיחיד הנסיח חייב באמירה דלא תאבה לשון יחיד משמע ולכן שפיר י"ל דבאמת כבר ס"ד דרשה דלא תאבה והא דמיינתי ליה רב יוסף היינו רק להביא ראיה למה שתי' פאן ביחיד הנסיח וכמו שהביא גם אבני בתירוץ ראיה מהך דלא תאבה אף שהוא ע"כ כבר ידוע ליה מדרב יוסף דהא הקשה עליו: שם בד"ה ומר סבר.

דאמר מ"ש איהו מינן: א"ל דא"כ למה כ"ע מודו היכא דפלחו ליה דמיחייב משום מסית הא בשעה שהסית שייך ג"כ הך טעמא דלא חשיב כ"כ מסית דמימר אמר דלא ישמעו לו דמ"ש איהו מינן די"ל דהיכי דפלחו פשרואה שרוצים לעבדו הנה לו לחזור ומדלא חזר מיחייב אבל פשאמרו אין גם לאחר שאמרו פן אין הוכחה שרוצים לעבדו דשמא אחוכי עלי': שם ע"ב בגמרא ואין דקאמר אחוכי עלי': א"ל הא בב"ק (ס"פ החובל) קאמר בפשיטות דיש הן שהוא פלאו והכא משמע דפליגי תנאי בהכי די"ל דלאו בהכי פליגי אלא אי אמרינן דמסתמא אחוכי עלי' כמו התם בחבלת גופו או לא: שם רבים מימלכי ולא טעו בתריה: הר"ן גרס איפכא משום דקשיא ליה דמתניתין דאעבוד ליפא לאוקמי ביחיד משום דתני בסיפא גלף ונעבוד ע"ש אכן לשיטת רש"י ג"כ יש לפרש דגלף ונעבוד אניסת ואמסית קאי ולעולם ביחיד הנסיח איירי: שם וא' רבים הנסיחים: דהיינו עיה"נ כדמשמע בסיפא דהך ברייתא אכן קשה לר"ש דסבר לקמן (נ"פ פ"ט ע"ב) דקרא דמסית דוקא במסית יחיד איירי אבל מדיחי עיה"נ הם בחנק הרי דברבים הנסיחים אין לו דין מסית וא"ל דהך ברייתא באמת לא אתיא כר"ש אלא פרבנן דסברי (שם) דמדיחי עיה"נ בסקילה א"כ מאי פריף מהך ברייתא אתירוץ ר' יוסף דלמא מתניתין דא' העובד אתיא ככ"ע וגם כר"ש ולכן לא נקט אמירה דאינה ברבים הנסיחים דלר"ש שפיר יש לחלק בין רבים הנסיחים ליחיד הנסיח וברייתא דלא חילקה אתיא פרבנן אכן לפי מש"כ הר"ן דברבים הנסיחים דברייתא לאו דוקא עיה"נ קאמר אלא שאר יחידים הנסיחים ע"ש אתי שפיר: שם לא זו אף זו קתני: לכאורה הנה לנו לפסוק פרבינא דבתרא הוא וא"כ בין בגיסת בין בעובד דהיינו ניסת מפי עצמו יתחייב באומר אלה ואעבוד אכן ראיתי ברמב"ם (פ"ה מה' עכו"ם הל' ה') שהביא דין זה רק לענין ניסת ושם (פ"ג ה' ד') לענין עע"ז בלא ניסת הביא דאומר לו אלי אתה מיחייב כמתניתין דלעיל ולא הביא דגם באלף ואעבוד מיחייב וזהו אינו לכל תירוץ הש"ס דקאן רק לתירוץ אבני דלכל תירוצים אחרים הנה לו לחלק או גבי מסית או גבי עובד ולא לכתוב במסית סתמא ובעובד כלל וכלל לא וצ"ע למה בחר דוקא בתירוץ אבני ודחוק לומר שמה שכתב בפ"ג אחר שכ' האומר לו אלי אתה וכן פל פיוצא בזה עכ"ל שפנון להך דאלף ואעבוד שאין זה פיוצא דהאומר לו אלי אתה: שם אי קבלה עליה אין: א"ל איף שייך שקבלו לאלוה לגבי שוגג ומפי' רש"י נראה דגם לגבי שוגג פליגי דמשפחת לה באומר מותר שאין ע"ז

בתורה ועבדו בקבלת אלוה וכמבואר לקמן בשמעתן: שם רבא אמר פטור: עיין בר"ן
שהביא בשם הר"ר דוד לתרץ מה שהקשו בתוספות מהא דיהרג ואל יעבור דבאמת היכי
שנאנס לומר אלי אתה בהדי עבודה גם רבא מודה דחייב ובהא אמרינן דיהרג ואל יעבור
והא דפליגי היינו דוקא בעבודה לחוד בלא אלי אתה ע"ש אכן לפ"ז ק"ל מאי קאמר
אבני מנא אמינא לה הא כל הנה ג' ראיות יש לפרש דאירי באמר אלי אתה מאהבה
ויראה בהדי עבודה דבהא גם רבא מודה דמייחשב ע"ז גמור: שם מאי לאו א' העובד
מאהבה ומיראה: עיין מה שהקשה מהרש"א בזה והנה נדאי מהא דמקשה עובד אין אומר
לא ליפא קושיא דהאי מצי סבר פרבא אלא קושיתו היא מדהוצרה אבני לתרץ ובה י"ל
דמ"מ הוצרה אבני לתרץ דגם אי מהא דקתני עובד ליפא קושיא מ"מ קשה מא' הזבח
דאירי לדידה בכדרכו וכמו שפירש רש"י ומשמע מהני דוקא עובד בכה"ג אבל אומר
לא וכן קשה מהא דקתני האומר לו אלי אתה דמשמע בהכי דוקא מיחייב אבל באומר
אלה ואעבוד לא גם ל"ק לאבני אי האי זובח ומקטיר אירי בכדרכו א"כ מנ"ל דחייבין
בד' עבודות שלא פדרפה וכי ס"ד דיפלוג אהו דינא די"ל דנדאי מודה דמייחייב פדררש
בברייתא מקרא רק דקאמר דמתניתין לא אירי בכה"ג ולכן א"ש הא דנקט במתניתין אבל
המגפף והמנשק כו' ולא בסתם אבל שלא פדרפה דבאה להוציא עבודת פנים דחייבין
אפילו בשל"כ אכן ק"ק פיון דלאבני א' הזבח כו' דמתניתין אירי בכדרכו וא"כ לא נקט
הני אלא לדוגמא וה"ה כל עבודה פדרפה א"כ למה הוצרה אבני לתרץ אהא דמקשה
לעיל וליחשב נמי זורק דזורק היינו מנסף הא ל"ק רק לפי תירוץ ר' ירמיה דמתניתין
אירי בעבודת פנים א"כ ליחשב נמי הו עבודת פנים אבל אי אירי בכדרכו אטו תנא
פי רוקלא ליחשב וליזיל כל עבודות פדרפה וי"ל: שם והא הון מיראה הוי נעבד: א"ל
דדלקא אזהרה איפא אבל מיתה ליפא דכבר תירץ מהרש"א דאי איפא אזהרה א"כ
בכלל ע"ז ומיתה נמי איפא אכן קשה לפי מש"כ הר"ן בשם הרמב"ן דהא דאבני סבר
חייב אף דנהי חייב למסור את עצמו לכתחלה מפל מקום היכי דלא מסר את עצמו לא
מייחייב מיתה משום דמיראה דקאמר לאו היינו מחמת מיתה אלא מחמת ממון א"כ מאי
מיתי אבני ראיה מהא דנעבד כהמן תקשי איהי לנפשיה דהא התם יראת מות הנה דהא
עבירת ציווי המלה הנה וכאשר באמת רצה המן להמית את מרדכי ונהי ביראת מות
לכ"ע לא מייחשב ע"ז לחייב מיתה אם עבר: שם ברש"י ד"ה נעבד כהמן.

דאי לאו הכי לא הנה מרדכי מתגרה בו: ק"ק לפי מה שכתבו התוס' בשם המדרש שהיו
צלמים על לבו מאי ראיה היא זו דהמן גופיה ג"כ הנה נעבד וא"ל דברייתא לא סברה
פהמדרש מ"מ לפי מה שתירצו התוס' דרבא ע"כ סובר דלכך לא השתחוה מרדכי להמן
שהיו צלמים על לבו א"כ מנ"ל פלל להברייתא דהמן הי' נעבד הא לרבא ע"כ היו צלמים
על לבו ומזה לכאורה ראיה לתירוץ בתרא דהתוס': שם בד"ה ושון שבשעירה.

והיחיד מביא פשבה: פאן לא הוצרה רש"י לפרש אם נאכל או נשרף דקרנן פשבה או
שעירה שהוא נקבה לעולם אינו נשרף רק נאכל דנקבה אינה אלא חטאת או שלמים
ותרונייהו נאכלין אבל בשעיר דאיפא ג"כ שעירי עולה או שעירים הנשרפים שאינם
נאכלים בו הוצרה לפרש דנאכל וכן גבי פ' איפא שאינו נשרף כגון פ' שלמים שנאכל
לכן הוצרה לפרש בו שזה נשרף: שם בד"ה ושון שאינו שגגתו תרי זימני: ק"ק
הנה ב' זימני לרבנן למאי אתו ועיין בהוריות: שם בתוספות ד"ה רבא אמר.

היכי דלא מסר עצמו לא מיחייב מיתה: א"ל דא"כ מ"ט דאפיי דמחייב מיתה בעבד מיראה די"ל דיראה דהכא לאו היינו יראת מות אלא יראת ממון וכמו שפי' הר"ן: שם בא"ד. וחי בהן ולא שימותו בהן: ק"ק דאפתי תקשי הא בפרהסיא מודה התם דיהרג ואל יעבור ואפתי תקשי לרבא אמאי יהרג הא לא עביד מידי פיון דלא קבלג' לאלוה וכמ"ש התוס' דהיה לו למרדכי להשתחוות להמן אי לאו שהיה צלמים על לבו ובשלמא לתירוץ בתרא דמשום קדוש הי' ניחא אבל לתירוץ קמא קשה ועוד קשה אמאי שתייצו התוס' דא"כ מפל הברייתות לא מק' מידי זה לפי האמת ק' מאי מקשה מהברייתות דלמא אתי כמ"ד דיהרג ואל יעבור ובאמת לא נימא דהיכי דלא מסר דאינו חייב מיתה וי"ל דזה גופא רצו התוספות להוכיח דע"כ דאמרין הכי דגם למ"ד דיעבור ואל יהרג עכ"פ קשה מפרהסיא דאל"כ אלא רבא לטעמיה אגיל תקשי מאי פריה מפל הני ברייתות.

ועוד י"ל בתירוץ קושיא שני' דהתוס' רצו להוכיח בזה מש"כ בע"ז שם דרבא רק אליבא דר' ישמעאל קאמר וליה לא ס"ל וכמש"כ המהר"ם אכן פתירוצנו קמא ע"כ צריה לפרש בשבת (דף ע"ב ע"ב) שלאחר שהביאו שם ג"כ מש"כ ה"כא דל"ל דרבא לטעמיה דא"כ לא מקשה מידי מפל הנה ברייתות דמיתו הביאו שם עוד קושיא בשם הרשב"א ואי הפי' בדבריהם הוא שרצו להוכיח מדאקשי מהנה ברייתות דע"כ רבא אליבא דר' ישמעאל קאמר וליה לא ס"ל מאי הביאו עוד אח"ז קושית הרשב"א הא גם היא מתורצת בתירוץ זה ע"ש: שם בא"ד.

אמאי לא השתחוה מרדכי להמן: א"ל דלמא בפרהסיא היה. ולקמן בפ' בן סורר אמרינו דפרהסיא בכל המצות יהרג ואל יעבור די"ל דהכא גרע משאר מצות דליכא איסור פלל לרבא ועוד הא השתחוואה שמנע מרדכי מהמן היתה בשער המלך ושם לא היה יושב שום א' מהיהודים רק מרדכי לבדו פנראה מהכתובים ובפרהסיא לא הוי רק לפני עשרה מישראל פדאמרין לקמן: שם דף ס"ב ע"א בגמרא באומר מותר לגמרי: מה שק' מסוגיא זו אמה שפכת רש"י ריש פריתות פתבתי בספרי ע"ל שם: שם השתחוואה נמי ללא יצאת: א"ל דא"כ לא תעבדם ל"ל דאינו חייב אלא א' מהיכי תיתי לחלק די"ל דאי לאו לא תעבדם ביותר הוי מוקמינן השתחוואה לחלק אתי מללאו ורק השתא דכתיב לא תעבדם ע"כ מוקמינן ללאו אכן ק"ק דא"כ אפתי מנ"ל דללאו יצאת דלמא לחלק אהשתחוואה גופא דחייב עליו בפני עצמו דהוא אינו בכלל לא תעבדם דהא כתיב לחוד לא תשתחוה להם ולא תעבדם וכמש"כ התוספות לקמן.

וי"ל: שם ר"י אומר ועשה מאחת מהנה: אף שבפ' פהן משוח פתיב דלא מיחייב רק בהעלם דבר ובזה לא שייך אחת שהיא הנה י"ל פיון דכתיב קודם כל החטאות לאו אפיהן משוח אלא אכל החטאות דכתיב אח"כ ושייך בהו הנה שהיא אחת קאי ולכן אמרינו לקמן דאלו הכא פתיב במשיח פר כו' דאכולהו קאי שם דכ"ע השתחוואה לחלק יצאת: ק"ק הרי בכריתות (דף ב' ע"ב) מצרכינו לענין עריות ב' קראי לחלק א' להורות דחייבין על א' בפ"ע דלא תימא עד דעביד להו לכולהו וא' שאם עשאן בהעלם אחת חייב על כל אחת ואחת וכן כתבו יצאת דהיינו להורות דחייב אא' בפ"ע דלא תימא דאינו חייב עד שיעשה להע"ז כל העבודות שעובדים אותה בכף או כל העבודות פנים ולהכי אתי השתחוואה לחלק דחייבים גם על א' בפ"ע כמו מפל התועבות גבי עריות אבל אפתי לית

לן קרא דאם עשאן פולן בהעלם א דחייבים על פל א' וא' גם מ"ט דר"י דאמר פוק תני
לברא וכן קשה ג"כ אמה דפריה בש"ס לקמן (דף ס"ג ע"א) ומי אמר אבני הכי והאמר
אבני שלש השתתנאות כו' דג"כ י"ל פן דבאמת אתי השתתנאה לחלק דלא תימא עד
דעביד לכולהו אבל עשאן בהעלם א' אינו חייב אלא אחת: שם חילוק מלאכה דע"ז נמי
תיפוק ליה: א"ל איך שנייה קושיא זו לרבי אבא דוקא אמתניתן דהוריות (דף ג' ע"ב)
הו"ל לאקשוני דאמרינן שם הורו ב"ד שיש ע"א בתורה אבל המשתתנה פטור הרי אלו
חייבים והרי ב"ד אין חייבים עד שיורו בדבר שזדונו פרת ושיגתו חטאת פדאמרינן שם
(דף ח' ע"א) ואי אתיא חילוק מאחת מהנה ע"כ השתתנאה ללא יצאת ואין פאן חטאת
די"ל דהמ"ל דמתניתן פרבי נתן אתיא דלית ליה דרשה דמאחת מהנה וע"כ צריך
השתתנאה לחלק אבל לרבי אבא דסבר למימר דרבי זכאי סבר פרבי יוסי פריה שפיר
דגם לר"י אפתי לא אתי שפיר: שם ברש"י ד"ה העלם דבר.

אבל המשתתנה מותר: ק"ק הא בכה"ג לא מקרי העלם דבר להתחייב עליו פיון
דהשתתנאה פתיבא באורייתא ה"ל דבר שהצדוקים מודים בו וכדאמרינן בהוריות (דף
ד' ע"א) ורק השתתנאה שלא פדרפה חשיב בש"ס שם העלם דבר וכה"ג הקשו התוספות
לעיל (דף ל"ג ע"ב) לענין הערעה ע"ש ואפשר לומר דרש"י לא רצה לפרש פאן אלא
החילוק שבין העלם פל הגוף להעלם מקצתו אבל לא שיתחייב בכה"ג: שם בד"ה אינו
חייב אלא אחת.

באזוהרה א' הן לא תעבדם: א"ל דא"כ דטעמא דרבי זכאי מפח לא תעבדם איך תליא רבי
אבא זה בלחלק או ללא יצאת הא הכא ע"כ לא אתי לחלק פיון דכתיב לא תעבדם די"ל
דאי אמרינן לחלק באמת לא דרשינן לא תעבדם כמו לר' יוחנן וזה מוכח לפי רש"י
לקמן (דף ס"ג ע"א) דלא גריס ברבי אמי והשתתנאה ואעפ"כ פריה מהא דאבני אדר'
אמי דדריש לא תעבדם ע"ש אכן לפירוש התוספות שם בלא"ה א"ש דלא דריש ר' זכאי
לא תעבדם: שם בד"ה השתתנאה נמי.

ואע"פ שחייבים עליה מיתה: ענין בר"ן שהביא דעה א' שאין חייבין מיתה בהשתתנאה
למ"ד ללא יצאת אף דקשה לפי מה דאמרינן לקמן ג' השתתנאות ל"ל אחד לכדרכו וא'
לשלא כדרכו ואי אין בהשתתנאה אלא ל"ל לחוד שלא כדרכו שלו הוא בכלל לא תעבדם
דאתיא מיניה גיפוף ונישוק וכדומה וא"כ לא תשתתנה לשלא כדרכה למה ליה: שם
ד"ה תיפוק ליה מאחת מהנה.

מיהו תיפוק לן דחייב: ק"ק הא שמואל יליף בשבת (דף ע' ע"א) חילוק מלאכות ממנות
יומת ואמרינן שם דמאחת מהנה לא משמע ליה וכבר כתבו התוס' שם (דף ק"ו ע"א)
דר"ש פנותיה ס"ל וא"כ מאי קושיא ארבי אבא דלמא לעולם סבר ללא יצאת ומ"מ
ל"ק מאחת מהנה דלמא לא ס"ל פשמואל ור"ש וי"ל דודאי אי איפא למיזרש לחלק או
ללא ביותר דרשינן לחלק דלחומרא מקשינן וכמ"ש הר"ן ורק אליבא דר' יוסי רצה ר'
אבא לומר מדדריש התם ללא אף שיש לדרוש לחלק ג"כ רצה ר' אבא לתרץ דעת ר'
זכאי אבל אליבא דכ"ע ודאי יותר סברא לאוקמי לחלק מללא ולכן אף דשם לא דריש
ליה ר"ש ושמואל לחלק היינו משום דכבר פתיב מות יומת אבל הכא דלית לן קרא ודאי
יותר סברא לאוקמי לחלק מללא דרק אליבא דר' יוסי רצה ר"א לומר דאוקמי יותר

ללאו מלחלק ולכן פריה שפיר: שם בא"ד כגון שוחט סימן א' לע"ז: הכי אמרינו בחולין (דף כ"ט ע"ב) לענן שוחט בחוץ ומנהיג אמרינו ע"ז ואף דפליגי שם ר"י ור"ל בזה אי חייב אסימן א' זה דוקא לרבא אבל לרב יוסף כ"ע מודו בזה דחייב וא"ל דאפתי מאי פריה לר' אבא דלמא סבר פרבא אליבא דר"ל וא"כ ע"כ ליפא לפרש דמאחת מהנה לענן ע"ז וכדפריה למן אלא לרבא מאי איפא למימר פירוש ודלמא סבר ר"א פרבא די"ל דאפתי גם לרבא אליבא דר"ל שייך למימר שפיר מאחת בישחט סימן ראשון סתם וסימן שני לע"ז דחייב גם לר"ל דסבר אין לשחיטה אלא לבסוף אבל הא ליפא למימר דאף דמאחת ליפא למימרש בע"ז מ"מ כיון דאחת שהיא הנה שייך למימרש גבי ע"ז שפיר נדרוש אותו דא"כ יקשה ל"ל קרא בפרייתות (דף ב' ע"ב) בעריות לחלק ת"ל מאחת מהנה וכדפריה בכאן לענן ע"ז ולא שייך בכאן תירוץ הש"ס אע"כ דבעריות לא שייך למימרש פן כיון דמאחת ומהנה לא שייך פמ למדרש פן לענן עריות: שם ע"ב בגמרא דכונתני גבי שאר מצות דאכל חלב ודם: א"ל איך שייך בזה דכונתני דקצירה וטחינה אף דב' שמות הם מ"מ חד איסור וחד לאו הוא שאין בזה רק איסור שבת משא"כ גבי חלב ודם דב' איסורים הם די"ל כיון דשניהם בחד לאו נאמרו כל חלב וכל דם לא תאכלו הרי נכללו בחד לאו דלא תאכלו כמו דנכללו קצירה וטחינה בלאו דל"ת כל מלאכה ולכן נקט דוקא חלב ודם אכן ק"ל לפי מה דאמרינו בכריתות (דף ד' ע"א) דחלב שור וקשב ועז חשיב לר' ישמעאל ג' שמות ולקי שלשה רק דבשוגג אינו חייב אלא חטאת אחת א"כ דלמא סבר ר' זכאי כר' ישמעאל וקאמר שפיר דבשבת בב' שמות חייב שמים כגון בקצירה וטחינה ובחלב בב' שמות כגון חלב שור וחלב פשב אינו חייב אלא א' וי"ל כיון דזה לא שייך רק לענן חלב א"כ לא שייך לשון הברייתא דקאמרה מה שא"כ בשאר מצות ומצנה הל"ל ואף דבאמת אוקי לענן ע"ז היינו משום דע"ז שקולה נגד כל המצות כמש"כ התוס' ואף דגם לפי מה שאוקי בש"ס בחלב הניחו התוס' בקושיא איך שייך לשון מצות מ"מ י"ל בזה דעכ"פ הוי שייך זה גם בשאר מצות כמו בחלב אי הוי אפשר לאוקמא ברייתא באוקימתא דהש"ס ולכן הא דנקט בש"ס חלב הוא רק לדוגמא ושייך שפיר לשון מצות דברייתא אבל אי יסבור כר' ישמעאל דלא שייך רק בחלב לא שייך לשון מצות רק מצנה: שם אלא מאהבה מיראה הניחא לאפיי: התוספות בשבת אדף ע"ב ע"ב) הקשו הא ודאי גם בשבת מאהבה ויראה חייב ע"ש ואפשר לומר דלפרש שוגג בלא מתכוין לענן אהבה ויראה זה לא שייך רק לגבי ע"ז דבעינן עם המעשה שעושה גם הפוננה שיקבלה לאלוה דמהאי טעמא פוטר רבא באהבה ויראה כמבואר לעיל לכן שפיר שייך לקרות מאהבה ומיראה שלא במתכוין אבל בשבת דלא בעינן פוננה עם המעשה לא שייך לקרות מאהבה ומיראה שלא במתכוין דהא עכ"פ עושה המעשה שמתכוין לעשותו ולכן לא שייך שלא במתכוין אלא במתעסק כדמתרין באמת: שם אלא לרבא דאמר פטור מא"ל: הא דנקט זה בלשון קושיא היינו משום דנקט סוגיא דשבת דשם לא הוזכר כלל הא דר' יוחנן דפוק תני לברא ונתם פריה אבריייתא גופא איך יש לפרש הברייתא לרבא ולכן שייך בלשון קושיא אבל הכא דקאי הקושיא לר' יוחנן למה אמר פוק תני לברא אדרבה לאפיי קשה ולרבא א"ש אכן ק"ל ונדאי מה דמקשה ארבא מהו ברייתא דר' זכאי אין הקושיא אבריייתא דר' זכאי די"ל דסברה באפיי אלא ע"כ הקושיא היא ארבא איך מיתורם הוה ברייתא אליבא וא"כ איך קאמר הניחא

לאב"י הא גם לאב"י לא אתיא הך ברייתא שפיר דגם אי סיפא שפיר מיתוקם אליבין אפתי קשה מרישא דברייתא דאוקימנא בע"ז וכדרכי אמי והא אב"י ע"כ לאו כר' אמי ס"ל כדאמרין לקמן בשמעתין ועוד למה הוצרך להקשות פאן אלא לרבא מא"ל תיכף לעיל כדמתרין אתאן לע"ז כדר"א הול"ל הניחא לר' אמי אלא לאב"י מא"ל: שם בתוס' ד"ה מ"ט דר"י.

ולשון מ"ט לא משמע פן: י"ל דגם רש"י מפרש פהתוס' דהקושיא היא האיך משמע מהאי קרא הא אצטריף לשם משמעון ולאבות ותולדות אף כדי שלא תקשה דלמא באמת לא דריש ר"י קרא להכי אלא לא' שהיא הנה בנה חזק רש"י הקושיא במה שפי' דאפתי מ"ם דמאחת למאי אתיא פ"י דמזה ע"כ מוכח דדריש להני דרשות וא"כ הנה שהיא א' מנ"ל ומתרין דמסמיכות קא דריש ובזה מתורץ מה שהקשו התוספות עליו גם מה שהעיר במהר"ם שרש"י סותר בכאן את פירושו שם: שם ע"ב בתוספות ד"ה העלם זה.

כגון תינוק שנשפה: עיין במהרש"א שהקשה דבכריתות שם משמע דתינוק שנשפה לא מקרי שכח לגמרי ולא ידענא מאי קשיא ליה דאף אם רצה לאוקמא בתינוק שלא שכח לגמרי מ"מ הרי יש ג"כ תינוק שנשכח לגמרי דהרי בשבת (דף ס"ח ע"א) מוקי רב ושמואל מתניתן דשוכח עיקר שבת בתינוק שנשפה לבין הנכרים ובשבועות (דף ד' ע"א) חשיב תינוק שנשפה לביה"נ שלא ידע מעולם שלא הנה לו אפילו ידיעת בית רבו: שם ד"ה רישא בע"ז סיפא בשאר מצות.

וי"ל דע"ז שייך לקרות שאר מצות: א"ל הא גם אב"י שבת שייך להקשות פן למה נקט שבת דוקא הא גם לענין מלאכה דגבי יוה"כ הוי הדין פן ובנדאי אי אתיא חילוק מלאכות מאחת מהנה דזה שייך גם אב"י יוה"כ אלא אפילו אי אתיא מהבערה דלחלק יצאת אף דזה לא שייך רק אב"י שבת דהא מהאי טעמא אמרינן במכות (דף כ"א ע"ב) דאין חילוק מלאכות ביו"ט מ"מ ונדאי ילפינן יוה"כ מניה פמו דילפינן גם לענין איסור הבערה למ"ד דללאו יצאת וכן ונדאי ילפינן ג"כ לענין פטור מתעסק ביוה"כ ממלאכת מחשבת וא"כ פל מה דתני אב"י שבת שייך גם אב"י יוה"כ מ"מ א"ש דנקט שבת דוקא פיון דבשבת פתיבי קראי ויוה"כ ילפינן מניה ועוד דגם ליוה"כ קרי שבת סתמא בבבב"א פדמוכח ביבמות (דף ל"ג ע"ב) דאוקי הא דזר ששמש בשבת בפרו של כה"ג ביוה"כ ע"ש והני ע"כ ביוה"כ בלא שבת דאל"כ ליחייב שלש ועיין בחולין (דף ק"א ע"ב): שם בד"ה להגביה את התלוש.

וי"ל דה"ק בשבת פטור: ובהכי א"ש הא דאצטריף שמואל ב' טעמים לענין חיוב דחלבים ועריות שפן נהנה ולענין פטור דשבת ממלאכת מחשבת דלכאורה בחד סגי דאם אין טעם לחיוב פשיטא דפטור וכן איפקא ובהכי א"ש דטעם דכן נהנה שייך גם בשבת ושפיר ה"א דחייב ולכן אצטריף מלאכת מחשבת ומ"מ אצטריף ג"כ טעם שפן נהנה דלא לפטור מטעם אשר חטא בה ולהכי הוצרך רש"י לכתוב גם הטעם דאשר חטא בה: שם בא"ד.

אבל מתעסק דשמואל דפטור: פ"י לאב"י הוצרך לומר פן. אבל לרבא בפשטות יש לפרש דמתעסק דפטור מטעם מלאכת מחשבת הוא בנתפנין להגביה את התלוש וחתף את המחובר דלחתוף את התלוש וחתף את המחובר ממצטינו ולכן א"ש הא דלא הקשו התוספות מסוגיא דהכא דמשמע להגביה את התלוש וחתף את המחובר משמואל נפקא

דְּהָא הֵכָא לְרַבָּא קְיָיְמִינֵן דְּהָא קָאֵי אַאֲלָא לְרַבָּא דְאָמַר פְּטוּר מֵא"ל וּלְרַבָּא שְׁפִיר אֲתִי
לְהַגְבִּיהַ אֶת הַתְּלוּשׁ וְחַתְּמָה אֶת הַמְּחֻבָּר מִמְּלֻאכְתָּא מְחַשְׁבַת מִשְׁא"כ בְּכַרְיָתוֹת שְׁם דְּמִפְרָשׁ
הַש"ס פֶּן בֵּין לְרַבָּא בֵּין לְאַבְיִי לְכֹן הִקְשׁוּ הַתּוֹס' מִשְׁם שְׁפִיר אָכֹן גַּם מִשְׁם לֹא קָשָׁה רַק
אֵי גְרָסִינֵן אֲלֵא מִתְּעַסֵּק בְּשִׁבְתָּא אֲבָל לְגַרְסָא שְׁלִפְנֵינֵן דּוּאֵי מִתְּעַסֵּק דְּשִׁבְתָּא דְּמִלְשׁוֹן
הַקְּוִשְׂיָא הוּא גַם מִשְׁם ל"ק מִיָּדִי וְאֶדְרַבְהָ קְוִשְׂיָת הַתּוֹסְפוֹת דְּכָאֵן הוּא פְּקוּשְׂיָת הַש"ס שְׁם
וְתִירוּצֵם הוּא תִירוּץ הַגַּמ' וְעֵינֵן בְּבַה"ז שְׁם וְלְכֹן מִתְנַרְץ קְוִשְׂיָת הַמְּהַרְש"א גַם מַה
שְׁהַקְשָׁה הַמְּהַר"ם בְּזֶה יֵשׁ לְפָרֵשׁ עַל דְּרָף זֶה פִּינֵן דְּמַה שְׁפִתְבוּ הַתּוֹס' דְּמִמְּלֻאכְתָּא מְחַשְׁבַת
מִמְּעֻטִּינֵן נִתְפָּוִין לְחַתְּוֹהּ מְחֻבָּר זֶה וְחַתְּמָה מְחֻבָּר אַחַר זֶה לֹא הוּי רַק לְאַבְיִי וְכִינֵן דְּלְאַבְיִי
מִמְּעֻטִּינֵן נִתְפָּוִין לְהַגְבִּיהַ אֶת הַתְּלוּשׁ וְחַתְּמָה אֶת הַמְּחֻבָּר מִבְּהַ וְדֹאֵי דְנִתְפָּוִין לְחַתְּוֹהּ מְחֻבָּר
זֶה וְחַתְּמָה מְחֻבָּר אַחַר לֹא כַש"כ הוּא דְהָא עַכ"פ נִתְפָּוִין לְשֵׁם חֲתִיכָה וְלְכֹן א"ש ג"כ הָא
דְכ' רַש"י לְעִיל דְנִתְפָּוִין לְהַגְבִּיהַ אֶת הַתְּלוּשׁ וְחַתְּמָה אֶת הַמְּחֻבָּר מִבְּהַ אֲתִיָּא אָף דְבַש"ס
מִשְׁמַע דְּמִמְּלֻאכְתָּא מְחַשְׁבַת מִמְּעֻטִּינֵן דְלְעִיל פִּי' רַש"י אֲלִיבָא דְכ"ע בֵּין לְאַבְיִי בֵּין לְרַבָּא
וְלְכֹן הַנּוֹצֵר לֹמַר מִבְּהַ דְאֵי מִמְּלֻאכְתָּא מְחַשְׁבַת לֹא הוּי א"ש לְאַבְיִי דְלִדְיָדִיהָ אֲתִיָּא מִבְּהַ
וְלְכֹן פִּי' דְמִבְּהַ אֲתִיָּא וְכַפִּי סוּגְיָא דְכַרְיָתוֹת אֲבָל הַש"ס דְהֵכָא דְקָאֵי רַק לְרַבָּא פְּדָאֵר
דְאֲתִיָּא לְמִתְּעַסֵּק קְאָמְרָה שְׁפִיר דְמִמְּלֻאכְתָּא מְחַשְׁבַת אֲתִיָּא: שְׁם דְרַף ס"ג ע"א בְּגַמְרָא לר"ע
פְּשִׁיטָא: דֹא"ל דְאֲתִי לְאַשְׁמַעִינֵן דְפִסְק פְּנוּתִיהָ דֹא"כ הַל"ל סְתָם הִלְכְתָא כר"ע אֲלֵא וְדֹאֵי
דְלֹא קְאָמַר רַק דְהֵכָא הַדִּין כר"ע וְלִיָּה לֹא ס"ל וּמַש"ה לֹא פִסְק הֶרְמִב"ם כר"ע דְאֵי רַק
פְּנוּתִיהָ ס"ל וְדֹאֵי דְהו"ל לְפִסְק פְּנוּתִיהָ: שְׁם קַמ"ל דְאֲתִיָּא אֲתִיָּא עֵינֵן לְקַמֵּן (דְרַף
ס"ה ע"א) בְּתוֹס' ד"ה מֵאֵן תִּנָּא שְׁהַקְשׁוּ דְבַהֲשַׁתְּחֻנְאָה לְפְטוּר מְקַרְבָּן גַּם לר"ע וְלְכֹן סוּגְיָא
דְלִפְנֵינֵן נִיחָא דְהָא אֲתִיָּא הַשְׁתְּחֻנְאָה ג"כ לְזַבְיָחָה אֲלֵא דְאַפְתִי צְרִיכִין אֲנַחְנוּ לְתִירוּץ
הַתּוֹסְפוֹת מִשׁוּם יְדְעוּנֵי שְׁהַקְשׁוּ הַתּוֹס' ג"כ הֵתָם.

וּא"ל לְפִי מַה שְׁתִּירְצוּ הַתּוֹס' פִּינֵן דְגַלִּי קָרָא בְּמַגְדָּף יִלְפִינֵן מְנִיָּה בְּכָל דְּוֹכְתִי דְמִיִּחְיִיב
אֲאִין בּוּ מַעֲשָׂה וּא"כ בְּמַגְדָּף גּוּפָא ל"ל דְכְּתִב רַחֲמֵנָא פֶּרֶת בְּמַקּוּם קָרְבָן הָא כְּבָר יִלְפִינֵן
אוֹמַר אֲלֵי אַתָּה בְּהַקְיִישָׁא דְמִיִּחְיִיב וּא"כ הָרִי כְּבָר גִּילָה קָרָא בְּאֲלֵי אַתָּה דְסִיבִי אֲאִין בּוּ
מַעֲשָׂה וְנִילֵף פּוּלְהוּ מְנִיָּה דִיֵּשׁ לֹמַר דְהָא דְכְּתִיב פֶּרֶת בְּמַקּוּם קָרְבָן לֹא נִחְשָׁב יְתוּרָא:
שְׁם אֲלִמְלָא ו' שְׁבַהֲעֵלוּף: עֵינֵן מַה שְׁפִתְבִּיתִי בְּזֶה בְּסַפְרֵי ע"ל סוּכָה (דְרַף מ"ה): שְׁם הַהוּא
כר"י.

א"ל לְמַה לֹא קְאָמַר דְסִבְר כר' יוֹחָנָן דְס"ל לְקַמֵּן דְעַקִּימַת שְׁפִתִּיו הוּי מַעֲשָׂה דְהָא כְּבָר
פְּתִבוּ הַתּוֹס' לְקַמֵּן (דְרַף ס"ה ע"ב) בְּד"ה הוּאִיל וְיִשְׁנֹו דְגַם ר"י לֹא קְאָמַר אֲלֵא הִיכִי
דְבְדִיבּוּרָא אֲתַעְבִּיד מַעֲשָׂה וְע' בְּתוֹס' לְעִיל ד"ה פִי קְאָמַר רַב דְלְכָאוּרָה לֹא מִשְׁמַע פֶּן
וּי"ל: בְּרַש"י ד"ה ה"ג אָמַר רַב אֲמִי.

וּל"ג וְהַשְׁתְּחֻנְאָה: א"ל דְלִמָּא לְעוֹלָם סִבְר הַשְׁתְּחֻנְאָה לְלָאו יִצְאָת וְאָף עַל פִּי כֹן חֲזִיב
חֲטָאָת אַהֲשַׁתְּחֻנְאָה מְדִאֲתִקִּישׁ לְזַבְיָחָה בְּקָרָא דְוִישְׁתְּחוּ לֹו וְיִזְבְּחוּ לֹו וְכְדִאֲמַרִּינֵן לְקַמֵּן
דִי"ל דֹא"כ לְעַנְיָן מֵאֵי יִצְאָת הַשְׁתְּחֻנְאָה לְלָאו אֵי לָאו לְעַנְיָן שְׁלֵא לִיִּחְיִיב חֲטָאָת דְהָא
מִיָּתָה גַם לְמ"ד דְלָאו יִצְאָת אִיכָּא כַמ"ש רַש"י לְעִיל (דְרַף ס"ב ע"א) וְלְכֹן רַש"י לְשִׁיטָתוֹ
א"ש דְלֹא גָרִיס לִיָּה אֲבָל דְעַת הַגּוֹרְסִים י"ל דְס"ל פְּדַעַת הִי"מ שְׁהַבִּיא הָר"ן שְׁם דְלְמ"ד
לְלָאו יִצְאָת לִיכָּא מִיָּתָה בְּמִזִּיד וְלְכֹן שְׁפִיר אֲשַׁמְעִינֵן דְגַם מִשׁוּם הַשְׁתְּחֻנְאָה אִינּוּ חֲזִיב אֲלֵא

א' דְּהָא דְּנִילַף מִהַקְּיָשָׁא לְחַיִּיב חֲטָאת אַף דְּלֵילָאוּ יִצְאָת דְּלֵא לִיחַיִּיב מִימָה בְּמִזִּיד: שְׁם ד"ה אַבְל הַמְּגַפָּר.

לא תלכו: ע' בְּמַהֲרָשׁ"א ומה שְׁתִּירַץ דְּבַמְתַּנִּיתוּן פִּי רַשׁ"י אֵלֶיכָא דְּאַבְיִי לֹא מִשְׁמַע כּוּן מִמַּשׁ"כ לְעִיל בַּד"ה לְדַבְּרֵי דְּאַבְיִי מוֹקֵי קְרָא לְלֵאוּ יתִירֵי וְאַפְשָׁר לֹא מִרְבֵּי דְּעַת רַשׁ"י לְפִי מַה דְּמַצְרִיכִינוּ לְעִיל גַּבֵּי הַשְּׁתַחֲוָא קְרָא לְמַכְוָדִים וְלְמַבְוָזִים א"כ כְּמוֹ כּוּן מַצְרִיכִינוּ גַם לְעַנְנוּ מְגַפָּר וּמְנַשֵּׁק דְּלֵא תַעְבָּדֵם קְרָא לְמַכְוָדִים פִּינוּ דַּעכ"פ הוּי דְּרַפּוֹ לְעַבְדוֹ בְּדַרְךָ פְּבוּד מְקַרֵי זֶה שְׁפִיר גַּבֵּיהַ פְּבוּדָה וְשִׁינָה לֹא תַעְבָּדֵם אַף דְּעַבְדָּה זֶה הוּי לְגַבֵּי שְׁלֵא פְּדַרְפָּה וּבְזָה מִינּוּשׁב מַה שְׁהַקְּשָׁה הָר"ן לְפִי רַשׁ"י אַבְל לֹא תִלְכוּ קְרָא אֵשְׁלֵא פְּדַרְפָּה דְּמַבְוָזִין וְהִינּוּ דְּכַתְבֵי רַשׁ"י הֵכָא וּכְגוֹן שְׁאִין דְּרַפּוֹ בְּכָה פ' שְׁאִין דְּרַפּוֹ לְעַבְדוֹ בְּדַרְךָ פְּבוּד וְלִכּוּן בְּמַתְנִיתוּן דְּאַפְתִּי לֹא אֲסִיק אֲדַעְתִּיהָ הָךְ חִילּוּק דְּמַבְוָזִים וּמַכְוָדִים כ' רַשׁ"י בְּפִשְׁטוֹת מְלֵא תַעְבָּדֵם אַבְל לְאַחַר שְׁחִילָק בְּכָה הַוָּצְרָךְ לְהֵבִיא כְּאִן עוֹד קְרָא גַם לְעַנְנוּ מַבְוָזִים: שְׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה אָמַר ר"א.

וְקָשָׁה אֲמַאי א"ל פּוֹק: פִּי דְּבִשְׁלֵמָא אִי גְרַסִּינוּ לְעִיל בְּדַרְבֵּי זְכַאי הַשְּׁתַחֲוָא מִמַּנ"פ א"ש דְּאָמַר פּוֹק דְּאִי הַשְּׁתַחֲוָא לְחַלְק יִצְאָת לִיחַיִּיב אַכְל אַחַת וְאַחַת וְאִי לְלֵאוּ יִצְאָת א"כ מ"ש דְּנִקְט בְּכָל עֲבוֹדוֹת וּמְדַנְקֵט ע"כ דַּס"ל דְּלְחַלְק יִצְאָת וְלִכּוּן אָמַר שְׁפִיר פּוֹק אַבְל לְפִי מַשׁ"כ רַשׁ"י דְּלֵא גְרַסִּינוּ הַשְּׁתַחֲוָא בְּדַרְבֵּי זְכַאי קָשָׁה שְׁפִיר כְּקוּשִׁיתָם א"כ י"ל הָא דְּנִקְטוּ קוּשִׁיָּא זֶה הֵכָא דְּנִקְטָא אַחַר שְׁהֵבִיאוּ גְרַסִּית רַשׁ"י הוּא מְשׁוּם דְּלִתְרִוּץ ר"ת תְּרַנְיָהוּ יְתַרְצוּ: שְׁם בַּד"ה אֵלֵא עַל כָּל.

לְעוֹשָׁה בְּשִׁגְגָה יִצְאָ מְגַדָּר: מַה שִׁי"ל בְּזָה פְּתַבְתִּי בְּחִידוּשֵׁי לְכָרִיתוֹת (דָּרָף ז') ע"ש: שְׁם בַּד"ה פִּי קְאָמַר רַב. מִיְתוּקְמָא דְּרַב אֶפִּילוּ כְּרַבָּנוּ: וְהָא דְּפִטְרֵי רַבָּנוּ בְּמַגְדָּר הִינּוּ מְשׁוּם שְׁיִשְׁנוּ בְּלַב כְּדָאֲמַרִּינוּ לְקַמֵּן (דָּרָף ס"ה) וְאַף דַּע"ז תְּלִיא ג"כ בְּכַוְנַת הַלַּב כְּכָר פְּתַבוּ הַתוֹסְפוֹת שְׁם דְּלְפִי מַה שְׁפִירָשׁוּ דְּבִסְתָם ע"ז אִפִּי מֵאַהֲבָה וּמִרְאָה חַיִּיב א"ש אֶכּוּן לְעַנְנוּ אֲלִי אַתָּה יֵשׁ לְעִינֵי אִי שְׁיִיךְ בְּזָה דְּלִיחַיִּיב בְּלֵא פְּוֹנָה וְאִי לֹא חַיִּיב א"כ א"ש הָא דְּהוּצְרָךְ לֹא מִרְבֵּי דְּרַב דְּנִקְטָא כַר"ע קְאָמַר וְלֵא כַר"י וְאַפִּילוּ כְּרַבָּנוּ וְעַמ"ש הָר"ן לְעִיל גַּבֵּי פְּלוּגְתָא דְּמֵאַהֲבָה וּמִרְאָה בְּשֵׁם הַרְבִּינוּ דוּד: שְׁם ד"ה מְשׁוּם דְּהוּי.

דְּהוּי אֲזַהֲרָה לְבִן סוּרָר וּמוֹרָה: בְּיִשׁוּב קוּשִׁיָּא זֶה אֶפְשָׁר לֹא מִינּוּ דְּבַמְכוֹת (רִישׁ פ' אֵלוּ הֵן הַלּוֹקִין) פְּלִיגֵי ר"י וְר"ע אִי לּוֹקִין אֵלֵאוּ שְׁנִיתָן לְאַזְהַרְתָּ מִימַת ב"ד דַּר"י סְבַר לּוֹקִין וְלִתְרִוּץ אַבְיִי שְׁם אֶפִּילוּ לַר"ע לּוֹקִין הִיכִי דְּאַתְרוּ בִּיָּה לְמַלְקוֹת ע"ש וְלִכּוּן נִיחָא לִיָּה לֹא מִרְבֵּי טַעְמָא דְּלֵאוּ שְׁבַכְלָלוֹת דְּלִיכָא מֵאֵן דְּפִלִּיג דְּאִי מְשׁוּם שְׁנִיתָן לְאַזְהַרְתָּ ב"ד זֶה תְּלִיא בְּפְלוּגְתָא דְּתַנָּאִי אוּ אֶפְשָׁר דְּסוּבַר כְּתִירוּץ אַבְיִי שְׁם דַּלְכ"ע לּוֹקִין הֵכָא פִּינוּ דְּנִדְּאִי לֹא אַתְרוּ בִּי בְּכָל הַנִּי רַק לְמַלְקוֹת דְּהָא מִימָה לֹא שְׁיִיךְ בְּהוּ: שְׁם בַּא"ד הִיכָא.

דְּלֵא יְכוּל לְבוֹא לִידֵי מִימָה: מְזָה מִשְׁמַע דְּלֵא קוּשִׁיָּא לְהוּ רַק לְעַנְנוּ אֲזַהֲרַת מִימַת ב"ד וּק"ק לְמָה לֹא קוּשִׁיָּא לְהוּ ג"כ לְעַנְנוּ לֵאוּ שְׁבַכְלָלוֹת דְּלִיגְמַר מְהֵכָא דְּלִקֵי דְּהָא גַם לְעַנְנוּ לֵאוּ שְׁאִין בּוּ מַעֲשָׂה הוּי יְלַפִּינוּ בְּמַכוֹת (דָּרָף ד' ע"ב) מְלַקוֹת לְעַדִּים זוּמְמִים וּמַש"ר אִי לֵאוּ דְּפְרִכִּינוּ צַד חֲמוּר וְר"י דְּלֵא פְּרִיךְ בְּאַמְתָּ יְלִיף וְכְמוֹ כּוּן גִּילַף גַם לְעַנְנוּ לֵאוּ שְׁבַכְלָלוֹת מִבְּן סוּרָר: שְׁם בַּד"ה עַל כָּל פְּוֹלָם.

אָפּילוּ לְמַד בַּפ' כָּל שְׁעָה: הַרְמַב"ם (בְּסֵפֶר הַמִּצְוֹת שְׁנֵי ט') כָּתַב דְּאֲבֵי שָׁם פְּלִיג
בְּאַמַּת אַהֲדָה דְּהָקָא וּלפ"ז הָוֵי מְצִי לְתַרְזֵן אַמְאֵי דְּמַקְשָׁה הָנִי נְמִי לָאוּ שְׁבַכְלָלוּת הוּא דְּרַבֵּי
אֶלְעָזָר כְּאֲבֵי ס"ל דְּלוֹקִין אֲלֻשְׁב"כ: שָׁם בַּא"ד.

דְּמִשְׁמַע פֶּל מְלָאכָה שְׁהִיא עֲבוּדָה: וְאַף דְּבִשְׁבַת לָא כְּתִיב רַק לָא תַעֲשֶׂה כָּל מְלָאכָה וְלָא
כְּתִיב עֲבוּדָה מ"מ ל"ק אִיךְ מְחִיבִין מִיְתָה אֶלְאוּ דְּשַׁבַּת דְּדוֹקָא אִין לוֹקִין אֶלְאוּ שְׁבַכְלָלוּת
קְאָמְרִינְוּ מִשּׁוּם דְּלָא דְּמִיָּא לָלְאוּ דְּחִסְיָמָה אָבֵל מִיְתָה עוֹנָשִׁין וּכְמַש"כ לְעִיל לְעִנְיָן לָאו
שְׂאִין בּוּ מַעֲשָׂה אָכֵן ק"ק אַמָּה דְּקָאָמַר ר"י בְּשַׁבַּת (דָּף קנ"ד ע"א) דְּאִין לוֹקִין אֶלְאוּ
דְּמַחְמַר דְּלָאוּ שְׁנִיָּתָן לְאַזְהַרְתָּ מִיְתָת ב"ד הוּא וְאֶפְיָלוּ לְמַד לוֹקִין כו' ע"ש וְלָמָּה לִּיהֵּ הָדָּ
טַעְמָא תִּפּוּק לִּיהֵּ דְּלָאוּ שְׁבַכְלָלוּת הוּא וְלִיכָּא מֵאן דְּפְלִיג עַל זֶה דְּאִין לוֹקִין וְלְכַאוּרָה יֵשׁ
רְאָיָה מְזַה לָּמָּה שְׁתִּירָץ הָר"ן עַל קוֹנְשִׁית הַתּוֹס' בְּשֵׁם הַרְמַב"ן ע"ש: שָׁם ע"ב בְּגִמְרָא וְלָא
יְגַרְוּם לְאַחֲרִים: פִּי' דְּגַם זֶה מִשְׁמַע מְלָא יִשְׁמַע עַל פִּיךְ דְּהַפְּנִי דְּעַל הוּא ע"י פִּיךְ שְׁאַתָּה
גְּרַמְתָּ לְזֶה וְכֵן לְפִי מַש"כ הַתּוֹס' דְּלְפִי הָאָמַת אֶתְיָא כֵּן מְלָא תַזְכִּירוּ וְדָאֵי דְּלָא תַזְכִּירוּ
מִשְׁמַע ג"כ לָא תַעֲשׂוּ שְׁיִהָא נִזְכָּר אָכֵן הָר"ן כ' דְּזֶה אִינוּ רַק מְדַרְבְּנֵן וּקְרָא אֶסְמַכְתָּא
בְּעֻלְמָא הוּא וְלָכֵן נ"ל דְּגַם הַרְמַב"ם פֶּסֶק דְּאִין לוֹקִין עַל גְּרַם זֶה אַף דְּאַנְוֹדֵר וּמְקַיִים
פּוֹסֶק דְּלוֹקָה וְהַלַּח"מ בְּפִי"ט מַה' סְנֵהֲדְרִין הַקְּשָׁה זֶה עֲלִיוּ וּלְפ"ז א"ש: שָׁם וְאִי לָא כְּתִיבָא
לָא מִתִּיב רַב מְשַׁרְשֵׁי: ק"ק דַּה"ל לְהַקְשׁוֹת מְמַתְנִיתִין דַּע"ז (דָּף מ"ד ע"ב) שְׁאַמַּר ר"ג
אִין אוֹמְרִים נַעֲשֶׂה מְרַחֵץ נוֹי לְאַפְרוּדִיטִי וְהָאִיךְ הַזְכִּיר שְׁמָה הָא שָׁם ע"ז דְּלָא כְּתִיבָא הִיא
וּמְדַהֲזִיר גַּם הַמִּין שְׁמָה כֵּן מִשְׁמַע דְּזֶה הִיָּה שְׁמָה מִמֶּשׁ וְדוֹחֶק לֹאמַר שְׁלָא הִיָּתָה ע"ז זֹ
בְּשׁוּם מְקוּם רַק בְּמְרַחֵץ וְאוֹתָהּ לָא דֵּן ר"ג לַע"ז דַּא"כ דְּלָא הִיָּתָה נַעֲבַדְתָּ כָּלֵל אִין כְּאֵן
ע"ז וְאִי הִיָּתָה נַעֲבַדְתָּ שָׁם בְּמְרַחֵץ אִיךְ קָאָמַר ר"ג אֶת שְׁנוֹהֵג מִשּׁוּם אֵלוֹהֵּ הָא אֶפְיָלוּ
אַעֲבוּדָה דְּרַף גְּנָאֵי חִיבֵי.

וי"ל: שָׁם בְּתַר דְּאֲבִיקוּ בִּיה: ה"ה דְּהָוֵי מְצִי לְמִיפְרָף ג"כ מְהָא דְּאֶמְרִינְוּ לְקַמְן (דָּף ק"ב)
דְּאָמַר מְנַשָּׁה לר"א בְּחַלְמָא אִי הָוֹת הָתָם הָוֹת נְקִיטְנָא בְּשִׁיפּוּלִי גְּלִימָא וְרַהֲטָת אַבְתָּרָאִי
וְלְתַרְזֵן ג"כ בְּתַר דְּאֲבִיקוּ בִּיה אֶלְא דְּמַקְשָׁה מְתִינוּק גַּם אַחַר שְׁתִּירָץ בְּתַר דְּאֲבִיקוּ
דְּבִתִּינוּק לָא הָוֵי ס"ד דְּשִׁיף אֲבִיקוּ בִּי וְכֵן לְעִנְיָן מֵאִי דְּמַקְשָׁה מִמָּה דְּבַעֲי רַחֲמֵי שְׁיָבֵא
בְּיָדָם יִצְרָא דַּע"ז פִּינוּן דְּבִאוֹתָהּ שְׁעָה לָא הִיָּה לַע"ז לָא הָוֵי ס"ד דְּשִׁיף אֲבִיקוּ בִּיה וְלָכֵן
מַקְשָׁה מְהֵנִי גַּם אַחַר שְׁפָכְר תִּירָץ בְּתַר דְּאֲבִיקוּ בִּי אָבֵל מְהָדָּ דְּמְנַשָּׁה לָא הִנְצִירָהּ לְהַקְשׁוֹת
דְּפִשְׁטֵיטָא דְּהָוֵי שְׁיָף לְתַרְזֵן הָכִי: שָׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה שְׁלָא יְדוּר הָוֵי מוֹקְמִינְוּ לִיהֵּ לְנוֹדֵר
וּמְקַיִים: אָכֵן לַפ"ז קְרָא דְּלָא תַזְכִּירוּ ה"ל לְדַרְוֵשׁ לְנוֹדֵר וּמְקַיִים שְׁהוּא הַפְּסוּק הַרְאִישׁוֹן
וְלְפִי תִירּוּץ א"נ דְּהַתּוֹסְפוֹת אֶתִּי זֶה שְׁפִיר: שָׁם בַּא"ד.

וי"ל דְּמִשּׁוּם הָכִי קָאָמַר ד"א: וְכֵן נִרְאָה גַּם דַּעַת רַש"י וּבְהַכִּי א"ש לָמָּה דְּהִבִּיא בְּמַתְנִיתִין
אַנְוֹדֵר וּמְקַיִים קְרָא דְּלָא תַזְכִּירוּ וּמַה שְׁהַקְשָׁה הַמְהַרְשֵׁ"א בְּזֶה עֵינֵן בַּלַּח"מ בְּפ"י מַה'
סְנֵהֲדְרִין: שָׁם בַּד"ה אֶסוּר לְאַדָּם וְאַע"ג דְּהָתָם סְפֵק וְהָקָא נְדָאִי: ק"ק דְּהָא גַּם הָקָא סְפֵק
הוּא דְּהָא אִם שְׁיָף לְהַצִּיל מִיָּדוּ כְּשִׁטּוֹל עֲלִיו שְׁבוּעָה הֵינְוּ דְּדִלְמָא יִמְנַע הַנְּכָרִי מִלְּשַׁבַּע
לְשַׁקֵּר וּיַחֲזִיב לְשַׁלֵּם וְא"כ הָרִי סְפֵק הוּא שְׁמָא לָא יִשְׁבַּע דָּאִם יִשְׁבַּע נְדָאִי אִין כְּאֵן הַצִּלָּה
מִיָּדוּ: שָׁם בַּא"ד דְּב"נ לָא הִנְזַהְרוּ ע"כ: הַמְפָרְשִׁים פִּירְשׁוּ דְּעַל שְׁתִּירָץ לָא הִנְזַהְרוּ וּמִטַּעַם
זֶה הוֹקְשָׁה לְמַהֲרָם ל"ל לְשִׁמוּאֵל לְמִימַר וְהַתּוֹרָה אֶמְרָה לָא יִשְׁמַע עַל פִּיךְ תִּפּוּק לִּיהֵּ

מלפני עור אכן אפשר לפרש דעת התוס' דלישבע בשם ע"ז לא הונתרו ב"נ דקרא דלא תזכירו רק גבי ישראל פתיב: שם דף ס"ד ע"א בגמרא הזורק אבן במרקוליס תנו.

אכן הרמב"ם הביא הזורק אבן למרקוליס והרי לאוקימתא דש"ס אינו חייב עד שיזרוק בו ולא לפניו: שם במתניתן אינו חייב עד שימסור למולך: הא דכפיל ליה אף דכבר תני ברישא י"ל דאחי לאשמעינו דבעינו דוקא לכסדר הזה שיעביר באש אחר שמסרו למולך ולא קודם וכמ"ש הר"ן וע' לעיל (ריש פ' ד' מיתות) אכן ק"ק איך יחייב מוסר למולך הא ודאי בעינו התראה קודם שימסור למולך ואז התראת ספק הוא שמא אח"כ לא יעבירו ודמי זה למה דאמרין בשבועות (דף כ"ח) דאכלי' לאיסורא והדר אכליה לתנאי' התראת ספק הוא ובשלמא לפי דעת רש"י דהכופרים העבירוהו א"ש דחייב דכל מעשה המביא לו החיוב הוא המסירה כדי שיעבירוהו ומאז נגמר אצלו האיסור וכשהעבירוהו אח"כ איגלאי מילתא דמיחייב למפרע וכמ"ש התוס' ביבמות (ד"פ ע"א) גבי אכל חלב בן י"ח ע"ש אבל לפי דעת הר"ן דהוא עצמו צריך שיעבירוהו וכיון דהעברה בלא מסירה לא מיחייב ע"כ צריך שיתרו בו קודם המסירה ואז עדיין התראת ספק הוא פניו דאין עושה במסירה זה איסורא דליחייב עליו רק אחר שהעביר אותו וי"ל: שם בגמרא פל' שהמליכוהו עליהם: לפי מש"כ הרמב"ן דלמ"ד מולך היינו ע"ז כל ע"ז שמה מולך מדהמליכוהו עליהם פנ"ל א"כ לכאורה קשיא מנ"ל דר"ח בן אנטונינוס פרש"א ס"ל דלמא סובר כמ"ד דמולך היינו ע"ז דהא הוא מפרש ג"כ כל שהמליכוהו עליהם דהיינו כל ע"ז אלא דקרא איירי בעבודה שלא פדרפה.

ואגב אזכיר פה עוד שלפי דברינו הנ"ל א"ש מה שכ' הרמב"ם אחר שהביא דעבודה זו דהעברה באש היתה עבודת מולך פתב לפיכך מי שהעביר בנו לע"ז אחרת חוץ ממולך פטור ובכ"מ ולח"מ נדחקו מה לשון לפיכך אכן לפ"ד הנ"ל א"ש פניו דלמ"ד מולך הוא ע"ז ע"כ עבודה דהעברה למולך שלא פדרפה הוא דאי פדרפה הוא ע"כ מולך לאו ע"ז הוא וא"כ שלא למולך פטור וזהו מה שפתב הרמב"ם לפיכך פניו דכ' דהעברה היתה עבודת המולך א"כ ע"כ מולך לאו ע"ז הוא ולפיכך פטור אע"ז אחרותם שם פרש"י ד"ה איבעו ביצתא.

דאפילו אותן שהיו גמורות: ק"ק מנ"ל לרש"י הא דהא פבר ביום הג' הנה ולא הנה פאן ביצה גמורה וי"ל דאמרין בביצה דכל ביצה דמתילדא האידינא מאתמול גמרה לה וא"כ ודאי שנתעברה בו עכ"פ ביום שלפני גמרו וא"כ ביום שחבשוהו היו יכולים תרגולות להתעבר ונביצים יגמרו ביום הב' וביום ג' יולדו ולמה לא מצאו ביצה בשום מקום אע"כ דגם אותן שפבר נתעברו וגמרו פסקו מלצאת: שם ד"ה אהד למולך.

שאם עשה שלא פדרפה חייב: ולפ"ז צ"ל דמולך לאו שם ע"ז מיוחד אלא כל ע"ז בשם מולך כוונה שהוא מלשון מלכות א"נ דמולך הנה ע"ז מיוחד ובה הנה עבודת העברת זרעו שלא פדרפה וב' פירושים אלו כ' הרמב"ן בפירושו על התורה והנה פ"י הראשון לכאורה לא יתכן לפי מה שפתבו התוס' לקמן בד"ה למעביר בנו ע"ש דמוכח דלמ"ד מולך ע"א הוא ע"ז מיוחד בשם זה כוונה וגם על הפ"י השני ק"ל דמהנראה בפסוק (מלכים כ"ג) דרו מולך הנה לעבדו בהעברת בנו ובתו באש דכן כתוב שם דיאשיהו

המלך החריב את המקום אשר היו מעבירים בניהם באש למולך הרי דהי זה רגיל וא"כ
עבודה זו פדרפה היא אצלו.

וכן נראה מירמיהו (ל"ב) שהוכיחם על ששורפים בניהם למולך גם כפר הקשו
הראשונים ממה דאמרינו לקמן דרף העברה היכי דמי במצעי נורא וגבי חזקיה אמרינו
שפכתו אמו סלמנדרא אלמא שריפה ממש הוא עיין ברש"י ור"ן והנלע"ד דתרי גונו
העברה איפא העברה באש שהיא שריפה ממש שמעבירו בתוך האש וזאת היתה עבודה
פדרפה למולך והעברה ביני נורא שדומה לזה קצת שהוא ג"כ העברה בין האש וזה הוי
במולך שלא פדרפה ולכן מה שהזהירה התורה גבי מולך ע"כ היינו ביני נורא שהוא
העברה שלא פדרפה אבל עכ"פ דרף העברה בעינו וזהו מה דאמרינו לקמן דהעברה
למולך שבמקרא היינו ביני נורא אבל העברה דמלכים ודירמ' ודאי שהוא שריפה ממש
שהוא עבודה פדרפה למולך וכה"ג גם אחז בקש לעשות ולכן סכתה אמו סלמנדרא: שם
בתוספות ד"ה מרקוליס.

אומר ר"ת קילוס שמה: פי' משום דאסור להזכיר שם ע"ז כמו שפירש מהר"ם וצ"ע אם
יש להזכירו עתה פיון דאין ע"א זה בעולם או אם אסור להזכיר שם ע"א שהיתה כפר
דלפ"ז מה שפכת ר"ת דקילוס שמה הוא כתיב ולא קרי: שם בד"ה אף ע"ג.

דקא אפילו עובד מאהבה: לפי תירוץ א"נ בתוס' לעיל (ד' ס"א ע"ב) בד"ה רבא דאבני
ורבא לא פליגי אלא בע"א שהפל עובדים מאהבה ומיראה ל"ק הכא מידי ולא צריף
לאוקמא לעובדה בבזוי וצ"ל דהתוספות דהכא פירשו לפי תירוץ קמא שם ועיין
במהרש"א דהתוס' ע"כ פירשו הך לענין מזיד דוקא אבל לענין שוגג חייב אפילו במתפונן
לבזוי לחוד כדמוכח מהך דרב מנשה אכן לפ"ז אפתי יקשה מהך דמאהבה ומיראה דקא
רבא אפילו בשוגג פטור מחטאת כמו שפי' רש"י לעיל וכן מוכח מהך דמייתי אבני מהא
דמתניא כהן משיח בע"א דאי לענין שוגג מודה רבא דחייב לא מייתי ראיה מהתם ועל
הרמב"ם ודאי ק' פקושית התוס' דמאהבה ומיראה פסק כרבא (בפ"ג מה' עכו"ם)
ובמתפונן לבזוי פסק דחייב חטאת ועיין מש"כ בכ"מ שם ה' בשם הריב"ש: שם ד"ה
קתני ע"א.

אבל הכא דייק מרישא: ק"ק דלפ"ז אמתניתן דלעיל אלו הן הנסקלין ה"ל להקשות כן
וי"ל דנדאי במתניתן דלעיל המ"ל דאתיא כמ"ד דמולך היינו ע"ז וקתני העובד ע"ז
דהיינו פדרפו וקתני והנותן מזרעו למולך שהוא שלא פדרפו וקתני מולך דוקא משום
דבי' כתיב סקילה בפי' בקרא אבל לאחר דקתני במתניתן דלעיל אחד העובד ואחד
המזבח ואחד המקטר שהוא פדרפה ושא לא פדרפה ולא קתני מולך בהדה משמע דמולך
הוא דבר לעצמו ושא לא פדרפה בכל ע"ז דאם כן העברת זרעו גבי שאר עבודות
פנים ליערב וליתני ולא ליתני מולך לחוד ומזה הוכיח דמולך לאו ע"ז היא: שם ע"ב
בגמרא אינו חייב עד שימסרנו: ה"ן הקשה לפי פי' רש"י מאי מייתי תניא נמי הכי הא
גם במתניתן כתוב כל מה שפתוב בברייתא גם הקשה למה לא קאמר ויעבירוהו באש
גם הקשה בת"ח איה"ס ד' דאם מסר ולא העבירוהו יתא פטור והעברת הפומרים יביא
לו החיוב ואפשר לפרש דר' ינאי הכי קאמר דהא דאמרינו במתניתן אינו חייב עד שיהיו
שניהם מסירה והעברה וע"ז קאמר דאינו חייב פי' דאמסירה לחוד אינו חייב אלא

פְּשׁוּתָנוּ לְכוּמְרִים פִּינּוֹן שְׁהֵם יַעֲבִירוּהוּ שְׁיִיף בְּזָה לֹא תַתֵּן לְהַעֲבִיר לְמִן לְאִפּוֹקִי אִם מָסַר לְמִן לְחֹדוֹ וְלֹא הָעֲבִיר פְּטוֹר כִּי מִתְּנִיתָן אֲבָל בְּאַמַּת כְּשִׁמְסָר לְמִן לְאִפּוֹקִי בְּעֲצָמוֹ וְהַעֲבִירוּ בְּאִשׁ חֲזִיב פִּינּוֹן דַּעֲכ"פ הָיוּ שְׁנֵיהֶם אֲבָל כְּשִׁלֵּא הָעֲבִיר בְּעֲצָמוֹ אֲלֵא שְׁמָסְרוּ כְּדִי לְהַעֲבִיר זֶה לֹא שְׁיִיף רַק בְּמָסִירָה לְכוּמְרִים וְעַל זֶה מִיִּתִּי תַנ"ה יָכוֹל הָעֲבִיר וְלֹא מָסַר וְלֹא קָתְנִי לְמִן לְאִפּוֹקִי דְבְּזָה אִין חִילּוּק אִי מָסַר לְמִן לְאִפּוֹקִי אוֹ לְכוּמְרִים אֲבָל בְּסִיפָא קָתְנִי מָסַר לְמִן לְאִפּוֹקִי וְלֹא הָעֲבִיר יָכוֹל יִהְיֶה חֲזִיב הֵכָא קָתְנִי לְמִן לְאִפּוֹקִי דְּוִקָא דְבְּזָה פְּטוֹר אִם לֹא הָעֲבִיר פִּינּוֹן דְּכַתִּיב לְהַעֲבִיר לְמִן לְאִפּוֹקִי וְכִשְׁמָסְרוּ לְמִן לְאִפּוֹקִי אִין זֶה מָסִירָה כְּדִי לְהַעֲבִיר דְּהָרִי הַמִּן לְאִפּוֹקִי בְּעֲצָמוֹ לֹא יַעֲבִירוּהוּ אֲבָל אִם מָסְרוּ לְכוּמְרִים מֵאַז שְׁמָסְרוּ חֲזִיב אַף שְׁלֵא הָעֲבִירוּהוּ אַח"כ פִּינּוֹן דְּנִתְיָנָה לְצִוְרָה הָעֲבָרָה עֶבֶד וְעָבַר עַל לֹא תַתֵּן לְהַעֲבִיר וּלפ"ז יִהְיֶה הַדִּין דְּבְּמָסַר לְמִן לְאִפּוֹקִי וְהַעֲבִירוּ וְכֵן בְּמָסְרוֹ לְכוּמְרִים אִין שְׁלֵא הָעֲבִירוּהוּ יִתְחַזֵּיב אֲבָל בְּמָסְרוֹ לְמִן לְאִפּוֹקִי וְלֹא הָעֲבִירוּ פְּטוֹר אֲכֵן דַּעַת הַרְמַב"ם אִינָה כֵּן: שֵׁם סוּמָא מַהוּ יִשָּׁן מַהוּ: ה"ה דְּהָרִי מְצִי לְמַבְעֵי ג"כ חֲגַר וְקָטָן שְׁאִינוּ יָכוֹל לִילָף בְּרִגְלֵיו וְלִקְפֹּץ מַהוּ וּלפ"ז הַרְמַב"ם דְּפָסַק בְּסוּמָא וְיִשָּׁן דְּפָטוֹר פִּינּוֹן דְּלֹא נִפְשָׁטָה אִיבְעֵי וְסָפַק נִפְשׁוֹת לְהַקְלֵם גַּם בְּחֲגַר וְקָטָן פְּטוֹר: שֵׁם ת"ל בְּתַתּוֹ מְזַרְעוֹ: א"ל דַּא"כ בְּנוֹ וּבַתּוֹ ל"ל דְּכִינּוֹן דְּרָצָה הַתּוֹרָה לְכַתּוֹב לֹא יִמְצָא לְלֹא לְחֹדוֹ א"כ ע"כ צָרִיף לְכַתּוֹב הֵתָם אוֹ מְעַבִּיר מְזַרְעוֹ בְּאִשׁ אוֹ כְּדַכְתִּיב בְּאַמַּת מְעַבִּיר בְּנוֹ וּבַתּוֹ בְּאִשׁ כַּתִּיב חֲדָא מִינֵיהּ אֲבָל הֵכָא פְּרִיף שְׁפִיר דְּכִי מְזַרְעוֹ וּבַתּוֹ מְזַרְעוֹ מִינְתָּר לְגַמְרִי דְּכַבֵּר כְּתִיב בְּרִישָׁא דְקָרָא כְּמוֹ שְׁפִי רַש"י גַּם א"ל דְּהֵכָא מְצָרְכִינּוֹ מְזַרְעוֹ לְרַבּוֹת כֵּן בְּנוֹ וְכֵן בַּתּוֹ וּבְקַדּוּשִׁין (דָּף ד' ע"א) אֲמַרִּינּוֹן דְּלֹא מְצָרְכִינּוֹן קָרָא לְהַכִּי דְּבְּנֵי בְּנִים הָרִי הֵן כְּבָנִים כְּפָר תִּירֵץ הָרִיטְב"א שֵׁם בְּשֵׁם הַתּוֹס' דְּוִקָא הִיכִי דְּכַתִּיב וְרַעוֹ אֲמַרִּינּוֹן אֲבָל בְּכָלֵל כֵּן וּבַת לֹא הָרִי בְּנֵי בְּנִים בְּכָלֵל.

אַף דַּלפ"ז ק"ק ל"ל דְּכַתִּיב כֵּן וּבַת וּמְצָרְכִינּוֹן ב"ב לְרַבּוֹת מְזַרְעוֹ לְכַתּוֹב הֵךְ מְזַרְעוֹ גְּבִי לֹא יִמְצָא וְלֹא לְכַתּוֹב ב כֵּן וּבַת כָּלֵל וּמְמִילָא יְדַעִינּוֹן ב"ב גַּם כֵּן וְאִפְשָׁר לְזַמַּר דָּאִם כֵּן לֹא הָרִי מְמַעֲטִינּוֹן מ"ם דְּמְזַרְעוֹ מְקַצָּת זָרְעוֹ וְלֹא כָּל זָרְעוֹ אֲלֵא הָרִי מְמַעֲטִינּוֹן אוֹ זְכָרִים אוֹ נְקֻבוֹת וְלָכֵן כְּתִיב כֵּן וּבַת דְּאִתְרַנּוּיָהּ מִיִּחְזִיב: שֵׁם זָרַע פְּסוּל מְזַיִן: פִּי זָרַע זָרַעוֹ פְּסוּל מְזַיִן דְּבְּנֵי בְּנִים לֹא אִתּוֹ רַק מְזַרְעוֹ וּבְכָלֵל זָרְעוֹ לֹא הָרִי רַק זָרַע כְּשֵׁר אֲבָל לְבָנָיו וּבְנוֹתָיו לֹא אֲצִטְרִיף רִיבּוּי לְזָרַע פְּסוּל דְּבְּכָלֵל כֵּן הָרִי ג"כ זָרַע פְּסוּל כְּמוֹ שְׁהוֹכִיחוּ הַתּוֹס' בִּיבְמוֹת (דָּף כ"ב ע"ב) ע"ש: שֵׁם בְּךְ בְּעֲצָמָה: ק"ק דְּאִפְתִּי עוֹנָשׁ מַנ"ל גְּבִי מְעַבִּיר עֲצָמוֹ וְא"ל פִּינּוֹן דְּשָׁנָה לֹא לְעַנְיָן אֲזַהְרָה שְׁנָה לֹא נָמִי לְעַנְיָן עוֹנָשׁ דְּאִימָא מְזַרְעוֹ יִתִּירָא לֹא אִתָּא לְרַבּוֹת זָרְעוֹ פְּסוּל אֲלֵא לְמַעַט מְעַבִּיר עֲצָמוֹ מְעוֹנָשׁ דְּוִקָא אֲזַרְעוֹ חֲזִיב אֲבָל אֲעֲצָמוֹ לֹא: שֵׁם לְמַעֲבִיר בְּנוֹ שְׁלֵא כְּדַרְפָּה: א"ל דַּא"כ מַאי מְקַשָּׁה לְעֵיל (דָּף ס' ע"ב) יָכוֹל שְׁאֲנִי מְרַבָּה הַמְגַפָּף וְהַמְנַשֵּׁק דַּא"כ דְּיִלְפִינּוֹן מַהֲשַׁתְּחַנְּאָה דְּאֲכַל שְׁלֵא כְּדַרְפּוֹ חֲזִיב קָרָא גְּבִי מִן לְאִפּוֹקִי לְשֵׁלֵא כְּדַרְפּוֹ ל"ל דִּי"ל דְּבְּרִיָּתָא אִתְּיָא כַּמ"ד מִן לְאִפּוֹקִי לֹא ע"א הוּא: שֵׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה הָעֲבִיר כָּל זָרְעוֹ.

וְא"ת מְקַמָּא מִיִּחְזִיב לִיה: וְלֹא נִיחָא לְהוּ לְמִימַר דְּבְּאַמַּת כְּשִׁהַעֲבִיר הָרִישׁוֹן מִתְחַזֵּיב וְרַק אִם עָבַר גַּם הָאֲחֵרִים יִפְטוֹר מִחִיּוֹב זֶה כְּשִׁלֵּא דְּנוֹ אוֹתוֹ עֲדִינּוֹ וְכַמ"ש הַכ"מ בַּה' ע"ז דַּא"כ הַתְּרַאֲת סָפַק הִיא שְׁמָא יַעֲבִיר גַּם הָאֲחֵרִים אֲכֵן לֹא יַדְעָתִי לְמָה לֹא נִיחָא לְהַתּוֹס' לְפְרוּשֵׁי דְּאֲצִטְרִיף קָרָא הִיכִי דְּלֹא אִתְּרוּ בִּיהָ בְּרִישׁוֹן דְּלֹא מְחַזֵּיב וּבְשֵׁנִי דְּאִתְּרוּ בִּיהָ גַּם כֵּן פְּטוֹר פִּינּוֹן שְׁהַעֲבִיר כָּל זָרְעוֹ: שֵׁם בַּא"ד.

או שְׁהַעֲבִירָם בְּבֵת אַחַת: פִּינּוֹן שְׁוֹדָאֵי יֵשׁ שִׁיעוֹר לְחַיִּיב הַעֲבָרָה או בַּתְּחִלַּת הָאֵשׁ או בְּסוֹפוֹ
א"כ לְכַאוּרָה לֹא שִׁינָה בְּבֵת אַחַת אֲלֵא לְרִיחָה"ג דְּסִבְרָא אֶפְשָׁר לְצַמְצֵם אֲבָל לְרַבְּנָן דְּסִבְרֵי
אֵי אֶפְשָׁר לְצַמְצֵם לֹא וְעַ' בְּבִכּוּרוֹת (דָּף י"ז): שָׁם ד"ה שְׁלֵשׁ פְּרִיתוֹת.

מוֹקֵי כִּי דָּבָר ה' בְּזָה לְפִנְיָה: ק"ל מֵאֵי קוֹשְׁיָא בְּזָה אֲשִׁיטַת רַש"י הָא הוּא פִּי' שָׁם דְּכִי
דָּבָר ה' בְּזָה הוּא דְּבִוּר רֵאשׁוֹן שְׁנֵאמַר בְּסִינֵי דְהֵינּוּ אֲנָכִי ה' אֲלֵהִיָּהּ כְּמוֹ שְׁפִי' גַּם פֶּאן
וּא"כ וְדָאֵי דַע"ז הוּא ג"כ בְּכָלל פּוֹפֵר בְּעִיקָר וּמִמִּילָא יִדְעִינּוּ פְּדָרְכוּ בַע"ז וְאֵינְתֵר ב'
פְּרִיתוֹת חַד לְשָׁלֵא פְּדָרְכָה וְחַד לְמוֹלָה: שָׁם בַּד"ה לְמַעֲבִיר בְּנוֹ.

פִּינּוֹן דְּגַבֵּי מוֹלָה כְּתִיב ק"ק אֶפְתִּי לְמָה לֹא הָוֵי יִלְפִינּוּן שְׁאָר ע"ז בַּמ"מ מִמוֹלָה פְּדָהוּי בְּעִינּוּ
לְמִילָף לְעֵיל כָּל שְׁלֵא פְּדָרְכוּ מֵהַשְׁתַּחֲוָּאָה וּבִישׁוּב עִיקָר קוֹשְׁיָתָם י"ל דְּלִכְּהָ פְּתִיב מוֹלָה
לְחוּד כִּי הֵיכִי דְלֹא נְחִיִּיב שְׁלֵא פְּדָרְכוּ בְּכָל הַעֲבוּדוֹת כְּגוֹן חִיבּוּק וּנְיָשׁוּק וּכְמ"ש מֵהֲר"ם
בְּאַמַּת וּלְהֵכִי פְּתִיב מוֹלָה לְחוּד וּמִינֵי' מוֹכַח דְּלֹא גִילָף כָּל שְׁלֵא פְּדָרְכוּ מֵהָהּ קָרָא דַע"ז
אֲלֵא רַק ד' עֲבוּדוֹת דְּהֵוֵי כְּמוֹ ב' כְּתוּבִים הַבָּאִים כְּאַחַד: שָׁם בַּד"ה וְכִי ג' עוֹלָמוֹת.

וּי"ל דַּר"י: עֵינּוּ מִש"כ הַמְּהַרְש"א בְּזָה אֲכֹן לְכַאוּרָה נִסְתֵר תִּירוּצוֹ עֲפֵמֵש"כ הַתּוֹס' (רִישׁ
פ"ב דְּזִבְחִים) דְּהֵיכִי דְאִיכָא לְמִיְדָרֵשׁ מִיְדֵי לֹא סִבְרָא ר' יִשְׁמַעֲלֵאל דְּבָרָה תּוֹרָה כְּלִשׁוֹן ב"א:
שָׁם דָּף ס"ה ע"א בְּמִתְנִיתוֹן וְהַנְּשִׂאֵל בְּהֵם: עֵינּוּ בְּמֵהֲר"ם שְׁהַקְשָׁה לְמָה לֹא קָאָמַר הַשׁוֹאֵל
בְּהֵם וְאֶפְשָׁר דְּהַנְּשִׂאֵל בְּהֵם לֹא אֲשׁוּאֵל קָאֵי אֲלֵא אֶהְדָּבֵר הַנְּשִׂאֵל בְּהֵם שְׁזָה מוֹנָהר
בְּאַזְהָרָה: שָׁם בְּגִמְרָא וְאֶפִּילוּ לְרַבְּנָן וְהַתְּנִיא: בְּלֵא הָהּ סוּגִיא דְּהֵכָא הָוֵי מְצִי לְמִיְפָרָה
אֲמִימָרָא דַר"ל דְּמֵאן תַּנָּא הַשְׁתַּחֲוָּאָה ר"ע הֵיא פִּינּוֹן דְּעִיקָר קוֹשְׁיָתוֹ הוּא דְּלִיתְנֵי יִצְאָ מְגַדָּף
וּבַעַל אוֹב: שָׁם אֲלֵא אָמַר עוֹלָא בְּמִקְטֵר לְשׂד: יֵשׁ לְפָרֵשׁ דְּעוֹלָא חִזּוֹר גַּם מֵהָא דְּתִיְרִץ
לְעֵיל דְּלִכְּהָ ר"י לֹא אָמַר כַּר"ל מִשׁוּם דְּמִתְנִיתוֹן ר"ע הֵיא אֲלֵא ה"ט פִּינּוֹן דְּאִיכָא גַּם מְקַטֵּר
לְשׂד דְּמַעֲשָׂה הוּא לְהֵכִי שְׁפִיר הָוֵי מְצִי לְמִתְנֵי יִדְעוֹנֵי בְּמִקְטֵר לְשׂד אֵי לֹא דְּהוֹאִיל
וּשְׁנִיָּהֶם בְּלֵאוֹ א' נֶאמְרוּ וּלפ"ז גַּם לַר"י בְּיִדְעוֹנֵי מְקַטֵּר לְשׂד חִיִּיב וּבְהֵכִי א"ש פֶּסֶק
הֲרַמְב"ם (פ"ו מֵה' עֲפוּ"ם) ע"ש וּבַלַּח"מ: שָׁם אַע"ג דְּבַמְכוּנֵי דְלֹא לִיְזַקֵי: בְּכַרִּיתוֹת לֹא
גִּרְסִינּוּ כֹן וְשָׁם פִּי' רַש"י דְּהַחֲזִדוּשׁ הוּא אַע"ג דְּלֹא חֲשִׁיבֵי וְזָהוּ נִגְדָּ סוּגִיא דְּהֵכָא גַּם
גִּרְסִינּוּ שָׁם דָּאֵי אֲזֵלָא אֲבַתְרָה שְׁרִי וְהַתּוֹס' הַקְשׁוֹ שָׁם דָּאֵם יֵשׁ פְּקוּחַ נְפֶשׁ מֵאֵי רְבוּתָא
נְאִי אִין פְּקוּחַ נְפֶשׁ לְמָה מוֹתֵר וּלְפִי גִיְרָסָא דְּהֵכָא לַק"מ וּא"ל אִמָּה שְׁפִי' רַש"י וְכְגוֹן שְׁאִין
רְצִין אַחֲרֵי דְּלִיכָא פְּקוּחַ נְפֶשׁ דְּהָא בְּבִרְכוֹת (דָּף ל"ג ע"א) מְשַׁמַּע דְּאֶפִּילוּ כְּשִׂאִין רִץ
אַחֲרֵי אִיכָא סַפְּנָה בְּעַקְרָב דְּאֶמְרִינּוּן שָׁם ל"ש אֲלֵא נֶחֱשׁ אֲבָל עַקְרָב פּוֹסֵק וּבְנֶחֱשׁ ג"כ
מוֹתֵר לְהַפְסִיק כְּשִׂרִץ כְּנִגְדוֹ כַּמ"ש הַתּוֹס' בְּשֵׁם הִירוּשְׁלָמֵי א"כ ע"כ בְּעַקְרָב אֶפִּילוּ כְּשִׂאִין
רִץ כְּנִגְדוֹ אִיכָא סַפְּנָה וְיֵשׁ לְחַלֵּק בֵּין רִץ כְּנִגְדוֹ בְּכַעַס לְרִץ אַחֲרֵי: שָׁם בְּרַש"י ד"ה ר"ל
אָמַר.

דְּכָתִיב וְעֲשֵׂה אַחַת: גַּם כְּפִי קֶשֶׁה כְּמוֹ שְׁהַקְשׁוֹ הַתּוֹס' לְעֵיל (דָּף ס"ג ע"א) דְּלֹא מוֹעֲשָׂה
א' אֲלֵא מְלַעוֹשָׁה בְּשִׁגְגָה אֲתִיא: שָׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה וְהַנְּשִׂאֵל בְּהֵן. וּי"ל אִיכָא: וְאֵל תִּפְנוּ
אֵל הָאֲנוּבּוֹת הוּא אֲזַהָרָה לְאוֹב וְיִדְעוֹנֵי וְכֹן דַּעַת רַש"י לְקַמְוֵן וּבְחֻמְשׁ וְכֹן דַּעַת הֲרַמְב"ם.

וּלפ"ז צְרִיף לְפָרֵשׁ אֵל תִּפְנוּ אֵל הָאֲנוּבּוֹת פִּי' לְהַדְמוֹת לְהֵם בְּמַעֲשֵׂיהֶם: שָׁם בַּא"ד. וּי"ל
אִיכָא דְּאֲזַהָרָה לְנֶשֶׂאֵל: וְכֹן פֶּסֶק גַּם הֲרַמְב"ם דְּאֲזַהָרָה לְבַעַל אוֹב מֵאֵל תִּפְנוּ אֵל הָאֲנוּבּוֹת
וְכֹן הוּא ג"כ בִּירוּשְׁלָמֵי.

אכן לכאורה מגמ' ספ"ק דעירובין לא משמע הכי דפריף שם אלא מעתה אל תפנו אל האובות ה"נ דלא לקי ואי לשיטת הרמב"ם ונתוס' באמת אינו לוקה דניתן לאזהרה לבעל אוב דבמיתה ולא ידעתי למה לא הזכירו התוס' דתליא זה בפלוגתא דש"ס דילן וירושלמי גם למה פסק הרמב"ם כירושלמי נגד ש"ס דילן פיון דאיכא נפקותא לדינא מאיזה לא נתרה בו גם בלא"ה ק"ל עוד אסוגיא דעירובין דמקשה מקרא דאל תפנו למה לא מקשה מפסוק דאל תאכלו ממנו נא דעדיף מיניה בתלתא א' שמןקדם בתורה ב' דלקי אליבא דכ"ע ומאל תפנו לא מקשה רק למ"ד לאו שאין בו מעשה לוקין עליו או עקימת שפתו הוי מעשה דפליגי ביה ג"כ ר"י ור"ל וכמ"ש התוס' דמאל תפנו לא יכול להקשות אלא דמסתמא לוקין דלא מצינו בפ"י דלוקין אבל הא דלוקין אאל תאכלו ממנו נא מפורש בברייתא בפסחים (דף מ"א ע"א) וצ"ע: שם בד"ה הואיל ושניהם.

דלקה פתובים ב' לאוין: ק"ק הא ע"כ צריף לכתוב הכי דלא תעשו ולא יוסף לא שיניף להכניס בחד לאו גם למה לא אמרינו הכי ג"כ לענין חילוק מיתה מדכתוב אוב או ידעוני ולא פתיב וידעוני דבהכי גלי קרא לחיבו ב' חטאות וא"ל דאו ידעוני צריף לכתוב דאל"כ ה"א דאינו חייב עד שיעשה שניהם אוב וידעוני דהתייבח לר' יאשי' לקמן (דף ס"ו) דמצריף קרא לחלק אלא לר' יונתן מא"ל: שם בתוספות ד"ה הואיל וישנו.

וק' השתא השתחאה: עיין בר"ן שלפי מה שפ"י הואיל וישנו בלב מיושב הקושא זו: שם ע"ב בגמרא וקול לר"י לאו מעשה הוא: בפשטות לא הוי מצי להקשות מהו ברייתא אר"י שם בב"מ בלא סוגיא דהכא די"ל כמו שמתרץ באמת שאני עדים זוממין שישנום ברא' אבל לפי מה שמתרץ הואיל וישנו בקול ולא ס"ל הו דישנו ברא' פריף שפיר ולכן הוצרך לתרץ רבא באמת הכי: שם עונה פדרפו ועונה בשבת: יש ליתן טעם למה דגלגלת עונה בשבת ומעלה בזכורו אינו עולה בשבת פיון דהא דיש פח לב"א להעלות המת משום דסבר שנתבקש לדין של מעלה כמ"ש רז"ל גבי שמואל שאמר למה הרגזתני ובשבת שאין בו דין יודע הוא שלא נתבקש לדין ולכן אינו עולה אבל בגלגולת דמנח קמי' ואין צריף להעלותה היא עונה גם בשבת: שם עיקורי קטניות מהיות רעות: צ"ל דג"כ אערבי שביעיות קאי פ"י מי שעוקרים בע"ש שומרים מהרקבה דאל"כ אין זה מחשב עתים ושעות ואין בכלל מעונן: שם ברש"י ד"ה מתיב ר' זירא.

ת"ל ונעשה: אף דבריש פרייתות משמע דמלעושה בשגגה ממעטינו אין בו מעשה זה דוקא לענין מגדף דבו איירי קרא דלעושה אבל בשאר עבירות מועשה אתיא ובזה א"ש הסתירה לעיל (ע"א) ברש"י בד"ה ר"ל הביא קרא דנעשה ובד"ה אי הכי קרא דלעושה בשגגה ולפ"ז א"ש דבד"ה ר"ל שרצה למעט בעל אוב הביא קרא דת"כ דנעשה ובד"ה אי הכי דאתי למעט מגדף הביא קרא דלעושה כמתניתין דכריתות אכן מ"מ לא מתורץ בזה מה שהקשו התוס' לעיל (דף ס"ג ע"א) פיון דשם לענין ע"ז איירי וקרא דלעושה בשגגה גם גבי ע"ז פתיב: שם בא"ד יצאו עדים זוממים שאין בהם מעשה: אף דאיכא ג"כ שיש בהם מעשה כגון מכה אביו ואמו רוצח גונב נפש מאחיו וכדומה כבר הקשה זה בת"כ גופא ותירץ דעיקר טעם הוא דממעטינו כל הני מחטאת משום דלא פתיב בהו פרת ובעיני דומיא דע"ז דכתיב בי' פרת: שם ד"ה ידוע.

שם חיה: וְהַרְמַב"ם כפי המשניות ובחיבורו כתב שהוא שם עוף אכן פשיטת רש"י הביא הר"ש (בפ"ח ד'כלאים) בשם הר"י בן קלונימוס ע"ש: שם ד"ה אי בעי צדיקי. להיות נקיים מפל פשע: ולפ"ז ק"ק למה כינה להם בשם צדיקים אי בעו אינשי להיות צדיקים הל"ל ועוד הד' שמתו בעטיו של נחש כדאמרין ספ"ק (דב"ב) למה לא ברו עלמא ולולא פירושו הייתי מפרש אי בעו צדיקי ברו עלמא בניחותא פ"י דבאמת יכולים לברוא אם ירצו פדכתיב פי עונותיכם היו מבדילים ובצדיקים אין הבדלה ואהא מיימי מעשה מרבא ורבי חנינא ור"א דבאמת ברו להם בריות בראשית: שם בתוספות ד"ה יצאו עדים.

וי"ל דמשפחת א"נ פגון: אכן ק"ק דלפ"ז לא הני שייך לרבות הני משום חייבי מיתת ב"ד הא בכה"ג לא הני שייך פלל מיתת ב"ד וכמו כן הני מצי לתרץ פגון שהעדים הם טריפה דאין נהרגין משום דהני עדות שא"א יכול להזימה וכדלקמן (דף ע"ח ע"א) א"נ בעדי נערה המאורסה חבירה וכדלעיל (דף מ"א ע"א): שם בד"ה הואיל וישנו.

מאי משני מפל הני: שיטת רש"י נ"ל כמו שתימצו התוס' בכריתות בשם הר"נ דישנו בלב שייך בכולהו חוץ מעדים זוממים ולכך לא פריך רק מעדים זוממים וע"ז תירץ שפיר הואיל וישנו בראיה ולכן ל"ק ג"כ ממה שהביאו התוס' ראיה ממה דאמר ר"י לתנא לא תיתני מימר דוקא דבנשבע ומקלל חבירו בשם לא חשיב הדבור מעשה דתרווייהו ישנו בלב דבשבועה בעינן פיו ולבו שוין כדאמרין בשבועות (דף כ"ו ע"ב) ובמקלל בשם ג"כ ישנו בלב כמו גבי מגדף גם מה שהקשו התוספות מיהו בפ"ק דכריתות פשוט דמתורץ בזה: שם בא"ד.

וה"נ עדים זוממים בדיבוריהו: ק"ק דממנ"פ אי בעינן שיעשה המעשה ע"י הדיבור באמת נהרי בעדים זוממים לא שייך זה דהרגו אין נהרגין ואי לא בעינן רק שיכוננו לעשות מעשה על ידיהם א"כ מ"ש מעד"ז דפריך דוקא גם אמסית ומדיח הני שייך להקשות כן דהא גם הוא פנין שיעשה מעשה ע"י ואפשר לומר דהני מצי לאוקמא הך מסית ומדיח במדיחו ומסיתו לומר אלי אתה דאין פאן מעשה ואותו מסית דאתעביד מעשה ע"י ממנועט לפי האמת כמו רוצח ומכה או"א וגונב נפש כנ"ל ועיין מש"כ בספרי ע"ל לכריתות (דף ד' ע"א): שם ד"ה ר"ל.

אליבא דמ"ד לשב"מ: עיין במהרש"א ומש"כ דהתוס' רצו לפרש דמאי פריך הש"ס דלמא ר"י קאמר אליבא דמ"ד לאו שאב"מ לוקין עליו לא ידעתי מאי קשה לו בזה דהא בפירוש קאמר ר"י עקימת פיו הני מעשה אלמא דהך טעמא הוא וע"כ ר"י גופא קאמר זה מדאיתבי ר"י לר"ל בב"מ (דף צ') מהמתניתן דתמורה ואי ר"י לא קאמר רק למ"ד לוקין תיקשי איהו לנפשיה הא הוא סבר בעלמא אין לוקין ורק הקא קאמר לוקין למ"ד לאו שאב"מ לוקין.

אכן פנונת התוס' היא פשוטה שרצה לתרץ פי היכי דלא תיקשי ר"ל אר"ל כמו שפירא מהא שהקשו התוס' בב"מ שם קושיא זו ושם ודאי לא שייך בפירוש המהרש"א פאן: שם ד"ה מעלה בזכורו.

ולא יתכן בב"א דשאול: לא ידעתי מי הכריחם לפרש דקאי זכורו אמכשף ולא על מת גופא וכן מוכח לכאורה דהא מעלה בזכורו מסקינן דאין עונה פדרפו אלא יושב בין

הפּרָקִים וְאִיךָ אֶפְשֶׁר שְׂיוֹשֵׁב עַל זְכוּרוֹ שֶׁל מְכַשֶּׁף וּבֵין פְּרָקָיו אֵלָּא וְדַאי דַּמִּי שׁ רַשׁ"י עַל זְכוּרוֹ אֲמַת קָאִי וְזֶה מַה שְׁתַּמְמָהּ בִּ"א דְשִׂאוֹל שֶׁהִיא רְצָתָהּ לְהַעֲלוֹת וְשִׂמוּאֵל בְּזְכוּרוֹ וְהוּא עָלָה כְּדַרְפּוֹ וְלָכֵן אֲמָרָה רְאִיתִי אֱלֹהִים עוֹלִים כְּמַבּוֹאֵר בַּמְדָּרָשׁ: שֵׁם דָּף ס"ו ע"א בַּגְּמָרָא לֹא תִנְחָשׁוּ וְלֹא תִעוֹנְנוּ וְכוּ' וּבְדָגִים: וּבְרַ"ן הִזָּה גוֹרֵס וּבְכוֹכְבִים וְהַקְשָׁה עָלָיו ע"ש.

אָכֵן לַפְעַנ"ד גִּירָסָא זֶה נְכוּנָה הִיא דְלִכְאוּרָה קִשָּׁה מַה חִידוּשׁ לָנוּ בְּרִייתָא זֶה יוֹתֵר מִבְּרִייתָא דְלַעֲיִל דְּמִפְרִישׁ מְעוֹנָן וּמִנְחָשׁ אָכֵן זֶה א"ש ע"פ מַה שְׂיֵישׁ לְהַבִּין לְמַה אֵין לֹקִינ׳ ב' מְלַקוֹת אֲמַעְוֹנָן אוֹ מִנְחָשׁ דְּהָא תְּרִי לְאוּנִי כְּתִיבִי בִי' חֵד לֹא יִמְצָא בָּהּ וּגּו' מְעוֹנָן וּמִנְחָשׁ דְּמִשְׁנָה תוֹרָה וְאִידָךְ לֹא תִנְחָשׁוּ וְלֹא תִעוֹנְנוּ דַּת"כ וְהֶרְמַב"ם לֹא כְּתִב רַק חֵד מְלַקוֹת וְזֶה וְדַאי דְּאֵלָּא דַּת"כ וְאֵלָּא דַּמִּי לֹקִינ׳ ב' אִף שֶׁהֵם בְּאוֹתוֹ דְּבָר עֲצָמוּ וְכַדְאֲמַרִּינָן בְּמַכּוֹת (דָּף ט"ז ע"ב) לַעֲנִן אָכֵל פּוֹטִיתָא ע"ש וּבִשְׂאֵר דְּוֹכְתִי אָכֵן זֶה א"ש דְּתְרִי גּוֹנְנֵי מִנְחָשׁ אִיפָּא הָא' שְׂמַאֲמִין בְּסִימָנִים הַבָּאִים לוֹ מְעַצְמוּ כְּגוֹן פִּתּוֹ נִפְלָה מִפּוֹ צְבִי הַפְּסִיקוּ בְּדַרְדָּר וּכְבִרִיתָא דְּלַעֲיִל וְאִידָךְ שְׁעוּשָׁה לוֹ סִימָנִים לְשִׂאוֹל בְּהֵם דְּבָר הָעֵתִיד אוֹ הַהוֹנָה כְּגוֹן נְחָשׁ יִנְחָשׁ בּוֹ אִישׁ אֶשֶׁר כְּמוֹנֵי דְיוֹסָף שֶׁהִי מִכָּה בְּגִבְעוֹ וְהַגִּיד לָהֶם נְסִתְרוֹת וּבְכֻלָּל זֶה הוּא ג"כ מִי שְׂרוּצָה לִידַע עֲתִידוֹת ע"י גוֹרְלוֹת וְכַמְבּוֹאֵר (בִּי"ד ס' קע"ט) וְכֵן הוּא ג"כ לַעֲנִן מְעוֹנָן דְּאִיפָּא ג"כ תְּרִי גּוֹנְנֵי הָא' הַמְחַשֵּׁב עֵתִים וְשְׁעוֹת דְּלַעֲיִל וְהִב' מִי שְׂמַנְחָשׁ בְּכוֹכְבִים וְחוּבְרֵי שָׁמַיִם וְהֵן הִנֵּה הַתְּרִי גּוֹנְנֵי דְּכְתִיב בְּקָרָא וְזֶהוּ מִשׁ"כ הֶרְמַב"ם (פִּי"א מַה עֲפּו"ם הַל' ח') אִיזְהוּ מְעוֹנָן כּו' אֲסוּר לַעֲוֹנָן אַעֲפ"י שְׂלֵא עֲשֵׂה מְעַשֶׂה שְׂנֵאֲמַר לֹא תִעוֹנְנוּ וְע"ש בַּכ"מ שְׂכַתְב דְּהֶרְמַב"ם סוֹבֵר דְּהָאוּמֵר זֶה הַיּוֹם יָפָה הִינְנוּ ע"פ אִיצְטַגְנִינּוֹת מִפְּנֵי שְׂלֵא מְצָא מֵרָאָה מְקוֹם לְהִלְכָה שְׁנִיָּה דְּהֶרְמַב"ם.

וּלִפ"ד א"ש דְּהֶרְמַב"ם בַּה' ח' כ' אִיזְהוּ מְעוֹנָן וְהִינְנוּ מְעוֹנָן דַּמִּי וְכַה' ט' כְּתִב דְּלוֹקָה מִשּׁוֹם לֹא תִעוֹנְנוּ וְהִינְנוּ פְּסוּק דַּת"כ וְהוּא ע"פ הַב' בְּרִייתוֹת דְּסוּגִינָן דְּלַפְנֵינוּ וּלִפ"ז מְתוּרָץ מַה שְׁהַקְשָׁה הֶר"ן דְּהָכָא מִשְׁמַע דְּאַצְטַגְנִינּוֹת הוּא בְּכֻלָּל מִנְחָשׁ וּמְעוֹנָן וּבְפִסְחִים אֲמַרִּינָן מִנִּינָן שְׂאִין שׂוֹאֲלִים בְּכַלְדַּיִים ת"ל תְּמִים תִּהְיֶה דְּאַצְטַגְנִינּוֹת דְּהָכָא אִינְרִי בְּאוֹתוֹ שְׂמַעוֹנָן בְּכוֹכְבִים וְחוּבְרֵי שָׁמַיִם וְזֶה הוּא בְּכֻלָּל לֹא תִעוֹנָן אָבֵל בְּמִי שְׂשׂוֹאֵל מִהַמְעוֹנָן זֶה אִינוּ רַק בְּכֻלָּל עֲשֵׂה דְתְמִים תִּהְיֶה: שֵׁם בְּתַחוּמֵין וְאַלִּיפָא דַּר"ע: עֵינָן מַה שְׁהַקְשָׁה הֶר"ן בְּזֶה דְּלִשְׁיטַת הֶרִי"ף לִימָא תַּחוּמֵין דִּי"ב מִיִּל וְאַלִּיפָא דַּכ"ע אָכֵן כְּבָר תִּירָץ ע"ז הֶרְמַב"ן בְּסִפְר הַמְּלַחְמוֹת (סִפ"ק דְּעַרוּבִין) דְּלֹא רְצָה לְמִינְקֵט הָכִי פִּינּוּ דְּלֹא הִנְזַכְרָה שְׁיִטַת רַבָּנָן בְּפִירוּשׁ כְּשִׁיטַת ר"ע: שֵׁם אִישׁ אִישׁ לְרַבּוֹת בַּת טוֹמָטוּם: הַמְהַרְש"א הַקְשָׁה אַרְשׁ"י עַל הַתּוֹרָה דְּכַתְב דְּבַת טוֹמָטוּם וְאַנְדְּרוּגִינוֹס מוֹמְקָלֵל אָבִיו וְאַמּוֹ נִפְקָא וְלֹא יִדְעָנָא מֵאִי קַמ"ל דְּפִשׁוּט הוּא דְּרַשׁ"י כְּתִב כֵּן אִלִּיפָא דְּרַבִּי יוֹנָתָן דַּס"ל הָכִי כְּמַבּוֹאֵר לְקַמְּן (דָּף פ"ה ע"ב) וְכֵן הִדִּין נוֹתָן לְפִסְוִק כְּרַבִּי יוֹנָתָן פִּינּוּ דְּרַבָּא וְאַבְיִי פְּלִיגִי בְּפִלּוּגְתָא דַּר"י וְר"י בַּב"מ (דָּף צ"ו ע"ב) דְּרַבָּא ס"ל כְּרַבִּי יוֹנָתָן וּמַבּוֹאֵר בַּכ"מ דְּאַבְיִי וְרַבָּא הִלְכָה כְּרַבָּא וְגַם לַעֲנִן שְׂאֵר פְּלּוּגְתוֹת שְׂבִש"ס פְּסִק הֶרְמַב"ם כַּר' יוֹנָתָן נִגְדַר ר' יֵאֲשִׁי: שֵׁם ר"י אוֹמֵר מִשְׁמַע שְׁנִיָּהֶם כַּא': מַה שִׁי"ל בְּזֶה כְּבָר הָאֲרַכְתִּי בַּמ"א: שֵׁם נְאֻמֵר כָּאֵן דְּמִיּוּ בּוּ: ק"ק לר' יֵאֲשִׁי דְּגִלְיָה לְקַמְּן (דָּף פ"ה) מְקַלֵּל לְאַחַר מִיתָה מוֹמְקָלֵל אָבִיו וְאַמּוֹ מִנ"ל דְּלֹאֲחַר מִיתָה בְּסִקִּילָה הָא הֵתֵם כְּתִיב מוֹת יוֹמַת סָתֵם וּבְנוֹדַי קִיל לְאַחַר מִיתָה מִבְּחַיִּים דְּהָא מְקַלֵּל חֲבִירוֹ לְאַחַר מִיתָה וְכֵן מִכָּה או"א לֹא מִפְּטוֹר מְכֻלוֹם וְא"כ דְּלִמָּא גַם לַעֲנִן מְקַלֵּל או"א קִיל דְּבַחְנָק דוֹקָא וּבְפִרְט לְמ"ד לְקַמְּן (שֵׁם) דְּמִקְשִׁינָן הַכָּאָה לְקַלְלָה וְהָא ר' יֵאֲשִׁי גּוֹפָא ס"ל לַעֲיִל

(דף נ"א ע"ב) כ"מ שְׁנָאֵמַר מִיִּתָּה סְתָם אִי אַתָּה רִשְׁאֵי לְהַחְמִיר אֲלָא לְהַקְלִי: שָׁם הִצַּד הַשְּׁנוּה שְׁבָהוּ שְׁהוּ בְּעַמְּהּ: ק"ק בְּעַמְּהּ לַעֲנִין מְקַלֵּל חֶרֶשׁ מִנ"ל הָא הָתָם לָא פְּתִיב בְּעַמְּהּ וּמְנַשִּׂיא וְדִינָן לָא שְׁיִיף לְמִילָף דְּשִׁאֲנֵי הֵנִי דְּגִגְוִלְתָּן גְּרָמָה לְהֵם וּלְכֹן צְרִיכִין לְהִיּוֹת בְּעַמְּהּ דְּנֻקָּא דְּאִי לֹא"ה אִין רְאוּי לְהֵם גְּדוּלָּה אֲבָל לַעֲנִין חֶרֶשׁ דְּחֶרְשָׁתוּ גְּרָמָה לִי מִנ"ל וְעֵינִין לְקַמְן (דף פ"ה ע"א): שָׁם אִם אִינוּ עֲנִין לְגוּפוּ תְּנַהוּ עֲנִין לְאַבּוּי: הֵכָא לֹא שְׁיִיף לְמִימַר כְּדָאֲמַרִּינוּ בְּעַלְמָא מְדַכְּתַב רַחֲמֵנָא אַף דְּהוּי מְצִינּוּ לְמִילָף הוּי ב' כְּתוּבִים הַבָּאִים כְּאֶחָד וְאִין מְלַמְדִין דְּהָא גַם אִי לֹא הוּי כְּתִיב נְשִׂיא אוּ דִינָן לֹא הוּי שְׁיִיף לְמִילָף אָבּוּי אוּ שׁוּם דְּבָר דְּשִׁאֲנֵי הֵנִי שְׁפֹן מְשׁוּנְיִין וּלְכֹן ע"כ אֲתִיָּא בֵּאֲרָא"ע לְאַבּוּי: שָׁם הֵנִיחָא לְמ"ד אֱלֹהִים חוּל: ק"ק מִמִּנ"פ אִי ס"ד לְמִילָף חוּל וְקִדְשׁ מְהַדְּדֵי מֵאֵי פְּרִיף לְמ"ד קִדְשׁ וְאִי לֹא הוּי ס"ד לְמִימַר הֵכִי א"כ לְמ"ד חוּל מִי נִיחָא הָא לְדִידְנָי יְקֻשָּׁה אֲזַהְרָה לְמַבְרַף הַשָּׁם מִנ"ל וּמָה עֲדִיף לְמ"ד זָה יוֹתֵר מְלֻזָּה וִי"ל דְּנֻדָּי הוּי ס"ד לְמִילָף קוּדְשׁ מְחוּל אֲבָל חוּל מְקוּדְשׁ לֹא דְדַלְמָא אֶקְוִדְשׁ אֲזַהְרָה אֲחוּל לֹא אֲזַהְרָה וּכְמוּ דְּפְרִיף בְּאַמְתָּ לְקַמְן וְכֹן נִרְאָה מִמָּה דְּמַתְרִץ לְמ"ד אֱלֹהִים חוּל גְּמַר קוּדְשׁ מְחוּל דְּלְכָאוּרָה מְנוּתֵר הוּא דְּהָא לְמ"ד חוּל לֹא הוּי פְּרִיף מִיִּדֵי.

אֲכֹן זָה א"ש לְפִי פִי רִשְׁ"י דְּקֶאֱמַר לִי כְּמוּ דְּאַתָּה מוֹדָה לִי וְנָדָי לְמ"ד חוּל דְּגַמְרִינוּ קוּדְשׁ מְחוּל דֹּאֲל"כ לִית לִי אֲזַהְרָה לְמַבְרַף הַשָּׁם כְּמוּ כֹן גַם לְמ"ד קוּדְשׁ גְּמַרִּינוּ חוּל מְקוּדְשׁ אֶלְמָא דְּגַם לְפִי הַמְקֻשָּׁן וְנָדָי דִּילְפִינוּ אֲזַהְרָה לְמַבְרַף הַשָּׁם מְאַלְהִים לֹא תְקַלֵּל גַם לְמ"ד חוּל אֲכֹן לְפ"ז קֻשָּׁה מֵאֵי פְּרִיף מְהָא דְּרֵאב"י הָא וְנָדָי בְּהָא כ"ע מוֹדוּ גַם לְמ"ד דְּאֲזַהְרָה בְּמַבְרַף הַשָּׁם מְאַלְהִים אֲתִיָּא וִי"ל דְּלִישְׁנָא דְּרֵאב"י קְדִינִיק דְּקֶאֱמַר ת"ל אֱלֹהִים לֹא תְקַלֵּל וְלֹא קֶאֱמַר סְתָמָא אֲזַהְרָה מְנִיין מְאַלְהִים ל"ת וְכִלְיִשְׁנָא דְּהַש"ס לַעֲלִיל (דף נ"ו ע"א) וּמְדַקְאֵמַר ת"ל מְשֻׁמַּע דְּלֵהֲכִי כְּתִיב קְרָא וְא"כ ע"כ סוּבַר דְּאֱלֹהִים קִדְשׁ: שָׁם דְּלְמָא אֶקְדִּשׁ אֲזַהְרָה: א"ל דְּנִימָא חֶרֶשׁ יוֹכִיחַ וְאֶפְתִּי גִילָף נְשִׂיא מְקִדְשׁ וְחֶרֶשׁ בְּמָה הִצַּד הַשְּׁנוּה שְׁבָהוּ שְׁפֹן מְשֻׁנְיִין אַף אֲנִי אָבִיא נְשִׂיא וּלְכֹן שְׁפִיר מְנוּתֵר נְשִׂיא בֵּאֲרָא"ע לְאַבּוּי דִּי"ל דְּהָא דְּלְמָא אֶקְדִּשׁ אֲזַהְרָה חֲשִׁיב טְפִי כְּמוּ פִּירְכָּא וְלֹא שְׁיִיף לְמִימַר ע"ז חֶרֶשׁ יוֹכִיחַ: שָׁם א"כ לְכַתּוּב קְרָא לֹא תְקַל: עֵינִין בְּכ"מ שְׁהַקְשָׁה עַל הַרְמַב"ם שְׁפַתְבּ דְּאֲזַהְרָה דְּמְקַלֵּל אָבּוּי מְלֵא תְקַלֵּל חֶרֶשׁ הִיא וּמָה שְׁתִּירִץ דְּמָה דְּקֶאֱמַר בְּש"ס פֶּאן דְּלְכַתּוּב קְרָא לֹא תְקַל אֲלָא תְקַלֵּל חֶרֶשׁ קִיאֵי לְשׁוֹן א"כ לֹא מְשֻׁמַּע הֵכִי וְגַם הַקְשָׁה בְּלַח"מ שָׁם דֹּא"כ לְפִי הַאָּמַת נְשִׂיא ל"ל גִּילָף מְדִינָן וְחֶרֶשׁ גַם הַקְשָׁה עוֹד שָׁם עַל הַרְמַב"ם בַּה' סְנֵהְדְרִין דְּכַתְּבַב דְּבֹן נְשִׂיא שְׁקַלֵּל אָבּוּי חֲזִיב מְשׁוּם ד' שְׁמוֹת נְהָרֵי לִיפָא פֶּאן רַק ג' לְאוּנָן דְּחֶרֶשׁ וְאָבּוּי חַד הוּא גַם הַקְשָׁה שָׁם אִיף לֹקִין אַחֲרֵשׁ הָא לֹא שְׁנִיטָן לְאֲזַהְרָת מִיִּתַּת ב"ד הוּא דְּנִיטָן לְאֲזַהְרָת מְקַלֵּל או"א גַם הַקְשָׁה אִמָּה שְׁפַתְבּ הַרְמַב"ם לְמָה פֶּרַט לֹא בְּדִינָן וְנְשִׂיא בְּפ"ע פְּדִי שְׁיִלְקָה עֲלֵיו בְּפ"ע וְזָה נְגִד ש"ס דִּילָן ע"ש שְׁהֶאֱרִיף.

וְהַנְּלַפְע"ד בְּיָשׁוּב דְּבָרִים אֵלוּ הוּא דְּנֻדָּי לֹא תְקַל דְּש"ס דִּילָן הוּא לַעֲנִין אֱלֹהִים ל"ת. אַף מְפִנֵי שְׁאִין לֹקִין עַל לֹא זָה דְּנִיטָן לְאֲזַהְרָת מִיִּתָּה דְּמַבְרַף הַשָּׁם.

וּכְמוּ שְׁהַקְשָׁה הַמְהַרְש"א פֶּאן לְכֹן כְּתַב הַרְמַב"ם דְּאָבּוּי מִל"ת חֶרֶשׁ נְפָקָא וְהִינּוּ דְּגַבֵּי מְקַלֵּל חֶרֶשׁ ג"כ דְּרִשְׁינָן הֵכִי דְּלְכַתּוּב לֹא תְקַל וּבְזָה ל"ק דְּהוּי נִיטָן לְאֲמַב"ד פִּינּוּ דְּעִיקַר קְרָא לַעֲנִין מְקַלֵּל חֶרֶשׁ כְּתִיב וְרַק מְרִיבּוּיָא דְּל' מְרַבִּינוּ או"א א"כ עִיקַר לֹא לֹא נִיטָן

לאמב"ד ולכן לוקין ג"כ אמקלל דין ואף דאלהים קדש מ"מ פיון דנין ג"כ אלהים מקרי ומרבויה דל' מרבינו דין א"כ תשבינו אותו פמו אי הוי פתיב אלהים ל"ת אדיין בפ"ע ולא נכלל כלל בכלל הך דמברך השם אבל אי הוי אתיא או"א מניה פיון דזה בכלל משמעות אלהים ודאי דהוי לאו שנינו לאמב"ד אכן פיון דלפ"ז דדרשינו לא תקל גבי תרנוניהו ממנ"פ חד מנוטר או דין או נשיא דהוי מצינו למילף במה הצד וקנושית הגמ' ולא או"א לא מצרכינו דמל"ת חרש נפקא לכן הקשה הרמב"ם שפיר למה נכתב האזנה גבי דין ונשיא הא בממנ"פ חד מנוטר הוא ותירץ לכפול האזנה לענין מלקות אף כפילת המלקות לא שייך רק גבי דין ונשיא אבל גבי או"א לא פיון דמחד לאו נפקא עם חרש וזה מה דדייק הרמב"ם בלישג' בפכ"ו מה' סנהדרין דלענין מקלל חבירו כ' דלוקה א' ולענין דין דלוקה ב' ולענין נשיא דלוקה ג' ולענין הי' אביו נשיא שניה וכ' חייב משום ד' שמות ולא כ' ג"כ דלוקה ד' דנדאי אין פאן ד' מלקיות פיון דליפא רק ג' לאנון אבל מ"מ ד' שמות איפא פאן דמקלל אביו איפא שם איסור בפ"ע ולכן כ' חייב משום ד' שמות פי' דד' שמות אלו מביאין עליו חייב אבל מ"מ אין פאן רק ג' מלקיות דאינו לוקה אלא או משום חבירו או משום אביו דתרנוניהו מחד לאו נפקא ובה דעת הרמב"ם א"ש: שם ברש"י ד"ה שחייבים על זדונו.

פגון דבר שיש בו מעשה: פירוש דאיפא חלול שבת גם בלא שעושה מעשה פגון שמונית לבהמתו או עבדו ונאמתו לעבוד בשבת ועובר אשבימת בהמתו ועבדו אף בהזת אין חייבים על זדונו פרת דכרת וחסטאת אינו בשבת רק בדבר שיש בו מעשה והוצרך רש"י לפרש פן פי' הכי דלא תקשה ל"ל להש"ס למימר בתחומין והבערה דאינם רק ליחידאי לוקמא בשבימת עבדו ובהמתו שהוא אליפא דכ"ע ולכן פתב פגון דבר שיש בו מעשה דבי' איירי מתנינו דוקא דקתני המסלל את השבת: שם ד"ה הבערה.

ולא פליג ר"ע: ק"ק הא ע"כ לאו דיוקא הוא דהא קתני גם המבעיר שם ולא פליג ר' יוסי: שם ד"ה עד שיקללם. שיקלל בשמות הגמורים: ממה שכתב רש"י אבקללם בכנויי פגון שדי צבאות משמע דאקללת אב לא מיחייב פמו בקללת השם אלא השם המיוחד פיון דשדי צבאות לא חייב אלא פנוי וכן שם אלהים כמ"ש רש"י לעיל (דף נ"ו ע"א) בד"ה ואלפא דר"מ וא"כ לכאורה י"ל איך פתב בשמות הגמורים הא ליפא רק שם הנו"ה לחוד.

ומזה יש להוכיח דעת רש"י פמו דעת הרמב"ם שכתב בפ"ג מהל' עפוי"ם דבין שם הנו"ה בין שם אדני תרנוניהו שם המיוחד מקרי ע"ש וכשיטה זו נראה ג"כ ממתנינו (ס"פ שבועת העדות דף ל"ה ע"א) בא' ד' בי' ה' בשדי בצבאות כו' ובכל הפנויים הרי אלו חייבים הרי דהפסיק פיו"ד ה"א בין א' ד' לשאר פנויים ומזה משמע דא' ד' שם המיוחד הוא פמו י"ה ורש"י נקט הכא פשגרא דלישנא דמתנינו דלענין שיקללם בשם נקט שמות הגמורים הנינו א' ד' וי' ה'.

ולענין פנויים נקט שדי צבאות חנון ורחום פסדר השנויים במתנינו שם. אלא דאפתי ק"ל לפי שיטת הרמב"ם שכתב לענין שיקלל שם בשם בפ"ג מהל' עפוי"ם דאף דבעינו שיקלל שם המיוחד דוקא מ"מ אם קלוו באחד משאר השמות שאינם נמחקים ג"כ חייב ע"ש והרמ"ה וגם הרמב"ן חולקים ע"ז כמ"ש הריטב"א בשבועות ובכ"מ שם וסברי

דְּבַעֲיֵנוּ שְׂיִקְלֵל ג"כ בְּשֵׁם הַמִּינוּחַד דּוֹקָא הָרִי דְלִדְעַת הָרַמְבַּ"ם הָאֵי בְּנִקְבוּ שֵׁם דְּאִתְיָא מַנְיָה דְּבַעֲיֵנוּ שְׂיִקְלֵל בְּשֵׁם לָא בְּעֵינֵנוּ שֵׁם הַמִּינוּחַד דּוֹקָא א"כ מְקַלְל אָבִיו דְּאִתְיָא מְקַרָּא זֶה גּוֹפֵא ג"כ לָא נִיבְעֵי שֵׁם הַמִּינוּחַד דּוֹקָא.

וְאִפְשָׁר לִוְמַר לְדַעַת הָרַמְבַּ"ם דְּבַפ' כ"ו מַה' סְנֵהֲדָרִין גְּבִי מְקַלְל עֲצָמוּ וְחִבְרִו כְּתַב דְּאִינוּ לִוְקָה עַד שְׂיִקְלֵל בְּשֵׁם מִן הַשְּׁמוֹת כְּגוֹן י"ה וְאַלְהִים וְשְׂדֵי אוּ בְּכִינּוּי מִן הַכִּינּוּיִים כְּגוֹן חַנּוּן וְקִנָּא וְכִינָצָא בְּהֵן עַכ"ל.

הָרִי שְׂחִילְק בֵּין שְׁמוֹת הַנְּמַחֲקִים לְשִׂאֵינֵן נְמַחֲקִים דְּלֵאלוּ קָרִי שֵׁם מִן הַשְּׁמוֹת וְלֵאלוּ כְּנִוּיִים וּבְכַרְק ה' מַהֲל' מְמָרִים לְעֵנִין מְקַלְל אָבִיו כְּתַב סְתָמָא אִינוּ חֲזִיב סְקִילָה עַד שְׂיִקְלֵל בְּשֵׁם מִן הַשְּׁמוֹת הַמִּינוּחַדִּים אָבֵל אִם קַלְלֵם בְּכִינּוּי פְּטוֹר מִן הַסְּקִילָה עַכ"ל.

וּמְדַסְתָּם כָּאֵן וְלֵא פִירֵשׁ ג"כ מָה הוּא שֵׁם הַמִּינוּחַד וּמָה הוּא כִינּוּי נִרְאָה שְׁסַמְדָּ אַחֲלִילִיק לְעֵנִין מְקַלְל עֲצָמוּ וְחִבְרִו וְא"כ חֲזִיב בְּאַמְתָּ לְעֵנִין מְקַלְל אָבִיו ג"כ אֲשַׁמּוֹת שְׂאִינָם נְמַחֲקִים כְּמוֹ לְעֵנִין מְקַלְל שֵׁם בְּשֵׁם וּלְפ"ז יִחְלֹק הָרַמְבַּ"ם אֲדַעַת רַש"י שְׂכַתְּבֵי דְּאִשְׁדֵי צְבָאוֹת פְּטוֹר לְרַבְּנָן דְּכִינּוּיִים מְקָרִי וְלִהְרַמְבַּ"ם חֲזִיב כְּנ"ל.

אֲכֹן מְלִשׁוֹן הַמְּכִילְתָּא פְּרַשְׁתָּ מְשַׁפְּטִים מְשַׁמַּע דְּדוֹקָא אֲשֵׁם הַמְּפֹרֶשׁ חֲזִיבוּ: שֵׁם בַּד"ה בְּנִקְבוּ יוֹמָת. וְר' מְנַחֵם לָא ס"ל: עֵינֵין בַּכ"מ (פ"ג מַהֲל' עַכּו"ם) שְׂהַקְשָׁה עַל הָרַמְבַּ"ם שְׁפַסְק כְּתַרְנוּיָהּ.

וּי"ל דְּוַדַּאי מְעִיקָר קָרָא יֵשׁ לְמִשְׁמַע ב' דְּרִשׁוֹת אֵלוּ דְּאִי לְשְׂיִקְלֵל שֵׁם בְּשֵׁם לָא ה"ל לְמִיכְתָּב רַק בְּנִקְבוּ שֵׁם וַיּוֹמַת מִיְנוּחַר הוּא וְאִי לְמְקַלְל אָבִיו לְחֹד גְּבִי מְקַלְל אָבִיו ה"ל לְכַתּוּב אֵלָא וַדַּאי דְּעִיקָר קָרָא לְמְקַלְל שֵׁם בְּשֵׁם אֲתִי וּמְרִיבּוּי דְּיוֹמַת מְרַבִּינֵן מִיְתָה אַחֲרַת שְׂהִיא כְּזוֹ שְׂהוּא מְקַלְל אָבִיו דְּבַעֲיֵנוּ ג"כ בְּשֵׁם דּוֹקָא וְלָכֵן פְּסַק הָרַמְבַּ"ם שְׁפִיר ב' דִּינִים אֵלוּ גַם י"ל דְּהָרַמְבַּ"ם פְּסַק כֵּן מְשׁוּם דְּבַמְּכִילְתָּא אִיכָּא לְמ"ד דְּגִלְיָה הָא דִּיקְלֵל בְּשֵׁם מְדַרְשָׁה אַחֲרִינָא ע"ש: שֵׁם ד"ה בְּנִין אָב מְשַׁנְיָהֶם.

וְחֲזִיב מִיְתָה עַל הוֹרְאָתוֹ: הוֹצֵרָה לְפָרֵשׁ הָא דְּחֲזִיב מִיְתָה אַף דְּבַגְמָרָא לָא הוֹזְפֵר שְׁכֵן אֲתָה מְצַנּוּה עַל הוֹרְאָתוֹ וְהַמְרָאָתוֹ כִּינּוּ דְּבִזָּה לָא הוּי שְׂיִיָּהּ פִּירְכָּא לְגַבִּי אָבִיו דְּהָא וַדַּאי גַם בְּאָבִיו מְצַנּוּה עַל הַמְרָאָתוֹ וְהוֹרְאָתוֹ מְשׁוּם מְצוֹת כְּבוֹד וּמוֹרָא שְׁלֵא יִסְתּוֹר אֶת דְּבָרָיו וְלָכֵן הוֹצֵרָה לְפָרֵשׁ דְּחִיּוּב מִיְתָה שְׂיֵשׁ בְּהֵם גְּבִי דִּינֵין וְנִשְׂיָא הוּא דְּפָרְכִינּוּ מְהֵם דְּלִיכָּא גְּבִי אָבִיו: שֵׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה הַמְּחַלְלֵל שְׁבַת.

אֵלָא אֲתִיָּא לְמִימַר שְׁכַל שְׂאִין: עֵינֵין בְּשַׁבַּת (דָּרָה קַנ"ד ע"א) וְשֵׁם (דָּרָה ז' ע"ב) בְּתוֹסֵ: שֵׁם ד"ה לְרַבּוֹת בַּת. דְּאִין מַא"מ אֵלָא לְרַבּוֹת: א"ל דְּלָא לְכַתּוּב שׁוּם מִיעוּט וּמְמִילָא יְדַעֲנֵין לְרַבּוֹת נְשִׁים דְּכָבֵר תִּירֵץ בְּמַהֲרָ"ם דְּאַצְטְרִיָּה חַד מִיעוּט לְמַעַט קָטָן וְא"ל דַּא"כ מַנ"ל דְּאֲתִי מִיעוּט ב' לְרַבּוֹת נְשִׁים כִּינּוּ דְּמַצְרִיכִין מִיעוּטָא קָמָא לְמַעַט קָטָן דִּיקְלָמָא אֲתִיָּא מִיעוּט בְּתָרָא לְמַעַט נְשִׁים דַּז"א דְּוַדַּאי מַאִישׁ קָמָא מְמַעַטִינֵן בֵּין קָטָן בֵּין אִשָּׁה וּמ"מ לִיכָּא לְמִימַר דְּאֲתִיָּא מִיעוּט בְּתָרָא לְרַבּוֹת שְׂנִיָּהֶם דַּא"כ לָא לְכַתּוּב מִיעוּטָא כָּלֵל וּמְמִילָא מְרַבִּינֵן שְׂנִיָּהֶם אֵלָא ע"כ דְּחַד אֲתִי לְרַבּוֹת וְחַד לְמַעַט וּמְסַתְּבָרָא לְרַבּוֹת אִשָּׁה שְׂשׁוּנָה לְאִישׁ בְּשַׁאָר עוֹנְשִׁים וּלְמַעַט קָטָן שְׂאִינוּ בְּכָלֵל עוֹנְשִׁים בְּשׁוּם מְקוֹם וּבְהִכִּי א"ש ג"כ מַה שְׂקַשָּׁה לְכַאוֹרָה אֲמָה שְׂכַתְּבֵי הָר"ן לְמָה לָא דְּרִשְׁיֵנוּ אִישׁ אִישׁ דְּגַבִּי מְקַלְלֵי הַשֵּׁם ג"כ לְרַבּוֹת אִשָּׁה וְתִירֵץ דְּהֵתֵם

מרבין אשה מהאזרח ולכן ע"כ מוקמינן לרבות נכרים אבל גבי מקלל אביו דאיפא לאוקמא גבי ישראל לא מוקמינן לגבי נכרים.

ולכאורה אפתי קשה למה לא מוקמינן גבי מקלל השם ג"כ גבי ישראל ולרבות קטן מפת אמאמא"ל ולפי הנ"ל ניקא דא"כ לא לכתוב מיעוטא פלל וממילא מרבין קטן פיון דאצטריף קרא למעט קטן.

אלא דאפתי ק"ל אתירויז הר"ן דא"כ לר' יונתן דלא דריש איש איש דהקא וסבר דברה תורה פלשון בני אדם והיגו משום דלית ליה למידרש מגיה מידי וכמו שכתבו התוס' בסוטה (דף כ"ד ע"א) למה לא דריש מגיה לרבות נכרים וכמו גבי מברך השם.

ולולא תירויז הר"ן הנה נלענ"ד דלא מרבין מאיש איש נכרים אלא היכא דכבר אשפחין איסור דבר זה גבי נכרים פגון לעיל גבי מברך השם דשם המינוחד כבר אתיא מקרא דויצו ה' אלהים ולא מצרכין קרא רק למברך בכינוי וזה שייף לרבות מאיש איש אבל לחדש איסור חדש דמקלל אביו ואמו גביהם זה לא אמרינן.

גם בעיקר הדבר שכתב מהר"ם בזה דאצטריף קרא למעט קטן צ"ע דבפסחים (דף צ"א ע"ב) הקשו התוס' למאי אצטריף קרא למעט קטן מפסח שני פיון שאינו חייב במצות ותירצו דאצטריף להיכא שנתגדל בין ב' פסחים וזה לא שייף פאן ואף שהקשו שם מהא דמצרכין למעט קטן מא"א וזכור ובא על הבהמה והניחו בקושיא גם זה כבר תירצו התוס' לעיל (דף נ"ב ע"ב) בד"ה איש פרט לקטן דאצטריף לרבות הנבעל והנבעלת דחייבין ע"ש במהרש"א.

גם במה שכתב הר"ן לעיל וכל זה לא שייף פאן וביותר הנה נ"ל דלכף לא שייף להקשות פאן דלא לכתבו תרנוייהו פיון דעכ"פ הוי צריף לכתוב חד איש דכי יקלל אלהיו לחוד אינו לישאנא דקרא ומגיה הוי ממעטינן נשים ולכן מצרכין איש בתרא לרבות ואף דהוי מצי למכתב תחת איש איש אדם כי יקלל או נפש פי יקלל דיש במשמעו ג"כ נשים אין זה קושיא על הכתוב שכתוב תחת לשון זה לשון אחר.

שם בא"ד. וי"ל משום דדרשינן: ורש"י פתב שם דהוי ממעטינן אשה מדכתיב בעל השור וגם שם לא שייף להקשות דלא לכתוב בעל השור או שור איש ולא מצרכין ג"כ רבוי' לרבות אשה פיון דעכ"פ הנה צריף למכתב חד לישאנא דשור לחוד אינו לישאנא דקרא: שם בד"ה עד שיפרוט לה.

פדרף שפרט בכלאים ותימה: ולפענ"ד גם רש"י לא פיון לכף דנילה מכלאים אלא מסברא קאמר עד שיכתוב אותו הלשון יחדיו דכתיב בכלאים וכן מוכח דהא לפי מה שפירש רש"י במנחות (דף צ' ע"א) היכא דכתיב ו' גם ר' יונתן מודה דכמאן דכתיב יחדיו ורק גבי מקלל אביו ואמו פליג משום דשם צריף למכתב ו' דלא לשמע עד שיקלל אביו ואמו ע"ש.

ולפ"ז אפתי יקשה לר' יונתן יחדיו ל"ל דהא גבי שור ונחמור שפיר ידעין דידודו משמע מדכתיב ו' אלא דאעיקר פירוש רש"י שם ק"ל מגמרא דיומא (דף נ"ז ע"ב) דקאמר תסתים דר' יאשי' הוא דאמר מערבין ולפי פירוש רש"י גם ר' יונתן מודה הכא דידעין משמע א"ו ו' דומדם מיותר הוא וצ"ע: שם ד"ה גמר קדש.

דאי מק"ו למ"ד קדוש נמי: ה"ה נמי דהני מ"ל דע"כ לאו מפח ק"ו יליף דהא אין מזהירין מן הדין כדיליף במפוח (דף ה' ע"ב) מקרא: שם ע"ב בגמרא פרט לשמסר האב לשלוחי הבעל: בכתובות (דף מ"ט ע"ב) פריה אימא דאתי לנכנסה לחופה ולא נבעלה ומתריץ דהיא ממאנרסה ולא נשואה אתיא דע"כ איירי בנשואה שלא נבעלה דאי נבעלה תיפוק ליה דה"ל בעולה ואינה בסקילה ובתוס' הקשו שם דאימא דלעולם איירי בנבעלה ובנבעלה שלא כדרכה דאינה נעשית בעולה ומתריצו דכ"ע מודו דבעל עושה אותה בעולה בשל"כ ע"ש.

אכן אפתי ק"ל דלפי מה דמוכח מסוגיא דלקמן (דף ע"ג ע"ב) למ"ד העראה זו נשיקה אינה נעשית בעולה ע"י העראה וביבמות (דף נ"ה ע"ב) ילפינו מקרא דאשה לבעלה נקנית בהעראה וא"כ אפתי קושית הש"ס בכתובות במקומה עומדת דדילמא אתיא בבית אביה לנכנסה לחופה ולא נבעלה ומאנרסה לנכנסה לחופה ונבעלה ואפתי לא הוי בעולה פגון דנבעלה בהעראה שהיא נשיקה שנקנית ע"י לבעלה ובעולה לא הוי ואפתי למ"ד העראה זו נשיקה מנ"ל דמסרה האב לשלוחי הבעל ג"כ בתנא וצ"ע: שם אריא"ר זו דברי ר"מ: אף שבכתובות (דף מ' ע"ב) משמע דר' מאיר מודה דנערה אפילו קטנה במשמע והא גבי קנס פליג משום דכתיב ולו תהיה לאשה במהוה עצמה הכתוב מדבר וא"כ איך קאמר הקא זו דברי ר"מ כפר הקשו התוס' שם (דף מ"ד ע"ב) פן ומתריצו דאי רק לאננס ומפחה אתי קרא דולו תהיה לאשה לכתוב בהו נערה מלא פמו במש"ר ומדכתיב לו תהיה לאשה בא ללמד דכ"מ שפאמר נער לא הוי קטנה במשמע ע"ש.

אכן דבריהם צריכין ביאור דהא קרא דולו תהיה לאשה לא מיותר פלל דמצרכינן לכדדרשינן שם (דף כ"ט ע"ב) למר אשה שיש בה הניה ולמר אשה הראויה לקיימה גם למה שכתבו התוס' שם בד"ה וחד למדרש ולו תהיה לאשה מדעתה וזה הפל מלשון תהיה אתיא דעיקר קרא ולו תהיה לאשה פשיטא דלא מיותר דאצטריף לעשה שישאנה וכן מוכח ג"כ שתהיה לא חשיב תורה גם אם לא דרשינן דרשה דר"מ דאל"כ יקשה לרבנן דפליגי אר"מ ל"ל לכן דבריהם צ"ב: שם אפילו קטנה במשמע: א"ל אפתי מנ"ל לאוקמא כר"מ דלמא לעולם אתיא פרבנן דאפילו קטנה במשמע ומ"מ פוטר בקטנה דס"ל כר' יאשיה דבעי שניהם שוין בני עונשין וכיון דהיא אינה ב"ע גם הוא פטור דז"א דלא מיבעי' לפי תירוץ הראשון של התוס' בד"ה עד שיהיו דלא קשה פן כיון דמומתו גם שניהם לא פטרינן אלא גבי נשואה ולא גבי ארוסה גם לר' יאשיה וגם לפי תירוץ ר"ת לק"מ פון דגם פאן אי יהנה חייב יהי' בסקילה א"כ שפיר מיקרי שוין במיתה אחד אלא דגם לפי תירוץ ב' של התוס' ג"כ א"ש פון דסברי דלרבנן מסתברא לאוקמא גם שניהם לדרשה אחריתי א"כ ר' יאשיה דמוקים לדרשה שיהיו שניהם שוין ע"כ כר"מ ס"ל וא"כ אי הוי מוקמינן מתניתן כר' יאשיה ג"כ ע"כ הוי מצרכינן כר"מ דוקא ולא פרבנן לכן ניתא ליה לאוקמא כר"מ.

א"נ י"ל דניתא ליה לריא"ר לאוקמא מתניתן כר"מ משום דבלא"ה מתניתן דספ"ק דחולין ודריש פרק אלו נערוות ע"כ אתיא פנומיה ע"ש: שם אלא על נערה בתולה מאנרסה מב"ל: א"ל דאפתי איך שייף עד לענן בתולה דקתני עד שתהא נערה בתולה די"ל דלא בעינן שייכות לשון עד אלא לענן נערה דקתני ברישא א"נ גם לענן בתולה

שייך לשון עד דקודם ג' שנים אינו חייב עליה פדאמרינו לעיל (דף נ"ה ע"ב) והיינו משום דביאתה לאו ביאה היא דבתוליה חונרים כמו שפירש רש"י שם וא"כ איך שייך לשון בתולה רק פשתהיה ראוי' להיות בעולה והיינו מג' שנים ואילך: שם ואיך היא לבדו מאי: מזה מוכח דעיקר דרשת ר' יונתן מפת לבדו וכמו שפירש"י.

אכן מירושלמי נראה דמולנערה לא תעשה דבר יליף ר"י ע"ש דפריה שם מנ"ל דלרבנן הבא על הקטנה בסקילה ופשיט ליה מדצריה לכתוב ולנערה לא תעשה דבר אף דכבר פתיב ומת האיך אשר שכב עמה לבדו אע"כ דאתי קרא לרבות דבקטנה ג"כ הוא בסקילה.

ובזה א"ש מה דקשה לכאורה אסוגיא דלפנינו דלכאורה רבנן דפליגי ארבי האי לבדו מאי עבדי ליה פיון דלא מצרכי לדרשה דרבי וגם לרבות דבא על הקטנה חייב לא מצרכי פיון דהם פליגי אר"מ וסברי דבא על הקטנה בסקילה ולזה לא מצרכינו לבדו פיון דלא שייך למעט לרבנן מומתו גם שניהם כמש"כ התוס' ואף אם נאמר דרבנן דרבי ס"ל כר"מ דלעיל ורבנן דר"מ פרבי ולכן לכל חד מצרכינו לבדו אפתי לדין דפסקינו פרבנן בתרתי קושית הש"ס במקומה עומדת האי לבדו מאי דרשינן ביה.

אכן לפי דעת הירושלמי ניחא דלרבנן מצרכינו לבדו למעט הנערה דלא מיחייבה באונס ולנערה לא תעשה דבר לחייב בא על הקטנה בסקילה: שם רבי כר"י ס"ל דאמר: אף דמלשון פי תחל דמשמע תחלת ביאה אין במשמעו נערה מאורסה דוקא כר' ישמעאל אלא אפילו נכנסה לחופה ולא נבעלה וכן בוגרת בכלל משא"כ לר"י מ"מ פדי שלא לעשות פלוגתא חדשה בזה דלרבי יתלה הפל בביאה ראשונה בין ארוסה בין נשואה ולרבנן בנשואה דוקא ולר"י בארוסה דוקא ולר"ש בין ארוסה בין נשואה בין בביאה ראשונה בין בשאר ביאות לכן אמרינו דרבי כר"י ס"ל ומה דקאמר פי תחל בתחלת ביאה היינו לענין ארוסה דוקא: שם רבי כר"מ ס"ל: א"ל דלרבנן דפליגי אר"מ פי תחל ל"ל די"ל דאתיא לכדר"י בארוסה יצאת לשריפה דהאי ע"כ לא צריה לדרשה דר"מ דאי ארוסה דוקא יצאה לא משפחת כלל הו' דין דנשאת לאחד מן הפסולים דבלא פי תחל אינה בסקילה פיון שהיא א"א ובעולה ולכן לר"מ ע"כ לא בעינן ג"כ לדרשה דר' ישמעאל ולהורות דלא דרשינן מבת ובת לרבות נשואה כר"ע לעיל (דף נ"א ע"ב) דלר"מ ע"כ גם נשואה יצאת לשריפה אבל לדין דפסקינו פרבנן דר"מ ורבנן דר' ישמעאל ק"ק פי תחל למאי אתיא: שם ברש"י ד"ה והשני בחנק.

והא סתמא רבי היא: אבל הרמב"ם פירש דאתיא פרבנן ובבא עליה הראשון פדרפה וא"ל דא"כ מאי קמ"ל דהא מרישא שמעינן לה דבתולה ולא בעולה די"ל דאי מרישא ה"א דבא על הבעולה בכה"ג שבא עליה הראשון פדרפה פטור לגמרי פיון שהיא בסקילה מחמת הראשון שבא עליה פדרפה והשני יהיה בחנק א"כ אין זה שונה במיתה אחד ויפטר לגמרי קמ"ל דלא כר' יונתן דלא בעי שניהם שוין ומזה הטעם אפשר דפסק הרמב"ם פנותיה נגד ר' יאשי' א"נ הכא אפילו ר' יאשי' מודה דמה שאינם שוין הכא הוא מפני שנתחייבת בד' מיתות ונדונינת בחמורה אבל לעולם בעיקר החטא עונשם שונה דבראשונה שניהם בסקילה ובשניה שניהם בחנק: שם בד"ה ת"ר נערה.

עד שְׁיִרְבֶּה שְׁחֹר עַל הַלְבָן וְאֵין בֵּין נַעֲרוֹת: אֵין זֶה סְתִירָה בְּמַה שֶׁהַזְּכִיר ב' שְׁיַעֲוִירִים בְּזֶה דִּי"ל דַּע"כ"פ קָאָמַר דְּלַעֲוֹלָם אֵין בֵּין נַעֲרוֹת לְבָגְרוֹת רַק ו' חֲדָשִׁים גַּם בְּלֹא הִבִּיאָה סִימָן בַּגְּרוֹת אֲבָל פְּשִׁיבִיאָה סִימָן בַּגְּרוֹת דְּהֵינּוּ פְּשִׁירְבָה הַשְּׁחֹר עַל הַלְבָן הִיא בּוֹגְרַת אֲפִילוּ קוֹדֵם ו' חֲדָשִׁים וְכֵן צ"ל ע"כ ג"כ לַעֲנִין סִימָנֵי בַּגְּרוֹת הַשְּׁנוּיִם בְּנֻדָה (ס"פ יוֹצֵא דוֹפָן) שְׂאִין זֶה סוֹתֵר לְמַה דְּקָאָמַר שְׂמוּאֵל בְּכֻמָּה דְּוֹכְמֵי דְאֵין בֵּין נַעֲרוֹת לְבָגְרוֹת אֲלֵא ו' חֲדָשִׁים בְּלִבָּד אֲלֵא מַה דְּכָתַב רַש"י בְּזֶה דַּעַד שְׁיִרְבֶּה הַשְּׁחֹר עַל הַלְבָן מְקַרֵי נַעֲרָה טְפִי לֹא לֹא יַדְעָתִי מִנֵּינִן לוֹ זֶה כִּי לֹא שְׁנוּי בְּנֻדָה (שָׁם) בַּהֲדֵי סִימָנֵי בַּגְּרוֹת וְלֹא הַזְּכִיר מְשִׁיעוּר זֶה רַק לַעֲנִין מִיֵּאוּן לַר' יְהוּדָה (שָׁם דָּף נ"ב ע"א) וְהֵינּוּ דַלְר' יְהוּדָה עַד זְמַן הֵהוּא נְחֻשְׁבָה פְּקֻטָּנָה לַעֲנִין מִיֵּאוּן וְלִדְיָדָן מְשִׁתְּבִיא ב' שְׁעָרוֹת נְחֻשְׁבָה פְּגִדוּלָה וְגַם ר' יְהוּדָה לֹא קָאָמַר רַק לַעֲנִין מִיֵּאוּן וְלֹא לַעֲנִין שְׂאָר דְּבָרִים דְּמוּדָה דְּמְשִׁתְּבִיא ב' שְׁעָרוֹת נְחֻשְׁבָה פְּגִדוּלָה לְכָל מְקִילֵי כְּמוֹ שֶׁהוֹכִיחַ הַמ"ל (בפ"ב מה' אישיות) וְגַם רַש"י לֹא גָרַס שָׁם רַק מְשִׁירְבָה הַשְּׁחֹר וְלֹא עַל הַלְבָן אֲבָל שְׁתַּחֲשֵׁב בּוֹגְרַת מְשִׁירְבָה הַשְּׁחֹר עַל הַלְבָן לֹא מְצַאֲתִי מוֹצֵא דִין זֶה וְצ"ע.

וְעֵינִן מִש"כ עוֹד בְּשִׁיטַת הַרְמַב"ם וְהַפּוֹסְקִים וּבִישׁוּב גִּירְסַת רַש"י בְּסַפְרֵי ע"ל עַל נֻדָה (דָּף מ"ז ע"א וְדָף נ"ב): שָׁם ד"ה וְנִימָא לִיה וּמַת. וְאֵע"ג דְּפִטוּר דִּינָה לֹא מְשׁוּם אֲנוּס פְּירוּשׁ דְּאֵי הָנִי מְשׁוּם אֲנוּס אֲפִתִי לֹא הָנִי מְצַרְכִּינֵן לְבַדוֹ לְהוֹרוֹת דְּבָא עַל הַקְטָנָה חֲזִיב פִּינֵן דְּכָבֵר יַדְעִינֵן מוּמַת הָאִישׁ אֲשֶׁר שָׁכַב עִמָּה דְּבִאֲנוּס אֵע"ג דְּהִיא פְּטוּרָה הוּא מִיְחִיבֵי אֲבָל קָרָא דְּלִבְדוֹ אֲתִי לֹא שְׂמוּעֵינֵן לַעֲנִין קְטָנָה דֵּאֵע"ג דְּפִטוּר דִּינָה לֹא מְשׁוּם אֲנוּס רַק מְשׁוּם שְׂאִינָה ב"ע מ"מ מִיְחִיבֵי הַבָּא עֲלֶיהָ וְהֵינּוּ מְקָרָא דְּלִבְדוֹ.

אֲכֹן לְכֹאֲוֹרָה ק"ל לְפִי מַה דְּאָמְרִינֵן בִּיבְמוֹת (דָּף ל"ג ע"ב) פִּיתוּי קְטָנָה אֲנוּס הוּא ע"ש. וְעֵינִן גַּם בְּרֵאָב"ד (פ"ב מה' סוּטָה) שְׁפַתְב שָׁם לִישֵׁב לְמָה לֹא אָמְרִינֵן מַהֲ טַעְמָא שְׁתַּמְפְּתָה אֶת הַקְטָנָה יְשַׁלֵּם לָהּ אֶת הַצֵּעֵר כְּשֶׁאָר אֲנוּס וְא"כ אֵיכָא בְּקְטָנָה ג"כ מְשׁוּם אֲנוּס וְכֵינֵן דְּכָבֵר גְּלִי קָרָא דְּבִאֲנוּס הוּא לְחוּד חֲזִיב אֲפִתִי לְבַדוֹ לַעֲנִין בָּא עַל הַקְטָנָה ל"ל וְגַם מ"ט דַּמ"ד דִּילִיף מוּמַתוֹ גַּם שְׁנִיָּהֶם דְּבַעֲיָנֵן שְׁנִיָּהֶם שְׁוִין.

וְלְכֹאֲוֹרָה רֵאָיָה מְזִה לְדַעַת הַרְמַב"ם (שָׁם וּבפ"ג מה' א"ב) שְׁדַחָה הָּ פִיתוּי קְטָנָה אֲנוּס הוּא מְהַלְכָה ע"ש בַּמ"מ. אֲכֹן י"ל דְּבִלֵּא"ה יֵשׁ לְהַבִּין לְפִי מַה שְׁפַתְבוּ הַתּוֹס' דְּלִכְּוֹ נִיחָא לְרַבְּנָן וְלֹא קְשִׁיָּא לְדִידְהוּ מוּמַתוֹ גַּם שְׁנִיָּהֶם דְּבַנְשׂוּאָה כְּתִיב וְלַרְבָּנָן מִיְחִיבֵי סְקִילָה כְּשֶׁאָר נַעֲרָה הַמְאֹרְסָה א"כ לְכֹאֲוֹרָה קְשָׁה אֵיפְכָא מֵאֵי קָאָמַר דְּלִמָּא לִי מְקָרָא דוּמַת הָאִישׁ אֲשֶׁר שָׁכַב עִמָּה לְבַדוֹ הָא שְׁתָּא לַר"מ קְיָיִמִין אֵי דִינוֹ בְּחֻנְק אוֹ פְטוּר לְגַמְרֵי וּמַה שְׁיִיף בְּזֶה קָרָא דְּלִבְדוֹ דְּכְתִיב בְּנַעֲרָה הַמְאֹרְסָה.

אֲכֹן בְּאַמַּת לַק"מ דְּבִשְׁלָמָא הַתּוֹס' כְּתָבוּ שְׁפִיר דְּלַעֲנִין נְשׂוּאָה דְּלֹא מוּקְמִינֵן קָרָא לְנַעֲרָה הַמְאֹרְסָה פִּינֵן דְּנוּכַל לְאוּקְמָא בְּנְשׂוּאָה דְּכְתִיב בִּיהָ וְלַפְטוּר בְּבָא עַל הַקְטָנָה נְשׂוּאָה אֲבָל לַר"מ לִיכָא לְמִימַר דְּאֲתִי קָרָא דְּלִבְדוֹ לְנַעֲרָה הַמְאֹרְסָה דְּכְתִיב בִּיהָ וְלַפְטוּר הַבָּא עַל הַקְטָנָה מְאֹרְסָה מְסַקִּילָה דְּהִיא לְדִידְהָ קְטָנָה אֵינָה בְּכָלל נ"ה פְּלֵל וְע"כ בְּאֵם אֵינּוּ עֲנִין צָרִיף לְאוּקְמָא לַעֲנִין א"א דְּגַם מְשׁוּם א"א פְטוּר וְלָכֵן א"ש הָא דְּאֲצַטְרִיף לְבַדוֹ דְּמְשׁוּם פִּיתוּי קְטָנָה אֲנוּס הוּא לֹא הָנִי מִיְחִיבֵי כְּשֶׁאָר אֲנוּס דְּחִיבָה רַחֲמָנָא דְּזֶה לֹא גְּלִי קָרָא רַק לַעֲנִין חֲזִיב סְקִילָה דְּבָא עַל נַעֲרָה הַמְאֹרְסָה אֲבָל לֹא לַעֲנִין חֻנְק דֵּא"א וְלפ"ז מְתוּרָץ ג"כ

קְנוּשֵׁית הַתּוֹס' שֶׁהִקְשׁוּ תִקְשֵׁי לַרְבָּנָן דְּמַחְזִיבֵי אֶפִּילוּ סְקִילָה וּלפ"ד א"ש דְּגַם אִי הָיָה דְרָשִׁי וּמָתוּ גַם שְׁנִיָּהֶם גַּם לַעֲנִין נַעֲרָה הַמְּאֹרְסָה וּלְבָדוּ לֹא דְרָשִׁי מ"מ א"ש הָא דְּמִחְזִיב סְקִילָה בְּבָא עַל הַקְּטֻנָּה מְאֹרְסָה דְּלֹא גָרַע מִשְׁאָר אֲנָס וּבְאֲנָס גְּלִי קָרָא דְּמִחְזִיב סְקִילָה וְלָכֵן רַק לר"מ דְּלֹא מְחִיב סְקִילָה רַק חֲנֹק מְקַשָּׁה שְׁפִיר וּבְסַפְרֵי ע"ל יְבָמוֹת (דָּף ס"ב ע"ב) הַבְּאִתִּי רְאִיָּה לְשִׁיטַת הַרְמַב"ם ע"ש: שָׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה מֵאֵי ל"ת.

מִשְׁמַע דְּמַחְרַשׁ לְחֻדָּא גָּמַר לָהּ: עֵינָן מִש"כ הַמְּהַרְשֵׁ"א בְּשֵׁם הַרְמַב"ן שֶׁהִשִּׁיג אִמָּה שְׁכַתְּב רש"י דְּמִקְלָל חֲבִירוֹ מִבְּעַמְּדָה לֹא תֵאָרֵר אֲתִיָּא שְׁזָהוּ כַת"כ וְנִגְדָה ש"ס דִּילָן. וּלְפַעֲנָ"ד י"ל פִּינָן דְּמִקְלָל חֲבִירוֹ אֲתִיָּא מֵאֵב וְחֲרַשׁ בְּמָה הִצִּיד וְהִתָּם בְּשָׁבוּעוֹת נִקְט חַד מִהֲנֵה תִרְתִּי דְּאֲתִיָּא מִנִּיהּ א"כ כְּמוֹ"כ י"ל דְּגַם בַּת"כ נִקְט חֻדָּא מִנִּיָּהוּ שֶׁהוּא אָבִיו וְכִינָן דְּלִפִּי מִסְקָנָא דְּסוּגִיָּא דְּהִכָּא אֲתִיָּא אָבִיו מִקָּרָא דְּנִשְׂיָא בֵּא"ע לָכֵן א"ש הָא דְּנִקְט בַּת"כ לְמִקְלָל חֲבִירוֹ קָרָא דְּבַמְּדָה לֹא תֵאָרֵר וְאִין זֶה סוּמְרָ לַש"ס דִּילָן דְּדָא וְדָא אַחַת הִיא: שָׁם ד"ה עַד.

דְּלֹא ק"ל מוּמְתוּ גַם שְׁנִיָּהֶם דְּבִנְשׂוּאָה פְּתִיב: אִף דְּבִנְעֲרָה הַמְּאֹרְסָה פְּתִיב ג"כ וְהוֹצֵאתָם אֶת שְׁנִיָּהֶם מ"מ לֹא שִׁינָה לְמִדְרַשׁ בִּיָּה שְׁיָהוּ שְׁנִיָּהֶם שְׁוִין דְּהִתָּם לָאו מִיְוֹתֵר הוּא דְּוְהוֹצֵאתָם לְחֻד לֹא הָיָה מִצִּי לְמַכְתָּב פִּינָן דְּלֹא פָּרַט בְּפִתּוּב אַח"כ אֶת מִי יוֹצִיָּאוּ אָבִל לַעֲנִין קָרָא וּמָתוּ גַם שְׁנִיָּהֶם דְּרָשִׁינָן שְׁפִיר פִּינָן דְּהִדְר פְּתִיב הָאִישׁ הַשּׁוֹכֵב עִם הָאִשָּׁה וְהָאִשָּׁה הָרִי פָּרַט אַח"כ מִי יָמוּת וְלָכֵן גַּם שְׁנִיָּהֶם שְׁפִיר מִיְוֹתֵר לְדְרָשָׁה דְּהַמ"ל וּמָתוּ הָאִישׁ הַשּׁוֹכֵב וְגו' וְלֹא אֲצֻטְרִיָּה גַם שְׁנִיָּהֶם כֵּן י"ל דַּעַת הַתּוֹס' וְהַר"ן הִבִּיא בְּשֵׁם הַרְמַב"ן שְׁבִלָא דִּיּוֹקָא נִקְטָה הַש"ס קָרָא דוּמְתוּ דְּכַתִּיב בֵּא"א וְלֹא קָרָא דְּוְהוֹצֵאתָם דְּכַתִּיב בַּנ"ה גּוֹפָא אוֹ שְׁטָעוֹת נִפְל בְּסַפְרֵים וּלפ"ד א"ש וְכֵן מוֹכַח בְּפִירוּשׁ מִסְוִיָּא דְּעַרְכִּין (דָּף ז' ע"א) ע"ש דְּלִיפָא לְמִילָף רַק מִקָּרָא דוּמְתוּ גַם שְׁנִיָּהֶם דֹּאל"כ לֹא מְקַשָּׁה שָׁם מִיָּדִי: שָׁם בֵּא"ד.

וְחִיָּבִים עָלֶיהָ מִשׁוּם א"א: וְדֹאֵי מִשׁוּם הָךְ וְחִיָּבִים לְחֻד לֹא הָיָה מִצְרָכִינָן לְמִימֵר דְּלֹא אֲתִיָּא פְּנוּתִיָּהוּ דְּהִיָּנּוּ נוֹכַל לְפָרַשׁ דְּהָךְ וְחִיָּבִים לֹא מִיָּתָה אֶלָּא חֲטָאת קָאָמַר וְכְמוֹ שְׁרָצָה הַש"ס לְפָרַשׁ לְקַמָּן (דָּף ס"ט רִישׁ ע"ב) אָבִל עַכ"פ פְּתָבוּ הַתּוֹס' שְׁפִיר דְּלֹא אֲתִיָּא פְּנוּתִיָּהוּ מִשׁוּם סִפָּא דְּקַתְּנִי דְּכָל עֲרִיּוֹת שְׁבִתוּרָה מוּמְתִין עַל יָדָהּ וְא"א וְדֹאֵי ג"כ בְּכָלִל כְּמוֹ בְּהֵמָה.

אֲכֵן לַפְּמ"ש הַתּוֹס' לְעִיל (דָּף נ"ה ע"ב) בַּד"ה וְחִיָּבִים בְּשֵׁם רִיב"א דְּמִקְלָל וְחִיָּבִים עָלֶיהָ מִשׁוּם א"א יְדַעִין גַּם כָּל הָעֲרִיּוֹת וְלָכֵן ע"כ לֹא אֲתִיָּא סִפָּא דְּאֶחָד מִכָּל הָעֲרִיּוֹת רַק לְבַהֲמָה וְהִיָּנּוּ דְּקָאָמַר בְּש"ס שָׁם וְאֶפִּילוּ בְּהֵמָה ע"ש וְא"כ אִי וְחִיָּבִים לַעֲנִין חֲטָאת קָאָמַר מִצְרָכִינָן סִפָּא לְשָׂאָר עֲרִיּוֹת וְשְׁפִיר י"ל דְּשָׂאָר עֲרִיּוֹת חוּץ מֵא"א קָאָמַר דְּרָאִית הַתּוֹס' מִדְּקָאָמַר וְאֶפִּילוּ בְּהֵמָה וְא"כ כַּש"כ נִשְׂוָאָה וּלפ"ז לָאו רְאִיָּה דְּלֹא קָאָמַרִינָן וְאֶפִּילוּ בְּהֵמָה אֶלָּא מִשׁוּם דַּע"כ לֹא אֲתִיָּא רַק לְבַהֲמָה דְּלְכוּלָהּ לֹא מִצְרָכִינָן אָבִל אִי וְחִיָּבִים חֲטָאת קָאָמַר שְׁפִיר מִצְרָכִינָן לְכוּלָהּ חוּץ מֵא"א: שָׁם בֵּא"ד.

אֶלָּא כַּר' יוֹנְתָן אֲתִיָּא: הִנֵּה לְפִי פִירוּשׁ רִש"י בְּאִיבְעִיָּא דַּר"י בַּר אֲדָא הִנֵּה סְפִיקוֹ מִפְּח וּמָתוּ גַם שְׁנִיָּהֶם וְכֵן מוֹכַח דֹּאל"כ לְמָה הִנֵּה מְסוּפָק רַק בְּקְטֻנָּה וְאֶלִּיָּב דַּר"מ וְלֹא בְּבוּגְרַת אוֹ בְּבִעוּלָהּ וְאֶלִּיָּב דַּכ"ע וְכִינָן דְּכֵן ע"כ דִּידַע מַהֲךְ דְּרָשָׁה דְּוּמְתוּ גַם שְׁנִיָּהֶם.

וא"כ י"ל דכבר ידע גם להך דרשה דלכדו ואפעייתו היתה הלכה פדברי מי וכוזה י"ל קושית התוס' שהקשו למה לא מקשה גם לרבנן והיינו כמו"ש פי' המהרש"א ארב דלעיל. ולפי זה י"ל דודאי אדלעיל לא הנה יכול להקשות דכבר ידע די"ל מדרשה דלכדו אבל הלא דקאמר רב מסתברא מסקילה ממעט ליה הרי דקאמר מסתברא דוקא ולא מקרא דלכדו דע"כ לא דריש ליה.

ולכן מקשה בפשיטות אהך גופא דקאמר ליה אליבא דר"מ הרי פתיב ומתו גם שניהם. וא"נ י"ל לפי מה שהקשו התוס' לקמן בד"ה והאי לכדו איך קאמר שמואל מ"ט שתיק רב לימא מלכדו הא ר"מ צריף הך לאידך דרשה ומירצו דתיתי שבעת מניה אבל רב מדשתיק י"ל דלית ליה דתיתי שבעת מניה ולכן א"ש דאדרבנן לא הנה יכול להקשות והכתיב ומתו גם שניהם דכבר ידע די"ל דהם דרשו לכדו אבל לר"מ דצריף לכדו לאידך דרשה וא"כ ע"כ לא דריש להך דרשה פריף שפיר דלית ליה דתיתי שבעת מניה כשמואל דהא גם רב שתיק ולית ליה.

ולכן א"ש ג"כ הא דלא הוי מצי למיבעי אמתניתן דוחייבים עליה משום א"א דגם בזה י"ל דאתיא פרבנן דדרשי לכדו ורק הלא לא הוי מצי לתרץ הכי אליבא דר"מ: שם בא"ד. דבנשואה דרשינן גם שניהם: עיין במהרש"א ולפענ"ד י"ל בפשיטות מה שהקשה דהא אי דיינינן חנק להבועל ע"כ משום בא על א"א דיינינן וכבא על הנשואה וכמש"כ פבר התוס' לעיל ולכך שפיר מקשה מומתו גם שניהם לפטור לגמרי וכמ"ש התוס' גם בתירוץ קמא רק דנה מיתרינן לפי תירוץ זה דלא נצרך למימר דמתניתן דוחייבים עליה משום א"א אתיא דלא כמאן: שם בא"ד.

ובועלה בחנק לפטרי לגמרי: א"ל דילמא ר"ת דאליביה קאי קושיא זו סובר ג"כ פשיטת התירוץ הראשון דומתו גם שניהם בנשואה דוקא פתיב והוצרך לתירוץ פי היכי דלא תקשה ממתניתן דוחייבים.

וא"כ י"ל דר' יאשי' דדריש ומתו גם שניהם סבר כר' ישמעאל דסבר לעיל (דף נ"א ע"ב) דארוסה יצאה לשריפה וא"כ לק"מ מבת פהן דז"א דמשמעות לשון ר"ת לא משמע דסבר ומתו גם שניהם בנשואה דוקא פתיב דא"כ לא הנה צריף לתרץ בא על הקטנה אליבא דרבנן דנה מקרי שוין דבלא"ה לא בעינן שוין פיון דדינן בסקילה כנ"ה.

ועוד גם אי נצרך ב' תירוצים אלו אפתי יקשה לר' יאשי' פיון דסבר לעיל (דף נ"ב סוף ע"ב) דחנק קיל מסיף וא"כ מסתמא סובר גם בהא פרבנן דר"ש דסקילה חמורה וא"כ ע"כ נשואה יצאה לשריפה אליב' וכה"ג הקשו התוס' לר' ישמעאל שם (דף נ"ג ע"א) ועוד אפתי יקשה לר"מ דסבר דנשואה יצאה לשריפה כדמוכח ממאי דקאמר בשמעתין דניסת לאחד מן הפסולים מיתתה בחנק ונהרי אליב' רצה הש"ס לומר פאן דנדרוש ומתו גם שניהם שיהיו שניהם שוין: שם בא"ד.

לאחיו ולא לאחותו: מזה לכאורה אין כ"כ ראיה דהא הוי נוכל למדרש לאחיו ולא לאחותו ג"כ לענן שיפטור לגמרי כשהעידו על האשה בכל העדיות והוזמו רק פיון דמצינו דין חלוק באותו מעשה לענן איש ואשה דהיינו בבת פהן מוקמינן להכי אבל אי לא הוי משפחנא ע"כ הוי מוקמינן להכי ולכן אין מזה ראיה כ"כ שפחייב הבועל חנק נגד

דין תורה שיהיו שניהם שונים במיתה אחת אכן באמת בלא"ה אין סבא פלל לומר דיפטור הבועל דכי משום דבא על א"א בת פהו נעשה איסור חמור אתגורי אתגור לפטור לגמרי וכה"ג פריה לקמן (דף פ"א ע"א) ע"ש: שם בד"ה מעשה חידודים.

פריצות קאסר רחמנא: עיין מש"כ התוס' ביבמות שם. אכן אפשר לתרץ פיון דלשיטת הרמב"ם על כל קריבה דקרויב בשר לוקין מלא תקרבו לגלות ערנה א"כ לכאורה איך קאמרינו שם פשיטא פריצותא קאסר רחמנא הא נדאי קאסר משום לא תקרבו.

אכן זה א"ש דהקושא לא היה דמעשה חידודים לא קאסר רחמנא אלא דלא נאסרה ע"י זה לבעלה דזה פשיטא וכה"ג פירש רש"י שם. ולכן שפיר י"ל דלעגנו מיעוטא ממיתה שפיר מצרכינו קרא דלא ליחייב פיון דאזקה שמענו מלא תקרבו: שם בא"ד.

פרט למשמש מטה: גם בזה אפשר לומר פיון דלא מוקמינו שכבת זרע למשמש מטה רק למ"ד משמש מטה בעריות חייב דלמ"ד פטור מצרכינו לפרט משמש מטה וא"כ י"ל דמאן דדריש פרט למשמש מטה מומתו גם שניהם סבר כמ"ד דמשמש מטה בעריות פטור ומצריה שכבת זרע למשמש מטה ואף דבמשמש מטה פליגי אמוראי אב"י ורבא בשבועות (דף י"ח ע"א) מ"מ לא תקשי דא"כ דר' יונתן ע"כ ס"ל כמ"ד פטור א"כ תקשה לאב"י שם דסבר משמש מטה בעריות חייב דגם אב"י לא קאמר שם רק דמתניתין דהוכיח רבא פטור ליכא למשמע מינה אבל מר' יונתן באמת יש להוכיח דסבר פטור ועוד דלמא אב"י באמת מתרץ לר' יונתן דאצטריה קרא למידי אחריןא כגון למעשה חידודין דהרי רבא הוא דמתרץ הכא אצטריה למעשה הורדוס ורבא לשיטתו נדאי מתרץ שפיר דהא הוא סובר שם משמש מטה בעריות פטור ולנה אתיא קרא דשכבת זרע ועיין שם בשבועות שהקשו התוס' ג"כ דאתתי לא מצרכינו קרא להכי דגילף פן מדאמרה תורה לא תקרב ודרשינו לא תפרוש גם הקשו שם דכל מה שמוכיח רבא ממתניתין היה יכול להוכיח מן המקרא.

ולפענ"ד אפשר לומר פיון דאב"י סבר שם דלעולם י"ל דמ"מ בעריות חייב ואפ"ה חייב בפורש באבר חי שהיה לו לפרוש בהנאה מועטת ופריש בהנאה מרובה נדאי דעל מציאות זה לא פליג רבא רק דהוא סובר דמשום מעט הנאה שיש יותר בפורש באבר חי מבאבר מטה לא הוי מחייב אי מ"מ בעריות פטור דקרא לא חייב חטאת אלא בביאה גמורה באיסור שיש בזה הנאה גמורה פן צריה לפרש ע"כ שיטת הש"ס ולפ"ז לא היה צריה רבא להוכיח מהפסוק שמשמש מטה פטור דה"א דלעולם חייב ואפ"ה אסר רחמנא בל"ת לפרוש באבר חי שהוא הנאה גמורה אלא יפרוש באבר מטה שיש בזה הנאה מועטת אבל מ"מ אין בזה חטאת פיון דגם במ"מ ליכא חייב חטאת רק לאו בעלמא כמו לעגנו קרויב וחיובוק ונישוק דעריות לשיטת הרמב"ם אבל ממתניתין דחייבה חטאת אפרישה באבר חי מוכיח שפיר ולכן א"ש ג"כ דאצטריה קרא דשכבת זרע דמדאסרה תורה לפרוש באבר חי אפתי לא הוי מוכח דמ"מ פטור מחטאת: שם ד"ה והאי לבדו.

וי"ל דתתי שם מעת מניה: פירוש דהוי מ"ל ומת אשר שכב עמה לבדו ולא האיש ולכן דרשינו האיש לבדו ולא הנערה והיינו לרבות בא על הקטנה דאף דהיא אינה במיתה מ"מ הוא מחייב וכן המ"ל ומת האיש לבדו ולא אשר שכב עמה ומדכתיב ג"כ אשר שכב עמה דייקינו אשר שכב עמה לבדו ומות והיינו עמה מהנערה בתולה דאיירי בה

קרא משא"כ פֿשָׁא עֲלֵיהָ אֶחָד בַּתְּחִלָּה אֶפִּילוּ שְׁלֹא כְּדַרְכָּה דְּלֹא הָוּי עוֹד בַּתּוֹלָה וְלִכְּוֹן שְׁפִיר דְּיִיקֵינּוּ תַּרְתֵּי מְלִבְדּוֹ אַף דְּלַעֲנֵן קַטְנָה פִּירְשׁוּ בְּחֻנֵּק מוֹת לְבַדּוֹ וְלַעֲנֵן בָּא עֲלֵיהָ שְׁלֹא כְּדַרְכָּה פִּירְשׁוּ בְּסִקִּילָה: שָׁם דָּף ס"ז ע"א בְּמַתְּנֵיתָן אָמַר יֵשׁ יִרְאָה בְּמִקּוּם פְּלוּנִי: מִפְּחַ זֶה לְכַאוּרָה אֶפְתִּי לֹא הָוּי מְסִית עַד שְׁיִסִּית אוֹתוֹ שְׁיַעֲבֹד אוֹתָהּ ע"ז וא"כ צ"ל דְּמָה דְּקְאָמְרִינוּ בְּסִיפָא אֵלֶּךְ וְאַעֲבֹד שְׁיִיךְ ג"כ לְזֶה לְמָה שְׁאָמַר הַמְּסִית וְנֹטֵר לִיהּ עַד לְבִסּוּף פִּינוּ דְּאִשְׁמַעֲיָנוּ בִּיהּ דִּין לַעֲצָמוּ דְּגַם בְּנִלְיָהּ וְנַעֲבֹד חֲזִיב וְכַמוֹ שְׁפִי רַשְׁיִי לַעֲיִל (דָּף ס"א ע"ב) אָכֵן לְפִי מָה שְׁבִיִּאָר הַמְּהַרְשֵׁ"א פֶּאן הָאֵי אֵלֶּךְ וְאַעֲבֹד הַנְּיִסְתָּ אוֹמַר א"כ אֵין זֶה עֲנֵן לְכַאן אָבֵל הַרְמַב"ם לֹא כָּתַב כֵּן אֲלֵא דְהַמְּסִית אוֹמַר אוֹתוֹ אָכֵן לְפ"ז הַסְּנִיגָא הַנְּ"ל צ"ע לְדַעְתּוֹ וְע' מַש"כ הַמְּהַרְ"ם שָׁם: שָׁם אָמַר לְשָׁנִים הֵן עֲדִיו: מִפְּאן ק"ל אִמָּה שְׁכַתְּבַת הַרְמַב"ם (פִּי"ח מַה' עֲדוּת) דְּאֵם הוֹזְמוּ הָעֲדִים בְּעַמְּנוּ הַיִּיחָם עִם הַהוֹרֵג אוֹ הַהַרוֹג אֵין זֶה הַזְּמָה אֲלֵא הַכְּחָשָׁה וְעֵינֵן שָׁם בַּלַּח"מ דַּכ' דְּדַעַת הַטּוֹר לֹא מִשְׁמַע כֵּן וְהַשְׁתָּא לְדַעַת הַרְמַב"ם אֵיךְ אָמְרִינוּ הֵכָא דְאָמַר לְשָׁנִים הֵן עֲדִיו וְסוּקְלִים אוֹתוֹ הָא נִדְּאִי לֹא שְׁיִיךְ עֲדוּת שְׁהַסִּית בְּלֹא נִיסַת וְאֵם הוֹזְמוּ הָעֲדִים בְּעַמְּנוּ הַיִּיחָם א"כ יֵשׁ בְּכָלֵל עֲדוּת הַזְּמָה זֶה דְּגַם הַנְּיִסְתִּים עַמְּנוּ הָיוּ וְאֵין זֶה הַזְּמָה אֲלֵא הַכְּחָשָׁה א"כ הו"ל עֲדוּת זֶה אֵי אַתָּה יָכוֹל לְהַזְּמִיָּה וְל"ש עֲדוּת וְכַמוֹ כֵּן הַנּוֹקְשָׁה לִי ג"כ אִמִּימָרָא דְּרַב יוֹסֵף לַעֲיִל (דָּף ט' ע"ב) גַּבִּי פְּלוּנִי רְבַעַו לְאַוּנְסוֹ אָכֵן לְאַחַר עֵינֵן מְצִאתִי קְוִשְׂיָא זֹו בְּאוֹרִים וְתוֹנִיִּים (סִי' ל"ח) ע"ש שְׁהָאֲרִיךְ לִיִּישָׁב וְכָל מָה שְׁיִישָׁב שָׁם לֹא שְׁיִיךְ אֶקְוִשְׂיָא מִמַּתְּנֵיתָן דְּכַאן וְצ"ע: שָׁם וְהוּא אוֹמַר לוֹ הָאֵיךְ נְנִיחַ: הָא דְצָרִיךְ לְזֶה אַף דְאָמְרִינוּ לְקַמָּן (דָּף פ' ע"ב) דְּמְסִית א"צ הַתְּרָאָה מ"מ צָרִיךְ לוֹמַר כֵּן פִּי הֵיכִי דְלִהּ הַתְּרָאָה קֶצֶת וְכַמַּש"כ הַתּוֹס' לַעֲיִל (דָּף ח' סע"ב ע"ש) א"נ י"ל פִּינוּ דְאָמְרִינוּ לַעֲיִל (דָּף ס"ג ע"א) אֲלֵמָלָא ו' שְׁבִהֲעֵלוּךְ כּו' ע"ש שְׁמוּכַח דְּשַׁתּוּף לֹא מִקְרִי עַע"ז וְגַם רַשְׁב"י דְּפִלִּיג לֹא קָאָמַר רַק דְּנַעֲקַר מִן הָעוֹלָם וְלֹא שְׁיִהֵי חֲזִיב מִיָּתָה כְּשָׂאָר עַע"ז רַק דְּבַכָּל עַע"ז חֲזִיב מִיָּתָה וְלֹא אָמְרִינוּ שְׁמָא לְשַׁתּוּף נִתְכַּוֵּן פִּינוּ שְׁהַתְּרוּ בּוֹ וְקַבֵּל עָלָיו הַתְּרָאָה וְכַמוֹ דְּלֹא חֲזִי שִׁינֵן שְׁמָא הָיָה לְבוֹ לְשָׁמִים אָבֵל בְּמְסִית שְׁאֵין מְתָרִים בּוֹ א"כ לְמָה יִהֵי חֲזִיב דְּלֵמָּא הָסִיתוּ דְּוָקָא לַעֲבֹד ע"ז בְּשַׁתּוּף וְלֹא שְׁיִכְפֹּר לְגַמְרִי בְּאַלְהֵי יִשְׂרָאֵל וְלִכְּוֹן צָרִיךְ לוֹמַר לוֹ בְּלִשׁוֹן זֶה הָאֵיךְ נְנִיחַ אֶת אֱלֹהֵינוּ שְׁבִשְׁמִים לִידַע אִם כְּוָנְתּוֹ לְהַנִּיחַ אֶת אֱלֹהֵי הַשָּׁמַיִם לְגַמְרִי: אָכֵן ק"ק הָאֵיךְ יְמוֹת הַמְּסִית בְּלֹא הַתְּרָאָה שְׁמָא שׁוּגַג הָיָה שְׁסַבֵּר שְׁמוּתָר לַעֲבֹד ע"ז דְּהָא בַּכַּה"ג הַעַע"ז גּוּפָא מִקְרִי שׁוּגַג וּמְבִיא חֲטָאֵת כְּדָאָמְרִינוּ לַעֲיִל (דָּף ס"ב ע"א) וְאַפִּילוּ פִּי אָמְרִינוּ לִיהּ הָאֵיךְ נְנִיחַ אֶפְתִּי לֹא בְּרוּר לָנוּ דְּלֹא אוֹמַר מוֹתָר הוּא וְעֵינֵן מַש"כ הַתּוֹס' לַעֲיִל (דָּף מ"ב סע"ב) דְּהָא דְצָרִיךְ קְרָא דְבַעֲיָנוּ הַתְּרָאָה הַיִּינוּ לְמ"ד חֲבַר צָרִיךְ הַתְּרָאָה דְּלֹא מְשׁוּם לְהַבְּחִין בֵּין שׁוּגַג לְמַזִּיד הוּא וְלִפ"ז אֶפְשָׁר לוֹמַר דְּגַם הֵכָא לֹא קְאָמְרִינוּ אֲלֵא דְלֹא צָרִיךְ הַתְּרָאָה שְׁהַצָּרִיכָה הַתּוֹרָה גַּם בְּמִקּוּם דְּלֹא שְׁיִיךְ לְהַבְּחִין בֵּין שׁוּגַג לְמַזִּיד אָבֵל עכ"פ צָרִיךְ שְׁיִהֵי בְּרוּר לָנוּ דְּלֹא שׁוּגַג הוּא: שָׁם בְּמַתְּנֵיתָן הָאוּחַז אֶת הָעֵינִים פְּטוּר: וְכֵן קָאָמַר אַבְיִי לְקַמָּן וּמְדַמִּי לִיהּ לְפִטוּרֵי שְׁבַת דְּפִטוּר אָבֵל אֲסוּר וּמְזָה מִשְׁמַע דְּפִטוּר לְגַמְרִי וְלִית בִּיהּ אֶפִּילוּ מְלָקוּת אָכֵן לַעֲיִל (דָּף ס"ה ע"ב) קְאָמְרִינוּ לְרַבְּנָן דְּהָאוּחַז אֶת הָעֵינִים חֲזִיב מְלָקוּת מְשׁוּם מְעוֹנָן וּמַה"ט כ' הַרְמַב"ם בְּפִי הַמְּשַׁנְיּוֹת דְּפִטוּר מִמִּיתָה דְּוָקָא אָבֵל חֲזִיב מְלָקוּת.

והנה הכ"מ (פי"א מה' עפו"ם) רצה לבאר דעת הרמב"ם דבאוחז עינים דמכשף ליפא מלקות וכן כתבו בלחם משנה שם אבל מהרמב"ם בפירוש המשניות מוכח דזה אינו ולכן ע"כ תירוצ קמא דכ"מ עיקר: שם ברש"י ד"ה המדיח עיה"נ.

ואשמעין סיפא דמדיח ש"ב דרישא: פ"י דאי לאו דסיפא פירושא דרישא הוא לא הוי קשה כ"כ דכמה פעמים משכחין בש"ס דרישא אתיא פחד תנא וסיפא פאיך תנא פדאמרין במגילה (דף ט' ע"ב) ובשאר דוכתי אבל פיון דלפירוש דרישא אתיא ושם תנא המסית והמדיח גבי הדדי ע"כ ליפא למימר דתרי תנאי היא ובהכי א"ש ג"כ למה דמקדים תירוצ רבינא קודם לר"פ לפי פ"י רש"י דרבינא מתרץ הקושיא מהסיפא ורב פפא מהרישא ולפ"ז י"ל דנדאי אי לאו תירוצ ר"פ הוי סגי גם בתירוצ רבינא לחוד פיון דממדיחי עיה"נ גופא ל"ק אהדדי רק מנביא אמדיחין א"כ י"ל דרבי היא ונסב לה אליפא דתנאי פדאמרין (שם) רק פיון דיש לנו תירוצ ר"פ לא נצריך להכי אבל נדאי בתירוצ ר"פ לחוד לא סגי פיון דממדיחין גופא קשיא אהדדי: שם ד"ה מכשפה א' האישי.

דכתיב איש או אשה: א"ל דא"כ מאי פריך לר' יהודה לקמן ליהוי אוב וידעוני ב' פתובים הכ"א דאפתי מנ"ל דלכך כתיב תרנויהו להורות דדוקא הני בסקילה ושאר מכשפים לא דלמא אתי להורות דדוקא בהני חייב גם איש ובשאר מכשפים לא די"ל דזה באמת בכלל הקושיא הוא דנימא לקולא בתרנויהו פיון דלא ידעין אי פתיבי תרנויהו משום סקילה או משום השנואת איש לאשה לכן נימא דבשאר מכשפים איש פטור וגם אשה אינה בסקילה פיון דספק הוא לענין מאי הוי ב"כ ובדנ"פ הולכים להקל גבי ספק וא"ל ג"כ למה הוצרך רש"י להך דרשה ולא פ"י בקיצור דאתיא הכי מאיש או אשה פי יעשו מכל חטאת האדם דילפינו מניה בקדושין (דף ל"ה ע"א) דהשנה הפתוב אשה לאיש לכל עונשים שבתורה די"ל דה"א דמכשפה כתיב להורות דבנה לא ישנה איש לאשה לכן צריך קרא דכתיב גבי מכשף גופא והשנה הפתוב בו אשה לאיש והינינו לר' יהודה אבל לרבנן אתיא מלא תחיה או מכל שוכב או מלא יחיה דהשנה בו הפתוב שניהם וכמו שכתב המהרש"א וא"ל לרבנן ל"ל איש ואשה גבי אוב וידעוני די"ל ג"כ דהוי מצריך למיכתב אשה פיון דאורחיה הוא וכמו דכתיב מכשפה וא"כ הוי ממעטין איש לכן צריך לכתוב גם איש אכן הא קשיא לרבנן עיקר קרא דאיש או אשה פי יהיה בהם ל"ל וקקושית ר' יהודה למה יצאת דהא לא צריכים להורות סקילה וי"ל כמו דלריה"ג ע"כ בעל אוב ליפא בכלל מכשף דהא בעל אוב בסקילה ואעפ"כ ניחא ליה למילף לא תחיה מלא תחי' ולחייב מכשף בסייף וכמו"כ י"ל דגם לר"ע וכן עזאי לא הוי ב"א בכלל מכשף ורק ר' יהודה ס"ל דהוי בכלל ולכן צריך קרא דב"א וידעוני לגופא לחייבם סקילה: שם בתוספות ד"ה רבינא.

ואין זו שיטת הש"ס: ראיתי מקשים מגמרא דסוף פסחים (דף קכ"א ע"א) דקאמר ג"כ חד אמר וחד אמר ומפרש בש"ס שם חד תני אפגול וחד תני אנוטר ולפענ"ד לא דמי להתם דהתם עכ"פ כל א' מתרץ קושיא בפ"ע דמה דמקשה הש"ס מ"ט היא קושיא פוללת לפגול ונוטר ולכן כל תירוצ בפ"ע קאי אבל הקא דמקשה מרישא וסיפא דמתנייתן דאתיא כר"ש אמתנייתן דמדיחין דאתיא פרבנן א"כ כל תירוצ בפ"ע לא מתרץ מידי דאף אי מרישא לא מוכח דאתיא כר"ש מ"מ מסיפא מוכח וכן איפכא ואפתי קשה סתירת

המשניות ולכן כתבו התוס' שפיר שאין זה סוגית הש"ס ועיין ביצה (דף ל"ח סע"ב):
שם בא"ד.

ורב פפא הא לא מסתבר ליה: וכן צ"ל דגם המקשן הא לא מסתבר ליה מדלא מקשה
הכי וא"כ מעיקר תירוץ רבינא הוא לתרץ ולדניק הכי ולכן גם אי הוי ס"ד דהמקשן
לומר לא זו אף זו קתני פדאמרין בשאר דוכתי מ"מ לא הוי ס"ד לתרץ כתי רבינא
דאפתי הנה קשה מהרישא דהמסית זה הדיוט: שם ע"ב בגמרא ולמה יצאו להקיש
עליהם: ק"ק הא ודאי לא קשה למה יצאו דכולי קרא דכי יהיה בהם אוב לא לכתוב פלל
דהא צריף לכתוב באבן ירגמו אותם דמיהם בם דמניה ילפינו לעיל (דף נ"ג ע"א) דבכ"מ
שנאמר דמיהם בם היינו סקילה וע"כ הפי' הוא דירגמו אותם דמיהם יכתוב במקום אחר
וא"כ איך מתרץ להקיש עליהם דאפתי קשה פיון דבלא"ה ע"כ צריף למיכתב באבן
ירגמו אותם דמיהם בם א"נ לכתוב זה גבי מכשפים ואפתי אוב וידעוני למה יצאת וי"ל
דאי לא אתי להורות סקילה גבי מכשף הוי מצי למיכתב באבן ירגמו במקום דכבר נאמר
דמיהם בם אבל פיון דאתי להורות סקילה גבי מכשף א"כ ע"כ הוי צריף למיכתב דמיהם
בם ג"כ גבי מכשף למילף מניה דמיהם בם דעלמא דפירושו סקילה וגם איש או אשה
הוי צריף למיכתב להורות דשנה איש לאשה וכמו שפי' רש"י לעיל וכיון דבלא"ה הוי
צריף למיכתב ממש פולי קרא גבי מכשף אין זה יתורא כ"כ הא דכ' ליה בלשון אוב
וידעוני: שם לר' יהודה נמי ליהגוי אוב וידעוני: ק"ק לר"ל דאמר לעיל (דף ס"ה ע"א)
דלקה מיחייב באוב וידעוני תרתי אף דשניהם בלאו א' נאמרו משום דחלוקין הם במיתה
א"כ ע"כ צריף למיכתב תרתי אוב וידעוני לחלקן במיתה פי היכי דליחייב ב' חטאות
נאף דלר"ל ג"כ פטור אידעוני משום דלית ביה מעשה מ"מ איפא נפקותא גבי ידעוני
דאית בי' מעשה כגון המקטר לשד וכמ"ש הרמב"ם דלר"ל מיחייב תרתי בכה"ג אאוב
וידעוני ולר"י אינו חייב אלא א' ואי לא חלקן קרא גבי מיתה גם לר"ל לא הוי מיחייב
אלא א' ודחוק לומר דקושית הש"ס הקא הוא לר"י דוקא דא"כ לר"ל לית לן תנא דסובר
ב"כ הבאים כא' מלמדיו והש"ס פריף סתמא בכמה דוכתי למ"ד מלמדיו וי"ל דגם לר"ל
לא הוי צריף למיכתב קרא תרנוניה גבי עונש והוי מצי למיכתב אוב או ידעוני גבי אזהרה
לחלק: שם שאני ר"ח דנפיש זכותיה: ק"ק איף סמך ר"ח עצמו על הגס ובפרט לתלות
בזכותו מה שאין דרף הגדולים פדאמרין בש"ס חזקה שתלה בזכות עצמו תלו לו בזכות
אחרים אלמא שלא כדן עשה ורש"י נראה שרצה לתרץ זה ולכן פי' דר"ח לא החליט
לגמרי שינצל אלא שאם תוכל לו ידע שמה יצא הדבר ויקבלו אבן פי' זה לא שייף לפי
מה דאתמר סוגיא זו בחולין (דף ז' ע"ב) דקאמר לה בפ"י לא מסתייע לך אין עוד מלבדו
פתיב גם בלא"ה י"ל מאי מקשה מר"י אר"ח דלמא ר"ח פליג באמת אר"י ולמה לא
מקשה תיכף אמירא דר"י מהך דר"ח ושבין ליה עד דנקיט ליה למעשה דר"ח ונהדר
מקשה ולכן הנה נ"ל שאפשר לפרש דבאמת לאו ממירא דר"ח פריף אר"י דבזה י"ל
דפליגי אלא מגוף המעשה פריף לפי שיטת ר"י למה באמת לא הזיקה בכישוף לר"ח
ואהא מתרץ דשאני ר"ח דנפיש זכותיה ולכן לא יכלה לו אבל ר"ח עצמו לא סמך על
זה אלא סבר דכשוף לא מסתייע נגד רצון הקב"ה או נגד הטבע שמקרי פמליא של מעלה
כמו שפי' הרשב"א הובא בע"י בחולין שם: שם האי מכניף ליה: א"ל דא"כ כשוף היכי
משפחת ליה דמיחייב דהאי מכניף ליה אינו רק חובר חקר שהוא בלאו פדאמרין לעיל

(דף ס"ה ע"א) די"ל דלא קאמר רק דברים שישי לה חיות אין יכול לבראות אבל שאר שינוי טבע פה דלמן אשקני' הואי חמרא זה יכול ולכן אמרינן במתניתן דמלקט קשוואין חייב דאין זה הכנפה אלא בריאה ממש ואפילו הוי הכנפה י"ל דלא פטור הכנפה ממיטה רק בדברים שישי להם חיות אבל בשאר דברים אפילו אהכנפה מיחייב מיטה: שם ברש"י בד"ה סמכו ענין לו.

הא ילפינן לה בהאי פרקין: קשה הא גבי שוכב לא פתיב פלל דמיהם בם וביבמות (דף ד' ע"א) פי' דגבי אשה הנשכבת מבהמה פתיב וכי מה ענין זה לשוכב ועוד מה שכל דילפינן לה בהאי פרקין מדמיהם בם ז"א דמתהרוגו יליף ליה לעיל (דף נ"ד ע"ב) ועוד דבברכות (דף כ"א ע"א) כ' רש"י גופא דמתהרוגו ילפינן וא"כ סתר גם דברי עצמו.

והנ' לפענ"ד דרש"י גריס לעיל (דף נ"ד) פגירסת הסמ"ג הביאה המהרש"א שם דמתהרוגו ומדמיהם בם יליף ולכן הביא רש"י פאן חד קרא ובברכות אידך קרא: שם ד"ה ינאי איקלע. ולא גרסינן ר' ינאי: ולגרסות הישנות דגרסי ר' ינאי י"ל דהוא לא ע"י פישוף עשה ושהוא בפה בלא מנא אלא ע"י מנא שהוא רק מעשה שדים וזה מותר לכתחלה כמ"ש הר"ן: שם בתוספות ד"ה וכי מפני.

מלא תחיה כל נשמה דבסיני: פי' דלמא ר"י אית ליה ג"כ הגז"ש והא דצריף לילף מדהוציא מן הפלל היינו דאיפא סברא לילף מלא תחיה פסברת ריה ג"כ מלא תחיה פסברת ר"ע ואי לאו קרא ה"א דנילף מלא תחיה לקולא ולכן גם מסמוכים לא הוי מצי למילף אכן ק"ק דאיף אפשר לומר פן דא"כ גז"ש מאי אהני ולענין מה נמסר.

וביותר קשה אמה שפכתו התוס' תדע דאטו כו' כרבנן דרשינן סמוכים וע"כ הוי הפי' דא"כ ל"ל גז"ש דלא תחיה ולילף מסמוכים א"כ מה תירצו התוס' אלא ע"כ משום דאיפא גז"ש כו' הא היא גופא קשיא דגז"ש ל"ל ועוד ק"ל אי לכ"ע דרשינן סמוכים א"כ מ"ט דמ"ד דפליגי לעיל (דף נ"ו ע"ב) אר"ש וסברי דב"נ אין מוזהרים על פישוף הא ר"ש יליף ליה שם (דף ס' רע"א) מהך סמוכים דכן עזאי ע"ש: שם דף ס"ח ע"א בגמרא א"ל שלף קשה משלחן: ק"ק הרי אין זה תשובה על שאלתו ששאל באיזה מיתה יהיה נידון וכי מה יודע עדיין בזה אם גם יודע לו ששלו קשה משלחן גם י"ל מעיקרא מאי בעי ר"ע בזה לידע באיזה מיתה ימות גם מאי פולי האי ששלו קשה משלחן ורש"י פי' מפני שלבו פתוח פאולם אכן לפי הידוע א' המרבה וא' הממעט ובלבד שיכנון את לבו לשמים וא"כ מה בין לבו פתוח או לא גם למה שאל ר"ע דוקא פן ונ"ל דבלא"ה י"ל דהכא משמע דמשום כך קלל ר"א לר"ע שלא ימות מיתת עצמו מפני שפירש ממנו ולא עמד עוד בפניו ואלו בפסחים (דף ס"ט ע"א) תניא דא' לו ר"א בשחיטה השבתני בשחיטה תהא מיתתה אלמא דמשום כך הנה ואתו מעשה ודאי הנה קודם לזה דסמוך למיתתו דהא באותו הפעם עדיין למד לפניו אכן גם שם שייך להקשות דא"ל בשחיטה תהא מיתתה ונהרי בגמרא אמרינן שפרקו בשורו במסרקות של ברזל ובזה המיתוהו.

אכן נ"ל דבזה הכל א"ש דבאמת מפת אותה מעשה הי' לו לידון בשחיטה פדקאמר לו אכן פאשר נוסף עליו גם זה שפירש מר"א ור"א קאמר להו תמה אני אם ימותו מיתת עצמו בזה שאל ר"ע ששלו מהו פי' אם עי"ז נשתנה גם מיתתו משחיטה שהיא סיניף לתורה ממנה וע"ז השיב לו ר"א דשלו קשה משלחן מפני שניתוסף עליו גם עון זה

ולכן באמת לא הייתה מיתתו בסיני רק בתמורה ממנה: שם אמרו לו הכהן והאמוס: הא דשאלו לו עתה שאלות אלו משום דראו שהיה סמוך למיתתו ורצו לראות אם תצא נשמתו מתוך אמירת טהור או מתוך אמירת טמא כדי לידע אם טהור יהיה לע"ה אף שנידוהו וכאשר באמת יצאה נשמתו בטקרה וכן נראה מאבות דרבי נתן (פ' כ"ה) דשנוי ג"כ מעשה זה וקאמר שם והיה משיב על טמא טמא ועל טהור טהור עד שייצאה נשמתו בטקרה מיד קרע ראב"ע את בגדיו ובכה ויצא ואמר לחכמים רבותי באו וראו בר' אליעזר שטהור הוא לע"ה לפי שייצאה נשמתו בטקרה ע"כ: שם ואמר הותר הגדר: מזה נראה שהיה בנדויו עד שמת וכן נראה ממה שישבו לפניו בריחוק ד' אמות וא"כ ממה שהניח תפילין ע"כ מוכח דמגודה מותר וכבר הקשה בת"י בגדה (דף ז' ע"ב) דבמ"ק מביעא ליה הך אי מגודה מותר בתפילין והניח בתיקו ולמה לא פשיט ליה מהך דר"א והניחו בקושיא ע"ש.

ולפענ"ד י"ל דבטור י"ד (סי' של"ד) הביא ב' דעות אי פסקינן לחומרא דאסור או מותר ודעת הרי"ף והרא"ש להתיר מספק וכן פתב בש"ס שם ולפ"ז י"ל דמר"א לא הוי מצי למיפשט דדלמא ר"א גופא ספוקי מספקא ליה ולכן הניח מספק ולא הוי דומיא דכולי אחרוני דפשיט במ"ק שם מקרא ולפ"ז ע"כ מוכח פדעת הרי"ף דלדעת הי"א דמספק לא ניח שפיר קשה בקושית התוס' דהוי מצי למיפשט מהך דר"א שהניח א"כ ע"כ פשיטא ליה דמותר ובספרי ע"ל בגדה שם פתבתי עוד ישוב בקושית התוס' ע"ש.

שם ד"ה איסור סקילה: ואפילו יצא לר"ה הנצרך לפרש פן דאל"כ למה קרי ליה להטמנת חמין יותר איסור סקילה דהא גם בהטמנה ליכא איסור סקילה אלא משום שמה יחתה או שמה יגיס בקדוה וכה"ג איכא גם בתפילין שמה יצא בו לר"ה ולכן פירש דגם אם יצא ליכא רק איסור שבות: שם בתוספות ד"ה האיך מניחין.

ופי' הקונטרס התם דמדליק בד': הא דלא קאמר רבי התם בפי' הכי משום דלא קאי רק אדברי ר' נתן וכיון דר' נתן לא הזכיר בתקיעה ד' מה הייתה משמשת גם רבי לא מפרש אבל בתקיעה ג' דקאמר ר' נתן דלהדליק הייתה בהא פליג רבי ואמר דמשום תפילין הייתה אף דאפתי יש להבין אימתי היה לחלוץ תפילין לר' נתן אי בתקיעה שניה הו"ל לאפרושי בהדי אידך ואי בתקיעה ד' כש"כ דהו"ל לומר ד' לחלוץ תפילין כמו דקחשיב בג' תקיעות הראשונות ולמה לא הזכיר פלל מחליצת תפילין אכן י"ל פיון דר"מ ור"י ס"ל בעירובין (דף צ"ו ע"ב) דשבת זמן תפילין הוא א"כ י"ל דגם ר' נתן פנומייהו ס"ל וא"כ לא חלצו תפילין פלל בע"ש ובהכי מתורץ מה שהקשה במהר"ם אקושית התוס' דלמא ר"א כר"נ ס"ל ולפ"ד א"ש פיון דר"נ לא הזכיר פלל מחליצת תפילין א"כ משמע דלית ליה חליצת תפילין בע"ש פלל: שם ד"ה וטהרתו.

אלמא מדלא חייץ בטבילה: ראיתי מקשים ממתינת דפ"י דמקנאות דקאמרינן בפי' שם דמהני טבילה כמו שהו ודוחק לומר דאתיא כר"א אכן י"ל דגם רבנן מודו בזה דלא פליגי אלא כשנקרעו דאז לא חשיב מה שבתוכו חיבור לו פיון שנקרע וא"כ חוצץ אבל מתנייתן דמקנאות יש לאוקמי כשהו שלמים דאז חשיב כל מה שבתוכו פאלו נתפר עמו דהא מחובר לו ע"י תפירת כל סביביו: שם בד"ה היה מכה בבשרו.

דמשום תורה קעביד: ע' בטור י"ד סי' ק"פ שהביא דעה אחרת בזה דלא אסור רק גדידה
אבל הפאה לא ור"ע רק הפאה עביד ובספרי ע"ל יבמות (דף י"ג ע"ב) הארכתי בשיטת
הפוסקים בזה אם מותר לחבול על אדם גדול ע"ש: פרק שמיני שם ע"ב במתניתין
משביבא ב' שערות: נסתפקתי איזה שיעור יש בסריס שאינו מביא ב' שערות רק סימני
סריס מאימתי נעשה בן סורר ומורה וגם אם נאמר דבי' תלוי בשנים כמו לעגן חיובו
בשאר מצות מ"מ עדיין יש להסתפק עד אימתיון שהשיעור דעד שיקיר לא שייך גביה.

שוב ראיתי דברייתא שלימה שנינו ביבמות (דף פ' ע"א) דסריס אינו נעשה בן סו"מ
מפני שאינו בכלל עד שיקיר אכן תמהתי על הרמב"ם (פ"ז מה' ממרים) שהשמיט דין
זה ועיין בספרי ע"ל שם שפתבתי ישוב לדעת הרמב"ם: שם בגמרא ועוד בן ולא איש
קטן במשמע: והכי דרשינו ג"כ בב"ק (דף מ"ד ע"א) ע"ש והקשה בכאן ב' קושיות כנגד
הב' תשובות שהשיבו דכנגד מה שאמר פדקתני טעמא קאמר דאיכא ג"כ טעמא לחייבו
דעל שם סופו נהרג וכנגד מה דקאמר ותו היכי אשכחן דענש הכתוב דפירושו אפילו
היכא דאיכא טעמא לחייבו כגון גבי רוצח משום ישמעו וייראו לא אשכחן דחייב כמו
שפי' הר"ן נגד זה מקשה דבן ולא איש קטן משמע והכא קאמר קרא בכ"ל ולכן בלא
דאיכא טעמא לחייבו לא הוי שייך להקשות מכן ולא איש דאפתי יקשה היכי אשכחן
דענש הכתוב: שם מאי כי יהיה לאיש בן ש"מ לכדר"ח: ק"ק דא"כ לרבה דסבר קטן
אינו מוליד וא"כ ל"צ לדרשה דר"ח לכתוב קרא כי יהיה בן לאיש וא"ל דהא נדאי רבה
ג"כ מודה דבדורות הראשונים היו מולידים בני ח' וכדאמרין בש"ס לקמן רק דלעגן
גר קטן קאמר דאי אתה צריך לחזור אחריו פינן דמילתא דלא שכיחא הוא וכמו שכל
הר"ן וא"כ צריך קרא דבן לאיש גם אליבא דרבה לדרשה דר"ח היכא דהי' מהמיעוט
והוליד פשהוא קטן דא"כ מנ"ל להש"ס דר"ח פליג ארבה דלמא סבר ג"כ פנוניתה דקטן
אינו מוליד בסתמא וקרא איירי כמו לרבה היכי דאיכרי והוליד אף דזה נדאי אינו דכבר
כל הר"ן דהיכי דהולידו בני ח' אין להם עוד דין קטנים אלא דין גדולים דבנים הרי הן
פסימנים ולכן פינן דקאמר ר"ח דקטן שהוליד אין בנבסו"מ ויליף מלאיש בן ולא לכן
בן ע"כ ס"ל דאפשר שיהי' לו בן פשהוא בן ולא איש וא"כ ע"כ ס"ל דקטן מוליד פי'
דהיכי דהוליד לא נעשה גדול עי"ז דאל"כ שפיר קרינו ביה לאיש בן ופליג ע"כ ארבה
דס"ל דקטן אינו מוליד פי' וכשמוליד אין לו עוד דין קטן אלא גדול וא"כ לרבה ע"כ לא
שייך לאוקמא קרא דלאיש בן גם להיכא דאולידו בני ח' שנים ושפיר ק' דלכתוב קרא
פי' יהיה בן לאיש אכן נ"ל דבלא"ה קשה אהא דדניק דלכתוב קרא פי' יהיה בן לאיש אי
פירושו סמוך דוקא הא גבי מןפלא סמוך לאיש דאתיא מדכתיב איש פי' יפליא ומניה
דרשינו פי' יפליא סמוך לאיש ולמה לא כתיב שם פי' יפליא איש או אשה לנדר נדר
כדדניקין הכא אכן י"ל דנדאי אין זה דיוקא אי כתיב בתחלה או בסוף ורק הכא קאמר
אי לא אתיא רק לדרשה דר"י א"ר ולא לדרב חסדא למה כתיב בקרא לישא דאיכא
למיטעי ולדרוש מניה דרשה דר"ח ביותר הל"ל פי' יהיה בן לאיש דמשמע רק דרשה
דריא"ר אלא נדאי מדכתיב הכי באמת פנונת הכתוב דנדרוש גם דרשת ר"ח וזה שייך
כאן אבל באיש פי' יפליא דליכא למיטעי ולדרוש דרשה אחריתי בזה אין קפיידא איזה
כתיב קודם ולכן גם לרבה דיליף מקרא דקטן אינו מוליד ליכא למיטעי ולדרוש כדרשת
ר"ח ולכן אין קפיידא אי כתיב לאיש קודם או בן: שם בתוספות ד"ה בן.

בְּמוֹפֵלָא סְמוּךְ לְאִישׁ לַעֲנִין נְדָרִים: פִּי לְמָאן דִּס"ל הֵתָם מְוֹפֵלָא סְמוּךְ לְאִישׁ דְּאוֹרֵייתָא וְאִין לְתַרְזֵן דְּלִיפָא לְמִימַר הֵכִי דְהָא פְּשִׁיטָא דְקִטְוֹן פְּטוֹר שְׁלֵא בָּא לְכֻלְל מְצוֹת דְּז"א דְהָא הַשִּׁיב בְּש"ס עַל זֶה דִּישׁ לְנוּ ג"כ טַעַם לְחַיִּיב קִטְוֹן פִּינּוּ דְנִהְרָג עַל שֵׁם סוּפוּ וְלִזְה הַנְּצָרָה לִילָף מְוֹפֵי יְהִיָּה לְאִישׁ בְּן אָכֹן הַשְׁתָּא מְקֻשִׁים הַתּוֹס' דְּאַפְתִּי מְקָרָא זֶה לֹא מוֹכַח מִיַּדִּי דְתוֹקְמִי סְמוּךְ מִבְּן י"ב שְׁנָה וּי"א עַד בְּן י"ג שְׁהִבִּיא ב' שְׁעָרוֹת וְלֹא נִימָא בְּן הַסְמוּךְ לְגְבוּרְתוֹ שֶׁל אִישׁ דְּמִשְׁמַע עַד שְׁיִקְרֵי זְקוֹן הַתְּחַתּוֹן דְּזֶה מִשְׁמַע גְּבוּרְתוֹ שֶׁל אִישׁ אֲלֵא בְּן הַסְמוּךְ לְאִישׁ וְאֵהָא תִּירְצוּ הַתּוֹס' דְּלְאִישׁ מִשְׁמַע לְשׁוֹן גְּבוּרָה שֶׁל אִישׁ דְּהִינּוּ הִיקְרֵי זְקוֹן הַתְּחַתּוֹן אָכֹן ע"ז הַקְּשׁוּ דֵּא"כ ל"ל טַעַמָא דְּמִתְנִיתֵן דְּשְׁלֵא בָּא לְכֻלְל מְצוֹת דְּבִשְׁלֵמָא בל"ז לֹא יִקְשֶׁה תִּיקְרֵי אֲתִירוּץ דְּר"י א"ר הֵכִי דִּי"ל דְּאַצְטְרִיף לֵהָד טַעַמָא פִּי הִיכִי דְלֹא נְחַיִּיב קִטְוֹן מִטַּעַמָא דְנִהְרָג עַל שֵׁם סוּפוּ וְנוֹקִי קָרָא דְכִי יְהִיָּה לְמוֹפֵלָא סְמוּךְ לְאִישׁ אָכֹן לְאַחַר שְׁהַקְּשׁוּ הַתּוֹס' דְּבִאֲמַת נִימָא הֵכִי דְמֵאִי אֲוֹלְמָא הָד טַעַמָא דְּמִתְנִיתֵן מֵהָד טַעַמָא דְנִהְרָג עַל שֵׁם סוּפוּ וְתִירְצוּ דְלְאִישׁ מִשְׁמַע לְשׁוֹן גְּבוּרָה הַקְּשׁוּ שְׁפִיר א"כ טַעַמָא דְּמִתְנִיתֵן ל"ל וְאֵהָא תִּירְצוּ דְאַף דְּמִלְאִישׁ מִשְׁמַע שְׁחַיִּיב עַד זְמַן גְּבוּרָה שֶׁל אִישׁ וְלֹא עַד שְׁיָבִיא ב' שְׁעָרוֹת דְּנוֹקָא מ"מ ה"א דְּכִבֵּר הַתְּחִיל זְמַן חִיּוּבוֹ קוֹדֵם שְׁהִבִּיא ב' שְׁעָרוֹת מַעַת שְׁיִקְרָא מְוֹפֵלָא סְמוּךְ לְאִישׁ וְאֵהָא קְאָמְרוּ דְאַף דְּהִנּוּ יוֹתֵר מִג' חֲדָשִׁים וְא"כ לֹא שְׁיָיֵךְ לְמִדְרַשׁ בְּן וְלֹא אָב מ"מ שְׁיָיֵךְ לְמִדְרַשׁ בְּן בְּזִמְן גְּדֻלוֹת.

וְהִנֵּה וּדְאִי שְׁהִיּוּ יְכוּלִים לְתַרְזֵן ג"כ דְהָא הָד קָרָא לֹאוּ יְתוּרָא הוּא דְדַרְשִׁינוּ מְנִיָּה בְּן וְלֹא אָב אֲלֵא מִמִּשְׁמַעוֹתָא דְרִשְׁיָנוּ הֵכִי אֲלֵא דְעַדִּיפָא מְזֵה מְשַׁנֵּי דְגַם אִי הִנֵּה דְרִשְׁיָנוּ סְמוּךְ לְגְבוּרְתוֹ שֶׁל אִישׁ הֵכִי ג"כ הוּי מְצִינּוּ לְמִדְרַשׁ בְּן וְלֹא אָב וְכֹן צ"ל ע"כ מְדֻלָּא פְתַבוּ הַתּוֹס' תִּיקְרֵי הֵכִי מְקוֹשְׁיָא קְמִייתָא שְׁהַקְּשׁוּ אִימָא שְׁנָה שְׁלַפְנֵי גְדֻלוֹת אִיף אֲפֹשֶׁר לוֹמַר בְּן דֵּא"כ בְּן וְלֹא אָב ל"ל וּבְזֵה לֹא שְׁיָיֵךְ מֵהַ שְׁתִּירְצוּ לְבַסּוּף פִּינּוּ דְלִפִּי קוֹשְׁיָא זֹו לֹא יִתְחַיִּיב רַק בְּקִטְוֹנוֹתוֹ וְע"כ צ"ל כַּמ"ש וְע' בְּמִהְרָשׁ"א שְׁהֶאָרִיף בְּבִיאוֹר דַּעַת הַתּוֹס' וְהַנְּרָאָה לַפַּע"ד פְּתַבְתִּי: שָׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה קִטְוֹן אִי אֲתָה.

מֵהֵיחָא דְמַעְרִימִין עַל מַעְשֶׁר שְׁנֵי: פִּי דְאִי רַק מְדַרְבְּנָן אָבֵל מְדְאוֹרֵייתָא לֹא א"כ מְדְאוֹרֵייתָא אִין מַעְשֶׁר זֶה פְּדוּי וְנֶאֱכָל בְּלֹא פְדִיוֹן חוּץ לִירוּשָׁלַיִם אָכֹן בְּזֵה אֲפֹשֶׁר לוֹמַר דְלֹא רְצָה לְמִיבְעֵי לְמ"ד זֶה דִּי"ל דְּסוּבֵר כַּמ"ד בִּיבְמוֹת (דָּף פ"ט ע"ב) דִּישׁ פַּח לְחַכְמִים לְעַקוֹר דְּבַר מִן הַתּוֹרָה אֲפִילוּ בְּקוּם וְעֵשָׂה וְלָכֵן אָף דְּמְדְאוֹרֵייתָא אִין לוֹ זְכִי מ"מ יֵשׁ פַּח בְּיַד חַכְמִים לוֹמַר דִּישׁ לוֹ זְכִיָּה וְשְׁבַמְעֶשֶׁר פְּדוּי הוּא וְלָכֵן נִיחָא לִיָּה לְהַקְּשׁוֹת לְמ"ד דְּגַם מְדַרְבְּנָן אִין לוֹ זְכִיָּה לְאַחֲרִים וְכַה"ג תִּירְצוּ גַם הַתּוֹס' בְּכַתְּוָבוֹת (דָּף י"א ע"א) דְר"ה סוּבֵר כַּמ"ד הַנְּ"ל ע"ש: שָׁם בַּא"ד.

א"נ בְּמַעְשָׂה יְדִיו: ק"ק פִּינּוּ דְהַשְׁתָּא לְפִי הָד שִׁטָּה קְיָיִמִין דְקִטְוֹן אִין לוֹ זְכִיָּה מִן הַתּוֹרָה פְּלֵל דְאִי יֵשׁ לוֹ לֹא נְצָרָה לְאוֹקְמָא בְּמַעְשָׂה יְדִיו דְּנוֹקָא וְאִי אִין לוֹ א"כ שְׁכַר מְלֹאכְתוֹ מֵאִן מְזַפֵּי לִיָּה: שָׁם בַּא"ד.

וְאִין נְתִיבַת קִטְוֹן פְּלוּם: אָף דְתַנּוּן בְּשָׁבוּעוֹת (דָּף מ"ב ע"א) דְנִשְׁבְּעִין לְקִטְוֹן וּמוֹקְמִין לִיָּה הֵתָם בְּטוֹעֵנוּ מִשׁוּם אָבִיו זֶה דְּנוֹקָא לְמָאן דְאִית לִיָּה שָׁם דְּהִנּוּ פְּמַשִּׁיב אֲבָדָה וּפְטוֹר וְלֹא לְרַבְּנָן דְּפִסְקִין בְּנוֹתִיָּהוּ וְכֹן הִחְלִיט גַם הַרְמְב"ם בַּפ"ה מֵה' טוֹעֵן דְלַעוֹלָם אִין נִשְׁבְּעִין עַל טַעֲנַת קִטְוֹן אָכֹן הָרַב הַמַּגִּיד בַּפ"ב מֵה' שְׁכִירוֹת הִבִּיא בְּשֵׁם הָרַב ר"י מִיגֵשׁ דְשָׁבוּעַת

שומרים נשבעים לקטן מן התורה א"כ בלא"ה מתורץ קושית התוס' דיש לאוקמא בנשבע לו שבועת שומרים שחייב לו מדאורייתא: שם בא"ד.

אבל ע"פ עד א' נשבעין: אכן לא כן דעת הרמב"ם בה' טוען הנ"ל דכתב בפ"י שם דגם בהעדר עד א' אין נשבעין לקטן ולכאורה מוכח פדבריו מדמקשינן בשבועות (דף מ"ב) שם מהו דאין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן אהו דאבל נשבעין לקטן ומאי קושיא לוקמא הו דאבל נשבעין בהעדר עד א' ואף דגם לשיטת הר"י מיגש הנ"ל יש להקשות כן דלוקמי בשבועת שומרים בזה י"ל דדחיק ליה לאוקמא רישא במלנה וסיפא בשומרים דוקא אבל אי נוקמי סיפא גבי העדר עד א' שפיר איירי במלנה ג"כ דומיא דרישא אע"כ דגם בהעדר עד א' אין נשבעין וע' ב"ר"ן ב"מ ש"כ ליישב קושית התוס' דלקמן ובתירוצו מתורץ גם קושיא זו אף שלא הזכירה בדבריו: שם בא"ד.

כגון שנתגיירה אמו כשהיא מעוברת: ק"ק דלכאורה יש להבין אמה שכ' התוס' לעיל גרים האיך מטבילים אותן אלא פינן דזכייתו וידו באין כא' שאני דאפתי קשה איך זכין לו ע"י מילה הא אז עדיין אין לו יד דאינו גר עד שימול ויטבול ולא שנייה לענין מילה באין כא' אף דז"א דהא הזכיה היא דוקא שזוכה בדין יהודי וזכיה זה לא באה לו רק בטבילה שהיא לבסוף ואז באה לו ג"כ היד והתוס' נקטו טבילה מפני שהיא לבסוף וכה"ג כ' בשיטה מקוננת בכתובות (דף י"א) בשם הרשב"א אמה דאמרינן שם דגר קטן מטבילין ע"פ ב"ד דזכין לאדם שלא בפניו דלמה לא נקט ג"כ מלין אותו ע"פ ב"ד מהו טעמא ותירץ דנקט טבילה שהיא לבסוף ובה הני הזכיה אכן קשה דלפ"ז מאי תירצו התוס' דגם אי קטן לית ליה זכיה מ"מ משפחת דהוי גר מן התורה כשנתגיירה אמו כשהיא מעוברת דמה בקו דהא אפתי לא הוי גר עד שימול אף שטבול כבר אגב אמו וכן מוכח ממה שכתבו התוס' גופייהו ביבמות (דף מ"ז רע"ב) בד"ה מטבילין ע"ש וא"כ אין לו זכיה עד שימול ואפתי קשה איך זכין לו מן התורה וצ"ע: שם בא"ד.

וקדושיו קדושין ובניו חולצין ומיבמין: ק"ק הא כשקדושיו קדושין ובניו מיבמין כבר נעשה גדול וכיון שגדל שעה א' ולא מיחה שוב אינו מוחה דבגדלותו הוא מקבל כמ"ש התוס' גופייהו לקמן וא"כ איך משפחת לעולם דעקרו רבנן דבר מן התורה בקום נעשה דהא כשהוא קטן אפתי אינו במצות מן התורה וכשנעשה גדול אז אין גירותו מצד זכיית בית דין אלא מצד עצמו שקבלו עתה ושפיר הוי גר מן התורה: שם בא"ד.

היינו קבלה: ולפ"ז לא נעשה גר נדאי עד שגדל ולא מיחה ומה שאמר ר"ש דגירות פחות מבת ג' כשרה לכהונה היינו לכי גדלה וכדאמרינן בכתובות (דף י"א ע"א) לענין פתובת מאתים: שם דף ס"ט ע"א בגמרא ואמר רחמנא איש: ולא פתיב ואם אין לו גואל וכמו שפירש רש"י וא"ל דרב חסדא דסבר קטן מוליד האי איש מאי עביד ליה די"ל דדריש ליה למעט גירות דבב"ק (דף ק"ט ע"ב) דרבינא מפעל ליה שם אי נדרוש להכי ופשיט ליה דאצטריו לדרשה דרבה וכיון דלר"ח לא מצרכינן להכי שפיר י"ל דדריש לי למעט אשה או דסבר דאורחא דקרא הוא: שם איש אתה צריף לחזור: אף דהתוס' כתבו לעיל דלאיש משמע לשון גבורה דהיינו משיקרי זקן המתחנן והכא פתיב לאיש וא"כ ע"כ נמעט מני' גם איש שהביא ב' שערות ולא הקיר זקן וזה נדאי מוליד ואיך שנייה למדרש דרשה זו פלל די"ל דהתוס' לא כתבו פן אלא גבי בן סורר ומורה דהוי מצי

למִיכְתָּב אִישׁ כְּדַאֲמַרִּינּוּ בְּגִמְרָא וְהִבִּיאוּ רֵאֵיָה מְנַהֲאִישׁ לְאִישׁ דְּהוּי מְצִי לְמִיכְתָּב ג"כ אִישׁ
וּכְתִיב לְאִישׁ דְּמִשְׁמַע מְזָה דְּלֵאִישׁ דְּנֻקָּא מִשְׁמַע לְשׁוֹן גְּבוּרָה אֲבָל הֵכָא דַּע"כ צְרִיף לְכַתְּוֹב
לְאִישׁ דְּהַלְמ"ד הוּא הִיחֹס לֹא שְׁיִיף לְמִינְדְּרֵשׁ לְאִישׁ לְשׁוֹן גְּבוּרָה: שֵׁם ת"ל וְאִישׁ: ק"ק
שְׁבַשְׁלָמָא לְדַעַת הֶרְמֵב"ם (בפ"ג מה' אִסּוּרֵי בִיאַה) דְּקִטּוֹן מְבִיא קְרָבָן י"ל דְּאֶצְטְרִיף קְרָא
דְּחִיב בְּקְרָבָן אֲבָל לְדַעַת הֶרְאָב"ד שֵׁם דְּאִינוּ מְבִיא וְגַם הִיא אֵינָה לֹוֹקָה א"כ קְרָא וְאִישׁ
לְרַבּוֹת קִטּוֹן לְמֵאִי אֲמִי וצ"ע: שֵׁם בֵּן וְלֹא אָב הִיכִי דְּמִי: א"ל דְּהָא מִשְׁפַּחַת לָהּ כְּשֶׁהִפִּילָהּ
אֲשֵׁתוֹ לְאַחַר מ' יוֹם וְאִף שֶׁהִנְלֵד אִינוּ בֵּן קִיָּמָא אֲזֵי מַה בְּכָף הָא גַם כְּשֶׁמְתַרְץ דְּלְאַחַר ג'
חֲדָשִׁים מְקַרִי רְאוּי לְהִיּוֹת אָב אִף שְׁגַם אֲזֵי עֲדִינּוּ אִינוּ ב"ק דו"א דְּוִדָּאִי לֹא מְקַרִי אָב אֲלֵא
כְּשֶׁהִנְלֵד ב"ק רַק לְפִי ס"ד הַשְׁתָּא דְּבַעֲיָנוּ שְׁיִהְיֵי עֵתָה אָב לֹא מִשְׁפַּחַת אֲלֵא לְאַחַר ט'
חֲדָשִׁים וּלְפִי מַה דְּמְתַרְץ שְׁרְאוּי לְהִיּוֹת אָב הִיָּינוּ שְׁרְאוּיִן עֵתָה שְׁרְאוּי לְהִיּוֹת אָב לְאַחַר
ט' חֲדָשִׁים שְׁיִהְיֵה לּוֹ ב"ק אֲזֵי אֲבָל עֵתָה בְּאַמַּת אִינוּ אָב עֲדִינּוּ וְלִכֵּן א"ש הָא דְּלְפִי הָאֲמַת
לְיִיף ר' פְּרוֹסְפָדָּאִי מִבֵּן וְלֹא אָב דְּכָל יָמָיו שָׁל בְּסו"מ אִינָם רַק ג' חֲדָשִׁים וְלָמָּה לֹא לְיִיף
מ' יוֹם דְּנֻקָּא דְּהָא לְאַחַר מ' יוֹם כְּבָר רְאוּי לְהִיּוֹת נִיפָר שְׁיִהְיֵי אָב כְּגוֹן אִם הִפִּילָהּ אֲבָל
לפ"ד א"ש דָּאֵם הִפִּילָהּ לֹא מְקַרִי עוֹד רְאוּי לְהִיּוֹת אָב: שֵׁם זִיל בְּתַר רַבָּא: א"ל אֵהָא
דְּאֲמַרִּינּוּ בִּיבְמוֹת (דָּף ק' ע"ב) מִי שְׁלֹא שְׁהֵתָה אַחַר בְּעֵלָהּ ג' חֲדָשִׁים וּנְשָׂאָה וְיִלְדָה כּו'
ע"ש דְּלְכָל מְיֻלֵי דְּיִינִינּוּ לִיהַ כְּסָפֵק וְלָמָּה לֹא אֲזַלִּינוּ שֵׁם בְּתַר רַבָּא דִּי"ל לְפִי מַה דְּאֲמַרִּינּוּ
שֵׁם (דָּף ל"ז ע"א) רִנּוֹב הַיּוֹלְדֵת לֹט' עֲוֹבְרָה נִיפָר לְשִׁלִּישׁ יָמִים וְהִיא מְדֵלֵא הַנּוֹכַר לְשִׁלִּישׁ
יָמִי אֵיתְרַע לָהּ רַבָּא גַם כָּאֵן א"ש דְּהֵכָא מְסַתְמָא אֲמַרִּינּוּ דְּאֲזַלִּינוּ בְּתַר רַבָּא וְיּוֹלְדֵת לֹט'
הוּי אֲבָל הֵתָם דְּלֹא הַנּוֹכַר עֲוֹבְרָה הוּי סָפֵק דְּאֵיתְרַע לָהּ רַבָּא: שֵׁם וּבְדִינֵי נְפֻשׁוֹת מִי אֲזַלִּינוּ
בְּתַר רַבָּא: קְשָׁה דְּמִי ס"ד דְּלֹא אֲזַלִּינוּ גְּבִי בֵּן סוֹרֵר וּמוֹרָה בְּתַר רַבָּא דֹא"כ כִּי מִיָּיתִי ב'
שְׁעָרוֹת בֵּן י"ג שָׁנָה לָמָּה נַעֲשָׂה בֵּן סוֹרֵר וּמוֹרָה נִיחוּשׁ שְׁמָא כְּבָר הִבִּיא קוֹדֵם לְכֵן וּנְשָׂרוּ
דְּהָא בְּדוֹרוֹת הֶרְאִישׁוֹנִים הִבִּיאוּ סִימְנִים וְהוֹלִידוּ בַח' וַא"כ כְּבָר עֲבַר הַזְּמַן הֶרְאוּי לְקִירוֹתוֹ
אָב אַע"כ דְּאֲזַלִּינוּ בְּתַר רַבָּא וְהַמּוֹלִידִים בַּח' הֵם מִיעוּטָא כַּמ"ש הֶר"ן וַא"כ ע"כ דְּאֲזַלִּינוּ
בְּבֵן סוֹרֵר וּמוֹרָה בְּתַר רַבָּא וַא"ל דְּבַכָּה"ג הִיכִי דְּלִיפָא לְמִשְׁפַּחַת דִּין תּוֹרָה בְּעִנְיָן אַחַר
וִדָּאִי אֲזַלִּינוּ בְּתַר רַבָּא וְהֵכָא לֹא קִמְבְּעֵי אֲלֵא הִיכִי דְּמִשְׁפַּחַת דִּין תּוֹרָה בְּלֹא דְּאֲזַלִּינוּ בְּתַר
רַבָּא וַכַּמ"ש הֶר"ן דְּהָא גַם הֵכָא מִשְׁפַּחַת דִּין תּוֹרָה שְׁיַעֲשֶׂה בֵּן סוֹרֵר וּמוֹרָה וִדָּאִי כְּגוֹן
שְׁהִבִיא סִימְנִים בַּח' דְּוִדָּאִי נַעֲשָׂה אֲזֵי ג' חֲדָשִׁים בֵּן סוֹרֵר וּמוֹרָה דְּקוֹדֵם לְכֵן וִדָּאִי לֹא נַעֲשָׂה
גְּדוֹל דָּאִין רְאוּי לְהוֹלִיד וְאֵפְתִי מַנ"ל דְּגַם בֵּן י"ג שְׁהִבִיא ב' שְׁעָרוֹת נַעֲשָׂה בְּסו"מ אִי לֹא
דְּאֲזַלִּינוּ בְּתַר רַבָּא וִי"ל דְּוִדָּאִי בַכָּה"ג אֲזַלִּינוּ בְּתַר רַבָּא וְלֹא מוֹקְמִינוּ דִּין תּוֹרָה דְּבֵן
סו"מ בְּמִיעוּטָא דַּב"ח אֲלֵא בְּרוֹב דְּבִי"ג אֲבָל הֵכָא דְּמַצִּינוּ לְאוֹקְמָא בְּרַבָּא וּמִיעוּטָא דְּהִיָּינוּ
דְּבִין בְּשַׁעַת רַבָּא בֵּין בְּשַׁעַת מִיעוּטָא לֹא נַעֲשָׂה בֵּן סו"מ בַּכָּה"ג שְׁפִיר מְסַתְפַּר שְׁלֹא נִלְדָּה
בְּתַר רַבָּא דְּנֻקָּא אֲלֵא גַם בְּתַר מִיעוּטָא: שֵׁם וַאִי ס"ד לֹא אֲמַרִּינּוּ זִיל בְּתַר רַבָּא: ק"ק
דְּהָא ר"מ הוּא דְּאֵית לִי לְעִיל (דָּף מ' ע"א) דְּעֵדוּתָן קִיָּמַת דְּרַק אֲסִיפָא דֹא' אוֹמֵר בַּג' וַא'
אוֹמֵר בַּה' פְּלִיג וְאוֹמֵר דְּעֵדוּתָן בְּטֵלָה דְּהִיָּינוּ לְעִנְיָן שְׁעוֹת וּמְדַכְתִּיב דִּין זֶה בְּסִיפָא דְּהָךְ
דְּשָׁנִים בְּחוֹדֵשׁ מִשְׁמַע דְּבַהֲכִי מוֹדָה וְכֵן אֲמַרִּינּוּ בִּיבְמוֹת (דָּף ק"א ע"ב) וְהָךְ עֵדוּתָן בְּטֵלָה
הִיא ר"מ כְּנֶרְאָה בְּפִסְחִים (דָּף י"א ע"ב) וַא"כ לר"מ דְּסִבְר דְּחִיָּישִׁינוּ לְמִיעוּטָא הִיכִי
דְּאֲפֻשֵׁר כְּדַאֲמַרִּינּוּ בְּחוֹלִין (דָּף י"א ע"ב) לְדִידֵי קְשָׁה אֵימָא דְּאֲכַחוּשִׁי אֲפַחְשִׁי אֵהְדִידִי
וְלָמָּה עֵדוּתָן קִיָּמַת וּבְשִׁלְמָא מַהֲךְ דַּר' פְּרוֹסְפָדָּאִי ל"ק אֲלִיבָן דִּי"ל דַּר"כ אֲלִיבָא דִּינָן

קאָמער דִפּֿסקינען פֿרֿבֿנען וּלר"מ פֿאַמט אינו נעֿעֿשע בסו"מ עד ב' חֿדָשִים וּשְׁלִישׁ וְכֵן מֵהָרַף מִתְּנִיתֵן דְּבַת ג' שָׁנִים ל"ק אַלְיָבִי דְהָא לְפִי הָאָמֶת דְּמוֹקְמִינוּ בְּקַבְלָה עַלְלוּנָה בְּלֵא"ה א"ש.

וּלְפִי הַס"ד דְּש"ס פֿאַמֶת י"ל דְּלֵא אֶתְיָא כּר"מ דְּבֵלֵא"ה פֿכֿר פֿתְּבוּ הַתּוֹס' לְעִיל (דָּף ס"ו ע"ב) דְּלֵא אֶתְיָא אַלְיָבִי אָבֵל מֵהֶכָּא קִשְׁיָה וי"ל דְּיֵשׁ פֿאַן ב' מִיעוּטִים הַמִּיעוּט אֵינָם טוֹעִים בְּקַבְיֵעָא דִּירְחָא וְהַמִּיעוּט עֲדִים שְׂפָאִים לִב"ד הֵם עַדִי שְׁקֵר דְּוַדַּי מִחֻקִּינוּ אוֹתָן בְּחֻזְקָת פֿשָׁרִים שְׁלֵא יִשְׁקֵרוּ וּבְמִיעוּטָא דְּמִיעוּטָא מוֹדָה ר"מ פֿדָאָמְרִינוּ בִּיבְמוֹת (רִישׁ פ' הָאִשָּׁה שְׁהֵלָה) וּמ"מ מִיִּתִי שְׁפִיר רֵאָיָה דְּאֶזְלִינוּ בְּתֵר רַבָּא פִּינוּ דְּלֵדִידֵן בְּכ"מ לֵא חִיִּישִׁינוּ לְמִיעוּטָא וְאִי מִשׁוּם וְהַצִּילוּ הָעֵדָה נִיחּוּשׁ גַּם בְּמִיעוּטָא דְּמִיעוּטָא נִיחּוּשׁ דְּהָא שְׁיָיָה ג"כ הָרַף טַעֲמָא דְּוַהֲצִילוּ הָעֵדָה גַּם א"ל מֵאִי מִיִּתִי רֵאָיָה מִשְׁם דְּלֵמָּא הֵתָם דְּאִיפֵּא חֻזְקָה בְּהֵדָה דְּוִקָא דְּמוֹקְמִינוּ הָעֲדִים אַחֲזָקָת פֿשָׁרוֹת דְּהָא נֶגְדַּזְה גַּם אוֹתוֹ שְׁהַעֲדִידוּ עַלְיוּ יֵשׁ לוֹ חֻזְקָה זֶה: שְׁם פֿרֿש"י ד"ה וְכִי יִזְיָדוּן.

וְלֵא פֿתִיב וְכִי יִרְשִׁיעַ: וְאַף דְּתַנָּא דְּבִי חֻזְקָה גּוֹפֵּא יְלִיף מֵהָרַף וְכִי יִזְיָד לְעִיל (דָּף מ"א רע"א) דְּבַעֲיָנוּ הַתְּרָאָה מ"מ גַּם אִי הָנָה פֿתִיב וְכִי יִרְשִׁיעַ ג"כ הָנָה מִשְׁמַע הֵכִי לְפִי ב' פֿירוּשֵׁי רִש"י שְׁם אָכֵן בְּלֵא"ה הָנָה מְצִי רִש"י לְפֿרֿשׁ דְּדִרְיָשׁ דְּרִשָּׁה דְּהֶכָּא דְּאִישׁ מִיְּנִתֵּר דַּס"ד בְּרִצִּיקָה אִישׁ וְלֵא אִשָּׁה וְגַם לְמַעוּטִי קֶטֶן ל"צ דְּאִינוּ ב"ע בְּכ"מ וְלָכֵן ע"כ אֶתְיָא לְהָרַף דְּרִשָּׁה לְכַתּוּב גַּם לְשׁוֹן יִזְיָד וְלִדְרוּשׁ אִישׁ מִזִּיד אָף דְּלִפ"ז ק' לר"ח דְּסִבֵּר קֶטֶן מוֹלִיד הָרַף אִישׁ מֵאִי עֲבִיד לִי דְּבִשְׁלָמָא הָא דְּלֵא פֿתִיב יִרְשִׁיעַ י"ל דְּלֵא דְּיִיק הֵכִי דְּמֵאִי נִפ"מ בְּזָה אָבֵל הָרַף יִתּוּרָא דְּאִישׁ קִשְׁיָה אַלְיָבִי: שְׁם בְּד"ה הַקִּיף.

וְנִפְקָא לֵן מִדְּתַנָּא דְּר"י בֵּן: א"ל דְּאַפְתִי לְמ"ד בְּנֵדָה (דָּף ל"ח ע"א) דְּשְׁפוּרָא גְרִים א"כ אֶפְשָׁר לְהִיּוֹת שְׁלִישׁ יְמֵי לִב' חֿדָשִים וּשְׁלִישׁ אֶפְיָלוּ בְּיּוֹלְדָת לִט' וְעַכ"פ לִיפֵּא פֿאַן ט' חֿדָשִים דְּאַפְיָלוּ פֿשְׁנַתְעַבְרָה בְּר"ח נִסָן פֿשְׁהַגִיעַ ר"ח פֿסְלִיו פֿלוּ הַט' חֿדָשִים וְאִין פֿאַן רַק ב' חֿדָשִים וּשְׁנֵי שְׁלִישִים וְכַש"כ פֿשְׁנַתְעַבְרָה סוּף נִסָן דִּי"ל דֵּר' פֿרוּסְפֵּדַי לֵא ס"ל פֿהָרַף תַּנָּא אֵלֵא פֿשְׁמוּאַל שְׁם דְּסוּבֵר פֿחֶסֶדִים הֵרֵאשׁוּנִים דִּיּוֹלְדָת לִט' אֵינָה יּוֹלְדָת לְמִקְוֹטְעִין וְלְמ"ד דְּשְׁפוּרָא גְרִים אִי סִבֵּר ג"כ הָרַף דְּרִשָּׁה בֵּן וְלֵא הֵרֵאשׁוּי לְקִרְוֹתוֹ אָב פֿאַמֶת אִינוּ בֵּן סו"מ אֵלֵא בְּב' חֿדָשִים וּשְׁלִישׁ אוּ שְׁנֵי שְׁלִישִים: שְׁם ע"ב בְּגִמְרָא וְאַמֵּי אִימָא אֵילּוּנִית הִיא: ה"ה דְּהָנִי מְצִי לְהוֹכִיחַ ג"כ הֵכִי מֵהָא דְּתַנָּא לְעִיל (דָּף ס"ו ע"ב) וּמֵתוּ גַם שְׁנֵיהֶם עַד שְׁיָהִיו שְׁנֵיהֶם שְׁוִים פִּי בְּנֵי עוֹנְשִים לְפִי פִי רִש"י וּל"ל קָרָא לְהֵכִי פֿשִׁטָּא דְּפִטוּר דְּלֵמָּא אֵילּוּנִית הִיא וּבְזָה לֵא שְׁיָיָה פֿתִירוּץ הַש"ס לְעַנְנֵן קֶרְבֵּן דְּהָא וּמֵתוּ גַם שְׁנֵיהֶם בֵּא"א לְגַבִּי מִיִּתָּה פֿתִיב אָכֵן נִיחָא לִי לְהִבִּיא רֵאָיָה מִמִּתְּנִיתֵן וּלְפִי הָאָמֶת דְּקַבְלָה עַלְלוּנָה גַם פֿאַן א"ש: שְׁם בְּבָא עַלְיָה אֲבִי: נֶקֶט אֲבִי דְּוִקָא דְּכָל קוֹרְבוֹת דְּמְצִי לְמִשְׁפַּח בְּקֻטְנָה בְּלֵא אִישׁוֹת הֵם בְּתוֹ בְּתוֹ בְּתוֹ בְּתוֹ בְּתוֹ בְּתוֹ בְּתוֹ בְּתוֹ וְכוּלְהוּ לְתֵא דְּשֵׁם אָב הֵם: שְׁם דְּקַבְלָה עַלְלוּנָה: לִפ"ז הָא דְּקַמְבַּעֲנִי לִיהָ לְעִיל (דָּף ס"ו ע"ב) הֶבֵּא עַל הַקְּטָנָה מֵאֲנֹרְסָה לְר"מ מֵהוּ לְגִמְרֵי מִמַּעַט לֵה אוּ מִסְקִילָה כּו' צָרִיף לְפֿרֿשׁ דְּמַבְעֵנִי לִי הִכִי דְּקַבְלָה עַלְיָה דְּאִי לֵא"ה לְר"מ פֿטוּר לְגִמְרֵי דְּחִיִּישׁ דְּלֵמָּא אֵילּוּנִית הִיא פִּינוּ דְּחִיִּישׁ לְמִיעוּטָא א"כ אִין פֿאַן חִיּוּבָא דֵא"א פֿלָל: שְׁם פִי אוֹלְדָה הָרֵן לְשָׁרָה בְּתַמְנֵי אוֹלִידָה: הַקְּשָׁה מֵהֶרֶשׁ"א דֵא"כ לְיָדוּק מְנִי דְּבִז' וּד' חֿדָשִים אוֹלִידוּ דְּהָא אִיפֵּא ח' דְּעִיבּוּרָא דְּשָׁרָה גַם הַקְּשָׁה הַמֶּהֶרֶשׁ"א לְמָה נֶקֶט אֲבָרְהָם גְּדוֹל מִנְחֹר שְׁנָה וְכֵן נִחֹר מֵהָרֵן וְלֵא ח' חֿדָשִים

כזמן העבור ומה שתיגרץ שאין דרך להתעבר וילד בפחות משנה הוא דונק קצת דהא מצינו דפליגי ב"ש וב"ה במפלת לאור שמונים וא' אלמא דיכולה להתעבר תיכף ללידתה לכן נ"ל דבאמת שנה דקאמר ל"ד אלא מדרוב שנה הוא לא דק ושנה קרי' לי' ולא היו אלא ח' חדשים דקשיש אברהם מנחור וכן נחור מהרן וא"כ פשהוליד הרן לשרה פשהגי' אברהם בן ט' וד' חדשים הי' הרן אז בן ח' וכשנולדה שרה הי' אברהם בן י': שם אלא מהקא ובצלאל: הא דלא מיימי קרא דבצלאל ברישא היינו משום דדרך הש"ס הכי דבתחלה מיימי אותן שיש להשיב עליהם ואח"כ אותן שאין להשיב אכן לעיל צ"ב למה הקדים הך דבת שבע לקרא דאברהם הפתוב בתורה וי"ל דהוי ניקא לי' למיימי מבת שבע דהתם הוי ג' שילדו בזא"ז לח' שנים ומהרן אינה ראיה כ"כ דלא הוי אלא א' אבל מב"ש דהוי ג' וג' פעמים בכ"מ הוי חזקה: שם ב"רש"י ד"ה פסלה מן הפהונה.

מיהו מיתה לא מיימיבו כגון שלא התרו בהו: הא דלא פי' בקיצור כגון שהיא היתה שוגגת או אנוסה וכן הוי משמע לכאורה מדנקט פסלה מן הפהונה ואי ברצון למה אשמעינו דוקא לענין פהונה לשמעינו אפילו גבי ישראל ולאנסרה על בעלה משום דהמסוללת בבנה לרצון משמע אף מה שפכתו לא מיימיבו כגון שלא התרו בהו צ"ב דהא הבעל פשיטא דאינו חייב דקטן הוא ואינו ב"ע: שם בתוס' ד"ה דל תרתי שני.

ותימה גדולה פי': אכן מלבד קושית התוס' עוד יש לתמונה אפירוש זה דכ' מימי נדות וטהרה דימי טהרה מאן דכר שמי' הא אז מותרת לשמש נרק ז' ימים טמאה לזכר והם כמו נדת דותה ודונק לומר דימי טהרה דקאמר הם ז' נקיים הא זה ל"צ דין תורה רק גבי זבה וזה לא שכיח ברוב נשים וגם רש"י לא הזכיר פלוג' מימי זיבה גם ק' לפי פי' זה דהא לקמן גבי בצלאל קאמר ג"כ הכי דל תרתי שני דתלתא עבורא ונהרי אז עדיין לא נתנה התורה ולא היה דין נדות כלל ולכן נלע"ד דכוננת רש"י הוא פנין דאמרין בנדה (דף ח' ע"ב) אין אשה מתעברת אלא סמוך לוסתה וגם אית לן דסתם וסת הוא מל' יום לל' יום וא"כ אין אשה ראיה להתעבר רק מל' יום לל' יום וזה נדאי דונק לומר דבכל פעם שנעשה א' בן ח' אשתו היתה סמוך לוסתה שהיתה ראיה להתעבר מיד ולכן צריכין אנחנו חדש לתלות דהיינו אם גם היתה אשתו בתחלת נדה אז שלא היתה ראיה להתעבר עד פלות חדש שלם דהיינו ימי נדה וטהרה עד סמוך לנדה אחרת מ"מ שפיר משפחת שהי' נולד לו ולד עכ"פ ח' חדשים אחר פלות לו ח' שנים והיינו מש"כ רש"י חדש של ימי נדות וטהרה וזה שייך בכל זמן גם קודם שנתנה התורה.

א"ע ראיתי ברש"י יבמות (דף ס"ד ע"ב) דכתב רש"י בפי' פנונתו כזה ע"ש והוא נלע"ד הנכון בישוב קושית התוס' ומתורצים קושית התוס' פנ"ל. ועוד יש לפרש הך וטהרה משום דאיכא חד מ"ד שם דסמוך לטבילה דהיינו סמוך לטהרה נתעברה וזה ג"כ מחדש לחדש אחר שפסקה מנדה ופי' רש"י אליבא הב' מ"ד וגם גבי בצלאל שייך זה אף דלא הי' טבילה אז דהכל תלוי בפסיקה מנדה דהא ילדו גם אז: שם בא"ד.

לכך נראה: לולא פי' רש"י ותוס' זה היה נלפענ"ד לפרש בפשטות דלכאורה קשה עדיין אש"ס דילן פנין דלעיל אמרינן דרוב נשים לט' יולדות ואלימא טעם זה שאפילו להחמיר ולדון דנ"פ אמרינן פן א"כ בנדאי הי' לנו לומר הקא דהני ג"כ לט' ילדו והיו מולידים בני ח' פחות חודש ולכן נ"ל דבאמת סבר הכי רק פדי להמציא החשבון רצה לומר כמ"ד

שיפורא גרים בנדה (נ"ח ל"ח ע"א) וילדיה משפחת יולדת לט' בז' חדשים ושני ימים כגון נתעברה סוף אדר וילדה תחלת מרחשון או לח' חדשים כגון נתעברה באמצע אדר וילדה באמצע מרחשון או לט' חדשים כגון נתעברה תחלת אדר וילדה סוף מרחשון ולכן נקטינו מסתמא הממוצע בין שניהם פי זה ודאי שכית יותר מתחלה וסוף ובאמת נקטינו אליבא דמ"ד דיוולדת לט': שם בד"ה אלא דרר חכמתו.

וקרא קחשיב שם וחס ויפת: וא"ל דלמא חס הי' גדול מיפת וחשיב חס ויפת דרר גדולתו כיון דליבא הפרש כולי האי בחכמתו דהא קאמרין לקמן יפת הגדול שבאחיו היה ואפתי קשה אליבא דהר"מ ד"ד ולכן הנכון מה שפי' הרמב"ן בפ' נח דבאמת יפת הגדול ושם השני וחס הקטן פדכתיב בקרא ולכן פדחשיב שם ברישא מפני חכמתו חשיב חס אחריו שהי' אחריו באמת ואח"כ חשיב יפת הנשאר עוד לו לחשוב: שם דף ע' ע"א במתניתן ומעשר שני והקדש שלא נפדו: א"ל מאי קמ"ל בזה כיון דלפי מאי דתנו לקמן במתניתן אינו חייב עד שיגנוב משל אביו והני לאו של אביו הם דמ"ש ממון גבוה הוא פדאמרין ריש מס' מעשר שני וגם הקדש לאו ממון אביו הוא די"ל כיון דטעמא דיגנוב משל אביו דוקא ולא משל אחרים הוא משום דשכיח לו ממשיך טפי וזה שייך גם במ"ש והקדש גם א"ל אהא דקתני מ"ש שלא נפדה וזה איירי ע"כ שגנב הממון וקנה בו מ"ש זה דהא בענין אחר אינו חייב וכמו שפי' רש"י לקמן (ע"ב) וא"כ איך קונה המ"ש הא (ריש מס' מ"ש) תנו מ"ש אין מוכרין אותו די"ל דאיירי בעברו ומכרו לו גם צ"ל דמאי דקתני אכל טבל כו' קאי איין דוקא ונקט אכל משום דשתיה בכלל אכילה לכן ניקח ליה למינקט אכל שהוא לישיבא דרישא: שם בגמרא ויין עד ארבעים יום: היינו משום דעד ארבעים יום לא מקרי יין כמו שפירש רש"י בבבבכות (נ"ח כ"ז ע"א) והראב"ד ריש פ"ו דעדיות פי' משום דמאז משתכר וא"כ ה"א מאז ממשיך בתריה והרמב"ם פ"ז מה' ממרים כ' סתמא דמין מגתו פטור ולא ידעתי למה השמיט ד"מ יום דיהיב בש"ס דהכא וביותר יש לתמונה דלפי הנראה מהש"ס דכאן פטור אאכל בפשר מליח אפילו בפחות מג' ימים דהא אמרין ובכל שהוא לא ממשיך ופי' רש"י דלילה א' מפיג טעמו והוא כ' שם בסתמא דדוקא ג' ימים בעינן נגד סוגיא דלפנינו ואף אי הי' מפרש דפשיטות הש"ס לאו פשיטות גמור הוא עכ"פ ה"ל לפסוק להקל פדין כל שאר ספיקות בדיני נפשות והוא פסק להחמיר וצ"ע: שם וחד אמר רבועו: א"ל דא"כ למה לא הרג נח לחם פדין בא על הזכור דנהרג בן נח עליו פדאמרין לעיל (נ"ח ע"א) דהא מהפסוק נראה דידע נח שעשה לו חם כן פדכתיב וידע נח את אשר עשה לו בנו הקטן ונהרי ב"נ נהרג בעד א' ובדיין א' ואפילו קרוב פדאמרין שם (נ"ד ע"ב) די"ל דאף דידע נח שחם עשה זה מ"מ לא היו עדים בדבר רק שחם גופא הגיד לאחיו ופרסם הדבר כמש"כ הרמב"ן בפ' נח והואיל דבר זה ליקלל עליו אבל לא להרג: שם ברש"י ד"ה יין האיטלקי.

אינו חייב בחצי לוג: לפ"ז אין שיעור לדבר בכמה מתחייב מיין אחר אכן הרמב"ם לא ס"ל חילוק זה פלל וכתב דגם בשאר יין חייב בחצי לוג ע"ש: שם בתוספות ד"ה חי מזוג ולא מזוג.

ומפ' ר"ת דחי הוא מול"מ: א"ל הא בריש פ' המוציא יין משמע דכוס ברפת המזון צריך מזיגה כדרך שתייתו לפי ר"ת מזיגה זו פראוי לא היתה עד ברפת הארץ אבל בתחלת

בְּרֶפֶת הַמְּזוֹן הֵיטָה חַי דְּהֵינּוּ מְזוּג וְלֹא מְזוּג וְכֵן כָּתְבוּ הַתּוֹסֵ' בְּשֶׁבֶת שָׁם: שֵׁם ד"ה י"ג וְיוֹן.

לֹא קִחְשִׁיב וְיָפֶת: לֹא נִיחָא לְהוּ לְמִימַר דְּבְכּוּלְהוּ הָוִי לְשׁוֹן וַי בְּפִתְחַ הָוִי"ו מִשָּׂא"כ בּוֹיִפֶת דְּהָוִי"ו בְּקִמְצָן וְאִין זֶה לְשׁוֹן וַי דְּבִקְרִיאַת הַסְּפָרָדִים גַּם הָוִי"ו קְמוּצָה כְּמוֹ פְּתוּחָה נְקִרְאֵת וְכֵן הֵיטָה קְרִיאַת הַתּוֹסֵ': שֵׁם ע"ב בְּגִמְרָא וְאִיהוּ אֲסִיק בְּשֶׁר וְיִין: ק"ק לְפִי מַה שְּׁמִבְּנֹאֵר בְּטוֹש"ע א"ח (ס' תי"ט) ע"פ הִירוּשְׁלָמִי דְּמַצְנָה לְהַרְבּוֹת בְּסַעוּדַת ר"ח א"כ אִיךָ ס"ד דְּלֹא יִחְשָׁב סַעוּדַת מַצְנָה בְּמַה דְּאֲסִיק בְּשֶׁר וְיִין דְּמַה בְּכַף שְׁלֵא אָכַל סַעוּדַת עֵבּוֹר מ"מ הָרִי אָכַל סַעוּדַת מַצְנָה דְּר"ח דְּהָא בְּר"ח הָוִי עוֹשִׂין הַסַּעוּדָה שֶׁהוּא בְּיוֹם ל"א וְגַם לְמַה הַשְּׁמִיעֵנוּ הַמְּשֻׁנָה דְּוָקָא אָכַל בְּחִבּוּרַת עֵבּוֹר הַחֲדָשׁ דְּהוּא סַעוּדַת מַצְנָה כְּפּוּלָה לְהַשְּׁמִיעֵנוּ רְבוּתָא טְפִי דְּאֲפִילוּ בְּסַעוּדַת מַצְנָה דְּר"ח גְּרִידָא פְּטוּר וְאֲפֹשֶׁר לֹא מְרַדְּסַעוּדַת ר"ח לֹא קִיִּים רַק כְּשֶׁעֲשָׂאָה בְּיוֹם כְּמוֹ סַעוּדַת פּוּרִים דְּהָא גַּם הַחֲדָשׁ אִין מְקַדְּשִׁין אֲלֵא בְּיוֹם וְכִיּוֹן דְּסַעוּדָה זֹו עוֹשִׂין בְּלִילָה לֹא יֵצְאוּ בָּהּ יְדֵי סַעוּדַת ר"ח וְאִף דְּהַרְמַב"ם סָבַר דְּעֲשָׂאוּ אוֹתָהּ בְּיוֹם כְּנ"ל י"ל דְּמ"מ ל"ק לְדִידְנִי דִּי"ל דְּס"ל דְּהָו סַעוּדַת ר"ח שְׁהוֹנְכַר בִּירוּשְׁלָמִי הֵינּוּ סַעוּדַת עֵיבּוֹר דְּכָאן וְכְמוֹ שְׁפִי הָר"ן אָבַל בְּסַעוּדַת ר"ח לִיכָא מַצְנָה כְּלָל נְגַד דְּעַת שְׁאָר הַפּוֹסְקִים וְכֵן נִרְאָה מְדַהֲשֵׁמִיט דִּין זֶה דְּסַעוּדַת ר"ח וְגַם מְדַכְּתַב בְּפ"ג מַה' ק"ה כְּפֹאֲשֶׁר הֵבִיא שֵׁם סַעוּדַת הָעֵבּוֹר וְזֶהוּ סַעוּדַת עֵבּוֹר הַחֲדָשׁ שְׁהוֹנְכַרָה בְּכָל מְקוֹם וּבְאֶמֶת לֹא מַצְיֵנוּ אוֹתָהּ אֲלֵא הֵכָא וְאִי לֹא כְּלָל גַּם הָוִי דְּהִירוּשְׁלָמִי בְּהַדְנִי לֹא שְׁיִיךָ לְשׁוֹן בְּכ"מ וְלִשְׁיטַת רִש"י י"ל דְּבִלְיָלָה לֹא יֵצְא בְּסַעוּדַת ר"ח וְלִפ"ז לֹא יִקְשֶׁה מִיַּדִּי אֲכֵן לְפִי מַה שְּׁפִתְבַּהּ מַג"א בְּסִי הַנ"ל נִרְאָה דְּס"ל דְּיֵצְא בְּלִילָה בְּסַעוּדַת ר"ח וְלִדִּידְנִי קִשְׁיָה כְּנ"ל וְצ"ל דְּאִיִּירִי שְׁכַבְּרָ אָכַל סַעוּדַת ר"ח בְּלִילָה אוֹ שְׂיֵאכַל אַח"כ בְּיוֹם וְלָכֵן מַה דְּמַסִּיק סַעוּדַת עֵיבּוֹר בְּבֶשֶׁר וְיִין לִיכָא מַצְנָה: שֵׁם כִּי תַנּוּן נְמִי מִתְנַיִתוֹן לְהַשְׁלִים: רִש"י פִּי לְשִׁיעוּר כְּזִית וְהַרְמַב"ם פִּתְבַּהּ מִתְנַיִתוֹן סְתָמָא וְלֹא פִתְבַּהּ דְּלְהַשְׁלִים הוּא וְלֹא יִדְעַתִּי לְמַה גַּם גְּבִי עוֹף לֹא הִזְכִּיר הַשְּׁלֵמָה וְעַד כְּפֶה יוֹכַל לְהַשְׁלִים וְיִהְיֶה חֵיב עֲלָיו וְנִרְאָה עַד רְבּוּפוֹ אֲכֵן גַּם דְּעַת רִש"י צ"ע קִצַּת דְּכַי דְּבְכּוּזַת פְּטוּר אִם הַשְׁלִים מְשַׁקְצִים וְרַמְשִׁים וּמְשַׁמַּע בְּפִחוֹת מִכֵּן חֵיב דְּלֹא קוֹרִינּוּ בִּיזָה אִינוּ שׁוֹמַע בְּקוּלוֹ שֶׁל מְקוֹם וּמ"ט הָאִיכָא הַשְּׁלֵמָה ע"י בְּרִיָּה דְּחֵיב אֲפִילוּ בְּפִחוֹת מְכֻזַּת וְעוֹד דְּהָא אֲנִי קִי"ל דְּחֻצֵי שִׁיעוּר אָסוּר מִן הַתּוֹרָה כְּר"י וְא"כ גַּם בְּהַשְׁלִים בְּפִחוֹת מְכֻזַּת פְּטוּר מִשׁוּם אִינוּ שׁוֹמַע בְּקוּלוֹ שֶׁל מְקוֹם.

אֲכֵן י"ל דְּרִש"י רָצָה לְפָרֵשׁ סְתָמָא גַּם בְּלֹא דְּהָוִי בְּרִיָּה וְגַם לְר"ל דְּס"ל ח"ש מְוֹתֵר מִן הַתּוֹרָה וּבְזֶה הָוִי הַשְּׁלֵמָה לְפָטוּר בְּכֻזַּת דְּוָקָא וְאִף דְּגַם ר"ל מוֹדָה דְּאָסוּר מְדַרְבְּנָן כְּמִבְּנֹאֵר רַפ"ח דִּיּוֹמָא וְהָרִי אֲפִילוּ בְּאִסוּר מְדַרְבְּנָן מְקָרִי אִינוּ שׁוֹמַע בְּקוּלוֹ שֶׁל מְקוֹם כְּדִאֲמַרִּינוּ לְקַמּוֹן דְּבַר עֲבִירָה ת"צ מ"מ ע"כ הָרִישָׁא בְּאִסוּר מְדַאֲוִרִיָּתָא אִיִּירִי דַּל"כ סִיפָא מַאי קַמ"ל: שֵׁם דָּף ע"א ע"א בְּגִמְרָא אֲלִימָא חֵיבִי פְּרִיתוֹת וּמִיתַת ב"ד: אִף דְּבְכַתְּנֻבוֹת (דָּף כ"ט ע"ב) מְשַׁמַּע דְּאִינָה רְאוּיָה לְקִיָּמָה הוּא חֵיבִי לְאוּיִן וְלֹא חֵיבִי פְּרִיתוֹת שְׁאֵנִי אִינָה רְאוּיָה לֹו מַאינָה רְאוּיָה לְקִיָּמָה וְהָא דְּלֹא נִקְטַת בְּאֶמֶת ג"כ חֵיבִי לְאוּיִן בְּהַדְנִי דְּהָא אֲלִיכָא דְּר' יְהוּדָה וְר"י ס"ל כְּר"ע דְּאִין קְדוּשִׁין תּוֹפְסִין בְּחֵיבִי לְאוּיִן וְשׁוֹנָה בְּזֶה לְח"פ וְלְמִיתוֹת ב"ד כְּדִאֲמַרִּינוּ לְעִיל (דָּף נ"ג ע"ב) דִּי"ל דְּרָצָה לְמִינְקַט גַּם אֲלִיכָא דְּרַבִּי יִצְחָק דְּתַנִּי כְּדִידְנִי לֹא מוֹכַח דְּס"ל לְרַבִּי יְהוּדָה הֵכִי גַם א"ל דִּילְמָא אִינָה רְאוּיָה דְּקִאֲמַר ר"י הֵינּוּ שְׁפָחָה וְנִכְרִית דְּלֹא תְּפָסִי בַּהּ קְדוּשִׁין וּבְזֶה לִיכָא לְמִימַר סוּף סוּף אֲבוּ אֲבוּ נִינְהוּ

דְּהָא בַסְפִּי גְּדִיקְדוּשִׁין קְאָמְרִינְו דְּנִלְדִּי הַבָּא מִן הַשְּׁפָחָה אִין קְרוּי בְּנָה אֶלְא בְּנָה וְאִ"כ יֵשׁ לֹו דִּין גָּר וְאִינוּ אָבִיו דִּי"ל דְּבִהְכִי ע"כ לֹא אֵיירִי ר' יְהוּדָה דַּא"כ מ"ט דַּת"ק דְּמַחְזִיב: שָׁם בְּקוּלְנוּ מְדִקוּל בְּעֵינֵנו שְׁוִין: א"ל דְּהַתִּיבַח לְמַ"ד יֵשׁ אַם לְמַסְנֶרֶת אֶבְל לְמַ"ד יֵשׁ אַם לְמַקְרָא הָרִי נַעֲשֶׂה פְּאֵלוּ פְּתִיב יו"ד אַחַר הַלְמַ"ד דְּהָא הַצִּיר"י מוֹשְׁכַת אוֹתָהּ וּכְמַש"כ רַש"י בְּקִדְוִשִׁין (דָּף י"ח ע"ב) גְּבִי חִיר"ק דְּבִבְגָדוּ בָּהּ וְגַבִּי קִמְיָן דְּנִנְשֵׁל בְּמַפּוֹת (פ"ב) וְאִ"כ וְדַאי דַּה"ה ג"כ בְּצִיר"י דִּי"ל דַּר' יְהוּדָה לְשִׁיטְתוֹ דְּסִבֵּר יֵשׁ אַם לְמַסְנֶרֶת בְּפִסְחִים (דָּף פ"ו ע"ב) וּבְזָה א"ש מַה דְּקָשָׁה לְכַאוּרָה מ"ט דְּפָלִיג אַר"י וְלֹא דְרִישׁ דְּרִשְׁא דְּקוּלְנוּ וּלְפ"ז י"ל דְּאִיהוּ ס"ל יֵשׁ אַם לְמַקְרָא וְעֵינֵינוּ לְעֵיל (דָּף ד' ע"ב): שָׁם בְּמַתְנִיתָן אִינְנוּ שְׁוֹמְעֵי בְּקוּלְנוּ וְלֹא חֲרָשִׁים: הָא דְלֹא מְמַעֲטִינְו מְזָה הֵיכִי שְׁהִבְנֵן סוּרֵר וּמוֹרָה חֲרָשׁ דְּלֹא שְׁיִיף ג"כ אִינְנוּ שְׁוֹמְעֵי בְּקוּלְנוּ מְשׁוּם דְּהָהוּא בְּלֹא"ה פְּטוּר פִּינְו דְּאִין יְכוּלִים לְהַתְרוֹת בּוּ וְלֹא נִשְׁתַּנָּה בְּזָה מִשְׁאָר חֲזִיבִי מִיתוֹת וְהָא דְלֹא מְמַעֲטִינְו כְּשֶׁהוּא אֵלֶם דְּאִז אִינוּ רְאוּי לֹוּמַר וְשְׁאִינוּ מְקַבְּלִי הַתְּרָאָתָם דְּגַם זֶה פְּטוּר בְּלֹא"ה פְּדִין שְׁאָר חֲזִיבִי מִיתוֹת פִּינְו שְׁאִינוּ יְכוּלִי לְקַבֵּל הַתְּרָאָה וּבְעֵינֵנוּ בְּחֲזִיבִי מִיתוֹת שְׁיִקְבֵּל עָלָיו הַתְּרָאָה כְּדֹאָמְרִינְו לְעֵיל (דָּף מ"א ע"א) וְאִף דְּאִיפְּא נְפַקוּתָא גְּבִי מְלַקוֹת דְּבִן סוּרֵר וּמוֹרָה דְּהָא דְּבְעֵינְו שְׁיִקְבֵּל עָלָיו הַתְּרָאָה לֹא הִנּוּכְרֵר רַק גְּבִי חֲזִיב מִיְתָהּ וּבְאוּרִים וְתוּמִים סִי' ל"ח הַחֲלִיט דְּגַבִּי מְלַקוֹת לֹא בְּעֵינֵנוּ שְׁיִקְבֵּל עָלָיו הַתְּרָאָה כְּבָר פְּתָבוּ הַתּוֹס' בְּתַמּוּרָה (דָּף ז' ע"א) דְּגַם גְּבִי מְלַקוֹת בְּעֵינֵנוּ וְכֵן ג"כ דַּעַת הַרְמַב"ם בְּפָרְק י"ב מִהַלְכוֹת סְנֵהֲדָרִין וְכֵן מוֹכַח בְּפִי לְקַמְן (דָּף פ"א ע"ב) ע"ש וְצַע"ג עַל בַּעַל אוּרִים וְתוּמִים: שָׁם בְּרַש"י ד"ה מִשְׁלֵל אַחֲרִים.

וְאִפְּיֵלוּ לֹא אֶכְלֵן בְּרִשׁוֹת הַבְּעָלִים עֲצָמָן: הַחֲזִיקוּשׁ הוּא דְּאִף דְּבְנָה לֹא מְבַעִית וּלְפ"ז אַם בְּרִשׁוֹת הַבְּעָלִים עֲצָמָן אֶכְלֵל מוֹכַח דַּס"ל לְרַש"י דְּבַעִית וְאִ"כ הָא דְּאִמְרִינְו דְּבְרִשׁוֹת אָבִיו בְּעִית הֵינְנוּ ג"כ הָא בְּעִית וְשֵׁלֹא יָבִין שְׁהוּא גְּנַב לֹו וּלְפ"ז אַם גְּנַב מִשְׁלֵל אָבִיו וְאֶכְלֵל בְּשֵׁל אַמּוֹ וְתַחְזִיב דְּהָא לֹא בְּעִית פִּינְו שְׁלֹא אֶכְלֵל בְּרִשׁוֹת הַבְּעָלִים שְׁגַנְבֵי מִשְׁלֵלָהֶם אֶכְלֵן מִמַּה דְּאִמְרִינְו בְּגַמ' וְכַש"כ מִשְׁלֵל אַחֲרִים וְאֶכְלֵל בְּרִשׁוֹת אָבִיו דְּלֹא שְׁכִיחַ לִיָּהּ וּבְעִית מוֹכַח דְּשְׁיִיף בְּעִית גְּבִי אָבִיו גַּם בְּלֹא גְּנַב מִשְׁלֹו וְהֵינְנוּ מְשׁוּם מוֹרָא דְּאָבִיו וְטַעַם זֶה שְׁיִיף ג"כ גְּבִי אַמּוֹ וּלְפ"ז תְּרִי גְּוֹנֵי בְּעִית אִיפְּא: שָׁם בַּד"ה מְדַמֵּי סְעוּדָה דְּאִיהִי נְמִי שְׁיִיכָא בְּהֵם מְדִינָא: זֶה ק"ק דְּמַאי שְׁיִיכּוֹת יֵשׁ לָהּ בָּהּ דְּכִינְו דְּחֲזִיב לְזוּנָה א"כ אַם גְּנַבּוּ אֵלּוּ הַמְּעוֹת מְכ"מ חֲזִיב לְזוּן אוֹתָהּ וְאִ"כ לֹא פְּסָדָה מִיָּדִי וּבִיּוֹמֵר הַל"ל שְׁכַבְרָתָן לָהּ הַבְּעַל דְּמִי מְזוּנּוֹת שְׁתַּזוּן אֵת עֲצָמָהּ וּבְלֹא דְּמִי הַמְּזוּנּוֹת יֵשׁ לְאִשָּׁה ג"כ מְעוֹת שְׁצָרִיף לִיְתָן לָהּ בְּכָל שַׁבַּת מְעָה כְּסָף לְצָרְכָהּ כְּדֹאָמְרִינְו בְּכַתְּוּבוֹת סוּף פָּרְק אַעפ"י: שָׁם ד"ה מְתָרִין בּוּ.

דְּהָא הַתְּרָאָת עֲדִים וְעוּד זֹו סְפַק הַתְּרָאָה: הַרְמַב"ם (סוּף ה' מְמָרִים) לֹא הִזְפִּיר רַק סְתָם הַתְּרָאָה וְהָרִי לְפִי מַש"כ רַש"י בְּעֵינֵנוּ ב' הַתְּרָאוֹת הַתְּרָאָה דְּאָב וְאִם וְהַתְּרָאָה דְּעֲדִים דְּלֹא גָרַע מִשְׁאָר חֲזִיבִי מִיתוֹת דְּבַעוּ הַתְּרָאָה.

אֶכְלֵן זֶה א"ש דְּב' הַטְּעָמִים שְׁכַתְּבֵי רַש"י דְּלֹא סָגִי בְּהַתְּרָאָת אָב לֹא שְׁיִיכִי לְדַעַת הַרְמַב"ם דְּטַעַם דְּהַתְּרָאָת עֲדִים לֹא שְׁיִיף אֶלְא לַר' יוֹסִי דְּסוּבֵר בְּמַפּוֹת (דָּף ו' ע"ב) אֶבְל לְפִי מַה שְׁאָמַר רַבָּא שָׁם דְּמַתְרָה שְׁאָמְרוּ אִפִּי' מְפִי עֲצָמוּ וְאִפְּיֵלוּ מְפִי שְׁד וּכְוֹנֵתִיָּהּ פְּסַק הַרְמַב"ם בְּהַלְכוֹת סְנֵהֲדָרִין (פִּי"ב) סָגִי בְּהַתְּרָאָת אָב לְחֲזִיבּוּ מִיְתָהּ וְגַם טַעַם ב' דְּרַש"י לֹא שְׁיִיף אֶלְא לְמַ"ד הַתְּרָאָת סְפַק לֹא שְׁמָה הַתְּרָאָה אֶבְל לְמַ"ד בְּמַפּוֹת (דָּף ט"ז ע"א) דְּשְׁמָה

התראתה וכוונתיה פסק הרמב"ם פט"ז מהלכות סנהדרין גם טעם זה לא שייך ולכן סגי
עכ"פ בהתראת אב.

ועוד נ"ל דהרמב"ם לא הי' מפרש הך ומתרין אותו דקאי אאב דהא גם ומלקין אותו לא
קאי עלי' ורש"י לקמן (ע"ב) הוצרך לפרש בזה לפי דרכו. אכן דעת הרמב"ם דהאי
ומתרין אותו קאי אמתרה סתם ולא אתי לאשמועינן אלא דבעי התראת בפני שנים כשאר
חייבי מיתות ולכן לא כתב רק סתם התראת ולא הזכיר פלוג מהתראת אב וכן נראה
ג"כ ממה שכתב בפ"י המשניות: שם בתוספות ד"ה על מנת.

בשנתן לה בעלה דהא ר' אלעזר: אי מוקמינן בשנתן לא בעינן למימר לר' אלעזר לשיטתו
דווקא דהא בשנתן גם רב דפליג אר"א מודה ואי רצו התוס' לתרץ לר' אלעזר לשיטתו
הוי מצי לאוקמי אפי' כשמכר.

אכן בלא"ה יש לתרץ עוד דמשפחת שיש ממון לאשה שאין הבעל אוכל פירות מהם
וא"כ אין לו בהם רשות כגון שחבל הבעל לאשתו שצריך לשלם לה נזק וצער ובנושת
והו' שלה ואין הבעל אוכל פירות מהם כמש"כ הרמב"ם (פ"ד מה' חובל ומזיק) א"נ
כשנגנב ולד בהמת נכסי מלוג שלה שהכפל שלה ואין לבעל פירות כדאמרינן בכתובות
(דף ע"ט ע"ב) א"נ כשכתב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיה ובפירוטיהו שאין לבעל
אז בהן פלוג כדאמרינן שם (ריש פרק הכותב לאשתו) א"נ כשמכרה טובת הנאת
כתובתה כדאמרינן בב"ק (דפ"ט ע"א) א"ר הלכתא טובת הנאה לאשה ואין הבעל אוכל
פירות א"נ בבו' סורר ומורה הבא מן הפנויה או שגרש לה בעלה שאין עוד לו בנכסיה
פלוג וק"ל שלא הזכיר בש"ס מפל הגני גונוי דהא נחית לתירוצי למינקט איבעית אימא:
שם ע"ב בגמרא ש"מ תרתי: ק"ל דאימא דוקא לולא סומין הוא דאתי וי"ל דנדאי כשהוא
אומר בננו זה יש במשמעתו תרתי דהיינו שיאמר זה הוא אותו שלקה בפניכם דאל"כ
מה לשון זה שייך פאן לענין מאי מיחדין אותו ועוד שמעת מניה שצריכין שיורו עליו
באצבע דאל"כ לא שייך לומר זה רק דהמקשן הכי קא קשיא דלעיל פרי' ש"מ בעינן
קרא כדכתיב פי' דאל"כ דלמא רק למצוה הוא דאתי ולא לעכב ומתרין שאני הכא דכולה
קרא יתירה הוא נאהכי פרי' האי מבעי ליה זה ולא סומין וע"כ להכי לחוד הוא דאתי
דאל"כ דלא אתי להכי לחוד א"כ לאו קרא יתירה הוא ומנ"ל לילף ולא סומין לעכוב
נאהכי מתרין דנדאי קרא יתירה הוא דהוי מצי למכתב בננו הוא ולכן שמעת מניה תרתי:
שם ת"ש אם משנגמר דינו ברח: א"ל פיון דהמקשן ע"כ לא ידע לחלק בין נגמר דינו
ללא נגמר א"כ איך קאמר לעיל לימא מסייע לי' אדרבה תקשה מסיפא די"ל דבאמת
המ"ל ולטעמיה ולא קאמר כדאשכחן בכמה דוכתי אף זה קשה מאי פרי' ת"ש אר' חגינא
בלא ר' חגינא תקשי מתניתן רישא וסיפא אהדי וי"ל דבלא"ה א"ל דבכ"מ מניחין דינו
כמו שהיה ולכן בהקירף זקן עד שלא נגמר דינו פיון דקודם לכן היה פטור גם עתה פטור
משא"כ בנגמר דינו שהיה חייב מקודם ונשאר בחיובו אם מדקאמר ר' חגינא טעם
דהואיל ונשתנה דינו נשתנה מיתתו ולא קאמר ג"כ שנשאר בפטורו של קודם לכן פיון
דעדיין לא נגמר דינו אלמא דס"ל דאי משום הא לא אירי' אלא טעם פטורו הואיל
ואשתני א"כ גם בנגמר דינו ליפטר ומתרין דשאני בנגמר דינו דלא שייך אשתני דינו
דנעשה כמי שנידון כפר: שם ואמאי נימא הואיל ואשתני אשתני: ולא ניחא לי' למימר

הא דאמר ר"ח ב"נ שפינה את השם איירי שפינה ע"י פינוי וס"ל כר' מיישא אליפא דרבנן לעיל (דף נ"ו ע"א) דב"נ חייב וישאל פטור ולכך פטור דאלו עביד השתא לאו בר קטלא הוא משא"כ בעשה פן בישאל דא"כ ל"ל למימר הואיל ואשתני דינו ואשתני מיתתו תיפוק ליה מטעם דאלו עביד השתא לאו בר קטלא הוא: שם דינו ומיתתו בעינן: א"ל דא"כ פי פריה לעיל מאם משנגמר דינו ברח ליתרין ג"כ הכי דתתי בעינן והתם ליפא אלא חד די"ל דע"כ צריה להאי סברא דנגמר דינו גברא קטלא הוא דאל"כ יקשה למה פטור בב"נ שהרג חבירו ונתגייר דאי משום דאי עביד השתא לאו בר קטלא הוא הא גם בנגמר דינו הוי הכי ואעפ"כ חייב ולכן ע"כ צריה לחלק בהכי דנגמר דינו גברא קטלא הוא: שם ב"רש"י ד"ה ואם משנגמר דינו.

ושוב אין לנו לחפש בזכותו ולהצילו: ואף דבספ"ק דמכות אמרינן דבכרח מחוצה לארץ לארץ סותרין את דינו משום זכותא דארץ ישראל היינו משום שזה עדיין לא מקרי גברא קטילא כשהגיע לו זכות דא"י דאפשר שיגן בעדם וממה שכתב רש"י דאין לנו עוד לחפש בזכותו ולהצילו נראה שסובר דהא דאמרינן דהקיר זקן התחתון עד שלא נגמר דינו פטור דאלו עביד השתא לאו בר קטלא הוא לאו מפח קרא או הלכה אלא רק מפח סברא אמרינן הכי להצילו משום והצילו העדה ולכן בנגמר דינו שגברא קטילא הוא לא מהדרינן עוד להפך בזכותו ולהצילו.

ובזה א"ש מה דקשה לפי האמת דקאמר ר"י לתנא דסרחא ואח"כ בגרה תידון בסקילה משום דשינוי גוף בלי שינוי דין ומיתה לא מקרי שינוי לשנות דין מיתתו מ"ש מהקורן זקן עד שלא נגמר דינו דפטור ועיין במהרש"א שפי' בדברי התוס' בד"ה קלה שנה היתה קושיתם במה שכתבו והא דאמר ר"י לתנא.

אכן לפ"ז א"ש דהטעם דפטרינן במתניתן היינו דלהצילו אמרינן סברא זו הואיל ואשתני משום והצילו העדה אכן בסרחא ואח"כ בגרה דלא שייך לפטרה לגמרי דעכ"פ איפא חנק א"כ לא שייך משום והצילו העדה ולכן לא אמרינן סברא זו כלל כמו בנגמר דינו: שם ב"רש"י ד"ה יין ושינה לרשעים.

כל זמן ששותין וישנין אינן חוטאים: הא דקאמר לצדיקים רע להם היינו ודאי לע"ה שפמעט מזכיותיהם וא"כ הא דקאמר לרשעים הנאה להם הוא ג"כ לע"ה והא דאמרינן לעיל (דף ע' ע"א) אל תרא יין פי יתאדם אל תרא יין שמאדם פני רשעים בעוה"ז ומלבין פניהם לעוה"ב היינו ב"ה שנין בא להם הלבנת פנים שעל ידו קבלו שחרם בעוה"ז ולא שתיין בעצמו מלבין אדרבא הוא גורם שלא יחטאו: שם בתוספות ד"ה ב"נ שפינה.

וע"ק דסוגיא דהכא דלא כחז: ולא ניחא להו למימר דהברייתא באמת אתיא דלא כר"י אלא כרחב"ג שם דא"כ מאי פריה מניה לר"ח פיון שהוא ע"כ לא סבר אלא כר"י. אכן אפשר לומר בישוב קושיות התוס' פיון דר"ח ג"כ ס"ל דקלה בחמורה מיישא שייכא א"כ רוב ז' מצות דהיינו גזל ואבר מן החי וסירוס וכלאים הם במלקות לישראל ומלקות ודאי דקיל ממיתה ובכלל מיתה דב"נ הוא דמלקות במקום מיתה עומדת כדאמרינן לעיל (דף י' ע"א) וכן בשפיכת דמים לא אשתני מיתת ב"נ ממימת ישראל וכן בא"א מיתת חנק הקל הוא בכלל סיף החמור ולכן שפיר שייך עונש לב"נ ארוב ז' מצות שעבר גם לאחר

שְׁנַתְגִּייר אֶפִּילוּ לר"ח וְשִׁפִּיר יְכוּל ר"ח לְסַבּוֹר כְּרַחֲב"ג אֶף לר"י ע"כ גַּם בְּקִלְהָ בַחֲמוּרָה פְּטוֹר דְּכֻקְטָן שְׁנוּלֵד דְּמִי וְלָכֵן הַמְקַשָּׁה וְשִׁהֲקֵשָׁה מֵעֵשָׂה פֶּן בְּיִשְׂרָאֵל וְנִתְגַּיֵּיר וְאֶפְתִּי לֹא ס"ד הָא דְקִלְהָ בַחֲמוּרָה מִיִּשְׁשָׁה שִׁינְיָה א"כ לְפִי ס"ד זֹו ע"כ ר"ח לֹא סָבַר כְּרַחֲב"ג אֶלֶּא כר"י לָכֵן פְּרִיָּה שִׁפִּיר מֵהַפְּרִיָּתָא עֵשָׂה פֶּן בְּיִשְׂרָאֵל וְנִתְגַּיֵּיר דְּלִיכָא לְמִימַר דְּהַפְּרִיָּתָא אֶתְיָא כְּרַחֲב"ג דא"כ אֶפְתִּי ר"ח דְּלֹא כְּרַחֲב"ג מְצִי סָבַר מְדַפְטֵר ב"נ שְׁפִירָה הַשֵּׁם וְאֶפְתִּי פְּתַנְאִי אָמַר לְמִילְתֵּי וְלָכֵן פְּרִיָּה שִׁפִּיר: שָׁם ד"ה קִלְהָ בַחֲמוּרָה.

וְהָא דְאָמַר ר"י לְתַנְא: עֵינִין בְּפִי הַמְהַרְשָׁ"א וְלַעֲנֵ"ד י"ל דְּדַעַת הַתּוֹס' לְהַקְשׁוֹת מִדְּר"ח אֲדַר"י דְּנֻדְאִי מוֹדָה ר"ח לְהָא דר"י דְּנִידוֹן בְּסֻקִּילָה דֹאל"כ אֶפְתִּי קִשָּׁה לִימָא מְסִיעֵ לִיהַ וּמָה מְתַרְץ הַש"ס וְכֵן מוֹכַח דַּעַת הַרְמַב"ם שְׁפָסַק לְהָא דר"ח וְגַם פְּסַק דְּסֻרְחָה וְאַח"כּ בְּגָרָה תִּידוֹן בְּסֻקִּילָה כר"י וע"כ דְּלֹא פְּלִיגִי וְהַשְׁתָּא הַקְשׁוֹ הַתּוֹס' מ"ש דְּהֵתָם תִּידוֹן בְּסֻקִּילָה וְהָא בְּדִינָא דר"ח לֹא דִינִינֵן בְּמִלְתָּא קְמִיָּתָא וְתִירְצוּ דְּבָאָמַת נֶגֶד שְׁיֻנְיֵי הַגּוֹף בְּסֻרְחָה וְאַח"כּ בְּגָרָה אִיכָא ג"כ שְׁיֻנְיֵי מִיתָה גְבִי ב"נ שְׁפִירָה אֶת הַשֵּׁם אֶבְל אִיכָא ג"כ הֵתָם אִישְׁתַּנִּי דִינָא דְּלִיכָא הָכָא וְלָכֵן הֵתָם דְּנֻקָא אֶשְׁתַּנִּי וְלֹא הָכָא אֶכֶן מִמָּה שְׁפַתְבּ רַש"י בְּד"ה תִּידוֹן בְּסֻקִּילָה נִרְאָה שְׁסוּבֵר דר"י פְּלִיג אֲדַר"ח וְא"כ קִשָּׁה מִמֵּנ"פ אוּ דְמְסִיעֵ לִיהַ בְּרִיָּתָא לר"ח אִי תִנִּי תִידוֹן בְּחֻנְק אוּ דְקִשְׁיָא עֲלִיו מִינָה אִי תִנִּי תִידוֹן בְּסֻקִּילָה וִי"ל דְּבָאָמַת תִּנִּי תִידוֹן בְּחֻנְק וְאַעֲפ"כּ לֹא קִשְׁיָא תּוֹ לִימָא מְסִיעֵ לִיהַ דִּי"ל דְּהִיא גּוֹפָא אֶתִּי לְאַשְׁמַעֲיָנוּ שְׁלֹא נִטְעָה לְתַנּוֹת תִּידוֹן בְּסֻקִּילָה כר"י דְּאִז גַּם הָכָא נִידִינִי בְּמִיתָה קִלְהָ וְקמ"ל דְּלֹא: שָׁם בֹא"ד.

מְדַקְאָמַר כ"ש הָכָא: פִּי דְּבִשְׁלָמָא אִי אִיירִי בְּשְׁיֻנְיֵי מִיתָה שִׁינְיָה שִׁפִּיר כַּש"כ דְּהֵתָם אִיכָא ג"כ שְׁיֻנְיֵי הַדִּין בְּהַדִּיָּהוּ אֶבְל אִי אִיירִי בְּשְׁיֻנְיֵי הַגּוֹף מֵאִי כַּש"כ שִׁינְיָה פֶּאן דְּלִמָּא שְׁיֻנְיֵי הַגּוֹף עֲדִיף מִשְׁיֻנְיֵי מִיתָה וְדִין: שָׁם בֹא"ד.

דַּמְכ"מ קִטְלָא אֶשְׁתַּנִּי: א"ל דֹא"כ דְּאִיכָא ג"כ שְׁיֻנְיֵי מִיתָה אֶפְתִּי אִיף קֶאָמַר כַּש"כ הָכָא דְּאַשְׁתַּנִּי לְגַמְרִי מֵאִי לְגַמְרִי אִיכָא הָכָא הָא הֵתָם ג"כ תְּרִי אֶשְׁתַּנִּי אִיכָא שְׁיֻנְיֵי הַגּוֹף וְשְׁיֻנְיֵי מִיתָה דִּי"ל דְּפִשְׁיטָא לִיהַ דְּשְׁיֻנְיֵי הַדִּין עֲדִיף מִשְׁיֻנְיֵי הַגּוֹף וְכֵן מוֹכַח דְּהָא ר"י סְבִירָא לִיהַ תִּידוֹן בְּסֻקִּילָה וְלַפְמִש"כ לְעִיל גַּם ר"ח סוּבֵר הָכִי אֶלְמָא דְּלֹא אֶשְׁתַּנִּי וְכַב"נ שְׁפִירָה אֶת הַשֵּׁם פְּטוֹר לְגַמְרִי אֶלְמָא דְּגַם לְפִי הָאָמַת עֲדִיף שְׁיֻנְיֵי הַדִּין מִשְׁיֻנְיֵי הַגּוֹף גַּם א"ל דֹא"כ דְּקִלְהָ בַחֲמוּרָה מִיִּשְׁשָׁה שִׁינְיָה מְקַרִּי ג"כ אֶשְׁתַּנִּי קִטְלָא אִיף מְתַרְץ לְעִיל אֶעֱשָׂה פֶּן בְּיִשְׂרָאֵל וְנִתְגַּיֵּיר דְּהֵאִי דִינּוּ אֶשְׁתַּנִּי מִיתָתוּ לֹא אֶשְׁתַּנִּי הָא לֹא מִשְׁפַּחַת אֶלֶּא ע"י קִלְהָ בַחֲמוּרָה מִיִּשְׁשָׁה שִׁינְיָה פְּדֹאָמְרִינֵן בְּש"ס וְהֵאִי מְקַרִּי אֶשְׁתַּנִּי מִיתָתוּ דִּי"ל דְּכַדְמְתַרְץ אֶלֶּא קִלְהָ בַחֲמוּרָה מִיִּשְׁשָׁה שִׁינְיָה בְּאָמַת חֲזַר מִמָּה שְׁתִּירְץ מִיתָתוּ לֹא אֶשְׁתַּנִּי וְאִף דְּרַש"י לֹא פִי פֶּן לְשִׁיטָתוּ אִזֵּל דְּגַם פֶּאן לֹא פִי כְּפִי הַתּוֹס' אֶלֶּא דְּהֵאִי אֶשְׁתַּנִּי שְׁיֻנְיֵי הַגּוֹף קֶאָמַר גַּם א"ל דֹא"כ דְּשְׁיֻנְיֵי הַדִּין דְּנֻקָא מְקַרִּי אֶשְׁתַּנִּי וְלֹא שְׁיֻנְיֵי הַגּוֹף מֵאִי מְקַשָּׁה לְעִיל מֵאִם מִשְׁנַגְמַר דִּינּוּ בְּרַח הָא הֵתָם לִיכָא רַק שְׁיֻנְיֵי הַגּוֹף מִשֹּׁא"כ בְּדַר"ח דְּהֵנִי שְׁיֻנְיֵי דִין וּמִיתָה י"ל דְּבָאָמַת הֵנִי מְצִי לְתַרְץ הָכִי אֶלֶּא דְּבִלֹא"ה מְשַׁנִּי שִׁפִּיר: שָׁם דָּף ע"כ ע"א בְּגַמְרָא וּמְלַסְטָם אֶת הַבְּרִיּוֹת: ק"ק לְמָה קָרִי לִיהַ זְכָאִי בְּתַחֲלָתוּ פְּשַׁנְבּ מֵאֲבִיו וּלְבַסּוֹף פְּשַׁגְזַל אֶת הַבְּרִיּוֹת מְקַרִּי חֲיִיב מ"ש לֹא דְּגַנְיָבָה מְלֹאוּ דְּגִזְלָה י"ל דְּבָאָמַת מְשׁוּם אִיסוּר לֹאוּ מְקַרִּי זְכָאִי לְגַבִּי דִין מִיתָה וְהָא דְּקֶאָמַר וּמְלַסְטָם אֶת הַבְּרִיּוֹת הִינְנוּ שְׁיַהֲרַגְם דְּאִיכָא חֲיִיב מִיתָה וְכֵן

פ'י הרמב"ם בפ'י המשניות והא דדינינו ליה בסקילה אף דרוצח גופא אינו אלא בסייף היינו משום שייבא גם לידי איסור סקילה כגון שייגזול את הבריות או יהרגם בשבת והא דאמרין לעיל (דף ע' רע"א) שהכל מצויין אצלה בעבירה ופ'י רש"י ומרגלת לבריות לעבירה בשביל אתנו התם ג"כ תבא לידי איסור סקילה כשפתרגיל את הבריות לעבירה כשפתהיה נערה המאורסה: שם הגונב פיס בשבת: ק"ק מאי קשיא ליה דלמא באמת הפיס גופא צריך להחזיר שאין זה תשלומין אלא חזרה פדין פקדון והתשלומין דאיירי ביה בברייתא היינו הפל שזה תשלומין מעליא הוא ופטור גם לרבא כמו בשביר וכן משמע ג"כ מדנקטה הברייתא גונב דוקא ולא גוזל: שם קשיא סתמא אסתמא: א"ל פיון דהברייתא ראשונה ע"כ דרשה סמוכים כמו שפ'י רש"י וביבמות (דף ד' ע"א) אמרין דר"י לא דריש סמוכים רק במשנה תורה א"כ מאי מקשה דלמא ברייתא ראשונה פרבון ושנ' כר"י די"ל דמ"מ פריה שפיר לרבון פיון דדרשי אין לו דמים לאם זרחה השמש כש"כ דצריכין למדרש גם דמים לו לאם זרחה דכתיב בהאי קרא גופא וא"כ סתרי אהדי: שם ברש"י ד"ה אין לו דמים.

דק"ל חייבי מיתות שוגגין: ק"ק דא"כ תקשי לרב דימי אליבא דר"י דסבר שם בכתובות (דף ל"ד) דחייב והוא לא אקשי שם אלא מהא דתנא דבי חזקיה: שם בתוספות ד"ה מסתברא. וא"ת מאי קמ"ל תנינא: נדאי ארב ל"ק מאי קמ"ל דהא קמ"ל טובא דאפילו נטל פטור דלא שמענו ממתינתן אלא הקושא היא ארבא למה ליה למימר דבשיביר סובר פרב פשיטא מתנינתן היא ולפ"ז מה שפירצו התוס' קמ"ל רב אפילו שיביר אס"כ האי רב צ"ל רבא: שם בד"ה אפילו נטל.

אלמא קודם יאוש לא קני: עיין במהרש"א ולא זכיתי להבין דעתו דאי דין תורה איירי ביש לו דמים א"כ גם הך דגונב אחר גנב איירי הכי ומאי קשיא להו להתוס' ולפענ"ד י"ל דוודאי אקרא לא קשיא ליה איך משפחת דין כפל לרב די"ל דמשפחת בבן שגנב מאביו אבל אהתם מקשה שפיר דגם אי בגנב שני ליכא מיתה כגון שהווא בן אצל אביו מכ"מ אביו גופא קננהו בדמים וזה דוחק להו לאוקמי מתנינתן ומיעוטא דמבית האיש ולא מבית הגנב כגון שאביו גופא גנב מאביו דהיינו מאבי אביו של הגנב השני ובזה א"ש ג"כ הא דלא הקשו התוס' איך משפחת דין כפל גם לרבא דארך דקרן בעי לאשתלומי כשהוא בעין מטעם פקדון הא הפל תשלומין הוא וקננהו בדמים אבל לפ"ז ניחא ג"כ דמשפחת בבן אצל אביו: שם בא"ד.

דמיתתו זו היא התראתו פדלקמן: עיין במהרש"א שנדחק איך יתרוץ רב לאידך ברייתא דסברה דמתרת ג"כ בעי התראה. ולפענ"ד לק"מ דהתוס' לא נקטו רק חד מהנה דנינים שאין בהם מיתה אבל ודאי משפחת טובא כגון בגנב מן השדה ודייר וסוהר דליכא דין מיתה כמו שכתב הרמב"ם (פ"ט מה' גניבה) וכן בשעיו עדים שם וכן ביום ליכא דין מיתה להתראב"ד שם וי"ל דבהכי איירי: שם ד"ה לא קבלינהו.

כדאמר בפרק הפועלים: פירוש דרבא גופא אמר שם הכי ולא ניחא להו למימר דרבא רצה להחמיר על עצמו לצאת גם ידי דעת אבני דמשמע שם דלא סבר הכי מדאוקי לברייתא פניחדאי כר"מ ושללא אליבא דהלכתא ולא אוקי באוקימתא דרבא דרק ידי רב שינה לומר שרצה לצאת שהנה רבו וכן משמע מדקאמר הואיל ונפיק מפומיה דרב משמע

שִׁמְפָנִי כְּבוֹדוֹ שֶׁל רַב נֶהֱג פֶּן: שֵׁם ע"ב בְּגִמְרָא ס"ד אָמִינָא מִיָּדֵי דְהוּה אֶהְרוּגִי ב"ד: הָא דְלָא קְאָמַר בְּקִיצוֹר דְּמִסְבָּרָא לָא הוּי מוֹקְמִינֵן רַק לְחוּל דְּלִיכָא רַק אִיסוּר רְצִיחָה וְלֹא גַבֵּי שְׁבֵת דְּאִיפָא אִיסוּר שְׁבֵת ג"כ הֵינּוּ מְשׁוּם דְּבִיּוּמָא (דָּף פ"ה ע"א) יְלִיף ר"ע דְּפַקוּחַ נְפִשׁ דּוּחָה שְׁבֵת פִּינֵן דְּדוּחָה עֲבוּדָה דְּלִהְתִּיּוֹת אֲפִילוּ מְעַל מְזַבְחֵי וְעֲבוּדָה דּוּחָה שְׁבֵת דְּכַש"כ דְּלִהְתִּיּוֹת דְּהֵינּוּ פַקוּחַ נְפִשׁ דּוּחָה שְׁבֵת וּמַה"ט יְלַפִּינֵן ג"כ לְעֵיל (דָּף ל"ה ע"ב) דְּרְצִיחָה דּוּחָה שְׁבֵת אִי לָאו קְרָא דְלָא תְּבַעְרוּ וְהִנֵּה בְּכָלֵל לִהְתִּיּוֹת אִיפָא ג"כ לְהַצִּיל אֶת הַנֶּרְדָּף בְּנִפְשׁוֹ שֶׁל רוּדְף א"כ שְׁפִיר נִילֵף בַּק"ו דְּדוּחָה מִיַּתַּת הַרוּדְף שְׁבֵת מְדַדְחֵי עֲבוּדָה שְׁדוּחָה שְׁבֵת וְלָכֵן קְאָמַר דְּסַד"א דְּאִינוּ דּוּחָה מ"ד אֶהְרוּגִי ב"ד דְּאִיפָא ג"כ הֵךְ ק"ו וְאֵעֲפ"כ לָא דְחֵי א"כ ה"א דְּגַם לְגַבֵּי רוּדְף לָא נִימָא הֵךְ ק"ו.

וּק"ק דֵּא"כ ל"ל לָא תְּבַעְרוּ לְעֵיל הָא מְדַאצְטְרִיף אִין לֹו דְּמִים דְּדְחֵי שְׁבֵת מְכָלֵל דְּמִיתַת ב"ד אִינוּ דּוּחָה וְע"ק לר"א בר"ש דְּאִית לֵיהּ לְקַמֵּן (דָּף ע"ג ע"ב) דְּאָף מְחַלֵּל שְׁבֵת נִימֵן לְהַצִּילוֹ בְּנִפְשׁוֹ הָא הָאִי גַבֵּי שְׁנַמְצָא בְּמַחְתָּרַת בְּשְׁבֵת שְׁדִינִינֵן לֵיהּ פְּרוּדָף שֶׁל בַּעַה"ב הוּא רוּדְף לְחַלֵּל שְׁבֵת ג"כ דְּרְצִיחָה אַב מְלֹאכָה הִיא וּמַהִיכֵי תִימֵי שְׁלֵא יִהְיֶה נִידוּן לְהַצִּילוֹ בְּנִפְשׁוֹ וּל"ל אִין לֹו דְּמִים לְשׁוֹן רַבִּים: שֵׁם הַשְּׁתָא בְּחוּל לָא קְטְלִינֵן לֵיהּ: ק"ל הָא אִי לָא הוּי פְּתִיב אֲלֵא דָם לֹו הוּי מוֹקְמִינֵן לְמִסְתַּבֵּר טְפִי דְּהֵינּוּ לְשְׁבֵת דְּוּוּקָא וּבְהָא הוּי מְחַלְקִינֵן בֵּין זְרָחָה הַשְּׁמֶשׁ לְלֹא זְרָחָה אֲבָל אֲפִתִי בְּחוּל לָא הוּי יִדְעִינֵן דְּהֵכָא ע"כ צ"ל ג"כ בְּאִין לֹו דְּמִים דְּמוֹקְמִינֵן בֵּין בְּחוּל בֵּין בְּשְׁבֵת ג"כ וְהַשְּׁתָא בְּשְׁבֵת קְטְלִינֵן בְּחוּל מִבְּעַיְ' וּל"ל דְּמִים אַע"כ דְּאִי לָא הוּי פְּתִיב רַק דָם הוּי מוֹקְמִינֵן לְחוּל דְּוּוּקָא וְא"כ ה"ה פֶּאן אֲפָכָא.

וּי"ל דְּבַשְׁלֵמָא בְּאִין לֹו דָם שְׁפִיר הוּי מוֹקְמִינֵן לְחוּל דְּוּוּקָא אֲבָל שְׁבֵת ה"א דְּלָא מְחַלְלִין לָכֵן פְּתִיב אִין לֹו דְּמִים אֲבָל הַשְּׁתָא דְּגַלִּי קְרָא דְּהִיכֵי דְּזְרָחָה הַשְּׁמֶשׁ עָלִיו שְׁרוּצַח הוּא נִימֵן לְהַצִּילוֹ בְּנִפְשׁוֹ אֲפִילוּ בְּשְׁבֵת מְקַשָּׁה שְׁפִיר הַשְּׁתָא בְּחוּל לָא קְטְלִינֵן בְּשְׁבֵת מִבְּעַיְ' דֵּא"ל דִּילְמָא לָא הוּי מוֹקְמִינֵן רַק לְשְׁבֵת דְּמַכ"מ הוּי מוֹכַח דְּגַם בְּחוּל לָא קְטְלִינֵן דְּאִי ס"ד דְּבַחוּל קְטְלִינֵן דִּישׁ לֹו דִּין רוּדְף א"כ גַם בְּשְׁבֵת לִיקְטֵל כְּמוֹ בְּאִין לֹו דְּמִים.

עוּד י"ל דְּהִיכֵי קָא פְּרִיף הַשְּׁתָא בְּחוּל לָא קְטְלִינֵן בְּשְׁבֵת מִבְּעַיְ' דַּע"כ עֵיקַר קְרָא לְחוּל קְדָרִישׁ דְּאִי ס"ד לְשְׁבֵת לְכַתְּוֵב אִיפָכָא בְּבְרִיּוּתָא בֵּין בְּשְׁבֵת בֵּין בְּחוּל דְּהָא עֵיקַר קְרָא מְסָבְרָא לְשְׁבֵת מוֹקְמִינֵן וְרַק מִיַּתוּרָא דְּדְמִים מְרַבִּינֵן חוּל וְלָכֵן מְתַרְץ דְּלָא נִצְרָכָה אֲלֵא לְפַקֵּחַ עָלִיו אֶת הַגֵּל וּבְזָה הוּי שְׁבֵת חֲדוּשׁ טְפִי וְלָכֵן נִקַּט חוּל בְּרִישָׁא אָף דְּזָה לָא מוֹכַח אֲלֵא מְדַדְרִישׁ דְּמִים לֹו בְּרִישָׁא אֲבָל אִי הוּי דְּרִישׁ אִין לֹו דְּמִים בְּרִישָׁא לָא הוּי מוֹכַח דְּלְפַקֵּחַ עָלִיו אֶת הַגֵּל אֲתִי דְּאִי מְדַנְקַט בֵּין בְּחוּל בְּרִישָׁא ה"א אִיִּדֵי דְּבְרִישָׁא דְּבְרִיּוּתָא נִקַּט חוּל בְּרִישָׁא דְּהֵתָם לְעַנְנֵן אִין לֹו דְּמִים צְרִיף לְמִינְקַט הִכֵי דְּחוּל פְּשִׁיטָא טְפִי נִקַּט ג"כ הִכֵי בְּסִיפָא גַבֵּי דְּמִים לֹו אֲבָל הַשְּׁתָא דְּנִקַּט דְּמִים לֹו בְּרִישָׁא וְאֵעֲפ"כ קְתַנִּי בֵּין בְּחוּל בֵּין בְּשְׁבֵת שְׁפִיר מוֹכַח דְּלְעַנְנֵן מְפַקֵּחַ אֶת הַגֵּל אִיִּרֵי דְּבַכ"מ סִיפָא בְּתַר רִישָׁא וְלֹא רִישָׁא בְּתַר סִיפָא גְרִירָא.

וּבְהִיכֵי א"ש מַה שִׁי"ל בְּבְרִיּוּתָא לְמַה דְּדְרָשָׁה קְרָא הַמְּאֻחָר דְּדְמִים לֹו בְּרִישָׁא וְהִזְדַּר קְרָא דְּאִין לֹו דְּמִים הַמְּוֻקְדָּם וּלפ"ז נִיחָא דְּרְצָתָה לְאִשְׁמוּעֵינֵן דְּלְעַנְנֵן מְפַקֵּחַ אֶת הַגֵּל אִיִּרֵי: שֵׁם וְהַנְּפָה בַּכ"א וּמַת בְּכָל מִיתָה שְׁאֲתָה יְכוּל לְהַמִּיתוֹ: ק"ק לְכַתְּוֵב וְהוּמַת דְּשְׁמַעִינֵן תְּרוּנוּיָהוּ.

ונ"ל דהרמב"ם בפ"ט מהל' גניבה פתב פסוגיין דיכול להמיתו בקל מיתה שאמה יכול להמיתו ומשמע דלכתחילה יכול להמיתו פן אכן לא כן ד' הר"ן ריש שמעתיין שפתב דלכתחילה מיתו בסיוף ואם אין יכול להמיתו בסיוף מיתו בכ"מ.

ונ"ל דלהר"ן יצא זה מדכתיב והנפה והדר ומת ולא פתיב והומת פי קושניין אע"כ דגלי קרא דלכתחילה והנפה דהיינו מיתה שיש בה הפאה שהוא סיוף כשאר רוצח והדר ומת בכ"מ שאי"ל ולכן לא פללם קרא יחד: שם אבל אחר לא קמ"ל: ק"ק פינן דרודף הוא מהיכי תיתי שלא מיתו אחר הא לקמן ילפינו מאין מושיע לה דרודף כל אדם מותר להורגו.

וי"ל דלכאורה אין זה רודף גמור דהא אינו הורג בעה"ב אלא מפני שיודע שהבעה"ב יהרוג אותו אם ירצה לילף עם הגניבה א"כ הלא נרדף הוא ולא רודף ולמה מותר להורגו רק דכבר פתב הר"ן דהפתוב דנו פרודף פינן דהוא הוא המתחיל במחלוקת של עסקי נפשות ולכן אפתי לא הנה ידעינו אלא דהוא מותר להורגו דבו גלמה התורה ואין לה בו אלא חדושו אבל אחר לא להכי קמ"ל קרא דדנינו ליה פרודף גמור ואפילו אחר.

ובהכי א"ש מאי דקשה לכאורה דהתוס' הקשו לקמן ל"ל קרא דרוצח גיטן להצילו בנפשו תיפוק ליה מוהוכה בכל אדם ומירצו ע"ש. אכן לכאורה אפתי קשה אפכא ל"ל קרא דאין לו דמים תיפוק ליה מרוצח ולפ"ז ניחא דמהתם לא ידעינו אלא מי שהוא רודף גמור ולהכי אשמעינו קרא באין לו דמים דגם זה רודף מקרי וכמו שפי' הר"ן: שם וכל ב' פתובים הבכ"א אין מלמדין: ולמ"ד מלמדין פבר פתבו התוס' לעיל (דף מ"ה ע"ב) דאיכא ג"כ עיר הנדחת ונסקלין וה"ה דהנה מצוי להביא שם ג"כ קרא דוהוכה דהכא: שם מחתרתו זו היא התראתו: מדקאמרין לקמן אמר לה רב הונא כו' פתנא דמחותרת משמע דלפי בריתא קמיינתא כולהו בעי התראת דאל"כ לא הוי צריף למימר דכתנא דמחותרת ס"ל דכש"כ דלאידך תנא א"ש אכן לא כן דעת הרמב"ם שפסק פתנא דבריתא קמא ולא הזכיר שום התראת משמע דס"ל דלא צריף וכן מוכח ממה שכתב המהרש"א לעיל בתוס' ד"ה אפילו נטל.

אכן מה שכתב שם דבריתא קמיינתא דלא פרב אינו מן הצורך די"ל דרב סובר דהך בריתא סברה פבריתא דלקמן דרודף שהיה רודף דסברה לפי תירוץ האיבעית אימא דרודף בעי התראת וא"כ ע"כ דין דבא במחותרת איירי עם התראת ובלא"ה א"ש מה דקאמר רב התם ל"ש אלא לפני יאוש דהתם איירי בלא התראת: שם אר"ה קטן הרודף גיטן להצילו בנפשו: ק"ק פינן דהא דרוצח גיטן להצילו בנפשו ילפינו לקמן מכאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש א"כ הנה לנו למעט מאיש קטן כמו בכ"מ: שם שאני התם דמשמאי קא רדפי: ובירושלמי מתרץ דאינו יודע מי רודף את מי שמא אמו הרודפת והוא הנרדף דשמא ימות הוא ע"י קושי הלידה ולכן אין נוגעין בשניהם: שם והתורה אמרה שופך דם האדם: ק"ק דא"כ מקרא זה אתיא דרודף גיטן להצילו בנפשו וילקמן לא משכח לילף פן אלא מכאשר יקום איש על רעהו ועוד הא קרא זה דשופך דם האדם נדרש לעיל (דף נ"ז ע"ב) לב"נ נהרג על העובדים ולענין דמיתתו בחנק ועוד אי מקרא זה אתיא ונהוג דין רודף גם בבני נח וצ"ל דלא מיייתי קרא זה הכא אלא לאסמכתא בעלמא אבל באמת עיקר קרא לדרשות דלעיל אתיא: שם שהיא ריבר"י היא: א"ל

דבֿחֿבֿר אִיגֿרִי דא"כ ל"ל לומר וְהַתּוֹרָה אֶמְרָה שְׁנֵפֶף דָּם הָאָדָם הָאֵל לֹא נִיטְנָה זֶה אֶלָּא לְהַבְחִין בֵּין שׁוּגֵג לְמִזִּיד וְגַבִּי חֶבֶר ל"צ לְזֶה אַע"כ בַּע"ה אִיגֿרִי וְכִמוּ שְׁפִירֵשׁ רַש"י וְא"כ מוֹכַח דַּר"י בַּר"י לֹא מִצְרִיף שְׁיִתִּיר עֲצָמוּ לְמִיתָה אֶפְיָלוּ בַּע"ה וּמִזָּה קָשָׁה עַל הַתּוֹסֵף לְעִיל (דָּף מ"א ע"א) דְּמִשְׁמַע שְׁמִסְנִפְקִים בְּזֶה אֵי בְּעֵי רַש"י שְׁיִתִּיר עֲצָמוּ לְמִיתָה ע"ש: שְׁם בְּרַש"י ד"ה יֵצֵא רֵאשׁוֹ.

וּא"ת מַעֲשֶׂה דְשִׁבְעָ בֶן בְּכָרִי: עֵינָן מַה שְׁפָתַי הַר"ש בְּזֶה סַפ"ח דְּתַרּוּמוֹת: שְׁם דָּף ע"ג ע"א בְּמַתְנֵינָן וְאֵלּוּ הֵן שְׁמֵצִילִין אוֹתָן בְּנִפְשָׁן: הָא דְחֻשְׁבֵּי הַגִּי דְנוֹקָא וְלֹא ג"כ שְׁאָר עֲרִיּוֹת וְתַנִּי וְשִׁינֵי לִיכָא לְמִימַר כִּינּוּן דְּנֹאֵלוּ קַתְנֵי וְכִדְאֶמְרֵינוּ בְּקִדּוּשֵׁינוּ (דָּף ט"ז ע"ב) י"ל דְּנֹאֵלוּ לָאו דְּנוֹקָא וְכִמְש"כ רַש"י בְּמַפּוֹת רִישׁ פֶּרֶק אֵלּוּ הֵן הַלּוֹקִין ע"ש.

א"נ י"ל דְּהִכָּא לִיכָא לְמִיטְעֵי דְלֹא תַנִּי וְשִׁינֵי כִּינּוּן דְּקַתְנֵי בְּסִיפָא אַבְל הַרּוֹדֵף אַחֵר בְּהִמָּה כּו' מִפְּלֵל דְּבִשְׁאָר עֲרִיּוֹת מִצִּילִין: שְׁם בְּגִמְרָא אֵין ה"נ וְאֶלָּא נִיטְנָן לְהַצִּילוּ מִנ"ל אֶתְיָא מִק"ו: לְכַאוּרָה לֹא מְתַרְץ בְּזֶה בְּרִייתָא קַמְיִיתָא דְהָא בְּפִירוּשׁ קַתְנֵי דְמֵלֵא תַעֲמֹד עַל דָּם רַעָה נְפָקָא וְלֹא רַצָּה לְתַרְץ כָּאֵן רַק לְפִי הֵף בְּרִייתָא דִּילְפִינוּ מִל"ת עַל דָּם רַעָה רוֹאָה אֶת חֲבִירוֹ טוֹבַע בְּנֶהָר מִנ"ל דִּין רוֹדֵף אֵף דִּלְפ"ז ק"ק מֵאֵי פִרְיָה לְקַמְן וְכִי עוֹנֵשִׁין מִן הַדִּין דִּילְמָא הֵף בְּרִייתָא אֶתְיָא כַּר"ש דַּס"ל לְקַמְן (דָּף ע"ד ע"א) דְּעוֹנֵשִׁין מִן הַדִּין אֶלָּא ע"כ אֵלִיכָא דִּידְנֵי פִרְיָה וְלִכּוֹן נ"ל דְּבִאָמַת מִל"ת עַל דָּם רַעָה נְפָקָא וְהֵף ק"ו הוּא רַק גִּילּוּי מִלְתָּא בְּעֵלְמָא דְנִכְלָל גַּם רוֹדֵף בְּקַרָּא דְלֹא תַעֲמֹד דְאֵי לֹא ה"ה דְּרַק לְרוֹאָה א"ח טוֹבַע בְּנֶהָר אֶתְיָא וְא"ל דְּאֶפְתִּי מֵאֵי פִרְיָה וְכִי עוֹנֵשִׁין מִן הַדִּין הָא הִכִּי דְלֹא הוּי רַק גִּילּוּי מִלְתָּא עוֹנֵשִׁין מִן הַדִּין כְּדֹאמַר אַבְיֵי לְקַמְן (דָּף ע"ו ע"א) דִּי"ל דְּפִרְיָה לְרַבָּא דְפִלִּיג עַל זֶה וּבִלֵּא"ה יֵשׁ לְחַלֵּק בֵּין גִּילּוּי מִלְתָּא דְהִכָּא לְהַתֵּם: שְׁם וְכִי עוֹנֵשִׁין מִן הַדִּין: ק"ק הָא ע"כ לָאו מִשׁוּם עוֹנֵשׁ נִגְעָנוּ בְּזֶה אֶלָּא מִטַּעַם דְּהִקְפִּידָה הַתּוֹרָה לְהַצִּיל אֶת הַנְּרַדֵּף דַּא"כ אִיף אֶמְרֵינוּ לְעִיל דְּקַטְוֵן הַרּוֹדֵף נִיטְנָן לְהַצִּילוּ בְּנִפְשָׁן אֵף דְּרוֹדֵף לֹא בְּעֵי הַתְּרָאָה הַרִי מ"מ קְטוֹן בַּכ"מ לָאו בַּר עוֹנֵשִׁין הוּא: שְׁם וְהָא מִהִכָּא נְפָקָא מִהִתָּם נְפָקָא: ק"ק לְפִי מַה שְׁפָתַי הַב"י בַּח"מ (ס' תכ"ו) בְּשֵׁם הִירוּשְׁלָמִי דְאֶפְיָלוּ בְּסַפֵּק נְפִשׁוֹת צִרְיָה לְהַכְנִיס אֶת עֲצָמוּ כְּדִי לְהַצִּיל אֶת חֲבִירוֹ א"כ מֵאֵי פִרְיָה הָא וְדֹאֵי צִרְיָה לְזֶה לֹא תַעֲמֹד עַל דָּם רַעָה דְּמִנְהַשְׁבּוֹתוֹ לֹא לֹא הוּי דְּעֵינָן לְמִימַר הִכִּי וְלִפִּי שְׁיִטַּת הַפּוֹסְקִים שְׁהַשְׁמִיטוּ דִּין זֶה א"ש דִּי"ל דְּסַבְּרוּ דְהַש"ס דִּילּוֹן בְּאָמַת פִּלִּיג עַל הִירוּשְׁלָמִי אַבְל לְדַעַת הַב"י קָשָׁה וִי"ל דְּהַקְשָׁיָא הִיא דְּבִאָמַת וְהַשְׁבּוֹתוֹ לֹא ל"ל אַבְל לֹא תַעֲמֹד עַל דָּם רַעָה לְכַתּוּב וְכִמוּ שְׁפִירֵשׁ גַּם הַמְהַרְש"א בְּתוֹסֵף.

אֵף דִּלְפ"ז קָשָׁה לְפִי מַה שְׁמִשְׁמַע מִפִּירוּשׁ רַש"י בְּהָא דְּמְתַרְץ אַבְל מִיְטַרְח וּמִיגַר אֶגּוּרֵי אִימָא לֹא קַמ"ל דְּמִשְׁמַעוֹת דְּל"ת עַל דָּם רַעָה דְּרִישׁ כֵּן א"כ אֶפְתִּי וְהַשְׁבּוֹתוֹ ל"ל וּבִפְשׁוֹת י"ל דְּאֵי מִל"ת לֹא יְדַעִינוּ אֶלָּא דְּמַחְזִיב לְהַצִּיל נְפֶשׁ אַבְל לְהַשִּׁיב תּוֹעָה בְּדַרְדָּרָה שְׁאִינוּ פְּקוּחַ נְפֶשׁ לֹא וְלִהִכִּי מְצַרְכִּינוּ וְהַשְׁבּוֹתוֹ אֵף דִּלְפ"ז הַקְשָׁיָא הַנ"ל עַל הַב"י בְּמִקּוּמָה עוֹמְדַת דְּהָא שְׁפִיר מְצַרְכִּינוּ וְהַשְׁבּוֹתוֹ וִי"ל דְּלֵהַב"י מְפָרְשֵׁינוּ פִירוּשׁ הַגְּמָרָא כְּמוּ שְׁפִירֵשׁ הַר"ן דְּמִיתוּרָא דְּל"ת דְּרִישֵׁינוּ מִיגַר אֶגּוּרֵי וְלֹא מִשְׁמַעוֹת וְלִכּוֹן שְׁפִיר מְצַרְכִּינוּ לְפִי הַפִּירוּץ וְהַשְׁבּוֹתוֹ וּבְאָמַת הַקְשָׁיָא הִזָּה וְהַשְׁבּוֹתוֹ ל"ל וְרַש"י דְּלֹא פִירֵשׁ הִכִּי י"ל דְּסוֹבֵר בְּאָמַת כְּדַעַת הַרִי"ף וְהַרְמַב"ם וְשְׁאָר פּוֹסְקִים שְׁלֵא הִבִּיאוּ הֵף דִּין דַּב"י: שְׁם

נְעַבְדָּהּ בַּה עֲבִירָה: מִפִּירוּשׁ רַש"י נִרְאֶה שְׁמִפְרֵשׁ הֵכִי שְׁנִבְעֵלָה קוּדֵם לְכֹן אֲכֹן דַּעַת הַרְמַב"ם לֹא נִרְאֶה כֹן אֲלֵא דְקָאֵמַר דְּהֵיכָא דְנִעְבְּדָהּ בַּה עֲבִירָה דְהֵינּוּ שְׁהֵעֵרָה בַּה כְּבַר אַע"פ שְׁלֹא גָמַר בִּיאָתוֹ לֹא נִיָּתֵן עוֹד לְהַצִּילוֹ בְּנִפְשׁוֹ כִּינּוֹן שְׁכַבְרָ עֶבֶר אֲלֵא מְבִיאִין אוֹתוֹ לַב"ד דְּכֹן כְּתֹב בַּפ"א מֵהַל' רוּצַח וּלְפִי הַנִּרְאֶה מִכָּאן יֵצֵא לוֹ כֹן וּלְפ"ז אֲפֹשֶׁר לְדַעַת הַרְמַב"ם אֲפִילוֹ הֵיכִי שְׁנִבְעֵלָה מִקוּדֵם לְכֹן בְּעֵלִית זְנוּת לֹא מִקְרִי ע"י כֹן פְּגוּמָה: שָׁם אָבֵל נֶעַר דְּלֹא קָא פְּגִים לִיה: פִּירוּשׁ דְּפִגְמָם הוּא שְׁנִעֲשֶׂה זֹנָה בְּבַעֲלֵתוֹ וְהַנִּלְד מִמְזֵר וְכִמוֹ שְׁפִירוּשׁ רַש"י לְקַמֵּן (ע"ב) וְתַרְנוּנֵיהוּ לֹא שְׁיִכִּי גִבִי זָכַר וְאִף שְׁכָאן פִּירוּשׁ רַש"י הַפְּגָם גִּבִי נֶעַרָה הַמְאֹרְסָה דְּפִגְמָם לֵה בְּבַתּוּלִי וּמְגִנָּה עַל בְּעֵלָה לֹא בָּא רַק לְפָרֵשׁ לְעֲנִין מֵאִי קְרִי לַנ"ה נְפִישׁ פְּגָמָה טְפִי מִשְׁאָר עֲרִירוֹת: שָׁם בְּרַש"י ד"ה אָבֵל הַרוּדָף.

וְשִׁבְתָּ נְמִי תִּיתִי בְּגוֹז"ש: א"ל דְּאֶפְתִּי לֹא לִיָּתְנִי רַק ע"ז דְּכִינּוֹן דַּע"ז אִין מִצִּילִין א"כ מֵהֵיכִי תִּיתִי שְׁיִצִּילוּ מְחַלְלֵי שִׁבְתָּ הָא לִיכָּא לְמִילָף חִיּוּבוֹ מִגּוֹז"ש דִּי"ל דְּתַנִּי בְּכָל הַגִּי דְחֻשְׁבִּיב סְדָרָא דְקָרָא נְקִיט דְרוּצַח דְחֻשְׁבִּיב כְּתִיב בְּפִרְשֵׁת מִשְׁפָּטִים מִכָּה אִישׁ וְמֵת מוֹת יוּמָת וְזָכוּר כְּתִיב מִיתָתוֹ בְּפִרְשֵׁת קְדוּשִׁים וְאִישׁ כִּי יִשְׁכַּב אֶת זָכַר וְגו' וְנֶעַרָה הַמְאֹרְסָה כְּתִיב בְּפִרְשֵׁת כִּי תֵצֵא וְהוֹצֵאתֶם אֶת שְׁנֵיהֶם וְכֹן רוּדָף אַחַר בְּהֵמָה כְּתִיב בְּפִרְשֵׁת מִשְׁפָּטִים כָּל שֹׁכֵב עִם בְּהֵמָה מוֹת יוּמָת וְהַמְחַלְלֵי אֶת הַשִּׁבְתָּ בְּפִרְשֵׁת שְׁלַח לֵה רְגוּם יִרְגְּמוּ וְע"ז בְּפִרְשֵׁת שׁוֹפְטִים וְהוֹצֵאתָ אֶת הָאִישׁ הַהוּא וְגו' וְאִף דְּכְתִיב ע"ז ג"כ בְּפִרְשֵׁת מִשְׁפָּטִים זֹבַח לְאֱלֹהִים יִחַרֵם הָף לֹא אֵיירִי רַק בַּד' עֲבוּדוֹת שְׁלֹא כְּדָרְכָהּ וְלֹא בַע"ז סְתָם כְּמִבְנוֹאֵר לְעֵיל וְגַם לֹא כְּתִיב שָׁם מִיתָה בְּפִירוּשׁ כְּמוֹ בְּפִרְשֵׁת שׁוֹפְטִים וְלָכֵן שְׁפִיר נְקִיט מְחַלְלֵי שִׁבְתָּ ג"כ כִּינּוֹן דְּבַדְרָף סְדוּרוֹ לְפִי הַמְקָרְאוֹת קָדִים לַע"ז: שָׁם ד"ה הֵיָקֵשׁ הוּא.

וְכָל הֵיָקֵשׁ וְגוֹז"ש כו' לְפִי שְׁלֹא נִתְּנָה לְמִידְרַשׁ מַעֲצָמוֹ: עֵינִין בַּמ"ל (פ"ב מֵהַל' קָרְבֵן פְּסָח) שְׁהוֹכִיחַ שָׁם דַּעַת רַש"י דְּהֵיָקֵשׁ אָדָם דֵּן מַעֲצָמוֹ וְאִין לְהַקְשׁוֹת מִדְּבַרֵי רַש"י דְּהֵכָא דְכְּתֹב לְפִי שְׁלֹא נִתְּנָה לְמִידְרַשׁ מַעֲצָמוֹ וּמִשְׁמַע דְּאֵהֵיָקֵשׁ וְגוֹז"ש קָאִי דְנוֹדָאִי לְעֲנִין הָא הוּי כְּמִפּוֹרֶשׁ בְּקָרָא דָאִי לֹא דְכְּתֹבֶם הַתּוֹרָה ב' הַדְּבָרִים שְׁהוֹקֶשׁוּ סְמוּכִים זֶה לְזֶה לֹא הוּי נוֹכַח לְהַקְשֵׁם אָבֵל הַשְׁתָּא דְכְּתִיבִי שְׁפִיר נְקִישׁ אוֹתָן מַעֲצָמָן וְלָכֵן לְעֲנִין הֵיָקֵשׁ ל"צ רַש"י לְפָרֵשׁ כְּלוּם וְרַק לְעֲנִין גוֹז"ש וְלָכֵן כְּתֹב שְׁלֹא נִתְּנָה לְמִידְרַשׁ דְּמִשְׁמַע דַּאֲגוֹז"ש לְחוּד קָאִי אֲכֹן בְּסוּפָה (דָּף ל"א ע"א) כְּתֹב רַש"י בְּפִירוּשׁ דָּאִין אָדָם דֵּן הֵיָקֵשׁ מַעֲצָמוֹ וְהַתּוֹס' כְּתִבוּ עָלֵיו דְּתִמָּא גְדוּלָה הִיא ע"ש וּבְסִפְרֵי ע"ל שָׁם שְׁהֵאֲרַכְתִּי לִיָּשֵׁב שִׁיטַת רַש"י: שָׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה הָרִי זֶה.

וְכֹן בְּהֵיָא דְלַעֲיֵל פְּרָק ד' מִיתוֹת: לְפִי מַה שְׁכְּתִבְתִּי לְעֵיל שָׁם מְזָה אֲפֹשֶׁר אִין רָאִיָה כ"כ ע"ש: שָׁם בַּא"ד. דְלַלְמַד אֲפִסוּלִי הַפְּקוּדֵשִׁין נְמִי קָאֲתִי לְפָטוֹר מִן הַמִּתְנוּת: עֵינִין בְּכּוֹרוֹת (דָּף ל"ג ע"א) דְּדָרְקִישׁ שָׁם ג' דְּרִשׁוֹת מִצְבִּי וְאִזֵּל וְלֹא יִדְעָתִי לְמַה מְסוּפְקִים הַתּוֹס' בְּזֶה וְגַם לְמַה נְקִטוּ הָף דְּרִשָׁא דְוּוּקָא: שָׁם בַּד"ה לְהַצִּילוֹ בְּנִפְשׁוֹ.

ל"ל קָרָא בְּטוּבַע בְּנִהָר: ק"ק הָא אִיָּצְטְרִיף קָרָא לְמִקְטָרַח וּמִיָּגַר אֲגוּרִי כְּדַאֲמִרִין לְקַמֵּן וְזֶה לֹא מוֹכַח רַק מִיתוֹרָא דְלֹא תַעֲמֹד דְּמִוְהַשְׁבוֹתוֹ לוֹ נְפָקָא וְכִמוֹ שְׁפִירוּשׁ הַר"ן וְא"ל דְּאֶפְתִּי וְהַשְׁבוֹתוֹ לוֹ ל"ל דַּא"כ דְּזֶה קוּשְׁיַת הַתּוֹס' מֵאִי מְתַרְצִי דָאִי מֵהֵכָא ה"א עֲשֶׂה הָא לְעֲנִין וְהַשְׁבוֹתוֹ לוֹ לֹא שְׁיִיף זֶה דַּא"כ לֹא הוּי רַק עֲשֶׂה אֲכֹן לְפִי מַה שְׁכְּתֹב הַמְהַרְש"א דְּבוֹהַשְׁבוֹתוֹ הוּי לֹא ג"כ דְלֹא תוֹכַל לְהַתְעַלֵּם קָאִי עָלֵיו א"ש.

א"נ י"ל דקונשית התוס' כפשוטו' דלא תעמוד על דם רעה ל"צ פיון דינעיון הצלת חבירו מק"ו מדניתן להצילו בנפשו א"כ מיתורא דנהשבותו לו ג"כ ינעיון מיגר אגורי: שם בא"ד. קמ"ל התם דעובר בלאו: לפי מה שכ' הרמב"ם (פ"א מה' מאכלות אסורות) דהיכי דאיכא עשה עם ק"ו עונשין מן הדין א"כ הכא דהני ק"ו בהדי עשה יחשב זה כמו לאו אכן בזה יש לחלק פיון דההוה ק"ו מפת עשה לא מיחשב כמו ק"ו ועשה ובלא"ה כבר הוכחתי במ"א מהא דאמרינו מנחות (דף ה' ע"ב) מן הבהמה להוציא את הטריפה והלא דין הוא גם דעת הרמב"ם אינו פן דאמרינו בעלמא הכי רק התם גפי סימני טהרה.

ועיין מש"כ בספרי ע"ל מכות (דף י"ד ע"ב) בבואור שיטת הרמב"ם: שם ד"ה חייבי פרייתות. וא"ת תיפוק ליה מדאיתקוש כל העריות: ק"ק הא אי מהיקוש אתיא צריף נערה אלגופא דממנה נלמד ההיקוש וגם נער צריף לזכר אלגופא דזכר אינו בכלל ההיקוש וכמו שהוכיחו התוס' ביבמות (דף נ"ד ע"ב) וא"כ מנ"ל למעט ע"ז ובהמה ושבת דאתיא מנער ונערה כדאמרינו בש"ס.

ועוד קשה אמה שהקשו התוס' אבל קשה הא בהמה לא איתקוש כו' פירוש דא"כ אין ראיה מבהמה ועדיפא ה"ל להקשות פיון דבהמה אינו בכלל ההיקוש בלאו הכי לא מתרצי מידי דהא אי מהיקוש אתיא שאר עריות באמת לא צריף מיעוט לבהמה.

והנראה דקונשית התוס' אינה דחטא ומות לא לכתוב דבאמת מות צריף לכנ"ל אבל חטא דאתיא לחייבי פרייתות לא לכתוב פיון דכתיב מנת דהינו עריות דחייבי מב"ד גילף שאר עריות מהיקוש ואפתי מותר נער ונערה לדרשה דכולהו הוי בכלל מות וכן בהמה הוי בכלל ולכן שפיר צריף מיעוט לבהמה פן נלענ"ד ברור בכוננת התוס': שם בד"ה נער ונערה.

ומיהו בסמוך משמע דמחז דריש דקאמר: אפתי שייף תירוץ דבאמת זכר ונערה המאורסה מחז קרא נפקא אכן הא דאפילו קטנה במשמע זה אחי מנער אחרניא דכתיב בפרישה: שם ע"ב בגמרא וחד למעוטי בהמה ושבת: ק"ק הא זה ע"כ קאי למ"ד עונשין מן הדין דלמ"ד אין עונשין לא צריף קרא למעט ע"ז דמהיכי תיתי לרבוני וא"כ באמת מנ"ל דקרא למעט ע"ז אחי דילמא באמת חז למעוטי בהמה וחד למעוטי שבת וע"ז מרבינו מק"ו וכמו לר"ש: שם סד"א תיתי שבת מחלול וחלול מע"ז: פירוש פיון דגמרינו הוה גז"ש דחלול חלול לענין שאר מילי לקמן (דף פ"ג) ה"א דגם לענין הא גמרינו לכו איצטריף מיעוטא וא"ל דאפתי השתא דכתיב מיעוטא גפי שבת גילף אפכא ע"ז משבת דלא ניתן להצילו בנפשו ואף דאיכא ק"ו לחיוב דהא ר"ש גופא סבר דג"ש עדיף מק"ו וכמו שפכתבו התוס' בחולין (דף קט"ז ע"א) ע"ש די"ל דשאני הכא דלא נמסרה הגז"ש בפירוש להכי לא דחינו ק"ו לגבה: שם איידי דכתב רחמנא נער כתב נמי נערה: ופירש רש"י איידי דכתיב נער להביא את הזכור.

אכן ק"ק הא לזכור לא צריף דבכלל שאר עריות הוא ולמעט בהמה אפתי לא לכתוב רק נערה ולא נער דמדרכי רחמנא נערה המאורסה ג"כ ממעטינו בהמה וכמו לת"ק ולר"ש ונ"ל דוודאי לא שייף למעוטי מנער ונערה אלא כל מה שדומה להם וכיון דבנערה שייף פגם ולא בזכר וכמבואר לעיל וכן גפי ע"ז שייף פגם וכמו דאמרינו לקמן פגם גבוה לא כש"כ ובבהמה ושבת לא שייף פגם כלל לכו ממעטינו מנערה ע"ז דהינו בההוה פגם דווקא

נִיתַן לְהַצִּילוֹ וְלֹא בַּפְּגָם אַחַר דְּהֵינּוּ ע"ז וְכֵן מְנַעַר דָּאִין בּוּ פְּגָם נְמִי אִין לְמַעַט אֱלָא מַה שְּׁלֹא שְׁיִיךְ בּוּ פְּגָם ג"כ דְּהֵינּוּ בְּהֶמָּה וְשִׁבְתָּ וְלִכְּן הֵכָא דְרָצוֹנוּ לְמַעַט בְּהֶמָּה ע"כ צָרִיךְ לְכַתּוּב נַעַר דְּמִזְכֵּר דְּוִוְקָא מְמַעֲטִין בְּהֶמָּה.

וּבְזָה מְתוּרְץ מַה שְּׁהִקְשׁוּ הַתּוֹס' בּד"ה חַד וְתִימָא דְבְּהֶמָּה וְשִׁבְתָּ הִיכִי מְמַעַט מְחַד וְטָפִי ה"ל לְמַעַט ע"ז וְשִׁבְתָּ וּלפ"ז א"ש דְּבְּהֶמָּה וְשִׁבְתָּ דְּתַרְוַן וְיִהוּ אִין בְּהֶם פְּגָם שְׁפִיר מְמַעֲטִין מְנַעַר אֲבָל לֹא ע"ז וְשִׁבְתָּ דְּבֵא' יֵשׁ פְּגָם וּבְאַחַד לֹא: שְׁם מְשׁוּם דְּמִסְרָה נְפִשָׁה לְקַטְלָא: א"ל דְּאַפְתִּי ל"ל קְרָא לְמַעַט ע"ז וְשִׁבְתָּ מְהִיכִי תִימָי לְרַבּוּי כִּינּוּ דְּהֵךְ טַעְמָא לֹא שְׁיִיךְ בְּהֶם דִּי"ל דְּמִתָּא יְלִיף ר"י הֵךְ טַעְמָא וְאִי לֹא קְרָא בְּאַמְתָּ ה"א דְּהִטְעַם הוּא מְשׁוּם פְּגָם וְהָהּ מְרַבִּין ע"ז מִק"ו וְשִׁבְתָּ מִגְז"ש א"נ י"ל דְּר"י סְבַר בְּהָא כְּר"א בְּר"ש דְּלַעֲיִל דְּלֹא דְרִישׁ הֵנִי מִיעוּטִי לַע"ז וְשִׁבְתָּ רַק חַד לְמַעוּטִי בְּהֶמָּה וְהָאִי גַם לְר' יְהוּדָא מְצָרִיךְ צָרִיכִי כִּינּוּ דְּדָמִי לְעֲרִיּוֹת: שְׁם מְמוֹנָא לֹא מְשַׁלֵּם עַד גְּמַר בִּיאָה: ק"ק דָּא"כ מֵאִי פְּרִיךְ בְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף ל"ה ע"ב) אִי כְּר' נְחוּנְיָא בְּן הֶקְנֵה קִשְׁיָא אַחֲתוֹת אִי כְּר' יְצַחֲקִי קִשְׁיָא מְזוּרָתָּהּ הָא פְּרַת וְכֵן מְלָקוֹת וְתַשְׁלוּמִין לֹא אַחַד מִלְּקָתָא הֵם דְּכָרָת וּמְלָקוֹת חֲזִיב מִתְּחִילַת בִּיאָה דְּהֵינּוּ מְשַׁעַת הַעֲרָאָה וּקְנָס לֹא הָנִי רַק אֲגַמַר בִּיאָה וּכ"ת כִּינּוּ דַעַכ"פ אֲמַקְצַת בִּיאָה חֲזִיב פְּרַת וּמְלָקוֹת א"כ אִין לְחֲזִיב עוֹד אֲבִיאָה זֹו מְמוֹן א"כ ה"נ נִימָא הִכִּי כִּינּוּ דְּבְּמַקְצַת בִּיאָה הֵנִי דִּין מִיְתָה דְּנִיתָן לְהַצִּילוֹ בְּנִפְשׁוֹ לֹא יִתְחַזֵּב עוֹד אֲסוּף בִּיאָה זֹו מְמוֹן וְכֵן קִשְׁיָא אֵהָא דְּאַמְרִין שְׁם (דָּף ל"ו ע"ב) דְּבֵא עַל חֲזִיבִי מִב"ד פְּטוֹר מִקְנָס דְּלָמָּה יְפִטֵר דְּהָא מִיְתָה וְתַשְׁלוּמִין אִינוּ אֲדָבָר אַחַד וְכִינּוּ שְׁהֵם אֲב' דְּבָרִים מִיְּחִיב בְּתַשְׁלוּמִין אִף שְׁכָבָר נִתְחַזֵּב מִקְנָס דְּבְּמִינֵי עֲרִיבִין (דָּף ו' ע"ב) דְּהִיּוּצָא לְהֶרַג אִם הִזִּיק חֲזִיב וְהַת"ק לֹא פְּלִיג שְׁם רַק דָּאִינוּ גּוֹבָה מִן הַיּוֹרְשִׁים אֲבָל מְשׁוּם קִים לִיהָ בְּדַרְבָּה לֹא מִיְּפִטֵר אִף שְׁחִיבֵי הַתַּשְׁלוּמִין בָּא לְבַסּוּף וִי"ל דְּסָמִיךְ אֲקָנְשִׁיא הַנִּיחָא לְמ"ד זֹו נְשִׁיקָה אֱלָא לְמ"ד הַעֲרָאָה מֵא"ל וּמַה שְּׁתִּירָץ רַב חֲסָדָא פְּגוֹן שְׁבָא עָלֶיהָ שְׁלֹא פְּדַרְבָּה לֹא שְׁיִיךְ שְׁם דְּאַפְתִּי יְקַשְׁהָ דְּלָמָּה דְּהַעֲרָאָה זֹו נְשִׁיקָה לְמָה חֲזִיבִי מִב"ד פְּטוֹרִין מִקְנָס: שְׁם אֱלָא לְמ"ד הַעֲרָאָה זֹו הַכְּנָסַת עֲטָרָה מֵא"ל: ק"ק דְּמֵאן שְׁמַעְתָּ לִיהָ דְּאִית לִיהָ הִכִּי בִּיבְמוֹת (דָּף נ"ה ע"ב) רַב דִּימִי אֲמַר ר' יוֹחָנָן וְהָרִי הוּא ס"ל בְּחֻלִּין (דָּף פ"א ע"ב) דְּחֲזִיבִי מִיְתוֹת שׁוֹגְגִין וְדָבָר אַחַר חֲזִיבִין וְא"כ לְדִידִיָּה בְּלֹא"ה לְק"מ מִמְּתַנִּיתִן דְּאֵלוּ נְעֻרוֹת כִּינּוּ דְּלֹא מִיְקַטֵּל שְׁפִיר מְשַׁלֵּם מְמוֹן.

וִי"ל דְּקוֹנְשִׁית הַש"ס הֵכָא הוּא לְרַבִּין אֲמַר ר' יוֹחָנָן דַּס"ל ג"כ בִּיבְמוֹת שְׁם דְּהַעֲרָאָה זֹו הַכְּנָסַת עֲטָרָה וְהוּא גּוֹפָא ס"ל בְּכַתְּנֻבוֹת (דָּף ל"ה ע"א) דְּחֲזִיבִי מִיְתוֹת שׁוֹגְגִין גַּם לְר' יוֹחָנָן פְּטוֹר מִתַּשְׁלוּמִין וְלְדִידִיָּה מִקְשָׁה שְׁפִיר: שְׁם בְּרִשְׁיִי ד"ה בְּמַקְפְּדַת עַל פְּגָמָה.

מְשׁוּם עֲבִירָה דְּלֹא חֲמִיר מַע"ז וְשִׁבְתָּ: ק"ק הָא גַם מְשׁוּם פְּגָם לֹא חֲמִיר מַע"ז דְּהָא קְאָמְרִין לְקַמְן פְּגָם גְּבוּהָ לֹא כַּש"כ. וִי"ל דְּנוֹדָאִי פֶּל כְּפָה דְּלֹא גְּלִי לָן קְרָא דָּאִין מְצִילִין מְסַבְּרָא אִיכָּא פְּגָם טוֹבָא בַע"ז אֲבָל לְבַתֵּר דְּכְתִיב מִיעוּטָא א"כ אִין פָּאן פְּגָם דְּרַחֲמָנָא מְחַל עַל פְּגָמוֹ אֲבָל מִכ"מ עֲבִירָה אִיכָּא וּבְהִכִּי א"ש ג"כ מֵאִי דְּכָפִיל רַש"י לְמִלְתָּהּ בְּד"ה אֲפָגְמָא קְפִיד רַחֲמָנָא מְדָלָא כְּתִיב בְּהָאִי קְרָא אֱלָא מִיְדֵי דְּפָגְמָה עַכ"ל וּמֵאִי בְּעֵי עוֹד בְּזָה הָא כְּבָר כְּתִב דְּמְשׁוּם עֲבִירָה לֹא חֲמִיר מַע"ז וְשִׁבְתָּ.

וּלפ"ז י"ל דְּבְּאַמְתָּ הָא דְּקַפִּיד רַחֲמָנָא אֲפָגְמָא אֲתִי שְׁפִיר מְדָלָא כְּתִיב בְּהָאִי קְרָא אֱלָא מִיְדֵי דְּפָגְמָה אִף הָא דְּבְּעִין מִקְפְּדַת עַל פְּגָמָה אֲפְתִי לֹא אֲתִי מְזָה דָּאִימָא גַם כְּשִׁיאִנְהָ

מקפדת מכ"מ התורה הקפידה על פגמה פיון דעכ"פ פגם איפא וכעובדא דהאשה שגלתה ראשה בשוק וחיבי ר"ע לאשר גילה לה ד' מאות וזו אף שלא הקפידה על פגמה וקלונה מפני שהיא בת אברהם יצחק ויעקב (ב"ק פ"ק החובל) וה"נ י"ל פאן אף דזה מוכח מע"ז דאף דרממנא מחל על פגמו מכ"מ הרי פגם איפא והיה לנו להצילו בנפשו אע"כ הפל בהקפדה על הפגם תלוי ולזה שפיר הביא רש"י ראיה מע"ז: שם בד"ה אפגמא רבה.

שהנלד ממזר ונעשה זונה: זונה לחוד לא מהני דגם מחיבי לאוין נעשה זונה פדאמרין ביבמות (דף ס"א ע"ב) ואף דממזר הבא על בת ישראל הנלד ממזר וא"כ משפחת חיבי לאוין ג"כ דהנלד ממזר ונעשה זונה מכ"מ האי לאו מפת איסור הוא שנעשה הנלד ממזר אלא מפני שהנלד הולך אחר הפגום.

אכן לפ"ז צ"ל דר' יהושע דסבר ביבמות ס"פ החולץ דאין ממזר רק מחיבי מב"ד ולא מח"כ וכן ר"ע דסבר שם דאפילו מחיבי לאוין הוי ממזר הם ע"כ לא ס"ל טעם דפגם פרבנו אלא טעם דמסרה נפשה לקטלא דזה לא שייך רק גבי עריות דיהרג ואל יעבור ולא גבי חיבי לאוין: שם בתוספות ד"ה חד למעוטי.

אי לא פתיב: צ"ב מה בעו התוס' בזה ונ"ל דרצו לתרץ מה דבעי לאתויי שבת הא פיון דממעטין ע"ז שבת ממילא ממועטת ורש"י פתב דכדי נסבה אכן התוס' רצו לפרש דהכי קאמר דחד למעוטי שבת ובהמה דהיינו אי לא הוי פתיב רק חד הוי מוקמינו להכי והוי מרבינו ע"ז וממילא שפיר צריף מיעוטא לשבת ואהא הקשו דא"כ האיה ס"ד למיגמר בהמה ושבת מחד קרא ובשלמא לשיטת רש"י דפי' דכדי נסבה ואגב גררא אידי דתנו במתניתן א"ש הא דנקט שבת אחר בהמה ולא אחר ע"ז דלישנא דמתניתן נקט דקתני בה ג"כ שבת אחר בהמה פסדר הפתובים במקרא וכנ"ל ולכן רק לשיטתו דלא רצו לומר דכדי נסבה הקשו שפיר ובזה א"ש מאי דקשה לכאורה אמה שהקשו עוד דאיה יחלל שבת להציל חבירו מחלול שבת דאין זה מקלקל דאיפא תיקווא גברא דלכאורה לת"ק ל"ק מידי דהא באמת לא צריף מיעוט לשבת ורק פדי נסבה לפי לישנא דמתניתן ולר"ש ל"ל הך טעמא דאיפא תיקווא גברא דהא ר"ש אית ליה מקלקל בכתובה חיבי בשבת (דף ק"ו ע"א) ולפ"ז ניחא דבאמת גם לת"ק הקשו לפי מאי דס"ל דמיעוט גמור הוא לענון שבת ולא פדי נסבה: שם בא"ד.

ואיה יחלל שבת להציל חבירו מחלול שבת: א"ל דגם ארוצח ליקשו הכי די"ל דברוצח איפא הצלת הנרדף בהדי עבירה דרציחה ולכן שפיר דחינו הא מקמא הא ואף דהתוס' ס"ל לעיל דאין מצילין ומצילין אותו בנפשו דקתני היינו מצילין אותו מן העבירה ולא מצילין הנרדף מכ"מ הרי בהדי הצלה מן העבירה איפא הצלת הנרדף ג"כ.

ולכן ל"ק גם פן איה מצילין אותו מאיסור א"א דקיל בחנק והורגין אותו שהיא עבירת סייף דהתם ג"כ איפא הצלת הנרדפת ג"כ אבל א"ל דשאני גבי רוצח דהתורה גלתה בפירוש דא"כ אפתי לא מקשו מידי דגילף גם שבת מניה ועוד הרי גבי א"א לא גלתה התורה בפירוש: שם ד"ה ממונא לא משלם.

הא לאו פּרְכָא היא דְאֵהֵכִי חַיִּיב רַחֲמָנָא: עֵינֵין בִּיבְמוֹת שְׁהִקְשׁוּ הַתּוֹסֵ' עַל זֶה דַּא"כ מַאי פְּרִיז הַנִּיחָא לְמַ"ד הָא גַם לְמַ"ד הַעֲרָאָה זֹו הַכְּנֶסֶת עֲטָרָה א"ש. וְהַמְהַרְשָׁא הַקְּשָׁה לְמָה דְלָא מְקַשׁוּ הַתּוֹסֵ' פֶּן גַּם אַתִּי קַמָּא וְתִירֵץ דְזֵה נִדְאִי אֵין סְבָרָא דְמִשׁוּם קִים לִיה בְּדַרְבֵּיהּ מִנִּיהּ יִשְׁלַם קִנְס אַגְמַר בִּיאָה שְׁפָבֵר הִיא בְּעוּלָה ע"ש.

אַכּוּן לְפִי מַה שְׁהוּכִיחוּ הַתּוֹסֵ' מִנְעֵרָה הַמְאֹרְסָה דְבִהֵכִי חַיִּיב רַחֲמָנָא וְשִׁפִּיר מְקַרִי בְּתוּלָה לְכַאוּרָה גִּסְתַּר תִּירוּץ זֶה: שְׁם בַּא"ד. תִּדַע מְדָלָא יִלְפִינוּ הַעֲרָאָה מִנ"ה: א"ל דַּא"כ הִיאָה אַמְרִינוּ בְּקִידוּשֵׁין (דָּף י' ע"א) וְאִי נָמִי לְכַה"ג דְקָא קִנִּי בְּתוּלָה בְּבִיאָה מַאי וּפִירֵשׁ רַש"י דַּאי סוּף בִּיאָה קוּנָה נִמְצָאת בְּעוּלָה מְשַׁעַת הַעֲרָאָה שְׁלֵא לְשֵׁם קִידוּשֵׁין וְאַסִּירָא לִיה דְכְּתִיב בְּתוּלָה מְעַמְיו יִקַּח עַכ"ל.

וּמַאי קַמְבַּעֲנִי לִיה הָא פִּינוּן דַּע"י אוּתָהּ בְּעִילָה נַעֲשִׂית בְּעוּלָה שְׁפִיר קִרְיָנוּ בְּהַ בְּתוּלָה וּכְמוֹ שְׁהוּכִיחוּ הַתּוֹסֵ' פֶּאן דִּי"ל דְזֵה שְׁיָיָה דְנוּקָא לְעֵנִין חַיִּיב דְקִנְס וּנ"ה דְהֵתָם לָא בְּעִי הַפְּתוּב רַק שְׁיָיָא עֲלֵיהּ בְּעוּדָה בְּתוּלָה וְהָרִי בָּא עֲלֵיהּ אַף שְׁבַגְמַר בִּיאָה פְּבָר הִיא בְּעוּלָה אֵהֵכִי לָא קַפִּיד רַחֲמָנָא רַק שְׁיָיָא תַּחֲלַת בִּיאָה אַבְתוּלָה וְאַז יִחְוִיב אַגְמַר בִּיאָה אַבְל הֵתָם לְעֵנִין קִידוּשֵׁין דְכְּתִיב בְּתוּלָה מְעַמְיו יִקַּח דְמִשְׁמַע בְּשַׁעַת לְקִיחָה דְהֵינּוּ בְּשַׁעַת קִידוּשֵׁין תַּהֲיָה בְּתוּלָה וְהָרִי פֶּאן בְּשַׁעַת קִידוּשֵׁין שְׁהִיא בְּגַמְרָא בִּיאָה פְּבָר בְּעוּלָה הִיא: שְׁם בַּד"ה בְּמַפְתָּה.

שְׁאִינָה מוּחֲלַת הַקִּנְס: ק"ק דַּא"כ מַאי פְּרִיז רִישׁ פְּרָק נַעֲרָה שְׁנַתְּפַתְתָּה פְּשִׁיטָא דְלֵאבִיָּה דַּאי לְעַצְמָה הָרִי מְחַלָּה ע"ש דִּילְמָא לְעוּלָם ה"א דְלַעֲצָמָה וּבְהַתְנָה בְּפִירוּשׁ שְׁאִינָה מוּחֲלַת הַקִּנְס וְשָׂאָר דְבָרִים וּצ"ע: שְׁם בַּא"ד.

פְּגוּן שְׁלֵא הִסְפִּיקָה לְעַמּוּד בְּדִין עַד שְׁמַת הָאָב: ק"ק פִּינוּן דַּע"כ אֵינְרִי בְּמַפְתָּה לְרַב פְּפָא גַם הָד סִיפָא דְבַתּוּ דַּאי בְּאַנוּסָה בְּלֵא שְׁמַתְחֵיב בְּנַפְשׁוֹ תִּיפּוּק לִיה דְנִיחָתָן לְהַצִּילוֹ בְּנַפְשׁוֹ וַא"כ מ"ש בַּתּוּ דְנִקְט אֶפִּילוּ בְּאַחוּתוֹ ג"כ פְּטוּר בְּכַה"ג שְׁלֵא הִסְפִּיקָה לְעַמּוּד בְּדִין עַד שְׁמַת הָאָב וּבְמַפְתָּה פִּינוּן דְלַעֲצָמָה וְהָרִי מְחַלָּה וְאַפִּילוּ בְּנַעֲרָה שְׁנַתְּגַרְשָׁה מִן הָאֲרוּסִין דְעֲלָמָא נָמִי וְאִי תִּלְיָא זֶה בְּמַתְחֵיב בְּנַפְשׁוֹ דְבַתּוּ דְנוּקָא וְאִי הָד דְבַתּוּ אֵינְרִי בְּאַנוּסָה דְנוּקָא א"כ גַּם בְּאַחוּתוֹ פְּטוּר כַּה"ג דְנִיחָתָן לְהַצִּילוֹ בְּנַפְשׁוֹ וְעַכ"פ יִקְשָׁה מ"ש בַּתּוּ דְנִקְט: שְׁם בַּא"ד.

דְהָא רַב פְּפָא אִית לִיה חִידוּשׁ הוּא: ק"ק הָא רַב פְּפָא לָא אָמַר אֵלָא פְּרָבָה שְׁם בְּכַתְּוּבוֹת (דָּף ל"ב ע"ב) וְרַבָּה גּוֹפִיָּה לָא אָמַר הֵכִי אֵלָא לַר"מ כְּמוֹ שְׁכַתְּבוּ הַתּוֹסֵ' שְׁם וּמַאי קְשָׁיָא לְרַב פְּפָא מִמַּתְנִיתוּן דְהָא מַתְנִיתוּן ע"כ לִית לִיה דְמִיקְטֵל וּמְשַׁלֵּם קִנְס מְדַפְטָרָה מְקִנְס בָּא עַל חֲיִיבֵי מִיתוֹת ב"ד: שְׁם דָּף ע"ד ע"א בְּגַמְרָא אַבְיִי אָמַר בְּיָכוּל לְהַצִּילוֹ בְּאַחַד מְאַבְרָיו: הֶרְמִב"ם (פ"א מַה"ל נַעֲרָה בְּתוּלָה) פְּתַב דְהֵבָא עַל אַחַת מִחֲיִיבֵי פְרִיתוֹת בֵּין ע"י אֲנָנְס בֵּין ע"י פִּתּוּי וְלֵא הִתְרוּ בְּהֵם שְׁאִינָם נְלָקִים מְשַׁלְמִין קִנְס ע"ש וּלְפִי סוּגְיָא דְלַפְנֵינוּ ק"ל פִּינוּן דְפִסְק שְׁם דְחֲיִיבֵי מִיתוֹת שׁוּגְיָין פְּטוּרִין מִן הַתְּשַׁלּוּמִין וּפְסַק ג"כ בַּפ"א מַה ר' רוּצַח דְחֲיִיבֵי פְרִיתוֹת נִיחָתָן לְהַצִּילוֹ בְּנַפְשׁוֹ א"כ לְדִידְיָה קְשָׁה ג"כ קוּשִׁית הַגְּמָרָא דְכָאן וְתִירוּץ קַמָּא דְהַגְמָרָא לָא שְׁיָיָה דְהוּא פְּסַק בַּפ"א מַה' אִיסוּרִי בִיאָה דְהַעֲרָאָה זֹו הַכְּנֶסֶת עֲטָרָה וְגַם תִּירוּץ רַב פְּפָא לָא שְׁיָיָה דְכַתַּב בְּפִירוּשׁ בֵּין בְּאַנְסָה בֵּין בְּמַפְתָּה וְלֵא מְשַׁפַּחַת בְּמַתְנִיתוּן שְׁלֵא יִהְרַגְנָה כְּתִי רַבָּא דְהֶרְמִב"ם לָא פְּסַק כַּר' יְהוּדָה וַא"כ לָא מְשַׁפַּחַת אֵלָא בְּבָא עֲלֵיהּ שְׁלֵא פְּדַרְבֵּיהּ מְקוּדָם כְּתִי רַב חֲסֵדָא אוּ בְיָכוּל לְהַצִּילוֹ בְּאַחַד מְאַבְרָיו כְּתִי אַבְיִי וּלְפ"ז

ה"ל להרמב"ם לפרש זה בפירושו פיון דמבואר בגמרא הכי ולא לסתום בסתמא שמשלם קנס דמשמע בכל גונוני: שם ור' יונתן בן שאול היא: מלשון זה משמע דרפנו פליגי אר"י בן שאול ומטעם זה הקשה הלח"מ בפ"ט מה' מלכים על הרמב"ם דפסק פנותיה ע"ש.

ולפענ"ד אדרבה מוכח מכאן דאדרבה כ"ע ס"ל הכי דלכאורה קשה מי דחק לאוקמי ביכול להצילו באחד מאבריו דנוקא הא לעיל קאמרין בברייתא דיש לה מושיע אין מצילין אותו בנפשו א"כ לוקמיה ביש לה מושיע אע"כ דכ"ע אית להו דריב"ש וא"כ הך יש לה מושיע גופא יש לפרש הכי דיוכל להושיע בהצלת אחד מאבריו ועכ"פ ליפא נפקותא בין ב' אוקמתות הללו פיון דתרנוניהו כ"ע ס"ל.

אלא דקשה מאי מוכיח ריב"ש מהך דלא יקנה אסון דניתן להצילו באחד מאבריו לא ניתן להצילו בנפשו דילמא התם איירי ביש לו מושיע לגמרי וזה לא ניתן להצילו ברוצח כמו בנערה המאורסה דכתיב קרא בפ"י דהא רוצח מנערה המאורסה אתיא: שם קסבר עונשין מן הדין: א"ל דאפתי אזהרה מנ"ל דאזהרה ליפא למילף מק"ו דהא במכות (דף י"ז ע"ב) קאמרין לר"ש דאין מזהירין מן הדין די"ל דאזהרה לא מצרכינן לרודף לחוד דבכלל אזהרה דע"ז הוא ולא מצרכינן ילפוטא אלא לענן עונש דבזה לא שייך דהוא בכלל עונש דע"ז דאינו עד לאחר שעבר: שם חוץ מע"ז וג"ע ושפ"ד: עיין ב"ר"ן שמשפך בבא על הבהמה אי ניתן להצילו בנפשו ודעתו לפי המסקנא דניתן אכן לכאורה צ"ע פיון דהא דכל העריות ילפינן מנערה המאורסה ע"כ לאו משום דח"פ הו פמוה דא"כ נרבה גם משאר ח"פ ומיתת ב"ד וגם לאו משום דניתנו להצילם בנפשם הוא דזה לא שייך בבהמה ואי משום דילפינן עריות מנערה המאורסה בהיקשא דר' יונה א"כ לא נרבה זכר ובהמה דהם אינם בכלל היקשא לפי חד תירוץ של התוס' ביבמות (דף נ"ד ע"ב) וצ"ל דלפי הך תירוץ באמת בבהמה יעבור ואל יתרג: שם וקא תניא אמר ר' ישמעאל: ק"ק לפי מש"כ התוס' לעיל (דף ס"א ע"ב) בשם י"מ דהא דאמר יתרג ואל יעבור היינו בסתם ע"ז וע"ז דהתם איירי בע"ז שהפל עובדים מאהבה ומיראה דומיא דהתם ע"ש ובה אמרינן יעבור ואל יתרג א"כ מאי פריה מהא דר"י ומנ"ל לומר דר' ישמעאל פליג אהא דלמא ר' ישמעאל איירי בע"ז כה"ג דעובדין מאהבה ומיראה וכבר הקשו התוס' גופא קושיא כה"ג והוצרכו לשנות דעדיפא מניה משני וזה לא שייך פאן דמי עדיפא לעשות פלוגתא חדשה בין התנאים: שם ת"ל וחי בהם.

א"ל פיון דבג"ע ושפ"ד ע"כ גם ר"י מודה דיתרג ואל יעבור מהני טעמי דאמרין לקמן דהרי ר"י באמת לא קאמר רק ע"ז א"כ מאי קאמר מוחי בהם אפתי גילף ע"ז בק"ו דלעיל מנערה המאורסה דבזה לא שייך אין עונשין מן הדין דאין זה עונש דאיך שייך עונש קודם שעבר עבירה די"ל דלא שייך ק"ו הנ"ל לדין פיון דע"ז לא ניתן להצילו בנפשו ועריות ורוצח נתנו א"כ הרי בלא"ה קיל ע"ז מהם: שם לקה נאמר בכל מאדף: ק"ק למה מצרכינן בכל מאנדף מהיכי תיתי שלא יתן פל ממונו דהא גם בכל נפשך לא בעינן אלא מדכתיב וחי בהם וזה לא שייך לענן ממון ואי משום דיש לה אדם שמונו חביב עליו מגופו והוי בכלל וחי בהם א"כ בשאר מצות דלא קאי עליהם בכל מאנדף דלא איירי רק בע"ז כמו בכל נפשך לא יחוייב ליתן ממונו כדי להציל עצמו מעבירה וזהו נגד דעת הר"ן פ' לולב הגזול שפסק פנותיה הרמ"א ב"ד (סי' קנ"ז) ע"ש: שם

הרי זה בא ללמד ונמצא למד: ק"ק הרי בא ללמד ג"כ לענן יהרג ואל יעבור והתוס' לעיל הרגישו בזה ופירשו דאף למד קאמר אכן הול"ל הכי והלשון משמע דהעיקר הוא מה שנמצא למד וגם הכא נקט הך דרשנה דיהרג ואל יעבור לבסוף משמע דלאו עיקר דרשנה הוא.

והנראה בזה דנדאי היכי דהוקשו ב' דברים להדדי מבלי דפרט הפתוב לענן מה הוקשו ומי הוקשו למי בזה אמרינו אין הוקשו למחצה והוקשו בכל דרכי ההיקוש ולכל הצדדים אבל היכא דפרט הפתוב מה נקיש ולענן מה נקיש פגון הכא דכאשר יקום איש ע"כ לענן הך דינא דאיירי ביה קרא הוקשו וזה לא שייך לענן אונס דלא ידעין ברוצח ג"כ אע"כ דקאי אהך דואין לה מושיע דסיפא דקרא דאיירי בניתן להצילו בנפשו ובזה רוצח ללא ללמד אתי אלא נמצא למד ואף דמקשינו נערה המאורסה ג"כ לרוצח לענן יהרג ואל יעבור היינו משום דאין הוקשו למחצה אבל ע"כ עיקר ההיקוש דקרא לאו היינו הך פינו דלא איירי בקרא שם מהך דיהרג ואל יעבור וכן הוא ג"כ ביה דמשכבי אשה דהביאו התוס' לעיל דנדאי עיקר ההיקוש לאו לענן העראה איירי דהא מזה לא איירי קרא שם אלא מביאה גמורה ואיך יאמר על זה משכבי אשה אע"כ אתי לחייב אשה בשלא פדרפה ובזה נמצא למד וכן גם פן בהיקוש דצבי ואיל דגם שם עיקר ההיקוש נדאי לאו לענן מתנות אתי דביה לא איירי קרא שם רק לענן זביחה ובזה ג"כ נמצא למד: שם ברש"י ד"ה ויכול.

הנדרף או דרואהו להציל בא' מאבריו: ע' במ"ל (סוף ה' חובל) שכ' בשם הרא"ם דהנדרף עצמו א"צ להצילו בא' מאבריו וזה דלא פדעת רש"י דכאן אכן הסוגיא דהכא מוכח פדעת רש"י דאל"כ אפתי יקשה למה בלא יהיה אסון ענוש יענוש הא ניתן להצילו בנפשו ע"י הנדרף: שם ד"ה סבר לה.

ומרעף לא תתן להעביר למולך: לפי מש"כ התוס' לעיל דלכך לא ילפינו ג"כ הני דפ' הנשרפין לקמן משום דהכא חלול במקום מיתה עומדת א"כ ע"כ לאו מהך קרא דמרעף לא תתן יליף דהתם לא פתיב מיתה אלא מקרא דאם העלם יעלימו דפ' קדושים דשם פתיב חלול במקום מיתה אכן גם לשיטת רש"י יש ליישב מה שהקשו התוס' דא"כ גילף גם הני דפ' הנשרפים מגז"ש זו די"ל ע"כ לא מרבינו פינו דכולהו הם חייבי פרייתות ומיתה בידי שמים א"כ אי ס"ד דמרבינו הני ל"ל חטא לחייבי פרייתות דעריית גילף מהני דליכא בהו פגם ואעפ"כ נתנו להצילם בנפשם ח"כ דעריית דאית בהו פגם לכ"ש דהא הך תנא סבר עונשין מן הדין אבל השתא דלא מרבינו אלא שבת לא שייך להקשות דא"כ מות לחייבי מיתות ב"ד ל"ל גילף בק"ו משבת דהא אצטריף למיתות ב"ד דקילי מסקילה א"נ אי לאו מות הני מרבינו אפילו חייבי לאוין ג"כ פמבואר לעיל: שם בד"ה סברא הוא.

דאיכא תרתי איבוד נשמה ועבירה: הא דבעינו הך טעמא דאיכא עבירה ג"כ היינו דאי רק משום דמאי חזית דדמה סנמק טפי אין לנו לחייבו שיהרג דהוא יאמר שמשקפיד על אבוד נשמתו טפי ולכן בעינו דאיכא עבירה ג"כ והיינו דבכה"ג לא התירה התורה משום וחי בהם פלל פינו דממנ"פ איכא איבוד נשמה ונשארה עבירה דרציחה: שם ע"ב בגמרא תשעה ישראל וכו' מהו: פי' דקס"ד דטעמא דעשרה בעינו משום דסברא הוא דבהני

מקרי פרהסיא ואף דפשיטא ליה ג"כ דישראל בעינו לגבי קדוש השם מ"מ אפשר דכותים משלימים מנגן העשרה כיון דאיכא פרהסיא ואיכא ישראל ופשיט ליה דמגז"ש דתורה תורה ילפינו דעשרה בעינו ולכן דוקא בעינו ישראל וזה שכ' רש"י אתיא תורה דעשרה בעינו וכולהו ישראל דזה חידוש לו דמתורה ילפינו דעשרה בעינו: שם ב"רש"י ד"ה בן נח.

מזוהר על ע"ז: הא דנקט רש"י ע"ז דוקא ולא סתם ז' מצות דהא בכולהו שייך משום קידוש השם נ"ל שרצה לפרש מהיכי תיתי שמצות ק"ה דכתיבי גבי ישראל תנהוג גם גבי ב"נ טפי משאר המצות ולהכי מפרש דס"ד דבכלל אנהרת ע"ז היא כיון דהטעם דק"ה הוא לפרסם יחוד השם וכמו שכתב הרמב"ם בחבורו וביותר ביאר בן בס' המצות וזה היקף ע"ז לכן שפיר שייך חילול השם לגבי ע"ז ובהכי א"ש מאי דפריה מז' מצות נצטוו ב"נ ואם איתא תמני הווינו ומאי קושיא דלמא לא קחשיב אלא הני דנצטוו ב"נ קודם מתן תורה אבל לא קידוש השם דלא שייך רק משעת מ"ת ואילך דקודם שנצטוו ישראל מהיכי תיתי בב"נ אבל לפ"ז א"ש דבכלל בינרבייהו דע"ז הוא: שם בתוס' ד"ה אפילו לשנויי.

וק' דבסוף פ"ק דביצה: ק"ק מאי ק"ל הא רק ר"י קאמר התם אף לא מנעל לכן ופי' הרמב"ם דבאתריה דר' יהודה לא היו רגילים לנעול מנעל לכן וכיון דת"ק לא קחשיב הך משמע דבאתריה היו רגילין ללבוש לבנים וא"כ מאי קשיא להו להתוס' מפל הני דלמא התם נמי איירי באתריה דלבושו לבנים: שם ד"ה וזה אסתר.

ושוב נתגזיר עמה לקיימה ביהדות: א"ל תיפוק ליה דלא שייך גבי איסור לבועל פלל דגר שנתגזיר פקטן שנולד דמי די"ל דמה שאסור לבועל נקרא דיני אדם ולא שייך בזה גר שנתגזיר פקטן שנולד דמי וע' בתוס' לעיל (דף ע"א ע"ב) וא"ע ראיתי שפכר הרגישו בזה בתוס' ישנים ביומא (דף פ"ב ע"ב) ע"ש וע' במרדכי שהתיר באמת מטעם זה: שם בא"ד.

אלמא אפילו גבי כותי שייך ונטמאה לאסור לבעל וה"ה לבועל: לפענ"ד י"ל דאדרבה משם ראיה לשיטת ר"ת דאי ס"ד דשייך ונטמאה לגבי בועל אחר שנתגזיר א"כ מאי מתרץ מהו דתימא כי אמר ונסתרה והיא נטמאה כו' לאפוקי כותי דבלא"ה אסירא ליה הא גם גבי כותי שייך לענין אם נתגזיר אח"כ אלא ע"כ דאי נתגזיר לא אסירא ליה והיינו משום דביאתו ביאת בהמה והא דאסורה לבעל היינו משום דגבי בעל בהקפדה דידיה תליא מילתא והרי מקפיד ומה"ט בעינו מיעוט דשכבת זרע בסוטה (דף כ"ו ע"ב) דלא תיתסר בשקנא לה דרף אברים אבל בהמה דאין זרפו להקפיד ולקנאות דלא נחשדו ישראל על הרביעה כדאמרנו (ר"פ אין מעמידין) בע"א לא נאסרה גם לבעל והא דנאסרה לתרומה ע"י ביאת נכרי היינו משום דילפינו בסוטה (שם) מקרא דבת פהן כי תהיה אלמנה אבל לעולם בעיקר הדבר י"ל דאין ביאת נכרי חשובה ביאה: שם בא"ד.

משום דהנאה חשיב כמעשה כדריש בפ' המניח: לכאורה איכא שמענו מהתם דאמרנו בפ"י דהנאה יש לשניהם אבל מעשה איהו דוקא הוא דקעביד וצ"ל דהתוס' פונונו למה שפכתבו שם דלכך חייבת מלקות וחסאת אף דאינה עושה מעשה משום דהנאה חשובה כמעשה אף דלפ"ז יקשה לפי האמת איך קאמר הכא אסתר קרקע עולם הייתה

הא ההנאה חשובה כמעשה וי"ל דלא שייך לומר הנאה היא כמעשה אלא הנאה הבאה לה ברצונה היינו שנבעלה ברצון אבל פשנבעלה באונס הנאה זו באה לה בעל פרוחה ואיך יחשב זה לה כמעשה כיון שאינה רוצה בה ולכן הכא גבי אסתר שהיתה אנוסה לא שייך דהנאה יחשב מעשה אבל לענין מלקות וחסטאת שהיא מזידה או שוגגת שפיר מיקחשבה ההנאה מעשה כיון שרוצה היא בהה הנאה דכיון דברצונה באה לה מיקחשב כאילו עשתה מעשה להביא הנאה זו עליה.

ולפ"ז גבי יעל שלא היתה אנוסה כמו שהוכיחו התוס' שפיר י"ל דהקושיא היא דלא מיקחשב קרקע עולם כיון שנהנית והנאה חשיבא כמעשה ואהא מתרץ דטובתן של רשעים רעה היא אצל צדיקים וא"כ לא נהנית כלל ומיהו לפ"ז גם גבי אסתר א"ש דגם בה שייך הה טעמא ורק לפי שיטת המקשן שמקשה על יעל דוקא ולא על אסתר שייך לחלק חילוק הנ"ל בין אונס למזיד ושוגג: שם בא"ד.

וא"ת פשנתרצית אסתר לאחשורוש: ע' במהרש"א שהקשה דעדיפא מניה ה"ל להקשות מפני מה הניחה להיות נבעלת באונס לאחשורוש ולא גרשה מתחלה וראיתי ביומא (דף פ"ב) שהקשו התוס' באמת כן אכן הא דלא רצו התוספות להקשות כן הכא י"ל כיון דמציינו לפעמים דפליגי תנאי אאנשי כנה"ג ואפילו אדברי גביאים אחרונים כדאמרין בקדושין (דף מ"ב ע"ב) שמאי אומר משום חגי הנביא שולחיו חייב ולית הלכתא פנותיה וביבמות (ס"פ הבא על יבמתו) פליגי תנאי אי אשה מצנונה על פריה ורביה או לא וא"כ י"ל דמרדכי ואסתר כהה"ד דחייבת ס"ל ולכן ע"כ היתה צריכה להנשא למרדכי משום פריה ורביה ולכן עומדת מחיקו של אחשורוש וטובלת ויושבת בחיקו של מרדכי כדאמרין (פ"א דמגילה) וע"ש בתוס' אבל השתא שנוכנסה ברצון וע"כ נאסרה למרדכי כמו שאמרה וכאשר אבדתי מבית אבי אבדתי ממך שפיר הקשו התוס' דה"ל לגרשה דאיכא תועלת גדול הא' שלא תהא נבעלת ברצון באיסור והב' שתהיה מותר לחזור למרדכי: שם בד"ה כן נח.

אי לא דכתיב וחי בהם: אפשר לומר דנדאי לא מסתבר לומר דיהיה חייב למות ולא לעבור אמצנת הפתוב כיון דאונס הוא ואינו עובר מדעתו אין כאן איסור כלל והא דאצטריך וחי בהם היינו מדכתיב בכל נפשך אפילו נוטל את נפשך ואי לאו וחי בהם הוי מוקמינן בכל המצות כמו בכל מאנדך דכתיב שם ואיירי בכל המצות וכדעת הר"ן הנ"ל ולכן גבי ב"נ דלא כתיב בכל נפשך גם וחי בהם לא מצרכינן: שם בא"ד.

דלא גילף שאר מצות מרוצח ונערה המאורסה: ברוצח דהוי הטעם דיהרג ואל יעבור משום מאי חזית דדמא דינדך סומק טפי נדאי מסתבר דגם בב"נ יהרג ואל יעבור דהא טעם זה שייך ג"כ גביה ולכן ע"כ אין פוננת התוס' דמרוצח ילפינן דא"כ גם גבי ב"נ גילף ואפילו בצניעה ואפתי מאי קמביעניא ליה אלא נדאי מרוצח לא ילפינן דשאני רוצח דטעמא רבה הוא והתוס' לא נקטו רוצח אלא אגב גררא דנערה המאורסה דילפינן מניה ולכן לא נקטו ג"כ ע"ז דגם מע"ז לא שייך למילף שהיא מצוה החמורה בתורה ואין אנו צריכים למש"כ המהרש"א דמשום ר"י לא נקטו ע"ז: שם דף ע"ה ע"א בגמרא הא בצניעה הא בפרהסיא: א"ל לפמש"כ הרמב"ם (פ"ה מה' יסוה"ת) דמי שדינו ליהרג ואל יעבור ועבר חילל את השם ואם עשה כן בפני עשרה מישראל חילל את השם ברבים

משמע דשייף ק"ה גם בצניעה י"ל דזה שייף דוקא אי בלאו ק"ה המצנה ליהרג א"כ פשוטבר מחלל את השם אבל הקא גבי ב"נ דאין דינו ליהרג רק מפח ק"ה וק"ה לא שייף לענן זה רק בפרהסיא דאי בצניעה מאי ק"ה איפא דלענן שלא לעבור עבירה לא שייף דאין פאן עבירה פיון דאונס הוא: שם ימות ולא תספר עמו מאחורי הגדר: הגמרא יוסף פתב הטעם בזה דמיקרי בינרניהו דערייות והוצרה לסלק בין הו דהקא לקנואקי ודימוניקי דלעיל דלא מקרי בינרניהו דע"ז ולפענ"ד אפטר לומר דלענן דברים הללו לא רצו לסמוך עוד אדברי הרופאים דכבר הוחזקו לשקר דבתחלה אמרו אין לו תקנה עד שתבעל ואח"כ חזרו מדבריהם והש"ס לא שקיל וטרי אלא למה לא התירו חכמים בתחלה לבא עליה ובהכי א"ש מאי דקאמר משום פגם משפחה דלכאורה לא שייף זה לענן תספר מאחורי הגדר דאינה פגם משפחה שייף בזה אלא ע"כ לא קאי רק אפא עליה דמעיקרא: שם משום פגם משפחה: הא דלא קאמר משום פגמה דאיהי יכולה למחול אבל במשפחה לא שייף מחילה דלמא איפא חד במדינת הים דלא מחיל ליה: שם מים גנובים ימתקו: א"ל דכאן משמע דביאה על הפנויה נקרא מים גנובים ולעיל (דף נ"ו ע"ב) אמרינן מהו דתימא הא עדיפא ליה דכתיב מים גנובים ימתקו משמע דדוקא גבי אשת איש שייף פן ולא גבי פנויה די"ל דאף דגבי פנויה שייף ג"כ מים גנובים מ"מ פשהיא א"א ניחא ליה טפי פיון דגדלה העבירה ולפי גודל העבירה רבחה הנאתו: שם ברש"י ד"ה ואם איתא.

ולא גר תושב: פ"י ונעמן גר תושב ה"ה כדאמרינן לקמן (דף צ"ו ע"ב). פ"ק תשיעי שם ברש"י ד"ה ובת פהו.

אבל בועלה לאו בשריפה: פ"י דרצה לתרץ למה נקט בתרי לישני ולא פלל ותני הבא על אשה ובתה ובת פהו רק דאי הוי מתני הכי הוי משמע דגם הבועל בשריפה כמו בבא על אשה ובתה ולכן פ"ט ותני ב"כ לחוד: שם בד"ה הבא על האשה.

אלא בתמותו דשרפה כתיב בה: פ"י דזה נדאי פשיטא ליה להגמרא דלא איירי באשה ובתה רק דהא צריף להסביר דלמא איירי באשה ובתה נאהא קאמר דא"כ הי"ל לפרש בפי הכי אע"כ דאיירי באופן דתרנייהו לאיסורא דהיינו בתמותו ואם תמותו ואהא פריף הניחא אבל לא דמלשון המשנה מוכח דמייירי בתרנייהו לאיסורא ואי אפטר לפרש בענן אחר וע' במהרש"ל ומהרש"א שנדחקו בבאיור דעת רש"י והנראה לפענ"ד פתבתי: שם ע"ב בגמרא אתיא הנה הנה אתיא זמה זמה: עיין במהרש"א שהקשה ל"ל למילף מפח זמה זמה גילף בקיצור מהנה הנה מה להלן בשריפה אף פאן בשריפה ולכאורה א"ל עפ"י מה שפי' המהרש"א גופא בתוס' ד"ה מניין אמה שכתבו דכיון דגילף מאי דכתיב בהדיא לא שייף למיפרף דהיינו משום דכתיב זמה פמו דכתיב שריפה בפירוש גביה דמי וזה לא שייף אי הוי אתי דין שריפה מפח הגז"ש דהנה הנה וא"כ הוי מצינו למיפרף פקושית התוס' אכן ז"א דבלא"ה קושית התוספות צ"ב הא הגז"ש מופנה מב' צדדים ולמדין ואין משיבין לכ"ע כדאמרינן בגדה פ' ג' אכן כפר כתבו התוס' גופא לקמן דאין הגז"ש מופנה מב' צדדים אף דזה לא שייף רק לענן הגז"ש דזמה דהיא אינה מופנה פיון דנדרשת הקא גם לשאר מקלי אבל לא לענן הג"ש דהנה הנה דלא נדרשת רק להו מילתא דהא לאביי קיימינן דגילף בתו מאנוסתו מק"ו לקמן וא"כ אי הוי אתיא

שְׂרִיפָה מֵהַנֶּה פְּקוּשֵׁי הַמְּהַרְשֵׁ"א מְמִילָא לֹא יִקְשֶׁה פְּקוּשֵׁי הַתּוֹס' אֲכֹן י"ל הָא דְלֹא יִלְפִינָן פְּנֵי הַיְיָנוּ פִּינּוּ דְשְׂרִיפָה גּוּפָא לֹא מְיִיתִינּוּ מִחֲמוּתוֹ לְבַת אֲשֶׁתוֹ בְּגוֹז"ש דְּזִמְהָ אֶלְא בַּת אֲשֶׁתוֹ מְיִיתִינּוּ בְּגוֹז"ש זֶה לְחֲמוּתוֹ דְּכַתִּיב בְּהָ דִּין שְׂרִיפָה דְּהִכִּי אֲמַרִּינּוּ בְּבְרִייתָא מַה לְהֵלֵן בִּתְהָ וּבַת בִּתְהָ וּב"ב אַף פְּאָן כּו' וְלֹא אֲמַרִּינּוּ אֶפְסָא מַה פְּאָן שְׂרִיפָה אַף לְהֵלֵן שְׂרִיפָה וְהַיְיָנוּ פִּינּוּ דְאִין לְהַכְנִיס שְׂרִיפָה בְּמִשְׁמַעוֹת לְשׁוֹן דְּזִמְהָ אֶבְל עֲרִיּוֹת שְׂפִיר יֵשׁ בְּמִשְׁמַעוֹת לְשׁוֹן זֶה וְלִכּוֹן אֲמַרִּינּוּ דְּזִמְהָ דְּחֲמוּתוֹ אֲתִיָּא לְרַבּוֹת עֲרִיּוֹת הֵלְלוּ דְּכַתִּיב בְּהוּ ג"כ זִמְהָ וְא"כ פְּתִיב בְּהוּ שְׂרִיפָה בְּפִי וְלִכּוֹן כְּדִמְיִיתִינּוּ שְׂאָר דִּידְהִיָּה לְשְׂרִיפָה דֵּה"נ מְיִיתִינּוּ מִזִּמְהָ דְּכַתִּיב גְּבִי חֲמוּתוֹ דְּהָא דִּין שְׂרִיפָה דְּבַת אֲשֶׁה גּוּפָה רַק הֵתָם פְּתִיבִי א"נ י"ל בְּקוּשֵׁי הַמְּהַרְשֵׁ"א דְּלֹא נִיחָא לִיהָ לְמִילָף מִבַּת אֲשֶׁתוֹ דֵּה"ל לְמַד מְלַמֵּד דְּלֹא אֵלִים כ"כ דְּהָא בְּקִדְשִׁים אִין לְמַדִּין כָּלֵל וְלִכּוֹן יְלִיף מְגוֹז"ש דְּזִמְהָ מִחֲמוּתוֹ גּוּפָא דְּלֹא ה"ל רַק חַד לְמַד: שֵׁם וּמַה בְּעוֹנָשׁ עֲשֶׂה לְמַטָּה כְּלַמְעָלָה אַף בְּאַזְהָרָה נְמִי לְמַעְלָה כְּלַמְטָה כֶּף הִיא גִּירְסַת רש"י: אֲכֹן גִּירְסָא הִישָׁנָה שְׁהַבִּיאָה הַמְּהַרְשֵׁ"א הִיָּתָה כְּמוֹ בְּבְרִייתָא לְעִיל וּמַה בְּעוֹנָשׁ לְמַעְלָה כְּלַמְטָה וְכֹן הוּא גִּירְסַת הַר"ן ג"כ וְכֹן נִרְאָה מְדֻלָּא הַנּוֹכַח בְּש"ס דְּמַהֲפִכִּינּוּ לִישְׁנָא דְּבְרִייתָא כְּמוֹ שְׂמִזְפִּיר בְּרִישָׁא תְּנִי לְמַעְלָה כְּלַמְטָה.

וְהַמְּהַרְשֵׁ"א כ' דְּגִירְסָא זֶה אִין לִישְׁבָה בֵּין לְאַבְיִי בֵּין לְרַב אֲשִׁי וְלֹא יִדְעָתִי לְמָה לֹא פִּירֵשׁ שְׂפִיר מַה בְּעוֹנָשׁ עֲשֶׂה לְמַעְלָה דְּהַיְיָנוּ אִם חֲמוּתוֹ וְאִם חֲמִי כְּלַמְטָה דְּהַיְיָנוּ וּבַת וּבִתְהָ וּב"ב דִּילְפִינּוּ מְגוֹז"ש דְּזִמְהָ זְמָה וּמִכְּחַ זֶה יִלְפִינּוּ גַם עוֹנָשׁ דְּלַמְעָלָה אַף לְעוֹנָשׁ אֲזַהָרָה נְמִי לְמַעְלָה כְּלַמְטָה.

וְלְרַב אֲשִׁי כְּבָר יִישַׁב הַר"ן גִּירְסָא זֶה: שֵׁם אִי מַה הִיא אִם אִמָּה אֲסוּרָה: הָא דְּלֹא מִקְשָׁה הֶךָ קוּשִׁיָּא תִּיקָף לְעִיל אֵהָא דְּמִפְרֵשׁ מְנִיין לְעֲשׂוֹת שְׂאָר הֶבְא מְנַפּוּ כְּשֶׁאָר הֶבְא מְנַפּוּ הַיְיָנוּ מְשׁוּם דְּמָהָא לְחוּד לֹא קִשְׂיָא דְּהֵתָם דּוֹרוֹת שְׁוֹת הֵן מִשָּׂא"כ הֶכָא וְלֹא מְצִינּוּ שְׁהַשְׁנָה הַפְּתוּב זְכָרִים לְנִקְבוֹת אֶלְא בְּדוֹרוֹת שְׂלַמְטָה אֶבְל אַחַר דְּמִפְרֵשׁ סִיפָא דְּהֶךָ בְּרִייתָא דִּילְפִינּוּ לְמַעְלָה מְלַמְטָה שְׂפִיר פְּרִיף דְּבִצְרִיּוּף ב' הַסְּבָרוֹת דְּהַשְׁנָה הַפְּתוּב זְכָרִים לְנִקְבוֹת וְלַמַּעְלָה לְלַמְטָה נִימָא דָּאָף אִם אִמּוֹ אֲסוּרָה וְאָף דְּהַשְׁנָה מְפִלְתָּה דְּמִקְשָׁה לְקַמֵּן הִיא ג"כ מְדוֹרוֹת שְׂלַמְטָה מְכ"מ לֹא שִׁיף לְהַקְשׁוֹת אוֹתָהּ בְּרִישָׁא לְעִיל פִּינּוּ דְּלֹא שְׁנָה לְגַמְרִי לְהָא דְּלְעִיל דְּרַק הַשְׁנָה הַפְּתוּב זְכָרִים לְנִקְבוֹת אֲמַרִּינּוּ לְעִיל וְלֹא כְּהָ דְּכֻלְתָּה דְּנִשְׁנָה נִקְבוֹת לְזְכָרִים וְלִכּוֹן גַּם הַתּוֹס' לֹא הִקְשׁוּ קוּשִׁיתָם בְּד"ה אֲמַר קָרָא רַק אֵהָא דְּמִקְשָׁה מְפִלְתָּה וְלֹא אֲקוּשִׁיָּא קְמִיתָא דְּמִקְשָׁה מֵאִם אִמּוֹ מְשׁוּם דְּהָא לֹא דְּמִי לְדוֹדְתָה: שֵׁם וְלִמ"ד סְקִילָה חֲמוּרָה מְהָ קוּשִׁיָּא לֹא נִידוּנָה: ק"ק דְּהָא סְקִילָה לֹא שִׁיף לְמִילָף לְהָ מ"ד דִּי"ל מַה לְאִם אִמָּה שְׁנִידוּנִית בְּשְׂרִיפָה מְשׁוּם דְּהִיא מִיתָה קֵלָה לְכֹן שְׁוֹתָה לְאִמָּה מִשָּׂא"כ בְּאִמּוֹ שְׁהִיא בְּסְקִילָה לֹא שְׁוֹתָה לָהּ אִם אִמָּה אֶבְל לְדוּנָה בְּשְׂרִיפָה וְדִאי נּוֹכַל לְמִילָף מִכְּחַ ק"ו דְּמָה אִמָּה דְּקִיל שְׁהִיא בְּשְׂרִיפָה אֶפ"ה אִם אִמָּה ג"כ בְּשְׂרִיפָה אִמּוֹ שְׁחֲמוּר דְּבְּסְקִילָה אִינוּ דִּין שְׂאִם אִמּוֹ בְּשְׂרִיפָה וְכִינּוּ שְׂשְׂרִיפָה נּוֹכַל לִילָף וְלֹא סְקִילָה א"כ לֹא שִׁיף קוּשִׁיָּא קוּשִׁיָּא הַש"ס וְשְׂפִיר קִשְׁה דְּנִילָף שְׂרִיפָה לְהָ מ"ד דְּסְקִילָה חֲמוּרָה: שֵׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה אִמָּה הִיא.

וְתַרְתִּי ש"מ: ע"כ לֹא שִׁיף תַּרְתִּי ש"מ אֶלְא אִי ב' הַדְּרָשׁוֹת מִיעוּטֵי נִינְהוּ דְּהַיְיָנוּ לְר' יְהוּדָה אֶבְל לְרַבְּנָן דִּילְפִי לְעִיל מֵאִמָּה הִיא לְהַשְׁוֹת אִמּוֹ שְׂאִינָה אֲשֶׁת אֲבִיו לְאִמּוֹ שְׁהִיא א"א א"כ אִמָּה הִיא רִיבּוּיָא וְאִיף שִׁיף לְזַמַּר תַּרְתִּי ש"מ וְלִילָא פִי רש"י דְּאִמָּה הִיא

בהננייהתה תהא הייתי אומר דבין לר' יהודה בין לרבנן דרשא דלעיל מיתורא דאמף אתיא דהיינו משום אמו אפה מחייבו וכן להשוות אמו שאינה א"א לשהיא א"א דבתרננייהו לא שייף לדרוש מהיא רק מאמף משא"כ דרשא דהכא דרק מהיא אתיא דהיינו היא אמף דבה איפא שם איסור אם ולא באמף דהיינו אם אמו.

ובהכי א"ש מה דקדריש לקמן מאשת בנה היא למעוטי פלטה ולעיל (דף נ"ד) דריש מניה זו היא פלטה זו היא אשת בנו ולפ"ז א"ש דדרשא דלקמן מאשת בנה נדרשת דהיינו דממעטינן מבנה בנה ודרשא דלעיל מהיא אתיא כמו שפי' רש"י שם: שם בד"ה איפא למיפרה.

ולכן למדין ומשיבין: א"ל דאפתי לרב יהודה אמר שמואל דסבר בנדה (דף כ"ב ע"ב) דגז"ש שאינה מופנה כלל אין למדין לכ"ע מופנה מצד א' למדין ואין משיבין לר' ישמעאל א"כ ממנ"פ במאי איגרי פאן אי הף גז"ש אינה מופנה כלל ל"צ להנה פירכות דהא אין למדין כלל ובלא"ה ל"ק פקושית הש"ס ואי מופנה מצד א' הרי למדין ואין משיבין לר' ישמעאל ואיף יתרץ רבא אליפא דר' ישמעאל די"ל דבאמת אינה מופנה כלל דהא מצרכינן אותה להנה דרשות וכמו שכתב הר"ן ואעפ"כ ל"ק למה צריף להנה פירכות הא בלא"ה אין למדין די"ל דרבא פרב אחא בריה דרבא משמיה דר' אלעזר ס"ל דאית ליה שם דגז"ש שאינה מופנה כלל למדין ומשיבין וכן אפיי ע"כ פנוניה ס"ל מדצריף למיעוטא דאמף היא: שם דף ע"ו ע"א בגמרא אי מה היא פלטה אסורה: לכאורה אין דומה דרשא זו להנה דלעיל דשם מרבינן מגז"ש דהנה הנה ונמה זמה זכרים לענן דינים דכתיב גבי נקבות זמה בהדייהו דהיינו שאר הפא ממנו מהבא ממנה דבהבא ממנה דהיינו פת פתה וכת בנה פתיב זמה וכן לענן אם אמו דבאם אמו פתיב זמה אבל איף שייף זה לענן פלטה דלא פתיב זמה לגביה וגם לא הנה לאייתי זמה לגביה ואפשר לומר דאין גז"ש למחצה והכל ילפינן מניה א"נ י"ל פיון דכלתו פתיב בפ' אחרי בין הנה דבת אשתו וכת בנה להנה דבת בנו כמאן דכתיב הנה בהדי פלטה דמא ובהכי א"ש מה דיקשה לכאורה דאפתי מה הוא אשת אביו אסור אף היא אשת אבי' אסורה לו דהיינו אשת חמיו ובאמת אפילו שניה מדרבנן ליפא פמבואר ביבמות (דף כ"א ע"ב) וכמו שהקשו התוס' לענן דודתו ובה לא שייף תירוץ דהא בא"א איפא מיתה ולפ"ז ניחא דאשת אב פתיב קודם פת בנו וכת פתו וא"כ לא קאי הנה עליו.

א"נ י"ל הא דלא קשיא ליה מאשת אב היינו משום דכתיב ערות אביה היא גביה וזה משמע נדאי מיעוטא בין לאפיי בין לרבא ולא קשיא ליה מאם אמה וכלתו משום דאמף היא ואשת בנה היא דכתיב גבייהו נדרש לעיל (דף נ"ד ע"א) לדרשא אחריתי ולא מסתבר ליה להמקשן וגם לרבא לומר דתיתי שמעת מניה פאשר נאמר ע"כ לאפיי וכן"ל אבל לענן אשת אב שפיר ידע דערנת אביה היא מיעוטא משמע ולכן א"ש דלא תקשה מאחות אביו ואחות אמו דנימא גם באחות אביה ואמה הכי דבתרננייהו פתיב אחות אביה היא אחות אמף היא ולא מצרכינן לתירוץ התוס' לא לגבי הני ולא לגבי דודתו דבה פתיב ג"כ דודתה היא.

ולא ידעתי למה לא הקשו התוספות מאחות אביו ואחות אמו דכתיב בקרא קודם דודתו ואתי הפל שפיר אף דלענן אשת אב לא שייף זה רק למ"ד דלעיל (דף נ"ד ע"א) דערנת

אביה ערות אביה ממש קאמר אַבֿל לַמ־ד שם דערנות אביה זו אשת אביה וערות אשת אביה לאחר מיתה קאמר א"כ גבי ערות אביה דלא פתיב מיעוטא דהיא ניימא דנאָסר גם באשת אביה מחיים: שם ועוד מה הוא חלקת בו בין בתו לכלתו: פ"א פ"א דכלתה רצינו למילף ממה שענש הכתוב אמה ובתה ואמו ובתו וכיון דענש אכלתו ה"ה ג"כ אכלתה וא"כ אי נחשב לדון מנה ומנה מה שילפינו פלטה מפלתו ומה פלתו בסקילה אף פלטה בסקילה א"כ נחשב אוקי באתרה אי נוקי פלטה כדין פקרובי דהיינו אמה ובתה דבשריפה אבֿל אי נחשב לדון מנה ומנה דכלתה ילפינו מדענש הכתוב אמה ובתה ומה הם בשריפה ה"ה נמי פלטה דהיינו לאידך גיסא דהש"ס דלעיל דקאמר אלא מה הוא לא חלקת בו בין אמו וכלתו א"כ נגד זה חשיב אוקי באתרה אי ילפינו מקרובי ומחלקינו בין דין קרובי דהיינו בין בתו לכלתה ומוקמינו באתרה דהיינו כדין פלתו וזהו דקאמר מה הוא חלקת בו בין בתו לכלתו ומפ"י רש"י לא משמע כן ולכן הוצרכו לדחוק קצת בפירושו: שם אזהרה לבתו מאנוסתו מניין: א"ל לדעת הרמב"ם (ריש ה' אישות) דבא על הפנויה שלא לשם אישות לוקה מלא תהיה קדשה א"כ הרי איפא אזהרה בבא על בתו פנויה דלא גרעה משאר פנויה די"ל דא"כ יתנה לא תהיה קדשה לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד ולא ילקו כלל א"נ לפי מה שמשמע מדבריו (פ"ג מה' נערה בתולה) גם דעתו דמשום ביאה אחת לחוד ליפא משום לא תהיה קדשה: שם ברש"י ד"ה ועוד מה היא לא חלקת.

והא לא אפשר פ"א דס"ל: עיין במהרש"ל ובמהרש"א אכן אחר פל דבריהם אפתי ק"ל פ"א דלענן שריפה שייך למיפרי אמו בסקילה ואם אמו בשריפה א"כ לא פריי מידי במאי דקאמר ועוד מה היא לא חלקת דע"כ אוקי באתרה לענן סקילה קאמרינו דהא לענן שריפה ל"ל משום הך פרכא דאמו בסקילה א"א בשריפה ובשלמא אהא דפריי הכי לעיל לַמ־ד דון מנה ומנה ל"ק דהא שריפה לא נוכל לילף משום הך פרכא דקאמר מה להיא שפן אמה בשריפה וא"כ גילף סקילה דז"א דהא הך פרכא שייך ג"כ לענן סקילה וא"כ פריי ממנ"פ שפיר אי נאמר הך פרכא לא שייך למילף מידי נאי לא נאמר אותה א"כ שפיר לילף מתרוננייהו ומאי חזית דגילף מהך אדרבה גילף מהך ולכן לא ילפינו מידי אבֿל הך פרכא דאמו בסקילה אב"ש לא שייך רק אי נידון בשריפה א"כ שפיר ניימא דאדרבה מטעם זה נוקי באתרה לענן סקילה דווקא.

ולוא פ"א רש"י הנה אפשר לפרש דקושית הש"ס דועוד מה היא לא חלקת אינה אדילפת מהך גילף מהך אלא אמאי דקאמר לעיל קאי דקאמר דלענן שריפה לא נוכל לילף משום דמה היא לא חלקת בין אמה לא"א אף הוא לא תחלק וא"כ יתנה דינו בסקילה והשתא דקאמר דגם לענן סקילה לא גילף דמה היא לא חלקת בין א"א לבתה אף הוא לא תחלק וא"כ יתנה דינו בשריפה ולכן בכל צד איפא פרכא ולא גילף פלום אבֿן רש"י לא פ"א הכי וגם לישנא דהש"ס לא משמע דועוד מה היא לא חלקת פרכא הוא: שם ד"ה גלוי מילתא בעלמא הוא.

אינה קרובה לו אלא משום בתו: והתוספות בכריתות (דף ג' ע"א) ביארו יותר דכתבו דבשלמא באחותו משפחת אחותו בת אביו או בת אמו בלא אחותו בת אביו ובת אמו

א"כ לא שנייה למימר דמכחה אתיא אבל בת בטה לא משפחת לעולם בלא בתו: שם ד"ה ואוקמי אדינא.

השפא איהי דלא עבדה מידי: בזה יש ליישב ג"כ מה שהקשו התוס' לעיל (דף ס"ו ע"ב) בד"ה עד שיהיו דבועל ב"כ יפטר לגמרי כיון שאין שניהם שוין דסברא הוא שלא לאוקמי עד שיהיו שניהם שוין ורק היכי ששנייה לפטור גם אותה פשאינן שוין אבל הקא בב"כ דאיהי פשיטא דמיתקייבא מגזירת הכתוב אי איהו יפטר לגמרי קשה השפא איהי דלא עבדה מידי מיקטלא איהו מיקפטר: שם בתוספות ד"ה אמר אבני ק"ו.

ומיהו קשה מפ"ק דכריתות: לפע"ד י"ל דבאמת אבני יליף אזהרה לבתו מבת בתו ומיתקשב עי"ז פאלו פתיב בתו בפ"י רק דאפתי עונש לא שמענו בין בבתו בין בבת בתו אלא ע"י גז"ש דזמה זמה והיינו דקאמר אבני שם שהרי בתו מאנוסתו א' מגופי תורה ולא למדו אותה אלא בגז"ש ופ"י רש"י שם לשריפה נראה שפינון לזה לפרש פן דרק לענן עונש קאמר אבני דלא למדה אלא בגז"ש ולא מייתי הך דרבא עליה אלא משום הך דזמה זמה לשריפה והנה הנה דעי"ז נגמר בגז"ש דזמה דע"י הנה הנה נעשה פאלו פתיב זמה גבי בתו ובת בתו ולכן נקט אבני הך גז"ש דבתו דווקא משום דרבובתא הוא דאפילו גז"ש כזה שהיא גז"ש קאמרין ונקט ג"כ בתו ולא בת בתו משום דלדידיה גם בתו מיתקשב פאלו פתיב בפ"י א"כ נקט העיקר איסור דהיינו בתו ובת בתו בנו בכלל ובהכי א"ש ג"כ מה דקשה אדברי רש"י בכריתות שם שפירש אהך דהנה הנה לאיסורא וא"ת ק"ו הוא אין מזהירין מן הדין ונהרי אליבא דאבני מייתי בש"ס שם הך מילתא והוא אית ליה הקא דגילוי מילתא בעלמא הוא ולפ"ז ניחא דהך לאיסורא דמייתי שם באמת לא קאי לאבני רק לרבא דלית ליה הך סברא מדאצטריף קרא לאיסורא ולכן שינה רש"י לכתוב אין מזהירין מן הדין ולא אין עונשין מן הדין כמו בש"ס דהקא משום דהקא קאי אמה דאמר אבני אבת בתו ענש אבתו לא כש"כ וס"ד דעונש מדין ק"ו אתיא ליה לכן פריף וכי עונשין מן הדין אבל התם דאזלא לפי מה דאמר בפ"י דעונש אתיא בגז"ש ולא פריף רק לענן איסורא ל"ל קרא גילוי בק"ו והיינו לרבא דווקא דיליף איסורא מגז"ש דהנה דלאבני באמת לית לן קרא ע"ז אלא מפח גילוי מילתא מיתקשב פאלו פתיב בפ"י ולרבא מתרץ רש"י שפיר דאין מזהירין מן הדין ועיין בספרי ע"ל פרייתות (דף ה' ע"א) מש"כ שם: שם בד"ה תני אבואה דר' אבין.

ותימא א"כ ב"ב וב"ב מנ"ל דבשריפה: לפענ"ד י"ל ע"פ מה שיש להקשות עוד אהא דאבנה דר' אבין אפתי בתו מאנוסתו גבי ישראל מנ"ל דהא קרא רק גבי ב"כ פתיב ומה"ט רצתה הגמרא לעיל (דף נ"א ע"א) לדחות הך דרשא דאבנה דר' אבין דקאמר מאי אריא ב"כ אפילו ב"י נמי וגם לפי מה שמיישב זה עכ"פ פשיטא ליה דקרא רק גבי ב"כ פתיב דקאמר סד"א קרא לאפוקי מדרבא וא"כ מנ"ל לאבואה דר"א אפתי בת ישראל ולכן נלע"ד לפי מה שהקשו התוס' לעיל בד"ה מנין לעשות וא"ת מה לשאר הקא ממנה כו' וי"ל כיון דיליף מאי דכתיב בהדא כו' ע"ש.

והנה קושית התוספות שנייה להקשות ג"כ אבתו מאנוסתו דיליף רבא מהך גז"ש ושם לא שנייה לכאורה תירוץ התוס' דאיהו שנייה לומר דלא שנייה לאקשוני כיון דהגז"ש אתיא להורות דמאי דכתיב גבי האי מיתקשב פאלו פתיב גבי האי ג"כ הא האי גופא דהיינו בתו

מאנוסתו לא פתיבי פלל ולא אתיא רק בגז"ש אפילו אנהרה דידיה וצ"ל דלענן זה גם רבא מודה לאבבי דמיקחשב בתו מאנוסתו פאלו פתיב בפ"א אכן אבנה דר"א י"ל דלית ליה הך סברא ולכן מצריה דרשא דבת איש פהו דהיינו דאית ליה הגז"ש ג"כ לענן בת בנו ובת בתו דלא שייך להקשות מה לשאר הפא ממנו פקושית התוס' די"ל פתירוץם אבל לענן בתו דלא שייך פן לכן יליף פהו מבת איש פהו וממילא ילפינן בת ישראל מגז"ש דליפא למיפרה מה לבתה שפן אם אמו אסורה תאמר בבתו דהשתא י"ל בת איש פהו יוכיח דאם אמו מותרת ואעפ"כ בתו מאנוסתו ואי משום חומרא דכהנים שאר הפא ממנה יוכיח ולכן שפיר ילפינן מבנייהו לפי האמת גם בת ישראל ומכ"מ פריה לעיל שפיר מאי אריא ב"כ אפילו ב"י נמי משום דהתם אליפא דרבא אזלא דלית ליה הך סברא דבת איש פהו ויליף מגז"ש לחוד בתו מאנוסתו אבל מכ"מ לאבנה דר"א י"ל פן דס"ל הך גז"ש ואעפ"כ צריה לדרשא דבת איש פהו: שם בא"ד.

ועוד קשה דהאי איש אצטריה: גם בזה י"ל לפע"ד פיון דלפי מה שמבואר לעיל (שם) ע"כ פליג ברייתא דאבנה דר"א אהך ברייתא דלעיל דממעטין שם מהך דאת אביה היא מחללת פרט לזו שאביה מחללה דלא איירי קרא בבתו מאנוסתו ואף דלפי תי' אבבי פאן אליב' דאבנה דר"א אית ליה הך דרשא ג"כ היינו דוקא לענן סיפא דקרא דהיינו בת פהו נשואה דדרשינן היכי אמרינן היא באש תשרף ולא הוא היכא שהיא מחללת אותה ולא כשהוא מחללה ותנא דברייתא דלעיל דריש הך דהיא מחללת אבל מה דכתיב בקרא וכיון דכן ע"כ פליג אבנה דר"א ארישא דהך ברייתא דלעיל (דדרשתו היא אליפא דר' ישמעאל פמבואר בירושלמי ונתני שם בשם תני חזקיה) ולעיל אמרינן דהך איש דמעטין מניה פשנבעלה לפסול לה אתיא פרבון דפליגי אר"מ א"כ י"ל דהך דאבנה דר"א גם אסיפא דברייתא פליג וסבר כר"מ ולכן לא מצריה איש אבל רבון באמת לא ילפי מהכא רק מגז"ש דרבא וגם לרבי דדריש לעיל (דף ס"ו ע"ב) מלא תחל אם תחלת ביאתו בזנות ע"ש ג"כ לא מצרכינן מיעוטא דאיש לעיל ע"ש.

ודע שאין להקשות אדכרינו ה"ל הא גם לר"מ מצרכינן דרשא דהאי לענן נשאת ללוי וישראל דהא גם הך חשיב בברייתא דלעיל למעט מפי תחל לזנות אי לאו דרשא דאיש דז"א דלכאורה יקשה לר"מ ממנ"פ פיון דסבר דנבעלה לפסול לה בתנגק א"כ ע"כ דריש פי תחל אי תחלת אתחלתא בזנות בסקילה אידך בתנגק א"כ מ"ט נשאת ללוי וישראל מחייבת אכן נראה דזה תלוי אי נדרוש הך פי תחל לשון חלול או לשון תחלה דאי לשון חלול א"כ קאמר קרא פי נתחלה בזנות זה בסקילה אידך בתנגק וא"כ גם נשאת ללוי ולישראל ממנעט אבל אי נדרוש לשון תחלה א"כ קאמר קרא אי תתחיל בזה לזנות היא בשריפה אבל אי פבר התחילה בזנות אחר היא בתנגק ומזה לא שייך למעוטי רק נבעלה לפסול לה דנעשית זונה בבועלתו וא"כ איפא זנות אבל לא נשאת ללוי וישראל ולכן הש"ס דרצה למעט גם נשאת ללוי וישראל דריש פי תחל לשון חלול אבל ר"מ י"ל דדריש פרבי (דף ס"ו ע"ב) פי תחל לשון תחלה ולא שייך למעט רק נבעלה לפסול לה ולכן לרבי ור"מ לא מצרכינן דרשא דאיש פלל: שם ע"ב בגמרא ה"ק איזהו עני רשע ערום זה המשקה ק"ק מה ערמה יש פאן דאין חכמה ותחבולה בזה שאינו רוצה להשיאה כדי שיהי' לו שפחה לשמשו ועוד איך שייך שהוא משקה אותה בוגרת תקדש איהי לנפשה דהא בוגרת אין לאביה רשות לקדשה ולעיל ע"א בד"ה זה המשקה פי

רש"י שמתאנה להפקירא ומזנה ונראה שרצה לתרץ זה דהיינו מתוך שאינו משיאה גם היא לא תנשא דבהפקירא ניקח לה אכן לפי האמת דמתרץ איזהו עני רשע ערום ל"צ עוד לזה אלא משום דאביה נותן לה עצמה לפי דרכו פשרוזה להנשא שלא תנשא לאותן האנשים שע"כ תהי' לו לשפחה וזה ערמתו ולכן א"ש הא דהביא מימרא בתרא דת"כ משום ר הוי זהיר מן היועצף לפי דרכו דדמי להך מימרא קמיימא: שם מיתבי האוהב את אשתו פגופו: א"ל פיון דטעמא דריא"ר לעיל הוא משום למען ספות הרנה את הצמאה וזה לא שייך רק בגדולה וקטן וכמו שפי' רש"י וא"כ מאי פריה דלמא והמשיאן סמוך לפרקו איירי בקטנה לקטן דלא שייך למען ספות הרנה וגם ריא"ר לעיל למה קאמר והמשיא אשה לבנו קטן ונקא ולא ג"כ המשיא קטנה לגדול די"ל דהא ל"צ למימר דכבר אמר הכי בריש פ"ב דקידושין אסור לאדם לקדש את בתו פשהיא קטנה עד שתגדל ולכן א"ש ג"כ דע"כ לא איירי בקטנה לקטן דא"כ תקשה אמרימרא דריא"ר בקידושין ולכן פשיטא ליה ג"כ דהאי סמוך לפרקו אבנו קאי וכמו שפכתבו התוס' דאבתו ליפא למימר דאסור לקדשה פשהיא קטנה ולפ"ז מה שפכתבו התוס' משמע הך דאבנו נמי קאי האי נמי אינו מדוקדק לפי הנ"ל: שם אותו ואתה: עיין ביבמות (דף צ"ה) דדריש ר"י אליבא דכ"ע ור' יוסי אליבא דב"ש דרשא אחריתי מזה: שם במתניתן באבן או בברזל: הא דנקט הני תרתי ונקא ולא ג"כ בעץ דכתיב ג"כ בקרא משום דבכלל אבן הוא ג"כ עץ דשיעורן שנה ולא נקט ברזל אלא משום דממית בכל שהוא ולא בעי שיעורא א"נ י"ל לפי מה שפכתבו התוס' במפוח (דף ב' ע"ב) בשם ר"ת ומה הסוקל אינו נסקל פ"י דנידון בסייף כשאר רוצח ע"ש אכן באמת מנ"ל נימא לפי האמת שם ק"ו איפכא ומה הבא לסקל ולא סקל מיתתו בסקילה הסוקל לא כש"כ וצ"ל דליפא למימר הכי דכפ"י רבתי תורה או השליף עליו בצדי וימות דהוא סקילה וכן באבן יד הפהו לדין רוצח ולפ"ז י"ל דהך אתי מתניתן לאשמועינן דבכל מיתות שהמיתו נידון בסייף ונקט באבן שהוא סקילה או בברזל שהוא סייף וכבש לתוך המים שהוא חנק כדאמרין בדין ד' מיתות לא בטלו או לתוך האור שהוא שריפה ובכולם נידון בסייף דוקא: שם בגמרא מפני מה לא נאמר יד בברזל: עיין במהרש"א שהקשה אפי' רש"י בחומש שפי' דמפני שלא נאמר בברזל אשר ימות בו דכתיב באבן ובעץ מזה יליף דברזל לא בעי שיעור והכא משמע ממה שלא נאמר יד בברזל אתיא והו' אמת דבירושלמי בסוגיא זו דריש ג"כ ממה שלא נאמר אשר ימות בה אף היא גופא תקשה למה נקט רש"י דרשת הירושלמי ושבק דרשת הש"ס שלנו.

ונ"ל דבלא"ה קשה ג"כ אדרשת שמואל דאי משמע מיד דכתיב גבי אבן ועץ דשיעורא בעינן ל"ל קרא דאשר ימות בה פלל גביהו לכן נ"ל דבאמת עיקר דרשא מדלא כתיב ביה אשר ימות בה אתיא והיינו דקאמר רבי לפיכך לא נתנה תורה בו שיעור פ"י שיעור דאשר ימות בה אלא דא"כ אפשר למיטעי דמיחייב אהפאת ברזל אפילו לא היתה ההפאה כדי להמית פגון שהכהו בחתיכת ברזל קטנה שלא הי' בה כדי להמית להכי כתיב פלי ברזל ולא כתיב בי' יד לומר לה דמכ"מ לא מיחייב בכל שהוא אלא כשהרגו ע"י פלי ברזל וכלי שמפני קטנותו אין לו בית יד דהיינו ע"י מחט שנקרא פלי וטבילה בעי כשנשטמא ובהכי גלי רחמנא דעכ"פ בעינן הפאה כדי מיתה דהיינו ע"י מחט דברזל' מברז

וא"כ שמואל דיליף מדלא נאמר יד והירושלמי דיליף מדלא פתיב אשר ימות תרנונייהו
חדא דרשא הוא ולא פליגי.

ובזה מתורץ ג"כ מה שהקשו התוס' אפי' רש"י דא"כ אפי' קוז' נמי דז"א דקוז' בלא בית
יד לא מקרי פלי עץ כמו מחט דמקרי פלי ואי יש לו בית יד א"כ באמת הוא בכלל עץ
יד ומיחייב עליו וביותר מוכרח שיטת רש"י דגם בירושלמי נקט בפ"י ע"י מחט ושיטה
זו שכתבנו לשיטת רש"י דרבי מדלא פתיב אשר ימות דרש מוכח ג"כ מלשון הרמב"ם
(פ"ק ג' מה' רוצח) ע"ש: שם ברש"י ד"ה ולר"ע.

כגון לקח את אשה: נראה דאין פוננתו לומר דאשה דקרא היא אשתו אלא קרא איירי
באמה ואם אמה אחר שנשא בתם לאשה וכן פ"י ביבמות (דצ"ד) ובפירושו על התורה
ועיין במהרש"א: שם בד"ה ר"ע סבר.

אלא אסור ארור שוכב עם חותנתו: מזה נראה דכוננתו דליכא לאו וכרת רק ה' איסור
אכן לא כן דעת התוס' ביבמות דצ"ד ע"ש ובמה שכ' המהרש"ל והמהרש"א שם אכן
לשיטת רש"י לכאורה קשה דאי מארור שוכב עם חותנתו אתיא א"כ גבי אם חמותו ואם
חמיו דלא שייך איסור זה ליכא איסור פלל לאחר מיתה ואפתי קושית הגמ' שם ביבמות
במקומה עומדת דליתני לר"ע אם חמותו ואם חמיו אלא ע"כ מוכח לכאורה פדעת התוס'
דנשאר לאו וכרת וזה שייך גם לענין א"ח וא"ח.

והנה א"ע ראיתי ברמב"ן ורשב"א פ"ק נושאין על האנוסה שהרגישו בזה וכתבו דגם
א"ח וא"ח הוי בכלל שוכב עם חותנתו. אכן לפענ"ד די בזה ליישב דעת התוס' וגם
הרמב"ם ז"ל לפרש ה' איסורא בעלמא דקאמר הכא היינו לאו וכרת אף שדחוק בלשון
קצת פדי שלא נצטרף לדחוק יותר ולפרש דא"ח וא"ח בכלל שוכב עם חותנתו הוא ועיין
מש"כ בספרי ע"ל שם ד"ה אלא לרבא.

עוד פליג הרמב"ן שם על הרמב"ם שכתב דבבטה ובת בטה ובת בנה ג"כ ליכא שריפה
פינן דלא אתיא אלא מחמותו א"כ לא עדיף מניה אבל הוא סבר דאיכא שריפה ע"ש ולפי
דעתו שפי' כפי' רש"י דבבמות ליכא רק איסורא בעלמא וא"ח וא"ח הוי בכלל חותנתו
הנצטרף לזה פינן דבטה וב"ב וב"ב ודאי ליכא בכלל חותנתו א"כ אי ליכא שריפה ליכא
איסורא פלל ויקשה קושית הש"ס ביבמות דליתני בטה ובת בטה וב"ב לר"ע אבל
להרמב"ם לשיטתו דסובר פשיטת התוס' דבבמות ג"כ פרת איכא וזה שייך גם גבי ב"ב
וב"ב לכן שפיר פירש דהם גם כן אינם בכלל שריפה: שם דף ע"ז ע"א בגמרא אינו דין
שחייב בהם את המצמצם: א"ל הא אין עונשין מן הדין די"ל דממון עונשין כמו שכתבו
התוס' בב"ק (דף ב' ע"א) נגד משמעות המכילתא ע"ש: שם אדרבה תסתיים דר' זירא
הוא דאמר: ק"ק מאי ראיה דלמא לעולם גם בלא אדליק שרגא מחייב ר"ז וכן ג"כ בכפה
עליו גיגית ואי משום דא"כ ליתני רבותא טפי דאפילו בלא אדליק שרגא מחייב הרי לפי
מה שכתבו התוס' לעיל בד"ה סוף חמה דלמ"ד אשו משום חציו מחייב בהביאו למקום
שסוף חמה לבא שם וכיון דר' זירא נקט האי מאן דעיילי' לחבר'י פ"י שהוא הביאו שם
א"כ גם אי הוי תני דבלא אדליק שרגא מחייב אפתי ה"א דבכפה עליו גיגית פטור פינן
שכתבו שם במקום שהי' כבר שלא שייך חיובא דאשו משום חציו אבל הכא מחייב לא
משום מצמצם אלא משום אשו משום חציו וכיון דכן אפשר דנקט ר"ז דאדליק שרגא

לאשמועינן דדוקא משום מצמצם חייב דבמצמצם פי האי כ"ע מודו אבל לא משום אשו משום חציו דלית ליה וזה מדוניק בלישנא דנקט האי מאן דעיילי' לחבריה דוקא ולא ג"כ האי מאן דכפית לחבריה אלא לאשמועינן דאעפ"כ לא מחייב רק משום מצמצם אבל אי הוי נקיט בלא אדליק שרגא ה"א דמשום מצמצם סבר פרכא דפוטר והא דמחייב היינו משום אשו משום חציו לכה נקט אדליק שרגא דבזה נדאי כ"ע פוטר משום מצמצם ומדלא מפטיר גם בלא אדליק מטעם אשו משום חציו שפיר מוכח דאשו מח"צ לית ליה אבל לעולם לפי האמת י"ל דבין בלא אדליק בין בכפה עליו גיגית מחייב ר"ז משום מצמצם.

וא"ל דאין למטעי בהכי דטעמו בלא אדליק משום אשו משום חציו דאין שייך בזה פיון דההכל פיו שממיתו עדיין אינו בעולם וכמו שכתבו התוס' לענין ארס נחש דאף אי נדמה הך דהכל פיו לארס מכ"מ המ"ד תסתים דר"ז הוא דאמר פטור ע"כ לא ס"ד לחלק בהכי דא"כ בלא"ה לא מוכיח מידי מלא אדליק שרגא דאף אי מיפטר התם מ"מ י"ל דהכא חייב דהתם עדיין אין המזיק בעולם משא"כ פאן א"נ דהתם עדיין לא מתחיל הבלא משא"כ הכא וכמו שמתרץ באמת אע"כ המ"ד תסתים לא ס"ד לחלק בכך וא"כ מאי מיייתי ראיה מדנקט ר' זירא אדליק שרגא דוקא ולכאורה ראיה מזה לשיטת א"נ של התוס' דגם למ"ד אשו משום חציו פטור בכח פחו מן המיתה ורק ממון מיחייב: שם ברש"י ד"ה רב אהא.

דגרמא בעלמא הוא: אף דבגרמא מפקינן פן מפיעוטא דהוא מ"מ מצרכינן גם להך טעמא דגרמא בעלמא דמהוא לחוד אפתי לא הוי ידעינן איזה דין דאיכא ברוצח ממעטינן לנזקים לכן מצרכינן גם להך טעמא דבלא"ה גרמא לאו מילתא היא בכ"מ מכ"מ גם בהך טעמא לחוד לא סגי דה"א דאף דבשאר מקומות לאו מילתא היא מכ"מ הכא לענין נזקים גילף בק"ו מרוצח לכן מצרכינן גם מפיעוטא: שם בתוספות ד"ה רוצח שלא.

הי' בעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון: הא דלא מיייתי ראי' ממתנייתן הקודמת דשני קדרים או מרישא דהך מתנייתן דהי' בעל קורה ראשון משום דבכל הני לא המזיק גרם הנזק אלא הנזק ובה נדאי פטור המזיק דאין לך אונס גדול מזה ולכן אין ראיה גם פן מפטור אונס גבי ש"ח וש"ש דהתם השומרים עצמם לא הזיקו: שם בא"ד.

המעביר חבית ממקום למקום: הא דלא הקשו התוס' גם מר"מ דפוטר בש"ח וש"ש דלר"מ נדאי י"ל דבאונס דדמי לגניבה ואבידה חייב והא דפטור התם משום דהתם אונס גמור הוא דנתקל אונס הוא וכמו שמוכיח הש"ס מדפוטר ש"ש אבל לר' יהודה הקשו משום קושיא בתרייתא דכיון דלדידן ע"כ צ"ל דפוטר באונס דגניבה ואבידה א"כ למה חייב בנפל מן הגג ברוח שאינה מצויה ולכן הוצרכו גם בקושיא זו להביא מה דקאמרינן בש"ס כמאן אי כר' יהודה דרק לר' יהודה קשה קושיא זו דלר"מ י"ל דמייחייב באמת באונס דדמי לגניבה ואבידה: שם ד"ה בנזקין לא חייב לך.

כש"כ בנזקין: אף דלענין חיוב דאונס קיל רוצח מנזקים מכ"מ הכא דקיימינן לענין גרמא בנזקים דדמי למצמצם דרוצח ואתיא מני' וכיון דברוצח פטור משום דגרע ממצמצם כש"כ בנזקים דמהיכי תייתי לחייבו בנזקים פיון דמרוצח לא אתיא ולכן גם למ"ד מצמצם חייב בנזקים פטור הכא מטעם זה.

עינין בְּמַהְרָשׁ"א: שָׁם ב"ד. וְתַדַּע דְּתַנּוּן שָׁם וְכוּ' וּמִיָּהוּ יֵשׁ לְדַחֲוֹת: וְדַאי זֶה לֹא עָלָה עַל דַּעַת הַתּוֹס' לְפָרֵשׁ מִתְּנִיתוֹן דְּלִסְטִים סְיִיבִין אֲאָבִינְדָה דְּבַהֲמָה דַּאִין זֶה בְּמִשְׁמַעוֹת דְּמִתְּנִיתוֹן כְּלָל וְגַם קְאָמְרִינוּ בְּש"ס שָׁם מְשַׁעָה שְׁהוֹצִיאָוּהוּ בְּרִשְׁוֹתֵיָהוּ קְיִימִי ע"ש דְּזֶה לֹא שְׁיִיף רַק לְעַנּוּן גְּזָקִים.

וּבְיֹוֹתֵר יִקְשֶׁה עַל רִש"י דְּהִבִּיא בְּאַמַּת שָׁם רְאִיתָ הַתּוֹס' וְלֹא דְחִי מְטַעַם הַמִּיָּהוּ יֵשׁ לְדַחֲוֹת שְׁכַתְּבוּ הַתּוֹס' אֲלֵא דְהִכִּי קְדִיִּיקִי פִּינוֹן דְּבָלְאוּ הַפְּשָׁה לֹא מְסִיבִי בְּהַזְקָם א"כ ע"כ לֹא בְּרִשְׁוֹתֵיָהוּ קְיִימִי א"כ מְהִיכִי תִּיתִי שְׁיִתְּסִיבִי אֲאָבִינְדָה בְּהִמָּה פִּינוֹן שְׁלֹא בְּרִשְׁוֹת הַלִּסְטִים קְיִימִי וְעַל זֶה דְּחוּ הַתּוֹס' וּמִיָּהוּ יֵשׁ לְדַחֲוֹת דְּמִתְּנִיתוֹן לְהַתְּסִיב בְּגְזָקִים אִיִּירִי וּבְהָא לֹא מִיִּסְיִיב בְּפָרְצוּוֹהוּ לְחוּד מְשׁוּם דְּלִיכָא רַק גְּרָמָא דְּגְרָמָא דְּגוֹרָם לְצִאת וְהִצִּיאָה גּוֹרָמָת לְהִזִּיק אֲבָל לְעַנּוּן בְּהִמָּה דְּהוּי גְּרָמָא אֲחַד לְצִאת דְּמִי לְכַפְתּוּהָ לִסְטִים עַד שְׁיִצְאָה דְּהוּי ג"כ גְּרָמָא אֲחַד לְמִיִּסְיִיב: שָׁם ב"ד ה' סוּף חֲמָה.

וְצָרִיף לֹוֹמֵר דְּהִינּוּ לְמ"ד אֲשׁוּ מְשׁוּם מְמוֹנוֹ: אֲכֹן קָשָׁה אֶפְתִּי מֵאִי דְּקָאֵמֵר וְאִי לֹאוּ פָּחוּ הוּא תְּזִיל לְתַחַת דְּלפ"ז לִימָא בְּקִיצוֹר דַּאי לֹאוּ פָּחוּ הוּא לֹא לִיִּסְיִיב לְמ"ד אֲשׁוּ מְשׁוּם מְמוֹנוֹ וְצָרִיף לֹוֹמֵר דְּרָצָה לֹוֹמֵר הַשְּׁתָא אֶפִּילוּ לְמ"ד אֲשׁוּ מְשׁוּם חֲצִיו.

אֲכֹן ק"ל אִיף גְּסַתְּפָקוּ הַתּוֹס' בְּזֶה שְׁכַתְּבוּ וְצ"ל דְּסָבֵר כַּמ"ד אֲשׁוּ מְשׁוּם מְמוֹנוֹ הָא רַב פְּפָא הוּא מָרָא דְּשְׁמַעְתָּא דְּלִקְמָן וְהוּא ע"כ סָבֵר דְּלֹא מִיִּסְיִיב בְּלֹא פָּחוּ דְּאֶפִּילוּ בְּכַח פָּחוּ לֹא מִיִּסְיִיב גְּלוּת דְּדְמִיָּא לְמִיתָה פְּדַמוּכַח מְמַה דְּאֶמְרִינוּ בְּמַכּוֹת (ד"ח ע"א) וְעוֹד אֵמֵר ר"פ מֵאֵן דְּשַׁדְּיָא פִּיִּסָא ע"ש: שָׁם ב"ד.

דְּאֲתִיָּא הֵהִיא סוּגְיָא כַּמ"ד אֲשׁוּ מְשׁוּם מְמוֹנוֹ: וְלְמ"ד אֲשׁוּ מְשׁוּם חֲצִיו צ"ל דְּלֹא דְיִיִּיק מִמִּתְּנִיתוֹן הָא הַפִּילָה פְּשָׁרָה פְּמֵאֵן כַּר' נָתַן אֲלֵא סָבֵר דְּטַעְמָא דְּמִתְּנִיתוֹן מְשׁוּם שְׁלֹא הוּי פּוֹנוּהָ וּנְקֻט נְפִילָה דְּהַפִּילָה בְּלֹא פּוֹנוּהָ הוּי ג"כ כְּמוֹ נְפִילָה וְכֹן מְשַׁמַּע בְּפִי רִש"י וְתוֹס' שָׁם דְּרַק רַבָּא הוּא דְּיִיִּיק מִמִּתְּנִיתוֹן אֲכֹן תְּמוּהָ לְפַעֲנ"ד דְּהָא שָׁם ע"ב מְקַשְׁיִנּוּ וּמִי אֵמֵר ר' יוֹחָנָן הִכִּי וְהָאֵמֵר ר"י הִלְכָה כְּסַתְּם מְשַׁנָּה כו' ע"ש וְהָרִי הוּא מ"ד אֲשׁוּ מְשׁוּם חֲצִיו בְּב"ק (דף כ"ב ע"א) וְלַדַּעַת הַתּוֹס' דְּכָאֵן ע"כ לֹא דְיִיִּיק הָא הַפִּילָה פְּשָׁרָה וּמֵאִי מְקַשָּׁה לְר' יוֹחָנָן לְשִׁטְתוֹ.

וְצ"ל ע": שָׁם ב"ד. וְהַשְּׁתָא תִּיפּוּק לִיָּה דְּלֹאוּ פָּחוּ הוּא: א"ל דְּדַלְמָא אֲצִטְרִיף הָף טַעְמָא הִיכִי דְּנָפֵל לְצַדְדִים דְּהוּי פָּח פָּחוּשׁ וּמִיִּסְיִיב אִי לֹאוּ דְלֹא דְרָף יְרִידָה הוּא דִי"ל דְּלַצְדָּדִים דְּכַח פָּחוּשׁ הוּא לֹא שְׁיִיף אֲלֵא הִיכִי דְּזַרְק לְמַעְלָה דַּאי אֶפְשָׁר שְׁהֵלָף לְמַעְלָה בְּיוֹשֵׁר בְּלֹא גְּטִיָּית צַדְדִים וְא"כ מְכַח הֵלָף לְצַדְדִים אֲבָל לֹא בְּנָפֵל מְעַצְמוֹ מְלַמְעָלָה לְמַטָּה דָּאֵז נָפֵל בְּיוֹשֵׁר וְלָכֵן הוֹצִיָּנוּ הַתּוֹס' לְתַרְזֵן דְּגַם פָּאֵן ע"י הַמְּשַׁכָּה לְמַעְלָה נוֹפֵל לְמַרְחוּק וְלֹא בְּיוֹשֵׁר זֶה מְכַחוּ הוּא: שָׁם ב"ד.

וְלֹא דְמִי לְחֲצִי גְזָק צְרוּרוֹת: ק"ק חנ"צ אִיף שְׁיִיף לְכָאֵן דְּהָא בְּאַמַּת הוּי מִיִּסְיִיב גַּם שָׁם גְזָק שְׁלָם אִי לֹאוּ דְּהִלְכְּתָא גְּמִירִי לְהַ דְּח"נ וְתוּ לֹא פְּדַאֲמְרִינוּ בְּב"ק (ר"פ פִּיצָד) וּבְכַתְּוֹבוֹת ס"פ אֵלוּ גְּעֵרוֹת וְכִינוּן דְּהָא לֹאוּ הִלְכְּתָא גְּמִירִי נְשָׂאֵר בְּדִין גְזָק שְׁלָם וְאֶפְשָׁר דְּבַאמַּת כְּוֹנוֹ הַתּוֹס' לְזֶה דְּלִכְף לֹא דְמִי לְחנ"צ.

ועיין בְּמַהְרֵשׁ"א: שם בד"ה כִּפֶּה עָלָיו גִּיגִית. וא"ת מ"ש פָּרַע: ק"ק אי קוֹשֵׁיַת הַתּוֹס' דְּרָבָא הָא בְּאַמַּת פּוֹטֵר גַּם בְּפָרַע וְאִי קוֹשֵׁיַתָּם לְרַבֵּי זִירָא דְלָמָא בְּאַמַּת מִיחְזִיב גַּם בְּתָרִיס וּבְדַקָּא דְמָיָא וְאִי קוֹשֵׁיַתָּם דַּא"כ יִפְלוֹג בְּפִי א"כ לְקָשׁוּ בְּקִיצוֹר כְּפָתוֹ וּמַת בְּרַעֲב שְׁהִבִּיא הַגְּמָרָא לְרָא' דְּפוֹטֵר רָבָא וְגַם לָמָּה פָּרְטוֹ הַתּוֹס' כָּאן דְּוָקָא פָּרַע מְעֻזְבָּה לְהַקְשׁוֹת מִינָּה וְלֹא ג"כ מִפְּפָה עָלָיו גִּיגִית דְּאִירֵי בִּיָּה.

והנלפענ"ד לפי מה ששכתבו בראש הדיבור ולא דמי לסוף חמה לבא ולכאורה מה בעו בזה וי"ל דרצו לתרץ דלמה צריך להביא הש"ס ראיה דרבא פוטר מהא דכפתו ברעב משום דדמי להא דכפה ופרע לית ראיה מהא דסוף חמה וסוף צנה לבא דהוא הדבר בעצמו של פרע עליו מעזיבה ואהא תירצו דלא דמי לסוף חמה וצנה לבא ועל זה הקשו השתא דאפתי ליייתי מהא דתריס דהא זה דמי לגמרי לפרע המעזיבה כמו ששם סילק המחיצה שחצצה בינו לבין המזיק ה"ה פאן ודמי יותר למת ברעב ונקטו ג"כ בידקא דמאי בהדנ' אף דהוה רב פפא אמר ולא רבא אפשר שגרסו גם שם רבא א"נ משום דלפי תירוצם חילקו גם בין הך לבידקא דמאי באופן דגם ר' זירא דמחזיב פאן אפשר דפוטר בבידקא דמאי ולמה שכתבנו דאפשר דהתוס' גרסו רבא יש ראיה קצת ממה שהקשינו לעיל אף גסתפקו התוס' אי ר"פ סובר כמ"ד אשוי משום ממונו הא מוכח ממכות דמזה נראה דגם באידך מימרא לא גרסו ר"פ: שם ע"ב בגמרא הרי יצא מב"ד זכאי: אין לפרש דכבר יצא זכאי דהא השתא הוא דדיינינו ליה ואי פבר יצא זכאי דאין מחזירין לחוב אלא הכי קאמר פיון דאי בשעת שהיו מצויין סמנין לרפאותו הוי דנינו ליה הוי פטרינו ליה פיון דלא היה פאן כדי להמית דאפשר לרפאותו ולכן גם עתה מיפטר ונ"ל שיצא קרינו בציר"י והנה לא ראיתי להרמב"ם שהביא הך דינא דזרק ליה חץ וסמנים בידו וסמנים בשוק ונזדמנו בידו ומה שהשמיט כפתו לפני יתושים הקשה הר"ן ותירץ דבכלל אחרינא דכפתו ומת ברעב וסוף חמה לבא הוא ונה לא שייך בהני דינים דסמנים דבכלל מאי איכא למימר דהוי הך דין דסמנים בשוק ונזדמנו בידו ולא ראיתי מי שהרגיש בזה: שם מהו דתימא התראת ספק הוא: א"ל דא"כ למ"ד התראת ספק שמה התראת בפסחים (דף ס"ו ע"ב) תקשה מהו ברייתא די"ל פיון דפליגי תנאי בהתראת ספק כדאמרינו במכות (דף ט"ו ע"א) א"כ מוקי לברייתא כמ"ד דלאו שמה התראת והוא סבר כמ"ד שמה התראת אי נמי י"ל דאפילו מאן דאמר דשמה התראת מודה פאן דלאו שמה התראת פיון דעדיין ספק הוא אם יוכל לבא לידי איסור וכמו שכתבו התוס' בכתובות (סוף פרק קמא).

ובהכי א"ש מה שנ"ל ביישוב קושיות המהרש"א שהקשה מאי פריה מאי קמ"ל דלמא אתי לאשמעין דהוי פחו ולא פחו. אכן נ"ל לפמש"כ התוס' לעיל דלמ"ד אשוי משום חציו אפילו בכח פחו מיחזיב א"כ לכאורה קשה מאי פריה לקמן למימרא דכי האי גוונא פחו הוא דלמא לעולם לאו פחו הוא והא דמיחזיב היינו משום דאשוי משום חציו וצ"ל דקושיות הש"ס היא למ"ד אשוי משום ממונו ולפ"ז י"ל דהכא פריה איפכא למ"ד אשוי משום חציו דלדידך ליכא למימר דאתי לאשמעין דלאו פחו פחו הוא דאיה אשמעין זאת מפאן דהא גם אי פחו פחו הוא מחזיב וא"ל דהא ר' יוחנן הוא דסבר אשוי משום חציו וא"כ אי הקושיא אליב' אזלא מאי מתרץ מ"ד התראת ספק היא הא הוא סובר התראת ספק שמה התראת דלפי מה שכתבנו גם לר' יוחנן י"ל פו.

אכן ק"ל למ"ד אשו משום חציו קשה למה מיצה מן החרס עליו הזאתו פסולה וכמו שהקשו התוס' לעיל מ"ש נפלה סבין מן הפילה וכן קשה מהמקדש ונפל קידוש על ידו ולכאורה גם מזה ראיה לשיטת עוד יש לפרש של התוספות דלעיל דגם למ"ד אשו משום חציו שאני פחו מפח פחו.

עוד י"ל ביישוב קושיות המהרש"א דלכאורה קשה דאפתי בשוגג גולין ל"ל למיתני דממזיד נהרגין שמעינו וכדי שלא נצטרף לדחוק דנקטי אידי מזיד נ"ל לומר פיון דלקמן מחלקינו בשוגג בין נפל לתוך ד' אמות לחוץ ד' אמות ולכאורה זה נגד משמעות הברייתא דקתני סתמא בשוגג גולין.

אכן י"ל פיון דקתני גבי במזיד נהרגין א"כ הוי גומיא דבמזיד וכיון דמיתה ע"כ ליפא רק היכי דנתפגין שיפול עליו והיינו ע"כ במקום הראוי ליפול פן בשוגג אין גולין ג"כ רק היכא דנפל במקום הראוי ליפול ולכן נקטי ג"כ בשוגג גולין להשמיענו דדוקא גומיא דבמזיד נהרגין בשוגג גולין ולכן פריף שפיר בשוגג גולין ל"ל דליפא למימר דאמי להשמיענו דנחשב פחו דזה הוי ידעינו גם אי הוי במזיד נהרגין לחוד או בשוגג גולין לחוד ואהא מתרץ דבמזיד נהרגין אצטריכא לי דכן נקט ג"כ בשוגג גולין בהדני' לאשמיענו דדוקא בכה"ג שפול במקום הראוי ליפול בשוגג גולין: שם מצא איתמר: מפאן ק"ל על מה שפכת הרמב"ם פי"ב מה' פרה דבספק אם מהחרס נמצה עליו הזאתו פסולה והיינו מלשון ונמצה דמו וכמו שפכת בפירוש המשניות למסכת פרה וכיון דפסק הך דרבא דזרק צרור בפותל וחררה לאחור' דחייב א"כ לדידיה קושית הש"ס דכאן במקומה עומדת ואפשר דכוונתו נמצא עליו אף אין זה במשמעות לשונו: שם ברש"י ד"ה סתם משחקין בכדור.

ומקרי לכותל בשעה שזרקין: ק"ק דמשמע מקריבתו לפותל הדבר תלוי אם יפול רחוק או קרוב א"כ איה נתן שיעור סתמא בין רחוק ד"א לקרוב ד"א לפותל מפלי שיעיד ג"כ פמה? הנה קריבת הזרק לפותל גם לעיל בד"ה פגון אלו המשחקין סיפר רש"י ז"ל סדר השחוק שהאחר מקבלו ומפה בו את הזרק אם יוכל לכונו והוא ללא צורך לכאורה מה שאינו מדריך רש"י לספר דברים של מה בכך ובפרט בדברים של שחוק.

ולכן נ"ל דפירוש רש"י הכי הוא דרצה הש"ס ליתן טעם למאן דאמר מיפטר בנפל בתוך ד' אמות והרג ולכן קאמר דאיירי פאן שהרג את חבירו ששחק עמו וכיון שהשחוק הוא אם יכול לכוין את המכה בכדור א"כ מסתמא שניהם עומדים במקום אחד בשעת זריקה ובתוך שיפול הכדור לאחוריו ונגביהו האחר ינוס הזרק למען לא ישיגו עוד חבירו המכהו בכדורו במקום שהגביהו שם ולכן פל פמה דמקרי לכותל שניהם מינח נייחי להזרק פי היכי דתפול הכדור הרבה לאחוריו ויצטרף לשהות יותר להגביהו ובתוך כך יברח יותר ולכן גירסת הש"ס דאזלי מינח' וגירסת רש"י דעייילי טפי לא פליגי רק דלפי גירסת רש"י מבאר הטעם למה ניחא ליה טפי אי אזלא מיניה טפי ועיין במהרש"ל: שם ד"ה ואחר כך נפל לשוקת.

דריך נקב שפופרת: מלשון זה נראה דבעינו שייבאו דריך המשכה ממעין לכלי ואז מיקרי מים חיים אף זה לא יתכן מפח פמה משניות דפרה דקתני בכולן הממלא בכלי וגם מה

שכתב רש"י דרך נקב שפופרת ק"ל דמאי מעליותא איפא ביה נקב אדרבה ריעותא היא דמטבולו מתורת פלי ואין לקדש רק למטה מהנקב: שם בתוספות ד"ה סתם.

אלא נראה פלשון ראשון שפירש בקונטרס: וילשון שני אפשר ליישב קושית התוס' דאף דנתפנון לזרקו ולהמיתו וקבל עליו התראה מ"מ אם יש ספק אם יגיע הפדור אליו מ"מ פטור מטעם התראת ספק פדמוכח ממאי דקאמרינן מהו דתימא התראת ספק היא מי יזמר דהדרה אף שקבל עליו התראה אלא ודאי דלענן התראת ספק לא מהני מה שקבל עליו התראה וא"נ ה"ק פיון שזרק פגון אלו המשחקין בכדור וסתם המשחקין בכדור ניקח להו שיפול למרחוק א"כ לענן חוץ לד' אמות הוי התראת ודאי אבל לענן תוף ד' אמות הוי התראת ספק פיון ששחק פגון אלו המשחקין בכדור והם זורקין שיפול למרחוק ולכן מפטר פן נלענ"ד לפרש דעת היש מפרשים שהביא רש"י: שם בא"ד.

פגון נתפנון לצד זה: וליישוב קושיא זו לפירוש הקונטרס י"ל דהן אמת אי מחד טעמא פטורין תרנוניהו יותר סברא לפטור נתפנון לצד זה והלף לצד אחר מלפטור נתפנון לזרוק ב' וזרק ד' אבל לפי מש"כ הרמב"ם (פ"ו מה' רוצח) מפטר נתפנון לזרוק ב' וזרק ד' מטעם דקרוב למזיד הוא ונתפנון לזרוק לצד זה והלף לצד אחר מטעם אונס וא"כ איך שייך יותר סברא בזה מבזה דאפשר יותר יש טעם לפטור זה מטעם קרוב למזיד מלפטור זה מטעם אונס: שם בא"ד.

וי"ל דהוי פטרינן ליה מבלא צדיה: א"ל הרי כבר כתבו התוס' לעיל דנתפנון לצד זה והלף לצד אחר יש יותר סברא לפטור מנתפנון לזרוק ב' וזרק ד' א"כ איך הוי ממעטינן ליה מבלא צדיה ג"כ אדרבה הוי מוקמינן קרא דוקא לדבר שאינו חדוש כ"כ י"ל דבאמת מחלקינן ביניהם משום דכתיבי ב' קראי לפטור ואי שוין הן ל"ל לב' קראי מפסוק אחד נפקא אבל אי לא פתיב דאשר לא צדה באמת הוי ממעטינן תרנוניהו מבלא צדיה ולא הוי מחלקינן ביניהו דסברא זו דהלף לצד אחד יש יותר לפטור פיון שלא זרק לצד הנרצח אינה פשוטה כ"כ וכבר כתבו התוס' בשבועות (דף כ"ב ע"ב) דפעמים שאין הסברא פשוטה כ"כ וצריף קרא להשמיענו הסברא: שם בא"ד.

והתנא רצה להזכיר הפשוט יותר תחלה: עיין בתוס' במ"ק (דף ח' ע"א) שהביאו הרבה ראיות שפן דרך הש"ס: שם בא"ד. ואם תאמר ואמאי אצטריף בפירק אלו הן הגולין מבשגגה לפטור: וכלשון הזה נקטו ג"כ בב"ק ע"ש.

וקשה דהא במכות לא מבשגגה אלא מבלי דעת גליף פרט למתפנון ומבשגגה גליף פרט לאומר מותר ואפשר לומר לפי מה שהביא הריטב"א שם פי' אחר דאומר מותר היינו ג"כ נתפנון להרוג בהמה והרג אדם רק דהקשה ע"ז א"כ היינו פרט למתפנון ומירץ דהא מירי שנתפנון לגוף זה רק שסבור שהוא בהמה ונמצא שהוא אדם והא מירי שלא נתפנון לגוף זה פלל אלא לזרוק לצד הבהמה וזרק לצד האדם והנה התוס' לפי תירוץ שם השני ע"כ לא סברו כפירוש זה דא"כ לא משני מידי א"נ פסבור בהמה ונמצא אדם הא ע"כ חד מינייהו בנתפנון לצד זה והלף לצד אחר איירי אבל בהקושיא הקשו התוס' לפירוש הריטב"א דלפ"ז גם בשגגה איירי בנתפנון לבהמה והרג אדם לפי פ"ז ע"כ או מבשגגה או מבלי דעת ממעטינן היכי דנתפנון לב' גופים וא"כ ממנ"פ קשיא ולכן הוצרכו לתרץ דאיירי באדם והבהמה זה אצל זה ובתירוץ א"נ כפירוש רש"י וכפירוש עצמם

שם בהה דאומר מותר דלא איירי בנתפונן לבהמה והרג אדם וא"כ שפיר י"ל דמבלי דעת דאיירי בי מייירי בכסבור בהמה ונמצא אדם: שם בא"ד.

ומיהו תימא הא דפליגי: זה פשוט שמה שהקשו בזה וגם בקושיא הקודמת מנתפונן לזרוק ב' וזרק ד' ל"ק רק להה פירוש דפטור מן הגלות ובעיקר הקושיא י"ל לפי מה שכתבנו לעיל דטעם נתפונן לזרוק ב' וזרק ד' דפטור היינו משום דקרוב למזיד הוא אף דזה לא שיהי רק בינדע שהנרצח עומד שם בקרוב דה"ל לאסוקי דעתיה שמה שפול ממקום זריקתו והלאה ולא ה"ל לזרוק משא"כ פאן שעוסק במלאכתו פדרכו ואפשר שלא ידע כלל שיש אדם שם בזה מיקרי שוגג ולא קרוב למזיד ומחייב גלות וא"ע ראייתי בשיטה מקובצת בשם הרשב"א שתיירץ קושית התוס' קרוב לזה.

ושמחתי שפוננתי לדעתו ז"ל: שם דף ע"ח ע"א בגמרא כל נפש כל דהו נפש: עי' בר"ן שכתב דריב"ב ורפ"ן פליגי במשמעות לשון כל אי פירושו מקצת הדבר או כל הדבר דנוקא משום דיש כל דמשמע הכי ומשמע הכי פגון כל צפור טהורה תאכלו דמשמע כל הדבר וכן כל המצוה אשר אנכי מצוה אתכם וכן יש כל דמשמע מקצת הדבר פגון לא תחיה כל נשמה החייתם כל נקבה לא תאכלו כל תועבה.

ולפענ"ד אין במשמעות דכל בכל הגי שהביא הר"ן הפירוש דבכולן הוא הפירוש דכל כל אחד ואחד מפרטי המין רק שנתהונה ההפירוש במשמעות הלשון בין משפט המחייב ובין משפט השולל דכשאמר הפתוב כל צפור טהורה תאכלו הפירוש כל פרט ופרט מהכלל תאכלו וכן כשאמר לא תחיה כל נשמה הפירוש כל פרט ופרט מהכלל לא תחיה וכן בהחיייתם כל נקבה פירוש החיייתם אפילו פרט אחד מהכלל וא"כ ה"א דכתיב פי יפה כל נפש אדם ג"כ הפירוש אהכאה של כל פרט ופרט מהכלל דנפש מחייב והינו כריב"ב דסבר אפילו מקצת נפש ולכן ודאי יקשה לרפ"ן דסברי דבעינו כל נפש דהיינו כל פרטי נפש ביחד דאין משמעות הלשון דכל פן בכל הגי שהביא הר"ן ז"ל.

ולכן נלע"ד עיקר פתירוי התוס' שהביא הר"ן דפליגי במשמעות דלשון נפש אי פירושו מקצתו או פלו בלא לשון כל. ובזה א"ש מה דיקשה לכאורה איך דרשינו כל נפש אדם להה דרשא דהכא הא איצטריוף להה דדרשינו בת"כ ה"א ג"כ רש"י בהנמש מדכתיב מפה איש ומת אין לי אלא מפה איש אשה או קטן מנין ת"ל כל נפש אדם והכי אמרינו גם בנדה (דף מ"ד ע"ב) ולפ"ז אתי שפיר דדרשה דת"כ מריבויה דכל אתיא ודרשא דהכא ממשמעות דנפש: שם דה"ל עדות שא"א יכול להזימה: ש"מ דב"ד שדנים על ראייתם לא בעינו שיכולים לקיים גביהם ועשיתם לו פאשר זמם דזה לא פתיב רק גבי עדים שדנים על פיהם כדכתיב שם על פי שנים עדים או שלשה עדים יקום דבר ועל זה קאי ועשיתם לו.

אף דלפ"ז לא יפסול ג"כ לר' יוסי במפות (דף ו' ע"א) אם ראה קרוב עדות עם הב"ד דהא דרשא זה אתיא שם ג"כ מעל פי שנים עדים וגו' יקום דבר ואם ועשיתם לו לא קאי על זה כש"כ על פי שלשה עדים דכתיב בפירוש על פי גבי'.

ומזה ק"ל על מה שכתבו התוס' לעיל (דף ט' ע"ב) בד"ה לרצונו וי"מ דמהרוג ונרבע קשה קרובים פריה דיציל וכ"ת ה"נ ה"כ מפה אביו ואמו כו' ע"ש ומאי קושיא הא

שפיר משפחת שיהרג מפה אביו ובא על אביו בראוהו ב"ד דבזה לא פסיל ראית קרובים.

עוד ק"ל דלפ"ז דבראוהו ב"ד לא בעינן יכול להזימו מאי פריה לעיל (דף מ"א ע"א) אלא אשה חבירה דמקלה לריב"ם היכי משפחת לה הא שפיר משפחת בראוהו ב"ד דלא בעינן אתה יכול להזימו.

ואף לפי מה שפכתנו לעיל שם דהא דפשיטא ליה דע"כ משפחת דמקטלא היינו דפריה לרב פפא דמתרץ לעיל (דף ח' ע"ב) דקמפלגי בפלוגתא דריב"י ורבנן שפיר משפחת גם שם בלא עדים פגון שב"ד של כ"ג בעצמם ראוהו רק לא התרו בה וקמפלגי אי מקטלא וצריכין פל הכ"ג לדונה או לא מקטלא וליפא רק ד"מ וסגי בג'.

ואקושיא ראשונה י"ל לפי מה דאמרין במכות (דף י"ב ע"א) לכדתנא ר"ע אומר מנין לסנהדרין שראו אחד שיהרג את הנפש כו' ע"ש דמוכח דר"ע לית ליה דהסנהדרין יכולים להעיד. ואף דבב"ק (דף צ' ע"ב) משמע דר"ע מודה בראוהו ביום דיכולים לדון ע"פ ראיותם דקמפרש פלוגתא דר"ע ור"ט בראוהו בליה דוקא וכן משמע דעת הרמב"ד שם הביאו פשיטה מקובצת דקמפרש הא דמקשה לר"ע מהא דתנא והפה איש את רעהו דהאי ע"כ גם בראוהו בליה דומיא דעדים איירי ע"ש דמשמע אי בראוהו ביום איירי לק"מ לר"ע דמודה בו ר"ע מכ"מ פבר פתב הבעל המאור בר"ה (דף כ"ה ע"א) דגם בראוהו ביום ס"ל לר"ע דאין הב"ד יכולין לדון ע"פ ראיותם וכן כ' גם הרשב"א שם וא"כ ע"כ דהכא דמחייב בראית ב"ד סבר כר"ט ולא כר"ע ומה"ט פסק הרמב"ם כר"ט בפ"ה מה' עדות ומכ"מ לא קשה עליו מה שהקשה הלח"מ שם דכיון דפסק כר"ע ולא כר"א לענין רוצח שיצא חוץ לתחום עיר מקלטו א"כ לדידה קושית הש"ס במקומה עומדת האי עד עמדו למשפט מאי עביד ליה די"ל דהא דאמר ר"ע עד שיעמוד בב"ד אחר דוקא אין במשמעות דעד עמדו למשפט אלא שלא יתרגנו ב"ד תיכף בשעת ראיותם עד שידונו פדין חייבי מיתות אלא פנין דר"ע סבר דאין הב"ד הנה יכולים לדונו לעולם דאין עד נעשה דיין ע"כ צריה לומר עד שיעמוד בב"ד אחר אבל לעולם גם לר"ט איפא לאוקמי קרא דעד עמדו שלא יתרגוהו ב"ד עד שדנו אותו ודין זה באמת פסק הרמב"ם בפ"א מה' רוצח ע"ש.

ובהכי מתורץ מה שהקשו התוס' בראש השנה שם בד"ה דרחמנא ע"ש וכיון דעכ"פ לר"ע לא משפחת פלל הך דין דרבא שב"ד דיינוהו ורבי יוסי ורבי במכות שם בהך דנמצא אחד מהם קרוב ופסול אליבא דר"ע פליגי ולכן פריה שפיר לר' יוסי אלא מעתה הרוג יציל דליכא לאוקמי קרא דמפה אביו בראוהו ב"ד.

ואף דלהתוס' לעיל (דף ט' ע"א) בד"ה בזמן לא ניתא להו שיהיה מוכח מהא דר"י שייסבור דסנהדרין שראו את הנפש אין יכולים להתרגו ונהרי לפ"ז ר' יוסי רק אליבא דר"ע אמר והוא בלא"ה סבר ה"כ מכ"מ י"ל דזה דוחק בעיניהם שנאמר דר' יוסי רק אליבא דר"ע קאמר וליה לא סבירא ליה אבל מכ"מ פריה קא שפיר אלא מעתה הרוג יציל דע"כ גם אליבא דר"ע קאמר דהא פליגי אליבא דר"ע כדאמרין בפירושו לעיל (שם) וקמפלגי בפלוגתא דר"י ורבי אליבא דר"ע פן י"ל לדעת הרמב"ם דפסק כר"ט אף דהלקה כר"ע מתבירו והיינו ע"כ משום דסבר דרבא פליג אר"ע.

אכן א"ע ראיתי שדעת הריטב"א במכות (דף י"ב) דרבא מצי לספור גם כר"ע ע"ש. ועיין מש"כ בספרי ע"ל מכות (דף ו' ע"א ודף י"ב): שם דכתיב ובערת הרע מקרבך: הכי נקט בטריפה שהרג וטריפה שרבע ולכאורה משמע שרצה ליתן טעם למה דקטלינו ליה דאי משום דצונתה התורה שמייתו אותו הא מצנה זו א"א לקיומי בו דמת ועומד הוא כפר ולהכי קאמר דאפתי איפא מצנה לסלק המזיק מן העולם משום ובערת הרע מקרבך.

אכן ק"ל דהא גבי רוצח וכן גבי רובע לא פתיב פלל ובערת הרע מקרבך עיין לקמן: שם עדים שהעידו בטריפה והונומו: א"ל איך משפחת פלל שהונומו דהא אין נעשים עדים זוממין עד שייגמר הדין על פיהם כדאמרין במכות (ד"ה ע"ב) ונהרי ע"פ עדים אין גומרין דין של טריפה פלל כדאמר רבא לעיל דטריפה שהרג וטריפה שרבע שלא בפני ב"ד פטור די"ל דמשפחת לה שלא ידעו הב"ד שהוא טריפה ונגמרו דינו על פיהם: שם עדי טריפה שהונומו ונהרגין: דלא בעי רבא בעדים זוממים עדות שאפה יכול להזימה ובזה נ"ל ליישב מה שהקשו התוס' (לקמן דף פ"א) בד"ה ונגמרו דינו דאיך משפחת שייגמור דינו לעבירה חמורה אחר שקבר נגמר לעבירה קלה הא עדות שניה הוי עדות שאי אפה יכול להזימה דגברא קטילא בעו למיקטל די"ל דהא רבא הוא דמתרץ שם הכי ולשיטתו שפיר משפחת כגון שנגמרו דינו על א"א וכדומה וא"ח"פ נעשה זומם על עדות שהעיד כפר קודם שהוחזק לרשע על עבירה זו או אפילו א"ח"פ לשיטת הרי"ף ושאר ראשונים לעיל (דף כ"ו ע"ב) דבא על עריות פשר לעדות ובזה נגמר דינו לעבירה חמורה שהעיד עליו ונהרי לענן עדות זוממים לא בעינן אפה יכול להזימם לרבא אכן זה שייך דוקא ליישב תי' רבא לשיטתו אבל מכ"מ אנו צריכים גם לתירוצי התוס' דאל"כ יקשה לרב אשי דהכא קושית הש"ס שם אלא איתגורי איתגר א"נ משום דשם יליף מקרא דיחזקאל הך דנידון בחמורה ושם פתיבי ע"ז וא"א ונידון בחמורה: שם ושור של אדם טריפה פטור: הרמב"ם (בפרק י' מה' נזקי ממון) פסק כן בפשטות לפטור ולא חילק בין בפני ב"ד ושלא בפני ב"ד והראב"ד שם השיגו דבפני ב"ד חייב משום ובערת הרע מקרבך וכוננתו פניו דכל הטעם לפטור הוא משום דהבעלים פטורים פהאי גוונא גם הוא פטור אף דבשור הוי יכול להזימו בין בשור שהוא טריפה כמש"כ התוס' בין בשור של אדם טריפה וכיון דבפני ב"ד הבעלים חייבין משום ובערת הרע מאיזה טעם: פטור השור.

ובזה נדחה מש"כ הכסף משנה ליישב דעת הרמב"ם דבשור לא שייך משום ובערת הרע דגם הראב"ד לא נתפונן לזה אלא משום דהבעלים מתחייבין בכה"ג. והנלפענ"ד ביישוב דעת הרמב"ם הוא ע"פ מה שכתבנו לעיל דלכך אצטריך להביא קרא דובערת הרע לחייבו דמן הדין יהיה פטור דהתורה צונתה להמיתו וזה א"א לקיים גבי טריפה דכבר פמת חשיב ורק משום ובערת הרע יש מצנה להמיתו.

ואף דהקשינו על זה הא גבי רוצח ורובע לא פתיב פלל ובערת הרע מכ"מ י"ל על פי מה שכתבו התוס' לעיל (דף ב' ע"ב) לחד שיטה דילפינו גם דנ"פ מהדדי בהיקשא דמשפט אחד יהיה לכם ולעיל (דף מ"א ע"ב) הוכחנו דשיטה זו עיקר.

לכן י"ל גם בזה פניו דמסית ומדיח שהוא טריפה וכדומה חייב משום ובערת הרע דכתיב גבי' ילפינו פל שאר חייבי מיתות מני' אכן זה שייך דוקא לענן חייבי מיתות אבל לענן שוה"נ אף דאיתקש למיתת הבעלים בהיקשא דגם בעליו יומת הא לא איתקש רק למיתת

הבְּעָלִים הִיכִי שְׁשִׁיף בָּהֶם דְּהִינּוּ אִם אֵינָם טְרִיפָה דְּבִהִי שִׁיף גַּם בְּעָלֵי יוֹמָת וְלֹא לְעֵנִן וּבְעֶרְתָּ הָרַע הִיכִי שְׁמָתוּ כְּבָר דְּהִינּוּ פְּשָׁה טְרִיפָה וְלִכְּוֹן לֹא שִׁיף גְּבִי שׁוּה"נ פְּלָל מְשׁוּם וּבְעֶרְתָּ הָרַע וּמִש"כ רִש"י לְעֵיל (דָּף ל"ו ע"ב) וְהַתּוֹסְפוֹת לְקַמֵּן (דָּף פ' ע"א) וּבְעֶרְתָּ הָרַע מְקַרְבֵּה לְעֵנִן שׁוּה"נ שָׁם י"ל דְּלֹא דְּוִקָא מְשׁוּם וּבְעֶרְתָּ הָרַע אֲלֵא מְשׁוּם וְהַשׁוֹר יִסְקַל קְאָמַר מַה שְׁלֵא שִׁיף פֶּאן וְלִכְּוֹן דַּעַת הֶרְמֵב"ם א"ש: שָׁם א"ק הַשׁוֹר יִסְקַל וְגַם בְּעָלֵי יוֹמָת: מְזַה יִלְפִינָן ג"כ לְעֵיל (דָּף ב' ע"א) דְּשׁוּה"נ כ"ג בְּעֵי וְכֵן בְּב"ק (דָּף מ"ד) דְּבְעֵינָן מְתַפְּוִין בְּשׁוֹר כְּמוֹ בְּבְעָלִים וְקָשָׁה הָא קָרָא זֶה רַק גְּבִי שׁוֹר הַמוֹעֵד פְּתִיב וּמִנ"ל כָּל הַנִּי דִּינִים גַּם גְּבִי שׁוֹר תָּם דְּמַחֲיִיב ג"כ מֵימָה פְּדָאֲמַרִּינָן שָׁם (דָּף מ"א ע"א) וּי"ל פִּינּוּ דְכָל הַנִּי דִּינִים קוּלוֹת נִינְהוּ דְּמַקִּילִינָן גְּבִי שׁוּה"נ אֵין סְבָרָא לְהַקְלֵי בְּשׁוֹר הַמוֹעֵד יוֹתֵר מִבְּתָם אֵי נְמִי י"ל דְּיִלְפִינָן תָּם מְמוֹעֵד בְּגו"ש דְּנִיחָה נְגִיחָה פְּדָאֲמַרִּינָן שָׁם (דָּף מ"ה ע"ב) ע"ש: שָׁם בְּמַתְנֵיתוֹן ר"נ אָמַר פְּטוֹר שְׂרָגְלִים לְדָבָר: הֶרְמֵב"ם בַּפ"ד מַה' רוֹצֵחַ פְּסֻק כַּת"ק שְׁחֲחִיב וְכַתֵּב הַטַּעַם שְׂרָגְלִים לְדָבָר וְכָבֵר הַקָּשָׁה בַּכ"מ שָׁם הָא בְּמַתְנֵיתוֹן נְאָמַר הָד טַעַם לַר' נְחֻמָּה וְלֹא לַת"ק.

וְהִנֵּה אָמַת שְׁכָבֵר אֵיתָא בִּירוּשְׁלַמִי שְׁהָד טַעַם שְׂרָגְלִים לְדָבָר ת"ק אָמַר אָכֵן אֶפְתִּי י"ל לְמַה שְׁבַק הֶרְמֵב"ם פְּשִׁיטַת מַתְנֵיתוֹן דְּלִפְנֵינוּ וּפְסֻק בִּירוּשְׁלַמִי וּנ"ל דְּהֶרְמֵב"ם לְשִׁיטְתוֹ הַנּוֹצֵרָה לְכַתּוּב כֵּן דְּלְכָאוּרָה י"ל לְמַה לִּי לַר"נ הָד טַעַמָא שְׂרָגְלִים לְדָבָר הָא בְּגִמְרָא יְלִיף מְקָרָא אָכֵן י"ל פִּינּוּ דְלִרְבָּנָן מְצָרְכֵינוּ קָרָא זֶה לְחֻבִּישָׁה וְלֹא יְלִפִי מִמְּגַדָּף דְּהוֹרָאת שְׁעָה הֵיתָה פְּדָאֲמַרִּינָן בְּגִמְרָא א"כ אֵי לָאו הָד טַעַמָא שְׂרָגְלִים לְדָבָר גַּם לְרַב נְחֻמָּן הָנִי אָמַרִּינָן הִיכִי דְלֹא יְלִפִינָן מִמְּגַדָּף דְּהוֹרָאת שְׁעָה הִיא אָכֵן פִּינּוּ דְסְבָרָא הוּא לְפְטוֹר שְׂרָגְלִים לְדָבָר לִכְּוֹן ע"כ אֵתִי קָרָא לְפְטוֹר וְיִלְפִינָן חֻבִּישָׁה מִמְּגַדָּף וְלֹא אָמַרִּינָן שְׁהוֹרָאת שְׁעָה הֵיתָה.

וְהִנֵּה הָד דְּהוֹרָאת שְׁעָה הוּא לֹא מִכַּח טַעַמָא אָמַרִּינָן וּכְנֻרָאָה מִפִּי רִש"י לְקַמֵּן אֲלֵא פְלָלָא בְּעֵלְמָאֵי יִלְפִינָן דִּינָא מְהוֹרָאָה שְׁנִיחָה לְשְׁעָה בְּמִדְּבָר דְּוָגְמַת מַה דְּאָמַרִּינָן לְעֵיל (דָּף מ"ה ע"א) וּבַתּוֹסְפוֹת שָׁם וַא"כ אֵי לֹא יְלִפִינָן מִמְּגַדָּף דְּהוֹרָאת שְׁעָה הֵיתָה גַּם מִמְּקוֹשֵׁשׁ לֹא יְלִפִינָן מִהָד טַעַמָא וְהָא דְלֹא מְתַרְץ לְקַמֵּן גְּבִי הָא דְלֹא יְלִיף מִמְּקוֹשֵׁשׁ ג"כ הוֹרָאת שְׁעָה הֵיתָה וְכַמוֹ שְׁהַזְפִּירוּ בַתּוֹס' י"ל דְּעַדִּיפָא מְנִיָּה קְאָמַר דְּאֶפִּילוּ טַעַמָא אֵיכָא שְׁלֵא לִילֵף מִמְּקוֹשֵׁשׁ.

אָכֵן לַפ"ז קָשָׁה דְּרַבְּנָן אֲדַרְבָּנָן דְּהִכָּא לֹא יְלִפִי מִמְּגַדָּף דְּהוֹרָאת שְׁעָה הֵיתָה וְלְקַמֵּן (דָּף פ' ע"ב) הָד סְבָרַת ר' יְהוּדָה הִיא לְעֵנִן יִלְפוּתָא דְּהַתְרָאָה בְּמֵיתָה סְתָם וְלִרְבָּנָן יִלְפִינָן מִמְּקוֹשֵׁשׁ וְלֹא אָמַרִּינָן דְּהוֹרָאת שְׁעָה הֵיתָה וְאִף אִם נֹאמַר דְּרַבְּנָן דְּהִכָּא כַּר' יְהוּדָה לְקַמֵּן ס"ל מַכ"מ יְקָשָׁה לְהֶרְמֵב"ם אֵלִיבָא דְּהִילְכְתָא דְּפֻסְק הִכָּא וְלְקַמֵּן כְּרַבְּנָן וְלִכְּוֹן הוֹכִיחַ הֶרְמֵב"ם לְשִׁיטְתוֹ פְּהִירוּשְׁלַמִי דַּלְת"ק הַטַּעַם דְּרַגְלִים לְדָבָר וְלִכְּוֹן רַק הִכָּא אָמַרִּינָן דְּלֹא יְלִפִינָן מִמְּגַדָּף דְּאֵי יִלְפִינָן א"כ לֹא אֲצַטְרִיף קָרָא לְחֻבִּישָׁה וְע"כ אֵתִיָּא לְפְטוֹר הַיִּקְל וְהַכְפִּיד כַּר"נ נְגַד הַסְבָּרָא דְּרַגְלִים לְדָבָר וְלִכְּוֹן סְבָרוּ רַבְּנָן דְּלֹא יְלִפִינָן מִמְּגַדָּף וְאָמַרִּינָן דְּהוֹרָאת שְׁעָה הֵיתָה אָבָל לְקַמֵּן דְּלִיכָא טַעַמָא שְׁלֵא לִילֵף מִמְּקוֹשֵׁשׁ לֹא אָמַרִּינָן דְּהוֹר"ש הֵיתָה וְשִׁפִּיר יְלִפִינָן מְנִיָּה וְלִכְּוֹן אֲדַרְבָּה לַר' יְהוּדָה הַנּוֹצֵרָה רִש"י שָׁם לְפָרִשׁ לְמַה לֹא יְלִיף מִמְּקוֹשֵׁשׁ ע"ש וְרַבְּנָן לֹא סְבָרִי הָד טַעַמָא.

עוד יש לומר בדרך זה ביישוב דעת הרמב"ם על פי מה שהקשו התוספות בסוגיא דלקמן למה לא מתרץ לרבנן אמקושש גם כן דהוראת שעה היתה וא"ל דרצה לתרץ אליבא דכולי עלמא דהא אפתי לא הוי אליבא דכולי עלמא דהא לפי מה דמתרץ מקושש בר קטלא הוא ע"כ לא סברי רבנן דהכא רק פרבנן דלקמן ולא כר' יהודה וכמו שכ' רש"י ועוד הקשה המהרש"א דלר' נחמיה כמו דיליף ממגדף אף דהוראת שעה היתה כ"כ נימא לר' נחמיה דסבר מקושש הוראת שעה היתה ואעפ"כ יליף מניה.

גם י"ל לפי מה דקאמר ור"נ יליף ממגדף הל"ל אלא יליף ממגדף פיו דחזר מהו דמקושש וגם פבר הקשינו לעיל מ"ט דר"נ דיליף ממגדף הא ודאי הוראת שעה היתה אכן י"ל פל זה דלכאורה י"ל אהא דקאמר ורבנן ממגדף הוראת שעה היתה פי' פיו דמשום ספק חבשו ליכא למילף מניה אפתי גילף מבינייהו דמקושש ומגדף דכי פרכת מה למגדף שפן חדוש שחבשו משום ספק מקושש יוכיח וכי פרכת מה למקושש שפן בר קטלא הוא מגדף יוכיח וגילף חבישה לרוצח במה הצד משניהם אכן לרבנן ל"ק די"ל דסברי דמקושש נמי הוראת שעה היתה שפן הדין לא היתה מיתה ולכן איכא למיפרך מה להצד השנה שבהם שפן חדוש אבל לר"נ י"ל דסבר פרבנן דלקמן דמקושש לאו הוראת שעה היתה ולכן שפיר יליף מבינייהו ולא חזר ממה דקאמר דיליף ממקושש אכן אי הוי מתרץ לרבנן דמקושש הש"ה שפיר יקשה מ"ט דר"נ דאף אי יתרץ דר"נ סבר כמ"ד דלאו הש"ה מכ"מ יקשה דליכא למילף ממקושש דבר קטלא הוא אי סובר כמ"ד דלאו הוראת ש"ה ולכן ע"כ הוצרך להו' טעמא דיליף ממגדף דהיינו מתרנוייהו.

אכן לכאורה אפתי יקשה להרמב"ם דפסק הכא פרבנן ולקמן כמ"ד דמקושש לאו הש"ה וא"כ אפתי קרא לחבישה ל"ל גילף מתרנוייהו במה הצד אכן פבר פתבו התוס' בשפת (דף קל"א ע"ב) דמילתא דאתיא במה הצד טרח וכ' לה קרא כמו לענין ק"ו וכיון דלענין ק"ו אמרינו בקידושין (דף ד' ע"ב) דהיכי דאיכא למידרש דרשינו ולא אמרינו דטרח וכתב לה קרא ה"ה ג"כ לענין במה הצד וא"כ אפתי יקשה פיו דהכא איכא למידרש קרא לדר' נחמיה למה נימא דאתיא לחבישה ומילתא דאתיא במה הצד טרח וכתב לה קרא לכו הוצרך הרמב"ם לכתוב טעם דרגלים לדבר לחייב פשיטת הירושלמי וא"כ ליכא למידרש לדר' נחמיה וע"כ אתיא לחבישה אף דנוכל לילף במה הצד: שם ברש"י ד"ה פל דהו' נפש.

דאיש כי יפה אמר רחמנא: לא ידעתי אנה מצינו דממעטינו מאיש שנים ועוד דא"כ נצטרף ריבויא ג"כ לרבות שור השותפין שנגח למיתה כמו דמצרכינן ריבויא לרבות שור האשה בב"ק (דף מ"ד ע"ב) מדכתיב וכי יגוף שור איש כמו שפכתבו התוספות שם.

ולוא פי' רש"י הנה נלפע"ד לומר פיו דלפי מאי דמסקינן בבכורות (דף י"ח ע"ב) ס"ל לרבנן דאי אפשר לצמצם אפילו בידי אדם ופסקינן פנותייהו א"כ י"ל דגם ריב"ב ס"ל כן ולכן ע"כ בבת אחת פטורין דהא אי אפשר לצמצם שיכו שניהם בבת אחת ממש אלא ודאי א' הפה ראשון והוא דפטור וא' אחרון והוא החייב אף פיו דלא ידעינן מי הפה אחרון שניהם פטורים דספק נפשות להקל: שם בד"ה שהוא פטור.

מדלא איפלגו בה: א"ל דילמא אתי לאשמועינן דאפילו בגוסס בידי אדם פטרי רבנן וקולא היא זו שלא מקיימים ובערת הרע מקרבך מכ"מ יותר יהיה חידוש בטרקיפה

דאָפּילו בױ מַחַיִּיב ריב"ב דְּקוֹלָא גְדוּלָהּ הִיא שְׁהוּרְגִים נֶפֶשׁ אָכֵן ק"ק דלפ"ז מנ"ל לְרַבָּא דבְּגוֹסָס בִּידֵי שְׁמַיִם הַכֹּל מוֹדִים שֶׁהוּא חַיִּיב דְּלָמָּא רַבְּנָן ג"כ פְּטָרֵי וְהָא דְלָא אֶפְלִיגוּ בָּהּ מִשׁוּם דְּאִתִּי לֹא שְׁמוּעֵינוּ דְּאֶפְילוּ בְּגוֹסָס בִּידֵי אָדָם מַחַיִּיב ריב"ב וי"ל דס"ל לְרַבָּא דְּאִין סְבָרָא כָּלֵל לִפְטוֹר בְּגוֹסָס בִּידֵי שְׁמַיִם דְּהָא מְטַרְיָפָה לֹא שְׁיָיָהּ לְמִילָּה דְּשִׂאנֵי טְרִיפָה דְּאִתְעֵבִיד בֵּיהּ מַעֲשֵׂה וְרַק אֶעֱיָקֵר דְּבָר דְּמִיפְטָר טְרִיפָה לַכ"ע וְלֹא מְקָרֵי מְקַצֵּת נֶפֶשׁ עֲדִינָן לְזֵה הַנְּצִיב רש"י לְהִרְאָיָה מְדָלָא אֶפְלִיגוּ בָּהּ: שָׁם ד"ה לְפִיכָה נֶחֱשׁ.

דְּכָל בְּהֵמָה וְחַיָּה כְּשׁוֹר הֵן: פִּי' וּבב"ק (ס"פ שׁוֹר שְׁנֵגַח אֵת הַפָּרָה) יִלְפִינָן לְעֵנָן כֹּל מִיְלֵי שׁוֹר שׁוֹר מִשְׁבֵּת לְחַיִּיב גַּם אֲשָׁאֵר בְּהֵמָה וְחַיָּה וְעוֹף ע"ש וּמִזֵּה מוֹכַח דְּנֶחֱשׁ מִיָּן חַיָּה דְּאִי מִיָּן שְׁרִיץ הָא גַּם לְעֵנָן שְׁבֵת וּשְׁאֵר מִיְלֵי דְּקַחְשִׁיב שָׁם לֹא אֶתְרַבִּי שְׁרִיץ וְכֵן פְּתָבוּ הַתּוֹסְפוֹת בְּפִי' לְעֵיל (דָּף י"ז ע"א) דְּמִיָּן חַיָּה הוּא אָכֵן מְלִשׁוֹן רש"י שְׁכַתְּב דְּלָאוּ בְּכָלֵל שְׁמוּנָה שְׁרָצִים הוּא מִשְׁמַע הָא בְּכָלֵל שְׁאֵר שְׁרָצִים אִיפָּא: שָׁם בְּתוֹס' ד"ה מַר מְדַמֵּי לָהּ.

אֲצָטְרִיף לִיהּ לְהֵנִי טַעְמֵי: פִּי' דְּהָא מְצָרְכִינָן לְחַלְק בֵּין גּוֹסָס בִּידֵי שְׁמַיִם לְגוֹסָס בִּידֵי אָדָם לְרַבְּנָן וּמִכַּח קָרָא דְּכָל נֶפֶשׁ יִפְטָרוּ תְּרַוּוּיָהּ לְרַבְּנָן אִי לֹא מִטַּעְמָא דְּלֹא אִתְעֵבִיד בֵּיהּ מַעֲשֵׂה וּלְרִיב"ב מְצָרִיף לְחַלְק שְׁלָא נִילָּף גּוֹסָס בִּידֵי שְׁמַיִם לִפְטוֹר מְטַרְיָפָה אִף דְּאִיפָּא מְקַצֵּת נֶפֶשׁ: שָׁם ד"ה הַהוּרְג אֵת הַטְּרִיפָה.

וּמִיָּהּ נִרְאָה דְּהֵתָם גְּרָסִינָן רַבָּה: וְאִף דְּמִימְרָא דְּרַבָּא בְּנִדְהָ (דָּף כ"ג ע"ב) מוֹכַח ג"כ דְּרַבָּא סְבַר טְרִיפָה חַיָּה וּכְמַש"כ רש"י וְתוֹס' שָׁם מ"כ לֹא מְצָרְכִינָן לְמִימַר דְּגַם שָׁם גְּרָסִינָן רַבָּה דְּכָבֵר פְּתַב הֵר"ן בְּחִידוּשָׁיו בְּשֵׁם הַרְמַב"ן שֶׁם דְּאִין רְאִיָּה מִשְׁם דְּסְבַר רַבָּא דְּטְרִיפָה חַיָּה וְזֵה מִפְּחַ הַקּוֹשְׁיָא דְּמִקְשָׁה שָׁם דְּאִי סְבַר רַבָּא דְּבִתְרָא הוּא טְרִיפָה חַיָּה לְמָה פְּסָקִינָן בְּש"ס חוֹלִין (דָּף נ"ח ע"א) הַלְכָתָא דְּסִימָן לְטְרִיפָה י"ב חוֹדֵשׁ וּמִפְּחַ קוֹשְׁיָא זֹו גּוֹפָא ג"כ רִאִי לְדַעַת הַתּוֹס' דְּכָאֵן דְּבִתְמוּרָה רַבָּה גְּרָסִינָן.

וְקוֹשְׁיָא זֹו נִלְפַע"ד שֶׁהִיא ג"כ קוֹשְׁיַת הַתּוֹס' בְּתַמוּרָה (דָּף י"א ע"ב) בְּד"ה ר"ח שְׁכַתְּבוּ וּמִיָּהּ צ"ע כו' דבפ' הַחוֹלֵץ אָמַר רַבָּא גְּבִי סַפְק טְרַפָּה כו' ע"ש. וּבְאַמַּת מִימְרָא זֹו שְׁהוּרְפַר בְּשֵׁם רַבָּא לֹא נִמְצְאָת בְּשׁוּם מְקוּם כְּמוֹ שֶׁהָעִיר כְּבָר בַּעַל בַּה"ז שָׁם אֶלָּא נ"ל שְׁחִסְרוֹן יֵשׁ בְּדַבְרֵיהֶם שָׁם שְׁמָה שְׁכַתְּבוּ מְסַפְק טְרַפָּה הוּא פְּקוּשְׁיַת הֵר"ן וּמָה שְׁכַתְּבוּ דבפ' הַחוֹלֵץ אָמַר רַבָּא פְּנוּנְתָם לְהִבִּיא רְאִיָּה דַע"כ דְּשִׁיטָה זֹו דְּתַמוּרָה עֵינָר דְּרַבָּא סְבַר טְרַפָּה חַיָּה דְּהָא ר' יוֹחָנָן סְבַר טְרַפָּה חַיָּה בְּנִדְהָ (דָּף כ"ד ע"א) וּר"ל סְבַר טְרַפָּה אִינָה חַיָּה בְּחוֹלִין (דָּף מ"ב ע"ב) וְרַבָּא אָמַר בפ' הַחוֹלֵץ (דָּף ל"ו ע"ב) דְּהַלְכָתָא פְּנוּתִיָּה דַר"ל לְגַבִּי ר"י בְּהֵנִי תֵּלֵת דִּנְקָא דְּקַחְשִׁיב שָׁם א"כ ע"כ סְבַר דְּטְרַפָּה חַיָּה דְּאִי סְבַר אִינָה חַיָּה עוֹד אִיפָּא אֲחֵרִיתִי דְּהַלְכָה כַר"ל וְלָכֵן קָשָׁה לָהֶם לְמָה פְּסָקִינָן הַלְכָתָא דְּסִימָן לְטְרַפָּה י"ב חוֹדֵשׁ כֹּן נִלְפַע"ד בְּרוּר דַּעְתָּם ז"ל: שָׁם ד"ה שׁוֹר טְרִיפָה.

דְּהֵתָם הַטַּעַם שְׁנֵה לְשִׁנְיָהֶם: ק"ל דבב"ק (דָּף מ"ה ע"א) פְּלִיגֵי ר' יַעֲקֹב וְרַבְּנָן בְּגוֹמְרִין דִּינוֹ שֶׁל שׁוֹר בְּפָנָיו דְּרַבְּנָן סְבָרֵי דְּאִין גּוֹמְרִין אֶלָּא בְּפָנָיו מְכַמִּיתַת הַבְּעָלִים כְּפֹּה מִיַּתַּת הַשׁוֹר וּר"י סְבַר דְּלִגְבֵי גּוֹמְרִין בְּפָנָיו לֹא אָמְרִינָן דְּאָדָם מ"ט דְּבַר טַעְנָה הוּא שׁוֹר לֹא בַר טַעְנָתָא הוּא ע"ש מְכַלֵּל דְּלְרַבְּנָן אִף שְׁלָא שְׁיָיָהּ הַטַּעַם מ"מ אָמְרִינָן כְּמִיַּתַּת הַבְּעָלִים כְּפֹּה מִיַּתַּת הַשׁוֹר וְא"כ מֵאֵי מְתַרְצִים הַתּוֹס' אָכֵן קוֹשְׁיָתָם בְּלֹא"ה יֵשׁ לְתַרְצֵן דְּהָא רַבָּא גּוֹפָא מְחַלְק בֵּין שׁוֹר טְרַפָּה לְשׁוֹר אָדָם טְרִיפָה וְהֵינָנו ע"כ מִשׁוּם דְּסְבַר דְּחַד כְּמִיַּתַּת הַבְּעָלִים

אָמרינו דהיינו בשור אָדָם טרפה אי הבָעלים עשו מעשה כִּזֶּה שְׁהָרְגוּ אֶת רֵעֵהוּ כְּמוֹ הַשּׁוֹר פְּטוּרֵי הַשּׁוֹר נְמִי פְטוּר אֲבָל בְּשׁוֹר טְרֵפָה דְהוֹצֵרְכֵנוּ לֹמַר תָּרִי כְּמִיתַת הַבְּעָלִים דְהֵינּוּ אִי הַבְּעָלִים הָיוּ טְרֵפָה כְּמוֹ הַשּׁוֹר יַעֲשׂוּ מַעֲשֵׂה כְּמוֹ הַשּׁוֹר זֶה לֹא אָמְרֵינוּ וְלִכֵּן לַעֲנֹנְנוּ בְּלֹא גִתְפוּנוּ דְהָיוּ ג"כ רַק חֵד כְּמִיתַת הַבְּעָלִים דְהֵינּוּ אִי הַבְּעָלִים כִּי הָרְגוּ בְּלֹא מִתְפוּנוּ מִפְטוּרֵי וּבְזֶה גַם לְרֵבָא אָמְרֵינוּ כְּמִיתַת הַבְּעָלִים כִּי מִיתַת הַשּׁוֹר כְּמוֹ בְּשׁוֹר אָדָם טְרֵפָה: שָׁם ע"ב בְּגִמְרָא אֶחָד אֲמַדוּהוּ לְמִיתָה וְחִיָּה: ק"ק פִּינוּ דַע"כ וְנִקְהָ הַמַּפָּה ל"צ לְמִיתָה וְחִיָּה דַא"כ מִנ"ל לְרֵבָנוּ חֲבִישָׁה אַע"כ דְאֵתִי לִר"נ לְאֲמַדוּהוּ לְמִיתָה וְהִיקָל וְאַח"כ מַת א"כ ל"ל וְלֹא יָמוּת אִי לֹא פְתִיב רַק אִם יָקוּם כּו' וְנִקְהָ הַמַּפָּה ג"כ יַדְעִינוּ דְהִיקָל פְּטוּר וַא"כ כַּש"כ אֲמַדוּהוּ לְמִיתָה וְחִיָּה וּבִשְׁלֵמָא לְפִי הַתּוֹס' א"ש דְהָא מְצָרִיף קָרָא לְחִיָּבוּ מְמוֹן אֲבָל לְפִי רַש"י קָשָׁה וּלְפִי מַש"כ לְעֵיל דְגַם לִר' נִחְמָה לֹא מְצָרְכֵינוּ קָרָא לְחֲבִישָׁה אֲלֵא מְשׁוּם דְאֵתִי בְּמָה הַצַּד וּבְזֶה י"ל דְמִלְתָּא דְאֵתִיָּא בְּמָה הַצַּד טָרַח וְכָתַב לָהּ קָרָא א"כ אִי לֹא קָרָא לְאֲמַדוּהוּ לְמִיתָה וְחִיָּה הָיוּ מוֹקְמֵינוּ קָרָא דְאִם יָקוּם לְהִכִּי וְנִקְהָ הַמַּפָּה לְחֲבִישָׁה כִּינוּ דְלִיפָא לְמִדְרַשׁ דְרַשִׁינוּ אַף לְדַבָּר דְאֵתִי בְּמָה הַצַּד וְהָיוּ מְסַיְיבֵינוּ בְּהִיקָל וְהַכְּבִיד וְלִכֵּן ע"כ צָרִיף קָרָא דוֹלָא יָמוּת ג"כ: שָׁם נְאֻמְדוּהוּ לְמִיתָה וְחִיָּה פּוֹטְרִין אוֹתוֹ: ק"ק מַאי קַמ"ל פְּשִׁיטָא דְכִי ס"ד שְׁנָה מְהִלָּף בְּשׁוֹק וְזֶה נְהָרַג כְּדִאֲמַרֵינוּ לְעֵיל וּבִשְׁלֵמָא לְפִי רַש"י דְלִכְּף מְצָרְכֵינוּ קָרָא לְמִיתָה וְחִיָּה דַה"א הוֹאִיל וְיָצָא מִב"ד חִיָּב נִקְטְלָהּ א"ש דְאֲצֻטְרִיף לְהַשְׁמִיעֵנוּ גַם בְּבִרְיָתָא דְפְטוּר לְפִי הַתּוֹס' דְלֹא אֲצֻטְרִיף קָרָא רַק לְחִיָּבוּ מְמוֹן א"כ מַאי קַמ"ל בְּבִרְיָתָא דְפּוֹטְרִין אוֹתוֹ מְמִיתָה הָא זֶה נִדְאִי פְשִׁיטָא וְלִכְאוּרָה קִצָּת רְאִיָּה מְזָה לְפִי רַש"י: שָׁם בְּרַש"י ד"ה נוֹתֵן נֶזֶק וְצַעַר לְיֹרְשִׁים.

וה"ה לרפוי שְׁבֵת וּבִנְשֵׁת: וּלְפַעַנ"ד אֲפֻשֶׁר לֹמַר דְדוֹקָא הָנוּ גִקְט דְמִשְׁלָם גַם אִם מַת לְפִי אֲנוּמְד רֵאשׁוֹן כִּינוּ דְנִזְק כְּבָר גִּתְסִיָּב כְּלוּ בְשַׁעַת חֲבָלָה דְמֵאָז אִם יִמְכְּרוּ לְעַבְד גִּפְחַת דְמוּ וְכֵן צַעַר הוּא ג"כ בְּשַׁעַת חֲבָלָה דוֹקָא אֲבָל רִיפּוּי וְשִׁבְתָּ שְׁאֲמַדוּהוּ לְיָמֵי חָלּוּ וְהוּא מַת בְּתוֹף אוֹתוֹן הַיָּמִים א"כ לֹא הִנְצָרֵף לְכָף וְלֹא צָרִיף לְשֵׁלָם כֹּל מַה שְׁאֲמַדוּהוּ מִתְחַלָּה לְיֹרְשִׁים וְאִף דְאֲמַרֵינוּ בַב"ק (דָּף צ"א ע"א) דְאֲמַדוּהוּ וְהִבְרִיא מְשֵׁלָם כֹּל הָאֲנוּמְד הֵינּוּ מְשׁוּם דְאֲמַרֵינוּ דְרַחֲמָנָא חֵס עֲלֵי מִשְׁא"כ מַת וְכֵן בְּנִשְׁתָּ הַמְשֵׁלָם לְפִי הַזְמַן שְׁיִלָּף בְּשׁוֹק כְּדִמּוּכַח מִהִירוּשְׁלָמִי הִבְיָאוּ הָרָא"ש בַּפ' הַחֹבֵל דְאִם הִכְהוּ עַל רֵאשׁוּ בְּמִקּוּם שְׁאִינוּ נִרְאָה פְטוּר מִבְּנִשְׁתָּ א"כ גַם זֶה לֹא מְשֵׁלָם לְפִי הָאֲנוּמְדָנָא אִם מַת וְלֹא הִלָּף בְּשׁוֹק: שָׁם ד"ה גִּתְפוּנוּ לְהָרוּג.

הַתְרָאָת סָפֵק הוּא: וְאֲפִילוּ לְמ"ד הַתְרָאָת סָפֵק שְׁמָה הַתְרָאָה הִכָּא מוֹדָה כִּינוּ שְׁיֵשׁ סָפֵק אִם יוּכַל לְבוֹא כָּלֵל לִידֵי אִיסוּר וְכַמ"ש הַתּוֹס' לְקַמְן: שָׁם בַּד"ה אֲנָפְלִים לֹא מִיְחִיָּב. דְכִמוּ דְקִטִּיל דְמִי: וְאִף דְרוּב יְלָדִים הַנּוֹלָדִים לֹא הָיוּ נְפָלִים מ"מ לֹא אֲזַלִּינוּ בְּתֵר רֹבָא דְהַמִּיעוּט דְנְפָלִים הָיוּ מִיעוּט דְשִׁכִּיחַ כַּמִּש"כ הַתּוֹס' בְּגִזָּה (דָּף מ"ד ע"ב) ע"ש: שָׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה לֹא הָיוּ יוֹדְעִים.

דְמַחְלָל שְׁבֵת בְּפִרְהָסְיָא כְּכּוֹפֵר בְּעִיקָר: א"ל א"כ לְמָה לֹא הִזָּה מְשָׁה רַבִּינוּ יוֹדְעֵ דְמַגְדָּף כְּמִיתָה הָא מַגְדָּף הוּא ג"כ שְׁנָה לְע"ז לְעֵנִן פּוֹשֵׁט יָדוּ בְּעִיקָר כְּדִאֲמַרֵינוּ לְעֵיל (דָּף מ"ט ע"ב) דִּיל דַּמ"מ לֹא מִיקְרִי כּוֹפֵר בְּעִיקָר כְּמוֹ שְׁבֵת א"נ דְדוֹקָא לְעֵנִן שְׁבֵת דְכִתִּיב בִּי

מיתה הנה יודע דמיתה חמורה אית ביה דומיא דע"ז אבל לענן מגדף לא נאמר אפתי מיתה פלל לגביה לא: שם ד"ה נחד אמדוהו.

ליהוי פתיבי מיתות שוגגין: עיין במהרש"ל שהקשה למה לא הקשו התוספות קושיתם אברייתא דלקמן דקתני אומדין אותו אומד שני לממון. וי"ל לפי מה שכ' התוס' לקמן (דע"ט ע"א) בד"ה ומפקא מדרבנן דאיפא תנאי דפליגי אתנא דבי חזקת דמניה ילפינן דתיבי מיתות שוגגין פטורין בכתובות (דל"ה ע"א) רק דפריה שם מהך ברייתא דחזקת' לר' יוחנן משום דחשיב עיקר א"כ י"ל דאברייתא לא הוקשה להתוס' די"ל דאתנא כמ"ד חייבי מיתות שוגגין חייבין אבל ארש"י הוקשה להם למה פ"א אליבא דהלכתא פה ולכן גם לפי רש"י לא הקשו רק בלשון קצת קשה משום די"ל דרש"י פירש פן ע"פ ברייתא דלקמן.

ובישוב עיקר קושית התוס' לפי רש"י י"ל פינן דגם התוס' לא הקשו אלא משום דהא דפטור ממיתה לא מן הדין אלא משום דנצא מב"ד זכאי דאי מן הדין פטור א"כ לא המית פלל ולא חשבינן לי לחייבי מיתות לפוטרו ממון ונהרי רש"י כתב לקמן בד"ה לחיים אין אומדין אותו למיתה דאמרינן מחמת חולי אחר שפא עליו הכבידה הפכה א"כ אין לו דין מיתה פלל ולא שייך לפוטרו מפח חייבי מיתות שוגגין: שם דף ע"ט ע"א ברש"י ד"ה הא נתפנין.

דלא תימא ר"ש פוטר אכולהו: עיין במהרש"א שהקשה דאפתי לא לימא אפילו נתפנין להרוג ומטעם זה תירץ דלא כפי רש"י גם בלא"ה קשה דא"כ די"ל דר"ש פוטר אכולהו קאי א"כ מעיקרא מאי קשיא לי דלמא ר"ש פוטר ונ"ל דמעיקרא מקודם שידעו דמדיוק דרישא מוכח דנתפנין להרוג את זה ונהרג את זה מיחייב לא הוי מצי לתרץ אי הוי תני ר"ש פוטר ה"א דקאי גם אנתפנין להכות על מתניו דמהיכי תיתי לומר פן פינן שת"ק נקט חייב בכל א' בפני עצמו א"כ פטור דר"ש ג"כ הו"ל למיתני בכל אחד בפני עצמו או דה"ל לכללינהו גם בחיוב דת"ק אבל השתא דמתרץ דגם מדיוקא דרישא מוכח דלא פרוש ואעפ"כ נטר ר"ש לפלוג עד הסיפא והיננו ע"כ משום דרצה למיתני פטור נדא אכולהו קאמר שפיר דה"א אי הוי קתני ר"ש פוטר דגם אנתפנין להכות על מתניו קאי אף דאפתי מנ"ל דר"ש גם אדיוקא דרישא פליג דלמא באמת לא קאי רק אסיפא דקתני בפי' אף דזה מוכח מפח אפי' דקתני ולכן ע"כ נקט אפילו נתפנין דאל"כ הי' קשה פקושית הש"ס דליתני ר"ש פוטר וא"ל דבאמת ליתני הכי דאהא מתרץ רש"י דה"א דגם אנתפנין להכות על מתניו פליג: שם בד"ה לא צריכא.

והא ליכא למילף מני' פרוכא דמיא: ק"ק מהיכי תיתי לומר דחד יתיה פרוכא משום קבוע הא הרוך שפנגדו גם פן הוא קבוע וי"ל דכיון דמשום קבוע אמרינן דהא' נחשב כה' והט' נחשבים ג"כ כה' הרי שגורעין מהרוך ומוסיפין אהמיעוט משום להקל בדיני נפשות א"כ דלמא מטעם זה אמרינן ג"כ דהמיעוט יש לו דין רוב ונפ"מ לענן איסורא לפי שיטת רש"י בקדושין (דף ע"ג) דספק דאורייתא מן התורה לחומרא א"כ בתשע חנויות מוכרות בשר נבילה וא' שחוטה אמרינן כל קבוע כמחצה על מחצה דמי ואסור אבל אי להקל אמרינן דבקבוע המיעוט יחשב פרוך יהי' מותר: שם בא"ד.

ואמאי פטור הא רבא דישראל ניהו: א"ל דא"כ לעיל (דף ס"ט ע"א) דטרח להביא ראיה דהולכין בדנ"פ אחר הרוב להחמיר תיפוק ליה מדאצטריה קרא דנארב לו לזורק אבן לגו די"ל דנדאי ברבא דאיתא קמן הולכין אחר הרוב דכן מוכח מדדנן לחיוב ע"פ רבא דסנהדרין והכא ג"כ הוי רבא דאיתא קמן ולעיל לא איירי רק לענן רבא דליתא קמן וכן חלקו גם התוס' לעיל (דף ג' ע"ב) ע"ש: שם בא"ד.

ורבנן אית להו נתפונן לזה והרג לזה חייב: א"ל דאפתי מנ"ל לרבנן להוכיח דקבוע כמחצה על מחצה דמי מדפטור זורק אבן לגו דלמא הטעם דלא נתפונן לזה שהרג ובאמת יוכיחו מזה דנתפונן לזה והרג לזה פטור די"ל דרבנן סברי דונתת נפש תחת נפש ממש קאמר ודלא פרבי דאמר ממון וא"כ ע"כ מוכח מזה דנתפונן לזה והרג לזה חייב בא וכדאמרין לקמן: שם בתוספות ד"ה א"נ פלגא ופלגא.

פטרינן לי' מטעמא דלאו שמה התראה: עיין בשט"מ בב"ק ובכתובות שתייר ע"ז בשם הר"א מגרמינא דאי לאו דספק נפשות להקל לא הוי חשבין לי' לספק אלא לנדאי פיון דסיפקא לחומרא ואז אפילו התראת ספק לא הוי: שם בא"ד.

אבל הכא בזורק אבן לגו: א"ל דמה בכך דבהכי כ"ע אית להו דלא שמה התראה דאפתי לימא הטעם משום התראת ספק וכמו שהקשו התוס' למ"ד דהתראת ספק לאו שמה התראה די"ל דהכי קאמרי דנדאי משום התראת ספק אין חילוק בין יודע בנדאי שיכול לבוא לידי איסור ללא יכול דמנ"ל דבכה"ג לא יחשב התראה פיון דלית לי' להך מ"ד דרשה דמפות (דף ט"ו ע"א) לענן התראת ספק רק אהא שהקשו למ"ד שמה התראה מאי מהני דספק נפשות להקל הא גם שם הוי ספק נפשות ואהא תירצו וחילקו בכך דהכא הוי ספק נפשות מעליא ולכן פטור גם למ"ד ה"ס שמה התראה: שם בד"ה וכל קבוע כמחצה.

וי"ל דיש לפרש לר"ש: בנה אפתי קושיתם לתנא דבי חזקת' לא מתורצת וע"כ צ"ל כמו שהביא בשט"מ בב"ק ובכתובות בשם גדולי ראשונים דתנא דבי חזקת' יליף פן מוקם עליו ומתפונן מנארב לו והם מתרצים גם לר"ש פן והא דלא ניחא להו להתוס' לתרץ גם לר"ש הכי אף דע"כ לתנא דבי חזקת' צ"ל פן.

י"ל דלכאורה קשה לר"ש דאית לי' גז"ש דרבי נתינה נתינה לפי תי' הש"ס ל"ל הך גז"ש הא ע"כ איירי קרא לענן ממון דלענן מיתה ליכא למימר פיון דאית לי' לר"ש מנארב לו דנתפונן לזה והרג לזה פטור ועיין במהרש"א ומהרש"ל דלהמהרש"ל י"ל אבל להמהרש"א קשה.

אכן לפי תי' התוס' דכאן א"ש דהא לפי האמת רק משם יליף ר"ש דנתפונן לזה פטור וקרא דנארב לו אתיא לקבוע ולכן ע"כ ליכא לתרץ לר"ש דיליף קבוע ונתפונן תרנונייהו מקרא דנארב לו דא"כ יקשה גז"ש דנתינה נתינה ל"ל והא בש"ס מתרץ דסבר לי' פרבי אבל לתנא דבי חזקת' דלית לי' גז"ש דנתינה נתינה דהא ס"ל דפטור ממון שפיר י"ל אליבין דיליף תרנונייהו מנארב לו וכתירוץ הראשונים: שם בד"ה ומפקא מדרבנן.

ומאי קושיא הא איכא תנאי הכא: פי' דרבא גופא קשה אהדדי דהכא קאמר דמפקא מדרבין ורבנן והתם מקשה הוא גופא ומי איכא למ"ד ואפשר לומר דלא מקשה שם אלא

לר' יוחנן דמסתמא לא חולק אחזקין שהי' רבו כמש"כ הרא"ש בפ' גיה"נ אמתניתין דשולח אדם ירד לנכרי לתרץ דעת הר"ף אלא דלישנא ומי איפא למ"ד לא משמע כן: שם בא"ד.

אבל לענין דמי נהרג ונקא פליגי: אף דמהיקשא דבי חזקין יש לפטור גם לענין הנהרג מ"מ הקא גלי קרא ונתת נפש תחת נפש דס"ל לרבי דממון הוא מגז"ש דנתינה נתינה וא"ל דהא בגיטין (נ"א ע"ב) בעי למימר לרבי דהיקשא וגז"ש היקשא עדיף וא"כ איך יליף הקא מגז"ש דחייב ממון אדרבא מהיקשא הל"ל דפטור ואפילו לפי דמסיק שם דלכ"ע גז"ש עדיף פבר פתבו התוס' דהיינו ונקא לענין גז"ש דלה לה פיון דעיקר שטר מזה אתיא אבל בעלמא היקשא עדיף כמסקנת הש"ס דפרק איזהו מקומן די"ל דזה שייך ונקא הקא דגז"ש אתיא למילתא אחריתא ג"כ רק דמפח אין גז"ש למחצה גילף ג"כ הך מילתא שפותר להיקשא בהא אמרינן דהיקשא עדיף אבל הקא דהגז"ש לא אתיא רק להך מילתא בזה לא שייך למימר דהיקשא עדיף דא"כ גז"ש לענין מאי נמסר ואף דשם לא אתיא ההיקשא רק להך מילתא ואעפ"כ דחייב אותו מפח אין גז"ש למחצה היקשא שאני דאדם דן מעצמו ולא נמסר מסיני ובהא אמרינן דגלי לן גז"ש דלא גילף היקשא: שם בא"ד.

לקמן משמע דאיפא תנאי: אכן לפי מה שפירש רש"י שם דהך מ"ד הם ר' יוחנן ור"ל לק"מ דאף דמסקינן שם דר"י אית לי תנא דבי חזקין וסבר חייבי מיתות שווגין פטורין מ"מ רק לרבנן אליבא דר"י סבר הכי אבל לרב דימי אליבא דר"י ע"כ לית לי תנא דבי חזקיה ונהרי סתמא דהש"ס בחולין (נ"א ע"ב) הוא ג"כ כרב דימי אר"י דחייבי מיתות שווגין חייבין: שם בא"ד.

דהיינו תנא דברייתא דרבי חגא מדרומא: אכן בב"ק פתבו התוס' דאית לי שפיר תנא ד"ח ומה שנקטו הקא הוא שיטת רש"י שם וכפי שיטה זו הוא ג"כ דעת הרמב"ם דפסק כר"ש משום דרב אדא בר אבהו ור' חגא מדרומא דאיתי מתניתא בדין סברי כר"ש לפי פי' רש"י בב"ק שם וכן פתב הרב המגיד בפ"ד מה' חובל ומזיק ובהא מיושבת השגת הראב"ד שם ובפ"ד מה' רוצח והכ"מ נדחק שם בה' רוצח בישוב דעת הרמב"ם ולא הנפיר פלום מהך תירוץ דה"ה שהיא נדאי שיטה היומרת מחנוורת לדעת הרמב"ם: שם בא"ד.

והא דלא מותיב מדר' יוחנן גופא: י"ל מדר"י גופא לא הי' יכול להקשות פיון דרב דימי אר"י לא קאמר אלא חייבי מיתות שווגין ונדבר אחר ונאי ד"א יש לפרש על מלקות ובהכי מייחייב דמיתא אריכתא היא כדאמרינן בכתובות (נ"א ע"ב) אבל מיתה וממון גם לר"י מיקפטר וא"כ ל"ק ממתניתין אבל פיון דתנא דבי חזקין יליף פטור ממון במיתה בשוגג מהיקשא דמכה בהמה ואין היקשא למחצה כמו דלא חלקת בין שוגג למזיד לענין ממון ה"ה ג"כ לענין פטור ממלקות וכיון דלפי תי' ר"י מוכח ממתניתין דבא על בתו כחזקין דחייבי מיתות שווגין פטורין מממון ה"ה ג"כ ממלקות לתנא ד"ח ולכן פריף שפיר מתנא ד"ח וסמך עיקר קושיותו על מתניתין דלקמן ובהכי יש ליישב ג"כ הא דלא מקשה ממתניתין דלעיל (נ"א ע"ב ע"א) ע"ש: שם ע"ב במתניתין אמר להן ר"ש: הא דמפרש ר"ש טעמא לענין חומרא דשריפה מסקילה ולא ג"כ לענין חומרא דחנק מהרג

י"ל דלפי המבואר לעיל (ד"נ) טעמא דרבנן דסקילה תמורה משריפה מדנתנה למגדף וע"ז שהם פושטים ידם בעיקר וטעמא דר"ש אף דפושט ידו בעיקר עדיף מ"מ ע"כ גלי קרא דשרפה תמורה מדהוציא הפתוב ארוסה ב"כ מפלל ארוסה בת ישראל אבל לרבנן אין זה ראיה דסברי דנשואה יצאה לשריפה ולא ארוסה וטעמא דרבנן דסיניף תמור מחנק מדניתן לאנשי עיה"נ שהם ע"ז וטעמא דר"ש דסבר חנק תמור מדסבר דמדיחי עיה"נ בחנק וכח המדיח עדיף מפח הנידח אבל לרבנן אין זה ראיה דסברי מדיחי עיה"נ בסקילה ולא בחנק ולכו דוקא לענן חומרא דשריפה מסקילה הנצרה ר"ש לפרש טעמי' פיון דטעמא דרבנן טעמא דמסתבר הוא וע"כ גם ר"ש ס"ל רק דלדידן' ע"כ מוכח מב"כ נגד סברא זו לכו קאמר ראיתו מב"כ ורבנן דלא ס"ל פנותי' בב"כ לא הוצרכו להשיב על טעמא דר"ש אלא אמרו טעמם הפשוט אבל לענן חנק והרג דלא יש תרון לטעם ר"ש וטעם דרבנן זה על זה אלא כל אחד לטעמי' אגיל לפי מה דסבר במדיחי עיה"נ לא הוצרה ר"ש לפרש טעמי' וגם רבנן לא להשיב עליו: שם בגמרא הקא ברוצח שלא נגמר דינו שנתערב ברוצחים אחרים: עיין ברמב"ם (פ"ד מה' רוצח) שפתיב ע"ז שפולן פטורין ממיתה ואוסרין את פולן ולכאורה מניין לו זה דאוסרין את פולן והכ"מ כ' שם דאתיא מהא דחובשין את הרוצח בגיש ספק אם יקום ויתהלך בחוץ ואין זה ענין לכאן גם כפר העיר הלח"מ בפ' י"ד מה' סנהדרין למה הוצרה הרמב"ם להביא הך דינא דנתערב רוצח באחרים פשרים דכולן פטורין הא בגמ' קאמר דזה פשיטא ונ"ל דבלא"ה קשה עוד לישנא דר' יהודה דקאמר פונסין אותו לכיפה ופירש רש"י דמאכילין אותו לחם צר ומים לחץ ואח"כ שעורים ואין זה במשמעות לשונו דה"ל לפרש כה פמו דמפרש לקמן (דף פ"א ע"ב) ולכן נ"ל דהרמב"ם הי' מפרש הך מכניסין אותה לכיפה בפשוטו שאוסרין אותו שם לעולם כדי להרחיק את הרוצח שלא יוכל להזיק עוד ולכן גם לענן השור פתיב בה' נזקי ממון רק דכונסין אותו לכיפה עד שימותו שם ולא שמייתין אותו ע"י לחם צר ומים לחץ.

והנה בירושלמי פרק זה איתא דר' יוחנן סבר דרוצח שנתערב באחרים פשרים איירי ואח"כ הביא גם אוקימתא דשמואל ור"ל והנה לר' יוחנן ע"כ גם הך מכניסין אותו לכיפה לענן שנוורים איירי וחסורי מחסרה וכנראה בירושלמי שם ומדפטר רבנן לר' יוחנן דוקא בנתערב באחרים מעליא ולא אשמעינן חידוש טפי דאפילו באחרים שלא נגמר דינם כולם פטורים דהא נדאי אין ממייתין אותן פיון שאין גומרין דינו של אדם אלא בפניו ע"כ היינו משום דאז אין פוטרין אותן לגמרי אלא מכניסין אותן לכיפה היינו שאוסרין אותן וידוע דהלכה כר' יוחנן לגבי ר"ל ולגבי שמואל ולכן פסק הרמב"ם פנותי' וכרבנן ולכן הביא מעלי' הך דינא דנתערב באחרים פולן פטורין דהיינו דין המתנייתן אבל באחרים שלא נגמר דינן אוסרין את פולן כדמוכח מדיוקא הנ"ל: שם ברש"י ד"ה והא דתנא ד"ח.

ורבי מחייב לי' ממון: מזה משמע דרבי בכ"מ אית לי' דנתפונן לזה והרג לזה פטור ממיתה וכן מוכח ממה שכתבו התוס' לעיל דר"ש יליף מזה דפטור דסבר רבי וא"כ ק"מ מה שכתבו התוס' לקמן (ר"פ הנחנקין) בד"ה ה"א אפילו גפלים תימא א"כ היכי כו' ע"ש דע"כ קושיתם למ"ד נתפונן לזה והרג לזה חייב א"כ מאי מתרצי דה"א דגזה"כ הוא דלישלם ממון ולא ליקטל פמו לרבי הא לרבי לאו גזה"כ הוא אלא מדינא הני הכי.

וי"ל דהכי קאמרי דלפי מה שכתבו לעיל (ע"א) גם רבי ס"ל דהיקשא דתנא ד"ח לענין
ממון אחר רק דבדמי נהרג מחייב דגזה"כ הוא א"כ כמו דלרבי משלם ממון מגזה"כ היכי
דה"ל ל'פטר לגמרי כ"כ ה"א דמשלם הכא ממון היכא דמדינא הוי מיחייב מיתה לרבנן
או היכא דהוי מ'פטר לגמרי לתנא ד"ח: שם בתוספות ד"ה מפה אדם.

מוקי להאי קרא למפה אביו: אף דלתנא ד"ח איתנא מפה אביו מאם אינו ענין דנפש
כמבואר למפן (ר"פ הנחנקין) וא"כ לא מוכח דקרא גבי מפה אביו איירי כמו שכתבו
התוס' באמת למפן בלשון וצ"ל דאע"ג כו' מ"מ לא ס"ד להתוס' לפרש הכי דיתורא
דנפש דכתיב בפ' אמור נוקי באא"ע למפה אביו דכתיב בפ' משפטים ולכן סברו התוס'
דחוקיה ס"ל ג"כ דקרא דמפה אדם למפה אביו איתנא וא"כ שפיר איתנא נפש באא"ע
לקרא דסמיה ל'.

אכן ק"ל דלפ"ז דלחוקי' ג"כ קרא במפה אביו איירי א"כ בלא דרף ירידה שהקשו התוס'
קשה מנתכונן לאינו מתכונן דאיך שינוי זה במפה אביו דאי לא נתכונן לחבול באביו אלא
באחר היינו שוגג פנין דבאחר אין חיוב בתפלה כלל ואי נתכונן להכות אחר מפת מנת
וחבל באביו א"כ דייק בש"ס מניה דרבנן פליגי אחזקי' דלמא רבנן ג"כ מודו בהא דרק
לענין רוצח גלי רחמנא ונתת נפש תחת נפש דחייב נתכונן לזה והרג לזה ולא לענין מפה
אביו שהוא שם אחר והתראה אחרת דאטו נתכונן לקצות אילן בשפת ממחוקר והרג
בהפאה זו את האדם מחייב לרבנן וה"ה גם כאן לא מיחייב ואפשר דהתוס' באמת הוו
מצו להקשות גם מזה ולא נקטו דרף עלי' אף דהוי סיפא דמילתא דתנא דבי חזקיה פנין
דהקושא יותר פשוט מזה ובתירוצי התוספות מתורץ גם כן מלא נתכונן: שם בא"ד.

וי"ל דהיקשא לאו מהאי קרא נפקא: לכאורה לישנא דתנא ד"ח מוכח כן דנקט מפה אדם
קודם מפה בהמה ולכאורה מפה בהמה ה"ל להקדים פנין דהוא עיקר ומנ' ילפינן מפה
אדם ועוד דמוקדם בקרא אבל אי מקרא דנאיש פי יפה ליה א"ש דשם מפה אדם כתיב
ברישא: שם בא"ד.

ומיהו בפ' הנחנקין משמע: לכאורה בפ' מוכח שם כן ולמה נקטו התוס' בלשון משמע
וי"ל דאף דקאמר שם דהיקשא דמפה אדם ומפה בהמה לתנא ד"ח איתנא מ"מ יש לפרש
דהכי קאמר כמו דתנא ד"ח דריש קרא דמפה אדם דרוצח לפטור חייבי מיתות שוגגין
דרוצח גם לענין מפה אדם דאביו ס"ל דאיתנא להכי דהיינו לפטור ח"מ שוגגין דמפה
אביו רק דלישנא דהש"ס יהיה דחוק לפ"ז וגם הוי מצרכינן טעמא למה דצריף ב' קראי
גבי אביו וגבי רוצח והיינו דכתבו התוס' דבריש פ' הנחנקין משמע: שם בא"ד.

ומיהו קשה דבמסקנא: עיין במהרש"א ששהקשה דהא מסקנא זו שלא אליבא דתנא ד"ח
אזלא ולפענ"ד פי' התוס' כף הוא דכיון דתירצו דרק בתחלה דדייק חבורה באביו מדלא
כתיב ומת ולכן מוקי במפה אביו אבל במסקנא דאית לי' קרא דנפש למפה אביו מוקמינן
מפה אדם ברוצח אעפ"י דלא כתיב ומת בו.

ועל זה הקשו הא ע"כ גם לפי המסקנא מוקמינן קרא דמפה אדם מסברא למפה אביו
כדמוכח להך מ"ד דסבר מותר להקיש דם לאביו ובדכי ודאי לא פליג תנא ד"ח אי לפי
המסקנא אמרינן דסתם מפה הוא מיתה או לא: שם בא"ד.

וצ"ל דמייירי בין במפה אביו: א"ל דהא השתא אליבא דתנא ד"ח קנימינו ולענו מאי איירי במפה אביו דהא ליפא למימר דאתיא להיתר היקוז דם לאביו דהא לקמן משמע דדוקא מאן דפליג אתנא ד"ח סבר פן די"ל דאתיא פי היכי דנוקמי יתורא דנפש דכתיב באותה פרשה עליו דאילא הוי פתיב באותה פרשה מפה אביו ג"כ מהיכי פתימי לאוקמי יתורא אמפה אביו דוקא דלמא איש אתרינא וא"ל ג"כ באמת למה לא דרשינו לתנא ד"ח ג"כ היקשא למקוז דם לאביו פינו דקרא בתרתי איירי די"ל דדוקא לענו משמעו דקרא דאיירי בתרתי איפא הוכחה וכמש"כ התוס' אבל לא לענו היקשא דאי נדרוש היקש לענו רוצח מנ"ל לדרוש ג"כ לענו מפה אביו דב' היקשים שאינם שוין לא שנייה למידרשינהו מחד קרא ולכן חזקי' ע"כ יליף היתר הקוזה מןאבהב' לרעה פמוה פאידיה תנא דלקמן ר"פ הגנזקין ובהכי א"ש מאי דקשא לכאורה מ"ט דמ"ד דפליג אתנא ד"ח לענו חייבי מיתות שוגגין הא היקש אדם דן מעצמו דהשתא י"ל דסבר פאידיה מ"ד דלא יליף היתר הקוזה מןאבהב' לרעה ולכן צריה היקשא להו דרשא ולא לתנא ד"ח: שם בד"ה בין שוגג למזיד.

אבל באלו נערות מוכחא סוגיא פמו שפירשתי: ולפענ"ד אפשר ליישב שיטת האומרים בהיקפה לפי מה שפכתבו התוס' גופא בכתובות (דל"ז ע"א) דנדאי דרה עלי קיל מדרה ירידה רק דלענו אי יש לו פפרה בממון בהרג במזיד ה"א דיותר סברא בדרה ירידה פינו דמצינו לו פפרה בשוגג ג"כ ולא בדרה עליה דאין לו פפרה בשוגג ואהא קאמר שם דהו דרשה ג"כ מתנא ד"ח נפקא פמו דלא מחלקינו לענו ממון אחר בהדי מיתה וגלות בין דרה עליה לירידה ה"ה ג"כ לענו פדייה וכמש"כ רש"י שם אבל לענו ממון אחר בהדי מיתה או גלות משום ב' רשעיות נדאי יותר סברא לפטור בדרה ירידה מבררה עליה משום דבררה ירידה איפא פבר עונש דגלות ודמי לב' רשעיות משא"כ בדרה עליה דליפא גלות וגם משום דד"ע אונס הוא כמש"כ התוס' שם וד"י שוגג ועיקר פטור ממון ממזיד אתיא ויותר קרוב שוגג למזיד מאונס ולכן לענו פטור ממון אחר ילפינו דרה עליה מדרה ירידה: שם בתוספות ד"ה בשור שלא נגמר דינו.

אמר ימותו פולן: אף שיש לפרש האי ימותו פולן שמניחין אותן למות ולא שמייתו אותן בימים וכהו מכניסין אותו לכיפה דר"י ומתניתן ר"י היא מ"מ אפשר דלא ניחא להו להתוס' לאוקמי מתניתן דשם כר' יהודה שלא אליבא דהילכתא: שם בא"ד לא חש למיזק: אכן ממה שהבאנו לעיל בשם הירושלמי דר' יוחנן באמת מתרץ פן דבנתערב באחרים פשרים איירי ע"כ אין מלשון פטורים ראיה נגד דעת ריב"ם אכן מהא דרבא לקמן ל"ק על ר"ת דהא שם ג"כ ליפא רק חד בר חיובא ואעפ"כ קתני פטורין דהתם אין לא צד חיוב יותר מחבירו שנייה שפיר לשון פטורים משא"כ הוה דהאחד חייב נדאי והאחרים נדאי פטורין לא שנייה רק לשון פטור על האחד: שם בא"ד.

משמע דבהווא ענינא דאוקמי: ולשיטת ריב"ם י"ל בזה דאדרבה מזה ראיה לגירסתו דלשיטת ר"ת דאיירי בבהמה פמו באדם לא הול"ל אלא באדם כ"ע לא פליגי פי פליגי בשור רבנו סברי כו': שם בא"ד.

בנגמר דינו הי' אומר ת"ל: פי' בזה מתרץ ר"ת קושית הריב"ם דלכה התם פולם ימותו דלא שנייה נכבשינהו דגזירה שפא יבואו י' פהנים בב"א אבל הוה לא שנייה פן ואף דהתם

בזבחים מסיק דעיקר טעם שְׁמָא יקח מן הקבוע וְזֶה שֵׁינָהּ גַם פֶּאֶן מ"מ ר"ל י"ל דְּלֹא ס"ל רק טעם ראשון ולא איִכְפֹּת לִי בְּמֵאֵי דְפָרִיךְ שֵׁם אֱלֹא מַעֲתָה בְּמַגִּיסָא אֲסִירִי וְלִכְּוֹן נְקֻטוּ הַתּוֹס' לְקַמְוֹן תְּיָרוּץ דְּגִזְזִירָה שְׁמָא יִבְנָאוּ עֲשָׂרָה פְּהֵגִים: שֵׁם בַּא"ד.

אֱלֹא וְדֵאֵי אֲתֵי לְאִיחְלוּפֵי בְּאָדָם וְעֵבִיד הֵיכְרָא: וְהָא דְעֵבְדִּינֵן הַכְּנֶסֶת כִּיפָה וְלֹא חֵינְשִׁינֵן דְּאֲתֵי לְאִיחְלוּפֵי בְּאָדָם לַעֲשׂוֹת גַּם בּוּ הַכְּנֶסֶת כִּיפָה י"ל דְּוִדָּאֵי בְּבַהֲמָה אִין חִילוּק בֵּין הַכְּנֶסֶת כִּיפָה לְמִיתָה בְּקוּפִיץ דְּכִינֹן דְּאִין פֶּאֶן דִּין סְקִילָה דְעֵלִיָּה אֲמָרָה תּוֹרָה דְּכַמִּיתת הַבְּעֵלִים פֶּה מִיתת הַשּׁוֹר וְלֹא מְמִיתִין לַשּׁוֹר רק מְשׁוּם וּבְעֵרְתָּ הֶרַע כ"כ מוֹתֵר לְהוֹרְגוּ בְּקוּפִיץ כְּמוֹ בְּכִיפָה וַא"כ מַה שְׁהוֹרְגִין בְּכִיפָה שְׁפִיר הוּא הֵיכְר דְּלִיכָא פֶּה דִּין דּוּבְעֵרַת הֶרַע בְּאָדָם ג"כ לְהוֹרְגוּ בְּהַכְּנֶסֶת כִּיפָה דַּא"כ בְּשׁוֹר ל"ל לַצֵּעֵר בַּע"ח וְלִטְנַף חֲצִירוֹ יִהְרֵגוּ אוֹתוֹ בְּעֵרִיפָה אֱלֹא ע"כ מְשׁוּם דְּאִזְוּ ה"א דְּאִיכָא גַם דִּין וּבְעֵרְתָּ בְּאָדָם לְהוֹרְגוּ בְּהַכְּנֶסֶת כִּיפָה: שֵׁם בַּא"ד.

אֲבָל בְּמַתְנִיתֵן דְּזַבְחִים חֵינְשִׁינֵן לְתַמְלָה טְפִי: בְּפִשְׁטוֹת הוּי מְצִי לְחַלֵּק לְפִי מַה דְּאֲמַרִּינֵן בְּכַמָּה דְּזַבְחֵי דְּאִיסוּר פֶּרַת חֲמוֹר מְאִיסוּר לָאו וַא"כ הֵכָא אִם יִטְעָה וַיִּשְׁחַט שׁוֹר הַנֶּסְקָל שְׁנַגְמַר דִּינוֹ לִיכָא אִיסוּרָא וְאִפִּילוּ יֵאכְלֵנוּ לִיכָא רק אִיסוּר לָאו אֲבָל הַתָּם פְּשִׁישְׁחוֹט א' מִן הַתַּעֲרוּבוֹת וְהוּא מִן הַמְּוֹקְדָּשִׁין עוֹבֵר אֱלֹא דְּכַרְתָּ שֶׁל שְׁחוּטֵי חוּץ וְלִכְּוֹן גְּזָרִינֵן הַתָּם טְפִי וּבִיּוֹתֵר קֶשֶׁה כִּינֹן דְּמַה שְׁפִתְבוּ הַתּוֹס' לְקַמְוֹן דְּהַזִּיד בְּמַעֲיֵלָה בְּמִיתָה לֹא שֵׁינָהּ רק גְּבִי אֲכִילָה כְּמוֹ שְׁפִתְבוּ הַתּוֹס' בְּפִסְחִים (דל"ג ע"א) וְהֵרִי אֲכִילָה לֹא שֵׁינָהּ רק אַחַר שְׁחִיטָה וּמְשַׁעַת שְׁחִיטָה כְּבָר עֹבֵר אֲשַׁחוּטֵי חוּץ וצ"ע: שֵׁם בַּא"ד.

לְפִי שְׂאִינֵוּ כְּדִרְךָ הַנְּאֻתוֹ: מְזַה מְשַׁמַּע דְּבְּמְוֹקְדָּשִׁין מוֹעֲלִין אִפִּילוּ שְׁלֹא כְּדִרְךָ הַנְּאֻתֵן וצ"ע מְמַה שְׁפִתְבוּ הַתּוֹס' בְּפִסְחִים (דכ"ו רע"א) דְּאִין מוֹעֲלִין רק כְּדִרְךָ הַנְּאֻתֵן ע"ש: שֵׁם בַּא"ד. כְּגוֹן רֶכֶב עַל גְּבִי הַשּׁוֹר: הַנְּצָרְכוּ לְזַה דְּבָא חֲבִירוֹ וְרֶכֶב דְּלִכְאוּרָה שֵׁינָהּ יוֹתֵר תַּמְלָה בְּשׁוּה"נ מְבִמְוֹקְדָּשִׁין דְּבְּשׁוּה"נ בְּכָל פַּעַם שְׁנֵהֲנָה עוֹבֵר אֲבָל בְּהַקְדָּשׁ הַרְאֵשׁוֹן שְׁנֵהֲנָה מְעַל וַיִּצָּא לְחֻלִּין עַל יְדוֹ וְשׁוֹב אִין בּוּ אִיסוּר מְעִילָה כְּלָל לְכָךְ הַנְּצָרְכוּ הַתּוֹס' לְפָרֵשׁ דְּגַם חֲבִירוֹ מְעַל דְּהָא דְּאִין מוֹעֵל אַחַר מוֹעֵל הוּא דְּוֹקָא בְּקִדְשֵׁי בְּדֵק הַבַּיִת וְלֹא בְּקִדְשֵׁי מִזְבֵּחַ וְכַדְאֲמַרִּינֵן בְּמַעֲיֵלָה (דף י"ט ע"ב) ע"ש: שֵׁם בַּא"ד.

וּסְמִיכָה עַל גְּבִי רֹאשׁ גְּדִי וְטָלָה: הַנְּצָרְכוּ לְזַה מְשׁוּם דְּהַתָּם בְּמַתְנִיתֵן דְּכָל הַזְּבָחִים קִתְּנֵי שׁוּה"נ וְחֻטָּאת הַמִּתָּה שְׁנַתְעַרְבוּ בֵּין הַזְּבָחִים וּבְשׁוּה"נ לֹא שֵׁינָהּ תַּעֲרוּבוֹת רק בְּתוֹךְ שְׁנוּרִים אַחֲרִים כְּגוֹן שְׁלָמִים וְעוֹלוֹת דְּשֵׁיכִי בְּהוּ שְׁנוּרִים אֲבָל חֻטָּאת דְּלֹא שֵׁינָהּ רק גְּבִי גְּדִיִּים וְטָלָאִים דְּמַהֲם נַעֲשָׂה חֻטָּאת דְּפָר הַעֲלָם דְּבָר וּפָר כְּהֵן מְשִׁיחַ לֹא שְׁכִיחַ וְגַם לֹא מִיִּתִי רק אֲחַד וְלֹא שֵׁינָהּ בְּהוּ תַּעֲרוּבוֹת א' בְּאֵלָף דְּקִתְּנֵי הַתָּם וּבְגְדִיִּים וְטָלָאִים לֹא שֵׁינָהּ תַּמְלָה דְּרִכִּיבָה דְּאִין שֵׁינָהּ רִכִּיבָה בְּהֵם לְהִכִּי הַנְּצָרְכוּ הַתּוֹס' לְמַצּוֹא תַּמְלָה אַחֲרַת בְּהֵם דְּהֵינֵנוּ סְמִיכָה: שֵׁם בַּא"ד.

וְחֻלָּב מְוֹקְדָּשִׁין עַל גְּבִי מִכְתּוֹ: עֵינֵן בְּמַהֲרָשׁ"א שְׁהַקְשָׁה דְּהָא מְחִיִּים לֹא שֵׁינָהּ חֻלָּב וְלִכְאוּרָה הִנֵּה נ"ל דְּחֻלָּב גְּרַסִּינֵן וְלֹא חֻלָּב דְּאֲמַרִּינֵן בְּמַעֲיֵלָה (די"ב ע"ב) דְּחֻלָּב מְוֹקְדָּשִׁין וּבִיִּצְי תּוֹרִין לֹא נִהְגִּין וְלֹא מוֹעֲלִין וַא"כ יֵשׁ אִיסוּר דְּרַבְּנֵן כְּשֵׁנֵהֲנָה מְמַנָּה בְּהַקְדָּשׁ וּבְשׁוּה"נ מוֹתֵר לְגַמְרֵי וַא"ע מְצֻאֵי כֵן בְּבִרְכַת הַזְּבָח בְּזַבְחִים אֲכֹן אִי נִימָא דְּחֻשְׁבִּינֵן לְתַמְלָה גַּם בְּשַׁעוֹבֵר אִיסוּר דְּרַבְּנֵן בַּלֵּא"ה י"ל דְּלַעוֹלָם כְּוִנּוּ הַתּוֹס' לְחֻלָּב וְאִיכָא תַּמְלָה בְּשִׁשְׁחָטוּ

דבשוה"נ מותר ובמקדשיו אף דאין מועלין אחר שחיטה פינו שפאסרו משום שחוטאי חוץ דיצאו מידי מעילה פדאמרין במעילה (דף ב' ע"ב) לענין קדשים שמתו או נפסלו בפאר פסול דאם עלו ירדו אז אין בהם מעילה מדאורייתא מ"מ מועלין מדרבנן ואפתי עובר אאיסורא דרבנן ודמי לחלב המקדשין: שם בא"ד.

דהזיד במעילה במיתה: ק"ק הא רק רבי ס"ל הכי לקמן (דף פ"ד ע"א) ורבנן פליגי וסברי דרק באזהרה איפא וכוונתיהו פסקינן ואיהו יתכן דמתניתין דשם סברי הכי ותהיה כרבי ודלא פהלקתא: שם בא"ד.

אמאי לא תקינו רבנן בהו מיתה: עיין במהרש"א שחקקשה לו הא פבר פתבו התוס' לעיל דלא ממיתין דלא לייתי לאחלופי באדם ומה שמתירץ לא נתברר לי דהא ליפא תירוץ אחר בזה דנימא דלא אליבא דהו תירוץא אזלי התוס' הכא.

אכן דעתם נלפענ"ד דלעיל הקשו התוס' דנכבשינהו דניידי וכוה שייך דין מיתה גם באדם דין תורה דהא אזלינן בתר רבא בדיני נפשות ורק משום שפא יקח מן הקבוע אין ממיתין לאדם שפירש וכמו שכתב המהרש"א גופי' לעיל או מטעם אחר עכ"פ פינו דמזכרין לטעם למה אין ממיתין לאדם א"כ אין דין פטורו פשוט כ"כ ושייך שפיר למיגזר שלא יטעו ב"ד הבאים אחריהם לאחלופי באדם אבל הכא לא איירי בפירש רק בנוטל מן הקבוע וכינון דכל קבוע פמחצה על מחצה דמי וספק נפשות להקל לא שייך למיגזר דיטעו גם אדם פן דדבר זה פשוט לכל דפטור ורק משום דהם איסורי הנאה מטעם ספק איסורא לחומרא נימא דיהא מוטל על ב"ד להורגם פי היכי דלא לייתי לידי תקלה אף דלא הוי תקלה כ"כ כמו גבי מקדשין: שם בא"ד.

ולא תקינו להו מיתה: ק"ק הא לא אמרינן התם רק דאין צריכים להמיתן עד שידונם הב"ד כדי לסלק המזיק במהרה אבל פשיטא אם לא הומתו ע"י אחר צריכים הב"ד להמיתם דמי גרעו משור וא"כ עכ"פ ימותו שם וא"כ מה ענין זה לכאן דפטורין לגמרי: שם בא"ד.

אבל בשוורים אותן שיש לתלות: הוצרכו לזה דלא יקשה ל"ל דנקט דין זה באדם דוקא לנקוט אפילו בשוורים דפטורין וכש"כ אדם ותמצו דבשוורים כה"ג דהיינו אם אחד מוחזק בנגיחות ואחד לא כמו הו דאבא חלפתא חייב המוחזק בנגיחות ועיין במהרש"ל ומהרש"א שנדחקו ליישב לדעת ר"ת הא דקאמרינן ושור שנגמר דינו שנתערב בשוורים אחרים סוקלין אותן ולא אמרינן נכבשינהו דניידי ולפענ"ד לק"מ לפי מה שכתבתי לעיל דודאי לפי טעם דגזירה דשפא יקח מן הקבוע לא שייך נכבשינהו ורק ר"ל סבר לפי דעת ר"ת פתירוץ קמא דנזבחים דהטעם שפא יבואו י' פהגים בב"א וזה לא שייך פאן רק דזה שייך דוקא לר"ל אבל לא לרבא דקאמר התם בפירוש הטעם דשפא יקח מן הקבוע נהרי הכא רבא הוא דמתירץ הכי דאיירי בשור שנתערב בשוורים מעליא ולרבא לשיטתו ודאי גם לר"ת לא אמרינן נכבשינהו דניידי: שם בא"ד.

ומשום ובערת הרע מקרבך: אף דובערת הרע לא פתיב גבי שור רק גבי אדם מ"מ גם לענין שור מיייתין ליה בחולין (דף ק"מ ע"א): שם בא"ד. ונבילה אסורה באכילה מוכחת פן: פירוש פינו דאיה"נ אתיא מלא יאכל את בשרו וזה דרשינן שם דעבד' פעין בשור

דְּשִׁחְטִיהָ אֲסוּר א"כ לֹא אֶמְרִינָן רַק הֵיכָא דְנִסְקָל אוּ הֵיכָא שְׁשִׁחְטוּ וְלֹא בְּחַיִּים וְאִף דָּאֵי
לְפִינָן אִיהִ"נ מְבַעַל הַשּׁוֹר נָקִי לְכַאוּרָה גַם מְחַיִּים בְּכָלֵל מ"מ מוּכַח דְּלֹא אֶמְרִינָן כֵּן דַּאֲל"כ
מֵאֵי פְּרִיָּה שֵׁם בַּעַל הַשּׁוֹר נָקִי ל"ל כִּינּוּן דְּגִלְיָה אִיסוּר אֲכִילָה וְהִנָּאָה מְלֹא יֹאכֵל הָא
אִינְצִטְרִיָּה אִיסוּר הִנָּאָה מְחַיִּים דְּלֹא שְׁיִיָּה לְאַסוּר מְלֹא יֹאכֵל אֲלֵא וְדָאֵי דְפְּשִׁיטָא לְהַש"ס
דְּשׁוּה"נ לֹא נֶאֱסַר מְחַיִּים: שֵׁם בַּא"ד.

דְּשׁוֹר הַנִּסְקָל אִינוּ נֶאֱסַר מְחַיִּים: (בב"ק דף כ"ט ע"ב) אֶמְרִינָן ב' דְּבָרִים אֵינָן בְּרִשׁוּתוֹ
שֶׁל אָדָם וְעֲשָׂאָן הַפְּתוּב כְּאֵלוֹ הֵן בְּרִשׁוּתוֹ בּוֹר בַּר"ה וְחֲמִיץ מו' שְׁעוֹת וְלִמְעַלָּה וְהַקְּשָׁה
שֵׁם בִּשְׁט"מ בְּשֵׁם ר"י מוּוִינָא דְלִקְחָשׁב נָמִי שׁוֹר הַמוּעֵד בְּהַדְיָהוּ דְאַסוּר בְּהִנָּאָה וַאֲל"כ
אִינוּ בְּרִשׁוּתוֹ שֶׁל הַבְּעָלִים וַאֲעַפ"כ עֲשָׂאוּ הַפְּתוּב כְּאֵלוֹ הוּא בְּרִשׁוּתוֹ ע"ש שְׁהַנִּיחַ בַּצ"ע
וְלִשְׁיטת הַר"ת א"ש דְּכָל מַה שְׁעֲשָׂאוּ הַפְּתוּב כְּאֵלוֹ הוּא בְּרִשׁוּתוֹ הֵינָנו בְּשְׁעוֹד הַשּׁוֹר
בְּחַיִּים וּמְחַיִּים לֹא נֶאֱסַר לְדַעַת ר"ת וְלְכַאוּרָה מְזָה רְאִיָּה לְשִׁיטת הַר"ת ו"ל: שֵׁם בַּא"ד.

וְהָרִי רוֹבֵעַ וְנִרְבָּע שְׁנֶאֱסַר מְחַיִּים: בְּיָאוּר דְּבָרֵיהֶם עֵינָן בְּקַדוּשֵׁין וְהָא דְפְּשִׁיטָא לִיה דְּרוֹבֵעַ
וְנִרְבָּע נֶאֱסַר ג"כ אַחַר שְׁנִגְמַר דִּינוֹ אִף דְּלֹא כְּתִיב רַק גְּבִי שׁוּה"נ שְׁהַמִּית אֶת הָאָדָם
דְּמַקְרָא דְּוֹלָא יֹאכֵל אֶת בְּשָׂרוֹ אֲתִיָּא אִיסוּר דְּלֹאֲחַר גְּמַר דִּין כְּמַבּוּאָר בְּשִׁמְעָתָא דְּסַקוּל
סְקָל י"ל דְּנִפְקָא בְּמַה מְצִינּוּ מְשׁוּה"נ וְכֵן כְּתִב הָרִיטְב"א בְּקַדוּשֵׁין שֵׁם.

אֲכַן ק"ק כִּינּוּן דְּדִין סְקִילָה בְּרוֹבֵעַ וְנִרְבָּע מֵהֵיקָשׁא דְּבַהֲמָה לְאִשָּׁה וְדְשׁוּכְב לְנִשְׁכָּב אֲתִיָּא
א"כ לֹא נֶאֱסַר רַק לְאַחַר סְקִילָה כְּמוֹ בְּאָדָם דְּאֶמְרִינָן בְּעַרְכִּין (דף ד' ע"ב) דְּזוּ מִיתְתָּהּ
אוֹסְרָתָה ע"ש דְּהָא אִין הֵיקָשׁ לְמַחְצָה וְעַדִּיפָא הֵיקָשׁ מִמָּה מְצִינּוּ: שֵׁם בַּא"ד.

הֵינָנו מְשׁוּם דְּאַסוּר לְעַנּוֹת דִּינוֹ: זֶהוּ כְּדַעַת הָרַאב"ד אֲבָל לְפִי דַעַת הָרַמְבַּ"ם בְּפִי"א מַה
נָזְקִי מְמוּן לֹא שְׁיִיָּה גְּבִי שׁוֹר מְשׁוּם עֵינּוּי הַדִּין ע"ש: שֵׁם בַּא"ד שְׁיִיכּוּל לְמוּכָרוֹ לְרַפְּנוֹב
עָלָיו: וְאִף דְּכִבְּר הִבִּיאוּ הַתּוֹס' לְעִיל הָאֵי דַב"ק דְּמַכְרוּ אִינוּ מְכוּר י"ל דְּהִתָּם לֹא קְאָמְרִינָן
הָכִי רַק לְעֵינָן שְׂאָר מִלֵּי וְלֹא לְעֵינָן דְּלֹא שְׁיִיָּה בִי עֵינּוּי הַדִּין אֲבָל לְפִי הָא טַעְמָא שְׁמַכְרוּ
אִינוּ מְכוּר מְשׁוּם דְּאִין לוֹ בְּעָלִים וְדָאֵי יְקָשָׁה כְּקוֹשִׁית הַתּוֹס' עַל ר"ל וְהֵינָנו שְׁפַתְבוּ
שְׁפִירוּשׁ זֶה לֹא יִתְכּוֹן אֲכַן בְּכַתּוּבוֹת שֵׁם כְּתִבוּ טַעַם אַחַר לְחַלְק בֵּין קַדְשִׁים לְחֻלְיִין ע"ש:
שֵׁם בַּא"ד.

מִטַּעַם כָּל דְּפָרִישׁ מְרֻבָּא פְּרִישׁ: אִף שְׁכָבָר כְּתִבוּ דְּלֹא שְׁיִיָּה לּוֹמַר כֵּן מְשׁוּם גְּזִירָה שְׁמָא
יְקַח מִן הַקְּבוּעַ הַשְּׁתָּא אַהָא קָאֵי אַמָּה שְׁתִּירְצוּ לִינְשִׁב שִׁיטת ר"ת דְּשְׁאֲנִי ב"ח כִּינּוּן
שְׁאֲפָשֶׁר ע"י נְכַבְּשִׁינָהוּ דְּנִינְדִי וַאֲל"כ ע"כ הָא דְּלֹא שְׁרִינָן בְּזַבְּחִים ע"י נְכַבְּשִׁינָהוּ מְשׁוּם
גְּזִירָה דְּשְׁמָא יְקַח מִן הַקְּבוּעַ הַשְּׁתָּא מְשׁוּם דְּמַחְלִקִינָן בֵּין חֻלְיִין לְקַדְשִׁים וְאַהָא הַקְּשׁוֹ
אַפְתִּי יָרְעוּ עַד שְׁיִסְתָּאבוּ וַאֲל"כ אִין לְהֵם עוֹד דִּין קַדְשִׁים וּמִינְשִׁתְרִי מִטַּעַם כָּל דְּפָרִישׁ: שֵׁם
דף פ' ע"א בְּרַש"י ד"ה אֵי הָכִי.

דְּהֵנִי אַחֲרִים דְּמַתְנִיתֵן רוֹצְחִים נִינְהוּ: הָא דְּפָרִישׁ כֵּן הוּא לְשִׁמוּאֵל אֲבָל לַר"ל לֹא צָרִיָּה
לְהָא פִּירוּשָׁא דְּבִפְשִׁיטוֹת מְקָשָׁה שְׁפִיר דְּהָא לֹא שְׁיִיָּה כָּלֵל הָא אֲפִילוּ כִּינּוּן דְּלִדְיָדִין
בְּשׁוֹנְרִים אִינְרִי: שֵׁם בַּד"ה אֶמַר ר"י אֲפִילוּ.

לֹא מְחַיִּיבִינוּ לְאִידָהּ מְשׁוּם הָא חֲזוּקָה: וְאִף דְּאֶמְרִינָן בְּקַדוּשֵׁין (דף פ' ע"א) דְּסוּקְלִין
וְשׁוֹרְפִין עַל הַחֲזוּקוֹת מ"מ לֹא אֲלִימָא הָא חֲזוּקָה דְּאַבָּא חֲלַפְתָּא כ"כ לִיקְהַרְג הָאֲחַר כִּינּוּן דְּגַם

לו יש חזקת פשרות ומשום עדיפותא דחזקה דאבא חלפתא לא קטלינו ליה לאידך: שם בתוספות ד"ה ואחרים.

דהו ברייתא כרבי יהודה: ואף שר' אלעזר בר"ש הונוכר ג"כ בפלוגתא דהו ברייתא יש לומר דלא קאי רק אאחרים ולא אאחרים באחרים אבל זה דוחק לומר דס"ל ג"כ כר' יהודה דאסר ס"ס דא"כ יפלוג אאבנה ר"ש דס"ל בנבחים שם דס"ס בכ"מ מותר: שם ע"ב בגמרא ש"מ מותרה לדבר החמור: הטעם דמ"ד דלא הוי מותרה פירשו התוס' בכתנות (דף ל"ג ע"א) דגוה"כ הוא דבעינו שיטיר עצמו לאותה מיתה דוקא ולעיל (דף מ"א ע"א) פתבו התוס' דחבר הוי פאלו התיר עצמו למיתה או דלא בעי היתר כלל לר"י בר"י וא"כ הוה מצי לאוקמי מתניתן בחבר וכו' יוסי בר"י וי"ל דניחא ליה לאוקמי בהתרו בו סתם אליבא דהילכתא ולא כר"י בר"י דלית הילכתא פנותיה: שם ת"ק יליף ממקושש: ק"ק פינו דבעי לתרץ אליבא דכ"ע הו דמותרה לדבר החמור כמש"כ התוס' א"כ מנ"ל לרבנן לידוק מזה דהתרו בו סתם מהני דלמא משום דלא ידעו באיזה מיתה הוא נהרג התרו בו במיתה חמורה שהיא סקילה דמהני ממנ"פ פינו דמותרה לדבר החמור הוי מותרה לדבר הקל וכינון דאס"כ הוה נסקל שפיר ה"ל התראה ומכש"כ שי"ל פן לפי מה שפתבו התוס' לעיל (דף ע"ח ע"ב) דמסתמא סברו שהוה בסקילה פינו שישנה חטאו לעע"ז וי"ל לפי השני שפתב הר"ן דאי התראה סתם מיתה מהני אין כש"כ דמותרה לדבר החמור מהני אבל איפכא הוי כש"כ א"כ יותר סברא לרבות התרו בו סתם וליילף ממקושש משניילף מותרה לדבר החמור אבל לפי הראשון של הר"ן קשה בין לרבנן בין לר"י למה הוצרך הש"ס למימר אליבא דמקושש הוראת שעה היתה: שם ברש"י ד"ה ש"מ.

מדקתני בסקילה: הו דפי' רש"י ההוכחה מר"ש דוקא ולא מרבנן דסברי ידונו בשרפה או מסתם מתניתן קמא דתנא ידונו בקלה י"ל ע"פ מ"ש התוספות בד"ה הוי דנכרי שעשה פן בישראל ונתגזיר ממיתין אותו אף שלא התרו בו א"כ לכאורה לא מוכיח מידי דלמא הו חייבי מיתות שנתערבו דמתניתן איירי בכה"ג דהיינו נכרי שפא על נערה מאורסה דישראל ונתגזיר דנודון בסקילה או שפא על א"א דישראל דנודון בחנק לאחר גירותו או שהרג לישראל ונתגזיר דנודון בסניף כמבואר לעיל (דף ע"ב ע"ב) ובכולהו לא בעי התראה והאיך בעי למידק מותרה לדבר חמור הוי מותרה לדבר הקל ואף דתני כל חייבי מיתות שנתערבו ונשרפין לא שייך בכה"ג הו לפי חד תירוץא של התוס' לעיל (דף מ"ה ע"ב) לא דייקנו האי פל דקתני ולכן מפל הני דמתניתן לא הוי מצי למידק אבל מר"ש דייקנו שפיר פינו דסבר דנודון בסקילה אותן מחוייבי שריפה שהם ע"כ ישראלים והם בעו התראה ולכן י"ל דרש"י בדיוק לשונו דוקא מר"ש נקט דיוקא: שם בתוס' ד"ה אלא למ"ד.

ומיהו התם מבעי' לן: עיין במהרש"א שהקשה בזה דלמא הו טעמין ג"כ משום דמספקא ליה וי"ל לפי מה שפתבו התוס' לעיל בד"ה ואחרים דגרסינו הו באחרים באחרים דכינון דר"י הו דס"ל ס"ס אסור וא"כ אי ס"ד דמשום ספק אסור ר"י הו לד"ל למיתני ואחרים באחרים לאשמעינו דאפילו ס"ס אסור הו גם מתערבות הראשון שמעינו פן דהו הו נתערב באחרים דקתני ע"כ אהנולד קאי דאי אפרה נתערבה ה"ל וא"כ גם בתערובת

הראשון הוי ס"ס פיון דהנולד גופא הוי ס' אסור אע"כ דמפח ודאי אסר ר"י הנולד ומקשה שפיר אכן פיון דזה לא אתיא שפיר רק לשיטת ר"ת דספק א' בגופו וספק א' בתערוכות מקרי ס"ס אבל לשיטת ר"י בביצה (דף ד' ע"ב) דלא מקרי ס"ס לא לכו הןצרכו התוס' גם לתירוץ ועוד יש לחלק: שם בא"ד.

כ"ע מודו דחוששין: ממה שפכתבו בזה עכ"פ ר"י ע"כ סבירא ליה דזה וזה גורם מותר לפי מה דפשיטא ליה להש"ס וא"כ קשה לכאורה אמה דקאמר בןחולין (דף ס"ט ע"א) אי לר' יהודה איסור יוצא איכא ע"ש הא ליכא איסור יוצא לר"י אי ס"ל זה וזה גורם מותר ואפשר שלזה פונו התוספות במה שפכתבו לקמן ומיהו בפ' בהמה המקשה איבעי' להו: שם בא"ד.

איכא מאן דשרי לר"א: צ"ע דהוי ראיה להיפך דהא בגרבעו ולבסוף עברו חד איסורא הוי ואולי ט"ס הוא וצ"ל איכא מאן דאסר לר"א וראיתם מרבא דס"ל שם פו: שם בד"ה עובר ירך אמו הוא. ועוד אשכחן בפ"ק דביצה: לפי מה דמבואר בפ' אלו טריפות אית ליה לרב אחא בר יעקב דטרופה יולדת וא"כ י"ל דגם רב פנומיה ס"ל והאי עגל שנולד מן הטרפה איירי דנטרפה ולבסוף עברה והאי דמותר היינו משום דזה וזה גורם מותר כמו דפסקינו וא"כ שפיר י"ל דס"ל לרב עובר ירך אמו ולא קשה פקושת התוס' ואולי לא ניחא להו להתו' לאוקמי ר"כ ור"א ורב בהך דטרפה יולדת שלא אליכא דהלכתא: שם בא"ד פדאשכחן בהניזקין דמסיק תיובתא: ק"ק דגם אם איתא פו דמשפחת סוגיא כה"ג אפתי יקשה באמת למה מסיק בתיובתא פיון דאיכא למימר דאתיא פהאי תנא והוא סבר פאיך תנא אכן באמת לכאורה אין ראיה כלל מהך דהניזקין דהתם פריך שפיר על ר' יוחנן דסבר דהניזק שאינו ניכר שמי' הניזק ממתינתו פיון דסבר ר"י הלכה פסתם משנה ולכן אין לתרץ דמתינתו אתיא כר' יהודה והוא סבר כר"מ אבל לפי מאי דבעי למימר שם דפליגי ר"מ ור"י בהכי ועוד דהא ר"מ ור"י הלכה כר"י פדאמרין בעירובין (דף מ"ב) ולכן אסיק ר"י בתיובתא אף דפליגי תנאי בדינו ומיהו דפ' השולח ל"ק דכבר הוכיחו התוס' שם דאינו ענין להך הניזק שאינו ניכר דר"י אבל בהך דתמורה דמקשה לר"י מבבביתא ואש"כ קאמר דתנאי היא ריה"ג ורבנן ור"י סבר פרבנן בהא ודאי מתורץ הקושיא מהבביתא די"ל דבריייתא אתיא כריה"ג ור"י סבר דהלכתא פרבנן והא דבאמת אסיק מילתא דר"י בתיובתא י"ל כמו דמתרץ על תירוץ רבא שם פיון דר"א אקשי לר' יוחנן גופא שם ולא תירץ ליה מדי אלימא דלא אליכא דתנאי אמר למילתיה ולכן אסיק בתיובתא אבל לפי האמת קאי דינא דר"י ולא קשה מהבביתא ומה"ט י"ל פסק הרמב"ם הך דין דר"י דהפריש חטאת מעוברת וא"כ יצא לנו מזה דעובר (לאו) ירך אמו הוא לפי האמת וזה דלא פדעת התוספות אכן מש"כ בספרי ע"ל ליבמות (דף ע"ז ע"ב) בבביתא דברי רש"י כתבתי שיטה אחרת בפסקי הרמב"ם ע"ש: שם בא"ד.

ופריך עליה אלא הא דאמר רבא: הא דפריך אר"י דיבמות מדיוקא דטעמא דכתיב אשר ינלדו ולא אר"י דתמורה דס"ל בפירוש דעובר לאו ירך אמו הוא היינו משום דלרבא לשיטתו מר"י דשם אין ראיה דהא קאמר טעמא אחריתי לר' יוחנן אכן ק"ק מאי בעי רבא בזה לפריש לר' יוחנן טעמא אחרת פיון דר' יוחנן ע"כ ס"ל דעובר לאו ירך אמו

כדמוכח מהך דיבמות ואפתי סלקא בתיובבא ואולי ליישב דינא דר"י שם אליבא דנפשיה קאמר: שם בא"ד.

אלא משום דבעו לאוקמי: הא דניחא ליה לאוקמי הך מילתא דרבא דוקא ולא שאר מילי דסבר רבא ע"כ ענבר ירף אמו הוא וכמו שהוכיחו התוס' י"ל עפמ"ש התוס' לעיל (דף ס"ח ע"ב) בד"ה קטן וי"ל פגון שנתגינה אמו פשהיתה מענברת ע"ש דמוכח פן מהא דאמרינן שם אלא בגזל הגר הפתוב מדבר והוא ברייתא כדמוכח בב"ק (דף ק"ט ע"ב) ע"ש וא"כ ע"כ כ"ע ס"ל הכי ומזה ראיה קצת לתירוץ קמא דהתוספות שם ולא כמו שחלקו שם בין זכיה דגירות לשאר זכיות: שם בא"ד ולא משום דהוי ירף אמו: ק"ק דלפ"ז מי הכריח הש"ס פאן למימר דולדה אסור משום דענבר ירף אמו הוא פיון דגם למ"ד דלאו ירף אמו הוא ולדה אסור ועוד אפתי איך תירץ ר"ת קושית התוס' דלעיל פיון דלדידה הלכתא דלאו ירף אמו הוא א"כ מאי אולמא הך אוקימתא מאוקימתא קמייתא דתליא בזה וזה גורם וי"ל דהאי עובר ירף אמו הוא דקאמר ולא לענן כל מילי אלא לענן הך ופירושו דנעשה כמי שנגמר דינו עם אמו: שם בא"ד.

ופריף בגמ' פשיטא גופא הוא: אכן אפתי ק' פיון דטעמא דר"ת משום דגמר דין ב"ד הנה על שניהם ליהרג וכמו שהרחיב הביאור בר"ן (שהביא שיטת הר"ת בשם ר"י) א"כ לא שייך טעם זה בנגמר דינה ולבסוף נתעברה דהא גם לענן איסור הוי פנה וזה גורם דמותר ואעפ"כ קתני שם סתמא דאין ממתינין לה עד שתלד והינו ע"כ מגזה"כ דגם שניהם לרבנות את הולד וא"כ אפתי מאי פריף שם פשיטא גופיה הוא הא טובא קמ"ל בנגמר דינה ולבסוף נתעברה: שם בא"ד.

ומיהו האי דפ' הפרה קשה: בשט"מ שם כ' בשם הרא"ה ונ"ל מ"ט גופיה היא פיון שכל חיותו ממנה וצריף לה שא"א לו אלא עמה כו' ולא שייכא הא דרבא בההיא דאמרינן בעלמא ענבר אי ירף אמו הוא או לא עכ"ל וזהו שיטת ר"ת דכאן וסברא זו נלפענ"ד שהיא סברת הש"ס דב"ק (דף ע"ח ע"ב) דקאמר או דלמא פיון דצריף לאשתרוי"י בהדה בשחיטה כמאן דשייר בגופא דמי ע"ש ובשט"מ שם הביא בשם הרב המאירי ב' שיטות לענן פסק הלכה ונראה דתליא בפלוגתא דהתוס' והר"ת דכאן: שם ד"ה הוי מותרה.

וא"ת ותפשוט מהא דתנא: ק"ק פיון דתי' הש"ס דהתרו בו סתם שייך ג"כ אדיוקא מהברייתא ודאי עדיף להקשות ממתינתן מלהקשות מברייתא אאמוראי די"ל דלא שמיע ליה הך ברייתא: שם בא"ד.

ושם פירשתי: כבר העירותי דלדעת הרבינו יוסף שהביאו התוס' במפות (דף ב' ע"א) גסרתו ב' תירוצי התוס' דלעיל (דף מ"ה) וקושית התוס' במקומה עומדת: שם בד"ה הנסקליו בגשרפיו.

ותירץ דלא אזלינן בטר רובא: עיין בזבחים ובחולין שתירצו התוס' עוד תירוצ אחר בשם ר"ת פיון דנהרג בלא"ה לא אזלינן בטר רובא ממיתה למיתה וכבר הארכתי במ"א מה שיש להקשות אשיטה זו אכן עתה נ"ל לתת טעם לשיטת ר"ת למה יגרע ממיתה למיתה יותר ממיתה לפטור ולפי הסברא נהפוך הוא אם לחייב את הזכאי מהני רוב כש"כ שמהני לחייב בתמורה את החייב בקלה.

ונ"ל דהנה ידוע דעת הר"ן בנדרים דלכך דבר שיש לו מתירין לא בטיל דהא דמין במינו לא בטיל יליף ר"י מדם הפך ודם השעיר ורפנו סברי מפאן לעולם שאין מבטלין זא"ז וסבר הר"ן דטעמיהו דרפנו דלא שייך לומר דמין במינו לא בטיל כשהאחד איסור והא' היתר רק ששניהם היתר כהך דעולין בזה אמרינן דאין מבטלין זא"ז דזה שפיר מיקרי מין במינו ולכן בדבר שיש לו מתירין ששניהם היתר גם רפנו מודו דמין במינו לא בטיל עכ"ד וא"כ י"ל פינו דהך דרוב ילפינו מסנהדרין דמקצתן מחייבין ומקצתן מזכין וצוהה התורה אחרי רבים להטות וא"כ המחייבין דמו לאיסור והמזכין להיתר ובזה שייך ביטול ברוב ולא מין במינו אבל בב' ב"א שנתערבו ושניהם חייבים רק דזה בקלה וזה בחמורה א"כ שניהם מקרי איסור והוי מין במינו וגם לרפנו לא בטיל כמו עולין ששניהם היתר דלא בטילי לרפנו מטעם מין במינו וזה מש"כ הר"ת דלא אזלינן בתר רובא לחייבו במיתה חמורה פינו דבלא"ה נהרג א"כ הוי מין במינו ולא בטילי וא"כ לא שייך זה רק ברוב ע"י ביטול ולא ברוב בעלמא ומתורצים בזה כל הקושיות שהקשו אשיתת ר"ת הנ"ל: שם בא"ד.

והא דפריי בגמ': עיין במהרש"א שכ' דרק אתירויז א"נ קאי זה ולפענ"ד נראה להוסיף דלא קאי רק אמה שפכתבו התוספות דגזירה שפא יקח מן הקבוע דסלקא מיניה דלתירויז קמא דאי אתה רשאי למושכה להחמיר עליו יש לפרש קושית הגמרא דתיפוק ליה דרובא נסקלין דגם אי שוין אפתי נכבשינהו דניידי פינו דנסקלין רובא: שם דף פ"א ע"א בגמרא האי גברא קטילא הוא קמ"ל: ק"ק דאיך אפשר לומר פן הא בערכין (דף ו' ע"ב) תנו דהיצא ליהרג מדיר ומחרים ומקדיש ואם הדיק חייב אלמא דכחי דיינינן ליה לכל דבריו אכן לפי מה שפכתבו התוס' בד"ה ונגמר דינו י"ל דהכי קאמר דסד"א דהאי גברא קטילא הוא והוי ליה עדות שאי אתה יכול להזימה קמ"ל דלא וכת' ועוד י"ל דהתוס': שם אימא פוליהו בסקילה: א"ל פינו דע"כ לא ס"ד הך דא"כ מאי קמ"ל יחזקאל א"כ ליקשי בפשיטות דלמא איירי בלא נגמר דינו די"ל דנדאי ס"ד הדי אלא אקושיא דלמא תורה קמהדר קפריי וזה לא שייך לענן לא נגמר דינו וכמש"כ המהרש"א: שם אלא מעתה אל תטמאו בכל אלה: ק"ק דלמא התם משום דכתיב כל דמשמע מקצת לדעת ר"י בן בתירא לעיל (דף ע"ח ע"א) וי"ל דר"ע ס"ל ברפנו לעיל דפליגי וס"ל דמשמעות כל הוא פולו וכמ"ש הר"ן שם והתוס' בפסחים (דף ס"א ע"ב) וא"כ ר"ע הדי קאמר הא משמעות כל הוא פולו ואעפ"כ באל תטמאו פירושו מקצת משום דמוכח קרא ה"נ בקרא דיחזקאל אף דמשמעותו פולם ביחד פינו דליכא לפרש פן ע"כ פירושו מקצת: אכן במפות (דף כ"ד ע"א) קאמר ג"כ הדי פשהיה ר"ג מגיע למקרא זה כו'.

ולכאורה תמוה דקאמר מי כתיב עושה כל אלה דמשמע אי כתיב הדי משמע הכל ומייתי ע"ז ראיה מאל תטמאו בכל אלה דמשמע דאפי' בכל אלה משמע מקצת ולפי מה שפכתבתי לעיל (דף ע"ח ע"א) לחלק בין כל דחייב לכל דשליה ע"ש גם זה א"ש ע"ש אכן בלא"ה יש לדקדק שם דקאמר התם נמי הנוגע בכל אלה הוא דמטמא דנוגע מאן דכר שמייה הא הך קרא דאל תטמאו בכל אלה גבי עריות כתיב ולכן נ"ל דאל תטמאו בכל אלה לא גרסינן אלא אל תטמאו בהם דכתיב בשמיני גבי נגיעת שרצים ולפ"ז א"ש דהתם לא כתיב כל וא"כ י"ל דגם פאן לקרא זה נתפנין ר"ע וא"ש: שם ונעשה חמותו נידון באשת איש: ק"ק הא חמותו איסור מוסיף הוא דמוסיף בה איסור לאחר מיתת בעלה דאז מותרת

משום א"א וְאִסוּרָה מְשוּם חֲמוּתוֹ וּא"ל דָּאִין זֶה מְיַקְרֵי מוֹסֵיף פִּינּוֹן דָּאִין בְּזַה הוֹסְפֵת
אִיסוּר חֲדָשׁ אֲלֵא אִיסוּר חֲמוּתוֹ גּוּפָא דְהָא לְעִנְנֵן אֲשֶׁת אַח נְמִי אֲמַרִינּוּ דְמִיגוּ דְאִיתוֹסֵף
אִיסוּרָא לְגַבֵּי שְׁאָר אַחִים מְשוּם אֲשֶׁת אַח אִיתוֹסֵף נְמִי לְגַבֵּי דִידְיָה מְשוּם א"א גַּם א"ל
דָּאִין זֶה מְיַקְרֵי מוֹסֵיף פִּינּוֹן דְבִעֵת שְׁחַל הָאִיסוּר אִינוּ מוֹסֵיף רַק לְאַחַר מֵיתָה בְּאַמַּת
לְכַאוּרָה מוֹכַח פֶּן דַּא"כ יִחְשַׁב נְבִילָה בִיּוּה"כ אִיסוּר מוֹסֵיף דְנְבִילָה מוֹסֵיף אִיוּה"כ
לְאִנְסוּרוֹ אַחַר יוּה"כ וּא"כ מ"ט דר"ש דְפְלִיג לְמ"ד בִּיבְמוֹת (דָּף ל"ג ע"א) דר"ש א"מ
אֵית לֵיה אֲלֵא דלפ"ז קָשָׁה אֵהָא דְאֲמַרִינּוּ בְפְרִיתוֹת (דָּף י"ד) גַּבֵּי אוֹכַל חֶלֶב שְׁל נוֹתֵר
בִּיּוּה"כ דְנוֹתֵר אַחֲלָב א"מ הוּא מְגוּ דְאִיתוֹסֵף אִיסוּרָא לְגַבֵּי גְבוּהַ דלפ"ז אִם נַעֲשֶׂה נוֹתֵר
בִּיּוּה"כ לֹא יִחוּל הָאִיסוּר נוֹתֵר דְהָא בְּזַה לֹא הוֹסֵיף אִיסוּר לְגְבוּהַ דבִּלְא"ה אִיסוּר לְהִקְרִיבוּ
בִּיּוּה"כ מְשוּם עוֹלַת חוּל בִּיּוּה"כ וּא"ל דנפ"מ אִם עֶבֶר וְהֶעֱלֵהוּ דָּאָז גַּם מְשוּם נוֹתֵר לִיפָא
דְלָן הוּא מִהֶפְסוּלִים שְׁאִם עָלוּ לֹא יֵרְדוּ וּכמ"ש רש"י ז"ל אֵהָא נוֹתֵר גּוּפָא בְפְרִיתוֹת (דָּף
כ"ד ע"א) אע"כ דְאֲמַרִינּוּ דְהָא שְׁם נוֹתֵר חַל עָלָיו שְׁאִיסוּר לְגְבוּהַ בְּמוֹצְאֵי יוּה"כ וּא"כ חַל
שְׁם חֲמוּתוֹ אֲאֲשֶׁת אִישׁ לְאִנְסוּרָה לְאַחַר מֵיתַת בְּעֵלָהּ וּמוֹסֵיף נְמִי הַשְׁתָּא וַיֵּשׁ לְחַלֵּק וְעֵינִין
מש"כ בְּסַפְרֵי ע"ל בְּפְרִיתוֹת שְׁם: שְׁם בְּרַש"י ד"ה בְּסַקִּילָה.

דְּכַל דְמֵיהֶם בְּסַקִּילָה: מְזַה ק"ק אֲמָה שְׁכַתְּבוּ הַתּוֹס' בב"מ (דָּף ס"א ע"ב) דְמְדַמְיוּ בּו
דְמִינְתֵר דְרִישׁ הִיקְשׁ דְמַלְנָה בְרִיבִית לְשׁוּפָה דְמִים וְהָרִי מְצַרְכִינּוּ לְהָא דְרִישׁ דְהָכָא
וְהַתּוֹס' פֶּאן פְּתָבוּ דְמַדְכְּתִיב וְהוֹלִיד בּוֹן פְּרִיץ קְדֵיִיק אָכוּ רש"י י"ל דְלֹא נַחֲיַת לְזַה פִּינּוֹן
דְגִיגִילָה גְזַל פְּתִיב ג"כ בְּהָא קְרָא וּבְזַה נִדְאִי לִיפָא לְמִימַר דָּאִינוּ חוֹזֵר וּמָה שְׁהִקְשׁוּ הַתּוֹס'
אפ"י רש"י י"ל דְנִדְאִי פְּשׁוּטוֹת דְקָרָא דְדַמְיוּ בּוֹ לְסַקִּילָה אֲתִיָּא אָכוּן מַדְכְּתִיב בּוֹ יִהְיֶה
דְמִינְתֵר מְנִיָּה דְרִשְׁיִנּוּ תְמִיד דְמִי הֶעֱנִי בּוֹ יִהְיֶה וַיֵּשׁוּבוּ אֵלָיו: שְׁם בד"ה אֵל הַהָרִים לֹא
אָכַל.

וע"כ מְשוּם דְלֹא עֶבֶד הָנִי לֹא צְדִיק הוּא: פִּירוּשׁ פִּינּוֹן דְנִקְיֵט עֲבִירוֹת חֲמוּרוֹת שְׁפַתוֹרָה
מְזַה מְשַׁמַּע אֲבָל הַקְלוֹת עֲשֶׂה דַא"כ לְנִקְוֹט קְלוֹת דְמַקְרִי רְשַׁע עֲלֵיהֶם וּכש"כ חֲמוּרוֹת
וְלָכוֹן פִּי דְבְּאַמַּת מְשַׁמְעוּתָן עֲבִירוֹת הַקְלוֹת שְׁפַתוֹרָה וּא"כ כש"כ דְחֲמוּרוֹת נִקְרָא רְשַׁע
וּבְזַה מְתַנְרֵץ מָה שְׁהִקְשָׁה מְהַרְשָׁא בַח"א: שְׁם בד"ה שְׁלֵא נְהָגָה.

שְׁהוּא דְבַר גְּנָאִי לְאֲדָם הַגּוֹן: אַף דְבִסוּף מַס' פֶּאָה מְשַׁמַּע דְאִיסוּר גְּמוּר הוּא לִיקְנוֹת מִן
הַקְנוּפָה פְּשִׁישׁ לוֹ מְזוֹן י"ד סְעוּדוֹת י"ל דְאִיִּרִי בְּשִׂאִין לוֹ וּאעפ"כ אִינוּ נוֹטֵל וְאֲמַרִינּוּ שְׁם
דְעַל זֶה נֶאֱמַר אֲשֶׁרִי הַגָּבֵר אֲשֶׁר יִבְטַח בֵּה' נִזְה גְּנָאִי הוּא לְאֲדָם הַגּוֹן שְׁנוּטֵל וְאִינוּ בּוֹטַח
בַּד': שְׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה אִיתְגּוּרִי אִיתְגַּר דְחַס רַחֲמָנָא אֵהֶפְסֵד מְמוֹנֵי שְׁל חֲבִירוֹ: וּלפ"ז
לר' יוֹחָנָן דַּס"ל שְׁם בְּכַתּוּבוֹת דְהִיכִי דְאִיפָא מְמוֹן וּמַלְקוֹת מִיִּלְקִי לְקִי מְמוֹנָא לֹא מְשַׁלֵּם
ע"כ צ"ל דְמְמוֹן קִיל דַּא"כ אֲפַתִּי תִיקְשִׁי אִיתְגּוּרִי אִיתְגַּר וְעֵינִין בְּשִׂטָּה מְקוּבָצַת שְׁם
שְׁהִבִיא בְּשֵׁם רַאשׁוֹנִים תִּי אַחַר עַל קוֹשְׁיַת הַתּוֹסְפוֹת דְכִינּוֹן דַּע"כ הַקְלוֹת הַתּוֹרָה לְגַבֵּי
דְמְשׁוּם רְשַׁעָה אַחַת אַתָּה מְחַיִּיבוּ וְאִי אַתָּה מְחַיִּיבוּ מְשׁוּם שְׁתִּי רְשַׁעוֹת אֲמַרִינּוּ דְגַם לְזַה
הַקְלוֹת גַּבֵּיָה דְהַקְלוֹת מְתַנְרִיָּהוּ עֲבָדִין לִיה.

אָכוּן ק"ק אִיָּה נְסַתְפַּק הַגְּמָרָא שְׁם אִי מְמוֹן קִיל אִי מַלְקוֹת הָא בְּשַׁבּוּעוֹת ר"פ שְׁבֻעוֹת
הַפְּקָדוֹן מוֹכַח מִמְתַּנְיַתוֹ דְנִיחָא לִיה לְאִינְשׁ דְמֵיִתִּי קַרְבָּן וְלֹא לִילְקִי וְקַרְבָּן מְמוֹן הוּא הָרִי

ממון קיל ואפֿשר לומר דַּרְק מִמּוֹן מוֹעֵט כְּמוֹ קַרְבֵּן קִיל יוֹתֵר וּבְכַתְּוֹבוֹת מְסוּפָּק אִי גַם מִמּוֹן מְרֻבֵּה שְׂיֵשׁ בְּחֻבְלָה קִיל מִמְּלָקוֹת: שָׁם בַּד"ה וְנִגְמַר דִּינוֹ.

וי"ל דְּהָכָא מֵיִירֵי פְּגוּן: א"ל דְּאַפְתִּי אִיךָ קְאָמַר רַבָּא בְּמִכּוֹת שָׁם דְּבַעֲיָדְנָא דְקָא מְסַהְדִי גְבָרָא בַּר קְטָלָא הוּא הָא לְעוֹלָם לֹא הָנִי בַר קְטָלָא דְהָא הֵךְ עֲמָנוּ הֵייתָם דְּכַת שְׁנֵינָה לֹא חֲשִׁיב עֲדוּת דְהָנִי עֲדוּת שְׂאִי אַתָּה יְכוּל לְהַזְיָמָה דְאִי מִיִּתְזַמִּי לֹא מִיקְטַל דִּיכּוּלִּים לומר לֹא לְחֲשִׁיב מֵיִתָּה בְּאֵנוּ לַפֶּת הִרְאִישׁוּנָה דְהָא הֵיִתָּה יְכוּלָה לומר הָא אַפְתִּי הָנִי מִיקְטַל ע"פ עֲדוּתְכֶם וּא"כ לֹא מְהַנִּי הֵךְ עֲמָנוּ הֵייתָם וְלֹא הָנִי עֲדוּת מְנוֹכְחֶשֶׁת דְהָנִי קְאָמְרִי בַּא' בְּשַׁבַּת וְהָנִי קְאָמְרִי בַּב' בְּשַׁבַּת וְאִיךָ קְאָמַר דְּפִטְרִי מִשׁוּם דְּבִלְא"ה גְבָרָא בַר קְטָלָא הוּא דִּי"ל דְּרַבָּא לְשִׁיטְתוֹ קָאִי דַּס"ל לְעֵיל (דָּף ע"ח) דְּבִזְזוּמִי זוּמְמִין לֹא בְּעֵינָן אַתָּה יְכוּל לְהַזְיָמוּ: שָׁם בַּא"ד.

עבר בפני ב"ד: ק"ק לָמָּה לֵהוּ לְהַתּוֹסְפוֹת לְאוֹקְמֵי הֵכִי הָא בְּפִשְׁטוֹת מְשַׁפְּחַת פְּגוּן אוֹתָן הָעֵדִים שְׁהַעֲיָדוּ עֲדוּת הִרְאִישׁוּנָה הַעֲיָדוּ ג"כ הַשְּׁנֵינָיָה וְעַל אוֹתוֹ יוֹם וְעַל אוֹתָהּ שְׁעָה וְאִי מִיִּתְזַמִּי אֲשֵׁנִיָּה גַם הִרְאִישׁוֹן מִיִּתְזַם עִמּוֹ וְלֹא בַר קְטָלָא הוּא מִפְּחַ עֲדוּת רִאִישׁוּנָה וְהָנִי שְׁפִיר עֲדוּת שְׂאֵתָה יְכוּל לְהַזְיָמָה וִי"ל דְּלִשׁוֹן הַגְּמָרָא אִי אֲפֹשֶׁר לְפָרֵשׁ הֵכִי דְקְאָמַר וְנִגְמַר דִּינוֹ וְכו' וְחִזּוֹר וְעֵבֵר וְכִינּוֹן דְּגַמַּר דִּין אֵינּוּ רַק בְּיוֹם שְׁלֹאֲחֶרְיוֹ וְאַח"כ עֵבֵר ע"כ לֹא הֵיָה בְּאוֹתָהּ שְׁעָה אֲכַן פְּכָר פְּתַבְתִּי לְעֵיל (דַּע"ח ע"א) לְיִישָׁב קוֹנְשִׁית הַתּוֹס' דְּאִיִּירֵי דְעֲדוּת שְׁנֵינָה הוּא שְׁנַעֲשָׂה עַד זוּמָם וּבְזָה לֹא צָרִיךְ אַתָּה יְכוּל לְהַזְיָמָה רַק דְּכַתְּבְתִּי שָׁם דְּאַפְתִּי תַקְשָׁה לְרַב אֲשִׁי וְלָמָּה דִּילִיף לְקַמְּן מְקַרָּא דִּיחֻזְקָאֵל וּלְפִי זֶה גַם הֵךְ נִיחָא דְהָא רַק אֲלִישְׁנָא דְרַבָּא קָשָׁה קוֹנְשִׁית הַתּוֹס' אֲבָל לר"א שְׁפִיר מְשַׁפְּחַת בְּכַה"ג דְּשְׁנֵי הָעֲדוּת הֵיָה בְּשַׁעֲהַ אַחַת וְכַן בְּקַרָּא דִּיחֻזְקָאֵל: שָׁם ד"ה נִידוֹן בְּזִיקָה רִאִישׁוּנָה.

איסור מוסיף הוא אי אית ליה אחין: אָבָל אִי לִית לִיה אַחִין לֹא חֲשִׁיב א"מ אָף דְּשָׁם אִיסוּר אֲשֶׁת אָב א"מ הוּא דְלִגְבֵי הֵךְ מִקְלָתָא דְּאִיִּירֵי בֵּיה בְּעֵי שְׁיִוְסִיף וְכַן דַּעַת הַרְמַב"ם (ספ"ד מה' שְׁגָלוֹת) וּבְהֵכִי א"ש מַה דְּנִקְט הַרְמַב"ם בְּפִי הַמְשַׁנְיֹת בְּהָא דְעֵבֵר עֲבִירָה שְׂיֵשׁ בָּהּ ב' מִיתוֹת דְּהֵיִינוּ חֲמוֹתוֹ וְנַעֲשִׂית אֲשֶׁת אָב וְלְכַאוּרָה יִקְשָׁה הָא ע"כ לֹא אִיִּירֵי בְּהֵכִי דַא"כ מ"ט דר' יוֹסִי דְּפִלִּיג הָא א"מ הוּא וּלְפ"ז י"ל דְּשְׁפִיר מְשַׁפְּחַת דְּלֹא הָנִי א"מ פְּגוּן כְּשִׂאִין לְאָב קְרוּבִים אֲלֵא דַק"ל בֵּין עַל הַרְמַב"ם בֵּין אַהֲתוּס' הָא לְעוֹלָם הָנִי א"מ דְּהָא כְּשִׁנַּעֲשִׂית א"א נַעֲשִׂית ג"כ אֲשֶׁת אִישׁ וְא"כ מוֹסִיף אִיסוּרָא לְגַבִּי כ"ע וְא"ל דְּהָא שָׁם אִיסוּר אֲשֶׁת אָב לֹא הָנִי מוֹסִיף בְּזָה רַק שָׁם אִיסוּר א"א הָא פְּכָר הוֹכִיחוּ הַתּוֹס' בִּיבְמוֹת (דָּף ל"ב ע"ב) דְּאִיסוּר מוֹסִיף אֲמַרִּינָן אֲפִילוּ בַּב' שְׁמוֹת וְכַן פְּתַבוּ הַתּוֹס' יִשְׁנִים בְּכַרִּיתוֹת (דָּף י"ד ע"ב) אֲכַן לֹא עַל הַרְמַב"ם וְהַתּוֹס' לְבַד קָשָׁה כֵּן אֲלֵא גַם עַל הַגַּמ' דְּכַרִּיתוֹת שָׁם דְּקְאָמַר דְּאִית לִיה בְּרָא לְסָבָא כו' ע"ש וִי"ל הֵךְ טַעְמָא תַּיְפּוּק לִיה דְּגַם בְּדִלִית לִיה בְּרָא ה"ל אֲשֶׁת אִישׁ שְׁנַעֲשָׂה ע"י אֲשֶׁת אָב אִיסוּר מוֹסִיף אֲכַן נ"ל דְּמַמָּה שְׁהַבִּיאוּ הַתּו' רְאִיָּה דְּאֲמַרִּינָן א"מ בְּשְׁנֵי שְׁמוֹת אַדְרַבָּה אִיכָּא לְמִיזְדַּק אִיפְכָּא דְּרִאִיָּתָם הוּא מְדַאֲמַרִּינָן שָׁם מִיגוּ דְּאִיתוּסַף אִיסוּרָא לְגַבִּי בְּנֵי אַחִים וְהֵיִינוּ ב' שְׁמוֹת אֲשֶׁת אָב וְאֲשֶׁת אַחִי אֲבִיו וְהִנֵּה הֵךְ לְגַבִּי בְּנֵי אַחִים הוּא גִירְסַת הַתּוֹס' וְגַם גִּירְסַת רַש"י בְּלִישְׁנָא אַחֲרֵינָא אֲבָל בְּלִישְׁנָא קָמָא גִרְסַת רַש"י מִיגוּ דְּאִיתוּסַף אִיסוּרָא לְגַבִּי שְׂאָר אַחִים וּלְפִי גִירְסַת זוֹ נִדְאִי מוֹכַח דְּבְשְׁנֵי שְׁמוֹת אֲמַרִּינָן מוֹסִיף דְּהָא הַשָּׁם הָאֲחַד הוּא אֲשֶׁת אַח וְהָאֲחַר

אֲשֶׁת אַחֵי אָבִיו אָבֵל לְפִי גִירְסַת הַתּוֹס' נִרְאָה דְּהֵךְ בְּנֵי אַחִים לֹא קָאֵי אַבְנֵי אַחֵי אָבִיו שְׁנֵשְׂאָהּ וּמִשּׁוּם אֲשֶׁת אָב וּכְמוֹ שְׁפִירֵשׁ רַש"י וְהַתּוֹס' דַּא"כ בְּנֵי א"ח הַל"ל דְּהָא רַק חֲדָא הוּא אֵלָא קָאֵי אַבְנֵי שְׂאָר אַחֵי אָבִיו דְּלִגְבֵי דִידְהוּ הָוֵי שֵׁם אֲשֶׁת אַחֵי אָבִיו כְּמוֹ לְגַבֵי דִידְהוּ וְלָכֵן נִקְט בְּנִים דְּוּנְקָא וְלֹא אַבְיָהֶם וּמִשּׁוּם אֲשֶׁת אַח דְּלִידְהוּ הָוֵי ב' שְׁמוֹת: שֵׁם בַּד"ה לִידּוֹן נְמִי בְּאִסּוּרָא.

לְעֵנֵן קַרְבָּן קָא פְּרִיף: אַף דְּלְכְּאוּרָה מוּכַח דְּרַק לְעֵנֵן מִיְתָה אֵיירֵי דְּהָא קָאֵי ר' יוֹסִי אַמְיָלְתָּא דַּת"ק דְּאֵיירֵי בְּמִיְתָה מַכ"מ י"ל דַּקס"ד דַּר"י עַכ"פ גַּם לְעֵנֵן קַרְבָּן אֵיירֵי מְדַקְאָמַר כִּיצַד אָמַר ר"י נִידוֹן בְּזִיקָה רֵאשׁוֹנָה חֲמוּתוֹ וְנַעֲשִׂית א"א נִידוֹן בְּחֲמוּתוֹ וְלְכְּאוּרָה י"ל הָא הֵךְ לָאו מִשּׁוּם זִיקָה רֵאשׁוֹנָה אֵלָא מִשּׁוּם דְּנִידוֹן בְּחֲמוּרָה הוּא וְהַתּוֹס' בִּיבְחֻמֹּת הַרְגִישׁוּ בְּזָה וְלָכֵן קַס"ד דַּר"י לְעֵנֵן קַרְבָּן אֵיירֵי וְאֵי לָאו מִשּׁוּם זִיקָה רֵאשׁוֹנָה הֵיךְ חֲזִיב שְׁתִּימִים אָבֵל כְּפָאן דְּאֵינן אִסּוּר חַע"א אֵינן חֲזִיב אֵלָא אַחַת וְכֵן לְעֵנֵן לֹא אַתְרוּ בֵּיהּ אֲשִׁמוּעֵינן שְׁפִיר דְּאֵי אַתְרוּ בֵּיהּ מִשּׁוּם א"א וְלֹא מִשּׁוּם חֲמוּתוֹ לֹא מִחֲזִיב וְרַבָּא מְתַרְץ לִיהּ דַּר"י רַק לְעֵנֵן מִיְתָה אֵיירֵי וּכְמַש"כ הַתּוֹס': שֵׁם ע"ב בְּגִמְרָא מִשּׁוּם דְּלָקָה וְשָׁנָה ב"ד כּוֹנְסִין: ק"ק לְפִי מַה שְׁכָּתַב רַש"י לְקַמְן בַּד"ה וְהִכָּא רְמִיזָא דְּהַלְכָה לַמֶּשֶׁה מְסִינֵי הוּא הֵךְ דִּינָא דְּכוֹנְסִין אוֹתוֹ לְכִיפָה וַא"כ מֵאֵי קוּשְׁיָא מִשּׁוּם דְּלָקָה וְשָׁנָה דִּילְמָא כְּפֹ נְמִסַּר וִי"ל לְפִי מַש"כ הַר"ן דְּנִדְאֵי לִיכָּא מִיְתָה מִן הַתּוֹרָה אִם לֹא דְּנִכְתְּבָה בְּפִירוּשׁ אוּ בְּרַמְזוֹ וְלָכֵן קְבָעֵי לְקַמְן (דַּף פ"ב ע"ב) אֲמֵי אִיכָּא מִיָּדֵי דְּרַחֲמָנָא פְּטָרֵי וְאַנְן נִיקוּ וְנִקְטוּל מְהָא דְּלָקָה וְשָׁנָה וּמְתַרְץ בְּמַלְקוּת ש"כ עֶסְקִינן וַא"כ הָאֵי דְּמַקְשָׁה כְּפָאן מִשּׁוּם דְּלָקָה וְשָׁנָה וְלֹא יַדַּע דְּבְּמַלְקוּת ש"כ אֵיירֵי ע"כ הֵךְ מִיְתָה לָאו מְהַלְכָה לַמֶּשֶׁה מְסִינֵי הִיא אֵלָא מְדַרְבְּנָן וְלָכֵן שְׁפִיר קְבָעֵי דְּלָמָּה הַתְּקִינּוּ רַבְּנָן כֵּן: שֵׁם הֵכָּא בְּמַלְקוּת ש"כ עֶסְקִינן: א"ל דַּא"כ לר' יֶצְחָק דַּס"ל רפ"ג דְּמַכּוּת דְּמַלְקוּת בַּח"פ לִיכָּא הִיכִי מִשְׁכַּחַת הֵךְ דִּינָא דְּמִי שְׁלָקָה וְשָׁנָה וְאֵינן סְבָרָא דְּפְלִיג אַדְבָּר שְׁהוּא הַלְכָה לַמֶּשֶׁה מְסִינֵי דִי"ל דַּס"ל כַּמ"ד דְּלְקַמְן עֲבִירוֹת מְחֻזְקוֹת וְלֹא כְּפָעֵי רַק ג' עֲבִירוֹת.

אָכֵן יֵשׁ לְהַסְתַּפֵּק אִם דְּוּנְקָא בַּג' עֲבִירוֹת שֶׁל ח"כ הָוֵי הַדִּין דְּכוֹנְסִין אוֹתוֹ לְכִיפָה אוּ אִם שְׁיֵיף ג"כ בְּעֲבִירוֹת אוּ מַלְקוּת שֶׁל חֲזִיבֵי מִיְתָה בִּידֵי שְׁמַיִם: שֵׁם לִימָא מְתַנִּיתֵן דְּלֹא כְּרַשְׁבִּי"ג: הָא דְּפִשְׁטָא לִיהּ דְּבָעֵי מְוַחֲזֵק דְּוּנְקָא דַּא"כ תִּיקְרָף בְּפַעַם הַשְּׁנִי יִהְיֶה הַדִּין דְּכִיפָה.

אָכֵן ק"ק דִּילְמָא בְּאַמַּת הָוֵי הַפִּירוּשׁ כֵּן דְּמִי שְׁלָקָה וְשָׁנָה פִּירוּשׁ בְּאוֹתָהּ עֲבִירָה וְלֹא קָאֵי אַמְלָקוּת כּוֹנְסִין אוֹתוֹ לְכִיפָה וְהָא דְּבָעֵינן שְׁנָה דְּבַפְעַם רֵאשׁוֹן י"ל אִסּוּרָא הוּא דְּקַטְעִים וִי"ל: שֵׁם מֵאֵי לָאו דַּכ"ע מַלְקוּת מְחֻזְקוֹת: הָא דְּפִשְׁטֵי לִי זֶה יוֹתֵר מִשְׁנֵאֲמַר דְּפְלִיגֵי בְּעֲבִירוֹת אוּ מַלְקוּת מְחֻזְקוֹת הֵינּוּ דַּלְפ"ז צ"ל דַּלְת"ק ס"ל עֲבִירוֹת מְחֻזְקוֹת וַא"כ לָמָּה נִקְט מַלְקִין אוֹתוֹ לְאֲשִׁמוּעֵינן רַבּוּתָא טְפִי דְּבַעֲבִירָה לַחּוּד בְּלֹא מַלְקוּ' בְּפַעַם ג' כּוֹנְסִין אוֹתוֹ לְכִיפָה וְלִפִּי הַתְּרוּץ צ"ל דְּנִקְט הַתְּנָא דְּבַרְיֵיתָא פְּלוּגְתֵינָהּ בְּמַלְקוּת לְאֲשִׁמוּעֵינן רַבּוּתָא לְאַבָּא שְׂאוּל דַּס"ל מַלְקוּת דְּוּנְקָא מְחֻזְקוֹת א"נ י"ל דְּנִיחָא לִיהּ לְאוּקְמֵי בְּדָבָר דְּכָבֵר פְּלִיגֵי בֵּיהּ דְּהֵינּוּ בְּפְלוּגְתָּא דְּרַשְׁבִּי"ג וְרַבֵּי מְלֹאֲקָמֵי בְּפְלוּגְתָּא חֲדָשָׁה אֵי עֲבִירוֹת אוּ מַלְקוּת מְחֻזְקוֹת: שֵׁם וְהֵתֵם מַלְקוּת לִיכָּא: מְכָאן מוּכַח דְּגַם בְּמַלְקוּת מְצַרְכִּינן שְׁפִיתִיר עֲצָמוֹ אַף דְּלֹא כְּתִיב רַק בְּמִיְתָה הָרִי אֲמַרְיֵנן לְעֵיל מַלְקוּת בְּמַקּוּם מִיְתָה עוֹמְדָת וְגַם יִלְפִינן

במפות (דף ה' ע"א) מלקות ומיתה מהדדי בגז"ש דרשע רשע וכבר העירותי לעיל (דף ע"א ע"א) שמה שפתיב באורים ותומים (סי' ל"ח) דבמלקות ל"צ שיתיר צ"ע מסוגיא זו: שם והדמניא התרו בו: הא דלא מקשה בל"ז תרי ברייתות אהדדי דבברייתא קמייתא מוכח דס"ל לאבא שאול מלקיות מחזיקות מדנקט במלקיות דנקא ובברייתא שניה ס"ל עבירות מחזיקות די"ל דלעולם סבר עבירות מחזיקות והא דנקט במלקות דנקא משום דת"ק נקט פן ות"ק הנה יכול לומר דס"ל מלקיות מחזיקות וסבר ליה פרבי אבל השתא דתירץ דת"ק ס"ל ג"כ פרש"ג ועבירות מחזיקות וא"כ ע"כ הא דנקט במלקות משום א"ש נקט וא"כ ע"כ א"ש ס"ל דמלקיות מחזיקות פריה שפיר והדמניא ועוד פריה אהו ברייתא גופא במאי קמיפלגי ולכן א"ש הא דנקט קושיא זו הכא אחריון רבינא דנקא משום דב' קושיות מקשה בזה והוי הו' במאי קמיפלגי כמו ועוד: שם בעדות מיוחדת: הרמב"ם פסק ככולהו משום דסבר דלא פליגי דכל דהוי עדות פשר לענין ד"מ רק לענין דנ"פ הקפידה התורה דליבצי ככל הני דקחשיב בזה אמרינו דלענין פיפה לא צריה ולכן מפל הני לא עדיף חד מחבריה ולכן פסק הרמב"ם ככולהו.

אכן ק"ק למה לא קאמר ג"כ פגון דאמרו העדים באחד מן החקירות אין אנו יודעים דמפסיל עדותן מטעם דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה וכמבואר לעיל (ר"פ היו בודקים) א"נ פשהעדים הם טריפה דמפסיל עדותן ג"כ מהו טעמא לרב אשי לעיל (דף ע"ח ע"א) וכיפה פשיטא דהוי דהא עדות פשר הוא ולפי מה שהוכיח הלח"מ (פרק כ' מה' עדות) מלשון הרמב"ם דבד"מ לא בעינן אתה יכול להזימה הרי דמקרי זה עדות כמו כל הני דחשיב דהא לענין ד"מ מהני אכן מהתוס' ריש מפות יש להוכיח דעדות שאי אתה יכול להזימה לא מקרי עדות כולל אפילו לענין ד"מ וא"כ יש לחלק בין הני דקחשיב ובין עדות שאאי"ל: שם ברש"י ד"ה בעדות מיוחדת.

פגון שנים רואין אותו אחד מחלון זה: והרמב"ם פתב דשנים ראו אותו זה אחר זה וקשה דהא לפי המבואר בש"ס דמכות לא שייך זה רק בעריות דכל אחד ראה כל המעשה אבל ברוצח לא ראה כ"א רק פלגא דמעשה והא הו' דין דכיפה לא הוי רק ברוצח כמש"כ הרמב"ם גופא וא"כ איך שייך בזה דין פיפה הא יותר גרע זה מעד אחד דעכ"פ ראה הרציחה אבל בזא"ז אין אחד מהם ראה אותה ולכן מוכח לכאורה כמש"כ רש"י דאירי באחד רואה מחלון זה ואחד מחלון זה: שם בד"ה קנאין פוגעין בו.

בשעה שרואין את המעשה: מזה נראה דדעת רש"י דבכולהו בעינן בשעת מעשה דנקא דמימריה דר"ח דהבא לימלהו אין מורין לו דלקמן אכולהו קאי אכן דעת הרמב"ם ושאר הפוסקים אינו פן אלא דנקא בבוועל ארמית בעינן פן גם לא ידעתי כולל איך שייך באחרניא בשעת מעשה דקודם שהגביה את הקסנה אשר ע"י זה נעשית שולו וקנאה בהגביה עדיין לא גנב ולאחר שהגביה כבר הוא לאחר מעשה וכן במקלל בקוסם דאי אפשר לכונן אותו רגע דנקא שעובר ולכן דעת רש"י ק"ל: שם בתוספות ד"ה אפילו תימא רש"ב"ג.

משום דסתם לן תנא פנותיה: ביישוב קושיא זו א"ל פינן דלפי מאי דמתרץ דמתנין רש"ב"ג וקסבר עבירות מחזיקות א"כ ע"כ צ"ל דהא דנקט במתנין מי שלקה ושנה ולא נקט בעבירות בלא מלקות לאשמועינן דגם פרבי אתיא מתנין וליהכי נקט תרי מלקות

משום דלרבי בתרי מלקות סגי ולרשב"ג ג"כ סגי דהא עכ"פ ג' עבירות איכא וא"כ אף דמתניתן אמי ג"כ שפיר פרשב"ג מכ"מ מה דנקט לקה ונשנה היינו ע"כ משום רבי וא"כ קאמר שפיר דהילכתא פנותיה משום דסתם לן תנא פנותיה: שם דף פ"ב ע"א בגמרא לא פגעו בו קנאין מהו: ק"ק פיון דרב פהנא ע"כ עדיין לא ידע מדרשה דהו קרא דבגדה יהודה א"כ מ"ש דדוקא אבועל ארמית דקבעי ליה ולא אאחרני ג"כ ואפשר דבאמת אפוליהו קאי ורב השיב לו דרק אבועל ארמית מפורש עונשו א"נ י"ל דהלשון לא פגעו בו קנאין משמע שנעשה בפרהסיא רק שלא נעשה בו דין דאל"כ הול"ל בקיצור בצנעה מהו וא"כ לא שייך למיבעי פן רק אבועל ארמית דאין בו דין רק בשעת מעשה וא"כ לאחר שפירש אין לעשות בו דין עוד אף דהיה בפרהסיא אבל באחרני דדנין בהם אף לאחר מעשה וכנ"ל לא שייך למיבעי פן דגם לאחר שפירש נוכל לדון בו דין קנאין: שם פי אמי רב דימי אמר: עיין בר"ן ולפמש"כ י"ל דרב דימי ורבין באין לפשוט בעיני ר"כ דלעיל לא פגעו בו קנאין מהו: שם וכתוב וירא פנחס בן אלעזר מה ראה: אף דלכאורה קאי אהו מעשה דוהנה איש מבני ישראל בא ויקרב אל אחיו את המדינית מ"מ מקשה שפיר דע"כ לאו להו ראה פיון קרא דא"כ למה פרט פנחס דוקא הא כבר קאמר דהיה לעיני משה ולעיני כל עדת ב"י ולכן מפרש דהו ראה אינה ראה חושית אלא מפירוש האחר של לשון ראה דהיינו ראה שקלית וכן נראה ג"כ במדרש רבות: שם א"ל קריינא דאיגרתא איהו ליהוי פרנונקא: ק"ק למ"ד בזבחים (דף ק"א ע"ב) דנתפכהו פנחס קודם מעשה זמרי האיהו הנה מותר לו להרוג את זמרי הא עובר על לאו דלנפש לא יטמא ואף דבמדרש קחשיב בהדי נסים שנעשו לו שלא מתו כל זמן שנשאם פנחס מ"מ האיהו הנה יכול לכתחלה לסמוך על זה הא אפתי לא ידע שיעשה לו נס זה ואולי זה באמת הנה שאלת פנחס למשה אף שכבר ידע הדין דקנאין פוגעין בו מ"מ הנה מסופק אם יפגע הוא בו פיון שהיה פהו ומשה ידע ברוה"ק שיעשה לו נס ולכן השיב לו קריינא דאיגרתא כו'.

ובזה י"ל מה שהקשה הר"ן איהו אמר לו משה פן הא לעיל אמרינו דהבא לימלהו אין מורין לו. ולפ"ז י"ל דהיינו דוקא אם בא לימלהו אם יש פאן דין מיתה אבל פנחס כבר ידע עיקר הדין דקנאין פוגעין בו ולא הנה מסופק רק מפני שהוא פהו וזה שפיר הנה משה יכול להורות לו ועיין מש"כ בספרי ע"ל ליבמות (דף ס' ע"א): שם אין חולקין פבוד לרב: אף דלפי המבואר בבבבכות (דף כ' ע"א) מוכח מקרא דולאחותו דלענן שב ואל תעשה פבוד הבביות עדיף מחלול השם והכא אם לא הנה הורג הנה ג"כ שוא"ת עיין בשבועות (דף ל' ע"ב) בתוס' דב' התירוצים שתייצו שם שייכי ג"כ הכא: שם ברש"י ד"ה זקנו דרב פרידא.

הוא ר"ח ב"א ונהכי אמרינו בחלק: (דף ק"ד ע"א) ע"ש ברש"י ונראה שרש"י הי' גורס שם דזקנו דר"פ: שם בד"ה פותית. כל המסירות את הלב במשמע: הוצרך לפרש פן דאף דאין זה חיתון דאורייתא מ"מ לא שייך למגזר בשאר אומות שיבא לידי חיתון אם לא דאיכא איסור חיתון בשאר אומות.

אכן לפ"ז יקשה לת"ק דר"ש דס"ל בע"ז (דף ל"ו ע"ב) דרק ז' אומות הם בכלל לא תתחטן וכי ס"ד דיפלוג אהו גזירה דבית חשמונאי וצ"ל דלת"ק באמת גזרינו בשאר אומות בלא חיתון אטו ז' אומות בחיתון ונה דפירש רש"י כל המסירות במשמע אפשר

דפסק כר"ש וכן דעת הרמב"ם וזה מוכח מדעת הטור באה"ע (סי' ט"ז) דפסק כת"ק ואעפ"כ הביא דגורו בכל האומות משום נשג"ז.

ובזה י"ל הא דהרי"ף וקרא"ש לא הביאו רק משום נש"א ולא הביאו פותית די"ל דפסקו ג"כ כת"ק דר"ש ולא ס"ל הו סברא דגורינו בשאר אומות בלא חיתון אטו ז' אומות בחיתון: שם ד"ה בת יתרו מי התייר.

ונכנסו לכלל מצות והיא עמהם: ודאי בלא"ה הכל יפצה פי זמרי דהא קודם מ"ת ודאי לא היה איסור לישא מדינית ומשעת מ"ת ואילך באמת פירש משה ממנה פדאמרין בשבת (דף פ"ז ע"א) אכן רש"י פירש טעם האמת דהא לא מהו טעמא פירש אלא מפני שדברה השכינה עמו כל שעה: שם בתוספות ד"ה נשג"ז.

זונה אם הוא פהו: וכן ג"כ דעת רש"י בע"ז שם אבל דעת הרמב"ם דבישראל איירי אבל בכהן לוקה מן התורה. ונ"ל דהרמב"ם לשיטתו שפיר פירש פן אבל רש"י והתוס' לא יכלו לפרש הכי דלכאורה קשה איך שינו לגזור בישראל משום זונה הא בישראל ליכא איסור זונה.

אכן י"ל לפמש"כ הרמב"ם (פ"א מה' אישות) דהבא על בת ישראל שלא לשם קידושין לוקה מן התורה משום לא תהיה קדשה א"כ שפיר שינו לגזור ביאת נכרית בלא קידושין אטו בת ישראל בלא קידושין אכן דעת הרמב"ם שם דלא הוי זונה אלא מפקרת לזנות וכן דעת רש"י לעיל בד"ה זונה מפקרת ואפילו ישראלית עכ"ל ונהרי לדעת הרמב"ם דבפרק י"ב מה' א"ב לא גזרו ב"ד של חשמונאי אלא במינוחת לו וא"כ לא הוי מפקרת לכן הוצרכו לפרש דבכהן איירי די"ל דגם התוס' ס"ל הכי והא דהרמב"ם דלא השיג על הרמב"ם דמשמע דמודה ליה דאיירי בישראל י"ל דקמפרש להש"ס דהכא דרב אידי ורבין בהא פליגי דרבין סבר דמשום א"א ליכא דאישות ל"ל דמפקרי נשותיהו ולכן הוי משום זונה דהוי מפקרת אבל רב אידי סבר דלא מפקרי א"כ לא הוי רק משום א"א ולא משום זונה וכיון דפסקינן כמ"ד נשג"ז א"כ מדלא חשיב א"א ג"כ ע"כ דמפקר נשותיהו ולכן הוי משום זונה.

אכן לפ"ז ק"ק אשיטת רש"י והתוס' למה הוצרכו לפרש בכהן דוקא ולא ג"כ בישראל דבזונה כי האי שיהא מפקרת אין חילוק בין פהו לישראל: שם בד"ה ואידך נשייהו. הקשה הר' משה: קושיא זו וגם קושיתם מרבא דפ' כל האסורין גם קושיתם מפרק עצרה יחסין פולן מתורצים לדעת הרמב"ם דהכא בישראל איירי ובכהן באמת לוקה משום זונה: שם בא"ד.

אא"כ יש בה לקוחין כגון גיורת: ואף דכתיב ג"כ ואיש אשר יקח את אחותו כו' והתם ודאי ליכא לפרש ע"י לקוחין דהא ב"כ לא תפסי קידושין מכ"מ הרי אמרינן ביבמות ר"פ נושאין על האנוסה דהכי דלא תפסי קידושין ע"כ פירוש לקיחה שכיבה אבל היכי דאיכא קידושין עד דאיכא לקיחה ע"ש.

אכן לפ"ז למ"ד אין קידושין תופסין בחייבי לאוין דבלא"ה האי לא יקח לא הוי פירוש ע"י קידושין אלא שכיבה לא שינו כתי' התוס' דשפיר מצי קאי גם אפותית ואליכא הו מ"ד ע"כ צ"ל פתרוצם השני.

אָבן ק"ק לר' יהודה דאָמרינו לעיל (דף נ"ג) דסבר כמ"ד דאין קידושין תופסין בְּחֵיבֵי
לְאוּיָן וּא"כ גַּם אֲלֵיבֵי לֹא שֵׁינָה תִּי הַתּוֹס' קמא וגם תִּירוּצָם הַשְּׁנִי לֹא שֵׁינָה אֲלֵיבֵי דְהַד
סְבָרָא שְׁפָתָבו הַתּוֹס' דְּמִשְׁמַע דְּאִירִי קָרָא בְּהֵיא דְשָׂרְיָא לְיִשְׂרָאֵל וְאִסְרָא לְכַהֵן הוּא
מִמֶּשׁ סְבָרַת ר"ש בְּחֻלְיִן (דף ק"א ע"א) עַל פֶּן לֹא יֵאָכְלוּ בְּנֵי יִשְׂרָאֵל אֶת גִּיה"נ מִי שֶׁגִּידוּ
אָסוּר וּבְשָׂרוּ מוֹתֵר יֵצֵא טְמֵאָה שְׁבִשְׂרָה אָסוּר וְלָכֵן פְּטוּר אֲגִיד שֶׁל טְמֵאָה לר"ש וּמִדְּמִחֵיב
לר' יהודה שֶׁם אֲלֵמָא לִית לִיה הֵךְ סְבָרָא אֲלָא סְבָר דְּגַם הֵיכָא דְכָבֵר אֶסְרָה הַתּוֹרָה בְּלֹא"ה
מִטַּעַם אַחַר מַכ"מ אָמְרִינוּ דְּנִתְּנָסַף עָלָיו גַּם אִסוּר זֶה וּא"כ גַּם לְעַנְנֵן פּוֹתִית י"ל פֶּן
וְאִפְתִּי קֶשֶׁה קוֹשֵׁת הַתּוֹס' לר' יהודה וְהָרִי הַתּוֹס' גּוֹפָא הַקְּשׁוֹ לְקַמֵּן לר' יהודה וְלִכְאוּרָה
מִזֶּה רְאִיָּה לְדַעַת הַרְמַב"ם דְּלִדְיָדִיָּה בְּלֹא"ה לֹא קֶשֶׁה פְּקוּשֵׁת הַתּוֹס' וְכִדְכַתְּבִינוּ לְעֵיל:
שֶׁם בֹּא"ד.

וְדוּחַק הוּא לְאוּקְמִי שְׁמַעְתָּא דְּהֵכָא: עֵינֵן בְּתַמּוּרָה שְׁפִירְצוּ דְּרָבָא סְבָר כַּמ"ד נִשְׁגִּיא
וּמִשׁוּם זִנְיָה בְּאַמְתָּ לִוְקָה מִן הַתּוֹרָה אָבן הַתּוֹס' דְּהֵכָא י"ל דְּלֹא נִחְתּוּ לְזֶה דְּדוּחַק הוּא
לְוִמֵר דַּב"ד שֶׁל חֲשַׁמוֹנָאֵי גְזָרוּ הֵךְ גְּזִירָה אֲדָבֵר דְּבִלֹא"ה לִוְקָה מִן הַתּוֹרָה דְּהֵינּוּ לְעַנְנֵן
זִנְיָה גְּבִי פֶהֶן וְדַעַת הַתּוֹס' דְּתַמּוּרָה יֵשׁ לְפָרֵשׁ דְּלֹא פְּלִיג פִּינֵן דַּע"כ גְּבִי יִשְׂרָאֵל הָיוּ צָרִיכִים
לְהֵךְ גְּזִירָה גְזָרוּ גַּם גְּבִי פֶהֶן: שֶׁם בֹּא"ד.

אָבֵל פּוֹתִית לֹא וְכו' וְהֵיא דְּקִידוּשִׁין: פִּירוּשׁ דְּהַתּוֹס' דְּהֵכָא אֲזֵלִי לְשִׁיטְתָם דְּכַתְּבוּ בִּיבְמוֹת
פֶּרֶק הַבָּא עַל יְבִמְתּוּ דְּהָא גִּינֵרַת אָסוּרָה לְכַהֵן מְקָרָא דִּיחֻזְקָאֵל הֵינּוּ מִטַּעַם זִנְיָה וּא"כ
הֵכִי קְמָקְשׁוּ דְּהָא לַכ"ע מִמַּעֲטִינֵן פּוֹתִית מְזַרְע בֵּית יִשְׂרָאֵל וְהֵינּוּ ע"כ מִטַּעַם זִנְיָה דְּהָא
מִדְּאוּרֵייתָא פּוֹתִית לֹא אִסְרָא רַק בְּפִרְהֶסְיָא וְלֹא בְּצִינְעָא וְכִדְאָמְרִינוּ בַּע"ז פֶּרֶק אֵין
מִמַּעֲמִידִין וְאִז אָסוּרָה אֵף לְיִשְׂרָאֵל וּא"כ ע"כ הָא דְּלֹא הַתִּיר קָרָא רַק מְזַרְע ב"י וְלֹא פּוֹתִית
הֵינּוּ מִטַּעַם זִנְיָה וּא"כ הָרִי מוּכַח דְּכּוֹתִית הָיִי זִנְיָה מִדְּאוּרֵייתָא וְקִשְׂיָא לְמ"ד דְּלֹא מִיחֵיב
מִטַּעַם זִנְיָה וְהָיִי קוֹשֵׁת זֶה דְּוּמָיָא דְּקוֹשְׂיָא הַקּוּדְמַת שְׁהַקְּשׁוּ מְרָבָא וְאֵהָא תִּירְצוּ דְּוִדָּי
בְּלֹא נְבַעֲלָה וְדָאֵי לִיכָא מִשׁוּם זִנְיָה מִדְּאוּרֵייתָא וְהָא דְּלֹא מוֹתֵר לְכַהֵן רַק מְזַרְע ב"י וְלֹא
פּוֹתִית לֹא מִטַּעַם זִנְיָה אֲלָא מְגִזִּירַת הַפְּתוּב וְכָבֵר פְּלִיגֵי בְּזֶה הַרְמַב"ם וְהָרָאב"ד בַּפ' י"ח
מֵה' א"ב דְּלְהַרְמַב"ם גִּינֵרַת אָסוּרָה מִטַּעַם זִנְיָה וְלְהָרָאב"ד מְקָרָא דִּיחֻזְקָאֵל ע"ש.

וְעֵינֵן בְּמַהְרָשׁ"א פֶּאן וּבְפֶרֶק אֵין מִמַּעֲמִידִין שְׁנִדְחַק לַפַּע"ד בְּיָשׁוּב דְּבוּרֵי הַתּוֹס' הִלְלוּ
וּלַפַּע"ד א"ש וּבְסַפְרֵי ע"ל לִיבְמוֹת (דף ס"א ע"א) כְּתַבְתִּי יָשׁוּב לְדַעַת הָרָאב"ד: שֶׁם
בֹּא"ד. וְלֵד בּוּגְרַת פֶּשֶׁר: פִּירוּשׁ דְּהִירוּשָׁלַיִם ס"ל כַּמ"ד בִּיבְמוֹת (דף ס' ע"א) דְּאֵין חָלָל
מִחֵיבֵי עֲשֵׂה אָבן ק"ק דְּבַתּוּף הַמ"ד דְּבִירוּשָׁלַיִם הַנּוֹפֵר ג"כ רַב וְרַב קְאָמֵר בִּיבְמוֹת (שֶׁם)
דְּהִלְכָה כַּר' אֲלֵיֶעֶזֶר בֶּן יַעֲקֹב וּלְפִי הַמְּבֹאָר שֶׁם ע"כ ס"ל לְרַאב"י דִּישׁ חָלָל מִחֵיבֵי עֲשֵׂה
ע"ש: שֶׁם ע"ב בְּגִמְרָא וְאֶחָד שָׂבָא מְלֵאָה וְהַשְּׁחִית בָּעָם: א"ל דַּלְפ"ז גַּם הַשְּׁנִי נָפַל לְבִירָא
דְּגַם אִם צָעַק לְבָנֵי שְׁבָטוֹ מ"מ לֹא הָיוּ עוֹזְרִים לוֹ מִפְּנֵי הַמַּגְפָּה דִּי"ל דְּוִדָּי קוּדָם שְׁנַעֲשֵׂה
דִּין בְּזַמְרֵי לֹא הָיָה הַקַּב"ה רוֹצֵה לְהַבִּיא מַגְפָּה מִשׁוּם דָּאָז עֲזִינֵן הָיָה קֶצֶף גְּדוֹל עַל יִשְׂרָאֵל
וְכִינֵן שְׁנִימֵן רְשׁוּת לְמַשְׁחִית לֹא הָיָה מְבַחֵן אָבֵל לְאַחַר שְׁנֵהֲרַג זָמְרֵי שְׁשֵׁב חֲרוֹן אַף ה'
מִיִּשְׂרָאֵל כְּדַכְתִּיב פְּנָחָס בֶּן אֲלֵעָזָר בֶּן אֶהֱרֹן הַפֶּהֶן הַשִּׁיב אֶת חַמְתִּי מֵעַל ב"י וְגו' אִז נִימֵן
רְשׁוּת לְמַלְאָךְ לְהַשְׁחִית בָּעָם הַכ"ד אֲלֵף הַחֵיבִים וְלָכֵן אִם הָיָה צוּעַק זָמְרֵי הָיָה פְּנָחָס
בְּסַפְנָה פִּי הַקַּב"ה בְּרוּב חֲמֵלְתּוֹ עַל יִשְׂרָאֵל לֹא הָיָה מְבִיא אִז מַגְפָּה וְלָכֵן שְׁפִיר חֲשִׁיב ב'

נסים: שם מוציאין אותו חוץ לעזרה: עיין ב"ר"ן שהקשה למה אין מוציאין אותו ג"כ חוץ לחיל דהא אין טמא מת נכנס לשם וכש"כ מת עצמו ותיירץ דחיל הוא רק מדרבנן ולכן אין מוציאין אותו חוץ לחיל.

אמנם הרמב"ם בה' בית הבחירה ופרק ד' מה' ביאת מקדש דממה שכתב שם ובמה שהשיגו הראב"ד נראה דדעתו דחיל הוא דאורייתא אכן א"א לומר פן דא"כ לא פריד מידי בסוטה (דף כ' ע"ב) ע"ש דהא עזרת נשים הוא לפנים מן החיל ואין להקשות דאפתי גם לשיטת הסוברים דחיל הוא מדרבנן מאי פריד שם למה מוציאין פיון דט"מ מותר במחנה לוי' הא עכ"פ מדרבנן אסור בחיל וכש"כ בעזרת נשים די"ל דהכי פריד פיון דהקא קתני דמוציאין אותו חוץ לעזרה דוקא ולא חוץ לחיל והיינו ע"כ משום דהוא מדרבנן וכתירוץ הר"ן או דנימא דרבנן לא עשו המעלה רק דלכתחלה לא יכנס טמא אבל שלא יטמא בחיל לא ועכ"פ מוכח דבכה"ג אפילו מדרבנן מותר בחיל ולכן פריד שפיר אכן בלא"ה כבר העיר המ"ל והתוס' י"ט שם בסוטה אמאי דמתרץ שמה תפרוס נדה דא"כ למה מוציאין משום עזרה דוקא הא נדה אסורה בכל מחנה לוי' ותיירץ התוי"ט דהו' בעזרה דקתני הוא הר הבית דקרי ליה לפעמים עזרה והוכיח פן ממתינתן פ"ו דשבת דמכנה ג"כ הר הבית בשם עזרה ולפ"ז י"ל דחוץ לעזרה דהקא הוא ג"כ חוץ להר הבית וא"כ בלא"ה ל"ק קושית הר"ן: שם לישבב דליקטול בידי שמים: א"ל דהא גם במי שלקה ושנה וגנב את הקסוה ומקלל בקוסם ובוועל ארמית דמחייב מיתה בידי שמים כדאמרין לקמן ואעפ"כ פוגעין בו וממיתין אותו די"ל דהא המ"ד הקא לישבב דליקטיל אפתי לא ידע דבהני חייב מיתה בידי שמים דהא הוא מקשה לקמן מהם אמאי דקאמר מי איכא מידי דרחמנא פטרי' ואנן גיקו ונקטול ליה: שם מי איכא מידי דרחמנא פטרי': עיין ב"ר"ן לעיל שהקשה פיון דהו' קטלא ע"כ הלכה למשה מסיני הוא וכמ"ש רש"י לעיל א"כ מאי קא קשיא ליה דהא לאו רחמנא פטרי' וכל מה שתיירץ אינו מספיק לפענ"ד לתרץ מה דקאמר בש"ס רחמנא פטרי' ונ"ל דלכאורה בלא"ה עוד קשה אהא דקאמר אלא מאי אינו חייב מי איכא מידי כו' דגם אי אפכא ג"כ קשה אפתי לא תירץ קושיתו דאי מיחייב בידי שמים לישבב דליקטול דדונח לומר דפליגי בהו' לישבב דליקטול אי סברא היא או לא ועוד דא"כ לימא ליה בפשיטות דהו' סברא אינה ול"ל הו' מי איכא מידי ונ"ל דעוד קשה אהא דקאמר ואי ס"ד מיחייב מיתה בידי שמים לישבב דליקטול פיון דהו' מיתה הוא הל"מ וא"כ היא מן התורה והרי טובא יש פיוצא בו דהיינו כל חייבי מיתות ב"ד שמהם מפלל ל"ו פרייתות כגון מחלל שבת ע"ז עריות וכדומה דיש בהן פרת בלא התראה ובתראה איכא מיתה ופשיטא דכל היכא דאין ממיתין אותו יש פרת ובמולד בפירוש פתיב בקרא פן ואם העלם יעלימו עם הארץ וגו' והכרתי אותו ואעפ"כ לא מקשינו למה יש מיתה לישבב דליקטול בידי שמים והיינו ע"כ משום דציווי התורה כו' היא וא"כ מאי מקשה הו' פיון דהו' פוצעין את מוחו בגזרין הוא ג"כ מן התורה ולכן נ"ל דנדאי אי מן התורה היא באמת ל"ק הו' קושיא אבל המקושן הו' סובר דהוא רק מדרבנן ולכן פריד שפיר פיון דבלא"ה יש עונש מיתה מן התורה למה הוצרכו רבנן לתקן עונש מיתה פלל וע"ז השיב אלא מאי אינו חייב כו' שהוא כמו ולטעמיה פירוש לפי מאי דסברת דרבנן הוא דתיקון מיתה מי איכא מידי דרחמנא פטרי' ואנן גיקו ונקטול

ליה אע"כ דהוא הלכה למשה מסיני וא"כ בלא"ה ל"ק פנ"ל לפ"ז מזה מוכח אדרבה פשיטת רש"י דהל"מ"ס הוא ומתורץ קושית הר"ן.

ובזה מתורץ ג"כ מה דקשה לכאורה עוד אהא דקאמר ומי איפא מידי דרמנא פטריה דלפ"ז מאי פריה בשבועות (דף י"ח ע"א) אלא טמא שמש דבמיתה היכי משפחת לה פירוש ולענין מאי נמסר פלל הל"מ"ס ונהרי לפ"ז שפיר מצרכינן דאל"כ לא היינו דנין בפוצעים את מוחו אי לאו דבלא"ה איפא מיתה גביה משום שמוש בטומאה שעליו דנין אותו במיתה בידי אדם אבל לפ"ז דהא סברא דמי איפא מידי לא אמרינן רק אי הוה דפוצעים את מוחו הוא מדרבנן אבל לא לפי האמת דהוי הלכה למשה מסיני ובזה שאמרנו דלפי האמת דהל"מ הוא לא אמרינן הוה סברא דמי איפא מידי א"ש ג"כ דלא תקשה האיך קתני סתמא פהו שמש בטומאה פוצעין את מוחו הא מיתה בידי שמים לא הוי רק בעבודה תמה פדלקמן וא"כ דין דפוצעין ג"כ לא שייך רק בעבודה תמה משום מי איפא מידי אכן לפי דברינו ניחא: שם ורמיזא לא יבאו לראות: הר"ן לעיל הביא דעת הרמב"ן דחייב מיתה בידי שמים מהו קרא וקא דלא חשיב ליה בברייתא בואלו שבמיתה משום דהתם לא קחשיב רק אותו שהו רק במיתה בידי שמים ולא אותו שהו בידי אדם ג"כ והקשו עליו דהא קחשיב טמא שמש ג"כ דאיפא ג"כ מיתה בידי אדם ולא תירץ פלוג.

ולפענ"ד י"ל דדעת הרמב"ן דנדאי הברייתא לא הוי צריה למיחשב הני דברים דכתיב בהו מיתה בפירוש וע"כ לא קחשיב אלא להחשיב כל חייבי מיתות בידי שמים ביחד כמו דתני גם חייבי מיתות ב"ד ולהכי לא קחשיב רק הני דלא קחשיב עדיין במתניתן אבל גונב את הקסוה דכבר חשיב במתניתן לא וכמו שבאר הרמב"ן גופא דעתו בספר המצות אכן זה לא שייך רק לענין גונב את הקסוה דכזה לא הוצרכה הברייתא להשמיענו דין מיתה גופא פיון דכתיב בתורה בפירוש ולא יבואו לראות ואפילו רב ששט דמקשה ונהרי גונב את הקסוה לא נסתפק בזה דאיפא מיתה מולא יבואו לראות רק דלא ידע דבכלי שרת איירי וכמו שכתב הרמב"ן שם אבל לענין פהו שמש בטומאה דנסתפק בגמרא אי איפא מיתה גביה או לא ולא מצי למיפשט רק מהו ברייתא דקתני ביה בפירוש טמא שמש בזה לא שייך למימר דלא הוי צריה למיחשב' פיון דכבר קחשיב במתניתן דהא צריה למיחשב' לאשמעין דאיפא דין מיתה דבלא"ה לא הוי ידעין פלל ואין להקשות דלפי האמת מאי נפקא לן בזה אי הוי מיתה בידי שמים או לא הא קמי שמיא גליא ובשלקא התורה כתבה דין מיתה בידי שמים להודיע חומר האיסור ולהזהיר לפרוש ממנו אבל ברייתא למה הוצרכה להשמיענו וכן רב אחא ב"ה מאי קמבעי' ליה מרב ששט אי חייב מיתה בידי שמים או לא די"ל דנפ"מ לפי מאי דפריה בשבועות (דף י"ח ע"א) אלא טמא שמש דבמיתה היכי משפחת לה ומתורץ בלא שקה והיפך בצנינורא וכדרב הונא דקרובי עבודה היא ע"ש וא"כ מפת הא דטמא שמש במיתה מוכח הוה דינא דרב הונא וא"כ טובא אשמעין בהא דטמא שמש במיתה בברייתא ולענין איבעי' דרב אחא ב"ה מר"ש.

עוד די"ל דנפ"מ אי לוקין איוצק ובולל או לא דאי אינו במיתה א"כ הא דלא קתני במתניתן דזבחים דהיוצק ובולל כו' ג"כ המקטיר היינו ע"כ משום דבמקטיר איפא אזהרה א"כ

ע"כ ביוצק ובולל ליפא אנהרה וקרא אסמכתא בעלמא הוא וכדאמרין לקמן אבל אי במקטיר איפא מיתה א"כ שפיר י"ל דדרשה גמורה היא ואיפא אנהרה ביוצק ובולל וכמו שהיא באמת לדעת הרמב"ם (פ"ט מה' ביאת המקדש) ע"ש: שם ב"רש"י ד"ה פטור.

וכל הני דניש אחריה עבודה מימעט: אין להקשות דברי רש"י מרישא לסיפא דבתחלה פתב שחיטה וזריקה והעלאה ונקא מרבינו ואח"כ פתב דלא ממעטינו רק הני דניש אחריהן עבודה אבל אעבודה תמה פגון נסוף והקטרת קומץ ומנחת פהנים מרבינו דמיחייב די"ל פינו דכל עבודות תמות הם העלאה ע"ג המזבח בכלל העלאה הם וכן מוכח בנבחים (דף ק"ז ע"א) דפריה תיתי קמיצה וקבלת דם בחוץ דחייב משחיטה וזריקה ומתרץ דא"כ לא לכתוב זריקה ותיתי משחיטה והעלאה אע"כ גלי קרא דלא ילפינו ולכאורה יקשה דלפ"ז נימא דגם אשאר עבודות תמות לא מחייב וממתנימן דפירקין שם מוכח דזה אינו אלא ודאי דשאר עבודות תמות הם בכלל העלאה.

והנה התוס' בנבחים (שם) הקשו דלפ"ז דמדאצטריה קרא לרבות זריקה מוכח למעט שאר עבודות דלא מיחייב א"כ ל"ל להש"ס למילף פו (שם דף קט"ו ע"ב) מאשר יעלה מה העלאה שהיא עבודה תמה וכן הקשו התוס' גם שם והניחו בקושיא.

ולפענ"ד י"ל דהנה לכאורה הו' דרשה דיליף מדאצטריה למיכתב זריקה לא שייך רק אי שני כתובים הפאים פאחד אין מלמדין אבל למ"ד מלמדין והיגו משום דמלתא דאתיא במה הצד או במה מצינו טרח וכתב לה קרא וכמ"ש התוס' בשפת (דף קל"א ע"ב) וכן ביאר טעמא דהו' מ"ד בספר הליכות עולם א"כ ודאי לא מוכח מדאצטריה זריקה מידי די"ל דאף דאתיא במה הצד טרח וכתב לה קרא ולכן הו' מדאצטריה זריקה סתם גמרא הוא דמתרץ ליה וסתם גמרא מתרץ אליפא דהלכתא דפסקינן כמ"ד ב"כ הפאים פאחד אין מלמדין ולכן מתרץ בפשיטות שפיר דאי אפטר למילף שאר עבודות כלל משום דהוי ב"כ הבכ"א ולא צריה לזה דרשה חדשה דאשר יעלה כלל אבל דרשה דאשר יעלה מה העלאה כו' היא בברייתא דת"כ וסתם ספרא הוא ר' יהודה כדאמרין לקמן (דף פ"ו ע"ב) ור' יהודה הוא מ"ד דב"כ מלמדין לעיל (דף ס"ז ע"ב) ולכן לר"י לשיטתו לא מוכח מדאצטריה זריקה מידי וע"כ הוצרך להו' דרשה דאשר יעלה ומ"מ קרא דאשר יעלה לא מיותר גם למ"ד ב"כ הבכ"א אין מלמדין דהנה נדרש בברייתא לדרשה אחרת והו' דרשה דמה העלאה לאו מיתורא יליף אלא ממשמעותא ואל תטעה לומר דהכא הו"ל ג' כתובים הבכ"א שחיטה זריקה והעלאה ובג' כתובים הבכ"א מודה ר' יהודה דאין מלמדין כדאמרין בקדושין (דף ל"ה ע"א) דז"א דג' כתובים לא מיקרי רק היכא דהוי מצי למיכתב רק חד קרא ואידך הוי מצינו למיגמר מניה ובזה מודה ר"י כמו שפירש הטעם בספר הליכות עולם משום דכולי האי ודאי לא טרח קרא לכתוב שני כתובים מיותרים אבל הכא דלא מיותר רק חד קרא דזריקה ודאי לא מיקרי רק ב' כתובים הפאים פאחד כו': שם בתוס' ד"ה היוצק והבולל.

מה העלאה שהיא גמר עבודה: א"ל דא"כ ל"ל קרא דאשר ישחט למעט זורק נמעט ג"כ מאשר יעלה דהא ג"כ לא הוי עבודה תמה דשאני מליקה דהוי גמרינו בק"ו משחיטה דליחייב כדאמרין בנבחים שם: שם בא"ד.

משום דאפשר לבטלה: פ"ה היכי דעשה מזבח בחוץ דומיא דמגיש דאיירי ע"כ גם בכה"ג דהא הגשה בקרן המזבח הוא וכיון דהוי בחוץ עבודה שאפשר לבטלה לא מיקרי עבודה ולכן ל"ק דהא איפא חטאות הפנימיות דבהו הוי הולכה עבודה שאי אפשר לבטלה דהא צריף לשחוט בחוץ ולהזות בפנים וכדאמר רשב"ל בנבחים (דף י"ד ע"א) דהא לענין הולכה בחוץ איירינן קא והולכה בחוץ לעולם הוי אפשר לבטלה דבחוץ לא שייכי חטאות הפנימיות אכן לפי מה שכ' התוס' בקדושין (דף ל"ז ע"א) דהא דלא תשיב הולכה בכלל עבודות הנוהגות באנשים ולא בנשים משום דבכלל קבלת דם הוא דהא הולכה לא פתיב בקרא בפירושו א"כ גם הקא הוי מצי לתרץ פן: שם בא"ד.

מה"ט דיש אחריהו עבודה: א"ל דהא תיקף אח"כ פתבו דמהדלקה ל"ק משום דלא עבודה היא אלמא דהדלקה לא תשיב עבודה די"ל דהטעם דהדלקה לא תשיב עבודה פתב רש"י ביומא שם משום דהשלקת עולה מאליה א"כ דוקא לענין זר העובד לא תשיב עבודה דליחייב עליו דעבודה שנעשה דהיינו שנדלק הניר נעשה ע"י שלהבת דנדבק בו ולא ע"י המדליק אבל לענין עבודה תמה שפיר הוי עבודה דלא מקרי העבודה שלפני הדלקה עבודה דהא אפתי נעשה בהניר עבודה אחרת דהיינו הדלקה ובהו אין קפידא אם נעשה ע"י עצמו או ע"י המדליק: עם ד"ה המולח.

פדמניא הניף והגיש: ברייתא זו לא נמצאת ובמנחות (דף י"ח ע"א) בד"ה לא מלח פתבו התוס' ג"כ תנופה קודמת למליחה פדמניא סוטה (די"ט) והניף והגיש קמץ ומלח ומקטיר עכ"ל ולא זו בלבד דהו והניף והגיש לאו ברייתא היא בסוטה (שם) אלא מתניין אלא דגם שם לא הונוכרה מליחה ולכן נ"ל דהתוס' פנונו להו ברייתא דמיייתי בסוטה (דף י"ד ע"ב) סדר מנחות פיצד ומפרש התם הגשה קודם למליחה והתוס' נקטו סדר עבודה בקיצור אף דלפ"ז צ"ל דמה שנקטו והניף שגרא דלישנא דמתניין דסוטה נקטו דהנפה לא הונוכרה בברייתא שם:.

שם דף פ"ג ע"א בגמרא הא מקטיר חייב: א"ל דלמא השה הכי קאמר הא מקטיר חייב מיתה בידי אדם ע"י שפוצעין את מוחו בגזרין דז"א דממנ"פ פריף שפיר אי אמרינן הסברא מי איפא מידי א"כ בלא"ה מוכח דחייב מיתה בידי שמים ואי לא אמרינן א"כ שפיר מוכח מהא מקטיר חייב דא"ל דלמא בידי אדם קאמר דמנ"ל לחלק בין הקטרה להני עבודות לענין מיתה בידי אדם פנין דבתרנוניהו ליפא רק אזהרה ולא מיתה: שם ואלו שבמיתה: עיין בר"ן שהקשה למה לא תני ג"כ טבול יום שאכל תרומה וא"ל דתני ושפיר וכן צ"ל ע"כ דהא שפיר ג"כ נכנס לקדשי קדשים וחסר מסמני הקטורת ועוד אחרניא דאית בהו מיתה והרמב"ם חשב אותן בפ' י"ח מה' סנהדרין ולפ"ז ל"ק ג"כ מה שהקשו אשיטת רמב"ן דבגונב את הקסנה איפא מיתה למה לא קחשיב אותן בהדי חייבי מיתות ולפ"ז י"ל דשפיר ג"כ הא וא"ל איף יש לומר דתני ושפיר דהא אלו קתני וכה"ג פריף בקדושין (דף ט"ז ע"ב) ואסיק מכח זה ר"ל בתיובתא די"ל דא"ש עפמ"ש התוס' ביבמות (דף פ"ד ע"ב) דהיכי דתני אלו לפרושי ענינים דתני ברישא א"נ היכא דתני שני ענינים אלו שיש ואלו שאין אמרינן שפיר דשפיר ע"ש הרי דסברת התוס' דדוקא היכא דלא הוי צריף למיתני ואלו כגון גבי מעניקים דהוי מצי למיתני עבד עברי וכו' מעניקין להו הוא דאמרינן דע"כ האי ואלו פירושו דליפא רק אלו אבל היכא דנאלו יש לו פ"ה

בלא"ה כגון לפרוש ענינים בזה לא אמרינו דלמעוטי אחרני אתי אלא אמרינו תני ושייר וא"כ הך ואלו שבמיתה דקאי אמתניתן דתני חייבי מיתות ב"ד וכמו שכ' הרמב"ן בשרשים פנ"ל ג"כ לאו מיותר דכינו דקאמר אלו הן הנסקלין ואלו הן הנשרפין ונהרגין ונחנקין קתני ג"כ חייבי מיתות בידי שמים בלשון ואלו דהא בא לחלק חייבי מיתות שבתורה כל אחד למיתה הראוי לו ובה א"ש מה דקתני במפות (דף י"ג) ואלו הן הלוקין וכתב רש"י ואלו ל"ד דתני ושייר לוקין טובא ולכאורה יקשה אם יש לומר פן דאלו ל"ד היכי אסיק ר"ל בתיובא מפת קושא מואלו אבל לפ"ז א"ש דכינו דאמרינו ריש מפות דתנא אמתניתן דסוף פ' ואלו הן הנחנקין קאי א"כ לאחר דתני בסנהדרין ואלו הן אכל חייבי מיתות ב"ד קתני במפות ואלו הן הגולין ואח"כ ואלו הן הלוקין וקמפריש ואזיל מה שהתחיל בסנהדרין וא"כ לא ממעטינן מהך ואלו מידי ושפיר אמרינו דתני ושייר: שם דכתיב ולא יחללו את קדשי ב"י: א"ל הך מצרכינן הך חלול לדרשת דשמעון אחי עזרי' בזבחים (דף י"ג ע"ב) ע"ש וגם לדין להך דדרשינן שם (דף ג' ע"ב) דכבר פתבו התוס' שם דהך מקדשי ב"י נפקא אכן לפי דעת המהרש"א בתוס' ד"ה חלול דמהך דנלא יחללו את קדשי ב"י דרשינן פסול נותר ופסול טומאה א"כ קשה איך למד גז"ש חלול חלול מתרומה הך לא הוי מופנה כלל לא גבי טבל ולא גבי תרומה דמצרכינן למעט תרומה טמאה כדדרשינן לקמן פרט לזו שמתחילת ועומדת וגז"ש שאינה מופנה כלל אין למדין ממנה כדאמרינו (בפ"ג דנדה) וי"ל כמו דדרשינן מלא יחלל שם ב' חלולים והיינו משום דהוי מצי למיכתב לא תחל וקאמרינו לעיל (דף ע"ו ע"א) פן דרשינן ג"כ בתרומה ומיותר חד חלול בתרומה לגז"ש וגז"ש המופנה מצד א' למדין ממנה: שם ונילף חלול חלול מיותר: ק"ק הך לענין מיתה או כרת ליכא נפקותא לדין דדין שמים הוא וקמי שמיא גליא וגם לענין מלקות ליכא נפקותא דאתרוניהו לקי ולא הוי נפקותא רק לענין קרבן דאשגגת כרת מייתי קרבן ואשגגת מיתה לא וא"כ מאי מקשה דנילף מיותר הך קרבן קולא הוי משום דאי לא מיחייב מייתי חולין לעזרה וכמו שכתבו התוס' בחולין (דף י' ע"ב) וא"כ שפיר ילפינן לחומרא מתרומה דליכא קרבן: שם פגול ונותר: לא ידעתי למה לא קחשיב ג"כ קדש פנים דקחשיב לקמן ע"ב גבי טמא ששמש וגם לגבי בעל מום: שם ברש"י ד"ה ואלו משום טומאה.

דזרות וטומאה מסד קרא נפקא אזוהרה דידהו: ק"ק דהתינח לדרשה דסתם גמרא אבל לדבי ר' ישמעאל דילף פסול דשמוש זר מק"ו וכן רב משרשיא שם והם ע"כ לא ס"ל דמוינזרו נפיק כדמוכח בגמ' שם מהא דקאמר אי מוינזרו חילול בגופו פתיב בו מנ"ל פן ודחוק לי לומר דהם יחלוקו אדין זה ועוד דהא הך מתניתן ע"כ ר' ישמעאל היא דקתני זרות בהדי אחרני דבמיתה בידי שמים ורק ר"י סובר פן לקמן (דף פ"ד) בפרייתא דלר"ע ור' יוחנן פן נורי הוא במיתת ב"ד וחקמים דמתניתן דלעיל הם ג"כ ר' ישמעאל וצריך לדחוק עוד דקסבר פנותי' בחדא ופליג עלי' בחדא: שם בא"ד.

וכינו דזרות וטומאה מסד קרא נפקא: לקמן הקשה הר"ן דל"ל מיתה גבי זר נילף בהך היקשא מטמא ששמש ותירץ ותו הקשה איפכא ל"ל מיתה גבי טמא נילף בהך היקשא מזה ותירץ דניחא לי לאתויי בגז"ש פדי ללמד אבעל מום משום דאי אתיא בהיקשא ה"ל דבר הלמד בהיקש שאין חוזר ומלמד בגז"ש ע"ש אכן אפתי ק"ל אהך מקשן הו"ל להוכיח בפשיטות דאיכא מיתה גבי טמא פיון דע"כ ידע מהך היקשא כדמוכח מהך ולא

משום טומאה דקתני במתניתו ובזה לא הוי שנייה תירוץ הר"ן וי"ל דסמיה אקושיא אחריתא דאם נאמר דיליף מהיקוש מזר יקשה בעל מום מנ"ל: שם ד"ה אכל ערל.

שמתו אחיו מחמת מילה: וכן כתב ג"כ לקמן (דף פ"ד) והא דהוצרו לפרש דוקא בכה"ג ולא ג"כ בערל שלא מל במזיד נ"ל דבריש ה' מילה כתב הרמב"ם דאין חייב פרת עד שישמיות ודעת הרמב"ם דשם דבכל יום עומד באיסור פרת ונ"ל דפליגי היכי דמל אחר שפבר נעשה גדול דלהרמב"ם לא מיחייב דאיסור פרת לא קל רק אם מת בלא מילה ולהראב"ד הוי זה כמו שאכל חלב פעם אחת או לא עשה פסח פ"א דאעפ"י שאח"כ כל שנותיו לא עבר עוד על עבירות הללו מ"מ חייב פרת על אותו פעם שעבר פן יש לבאר פלוגתתם לפענ"ד אף שבכ"מ לא משמע פן וא"כ י"ל דדעת רש"י ג"כ כדעת הרמב"ם ד וא"כ האי ערל ע"כ בכה"ג שלא מל מחמת אונס דאי במזיד לא מל הרי חייב פרת לעולם אף כשמל אח"כ וא"כ למאי נפ"מ האי דקאמר דערל אין בו מיתה הא בלא"ה איפא פרת משום מילה: שם ד"ה טהורה אין.

וקאי אדשמואל דאמר טמא שאכל תרומה טהורה: ק"ק מנ"ל דאדשמואל קאי דלמא קאי אברייתא דכן משמע לשון הש"ס דלפרושי הברייתא קאתי פולה סוגיין וי"ל דאברייתא לא יקשה די"ל דהך ברייתא אתיא כמ"ד דאין איסור חל על איסור ולכן לא חל איסור טומאת הגוף אאיסור טומאת תרומה ואפילו איסור חמור לא הוי דמאן לימא לן דאיסור טומאת גוף חמיר דבמיתה דלמא טומאת תרומה חמירא דלית לה טהורה במקומה וכעין מה דאמרינן בבבלין (דף ק"א ע"ב) אכל אשמואל פריה שפיר דהוא ס"ל איסור חל על איסור כדמוכח שם (דף קי"ג ע"ב) לפי חד תירוץ הש"ס ולכן ע"כ טעמו מומתו בו כי יחלוהו ופריה שפיר ובלא"ה מלישנא דשמואל גופא מוכח פן דקאמר מניין לכהן טמא שאכל תרומה טהורה שהוא במיתה שצאמר וכו' וכיון דשמואל לא אתי לאשמעינן הך דין גופא שהוא במיתה רק הדרשה דמיחייב ממנה א"כ ל"ל להשמיענו פרט הדין דתרומה טהורה נרה לימא סתמא מניין לכהן טמא שאכל תרומה שחייב אלא ודאי דגם הך דלא מיחייב רק אטהורה רצה לילף מקרא זה ולכן ע"כ טעמו מומתו בו כי יחלוהו ולא מטעם אין איסור חל על איסור: שם בתוספות ד"ה ולא משום טומאה.

וא"ת תיפוק לי': ק"ל אמה דמקשה בשבועות אלא טמא ששמש במיתה היכי משפחת לה לפי מה דאמרינן בגזיר (דף נ"ו ע"ב) אמר ר"א משום ר"י כל טומאה מן המת שגזיר מגלח עלי' פה מןזהר עלי' וכל כו' וכן פסק הרמב"ם בפ"ג מה' ביאת מקדש הלכה ג' ודין זה הוא הלכה למשה מסיני גבי טומאת מקדש כמבואר בירושלמי שהביא הכ"מ שם וא"כ פשיטא מדלא נאמר זה רק לענין טומאת מקדש דלענין שימוש בטומאה מקרי טמא כל שנטמא טומאה דאורייתא וא"כ שפיר משפחת דטמא ששימש יהי' במיתה היכי דלא מחייב משום ביאת מקדש פגון שנטמא בטומאה שאין גזיר מגלח עלי'.

ודחוק לומר דקושית הש"ס לר"מ דפליג שם ואמר דלא תהא זו קלה מן השרץ דאם יש סברא לומר פן גם ר"ת בשבועות שם לא מקשה מידי מהא דנ"מ במלקות די"ל ג"כ דקושית הש"ס לר' יצחק דס"ל מלקות בחייבי כריתות ליפא ועכ"פ יקשה אקושית התוס' דהקא ואמה שפכתו הראב"ד והרמב"ם בפ"ד מה' ביאת מקדש לענין טמא וטבול יום ששמשו וצ"ע: שם בא"ד.

כְּדָאֵמַר לְעִיל מִי אִיכָא מִיָּדִי: לְפִי מַשׁ"כ לְעִיל דְּקֹנְשֵׁיָא זֹו דְּמִי אִיכָא מִיָּדִי רַק לְפִי מִאִי דַס"ד דְּהָא דְּמִמִּיתִין אוֹתוֹ הוּא רַק דְּרַבְּנָן אָבֵל לְפִי הָאֵמֶת דְּהוּא מְדַאֲרִינְתָא לֹא שְׁיִינְךָ לְהַקְשׁוֹת פְּן א"כ גַּם פְּאֵן א"ש וְלֹא צְרִיךְ לִזְמַר דְּתוֹסְפָתָא זֹו פְּלִיגָא אֲמַאי דְּמוֹכַח בַּכ"מ דְּלֹא חֲיִיבִין אֲבִיָּאָה רִיקְנִית: שָׁם בַּא"ד.

וְשָׂמָא הֵהִיא פְּלִיגָא: כְּבָר הֵעִירוֹתִי בְּמַקּוֹם אַחַר דְּבִזְהָ י"ל דְּפְלִיגִי ג"כ ר' אֱלִיעֶזֶר וְרַבְּנָן בַּפ"ג דְּפָרָה אִי עֲבוּדַת פָּרָה צְרִיךְ רִיחוּץ יָדַים וְרַגְלַיִם: שָׁם ד"ה חֲלוּל. לֹא הִיָּתָה גַז"ש אֱלֹא הִיקְשָׁא: ק"ק הָא בְּזַבְּחִים (דַּמ"ח ע"א) מְסַקִּינָן דְּלַכ"ע הִיקְשָׁא עֲדִיף מַגַּז"ש וְאַף דְּבִגִּיטִין אֲמַרִּינָן אֲפָכָא כְּבָר הִקְשׁוֹ תוֹס' שָׁם וְתִירְצוּ וְלֹא מִיבְעִי' דְּקֹשָׁה לְפִי תִירוּץ שְׁנֵי שְׁל תוֹס' שָׁם אֱלֹא דְגַם לְפִי תִירוּץ הִרְאִישׁוֹן שָׁם דְּרַק לְעַנְנָן אִין גַּז"ש לְמַחְצָה אֲמַרִּינָן דְּהִיקְשָׁא עֲדִיף ג"כ תִּיקְשֵׁי דְּהָא גַם הִכָּא הַגַּז"ש דְּתִירוּמָה אִינָה מִיּוֹתֶרֶת דְּצְרִיךְ לְמִילֵי טוֹבָא כְּדִלְקַמָּן: שָׁם בַּא"ד.

דְּלֹא בְּעִי לְמִילָף טְמֵא שְׁשִׁימָשׁ מִנּוֹתֶר וּלְפַעַנ"ד י"ל דְּהַגְמָרָא סְבָרָה דַּע"כ מֵהֵאִי לֹא יִחְלְלוּ אֶת קֹדְשֵׁי בַנ"י לִיכָּא לְמִילָף גַּז"ש דְּאִיךְ נֹאמַר מַה חֲלוּל דְּהֵתָם בְּכַרְתָּ אִף פְּאֵן בְּכַרְתָּ דְּהָא שָׁם אִיכָּא ג"כ בְּמִשְׁמַע טְבָל שְׁהוּא בְּמִיתָה וַא"כ חֲלוּל דְּהֵתָם לֹא פֶרַת דְּוָקָא הוּא וַע"כ דְּיִלָּף מִמְקַדְשׁ ה' חֲלָל דְּכַתִּיב בְּנוֹתֶר לְחוּד וַע"ז מְתַרְץ שְׁפִיר חֲלוּל דְּרַבִּים מִחֲלוּל דְּרַבִּים עֲדִיף וְקָרוֹב לְזָה כְּתָבוּ תוֹס' גַּם רַפ"ב דְּזַבְּחִים ע"ש: שָׁם בַּא"ד.

וַצ"ל דַּאֲע"ג: בְּרִישׁ פ"ב דְּזַבְּחִים (דִּי"ז ע"א) תִּירְצוּ תוֹס' עוֹד אֲקֹנְשֵׁיָא זֹו דְּלֹא שְׁיִינְךָ לְמִילָף רַק מֵאוֹתוֹ דְּכַתִּיב הָעוֹנֵשׁ גְּבִי לְשׁוֹן חֲלוּל כְּמוֹ בְּכָל הִנֵּי דְּלִקְמָן וְלֹא מְלֹא יִחְלְלוּ דְּהֵתָם לֹא כְּתִיב עוֹנֵשׁ דְּכַרְתָּ: שָׁם ע"ב בְּגַמְרָא מִנִּין לְטְמֵא שְׁשִׁימָשׁ שְׁהוּא בְּמִיתָה: א"ל דְּהָא קָרָא דְּתִירוּמָה מְצַרְכִּינָן לְגוֹפָא וּלְגַז"ש דְּטְבָל כַּנ"ל וְגַם הָךְ חֲלוּל דְּטְמֵא שְׁשִׁימָשׁ מְצַרְכִּינָן לְגוֹפָא דְּמַחְלָל עֲבוּדָה פְּדַאֲמִרִּין בְּזַבְּחִים (דַּט"ו ע"ב) דִּי"ל דְּאַפְתִּי חַד חֲלוּל מִיּוֹתֶר לְגַז"ש דְּהָיִי מְצִי לְמִיכְתָּב לֹא יִחְלוּ וְכַתִּיב לֹא יִחְלְלוּ אֲכֵן אַפְתִּי קֹשָׁה דְּהָא מְצַרְכִּינָן ב' חֲלוּלִים לְדַרְשָׁא דְּלוֹי שְׁהִבִּיאוּ תוֹס' לְעִיל אֶחָד פְּסוּל טוֹמְאָה וְאַחַד פְּסוּל נוֹתֶר וּבְשִׁלְמָא לְגִירְסַת מְהִרְשָׁא א"ש אָבֵל לְגִירְסַת מְהִרְשָׁא לְקֹשָׁה וְכַמְדוּמָה שְׁזָה הוּא מַה שְׁהִקְשׁוֹ תוֹס' וְהִנִּיחוּ בְּתִימָא שָׁם בְּזַבְּחִים בְּסוּף ד"ה אֱלֹא לְמַעוּטֵי ע"ש וְאַף שְׁכַתְבוּ הָא אֲצִרְיָךְ חֲלוּל לְשׁוֹן רַבִּים דְּמִשְׁמַע דְּמִקְשׁוֹ דְּחֲלוּל לְשׁוֹן רַבִּים לֹא מִיּוֹתֶר לְדַרְשָׁא מְדַצְרִיךְ פְּאֵן כְּדִי שְׁנֹאמַר חֲלוּל דְּרַבִּים מִחֲלוּל דְּרַבִּים עֲדִיף וְלֹא נִילָף מִנּוֹתֶר ע"כ לֹא לְכַף כְּוִנוֹ דְּהָא הָךְ דְּרִשָׁה דְּלוֹי אֲתִיָּא מְדַכְּתִיב וְלֹא יִחְלְלוּ וְלֹא יִחְלוּ וְהָךְ לְשׁוֹן רַבִּים הוּא מְדַכְּתִיב יִחְלְלוּ וְלֹא יִחְלָל וַא"כ לֹא מִקְשׁוֹ מִיָּדִי אֱלֹא ע"כ דְּכַוְנָתוֹ בְּחֲלוּל לְשׁוֹן רַבִּים דַּב' חֲלוּלִים צְרִיךְ לְגַז"ש וְהִיבִנוּ קוֹשְׁתָנּוּ.

וּנְלַפַּע"ד לִינְשֵׁב קוֹשְׁתָא זֹו דְּהִנֵּה הָר"ן הִקְשָׁה פְּאֵן ל"ל קָרָא דְּוִהֲזֶר הַקָּרֵב יוֹמֶת לְמִיתָה בְּזֶר תִּיפּוּק לִי דְּהָא זֶר אֲתִיָּא מְהָךְ קָרָא דְּוִינְזֶרוּ דְּאֲתִיָּא טוֹמְאָה מְנִי' פְּדַאֲמִרִּין בְּזַבְּחִים שָׁם וַא"כ וְלֹא יִחְלְלוּ אֲתִירוּנִיָּהוּ קֹאִי וְנִילָף תִּירוּנִיָּהוּ מִתִּירוּמָה וְכֵן הִקְשָׁה אֲפָכָא דְּהִשְׁתָּא דַּאִית לָן קָרָא בְּזָה ל"ל גַּז"ש בְּטְמֵא נִילָף בְּהִיקְשָׁא מְזֶר וַנ"ל דַּע"כ הַנְּצָרְכָה הַש"ס לְהִבִּיא הִנֵּי דְּרִשׁוֹת לְקַמָּן פְּלִיגִי ר"י ור"ע ורִיב"נ דְּלַר' יִשְׁמַעְעָל זֶר שְׁשִׁימָשׁ בְּמִיתָה בִּיָּדִי שְׁמִים וְלַר"ע בְּסִקְלָה וְלַרִיב"נ בְּחֻנְקָא וַא"כ הָךְ בְּרִיָּתָא דְּהִכָּא דְּקַתְנִי זֶר בְּהִדִּי הִנֵּי דְּכַמִּיתָה בִּיָּדִי שְׁמִים ע"כ ר"י הִיא וְלָכֵן לַר' יִשְׁמַעְעָל לְשִׁטְתוֹ ע"כ הַנְּצָרְכָה הַש"ס קָרָא אֲזֶר וְטְמֵא

למיתה דהא ר' ישמעאל לית לי דהך וינזרו אור נמי קאי אלא גליף אזהרה לזר מונר לא יקרב אליכם כמבואר שם אבל לוי ג"כ לשיטתו קאי דהוא מ"ד דרשא דוינזרו שם וא"כ לא מצריף גז"ש דחלול לטמא ששימש דאתיא מהיקשא מנר ולכן שפיר גליף מב' חלולים חלול טומאה וחלול נותר ומתנרץ ג"כ קושית התוס' אכן כ"ז לא שיניף רק אי דרשא דלוי דבב' חלולים הפתוב הדבר מקרא דוינזרו אתיא וכן נסת המהרש"ל שיהא גם גירסת התוס' שם פדמוכח אבל לפי גירסת המהרש"א דדרשה זו מטבל אתיא א"כ מנותר חד חלול דקרא דוינזרו לגז"ש ושפיר קשה פקושית הר"ן ל"ל גז"ש גילף מהיקשא דזר וע"כ צ"ל פתרוצו דצריף הגז"ש פי היכי דגילף בעל מום מניה דאי הוי טמא דבר הלמד בהיקש לא היה חוזר ומלמד בגז"ש.

ולפ"ז יש לתרץ מה שהקשו התוס' לקמן בד"ה אלא מטמא ששימש תימה דה"ל למילף מנותר טפי כו' ע"ש ולפ"ז א"ש די"ל דרבי ס"ל ג"כ הך גז"ש דחלול בטמא ששימש מתרומה וא"כ ע"כ ילפינן בעל מום מטמא ששימש דאי מנותר יקשה פקושית הר"ן דגז"ש ל"ל גילף מהיקש שם אדרבה מנותר ה"ל למילף שפן קדש פנים: ק"ל דהוי לי למיקחשב ג"כ שפן אינן פירות משא"כ בתרומה דהא פירות קחשיב ג"כ לעיל לענין טבל ועוד ה"ל למיקחשב חוצה לארץ דטמא ששימש נותר נהגו במשפן ובבמה משא"כ בתרומה וכדחשיב לעיל וביותר קשה דהא השתא הוי הנה דנותר נפישין מהנה דתרומה וא"כ מאי מתרץ חלול דרבים עדיף דלפי מה שנתראה מהתוס' לעיל (דנ"ב ע"א) בד"ה הנה נפישין נגד נפישין לא אמרינן עדיף: שם תנהו ענין לטבול יום ששימש: ק"ק הא מצרכינן למילף עבודות שאינן תמות מהן קרא פדאמרינן לעיל (ע"א) אזהרה ליוצק וכולל מנין ת"ל ולא יחללו וי"ל דהמ"ל ולא יחלו וכתוב ולא יחללו פנ"ל ואף דאפתי מצרכינן חד חלול לגופא דמחלל עבודה וא"כ אפתי איף ילפינן גז"ש מני"ל הא לא מופנה די"ל דמכ"מ גבי תרומה מנותר חד חלול לגז"ש ולא בעינן מופנה רק מצד אחד ואף דצריף הך דתרומה ג"כ לגז"ש דטבל מכ"מ פנין דמנותר לגז"ש מקרי מופנה וילפינן פל הגז"ש דנוכל למילף מניה: שם וילקף חלול חלול מתרומה: א"ל דגילף מנותר די"ל פנ"ל דחלול דרבים מחלול דרבים עדיף ואף דלעיל פתבנו דתירוץ זה לא שיניף רק היכי דשוין אבל היכי דעדיף נותר לא ולענין טבול יום הרי עדיף נותר בחד מתרומה דבציר ליה מקנה דטבול יום אין מקנה מטירו אלא ביאת שמש מ"מ י"ל פנין דלפי מש"כ התוס' בד"ה וילף חלול טבול יום הוא ג"כ בכלל טמא לענין תרומה א"כ ילפינן מטבול יום דתרומה דשנה לו לענין ביאת שמש והוי שוין נותר ותרומה ושפיר אמרינן חלול דרבים מח"ד עדיף: שם ופרועי ראש דכתיב: עיין במהרש"א שהקשה בשם הכ"מ למה צריף קרא דיחזקאל הא מקרא מלא כתיב ולא תמותו ואי הך ולא תמותו לענין אבל קאי א"ש אבל התוס' באלו מגלחין הוכיחו דע"כ לענין אבילות אסמכתא הוא מדלא חשיב ליה גבי הנה דבמיתה וכן הקשה הר"ן לעיל סוף פ' כה"ג דליחשיב קרועי בגדים בהדי הנה דבמיתה לדעת הרמב"ם דהוא במיתה ולפמש"כ לעיל דע"כ צ"ל תני ושפיר גם זה א"ש ומתנרץ קושית הכ"מ ג"כ שהקשה אותה פכר הר"ן לעיל שם.

עוד י"ל בשוב קושיא זו דהנה הרמב"ם (בפ"א מה' ביאת מקדש הלכה ח') כתב דפרועי ראש לא מיחשיב רק בשעת ביאה משום דילפינן משתויי יין והראב"ד השיג וסובר דגם שלא בשעת ביאה מיחשיב ונ"ל דהרמב"ם מוכיח דדוקא בשעת ביאה דהיינו לשימוש

דאביאָה ריקניג ודאי לא מיחייב פּנראָה גאַם מכס"מ שם מיחייב מדקתני בפרייתא ופרועי ראש ובנדאי דאשימש דקתני ברישא קאי פמו אחרני דקתני בהדייהו וא"כ הרי קתני כפי' דדוקא אשמוש מיחייב ולא בלא שמוש והיינו פּהרמב"ם אכן דלא תקשה באמת מנ"ל להפרייתא פּו נ"ל דלזו הוצרך לקרא דיקזקאל דמקרא דתורה סתמא פתיב ולא פּרט בי' עבודה דוקא ולכן מצינו לפרושי פּדעת הרמב"ד אבל בקרא דיקזקאל פתיב אחר שתויי יין בבואם אל התצר הפנימית הרי בפירוש דלא תלה הפתוב רק בביאה גבי שתויי יין וכן בתורה וא"כ ה"ה גבי פרועי ראש דאיתקש ליה ולכן שפיר צריך לאתויי הקא קרא דיקזקאל לתרץ למה דלא מיחייב רק אשמוש דוקא ולכן לא קאמר ר"ח על זה דבר זה מתורת משה רבינו לא למדנו פּדקאמר אערל דדבר זה ודאי איתא מתורת משה רק דמשם הוי מרבין מיתה לכל פּהן אפילו אינו עובד וגמירי דדוקא עובד מיחייב ולכן אתי יזקקאל ואסמכיה אקרא פּדאמרינו לעיל (דף כ"ב ע"ב): שם איתקש פרועי ראש לשתויי יין: בתוס' נבחים (די"ח ע"א) הקשו ל"ל מיתה גבי שתויי יין גילף בגז"ש דחוקה חוקה ולכאורה מאי קשיא להו דאי הוי אתי בגז"ש לא הוי מצינו למילף פרועי ראש מניה דה"ל דבר הלמד בגז"ש דאין חוזר ומלמד בהיקש ולפי מש"כ לעיל א"ש דעיקר מיתה בפרועי ראש באמת פתיבי ולא מייתי היקש אלא לפרש דקרא רק בעבודה איירי א"נ י"ל דקושית התוס' למ"ד שם (דנ"א ע"א) דדבר הלמד בגז"ש חוזר ומלמד בהיקש: שם ברש"י ד"ה לימא מר במיתה.

עד שייבא פּפּרה: ואף שרוב הטומאות לא צריכים פּפּרה דהא רק ד' מח"כ הם זב וזבה יולדת ומצורע מכ"מ מוכיח שפיר דהא קרא בהני איירי דכתיב איש איש מצורע אהרן והוא צרוע או זב.

אכן זה לא שייך רק למ"ד ביבמות (דע"ד ע"ב) דבזב בעל ג' ראיות ומצורע מוחלט דבר הפתוב אבל למ"ד דבעל ב' ראיות ומצורע מוסגר לא מוכח מהא פּלל גם לא ידעתי למה שבק רש"י דרשת הש"ס שם לעשות לו דרשה חדשה דהא שם גילף מאיזהו דבר השונה בזרעו של אהרן דקרא בתרומה איירי: שם ד"ה בן נכר פּהן מומר לע"ז: ק"ק למה לא קחשיב גם בן נכר בהדי ערל בפרייתא דלעיל ואדרבה יותר ה"ל להקדים בן נכר דמוקדם בקרא וי"ל לפמש"כ לעיל דעת רש"י הא דפי' דערל הוי ערל שמתו אחיו מחמת מילה דאי הוי ערל גמור אין נפקותא במה דקאמר דאינו במיתה דבלא"ה הוא בכרת מטעם שלא מל ולכן הר"ת שהשיג על רש"י בנבחים (די"ח ע"ב) וכתב דבסתם ערל איירי לא השיג פּאן ולכן א"ש ג"כ דלא קחשיב בן נכר דהוא בלא"ה בכרת מטעם עע"ז ושאינו עובד פּכר נשנה במתניתן סוף מנחות ע"ש: שם בתוספות ד"ה פּרט לזו.

דמשפחת לה בתרומה שלא הוקשרה: פי' אבל בקדשים לא שייך לומר פּן דחיבת הקודש מכשירתו פּדאמרינו בחולין (דל"ג ע"א) אכן גם הא צריך לפרש דוקא שתחב לו בבית בליעתו דאל"כ נקשר ברוק שפּפּיו ועיין סוף פ"ג דמכשירין ואף אם נחשב הקשר זה שלא לרצון מכ"מ פּינון שמשקין היוצאים מן הטמא משקים טמאים הם לא פּעי רצון דמשקים טמאים מכשירים שלא לרצון פּמבואר בכמה מקומות ועוד הוי מצי התוס' ליישב דמשפחת פּגון שנטל התרומה באותן דברים שהם לא יד ולא שומר שנשנו בפ"א דעוקצין פּגון שרשי קולחי פּרוב וכדומה מה ששייך לענין תרומה דאז לא נטמאת

התרומה דלא מטמא ולא מיטמא וילעגנן קדשים לא משפחת בכה"ג אלא דגם לעגנן קדשים הוי שנייה בכגון שתתבו בכוש או בקיסם: שם ד"ה ולטבול יום.

וטהרה לטבול יום: ואף דהך קרא לעגנן קדשים איירי פדמוכה שם אבל לעגנן תרומה לא מקרי טבול יום טמא דהא אמרינן וטהר טהר גברא ונהרי יותר מדמינן בגמרא הך טמא שמש לתרומה מלקדשים י"ל דטעמא דהש"ס משום דחלול דרבים מרבים דרבים עדיו אבל פיון דקושית התוס' דולא יחללו גבי טבול יום לא ליכתוב א"כ ליפא פאן חלול דרבים ודמי יותר לקדשים מלתרומה דבתרומה הם רק ג' דבציר ברבים ובקדשים הם ד' קדש פנים פיגול נותר ועיין שם ביבמות דמייתי בש"ס קרא דוכל בשר אשר יגע בכל טמא והתוס' תמהו דה"ל למייתי קרא דטומאת הגוף ונ"ל דנדאי לעגנן טומאת הגוף אין סברא לאוקמי לקדשים יותר מלתרומה דהא גם בתרומה טמא אסור וכיון דע"כ התיירה התורה לטבול יום או תרומה או קדשים אין סברא להתיר תרומה ולאסור קדשים יותר מלומר אפכא אבל מקרא דטומאת בשר פריה שפיר כיון דהתם פתיב ב כל טמא א"נ ודאי גם טומאת מחוסר כפורים רבטה התורה לטמא הבשר ואיך אפשר לח"פ לאכול קדשים הא נטמא בנגיעתו ולכן ע"כ קרא גבי קדשים אסור מח"פ וגבי תרומה התיר ועיין מש"כ בספרי ע"ל שם: שם בא"ד.

נפקא לן שפיר מח"פ מוטהרה מפלל שהיא טמאה: לפי מש"כ לעיל דלא מרבינן התם דמח"פ יותר טמא לאכול קדש מלאכול תרומה משום דבקדש פתיב והבשר אשר יגע בכל טמא א"כ לפ"ז י"ל דאי לאו קרא דטומאתו בו לא הוי מדמינן ביאת מקדש לאכילת קדש אלא לאכילת תרומה דמותר בו מח"פ אף דטבול יום אסור ואכילת קדש שאני משום דהתם פתיב בכל טמא ואף דלעגנן מח"פ ילפינן לקמן דעובד חייב אלמא דילפינן מדגלי רחמנא דאסור באכילת קדש י"ל דהיינו השתא דכתיב קרא לאסור מח"פ במקדש ג"כ אז מוכח שפיר דגם בקודש לא הוי טעמי' מפל קדש אבל בלא"ה לא: שם בא"ד.

ואין לתרץ נמי: עיין במהרש"א ובסוף דבריו הניח בצ"ע דא"כ דמח"פ יותר סברא לאסור מטבול יום מנ"ל דקרא דולא יחללו גבי טבול יום איירי דלמא במח"כ ולפע"ד י"ל דהך קרא ודאי לא שנייה לאוקמי במח"כ כיון דקאי אלגנש לא יטמא דכתיב ברישא ובטומאת מת לא שנייה מח"כ וכמו שכתבו גם התוס' בתירוץ: שם בד"ה רמז לטבול יום.

הוי מצי למילף מבינייהו: ודאי אפתי מצריה קרא למיתה דלא מציינו לילף מיושב דביה גופא ליפא מיתה וקושית התוס' אינה רק דחלול לא הוי צריה למילף ר"ס מניה אכן י"ל דלעיל הקשינו הא קרא לא מיותר דצריה חז לגופא דמחלל וחד דדרשא דלעיל דיוצק ובולל מנין וא"כ אפתי גז"ש מנ"ל.

ולפ"ז י"ל דבאמת ילפינן חלול מיושב ומחז מהנה ומיותר קרא שפיר לגז"ש ונהא דמצריה ר"ס להביא קרא דולא יחללו היינו משום דנקט הדרשה היותר פשוטה דכה"ג אשפחן טובא בגמ' כמש"כ התוס' במ"ק (ד"ז ע"א) ע"ש אבל לעולם עיקר דרשה דמחלל בקמה הצד אתנא: שם בד"ה ויליף חלול.

משום דטמא וטבול יום מחד קרא נפקא: פן פתב ג"כ רש"י בזבחים (דט"ז ע"א) אכן
אדבריו שם ק"ק דהא פתב פן אם אפתי לא ידעינן דקרא ונלא יחללו גבי ט"י איירי
וא"כ גם בתרומה לא נאסר ט"י דהא לא גמרין בתרומה רק מט"י שיעבד וי"ל דלא פתב
פן דאיירי גם בט"י רק לפי האמת דמוכח דקרא ונלא יחללו גבי טמא דט"י איירי דפסול
בתרומה פמו טמא דאיירי בי' קרא דתרומה והא דכתב גם בט"י היינו לפי האמת שם
בא"ד.

פדנפקא לן מוינזרו פל דאקרי טמא: ק"ק דאפתי איך בעי למילף לקמן בעל מום מתרומה
בגז"ש דחלול הא בתרומה גופא בעל מום לא פסיל: שם בד"ה אין בגדיהו. לא הוי ילפינן
ממכנסים דלא פתיבי התם: אכן ק"ק דהא בכלל מחוסר בגדים דקתני בברייתא ודאי
ג"כ מכנסים בכלל וא"כ ה"ל להש"ס להביא ג"כ קרא אמכנסים ונלא ישאו עון ומתו
ועוד ק"ל דא"כ דמכנסים לא הוי בכלל אין בגדיהם עליהם אם פן מנ"ל דמחוסר מכנסים
מחלל עבודה דמקרא דומתו לא ידעינן רק דהוא במיתה ולא דמחלל ועיין בתוס' זבחים
(דף י"ח ע"א): שם דף פ"ד ע"א בגמרא דכתיב ומן המקדש לא יצא: בזבחים (דף י"ז)
יליף עוד מדרשות אחרוני וגם הרמב"ם לא הביא הך דרשה רק ק"ו דתנא דבי ר"י אף
דסתם גמרא מיימי הקא קרא ונלא יחלל דנ"ל דחוק מאי דמתרץ דדבר דאיתא מן הפלל
אין דנין אותו בגז"ש: שם אלא מטמא ששמש: ק"ל דאדרבה נימא דילפינן מנותר דדמי
ליה בד' דהיינו קדש פנים פיגול נותר ולפמש"כ התוס' גם חלול יחיד ואי משום דיותר
דמי לטמא ששמש היא גופא קשיא דנימא אפכא ונילף טמא ששמש מבעל מום דג"כ
בכרת דדמי ליה בה' דהיינו פסול הגוף קודש פנים פיגול נותר ולתרומה לא דמי רק בד'
דהיינו גוף טמא מקנה ברבים ובזה אין לומר דאדרבה נילף מתרומה דחלול דרבים
מחלול דרבים עדיף פדלעיל דזה לא שייך רק פשהם שוים ולא בזה דנפיש בעל מום
מתרומה דהכא איכא ד' והכא ה' ועוד הא פתבו התוס' דפסול הגוף דעבודה מפסול הגוף
דעבודה עדיף מדנילף חלול יחיד מחלול יחיד א"כ עדיף נמי מדנילף חלול רבים מחלול
רבים: שם א"ק בו ולא במעילה: ק"ק לרבי בו ל"ל פיון דלא צריף לא למעט בעל מום
ולא למעט מעילה: שם אף פאן בידי שמים: ק"ק לרבי דס"ל לעיל (דנ"ב ע"ב) נאמר
מיתה בידי שמים כו' ע"ש דלפרושי לר' יונתן קאתי וא"כ ע"כ ס"ל כר"ש דסיף קיל
מחנק וכן הוכיחו התוס' שם (דנ"ג ע"א) וטעמא דר"ש מפרש בש"ס שם (דף נו"ן ע"ב)
משום דמדיחי עיה"נ בהנקה ומאן דס"ל הכי ע"כ ס"ל הסברא דאין לך הדיוט גדול מזה
פדמוכח לקמן (דפ"ט ע"ב) והוא סברת ר"ע דכאן וא"כ ע"כ רבי ס"ל כר"ע דזר בסקילה
ולפי מש"כ הר"ן פנ"ל איכא היקשא דזר וטמא ששמש להדדי והוי מצי הש"ס למילף
טמא ששמש בהיקשא מזר רק דצריף לכתוב בטמא ששמש כפי' פדי שגלמוד בעל מום
מניה ונהרי רבי הוא דילף בעל מום מטמא ששמש ומנ"ל דילפינן טמא ששמש בגז"ש
מתרומה דבמיתה ב"ש נילף בהיקשא מזר דבסקילה דהא בגיטין (דמ"א ע"ב) רצה
הש"ס לומר דרבי ס"ל גז"ש והיקש היקש עדיף ואף דמסיק דכ"ע דגז"ש עדיף מכ"מ
לפמש"כ התוס' לא אמרינן הכי רק התם אבל בכ"מ היקש עדיף.

אכן בזה י"ל דרבי באמת לא יליף זר מקרא דטמא רק מקרא אחרונה וכדתנא דבי ר'
ישמעאל בזבחים (ד"ז ע"א) אבל דברי הר"ן צ"ע פיון דצריף דנילף טמא ששמש מזר
בהיקשא ולפי מה שפתבנו פשוט הוא דקושא זו ל"ק לרבי פיון דלדידן זר בסקילה

וע"כ לא קשׁיא לרבי א"כ מאי מתרין פי היכי דנלמוד גז"ש דבעל מום מניה הא רק רבי יליף בעל מום מטמא ששמש ולרבי בלא"ה פקנשית הר"ן ל"ק: שם אף פאן בכתב: ק"ק פיון דר' יוחנן בן נורי סבר דנביא שהדיח בכתב וא"כ ע"כ ס"ל הסברא דאמרין לקמן (ספ"ט) דסתם מיתה שבתורה אינו אלא חנק וא"כ גז"ש מנביא שהדיח ל"ל דכתב בלא"ה ג"כ ידעין פן מדכתוב סתם מיתה וי"ל דאי לאו גז"ש ה"א דילפינן זר בגז"ש דחלול חלול מתרומה דבמיתה בידי שמים דהוה דלא יחללו קאי ארז פמו אטמא וכן קושית הר"ן דלעיל לכן ע"כ צריך גז"ש דיומת להורות ע"י גז"ש דהוא בכתב: שם ור"י סבר דגין הדיוט מהדיוט: א"ל פיון דרבי ישמעאל ע"כ יליף מדלא דמי א"כ מנ"ל לילף מפל הקרב ונקא לילף ממסית וכדומה דכתיב ג"כ גביה ומת והוא במיתת ב"ד די"ל דנדאי היכי דנוכל לילף לקולא ילפינן פן דרק במיתה ביד"ש הוא ולא במב"ד ורק לר"ע מקשה מטעם זה דלילף מפל הקרב וכיון דר"ע נתן טעם דמדדמי ליה ילפינן הוצרך ג"כ טעם לר"י אכל פיון דלר"י שוין הו ודאי ילפינן לקולא: שם ואין דגין הדיוט מנביא: ק"ק דהקא משמע דנביא חמיר מהדיוט ולכך לא ילפינן מניה ולקמן (דף פ"ט ע"ב) בהא דקאמר שם דאין דגין הדיוט מנביא משמע דקיל יותר וי"ל: שם ברש"י ד"ה לא יבא.

והיינו אזהרה מדברי קבלה בעלמא ולא לקי עלי: אכן הרמב"ם (פ"ו מה' ביאת מקדש) כ' דלקי משום דהוי פזר והכס"מ כ' שם דלוקה משום דהוי אזהרה מדברי קבלה ולוקין אקבלה אבל אי אפשר לומר פן דבהדיא אמרין בבכורות (דט"ו ע"א) דמפח הילקתא איסורא איפא לאו ליפא וכן כתב בפ"י הר"ן בפ' פלל גדול דאין לוקין אהלכה למשה מסיני וכן מוכח ג"כ דעת הריטב"א בפ"ג דמכות במה שטען שם אמה שלוקין על חמש הלכות שחיטה וי"ח טריפות ע"ש ולכן נ"ל דטעמא דהרמב"ם פיון דיחזקאל ע"כ לא חידש איסור זה ובדאורייתא לא כתיב ואעפ"כ קרי ליה אזהרה בברייתא דלעיל ע"כ שהלקתא פזר משוי ליה ויחזקאל אסמכי' אקרא אבל אהלכתא אין לוקין: שם ד"ה ולא לישיבה.

דכיון דלא נבחר ה"ל פזר: פן דעתו ג"כ בנבחים שם ועל זה הקשה שם דא"כ מאי מתרין דה"ל ג' כתובים הבאים כא' הא יושב הוי בכלל זר גופיה ועוד הקשה דא"כ חלול עבודה נמי לא גילף דהא גם בחלול כתיבי קראי טובא.

ולפענ"ד עוד יש להקשות דבברייתא שם יליף עכוב מדכתוב העומדים שנה עליו הפתוב לעפב ול"ל פיון דילפינן מזר ולכן י"ל דבאמת עכוב משם אתיא ולא מדהוי זר דזה לא שייך רק היכא דכתיב פהונה וכמו שכתב גם הר"ן בשמעתיך והא דמקשה אימא מה זר במיתה אף יושב במיתה היינו במה מצינו גילף פן וכפי גוססת רש"י בפ"י רש"י שם ומה שהקשו התוס' שם דגבי ערל ואונן נמי הנה לו להקשות צ"ל לפ"ז דחזא מנייהו נקט ובתירוץ הגמרא מתורצים גם אלו.

ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה הבה"ז בנבחים שם על מה שפסק הרמב"ם דיושב אינו לוקה וכתב הכס"מ שם משום דלא הוי רק עשה והקשה הוא דהא בגמרא מוכח דבכלל זר הוא וליקיי משום לאו דזר ולפ"ז י"ל דדעת הרמב"ם ג"כ הכי דליפא משום זר וכדעת הר"ן: שם בד"ה פו ולא במעילה.

גז"ש דחטא חטא מתרומה: הוצרף לזה דע"כ רבנו גמירי לגז"ש דאל"כ ל"ל בו למעוטי וא"כ יקשה גז"ש למאי אתי וע"כ הוצרף לפרש דלאזנהרה אתי אכן דעת הרמב"ם (ריש ה' מעילה) דאזנהרה למעילה מלא תוכל לאכול בשערך אתיא ומכ"מ לא מותר גז"ש דחטא חטא דצריף למילי טובא במעילה (דף י"ב ע"ב) ע"ש: שם בתוספות ד"ה וכל דבר.

דילפינו שתויי יין חוקה חוקה: לזה נדאי לא דמי דהא דאמרנו דדבר הבא מפלל אין דנין בגז"ש היינו משום דלא שייך למילף בגז"ש אלא היכי דהתיבה שנמסר לגז"ש פתיב בפירוש ולא היכי דאתיא מפללא אבל הכא לענן חוקה הגז"ש פתיבא בפ"י רק דדין הנלמד בגז"ש אתיא מפללא ובזה לא איכפת לן דהא שפיר ילפינו בגז"ש דין דלא פתיב בו רק אתי מעלמא פגון דבר הלמד בגז"ש דחוזר ומלמד בגז"ש רק דלענן הנהו דכתיב בהו ולא יחללו שפתבו התוס' עוד לא שייך חילוק זה ושם יש לחלק דהתם לא מיקרי אתיא מפללא דהא הך ולא יחללו בהדבר גופא פתיב דהיינו בטמא שמשמש דילפינו מתרומה בגז"ש אבל לענן אונן דהך חילול דנילף בגז"ש לא פתיב גבי פהו הדיוט פלל רק גבי כה"ג ומפללא אתיא לכהן הדיוט לכן שפיר מקרי אתיא מפללא ולא ילפינו בגז"ש רק דעל זה הקשו עדיין מהא דתורם מרעה על היפה דתרומתו תרומה דילפינו בתמורה (דף ה' ע"א) מלא ישאו עליו חטא חטא מתרומה דבמיתה ותירצו דהתם הוי ג"כ דבר הבא מן הפלל וע"ז הקשו מ"ש בין ולא יחללו להתם דהא התם הוי ג"כ בהך מילתא גופא ולפענ"ד יש לחלק דבשלמא בולא יחללו לא מקרי החלול אתיא מפללא פיון דקאמרה התורה דלא יעבדו בטומאה למען לא יחללו א"כ בפ"י פתיב דאם יעבדו יחללו דהיינו מה שציותה התורה שלא יעבדו פי אז יחללו אבל התם דכתיב אם ירימו את חלבו ממנו לא ישאו עליו חטא א"כ הא דישאו חטא אם לא ירימו את חלבו לא אתיא רק מדיוקא בזה שפיר מקרי דבא מן הפלל: שם בא"ד.

ועל זביחה הראוי דייקינו: הכא גבי ולא יחלל לא שייך לומר פן דנילף ולא יחלל דפירושו מיתה מתרומה ונהדר נילף מפללא פהו הדיוט דכיון דבכה"ג ליפא מיתה לא שייך למילף מתרומה דולא יחלל פירושו מיתה: שם ד"ה גמר חטא.

אבל קדשי בדיק הבית דקדושת דמים לא: לכאורה י"ל דזה תליא אי אמרינו דון מינה ומינה או דון מינה ואוקי באתרה דר"י בזבחים י"ל דסבר דון מינה ומינה ולכן בעינו הפל מתרומה אבל רבי הכא י"ל דסבר דון מינה ואוקי באתרה ובלא"ה רבי ס"ל פן במנחות (דף ק"ז ע"א) וכיון דכן לא ילפינו מתרומה רק עיקר הלוא וכיון דידענו דהזיד במעילה לוקה אוקי באתרה פמו דאיפא מעילה בקדשי בדיק הבית בשוגג פמו כן לוקין במזיד וכיון דפליגי תנאי בהכי בכמה דוכתי בש"ס לכאורה לא יקשה פקושית התוס' וע' מש"כ התוס' בפסחים (דף ל"ג ע"א): שם בא"ד.

וקצת יש לדחות: לפי מה שהביאו התוספות במכות (דף כ"א ע"ב) בד"ה החורש בשור דלקי אחמור בדיק הבית משום מעילה יקשה ממתניתין דשם אתירוץ זה וגם מה שהקשו שם (דף כ"ב ע"א) בד"ה אלא הכא ל"ק לפי תירוץ זה ופשוט הוא שקושיתם שם לפי מסקנתם הכא: פרק עשירי שם ע"ב במתניתין ואלו הן הנחנקין: עיין ב"ר"ן שהאריף לבאר קדימת פרק כל ישראל יש להם חלק לעוה"ב לפני הך פירקא ויש ליישב גירסת

הספרים דנקדים פֿרַק זֶה מִשׁוּם דְּלֵאחֵר שְׁפִינִים לְבֵאֵר הַסּוּגָנִי ג' מִיתוֹת הַקּוּדְמִים מְבֵאֵר
ג"כ אוֹתָן שֶׁהֵם בְּחִנּוּק וּלְאַחֵר שְׁפִינִים ד' מִיתוֹת מְבֵאֵר אוֹתָן שְׁאִין עוֹנְשִׁין ע"י מִיתָה רַק
ע"י שְׁאִין לָהֶם חֵלֶק לַעוֹה"ב וּכמ"ש רש"י ריש' פ' חֵלֶק וְאִיִּדֵי דְתַנִּי דַעִיָּה"נ אִין לָהֶם
חֵלֶק לַעוֹה"ב מְפָרֵשׁ שְׁאָר דִּינֵי עִיָּה"נ שְׁלֵא פִי' עוֹד וְאַחֵר כֶּף תַּנִּי מְסַכֵּת מִכּוֹת וְאַף
דְּמַתְנִיתָן דְּכִיצַד עֵדִים נַעֲשִׂים זוּמְמִין קָאִי אֲמַתְנִיתָן דְּזוּמְמִי בַת כֶּהֵן וּבוֹעֲלָה וְהָרִי לִפ"ז
מְפָסִיק עוֹד מַתְנִיתָן דְּפֶרֶק חֵלֶק אִין זֶה זְרוּת דְּהָא רִישׁ מְסַכֵּת שְׁבוּעוֹת קְאָמְרִינָן דְּמַתְנִיתָן
דְּשְׁבוּעוֹת קָאִי אַמָּה דְּסָלִיק בְּמִכּוֹת חֲזִיב עַל הָרֵאשׁ שְׁתִּים וְגַם שֵׁם מְפָסִיק עוֹד בְּמִשְׁנׁוֹת
רַבּוֹת ע"ש: שֵׁם בְּגִמְרָא אֱלָא לְמ"ד חֲנֻק חֲמוּר מֵא"ל: ק"ק לְפִי דַעַת ר"ת בְּחֻלְוִין (דָּף
י"א ע"ב) דְּמַמִּיתָה לְמִיתָה לֹא אֲזַלִּינָן בְּתֵר רֹב א"כ אֶפְשָׁר דְּמַכָּה אָבִיו אֲיִירִי בְּהוֹרְגוּ
דֵא"כ אִיף מִיחֲזִיב חֲנֻק דְּלָמָּא לֹא אָבִיו הוּא וְאִי מִשׁוּם דְּאֲזַלִּינָן בְּתֵר רֹבָא הָא גַם אִי לֹא
אֲזַלִּינָן מ"מ חֲזִיב סִינִיף מִשׁוּם רוּצַח וְהָרִי מַמִּיתָה לְמִיתָה לֹא אֲזַלִּינָן בְּתֵר רֹב וּבְמִקּוּם
אַחֵר הָאֲרַכְתִּי בְּיִשׁוּב דַעַת ר"ת עַל מְכּוּנָה: שֵׁם חֲנֻק חֲמוּר מֵא"ל: ק"ק הָא מ"ד דְּחֻנּוּק
חֲמוּר הוּא ר"ש וּלְפִי מַה דְּמוּכַח לְעִיל (דָּף ע"ט ע"ב) סְבִירָא לִיָּה לר"ש כְּרַבִּי וְרַבִּי מְפָקָא
מִתְנַא דְּבִי חֲזַקִּיָּה וּכְמִימָרָא דְּרַבָּא שֵׁם וַא"כ ר"ש ע"כ לֹא ס"ל לְדַחֲזַקִּיָּה וּקְשָׁה לְדִידִיָּה
קוֹשְׁתִּי הַש"ס דְּלַקְמָן הִיקְשָׁא ל"ל וַע"כ צ"ל דְּאַתְיָא הִיקְשָׁא לְמַכָּה אָדָם לְרַפּוּאָה פֶּטוּר
וַא"כ ע"כ מוּכַח דְּמַכָּה אָבִיו וְאִמּוֹ לֹא הִיָּינוּ הַפָּאָת מִיתָה דֵא"כ אִיף שִׁינִיף דְּלַרְפּוּאָה פֶּטוּר
וּלְפִי תִירוּץ קְמָא דְּהַתּוֹס' לְעִיל ד"ה וּמְפָקָא מְדַרְבָּנָן א"ש אַבְל לְתִירוּץ בְּתֵרָא קְשָׁה
לְכַאוּרָה: שֵׁם וּכְתִיב אוּ בְּאִיבָה: הַנְּצָרָף גַם לְפִסּוּק זֶה דָּאִי מְקַרָּא קְמָא ה"א דְּאַדְרַבָּה הֵכָא
גַלִּי קְרָא דְּמִיתָה הוּא וּמִשְׁם יְלִפִּינָן בְּכָל מְקוּם אַבְל מְדַהֲנְצָרָף הַפְּתוּב גַם גַּבִּי אוּ בְּאִיבָה
לְכַתּוּב וַיָּמוּת מוּכַח דְּדוֹקָא בְּאוֹתָן דְּגַלִּי קְרָא מִיתָה בְּפִי הוּא מִיתָה הָא בְּשְׁאָר הַפָּאָה בְּלֹא
מִיתָה: שֵׁם ה"א אֶפְלוּ גְפָלִים: זֶה וְדָאִי דְּבַכְלָל אָדָם אִין גְּפָלִים בְּכָלֵל מְדַצְרִיף ר' יִשְׁמַעֲאֵל
לְעִיל (דָּף נ"ז ע"ב) קְרָא דְּבַאָדָם לְרַבּוֹת עוֹבְרִים וַא"כ לְכַאוּרָה קְשָׁה ל"ל דְּכַתִּיב מַכָּה
אִישׁ וַע"כ הַנְּצָרָף לְכַתּוּב ג"כ כָּל מַכָּה נֶפֶשׁ לְרַבּוֹת קֶטָן לְכַתּוּב קְרָא מַכָּה אָדָם וְלֹא בְּעִי
נֶפֶשׁ דְּבָזָה הוּי קֶטָן בְּכָלֵל וְלֹא גְפָלִים אָכֵן לְפִי מַה שְׁחִילְקוּ הַתּוֹס' בַּד"ה הוּי אֲמִינָא בְּתִירוּץ
א"נ בֵּין עוֹבֵר לְגְפָלִים א"ש: שֵׁם וְאִימָא אַע"ג דְּלֹא עֲבִיד בִּיָּה חֲבוּרָה: ק"ק דֵא"כ יִתְחַזִּיב
מַכָּה או"א גַם לְאַחֵר מִיתָה דְּהָא לֹא מְמַעֲטִינָן לְקַמּוֹן (דָּף פ"ה ע"ב) אֱלָא מִשׁוּם דְּלֹא שִׁינִיף
חֲבוּרָה לְאַחֵר מִיתָה וַא"כ גַם בְּמַקְלָל יְדַעִינָן לְאַחֵר מִיתָה דְּהָא לֹא הוּי מְמַעֲטִינָן שֵׁם רַק
מְדִילְפִינָן מְמַכָּה וּל"ל קְרָא דְּאָבִיו וְאִמּוֹ קַלֵּל לְרִיבּוּיָא אַע"כ מוּכַח דְּמַכָּה הִיָּינוּ חֲבוּרָה
דוֹקָא שְׁלֵא שִׁינִיף לְאַחֵר מִיתָה וּי"ל דְּקוֹשְׁתִּי הַש"ס לר' יִאֲשִׁיָּה דְּהוּא יְלִיף שֵׁם מוּמַקְלָל
אָבִיו וְאִמּוֹ וְלֹא מְבַעֲיָא לִיָּה לְטוֹמְטוּם וְאַנְדְּרוּגִינוּס דְּנִפְקָא מֵאִישׁ אִישׁ וְלֹא ס"ל דְּדַבְּרָה
הַתּוֹרָה כָּלֵל ב"א וּלְפִי מַה שְׁפָתְבוּ הַתּוֹסְפוֹת רַפ"ב דְּמַנְחוֹת לַכ"ע אִית לְהוּ דְּדַבְּרָה
הַתּוֹרָה כֵּל' ב"א הִיכָא דְּלִיכָא לְמִזְדַּרְשׁ בְּעַנְיָן אַחֵר וַא"כ שְׁפִיר י"ל דֵאֵע"ג דְּלֹא עֲבִיד
חֲבוּרָה וּקְרָא דְּמַקְלָל מוּקְמִינָן אַז לְטו"א וְלֹא יְלִפִּינָן מֵאִישׁ] דְּאַמְרִינָן דְּבָרָה תּוֹרָה כָּלֵל ב"א:
שֵׁם דְּהָא אִי גְמִי הַכְּחִישָׁה בְּאַבְנִים חֲזִיב: הָא דְּפִשִׁיטָא לִיָּה בְּבַהֲמָה כ"כ דְּלֹא גִימָא
דְּקָרָא אֲתִי לְמַעוּטִי דְּלֹא מִיחֲזִיב בְּבַהֲמָה עַד דְּעֲבִיד חֲבוּרָה ה"ט דְּכִינוּן דְּמַה שְׁמַשְׁלֵם
בְּבַהֲמָה הֵם תְּשִׁלוּמֵי נְזֻק אִין סְבָרָא שְׁיַחֲלַק הַפְּתוּב בֵּין נְזֻק דָּאִית ע"י חֲבוּרָה לֹאִין בּוּ
חֲבוּרָה דְּהָא עַכ"פ הַזִּיק וְלָכֵן מְסַבְּרָא מוּקִי לִיָּה לְאַדָם דְּהִיָּינוּ מַכָּה או"א שְׁאִין מְשַׁלֵּם
הַהִיָּזֻק: שֵׁם אִי הֵכִי אַחֵר גְּמִי: א"ל פִּינוּן דְּלִפִּי הַמְּבֹאֵר בִּי"ד (סִי' שִׁל"ו) אִיכָּא מ"ע

לרפאות חבירו וא"כ באחר דליפא רק ל"ת לחוד גם אי חובל ע"י רפואתו אתי עשה ודחי ל"ת משא"כ באביו דאיפא לאו דמיתה דאינו נדחה מפני עשה דאפילו ל"ת שיש בה פרת לא נדחית מפני ע' פמבנאר ביבמות (ד"ו ע"א) די"ל דלא שייך בזה דחייב דבעידנא דקעבר אלוא דחבלה לא מקיים ע' דהא ע"י החבורה אינו מרפא: שם והדתנו מחט של יד: א"ל דלמא לטול בה ע"י נכרי הוא דכיון דלו אסור ליטול הקוץ הוי המחט דבר שמלאכתו לאיסור ואסור לטלטלו אכן ק"ק הא ראוי ליטול ע"י שנים דהוי שנים שעשאוהו ואף דעכ"פ הוי פטור אבל אסור הא במקום צערא לא גזרו כמו בהמפיס מורסא בשבת להוציא ליחה דהוי פטור ומותר: שם ברש"י ד"ה ובוועלה.

בנשואה ב"כ קמירי: אבל ארוסה בוועלה בסקילה לא הוצרך לפרש פן רק לר"ש דס"ל דגם ארוסה יצאת לשריפה דשריפה חמור מסקילה אבל לרבנן לא הוי הדין דב"כ רק בנשואה וכו"ש בלא"ה לא אתיא מתניתן פיון דסבר לקמן (דף פ"ט ע"ב) דמדיחי עיה"נ ונביא שהדיח בתנא א"כ ה"ל להמתניתן דהכא לחשבינהו אכן ק"ק דהא גם גבי נסקליו לא חשבינהו וממנ"פ ה"ל סקילה פרבנן או חנק כר"ש וא"ל דהוי בכלל מדיח דהא דין דנביא שהדיח עם מיתתו פתיב בפירשה לבדו וכש"כ דהוי ליה לחשבו מדחשיב הכא הבא על א"א ובוועל ב"כ ואולי בפלוגתא לא קמירי: שם בתוספות ד"ה איש.

י"ס שפתוב בהן אשה לא: נ"ל דהגורסים פן גרסו גם לעיל כל מפה נפש דהשתא א"ש מה שהקשו התוספות לעיל מגמרא דנדה דילפינן קטן מואיש פי יפה גם מה דקשה לכאורה עוד הקרא דכל מפה נפש למאי אתי ולפ"ז אתי שפיר דואיש פי יפה אתיא לקטן וכל מפה נפש לאשה והכא דגרסינן אשה לא גרסינן ג"כ כל מפה נפש ורק גירסת הש"ס דלפנינו דגרס קטן לא וגם כל מפה נפש והך ע"כ אי אפשר לומר פן אבל קצת קשה דכל נפש אדם אצטריך לפלוגתא דריב"ב ורבנן לעיל (דף ע"ח): שם בא"ד.

בהדיא ממעטין אשה: ק"ק איך אפשר לומר פן דבאשה אינו במיתה א"כ איך שייך קרא דואם אסון יקרה ונתת נפש תחת נפש דהוא אסון באשה ונפש תחת נפש הוא מיתה ממש לרבנן לעיל (דף ע"ט ע"א) ע"ש וי"ל שם בד"ה הכחשה.

מידי דהוי אהפיהו ע"י וצמתה: עיין בב"ק (דף פ"ו ע"א) דרק לרבא פטור מנזק אבל לאב"י מיחייב וא"כ אין ראיה כ"כ דבלא הדרא איירי די"ל דרב ירמיה דהכא פאב"י ס"ל: שם ד"ה מאן שמעית.

לשון הקונטרס פתבתי: לפי שיטה זו י"ל מה שהקשו התוס' בשבת (דף ע"ה ע"א) ותימה דבסוף פ"ק דחגיגה כו' ע"ש ולפ"ז אתי שפיר דממנ"פ מתרץ הכא שפיר דפטור לר"ש אי חביל בהוצאת קוץ דאי מיחייב משום מקלקל א"כ היינו הך דמוכח ממילה וב"כ וממילא פטור במלאכה שא"צ לגופה ואי מיחייב במלאש"צ לגופה א"כ ממילא פטור במקלקל דהא י"ל דהא דצריך קרא למילה וב"כ היינו משום דמיחייב משום תיקון מילה ותיקון פתילה אף דהוי אצ"ל אכן ק"ק לפי פי' רש"י מנ"ל לר"ש להוכיח ממילה וב"כ דמקלקל חייב לידוק דמלאכה שאצ"ל חייב פיון דבתרנוניהו איפא חד טעמא לפטור וע"כ בחד גלי קרא ומאי עדיף הך מהך: שם בא"ד.

וכ"ת לר' אבנה: עיין בב"ק (דף ל"ד ע"ב) שמתירצו התוס' על זה דבאמת סוגיא דהכא לא אזלא רק לר' יוחנן אבל לר' אבהו מקלקל חייב גם באצ"ל ותירוצין זה לכאורה מוכח יותר מתירוצם דהכא דעל זה קשה פנין דאיסורי הנאה הם מה מקלקל שייך גבם הא גם קודם חבורו וביעורו לא הנה שנה מידי דלא ראוי למידי ואדרבה בהבצרה מתקן הוא דכל הנשרפים אפרן מותר ועושהו ראוי ליהנות מאפרו.

ולפי התירוצ דב"ק מתורץ ג"כ מה שיקשו התוס' בפסחים (דף ע"ג ע"א) בד"ה לדברי האומר מיהו אפתי ק' לר"י כו' ע"ש פנין דקושיתם שם לא קאי רק לר' אבהו כנראה שם: שם בא"ד. דאיירי בטועה אלמא מחייבין מתעסק: עיין בכריתות (דף כ' ע"א) דלחז מ"ד שם ס"ל לר"ש מתעסק פטור וא"כ למ"ד זה לא יהיה מוכח דס"ל לר"ש מקלקל בחבורה חייב: שם בא"ד.

דבסתמא דהתם מודו כ"ע: ק"ק הא הך מתניתן דכל הכלים ר' יוסי קאמר לה וא"כ לאו סתמא הוא ורש"י פתב שם דמתניתן ר"ש היא וזה תמוה ביותר דבפ"י פתיב ר"י ואולי גירסת רש"י היא ר"ש וא"כ ראית התוס' דהכא אינה ראיה אכן לא ידעתי למה הוצרכו התוס' להביא ראיותם ממרחק הא מסוגיא דהכא גופא מוכח דע"כ פשיטא לה"ש"ס דמתניתן דמחט אתיא ככ"ע דאל"כ מאי פריה אלא למ"ד חייב מא"ל דלמא מתניתן באמת לא פנותיה אתיא: שם בא"ד.

אי לאו דס"ל מקלקל בחבורה פטור: ראיה זו לא שייכא רק לר' אבהו דס"ל דאין חילוק בין קלקול עם תיקון קצת לאין תיקון כלל אבל לר' יוחנן דגם ר"ש לא מחייב רק עם ת"ק א"כ שפיר י"ל דגם ר"י ס"ל פן נהא דמותר במחט משום דהתם ליכא תיקון כלל ולפ"ז לא יהיה מוכח לר' יוחנן כלל דס"ל לר' יהודה מקלקל בחבורה פטור: שם דף פ"ה ע"א בגמרא מהו שיעשה שליח לאביו: לכאורה משמע דגם בדאיכא אחר קאי האיבעיא דאי בדליכא אחר דוקא אבל בדאיכא אחר פשיטא ליה דלא הותר א"כ מאי קפריה לקמן מיתבי ומה מי שמצווה להכותו ומהפרייתא דהרוצה להרוג דדלמא הוה איירי בדאיכא אחר אע"כ דגם בדאיכא אחר פשיטא ליה להתיירא ומה"ט פתב הרמב"ם דהך שיעשה שליח בלשון אם הוא חזן הפנסת שדרכו להלקות דמשמע דשפיר יש אחרים רק הוא המיוחד לכה להלקות כדאמרין במכות (דף כ"ב ע"ב): שם א"ל ואחר מי התיירא: ק"ק דלמא באחר ה"ט דאתי עשה דארבעים יפנו ודחי לאו דפן יוסיף אבל לגבי אביוה"ל לאו שיש בו מב"ד ולא נדחה מפני עשה כמו ל"ת שיש בה כרת כדאמרין ביבמות (דף ד' ע"א) וי"ל דהא לענין נידוי ליכא למימר הכי דהתם ליכא עשה אכן אהך גופא שפי רש"י וכן הרמב"ם לקללו דהיינו נדוי דמה קללה שייך בנדוי ואולי משום איסור מקלה אביו ואמו הוא דמזה אתיא אזהרה לבנות או"א כמש"כ הרמב"ם שם (פ"ה מה' ממרים) אבל ביותר הנה נראה לפרש דלקללו הוא קריאת הפרשה דנהפלה ה' את מכותה שקורין הדיינים בשעת מלקות כדאמרין במכות (דף כ"ב ע"ב) וזהו קללה ממש דהיא אלה הפתובה בתורה כדאמרין בשבועות (דף ל"ה ע"א) ע"ש ובזה יש לעיין אי לא מקרי קריאה זו עשה דאתיא מבקורת תהיה בקריאה תהא עיין מ"ק (דף י"ד ע"ב) בתוס' ד"ה מהו: שם ל"ש בנו ול"ש אחר: ק"ק למה ליה למילף מק"ו תיפוק ליה מקרא יתירא דלא יוסיף פן יוסיף דארף אם לא יוסיף קאי רק אמולקה שלא יוסיפו לו הא איכא פן יוסיף

דְּנֻחֵשׁב פֶּן לָאוּ בִּפְנֵי עֲצָמוּ כְּדֹאֲמַרִּינֵן בְּיוֹמָא (דָּרַךְ פ"א ע"א) וּבְכַמָּה דְּוֹכְתֵי וְשִׁפִּיר קָאֵי גַם אֲשָׁאָר מִפְּהַ וּי"ל דְּהֵךְ פֶּן יוֹסִיף מוֹקְמִינֵן מְסַבְרָא לְאַזְהָרָה אֲמַפְהָ אָבִיו דְּמַצִּינֵנוּ לֹו כְּבָר עוֹנֵשׁ וְאַפְתֵי לְשָׁאָר מִפְּהָ אָדָם מִיִּשְׂרָאֵל לֹא יִדְעֵנוּ אַבְל הַשְּׁתָא דְאִיכָא ק"ו אִיכָא גִילוּי מְיֻלְתָא דְקָרָא דְלֹא יוֹסִיף לֹא בְלִבְדֵּי אֲמוּלְקָה קָאֵי אֲלֵא גַם אֲשָׁאָר הַפְּאָה.

וּבְזָה מְתוּרְץ מַה שְׁהַקְשׁוּ הַתּוֹס' בַּד"ה הָא בְּבָנוּ הָא אֵין מְזַהִירִין מִן הַדִּין דְּהַשְּׁתָא לָאוּ מִן הַדִּין מְזַהִירִים אֲלֵא מְקָרָא יִתִּירָא דְפֶן יוֹסִיף אֲלֵא דְאֵי לָאוּ ק"ו לֹא הֵנִי מוֹקְמִינֵן קָרָא לְאַבְיו וְהַק"ו לֹא אֲתֵי רַק לְגִלּוֹת דְקָרָא גַבִּי אָבִיו מְיִירֵי גַם מְתוּרְץ בְּזָה תְּמִיהַת הַתּוֹס' ד"ה הַפְּהָ הַפְּאָה דְּהַשְּׁתָא אָבִיו לָאוּ מְקָרָא דְלֹא יוֹסִיף אֲלֵא מְפֶן יוֹסִיף אֲתֵיָא וּמְלִקוֹת הוּא מְלֵא יוֹסִיף דַּע"י הַק"ו יִדְעֵינֵן דְקָרָא גַם בְּשָׁאָר מִפְּהָ אִיירֵי: שֵׁם אַחַר גְּבָרָא קְטִילָא הוּא: ק"ק דַּא"כ אָבִיו נְמִי וְרַש"י לְקַמֵּן סוּף הַסְּנֻגָּיָא פִּי דְאָבִיו ה"ט דַּע"כ"פ חֵי הוּא וְשִׁיף חֲבָלָה גְּבִיָה וּלְפ"ז גַם זֶה א"ש אָכֵן אֲפְתֵי הו"ל לְפָרֵשׁ פֶּן גַם הָכָא וְעוֹד קָשָׁה אִיף ס"ד דְּמַשׁוּם דְּגְבָרָא קְטִילָא הוּא לֹא יִתְחַיֵּיב הַמְּפָהוּ הָא הַיִּנְצָא לִיְהִרְגַּל חֲשָׁבִינֵן לִיהַ פְּחֵי לְכָל דְּבָר כְּדֹאֲמַרִּינֵן (סוּף פָּרַק קַמָּא דְעֶרְכִין) דְּנוֹדֵר וּמַעְרִיף וּמַקְדִּישׁ וּמְזִין עָלָיו מְדָם חֲטָאתוֹ וּמְדָם אֲשָׁמוּ וְע"ק הַשְּׁתָא דְאַפְתֵי לֹא יִדַּע מַהֵךְ דְּרַשָּׁה דְּהַמְקַוְיִים שְׁבַעֲמָה גַם אֵי הֵנִי גְּבָרָא קְטִילָא מִנ"ל דְּלֵאחַר מִיתָה פְּטוֹר דְּהֵאֵי קָרָא דְּמַפְהָ סְתָמָא כְּתִיב וְעוֹד מֵאֵי מַקְשָׁה מַהֵא דְּרַב שְׁשֵׁת דְּבִיִּישׁוֹ יִשָּׁן וְנִתְ דְּהַתָּם דִּין הוּא שְׁיִתְחַיֵּיב מִפְּנֵי שְׁמִתְבִּיִּישִׁין בְּנִי אַבְל מַה עֲנִין בְּזָה לְהַתְחַיֵּיב בְּמַלְקוֹת עָלָיו מִדִּין מִפְּהָ וּנ"ל דְּכִינֵן דְּמַתְרַץ דְּבַהֲפָהוּ הַפְּאָה שְׁאִין בַּה ש"פ אִיירֵי ע"כ לְפִי מֵאֵי דַס"ד הַשְּׁתָא הֵנִי אִיירֵי בְּהַפְּאָה שְׁיִישׁ בַּה ש"פ דְּמַשְׁלֵם חֲמִשָּׁה דְּבָרִים וְלֹא לֹוּקָה וְזֶה יְדוּעַ דְּנֻזַּק שְׁמִין כְּפִי מַה דְּשׁוּהָ לְמַפְּוֹר בְּשׁוּק כְּדֹאֲמַרִּינֵן בַּב"ק (פ' הַחֹבֵל) וּבְעֶרְכִין (ס"פ קַמָּא) אֲמַרִּינֵן דְּהֵינְצָא לִיְהִרְגַּל לֹא נִיְדָר מִפְּנֵי שְׁאִין לֹו דְּמִים וַא"כ הֵכִי מְתַרְץ דְּבִאחַר ה"ט דְּלֹא מִיְחַיֵּיב מִפְּנֵי דְאִין כָּאֵן מְמוֹן דְּגְבָרָא קְטִילָא הוּא וַא"כ אֵין כָּאֵן נֻזַּק וְשִׁבְתָּ וְרַפּוּי בְּלֵא"ה אֵין כָּאֵן וְלִכֵּן אֵין מַשְׁלֵם וְאַהֵא מַקְשָׁה דְּהֵא אָמַר ר"ש דְּבִיִּישׁוֹ יִשָּׁן חֲיִיב מַשׁוּם דְּמִתְבִּיִּישִׁין בְּנִי וְזֶה שְׁיִיף ג"כ כָּאֵן וְאַפְתֵי יִשְׁלֵם בְּוִשְׁתָּ וְגַם צַעַר שְׁהוּא נְכָלָל בְּכָלל חֲיִיב דְּאָמַר ר"ש וּכְמוֹ שֵׁכ' הַר"ן וְלִהֲכִי צָרִיף לְתַרְץ דְּלַעֲנֵן מַלְקוֹת אִיירֵי וְלִהֲכִי א"ש דְּלַעֲנֵן לֹא צָרִיף לְפָרוּשֵׁי טַעְמָא הָא דְּמִיְחַיֵּיב דְּהֵךְ טַעְמָא דְּגְבָרָא קְטִילָא לֹא שְׁיִיף רַק לַעֲנֵן מְמוֹן וּבְהֲכִי א"ש ג"כ דְּלֹא תַקְשָׁה מִמֵּאֵי דְּמַסְקִינֵן הָכָא דְּגְבָרָא קְטִילָא הוּא אַמָּה דְּאֲמַרִּינֵן לַעֲיִל (דָּרַךְ פ"א ע"א) מ"ד גְּבָרָא קְטִילָא הוּא קַמ"ל: שֵׁם אָמַר רַב מְרִי בַּעֲמָה בְּמַקְוְיִים שְׁבַעֲמָה.

לְכַאוּרָה לְפִי הַמְּסַקְנָא לֹא קְאֲמַרִּינֵן עוֹד הַדְּרָשָׁה דְּעוֹשָׂה מַעֲשָׂה עַמָּה וְצָרִיף עֵיוֹן דְּהֵא בִּיבְמוֹת (דָּרַךְ כ"ב ע"ב) נְקִיט בַּש"ס בְּפִשְׁטוֹת לְדְרָשָׁה קַמְיִיתָא דְּעוֹשָׂה מַעֲשָׂה עַמָּה וְכֵן לַעֲיִל (פ' ד' מִיתוֹת) וְהַרְמַב"ם נְקִיט ב' הַדְּרָשׁוֹת יַחַד בְּפָרַק ה' מַה' מְמַרִּים וְגַם זֶה ק"ל אִיף אֲפִשֵׁר לְדְרוֹשׁ ב' דְּרָשׁוֹת מַחַד קָרָא גַם לְכַאוּרָה הַל"ל אֲלֵא אָמַר רַב מְרִי.

וְהַנְּלַפְע"ד דְּרַב מְרִי לֹא בָּא לְחַזוֹר מַהֵךְ דְּרָשָׁה דְּעוֹשָׂה מַעֲשָׂה עַמָּה אֲלֵא לְפָרוּשֵׁי אֲתֵי דְּמַדְכְּתִיב בַּעֲמָה דְּרָשִׁינֵן ג"כ הַמְּקוֹנְיִים שְׁבַעֲמָה וַא"כ לֹא מִיְחַיֵּיב אֲלֵא בְּעוֹשָׂה מַעֲשָׂה מְקוֹנְיִים שְׁבַעֲמָה אַבְל פִּינֵן דְּנִגְמַר דִּינוֹ לְהַרְיָגָה לֹא מַקְרִי עוֹד עוֹשָׂה מְקוֹנְיִים שְׁבַעֲמָה וְלֹא מִיְחַיֵּיב אַבְל מְקוֹנְיִים שְׁבַעֲמָה לְחֹדֵד לֹא בְּעֵינֵן וְלִכֵּן לֹא מִיְפְּטֵר ג"כ כְּשִׁהֲכָה אוֹ קָלָל אָדָם טְרַפָּה דְלֹא הֵנְזַכַּר דִּינוֹ לְפְטוֹר בְּשׁוּם מְקוֹם וּבְהֲכִי מְתוּרְץ ג"כ מַה שְׁהַקְשׁוּ הַתּוֹס'

לקמן (ע"ב) בד"ה שיכול הואיל ע"ש וכן נראה דעת הרמב"ם שהרפיב ב' ביחד: שם בתוספות ד"ה ור"ש האמר כדאיתא שלהי פ"ק פ"ה לאו בפ"א אמרינן שם פ"ד דמשום כלאחר יד הוא דא"כ יקשה דלימא טעמא ממלאכה שא"צ לגופה אלא דבאמת התם סתמא קאמרינן דפטור ויש לפרש באמת הטעם דמלאכה שא"צ לגופה היא: שם בא"ד.

וכן מוכח בהיהיא דהמכבד עיין מש"כ התוס' ב"ה בפסחים ובשבת: שם בא"ד. דהא ר"ש מחייב מקלקל בהבערה: ק"ל דא"כ משום מלאכה שא"צ לגופה נמי לא ליפטר דהא אדרבה במלאכה שא"צ לגופה מפרשינן טעמא בחגיגה משום מלאכת מחשבת ולא במקלקל ומה שק' מסוגיא דכאן דאמרינן מלאכה שא"צ לגופה גם לענין חובל פ"ד הקשו התוספות בשבת ותיירצנו לעיל: שם בא"ד.

והא דשרינן לבעול לכתחלה: פ"י דמזה קשיא לכאורה אהא דכתבו התוס' דבהבערה פ"ו דמקלקל חייב ולא בעי מלאכת מחשבת ה"ה ג"כ אין מתפנין דא"כ גם בחובל הדין פ"ו ואיך קאמרינן בכתנבות (דף ה' ע"ב) דלר"ש מותר לבעול לכתחלה בשבת משום דבר שאין מתפנין דליתחייב עליו מדאורייתא כמו גבי נתפנין לכבות עליונות והבעיר תחתונות דמיתחייב לר"ש אי לא משום דהוי מלאכה שא"צ לגופה ואהא תירצו דגם התם ה"ט משום דא"צ לגופה ודלא כמהרש"א דכתב דקושית התוס' דליהוי שגגת סקילה כמו לקמן גבי מכבה: שם ד"ה הא בבנו.

ואע"ג דאין מזהירין מ"ה: לפ"ז לא יהיה באביו מלקות לעולם בהפאה שאין בה חבורה ואין נראה פ"ד מדעת הרמב"ם (פ"ה מה' מ"ה) ואולי י"ל דהשתא דינדעינן מק"ו דקרא גבי אביו ג"כ איירי שפיר לוקין ג"כ אכן לדעת הרמב"ם בלא"ה לא מצרכינן לתי' התוס' עפ"מ ש בספר המצות שורש י"ד דהיכא דכתיב העונש בפ"י שפיר ילפינן האזהרה מק"ו ע"ש.

ועוד י"ל קושית התוס' לדעת הרמב"ם עפ"מ ש"כ בפ' ב' מה' מאכלות אסורות דהיכי דאיכא ע' בהדי ק"ו שפיר ילפינן אזהרה מק"ו ע"ש בהרב המגיד והכא פשיטא דאיכא ג"כ עשה דכבד את אביך ואת אמך ודאי ש' אמו ואביו תיראו שלא להכותם בהדי ק"ו ורק התוס' לשיטתם הקשו שפיר דלא ס"ל להך כלא כמו שהוכיח המ"ל שם מתוס' ס"פ פל שעה.

ובמה שכתבנו בזה דאיכא ע' שלא להכותם מתורץ ג"כ מה שהקשינו לעיל דלית ע' ולידחי ל"ת דהשתא איכא ל"ת ועשה בין בהפאה בין בקללה וידוע דאין ע' דוחה ל"ת ועשה דהא גם באחר איכא עשה דואהבת לרעהך כמוהו שלא להכותו ושא לא לקללו: שם בא"ד.

ה"מ להלקותו: ק"ל דאיך אפשר לומר פ"ד דאזהרה שאין לוקין עליו מזהירין מ"ה דא"כ איך אמרינן במכות (דף י"ז ע"ב) הא אפילו למ"ד עונשין מ"ה אין מזהירין מ"ה ופי' רש"י דהוא ר' יצחק והוא ע"כ ג"כ ס"ל דאין מזהירין מ"ה מדאיכא קרא ותיירא גבי אזהרה וכן פתבו התוס' גופא שם (דף י"ד ע"א) דהוא ר' יצחק ונהרי ר"י ס"ל שם דמלקות בח"כ ליכא ואעפ"כ אמרינן דאין מזהירין מ"ה אלמא דאמרינן פ"ד אפילו לענין אזהרה שאין לוקין עליו ואפילו אי הו' דקאמר בש"ס שם לאו ר"י הוא אלא ר"ש

גופיה תנא דבריימא שם דהוא ג"כ ס"ל דעונשין מ"ה וגם ר"א בנו פדאמרין לעיל (דף ע"ד ע"א) ג"כ תקשי דכיון דסברי דעונשין מ"ה, ע"כ מיתר להו אחותו דסיפא דאחותו בת אביו ובת אמו אתיא בק"ו דל"ל דמילתא דאתיא בק"ו טרח וכתב לה קרא ס"ל דא"כ מנ"ל דאין מזהירין מ"ה מיתורא דקרא הא גם לענגן אזהרה איפא למימר הכי וע"כ היכא דאיפא למידרש לא אמרינן פן ומיתר להו אחותו ע"כ לדר"י וגם הם כר"י ס"ל דמלקות בת"כ ליפא ולכן עכ"פ קשיא לשיטת התוספות זו גם צ"ל דמודה ר"י דבתיבי מיתות ב"ש לוקין דהא באוכל טבל ס"ל לר"ש דלוקין פדמוכח (ר"פ אלו הן הלוקין) אף דטבל במיתה ולפי מה שהוכחנו ע"כ ר"ש כר"י ס"ל וצ"ע: שם בא"ד.

היכי אתי בנו מק"ו מאחר: פ"י דנימא דיו לפא מה להיות פגדון אף דבבנו לעולם הוי שלא במקום מצנה ובשלמא במקום מצנה גם באחר תיב מ"מ אין סברא דבדבר זה בעצמו דהיינו במסרבין לצאת יתתיב הבן ואחר יפטר דכיון דחייבא דבו לא אתיא רק מאחר נימא דיו: שם ד"ה והאמר ר"ש.

דמה ענגן ישן ליצא ליהרג: והנראה לפענ"ד דלפי לישנא קמא בב"ק שם אכלא בעיית הש"ס אי משום פסופא הוא אי משום זילותא לענגן ביישו ישן ומת והנה כמו כן שייכי ג"כ טעמים הללו ביישו ישן ולא נודע לו משום פסופא ליפא ומשום זילותא איפא וזה גופא הוא ג"כ גבי היצא ליהרג דמשום פסופא ליפא פיון דיוצא ליהרג אין לה פסופא גדולה מזו ומשום זילותא איפא וכיון דס"ל לר"ש דביישו ישן תיב א"כ ע"כ משום זילותא הוא וה"ה היצא ליהרג וא"כ טובא קמ"ל ר"ש דמתניתין ה"א דלא מיחייב רק בשנודע לו אח"כ דאיפא פסופא וזילותא ולהכי קמ"ל דבכל ענגן ביישו ישן תיב אפילו היכא דליפא פסופא ולהכי פריה מר"ש דוקא: שם בא"ד.

ור"ת גריס והאמר ר"ש ביישו תיב: עיין במהרש"א שמקשה לפי פ"י זה המסקנא דמקוויים שבעמיה למה מיחייב גילף הפאה מקללה. ולא ידעתי איך שייך למילף כלל לענגן ממון הפאה מקללה דהא הך דין דבעמיה לא כתיב רק גבי מלקות דקללה ומניה ילפינן במה מצינו או בהיקש מלקות דהפאה אבל לגמור ממון דהפאה ממלקות דקללה אין זה לא מ"מ ולא היקש: שם בד"ה הפהו הפאה.

הא פן יוסיף לאו שנלמב"ד הוא: פבר העירותי לעיל מה שנלפע"ד ביישוב קושיא זו. עוד נלפע"ד לומר עפ"מ שכתבו התוספות במפות (דף ד' ע"ב) דהיכא דאיפא הוכחה למלקות לוקין גם אלאו שניתן לאמב"ד ע"ש וה"נ מוכח לכאורה דלוקין אלאו זה דפן יוסיף לפי מה דאמרין בכתובות (דף ל"ב ע"ב) חובל בחבירו נמי מפדי כתיב פאשר עשה פן יעשה לו פן ינתן בו ל"ל דבר שיש בו נתינה ע"ש אלמא דמצרכין קרא להורות שאין לוקה רק משום ממון וא"כ ע"כ מוכח דלוקין אלאו דפן יוסיף דאל"כ פן ינתן בו ל"ל: שם בא"ד.

פדאימא בספרי ובירושלמי: פ"י דשם כתיב בפ"י דאזהרה מפן יוסיף אתיא משא"כ בפסגיא דלפנינו: ה"ה שם ע"ב בגמרא לפל אין הבן נעשה שליח: לדעת הרמב"ם (פ"ה מה' ממרים) איירי זה אפילו בלא עשה תשובה אכן לא כן דעת התוס' ביבמות (דף כ"ב ע"ב) פאשר פבר העיר בלחם משנה שם ולכאורה יש להוכיח דעת הרמב"ם מהא דאמרין במכות (דף י"ב ע"א) ותסברא והאמר רבה בר"ה וכן תנא דבי ר' ישמעאל כו'

ע"ש ולכאורה מאי קושיא הא הך דתנא דבי ר"י לא איירי רק בעשה תשובה ודלמא אידה ברייתות דמייתי איירי בלא עשה תשובה וכן משמע מסתמא דהא ע"כ איירי ביצא במזיד לחוץ מעיר מקלטו דאל"כ אסור לגואל הדם להרגו אע"כ מוכח לכאורה פדעת הרמב"ם דר"י איירי אפילו בלא עשה תשובה אכן א"ע ראיתי בריטב"א במפות שם שדעתו ג"כ פדעת התוס' שרצה ליישב זה וכתב דהתם עושה מעשה עמה מקרי פיון דבשווג בלא מעשה לידו ע"ש ולכאורה שיטה זו מוכרחת דאל"כ יקשה אפתי למה הוצרכה הגמרא לדחוק ולאוקמי הברייתות שם הא בבנו והא בבנו בנו לימא דפליגי בפלוגתא דהנה ברייתות לקמן אי מקשינו הפאה לקלה או לא ושני הברייתות דמפות איירי בלא עשה תשובה ולכן מאן דסבר מקשינו הפאה לקלה פטור משום אינו עושה מעשה עמה ולאידך מ"ד פטור אע"כ מוכח לכאורה פדעת הריטב"א דזה מקרי עושה מעשה עמה.

אכן באמת אין מזה ראיה די"ל דניחא להגמרא לאוקמי הברייתות בתרי טעמי ואלפיא דחד תנא מלאוקמי אליבא דתרי תנאי וכן מוכח לכאורה דאל"כ יקשה אפתי לימא דפליגי הנה ברייתות בפלוגתא דר"ש ורבנן פדאמרין ג"כ במפות (ד"ט) דלר"ש דחנק חמיר אם התיירה התורה לגואל הדם לעבור על איסור הרג ולהרוג הרוצח אפתי לא התייר לעבור על איסור חנק דחמיר ולכן אין הבן נעשה גואל הדם לאביו אבל אידך ברייתא אתיא פרבנן דלדידהו הורג אבי בסייף והרי סייף התיירה התורה לגואל הדם אלא ע"כ דלא ניחא להש"ס לאוקמי ברייתא אליבא דתנאי וע' מש"כ בספרי ע"ל במפות (די"ב ע"א): שם אלא ש"מ בהיקשא פליגי ש"מ: ולפ"ז חד מהנה ברייתות ונה ברייתא דלעיל דהיוצא ליהרג ובא בנו והיהו אליבא דר"ש וכן ברייתא דיבמות (דף ק"א ע"א) סברי דמקשינו הפאה לקלה וכן סבר' גם מתניתין דהכא מדלא תני חומר במפה מבמקלל וכדאמרין בגמ' אבל אידך ברייתא וברייתא דלעיל ת"ר אביו ואמו קלל וכן ברייתא דמפות (דף ט' ע"א) סברי דלא מקשינו: שם יש דרף עימור בכף או אין דרף עימור בכף: הרמב"ם (פ"ט מה' גניבה) פסק דגנבו והתעמר בו כשהוא ישן ומכרו כשהוא געור חייב אכן אם היה ישן גם בעת המכירה פטור ובהך דאשה לעופרה לא הביא פלל הך דאוקמה באפי זיקא ומזה נראה דדעתו דנדאי אין בעיית הש"ס אי מיחשב עימור בדרף זה דזה פשיטא דחשיב עימור דהא גם לענני עימור שאין בו שנה פרוטה דמיחשיב לת"ק דר"י כתב הרמב"ם דמשפחת ליה פגון ששפען עליו אלמא דזה חשיב עימור דהאיבעיא היא לדעת הרמב"ם ביטן אי מקרי זה גניבה ומכניס לרשותו פיון שלא נודע לו עד לאחר מכירה ואז כבר יצא מרשותו וכן באשה לעופרה הוי כה"ג ואהא פריה תיפוק ליה דבלא"ה פטור דליכא עימור ומשני דשפיר משפחת עימור ביה פגון ישן דנגא עליה ואשה דאוקמה בפני זיקא ולא דאיבעיא ליה אי מקרי זה עימור או לא ומה דכתוב בגמ' יש דרף עימור בכף או אין דרף עימור בכף או דהרמב"ם לא גריס ליה פלל או דמפרש ליה דהש"ס קרי להך דגניבה ומכירה עימור משום לישנא דמקרא דכתיב והתעמר בו ולכאורה מוכרחת שיטה זו דאי איבעית הש"ס לא הוי רק אי מקרי נגא עליה או אוקמה באפי זיקא דרף עימור בלא ישן ובלא מעופרת הוי מצוי לאיבעיא הכי: שם ת"ל וגונב איש: א"ל דלא לכתוב איש גבי לא ימצא ולא בעי ריבוי דגונב י"ל דאצטרף להא דדרשינו בספרי ובמכלתא למעוטי קטן דלא מיחשיב ואף דלעיל (דף נ"ב ע"ב) כתבו

התוספות לפי פ"ה המהרש"א וגם ה"ר"ן דלא אצטריוה קרא למעט קטן אלא משום דהנשפב חייב ה"א דגם הוא מיחייב וזה לא שייך ה"א מכ"מ י"ל דאצטריוה ה"א קרא למעט קטן לפי מה שפיתבו התוס' בפסחים (דף צ"א ע"ב) דאצטריוה קרא למעט קטן היכא דנתגדל בין ב' פסחים ה"נ י"ל דצריה קרא היכא דנתגדל בין גניבה למכירה דה"א כיון דהחייב לא בא רק בעת שמכר ובאותה שעה גדול הנה ה"א דליחייב ולכן פתיב פי ימצא איש גונב עד שיהיה איש בפשעת גניבה וכן ל"ק אחר דמרבינו מנפיש אפילו אשה וקטן ל"ל איש דגבי וגונב דכבר נדרש במכילתא למעט בן שמונה וקטן דומיא דהא דאמרין לעיל (דף פ"ד ע"ב) דאצטריוה קרא דמפה איש דמכל מפה נפש הוי מרבינו אפילו בן שמונה גם א"ל ל"ל וגונב איש לרבות אשה הא כבר מרבינו ומת הגנב ההוא אפילו אשה שגנבה אשה די"ל דכיון דצריה לכתוב איש למעט ב"ש פתיב ג"כ וגונב גביה: ברש"י ד"ה מפה שעשה שלא בעמה.

והאי תנא סבר דלא מקשינו: מזה מוכח לכאורה כפי' בתרא דרש"י לעיל דבהיקשא ילפינו הפאה וקללה מהדדי דלפי' קמא דבמה מציינו ילפינו יקשה מ"ט דמ"ד דלא יליף אכן לכאורה קשה דאי תנא דהו' ברייתא לא יליף הפאה מקללה א"כ איך קאמר ברישא מה מפה וכו' אף מקלל וכו' אי לא ילפינו מהדדי ואי ילפינו במה מציינו א"כ הו' דשלא בעמה כבעמה גילף בן ואנלא ליה הק"ו ונ"ל דכיון דפליגי תנאי לקמן בהו' מילתא אי מקשינו הפאה לקללה או לא רצתה הברייתא לפרש הא דמצרכינן קרא לרבות מקלל לאחר מיתה בין אי מקשינו הפאה לקללה בין אי לא מקשינו ולכן קאמר ברישא דאי מקשינו א"כ ה"א דגילף מהפאה ואי לא מקשינו א"כ במפה עשה בו שלא בעמה כבעמה וה"ל ק"ו ולכן א"ש הא דלא קאמר הואיל וכתיב בעמה כמו שהקשו התוספות דכל פוננת הברייתא לומר דבין אי מקשינו הפאה לקללה בין אי לא מקשינו לעולם מצרכינן קרא דאביו ואמו קלל: שם בד"ה גרי אריות.

והרי הם פנכרים גמורים: מכאן קשה אמה שפי' רש"י ביבמות (דף כ"ד ע"ב) אגרי עריות פגון פותים ע"ש דהא אסיקנא שם הלכה פדברי האומר פולם גרים הם והכא אמרינו דנכרים גמורים הם ועיין בתוס' ר"פ אלו גערות ועיין מש"כ בספרי ע"ל בתוס' שם: שם ד"ה שיכניסנו ברשותו.

אין מציאה בכ"מ אלא בעדים: לקמן ילפינו מונמצא בידו פרט למצוי ופי' רש"י שם דהו' דבעינו עדים מפי ימצא נפקא ולפע"ד בלא"ה י"ל דנדאי אין פוננת המכילתא דכ"מ דכתיב מציאה הוא בעדים דהא או מצא אבידה ונשבע על שקר וכן אשר תאבד ממנו ומצאתה לא תוכל להתעלם ודאי לאו היינו בעדים אלא ע"כ דכוננת המכילתא דוקא היכא דכתיב מציאה בכ"מ כזה דהיינו בלשון נפעל ולכן עיקר קרא דונמצא בידו קאי אפרט למצוי אלא מדכתיב בלשון נפעל ולא פתיב ומצא בידו מזה שמעינו ג"כ דבעינו עדים: שם ד"ה הגנב.

וההיא דרשינו ליה בספרי: כצ"ל ולכאורה נראה דרש"י מייתי הו' דרשה דספרי ה"א פי היכי דלא תקשה האו' מרבינו אשה אדרכה נימא דההוא ולא היא ממעט אשה לכו' פתיב רש"י דהו' מצרכינן בספרי למעט עבדים ולא יתורא הוא למעט מניה אשה או' דעל זה יקשה דהא לפי ש"ס דילן ממעטינו לקמן עבדים למר מאחיו ולמר מבני ישראל

וא"כ אפתי נימא דההיא למעט אשה קאתי אלא ע"כ דאין סברא לומר פן דההיא ממעט אשה ולכן נראה דרש"י מיימתי ליה הך דרשה דספרי דלקאורה אין הדרשה פשוטה לרבות מהגנב דכתיב גבי גונב אשה הגונבת ואהא הביא רש"י ראיה דגם ההוא נדרש פן למעט עבד הנגנב: שם בד"ה ועדיין.

ברשות הנגנב עצמו: ועיין בהרב המגיד שהביא שיטות שפירשו ברשות הנגנב: שם בתוספות ד"ה ומה מפה. וי"ל דהיא גופא ילפינן השתא: ק"ק דהא י"ל גם ק"ו איפכא דמה מקלל דבסקילה לא עשה בו שלא בעמיה פבעמיה מפה דבחנק לא כש"כ וכיין דאיפא למימר הכי ואיפא למימר הכי לא ילפינן בק"ו כלל פמבואר בתוס' חולין (דף כ"ד ע"ב) בהא דכשר בפרה פסול בעגלה ע"ש: שם בא"ד.

ומיהו קשה לבסוף: יש לעיין אי יחשב זה קולא לגבי מפה דלא מיחייב לאחר מיתה פיון דאי אפשר כלל ואין זה מפה עוד וכמו דלא יחשב קולא דמפה לא הוי רק בפניו ומקלל אפילו שלא בפניו ועיין בר"ן: שם בד"ה ושורו פישראל לאו לגמרי פישראל כו': וזה לקאורה קונשיא גדולה אפירוש רש"י וכן הקשה גם הר"ן אפירושו ודעת רש"י נ"ל דבתוספתא פ"ד דב"ק פתוב בפ"י כמו שכתב דשורו של ישראל שנגח שור של כותי ושל כותי שנגח של ישראל הם משלם ח"נ ומועד משלם נ"ש ואף דבדברי ר"מ שם דפליג שם פתוב עפ"ם נראה שט"ס הוא וצ"ל כותי דהא בב"ק מפורש דר"מ בכותי איירי ולכן אף דסוגיא דב"ק (דף ל"ח ע"ב) פליג אהך תוספתא מכ"מ נ"ל לרש"י דהך פרייטא דהכא סברה ג"כ בתוספתא מדקתני סתמא ושורו פישראל דמשמע דהוא לגמרי פישראל דלפי' התוס' הוי חציו פישראל וחציו פעפ"ם וכמו כן הוי מצי למינקט ושורו פעפ"ם כמו דנקט ושורו פישראל: שם ד"ה עד שייכניסנו.

מצרכינן תרי קראי לרבוני: לקאורה י"ל דכאמת בלא קרא ה"א דידו בכ"מ דוקא הוא היכי דאפשר לפרושי פן אבל השתא דגלי קרא בהני תרי דבכלל ידו גם גגו ונחצירו איפא ילפינן גם ידו דהכא משם וא"ל דאדרבה מדמצרכינן ב' קראי בגט ובגניבה ה"ל ב' פתובים הבכ"א ואין מלמד דז"א דהא תרנוייהו מצריה צריכי פדאמרינן בגיטין ר"פ הזורק ע"ש אכן מסוגיא דב"מ (דף נ"ו ע"ב) מוכח דז"א דמסקינן שם דכל היכא דכתיב ידו ידו ממש ורק היכא דלא אפשר ידו פ"י רשותו והיינו משום דכדמרבינן גבי גט ונגיבה גם רשותו לא מרבינן דהוי בכלל ידו רק מריבויא דהמצא תמצא ומריבויא דנתן מרבינן רשותו אבל ידו לעולם ידו ממש הוא גם שם ולכן ליכא למילף משם מידי ודלא כמו שפירא מפי' רש"י שם (דף י' ע"ב) בד"ה משום ידה אתרבאי דרשותה בכלל ידה הוא דכבר השיגו הרשב"א בשיטה מקובצת שם מדחשיב ליה בב"ק דס"ה לכלל ופרט וכלל אלמא דגם שם ידו דוקא הוא ולכן הקשו התוספות שפיר: שם בא"ד.

ואיפשר דאם הגביהו אפילו ברשות הבועלים חייב: אין פנונתם שיתחייב הכא אפילו ברשות בועלים משום דקנאו בהגבהה כמו דחייב גם גבי גניבה מהך טעמא דהא טובא יש לחלק בינייהו דהתם בבמה קאי ובהמה שפיר נקנית בהגבהה אבל הכא הוי אדם ואי אפשר לקנאו בהגבהה דהא עבד עברי אין נקנה בחזקה דהוי הגבהה בכלל פדאמרינן בקידושין (דף ט"ו ע"א) אלא פנונתם דכיין דהגביהו ברשות הבועלים א"כ פשהוה בידו הוי ברשותו והוי כמו שהכניסו לרשותו ואהא חילקו דכיין דמכרו לקרובים ג"כ ע"כ

אִיִּירִי שֶׁהַכְּנִיסוֹ לְרִשּׁוֹתוֹ כָּבֵר דַּל"כ בְּלֹא מְכָרוֹ לְקַרְוִבִים לֹא מִיִּחְיִיב וְאֵעִפ"כ מְכָרוֹ לְקַרְוִבִים פְּטוֹר דְּבַעֲיָנָן שְׂיֻצְיָאָנָן מְרִשּׁוֹת אַחִיו לְגַמְרֵי כַּש"כ הֵכָא דְאָף דְּכִשְׁהִגְבִּיהוּ הָוִי בְּרִשּׁוֹתוֹ מִכ"מ פְּשֵׁהֲנִיחוּ אַח"כ הַכְּנִיסוֹ לְרִשּׁוֹת הַבְּעָלִים דְּזָה לֹא מְהַיָּי: שָׁם דָּף פ"ו ע"א בְּגַמְרָא אֲלֵא מַעֲתָה פִי יִמְצָא: ק"ק לְפִי מַה דְּאִמְרִינָן בְּמַכּוֹת (דָּף ח' ע"א) וּמְצָא דְוָמְיָא דִּיעַר מַה יַּעַר מִיָּדֵי דְאִיתָא מַעֲיָקְרָא כּו' ע"ש ה"נ נִימָא הִכִּי דְמְצָא דְוָמְיָא דְאִשָּׁה בְּעוֹלַת בַּעַל דְּהָוִי ג"כ מִיָּדֵי דְאִיתָא מַעֲיָקְרָא וְעֵינָן שָׁם בְּרִיטְב"א: שָׁם לְאִפּוֹקֵי עֲבָדִים לֹא מִשְׁמַע לָהּ: לְשִׁיטַת הַסְּפָרִי שֶׁהֵבִיא רַש"י לְעֵיל דְּמַפִּיק לִיהַ עֲבָדִים מֵהָיָא ג"כ צ"ל דְּמֵאֲחִיו לֹא דְרִישׁ פְּרָבְנָן וּב' דְּרִשּׁוֹת דְּמַבְנֵי יִשְׂרָאֵל אֲתִי לְמִיעוּט אַחַר מִיעוּט לְעֵנָן חֲצִי עֲבָד וְחֲצִי בֶן חוֹרִין כּר' יְהוּדָה אֲלֵא דְלְכַאוּרָה קָשָׁה מֵאֲחִיו לְרַבְּנָן לְמֵאִי אֲתִיָּא וּי"ל כִּינּוּן דְּדְרִשּׁוֹתוֹ אַחִיו בְּמַצּוֹת א"כ צָרִיף לְרַבּוֹת גַּר וְעָבָד מְשֻׁחָרָר דְּהָוִי מִמַּעֲטִינָן מִבְּנֵי יִשְׂרָאֵל וְכִמוֹ שֶׁהִקְשׁוּ הַתּוֹס' וְאִהְיֵי רִיבּוּיָא לְרַבּוֹת גַּר וְעָבָד מְשֻׁחָרָר וְאִהְיֵי מִיעוּטָא לְמַעַט עֲבָד וְחֲצִי עֲבָד וּבְזָה מְתוּרָץ קִנְשֵׁי הַתּוֹס' בַּד"ה בְּנֵי יִשְׂרָאֵל: שָׁם אָף פֶּאן בְּנִפְשׁוֹת: פִּירֵשׁ רַש"י דְּהַפְתּוּב מְדַבֵּר בְּחִיבֵי מַב"ד וּלְפ"ז ה"ל בְּדִינֵי נְפֻשׁוֹת וְלֹא בְּנִפְשׁוֹת סְתָמָא וְעוֹד דְּלְפִי מַה שֶּׁפְתַּב רַש"י גּוֹפֵא לְקַמָּן מוֹכַח דְּדַבֵּר הִלְמַד מַעֲנִינּוּ הִיָּינוּ מַעֲנִין דְּלְמַעְלָה וְדְלְמַטָּה נְהָרִי עֵנִינּוּ דְלְמַטָּה דְּהִיָּינוּ לֹא תַעֲנֶה וְלֹא תַחֲמוֹד לִיפָא דִּינֵי נְפֻשׁוֹת וְעוֹד לְפ"ז גַּם בְּמַה הַפְתּוּב מְדַבֵּר בְּמָמוֹן דְּקֶאָמַר לְקַמָּן צָרִיף לְפָרֵשׁ כֹּן הִכִּי דְחִיב מָמוֹן וְזָה אִינוּ דְּהֵתָם אִין הֵעוֹנָשׁ מָמוֹן אֲלֵא מְלָקוֹת דְּבַגּוֹזָל מִתְּנּוֹת עֲנִיִּים דְּכִתִּיב לְמַעְלָה מְלֵא תַגְנוּבוֹ אִיפָא מְלָקוֹת הִיכָא דְלֹא יָכוֹל לְהִשִּׁיב עוֹד כְּדִאֲמַרִּינָן בְּמַכּוֹת (דָּף מַע"ז ע"ב) וְכֹן אֲלֵא תַכְחָשׁוּ וְלֹא תִשְׁקְרוּ דְכִתִּיב לְמַטָּה אִין עוֹנָשׁוּ מָמוֹן וְעוֹד דְּבַמְכִילְתָּא דְשִׁנּוּיָה בְּרִייתָא זֹו קֶאָמַר בְּרֵאשׁוֹן הָף דְּדַבֵּר הִלְמַד מַעֲנִינּוּ וְאַח"כ קֶאָמַר וְעוֹד דַּג' מַצּוֹת כְּתִיבֵי ב' מְפֻרְשִׁים וְאַחַד אִינוּ מְפֻרְשׁ מַה הַמְפֻרְשִׁים דְּהִיָּינוּ לֹא תִרְצַח וְלֹא תִנְאַף עוֹנָשִׁים מַב"ד אָף לֹא תַגְנוּב כֹּן מִשְׁמַע דְּדְרִשָּׁה רֵאשׁוּנָה דְּמְכִילְתָּא מְדַבֵּר הִלְמַד מַעֲנִינּוּ לֹא הִיָּינוּ דְּכִתִּיבֵי מַב"ד הַפְתּוּב מְדַבֵּר וְלָכֵן גַּלְעַנ"ד דְּהִכִּי פִירוּשׁוֹ כִּינּוּ דִישׁ לְפָרֵשׁ לֹא תַגְנוּב בְּגוֹיִב נְפֻשׁוֹת אוֹ בְּגוֹיִב מָמוֹן א"כ קֶאָמַר מַה לְהֵלֵן בְּנִפְשׁוֹת הַפְתּוּב מְדַבֵּר דְלֹא תִרְצַח וְלֹא תִנְאַף וְלֹא תַעֲנֶה וְלֹא תַחֲמוֹד בְּכּוֹלָם הָעֵבְרִיָּה נַעֲשִׂית בְּאָדָם וְלֹא בְּמָמוֹן אָף לֹא תַגְנוּב כֹּן וְכֹן לֹא תַגְנוּבוֹ לְמַד מַעֲנִינּוּ דְּבַכּוֹלָם הָעֵבְרִיָּה נַעֲשִׂית בְּמָמוֹן וְלֹא בְּנִפְשׁוֹת דְּבַגּוֹזָל מִתְּנּוֹת עֲנִיִּים הָעֵבְרִיָּה נַעֲשִׂית בְּמָמוֹן וְכֹן לֹא תַכְחָשׁוּ וְלֹא תִשְׁקְרוּ דְּהִיָּינוּ אֲזַהְרָה לּוֹכַחֵשׁ בְּהַ וְנִשְׁבַּע עַל שְׁקֵר כְּמִבְּאָר בַּת"כ שָׁם הָעֵבְרִיָּה ג"כ נַעֲשִׂית בְּמָמוֹן אָף לֹא תַגְנוּבוֹ כֹּן: שָׁם פְּרָבְנָן דְּאִמְרֵי דְבָר וְאַפִּילוּ חֲצִי דְבָר: לְפִי מַה שֶּׁחִילְקוּ הַתּוֹס' בַּב"ק (דָּף ע"א ע"ב) בְּשֵׁם רַב אֶלְפָּס בֵּין שְׁנֵי חֲזָקָה דְּפִלְיָגִי רַבְּנָן אַר"ע וְס"ל דְּכֹלֵי דְבָר מְקַרִּי וּבֵין אֶחָד אוֹמֵר בְּגַבְהַ וְאַחַד אוֹמֵר בְּכַרְיָסָה דְּמוֹדוֹ דְּאִמְרִינָן דְבָר וְלֹא חֲצִי דְבָר מִשּׁוֹם דְּגָבֵי עֲדוּת דְּשְׁנֵי חֲזָקָה הָוִי עֲדוּת כֹּל אֶחָד בְּפָנֵי עֲצָמוֹ לְעֵנָן תִּשְׁלּוּמֵי פִירוֹת א"כ ק"ק הֵכָא דְלֹא הוֹעִיל עֲדוּת דְּעֲדֵי גְּנִיבָה לְעֲצָמָם כְּלוּם וְא"כ מוֹדוֹ רַבְּנָן כְּמוֹ בַּא"א בְּגַבְהַ וּי"ל דְּגַם הֵכָא מְהַיָּי שְׁצָרִיף לְהַחֲזִיר הַגְּנָב וְלֹא יָכוֹל לֹאמַר עֲבָדֵי הוּא שְׁקִנְיָתִי אוֹתוֹ.

אֲכֹן ק"ק דְּלְפ"ז הָא מְסַקִּינָן בַּב"ק שָׁם לַר"ע דְּכִינּוּ דְּעֲדֵי גְּנִיבָה הָוִי עֲדוּת בַּפ"ע לְעֵנָן לְשַׁלֵּם וְלֹא צָרִיכִים לְעֲדֵי טְבִיחָה מְקַרִּי כּוֹלֵי דְבָר וּמוֹדָה ר"ע וְא"כ ה"נ דְּמְהַיָּי עֲדוּת גְּנִיבָה לְעֲצָמוֹ לְהַחֲזִיר הַגְּנָב מ"ט דְּחֲזָקָה אֶלְקָבָא דַּר"ע דְּפוֹטֵר וּי"ל דְּבִשְׁלָמָא הֵתָם דְּבַעוּ עֲדֵי גְּנִיבָה לְחִיבּוֹ כְּפֹל וְזָה גּוֹפֵא מְחִיבֵינָן אוֹתוֹ עֲדֵי טְבִיחָה רַק שְׁמוֹסִיפִין עוֹד תִּשְׁלּוּמֵי ג'

בְּעֵדוּתָן א"כ שְׁפִיר אֲמַרְיִן כִּינּוּ דְבֵאוּתוֹ דְּבַר שְׁנַתְפֹּנוּ לְהַעֲיֵד נִגְמַר עֵדוּת גְּנִיבָה בְּלֵא עֲדֵי טְבִיחָה א"כ פֶּל עֵדוּת בַּפ"ע הָוֵי כֹּלֵי דְּבַר אֲבָל הֵכָא דַּע"כ אֲיִרֵי דְּנַתְפֹּנוּ עֲדֵי גְּנִיבָה לְהַרְגוֹ שְׁפֵאוּ עִם עֲדֵי מְכִירָה פְּאַחַת וְאַמְרוּ שְׁהִתְרוּ בּוּ דַּא"ל"כ אִיךָ ס"ד דְּמַקְטִילֵי עֲדֵי גְּנִיבָה אִי לֹא נַתְפֹּנוּ לְמִיתָה וְכִינּוּ דְּלַעֲנִין עֵדוּת מִיתָה שְׁנַתְפֹּנוּ לֹא מְהֵנִי עֵדוּת גְּנִיבָה מִיָּדֵי רַק עִם עֲדֵי מְכִירָה וְלֹא מְהֵנִי רַק לְעַנְיָן דְּבַר אַחַר שְׁלֵא נַתְפֹּנוּ לּוֹ דְּהֵינּוּ לְהוֹצִיא הַנְּגַב מְרֻשּׁוֹתוֹ בְּזָה הָוֵי לַר"ע חֲצֵי דְּבַר וּמִקְטֵר וּלְרַבְּנָן דְּבַר שְׁלָם וּמִיחֵיב כְּמוֹ גְּבִי שְׁנֵי חֲזָקָה דְּגַם שָׁם לְעַנְיָן עֵיקַר מִלְתָּא שְׁנַתְפֹּנוּ לְהַעֲיֵד עֲלֵיהּ דְּהֵינּוּ לְחֲזָקָה הָוֵי חֲצֵי דְּבַר וּלְעַנְיָן דְּבַר אַחַר שְׁלֵא נַתְפֹּנוּ לּוֹ דְּהֵינּוּ לְשָׁלָם פִּירוּת הָוֵי כֹּלֵי דְּבַר: שָׁם בְּרַש"י ד"ה שְׁל בֵּית פְּלוּנֵי.

שְׁחֻשׁוּבִין הָיוּ: זֶה הַטַּעַם צ"ל שְׁהוּא ג"כ בְּנֻדָּה (דָּף י"ז ע"א) גְּבִי כְּגוֹן שְׁל בֵּית פְּלוּנֵי שְׁמֻשְׁמֻשִׁין מְטוֹתִיהֶן בְּפִנֵי עֲבָדֵיהֶן וְשִׁפְחוֹתֵיהֶן וְשָׁם לֹא פִי רַש"י כְּלוּם: שָׁם בַּא"ד. וְלֹא שְׁמַתִּיחֲדִין: פִּירוּשׁ דְּאִי דְּמַתִּיחֲדִים הָרִי עֲבָרוּ עַל לָאוּ שְׁפַתּוֹרָה דִּיחֻזַּד עֲרִיּוֹת דְּאוֹרִיחֵי תֵּא הוּא וְלֹא הָוֵי שְׁתִּיק הַש"ס מְלַפְרָסִים שָׁמָּם.

אֲכַן ק"ק דְּבִסוּף מַס' עֵדוּת תָּנּוּ וְעוֹד אַחֲרַת הֵיחָה שָׁם וְקַרְבָּה בְּן צִיּוֹן בְּזֵרוּעַ וּפִירֻשׁ הַרְמַב"ם שָׁם וְגַם הַבְּרֵטְנוֹרָא דְּחָס הַתָּנָא עַל כְּבוֹד הַבְּרִיּוֹת שְׁלֵא לְהַזְכִּיר שָׁם הַמְשַׁפְּחָה הַפְּסוּלָה וְהָרִי הָךְ מְשַׁפְּחָה פְּסוּלָה דְּנִטְמָעָה בְּכַשְׁרוֹת עֲבָרָה ג"כ אֲדַאֲרִיחֵי תֵּא וְאֵפ"כ לֹא הַזְכִּיר הַתָּנָא שְׁמָה וִי"ל דְּהָךְ מְשַׁפְּחָה לֹא הִרְשִׁיעָה כ"כ כִּינּוּ דַּע"פ בְּן צִיּוֹן נִתְקַרְבָּה וּמִסְתַּמָּא עֲשָׂה עֲצָמוֹ כַּב"ד וְרַק בְּן צִיּוֹן גּוֹפָא אֲיַנְשׁ אֲלֵמָא הָוֵי: שָׁם ד"ה עֲדֵי גְּנִיבָה.

וְלֹא מְשַׁפְּחַת לָהּ דְּמִקְטֵל: עֵינֵן בְּר"ן שְׁהִבִּיא דַּעַת הַרְז"ה דִּישׁ לְפִטוֹר גַּם אוֹתוֹ מְטַעַם דְּבַר וְלֹא חֲצֵי דְּבַר אֲבָל לְפִי דַּעַת הַרְז"ן לֹא שִׁיחֵךְ לְפִטוֹר רַק עֵדוּת שְׁאִי אַתָּה יְכוֹל לְהַזְכִּימָה וְכַנְרָאָה גַּם דַּעַת רַש"י.

אֲכַן לַפ"ז ק"ק מַה שְׁפַתְב רַש"י דְּלֵא מְשַׁפְּחַת רַק בְּכַת אַחַת דְּגַם בְּלֵא פַת אַחַת מְשַׁפְּחַת לְפִי מַה דְּמַבְּנֹאֵר לְעֵיל (דָּף ע"ח ע"א) דְּבַרְאִיחֵי הַב"ד לֹא בְּעֵינֵן עֵדוּת שְׁאֵתָה יְכוֹל לְהַזְכִּימָה וּלַפ"ז שְׁפִיר מְשַׁפְּחַת דְּמִקְטֵל כְּגוֹן שְׁעֵדִים הַעֲיֵדוּ עַל הַגְּנִיבָה וְהַב"ד רָאוּ אֵת הַמְכִירָה דְּלַעֲנִין גְּנִיבָה לֹא בְּעֵינֵן אַתָּה יְכוֹל לְהַזְכִּימוּ דְּהָא לֹא מִקְטֵל עֲלֵיהּ וּבְמַכִּירָה לֹא בְּעֵינֵן מְפִנֵי דַּהַב"ד רָאוּ אוֹתָהּ: שָׁם בַּתּוֹסְפוֹת ד"ה מוֹנַמְצָא בְּיָדוֹ קְאָמִינָא.

כִּי יִמְצָא חֲלָל פְּרֻט לְמַצוֹי: מִמַּה שְׁפִירֻשׁ הַרְמַב"ם בְּפִירוּשׁ הַמְשַׁנִּיּוֹת רַפ"ט דְּסוּטָה וְגַם הַבְּרֵטְנוֹרָא שָׁם (וְגַם מַחְבּוּרוֹ נִרְאָה כִּן אֲלֵא שְׁבַמְקוּם שְׁהַרְגוּהוּ צ"ל שְׁיַהַרְגוּהוּ) נִרְאָה שְׁמַפְרֻשׁ פְּרֻט לְמַמְצִיא אֵת עֲצָמוֹ ע"ש וּלַפ"ז לַק"מ דִּי"ל דְּהָךְ דְּרַשָּׁה שְׁפִיר דְּרַשִׁינָן אֲבָל לֹא פְרֻט לְמַצוֹי: שָׁם בַּא"ד.

וִי"ל כְּדִפְרִישׁ בְּקוּנְטֵרַס: פִּירוּשׁ דְּהַתּוֹסְפוֹת סְבָרֵי דְּהֵכָא הָוֵי ב' דְּרַשׁוֹת דְּנוֹמְצָא מִיּוֹתֵר וְגַם מִיָּדוֹ וְלִכֵּן ל"ק מְכִי יִמְצָא חֲלָל דַּאֲף דְּהֵתָם לִיכָא יְתוּרָא מַכ"מ מִמְשַׁמְעוֹת דְּבַאֲדַמָּה קְדָרִישׁ וְכִן ל"ק מוֹמְצָא דְּעַרְכִין דַּאֲף דְּלֵא כְּתִיב בְּיָדוֹ מַכ"מ הֵתָם קָרָא יְתִירָא הוּא אֲבָל בּוּכִי יִמְצָא אִישׁ שׁוֹכֵב עִם אִשָּׁה דְּהֵתָם לֹא כְּתִיב בְּיָדוֹ וְגַם כִּי יִמְצָא לֹא מִיּוֹתֵר לֹא דְרַשִׁינָן מִיָּדֵי: שָׁם בַּד"ה יִצָּא עֲבָד: וְקֻשָּׁה דַּא"כ גַּר וּמְשׁוֹחֲרָר נָמִי: בַּב"ק פִּירֻשׁ רַש"י עוֹד פִּירוּשׁ אַחַר דַּאֲיִן לּוֹ אַחְנָה כִּינּוּ שְׁאִינּוּ מוֹתֵר לְבֵא בַּקְהָל וּלְפִי פִירוּשׁ זֶה לֹא קֻשָּׁה קוֹשִׁיא דְּהֵכָא.

אכן גם על פירוש זה קשה דא"כ ממזר וזרות שפכה דאין מותרין לבוא בקהל נמי. ולכן נ"ל דנדאי פשאמרה תורה הקפידה על תרי גנוני אחנה דהיינו שיהא לו אחנה עם אחיו ושיהא מותר לבא בקהל דהא גם לענין ישראל הכי פירושו ולא דבעינן אחיו מאביו דוקא ולכן נקיט רש"י הקא הך פירושא ובב"ק אידך פירושא דמרונייהו פי הדדי הוי ולא קשה לא מגר ולא ממזר: שם ד"ה מתוך.

אין הטעם תלוי באמירתם: נלפענ"ד הא דהוצרף לומר מתוך שיכולי לומר היינו לפמש"כ לעיל דלא מקרי לר"ע עדות שני' פולי דבר אלא פשהועיל עדות הראשונה לדבר שהיתה פנונתם להעיד עליו פגון גבי עדי קודשין ועדי גניבה קודם עדי טביחה והנה לפ"ז הקא דהעידו על בן סורר ומורה שגנב משל אביו ואכל אין הוכחה אצלם פלל אי אמלקות או אמיתה קא מסהדי דאי פבר נלקה מקודם אז פאו לחייבו מיתה ואי לא לא פאו רק לחייבו מלקות ואף דע"י התראה ניפר אי מתרו למיתה או מלקות י"ל דאתרו למיתה ואעפ"כ הוי מלקות בכלל למ"ד מותרה למיתה הוי מותרה למלקות בכתובות (דף ל"ג) ולכן אי הוי פנונת העדים להעיד על מיתה לא מקרי עדות שניה לר"ע פולי דבר אף שהראשונים העידו להלקותו ונלקה על פי עדותם מכ"מ פינון דלא הנה פנונתם לקח רק להמיתו לא הוי רק חצי דבר ולכן צ"ל שאומרים העדים גופא דכוננתם הנה להלקותו ואז מיקחשב עדות השניים להמיתו פולי דבר: שם ע"ב בגמרא ה"ל לאו שנייתן לאזהרת מב"ד: א"ל לפי מה דאמרינן במכפות (דף י"ג ע"ב) לחד תירוץ דטעמא דאין לוקין אלאו שנייתן לאמב"ד משום פדי רשעתו וזה לא הוי רק באתרו ביה לקטלא אבל באתרו ביה למלקות דליפא מיתה לכ"ע לוקין אלאו שנייתן לאמב"ד וא"כ מאי קמוכית דלמא ר' יוחנן סובר פה ולכן סובר דלוקין אף דס"ל נהרגין דהא הקא ע"כ איירי באתרו ביה למלקות דאל"כ איך לוקין די"ל לפי מה שהוכיחו התוס' שם ע"כ הך דמחמר דחשיב לאו שנייתן לאמב"ד דשבת (דף קנ"ד ע"א) אתיא פתרוץ בתרא דרבא דס"ל לר"ע דאפילו באתרו ביה למלקות לא לקי ונהרי ר"י הוא דאמר פן גבי מחמר ולכן ר"י לשיטתו ע"כ מוכח דס"ל אין לוקין.

גם אין להקשות אפתי מאי מוכיח בב"ק (דף ע"ד ע"ב) לר"א מדסבר עדים שהוכחשו לוקין דע"כ סובר אין נהרגין אם הוזמו אח"כ דאל"כ אין לוקין מטעם דה"ל לאו שנייתן לאמב"ד ע"ש ואפתי מאי מוכיח דלמא ר"א ס"ל פתרוץ קמא די"ל דהא הטעם דבאתרו ביה למלקות ס"ל לר"ע דלוקין אלאו שנייתן לאמב"ד היינו משום דאז לא יכול לבא לידי מיתה עוד דהא לא ה"ל התראת מיתה אכן זה לא שייך רק היכי דבעו התראה אבל התם דבעדים זוממים קיימינן דלא בעו התראה א"כ לעולם יכול לבוא לידי מיתה והוי לעולם פמו אתרו ביה לקטלא דפוסר ר"ע דפסקינן פנותייה: שם אלא אר"פ בעדי מכירה: עיין מה שהקשה מהרש"ל ומה שתירץ המהרש"א דבאמת חזקה ס"ל ג"כ פרבנן והא בהא תליא דאי לוקין אין נהרגין ואי נהרגין אין לוקין מטעם שנייתן לאמב"ד קשה דאפתי מ"ט דחזקה דס"ל לוקין ואין נהרגין לימא איפכא פמו ר"י וגם אר"י קשה לימא איפכא פחזקה פינון דאין טעם להאחד אלא משום דס"ל אידך ולפי מש"כ הר"ן דפליגי בפמשמעות דקרא אי ומת הגנב ההוא קאי גם אנגיבה אי רק אמכירה א"ש אבל לפמש"כ המהרש"א קשה ולכן ע"כ צ"ל לשיטת רש"י דהא אמרינן לחזקה דהוא סבר חצי דבר לא כר"ע וא"כ עדי גניבה לעולם לא מיחייבי מיתה ולכן לוקין ומדלוקין מעידין עדי

מכירה אדבר שלם ונהרגין אבל ר"י ס"ל דדבר ואפילו ח"ד וא"כ עדי גניבה פאו אמיתה ולכה אין לוקין וא"כ ודאי קשה פקושית המהרש"ל פיון דחזקיה ע"כ ס"ל דלוקה פדמוכיס בגמרא דאי איהו לא לקי אינהו היכי לקו אכן לפי מש"כ לעיל דטעמא דלא חשיב לחזקיה לאו דלא תגנוב לאו שניתן לאמב"ד היינו פיון דלדידיה לא משפחת מיתה רק היכי דעדי גניבה גופא מעידין על המכירה והכא דלא העידו רק על הגניבה לא הוי מיתה לכה לא ה"ל לאו שניתן לאמב"ד דלא חזקיה שפיר שפיר א"כ יבואו עוד ויעידו ג"כ על המכירה אבל לר"י דס"ל דנהרג גם אם פאו עדים אחרים על המכירה שפיר ה"ל לאו שניתן לאמב"ד וא"כ שפיר הוכיח רש"י דע"כ חזקיה ס"ל כר"ע דא"ל דלמא סבר פרבנו וטעמא דלוקין משום פאשר זמם דאי ס"ל פרבנו א"כ שפיר ה"ל לחזקיה ג"כ לאו שניתן לאמב"ד פיון דגם ע"י עדי מכירה אחרים נהרג כמו לר"י וא"כ באמת אינו לוקה ולא הוי פאשר זמם אע"כ מדסבר חזקיה דהוא והם לוקין ע"כ ס"ל כר"ע דבר ולא ח"ד ומתורץ קושית מהרש"ל: שם ר' יוחנן אומר נהרגין: הרמב"ם (פ' כ"א מה' עדות) פסק כר"י ולכאורה ה"ל לפסוק פחזקיה שהוא רבו של ר"י אכן אי דעת הרמב"ם פדעת רש"י דגם לפי תירוץ רב פפא סובר ר"י פרבנו וחזקיה כר"ע א"ש דפסק כר"י דהלכה פרבנו וגם אי דעתו פדעת הר"ן והר"ן דלפי האמת כ"ע פרבנו ס"ל מכ"מ אין קושיא עליו למא פסק כר"י נגד חזקיה דגם בפ"ח מה' מאכלות אסורות פסק כר"א דלא תאכל איסור הנאה במשמע אף דלכאורה ה"ל לפסוק פחזקיה נגד ר"א שהוא תלמיד דר"י ומטעם זה פסק באמת הר"ן והרא"ש פחזקיה כמש"כ הרא"ש בפ"ק גיה"נ על מתניתן דשולח אדם ירוך לנכרי הרי דגם שם לא חש הרמב"ם להכי לפסוק אפי' פתלמיד דר"י נגד חזקיה אכן הרא"ש כ' שם דהלכה בכ"מ.

פחזקיה נגד ר"י ע"ש: שם פ"ש"י ד"ה דלא לקי. משום דהוי לאו שניתן לאזהרת מב"ד: עיין מה שהקשה המהרש"א והנהראה לפענ"ד ליישב דודאי אי ינהרג גם ע"י עדות אחרים בזה חשיב לאו שניתן לאזהרת מב"ד רק דלחזקיה מסופק פיון דע"י עדות אחרים שפעידין על המכירה אינו נהרג ולא נהרג רק אי עדי גניבה גופא מעידין על המכירה אי אעפ"כ יחשב לאו שניתן לאמב"ד או לא וזה מוכיח מחזקיה דע"כ הוא מ"ד לוקין דכיון דלדידיה אין נהרגין לעולם לא יבואו לידי מיתה פיון דכבר הוזמו על הגניבה א"כ הם עצמם ע"כ לא יעידו עוד על המכירה להרגו וגם ע"י עדי מכירה אחרים לא נהרגים דהוי חצי דבר ולעולם אין סופן למות על עדות זו ולכה לא הוי אזהרת מב"ד וכיון דהם לוקין ע"כ הוא נמי לוקה וא"כ ע"כ לא חשיב זה לאו שניתן לאמב"ד משום שפיר עדי גניבה על המכירה גופא ולכן פריה שפיר: שם בד"ה אינהו היכי לקי.

לאו שאין בו מעשה הוא: א"ל אפתי מאי קמדייק דלמא קסבר לאו שאין בו מעשה לוקין עליו דז"א דהא אליבא דר"י הוא דדייקינו הכא פן אינהו היכי לקי (לפי פירוש הר"ן והר"ן) ונהרי ר"י בפירוש אית ליה דלאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו במכות (דף ט"ו ע"א) וגם לחזקיה קדייק שפיר דע"כ הוא לקי מדאינהו לקי דע"כ גם חזקיה אית ליה לשב"מ אין לוקין עליו דבמכות שם מוכח דטעם דמ"ד דלוקין יליף במכות שם מדבא הפתוב גפי נותר ליתן עשה אחר לא מעשה לומר שאין לוקין עליו הא לא"ה ה"א דאין לוקין דגפי מלקות לעשות פתיב פדאמרינו שם רפ"ג ונהרי בתמורה (דף ד' ע"ב) אתיא

הַה סְמִיכַת דְּנִהְגּוּתָא לְלֹא תוֹתִירוּ לְחֻזְקָהּ לִיתָן בְּוָקֵר שְׁנֵי לְשִׁרְיָתוֹ וְא"כ לֹא מוֹכַח מְזֵה דְלִשְׁב"מ לִוְקִינ' וְקִינִים לִיָּה הַפְּלֵלָא דְאִין לִוְקִינ' וְלִכּוּ פְּרִיָּה לְחֻזְקָהּ ג"כ שְׁפִיר.

אַכּוּ אֶפְתִּי קָשָׁה אִיָּה מְתַרְץ רַש"י דֵּה"ל לֵאשְׁב"מ אַף דְּהִכִּי מְתַרְצִינָן בְּמִפּוֹת (דָּף ב' ע"ב) מִכ"מ הִיָּינוּ אִי לָאוּ וְהִצְדִּיקוּ אַבְל הַשְּׁתָּא דְכַתִּיב וְהִצְדִּיקוּ שְׁפִיר לְקוּ מְלֵא תַעֲנֶה כְּמוֹ שְׁפָתָבוּ הַתּוֹסְפוֹת שָׁם (דָּף ד' ע"ב) וְאִיָּה פְתַב רַש"י דְאִין לִוְקִינ' מִשּׁוּם דְּהוּי לָאוּ שְׁאִב"מ וַי"ל לְפִי מַה דְאָמְרִינָן בְּב"ק (דָּף ע"ד ע"ב) תְּסַפִּינָם דְר"א הוּא דְאָמַר אִין נְהַרְגִין כּו' ע"ש דְאֶלְמָא ר' יוֹחָנָן דְס"ל שָׁם דְנִהְרְגִין ע"כ ס"ל דְאִין לִוְקִינ' וְהִיָּינוּ ע"כ מִשּׁוּם דְס"ל כְּרַבְּנָן דְר"מ שָׁם דְלֹא לְקִי אֶלָּא תַעֲנֶה.

אַכּוּ אֶפְתִּי קָשָׁה לִפ"ז לֹא ה"ל לְרַש"י לְפָרֵשׁ הַטַּעַם מִשּׁוּם דְלִשְׁב"מ הוּא אֶלָּא מִשּׁוּם דְצָרִיָּה לֹא תַעֲנֶה לְאֻזְהָרָה לְעַדִּים זוּמְמִים וְכַדְמַפְרָשִׁינָן שָׁם טַעְמָא דְרַבְּנָן וְעֵינָן בְּרַמְבַּ"ן בְּסִפְרַת הַמְלַחְמוֹת וְהַר"ן בְּחִידוּשָׁיו שְׁתַּיְרָצוּ קִנְיָת רַש"י דְאִי לֹא לִוְקָה עַל עֲדוּתָן א"כ עֲדוּתָן לֹא הוֹעִיל כְּלוּם וְגַם מִשּׁוּם לֹא תַעֲנֶה לִיכָּא: שָׁם ד"ה וְשִׁנִּים אוֹמְרִים בְּפִינָנוּ אַכְּל.

וְאִין הִרְאִישׁוּנִים יְכוּלִים לִזְמַר: ק"ק הָא אֶפְתִּי יְכוּלִים לִזְמַר לְחִיָּיְבוּ מְמוֹן לְשִׁלְמָא לְאַבּוּי בְּאִינוּ שְׁהַעִידוּ עָלָיו שְׁגָנְבוּ וּבְשִׁלְמָא לְעִיל גַּבִּי עַדִּי גְנִיבָה וְעַדִּי מְכִירָה ל"ק דְאָף אִי לֹא יְכֻלוּ עַדִּי גְנִיבָה לִזְמַר לְהַלְקוֹתוֹ בְּאִינוּ פְּגוֹן לְר"י אֶפְתִּי לִימָא לְהוֹצִיא אֶת הָאִישׁ אוֹתוֹ שְׁהַעִידוּ עָלָיו שְׁגָנְבוּ מִיָּד בְּעָלָיו בְּאִינוּ דְהָא פִּינָן דְהוּזְמוּ כָּל הַמַּעֲשֵׂה שְׁקַר הִיָּה וְאִין פְּאֵן אִישׁ שְׁרָצוּ לְהוֹצִיא אוֹ וְאִף דְאִיכָּא נְפִיקוּתָא אִם יֵשׁ לְאִישׁ אַחַד עֶבֶד וְהֵם אוֹמְרִים שְׁהוּא גְנָבוּ מִכ"מ לֹא בְּהִכִּי אִיָּרִי וְכֵן פְתַב כְּבַר הַרְמַבַּ"ן בְּסִפְרַת הַמְלַחְמוֹת אַבְל הִכָּא קָשָׁה דְלִימָא הַעֲדִים שְׁלֵהוֹצִיא הַמְמוֹן שְׁגָנְבּ בְּאוּ וצ"ל דְגַם הִרְאִישׁוּנִים צָרִיכִים לְהַתְרוֹת בּוּ לְמִיתָה וְלִכּוּן לֹא יוֹכְלוּ לִזְמַר כֵּן מְדַאֲתָרוּ בִּיָּה אַבְל זֶה לֹא שְׁיָיָה לְפִי מִש"כ הַתּוֹסֵ' לְעִיל בְּד"ה גְנִיבָה דְלְחֻזְקָהּ הִרְאִישׁוּנִים לֹא בָּעוּ הַתְרָאָה פִּינָן דְלֹא מְקַטְלֵי דְהָרִי הִכָּא לְחֻזְקָהּ קִיָּיִמִינוּ: שָׁם ד"ה אַחַד יוֹשֵׁב עַל פְּתַח.

שְׁלִפְנִים מִן הַחֵיל לְפָנֵי עֲזַרְתָּ נָשִׁים: ק"ק דְלִפ"ז ה"ל פְּתַח עֲזַרְתָּ נָשִׁים וְלֹא פְתַח הַר הַבַּיִת וְלֹא יִדְעָתִי לְמָה לֹא פִּירַשׁ רַש"י כְּפִשׁוּטוֹ שְׁהוּא עַל פְּתַח שְׁעַר הַבַּיִת מְזַרְחֵי שְׁהוּא שְׁעַר שׁוֹשָׁן וְחוּץ לְחֵיל וְא"ל פִּינָן דְאָמְרִינָן לְעִיל (דָּף ט"ז ע"ב) דְמַצָּאָן בְּבֵית פְּאִגִּי וְהִמְרָה עָלֵיהֶם אִף שְׁהוּא בִירוּשָׁלַיִם פְּטוּר מִשּׁוּם דְבָעִינָן אֶל הַמְּקוֹם אֲשֶׁר יִבְחַר ה' וְכִינָן דְמְקוֹם לְשִׁכַת הַגְּזִית שְׁהִיוּ יוֹשְׁבִים בָּהּ סְנֵהֲדָרִי גְדוּלָּה הִיָּה מַחְנֶה לְוִיָּה דְבְמַחְנֶה שְׁכִינָה שְׁהוּא מְעַזְרַת יִשְׂרָאֵל וּלְפָנִים לֹא הִיָּה רְשׁוּת לְיֹשֵׁב אֶלָּא לְמַלְכִּי ב"ד בְּלִבְד כְּדְאָמְרִינָן בְּיוֹמָא (דָּף ל"ד ע"א) אֶלְמָא דְלְמַחְנֶה לְוִיָּה קָרִי הַמְּקוֹם אֲשֶׁר יִבְחַר ה' וְכִינָן דְהִלְכָּה הוּא דְהוּלְקָ אֶל הַג' בְּתֵי דִינָיִם א"כ הַפֶּל הֵם בְּכָלֵל וְקַמְתָּ וְעָלִיתָ אֶל הַמְּקוֹם וְא"כ הַפֶּל צָרִיכִים לְהִיּוֹת בְּמַחְנֶה לְוִיָּה דְוָקָא וְהַשְׁתָּא פִּינָן דְקָאֵמַר דְשְׁנֵי הִיָּה יוֹשֵׁב עַל פְּתַח הַעֲזָרָה וְע"כ הִיָּינוּ מְבַחוּץ דְאִי מְבַפְּנִים הָא אִין יְשִׁיבָה בְּעֲזָרָה א"נ עַל פְּתַח הַר הַבַּיִת הוּי ג"כ מְבַחוּץ וְהָרִי אִין זֶה מַחְנֶה לְוִיָּה לְכֵן פִּירַשׁ רַש"י דְפְתַח הַר הַבַּיִת הִיָּינוּ שְׁעַר עֲזַרְתָּ נָשִׁים דְהוּי ג"כ פְּתַח הַבַּיִת כְּמִש"כ הַתּוֹסֵ' יו"ט פ"ג דְסוּטָה דְכָל מַחְנֶה לְוִיָּה הַר הַבַּיִת קָרִי לָהּ: שָׁם בְּד"ה נְמַצָּא חֻזְמוֹ.

עַד שְׁיָהָא בְּן אַרְבְּעִים: הִכִּי אָמְרִינָן בְּסוּטָה (דָּף כ"ב ע"א) וְא"ל דָּא"כ אִיָּה יֹשֵׁב בְּסִנֵּהֲדָרִין דְהָא ע"כ יֹשֵׁב עִמָּהֶם דָּא"כ לְמָה עָלוּ עִמּוֹ לְשִׁאוּל דִּי"ל דְעָלוּ לְבַרְר הַדִּין א"נ י"ל דְזֶה

לא הוי רק בהוראה שמונה ביחידות אבל לישוב עמקם בדין שרי קודם מ' שנה: שם בתוספות ד"ה גניבה אתחלתא.

לפנסלו בעדות באנו: א"ל לפי מה שתיקרו התוס' לעיל (דף מ"א ע"א) בד"ה א"נ דא"כ הל"ל פלוני בא על נערה המאורסה וא"כ ה"נ נטרץ הכי דא"כ דלפנסלו בעדות באו הל"ל פלוני גנב ממון דמפסיל ג"כ לעדות וליכא מיתה די"ל דהתוס' לא תיקרו שם הכי רק משום דממה שמעידין גם על האשה מוכח שפיר דלקטלה באו דאל"כ לשקרו מינה ולא יעידו רק על הבעל אבל הכא דלא הוי מצי למישתק מעיקר העדות רק דהוי מצי למיחלף בעדות דליכא מיתה ובזה לא אמרינו דמינכר מלתא דלמיתה באו וכן מוכח שם גופא דאל"כ יקשה אפתי כי אמרו פלוני בא על נערה המאורסה והומו איך פוטרין מטעם דיכולים לומר לפסלו בעדות באנו נימא להו הנה לכם לפנסלו בדבר דאיכא לאו ולא מיתה אע"כ היכי דלא הוי הוכחה מדנהוי מצי למישתק מעדותן רק מדנהוי מצי לשנות בעדותן אין זה הוכחה לענין שלא יוכלו לומר לפנסלו בעדות באנו: שם בא"ד.

א"כ לחזקה נמי ליקטלו: עיין במהרש"א שהקשה דאמה דאמרינו לעיל וכ"ת דקסבר חזקה דלא לקי הוי מצי התוס' להקשות פו. ולפענ"ד י"ל דהא דמקשו התוס' דאי איירי בהתראה לחזקה נמי ליקטלו לא שייך רק אי חזקה פרבנו ס"ל דאי כר"ע פטור מטעם דבר ולא חצי דבר וכמש"כ המהרש"א גופא דהתוס' סברי דלפי אוקימתא דרב פפא לא מוקמינו עוד חזקה כר"ע אלא פרבנו אכן זה לא שייך רק לפי האמת אבל לפי מה דס"ד דטעם דחזקה כר"ע ע"כ פטור לחזקה מקטלא גם היכא דאתרו ביה למיתה ולכן לעיל לא היו יכולים התוס' להקשות קושיתם אבל הכא הקשו שפיר: שם בד"ה עבדי מכתתי.

וא"ת אי לאו למקטלי וא"ת אי דלא אתרו ביה וכו': ולפענ"ד י"ל דנדאי העדים אתרו ביה ואמרו דלמקטליה אתו דדלמא לא יטעון עבדי מכתתי אבל מכ"מ אנו לא נוכל למקטל אותן כיון דהם לא רצו לחייבו רק מספק דדלמא יטעון עבדי מכתתי ויפטר ומספק גם אותן לא נוכל להרוג דה"ל ספק נפשות דלהקל: שם בא"ד.

וי"ל דאתו לקיים המקח: אין לפרש שבאו לקיים המקח שלא יחזור בו המוכר דהא כיון דהומו א"כ לא הנה פאן מכירה כלל ואיך שייך שבאו לקיים המקח אלא ה"ק שיאמרו שפוננת עדותם הנה שישאר הנגנב ברשות הקונה אותו דכיון שהם העידו עליו שמכר את הנפש ע"כ צריך הוא לומר דעבדו מכר אף שכל הדבר שקר הוא דהא אין נאמן להכחיש העדים ועי"ז ישאר האיש אשר אמר עליו שמכרו ופעבדו הנה ברשות הקונה אותו אף שהוא לא מכרו לו וזה מה שמרויחים בעדותן: שם בא"ד.

וכי ה"ג הוי מצי לשנויי: וא"ל דדלמא רצה לאוקמי שם גם כר' יוסי דס"ל במכות (דף ז' ע"ב) דאינו נהרג עד שיהיו פי שני עדיו מתרים בו וא"כ לא שייך לאוקמי דאתרו ביה אחרוני ואינהו לא ידעי די"ל דגם השתא דאוקמי באשה חבירה וכו"י בר"י אפתי לא הוי ככ"ע דהא פליגי רבנו עליה פנראה לעיל (דף ט' ע"ב) ואפילו ר' יוסי גופא פליג עליה פנראה במכות שם וא"כ שפיר כתבו התוספות כמו דאוקמי כריבר"י ולא כר' יוסי כמו כן הנה מצי לאוקמי כר"י ולא כר"י בר"י: שם בד"ה קמ"ל רמיזא.

אָבֵל הָקָא בְּרַמִּיזָא גְרוּעָה אַיִרִי א"נ דִּינֵי נְפֻשׁוֹת שְׂאֵנִי: א"ל דְּאִיף אַמְרִינֵן בְּכַתּוּבוֹת (דף ל"ג ע"א) וְנִתְרוּ בְּהוּ מַעֲקָרָא וְנִרְמוּז בְּהוּ רְמוּזֵי דְהֵתָם לֹא שְׂיִיכֵי ב' תְּיִרוּצֵי הַתּוֹס' דְּהֵתָם לֹא רְמִיזָא רַק פְּעַם אֶחָד וְגַם אַיִרִי לְעַנְנֵן דַּנ"פ ג"כ שֵׁם פְּנִרְאָה דִּי"ל פְּכָר כְּתַב הַשִּׁטָּה מְקַנְפָצֵת בַּב"ק בְּשֵׁם הַרְשָׁפ"א דְּהֵתָם הָנִי רְמִיזָא מְעַלְיָא פִּינֵן דְּכָבֵר אַמְרוּ לְהֵם מַעֲקָרָא מַה שְׂרוּמְזִים לְהֵם לְבַסּוּף: שֵׁם דָּף פ"ז ע"א בַּגַּמ' בֵּין דָּם לְדָם בֵּין דָּם נָדָה: בְּנִדְהָ (דף י"ט ע"א) יְלִיף מִזְהָ דְאִיפָא דָם טְהוֹר בְּאִשָּׁה וּק"מ מַנ"ל דְּלְעַנְנֵן אִשָּׁה קָאִי דְלִמָּא אַיִרִי לְעַנְנֵן טְוִמְאָה דְּבַחְוִלִין (דף ל"ג ו"ד) פְּלִיגֵי תַנְאִי בְּמִינֵי דְמִים אִי מְכַשִּׁירִים לְקַבֵּל טְוִמְאָה אוֹ לֹא וְכֵן דְלִמָּא פְּלִיגֵי לְעַנְנֵן דָּם שְׁבַשְׁלוּ אוֹ שְׁמַלְחוּ דְחִיב לְשִׁיטַת הַרְמַב"ם וְזַעֲרִי ס"ל בְּמִנְחוֹת (דף כ"א ע"א) דְאִינוּ עוֹבֵר אֶלְמָא דְלַדְעַת הַרְמַב"ם יֵשׁ פְּלוּגְתָא בְּזָה וְדְלִמָּא בְּהָא פְּלִיגֵי וי"ל: שֵׁם מ"ט דר' מֵאִיר גְּמַר דְבָר דְבָר: ק"מ הָא גַבִּי צְבוּר גּוּפָא דְלֹא מְחִיבֵי רַק אַדְבָר שְׂזָדוּנוּ פֶּרֶת וְשִׁגְגָתוֹ חֲטָאת לֹא אֶתְיָא רַק מְהִיקְשָׁא לְדִידוֹן דְּמַצְרַכִּינוּ עָלֵיהָ לְעֵרִיּוֹת כְּמִבְּנָאָר בְּהוֹרִיּוֹת (דף ח' ע"א) וְא"כ ה"ל דְבָר הַלְמָד בְּהִיקְשָׁא שְׂאֵין חוּזַר וּמְלַמֵּד בַּגּוֹז"ש וְאַף דְהַלְמָד הוּא חוּלִין וּבַחְוִלִין לְמַדִּין לְמַד מְלַמֵּד הָא הַמְלַמֵּד קִדְשׁ הוּא וְאַפְתִּי קִשְׁיָא לְמַ"ד בְּזַבְחִים (דף נ"א ע"א) דְבַתֵּר מְלַמֵּד אֶזְלִינֵן וְכַה"ג הַקְּשׁוּ הַתּוֹס' לְעִיל (דף מ"ב ע"ב) ע"ש וְדוּחַק לֹא מֵר דר"מ ס"ל כְּרַבִּי שֵׁם דְּמַפִּיק צְבוּר מַגּוֹז"ש דְעַלְיָ וְה"ל דְבָר הַלְמָד בַּגּוֹז"ש שְׁחוּזַר וּמְלַמֵּד בַּגּוֹז"ש וי"ל לְפַמֵּשׁ כ" הַתּוֹס' בְּזַבְחִים (דף מ"ח ע"א) דְבַכְה"ג לֹא מְקַרִי דְבָר הַלְמָד בְּהִיקְשָׁא שְׂאֵין חוּזַר וּמְלַמֵּד פִּינֵן דְבִלָּא הִיקְשָׁא ג"כ יְדַעִינוּ דְחִיב עַל דְבָר שְׂזָדוּנוּ פֶּרֶת וְשִׁגְגָתוֹ חֲטָאת דְהָא הַפֵּל הָנִי בְּכָלֵל כִּי יִפְלֵא מִמֶּה דְבָר וְכֵן גַבִּי צְבוּר הָנִי הַפֵּל בְּכָלֵל וְהִיקְשָׁא לֹא בְּעֵי רַק לְמַעַט ע"ש: שֵׁם עַד דְאִיפָא תוֹרָה וְיוֹרוּף: עֵינֵן בְּר"ן דְגַם ר"י מוֹדֵה דְחִיבֵי בְּדָבָר שְׂזָדוּנוּ פֶּרֶת רַק דְמַרְבָּה מִתוֹרָה וְיוֹרוּף גַּם מִיָּדִי אַחֲרֵינִי וּק"מ פִּינֵן דר"י ע"כ ג"כ ס"ל לַגּוֹז"ש דְבָר גַבִּי זָקֵן מְמַרָא דְמַצְרַכִּינוּ לְהָא דְדַרְשִׁינוּ לְעִיל (דט"ז ע"א) וְכֵן לְהָא דְדַרְשִׁינוּ בְּהוֹרִיּוֹת (דף ד' ע"א) לְתִירוּץ רַב אִשִּׁי שֵׁם וּבְכוּלְהוּ וְדָאִי לֹא פְּלִיג ר"י א"כ מַנ"ל דְתוֹרָה וְיוֹרוּף אֶתִּי לְרַבּוֹת גַּם שְׂאָר דְבָרִים שְׂאֵין חִיבִים עַל זְדוּנָם פֶּרֶת דְלִמָּא גּוֹז"ש דְבָר דְבָר גַּם לְהַף דר"מ אֶתִּי וְתוֹרָה וְיוֹרוּף לֹא אֶתִּי לְמַעַט רַק דְאִבְתוֹ מְאַנּוֹסְתוֹ לֹא מִיְחִיב דְהֵתָם אִף דְהוּי זְדוּנוּ פֶּרֶת וְש"ח מְכ"מ תוֹרָה וְיוֹרוּף לֹא הָנִי וְמַה"ט לֹא הִבִּיא גַם הַרְמַב"ם בְּתוֹ מְאַנּוֹסְתוֹ בְּה' מְמַרִים דְהִינּוּ מְשׁוּם דְפָסַק כר"י וְכַמֵּשׁ כ" הַר"ן: שֵׁם וְאִי לְהָאִי גִיסָא קָא שְׂרִי חֲמִץ בְּפָסַח: ק"מ הָא אַמְרִינֵן בר"ה (דף כ"ה ע"א) בֵּין שְׁקַדְשׁוֹ ב"ד בְּזַמְנוֹ בֵּין שְׁקַדְשׁוֹ שְׁלֵא בְּזַמְנוֹ אִין לְנוּ מוֹעֲדוֹת אֶלָּא אֵלּוּ וְכֵן דְרִשִׁינוּ אֶתְּם אֶפִּילוּ שׁוּגְגִין אֶפִּילוּ מוֹטְעִין אֶפִּילוּ מְזִידִים וְא"כ גַּם לְפִי דַעַת הַזָּקֵן מְמַרָא דְהַב"ד טְעו ע"כ צְרִיף לְשִׁמּוֹעַ לַב"ד וְאִיף שְׂיִיף לְהַתִּיר חֲמִץ בְּפָסַח ע"י הוֹרְאָתוֹ וְכַעֲיִן מַה שְׁהַקְּשׁוּ הַתּוֹס' וי"ל ע"פ מַשׁ כ" הַתּוֹס' (שֵׁם דְכ"א ע"א) דְלֹא שְׂיִיף אֶתְּם אֶפִּילוּ שׁוּגְגִין רַק לְעַנְנֵן קְבִיעַת הַחֲדָשׁ וְלֹא לְעַנְנֵן קְבִיעַת שְׁנָה אִף דְלֹא כְּתִיב גַבִּי חֲדָשׁ רַק גַבִּי מוֹעֲדִים וְהִבִּיא רְאִיָּה מְחִזְקִיָּה ע"ש וצ"ע לְפִי מַשׁ כ" שֵׁם לְשִׁיטַת הַרְמַב"ן: שֵׁם בְּרַש"י בַּד"ה דְבָרֵי רִיבּוֹת.

ה"ל לְמִיכְתָּב דְבָרֵי רִיב: ק"מ הָא בְּכוּלְהוּ ע"כ דְרִישׁ מִמְשַׁמְעוֹת דְקָרָא בְּלֹא יְתוּר וְלִמָּה פִּירֵשׁ רַש"י הָקָא דְמַפְחַח יְתוּרָא קְדָרִישׁ מְדִהוּי מְצִי לְמִיכְתָּב דְבָר רִיב וי"ל דְכִינּוּ דְכָל הִיכָא דְכְּתִיב לְשׁוֹן יְחִיד דְרִישׁ לְשׁוֹן יְחִיד כְּגוֹן מִמֶּה זֶה יוֹעֵץ דְבָר זֶה הַלְכָה לְמַשְׁפָּט זֶה הִדִּין וְרַק גַבִּי דָם דִּין וְנִגַע דְרִישׁ רַבִּים מְשׁוּם דְכְּתִיב ב' פְּעָמִים בֵּין דָּם לְדָם בֵּין דִּין לְדִין

בין נגע לנגע וא"כ גבי דברי ריבות דלא פתיב פן לא ה"ל לדרוש רק חד ולמה קדריש מדברי חכמים וערכין והקדשות ומריבות סוטה ועגלה ומצורע ולכן פירש רש"י דהתם ג"כ מפת תורא קדריש רבים מדהוי מצי למכתב דבר ריב ומפשעריה דריש רבים משום דבכולהו פתיב כמו שפירש רש"י גופא לקמן: שם בד"ה זה לקט שכתה.

שהו לעניים שפתוב: היינו לפי מה דדרשינו בפ"ה דמעשר שני מלגר וליתום ולאלמנה זה לקט שכתה ופיאה ומ"ע וא"כ הא דכתיב שם ונתת לגר לגר ליתום ולאלמנה ואכלו בשעריה הוי ג"כ לקט שכתה ופיאה בכלל: שם ד"ה וקמף.

מבית דין שיושבין במקום הקבוע להם: הכי קאמרינו בשבת (דף י'): שם בד"ה מלמד שבת המקדש. שאין ירושלים גבוה ממנה: ק"ק מנ"ל דירושלים גבוה דלמא רק בית המקדש ששם היו יושבין סנהדרין וי"ל דלרש"י הנקשה קושית התוספות לעיל (דף י"ד ע"ב) דאיה דרשינו המקום דהכא אביהמ"ק הא גבי מעשר הוי ירושלים ולכן סובר רש"י דבאמת הוי ירושלים והא דממעטינו מצאן בבית פגאי והמרה עליהן היינו מדכתיב קרא בתרא מן המקום שהוא אשר יבחר ה' וזה מדויק בלישנא דמתניתין דלעיל דקאמר באין לב"ד הגדול שבלשפת הגזית שממנו יצאה תורה לכל ישראל שצאמר מן המקום שהוא אשר יבחר הרי דנקטה מתניתין קרא בתרא משום דקרא קמא איירי בירושלים דקאמר קרא מן שעריה תעלה לשם ומדכתיב עוד קרא יתירא דאל המקום וגו' דרשינו מניה דבתור המקום דהיינו ירושלים יורו מן המקום אשר יבחר ה' והיינו בית המקדש ואף דהו מלמד שהמקום גורם דממעטינו מניה מצאן בבית פאגי מאל המקום קדריש היינו משום דבכל מקום נקט הש"ס דרשה הפשוטה קודם כמש"כ התוס' במ"ק (דף ז' ע"א) אבל לעולם עיקר דרשה לא אתיא רק ממן המקום שהוא דאל המקום בירושלים איירי והא דמוכח דבית דמקדש גבוה היינו פינו דכתיב ועלית א"כ ירושלים גבוה משאר א"י וביהמ"ק בירושלים על הר הבית הנה וגבוה מכל העיר כדאמרינו פ"ה דסופה לא הנה חצר בירושלים שאינה מאיר מאור בית השואבה משום דבית המקדש גבוה מכל ירושלים א"כ פשיטא דביהמ"ק גבוה מכל א"י.

זהו נלפע"ד פנונת רש"י הקא ובנה מוכן גם מש"כ בנה בזבחים (דף נ"ד ע"ב) ע"ש: שם ד"ה שהיו אומרים. דתניא שואלין בהלכות הפסח: גם לעיל (דף י"ב ע"ב) אמרינו פן דא"ל רבא לר"נ מפדי מפורים לפסחא תלתין יומין הוי כו' ע"ש וכבר העירו התוס' וגם בר"ה דאמתניתין דעדיות ה"מ לאקשוני ולפענ"ד י"ל דאמתניתין לא הנה אל להקשות די"ל דמתניתין כרשב"ג דאית ליה בפסחים (דף ו' ע"א) דב' שבתות בלבד דורשין דהיינו מר"ח ניסן וא"כ בכל אדר ליכא עדיין חששא דאתי לזולתי בחמץ אבל אר"נ פריף שפיר דהא אנו פרבנו ס"ל וא"כ איכא חששא ועוד הרי ר"נ איירי ביום שלשים של אדר ובאותו יום גם לרשב"ג דורשין דאי ליכא עבור ע"כ באותו יום הוא ר"ח ניסן דאדר הסמוך לניסן לעולם חסר: שם בד"ה הלכתא.

ולטבילת מים חיים: א"ל הא זבה לא צריכה מים חיים די"ל דרש"י בשיטת הי"מ קאי שהביא בגדה (דף ס"ד ע"א) ובשבת (דף ס"ה ע"ב) ע"ש. ובספרי ערוף לנר בגדה שם הארכתי לפרש שיטת רש"י בענין זבה שצריכה מ"ח: שם בד"ה עשירי ר"י אמר.

דְּהִיכָא דְלֹא רָאָתָה ג' רְצוּפִין: אָבֵל אִי רָאָתָה ג' רְצוּפִין לֹא הָוִי י"ב תְּחִלַּת נְדָה עַד אַחַר
שְׁסָפְרָה ז' נְקִיִּים וּבָזָה רַש"י לְשִׁיטָתוֹ אֲזִיל שְׁכֹן פִּירֵשׁ בַּפ"ב דְּעֶרְכִין אָבֵל לְדַעַת הָרַמְבַּ"ם
לְעוֹלָם הָוִי אַחַר י"א דְזִיבָה ז' דְנָדָה בֵּין רָאָתָה בֵּין לֹא רָאָתָה.

עֵינֵן בְּטוֹר יו"ד רִישׁ הַל' נְדָה: שָׁם בַּד"ה וַר"ל אָמַר. עַל שׁוּמְרַת יוֹם פְּנִגָּד יוֹם חֲזֵיב פֶּרַת:
הֵךְ לֹא מְשַׁכַּחַת רַק הֵיכִי דְשִׁמְשָׁה בְּלִילָהּ שְׁאַחַר עֲשִׁירֵי דְאִי בְיוֹם י"א הָרִי עֲבָדָה שְׁיִמּוֹר
קֶצֶת וְלֹא מִיחְזִיבָה גַם לַר"י אֲפִילוּ בְתוֹךְ י"א יוֹם בְּלֹא רָאָתָה לְבִסּוּף פְּמִבְּנֹאָר בְּנְדָה (דף
ע"א ע"א) וְאִי רָאָתָה אַחַר שְׁשִׁמְשָׁה וְדִאִי גַם לַר"ל חֲזֵיב פִּינּוֹן דְסוֹתֵר אֶת הַטְּבִילָה אַף
דְּלֹא בְעֵי שְׁיִמּוֹר וְכֵן מַה שְׁפָתְבוּ הַתּוֹס' דְנִגְעָה בְכֹפֶר שֶׁל תְּרוּמָה ע"כ אֲזִירֵי דְנִגְעָה בְּלִילָהּ
שְׁאַחַר עֲשִׁירֵי וְקִדְשׁ אִשָּׁה בְיוֹם י"ב דְבְיוֹם י"א הָוִי מְגַעֵן וּבְעֵילְתָן תְּלוּנָן גַם לַר"ל שְׁמָא
תְּרָאָה עוֹד וְתִסְתּוֹר טְבִילְתָּהּ פְּמִבְּנֹאָר שָׁם: שָׁם בְּתוֹסְפוֹת ד"ה דְאִי לְהֵאֵי גִיסָא.

וְכִינּוֹן דְאֵם עֲבָרוּהוּ כ"ע מוֹדוֹ: פִּי דְאֵם הֵם אָמְרוּ שְׁלֵא לְעֵבֵר וְהוּא אָמַר לְעֵבֵר ע"כ ב"ד
הַגְּדוֹל מוֹדִים לוֹ דְלִפִּי דַעַתוֹ מְעוֹבָר א"כ לֹא קָא שְׁרֵי חֲמִיץ בְּפִסְסָה וְעֵינֵן בַּת"ח שְׁיִישֵׁב
תְּמִיחַת הַתּוֹס' וּלְפַעַנ"ד תִּי תְמוּהָ שְׁהוּא הִבִּיא מִמָּה שְׁהִקְשָׁה רְבָא וְהָרִי ר"נ הִשִּׁיב לוֹ
דְּמִידַע יַדַע דְבַחְוִן שְׁבָנָא תְּלִיא מִיְלִתָּא הָרִי שְׁבִדְעֵבֵד לֹא חֲזִי שִׁינּוֹן מִשׁוּם אֲתִי לְזִלוּלֵי בְּחֲמִיץ
לְבַטֵּל הָעֵבֵר: שָׁם בַּד"ה וַרְשַׁב"ל אָמַר.

וַא"ת וַלְרַשְׁב"ל: וְאֲפֹשֶׁר לוֹמַר דְרַשְׁב"ל בְּאַמְתָּ לֹא מוֹקִי לְבְרִייתָא דְלַעֲיִל כַּר"מ דְהִלְכָה
הוּא רַק דְנוֹקָא בְּדִינֵי נְדָה דְזוֹנוֹ פֶּרַת אֲלֵא בְשָׂאָר מְצוֹת דְהִלְכָה לְמִשְׁנֵי מְסִינֵי הֵם וּבִלֵּא"ה
לַר' יְהוּדָה לֹא דְרָשִׁינּוּ הֵנּוּ דְרָשׁוֹת דְלַעֲיִל כַּמְש"כ הַתּוֹס' לְקַמּוֹן (דפ"ח ע"ב): שָׁם ע"ב
בְּגִמְרָא ד"מ בְּפִלְגִישׁ דְשִׁמּוּאֵל וְרַבִּי אֲבָהוּ: הָא דְנִקְטַת הֵךְ פְּלוּגְתָּא דְנוֹקָא לְאֲשִׁמוּעֵינּוּ דְאֲפִי
בְּמִנּוּן הַדְּיִינִים אִי פְּלִיג אֲסַנְהֶדְרִין הָוִי זְקוֹן מְמַרָא אֲכַן ק"ק לְמָה צְרִיף לְמִינְקַט פְּלוּגְתָּא
דְאִמּוּרָאֵי בְזָה הָא בַּכַּה"ג הָוִי ג"כ פְּלוּגְתָּא דְתַנְאֵי לַעֲיִל (ד"ו ע"א) אִי פְּשָׁרָה בְּיַחֲדָא אוֹ
בַּג' דְנוֹקָא וַי"ל פִּינּוֹן דְהַנְּפִקוּתָא הוּא לְעַנּוּן אִם קִדְשׁ אִשָּׁה בְּאוֹתָן מְעוֹת אִי מְקוֹדְשֵׁת אוֹ לֹא
וַא"כ הַמִּיקָל הוּא מֵאֵן דְאִית לִיהָ דְבְעֵינּוּ ג' וְעִי"ז עֲשָׂה הַמְמוֹן גְּזֵל וְהַתִּיר א"א לְעֵלְמָא
וַא"כ בְּפִשְׁרָה לֹא שְׁיִיף זָה דְהָא אֲלִיבָא דַר"מ קְיַיִמִין וַר"מ הוּא דְאִית לִיהָ דְבַצּוּעַ בַּג'
אָבֵל בְּפִלְגִישׁ דְשִׁמּוּאֵל וַר"א קְאָמַר שְׁפִיר דְהִלְכָה כְּשִׁמּוּאֵל כַּמְש"כ הַתּוֹס' לַעֲיִל (דף ג')
בְּשֵׁם בַּה"ג וְלַכֵּן הַז"מ דְהִיקָל כַּר"א לְשׁוֹנֵי הַמְעוֹת גְּזֵל וְלַהַתִּיר א"א פֶּסֶק שְׁלֵא בְּדִין וְלֹא
מְצָרְכִין לַפ"ז לְמָה שְׁפָתְב' רַש"י עוֹד דַּנ"מ גַּם אִיפְכָּא אִי לְאַחַר שְׁקִדְשָׁה זָה קִדְשָׁה ג"כ
אַחַר דְזָה נְפִקוּתָא רְחוּקָה הִיא וְאִי מִשׁוּם דַּא"כ יְקֻשָּׁה דַר"א הִיאָף מוֹקִים לְהָךְ בְּרִייתָא
דְהָא י"ל דַּר"א בְּאַמְתָּ לֹא מוֹקִים בְּרִייתָא כַּר"מ וְכַמוֹ שְׁפָתְבֵנוּ לַעֲיִל לַר"ל לְיִישֵׁב קוֹנְשִׁית
הַתּוֹסְפוֹת א"נ מוֹקִי מַחְלְקוּתָם בְּדִין אַחַר מְדִינֵי מְמוֹנוֹת: שָׁם דְתַנּוּ ר"א בַר"ש אוֹמַר
לְעוֹלָם אִין הַבֵּית טְמֵאָה: ק"ק דְלְמָה הִבִּיא רַאבְר"ש דְפְּלִיג בְּסִיפָא וְלֹא רַבִּי יִשְׁמַעְאֵל
דְפְּלִיג בְּרִישָׁא וְס"ל דְעַל אֲכַן אֲחַד טְמֵא וַי"ל לְפִי מַה שְׁפָתְבֵתִי דְהַש"ס טְרַח בַּכ"מ
לְהַמְצִיא דְהַז"מ פֶּסֶק שְׁלֵא כְּהִלְכָתָא א"כ אִם פֶּסֶק כַּר"ע לְהַקְלֵל דְעַל אֲבָן א' טְהוֹר הָרִי
פֶּסֶק כְּהִלְכָה וְאִי כַר"י דְטְמֵא לֹאוּ הוֹרָה לְעֲשׂוֹת הוּא אָבֵל אִי פֶּסֶק כַּר"א בַר"ש וְטְהַר ב'
אֲבָנִים שְׁלֵא בְקָרָן זְוִית וּפֶסֶק לְהַקְלֵל וְדִלָּא כְּהִלְכָתָא דְהִלְכָה כַּר"ע וּמְזָה רְאִיָּה לְכַאוּרָה
לְשִׁיטַת רַש"י וְהַרְמְב"ם דְהַפְּרַת הָוִי מִשׁוּם כְּנִיסַת מְקִדְשׁ דְלְשִׁיטַת הַתּוֹס' לְעַנּוּן פֶּסֶק שֶׁל
תְּרוּמָה אַדְרַבָּה ר"י הָוִי גְּוֹלָא טְפִי לְעַנּוּן קִדְוִשִׁין רַאשׁוֹנִים וְהַל"ל רַבִּי יִשְׁמַעְאֵל וַר"ע:

שם מ"ט דר"א בר"ש: הא דנקט דוקא בההוּ פלוגתא מ"ט ואיך שנייה טעם דר"א בר"ש לכאן י"ל משום דכל הני פלוגתות דלעיל פליגי בדרשות דקרא וטעם דפלוגתא דר"י ור"ע מפוךש בת"כ הביאו הר"ש שם (פי"ב) דנגעים דפליגי ג"כ בקרא וטעם דר"א בר"ש לא מפוךש וא"כ לכאורה ה"א דר"א בר"ש לאו מקרא קאמר רק מהלכה למשה מסיני וא"כ יקשה הרי כבר הוי הוּ פלוגתא דנגעי בתים בכלל דבר זו הלכה דנקט לעיל לקה צריה למינקט טעמא דר"א בר"ש דמקרא הוא ולא הלכה: שם ברש"י ד"ה ולוי אמר.

בשופעת מתוהו שבועיים: הפל פ"י רש"י אנקבה דוקא ולא ידעתי למה לא פ"י ג"כ אנקר ובגדה (דל"ה ע"ב) מיייתי בש"ס באמת הנפקותא גם לענין זכר ע"ש ואפשר משום דלא הוי נפקותא כ"כ ביולדת בזוב ע"ש: שם בד"ה לילה ויום.

ור"א לחומרא ור"י לקולא: א"ל הא בזה פסק ז"מ לקולא אם פסק דלא פהלקתא דהא ר"א ור"י הלכה כר"י ז"א דהא זה א' מד' דברים דאמרינו בגדה (נ"ח ט' ע"ב) דהלכה כר' אליעזר ולכן א"ש למה דנקט הוּ פלוגתא דוקא ולא אידהוּ פלוגתא דפליגי במתניתין דגדה כמה הוא קישווי' אי חמשים יום או חדש או ב' שבתות פנין דהתם ר"מ הוא מ"ד דמיקל טפי וברייתא דהכא ר"מ היא ולר"מ לא משפחת דיפסוק זקן ממרא לקולא ודלא פהלקתא: שם ד"ה בפלוגתא דשמואל.

דה"ל קדשה בגזל: ק"ק הא אמרינו בקידושין (דנ"א ע"ב) דקדשה בגזל לאחר יאוש בעלים מקודשת ופסק ג"כ הכי בשו"ע אה"ע וקרא דהוציאו ממנו בדין נדאי נתייאש ולמה מקרי זה גזל דאינה מקודשת בו וכן קשה אמה שפכת רש"י לקמן גבי השקאת סוטה דלר"א הוי גזל שאינה מקודשת בו ע"ש ולמה הרי מסתמא נתייאשו הבעלים: שם בד"ה ונתת נפש.

ואי אתי אינש אחריןא: גם הכא הוצרך רש"י לפרש דהחיוב הוא ע"י קידושי שניים דאי בקידושי ראשונה והז"מ התיר לאחר לבא עלי' שאין הקידושין כלום פדין הורה דהלכה כרבנן דאינה מקודשת והמהרש"א שפכת לעיל דבפלוגתא דתנאי לא פ"י רש"י דהוי נפקותא גם לאידיך גיסא במכ"ת לא עיין בזה: שם בד"ה בעשרים ושלשה.

כשאר חובל בחבירו: ק"ק איך חייבין אהפאת שליח ב"ד אף שלא הי' פדין הא אין שליח לדבר עבירה כמבואר בקידושין (דמ"ב ע"ב) ולכאורה י"ל לפמש"כ התוס' שם דהיכא דהשליח שוגג חייב המשלח א"כ הכא דהשליח ב"ד שוגג חייבין שולחיו.

אכן אפתי קשה לפי מה שפכת הנמוקי יוסף פ' מרובה (דע"ט) וכן הריטב"א דגם בשוגג אין שליח לדבר עבירה וחייב השליח וכן הוכיח להלכה הש"ך בח"מ (סי' שמ"ט) ע"ש א"כ אפתי קשה איך הם חייבין אהפאת שליח.

אכן גם בזה י"ל פנין דלפי המבואר בש"ך שם נדאי רש"י סובר כהתוס' לפי פירושו במתניתין דפ' מרובה דהמשלח חייב כשהשליח שוגג א"כ רש"י לשיטתו פ"י שפיר דהם חייבין לו ממון ומכ"מ ל"ק מאי הוי נפקותא לענין שיטת שאר הראשונים דסברי דהמשלח פטור דהתם הוי נפקותא לענין השליח גופא אי חייב לשלם או לא אכן אפתי קשה לפי מה שהוכיח הש"ך שם דהשליח ג"כ פטור לשיטת הנ"י פנין שהוא שוגג א"כ

קָשָׁה אִיךָ מִשְׁפַּחַת הָכָא נִפְקוּתָא לְעַנְיָן מָמוֹן וּי"ל בְּדוּחַק לְפִי מַה דְּאִמְרִינוּן לְקַמְן דְּאִם
עֲשֵׂה ז"מ כְּהוֹרָאָתוֹ ג"כ חֲזִיב א"כ מִשְׁפַּחַת דְּהוּז"מ גּוּפָא נַעֲשֵׂה שְׁלִיחַ ב"ד וְהִפָּה אוֹתוֹ.

אֲכַן אִפְתִּי קָשָׁה דְּאִיךָ יתְחַזֵּיב הוּז"מ עַל זֶה תְּשַׁלּוּמִין פִּינוּן דְּמִיקְטָל אִין אָדָם מֵת וּמְשַׁלֵּם
וּמִמֵּנָּה פ"פ לר"מ לִיכָא פָּאן מִיתָה פִּינוּן דְּלִיכָא רַק הִיכָא דְּאִיכָא מָמוֹן לְמִיחְוֵי דְּכָר שְׁזוּדוֹנוּ
פֶּרַת וְאִי אִיכָא מִיתָה לִיכָא מָמוֹן וּצ"ע: שְׁם בְּתוּסְפוֹת ד"ה דִּין בְּתוּ מְאָנוּסְתוֹ.

בְּכוּלְהוּ מִשְׁפַּח פְּלוּגְתָּא: ק"ק הָא לְעֵיל (דָּף ע"ו ע"ב) יְלִיף אֲבֵי מִק"ו מִבְּת בְּתוּ דְּאִבְתוּ
עֲנוּשׁ פֶּרַת וְרָבָא ס"ל דְּאִין עוֹנְשִׁין מִן הַדִּין וּלְכָף יְלִיף מִגְז"ש אָבֵל לְעוֹלָם הַק"ו גַּם לְרָבָא
בְּדוּכְתֵי קְאִי וְא"כ מַה בְּכָף שְׁהִזְקוּן מְמָרָא לָא ס"ל הַגְז"ש דְּלָא נִתְקַבְּלָה לּוּ מִכ"מ אִיכָא
אִיסוּרָא מִפְּתָח ק"ו דְּאָדָם דֵּן ק"ו מְעַצְמוּ וְאִפְתִּי אִיךָ הוֹרָה לְעֲשׂוֹת וּלְהִתִּיר בְּתוּ מְאָנוּסְתוֹ
וְעוֹד י"ל לְמָה נִקְטַ דְּנִקְא בְּתוּ מְאָנוּסְתוֹ וְלָא ג"כ אִם חֲמוּתוֹ וְאִם חֲמִי דְּאִתְיָא ג"כ מְהִי
גְז"ש כְּמִבְּנָאָר לְעֵיל ר"פ הַנְּשַׁרְפִין וְעוֹד הַקָּשָׁה אֲאִמ"ו נִר"ו אֵהָא דְּכְתָבוּ הַתּוֹס' בְּהוֹרָיוֹת
(דָּף ד' ע"א) בְּד"ה בְּדְכָר שְׁאִין הַצְּדוּקִים מוֹדִים דְּבְתוּ מְאָנוּסְתוֹ מְקַרִי כָּל דְּכָר וְלָא מְחִיבִי
ב"ד דְּהָרִי רַב אֲשִׁי יְלִיף שְׁם ב"ד מְזַקְן מְמָרָא וְהָרִי בְּזַקְן מְמָרָא גּוּפָא חֲזִיב אֵהוּרָאָת ב"ד
מְאָנוּסְתוֹ כְּדְמוּכַח סוּגְיָין דְּהָכָא.

וּנְלִפְע"ד דְּהִנֵּה בִּיבְמוֹת (דָּף ז' ע"א) מְסִיק בְּש"ס דְּאִצְטְרִיף עֲלֵי לְמַתְסַר עֲרוּהָ לִיבָם
מְשׁוּם דְּה"א דְּאִתְקַשׁוּ כָּל הָעֲרִיוֹת לְאִשְׁתָּא אַח וְכִמוּ דְּאִשְׁתָּא אַח שְׂרִי בְּמִקּוּם יְבוּם ה"נ שְׁאָר
עֲרִיוֹת לְכָף אִצְטְרִיף עֲלֵי וְרָבָא קְאָמַר שְׁם דְּאִעֲרִיוֹת ל"צ לְגוּפָא קְרָא דְּאִין עֲשֵׂה דוּחָה
ל"ת שְׁיִשׁ בָּהּ פֶּרַת פִּי אִצְטְרִיף קְרָא לְהִתִּיר צָרָה וְשִׁלָּא בְּמִקּוּם עֲרוּהָ ע"ש וְהִשְׁתָּא אִי
לִיכָא גְז"ש לְבְתוּ מְאָנוּסְתוֹ וְלָא אִתְיָא רַק מִק"ו א"כ פִּינוּן דְּאִין עוֹנְשִׁין מִן הַדִּין לִיכָא פֶּרַת
וְלָא הָוִי רַק לָאו גְרִידָא וּלְפִי תִירוּץ רָבָא מְתִיבְמַת אִי נְפִלָה בְּתוּ מְאָנוּסְתוֹ לִיבוּם וְהִשְׁתָּא
י"ל דְּבָהָא קְמִיפְלִגִי דְּב"ד סָבַר כְּרָבָא דְּאִית לִי גְז"ש א"כ הָוִי בְּתוּ מְאָנוּסְתוֹ ל"ת שְׁיִשׁ
בָּהּ פֶּרַת וְלָא מְתִיבְמַת אָבֵל הַזְקוּן מְמָרָא לָא סָבַר הַגְז"ש וְא"כ לִיכָא רַק אִיסוּר מִק"ו וְזֶה
נִדְחָה מְפִנֵי עֲשֵׂה דִיבוּם וְלִכְן הִתִּירָה לְהִתְיַבֵּם וְהִתִּיר אִסוּר פֶּרַת וְלִכְן לָא קָשָׁה הָרִי הָוִי
כּוּלֵי דְּכָר דְּז"א דְּנִדְאִי בְּעִיקְרָא בְּתוּ מְאָנוּסְתוֹ מוֹדָה דְּאִסוּרָה מִק"ו וְלָא הִתִּיר רַק לְהִתְיַבֵּם
מְשׁוּם דְּס"ל כְּרָבָא וְהָכָא ג"כ רַב פְּפָא אֲלִיכָא דְּרָבָא מְתַרְץ כֵּן וְלִכְן לָא הָוִי מְצִי לְמִינְקַט
אִם חֲמוּתוֹ וְאִם חֲמִי דְּבָהָי הָוִי כּוּלֵי דְּכָר דְּהִתָּם לָא שְׁיִיף ק"ו וּמִכ"מ ל"ק אֵמָה שְׁפִתְבוּ
הַתּוֹס' בְּהוֹרָיוֹת דְּצְדוּקִים לָא מוֹדוּ בְּבְתוּ מְאָנוּסְתוֹ הָא ק"ו הוּא גַּם אִי לָא ס"ל גְז"ש דִּי ל
דְּצְדוּקִים לִית לְהוּ דְּרָשָׁה בֵּא' מִי"ג מְדוּת כְּמוּ שְׁפִי רִש"י בְּחֻלִין (דָּף ד' ע"א) לְעַנְיָן
כּוּתִים ע"ש: שְׁם בְּד"ה עֲקֵבָא בְּן מְהַלְלָא.

וְאֵע"ג דְּעֵקֵבָא מְחִמִּיר: וְכֵן פִּי רִש"י עֵינֵן בְּמַהֲרָש"א שְׁכַתְבֵּי שְׁהַכְרִיחוּ הַתּוֹס' לְזַה מְאִי
דְּפִרִיף לְקַמְן תְּדַע שְׁהָרִי לָא הָרְגוּ אֶת עֲקֵבָא. וּפִירוּשׁוֹ תְּמוּהָ לְפַעַנ"ד דְּאִם כֵּן מְאִי תִירוּצוּ
הַתּוֹס' דְּזִימְנִין דְּהָוִי קוּלָא דְּאִפְתִּי מְאִי מוֹכִיחַ בְּפִי זֶה מְמַה דְּלָא הָרְגוּ אֶת עֲקֵבָא דְּלִמָּא
בְּכַה"ג לָא הוֹרָה עֲקֵבָא הִיכָא דְּהָוִי לְקוּלָא אָבֵל הַדְּכָר פְּשׁוּט דְּהַש"ס מוֹכִיחַ מִר' יְהוּדָה
דְּהוֹנְכַר שְׁם בְּעֵדִיוֹת (פ"ה) גְּבִי פְּלוּגְתָּא דְּעֵקֵבָא ב"מ וְרַבְּנָן וְלִר' יְהוּדָה מִיחְזִיב גַּם בְּדְכָר
שְׁאִין זְדוּנוּ פֶּרַת רַק שְׁיִהֵה עִיקְרוֹ מִד"ת וּפִירוּשׁוֹ מִד"ס וְכִמוּ שְׁכַתְבֵּי הָר"ן וְהָרִי בְּאוּתָן
ד' דְּבָרִים הָוִי מַה שְׁהֵה מְתִיר שְׁעַר בְּכוֹר וְלְדַעַת הָרַמְב"ם אֲפִילוּ אִיסוּר דְּרַבְּנָן מִיחְזִיב
וְעוֹד בְּכָל הָנִי דְּפִלִּיגִי שְׁם שְׁיִיף קוּלָא כְּגוֹן גְּבִי מְשַׁקִּין אֶת הַגְּיוּרָת וּמְשׁוּנְהָרְת הָוִי קוּלָא

כמו לקמן גבי השקאת סוטה לענין אם קדש אשה במעוה פתופתה וכן לענין שער פקודה
הוי קולא לענין אם נכנס למקדש ונתחייב חטאת וקדש בו את האשה פדלקמן גבי
הקדשות וא"כ פנין דבכולהו משפח קולא למה הנצרכו התוס' לתרץ גבי דם הירוק דוקא
אבל פונת רש"י והתוס' נלפע"ד דזה נדאי גם לר"מ הלכה פרבנו דיתיד ורבים הלכה
פרבים א"כ ע"כ הזקן ממרא פסק פעב"מ וב"ד פרבנו ולפ"ז לא הוי קולא גבי זקן ממרא
רק חומרא ולכן פירשו דחומרא הוי כגון היכא דמשלים דם ירוק ושיטה זו נוכיח לקמן
עוד דבכל מקום טרח הש"ס ורש"י לאוקמי ב"ד אליבא דהלכתא וז"מ שלא אליבא
דהלכתא וזה דהוקשה להתוס' פאן דז"מ יפסוק פהלכתא אי הורה לעשות.

ובעיקר קושיתם נלפענ"ד דלקאורה י"ל עוד למה נקט הש"ס דפליגי בפלוגתא דעב"מ
ורבנו ה"ל לאתויי פלוגתא דב"ש וב"ה במימי תלתן ומימי בשר צלי דמוקדמת שם
במשנה קודם פלוגתא דעב"מ ורבנו נהרי לקמן גבי לקט שכחה מייתי הש"ס דפליגי
בפלוגתת ב"ש וב"ה ונ"ל דבגדה (דל"ג ע"א) אמרינן תניא אר"מ אם הן יושבות על פל
דם כו' ע"ש ובתוס'.

הרי לפי המבואר בתוס' שם ס"ל ר"מ בדם ירוק פעב"מ לפי דעת ר"י ונהרי הקא ר"מ
הוא תנא דהך ברייתא וא"כ שפיר מוקי דזקן ממרא סבר פרבנו להקל וב"ד סבר פעב"מ
להחמיר דכן הוי הלכה לדעת ר"מ ולא מצרכינו להנפקותא שהביאו התוס' בהשלמה
דדם ירוק לדם אדום ולכן א"ש דלא נקט פלוגתת ב"ש וב"ה דא"כ יקשה פקושית התוס'
דהרי זקן ממרא כדיון פסק כב"ה אם הקיל והורה לעשות: שם ד"ה בפלוגתא דר"י ורבנו.

ולא יתכן דאירי פי האי גוונא: וליישב דעת רש"י י"ל דהא דכתב דאם נכנס למקדש
חייב פי דהוי נפקותא דמלקין אותו דכל ח"כ מלקין אותו ואי פטור א"כ צריך לשלם
כדיון חובל ובזה המון קדש אשה והוי ממש הנפקותא כמו שפירש"י בפלוגתא שלפני
זה גבי מלקות בג' או בכ"ג וכן יש לפרש מה שפי' רש"י לקמן בד"ה ר"מ אומר נותן
דמיו נפקותא לענין האוכלו בטומאת גופו דחייב פרת א"נ י"ל דהוי נפקותא לענין חטאת
שהפריש אמה שנכנס למקדש וקדש בה את האשה דאם טמא הוא חטאתו חטאת ואינה
מקודשת ואם טהור הוא לא הוי חטאת אלא חולין ומקודשת אכן מדברי הרמב"ם נראה
דס"ל דגם בדבר ששגגתו עולה ויורד חייב.

וא"כ גם דעת רש"י פן: שם בד"ה ר"י אומר פיהה. אין להביא ראיה לת"ק: פי' בזה
מתרצים מה שנהקשו דאי פהה וטמא היינו לת"ק דלפ"ז דלא פתיב ר"י אומר י"ל באמת
דר"י אסף הדיעות וקבע הלכה כת"ק אבל בנזיר (דס"ה) תירצו התוס' קושיא זו בענין
אחר דהנפקותא דת"ק טמא מספק ור"י טמא ודאי ע"ש: שם בא"ד.

ומיהו בירושלמי: פי' דלפי מה דמסקו לכה גרסינן קיהה דאל"כ מאי פריה בנזיר דלמא
פיהה וטמא הא כל פיהה טהור ועל זה פתבו דמיהו בירושלמי משמע דיש פיהה ובזה
לא ידעתי למה כ' המהרש"א דלשון ומיהו מגומגם: שם דף פ"ח ע"א בגמרא מנין
לפריחה בבגדים שהיא טהורה: אף דבגדה (דף י"ט ע"א) קאמר דנגע טהור ליכא לפרש
בכולו הפך לכן דהאי בזה מקרי ולא נגע איקרי ואיך מפרש לי' בבגדים בכולו הפך
די"ל דבזהק לא שייך רק לענין דמטמא במראה לזון וזה מקרי בזהק כמו שפי' רש"י
שם אבל לא בבגדים דמטמאים במראות ירקרק ואדמדם: שם דתנן המעריף פחות מכן

חֹדֶשׁ: צ"ל דְּתַנִּיָּא דְּבְרִיָּתָא הִיא וְלֹא מִשְׁנָה אֲכֹן לֹא יִדְעָתִי לָמָּה לֹא נִקְטַ פְּלוּגְתָּת דְּמַתְּנִיתָן דְּעַרְכִּין פְּגוּן הַמְעַרְיָה נְכָרִי וְכְדוּמָה שְׁמִ: שְׁמֵ אר"כ הוּא אֹמֵר מְפִי הַשְּׁמוּעָה: ק"ק דא"כ אִיךָ מִשְׁפַּחַת מַה דְּדַרְשִׁינוּן לְעִיל בְּבְרִיָּתָא דְּבָר זֹ הִלְכָּה וּמְפָרְשִׁינוּן דְּהִלְכוּת אַחַד עֶשֶׂר הוּא וְאִיךָ מִשְׁפַּחַת פְּלוּגְתָּא בַּהֲל"מ אִם לֹא בְּמְפִי הַשְּׁמוּעָה וּצ"ל דר"כ ס"ל פְּרַבִּי יְהוּדָה לְקַמְן דְּלֹא ס"ל הִנֵּה דְרָשׁוֹת דְּבְרִיָּתָא דְּלְעִיל כַּמְש"כ הַתּוֹס' לְקַמְן וּכְפִי מִש"כ הֲר"ן פֶּסֶק הֶרֶמְב"ם פְּרַבִּי יְהוּדָה: שְׁמֵ מֵאִי לָאו דְּהוּא אֹמֵר מְפִי הַשְּׁמוּעָה: הָא דְּמִשְׁמַע לִיהֵ הֵכִי דְּוִקָא וְלֹא דְּשִׁנְיָהֶם מְפִי הַשְּׁמוּעָה אוֹ שְׁנִיָּהֶם מִדְּעַת עֲצָמָם אוֹ כְּפִי מַה דְּמַתְרִץ דְּהֵם אוֹמְרִים מְפִי הַשְּׁמוּעָה י"ל פִּינוּן דְּהֵךְ לִישְׁנָא הוּא דְּנִקְטָה מַתְנִיתָן דְּכָף לִקְמָרִי וְא"כ לָמָּה יֹאמֵר דְּעַתוֹ מִקְוֹדָם קְוֹדָם דְּעַת ב"ד הֲל"ל כָּף דְּרָשׁוֹ תְּבָרִי וְכָף דְּרָשְׁתִּי וְלָכֵן מִשְׁמַע לִיהֵ דְּהוּא מְפִי הַשְּׁמוּעָה קְאָמֵר וְהֵם מִדְּעַתָּם וְכִינוּן דְּשָׁלוֹ קְדוּם בְּזִמְן דְּנִתְקַבֵּל לֹו מְרַבּוּתִיו לָכֵן מְקַדִּים לְדִידִי וְאֵהִכִּי מְתַרְץ דְּלְעוֹלָם י"ל דְּהֵם אוֹמְרִים מְפִי הַשְּׁמוּעָה וְהוּא מִדְּעַתוֹ וְאֵעִפ"כ מְקַדִּים לְדִידִי בְּרִישָׁא מִשׁוּם דְּהֵכִי קְאָמֵר כָּף דְּרָשְׁתִּי מִדְּעַתִּי כָּכָר וְעַלְשָׁיו שְׁמַעְתִּי שְׁחַבְרִי לֹא דְּרָשׁוֹ כֵּן מְפִי הַשְּׁמוּעָה: שְׁמֵ בְּעַל שְׁמַחַל עַל קִינוּיוֹ: בְּסוּטָה (דָּף כ"ה) פְּלִיגִי אֲמוּרָאִי אִי יָכוֹל לְמַחְוֹל קְוֹדָם סְתִירָה אוֹ אַחַר סְתִירָה דְּוִקָא וּמִדְּבָרִי רִש"י מִשְׁמַע כְּפֹאן דְּקְוֹדָם סְתִירָה דְּוִקָא וְהֵכִי קְדִיִּיק הֵתָם דַּאֲל"כ מִשְׁפַּחַת דְּיִשׁ לָהּ הֵיִתֵר ע"ש אֲכֹן לְפַעַנ"ד קְשִׁיָּא עַל זֶה דְּהָא קְדִיִּיק הֵתָם מִמַּתְנִיתָן דְּקַתְנִי וּמוֹסְרִים לֹו שְׁנֵי תַלְמִידֵי חֲכָמִים דְּאִי אֲמַרְתָּ יָכוֹל לְמַחְוֹל קִינוּיוֹ לְמַחְוֹל וְלִיבְעַל וּמְתַרְץ דְּבַעֲיָנוּן ת"ח וְלִימְרוּ לִיהֵ הֵךְ דִּינָא וְא"כ מֵאִי קְדִיִּיק מַהֵךְ דְּאִינוּ לֹו הֵיִתֵר דְּהָא קְאָמֵר הֵתָם כֵּן אִי אֲמַרְתָּ דְּאִין מוֹסְרִין לֹו ת"ח וּמְהִימְנִינוּן לִיהֵ כְּמוֹ נִגְדָה וְהָרִי אַז לְפִי דְּעַתוֹ אִין לָהּ הֵיִתֵר דְּלֹא יוֹדַע הִדִּין דְּיָכוֹל לְמַחְוֹל וְהִנֵּה הַתּוֹס' כְּתָבוּ כְּפֹאן דְּלֹאֲחַר שְׁנַמְחָקָה הַמְּגִילָה אִין יָכוֹל לְמַחְוֹל וְזֶה לְכַאוּרָה נִגְדָה סוּגְיָא דְּשָׁם דְּתַלְיָא בְּסְתִירָה וְלֹא בְּמַחֲיָקַת הַמְּגִילָה.

אֲכֹן מַה שְׁפַתְבוּ הַתּוֹס' הוּא בִּירוּשְׁלַמִּי דְּשְׁמַעְתִּין: שְׁמֵ בְּרִש"י ד"ה אָדָם שְׁפָרְחָה בְּכוּלוֹ. וְהַכְּנִיסוֹ לְמַקְדָּשׁ: אַף דְּבַעֲרוּבִין (דָּף ק"ד ע"ב) קְאָמֵר שְׁמוּאֵל הַמְּכַנִּיס שְׁרָץ לְמַקְדָּשׁ פְּטוּר מִשׁוּם דְּאִין לֹו טְהָרָה בְּטְבִילָה וְה"נ בְּגֹד מְנוּגָע אִין לֹו טְהָרָה מִכ"מ הָרִי מְסַקִּינוּן שְׁמֵ דְּהֵךְ דְּשְׁמוּאֵל תַּנְאִי הִיא וְהִלְכָּה כר"ע מְתַבְּרִירוֹ וְלָכֵן גַּם הֶרֶמְב"ם לֹא פֶּסֶק כְּוֹתִי דְּשְׁמוּאֵל וְלָכֵן שְׁפִיר כְּתַב רִש"י לְעַנְיָן הִלְכָּה דְּגַם הַמְּכַנִּיס בְּגֹד חֲזִיב לְמַ"ד טָמֵא: שְׁמֵ ד"ה ר"מ אֹמֵר נוֹתָן דְּמִיו.

וּבְהַקְדָּשׁ בְּמִזִּיד קִידָשׁ: פִּי לר"מ לְשִׁיטָתוֹ הָנִי הֵכִי דְּהוּא ס"ל כֵּן בְּקִידוּשִׁין (דנ"ב) וְכִינוּן דְּאֵלִיָּבָא דר"מ קִיָּיִמִינוּן א"כ צ"ל דְּהַז"מ פֶּסֶק פְּרַבְּנוּ דְּקִידוּשִׁיו קִידוּשִׁין וְלֹא הָנִי לְקוּלָּא וְלֹא מִשְׁפַּחַת רַק בְּקִדְשָׁה שְׁנֵי וְלָכֵן כְּתַב רִש"י דְּגַם בְּרֵאשׁוֹן הָנִי נִפְקוּתָא לְעַנְיָן קִדְשָׁה אַחַר בְּמִזִּיד א"נ לְעַנְיָן אֲשֶׁם מְעִילוֹת וְלָכֵן הוֹצֵרָה רִש"י לְהֵךְ א"נ אַף דְּלְכַאוּרָה נִרְאָה יוֹתֵר דְּוִחַק מְהַפִּי הֶרֶאשׁוֹן: שְׁמֵ בַד"ה חוֹלִין לְעַזְרָה הוּא: א"ל דְּאַכְתִּי הִיאֵךְ הַתִּיר ז"מ לְגַמְרִי פִּינוּן דְּעַכ"פ אֲסוּר מִטְעַם חוֹלִין בְּעַזְרָה וְהָרִי הוֹרָה לְעֲשׂוֹת בְּעִינוּן דִּי"ל דַּס"ל כַּמ"ד חוֹלִין בְּעַזְרָה לָאו דְּאוּרִיָּתָא אֲכֹן אַכְתִּי קֶשֶׁה לְפִי מַה שְׁכַתְּבִי רִש"י בְּפֶסְחִים (דכ"ב ע"א) דְּאַכִּילַת חֲשֵׁב"ע לַכ"ע הָנִי דְּאוּרִיָּתָא א"כ הִיאֵךְ הוֹרָה לְהֵיִתֵר וּלְשִׁיטַת הַתּוֹס' שְׁמֵ דְּלֹא ס"ל הֵכִי א"ש: שְׁמֵ בַד"ה י' פְּהֵנִים: פְּדַמְפְּרִשׁ בַּפ' י' פְּהֵנִים: הֵךְ עֲשָׂרָה פְּהֵנִים קְמָא נִרְאָה דְּלֹא גְרַסִּינוּן דְּהָא לֹא בְּעִינוּן רַק תְּשַׁעָה וְכַהֵן פְּדַמְפְּרִשׁ לְעִיל וְגַם בְּש"ס לֹא קְאָמֵר רַק עֲשָׂרָה כְּפִי אָדָם וְלֹא פְּהֵנִים: שְׁמֵ בַד"ה נוֹתָן עַל מְקוּמוֹ.

וטהור לכנוס למקדש: קשה דהא הכא קושית התוס' לעיל בד"ה בפלוגתא דר"י ורבנן במקומה עומדת דלא שייך פתירוץם בכפר של תרומה דהא טהרה זו היא טהרה של מחוסר פפורים ומחוסר פפורים מותר בתרומה פדאמריןו בנגעים (פי"ד) ג' טהרות במצורע וגם א"ל דהנפקותא בנגע בקודש וקדש בו אשה דהא בקודש אפי' הוא טהור אינה מקודשת פדאמריןו בקידושין (דנ"ב ע"ב) המקדש בחלקו בין ק"ק ובין קדשים קלים אינה מקודשת וצ"ע וי"ל דהנפקותא כגון דנכנס למקדש או אכל קודש והוצרך להביא חטאת ובאותו חטאת קדש אשה דאי היה מחייב אותו א"כ הוי מקדש בקדשים ואינה מקודשת ואי לא מחייב הוי חולין ומקודשת באפילו שחטו בעזרה ה"ל מקודשת למ"ד חולין שנשב"ע לאו דאורייתא בקידושין (דף נ"ו) ע"ש: שם בד"ה שלש אינו לקט.

שאין דרוך להפקירו: הכא לא נקט רש"י טעם דספרי דקמיימי לקמן דאתיא מולגר ליתום ולא למנה אכן מפי' הר"ש והרמב"ם במתניתן שם משמע דגם לקט מדרשה זו אתיא וכן משמע קצת בספרי גופא: שם ע"ב בגמרא פדי שלא ירבו מחלוקת: הא דמדמי הך לדלעיל י"ל דב' טעמים י"ל בז"מ הא דחייב הא' משום פבוד ב"ד וכמש"כ הרמב"ם בפ"י המשניות והב' משום ריבוי מחלוקת בישראל ובב' טעמים אלו תלי' הך דינא דלעיל דאי מטעם פבוד ב"ד א"כ אם הוא אומר מפי השמועה והם ג"כ מפי השמועה או מדעתם אין פוגם בכבודם פנין דע"כ מוטל עליו לומר כפי מה ששמע מרבו וכמו שהשיב עקביא ב"מ לבנו אני שמעתי מפי המרובים והם שמעו מפי המרובים אני עמדתי בשמועתי והם בשמועתן אבל טעם דריבוי מחלוקת שייך גם בזה וכן תלי' בזה אי יכולים למחול או לא דאי משום פבודם יכולים למחול ואי משום ריבוי מחלוקת לא וכיון דקתני דאין יכולים למחול ע"כ הוי טעמא משום ריבוי מחלוקת וא"כ גם בהוא אומר מפי השמועה והם מדעתם ג"כ נתחייב: שם לזה שסמוך לעירו: הרמב"ם השמיט זה ועיין בכס"מ ולפענ"ד דס"ל פנין דבמתניתן לענין ז"מ לא קתני לי' דמתניתן פליג אבריייתא ולכן פסק במתניתן גם מה שהקשה הלח"מ מנ"ל להרמב"ם דגם הב"ד באין עמו לשאול פשוט הוא דמלשון באים קדייקי וכמו שפי' גם רש"י במתניתן: שם רבו מחלוקת בישראל: עיין בהגיגה (ד"ז ע"א) בפלוגתא דסמיכה בי"ט דהביאו התוס' הירושלמי דמתחלה לא היה רק פלוגתא א' בסמיכה ושמאי והלל פליגי בד' והקשו הם עלי' דהא בשבת לא חשיב רק ג' ולא ידעתי מאי ק"ל דהא בסמיכה ג"כ פליגי וא"כ שפיר הוי ד': שם והאיכא לולב דעיקרו מד"ת: עיין בך"ן שהביא ב' פירושים בהך דפירושו מד"ס הא' במגן פמה יקח מכל א' מהד' מינים והב' מה הם הד' מינים אכן לפי פי' השני קשה לכאורה א"כ איך שייך בזה יש בו פדי להוסיף דזיל קרי בי' רב הוא דד' מינים אמרה תורה ולא חמש וא"כ לא מיחייב ז"מ על' וי"ל דמשפחת כגון דמספקא לי' בא' מהמינים ומתוך ספק לוקח לשניהם ויש בזה משום בל תוסיף אף פשעושה מפח ספק כדמוכח ממה שפכתבו התוס' בר"ה (דכ"ח ע"ב) דלרבי הושע בספק ז' ספק ח' לא יתבינו בסופה.

אכן לפי מה שכ' הרשב"א בסופה (דל"א) דבמה שעושה לצאת ידי ספק לא שייך בל תוסיף ע"כ סבר הכא כפי' קמא דהך"ן דמוסיף במגן המינים וזה שייך אלבי' דהוא ס"ל שם כן דבמוסיף במגן א' מהמינים עובר אבל תוסיף אבל התוס' לשיטתם דס"ל בר"ה שם דבזה לא עובר אבל תוסיף וא"כ ע"כ לא שייך פי' קמא דהך"ן רק פי' בתרא שפיר

הוכיחו דבמה שעושה מפת ספק ג"כ שינה בל תוסיף דאל"כ לא משפחת בלולב פאן דפירושו מד"ס ויש בו להוסיף דליחייב ז"מ עלי': שם ברש"י ד"ה ואלקבא דר' יהודה.

ולא נהירא לי: ולכאורה פ"ה האית דאמרי תמוה מאד וי"ל דלפי המבואר במנחות (דל"ד ע"ב) ל"מ"ד אין צריה לדבק אם הדביק עור על ד' בתיים של ראש פשר לשל יד ול"מ"ד צריה לדבק לא פשר ע"ש וא"כ לכאורה יקשה מאי מקשה לקמן אי הכי תפילין נמי אי עביד ד' בתיים הא שפיר משפחת בשל יד פגון שהניח פ' חמישית אצל בית ש"י ולא בתוכו על זרועו וכשהו פה נדאי דלא הוי מוסיף דהאי לחודא קאי והאי לחודא קאי ואח"כ הדביק עור א' על שניהם פשהם בזרועו וה"ל פלוו בית ש"י א' פמו שמכשירין שם מה"ט הדביק עור על ד' בתיים ש"ר ומתוך פה פסיל להך של יד פיון שנוסף בו פרשה חמישית וא"כ שפיר משפחת גם בשל יד אכן זה לא שינה דוקא רק ל"מ"ד אין צריה לדבק דל"מ"ד צריה א"כ גם אחר שהדביק על שתיהן האי לחודא קאי והל"כ כדאמרינן התם דלא מכשר להו עי"כ וא"כ ה"כא נמי לא פסיל להו עי"כ והנה במתנין נקט חמשה טוטפת דוקא דקאי אראש פמו שפ"ה רש"י וע"ז קאי ג"כ הך ואין לנו אלא תפילין פמו שגראה מקושית רש"י על הי"מ וא"כ לכאורה קשה למה לא נקט סתם חמש פרשיות דקאי גם אשל יד וצ"ל דסבר כר"י דאמר צריה לדבק וא"כ לא משפחת בשל יד וזהו דקאמר לפי פ"ה הי"מ ואנו אין לנו אלא תפילין פ"ה הך תפילין דקתני במתנין דהיינו של ראש ואלקבא דר"י דאמר צריה לדבק דאלו אלקבא דר' יוסי דס"ל אין צריה לדבק משפחת באמת גם בשל יד ולכן מקשה בסיפא שפיר אי דעביד ד' בתיים דהא ע"כ בשל ראש איירי דאמתנין קאי וכמו שפ"ה רש"י אבל פ"ה קמא דאלקבא דר"י דאמר תורה ויורוה בעינן הנה נראה דוחק להי"מ דמאי ואנו אין לנו אלא תפילין אלקבא דר"י שינה בזה דהא ר' אושעז' גופא קאמר פן דבעינן עיקר מד"ס תפירושו מד"ס וא"כ אלקבא דנפשי' ג"כ אין לנו אלא תפילין ומטעם זה הוצרך רש"י להוסיף ו' ולגרוס ואלקבא דר"י ולפרש דהש"ס קאמר פן דר"א אלקבא דר"י קאמר ולא שזה מדברי ר"א אבל הי"מ גרסי בגרסא דלפנינו אלקבא דר"י ופירושו שפיר דמדברי ר"א הוא: שם ד"ה האי לחודא קאי.

דכינן דלא נקשר אינו חיבור: משמע מזה דאם נקשר אף שקשר עליון לאו דאורייתא מכ"מ לא אמרינן האי לחודא קאי והאי לחודא קאי וא"כ ק' הא שפיר משפחת גבי ציצית שהקניס חמשה חוטיין ולא קשרו ואז היתה פשרה ואח"כ פשהה לבוש בהטלית קשרו ופסיל להו אע"כ מוכח לכאורה דל"מ"ד קשר עליון לאו דאורייתא לא מהני קשירה ולא פלום ולא מקרי הוספה לפסול הטלית אף כשקשרו ולפ"ז צ"ל דמש"כ רש"י פיון דלא נקשר לאו דוקא הוא אלא פיון דלא נתחייב לקשרו: שם בתוספות ד"ה ואין לנו אלא תפילין.

מקרא דכי יפלא: לפי מש"כ ה"ן דברי ר"י דס"ל ג"כ כר"מ בכולהו לבר בבתו מאנוסתו לא ס"ל פנותי' א"כ דריש לכולהו לבר ממשפט דדרשינן אבתו מאנוסתו ולפי שיטת הרמב"ם דס"ל פדעת הי"מ שהביא הרמב"ד בהשגות דהא דבעי ר"י עיקרו מד"ס ופירושו מד"ס מטעם דבעינן תורה ויורוה לא בעי רק בעשה דלא פרט הכתוב בפ"ה ולא בהני דחייבין אודונו פרת דכתיבי בפ"ה י"ל דאפילו משפט קדריש ר"י שפיר דהא

הַרְמַב"ם פֶּסֶק פְּרָבִי יְהוּדָה וְאַעֲפ"כ הֵבִיא דְחַיִּיב אַהוּרָאָה בַּא' מִן הָעֲרִיּוֹת אִם הִיא עֲרֻהָ אוֹ לֹא וְהִינּוּ ע"כ בְּתוֹ מְאַנּוּסְתוֹ אֲכֵן מֵה שְׁפִתְבוּ הַתּוֹס' דְּהִנֵּה דְרָשׁוֹת דְּלַעֲלִיל לֹא דְרִישׁ כְּבָר הַקְּשָׁה הֶר"ן דְּאִיךְ תִּלְיָא זֶה בְּהַדְרָשׁוֹת הָא בְּפִי כְּתִיב בֵּין דָּם לְדָם בֵּין דִּין לְדִין בֵּין נִגְע לְנִגְע וְהָרִי לֶר"י לֹא מִיְחַיִּיב אֱלָא אֲתַפְּלִין וְלִכְּן כְּתִיב ע"פ הַתּוֹס' דִּלְר"י רִישָׁא דְּפִרְשָׁה דְּכִי יִפְלָא לֹא בְּדִין ז"מ אֲיִירִי אֱלָא בְּדִין אִיךְ יִתְנַהֲגוּ בְּהוּרָאָה לְהוֹצִיא הַדִּין לְאַמְיָתוֹ וְכִּהְבְּרִיָּתָא דְּלַעֲלִיל דְּמִתְחַלְּהָ לֹא הָיוּ מִרְבִּין מִחֲלֻקְתָּ דַּג"כ לֹא אֲיִירִי לְעַנּוֹן דִּין ז"מ אִיךְ אִיךְ יִתְנַהֲגוּ כְּשֶׁנֶּפֶל מִחֲלֻקְתָּ בֵּין הַסְּנֵהֲדָרִין וְכִינּוֹן דַּע"כ צ"ל פֶּן א"כ שְׁפִיר י"ל דְּדַרְרִישׁ לְהַדְרָשׁוֹת דְּלַעֲלִיל דְּלִפִּי הַדְרָשׁוֹת נִכְלָלוּ כָּל הָאֲזַהָרוֹת וְהַדְיָנִים שְׁבִתְוֵרָה בְּקָרָא דְּכִי יִפְלָא וּבְזָה צִוְּתָה הַתּוֹרָה דְּכִי יִפְלָא מִמָּה דְּכָר בְּכָל הָאֲזַהָרוֹת וְהַדְיָנִים וְקָמְתָּ וְעָלִיתָ לְשֹׂאוֹל אֵת פִּי ב"ד הַגְּדוֹל וְהַתּוֹרָת חַיִּים וְהַט"א בַּר"ה בְּאַבְגֵּי שְׁוֹהֵם שְׁכָתָב דְּתַלְמִיד טוֹעָה כְּתִיב דְּכָרִים הָאֵלֶּה לֹא רָאוּ דְּכָרִי הֶר"ן: שֵׁם בַּד"ה אִי סְבִירָא לָן.

וְהָכִי נָמִי אֲמַרִּינוּ בְּרִישׁ לְוֹלָב הַגְּזוּל: לְכַאֲוֵרָה אִין מְשֵׁם רְאִיָּה כ"כ דְּהִתְם הָכִי קְאָמַר בֵּינוּ דְּצָרִיךְ אֲגָד וְהוּא אֲגָדוּ בְּמִין חֲמִישִׁי ה"ל ה' מִינִים דְּהָא הִתְם לֹא שְׁיִיךְ לֹמַר הָאִי לְחַוְדָּא קָאִי דַּא"כ פֶּסוּל מְשׁוּם דְּאִין פֶּאן אֲגָד כָּלֵל וְכִינּוֹן דְּהִתְם ע"כ הָאֲגָד שְׁיִיךְ לְהַמְצִיחָה ה"ל ה' מִינִים מְשֵׁא"כ לְעַנּוֹן מֵאִי דְּקָאָמַר הִתְם אִי אֲיִיָּתִי מִינָא אַחֲרִינָא הָאִי לְחַוְדָּא קָאִי וְהָאִי לְחַוְדָּא קָאִי דְּלַעֲנִין הוֹסְפָה מִין אַחַר שְׁפִיר שְׁיִיךְ לֹמַר פֶּן אַעֲפ"י שְׁהוּא עֲמוּ בְּתוֹךְ אֲגָד א' וּלפ"ז לֹא יִקְשָׁה קְוִשִׁית הַתּוֹס' אֲגַמְרָא דְּסוֹפָה גּוּפָא אֲבָל מַכ"מ מְהַכָּא קְשִׁיָּא: שֵׁם בַּד"ה.

שְׁפּוֹסְלוֹ וּמְבַטֵּל מְצוֹת שְׁעַל רֵאשׁוֹ: בְּלוּלָב לֹא שְׁיִיךְ פֶּן דְּכָבֵר יֵצֵא מִשְׁהַגְּבִיָּהוּ כַּמֶּש"כ הַתּוֹס' אֲבָל בְּתַפְּלִין הָיוּ כָּל הַיּוֹם מְצוֹתוֹ פֶּן כ' הֶר"ן וְאִיךְ דְּבְלוּלָב ה"ל כָּל הַיּוֹם מְצוֹתוֹ לְפִי מְנַהֵג אֲנָשִׁי רְיוּשָׁלַיִם מַכ"מ הִתְם כְּוִלִי חַוְדָּא מְצוֹנָה הִיא מְשֵׁא"כ בְּתַפְּלִין דְּחַל הַמְצוֹנָה מְחַדֵּשׁ עָלָיו כָּל הַיּוֹם תַּדַּע דְּמִי שְׁהֵנִים תַּפְּלִין שְׁחַרִּית מְבַרְךְ עָלֵיהֶן לְעַרְב מְשֵׁא"כ בְּלוּלָב דְּאִין מְבַרְךְ עָלָיו שְׁנִית וּמְצִיָּצִית ל"ק אִיךְ דַּה"ל ג"כ כְּמוֹ תַּפְּלִין דְּכָל הַיּוֹם מְצוֹתוֹ מַכ"מ גְּבִי צִיָּצִית לֹא מְשַׁכַּח לִי כָּלֵל שְׁפּוֹסְלוֹ כְּשֶׁהוּא לְבוּשׁ בּוּ בְּהַכְּשֵׁר ע"י הוֹסְפָה אִי קָשֶׁר עָלִיוֹן דְּאוּרִיָּתָא דְּאִי קָשֶׁר חוּט חֲמִישִׁי עַל הַד' הַקְּשׁוּרִים כְּבָר בְּזָה לֹא מִפְּסָל דְּהָאִי לְחַוְדָּא קָאִי וְהָאִי לְחַוְדָּא קָאִי בֵּינוּ דְּלֹא נִקְשֶׁר עֲמָהֶם וְאִי הַתִּיר אֵת כְּוִלָּן וְקָשֶׁר עֲמָהֶם חֲמִישִׁי זֶה לֹא מְקַרִי פּוֹסֵל ע"י הוֹסְפָה דְּפֶסוּל מְעִיקְרָא הוּא וְכַמֶּש"כ הֶר"ן בְּשֵׁם הַרְאָב"ד לְעַנּוֹן לְוֹלָב אֲבָל בְּלוּלָב שְׁפִיר מְשַׁכַּח לְדַעַת הַתּוֹס' שְׁהַכְּנִיס מִין חֲמִישִׁי תוֹךְ הָאֲגָד וְלִכְּן הוֹצֵרְכוּ לְתִירוּצָם גְּבִי לְוֹלָב אֲבָל לְדַעַת הַרְאָב"ד גַּם בְּלוּלָב לֹא מְקַרִי זֶה הוֹסְפָה דְּלַגְבִּי מִין חֲמִישִׁי אִין פֶּאן אֲגָד דְּתַעֲשֶׂה וְלֹא מִן הָעֲשׂוּי.

וְאִין לְהַקְשׁוֹת דְּהָא ע"כ אִי אֲמַרִּינוּ קָשֶׁר עָלִיוֹן דְּאוּרִיָּתָא לֹא בְּעִינּוּ דְּנֻקָּא שְׁיִקְשׁוֹר כָּל הַחוּטִין בְּיַחַד אֱלָא גַם אִי יִקְשׁוֹר הַד' חוּטִין כָּל אֶחָד לְעַצְמוֹ ג"כ הָיוּ קָשֶׁר דְּכֵן מוּכַח מִמָּה דְּמוּכָיִם בְּמִנְחוֹת (דל"ט ע"א) ש"מ קָשֶׁר עָלִיוֹן דְּאוּרִיָּתָא דַּל"כ ל"ל דְּהַתִּיר קָרָא כְּלֵאִים בְּצִיָּצִית וּמֵמֵאִי דְּלֵמָּא לְעוֹלָם קָשֶׁר עָלִיוֹן לֹא הָיוּ דְּאוּרִיָּתָא פִּי שְׁיִקְשׁוֹר כְּוִלָּם בְּיַחַד וּמַכ"מ צָרִיךְ קָרָא לְהַתִּיר כְּלֵאִים בְּצִיָּצִית שְׁיִקְשׁוֹר אוֹתָם אֶחָד אֶחָד דְּהָא קָשֶׁר הָיוּ מְדְאוּרִיָּתָא אַע"כ דְּאִי אֲמַרִּינוּ קָשֶׁר עָלִיוֹן הָיוּ דְּאוּרִיָּתָא כְּשֶׁר ג"כ כְּשֶׁיִקְשׁוֹר אוֹתָן א' א' וְזֶה גּוּפָא דְּמוּכָיִם דְּכָשֶׁר וְא"כ אֲכַתִּי מֵאִי מְקָשָׁה מְצִיָּצִית הָא שְׁפִיר מְשַׁכַּח דְּקָשֶׁר ד' חוּטִין כָּל א' לְעַצְמוֹ וְאַח"כ כְּשֶׁהָיָה לְבוּשׁ בּוּ קָשֶׁר עֲמָהֶן עוֹד חוּט חֲמִישִׁי דִּילְדָא דְּכָשֶׁר

בכה"ג מטעם קשר עליון מכ"מ לא מקרי זה הוספה דאמרינו לענין החוטין האי לחודא קאי והאי לחודא קאי: שם בא"ד.

דמדאגבהי נפקא בו: הכי אמרינו בסופה (דמ"ב ע"א) ובס' ע"ל שם (דף ל"ד ע"ב) הבאתי קושיא ששמעתי להקשות אהא דמקשה שם פן הא שפיר משפחת דלא נפק פגון שלא הוציא רק לולב לבדו בלא אתרוג והוציאו להביאו בבית אחר שיש שם אתרוג דרף ר"ה והוי שפיר טרוד במצוה עדיין ולא יצא בו.

ולפענ"ד אפשר לנישב ע"פ מה דקאמרינו שם (דל"ד ע"ב) דבעינו שתהא לקיחה תמה והביאו התוס' שיטת בה"ג דלא בעינו דמגבה להו הד' מינים בהדי הדדי אלא אי מגבה כל חד וחד לחודא שפיר דמי וכו' פסקו גם הרי"ף והרמב"ם אלא שהרמב"ם בעי שיהיו כל הד' מינים לפניו עכ"פ ואז יוצא גם פשוטלם א' א' והרי"ף סתם בזה ולא פתב פן והר"ן הביא דעת הרמב"ן שם דלא בעינו שיהיו לפניו דוקא ולפ"ז י"ל לדעת הרמב"ן דשפיר פריף הא מדאגבהי נפיק ביה דאף שעדיין לא נטל אתרוג מכ"מ לא טריד עוד במצות נטילת לולב שהוציאו פיון שבו יצא פבר והאתרוג יכול לטול אח"כ לבדו בלא לולב לדעת הרמב"ן ומזה לכאורה ראיה לשיתטו: שם דף פ"ט ע"א בגמרא האמר ר"ז בית חיצון שאינו רואה את האויר פסול: הב"י בא"ח (סי' ל"ב) הביא בשם בעל התרומה לחד שיטה דהא דבעינו ד' בתים של ראש מעור א' אם תפורים יחד מקרי ג"כ עור א' וכו' פתב המג"א שם ס"ק נ"ב דכן דעת התוס' ובעל אגודה ולפענ"ד יש להוכיח מסוגין נגד הך שיטה דלכאורה קשה מאי מקשה מתפילין היכי משפחת לה דאו דגרוע ועומד הוא או דהאי לחודא קאי והאי לחודא קאי הא שפיר משפחת לה פגון שהניח תפילין בד' בתים וכשהיו בראשו הדביק בהן בית חמישי דהא גם בלולב הוי משפחת בכה"ג כפי מש"כ התוס' לעיל אי לאו דמדאגבהי נפיק ביה משא"כ בתפילין דכל היום מצנתו כמש"כ הר"ן וכנ"ל אכן זה אינו פיון דבעינו גבי תפילין של ראש מעור א' ובעור א' לא שייף הוספה בעודן בראשו ואי הדביק חוץ לאותה עור א"כ האי לחודא קאי והאי לחודא קאי דהוי פמי שנותן מין חמישי בלולב חוץ לאגד למ"ד לולב צריף אגד.

אכן אי ס"ד דבתפרן מקרי ג"כ עור א' א"כ שפיר משפחת בתפר בהן בית חמישי בעודן בראשו ול"ל דאיתי הך דר' זירא אע"כ מוכח לכאורה פדעת הפוסקים ובראשם רש"י במנחות שם שפירשו דעור א' דוקא בעינו ותפירה לא מקרי עור אחד וא"ע ראיתי שפשו"ת בגדי כהונה הרגיש גם פן בזה: שם אמר לו ר"י וכי נאמר יראו וייראו: ק"ק למה צריף ב' טעמים הא דלא פתיב יראו וייראו לחוד מספיק לומר שאין ממתנין עד הרגל גם פבר הקשה הרא"מ בפ' שופטים דהלא לר"ע קושית ר"י במקומה עומדת דהלא לא פתיב יראו וגם הקשה עוד מ"ש דדוקא גבי זקן ממרא ממתנין לר"ע ובבן סורר ומסית ועדים זוממים דכתיב ג"כ ישמעו וייראו אין ממתנין אלא שולחין בכל המקומות ונ"ל דר"ע דריש לי' הכי מדכתיב בבן סורר ומסית וכל ישראל וע"ז והנשארים ושינוי זה מפרש בש"ס גופא משום דלאו כ"ע חזו לסהדותא.

אכן בזקן ממרא ג"כ שינה קרא לכתוב וכל העם ומזה משמע לי' לר"ע מדכתיב עם ובה"א הידיעה דזה קאי על העם הידוע שיהיה נאסף בירושלים בשעת הרגל דומה למה דכתיב הקהל את העם האנשים והנשים והטף אלמא דקרא אותן קרא העם בשעת אסיפה

בְּרַגְלֵי דוֹמָה לְמַה דְּאִמְרִינוּ בְּחִגְיָה (דכ"ו ע"א) דְּקָרָא אוֹתוֹן קָרָא בְּשַׁעַת אֲסִיפָה בְּרַגְלֵי חֲבָרִים וְלָכֵן סוֹבֵר ר"ע דְּדוֹקָא בּו"מ מִמְתִּינִין עַד הֶרְגֵּל וְהָא דְּכִתִּיב יִשְׁמְעוּ מִשׁוֹם דְּצָרִיף הֶכְרֵזָה ג"כ פְּדִאֲמִינוּ בְּבְרִייתָא לְקַמְן ד' צָרִיכִים הֶכְרֵזָה רַק דְּבו"מ לֹא פְּעִי רַק הֶכְרֵזָה בְּמָקוֹם שְׁנֵדוֹן וּבְג' אַחֲרִים שׁוֹלְחִין בְּכָל הַמְּקוֹמוֹת רַק דְּר"י סָבַר דְּנֻדָּאֵי אֵי הֲוֵי פְּתִיב יִרְאוּ וְיִירְאוּ ע"כ הֵיוּ מִמְתִּינִין וּמַעֲנִין אֶת דֵּינּוּ.

אֲכַן פִּינּוֹן דְּלֹא פְּתִיב רַק יִשְׁמְעוּ דְּאִיפָּא לְפָרוּשֵׁי כּר"ע וְגַם שׁוֹלְחִין בְּכָל הַמְּקוֹמוֹת לְמַה מַּעֲנִין אֶת דֵּינּוּ אֲכַן לְר"ע מִשְׁמַע לִיה מְהֵעַם רַגְלֵי דְּנֻקָּא לָכֵן ע"כ גְּלִי קָרָא דְּמַעֲנִין אֶת דֵּינּוּ אֲכַן דְּבְּעֵי הֶכְרֵזָה ג"כ מוֹדָה וְנָזָה דַּעַת הֶרְמְב"ם בַּפ"ג מַה' מְמָרִים: שֵׁם הַמְּסִית וּבֵן סוֹרֵר וּמוֹרָה: לְפִי סֵדֵר הַתּוֹרָה ה"ל לְחֻשְׁב בֵּן סוֹרֵר וּמוֹרָה אַחַר ז"מ וּע"ז וְהָא דְּחֻשְׁבֵיב אוֹתוֹן לְפִי סֵדֵר זֶה מִשׁוֹם דְּמְסִית וּבְסו"מ תְּרַנּוּיָהּ בְּסִקִּילָה וּז"מ אַחֲרֵיהֶם דְּבַחְנָק וּע"ז לְבִסוּף אוֹ מִשׁוֹם דְּבְּלִישְׁנָא דְּקָרָא ע"ז אַחַר ז"מ וְעוֹד דְּבְּכָלֵל ע"ז הֵם ג"כ חֲזִיבֵי מְלָקוֹת וּמְמוֹן כַּמִּש"כ הֶרְמְב"ם (פִּי"ח מַה' עֵדוּת) שֵׁם הַמְּתַנַּבָּא מַה שְׁלֹא שְׁמַע לְפִי מַה שְׁנֹרְאָה מְדַבְּרֵי הֶרְמְב"ם בַּפ"ט מַה' יְסוּדֵי הַתּוֹרָה נְהָרְג אֲכַל דְּבָר שְׁבָא לְהוֹסִיף אוֹ לְגָרְעֵי אוֹ לְשִׁנּוֹת בֵּא' מִמְצוֹת הַתּוֹרָה וְנָזָה ע"כ בְּכָלֵל מְתַנַּבָּא מַה שְׁלֹא שְׁמַע וְלֹא קָשָׁה לְפִי"ז אִיף נְהָרְג מְתַנַּבָּא מַה שְׁלֹא שְׁמַע מִי יוֹכֵל לְהַתְרוֹת בּוֹ אוֹ לְהַעֲיֵד עָלָיו עַל זֶה דְּלֵמָּא שְׁמַע וּלְפ"ז א"ש דְּבַמָּה שְׁנֹוּגַע בְּמִצְוֹת הַתּוֹרָה יְכוּלִין לְהַתְרוֹת בּוֹ בְּנֻדָּאֵי אֲבָל לְפִי מַה דְּאִמְרִינוּ לְקַמְן דְּמְתַנַּבָּא מַה שְׁלֹא שְׁמַע הוּא פְּגוֹן צְדָקָ' בֵּן פְּנֻעָנָה בְּזָה נֻדָּאֵי יְקָשָׁה מְנָא יְדַעֲנִין וְכֵן קָשָׁה אִמָּה שְׁלֹא נְאָמַר לוֹ דְּמֵאן לִימָא לֵן דְּלֹא נְאָמַר גַּם לוֹ כְּמוֹ לְחֲבִירוֹ וְאִי מִשׁוֹם דְּאִמְרִינוּ לְקַמְן מֵאן מְתָרֵי בִּיָּה וְקֵאמַר חֲבָרֵי נְבִיאֵי וְא"כ ה"נ י"ל בֵּן דָּא"כ מֵאֵי מְקָשָׁה לְקַמְן אִמְרָא דְּרַב חֲסֵדָא דְּנֻקָּא מֵאן מְתָרֵי בּוֹ הָא בְּלֹא"ה מוֹכַח מִמְתִּינִין דְּחֲבָרֵי נְבִיאֵי מְתָרֵי בִּיָּה וִי"ל דְּזֶה נֻדָּאֵי פְּשִׁטָּא לִי דְּחֲבָרֵי נְבִיאֵי יְכוּלִים לְהַתְרוֹת בּוֹ בְּדָבָר שְׁנֹוּגַע לְהֵם כִּי בְּזֶה יוֹדְעִים שְׁלֹא נְאָמַר לְחֲבָרֵיהֶם דְּזֶה י"ל דְּבְּכָלֵל נְבוֹאָתָם הוּא וְכֵן בְּמַה שְׁלֹא שְׁמַע י"ל בֵּן פְּגוֹן דְּלֹא נְאָמַר הִיפּוּף הַנְּבִיאֵי הַשְּׁקֵר פְּגוֹן גְּבִי צְדָקָיְהוּ דְּלִמְכִיָּהוּ נְאָמַר הִיפּוּף נְבוֹאָתוֹ אֲבָל שְׁנֹוּגַע דְּנְבוֹאָת אִמָּת שְׁנֹוּגַע לֹא נְאָמַר לְכוּלְהוּ כְּהֵיא דְּהַכּוּבֵשׁ אֶת נְבוֹאָתוֹ זֶה לֹא הֲוֵי ס"ד עַד דְּמְתַרְץ לִי מְכִי לֹא עֲשָׂה ד' דְּבָר עַד אֲשֶׁר אִם גְּלָה סוּדוֹ אֲבָל לְעוֹלָם לֹא שִׁינְיָה עֵדוּת וְהַתְּרָאָה בְּהִנְיָה דְּמְתִינִין רַק ע"י הַנְּבִיאִים וּבְזֶה מִינְשֵׁב מַה שְׁהַקְשָׁה הַמְּהַרְשֵׁ"א לְמַה לֹא דְּנוּ לְצְדָקָ' בֵּן פְּנֻעָנָה וְלְחֻנְנִיָּה בֵּן עֲזוּר בְּמִיתָה וּלְפ"ז א"ש דְּלֹא הֵיוּ שֵׁם בְּכָל א' רַק עַד א' דְּהִינּוּ מִיכִיָּהוּ גְּבִי צְדָקָיְהוּ וְיִרְמֵל גְּבִי חֻנְנִיָּה: שֵׁם הֲוֵי לִי לְמִינְדֵק כְּדָר' יְצַחְק: ק"ק אִפְתִּי אִיף קָרִי לִיָּה מְתַנַּבָּא מַה שְׁלֹא שְׁמַע הָא נֻדָּאֵי שְׁמַע בֵּן דְּהָא אִמְרִינוּ דְּרוּחַ נְבוֹת אִטְעִיתִי וְעוֹד אִיף קֵאמַר דְּהֲוֵי לִי לְדִיִּיק דָּאִין ב' נְבִיאִים מְתַנַּבָּאִים בְּסִגְנוֹן אֶחָד הָא הוּא בְּאִמָּת הַתַּנְבָּא בְּסִגְנוֹן אַחַר דְּהַנְּבִיאִים אִמְרוּ עֲלָה וְהַצְלַח וְנָתַן ד' בִּינְד הַפְּלֵף וְהוּא אִמַר פַּה אִמַר ד' בְּאֵלָה תְּנַגַּח אֲרַם עַד פְּלוּתָם גַּם בְּפִסּוּק שֵׁם גּוּפָא י"ל דְּלֹא אַחַר שְׁאִמַר מִיכִיָּהוּ ג"כ טוֹב עַל הַפְּלֵף אִמַר לוֹ עַד מְתִי אֲנִי מְשַׁבְּעָךְ כִּי לֹא תְּדַבֵּר אֵלַי רַק אִמָּת בְּדָבָר ד' הָא נִיבָּא לוֹ כְּכָל נְבִיאֵי וּמֵאן לִימָא לֵן דְּלֹא אִמָּת דְּבָר לוֹ וְנ"ל דְּהָא אִמְרִינוּ בְּשִׁמְעָתִין דִּיהוּשְׁפֵט אִמַר לְאַחָב כִּי כָל נְבִיאֵי נְבִיאֵי שְׁקֵר הֵם מְפִנִי שְׁמַתַּנְבָּאִים בְּסִגְנוֹן א' וְהִנְיָה אִמָּת דְּגַם לְצְדָקָיְהוּ נְאָמַר הַנְּבוֹאָה בְּאוֹתוֹ סִגְנוֹן כְּמוֹ לְשֶׁאֵר הַנְּבִיאִים דְּהִינּוּ בְּלִשׁוֹן עֲלָה וְהַצְלַח.

אֲכַן פִּינּוֹן שְׁשִׁמְעַע דְּבָרֵי יְהוּשְׁפֵט דְּהוֹכִיחַ מְזָה דְּשְׁקֵר הֵם דוֹבְרִים שִׁינְיָה לְשׁוֹנוֹ וְאִמַר בְּלִשׁוֹן שְׁלֹא שְׁמַע בְּאֵלָה תְּנַגַּח אֲרַם וְהִינּוּ דְּאִמְרִינוּ מְתַנַּבָּא מַה שְׁלֹא שְׁמַע פְּגוֹן צְדָקָ' אֲכַן אִם

גבואתו הנה אמת לא יקרא בשביל זה מתנבא מה שלא שמע מפני ששונה הלשון אבל
הי' לי למיזק פדניק יהושפט דכל גבואתו שקר דאין ב' נביאים מתנבאים בסגנון א'
ומדלא דניק ש"מ דשקר הוא דובר ושידע הוא עצמו בו ולכן קרי לי' מתנבא מה שלא
שמע וכינון דמיכיהו בתחלה אמר ג"כ ה' לישנא דנביאים עלה והצלח ונתן ד' ביד המלך
בזה הורה דשקר הוא דכבר ידוע הי' מפני יהושפט דאין ב' נביאים מתנבאים בסגנון
אחד ולכן אמר לו אחאב עד מתי אני משביעה אשר לא תדבר אלי רק אמת בשם ד': שם
אתא איהו בשוק התחתון: פ' דקנייק פן דהנבואה האחת נעשה ע"י האחרת אף
דמרוחקין זה מזה בפתוב משום דשניהם בזמן א' היו דבשניהם פתיב בראשית מלכות
צדקיהו ואף דבנבואת חנניא פתיב בשנה הרביעית בחודש פבר פ' הרד"ק דה' בשנה
הרביעית לאו היינו למלכות צדקיהו רק שנה הרביעית לשמיטה וכפי פ' זה נראה שסבר
דרשה זו ועיין במהרש"א: שם ברש"י ד"ה לא בב"ד שפיבנה.

אם נשאלו לב"ד: פ' משום דבעינו שיקרה דוקא על הב"ד הגדול כשיושבין בלשפת
הגזית פדאמרינו לעיל (דף י"ד ע"ב) מצאן בבית פאגי והמרה עליהן אין המראתו
המראה: שם ד"ה והאיש אשר לא ישמע.

וקרי ביה לא ישמע: לפי לשון הש"ס משמע דאין פאן רק ב' קריאות דהיינו ישמע
וישמיע ומישמע דריש מנותר ועובר על דברי נביא וכן דעת התוי"ט אכן דעת רש"י
אינה פן דמנותר אתיא מישמע וכובש מישמיע ועובר על דברי עצמו מדקרינו ג"כ ישמע
לשון נפעל ומהוראת הנפעל פועלה השב אל עצמו כמו ועמשה לא נשמר מחרב יואב
דפירושו לא שמר את עצמו וזה שכתב רש"י קרי ביה לא ישמע שהוא עצמו אינו נשמע
לשון נפעל פ' שאינו שומע אל דברי עצמו: שם בתוס' ד"ה קשר עליון.

וליתא אלא דמסקינן התם: הנה לא על רש"י לבד קשה פן אלא גם על לשון הש"ס
דקאמר אי ס"ל קשר עליון ל"ד דמשמע דיש להסתפק בזה וכבר העיר על זה הר"ן
ולפענ"ד י"ל דהנה המג"א בא"ח (סי' י"א ס"ק ג') הביא דעת הבעל העיטור לעשות ב'
נקבים זה בצד זה ולהטיל הציצית בתוכם והקשה עליה מהא דמוכח בגמרא ש"מ קשר
עליון דאוריין דאל"כ פלאים בציצית ל"ל דשרי רחמנא הא ק"ל התוכף תכיפה א' אינה
חיבור ואי ס"ד דעושין ב' נקבים זה בצד זה ה"ל ב' תכיפות דמקרי חיבור ועוד היאך
קאמר בש"ס התוכף תכיפה א' אינה חיבור הא ה"ל ב' תכיפות וי"ל דבסוף פ"ט דכלאים
פליג ר' יהודה את"ק וס"ל דב' תכיפות לא הוי חיבור עד שיהיו ג' תכיפות ע"ש ונהר"ן
הביא פאן שישתת הר"ר דוד דקשר א' בעינו לכ"ע גם אי קשר עליון דהיינו ב' קשרים זה
עג"ז לאו דאורייתא הן והתוכף תכיפה א' דקאמר התם היינו אותו קשר דבעי מטעם
גדול אף אי קשר עליון ל"ד ונהר"ן הקשה על שיטה זו דהא ה"ל ב' תכיפות התכיפה
דציצית בטלית הא דחשיב ליה בש"ס תכיפה א' ה"ל תכיפה שני אכן י"ל דראית
הש"ס הוא לר"י דס"ל דב' תכיפות לא הוי חיבור ולכן קאמר פינון דלא הוי אלא תכיפה
א' דהיינו קשר א' לדעת הר"ר דוד א"כ אין זה חיבור וה"ה די"ל ג"כ הכי לדעת הבעל
העטור דראית הש"ס דקשר עליון דאורייתא הוא לר' יהודה ולכן אף דהני ב' תכיפות
לא הוי חיבור אי לאו דקשר עליון דאורייתא והא דקאמר הא ק"ל תכיפה א' אינה חיבור
אף דה"ל ב' תכיפות זה קאי אקשר הא פדעת הר"ר דוד ומתכיפות דתוף הטלית לא

אֵינִי כָּלֵל וְכִינּוֹן דְּלֹא מוֹכַח כֵּן רַק לִר' יְהוּדָה א"כ לְרַבֵּנּוּ שְׁפִיר י"ל דְּקָשָׁר עֲלִיוֹן ל"ד וְהֵינּוּ דְמִסְפָּקָא לְהַש"ס אִי ס"ל ק"ע דְאֹרְיִיתָא אוֹ לֹא וְכִינּוֹן דְתַלִּי זֶה בְּפִלּוּגְתָא דִר"י וְרַבֵּנּוּ שְׁפִיר כ' רַש"י דְפִלּוּגְתָא שְׁהִבְהִישׁ הִיא בְּמִנְחוֹת: שֵׁם ד"ה וְלֹא בִב"ד שְׁפִיבְנָה.

דא"כ מְשַׁפְּחַת לִיה לְרִיב"ז: לְפִי מַה שְׁפָתְבוּ הַתּוֹס' לְעִיל (דָּף ל"ז ע"ב) בִּד"ה מִיּוֹם שְׁחַרְבַּ דְלְצוֹרְףָּ שְׁעָה שָׁבוּ ב"ד לְלִשְׁכַּת הַגְּזִית גַּם אַחַר שְׁיִשְׁבוּ בְחֲנוּת וְהָא דְמוֹכִיחַ מְרִיב"ז מְשׁוּם דְהִתְמַם רְצִיחָה הָיָה וְכִינּוֹן דְגָלוּ מְשׁוּם דְנִפְיִשִׁי רוֹצְחִים לֹא הָיוּ חוֹזְרִים מְשׁוּם רְצִיחָה ע"ש מְתוּרְצַת קְוֹשֵׁיָא זֶה: שֵׁם בִּא"ד דְאֶעְבְּרָה דְקוֹדֵם שְׁגִלְתָּה סְנֵהֲדָרִין דְגִינּוּ: אַף דְלְכֹאֹרָה מוֹכַח דִּז"א דא"כ מְשַׁפְּחַת לְרִיב"ז דְהָיָה בְּסְנֵהֲדָרִין כְּגוֹן דְהוּא לֹא קָיָים לְאַחַר הַחֲוֹרְבָן רַק יָמִים מוֹעֲטִים וְא"כ תְּחַלַּת שְׁנוֹת אַרְבַּעִים אַחֲרוֹנִים שְׁלוֹ הַתְּחִילוֹ זְמַן מוֹעֵט אַחַר שְׁיִשְׁבוּ סְנֵהֲדָרִין בְּחֲנוּת וְאִז הָיָה דָן עַל עֲבִירוֹת שְׁקוֹדֵם לְכֵן דִּי"ל דְלֹא הָיָה נִרְאֶה לְהַש"ס לֹמַר דְרִיב"ז מֵת מִיַּד אַחַר הַחֲוֹרְבָן וְכָל עֶשֶׂר תְּקֵנוֹת שְׁלוֹ דְקַחְשִׁיב בִּפ"ג דִּר"ה הַתְּקִין בְּזְמַן מוֹעֵט אֲכַן כִּינּוֹן דְזֶה אִין רְאִיָּה גְמוּרָה לְמִידָק מְנִיָּה וְלְכֵן כ' הַתּוֹס' דְדוֹחַק הוּא לֹמַר כֵּן: שֵׁם בִּא"ד.

וּר"ת אוֹמֵר דְמִיָּרִי שְׁנַגְמַר דִּינּוּ: לְכֹאֹרָה מַה שְׁהַקְשׁוּ הַתּוֹס' דְמֵאִי אִירִיָּא ב"ד שְׁפִיבְנָה אֲפִילוּ ב"ד שְׁפַחְנוֹת נְמִי אֲפִתִי לֹא מִיּוֹשֵׁב בְּזֶה דְהָא גַם בִּב"ד שְׁפַחְנוֹת אִין מְמִיתִין אוֹתוֹ עַד הַרְגָל וִי"ל: שֵׁם ד"ה הַפּוֹכֵשׁ נְבוֹאָתוֹ.

אֵלָּא מְכִין אוֹתוֹ עַד שְׁתַּצָּא נִפְשׁוֹ: בְּהִכִּי א"ש הָא דְנָקַט דְנָקָא הַפּוֹכֵשׁ נְבוֹאָתוֹ וְלֹא ג"כ אַחֲרֵינָא דְבְמִיתָה בִיד"ש דְהֵינּוּ הַמְנוֹתָר עַל דְבָרֵי נְבִיא וְנְבִיאָא שְׁעֵבֵר עַל דְבָרֵי עֲצָמוֹ מְשׁוּם דְבָהֶם לֹא הָיוּ קוּם וַעֲשֶׂה כְמוֹ בְּהַפּוֹכֵשׁ דְאָף מְנוֹתָר עַל ד' נְבִיאֵי מְצִינוּ בְשׁוּא"ת כְּגוֹן שְׁנְבִיא מְצוּנָה לֹא שְׁלֵא לְעֲשׂוֹת דְבָר וְהוּא עוֹשֶׂה אוֹתָהּ וּבְזֶה לִיכָּא מְלָקוֹת דְרַק לְקַיָּים מְכִין עַד שְׁתַּצָּא נִפְשׁוֹ אֲבָל בְּהַפּוֹכֵשׁ הָיוּ לְעוֹלָם לְקַיָּים: שֵׁם ע"ב בְּגִמְרָא וְהָא יוֹנָה דְהִדְרִי בֵּיה וְלֹא אוֹדְעוּהָ: עֵינִין בְּמַהֲרָשׁ"א שְׁהַקְשָׁה מִנ"ל שְׁלֵא אוֹדְעוּהָ וְנִדְחַק בְּיִשׁוּבוֹ וּלְפַעַנ"ד נִרְאֶה מִהַפְתּוּבִים כֵּן דְלְאַחַר שְׁאָמַר הַפְתּוּב שְׁהִרַע לִיוֹנָה מְאֹד עַל שְׁלֵא נִתְקַיָּיָה נְבוֹאָתוֹ קְאָמַר שְׁיִשְׁב יוֹנָה מְחוּץ לְעִיר לִידַע מַה יְהִיָּה בְעִיר וְכִי מַה רְצָה לְדַעַת עוֹד אִי כְּבָר נְאָמַר לֹא שְׁנַחֵם הַקַּב"ה עַל הַרְעָה אֵלָּא וְדֹאִי שְׁלֵא נְאָמַר לִיוֹנָה דְבָר רַק שְׁהוּא רְאָה שְׁעֵבֵר הָעַת הַמְיוֹעֲדַת שְׁל מ' יוֹם וְלֹא נַעֲשֶׂה דִין וּמִזָּה הוֹכִיחַ אוֹ שְׁהָאֲרִיף הַקַּב"ה אָף לְהֵם אוֹ שְׁנַחֵם לְגַמְרֵי עַל הַרְעָה וְלָכֵן בְּתַפְלָתוֹ אָמַר הֲלֹא זֶה דְבָרֵי בְהִיוֹתִי עַל אֲדָמְתִי כִי אִתָּה אֵל חֲנוּן וְרַחוּם אָרַךְ אֶפְסִים וְנַחֵם עַל הַרְעָה הָרִי שְׁהַזְכִּיר לִב' הַמְדוֹת דְאָרַךְ אֶפְסִים וְנַחֵם עַל הַרְעָה מְשׁוּם דְהָיָה מְסוּפָק אִם אֲרִיכַת אֶפְסִים הוּא מַה שְׁלֵא נַעֲשֶׂה דִין בְּהֵם אוֹ דְנַחֵם הַקַּב"ה עַל הַרְעָה וְגַם הַקַּב"ה אָמַר לֹא אִתְּ"פ רַק הַהִיטֵב חֲרָה לָךְ וְלֹא פִי לֹא רְצוֹנוֹ וְלָכֵן יִשְׁב יוֹנָה מְחוּץ לְעִיר לְדַעַת אִם עוֹד יַעֲשֶׂה דִין בְּהֵם וְלֹא הָיָה רַק אֲרִיכַת אֶפְסִים אוֹ לְגַמְרֵי מְחַל לְהֵם הַקַּב"ה וְרַק אִתְּ"פ הוֹדִיעֵנו הַקַּב"ה כִּי נַחֵם עַל הַרְעָה כְּשֶׁאָמַר נְאֻמִּי לֹא אֲחוּס עַל נִינּוּהָ הָעִיר הַגְּדוֹלָה וּמִזָּה שְׁפִיר הוֹכִיחַ הַש"ס כְּאִן דְהִדְרִי בֵּיה וְלֹא אוֹדְעוּהָ לִיוֹנָה שֵׁם אַחֲרֵי דְבָרוֹ שְׁל שְׁטוֹן: כְּבָר הַקְשָׁה הַמַּהֲרָשׁ"א וְגַם הַת"ח אֶהְנֶה דְרִשׁוֹת הָא רַש"י כ' כְּהָךְ מ"ד דְאַחַר סְמוּךְ וְאַחֲרֵי מוֹפְלָג וְהָרִי הָכֵא פְתִיב אַחַר וְהָיָה מוֹפְלָג דִּיצְחָק כֵּן ל"ד שְׁנָה הָיָה בְּשַׁעַת עֲקִידָה וְקִטְרוּג הַשְׁטָן הָיָה כְּיוֹם הַגְּמָלוֹ וְכֵן יֵשׁ לְהַקְשׁוֹת אִיפְכָּא דְאוּיָהִי אַחֲרֵי הַדְּבָרִים הָאֵלֶּה וְיַגִּיד לְאַבְרָהָם לְאֹמַר הִנֵּה יִלְדָה מִלְכָּה גַם הִיא פִי רַש"י שְׁנַתְּבַשֵּׁר שְׁנוּלְדָה

רבקה בת זיווגו ונהרי זה הנה סמוך דרבקה בת ג' שנה הנה פשוטא יצחק בן ארבעים שנה וי"ל דהפלל זה דאחר ואחרי לא שייך רק היכא דכתיב בלא לשון ויהי פגון גבי אחר הדברים האלה הנה דבר ה' אל אברם במחזה דשם פ' רש"י דסמוך הוא וכן גבי אחרי דרף מבוא השמש דפ' ראה דפ' שם רש"י דמנפלג הוא אבל היכא דכתיב בלשון ויהי אחר או אחרי לא הוי פללא זה והדבר צריך ישוב אם שייך זה בכל המקומות: שם משל למלך ב"ד: לכאורה אין המשל דומה לממשל פלל דגבי המלך ב"ד הנצרך לתשועת הגבור להציל את נפשו מהמלחמות שעמדו עליו ולכן אמר נא הושיעני מה שלא שייך בהקב"ה גם פשאר הקב"ה לאברהם שיעמוד לו בנסיון זה תלה הטעם פדי שלא יאמרו הראשונים אין בהם ממש וכי לא די בזיון וקצף אם לא יעמוד בנסיון זה וינצח למה הנצרך הטעם שיאמרו הראשונים אין בהם ממש.

ונ"ל ע"פ מה שכתבתי כבר במ"א דהמלחמה בקריעת י"ס דקאמר קרא ה' איש מלחמה ובגמרא דבנים סוף נגלה הקב"ה פגבור איש מלחמה הנה שהנצרך הקב"ה לעשות נס לאינם ראויין עדיין לכה פטענת השר הים הללו ע"ז והללו ע"ז והנצרך הקב"ה לנצח משפטו אין עול בו להציל את ישראל וכן הנה גבי אברהם שאבד הקב"ה את המלכים מפניו ונגף לפרעה ואבימלך בעדו וכהנה מהנסים שנעשו לו וח"ו יתנה זה עול במשפט השם אם לא הנה אברהם ראוי לכה ע"י צדקתו ואם לא יעמוד אברהם בנסיון זה יאמרו הראשונים אין בהם ממש כמאמר שטן על איוב החנם עבד איוב את ה' וא"כ לא הנה אברהם ראוי להאביד שונאיו מפניו וח"ו עביד קוב"ה דינא בלא דינא וזה בדמיון המלחמה שקמה נגד הקב"ה ולכן קאמר שלא יאמרו אין ממש בראשונים דדוקא בזה תלי מה שהוא מלחמה נגד הקב"ה אבל לא במה שלא ינצח במלחמה זו כי זה לא יתן תפלה במשפט אלהים אם יש ממש בראשונות וראוי הנה להנסים שנעשו לו ומפני שהנסיון זה הנה גדול כ"כ עד שפל צדקת אברהם וגם ינשר משפטי ד' הנה תלוי בו לכן י"ל שהמתין הקב"ה בנסיון זה עד שהנה יצחק בן ל"ז שנה דוקא דהנה שנות אברהם היו קע"ה כמבואר בפתוב אכן אמרינו במדרש זרע יעבדנו וסופר לאדני לדור מכאן שאין מונין לשנותיו של אדם אלא משעה שנמול ודוגמת זה אמרינו לקמן (דף ק"י סע"ב) וגם אמרינו במדרש לא מאיצטגנינות שלף אברם אין לו בן אברהם יש לו בן הרי שנעשה אברהם אז כשנמול בריה חדשה וגם הנה אז גר שנתגיייר דכקטן שנולד דמי א"כ התחילו שנות אברהם משנת צ"ט שלו שנמול אז והי' א"כ ע"ו שנה וכשנולד יצחק הנה אברהם בן ק' שנה א"כ כשיצחק הי' בן ל"ז שנה נשלמו לאברהם ל"ח שנה שהוא חצי ע"ו ואמרינו בגמרא פנין שעברו רוב שנותיו של אדם ולא חטא שוב אינו חוטא וכיון שעברו ליצחק ל"ז ויום א' בשנת ל"ח שלו עברו לאברהם רוב שנותיו ולכן בטוח הנה שלא יחטא עוד ולא יסרב בציווי הקב"ה כמו שלא סירב עד רוב שנותיו ולכן המתין הקב"ה לנסותו עד הזמן שהוא להקל מעליו הנסיון הגדול הנה ולתקו בחדו לעמוד בנסיונו ועיין במש"כ בהקדמה לשו"ת בנין ציון עוד בבואור המאמר: שם קדמו לשטן בדרף א"ל הנסה דבר אליה תלאה: יש לפרש מה שהזכיר לו שהחז' לכל באי עולם ע"פ מה שיישבת במ"א הא דאיתא במדרש שפשוטה הקב"ה לאברהם על המילה אמר עד כאן היו באין אלי עוברי דרכים שפא משמלתי יפקו מפני שאיך נאמר שמפני שלא יבואו אליו ב"א ימנע מלקיים ציווי הקב"ה אכן הענין כף שפל מגמת האבות ובפרט של

אאע"ה וְכָל עֶסְקוֹ הָיָה לְהַכְנִיס בְּנֵי אָדָם תַּחַת פְּנֵי הַשְּׂכִינָה וּלְהוֹרוֹת לָהֶם שֵׁשׁ בּוֹרָא לְעוֹלָם יַחֲדָה וּמְיוֹחָד וּכְאֲשֶׁר הָעֵיד עָלָיו הַפְּתוּב וַיִּקְרָא שֵׁם בְּשֵׁם ה' אֵל עוֹלָם וְכֵן וְאֵת הַנֶּפֶשׁ אֲשֶׁר עָשׂוּ בְּחֶרֶן וּמִטַּעַם זֶה לֹא צָנָה לָהֶם הַקַּב"ה עַדִּינן הַמְצוֹת שֶׁבֵּין אָדָם לְמָקוֹם שֶׁהָיָה דִּי לָהֶם בְּמַצּוֹת שֶׁבֵּין אָדָם לְחִבְרֵי שְׁעֵי"ז נִתְקַרְבוּ לַב"א לְהוֹרוֹת לָהֶם מְצִיאוֹת הַשֵּׁם וְאֲחֻדוֹתוֹ וְלָכֵן נִתְיָרָא אַבְרָהָם שֶׁעִי"י שִׁימְנֵי מְצוֹת מִיָּלְהָ יִשְׁבֹּת מִמֶּנּוּ חֲבֵרַת ב"א הֵן מְפָאָת שִׁימְנֵעוּ עִי"ז עוֹד לְכַנּוֹס תַּחַת פְּנֵי הַשְּׂכִינָה אִם יִצְטָרְכוּ לְמוֹל וְהֵן מְפָאָת שֶׁעִי"י הַתְּקִימוּ הַמַּעֲשֵׂה הַזֶּה הִנֵּה בְּעֵינֵיהֶם יִהְיֶה נִבְדָּל מֵהֶם וַיִּמְנָעוּ מִלְּבֹאֵר עוֹד אֵלָיו וְטַעַם זֶה שִׁימְנֵעוּ ג"כ גְּבִי עֲקִידָה אִם יִשְׁחַן אַבְרָהָם אֵת בְּנוֹ יִמְנָע זֶה ב"א עוֹד מִלְּכַנּוֹס תַּחַת פְּנֵי הַשְּׂכִינָה כְּשִׁירָאוּ שֶׁהַקַּב"ה שׁוֹאֵל מֵהֶם עֲבוֹדוֹת קְשׁוֹת כְּזֶה לְשַׁחֲט בֶן יַחֲדָה אֲשֶׁר אָהֵב וְהֵן מְפָאָת זֶה הֵן מְפָאָת שֶׁנֶּאֱמָר לְאַבְרָהָם שִׁימְנָעוּהוּ לְאִישׁ אַכְזָר לֹא יִחַפְּצוּ עוֹד לְלַמּוֹד מִמֶּנּוּ דַּרְכֵי ה' וְלַעֲבֹדוֹ בְּלִבְבָם שְׁלָם וְגָדוֹל הָרַעָה שִׁימְנָעוּ עִי"ז שְׁגָם אֲשֶׁר כָּבֵר נִדְבָקוּ בּוֹ יִפְרָשׁוּ מִמֶּנּוּ וְכָל מַעֲשֵׂה אַבְרָהָם מְעוֹדוֹ עַד הַיּוֹם הַזֶּה הוּא כְּאִין וְתוֹהוּ יִחַשְׁבֵּן וְזֶה שֶׁקְטָרְג הַשְּׁטָן וְא"ל הַנֶּסֶף דָּבָר אֵלָיְךָ תִּלְאַה הָאֵם הָיָה לָךְ הַקַּב"ה אִם הוּא אוֹהֵבְךָ כְּמוֹ שֶׁתַּחֲשׁוּב לְנִסּוֹתֶיךָ בְּדָבָר הַזֶּה כִּי הִנֵּה יִסְרָף רַבִּים וַיְדַם רַפּוֹת תַּחֲזִק כּוֹשֵׁל יְקִימוּן מִלֵּיד וְרַבּוֹת הַטּוֹבוֹת אֲשֶׁר בָּהֶם רַצִּיתָ וְהַחַיִּיתָ לְבְנֵי אָדָם לְהַכְנִיסֵם תַּחַת פְּנֵי הַשְּׂכִינָה וְעַתָּה בָּא לְהַלְאוֹתֶיךָ וְלִהְרֹס אֵת כָּל אֲשֶׁר טָרַחְתָּ לְבָנוֹת כָּל יְמֵי חַלְדָּה וְעִי"ז הַשֵּׁיב אֵאע"ה אֲנִי בְּתוֹמִי אֵלָיְךָ וְאִקְרָא שׁוֹטֵה כָּל יְמֵי וְלֹא לַעֲשׂוֹת רָשָׁע לְפָנַי הַמָּקוֹם ח"ו א"ל הַשְּׁטָן הֲלֹא יִרְאֶתֶךָ כְּסִלְתֶּךָ פִּירוּשׁ כְּסִלְתָּהּ לְשׁוֹן מְכַשׁוֹל כְּמוֹ שֶׁפִּירֵשׁ הַמַּהְרֵשׁ"א וְא"ל הֲלֹא לֹא לְהַשְׁבִּית אוֹתֶיךָ מִיִּרְאֶתֶךָ אוֹמֵר לָךְ לְחַדוֹל מִלְקִיִּים צִיּוּי הַקַּב"ה אֵלָּא אֲדַרְבֶּה לְחִזּוֹק אוֹתֶיךָ בְּעֲבוֹדָתוֹ כִּי הֲלֹא יִרְאֶתֶךָ כְּסִלְתֶּךָ וּמְכַשׁוֹלֶיךָ וְעִי"ז יִצְמַח לָךְ הָרַעָה הַגְּדוֹלָה בְּיִרְאֶתוֹ וְעֲבוֹדָתוֹ ה' לְהַשְׁבִּית ב"א מִלְּכַנּוֹס עוֹד תַּחַת פְּנֵי הַשְּׂכִינָה וְלְהוֹצִיא אֵת אֲשֶׁר כָּבֵר נִכְסוֹ וְעַל זֶה הַשֵּׁיב אַבְרָהָם זָכָר נָא מִי הוּא נְקִי אָבֶד אִיךָ אוֹבֵד בְּצַדִּיק בֵּינוֹן שְׁכָל מַגְמָתִי נְקִי מִכָּל חַטָּא וְפָשַׁע הוּא רַק לְקִיִּים צִיּוּי הַקַּב"ה וְדָאֵי הוּא בְּחִסְדּוֹ יִטָּה לְטוֹבָה עָלַי וְלָכֵן עַד אֲגִנֶּע לֹא אֶסִּיר תּוֹמָתִי מִמֶּנִּי וּבְסִפְרֵי מִנְחַת עֲנִי (דָּף צ"ד ע"א) בְּאַרְתִּי בְּהַמְאָר ע"ש: שֵׁם וּר"ש מִיָּתֶה כְּתִיבָא בֵּינָה: ק"ק אָף דַּר"ש גַּז"ש לִית לֵיה מַכ"מ ה"ל לְמִילָף דְּנָבִיא שֶׁהַדִּיחַ בְּסִקְלָה מִמְּסִית מִכַּח סְמוּכִין דְּסִמְיָה דִּין נָבִיא לְדִין מְסִית וְכַעֲיִן מַה דִּילְפִינָן לְעִיל (דָּף ס"ז ע"ב) מְכַשְׁפָּה דְּבִסְקִילָה מְשׁוֹכֵב עִם בְּהֵמָה מִכַּח סְמוּכִין וְעַד כָּאֵן לֹא פְּלִיג ר"י הֵתָם אֵלָּא דְלֹא דַרְיֵשׁ סְמוּכִין חוּץ מִבְּמִשְׁנֵה תוֹרָה אֲבָל הֵכָא דְבַמ"ת הוּא לַכ"ע דַּרְשִׁינָן סְמוּכִין וְזֶה וְדָאֵי חֲשִׁיב סְמוּכִין אָף דְּבִשְׁתֵּי פְּרָשִׁיּוֹת הוּא כְּמוֹ דְּחֲשִׁיב סְמוּכִין בִּיבְמוֹת (דָּף ד' ע"א) לֹא תִלְבָּשׁ שְׁעֵטְנֵי גְדִילִים תַּעֲשֶׂה לָךְ דְּכָתוּב ג"כ בְּב' פְּרָשִׁיּוֹת: שֵׁם וְאִין דְּנִין הַדְּיוֹט מִנְבִּיא: עִינָן לְעִיל (דָּף נ"ג ע"א) מַה שֶׁהַקְּשִׁיתִי שֵׁם אֲתוֹסְפוֹת ד"ה קְמִיפְלָגִי בְּפִלּוּגְתָא מְסוּגִיא דְהֵכָא וּמַעֲתָה נִלְפַע"ד לְתַרְץ ע"פ מַה דְּאֶמְרִינָן שֵׁם כָּל מִיָּתֶה שֶׁנֶּאֱמָרָה בְּתוֹרָה סֵתָם אִי אֲתָה רִשְׁאֵי לְהַחְמִיר אֵלָּא לְהַקְלַע עָלֶיךָ וְא"כ לְכַאוֹרָה מֵאֵי פְּרִיף הֵכָא וְלַגְמֹר מִמְּסִית בֵּינוֹן דְּאִיכָּא ג"כ לְמִגְמֵר מִנְבִּיא אִי אֲתָה רִשְׁאֵי לְהַחְמִיר אֵלָּא לְהַקְלַע וְצ"ל דְּסִמְיָה אֶקְוִשְׁיָא אֲחֵרִיתָא דְאִין דְּנִין הַדְּיוֹט מִנְבִּיא וְלַפ"ז כִּי מְתַרְץ דְּכִינּוֹן שֶׁהַדִּיחַ אִין לָךְ הַדְּיוֹט גְּדוֹל מְזֵה לֹא מְצַרְכִּינָן עוֹד לְהַיָּדֵב סְבָרָא דְאִין דְּנִין מְסִית רַבִּים מִמְּסִית יַחֲדָה אֵלָּא דְגָם כִּי הַדְּדִי הוּי מַכ"מ יִלְפִינָן לְהַקְלַע וְכֵן אִי אֶמְרִינָן הַיָּדֵב סְבָרָא לֹא מְצַרְכִּינָן עוֹד לְהַיָּדֵב תִּירוּצָא דְאִין לָךְ הַדְּיוֹט גְּדוֹל מְזֵה אֵלָּא בֵּינוֹן דְּהֵכָא אִיכָּא סְבָרָא דְאִין דְּנִין מְסִית רַבִּים מִמְּסִית יַחֲדָה וְהֵכָא אִיכָּא סְבָרָא דְאִין דְּנִין הַדְּיוֹט מִנְבִּיא

שקולין הן ואזלינו להקל והוא דעת ר' ישמעאל הכא וגם לעיל מפה הו סברא דאין דנין
הדיוט מנביא ששקול נגד אין דנין יומת מימות אזיל לקולא ומיחייב רק מיתה בידי שמים
ולא סקילה והא דקאמר ר"ש פיון שהדיח אין לה הדיוט גדול מזה אף דקושטא הוא
דמשמעם אי אתה רשאי להחמיר חייב חנק ולא סקילה מכ"מ נקט לר"ש האמת דע"כ הוא
ס"ל פה דהא אמרינו (לעיל דמ"ד) זר ששימש בחנק לר"ע הוא ר"ש אליבא דר"ע
ומדלא יליף מיתה ב"ש כר' ישמעאל ע"כ ס"ל הו סברא דאין לה הדיוט גדול מזה ולכן
נקט לר"ש האמת דמעיקרא דדינא ליכא למיפרה אדרבה אין דנין הדיוט מנביא דאין זה
נביא לר"ש פיון שהדיח אבל לעולם לר' ישמעאל דלית ליה הו סברא פמבואר לעיל
מכ"מ ס"ל שפיר דמדיחי עיה"נ בחנק כר"ש דאי אתה רשאי להחמיר אלא להקל: שם
ברש"י ד"ה דלמא הדרו ביה.

והאף מתרים בו התראת ספק: ק"ק התראת ספק מאן דכר שמהי הא אפילו למ"ד
התראת ספק שמה התראה ודאי לא ילקה פאן פיון דעדיין נשאר הדבר בספק דלמא
הדרו ביה גם לענין מאי בעי התראה הא המלקות לא הוי רק לקיים המצוה כמו עשה
סופה ואינו עושה ולזה לא בעי התראה וצריף לדחוק דהו התראת ספק באמת הפוננה
שהמעשה הוא בספק ועיין חולין (דף פ"ו) ברש"י ד"ה שאינו סופג שכ' רש"י דהתראת
ספק היא וע"כ ג"כ פוננתו פן שהרי האיסור ספק: שם בתוספות ד"ה אליהו בהר הפךמל.

לא שאמר לו הקב"ה אלא: לא ידעתי איה נסתפקו התוס' בדבר המפורש בירושלמי פ"ג
דמענות דקאמר שם ניהי פעלות המנחה ויגש אליהו ואליהו מקריב בחוץ בשעת איסור
הבמות אמר ר' שמלאי הקב"ה אמר ליה שנאמר וכדברך עשיתי עכ"ל הרי בפ"א שעל
פי הדבור ממש הנה וכן דעת הרמב"ם פ"ט מה' יסודי התורה ע"ש: שם דף צ' ע"א
בגמרא תרגמה רב חסדא ונתצתם: הרמב"ם (פ"ה מה' עכו"ם) פסק דנביא שהדיח בין
שאמר העכו"ם אמר עבדוה או שאמר בשם הקב"ה פן ה"ז נסקל וכבר הקשה הר"ן
בשמעתין פיון דע"כ פסק כרב חסדא מדמחייב חנק בעיקר הגוף דשאר מצות בפ' ט' מה'
יסודי התורה א"כ ה"ל לאתויי דגם בעשה ול"ת מיחייב ולמה השנוה דין נביא שהדיח
למסית דעלמא והלחם משנה יותר תימה עליו דהוא פסק שם דבע"ז אם אמר היום
תעבדו ולמחר בטלה מיחייב חנק ונהרי לפי המבואר בסוגיין לכ"ע בע"ז בקיום מקצת
וביטול מקצת מיחייב סקילה לרבנן.

ונלפע"ד דהר"ן הקשה למה בשאר מצות קיום מקצת וביטול מקצת פטור מי גרע
מדברים דעלמא דמיחייב ותיגרץ פפי גירסת הספרים דגרסי פטור עד דמתנדע ליה פירוש
דבע"ז ביטול מקצת חייב אע"ג דלא מתנדע ליה משום דזה ודאי שקר הוא דע"ז לא
יהיה מותר מאת הקב"ה אפילו לשעתו וכן עקירת כל הגוף דשאר מצות אבל ביטול
מקצת דשאר מצות פיון דזה מותר לפעמים לשעתו כאליהו בהר הפךמל לכן פטור עד
דמתנדע ליה.

והנה לפי המבואר בפ' ה' מה' עכו"ם לא מיחייב מסית עד שיאמר בלשון אלה ואעבד
או נלה ונעבד ומשום מדיח לא מיחייב עד שיאמר לרבים עבדו ע"ז ויעשו פן ולכן י"ל
דהרמב"ם סובר דנדאי נביא המדיח לא מיחייב אלא או פמסית או פמדיח דעלמא ולכן
פתיב קרא גבי' דנלה ונעבד אלהים אחרים כמו דכתיב גבי מסית ומדיח והשתא בה'

ע"ז איירי בכה"ג שהגנדיים עשו פמותו ונהרגין על פיו ולכן הוא נביא המדיח דבסקילה לרפגן ומה שכ' בין שניבא בשם העפוי"ם פן בין שאמר בשם הקב"ה היינו בין ביטול מקצתו בין עקירת פל הגוף דאם אמר בשם הקב"ה הוא לעקור מצנת ע"ז מן התורה וכמו שפי' רש"י אבל בשם העפוי"ם לא שינה לומר פן ולכן בשם העפוי"ם לעולם הוי ביטול מקצת וקיום מקצת ובשניהם הוי בסקילה פינון שיש לו דין נביא שהדיח אבל בה' יסודי התורה דכתבו דאמר הנביא תעבוד ע"ז היום לבד א"כ אין זה מסית פינון שלא אמר בלשון גלגל ונעבוד וגם לא מדיח פינון דאמר רק ליחיד לשון תעבוד וגם פינון דלא עשה על פיו א"כ מצד נביא שהדיח אין פאן מיתת סקילה אבל מכ"מ חנק יש פאן דהא ודאי דבר סרה על ה' פמימרא דר' יוחנן דבע"ז אפילו מעמיד לה חמה באמצע הרקיע אל תשמע לו דודאי לא צנה לו ה' ולכן נביא שקר הוא ויחנק.

והנה לפ"ז דלא מיחייב משום נביא שהדיח רק כשהוא מדיח אכן מה דמתרץ ר"ח ונתפתם אף דזה לא הוי מדיח הכי פירושו פינון דהוא לא מקשה רק פינון דלרב חסדא פולי קרא בע"ז איירי איך משפחת עשה ול"ת ומתרץ דגם בע"ז משפחת עשה ול"ת ולא שיש לו דין ע"ז דבסקילה אלא דין נביא שקר דעלמא דבחנק כמו דכ' הרמב"ם לענן תעבוד ע"ז היום לבד דמקרי דבר סרה על ה' ויחנק אף דקרא זה פתיב גפי נביא המדיח דבסקילה וא"כ ג"כ ה"ה הכא עשה ול"ת דע"ז דמיקרי עקירת הגוף דשאר מצות ויחנק פנביא שקר דמקרי ג"כ דבר סרה על ה' דאע"ג דלא מתידע ודאי פן לא צנה הקב"ה ולכן כ' הרמב"ם דאפילו נתן אות בעקירת הגוף דשאר מצות יחנק אף דלא פתוב בתורה וכן בגמ' בפ' פן אכן זה אתיא ליה מממרא דר' יוחנן בע"ז דאין שומעין לו אם נתן אות אפילו לעקור מקצת משום דודאי לא צנה השם פן א"כ ה"ה ג"כ בעקירת הגוף דשאר מצות דודאי ג"כ לא צנה הקב"ה ולכן מקרי דבר סרה על ה' וכינון דלענן דינא אין נפקותא בין ע' ול"ת דע"ז לע' ול"ת דעלמא דבכולהו בעקירת פל הגוף בחנק ובעקירת מקצת פטור ור"ח לא מתרץ ונתפתם רק לפרש פולי קרא דבע"ז איירי לכן שפיר השמיט הרמב"ם דין עשה ול"ת דע"ז וכתב סתמא דבעקירת פל הגוף דשאר מצות חייב ובעקירת מקצת פטור: שם הגיעה התורה לסוף דעתה של ע"ז לפיכך נתנה התורה ממשלה בה: פי' דידעה התורה שע"י פח טונמאת ע"ז יעשה פישוף ויכול לעשות אותות ומופתים לכן נתנה תורה לו ממשלה לכתוב דגם אם יעשה אותות אל תשמע לו אכן ר"ע פליג וס"ל דודאי לא יעשה הקב"ה אותות לנביא השקר אלא הנך אותות דאמר קרא ובא האות והמופת הם שנתן כאשר היה נביא אמת אכן לכאורה קרא קשיא לר"ע דקאמר פי מנסה ה' אלהיכם אתכם ואי נתן האותות לקיים נבואתו הראשונה האמיתי איזה נסיון הוא זה וי"ל: שם ברש"י ד"ה אבל עוקר הגוף.

והיינו מה שלא שמע: א"ל דא"כ לר"ש דין נביא שהדיח ל"ל פינון דאינו רק בחנק ובדאי לא גרע ע"ז משאר מצות די"ל דכתוב משום קיום מקצת וביטול מקצת דפטור בשאר מצות ובע"ז מיחייב ואגב זה כ' רחמנא גם דינא דעוקר פל הגוף וכן צ"ל ג"כ לרפגן דס"ל דבסקילה ל"ל קרא לנביא שהדיח מהיכי תימי יגרע משאר מסית ומדיח דבסקילה והכא לא שינה אפילו לומר דאצטרף משום קיום מקצת וביטול מקצת דזה ג"כ במסית מיחייב דהיינו היום עבודה ומחר בטלוגה וצ"ל דכתב רחמנא פן משום ללכת בה לרבות מצות עשה ומצות ל"ת דבזה לא הוי מסית אפילו אי קאי אע"ז פרב חסדא וכש"כ אי

קאי אשאר מצות וכדרכ המנונא דלא הוי מסית ומשום הך טעמא כתב רחמנא כל הדין דנביא שהדיח: שם בד"ה ד"ה פטור.

אפילו מחנק: עיין במהרש"א שגדחק והגיה בדברי רש"י מפני הקושיות שהוקשו לו בדברי רש"י סותרים זא"ז וי"ל דהכי פירש דברי רש"י דנדאי אי הוי אפשר לומר דפרשה דכי זייד דבר איירי במקצת דבר ה"א דבאמת אפילו אמקצת דבר חייב חנק דהוי אמרינו דבפרשת נביא שהדיח איירי בעוקר כל הגוף דשאר מצות ומקצת דבר הוי בכלל אשר זייד לדבר דבר ולא הוי אמרינו דאיירי בדברים בעלמא פגון צדקיה בן פנענה דוקא אבל פינון דדרשינו דבר ולא חצי דבר א"כ ליפא לרבות מקצת דבר דשאר מצות ולכלי דבר דשאר מצות לא מצרכינו קרא דכי זייד דבכלל ללכת בה דפ' נביא שהדיח הוי לכן ע"כ צ"ל דכי זייד לאו אעוקר ד"ת קאי אלא אדברים בעלמא פו נראה בכוננת דברי רש"י: שם ד"ה ר"ש פטור וה"ה לרבנו.

הא קמ"ל דרישא דקתני: א"ל דלמה נקט ר"ש פטור לאשמועינו דחייב דרישא הוא חנק ליתני בקיצור ברישא חייב חנק ולא בעי ר"ש די"ל דאי הוי נקיט הכי ה"א דברייתא ר"ש היא אבל לרבנו בעוקר כל הגוף דשאר מצות ג"כ בסקילה פרב המנונא לכן נקט ר"ש פטור לאשמועינו ג"כ דרישא ד"ה הוא: שם ד"ה ובוועלה.

פלומר וכל הבעלים: פשוט הוא שרש"י רוצה לפרש בזה הא דקאמר חוץ מזוממי בת פהו ובוועלה דאיך שייך בוועלה בזה דהא לא איירי השתא רק מזוממין ולכן פ"י דהך ובוועלה הוי דבר לעצמו ופ"י דין הבעלים וא"א לפרש דזוממין לא דנין פמיתת הבעל רק פשבאו לחייב גם את הבעל עמה ולהכי נקט ובוועלה דכבר הוכיחו התוס' ריש מכות דגם אי לא בעי רק לחייב אותה לבדה ג"כ הם בחנק וכפ"י רש"י בלא"ה צריך לפרש הא דקאמר לפי שכל המזוממין שפתורה זוממיהו ובוועליהו פיוצא בהו דכאן א"א לפרש בענין אחר: פרוק אחד עשר לא הארכתי בלימוד הישיבה ולכן לא העליתי מחידושים על הפתב רק מעט מדעיר: שם דף צ' ע"ב בגמרא וכי אהרן לעולם קיים: עיין פירש"י ולענ"ד י"ל דהכי קאמר שהרי במנחה נאמר בפרשת צו והנותרת ממנה יאכלו אהרן ובניו ונאמר ובניו מפני שהוא מצונה לדורות וכאן נאמר רק לאהרן ולא לבניו ולכן מקשה וכי אהרן לעולם קיים ולמה לא נאמר לבניו ג"כ וכי תימא שמצונה בו יותר מלבניו והלא לא נכנס לא"י ולא קבל פלל: שם אלא מלמד שעתידי לחיות וישראל נותנים לו תרומה: פירש רש"י לעולם הבא וק"ק איך שייך תרומה לעוה"ב שאין בו לא אכילה ולא שתיה.

וי"ל לפי מה דאמרינו ביומא (דף ה' ע"ב) פדבעי שם פיצד ילבישו בגדי פהונה לעתיד לבא דהינו פשיבוא משיח והשיב פשיבא אהרן ובניו ומשה עמהם וזה נראה פשיבא משיח אף דאז עוד עדיין ליפא תחנית המתים מכ"מ יחיו משה ואהרן ובניו להורות העם הדרך אשר ילכו בה פימי צאתם מארץ מצרים ואז יתנו לו תרומה דאז עולם פמנהגו נוהג פדאמר שמואל אין בין העוה"ז לימות הפשיח אלא שעבוד מלכות בלבד: שם כל הנותן תרומה לכהן ע"ה: נראה דרב יהודה פליג ארשב"נ אר"י שהוא סבר משום כל המחזיק בתורת ה' לבד יש ולפי מה שפכתבו התוס' חולין (דף ק"ל) אם אין כאן פהו המחזיק יכול ליתן גם לכהן ע"ה אבל רב יהודה פליג ואמר דהוא פאלו כופת לפני ארי שפא יטמאה א"כ אסור ליתן לו ור' יוחנן מוסיף שגורם לו מיתה ולכן לא יתן לו ודבי

ראב"י מוסיף לא בלבד מיתה גורם לו אלא משיאו עון אשמה מה שגם המיתה אינה מכפרת: שם מה ארי ספק דורס ואוכל: עיין פירש"י ולענ"ד י"ל ע"פ מה שכתבו התוס' פסחים (דף מ"ט ע"ב) בשם ר"ת דמה שמביא שם ג"כ ארי דורס ואוכל שאין ממתין עד שתמות פן ע"ה לא ממתין עד שתתפייס הרי שמפרש דורס ואוכל שאינו ממתין עד שיהא ראוי לאכילה וכן יש לפרש גם כאן ספק דורס ואוכל שאינו ממתין עד שיטהר עצמו ואוכלה בטומאה ספק אינו דורס ואוכל וממתין עד שיטהר ראוי לו: שם דף צ"א ע"א בגמרא דבי ר"י תנא ק"ו מפלי זכוכית: עיין פירש"י ולענ"ד יש לומר דשינוי ק"ו דר"י עוד להא דמיייתי מב' יוצרים והכל אחד פיון דתחנית המתים יהיה בגוף ונפש ומה דב' יוצרים לא יהיה מוכח אלא תחנית הגוף עם רוח חיים שבו להחיותו כנפש הבהמה אבל שתחנה נשמתו ולהעלותו למעלת האדם אפתי לא שמעינו מזה ולהכי מיייתי מפלי זכוכית שנעשה ע"י שנופחין בתוכו ברוח ב"ד א"כ כש"כ שיחיה האדם בנושמתו שתחנה לו מאת הקב"ה ע"ד ויפח באפיו נשמת חיים: שם ברש"י ד"ה עכשיו.

מטיפה קטנה: נראה דרש"י רצה לתרץ סתירה דלעיל אמרה ברתיה מן המים צר מן הטיט לא כש"כ הרי שבריא את אדם היה מן המים וכאן אומר שאין מים ולכן מפרש מפני שהיא טיפה קטנה קרא ליה אין מים וכ' אי נמי כל העולם פולו יצר בתנהו שהוא גם פן ליישב סתירה זו דלעיל איירי מבריא את אדם ושם היה מים אבל הכא איירי מבריא את העולם שלא היה מים שנברא בתנהו: שם ע"ב בגמרא הרפיב חגור ע"ג סומא: ולפ"ז הגוף הוא דוגמת סומא ומא והנשמה בדוגמת חגור ובזה מפרש קרא דגבי תחנית המתים עור ופסח הרה ויולדת יחדו דהיינו שהתחנה תהיה בגוף ובנשמה: שם דף צ"ב ע"א ברש"י ד"ה לאחר שיחיו.

בין לעולם הבא אלא הבשר מתקיים עליהם: עיין במהרש"א שכתב שיש גמגום בדברי רש"י מאי לעוה"ב ומאי לע"ל שיחיו שנית עכ"ל. ולענ"ד דברי רש"י מדוניקים דיש לדקדק ג"כ מה שכתב רש"י ד"ה שעתיד לימות המשיח דמאי בעי בזה ולמה לא פירש כפשוטו דקאי על עת תחנית המתים אכן א"ש דא"כ מאי קמ"ל דאין חוזרין לעפרן פשיטא דאל"כ מאי תחנית המתים מהני אם שוב ימותו וגם איך קאמר צדיקים אינן חוזרין לעפרן הרי כל המתים שיחיו נמי לא ימותו עוד שמה תהיה התחנה להם אם אחר זה ימותו שנית ולכן פירש דקאי על הצדיקים שיחיו לעת ביאת המשיח כדאמרו רז"ל דצדיקים גדולים יחיו מיד לעת ביאת המשיח וכדאמרינן לעיל שאז יופן הארץ לאבות הקדושים ותרומה יופן לאהרן וכדכתבנו לעיל וכיון דלימות המשיח יהיה העולם כמנהגו באכילה ושתיה כדאמרינן לעיל ועמדו זרים ורעו צאנכם וכו' ע"כ תהיה התחנה אז שיחיו בגוף מבשר ודם ולא תחנה רוחני כמו לעת תחנית המתים שאף שתחנה בגוף ונשמה עכ"ז גם הגוף יהיה רוחני שהרי אז אין אכילה ושתיה והחיים לעת המשיח יאכלו ולכן שפיר קמ"ל דגם אותם הצדיקים לאחר שיחיו בגוף של בשר לא יחזרו לעפרן אלא הבשר מתקיים עליהם מעת שיקומו לימות המשיח עד שתחנה עת התחנה לכל לעתיד לבא ואז גם להם יתחלה הגוף של בשר לגוף רוחני אבל לא יחזרו לעפרן אעפ"י שיחיו שנית בהתחלה גופם: שם דף צ"ג ע"א בגמרא א"ר תנחום ב"ח בשעה שיצאו חנניה מו"ע מכבשן האש: מאמר זה יש לפרש בהמשך מה דאמרינן לעיל ת"ר בשעה שהפיל נבוכדנצר חנניה מו"ע לכבשן האש אמר לו הקב"ה ליחזקאל לה ונהנה מתים בבקעת

דוֹרָא בִּינוֹן שְׁהִחִיָּה אוֹתָן בָּאוּ עֲצָמוֹת וְטָפְחוּ לוֹ לְאוֹתוֹ רָשַׁע עַל פְּנֵיו אָמַר מֶה טִיבָן שָׁל אֱלוֹ אֲמָרוּ לוֹ חֲבִירֵיהֶן שָׁל אֱלוֹ מַחִיָּה מֵתִים בְּבִקְעַת דוֹרָא כּו' וי"ל לְמָה בְּעַת הַזֹּאת דּוֹקָא הִיָּה הַצּוּרִי לִיחְזַקְאֵל לְהַחֲיוֹת מֵתִים וְלָמָּה עי"ז דּוֹקָא שְׂבַח נְבוּכַדְנֶצַּר אֲתוּהִי כְּמָה רַבְרַבִּין וְתַמְהוּהִי כְּמָה תַקִּיפִין וּגו' גַּם מֶה דַּקְדְּקוּ לומר חֲבִירֵי הֶן שָׁל אֱלוֹ מַחִיָּה מֵתִים.

וְהִנֵּה בְּפִשְׁטוּת י"ל שְׁסַפֵּר, הַפְּתוּב שְׂרָאוּ בְּכַבְשָׁן עוֹד אִישׁ רְבִיעִי פְּדֻכְתִּיב עֲנֵה וְאָמַר הָא אֲנָא חֲזָה גְבָרִין אַרְבְּעָה וְרִנָּה דְרַבִּיעֲעָה דְמָה לְבַר אֱלֵהִין וְיִישׁ לְהַבִּין לְמָה עָשָׂה הַקַּב"ה הִנֵּס בְּדַרְךָ הִנֵּה לְהִרְאוֹת לְהֵם הַמְּלָאָךְ הַמְּצִיל וְיִישׁ לְבָאָר דְהִנֵּס בְּשַׁעַת הַצִּלְת חֲמו"ע הִיָּה בְּפָרְסוּם לְהִרְאוֹת הַצִּלְתָּם לְכָל דְלִכְךָ צָף הַכְּבָשָׁן וְנִפְרִץ כְּמַבְּנֹאָר שָׁם וְיִדוּעַ דְהַעֲע"ז הִיָּה רַגִּילִים לְתוֹלוֹת כָּל הַנְּסִים בְּכַשׁוּף וְלִכְּוֹן אִם לֹא רָאוּ בְּעֵין עֲזָרַת ה' הִיָּה תוֹלִים בְּכִישׁוּף וְלִכְּוֹן הִרְאָה לְהֵם הַקַּב"ה הַמְּלָאָךְ הַמְּצִיל בְּתַמּוֹנַת בַּר אֱלֵהִין שְׁיַכִּירוּ שֶׁהַקַּב"ה הוּא הַמְּצִיל כְּמוֹ שְׂאָמַר נְבוּכַדְנֶצַּר שְׁלַח מְלָאָכִי וְשׁוּיב לְעַבְדוֹהִי אֲכֹן זֶה הִיָּה פָּגַם כְּבוֹד חֲמו"ע כְּאֱלוֹ הִיָּה זְכוּת שְׁלִשְׁתָּם לֹא דִי עַד שְׁהִנְצִירָךְ מְלָאָךְ לְהַצִּילָם כְּמוֹ שְׂאָמְרוּ צְדָקָה וְאַחֲאָב לְקַמֵּן שְׁבַקְשׁוּ לְהַפִּישׁ זְכוּתָם שְׁיִנְשְׁלָךְ עוֹד שְׁלִישִׁי עִמָּהֶם וְעוֹד אֲמָרוּ אֵין הַקַּב"ה יְכוֹל לְהַצִּיל רַק בְּאַמְצָעוֹת הַשְּׁלִיחַ לִכְּוֹן צוּה הַקַּב"ה לִיחְזַקְאֵל לְהַחֲיוֹת מֵתִים וּא"כ כַּש"כ שְׁיִישׁ בְּיָדוֹ כַּח לְהַחֲיוֹת חַיִּים וְגַם אֲמָרוּ לוֹ חֲבִירֵיהֶן שָׁל אֱלוֹ שְׂאִינוּ רַק יַחֲיד מַחִיָּה מֵתִים כַּש"כ שְׁהֵם בְּחַיִּים יְכוֹלִים לְהַצִּיל עֲצָמָם מִמָּוֶת.

וי"ל עוֹד ע"פ מֶה דְּפָלִיגִי לְעֵיל ר"א ור"י מֵתִים שְׁהִחִיָּה יְחִזְקֵאל שֶׁר"א אָמַר אֲמָרוּ שִׁירָה ה' מִמִּית בְּצִדְקָה וּמַחֲיָה בְּרַחֲמִים וּר' יְהוֹשֻׁעַ אָמַר אֲמָרוּ ה' מִמִּית וּמַחֲיָה מוֹרִיד שְׂאוֹל וְיַעֲלֵל וְיִישׁ לְבָאָר דְּפָלִיגִי בְּהָא דְרַב וְשְׂמוּאֵל דְּלַרְב הַמֵּתִים שְׁהִחִיָּה הִיָּה בְּנֵי אֲפָרַיִם שְׁמָנוּ לְקִין וְטָעוּ וְלְשְׂמוּאֵל הִיָּה בְּנֵי אָדָם שְׁכָפְרוּ בְּתַחֲשִׁיבַת הַמֵּתִים וּלְפ"ז לְשְׂמוּאֵל הִיָּה רָשָׁעִים וְלַרַב לֹא הִיָּה רָשָׁעִים וְלִכְּוֹן י"ל דְּבִזְזָה פְּלִיגִי הִנֵּי תַנְאִי דְלַר"א הִיָּה בְּנֵי אֲפָרַיִם לִכְּוֹן לֹא אֲמָרוּ רַק ה' מִמִּית וּמַחֲיָה מִמִּית בְּדִין וּמַחֲיָה בְּרַחֲמִים אֲבָל לְשְׂאוֹל לֹא יָרְדוּ שְׁהָרִי לֹא חָטְאוּ רַק שְׁטָעוּ אֲבָל ר"י סוֹבֵר שְׁהִיָּה רָשָׁעִים שְׁכָפְרָ יָרְדוּ לְשְׂאוֹל וְלִכְּוֹן הוֹסִיפוּ מוֹרִיד שְׂאוֹל וְיַעֲלֵל הָרִי מִזֶּה מוֹכַח שְׂאֲפִילוֹ הִרְשָׁעִים שְׁבִישְׂרָאֵל יִישׁ לְהֵם תַּקְנָה וְזָהוּ פִּירוּשׁ הַמְּאָמַר שְׁבִישְׂעָה שְׁיַצְאוּ חֲמו"ע מִתּוֹךְ כְּבָשָׁן הָאֵשׁ בָּאוּ כָּל אֲנוּמוֹת הָעוֹלָם וְטָפְחוּ עַל פְּנֵיהֶם שְׁהֵם נִיצְוּלוֹ וְעי"ז קְטָרְגוּ הָאֲנוּמוֹת עַל יִשְׂרָאֵל שְׁעֲזָבוּ בְּרִית קֹדֶשׁ לִכְּוֹן לְבַטֵּל דַּעַה הַנְּפֻסְדַת שְׁיִישׁ מְמוֹנְצָע בִּינוּ וּבִין הַבְּרוּאִים אָמַר הַקַּב"ה לִיחְזַקְאֵל הַחִיָּה מֵתִים בְּבִקְעַת דוֹרָא שְׁעי"ז יָדְעוּ גַּם הִרְשָׁעִים שְׁיִישׁ לְהֵם תַּקְנָה כְּמוֹ שְׁנִיבָא הַנְּבִיא מִיָּד כְּשֶׁאֲפָתַח קַבְרוֹתֵיכֶם תִּדְעוּ כִּי אֲנִי ה' דְּהִיָּינוּ שֵׁם אֱלֹהִים אֲבָל לֹא תִדְעוּ עֲדִינָן שְׁהַכֵּל נַעֲשָׂה עַל יָדִי וְשָׁגַם אֲתֶם נִתְחַשְׁבְּתֶם עַל יָדִי אֲבָל אַח"כ אֲתֶן רוּחִי בְּכֶם וְחַיִּיתֶם חַיִּי נֶפֶשׁ לְעֵלוֹת בְּשִׁכְלָה בְּמַעֲלָה יוֹתֵר וְאֵז יוֹסִיף לְכֶם יָדִיעָה שְׁתִּדְעוּ כִּי אֲנִי ה' דְּבִרְתִּי כְּבָר ק מִקּוֹדֶם שְׁתַּחֲוִי: שָׁם דָּף צ"ד ע"ב בְּגִמְרָא אֲמָרוּ לוֹ וְהִלָּא מְמוֹן עֲשֵׂרֶת הַשְּׁבָטִים מְעוֹרָב בּוֹ: קָשָׁה דְּבַתְחִילָה שְׂאֵלוּ לְבִזּוֹת אוֹ לְחַלֵּק וְאַח"כ שְׂאֵלוּ וְהִלָּא מְמוֹן עֲשֵׂרֶת הַשְּׁבָטִים מְעוֹרָב בּוֹ דְשִׂאלָה זֶה הִיָּה לְהֵם לְשְׂאוֹל בְּתַחֲשִׁיבָה אִם מוֹתֵר לְהֵם לִיקַח הַשְּׁלָל וי"ל דְּיָדוּעַ הַכֵּלָל דְּכָל דְּפָרִישׁ מְרוּבָא פָּרִישׁ וּבִקְבוּעַ כְּמַחְצָה עַל מַחְצָה דְּמִי וְזָה וְדָאִי דְרֹב שְׁלָל סְנַחֲרַב הִיָּה מְאֻמּוֹת אַחֲרוֹת הַרְבוּת שְׁכַבְשׁ וְשָׁל יִשְׂרָאֵל הִיָּה רַק הַמִּיעוּט וְלִכְּוֹן מִתְחִילָה לֹא הוֹקְשׁוּ לְהֵם אִיךְ יִקְחוּ וְהִלָּא מְמוֹן עֲשֵׂרֶת הַשְּׁבָטִים מְעוֹרָב בְּהֵם שְׁסָבְרוּ דְּבִטְוִיל בְּרוּב וְכָל דְּפָרִישׁ מְרוּבָא פָּרִישׁ אֲכֹן זֶה שְׁיִיךְ דּוֹקָא אִם לְחַלֵּק שְׂאֵז יֵאָסֵף כָּל הַשְּׁלָל יַחַד אֵל מְקוּם אַחַד וּמְשָׁם יִטּוֹל כָּל אַחַד חֵלְקוֹ וְשְׁיִיךְ כָּל דְּפָרִישׁ

מֵרֶנָּה פְּרִישׁ אֲבָל אִם לְבִזוֹת שְׁפָל אֶחָד נוֹטֵל מֵהַגְּזֵלִים עֲצָמָם שָׁם הָיָה קָבוּעַ וְכָל קָבוּעַ
בְּמַחְצָה עַל מַחְצָה דָּמִי.

וְעוֹד יֵשׁ חִילּוּק שָׂאֵם לְחֶלֶק אִזְ הָיָה לְכָל אֶחָד חֶלְקוֹ בְּיָאוֹשׁ וְשִׁנּוּי רְשׁוֹת דְּהַבְּעָלִים כְּבָר
נִתְּנָאֵשׁוּ וְשִׁנּוּי רְשׁוֹת הוּא אֶצֶל הָאֲנָסָף הַשְּׁלֵל כְּדִי לְחֶלֶק וְאִזְ כָּל אֶחָד מִקְּבֵל חֶלְקוֹ בְּיָאוֹשׁ
וְשִׁנּוּי רְשׁוֹת וְהוֹסֵר לוֹ אֲבָל לְבִזוֹת שֶׁהוּא נוֹטֵל מֵהַגְּזֵלִין עֲצָמוֹ אִזְ לֹא הָיָה רַק יָאוֹשׁ כְּמוֹ
בְּאֲוֹנֵי בְּסוּפָה (דָּף ל') וְעַל כֵּן רַק פְּשָׁאֵמֵר הַגְּבִיא לָהֶם לְבִזוֹת שְׁאֵלוֹ וְהֵלֵא מְמוֹן עֲשָׂרַת
הַשְּׁבֻטִים מְעֹרֵב בָּהֶם: שָׁם דָּף צ"ה ע"א בְּגִמְרָא אוֹתוֹ הַיּוֹם נִשְׁתַּיֵּיר מְעֹנָה שָׁל נוֹב: לֹא
מְבֹאָר לָמָּה אוֹתוֹ הַיּוֹם דְּנֻקָּא וּלְפַעֲנֵי ד' יֵשׁ לִימֵן טַעַם לְזֵה שְׁהָרִי הָעוֹן הָיָה עַל שְׁנֵהֲרָגוּ
כְּהֵנִי נוֹב כְּמוֹ שְׁפִירִשׁ"י וְעִיקָר הַחֻטָּא הָיָה בִּישׁוּל הָעֵבֹדָה ע"י שְׁנֵהֲרָגוּ הַפְּהָגִים כְּמִשׁ"כ
הַמְהַרְשָׁ"א וְהֵנָּה בִּישׁוּל הָעֵבֹדָה הָיָה בְּפֶרֶט בְּעָרֵב פֶּסַח כִּי לְקַרְבָּנוֹת שָׁל שְׁאָר יְמוֹת הַשָּׁנָה
הַסְּפִיקוּ גַם מְעַט פְּהָגִים אֲבָל בַּע"פ שְׁבִזְמוֹן אֵיזָה שְׁעוֹת בֵּין הָעֲרֵבִים הַנְּצָרְכוּ הַפְּהָגִים
לְזָרוּק דָּם וְלִהְקָטִיר הַחֲלָבִים לְכָל יִשְׂרָאֵל לְזֵה וְדָאִי הַנְּצָרְכוּ הַרְבֵּה פְּהָגִים וְאוּלַי ע"י
הַרִיגַת כְּהֵנִי נוֹב נִתְּבַטְּלוּ יִשְׂרָאֵל כְּמָה דּוֹרוֹת לְהַקְרִיב הַפֶּסַח וּבִזְהָ נִתְּגַדֵּל עוֹן הַרִיגַת כְּהֵנִי
נוֹב עַד שְׁנֵשְׂאָר עוֹד מְמַנּוּ בִימֵי חֲזַקְיָה וְהֵנָּה אוֹתוֹ הַיּוֹם עָרֵב פֶּסַח הָיָה שְׁהָרִי בְּלִילָה
שְׁאֲחָרְיוֹ נִהְרָגוּ כָּל חֲזִילֵי סַנְחֵרֵב כְּדָכְתִּיב וְיֵהִי בְּלִילָה הַהוּא וְהַלִּילָה הָיָה לִיל פֶּסַח כְּדָאִיתָא
בְּמִדְרָשׁ וְכֵן יִסְדַּת הַפִּיט וְלָכֵן אִם בְּאוֹתוֹ יוֹם הָיָה לוֹחֵם עַל יְרוּשָׁלַיִם הָיָה מְנַצֵּחַ שְׁאִזְ בַּע"פ
הָיָה מִתְעוֹרֵר בְּיוֹתֵר עוֹנָה שָׁל נוֹב אֲבָל כְּשֶׁעָבַר הַיּוֹם נִצְוּלוֹ יִשְׂרָאֵל שְׁאִזְ בְּאֵה לִיל שְׁמוֹרִים
לְיִשְׂרָאֵל וְנִסְתַּתְּמוּ הַמְּקַטְרָגִים: שָׁם אָמַר תַּנּוּן אֵין רוֹכְבִין עַל סוּסוֹ: אִם גַּם מִפְּנֵי מְהִירוֹתוֹ
שָׁל אֲבִישֵׁי הַנְּצָרָה לְפָרֶד הַקַּל בְּרַגְלָיו יוֹתֵר מְסוּס מְכ"מ יִפְּלֵא דְלֹא הָיָה לְדוֹד פָּרֶד עַד
שְׁהַנְּצָרָה לְרַכּוֹב עַל פָּרְדוֹ שָׁל מְלָךְ וּנ"ל ע"פ מַה דְּאָמְרִינּוּ בִירוּשָׁלַיִם פ"ח דְּכֻלָּאִים וְאֵין
רוֹכְבִין עַל הַפָּרֶד מְכ"ו מְפֻלָּאִי בְּגָדִים וּפְרִיָה מוֹיָרְכִיבוּ אִישׁ עַל פָּרְדוֹ דְּכֵנִי דוֹד כְּשֶׁנִּהְרָג
אֲמַנּוֹן וּמְתָרֵץ אֵין לְמַדִּין מִן הַמַּלְכוּת וּפְרִיָה תוֹ מוֹיָרְכְּבָתָם אֵת שְׁלֵמָה בְּנֵי עַל הַפָּרְדָּה
אֲשֶׁר לִי וּמְתָרֵץ הָאִי בְּרִיָה מְשֻׁשֶׁת יְמֵי בְּרֵאשִׁית הָיָה ע"ש וְלָכֵן אֲבִישֵׁי דְצַדִּיק הָיָה לֹא
רָצָה לְרַכּוֹב עַל שׁוֹם פָּרֶד רַק עַל אוֹתוֹ שָׁל דוֹד דְּבְרִיָה הָיָה מְשֻׁשֶׁת יְמֵי בְּרֵאשִׁית: שָׁם
ע"ב בְּגִמְרָא אר"י אָמַר רַב אֶלְמָלָא לֹא נִשְׁתַּיֵּיר אֲבִיתָר לְאַחִימֶלֶךְ בֶּן אַחִישׁטוֹב לֹא נִשְׁתַּיֵּיר
מִזְרַעוֹ שָׁל דוֹד שְׁרִיד וּפְלִיט: מְזָה מְשֻׁמַּע שְׁנַתְּקִיִּים בְּדוֹד כְּלִיּוֹת זְרַעוֹ כְּמוֹ שְׁצוּהָ עֲלוֹ
הַקַּב"ה לְכַפֵּר עַל עוֹן נוֹב כְּדָאֲמְרִינּוּ לְעֵיל עַד מְתִי יִהְיֶה עוֹן זֶה טְמוֹן בְּיָדָהּ וְכו' רְצוּנָה
יְכֻלָּה זְרַעָה אוֹ תַמְסָר בְּיַד אוֹיֵב.

וְא"כ קָשָׁה אִיָּה אֲמַרִינּוּ לְעֵיל עוֹד הַיּוֹם בְּנוֹב לְעַמּוּד דְּמַעְנָנָה שָׁל נוֹב נִשְׁתַּיֵּיר יוֹם זֶה בִימֵי
חֲזַקְיָה וּנ"ל דְּתַרִי גּוֹנֵי כְּפָרָה הָיָה צְרִיכֵי כְּפָרָה לְדוֹד ע"י שְׁנַעְנֵשׁוּ אַחִימֶלֶךְ וְשָׂאוֹל וּבְנָיו
עַל יְדוֹ וְכְפָרָה עַל כָּל יִשְׂרָאֵל שְׁלֵא מִיחוּ בְּיַד שְׂאוֹל בְּהַרְגוֹ כְּהֵנִי ה'.

וְהֵנָּה מַה שְׁאָמַר הַקַּב"ה לְדוֹד רְצוּנָה שְׁיְכֻלָּה זְרַעָה זֶה הָיָה לְכַפֵּר עַל עוֹן עֲצָמוֹ אֲבָל עַדִּין
הָיָה הָעוֹן טְמוֹן בִּידֵי יִשְׂרָאֵל וְהַנְּצָרָה לְיִמְרָק עַל יְדֵי צָרַת סַנְחֵרִיב דְּהֵינָה זֶה מְדָה כְּנֻגַד מְדָה
כְּמוֹ שְׁנֵשְׂאָו פְּנֵי הַמְּלָךְ וְהֵיטָה אֵימָתוֹ עֲלֵיהֶם לְהַרְע בִּימֵי שְׂאוֹל כֵּן הָיָה כָּאֵן נְשִׂאֵת פְּנֵי
הַמְּלָךְ וְהַתְּחַזְּקֵם בְּמִשְׁלַתוֹ גְּבִי חֲזַקְיָה לְטוֹב דְּכָל מְלַחְמַת סַנְחֵרֵב לֹא הָיָה רַק כְּנֻגַד חֲזַקְיָה
לְבַדּוֹ כְּמוֹ שְׁאָמַר אֵל יִשְׂרָאֵל לְכֶם חֲזַקְיָה וְגו' אֵל תִּשְׁמַעוּ אֵל חֲזַקְיָה כִּי כֹה אָמַר מְלָךְ אֲשׁוּר
עֲשׂוּ אֵתִי בְּרַכָּה וְצָאוּ אֵלַי וְאֶכְלוּ אִישׁ גִּפְנוֹ וְאִישׁ תְּאֲנַתוֹ וְהָיָה כָּל צָרְתָם עַל הַתְּחַזְּקֵם

בְּמִלְךָ חֲזַקְתָּהוּ וְזֶה הָיָה כַּפָּרָה לָהֶם עַל נְשִׂיאת פְּנֵי שְׂאוּל וְהִתְחַזְקֶם בְּמַלְכוּתוֹ לְהַרְגוֹ לְכַהֲנֵי
נוֹב וְזֶה מֵה שֶׁפָּתַב רַש"י עַל אוֹתוֹ הַיּוֹם נִשְׁתַּיֵּיר מְעוֹנָה שֶׁל נוֹב שֶׁהָיָה לָהֶם לִישְׂרָאֵל עַל
שֶׁנֶּהְרָגוּ כַּהֲנֵי נוֹב יִשְׂרָאֵל דִּינִיקָא: שֵׁם אָמַר ר' אֲבָהוּ אֶלְמָלָא מְקַרָּא פְּתוּב וְכו' אֲתָא קְוֹדְשָׁא
בְּרִיךְ הוּא וְאִיְדָמִי לִיהַּ כְּגַבְרָא סָבָא: עֵינֵן מִש"כ בְּבִיאוֹר הָאֲגָדָה הַתְּמוּיָה בְּסִפְרֵי מְנַחֵת עֲנִי
(דָּף צ"א ע"א): שֵׁם דָּף צ"ו ע"ב בְּגַמְרָא אֵימַת אֲתִי בַר נָפְלִי א"ל מִי הוּא בַר נָפְלִי א"ל
מְשִׁיחַ וְאַמַּי קָרִית לִיהַּ בַר נָפְלִי עַל שֵׁם בְּיּוֹם הַהוּא אָקִים אֶת סוֹפֵת דְּוֹד הַנוֹפְלֵת וְכו':
י"ל אֲמַאי קָרִי לִיהַּ בַר נָפְלִי בְּלִשׁוֹן רְמָז וְלֹא מְשִׁיחַ וְגַם מֵה עֲנֵן הַשֵּׁם שֶׁל בַּר נָפְלִי וִי"ל
דְּוֹדָאֵי יָדַע הַגְּדוֹל הַשְּׂוֹאֵל שְׂאִין אִישׁ מִי שִׁיּוּדַע עַת בִּיאַת הַמְּשִׁיחַ דֶּהֱקַב"ה לִיבָא לְפָנֵיהּ
לֹא גַלִּי וְרָצָה לְהִרְאוֹת שְׂאִין פְּנוּנַת שְׂאֵלְתוֹ עַל הַעֵת אֲלָא לִידַע אִיךָ יִהְיֶה עֲנֵן שְׂפִלוֹת
הָעוֹלָם לַעֲת שְׂיָבֵא וְלָכֵן הָיָה שְׂאֵלְתוֹ אֵימַת אֲתִי בַר נָפְלִי מְלִשׁוֹן נְפִילָה שֶׁהוּא הָאִישׁ שְׂיָבֵא
בַּעַת שֶׁהִגִּיעַ הַדּוֹר ע"י הַצְּרוֹת שֶׁעָבְרוּ עֲלֵיהֶם עַל מַצְבַּ הַשְּׂפִל וְהַנְּבֻזָה.

וְהִנֵּה בְּפִסּוּק בְּיּוֹם הַהוּא אָקִים אֶת סִכַּת דְּוֹד הַנוֹפְלֵת וְגִדְרָתִי אֶת פְּרָצוּתִיהֶן גּו' וּבְנִיטִיָּה
כִּימִי עוֹלָם פְּסוּק זֶה יֵשׁ לְבָאָר דֶּהֱנָה הַטְּבַע נוֹתֵן שְׂפִל דְּבַר טוֹב כְּשִׁיעֵלָה וְיוֹסִיף עַל
שְׂלִימוֹתוֹ לֹא יִהְיֶה כֵּן בַּעַת שְׂלִימוֹתוֹ אֲלָא בַּתְּחִילָה יָרַד לְמַטָּה מִמַּעֲלָתוֹ וְיִפְסַד וְאַח"כ
יַעֲלֶה לְמַעֲלָה כְּמוֹ בַּחֲטָה הַנְּזַרְעַת שֶׁהִיא מִתְּחִילָה אֲנֹכֵל וְאַם יָרְצוּ שְׂתוֹלִיד עוֹד כְּמוֹתָה
בַּתְּחִילָה תִּזְרַע וְתִפְסַד וְכֵן עֲנֵן הָאָדָם בַּעוֹה"ז כְּשִׁיעֵלָה בְּמַעֲלָתוֹ לְבֵא לִידֵי חַיִּי עוֹה"ב
שְׂאֵחַר תַּח"ה בַּתְּחִילָה יִפְסַד וְיִכְלָה בְּאַרְץ וְאַח"כ יִחְיֶה וְיוֹסִיף בְּמַעֲלָתוֹ.

וּבְזֶה יֵשׁ לִיתֵן טַעַם לָמָּה בַּתְּחִילָה הָיָה נִבְנָה בִּיהִמ"ק וְנִחְרַב דְּוֹדָאֵי עֵיקַר מַעֲלַת בִּיהִמ"ק
הוּא מְקַדָּשׁ שְׂלַעֲתִיד מְקַדָּשׁ ה' כּוֹנְנֵי יְדִיךָ וְהוּא אֲחַד מִז' דְּבָרִים שֶׁנִּבְרְאוּ קוֹדֵם בְּרִיאַת
הָעוֹלָם אֲבָל לְמַעַן יִרְאֶה בְּמַעֲלָה זֶה בְּאַרְץ בַּתְּחִילָה הַנְּצָרָה לְהַבְנוֹת וּלְהַפְסַד וְאַח"כ יוֹסִיף
בְּמַעֲלָה הַרְבֵּה עַל מֵה שֶׁהָיָה כְּשִׁיעָא לַע"ל וְזֶה הַפִּי בְּיּוֹם הַהוּא אָקִים אֶת סִכַּת דְּוֹד הַנוֹפְלֵת
פִּירוּשׁ ע"י שֶׁהָיָה נוֹפְלֵת בַּתְּחִילָה אָקִים אוֹתָהּ אֲבָל לֹא יִהְיֶה לָּהּ קִימָה בְּלִבָּד בְּאוֹתָהּ
מִדְּרִיגָה כְּמֵה שֶׁהָיָה אֲלָא וּבְנִיטִיָּה כִּימִי עוֹלָם כְּמוֹ שֶׁהָיָה נִבְנָה לְפָנֵי כִּימִי עוֹלָם שֶׁהוּא
קוֹדֵם בְּרִיאַת הָעוֹלָם.

וּבְזֶה יֵשׁ לִיתֵן טַעַם לָמָּה בְּעַקְבוֹת מְשִׁיחָא יִהְיֶה שְׂפִלוֹת הַדּוֹר כ"כ גְּדוֹל וְיִתְמַעֲטוּ הַצְּדִיקִים
וְת"ח וְתוֹרָה מְנוּחַת בְּקֶרֶן זְנוּיַת שְׂקוּדָם שֶׁתְּבֵא הַמַּעֲלָה הָעֲלִיוֹנָה יִהְיֶה הַפְּסַד מִהַשְּׂלָמוֹת
שֶׁהָיָה וְכִמוֹ שְׂאֵמְרָנוּ שֶׁהַמְּקַדָּשׁ רַק נִחְרַב בְּעֶרְךָ לְפִי חֵק הַטְּבַע לְהַקִּימוֹ לְבַנְּנֵן עוֹלָם כֵּן
גַּם מְשִׁרְתֵי ה' וְהַנּוֹשָׂאִים עוֹלֵת הַתּוֹרָה וְהַמַּצּוֹת יִתְמַעֲטוּ כְּדִי שְׂקִימוּ לְגוֹרְלָם וְנִהְיִים מִזִּי
הַשְּׂכִינָה וְעֵטְרוֹת אוֹר הַקַּב"ה בְּרֵאשֵׁם וְזֶהוּ שְׂרָמְז בְּשְׂאֵלְתוֹ אֵימַתִּי אֲתִי בַר נָפְלִי פִּירוּשׁ
מְתִי יָבֵא מְשִׁיחַ שְׂיָצֵא בְּשְׂלִימוֹתוֹ ע"י הַנְּפִילָה הַמְּקוֹדֶמֶת אֵימַתִּי יָבֵא כְּמֵה תִּהְיֶה נְפִילַת
הַתּוֹרָה כְּשִׁיבָא וְלָזֶה הַשִּׁיב כְּשִׁימְעֵטוּ ת"ח וְצְרוֹת רַבּוֹת וְכו' כְּשִׁיחֵהּ כֵּן אִזּוּ מְקוֹיִימַת
הַנְּפִילָה אֲשֶׁר עָלֶיהָ נֶאֱמַר אָקִים אֶת סִכַּת דְּוֹד הַנוֹפְלֵת וּבְנִיטִיָּה כִּימִי עוֹלָם: שֵׁם דָּף צ"ו
ע"ב בְּגַמְרָא וּמִי נְפִישִׁי כְּנֹלִי הָאִי וְהָאֵמַר חֲזַקְתָּהּ: בְּלֹא זֶה לֹא הָיָה יָכוֹל לְהַקְשׁוֹת אֲמִימָרָא
דְּרָבָא דִּי"ל דְּרָבָא אֵיירִי בְּאַסְפַּקְלָרְיָא שְׂאִינָה מְאִירָה וְהָיָה דְּחִזְקָהּ בְּאַסְפַּקְלָרְיָא הַמְּאִירָה
וְכֵן אֲמִימָרָא דְּרָבָא לֹא הָיָה יָכוֹל לְהַקְשׁוֹת בַּל"ז דִּי"ל דְּאַבְיִי אֵיירִי בְּאַסְפַּקְלָרְיָא שְׂאִינָה
מְאִירָה וְחִזְקָהּ בְּמְאִירָה וּמֵהָא דְּקָאֵמַר אִם אֶלְף הֵן וְכו' ל"ק אֲמָה דְּקָאֵמַר אַבְיִי לֹא פָּחוֹת
מִל"ו דִּי"ל דֶּה"ק פָּחוֹת הוּא דְּלִיכָא הָא יוֹתֵר אִיכָא אֲבָל לְאַחַר דְּפָרְיָה מְדַאבְיִי אֲדָרְבָא

ותירץ פריה שפיר מחזקה ממנ"פ ועיין במהרש"א: שם דה צ"ח ע"א בגמ' אין בן דוד בא אלא בדור שכולו זכאי או בדור שכולו חייב ומפרש רבא דכתיב וירא פי אין איש כו': והטעם לזה פירשתי בספרי מנחת עני (דף צ"ו) כי כל זמן שיש צדיקים שמוכיחים ומלמדים העם להטיב דרכם מי שלא שמע להם הוא מזיד אבל כשאין איש ממי ללמוד אז כולם שוגגים ומקניינים בהם ונסלח להם ונגזר הגזר בתוכם כי לכל העם בשגגה וזה היה פוננת אהרן שאם לא עשה להם העגל ומרדו בתוכחתו לא היה להם תקנה שהיו חוטאים כולם במזיד אבל כשעשה להם תלו החסרון בו ונדונו כשוגגים כמו שאמר משה חטא העם הזה חטאה גדולה וחסא הוא שוגג ורק המסיתים נידונו כמזידים ונהרגו והתנצלות זה היה ישר בעיני ה' שנתמנה לכה"ג ובה מנושב מה דאמרינו לעיל (דף צ"ז) אין בן דוד בא עד שמתהפך כל המלכות למינות וסימנה כולו הפך לבן טהור הוא וזהו ג"כ מטעם זה שאם נתהפך הפל למינות שאין מאמין בתורה אז לבאי עולם אין להם ממי ללמוד וכל מעשי רשעתם הוא כשוגג להם כמו שהדין בנגע צרעת שפרחה במקצת טמא פרחה ככולו טהור: שם אמר ר"י אם ראית דור שנתמעט והולך חכה לו שנגמר ואת עם עני תושיע ועיניך על רמים תשפיל: בפירוש זה י"ל דכבר אמרינו לעיל א"ר חנינא אין בן דוד בא עד שיכלו גסי הרוח מישראל שנגמר פי אז אסיר מקרבך עליזי גאונתך וכתוב והשארתי בקרבך עם עני ודל וחסו בשם ה' הרי עם עני פירושו עניים ולכן מבואר למה מתנגד העניים עם הרמים ולא עם הנדיבים וכו' אבל בזה מנושב שהעם עני הם העניים ברוחם ולא העניים בממונם.

ועפ"ז יש לפרש סיפא דקרא דכתיב גאונת אדם תשפילנו ושפל רוח יתמוך כבוד פירוש רוממות ושפלות הם בהצטרפות שאצל נמוך אפילו מה שגבוה מעט ממנו הוא גבוה ואצל גבוה יותר הוא נמוך ולכן דוקא גאונת אדם תשפילנו ע"ד הרודף אחר כבוד כבוד בורח ממנו אבל שפל רוח ע"י עצמו יתמוך כבוד ולכן אם ישפל אדם ע"י גאונתו זה הוא בדרך הטבע אבל אם ישפל אפילו מי שאינו עושה מעשה ע"י עצמו זה אצבע אלהים היא וזהו מה שאמר ר"י אם ראית דור שנתמעט והולך פירוש שמעצמו נעשה שפל ועניו מבלי שנתגאה חכה לו שנא' ואת וגו' ועיניך על רמים תשפיל פירוש על אותם רמים שאתה משפיל ולא שהשפילו את עצמם ע"י גאונתם וזהו סימן שכן דוד בא שהוא בעת שיכלו גסי הרוח מישראל: שם דף צ"ט ע"א בגמרא ואת מצותו הפר זה המפר ברית בשור: וכן בשבועות (דף י"ג) הביא על זה בפסוק הכרת תפירת ויש פלוגתא אם הכרת וכו' מירי בעשה תשובה או הכרת בעוה"ז תפירת בעוה"ב וכו' וכבר הבאתי לעיל (דף פ"ג ע"א) הפלוגתא שבין הרמב"ם והראב"ד דמי שלא מל כל ימיו דהרמב"ם סובר שלא עבר רק בעשה ורק באם מת כשהוא ערל נתחייב פרת והראב"ד סבר דבכל יום עומד באיסור פרת ומלבד מה שהבאתי לעיל ראיה לשיטת הראב"ד מפירוש רש"י עוד ק"ל על הרמב"ם מסוגיא דהקא דלשיטת הרמב"ם מה דכתיב ואת מצותו הפר הכרת ע"כ לא קאי רק על שעת מיתתו וא"כ היאך קאמר שאם עשה תשובה יוה"כ מכפר דממנ"פ אם לא מל הרי לא עשה תשובה ואם מל הרי לא היה עליו איסור פרת כלל והיאך שייך פרת כל זמן שעונה בה: שם דף ק' ע"ב אשה רעה צרעת לבעלה: דיקמה האשה רעה לצרעת פי האשה רעה שמים רעות עושה שכמו שהצרעת לא לבד שהוא צער להמנוגע גם מרחיקו מחברת בני אדם פי ביד יושב מחוץ למחנה ע"פ ציווי התורה

כן גם האשה רעה מלבד הצער שסובל האישה ממנה גם מבאיש ריחו ומרחיק מביתו חברת אהביו ולכן לא קאמר יגרושה מביתו ונרפא מצרעתו אלא יגרושה מביתו ויתרפא מצרעתו כי גם אחר הגירושין עוד צריף לרפואה להעביר שם רע שהוציאה עליו בקטטה פשהיתה בביתו: שם דף ק"א ע"א בגמרא אמר רבב"ח פשהלה ר"א נכנסו תלמידיו לבקרו אמר להן חמה עזה יש בעולם וכו': רש"י נדחק בפירוש בעולם דקאמר גם מאי האי דס"ת קרי' לו ומה שהשיב ר"ע על זה לכה אני משחק אינו תשובה למה שאמרו הם דנדאי הם ג"כ ידעו דלא עביד קב"ה דינא בלא דינא ושע"י יסורים ירבה שפירו לעוה"ב ואעפ"כ צערו משום צערא דהשתא וא"כ מה זה שהשיב ר"ע וצחק גם מה שאמר ר"א על זה לר"ע פלוגתא מן התורה פולה לא נמשך לכאורה מתשובת ר"ע ונ"ל ע"פ אידה מעשה דמייתי לקמן ת"ר פשהלה ר"א נכנסו ד' זקנים לבקרו וכו' נענה ר"ט ואמר טוב אתה לישראל וכו' נענה ר"ע ואמר חביבין יסורין וגם שם קשה איה שייף מה שאמר ר"ע לדברי שאר הזקנים.

ונ"ל דלעיל אמרינו כל המחלה אשר שמתי במצרים לא אשים עליה כי אני ה' רופאה וכי מאחר שלא שם רפואה למה וכו' אם תשמע לא אשים ואם לא תשמע אשים ואעפ"כ כי אני ה' רופאה הרי שלצדיק אין חולי כלל וע"כ פשהלה צדיק הוא לכפר על עונות הדור פדאמרינו בכמה דוכתי דצדיק נתפס בעון הדור ולכן פשהלה ר"א ונכנסו הזקנים לבקרו אמרו טוב אתה לישראל פירוש פיון דצדיק גדול הוא ודאי חליו הוא לכפר על עונות ישראל ולכן אמרו טוב אתה לישראל בעוה"ז ובעולם הבא פירוש בעולם הזה אתה מגין עליהם מן הפורעניות וגם לעולם הבא ע"י יסורין שאתה סובל אתה ממרק עונותם שלא יהיה להם עונש לעוה"ב פן יהיה סברת הזקנים אכן דעת ר"ע הנה שבאין לכפר על עצמו אף דצדיק גמור הוא אין אדם צדיק בארץ אשר יעשה טוב ולא יחטא כמו שאמר לעיל ולכן אמר חביבין יסורין שמכפרין עליה כמו שפרש"י ומביא ראיה ממנשה וזה ג"כ פי' מאמר הראשון דר"א פשהלה ר"א נכנסו לבקרו אמר להם דחמה עזה יש בעולם פירוש שפשפש במעשיו ומצא עצמו נקי מכל פשע ואעפ"כ נחלה ודאי שפעס הקב"ה על עולמו והוא בא לכפר עלי' ע"י יסורין והיינו דקאמר חמה עזה יש בעולם ולכן באו התלמידים ואמרו אפטר ס"ת בצער ולא נבכה פירוש איש שהוא כס"ת מלא מדברי אלהים חיים ונדף מכל פשע כס"ת הוא בצער ולא נבכה זה ודאי בעבורנו הוא ולכן נצער על צער הצדיק הבא לו ע"י עונותינו והיינו דדעת התלמידים הי' פדעת הזקנים לקמן אבל ר"ע הנה דעתו שבאין לכפר עליו כמו שאמר לקמן ולכן שחק שלטובה גדולה הם לו היסורים למען יהיה שפירו משלם לעוה"ב ועל זה שפיר אמר ר"א פלוגתא מן התורה פולה פירוש משום דכבר פשפש במעשיו ולא מצא ור"ע תלה היסורין בכפרה על עונותיו ועל זה השיב ר"ע דאדם אין צדיק בארץ ובצדיקים מדקדק הקב"ה פחוט השערה: שם ע"ב ויאמר להם רב לכם מעלות ירושלים הנה אלהיה ישראל: לכאורה דברים אלו סותרים זה את זה דאם פיתה אותם שלא לעלות לירושלים משום דרב הדרף איה אמר משום דהנה אלהיה ישראל דמשמע שלא יעלו משום דהע"ז שהקים הוא עיקר ונ"ל פיון שפול מגמת ירבעם הנה לבטל ישראל מלעלות לרגל שלא תשוב המלוכה לרחבעם פדאמרינו פאן בש"ס והנה מתירא שהצדיקים לא שמעו לו ולכן התנפל ואמר לצדיקים רב לכם פירוש הדרף מעלות ירושלים ופטורין אתם מלעלות

לְרַגֵּל כַּמֶּשֶׁכַּח הַתּוֹסֵף בְּפִסְחִים (דָּף ג' ע"ב) אָבֵל לְרִשְׁעִים אָמַר הַטַּעַם מִשּׁוּם הַגָּה אֱלֹהֵיךָ
יִשְׂרָאֵל וּלְפִי שְׂאֲמָרֵינוּ לְקַמֵּן שֶׁהוֹשִׁיב רִשְׁעֵי אֶצֶל צְדִיק לְכוּן קָאָמַר רַב לְכֶם מַעֲלוֹת
פִּירוּשׁ פִּירוּשׁ שְׁלֹשִׁי הֵם יַחַד אָמַר פֶּן וְלָכוּן קָאָמַר בְּלִשׁוֹן רַבִּים אָבֵל לְרִשְׁעֵי לְבָדוּ פִּירוּשׁ
הַטַּעַם מִשּׁוּם הַגָּה אֱלֹהֵיךָ יִשְׂרָאֵל וְלָכוּן קָאָמַר בְּלִשׁוֹן יַחֲדִיד: שֶׁם דָּף ק"ב ע"א מְלַמֵּד שֶׁחֲדָשׁוּ
דְּבָרִים שְׂלֵא שְׂמַעְהָ אֲנֹן מַעוֹלָם: לְשׁוֹן זֶה צָרִיךְ בִּיאֹר דַּהֲל"ל שְׂלֵא אָמַרְם אָדָם מַעוֹלָם
וּנ"ל ע"פ מַה דְּאִיתָא בְּשִׁמּוֹת רַבָּה כִּי כָל מַה שֶׁהַחֲכָמִים עֲתִידִים לְחַדֵּשׁ הַכֹּל קִבְּלוּ נַפְשׁוֹתָם
מִמָּה שֶׁשְׂמַעוּ בְּהַר סִינַי וְלָכוּן הִכָּא דְקָאָמַר שְׂמַלְהָ חֲדָשָׁה שֶׁחֲדָשׁוּ דְּבָרִים אִף שֶׁהֵם לֹא
חֲדָשׁוּ רַק שְׂמַעוּ מִסִּינַי ע"ז קָאָמַר דְּבָרִים שְׂלֵא שְׂמַעְהָ אֲנֹן מַעוֹלָם פִּירוּשׁ שֶׁהִיוּ חֲכָמִים
גְּדוֹלִים כ"כ עַד שֶׁחֲדָשׁוּ דְּבָרִים שְׂלֵא שְׂמַעוּ בְּאֲזָנֵם מִסִּינַי אֱלֵא שֶׁחֲדָשׁוּם בְּחֲכָמָתָם בְּאֲמַת:
שֶׁם מְלַמֵּד שֶׁתַּפְסֵי הַקַּב"ה לִיְרַבְעָם בְּבִגְדוֹ: יֵשׁ לְפָרֵשׁ ע"פ מַה דְּאֲמָרֵינוּ לְעֵיל וְהוּא מִתַּפְסָה
בְּשְׂמַלְהָ חֲדָשָׁה מַה שְׂמַלְהָ חֲדָשָׁה אִין בּוּ דִּנְפִי אִף תּוֹרָתוֹ שֶׁל יְרַבְעָם לֹא הָיָה בּוּ דִּנְפִי וְכוּן
מְלַמֵּד שֶׁחֲדָשׁוּ דְּבָרִים הָרִי שְׂפִינָה הַתּוֹרָה בְּלִשׁוֹן שְׂמַלְהָ כַּמֶּשֶׁכַּח אֱלֵא שְׂמַלְהָ לְכָה קִצְיוֹ תִּהְיֶה
לָנוּ שְׂנֹדְרֵשׁ עַל ת"ח וְאֲמָרֵינוּ בְּגִמְרָא אִם פָּגַע בָּךְ מְגִנּוּל זֶה מְשַׁכְּהוּ לְבִיהַמ"ד מְפִנִי
שֶׁהַתּוֹרָה מְצִילָתוֹ מִחֲטָא וְהֵינּוּ דְקָאָמַר אַחַר הַדְּבָר הַזֶּה מְלַמֵּד שֶׁתַּפְסֵי הַקַּב"ה לִיְרַבְעָם
בְּבִגְדוֹ פִּירוּשׁ שְׂדָרִישׁ דְּבָר מְלִשׁוֹן דְּבוּר בְּתוֹרָה וְאָמַר אַחַר שֶׁלְמַד תּוֹרָה הַרְבֵּה וְהָיָה
לְהַקַּב"ה בְּקִדְוָתוֹ עוֹד קִצְתָּ אַחֲזִינָה בּוּ לְהַחֲזִירוֹ לְמוֹטָב מִצַּד בְּגָדוֹ דְּהֵינּוּ תּוֹרָתוֹ וְאֵעִי"כ
לֹא שָׁב מִפְּנֵי גְסוֹת רוּחַ שְׂהֵינָה בּוּ.

וּבְמַה דְּאָמַר וּמִי בְּרֵאשׁ ג"כ י"ל דְּהָא הַקַּב"ה כְּבָר אָמַר לוֹ אֲנִי וְאִתָּהּ וּבִן יֵשִׁי הָרִי שֶׁהַקָּדִים
אוֹתוֹ לְכוּן יֵשִׁי וּבִיּוֹתֵר י"ל לְמַה דְּהַקַּב"ה בְּאֲמַת אָמַר לוֹ אַח"כ בֶּן יֵשִׁי בְּרֵאשׁ גַּם מֵאִי הָאִי
וּמִי בְּרֵאשׁ דְּקָאָמַר יְרַבְעָם וּנ"ל דְּלַעֲיִל (דָּף צ"ט ע"א) מִיִּיתִי ב' מִימְרוֹת הָאֶחָד מִימְרָא
דְּרַחֲב"א אָמַר ר"י דְּכָל הַנְּבִיאִים לֹא נִתְנַבְּאוּ רַק לְבַעֲלֵי תְּשׁוּבָה אָבֵל צְדִיקִים גְּמוּרִים עֵין
לֹא רָאָתָה אֱלֹהִים זוּלְתָךְ וְהִב' מִימְרָא דְר"א דְּבִמְקוֹם שְׂבַעֲלֵי תְּשׁוּבָה עוֹמְדִים אִין צְדִיקִים
גְּמוּרִים יְכוּלִים לַעֲמוֹד וְקָאָמַר בְּש"ס דְּפִלְגִי אֶהְדְּדִי.

אָכוּן י"ל קִצְתָּ דְלֹא פְּלִגִי ע"פ מַה דְּמַקְשָׁה בְּפִרְקָא יוה"כ דְּחַד אָמַר ב"ת זְדוּנוֹת נַעֲשָׂה לְהֵם
כְּשִׁגְגוֹת וְחַד אָמַר נַעֲשָׂה לְהֵם כְּזָכוֹת וְאִתָּהּ קָאָמַר דל"ק כָּאִן בְּתְּשׁוּבָה מֵאַהֲבָה כָּאִן
בְּתְּשׁוּבָה מִיְרָאָה וְה"נ י"ל הֵךְ חִילּוּקָא לְעַנְיָן הַגָּד מִימְרוֹת דְּבְתְּשׁוּבָה מֵאַהֲבָה כִּיּוֹן
שְׂזוּנוֹת נַעֲשׂוֹת לְהֵם כְּזָכוֹת א"כ הָעוֹנוֹת רַבּוֹת שְׂעֵשׂוּ כְּפֹלֵם נַעֲשׂוּ זָכוֹת וְהַמְצוֹת שְׂלֵהֵם
ג"כ קִיִּימִין א"כ וְדִאי עֲדִיפִי מִצְדִיקִים שְׂיֵשׁ לְהֵם ג"כ עוֹנוֹת וּבְפִרְט כִּי לְהֵם נַחֲשָׁבוֹת
אֶפְיָלוּ שְׂגָגוֹת כְּזוּנוֹת דְּהַקַּב"ה מְדַקְדָּק עִם צְדִיקוֹ כְּחוּט הַשְּׂעָרָה אָבֵל ב"ת מִיְרָאָה
שְׂלֵהֵם עֲדִינִין נְשִׂאוֹת שְׂגָגוֹת רַבּוֹת גְּרִיעֵי מִצְדִיקֵי וְלְהֵם נֶאֱמָרוּ נְבִיאוֹת הַנְּבִיאִים וְהֵינּוּ
דְּקָאָמַר שְׂתַפְסוּ הַקַּב"ה בְּבִגְדוֹ וְא"ל חֲזוֹר בָּךְ פִּירוּשׁ בְּלִי טַעַם אֶהְבֵּת הַשְּׂכָר וְיִרְאֵת הָעוֹנֵשׁ
אֱלֵא מִכַּח תּוֹרָתוֹ וְאֶהְבֵּת הַשֵּׁם וְאִז יִהְיֶה ב"ת מֵאַהֲבָה וְעֲדִיף מִכֵּן יֵשִׁי שֶׁהוּא צְדִיק גְּמוּר
וְלָכוּן וְאִתָּהּ וּבִן יֵשִׁי נְטִייל בַּג"ע הוּא קוֹדֵם לְכוּן יֵשִׁי אָבֵל הוּא שְׂאֵל וּמִי בְּרֵאשׁ הָרִי שְׂלֵא
רְצָה לְשׁוּב מֵאַהֲבָה רַק אִם יִצְמַח לוֹ שְׂכָר שְׂהֵינָה בְּרֵאשׁ וְא"כ אִינוּ ב"ת מֵאַהֲבָה וְלָכוּן
קָאָמַר לִיָּה הַקַּב"ה בֶּן יֵשִׁי בְּרֵאשׁ וְלָכוּן אָמַר לִיָּה לֹא בְּעֵינָא: שֶׁם דָּף ק"ג ע"ב אַר"י מִשּׁוּם
רִיב"ק גְּדוּלָה לְגִימָה שֶׁהִרְחִיקָה שְׂתִי מִשְׂפָּחוֹת מִיִּשְׂרָאֵל שְׂנֵאָמַר עַל דְּבָר אֲשֶׁר לֹא קִדְמוּ
אַתְכֶם בְּלָחֵם וּבְמִים: מַה שְׂלֵא הַזְּפִיר סוּף הַפְּסוּק וְאֲשֶׁר שְׂכָר עָלֶיךָ אֵת בְּלַעַם בֶּן בְּעוֹר

לקללה ועוד שפספרי דריש ממה דאמרינו לקמן שהשיאו להם עצה לחטוא עם בנות מואב.

אכן פל זה יש ליישב אם נדקדק בפסוק על דבר אשר לא קדמו אתכם בלחם ובמים ואשר שכר עליה וכו' דשני טעמים ל"ל גם פבר הקשה האלשיף הא גם אדום לא קדם בלחם ובמים ועל מה הוא מותר לבוא בקהל.

אבל י"ל דשני הטעמים צריכים זה לזה דלכאורה קשה מה הוא החטא של עמון ומואב שלא קדמו הא בני ישראל לא היו נצרכים כלל ללחמם ומימם הא הכתוב מעיד המאכילה מן במדבר המוציא לה מים לא חסרת דבר וא"כ אולי עו"מ חשבו שלא יהיה להם צורך לזה אכן התנח אה ידעו מזה אבל אם לא ידעו שלא יחסר להם דבר ודאי יש להאשימם ולפ"ז אחר שיידעו שישראל חוסים תחת פנפי השכינה איה חשבו שקללת אדם יזיק להם אחרי שה' חפץ בהם וכן אפפא עבור אשר שכרו את בלעם בן בעור לבד אין להאשימם שדלמא רצו לקללם בחשבכם שה' שונא אותם אבל א"כ לא ידעו מירידת הפן וכו' והיה להם לקדם בלחם ובמים וגם מה שאמר ר' יוחנן גדולה לגימה שאחרי ששכרו את בלעם בן בעור היה להם לקדם אמנם עיקר אשמת מואב היה שכל פוננתם היה להחטיא את ישראל שאעפ"י שלא קדמו להם עם הצטרכות לחיי נפשם קראו אותם לזבחי אליהם וגרמו שנצמדו ישראל לבעל פעור שאחרי שהראו שאינם גומלי חסדים וגם שיראו מפניהם ולפ"ז לא היה להם לאהוב חבבת ישראל למה קראו לישראל לזבחי ע"ז שלהם והתקרבו אליהם אלא ודאי שעשו כן מרוע לבבם שעשו נגד טבעם רק למען החטיא את ישראל ולכן היה עונש של עמון ומואב להרחיקם מקהל ישראל דהוי מדה כנגד מדה הם הרחיקו עצמם מישראל ולא קרבו להם אלא למען החטיאם לכן ירחקו מישראל משא"כ במצרים ובאדום כמו שביארת בספרי מנחת עני (דף קכ"ד): שם דף ק"ד ע"א אמר רבא אמר ר"י מפני מה לקו ישראל באיכה מפני שעברו על שלשים ושש פרייתות שבתורה: רש"י פירש שאיכה בגימטריא ל"ו והא דנקט פרייתות דוקא מבואר עם מה דאיתא במדרש שאלו את בן עזאי אמרו לו רבינו דרוש לנו במגילת קינות אמר להם לא גלו ישראל עד שפפרו ביחידו של עולם ובמילה שניתנה לעשרים דורות ובעשרת הדברות ובחמשה חומשי תורה כמנן איכה שהוא ג"כ במספר ל"ו.

והנה זה מוכן שכל יסודי ומצות התורה הם מעיקר ושורש אחד והאחד מביא לידי אחר שהאדם שמפיר יחוד הבורא הוא נכנס בביתו פנימי וחיצון ועושה מצותיו ולהיפוך בכופר המצות ירד ממדרגה למדרגה עד שיכפור גם היחוד אבל בכוננת בן עזאי י"ל ע"פ מה דאמרינו לעיל פד מטא נבונראדן להיכלא הוי קא זיחא דעתה נפקא בת קול ואמרה עמא קטילא קטיל היכלא קליל קלית קימחא טחינא טחינת שונאמר קחי רחים וטחיני קמח פירוש שונאמר לנבונראדן תדע שלא בגבורתה עשית כף אלא ע"י חטא ישראל נמתה לה רשות להחריב ביתי ועמי שכבר פרחתה הקדושה מישראל ומהיכל ועפ"ז עיקר החורבן לא נעשה ביום מוגבל אלא מעט מעט המשוף מעת שחטא ישראל וזהו שדרש בן עזאי שהם רצו שידרוש להם במגילת קינות מה שונאמר בהם מצרות שנעשו לישראל והוא השיב ראו עיקר נרמז במיבת הפתיחה של איכה שעברו כל עיקרי ויסודי התורה אחת אחת עד שפפרו באחדות הבורא ועל זה יש לקונן יותר מכל הצרות וזה מה

שְׁאָמַר ר' יוֹחָנָן שִׁישְׁרָאֵל לְקוּ בְּאִיכָה שֶׁהַפְּתִיחָה בְּעֶצְמָהּ הוּא תִּנְכֵן וְטַעַם הַצָּרוֹת שֶׁעָבְרוּ עַל מִצְוֹת הַתּוֹרָה: שֶׁם דָּף ק"ה ע"ב א"ר שְׁמוּאֵל ב"נ אר"י מֵאֵי דְכְּתִיב נְאֻמִּים פָּצְעֵי אוֹהֵב וְנִעְתָּרוֹת נְשִׁיקוֹת שׁוֹנָא טוֹבָה קָלְלָה שֶׁקָּלַל אַחֲזִיָּה הַשִּׁילּוֹנִי אֶת יִשְׂרָאֵל יוֹתֵר מִבְּרַכָּה שֶׁבְּרַכְּכֶם בְּלַעַם הָרִשָּׁע אַחֲזִיָּה הַשִּׁילּוֹנִי קָלַל אֶת יִשְׂרָאֵל בְּקִנְיָה וְכו'. אָבֵל בְּלַעַם בְּרַכְּכֶם פָּאָרְזוּ וְכו': בְּפִירוּשׁ מֵאָמַר זֶה י"ל שֶׁבְּנֵי אָדָם חוֹשְׁבִים שֶׁמִּי שֶׁנִּתֵּן לוֹ הַקַּב"ה הַתְּרוֹמָמוֹת בְּעוֹשֵׁי וְכַבוֹד הוּא הַמְתַּבְּרָה וְמִי שֶׁחִי בְּשִׁפְלוּת וְהַכְּנַעַה הוּא הַמְקוֹלֵל אֲכֹן הָעֲנִי בְּהִיפּוּף שֶׁהַכְּנַעַה בְּחַיֵּי הַעוֹה"ז טוֹבָה מִן הַתְּרוֹמָמוֹת בְּאַרְבָּעָה דְבָרִים א) בְּעֲנִין לִימוֹד תּוֹרָה ע"ד שֶׁאָמְרוּ חז"ל לֹא בְּשָׂמִים הִיא לֹא תִמְצָא תּוֹרָה בְּמִי שֶׁמֵּגִיס דַּעְתּוֹ וְכַנְגֵּד זֶה אָמְרוּ לֹא תִמְצָא תּוֹרָה אֲלָא בְּמִי שֶׁמִּשְׁפִּיל עֲצָמוֹ שֶׁלְּכַף נִמְשָׁלָה הַתּוֹרָה לְמִים שֶׁעוֹזֵב מְקוֹם גְּבוּהָ וְנוֹזֵל אֶל מְקוֹם נְמוּף ב) לְעֲנִין גִּידוּל בָּנִים לְתוֹרָה וְלִמְצֻנָה שֶׁהַתְּרוֹמָמוֹת שֶׁל הָאֲבוֹת בְּקָל יָבִיא הַבָּנִים לְבַעֲנוֹט בַּתּוֹרָה וּבְמִצְוֹת כְּמוֹ שֶׁאָמַר יִשְׁעִיָּה בְּשֵׁם הַקַּב"ה בָּנִים גִּדְּלִיתִי וְרוֹמַמְתִּי וְהֵם פָּשְׁעוּ בִּי ע"י שֶׁגִּדְּלִיתִי וְרוֹמַמְתִּי אוֹתָם תַּחַת שְׁהִיָּה לָהֶם לִיתֵן לִי הוֹדָאָה עַל זֶה הֵם פָּשְׁעוּ בִּי מִשָּׂא"כ בְּבָנֵי עֲנִיִּים אֲשֶׁר עַל זֶה אָמְרוּ חז"ל הִזְהָרוּ בְּבָנֵי עֲנִיִּים שֶׁמֵּהֶם תִּצָּא תּוֹרָה ג) לְעֲנִין חִיזוּק הָאֲמוּנָה שֶׁעַל הָעוֹשֵׁי נִשְׁמַר וְיִשְׁמְרוּ וְיִבְעֹט שְׁמִנְתָּ עֲבִית אָבֵל מִי שֶׁחִי בְּהַכְּנַעַה לְבוֹ נִכְנַע לְעַבֹּדֶת ה' ד) לְעֲנִין הוֹיָה הָאָדָם שֶׁבְּהַכְּנַעַה אֵין עוֹמֵד כְּנִגְדּוֹ לְשִׁבְרוֹ כִּי בְּקָל מְאֻרְעוֹת שֶׁבָּאוֹת לְעוֹלָם יֵדַע לְהַכְּנִיעַ עֲצָמוֹ עַד יַעֲבְרוּ עָלָיו וְשׁוֹב מְקִים עֲצָמוֹ אָבֵל מִי שֶׁרָגִיל לְחַיּוֹת בְּהַתְּרוֹמָמוֹת וְעוֹשֵׁי אֵם יָבוֹאוּ מְאֻרְעוֹת שֶׁמֵּאֲבָדִים עָשְׂרוּ אֵינוֹ יְכוֹל לְהִרְגִיל עֲצָמוֹ בְּהַכְּנַעַה וְנִשְׁאָר נִשְׁפָּר וְנִדְּכָה.

וְזֶה עֲנִין הַמְשָׁל לְקִנְיָה אֲשֶׁר בְּמִים שִׁישׁ לוֹ הַד' מַעֲלוֹת אֲשֶׁר פָּרְטָנוּ שְׁעוֹמֵד בְּמְקוֹם מִים זֶה מַעֲלַת הַתּוֹרָה שֶׁנִּמְשָׁלָה לְמִים וְגִזְעוּ מַחְלִיף הוּא נִגָּד בְּרַפְתַּת הַבָּנִים שֶׁאֵם נִקְטָף הָאֵב מַעוֹה"ז יְגַדֵּל ע"י הַבָּנִים הַדּוֹמִים לוֹ וְשֶׁרָשִׁיו מְרוֹבֵין הוּא נִגָּד חִיזוּק הָאֲמוּנָה שֶׁיִּחְזַק בָּהּ כְּמוֹ הַקִּנְיָה מִןחֻזַּק בְּשֶׁרָשִׁיו בְּאַרְצָה וְאֶפְיָלוֹ כָּל הַרוּחוֹת שֶׁבְּעוֹלָם נוֹשְׁבוֹת בּוֹ אֵין מְזִיזוֹת אוֹתוֹ מִמְּקוֹמוֹ הוּא כְּנִגָּד הַמַּעֲלָה שֶׁלֹּא יִהְיֶה נִשְׁפָּר ע"י הַמְּאֻרְעוֹת הַבָּאוֹת לְעוֹלָם כִּי הוּא יְכוֹנֵף רֹאשׁוֹ עַד יַעֲבְרוּ וְשׁוֹב יִזְקִיף עֲצָמוֹ אִמָּם הַכָּל בְּהִיפּוּף בְּאַרְזוֹ בְּמִי שֶׁרוֹצֵה לְדַמּוֹת לוֹ בְּגִבּוֹהוֹ שֶׁאֵינוֹ עוֹמֵד בְּמְקוֹם מִים שֶׁל תּוֹרָה שֶׁלֹּא יִמְצָא בְּמִי שֶׁמֵּגִיס דַּעְתּוֹ וְאֵין גִּזְעוּ מַחְלִיף שֶׁבְּנָיו מִתּוֹף שְׁרִירוֹת הָעוֹשֵׁי לֹא יִלְכוּ בְּדַרְכֵי אַחֲרָיו וְלֹא יִקְנִיִּים בּוֹ מִי שֶׁמֵּעֲמִיד בֶּן צַדִּיק כָּאֵלוֹ לֹא מֵת וְשֶׁרָשִׁיו מוֹעֲטִין שֶׁהוּא בְּעֲצָמוֹ בְּעוֹדְנוֹ חַי לֹא יִשְׁרַשׁ בְּאֲמוּנָה בְּחֻזְקָה וְהוּא בְּסִפְנָה לְהַעֲקֹר וְלְהַפִּיף לְמִינּוֹת ע"ד וְיִשְׁמַן יִשְׁוֹרוֹן וְיִבְעֹט וְגַם אֵם כָּל הַרוּחוֹת שֶׁבְּעוֹלָם כָּל זְמַן שֶׁעָשְׂרוּ בְּיָדוֹ לֹא יִפִּילוּ אוֹתוֹ לְאַרְצָה כִּינּוֹן שֶׁנִּשְׁבַּח בּוֹ רוּחַ דְּרוֹמִית מִיָּד עוֹקְרָתוֹ וְהוֹפְכָתוֹ עַל פְּנֵי דָאָמְרוּ רז"ל מְקוֹם הָעוֹשֵׁי הוּא בְּצִפּוֹן כְּנִגָּד מִצִּפּוֹן זֶהב יֵאָתֵר וְלִכְּנֵן אֵם מְנַשֵּׁב רוּחַ דְּרוֹמִית הוּא מְנַשֵּׁב נְגֵד רוּחַ צְפוֹנִית וּמַעֲבִיר מִשָּׁם הָעוֹשֵׁי וְע"כ נְשִׁיבַת רוּחַ דְּרוֹמִית הוּא מְשָׁל לְאַבִּיֶדֶת הָעוֹשֵׁי וְזֶהוּ מֵה שֶׁאָמַר אֵם גַּם כָּל הַרוּחוֹת שֶׁבְּעוֹלָם שֶׁהֵם הַמְּאֻרְעוֹת הַבָּאוֹת לְעוֹלָם אֵין מְזִיזוֹת אוֹתוֹ מִמְּקוֹמוֹ שֶׁיִּנְצַח אוֹתָם בְּעָשְׂרוֹ וְיִשְׁאָר שְׁמִחַ וְטוֹב לֵב אָבֵל כְּשֶׁמְנַשֵּׁב רוּחַ דְּרוֹמִית שֶׁמְנַשֵּׁב נְגֵד הַצִּפּוֹן וְנִבְאֵד עָשְׂרוֹ אֵין לוֹ תְּקוּמָה שֶׁנִּפְּלַ מְבַלִּי לְהוֹסִיף לְקוֹם וְע"כ טוֹב לְהַדְּמוֹת לְהַקְנָה מִהַדְּמוֹת לְאַרְזוֹ וְלִכְּנֵן נְאֻמִּים פָּצְעֵי אוֹהֵב מְנַשֵּׁי קוֹת שׁוֹנָא טוֹבָה קָלַלְתָּ אַחֲזִיָּה הַשִּׁילּוֹנִי מִבְּרַכְּכֶם בְּלַעַם: שֶׁם דָּף ק"ו ע"א א"ר חֲזִיָּה ב"א אָמַר רַב סִימַאי ג' הֵיוּ בְּאוֹתָהּ עֲצָה בְּלַעַם אֵיבּוֹ וְיִתְרוֹ בְּלַעַם שִׁיעֵץ נִהְרַג אֵיבּוֹ שֶׁשְׂתַּק נִידוֹן בִּיסוּרִין יִתְרוֹ שֶׁפָּרַח זָכוּ בְּנֵי בְּנֵי לִישָׁב בְּלִשְׁכַּת הַגְּזִית: לְמָה אֵיבּוֹ מִפְּנֵי שֶׁשְׂתַּק נִידוֹן בִּיסוּרִין יִשׁ

לבאר מדרש תמוה בשעה שהתרעם איוב על היסורין הראה לו סוכה של ג' דפנות ובפירוש י"ל שמי ששותק מלמת עצה טובה הוא מדה פנגד מדה שנגידון ביסורים דיסורין מעוררין קול צעקה שלא לרצונו והוא העונש שלא פתח פיו לעמוד לימין חבירו בעצה טובה ולכן גם איוב ששותק מלמת עצה טובה לפרעה שישלח ישראל מפני שתיקתו נידון ביסורין.

ועפ"ז יובן הפסוק אשמרה דרכי וכו' נאלמתי דומיה החשיתי מטוב וכאבי נעפר פלומר שדוד הנה רוצה לשתוק לגמרי שלא לחטוא בפיו ועי"ז החשיתי מטוב אבל כאבי נעפר דמי ששותק מטוב נידון ביסורין והנה לאיוב לכאורה הנה התנצלות על ששותק שהנה ירא שלא ימית אותו פרעה אם יאמר נגדו עם העצה שהנה בלבבו וכמו שבאמת יתרו ברח מטעם זה ואפשר שהוא יירא לברוח אכן אין זה תירוץ שאין לעשות עול מיראת אנשים שבני אדם אין להם ממשלה רק פשהם בעוה"ז אכן העוה"ז אין סתום מפל צד שצד אחד פתוח לצאת ממנה ולא יעפוהו אנשים והנה ידוע שיש פלוגתא אי סוכה בעי ג' דפנות או ד' דלמ"ד ד' דפנות ס"ל סוכה דירת קבע בעינן ולמ"ד ג' ס"ל סוכה דירת עראי בעינן גם ידוע דסוכה מרמז על עוה"ז על דרך צא מדירת קבע ושב בדירת עראי שימי שנותינו על הארץ הם כמו ישיבת עראי ולכן איוב שלא שם לבו לזה שימי שבתנו על הארץ הם כמו דירת עראי ושתק מיראת אדם הראו לו סוכה של ג' דפנות ובעוה"ז נידון ביסורין: שם דף ק"ו ע"א ואר"י אמר רב בקש דוד לעבוד ע"ז שנגאמר ניהי דוד בא וכו': ועיין בפ"י רש"י וכל הרואה ישתומם שקדוש עליון משיח ה' יעלה על לבבו לעבוד ע"א כאשר הצר לו ולכן כבר נדחקו גדולי המפרשים להוציא הדבר מפשוטו.

המהרש"א פירש מה שנגאמר שרצה לברוח לחוצה לארץ וביצרות דבש פירש שרצה להעמיד לאבשלום לזיין דהוי פאילו הקים אשרה וכדומה. אכן כל דברים אלו דחוקים ויוצאים מגדר הפשט של דברי רז"ל.

וביותר יש לתמוה שגם חושי הארכי אף שהיה מתנגד לבקשת דוד (וכפי הנראה הוציאו חז"ל זה ממה שכתוב והנה לקראתו חושי הארכי) עכ"ז גם הוא לא הגדיל הדבר מצד עצמו שאמר לדוד יאמרו מלך שפמותה יעבוד ע"ז דמשמע דכל הקפידה אינה רק מה שיאמרו ולא מצד העון עצמו וגם מה זה שאמר מלך שפמותה פאלו אין זה נחשב לעון גדול רק למלך שפמותו ולא לכל הפחות שבישראל כמוהו אכן מלבד כל הקושיות הללו שקדמוני כבר המפרשים בהן קשה לי מאד מה שלא ראיתי מי שהעיר עליה שדרשת חז"ל שעד הראש הוא ע"א כפי הנראה נסתרת מן הפתוב שבצדו שהרי נאמר אשר ישתחוו שם לאלהים ושם זה ודאי קודש הוא לא בלבד ע"פ התרגום והמסורה אלא שגם נקודתו מורה על זה כמו שכתב רש"י בפסוק זובח לאלהים יחרם דאם ניקוד הלמ"ד של לאלהים בצירי ולא כתוב אצלו אחרים הוא קודש וא"כ איך אפשר לפרש בא עד הראש על ע"ז פיון שפתוב בצדו אשר ישתחוו שם לאלהים אבל יבואר זה ע"פ מה דאמרין בכריתות (דף ג') שגגת ע"א היכי דמי אלימא דעמד בבית ע"א וסבר בית הפנסת הוא והשתחנה הרי לבו לשמים וכתב רש"י דאי נמי בבית ע"א השתחנה לשמים לאו איסורא עבד וליכא חטאת עכ"ל וכ' הבאר שבע וקשה לי על פירושו נהי דחטאת ליכא איסורא מיהו ודאי עביד מפני החשד שנגראה כמשתחנה לע"א דהא גדולה מזו אמרו בפ"ב דע"א

ישב לו קוץ בפני ע"א לא ישקה ויטלנו מפני שנראה כמשתחנה לע"א וכש"כ בבית ע"א עצמה ונראה דרש"י גופא נשמר מזה בפרק כלל גדול שפירש הרי לבו לשמים ואין פאן חיוב עונש ולא פירש דאין פאן איסורא ואפשר לפירש פירוש רש"י דהכא דמה שפירש לאו איסורא עבד ר"ל שיהיה חייב עליו עונש פרת אבל איסורא ודאי איכא וכו' ש"מ בהדיא דיתיד אסור להתפלל בבית ע"א משום חשדא פנ"ל עכ"ל הב"ש.

הן אמת דלכאורה נראה סתירה לזה ממה דאמרינן בסנהדרין דבעו מניה מר"א אם ב"נ מצווה על קידוש השם ופשיט ליה מנעמן דכתיב לדבר זה וגו' והוא נשען על ידו והשתחויתי וכתיב ויאמר לו לך לשלום ואם איתא לא לימא ליה ע"ש ואי ס"ד דהיכא דלבו לשמים אין פאן משום משתחנה לע"א איך פשיט מנעמן מדהתיר לו אלישע להשתחוות דאין ב"נ מצווה על קידוש השם הרי לבו לשמים אבל באמת אדרבא משם ראה להיפוך דכבר הקשה שם הר"ן הרי בעושה להנאת עצמו אין צריך למסור נפשו ומירץ וז"ל שנעמן לא היה ידוע לכל שהיה כופר בע"א והרואה אותו שהיה משתחנה עם המלך היה סבור שישתחנה ממש לע"א והיה חלול השם בדבר עכ"ל.

הרי בפירוש שבאמת לא היה שם איסור ע"ז רק חשדא והיוצא מזה להלכה דהמשתחנה לפני ע"א ואפילו בבית ע"א ולבו לשמים אין בזה איסור ע"א רק שאסור משום חשד ובפני עשרה מישראל איכא ג"כ משום חלול השם.

והנה זה בכל אדם אבל במעשה דדוד היו שני ענינים מתנגדים שבכל צד יש חילול השם אם יעבוד ע"ז לעיני העם יש משום חילול השם ואם לא יעבוד ובחסידותו יתרגנו בנו יהיה ג"כ חילול השם כמו שפירש"י ד"ה יאמרו מלך שקמותו חסיד שקמותו יתרגו בנו ויהיו מתרעמין על מדותיו של הקב"ה ונמצא שם שמים מתחלל בפרהסיא עכ"ל ומאחר שלכל צד יש חילול השם הכריע דוד שמוטב שיעשה מעשה שהוא לבדו מחלל השם ולא יהיה חלול השם בפי כל העם וכמו שכתב רש"י מוטב אעבוד ע"א ואחלל את השם אני לבדי ולא יחללו אותו כל העם עכ"ל.

ובזה יובן ענין המאמר אריא"ר בקש דוד לעבוד ע"ז שנאמר ויהי דוד בא עד הראש פירוש שדוד רצה להראות בפני העם כאלו עובד ע"ז למען יחשבו אותו לרשע ולא יחללו ש"ש בפרהסיא ולכן פשבא עד הראש במקום שהעמידו שם פלשתיים ע"א רצה להשתחוות שם לא ח"ו לשם ע"א דלזה מעיד הפתוב אשר ישתחנה שם לאלהים פי לבו יהיה לשמים הוא ישתחנה להקב"ה ובזה אין איסור ע"א פנ"ל רק יש איסור משום חשדא וזה היה מגמתו להעלות חשד זה על עצמו בעיני העם שלא תרעמו על מדותיו של הקב"ה פן היה פוננת דוד וכשהמתיק סודו עם איש עצתו חושי הארכי רעו והנה לקראתו היה מתנגד לו ויאמר לו ראה שלא הועלת פלום שאמה רוצה להבאיש ריחך בעיני העם שלא יתרעמו על מדותיו של הקב"ה שיחשדו אותך אבל הלא יאמרו מלך שקמותך יעבוד ע"א בתמי' הלא הם מכירים חסידותיך ויבינו האמת שמה שאמה משתחנה אף שהוא במקום ע"א שלא לפני ע"א אמה משתחנה אלא לפני הקב"ה אבל דוד השיב הלא גם לצד אחר יאמרו מלך שקמותו יתרגנו בני אם באמת אני חסיד האיך יתרגנו בני אלא ודאי ישפטו שטעו בי ושבאמת השתחויתי לע"ז שיותר יתלו החסרון בי מלהאמין שהקב"ה לא יעשה משפט ולכן אעשה המעשה שיהיה להם פתחון פה

להאמין שְׂרָשַׁע אָנִי לְמַעַן לֹא יִתְחַלֵּל ש"ש וְאִזְ הַשִּׁיב לֹא חוֹשִׁי לֹא תִצְטַרֵּף לְהִרְאוֹת פְּרָשָׁע וְאֵעִפ"כ לֹא יִהְיֶה רֹאשׁ אַחַר מִדּוּתָיו שֶׁל הַקַּב"ה דְּלָמָּה לֹא דָרַשְׁתָּ סְמוּכִין שְׂאֵז לֹא הָיִיתָ לֹקֵחַ יפ"ת וְעַכְשָׁיו שְׁלִקְחֵתָ יָדְעוּ יִשְׂרָאֵל שֶׁמִּפְּנֵי שְׂאֵבְשָׁלוֹם הוּא בֶן סוֹרֵר וּמוֹרֵה הַנּוֹלָד מִיפ"ת הוּא רוֹדֵף וְלֹא מִפְּנֵי שְׂרָשָׁע אֲתָה ח"ו.

וּמָה שֶׁדָּוֵד בְּאָמַת לֹא דָרַשׁ סְמוּכִין בְּזֶה י"ל ע"פ מַה שֶׁנ"ל לְבָאָר דְרָף דְרוֹשׁ מָה שֶׁנֶּאֱמַר (שְׁמוּאֵל ב' ט"ז) וַיֹּאמֶר אַחִיתוֹפֶל אֶל אַבְשָׁלוֹם בּוֹא אֶל פְּלִגְשִׁי אַבִּיָּה אֲשֶׁר הֵנִיחַ לְשִׁמּוֹר הַבַּיִת וְשָׁמַע כָּל יִשְׂרָאֵל כִּי נִבְאֲשָׁתָה אֶת אַבִּיָּה וְחִזְקוּ יָדַי כָּל אֲשֶׁר אֲתָף וְגו' וְעֲצַת אַחִיתוֹפֶל אֲשֶׁר יַעַץ בְּיָמֵי הָהֵם כְּאֲשֶׁר יִשְׁאֵל אִישׁ בְּדַבַּר הָאֱלֹהִים כִּן כָּל עֲצַת אַחִיתוֹפֶל גַּם לְדָוִד גַּם לְאַבְשָׁלוֹם.

וְהֵלֵא כְמוֹ זֶה יִחַשְׁבֵׁן שִׁשְׂרָאֵל קְדוֹשִׁים שֶׁשׁוֹנְאֵי זִמְמָה הֵם יְחִזְקוּ עִם אַבְשָׁלוֹם ע"י מַעֲשֵׂה מְכֻנְעָר בְּזֶה וּמָה שֶׁפִּירְשׁוּ הַרְאִשׁוֹנִים שְׁעִי"ז יָדְעוּ שֶׁלֹּא יִתְכַפֵּר עִם אָבִיו לַעֲנֹד אֵינוֹ מְסַפִּיק וְכִי זֶה יוֹתֵר מֵעוֹרֵר שְׁנֹאָה מִמָּה שֶׁכָּבֵר עֲשֵׂה שְׂרָדָף אֶת אָבִיו וּמְבַקֵּשׁ אֶת נַפְשׁוֹ וְלָמָּה בְּעֲצָה זֹאת מְסִיִּים וְדַבַּר אַחִיתוֹפֶל אֲשֶׁר יַעַץ וְגו'.

אָמְנָם יֵשׁ לְפָרֵשׁ ע"פ מַה דִּישׁ לְהַקְשׁוֹת עַל מַה דָּאָמַר חוֹשִׁי מ"ט לֹא דָרַשְׁתָּ סְמוּכִין הָרִי פְרָשְׁתָּ יפ"ת וּפְרָשְׁתָּ בֶן סוֹרֵר וּמוֹרֵה לֹא סְמוּכִין הֵן דְּמַפְסִיק פְּרָשְׁתָּ כִּי תִהְיֶינָה לְאִישׁ שְׁתִּי נְשִׁים וְאֵין לֹאמַר דְּגַם זֶה סְמוּכִים כְּמוֹ שֶׁהֵבִיא רש"י בְּפְרָשְׁתָּ כִּי תִצְאָה דֶּהֲנוֹשָׂא יפ"ת סוֹפּוֹ לְשִׁנְאָתָהּ לְכֹף גִּסְמָף כִּי תִהְיֶינָה דז"א דְרָדָשָׁה זֹאת הִיא דַּעַת ר"ש בְּסִפְרֵי אָבֵל ל"ח ק"ש וְכֵן הוּא בְּקִדּוּשֵׁי הַף שְׁנוּאָה הֵינּוּ שְׁנוּאָה בְּשׁוּאָיָה וְקֹאֵי עַל חֵיבֵי לְאוּיִן א"כ לֹא אֵיירִי בִּיפ"ת וְהִיאָף קָרִי לִיפ"ת וּבֶן סוֹרֵר וּמוֹרֵה סְמוּכִים אָמְנָם אִם יֵשׁ לְדָרוֹשׁ סְמוּכִים גַּם בְּיֵשׁ הַפֶּסֶק בִּינֵיהֶם תְּלִי בְּפִלּוּגְמָתָה דְּתַנְאֵי דְאֶמְרֵינוּ בְּכַמּוֹת (דָּף ד') נוֹשָׂא אָדָם אָנוּסֵת אָבִיו וּמְפֹתֵת אָבִיו ר' יְהוּדָה אוֹסֵר וְאָמַר רַב גִּידֵל אָמַר רַב מ"ט דר"י דְכָתִיב לֹא יִקַּח אִישׁ אֶת אִשְׁתּוֹ אָבִיו וְלֹא יִגְלֶה כְּנֶגְדּוֹ אָבִיו כְּנֶגְדּוֹ שְׂרָאָה אָבִיו לֹא יִגְלֶה מִמָּאִי דְבִּאֲנוּסָה כְּתִיב דְּמַעֲלוֹי דְקָרָא כְּתִיב וְנָתַן הָאִישׁ הַשּׁוֹכֵב עִמָּה לְאִבֵי הַנְּעֻרָה חֲמִשִּׁים כֶּסֶף וְסָמִיף לָהּ לֹא יִקַּח אִישׁ וְרַבֵּן אִי הֵנִי סָמִיף לָהּ כִּדְקָאָמְרַת הַשְּׁתָא דְלֹא סָמִיף לָהּ דְכָתִיב לֹא יִקַּח אִישׁ אֶת אִשְׁתּוֹ אָבִיו בִּינֵיהֶם בְּשׁוּמְרַת יָבָם הַפְּתוּב מְדַבֵּר ע"ש הָרִי דְלר"י דְרָשִׁינוּ סְמוּכִים גַּם בְּיֵשׁ הַפֶּסֶק בִּינֵיהֶם וְלִרְבֵּן לֹא וּבְזֶה תְּלִי אִם מְפֹתֵת אָבִיו מוֹתֵרֵת לוֹ אוֹ לֹא וְהִנֵּה אַחִיתוֹפֶל יָדַע שְׁמָה שֶׁמְחַזֵּק יִשְׂרָאֵל לְהִיּוֹת יָדָם עִם בֶּן שְׁמוּרָד בְּאָבִיו הַצַּדִּיק לֹא יִהְיֶה רַק הַמְחַשְׁבָּה שֶׁיִּחַשְׁדּוּ לְדָוִד שְׂאֵין תּוֹכּוּ כְּבָרוֹ דַּא"כ הִיאָף בֶּן רוֹדֵף אָבִיו כְּמוֹ שֶׁאָמַר דָּוִד עֲצַמּוֹ ע"פ פִּירוּשְׁנוּ הַנ"ל אֲכֹן נִתְיָרָא שְׁמָא יוֹרָה לָהֶם אַחַד כְּמוֹ שֶׁדָּן חוֹשִׁי הָאֲרָכִי דְמַדְנָשָׁא דָּוִד יפ"ת וְלֹא דָרַשׁ סְמוּכִין הִנֵּה לוֹ בֶּן סוֹרֵר וּמוֹרֵה וְזֶה יִבְאִישׁ אֶת אַבְשָׁלוֹם בְּעֵינֵי יִשְׂרָאֵל לְכֹן נָתַן לוֹ עֲצָה בּוֹא אֶל פְּלִגְשִׁי אַבִּיָּה לְעֵינֵי כָל יִשְׂרָאֵל וְיָדוּעַ דְּפִלְגְשִׁים הֵם בְּלֹא קִדּוּשֵׁין וְדִינָם כְּמִפְּתוּתָהּ וְכַוּוֹנָתוֹ דְּבְזֵה יִרְאֶה הַלְכָה דְּמִפְּתוּת אָבִיו מוֹתֵרֵת לוֹ וַא"כ ע"כ לֹא דְרָשִׁינוּ סְמוּכִים בְּיֵשׁ הַפֶּסֶק בִּינֵיהֶם כְּרַבֵּן וַא"כ אֵין לִידּוֹן שְׁבֵן יפ"ת יִהְיֶה בֶן סוֹרֵר וּמוֹרֵה וּמָה שֶׁנֶּאֱמַר ה' שֶׁהֵבֵן רָדָף אֶת אָבִיו מִפְּנֵי שֶׁמַּעֲשִׂיו אֵינָם מְתוּקָנִים וְזֶהוּ דָּאָמַר וְשָׁמַע כָּל יִשְׂרָאֵל כִּי נִבְאֲשָׁתָה אֶת אַבִּיָּה פִּירוּשׁ שְׁאֲתָה שְׁנוּה לְאַבִּיָּה שְׁאָם יָדוּנוּ מַעֲשִׂיָה נִבְאֲשִׁים גַּם מַעֲשִׂיו כִּן וְעִי"ז וְחִזְקוּ יָדַי כָּל אֲשֶׁר אֲתָף אֲכֹן הֵלֵא יֵשׁ לְדָוִד הִיאָף יִאֲמִינוּ לְאַבְשָׁלוֹם דְּלָמָּה מַעֲשֵׂה זֶה בְּעֲצַמּוֹ הוּא שְׁלֹא כְּדִין וְסוֹרֵרֵת הִיא לְכֹן מְסִיִּים וְעֲצַת אַחִיתוֹפֶל כְּאֲשֶׁר יִשְׁאֵל בְּדַבַּר

אלהים גם לדוד שדוד עצמו היה מחזיק אותו לרבו ולכן אם ישמעו שאחיתנופל הורה פן ודאי יאמינו ובזה מתורץ למה לא דרש דוד סמוכים דאמרין וה' עמו דסלקא ליה שמעתתא אליבא דהלכתא וכינן דפסקינן כרבנן דר"י א"כ ביש הפסק לא דרשינן סמוכין וחושי הארכי דדרש סמוכין או דהוי ס"ל כר' יהודה או דהוי ס"ל כר"ש דשנואיה היינו אשת יפ"ת ובשניהם אין הלכה פן ומה שאעפ"כ אירע לדוד פן שבנו רודפו הנה דוד ידע האמת שפבר נתנבא לו נתן הנביא פן פה אמר ה' הנני מקים עליה רעה מביתה רק מפני שלא היתה הנבואה מפורסמת לא רצה לפרסם וקבל עליו דין שמים באהבה ולמען שלא לחלל ש"ש בעיני ישראל שלא ידעו זאת בקש להראות כרשע בעיניהם פאלו עובד ע"ז אבל הקב"ה חשבה לו לטובה ובהפיל שונאו לפניו הוציא פאור צדקו וכשמש בצדקרים.

פן העליתי בסוף ספרי ע"ל למכות וכריתות: שם דף ק"ח ע"א א"ר יוחנן דור המבול ברבה קלקלו וברבה נידונו ברבה קלקלו דכתיב וי'רא ה' פי רבה רעת האדם ברבה נידונו דכתיב נבקעו כל מעינות תהום רבה: וי"ל איה שיני' זה דוקא לתיבת רבה ויש לבאר ע"פ מה דאמרין בסופה (דף נ"ב) דרש רב עירא ואיתימא ריב"ל שבע שמות יש לו ליצה"ר הקב"ה קראו רע שנאמר יצר לב האדם רע מנעריו משה קראו ערל שנאמר ומלתם את ערלת לבבכם דוד קראו טמא שנאמר לב טהור ברא לי אלהים מפלל דאיפא טמא שלמה קראו שונא שנאמר אם רעב שונאף האכילהו לחם ישעיהו קראו מכשול שנאמר ואמר סולו וגו' הרימו מכשול מדרך עמי יחזקאל קראו אבן שנאמר ונהסירוני לב האבן מבשרכם יואל קראו צפוני שנאמר ואת הצפוני ארחיק מעליכם ולבאר מה ענין השמות הללו ליצר הרע נאמר שפושבע בחינות קשה היצה"ר שהוא בעצמו מקור כל החטאים והעונשים בני אדם שהוא הרע.

(ב) שהיצה"ר עומד נגד הטוב שלא יכול לשלנט באדם כמו בערלה שעומדת לפני הבשר ולכן נקרא ערל. (ג) שאפילו המחשבות הקדושות הנטועות בלב האדם מטמא ולכן דוד קראו טמא.

(ד) שלא בלבד שמריע לאדם פשפורע אבל הוא כמו השונא שאוהב ורודף לאדם. (ה) וגם מי שנשמר ממנו ועומד כנגדו נעשה לו מכשול בדרך ומתנפל לו עד שאין להנצל ממנו ולזה ישעיה קראו מכשול.

(ו) היצה"ר אין נקל להסירו מהדרך פי פבד וקשה הוא כמו אבן. (ז) היצה"ר אי אפשר להפירו בכל עת פי לפעמים נראה לאדם פאלו מינעצו טוב ולכן צריף בחינה להפיר הצפון המסית בו וזהו שקראו יואל צפוני.

והנה עונש דור המבול פא בב' בחינות דהיינו שנפתחו ארובות השמים ונבקעו מעינות הארץ דיש ב' מיני יצר הרע יצרא דע"ז שהוא יצה"ר של השכל ויצרא דערייות שהוא יצר הרע דהגוף השכל הוא פח נפש חיים הפא מן השמים והגוף הוא חלק הארץ ודור המבול בשניהם חטאו כמו שאמרו רז"ל שחטאו בע"ז וכפרו בהקב"ה באמרם מה שדי פי נעבדנו ועוד חטאו שהשחיתו את דרכם בגזל ובעריות לכן נענשו מדה כנגד מדה שפא להם העונש מן השמים ומן הארץ אבן יצרא דערייות פוחת והולף פשאדם פא לידי זקנה ושבע התאוות אבל יצרא דע"ז מוסיף והולף דזקני ע"ה כל זמן שמזקיניו דעתן מתורפת ומטפשת עליהם וזהו פירוש מאמר דר' יוחנן הם חטאו ברבה פירוש שמוסיף

והולך חטאים שהיו פן מפני שיצור לב האדם רק רע כל היום שלא היה רק חטא בגוף
אלא בשכל ולכן נענשו שנבקעו מעינות תהום שג"כ ענין שלהם להיות רבה דהיינו
להיות מוסיף והולך: שם דף ק"ט ע"ב בסודם אל תבא נפשי אלו מרגלים בקהלם אל
תחד פבנדי זה עדת קרח: י"ל למה ייחס מרגלים לשמעון ולוי דוקא וגם למה קרי לזה
בסודם ולזה קרי בקהלם ויש לבאר דמתלוקת שפול מגמתו הוא להפר השלום והסדר
יפעל בב' אופנים או בהסתר ע"י עצת הקושרים או בגלוי ע"י הקהל בפומבי במרגלים
התנהגו בחטאים ע"י עצת רעה שהביאו להם הנשיאים שהוציאו דבה רעה על א"י אבל
בעדת קרח חטאו ע"י מרידה בפומבי ובהקהל כל עדת ישראל ובאופן הזה היו גם הב'
חטאים שעליהם ענשם יעקב שמעון ולוי שבחמור בשכם היו המלחמה בפומבי כמו
שאמר יעקב להבאישני ביושב הארץ בפנעני ובפרזי ביוסף חטאו ע"י התנפלות עצת
כדכתיב ויתנפלו אותו להמיתו וזהו פירוש בסודם אלו מרגלים שהיה בהתנפלות בקהלם
זהו עדת קרח שהיה בפומבי ונותן טעם פי באפם הרגו איש זה נגד מרידה בפומבי
וברצונם עקרו שור זה יוסף שנקרא בכור שורו הדר לו ועקרו אותו ע"י עצת רעה: שם
דף ק"י ע"א דרש רבא מאי דכתיב שמש ירח עמד זבולה לאור חצייה יהלכו מלמד שעלו
שמש וירח לזבול אמרו לפניו אם אתה עושה דין לכן עמרם נצא ואם לאו לא נצא עד
שירק בהם חצים אמרו להם לכבודי לא מחיתם לכבוד ב"ד מחיתם: והלא נראה תמוה
ששמש וירח הנבראים יבקשו להכריע לבוראם ויתרו בהתראה שאם לא יעשה רצונם
לא ישמשו עוד שמושם ומה גם שהקב"ה לא פעס עליהם על זה רק באשר שתלו תלונתם
בכבוד משה ולא בכבודו.

אכן ע"פ דברינו בספרי מנחת עני יפנרש שהרי קרח ועדתו נתנו טעם למחלקותם על
משה במה שאמרו כל העדה פולם קדושים ובתוכם ה' ומדוע תתנשא על קהל ה' לומר
אחרי שה' בתוכם והוא מנהיגם לא צריך למיצוע להנהיגה אכן השקר נראה לכל ע"י
השמש והירח כי הלא ה' הוא אור העולם והוא הנותן אור לשמש והשמש נותן אור לירח
ויכמו שפחד בהם להיות אמצעים לאור הגשמי המאיר על ידו פן פחד ג"כ באמצעי
הרוחני להשפיע אור הקדושה שיוצא ממנו והוא משה ורק על זמן העתיד פשייתון
העולם עליו נאמר לא יהיה לך עוד השמש לאור יומם ולילה הירח לא יאיר לך והיה לך
ה' לאור עולם וזה מה שטענו השמש והירח אם אתה עושה דין לכן עמרם נצא ואם לאו
לא נצא ובזה לא מרדו בהקב"ה כי אמרו שאם אתה עושה דין לב"ע אז ראינו שצדק
קרח בטענתו בתוכם ה' ומדוע תתנשא על קהל ה' ועל פן גם לאורנו לא יצטרך העולם
כי הלא אתה אור העולם ולכן הקב"ה הקפיד רק במה שתלו הדבר במשה כי הלא גם
בו מרדו והיה להם לומר אם אתה עושה דין במורדים בך ולזה ירה בהם חצים: שם דף
קי"א ע"ב במתניתן ותרומות ירקבו מעשר שני וכתבי קדש יגנזו: י"ל למה בתרומה
ירקבו ובמע"ש יגנזו ולכאורה היה נ"ל דבתרומה שאינה בת פדייה לא שייך קדושתה
רק בפירות שהם בני הרקבה אבל מע"ש ששייך ג"כ במקום פשפדאו חוץ לירושלים
ובזה לא שייך הרקבה ולכן קאמר דיגנזו וא"כ בפירות מע"ש באמת הדין דירקבו אכן
מהרמב"ם לא נראה פן דכתב בפירוש דמע"ש ומעות מ"ש וכתבי קדש יגנזו הרי דפרט
מ"ש וא"ע ראיתי שהתוי"ט ג"כ הקשה זה ומירץ דבמ"ש לא ירקבו דלמא אתי למיכל
מניה אבל בתרומה לא שייך זה דכהנים זריזים הם אכן גם זה דוחק דכבר הוכחתי במ"א

דטעם דכהנים זריזים לא שייך רק לענין עבודתו והגע עצמה וכי לא גזרינו הגזירות דדלקא אתי למיכל גם גבי כהנים עיני ביומא (דף י"ד ע"א) ובפסחים (דף י"א ע"א) ועוד דאפתי נחוש שמה יאכל אותה ישראל ומאן לימא לן דביד פהו פרקב הא בעלי פבר הומתו בתוך אנשי עיה"נ ולכן אפתי אין אצלי לדעת הרמב"ם טעם מבואר להחילוק שביין תרומה למ"ש ואפשר לומר פינן דע"כ גבי מעות מ"ש הנצטרף לומר יגזו לא מתקנינו בדין מ"ש ואמרינו בכ"מ דמ"ש יגזו: שם בגמרא ת"ר יצאו הן ולא שלוחן: ק"ק ל"ל קרא תיפוק ליה דלא הני שלוחם כלל דאין שליח לד"ע כדאמרינו בקידושין (דף מ"ב ע"ב).

וי"ל לפמש"כ התוס' שם דהיכי דהשליח שוגג חייב המשלח קמ"ל דהכא אפילו בכה"ג לא מהני שליחות. אכן אפתי ק"ק לפי מה שהוכיח הש"ך בח"מ (סי' שמ"ח) דעת הראשונים דכשהשליח שוגג שניהם פטורים דא"כ דגם בכה"ג אין שלד"ע מהיכי תיתי דשליח מהני דא"ל דה"א דאיירי כשהשליח מזיד וה"א דמהני לעצמו דאם הוא בכה"ג שיש לו כל דיני המדיח יקשה באמת למה לא יהני בעד עצמו הא התורה לא מעטו רק מדין שליחות ולזה ל"צ קרא דאין שלד"ע וי"ל דלעולם איירי בשגם השליח הנה לו דין מדיחין רק שלא אמר בשם עצמו אלא שפלוני אמר לי לומר לכם נלכה ונעבדה ובזה מיעט קרא דלא מהני שליח ולא דלא מהני מטעם שליחות אלא דלא מהני מפח עצמו פינן דאמר בלשון שליחות: שם לאמר שצריכים עדים והתראה: פירוש בין המדיחים בין הנדחים צריכים עדים והתראה אף דקרא במדיחין פתיב מכ"מ אמרינו דנדחין כמדיחין כמו דאמרינו גם לעיל לענין אנשי עיה"נ אין להם חלע"ה דיליף ג"כ מקרא דכתיב גבי מדיחין ואעפ"כ ילפינו גם נדחין מניה וראיתי בלח"מ (פ"ד מה' עכו"ם) שכתב דעת רש"י דנדחין לא בעי התראה ובמכ"ה אולי נעלמו ממנו דברי רש"י לקמן בד"ה היכי עבדינו דכתב היכי נעשין רובא נדחין הואיל דצריכין עדים והתראה לכל אחד ואחד עכ"ל.

והנה הרמב"ם שם פתב והיאך דין עיה"נ ב"ד הגדול שואלין ודורשין וחוקרין עד שיגיעו בבירור שהודחה כל העיר או רובה וחוזה לעכו"ם אח"כ שולחין להם ב' ת"ח להזהירם ולהחזירם אם חזרו ועשו תשובה מוטב ואם לאו מרבין להם ב"ד ודנין אותן כל מי שבא עליו ב' עדים שעבד עכו"ם אחר שהתרו בו מפרישין אותו נמצאו העובדין מיעוטא סוקלין אותן נמצאו רוב עושין אותה עיה"נ והראב"ד השיג עליו וז"ל טוב הדבר שתועיל להם התשובה אבל לא מצאתי תשובה מועלת אחר התראה ומעשה עכ"ל ומזה נראה דגירסת הראב"ד בדברי הרמב"ם הנה דקודם ששולחין להם ב' ת"ח ג"כ מתרין בהן ולכן השיג שפיר מה תועיל התשובה אחר התראה וע"כ כתב הלח"מ דלפי גירסת ספרינו דאין פאן רק התראה של ת"ח אין מקום להשגת הראב"ד ואכן אפתי קשה לגירסת הספרים ישנים שהנה להראב"ד ובודאי שהיא עיקר בדברי הרמב"ם אלא שהגיהו מפח השגת הראב"ד אבל נראה דגם לפי גירסת הראב"ד דעת הרמב"ם א"ש דלכאורה קשה ל"ל קרא דלאמר דצריכין עדים והתראה לכל אחד ואחד פשיטא מי יגרעו אנשי עיה"נ משאר חייבי מיתות ב"ד דצריכים עדים והתראה והן אמת דלעיל (דף מ"א ע"א) הקשו התוס' מנ"ל התראה באנשי עיה"נ דמפולוהו חייבי מיתות לא נפקא דקילי שפן ממונם

פלט והניחו בתמימה ולפ"ז י"ל דלהכי מצרכינו באמת הָכָא קרא להתראָה ומהכָּא נפקא התראָה לעיה"נ.

אכן באמת זה אינו מספיק דאפתי למה מצריף קרא דבעינו עדים דמהיכי תיחי שימיתו אותו בלא עדים ומשמע דעיקר קרא דלאמר אעדים קאי שיאמרו העדים כָּה אָמְרוּ נְלֵךְ ונעבדה ובלא"ה כָּבֵר פתבתי לעיל מה שנלפע"ד בישוב קושית התוס' דשפיר ילפינו התראָה לעיה"נ משאר ח"מ ב"ד וא"כ אפילו להתראָה ל"צ קרא.

והנלפענ"ד דכָּבֵר פתב הרמב"ם שם לפני דין הַנ"ל דאם עושין בהם דין עיה"נ אַזי מתרין בָּהֶן וסוקלין אותן פתידים וא"כ ה"א דאם התרו בהם סקילה פתידים וראו בהם עדים ואח"כ נמצאו שְׁהִיו רוב העיר עושין בהם דין עיה"נ לָּזֶה פתב קרא דלאמר דלעשות בָּהֶן דין עיה"נ צריף עדים והתראָה וזה שפתב הרמב"ם דלאחר שֶׁהתרו בהם ושמעו הב"ד שרוב העיר עבדו ע"ז אַזי שולחין להם ב' ת"ח לעשות בהם דין עיה"נ אם חזרו בהם מוטב פירוש שאין עושין בהם דין עיה"נ להרוג טף ונשים וכל שְׁלָלִם אָבֵל ונדאי הם חייבים מדין יחידים אם באו עדים שֶׁהתרו בהם בתחלה ועבדו ע"ז אלא שבהלכה זו לא איירי הרמב"ם רק מדין עיה"נ כמו שמתחיל בלשונו הטעור והאיר דין עיה"נ ועל זה כ' דאם לא חזרו בהם מפרישין אותן אם לא מצאו רק המיעוט סוקלין אותן ואם היו רוב עושין בהם דין עיה"נ ומינשב בזה השגת הרמב"ם וגם א"ש למה צריף קרא לעדים והתראָה דהיינו גם לאחר שֶׁהתרו והעידו עליהם דין יחידים צריכין ג"כ עוד עדים והתראָה לעשות עיה"נ: שם מאי לאו אע"ג דמדיחין מאותה עיר כו' ש"מ חולקין עיר אחת לב' שבטים: הרמב"ם פסק דעיר מקלט אינה נעשית עיה"נ והרמב"ם דהשיג עליו פיון שנתחלקו לשבטים שפיר קרינו בהו שְׁעָרִיָּה והכס"מ יישב דעת הרמב"ם דאף דמתחלה היו של שבטים מ"מ פיון שנתנום לעיר מקלט לא מיקרי תו שְׁעָרִיָּה.

ונלפענ"ד להביא ראיה לדעת הרמב"ם מסוגיא זו דהרי"ף נסתפק בהא דאמרינו לקמן דלמְהוּ כבני מתא צריף שיהיה בעיר י"ב חודש אָבֵל להיות מיתבי מתא סגי בל' יום ולכן חמרת וגמלת שָׁלְנוּ בעיר ל' יום מקרי מיושבבי עירם ומשלימין לרוב אי חמרת וגמלת יכולין להיות ג"כ מדיחין אי בעינו שיהיו המדיחים בני מתא דוקא והא ליכא או יושבי העיר והא איכא ופשיט מסוגיא דלפנינו דמאי פריף ש"מ חולקין עיר אחת לב' שבטים דלמא אתי ומאותו שבט למעט חמרת וגמלת שָׁלְנוּ בעיר ל' יום דיושבבי עירם מקרי אע"כ דהם לא נעשו מדיחין עד שיהיו בעיר י"ב חודש וסיים על זה וזה ראיה ברורה וצריף לפרש דבריו דאפתי למה לא קאמר בחמרת וגמלת שְׁהִיו בעיר י"ב חודש אלא דזה לא שכיח שילינו שם כ"כ אם לא שְׁדָרִים שם וזה אי אפשר אי אין חולקין עיר לב' שבטים.

אכן אפתי קשה הא משפחת ברוצח שהדיח בעיר מקלטו אם אינו מאותו שבט שהעיר בתחומו והוא צריף להיות שם יותר משנה אע"כ מוכח כדעת הרמב"ם דעיר מקלט אינו נעשה עיה"נ אלא דאפתי ק"ק פיון דהרמב"ם לא פתב רק ערי מקלט אינו נעשין עיה"נ פ' משום דנתנו לעיר מקלט לא קרינו בהו שְׁעָרִיָּה דהא מה"ט אמרינו ספ"ב דמכות דאין מעלין שְׁכָר דירה בערי מקלט דלכם פתיב אָבֵל במ"ב ערי לויים אף שקולטין ג"כ כדאמרינו שם מכ"מ ערי לויים הם ומה"ט מעלין שְׁכָר ללויים ולכן ערי לויים שפיר נעשין

עיה"נ וא"כ אפתי מאי פריף הש"ס ש"מ חולקין עיר אחת לב' שבטים הא אפתי משפחת ברוצח שגלה לעיר לויים ולקמן (דף קי"ב ע"א) פתבתי תירוץ לזה: שם לא דנפלה ליה בירושה א"נ דיהבה ניהליה במתנה: הא דלא קאמר ג"כ שקנה בית ואחונה שם י"ל פיון דמכר חוזר ביוכל לא מיקחשב ע"י קנין אחונה שם פבגי העיר פיון שלא יתקיים לו רק עד היובל ואף דבב"ב (פ"ק) אמרינו דקנה בה בית דירה הוא פאנשי העיר מיד י"ל דהיינו בח"ל א"נ בזה"ז שאין יוכל נוהג אבל ירושה אינה חוזרת ביוכל פדאמרינו בבכורות (דף נ"ב ע"ב) ואף דקיי"ל פרבנו דר"מ שם דס"ל דמתנה פמכר וג"כ חוזרת מכ"מ נקט דיהבה נהליה במתנה פיון דעכ"פ לר"מ משפחת גם בכה"ג אבל מכ"מ פיון דירושה הוא עיקר טפי דשיף גם לרבנו נקוט ליה ברישא ובהכי א"ש ג"כ למה דלא מתרץ אקנשיא דבסמוך מקרא דערים ט' מאת ב' השבטים האלה ג"כ דיהבוי להם במתנה א"נ שמכרוהו להם דכיון דמכר ומתנה חוזרים ביוכל לא היו יכולים ליתן אותה ללויים פיון שחוזרת ביוכל: שם ברש"י ד"ה יצאו אנשים.

שאין להם חלע"ה: מלשון זה משמע דלשון יצאו מקרבך קדריש לאין להם חלק לע"ה אכן הפרטנורא פ"י דמלשון בליעל יליף בגימטריא שאינם עולים בתחית המתים והא דרש"י לא רצה לפרש כן י"ל משום דלקמן בפרייתא דריש הך בליעל לדרשא אחריתי: שם בד"ה וידחו את יושבי עירם.

דכתיב מקרבך מקרב אותו שבט עצמו: הא דנקט רש"י שבט דוקא משום דלאותה עיר ל"צ דהיא מוידחו את יושבי עירם נפקא פדאמרינו בפרייתא לקמן ואף דהך מקרבך מצריף להא דדרשינו בפרייתא ולא מן הספר נ"ל דבפרייתא לקמן יש ט"ס וצ"ל בקרבך ולא על הספר ואתי פן מנעשתה התועבה הזאת בקרבך אכן ז"א דגם לעיל (דף ט"ז ע"ב) הביא בש"ס הך דרשה דמקרבך ולא מן הספר ב' פעמים ודחוק הוא להגיה בכל המקומות ולכן נ"ל פיון דבמתניתין לא הביא הך דינא דמן הספר ובפרייתא לא הביא הך דרשא דבעינו מאותו שבט רק שיהיה מאותה עיר דבהכי פליגי מתניתין ובפרייתא דמתניתין סברה דמקרבך אתיא לאותו שבט ובפרייתא סברה דאתיא ללא מן הספר ואף דבמתניתין לעיל (דף ב' ע"א) קאמר דאין עושין עיה"נ על הספר אי טעמא פדקאמר בש"ס שם (דף ט"ז) מקרבך ולא מן הספר סברה מתניתין שם בפרייתא דהכא ופליגא אמתניתין דהכא.

אכן י"ל ג"כ דלא פליגא אלא דטעמא דמתניתין שם פדמפרש שם אליבא דר"ש כדי שלא ישמעו עכו"ם ויחריבו את א"י ואף דבש"ס נקט הך טעמא דמקרבך משום דבכ"מ הדרשה הפשוטה נקט אף דלפעמים לא הוי העיקר טעמא פן כמש"כ התוס' במ"ק (דף ז' ע"א) ובהכי א"ש הא דקאמר שם ותיפוק ליה מקרבך ולא מן הספר ותיגרץ הרי"ש היא דדריש טעמא דקרא.

ולכאורה אפתי לא מתורץ בזה ותיפוק ליה מקרבך דהא מזה נמי אתיא ול"ל טעמא דנפשיה פיון דכתיב קרא גם יקשה פיון דאתיא מטעמא דמקרא דמקרבך ל"ל ולפ"ז א"ש דלר"ש דדריש טעמא דקרא באמת אתיא מקרבך למאותו שבט ובזה מתורץ ג"כ הא דהביא הרמב"ם פ"ד מה' עכו"ם טעמא דלא על הספר משום שמה ישמעו עכו"ם ויחריבו והקשה הכס"מ עליו הרי זה טעמא דר"ש ולמה לא הביא טעמא דפרייתא דמקרבך ולא מן הספר ולפ"ז א"ש דהרמב"ם פסק הך ולא מן השבט שם פסתם מתניתין

דְּהֵכָא וּפְסָק ג"כ וְלֹא מִן הַסְפָּר כְּסֵתָם מִתְּנִיתָן דְּלַעִיל וּבְרִייתָא דְּהֵכָא וְלָכוּ ע"כ הַנְּצָרָה לְפָסוּק כְּטַעַם דר"ש שְׁמָא יַחְרִיבוּ אֶת א"י: שָׁם בּד"ה עַד שְׂיִוְדַח רַבְּהָ.

קָרִי בֵּיהּ מְרוּבָה: הֵךְ דְּרִשָּׁה לֹא שְׂיִיף רַק לְמ"ד בִּירוּשְׁלַמִּי דְּגוֹרְעִין וּמוֹסִיפִין בְּאַמְצַע תִּיבָה וְאַפְתִּי יִקְשָׁה לְאִידָהּ מ"ד שְׁהִבִּיאוּ הַתּוֹס' לַעִיל (דָּף ד' ע"ב) וּמִזֶּה מוֹכַח לְכַאוּרָה כִּפְּי קָמָא דְּמִיּוֹשְׁבֵי הָעִיר קְדָרִישׁ: שָׁם בּד"ה הֵיךְ רַחוּבָה חוּצָה לָהּ.

שְׂצָרִיף לַעֲשׂוֹת לָהּ רַחוּב בְּתוֹכָהּ: זֶה אֲתִיבָא מֵאֵל תּוֹךְ רַחוּבָה וְלִהְרַמְב"ם יֵשׁ פִּי אַחַר בְּהֵךְ דְּכוּנְסִין אוֹתָהּ לְתוֹכָהּ שְׂפַתָּב דְּבוּגִין חוּמָה סְבִיבָה עַד שְׁהִיא בְּתוֹכָהּ: שָׁם ד"ה לֹא. ע"י בַּת יוֹרְשָׁת נַחְלָה: אִף דְּבַת יוֹרְשָׁת נַחְלָה לֹא הוֹתָרָה לְהַנְשֵׂא אֱלָא לָכוּן שְׂבֵט אַבְיָה ע"פ מִצְוֹת הַפְּתוּב הָרִי מִצְוָה זֹאת לֹא הֵיטָה רַק לְאוֹתוֹ דוֹר כְּדַאֲמַרְיָן סוּף תַּעֲנִית וְאַפִּילוּ בְּדוֹר הַהוּא מִשְׁפַּחַת כְּגוֹן שְׂבִשְׂעָה שְׂנַשְׂעָה לֹא הֵיטָה עֲדִינָן בַּת יוֹרְשָׁת שְׁהִיא לְאַבְיָה בְּנִים וּמְתוּ בְּלִי זָרַע: שָׁם דָּף קי"ב ע"א בְּגַמְרָא קִשְׂיָא: הַבָּאָר שְׂבַע הַקִּשְׂיָה מִזֶּה עַל הַרְשָׁב"ם בּב"ב (דָּף נ"ב) שְׂפַתָּב דְּדוֹקָא כְּשְׂמַקְשָׁה מִמִּתְּנִיתָן וּבְרִייתָא שְׂיִיף תִּיּוּבְתָא אֲבָל כְּשְׂמַקְשָׁה מֵאֲמוּרָא קִאֲמַר קוֹשְׂיָא דְּהָרִי הֵכָא מְקַשָּׁה מְקַרָא דְּעֲדִיף מִמִּשְׁנָה וּבְרִייתָא וְאֵעִי"כ קִאֲמַר בְּלִשׁוֹן קוֹשְׂיָא וְלֹא תִּירָץ כְּלוּם וְאִנִּי תִּמָּה עֲלִיו שְׂמַעוּלָם לֹא עָלָה זֶה עַל דַּעַת הַרְשָׁב"ם כְּנִרְאָה לְמַעֲיָין שָׁם דְּהַרְשָׁב"ם לֹא בָּא רַק לְהַשִּׁיג עַל ר"ח שְׂפָסֵק כְּשִׂמוּאֵל מִשׁוּם דְּלֹא סָלִיק רַק בְּקוֹשְׂיָא וְלֹא בְּתִיּוּבְתָא וְעַל זֶה פְּתַב דְּחִילוּק זֶה בֵּין קוֹשְׂיָא בֵּין תִּיּוּבְתָא לֹא שְׂיִיף רַק כְּשְׂמַקְשָׁה מִמִּשְׁנָה וּבְרִייתָא דְּבִנְיָה יֵשׁ לְהוֹכִיחַ אִי לֹא קִאֲמַר רַק בְּלִשׁוֹן קוֹשְׂיָא שְׂאִין הַקּוֹשְׂיָא חֲמוּרָה כ"כ אֲבָל כְּשִׂלָּא מְקַשָּׁה רַק מֵאֲמוּרָא כְּמוֹ הַתָּם שְׂמַקְשָׁה מְרַבָּא אֲשִׁמוּאֵל לֹא שְׂיִיף לִזְמַר תִּיּוּבְתָא כִּי אִין אֲמוּרָא אֶחָד אֵיתוּתֵב מִחֲבַרְיָא אֲבָל מ"מ קוֹשְׂיָא אִיכָּא דַּע"כ מוֹכַח דְּלֹא ס"ל כְּנִוְתִי וְכִיּוֹן דְּהַקּוֹשְׂיָא הִיא קוֹשְׂיָא חֲמוּרָה דְּמוֹכַח דְּרַבָּא דְּבַתְרָא הוּא פְּלִיג אֲשִׁמוּאֵל לָכוּן פְּסֵק הַרְשָׁב"ם שָׁם דְּלֹא כְּשִׂמוּאֵל אֲבָל זֶה וְדַאי גַם רִשְׁב"ם מוֹדָה דְּמִצְיָנוּ קוֹשְׂיָא הִיא דְּמַקְשָׁה מְבַרִייתָא ג"כ כְּדַמוּכַח לַעִיל (דָּף ע"ב ע"א) דְּמַסִּיק רַב בְּקוֹשְׂיָא אֲקוֹשְׂיָא דְּמַקְשָׁה מִמִּתְּנִיתָן וְכִמוֹ שְׂפִירֵשׁ רִש"י שָׁם כִּיּוֹן שְׂאִין הַקּוֹשְׂיָא חֲמוּרָה כ"כ וְכוּן מַסִּיק ר"פ בְּקוֹשְׂיָא בְּפִסְחִים (דָּף י"ח ע"ב) אִף דְּמַקְשָׁה מְבַרִייתָא עֲלִיָּהּ וְכוּן בְּכַמָּה מְקוּמוֹת בְּש"ס וְכִיּוֹן דְּהֵכָא הַקּוֹשְׂיָא דְּמַקְשָׁה מְקַרָא דְּעָרִים ט' ג"כ אִינְהָ קִשָּׁה כ"כ כְּמַש"כ הָר"ן שְׂפִיר קִאֲמַר לִשׁוֹן קוֹשְׂיָא: שָׁם אִיבְעִיָּא לְהוּ הוֹדְחוּ מֵאֲלִיָּהּ מֵהוּ: הָרַמְב"ם פְּסֵק דְּהוֹדְחוּ מֵאֲלִיָּהּ דְּנִין אוֹתָם כִּיחִידִים וְכָבֵר הָעִירוּ כָּל נוֹשְׂאֵי כָּלִיו לְמָה פְּסֵק כֵּן וּמָה שְׂכַתְבוּ דְּפִסֵּק לְקוֹלָא לֹא יִדְעִתִּי מָה קוֹלָא שְׂיִיף בְּזֶה דְּמִטַּעַם סְפַק הֵיךְ לָנוּ לְהוֹרְגָם בְּסִינִיף שְׂמָא עִיָּה"נ הִיא וְלִהְצִיל טַפָּם וּנְשִׂיָּהֶם וּמְמוֹנָם שְׂמָא יַחִידִים הֵם אֲבָל לֹא לְדוּנָם בְּסִקִּילָה חֲמוּרָה מְסַפֵּק.

וְהַנְּלַע"ד דְּלַכְאוּרָה יֵשׁ לְדַקְדַּק בְּלִשׁוֹן הַאִיבְעִיָּא דְּכִיּוֹן דְּאֲמַר וַיִּדְחִי לִיכָּא לְפְרוּשֵׁי הָכִי אֲבָל נ"ל כִּיּוֹן דְּלַעִיל (דָּף מ"ה ע"ב) שְׂקִיל וְטָרִי בְּש"ס אִי בְּעִינָן קָרָא כְּדַכְתִּיב אוֹ לֹא פִּי הִיא דִּי"ל דְּכּוֹנְנַת הַקְּרָא הוּא אִם תִּהְיֶה הַדְּבָר כָּף וְכָף תַּעֲשֶׂה כֵּן וְאִי לֹא אֲבָל מ"מ בְּעִינָן הַדִּין לֹא יִשְׁתַּנָּה וְא"כ ה"נ י"ל כֵּן דְּקָרָא קִאֲמַר אִם יִצְאוּ בְּנֵי בְּלִיעַל שְׂמַדִּיחִין אוֹתָן אִזּוּ יִהְיוּ מֵאוֹתָהּ הָעִיר וּמֵאוֹתוֹ שְׂבֵט וְשָׂאָר הַדִּינִים שְׂצָנָה הַפְּתוּב בְּהֵם אֲבָל מ"מ אִי גַם הוֹדְחוּ מֵאֲלִיָּהּ דְּלֹא אִיִּרִי קָרָא מִזֶּה ג"כ נַעֲשׂוּ עִיָּה"נ אוֹ דְּלָמָּא בְּעִינָן קָרָא כְּדַכְתִּיב דְּוֹקָא וַיִּדְחִי בְּעִינָן וְא"כ כִּיּוֹן דְּהַרְמְב"ם פ' כַּמ"ד דְּבְעִינָן קָרָא כְּדַכְתִּיב כְּדַמוּכַח מְהָא דְּפִסֵּק

דבעינו רחוב ושאין לו בנהן אין לו טהרה עולמית לכן פסק ג"כ הכא דהודחו מאליהן אין להם דין עיה"נ: שם נמצא אתה מענה את דינו של אלו: א"ל דאכתי ליעינינו בדין דכל אחד לחוד עד שיראו אם יתחייב ואכתי לא לגמור דינם עד שיראו אם הם רוב ואז ליגמרו דינם ביחד ביום אחד די"ל דארף דעינינו כל הצורך מכ"מ מיננשי טעמייהו לאחר זמן פדאמרינו לעיל (דף ל"ה ע"א): שם אלא מרבין להם בתי דינים ומעינינו בדיניהם הרמב"ם פסק פתירין זה וכבר הקשה הרמ"ה הביאו הכס"מ למה דפסק כר"ל ולא כר"י ומתירין שם דהרמב"ם לא גרס ר"י בכולהו שמעתין.

אכן לפענ"ד י"ל דגרסי שפיר ואעפ"כ פסקו א"ש דלכאורה י"ל מ"ש דמקשה אר"ל ממיקרא דר"ח בר"י אמר ר' אושעיל ליקשיה ממשינה שלמה ריש מסכתין דקתני דאין עושין עיה"נ אלא ע"פ ב"ד של ע"א ועוד מהו לשון אלא דקאמר אלא מרבין להם כו' לא הל"ל אלא הכי קאמר מרבין להם ב"ד.

ולכן נלפע"ד דלא אר"ל בלבד קא מקשה אלא גם אר"י דכיון דס"ל דדנין וסוקלין עד רוב א"כ לעולם לא משפחת עיה"נ אפילו כשעבדו כל בני העיר עפוי"ם אלא בתצי יושביה ואם יש בה אפילו רק צדיק אחד שלא הודח לה נעשה דין עיה"נ רק במיעוט יושביה אבל עכ"פ לא בכל העיר ולא ברוב א"כ קשה ממה דקאמר ר"ח בר"י א"ר אושעיל דאי אתה מוציא כל העיר כולה לשעריה הא לעולם לא משפחת עיר כולה ואפילו רובה שיעשו עיה"נ וא"כ קשה לר"י מהא דר' אושעיל וגם לר"ל ולכן קאמר סתם גמרא אלא פירוש דאין עושין לה כרב יהודה ולא כר"י ולא כר"ל אלא הכי עושין מושיבין ב"ד ומעינינו בדיניהם וא"כ פסק הרמב"ם שפיר כסתם גמרא: שם אם נשתהו שם ל' יום הן בסניף וממונם אבד: מדאמרינו דאפילו לחוב משלימין לרוב אם נשתהו שם ל' יום כש"כ דמשלימין לזכות ולכן לא הוצרכה הברייתא לנקוט דין זכות דמתניתין דחמרת וגמלת מצילין והא דנקטה הברייתא הדין לחוב ולא לזכות י"ל דאתי לאשמעינן דבלא נשתהו שם ל' יום ממונם פלט ולא אמרינו דהוי פנכסי צדיקים שבתוכה ולכן הרמב"ם נקט כולה פלשון הברייתא דבו נכלל גם דין המתניתין ומפרש יותר ולכן א"ש מה שהקשה הכס"מ עליו ע"ש: שם הא למהוי מבני מתא: עיין בר"ן ונ"ל דארף דבעינו מדיחין משבט הנדחין לא בעינו רק משבט רוב הנדחין ואף אי משלימים הנדחין למיהוי רוב משבט אחר מכ"מ נעשו עיה"נ דאל"כ אכתי יקשה קושית הר"ן מאי פריה מאותו שבט היכי משפחת לה הא משפחת בחמרת וגמלת שנשתהו שם ל' יום משלימין הרוב דמקרי מיושבי העיר והם אינם מאותו שבט אלא ודאי לא בעינו המדיחין רק משבט רוב הנדחין ויש לעיין אם רוב נשים מעיר אחת הודחו אם עושין העיר לעיה"נ ולכאורה יש להוכיח דלא דא"כ משפחת מאותה העיר שלא מאותו שבט כגון שהדיחו נשים שרובם אינם משבט המדיחים.

אכן י"ל דנשים נחשבים לשבט בעליהן א"נ י"ל דעדיפא מניה משני בש"ס דנפלי ליה בירושה וגם הר"ן לא קאמר אלא משום דחמרת וגמלת אוקימתא פשוטה הוי דאירי ביה מתניתין ובזה י"ל גם כן מה שהקשינו לעיל דלוקמא בערי לויים: שם אמר ר"ש מפני מה אמרה תורה: רש"י פתב דר"ש לטעמיה דדריש טעמא דקרא ועי' בתוי"ט שהעיר מה שנייה בזה ר"ש לטעמיה פיון דליכא נפקותא לדינא לכ"ע דרשינו טעמא דקרא

ולענ"ד דשפיר איפא נפקותא דכיון דמאת פל אשר בה מרבינו אפילו נכסי צדיקים שבתוכה א"כ לכאורה צריך טעם למה נכסי חמרת וגמלת שבתוכה פולטין פדאמרינו לעיל אכן לפי טעם דר"ש א"ש דלא קנסה התורה אלא הדרים בתוכה וכשלא נשתהו ל' יום לא מיקרו דרים בתוכה כיון שאינו מיושבי העיר אכן גם לדין דלא דרשינו טעמא דקרא א"ש הא דלא מרבינו נכסי אנשי עיר אחרת שבתוכה מכל אשר בה דממעטנו משללה ולא שלל עיר אחרת וכמו שכתב הרמב"ם מסוגיא דלקמן ופירש דשללה של העיר לא שייך אלא במה שהוא של יושבי העיר דהא אין להעיר שלל אלא ליושביה ובהכי א"ש מה שכתב הרמב"ם דלכך נכסי צדיקים שבתוכה יאבדו כיון שישבו שם דהיינו כיון שישבו שם הוי בכלל שללה ומרבינו שפיר מכל אשר בה והכס"מ הבין דהרמב"ם נקט טעמא דר"ש וילכך הקשה בתוס' חדשים עליו למה דנקיט כר"ש הא לא פסיק פנותיה ולפענ"ד לא כר"ש כתב אלא ליתן טעם למה דמאבדין נכסי צדיקים יותר מנכסי אנשי מדינה אחרת שבתוכה דממעטנו משללה ולא שלל עיר אחרת ואף דשללה צריך לולא שלל שמים י"ל דב' שללה פתיב ואת כל שללה תקפון ואת כל שללה פליל: שם פגון דקביל עליה אחריות: א"ל הא בפסחים (דף ה' ע"ב) אמרינו דחמץ של נכרי שקבל ישראל עליו אחריות מקרי שלו ותייב לבערו אפילו אי לא הוי פתיב לא ימצא למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי דפסקינו פנותיה די"ל דרב חסדא ס"ל פאיפא דאמרי שם דס"ל דאי לא קרא דלא ימצא לא מייחשב פשלו כיון דהדר בעינא לבעלים אפילו למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי ולכן הכא דליפא קרא לא מייחשב פשלו: שם אמר ר"ח בהמה חציה של עיה"נ: לכאורה קשה לפי מה דמסקינו ביצה (דף ל"ח ע"א) דבדאורייתא אין ברירה א"כ מ"ט דעיסה מותרת אף דכמאן דפליגא דמאי דהא לא אמרינו דהוה ברירה למפרע דהוה פלגא לאו של עיה"נ הוי כיון דאיסורא דאורייתא הוא.

גם קשה לפי מה דאמרינו שם (דף נ"ז ע"ב) דבהמה של ב' שותפים שאני מחבית של ב"ש משום דבהמה ינקי מהדדי א"כ ל"ל הכא טעמא גבי בהמה משום דכמאן דלא פליגא דמאי וכמו שפירש רש"י דבשחיטת סימן דעיה"נ נעשית מטה תיפוק ליה דאי אפשר להפריש חלק דעיה"נ משום דינקי מהדדי גם ככר הקשה הר"ן לפי פירש"י דאי פשיטא ליה דשחיטת בהמת עיה"נ חשיבה כמטה מאלי' א"כ מאי קמבעי' ליה תו לקמן בהמת עיה"נ ששחטה מי מהני לה שחיטה לטהרה מידי גבילה ונ"ל כיון דזה ודאי דאיסור עיה"נ חל על כל אשר בה להיות אסור בהנאה ע"י גמר דין של הב"ד וכמו דאמרינו ספ"ק דערכין לענין שוה"נ זו מיתתה אוסרתה וזו גמר דינה אוסרתה ולכן גבי עיסה דאפשר למפלגה אמרינו דהב"ד לא גמרו דין רק על החצי של עיה"נ לאחר שתחלק העיסה ותברר חלקה ולא שייך בזה ברירה דמקודם שנחלקה אין כאן איסור פלל ולכן אי הוי שייך גם בבהמה לומר כן דהב"ד לא גמרו דין רק על החצי של עיה"נ גם בבהמה היתה מותרת חצי האחרת שאינה של עיה"נ אבל כיון דבהמה משעת שחיטה נעשה בה דין עיה"נ דהא זה פשיטא ליה להש"ס דלפי חרב מקנינים בשחיטה א"כ משעה שמתחיל לשחוט ושחט סימן של עיה"נ הרי כבר קנים בה דין עיה"נ ולא שייך בזה לומר עוד דהב"ד לא גמרו דין רק על חצי האחרת כיון דכבר עשה בה דינא דלפי חרב ומאז נאסרת בהנאה ויניק חצי האחרת ממנה בעודה בחייה ונעשית גם היא אסורה בהנאה אף אי שחיטת סימן דעיה"נ מקרי שחיטה ליתיה מידי גבילה ולכן לא מוכח עדיין מזה מאי

דקמבע' ליה לקמן אי מקרי שחיטה לטהרה מידי גבילה או לא ועיין ביצה (דף כ"ב ע"א) במאי דקאמר ר"ח שם.

שוב זמן רב אחר שפכתתי זה מצאתי בשו"ת שאגת ארנה (סי' פ"ט) שהקשה על הרמב"ם פ"ג דפסק דבדאורייתא אין בריה האיד פסק דעיסה מותרת והניח בקושיא ולפי מה שפכתתי אתי שפיר: שם מהו שתהני בה שחיטה לטהרה מידי גבילה: לא ראיתי להרמב"ם ז"ל שהביא דין זה ולא ידעתי למה השמיטו דכיון דספק דאורייתא הוא ה"ל לפסוק להחמיר דנעשית גבילה גם ק"ל אמה שכ' רש"י בזבחים ס"פ חטאת העוף דלא מצאנו שחיטה בבהמה טהורה דלא תהני לטהר מידי גבילה והרי הכא מבע' ליה בשחיטת בהמה טהורה דעיה"נ וספיקא לחומרא.

גם ק"ל אמה שפכתבו התוספות בחולין (דף ק"מ ע"א) וז"ל וצ"ע בבהמת עיה"נ אם עבר והקריבה כו' ע"ש ובמה שכתב המהרש"א ואיד' ס"ד דכשרה למזבח פ"ג דהכא מספקא ליה ולא אפשוט אי בהמת עיה"נ שגשחטה לא הוי גבילה וצ"ע.

אכן זה לתרץ דמה דמסופק הכא היינו בבהמה שהיא חולין אבל ספק התוס' הוא אם עבר והקדישה אחר שפכת נעשית בהמת עיה"נ אי מקרי גם בזה שלל שמים להיות הקרבן פשר: שם בעי ר"י שיער נשים צדקניות מהו: גם בזה ק"ל על הרמב"ם שכ' וז"ל שיער הראש בין של אנשים בין של נשים מותרת בהנאה אבל של פניאה נכרית ה"ה מכלל שללה ואסורה עכ"ל ומ"ט לא חילק וכו' דפניאה נכרית של נשים צדקניות המחוברת לגופן מותרת דגופן דמאי ואי נימא דשל רשעיות אסורה כה"ג דגופן דמאי פ"ג דגופן אסורות כש"כ דה"ל לחלק בין צדקניות לרשעיות: שם ברש"י ד"ה למהוי ככני מתא.

פ"ג ששה ל' יום נקרא מאנשי העיר: מאנשי נשי העיר נ"ל שט"ס הוא וצ"ל מי ושבי העיר דהא אמרינן פ"ה יתנה בעיר ויתנה פאנשי העיר י"ב חודש וגם בברייתא הנודר הנאה גרסינן בב"ב (דף ח' ע"א) הנודר הנאה מאנשי העיר אם יש אדם שגשחה שם י"ב חודש וכו' אלמא דאנשי העיר שוין לבני העיר ולא ליושבי העיר: שם ד"ה אמר רב חסדא ובנקבצין.

דוקא מפקדים ביד אחרים: ונ"ל שהוצרך לזה פ"ג דבבב"ל נכסי רשעים דקתני בברייתא לכאורה הוי ג"כ ירושות שלא נכנסו מעולם לתוכה אבל פקדונות של אנשי עיה"נ לא שייך אלא במה שהיה כבר בידם והפקידום ביד אחרים דכן הוא לשון פקדון וא"כ מאי קא מקשה לקמן ואי אין נקבצין לתוכה הא אמרה חז"ל דלמא אשמועינן דאפילו פקדונות שהיו כבר בתוך העיר מותרין מה דלא אשמועינן בברייתא ולכן פ"ג רש"י דודאי גם בכלל נכסי רשעים דברייתא לא הוי רק מה שפכת הנה בתוכה דאי לא"ה לא קרינן ביה שללה: שם ד"ה כגופן דמאי.

וכשם שאין שורפין מלבושין שעליהם: מזה נראה דפשיטא ליה לרש"י דמלבושין צדיקים שעליהן אינן אוכדין וכדמוכח מהש"ס דכאן ולפי"ז צ"ל דמה דכתב ספ"ק דערבין דצדיקים שבתוכה יוצאין ממנה ערומים וכן כ' ג"כ בכריתות (דף כ"ד ע"א) דלאו דוקא קאמר ערומים ממש בלא מלבושין שעליהן אלא משאר נכסים יוצאים

ערומים: שם ע"ב בגמרא קדשי בְּדָק הַבַּיִת יִפְדּוּ: לְפִי פִירוּשׁ הַרְמַב"ם שְׁאֵחַר שְׁנִפְדּוּ שׁוֹרְפֵי אֹתָן צ"ל דְּמִתְקַנֵּת ב"ד הוּא שְׁיִפְדּוּ אֹתָן מִמַּעוֹת צָבוּר דַּל"כ מִי יִרְצֶה נִפְדּוֹת אֹתָן פִּינּוֹן דְּהוֹלְכִים לְאָבוֹד וְצָרִיכִים שְׁרִיפָה: שָׁם ר"ל אָמַר מָמוֹן בְּעֵלִים הוּא: לְכַאוּרָה אֵיכָא נִפְקוּתָא בֵּין טַעְמָא דר"ל לדר"י לְעַנְיָן קְדָשִׁי צְדִיקִים שְׁבִתוּכָה דְאֵי מְשׁוּם זָבַח רְשָׁעִים לֵיכָא וּמְשׁוּם מָמוֹן בְּעֵלִים אֵיכָא וּלְפִי"ז ק"ק מֵאֵי פְרִיָהּ לְקַמְן ר"ל מ"ט לָא אָמַר כר"י דְלָמָא רְצָה לְאוּקְמֵי הָיוּ בְּהַ קְדָשִׁים דְּבְרִייתָא בֵּין דְרְשָׁעִים בֵּין דְצְדִיקִים כְּדִמְשַׁמְעַ פְּשֻׁטָא דְלִשְׁנָא דְהָיוּ בְּהַ דְקַתְנֵי וְי"ל פִּינּוֹן דְלִפִּי"ז צ"ל דר"י ס"ל דְיוֹתֵר סְבָרָא לְאוּקְמֵי ככ"ע מְלִאוּקְמֵי בְּכָל גּוֹנוֹנָא בֵּין רְשָׁעִים בֵּין צְדִיקִים וּר"ל ס"ל אִפְכָא וְאֵין סְבָרָא דְפְלִיגֵי בְסִבְרוֹת הַפּוּכּוֹת פְּאֵלוּ: שָׁם בְּק"ק וְאֵלִיבָא דְרִיָה"ג: ק"ק דְלוּקְמֵי בְּחֻטְאֵת דְלֵא שְׁיִיָהּ יִרְעוּ דְכִינּוֹן דְהוּמָתוּ הַבְּעֵלִים ה"ל חֻטְאֵת שְׁמָתוּ בְּעֵלִי דְלִמִּיתָה אֲזֵלָה וְאֵי דְחֻסָק הוּא לְאוּקְמֵי קְדָשִׁי מְזַבַּח בְּחֻטְאֵת דְנוֹקָא לְוִקְמֵי כר"א דס"ל דְאָשָׁם ג"כ לְמִיתָה אֲזֵלָה בְּפ"ג דְתַמּוּרָה וְאֵי דְאֵפְתִי לָא הָיוּ עוֹלָה דְהָיוּ ג"כ בְּכָלֵל ק"ק הָא אֵפְתִי פְשָׁמוּקֵי לָהּ כְרִיָה"ג לָא הָיוּ פְלָלָא דְנוֹקָא דְהָא הָיוּ בְּכוֹר דְהוּא ג"כ בְּכָלֵל קְדָשִׁים קְלִים וְאֵעִפ"כ ה"ל מָמוֹן גְּבוּהָ גַם לְרִיָה"ג כְּדָאֲמַרִּינוּ בְּב"ק (דָּף י"ד רִישׁ ע"א) ע"ש וי"ל דְנִיחָא לִיָהּ לְאוּקְמֵי כְרִיָה"ג דְאוּקֵי גַם מִתְנִיתוּ דְב"ק פְּנוּתֵי: שָׁם שְׁלָלָה פְרִט לְכֶסֶף הַקְדָּשׁ וְכֶסֶף מַעֲשָׂר: עֵינּוּ בְר"ן שְׁהַקְשָׁה אֵיָהּ שְׁיִיָהּ זֶה לְדַבְרֵי ר"ש וי"ל דְלֵת"ק נְכִסֵּי קְדָשִׁי מְזַבַּח דְאֵינּוּ בְּכָלֵל שְׁלָל עֵיָה"ג מִדְּדַרְשֵׁינּוּ שְׁלָלָה וְלֵא שְׁלָל שְׁמִים אָבֵל ר"ש דְדַרְשֵׁי מִבְּהַמְתָּה מַה שְׁנֵאֲכָל בְּתוֹרַת בְּהַמְתָּה וּמִזָּה יֵשׁ לְמַעַט כָּל הַקְדָּשִׁים בֵּין תְּמִימִים בֵּין בְּעֵלֵי מוּמִים דְכּוֹלּוּ אֵינּוּ נֶאֱכָלִין בְּתוֹרַת בְּהַמְתָּה כְּמוֹ בְּכוֹר וּמַעֲשָׂר וְלָכֵן לְדִידִיָהּ לָא מְצָרְכִינוּ לְמַעוֹטֵי ק"מ מִשְׁלָלָה וְא"כ שְׁלָלָה לְמֵאֵי אֵתִי וְאֵהָא קְאָמַר פְרִט לְכֶסֶף הַקְדָּשׁ וְכֶסֶף מַעֲשָׂר: שָׁם זָבַח רְשָׁעִים תוֹעֵבָה: לְכַאוּרָה נִרְאָה דְדַרְשָׁה זֹו דְאֵתִיָא מְקַרָא דְמִשְׁלֵי אֵינָה דְאוּרִייתָא אָכֵן דַּעַת הַתּוֹס' בְּחֻלִּין (דָּף ה' ע"ב) נִרְאָה שְׁאֵינָה כֵּן מְדַהֲקֵשׁוּ שָׁם ל"ל קְרָא לְאֵינּוּ שָׁב מִיְדִיעָתוּ שְׁאֵינּוּ מְבִיא קְרָבֵן עַל שְׁגָגָתוּ תִּפּוּק לִיָהּ מְזַבַּח רְשָׁעִים תוֹעֵבָה וְצ"ל שְׁהֵם סוֹבְרִים דְהִלְכְתָא גְמִירֵי לָהּ וְאֵתָא שְׁלָמָה וְאֵסְמָכָה אֲקַרָא וְכְדָאֲמַרִּינוּ לְעֵיל ס"פ הַנְּשָׂרְפִים לְעַנְיָן עָרַל אָכֵן דַּעַת הַרְמַב"ם י"ל שְׁאֵינָה כֵּן אֵלָא דְלָאוּ דְאוּרִייתָא הוּא מְדַהֲקֵשָׁה לוֹ קוֹשִׁית הַתּוֹס' וְכֵה"ג כְּתָבוּ הַתּוֹס' גּוּפָא לְעַנְיָן קְרָא דְמַרְבָּה הוֹנוּ בְּנִשְׁוָה וּמַרְבִּית (בְּבָא מְצִיעָא דָּף ע' ע"ב) ע"ש.

וּבְהַכִּי יֵשׁ לִיִּשְׁבַּב מַה שְׁהַקְשָׁה הַמ"ל (פִּי"ד מַה' אָבֵל) אֵהָא דְאֵמַרִּינוּ בִּירוּשְׁלַמֵי קְדָשִׁי עֵיָה"ג ר' יוֹחָנָן אָמַר מוֹעֲלִין בְּהֵן וּר"ל אָמַר אֵין מוֹעֲלִין בְּהֵן וְכִינּוּ דְפִסְק הַרְמַב"ם דְקְדָשִׁי עֵיָה"ג יְמוּתוּ וְגַם ס"ל דְחֻטְאֵוֹת הַמְתוֹת לָא נִהְגִּינוּ וְלֵא מוֹעֲלִין א"כ מ"ט דר"י דְאָמַר מוֹעֲלִין בְּהֵן וְהַגִּיחַ בְּצ"ע וּלְפִי"ז י"ל דר"י וּר"ל לְשִׁטְתָם אֲזֵלֵי דְנִדְאֵי בְּחֻמְשׁ חֻטְאֵוֹת דְהִלְכְתָא גְמִירֵי לָהּ דְיְמוּתוּ לָא נִהְגִּינוּ וְלֵא מוֹעֲלִין פִּינּוֹן דְמֵן הַתּוֹרָה לָא רְאוּיָם עוֹד לְהִיּוֹת ק"מ אָבֵל בְּקְדָשִׁי עֵיָה"ג דְמְדָאוּרִייתָא רְאוּיָם הֵם לְהַקְרָבָה דְלֵא נֶאֱסָרוּ בְּכָלֵל עֵיָה"ג דְמַמְעֻטִּינוּ מִשְׁלָלָה וְנִרְק מְדַרְבְּנָן לָא יִקְרָבוּ מְזַבַּח רְשָׁעִים תוֹעֵבָה לָכֵן מוֹעֲלִין בְּהֵן מְדָאוּרִייתָא זֶהוּ סְבֵרַת ר"י דס"ל דְהָא דְלֵא יִקְרָבוּ הוּא מְפַח זָבַח רְשָׁעִים תוֹעֵבָה אָבֵל ר"ל דס"ל דק"מ דְבְרִיָהּ בְּקְדָשִׁים קְלִים אֵיִירֵי שְׁהֵם מָמוֹן בְּעֵלִים וְאֵם כֵּן מְדָאוּרִייתָא נֶאֱסָרוּ בְּכָלֵל שְׁלָל עֵיָה"ג בְּהַנָּאָה וְלֵא רְאוּיָם עוֹד לְהַקְרָבָה וְעַל זֶה קְאָמַר הַתָּם בִּירוּשְׁלַמֵי שְׁפִיר שְׁאֵין מוֹעֲלִין בְּהֵן: שָׁם לָא שָׁנוּ אֵלָא תְרוּמָה בִּיד יִשְׂרָאֵל: ק"ק לְפִי מַה דְאֵמַרִּינוּ בְּפִסְחִים (דָּף מ"ו ע"ב) דְטוֹבַת הַנָּאָה מָמוֹן וְעֵינּוּ ספ"ב דְקִדְוִשִׁין א"כ אֵיָהּ אֵמַרִּינוּ לְב' הַלְשׁוֹנוֹת

דְתֵרוּמָה בְיַד יִשְׂרָאֵל לֹא תִשָּׂא כְּמִמּוֹנֵי פִינּוֹן דְּטוֹבַת הַנְּאֻה מְמוֹן וּבִשְׁלָמָה הָא לֹא קִשְׂיָא לְפִי מַה דְאֶמְרִינּוּ בְּפִסְחִים שָׁם דְּפִלְגֵי תַנְאֵי בְּהוֹאִיל אִי בְּעֵי מִיתְּשִׁיל עֲלֵיהּ א"כ לִתְחִיבָא כְּמִמּוֹנָא תְרוּמָה בְיַד יִשְׂרָאֵל מִטַעֵם הוֹאִיל אִי בְּעֵי מִיתְּשִׁיל עֲלֵי דִי"ל דְּרַב חֲסֵדָא לְטַעֲמֵיהּ דְּלִית לֵיהּ הֵתֵם הוֹאִיל גְּבִי הַאֲפָה מִיּו"ט לְחוּל וְהוֹאִיל זֶה תִּלְיָא בְּהוֹאִיל אִי בְּעֵי מִיתְּשִׁיל עֲלֵי כְּמִבְנוֹאָר שָׁם (דָּף מ"ח ע"א) אֲבָל מִטוֹבַת הַנְּאֻה מְמוֹן קִשְׂיָא לְכַאוּרָה.

וְהִנֵּה הֶרְמֵב"ם לֹא הִבִּיא בְּמַעֲשֵׁר שְׁנֵי דַעִיָּה"נ אֲוִקִימְתָא דְלִקְמֵן דְאִיָּרִי בְּנִפְל מְחִיצוֹת רַב כ' סֵתָם דִּיגְנָזוּ וּכְבָר הַקְּשָׁה הִלַּח"מ לְמַה הַשְּׁמִיט אֲוִקִימְתָא דְהַש"ס. וְלְכַאוּרָה הִנֵּה נ"ל לְפִי מַה שֶּׁהַקְּשׁוֹ הַתּוֹס' בְּפִסְחִים שָׁם לְמ"ד הוֹאִיל אִי בְּעֵי מִיתְּשִׁיל עֲלֵי לְמַה אִין יוֹצֵאִין בְּמַצָּה שֶׁל מ"ש לְמ"ד מְמוֹן גְּבוּהָ הוּא וְעוֹד הַקְּשׁוֹ מִהַקְּדָשׁ לְמַה אִין עוֹבְרִין עַל חֲמָצוֹ מִטַעֵם הוֹאִיל וְתִקְרָצוּ בְתִי קָמָא דְלֹא אֶמְרִינּוּ הוֹאִיל מִטַעֵם דְּכַתִּיב לֵה' וְעוֹד תִּקְרָצוּ אֶהְקָדָשׁ דְּבָא לִיד גְּזָבֵר וּא"כ בְּתִירוּצָא בְּתִרָא ע"כ לֹא ס"ל דְּדָרְשָׁה דִּלְה' מְהֵי דְלֹא אֶמְרִינּוּ וּא"כ אֶפְתִּי קֶשֶׁה מִמ"ש וְצ"ל לְפִי תִירוּצָא דְרַב אֶסִי דְאָמַר לְמ"ד מ"ש מְמוֹן גְּבוּהָ אִין יוֹצֵאִין בְּמַצָּה שֶׁל מ"ש סָבַר כְּרַב חֲסֵדָא דְלֹא אֶמְרִינּוּ הוֹאִיל וְרַב חֲסֵדָא הֵכָא דְתִלִּי הַמְחַלְקֵת בְּמְמוֹן גְּבוּהָ אוֹ מְמוֹן הַדְּיוּט לְשִׁיטְתוֹ אֲזִיל דְלֹא אֶמְרִינּוּ הוֹאִיל וְלִכּוֹן לְדִידִיָּהּ מִקְּשָׁה שְׁפִיר דְלִמ"ד מְמוֹן גְּבוּהָ הוּא לִישְׁתְּרִי מ"ש דַּעִיָּה"נ אֶפִּילוּ בְּאֶכִילָה דִּל"ל דְאָסוּר מִטַעֵם הוֹאִיל אִי בְּעֵי מִיתְּשִׁיל וְלִכְּדָּ גְּנָחֶשׁב כְּמִמּוֹנוֹ דְהָא רַב חֲסֵדָא לִית לֵיהּ הוֹאִיל וְאִין לוֹמַר דְאֶפְתִּי מֵאִי ק"ל לר"ח דִּילְמָא מִתְּנִיתָן אֲתִיָּא כִּמ"ד דְאִית לִי הוֹאִיל פִּינּוֹן דְּפִלוגְתָא דְתַנְאֵי הִיא בְּפִסְחִים שָׁם דּו"א דִּילְמָא אֶר"ח לְמַה לֹא פִסְק פְּסִתָּם מְשֻׁנָּה וְעוֹד דִּמ"ד דְאִית לֵיהּ הֵכִי שָׁם הוּא ר' אֲלִיעֶזֶר וּמִתְּנִיתָן בִּלְא"ה לֹא אֲתִיָּא כִּר"א פְּדִאֲמִינּוּ לְקִמֵּן מִתְּנִיתָן דְלֹא כִּר"א אֲבָל לְהֶרְמֵב"ם לְשִׁיטְתוֹ דְפִסְק בְּפ"א מַה' יו"ט כְּרַבָּה דְאִית לֵיהּ הוֹאִיל בִּלְא"ה לֹא קֶשֶׁה מִמ"ש קוֹשִׁיַת הַש"ס וְלִכּוֹן לֹא הוֹצֵרָה לְאֲוִקִימְתָת הַש"ס דְנִפְל מְחִיצוֹת אֲלֹא דְאֶפְתִּי ק"ל עַל הֶרְמֵב"ם דְפִסְק גַּם מִימְרָא דְרַב חֲסֵדָא דְתֵרוּמָה בְיַד יִשְׂרָאֵל תַּנְתָּן לְכַהֵן שְׁבַעִיר אַחֲרֵת וּבְהָא נִדְאִי קֶשֶׁה דְנִימָא הוֹאִיל אִי בְּעֵי מִיתְּשִׁיל וְלִיתְסַר וְצ"ע: שָׁם הָא קִלְטוּהָ מְחִיצוֹת: עֵינֵן בְּמַכּוֹת (דָּף כ' ע"א) דְמִבְנוֹאָר שָׁם דִּלְר"י אֶמְרִינּוּ דְמִתְּנִיתָן שְׁלֵא הוֹרְמוּ כְּמִי שְׁהוֹרְמוּ דְמִינֵן וַיֵּשׁ לוֹ לְכָל מִילֵי דְאוּרִיָּתָא דִּין מ"ש חוּץ מִלְעַנְנֵן קִלְיָהּ דְרַבְּנָן דְאִינוּ קוֹלְטֵי וּא"כ לְכַאוּרָה לִימָא דְמִתְּנִיתָן ר"י הִיא וְאִיָּרִי בְּדָבָר שְׁנִגְמָרָה מְלֹאכְתוֹ וְנִכְנַס לִירוּשָׁלַיִם וְנִגְמַר דִּינוֹ שָׁם דְמְמוֹן הַדְּיוּט הוּא פִּינּוֹן דְכִמוֹ שְׁהוֹרַם הַמַּעֲשֵׁר דְמִי וְרְאוּי לְאֶכִילָה שָׁם וְהַמְחִיצוֹת לֹא קִלְטוּהוּ פִּינּוֹן דְעֵדִינֵן לֹא הוֹפְרֵשׁ וַיֵּשׁ לִישְׁב: שָׁם בְּרִש"י ד"ה לְעוֹלָם בְּבַעֲלֵי מוּמִין.

שְׂאִין אוֹמְרִים בְּהַמַּת עֵיהּ"נ: עֵינֵן בְּתִמוּרָה (דָּף ח' ע"א) דְשָׁם נִרְאָה דְאִין נֶאֱכַל בְּתוֹרַת בְּהֶמְתָּהּ הֵינּוּ מְשׁוּם דְאִין נִמְכָּר בְּאֶטְלִיז וְלְכַאוּרָה צ"ע לְמַה לֹא פִי' רִש"י גַּם הֵכָא כֵּן וְתִי' אֲמַמ"ו נִר"ו דְבִבְכוּרוֹת (דָּף ל"א ע"א) הַקְּשׁוֹ הַתּוֹס' אֲמַה דְמִפְרֵשׁ הֵתֵם טַעֲמָא דְאִין נִמְכָּרִין בְּאֶטְלִיז מְשׁוּם בְּזִיוֹן קְדָשִׁים וְהִרִי מְדַמְפִיק הֵכָא מְקַרָא דְבְּהֶמְתָּהּ מְשַׁמַּע דְּמִדְאוּרִיָּתָא הוּא וְתִקְרָצוּ ע"ש וְכֵן פְּתַבוּ שָׁם (דכ"א ע"ב) וּבְזִבְחִים (דָּף ה' ע"ב) .

וַי"ל דְּזֶה הִנֵּה קֶשֶׁה גַּם לְרִש"י וְלִכּוֹן פִּי' דְהָא דְאֶמְרִינּוּ דְאִינוּ נֶאֱכַל בְּתוֹרַת בְּהֶמְתָּהּ לֹא הֵינּוּ שְׂאִינוּ נִמְכָּר בְּאֶטְלִיז דְמִדְרַבְּנָן הוּא אֲלֹא מְפִנֵי שְׂיֵשׁ לוֹ שָׁם לְנוּי וְנִקְרָא עַל שָׁם בְּכוֹר וּמַעֲשֵׁר אֲכֵן לְכַאוּרָה מִנ"ל זֶה דְנִקְרָאוּ עֵדִינֵן עַל שָׁם בְּכוֹר וּמַעֲשֵׁר כְּשֶׁהֵם בְּעַלֵּי

מומין פֿינן דחולין גמורים הם נאנים צריכין פֿדנייה ועל זה מיימי בתמורה מתנימן דאיןן נמפרין באטליז משום בזיון קדשים דמוכח מניה דעדיין נקרא שם קדושה דבכור ומעשר עליו אף פֿשהוא בעל מום: שם ד"ה אָבֿל בגבולין.

ל"א אָבֿל בגבולין דאין לה היתר אָכילה: לכאורה לפי לשון זה לא אמרינו דבגבולין מֿמון גבוה הוא ואעפ"כ פֿטור מן החלה פֿינן דאין ראוי לאָכילה לא קרינו ביה עריסותיכם וכן צ"ל שפֿברו התוס' שפֿתבו בקידושין (דנ"ג ע"ב) דר' יהודה פֿשהוא רבֿן דהקא ס"ל דגם בגבולין מֿמון הקדושה הוא וכן נראה ג"כ דעת הר"ן בסופה (דף ל ע"א) פֿשהניחו התו"ט בצ"ע וכן דעת הרשפֿ"א בקידושין ע"ש אָכן לפ"ז צ"ב מאי מקשה ארב חסדא מעיה"נ וצ"ל כֿמו דלא מקרי עריסותיכם פֿינן שפֿסור באָכילה כֿמו כן לא מקרי מ"ס בגבולין שְלֵלָה פֿינן שפֿסור באָכילה ובהנאה והיינו דפֿריה מעיה"נ אַחלה: שם ד"ה אָלָא בְעִיר אַחֲרָת.

לישפֿתרו נמי באָכילה: פֿי ע"י פֿדיון דאי לאו הכי אי אפֿשר לאָכלו בגבולין אָכן לדעת הרמב"ם דס"ל דקדשי בְדֵק הבית צריכין שְרִיפָה אַחַר פֿדני' צריה לפרש דהקושפֿא היא שְיַעֲלָה אותו לירושלים ויאכל אותו שם: שם דף קי"ג ע"א בגמרא ר"א אומר כל עיר שיש בה אפילו מזונה אחת: לר"א צ"ל דלית ליה דרֿשה דשְלֵלָה למעט שְלֵל גבוה ולכן גם מזונה הוי בכלל שְלֵל עיה"נ ובעי עמה שְרִיפָה אָבֿל לדידן דדרשינן שְלֵלָה למעט שְלֵל גבוה לא מעפֿבא מזונה שיש בה דין עיה"נ וזה שכ' רש"י נאנן בעינן שְלֵלָה וליפא דהא שְלֵל שְמִים הוא עכ"ל וא"כ ודאי דקשה מה שהקשה בת"ח לעיל (ע"א) דמ"ט דאין שורפין מזונה לר"א לייתי עשה ולידחי ל"ת דלא תעשון כן ולכאורה הנה נ"ל דכיון דכתיב עשה לאבוד ע"ז דכתיב ואבדתם את שְמִם א"כ דרשינן שְמִם ולא שם שְמִים וה"ל עשה דלאו הפא מכלל עשה ולכן אינו דוחה ואפילו לדעת הרשפֿ"א הביאו הש"מ בכתובות (דף מ' ע"א) דלאו הפא מעשה נדחה מפני עשה צ"ל דכשיש לאו אָלו אינו נדחה כדמוכח מהא דאמרינן ביבמות (דף ק' ע"א) בשלמא מן הנשואין לא אתי עשה ודחי ל"ת ועשה ע"ש אָכן הא ק"ל מה בכך דלא יכולים לקיים כל שְלֵלָה כשיש מזונה אחת שם אי לא בעינן קרא פֿדכתיב א"כ נימא דקרא דוקא איירי היכא דאיפא לקיים כל שְלֵלָה כשלא יש שם דְבֵר הקדוש אָבֿל כשיש שם דְבֵר קדוש באמת לא בעינן כל שְלֵלָה ונהרי לעיל (דף מ"ה ע"ב) אמרינן דפֿליגי תנאי אי בעינן קרא פֿדכתיב ור"א ס"ל שם דלא בעינן קרא פֿדכתיב דס"ל נתן על מקומו ודיו ע"ש ופא דמסוגיות הפוכות היא ובנזיר ס"ל ר"א אפֿבא דבעינן קרא פֿדכתיב מכ"מ קשה מרבי אליעזר דהקא אסוגיא דלעיל איף אפֿשר לומר דר"א לא ס"ל דבעינן קרא פֿדכתיב וצ"ע.

שוב נלע"ד שְבִמָה שכ' רש"י נאנן בעינן שְלֵלָה וכו' רצה ליישב קושית הת"ח דהיינו ודאי אי משום לאו לחוד הוי אמרינן עשה דוחה ל"ת והא דאמר ר"א אין נעשית עיה"נ היינו טעמא פֿינן דבקרא דלא תעשון גלי קרא שפֿסור לשורף מזונה א"כ שְלֵלָה שְמִים הוא ור"א דריש רק היכא שיש לקיים כל שְלֵלָה שאין בה רק שְלֵלָה אז נעשית עיה"נ אָבֿל כשיש בה גם שְלֵלָה שְמִים אין נעשית עיה"נ כֿלל וממילא מתורץ ג"כ מה שהקשינו לר"א הא לא בעינן קרא פֿדכתיב די"ל דהא דרש כל שְלֵלָה דוקא אם הפל שְלֵלָה וא"כ מיעט קרא בפ"י: שם מר סבר עוד לכֿמו שְהִיתָה: כן פֿסק גם הרמב"ם וק"ל פֿינן דזה

פשוט דטעם דרשעה זו דעווד לא מצרכינן אלא אי אית לן דרבי אבין דאי לית לן דרבי אבין בלא"ה דרשינו אין בפלל אלא מה שבפרט.

והנה במ"ק (דף ג' ע"א) אמרינן אתמר החורש בשביעית ר"י ור"א חד אמר לוקה כו' מ"ד לוקה לית ליה דר' אבין כו' לא דכ"ע לית ליה דר' אבין כו' ע"ש ולפי המבואר שם לא מצרכינן טעמא דמפדי זמירה בכלל זריעה וכו' למאי הלכתא פתבינהו רחמנא אלא למ"ד אין לוקין ואי לית ליה דר' אבין והנה הרמב"ם (ריש ה' שמ"ט) פסק דאין לוקין ובאר הטעם דמדכתיב זמירה ובצירה וא"כ ע"כ פסק פמסקנת הש"ס דכ"ע לית ליה דר' אבין וא"כ למה מצריף הקא טעמא דעווד הא בלא"ה ממעטינן גנות ופרדסים פיון דלית לי דר' אבין א"כ אין בפלל אלא מה שבפרט ועווד ק"ל לפמ"ש רש"י שם דר' אבין לא קאמר אלא דכלל בעשה ופרט בל"ת לא דרשינו במדת פלל ופרט וכלל אלא במדת פלל ופרט דאין בפלל אלא מה שבפרט ונהרי הקא אדרבה אמרינן דמאן דלית לי דר' אבין ס"ל הכי דאין בפלל אלא מה שבפרט ואף דהתם הוי פלל ופרט וכלל והקא לא הוי רק פלל ופרט כש"כ הוא דאי פלל ופרט וכלל דרשינו במדת פלל ופרט למעט הפל כש"כ בכלל ופרט הנה לן למידרש הכי גם יש להבין במאי פליגי ב' לשונות של רש"י הקא למה אמרינן ללשנא קמא דלריה"ג דאית לי דר' אבין מרבינן גנות ופרדסים אפילו לל"ת דדרשינו במדת דבר שהיה בפלל ויצא מן הפלל ללמד וללשנא בתרא לא אמרינן הכי אלא דגנות ופרדסים הם בעשה דוקא ובתים בל"ת.

ונ"ל דהנה התוס' הקשו שם על פי רש"י וגרסו ע"פ הירושלמי אפכא דכ"ע אית להו דר' אבין ומ"ד לוקה שפיר דלא אמרינן אין בפלל אלא מה שבפרט אלא דרשינו במדת דבר שהיה בכלל פן כ' הריטב"א בפי' לדעתם ומ"ד אינו לוקה הטעם משום דיצא זמירה ובצירה והריטב"א הסכים עם פי' רש"י וגירסתו אכן הרמב"ם י"ל דסבר פפירוש התוס' וגרסתם ושפיר פסק כמ"ד דאית לי דר' אבין ואעפ"כ מצריף הטעם דיצא זמירה ובצירה הא דאין לוקין ולכן מצריף גם הקא דרשעה דעווד ובזה י"ל דפליגי ב' לשונות של רש"י הקא דלשנא קמא סבר פשיטת התוס' במ"ק דלר' אבין אין דנין במדת פלל ופרט לומר אין בפלל אלא מה שבפרט אלא במדת דבר שהיה בפלל ולכן ל"ק מה שהקשינו לעיל עליו אבל לישנא בתרא סבר פשיטת רש"י במ"ק דלר' אבין דנין במדת אין בפלל אלא מה שבפרט ולכן לא מרבינן לל"ת אלא מה שבפרט אכל העשה ודאי קיימת דלגבין אין פרט לומר אין בפלל אלא מה שבפרט ולפי שיטה זו מתורץ ג"כ מה שהקשה הראב"ד הביאו הר"ן דלריה"ג ל"ל עוד פיון דבלא עוד ג"כ מרבינן גנות ופרדסים ולפי"ז א"ש דבלא עוד לא הוי מרבינן גנות ופרדסים רק לע' וכמו שפי' רש"י לפי שיטה זו אבל מדרשא דעווד מרבינן גו"פ גם בכלל ל"ת דלא תבנה וכמו שכתב רש"י שלא תבנה לעולם לשם דבר לא לבנין בתים ולא לגנות ופרדסים לא תבנה עוד עכ"ל ולהכי מצרכינן עוד גם לריה"ג וקא ל"ק לפי שיטה זו פיון דלריה"ג אמרינן בהקושא דאית לי דר' אבין ולכן נשאר העשה לחוד לגו"פ והל"ת לבתים וא"כ פי מתרץ דגם ר"ע ס"ל דר"א מה בכך דכתיב ג"כ ל"ת עוד דלכמו שהיתה אינה נבנית הא גבי עשה לא פתיב ואפתי נימא דעווד לא ממעט רק ל"ת בגו"פ אבל לעולם הע' לענין גו"פ פדקאי קאי דז"א דע"כ דעווד דכתיב גבי ל"ת אתי למעט גו"פ מעשה דל"ת לא צריף דמהיכי תיתי לרבות גו"פ בכלל ל"ת פיון דאית לן דר' אבין אכן הראב"ד דהוקשה לו פן צ"ל דס"ל ג"כ פלישנא

קמא דרש"י הקא שהוא שיטת התוס' דמ"ק ולכן הוצרך לגרוס אפכא דכ"ע לית לי דר' אבין וכמש"כ הר"ן ולפי"ז י"ל עוד דהרמב"ם סבר שפיר פגירסת רש"י במ"ק רק שגם הקא גרס פגירסת הרמב"ד ולכן ג"כ לא קשיא עליו מה שהקשינו לעיל וכמובן אלא שזה אינו נ"ל פ"ן דלפי מה שהוכחנו שיטת רש"י שם סבר ע"כ פלישנא בתרא דהקא וגרסת הרמב"ד לא מצרכינן ללישנא זה א"כ אי יסבור הרמב"ם פשיטת רש"י דמ"ק וגרס הקא פגירסת הרמב"ד תפס החבל בשני ראשין לכן נדאי עיקר כמו שפכתנו דהרמב"ם סבר פשיטת התוס' דמ"ק וכלשנא בתרא דהקא.

ובזה א"ש מה דקשה לכאורה עוד על הרמב"ם דכ' דהבונה עיה"נ לוקה מל"ת דלא תבנה עוד ולא כ' ג"כ דעובר אעשה דוהיתה תל עולם פדרפו בכ"מ ונהרי הקא קרי לי הפלל בפ"ע הרי דוהיתה תל עולם עשה הוא ולפ"ז א"ש דדוקא ללישנא בתרא דרש"י אמרינן דהוי ונהיתה תל עולם עשה גמור לענין גו"פ וממילא ג"כ לענין בתים אבל ללישנא קמא דדרשינן במדת דבר שהיה בכלל אמרינן דהל"ת גלי על הפלל שנקתב בלשון עשה שלוקין עליו א"כ הוי ל"ת ולא נשאר עשה כלל וכיין דהרמב"ם פסק פלישנא קמא פדהוכחנו שפיר השמיט הך עשה דוהיתה תל עולם ואף דהרמב"ם פסק דאין לוקין אגנות ופרדסים היינו מדכתיב עוד וכו"ע אבל לעולם עיקר דרשת הקרא ע"כ גם לר"ע פ"ה הוי במדת דבר שהיה בכלל דאל"כ עוד ל"ל ונהריה לזה דגם בריש ה' שמ"ט לא הביא הרמב"ם רק עשה דנשבתה הארץ שבתון ועשה דבחריש ובקציר תשבות והשמיט עשה דשבת שבתון יהיה לארץ דקרי בש"ס לעשה בכלל ולפ"ז א"ש פ"ן דאית לי דר"א דדריש דדבר שהיה בכלל ויצא מן הפלל וכללה העשה בל"ת: שם בריש"י ד"ה פלל בעשה.

ולומר ב"ן בפלל היה ולמה יצא: א"ל הו צריך להוציא ללאו דמוהיתה תל עולם אין לוקין די"ל דלשון ב"ן לא הל"ל אלא הל"ת ג"כ בלשון פלל כמו העשה פגון לא תוקם עוד וכדומה: מה שאמרתי לסיום המסקנתא בק"ק קארלסרוהע יום ד' י' א"ש שנת תקפ"ד לפ"ק: במדרש שה"ש בגבעון נראה ה' אל שלמה בתלום הלילה ויאמר אליהם שאל מה אתן לה אמר שלמה אם אשאל כסף וזהב ואבנים טובות ומרגליות הוא נותן לי אלא הרי אני שואל את החכמה והפלל בכלל הה"ד ונתת לעבדך לב שנמע א"ל הקב"ה שלמה חכמה שאלת לה ולא שאלת עושר ונכסים ונפש אויבך ח"י החכמה והמדע נתון לה ועי"כ עושר ונכסים אתן לה מיד ויקח שלמה והנה תלום א"ר יצחק תלום היה עומד על פני חמור נוהק והוא יודע מה נוהק צפור מציץ והוא יודע מה מצוץ מיד ויבא ירושלים ויעמוד לפני ארון ברית ה' וגו' אמר רבי אלעזר מפאן שעושין סעודה לגמרה של תורה א"ר יודן ללמדך שכל מי שמלמד תורה ברבים זוכה ושורה עליו רוח הקודש שכה עשה שלמה שלמד ושרתה עליו רוח"ק ואמר ג' ספרים משלי וקהלת ושה"ש ע"כ.

אמרינן במ"ק (דף כ') בני חיי ומזוני לאו בזכותא תליא מילתא אלא במזלא תליא מילתא והקשו התוס' שם א"כ מאין להם לישראל הו אמרינן דאין מזל לישראל ותירצו דלפעמים ע"י זכות רב נשתנה המזל אכן ע"ז הקשו מר"א בן פדת שהראו לו בתלום שאם ירצה מזונות יצטרך להפוך הקב"ה עולמו לתוהו ובוהו והוא נדאי צדיק גמור הנה ונלענ"ד ליישב קושית התוס' ע"פ מה שהובא בילקוט ראובני פי מן י"ה של שם ה"ה

ב"ה נשפעים בנים ומהו חיי ומקה' מזוני והנה ענין בנים לי"ה נ"ל הוא ע"פ מה דאמרין בסוטה כי כשיש שלום בין איש לאשה הקב"ה מטיל שמו ביניהם דהיינו י' לאיש וה' לאשה וא"ל נוטל שמו ונשאר אש ועיקר תכלית איש ואשה הוא להעמיד תולדות ואם לאו נשאר אש יצר הרע א"כ בנים נשפעים מצד הקדושה דאיש ואשה שהוא י"ה וחיי מו' נ"ל לבאר בזה מה שאמרין בפרקי ר"א נישם ה' לקחו אות שחקק אות ו' על מצחו והמפרשים תמהו למה אות ו' דוקא ולפ"ז א"ש פי הוא הרג להביל ופגם באות ו' של שם הוי' ב"ה אשר ממנו נשפע חיים ולכן נשפח לו הקב"ה חקק אות ו' על מצחו להודיע שפכר תקן את אשר עוות ומזוני הנתלים בה' כפר כתב הילקוט בעצמו שפרומז בפסוק המאכילה מן במדבר ה' מאכילה וא"כ רק להאמות באים בני חיי ומזוני מכת מזל ולא מצד הקדושה של שם הוי' ב"ה אבל ישראל אשר אינם תחת המזל מקבלים השפע מהקב"ה גופא ומשמו הגדול וזה הענין מה דאמרין סוף הענין ג' מפתחות הם ביד הקב"ה ולא נמסרו לשליח של חיי ושל גשמים ושל תחית המתים דשל חיי הוא לפקוד עקרות דהיינו בני ושל תחה"מ הוא חיי ושל גשמים הוא מזוני והם באים משפע שם הקב"ה לישראל בלא אמצעות מזל ושליח אכן זה דוקא בזמן שבהמ"ק קנים וישראל שרויים על אדמתם שאז נשלם ה' במלואו אבל פשאין בהמ"ק קנים ידוע מה דאמרין בגמרא שאין שמו שלם ואין כסאו שלם ולא נשאר רק י"ה ולכן תמה ר"י כשראה דאיפא סבי בבבל דלמען ירבו ימכם על האדמה פתיב וגם לענין מזונות אמרין בגמ' דכשבהמ"ק קנים ישראל נזונים מהעיקר והאנמות מתמצית ועכשיו הוי איפכא דעתה גם לישראל לא בא רק מכת מזל כיון דאזיל השפע של ו"ה והמזל מתנגד לישראל דע"פ המזל לא יהיו ישראל כשכבר ראה אברהם באצטגנינות ע"פ המזל כי לא יהיו לו בנים ולכן ר"א בן פדת שהיה לאחר החורבן שפיר השיבו לו כי יצטרף הקב"ה להחזיר העולם לתהו ובוהו אולי ישתנה מזלו ומתורץ מה שיקשו התוס'.

ועפ"ז נ"ל לבאר ג"כ גמרא דכתובות (דף ח' ע"ב) ר"ח בר אבא מקרי דרדקי דרשב"ל הוי שכיב ליה ינוקא כו' דור שהאבות מנאצים להקב"ה כו' הכי קאמינא לי' חשיב את לאתפוס אדרא ע"ש ולכאורה איך רמז לי' רשב"ל דלא קאמר ליה רק שמתו בעון הדור ולא בעון עצמו ונ"ל דבגמרא דברכות אמרין דג' דברים מכפרין עונותיו של אדם והא' פשמתו בניו ומייתי ע"ז קרא דמשלם עון אבותם אל חיק בניהם וי"ל למה הכא בכתובות מייתי קרא אחריןא דנירא ה' וינאץ מפעם בניו ובנותיו ונ"ל דהדבר כך הוא דאם האבות חוטאים באיזה עבירה שיהיו לפעמים מתים בניהם לכפר עליהם כדקאמר קרא דמשלם עון אבותם אבל אם מתים בלא עון אבותם אלא בעון הדור בזה לא נענשים רק אם עון הדור הוא ע"ז או כפירה בהשגחת הקב"ה דזה הוא מדה כנגד מדה דע"ז מסלק הקב"ה השגחתו ואזיל השפע של י"ה שהם בנים ולכן מתים הבנים לא שנענשים על עון אחרים אלא מכת המזל וזהו מקרא דנירא ה' וינאץ דאיירי בזה כדקאמר ותשפח אל מחולקת וגו' הם קנאוני בלא אל וגו' והנה ר"ל רצה לנחם לרחב"א דלא מתו בניו בעונו רק בעון הדור ולכן דייק לו דור שהאבות מנאצים להקב"ה ומייתי לו קרא דנירא ה' וינאץ דאיירי בעון ע"ז ומה שדומה לה מכפירה בהשגחה פרטית כי זה עיקר עון ע"ז כמו שביאר הרמב"ם ריש ה' ע"ז וזה ג"כ בזמן שאין בהמ"ק קנים כי אז לא נשאר מהשם הוי' ב"ה רק השפע מי"ה שהם בנים ולכן נענש הדור במיתת בנים אבל בזמן שבהמ"ק קנים

שֶׁהַשֵּׁם בְּמִלּוּאוֹ אֵז מִי שְׁעוֹבֵד ע"ז אוֹ כּוֹפֵר בְּהַשְׁגָּחַת הַקַּב"ה פּוֹגֵם בְּכָל הַשֵּׁם וְהוּי עֹנְשׁוֹ בְּכַנֵּי חַיִּי וּמְזוֹנֵי וְלִכְנן אַחְאָב וְחִיאֵל שׁוֹשְׁבֵינוּ וְנַעֲשׂוּ בְזֵה בְּחַיֵּי דַשְׁנִיָּהֶם מֵתוּ אַחְאָב בְּמִלְחָמָה וְחִיאֵל אֶצֶל מִזְבַּח הַבַּעַל בְּהַר הַפְּרָמֶל כְּדַאִיתָא בְּמִדְרָשׁ וּבְכַנֵּי חִיאֵל מֵתוּ וְגַם בְּנֵי אַחְאָב כּוֹלָם נְהָרְגוּ וּמְזוֹנֵי שְׁהִיָּה רָעַב בֵּימֵיהֶם עַל הָאֶרֶץ: וּבְזֵה נְבוֹא לְבָאֵר הַמְּשֻׁף הַמְּאָמְרִים דְּסוֹף מְסַכַּת סְנֵהֲדָרִין דְּקֶאָמַר תַּנְיָא לֹא עִיר אַחְרַת עַל שֵׁם יְרִיחוֹ כּו' תַּנְיָא בְּאַבְיָרָם בְּכוֹרוֹ לֹא הָיָה לוֹ לְלַמּוֹד כּו' מְלַמֵּד שְׁהִיָּה מְקַבֵּר וְהוֹלֵךְ מְאַבְיָרָם וְעַד שְׁגוֹב וּכְבַר הַקּוֹשֶׁה לְרַש"י הַמְּשֻׁף הַמְּאָמְרִים עוֹד י"ל דְּקֶאָמַר בְּשָׁגוֹב צְעִירוֹ הָיָה לוֹ לְלַמּוֹד מָה הָיָה לוֹ לְלַמּוֹד עוֹד אַחַר שְׁכַבְרָת מֵת וּנ"ל דְּהִנֵּה יְדוּעַ דְּטַעוֹת עוֹבְדֵי ע"ז אַף שְׁחַמְכִים גְּדוֹלִים הָיוּ בָּהֶם הִי כְּמוֹ שְׁבִיאָר הַרְמַב"ם רִישׁ ה' ע"ז שְׁחַשְׁבוּ שְׁרָצוֹן הַקַּב"ה הוּא ח"ו בְּעַצְמוֹ לַעֲבֹד אֶת הַפְּחוֹת שְׁהַצִּיב לְמִשְׁוֹל בְּעוֹלָם וְשָׁהֶם מְשַׁגְּיחִים עַל כָּל פְּרָטֵי בְּנֵי אָדָם וְלֹא הוּא וְע"כ חֲשַׁבּוּ שְׁפָל מַצּוֹת ע"ז שְׁפָתַב בַּתּוֹרָה כְּתַב מִשָּׁה לַעֲצָמוֹ ח"ו וְלֹא דִבֵּר כֵּן ה'.

וְהִנֵּה יֵשׁ לְבָאֵר עוֹד מ"ט לֹא יִכְנוּ גַם עִיר אַחְרַת עַל שֵׁם יְרִיחוֹ וּנ"ל דְּבִירוּשְׁלַמִי פ"ק דְּשַׁבָּת הוֹבָא בִּיְלִקוּט קֶאָמַר הַטַּעַם דְּוְהִיתָה תֵּל עוֹלָם דִּירִיחוֹ דַּעִיָּה"נ עֲשָׂאָה פִּי מִפְּנֵי גְּדוֹל כּוֹחַ הַטּוֹמָאָה דְּכִישׁוּף וְע"ז שְׁהִיָּה שֵׁם כְּדֶקֶאָמַר וִירִיחוֹ סוּגְרַת וּמְסוּגְרַת וּמְפָרֵשׁ בְּש"ס ע"י כִּישׁוּף עֲשָׂאוּהוּ כְּעִיר הַנְּדַחַת וְכִיּוֹן שְׁבַעִיָּה"נ הַקְּפִידָה הַתּוֹרָה שְׁלֵא יִשְׂאָר מְמַנָּה דְּבַר בְּעוֹלָם אֲשֶׁר יִקְרָא שְׁמוֹ עָלָיו כְּדֶאָמְרִינוּ לְקַמּוֹן וְלֹא יִדְבַק בְּיַדָּהּ מְאוּמָה מִן הַחֶרֶם לְמַעַן יָשׁוּב ה' מִחֶרֶן אִפּוֹ וְכֹאֲשֶׁר נְבָאֵר לִכְנן גַּם שֵׁם יְרִיחוֹ לֹא יִקְרָא עוֹד אֲכֵן חִיאֵל וְאַחְאָב שְׁכַפְרוּ בְּאַזְהַרַת ע"ז א"כ לִיכָא דִּין עִיָּה"נ אֶצְלָם וְא"כ לֹא הֶאֱמִינוּ גַם בְּזֵה שְׁהִנְהִיר הַקַּב"ה שְׁלֵא לְבָנוֹת יְרִיחוֹ עַל שֵׁם עִיָּה"נ וְלִכְנן תֵּלָה חִיאֵל מִיַּתַּת בְּנָיו בְּמִזְל וְלֹא לַעֲוֹנָשׁ עַל עֲבָרוֹ אֶת מַצּוֹת ה' וְהִיָּנוּ דְּקֶאָמַר תַּנְיָא לֹא יְרִיחוֹ עַל שֵׁם עִיר אַחְרַת וְלֹא עִיר אַחְרַת עַל שֵׁם יְרִיחוֹ וְהִיָּנוּ מִטַּעַם עִיָּה"נ וְא"כ הָיָה לוֹ לְאוֹתוֹ רָשַׁע לְהוֹכִיחַ ע"י מִיַּתַּת בְּנָיו שֵׁישׁ לְפָרוֹשׁ מֵע"ז וְעַל זֶה קֶאָתִי בְּרִיָּיתָא אַחְרִיתִי בְּאַבְיָרָם בְּכוֹרוֹ לֹא הָיָה לוֹ לְאוֹתוֹ רָשַׁע לְלַמּוֹד פִּי לְפָרוֹשׁ מֵע"ז דְּזֵה הָיָה יָכוֹל לְתַלּוֹת בְּטַבַּע אֶבֶל בְּשָׁגוֹב צְעִירוֹ אַחַר שְׁמַת גַּם זֵה הָיָה לוֹ לְלַמּוֹד שְׁמַת ע"י קַלְלַת יְהוֹשֻׁעַ בְּדַבַּר ה' עַל שְׁכַנָּה עִיר אַחְרַת עַל שֵׁם יְרִיחוֹ וְשֵׁישׁ לָהּ דִּין עִיָּה"נ אֲשֶׁר ע"כ יֵשׁ מִמֶּשׁ בְּאַזְהַרַת ע"ז וְשָׁפִי ה' דִּבֵּר כֵּן וְאַעֲפ"כ לֹא לְמַד אֲכֵן לְכַאוֹרָה עֲדִיין לֹא הָיָה לוֹ לְלַמּוֹד דְּהָא גַם מִיַּתַּת שְׁנֵיהֶם הָיָה יָכוֹל לְתַלּוֹת בְּטַבַּע ע"כ מִיָּתִי בְּרִיָּיתָא שְׁלִישִׁית דְּמְלַמֵּד שְׁהִיָּה מְקַבֵּר וְהוֹלֵךְ מְאַבְיָרָם עַד שְׁגוֹב פִּי בְּגְדוֹל הַחַל וּבְקַטָּן פְּלָה וְלֹא מֵת בְּכָל בְּנָיו הַקָּטָן לְפָנֵי הַגְּדוֹל מִמֶּנּוּ וְכוּלֵי הָאֵי וְדַאֵי אֵינן לְתַלּוֹת בְּטַבַּע אֶלָּא וְדַאֵי מֵאַת ה' הִיָּתָה זֹאת וְאַעֲפ"כ נִשְׁתַּרְשׁ בְּחֶטְאוֹ וְלֹא שָׁב: וְלְבָאֵר זֵה יוֹמֵר מִיָּתִי מִיִּמְרָא אַחְרִיתִי אַחְאָב שׁוֹשְׁבֵינוּ הָיוּ כּו' א"ל הַשְׁתָּא לְוֹנוֹתָא דְּמִשָּׁה לֹא מְקַיָּמָא כּו' מִיָּד נִיאֵמַר אֵלֶיהוּ הַתְּשֻׁבִי.

וְגַם בְּזֵה יֵשׁ לְדַקְדָּק דְּקֶאָמַר הַשְׁתָּא לְוֹנוֹתָא דְּמִשָּׁה דַּאִיָּה תַלְיָא זֵה בְּמָה דַּאֲקָדִים לִיָּה דְּלִמָּא כִּי מִיָּלֵט יְהוֹשֻׁעַ הָכִי קֶלְיִיט וְכִי אֵי לֹא מִיָּלֵט יְהוֹשֻׁעַ הָכִי לֹא הָיוּ קִשְׂיָא לִיָּה הַשְׁתָּא לְוֹנוֹתָא דְּמִשָּׁה כּו' שְׁנִית לְמָה נֶקֶט דְּוֹקָא הָךְ קַלְלָה דְּמִשָּׁה וְלֹא כָּל הַנֶּה קַלְלוֹת שְׁכַפְרָשׁת בְּחַקוֹתֵי שְׁלֵא נִתְקַיָּמוּ ג"כ אֵז וְהָרִי הֵם הָיוּ מִפִּי ה'.

וּלְפִי דְּרַכְּנוּ י"ל דִּישׁ לִיתָן טַעַם שְׁתַּהֲיָה הָעִיר תֵּל עוֹלָם וְלֹא תִבְנֶה עוֹד אֲכֵן א"ש ע"פ הִירוּשְׁלַמִי הַנֶּה"ל דְּפִלְגִי תַנְיָא לְמָה דְּהֶחְרַם יְהוֹשֻׁעַ אֶת כָּל רְכוּשׁ יְרִיחוֹ לְחַד מ"ד הָא

דעיה"נ עשאה וכמבואר לעיל ולחד מ"ד עשה כן פיון דנלפדה בשבת וקרי מעשה שבת אסור בהנאה ולפי ב' הטעמים שייך ג"כ שלא לבנות עוד דאי עיה"נ עשה קרי מצות עיה"נ היא להיות תל עולם ואי משום דנלפדה בשבת ג"כ יש טעם שלא לבנות עוד דמה שנהרסה ונפלו חומותיה בשבת אין בזה חילול שבת דמקלקל הוא ופטור אכן אמרינו בשבת (פרק במה מדליקין) דהסותר ע"מ לבנות במקומו הוי מתקן וחיוב וא"כ אי יבנו במקומו הוי למפרע ההרוס מתקן ונעשה חילול שבת בידי שמים ולכן נאסר לבנות עוד כי היכי דלקוי מקלקל לעולם אכן הנפקותא בין ב' טעמים אלו הוא לבנות עיר אחרת על שם יריחו דאי משום עיה"נ עשאה איכא איסורא אבל אי משום מעשה שבת לא שייך טעם שפכתנו שלא לבנות אלא בבונה יריחו עצמו מחרבותי ולא בעיר אחרת על שם יריחו וכיון דחייאל נענש על עיר אחרת על שם יריחו מוכח ע"כ פאותו טעם דעיה"נ עשאה א"כ מוכח דלא בדה אותם משה מלבו אלא מפי ה' צוה על אזהרות ודינים: סימן א' יעיין מעלתו בסי' רנ"ב בח"מ בהג"ה ס"ב פל דבר שנקנה במתנת ש"מ אם קדמו היורשים ומכרו המקבל יכול להוציא מיד הלוקח וכו'.

יעיין מעל' מ"ש בעל הסמ"ע וז"ל ונראה דבנותן קרקעו' מייירי וכו' ואמת שב"י ומור"ם תמהו על בעל המישרי הג"ל עי"ש בב"י שנדחק בישובו ע"ש עד סוף הסעי': הנה לענ"ד שפל דבריו תמוהין מ"ש דאיירי בנותן קרקעות קשה האיד שייך לומר מצנה לקנים דברי המת הא בעינו דווקא שהושלש מתחלה לכה וגבי קרקעות לא שייך זה כדאימת בר"ן פ"ק דגיטין ומ"ש דבעל המישרים איירי במטלטלין הנה בב"י כ' דברי המישרים דכתובה ומזונות אינם ניגבים ממתנת בריא וכו' הו שנתנו יתומים אחר מיתת אביהן וכו' ולענ"ד דר"י איירי אפי' במקרקע וכתובה היינו כתוב' בגין דכרין שאינו טורף ממשעבדי ולדבריו דאיירי במטלטלין ואיירי בכתוב' אשה צריף לדחוק דאיירי שכ' בכתובה מטלטלי אגב קרקע דאל"כ בלאו האי טעמא דתקנת השוק אינו טורף מטלטלי.

גם יש לתמוה דהג"ה זו לא איירי פלל בחוב אלא במתנת ש"מ א"כ הוי פאלו מכרו היתומים דבר שאינו שלהם ובזה פשיטא דהיורשים צריכין להחזיר המעות ליד המקבל מתנת ש"מ רק בחפץ עצמו אפשר שייך בו משום תקנת השוק והנה אחר כתבי זה ראיתי בדברי הגהת מרדכי וז"ל ואם אמר תנו חפץ זה לפלוני ומכרו או נתנו לאחרים כו' ואם היה בעין יטלנו ואם אינו בעין יחזיר לו הדמים דהוי פגול ולא נתיאשו הבעלים רצה מזה גובה וכו' עכ"ל.

הנה כב"י דאיירי במטלטלין ודלא כמהרי"ך והנה דברי הגהת מרדכי צ"ע דמה ראיה הביא מגזל ולא נתיאשו הבעלים דשם איירי דלא בא ליד השני בתורת מכירה ואדרבה שלא ברצון הגזלן לקחו אבל הכי בתורת מכירה אתי לידן' ואיכא תקנת השוק וצרי' לדחות דאיירי בהמותר מדמי מכירה אי נמי איירי בשלהוקח ידע שנתנו לאחרי' וליכא תקנת השוק וא"כ גם דברי מהרמ"א צריף לפרש פה גם מה שמדמה תקנת השוק מסי' ס' לתקנת השוק דנ"ד לענ"ד נראה נ"מ לענין דינא דגבי תקנת השוק דטריפת מלנה אינו טורף פלל אפי' יש שם מותר גם אינו מחויב ליתן למלנה גוף החפץ פלל דהמנהג הוא דאינו טורף פלל פאלו לא נכתב מטלטלי אגב קרקע משא"כ בנ"ד המותר של בע"ה גם מחויב ליתן לו לפדותו ומ"ש מהרי"ף גבי מתנה איכא תקנת השוק והביא ראיה דהב"י

פסק פן בסי' ס' לכאורה נראה דיש לחלק בין הא דסי' ס' לנ"ד דאל"כ תיקשי בטור י"ד
סי' קע"ז סעיף ל"ב הביא דברי הרמב"ם פ"ז מהל' שלוחין דאם נתן המתעסק לאחרים
מוציא מידו ע"ש וא"כ הרי בהדיא דליכא תקנת השוק במתנה וע"כ צריך לחלק דהטעם
גבי מתנה דאי לא דעביד לי' נתיח נפשי' ומסתמא לא עביד לי' נתיח נפשי' בשעת המתנה
א"כ הוה פחוב בעלמא וגנב ופרע בחובו ליכא תקנת השוק ואף ה"א ש מודה בזה
משא"כ סי' ס' דאף דגבי מלוג מוקדם ומאוחר ליכא תקנת השוק כמ"ש הב"י בסי' ס'
מ"מ לענין מתנה ומכירה הןשוו מדותיהם דלא מהני למשוועבדים הן מתנה הן מקר אף
שכת' מטלטלי אגב מקרקע אם לא שיהי' ביד הלוג אם לא שנאמ' שקהרמב"ם בי"ד איירי
שהמקבל מתנה ידע שהו' של עסק ידוע וכן צ"ל בטח"מ סי' תכ"ה ס"ב בד"א פשהוציא
המקח מיד הלוקח בב"ד של ישראל פגון שהמקח מטלטלין והם גנובים או גזולים צ"ל
דאיירי בגנב מפורסם או שידע מזה וכל מה שפכתתי נראה אצלי לענין דינא אם יסכים
מעל' אגב זה דרף עיון למדתי בסי' שנ"ד ס"ב בהג"ה ואפ"י הגנב אינו צריך להחזיר
דנדאי נתן לשם מתנה וצ"ע דהא קי"ל גמר ונתן לשם פקדון וכן הוא בסי' שע"ג והיותר
תימא על מהרי"ף שכ' שפן פתב הטור סי' שע"ג וזה אינו והמרדכי כ"כ למ"ד גמר ונתן
לשם מתנה ובעל מישרים אינו בידי יושע העשיל תשובה סימן ב' באמת דברי מהרי"ף
תמוהין דנדאי הג"ה זו מיירי אף במטלטלין פדמוכח בהדיא מהגהת מרדכי מקור דין זה
ומ"ש דבמטלטלין אין המקבל מתנה יכול להוציא מידו ונסתייע מר"י לא דמי אהדדי
דר"י מיירי בתקנת הגאונים דכתובה ניגבית ממטלטלין דוקא מב"ח אבל לא ממשעבדי
ואפ"י מקרו היתומים דהבו דלא לוסוף עלה ולא עדיפא תקנת הגאונים מנכסים מועטין
דהבנות יזונו כו' וקי"ל אם מקרו מקרו אבל מתנת ש"מ הוא דין הש"ס ונדאי יש להמוכר
פל דין גזילה פעמי' מחזיר בחנם ופעמי' פודה ונותן מעותיו וזה פשוט.

ומ"ש מעל' על מהרי"ף דאי מיירי בקרקע הא גבי קרקע לא שייך שלישות הנה באמת
הי' אפשר ליישב דגם בקרקע שייך שלישות אם החזיקו בקרקע ועוד בעל הג"ה משמע
דלא ס"ל כר"ת דבעי שלישות וכן הביא הר"ן ראי' מתוספתא דאף בקרקע שייך מתנת
ש"מ אף באמת פשיטא דהג"ה זו מיירי אפ"י במטלטלין כמבואר בהג"מ.

ואם שכתב מהרי"ף שב"י ומור"ם נדחקו בדברי המישרים שכ' דבמתנה לא שייך תקנת
השוק והקשה עליהם דגם במתנה שייך תקנת השוק כמבואר סי' ס' מדברי מהרי"ף
משמע דלא הי' קשה לב"י רק אמתנה אבל מוכר נתיח ליה ובאמת קושיו' הב"י שייך אף
במכירה דמקרו שאינו שלהם רק דבמתנה מוציא חנם ובמכיר' נותן דמים ובאמת דברי
הב"י תמוהים ונדברי המישרים פנים והם פנויים על דברי התו' דפ' נערה דגם התו' מיירי
לאחר תקנה כמבואר בדבריהם לא כמו שהבין הב"י דנראה דקודם התקנה מיירי דהא
התו' כ' בהדיא דבריהם לאחר התקנה ואדרבה אני תמה על הטור דלכאן' הם סותרים
דבח"מ סי' ק"ז פתב ג"כ דתקנת הגאונים דוקא בעוד שהוא בידם אבל אם מקרו ונתנו
מוקמינו אדאורייתא משמע דאין לבע"ח דין על הלוקח ולא על היתומים ובטור אה"ע
גבי פתובה פתב דאם מקרו היתומים גובים מהם.

ע"כ צדקו דברי הש"ע שפסק בסוף דבריו שאין לגבות ממטלטלין שמקרו היתומים כמו
שפסק הטור עצמו בח"מ ודא אחרוני' היא. ומ"ש מעלתו דתקנת השוק דסי' ס' לא שייך

לנ"ד ונדאי פדבריי מעל' פן הוא נאָתמול דברתי פא"פ ובאָמת גם הב"י פבודו במקומו
מונח טעה בזה שכ' בסי' ס' שְהַרְשֵׁב"א בסי' שנ"ו חולק על הרא"ש ומה עננו סי' ס' לסי'
שנ"ו בנותן באיסור ונדאי לא שייך תקנת השוק וא נאפי' במקר אינו נותן לו רק דמים
מכ"ש במתנה ונדאי דברי מכ"ת ברורים ופשוטים דלא עביד לי' נייח נפשי' בשעת מתנה
דאל"כ לא קרא מתנה.

ושאר דברים שכ' מעל' בטי"ד המה פשוטים וגם בסי' רכ"ה בח"מ. ומה שְהַקְשָׁה מעל'
על הא דפסק סי' שנ"ד דהנה מתנה יפה הקשה אף דהיה אפשר ליישב דלמה כ' המרדכי
דנוקא אליבא דמ"ד דלא קיי"ל פנותי' ע"כ הי' עולה בדעתו לחלק דלקושטא דדינא כ"כ.

ורציתי לדחות וליישב דברי הרמ"א אף האמת יורה דרכו דכוננת המרדכי מאחר דאיפא
מ"ד דאפי' הגנב א"צ להחזיר מכ"ש לדין דאין הלוקח צריך לשלם אח"ז מצאתי בב"ח
שכ' פדברי מעל' ופי' דברי הטור כמו שפכתתי והוא ברור ושלום ממני אהו' משה: סימן
ג הנה לא רציתי להאריך מאחר שמעל' מסכים עמדי גם מ"ש מעל' דהטור סי' ק"ז בח"מ
ובא"ע סותרים זא"ז הלא אמר אמתתי למע' וצריך לחלק דגבי פתובה הוא ממש כשלה
ולא של היורשי' פלל מאחר שהפרעון חל אחר מותו מיד.

והנה עתה באתי בדבר חדש בח"מ בטור סי' שע"ג בהג"ה ס"ב וי"א הואיל ונדע שאינו
שלו הפסיד אפי' ההוצאה והוא מדברי הרא"ש פ"ק דמציעא שכ' בשם התו' פן. ובאמת
לענ"ד יש לתמוה מנ"ל מדברי התו' דאפי' ההוצאה אינו משלם ואף דאין ראית הרי"ף
ראי' מהא דמכר פל זכות וכו' למה יגרע מיורד שלא ברשות דמשלם ההוצאה וליפא
למימר דזה נראה פריבית פינון שאינו נוטל מן הגזלן אלא מן הגזלן דלא כמ"ש מהרי"ף
סק"ה דהא בסוף סי' שע"ב פסק דהגזלן עצמו נוטל ההוצא' מן הגזלן והלוקח למה לא
יטול ההוצאה.

ואפשר שזה ג"כ פוננת הרי"ף דהביא ראי' דמה מכר ראשון לשני פל זכותו וא"כ פשם
שהגזלן עצמו יש לו ההוצאה ה"ה הלוקח מן הגזלן. ולכאורה היה נראה להביא ראי'
דאף ההוצאה לא ישלם מטעם קנס שקנסו ללוקח מהא דאי' בגמ' ב"ק דף כ"ה ע"ב לא
בלוקח ת"ח דידע כו' והגמרא מייירי אפי' כנגד ההוצאה כמ"ש התו' ד"ה דאתי בעל
ארעא וכו' א"כ אפי' ההוצאה אינו משלם אם ידע.

וז"א חדא דלטעמא דקנסא ע"כ מכ"ש דקנסו לגזלן עצמו וכן מוכח בגמרא וא"כ פינון
דקי"ל דאפי' גזלן עצמו נותן לו הגזלן ההוצאה א"כ ע"כ דלא קנסוה ועוד ע"כ צ"ל
דהגמרא מייירי היכא שקיבל אחריות וכמ"ש התו' ד"ה דילמא בלוקח ת"ח וזהו דעת
הג"ה סי' שע"ב וי"א דאם קבל אחריות בהדיא כו' היינו אפי' אם אין לו קרקע פדמוכח
מגמרא זו דלא שייך לומר מעות פקדון ואף שמדברי התו' נראה דאפי' בסתם שלא קבל
אחריות בפי' הדין פן מ"מ פתב בהדיא דס"ל כהרמ"ה כמ"ש הטור בשמו וזהו דלא
כמהרי"ף ס"ק ו' וכן משמע בתשובת הריב"ש וא"כ הרי הרא"ש לא ס"ל פן דאחריות
לא מהני אלא ע"כ צ"ל דסוגיא דשמעתין דב"מ לא משמע פהו סוגיא ולכך לא פסקי
פסוגיא זו וא"כ קשה דלמה הלוקח מן הגזלן לא יקח ההוצאה מן הגזלן וכי גרע מגזלן
עצמו ובל"ז שפכתתי ע"כ צ"ל דסוגיא דב"ק ליתא דא"כ תיקשי להרי"ף דהכי משמע
דאם הפיר בה אינו נוטל ההוצאה מן הגזלן אלא ע"כ כמ"ש הוא עיקר וא"כ ע"כ יש

לתמונה למה לא יטול ההוצאה מן הנגזל ואם יסכים מעל עמי יכתוב לי דעתו פה דברי הטורד יושע העשיל: תשובה סי' ד' ראיתי מעל והנה המוכן מדברי מעל שלא על הרמ"א והטור יצא תלונות מעל' כי הנה העתיקו דבריהם מדברי הרא"ש רק על דברי הרא"ש בעצמו תלונות מעל' למה פסק דבהפיר בה אינו נוטל ההוצאה מן הנגזל מה לי הפיר ומה לי לא הפיר בה למה יאכל הנגזל ויחדי ואפי' לגזלן עצמו צריף לשלם ההוצאה ולמה יגרע הלוקח ממנו ובאמת הי' אפשר ליישב דאף בלוקח ההוצא' מן הנגזל מחזי פריבית אע"ג דקי"ל דמותר לומר הילף וזו והלנה מעות לפלוני מכ"ש פאן שאינו נוטל הזיו בחנם רק בשכר ההוצאה עכ"ז מחזי פריבית משא"כ הגזלן גופי' לוקח ההוצאה מן הנגזל פירוד שלא ברשות דאין פאן דררא דריבית אף לע"ד נראה דכבוד הרב בעל הטור במק"מ ולא הבין דברי הרא"ש ז"ל פלל כי מעולם לא עלה על דעת הרא"ש שהנגזל יקח השבח בחנם רק הרא"ש הבין בדברי הרי"ף שחלק בין שבח דממילא ובין שבח דמחמת ההוצאה דבשבח דמחמת ההוצאה נוטל הלוקח אפי' בשבח היותר על ההוצאה כי אין זה ריבית כי מעשיו גרמו לו הרנוח והנגזל מחוייב לשלם לו שבח היותר על ההוצאה ועל זה השיג וכתב כי אין דומה קרקע למטלטלין ובמטלטלין קונה הגזלן והלוקח השבח אבל קרקע דאינה נגזלת לא עביד תקנתו בלוקח דליקננהו.

רק ההוצאה לבד משלם לו פה הוא פנונת הרא"ש והרא"י שפך פנונת הרא"ש דהא מי מייטי בדבריו וכן כתב הר"ן והר"ן ז"ל כ' בהדיא וז"ל אבל אם הפיר בה שאינו שלו ולקחו און לו אלא ההוצאה מהנגזל וכן ראיתי לר"י שידיוע שפל דבריו בנויים ע"ד הרא"ש רבו וכ' להדיא בחלק יו"ד וז"ל מ"מ אפי' הפיר בה נוטל מהנגזל שבח דמחמת ההוצאה וכו' כי פשוטבחה מחמת הוצאה אין חילוק בין הפיר בה ללא הפיר בה וסיים שדבריו לקוחים מהרא"ש פ"ק דמציעא הרי להדיא שהבין בדבריו כמ"ש לא כמ"ש הטור בדברי אביו ובאמת דברי הרי"ף לפנינו פה הוא פגון שלקח שנה באלף וזו והוציאה מאחרים וחרזה ושה אלף וכו' דמשמעות לשון זה דגם הרי"ף לא ביקש שיהיה ללוקח יותר מן ההוצאה אבל הרא"ש לא העתיק לשון זה ולדעתי הוא ט"ס ברי"ף דהאי ראי' שהביא מן מטלטלין קאי אשבח ממש וגם לפי גרסא שלפנינו הי' לו לקצר ולומר דוקא שבח אין לו בין ממילא בין מחמת הוצאה אבל הוצאה יש לו אלא בנדאי פנונת הרי"ף הי' דאף שבח מחמת הוצאה נוטל וע"ז השיג הרא"ש דאין לו שום שבח ומן ההוצאה לא מייירי ואפשר שהגירסא שלפנינו בהרי"ף הוא מהדורא בתרא וחרז בו בסוף ימיו והסכים לדברי הר"ן והרא"ש שאינו משלם רק ההוצא' ומפסיד שבח היותר ההוצאה וכן פ' הרמב"ם וכתב המ"מ שפן הוא בהלכות ויהי' פי' הרי"ף כמו שיהי' פנונת הרא"ש אינו רק כמ"ש נאעידה לי עדים נאמנים הר"ן והרי"ף דברי אהו' משה: סימן ה' הנה אני רואה שמעל' הסכים עמי לענין דינא דהדין אינו אמת שלא יטול הוצאה מן הנגזל והנה פבר פתבתי למע' שאין פאן משום ריבית ומעל' הסכים עמי אף שכתב מעל' שפחזי פריבית האי מחזי פריבית לא ידענא ואדרבא הא אפי' אם אמר הילף וזו והלנה לפלוני שרי והתם אמ' מתחילה שפפח ההלואה יתן לו וזו מכ"ש הקא דלא נתן לו בשביל ההלואה.

ומ"ש דפי' הרא"ש הוא שהי' מבין מדברי הרי"ף דנוטל פל השבח מן הנגזל אפי' היותר על ההוצאה ונסתייע מעל' מהר"ן והרי"ף הנה אף שהשם יודע שבתחילת העיון הייתי

סוֹבֵר פֶּן וְדַחֲתִי אוֹתוֹ בְּב' יָדַיִם דָּאִין לוֹ שְׁחַר דְּהָא הָרִי"ף כ' בְּהִדְיָא אַבְל הַפִּיר בְּהַ שְׂאִינוּ
שְׁלוֹ אִין לוֹ אֶלָּא הַהוּצָאָה בְּלִבְד בְּאַמַּת מְצִאתִי בְּבַעַל הַמְּאֹר דַּס"א ע"א שְׁהַבִּין בְּדַבְרֵי
הָרִי"ף כַּמ"ש מַע' וַנ"ל וְהֵיכֵא דַאמ' רְבָא לְעַנְנִין גְּזִילַת מְטַלְטְלִין אִתְּמַר וְכו' ע"ש וְכַבְר
מְחָא לִי אַמּוּחָא הַרְמַב"ן בְּדַף ס"ג דָּאִין פּוֹנוֹת הָרִי"ף פֶּן אֶלָּא כַּמ"ש וַא"כ נִלְע"ד דִּידוּעַ
לְמַע' שְׁהֵרָא"ש הִבִּיא בַכ"מ דְּבַרֵי רַמְבַּ"ן וְהֵאִיף לֹא רָאָה בְּכַאֵן דְּבַרֵי אֶלָּא וְדַאי דְּכַנּוּנ'
הָרָא"ש רַק דְּרַז"ה כ' ג"כ דְּהֵיכֵא דְּרַבָּא אֲיִירִי בְּמְטַלְטְלִין וַא"כ אִין רַאֲיִית הָרִי"ף רַאֲי
וַא"כ אִפִּי הַהוּצָאָה אִינוּ נוֹטֵל גַּם הַרְמַב"ן כ' שְׁזָה קִשְׁיָה לְדַבְרֵי הָרִי"ף וּמְדַבְרֵי ר"י אַע"פ
שְׁלֹא רַאֲיִיתִי עַדִּין דְּבַרֵי הֵלֵא יְדַעִין שְׂאִין לְנוּ לְכַנּוֹת עַל דְּבַרֵי יְסוֹד גַּם יֵשׁ לְדַקְדָּק
בְּדַבְרֵי שְׁפַתְב דָּאִין חִילּוּק בֵּין הַפִּיר בְּהַ לְלֹא הַפִּיר בְּהַ הֵלֵא אִם לֹא הַפִּיר בְּהַ נוֹטֵל
הַהוּצָאָה מִן הַגְּזֵל וְהַשְּׁבַח נוֹטֵל מִן הַגְּזֵל וְגַבִּי הַפִּיר בְּהַ אִינוּ נוֹטֵל אֶלָּא הַהוּצָאָה בְּלִבְד
מִן הַגְּזֵל.

וַצ"ל דַּה"פ שְׁשִׁנְיָהֶם שְׁנַיִם דָּאִינוּ מְפָסִיד הַשְּׁבַח וְיִהְיֶה מַה שְׁיִהְיֶה הַדִּין שֶׁל הַטוֹה"מ אִינוּ
אֶלָּא נוֹטֵל הַהוּצָאָה וְכַמוֹ שְׁהַסְפִּים מַע' עַמִּי יִנְשַׁע הַעֲשִׂיִל: סִימָן ו' עֵינִין מַעַל בְּסִי' ר"ט
ס"ד בַּהַג"ה וְאִפִּי לֹא תַפֵּס אֶלָּא כ' לִי שְׁטָר וּמְסָר לִי הַשְּׁטָר כְּמַאֵן דְּתַפִּיס דְּמִי.

מְקוֹר דִּין זֶה הוּא מַת"ה סִי' ש"ף שְׁהַבִּיא פֶּן בְּשֵׁם הַגְּהוֹת מִיִּימוֹנֵי וְרַאֲיִיתִי שְׁם שַׁכ' פֶּן
שְׁהוּא מְדַבְרֵי בְּעַל הַעֵיטוֹר. וְהֵיכֵא הַגְּאֹן מַהֲרוּ"ךְ כ' וַנ"ל נִרְאָה דְּאַחַר שְׁבָא לְעוֹלָם מְסָר
לוֹ הַשְּׁטָר אֲזִי מְהִי הַשְּׁטָר דְּמְסָר לִידוֹ פְּאֵלוּ בָּא לִידוֹ וְכ"כ בְּהַגְּהַת מִיִּימוֹנֵי שְׁם לְהִדְיָא
כו' עכ"ל.

וְהֵיכֵא אֲנִי רוֹאָה שְׁלֹא רָאָה יָפָה מְקוֹר דִּין זֶה שְׁהַרִי בְּעַל הַעֵיטוֹר כ"כ לִיִּישֵׁב הַהוּא דְּפָרַק
מִי שְׁהִי נְשׁוּי הַהוּא גְּבָרָא דְּזַבִּין לְכַתּוּבַתְהָ דְּאִימְל' בְּטוֹבַת הַנָּאָה וַא' אִי אֲתִי אִם וּמַעֲרַעְרָה
כו' וְכ"כ ג"כ הַב"י בְּשִׁמוֹ סִי' רִי"א עִי"ש שְׁדַקְדָּק בְּלִשׁוֹנוֹ שַׁכ' וְהֵאִי גַּמִּי פִּינּוֹן דְּזַבִּין וְכו'
לִי שְׁטָר כְּמַאֵן דְּתַפּוּס דְּמִי הָרִי בְּהִדְיָא דְּלֹא מִיִּירִי מְזָה שְׁמָסָר לוֹ הַשְּׁטָר אַח"כ דְּהָא
הַגְּמָרָא לֹא אֲיִירִי מְזָה אֶלָּא אִפִּי מְסָר לוֹ שְׁטָר קוֹדֵם וַע"כ צְרִיכִין אֲנוּ לְפָרֵשׁ דְּבַעַל
הַעֵיטוֹר לֹא בָּא לְתַרְץ אֶלָּא הֵךְ גַּמ' דַּפ' מִי שְׁהִי נְשׁוּי וְלֹא לְתַרְץ הַקּוֹשֵׁי שְׁהַקְּשׁוּ מַפ' יֵשׁ
נוֹחַלִין מְחָא דְּאַנָּא מְפַח אַבְנֵה דְּאִימְל' קְאָתִינָא דַּא"ה א"כ ס"ל בְּכָל מְקוֹם שְׁנוֹתְנִין שְׁטָר
וּמוֹסְרִין הוּא כְּתַפּוּס תְּקִשִׁי דְּהָא בְּגַמְרָא פ' מִי שְׁמַת דַּקט"ו ע"א בְּעֵי שְׁמוּאֵל דְּאִקְנִי וְקִנְיָה
מַהוּ וְכו' אֶלָּא כִּי תַבְעֵי לָךְ אֲלִיבָא דְּרַבְּנִין דְּאִמְרֵי א"א מְקַנְהַ דְּבַר שְׁלַבְל"ע וְרַש"י פִּי' פֶּן
לְהִדְיָא דְּאִיִּירִי דַּכ' לִי דְּאִקְנִי וְדוֹחַק לוֹמַר דְּבַהַע"ט מְפָרֵשׁ דְּלֹא כ' דְּאִקְנִי רַק מְפַח אַחֲרֵיכֹן
ט"ס.

לְכַף נִרְאָה דְּבַהַע"ט אִינוּ מְתַרְץ רַק הַגַּמ' דַּפ' מִי שְׁהִי נְשׁוּי דְּהֵתָם זַבְנָה לְכַתּוּבַתְהָ דְּאִימְל'
בְּכַתּוּבָה וּמְסִירָה וְלְכַף הָיִי כְּתַפּוּס א"כ דִּין זֶה דְּמַהֲרוּ"ךְ לֹא הוֹנְפֵר פְּלֵל וְאִם נֹאמַר דַּעכ"פ
הַדִּין שֶׁל מַהֲרוּ"ךְ אֲמַת מְפַח תְּשׁוּבַת הָרָא"ש שְׁהַבִּיא בְּסִי' ר"ז ס"ק ל"ב מִי שְׁהַרְוִיַת
מְחַבְרֵי אֶלְפָּה זִוּוּ בְּשַׁחוּק וְאַח"כ הַקְּנָה לוֹ בְּקַנְיָן חֲלִיפִין שְׁחִיבִי לוֹ אֶלְפָּה זִוּוּ וּפִי' דְּסִיבִי
לְשַׁלֵּם לוֹ וְאִין בּוֹ אֲסַמְכָתָא אִם לֹא שְׁהַנּוֹפֵר שְׁהַקְּנִין בָּא מְהַשְּׁחוּק.

אִינוּ נִרְאָה דְּמַהֲרוּ"ךְ קִיצָר דְּבַתְּשׁוּבַת הָרָא"ש שְׁם שַׁכ' דְּוּוּקָא שְׂאִינוּ יוֹדַע שְׁהוּא בָּא
מְהַשְּׁחוּק אֶף שְׁלֹא נִזְכָּר בְּתוֹךְ הַשְּׁטָר אֲמִרִינּוּ מְסַתְמָא מְפַח שְׁחוּק הוּא מְקַנְהַ לוֹ וּמְזָה
מוֹכַח דְּלֹא ס"ל הַסְּבָרָא שֶׁל מַהֲרוּ"ךְ דְּהֵיכֵא כְּנִזְקָף עָלָיו בְּמִלְנָה כְּדַמְשַׁמַּע מְלִשׁוֹן מַהֲרוּ"ךְ

ז"ל וגם אין לומר שהדין אמת מהא דתשובת הריב"ש סי' של"ה דפסק מהא דאמרין בגמרא ישראל שלנה מעות מן הגוי בריבית זקפן עליו במלנה דהנה כמו פירעון וס"ל דבכל דין אסמכתא הדין פו אם פבר תפס ופרע לו הוי מחיל' בטעות קני וכמ"ש מהרמ"א סי' ר"ז סעיף יו"ד והקרח פה מתשובת הרא"ש שהביא מהרו"ך שם דאם נתן לו במשכון הוי פפרעון ובאמת הרואה יראה שהריב"ש לא ראה מעולם דברי הרא"ש בתשובה דהרא"ש מיירי שנתן המשכון בפירעון לא בתורת משכון כדאימא בהדיא בדברי השואל וגם לישנא דהרא"ש ז"ל שכתב וז"ל ונתן ראובן לשמעון משכון בפירעון כו' פי' שנתן בתורת פירעון ממש וק"ל וזה ברור בדברי הרא"ש בתשובה אף שלכאורה יש לתמוה אהריב"ש ותשובת הרא"ש דמשמע מדבריהם דאם פבר פרע לו תו ליפא גזל וא"כ למאי דס"ד בגמרא דמשחק בקוביא פסול משום דהנה אסמכתא וע"כ משום דהוי גזל וא"כ תיקשי הא אם פבר פרע ליכ' גזל ויש ליישב דנראה מתוך תשובת הרא"ש דאנן קי"ל דאסמכתא קניא אלא שאין יכולין להוציא ממנו עד דאיפא ב"ד חשוב והיינו משום דאימא בגמרא והלכתא אסמכתא קניא והוא דקנו בב"ד חשוב כו' והגמרא דזה בורר איירי למ"ד דלא קניא אסמכתא פלל וא"כ הנה גזל.

ועוד נ"ל דמשחק בקוביא נוטל אפי' בע"כ וא"כ לא הנה מחילה פלל וא"כ נחזור לב"ד דמשום טעם זה דהנה פאלו פירעו אם זקפו עליו במלנה א"כ דינו של מהרו"ך אינו אמת. ודא דא"כ תקשה דאמאי קאמר בשטר א"נ שלא בשטר נמי חייב מפח דזקפו עליו במלנה אם נתחייב בפני עדים.

ועוד דכבר השואל של הריב"ש הקשה עליו אף דהשיב הריב"ש שם וגם לדברי הרא"ש שכ' פ' איזהו נשף דאפי' הוי ריבית דאורייתא שרי משום דיש פח ביז חכמים לעקור דבר מן התורה פשיטא דאין תשובת השואל פלום מ"מ לענין דינא נראה דהתשובת הרא"ש לא ס"ל פה דהא כ' אפי' קבל קנין סתמא לא מהני ואמאי לא נאמר דהוי פזקפו עליו במלנה.

אף די"ל דתשובת הרא"ש ס"ל דסתמא משמע שאין מקבל קנין לחוב רק לפירעון וא"כ אם אינו חייב פלום אינו חייב לפירעו אבל דוחק הוא אחר פתבו זאת ראיתי בב"י סי' ר"ז הקשה ג"כ קושיא זו מהו דמשחק בקוביא פסול ומיישב באופן אחר והנלע"ד פתבתי אם יספיק עמי מע' דברי הטרו' ינשע העשיל: סימן ז' תשובה מה שהקשה מכ"ת על דברי מהרו"ך שפסק דמסיר' השטר לא מהני אלא במסר לו השטר אחר שבא לעולם דבר הנמכר ושכ"כ בהדיא בהגהת מיימוני הגהת באמת צדקו דברי מעל' שלא כ"כ בהדיא פי צריף נגר ובר נגר להולמו פי דין זה לקוח מן ספר העיטור ודבריו קשים להבין ומה שפי' בו מכ"ת דכוננתו לתרץ הגמרא דפ' מי שהי' נשוי דהתם זבנה לכחובה בכתיבה ומסירה לכך הוי פתפוס באמת מן הגמרא נראה דהפתיחה לא היתה יד הבן רק ביז האם דהא אמרו בגמרא אי אתי אם ומערער לא מפצינא ואם איתא שהפתיחה היתה ביז הבן ומסרה ללוחם מה ערעור שייף אצל האם ודוחק לומר דהיא תטעון שפאבד' הפתובה ממנה דהא קי"ל דא"צ עדים לענין הקנאה.

ועוד לא הבנתי עיקר הענין הלא כל התלמוד מלא דאשה מוכרת פתובה לאחרים בטובת הנאה ומה ענין זה לדבר שלב"לע אלא באמת ודאי מיירי שהבן מכר קרקעות אם תמות

אמו והוא יירש אותה ואין חילוק בין לשון ראשון ללשון אחרון רק ללשון אחרון מייבש
שפכר מת האב ובאמת פרט לשון העיטור הוא דיש לחלק בין מכירה בשטר והשטר ביד
שליש או מכירה בקנין גרידה או בשמכר לו בשטר והשטר הוא בידו של לוקח אחר
שיצאו הפירות בעולם דהנה פאלו מכר לו אותם עתה ודברי מהרו"ך לא הבנתי מי לא
ידע את זאת אם אחר שבאו לעולם מכר לו האילנות בשטר ודאי קנה ואפשר דה"ק אם
השטר נכתב קודם שבאו הפירות לעולם ואחרי שבאו הפירות לעולם מסר לו השטר
מסירת השטר הוי כמסירת הפירות ובאמת אין למהרו"ך ראי' מהעיטור דדברי העיטור
אינם מתפרשים פה וגם פי' מכ"ת אינו מקובל כמ"ש.

והפלה דבריו של העיטור מגומגמים דמה ראי' מביא מן הרי"ף הא זה גמרא ערוכה דאם
שמוט ואכיל לא מפקינן מיני' וקרוב בעיני שיש פאן ט"ס בדבריו אבל דינו של מהרו"ך
מתקבל על הדעת דאחר שמסר לו השטר אה"נ מוכר לו דבר שלא בא לעול' ופשיטא
דמהני ועוד אענין בשאר דברי מעל' רק קמא קמא דמטי אשיב דברי אהו' משה: סימן ח
אהובי יענין מעל' פי אני רואה שמעל' כ' לפום רהיט' ואף לא ראה מעל' הלא פי' מעל'
פשיט' דאינו כמו שכתבתי מהה' גמ' דב"ב ע"ש ופי' שלי אמת וברור דאיידי שמסר לו
הפתו' וא"ל כפי' שהוא לא לקח כתו' מן האם רק שהוא מוכר לו מה שירש מאמו ומודים
זה לזה הלוקח ומוכר רק שאם תבא האם ותבטל המכירה שתהי' בטיילה וא"כ דברי מע'
אינם מובנים מה ערעור שייך וכן כל הדברים מ"ש מע' להקשות על זה הפי' ובחנם רצה
מכ"ת לעשות ט"ס בעיטור ומ"ש מע' שאינו מבין מה שייך זה לדבר שלב"לע וכו' מע'
שמכר השדה המיוחד לה ידעתי שגם מע' מתמת דוחק הקו' כ"כ ואין לו יד ורגל בדברי
רש"י וגם למה אמר אם אתי' אם האב נמי יכול לבטלו ובאמת דברי מע' אין מובנים
דודאי אשה עצמה יכולה למפור כתו' בטוב"הג משא"כ בירוש דהוי מה שאירש מאבא
א"כ כל אדם ירנשתו בטובת הנאה דמ"ל אשה ומ"ל יורש אלא ודאי שאני
שהאשה יש לה חוב עת' על בעלה משא"כ יורש.

ומ"ש מכ"ת שדינו של מהרו"ך פשוט לא כן עמדי שאינו פשוט במה לי שהשטר כפר
בידו מ"ל אם נותן לו אח"כ שהרי לא מכר לו מכירה חדשה וזה א"צ לפנים אם מכר
מכירה חדשה דמהני ומזה לא איירי מהרו"ך פלה ואדרבה איפכא מסתברא.

ומ"ש מעל' הלא גמרא ערוכה הלא בעה"ע כ' ג"כ על הרי"ף ומסתייע לי דהא ר' נחמן
אמר אף משבאו לעולם יכול לחזור בו ומודינא דאי שמית ואכיל לא מפקינן מני' עי'
בבע"הע מאמ' קנין דף ה' סוף ע"ב רק שהביא ראי' מהרי"ף הטרוז ינשע העשיל: הנה
ראיתי בטור אה"ע סי' ק' שכתב ואם מכרו היתומים אחר מותו גובה מהם וכו' בב"י
הטעם דהנה כמו שמכרו שאינו שלהם.

ואח"ז כתב שלא נהגו לגבות ממטלטלין שמכרו היתומים מתקנת השוק וצ"ע הטרוז
ינשע העשיל: סי' ט' מה שהקשה מעל' בכתב קטן שדברי הש"ע צריכים עיון במ"ש
בא"הע סי' ק' דבתחילה כ' דאם מכרו היתומים אחר מותו גובה מהם ואח"ז כתב שלא
נהגו לגבות ממטלטלי שמכרו היתומים מתקנת השוק הנה ראיתי בב"י שדברים
הראשונים מענותקים מדברי הטור שפסק שאם מכרו היתומים גובה דהנה פאלו מכרו
שאינו שלהם ממילא שנותן ללוקח הדמים כמו בכל גזילה ודברים האחרונים הם עפ"י

דְּבָרֵי הַתּוֹ' פ' נַעֲרָה וְרַבֵּינוּ יְרוּחָם שְׁפָתַי לֹא מִבְּעַיְנֵי נֶתָן הוּא אֵלֶּא אִפִּי נִתְּנוּ הִיתוּמִים וְכֹשֶׁם שְׁפָתָן הוּא אֵינוֹ מוֹצִיא לְגַמְרֵי אִפִּי בְּכֶתֶב מִטְּלָטְלִין אֲגַב מִקְרָקַע ה"ה בְּנִתְּנוּ הִיתוּמִים וְסִבְרָא נְכוּנָה הִיא דְלֹא הָוֵי גִזְל מִמֶּשׁ רַק שְׁעֵבִיד דְּעַדִּין לֹא גְבַתְהָ הָאִשָּׁה אָף מ"ש בַּהֲג"ה מ"ה צ"ע דְּהֵתָם הָוֵי גִזְל מִמֶּשׁ דְּהָא קָנָה מְדַרְבְּנָן וְעוֹד אַעֲיִין וְשָׁלוֹן דְּבָרֵי אַהוּ מִשָּׁה: ס' יו"ד ד' מַכ"ת תְּמוּהֵין דְּהָא הַתּוֹ' לֹא אֵינְרֵי פְּלֵל מִתְּקַנְתָּ הַשּׁוּק וּבִדְאֵי אֵי נִכְתוּב מִטְּלָטְלֵי אֲגַב קְרָקַע גּוֹבָה פְּתוּבְתָה מְהִינ' וְהַתּוֹ' לֹא אֵינְרֵי אֵלֶּא הֵיכָא דְלֹא כ' מִטְּלָטְלֵי אֲגַב קְרָקַע וְכֵן מוֹכַח ג"כ שֶׁהֵב"י כ' שְׁהַטוּר הוּא דְלֹא פְּדַבְרֵי הַתּוֹ' וְהֵינּוּ הֵיכָא דְלֹא כ' מִטְּלָטְלֵי אֲג"ק וְא"כ זֶה דַּעַת תּוֹ' וְזוֹ עֵינְרֵי פְּנוּנְתָם וְא"נ מ"ש לְבַסּוּף הוּא דַּעַת הַתּוֹ' א"כ גַּם בְּתַחֲזִילָה לֹא הִי"ל לְסַתְּנוּם פְּדַעַת הַטוּר וְזֶה פְּשׁוּט וּלְדַעַתִּי לֹא עֵינּוּ מַעַל הֵיטִיב רַק דְּרַף הַעֲבָרָה וְכַדִּי שְׁלֹא יְהֵא בַּה"מ בְּלֹא חִידוּשׁ אֲמַרְתִּי לְכַתּוּב לַמַּע' מַה שְׁלַמְדַתִּי הַיּוֹם אָף אֲמַתִּין עַד אֲשֶׁר יִשְׁיבֵנִי עַל דְּבָרֵי הָרֵאשׁוּנִים הַטְּרוּד יִנְשַׁע הָעַשְׂוִיל: סִימָן י"א א' הִיָּה פְּשׁוּט בְּעֵינֵי מ"ש הַתּוֹ' אֲבָל בְּמִטְּלָטְלֵי דְּמַתְּנַת בְּרֵי דְּהָוֵי דְּאוּרֵינְתָא לֹא גַבִּי כְּתוּבְתָה הֵינּוּ אִפִּי בְּכֶתֶב לָהּ מִטְּלָטְלֵי דַּא"כ פְּשִׁיטָא דְלֹא גַבִּי מִמִּטְּלָטְלֵי.

אָף הֵאָמַת עִם מַכ"ת דַּא"נ דְּכֻנְנַת הַתּוֹ' לְתַקְנַת הַשּׁוּק ג"כ קָשָׁה קוֹנְשָׁא זֹו וּבְאַמַּת הִי פְּשׁוּט בְּעֵינֵי שַׁר' יְרוּחָם שְׁהִיָּה תַלְמִיד הָרֵא"ש וּבִיחּוּד גַּם הַר"ז ס"ל תַּקְנַת הַשּׁוּק שְׁל הָרֵא"ש וְא"כ מ"ש ר"י אֵינְרֵי לְפִי תַקְנַת הַשּׁוּק אֲבָל בְּאַמַּת לֹא מְצִאתִי בְּדַבְרֵי ר"י תַקְנַת הַשּׁוּק שְׁל הָרֵא"ש ז"ל ע"כ פְּשׁוּט שְׁהַטְעַם שְׁל ר"י שְׁהַגְאוּנֵי לֹא תַקְנוּ רַק הֵיכָא שְׁהִי בְּיַד הַיּוֹרְשֵׁי דְלֹא עַדִּיפָא תַקְנַת הַגְּאוּ' מִנְכֶסֶי מוֹעֲטֵי דַק"ל אִם קְדָמוּ וּמְכָרוּ מַה שְׁעָשׂוּ עָשׂוּ וּמַה שְׁמַכ"ת הַקָּשָׁה עָלֵי בְּפִשְׁיטוֹת דְּדַבְרֵי הַתּוֹ' אֵינְרֵי בְּלֹא כְּתַב מִטְּלָטְלִין אֲג"ק וּמִסְתַּיִיעַ מִמַּה שְׁהֵבִיא הַב"י שְׁהַטוּר הוּא דְלֹא פְּדַבְרֵי הַתּוֹ' וְהֵינּוּ הֵיכָא דְלֹא כ' מִטְּלָטְלִין וּבְאַמַּת דְּבָרֵי הַטוּר מֵינְרֵי אִפִּי בַכ' מִטְּלָטְלֵי אֵינוֹ גּוֹבָה מִמַּתְּנַת בְּרֵי דְהָא כ"כ הַטוּר בַּחֲה"מ ס' קי"ג בְּהַדְּיָא בַב"ח וּמַכ"ש בְּכַתְּנ' וְא"כ יָפָה כ' הַב"י מֵאַחַר דְּדַבְרֵי הַטוּ' מֵינְרֵי אִפִּי בַכ' מִטְּלָטְלִין א"כ חוֹלְקָה הוּא עַל הַתּוֹ' וְגַם רְאִיתִי בְּכַתְּבֵי הַשְּׁנֵי מַע' בְּעַצְמוֹ מוֹקִי לְהָא דַר"י אוֹ בְּכַתְּנ' בַּנ"ד וְקְרָקַע אוֹ בְּסַתְּם כְּתוֹ' וּבַכ' מִטְּלָטְלֵי וְאַפ"ה פ' ר"י דְּאֵין גּוֹבָה מִמִּטְּלָטְלִין שְׁמַכְרוּ הִיתוּמִי מִשְׁמַע דְּגַם בְּזֶה שְׁיִיף תַקְהַשׁ"ו א"כ צְדָקוּ דְּבָרֵי הַש"ע שְׁמַתְחִילָה פ' לַדִּי פְּדַבְרֵי הַטוּ' דְלֹא שְׁיִיף תַק' הַש' אֲבָל הַמְּנַהֵג כַּר"י דְּאָף בְּיַתְמֵי שְׁמַכְרוּ שְׁיִיף תַק' הַש' אֲבָל בְּאַמַּת צְדָקוּ דְּבָרֵי מַע' דְּהַתּוֹ' וְר"י לֹא אֵינְרֵי פְּלֵל בַּכְּת' מִטְּלָטְלֵי וְלֹא מְצִאתִי בְּשׁוּם פּוֹסֵק דְּשְׁיִיף תַק' הַש' בַּכ' מַט"א ג"ק רַק הָרֵא"ש וְהַטוּר בַּח"מ וְרִיא"ז וְגַם הָרֵא"ש לֹא הִחְלִיט הַדִּין רַק בְּמַקּוֹם שְׁנַהֲגוּ אֲבָל כָּל הַפּו' הַגַּס מַטל"א ג"ק לְקְרָקַע א"כ נְדָאֵי הַתּוֹ' וְר"י מֵינְרֵי בְּלֹא כְּתַב וּמַש"ה לֹא כְּתַב בְּדִין דַּמַּטל"א ג"ק תַק' הַש' וּמַה שְׁהַקָּשָׁה מַע' פְּשִׁיטָא דְּאֵינוֹ טוֹרֵף הָא ל"ק דְּכֹשֶׁם שְׁתַקְנוּ הַגְּאוּנֵי לְגַבּוֹת מִן הִיתוּמִים ה"ה מִמְּקַבְּלֵי מַתְּנָה מֵאַחַר שְׁאֵין לָהֶם הִיזָק.

וְשָׁלוּם מִנְּאֵי אַהוּ מִשָּׁה: סִימָן יב' עֵינּוּ מַכ"ת בְּהַלְכוֹת גְּזִילָה ס' שַׁע"ד בַּהֲג"ה שַׁכ' וְז"ל וְכ"ז לֹא מֵינְרֵי אֵלֶּא בְּשָׁלָא הַפִּיר בָּהּ שְׁהִיא גְּזוּלָה וּקְנָאָה אֲבָל אִם הַפִּיר בָּהּ וּקְנָאָה לֹא קָנָה לוֹקְטָ וְהוּא מְדַבְרֵי ה' הַמַּגִּיד וְכו'.

וְצ"ע דְּהָא כְּתַבוּ לַפְּנֵי זֶה בַּסִּי שַׁע"ג הִיָּתָה הַהוֹצָאָה יַתְרָה עַל הַשְּׁבַח פִּינוּן שְׁהַפִּיר בָּהּ וְכו' שְׁהַקְרָן נוֹטֵל מִהַגְּזוּלָן מִנְכֶסֶי מִשְׁוֹעֲבָדִים וְהוּא מְדַבְרֵי הַרְמַב"ם פ"ט דְּגְזִילָה וּמִשְׁמַע

דקאי אהפיר בה נמי גובה מנכסים משועבדים וא"כ קשה דהא בגמרא פירק אינהו נשף דע"ב ע"ב פריה אלא הא דתניא לשבח קרקעות פיצד וכו' ומשני הכי השתא אי למ"ד ניקחא לי דלא ליקרי גזלנא וכו'.

וא"כ אי בהפיר בה גובה משועבדים א"כ ע"כ צ"ל דשייף למימר ניקחא לי דליקו בהימנותא או דלא ליקרו גזלנא דאלת"ה לא הי' גובה משועבדים וא"כ גם על המ"מ יש לתמוה שכ' סתם על הרמב"ם דהדין הוא דהפיר בה לא קניא וזה דוחק דהרמב"ם לא קאי אלא היכי דלא הפיר בה דלא הנה לי לסתום אלא לפרש ועוד דבהדיא איתא בדברי בעל התרומות שער מ"ז וז"ל וכן מי שמכר שדה לחבירו והפיר בה שאינו שלו בעת שלקחו וטרפוה ממנו הבעלים ונמצא שדמי המקח חזרו הלואה וטורף אותו מן המוכר אף משועבדים דכמלנה בשטר דמי עכ"ל הרי להדיא דס"ל דהפיר בה גובה משועבדים ולא הביא שום חולק עליו מיהו אין ראי' מדברי בעל התרומות דבע"הת ס"ל להדיא סוף השער דלעיל מיני' דהפיר בה וחזר ולקחה מבעלים הראשונים דקנאה הלוקח מן הגזלן ועוד נראה להביא ראי' מגמרא דב"ק דצ"ב ע"ב דרצה לאוקמי הך דשבח קרקעות בלוקח ובהדיא איתא בפרייטא דלוקח גובה מנכסים משועבדים אף דלא ניתן לכתוב פלל ואף שגדחה לפי האמת דאפי' שבח אינו גובה מן הגזלן אם הפיר בה מ"מ מאיזה טעם ס"ל למאי דס"ד שייגבה אף משועבדים ומיהו י"ל דלמאי דכתבו התוס' דכיון דקיבל אחריות גובה אפי' שבח מהגזלן א"ל דאף לענין זה רוצה במכירתו שהרי קבל עליו אחריות מ"מ קשה דאמאי פ' מהרמ"א בלי שום חולק ואין להק' מדברי בעל התרומות שכ' דבן שמכר מה שירש מאבא שגובה ג"כ מנכסים משועבדים אע"ג דקאמר בגמרא דהא לא סמכי דעתה' וא"כ נימא לא ניתן לכתוב י"ל דהטעם הוא כמ"ש הבע"הת דלא בעי בגמ' הני טעמא אלא היכי שאחרים מבטלין המקח משא"כ במוכר קרקע שלו לא עמ"ש.

וא"כ זה מיקרי ג"כ קרקע שלו לאחר מיתת אביו. ואגב זה באתי להקשות שכ' בע"הת דהיא דקניא באסמכתא ג"כ גובה משועבדי ולא ניתן לכתוב משום איסור ריבית פיון דלא בתורת הלואה פתבו ולא קץ לי לית בי' שומא משענת פתיבה.

ועוד דלגבי קרן מיהא ניתן לכתוב הוא עיי"ש. והרשב"א בסי' ע' הביאו ב"י כ' דבכה"ג לא ניתן לכתוב וכן סתם בעל הש"ע ובאמת לכאורה יש להקשות אטעם שני שכ' בע"הת דמ"מ לגבי קרן ניתן לכתוב משמע אף דהוי שומא משענת פתיבה מ"מ לגבי קרן ניתן לכתוב וא"כ קשה הא מ"מ הנה כשטר שיש בו ריבית שאינו מכר שאינו גובה אפי' הקרן מנכסים משועבדים שפא יגבה בו את הריבית.

אבל אין זה קושיא פלל דהכי הוי פניכר הריבית פיון דהתנאי ידוע לעדים א"כ ממילא לא יגבה בו את הריבית ויחזור הפירות שאכל משא"כ אם אינו ניכר הריבית וכן לא בא לומר דהעדים פסולים שחתמו על השטר שיש בו ריבית די"ל דהעדים לא ידעו מזה התנאי שיחזירו לו אם יהיה לו מעות אבל קושיא הראשונה במקומה עומדת.

ועוד יש לי דברים אם יספיק מעל' ולא ישלח לי הפתבים שלי מה ששלחתי למע. 'עד הנה הטרוד ינשע העשיל: תשובה סי' י"ג זה לשון הפעתיק הראשון שהעתיק פתיבי הקודש האלו מגוף הפתב של הגאונים ז"ל תשובה מהרב מ"ז ו"ל ונראין הדברים

מתוך התשובה שנגאבד התשובה הא' וגם מה שהשי' לו שוב הרב מהרי"ה ז"ל אמנם אמרתי להעתי' מה שמצאתי את שאהב' נפשי והחכם יבין אף שאמת כ' מעל' שפתבתי לפום ריהטא מ"מ אין מפל דברי מע' השגה על דברי מ"ש מעל' דהתו' לא ס"ל כהמ"מ כי כ' דבריהם לשמואל מי הגיד זה למע' דשמואל בעי מרב ולא אליבא דרב דהא אדרב' סתמא בעי לי' לדבריו דרב וגם התו' כתבו סתמא משמע דלקושטא דדינא כ"כ גם מ"ש מעל' שפברה רחוקה היא לומר שהפיר בה עדיף דניתן לכתוב בעיני סברא טובה היא דהתם אלו ידע לא קנה והשטר נכתב בטעות אבל פאן ידע וכ' שטר בלשון מכירה כי היכי דנקבל ממנו פקדון.

ומ"ש מעלתו דמאחר דאחריות ט"ס א"כ גבי פקדון נמי נימא ט"ס הלא הרא"ש לא כ"כ בהדיא וגבי פקדון ל"א לא שדי זוזי בכדי וזה ברור ומ"ש דאמרי' שפבר נשתמש במעות גם זה פתבתי והלקוחות יאמרו דלמא לא נשתמש וגם הוא נאמן לומר לא נשתמשתי ודי בזה דרוך כלל אין על המגיד תפיס' דברי אהובו משה: סי' י"ד דברי מע' אינם מובנים על דברי התו' ידעתי גם מעל' יודע שהאמת אתי ועל הסברא אין לפלפל בסברות.

ועל מ"ש מעל' ממעות פקדון דברי מעל' אינם מובנים כלל דנדאי גבי פקדון ל"א אחריות ט"ס משא"כ הכא שבתורת מקר לקחו מידו והוא מסתמא בתורת אחריות קבלו מידו א"כ הוי המעות הלואה ולא פקדון.

והנה ע"ז דאיירי שנשתמש בהן לא רציתי להאריך בה דנדאי אינו נאמן הכא שלא נשתמש בהן וכן מוכח מדברי הרא"ש דהא טעמא דרב דשבח אין לו דהוי כמו ריבית וא"כ ע"כ הטעם פינון דלאשתמושי יתבי ניהל' והויא פהלואה וכמ"ש הרא"ש ופשיטא.

דנשתמש בהן וגרע משולחני וכל הגמרא דקאמר דמעות פקדון כתבו התו' דאיירי בדלא קבל אחריות וכדברי כתבו התו' בהדיא דף י"ד בד"ה שעבוד צריף לאמלוכי דהכי הנה הלואה אס"פ פינון דהמקח נתבטל הוי שטר הלואה על הקרו הרי ברור שדברי פנים ואמיתים ודברי מעל' נראה מהתם שאינם ברורים.

גם נא אהובי יענין מעל' בבע"הת כמזונה שכ' בהדיא שהמעות פקדון דקאמר לא פקדון ממש הוא אלא הלואה עי"ש וא"כ פשיטא דעל בע"הת ל"ק פלום אבל האמת יורה שכל התירוצי' דחוקים והדינים סותרים דאי חזר ולקחה בהפיר בה אין הלוקח זכה בה ואינו גובה ממשעבדי הטרווד ינשע העשיל: סי' ט"ו עתה ראיתי דברי בע"הת.

והנה בע"הת כ' להדיא דלא פהרא"ש דמעות פקדון לאו דוקא וכשואל דמי וכלי' דמי וכו' א"כ נדאי אין עליו תפיסה אף אני תמה מאחר שמעל' ראה דברי בע"הת והוא כ' להדיא תחלת השער על לא הפיר בה נתן טעם דגובה ממשעבדי הטעם האמור בגמרא אי למ"ד גיחא וכו' ואח"ז כ' וכו' מי שמכר שדה לחבירו והפיר בה שאינו שלו וכו' דכמלנה בשטר דמי הרי שנתן טעם להפיר בה משום מלנה בשטר ולא תלה הטעם משום דאף הוא מצפה שתביא הקרקע לידו פשיקחנה הלה דאפתי לא נתברר לו דין זה עד סוף השער עושה מזה שאלה א"ו בלא זה הטעם פשוט בעיניו מאחר ששניהם יודעים שקרקע אין לו וגמר ונתן הלנה המעות לשם הלואה נדאי ניתן לכתוב ואין לה מלנה בשטר יותר מזה וזה דעת המ"מ והנ"י והר"ן.

עוד ראיתי בעל תרומות שכתב אף לשמואל דסבר מעות מתנה היינו אם לבסוף הוציא מידו הקרקע מעות מתנה למר ומעות פקדון למר אבל השתא דרף מקח וממכר נינהו ואם יקנה הלה קרקע מן הנגזל יעמיד הלה בשדה אף לשמואל וזה שלא פדברי מעל' שכ' שהתו' בלא הפיר בה איירי משיטת שמואל ולא משיטת רב וקרי בע"הת משנה אותן וכו' דלדברי המגיד בין לרב בין לשמואל לא שייך למימר ניקח לי כו' ולדברי בעה"ת בין לרב בין לשמואל שייך למימר ניקח לי מ"מ בזה שניהם שנים דשטר ניתן לכתוב ומדעת שניהם כתבוהו דתיקוי לפחות מלנה בשטר וכמו שכתב בע"הת בתחילות דבריו.

ומ"ש מעל' שמדברי התו' דף י"ד משמע להדיא פדבריו לא ביאור מעלתו כמה נסתייע מדברי התו' דהתו' מיירי בלא הפיר בה וקרא לי שטר הלואה מטעם דאמרינן בא"נ או אפי' בהפיר בה וס"ל פדעת בע"הת דאינו מעות פקדון אלא הלואה אבל אני אמרתי לדעת הרא"ש שכתב להדיא אם נגנבה או נאבדה ולא כתב אם נאנסו משמע להדיא דלא הנה רק שומר שקר א"כ אם הלא יטעון הרי לא נשתמשתי מי יוצא מידומיון מכ"ש מן הלקוחות וזה נראה ברור בעיני לדעת הרא"ש אבל באמת שמשמעו שאר הפוסקים פדברי בע"הת פדברי הרי"ף מתי דעמי' עדיין לא ראיתי.

אגב פאתי לכתוב מ"ש זה כמה שנים על דברי הרא"ש שכ' גם יראה שאם בא לתבוע פקדונו וכו' דכוננת הרא"ש הוא אם יתבע הלה הפקדון ואינו רוצה להחזיר הקרקע לבפלי' רק אמר תן לי פקדוני ואני אחזיר הקרקע לכשיבא הנגזל אז יוכל הגזלן לומר אני זכיתי במעות כ"ז שהקרקע תחת ידו אבל אם הלוקח צועק חלילה עוד מלעשות עבירה לאכול פירות שאינה שלי ורוצה להוציא הקרקע מתחת ידו באומר תן לי פקדונו והלואתו הא אין הלה יזקוק אותו לעשות עבירה לאכול פירות של קרקע גזולה יודיעני מכ"ת דעתו הנקיה בזה.

דרף אגב ראיתי פדברי בע"הת שגרס פדברי הרי"ף שהוציא בה הוצאות וכו' (עי"ש ודו"ק) וכמו שגירסא לפנינו משמע שגם הוא היה לו גירסת הר"ן והרא"ש וכמ"ש פבר דברי אהו' משה: סי' ט"ז מה שכתב מעל' דברי בע"הת שכ' הטעם דכמלנה בשטר דמיא במחילה לדעתי אין הפי' פן רק עיקר הדין כ' דכמלנה בשטר דמי דטורף ממשעבדי ולא מלנה ע"פ ולא הוא טעם פלל ומה שכ' מעל' שמה עשה בע"הת שאלה סוף השער אינו פן דזה דבר פשוט הוא בעיני בע"הת שהרי כ' תדע דהא אם חזר ולקחו כו' והשאלה לא הוי אלא על המעות אי הוי פשוט או לא ומה שכ' מעל' דראיתו מהתו' דף י"ד לא ביארתי היטב כמה נסתייע דהתו' מיירי בלא הפיר בה וכו' ע"ש עיל סי' ט"ו עד אבל אני אמרתי לדעת הרא"ש וכו' דעתי שמע' ישיב זה דאיירי בלא באמת דברי פנים דהנה הלואה דקי"ל אחריות ט"ס דאף לשמואל דס"ל דאחריו' לאו ט"ס הנה הלואה אם קבל אחריות א"כ לדין סתמא נמי לא הנה פקדון והתו' כתבו דהגמרא איירי בלא קבל אחריות בפ"א א"כ גם הרא"ש דכ' דהוי פקדון היינו ג"כ פשלא קיבל אחריות בפ"א אבל אם קבל אחריות או סתמא פשיטא דהוי הלואה ולא פקדון וכדמוכח מגמ' דב"ק גם מ"ש מע' שאם יטעון לא נשתמשתי מהני לדעתי לא מהני פינון דניחא לי להשתמש בהם וגרע משולחני כמ"ש בכתבו הראשון ועוד בר מן דין דלדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל דס"ל דגבי

אבידה מתחיל באונסי' אפי' לא נשתמש בהם משו' דמסתמא משתמש בה א"כ הכא יותר ברור שישתמש ופשוט' דחי' באונסים ומ"ש מע' בדברי הרא"ש אינו נראה דאדעת' דהכי קבל שלא יוציאנו מידו ונכה בו הגז' לענין זה ואם רוצה לקדש השם יקדש בשלו ולא יאכל כל הפירות פה דברי הטרווד יושע העשיל סי' י"ז מעשה בא לידי בצורף שקבל פספ' משני ב"א לעשות להם כלי' ובאו נכרי' ולקחו כל הפספ' באמרם שהוא נגד הקיומים שלהם שיהודי יעשה מלאכה זו ואחר השתדלות הוחזר הפספ' אף נחסרו פמה לניט והנה יש לעיין אם ההיזק לאמצע או לכל אחד לפי ערך הפספ' שלו או לבעל חלק המרובה לבדו כי נאמר כל דפריש מרובה פריש ואם נאמר דהוי פשוטפין או דההיזק נעשה במקו' קביעות וכל קבוע פמחצה וכו' ההפסד ג"כ לאמצע פנ"ל עוד יש מקום לומר דהנה פאלו האנס חייב להם והנה ג"כ ההפסד לאמצע פדין בעלי חובת פידוע והנה המעיין בבע"ה סי' ש"ד יראה מסקנתו דכל שלא הוברר חלקו של א' בתחילה או אפי' הוברר רק שנתערב לבס' ערוב גמור בלי קפידא אז ההפסד לפי החשבון ואין המוחזק יכול לומר שלף נפסד גם אין תולין ברוב אבל היכא דאי' קפידא קצת פמו גבי טלה אז אמרינו סברות אלו והנה בנ"ד איכא קפי' קצת דא"א שיהי' שנה דמסת' יש בא' סוגי' יותר ואם הי' בעין הנה נוטל כל א' שלו א"כ אם נאבד אמרינו דמרובה פריש ואם נגנב או נגזל מהקבוע חולקין בשנה ואם ספק גניבה או אבידה יכול בעל המרו' לומר לבעל המועט אייתי ראי' דנאבד אני אומר דנגנב ואף ע"ג דבתשובת מהרי"ל בסי' קצ"ח וקצ"ט מיייתי תשו' מהא"ז גבי אתרוגי' שנגזלו דאמרינו דהגוי לקח מן הרוב הא מהרי"ל תמה עליו וכ' דהספק נולד במקום קבוע וכמו שכתב מהר"ם בתשובה: סימן י"ח פסק דין באתי לברר שני שותפין שהטילו לפיס וא' מהן מתעסק במעות אם זה נקרא עסקא וצרי' לשלם שכר טרחה או לא ואם יש חלוק אם הטילו שניהם בשנה או א' יותר מחבירו והנה הרמב"ם פ"ז מהל' שלוחין כ' שפל שהאחד לבדו מתעסק אף שהממון משל שניהם הרי זה נקרא עסקא אף ששניהם הטילו בשנה מ"מ חלקו של בעל המעות הוי פלגא מלנה ופל' פקדון וצריף לתת לו שכר טרחה נמצא המתעס' נוטל ג' חלקי' ובעל המעות חלק א' והא ודאי אם מתרצה המתעסק לחלוק חלק בשנה הרשות בידו מאחר שהמעות של שניהם בשנה אין פאן הלואה רק שהלה עשה טובה לבעל המעות ונותן לו הריוח מחלק הפקדון שלו ולא אסרו חכמנו ז"ל אלא היכי שיש בו הלואה וכמבואר כ"ז בדברי בע"הת ובדברי הר"ן בתשובה ודברי הרמב"ם אמורים בסתם וכן שהוא משמעות דברי התו' בהיה עובדא דפ' א"נ דס"ט שכ' בפשיטות על הא דקאמר ר"א השתא שותפי אנו והלא גם עתה היתה חלקו של ר"א פלגא מלנה כו' פדעת הרמב"ם שכ' נותן סתם חלק של בעל המעות נקרא פלגא מלנה ופלגא פקדון ותירץ דמייירי שהי' טורח בחלקו של ר"א בחנם משמע להדיא כמ"ש ומ"מ דוקא פשאין למתעסק שום הנאה בדבר אבל אם בעל המעות נותן יותר פגון עד"מ זה נותן ר' וזה נותן ק' אם יחלקו הרנוח בשנה מק"ן של כל אחת נמצא הלנה בעל הר' לבעל הק"ן וא"כ טורח הוא בחלק הפקדון ובשבייל נו"ן שהלנה לו ומה לי הלואה (מרובה) או מועטה וכן משמעות לשון חכמי לונגיל שהביא בע"הת והר"ן בתשובה שכת' היכן מצינו הלואה דלית בי' הנאה דלנה פלל וכל דהנאה דמלנה ובעל הממון הא ודאי לאו הלואה היא הא קמן דכל היכי דאיכא קצת הלואה למתעסק אסור לטרוח בחלקו של פקדון אבל הסמ"ג דף קס"ז בשם שערי הרי"ף פתב

ג' שהטילו לפיס זה ק' וזה ר' וזה ש' אף אם נתעסק האחד בממון השכר או הפקת ביניהם בשונה לפי מנינם ולא לפי המעות נמצא בעל הק' לוקח השליש מן הת"ר והני ק' אצלו בהלואה ובשכר זה טורח לאחרים וזה אסור בלא נטילת שכר ובאמת דברים אלו תמוהים אם המתעסק שאין לו שום ממון אסור להתעסק בחלק חבירו משום דמחזי פריבית מה יועיל שנתן לו מחלקו קצת ג"כ סוף סוף נהנה הוא מחבירו ומה לי הלואה מרובה או מועטה והרמב"ם פ"ד כ' להדיא ונתעסקו כול' בממון דא' נתעסקו כול' א"כ בעל הפקדון טורח לעצמו בחלקו ואין בעל המרובה נהנה מן בעל המועט אדרבה לכא' נראה דבעל המועט נהנה ממנו רק שהלה יכול לטעון גם אני הייתי מרויח במועט שלי כמו אתה בחלק מרובה שלך כדאיתא בירושלמי אבל כשהאחד מתעסק וא"כ חבירו נהנה ממנו בעסק שלו ועושה לו הלואה וא"כ נדאי מחזי פריבית שבשכר הלואה הוא טורח בעבורו וכ"כ רבינו ירוחם נ' ל"ו שאף אם נעשה בקרו צריף ליתן לו לפחות שכר מועט ולדעתי משנה שלימה היא אין מושיבין תרנגולין למחצה וכדמפניך בפריביתא אשה שאמר' לחברתה תרנגולת שלי ובצים שלך דהנה ריבית ובנדאי שנה נתינת התרנגולת פרוטה וצריף ליתן לה שכר עמלה ע"כ נראה פשוט שכ"ע מודים לדברי הרמב"ם שכל שהאחד מתעסק אף אם הממון שניהם נוטל שכר טרחו מחלק בעל המעות והא שכ' בשערי הרי"ף אף אם הא' לבדו מתעסק היינו בנותן לו שכר טרחו דאין פאן אסור ריבית רק דלא התנו על החלוקה כיצד תהי' אם לפי המעות או לפי בני אדם ומאסור ריבית לא קמירי ובחנם כ' הב"י והרמ"א שיש פאן מחלוקת בין שערי הרי"ף והרמב"ם.

אחר כתבי זה ראיתי תשובת מהרלב"ח סי' ל"ט שהאריף בזה ולפ"ד גם דעתו שיש מחלוקת בין הרמב"ם ושערי הרי"ף ואם שהרגיש בזה וכ' ג"כ שיש לומר ששערי הרי"ף מירי שנתן לו שכר טרחו דאין פאן אסור ריבית אף שכ' שהוא דוחק מחמת שרש"י ז"ל ס"ל להיפך: סימן יט ע"ד העיפוש ב"א איה' להתנהג עם שכירות הבתים אם כבר נתן כל השכירות או מחצה או לא נתן כלום הנה ראיתי אשר נדפס פס"ד בס' המרדכי בשם חכם א' מהורר מנחם מטיקטין ובאשר לא ישרו דבריו בעיני אכתוב מה שירגני מן השמים ותחלה אכתוב מה שנמצא בדברי פוסקים בדין נפל ונשרף הבית והנה בתשובת מיימוני ב' תשובת דסתי אהדדי בסי' כ"ד פ"א בשם הרשב"א בעל התו' דמסתברא דבנפל ונשרף הבית צריף לשלם השוכר אף מה שלא דר בו דכל דמי שכירות הבית ברשותו ומחוייב ליתן כל השכר אף דלאחר נפילה ושריפה אע"ג דלכאורה דמי לספינה זו ויין סתם דאמרינן התם אם נתן אמאי לא יטול.

דיש לחלק דהתם יפה פח האומר סתם פנין שחבירו פ"א זה. ע"כ האומר סתם ידו על העליונה אבל בנשרף ונפל אמרינן מזל דהשוכר גרם וצריף לשלם הפל.

אבל בסי' מ"ז מביא תשובת מור"ם דמדמי לה ממש לספינה זו ויין סתם והי' מהראוי להחזיר אף השכר שפבר נטל רק דשאני הכא דאמר לי' אילו עד הכי בעית למיזר לא אגרא בעית למיטיב.

והנה למעשה הספימו רוב הפוסקים לדעת מור"ם דבנפל אינו משלם רק מה שדר בו וא"כ ה"ה בנשרף ואם הבית קיים והשוכר מת או נברח מחמת אונס הנה לדעת מור"ם דלעיל דקיי"ל פנותי' בנפל ונשרף דדמי לספינה זו ויין סתם הנה במת השוכר הוא

להיפך דדמי לספינה סתם ויין זה דהמשפיר שהוא כעין בעל הספינה אומר אנה הא קאימנא ונהיה מן הדין דצריף לשלם הפל ואף אם לא נתן יתן מיהו במקדכי מביא תשובת מור"ם דיש לחלק בין ספינה לנדון זה דהת' גבי ספינה גם בעל הספינה אבד ספינתו ע"כ יכול לומר אנה הא קאימנא אבל בבית שמת המוכר שאין בעל הבי' מפסיד רק בטול שכירתו ודמי לאנס שאירע לב"ה ופועל פסידא דפועל מאחר שאין הפועל מפסיד רק בטול הזמן ה"ה הכא פסידא דמשפיר וכן חלקו התו' פ' האומנין בשם ריב"ן ובתשובת הרשב"א כ' בשם הראב"ד סי' אלף כ"ח דהשוכר שמת מחויב לשלם כל השכירות לבע"ה דשכירות ליומין ממכר הוא ולפי טעם זה הי' הדין כן גם בנפל ונשרף הבית וכבר כתבנו דלא קי"ל הכי אלא די"ל דעיקר הטעם הוא דמדמי לי' לספינה סתם ויין זה ואינו מחלק החילוק של מור"ם.

ובב"י רצה להסכים דעת התו' פ' חזקת הבתים דנ"א עם דעת זה מדכתבו התו' דגדול פחו של שוכר דאפי' מת תוף הזמן המקום מושפך ליורשים ואין זה ענין לנ"ד דנדאי אם ירצו היורשים לשלם כל השכירות ירשו הזכות של אביהם אבל אם אין היורשים רוצים מזה לא איירי התו' פלל.

וכ' זה באנס שאירע להשוכר או להמשפיר לבד ומן הדין הי' ראוי לומר מזלו גרם כמו בשוכר שדה ואכלה חגב דאמרינו מזלו גרם רק דצריף לחלק דהתם הי' השכירות הן לרנוח הן להפסד וכשם שאם יתברך זרע השדה שהוא של השוכר כן אם אכלה חגב אבל אם מת השוכר ואינו דר בבית ה"ל פסידא דמשפיר לדעת מור"ם דמשפיר הנה כמו פועל המשפיר עצמו ומאחר שאין לשניהם היזק מכיסם א"צ לשלם רק מה שעשה אבל במפת מדינה דמשנה שלימה שנינו דמנפה לו מן חכורו אפי' קבל במעות ואם אירע מפת מדינה להמשפיר פגון שנסרפו כל בתי העיר כבר מבוא' בתשובת מיימוני סי' כ"ז דאפי' למאודס"ל דנשרף הבית הנה פסידא דשוכר וצריף לשלם אף מה שלא דר בה במפת מדינה מודה אם נשרף כל בתי העיר ומכ"ש לדעת מור"ם דאפי' בנשרף ונפל גרידא דהנה פסידא דמשפיר ואצ"ל במפת מדינה דא"צ לשלם רק מה שדר בו אבל במפת מדינה של השוכר פגון אם ברח מחמת עיפוש ב"מ פשוט לדעת מור"ם דס"ל במת השוכר הוא פסידא דמשפיר מכ"ש במפת מדינה דא"צ לשלם רק מה שדר בו אלא אפי' לדעת הראב"ד שהביא הרשב"א בתשובה דבמת השוכר פסידא דשוכר דשכירות ליומין ממכר הוא מודה הוא דבמפת מדינה דליכא למיתלי במזל השוכר דהא גם המשפיר ברח מן העיר ואם רוב העיר ברחו הנה מפת מדינה וא"צ לשלם רק מה שדר בו ואם לא ברחו רוב העיר רק בית א' נתעפש זה תלוי במחלוקת הנ"ל במת השוכר וכמו שהכריע מהרמ"א דהפל תלוי במי שמחזק.

ולדעת מוהר"מ פ"א ח"ה איש הירא ורף הלבב שברא מאימת העיפוש לדידן' הנה כמו אונס ותלוי בפלוג' הנ"ל אכן יש לדקדק אם אחר שעבר זמן העיפוש שהשוכר הדר לביתו ורוצה לנפות לו משו' זמן העיפוש ולדור מכאן ולהבא והמשפיר א"ל אם תשלם במילואו הרי טוב ואם לאו אזי בטל השכירות ואני חוזר מן השכירות ומשפיר לאיש אחר בזה צ"ע הדין עם מי.

והנה דברי מהר"מ פאדוזה מלא ממום הנולד להבא אין השוכר יכול לנפות בע"כ של משפיר כי יאמר לו המשפיר אם רע בעיניך השכירות הנח ודבר זה שייך בנ"ד דמהר"ם פאדוזה שהתנות עדיין הוי ראוי להלואה רק שנתקלקלה קצת אבל אם נתקלקלה הדבר לגמרי כגון אם נשרפה כל העיר (לא).

כללו של דבר אין לחלק בין הניכוי לתורה פי התורה היא הניכוי כי מיום שנשרף הבתים ופסק מללמוד הנערים השכירות בטל. ודברי הפס"ד מפאן עד סוף הדיבור בלואים לכן לא העתקתי: סימן כ דין בא לפני בא' שהלנה לחבירו עשרה זהובי על שני משפנות כל א' שנה יו"ד זהובי והנה יש להסתפק לדעת ר"י ורא"ש דקי"ל פנותי דהלכה פרבה ואפ"ה כנגד דמי החוב הוי פאלו פירש שמקבלו בתורת פירעון אם הפנונה שכל המשפון דווקא מקבל בפירעון לענגן זה שלא יתבע את הלנה אם יאבד פולו אף כ"ז שיש בידו משפון שנה כנגד חובו אף שנאבד ג"כ פדי חובו ואמר מה שנאבד אני ש"ח מה שנשאר אני מקבלו בפירעון או נימא מה שנאבד צריף לקבל בפירעון אף שנשאר בידו הרבה דהא אפי' קתא דמגלא צריף לקבל בת"ק כפו"ה ה"ה בסתם צריף לקבל מה ששנה האבד' או נימא חלוקה ג' דאם נאבד חצי המשפון אבד חצי החוב דכף היתה ההלואה על הא' ה' וזו ועל הב' ה' זו א"כ יפסיד ה' זו שנאבד חצי המשפון.

והנה דעתי מקור מוציא דין זה צריף לדקדק בדברי התו' והרא"ש ומתוף לשונם נעמד על פנותי והנה מדקדוק לשון הרא"ש דפ' שבועות הדיינים וגם מלשון הרמזים שם שכ' דעל המשפון שפנגד החוב הוי ש"ש מדקרי לי' ש"ש ש"מ שדין ש"ש יש לו ומה שנאבד חייב לשלם וכף הוא ריהטא דפשט המשנה הלנהו על המשפון הנה ש"ש ואע"ג דעכ"פ אין המשנה שנוי' בדקדוק דהא מה ששנה יותר א"צ לשלם מביתו צ"ל דמשנה מייירי במשפון ששנה פדי החוב או פחות ובדפירש כמו"ש התו' א"כ אם שנה המשפון כנגד החוב אין צורך לדברי שמואל ש"מ שדין ש"ש יש לו אע"פ שנאבד חצי המשפון והמלנה רוצה להחזיק חצי המשפון עד שישלם לו כל החוב אז עכ"פ צריף לקבל בפירעון מה שנאבד וכן משמע מדברי התו' ד"ה אבל קתא ונסכא שכ' ז"ל נאי אבד קתא לא אבד פלגא אלא מה ששנה וכו' וקשה אחר שהתו' פסקו פרבה למה לא יהי' ש"ח על הקתא ואפי' מה דשנה לא ישלם ואע"פ שיש לדחות שהמשפון אינו שנה פדי החוב וא"כ המלנה תובע את הלנה וע"כ צריף לקבל הקתא בפירעון דמי לא עסקינן נמי דהנסכא שנה יותר מכדי החוב או שהוא של עפו"ם והלנה מוכרח לפדותו וא"כ יאמר המלנה אקתא שנאבדה אני ש"ח והנסכא אני מחזיק עד שישלם לי חובי אלא ודאי פשוט לבעל התו' אפי' תה' הנסכא שנה אלה כפולות מ"מ פדי שווי הקתא הוי ש"ש כפשט המשנ' וכמ"ש.

ובר מן דין הלא כלל מסור בידינו להשוות דעת הפוסקים ולמעט המחלוקת בכל מה דאפשר ומאחר דדע' הגאונים דכל מה שנאבד הוי ש"ש ולא מצינו מחלוקת מפורש ביניהם רק במה ששנה המשפון יותר על החוב ואנן ניקום ונחלוק את השווי ולעשות ביניהם מחלוקת חדשה אם נאבד חצי המשפון לדברי הגאונים הוי ש"ש ולדברי ר"י לא יהי' ש"ש כלל או רק על החצי ואיך השמיט הטור חלוק זה ביניהם והמדקדק בלשון הרא"ש פ' האומנין שכתב לדברי ר"י וכו' ומ"מ מלנה על המשפון הוי ש"ש משמע מלשוננו שאף שר"י פוסק פרבה מ"מ לדניא ס"ל פדעת הגאונים וכסת' מתניתין דהנה

ש"ש ואין חילוק ביניהם באבידת המשפון שצריכה לקבל בפירעון וכן יש לדק' מהרמ"א שכ' וי"א דמלן' על המשפון הני ש"ח וכו' שאין המלנה נותן ללנה היתרונן ואם איתא שאף שגאבד מן המשפון כדי חובו אינו מפסיד חובו אם נשאר בידו או אינו מפסיד רק לפי ערך הו"ל לאשמענו שהלנה צריכה לשלם להמלן' כולו או מקצתו וממילא הנה ידענו שאם גאבד כל המש' דפשיטא דאין המלנה משלם מביתו.

ועוד דהא הכרעת מהרמ"א פדברי ר"י הוא ע"פ המר' שכ' דמספיק' לא מפקינו ממונ' ונה שנייה שאינו צריכה לשל' מביתו אף להתפס גוף המש' שאין לו רק שעבוד היאך יתפוס מספיקא בממון חבירו וכבר פ' מהר"י קולן בתשובה סי' צ"ד דלא יוכל התופס לומר קי"ל פהאי פוסק אלא בנדונת חתנים ואף שהמחבר חולק ע"ז מ"מ מהרמ"א לא הכריע ביניהם וגם מסתמ' קי"ל פמהר"י קולן שהי' בתר' נראה דברי המרדכי ופי' דלא פונותי ובפרט שידוע שמהר"י קולן רוב דבריו בנויים על דברי המרדכי אע"ג דמהרי"ק לא החליט הדין רק כ' אפשר דס"ל וכו' מ"מ נראה שדעתו פה הוא.

ועוד דהא כתב הרשב"א בתשובה הביאה מהרמ"א בהג"ה סעיף י"ד דאם המלנה אינו יודע כמה נפרע צריכה להחזיר המשפון דהנה כאלו הוא תובע אע"ג דהתם איניי שהלנה טוען ברי מ"מ נראה דה"ה אם הלנה טוען שפא ג"כ דינא הכי לפי הטעם שכ' דהמלנה הוא המוציא ודמי לא' שתבע לחבירו והשיב ידעתי שחייב הייתי אף איני יודע אם פרעתי והשיב התובע גם אני א"י אם פרעת דנראה דפטור הלנה דאל"ה הו"ל למנקט רבותא דא"י אם פרעתי חייב אפי' בתובע אומר שפא ומסופק בפירעון.

ועוד נראה להוכיח דפטור הלנה בשניהם מסופקים בפירעון דאל"כ לא מקשה גמ' מידי בב"ק דף קי"א ה"ד אילמא דלא קתבע לי' ומוקי לה בבא לצא' ידי שמים ולא מוקי בפשיטות דכמו שהלנה מסופק גם המלנה מסופק ולהכי ברישא חייב ובסיפא פטור אלא ודאי כששניהם מסופקים פטור בדיני אדם אע"ג דגבי שטר בסי' פ"ב פסק הטור דאם שניהם מסופקים בפירעון גובה שטרו שפיר יש לחלק בין שטר למשפון ואין להאריך באשר ידעתי שיש לדחות ולחלק בין ספיקא דדינא לספיקא דפוסקים ואפי' מהרי"ק יודה פאן דתפס בהיתר קודם שנוולד הספק ולא כתבתי כ"ז רק לרונחא דמילתא כי האמת יורה דרכו דמהרמ"א לא פסק רק מה שהלנה א"צ לשלם מביתו ולא שיתפוס במשפון וכן נראה מדברי המרדכי שכ' ומשפנו שלא בשעת הלנאה נמי לא הוי ש"ש אלא בכדי מעותיו מדכ' נמי ש"מ שדין א' יש להם וכן סיים בסוף דבריו ובמשפון שלא בשעת הלנאה יהיב טעמא דיכול לקדש בו האשה וא"כ אף אי גאבד חצי משפון הוי ש"ש על כל מה שגאבד ועוד נראה לדחות סברא זו דלא נימא על משפון א' הלנה ה"ז על השני הלנה ה' זוז מאחר דקי"ל דאם הלנה רוצה לפדות חצי המשפון וליתן לו חצי המעות אינו יכול ולא עוד אלא אפי' פי' אוכל משני המשפנו' וכמ"ש הרמב"ן א"כ למה ילקה מדה"ד דיאסז המלנה החבל בב' ראשין אם גאבד המשפון אסז יאמר לא הלוייתי על משפון זה רק לפי ערך ולא אפסיד מחובי כל שווי המשפון ואם רצה הלנה לפדות וליתן לו כפי ערך יאמר על כל משפון בפ"ע הלוייתי כל המעות ע"כ נראה ברור ופשוט להלכה ולמעשה דאף לר"י מה שגאבד צריכה לקבל בפירעון וצריכה להחזיר הנשאר ללנה ובאשר שמעתי דיני ק"ק בריסק לא פסקו פן רק פסקו לפי ערך שווי המשפון הנגאבד גם שווי

הנשאר כף ינפה ד"מ כגון אם הלנה ד' זהובי' על ב' משפנות א' שנה שלשים זהובי' וא' שנה עשרה זהובי' ונאבד המשפון ששנה עשרה זהובי' אינו מנפה לו מן המשפון רק א' זהב כי היתה ההלנה על ערף זה על עשרה זהובי' במשפון הלנה א' זהב ואני הנלע"ד מטעמי הנ"ל פתבתי והאמת יורה דרכו גאום משה: סימן כ"א השנה ממורה אחד ז"ל מקום מנוחתו בק"ק טיקטין יע"א: הנה באתי במגילת ספר פתוב לכ"ת להתנופח עמו ולהשיב על כל דבר על אופני' ומכ"ת יע"ין בעיון מ"ש מכ"ת כי נסתפק במשפון שנה יותר על החוב ונאבד קצת מן המשפון ומקצת נשאר בידי המלנה וספיקא דמכ"ת ב"ג חלוקים אם פוננתו של ר"י דסבר המלנה על המשפון ש"ח אפ"ה נגד דמי הרוב הוי כאלו א' בפ"י שקבלו בפרעון ז"ל ר"י ז"ל ונסתפק מכ"ת אם הפוננה כל המשפון מקבל ואם נאבד מקצתו נאבד מקצת החוב או אפשר דנאבד כל החוב כי כנגד דמי החוב הוי ש"ש על כל המשפון וזהו שנאבד ינפה לו מחובו שאף שלא שעבוד עצמו לשלם מביתו לעומת זה קבל עליו שמירתו של כל המשפון כש"ש להפסיד לו מחובו או שפא דדעת ר"י ורא"ש שלנה שיעבד עצמו שאם יאבד כל המשפון לא יתבע חובו והו' כש"ש אף אם יאבד מקצתו הנשאר יחזיק נגד חובו וזו תורף ספיקות מכ"ת: והנני אומר פ"ן דר"י אית לי דשמואל דאמר אבד קתא אבד אלפא זוזי וכגירסת ר"ת ור"א דאפכי שנוי דגמ' פ"ק שבועות הדייני' מה דמתרץ שם מתניתין בדפ"י ושמואל בדלא פירש והם גרס שנוי דגמ' דשמואל בדפ"י ומתניתין בדלא פ"י כמ"ש התו' שם וכמ"ש הטור פ"א והסברא פתבו שם התו' דאין סברא להפסיד למלנה כל חובו בלא פ"י וכנגד החוב אף בלא פ"י הוי כפ"י שקבלו בפרעון והנה מדשמואל נשמע לר"י כשהמשפון שנה יותר מהחוב דסבר ר"י כשנאבד פולו דהוי ש"ש כנגד חובו משום דהנה פאלו פ"י שקבלו בתורת פרעון ואעפ"כ על היתר הוי ש"ח ומדעתו דהכי קבל כל המשפון וא"כ כשנאבד מקצתו ושנה המשפון יתר על החוב אין סברא שיפסיד המלנה כי יאמר המלנה אני קבלתי על המשפון בפרעון שני כחלק המגיע לחובי וא"כ המשפון קנוי' לי להלנואתי דאי לא הנה טעם זה פאלו פרשתי שקבלתי המשפון בתורת פרעון והמשפון קנוי' לי להלנואתי לא הייתי מפסיד כלו' מחובי אפי' כשנאבד כל המשפון והי' צריך הלנה לשל' לי מביתו כל חובי דהא לא פרשתי ולא הייתי ש"ש אפי' מה שפנגד חובו אף משום דאנן סהדי אף כשלא פ"י הוי פאלו פ"י ובאחריותו עומד המשפון מה שפנגד חובו.

והשתא נמי כשנאבד מקצת המשפון יאמר המלנה זה שנשאר קנוי' לו בהלנואתי פי כף קבלתי בתורת פרעון ואני מוחזק וע"כ אחריות שלי עליו. ועל דידך שהוא היתרון אני ש"ח דידך ופטור אני מגניבה ואבידה כד"ן ש"ח מה א"ל שוב למימר הא אין בריה ולא גרשם על המשפון איזה דידי ואיזה דידך על זה וכיוצא בו כ' מהרמ"א בהג"ה דמספיק' לא מפקין ממונא מיד המוחזק דהמלנה הוי מוחזק דמאחר דמה שפנגד החוב קנוי' לו בהלנואתו וכאלו פ"י שקבלו בתורת פרעון דאל"כ לקתה מדה"ד דכשנאבד, והוא כנגד חובו מפסיד המלנה כל החוב מהאי טעמא דאנן סהדי שקבלו בתורת פרעון והמשפון קנוי' לו וע"כ מפסיד המלנה כל החוב וכשנאבד המקצת ונשאר המקצת בידי המלנה לא יהי' נחשב פאלו קבלו בתורת פרעון ולא יהי' המשפון קנוי' לו ולא יהי' נקרא מוחזק לכו נ"ל דהדין עם המלנה ויחזיק הנשאר בידו כנגד חובו זו מ"ש מכת"ר ועל דברי אלה השיב לי כת"ר בזה"ל מעל' פ"ן דעתו להרב הגדול מהר"י בן לב ז"ל ואני לא ראיתי

ספריו וכ' כת"ר שגם הוא פתב בספרו שהדין עם המלנה להיות הוא המוןחזק ומה שנשאר יחזיק המלנה נגד חובו אף א' כת' אבל הוא לא כ' שום טעם לדבריו ולא שום ראי' והוכחה ע"כ אין דבריו ברורים בעיני מכ"ת ואין לסמוך עליו ועל טעם והוכחה שלי כ' מעל' לדחות דברי ועל מוכ"ת שכ' בהוכחה שלו שהמלנה הוא מוןחזק כו' קשה דאדרבה אם הוא ספק פאשר כ' מעל' הדין עם המלנה דהא פן כ' בש"ע בהג"ה סעיף י"ד דבכל ספק הנה הלנה מוןחזק והמלנה המוציא כמ"ש בתשובת הרשב"א פי המשכון תמיד בחזקת הלנה ואין למלנה עליו אלא שעבוד ותוכן דברי מכ"ת דאדרבה משם מוכח דהדין עם הלנה להיות הוא מוןחזק והמלנה מחוייב להחזיר המשכון הנשאר כשאבד מקצת להלנה כששנה הנאבד דמי חובו והמלנה אינו יכול לתפסו והאריף מכ"ת בהוכחות עד שנראים לו דבריו להלכה למעשה דהדין עם הלנה להחזיר לו הנשאר ולא פדעת הרב פן לב ולא פדעתי אשר פוננתי לדעתו והנה פפי פרושות השמים בשבח והודי' אשר פוננתי לדבריו ומעי המו עלי ולבי לא רצה להטות מן הדבר אשר דרכתי בו במושפל ראשון להיות הדין עם המלנה אמרתי הרב פן לב לא הי' מרים ראשו לכתוב נגד כל הפוסקים שהיו לפניו בלי ראי' והוכחה ואם הוכחתי בעיני מכ"ת דחוני' ובעיני הם ראוי' ונכוני' והנני אומר על מה שסמך מכ"ת על הרשב"א בדיני' שהביא בש"ע סעיף י"ד וסעיף כ"ז שאין למלנה על המשכון רק שעבוד אומר אני דהיינו דוקא מ"ש בסעיף ההוא שהמלנה טוען ספק דלא ידע כמה נפרע או הלנה וכן אם לא ידע כמה הלנה לו בזה נדאי דעת הרשב"א וכל הפוסקים עמו דאין למלנה רק שעבוד על המשכון דהא עכ"פ אין המשכון חלוט לו אלא שאם בא לו לפדותו מחוייב ליתן לו לפדות וא"כ כשהלנה בא לפדו' נדאי מחוייב המלנה לידע כמה הלנה לו או כמה נפרע לו על המשכון ולכן בכל זה אינו יכול להחזיק במשכון ואין לו עליו אלא שעבוד ונקרא המלנה המוציא ואין לו להחזיק במקומו חבירו אבל בנ"ד שהמלנה והלנה אינם חלוקי' בעיקר הלנאה או בפרעון רק על המקצת שנאבד והמשכון כפר קנוי לו להלנואתו כאלו פי' שקבלו מה שפנגד החוב בתורת פרעון בנ"ד הוי המלנה מוןחזק ואפי' לדברי הרשב"א ואדרבה מדברי הרשב"א יש לדקדק פמותי שהוא בעצמו כ' בסי' תתקצ"ח וז"ל ונשאל עוד המלנה את חבירו על המשכון מלנה אומר סלע הלוייתיה ולנה אומר לא כי אלא דינר הלוייתני בטענת פרי וסוף דבר והכי אסיקנא דמלנה נשבע ונוטל דלפי שהמשכון קנוי לו להלנואתו עכ"ל.

ומלישנא דקאמר שהמשכון קנוי' לו להלנואתו נשמע דמה שפנגד החוב קנוי' לו וזהו להלנואתו וקנוי' לו להיו' הוא המוןחזק כשטוען פרי פה הלוייתיה וא"כ המלנה קרוי מוןחזק ומה שעכשיו נאבד המקצת ואמר המלנה מה שפדי קנוי' לי להלנואתי וקבלתי בפרעון חובי ומה שנאבד דינר הוא דהיינו היתרון ואני ש"ח עליו ואני מחזיק במה שקנוי' לי ולפ"ז פתבתי מדשמואל נשמע לר"י דהדין עם המלנה ויחזיק במה שפידו ואפשר הוא סברת פן לב ולכן לא כ' שום הוכחה פי נשמע מני' ובי'.

ומ"ש מכ"ת דהוא הכרעת מהרמ"א בש"ע בהג"ה ע"פ המרדכי שכ' דמספיק' לא מפקינן ממונא וזה שייך שאין המלנה צריף לשלם מביתו אף להחזיק בגוף המשכון ואין לו עליו אלא שעבוד איה יתפוס במקומו חבירו וכ"כ מהרי"ק בתשובה דלא יוכל לתפוס ולומר קים לי וכו' הנה מכ"ת עצמו כ' שמהרי"ק אינו חולק על המרדכי להדיא אלא משמעות לשון ובשביל שהרמ"א לא הכריע הכריע מעל' לפי סברתו ואני אומר שהרמ"א ו"ל

הכריע פֿדברֿי מהרי"ק חֿדא בסי' קע"ה סעי' מ"ה כ' בהג"ה וז"ל וכן בַּמקום שֶהפוסקים חולקים אין מוציאין מיד הלוקח הואיל והוא מוֹחֶזֶק הרי הכריע דוֹנָקא בַּמוֹחֶזֶק אין מוציאין ויכול לומר קים לי אַבֿל אם תפס ולא הוי מוֹחֶזֶק מוציאין מידו דאינו יכול לומר קים לי פֿהאי פוסק הרי הכריע להֿדָא פֿדברֿי מהרי"ק דוֹנָקא הַמוֹחֶזֶק יכול לטעון קים לי ולא התופס ואעפ"כ אין למכ"ת רֶאִיָה ממהרי"ק פי אף אם נתבטל דעת הַמְרָדְכִי נגד מהרי"ק דמהרי"ק בַּתְרָא הֵנָּה צ"ל דמהרי"ק לא קאמר אַלָּא בַּתּוֹפֶס תְּפִיסָה מַמְקוֹם שְׁלֵא הִי מַקְדָּם מע"ז וע"ע דַּרְךְ מְשַׁל שְׁאָם הֵיָה הַלְוָה תּוֹפֶס מְמוֹן הַמְלִנָּה מַמְקוֹם אַחַר וְאָמַר קים לי פֿהגֶאונִים דַּמְלִנָּה עַל הַמְשַׁכּוֹן הֵנָּה ש"ש אף על הִיתְרוֹן וְדִלָּא כהר"י וּבְנֻדָּאֵי בְּזָה וּבְכִינְיָא אין יכול לטעון קי"ל אַבֿל הַמְלִנָּה קוֹדֶם שְׁנֶאֱבַד הִי הַמְשַׁכּוֹן קְנוִי לוֹ בַּתְּחִילָה הַהַלְוָאָה נֶגֶד הַחֹב שְׁלוֹ וְעַתָּה לֹא יֵצֵא מִיְדוֹ וְהוּי פְּאֵלוּ פִי' שְׁקַבְלוּ בַּתּוֹר' פֿרַעוֹן הַשְּׂתֵא הוּי הַלְוָה הַמוֹצִיא וְסָבַר מַהרִי"ק בְּשִׁבִיל שֶהוּא מוֹחֶזֶק אין מוציאין מידו בַּמְקוֹם שֶהפוסקים חלוקים.

לכן נ"ל דאינו יכול להוציא מן המלנה השאר שאומר מה שפנידי קבלתי בפֿרַעוֹן וְדִידָךְ נֶאֱבַד פֿנ"ל אף למהרי"ק. ובזה מִיְנֻשָׁב ג"כ מה שֶהפֿלִיג מכ"ת וז"ל ובר מן דין פֿלֵל מְסוּר בְּיַדְנוּ לְהַשְׁוֹת הַפּוֹסְקִים לַמַּעַט הַמְחַלְקֶת כֹּל מַה דְאֶפְשָׁר וְכו' גַם זֶה אֵינוֹ הוֹכֵחָה דְמֵאֵי מַחְלֻקֶת חֶדְשָׁה הִיא זֶה דְבָר מִמִּילָא נִמְשָׁךְ לְפִי דְבָרֵי ר"י וְלֹא אָנוּ בָּאִים לְחַלּוֹק רַק ר"י קָם בְּשִׁיטַת' דפ' זְכוּת לַמְלִנָּה לְהִיּוֹת עַל הִיתְרוֹן ש"ח וְמַה שְׁנֶאֱבַד הַמְשַׁכּוֹן אָנוּ סִהַדִי פְּאֵלוּ פִי' שְׁמַקְבְּלוּ בַּפֿרַעוֹן וְע"כ הוּא עָלְיוּ ש"ש וְגַם הִי עָלְיוּ ש"ש עֲדִינִן אִם נֶאֱבַד פְּלוֹ שְׁאִין הַלְוָה מְחֻיָּב לְשַׁלֵּם לוֹ חוֹבוֹ אִף כִּינֵן שְׁנֶאֱבַד הַמְקַצֵּת אֹמֵר הַמְלִנָּה הַמְשַׁכּוֹן קְנוִי' לִי נֶגֶד חוֹבִי וְקַבְלִתִּי בַּפֿרַעוֹן וְהִיתְרוֹן אֲנִי עָלְיוּ ש"ח אִם יֹאמֵר הַלְוָה אֵין בְּרִירָה יֹאמֵר הַמְלִנָּה אֲנִי מוֹחֶזֶק וְהַלְוָה הַמוֹצִיא וְאֵין מוציאין מְמוֹן מְסַפֵּק.

ומ"ש כ"ת וכן יל"ד מלשון מהרמ"א שכ' בהג"ה וי"א דהמלנה על המשכונ הוי ש"ח שאין המלנה נותן לנה היתרון ואם א"י שאף אם נאבד מן המשכונ פדי חובו אינו מפסיד חובו אם נשאר בידו ויכול להחזיק הנשאר וכו' דאל"כ עדיפא ה"ל לאשמעינן וכו'.

הנני אומר דאין זה קו' על הרמ"א לאשמעינן רבותא דהרמ"א לא בא אלא לגלות מה שהסתיר והשמיט בעל המחבר ב"י בש"ע פי בש"ע לא הזכיר פלל הי"א שהם דברי ר"י ולא כתב להלכה אלא מ"ש הגאונים ואין שייך לומר שישמיע לנו רבותא פי הוא בא לגלות דברי ר"י פהווייתן ואדרבה הלכה פמותי דהא אין בין הגאונים לדברי ר"י מחלוקת רק לענין היתרון שלדברי ר"י הוי המלנה עליו ש"ח ולהגאונים ש"ש וא"כ הוצרך לגלות דברי ר"י עצמו שמביא הטור והמחבר השמיט ומנ"ל להזכיר ענין אחר דהפל ממיילא נמשך פנ"ל: והנה מכ"ת כתב ז"ל וילדעת מקור דין זה צריכין אנו לעמוד וילדקדק בדברי התו' והרא"ש ומתוך לשונם נבוא אל פנונתם והנה מדקדוק לשון הרא"ש כ' מדקרי לי ש"ש ש"מ שדין ש"ש יש לו וכו' לא ידעתי איך בנה מכ"ת יסודו על משמעות הלשון הא אליבא דכ"ע בין להגאונים בין לר"י בזה הם שוים שאם נאנס המשכן שנאבד באונס ע"י לסטים מזנין או פיוצא אף שנאבד המשכונ מחוייב לשלם למלנה פל חובו כמ"ש הטור ובעל הש"ע להדא וא"כ מוכרחים לומר לשון ש"ש שאין חייב אלא בגניבה ואבידה לאפוקי שאין לו דין שואל להתחייב באונסין דאלו אמר שחייב

בשביל שקבל המשכון בתורת פרעון הייתי אומר שגם באונסין חייב וכן נמי אמרינו פ' אלו מצאו לגבי פלוגתא דרבה ור"י לענין שומר אבידה דלרבה דאמר שומר אבידה הוי ש"ח בהנאת שמושו שהתירו לו לשמש בדמי אבידה נעשה ש"ש ולר' יוסף דאמר דש"ש בהנאת אבידה נעשה שואל וחייב באונסין לכן תפסו לשון ש"ש לאפוקי דלא תחייב באונסין.

ומ"ש מוכ"ת דעיקר יסודו ובנינו על התו' דפ' שבועות הדיינין בד"ה אבל קתא דמגלא ונסכא לא וכו' ונ"ל התו' נאי אבד קתא לא אבד פלגא אלא מה דשנה והקשה מכ"ת מאחר דהם פסקו כרבה למה לא יהי ש"ח על הקתא ואפי' מה דשנה לא ישלם אלא נדאי פשוט לבעלי התו' אף אם הי' שנה הנסכא אלא פפולות מ"מ פדי שיווי המשכון הוא ש"ש עכ"ל מכ"ת והנה אהובי לא ידעתי מה ראה מעל' לבנות יסודו על קו' זו אשר במןשכל הקל יפול כמ"ש מע"ת בעצמו דמייירי שאין הנסכא שנה פדי כל החוב ולכן צריף לשלם הקתא ולקבל בשווי' הא אם הי' הנסכא שנה פדי כל החוב באמת פטור מלשלם הקתא ד יכול לומר ש"ח אני על הקתא שהוא היתרון על החוב.

ומכ"ת דחה תי' זה וכתב מי לא עסקינו נמי דהמשכון שנה יותר מפדי החוב כ"ז מסברא דיליה רצה מכ"ת להחזיק קו' בלי הוכחה איזה היפר יש לכ"ת לדחי' זו אדרבה נראה בעיני דמוכח מתוך הסוגיא דמייירי שאין הנסכא שנה פדי כל החוב דהא התו' לא פנינו לשנות הסוגיא רק לפרש דברי ר"נ האומר אבל קתא ונסכא לא דלא פרש"י וכתב אמאי דקאמר ר"נ אבל קתא ונסכא לא ה"ק שלא אבד כל חד וחד לפי שווי' דאם הנסכא שנה עשר קתא אבד נסכא אבד עשר חלקים אבד קתא אבד חלק א' ור"נ קם בשיטתו דשמואל דהא על מירא דשמואל קאי דאמר אבל ב' קתא לא ושמואל איירי בלא שנה דהא זה עיקר מילתא דשמואל דאמר אבד קתא אבד אלפא זוזי וא' ע"ז אבל שני קתות לא וקאמר ר"נ עליו אפי' שני קתות אבל קתא ונסכא לא וכפ' התו' ולמה ידחה מוכ"ת עצמו דנסכא שנה פדי כל החוב ולעולם אם הנה הקתא שנה פדי כל החוב באמת פטור מהנסכא שנהאבד דיאמר המלנה ש"ח אני על היתרון ולכן נ"ל שהדין עם המלן' שיכול להחזיק הנשאר בידו אם המשכון שנה יותר ונאבד המקצת והנה אהו' ידוע כל מחלוקת שהיא לש"ש כמחלוקת הלל ושמאי כו' וצריכין אנו לברר הדין פי הלכה היא ואין להקב"ה אלא ד' אמות כו': והשתא לפנינו ג' חלוקות מכ"ת הכריע דהדין עם הלנה ואני בעניי נ"ל דהדין עם המלנה.

ודייגי ק"ק בריסק הכריעו הכרעה שלישית לפי ערוך וכנ"ל בשמם ומה (נמחק בכאן נכון בעיני דמעל' אין זה כ"א פשר דבר ומדינא יהי הדין או עם הלנה או עם המלנה וצריכין אנו לברר וע"ז נאמר דרכי' דרכי' נועם ונתיבותיה שלום דברי אהו' דוד נתן הרובץ בין המשפתיים.

וכותב בעצלותים: ומה שכ' מכ"ת דא"כ לקתה מדה"ד דהא אם רוצה הלנה לפדות תצי המשכון אינו יכול וכו' י"ל דאין זה לקתה מדה"ד שאם בא הלנה לפדות תצי שפיר יאמר המלנה דלכן הלנותי לה על המשכון ששנה יותר מחובי שאהי' בטוח ביותר ותמרה לפדותו ואם נאבד מקצת המשכון י"ל דעכ"פ דאינו חייב לר"י אלא מה שפנגד חובו ולא יותר לפי שמה שפנגד חובו קנוי לו פאלו אומר בפ' קבלתי אל הפרעון ולא היתרון

דאל"כ יקשה בלא זאת על דברי ר"י דקי"ל פְּנוּתֵי דְפִטוּר על היתרון והנה ש"ח יאמר המלנה יאחו ג"כ המלנה החבל בתרי ראשים שאם הי' שני משפונות ושונים כ"א יותר על החוב ואם בא הלנה לפדות א' שהוא היתרון אין צריף המלנה ליתן לפדות וכשנאבד יהי' פטור על היתרון אלא אין זה לקוי מדה"ד דלכל צד יש טענה בפ"ע אדרבא היכי דילקה מדה"ד מצד אחר פאשר פתבתי לעיל דאם יחייב המלנה להחזיר המקצת יאחו הלנה החבל בשני ראשון דיאמר המלנה פשנאבד המשכון מפלו הפסדתי חובי לפי דאנו סהדי שקבלת בתורת פרעון.

(בכאן נמחק איזו תיבות) והמשכון קנוי' לו להיות באחריותי והשתא דאבדמקצתו לא יהי' קנוי לי להיות מוחזק במה שנשארו בידי ושליו' תננינא: סי' כ"ב תשובה דרף פלל. תמה אני איך מעל' לא יישב הראיות שהבאתי מתו' והחילוק שחולק מעל' בין ספק פירעון או הלנאה פן הוא אלא הי' מכ"ת מביא ראי' לדבריו וכ"ז דאין לנו ראי' למה נחזיק את המלנה במשכון של א' חנם ונאמר דמסתמא פן הי' פבר פתבתי שלא בדעתו תלי' דג"כ יש סברא להיפף מסתמא דעת הלנה הי' שלא לשלם לו כ"ז שאינו מחזיר לו בשלימות ודי בזה: סימן כ"ג שואב מי ששון.

פנהר פרת ופישון. קנקו חדש מלא ישן.

עולה מן המדבר פתמרות עשן. על פתחי פל מגדים חדש עם ישן.

מאיר פאבני חושן. משויח בשמן שמן ודשן נ"י פ"ה ע"ה פמגדל השון.

פבוד מהורר משה, יצ'. לאיש אשר לו פכה.

מהשם ישא ברכה השקט מנוחה: זכיתי לראות פיתוחי חותם דמר נ"י אשר פתב לאחי היניק וחסים בדיו אין מקבלין עדות בפני קטן ואמרתי להשיב מפני הפבוד. בטור סי' כ"ח כ' וקטן אפי' בפניו פשלא בפניו דמי וכו' גלמוד מעובדא דבי חמו' דר' ירמל' פ' הגוזל בתרא ריש הפ' והנה ב"י וב"ח פראו דברי התו' בנה שלא פדעת ריב"א פמבואר שם ומכ"ת תמה עליהם על זה והשנוה דעת התו' לדעת ריב"א פאשר באמת משמע פף מדברי התו' לכל מעיניו וכן פי' הרב מהרי"ך בסמ"ע סק"י סעיף י"ג.

אמנם קצת יש לתמוה על מהרי"ך שכ' שם ונ"ל והוכיחו שם התו' דהא דמניחים אותו ביז הקטון כו' היינו דווקא בדאיפא פרתמי וכו' ע"ש דמשמע מדבריו דהתו' הוכיחו זה מפח קו' או ראי' ואין זה במשמע פלל דאע"ג דכף גראה לפרש דברי התו' כמש"כ מכ"ת מ"מ אין הוכחה לזה פלל ומי יתן ואפון דעתו והנה מ"מ בזה דבריו נכוחים דיש לפרש דעת התו' פדעת הרב"י ע"כ אמרתי ליישב דעת הרב"י והב"ח פמו שיבואר למטה בטוב טעם ודעת.

מ"ש מכ"ת שנראה שגם הרב ב"י שפפנרש פנונת התו' פדעת ריב"א מדכתב אמנם פ' ריב"א ולא פתב אבל פי' ריב"א תמה אני איך סמך על דקדוק קל פנה דמרגלא בפנמ' דהרב ב"י לומר פף ובהדיא משמע מדברי הרב"י שפ' דברי התו' שלא פדעת ריב"א מדכתוב בסוף דבריו ולדעת התו' הא דמשמע וכו' וכמו שאפרש אח"פ פנונת הרב"י שהם דברי הגהת אשר"י פי' הגוזל בתרא ודלא כמ"ש מר שלשונו מגומגם בזה.

גם נדחק כת"ר לפרש דברי ר"ת ולהשיג בזה על הב"י וסוף דברי כ"ת וע"כ סיגם בהגהת אשר"י ומיהו לפי רש"ב"א אתי שפיר כלו' שגם מפ"י רש"ב"א שיהביא לפני זה ג"כ אתי שפיר דהא גם הרש"ב"א מודה אלו לא הוציא הקטן את ר' ירמ' לא היו הב"ד מוציאים אותו וא"כ אין ק' מרבה בר שרשום עכ"ל דמר.

אגב חורפ' לא עיין שפיר בהג"א דכן כתוב ומיהו לפי רש"ב"ם אתי שפיר והיינו רש"ב"ם בפ' התלמוד ולא פ' רש"ב"א שיהביא לפני זה פלומר שר"ת מפרש ור' ירמ' לא הי' מוחזק אז בביתו וכו'.

פ' בשעה שהי' ר"י בא לפני הב"ד לא הי' ר"י בבית שהקטן סגר הדלת בפניו וכן דקדוק בלשונו וכתב לא הי' מוחזק אז פי' בשעה שבא לפני ב"ד ע"כ לא הי' מקבלים עדותם אבל אם הי' ר"י אז בשעה שבא לפני ב"ד דר בבית לא פל פמינ' לאפוקי והוא ממש פדעת ריב"א ובהכי יתכן ההיא דרבה בר שרשום דמשמע דאי הוה טען לקוח הוא בדי הי' מקבלין עדותו מפני שרבה ב"ש הי' דר באותו שעה בבית ע"כ דקדק וכו' ה"ז מוחזק בקרקע באותו שעה דהעיקר הוא אם הוא עכשיו בשעה שבא לפני ב"ד מוחזק בבית פדעת ריב"א ואין חלוק בין ר"ת לריב"א אלא בהבאת עדים וכמ"ש הב"י וב"ח משמע מכ"ז לחלק בין עובדא דר"י לרבה ב"ש דהתם הי' רבה ב"ש דר באותו שעה אבל ר' ירמ' לא הי' דר בו באותו שעה לקב' לא הי' מקבלין עדותו.

וע"ז סיגם הגהת אשר"י וכו' ומיהו לפי רש"ב"ם בפירוש התלמוד דפ' על רבה ב"ש דהא אכילתו שני חזקה בחיי אביהו וכו' אתי שפיר בלאו האי חילוק דלעיל ואפ"ה לא קשה מידי מרבה ב"ש דאפשר לומר דאף אי הי' ר' ירמ' דר באותו שעה בבית אפ"ה היו מוציאים מידו פנין דאית לי' לקטן חזק' אבנה פדעת התו' לפי פ' הב"י והב"ח דהא דהיה רבא ב"ש מהימן אי הוה טען לקוח בדי אע"ג דהוה קטנים בני ג' שנים דאכיל שני חזקה בחיי אבנהו ולא משום שהיו' מוחזק באותו שעה פדעת ר"ת וזהו פנונת הגהת אשר"י במ"ש ולפ' רש"ב"ם אתי שפיר ולא כמ"ש מכ"ת דלפ' הרש"ב"א אתי שפיר: והיניק וחספי אחי מכ"ת הליץ בעדו לומר שפא פך מצא בספרו שגילה לי שמוכ"ת רוב לימודו הוא מתוך ששה סדרים דפוס באזליא ולא נחתו ולא שקטי עד שהבאתי אל תוך סדרי ומצאתי הגירסא פך שם והנאני מ"מ האמת יורה דרכו פאשר כתבתי פ' הגהת אשר"י וכדברי הם ממש פ' הרב ב"ח ולדעת התו' הא דמשמע פ' חזקת כו' ומסיים וכן פ' רש"ב"ם פלומר דהרי לר"ת ולריב"א שיהביא לפני זה אתי שפיר הא דאיתא פ' חזקת דרבא הי' מהימן אי טען לקוח אע"ג דקטנים הי' משום שרבא ב"ש הי' מוחזק באותו שעה פשבא לפני ב"ד ור"י לא הי' מוחזק באותו שעה פשבא לפני ב"ד אמנ' לדעת התו' דפ' אף אי הוה ר"י מוחזק באותו שעה בבי' מ"מ הי' מוציאים מידו פנין דהוה לקטן חזקת אבנה א"כ קשה למה הי' רבה ב"ש מהימן גבי קטנים ע"כ פ' לדעת התו' צריך לומר דרבה ב"ש אכל שני חזקה בחיי אבנהו וע"ז כ' וכן פירש רש"ב"ם על עובדה דרבה ב"ש ודברי הב"י הם ממש דברי הגהת אשר"י במה שסיים ולפ' רש"ב"ם א"ש א"כ לשונו של הב"י מיושב ולא מגומגם כמ"ש מכ"ת ולא דק: ואית לן להוכיח מדברי הרב ב"י והב"ח פדפרשו דברי התו' שלא פדעת ריב"א נכונים המה ולא כמ"ש מהרו"ך דברי התו' בזה דהרי הרש"ב"א שיהביא בהגהת אשר"י שם פ' הם דברי התו' וכו' דאפ"ה הי' ר"י בתוך

הבית וכו' ואח"ז הביא דברי ר"ת דר"י לא הי' מוחזק וכתבו שלא פדעת רשפ"א ומסיים ומיהו לפ' רשפ"א אתי שפיר ואי הנה פוננת הרשפ"א ותו' לומר דאפי' הי' ר"י בתוך הבית היינו מתחלה הנה בתוך הבית ועכשיו פשפא לב"ד לא הי' בבית וע"כ לא הי' מקבלין עדותו אבל אי הי' ר"י בפשעה שפא לב"ד בתוך הבית והקטן פא לב"ד להוציא לא הי' מוציאין מידו פדעת הריב"א א"כ למה כ' הגהת אשר"י דלפ' רשפ"א אתי שפיר הלא גם לפ' ריב"א א"ש ה' דרבה ב"ש הי' מהימן לטעון לקוח משום שהי' מוחזק באותו שעה אבל ר"י לא הי' מוחזק פאשר באמת פה הביא מוכ"ת דברי הגהת אשר"י לפי גירסא המוטעת שפונדמנה לכ"ת: ועוד אי הנה דעת התו' ודעת הרשפ"א לחלק בין פשהו עכשיו מוחזק פשפא לב"ד ובין פשהו עכשיו מוחזק א"כ לפי דקדוק לשונו של ר"ת שכ' בתחילה לא הי' מוחזק אז בבית ולכסוף דקדוק מכ"ת שרבה ב"ש הי' מוחזק בקרקע באותו שעה משמע ג"כ לחלק בין פשהו עכשיו מוחזק פשפא לפני ב"ד ובין פשהו עכשיו פמו שפארתי למעלה א"כ אין חילוק פלל בין דעת רשפ"א לדעת ר"ת ולא כן משמע דעת הגהת אשר"י אלא נדאי דעת הרשפ"א ודעת התו' הוא לומר דאפי' ר"י מוחזק פשפא לפני ב"ד מ"מ לא הי' מקבלין עדותו וכן משמע מלשון הרשפ"א שכ' דאפי' הי' ר"י בתוך הבית ולכף דקדוק בתוך הבית ולא כ' מוחזק בבית דומיא דההוא תינוק שבעל השדה עומד בשדה ע"כ והתם הי' מוחזק באותו שעה פשפא לב"ד אע"ג דתקף בעבדיו מ"מ גבי שדה דלא שייך פה לומר שעמה יושב פה דלחרישה וזריעה עומדת מיקרו עכשיו מוחזק הכא נמי ר"י אע"ג דהי' מוחזק עמה מ"מ לא הי' מקבלין עדותו וא"כ חילוק גדול יש בין רשפ"א לר"ת ע"כ כ' לפי דברי ר"ת תנן ההוא ד"פ חזקת הפתים גבי רבה ב"ש וכו' אבל לפי רשפ"א לא יתכן דלדבריו אפי' הי' ר' ירמ' מוחזק באותו שדה לא הי' מהני א"כ קשיא דרבה ב"ש ולכף מסיים מיהו לפרש רשפ"א אתי שפיר דרשפ"א ותו' מפרשים פרשפ"ם דרבה ב"ש אכל שני חזקה פסיי אפוקו לקף הוא מהימן: עוד יש להוכיח מדברי התו' עצמם פמו שפי' הב"י והב"ח דאלו לא הי' פוננתו אלא להוכיח דאף אם הי' דר בו מתחילה פינון שעכשיו פא לב"ד ואינו דר בו מוציאין מידו אבל באמת אם פשפא לב"ד הי' ר' ירמ' דר בו עדיין והקטן פא לב"ד להוציא מידו אין מוציאין פדעת ריב"א א"כ למה הוכיחו תו' זה מדלא מפליג התם בעל השדה מוחזק בשדה הכא ר' ירמ' לא הי' מוחזק דהא יש לדחות ולומר המ"ל פדאית' הרבה פעמים בש"ס ולא הוכיחו מפשטא דתלמודא מדמתרץ התם גבי תקף בעבדיו לא הי' חזקת אפנה משמע אי הנה לי' חזקת אפנה לא הי' מוציאין מידו אע"ג שהמחזיק הי' מחזיק מתחילה פדמשמע מלשון שאמר ותקף בעבדיו וירד לתוך שדה של חבירו דמשמע שהוציא חבירו אפ"ה לא הי' מוציאין מן הקטן פינון שעכשיו הקטן מחזיק בשדה ולא האחר ולמה להתו' להוכיח את זה מדלא מפליג בשנוי' אחרנא א"ו דעת התו' להוכיח דלא תלי' מידי פמוחזק ואף אי הי' ר' ירמ' דר בו באותו שעה אפ"ה הי' מוציאין מידו וזה אינו מוכח מפשטא דתלמודא ותקף בעבדיו והוכיחו מדלא מפליג וכו' ע"כ דקדקו פלשונום וכתבו דלא תלי' בהכי מידי פלומר.

וכן נראה להוכיח מלשון התרצון לפי גרסא שלפנינו מי דמי כו' אבל היכא דאית לי' חזקה דאבוה לא, דגרסי אבל היכא דאית לי' וכו' ולא אבל הכא דאית דאי הנה אמר אבל הכא ה"א דדוקא פי הכא דר' ירמ' לא הנה מוחזק באותו שעה ע"כ לא הי' מקבלין עדותו

אָבֵל אֵי הָיָה דָּר בְּאוֹתוֹ שְׁעָה מִקְבָּלִין עֲדוּתוֹ לְהִכִּי קְאָמֵר אָבֵל הִיכָא ר"ל לָאו דְּוִקָא בְּעוֹבְדָא דר"י אֵלָא כָּל הִיכִי דא"י לִי חֲזַקְתָּ אַבְוֵה מוֹצִיאִין מִיַּד הַמְּוֹחָזֵק בֵּין שְׁהִי דָּר בּוּ בַתְּחִילָה וּבֵין פְּשֵׁהוּא דָּר בּוּ עֵכְשָׁיו כְּשָׁפָא לִב"ד דְּלֵא תִּלִּי מִיַּדִּי בְּמִוֹחָזֵק אֵלָא בְּחֲזַקְתָּ אַבְוֵה וּמַעֲשֵׂה דר"י כִּף הִי וְכֵן מִשְׁמַע קֶצֶת מִלְּשׁוֹן הַב"י שֶׁהִבִּיא הַגִּירָסָא ה"מ הִיכָא דְּלִית לִי חֲזַקָה כּו' אָבֵל הִיכָא דא"ל מוֹצִיאִין מִיַּד הַמְּוֹחָזֵק אַע"ג דִּי"ל דֵּהוּא דְּבָרֵי עֲצָמוּ וְשׁוּנָה לְשׁוֹן הַתְּלִמוּד מ"מ אִית לָן לְמִימ' דְּכִף הִיְתָה הַגִּירָסָא לְפָנָיו אָמְנָם בְּאִשְׁר"י גּוֹרֵס הֵתָם לִית לִי הִכָּא א"ל וְכו' וְאֶפְשָׁר לֹאמֵר דְּרִיב"א וּר"ת גְּרָסוּ הֵתָם וְהִכָּא וּלְכֹף פִּי דְּוִוִקָא בְּעוֹבְדָא דר"י שְׁלֵא דָּר בּוּ עֵכְשָׁיו וְהִתּוּ וְרִשְׁב"א גְּרָסוּ הִיכָא דא"ל וּלְכֹף פִּי דְּלָאו דְּוִוִקָא בְּעוֹבְדָא דר"י אֵלָא אִפִּי מְוֹחָזֵק עֵכְשָׁיו אִין מְקַבְּלִין עֲדוּתוֹ וְכֵן מִשְׁמַע קֶצֶת בְּפִסְקֵי תו' שְׁדַעַת הִתּוּ כְּמוֹ שְׁפִי הַב"י וְהַב"ח וְדָלָא כְּמַהֲרוּ"ךְ וְכַמְעַכ"ת עֲתִירַת חַד מִן חֲבָרְיָא.

מְנַחֵם מְעַנְדִּיל בַּהֲר"ר אַבְרָהָם זל"ה: וְמָה שְׁכ' מַכ"ת עַל הַב"ח דא"כ לָא שְׁבַקְתָּ חַיִּי לְכָל בְּרִי דְּכָל מִי שְׁיִלְקַח וְיִמּוֹת הַמוֹכֵר וְיִנְיִחַ בְּנִים קְטָנִים יוֹצִיאֻוּ מִיַּדוֹ הַשְּׁדָה לַק"מ דְּרוֹבָא דְּאַנְשִׁים יֵשׁ לְהֵם שְׁטֵר מְקַנְיָם עַל מָה שְׁקָנּוּ וְאִין מוֹצִיאִין מִיַּדוֹ כְּמַבְּאָר סִי ק"י סְעִי י"א בְּשֵׁם תְּשׁוּבַת הָרָא"ש: סִי כ"ד תְּשׁוּבָה מוֹרָה עַל גְּכוּנָה.

דִּין אָמַת לְאַמִּיתוֹ עוֹנָה. וְכַמָּה עוֹנָה.

יּוֹם וְלִילָה שׁוּנָה. מִלְּאָף ה' סְבִיב חוּנָה.

ה"ה הָאֵלוּף בְּחֲכָמָה לְקַבֵּל אֶלְפָא חֲמֵר שְׁתֵּי יַיִן יִשָּׁן הַמְּשׁוֹמֵר בְּעַנּוּיִם שְׁדַעַת זְקָנִים מְמַנּוּ נוֹחָה כְּמָה מְעַנְדִּיל נ"י יצ"ו זֹאת הַבְּרָכָה לְרַגְלֵיךָ וְלְרַגְלֵי הַשְּׁוֹאֲבִים יצ"ו: רֵאשׁוֹן לְצִיּוֹן אֲמָרִי מַעֲלֶתְךָ עִם הַסִּפֵּר שְׁגֵרָסָא מְנוֹטַעַת גְּזַדְמָנָה לְפָנָיו בַּהֲגַה"ת אִשְׁר"י וצ"ל לְפִי גְרָסַת רִשְׁב"א אֲתִי שְׁפִיר לָא יְדַעְתִּי אִיסְלִיק מַע' לְעִילָא שְׁטוּעֵן בְּרִי שְׁגֵרָסַת רִשְׁב"א הוּא ט"ס וְהַעֲיָקֵר הוּא גִי רִשְׁב"א מְעוֹד שְׁמוּכַח שְׁגִי רִשְׁב"א ט"ס דֵּהִנֵּה לְפִי מָה שְׁפִי מַעֲלֶתְךָ דֵּהִיא דְּלִגִּירָסַת הַרִשְׁב"א א"ש.

מִשׁוּם דֵּהֲרִשְׁב"א פִּי שְׁאַכְלָה שְׁנֵי חֲזַקָה בְּחַיִּי אַבְוֵהוֹן ע"כ הִנֵּה נֶאֱמַן וְהִנֵּה לָא פִּי בְּדַבְרֵיךָ הָא גַם הִכִּי ר"י הִי טוּעֵן שֶׁהַחֲזִיק בְּחַיִּי אַבְוֵהוֹן הִינּוּ ג' שְׁנַיִם כְּסֻתָּם חֲזַקָה שְׁבָכָל הַש"ס לָא כַּמ"ש הַב"י דְּמִיָּרִי דְּטָעֵן שְׁיֵשׁ לוֹ עֵינֵי קִנְיָן וּא"כ מָה בֵּין ר"י לְרַבָּה ב"ש וְאָף אִם נֹאמֵר הִפִּי כַּמ"ש הַב"י שֶׁר"י הִי רוֹצֵה לְהִבִּיא עֵינֵי קִנְיָן לָא עֵינֵי חֲזַקָה מ"מ מָה בְּכֹף לְמָה קִבְּלוּ עֵינֵי רַבָּה ב"ש יוֹתֵר מֵעֵינֵי ר"י וּבְנוֹדָאֵי צָרִיף לְדַחּוּק דְּחַסַּק גְּדוֹל שְׁרַבָּה ב"ש הִנֵּה יוֹדַע לְעוֹלָם וְאֶפְשָׁר שְׁגַם הַב"ד עֲצָמָם הִי יוֹדַעִים שְׁרַבָּה ב"ש אֶסְפֵּי הַפִּירוֹת ג' שְׁנַיִם הַדִּין חֲזַקָה וְלֹא זִוָּה יָדָם שֶׁא"צ לְקַבְּלַת עֲדוּת כְּמַבְּאָר סִי ק"י בְּמוֹסֵר דְּבָרָיו לִב"ד א"צ קַבְּלַת עֲדוּת דָּאָם הַב"ד לָא הִיוּ יוֹדַעִים אָף שְׁהִי יְדוּעַ לְרוֹב הָעוֹלָם מ"מ צָרִיף קַבְּלַת עֲדוּת דְּתַרִּי כְּמָאָה וּא"כ זֶה הִי דְּחַסַּק גְּדוֹל לְאוּקְמֵי רַבָּה ב"ש בְּהִכִּי שְׁהַב"ד הִיוּ יוֹדַעִים וְאִיף יִקְצֹר בְּעַל הַגַּה"א בְּדַבְרֵים קְצָרִים וְאַנְחֵנוּ לָא יְדַעְנוּ מִפִּי רִשְׁב"א וְאָף אִם הִי פִי רִשְׁב"א מְוַעֲתֵק לְפָנֵינוּ הִי צָרִיף נֶגֶר וְכֵן נֶגֶר לְפָרֵשׁ דְּבָרָיו וְהַחֲלִיבֵין בֵּין ר"י לְרַבָּה ב"ש שְׁשִׁנְיָהֵם הִי לְהֵם עֲדִים וְאִיף לָא בִּיָּאֵר וְיוֹתֵר קֶשֶׁה דְּאַדְרַבָּה מִפִּי רִשְׁב"א מִשְׁמַע שְׁרַבָּה ב"ש הַגִּיד לְאַבְיִי שֶׁהִי הַדִּין שְׁאַכְלָה שְׁנֵי חֲזַקָה דֹּא"כ לָא הִנֵּה לְרִשְׁב"א לֹאמֵר אַכְלֵתִי שְׁנֵי חֲזַקָה אֵלָא אַכְלָה שְׁנֵי חֲזַקָה וּא"כ מִשְׁמַע מְדַבְּרֵי רִשְׁב"א שְׁלֵא הִי יְדוּעַ לִב"ד אִם לָא שְׁנֹאמֵר שְׁהִי ב"ד אַחֲרַי בְּעִיר שְׁהִי יְדוּעַ לְהֵם וְכ"ז דְּחַסַּק גְּדוֹל וְאֶפְשָׁר שְׁאָף אִי הִי הַב"ד

עצמם יודעים אין עד נעשה דיין ודווקא גבי צוואה במוסר דבריו לב"ד ביום בפעם
שראו לדין אף לא גבי מלתא אחריתא ומאוד אני תמה מה ביאר רשב"ם יותר מפשט
הגמרא אטו בלא רשב"א לא ידענא שאכלה ג' שנים בחיי האב דאל"כ איך הי' יכול
לטעון לקוחה היא ע"כ מאוד אני תמה על מעלתה שרצית לפרש דברי הג"א ולחלק
בחלוקים ע"פ אשר אינם לא פדברי הג"ה ולא פדברי רשב"ם רק חילוק חצוני בין
עובדא דר"י ועובדא דרבה ב"ש לא היית צריף להגי' רשב"ם רק להניח גירסת רשב"א
ולפרש ג"כ החילוק בין עובדא דר"י ורבה ב"ש מאחר דהצד השנה שביניהם לא זה ולא
זה יש בהם רמז תי' וחילוק וכבר ידע מעל' כי אפי' אמורא צריף לפרש דבריו כמבואר
ברש"י בגיטין וברשב"ם ערבי פסחים ובחולין ובעירובין ובכל הש"ס מכ"ש פוסק
שצריף לפרש פוננתו וכ"ז הייתי סובל אילו הי' חילוק טוב אף לדעתמי אין פאן חילוק
נהתי' דחוק גדול.

ועוד לדברי מעל' מה הוכיחו תו' מדלא משגי התם הי' מוחזק הכא לא הי' מוחזק שמ"מ
גם פאן הי' מוחזק אפתי תיקשי החילוק שאנו צריכין לחלק בין עובדא דרבה ב"ש
לעובדא דר"י דהתם לא הי' צריף קבלת עדות דא"כ הכא נמי הכא דאף דהי' לקטן חזקת
אבוהי' פההוא דתקף אפ"ה מוציאי' דמיי' דתקף לפנינו וכ"ע יודעים שהי' בחזקת
האחר פמה שנים והי' תקף בחזקה ודאי והוציאו אז מוציאי' מידו פינון שהפלל יודעים
שדר בו פמה שנים אלא ודאי במחילת מעל' אין לדברי' עיקר ושורש והיותר תימה
ראה פמה פתה גדול הנה במעט עיון שרמזו לה לפי' רשב"ם אתי שפיר מיד הבנת וחלקת
חילוק בין ר"י לרבה ב"ש ורבי' שבכה"ג הרא"ש אף שראה דברי הרשב"ם פמותה עכ"ז
הקשה קושיא זו בפ' חזקת הבתים ומוכרח לתרץ באריכות ולעשות סמיכת לדבריו
מסברת הלב שכ' דאל"כ לא שבקת חיי' הרי בהדיא שלא הבין דברי רשב"ם פמותה גם
ידוע שרוב דברי הרא"ש בנויים על דברי התו' וכאן כ' הרא"ש להדיא דאם האחד מוחזק
אין פח בי' הקטן להוציא הפך דברי הרשב"א בעל התו' ור"י בעל התירוץ המוזכר
בהגה' מרדכי ולא הזכיר דעת' פלל וכן פסקו הטור בפשיטות סי' קמ"ט סעי' נ"ה ולא
הזכיר דעת התו' גם הב"י שם כ' זה פשוט ולא זכר פלל דברו הטוב אשר דיקר בסי'
כ"ח שהתו' חלוקים ע"ז גם הי' צריף לדחוק ולפרש שטרק גלא לאו דווקא ומעשה שהי'
פה הי' וגם לדברי התו' הי' לר' אבין לומר אף אם לא הי' התינוק עושה אנו ב"ד אפוקהו
של יתומים מחוייבין לפקח בעסקיהו וכן בזה"ז לדברי התו' הי' הב"ד מחוייבי' מיד
פשמימות איש ויניח בני' קטנים ליקח פל הקרקעות שמכר אביהם אף אם היתומים
שותקים ואפשר אף במטלטלין פל דאיתא עדים וראה אף שיש לו עדי קנן הי' מוציאי'
עד שיגדלו חלילה להעלות פנה על הדעת.

והנה אין מהצורך להשיבה על פרטי' שכ' מעל' שרצה להוכיח דלמה כ' הגה"א
דלרשב"א אתי שפיר ולא להריב"א הנה תלית הענין בחגורתה ומביא ראי' מדברי עצמו
וכבר פתבתי במה שיש בו די דגירסת הרשב"ם אין לה מקום.

ומ"ש מעל' דלפי דקדק לשון ר"ת שכ' לא הי' וכו' משמע שדעתו פדעת הרשב"ם פבר
פתבתי שהם מחולקים דלרשב"ם ר"י הי' מוחזק והקטן תוקפו ולר"ת מפרש שהקטן לא
תפס פלל והוא לא הנה מוחזק לגמרי ואף שפיי' גבי רבה ב"ש הי' מוחזק ולפי דבריו

הל"ל עדיין מוחזק אין זה דקדוק דידוע ומוכן הוא שרפה ב"ש הי' מתחילה מוחזק ועד סוף דקה הקטנים לא תבעו אותו שרק בני המדינה לעזו ממנו: ומה שרצית להוכיח מדברי התו' עצמם דלמה להם להוכיח מדלא מפליג ולא הוכיחו מגוף דההוא דתקף דמשמע אלו הי' קמן חזקת אבנה דתפא עשה שהוציא אותו א"ו דעת התו' להוכיח, אפי' הי' דר ר"י באותו שעה בבית אפ"ה מוציאין מידו וזה מוכח מדלא מפליג וכו'.

מאוד אני תמה על מעל' אשר הגיד לי כי לכה כו' איך טעית ברואה דבשלמא אם ההוא דתקף הי' מעשה שהקטן רוצה ותוקף בדעת ב"ד ודאי הי' התו' מוכיחין שפיר למה לא מפליג שאני התם דבעל השדה עדיין, מוחזק משא"כ נידון דר"י דהתינוק טרק גלי' דר"י הי' המוציא א"ו אין חילוק בין עדיין מוחזק לאינו מוחזק.

אף נ"ד דמייני שהתינוק תפס בעבדיו שלא בידיעת ב"ד וכן ג"כ התינוק טרק גלי' והי' מוחזק א"כ מה לו לחלק התם עדיין מוחזק שהקטן יוציא ממנו זו לא עלה על דעת התו' לחלק דשאני הכא דר"י לא היה מוחזק בעולם ולא הוציאו ממנו הקטן כלל רק שלא הניחו ובזה שפיר אמרו התו' דהיה מצי' לחלק וע"ז אמרו דלא תלי' בהכא אפי' היה ר"י ג"כ בתוף הבית כמו התם רק שהקטן תקפו כמו התם מהני אי עביד דינא לנפש' במקום דא"ל חזקה ולדעת ר"ת דג"כ התם לא תקפו רק בחיי האב הו' בעל השדה מוחזק ועכשיו בא הקטן ותקף בעבדיו: סימן כ"ה נשאלתי בא' שתבע לחבירו סך ק"ן והשיב נ' ידענא ונ' לא ידענא ונ' בנדאי איני חייב לה' אם נאמר מאחר דא"י לשבע על נ' דאומר לא ידענא אם ישלם גם ה"נ שאומר ברי שאיני חייב לו ויבא' ה"ז בעיני מילת' דתמ' מהיכי תיתי לומר דישלם מה שיכול לישבע ורבא לא אמר רק מתוף שאינו יכול לישבע משלם וקרוב בעיני לומר אפי' מה דאמר לא ידענא אם אח"כ אמר נזפרתי וברי לי עתה שאינו חייב נאמן וכמו דגבי שטר פסקו הפוסקים אם בתחלה אמר איני יודע אם הוא פרוע דנאמן לומר אח"כ נזפרתי וכן משמע מהרשב"א בתשובה הביאו ב"י בסי' ס' וכן הוא במרדכי הובא דבריו סי' ע"ה ואף דאפשר לחלק בין שטר לנ"ד מ"מ זה פשוט בעיני על מה שאמר נ' ברי שאיני חייב האיה יעלה על הדעת לחייבו.

והנה עלה בדעתי שדין זה א"צ ראי' אף ראיתי בדין גלגול שבועה יש להסתפק במ"ש הטור בשם הרמ"ה דאם טען על הגלגול איני יודע הוי מחוייב לישבע וא"י לישבע ומשלם ואף שגם זה יש לפרש כפשוטו דמשלם מה שאינו יודע דהיינו הגלגול אבל גוף השבועה במק"ע אף משמעות הלשון שכ' לפני זה אין דנין כה' על הגלגול דמשמע שעולה על הדע' מאחר דא"י לישבע על גוף השבועה גם הגלגול צריף לשלם וא"כ היה אפשר לומר דהרמ"ה ס"ל דמשלם הכל אף מה שיכול לישבע וכן ראיתי בסמ"ע סי' ע"ב ס"ק צ"א שכ' ג"כ סברא זו דמגו דאינו יכול לישבע שבועה אחת משלם גם מה שיכול לישבע ובאמת הדברים תמוהים כאשר יראה הרואה בדבריו שם שנדחק בזה ומה מאוד הדברים תמוהים כאשר סיים שם ואם פשע לוי אזי נשבע שמעון עלי' שלא הי' שנה ג' דינרים ומשלם דינר הג' וא"כ לפ"ז קשה למה ישלם הדינר הג' אף אי לא ידענו אם פשע שמעון דממ"נ מה טען ראובן אם פשע לוי אין לו עליו רק שבועה ודינר א' ואם לא פשע פטור מכל.

והנה קודם שאפרש דברי בעה"ת בדין זה אומר דר"ך פלל שא"א להעלות על הדעת ולומר דנ' לא ידענא יהי עדיף מהודא' פיו ושני עדים דא"כ יהי פח לע"א יותר משני עדים דהא הגמרא מדמה נ' לא ידענא לנספא דר"א דהא א' רבא פנותי דר' אבא מסתברא ומייתי ראי' מנ' לא ידענא וא"כ לפי הנ"ל אם חטף ממנו ב' נסכין וע"א מעיד על נספא א' הנה ג"כ הדין דמתוך שא"י ליטבע משלם אף הב' ובעובדא דההוא רעיא מוכח דאף דאיפא ב' עדים דאכל תרי מנייהו הי' נשבע על השאר אם לא שהי' חשוד עוד תימא למה נקט בגמרא נ' ידענא ונ' לא ידענא ולמה לא נקט הך דינא.

ועוד בכל שומר שומר לשומר לא שבקת חיי לכל כו' דהלה ימסור לשומר שנה פרוטה והלה יטעון עליו פל אשר לו ומיהו בזה יש לדחות דכל שטען לא הפקדת ה"ל כטענה אחרת ודון קא בשווי המשכון דהוא גוף א' ועוד למה לא יהפך מה שיכול להפך וישבע מה שיכול ליטבע כמבואר סי' צ"ד גם דעת הרמ"ה אפשר לומר שהגלגול לבדו משלם וכן משמע קצת מדברי הסמ"ע דיוק שם: סימן כ"ו.

מה שכתב מהר"מ ז"ל בדיני תפיסה ראשון לציון כפר נפסקת הלכה בהלכה בהגהת הרב בטי"ד שט"ו ס"ל דתקפה פהו מוציאין מידו ודלא פהרמב"ם ואף שהרשב"א בתשובה סי' שי"א מראה פנים לדברי' גם במשמרת הבית דף ס"ו בית ג' חלק ג' משמע דס"ל פנותי' מ"מ כפר פתוב מהרי"א בפסקי' ס' קס"ו דק"ל דתקפה מוציאין מידו פן כ' ומפיו אנו חייין פי הוא ראש האחרונים וכן כ' נ"י בריש ב"מ דמסקינן דתקפה פהו מוציאין מידו דשמעין מני' דכל ספקא דממונא אי תקף התובע בפנינו או בפני עדים כו' והאריף שם.

וכבר כתב מהרי"ק ס' צ"ד קס"א בש' רי' ור"ש משני נהסמ"ג שפסקו דכל מתחלת דינו המע"ה אפי' תפס מפקינן מני' וכן פי' בפשיטות בעל ת"ה ס' שכ"א וכו' דאנן קיי"ל פשינוי התו' דלא מהני תפיסה לאחר שנוול הספק וכו' שפן הספים המר' פ' השואל גם הרב מהר"י בן לב חלק א' ס' ס"ז פסק דתפיסה לאחר שנוול הספק לא מהני לפי רוב הפוסקים אפי' שיטעון ברי מכ"ש בנ"ד שא"י לטעון אלא שמה דהלכה פדברי הגאונים או פדברי המאור.

ובנ"ד פל אפי' שוין זולת הרמב"ם וכ"כ עוד הרב הנה ס' ע"ג הפלל אין צריף להאריף בזה זיל קרי ולא רבותא למחשב גברי אף את זה ראיתי להגאון מהר"ש"ל לקח לו דר"ך לעצמו ופל' דכל דבר המסופק ביד התלמוד או ביד הפוסקי' יכול התופס לתפוס דבר המסופק ומהני תפיסה עיין שם פ"ק פיצד הרגל סימן ה' והנה באשר הרב הנה רב מובהק וקבעו התלמידים הלכה לדורות אמרתי לברר הדברים ולהראות כמעט פל הראשונים והאחרונים ס"ל דלא פנות' ובאשר שהרב הנה בעצמו כ' אם הדין מקריע מחמת שרבים חולקי' על היחיד או שמסתבר להדיין כסברת היחיד בראיות ברורות אפי' הרבה חולקי' אין התופס יכול לומר קים לי כאידך אלא הדיין מוציא מידו והנה אף שידעתי מיעוט ערפי נגד ערף הרב ז"ל עכ"ז מאחר שהרב נתן רשות להכריע בין הגדולים אמניא מצנה קא עבידנא והנה שני הדרכי' הם פאן שרבי' חולקי' על הרב גם מסתבר טעמי' דרבינו החולקי' עמו והנה לפי דר"ך הרב ישתנו הרבה דינ' אשר פסקו הפוסקים לבעלי ש"ע בפשיטות ולדעת הרב יועיל תפיסה ואציע קצת מהם: הנה בגמרא ב"ב דקל"א איבעיא

לְרַבָּא בְּבָרֵי הַיָּאָדָּה וְשָׁקִיל וְטָרִי לְמַפְשָׁט הַבְּעֵיָא וְכ' הַפּוֹסְקִים דְּהַבְּעֵיָא נִפְשָׁטָה דְּאַפִּי דְּבָרֵי אָמַר וְכפ' רש"ם אָבֵל הָרִי"ף וְהַרְמַב"ם וְהָרָא"ש וְרַב הַאי פְּתָבוּ דְּהַבְּעֵיָא לֹא נִפְשָׁטָא וְלֹא עֲבָדִינוּ בָּהּ עֲבֻדָּא וְהֵגָה לְפִי דְּרַב הָרַב אִם תְּפִס הַמְקַבֵּל זֹכָה מִב' טַעְמִים חָדָא דִּיאָמַר דַּס"ל פְּהַרְבָּה פּוֹסְקִים דַּא"ל דְּנִפְשָׁטָה הַבְּעֵיָא וְאַפִּי לְפִי דְּבָרֵי הַרְמַב"ם וְהַחֹלְקִים קִים לִי פְּסָבְרָא זֹו מֵאַחַר דְּלֹא נֵאָמַר תִּיקוּ.

וּאִפ' הָכִי פְּסוּק הַרְמַב"ם דָּאִין דְּבָרֵי קְנִימִים מִשְׁמַע לְהַדְיָא דָּאִין הַדְּבָרִים קְנִימִים פְּלִל וְכֹן מִשְׁמַע מִדְּבָרֵי הַמ"מ וְכֹן פ' בַּנ"י לְהַדְיָא דְּלֹא מְהַי תְּפִיסָה פְּלִל וְא"כ הַדְּבָרִים ק"ו אִפִּי לְהַרְמַב"ם דַּס"ל דְּאַפִּי בְּפָנָיו מְהַי תְּפִיסָה וְכָאֵן נְכָסֵי בְּחֻזְקָת יוֹרְשִׁים קְנִימִי וְאִיָּהּ פ' הָרַב דִּיוֹעִיל תְּפִיסָה בְּסָפִיקָא דְּדִינָא וּבְאַיְבָעִי דְּלֹא אִיפְשָׁטָה וְכָאֵן שְׁנִיָּהּ יַחַד וְלֹא יוֹעִיל תְּפִיסָה וְכֹן גְּבִי פְּלִיו שֶׁל מוֹכַר בְּרִשׁוֹת לּוֹקַח וְכֹן לְהִיפּוֹד כ' הָרָא"ש וּבְעֵינָן דְּלֹא אִפְשָׁטָא ע"כ קָנָה בְּתַרְוּוּהִי וְלִדְעַת הָרַב יֹאמַר הַלּוֹקַח ס"ל פְּסָבְרָא זֹו דְּקָנָה וְכֹן בַּס' רַמ"ג גְּבִי זְרַק אַרְנָקִי בְּפִתַח זֶה הוּא אִיבָעִי דְּלֹא אִפְשָׁטָא וּפ' הָרָא"ש וְש"ע דְּלֹא נִפְקָה מְחֻזְקָת מָרָא קָמָא מוֹצִיאִין מִיַּד הַתּוֹפֵס וְלִדְעַת הָרַב יֹאמַר הַתּוֹפֵס ס"ל פְּסָבְרָא זֹו דָּאִין חֲלוּק בֵּין מְתַגְלָגֵל לְזוֹרֵק לְמָה לִי לְהַאֲרִיף הֵגָה הָרַב מְהַרְמ"א הָעֵתִיק דַּעַת הָרָא"ש וְר"י דְּבְסָפִיקָא דְּדִינָא לֹא מְהַי תְּפִיסָה וְאִם אֵיתָא פְּדַעַת מְהַרְש"ל אִין נִפְקוּתָא הָא אָנּוּ בְּכָל פְּלֻגָּתָא דְּרַבְּנוֹתָא קי"ל דָּאִין מוֹצִיאִין מִיַּד הַתּוֹפֵס וְאִם חֲזוֹר הָרֵאשׁוֹן וְתַפְס גַּם לִדְעַת הַרְמַב"ם מְהַי וְכַמ"ש ס' קל"ח: וְאַשְׁיב יָדֵי עַל דְּבָרֵי הָרַב מ"ש בְּרֵאשׁ לְחֻלּוֹק בֵּין תִּיקוּ שְׁאַסוּ לְפִשְׁטָה הַבְּעֵיָא דְּשָׁם דְּבָרֵי הַתּוֹ עֵיקָר וּבֵין הֵיכָא דְּלֹא נִפְשָׁטָה הַבְּעֵיָא הֵגָה אָנּוּ רוֹאִין לְהִיפּוֹד שְׁהַרְמַב"ם וְהַב"י שְׁנַמְשָׁף אַחֲרֵי דְּבָרֵי הַרְמַב"ם דְּפָסְקוּ מְהַי תְּפִיסָה וּבְדִין מְתַגְלָגֵל דְּלֹא נִפְשָׁטָה הַבְּעֵיָא פֶּן בְּדִין פְּלִיו שֶׁל לּוֹקַח.

וְכֹן בְּדִין בְּרִי שְׁצוּהָ בְּכּוֹלָם לֹא נִפְשָׁטָה הַבְּעֵיָא וּבְכּוֹלָם פְּסָק דְּלֹא יָכוֹל לְתַפְּנֹס וּמוֹצִיאִין מִיַּד הַתּוֹפֵס לְהַזְכָּה גַּם מ"ש אָף מִי שְׁאִין בְּיָדוֹ לְהַכְרִיעַ וְאַפִּי טַעַם וּסְבָרָא אִינוּ יָכוֹל לְהַצִּיעַ מ"מ מֵאַחַר שְׁאִם הִי ת"ח מוֹפְלָג וְהִי יָכוֹל לְהַכְרִיעַ מ"מ מְצִי לּוֹמַר קִים לִי פְּהָדָּ דִּיעָה לְתַפְּנֹס מְסַפֵּק כְּמָה לֹא מְעַלְיָא הָא שְׁמַעְתָּא מִי אִיכָא מִיָּדִי דָּאֵנּוּ לֹא יְדַעִינוּ וְהַתּוֹפֵס יֹאמַר ק"ל פְּהָדָּ וּמָה שְׁפִי בְּדְבָרֵי הָרָא"ש דְּכָל כְּמָה דְּלֹא דְּמִי לַס' בְּכוֹר לֹא מְהַי תְּפִיסָה הֵגָה הָרָא"ש וְכָל מְפָרְשֵׁי דְּבָרֵי נְקֻטוּ בְּלִשׁוֹנָם טַעַנְתָּ בְּרִי וּמִי הוּא הַנְּבִיא שְׁיַפְרֵשׁ דְּטַעַנְתָּ קִים לִי הָוִי בְּרִי לְמִי הַכְרִיחַ לְחַלֵּק עַל ת"ה בְּחֻזְמִ וּכְבָר פְּתַב עָלָיו בְּאו"ה שְׁלוֹ שְׁהוּא הַגְּדוֹל שְׁבִאֲחֻרּוֹנִים וְכֹן מְהַרִּי"ן לֵב כַּמ"ש לְעִיל גַּם פֶּל הַפּוֹסְקִים פְּלִלִי דְּכָל שְׁתַּחֲלֵת' דִּינוּ הַמַּע"ה אִין פָּאֵן תְּפִיסָה וְכ"כ הָרִיב"ש ס' ק"ס בַּש' הַרְמַב"ן דָּאִין תְּפִיסָה מוֹעֲלֵת רַק פְּשִׁסְפֵּק מְחַמַּת הַכְּחָשָׁה אָבֵל בְּסַפֵּק מְחַמַּת הַדִּין פְּגוֹן תִּיקוּ בַּש"ס פִּינוּ שְׁדִינוּ קוֹלָא לְנִתְבָּע כו' וְיָדוּעַ בְּכָל פְּלֻגָּתָא דִּינוּ קוֹלָא לְנִתְבָּע: עוֹד כ' הָרַב תַּדַּע דְּהָא מְסִיק בְּמַרְדְּכִי בַּשָּׁם ר"ש בַּר בְּרוּךְ וְכו' וְהֵגָה מְאוֹד אֲנִי תַּמָּה עַל הָרַב הֵגָה אִם דַּעַת רַש"ב"ב הִי בְּכָל הַתְּלִמוּד בְּפְלֻגָּתָא דְּרַבְּנוֹתָא תוֹעִיל תְּפִיסָה מֵאִי בְּעֵי הָכָא וְלְמָה יִשְׁתַּנָּה הַדִּין פָּאֵן א"ו דְּנוּקָא פְּסָק פֶּן וְכַמ"ש מְהַרִּי"ק ז"ל דִּי"ל בְּלֹא"ה פְּרִש"י רַק דְּלֹא רָצָה לְהַכְרִיעַ נֶגְדַת ר"ת רַק בְּתַפְּס וְאַף שְׁמַהרִי"ק פ' דְּכֹן אִפְשָׁר נִרְאָה בְּעֵינֵי שְׁהוּא פְּשׁוּט וּבַד"מ רָאִיתִי שְׁהַשְׁמִיט תְּיַבַּת אִפְשָׁר וְהֵגָה הָרַב רָצָה לְהַכְרִיחַ מִדְּבָרֵי הַמְרַדְּכִי שְׁמַחֲלֵק בֵּין תִּיקוּ לְפְלֻגָּתָא דְּרַבְּנוֹתָא וְאַדְרַבָּה מִדְּבָרֵי הַמַּר' מוֹכַח לְהַפְּדָּ דְּהָא גַּם תְּרִי וְתַרִי ה"ק הַמַּר' לְמָה לֹא תוֹעִיל תְּפִיסָה וְהָא קי"ל תְּקַפּוּ כְּהֵן מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ וְתִרְצֵן לְפִי שְׁהוּא טוֹעֵן בְּרִי שְׁחֵיב לִי מִשְׁמַע

להדיא דווקא ברי הא אם מצא שט' בין שטרותיו לא מהני ולדברי מהרש"ל הי' יכול לחלוק דתרי ותרי הוי כעין פלוג' דרבנותא ויכול לומר קי' לי פתרי ואדרבה תרי ותרי עדיף כמבן' בני"י פ"ק דמציע' וכדברי הרשב"א במקום זה כמו שהעתק גם לשאר מקומות מנדונית חתנים המדקדק יראה דווקא בטענת ברי כמו שמסיים בדבריו וא"כ דבר פשוט שיש לקק בלויניא כמה טענות ואמתלאות לטעון טענת ברי רק שמביא דברי רשב"ב לרא' דאפי' בטענה רעוע דקים לי פריש"י יועיל לפרקים תפיסה מכ"ש בטענת ברי ועיקר דבריו סמוך על הת' דלהתו' דמהני תפיסה בברי אחר שנולד הספק: גם מ"ש הרב דיפתח בדורו וכו' הנה הריב"ש וכמה גדולים כ' על הראשונים דאם הי' פנביאים אנו פאנשים ולא רצו להכריע והוא חולק על כל הגדולים ורוצה להכריע וכמה פעמים כתב הרמב"ן להרשב"א אף שאין דעתו מסכמת לדברי הראשונים מ"מ אנו כופפים ראשינו לדבריהם וא"כ מי הוא בדור הזה שיכריע מאי דלא הנפשט לראשונים ומכ"ש לבעלי התלמוד ויפה כ' מהרי"ק שיש לחלק בין פלוגתא דקדמאי דנדאי אין בדור הזה שיכרי' בניה' ובין פלוגת' דבתראי דאפשר שז' יש בידינו להכריע ואפי' לחלק עליה' הרשו' בידינו ומעש' בכל יום: נחזור לענין ולתמוה על מה שכ' המרש"ל לומר שכל הספיקו' שגמ' יכול לתפוס מאחר שאפשר להכריע ומכ"ש מחלוקת הגאונים והפוסקים ואני כבר הראיתי לדעת שכל מה שנסתפקו להגאונים מוציאים מיד התופס אפי' תפס בהתר אבל לפרקי' היכא דנסתפק הדבר בידי הדיין ודעתו נוטה לצד ה' אפשר לומר דאי תפס לא מפקינן מני' וגם זה אפשר לומר דווקא דתפס בהיתר וכן מ"ש מהרמ"אבסי' ת"ב דמספיקא לא מפקינן ממונא ג"כ מייירי דאף אם תפס הלנה בהיתר מפקינן וכן משמע מדברי המרדכי.

ונראה להביא רא' דהא אבב ריבית אינה יוצאה בדיינים ואע"פ שהלנה תפס המעות אמרינן בגמרא כל סילוק בלא זוזי אפיק הוא ש"מ דאף אם תפס בהתיר אם הי' מוחזק המעות בידו הוי כעין הוצאות ממון: נחזור לעיקר הדין הנה בגמרא איפליגו תנאי אי לוי מיקרי עם ופסק ר"ב מחמת ספק אין מוציאינן והרמב"ם פסק דף הפהן מלוי לא יחזיר ותמה הר"ן דהא קיי"ל דתקפו כהן מוציאינן מידו ומאי קושיא שאני הכא דיכול התופס לומר קים לי כהאי תנא אלא ודאי פשוט לו להר"ן דאין חילוק וכן סתם בלשונו שפך הדין בתופס ממון שהוא מסופק מצד הדין דמוציאינן מידו גם הרשב"א במשמרת הבית לא רצה לחלוק חילוק זה דקים לי כהאי תנא ש"מ דכל הפוסקים לא ס"ל חילוק זה ועוד מצאתי רא' ברורה לקמן ס' קט"ו פסק מהרמ"א בתחלת הסי' דהלכתא תקפו כהן מוציאינן מידו ומונה והולך כמה ספיקות ספק בכור ואנדרוגינס וכ' בב"י דדין זה הוא פלוגתא דרבנותא ולדברי הרב מהרש"ל הי' לו להרמ"א להג' דבספק זה אין מוציאינן מיד התופס דיכול לומר קים לי אלא ודאי דכל שהדין מהסופק לנו גם התופס אינו יכול לומר קים לי וכן משמע מדברי הרב"ח שהחלק ג"כ בי"ד גבי מתנות פהונה שאין מוציאינן מיד הלוי: סימן כ"ז העתק כלל דיני תפיסה מהרב הגאון מהרו"ך ז"ל אשר נשמט מספרו סמ"ע סימן כ"ה פאשר הורה בעצמו עליו סעף קטן י"ז: זה לשון הרא"ש פ"ק דב"מ דף קכ"ח ע"ד דלעולם אימא לך תקפו כהן מספיקא בכור שתקפו כהן מוציאינן אותו מידו פי' דתפיסה לא מהני אלא למ"ד שטען ברי אבל ה הפהן הנה אפי' אחר שתפס אין לו אלא שפא הילקף מפקינן מינ' דמוקמי לי' בחזקת מרא קמא והכי א"ר נחמן גבי

חודש העיבור דאוקמי קרקע בְּחֻזְקַת בְּעָלֵי וּאֵע"ג דְּתַפְס הַשׁוֹכֵר וְלֹא מְהַנֵּי תְּפִיסָה מְסַפֵּיקָא וכו'.

כְּלָלָא דְּמִילְתָּא לְטַעְנַת בְּרֵי מְהַנֵּי תְּפִיסָה דְּכִינּוּן שְׂהוּא טוּעֵן בְּרֵי וּמִוְחֻזְקָא בְּהָ אֵין לְנוּ פִּתְּ הַלּוּצִיא מִיְדוֹ אֲבָל מִי שְׂהוּא מְסַפֵּק בְּדָבָר אִם הוּא שְׁלוֹ אִם לֹא לֹא מְהַנֵּי תְּפִיסָתוֹ לְאַפּוֹקֵי מְחֻזְקַת מָרָא קַמָּא עכ"ל.

וּבְרִישׁ פִּיצַד הַרְגָּל כ' וְז"ל וּמִיְהוּ תִּימָא עַל הַרִי"ף ו' ל' לְמָה לֹא הִבִּיא הֵךְ בְּעֵינָא דְּרַבָּא יֵשׁ הַעֲדָאָה לְצֻרֻרוֹת לְרַבִּיעַ גִּזְק וְסִלְקָא בְּתִיקוּ וְאַפְשָׁר דְּסִבֵּר דְּאֵין נְפָקוּתָא בְּהֵךְ בְּעֵינָא מְשׁוּם דְּלֹא מְצִינוּ בְּבָבֶל צֻרֻרוֹת דְּבִיעוּט הַעֲדָאָה לְצֻרֻרוֹת לְרַבִּיעַ גִּזְק וְסִלְקָא בְּתִיקוּ וְאַפְשָׁר דְּסִבֵּר דְּאֵין נְפָקוּתָא בְּהֵךְ בְּעֵינָא מְשׁוּם דְּלֹא מְצִינוּ בְּבָבֶל צֻרֻרוֹת דְּבִיעוּט הֵנּוּ מְשׁוּנָה וּקְנָסָא הוּא אֵא"כ תַּפְס וְכִי תַּפְס לֹא מְפָקִינוּ מִיְנֵי עַד דְּמַשְׁלֵם חֲצֵי גִזְק כִּינּוּ דְּעֵלְתָּה בְּתִיקוּ וְהוּא מְוִחֻזְקָא הִילְכֵךְ אֵין נְפָקוּתָא בְּבְעֵינָא זֹו דְּבִלָּא תְּפִיסָה לֹא דִּינִינוּ וְאֵי תַּפְס גְּוֹבָה חֲצֵי גִזְק מִיְהוּ תִּימָא כִּינּוּ דְּסִפִּיקָא דְּדִינָא הוּא מֵאֵי מְהַנֵּי תְּפִיסָה כִּינּוּ דְּלֹא אִיפְשָׁט הַבְּעֵינָא אִוקֵי מְמוּנָא בְּחֻזְקַת מָרָא וְשְׁלֵא כְּדִין תַּפְס וְדְּמִי לְסַפֵּק בְּכוֹר דַּב"ק דַּב"מ דְּאִם תַּפְס מוּצִיאֵין מִיְדוֹ כִּינּוּ דְּאֵין לוֹ אֲלֵא טַעְנַת סַפֵּק לֹא מְהַנֵּי תְּפִיסָה וְכֵן נוּטָה דַּעַת בַּעַל הַתּוֹס' בַּב"ב דְּכַתְּוּבוֹת הִילְכֵךְ נִרְאָה דְּאִם בְּיַעֲטָה וְהַתִּיזָה אִפִּי אֵי תַּפְס לֹא גַבִּי רַבִּיעַ גִּזְק וְאִידָךְ מְפָקִינוּ מִיְנֵי עכ"ל.

מְבוּנָר מְדַבְּרֵי דְּכָל הִיכָא שְׂאֵין הַסַּפֵּק מְחַמַּת טַעְנוּתֵיהֶם כְּלוּמַר שְׂאֵין הַתּוֹבַע טוּעֵן בְּרֵי לֹא מְהַנֵּי תְּפִיסָתוֹ וְלִכְּנָן גַּבִּי סַפֵּק בְּכוֹר וְכָל פִּיּוּצָא בּוֹ שְׂהַמְתַּפִּיס עַצְמוֹ מְסוּפֵק אִם הִדִּין עַצְמוֹ אִם לֹא בְּזָה לֹא מְהַנֵּי תְּפִיסָה וְכַמ"ש בְּסִמוּךְ וּמ"ש בְּשֵׁם הַתּוֹ הוּא שֵׁם דָּף כ' גַּבִּי שְׁנַיִם חֲתוּמַיִם עַל הַשְּׁטֵר וְאִתּוֹ שְׁנַיִם וְאַמְרוּ יְדַעְנוּ כְּתִב יָדָם הוּא אֲבָל אֲנוּסִים הִי כו' וְכַת"י הִרְאֵשׁוּנִים יוּצָא מְמָקוּם אַחַר וְאֵר"נ אִוקֵי תְּרֵי לְהִדִּי תְּרֵי וְאִוקֵי מְמוּנָא בְּחֻזְקַת מְרִי ע"ז כְּתִבוּ ו' ל' פ"ה לֹא מְגַבִּי וְלֹא קְרַעֲבִין לִי וְנ"מ אֵי תַּפְס לֹא מְפָקִינוּ מִיְנֵי וְק' דְּאַמְרִי בַּב"ב דַּב"מ גַּבִּי תַּקְפוֹ כִּהֵן מוּצִיאֵין מִיְדוֹ וִי"ל דְּשְׂאֵנִי גַבִּי בְּכוֹר שְׂפֵהֵן עַצְמוֹ טוּעֵן סַפֵּק אֲבָל הֵכָא שְׂטוּעֵן בְּרֵי מְהַנֵּי תְּפִיסָתוֹ.

נְעוּד כְּתִב הִרְא"ש תְּפִיסָה מְהַנֵּי וְהוּא שְׂתַפְס בְּרִשׁוֹת וְכַמ"ש הִרְא"ש פ"ק דְּבְּכוֹרוֹת וְז"ל אִם תַּקְפוֹ כִּהֵן מוּצִיאֵין מִיְדוֹ אֲלֵא כְּשִׂתְּקִפוֹ אֲבָל נְתַנוּהוּ לוֹ בְּעֵלִים הִדֵּר הֵנִי לְהוּ כִּהֵן בְּעֵלִים וּבְעֵלִים הֵנִי לְהוּ הַמַּמְע"ה כְּדַתְּנֵן וְכו' וְהִכֵּי אֲמַרִינּוּ בְּכָל סַפִּיקָא גַבִּי פוֹר בְּלָמ"ד סָאָה בְּסַלְעֵ אֲנִי מוֹכֵר לָךְ רִאשׁוֹן רִאשׁוֹן דְּמְסַפֵּקָא לָן אֵי תַּפְס ל' רִאשׁוֹן אֵי תַּפְס לְשׁוֹן אַחֲרוֹן וּמְשׁוּם דְּתַפְס קָנָה וְכֵן בַּב"ה שְׁוֹכֵר אֵת הָאֲנוּמִינוּ הַשׁוֹכֵר סְפִינָה וְטַבְעָה בְּחֲצֵי דְּרָךְ ר' נְתָן אֹמֵר אִם נְתָן לֹא יִטוּל וְאִם לֹא נְתָן לֹא יִתֵּן מְשׁוּם דְּסַפִּיקָא הוּא וְלֹא מְפָקִינוּ מְמוּנָא מְמָאן דְּתַפְס הוּאִיל וְתַפְס בְּרִשׁוֹת עכ"ל וְז' הַנִּימוּקֵי יוֹסֵף בַּב"ב דַּב"מ דָּף ס"ז ע"א בְּשִׂמְעָתָא דְּתַקְפוֹ כִּהֵן דָּף ו' ע"ב שְׂמַעֲבִין מְהָא דְּכָל סַפֵּק מְמוּנָא דְּקִי"ל דְּהוּא קוּלָא לְנַתְּבַע וְחוּמְרָא לְתוֹבַע אֵי תַּקְפוֹ בְּפִינֵינוּ אוּ בְּפִי עֵדִים מְפָקִינוּ מִיְנֵי דְּאִוקֵי מְמוּנָא בְּחֻזְקַת מָרָא קַמָּא וְתִקִּיפָה לֹא מְהַנֵּי וּמִיְהוּ הִיכָא דְּסַפִּיקָא דְּמְמוּנָא אֲתִי מְחַמַּת טַעְנוּתָא שְׁל בְּעָלֵי דְּבָר שְׂהֵם מְכַחֲשִׁין זַא"ז וְלֹא נְתַבְּרַר לְנוּ הָאֲמַת בַּכָּה"ג אֵי תַּפְס שְׁלֵא בְּעֵדִים מְהַנֵּי לִי תְּפִיסָה בְּמִיגוֹ דְּאֵי בְּעֵי א' לְהַד"ם אֲבָל הִיכָא שְׂהַסַּפֵּק מְחַמַּת הִדִּין עַצְמוֹ לֹא מְהַנֵּי תְּפִיסָה אִפִּי שְׁלֵא בְּעֵדִים דְּהָא לִיכָא לְמִימַר מְגוֹ וְהִינּוּ דְּנוּקָא הִיכָא דְּאִיכָא סַפִּיקָא דְּהֵנִי קוּלָא לְנַתְּבַע

ונחמרא לתובע אבל ספיקא דמונא שאין אחד מהם מוחזק יותר מחבירו אם תפס אחד מהן אין מוציאין מידו והאריה שם בפרטי דינים ולבסוף מסיק וכו' ו"ל אמר המחבר פלגא דספיקא הוא כי יש שני מינים הא' היכי שמוחזק א' יותר מחבירו דק"ל קולא לנתבע המין השני שאין א' מהם מוחזק יותר מחבירו במין הא' שא' מוחזק יותר יש ב' חלוקים הא' פשהספק הוא מחמת הדין בעצמו כגון כור בלמ"ד סאה בסלעוספק בכור וכיוצא בהם.

הב' פשהספק מחמת טענותיהם כגון זה אומר שלי הוא וזה אומר שלי הוא. פשהספק הוא מחמת הדין בעצמו ותובע תפס אי מפקינן מיני' תלוי בד' תנאים במילתא דלא עבידא לגלוי ושללא יהא תרי ותרי ושללא יהא ברשות ושיהי' מטלטלים שאם איכא תרי ותרי לא מפקינן מיני' דבכל תרי מינייהו סמכינן בונדאי ואינו בדין שנוציא ממון מרשות התופס כיון שב' עדים מעידי' כדבריו ומוכח בפ' האשה שנתארמלה דאף בענין איסור הדין פו דלא אוקי תרי להדי תרי ואוקי מילתא אחזקת' וכדמוכח בההוא דינאי המלך בקידושין פ' האומר וכו' נמי עבידא לגלוי לא מפקינן מיני' משום אטרוחי בי דינא וכו' אם הוא ברשות ובמטלטלי לא מפקינן מיני' כי ההוא דלמ"ד סאה בסלע אבל בקרקע אפילו ברשות מפקינן מיני' ובכל אלה אין חילוק בין אי תפס בעדים לתפס שלא בעדים אבל פשהספק מצד טענותיהם יש חילוק בין אי תפס בעדים לתפס שלא בעדים דשללא בפני עדים איכא מגו וכשאין א' מוחזק יותר אלא יש לשניהם בשוה כשנים אוחזין בטלית אם קדם א' ותפס מחבירו והלה צונח מעיקרא מפקינן מיני' שתק ולבסוף צונח לא מפקינן מיני' ואם אין ביד שום אחד מהם אי קדם אחד ותפס בין בעדים בין שלא בעדים לא מפקינן מיני' עכ"ל.

ונראה דאע"פ דגבי תרי ותרי ה"ל ובפ"ב דכתובות נראין דברי הר"ן (הנ"י) שלא כדברי התו' והרא"ש ו"ל שהרי מפח קושא דתרי ותרי הקשו התו' וחקו בחילוקים אחרים ולא חלקו בין תפיסה דתרי ותרי לתפיסה דגבי שאר ספיקות מיהו בכל הנה שכו' הר"ן (הנ"י) נראין דשוונו הו גם כתב הרא"ש זו.

פלג העולה דכל היכא דאיכא מיגו בתפיסתו ודאי מהני תפיסה כדקי"ל בכל התורה דמהני מגו ומאמינין לכל אדם והוא החילוק שבין ספיקא דדינא לספיקא דטענות אי תפס שלא בעדי' יש לו מיגו דהא יכול לומר להד"ם להכי נאמן נמי על מה שטוען ברי לי שזה הוא שלי או שזה חייב לי כף וכף.

וז"ש רבינו בסי' ע"ב גבי משפון זה אומר כף וזה אומר כף הלנוניתך עליו וז"א לא כי אלא פקדון הוא בידיה דנאמן התופס לטעון עליו עד כדי דמיו היכא דליכא עדים או ראו עתה בידו וכ"כ סי' צ' וסי' רצ"ד ע"ש אבל בספיקא דדינא אפילו תפס שלא בעדים ליכא למימר שום מיגו דהא לא טען טענת ברי שהוא אינו יודע מה הוא הדין ולא שייך לומר אי בעי הנה טעון כף ולהכי לא מהני תפיסתו ומעמידין הממון בחזקת מרא קמא והוא מה שכ' הרא"ש ו"ל וכשאין טענתו ברי פלומר בספיקא דדינא ל"מ תפיסתו.

ומעתה נבוא אל הביאור דברי רבינו הטור הנה מ"ש בריש סי' ש"ץ פשפשה באמתה מיבעיא וכו' ור"י פי' פיון דספיקא דדינא הוא לא מהני תפיסה וכן כ' אח"כ גבי ביטעה והתיזה צרורות וכו' ולדעת ר"י שאין מועיל התפיסה כו' אע"פ דלא מצינו בהדיא פתוב

גבי כשפנשה באמת' בשם ר"י דלא מהני תפיסה מ"מ שפיר כ' רבינו ור"י פי' כו' פיון דאביו הרא"ש הביאו על הני דינים דנזיקין הנ"ל דברי הר"י דפ"ב דכתנבות דמוכח מינ' דלא מהני תפיסה בכה"ג וכנ"ל אף מ"ש בסי' שפ"ח גבי זרק פיס לים וטען חבירו שהיא מלא מעות ז"ל וכ' הרמב"ם ואם תפס אח"כ אין מוציאין מידו וא"א ז"ל פתב פיון דספיקא דדינא הוא אין מועיל בה תפיסה ג"כ קשה להבין דלמה הוא ספיקא דדינא נהי נמי שמה שזרק לים ס"ל הי' מסופק אם דרף אינשי ליתן בכיס מעות מ"מ הא זה טוען ברי לי שהי' בכיס מעות והזקתני פך וכו' ואמאי לא מהני תפיסתו הא כו' התוס' והרא"ש והר"ן בהדיא דבספיקא דטענות מהני תפיסה פיון שזה טוען ברי וכן ק' מ"ש אח"כ סעיף ד' בדין מסור דלהרמב"ם אי תפיס נשבע ונוטל ולהרא"ש ל"מ תפיסה פיון דספיקא דדינא הוא למה קראו ספיקא דדינא הלא דין ברור שמסור חייב לשלם מה שהזיק ואין כאן ספק אלא נאמן על טענתו בשבועה שהוא טוען פך וכו' הזקתני וזה מקרי ספיקא דטענה.

ולכן נלענ"ד דע"כ איירי בגניזק ומסור דתפוס בעדים דאי לא תפסו בעדים מאי איירא להרמב"ם דמהני תפיסה בגניזק ומסור נהלא ידוע שהזיקו או מסרו רק שמחולקים בכמה ואפי' אין ידוע שמסרו או הזיקו כלל מ"מ נאמן במיגו דלהד"ם או החזרתי כמה שטען שהזיקו א"ו מיירי דתפסו בעדים ולא הוצרך לפרשו דסתם תפיסה פי' פך כשתפסו ממה שהוא ידוע בעדים שהוא של חבירו וכיון דליכא מגו הפמון שתפס ברשות בעליו אלא להרמב"ם ס"ל פיון שזה הזיקו ומסרו בעדים אלא שמחולקים במסור בכמה ובהזיקו אי דרף לאנזחי בסל מעות א"כ נאמן הגניזק בטענותיו ובשבועתו וכיון שתפס ממון המזיק והמסור לידו ויש ספק בדין אי נאמין לו אין מוציאין מידו ונשבע על טענתו ומאמינים לי בשבועתו ולהרא"ש ס"ל פיון שאין כאן אלא ספיקא דדינא לא מחשבין התפיסה לכלום ומ"ש רבינו פן בשם הרא"ש אע"ג דלא מצינו שדבר הרא"ש בו לשון כזה נראה פי' דהפל עולה בקנה אחד דהטעם דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא הוא משום דליכא מגו כמ"ש הרא"ש בעצמו והוא הטעם בזה דגם בכאן אינו אלא ספיקא דדינא אם נאמין לו ותייב המזיק והמסור וליכא מיגו ולכך פשוט לרבינו דלדעת הרא"ש ל"מ תפיסתו בכה"ג ונוכל לומר דבכל מקום שהוזכר תפיסה סתם משמעוהו שתפס בעדים ואפי"ה ס"ל לרמב"ם דמהני תפיסה אפי' לית לי' מגו היכא דאיכא עדים שזה היה שלו או פיוצא בדבר וכמו שנתבאר סי' צ' וסי' קל"ח א"ף שלהרא"ש ל"מ תפיסה אי תפס בעדים אפי' בספיקא דטענת בספיקא דדינא אפי' שלא בעדים לא מהני תפיסתו ודו"ק.

ומה שכ' רבינו בסי' שס"ב גבי מכרה גוי לישראל אחר שהשביחו מבע"י השבח למי ולפיכך אי תפס נגזל לא מפקינן מינ' אע"ג דהיאג"כ ספיקא דדינא ואין התובע טוען ברי ר"ל דס"ל לרבינו פיון שעכ"פ צריך להחזיר לנגזל גזילתו דהא מיירי שם דלא אשתיני מחמת שבח וגם מיירי לפני' יאוש ואפי' שבח שעלי' הפל של נגזל דהא ברשותו אשבח וכמ"ש בסי' שנ"ד אלא שמפני תקנת השבים תקנו שיהי' השבח של גזלן וא"כ פיון דעד השתא הי' ביד גוי ולא שייך בי' תקנת השבי' ונמצא שעדיין לא יצאה מרשות הנגזל וברשותו השביחה ועכשיו בא הלוקח מן הגוי זה להוציא ממנו ולית ליה טענת ברי אע"ג דגם לו אין טענת ברי מ"מ תפיסתו מהני וכאלו לא יצאה עדיין מרשותו דמאי: ונראה דזה ג"כ הטעם לעיל סי' ק"ן סעיף י"ג גבי בקש למכור שדה במאה והי' מוצא

למפנור במאָה וְלֹא טָרַח וְהִלֵּךְ וּמְכַר בְּמֵאֵתִים אֵיבָעִי לֵן פִּינּוֹן דְּהִי יָכוֹל לְמַפְנֹר בְּמֵאָה וּמְכַר בְּמֵאֵתִים לֹא נִיחָא לִי קַרְקַע זֹו וְהוּי פְּמוֹכֵר שְׂדֵה מִפְּנֵי רַעְתָּה וְהִדִּין דְּאַפִּי עֵינִיל וְנִפְיָק אַזוּזֵי אֵין א' מְהֵם יָכוֹל לְחַזוֹר וְכוּ' אִו דִּילְמָא פִּינּוֹן שְׂאִין נִיפְר דַּעַת בַּעַל הַשְּׂדֵה ל"א דְּמַכ' מִפְּנֵי רַעְתָּה וּמָה דְּעֵינִיל וְנִפְיָק אַזוּזֵי הוּא וְעֵדִינּוֹן לֹא גָמַר וּמִקְנָה יָכוֹל לְחַזוֹר בּוֹ וְלֹא אִיפְשָׁטָא וְכוּ' הָרַמְבַּ"ם דְּאִי תִפְס הַמוֹכֵר בְּמִקְח שְׂמֵכֵר פְּנִגְד הַמְעוֹת שְׁנִישְׂאָרוּ בְּיַד הַלּוֹקַח אֵין מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ וְכוּ' כ' רַבִּינוּ סָתֵם דַּעַת הָרַמְבַּ"ם אַע"ג דְּזֵה נְמִי סְפִיקָא דְּדִינָא וְקִי"ל לְרַבִּינוּ דְּלֹא מְהַנִּי תְּפִיסָה אֲלָא וְדִאי כַּמ"ש דְּכִינּוֹן דְּקַרְקַע מְוַחֲזָקַת שְׁהִיא שֶׁל הַמוֹכֵר אָף שְׂמִכְרָה וּמְסַפְקָא לָן אִי פְּכָר גָּמַר וּמִקְנָה אִו לֹא בְּכָל כַּה"ג פִּינּוֹן דְּלֹא בְּרוּר לָן שְׁלֹא מְרֻשּׁוּתוֹ וְדִאי מְהַנִּי תְּפִיסָה דְּהַתְּפִיסָה מְחֻזָּקַת וּמוֹקְמ' לְמִמוֹנ' בְּרֻשּׁוֹתוֹ דְּמַר' קָמָא דְּוּמְנ' דְּגִזְלָן דְּהִכִּי: וְעוֹד נִרְאָה דְּהַתְּמָם לַק"מ דְּהָא כ' הָרַמְבַּ"ם וְתִפְס הַמוֹכֵר הַמְּקַח שְׂמֵכֵר וְכוּ' אֲבָל אִי תִפְס מִיָּדִי אַחֲרִינָא לֹא וְתִפְסָה בְּמָה שְׁהִיָּתָה שְׁלוֹ וְדִאי מְהַנִּי לַכ"ע פִּינּוֹן דְּעֵדִינּוֹן לֹא יֵצֵא הַדְּבָר מְרֻשּׁוּתוֹ אֲלָא ע"כ שְׂאִין זֵה דְּקַדּוּק שֶׁא"כ קָשָׁה לְדַעַת הָרַמְבַּ"ם דַּס"ל דְּתִפְסָה מְהַנִּי בְּכָל מְקוֹם לְמָה כ' דְּתִפְסוּס מִמְּקַח שְׂמֵכֵר הָא אִפִּי מִיָּדִי אַחֲרִינָא נְמִי וְצ"ע וּמָה שְׁכ' רַבִּינוּ בְּסִי ד' גְּבִי פֹר בַּל' סָאָה וְכוּ' דְּמַבְעֵיָא וְלֹא אִיפְשָׁטָא בְּתַר אֵיזָה לְשׁוֹן אֲזִלִּינּוֹן וּפ' רַבִּינוּ דְּמְהַנִּי תְּפִיסַת הַלּוֹקַח בְּמָה שְׂבָא לִיָּדוֹ אַע"ג דְּהוּי אִפּוּקִי מְמוֹנָא מְחֻזָּקַת מְרָא קַמִּי פְּכָר פְּתַבְתִּי בְּשֵׁם הָר"ן דְּפִשְׁטָא דְּמְהַנִּי תְּפִיסָה פִּינּוֹן שְׂבִירָשׁוּת תִּפְסוּ שְׁהַרִי הַמוֹכֵר עֲצָמוֹ מוֹדָה לוֹ בְּזֵה וְתִפְסָה בְּרֻשּׁוֹת גְּבִי מְטַלְטְלֵי מְהַנִּי: וּמָה שְׂכַתְּב רַבִּינוּ בְּסִי ר"ב גְּבִי הַקְּנָה קַרְקַעוֹת לְאַחַד וְלִשְׁנֵי מְטַלְטְלִין אַגְבִּי דְּמַבְעֵיָא וְלֹא אִיפְשָׁטָא וְכוּ' בַּש' הָרַמְבַּ"ם דְּמְהַנִּי תְּפִיסָה אַחַר שְׁחִזוֹר הַמְּקַנָּה אֵין מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ אַע"ג דְּגַם שֵׁם הוּי סְפִיקָא דְּדִינָא וְתִפְסָה לְהוֹצִיא קַרְקַע מְחֻזָּקַת בְּעֵלִי לַק"מ דְּהָא זֵה הַמוֹכֵר ע"כ הוּי דַּעַתוֹ מְתַחֲזָקָה שְׂקָנָה זֵה קַרְקַע וְזֵה מְטַלְטְלִין וְהוֹצִיא זֵה מְטַלְטְלִין מְרֻשּׁוּתוֹ וְלֹא רָצָה בְּהֵם פְּלָל אִי הִי זֵה הַקּוֹנָה תִּפְסוּ אוֹתָם קוֹדֵם שְׁחִזוֹר הַמוֹכֵר בּוֹדִאי פְּשוּט הִי שְׁשׁוּב אֵין הַמוֹכֵר יָכוֹל לְחַזוֹר דְּקִנֵּי לִי זֵה בְּתוֹרַת מְשִׁיכָה אִו תְּפִיסָה לְרֻשּׁוֹת' לְהִכִּי הַשְּׂתָא נְמִי נְהִי שְׁעַתָּה פְּכָר חִזוֹר הַמְּקַנָּה מ"מ פִּינּוֹן שְׂדַעַתוֹ מְתַחֲזָקָה הִי לְהַקְנוֹת לְזֵה אַגַּב קַרְקַע אֲלָא שְׂמִסְפָּקָא לָן אִי קָנָה בְּכַה"ג לְהִכִּי אַהֲנִי לִי תְּפִיסָתוֹ שְׁל זֵה לְהַקְנוֹתוֹ בְּתִפְסָה זֹו פְּדִין קְנוּי' מְטַלְטְלִין אָף שְׂזֵה פְּכָר חִזוֹר בּוֹ מ"מ הָא אִפְשָׁר דְּאַף אִם רָצָה לְחַזוֹר אֵין יָכוֹל לְחַזוֹר פִּינּוֹן שְׂפְכָר הַקְּנָה לוֹ בְּתוֹרַת אַגַּב: וּמָה שְׂכַתְּב רַבִּינוּ בְּסִי רַמ"ח בְּדִין ש"מ שְׂאָמַר פֶּל נְכָסֵי לְפִלוֹנֵי דְּקָנָה פֶּל הַמְּטַלְטְלִין וּמַבְעֵיָ לָן אִי קָנָה ס"ת אִו לֹא וְעֵלְתָה בְּתִקּוֹ וְאַפ"ה פ' רַבִּינוּ אִי תִפְס לֹא מִפְּקִינּוֹ מִיָּנִי לַק"מ דְּהִכִּי פִּינּוֹן שְׂזֵה הַש"מ מוֹצִיא פֶּל הַמְּטַלְטְלִין מְרֻשּׁוּתוֹ שְׁנַתְּנוּם לְזֵה שְׂזֵה יִתְּפֹס בְּהֵם אֲלָא שְׂבָאוּ שְׂאָר הַיּוֹרְשִׁים אֵין זֵה בְּכָלל מְהַנִּי תְּפִיסָתוֹ דְּהָא גַם הַיּוֹרְשִׁים אֵינָם מְוַחֲזָקִים בְּמִמוֹן זֵה וְהוּי פְּאֵלוֹ אֵין שׁוּם אַחַד מְהֵם מְוַחֲזָק בְּדְבָר וְכָל א' אוֹמַר שְׁלִי דְּאַמְרִינּוֹ דְּכָל דְּקָדָם וְתִפְס מְהַנִּי תְּפִיסָתוֹ, אִפִּי תִפְסוּ בַּעֲדֵי וְכַנ"ל בְּשֵׁם הָר"ן.

אָף ז"א דְּהָא דִּין זֵה פְּתַבּוֹ הַטּוֹר גַּם בְּמִתְנַת בְּרִי בְּקִנּוֹן וְהַרִי הַנּוֹתָן עֲצָמוֹ עוֹמֵד וְאוֹמַר עֵדִינּוֹן לֹא הוֹצִיאִתִּי מְרֻשּׁוֹתִי. וְצ"ל דְּכִינּוֹן דְּנַתָּן לוֹ הַפֶּל וְהַרְשָׁה לוֹ לְקַחַת וַיֵּשׁ לְהַסְתַּפֵּק אִי ס"ת בְּכָלל וְהַנּוֹתָן עֲצָמוֹ אֵינוֹ יָכוֹל לְטַעוֹן בְּרִי שְׂאִינּוֹ בְּכָלל נְכָסִיו מִש"ה אִי קָדִים וְתִפְסוּ הַמְּקַבֵּל ה"ל פְּאֵלוֹ תְּפִיסוּ בְּרֻשּׁוֹתוֹ כַּנ"ל גְּבִי פֹר בַּל' סָאָה בְּסַלְע דְּמְהַנִּי תְּפִיסָתוֹ.

וּמָה שְׁכ' רַבִּינוּ ס"ס שִׁי"ב גְּבִי עֵלִי וְנִפְחַת הַתְּחַתּוֹנָה דְּאַבְעֵיָ לָן אִי יָרַד לְדוֹר לְמַטָּה בְּבִית אִו יְדוֹר בְּעֵלִי וְלֹא אִיפְשָׁטָא. וְכוּ' שֵׁם וְאִם דָּר בְּבִית אֵין מוֹצִיאִין מִיָּדוֹ הַשְּׂכִירוֹת

שָׁל בֵּית הַיְיָנוּ מְשׁוּם דְּהֶתֶם לֹא שִׁינָה אֲוִקֵי מְמוֹנָא בְּחֻזְקַת מְרָא קְמָא שְׁהָרִי גַם הַמְשִׁכִּיר מוֹדָה עַכ"פּ שִׁישׁ לְזָה לְדוֹר בְּבֵיתוֹ אֶלָּא שְׁמַחֲוֹלָקִים אֵי צָרִיף לְעֵלוֹת לְעֵלִי' עֲלִיוֹנָה לְדוֹר אוֹ לֹא לְכָה מְהֵנִי הֶתֶם תְּפִיסָה תַדַּע לָהּ שְׁבָאוֹתוֹ סִי' עֲצָמוּ פָתַב רַבֵּינוּ גְבִי י"ב דִּינָרִים לְשָׁנָה דִּינָר לְחֻזְדָּשׁ דְּמִסְפָּקָא לָן אֵי תְּפִיס לְשׁוֹן רֵאשׁוֹן אוֹ אַחֲרוֹן וּפְסֻק דְּלֹא מְהֵנִי תְּפִיסָה וְצָרִיף לְחֻזְדָּשׁ בְּכָהּ וּכְמ"ש שְׁם בְּפָנִים ע"ש וְדו"ק וְעֵינֵין בַּת"ה סִי' שְׁכ"א שְׁכ' שְׁם דִּין תְּפִיסָה בְּסִפְיָקָא דְּדִינָא וְהָאֵרִיף לְהִבִּיא שְׁם פְּמָה עֲנִינִים ע"ש: סְלִיקִסִּימָן א'.

שאלה ראובן יש לו חזקת בית אצל בית של עכו"ם אחד בפונדק הנק' ע"ש לחדיד ומוכרים בהבתים הנז' לחדיד. והבתים הנז' כל בית יש לה נבאח מכוון לבית ועל הבתים הנז' עליות ודרים בהם ישראל, וראובן הנז' בנה כותל א' מצד הבית של העכו"ם הנז' שמצדו והכניס האלנבח שמכוון לביתו ועשה כולה בית א' ומוכר וקונה בה כעת עתה לחדיד.

ולאחר ימים מכר העכו"ם ביתו לשמעון. ושמעון מכרה ללוי.

והן היום שקנה לוי הנז' חזקת הבית הנז' משמעון הנז' בנה גם הוא כותל ועשה האלנבח שמכוון לביתו כולו בית א' כמו שעשה ראובן בביתו. והן היום עמד ראובן וערער על לוי בשביל הכותל ההוא וטען עליו ואמר לו הבית הג' שהיא סמוכה לבית שלך אני רוצה לעשות לה כותל ונמכור בה.

ועכשיו איני יכול בשביל שהבית הג' הנז' והבית שמצדה יש להם כ"א נבאח א' לשניהם. ועכשיו שעשיתה כותל בבית שלך הבית שלי אינה נראית לקונים.

ועוד טען ראובן על לוי הנז' ואמר לו הכותל שבניתה עשית אותו בגבולי שהכנסת חלל הבית שלי ובנית הכותל בו. ותשובת כת"ר מהרה תצמח ושכמ"ה: תשובה הגה דברי השאלה באו סתומים כי לא פירשו מה היא טענת לוי הבונה.

והנה אם כל בנינו דלוי הוא בארבע אמות שנתנו חכמים ז"ל לכל פתח. ונימא דטענתו היא דד"א הללו שלו הם ויכול לבנות בהם ואין שותפו יכול לעכב.

דבר זה תלוי בפלוגתא דרבנותא דאשכחנא להו דפליגי בהני ד"א דקמי פתחא וכו' אי שעבודא הוא דאית ליה בהו או קניות לו קנין גמור. דהנה הרשב"א בח"ב ס' מ"א כ' וזל"ה.

וא"ת שאותן ד' אמות של פרוק משא אינו קנין גמור אלא שעבוד בלבד וכמו שאמרו בירושלמי ד' אמות שאמרו לא שיהיו לו קנין גמור אלא כדי שיהא מעמיד בהמתו לשעה ופורק חבילתו לשעה ע"כ לא היא שאין נראה כן מן הגמרה וכו' יעו"ש דהאריך בראיות ואסיק דש"ס דילן פליג אירושלמי והרמב"ן ז"ל הב"ד רבי' הב"י בסי' קע"ב פליג ופ' גמרה דילן כענין הירושלמי וכ' דלפ"ז דאם נטל זה בית וזה אחר שנטל ד"א כנגד הפתח שיהא שם פורק חבילתו לשעה.

ואף לאחר יש רשות להשתמש בה בעראי בשעה שאין זה משתמש בה. ואם בא לבנות בית אינו בונה ואינו מוכרה ע"ש.

והריב"ש ז"ל סי' רמ"ח היב"ד מרן בב"י שם וזל"ה אבל זכות הד"א שיש לו בחצר אינן שלו לקנין גמור אלא כדי וכו' כמו שמפורש בירושלמי שהביא בחיבורו אדונינו הרב ר' יהודה הנשיא אלבארג'לוני ז"ל וכן הסכים הרמב"ן ז"ל שאין זכות הד"א קנין גמור אלא לשעה. אבל לדעת הרשב"א ז"ל וקצת המפרשים שהד"א שיש לכל א' בחצר לפי פתחים לקנין גמור הם לו ולא לשעה והירושלמי פליג אגמרא דילן ואנן נקטינן כגמרא דילן.

וכן נראה דעת רש"י ז"ל שפי' ההיא דחצר לפי פתחיה מתחלקת. במי שיש לו חצר ושאר בתים פתוחים לתוכה לזה פתח א' ולזה ב' פתחים וחלק נכסיו על פיו ונתן הא' לבנו הא' והאחר לבנו הב' והם באים לחלוק החצר.

והרב רבינו יוסף הלוי מיגאש ז"ל שפי' כגון חצרות הכפרים שבא ראובן ובנה בית בחרבה ובא שמעון ובנה סמוך לו ואח"כ הסכימו שניהם והקיפו שניהם וגדרו ונמצא חצר של שניהם. ולפי שדעתם שהד"א הם לו לקנין גמור מפני זה לא פירשוה כפשטה בשני אחין שירשו או קנו בשותפות בתים וחצר וחלקו הבתים.

ובאו לחלוק עתה החצר בענין זה לא היה להם ד"א לפי פתחים לקנין גמור אבל חולקין אותה בשוה ע"כ. והנה לרבוותא דסברי דאינם לו אלא לשעה וחבירו רשאי להשתמש כשאין זה משתמש.

א"כ פשיטא דאינו רשאי לבנותם וכמ"ש הרמב"ן להדיא דאם בא לבנות בית אינו בונה. וממנו אתה למד דלמ"ד הם לו לקנין גמור.

דרשאי לבנותם בית. : מעתה נדעה נרדפה לדעת דעת מרן ז"ל ומור"ם ז"ל דאנן גרירנא אבתרייהו מה היא.

והנה מדברי הריב"ש ז"ל שכ' דדעת מהר"י נ' מיגאש ורש"י ז"ל שהם לו לקנין גמור ולכך פי' במחלק לבניו או בדזכו מהפקרא יתברר לנו דעתם. שהרי מרן סי' קע"ב ס"א הביא לנו דעת מהר"י נ' מיגאש ז"ל ומור"ם הביא לנו דעת רש"י ז"ל.

וא"כ דעתם היא דהד"א קנין גמור הם לו. ולפ"ז רשאי לבנותם בית: אלא דמהא לא אירייה דאשכחנא להנמק"י בפ' השותפין שאחר שהביא פירש"י ז"ל ופי' מהר"י נ' מיגאש ז"ל כ' וז"ל נראה מדבריהם דדוקא בכה"ג דאפשר לומר דהאב נתן להם כדרך שהיה הוא משתמש או כשהחזיקו בהפקר החזיקו בכה"ג אבל אחים או שותפים שחלקו הבתים תחילה ואח"ך נמלכו לחלוק החצר לא יהיה לבעל ב' פתחים טפי בתשמיש משום פתח יתירה.

אא"כ העלה אותו בדמים סתמא ולא פי' אשיאתה והורדי דאז ודאי הוי כבעל הכרם שיש לו בשדה הלבן של חבירו ד"א לעבודת הכרם כדפי' בריש פרקין ומוקמינן לה בקנו סתמא דכי היכי דהתם אין לו קנין בגוף השדה אלא שקנה התשמיש ה"ה הכא הך ד' אמות דיהבין ליה כנגד פתחו לתשמיש דוקא ולא לקנין הגוף.

וכ"כ הרמב"ן ז"ל והכי גרסינן בירושלמי בפרקין ד"א לא שהם לו לקנין אלא שיהא מעמיד בהמתו לשעה ופורק חבילתו לשעה וכתבן בהלכותיו הרב הנשיא ר' יהודה אלברג'לוני ז"ל ע"כ. הרי מבואר דדעת הנמק"י דלא כהריב"ש ז"ל שהרי על דברי

רש"י ז"ל ומהר"י נ' מיגאש אזיל ומפרש דהד"א אינם לו לקנין גמור והבי"ד הירושלמי: והלח"ם פ"ב מה"ל שכנים הג' כ' וז"ל הריב"ש ז"ל בסי' רמ"ח והרמב"ן ז"ל כפי' מ"ש הרב"י בשמו בסי' קע"ב סוברים דרבינו ז"ל שחילק בין כפרים למדינות הוא משום דאית ליה ד"א לקנין אבל מדברי נמק"י ז"ל בפ"ק דבתרא לא משמע כן אלא דמצי סברי דאינם לקנין אלא לפי שעה יע"ש.

והה"מ כ' שתי הסברות ולא גילה דעת רבינו שהם לקנין דוקא וכמ"ש הרמב"ן ז"ל משמע דאית ליה כנמק"י דלאו הא בהא תליא. אלא מצי סבר רבינו דאינם לקנין אלא לפי שעה וכדכ' הרב הנמק"י ז"ל ויש טעם לכל הצדדין ע"כ.

וא"כ אין להוכיח מדפסק מרן כמהר"י נ' מיגאש דסבר לה דהוי קנין גמור דהרי איכא מאן דסבר דלאו הא בהא תליא: ואולם זיל לאידך גיסא ואימא דדעת מר"ן היא . כהירושלמי מדכ' בסוף ס"ב וז"ל אעפ"י שבעוד שלא חלקו לא היו הד"א שלו לגמרי אלא לפרק בו משאו וחבירו היה משתמש בו ג"כ כשהיה מוציא אותם פנויים.

עתה שחלקו הם שלו לגמרי ע"כ ופי' דבריו אע"פ שבעוד שלא חלקו החצר אלא הבתים לא היו וכו'. דמזה משמע דקודם חלוקת החצר אינם קנויים לו לגמרי אלא שעבודא בעלמא וחבירו ג"כ רשאי להשתמש בהם.

ובפרט דלשון זה דמרן הוא מדברי רבי' בעה"ט שכתבו משם אביו הרא"ש ז"ל. ואחד הרואה בדברי הרא"ש בפ' השותפין לבבו יבין דס"ל כהירושלמי.

דתחילה הביא דברי רש"י ז"ל ושוב חילק בין כשהבתים שוים וחלקו בלי עילוי לכשהבתים אינם שוים וחלקו ע"י עילוי. ושוב כ' אמנם מטעם אחר היה נראה שאין נוטל ד"א לכל פתח דגרסי' בירושלמי וכו' אלמא אינם שלו לגמרי.

וחבירו משתמש שם כשהוא אינו פורק שם משאו ואין בהמתו עומדת שם. וא"כ למה יהיו שלו אחר חלוקה לגמרי.

נמצא מפסיד האחר מה שהיה משתמש בהם מתחילה וכיון שהחצר חציה שלו ומשתמש בכולה למה יפסיד כשיחלוקו ומיהו י"ל דאין הכי נמי שיפסיד. דכיון דעילו בדמים כל צרכי הבית הם בכלל העילוי.

וקודם שחלקו אין מקפיד אם חבירו משתמש בהם בשעה שא"צ להם ע"כ. והב"ד מרן הב"י אדברי הטור שכ' בשם אביו.

וא"כ מאי דכ' הטור ומר"ן אע"פ שבעוד וכו' לקוחים הם ממאי דכ' הרא"ש ומיהו י"ל וכו' והרא"ש כ"כ אדברי הירושלמי לחזק מאי דחילק בדברי רש"י ז"ל וש"מ תרתי דהרא"ש ס"ל כהירושלמי. ותלמודא דידן לא פליג אהירושלמי וש"מ דרש"י ג"כ ס"ל כהירושלמי דלא כהריב"ש ז"ל.

וכ"כ הראד"ב ז"ל סי' קל"א וזל"ה הרא"ש ז"ל סבר כפירש"י ז"ל ומ"מ סובר כהירושלמי כמבואר שם בפסקיו שכ' שם ומטעם אחר היה נראה שאין נוטל ד"א לכל פתח דגרסי' בירושלמי וכו' ותי' ומיהו י"ל וכו' משמע דסובר כדברי הירושלמי עם שהוא מפרש כפירש"י. כנראה שם ע"ב.

והמט"ש בסי' קע"ב בהגב"י אות זי"ן כ' ומהרח"ש ז"ל בח"א סי' ח"י ד"ך ע"א כ' מדברי הרא"ש ז"ל נראה דרש"י קאי בשיטה זו דאינם לו לקנין עכ"ל"ה: אלא דיש לדקדק ממ"ש הרא"ש ז"ל ומיהו וכו' דכיון דעילו בדמים וכו' וקודם שחלקו אין מקפיד אם חבירו משתמש בהם וכו' דמשמע דהא דחבירו משתמש בהם ה"ט משום דאינו מקפיד.

הא אם היה מקפיד אינו רשאי ולפי דברי הירושלמי יכול להשתמש בהם הגם דזה היה מקפיד. דהא אין לו בהם אלא שעבודא בעלמא.

והיה נראה לפרש דהרא"ש סבר דהירושלמי בדלא עילו בדמים ולכך סבר דאין לו בהם אלא שעבודא בעלמא. אבל היכא דעילו בדמים יש לו בהם קנין גמור אף קודם חלוקת החצר.

ולזה כ' וקודם חלוקה אין מקפיד. דאם היה מקפיד לא היה רשאי כיון דעילו בדמים: אלא דלשון רבינו הטור ומרן ז"ל שכתבו משם הרא"ש ז"ל אעפ"י שבעוד וכו' לא היו הד' אמות שלו לגמרי וכו'.

לא משמע כן. דבתר העילוי איירי ואפ"ה כתבו לא היו שלו לגמרי.

דמשמע דהא דחבירו משתמש בהם הוא משום שאינם שלו לגמרי ואין לו בהם אלא שעבוד. ולא מטעם דאינו מקפיד כדמשמע לן מדברי הרא"ש ז"ל.

ולדידהו לא הוו שלו לגמרי כ"א אחר חלוקת החצר. אבל קודם חלוקת החצר אף שמקודם חלקו בעילוי אין לו בהם אלא שעבוד בעלמא.

והוא תימה. דמהיכא משמע להו כן מהרא"ש דהא משמעות הרא"ש ז"ל כמ"ש דאחר העילוי הוו שלו לגמרי.

ומה שחבירו משתמש בהם הוא משום דאינו מקפיד. דוק מינה דאם הוא מקפיד אינו רשאי.

והירושלמי איירי בדלא עילו בדמים: ולכאורה היה נראה לידחק ולפרש. דמ"ש אעפ"י שבעוד שלא חלקו וכו' עתה שחלקו וכו' היינו חלוקת הבתים.

וקודם חלוקה היו דרים כל אחד בבית אחת. ואתי שפיר דהוו ממש דברי הטור ומר"ן ז"ל כדמשמע לן מדברי הרא"ש: אלא דנראה דדוחק לפרש כן.

ונראה דרבינו הטור ומר"ן ז"ל מפרשים דהא דכתב הרא"ש ז"ל אין מקפיד. היינו אין רשאי להקפיד: והפרישה ז"ל סי' קע"ב כתב והר"י הלוי ורש"י והרא"ש ז"ל דפירשו דהני ד"א שנותנין לכל פתח הוא שלהן לגמרי.

ס"ל שגמרה דידן פליג אירושלמי ולית לן אלא גמרה דידן וכו' ואפשר דהרשב"א דהרא"ש] וסיעתיה מצי מוקים להאי דירושלמי בשם ר"י דמיירי בדלא עילו וגם לא זכו מההפקר ע"כ: ומהתימה איך נקט בפשיטות דסברי הר"י הלוי ורש"י והרא"ש ז"ל דד"א הן לו לקנין גמור. ולא זכר שר את דברי הנמק"י ז"ל.

דכתב דברי הירושלמי אדבריהם דרבנן הר"י נ' מיגאש ורש"י ז"ל. ובפרט דמצינו לעינא פקחא דשלטא בדברי הנמק"י.

שהרי כתב אשיטת הרמב"ן. ושיטה זו הזכירה ג"כ הנ"י ואין ביניהם אפי' כמלא נימא ובפרט שכתב דהרא"ש ז"ל הכי ס"ל.

והלא הרא"ש ז"ל הביא דברי הירושלמי ולא כתב דפליג אתלמודא דידן ואדרבא מדברי הרא"ש ז"ל הוכיחו הראד"ב ז"ל ומהרח"ש ז"ל דסבר לה הרא"ש ז"ל דדעת הר"י נ' מיגאש ורש"י ז"ל כהירושלמי וכמש"ל ויש מקום להאריך בזה אלא שאין הזמן מסכים: באופן דדבר זה הוא פלוגתא דרבוותא.

ולמאן דאמר דהד"א קנויות לו לגמרי יכול לבנותם. אבל למ"ד דאינם קנויות לו ק"ג אינו רשאי לבנותם.

וכמ"ש.

הרמב"ן להדיא לדעת הירושלמי דאם בא לבנות בית אינו בונה. אלמא דלאידך מ"ד דפליג.

אם בא לבנות בונה וכיון דמידי פלוגתא לא נפקא. לכתחילה אינו יכול לבנות.

ואם כבר בנה אין מחייבין אותו לסתור. דיכול לומר קי"ל כמ"ד דקנויות לו ק"ג.

והרב בית יעקב סי' פ"ז נשאל בראובן שרוצה לעשות גדר בד' אמות שלפני פתחו ושמעון מעכב. וע"ז הביא דברי הרא"ש ז"ל הנז' ודברי הטור והש"ע שכ' אעפ"י שבעת וכו'.

וכתב וא"כ מבואר דכיון דיש לו רשות להשתמש שם פשיטה שיכול לעכב יעו"ש: ולדידן דגרינא בתריה דמרון ז"ל דדעתו היא כהירושלמי וכמש"ל א"כ אף בדכבר בנה מחייבין אותו לסתור: והראד"ב ז"ל סי' קל"א נשאל בראובן ושמעון ולוי שמחזיקין בחצר אחד שיש להם חנויות סביב לחצר וכל אחד יש לו בחנותו פתח פתוח לחצר הנז' גם יש סביב לחצר חנויות של תוגרמים ויש להם פתחים פונות לחצר הנז' ולוי שכר חנות א' מהתוגרמים והחזיק בה ונדבה רוחו להרחיב אותה החנות לצד החצר נגד הפתח ושאר המחזיקים מעכבים בידו וכו'.

ועוד טוען לוי שאע"פ שיהיה לראובן ושמעון זכות וכח למחות בידו הרי לפי הדין יש לו זכות ארבע אמות לפני פתח חנותו ומה שהרחיב חנותו הוא חזקתו וזכותו. וע"ז הביא דברי הר"י הלוי ורש"י והרמב"ן והרא"ש והנ"י וריב"ש ז"ל ושקיל וטרי בדבריהם דרבנן ולבסוף אסיק וכו' וז"ל נמצינו למדים דלדעת רוב הפוסקים הארבע אמות אינם לקנין אלא לפי שעה ואפי' רש"י ור"י הלוי ז"ל לדעת הרא"ש והרב הנמק"י סוברים כן זולת הרשב"א וקצת מפרשים ז"ל שחולקים על זה כדכתב הריב"ש ז"ל ואם כן אין בטענת לוי הבאה בשאלה ממש בטענה שאמר שד' אמות הם שלו ובשלו הוא עושה אינו כן כדכתיבנא דלדעת רוב הפוס' אינם לקנין אלא לשעה ויש רשות לשותפים להשתמש בשעה שאין זה משתמש וחזר הדין למה שכתב הרמב"ן ז"ל ואם בא לבנותו בית אינו בונה ואינו מוכרו וכיון שכן אינם שלו לגמרי ויש רשות לשותפים להשתמש בהם ואינו

זכותו וכ"ת לדעת שאר הפוסקים דהם לקנין ויכול לעשות בשלו מה שירצה ויוכל לומר קים לי כהני לא היא דהוא הבא לבנות הוא המוציא וכמו שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה הובאה בב"י סי' קנ"ד וז"ל ולפיכך למעשה אני אומר שאם כבר פתח חלונותיו או סמך קוטרא אין מחייבין אותו לסתום ואם בא לפתוח אין מניחין אותו לפתוח.

עד כאן.

כל שכן בנדון דידן דאיכא טעמא אחריתי דאפילו כבר הרחיב פתח החנות מחייבין אותו לסתור. והוא דבשלמא אם היה זה בונה בארבע אמותיו היינו באים למחלוקת זה אם הוא קנין או לפי שעה אבל זה הוא מרחיב פתח חנותו וכיון שכן לא הפסיד ד' אמותיו דלעולם יש לו ארבע אמותיו משם ואילך וכשיבואו לחלוק יטול ארבע אמותיו נוסף על הארבע אמות שכבר בנה ואפי' שיאמר לוי אעשה לכם שטר הודאה שכשנחלוק לא אטול הד' אמות בחצר המגיע לפי פתחי אלא אתם תטלו לפי פתחיכם והשאר נחלוק בשוה ואני לא אטול לפי פתחי מ"מ יוכלו השותפים לומר אין אנו שומרים שטרינו מן העכברים וכמו שכתב הרשב"א בתשו' הובאה בב"י סי' קנ"ד וז"ל ואפ' רצה לכתוב לו שטר הודאה בכך אין שומעין לו דנמצא זה צריך לשמור שטרנו מן העכברים ולא אמרו כותבים שובר אלא משום עבד לזה לאיש מלוה ומשום שלא יאכל הלה וחדדי הלא"ה לא.

ע"כ: ולדידן דגרינא בתר מרן לא צריכנא תו להאי טעמא וכמש"ל. וכ"ש בהצמדם יחד: וראיתי לחו"ר סאלי הי"ו שכתבו וז"ל"ה.

ומעתה הואיל וזה האלפנדק כל אחד יש לו בית מיוחד שלו וכל אחד מבורר חלקו. דין הוא שארבע אמות שלפני פתחו דידיה הוא שאין לחבירו רשות להשתמש בה כלל.

וכמ"ש הש"ע בס"ב וז"ל אעפ"י שבעוד וכו' וכונת מרן לומר הם שלו לגמרי לומר לך שאפי' בעת שהם פנויים אין חבירו יכול להשתמש שם לגמרי נמצא דהד"א הרי הם כאלו מבורר לכל א' לפני ביתו וכחלוק דמי וא"כ יכול כל א' בשלו להעמיד כותל מכאן ומכאן גבול ד"א שלפני ביתו דבשלו הוא בונה.

ואח"ך הביאו ראיה לדבריהם מתשו' הר' בית יעקב הנז' וכתבו ומשום היה לבינו שכאשר דמינו כן מצאנו פרשה פתוחה מפסק הרב הנז' שקודם שחלקו אינו יכול לגדור הואיל ויש זכייה לחבירו להשתמש שם בעת שיהיו הד"א פנויים דון מינה לנדו"ד שכל אחד חלקו מבורר ואין זכייה לחבירו להשתמש שם אפילו בעת שיהיו פנויים פשוט דיכול לגדור ואין אומר ואין דברים כלל.

עכ"ל:

ואחה"מ דבריהם תמוהים. דהגם דחלקו הבתים וכל א' יש לו בית מיוחד.

כ"ז שלא חלקו החצר אינו רשאי לבנות בהד"א שלפני פתחו לדעת הפוס' ומרן ז"ל בהדייהו דסברי דאינן קנויות לו ק"ג וכן היא דעת הבית יעקב ז"ל. ותשובת הראד"ב ז"ל הנז' תוכיח וכבר ראיתי לה' מוהר"ר רפאל אנקאווא היו אחר סמוך לחתימה חזר על המקרה וחזר בו בזה: ואם טענת לוי היא מדשתקו השותפין ולא מיהו בו מחלו לו.

הנה לכאורה מדברי הרשד"ם ז"ל ח"מ סי' רנ"ד נראה דהדין עמו. דהרב איתשיל בראובן אשר בנה בחצר השותפין באויר החצר אשר היה לראובן זכות וחזקה באותו אויר כשאר בני החצר וכל בני החצר לא פצו פיהם וזה לו לראובן ה' שנים שבנה הבנין הנז' וזכה והחזיק בה.

אם יש כח לשכנים לסתור הבנין הישן אחר כמה שנים שלא מיהו בידו. וע"ז השיב הדין עם ראובן והטעם שהרי כתב הריב"ש ח"מ סי' קנ"ד וז"ל דחזקת חלון וכו' עד וכל נזקי פרק לא יחפור אינו חזקת ג' שנים אלא מכי מתברר נזקיה ושתיק מחלו וכ"כ הרמ"ה וכן דעת הגאונים וכ"כ הרמב"ם ז"ל א"כ כפי דברי כל אלו הרבנים הדבר ברור ג' שני חזקה לא היה צריך דכיון שראוהו בונה בית בחצר ושתקו מחלו ודאי דהשתא נזק מועט מכיון שמתברר הנזק שתיק נזק גדול כבנין בית א' ודאי דפשיטא דמחלו ואפ"ל לדעת ר"ת שלכל דבר צריך ג"ש וטענה בנ"ד אפשר שיודה ר"ת שהדין עם ראובן דבשלמא בנזקין דפ' לא יחפור דהוי נזק כמו חלון או חפירה שהם נזקים שלפעמים אדם שותק לפי שעה ואינו מוחה ניחא אבל מי הוא שרואה שיבנו בחצרו בית וישתוק ולא ימחה כי ידע ודאי שהבונה בונה הבית על דעת לקיימה לעולם וא"כ כ"ע מודו בנדון כזה שאינם יכולים למחות ביד ראובן על הבית שבנה כ"ש כאשר היה לראובן זכות בשטח החצר ואפ"ל את"ל שעדיין לא זכה לדעת ר"ת אלא א"כ יש לו טענה שהם אמרו לו שיבנה ונתנו לו רשות לבנות ואם לא כן לא מהני חזקה וכן נראה דעת הרא"ש מ"מ כדאיתם הם כל הני רבוותא לסמוך עליהם ע"כ.

עין רואה דהרב ס"ל דא' מהשותפין שבנה בנין בחצר ולא מיחו בו שאר השותפין החזיק לאלתר וא"ץ ג"ש וטענה. ומינה לנד"ד דזכה לוי בבנינו דמדשתקו מחלו: אלא דקשייא לי דידיה אדידיה.

דמצינו להרב גופיה בסי' רל"ח וז"ל מצאתי שאלה מהרשב"א ז"ל יציאה וביאה אם צריך חזקה ג"ש. תשובה דבר ברור הוא שצריך חזקה ג"ש שהרי יש בזה חיסור קרקע שהרי משתמש בחצרו ממש ונכנס ויוצא בו וכו'.

והיא בב"י ח"מ סי' קנ"ג. אמת שבעיני הלשון קשה להולמו דמשמע דמשום דאיכא חסרון קרקע צריך חזקה ג"ש הלא"ה לא היה צריך ג"ש דאדרבה נראה להיפך דכל שיש חסרון קרקע ורואהו בעל הקרקע ושותק הוי חזקה מיד וכשאין חסרון הוא צריך חזקה ג"ש ויותר וכולי האי ואולי.

ומשו"ה נראה בעיני להגיה במקום שצריך אי מהני ג"ש דהשתא הוה אתי שפיר דקאמר וכיון שיש חסרון קרקע מהני שלש שני חזקה הא לא הוה חסרון קרקע לא מהני ג"ש ואפ"ל יותר יהיה מה שיהיה שמ"מ למדנו מתשובה זו דהיכא דאיכא חיסור קרקע דהוה ג' מהני למהוי חזקה וכו' ע"כ: ועי' בכנה"ג סי' קנ"ג הגהב"י אות מ"ז שתמה על הרשד"ם ז"ל דמה ראה בדברי הרשב"א ז"ל יותר מדברי רשב"ם ז"ל שהביא הטור סי' קנ"ג סכ"ד.

ושכן תמה עליו מהר"י הלוי ז"ל סי' נ"ז. איך שיהיה קשיין דברי הרשד"ם אהדדי.

דבההיא דסי' רל"ח פסק דהיכא דאיכא חסרון קרקע צריך חזקת ג"ש וטענה. ואלו בההיא דסי' רנ"ד פסק דג' שני חזקה לא היה צריך דכיון שראוהו בונה בית בחצר ושתקו מחלו וזה הוי כדס"ד התם להקשות על הרשב"א ז"ל שכ' דאדרבא נראה להפך דכל שיש חסרון וכו' הוי חזקה מיד: והנלע"ד הוא, דשאני ההיא דסי' רנ"ד דכיון דבנה בית שהוא בניין קיים לעולם והוא רואה ושותק אמרינן דודאי מחל דהא ודאי בכה"ג קפדי אינשי וכההיא דאמרינן גבי מעמיד בהמה בחצר השותפין דכ' הה"מ בפ' ה' מהל' שכנים הל' ה' דלדעת מהר"י נ' מיגאש ז"ל והרמב"ם דבחצר השותפין הכל תלוי בעשיית מחיצה ואין משגיחין על השנים.

ע"ש.

הבי"ד הסמ"ע סי' ק"מ סקכ"ב יעו"ש דאם המעמיד מחיצה הוייא חזקה לאלתר דגם השותף מקפיד על המחיצה ומדשתיק אמרינן דמחיל ליה לגמרי: אלא דקשה. שהרי הריב"ש ז"ל סי' רמ"ח כתב וז"ל ואפי' למי שמפרש הך מתני' דהיה מעמיד בהמה בחצר בחזקה שאין עמה טענה ושאונה צריכה ג"ש כמו שמפרש הרב בן מיגאש והר"ם ז"ל והרבה מן המפרשים ז"ל זהו דוקא משום דמוקמינן בחצר השותפין שכל שעשה בחצר או שקבע תשמישו בחצר וחבירו שהיה בידו למחות שתק מחל ולא שיקנה בגוף החצר כלום אלא שכל זמן שהחצר בשיתוף הוא עושה תשמישו הללו בהן ומעכב על חבירו מלעשותם וכשבאין לחלוק החצר שניהן שוין כבתחילה ע"כ.

אלמא דאף בהעמדת מחיצה לא החזיק בגוף החצר אלא בתשמיש: ונראה לחלק, דדוקא בהעמדת מחיצה לבהמה דאינו בנין קבוע כ"כ לזה כ' הריב"ש דלא החזיק בגוף החצר אלא לתשמיש. אבל בכונה בית בחצר שהוא קבוע לעולם.

הוי חזקה לגוף החצר. דכה"ג אשכחנא למהרימ"ט ז"ל חח"מ סי' ס"ג וזל"ה אע"ג דפלוגתא דרבוותא היא גבי מתני' דהיה מעמיד בהמה בחצר עשה מחיצה לבהמתו גבוהה וכו' ה"ז חזקה שרבינו יוסף הלוי ז"ל והרמב"ם פ"ה מהל' שכנים פירשוה דלאלתר הוייא חזקה ומטעם מחילה.

אבל הרשב"ם והרא"ש ז"ל פירשו בחזקת ג"ש ובבא מחמת טענה. דהכא כ"ע מודו דלאלתר הוייא חזקה הואיל והיה בונה בנין קבוע לא שייך לומר בכ"ג.

דלא קפדי אינשי דאלו במחיצה שעושים לצורך הבהמה מידע ידיע שכשתסתלק הבהמה משם תסתלק גם היא ולא קפדי עלה אבל בבנין קבוע פשיטא דקפדי אינשי ע"כ: אתה הראית דהרב ז"ל חילק לדעת הרשב"ם והרא"ש ז"ל בין מחיצה שעושין לבהמה, לבנין בית שהוא קבוע. אף אנן נמי נימא דהרשד"ם ז"ל ס"ל לחלק לדעת מהר"י נ' מיגאש והרמב"ם ז"ל דע"כ לא כ' הריב"ש ז"ל דדעתם היא דלא החזיק לאלתר אלא לתשמיש ולא לגוף החצר אלא במחיצה דבהמה דמידע ידיע שכשתסתלק הבהמה תסתלק המחיצה אבל בכונה בנין דמינכר שהוא קבוע לעולם נימא דהחזיק לאלתר בגוף הקרקע.

ואפשר דה"ט דלא זכר הרשד"ם כל זה הוא משום דהשיב לשואלו בנחיצה שתי שורות כמבואר בדבריו. וא"כ בנד"ד דלוי זה בנה בנין קבוע דמידע ידיע שהוא קבוע לעולם והשותפין שתקו ולא מיחו לכאורה נראה לומר דהחזיק לוי בכל בנינו לאלתר: ואולם

אפשר לפרש דברי מהרשד"ם ז"ל ע"פ דברי הרב מהרימ"ט ז"ל בתשו' הנז' דנשאל בא' משותפי החצר שבנה חדר א' סמוך לביתו שהוא בחלקו והאריך בתשובה.

והעולה מדבריו. דאם בא מחמת טענה שחלק עם השות' ועלתה לו בחלקו ונסתלק מהשאר אפי' לא טען שחלק ברשות השות' החזיק אע"ג דקי"ל השותפין מחזיקין זה על זה בדאית ביה דין חלוקה ונחית לכולא אבל נחית לפלגא אפי' אית ביה דין חלוקה לא.

נראה דהכא כיון דבנה חדר שם עלתה לו חזקה. דדוקא גם אכילת פירות שדה או בית לא הוייא חזקה דנחית לפלגא מטעמא דאמרינן שדרך השות' זה אוכל ברוח זה וכו'.

אבל היכא דבנה בנין בכה"ג קפדי שותפי אהדדי ואסיק דבכה"ג עלתה לו חזקה לאלתר דומייה דההיא דאחזיק לכשורי דלאלתר עלתה לו חזקה לפי שאין זכות חזקת קרקע אף בזה אין זכות קרקע אלא חלוקה לבד וכבר הסכימו שחזקת החלונות וכו' שאינן גזל מגוף הקרקע אין חזקתן ג"ש ובענין חלוקת הקרקע נראה שכ"ע מודו שהבנין מוכיח שחלקו והואיל והוי חצר שיש בה דין חלוקה ומצי כייף לחבריה שיחלוק מטעם היזק ראייה חזקה שחלקו.

ואם בא מחמת טענה שקנה מהשות' חלקם והרי הוא משתמש בשאר בשותפות לענין אותו המקום שבנה נחית לכולא מיקרי ועלתה לו חזקה בג"ש ובפחות מג"ש לא עלתה לו חזקה. וע"ש דפירש דלדברי הר"י הלוי והרמב"ם ז"ל.

מהני ליה חזקה לגמרי להיות כשלו בחלקו ע"ש. עכת"ד: וכיון דאנהרינהו לעיינין רבינו מהרימ"ט דחלוקת הקרקע בחזקת החלונות והיזין שאינן גזל מגוף הקרקע.

וכבר השרישונו רבותינו דאפוי פלוגתא לא מפשינן. א"כ אף אנן נמי נימא דמהרשד"ם בסי' רנ"ד ד"כ דכיון שראוהו בונה בית בחצר ושתקו מחלו והביא ראייה מדברי הגאונים דס"ל דחזקת החלונות וכו' החזיק לאלתר.

היינו בטוען שחלק עם השות'. וכההיא דמהרימ"ט ז"ל דכתב דחלוקת קרקע אין זה זכות קרקע אלא חלוקה לבד.

אבל היכא דאינו טוען טענת חלוקה אלא רוצה לזכות בבניינו ולא יסתלק מתשמיש שאר החצר ה"ז בא לזכות בקרקע ונחית לכולא מקרי וצריך ג"ש וטענה. וכמ"ש מהרימ"ט ז"ל: והא דכתב מהרימ"ט ז"ל והואיל והוי חצר שיש בה דין חלוקה וכו' חזקה שחלקו ע"כ.

אינו ר"ל דהיכא דאין בה דין חלוקה אינו יכול הלה לבוא בטענת חלוקה לס' הגאונים ז"ל. אלא משום דר"ל דאף למאן דפליג על הגאונים וס"ל בכל חזקות צריך ג"ש וטענה.

בחלוקת קרקע יודו יען שהבנין מוכח שחלקו ולזה כתב והואיל וכו' דאם אין בה דין חלוקה דלא מצי כייף לחבריה אפשר דלא יודו דאף בכל הנזקין דאין בהם גזל קרקע בעו ג"ש. אבל לס' הגאונים דס"ל דבכל הנזקין שאין בהם גזל קרקע החזיק לאלתר א"כ אף בטוען טענת חלוקה שאין בה גזל קרקע כמ"ש מהרימ"ט ז"ל אף שאין בחצר דין חלוקה החזיק לאלתר ואמרינן דמדשתק נתרצו לחלוק: איברא דלדרך זו יש לדקדק במ"ש מהרשד"ם ז"ל וז"ל כ"ש כאשר היה לראובן זכות בשטח החצר ע"כ.

ולכאורה תיבת כ"ש אין להם מובן. דהא לא תצדק טענת חלוקה כ"א ביש לראובן זכות בשטח החצר דאם אין לו בה זכות מאי חלוקה איכא.

ומדנקט האי לישנא דכ"ש משמע דיצדקו דבריו אף בדאין לו בה זכות וזה יורה כפי הדרך הא' שכתבנו דס"ל דע"י בנין קבוע החזיק לאלתר אף בדאיכא זכות קרקע: והנראה לישב דברי הרב כפי ס' מהרימ"ט ז"ל הוא. דכונת מוהרשד"ם ז"ל דאף לר"ת דס"ל שלכל דבר צריך חזקת ג"ש וכו' בנ"ד יודה דבשלמא בנזקין דחלון וכו' שהם נזקין שלפעמים אדם שותק לפי שעה ואינו מוחה.

אבל מי הוא שרואה שיבנו בחצרו וישתוק ולא ימחה. ואף שהדין נותן דבשתיקה לא החזיק אפ"ה אינו נמנע מלמחות.

וכ"ש כאשר יהיה האופן דבשתיקה החזיק דודאי אינו נמנע מלמחות ומדשתק ודאי מחל וחבירו החזיק. והיינו דכתב כ"ש וכו'.

והיות דהתשו' ההיא כתבה הרב בנחיצה לכך לא היו הדברים מבוארים כראוי: וחזיתיה למהר"ר יונה ז"ל שכ' על דברי מהרשד"ם ז"ל. כאשר ראיתי דבריו בתשו' הרב ב"ד ז"ל.

ח"מ סי' צ"ב וז"ל ואבאר נדון שלו דלפום ריהטא יש לטעות ולומר דהיינו שבנה בית על שטח קרקע החצר. ואם היה כן הוה קשה טובא דאיך הביא ראיה מהגאוני' וסיעתם דלא בעי טענה וג"ש, דהא ע"כ לא כתבו דאין צריך ג"ש אלא היכא שאין נוטל גוף קרקע, כאשר הוא פשוט.

אלא שנדון שלו היה שהוציא בליטה מביתו על אויר שטח החצר וכן מוכח מלשון השאלה שכ' באויר החצר וכן מסוף התשובה שכ' שאינו יכול לבנות למטה ואם היה על קרקע החצר ממש מה שייך לומר למטה דהא אין למטה ממנו כלום ע"כ: ואפשר דהא דלא פירשה בחלוקת קרקע כדפרישנא בעניותין כפי' דברי מהרימ"ט ז"ל.

לא משום דפליג על מהרימ"ט ז"ל וסבר לה דאף חלוקת קרקע הוי כחסרון קרקע. דאפשר לומר דניחא ליה לפרשה במוציא בליטה באויר דהכי דייק ליה לישנא דמהרשד"ם ז"ל כמ"ש וכן מוכח וכו': אכן חזיתיה להב"ד ז"ל שם שנשאל וז"ל הרי"א והרי"ב שות' בחצר שאין בו דין חלוקה והוסיף הרי"ב קצת על הבנין שלו שתפס משטח החצר תחת רשותו שיעור מה ולא מיחא בו הרי"א.

לימים רצה הרי"א להוסיף על בנין שלו ומחה בו הרי"ב ואז תבע הרי"א שיבנה גם הוא או שיסתור מה שהוסיף. וע"ז הביא דברי מהרשד"ם ז"ל דסי' רנ"ד ופי' מהר"ד יונה וזו הלכה העלה וז"ל מ"מ כיון שמן הדין יכול הרי"א לומר להרי"ב שיסתור מה שחדש לפי שהוא חיסור קרקע לפי פי' הר"ד יונה על מהרשד"ם כנ"ל אלא שבשביל שלא תבע הרי"א לסתור אלא ליטול גם הוא דאמרן שהיה הדין עמו.

והשתא דהוא תבע מניה לסתור יהיה בשביל מה שיהיה הרי הדין עמו לעולם לומר סתור מה שבנית שמ"ש שאין לו לסתור היינו כשמהרי"א הוא התובע שלא יסתור משום דע"כ

במה שחדש מהרי"ב גילה דעתו שנתרצה לחלוק באותו שיעור דאל"כ למה חדש. דאין לומר שכיון לגזול ח"ו.

הילכך כשגם הרי"א מתרצה ורוצה ליטול כנגדו אין הרי"ב יכול לחזור. אבל אם הרי"א רוצה שיסתור מכח שאינו מתרצה בחלוקה יכול הוא לומר כן דהשתיקה ששתק אינה ראייה שנתרצה לחלוק אלא הרי הוא כמו בעל קרקע שמחזיק בו אחר והוא שותק שאין השתיקה כלום.

וה"נ הכא וכמוכח מדברי הר"ד יונה ז"ל שכ' שנדון הרשד"ם ז"ל. הוא דוקא באויר אבל בקרקע צריך לסתור ולא אמרינן דהשתיקה הוי כנתרצה לחלוק.

ע"כ: ואחד הרואה בתשו' הרב שם ולבבו יבין. עיניו תחזינה דלדעתיה משתמען מלוהי דמהרשד"ם ז"ל בבונה בגוף הקרקע איירי ולא באויר.

ודקדק כן מלשון הרב כאשר יראה הרואה שם. ולכך אסיק אדעתיה לחלוק אמהר"ד יונה ז"ל וכ' דמהרשד"ם ז"ל ס"ל דאף בחסרון קרקע הוי שתיקה מחילה.

וה"ט דכל שהוא נזק כה"ג א"ץ ג"ש וטענה ומזה רצה לזכות להרי"ב הנז' ושוב כ' אלה דמ"מ נראה דחייב הרי"ב לסתור כל מה שבנה אם רוצה שלא יוסיף הרי"א דע"כ לא קאמר מהרשד"ם שמחל לו אלא לענין שאין יכולין לחייבו שיסתור מה שבנה אבל אם ירצה כל א' מבני החצר ליטול לעצמו משטח החצר כשיעור מה שנטל הוא בהא אין ראובן יכול למחות באומרו מה שנטלתי אני מחלתם ומה שאתם רוצים ליקח איני מוחל משום דיכולים לומר מה שמחלנו לך היינו מפני שכבר היה נשאר לנו מה ליקח חליפי מה שנטלתי ואף שהיינו יכולים למחות שלא תקח אפי' על דעת שנקח אנחנו מחמת שאין בו דין חלוקה מחלנו ע"ז ונתרצינו לחלוק והטעם שיכולים לומר כן הוא מפני שכיון שכל עיקר הטעם שכ' מהרשד"ם ז"ל שמחלו הוא מפני ששתקו.

כל שיש לתלות השתיקה באיזה דבר תלינן ולא מפקינן ממאריה קמא אלא בדבר שהוא מוכרח והכא כיון דאיכא למתלי כמ"ש תלינן ולכן אין יכולת ביד הרי"ב למחות בהרי"א שלא יטול כמו שנטל הוא ומדוקדק זה מלשון מהרשד"ם וכו'. ע"כ ע"ש: המבואר מכללות דבריו.

דגם חלוקה הוי חיסור קרקע. ולכך סבר מהר"ד יונה דהשתיקה לא הוי כנתרצה לחלוק ומוקי לההיא דמהרשד"ם ז"ל באויר דוקא דאין באויר חיסור קרקע כמבואר שם בב"ד להדיא.

ואולם הרב"ד ז"ל פירש בדברי מהרשד"ם דאיירי בבונה בגוף הקרקע אלא דמ"ש דהשתיקה הוי מחילה היינו שמחל לו להיות לחלקו ולא שמחל לו ליטלו במתנה לגמרי אלא נתרצה לו בחלוקה שגם הוא יטול חליפיו במקום אחר ואע"ג דהחלוקה הוי חיסור קרקע וקי"ל דבחסור קרקע בעינן ג"ש מ"מ ס"ל מהרשד"ם דכל שהוא הזק גדול לא בעינן ג"ש דבהזק גדול לא שתקי ומדשתקי מחלי.

והא דלא אמרינן דמדשתק מחל לו לגמרי במתנה הט' דתלינן דמה ששתק הוא משום דנתרצה לחלוק וכיון שאין אנו מוכרחין לומר דמה ששתק הוא משום דנתן לו במתנה

כיון דאיכא למתלי בחלוקה לא מפקינן ממריה קמא אלא בדבר שהוא מוכרח, וא"כ לענין המתנה לגמרי בעי ג"ש כדקי"ל בכל חיסור קרקע: ואולם במסקנא דמילתא דן את הדין כפי מהר"ר יונה דהשתיקא לא הוי כנתרצה לחלוק ויכול לומר לו סתור בנייך.

כמובא למעלה: ולא שלטו מאורי אור עיני קדשו בדברי הרב מהרימ"ט ז"ל דכ' דחלוקת קרקע לא הוי חסרון קרקע ואין כאן הוצאת זכות קרקע מחבירו רק שלקח זה בחלקו בחזקה כי האי שבנה והכניס לתוך שלו עלתה לו חזקה לכ"ע אף לרבותינו החולקים על הגאונים. דלפי דבריו הווי אתו שפיר דברי מהרשד"ם כפשטם כדהוה משמע ליה להרב"ד ז"ל וכמש"ל אנן בענותין: וכי תימא דהכא כ' הרב דכל שיש לתלות השתיקה בדבר אחר תלינן.

ובסיום התשו' כ' וז"ל עוד תבע הרי"א מהרי"ב שבגארדקי שהיה לו להרי"ב בקודם עשה עליו גג מחדש שע"ז מביא מי הגשמים להלן בחצר ולכן רוצה לעשות גם הוא גג על גארדקי שלו או שיסתור הגג שעשה. והרי"ב טוען הגג שעשיתי מחלת ששתקת והגג שאתה רוצה לעשות איני מניחך ויראה שהדין בזה עם הרי"ב לפי שאין זה גזל גוף קרקע אלא שעבוד בעלמא וכיון שיש רבים סוברים דלא לתר הוי חזקה יכול הרי"ב לומר קי"ל כוותייהו דהוי מחילה לאלתר ואני זכיתי במה שעשיתי ולך איני מניח לעשות.

ע"כ: ואמאי והלא הלה יכול לומר דמה ששתקתי הוא על סמך לכשארצה גם אנכי לעשות כמוהו אעשה: לזה י"ל דלזה כ' הרב"ד ז"ל ולא מפקינן ממריה קמא אלא בדבר שהוא מוכרח וכו' דר"ל דכיון דאיכא חיסור קרקע הרי קרקע בחזקת מריה קמא ומספיקא לא מפקינן מניה דמוחזק. אבל בשאר נזקין דליכא חיסור קרקע ולא מפיק מניה כלום ואדרבא המזיק הוא המוחזק וכמ"ש הרב דיכול הרי"ב לומר קי"ל.

לזה לא תלינן השתיקה בדבר אחר: איך שיהיה. המורם מהאמור.

דהחלוקה אי הוי חסרון קרקע מידי פלוגתא לא נפקא. דלמהרי"ט ז"ל לא הוי חסרון קרקע ולהרב"ד הוי חסרון קרקע ושכן היא דעת מהר"ד יונה ז"ל.

א"כ בנד"ד יכול לוי הבונה לומר קי"ל כמהרי"ט ז"ל דלא הוי חסרון קרקע והחזיק לאלתר. ואע"ג דלא אמרינן קי"ל כפלונני היחיד ואפי' לגבי תרי וכמ"ש הכנה"ג בכללי הקי"ל אות ט"ו דהכי אזלא סוגייתא דעלמא.

ועי' אורח משפט בכללי דקי"ל אות ל"ח. מ"מ הכא ליכא תרי שהרב"ד ז"ל הוא שכ' שכן היא דעת מהר"ד יונה ז"ל ואין דבריו מוכרחים.

דדילמא גם מהר"ד יונה סבר כמהרימ"ט. והא דלא פירש דברי מהרשד"ם בחלוקה הוא משום דמשמע ליה דבבונה באויר דוקא איירי כמ"ש וכן מוכח וכו' וכן מסוף התשו' וכו': ועוד אפשר לומר.

דגם הרב"ד אי הוה שמע ההיא דמהרימ"ט הוה הדר דמדלא הביאה בתשובתו מסתמא אמרינן דלא שמע. שכ"כ מהרימ"ט חא"ה סי' כ"ב וז"ל ולא תימא מאחר שהובאו בספר מפורסם מסתמא שמיע להו כדכתב מהריק"ו ז"ל.

דבשלמא בפוסק שכותב הלכות פסוקות איכא למימר דאע"ג דשמיע ליה אפשר דסמך על רבוותא אחריני וסתם לן כוותייהו. אבל מי שמשׁיב תשובה בראיות אם איתא דשמיע ליה הך סברא לא הוה שתיק מינה מלהביאה ולסותרה אלא מסתמא לא שמיע לה כלל.

ע"כ: ובפרט דהרב"ד הוא מהדר לפרושי דברי מהרשד"ם בבונה בגוף הקרקע שכן משמע ליה פשט דבריו מדקרי ליה בשם בית ומדקדוקים אחרים כאשר יראה הרואה בדב"ק. ודחה כל מה שדקדק מהר"ד יונה לפרש דאיירי באויר.

ואף דבמסקנא אזיל בתר פירוש מהר"ד יונה. נראה דה"ט מכח ק"ו מהר"ד יונה: איך הביא ראייה מהגאונים.

דפשוט הוא דלא כתבו כן אלא היכא שאין נוטל גוף קרקע ולא ניחא ליה להרב"ד כ"כ במאי דחילק מעיקרא דכל שהוא הזק גדול א"ץ ג"ש. ואי הוה שמיע ליה דברי מהרימ"ט. למה הוצרך לידחק ולפר' דלא כדמשמע ליה איהו גופיה. ואף דנימא דהוא לא ס"ל הא דמהרימ"ט.

מ"מ מנא ליה דמהרשד"ם לא ס"ל כמהרימ"ט. אלא ודאי לא שמיע ליה.

ואפשר דאי הוה שמיע ליה הוה הדר: ומצאתי למהשה"ר מע' שי"ן אות צ"ה שכ' וז"ל. ראובן ושמעון שותפין בחצר אחת אך בחלקות לכל א' מהם בתים מיוחדים אמנם שטח החצר ושאר תשמישי החצר הם בשות' ביניהם ועמד ראובן והכניס לתוך ביתו משטח החצר ושמעון לא אמר ליה ולא מידי ואחז"ר עמד שמעון ורצה להכניס לביתו משטח החצר ג"כ וערער עליו ראובן באמור לו כיון ששתקת כשהכנסתי אני משטח החצר מחלת לי וזכיתי ממה שהכנסתי משטח החצר ועכשיו אי אתה רשאי לקחה משטח החצר כי איני רוצה למחול על חלקי ושמעון השב ישיב כי לא מחלתי לך אלא על סמך לכשארצה גם אנכי לקחת ג"כ משטח החצר רשאי אני על דנא פתגם נשאל הר' בית דוד ז"ל בח"מ סי' צ"ו מהספר והעלה דהדין עם שמעון.

ע"כ: ואהמ"ר דבריו תמוהים דמשתמען מלוהי דלהרב"ד דוקא הבנין יכול לבנות גם הוא אבל אם אינו רוצה לבנות אינו יכול לומר סתור מה שבנית. ואין כן מסקנת הרב"ד.

דבמסקנא אזיל ומודה לפי מהר"ד יונה דהשתיקה לא הוי כנתרצה לחלוק ויכול הלה לומר לו סתור. ומאי דכתב המשה"ר ז"ל הוא מאי דאסיק אדעתיה הרב"ד ז"ל.

ואיך לא שלטא עינא פקיחא במסקנא דמילתא דהדר ביה: וראיתי לחו"ר סאלי יע"א הי"ו שכ' וז"ל גם דעדיפא מינה איכא למימר דלוי זה אפי' לכתחילה יכול לבנות כמו שבנה ולעשות צורת פתח וכמו שבא הדבר מפורש במשה"ר במע' שי"ן אות צ"ה וכו' [הו"ד למעלה] וממנו נקח לראובן זה שבא לערער שאין בדבריו כלום הואיל והוא עצמו הקדים לפורענות ועשה בבית שלו כמו שעשה לוי זה וכמ"ש בשאלה א"כ לוי זה יזכה לעשות כמוהו ואין להשיב ולומר דשאני נדון הרב"ד ז"ל מנדו"ד דכאן הואיל ובשעה שבנה ראובן היה עדיין הבית של העכו"ם ואח"ך מכרו לשמעון ושמעון ללוי וא"כ הרי פנים חדשות באו לכאן וכיצד יאמר כן לוי לראובן בשעה שבנית בגבולך היה בדעת

שאבנה גם אנכי בגבולי הרי לא ידעינן דעת העכו"ם המוכר הראשון שבימיו נעשה גדר זה.

אלא כד דייקת שפיר בפסקו של הרב תראה שאין זה דחייה דיש לנו לב לדעת היאך פסק הרב כן מכח מה שאומר שמעון שבדעתי היה על סמך וכו' הרי קי"ל דברים שבלב אינם דברים והיה צריך לגלות דעתו דלא מחל ובכל עת וזמן שירצה יטול גם הוא ואזי יזכה מדין חלוקת השות' ועכשיו ששתק מאן לימא לן דלא מחל אלא מוכרח לומר דאפי' בלי שום גילוי דעתא כך הדין נותן הואיל ושותפים הם באמצע החצר ובא אחד ונטל חלק בראש וחבירו שתק אינו בדין שיפסיד זה חלק הנוגע לו במה שנטל חבירו אלא דינו הוא מדשתק מחל לו באותו מקום ויהיה קנוי לו כנגד זה החלק גם הוא במקום אחר וכו' והדבר מוסכם מצד הסברא דדמי זה השותפין בחצר לשאר שות' דעלמא שכל א' יש לו קרן בכיס זה מנה וזה מנה האם נאמר שאם אחד מהם נטל מן הקרן סך מה בפני חבירו לעשות בהם צרכיו וחבירו ראה ושתק האם נאמר שחבירו שתק לו ליטול אותם לתורת מחילה מהאמצע אלא הכוונה דנטל אדעתא שיטול חבירו נגדו וא"כ גם כאן בשעה שבנה ראובן זה והכניס האלנבח לתוך ביתו ודאי דעת ראובן זה ודעת העכו"ם שוה בזה ואין חילוק בין עכו"ם לישראל בזה כלל ומשעה שבנה ראובן נקנה לעכו"ם גם הוא להכניס האלנבח ולהשתמש בד' אמות הצריך לפתח אשר יעשה וא"כ הוי כאלו הוברר לו המקום ושלו הוא לבנות כאשר בנה ראובן וא"כ כל מה שזכה העכו"ם מכר והוי מוכר הבית ושטח האלנבח להכניסו לבית ולהשתמש בסמוך לו.

ע"כ: ותימא הוא בעיני. דאיך תמהו על מאי דפסק הרב שהדין עם שמעון ממאי דקי"ל דברים שבלב אינם דברים וא"כ הוה צריך לגלויי דעתיה.

דלדידהו אי הוה פסק הרב הדין עם ראובן הוה אתי שפיר. ואדרבא כל בתר איפכא וזיל לאידך גיסא.

דאי קשיא הא קשיא. דמאחר דראובן לא בא לזכות אלא מכח שתיקה כמ"ש המשנה"ר ז"ל וערער עליו ראובן באמור לו כיון ששתקת וכו' מחלת לי וזכיתי.

א"כ פשיטא דבשתיקה לא החזיק ויכול לומר לו שמעון סתור בניניך דמה ששתקתי אינו ראייה שנתרציתי אלא הרי הוא כבעל הקרקע שמחזיק בו אחר והוא שותק שאין השתיקה כלום. ואפי' לדברי הגאונים דסברי דבשאר נזקין הוי חזקה לאלתר.

ה"ד בדליכא חסרון קרקע אבל היכא דאיכא חסרון קרקע בעי ג"ש וטענה וכמ"ש הרשב"א הבי"ד הבי"ד בס"י קנ"ג ושכ"כ הכנה"ג שם משם רשב"ם ז"ל ובקושית מהר"ד יונה וכבר בארנו כל זה לעיל: ועוד תימא איך כתבו בפשוט להביא ראייה מהמשה"ר ז"ל מאחר דלא נתבאר בשאלה זמן בנין ראובן וטענתו ואפשר דלית ליה שני חזקה ובא בטענה דמהני כמ"ש מהרימ"ט בתשו' הנז' ז"ל ואם בא מחמת טענה שקנה מהשות' חלק במקום והרי הוא בשאר הגארדק בשות' לענין אותו המקום נחית לכולא מקרי ועלתה לו חזקה בג"ש ע"כ: וא"כ אין מכאן ראייה.

דהמשה"ר איירי בראובן שבא מכח מחילה ושתיקה: ואף אם בנד"ד לא יטעון ראובן אלא מחמת שתיקה צריך לידע מהו הדין בדיניהם דאם בדיני הגוים החזיק ראובן אפי'

בשתיקה לחוד א"כ לוי הבא מכח הכותי הרי הוא כמוהו ולא עדיף מדאתי מחמתיה ומה מכר ראשון לשני וכו'. ובודאי דהרבנים הפוס' הי"ו לא שלטו מאורי אור עיניהם בשרשן של דברים: עוד ראיתי להרבנים הנז' היו שכתבו וזל"ה הואיל ויש שם אכסדרה לפני הבית אפי' מה שהוסיף יותר על הד"א שלפני ביתו זכה.

והביאו דברי הר' דבר משה ח"ב סי' כ"ג וז"ל כ' מהרי"ד נר"ו נשאלתי על חלל שתחת הגארדקי [הוא אכסדרה] אם הוא מבעל הגרדקי ויכול להקיפו ולסותמו לעצמו או אם הוא כמו כל שאר חלל החצר שהוא משותף עם כל שאר בני החצר וזכורני שיש מחלוקת בין הר' מהרח"ש ז"ל שכ' בסי' ס"ב מח"א שהוא של בעל הגארדקי ושדומה לו שכן דן ה' מהרשד"ם ז"ל והר' לחם רב ז"ל נראה מדבריו שהוא כחלל החצר יע"ש שהעלה שראוי לדון כמהרח"ש.

וע"ז כתבו הרי לפניך דלא מלבד דהזכר במחלוקת שנוי וא"כ לוי שכבר בנה יכול לומר קי"ל כמהרח"ש ומהרשד"ם ז"ל דסברי מרנן דהאגארדקי יכולין בעליו לסותמו לעצמו דבמקום שכבר עשה הזק אליבא דכ"ע המזיק קרוי מוחזק. ומכ"ש להדב"מ דהכריע כמהרח"ש א"כ ודאי דזכה איש הביניים ועי' בדב"מ ותראה מדבריו דגארדקי הוא ממש האלנבח שאנחנו עושים בחצרות שלנו עכת"ד: ולדידי חזי לי שותא דרבנן לא ידענא.

דהגארדקי דאיפליגו ביה רבנן מהרח"ש ומהרשד"ם ז"ל הוא במי שהחזיק לבנות באויר החצר נשען על עמודים נעוצים בחצר דמ"ש כיון שהגארדקי הוא שלו שהחזיק בו החזיק ג"כ באויר דביני עמודי שתחתיו ויכול לסותמו. ומ"ר סבר דבגארדקי החזיק ואולם במה שתחתיו לא החזיק והרי הוא כשאר אויר החצר.

ואחד הרואה בדבריהם דרבנן הרב"ב והדב"מ ז"ל לבבו יבין שכן הוא. לא כן בנד"ד דמסתמא זה הפונדק הוא כבנין שלנו ותחת התקרה המפסקת בין האלפוקי של הפונדק להאספלי לא יש שום בנין באויר האלנבח שהחזיק בו לוי לשנאמר דהחזיק גם באויר שתחתיו: באופן דלא דמי נד"ד לנדון הרבנים אפי' כעוכלה וכו' ורב המרחק ביניהם ולא ראי זה וכו': ומקום יש בראש לעמוד באיזה מקומות אחרים בדברי הרבנים הפוס' הי"ו אלא שאין הזמן מסכים: איך שיהיה זו הלכה העלו דמן הדין הגמור זכה לוי במה שכבר בנה.

בין בתחום ד"א בין על כל שטח האלנבח אפי' לעשות צורת פתח חדש מה שעשה עשוי ע"כ. וכן הוא לענ"ד בבא מחמת חלוקה כמש"ל: כלל העולה בה"ג דאנן קיימין ביה.

דאם טענתיה דלוי הבונה היא מחמת הד"א דאית ליה קמי פתחא. אין טענתו כלום וכמ"ש הראד"ב ז"ל כמש"ל ובפרט לדידן דגרירנא בתר מרן ז"ל דס"ל כמ"ד דאינן קנויות לו ק"ג כדכתיבנא לעיל.

ואם טענתיה היא שקנה מהשות' חלקם במקום ההוא ולא נסתלק מן השאר הוא צריך ג"ש וטענה ונחית לכולא מקרי וכמש"ל משם מהרימ"ט ז"ל ואולם בבא בטענת חלוקה הדין עמו דבמה ששתק נתרצה לחלוק וכ"א משאר השות' יכול ליטול גם הוא חלק א' מהפונדק סמוך לחנותו כמוהו והיה הנשאר הוא לכולם בשות'.

דהחלוקה לא הוי חסרון קרקע ולא לתר החזיק לכ"ע אף לרבותינו החולקים על הגאונים כמ"ש מהרימ"ט ז"ל. וכ"ש לדידן דקי"ל כדעת הגאונים ז"ל כמבואר בש"ע.

זהו הנלע"ד בזה וצויי"ם וימ"ן. הכ"ד החו"פ פאס יע"א בחדש אב הרחמן יה"ל מש' והגידו ל"ך א"ת דב"ר המשפט לפ"ק: ע"ה שלמה אבן דנאן הי"ו סימן ב'.

שאלה.

ראובן בחור היה מתאכסן בבית אלמנה אחת. ולה בת גדולה בשנים והן בעון נכשל בה.

ויהי היום הגידה לו לאמר כי הנה היא הרה וכי ממנו נתעברה [והוא מכחיש כעת ואו' שיש לו ראיות כי מקודם לזה היתה הרה לזנונים] וא"כ צריך לכסות את קלונו וקלונו במה שמהור ימהרנה לו לאשה [והוא אומר כי הגזימו עליו לפרסם קלונו וכו' וכדי להשקיט מעליו וכו' הודה להם] ועמד וקדשה בלילה בפני שנים, האחד הננו אחי אמה חרש המדבר ואינו שומע והשני בן אחות אמה וכתב לה אז שטר הודאה בלשון לעז ובגופין שלהם כי הוא לקח לו לפלונית לאשה בפני פ' ופ' הנז' וחתם ומסר בידה בינו ובינה וזמן הכתיבת יד הנז' ל מוקדם כמו שנה א' לזמן הקידושין הנז' ל.

ואחר ימים שיש בהם ירחים הלכו ראובן הנז' והבת הנז' לעיר אחרת סמוכה וקבצו עשרה ובתוכם העדים הנז' וברכו ברכות וקראו הכתובה וחתמו בה עדים קרובים. גם חתם בחתי' כנהוג ולא קידשה אז בטענה שכבר קבלה קידושין מקודם ורמז על הטבעת שהיתה באצבעה כי הם היו הקידושין.

ע"כ הגיעה תורף השאלה. כפי מה שהוגד לי מפי ראובן והמתקדשת הנז' זה שלא בפני זה וגם מקצת שמעתי ביום שהזמינוני לשמוע בעש"ג וע"פ הצעת השאלה הנז' כתבתי רובה דאיתיה קמן: איכו השתא אמרת הבא נבא לחקור דבר מפי עדי הקידושין ושלחתי אחריהם ולא יכולו לבא שניהם יחד ובא מסרף הכלה לבדו.

הוא העד בקידושין. ובבואו פקד עלי לדבר עמו בקול גדול באזנו ממש וכן עשיתי ושאלתיו איך היה הענין והאריך למעניתו להגיד איך היו הברכות וההליכה לעיר הסמוכה הנז' והמקום שבו נעשו הברכות דברים שאין בהם תכלית ואחר החקירה הגיד כי היו שם שני כוסות ושנקראת הכתובה מפי בעל אחות אם הכלה אבי העד הב' של הקידושין ועל הקידושין השיב כי לא רצה ראובן לקדשה באומרו שכבר היא מקודשת ורמז על הטבעת שבידה שכבר נתקדשה מאז ושאלתיו על עיקר הקידושין ואמר שאינו יודע יותר.

ואחר רוב החקירות אמר שזכר כי מקודם לכן אינו יודע כמה זמן. בלילה א' נתן לה טבעת בפניו ובפני בן אחותו.

ושאלתיו אם היו עוד אחרים אנשים או נשים ואמר כי לא היה שום אדם גם חקרתי אם אמר לה איזה דבר בעת נתינת הטבעת ואמר שכן אמר לה דברים. אמרתי לו לומר לי נוסח הדברים שאמר לה והבטיחני לומר לי אך שאצפה לו עד שיזכור והמתנתי לו הרבה וסוף דבר לא זכר כלום.

וגם העיד שבלילה א' אחר הנישואין ראה אותם שנתייחדו. ובא אח"ך העיד הב' והכחיש בעדותו שלא היה אלא כוס א' ושלא רמז על הטבעת.

אך כי אז השיב ראובן כי אין צריכה קידושין שכבר היא מקודשת. ועל עיקר הקידושין ההוא אמר שלא אמר לה כלום רק שמסר הטבעת בפניהם ואחר ההגזמות אמר שעל הרוב לא אמר לה כלום ויען כי העד הב' הנז' היה בן בית שם יוצא ונכנס בקבע לשם בין ביום בין בלילה חקרתי ממנו לדעת איך היה אותו הזוג מתנהגים אחר הברכות הנז' והוא ענה אין כל חדש.

כי גם מאז ואילך לא היה להם חדר מיוחד לשינה. אך שהיא היתה ישנה עם אמה בחדרה והוא לבדו כמאז ועוד הוסיף להעיד שהגידה לו קרובתו הכלה הנז' כי מאז ואילך לא קרב אליה כלל אפי' בהחבא כלל.

ויען אמרתי לו כי איך אפשר שקדשה וכתב כתובה והחתים וחתם וכו' ונתברכו ברכות ולא קרב זא"ז ולמה כל החרדה והשיב כי מעיקרא אדעתא דהכי נעשה הכל להשתיק שאגת אמה על שהיתה מעוברת. והיו אומרים לו כי ממנו הוא כמעשהו.

ושחרפו אותו לומר שבזנות נתעברה ושהיתה רוצה לפרוס קלונו וכו' וכו' ושעל כן הקדים זמן הכתב יד של הקידו' לומר שאחר הקידושין נתעברה בהיתר לפי דעתם. ושאח"כ שנתברר לו כי לא ממנו היא מעוברת ע"כ נתן לה כתף סוררת.

גם העיד שלא ספרה נקיים ולא טבלה כלל לנדתה וכאלה רבות עמו לזכות ראובן הנז' גם אבי העד הב' הנז' הוא בעל אחות אם הכלה הוא המסדר הברכות העיד בגדלו שלא היה שם רק כוס א' של ברכת אירוסין ושלא אבה ראובן לקדשה באומרו כבר היא מקודשת ושהוא המסדר לא ידע כלל מהקידושין עד אז שהגיד ראובן שהיא מקודשת כבר ושגם הכתובה לא הניחו ראובן לקרות ושלא התפיס לחתן בקוש'.

רק שחתם החתן ושנים קרובים. גם עד א' בלתי קרוב לא נודע מי הוא ע"כ הגיעו דברי עדותם זה שלא בפני זה ושלא בפני החתן והכלה כי לא היה אפשר לקבצם מפני כמה סיבות וכ"ז אחר האיום והגיזום.

וכ"ז איננו שוה לי כי רואני כי להיות העדים הנז' עדי הקידושין הם עמי הארצות גמורים ולא דעת ולא תבונה בהם חומר הנושא ואפי' מסדר הברכות מסופקני בו אם הוא יודע לקרות הכתובה אף באין מבין כי להבין פשיטא דלא ואפשר כי מפני זה הוא מכחיש העדים ואומר שלא קרא הכתובה הנז' ע"כ לבי מהסם בדבר.

נקוט מיהא כי הצד השוה שבהם הוא כי בעיקר הקידושין לא היו שם רק מסרף הכלה הנז' הבלתי שומע רק בהרמת קול ובאזנו ובדוחק והשני הוא בן אחות אמה ושניהם מודים גם כן כנז' גם בפני הערכאות ובפני הודית כן הכלה ואמה התובעים הנז' גם הכתב יד של' הקידושין הוא מעיד כן גם כולם מעידים בה בעת הברכות לא היו שם קידושין בפועל כלל גם העידו כולם כי רוב העשרה היו קרובים ושהיה הכל בסוד גדול ושארית המנין קבצו מעיר הסמוכה בשכר ששלם להם החתן הנז' וגם אני הכותב שמעתי מאיזה יחיד העירה פה יע"א כי לא ידעו מזה עד אשר הלך החתן הנז' לעיר אחרת אחר שעברו

ב' חדשים מהברכות הנז' שאז יצא מן העיר וגם מאם הכלה ומהכלה עצמה שמעתי בפירוש שהיו מתאוננות על שלא ידעו שקידושין בעדים קרובים ל"מ.

באופן כי הנראה ברור כי עדים אחרים לא היו במעמד הקידושין כלל וגם שלא היו קידושין אחרים. גם הועד כי העד האחר הכשר החותם בכתובה לקח שכרו.

וגם האחרים לקחו כל א' חצי צ'ורו מלבד א' מהם שלקח צ'ורו א' ושעל הרוב הוא העד החותם הנז' עד כאן הגיע תורף המעשה איך היה: תנתן לי נפשי בשאלתי מנייהו מלכי רבנן דפקיע שמייהו אשר תגיע להם נוסח השאלה. ואת אשר צידדתי בה בענין הקידושין [את אשר יורו גם בענין חיוב תנאי הכתובה והכתובה עצמה ואת בת הנולדת] להשיבני דבר ברור אם יש לחוש לקידושין וכו' הללו אם לאו וגם לברר דעתם אם חייב הוא בכתובה ותנאיה.

ונ"מ למען דעת מה לעשות להשיב שואלי מהשררה יר"ה תשובה ברורה. והנני מבאר שיחותי כי הנה האשה המתקדשת הנז' ואמה ת"מ הגישו משפטן לפני הערכאות שלהם לתבוע מזון האשה והבת הנולדת.

באמצעות מורשה אבוגאדו כנהוג והוכרח הבחור להעמיד מורשה להפך בזכותו כנהוג והזמינוני גם אני בעניי בערב חג השבועות תמטר לפני הערכאות יר"ה והתחילו בטענותיהם משני הצדדים וסו"ד היה המורשה של הבחור מביא ראיות כי כפי חקי המדינה ששם עשו הנישואין אין הנישואין מועילים כלל גם כפי העדאת העדים כן היה יוצא הדין כפי נמוסיהם שאין הנישואין שוים כלום.

וקודם שישאלוני להגיד מהו הדין לפי תורתנו הקדושה אם הנישואין מועילים אם לא. טען השופט הגדול כי אין המכוון באותו מצב לברר אם היא נשואה אם לאו.

רק לברר אם חייב לפרוע לזקנה אם המתקדשת דמי מזונות בתה ובת מאחר שהוא הביאה לביתה כאלו היא אשתו והאכילה אותה ואת בתה ומה לה לידע אם הנישואין הם טובים אם לאו וע"פ טענה זו נתחייב הבחור הנז' לפרוע סך גדול ארבע מאות צ'ורוס עד זמן שהודית שנתברר לה לפי דבריה הספק הנז'.

ואמר השופט יר"ה כי עוד חזון למועד יעמדו על המשפט לברר על הנישואין. ואם יהיו הנישואין כשרים לפי דתינו שתתעלה אזי יחייבוהו במזונות האשה כל ימי חייה אף אם לא יהיה להיות עמה לא אכפת להו בזה בין הכי ובין הכי לא באתי לידי שאלה וברוך ה' כי הפליא חסדו לי אז.

ובכן נפשי בשאלתי אם ישאלוני כנז' היכול אוכל להשיב כי אינה אשתו לפי ד"ת שתת' א"ל. והא ודאי כי אם דעתם דעתייהו דרבנן דקידושין הללו מגן שויא ככל אשר צידדנו בעניותין.

הא פשיטא כי בפה מלא אשיבה אתהן כי אין כאן בית מיחוש. ואולם עיקר שאלתי הוא אם יהיה האופן דלדידהו רבנן מידי ספיקא לא נפקא משום חומרא דאשת איש להצריכה גטא ולפוטרו מתנאי כתובה היכול אוכל לומר בבית המשפט יר"ה.

כי אינה אשתו ליפטר ממזונותיה כי בשררה יר"ה לא אוכל לומר שצריכה גט ופטור ממזונותיה. אי משום דלדידהו הוו תרתי דסתרן.

ואי משום כי אי אפשר להוסיף בתשובה יותר ממה שהם שואלים. וגם הם אינם דנים היהודים בדיננו.

רק אחר שבדיניהם אינה נשואה ירצו לדעת אם בדיננו היא נשואה לבד ואח"כ הם ידונו על המזונות כדין נשואה בדיניהם וגם הגירושין לא יועילו לפוטרו מתנאי כתובה. וא"כ האם אוכל לומר שאינה נשואה לפוטרו לזה.

ואודיע אח"כ בצנעה שהיא צריכה גט וכיוצא בזה: ובכן אחלה פנ"ק ישתדלו להוציא לאור משפט זה. וכשאני לעצמי קרינא אנפשינ אין חבוש וכו' גם כי ידענא בנפשאי ערכי עלי.

גם כי בלא ספרים מצורף אל רוב טרדוטי ועמהם הס"ר ושכמ"ה: תשובה. ראה ראיתי את השאלה הלזו ואת אשר נגזר עליה מאת הרב המופלא.

דינא הוא ונחית לעומקא דדינא. כמהר"ר משה נ' נאיים הי"ו.

אשר האריך למענייתו ברוח מבינתו. ולרוב הענוה.

בקש ממנו לחוות דעתינו. ולחומר ערוה החמורה.

כי היכי דלמטי שיבא מכשורה. ואף כי מה אני יהלוך במלי דשמעתא.

דבעיא צלותא דדעתא. ותושיה נדחה מתלאות וזמן הבוגד והיה העלמ'ה.

דבקו צערי'ם ואין ביניהם אפי' כמלא נימא. אולם היותי נכוה בפוצרין.

אין אני בן חורין. אז אמרתי ללקט אורו'ת קדשים.

דברים עתיקים. מספרן של צדיקים הלכתא רברבתא.

ופלוגתא דרבוותא. ומינייהו רווחא.

שמעתתא אליבא דהלכתא. והשתא נחזי אנן בהאי סהדותא.

אי אית בה ריעותא ובתר כן אי מפסלי מדרבנן או מדאורייתא. ואי שוייא אנפשה חתיכה דאיסורא.

מהם תצא תורה: הנה בהשקפה פורתא. חזי הוית דלית כאן מששא בהאי סהדותא.

דהא עד קמא אסהיד מעיקרא על עיקר הקידושין שאינו יודע יותר. ולפ"ז אין כאן עדות כלל.

ואף למאי דאסהיד בתר הכי שנתן לה הטבעת ואמר לה דברים ואינו זוכר אותם. אין כאן עדות שלמה.

כיון דלא אסהיד לשנא דאמר לה וכה"ג נשאל ה' מהריב"ל ז"ל ח"א כ"ג סי' י"ט ד' נח'. ועל ז'ה מ'ר הוא דאמר דחזינא בהאי סהדותא דריעא.

דמאן לימא שלא אמר הריני אישך הריני בעלך הריני ארוסך. וכתבו כל הפוס' דאפי' במדבר עמה על עסקי קידושיה לא הוו אפיו ספק קידושין והעמד אשה בחזקת פנויה כיון שלא ידענ' בבירור שאמר לשון קידושין דמהני ע"כ.

ודון מינה למאי דאנן קיימין ביה. דכיון דלא אסהיד בבירור דאמר לה לשנא מעלייא דמהני בקידושין.

לית כאן סהדותא: איברא דחזר בו הרב בנדון דידיה וכתב דיש לחוש ולהחמיר כיון שהיו מדברים על עסקי קידושין אם היתה שותקת ודאי דהיתה מקודשת וכיון דהכי הוא אין לנו מספק להקל ולומר שמא אמר לישני דלא מהני כלל אדרבא אית לן למימר העמד זאת האשה בחזקתה שהיא מקודשת ע"כ.

מ"מ בנ"ד דלא איתברר לנא שהיו מדברים בעסקי קידושין וכדבעינא למיכתב לקמן בס"ד. גם הרב יודה: אלא דקשיא לי טובא על ה' מהריב"ל במ"ש דאם אמר הריני אישך וכו' שדעת כל הפוסקים דאפי' במדבר עמה על עסקי קדושיה לא הוו אפי' ספק קידושין.

איך לא שלטו מאורי אור עיני קדשו בדברי רבינו ירוחם והביא דבריו הב"י סי' כ"ז שיש חולקים ואומרים שהיא מקודשת ודאי וי"א שהיא מקודשת בספק ואף למאי דהדר ביה הוא מטעם אחר כאשר יראה הרואה אבל אכתי בסברתו עומד. שוב ראיתי להכנה"ג אה"ע סי' כ"ז הגהב"י אות פ"ז שתמה על זה.

יע"ש: גם ה' מהר"י אירגאס ז"ל בתשו' סי' ט"ו נשאל בעד אחד שראה איך ראובן לקח טבעת מידו ושם באצבע קטנה של אלמנה ואינו זוכר מה שאמר ראובן אל האלמנה רק שמע שאמר מלת לך והשיב דעותו בטלה דאמאי קא מסהיד. אם משום שראה שנתן ראובן הטבעת באצבע קטנה של האלמנה.

הלא אין זה כלום כיון שאינו זוכר מה אמר לה דדילמא הרי לך במתנה אמר א"נ הרי את מקודשת לך אמר. אלא ודאי כל שלא העד העד בבירור ששמע מפי המקדש לשון שמוכח מי הוא המקדש ומי היא המקודשת לאו עדות הוא כלל וזה פשוט אין צורך לראייה יע"ש דשלא יהיה פתחון פה לבע"ד לחלוק האריך בראיות מספרן של צדיקים ולא זכר שר ההיא דמוהריב"ל ז"ל: וע"ע שם בס"י י"ז ומבואר שם דהסכימו עמו כמה רבוותא.

ואף דהתם מבואר דפליג עליה חכם אחד וחשש להחמיר דדילמא הכי אמר לה הרי את מקודשת לי בטבעת זו שאני נותן לך. התם הט' דהעד הב' העד דאמר לה הרי את מקודשת לי והר"ן בתשו' סי' ל"ד כתב דראוי לכוין דברי שני העדים שלא יכחישו זא"ז. ולזה חשש אותו חכם להחמיר כדי שתהיה עדותם מכוונת. ומהר"י אירגאס פליג עליה שם.

ובנ"ד דליתא לכה"ג דידהו אף החכם החולק יודה: גם ה' משה"ר מנימוק"י מהרמ"א חאה"ע סי' מ"ב כתב דאף בערוה החמורה לא אמרינן דשמא היה מדבר כהלכה כמו שאומר העד הזוכר ונהי דודאי מקודשת לא אמרינן אבל ספק מקודשת הוא וכי בשביל

שלא זכר העד הב' עכשיו אזדו להו הקידושין שהיו כהלכה מה נעשה באותן קידושין ומן הראוי היה להחמיר מספק.

דכיון שאינו זוכר העדות שפיר אמרינן דלא חיישינן לספיקא ואוקמה אחזקת פנויה ואפ"ל ספיקא דרבנן לית בה. והביא ראיה לדבריו מספרן ש"צ ומדברי הרב דברי יוסף הנז'.

יע"ש: גם ה' שער אשר חאה"ע סי' ל"א דן את הדין באחד שהעיד שראובן קדש לפניו ולפני עד אחר נערה אחת בטבעת זהב ושמע מהמקדש בשעה שנתן הטבעת ליד הנערה לשון קידושין ודיבר עמה דברים ואינו יודע הלשון שדיבר כ"א ששמע לשון קידושין. דלא מהני האי סהדותא כיון שלא הבין הדברים שאמר המקדש והביא ראיה מההיא דמהריב"ל הנז': ומינייהו מלכי נילף ג"כ למאי דאסהיד אידך סהדא אחר ההגזמות על מסירת הטבעת ששעל הרוב לא אמר לה כלום דלא החלט העדות אלא איכא ספיקא קמיה פורתא דדילמא אמר לה.

ופשוט דבכלל דבריו דלא ידע מאי אמר לה. דלית בהאי סהדותא מששא.

אך מאי דאסהיד מעיקרא בפשוט דלא אמר לה כלום. יתבאר להלן בס"ד: והגם דאם הלב מהסם וירצה לפקפק מחומר ערוה החמורה מההיא דמשפטי שמואל שהביא דבריו הכנה"ג אה"ע סי' כ"ז הגה"ט אות כ"ד וז"ל שטר קידושין שכתב קדש פ' את פלונית.

מסתמא משמע שקידושין שאמר כדרך כל הקידושין הרי את מקודשת לי. ע"כ.

ואף אנן נמי נימא דכיון דסהדא קמא אסהיד על נתינת הטבעת ושכן אמר לה דברים. דמסתמא הן הן הדברים דאמר לה כדרך כל הקידושין הרי את וכו' הא לאו מילתא היא.

דשאני התם דאסהידו סהדי להדיא בזה הלשון שקדש וגם אמרינן דאי הוו הנהו סהדי הכא הוו מפרשי הכי. אבל הכא לא אשכחן להדיא בדברי העד לשון קידושין ותו מדשכח אותם ואף אחר שהמתין לו לא זכר כלום.

מוכח דלא אמר לה הרי את וכו' שהשכל מחייב והסברא גוזרת לומר שאין שר של שכחה שולט בדבר ידוע שהוא מורגל בפי כל אדם אנשים ונשים ואף אם נתחלפו לו התיבות קצת מחסרון ידיעה כאשר עמי הארצות משבשין התיבות. היה אומרם כאשר משובשים אצלו.

ומדשכח לגמרי ודאי דדברים אחרים שאינם ידועים הם ולכך טעה ונתחלפו לו עד ששכח לגמרי לפי שאינם ידועים אצלו אפ"ל בלשון משובש: ועדיפא מינה אני אומר שאפ"ל אם יבא זה העד עכשיו לפרש דבריו לומר דהדברים ההם הם הלשון המורגל לא מהימנן ליה. ואע"ג שכתב הב"י בס"י כ"ט מחו' ג' שכתב הר"ן בתשו' כל שאנו יכולין לכוין דברי העד כדי שלא תהא עדותו מוכחשת יש לנו לכוין דבריו כשם שיש לנו לתרץ דברי שני עדים הנראים מכחישים זא"ז כדי שתהא עדותן מכוונת תולין בכל מה שאפשר, ע"כ.

והעלה על שלחנו הטהור ס"א. דמזה מוכח דיכול העד לפרש דבריו ולומר דברים שאמרתי לפניכם סתם הן הן הלשון המורגל מ"מ בנ"ד אינו יכול לפרש כך דלשון זה

דרגילים ביה אינשי לא משכחת ביה שכחה ומדשכה כ"כ אפי' אחר דרמא אנפשיה לאדכורי ודאי דאינו אלא חוזר ומגיד: ומתורתו של רבינו בצלאל בתשו' סי' ה' ד' ל' ע"א למדנו חילוק זה.

ועדיפא מינה כתב ה' שם בעד אחד שמתחילה העיד שנתן לה טבעת אחת של זהב לקידושין ושוב אחר זמן חזר והעיד שכך אמר לה בעת הקידושין שנתן לה הרי את מקודשת לי באותה טבעת של זהב. דהוי מוכחש מנפשיה.

ואין לומר דבתחי'. סתם ואח"ך פירש אופן הקידושין וכמ"ש הר"ן ז"ל בתשו'.

שהרי הר"ן גופיה כתב דאותה תשובה שכל דבר שהעדים מצויים לטעות יכולים לברר דבריהם ואין בזה חוזר ומגיד. משמע דוקא שהעדים מצויים לטעות בו.

ובנ"ד כל העולם חושבין שצריך שיאמר לה הרי את מקודשת לי ובמאי טעה שלא אמר כן מעיקרא לכך קרוב הדבר לומר שאין זה בירור אלא סתירה יעו"ש: איברא דמצינו למר"ן בתשו' דיני קידושין סי' יו"ד שכתב בעד אחד שהעיד שאמר לה אני נותן לך זה לקידושין והשני העיד שאמר לה הרי את מקודשת וכו' שיש לומר כיון דאיך סהדא אסהיד דאמר לה הרי את וכו' אית לן למימר דהאי נמי כן בעי למימר אלא דלא ידע לכוין הדברים בלה"ק דכל מאי דאפשר לפרושי סהדותיהו כי היכי דלא לכחשו אהדדי מפרשינן.

ע"כ ע"ש: גם בתשו' למוהר"א נ' נחמייאש ז"ל הובאה בתשו' מר"ן שם כתב כן. ולכאורה נראה דפליגי ארבי' בצלאל ז"ל: אמנם אחר ההשקפה קצת נראה דלא פליגי.

דע"ך לא קאמרי מר"ן ומוהר"א נחמייאש אלא בנדון דידהו שהיה העד שהעיד שאמר אני נותן זה לקידושין הוא עם הארץ גמור כמבואר שם ולכך סברי מרנן דהאי נמי כן בעי למימר דאמר לה הרי את וכו' אלא דלא ידע לכוין הדברים. אבל רבינו בצלאל לא איירי בעם הארץ אלא במי שהוא יודע לכוין הדברים ולכך כתב שאין זה בירור אלא סתירה שאין העדים מצויים לטעות בו והוא יודע לכוין הדברים כאשר כן הוא באמת שהגיד באחרונה: וזאת אגיד כי לבי מהסם בההיא תשובה דסי' יו"ד דאנכי הרוואה כמעט כל לשונה קיצור מדברי תשו' מהר"א נחמייאש.

ואף דשמא דמר מר"ן מלכא תתים עלה. נפלאתי ולבי מפקפק דלא ראיתי כיוצא בזה בספרן ש"צ.

עד שמצאתי להברכ"י ח"מ סי' ל"ד שכתב וז"ל וגמגום אני רואה בתשובת מר"ן הנז' שכמעט רוב התשובה הם דברי תשובת הר"א נ' נחמייאש בשינוי לשון קצת ומסופקני אם היא מתורת מר"ן כי אין שני נביאים וכו' ושמא לאו מר חתים עלה אבל מהרח"ש והכנה"ג א"ה סי' מ"ב ודעמייהו החזיקוה לתשו' מר"ן ואין ראוי מאשר בדפוס חתומה נתנה משם גדול מר"ן.

כי כמה זימני אירע כן בתשובות. דהמסדר והמגיה במ יהיו חותמים לפי השערותם כידוע.

עכ"ל: שוב ראיתי לה' כרך של רומי סי' כ"ד ד' ק"ג דגזר אומר דאין תשובה זו נידונית בתורת מר"ן כ"א בתורת פוסק דעלמא. ע"ש שהאריך: והאיר ה' את עיני וראיתי לה'

מהרימ"ט ח"א סי' קל"ט שכתב בפשוט להדייא דלאו דמר"ן היא אלא קיצור דברי מהר"א ן' נחמיאש ז"ל שקצרים לכתוב עליהם ולא איסתייעא ליה.

ע"כ ואשתמטתייהו לכולהו רבוותא את דברי מוהרימ"ט הנז': והגם דבנ"ד ג"כ העדים הם עמי הארצות גמורים. אפ"ה נראה דכ"ע יודו דאינו יכול לפרש דבריו דאמר לה הרי את וכו' דדוקא אם זה ע"ה אמר לשון אחר אמרינן דנשתבש ונתחלף לו כי כן דרך ע"ה.

אבל בכה"ג דאנן קיימין ביה דשכח מאי דאמר לה אז אמרינן דאין לשון הרי את וכו' הוא דאמר לה לא היה שוכח לגמרי ולפחות היה אומר בלשון משובש כאשר נתחלף לו. וכמש"ל: ומאחר דאפי' העד אינו יכול לפרש דבריו כך.

כ"ש אנו דאין אנו יכולין להסתפק שמא אמר לה לשון זה המורגל: ומה שיש להסתפק למי שירצה לפקפק הוא בלשונות אחרים שאינם מורגלים ואפשר להיות שיהיו מועילים כפי הדין: ואנכי הרואה דאף אם בשעה שאמר שכן אמר לה דברים הוא היה אומר שאמר לה בפ"ה הרי את מקודשת לי לא מהימנן ליה.

שהרי כתב הב"י בס"י כ"ט משם הר"ן בתשו' וז"ל אל תחשוב שכשתפסו זה הלשון אם עד שלא נחקרה עדותן ומשנחקרה שבא מדקדוק גמור ותלמוד ממנו שאף בדיני ממונות דלא בעי חקירה ודרישה אחר שנתקבל עדותן יכולין לחזור בהן כיון שלא נחקרה עדותן. שזה בודאי אינו שכיון שנגמר עדותו ואין אנו צריכים עוד לדבריו הרי הגיד ושוב אינו חוזר ומגיד.

וכן דקדק הב"י מדברי ר"י שכתב המרדכי פ' אד"מ ושכן משמע מההיא דתנאי היו דברינו יעו"ש. וכ"כ הב"ח: והש"ע כתב וז"ל אחר שהעידה עד בב"ד והוא לאחר כדי דבור אינו יכול לחזור בו.

והסמ"ע בסק"א כתב בטור ורמב"ם כ' אחר שנחקרה עדותן בב"ד והמחבר דקדק ושינה לשונם משום דבדיני ממונות ובכל מה שדנין הב"ד בזמן הזה אין צריך דרישה וחקירה ע"כ: ומצינו למורם במפה בא"ה סי' מ"ב ס"ד דפסק כמ"ד דעדי קידושין אינם צריכים דרישה וחקירה. וכן פסק ה' מוהריב"ץ ז"ל בהגה זו: וא"כ בנ"ד דמתחילה בעת ששאל אותו ה' מאריה דאתרא על עיקר הקידושין השיב ואמר שאינו יודע יותר אלא שאחר רוב החקירות אמר וכו' כמ"ש בהצעה לך נא ראה.

וא"כ אפי' אם היה אומר אחר אותם החקירות והשאלות שאמר לה בפירוש הרי את מקודשת לי. הו"ל חוזר ומגיד.

דכיון שאמר מתחילה שאינו יודע יותר. הרי נגמרה העדות ואין אנו צריכים עוד לדבריו ותו אין אנו צריכין לחקור וא"כ הו"ל לאחר כדי דבור דקי"ל אינו חוזר ומגיד: וכי תימא כיון דמדאורייתא בעי דרישה וחקירה אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות.

אלא דרבנן הוא דתקון דלא בעי דו"ח וכדאמרינן בש"ס ר"פ אד"מ. ועי' ערך השולחן סי' ל' ס"א שתמה מהש"ס על הרדב"ז סי' תתמ"א שכתב דאינו אלא מדרבנן: א"כ נוכל לומר דכ"ז שלא נחקרה עדותו חוזר ומגיד לחומרא ולומר דבעיא גיטא.

ושאני ההיא דר"י שהביא המרדכי פ' אד"מ שלמד ממנה הב"י שאם לא היה דין מרומה ולא היו צריכין דו"ח לא היה יכול לומר מבודין היינו דאינו חוזר ומגיד משום דהוי לחומרא דמתחילה העיד דמקודשת ושוב חזר להעיד דאינה מקודשת דהוי לחומרא: לא היא. דלמ"ד אינם צריכים דו"ח אמרינן דאינם חוזרים ומגידיים אפי' בכה"ג דאנן קיימין ביה.

דנמשך מזה קולא. שכן מצינו למר"ן בתשו' דיני קידושין ס' ד' באחד שהעיד מתחילה לשון שאינו מועיל ושוב חזר והעיד בלשון המועיל ונסתפק אי אזלינן בתר לשון א' או בתר לשון אחרון.

וע"ז הביא פלוגתא דרבוותא דפליגי אי צריכי בעדי קידושין דו"ח א"ל והעולה מדבריו דלמ"ד אינם צריכים דו"ח אינו חוזר ומגיד ואזלינן בתר לשון ראשון: גם ה' רבינו בצלאל בתשו' סי' ה' ד' כ"ז ע"ד האריך הרחיב ואסף וקבץ דברי רבוותא דפליגי בעדי קידושין אם צריכים דו"ח א"ל.

ושוב כתב ובכל אחד מהשיטות הללו יש בו להקל ולהחמיר ולשיטת הרא"ה ז"ל וריב"ש ז"ל דמחמיר שלא לבטל הקידושין משום דלא נחקרה עדותן בב"ד דאיברא דמצוה לדרוש ולחקור ומיהו אם לא נחקרה עדותן לא יתבטל עדותן נמצא דחומרו קולו דאם נמצא שום קלקול בעדותן דמחמתיה מתבטל העדות שוב אינן יכולין לתקן דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ואע"פ שלא נחקרה עדותן בב"ד דכיון דנגמר עדות ואין אנו צריכין עוד לדבריו הרי הגיד ושוב אינו חוזר ומגיד ע"כ: ומתורתו של רבינו בצלאל ז"ל למדנו טפי ממאי דכתבינן אנן בעניותין.

שהרי איהו קא עסיק בס' הריב"ש ז"ל דסבר לה מר דאף דבדין מרומה בעינן דו"ח אף בהודאות והלואות וקידושין וכדאמור בש"ס אפ"ה לא בעינן דו"ח כדיני נפשות אלא שצריך הדיין לחקור בו כל מאי דאפשר לא שאם אמר באחד מן החקירות איני יודע שתהא עדותן בטלה כדיני נפשות ולכך אף אם לא נחקרה עדותן לא בטלה.

ומזה למד דכיון דס"ל דאף אם לא נחקרה לא בטלה דדו"ח אינו אלא למצוה ולא לעיכובא וא"כ הרי נגמרה העדות ואין אנו צריכים עוד לדבריו ואינו חוזר ומגיד ונמצא דחומרו קולו: וגם מתשו' מרן שהצגנו לפניך נראה דהכי סבר לה מר לדעת הריב"ש. שהרי הביא דברי רבוותא דס"ל דדיני עדי קידושין לדיני ממונות דמו דלא בעו דו"ח.

ודברי הר"ן בתשו' דבמידי דלא בעי דו"ח תו לא מצו לחזור ולהגיד אף דלא נחקרה העדות. וע"ז כתב וז"ל ואע"ג דבר"פ אד"מ אמרינן דבדין מרומה אפי' בדיני ממונות בעי דו"ח ונד"ד דין מרומה הוא.

כבר כתב הריב"ש דלא בעי דו"ח בדיני נפשות ממש אלא שצריך וכו'. ע"כ.

מבואר מדבריו דלדעת הריב"ש דלא מצו לחזור אף דלא נחקרה העדות בדין מרומה. ונמצא חומרו קולו.

והיינו כדברי רב"א בתשו' הנ"ל: וכ"ש בנ"ד דאנן לא עסקינן בדין מרומה דודאי למ"ד דעדי קידושין לא בעו דו"ח דאינן יכולין לחזור ולהגיד אף דלא נחקרה עדותן. ואף דמדאורייתא בעו דו"ח לא אמרינן דנוקמא אדינא דאורייתא ומצו לחזור שלא להקל.

שהרי הנך רבוותא שהביא מר"ן בתשו' ה"ה הרשב"א והריב"ש ז"ל ודעמייהו ס"ל דאף בעדי קידושין מדאורייתא בעו דו"ח ופליג אהרא"ה שהביא הריטב"א ז"ל דס"ל דבעדי קידושין לא בעינן דו"ח מן התורה וכמ"ש כ"ז בתשו' רב"א ז"ל. ואפ"ה כתב מר"ן ורב"א ז"ל דלמ"ד לא בעו דו"ח ואף להריב"ש דלא מצו לחזור.

וכ"ש לנ"ד דאנן קיימין ביה: אלא דתמיה אנכי דמצינו הדבר מבואר להדיא בדברי הריב"ש גופיה באותה תשובה גופה וז"ל מ"מ כיון שבתחילה הכחישו זה את זה וגם עתה יש קצת הכחשה בעדותן אין לך דין מרומה גדול מזה וגם שהענין מצד עצמו הוא מרומה כמו שכתבתי למעלה. וא"כ היה צריך חקירה ודרישה אפילו בדיני ממונות יותר מעדות אחרת ואעפ"י שאם לא עשו דרישה וחקירה אין עדותן בטלה אבל מ"מ כיון שצריך דו"ח מן הדין ולא נעשית כפי מה שכל שלשת הדיינין מסכימים בעדותן שעשו לפני הדיינין האחרונים י"ל שאע"פ שאין העדות בטלה אבל מ"מ לא נגמרה והיה יכול וידאל דבוריאן לחזור בו כדגרסינן בירושלמי דר"ה תני עדים שהעידו בין לטמא בין לטהר בין לרחק בין לקרב בין לאסור בין להתיר בין לזכות בין לחייב אם עד שלא נחקרה עדותן בב"ד אמרו מבדין אנו הרי אלו נאמנין משנחקרה עדותן בב"ד אמרו מבדין היינו אין נאמנים.

ע"כ.

הרי מבואר להדיא דכיון דבדין מרומה בעינן דו"ח למצוה אף דלא הוי לעכובא אפ"ה כ"ז שלא נחקרה עדותן עדיין לא נגמרה ויכולין לחזור ואפ"י להקל דנדון הריב"ש היה שמתחילה העיד על הקידושין ושוב חזר והעיד שהכל שקר. והוי איפכא ממש ממאי דסברי מר"ן ורב"א ז"ל בדעת הריב"ש דאין יכולין לחזור אפ"י מקולא לחומרא.

וזה מן הקצה אל הקצה. וצ"ע כעת: גם מלשון זה אני תמיה ג"כ עמ"ש הכנה"ג ח"מ סי' ל' הגב"י אות ט' שכתב וז"ל לדעת הריב"ש ז"ל אפ"י בדין מרומה אם לא נעשה דו"ח אין עדותן בטלה.

הר"ש חקאן הלוי ז"ל בתשו' כי' וכ"כ מהרח"ש ז"ל בחלק א"ה סי' מ"ב וכ"כ בסי' י"ח בשם חכם אחד אבל מהר"י בירב ז"ל בתשו' כי' סי' ע"ד וע"ה כתב שאין להבין כן מדברי הריב"ש ז"ל. ואם לא נעשה דו"ח עדותן בטלה.

ע"כ.

ושני תשובות הנז' דמהר"י ביר"ב ז"ל לא זכינו לאורם. והרי לשון הריב"ש הנ"ל קרי להדיא דלא כמהר"י ביר"ב.

וצ"ע: איך שיהיה אכתי איכא ראייה לנ"ד דאין הנשואין שוים דשאני נדון דידהו. לכה"ג דאנן קיימין ביה ובפרט מדברי מר"ן שהביא דברי הר"ן דסבר דהיכא דלא בעי דו"ח

משנגמרה העדות לא מצי לחזור אדברי הרמב"ן ודעמיה דס"ל דבעדי קידושין לא בעו דו"ח.

ודון מינה ואוקי באתרין: שו"ר להכנה"ג אה"ע סי' מ"ב הגב"י אות צ"ו וז"ל כתב הרב המחבר"ר ז"ל בטור ח"מ סי' כ"ח וכ"ט חקר חקירה. אם העידו בדיני ממונות שאין צריך דו"ח אם יכולים לחזור בהם.

והרא"ם ז"ל בח' א' סי' כ"ד כתב בזה מחלוקת בין הפוסקים ולבסוף כתב באיסור א"א אין להקל ע"כ: אכן נראה דבנדון דידן כיון דמתחילה אמר שאינו יודע יותר הרי נגמר העדות ואינו יכול לחזור ולהגיד שהרי מצינו לרבינו בצלא"ל ז"ל בתשובתו הרמתה הנז' ד' ל"א ע"ד שכתב וז"ל ונראה דבאומר איני יודע אף בדיני קנסות מכיון שאמר איני יודע הרי נגמרה עדותו ושוב אינו יכול לחזור ולהעד דהא לא שייך בטענת איני יודע דו"ח וכל מידי דליכא דו"ח לאחר שנתקבלה עדותו נגמרה עדותו ואינו יכול לחזור ולהעיד.

ע"כ יעו"ש: ולפ"ז בנ"ד דהעיד מתחילה שאינו יודע. לא מבעיא למ"ד דאינו יכול לחזור ולהעיד.

דמשעה שנתקבלה עדותו לפני מי שגדול הרב מאריה דאתרא דידהו. הרי נגמרה עדותו אלא אפי' למ"ד דיכול לחזור.

באומר איני יודע דליכא דו"ח. נגמרה עדותו קרינן ביה וכדאמר רב"א ז"ל בתשוב' הרמתה: ובפרט דמריהטת לשון ההצעה משמע שבשעה ששאל אותו על עיקר הקידושין כבר נעשית החקירה מקודם.

שהרי מתחילה כתב הבא נבא לחקור דבר מפי עדי קידושין וכו' ואחר החקירה הגיד וכו'. ושאלתיו על עיקר הקידושין ואמר שאיני יודע יותר.

עד כאן.

וממרוצת הלשון משמע דגם מה שהשיב על עיקר הקידושין הוא אחר החקירה. וא"כ תו לא מצי לחזור ולהגיד: גם ממ"ש ואחר רוב החקירות אמר שזכר.

מבואר דלא אמר שזכר כ"א עד שעברו עליו הרבה חקירות. והלא בחקירה אחת סגי. וכיון שעברה חקירה אחת ועדיין עומד בעדותו שאינו יודע. א"כ כשאמר שזכר אחר רוב החקירות.

הוי לאחר כדי דיבור: איברא דהרב"י ז"ל בס"י כ"ט הביא פלוגתא דרבוותא באומר איני יודע. דאיכא מ"ד דלא מקרי חוזר ומגיד.

ואיכא מ"ד דמקרי חוזר ומגיד יע"ש. והכנה"ג בהגהב"י אות נ"ו כתב וז"ל גם התוס' פ' הכונס כתבו דכשאומרים בבית דין אנו יודעים שוב אינם יכולין להעיד וכו'.

נב' גם תשו' הרשב"א הביאה רבינו המחבר ז"ל בטור אה"ע סי' מ"ב והרא"ש ז"ל כלל סוף סי' א' חולקים על הר"ן ז"ל ובס' בח' סתם כדברי הר"ן ז"ל. אבל מוהר"ר בצלא"ל

ז"ל בסי' ה' והר"מ אלשיך ז"ל בסי' ק"ד דחו כל ראיות רבינו המחב"ר ז"ל והעלו דכל שאמר איני יודע הוי חוזר ומגיד וכן נראה מס' בני שמואל.
ע"כ.

ובאות נ"ט כתב וז"ל אמר העד איני זוכר. פלוגתא דרבוותא.
להר"ן יכול לחזור ולהעד יודע אני. ולהרמב"ן ולהרשב"א והריטב"א ז"ל אינו יכול לומר נזכרתי.

ולהם שומעין שהם רבים. הר"ר בצלאל סי' ה' הר"מ אלשיך ז"ל בסי' ק"ד כתב דלכ"ע הוו חוזרים ומגידים.

ואני ראיתי תשו' הרא"ש ז"ל כלל ס' סי' א' כתב כשאמר איני זוכר חוזר ומגיד. וראיתי בסמ"ע כתב דהיינו דוקא כשאמר איני זוכר עתה.

אבל אם אמר איני זוכר סתם אינו חוזר ומגיד. ע"כ.

ועי' ט"ז שם ודברי יוסף אירגאס סי' ט"ו וי"ז ולפ"ז מידי פלוגתא לא נפקא: ואולם בנ"ד נראה דכ"ע מודו דאינו חוזר ומגיד דאשכחן להכנה"ג ח"מ סי' כ"ט אות נ"ז שכתב וז"ל אפי' לדעת הר"ן ז"ל מי שאומר קצת עדות ואינו מספיק לפי הדין ואמר שאינו יודע מזה ואח"כ אומר שיודע יותר חוזר ומגיד מקרי.

הר"מ אלשיך סי' ק"ד ע"כ: והיינו נמי נדון דידן שהתחיל להעיד על ההליכה לעיר הסמוכה וכו' ועל הקידושין השיב כי לא רצה ראובן לקדשה באומרו שכבר היא מקודשת והעיד שרמז על הטבעת שבידה ועל עיקר הקידושין אמר שאינו יודע יותר. ומאחר שהתחיל להעיד קצת עדות אלא שאינה מספקת ועל השאר אמר איני יודע.

מקרי חוזר ומגיד. ואם יד הדוחה נטויה לדחות.

מ"מ נקוט מיהא דמידי פלוגתא לא נפקא: ומעתה הבא נבא לדברי העד השני כאשר יעדנו למעלה. שמתחילה העיד שלא אמר לה כלום.

רק שמסר הטבעת בפניהם: והנה אם מתחילה היה מדבר עמה על עסקי קידושיה ותכף מסר לה הטבעת. הא ודאי דהווי קידושין והיינו דכתב מר"ן סי' כ"ז ס"א וז"ל ואם היה מדבר עמה תחילה על עסקי קידושין ונתן לה אפי' בשתיקה הוי קידושין והוא שעדין עסוקין באותו ענין ע"כ.

אך בנ"ד לא העיד העד שהיו מדברים על עסקי קידושין. וכבר כתב הכנה"ג בהגה"ט אות י"ג וז"ל יראה פשוט דבעינן שהעדים יעידו שהיה מדבר על עסקי קידושיה ע"כ: ואף אם באנו לחוש ולומר דשמא נתקבצו יחד איש ואשה והעדים אדעתא להתארס ונאמר דלא גרע מהמדבר עמה על עסקי קידושיה.

ואפי' בשתיקה דיו. מ"מ הרי העד לא העיד על זה.

ועוד הרי הריב"ש ז"ל סי' ה' כתב וז"ל ואף אם נאמר שאין אמירתו מעכבת כיון שנתקבצו יחד להתארס והוי כמדבר עמה על עסקי גטה וקידושיה ונתן לה ולא פירש דקי"ל דיו כל שעסוקין באותו ענין ע"כ. וממשמעות לשונו נראה דלא ס"ל דהאסיפה

לאירוסין הוי כמדבר עמה על עסקי קידושיה, ולפחות משמע דלא פשיטא ליה: והואיל דלא איתברר לנא מפי העד אם היה מדבר עמה על עסקי קידושיה או לפחות שנאספו יחד כדי להתקדש.

אף שנאמר דשניהם יחד נתכוונו לקידושין א"כ היינו מ"ש הריטב"א והביא דבריו הב"י סי' מ"ה וז"ל וכן דבר פשוט הוא שהנותן כסף או שוה כסף ליד האשה אפי' בפני עדים אע"פ שהיה דעת שניהם לקידושין אינם קידושין עד שיפרש לה שנותן לשם קידושין או עד שידבר עמה בעסקי קידושין בפני העדים ההם במעמד ההוא ויתן לה בעוד שעוסקין בענין הקידושין ממש ולא אפי' מענין לענין ובאותו ענין ע"כ: ואע"ג דמור"ם במפה סי' כ"ז כתב וז"ל ואפי' נתן לה בשתיקה ולא דבר כלום והוא והיא אומרים שכוונו לשם קידושין הוי קידושין ע"כ.

ומפשט לשונו משמע דהוי ודאי קידושין. הנה ה' ט"ז ז"ל הגיה בדברי מור"ם דצ"ל הוי ס' קידושין.

ולפ"ז ניחא הא דלא הגיה כן דבריו מור"ם בסעיף א' עמ"ש מר"ן ואם היה מדבר וכו' דשם מקום הגה זו. אלא דשבקה לסעיף ג'.

דהכא איירי בספק מקודשת. והרב ב"ש כתב דלא משמע כן מדברי שאר פוסקים עי"ש וגם ה' ח"מ השיג על מור"ם בזה וס"ל דאף ס' קידושין לא הוו עי' ס"ק ט' וי"א ובביאור הגר"א כתב דדברי הח"מ נכונים.

ועי' כנה"ג סי' הנז' הגה"ט אות מ"א: ואף דאנן גרירנא בתר מור"ם. היינו דוקא היכא דלא הוו דבריו היפך מס' מר"ן בב"י או בש"ע.

וכאן הרי מצינו למר"ן שהביא בב"י ס' הריטב"א שהיא היפך מדברי מור"ם וכבר כתב מהרימ"ט ז"ל דהיכא שמביא בב"י איזה סברא בסתם בלי חולק שדעתו לפסוק כאותה סברא. ואף דגם ס' מהר"ם הלזו שהיא מקור ס' מור"ם הנז'.

הביאה הב"י בסי' כ"ז. כבר פירשה שפיר ה' ח"מ סק"ט ואתיא כהריטב"א ז"ל, ומוכרחין אנו לפרש כן לדעת הב"י שהביא ההיא דהריטב"א בסתם בסי' מ"ה וההיא דמהר"ם בסי' כ"ז.

כי היכי דלא ליהוו פלגן בהדייהו דאי לאו הכי הו"ל למר"ן להעיר על זה ולא לכתוב אחת הנה ואחת הנה בסתם: הן אמת. כי בדבר ערוה החמורה אין בידינו להקל אפי' כדעת מר"ן.

שהרי ה' משאת משה ח"א חא"ה סי' ה' הכה על קדקד למאן דסבר דאזלינן אף בדבר ערוה בתר שלשה עמודי הוראה כמו שהשרישנו מר"ן. ומר הוא דסבר דבערוה החמורה אין לנו לילך אחר כלל זה כאשר הבי"ד ה' יד אהרן אה"ע סי' כ"ז הגב"י אות נ"ב.

ואף דחזיתיה לרב אחרון כרך של רומי סי' כ"ד דסבר לה מר ומטי לה משמיה דהרמ"ז החק"ל ז"ל דבדבר ערוה אם רבו הפוסקים להחמיר יש ביד הדיין להחמיר דלא כמר"ן זולת אם רוב הפוסקים להקל ואיכא ביניהו מרן פסקינן כוותיה ולא חיישינן למיעוטה יעו"ש באורך. מ"מ הרי הרצה תשובתו לפני מי שגדול הרב שער אשר ז"ל ומצינו

דפליג עליה בזה וזו הלכה העלה דבזה לא קבלנו דעת מר"ן להקל הגם שהוא מכלל דעת רוב הפוסקים המקילים.

וכדברי ה' משאת משה וכקבלת ה' מהריט"א ז"ל בתשו' שהובאה בס' ברך משה סי' ל"ד ונמשכו אחריהם ה' ערך השלחן וה' מהרח"ף בתשו' חיים ושל'ם סי' כ"ב. ויסוד לזה מאי דחזינן מפורש בתלמוד דבמקום ערוה חשו חכמים למיעוט המצוי להחמיר והכי חזינן לכל רבנן פוסקי הלכות מבעלי תשובות קמאי ובתראי דבמקום ערוה חייש למיעוט הפוס' המחמירים.

יעו"ש בשער אשר חאה"ע סי' כ"ט. באופן דאין בידינו להקל בדבר ערוה כדעת מר"ן אפי' דאיכא רוב הפוס' מקילין כדבריו אף לדידן דאתכא דידיה אסמיכנא אפי' להקל בשאר איסורין דדבר ערוה שאני.

וא"כ צריכין אנו לחוש לס' מור"ם הנ"ל ועי' ה' וי"ץ אה"ע סי' קל"ז ד' קמ"ד ע"ג: אלא דאין חששה זו מצד הקבלה כדי שלא נוכל לעשות ס"ס נגד סברה זו כמו שיתבאר להלן בס"ד שהרי הוא היפך דעת מר"ן וכמש"ל. אלא הרי סברא זו דמור"ם כס' שאר הפוסקים דחיישינן להו בדבר ערוה אף שהם מיעוטה.

באופן דמידי פלוגתא לא נפקא: אלא דאין כאן אלא עד אחד. ובאנו לידי פלוגתא דרבוותא.

ודעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש דאין חוששין לקידושי עד אחד. והסמ"ג כתב דחוששין. ומצינו להרשב"א שכתב לא' מן התלמידים שהיה רוצה לסמוך על סמ"ג בזה. מי סנו הג' והרי"ף והרמב"ם וכל הגאוני' וכל האחרונים שאתה מחמיר על עצמך יותר מכל אלו ומהרי"ק בשורש ק"א כתב שוו כל הפוס' מלבד סמ"ג וכמ"ש כל זה בב"י סי' מ"ב. וכן פסק בשלחנו הטהור ס"ב. אכן מור"ם כתב ויש מחמירים אם מקדש לפני עד א'.

והכנה"ג הגב"י אות י"א הביא להקת הפוס' ואמבזה דרבנן דדחו כולהו ס' הסמ"ג ושכן פשט המנהג בכל בתי דינין שראינו וששמענו שמעם שאין חוששין לקידושי ע"א זולתי מקצת מרבוותא דחיישי לה יעו"ש: וחזיתיה לה' כרך של רומי סי' כ"ד שאסף וקבץ ס' כולהו רבוותא דמיירי בענין זה ונחית למנינא ומצא דדעת המחמירין הם כ"ה הפוסקים.

ולעומתם פ"ה פוסקים גדולים רבים ונכבדים ורובם מגדולי הראשונים וגדולי האחרונים אשר בית ישראל נכון עליהם דכולם פה אחד מחו אמוחא לחומרא זאת מאה עוכלי בעוכלא עד כי לא נותרה נשמה באפה יעו"ש. ועי' בסה"ק סד"ת סי' פ"ב שמנה מלכים מצוקי ארץ שכתבו בפשוט והמקדש בעד א' אין חוששין לקידושיו.

ע"כ.

אשר מזה מקום יש בראש לומר דלדידן דאזלינן בתר פסק מר"ן דאזלינן כוותיה אף לקולא היכא דאיכא רוב הפוס' מקילין. מדחזינא ליהו להנהו רבוותא שכתבו בפשוט דאין חוששין ולא חיישי רבנן למיעוט הפוס' המחמירים.

אלא דיש לדחות דדילמא טעמייהו דרבנן משום דבנדון דידהו האיש תב"ד חזר והכחיש כיעו"ש. וסברי מרנן כדעת הרשב"ץ בפירוש דברי הסמ"ג וכמ"ש בב"י ופסקו מור"ם במפה.

ועוד אפשר לומר דבזמן ההוא לא יצא טבעו של מר"ן בעולם והיו פוסקים על הרוב כהרא"ש וכמ"ש הרב מוהר"ר רפאל עובד אבן צור ז"ל. משם הרב מוהריב"ץ אביו ז"ל והוב"ד בס' התקנות סי' ק"א.

ועו"ע סי' ס"א: אתה הראת דרבים הם הסוברים דאין חוששין לקידושי ע"א והם גדולי עולם. ואף אם נרצה להחמיר ולחוש לס' הסמ"ג ודעמיה.

בכה"ג דאנן קיימין ביה. הא איכא תרי ספיקי ותרי רובי.

ספק אי הלכה כמ"ד דאין חוששין ואינן רובא דרבוותא. ואת"ל דחיישינן למיעוטה דרבוותא דס"ל דחוששין דילמא הלכה כהריטב"א ודעמיה דאינן רובא דרבוותא דפליגי אמור"ם וס"ל דאינה מקודשת בשתיקה אלא א"כ היה מדבר עמה על עסקי קידושין: ולרווחא דמילתא לחומר הנושא דבר ערוה החמורה נוסף עוד לבאר כי הנה העד השני אחר ההגזמות הוא ענה שעל הרוב לא אמר לה כלום.

ובדבריו אלו שביק מיעוטה דמיעוטה דשמא אמר לה. ולצד ספק זה דשמא אמר לה.

שוו דבריו עם דבריו האחרונים של העד הא'. שגם הוא העיד באחרונה שכן אמר לה דברים אך לא ידעו בעדותם מה הם הדברים שאמר לה וכבר הוכחנו דודאי אינם דברים המורגלים בפי כל אדם הרי את וכו'.

דא"כ לא הוו שכחי. אלא דמידי ספיקא לא פלטינן דשמא אמר לה לשון אחר שיועיל מן הדין.

או דילמא אמר לה לשון גרוע שאינו מועיל מצד הדין והגם דבנדון דידן יכולין אנו לומר דשניהם נתכוונו לשם קידושין הא כתב מהרימ"ט בחדושי על הרי"ף מס' קידושין וז"ל וצריך לברר דכל הני לשני דאיקרו ידים שאינן מוכיחות אפי' אמרה האשה שבלבה היה שתתקדש לו לאו כלום כיון שהלשון גרוע ולא מוכיח וכו'.

והבי"ד הכנה"ג סי' כ"ז הגב"י אות פ': איברא דמידי פלוגתא לא נפקא. דמור"ם במפה סי' כ"ז ס"ג כתב משם הר"ן וז"ל י"א דאע"ג דלשונות אלו לא מהני אם לא דבר עמה בעסקי קידושין מ"מ אם היא אומרת שקבלה לשם קידושין הוי ספק קידושין.

והב"ש סקי"א כתב על דברי מור"ם מיהו מהרמב"ם והרא"ש משמע דפליגי על הר"ן וס"ל בהני לשונות ליתא אפי' ס' קידושין כשלא היו עסוקין בעניני קידושין אפי' נתכוונו לשם קידושין. וכ"כ רי"ו להדיא.

וכן כתוב בחידושי מהרי"ט. ע"כ עי"ש.

ונראה דנתכוון לדברי מהרימ"ט הנ"ל. ועי' בביאור הגר"א שעל גליון הש"ע סקי"ט.

מ"מ מידי פלוגתא לא נפקא. ואף המחמיר אינו אומר אלא ספק: ובנדון דידן איכא ספק אחר דשמא לא אמר לה דברים של קידושין כלל אלא דברים אחרים שיש ביניהם אי נמי הא"מ לך אמר וכההיא דמהר"י אירגאס ז"ל.

ובמאי דאנן קיימין ביה אינו רחוק לומר כן דאפשר דאדעתא דהכי עביד כן לומר לה לשון שאינו מועיל. שהרי כל מגמת פניו של האיש אינו אלא להשבית שאון גלי ים עברתם כמבואר בדברי העד הב'.

ולפי דברי העד הב' אינם אלא קצת ספק דעל הרוב לא אמר כלל. וא"כ הא איכא כמה ספיקות שמא לא אמר לה כלל והוא רובא.

ואת"ל אמר לה דילמא אמר לה מדברים שהיו ביניהם ולא מענייני הקידושין. ואת"ל מענייני הקידושין דילמא לשון גרוע א"ל ושמא הלכה כמהרימ"ט ודעמיה דאין כאן ספק קידושין.

והווי ליה ארבעה ספיקות לדבריו האחרונים של העד השני. ולדבריו האחרונים של העד הא'.

ליכא אלא שלש. שכן הוא מעיד בפשוט בעדותו האחרונה שכן אמר לה.

וכבר כתבנו דנראה דאין לחוש לעדותו האחרונה מטעם דאינו חוזר ומגיד. ומ"מ אף דנחוש להחמיר.

מידי ספיקא לא יצאנו אם חוזר ומגיד אם לאו. ועם שאר הספיקות הווי להו גם לזה ארבעה ספיקות.

ולדבריו הראשונים של העד השני הא איכא תרי ספיקי כמש"ל וכ"ז הוא לחומר הנושא ערוה החמורה. אבל כבר הוכחנו בראיות מספרן ש"ץ שאין כאן עדות כלל.

אלא לצד שנאמר שלא לסמוך להקל הרי מכל מקום מידי ספיקא לא פלטינן. והרי איכא ספק אחר.

באופן שיש כמה ספיקות בכל צד וכמה רובי להקל: ועוד יש לנו סעד גדול עמוד של שיש שהוא של זהב להשען עליו דברי הר"ן בפ"ק דקידושין דכל ספק קידושין מדאורייתא שרי משום דאיכא למימר העמד אשה על חזקתה. והגם שהניח הדבר בצ"ע הרי מהרימ"ט ח"א סי' קל"ח כתב שהר"ן לא נסתפק בדין זה אי אמרינן אוקי אתתא אחזקתה ולא הצריך עיון אלא דברי הרמב"ם ודברי הרי"ף.

יעו"ש שתירץ דבריהם על נכון. נאים הדברים למי שאמרן.

ואסיק נמצינו למדין מדברי הר"ן ומדברי הרמב"ם ומדברי התוס' דאפי' תימא בכל איסורי תורה ספיקן אסור מן התורה. בספק קידושין אין כאן איסור תורה כלל דאוקמינן לה אחזקתה ואצ"ל לדברי הרמב"ם והראב"ד וכמה מרבוותא ז"ל דס"ל דכל ספק איסור תורה אינו אלא מדבריהם.

ע"כ.

וע' ברשד"ם סי' נ' ובכמה מקומות שמביא דברי הר"ן לסעד גדול להקל בספק קידושין. וכן כתב הפר"ח בכלל הס"ס דבספק קידושין יש לצדד להקל טפי מספק גירושין דהא בספק קידושין אית לה חזקת פנויה ובספק גירושין אדרבא אית לה חזקת אשת איש ודלא כהריב"ל ע"כ: עוד מקום יש בראש לנתוש ולנתוץ את כל העדות שהרי הראשון העיד מעיקרא שאינו יודע ולבסוף העיד על מסירת הטבעת בפניו ובפני בן אחותו. והשני העיד ג"כ על מסירת הטבעת בפניהם. ובזה עדותו שוה לעדות אחרונה של העד הא'.

אבל במה שאמר בתחילה שאינו יודע הם מכחישים זה את זה. וכן ג"כ במה שהעיד באחרונה שאמר לה.

הם מכחישים זה"ז שהרי השני העיד בראשונה שלא אמר לה. ואף למה שהעיד באחרונה שעל הרוב לא אמר לה.

הו"ל כאומר איני יודע אם אמר לה א"ל. ואדרבא ידיעתו נוטה שלא אמר לה.

באופן דהרי הם מכחישים זה"ז ובטלה עדותם. ואף למ"ד דדין עדות קידושין כדיני ממונות דמיא.

מ"מ בחקירות ובגוף העדות אף בדיני ממונות הויא הכחשה: ואף שיש צדדים באלו ההכחות שאינן בדבר והפכו אלא באינו יודע. אפ"ה הויא הכחשה.

שכן מצינו הדבר מבואר להדיא בתשו' מר"ן אה"ע סי' ב' מדיני קידושין וז"ל אבל יש מקום לבטלה מפני שהעד הא' אומר שאינו יודע אם שמעה היא תהיה לי מקודשת ואם אינו ברור לו ששמעה אין כאן עדות שהרי זה מכחיש את חבירו בחקירה שהוא עיקר העדות ע"כ. ואף שהכנה"ג ח"מ ס' ל' הגה"ט אות כ"א כתב יש מי שרצה לומר דבדיני ממונות לא מקרי הכחשה אם לא שהעד הב' אמר לה כי אלא וכו' שפ"ל לא כדברך.

והכריח זה מדברי הרמב"ם וכו'. כבר הביא דבריו ה' חשק שלמה אות ט' וזו הלכה העלה דבעדות קידושין כולהו מודו דהוי הכחשה אף כי לא אמר לה כי אלא ע"כ.

ועי' כנה"ג סי' מ"ב הגב"י אות כ"ד. ועי' להשע"א סי' ט"ו ד' ס' ע"ב: ואף לאותם הצדדים שהם שוים במסירת הטבעת.

ואינם מוכחשים כי אם אי אמר לה א"ל. אפ"ה חשבינן להו מכחישים זה"ז בעיקר העדות.

שהרי כתב הכנה"ג אה"ע סי' כ"ז הגה"ט אות ל"ד שני עדים שהא' אמר שאמר לי. והא' אמר שלא אמר לי אין כאן מיחוש אפ"ל למאן דחייש לעד אחד.

הר"מ אלשקר ז"ל סי' צ"ד הרש"ך ח"ב סי' ל"ג. וע"ש בסי' ט"ל וסי' קכ"ח.

ובתשו' למורי הרב ח"א סי' קל"ט. אבל רשד"ם חאה"ע סי' נ' חולק ע"כ: ואף דהכנה"ג כאן לא זכר כ"א רשד"ם לבדו.

מ"מ מצאנו לו חבר הרב מוהר"ר אברהם מונסון ז"ל הוב"ד בתשו' מהרימ"ט ח"א סי' קל"ט. והביאם הכנה"ג בח"מ סי' ל' הגה"ט אות ט"ז.

אך לא זכר שם הרש"ך והר"מ אלשקר. ולא ידעתי למה.

דאם בההיא שעתא לא אסיק אדעתיה דברי הרש"ך והר"מ אלשקר. הרי מוהרימ"ט שם ד' קפ"ו הביא את דברי הרש"ך דסי' ל"ג: ונראה דבנ"ד כ"ע יודו דהוי הכחשה.

שהרי מוהר"א מונסון שם פירש הטעם דאפשר שאינם מכחישים שהראשונים שמעו תיבת לי והאחרונים לא שמעו. וזה יצדק לומר בתיבת לי שהיא תיבה אחת וגם קטנה.

ואידי דזוטר מירכש. אבל בכה"ג דאנן קיימין שהם מוכחשין לכל האמירות.

רחוק לומר כן. ואף מי שיגמגם בזה.

מ"מ בנ"ד ודאי יודה. שהרי העד הא' שהעיד שאמר לה דברים.

הוא חרש המדבר ואינו שומע. וא"כ בודאי שהיו בקול ענות גבורה ואין קול ענות חלושה כדי שיכנסו באזני החרש והיאך אנו יכולין לומר שהחרש שמע והפקח לא שמע או' לאו מילתא היא ואינם אלא מכחישים זא"ז ואף לאידך טעמא דמהר"א מונסון מההיא דמהר"ם אלשקאר סי' צ"ט שמקבלים מהעדים מה שהושוו מהם כמ"ש הרשב"א שאם הא' מוסיף על דברי חבירו הו"ל כזה אומר מנה וזה אומר מאתים שנותן מנה מתוך מאתים.

היינו דוקא בנדון דידיה דהוכחשו בתי' לי דוקא ולכך מקבלין מהם שאר הלשון שהושוו בו. והיינו משום דס"ל דבנדון דידיה הוו ידים מוכיחות משום דשדיך.

אבל בנ"ד שהוכחשו בכל הלשון הויא הכחשה. וכי תימא אופי הכא נמי הרי הושוו במסירת הטבעת והא מיהא נקבל מהם ונימא דקדש בשתיקה.

הא לאו מילתא היא. דאם היו מעידים שניהם שהיה מדבר עמה על עסקי קידושין ובעוד שהיו עסוקים באותו ענין נתן לה.

אין הכי נמי. אבל הכא הרי לא העידו על זה כלל ואדרבא השני מעיד שלא אמר לה כלום: איברא דאף למ"ש לא פלטינן מידי פלוגתא.

למאי דמשמע ליה להכנה"ג ח"מ סי' ל' הגה"ט אות י"א דמדברי הרשד"ם חאה"ע סי' ל"א נראה דסבר לה מור בדעת הטור דמשום דבדין מרומה בעי דו"ח אם הוכחשו בדרישות וחקירות עדותן בטילה. אבל בדין שאינו מרומה כיון דמן הדין א"ץ דו"ח אעפ"י שהוכחשו בדרישות וחקירות עדותן קיימת.

אלא דמהר"א ששון סי' י"ז כתב להדיא דכל שהוכחשו בדרישות וחקירות עי' שאלת ב"ד במקום שא"ץ עדותן בטלה. וכן פירש הכנה"ג שם דברי רבינו בעה"ט.

וכן פירש הרב חשק שלמה סי' הנז' שכן היא דעתו. דאל"כ איך כתב רבינו הטור אעפ"י שא"ץ דו"ח.

הלא אם בדין מרומה קא משתעי בהדיא פסק שצריך דו"ח. ולדעת רשד"ם בפירוש דברי הטור אתיא הך סברא כהך י"א שהביא בעה"ת והביא דבריו הב"י סי' ל' ס"ד שכתב דעדים דמכחישי זא"ז בחקירות כשר בדיני ממונות.

והאי דנקט בדיקות משום דקי"ל דהודאות והלואות אין דנין אותם בדו"ח. ע"כ.
אך לדעת הכנה"ג בדברי הטור סברת הי"א היא ס' יחידאה וכמ"ש הכנה"ג בהגב"י אות
י"ז ע"ש. דנראה דלא חייש מר לס' רשד"ם ז"ל.

וה' חשק שלמה אות כ' עמ"ש. הכנה"ג אות י"ז כתב דצ"ל די"א זו שהביא הבעה"ת היא
סברת הרמב"ן דסי' מ"ג שהביא הש"ך סק"ו: ומ"מ מידי ספיקא לא יצאנו ואיכא למיעבד
ס"ס שהרי מצינו למוהרימ"ט בתשו' ח"א סי' קל"ח דסבר לה מר דאע"ג דאין בודקין
עדי נשים בדו"ח כדאמרינן בשלהי יבמות דכיון דאיכא כתובה למשקל כדיני ממונות
דמיא והביא הר"ן ז"ל משם הרמב"ן דכיון דבזמן הזה ליכא דיני נפשות דמיא טפי לדיני
ממונות ואפי' בארוסה דלית לה כתובה לא מפליגינן בה והוא הדין עדי קידושין אע"פ
שעיקר עדותן להחזיקה בחזקת א"א מ"מ אפשר דדוקא לענין שלא להצריכה דו"ח
דאיכא בהו נעילת דלת משום כתובה אבל אי אתכחוש בהו עדותן בטלה כמו בדיני
נפשות דדוקא בדיני ממונות דקי"ל הוא דאמרינן אעפ"י שהוכחשו עדותן קיימת משום
דמעיקרא לא נתנו לבם לדקדק בהם כיון שהוא עדות של ממון עבידי אינשי דטעו בהו
אבל בדיני נפשות דחמי' והוא הדין ערוה דחמירא מעיקרא מידק דייקי שיודעים חומר
הדברים ועל כל פנים צריכים להעיד וסופן ליבדק בדו"ח וכי איתכחוש בהו הוא
הכחשה גמורה.

ע"כ.

והביא דבריו הכנה"ג ח"מ סי' ל' הגה"ט אות יו"ד ע"ש שהביא פלוגתא בזה. גם ה' חשק
שלמה סי' הנז' אות ז' הביא דברי מהרימ"ט וכתב וכן נראה לכאורה בדברי ה' בני משה
סי' ל"ה ד' ע"ו: ולדבריהם דרבנן הרי בטלה עדותן אף במה שהכחישו זא"ז שלא היה
אלא כוס אחד ושלא רמז על הטבעת לך נא ראה בהצעת השאלה דודאי אלו מיקרו
בדיקות דלא גרע מעוקצי תאנה שבדק בהן ריב"ז שאמר להן תאנה זו שהרגו תחתיה
עוקציה גסין או דקין וכיוצא וא"כ הרי איכא תרי ספיקי.

ספק אי הלכה כמהרימ"ט וה' בני משה דבעדי קידושין אף בהוכחשו בבדיקות בטלה
עדותן. ואת"ל דהלכה כמהריב"ל ס"ג סי' י"ג ומהרא"ש סי' י"ז ודעמייהו הביא דבריהם
הכנה"ג אות יו"ד דס"ל דבבדיקות כשרה.

דילמא הלכה כמ"ד דבחקירות פסולה אף בשאינו מרומה שהיא דעת רובא דרבוותא:
ועוד דחוששני בנד"ד מדין מרומה. שהרי כתב הריב"ש בס"י רס"ו וז"ל מ"מ כיון
שבתחילה הכחישו זה את זה וגם עתה יש קצת הכחשה בעדותן אין לך דין מרומה גדול
מזה ע"כ.

ומינה נל"ד דכל אחד מכחיש את עצמו ואת חבירו וכן משמע גם מסדר השאלה ומדברי
העדים דוק ותשכח [ומצינו להריב"ש סי' הנז' הבי"ד הב"י ח"מ סי' ל' מחו"ב וז"ל נראה
דבהודאות והלואות אפי' בדין מרומה לא] ולפ"ז בטלה עדותן אף לדעת רשד"ם: וע"ע
לרבינו בצלאל בתשו' סי' ה' שהביא כמה אשלי רברבי שסוברים שדין מרומה דדיני
ממונות כדיני נפשות ממש וכל שלא נעשה דו"ח עדותן בטלה כמו שהבי"ד הכנה"ג סי'
הנז' הגב"י אות ח'.

יעו"ש.

ולדבריהם דרבנן בנד"ד שהעד הא' אמר כי מקודם לכן אינו יודע כמה זמן וגם העד הב' לא אמר זמן וידוע שהזמן יש בו שש חקירות משבע שמנו חז"ל עי' סמ"ע סק"ה. הרי בטלה עדותן גם מטעם זה ואף דמצינו להריב"ש בס"י רס"ו והביא דבריו ג"כ הב"י ח"מ סי' ל' מחו"ב דפליג בזה.

מ"מ נקוט מיהא דמידי פלוגתא לא נפקא. וכדי הם הנהו רבוותא להיות סניף עם מש"ל להקל: אתה הראת כמה צדדים וספיקי טובא ורובי דהתירא וכולם כאשר יהיה האופן בעדים כשרי' וכ"ש בכה"ג דאנן קיימין ביה דהעדים קרובים לאשה מצד האם העד הא' הוא מסרפה אחי אמה והב' בן אחות אמה דקי"ל שהם פסולים דאיכא עוד ריעותות וספיקי אחרוני: והנה פיסול עדות הקרובים מצד האם ילפינן להו בפ' ז"ב מדכתיב אבות אבות תרי זמני אא"ע לקרובי האב תנהו ענין לקרובי האם.

ונפל מחלוקת בין הראשונים ז"ל אי פיסוליהו דאורייתא או מדרבנן ע' כנה"ג ח"מ סי' ל"ג הגה"ט אות י"ד ובאה"ע סי' מ"ב הגב"י אות קכ"ט וקפ"ו. והרמב"ם בפ' י"ג מה"ע הא' כתב אבל שאר הקרובים מן האם או מדרך אישות כולן פסולים מדבריהם. ואפליגו רבוותא בהבנת דבריו. ועי' משה"ר מע' ע' אות נ"ט.

ואולם בדברי קצת הגאונים שכתב ה' המגיד בפ"ד מהל' אישות הל' ו' דסוברים שכל אותן שהן נלמדין מן המדרש בקרובי האם מדברי סופרים. לא נפל מחלוקת כלל וכמ"ש הרב הפוסק הי"ו.

וכן הוא להדיא בתשו' רשב"א ח"ב סי' ר"ל וזל"ה ודע שהאומרים שיש הפרש בין צד האם לצד האב כבר ביארו טענתם שיצא להם זה מפני שאותן קורבות ממדרש חכמים וכדאי התם אשכחן קרובי האב קרובי האם מנין אמר קרא אבות אבות תרי זמני וכל הבא מן המדרש מדרבנן הוא וכדמשמע בפ"ק דקידושין דאמרינן התם נראין דברי ר' טרפון בשין ועיין דברי ר' עקיבא בשאר אברים הואיל ומדרש חכמים הוא.

וכבר דחה רבינו האי גאון ז"ל דברים אלו בטענות חזקות ובראיות כראי מוצק יצקות ע"כ. יעו"ש שכן מוכח בבירור.

שוב ראיתי תשו' שלטי הגבורים בפ' ז"ב שמשם הביא ראיה הרב הפוסק הי"ו שהיא תשו' הרשב"א הנ"ל שמשם הוכחנו אנן בעניותין. וגם הש"ך ח"מ סי' ל"ג סק"א כתב על דברי שה"ג ונראה שהיא תשובת הרשב"א.

ואף שהש"ך כתב נראה פשוט הוא. דוק ותשכח: גם הרשב"ץ גופיה דסבר לה מ'ר בדעת הרמב"ם דדין תורה הם אלא שהם קרויין מדרבנן לענין שאינם נכללים בדברי ר' שמלאי לענין מנין המצות וכמ"ש הב"י אה"ע סוס"י מ"ב.

ותשו' הרשב"ץ הנז' היא בח"א סי' קכ"א ושם נאמר והטעם השני שנראה שמא שסובר רבינו ז"ל דפסול קרובים הבא מדרשה אינו מן התורה אלא מדרבנן נראה שאינו סובר בזה כאותם הגאונים ז"ל שהיו סוברים כן מדאמרינן בפ"ק דקידושין נראין דברי ר' עקיבא בשאר אברים הואיל ומדרש חכמים הוא.

ע"כ.

הרי מבואר להדייא בדבריו דאותם גאונים סברי דפסוליהו מדרבנן וע"כ לא קאמר מ'ר דהוי מדאורייתא אלא לדעת הרמב"ם ולא לאותם גאונים. ובהבנת ה' המגיד ז"ל גופיה יש לצדד לכאן ולכאן מה היא סברתו בדעת הרמב"ם דמדברי המש"ל ז"ל נראה דמפרש דמ"ש הה"מ וכ"כ רבינו בפ"ג מה"ע דר"ל שקראן מד"ס אבל לא מטעם הגאונים דסברי דהוי מדרבנן אלא והוא מהשורש הב' וכו' כמ"ש בפ"א גבי ליקוחין דכסף דקרי להו ד"ס ואפי' דין תורה גמור יש להם וכמ"ש הר"מ מילתא בטעמא וה"ה הכא ומ"ש וכבר חלקו עליהם היינו על הגאונים: אבל מדברי הלח"מ נראה דמפרש דברים כפשטן דמשה דעת הרמב"ם לדעת אותם קצת גאונים לגמרי ומ"ש והוא מהשרש הב' וכו' ר"ל ואפ"ה אינם כ"א מדרבנן ושאיני ההיא דכסף או מחמת דאם אינו ענין גרע מי"ג מדות או דג"ש עדיפא משאר י"ג מדות משום דאין אדם דן ג"ש וכו'.

יעו"ש.

ועי' ש"ך ח"מ סי' ל"ג סק"א. וכן הבין בדברי הה"מ ה' שמחת יו"ט סי' ע"ה.

אלא דמ"ש שכן הבין המש"ל אחהמ"ר לא זכיתי להבין דבריו. ואפשר דכוונתו משום שכתב המש"ל וכ"ז הוא דוחק והניח בצ"ע ובתשו' רבינו בצלאל סי' י"ט הביא משם חכם אחד שפי' בדעת הה"מ כמ"ש לדברי הלח"מ והכנה"ג באה"ע סי' מ"ב הגב"י אות קפ"ו כתב כמדומה לו שהוא הר"מ אלשיך.

ואולם רבינו בצלאל דחה דבריו ופירש כמ"ש לדברי המש"ל. ועי' משפט צדק ח"ב סי' ע"ג ד' רנ"ב ע"ד וח"א סי' מ"ג: והרב דברי יוסף אירגאס ז"ל סי' מ"ד פירש דברי הה"מ כמ"ש להלח"מ ולבסוף כתב וז"ל זוהי שיטת הה"מ וכן פי' דבריו הלח"מ וגם חכם אחד שהובא בתשו' מוהר"ר בצלאל סי' י"ט ועם היות שמוהר"ר בצלאל שם חלק עליו ופי' כוונת הה"מ מסכמת לס' הרשב"ץ והנה המעיין שם יראה כי לא יתכן פירושו כלל באשר הוא טלאי ע"ג טלאי ויפה כתב הר"ב אליהו רבא וזוטא הנ"ל דפירושו על הה"מ יוצא מן ההיקש וכמי שמכחיש את המוחש עי"ש ע"כ.

ועי' ארעא דרבנן מע' פ' אות תקכ"ב ובעפרא דארעא שם: ולדידי חזי לי דאפשר להכריע בכוונת הה"מ ז"ל בדבריהם דרבנן מצד אחר והוא דמצינו להרשב"א בתשו' הנ"ל כתב וז"ל ואפשר שהרב רבינו משה הלך בזה בשיטתו שאמר בעיקר השני של ספר המצות שחיבר שאמר שכל הדברים הבאים באחד מי"ג מדות שהתורה נדרשת בהן אינן דאורייתא אלא דרבנן זולתי במקומות בלבד שאמרו חז"ל בפירוש שהם דאורייתא ואם כדבריו יקשה עליו ג"כ מפני מה עשה עדות קרובי האב דאורייתא כמו שאמרנו מלבד שיש עליו קושיות גדולות חבילות חבילות שהקשו עליו גדולי ישראל וכו'.

ע"כ.

הרי מבואר דהרשב"א השווה דעת הרמב"ם לדעת אותם קצת גאונים כאשר יראה הרוואה בתשו' הנז'. וכבר השרישנו ה' יד מלאכי בכלל הה"מ סעיף ב' משמיה דמהרז"ש אה"ע סי' ל"א וז"ל כבר נודע שהה"מ לא זו באלו דבריו מדברי הרשב"א כנראה

היות דברי הרשב"א שלחן ערוך לפניו ועושה עיקר גדול מדבריו ולזה אין ספק שמפיו
אנו חיינ היכא שיש חלוק דעות לידע איך היא סברת הרשב"א ע"כ.

ומינה נלמד בפשוט להיפך דמדעת הרשב"א נוכל לידע כוונת דברי הה"מ: ומר"ן בב"י
ח"מ סי' ל"ג כתב וז"ל והרמב"ם כתב בפ' י"ג מה"ע דקרובי אם פסולים מדרבנן. ע"כ.
ובתשו' מר"ן סי' יו"ד כתוב בהדיא דלהרמב"ם קרובים מן האם כשרים מן התורה.
וכ"כ להדיא מהר"א נ' נחמיאש בתשו' שהובאה בתשו' מר"ן.
ומור"ם במפה ח"מ סי' ל"ג כתב וי"א דקרובי האם נמי אינם פסולין אלא מדרבנן. מימוני
פ' י"ג מה"ע ע"כ.

ועי' בהגהות אמ"ב שדחה דברי הש"ך שהשיג על מור"ם בזה וכתב דנראה להדיא
שסובר הרמב"ם שקרובי האם אינם בכלל פסול תורה שבעל פה כ"א מדרבנן ולכך
כתב מדבריהם ועי' לה' קהלת יעקב אות ד' סי' ק' ועי' להרב חשק שלמה סי' ל"ג הגה"ט
אות ז' דאסיק וכתב וז"ל ואיך שיהיה לענין דינא הרי הרשב"ש ב"ץ והה"מ סברי
דלהרמב"ם המקדש בפניהם צריכה גט: באופן דרבים ונכבדים הם ואיכא בינייהו מר"ן
ומור"ם דסברי דדעת הרמב"ם היא דאינם פסולים כ"א מדרבנן.

ואולם לעומתם רבים לוחמים וס"ל דלהרמב"ם דין תורה גמור יש להם אלא שאינם
נכללים בדברי רבי שמלאי לענין מנין המצות: וחזיתיה לה' שמחת יו"ט ז"ל סי' ע"ה
שכתב דאיכא תלתא ספיקי דפלוגתא דרבוותא. דמעיקרא ספק שמא הלכה כמ"ד דאפי'
המקדש בפסול עדות מדרבנן אינה מקודשת דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש
ואפקענהו רבנן לקידושי מיניה כמו שהוא דעת הרי"ף דלא כדעת הרמב"ם ודעמיה
דס"ל דצריכה גט.

ואת"ל דהלכה כס' הר"מ דהמקדש בפסול עדות מדרבנן צריכה גט. שמא בנד"ד הו'
פסולי עדות מדאורייתא דהלכה כמ"ד דקרובי האם ומחמת אישות מדאורייתא נינהו.

ואת"ל דאין הלכה כוותיהו אלא כהר"מ שכתב שם מדברי סופרים. שמא הלכה כתשב"ץ
שפירש דאפילו לדעת הר"מ הו' מדאורייתא ע"כ: וכן בקדש חזיתי למעלת הרה"ף הנז'
שכתב דהכא בנד"ד איכא תלתא ספיקי וכו' אלא דלבסוף חזר בו וכתב אין כאן רק שני
ספיקות כי הן אמת כי דעת הרמב"ם ז"ל היא מסופקת מ"מ דאיכא דעת מקצת גאוני'
שכתב הה"מ ז"ל המבוררת דסברי מרנן דפסול עדות מצד אישות ומצד האם לא מפסול
רק מדרבנן כי בדעת הגאוני' אין שום מקום להסתפק כמו שנסתפקו בדעת הרמב"ם
ז"ל כלל כמ"ש אצל במ"א וכמו שנראה ג"כ ברור בתשו' שהביא בשלטי הגבורים פ'
ז"ב.

ע"כ ומזה תמה על הגאון שמחת יו"ט והנמשכים אחריו דעבדי בזה תלתא ספיקי: ולדידי
חזי לי דאפשר לומר דטעמייהו דרבנן דסבור דאיכא בזה תלתא ספיקי הוא משום דמצינו
להרב מוהר"י לבית הלוי כ"ד סי' כ"א שכתב אמאי דכתבו התוס' והרא"ש והר"ן ז"ל
בפ' אין מעמידין דטעמא דמילתא דסתם כלים אינן בני יומן משום דהוי ס"ס' נשתמשו
בו היום או אתמול ואת"ל היום שמא נשתמשו בו בדבר שהוא פוגם בעין.

והרי אנו יכולין לכלול אותם בספק אחד ולומר ספק אם נשתמשו היום בדבר שאינו פוגם בעין אם לא. ועל זה בא בנותן טעם דכיון דע"כ לא משכחת לה להאי איסורא דכל גוים כ"א ע"י שני ענינים דהיינו שנשתמשו בו היום.

ושיהיה דבר שאינו פוגם בעין. א"כ כל ענין וענין מקרי דבר אחד בפ"ע ועבדינן מיניה ספק אחד והוא אמיתי ונכון באמת ע"כ יעו"ש: ומינה לנד"ד בס"ס דפלוגתא דרבוותא. שהרי מצינו שלש מחלוקות בדבר. איכא מ"ד דמדאורייתא נינהו ממש ונמנין במנין המצות ודבר תורה קרי להו.

ואיכא מ"ד דכיון דמדרש חכמים הם אינם נמנים במנין המצות ודברי סופרים קרי להו אבל דין תורה גמור יש להם. ואיכא מ"ד דפליג אכולהו וס"ל דאף דמדרש חכמים הם דין סופרים גמור אית להו.

וא"כ לא נוכל לומר דהלכה כמ"ד דדין דרבנן גמור הם ובעיא גטא כ"א עד שנאמר דלית הלכתא כמ"ד דאורייתא נינהו ודבר תורה קרי להו ונמנין במנין המצות. וגם לית הלכתא כמ"ד אף דאינם בכלל מנין המצות ודבר סופרים קרי להו אפ"ה דין תורה גמור יש להם.

וכיון שכן כל פלוגתא דבר אחד בפ"ע. ועבדינן מינה ספק אחד.

ולכך הוו תרתי ספיקי דשמא הלכה כמ"ד דאורייתא נינהו ונכללין במנין המצות ואת"ל דאין הלכה כוותיהו אלא כהרמב"ם דקרי להו ד"ס. דילמא הלכה כתשב"ץ דסבר לה מ"ר בדעת הרמב"ם דדין תורה גמור אית להו אלא שאין נמנין במצות.

ובהצטרף אידך פלוגתא דהרי"ף והרמב"ם הוו תלתא ספיקי: עוד נראה לישב דבריהם דרבנן דקרו להו תלתא ספיקי. שהרי מצינו להרב מהרא"י ז"ל והבי"ד הש"ך בכללי ס"ס והפר"ח שם סקי"ב בשני שעירים שנולדו מעז אחת דפטורות מן הבכורה מס"ס שמא ילדה כבר ושניהם פשוטים.

ואת"ל לא בכרה כבר. איכא למימר אכל אחד זה אינו בכור.

דכה"ג חשיב ס"ס. דשני הספיקות אינם שם אחד.

שהספק הרא' מתיר טפי מן האחרון. ואפ"י ילדה זכר ונקבה חשיב ליה הרב שפיר ס"ס. אף דהספק האחד אינו מתיר טפי מהאחר דבנקבה גופה אין נפקותא. ואף דמדברי מהרא"י ז"ל מוכח דס"ל שאם השני ספיקות הם שם א' דלא מיקרו ס"ס וכדברי התוס' דכתובות וכמ"ש הש"ך והפר"ח ז"ל שם.

אפ"ה סבר לה מר דאפ"י לא שום שינוי בין שני הספיקות לענין הדין כלל ואין האחד מוסיף ומתיר כלום יותר מן האחר ואין ביניהם אלא תוספת דמציאות דלספיקא קמא שניהם לא יצאו תחילה. ולספק שני הנקבה יצאה תחילה.

מיקרי ס"ס. ודון מינה לס"ס דפלוגתא דרבוותא שאין הספק חל במציאות דמ"ד עבדינן ס"ס דפלוגתא דרבוותא.

הוא מטעם דס"ל דכיון דעבדינן ס"ס דמציאות הכא נמי עבדינן ס"ס דפלוגתא דרבוותא. וא"כ ודאי דילפינן זה מזה.

וכיון דהתם כי מספקא לן בספיקא קמא שמא ילדה כבר. אנו רוצים לומר דזכר זה אינו בכור או שמא לא ילדה כבר וזכר זה בכור.

וא"כ לפי מונח זה תו ליכא לאסתפוקי ולומר את"ל לא ילדה שמא הנקבה יצאה תחילה. ואפ"ה אחשביה מהרא"י ז"ל לס"ס.

והיינו משום דכי מספקא לן בספיקא קמא שמא לא ילדה כבר אין אנו עושים במונח דזה בכור אלא עדיין איכא לאסתפוקי שמא ילדה הנקבה תחילה. ולכך אנו אומרים בספק השני את"ל.

ואין זה שם אחד אחר דאיכא שינוי במציאות. ואף דליכא שינוי לענין הדין כלל.

ומינה לס"ס דפלוגתא דליתיה במציאות דעבדינן ס"ס כאשר יש שינוי בפלוגתא בין שני הספיקות אף דליכא שום שינוי ביניהם לענין הדין כלל דשינוי בפלוגתא בס"ס דפלוגתא. הוי כשינוי במציאות בס"ס דמציאות.

וכיון דהתם כיון דאיכא שינוי במציאות עבדינן ס"ס. אף הכא נמי עבדינן ס"ס כשיש שינוי בפלוגתא.

והכא שינוי גדול יש בפלוגתא. שהרי איכא דסבר דדבר תורה קרי להו ונכללים במנין המצות ואידך סבר דאינם אלא ד"ס ואינם נכללים במנין המצות אלא דדין תורה גמור אית להו.

ואידך סבר דדין דרבנן גמור הם. ולכן שפיר הוו ס"ס כיון דיש שינוי בפלוגתא כנלע"ד לישב דבריהם דרבנן.

ואף דצריך להתישב בזה ממקומות אחרים. לאפס הפנאי לא יכולתי: איך שיהיה.

תרי ספיקי מיהא הוו לכ"ע. וכן כתב הכנה"ג אה"ע סי' מ"ב הגהב"י אות ק"ל וז"ל המקדש בפני אותם שנלמדים מן המדרש בקרובי האם וכו' אינה צריכה גט כלל מטעם ס"ס.

ספק אי הוו פסוליייהו מדבר תורה או מד"ס. ואת"ל מד"ס ספק אי הלכה כהרי"ף דהמקדש בפסול עדות דרבנן אינה מקוד' כלל.

רשד"ם חאה"ע סי' ל"ג. הר"י אדרב"י סי' רל"ו ורס"ד משפט צדק ח"א סי' מ"ג וח"ב סי' ע"ד וכו' עי"ש: איברא דמדי פלוגתא לא נפקא דאיכא רבוותא דסברי דלא עבדינן ס"ס בפלוגתא דרבוותא דשם פלוגתא חד הוא.

וכמ"ש הכנה"ג ח"מ סי' כ"ה אות פ"ב ופ"ג ואה"ע סי' ס"ח הגה"ט אות כ"ב. ועי' פרמ"א ח"ב סי' כ"ג.

שער אפרים סי' ע"ב שמש צדקה חיו"ד סי' י"ו. והמשה"ר מע' סמך אות י"ג.

והרב חשק שלמה סי' כ"ה הגהב"י אות פ"ד. והמט"ש שם אות ע"ד.

והשיו"ט סי' י"א דף מ"ג ע"א כתב ואי לאו משום פסק מר"ן היינו יכולים להתיר בנד"ד מטעם ס"ס דפלוגתא דרבוותא וסוגיין דעלמא לפי הכרעת האחרונים דס"ס דפלוגתא דרבוותא ס"ס הוי אבל מה נעשה דאין בידינו להקל היפך פסק מר"ן בש"ע ובפרט כי קבלה בידינו מפום רבנן קדישי ששמעו מפי הרה"ג מופת הדור כמוהר"ח אבולעפיא זלה"ה שקבל מזקני גדולי הדור שהסכימו בכלל זה שתפס מר"ן לענין הוראה ללכת אחרי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל קרוב לק"ק רבנים בדורו וכך היה אומר כי כל אשר יעשה כפסק מר"ן עביד כמאתן רבנן וכמ"ש הברכ"י בחו"מ בכלל הקי"ל אות כ"ט וא"כ מי הוא זה אשר יערב אל לבו לעשות היפך פסק מר"ן ע"כ: וזאת מצאנו להכנה"ג בתשו' יו"ד סי' ק"ז שכתב היכא שלמר חשיב ס"ס ולמר לא חשיב מה כחנו ומה גבורתינו להקל במילתא דאיסורא.

עכ"ד שהביא הרב שער אשר או"ח סי' יו"ד. ומה גם דאיכא גם כן פלוגתא אחריתי הביאה ה' נדיב לב חיו"ד ד' צ"ז ע"ב שמר"ן החביב בתשו' חיו"ד סי' ק"ז וסי' ק"מ וסי' מ"ב ובכנה"ג יו"ד סי' ל"ז אות נון ובסי' ק"ה וק"י וכתב דמאחר שבמקומות הללו נתקבלו עלינו הרב הגדול מר"ן ב"י ללכת אחר הוראותיו במילתא דאיסורא והוא ז"ל פס' כס' אחת אין לעשות ספק סברה המתנגדת למה שפסק מר"ן וכ"כ ה' מעיל שמואל סי' ז' דנגד פסק הש"ע לא חשיב ס"ס אלא ש"ה דב"מ חיו"ד ח"ג סי' ב' חלק על הכנה"ג בזה.

יעו"ש ע"כ. ועי' שפתי דעת בבית הספק סימן י'.

ומצינו למר"ן הש"ע סימן מ"ב ס"ה דפסק כהרמב"ם דהמקדש בפסולי עדות דרבנן דצריכה גט. ומעתה איכא למיעבד ס"ס לחומרא ספק אי שום פלוגתא דרבוותא חד הוא או תרי.

ואת"ל תרי דילמא הלכה כהכנה"ג ודעמיה דלא עבדינן ס"ס נגד סברת מר"ן. ובפרט דכעת נראה דדעת הדב"מ יחידאה היא: ואף דבנ"ד איכא תלתא ספיקי לדעת השיו"ט ודעימיה כמש"ל.

אפ"ה לא יגהה מזוור. שהרי ספק זה הוא ג"כ נגד דעת מר"ן ומור"ם דסברי מרנן בדעת הרמב"ם דס"ל דהוי מדרבנן גמור וכמש"ל.

ועוד הרי כתב הכנה"ג ח"מ סי' כ"ה אות פ"ד דלמ"ד שום פלוגתא דרבוותא חד הוא מה לי חד מה לי תרי מה לי תלתא מה לי מאה: ואולם מההיא דהכנה"ג אין ראייה שהרי מצינו להכנה"ג גופיה כתב דאיכא פלוגתא בזה והבי"ד ה' שער אשר סי' כ"ה ד' פ' ע"א וז"ל וכמו כן ראיתי להכנה"ג בתשו' עדות ביעקב סי' טו"ב שכתב להתיר בנ"ד בלא גט להנערה המקודשת ע"פ עדים שהיו ספק פסולים מכח ס"ס בפלוגתא דרבוותא וע"ז נרגש ממה שיש להקת הפוסקים הסוברים דשום פלוגתא דרבוותא חד הוא ולזה מ'ר הוא דאמר דכיון דהרבה הפוסקי' דעבדינן ליה גם בס"ס דפלוגתא וגם דאיכא פלוגתא אחריתי דאיכא מאן דס"ל דבתלתא ספיקי לכ"ע עבדינן ליה גם במחלוקת הפוס' א"כ ממילא הדר הוא ליה ס"ס בענין זה גופיה.

ס' אי שום פלוגתא חד או תרי ואת"ל חד הוא. שמא בתלתא ספיקי מודים דהוי ס"ס והוא מתהפך כמו שיעו"ש.

ע"כ: באופן דלכאורה נראה דמצד פיסול העדים לחוד אין בידינו לפוטרה בלא גט. שהרי מצינו למרן הב"י אה"ע סוס"י מ"ב כתב וז"ל מ"כ על המעשה שהיה באשה שנתקדשה לראובן בפני עדים שהם קרובים ואח"ך הלכה ונתקדשה לשמעון בפני עדים קרובים ופסקו החכמים שאלו ואלו אינם קידושי' והתירוה לעלמא והלכה ונשאת לאחר ואח"ך עמד אחד וערער על הוראת החכמים לפי שהקרובים היו ע"י אישות והם פסול עדות דרבנן וצריכה גט וכו' והחכמים דחו דבריו והסכים הר' יהודה בן הרא"ש ע"י מפני שרבים חולקים עליו וסוברים שקורבת אישות היא מן התורה ועוד שהרי"ף כתב בתשו' שהמקדש בפיסול עדות דרבנן אין חוששין לקידושין עכ"ל.

וכתב ע"ז הב"י ונראה לי לסמוך ע"ז היכא דכבר נשאת אבל אם לא נשאת עדיין הדין עם החולק להצריכה גט משניהם כדברי הרמב"ם ז"ל: עין רואה דנ"ש כנ"ד ואית ביה תרי ספיקי אף לדעת מר"ן ואולם ספק השלישי לית ביה שהרי הב"י ס"ל בפשוט דדעת הרמב"ם היא דהוי מדרבנן גמור. דדוקא לדידן דאין בידינו להכריע בדברי הרמב"ם כדברי מי הוי ספיקא.

אבל למרן דרב גובריה ויש לאל ידו להכריע. לדידיה לא הוו אלא תרי ספיקי.

ולפ"ז יש במשמע מדברי מר"ן דבתרי ספיקי אינו מתיר לכתחילה. אבל לא יש במשמע דאפי' בתלת אינו מתיר.

ואפשר דמר"ן אזיל בשיטת מאן דאמר דס"ס דפלוגתא לא הוי ספיקא דשום פלוגתא חד הוא. אבל בתלתא אפשר דמתיר.

וכדעת הכנה"ג בתשו' הנ"ל. וכ"כ המשנה"ר מע' ע' אות נ"ט וזל"ה והסכמנו מן אז והלאה כל דאיכא תלתא ספיקי דפלוגתא דרבוותא וכיוצא נפקא בלא גטא כמסקנת הרב אליה רבה וזוטא ז"ל ד' ע"א והרב קול בן לוי בפסק הקידושין אשר לו. ע"כ.

וכ"כ במע' ק' אות ל' ולפ"ז מאחר דלדעת תר"ן ומור"ם בעיא גטא ואבותינו ורבותינו זיע"א קיימו וקבלו עליהם ועל זרעם דברי מר"ן בב"י ובש"ע וגם דברי מור"ם היכא דלא גילה דעתו מר"ן להיפך בב"י ובש"ע מי שם פה לומר להתיר נגד דעתם מצד זה לחוד. גם ה' שיו"ט בסי' ע"ה אחר שכתב דאיכא בזה תלתא ספיקי והביא תשוב' הכנה"ג שהובאה בעדות ביעקב כתב אבל מ"מ לענין מעשה אין להקל מטעם זה דאע"ג דהרב החבי"ב דעתו להקל מטעם זה מ"מ הרב עדות ביעקב שם בסי' ח"י שדי נרגא בס"ס זה יעו"ש, ומה גם בנ"ד דעינינו הרואות למר"ן הב"י וה' תומת ישרים דהצריכה גט אף דבנדון דידהו איכא נמי תלתא ספיקי הנז' כנ"ד ועכ"ז חשו ומי יערב לבו להתיר שלא כדעתם דעת עליון ע"כ: וחזיתיה לידידינו הרב המופלא הרב הפוסק הי"ו שמתחילה הביא דברי ה' שיו"ט דסי' ע"ה.

ושוב כתב ואחר העיון רואה אנכי כי קשה הדבר מאד לומר דגם בתלתא ספיקי חיישינן להצריכה גט לכתחילה מאחר דהראשונים ז"ל הי"ו מתירים בתרי ספיקי ואף למיעוט החולקים בתלתא ספיקי נראה דאין כאן בית מיחוש כלל אף דהווי בפלוגתא דרבנותא ועי' להמשה"ר מערכת ע' וכו' ולענין דחית הרב עדות ביעקב עין רואה להרב שער אשר חלק אבן העזר סי' כ"ה ד' פ' ע"א וב' והנמשך דתימה יקרא ע"ד העדות ביעקב ז"ל וקיים דברי ה' החביב ז"ל עש"ב שתמה גם על הרב כמהרח"ף דנקיט במושלם מדברי השיו"ט דבמקום ערוה החמורה גם בתלתא ספיקי אזלינן לחומרא ע"ש בחאה"ע סי' כ"ט ותמה עליו דהשיו"ט גופיה בסי' י"א ובתשובתו כי באה בבירך משה סי' ל"ד אף דהוא דבר ערוה כמו שהוכיח שם עכ"ז צדד להקל בתלת ספיקי ומכח זה הכריח דגם השיו"ט גופיה אזיל ומודה כל דאיכא תלתא ספיקי ולא החמיר אלא בהך דסי' ע"ה משום דאשכחן למר"ן בב"י בהך דר"י בן הרא"ש ז"ל דאיתנהו נמי לכולהו תלתא ספיקי ואפ"ה חשש לכתחילה ומשום דאתכא דמר"ן ז"ל סמכינן בא"י כדמסיק התם וכדמוכח משאר תשובתו ז"ל עכת"ד ה' שער אשר וכשאני לעצמי לא ידענא טעמא מאי לחלק בין הנך תלת ספיקי לאחריני דכוותיהו ומאי גריעותיהו דהנך משארא ולמה יחוש מר"ן ז"ל בהני טפי מאחריני ע"כ דברי הרה"פ: ולדרכנו אין מקום לתמוה דאף דבתלת ספיקי אחריני לא חיישינן.

שאני תלתא ספיקי אלו דגריעי. וה"ט דאף דלדידן הווי תלתא ספיקי מ"מ לדעת מר"ן לא הווי אלא תרי ספיקי דמאחר דמר"ן סבר בפשוט בב"י בח"מ דס' הרמב"ם היא דהוי מדרבנן גמור וא"כ לדידיה תו ליכא האי ספיקא אלא אינך ספיקי אחריני דודאי הנהו איתנהו אף לדעת מר"ן שהרי בנשאת סבר לה כר"י בן הרא"ש.

והגם דאף לדידן מקבלה ואילך דברי מר"ן ליכא האי ספיקא דהוי כאלו אין כאן מחלוקת כלל. מ"מ אחשבינהו לתלתא משום דלפי האמת זולת הקבלה הרי יש כאן שלשה סהרי יש כאן מחלוקת ואשמועינן דאף דבנדון דידיה איכא הני תלתא לדידן דאין בידינו להכריע אפ"ה אין להקל מחמת אלו הספיקות.

שהרי גם בנדון מר"ן איכא תלתא ספיקי הנז' ועכ"ז כתב דלכתחילה בעיא גטא ואף דלמר"ן ליכא כ"א תרי מ"מ ילפינן מיהא דמחמת אלו הספיקות אין להקל ולעולם היכא דאיכא תלתא ודאי דיכולין להקל אפי' לכתחילה וכמ"ש הרב החביב"ב. וה"ט דהנהו רבנותא השיו"ט והשע"א וגם המשנה"ר דזכר עשה להשיו"ט דקרי להו תלתא וחששו לס' מר"ן אם לא דאשכחו ריעותא אחריתי והסכימו מאז והלאה דבתלתא ספיקי שרי דמשמע דשאני להו בין הני תלתא לתלתא אחריני.

והיינו כמ"ש: וא"כ בהצטרף כל הנך ספיקי דאיכא בגוף העדות כאשר כתבנו לעיל אנן בעניותין עם הני ספיקי דאיכא בפיסול העדים. נוכל להקל בשופי לכתחילה בלי פקפוק: ועתה נבאר הצדדים והספיקות בדרך קצרה.

הצד הא' הוא העדות הראשונה של העד הראשון שאמר איני יודע כמאן דליתא דמי ולא ניתן ליכתב שאין כאן עדות כלל ולא נשאר במה שיש לחוש כ"א בעדות אחרונה דידיה ובעדות העד השני ראשונה ואחרונה. הצד הב' הוא עדות אחרונה דעד ראשון דהעיד דאמר לה דברים ושכח.

וגם עדות אחרונה דעד שני דהו"ל כאומר איני יודע אם אמר שאין כאן עדות כיון שלא העידו בבירור מה אמר לה. וכמהריב"ל ודברי יוסף אירגאס והמשד"ר והשע"א ז"ל ואינך רבוותא שהובאו בספרן ש"ץ הללו וכעת לא נמצא חולק ע"ז ואם המצא ימצא.

מ"מ מפלוגתא לא נפקינן. הצד הג' הוא בעדויות הללו ג"כ דמדבריהם דרבנן ראשונים כמלאכים אשר הצגנו כמביא למעלה.

און כאן עדות משום דאינם חוזרים ומגידיים. ואפ"י יהיה הלב מהסם.

מפלוגתא לא פלטינן ובצירוף שני הצדדים הנ"ל הווי תרי ספיקי. ועוד איכא כמה ספיקי שמא לא אמר לה מעניני הקידושין כלל.

א"נ הרי את מקודשת לך אמר דדילמא אערומי קא מערים משום מעשה שהיה וכמש"ל וכההיא דמהר"י אירגאס ז"ל. ואת"ל מענין קידושין דילמא לשון גרוע אמר לה ושמא הלכה כמהרימ"ט ודעמיה דס"ל דלא מהני לשון גרוע אפ"י אמרה בלבה היה שתתקדש לו.

ולעדות אחרונה של העד השני איכא ספק אחר דילמא לא אמר לה כלום והוא רוב דעתו הצד הד'. הוא עדות ראשונה של העד השני שהעיד בפשוט שלא אמר לה כלל דאיכא תרי ספיקי.

דילמא הלכה כמ"ד דאין חוששין לקידושי ע"א ואינן רובא דרבוותא ואיכא בינייהו מר"ן ושמא הלכה כמהרימ"ט ודעמיה דסברי מרנן דאינה מקודשת בשתיקה אא"א היה מדבר עמה על עסקי קידושין ושכן היא דעת מר"ן בב"י מדהביאה בסתם בלי חולק כמביא למעלה. הצד הה'.

דפסיל הני סהדי מדהוכחו בחקירות ואית ביה כמה ספיקי כאשר עיניך תחזינה במ"ש אנן בעניותין יעו"ש. הצד הו'.

מצד פיסול העדים מצד קורבת האם ואית ביה תרי ספיקי אף לדעת מר"ן. ולדעת השיו"ט ודעמיה הווי תלתא ספיקי הצד הז'.

הוא יסוד חזק בעיקרא דדינא בכל ספק קידושין דאינם אלא מדרבנן. ול"מ לדברי הרמב"ם והראב"ד ושאר רבוותא דס"ל דחומר הספיקות אינן אלא מדרבנן.

אלא אפ"י לכת הסוברים דחומר הספיקות אסור מן התורה. בספק קידושין אין כאן איסור תורה דאוקמינן לה אחזקת פנויה וכמ"ש רבינו מהרימ"ט בתשו' הנז' לעיל.

והמדקדק בדברינו אלה ימצא צדדים וצדי צדדים אלא שאין צורך לכפול הדברים דבאלו הספיקות המוצגים לפניך בהצמדם יחד די להקל: והילך מ"ש ה' שע"א עינא דשפיר חזי בספרן ש"ץ חאה"ע סי' כ"ט וז"ל אמנם בכה"ג דנש' דאית לן תלתא ספיקי ובכל חד מנייהו רוב דעות הפוס' להקל ומיעוטם להחמיר וגם דאית לה חזקה דהתירא דאוקמי' לה בחזקת פנויה.

פשיטא ודאי דליכא מאן דפליג בהאי מילתא שאין כאן לא משום חומרא דר"ב ולא משום חומרא דשום פלוגתא דרבוותא חד הוא. וכמש"ר בתשו' מהריב"ל ז"ל ח"ב סי'

ז' שכתב דהיכא דאחד מן הספיקות רוב הפוס' להקל או אפ' שהם שקולים אך הספיקות חלין בקידושין דאית לה חזקה דפנויה עבדינן ס"ס אליבא דכ"ע וליכא למיחש לדעת ר"ב כמו שיע"ש וכ"כ מהרח"ש אה"ע סי' ל"א וכן ראיתי לכמה מן הפוס' הלא בספרתם כ"ש הכא בנ"ד דאית לן בכל אחד מהשלשה ספיקות רוב דעות הפוס' להקל דפשיטא ודאי דאית לה שריותא בשופי מבלי שום פקפוק כלל.

ע"כ: ולענין אם חוששין מחמת כתב יד ומחמת הכתובה או מחמת החופה. כבר כתב הרב הפוסק בפשוט דבנד"ד אין חוששין ואין צורך לטרוח ולהביא הראיות ע"ז: גם לענין חששת הבעילה כתב הרב הפוסק דאין חוששין יעו"ש בדבריו.

והילך דברי הרדב"ז בחדשות סי' שנ"א דאם נתייחד עם אשתו בנדתה אחר שגירשה דממה נפשך א"ץ גט אם הוא זהיר בנדה הרי לא בעל. ואם אינו זהיר בנדה כיון דלא חייש באיסור כרת לא חייש לבעילת זנות ולא בעל לשם קידושין.
ע"כ.

הבי"ד ה' ישרי לב חאה"ע אות א'. ומר"ן בתשו' סי' ה' כתב דאפ' הגאונים לא אמרו אלא במי שהוא מוחזק בכשרות דחזקה שאינו עושה בעילתו בעילת זנות.

ועי' ה' קהלת יעקב בעדות חכמים אות א' סעיף ה' שהאריך במדה זו ואי נאמרה באיש ולא באשה. ובאיזה אדם נאמרה.

עי"ש שאסף וקבץ חבל נביאים דתנו רבנן במדה זו ואנו אין לנו להאריך בפרטים אלו דאין כאן בית מיחוש כלל וכמ"ש ידידינו הרב הפוסק הי"ו: אלא דאכתי בעי חיקור דין. אי בנד"ד חיישין לקלא כמ"ש בסי' מ"ו.

וגם במאי דהחזיקה עצמה בא"א מההיא דמהריק"ו שרש פ"ו. וכאשר ראיתי למעלת הרב הפוסק הי"ו וז"ל איכו השתא אתאן לענין הספק הששי דאף אם נניח דקידושין הללו אין בהם שום מיחוש כלל עכ"פ למיחש מיהא מבעי להצריכה גט משום קלא דקי' עי' באה"ע סי' מ"ו.

ואע"ג דהכא לא איתחזק קלא בב"ד כאשר הוגד לי אחר החקירה עכ"פ מה שהחזיקה עצמה זה כמה שנים כא"א לא גרע מדאיתחזק בב"ד וכמ"ש הפוס' ז"ל ואפשר לומר דנדון זה לא חשיב החזיקה עצמה כי בעת שהיו הקידושין וכו' גם הנישואין היה הכל בסוד גמור והוגד לי מאיזה רשומים כי לא נודע הדבר ולא נתפרסם בפומבי עד אשר ברח ואז החילה לפרסם בפומבי ואז נשמע הקול ג"כ מי היו העדים.

וצ"ע בכללות נדו"ד אי חשיב קול ואי חשיב שוברו עמו ואי חשיב כהחזקה דלא בעינן איתחזק בב"ד ע"כ: שוב כתב גם יש לעיין בספק השביעי אם בנד"ד שלא יש ב' עדים כשרים שיעידו שמעשה הקידושין כך היו כמ"ש בשאלה הנז' המוצגת למעלה רק על פיו ועל פיה וע"פ השני עדים הקרובים כי לכאורה נראה דאין כח להוציאה מחזקתה אלא בפני עדים כשרים וכמו שמבואר הדבר בתשו'.

כתב סופר ז"ל בסי' ל"ט דנ"ו. ע"ד בד"ה וזאת לדעת ע"ש דמטי בהם בשם הריק"ו שרש פ"ו ואין הספר הקדוש הנז' מצוי פה לעיין בדבריו ובנדונו איך היה ולראות

באחרונים ז"ל כי אפשר דנדון דיין שכתב בכתב ידו והיא יודעת לקרות וכתב שכך היה מעשה הקידושין מאז והנו תפוס בידה והיא והוא מודים גם העדים מעידים כן גם אמה והיא העידו בפני הערכאות ובפני ג"כ כי הם מתאוננים כי לא היו יודעי' מפיסול קרוביהם כי אלו ידעו היו מזמינים עדים כשרים אפשר בזה כ"ע יודו דסגי בהכי גם כי בנד"ד לא איתחזק בב"ד גם אפשר דלא מקרי מוחזקת שהוחזקה והחזיקה כנז' ואפשר דחשיב קול ושוברו עמו וכנז"ל בהכי כ"ע יודו ע"כ: והילך לשון מהריק"ו בקצרה ועל אודות האשה שנתקדשה לאיש אחד ודר עמה וגם אמה אשר היתה אחותו של המקדש החזיקה בחזקה שזו היא ארוסתו י"ב שנים ויותר ואח"כ הימר והיו מבקשים ממנו גט ולא יכלו להשיג כי היא מקשה לשאול ושוב נטרפה השעה ועמדה בעיגון תמיד בחזקת מקודשת כמו שנתים ימים עד שבאתה לפני המשוגע הזה והתירה בלא גט ע"פ עדות קרוביה שאמרו שלא נתקדשה אלא בפניהם שהיו פסולים לה לעדות גם בזה נשתבש דהא פשיטא דכיון דיצא הקול זמן ארוך כ"כ בלי הפסק שהיתה ארוסתו וכן הוחזקה בעירה וחוץ לעירה כמבואר בשאלה שיש להחזיקה בחזקת מקודשת ואפי' לענין מלקות היינו מלקים בכה"ג כדאמ' בפ"ב דקידושין ד' פ' אמר רבי יוחנן מלקין על החזקות הלא דבר פשוט הוא שאין לך דבר שאנו מחזיקין שהוא כן גדול מזה שהיא הוחזקה כ"כ זמן שהיא ארוסתו וגם לאחר שנתפרדה החבילה היינו לאחר שהמיר אכתי היא אגידה ביה ונתעגנה יותר משנתים ימים וכו' משמע בהדייא דלא בעינן רק שנהיה מוחזקים בו שכך הוא כיוצא בנדון הזה שהיו מוחזקים כ"כ זמן שזו האשה נתאנסה לאיש ההוא ואפי' לאחר שהמיר הוחזק בה להיותה מקודשת כמו שתי שנים ופשיטא דהויא חזקה אלימתא לאוסרה וכו' וא"כ פשיטא שאין הקרובים נאמנים להוציאה מחזקתה וכו' וכ"ש בעדו' כזה שנראית כעדות מוכחשת מעצמה דאם איתא שלא היו שם כ"א קרוביה בשעת הקידושין היאך עמד הקול זמן ארוך כ"כ והלא יודע אדם שעדות הקרובים אינה מועיל וכו' ועוד דמאחר שרצתה ליתן לו מעות כדי שיפטרנה בגט מסתמא בדקה טובא מקמי הכי וחקרה ודרשה אם תוכל למצוא צד היתר להפטר ממנו בלא גט וראוי לחשוב כי כמה פעמים שאלו לה חכמיה וקרוביה להגיד להם גופא דעובדא ואם איתא דלא נתקדשה אלא בפני קרוביה כבר הגידו לה חכמיה וקרוביה דאין ממש בקידושין דהא מילתא דפשיטא היא ולא היתה מתעגנת שנתים אח"כ דודאי לא שדי איניש זווי בכדי ולא היתה ממהרת לפזר מעותיה בשביל הגט אי לא דנתברר לה שהיו הקידושין קידושין וכו' ועוד בר מן דין פשיטא דלא גרע מיצא לה שם מקודשת שחוששין לקידושין ואע"ג שיצא קול אמתלא אח"כ לבטל הקידושין מ"מ לא מהני כיון שלא יצא עם הקידושין ממש וכו' ואע"ג דהתם מיירי בקול שהוחזק בב"ד פשיטא דהתם דליכא אלא קלא בעלמא צריך שיהיה כן אבל הכא דאיכא חזקה טובא פשיטא דלא צריך שיתחזק בב"ד וכדהוכחתי לעיל מההיא דמלקין על החזקות.

עכ"ל מהריק"ו בקצרה: ומשמע לי דלא אסרה ה' מהריק"ו בחזקה זו אע"ג דהיתה לה מעיקרא חזקת פנויה בשופי אלא בכה"ג דנדון דידיה דהיו בו כמה אמתלאות המוכיחות באומדנא דמוכח על עסקי קידושין כאשר יראה הרואה בדבריו. ובהעדר אחת מהנה מוקמינן לה על חזקתה הראשונה שהיא בחזקת פנויה: ומצאתי און לי מדברי מהר"א אלפנדארי ז"ל כאשר הבי"ד ה' יד אהרן אה"ע ח"א סי' י"ט אות ד' וז"ל לא כתב

מוהריק"ו ז"ל שיש להחזיקה בחזקת מקודשת אף שלא היה שום מעשה בדבר היינו משום שהיו שם הוכחות גדולות שהיתה מקודשת שכל העם מקצה בין בעיר בין חוץ לעיר החזיקו אותה למקו' זה שנים עשר שנה וגם שעמדה בעיגון כ"כ זמן אף לאחר שנשתמד המארס וגם שבקשו ממנו גט וגם רצתה לתת לו מעות דלא שדי איניש זווי בכדי וכל כי האי חשוב כמו מעשה.

אבל היכא דליכא שום חד מהני מודה הרב ז"ל שאין כאן בית מיחוש ע"כ. יעו"ש: ולפ"ז בנד"ד דליכא כי האי גוונא אין כאן בית מיחוש וגם לקלא לא חיישינן אחר דלא איתחזק בבי דינא וכמ"ש מור"ם סי' מ"ו ס"ב וז"ל ואין חוששין לקול אלא כשהחזק בב"ד שבית דין חקרו הדבר ושמעו שיש ממשות בקול אבל כל זמן שלא החזק בב"ד לא ע"כ.

ואע"ג דמור"ם סיים וכתב אם לא במקום שיש חזקה טובא שנתקדשה אי לא בעינן הוחזק בב"ד עכ"ד. מ"מ הרי מקור דברי מור"ם הם ממהריק"ו וכבר כתבנו דמהריק"ו לא איירי אלא בחזקה אלימתא שיש בה אומדנות והוכחות המוכיחות על הקידושין כנדון דידיה או כיוצא בהם.

והכי דייקי דבריו שכתב לבסוף אבל הכא דאיכא חזקה טובא. דמזה מוכח דלא מיירי אלא בנדון דידיה או כיוצא בו.

ואם כן אף מה שכתב מור"ם חזקה טובא היינו כגון ההיא דמהריק"ו ז"ל: גם ממ"ש מהריק"ו ז"ל ואע"ג שיצא קול אמתלא אח"כ לבטל הקידושין מ"מ לא מהני כיון שלא יצא עם הקידושין ממש.

מוכח דבנד"ד שהגידו איזה מן הרשומים שכשנשמע קול הקידושין נשמע הקול ג"כ מי היו העדים הו"ל קול ושוברו עמו. ועוד דאפ"ל לא יצא קול האמתלא עם קול הקידושין יחד אלא נמשך זמן מה אחר קול הקידושין אפ"ה כיון שיצא קודם שהוחזק בב"ד מהני שכן כתב הר"ן בתשו' סי' ל' אמר רב אשי כל קלא דלא איתחזק בבי דינא לא חיישינן ליה ובודאי דרב אשי לא אתא לאשמעינן דאי לא איתחזק לעולם בכגון פ' מהיכן שמע מפ' דלא חיישינן ליה.

דהא מילתא כבר פשטיה להיתרא רבי יוחנן ורב דקאמרי לא שישמעו קול הברה וכו'. אלא ודאי רב אשי הכי קאמר דכל היכא דלא איתחזק בבי דינא מקמי שיצא שוברו עמו דהיינו דבר המבטלו כגון נישואין או דבר אחר אע"פ שיצא תחילה כיון דלא איתחזק הרי הוא כאלו לא יצא וכן כתב הרמב"ן בחידושיו ע"כ: וא"כ בנד"ד הרי לא איתחזק בב"ד אלא עד שנתקבלה עדותן לפני הרב הפוסק ובאותה שעה יצא שוברו עמו.

ואע"ג דאשתהויי אשתהי ואכתי לא באו לידי גמר דין אפ"ה לא חיישינן לקלא דנפיק בשעת העמדה בדין וכמ"ש הרדב"ז ח"ב סי' ד"ן ומהריב"ל ס"ג סי' ל"ז כאשר הביא דבריהם הכנה"ג סי' מ"ב הגה"ט אות כ"ח וז"ל הביא המקדש עדים וב"ד החמיצו הדין ושוב ראו שאין ממש בעדות לא חיישינן לקלא שיצא באותם הימים ע"כ.

וכ"כ הפרמ"א ח"ב סי' י"ח: והגם דבנד"ד אמרה האשה נתקדשתי בפני עדים וקי"ל דשויהא אנפשה חתיכא דאיסורא כמ"ש סי' מ"ח וא"כ לכאורה נראה דמטעם זה נימא

דצריכה גט והגם דהעדים הם קרובים מצד האם ואנן בעניותין כתבינן לעיל דאין כאן עדות וא"כ הוי כאומרת שנתקדשה בלא עדים דאין בדבורה כלום ואפי' באומרת נתקדשה סתם כתב הרא"ש בתשובה הבי"ד הב"י סוס"י מ"ז וז"ל אבל אם אמרה קדשני בסתם ולא אמרה בפני שני עדים אין בדבורה כלום דקידושין שלא בפני עדים לאו קידושין נינהו ע"כ.

מ"מ הא כתבינן לעיל דמהיאי דפסולים העדים מצד קורבת האם לחוד לא נוכל לסמוך להקל לחומר ערוה החמורה. וה"ט דמר"ן בהי"ד דר"י בן הרא"ש שהביא בסוס"י מ"ב כתב דלכתחילה צריכה גט כדברי הרמב"ם ולא יכולנו להקל אלא בהצטרף כל הנך ספיקי דאיכא בגוף העדות עם הנך ספיקי דאיכא בפיסול העדים ובעיקר דין דקידושין יכולין להצטרף.

אבל במאי דשוייה אנפשה חתיכה דאיסורא לא יצדק לומר שיצטרפו לדעת רשד"ם חאה"ע סי' ט' והרש"ך ח"ג סי' צ"ה והבי"ד הכנה"ג אה"ע סי' מ"ח הגב"י אות א' דאפי' יש עדים מכחישים שוייא אנפשה וכו'. וכ"כ המ"ל ה"א פ"ט הטו' וא"כ לא עדיפי הנך ספיקי דבגוף העדות מאלו היו מעידים להדיא להד"מ דלא מהני.

וכיון שכן לא נשאר לנו על מי להשען כדי לסמוך להקל אלא אידך ספיקי דאיכא בפיסול העדים שכתבנו דאין אנו יכולין לסמוך עליהם לחוד: ואולם כד דייקנין פורתא נראה דשרי. שהרי כתב הרמב"ם פ"ט מה"א ה' ל"א אמרה מקודשת אני ולאח"ז עמדה וקדשה עצמה וכו' ואם לא נתנה אמתלא או שנתנה ואין בהם ממש ה"ז אסורה וקידושי שני קידושי ספק לפיכך נותן לה גט ותהיה אסורה עליו ועל הכל עד שיבוא ארוסה ע"כ.

וכתב הה"מ וכתב רבינו שאם לא נתנה אמתלא לדבריה שיש בה ממש שצריכה גט משני ופשוט הוא שאפי' אם בא ארוסה אינה מותרת לו בלא גט מן השני שהרי אין עדים מעידים כדבריה ע"כ. מבואר מדברי הרמב"ם והה"מ דהי"א דשוייא אנפשה אינן קידושין גמורים אלא קידושי ספק.

וכ"כ מהריב"ל בח"א וא"כ נוכל לו' דע"כ לא חייש מר"ן לכתחילה להצריכה גט אלא בקידושי ודאי. אבל בהי"א דשוייא דאינה מקודשת גמורה דאיתוסף בה ספק אחר אפי' לכתחילה לא ליחוש.

וכה"ג מצינו בסה"ק סה"ת סי' פ"ב דשמונה מלכים מצוקי ארץ שחילקו בין ההיא דבדיבורה לחוד אמרינן שוייא אנפשה למקדש את האשה דאע"ג דהמקדש את האשה וחזר בו תכ"ד אין חזרתו כלום דתכ"ד לאו כדיבור דמי לענין קידושין וכמ"ש סי' מ"ט ס"ב אבל בהי"א דשוייא אנפשה שלא היה כ"א דבור בעלמא אם חזר בו תכ"ד ואמר ששקר דבר מותר בקרובותיה דתכ"ד כדיבור דמי.

ואוף אנן נמי נחלק כמ"ש: ועוד נראה דהנהו ספיקי דאיכא בגוף העדות כגון אם אמר לה הא"מ לך או לשון גרוע א"נ קדש בשתיקה דכתבינן בהו לעיל כמה ספיקי לך נא ראה עדיפי מאלו היו מכחישים אותה לגמרי. וה"ט דבעדים מכחישים אמרינן הודאת בע"ד כק' עדים דמי.

אבל היכא דאין כאן הכחשה לא שייך לומר הכי. שהרי כמו שנוכל לפרש דברי העדים ככל צדדי הספיקות הנז'.

כך נוכל לפרש דבריה שאמרה סתם נתקדשתי אחר שלא פירשה דבריה להדיא היפך מדברי העדים. ואתיא הא דידן מההיא דתשו' הרא"ש דאמרה נתקדשה סתם כמביא למע': אלא דיש לדחות דדילמא התם דוקא איירי בפירשה היא דבריה ועי' ב"ש וח"מ סי' מ"ח סק"א.

מ"מ הסברא מחייבת לחלק הכי. ולא יהיה אלא ספק הרי איכא כמה ספיקי.

שמא הלכה כדעת החכם החולק שהובא בתשו' רשד"ם שכתב הכנה"ג ודעמיה עי' פ"ת סק"ב. ולדבריהם יצטרפו כל הנך ספיקי דאמרן לעיל להקל.

ואת"ל כרשד"ם ודעמיה. דילמא הכא יודו וכדחליקנא ואת"ל דליתא להאי חילוקא.

דילמא כאידך טעמא דמר"ן יודה בזה משום דאינה אלא ספק מקודשת: ועוד כאן נמצאו וכאן היו ריעותות אחרוני אפי' אם היו העדים כשרים. וחדא מינייהו כתבה הרב הפוסק הי"ו וז"ל עוד מילתא בפומאי לקעקע בצת הקי' הללו מצד כי הבחור והמתקדשת הם תושבי כיבראלטאר יע"א והם כמנהג רבני המערב ותקנותיהם וכבר נודע תקנת הראשונים דהמקדש בלא עשרה וחכם וכו' דעקרו הקי' לגמרי וכיון שכן לא מיבעייא לדעת הסוברים דיכולים להפקיע ואין כאן קידושין כלל.

אלא אף לדעת החולקים אפשר דבנד"ד זהיו העדים קרובים מצד האם כ"ע יודו עכת"ד: ואוסיף עוד לבאר ספק אחר כדי לבוללן זה בזה ולמיעבד מהם ס"ס והוא כי בסה"ק סהת"ק בתקנה הלזו כתבו רבותינו בעלי התק' וכ"ז אנו גוזרים בכח נח"ש. דמלשון זה מוכח דגזירת נח"ש היתה אכל מאי דאיתמר בתק' אין דבר ממנה נגרע מגזרת נח"ש.

ומכלל דברים הנאמרים באמת בתקנה. הם ג"כ העדים.

וא"כ גם העדים הם בכלל גזירת נח"ש. ומצינו למהרשד"ם אה"ע סי' כ"א הבי"ד ה' יד אהרן אה"ע ח"ב סי' כ"ח הגב"י אות מ"ז וז"ל הסכימו הקהל בחרם שלא ימצאו עדים בקידושי אשה אם לא שימצא שם חכם וממונה הקהל ועבר א' וקדש בשני עדים לבד אין חשש לקידושין אלו שהעדים הם פסולי עדות שעברו על חרם הקהל.

ע"כ.

וכ"כ הראנ"ח ז"ל ונמשכו אחריהם מהר"ח ש' בתשו' חאה"ע סי' מ"ב וה' כרם שלמה בתשו' חאה"ע סי' כ"ד והרבה מן האחרונים. ואולם מהרש"ך בח"ג סי' א' חולק ונמשכו אחריו ג"כ הרבה מן האחרונים.

כאשר הבי"ד הרב שע"א חאה"ע סי' ל"א. ונמצא דמדי ספיקא לא פלטינן.

והרי איכא תרי ספיקי. דילמא הלכה כרשד"ם ודעמיה דסברי מרנן דנפסלו העדים: ואת"ל דהלכה כמהרש"ך ודעמיה דלא נפסלו.

דילמא הלכה כמ"ד דיכולין להפקיע. עי' בב"י סוס"י כ"ח ובכנה"ג הגב"י אות ל"ז.

וכ"ש לדידן בני מערבא דאנו נגררין אחר אבותינו ורבותינו זיע"א בעלי התקנות ואנו מקבלין דבריהם כאלו הם הל"מ מבלי חולק והגם דמבואר בספרן ש"ץ דלא נחלקו הפוס' אם נפסלו העדים או לאו אלא בהוזמנו מתחילה להעד אבל אם באקראי נמצאו שם וראו הקידושין לא נפסלו. וכ"כ ה' יד אהרן שם אות נו"ן.

ואנחנו לא נדע בנד"ד אם הוזמנו אם באקראי. אפ"ה לדידי חזי לי דאפ"י יתברר שלא הוזמנו וגם בשעת הקידושין לא מצאו להמלט לברוח מה שאין הדעת נותנת כן בכה"ג דאנן קיימין ביה.

שהאשה היתה תובעת אותו לקדשה ומשום מעשה שהיה והם קרוביה דמסתמא היה הכל בידיעתם ובפרט העד השני שהיה בן בית שם יוצא ונכנס בקבע בין ביום בין בלילה וכמבואר בשאלת חכם הרב הפוסק הי"ו. דמסתמא הכל היה בידיעתו.

אלא אפ"י יתברר דלא הוזמנו. בתקנת רבותינו המגורשים נראה דלא שאני להו בין הוזמנו ללא הוזמנו.

שהרי כתוב בתקנה וכל מי שיקדש אשה שלא כפי התקנה הנז' אם יהיו מצויים שם עדים ויבואו ויעידו תכף ולא לתר לבד הנה נקיים ואם לא וכו'. ומשמעו' לשון זה יורה יורה דאיירי בלא הוזמנו.

ועוד דאי בהוזמנו איירי למה כשיבואו ויעידו תכף הם נקיים. והלא כאומר אחטא ואשוב דמי.

אלא ודאי דאיירי הת"ק אף בדלא הוזמנו. וא"כ מ"ש לבסוף וכ"ז אנו גוזרים בגזירת נח"ש גם עליהם קאי.

וא"כ משעה שראו הקידושין ולא היה בדעתם להגיד. עברו על החרם ונפסלו למ"ד.

וע"כ לא קאמרי הנך רבנן דבלא הוזמנו לא נפסלו אלא לתקנות דידהו. ואין למדין תקנה מתקנה: ועוד איכא ריעותא אחריתי הביאה לנו ה' מוהרימ"ט ח"א סי' קל"ח וז"ל גם ראיתי להרב המובהק מהר"ר אליהו נ' חיים ז"ל.

הכניס לנו ספק אחר שיש מי שאמר דהוי בכלל הא דאמרינן כל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני שכן נמצא במרדכי על אדם שנשבע שלא למכור דבר פ' ועבר ומכר. ע"כ.

ובדברי המרדכי פסק מור"ם במפה ביו"ד סי' ר"ל. אכן רבינו הב"י ח"מ סוס"י ר"ח הביא דברי המרדכי וכתב עליו וממה שנתבאר בסמוך נדחו דברים הללו.

ע"כ.

וכן פסק שם מור"ם ס"א בסתם. ודבריו סתראי נינהו ועי' באחרונים שם ובכה"ג אה"ע סי' כ"ח הגב"י אות נ"ג ובח"מ סי' ר"ח הגב"י אות ט' והמט"ש שם הגב"י אות ט'.

ומצינו למוהרימ"ט דהגם דדחה דברי מהראנ"ח שכתב וז"ל איברא שזה כעשר שנים שכתבתי לחכם אחד שחשב לומר כזאת על חרם הקהל ואספתי עליו חבילות תשובות מכמה שמועות שסותרים ענין זה וישתקע הדבר ולא יאמר. ע"כ: מ"מ עשאה בספיקותיו

להקל בנדון דידיה וז"ל עדיין י"ל שנפסלו העדים לפי שעברו על ההסכמה ואת"ל שלא נפסלו מפני כן עדיין יש ספק אם הופקעו הקידושין בכח ההסכמה משום דאפקענהו רבנן לקידושין מיניה או משום דעבר אמימרא דרחמנא ע"כ: והיינו טעמא ממ"ש שם מהרימ"ט גופיה וז"ל אבל רואה אני ברבני הדור שלפנינו שעושים סניפים בטעמים אשר אין ראוי להתיר על אחד מהם לבדו ובהתחברם ובהצמדם יחד רואים להתיר דהו"ל כתרי ספיקי ע"כ: ולפ"ז הו"ל תלתא ספיקי.

ואע"ג דתלתא ספיקי אלו כחדא נפקין וכחדא שריין ואפ"ה חששו רבותינו בתקנתם להחמיר להצריכה גט. מ"מ כאשר יהיה האופן שיצטרפו עם הנהו ספיקי דאיכא בפסול העדים מצד קורבת האם יודו כ"ע להקל בלי פקפוק: ונצרך עוד לזה דברי מהר"י אירגאס סי' מ"ד שכתב וז"ל אמנם במקום עיגון נראה שיש לסמוך אסברת החולקים על הרמב"ם כי רבים וגדולים המה ואע"ג דמר"ן ז"ל לא רצה לסמוך עליהם זולת בשכבר נשאת.

ה"ה אם עדיין לא נשאת ואיכא עיגונא דאתתא אי מצריכינן לה גיטא דהרבה חשו חז"ל לתקנת עגונות כידוע. אכן בנ"ד דליכא שום דוחק ומקום עיגון כי המקדש והמתקדשת שניהם בעיר הם יושבים ונקל הדבר ליתן לה גט כשר לא שרינן לה בלתי גט נגד ס' הרמב"ם ז"ל ע"כ: ואתיא הא כי האי מילתא שכתב הרב הפוסק הי"ו ז"ל עוד מילתא בפומאי לומר בנ"ד גם ה' שיו"ט ז"ל דהחמיר אזיל ומודה דלא בעי גיטא דהרי הוא ז"ל עצמו בסי' ע"ה בנדונו שם שהוא בנ"ד כתב וז"ל וכנ"ד ליכא שום צד עיגון בדבר דבנקל יש לגרשה דכופין אותו לגרשה וכו' עי"ש הרי לך דדוקא היכא דבנקל יוכל לגרשה ובמקום שכופין אבל באלו המקומות כי קשה הדבר לגרש לפי חקי הממשלה יר"ה ואם אתה אומר צריך לגרש ידינוהו לבעל האשה ויחייבוהו במזון האשה והבת לעולם או יהיה מוכרח להיות שותה בעציצו ובעציץ אחרים לפי דבריו ועוד כי האשה לא תרצה להתגרש להציקו לחזור אליה או להתחייב במזונותיה ומזונות בתה וא"כ אין לך שעת הדחק גדולה מזו וכדיעבד דמי ע"כ: וממילא רווחא שמעתתא גם לענין שוייא אנפשה וכו' הנ"ל דאיתוספו בה הני ספיקי וצדדי ההיתר עם הנך דאמרן לעיל: וזאת אגיד כי לא רציתי לכתוב בשני פרטים דשייכי לקב"ע.

הפרט הראשון הוא. דאף די ש לחוש דשמא הקב"ע נעשית בפני הרב המורה דוקא. ומקום יש בראש להציע מה שהדין נותן בה היכא דנעשית בפני רב יחיד המקובל על הצבור. מ"מ מנעתי עצמי מלכתוב בזה.

יען כי אמרתי גברא רבה הוא לא ירצה לסמוך על צדדי הקולות ולכתחילה איננו שומע למיקל היכא דאפשר. ומסתמא נעשית כתקנה וחזקת חבר שאינו יוצא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן.

שכן מצינו כה"ג להרדב"ז סי' תרנ"ו שכתב על עדות עגונה שקבל מר"ן ז"ל כיון שנתקבלה העדות בפני גברא רבה תלינן דבכשרות נעשה. ועוד דקדקתי במ"ש עד כאן הגיעו דברי עדותן זה שלא בפני זה וכו'.

ומדלא כתב ע"כ הגיעו דברי עדותן לפני כמ"ש אח"ך ובפני הודית כן הכלה. משמע
דהקב"ע נעשה בשלשה.

שהרי הרדב"ז ז"ל שם ג"כ דקדק מדכתב מר"ן באותה העדות בפני העיד ולא דייק
מדחתם מר"ן לחוד. והפרט השני.

במ"ש הרה"פ ע"כ הגיעו דברי עדותן ז"ש ב"ז ושלא בפני החתן והכלה כי לא היה
אפשר לקבצן מפני כמה סיבות. ע"כ.

גם בזה מנעתי עצמי מלכתוב שהרי כתב ה' חשק שלמה סי' כ"ח. הגב"י אות ס"א וז"ל
אם הב"ד שקבלו העדות היה ב"ד מומחה מהחכמים השלמים לא חיישינן לב"ד טוען
ובודאי יש לומר שהם ידעו טעם לדבר לקבל עדות שלא בפני בע"ד עי"ש שכ"כ משם
תרי אריוותא מהר"ש גאון ומהר"ט ז"ל.

לזאת מנעתי עצמי מלכתוב בזה אפ"ל לצרפה לצדדי ההיתר כמ"ש מר"ן סי' כ"ח סט"ו
דאין דנין על פיה. וגם במאי דפליגי רבוותא אי אמרינן הכי בעידי קידושין.

גם לרבות את הנמשך מזה אם יכולין לחזור ולהגיד בפניהם. ועי' מהרי"א ס' ד' ורכ"ו
ורב"א ס' ה' ומהר"א די ביטון סי' כ"ג ורשד"ם אה"ע סי' כ"א וסי' נ' והכנה"ג אה"ע סי'
מ"ב הגב"י אות ע"ט.

ובשאר ספרן של צדיקים: קנצי למילין דאתתא דא שריא לאיתנסובי בלא גיטא בלי
שום פקפוק כלל וכאשר האריך הרחיב מעלת ידידינו הרב המופלא משה שפיר בצדדי
ההיתר ברוח מבינתו חכם בחכמתו שהלכה כמותו. וסלקא ליה שמעתתא.

אליבא דהלכתא. ובהצטרף כל הנך ספיקי דאיכא בהסכמת תקנת הקדושין עם הנך
ספיקי דאיכא.

בפיסול העדים מצד קורבת האם. ובהצמדם יחד עם הנך ספיקי דאיכא בגוף העדות
וכמה רובי דהיתרא ועוד כמה צדדים שהם פשוטים ולחומר דבר ערוה הכנסנו אותם
לבית הספק כמביא למעלה וגם אית לה חזקת פנויה כאשר הצגנו לפניך לעיל משם
הר"ן ומהרי"ט והפר"ח.

וכ"ש למ"ד חומר הספיקות אינו אלא מדרבנן וגם משום עגונא כי קשה הדבר לגרש
באותן מקומות לפי חקי הממשלה. אשר בהצטרף כ"ז.

אף ידי תכון עמו. זה מה שנלע"ד בזה.

וליה עינינו יצילינו מכל שגיאה ויראנו נפלאות. במאור תורתו הנפלאה.

הכ"ד החו"פ פאס יע"ה. בחדש אדר א' שנת כשח"ר נכו"ן מוצאו לפ"ק.

ע"ה שלמה אבן דנאן הי"ו וזאת תשובת הרב השואל הי"ו סימן ג'. ראיתי מנורת הכר'ך
הנורא אשר כוננו ידי מע' הרב היושב על כסא ההוראה בנן של קדושים המעלות לשלמה
נר"ו באותו ענין אשר כתבתי בש' תרמ"ט על אודות האשה הקושית המתקדשת בלילה
בעדים קרובים וכו' וכו' בדרך שאלה מפני חמת המציק הענין הנחוזן מפחד השררה
יר"ה וחסרון הספרים.

ומסרתיו ביד הרב אבי המקדש לשולחו ליושבי על מדין בכ"מ מכת"ר. איכו השתא
עיני ראתה כל הכתוב בפרשתו של הרב הפוסק הנז' הי"ו האריך הרחיב למעניתו.

לפי שכלו ורוח מבינתו. ואף גם זאת הן הראנו מעשה תקפו וגבורתו.

אפי חכמתו ולהבת חניתו. וכשאני לעצמי לרוב טרדותי איני מופנה וכו' אך בדרך
העברה בדברים הנוגעים למ"ש אני בעניי זה לי כמה ימים ואני מסתפק וכו' עד היום
שהחלטתי בדעתי להיות מקבל שכר על הפרישה בע"ה: אכן צר כי א"א לומר ונקח
להודע ולהודע.

כי באמת קבלת העדות המוצגת בשאלה לא נתקבלה בפני ג' גם כן. ואפריין נמטייה
להרב הנז' הי"ו שדן אותי כתור אדם המעלה [המבדיל בין קודש לחול ובין חכם הרזים
לאפרוח שלא נתפקחו עיניו] כההיא דהרדב"ז ז"ל דסי' תרנ"ו ובלא"ה אין הדמיון עולה
גם מה שדקדק מדברי הצעיר וכו' וכו'.

ס"ס נראה דמ'ר ניהו מסתמיך ואזיל על האומדנא הנז'. ומי יודע אם אולי עתה בהגלות
נגלות הנז' יהיה לו מקום להיות חוזר בו מההיתר וחוששני מחטאת שיהיה הקולר תלוי
בשתיקתי.

ע"כ ההכרח אלצני לכתוב שורות אלו בקצירת האומר בקיצור נמרץ: דאיברא ודאי כי
העדות לא נתקבלה בפני ג'. כי אעיקרא דינא רוב מ"ש היה לפני קבלת העדות ובענין
הקידושין כבר היה דעתי מחליט ההיתר ומה שקראתי לעדים היה בראותי מ"ש הכתב
סופר בשם מהריק"ו ז"ל ע"כ קראתים אולי מתוך החקירות יתברר דבר זה ואכמ"ל
והנני להעתיק קיצור ממ"ש ע"ד הרב הפוסק הי"ו עמ"ש בדף האחרון אפס קצוהו
הצריך: מ"ש וז"ל ומקום וכו' להציע וכו' היכא דנעשית בפני רב יחיד המקובל על
הצבור ע"כ.

לא ידענא מאי קאמר דלפום רהטא נר' שדין זה מוסכם מכל הפוס' ז"ל דלא סגי בלא ג'
ולדעת מר"ן ז"ל בסי' כ"ח משמע דגם שלשתם מומחים בעינן ובעיקר הדין לא הבי"א
בב"י ז"ל שום חולק. ומ"ש הרדב"ז ז"ל בההיא דסי' תרנ"ו דיש מי שאומר שרב העיר
וכו' היינו ההיא דהתה"ד ז"ל שפי' רמ"א ז"ל בסי' מ"ו ס"ד לענין קיום דוקא ובמקום
שנהגו ומה"ט שכ' שם רמ"א ז"ל.

ואף בזה רבו החולקים כנודע וע"ש בש"ך ז"ל ובהרדב"ז ז"ל הנז' ובהא כ"ע ל"פ דאפי'
בדיעבד ל"מ ואפי' בפני שנים וכמ"ש בסי' כ"ח ס"ך ע"ש וז"ב ואע"פ שהרא"ם ז"ל
ח"א סי' כ"ד עלה ע"ד לתלות זה במחלוקת הפוסקים ז"ל דפסקו דשנים שדנו וכו' אח"כ
חזר בו ע"ש ואע"פ שמה"ט שכ' הרשב"א ז"ל שהביא בב"י ז"ל מ"ש דהא בהא תליא
כמו שהרגיש בברכ"י ז"ל לע"ד לק"מ דהרשב"א ז"ל כוונתו לומר דאפי' לדון לא קי"ל
הכי כ"ש לקב"ע דהוי עד מפי עד וק"ל ועי' במהרי"א ז"ל סי' רכ"ח שגם הוא היה
מתכוין להוכיח דאפי' ב"ב לאו כלום היא ע"ש ואף ביחיד המקובל מבע"ד עצמם ל"מ
לגבי קב"ע אפי' לדעת הטור בדעת הרא"ש דפליג אהרמב"ם ז"ל בהודאה בח"מ סי' ג'
אפ"ה לגבי עדים מודה דל"מ ע"ש.

ומר"ן ז"ל משמע בהדייא דפסק כהרמב"ם ז"ל גם בהודאה ואפי' יחיד מומחא ל"מ וע"ש בסמ"ע ומ"ש עליו הש"ך ז"ל ואף להסמ"ע ז"ל דוקא בהודאה זה קיצור מ"ש בהשקפה ראשונה: שו"ר מה שהאריך הברכ"י ז"ל בח"מ סי' ג' אות ב' וג' עיש"ב כי ס' זה מצוי. ואף לדעת הפוסקים ז"ל והם מעשים דוקא יחיד מומחא כרב נחמן עי' בסמ"ע ז"ל סי' ג'.

ואפשר דיחיד שאינו מומחא אפי' קבלוהו עליהם הבע"ד לא מהני גם לאותם פוסקים ז"ל וכמ"ש הרא"ש ז"ל שם וע"ש בברכ"י מ"ש בשם מהרשד"ם ופמ"א וכו' וכו' והנאמן שמואל ז"ל ע"ש וע"ע לה' מ"ש בשם מהרימ"ט ז"ל ואפשר דהיינו דווקא לענין הודאה. וע"ש משם השבו"י ז"ל ומש"ע דף ו' ע"ב: באופן כי איני יודע אנה מצא הרב הפוסק הי"ו דרב המקובל על הצבור דמהני אף שאינו מומחא, ואולי כוונת הרב הי"ו לצרף דעת הסמ"ע בסי' ג' דהמחום רבים עדיפא ממומחא לרבים בהדי הך סברא דהרמב"ן והרשב"א שזכר הברכ"י ז"ל הנז'.

ואחמה"ר כבר תמה הש"ך ז"ל שם דמנ"ל וגם הברכ"י ז"ל שם ע"ש. ואין כאן להאריך. ובלא"ה מלבד כי איני ראוי אפי' לרועה וכו' עוד בה כי איני מקובל לדון דיני ממונות. גם לא ממונה דפתיך באסורה וא"כ ודאי דיכולים לחזור ולהגיד ואפי' לדעת הסוברים דבדיני נשים סגי בשלש הדיוטות גם אי לית בהו דגמיר וסביר וכמ"ש בברכ"י ז"ל התם וע"ש טעם הפר"ש ז"ל ומשע"ש דדף ט' ע"ב.

הרי לא אמרה אלא בג' הדיוטות. לא בהדיוט א'.

כי בודאי יכולים לחזור ולהגיד. וא"כ גם בג' הדיוטות ואכמ"ל ואפי' לתשובת הר"ן ז"ל שהביא הרא"ם ז"ל דמס' דבדיני נשים לא בעינן ב"ד כלל.

מ"מ הרי הוא מסיק דיכולים לחזור ולהגיד. ואף להרמב"ם ז"ל והרשב"א שהביא שם בברכ"י ז"ל ונסתפק כהרא"ם ז"ל ע"ש מ"מ דוקא יחיד מומחא וכו' וכו' ז"ל.

כ"ז אני כותב מבלי עיון בספרים ובדברי האחרונים ז"ל הנמצאים פה להיותי טרוד ונחוץ: ובפרט כי לענ"ד אף אם ימצא מה שלא יצויר דרב המקובל על הצבור מהניא הקב"ע לפניו הפך כל הנז'. וגם אם יצויר דגם בכה"ג דיחיד שקב"ע אינו יכול חזור ומגיד הפך הר"ן ז"ל והרא"ם ז"ל.

ומדי פלוגתא לא נפקא בכ"ז בנ"ד דהאיכא קמן קב"ע ביחיד מקובל ושניה לה במותב תלתא ובכל חד מהם יש צדדי' להקל בעיקר הדין כאשר יראה הרוואה בהשקפה ראשונה וממ"נ יש להקל בנ"ד: ואם נפשך לומר מצד הפרט הב' שרמז הרב הפוסק הי"ו שנתקבלה שלא בפניה בע"ד ובהדייא קאמר שלא רצה לצרפה לצדדי ההיתר.

מפני שמר"ן ז"ל כ' בסי' כ"ח סט"ו שאין דנים ע"פ עכת"ד. משמע מרהטת לשונו שם שאלו היה יודע בבירור כי לא היה שום טעם מספק לקבל העדות שלא בפני בע"ד.

כי אז היה מוסיף זה על צדדי ההיתר שהוליד מהעדות עצמה לו' שגם עוד יש צד להתיר מפני שהקב"ע הנז' אין דנים על פיה. ומי יתן ידעתי איך יצטרף זה עם הצדדים הקודמים דבאמרו אין דנים ע"פ הרי אתה סותר הקודם כל צדדי ההיתר הקודמים.

וצריך לחזור ולקבל עדות מחדש וכמאי דמסיק רמ"א ז"ל שם דחוזרים ומגידיים ומי יודע אם יגידו כבראשונה. ואף אם יגידו כן עכ"פ במה שלא נתק' עדות השנית אי אפשר לצרף.

ואולי סמך על תשו' מר"ן ז"ל דשייכי לאה"ע סס"י ב' ודו"ק. ובכ"ז אין שום צירוף כלל.

אכן דברי מר"ן ז"ל מלבד שנראים שם כסותרים ח"ו. עוד בה כי הם צאת גדול ודוק הטיב כי אכמ"ל ובלא"ה אינו דומה כלל.

דהתם לא היתה שם ריעותא דקבלה ביחיד בנ"ד. ברם בנ"ד לכ"ע חוזרים ומגידיים גורעים ומוסיפים כמתבאר כ"ז שם בב"י ובהגה"ה ואכמ"ל: עוד לא ידעתי איך יצוייר שבאמרנו אין דנין על פיה שיהיה זה בנ"ד צד היתר כלל.

דאם אתה אומר אין דנין על פיה. וגם תאמר שלא יוכלו לחזור ולהגיד.

והבחורים שניהם מודים שהיו שם קידושין ומזה כמה שנים החזיקו עצמם כן. א"כ איך יותר אסורם באומרם אין דנין ע"פ.

ולהיותי כותב בנחיצה רבה לא מצאתי און לצדד ישוב לדברי הרב הפוסק הי"ו וסמכתי אולי הוא יבאר כוונתו: גם יבאר מאי דק' אפי' לצרפה להדדי וכו' במאי אפי' דקאמר ודוק. ואף לדברי מר"ן בתשו' הנז' דאין יכולים להוסיף וכו' כנז' אין כאן שו"ד לצרף להקל מפני שלא נתקבלה וכו' ובנ"ד ל"ט טענה דעבידי לאחזוקי שקרייהו כלל ואכמ"ל: גם בעיני יפלא איך הרב הפוסק הי"ו קורא ופושט להתיר דבר גדול כזה מאחר שלפי דעתו הרחבה מ"ש בעניותין בענין פיסול הקידושין לא סגי.

וכל סמוכין דיליה הוא ע"פ מ"ש בדברי העדים והכחשותיהם. וזה כמה זמן שהשאלה הנז' מוצגת לפנינו עם היות כי לרוב טרדותיו לא פנה וכו' עד לבסוף הרי השיירות מצויות ומסתמא מיום הא' ראה השאלה בדרך העברה וכו' וכו'אם לא שנאמר דמר פשי"ל דבכל גוונא הך אתתא שרייא וכמ"ש לצרפה לצדדי וכו' וכנז' ואנחנו לא נדע איך.

ואין כוונתי בכ"ז להשיג ולסתור. כי אף במה שנוגע לדברי קטנ"י המנ"ה משה עלה בהסכמה וכו' וכנז"ל רק בדבר זה של קבלת העדות ביחיד ושלא בפני וכו'.

ועוד ריעותא אחריתי שעוד לא ידע ממנה שגם בקב"ע האחרונה נתקב"ע עד אחד בלילה שע"י הצעיר נעשה כן ואין רצוני ח"ו שימשך שום נדנוד באמצעותי. ע"כ כתבתי זה והנמשך בדרך אגב לא זולת: וזאת תשובתי אליו סימן ד עתה באתי להשיב מפני הכבוד ונלכה נא בקצר אמיץ כפי קוצר השג יד כהה איידי דטריד הלא מראש אנכי הרואה ארי נעשה שואל שרטט וכתב כל הכתוב בפרשת העדות לארכה ולרחבה.

את אשר העידו שניהם ואת אשר הכחישו זא"ז ובאיזה חזרו ורוב החק' והדרישו' והאיומים וההגזמות ככל הכתוב בשאלת חכם מעלת ידידינו הרב הי"ו בד"ה איכו השתא וכו' עד ע"ך הגיעו דברי עדותם לך נא ראה. ועוד בה כי בא בנותן טעם על אשר היתה העדות שלא בפני החתן והכל' כי לא היה אפשר לקבצם מפני כמה סיבות כאשר עיניך תחזינה.

ואחד הרואה יראה בעיניו ולבבו יבין כי התכלית המבוקש ממעלת הרב הי"ו מאת היושב על כסא ההוראה כי יתן את רוחו עליהם אולי ימצאון שם עוד צדדים להתיר דאי אפשר לומר דלחנם העלה ארוכה בפרשת העדות ובסיבת עשויה שנתקבלה שלא בפני בע"ד [גם בתשובתו כמה זמני עשה סמוכות להתיר מעדות החרש שלא שמע]: ואולם נוראות נפלאותי כי המבוקש ההוא לא יושג כי אם בהיות הקב"ע כתקנה ונעשתה במותב תלתא. ואנחנו לא נדע אם כך היתה. ואם באנו לומר לא זה הוא התכלית וכל הכתוב בדברי העדים הוא מיתא יתירתא.

ועדותיו לא שמרו. לדרשו ולחקרו.

קשה הדבר לאומרו. ולא זו הדרך אשר שואל'ם הלכו בו.

ואל קשה ואלה קשה מאל. הנה כי כן מריש הוה אמינא דדילמא סבר לה מר דמהני היכא דנעשית בפני רב יחיד המקובל על הצבור שכ"כ מופה"ד החק"ל חח"מ ח"א סי' ט"ו וז"ל אם קבלו בני העיר דיין קבוע שהוא לבדו יהיה הדיין ובלעדו לא ירים איש את ידו נראה דמהני כח רבים שיקבל עדות לבדו כמ"ש מר"ן בש"ע סי' כ"ג יע"ש ואף דהתם מיירי שקבלו בפ"י שיקבלו העדות ב' סופרי הדיינים משא"כ בקבלו סתם לדון.

מ"מ מסתמא מי שדן את הדין הוא המקבל העדות כמ"ש בתשו' לחם רב ז"ל סי' כ"א וכ"ב להדייא בתשו' חינוך בית יהודה סי' קנ"ו ועם שיש להשיב עדיין כמ"ש בתשו'. מ"מ כן נראה עיקר וכן עשו מעשה גדולי הדור שהיו לפנינו ע"כ: גם ה' אורח משפט סי' ג' אות ו' כ' וזל"ה איברא שהמנהג עתה בגלילות אלו לענין איסורא כגון גטין וקידושין ושאר איסורין נהגו לקבל עדות ברב יחיד המקובל על הצבור וכו' דבעינינו ראינו כמה פעמים דגם בעדות ערוה ושאר איסורים דקים להו לכל רבותינו (הקודמים לקבל עדות בדיין ורב יחידי שקבלוהו עליהם ואף אם היה חוזר בו העד לא היו מקבלים דבריו משום שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכו' ובודאי דהכי נקטינן דמהני הקבלה לכל מילי בין לאסור בין לממון ופוק חזי מאי עמא דבר וכן הבין מורי הגאון מ"א בח"א סי' ט"ו יע"ש.

ע"כ: אתה הראת תרי אריוותא מצוקי ארץ שמעידים בגדלם שכן עשו מעשה רבים וגדולים ושכן עמא דבר. והרה"ג מוהריב"ץ זלה"ה כ' וזל"ה וכבר כתבתי שבזמן הזה נהגו שהדיינים הקבועים דנין ביחיד וההודאה בפניו הודאה ואינו יכול לחזור ולטעון ובפרט שאיזה זמנים בעונות שרבו אין נמצא בעיר אלא ב' דיינים קבועים וזכורני שבמדינה זאת בשנת התנ"ז קרוב לשנה היו הרבנים המובהקים מהר"ר מנחם סירירו זלה"ה ומהר"ר וידאל הצרפתי זלה"ה שניהם לבדם.

ואחר שנה בקירוב הוסיפו דיינים וכן ב"ש די' נשאר הרבנים המובהקים מהריב"ע נר"ו שיחיה ומהר"ש הצרפתי זלה"ה שניהם לבדם ואחר שנה בקירוב הוסיפו דיינים. וכן בשנים שעברו בהיותי במכנאסא יע"א היה כאן בפאס הרב נר"ו לבדו זמן מה וכן בתטוואן יע"א משנת התנ"ט ואילך היו הרבנים המובהקים מהר"ר דוד הכהן זלה"ה ומהר"ר חסדאי אל מושנינו זלה"ה לבדם ואח"כ נשאר מהר"ר חסדאי לבדו כמה שנים ועוד היום אין שם אלא דיין א' ישמרו ה' גם משנת תהל"ה ליצירה ע"ם תל"ז לא היו

כאן בפאס יע"א אלא הרבנים המובהקים מהר"ר סעדיה אבן דנאן זלה"ה ומהר"ר וידאל הנז' זלה"ה וכמה פסקי דינין באו לידינו מהרבנים הנז' לפעמים בשנים ולפעמים ביחידים וכך המנהג פשוט כאן בתיטוואן ובפאס ובמקנאסא שא"י לחזור ולטעון וכיון שנהגו נהגו גם בסאלי יע"א זכורני כמה זמנים שלא היו שם אלה ב"ד של שנים אלא שאיני רוצה להאריך וכן ג"כ במקנאסא יע"א ע"כ.

וה' מוהר"ר רפאל אבן צור זלה"ה בפסקיו כ"י הביא פלוגתא דהסמ"ע סי' ג' סק"ו והש"ך סק"ח וכו' מ"מ הרי הרב מוהריב"ץ זלה"ה כ' דעכשיו נהגו דהוי כב"ד של שלש ע"ש והמט"ש סי' ג' הגה"ט אות י"ד כתב דהכנה"ג בתשו' ח"א ח"מ סי' מ"א עשה עיקר לס' הסמ"ע ע"כ. ואף דמוהריב"ץ לא איירי בקב"ע ואיכא מ"ד דחמירא מהודאה מדבעינן ג' מומחים מ"מ מריהטת לשונו נראה דמשמע ג"כ מדלא היה נמצא בעיר אלא דיין א' או ב' דהו"ל כקבלוהו עליהם להדיא ע"ז.

ואפשר דמינה לקב"ע וכמ"ש החק"ל ז"ל סי' ט"ו ובסי' א' מההיא דהרב לחם רב ז"ל וה' חינוך בית יהודה וע"ש סי' פ"ד ועי' הברכ"י סי' ג' ד"ט ע"ד שהבי"ד הרא"ם דסבר דכל דחשיב ב"ד וההודאה לפניו הודאה ה"ה דקבלתו בעדות קבלה ועמ"ש בדף יו"ד שהבי"ד מהר"ד אישטרונסא ז"ל שכ"כ לך נא ראה: את כ"ז רמזתי במ"ש אני בעניי בתשובתי ומקום יש בראש וכו' אך היה רחוק אלי הדבר מאד לומר שלא נעשתה במותב תלתא מהטעם האמור שם יען כי אמרתי גברא רבא הוא לא ירצה לסמוך על המקל היכא דאפשר ומצאתי און לי ממה שראיתי לה' הי"ו כי פעמים בא בארוכה וזכר עשה כי היתה נסיבה על שלא נעשית הקב"ע בפני בע"ד ופעמים בא בקצרה ולא העיר על העדר מותב תלתא והנה בעת'ה נודע הדבר מהרב הי"ו כ' לא היתה במותב תלתא ומה שקרא לעדים היה בראותו מ"ש הכתב סופר בשם מוהריק"ו וכו' ואין דעתי נוחא דלא ידעתי למה כתבינהו בשאלה ולפחות הו"ל להעיר ע"ז שלא להניח מקום למעייין לטעות.

ובפרט למאי דאסיק אדעתיה שלא יצוייר ובל יראה ובל ימצא דרב יחיד המקובל על הצבור דמהני הקב"ע לפניו: ואני בעניי איני מחליט דעתי בענין הקב"ע וכל מ"ש באותו פס"ד בענין גוף העדות הוא היכא דנעשית במותב תלתא. או למ"ד דמהנייא היכא דנעשית בפני רב יחיד המקובל על הצבור וכבר הצגתי לפניך יקר סהדותא של הגאון החק"ל וגם הרב אורח משפט שכן עשו מעשה גדולי הדור וכו' כמביא למעלה: ואולם בהתירא דהאי איתתא אין אנו צריכין לגוף העדות.

ועינא דשפיר חזי תחזינא במ"ש אנא נפשאי בתשו' בד"ה ועוד כאן נמצאו וכו' עד ד"ה וזאת אגיד ומשם באר'ה צדיק יבחן והכר יכירנו לאחרים. דאין מקום לחזור.

ולא נסוג אחור כי שם התרתי בלי פקפוק בהצטרף הנהו ספיקי דאיכא בפיסול העדים מצד קורבת האם עם הנהו ספיקי דאיכא בהסכמת הקידושין ומשום עגונא כמהר"י אירגאס ז"ל וכו' וכו' כיעו"ש: באופן כי המעייין בכל תשובתי הנז' שם יראה החוש'ה אל העין עיני כל אדם חזו בו כי שם נאמרו ריעותות וצדדי הקולות הרבה אשר יש מהם תלויים בקב"ע שאם היא כתקנה הרי הם חזקים כראי מוצק ויש עוד צדדים שאינם תלויים בקב"ע ולבדם יספיקו להתיר בלי פקפוק ועליהם סמכתי בהיתירא דהאי אתתא ואולם לא מנעתי עצמי מלבאר גם אותם התלויים בקב"ע ואמרתי אני אל לבי שנעשית

כתקנה ומה גם דאם לא יועילו לא יזיקו דהא איכא צדדים אחרים המספיקים להתיר וסמכתי על חזקת חבר.

ומטעם זה ג"כ לא עשיתי סמוכות לכוחא דהתירא במה שלא נעשית כתקנה ואין דנין על פיה וזה הוא כוונתי במ"ש לזאת וכו' אפי' וכו' ור"ל מכח חזקת חבר וכו' מנעתי עצמי מלכתוב בתחילת הפס"ד שלא נעשית הקב"ע כתקנה שהיה נמשך מזה שני ענינים הא' הוא למעט בכחא דהתירא שלא לכתוב כל אותם צדדי הקולות שיש בגוף העדו' התלויים בקב"ע ולא הייתי כותב כ"א אותם הריעותות והצדדים שאינם תלויים בקב"ע כגון פיסול דקורבת האם ועגונא וחזקת פנויה והסכמת הקי' כפי התק' וכו' וכמ"ש בתשו' שם.

ועוד היה נמשך לאידך גיסא לעשות סמוכות לכחא דהתירא ולומר ובפרט דאין דנין וכו' ולהתיר ביותר בשופי ואין צריך לקבל עדות מחדש כיון שיש בידינו טעמים שהם כדאים לסמוך עליהם. ותיבת אפי' באה להורות שגם מהנמשך האחרון שהוא סמוכות דכחא דהתירא שהוא המבוקש שהוא האמת מנעתי עצמי מכח חזקת חבר.

ומ"ש עוד לא ידעתי איך יצוייר וכו' והבחורים שניהם מודים וכו' החזיקו עצמם כן א"כ איך יותר וכו' ע"כ. יוד קרת קא חזינא הכא דמה שהחזיקו עצמם היינו ההיא דמהריק"ו שרש פ"ו וכבר הצגנו לפניך מאי דאיתמר עלה ממהר"א אלפאנדארי ז"ל יע"ש.

דבר דבור על אופניו: וכל מ"ש בתשו' בד"א וזאת אגיד וכו' כתבתי בקצר אמיץ יען שאינו נוגע לעיקר הדין כיון שיש לנו על מי להשען ואינו אלא לישב על הרב הי"ו במה שיש להעיר עליו על מה שלא נעשית כתקנה ככל הקב"ע הכתובה בספרי דבי רב: ומ"ש משמע מרהטת לשונו וכו' כי אז היה מוסיף זה על ההיתר שהוליד מהעדות עצמה וכו' ומי יתן ידעתי וכו'.

עוד כ' גם בעיני יפלא איך הרב הפוסק וכו' קורא ופושט להתיר וכו' וכל סמוכין דיליה וכו' ע"כ: אהמ"ר אין אלו אלא דברי נביאות דכל סמוכין דילי הוא על פיסול העדים מצד קורבת האם ובהצטרף הסכמת הקידושין ובפרט לדידן בני מערבא דאנו נגררין אחר תק' אבותינו ורבותינו זיע"א ולחומרא בעלמא הוא דחששו בתק' להצריכה גט.

וכבר צדדנו כמה ספיקי ג"כ בהסכמה זו ועיגונא דאתתא מההיא דמהר"י אירגאס וכו' וכו' וכמ"ש בתשובתי שם דכל היכא דאיכא ריעותות אחרוני עם פיסול דקורבת האם שרי אפי' למר"ן ועל צדדים אלו רמזתי במ"ש אפי' לצרף לצדדי ההיתר ומה שהעליתי ארוכה בגוף העדות הוא כפי ההשערה שהיתה כתקנה כאשר היה צריך לעשות או למ"ד דמהני וכמ"ש ל' אין צורך לכפול הדברים ומ"ש דבאמרך וכו' סותר הקודם כל צדדי ההיתר הקודמים ע"כ עין רואה דתיבת כל אין לה שחר: ובעיני יפלא איך הרב הי"ו נטה ללו' כמלוני' במקשה' וסתם קני' לכתובה עומד ידו הנפלא'ה.

ובראש אמיר יעיר קנ'ו אינו מופנה טרדי'ן עלי' אדמה דין גרמ'א דעצירא'ה ולא פנה הדק הטיב במאי דאנא נפשאי כתבית אך בדרך העברה כאשר יראה הרואה בדב"ק ולפום ריהטא היד כותבת לעושה נפלאות ואיני יודע הפלאה זו למה דרמי לה מירמא

והוא פלא: איך שיהיה במקומי אני עומד דאתתא דא שריא לאתנסובי בלא גיטא ולא אמרתי דבר וחזרתי וצור ישראל יצילנו משגיאות.

ויראנו בתורתו נפלאות. הכ"ד הח"פ פאס יע"א שלשה לחו' אייר שנה הנז': ע"ה שלמה אבן דנאן הי"ו.

סימן ה.

נוסח ש' צוואה ראה ראינו בפנקס זכירת של השטרות של כהה"ר יצחק ה' מלכא נר"ו ככה"ר חיים נ"ע נוסח צוואה שציוה כהה"ר שמואל חיים ה' הרוס נר"ו בר החכם כמהר"ש זלה"ה וז"ן אב"א תב"ת. היום יום ששי בשבת בי"א שעות כ"ח לחדש אב רחמן שנת תרנ"ו נכנסנו אחו"מ לבקר את החולה כההרש"ח ה' הרוס ומצאנוהו מוטל ע"ע דוי ומיושב בדעתו כא' הבריאים משיב על הן וכו' ורצה לצוות בפנינו מ"מ.

ותחילה ציוה שכל שטרי מתנות שעשה בחורף שעבר משנתינו לאשתו ולבניו וכיוצא שהם ב"ה כ"ד שטרות שחתום בהם כההר"ש ה' שטרית נר"ו וה' דוד ה' יבגי בר שלמה וחתום ג"כ עליהם כההרש"ח הנז' שכולם חזקים וקיימים. לית מלכות דתזעזעינהו אלא הרי הם חזקים וקיימים וכו' ומסרם כעת לפנינו ביד החה"ש כההר"ש ה' שטרית הנז' להיות שליח למסרם ביד מקבלי המתנה.

עוד ציוה שכההר"ש בן שטרית הנז' וכהה"ר אליהו דוד וואקראט וכה"ר אליהו נסים נחמני חתנו שלשתן יחד יהיו אפוט' גמור' על נכסיו מהיום וע"ס תשע שנים ונאמנים עכ"ע האפוט' בל"ל שו"א מיורשי שו"ש קו"ח זולתי חר"ס שצריכים לקבלו שכך ציוה בפירוש. עוד ציוה שאין רשות לשום בדי"ץ שבעולם ליזקק לנכסיו בשום אופן בעולם. אלא הכ"ל יהיה ע"י האפוט' הנז' דוקא וקבע להם שט"ו בשכי' דרהם בכל מתקאל. ונתן לנו רשו"ג לכתוב כ"ז באו"ה כפה"ד.

זהו מה שציוה בפנינו ע"כ נמ"כ וחתום כמה"ר שמואל טולידאנו. וכההרי"ץ ה' מלכא יש"ץ.

ונתקיימו לנו החתי' הנז' באמד"ה כראוי ולראיה ח"פ תמ"ת בראש חדש אלול המרוצה שהוא שלשים לאב רחמן שנה הנ"ל והכל שריר ובריר וקיים. ע"כ נמ"ך וחתומים כהה"ר יוסף אלבאז.

וכה"ר יעקב טולידאנו יש"ץ: ז"נ השאלה שבאה מהתם להכא ע"ע הנז' שאלה כה"ר שמואל חיים ה' הרוס ז"ל ציוה לפני מותו ומינה שלשה אפוט' ה"ה כהה"ר שלמה ה' שטרית נר"ו וכהה"ר דוד אליהו ואקראט נר"ו. וכה"ר אליהו נחמני ככהה"ר אלישע נר"ו.

לפקח על עזבונו. ואחרי מות כהר"ש הנז' בעוד שלא החזיקו האפוט' הנז' בנכסים שעדיין הם תחת יד היורש הנז'.

עמד א' מן האפוט' הנז' הוא כההר"ד הנז' וסילק עצמו מהאפוט' הנז' בקוש"ח ולא רצה להיות נמנה עם האפוט' הנז' מכמה טעמי שנגלו לעיניו כמשו"ח שטר סילוק הנז' במ"א. ושוב עמד הבן היורש של כהר"ש הנז' שהוא גדול בשנים יותר משלש עשרה שנה כמו

שראינו אחו"מ קב"ע כו"ח משני ע"ך שהבן הנז' הוא גדול כנז' ואמר שאינו רוצה באפוט' שמינה אביו הנז' כי אין להם כח ולא לעמוד ולהשתדל בעזבון אביו וכתבי' שיש לאביו על הזולת.

ושיש לזולת עליו. אדום ועכו"ם.

וגם המציא לפנינו קב"ע כו"ח ומקו' כראוי מא' מבדי"ץ הוא ניהו החכם השלם והכולל הדיין המצויין כמהר"ר יעקב בירדוגו יש"ץ וחד דעמיה. וז"ן אב"א תב"ת.

זאת תהיה לעד'ה. איך ביום ששי בשבת שהוא כ"ח לחדש אב"ר שעבר אחרי סמוך לתפילת שחרית הלכנו לבקר את החולה הוא כהה"ר שמואל חיים ן' הרוש נ"ע ומצאנוהו מוטל ע"ע דוי.

ובאמ"ץ בא לפנינו כה"ר יעקב אוחנא נר"ו והתחיל לדבר עמו ע"ע הצוואה. ויהי כמשיב תשובות מבולבלות ואז אמרתי לו שאינו ראוי לצוות.

כי צריך המצווה להיות מיושב בדעתו להשיב על הן הן ועל לאו לאו וזה אין לו לב להבין. באופן שלא ציוה בפנינו כלום.

ובאותו זמן לא היה ראוי לצוות. ולדרישת השואל שביקש ממנו לכתוב ולחתום מה שהיה לפנינו ח"פ באלול ש' כל משכבו הפכת בחליו לפמ"ה.

והשו"ב וקיים. ע"כ נמ"ך וחתום החכם כמוהרי"ע יש"ץ הנ"ל.

וכ"ר מסעוד אצאיג. עוד ראינו קב"ע אחרת כו"ח ומקו' כראוי משם עדים כשרים שהעידו שהיו מצויים בעת צוואת אביו הנז'.

וראוהו שהיה מבולבל אין לו פה להשיב כלל וכלל. ומפני כן וגם מכמה טעמים אחרים עמד הבן הנז' ונקש"מ בדל"ב וסילק לאפוט' הנז' שלא יהיו אפוט' על נכסיו.

ועמד וחילה פני הגבירים כה"ר יעקב בן הרוש דודו נר"ו וכהרי"ע אוחנא נר"ו. ומינה אותם אפוט' ומו' גמורים על כל נכסיו שירש מאביו משך זמן מה בקוש"ח כמשו"ח שטר המינוי שמינה הבן הנז' לאפוט' הנז' במ"א ומצאת וכו' ונכנסו האפוט' הנז' לבית המוריש הנז' ונטלו העזבון הנז' והחזיקו בו.

ובכן נדרשנו לחוות דעתינו בענין הסילוק והמינוי הנז' אם הוא קיים כפה"ד א"ל. ולנחיצת השואל לא היינו מבעלי תשובה.

וסידרנו שאלה זו לפני הבדי"ץ יושבי כסאות למשפט לגלות דעתם גם הם בענין זה הכ"ד החו"פ מכנאסא יע"א ביום ר"ח חשוון ש' מגיד דבריו ליעקב לפמ"ה ע"כ רפאל דוד בירדוגו יש"ץ נדרשתי לחוות דעתי קלה כמות שהיא. בהאי תפקידתא.

דאפקיד בה כולהו תלתא. דאשכחו בה ריעותא.

דבעייא צילותא דדעתא. דאיכא תרי סהדי לקבל סהדותא.

דיתובי דעתא. ואם לבנו אף הוא ביטל.

ובנחלתו התעבר. מיצוח קא צוח לא בעינא.

אפוטרופא לדיקנני לא מוקמינא. ולמאן די יצבא יתננה.
ואיש אחר יקחנה. ואי משום דפריש אחד מהם.
כמבואר בדבריהם. ואף כי מה מני יהלוך לדבר דבר.
דבר דבור על אופנו. הלמד מעניינו כהלכת גוברין.
לתרוצי סוגיין ומשרא קטריין. רבו הפוצריין.
לא נתנו דבריהם לשעורין. אז אמרתי משום יקרא.
אערכה לפניו משפט פעמים בא בקצרה. ללקט אורות מספרן של צדיקים די השב כפי
קוצר השג יד.
וזה החלי.

וה' אלהים יעזור לי ונובין ונדון. על אחרון ראשון: הנה דבר זה נפתח בראשונים.
הרב מהריב"ל ז"ל בשלישי סי' י"ז נשאל במת א' מהאפוט' והקהל טוענים ואומרים
שאחר שמת האפוט' האחד. שהם רוצים להשגיח ולמנות אפוט' בחצי אותו הממון או
למנות אפוט' אחר בחברת האפוט' הנשאר בחיים.
והאפוט' טוען מאחר שמת חבירו. שהוא לבדו יהיה אפוט'.
וע"ז השיב לכאורה נראה דהדין הוא עם האפוט' דליהוי איהו לחוד אפוט'. ממאי דכתב
הרשב"א בתשו' שאלה וז"ל ראובן שמינה את בנו חנוך אפוט' על נכסיו והשביעו שלא
ילוה לשום אדם מממונו.
יותר מסך פלוני כי אם ברשות ראובן ושמעון ועכשיו מת שמעון. היוכל חנוך בנו
להלוות ברשות ראובן.

תשובה פלוגתא דרבי יונתן ורבי יאשיה כל מקום שנאמר פלוני ופלוני כגון אביו ואמו
אם משמע שניהם כאחד דוקא או אפי' כל א' וא' בפני עצמו ואנן קי"ל כרבי יונתן דקאמר
דמשמע שניהם ומשמע כל א' וא' בפ"ע עד שיפרוט לך הכתוב יחדו כדרך שפרט לך
הכתוב בשור ובחמור יחדו ואף זה כשהשביעו לא השביעו אלא שלא ילוה כ"א ברשות
שניהם או ברשות א' מהם עכ"ל ופירש רש"י בההיא פלוגתא דרבי יונתן ורבי יאשיה
וז"ל אע"ג דוא"ו מוסיף על ענין ראשון משמע נמי א' מהם עד שיפרוט לך הכתוב יחדו
כדרך שפרט לך הכתוב בכלאים שכתוב בו לא תחרש בשור ובחמור יחדו שלא תאמר
אסור לחרוש בשור לבדו או בחמור לבדו ע"כ וכו'.

נמצינו למדין שהאפוט' הנשאר בחיים הוא לבדו יהיה אפוט' על ההקדש ומתשו' הרא"ש
בדיני גיטין היה נראה לכאורה דפליג עליה דהרשב"א כתב במי שאמר אם אבוא
ואתראה בפני האשה ובפני עדים דתיתי בעיני ולא סגי בחד מנייהו משמע דס"ל דלא
אמרינן או קאמר ואע"ג דהלכה כרבי יונתן וכדמשמע בפ' השואל מדרבה סבר לה כרבי
יונתן ומתרץ לקראי כרבי יונתן ואביי סבר לה כרבי יאשיה וכו' אפ"ה אפשר לומר
דס"ל דלשון תורה לחוד ולשון בני אדם לחוד כי היכי דאמרינן דבנדרים הלך אחר לשון
ב"א וכו'.

ע"ש דספוקי מספקא ליה להרב לדעת הרא"ש אי אמרינן לשון מקרא לחוד ולשון בני אדם לחוד. ואולם לדעת הרשב"א פשיטא ליה דאין חילוק בין לשון תורה ללשון בני אדם ושוב כתב הרב וז"ל וכי היכי דבלשון תורה היכא דלא אמר יחדו אמרינן דלא נתכוון אלא לאחד מהם דהרי הלכה כרבי יונתן הכי נמי אמרינן בלשון בני אדם ואם היינו אומרים דלשון תורה לחוד ולשון ב"א לחוד או דהוה הלכה כר' יאשיהו בנדון דידן היינו אומרים דנתכוון לשניהם וכיון שמת' א' מהם נתבטלה האפוט' כי לא סמכא דעתיה אלא על שניהם יחדו ומעתה הרשות נתונה ביד הב"ד למנות אפוט' או אפוטרופוסין או להניח אחד במקום אותו שמת ולעשות כרצונם כי כבר האפוט' שמינה הנפטר נתבטלו וכו' ע"כ: מתורתו של ה' מהריב"ל למדנו.

דאי אמרינן לשון תורה לחוד ולשון ב"א לחוד אז אחרינן וא"ו להוסיף ולא נתכוון אלא על שניהם וכשמת' א' מהם נתבטלה כל האפוט' דלא סמכא דעתיה אלא על כולם: ומהרשד"ם חא"ה סי' מ"ח כתב בפשוט דלשון תורה לחוד ולשון ב"א לחוד. יעו"ש ששהביא ראיות לדבריו ושכן היא דעת הרא"ש ז"ל ודעת מהררי"ק שרש יו"ד והר"ן והרא"ם ז"ל.

ושהרב מהריב"ל שלח אליו כתב ורמז לו תשובת הרשב"א הנז' חולק על הרא"ש ז"ל. והוא ז"ל הקשה עליו מכמה מקומות דאמרו וא"ו להוסיף ועוד אתמהה שלא נמצא בזמנינו בלשון בני אדם וא"ו לחלק יעו"ש: .

הרי מאי דמספקא ליה למהריב"ל בדעת הרא"ש פשיטא ליה למהרשד"ם. והרב משפט צדק ח"א סי' מ"ב הקשה דברי הרשב"א אהדדי והניח דבריו בצ"ע דסתרתי נינהו.

וכתב אנדון דידיה דלא יוכל לומר קי"ל כהרשב"א מאחר דפליג דידיה אדידיה ונקטינן כס' הרשד"ם וכס' הרא"ש ששהביא שם לסיועו וכן הרה"ג הרא"ם ז"ל ע"כ: ומהרימ"ט ח"א סי' קל"ד הביא ראיות דאף בלשו' ב"א או או קתני מאיזה מקומות בש"ס יעו"ש ועי' קהלת יעקב לשון חכמים אות ואו סי' ר"י שציין לספרן של צדיקים.

ועל אותה ששנינו אין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו אלא א"כ גדול ממנו בחכמה ובמנין. כתב שהש"ך יו"ד סי' רע"ב כתב בשם הג"א פ"ק דע"ז דאו או קאמר חכמה או מנין.

אבל מדברי הרמב"ם פ"ב מהל' ממרים נראה דס"ל דבעינן תרתי גדול בחכמה ובמנין וכן דעת הרשב"א ז"ל תשובה רנ"ג ע"כ. ואתיא ההיא דהרשב"א כההיא דאייתי ה' משפט צדק ז"ל.

ופליגא אההיא דהרשב"א דאייתי ה' מהריב"ל ז"ל: באופן דדבר זה מדי פלוגתא לא נפיק. איכא רבוותא דסברי לשון תורה לחוד ולשון ב"א לחוד.

דע"כ לא פליגי רבי יונתן ורבי יאשיהו אלא בלישנא דקרא. אבל בלישנא דעלמא כ"ע מודו דא"ו להוסיף אתי ולא לחלק.

ולדידהו בנדון דאנן קיימין ביה אמרינן דלכולהו תלתא נתכוון וכיון שנסתלק אחד ברצונו הטוב בקוש"ח בטלה כל האפוט' דלא סמכא דעתיה אלא בתלת כחדא ואיכא רבנן דסברי דאין לחלק בין לשון בני אדם ללשו' תורה. ולדידהו.

בנ"ד לס' ר' יונתן דקי"ל כוותיה לא בטלה האפוט' מהנשארין. וכמ"ש ה' מהריב"ל בתשובה שהצגנו למעלה: וחזיתיה להרב מהרא"ש ז"ל סי' נ"ב שכתב וזל"ה דנ"ל דמאי דפליגי ר' יונתן ורבי יאשיה היינו היכא דכתיב בלשונו הקדוש וי"ו שהוי"ו הנזכר פעם תהיה כוונתה חבור ופעם פירוד כאומר או בו'.

אמנם בלשון לעז תיבת א"י היא לעולם מחברת ומדבקת הענינים הנז' וא"כ אין כאן שום מקום וראיה מפלוגתא דרבי יונתן ורבי יאשיה לאומר בלשון לע"ז א"י וזה נ"ל חלוק ברור. אלא שלא ראיתי לרב הגדול הנז' שכתב כלל מזה החלוק רק חלק החלוק האחר אשר הוא עולה ג"כ בלב כל מעיין והוא דשמא יש חלוק בין לשון תורה ללשון בני אדם וכמו שהאריך הרב הגדול הנז' ז"ל שם וכתב דנר' דלהרשב"א אין לחלק בין לשון תורה ללשון בני אדם אמנם לדעת התוספות ז"ל דיש לחלק וכו' והביא ראיה מנדרים וכו' יעו"ש.

והנה החילוק הזה שחילק הרב הנז' ז"ל מל' תורה ללשון ב"א הנה הוא אף בהנחה שיהיה הכל בלשו' הקדש. אבל החילוק אשר אני מחלק הוא מכח ל' הלעז שבלשון לעז תיבת א"י משמעותה חיבור ודיבוק ואה"נ שאם בלשון הקדש היתה כתובה תיבה כמו תיבת א"י הכתובה בלשון לעז דלא הו' פליגי רבי יונתן ור' יאשיה סוף דבר איני רואה לרב הנז' שכתב החילוק הזה שכתבתי.

הן אמת שכפי החילוק הזה שאני מחלק צריכין אנו לומר שמה שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה ראובן שהשביע את חנוך בנו שלא ילוה לשום אדם ממונו יותר מסך פלוני כ"א ברשות שמעון ולוי וכו' שדמה אותו הענין לההיא פלוגתא דרבי יונתן ור' יאשיה וכו'. צריכין אנו לומר שהרשב"א מיירי כשאמר בלשון הקדש או בל' שלא היה בלשון לעז כמו תיבת א"י המחברת ומדבקת הענינים ולכן דמה אותו לההיא פלוגתא דרבי יאשיה ורבי יונתן כו' ע"כ: ומאי דתריץ הרב איהו גופיה בדברי הרשב"א.

אנן נמי נוכל לתרץ כן בדברי מהריב"ל ז"ל: והנה ידוע דגם בלשון ערבי תיבת א"ו מחברת השנים כמו תיבת א"י בלשון לעז. וא"כ בנ"ד שהמצווה ציוה בלשון ערבי אלא שהסופרים העתיקוה ללשון הקדש.

הוי ודאי חיבור לכ"ע לדעת הרב מהרא"ש ז"ל אלא דבנד"ד אין אנו צריכין לכל זה. דהא להדיא כתוב שלשתן יחד.

וא"כ אפי' נימא דלשון ב"א כלשון תורה ואפי' יהיה בלשון לעז או בלשון ערבי וקי"ל כרבי יונתן. מ"מ הרי רבי יונתן אמר עד שיפרוט לך הכתוב יחדיו.

ובנ"ד הרי אמר שלשתן יחד. וכיון דנסתלק אחד מהם נתבטלה כל האפוט' וכמ"ש מהריב"ל ז"ל דאי אמרינן נתכוון לשניהם כיון שמת א' מהם נתבטל כל האפוט' כי לא סמכה דעתיה אלא על שניהם יחד ע"ש: תו איכא למילף.

מההיא דהרשב"א במיוחסות הב"ד רבינו הב"י חו"מ סי' ר"ץ מח"ו ט"ו וז"ל עוד כתוב שם יש דרך אחרת לסלק האפוט' אפי' תוך זמן שעשאו אפוט' אבי היתו' הואיל ומת' א' מהיורשים בטל אפוטרופא ממה שכתב הרמב"ם האחים או שאר יורשים שלא חלקו ירושת מורישן אלא כולם משתמשים בה יחד הרי הם כשותפין לכל דבר וכתב בהלכות שותפין אחד מהשות' או מהמתעסקים שמת בטלה השות' או העסק אע"פ שהתנו לזמן קבוע שכבר יצא הממון לרשות יורשים עכ"ל: ואף דרבינו הב"י סיים עלה ואין דבריו נראין כי מה שהביא ראיה מדברי הרמב"ם יש לדחות.

והסכימו עמו הד"מ. מ"מ נראה דלא פליגי אלא במת אחד מהיו' אבל במת א' מהאפוט' גם הם יודו דבטלה.

והיינו טעמא דהוי כמת א' מהמתעסקים. ועי' כנה"ג סי' קע"ו הגה"ט אות קצ"ז דשם מבואר דהמתעסקים היינו שלא הטילו כולם מעות לכיס אלא אחד מהם הוציא הקרן והשני מתעס' או שיש לו חלק בריוח או שנותן שכר טורחו ע"ש וא"כ האי אפוטרופא דמיא למתעסק: וכן מצאתי למהר"ד דיאינא ז"ל הוב"ד בס' פחד יצחק אות אף וז"ל ישים מעכ"ת עינו הטהורה על תשו' רמב"ן סי' קי"ח בסופה ז"ל עוד יש דרך אחרת שיכולין לסלק האפוטרופוס אפי' תוך הזמן שעשאו אפוט' אבי יתומים הואיל ומת א' מהיורשים בטלה האפוט' ממ"ש הרמב"ם האחים או שאר יורשים וכו' עד וכתב במקום אחר א' מהשות' או מהמתעסקים שמת בטלה שות' או עסק כו' עד סוף הסימן.

וגם אם יראה מעכ"ת שהמהר"י קארו הביאה בב"י במחו' סי' ט"ו וכתב עלה אין דבריו נראין כי מה שהביא ראיה מדברי הרמב"ם יש לדחות ע"כ. אף היא לא תברא מתרי טעמי.

חדא שלא סיים בה מה שיש לדחות. ועוד דתיוכתא לא חזינא גברי רברבי חזינא.

שכפי הנראה בתשובה היא מהרב הגדול הרשב"א ואין בעלי חיים שכמותו נדחים אפי' ביד חזקה שכן בסוף תשובת הרמב"ן הנ"ל בדפוס יש אחריה סיום ז"ל סליקו תשובות דיני ממונות מהרב הרשב"א. ועוד בה שלישייה לחלק שאם לדעתו יש לדחות כשמת אחד מן היתומים שאין לדמותם כשות'.

לענין זה המורה גם הוא יורה שכשמת א' מהאפוט' שהם אחד מהמתעסקים ממש ואין לחלק ביניהם כלל ועיקר שלדברי הכל בטלה האפוט'. ע"כ: ולכאורה בהשקפה ראשונה.

הוקשה אלי על הרב מהריב"ל בההיא תשובה דסימ' י"ז הנ"ל דיליף מההיא דחנוך דהרשב"א דכיון דס"ל דאין לחלק בין לשון תורה ללשון בני אדם וקי"ל כרבי יונתן. לא בטלה האפוט'.

והא תיפוק ליה דבטלה מאידך דכתב הרשב"א דהוי כמת א' מהשות' או מהמתעסקים דכתב הרמב"ם דבטלה השות' או העסק וידוע דתשובות אלו הם מהרשב"א אלא דמיוחסות להרמב"ן וכמש"ל. גם ה' משפט צדק הביא תשובה זו ושמה דמרה עלה הרשב"א בתשובה מהמיוחסות להרמב"ן: ואולם בתר השקפה קמייאת נראה דלא קשה כלל.

דהא דאמרינן דמת א' מהמתעסקים בטל העסק ויכול הנותן לחזור. היינו דווקא היכא דמעיקרא לא היה בדעתו ליתן ממונו ביד אחד לבד ואדעתא דכולהו קסמיך דלא סמכא דעתיה להניח ממונו ביד אחד מהם אבל בכה"ג דקאי ביה הרב מהריב"ל ז"ל אליבא דהרשב"א לדעת רבי יונתן דקי"ל כוותיה דאמרינן וא"ו לחלק בין בלשון תורה בין בלשון בני אדם.

צריך לפרש כוונת המצווה כמ"ש הרב שם וזל"ה שהכוונה היא שאם ירצו שניהם לקבל האפוט' יהיו שניהם יחדו. ואם לא ירצה האחד יהיה השני לבדו.

או אפשר נמי לומר דהכוונה היא שרצונה שלא יהיה אפטרופוס על ההקדש שום אדם מהקהל כי אם אחד מאלו השנים כי לא סמכא דעתה אחרים והיתה מנחת הברירה ביד הבית דין איזה מהם שיכשר בעיניהם. או אפשר לומר שכוונתה היתה שאם ירצה אחיה יהיה הוא קודם ואם לאו שתהיה שניה.

ע"כ.

ועל זה כתב דלכל הדרכים הללו. לסברת רבי יונתן דקי"ל כוותיה דאפטרופוסות החי קיימת.

דמעיקרא אחד מנהון סמכא דעתה. ואין לענין זה שייכות עם ההיא דהרשב"א ז"ל. ואולם לשיטת הסוברים דלשון תורה לחוד ולשון ב"א לחוד דקאמר ה' מהריב"ל דהיכא דמת אחד מהם נתבטלה האפטרופוסות. אז סברת הרשב"א הגז' תוס' תת כחה כדי לבטלה.

ומהריב"ל ז"ל משום דפשיטא ליה מילתא דלדיעה זו בטלה האפוט'. לא הוצרך לאלומי כחה מההיא דהרשב"א: והנה לכאורה דברי הרשב"א ז"ל סתרי אהדדי.

הא דאייתנא לעיל שכתב הרב"י בסי' ר"ץ ואידך דהרשב"א הוב"ד בב"י סי' ר"ן מחו' יו"ד וז"ל. וכתב עוד שנשאל על שכיב מרע שאמר אני ממנה את פלוני אפטרופוס על בני ולא היה לו אלא בן אחד ילוד והניח אשתו מעוברת וילדה בן אחר מיתתו והבן הראשון נפטר והנער הנולד לאחר מיתת האב הוא שהאפוט' משתדל בנכסיו אם יש לו דין אפטרופא.

והשיב נ"ל שהאפטרופו' קיים על היולד לפי שדעת האב קרובה אצל בנו ואע"פ שלא נולד עדיין דעתו למנות עליו אפוט' שהרי הוא ידע שאשתו מעוברת וכשצויה ומינה אפוט' על הכל צוה עכ"ל: ומהראד"ב ז"ל סי' רי"ב כתב וזל"ה. ולכאורה קשו דברי הרשב"א אהדדי שכאן כתב דאע"ג דנפטר א' כיון שהיה דעתו על הכל נשאר האפוט' קיים על הבן הילוד.

ובתשובה שהבאתי למעלה נראה דכיון שמת האחד האפוט' בטלה. א"כ נמצאו דבריו סותרים זה את זה.

לכך נראה לתרץ דהרשב"א ז"ל לא כתב בסי' קי"ח עוד יש דרך אחרת וכו' משום דאית ליה דעל טעם זה סמכינן. אלא משום שכבר כתב עוד שם טעמים אחרים לסלק האפוט'.

עשה טעם זה סניף להם ולכך כתב עוד יש דרך אחרת וכו' כלומר סניף אחר יש לזה אבל אין זה עיקר הטעם ואין ראוי לסמוך על זה ולכך בתשובה האחרת לא סמך על זה הטעם לחוד וכתב האפוט' קיים על הבן הילוד ע"כ: עין רואה. דתירוצו של מהראד"ב דחיק ורחיק.

כאשר ראיתי להכנה"ג סי' ר"ן הגהב"י אות פ"ו דכתב עליו ואין זה נכון: גם ממה שהשיגו עליו הרב"י והד"מ וכתבו ואין דבריו נראים. משמע דס"ל דלא עשאה לסניף אלא דסמיך עלה להלכה.

דאי משמע להו דלא סמיך עלה. מה זו השגה.

והא לא עשאה אלא סניף בהצמדה עם טעם כעיקר: וה' משפט צדק ח"א סי' מ"ב תירץ דהיא דהביא הרב"י בסי' ר"ן ביתומים קטנים. והיא דסי' ר"ן ביתומים גדולים.

[יתבאר להלן] וכתב עלה הכנה"ג שם ולא נהירא וכתב וז"ל ונראה דשניא דא מן דא. דבתשובה שכתב רבינו המחב"ר ז"ל לא נהגו האפוט' אפוטרופוסתו על שני הבנים כאחד אלא כל אחד בפ"ע שאחר מיתת האב נהג אפוטרופוסתו על הבן שהניח האב וקודם לידת הבן האחר נפטר הבן הגדול לבית עולמו וכיון שלא נהג אפוטרופוסתו על שניהם כאחד לא שייך בו דין הרמב"ם ז"ל דא' מן השותפין שמת בטלה השות' או העסק.

אי נמי דבתשו' להרמב"ן סי' קי"ח שהביא רבינו המחב"ר ז"ל בסי' ר"ן מטו' בשעת מינוי האפוט' שני בניו היו ילודים והרי הם כשני שותפין שנשתתפו לאפוטרופוסתו זה דאם מת א' מהם נתבטל השות' אבל בתשו' שהביא רבינו המחב"ר ז"ל כאן בשעת מינוי האפוט' לא היה הבן השני ילוד ולא שייך כאן דין דמת אחד מן השות'.

וזה מצאתי להר"ש הלוי ז"ל חז"מ סי' י"א וכתב שם שלזה הסכים מהרח"ש ז"ל עכ"ל. ועי' להרב שיו"ט סי' כ"ג: באופן דהיכא דמת אם מהיורשים.

אי בטלה האפוט' או לא. מידי פלוגתא לא נפקא ואולם למאי דכתבינן אנן בעניותין לחלק בין היכא דמת א' מהיורשים להיכא דמת א' מהאפוט' דבזה אף החולקים יודו ושכן היא דעת מהר"ד דיאינא כמש"ל ולא מצינו כעת בספרן של צדיקים הפך מדבריו.

וא"כ בנדון דאנן קיימין ביה דא' מהאפוט' סילק עצמו מהאפוט' ונקוש"ח על זה כמ"ש בשאלה. בטלה כל האפוטרופוסתו: ואין לחלק בין נפרד בעודנו חי לנפרד מת.

דמה לי נפרד חי מה לי נפרד מת. וכן דעת מהרשד"ם ח"מ סי' קנ"ג.

וכ"כ ה' ד"ן ח"מ סי' ל"ז וז"ל ויש ללמוד דה"ה והוא הטעם כשאחד מן השות' נפרד מן השיתוף דאיכא למימר נמי נתפרדה החבילה דמה לי מת א' מהם מה לי אם סילק עצמו מן השות' ע"כ: וכן פסק ה' כנה"ג סי' קע"ו הגה"ט אות קפ"ו. יעו"ש שהביא ראייה לדבריו וכתב דאף דהרב משפט צדק ח"ב סי' כ"ב חלק על מהרשד"ם שרצה ללמוד דין נתפרד כשהוא חי מכשהוא מת.

אין סתירה לדברי הרב שדבר בנפרד שלא כדין. אבל ביכול להתפרד כדין אפ"י שהוא חי מה לי חי מה לי מת.

וכ"כ שם אות קצ"ו ובתשובה ח"מ ח"ב סי' נ': והמט"ש סי' קע"ו בהגה"ט אות קע"ו כתב וז"ל. אין חילוק בין היכא דמת א' מן השותפ' להיכא דנפרד א' מן השות' בעודנו חי דכה"ג נמי מתבטל השות'.

והיינו דוקא כשהדין נותן שיכול להתפרד האחד אבל אם נתפרד שלא כדין אין השות' מתבטל לגבי השאר. הכנה"ג ס"ק קפ"ו וקצ"ו ובתשו' ח"א ח"מ סי' קל"ב ועי' בח"ב סי' נ' ומהר"ש אשכנזי סי' ד' ועי' בני אברהם ח"מ סי' ט"ו עכ"ל: ואם כן בכה"ג דאנן קיימין ביה האפוטפורוסים לא החזיקו בנכסים כמפורש בשאלה.

והדין נותן שיכולים לחזור בהם. כמ"ש מר"ן סי' ר"ץ סכ"ג וז"ל אפוט' בין מינהו אבי היתומ' בין מינהו ב"ד עד שלא החזיק בנכסי היתומ' יכול לחזור בו משהחזיק בנכסי היתומ' אינו יכול לחזור בו ע"כ.

א"כ כיון שהאחד נפרד וסילק עצמו בקוש"ח כמ"ש בשאלה. בטלה כל האפוטרופוסות: והגם דמצינו למהרשד"ם חח"מ סי' קנ"ג דס"ל דהא דמת א' מהשות' בטלה השות' הני מילי לגבי היורשים אבל לגבי שותפין הנשארים לא נתבטל השות' כגון אם הם ג' או ד'.

ומהרש"ך ח"ב סי' ס"ב לא פסיקא ליה מילתא וס"ל דהיכא דאיכא שבועה לא נתפר' החבילה לגבי הנשארים. וכ"כ ה' משפט צדק ח"ב סי' כ"ב כאשר ראיתי כל זה בהכנה"ג סי' קע"ו אות קצ"ד בהגה"ט.

וה' נאמן שמואל תפס בפשיטות כס' מהרשד"ם גם ה' ד"ן ח"מ סי' ל"ז: מ"מ הרי מצינו להכנה"ג שם שכתב אבל בעל משא מלך בח"ב ש"א משפט ג' כתב דמתבטל השות' ושכן דעת הריטב"א בתשובה שהביא רבינו הבית יוסף מחודש מ"ו: והמשה"ר מע' שין אות פ"ו כתב וז"ל ולענין דינא דעת הריטב"א ורבותיו לומר דבטלה לגמרי ושכן היא דעת מהריק"ש בהגהותיו ובתשו' סי' ע"ד והעיד שכן דן רבו הרדב"ז וכן הוא בתשו' הרדב"ז החדשות סי' קל"ב ותמה על מהרשד"ם איך לא שלטו מאורות עיניו בדברי הריטב"א שהביא הב"י ושגם הפרמ"א ח"ב סוס"י מ"ד תמה אמהרשד"ם מתשו' הריטב"א וכבר עמד בזה ה' קרית מלך וכן דעת מהר"י אלבעלי בקהלת יעקב ושכן היה מעשה לפני הרב קהר"ש אלפאסי ודן כהריטב"א ושגם הרה"ג אביו כך היה דן ולעולם כך דנים.

יעו"ש כ"ז במשה"ר וע"ע שתמה ג"כ על הרב ד"ן ז"ל ועל ה' נאמן שמואל ז"ל. ועי' מט"ש או' קס"ג: ומור"ם ז"ל סי' קע"ו סי"ט כתב וז"ל שלשה שקבלו עיסקא מאחד ומת אחד מהם נתבטל הענין ויכולין לחזור בהן.

ע"כ.

[עי' סכ"ג ועי' ברית אבות ועי' שיו"ט סימן כ"ג דף פ"ח ע"ד ומשה"ר מערכת שין אות פ"ג]: אתה הראת חבל נביאים ואמבוהא דרבנן כולהו ס' כהריטב"א ז"ל ודחו דברי מהרשד"ם ובפרט מור"ם דאנן גרירן בתריה היכא דלא פליג אדברי מר"ן הכי סבירא ליה: ואולם מדברי מור"ם אין להוכיח כ"כ דהכי ס"ל במת א' מהשות'.

דדילמא לא אמרה אלא במת א' מהמתעסקים ומנא אמינא לה. מדברי ה' שיו"ט סי' כ"ג שהאריך בענין זה וכתב וז"ל וחזיתיה להרדב"ז בחדשות ח"א סי' קל"ב דפשיטא ליה כדעת המשא מלך דאף מכל השותפין מתבטל השותפות ומתבאר מדבריו שם עוד דיותר פשוט לומר דין זה לגבי עיסקא דאם נתן ראובן לשמעון ולוי מעות להתעסק ומת שמעון דיכול לומר ראובן לשניהם הייתי מאמין אבל עכשיו אין רצוני שיהא ממוני ביד אחד לבדו אבל בג' שותפין ומת אחד מהם אינו כל כך פשוט לומר דנתבטל השות' לגמרי כיון דהשותפין כולם מתעסקין יחד וכל אחד משגיה בממון השותפות וכ"כ ליכא למימר דאותו שמת היה יותר נאמן אצל כל אחד ואחד אלא דעכ"ז עלתה הסכמת הרב שם דה"ה גבי שותפים יכול כל אחד לומר מזלה דבי תלתא עדיף או שמא אותו שמת היה משתדל יותר או נאמן יותר אצלי והביא ראיה מלשון הרמב"ם שכלל דין העסקא עם דין השותפות יחד יעו"ש וכו' וע"פ קוטב דברי הרב יש לתרץ עוד ס' מהרשד"ם דלא תיקשי ליה מתשו' הריטב"א דהתם מיירי בעיס' דמסתבר יותר דנתבטל העסק לגמרי משא"כ בשותפות ושפיר י"ל דאף מהרשד"ם לא אמרה אלא בשותפין אך בעסקא אזיל ומודה וכמו שמפ' בדברי הריטב"א לדעת המ"מ דבהכי ניהא נמי דלא תקשי על מוהרשד"ם מלשון הרמב"ם דנקט הדין בשני מתעסקין דאה"נ דבעסקא מודה מוהרשד"ם ע"כ: וא"כ להאי סברא דאסברן הרב שיו"ט ז"ל דגמיר לה מדברי הרדב"ז.

הא ודאי דאין להוכיח מדברי מור"ם דאיירי במתעסקין למת אחד מהשותפים. ואולם סברא זו תוסיף תת כח לגדון דאנן קיימין ביה דנפרד אחד מהאפוט'.

דאף מהרשד"ם יודה דבטלה דלא דמיא אלא למת אחד מהמתעסקים דכיון שאין היורשים מתעסקים עמהם יכולין לומר אין אנו מאמינים אלא לכולם: והכנה"ג סי' ר"ץ הגה"ט אות קמ"ו כתב משם הרב תומת ישרים סי' מ"ו מינה אפוט' הרבה ומת אחד מהם אין האחרים יכולים להסתלק ע"כ. ואין ספרו מצוי אצלי לראות שרשן של דברים אי ס"ל דהיורשים יכולים לסלקם מטעם המלך מהריב"ל ז"ל אם לאו.

ועי"ש הגה"ט אות י"ט: באופן דבנ"ד דכתוב בצוואה שלשתן יחד. דלכ"ע לכולהו תלתא נתכוון.

וכבר למדנו מתורתו של מהריב"ל בשלישי סי' י"ז דאם נתכוון לשניהם אם מת א' נתבטלה כל האפוט' כי לא סמכא דעתיה אלא על שניהם וכמש"ל. וא"כ גם בנ"ד נתבטלה מהאי טעמא וגם מההיא דהרשב"א שהביא הרב"י סי' ר"ץ.

ואף דהב"י חלק עליו. כבר כתבנו דבמת אחד מן האפוט' יודה וכמש"ל ושכן היא דעת מהר"ד דיאינא ז"ל דהאי אפוטרופא דמיא למתעסקים דנקיט הרמב"ם ומר"ן ומור"ם ז"ל: אלא דאכתי לא איפרק.

שהרי כתב ה' מהריב"ל בשלישי סי' י"ז וז"ל ואחר שכתבתי כל זה מצאתי תשובה מהרשב"א כתב וז"ל שאלתם ראובן חלה וצוה על נכסיו ומנה שני אפוטרופוסין על בניו ועכשיו נפטר אחד מן האפוטרופין ורצו הקהל למנות אפוטרופא אחר תחת אותו שנפטר שיהיה אפוט' על ההקדש עם אפוטרופוס החי וכו' והאריך הרשב"א בתשובה ובסוף כתב וז"ל ומכל מקום אני רואה בכל המקומות שכל שהיחיד ממנה אפוטרופין או אפי'

הקהל ממנים גזברים או גבאים אם ימות אחד מהם אין המינוי והאפטרופוס בטל אלא הנשארים מהם נוהגים מינויים ואפטרופוסותם והדין נותן שאלוני כן אם הלך הא' לדרכו קצת ימים לעסקיו המנוי בטל עד שוב חבירו ואין זה דעת הצבור ולא דעת היחיד המצווה.

ע"כ: הרי דהרשב"א ס"ל דבמת א' מהאפוט' לא בטלה האפטרופוסות. והובאה תשו' זו בב"י יו"ד הל' צדקה סי' רנ"ט ופסקה מור"ם שם סי' רנ"ח ס"ה וז"ל ואפ"י היו האפוט' שנים ומת א' מהם אין הקהל יכולים למנות אחר אלא הנשאר יעשה מה שירצה וכמו שצוה הנותן.

ע"כ: ואף דהט"ז סק"ה הביא את דברי הרשב"א וכתב וז"ל ותמוה הוא דכיון דהמצווה מינה שנים אפשר שלא האמין לאחד מהם אם לא בצירוף חבירו ולמה יהיה נאמן עכשיו לבדו הרי בטל המינוי ולפי הנראה שהרשב"א לא החליט לומר שלא ימנו אחר עמו אלא שאמר שאם נאמר שלא יהיה האחד נאמן מכל מקום אין להקל עסק בזה אלא נשאר הדבר לבניו וכמו שצוה וכתב אח"כ שמ"מ אין המינוי בטל לגמרי בשום פעם שלא לחלק לעניים כיון שאין כאן אלא אחד זהו אינו אבל לא החליט שלא ימנו הקהל אחר עמו וישאר זה לעולם לבדו ואיך שיהיה נראה שאין להעמיד הממון תחת יד אחד מהם אם מת חבירו שהרי כתב הרשב"א דאף במינוי הקהל הוה כך ואנו רואים מנהג הקהלות כשממנים שני גבאים על זמן מה ומת א' מהם שמושיבין אחר במקומו וכן בשאר מינויים א"כ כ"ש מממון שאין להאמין לאחד מהם וכ"ש דמה שאנו רואים שברבות השנים הנאמנים מעוטים וכמה וכמה יתומים שנתמוטטו נכסים שלהן על ידי האפטרופוסין אע"פ שהיו בחזקת כשרות ודאי ראוי להקהל לפקח בזה וכבר נהגו בקהלות קדושות למנות אבי יתומים ולפקח בעסקי אפטרופוסין ע"כ גם בזה יפקחו ויראו שאין להשאיר הממון ביד אחד מהם.

ע"כ: מ"מ מדברי מור"ם הנ"ל שכתב אין הקהל יכולין למנות אחר משמע דהחליט הענין: אכן מצאתי למהר"ד דיאינא ז"ל הוב"ד בפחד יצחק אות א"פ שכתב וז"ל מצאתי הגהת מהרמ"א בהל' צדקה י"ד סי' רנ"ח על סעיף ה' כתב וז"ל ואפ"י היו האפוט' שנים ומת אחד מהם אין הקהל יכולין למנות אחר אלא הנשאר יעשה מה שירצה וכמו שצוה הנותן ולכאורה הוקשה על מ"ש הרשב"א בשתי תשובות הביאם הב"י טח"ם סי' י"ג שכל שקבלו עליהם הקהל או יחידים דעות אנשים ד' ה' או יותר לדיינים או פשרנים אין הולכין אחר הרוב אלא שיסכימו כולם ואם נסתלק אפ"י האחד בטל דינא ולבית פריקנא לה דשאני התם לענין צדקה משום לתא דממון שאין לו תובעים דעלה התם קאי אבל באפטרופוסות של יתומים בין שנתמנו מאביהן בין מב"ד הכל לפי מנויים בדקדוק ואפ"י בסתם כשנתמנו שנים או שלשה או יותר ונסתלק אחד מהם בטל כל האפטרופוסות מכח תשובת הרשב"א דלעילא ומדין שלוחים ושותפים שאין לשנות מדעת המשלח והשותף שעמ"כ המנינהו ולא באופן אחר.

ע"כ: ואף דמשמעות דברי הט"ז לא משמע הכי כאשר יראה הרואה. מ"מ מדברי מהריב"ל דסי' י"ז הנ"ל אין להוכיח הפך מדבריו.

דאפשר דלא פסק כן אלא בנדון דידיה דהתם הרב קאי באפוטרופוס על ההקדש שעשתה אותם האשה המצווה שיתנו ההנאה באיזה מקום שירצו ברצון שלהם. דהוי ממון שאין לו תובעים וסגנון דברי מור"ם משמע כדבריו.

שהרי בתחלת דבריו איירי בממון שאין לו תובעים. וע"ז סיים ואמר ואפ"י היו וכו'. ואח"כ ציין וכתב וע"י בח"א סי' ש"א. ושם סעיף ה' מבואר האי דינא דממון שאין לו תובעים.

ואף דמדברי ה' משפט צדק ח"א סי' מ"ב משמע להיפך דהא לא איירי באותה תשובה בממון שאין לו תובעים. ואפ"ה הביא דברי הרשב"א הללו ומהריב"ל ז"ל דמסכים לסברתו וכתב דמי יוכל להוציא ממון מן המוחזק נגד סברתם.

ע"ש: מ"מ הרי שלא החליט הענין. ולא פסק כן אלא מטעם דאין להוציא ממון מן המוחזק: ובמאי דאנן קיימין לא צריכנן לכ"ז.

דע"כ לא קאמר הרשב"א ז"ל שאין זה דעת הצבור ולא דעת היחיד. אלא בדאמר סתם פלוני ופלוני.

אבל היכא דפריש דבריו ואמר פלוני ופלוני. שניהם יחד דגילה דעתו להדיא מזה לא איירי הרשב"א.

שהרי כתב באותה תשובה כמו שהביא דבריו רבינו הב"י ביו"ד סי' רל"ט וז"ל וכן אין להקל למנות אפוטרופא אחר עמו שההקדש הזה אינו מתחלק אלא ע"י האפוטרופוסין שמינו או ע"י בניו אחריהם ואם דעת דעת המצווה שיהיו האפוטרופוסין השנים או אפ"י האחד מהם מחלק ההקדש הא' הנשאר יחלק כבראשונה ואם אין דעתו שיחלק האחד אלא שיהיו השנים קיימים א"כ יחזור החלוקה אצל הבנים ולא אצל גזבר אחר שימנו הקהל ע"כ.

וע"ז כתב ומ"מ אני רואה וכו'. הרי דבתחילת דבריו מצדד בדעת המצווה.

אם דעתו דסגי ליה אפ"י בחד. או לא.

ושוב פשיט ליה דדעת המצווה היא דאפ"י בחד סגי ממה שרואה בכל המקומות וכו'. וא"כ מזה מוכח דלא איירי הרשב"א אלא במי שדבריו סתומים כגון דאמר פלוני ופלוני סתם.

אבל לא במי שפירש דבריו כה"ג דאנן קיימין ביה דפירש ואמר שלשתן יחד. דליכא שום ספיקא בכוונת דבריו.

דמסתברא דבזה יודה דבעינן כולן יחד: תו איכא לאורועי כחא דהאי אפוטרופא מצד אחר. והוא ממה שמבואר בשאלה וז"ל ושוב עמד הבן היורש של כהר"ש הנז' שהוא גדול בשנים יותר משלש עשרה שנה כמו שראינו אחו"מ קב"ע כו"ח משע"כ שהבן הנז' הוא גדול כנז' וכו': הנה בזמן החולף משנת ולהורו"ת ליצירה כתבנו על רזא דנא בתשו' שאלה לעיר צפרו וזה לשונינו הצריך לעניינינו.

ועוד דהגם שנאמר דכוונת המצווה גם על חלק הבת הגדולה אפ"ה יכולה הבת הנשואה לומר אי איפשי באפוט' שהרי כתב מר"ן הב"י סי' ר"ץ וז"ל כתוב במישרים בנתיב כ"ו ח"א וז"ל כתבו הפוסקים דאם מינה האב אפוט' לגדולים שיכולין לומר אין אנו צריכין לאפוט' ומוציאין מתחת ידו זולתי אם השליש בידו ממון על דעת לעשות כו"כ משום דמלד"ה כדאמרין גבי המשליש מעות לבתו בפ' מציאת האשה ד' ס"ט עכ"ל ופסקה מור"ם בהגה סי' הנז' סכ"ו.

והנה לכאורה דברי רי"ו ז"ל קשים להולמם עם מ"ש הרמב"ם ז"ל ופסקו מר"ן סי' הנז' וז"ל קטן שהגדיל אפי' היה אוכל ושותה יותר מדאי ומפסיד והולך בדרך רעה אין ב"ד מונעין ממנו ממונו ואין מעמידין לו אפוט' אא"כ צוה מורישו שלא יתנו אלא אם יהיה כשר ומצליח או שלא יתנו עד זמן מרובה ע"כ.

הרי להדיא דהאב יכול לעשות אפוט' לבניו הגדולים. וכן מצאתי להרב המבי"ט ח"א סי' של"ה וזל"ה ואע"ג דב"ד אפוט' לדקנני לא מוקמינן ואבי יתומים נמי אינו צריך למנות אפוט' אלא על בניו הקטנים אפ"ה אם נראה לו למנות אפי' על הגדולים ג"כ לזמן ידוע מפני שנראה לו שלא היו ראויים עדיין בממון או לסיבה אחרת שנראה לו רשאי הוא ומצוה עליהם לקיים דברו וכמו שנראה מדברי הרמב"ם שכתב קטן שהגדיל וכו' עד זמן מרובה ע"כ.

ולשונו זה הביא בח"מ סי' ר"ץ ובסמ"ג וכן בצרור הכסף משמע דאב או מוריש רשאי למנות אפוט' על היורש הגדול ומונעין אותו ב"ד מלהחזיק בממונו עד זמן שצויה המוריש מדכתב קודם אין ב"ד מונעין ממנו ממונו ע"כ. ובסוף התשובה כתב ומה שנמצא במישרים נתיב כ"ו שכתב כתבו הפוסקים דאם מינה האב אפוט' לגדולים וכו' לא נמצא כתוב בשום פוסק המצוי אצלנו והרי הרמב"ם וסמ"ג וח"מ וצרור הכסף שמשמע מדבריהם הפך זה כמו שהבאתי למעלה ע"כ יעוש"ב.

ולפ"ז יש לתמוה על מר"ן הב"י שלא העיר על דברי רי"ו שהרמב"ם ז"ל חולק ויותר תימה על מור"ם שקירב את הרחוקים וכתב על דברי הרמב"ם ז"ל דברי רי"ו כאלו כחדא שריין. וגבה טורא בינ'ן.

וע"כ צריכין למשכוני נפשין כדי שיהיה זוגן עולה יפה בג' פנים. הפן הא' דהרמב"ם ז"ל מיירי היכא דיש בו משום מלד"ה.

והפן הב' דרי"ו ז"ל מיירי בשאינו הולך בדרך רעה. ואל השלשה ל'ו בא דע"כ לא ס"ל להרמב"ם שהאב יכול למנות אפוט' לגדולים אלא דווקא כשמינה להם אפוט' בעודם קטנים אז יכול להרחיב זמן מרובה אף לאחר שיגדילו דמגו דחיילא זמן הקטנות חיילא נמי זמן הגדולות אבל אם מינה להם אפוט' בהיותם גדולים יכולים למחות ובהכי מיירי רי"ו ז"ל.

שוב מצאנו להכנה"ג סי' הנז' בהגהב"י אות קס"ז וז"ל ממ"ש הרמב"ם. ז"ל ורבינו בעה"ט ז"ל אא"כ צוה המוריש וכו' הוכיח מהר"ם מטררני ז"ל בח"א סי' של"ה דס"ל ביש כח ביד האב למנות אפוט' אפי' לבניו הגדולים וכו' ומהרי"ק ז"ל הביא דברי רי"ו

ז"ל בסי' זה סכ"ו ולא ביאר שהפוסקים חולקים עליו נראה דס"ל דדברי הרמב"ם ורי"ו ז"ל יש להם ישיבה אחת בעולם.

וכן נראה מספר המפה שעל מ"ש הרב ז"ל לשון הרמב"ם ז"ל הגיה וכתב עליו לשון רי"ו ז"ל ונראה שהם ז"ל סוברים שהרמב"ם ז"ל מיירי כשהשליש המעות בידו לעשות כו"כ דבהא אפי' רי"ו ז"ל מודה דמלד"ה. ועוד אפשר לומר דהרמב"ם מיירי כשיודע שהוא אוכל יותר מדאי ומפסיד ממונו בדרך רעה שאז ביד האב למנות אפוט' עליו שלא יפסיד ממונו דהוי כקטן אבל רי"ו מיירי בגדולים בני דעת שיכולים לומר אין אנו צריכין לאפוט' א"נ דהרמב"ם מיירי בשמינהו המוריש כשהבן קטן וצוה שלא יתנו לו עד זמן פלוני או עד שיהא כשר ומצליח אבל רי"ו מיירי בממנה אפוט' לבניו והם גדולים בעת המינוי.

ע"כ.

גם בתשובתו ח"מ סי' רי"ו כתב וזל"ה אבל ממה שהרב בב"י הביא דברי רי"ו ולא ביאר שהפוסקים חולקים עליו נראה דס"ל דהרמב"ם ז"ל ורי"ו ז"ל יש להם ישיבה אחת בעולם וכן נראה מהרב בעל המפה שעל מ"ש הרב דברי הרמב"ם ז"ל בספר הקצר הגיה עליו לשון רי"ו ע"כ. עד כאן לשונינו שם הצריך לעניינינו: גם ה' משפט צדק ח"א סי' מ"ב כתב וזל"ה אלא יראה לענ"ד דאליבא דכ"ע בנ"ד שנתבטל האפוטרופוסו שכ' רי"ו נתיב כו' ח"א וז"ל כתבו הפוסקים וכו' והביא מהרי"ק לשון זה מרבינו ירוחם בלתי שום חולק והתימה על הרשב"א [שהביא הב"י סי' ר"ץ מח"ו ט"ו] למה לא כתב דרך זה לסלק האפוט' אפי' בתוך הזמן ואפי' שלא מת א' מהיורשים וכגון שהגדילו מה תאמר שהרשב"א מיירי ביתומים קטנים זה א"א דא"כ כשמת א' מהם למה מסתלק האפוטרופוס שהנה להיותם קטנים יצטרכו לאפוטרופוס ואפי' לא מנה האב היה צריך הב"ד למנות שהב"ד אביהם של יתומים ולמה להו לב"ד לשום אפוט' אחר דאטרוחי ב"ד בכדי לא מטריחין וכו' אלא שי"ל דשאני התם נדון הרשב"א ז"ל שאפשר שכשצוה היה יתום קטן וא"כ מאחר שהתחיל לנהוג אפוטרופוסות בצוואת האב ובאו לידו הנכסים בזמן אשר לא יוכל הקטן לסרב כשהגדיל נמי לא יוכל למאן עד הזמן שהגביל אביו והוי כאלו הושלשו מאחר שבאו לידו של האפוט' בהיות הבן קטן אשר לא יוכל לסרב לא כן כשהוא גדול בשעת מינוי האפוטרופוס ולא הושלשו בידו לשום כך שיכול לסרב מאחר שבעת ההיא הוא גדול ולכן הרשב"א ז"ל שם לא כתב דרך זה ואפי' אם נאמר שהרשב"א פליג על הפוס' ההם מ"מ בנדון דידן נסתלק האפוט' לדעת הרשב"א מאחר שמת האח הראשון וגם לדעת שאר הפוס' נסתלק מטעם שאינם רוצים בו האחים להיותם גדולים עכ"ל: מעתה בנדון דידן כפי שמבואר בשאלה שהיורש הוא גדול הא ודאי דהרשות בידו לעכב על אותם אפוטרופוסים: והגם דהיורש לא הניח הממון בידו אלא נתנם לאפוט' אחרים אין בכך כלום.

דמאחר דיכול להוציאם מהאפוט' מי יכול לעכב בידו שלא ליתנם לאחרים שירצה: והגם דמצינו לרבינו הכנה"ג בתשו' ח"מ סי' רי"ו אמאי דקי"ל כל שגדלו היתומים הזכר מבן י"ג שנה ויום א' והביא שתי שערות והנקבה מבת י"ב ויום א' יכולים להוציא הנכסים

מיד האפוט' בין מינהו אבי יתומים בין מינהו ב"ד אפי' שאינם בקיאים בטיב משו"מ כמ"ש הריב"ש סי' תס"ח.

כתב וז"ל אפשר לי לומר דיש חילוק בין כשהקטן דורש דמים ונכסים שהניח מיד האפו' להיותם בידו לכשדורש אותם ליתנם ביד האפוט' אחר. דכששואל נכסיו להיותם בידו הרשות בידו לעשות כן דאפוט' לדקנני וכו' והיתום הזה אינו רוצה באפוטרופוס שהוא ישגיח בנכסיו כי אין לאיש נכבד מנפשו אבל כשהקטן רוצה להוציאם מאפוט' זה וליתנם ביד אפוט' אחר דמאחר דגלי דעתיה דניחא ליה באפוטרופוס אלא שרוצה להוציאם מזה וליתנם ביד אחר חוששין לכבודן של ראשונים ואין כח ביד היתום להוציאם מידו וליתנם ביד אפוט' אחר וכן מצאתי למהר"י אדרבי ז"ל בסימן תי"א אחר שהסכים שיכול היורש כשהוא גדול להוציא המעות מיד האפוט' כתב אבל אם אינם רוצים אלא להחליף האפוט' אין הדין עמהם כיון שנתמנה האפוט' ע"י הקהל אין ראוי להעבירו אלא בטעם מספיק וכמ"ש הרמב"ם ז"ל כו' וכ"ש בנ"ד כיון שנתמנה האפוט' ע"י ב"ד הקהל אין יכולין היתומים להחליפו ולסלקו אם לא מטעם מספיק שיראה בעיני הב"ד ע"כ: מ"מ אחד הרואה ולבבו יבין דטעמא קלישא הוא.

דמפני כבודן של ראשונים יניח ממונו בידם בע"כ אתמהא. אלא מעתה המפקיד ממונו ביד אחד לשמרו אינו יכול להוציאו מידו.

וליתנו ביד אחר מפני כבודו של ראשון. ואף אם קבלה נקבל מפני כבודן של ראשונים כמלאכים הבו דלא לוסיף עלה.

ודוקא בשכבר התחילו לנהוג האפוט'. ואולם כאשר יהיה האופן כה"ג דאנן קיימין ביה דלא התחילו לנהוג האפוט'.

דיכו' היורש כשהוא איש להוציאם מידם וליתנם למי שיר'. והו"ל כשא' אינשי דעלמא דמוציאין מזה ונותנין לזה.

ובפרט דמצינו לרבינו הכנה"ג סי' ר"ץ הגה"ט אות צ"ו דמחליפא שיטתיה ודבריו סתראי נינהו וז"ל רצה היתום הזה להוציא המעות מיד האפוט' זה שמינהו ב"ד וליתן מעותיו ביד אחר אינו יכול. מהר"י אדרבי ז"ל סי' תי"א.

ואיני הולמו דכיון דנתנה רשות ליתום להוציא המעות מיד האפוט' מי יעכב על ידו אם רוצה ליטלם מיד האפוט' וליתנם ביד אחר ומה שהביא ממ"ש הרמב"ם ז"ל שאין מסלקין האפוט' בלא טעם מספיק מה ענין זה לזה התם הוא בעוד שהיתום הוא קטן וצריך לאפוטרופוס אין מסלקין אותו בלא טעם מספיק אבל לאחר שגדל היתום ופקע אפוטרופוסו ממילא למה לא יהא היתום נוטל מעותיו ממנו ונותנם לאחר כגדול שנתן מעותיו לראובן לשמרם וכשירצה נוטלם מראו' ונותנו לשמ' ומי מוחה בידו עכ"ל: האמנם.

דא עקא.

נפל פתקא.

דאיכא ספיקא. דאיכא סהדי.

דסתרי אהדדי. שויוה למילתייהו כחוכא.

מתוך ההפכה. עזוז אש מלחמה.

דין גרמ'א. להטה מסביב ותאכל פרי הצדק.

ואנחנו לא נדע הישר הולך לחזק את בדקו. למען צדקו.

יתנו עדיהן ויצדקו. באופן דאנן לא איתברר לנא.

היורש.

כשהוא איש. ואי צילא דעתיה דמוריש: מעתה נדעה נרדפה לדעת מהו הדין כאשר יהיה האופן בפלוגתא דרבוותא.

או ספיקא דדינא או ספיקא דתרי ותרי. אם האפוט' קיימת א"ל: והנה.

ה' מהריב"ל ז"ל. בשניות סי' ע"ו כתב וזל"ה דברי זאת הצוואה הם סתומים וחתומים כי זה האיש ראובן צוה שאשתו תתעסק ותסתחר בכל נכסיו כל ימי חייה ואחר פטירתה יכנס שמעון אחיה במקומה.

ואח"כ צוה שיתנו בתו בת יחידאה לבנו של שמעון אחיה כשתגיע לפרקה. ואם הבת היורשת תקח כל הנכסים בנדונייתה כי אין לה אח במה תתעסק ותסתחר כל ימי חייה וא"כ יש לנו לפרש ולומר שכוונת ראובן במה שתתעסק ותסתחר כל ימי חייה בכל נכסיו היינו עד שתגיע הבת לפרקה וכוונתו היא לומר שאם תמות האשה קודם שתגיע הבת לפרקה שיכנס שמעון במקומה אבל בעודה בחיים חייתה ולא הגיעה הבת לפרקה תתעסק ותסתחר האלמנה בכל נכסיו ושמעון אחיה לא יהיה לו עסק בהם או אפשר לפרש ולומר דזה האיש ראובן לא רצה שיתנו הנכסים למי שתנשא בתו אליו בנדונייא בתורת נצ"ב שאם פיחתו וכו' אלא שהיו הנכסים נ"מ ושיהיו ביד אשתו כל ימי חייה.

ואחר מיתתה ביד אחיו שמעון ואיברא דאם לכוונה ראשונה נתכוון ראובן. אם היא אינה שוטה כיון שהגיעה לפרקה בת י"ב שנים ויום א' והביאה שתי שער' יתנו לה כל נכסיה. וכמ"ש הריב"ש ואם היא שוטה כיו' דסתם אפוט' אינו אלא עד שיגדלו. וזאת הנערה כבר הגדילה נסתלקה האלמנה מהאפוט'.

והב"ד ממנין לה אפוט' ואם נפשך לומר דדילמא לכוונה שניה נתכוון ראובן שתהיה אפוט' כל ימי חייה אף לאחר שתנשא הבת וכיון דכן הוא דהוייא ספיקא אם נתכוון ראובן לכוונה ראשונה או לכוונה שניה לא מסלקינן לה מספיקא מהאפו' הא ודאי לאו מלתא היא דמסתברא דכיון דאמרינן דאין ב"ד ממנים נשים לאפוט' וכיון דהוייא ספיקא א"כ אין ספק מוציא מידי ודאי וכבר היה אפשר לומר דמהאי טעמא אפי' היכא דנפל ספק בכל האפוט' אע"ג דלאו הוא אשה אלא גברא מסלקינן ליה עכת"ד: עין רואה.

דס"ל למהריב"ל ז"ל דהיכא דאיכא ספיקא באפוט' איש או אשה שוין ומסלקינן ליה: ואולם אשכחנא דמחליפא שיטתיה דהרב שם בשניות בתשו' מ"ח וזל"ה הכלל העולה מהדברים דיראה לדעתי הקצרה דזאת הצוואה היא בטלה ולי' בה ממש במה שצוה שלא תטול כי אם עשרה שולטאניש אם לא תלך לדור עם זקנתה בצפת.

ועל מה שמנה אשתו אפוט' וצוה שלא יצאו הנכסים מתחת ידה עד שתנשא היתומה ותבא לדור בצפת יראה דבריו קיימין ואע"ג דלכאורה היה נראה דאפשר לדון ולומר דדילמא הא בהא תליא דכוונתו למנות אפוט' אם תשב בת בנו עמה אבל אם הבת תשב בארץ והנכסים בצפת מה יעשו ביום שידובר בה ואמדינן דעתה דבכה"ג לא היה ממנה אותה אפוט' ולא יהא אלא ספק חזר אפוט' לאביהם של היתו' שהם הב"ד ימנו אפוט' למי שיראה בעיניהם גברא דמהימן וראוי לכך ואיברא דהנך מילי לאו מילי דסמכא נינהו להוציא האפוט' מחזקתה ומשום הכי יראה לי דבמה שצוה שתהיה אפוט' עד שתנשא הבת דבריו קיימין ובמה שצוה שלא תטול כי אם עשרה שולטאניש אם לא תלך הבת לצפת דבריו בטילין וכדאמרן.

עכ"ל: הרי מבואר דמספיקא לא מפקינן אפוטרופא מחזקתו ואפי' אשה. ואלו באידך תשובה דסי' ע"ו סבר דמסלקינן ליה אפי' כשהוא איש: וחזיתיה לה' משאת משה סי' י"ד באיש שהקדיש מנכסיו אלף כסף וצוה שראובן יהיה אפו' על ההקדש לחלק פירותיו לת"ח אשר יחפוץ ונתן לו רשו' מספיק למנות במקומו אפוט' אחר ואותו אפוטרופו' יכול למנות אחר עד כמה ומסר הכח והשלטנות לו ולהעתידים להתמנות מתחת ידו לעשות בהם כאדם העושה בשלו.

ואחרי כעשר שנים הרשה ראובן את שמעון אחיו בתורת אפוט' וכאשר נפטר ראובן קמו פרנסי הקהל לסלק את שמעון ולמנות אפוט' אחר ובאים בטענה דלא השליטו המקדיש לראובן אלא בעודנו ראובן חי במה שלא פירש המקדיש שיהא כח ראובן יפה בממנה אחרים אף לאחר מיתתו דמן הסתם כל זמן שהוא חי משמע.

ושמעון צווח כנגדם דהרשות נתונה לגמרי משמע בחיים ובמות. ופליגי שם ה' משאת משה ומהרש"א ז"ל כאשר יראה הרואה שם בסי' ט"ו שהביא את דברי מהרש"א ז"ל והשיג עליו וז"ל שוב חזיתיה להרב ה"י דאתי עלה בנ"ד מטעמא דמי יימר שהרי כתב דמ"ש המקדיש שכל מה שיעשה הבא מכחו יחשב כאלו הוא עשאו מנ"ל שנתכוון בחיים ובמות עד מ"ש דמאן לימא לן דבתר דשכיב לא יהיו רשאינן ב"ד לעשות וכו' זהו ת"ד.

ואני אומר דהא דפשיטא ליה למני"ר דמספקא דמי יימר שלא כיון דעתו לכך מדחי גברא מקמי גברא. לע"ד מבעיני לן וצריכה רבא למדחי גברא ממינוייו מחמת טענת ספק.

אדרבא הרואה יראה להרב הגדול מוהריב"ל בשניות סי' מ"ח עלה ונסתפק אכיוצא בדבר וז"ל שהיה מקום לפום ריהטא לומר דכו' האב היתה למנותה אפוט' אם תשב בת בנו עמה אבל שתהא היא בארץ כו' אדעתא דהכי לא היה ממנה אותה ולא יהא אלא ספק תחזור האפוט' לאביהם של יתומים הב"ד והמה ימנו הטוב בעיניהם.

והדר אסיק עלה דכל הני מילי לאו מילי דסמכא נינהו להוציא את האפוט' מחזקתה והנ' לו ודאי דמה שצוה שתהא אפוט' דבריו קיימים ע"כ. הנה בהדיא חזינן ליה להרב ז"ל דלא עצר כח למדחי גברא ואפי' אשה דלא חזיא לאפוט' לא מצא עזר למדחייה מחמת ספיקא דלמא כיוון דעתו המצווה לכך וכך אע"ג דאמידניה כמו שיעו"ש.

והלום הרב ז"ל נראה לכאורה דמחליפא שיטתיה ממ"ש בסימן ע"ו באותו חלק. הנה כבר עמדו עלה דהא אחרוני הפו' לפי מה שאני זכור ורצו לזווגם ואיך שיהיה לא יהא אלא ספק מאן חשיב ורקיע למדחי גברא דאמני מקדיש מספי' בעלמא דשמא ושמא כיוון מקדיש בשעת מינויו לא' מכל אלא כ"ש דנ"ד לית ביה ס' מטעמי דכתי' לא נצרכה אלא לאפוקי מאי דפסיק ותני מר ש"י לרחק המקורבין מפאת טענת ספיקא דליתא עכ"ל: תו חזיתיה להכנה"ג סי' ר"ץ הגה"ט אות ל"ד שכתב וז"ל אפוט' שמנהו אבי יתומים וי"ל שלא מינהו אלא על מנת כך לא מסלקינן ליה אפי' אשה.

מהריב"ל ס"ב סי' מ"ח. בסי' ע"ו כתב בהפך דאם הוא ספק אם נתכוון המצוה לכוונה ראשונה ולא הוי' אפוט' אחר שגדלה הבת או שנתכוון לכוונה שניה והויא אפוט' עד שתנשא הבת אע"פ שיהיה האפוט' איש ולא אשה מסלקינן ליה וכ"ש בהיות האפוט' אשה ואמרינן בפרק הניזקין אין ב"ד ממנין אפוט' לא נשים וכו'.

ונראה לחלק דבשלמא בסי' מ"ח הבת היא צריכה לאפוט' אלא שיש ספק אם צוה לאשתו שתהיה אפוט' כשתבוא הבת לצפת וע"ז כתב הרב ז"ל דמספיקא לא מסלקינן אבל בסי' ע"ו שהנדון היה שהבת הגדילה והיתה שוטה בגדלות הבת נסתלק האם מאפוט' מאליה אלא שצריכה הבת אפוט' מטעם שהיא ודאי שלא נתכוון האב לעשות אפוט' עד שתנשא הבת אפי' שתהיה שוטה דדבר דלא שכיח הוא שתנשא השוטה כשתגיע לפרקה.

אי נמי בנדון מ"ח לספק הא' האפוט' הוא מכח האב אבל בנ"ד דסי' ע"ו אפוט' הבת אחר שהגדילה אלא שהיא שוטה הוא מוטל על הב"ד למנות אפוט' על נכסי השוטה ואם אנו אומרים שתשאר האשה אפוט' עד שתנשא הרי הוא כמי שבית דין ממנין לה עכשיו ואין ממנין ב"ד אשה לאפוט' עכ"ל: ובעניותי אחר נשיקת הרצפה.

לא ידענא מאי קא' דמ"ש או שנתכוון לכוונה ב' דהויא אפוט' עד שתנשא הבת וכו'. מהריב"ל ז"ל לא כתב כן בכוונה שניה.

אלא כל ימי חייה ואפי' תנשא הבת יהיו הנכסים נ"מ ושיהיו ביד אשתו. וכן מבואר בסוף דבריו ג"כ ואם נפשך וכו' דדילמא לכוונה שניה שתהיה אשתו אפוט' כל ימי חייה אף לאחר שתנשא הבת וכו'.

גם מאי דחילק הכנה"ג בחילוק א'. לא ידענא מאי קאמר.

דלכאורה נראה בכוונת דבריו שכתב אבל בסי' ע"ו וכו' שהבת הגדילה והיתה שוטה וכו' נסתלק הבת מאפוט' מאליה. דר"ל בין לכוונה ראשונה בין לכוונה שניה.

וה"ט דלפי כוונה ראשונה הרי הגיעה לפרקה ולא נשארה להאשה אפוט' מכח מינוי האב ואפי' לכוונה שניה דעד שתנשא אפ"ה משהגדילה והיא שוטה פקע האפוט'. וה"ט דודאי לא נתכוון האב לעשות אפוט' עד שתנשא אפילו שתהיה שוטה דלא שכיח שתנשא השוטה.

ואינם מובנים לי. דלפי זה לא יש חילוק בין הכוונות דלכל הכוונות אין כאן אפוט' כשגדלה והיא שוטה ואין כאן ספק.

ואין כאן מבואר בדברי מהריב"ל ז"ל אלא דאפי' הוא ספיקא מסלקינן לה. וד"ק בדבריו שכתב מסתברא דכיון וכו' וכבר היה אפשר וכו'.

ועוד לא יצדק חילוקו של הכנה"ג לפי מה שנתבאר בדברי מהריב"ל בכוונה שניה שתהיה אפוט' כל ימי חייה אפי' תנשא הבת דלכוונה זו האפוט' קיימת אפי' תנשא הבת בין שתהיה הבת בת דעת או שוטה דאין כוונה זו תלויה בנישואי הבת לשנאמר כמ"ש הכנה"ג דלא נתכוון משום דלא שכיח: גם החילוק השני של הכנה"ג דחוק הרבה כאשר יראה הרואה: ולדבריהם דרבנן הכנה"ג וה' משאת משה ז"ל תו קשייא לי ממ"ש הטור ח"מ סי' רמ"ו ס"ז ואם אמר כתבו ותנו לו כל נכסי ואינו מייפה את כחו אפי' אפוט' לא עשאו שהרי זה בא לעשותו אפוט' בדרך הקנאה וחיישינן שמא לא גמר לעשותו אפוט' אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה.

ע"כ.

וכתב הרב"י זה נלמד ממאי דאמרינן בפ' אעפ"י דנ"ה ע"א ובפ' מי שמת ד' קכ"ב ע"א גבי מתנת שכ"מ שכתוב בה קנין ע"כ. ושם נאמר דשמואל אמר לא ידענא מאי אדון בה שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה.

וכ"פ מר"ן בש"ע סי' רמ"ו ס"ה וז"ל אם אמר כתבו ותנו לו כל נכסי ולא ייפה את כחו לומר תנו לו כל נכסי ואף כתבו אפי' אפוט' לא עשאו ע"כ. מבואר להדיא דהיכא דאיכא ספיקא אין כאן אפוט': איברא דמצינו להרשב"א דפליג ע"ז והב"ד בב"י סי' ר"ן מח"ו ח' וכ"פ מור"ם בהגה סי' ר"ן וז"ל ש"מ שצוה להיות פו"פ אפוט' על נכסיו וקנו מידו דבריו קיימים ואין בזה ייפוי כח ע"כ ודבריו הללו הם נגד דברי מר"ן דסי' רמ"ו.

ועי' כנה"ג סי' רמ"ו הגה"ט אות כ"ה שתמה שהרשב"א סותר את עצמו מתשו' לתשו' ותמה ביותר על הרב בהג"ה שבסי' רמ"ו לא הגיה כלום ובסי' ר"ן כ' להיפך ע"ש: מ"מ הרי הרשב"א בתשו' הלזו ביאר הטעם כמ"ש בב"י ומסתברא שלא אמרו אלא לענין מתנותיו אבל לענין אפוט' אינו כן דמה הוא נותן להם שנאמר דלא גמר להקנותו להם אלא בשטר והלא השטר אינו אלא לראיה שהוא ממנה אותם אפוט' ע"כ.

וא"כ מהתימה על רבינו מהריב"ל ז"ל בסי' מ"ח איך עינא דשפיר חזי לא שלטא בס' רבינו הטור והפוסקים הנז'. גם הדבר תמוה מצד עצמו דאיך נאמר דאף דאיכא ספיקא האפוט' קיימת.

דלא עדיף האי אפוט' ממקבל מתנה דקי"ל דכל היכא דאיכא לאסתפוקי בלשון המתנה אם נתכוון למתנה גמורה על המקבל להביא ראייה וכדפסק מר"ן הש"ע סי' רמ"ו ס"ד. וצא ולמד מדברי מר"ן הב"י שהצגנו לפניך שכתב עמ"ש הטור אפי' אפוט' לא עשאו שנלמד ממתנת שכ"מ שכתוב בה קנין: ואולם אם נאמר דמהריב"ל ז"ל איירי בשכבר התחיל לנהוג אפוט' והוא מוחזקת אפי' נגד היורשים אתי שפיר הכל.

ולא רחוקה היא. דהכי אשכחן למהרא"ש ז"ל סי' קפ"ח דהתם ה' קאי באשה שנתנה במתנה כל נכסיה לאפוט' דלאחר מיתת הבנות היורשות יזכה בהן האפוט' שמניתה עליהן.

וע"ז קאמר מ'ר דלכאורה נראה דכיון דמדי פלוגתא לא נפקא אי זכה האפוטר'ו במתנתו או לא. דלא זכה שהרי כתב הריב"ש סי' תס"ח אין מוציאין מחזקת היורש על הספק ושוב הדר ביה דהא ודאי ליתא דבכה"ג גם הריב"ש יודה כיון דהמקבל מתנה הוא אפוטר' הרי הוא מוחזק בנכסים ובודאי דכיון לתפוס לענין מה שנוגע אליו ותפוס מיקרי וכו' ע"ש.

ונמשכו אחריו מהר"א אלפאנדארי ומוהריק"ו בגבעות עולם סי' ל"ד ול"ה. וכבר למדנו מתורתו של מר"ן דנלמוד דין אפוטר' מדין מתנה.

וא"כ אף אנן נמי נימא דכי היכי דלענין מתנה קרו ליה סרכין תלתא מוחזק אחר שהוא תפוס. אף לענין מינוי אפוטר' נימא הכי: הן אמת כי הפרמ"א השיג על מהרא"ש ז"ל הוב"ד בגבעות עולם סי' ל"ז יעו"ש.

ועי' שע"א ח"ב סי' כ"ו ד' מ"ח שהאריך בזה: באופן דלפ"ז צריכין אנו לומר דמהריב"ל ז"ל בסי' מ"ח איירי בשהתחיל באפוטרופוסות והוא תפוס. ולכך כתב דהנך מילי לאו מילי דסמכא נינהו להוציא האפוטר' מחזקתה.

ואולם ההיא דרבינו בעה"ט ומרן בב"י ובש"ע סי' רמ"ו איירי בדלא התחיל כיון דאינו תפוס הוא המוציא ועליו להביא ראיה ומספקא אין כאן אפוטר': אלא דאכתי דברי מהריב"ל סתראי נינהו. ההיא דסי' מ"ח עם ההיא דסי' ע"ו.

וכבר כתבנו מאי דחילק רבינו הכנה"ג ושדבריו אינם מובנים: והנלע"ד בדברי מהריב"ל הוא. דלא פלגן אהדדי ובתרוייהו ס"ל דמספקא אין כאן אפוטר'ו דהנה מתחילה יש לתמוה דמאי דקאמר הרב דדילמא הא בהא תליא וכו' ואמדינן דעתא דבכה"ג לא היה ממנה אותה אפוטר' והדר כתב ולא יהא אלא ספק.

העתקנו דבריו למעלה. לך נא ראה.

והלא אם באנו לדון באומדנא היה הדבר להיפך. דהתם הרב קאי שהמצווה צוה שתירש בת בנו חלק הראוי לאביה בתנאי שתבוא מקושטאנדינא לדור בצפת ואם לא תבוא לא תטול מנכסיו רק עשרה שולטאניש.

והחלק המגיע ליתומה הזאת עם חלק המגיע ליתומי הר"ש בנו על שני החלקים הללו תהיה רחל אשתו אפוטר' ולא יצאו הנכסים הללו מתחת ידיה עד שישגדלו היתומים ועד שתנשא היתומה ותבא לדור פה כמו שהותנה למעלה. הנה מצוואתו נבעו מצפוניו כי חפץ הוא בכת בנו שתדור בצפת עד אשר נתאכזר עליה אם לא תבוא וקא עקר לירושה דאורייתא.

וא"כ הוא.

ודאי דמה שמינה אשתו אפוטר' על הבת הוא אפי' לא תבא לדור עם זקנתה. והראיה מדחזינן ליה דעקר ירושה דאורייתא אם לא תבוא.

ואומדנא דאמיד ה' מהריב"ל ז"ל תצדק באיניש דעלמא דמעשיו סתומים. אז אמדינן דעתיה דלא מינה אותה אפוטר' אלא אם תבוא לדור עמה הלא"ה אין כאן אפוטר'.

ואולם בכה"ג דקאי ביה הרב דמעשיו מוכיחין אין כאן אומדנא כדאמיד הרב ואין כאן אפי' ספק. ואדרבא האומדנא היא להיפך וכמ"ש: ומעתה נבוא לכוונת הרב דבתחילה עשה האומדנא כדאמידנא למי שמעשיו סתומים.

ואף זה היה בדרך לכאורה היה נראה דאפשר וכו'. ואח"ך כתב ולא יהא אלא ספק דבטלה האפוט' ואח"ך כתב ואיברא דהנך מילי לאו דסמכא נינהו להוציא האפוט' מחזקתה ורוצה לומר דהנך מילי דקאמר הרב דאמדינן דעתיה או לפחות הוי ספק דלפי הנך מילי בטלה האפוט' לאו מילי דסמכא נינהו וכו' ור"ל דבנ"ד לא שייכי דהא מעשיו מוכיחים ואין כאן אפי' ספק אלא אדרבא האומדנא היא להיפך מדחזינן דעקר ממנה הירושה אם לא תבא.

וקיצר הרב קצת בלשונו מטעם שכתב שם בהיותו חולה כמשלש חדשים. אבל לעולם כאשר יהיה האופן דאיכא ספיקא בטלה האפוט' וכמ"ש איהו גופיה בסי' ע"ו: מאחר עלות.

כל האמור.

אמינא במאי דאנן קיימין. דבטלה האפוטרופוסות שמינה האב מכמה טעמי.

חדא משום דפריש חד מנהון. והיינו טעמא מההיא דמהריב"ל בשלישי סי' י"ז דלמ"ד לשון תורה לחוד ולשון בני אדם לחוד והיינו אומרים דנתכוון לכולם.

אז אמרינן דלא סמכא דעתיה אלא על כולם. ואף דמדי דפלוגתא לא נפקא ואיכא מ"ד דאין חילוק בין לשון תורה ללשון בני אדם.

מ"מ בנ"ד שהצוואה היתה בלשון ערבי. ובלשון ערבי תיבת א"ו מחברת השנים כמו תיבת א"י בלשון לעז שכתב מהרא"ש ז"ל סי' נ"ב.

ולא מצינו חולק עליו להדיא. ואף אם המצא ימצא איזה חולק.

הרי כתוב בצוואה שלשתן יחד דאתיא ככ"ע וכמ"ש"ל. ואי מההיא דהרשב"א דהביא הב"י בסי' ר"ץ וכמ"ש מהר"ד דיאינא ז"ל.

ומההיא דהרשב"א שהביא הב"י ביו"ד סי' רנ"ט שהסכים עליה מהריב"ל. אין תברא לנ"ד.

דהתם איירי בממון שאין לו תובעים וכמ"ש מהר"ד דיאינא ז"ל. ושכן משמע מסגנון דברי מור"ם יו"ד סי' רנ"ח ס"ה.

וגם מדלא הביאה גם בח"מ סי' ר"ץ. ועוד בדאמר לשון יחדיו לא איירי הרשב"א כמ"ש כ"ז בדברינו לעיל למעיין שם: ואף אם אחר החיפוש בספרן של צדיקים ישתכח מאן דפליג ע"ש.

מ"מ מידי פלוגתא לא נפקא וכבר כתבנו דהיכא דאיכא ספיקא אי האפוט' קיימת אם לאו דאין כאן אפוט'. ושכן היא דעת רבינו הטור ומרן בסי' רמ"ו ס"ו.

ובפרט בנ"ד דאכתי לא החזיקו כמבואר בשאלה. דאז לכ"ע בטלה מספק.

דלא עדיף ממקבל מתנה דסי' רמ"ו ס"ה. ומינה נמי להנך ספיקי אחריני דאתו מחמת שתי כתי עדים המכחשות זו את זו.

דלדין מדי ספיקא לא יצאנו. חדא הא דאסהדו על היורש שהוא גדול בשנים יותר מי"ג כמבואר בשאלה דהגם דמפי השמועה שמענו דאיכא סהדי אחריני דאכחישו לאידך.

אנן מיהא מידי ספיקא לא נפקא. ואולם להאי טעמא.

צריך בדיקת ב' שערות כמבואר בהריב"ש ז"ל סי' תס"ח. ואידך הך ספיקא דתרי ותרי דיתובי דעתא כמבואר בשאלה בזה"ל עוד ראינו קב"ע וכו' משע"כ וכו' שהיו מצויים בעת צוואת אביו וראוהו שהוא מבולבל וכו'.

גם זה מידי ספיקא לא נפקא. ובחדא ספיקא מהני הוה סגי וכ"ש בהצמד יחד דאיכא כמה ספיקי: ואף דה' משאת משה בתשו' הנז' פליג על מהרש"א ז"ל וכתב דמאי דפשיטא ליה למהרש"א ז"ל דמספיקא דמי יימר שלא כיוון דעתו לכך מדחי גברא מקמי גברא.

לדידיה מבעיא ליה וצריכא רבא למדחי גברא מקמי גברא: מ"מ במאי דאנן קיימין נראה דיודה. דע"כ לא קא מבעיא ליה אלא בנדון דידיה דהאפוט' ההוא היה מוחזק כאשר יראה הרואה בתשובתו שם.

אלא דהפרנסים הגיעו לשאול ורצו לסלקו ולמנות אחר. דבקיומו של ראשון אין דיחוי לשני.

דאכתי לא מינוהו ולא נראה כדי שנאמר נדחה. אבל בביטולו במינוי אחר נמצא שהוא דנראה נדחה אע"פ שהוא מוחזק אבל בנד"ד דהראשונים שמינה האב לא החזיקו והאחרונים שמינה היורש החזיקו כמבואר בשאלה.

שבקיום א' מהם. ראשונים או אחרונים.

נמשך דיחוי לאחרים. שהרי נראו כבר כל כת מצד אחד.

והספק נופל בשניהם. יודה דשבקינן לאחרונים המוחזקים.

ואף דנידחו הראשונים לא איכפת. מאחר שאינם מוחזקים.

דלא שבקינן לראשונים שאינן מוחזקים. ודחינן לאחרונים המוחזקים.

מספיקא: ובפרט דכל חיליה דה' משאת משה דמבעייה ליה הוא מההיא דמהריב"ל. דלדידיה הוי מחליפא שיטתיה דמהריב"ל.

וכבר כתבנו בעניותין כוונת מהריב"ל ז"ל דלא פלגן בהדייהו וכחדא שריין. ומה גם דהרואה בתשובתו יראה דס"ל דבנדון דידיה ליכא ספיקא.

וע"ז קא סמיך שם. וכ"ז הוא לרוחא דמילתא.

שכבר כתבנו דעת מר"ן בזה. ותל"מ.

וצויי"מ וימ"ן אכ"ר הכ"ד החו"פ פאס יע"א בשלהי כסליו דהאי שתא והגידו ל"ך א"ת דב"ר המשפט לפ"ק וקיים. ע"ה שלמה אבן דנאן הי"ו.

סימן ו'.

טופס תנאים שהתנו ביניהם איש וביתו הר' חיים בהר' יעקב ה"ן הרוס נ"ע והאשה אסתר בת כה"ר מרדכי אפלאלו נ"ע שהיו כתובים בשפולי הכתובה. וז"ן או"ב תב"ת.

האשה אסתר הנז' הפרישה מממונה סך גדול ושיירה אותם לעצמה כדין נכסי מלוג והתנית על בעלה חיים הנז' שיהיו ידיו מסולקות מהם ומפירותיהן ומפרי פירותיהן עד עולם ורשאה איהי ושלטאה לחלק מהם צדקות ומתנות לאביונים ולעשות כאשר תאווה נפשה ולא יכנסו לכלל חלוקה במיתת אחד מהם בשום אופן אלא תטלם היא או יורשיה נוספים על סדר חלוקה וגביית כתובה בגירושיה שיתבאר לקמן: עוד התנית עליו שאם מת הבעל הנז' בחייה והניח אחריו זרע ממנה.

יתנהגו ע"ז האופן דהיינו אם השאיר אחריו הבעל הנז' נכסים מועטים. הבחירה ביד האשה הנז' או כל אחד יעמוד בשלו.

או יחלוקו כל הנכסים הנמצאים לו ולה שהכניסה לו בנדונייתה. חוץ משאר נכסים ששיירה לעצמה שלא יכנסו בכלל חלוקה אלא תטלם היא שכבר נסתלק מהם הבעל הנז' כנז'.

ואם השאיר אחריו נכסים מרובים תיטול סכי כתובתה עספ"א ואם לא הניח אחריו זרע ממנה אפי' בנכסים מועטים תיטול סכי כתובתה עספ"א: כל זה הוא במיתת הבעל בחיי אשתו הנז'. אכן במיתת האשה הנז' בחיי בעלה הנז' יתנהגו ע"ז האופן.

דהיינו כל אחד יעמוד בשלו. והוא שאם האשה הנז' השאירה אחריה זרע יטול זרעה כל נכסיה.

מה שהכניסה לו בנדונייה עם שאר נכסים שלא הכניסתם כלל בתנאי אם יזכה אותו הזרע שיניח אחריו זרע. אכן אם זרעה לא יזכה להניח אחריו זרע.

או אם לא זכתה האשה עצמה להשאר המין אחריה. יטלו יורשיה סך חמשים מתקאלים כ"ט דוקא והשאר הכ"ל תיטול אותו אחותה מרים או זרעה אם מתה מרים ב"מ בחיי אחותה והניחה אחריה זרע.

ואם מרים הנז' לא הניחה אחריה זרע במותה בחיי אחותה אסתר הנז'. תחזור הזכייה ההיא למי שתרצה לתת האשה אסתר הנז' בצוואתה.

והוכחנו אותה בתוכחות על עון אעבורי אחסנתא ולא קבלה. והשיבה דבהכי ניחא לה.

ובכל החלוקות שאמרנו כ"א יעמוד בשלו. האמין הר' חיים הנז' לאשתו אסתר הנז' ולב"ך נא"ג ומפ"ו כשע"ך על כל חפץ וחפץ לומר שלה מנדונייתה או מנכסי מלוג בלתי תתחייב היא האשה אסתר הנז' או ב"ך שו"ש ואחס"ל בכח הש"ח שיבא זכרונה בסמוך: עוד התנית עליו תנאי זה.

והוא שלא יהיה שום כח במתנה שתתן האשה אסתר הנז' לבעלה הנז' שום חפץ מהנדונייה או מהסבלונות או מנכסי מלוג כ"א בהסכמת ובהמלכת אמה יאקות. ומהשתא רפה כח מתנה שתתן שלא בהסכמת אמה ויכולת לה לחזור.

והיא ואמה יכולין להוציא בולעו מפיו. והאמין הבעל הנז' לחמותו הנז' נא"ג ומפורשת כשע"כ לומר שחפץ זה נטל שלא מרצונה וחייב להחזיר אותו חפץ בעצמו או דמיו או חליפיו בלתי תתחייב שו"ש ואחרס"ל בהש"ח שיבא זכרונה לקמן: עוד התנית עליו שהסבלונות שהעניק לה גם החפצים שיעשה לה בזמן נישואיהן תטלם האשה הנז' בשומא לעת הגירושין בעל כרחו ועליהם ישלים סכי כתובתה: את כל אלו התנאים התנית האשה אסתר הנז' על בעלה הר' חיים הנז' קודם כניסתם לחופה להיותם מוחזקים ומקוימים עליהם ועל זרעם אחריהם.

ואדעתא דכל הנהו תנאי נהיה הזיווג הלזה ביניהם. ונתחו"ג איש וביתו הנז' בשניהם בקש"מ בדל"ב ובשח"כ כ"א למ"ש על כל האמור מראש וע"ס.

והכל כתחז"ל דלא כא"ס וטו"ד ונ"ה בקוש"ח עכמדו"ל באופן המועיל כפי הדין הברור. ולא יורע כח שטר תנאים זה מחמת חסירות ויתירות או לישנא דמשתמע לתרי אנפי אלא הכל יהיה נדרש לתועלת האש"ה.

ומינו אותנו איש וביתו הנז' שלוחים גמורים לכתוב ולחתום שטר תנאים הנ"ב חזק כראי מוצק דלית נגד דיפרקיניה. ולראיה על כל הכתוב פנים ואחור שכך קיימו וקבלו איש וביתו עליהם ועל זרעם להיות עושים ומתנהגים ע"פ התנאים לבלתי ידח מהם נידח שום פרט.

היה זה סמוך לכניסתם ח"פ להרים דגל האמת והשו"ב וקיים. וחתום כמוהר"ר רפאל אבן צור הי"ו.

וכהה"ר יוסף הלוי הי"ו. וס"ל נמ"ך וז"ן תב"ת.

עתה באנו להרחיב הדיבור לפרש שיחתינו מה שכתוב בפנים אכן במיתת האשה בחיי בעלה יתנהגו ע"ז האופן דהיינו כ"א יעמוד בשלו וכו'. יטלו יורשיה סך חמשים מתקאלים מכ"ט דוקא.

והשאר הכ"ל תטול אותו אחותה מרים וכו' יובן הבעל יעמוד בשלו דוקא. ושאר כל הנכסים זיכו אותם הבעל והאשה לאחותה מרים וכו'.

ושניהם כאחד נתקשרו בקושח"ך על הדבר הזה. והיה התנאי ביניהם מפורש כנז' ואדעתא דהכי נגמר ביניהם הזיווג.

ואחר שברור לנו שהיה הענין ביניהם תנאי מתנאי הכתובה. לא הוצרכנו לכתוב קנין כל דבר בקניינו.

והם נתנו לנו רשות לכתוב בכל לשון של זכות ויפוי כח בכל אפ"ה כפ"ה. ולא תגמר שליחותינו אפי' אחר צאתו מתחת ידינו עד יצא כנוגה כפטיש יפוצץ דבר הבא לעקרו.

וכך אמרו לנו אתם שלוחינו כתו"ח כטוב בעיניכם בכל לישני שפירי אשר ידעתם ואשר שמעתם עד אשר יצא מתחת ידכם מתוקן בא"ה כפ"ה. ובפ"ה אתמר שאפי' לאחר צאתו מתחת ידינו ונכנס לרשות האשה ובעלה הנז' ונמצא שכתוב בו לישני גריעי.

בידינו לחסר אותם הלשונות ועדיין יש רשות בידינו לתקן ולהוסיף כל לישני שפירי שיצטרך לקיום תנאים אלו. כללו של דבר כל פרט ופרט מהתנאים המפורשים היה היה פרט אחד עיקרי מתנאי הכתובה.

וע"מ שיתקיימו בפרטותן נעשה הזיווג הלזה בהרחבת פה ולשון יותר מהמצטרך. וע"ד אמת וצדק הנעשה חזרנו שנית להרחיב הביאור רח"ב ח"פ וקיים: הנה הרמב"ם ז"ל הלכות אישות. הלכה ה'.

כתב וז"ל התנה עמה שלא ירשנה ה"ז לא ירשנה וכו' וכן אם התנה עמה שירש מקצת נכסים. וכן אם התנה עמה שאם מתה בלא בנים יחזרו נכסים לבית אביה. הכל קיים.

כד"א שהתנה עמה קודם שתנשא. שהנחלה הבאה לו לאדם שלא ממשפחתו מתנה עליה שלא ירשנה קודם שתהיה ראויה לו. אבל אם התנה עמה אחר שנשאת תנאו בטל כמו שביארנו. ע"ך.

וכתב הרב המגיד וז"ל במשנה מחלוקת בדין הירושה ת"ק ורשב"ג. ורשב"ג אמר מתה ירשנה מפני שהתנה על מה שכתוב בתורה. ובגמרא אמר רב הלכה כרשב"ג. וב"ה ולית הלכתא כוותיה דקי"ל כל דבר שבממון תנאו קיים.

ובירושלמי אר"י אלין דכתבין וכו' תנאו קיים. וכן הכריעו הרמב"ן והרשב"א. ודוקא במתנה בעודה ארוסה וכהיא דאמר נחלה הבאה לו וכו' אבל משנשאת אין תנאו בירושה כלום. דכיון שהירושה ראויה לו אם תמות עתה הו"ל כאומר לא אירש את אבא שלא אמר כלום.

ואפי' קנו מידו. וכן כתבו הרמב"ן והרשב"א וכדעת רבינו. והירושלמי הנז' בכרכות הוא בכותב לה ועודה ארוסה. אי נמי בכותב לה בכתובתה בשעת כניסה.

אבל לאחר נישואין לא אמר כלום וכו' ע"ש. והרא"ש כתב ור"ח פסק כרשב"ג וכ"פ ר"י וכ"פ בעל הלכות וכו' וכיון דליכא ראייה ברורה אית לן למימר כל תנאי שבממון קיים עכ"ל ע"ש: וכתב הב"י כיון דהרי"ף והרא"ש והרמב"ם והרמב"ן והרשב"א ז"ל הסכימו שאם קודם אירושין מתנה שלא ירשנה תנאו קיים פשיטא דהכי נקיטינן וכן פירש בקצר סי' ס"ט וצ"ב ס"ז.

הרי הדבר שנוי במחלו' ולפיכך תמצא בספרי האחרונים הדין משתנה בענין זה כי גדול כח המוחזק. ולכן תמצא למהרשד"ם חא"ה סי' ק"י כ' וז"ל אבל ראינו בתקנת הנישואין מק"ק טוליטולא תנאי זה שהיו מתנים שירשו או יחלקו אותו זרע שישאר אחר פטירת האשה עם הבעל.

ואם כן נר' שי"ל לומר שאע"פ שהמזכה לזרע שתלד אשתו לא הוי כלום. היינו שלא בזמן הנישואין.

אבל בזמן הנישואין מהני תנאי וכו' דמטעם אחר נראה דלא מהני תנאי זה כלל דקי"ל שאם אמר ירש על מי שאינו ראוי ליורשו לא אמר כלום. והכ' נמי הבעל הוא שראוי לירש במקום זרע הנשאר מן האשה וכו'.

הא ודאי ליתא דכל שהוא תנאי בין האשה והבעל מועיל התנאי. דלא אמרינן התם אלא כשהמוריש הוא לבדו אמר כן וכו'.

אבל בנ"ד שהבעל והאשה התנו כן הו"ל כאלו הוא בעצמו מוריש זכותו לבנו ול"ש מתנה ול"ש ירושה הכל שוה שאין היא המורשת אלא הוא שמסלק כחו ומוותר זכותו לזרע שיוולד משניהם. עש"ב.

והנדון היה שראובן נשא את לאה והתנו שאם תמות היא ירשו נדונייתה ותוספת הבנים שיהיו לה ממנו. הרי כאן פסק כהרי"ף וסייעתו.

ובסי' רל"א כתב וז"ל ראובן נשא את לאה לאשה והיה לה בן משמעון בעלה הא' והתנתה עם ראובן בתנאי הכתובה שאם תפטר היא בחייו ותניח אחריה זש"ק ממנו שירש בנה הגדול שנשאר לה משמעון סך אלפים לבנים מסכי כתובתה. וז"ל התנאי' והתנו ביניהם החתן והכלה שאם תפטר הכלה קודם החתן שירש בנה שבתי עשרה אלפים וכו' מהנדו' שהכניס' לבעלה.

והעשרת אלפים וכו' נתנתם הכלה לבנה במת"ג וכו'. והגם שזה היה תנאי בין החתן והכלה.

ליותר בטחון לנער שבתי נשבע החתן בפנינו וכו' שיתנו לשבתי וכו'. והשיב ע"ז עוד טעם אחר לומר שהמתנה זו בטל' שכתב שירש בנה וירושה לא שייך אלא לאחר מיתה וקיי"ל שאם אמר על מי שמן הדין אין לו ירושה שירש לא אמר כלום.

וקי"ל הבעל יורש את אשתו. נמצא שמה שאמרה שבנה ירש היו דברים בטלים.

וכ"ת כבר כתב אח"ך לשון מתנה מפורשת ותנן כתב לשון מתנה בין בתחילה וכו'. נראה דמשום הא נמי לא זכה הבן במתנה דקי"ל דמתנת בריא צריכה קנין ומטבע אינו נקנה בחליפין וכו' עש"ב.

הרי בכאן פסק כס' ר"ח וסייעתו. הפך ממה שפסק בסי' ק"י.

והטעם שבכאן אחר שמתה האשה נשארו הנכסים בחזקת הבעל והוא המוחזק ויכול לומר קי"ל. אבל בסי' ק"י כשמת הבעל נכנסו הנכסים בחזקת הבן והוא המוחזק והאשה הבאה להוציא עליה להביא ראייה.

ועי' כנה"ג סי' צ"ב חא"ה בהגה"ט אות ו': וכל זה לדידהו דלא קבלו עליהם הוראת מר"ן. אבל אנן כבר אבותינו ורבותינו קיימו וקבלו עליהם ועל זרעם פסק מר"ן בב"י ובש"ע.

ומאחר דפסק כהרי"ף וסייעתו הכי נקטינן: נמצינו למדין דלא מהני תנאם אלא בעודה ארוסה אבל אחר שנשאת לא מהני. ואף בעודה ארו' דוקא במה שהכניסה לו דזיל בתר טעמא.

דהטעם הוא כדרב כהנא נחלה הבאה לו לאדם וכו'. מתנה עליה שלא ירשנה קודם שתהיה ראויה לו.

וכ"כ המבי"ט ח"ב סי' י"ז והנדון היה באיש ובאשתו שהתנו שאם יפטר הו' בחייה האשה תירש את בעלה. והשיב מה שכתוב בכתוב' שהאשה תירש את בעלה אינו כלום.

ולא תימא כיון שהי' התנאי בעת הנישואין מועיל כמי שהתנה על אשתו שלא ירשנה דקודם שתנשא תנאו קיים ואחר שנשאת תנאו בטל כמ"ש הרמב"ם פי"ב בפכ"ג והכא נמי יוכל להתנות בשעת נישואין שתירשנו. דל"ד דדוקא התם הוי טעמא משום דנחלה הבאה.

אבל בנ"ד שהתנה שתירש היא אותו ולא יורשיו הוי מתנה עמש"ב ואינו כלום. והוי כמי שהתנה עמה לאחר שנשאת שלא ירש אותה דתנאו בטל כיון שהירושה ראויה לו עתה אם תמות.

וכ"ש בנ"ד שהירושה ראויה לעולם ליורשיו וא"י להתנות שתירשנו אשתו כמו שאינו יכול להתנות שירש אותו אחר שאינו יורשיו. וא"כ אין תנאי הכתוב בכתובה זו כלום כיון שאין בה איזה לשון מתנה ע"כ עש"ב: וכן כתב הרשד"ם בההיא דסי' ק"י הנז' וז"ל דוקא לענין הנדונייא זכה שמעון אבל לא לענין התוס' וכו'.

והביא מחלוקת הפוסקים הנ"ל. ולבסוף כתב שמעינן מהכא דע"כ לא פליגי הרי"ף והנמשכים אחריו אר"ח אלא בעיקר הנדונייא שהוא ממון שבא לאדם ממקום אחר אבל התוס' שהוא ממון הבעל לא מהני האי תנאי ע"כ: ולפ"ז צל"ד טעם לתקנת רבותינו ואבותינו שתקנו שאם מת האיש או האשה שיחלקו עם הזרע הנשאר מהם כל אשר נמצא להם תחת כפ"ה הנמצאים לו ולה.

ואם יש זכרים ונקבות בלתי נשואות תטול הנקבה חלק כזכר. וכל זה נראה הפך ממה שהד"ן דהיאך יוכל להוריש בת בין הבנים.

והיאך יוכל להפקיע יורשיו מנכסיו ולהורי' יורשי אשתו. ואפי' בנדונייתה שהכניסה לו בעודה ארוסה אמרו דוקא.

והלא קי"ל האומר בתי תירשני במקום שיש לה בן לא אמר כלום. וכן כל כיוצא בזה.

וכמו שכתב סי' רפ"א ס"א: ומצאתי להתשב"ץ ח"ב סי' רצ"ב תקון ג' כתב וז"ל. בתקנה זו הופקעה ירושת הבעל שהיא דאורייתא.

ורשאין הם בכך. שכן מצינו חכמי ישר' שתקנו כתובת בנין דכרין כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו ולבנו.

וכן ר"ת ז"ל תקן שאם מתה האשה בתוך שנה הא' לנישואין שירש אביה נדונייתה וכו'.
ואע"פ שכתבו הראשונים שאם התנה אדם עם אשתו שלא ירשנה אינו מועיל תנאי זה
אא"כ התנה עמה ועודה ארוסה.

תקנת צבור עדיפא. כמ"ש בפ' יש נוחלין בענין כתו' בנין דכרין שהוא מקנה לדשב"ל.
ואמרו שם תנאי ב"ד שאני. וה"ה והוא הטעם לתקנת צבור.

וכ"כ הרשב"א בתשובה שדין תקנת צבור כדין תקנת ב"ד ע"כ. וכ"כ מהר"י לבית הלוי
סי' ט"ו וז"ל הכלל השני הפרש גדול יש בין כח וחוזק תקנ' טוליטולא לתנאי אשר עושה
החתן עם הכלה וזה כי בתקנת טוליטולא עמדו ותקנו ראשיה ומנהיגיה תקנות ביניהם
וסלקו ירושת הבעל שהתורה זכתה לו והעמדה ליורשי האשה.

ובודאי דרשאיני בני העיר לתקן ולהסיע אפי' מד"ת ולתקן תקנות בכל דור ודור ולעשות
כטוב בעיניהם בין יהיה עפה"ד ובין יהיה שלא כדין. דבכל דבר ממון הרשות ביד ראשי
בני העיר לתקן להוסיף ולגרוע מד"ת.

ואמנם בתנאי שעושה החתן עם הכלה מאליו ולא מטעם התקנה. בודאי דאין לתנאי
ההוא הכח והחוזק שיש לתקנה.

שאם התנאי נעשה שלא כמשפטו דאין לתנאי שום שיווי כלל וכמאן דליתיה דמי וכו'.
ואח"כ כתב ואיך שיהיה אין ספק דהתנאי שעשה ראובן החתן בשעת הנישואין וכו' אין
לו דין תקנת טוליטולא רק דין כל תנאי שמתנה איש את רעהו וכו' וא"כ באנו לידי
פלוגתא דרבוותא דר"ח ור"י ובה"ג ובעל המאור פסקו כרשב"ג וכו'.

ואע"ג דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש והרמב"ן סברי בהפך. כבר הקדמנו שראובן הוא
המוחזק ויכול לומר קי"ל כנודע בכל פלוגתא דרבוותא.

ע"כ עש"ב עי' מ"ש הרא"ש וכיון דליכא ראייה וכו' כמש"ל וכו': מעתה לא יש מקום
לתמוה על תקנת רבותינו נ"ן שהרי יש להם יכולת מספקת לעשות כטוב בעיניהם אף
שהוא נגד הדין וההלכה בענייני הממון. ונמצינו למדין דאין למדין תנאי שבין איש ואשה
מן התקנה: וזוהי שקשה על הרב מהרשד"ם בס"י ק"י הנ"ל אחר שכתב דלכאורה היה
נראה שהדין עם ראובן שאין בתנאי הכתובה של לאה ממשות מטעם שאין אדם מק'
למי שלא ב"ל.

כתב אבל ראינו בתק' טוליטולא שהיו מתנים שירשו וכו' וכמש"ל. הרי דלמד הרב ז"ל
תנאי שבין איש לאשתו מתקנ' טוליטולא.

ולדברי הפוסקים הנ"ל עליונים למעלה לא ראי זה כראי זה ואין למדין מן התקנות:
וראיתי להרב המבי"ט ז"א סי' ש"ט שכתב וז"ל אם מתנה אדם עם אשתו בין אירוסין
לנישואין תנאי שיחזור הנדונייא קצתה או כולה ליורשים וכו' מהני ואפי' בלא תנאי אם
יש תקנה באותו מקום וכיוצא בזה.

שהרי תקן ר"ת שאם תמות האשה תוך שנתה וכו' וכן בתקנת מולינא וטוליטולא וכו'.
וכן בתק' האלגזאייר.

ואע"פ שכתבו הפוסקים שאין מועיל תנאי בזה כ"א בין אירוסין לנישואין וכו' תקנת צבור עדיפא. ותנאי ב"ד שאני כדאמרין בפ' יש נוחלין וכמ"ש הרשב"א בתשו' דדין תקנת צבור כדין תנאי ב"ד וכמו שהביא כל ה' הרשב"ץ בפ' התקנות של האלגזאייר.

ועי' כי הטע' הוא כי על הסתם כוונת מתקני התקנה הוא שתחול תנאי התק' בזמן הראוי לחול. והוא בין אירו' לנישואין ע"כ: נלמוד מדבריו דאף דכתב תקנת צבור עדיפא ותנאי ב"ד שאני.

הוא נותן טעם לשבח שכוונת מתקני התקנה שיחול תנאי התקנה בין אירוסין לנישואין. שמועיל בו גם התנאי שבין האיש והאשה.

ולפ"ז היכא דלא מהני התנאי כגון שלא באה לו ע"י מעשה גם תנאי התקנה לא מהני. וא"כ יפה למד הרב מהרשד"ם דין התנאי מדין התקנה.

ולדבריהם עדיין קשה לרבותינו מתקני התקנה שתקנו אף בדבר דלא מהני ביה תנאי ומדברי הרב מוהריב"ץ ז"ל שאכתוב לקמן מבואר דיש כח בתקנה לעקור דבר תורה. ולפ"ז אין למדין דין התנאי מדין התקנה: וא"כ בנד"ד דאינו אלא תנאי יש להסתפק במ"ש בשטר תנאים.

אכן במיתת האשה וכו' אם נאמר שתנאי זה הוא בזה האופן שמדין התק' יש חצי לכ"א מהם. ולפ"ז כ"א מהם התנה על חבירו בחצי שלו הזוכה בו מכח התקנה שתזכה בו מרים אחותה וא"כ הוא החצי שלו תזכה בו מרים מכח התנאי.

אבל החצי שלה לא תזכה בו מרים. דדוקא נחלה הבאה וכו' היא שמועיל בה התנאי.

כמו החצי שלו שבא לו ע"י מעשה. אבל החצי שלה שהוא ראוי ליורשיה לעולם.

אין מועיל בו תנאי. והתנאי כמאן דליתיה דמי.

או נאמר.

כלך לדרך זו. דלפי תנאם התנו שכל א' יעמוד בשלו.

וכל נכסיה ברשותה קיימי. והוא מתנה עליה שאחר מיתתה תירשנה אחותה מרים ולא אחיה.

ולדרך זו לא זכתה מרים כלל ולא אהני תנאי זה כלל לעקור ירושה דאורייתא הראוייה לעולם ליורשיה. או נאמר דיש מקום לומר והוא הנראה עיקר דהתקנה היא בין במיתת האיש בין במיתת האשה יתחלקו הנכסים בין הנשאר חי ליורשים.

ואלו מעקרא התנו ביניהם תנאים אחרים הפך התקנה. וא"כ יצאו מתחת כנפי התקנה וכאלו יש להם כתובה כדת והנכסים כולם ברשות הבעל קיימי.

וכאשר יהיה האופן כן זכתה מרים בנחלתה וכמ"ש. וצד זה לדעתי עיקר.

עי' בס' ויאמר יצחק ד' קנ"ו ע"ב שכתב וז"ל משא"כ בנ"ד שמתה בחיי הבעל וכו'. ומי שרוצה להתעקש יתיצב על דרך לא טוב ויתהלך לצדדין חדל להשכיל להטיב.

ובפרט שכתוב בשטר תנאים דלא כאס' וכו' ובזה קי"ל דיד בעל השטר על העליונה. כמ"ש מר"ן חומ"ש סי' מ"ב וכת' דעד כאן לא קאמרינן דאדם מתנה עליה שלא ירשנה. אלא שלא ירשנה הוא ותחזור ליורשיה. אבל שלא ירשנה ויזכה בה אחר שאינו יורש כה"ג אימא לא.

גם זה הבל ורעות רוח. דמ"ש דכמו שמריקין כחו וזכותו ליורשיה.

כך מריקין זכותו לאיש נכרי. ואע"פ שהדבר מוכרע מעצמו ואינו צריך ראייה.

מ"מ מצינו ראייה ממ"ש מהרשד"ם חא"ה סי' קכ"א. והנדון היה איש ואשה עשו ביניהם חידוש תנאים ומכלל התנאים התנו שאם תפטר האשה בחיי בעלה.

כ"מ שימצא בעת ההיא מנכסיהם החצי ירש בעלה. ומאה לבנים ליורשיה ממשפחת בית אביה.

והשאר הם לר"ש מושקט [איש נכרי] וע"ז השיב דל"מ לדעת בה"ג ור"ח ור"י שכל אלו פסקו כרשב"ג וכו' ואין אדם יכול להתנות עם אשתו שלא ירשנה. שאם כן אין לר"ש מושקט טעם לחייב לר' ברוך.

[הבע"ל]: אלא אפ"ל לדעת הפוסקים דסברי דכל תנאי שבממון קיים. היינו בכותב לה ועודה ארוסה.

אבל משנשאת וכו' ע"כ. הרי דלא אתי עלה הרב דלא מהני תנאי זה כדי שיזכה הר"ש מושקט אלא משום שהיה התנאי אחר הנשואין.

דוק מינה דאם התנו בעודה ארוסה דמהני תנאי. וזה פשוט.

ועי' הר"מ פרק י"ב מהא"י: איברא דעדיין יש לערער ולפקפק ממ"ש הב"י א"ה סי' צ"ב וז"ל. וכתב הר"ן אהא דאמר רבי בכותב לה ועודה ארוסה.

דוקא בכותב לה ועודה ארוסה דשייך בה קצת. אבל קודם לכן כיון דאין לו שייכות בנכסים כלל סילוקו לאו כלום הוא ע"כ.

וכ"כ בסוף הסי' משם הרשב"א וז"ל וכתו' בתשו' הרשב"א סי' תתק"ס דארוסה שאמרו דוקא הוא לפי שי"ל בה שייכות. אבל קודם אירוסין אינו כלום.

ע"כ.

וכ"פ בקצר סי' ס"ט וז"ל זה שאמרנו שאין תנאי מועיל להסתלק מירושתה היינו במתנה עמה אחר שנשאה או קודם שארסה. אבל במתנה עמה בעודה ארוסה מהני.

ע"כ.

וכ"פ מור"ם סי' צ"ב ס"א וז"ל ולא מהני סלוקו אלא לאחר אירוסין אבל קודם אירוסין לא מהני סילוק ע"כ. והמרדכי פ' הכותב כתב וז"ל וששאלת ראובן חפץ לקנות בית ודואג פן יצטרך למכרו ומעכבת אשתו עליו.

היכול להתנות עם אשתו בשעת קנייה עמ"כ אקנה לנו בית שבכל עת שאני צריך למכרו שלא תוכל לעכב על ידי והיא מקבלת עליה כן. ונכתב השטר.

התוכל לחזור ולעכב היא כיון דבשעת התנאי הו"ל דשב"ל שעדיין לא לקחו נ"ל דלא מצי לאהדורי נהי דאין אדם מקנה דשב"ל. מסתלק אדם בטוב מדשב"ל וכו' ע"ש.

ופסקו מור"ם חומ"ש סי' הנז' ס"ח וז"ל וכן לסלק עצמו וכחו מדשב"ל הואיל ועדיין לא זכה בו ע"כ. פשטן של דברים נראין דהמרדכי חולק על סברת הרשב"א והר"ן הנ"ל שהרי בשעת סלוקה עדיין לא קנה הקרקע ואין לה שייכות בו.

ואפ"ה כתב דסלוק מהני ולפ"ז דברי מור"ם סתראי נינהו: ומצאתי לסמ"ע סי' הנז' סקכ"א עמ"ש מור"ם וכשם שאין אדם יכול להקנות דשב"ל. כתב והא דפסק מור"ם בסמוך ס"ח דיכול אדם לסלק עצמו וכחו מדשב"ל.

שאני התם דקאי אאדם שי"ל שעבו' על נכסי חבירו וכיון דכבר נשתעבד לו משו"ה יכול לסלק אותו השעבוד אפי' מנכסים שעדיין לא קנה המתחייב כיון דמ"מ כבר נשתעבד לו המתחייב ע"ך. כוונתו דמאחר שמשועבד לה הבעל הרי יש לה שייכות ומהני סילוקה אף מנכסים שעדיין לא קנה הבעל דהוי כמו ארוסה דמהני סילוקו בירושה כיון שיש לו שייכות אף דעדיין לא זכה.

אבל קודם אירוסין דאין לו שייכות בה כלל לא מהני סילוק. וממילא רוחא דברי מור"ם אהדדי.

ואלו ואלו דברי אלהים חיים: והט"ז כתב וז"ל כך אינו יכול למחול. הטעם משום דעדיין לא נתחייב לו דבר שתחול עליו מחילה.

ואח"ך מתחיל החיוב אין המחילה הקודמת מפקיעתה. כ"כ שם הר"ן.

ואין להקשות ממ"ש הרמ"א בס"ח שיכול לסלק עצמו דשאני סילוק שהוא אינו רוצה לזכות באותו דבר כלל וזה י"ל החיוב. וסמ"ע סקכ"א תירץ דשאני התם שי"ל כבר שעבוד וכו' ואשתומם על המראה.

דמ"ש מדבריו דאם לא נשתעבד לו תחילה כלל לא יועיל הסילוק במה שקונה המתחייב. וכמה סוגיות מלאות נגד זה דאמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממ"א מתנה עליה שלא ירשנה וכו' והיינו מקודם נישואי אשתו כדמשמע שם ועוד יש להקשות בדבריו ממ"ש בא"ה וז"ל הכותב לאשתו בעודה ארוסה דין ודברים אין לי בנכסיך ובפי' וכו' וא"ך בעודה ארוסה לא חל השעבוד ואפ"ה קיים.

ובאמת קושייא זו מעיקרא ליתא כמ"ש. ולא ירדתי לסוף דעת הרב"י הנז' בזה מה דחקו לזה עכ"ל: ולענ"ד אחר ההתאבקות בעפרות זהב לו ונטילת רשות כראוי ומחילה רבה.

דכוונת הסמ"ע כמ"ש והוא דאם לא נשתעבד לו כלל לא יועיל הסילוק במה שקונה המתחייב מאחר דאין להם שייכות כלל. ולה"ט דומה לסילוק הירושה קודם אירוסין.

וכמ"ש הר"ן והרשב"א ומר"ן ומור"ם כנז' דמאחר שאין להם שייכות כלל לא מהני סילוקו. אבל אם י"ל שעבוד עליו יועיל הסילוק אף בנכסים שעדיין לא קנה מאחר שיש לו שייכות בסילוק הירושה שמהני בעודה ארוסה כיון שיש לו שייכות.

ועל הסוגיות שהביא הט"ז כתב הר"ן והרשב"א חילוק זה שיש חילוק בין קודם אירוסין בין לאחר אירוסין: ועוד לפי דבריו דאף דלא נשתעבד לו תחילה כלל יועיל הסילוק אף דאין להם שייכות. לפ"ז המרדכ"י חולק על הר"ן.

דהמרדכ"י ס"ל אף דאין לו שייכות כלל מועיל הסילוק. והר"ן ס"ל דהיכא דאין להם שייכות אינו מועיל.

ולפ"ז מור"ם סותר את עצמו. דבחומ"ש פסק כהמרדכ"י.

ובא"ה פסק כהר"ן וכן מצאתי להרב קצות החושן סי' הנ"ל סקי"ג שהביא דברי הסמ"ע והט"ז וכתב ע"ז וז"ל ודברי הסמ"ע נראין דהא התם בפ' הכותב נמי דווקא בעודה ארוסה. אבל קודם אירוסין לא.

וכמ"ש הר"ן משום דבעודה ארוסה י"ל קצת שייכות וקודם אירוסין דלית ליה שייכות כלל אינו מועיל הסילוק ע"ש. וכאן קודם שנתחייב אין לו שייכות כלל.

והו"ל כמו קודם אירוסין. וזה ברור ע"כ: ומה שיש לתמוה על הסמ"ע הוא מן הקצה אל הקצה מסברת הט"ז דאף שיש לו שעבוד על נכסים אחרים מאחר דעל הקרקע שיקנה אין לה שייכות כלל ואין לה שייכות בו למה יועיל הסילוק ותמיהא זו תמה הרב בני אהובה אחר שהביא לשון הסמ"ע כתב וז"ל לא הבנתי דבריו דמאי שנא סוף סוף על הך קרקע שיקנה אח"ך לא הי"ל שום נדנוד שעבוד.

ומה ענין סילוק מהך קרקע למה שי"ל שעבוד על נכסים אחרים. ואי משום דנתקשה הסמ"ע בסתירה שיש לכאורה בדברי רמ"א מסעיף ה' לסעיף ח' נראה דל"ק מידי דודאי לשון סילוק מועיל כי אמר הריני מסלק עצמי מכל חפץ לזכות בדבר ההוא אבל אין יכול לומר הריני מוחל לך במה שנתחייב לו אז.

על מה יפול לשון מחילה ומחילה קודם החיוב לא שייך. כי מה ימחול במה שלא נתחייב לו.

וזה ברור.

לכן נראה דהך דינא דסילוק קודם אירוסין במחלוקת שנויה ע"כ. ע"ש.

ודוחק לומר דנדחק הסמ"ע לחלק בזה מההיא דמור"ם בא"ה. מאחר דלא זכר ש'ר דברי מור"ם הנז' אפי' ברמז.

ועי' לרב תנא הלכות אישות פכ"ג הל' א' ד"ה והנה בדין וכו' עש"ב. ועי' עוד להרב הנז' שם שזכר דברי מור"ם שכתב המרדכ"י והביא דברי הרשב"א והר"ן הנ"ל וכתב ולדידי אין מי שיחלוק בדין זה דלכ"ע כל שמסתלק ומוחל בשעה שאין לו זכות כלל.

דלא מהני: נקטינן מהאמור דהא מלתא דהר"ן היא מחלוקת בין האחרונים אם היא מוסכמת או לא ואיך שיהיה מר"ן ומור"ם דגרינא בתרייהו פסקו כהר"ן ולפ"ז לכאו' נראה דתנאי זה אינו מועיל וכדבר שא"ב ממש: אכן נראה לקיים תנאי זה משום דהתנאי היה סמוך לכניסה כמ"ש בשטר תנאים הכתוב בשולי הכתובה ומהני אפי' קודם אירוסין שכן משמע ממ"ש הש"ע סי' צ"ב ס"ז וז"ל.

בד"א שהתנה עמה קודם שתנשא בעודה ארוסה. או בכותב לה בכתובתה בשעת כניסה. פשט דבריו מוכיח דבכותב לה בכתובה בשעת כניסה. אפי' קודם אירוסין מהני. ממ"ש בעודה ארוסה או בכותב וכו'. ומלת או מורה דבכותב וכו' אפי' קודם אירוסין מהני.

ואין לפרש דמלת או קאי אמ"ש בד"א שהתנה. ור"ל דבכותב לה וכו' אינו צריך תנאי. אבל צריך אחר אירוסין. דהא לשון זה שנשתמש בו קדש מר"ן מלכא לקוח מדברי המגיד וז"ל והירושלמי הנז' בכותב לה ועודה ארוסה.

א"נ בכותב לה בכתובתה בשעת כניסה. ע"כ.

הרי שלא הזכיר לשון התנה. זאת ועוד דבהניח דמלת או קאי אהתנה.

מוכרח לומר דבשלא כתוב בכתובתה בשעת כניסה אפי' אחר אירוסין צריך תנאי ולא גגי בכתיבה לחוד. וזה אינו.

דאפי' בסילוק בעלמא מהני. כמ"ש בע"ה אלא ודאי כדכתיבנא: ומצאתי להש"ך ח"מ סי' ס"ו ס"ק קל"ד עמ"ש מור"ם ולכן בעל שסילק עצמו מנכסי אשתו וכו'.

כתב דוקא בשעת חופה. וכן מיירי מהרי"ק שם.

וכ"כ הריב"ש סי' ס"ד וק"ב. והה"מ פכ"ג מהל' אישות הביאו הרב"י בא"ה סס"י ס"ט וז"ל בכותב לה ועודה וכו' אי נמי וכו' בשעת כניסה אבל אחר נישואין לא מהני סילוק וכו'.

ומ"ש בשעת כניסה לחופה. מיירי בעודה ארוסה.

ולאפוקי לדידן דמארסין בשעת החופה וכמ"ש הרשב"א והר"ן ורמ"ח והרב"י בא"ה דסימן צ"ב דקודם אירוסין לא מהני סילוק וכו'. ולפ"ז גם דברי הרב בכאן צריך לפרש דכתב לה בעודה ארוסה.

ולדידן דמארסין בשעת החופה לא מהני סילוק. ודו"ק.

עכ"ל.

וצ"ל שהש"ך מפרש דכוונת הרב המגיד ומר"ן במ"ש או בשעת כניסה. דל"ת דשעת כניסה הוי כלאחר נישואין דלא מהני.

קמ"ל דשעת כניסה כקודם נישואין דמי. ומלת או קאי אמ"ש ברישא קודם שתנשא: וכן מצאתי להרב ברית אבות סי' צ"ב חא"ה והנדון היה שישירשי האשה הוציאו שטר סילוק א' שסלק עצמו הבעל מנכסיה ומירושתה וזמנו בשעת כניסה לחופה.

והשיב ועל הסילוק שהוציאו וכו' והוציאו פס"ד א' מחכמי מראקיש יע"א שזה פשוט שהסילוק מועיל כיון שהיה בשעת כניסתה לחופה וכמ"ש מר"ן בא"ה סי' צ"ב. אמת שכ"כ אבל אח"ה שגו ברואה דפי' דברי מר"ן הוא אם היא כבר מקודשת אבל בשעת כניסת החופה שלנו שעדיין.

לא נתקדשה. מאין הרגלים לומר דמהני שעת כניסת החופה וכי איזו רבותא בשעה זו.
ולמה בתחי' הסימן בדין טו'. לא יועיל שעת כניסה לחופה וכאן יועיל.

אלא ודאי דאיירי דכבר מקודשת ושעת החופה רבותא קאמר דלא נימא דהוי כאחר
נישואין. וכן מצאתי הדבר מפורש באר היטיב בלשון הש"ך ח"מ ס"י ס"ו ע"ש וזה
פשוט עכ"ל: הרי הדבר במחלוקת שנוי בהבנת דברי הש"ע.

הש"ך והרב ברית אבות עם חו"ר מראקיש. ובודאי שחו"ר מראקיש מבינים בהבנת
הש"ע כמ"ש.

ואפשר שהטעם הוא שלפי פי' הש"ך והרב ברית אבות הו"ל להר"מ ולמר"ן הש"ע
לשנות בדרך קצרה וכך הי"ל לכתוב. או בשעת כניסה.

ודי בכך ואנחנו נדע דשעת כניסה לא הוי כלאחר נישואין. ולמה האריכו לכתוב או
בכותב לה בשעת כניסה.

ובפרט שהר"מ והש"ע דרכם לשנות בדרך קצרה. לכך פירשו חו"ר מראקיש דשיכתוב
בכתובה בשעת כניסה אפי' יהיה קודם אירוסין אמרינן אדעתא דהכי נתקדשה ונכנסה
עמו לחופה.

ושנייא שעתא דא מקודם. ולפ"ז יכולין להשתמש בדגל הקי"ל.

ואף דלכאורה נראה שהיורש הוא המוחזק ויטעון קי"ל. בנ"ד שהנכסים מונחים ביד
שליש.

אין היורש יכול לטעון קי"ל. שהרי מצינו להכנה"ג בכללי הקי"ל אות י"ז שכתב נכסים
ביד שלישי.

לא מצי בעל הנכסים למימר קי"ל. משפט צדק סי' ע"ט וכן מתברר מדברי משפטי
שמואל סי' צ"ו וכו' ע"כ.

אבל השליש יכול לומר קי"ל שכ"כ הרב הנז' שם אות י"ד וז"ל לאו דוקא התופס עצמו
שיכול לומר קי"ל להחזיק בידו. אלא אפי' להחזיק מה שבידו לאחר יכול לומר קי"ל
הר"א ששון סי' ס"ז.

וכ"כ הרב הנז' בתשו' חח"מ סי' קס"ו ברחל שאמרה לשמעון כבר ידעת וכו' ובעד
תכשיטיה ושע"ר הפרשתי לה ג' מאות גסים שהם אותם אשר בידך כדי להרויחם בעד
הנערה [בת היתה לו מבעלה הא'] ומתה רחל ובא יהודה בנה ולקח את כל אשר לרחל
וגם לקח הג' מאות גסים אשר היו ביד שמעון.

ושמעון לא עכבם בעד הנערה וכו'. אבל יהודה לא רצה לתת לאחותו כלום.

באמרו שהיא ירושת אמו ואין לאחותו חלק בה. והשיב ע"ז אך אמנם אם לשון כבר
הפרשתי וכו' הבא בשאלה אי הוי כזכי.

או כתן פחות מתן וכו' ואפי' לומר דלא הוי כזכי אלא כתן נראה לע"ד דזכתה בהם
הנערה וכו' דאע"ג דהויא פלוגתא דרבוותא. שמעון המוחזק בנכסים יכול לומר קי"ל

כהרמב"ם והרמ"א שסוברים דבמתנה תן כזכי דמי וזכתה הנערה ואע"פ שאין הנערה מוחזקת בנכסים כמ"ש מהר"א ששון סי' ס"ז דיכול האדם להחזיק מה שבידו לאחר מחמת קי"ל ולא מצינו חולק עליו ע"ש.

וכן כתב הרב משכנות הרועים מע' ק' אות ל"ו וז"ל. קי"ל מי מצי טעין להחזיק מה שבידו לזולתו.

הרב תורת חסד ז"ל כתב דיכול זבולון להחזיק מה שבידו ללוי. ע"כ.

ועיין עוד בתשובת הכנה"ג סי' הנז' שמבואר שאפי' לא השלישם לשם כך אלא שהיו ביד השליש מקודם. יכול השליש להחזיק מה שבידו מטעם קי"ל.

יעו"ש.

ועי' לה' ויאמר יצחק לה' מהר"י נ' וואליד ז"ל סי' קצ"ו דף קע"ט אחר שהביא דברי הכנה"ג הנז' כתב וז"ל באופן דהכא בנ"ד האפוטרופוסים הם המוחזקים בעד מקבלי המתנות. ע"כ: ולפ"ז בנ"ד שהנכסים הם ביד אפוטרופוס.

ומה גם שהאפוט' ראה וידע שרצון האשה הנפטרת שתטול מרים אחותה כל נכסיה אחרי מותה וירד לסוף דעתה בפשיטות ואף בשעת מותה צותה בכך ומפני כך רוצה בקיום דבריה. יכול לטעון קי"ל כחו"ר מראקיש בהבנת הש"ע: עוד נראה לומר דתנאי זה שריר וקיים חזק כראי מוצק.

והוא דיש לחלק ולומר. דהא דסברי מרנן הרשב"א והר"ן ודעמייהו דאין הסילוק מועיל קודם אירוסין.

דוקא בשלא יהיה בלשון תנאי אלא אמר לה דין ודברים אין לי בנכסיך וכו' וכיוצא בזה. אבל כאשר יהיה האופן בדרך תנאי ואדעתא דהכי נהיה הזיווג ביניהם למה לא יועיל: ואמת אגיד כי עמד לנגדי לשון מר"ן בש"ע סי' ס"ט ס"ז שכתב וז"ל זה שאמרנו וכו' היינו במתנה עמה אחר שנשאה או קודם שארסה.

הרי דנקט רבינו הש"ע לשון תנאי ואפילו הכי כתב שאינו מועיל קודם שארסה: אכן נראה דלשון מתנה דקאמר לאו דוקא אלא סילוק בעלמא. ומצינו כיוצא בזה בתוס' בר"פ הכותב בד"ה כדרב כהנא שכתבו דמאי דנקט רשב"ג מפני שמתנה וכו' וכל המתנה וכו' וכן רב כהנא אדם מתנה עליהם וכו' לאו דוקא אלא סילוק בעלמא מהני דבהכי איירי כולה מתניתין.

ועי' מהרש"א שם: ונראה שממקומו הוא מוכרע לומר כן. דמה טיבו של תנאי זה אחר אירוסין.

והרי היא אגידא ביה. בשלמא בשעת אירוסין יתכן לומר לשון תנאי דאינה רוצה להתקדש לבעל כ"א אדעתא דתנאי זה.

אבל אחר אירוסין איך יתכן לומר שאינה רוצה להנשא לו כ"א אדעתא דהאי תנאי. וה"ה מקודשת לו כבר ובעל כרחה תנשא לו.

אלא ודאי דלשון מתנה דנקט לאו דוקא אלא סילוק בעלמא אלא דנקט לישנא דגמרא ולא דוקא. וכדברים האלה דבר הרב בני אהובה הל"א פכ"ג וזל"ה.

והנה רבינו הרמב"ם פתיחת לשונו האשה שהתנית על בעלה. הרי דס"ל באמת האשה מתנה ונקט נמי מלת התנית דהא לשון תנאי וכו'.

וצ"ל דלאחר אירוסין במה יחול תנאו בשלמא בשעת קידושין ומתנה. אמרינן אדעתא דהכי מתקדשת לו.

אבל כשהיא כבר מקודשת ועומדת מה יועיל תנאו והיא אגידא ביה ועל כרחיה היא מוכרעת להכנס לו כיון שהוא ארסה. ולכך אין זה מגדר התנאי רק מגדר הסילוק שהבעל מסלק עצמו מנכסים.

וכן בתנאי דשאר כסות ועונה אם הוא לאחר אירוסין. באמת אינו מכח תנאי רק מכח מחילת אשתו: גם החילוק שחלקנו בין התנאי לסילוק.

חלקו הרב הנז' ז"ל וז"ל ולפ"ז בהתנה קודם אירוסין בזה פשיטא דמועיל דהא הוי תנאי גמור ואדעתא דהכי נתקדשה לו. ולפ"ז יש לפרש לשון.

רמ"א דבסי' צ"ב ס"א העתיק דברי הר"ן דדוקא בעודה ארוסה מהני סילוק ולא קודם דלפי מ"ש זהו דוקא בכותב לה. אבל אם היא התנית עמו כלישנא דהרמב"ם ואדעתא דהכי נתקדשה לו פשיטא דמועיל דכל תנאי שבממון קיים וכו'.

ע"כ: עוד כתב אח"ך לכן נראה דהך דינא דסילוק קודם אירוסין במחלוקת שנויה. ובפרט במ"ש לעיל אם התנאי והסילוק נכתב בתנאים האחרונים כדין התנאים.

א"כ נאמר אדעתא דהכי נתקדשה ונכנסה לחופה עמו וזה ודאי דמועיל. ע"כ.

וגם בנ"ד הרי תנאי זה כתוב עם שאר התנאים. ופשוט דמהני.

והשכל והסברא מורים כן. כל בעל שכל לא יכחידנה תחת לשונו.

ולאסברא מילין אלין יהיבנא בהון תבלין. והוא כשיהיה תנאי גמור הכוונה היא אדעתא שיסתלק לאחר האירוסין ואז יש לו שייכות.

ותנאי זה ודאי דמהני. דהא קי"ל בח"מ סי' הנז' אדם מתנה בדשב"ל ואף שיהיה התנאי בסתם.

אפ"ה הכוונה כך היא. שבודאי כוונתה שיהיה התנאי בא"ה שיתקיימו דבריה.

וכמ"ש מר"ן הש"ע ח"מ סי' ס"א סט"ז וז"ל. יש מי שאומר שתנאי שאדם מתנה עם חברו אין הולכין אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה: ודבר זה מצאתיו מפורש בדברי הרב תנא פטו' מה"א ה"א על מ"ש הרמב"ם האשה שהרשיתה את בעלה אחר הנישוא' שימנע עונתה ה"ז מותר.

ע"כ כתב וז"ל. וכת' אף דנימא דמדין מחילה נגעו בה אמאי לא מהני קודם נישואין בעודה ארוסה הרי בר"פ הכותב אוקימנא למתניתין בעודה ארוסה.

וכתבו הר"ן והרשב"א דדוקא בעודה ארוסה מהני סילוק וכו'. הא ל"ק משום דדוקא בנכסי אשתו מהני סילוק בעודה ארוסה משום דשייך קצת בנכסים וכו'.

אבל עונה אין לו שום שייכות בעודה ארוסה ומשו"ה לא מהני כ"א אחר נישואין שחל עליו החיוב. וכ"ת אם הדברים כן דמחיל לא מהני קודם שיבא החיוב ומשו"ה דקדק רבינו לומר אחר הנישואין א"כ היכי אמרינן דהמתנה ע"מ שאין ליך עלי שאר כסות ועונה דתנאו קיים אי לאו מטעמא דהוי מתנה עמש"ב.

וכבר כתבנו דפירושו הוא ע"מ שתמחילי שאר כסות ועו' והיכי מהני. והא אין אדם מוחל דשב"ל וכו' הא ל"ק כלל דהאומר ע"מ שתמחילי לי שאר כסות ועונה.

הכוונה היא שתמחול לאחר שיחול החיוב דהיינו אחר הנישואין. ותנאי זה מהני.

משום דאע"ג דקי"ל דאין אדם מקנה דשב"ל. מ"מ אדם מתנה בדשב"ל.

וכמ"ש הטו"ר ח"מ סי' ר"ט ס"ב וזה פשוט ע"כ עש"ב: מבואר מדבריו להדיא דהא דמחיל בעונה לא מהניא בעודה ארוסה. משום דלגבי עונה אין לו בה שייכות וכסלוק הירושה דלא מהני קודם אירוסין משום דאין לו שייכות כלל.

וכבר העתקתי דבריו דהכי ס"ל ולדידיה ליכא מאן דפליג. ואפ"ה כתב דאם אמר ע"מ שתמחילי לי בעונה הכוונה שמתנה עמה בעו' ארוסה שאין לו שייכות בה שתמחול לאחר שיחול החיוב דהיינו אחר הנישואין.

אף אנן נמי נימא בנ"ד שכתוב בשטר תנאים שאדעתא דהכי נהיה הזיווג הלזה ביניהם. הכוונה היא שיחול התנאי אחר אירוסין וירקן כחו ויותר זכותו למרים אחותה.

וכ"ש בנ"ד שכתוב ונ"ה בא"ה כפה"ד דאמרינן דכך היא הכוונה. ואפ"ה אם המצא ימצא איזה חולק וס"ל דלא יש חילוק בין סילוק לתנאי.

יכול האפוט' לומר קי"ל כהרב תנא וכהרב בני אהובה וכמש"ל: זאת ועוד שהרי מנהג פשוט איש כי יקח אשה ואינם רוצים להנשא ע"פ התק'. מתנים ביניהם שבמית' א' מהם כ"א יעמוד בשלו וכיוצא בזה קודם אירוסין.

ועוף לא צווח. צפור לא צפצף.

ונמצא שכבר פשט המנהג כן ואין לשום אדם לערער על המנהג: והילך מ"ש מוהריב"ץ ז"ל וז"ל מצאתי פס"ד של רבותינו חכמי פאס יע"א הקדמונים זלה"ה שהקשו למה כותבין בשטרי הכתובות והכל כפי המנהג והתקנה שנהגו ושהתקינו ק"ק וכו' והיה די לכתוב והכל כפי התקנה שתקנו וכו' דהא קי"ל לעולם ישנה אדם לתלמידו דרך קצרה וכו' ולמה האריכו לכפול המנהג והתקנה וכן ג"כ שנהגו ושתקנו והיינו הך.

ותירצו משום דקי"ל דדבר שאינו מפורש בתקנה נעמדנו על ד"ת. לפיכך באו להודיע דלא אמרינן הכי אלא בדבר שלא הוקבע בו המנהג.

אבל אם הוקבע בו המנהג שלא כד"ת אע"פ שלא נתבאר בתקנה. הרי המנהג מוכיח על התקנה שכך היתה אלא שקצרו בלשון התקנה ולפיכך הרי המנהג והתקנה שקולים הם.

ויבואו שניהם וזה יגלה ע"ז. ולפיכך כותבין המנהג והתק' שנהגו ושתקנו להורו' ששניהם כאחד טובים ואית לן למסמך על כל חד מנייהו הא כדאיתא והא כדאיתא ע"כ: וכשאני לעצמי אני אומר דמטעם אחר תנאי זה יציב ונכון.

דמאחר דהיה התנאי הלזה סמוך לכניסה. וקידושין היו ג"כ בשעת הכניסה הו"ל תנאי זה כתנאי הכתובה וכשטרי פסיקתא וכדקי"ל עמדו וקדשו ונשאו כמ"ש סי' ס"ו ס"א הן הן הדברים הנקנים באמי' ואע"ג דפסק הרמב"ם ופסקו מר"ן א"ה סי' נ"א וז"ל והוא שיהיו הדברים שפסקו מצויים ברשותם שאין אדם מקנה דשב"ל.

ע"כ דסילוק הירושה דלא מהני אירוסין לא משום דשב"ל אלא משום שאין לו שייכות בו דהא בעודה ארוסה דיש לו שייכות בו מהני אע"ג דהוי דשב"ל ומאחר דדבר שאין לו שייכות בו אינו אלא חדוש מהר"ן והרשב"א וגם יש מהאחרונים שכתבו שהמרדכ"י חולק. אין לדמותו לדשב"ל.

וכדרך שכתב הריב"ש סימן שמ"ו לחלק לדעת הרמב"ם ז"ל דאפי' דס"ל בדבר שאינו ברשותו אפי' בשעת נישואין לא מהני. בדבר שאינו קצוב מהני.

ע"ש: והרב שלחנו של אברהם ז"ל סי' נ"א נסתפק בדבר שא"ב ממש כגון דירת חצר או בקנין דברים אי מהני בשעת נישואין. אי דמי לדשב"ל.

או לדבר שאינו קצוב. ופשיט לה דמהני ודמי לדבר שאינו קצוב ממ"ש הרמ"א דס"ל מר כהרמב"ם דשב"ל לא מהני בשעת נישואין.

אפ"ה סבר קנין דברים ודבר שאב"מ מהני עש"ב. ואם כן נראה דלא גרע קנין זה דאין לו שייכות מדבר שאב"מ שהוא מוסכם מן הגאונים.

וכמ"ש הה"מ פכ"ג מהל' מכירה הל' י"ג: ומדברי הרמ"א יש לתמוה על הרב כנה"ג סימן נ"א בהגב"י אות א' שהביא דברי הריב"ש וכו' אלא כשנתבונן דמאיזה טענה לחלק בין דבר שאינו קצוב לדבר שאינו ברשותו. אלא כשנאמר דדבר שאינו ברשותו שהוא מוסכם אליבא דכ"ע דלא קנה.

אפילו בשעת נישואין לא קנה. אבל בדבר שאינו קצוב לכ"ע קנה זולת לדעת הרמב"ם ורבותיו.

לא גרע מקנין דבש' נישואין קנה בלא קנין ואף דבר שאינו קצוב קנה בשעת נישואין. מעתה דשב"ל וכל דדמי ליה.

לדעת הרמב"ם וסייעתו דדבר שאינו ברשותו וכל דדמי ליה ע"כ: ולא ידעתי מה יענה ה' כנה"ג בדברי הרמ"א שהשוה דבר שא"ב ממש שהוא מוסכם לדבר שאין לו קצבה: איך שיהיה נראה דאפי' לחילוק של הכנה"ג. דבר שאין לו שייכות שהוא דין מחודש.

ולק' מהאחרו' שנוי במחלוקת. לא גרע מדבר שאין לו קצבה.

ואם נניח הנחה זו צ"ל דמ"ש הר"ן והרשב"א דסילוק קודם אירוסין לא מהני. מיירי בקדשו לאחר זמן וס"ל כמאן דאמר בעינן עמדו וקדשו מיד.

ואת"ל דמיירי אפי' בשע' קידושין שהרי הר"ן והרשב"א דברו בסתם דקודם אירו' לא מהני. ולא חילקו בין קדשו לאחר זמן בין קדשו מיד דלמס"ל כהריב"ש והעיטור ופסקו מור"ם דבעי' דהתנו כן אבל אם עשו בלא תנאי אלא כ"א אומר מעצמו אינו נקנה באמירה.

ע"כ ולא זכר הרב"י חולק ע"ש ומ"ש הר"ן דלא מהני קודם אירוסין היינו בסילוק בעלמא בלא תנאי. אבל כאשר יהיה האופן בדרך תנאי מהני.

דהו"ל כשטרי פסיקתא: וא"כ בנ"ד מהני תנאי זה שהוא תנאי מתנאי הכתובה. וזכתה מרים אחותה בכל נכסי הנפטרת: ותסגי לן יקר סהדותא מגאון עוזינו האי'ש אדוני ארץ הרב הגדול א"ב בחכמה נ"ר ישראל.

במעשה שהיה איש וביתו אחר הנשואין עשו חידושי תנאים והתנו שבמיתת א' מהם והיה הנשאר חי איש או אשה יזכה בנכסים הנמצאים לו ולה מתנה גמורה. אלא שלא היה כל דבר לפי קנינו.

וכל חכמי המערב הסכימו שתנאי זה שריר וקיים. והאחד המיוחד הנז' נר"ו קרא ערער על הסכמתם מאחר שהתנאי הוא נגד הדין.

עד שפשפש ומצא מציאה פס"ד מהרבנים הקדמונים נ"ן כיוצא בזה. וכל חו"ר המערב חתומים בו.

ושום א' מהרבנים לא ערער מטעם המלך. ואז הודה להסכמתם.

ובקש למצא דברי חפץ טעם לשבח ולא מצא כ"א שהוא תנאי מתנאי הכתובה. וכן נעשה מעשה.

ושמע מינה תלת. שיכול להתנות אפי' מנחלה הראויה לעולם ליורשיו.

ושאינו צריך כל דבר לפי קנינו כסברת הגאונים ובעל העיטור. עיין בית יוסף וכנה"ג. ושחידושי תנאים דינם כתנאי הכתובה: כלל העולה מכל הני מילי דכתיבנא. דתנאי זה נכון וקיים חזק כראי מוצק.

שהבעל הנז' ריקן כחו וזכותו להאשה מרים אחות אסתר אשתו אחרי מות אשתו הנז'. וכשמתה אסתר הנז' זכתה מרים אחותה בכל הנכסים הנמצאים לה תחת כפ"ה קו"ט וכ"מ דמתק' נכסי לעשות בהם חו"ר ככל אשר תאוה נפשה.

והמערער עליה דבריו מהבל ימעטו. ובדבר שא"ב ממש.

ולא יעשו שום רושם כלל. זהו מה שנלע"ד בזה וצווי"מ וימ"ן.

הח"פ פאס יע"א בס' אשר ה' אלהיך נתן לך נחלה וירשתה וישבת בה והי"ז ח"י לח' אלול המרוצה מש' תר"ם ידך לפ"ק. ע"ה שלמה אבן דנאן הי"ו הסכמת חכמי ורבני פאס יע"א סימן ז'.

התנאים שהתנו ביניהם הבעל ואשתו הנז' שריירי וקיימי לפום דינא ומנהגא. והגם שלא זיכו והקנו לאחותה מרים כל דבר ודבר לפי קניני המועיל.

זכתה מכח התנאי. וכן נמ"ך בפסקי הראשונים ז"ל וז"ל מ"ש בס' התקנות שכל מחילה וביטול שתודה האשה לבעלה שיזכה בירושתה לאחר מותה דצריך מציאת חכם וחיידוש כתובה.

היינו דוקא באשה שרוצה להפקיע יד יורשיה ולהעמיד הבעל במקומם שיזכה הוא בכל הנכסים לאחר מותה בתורת ירושה. וכן אם נתנה לו במתנה מהיום ולאחר מיתה.

אבל אם נתנה לו במתנת בריא מהיום ושעה א' קודם מיתה. וכן אם עשו ביניהם האיש והאשה תנאים עד"ז שאם ימות הבעל תחיל' תזכה היא בכל הנכסים מקו"מ ויורשיו יטלו כו"כ.

וכן אם מתה האשה בחייו שיורשיה יטלו כו"כ והוא יטול כל הנכסים מקו"מ א"ץ לא מציאת חכם ולא חיידוש כתובה. עכ"ל.

והא התם לא סגי שימצאו נכסים בשעת פטי' א' מהם ולא היו בעולם בשעת התנאים. ושטרות ומעות בעין והלוא' בע"פ דלא שייך בהו קנין ואין להם קיום לקיים תנאם אלא מצד שכך התנו ביניהם ועשו התנאי בשעת חיידוש התנאים כאלו התנו כן בשעת הנישואין: אמת אגיד שבזמן החולף בא לידינו שטר חיידוש תנאים שעשו ביניהם הר' יוסף אשריקי ואשתו מעיר טאנכ'יר ושנים האריכו אחר חיידוש התנאים לפטירתו וקיימו בידה כל הנכסים כפי תנאם.

וחתמו ע"ז חכמי המערב ועבוד עובדא. ואנא זעירא בו בפרק פקפקתי בדבר מאחר דנחת בשטר חד"ת להקנות לו הדברים בדרך מתנה.

אלא שלא הקנה כל דבר כקניינו. גם מאחר שהיו דברים שלב"ל והלואות בע"פ שאינם נקנים כ"א במעמד ג' וכו'.

ורב אח"א כמוהר"מ נ' ג'ו הי"ו שלח לנו פס"ד א' בסגנון הנז' שהסכימו עליו רוב רבני המערב שקדמונו. וכן בקדש חזיתי הפס"ד הנז': הדבר מובן מאליו שכן המנהג פשוט במערב בשטר חד"ת לקיים תנאם מחמת שהתנו כן אחר ביטול תנאי כתובה הראשונה: ומצאתי סמוכות לזה לקיים המנהג ממ"ש הרב כנה"ג סי' קי"ח הגה"ט אות ד' וז"ל הא דמהני תנאי שיחלוקו הבעל ואחרים שאינו ראוי ליורשו שלפי הדין לא אמר כלום הוא מפני שתנאי זה הוא בין הבעל ואשה וה"ה כמסלק כחו ומוותר זכותו.

רשד"ם חא"ה סי' ק"י והא דמהני תנאי זה שיחלוקו הבעל והזרע. אע"פ שמקנה לדבר שלא בל"ע.

הוא מפני שהוא בשעת נישואין רשד"ם חא"ה סי' ק"י. ועי' בהר"מ מטראני ז"ל ח"א סי' ש"ט.

וח"ב סי' קי"ז. וח"ג סי' ב'.

והר"י אדרבי ז"ל סי' רצ"ו עכ"ל. ועיין להרב חלקת מחוקק סי' נ"א סק"ט וז"ל אשה שפסקה לבתה.

כלומר שפסקה ליתן לבתה. לא קנתה הבת מה שפסקה לה אמה בלא קנין.

אבל האם שפסקה עם בעלה ע"מ שתזון את בתה. קנתה הבת.
דהתם הבעל מחייב עצמו מחמת חובת האם דמה לי פוסקים לה או לבתה או לאחר על
פיה. וכבר כתבתי זה למעלה.

עכ"ל: ועיין בס' אבני המלואים סי' ס"ב ס"א בדברי הרב המגיד הגה ב' שכתב וז"ל ואני
בעניי מצאתי דרך פשוט לפענ"ד שיועיל הסילוק שנוהגין עכשיו. אע"פ שאינם עושים
חופה וקידושין בב"א.

והוא דבכתובות שם ריש הכותב בד"ה בדבר כהנא כתבו וז"ל וא"ת בלא רב כהנא נמי
למה לא יוכל להסתלק בעודה ארוסה. מדי דהוי אשאר כסות ועונה דלרבי יהודה בדבר
שבממון תנאו קיים.

ור"מ נמי לא פליג אלא משום דקסבר מתנה עמש"ב תנאו בטל. וי"ל דהכא מיירי באומר
לה שלא על דרך תנאי.

אלא אומר לה דו"ד אין לי בנכסיך עוד דלאשה אבעי לה לאתנויי ומתנה הבעל. והו"ל
פטומי מלי בעלמא והשתא מייתי מדרב כהנא דנהי דמכח תנאי לא מהני מכח סילוק
בעלמא מועיל.

וכ"כ בשיטה מקובצת בשם הרא"ש ע"ש: ומבואר מדברי התוס' דהיכא דהוי דרך תנאי
מצד האשה בשעת הקידושין. פשי' דמהני ולא גרע משאר כסות דמהני תנאי הבעל.

ה"ה בפ"י וירושה מהני תנאי האשה כיון דקי"ל כר' יהודה דבדבר שבממון תנאו קיים.
וא"כ לדידן שעושים חופה וקידושין בב"א מהני סילוקו מצד התנאי ולא מכח סילוק
בעלמא אלא מדין תנאי גמור.

אלא דלפ"ז צריכין לכתוב בשטר סילוק שהיה תנאי גמור בא"ה קודם הנשואין שלא
יהיה לבעל פי' וירושה ושקדש על דעת התנאי ובהכי סגי. ואין אנו צריכין לכנוס בכל
הדוחקים.

שנכנסו הגאונים ז"ל בזה. כן נראה לענ"ד.

והמשכיל יבין ויבחון. עכ"ל: ועיין עוד בס' אבני המלואים סי'.

צ"ב ס"א שכתב וז"ל ולע"ד נראה דהסילוק שפיר מהני לדידן קודם החופה והקידושין
אע"ג דעדיין לא נתארסה וקודם אירוסין לא מהני סילוק והוא דכבר כתבנו בסי' נ"א
דה"א שהקשה הריב"ש על הרמב"ם שכתב פי"א מה"ל מכ"י ז"ל חייב עצמו בדבר
שאינו קצוב כגון שאמר הריני חייב לזון אותך חמש שנים.

אע"פ שקנו מידו לא משתעבד שזה כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצו שנתן במתנה
וכן הורו רבותי. ומפני מה הפוסק עם אשתו לזון את בתה חייב לזונה.

מפני שפסק בש' נישואין. והדברים דומים לדברים הנקנים באמירה.

עכ"ל.

הרי שסובר שאפי' דברים שאין קנין מועיל בהם. אפ"ה נקנין באמירה בשעת נישואין.

ובפ"ו מה"ל זכייה ומתנה כתב וז"ל כבר ביארנו בנישואין ששנים שהיה ביניהם שדוכין וכו' עמדו וקידשו קנו באמירה ואין קונים באמירה עד שעת נישואין. שכל הפוסק דעתו לכנוס.

וצריכים שיהיו הדברים שפסקו מצויין ברשותו שאין אדם מקנה דשב"ל. עכ"ל. והריב"ש הקשה דברי הרמב"ם אלו אהדדי. וכתבנו לעיל בסי' נ"א דודאי גם הרמב"ם ס"ל שהדברים נקנין באמירה יותר מבקנין.

ומשו"ה מהני בדבר שאינו קצוב רק בדשב"ל כיון שאינו בידו כלל דאולי לא יבא ברשותו הו"ל כהא דהובא במרדכי האב שפסק על בנו שיעשה איזה דבר כגון לילך אחריו למ"א אינו נקנה באמירה שאין זה תלוי באב רק בבן ע"ש במרדכי פ' הנושא ובפ"ה הרמ"א סי' נ"א שם. ודבר שלב"ל נמי אינו תלוי בידו ואפשר לא יבא לרשותו כלל.

ומשו"ה אע"ג דאח"ך בא לרשותו. מ"מ בשעת אמירה לא היה תלוי בדידיה לכך אינו נקנה באמירה.

אבל דבר שאינו קצוב אע"ג דאינו נקנה בקנין. כיון דבדידיה תליא ליתן המזונות נקנה באמירה.

ע"ש.

וא"כ הכא לענין סילוק אע"ג דאין אדם מסתלק בדשב"ל ואין לו בו שייכות כלל. מ"מ הכא הוי דברים הנקנים באמירה.

כיון שהתנו הסילוק קודם הקידושין ועמדו וקידשו על דעת תנאי הסילוק. וה"ה בידו הוא להסתלק.

לכך אע"ג דקנין לא מהני ביה מ"מ הכא מהני. מדין דברים הנקנין באמירה.

דמועיל אפי' בדברים שאין בהם קנין. ולדעת הגאונים והעיטור דכל דברים הנקנין באמירה מועיל אפי' בדשב"ל.

פשי' דניחא אלא אפי' לדעת הרמב"ם ניחא לפי מ"ש בטעמים דהרמב"ם דכל שבידו אע"ג דאינו נקנה בקנין מ"מ מועיל משום דברים הנקנין באמירה. וה"ה סילוק כיון שבידו לסלק עצמו והתנו התנאי קודם שנתקדשה ועמדו וקדשו הן הן דברים הנקנין באמירה.

וכמש"ל סי' נ"א אע"ג דגמר הקנין דברים הנקנין באמירה הוא בשעת הנישואין וכמ"ש הרמב"ם. וכשנשאת אינו מועיל סילוק.

אפי' משום דברים הנקנין באמירה אפי' דבר שאין קנין נתפס בו מהני משו"ה מהני אפי' לירושה. ודו"ק: ועוד דעיקר דברים הנקנין באמירה.

בשעת קידושין נגמרו. כשעמדו וקדשו על התנאים שהתנו קודם הקידושין.

ובשעת הקידושין. כשנתרצו לקדש ע"ד התנאים דקודם א"כ הקידושין על דעת כך נעשו.

ובשעת הקידושין והחופה מסלק עצמו שלא יזכה לירושה ולפירות. ואע"ג דאחר נישואין לא מהני סילוק משום דידו כידה אבל בשעת נישואין דמקדש ונושא בב"א על דעת שלא יזכה.

בודאי מהני הסילוק. וכיון דמתנין עמו קודם הקידושין והחופה לסלק עצמו מזכותה ועמדו וקדשו על דעת הסילוק שפסקו עמו.

אדעתא דהכי עמדו וקדשו שלא לזכות בו. ודו"ק עכ"ל: מן האמור מבואר נגלה דיש סמוכות למנהג ע"פ הדין ושאיין לחלק בין התנו ביניהם בין זיכו לאדם אחר.

וכמ"ש לעיל משם הרב חלקת מחוקק. ומה גם בנדון דידן שכתבו בהדיא דאדעתא דהכי נגמר ביניהם הזיווג.

הא ודאי הו"ל עמדו וקדשו וכו': ועיין להרב שער אשר חז"מ סי' כ"ח דף ע"ב רע"ג וז"ל שכן מפורש. יוצא מדברי דרבנן בתשובת קדושת יו"ט סי' ו' שכתב הרב מהרמ"א שם ס"ט ע"ד דהיאך זכה לוי העומד בא"י בכל נכסי עזבון אביו.

מכיון שהכולל סילקו עצמם מן הירושה זכה היורש שבח"ל זכייה גמורה בחלק ירושתו. וא"כ כשאח"ך מעבירים זכותם ללוי במה כחם יפה לזכותו והלא זכותם משעה שנסתלקו כבר פקע חלף הלך לו.

וכמו שכיוצא בזה כתב הרב מהריב"ל ח"ב סי' כ"ד. וע"ז תריץ יתיב וכה דבריו דלא קאמר מהריב"ל ח"ב סי' כ"ד אלא דוקא בנ"ד דלאחר זמן שנסתלק הבעל באה האשה למחול.

לזה הוא דאמר דכיון שנסתלק הרי פקע זכותיה וחזר ליורשים ושוב אין ביד האשה למחול. משא"כ בנ"ד שהכולל סילקו עצמם שסלקו הם אמרו שהירושה תהיה ללוי הו"ל כאלו הם מתנים ואומרים שע"מ שיהיו הנכסים ללוי הם מסתלקים.

וכ"ש דקושטא דמלתא דהכי הוי שראובן המוריש כספו לא נתן להכולל כדי לעשות הסילוק אלא ע"מ כך. עכ"ד: וכן כתב הרב מהריט"א שם דכיון דמעיקרא סלקו עצמם מהירושה.

הרי חזרה הירושה לסיני ושוב אין בידם להקנות ללוי בדרך קנין. אלא העיקר הוא שהענין הוא בדרך תנאי שהתנו הכולל שמסלקים עצמם על מנת שהירושה תהיה ללוי הנמצא פה עה"ק כמו שיעויין שם: וכדו חמותי ראיתי לאור היוצא מן העין בן ואח שם א'חי מן.

בא סימן.

כתיב במן.

כטעם לש'ד חד מינן. קדיש דרבנן.

כמהר"ר שלמה אבן דנאן. הי"ו אשר האריך למענייתו לקיים מנהגן של ראשונים.

תורה.

ע"פ התורה. יישר חיליה לאורייתא.

וסלקא ליה שמעתתא. ברוח מבינתו.

שהלכה כמותו. וצויי"מ וימ"ן.

וחתו' חו"ר פאס יע"א. כמהר"ר מתתיה סירירו נר"ו.

וכמהר"ר אבנר ישראל הצרפתי נר"ו. וכמהר"ר יהושע מונסונינו נר"ו.

וכמהר"ר בנימן סירירו נר"ו. וכמהר"ר יצחק אבן דנאן נר"ו.

וכמהר"ר יוסף סירירו נר"ו: הסכמת הרב הגדול אב"ד בירושלים תובב"א ורב בנא אמון כמהר"ר משה פארדו זלה"ה סימן ח'. ראיתי את השאלה על אודות תנאים שהתנו הר' חיים ב' יעקב הנק' הרו"ש נ"ע והאשה היא אסתר בת כה"ר מרדכי אפלאו נ"ע שהיו כתובים בשולי הכתובה.

ותכלית התנאים הנרצה הוא שהבעל סלק עצמו מסך גדול שהפרישה ושיירה אותם לעצמה בדין גמ' וכו' וכו'. אכן במיתת האשה בחיי בעלה כ"א יעמוד בשלו וכו'.

או אם לא זכתה להשאר המין אחריה יטלו יורשיה סך נ' מת' בירוש' דוקא. והשאר הנ"ל תטול אותו אחותה מרים וכו'.

את כל אלה התנאים התנית האשה אסתר על בעלה הר' חיים הנז'. קודם כניסתם לחופה. וכו' ואדעתא דכל הני תנאי נהיה הזיווג ביניהם. ונתחו"ג איש וביתו הנז' בשניהם בקש"מ בדל"ב ובשח"ך כ"א למ"ש ע"כ האמור מראש וע"ס והכל כתחז"ל דלא כאס' וטו"ד וכו' בקוש"ח עכמדו"ל בא"ה כפה"ד הברור ולא יורע כח וכו' וכו' ולראיה וכו' והשו"ב וקיים.

וחתו' כמהר"ר רפאל אבן צור הי"ו. וכהה"ר יוסף הלוי הי"ו.

וס"ל נמ"ך וז"ן אב"א תב"ת. עתה באנו להרחיב הדבור לפ' שיחתינו מ"ש בפנים אכן במיתת האשה בחיי בעלה יתנהגו עז"ה דהיי' כ"א יעמוד בשלו וכו' יטלו יורשיה סך נ' מת' מהירושה דוקא.

והשאר הכ"ל תטול אותו אחותה מרים וכו' יובן הבעל בשלו דוקא ושאר כל הנכסים זיכו אותם הבעל והאשה לאחותה מרים ושניהם כ"א נתקשרו בקוש"ח על הדבר הזה. והיה התנאי מפו' ביניהם כנז'.

ואדעתא דהכי נגמר ביניהם הזיווג. ואחר שברור לנו שהיה הענין ביניהם תנאי מתנאי הכתובה לא הוצרכנו לכתוב קנין כל דבר כקניינו.

והם נתנו לנו רשות לכתוב בכל לשון של זכות ויפ"ך בכל אוה"מ ולא תגמר שליחותי אפי' אחרי צאתו מתח"י עד יצא כנוגה כפטיש יפוצץ דבר הבא לעוקרו וכו' ע"ס השטר: ועל זה השיב הרב הפוסק הי"ו והבי"ד הרמב"ם פכ"ג מה"א ה"ה התנה עמה שלא ירשנה וכו'. הכל קיים.

בד"א שהתנה עמה קודם שתנשא שהנחלה הבאה לו לאדם שלא ממשפחתו מתנה עליה שלא ירשנה קודם שתהא ראויה לו וכו' והבי"ד ה"ה ודברי מר"ן בב"י ובש"ע סי' צ"ב בא"ה ס"ז שהעתיק דברי הרמב"ם ז"ל וז"ל התנה עמה שלא ירשנה ה"ז לא ירשנה וכו' וכן אם התנה עמה שירש מקצת הנכסים וכן אם התנה עמה שאם מתה בלא בנים יחזרו הנכסים לבית אביה הכל קיים.

בד"א שהתנה עמה קודם שתנשא בעודה ארוסה. או בכותב לה בכתובתה בשעת כניסה. אבל אם התנה עמה אחר שנשאה תנאו בטיל וירשנה. ובריש הסי' כתב מור"ם ז"ל בהגה וז"ל ול"מ סלוקו אלא לאחר אירוסין אבל קודם אירוסין ל"מ סלוק.

ר"ן ר"פ הכותב ורשב"א סי' תתק"ס. וכבר מר"ן גופיה בש"ע לעיל סי' ס"ט ס"ז ביאר כן להדיא.

וז"ל זה שאמרנו שאין התנאי מועיל להסתלק מירושתה היי' במתנה עמה אחר שנשאה או קודם שאירסה. אבל במתנה עמה בעודה ארוסה מהני.

באופן דלדידן פשי' דפסקי' כמר"ן ז"ל כ"ש דגם מור"ם פסק כוותיה דמור דקודם אירוסין ואחר נישואין ל"מ תנאי. והטעם כתב הרב ח"מ סקי"ב הטעם דכשם שאם אומר איני רוצה לירש את אבא דודאי דלא אמר כלום ואפי' קנו מידו לפי שאין אדם יכול להסתלק ממה שהוא ראוי לירש מעכשיו.

אבל בעודה ארוסה שאינו ראוי לירש עדיין ואגידא ביה קצת מועיל סילוק. אבל קודם אירוסין אין לה שייכות עמו: והנה הרב הפוסק נר"ו הביא עוד דברי ה' המבי"ט ח"ב סי' י"ז ומהרשד"ם בא"ה סי' ק"י שכתבו דכ"ז דמהני התנה עמה אחר אירוסין ואפי' בירושה לד' הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והרמב"ן והרשב"א ופסקינן כוותייהו ודלא כר"ח וסי' היי' בנכסים שהכניסה האשה הנחלה הבאה לו לאדם וכו' מתנה עליה שלא ירשנה.

אכן אם הבעל התנה שאשתו תירשנו בממון הבעל. ל"מ כלל.

שאין בידו להפקיע הירושה מיורשיו: ולפ"ז בקש טעם לתקנת רבותינו המגורשים שתקנו שאם מת האיש או האשה שיחלוקו עם הזרע הנשאר מהם כל אשר נמצא להם תכ"ה הנמצאים לו ולה. ואם יש זכרים ונקבות בלתי נשואות תטול הנקבה חלק כזכר.

וכ"ז הפך הדין כי איך יכול להוריש בת בין הבנים ואיך יעביר הירושה מיורשיו ואיך יוריש יורשי אשתו. והלא קי"ל האומר בתי תירשני במקום שיש בן לא אמר כלום.

וכן כיוצא כמ"ש בסי' רפ"א ואפילו בנכסי' שהכניסה לו בעו' ארוסה דוקא יכול להסתלק: ואייתי לזה מ"ש התשב"ץ בח"ב סי' רצ"ב תקון ג' שכתב וז"ל בתקנה זו הופקעה ירושת הבעל שהיא דאורייתא ורשאים הם בכך שכן מצאנו חכמי ישראל שתקנו כתו' בנין דכרין כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו לבנו.

ור"ת ז"ל תקן שאם מתה האשה בתוך שנה ראשונה לנישואין שירש אביה נדונייתה. כדי שלא תתקיים קללת ותם לריק כחכם וכו' ואע"פ וכו' שאין תנאי מועיל אא"כ התנה עמה בעודה ארוסה כדמו' בפ' הכותב ובפ' חזקת תקנת צבור עדיפא.

כמ"ש בפ"ן בענין כתו' בנין דכרין שהוא לדשל"ב. ואמרו שם תנאי ב"ד שאני.
וה"ה לתקנת צבור וכו'. וכ"כ הרשב"א בתשו' שדין תק' צבור כדין תנ' ב"ד וכו' ע"כ.
ואייתי שכ"כ מהר"י הלוי סימן ט' שיש הפרש גדול בין כח וחיוזוק תקנת טוליטולא
לתנאי אשר עושה החתן עם הכלה. וזה כי בתק' טוליטולא עמדו ותקנו האשה ומנהיגיה
תקנות ביניהם וסלקו ירות' הבעל שהתו' זיכתה לו והעמידה ליורשי האשה.

ובודאי דרשאי' בני העיר לתקן ולהסיע אפי' מד"ת ולתקן תקנות בכל דור ודור ולעשות
כטוב בעיניהם כן יהיה עפה"ד והן יהיה שלה כדין דבכל דבר שבממון הרשות ביד ראשי
העיר לתקן להוסיף ולגרוע מד"ת ע"כ: והנני יוסיף כי כן כתב הרא"ש ז"ל בתשו' כלל
נ"ה סי' יוד אחר שכתב דבמנהי איסור והיתר בדבר שנהגו איסור אין לשנות ובדבר
שנהגו מנהג שיש בו איסור יש לבטל המנהג דאין ב"ד מתנים לעקור דבר מה"ת.

וכתב אח"כ זהו מנהגים שהן בענין או"ה ובענין ממון יש כח ביד ב"ד לתקן תקנו' בענין
ממון לפי הענין והצורך. אפילו להעביר מד"ת וליטול מזה וליתן לזה כדתניא בפ"ק
דב"ב ורשאין בני העיר להתנות על השערים ועל המדות ולהסיע על קצתן.

פירוש להסיעו להעביר אד"ת וכו'. ואמרינן ביבמות פ' האשה רבה דפ"ט ע"ב ארי"ן
מנין שהפקר ב"ד הפקר שנא' וכל אשר לא יבא לשלשת ימים בעצת הזקנים והשרים
יחרם כל רכושו.

ר"א אמר מהכא אלא הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע ב"ן נחשי האבות למטות.
וכי מה ענין ראשים אצל אבות אלא לו"ל מה האבות מנחילים את ביניהם כ"מ שירצו
אף שרים וכו' מנחילין כל מה שירצו וכו': אשר מתבאר מסוגייתא זו דתניא אשתו קטנה
הבעל יורשה וקאמר התם.

והא הכא דמדאורייתא אביה ירית לה ומדרבנן ירית לה בעל. ותי' הש"ס הפ' ב"ד הפקר.
וע"ז מייתי דאמר רי"ן מנין שהפקר ב"ד הפקר וכו' כמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' וכנ"ל:
ואע"ג דהרי"ף ז"ל בהלכות לא הבי"ד הש"ס דיבמות אלא העתיק דברי רי"ן לבד
ואחריו דברי ר"א וכן הרא"ש בפסקיו. ומה"ט גם בתשו' הנז' התחיל ארי"ן מנין שהפקר
ב"ד הפקר.

מ"מ הנמוקי ז"ל כתב מנין וכו' בממונא. וכן תנן [צ"ל תניא] מאימתי יורש אדם את
אשתו קטנה ואמרי בה משתכנס לחופה וכו' אבל כשנכנס לחופה ואע"פ שהיא יתו'
קטנה דמדאורייתא אין מעשה קטנה כלום נשואין מדרבנן.

א"ל משום שלא נהגו בה מנהג הפקר וזכו לה להתקדש ע"י אמה ואחיה. ועכשיו ירושתה
מדינא דאורייתא קרוביה מן האב ירתי לה.

ומדרבנן בעל ירית לה ולא קרוביה. אלמא שיש כח בידם להפקיר ממון כרצונם.

ומנין דאורייתא. וכל אשר לא יבא בס' עזרה כתיב.

וראשי אבות למטות הול"ל וראשי מטות לבני ישראל. ופסק הרמב"ם ז"ל דה"ה לכל ב"ד
חשוב בכל מקום ובכל זמן וכדאמרינן במס' מ"ק ומנלן דמפקרי' וכתב הריטב"א ומכאן

סמך להכרזות שנהגו במלכותי כי מפני שיש בו תקון ללקוחות ולמוכסין מפקיעין זכותו לגמ' של מערער מפני שלא מיחא ע"כ: וכן יש ללמוד מהסוגייה דגטין דל"ו ע"ב שהתקין הלל פרוזבול מפני תקון העולם.

ה"ק בש"ס ומי איכא מידי דרחמנא אמר תשמט ואתא הלל ותקון דלא תשמט. אמר אביי בשביעית בזה"ז דרבנן.

והדר פריך ומי איכא מידי דמדאו' לא משמט שביעית ותקנו רבנן דלשמט. אמר אביי שב וא"ת הוא.

רבא אמר הפקר ב"ד הפקר וכו'. ופירשי' דכתי' זה של רבא אתי גם לקו' קמייתא אי אמרי דשביעית בזה"ז דאורייתא ועט"ר מוה"ר רב משה סוזין זצוק"ל בתשו' כי באה והיא ל'ו נדפס'ה בס' התקנו' מייתי דברי רבינו הרא"ש בתשו' הנז' וסוגייה זו ופרשי' ז"ל וכתב פי' הרשב"א והר"ן והריטב"א וכן דעת הריב"ש בס"י שצ"ט [והתשב"ץ ח"א סי' קל"ג וח"ב סי' ה'] וכתב הרשב"א בתשו' ומינה שמעי' דכח ב"ד יפה להפקר מזה ולזכותו לזה אף קודם שהגיע לידו וכן מוכח מקרא דאלה הנחלות דמה אבות מנחילין.

דמה אבות מנחילי' ואומר שדה פ' לפ' וזכה לו מיד אף קודם שבא לידו. אף ראשים מנחילין ואו' ממון ראובן יהיה לשמעון וזוכה בו מעתה שמעון עכ"ל.

והאריך בעוצם מבינתו העמיק הרחיב לקיים ההסכמות הידועות להרבנים גאוני עולם לקדושים אשר בארץ ראשונים כמלאכים זיע"א אשר עמדו ותקנו וגזרו והסכימו כי כל איש מישר' אשר יבא לשכן בארצנו בהר הק' ירושת"ו והגיע קצו ונלב"ע בעה"ק ואין לו יורש בעה"ק וי"ל יורשים בחו"ל.

הנה כוללות עה"ק נכנסים במקום יורשים ויקחו פקידי ומשגיחי הזמן כל נכסי עזבונו להוצאות העיר משום ישוב הארץ והעבירו הנחלה מיורשיו וזיכו אותה לכוללות עה"ק. ועמד רב א' וכתב לבטל ההסכמות הנז'.

ועט"ר גאון ירושלים הרב הגדול משה אמת שאגה לו כארי רובץ בין המשפט'ים וברר וזיקק והעלה לפו"ד והרבה בראיות אשר כח בהם הרבנים הגדולים מאריות גברו המתקנים זיע"א ומשם באר'ה היא הבאר במכ"ש להרבנים המפורסמים רבני קשטילייה אשר עמדו ותקנו בתקנת הנישואין שאם מת האיש או האשה שיחלוקו עם הזרע הנשאר מהם כל אשר נשאר להם תכ"ה הנמצאים לו ולה.

ואם יש זכרים ונקבות תטול הנקבה חלק כזכר וכו' כמבואר בתקנות המגורשים וכאשר העתיק הרב הפוסק נר"ו: והדבר ברור מתוך כל הראיות שהביא רבינו משה סוזין זצוק"ל. כי מעשיהם של צדיקים רבני קשטילייה.

שריר וקיים. ומה שנתעורר הרב הפוסק נר"ו מתשו' המבי"ט ח"א סי' ש"ט שכתב וז"ל אם מתנה אדם עם אשתו בין אירוסין לנישואין תנאי שיחזור הנדונייה קצתה או כולה ליורשים וכו' מהני ואפי' בלא תנאי אם יש תקנה באותו מקום וכיוצא בזה שהרי תקן ר"ת שאם תמות האשה תוך שנתה וכו'.

וכן בתק' מליא'ה וטוליטול'א וכן בתקנות האלג'זאייר. ואע"פ שכתבו הפוס' שאין תנאי מועיל בזה כ"א בין ארוסין לנשואין וכו' תקנת צבור עדיפא ותנאי ב"ד שאני כדאמר' בפ"ן וכמ"ש הרשב"א בתשו' דדין תק' צבור כדין תנאי ב"ד וכמו שהביא כ"ז הרשב"ן בפ"א תקנות של האלג'יר ונר' כי הטעם הוא כי על הסתם כוונת מתקני התק' הוא שתחול תנאי התק' בין אירוסין לנשואין בזמן הראוי לחול.

נלמד מדבריו דאף דכתב דתק' צבור עדיפא ותנאי ב"ד שאני. הוא נותן טעם לשבח שכוונת מתקני התקנה שיחול תנאי התקנה בין אירוסין לנשואין שמועיל בו גם התנאי שבין האיש והאשה.

ולפי"ז היכא דלא מהני ביה תנאי כגון שלא באה לו ע"י מעשה גם תנאי התק' ל"מ וא"כ יפה למד מהרשד"ם בא"ה סי' ק"י דין התנאי מדין התק'. ולדבריהם עדיין קשה לרבו' מתקני התק' שתקנו אף בדבר דל"מ ביה תנאי.

ומדברי מוהריב"ן ז"ל שאכתוב לקמן ומבואר דיש כח בתקנה לעקור דבר תורה. עכ"ל כעת: ואני אומר דמלבד דדברי הרב המבי"ט צ"ל לדעתו דהאי טעמא דקא יהיב שיחול תנאי התק' בין אירוסין לנשואין שמועיל בו התנאי לצדדין קא יהיב טעם זה.

וא"א לומר דבכל התקנות שהביא הוא ז"ל יהיב האי טעמא כ"א לתק' טוליטולא ותקנת ר"ת שהם בממון האשה שהבעל הוא היורש אתי שפיר. ובהא הוא דקאמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממ"א מתנה עליה שלא ירשנה.

אכן בתק' מליא'ה שכתב הרא"ש בכלל נ"ה סי' ו' וסי' ז' שכשתמות האשה בחיי הבעל שיחלוק הבעל עם יורשי האשה בכל נכסי הבעל. בזה לא אתי טעם המבי"ט וע"כ אנו צריכין אנו לומר דתקנת צבור שאני דהוי כתנאי בית דין שמזכה לגולדים: ותו דתשו' זו של המבי"ט ז"ל הובאה בשו"ת מר"ן הישנות בא"ה בדיני כתובה סי' יו"ד ומרן ז"ל ראה תשו' חכמי מודונ"א ע"ז ותשו' המבי"ט ז"ל והוא ז"ל כתב בכלל תשובתו וז"ל.

כתבו עוד וז"ל וכו' נר' מדבריהם שעל כל שטרי נדוניאות שעושים הלועזים לתקנות שירשו הבנים כתובת אמן ולא הבעל הם דנים לו' שאין תנאי זה קיים מאחר שאינם מתנים כן אלא לאחר נישואין ובכי הא לדברי הכל ל"מ. ואני אומר שלא צדקו דבריהם שלו הונח כדבריהם מאחר שבין אירוסין לנשואין הם מתפשרים בתנאי זה וע"מ כן הוא נושא אע"פ שלא נכתב אלא לאחר נישואין אין בכך כלום.

דאפי' אם לא היה נכתב כלל היה קיים משום דנכתב אחר נישואין לא גרע דאין כתב זה מעלה ומוריד בענין קיום התנאי אלא כדי שלא ישכח הדבר: ועוד דכיון שהוא מנהג פשוט ביניהם לנהוג כדת האימפיריאל אע"פ שלא התנו כלל ולא כתבו כלל כל הנושא ע"ד אותו מנהג הוא נושא וכו' ע"כ: למדנו מזה.

דהרב ז"ל ראה דברי הרב המבי"ט בתשו' הנז' ופנה לסובב מ"ט המנהג. ומ"ש הרב שבין ארוסין לנשואין הם מתפשרים בתנאי זה.

לאו למימרא דאם היו עושין ארוסי' ונשואין בב"א והיו מתפשרים על התנאי קודם אירוסין דלא הוה מהני. דע"כ לא קאמרי הר"ן ז"ל והרשב"א ז"ל דקודם ארוסין ל"מ אלא אם יסתלק הבעל.

אבל תנאי מהני. וכמו שבאר הרב הפוסק נר"ו דאדרבא התנאי בעי' שיהיה קודם האירוסין.

אלא דאחר נישואין פשי' דל"מ אפילו תנאי כלל. דכבר נשא ומאי דהוה הוה.

אכן כשנתפשרו קודם אפ"י נכתבו אחר הנשואין מהני. כמו שביאר מר"ן ז"ל: ברם דא עקא דבשלמא בנדון דידהו של הרב המבי"ט ומר"ן ז"ל כך היה מנהגם בכל הכתובו' לא כן בנ"ד דהו"ל תנאי בין האשה ובעלה ואינו נהוג.

א"כ יצאו אלו מגדר ההסכמה והו"ל ככל תנאי דעלמא. ובמה זכתה אחותה מרים בנכסי אחותה היא אסתר.

כיון דלא הקנית לה בדרכי ההקנאות: ואשר אנכי אחזה דכל מה שכתב הרב הגדול המלי"ץ בתשו' כי באה בס' קדושת יו"ט ס"ו בסלוק שנסתלקו כוללות עה"ק מנכסי ראובן וזיכו הנכסים ללוי בנו והניח בנו שמעון בחו"ל ועלה ונסתפק בעד לוי אי מהני הסילוק ההוא וביאר עליה דעיקר ספיקו מתשו' הר"ן סי' כ"ג שכתב דמחי' בדשב"ל דל"מ ועלה בדעתו דע' דטעם הדבר דמחי' הוי הקנאה כמבו' בפוס' ז"ל שהעתיק דבריהם.

משו"ה שפיר קאמר הר"ן כיון דמחי' ה"ה כהקנאה אין אדם מקנה דשב"ל. משא"כ בסילוק שעבוד אימור דגם הר"ן יודה דמהני הסלוק בדשב"ל כיון דליכא הקנאה וכתב וכיוצא בזה כתב הכנה"ג בא"ה סי' צ"ב בהגב"י אוא ז' עמ"ש הרב מעשה חייא בתשו' המרדכי' שכת' על ראובן שחפץ לקנות בית ודאג פן יצטרך למכרו ותעכב עליו אשתו והתנה עם אשתו שלא תוכל לעכב על ידו וקבלה עליה.

דהרי זו אינה יכולה לחזור בה אף דהוי דשב"ל. ותשו' זו נר' חולקת עם תשו' הר"ן הנז' דס"ל דמחי' אינו מועיל בדשב"ל.

וכתב ע"ז נ"ל דאינו ענין לנדון המרדכי דהתם היי' מחי'. ומחי' אינה חלה קודם החיוב דלא שייך מחי' אלא לאחר החיוב.

אבל סילוק שפיר חייל קודם החיוב שמסלק עצמו מהחיוב שיבא עכ"ל. וכ"כ הרב ט"ז בח"מ סי' ר"ט וכו': שוב באו לידי תשו' הר"ן וראיתי דכ"ז דכתבנו איננו שוה.

שהרי כתב הר"ן בתשו' וז"ל וכי תימא תרומה שאני אע"ג דבדבורא בעלמא חיילא. מ"מ אקני גופא הוא הלכך כי איתא בעולם לא חיילא אבל מחי' דאפקועי שעבודא בעלמא הוא ליתא.

עכ"ל הרי דלהר"ן ס"ל דמחי' לא הוויא הקנאה אלא סלוק שעבוד וכו' והאריך לאתויי דברי הרא"ש והריב"ש בתשו' סי' ת"ד שכתב דמחילה בדשב"ל ל"מ. וההיא דר"פ הכותב שנייא היא דמיירי בכותב לה בעודה ארוסה דאית ליה זכות בגוה ע"כ.

ומאי פריך מההיא דר"פ הכותב דהויא סילוק לנ"ד דקאי במחי'. אם לא דהריב"ש פשי' ליה דמחילה וסילוק כולהו סלוק שעבוד נינהו.

וכן כתב הרשב"א בתשו' אלף לג' דמחי' הוי סילוק שעבוד וכו'. וכן מצאתי להרשב"א בתשו' סי' רמ"ג שכתב בפשי' דמחי' וסילוק כי הדדי נינהו.

ונמצא דמ"ש לחלק בין מחי' לסילוק ליתא וממילא אזדא ליה חילוק הרב כנה"ג ודעימיה וכולי והאריך בזה: ואני בעניי מזה זמן כתבתי ע"ד הסמ"ע בסי' ר"ט ס"ק כ"א וז"ל בגליון הסמ"ע. חילוק זה שכתב הסמ"ע וכו' שריר וקיים והוא עפ"י מ"ש מהראנ"ח הבי"ד נכדו הרב בעל פני משה ח"ב סי' ק"י והוא דהריב"ש סי' קמ"ו כתב וז"ל וא"ץ אלא בדברים בעלמא מתחייב שוכר למשכיר במה שנדר לו א"ץ לומר במה שאין בו חיוב אלא פיטור ומחי' מחובו דאפי' לא היה משכיר יכול אדם למחול חובו בדבור לבד בלא קנין כמו שהוכיחו כל המפ' ז"ל מההיא דפ"ק דקדושין זאת אומרת ע"ע גופא קנוי דא"א אין גופא קנוי לימא ליה באפי תרי זיל.

אלמא שאע"פ שיש לו שעבוד עליו כל שמחל לו בדבור לבד הוא נמחל משעבודו עכ"ל. ומהראנ"ח ז"ל שו"ט לתת טעם לפטור המס לאיזה יחיד דאי טעם הפיטור דמהני הוא מטעם מחי' כמו שמתבאר מדברי הריב"ש הנז' יש לתמוה איך לא שת לבו הריב"ש דהוי כמוחל דשב"ל ול"מ כמ"ש הר"ן רבו בתשו' הר"ן הנז' והעלה וז"ל שנ"ל בזה שגוף האדם משתעבד מעכשיו לכל חיוב שישתעבד והחיוב ההוא חל מעכשיו ונמחל שעבודו וכו' וכו' וכן יש לנו לו' בענין המסים שגוף האדם משועבד מעכשיו ולכשיתחייב בהם ואותו שעבוד יוכל להמחל שפיר דלא חשיב דשב"ל וכו' עכ"ל.

ובח"א מתשו' סי' מ"ט הנז' כתב וז"ל שאלה זו כבר נשאלה פעמים אחרו' וכו' אם מפני שהיה קודם שבא החיוב לעולם וכו' וכו' אך בטול כל הדברים והטענות האלה כולם חוזרים אל ענין א' והוא כי אין הפיטור ההוא על המסים והארנוניו' אבל הפיטור הוא על שעבוד הגוף או הממון המשועבד לישא בעול הקהל שהקהל פוטרין אותו ומפיקים ממנו השעבוד.

והו"ל כשחרור עבד אי לאו משום דע"ע גופו קנוי כיון דאו' ליה באפי תרי זיל נפיק אבל הכא אין לקהל על היאודים אלא שעבוד בעלמא וכו'. וכלל דבריו הוא שהמחי' הוא על שעבו' הגו' הנמחל וממונו המשועבדי' למסים המתחדשים וגופו וממו' איתננו בעו' וכיון שמחלו לו שעבוד גופו ושעבוד ממונו ממילא נפטר מכל המסים ואע"פ שהמסים עדיין לא באו לעולם עד כאן לשונו.

כעת יעו"ש: והשתא היי' ממ"ש דברי הסמ"ע ז"ל והא דפסק מור"ם ס"ח דיכול אדם לסלק עצמו וכחו מדשב"ל שאני התם דקאי אאדם שי"ל שעבוד על נכסי חברו וכיון דכבר נשתעבד לו משו"ה יכול לסלק אותו שעבוד אף מנכסים שעדיין לא קנה המתחייב כיון דמ"מ נשתעבד אז ונתחייב. ע"כ והוא כחי' מהראנ"ח דגופו ונכסיו הם משועבדים לצבור למסים.

וכיון שכן יכולים לפטור אותו כיון שגופו ונכסיו איתנהו בעולם. גם האשה שבעלה גופו ונכסיו משוע' לכתובתה ובגרירתם משועבדי' כל הקרקעות שיקנה.

אם כן כשנסתלקה היא משעבוד נכסיו אע"פ שעדיין לא קנה הקרקע. מהני הסלוק שמסתלקת אף מנכסים שעדיין לא קנה.

הגם דמחי' ופיטו' וסילוק כי הדדי נינהו: ואנכי עמדתי ע"ד הט"ז והעתקתי דברי ג' הרועים הרב חות יאיר בתשו' סי' מ"ז עוד אחת שאלתי וכו' בשטר סילוק שכותבים מהבעל לאשתו בזמנינו שאין לו אירוסין על מה סומכים אם על הקנין שקונים מהבעל לפני החופה הרי קי"ל דל"מ סילוק רק בעודה ארוסה לא קודם כמ"ש הר"ן וכו' דהא דקי"ל דאדם יכול להסתלק שפיר מדשב"ל.

מיירי דעכ"פ השעבוד כבר חל. ולכך אפי' בלא קנין מהני.

וכ"כ הסמ"ע. ובא רעהו הגאון בעל עבודת הגרשוני שם סי' נ' שכבר גם הוא עלה בדעתו לחלק תחי' דע"כ ל"ק הר"ן דקודם אירוסין ל"מ אלא דוקא בלא קנין.

אבל בקנין שפיר מצי מסתלק. והא דאין אדם מקנה דשב"ל דוקא מקנה אבל שפיר יכול להסתלק מדשב"ל או שאינו ברשותו וכו' אבל במעט עיון ראיתי וכו'.

אלא דהאמת יעשה דרכו. שהר"ן תמך יתדותיו עמ"ש בתשו' סי' כ"ג וכו' עי"ש ל' השאלה והשיב וז"ל נ"ל שהדין עם ראו' דהא קי"ל א"א מקנה דשב"ל.

ואין לו' דמקנה שאני משום דצריך קנין וכו' אבל מחי' בדבור בעלמא חייל הלכך אפי' בדשב"ל נמי חייל ליתא דבפ' גט פשוט דשקילנא וטרי' טובא בתקנת התברא דשטרי מאוחר וכו' ואם איתא שיוכל על דשב"ל לכתוב תברא הכי שהוא מוחל שטר של סך פ' שהוא חייב וכל שעבוד של שטר שיתחייב לי מיום זה ואילך מזה הסך וכו' ע"ש כי האריך.

ממילא על ראייה זו סמך הר"ן לפרש ג"כ מ"ש דוקא בעודה ארוסה לא קודם לכן. וא"כ אם איתא לו' דס"ל להר"ן שע"י הקנין מהני סלוק לדשב"ל.

א"כ הדק"ל למה לא תקנו שובר גם על מה שיתחייב לו מאותו יום ואילך וע"י קנין דמהני. אלא ודאי לדעת הר"ן אפי' ע"י קנין לא יוכל אדם להסתלק מדשב"ל וז"ב עכ"ל.

ולפי"ד ז"ל א"כ גם הרשב"א ז"ל קאי בסברת הר"ן. שהרי כתב מר"ן בב"י א"ה סי' צ"ב וז"ל וכתב הר"ן אהא דאר"י בכותב לה ועודה ארוסה דוקא בכותב לה ועו' ארוסה דשייך בה קצת.

אבל קודם לכן כיון שאין לו שייכות בנכסים כלל. סלוקו לאו כלום הוא.

וכתב מור"ם בד"מ על דבריו וז"ל וכ"כ הרשב"א בתשו' סי' תתק"ס. דשאל השואל.

וז"ל ולפי שכתוב בגמ' בכותב לה ועו' ארוסה. אנו מסופקים אם דוקא בעודה ארוסה לפי שיש בה שייכות וקודם אירוסין לא.

שהרי הוא כדשב"ל. או לאו דוקא.

תשו' כן נראים הדברים. וכו' ארוסה שאמרו דוקא הוא.

אבל קודם לכן ואח"ך אינו כלום בין במוכר בין במסתלק ע"כ. והשתא ודאי דקאי הרשב"א בשי' הר"ן שכבר ביאר לו השואל דקודם ארוסין אין לו שייכות בנכסים והו"ל כדשב"ל א"כ בחדא שיטה קיימי.

וכן פסק מור"ם בהגה שם. ובאר דהוי מדברי הר"ן והרשב"א בתשו' הנז' וכ"כ מר"ן בבד"ה בא"ה סי' ס"ט דמייתי שם בב"י דברי הר"ן ובבד"ה כתב וז"ל ודברי רבינו בכאן באו בקיצור שכך ה"ל לכתוב וכן אם התנה עמה אחר שנשאה או קודם שארסה שלא ירשנה תנאו בטל וכו'.

ועפ"ז פסק בש"ע ס"ז וז"ל זה שאמרנו שאין תנאי מועיל להסתלק מירוש' היי' במתנה עמה אחר שנשאת או קו' שארסה. אבל במתנה עמה בעו' ארוסה מהני. ע"כ.

וע"ש בח"מ ס"ק י"ב. ושו"ר שהרב ער"ג גופיה כתב להדיא דדעת הרשב"א בתשו' דסי' תתק"ס דק'א ארוסה שאמרו דוקא אבל קודם לכן וכו' אינו כלום בין במוכר בין במסתלק והדברים האלה עתיקים וכבר כתבתם בפ' הכותב ויותר מהמה בפ"ן.

וכתב הרב דכוונת ראייתו מ"פ י"ן היא מדאמרינן התם בכור שנטל חלק כפשוט ויתר וכו' ור"פ אומר ויתר באותה שדה קסבר אין לככור קודם חלוקה ומאי דאתי לידיה אחיל אידך לא אחיל. ופרשב"מ אידך לא מיחיל ל"מ מחיל דאין מקנה דשב"ל ע"כ.

וכן ביאר הרמ"ה בשיטתו בפ"י וז"ל ברם צריך את למדע דהא דמשני' הכא לא קא מחיל. לאו למימרא דאי מחיל דאומר מחילנא אי נמי קנו מניה דבן דמסתלק מירושת אביו בחיי אביו הויא מחילה.

דהא גבי ירושת הבעל דאיכא למ"ד דרבנן היא. ואפי' תק' דרשב"ג לא קאמר דכי מסלק גפשיה מסתלק.

אלא בכותב לה בעוד' ארוסה דאכתי לא חזי למרתה דכי זכי בירושה לא מכח ארוסין קא זכי. אלא מכח נשואין דקא זכי.

וכיון דמקמי נישו' קא מתני' דלא לירית. אשתכח דכי קא נסיב בתר הכי אדעתא דהכי קא נסיב.

ואמטו"ל תנאו קיים. אבל כתב לה בעודה נשואה לא מסתלק.

כדאיתא בהדיא ריש פ' הכותב. ואפי' קנו מניה לא מסתלק דדבר שב"ל הוא כדברירנא התם.

וכל שכן גבי ירושת הבן דלא מסליק נפשיה וכו' ע"ש: באופן כי לדברי ג' הרועים רשב"ם והרשב"א והרמ"ה. פי' לא מחיל ר"ל לא מצוי מחיל ולא כמו שעלה ע"ד הגאון עה"ג לפי' דברי הש"ס לא מחיל ר"ל שמסתמא אינו מוחל.

ואף הרב עצמו בטל דעתו מפני דעתם. ומ"ש הרב דחילוק הסמ"ע היא סברא קלישא.

הא ודאי דכוונתו לומר כמ"ש הרב בני אהובה וז"ל ואף שהסמ"ע שם ס"ק כ"א חילק דדוקא בעובדא דמהר"ם דעכ"פ היה לאשה שעבוד על הבעל ואף שלא חל נכסיו שלא

הי"ל עדיין מ"מ שעבוד היה לה עי"ש. לא הבנתי דבריו דמאי שנא סוף כל סוף על הך קרקע שיקנה אח"כ לא היה לה שום נדנוד שעבוד.

ומה ענין סילוק מהקרקע למה שי"ל שעבוד על נכסים אחרים. ואי משום שנתקשה הסמ"ע בסתירה שיש לכאורה בדברי רמ"א דבס"ד פסק דאין מחי' חל על דשב"ל.

ואח"ך בס"ח פסק דיכול לסלק עצמו מדשב"ל. נר' דלק"מ דודאי לשון סילוק מועיל כי יאמר הריני מסלק עצמי מכל חפץ לזכות בדבר ההוא.

אבל אין יכול לומר הריני מוחל לך על מה שלא נתחייב לו אז כי על מה יחול ל' מחילה: ומחי' קודם החיוב לא שייך. כי מה ימחול במה שלא נתחייב לו וז"ב ע"כ.

וזהו חילוק הט"ז והכנה"ג כנ"ל. וכבר כתבנו כי דברי הסמ"ע ברורים.

מיהו מאי דאסיקו הרבנים בשו"ת חוות יאיר והרב בני אהובה דמידי פלוגתא לא נפקא אי מהני סלוק קודם אירוסין או לא בהא מודינא. דהא קחזינא דאיכא פלוגתא וכבר גם הרב הפוסק הבי"ד הסמ"ע והט"ז הנז' ושו"ט ואסיק והבי"ד המשל"מ פכ"ג מה"א ה"א דאסיק ולדידי אין מי שיחלוק בדין זה דלכ"ע כל מה שמסתלק ומוחל בשעה שאין לו זכות כלל דל"מ.

וסיים הרפ"ו וז"ל. נקטי' מן האמור דהא מלתא דהר"ן היא מחלו' בין האחרונים אם היא מוסכמת ולדידן דמר"ן ומור"ם פסקו כהר"ן כוותייהו נקטי' ולפי"ז לכאורה נר' דתנאי זה אינו מועיל וכו': וחזה הוית להרב הגדול המלי"ץ ז"ל בתשו' הנז' וז"ל וא"ת דכפיה תו'.

יוצאה בנ"ד להפך דל"מ הסילוק. שהרי כתבו הר"ן ור"י נת"י כג' והריב"ש סי' ק"ד דדוקא בעודה ארוסה הוא דמהני הסלוק הואיל וזכות אית ליה בגוה.

אבל קודם לכן לא. וכ"כ הרשב"א בסי' תתק"ס על מה ששאלוהו אם הא דאמרי' בפ' הכותב בכותב לה ועודה ארוסה.

אם הוא דוקא בעודה ארוסה לפי שי"ל שייכות וקודם אירוסין לא שה"ה כדשב"ל. או לאו דוקא.

והשיב וז"ל כן נראין הדברים דכל ששיירה לעצמה ואפי' לא התנית עם הבעל קודם האירוסין לא עשתה ולא כלום. לפי שבאותה שעה אין לבעל שום זכות וארוסה שאמרו דוקא הוא.

אבל קודם כן ואח"ך אינו כלום בין במוכר בין במסתלק. עכ"ל הצ"ל.

ונראה לפק"ד דתנאי דנקט הרשב"א בדבריו לאו תנאי גמור קאמר וכגון שתלה בו האירוסין. אלא תנאי דנקט לשון מושאל הוא.

וסלוק הוא דקאמר אלא דנקטיה ל' תנאי. וכדחזינא להר"ן בסוגיין דלסלוק קארי ליה תנאי.

והעד ע"ז דאח"כ בסו"ד כתב אבל קודם כן ואח"כ אינו כלום בין במוכר בין במסתלק. ואם תנאי דקאמר הרשב"א היי' תנאי ממש.

בין במוכר בין במתנה הול"ל. ומה שהוצרכתי לזה הוא.

יען ראיתי להרב מחנ"א בסי' יו"ד לה' זכיה שכתב דמדברי הרשב"א אלו מוכח דאפי' אם התנה תנאי גמור קודם האירוסין דל"מ. ודלא כמ"ש התוס' דכל שהתנה תנאי גמור אפי' קודם האירוסין דמהני.

עכ"ד.

ואני בעניי אחרי ניו"ק נ"ל דזה אינו שהרי מ"ש התוס' בסוגיאן דתנאי מועיל אפי' קודם האירוסין. לשיטתייהו דר"פ נערה אזלי שכתבו בד"ה ר"ש דאע"ג דאין אדם מקנה דשב"ל אדם מתנה בדשב"ל.

וכאשר מפו' יוציא מתשו' הרשב"א גופיה שהביא מר"ן הב"י בח"מ סי' רנ"ג מחו' י"ג. וכ"כ הריטב"א בחי' לקידושין דכ"ג.

וכ"פ הטור ח"מ ס"י הנז'. וכן מצאתי להרשב"א גופיה והבי"ד ע"ש.

ואסיק הראת לדעת דהרשב"א ס"ל דאדם מתנה בדשב"ל. וא"כ היאך הפה יכולה לו' דהרשב"א פליג על התוס' ותנאי דנקט היינו תנאי ממ"ש דא"כ נמצא דדברי הרשב"א סתראי נינהו וכו' עכ"ל וכ"פ מר"ן בש"ע וביאר דבריו מור"ם בטעם הדבר דאדם יכול להתנות על דשב"ל כדברי הטור ע"ש.

וכן ציין בקדשו מר"ן החבי"ב בהגה"ט אות ע"ד להקת הפוס' דס"ל כן ע"ש: באופן דבנ"ד שהתנו תנאי גמור אף דהוי קודם ארוסין עביד ומהני. ולפ"ז צ"ל דמאי דנקטו רבינו הרמב"ם בפ"א מהא' ודעמיה האשה שהתנית על בעלה לבטל זכותו וכו'.

ביאור הדברים הוא שהאשה היא אמרה מתקדשת אני לך בתנאי שתבטל זכותך בכו"ך שאתה זוכה והבעל קבל דבריה ואמר לה בלשון סלוק כדברי התנא ר"פ הכותב. אכן אם הבעל היה מתנה בתנאי גמור פשי' דעביד ומהני אפי' קודם ארוסין דהוי דשב"ל.

מדי דהוה אשאר כסות [עונה] דקי"ל ברי' דבדבר שבממון תנאו קיים כמ"ש התוס'. ועיקר ההקפדה בתנאי גמור שיהיה התנאי קודם נשואין שעדיין לא זכה בירושתה אבל אחר נישו' ל"מ תנאי כמו שביאר כ"ז הרמ"א שם ודלא כהרב בני אהובה שרצה להבין דברי הרמב"ם האשה שהתנית דהוי תנאי גמור וכו' ואמטו"ל אסיק בצ"ע.

ולדידי לשון מושאל הוא ולסלוק קרי ליה התנה ואינו תנאי ממש. אכן אם מתנה בע"מ ודאי דס"ל דמהני.

כיון דיכול אדם להתנות בדבר שלא בא לעולם וכנז"ל ודו"ק וכן בקדש חזיתיה להרב הפוסק הי"ו דנכנס בזה וביאר דמהני אפי' קודם ארוסין בנ"ד וצדק במענהו. ואייתי ראייה מדברי הרב משל"מ פטו' מהא' ה"ל א' שכ"כ להדייא יעש"ב: עוד אחרת היתה ראייה להרב הפו' מדברי הרב הגדול המליץ ז"ל אחר שהבי"ד תשו' מהרד"ך בבית ל' דשו"ט ואסיק כל שבשטר א' נתקנו תכ"ד מקרי אק"ד וכ"כ ג"כ מהרא"ש סי' קפ"ז דכל שעסוקים באותו ענין תכ"ד מקרי ע"כ.

כתב ומ"מ דין הניין לי למה שלכאורה היה נר' לפקפק בשטרא דנא דהיאך זכה לוי הנז' מכיון שהכולל סלקו עצמן מכל זכות שי"ל בנכסים מן הירושה זכו הירושים בירושה זכי"ג. וא"כ כשאח"ך מעבירים זכותם ללוי במה כחם יפה לזכות ללוי.

והלא זכותם משעה שנסתלקו כבר פקע חלף הלך לו. וכיוצא בזה כתב מהריב"ל בח"ב סי' כ"ד ועיין להרב דברי אמת בתשו' סי' ח': אמנם ע"פ דברי מהרד"ך דכל שכתוב בשטר א' הוי תכ"ד.

ניחא.

דאיכ"ל דע"כ לא קאמר מהריב"ל ודעמיה. אלא כעין נדון דידהו דלאחר זמן שנסתלק הבעל רשאית האשה למחול.

וע"כ הוא דאמרינן דכיון שנסתלק הרי פקע זכותיה וחזר ליורשים ושוב אינה יכולה האשה למחול. משא"כ בנ"ד שהכולל עצמם שסלקו הם אמרו שהירושה תהיה ללוי.

ואע"פ שכתוב סלקנו את עצמנו וכו' הכ"ל מו"מ העברנו וכו' תכ"ד כדבור דמי והו"ל כאלו מתנים ואומרים שע"מ שיהיו הנכסים ללוי הם מסולקים ע"כ. ודבר זה כתבו גם הגאון מוה"ר מהריט"א ז"ל בהסכמתו ע"ד הרב הגדול המליץ ז"ל שם וז"ל אבל עכשיו שכתוב בשטר ג"כ סלקנו עצמנו וכו' ואח"ך כתבו העברנו והחלטנו וכו' אי אפשר לו' כן דכיון דמעקרא סלקו עצמם מהירושה הרי חזרה הירושה לשני ושוב אין בידם להקנות ללוי בדרך קנין אלא העיקר שהענין הוא בדרך תנאי שהתנו הכולל שמסלקים עצמם ע"מ שהירושה תהיה ללוי וכו' ואע"ג דלא כתבו לשון תנאי גמור.

מ"מ הרי מצינו בפ"ב דביצה בד"כ בההוא דאמר לנסוב פ' ברתי והבו ליה ר' זוז דאי נסיב שקיל ואם לא נסיב לא שקיל. הרי דהוא תנאי אע"ג דלא אמרו כל תנאי מכ"ש בנ"ד וכו' יע"ש.

א"כ גם בנ"ד אע"ג דהבעל נסתלק לגמרי כיון שכתוב לבסוף כי שניהם הבעל והאשה זיכו למרים אחותה וכ"ש שכתוב בל' תנאי גמור ועמ"כ נתהוה הזיווג ביניהם בודאי הגמור נפרש שמא שנסתלק הבעל מנכסיה ומפרותיהם ופ"פ הכל היה בתנאי וע"מ שתזכה מרים אחותה כאשר ביארו אח"ך והכל הוי תכ"ד וכדבר האמור: וכן ביארו חו"ר טיטואן בהסכמתם עם הרב הפוסק.

ותו ביארו דכיון דהוי בל' חיוב מהני. ועוד טעמא שכתב הרה"פ להחזיק ולקיים זכיית מרים אחותה.

וכבר נתעורר הרה"פ מדברי הש"ך ז"ל בסו"ס ס"ו והבי"ד הרב ברית אבות סי' צ"ב בא"ה שחלק על חו"ר מראקיש שהבינו דברי מר"ן בש"ע א"ה סי' צ"ב ס"ז שכתב בד"א שהתנה עמו קודם שתנשא בעודה ארוסה או בכותב לה בכתובתה בשעת כניסה דפשטן של דברים מורים דאפלו עשו כן קודם ארוסין וכמנהגינו דמארסין בשעת החופה.

והבינו חו"ר מראקיש דמהני. וכבר הרב הפו' ביאר הדברים כל הצורך.

א"כ הו"ל פלוגתא בין חו"ר מראקיש והש"ך וב"ש דהרב אות ז"ל כתב ע"ד הש"ך שאין להכריח מדברי מור"ם פה כן. ועיקר הדברים מבו' בשות' חוות יאיר סי' מ"ז ונו"ן ונ"א ובס' פתחי תשובה הבי"ד הרב ישועות יעקב שתמה על המנהג וכתב קצת לישב המנהג והבי"ד הרב כו"פ סי' צ' שכתב גם יש לשנות שמהני אפ"י קודם ארוסין ואחר נשו' כמו שביאר בהגה שם ס"ז.

עכ"פ איני כדאי לדחות פסק חו"ר מראקיש כמ"ש וכבר כתב הרה"פ מה שראוי לכתוב ע"ז: וראיתי דברי חכמים הרבנים המובהקים דייני דנה'ר דעא מסכימים ומעריבים על האי פסקא דדינא שפסק הרב הכולל כמוהר"ש אבן דנאן הי"ו הסכימו חו"ר פאס וחו"ר צפרו וחו"ר טיטואן ומע' הרב כמהר"מ נ' ג'ו דעי"ת טאנגא וחו"ר מכנאס וחו"ר מראקי"ש וכלם נקובים בשמות.

והם אמרו חכמים הזהר'ו כזוהר הרקיע מעידים בגדלם כי כך הוא המנהג להכשיר תנאים דאלו הכתובים בשולי הכתובה. וגם מוה"ר גאון ירושלם כמוהריט"א בהסכמתו ע"ד הרב הגדול המליץ פתח דבריו יאיר כי כך הוא המנהג.

באופן הנה אנכי בא כדל מסכ"ם ויסכ"ם משה ככל דברי הרב הפוסק שלמה בחכמתו. וה' עמו שהלכה כמותו.

ובפרט כי גם חו"ר המערב הסכימו כן להלכה ולמעשה כי הזכייה שזיכו למרים אחות אסתר שרירא וקיימת. הכל כמו שכתבו והאריכו למעניתם.

נפלאות מתורתם. ואף ידי תכון עמהם כיאודה ועוד לקרא הכותב וחותרם בס' ראה אנכי נותן לפניכם היום ברכה.

אתן שנת בשבטי ישראל הודעת"י נאמנ"ה פ"ק וציי"מ וימ"ן כי"ר: בין כתיבה למסירה ראיתי דאתא לידי פסקא דדינא עכ"פ מא' מחו"ר המערב זה שמו הרב שמעיה ביטאג' נר"ו שכתב לקעקע כל הבירה השטר תנאים אשר כתבנו תח"י דברינו והעתיקו בשלימות. ואח"ז שקו"ט בדברי מור"ם אחרי הביאו דברי הר"ן והרשב"א הנ"ל וכתב דברי הב"ש וח"מ דקודם ארוסין ל"מ להסתלק אפ"י בקנין.

והק' דברי מור"ם אהדדי וחילק ח"י הסמ"ע וכתב דא"כ בנ"ד ל"מ סלוק הבעל. וכתב ופשוט הוא שמ"ש מר"ן בש"ע התנה עמה וכו' או בכותב לה בכתו' בש' כניסה וכו' איירי כשקדמו הארוסין דאל"ה אפ"י בש' כניסה לחופה וכו' ואייתי ע"ז מ"ש הש"ך בסס"י מ"ו שכתב כן בפ"י ומ"ש בס' ברית אבות בא"ה סי' צ"ב הנ"ל.

וסיים נקטי' מהכא דהסלוק שנסתלק אין לו קיום והעמדה מצד הקנין וכו': והרואה יראה דגם ע"ז פקח עינו מע' הרב הפוסק נר"ו כאשר הבאנו דבריו לעיל וכבר כתבתי מה שראוי לכתוב ע"ז. ואח"ז נכנס בענין השבועה שנשבע והבי"ד הריב"ש סי' של"ה ושמר והאריך בזה.

ואין לנו עסק בענין השבועה כיון דהרב הפוסק וכל קדושים לא נתעוררו מזה כלל זולת חו"ר צפרו שכתבו בקיצור שאינו יכול לחזור מפאת השבועה יעויין בדבריהם אהני

מיהא דאסיק מר איהו גופיה בזה"ל. הרי מבואר מכל האמור דסלוק הבעל קיים מכח ש"ח שנשבע בעת הסלוק עכ"ל.

אח"ך כתב פש גבן לברורי אם המתנה שנתנה לאחותה חלה מיום הנתנה ותקיים בידה. או לא חלה משעת נתינה אלא לאח"מ ותתבטל המתנה שנתנה לאחותה הנז' משום דאין קנין לאח"מ.

ושו"ט בזה ובירר דדעת מר"ן כיון דאיכא קנין וזמן א"כ זכתה מהיום גופא ופ"א לאח"מ והדר ביה כיון דמוכח מתוך מעשיה שכוונתה להקנות לאח"מ דוקא. ודקדק כן מלשון השטר ויליף מדברי הרשב"ץ שהביא מר"ן בב"י סי' הנז' שטר מתנה שכתוב בו קנין מעצמו אע"פ שכתוב בו זמן כיון שכתוב בו בפ"א והמתנה הזאת שנתתי היא לאח"מ אבל לא מהיום והלאה בעוד שאני בחיים לא אמרי' ביה זמנו ש"ש מוכיח עליו.

וכתב עליו מר"ן ופשוט הוא. והעתיק תשו' מוהרימ"ט ח"א סי' ט"ל מפני שאינו מצוי כ"כ ודקדק בהם.

ואסיק וז"ל מבואר יוצא מדברי הרב ז"ל תרתי. א' דאפ"י בתנאי הכתו' אם תהיה המתנה לאחרים בעי קנין.

ב' דאפ"י אם יהיה קנין אם היה מוכח מתוך הענין שאין כוונתה להקנות כ"א לאח"מ קנין בטל הוא. והאריך לבאר כן מדהוצרכה להתנות שאם מתה אחותה בחייה.

בזש"ק שיחזרו לה הנכסים לתתם למי שתרצה. הרי שפ"א שאפ"י לא תזכה מקבלת המתנה לא יירשם הבעל.

ומה שביאר החכם כמהרה"פ בסו"ד וז"ל יוכן הבעל יעמוד בשלו ושאר כל הנכסים זיכו אותם הבעל והאשה לאחותה מרים וכו' ושניהם כ"א נתקשרו וכו' בא לומר דלא נגמר הזיווג ביניהם אלא ע"ד הסלוק הנז' ושתזכה בהם אחותה ולפי שכך פסקו ביניהם הו"ל בכלל הדברים הנקנים באמירה ול"פ לא הוצרכו לכתוב כל דבר בקניינו.

אבל לא בא לומר שאם לא תזכה בהם אחותה לא יסתלק מהם דא"כ הו"ל לפרש הנז' בתנאי מפורש. ומה גם שהסי' הוא מכח ש"ח וכל כי האי הי"ל לפרש ועוד זה אין לו שיעור דא"כ ה"ז סותר הקודם שהרי בפ"ד שאם מתה אחותה בלתי זש"ק שיחזרו הנכסים לידה לתתם למי שתרצה וכמ"ש וא"כ כיצד נאמר שעמ"ך נסתלק אם תזכה בהם אחותה דוקא והרי סלוק זה בין אם תזכה בהם אחותה.

בין אם לא תזכה ורשאית האשה לתתם למי שתרצה. הן אמת שלשון זיכו אותם הבעל והאשה שכתב החכם הנז' אינו מדוקדק דמה כח י"ל בנכסים הנז' קודם ארוסין כדי לזכותם לאחרים.

והרי סלוק עצמו שנסתלק מהנכסים אם לא היה נשבע ש"ח ל"מ כלל מכח שאין לו שייכות בנכסים ואיך יזכה לאחרים דבר שאינו שלו. עכ"ל: ובכן הן נודע על מה אדני הפסק הלזה הטבעו.

וכל מע' חו"ר המערב משם נסעו ואין צורך להעריך דבריהם עם דבריו. ודברי חכמים תורה שלימה תעמד אשוריו.

ומלשון תטול שנסתבך הרב הפוסק הנז' לא תברא. כיון דמבואר אח"ך בלישנא דסהדי ושאר הנכסים זיכו אותם הבעל והאשה הנז' לאחותה מרים וכו' ודאם דזיכו כדינם קאמרי ולא בלשון תטול שכתבוהו דרך הודעה ול' מושאל ועיקר סמיכתם של העדים על מה שביארו שלא הוצרכו לכתוב כל דבר בקניינו וכו' וכבר מבואר באר היטב בדברי חו"ר המערב המסכימים כי כן נהגו מימי עולם לקיים כל התנאים שמתנים האיש והאשה בעת נשואיהם וכותבים התנאים בכתובה.

א"כ מה דמות יערוך לדברי הפוס' שהביא הוא שהם המדברים לעקר הדין. ואפ' לתק' טוליטולא ומיליאה וכיוצא שאינם תקנות הרבנים המגורשים ושניין דא מן דא.

גם ראיתי דברי הרב המסכים על דבריו ההולך בשיטתו ולא הוסיף ע"ד הרב הפוסק נר"ו שו"ד הלא זה הו"ד מע' הרב כמהר"ר בירדוגו נר"ו. ואני הוא המזכר ומזכר אני במקומם ואחד הרואה דברי חו"ר המערב עיניו משוטטות.

בלבבו יבין האמת אתם אין דרך לנטות. תורה היא אחרי רבים להטות.

הן בפרט כוללות ופרטות. וזו הלכה העלו בכל דברי הרב שלמה בחכמתו.

שהלכה כמותו. דזכתה מרים אחותה בכל נכסי עזבונה.

ויסכ"ם משה בהסכמ'ה עלה ככל אשר הסכימו מע' חו"ר המערב הע"י. וחזרתי וכתבתי בקיצור נמרץ דעתם והסכמתם כי לענ"ד נר' דזכתה האשה מרים בכל נכסי עזבון אחותה היא אסתר' תנצב"ה ככל אשר הסכימו מע' חו"ר פאס ומכנאס הנקובים בשמות על פסק הרב כמהר"ש אבן דנאן הי"ו וכן הסכימו מע' חו"ר טיטואן וצפרו וטאנגר.

וכן הסכימו מע' חו"ר מראקש הי"ו ואף ידי תכון עמהם. ועד"א וצדק חזרתי וח"ש פה בא אמון יע"א.

זהו מה שעלה במצודת שכלי. והצ"מ וימ"ן כיר"א.

ע"ה משה פארדו הי"ו סימן ט' אור לששה ועשרים תמוז הת"ר ולשלשים ושש ליצי' שלח אחרינו כה"ר אברהם בהי' יצחק נ"ע המכו' אוג'ואילוס ומצאנוהו מוטל על ערש דוי ודעתו מיושבת עליו כא' הבריאים וייחיד אותנו לעדות וציוה בפנינו מחמת מיתה ואמר לנו זוהרא שמאשא בת יצחק בני תטול מנכסי ארבע מאות צ'ורו.

ובתי סולטאנא תטול מנכסי מאה צ'ורו. ובתי מזל טוב יתייחדו לה מאה צ'ורו ותזכה בהם לפירותיהם דוקא וכאשר תפקד בזש"ק תזכה גם בקרן.

ויתייחדו מנכסי ארבע מאה צ'ורו ולעקד וזלטיטא ולכלאכל ונוויווסאת הידועים לבני ביתי ואם זכתה בתי הבתולה מרים לחופה תזכה בהם לנדונייתה ואם ב"מ לא זכתה יזכה בהם יהודה בני. ואשתי זמול יפרעו לה כתובתה ויתנו לה נוסף על כתובתה ב' פעמים כסף כתו' ותשאר ניזונית עם יהודה בני בעיסה א' דוקא כל ימי מיגר אל'.

ושאר כל נכסי קו"ט ומ"ב ושטרות אינהו ושעבודייהו וכו' אני נותן אותם ליהודה בני ויזכה בהם זכייה גמורה ימכור ויתן וכו' והוכחנהו ע"ד אעבורי אחסנתא ונתן טעם וחיזק דבריו. בו ביום הנז' נכנסנו לבקר ומצאנוהו עדיין חולה ודעתו מיושבת ואמ"ל

שאם זכתה בתו הבתולה מהיום לחופה יעניק לה יהודה בנו בנדונייתה נוסף על הדבר האמור לעיל הבית הקטנה שבהאספלי שבחצר הנקרא מקדם ע"ש אברהם נ' סמחון והם קנו ושכללו אותה ונקרא ע"ש צ'אר נ' שמאש לחאיילא הסמו' מצ"א לצ'אר יפה.

גם יעניק לה מדרבא וזרבייא שלו. ואם ב"מ לא זכתה יזכה בהם יהודה בנו כנז' בכלל כל נכסיו שיתן לו כנז'.

גם בירר שאם זכתה בתו הבתולה מרים לחופה וזכתה בארבע מאות צ'ורו הנז' תזכה גם בפ' שיסגלו מיום פטירתו ע"ע כניסתה לחופה וצורכי החופה יעשה לה מהריוח הנז'. עוד ציוה שיודא בנו יזון בתו מרים הנזכ' ע"ע כניסתה לחופה.

עוד צוה שלענין כסות אשתו זמול לא יכריח על יודא בנו הנז' כ"א לפי רצונו וכבודו. גם אמ"ל שאם יתן יודא בנו סך עשרה צ'ורו ללונא בת אחיו אין קפידא.

ובירר שלא חזר בו משום דבר שנתן בצוואתו הראשונה הנז' זולתי פרטים הנז'. וידענו נאמנה שכל מתנותיו הנז' במתנת מצוה מ"מ כי כן פירש להדייא והיו אחר ג' ימים שנפל למשכב והכביד עליו החולי.

גם ידענו כי מאותו חולי אשר צוה בו ונתן כל מתנותיו הנז' מת ולא ניתק מחולי אל חולי והכל כתחז"ל ולראיה על כל האמור ח"פ וקיים וחתומים הרב הגדול כמוהר"ר אבנר ישראל הצרפתי זלה"ה. וכה"ר מנחם מלכא נ"י: נדרשתי לחוות דעתי קלה כמות שהיא בהאי תפקידתא.

אי דייתיקי דא תהוי למיקם אליבא דהלכתא וזכה יהודה בכל נכסי מתנתא. ואף כי איני כדאי לפתוח ראשון רחמנא ליצילן מהאי דעתא.

וכי יפתח איש בו'ר תמיהא מילתא. ואולם היותי נכוה בפושרין פעמים שלש דין גרמ'א לבוא עד הלום במילי דשמעתא.

ואידי דטריד טרדין עלי אדמה. ולא צילא דעתא.

ושמענתא בעיא צלותא. אז אמרתי לא אעלה ארוכה רק ללקוט אורו'ת הני מילי מעלייתא מדבריהם דרבנן ראשונים כמלאכים ובתראה שלים ומנייהו תסתיים שמעתתא.

וזה החלי.

וה' אלהים יעזור לי: הנה לכאורה יש לפקפק בצוואה זו והוא דהנה מצינו פלוגתא דרבוותא קמאי הרשב"ם והרא"ש ז"ל באומר תנו ר' זוז לפלוני בני בין בבכור בין בפשוט בהיא דפרק י"ן ד' קל"ח דאמרינן התם תר' שכ"מ שאמר תנו וכו' דלהרא"ש מתנה נתן לו מלבד חלק פשיטותו וכמ"ש הב"ח דלמא יגרע בנו מאשתו ובע"ח.

ושכן משמע מלשון הרא"ש בפסקיו שכ' אבל אם אמר לפ' בני סתמא או לפלונית אשתי מתנה נתן להם יותר על הראוי להם. ואפי' דהטור משם הרא"ש כ' מתנה נתן להם חוץ מהבכור וכו'.

ל"ד בבכור אלא ה"ה בפשו' אלא כיון דקאי בבכור נקט בכורה וכ"כ הש"ך ס"ק י"א בשם הרא"ש. ונראה דלהכי דייק מר"ן לכתוב כלשון הרא"ש ולא כלשון הטור.

אבל רשד"ם ז"ל ס"ל דידו על העליונה. והגם דרשב"ם איירי בבכור שהרי כ' וה"ה אם אמר תנו ר' זוז לפלוני בני סתמא ולא אמר בבכורתו דידו על העליונה מ"מ מראייתו שהביא מדפרכין לקמן ודלמא כראוי לו בחובו קאמר ומשנינן ר"ע היא דדייק לישנא יתירה אם לא אמר כראוי לו הוה אמרינן דבחו' או בבכורתו קאמר דיטול מאתים.

מההיא ראייה מוכח דבכלהו תלתא בכור ואשה ובע"ה איירי דבכולהו אמרי' דבראוי לו הוי לישנא יתירה. ובפרט דב"ח נקט רשב"ם להדייא.

גם מר"ן סי' רנ"ג ס"ח כ' ואם לא אמר לה כראוי לו ולה בבכורתו ולא בכתובתה ולא בחובו בכולם ידם עה"ע. ע"כ.

והיא סברת רשב"ם. וא"כ הדרן לדברי הב"ח דלמא יגרע בנו מאשתו ובע"ח.

וכ"כ הרב דרכי נועם חו"מ סי' מ"א וזל"ה דבר פשוט הוא דהאי דאמר רשב"ם וה"ה אם אמר תנו לבני ר' זוז סתמא אבכור ואפשוט קאי דידם עה"ע. אע"ג דרשב"ם מסיק למלתיה ולא אמר בבכורתו דמשמע דמילתיה לא קאי אלא אבכור לא היא אלא משום דבבכור קא עסיק קאמר הכי אבל אה"ן דה"ה גבי פשוט אי אמר סתמא הוי דינא הכי דידו עה"ע.

וע"ש שכ' דהוי פלוגתא דרשב"ם והרא"ש וכמש"ל. וכ"כ הראד"ב בסי' ר"ה דהוי פלוגתא דהני רבנן ומר"ן הביא על שלחנו ב' הסברות בסי' הנז' וסברא ראשונה שכ' בסתם היא סברת רשב"ם.

והסברא שכתב בשם י"ח היא ס' הרא"ש. וכללא הוא דסתם ויש הלכה כסתם.

ובפרט דמור"ם ז"ל במפה כ' וסברא ראשונה נ"ל עיקר. אך באה"ע סי' ק"ט כ' מר"ן ב' הסברות בלישנא דיש ויש וס' הרא"ש ביש בתרא.

וקי"ל דיש ויש הלכה ככתרא. וגם מור"ם לא הכריע שם.

וצ"י.

שו"ר להרב אחרון חביב שער אשר ח"מ סי' כ"ח שכ' וז"ל ראיתי בתשו' חק"ל ח"מ ח"ב סי' מ"ד דמר"ן בש"ע פסק בשני המקומות כדעת הרא"ש ודעמיה דנוטל את שתיהן באה"ע סי' ק"ט ובח"מ סי' רמ"ה נגד מה שסתם בח"מ סי' רנ"ג כדעת רשב"ם וסמי חדא מקמי תרתי לאפוקי מ"ש הרב זרע אברהם שם דחזר בו הש"ע ממה שפסק באה"ע כדעת הרא"ש ופסק שם בחו"מ כדעת רשב"ם לזה מר דאמר דהשתא דחזינן ליה דבשני מקומות פסק כדעת הרא"ש שפיר אמרינן סמי חדא מקמי תרי ועפ"ז אסיק ותני לבסוף דנפקא מינה למקומות שפוסקים כהוראת מר"ן בש"ע אין המוחזק יכול לומר קי"ל כדעת רשב"ם ודעמיה ושפיר אמרינן דנוטל את שתיהן כדעת הרא"ש וסיעתיה: מעתה בצוואה זו שכתוב בה ואמ"ל זוהרא בת יצח' בני תטול מנכסי ת' צ'ורו להרא"ש נוטלתן מלבד חלקה בירושתה ולרשב"ם ידה על העליונה אם הסך ההוא יותר תטלנו ואם חלקה

בירו' יותר תטלנו: ואע"פ שכ' הטור וכתבו מור"ם סי' הנז' וז"ל אם אמר תנו ר' זוז
לפלוני בני שהוא פשוט בירושתו אין לו אלא ר' זוז.
ע"כ.

שאני התם דאמר בירושתו ולא דמי לבכורתו דבכור וכמ"ש הסמ"ע ס"ק י"ח וז"ל אין
לו אלא ר' זוז הטעם דלבניו הפשוטים הרשות בידו לגרוע מחלק ירושתם כמ"ש והיה
ביום הנחילו את בניו ואמרינן דדעתו היה שלא יטול אלא ר' זוז בחלק ירושתו כי כן
משמעות הלשון דבירושתו. מה שא"כ בבנו בכור דכתיב ביה לא יבכר דלמדינן מיניה
דאין ביד האב לגרוע חלק בכורתו.

וכן לבע"ח ולאשתו לאו כל כמינה לגרוע חובו וכתו' אשתו ומש"ה אמרינן דדעתו היה
שיהיה ידן עה"ע ע"כ. וכ"כ הב"ח וז"ל והיינו דאומר תנו ר' זוז לפלוני בני בירושתו
וכו' דכיון דאמר בירושתו ליכא למימר דמתנה נתן לו וכיון דאיכא למימר נמי שמא
דעתו היה למעט לזה הילכך אין ידו עה"ע.

ולעיל כתב וז"ל השתא ניחא דבאומר תנו ר' זוז לפלוני בני בבכורתו דידו עה"ע ה"ט
שהרי אינו יכול לגרוע מבכורתו כדנפקא לן מלא יוכל לבכר וכן פירש רשב"ם א"כ
דעתו שתהא ידו עה"ע. אבל פשוט דהתורה נתנה רשות להרבות או למעט ביום הנחילו
את בניו איכא למימר שמא דעתו היה למעט שלא יטול אלא ר' והמע"ה וכו' ע"כ:
מדבריהם דרבנן הב"ח והסמ"ע נלמוד דיכול האב לגרוע ולמעט ליורשיו מנחלתו אף
שאינו מחלק שאר נכסיו כמו שיכול להרבות ולא מקרי עוקר נחלה רק באומר פלוני
לא יירש או לא יירש אלא כו"ך.

אבל באומר פלוני יירש כו"כ אף שהם פחותים מחלק העולה לו בנחלה לא מיקרי עוקר.
ועי' בסמ"ע סי' רפ"א ס"ק ד'.

ובזה ניחה דברי מר"ן סי' הנז' ס"ד שכ' וז"ל בד"א בפשוטים אבל בבכור אם אמר יירש
כפשוט וכו'. ור"ל דאומר בכור יירש כפשוט הוי דומה לאומר פשוט יירש כו"כ שהם
במשל לשליש ולרביע מהנוגע לו בירושה דפשוט מהני שיכול לגרוע ולא מקרי עוקר.

ובבכור לא מהני מלא יוכל והוי כלא יטול או לא יירש ולפ"ז צריכין אנו לחלק בין
האומר מחמת ירושה לאומר בירושתו שהרי כתב הרשב"א ז"ל והביאה הב"י סי' רנ"ג
ובסי' רפ"א הביאה באורך קצת וז"ל ראובן שכתב שטר לא' מבניו שהיא נותן לו ר' זוז
לאחר פטירתו מחמת ירושה ומת ובא זה לחלוק בנכסי אביו וליטול הר' זוז יתירים על
חלקו מה דינו.

תשובה מסתב' שאין לזה אלא או ר' זוז או חלק ירושתו שאם רצה האב ליתנם לו יתר
על חלקו למה כ' לו מחמת ירושה ומ"מ כיון שלא נתן שאר הנכסים לבן הקטן לא איבד
זה זכותו בשאר נכסים והרי זה כאלו פירש שיכנסו אלו בחלק ירושתו וכאותה שאמרו
תנו לבני בכורי ר' זוז בבכורתו שאם רצה נוטלן או נוטל חלק בכורתו עכ"ל: ולכאורה
נראה דפליג אהטור דאלו הטור כתב דאם אמר בירושתו אף שלא חילק שאר נכסיו אין
לו אלא הר' זוז ולא אמרינן דידו על העליונה ואלו הרשב"א כ' דאם אמר מחמת ירושה
כיון דלא חילק שאר נכסיו ידו עה"ע.

או צריכין לחלק בין האומר מחמת ירושה ובין האומר בירושתו. וכן מצאתי הדבר מבואר בדרכי נועם סי' מ"א וז"ל"ה וכוונתו בזה לומר דלשון מחמת ירושה אינו כלשון בירושתו דכשאמר תנו ר' זוז לבני פלוני בירושתו משמע בהדיא סילוק לגמרי שמסלקו מן הירושה ואין לו אלא ר' זוז בלבד אבל אומרו מחמת ירושה אינו משמע שמסלקו מירושתו אא"ך נתן שאר הנכסים לבן הקטן וכו' ולכן לא כתב מר"ן שהרשב"א חולק בזה עם הטור דלשון ירושתו לחוד ול' מחמת ירושה לחוד.

בירושתו ר"ל בירושתו לגמרי ואין לו אלא אלו שצוה לתת לו. אבל מחמת ירושה הוא לאפוקי דלא נימא דמחמת מתנה נתן לו עוד'ף על ירושתו אלא רצה בזה ליפות כחו להיות ידו עה"ע זו היא כוונת הרשב"א לע"ד וכו' וע"ש שהרחיב הדברים וביאר שיכול לגרוע ואינו צריך לחלק שאר נכסיו והביא דברי הסמ"ע יעו"ש: לעומת זה מצינו למהרא"ש ז"ל סי' קמ"ו שכתב וז"ל"ה דהא ודאי משמע דאין שום חילוק בין ב' אלא הלשונות וא"כ משמע דפליג הטור על דברי הרשב"א אלא שנראה לומר שמא שכ' הטור הוא כשחי' שאר נכסיו לשאר בניו ובהכי מודה הרשב"א שלא יטול אלא ר' זוז שכן כ' להדיא הרשב"א וז"ל ומ"מ כיון שלא נתן שאר הנכסים לבן הקטן לא איבד זה זכותו בשאר נכסים וכול'.

הרי לך בהדיא שאם נתן שאר הנכסים לבן האחר איבד זכותו וכו' וא"כ אין סתירה ביניהם וכו' ע"ש דמסיק דהיכא שאו' לו שיטול ברשותו פחות ממה שיגיע לו בירושתו שאז הוא עוקר נחלה הנה אז צריך שיפרש השאר שהרי אינו יכול לעקור הירושה ולפיכך צריך שיורש השאר לאחרים שהרי בשאר הוא מרבה לאחרים ולהרבות הוא יכול ולפיכך כשאומר יטול ר' זוז במשל שהוא פחות ממה שנוגע אליו בירושתו אז צריך שיפרש השאר כמו שכתב הרשב"א וכולי יעו"ש: ולע"ד לא חילק ידענא דאי איירי בחילק נכסיו.

מלבד דהעיקר חסר מן הספר. עוד בה מאי אתא לאשמועינן והיינו ריבה לא' ומיעט וכו' ועיין בסי' רפ"א ס"ג.

ואפשר לומר בכוונת הרב היא דאין זה עיקר חסר מן הספר דאורחא דמילתא היא דכיון שנתן לא' ר' מסתמא מחלק שאר נכסיו לשאר היור' וסתמו כפי' דמי ואדרבא אי הוה מיירי בשלא חילק הו"ל למי' בהדיא בשלא חילק כיון דאין כך אורחא דמילתא ומדלא פי' ודאי בשחילק מיירי ולכך סתם הטור דבריו כדי לאוקומי בסתמא דמילתא דהיינו כשחילק משום דהו"ל בשאר מרבה ולהרבות הוא יכול אבל אם לא חילק אף דאמר בירושתו לא מהני דהוי ממעט ולמעט אינו יכול דהו"ל עוקר נחלה: ומצאתי להרב נתיבות המשפט במשה"א סי' רנ"ג סק"ד דאזיל בשיטת מהרא"ש וז"ל ועי' סמ"ע סקי"ח הטעם דלבניו הפשוטי' הרשות בידו לגרוע מחלק ירושתן וכו' ולכאורה הוא תמוה מאד דהא זה הוי כאלו אמר לבנו הפשוט שלא יירש יותר מר' זהובים דאין בדבריו כלום לגרוע מחלק ירושתו ולא מהני רק כשמוריש לבניו האחרים בלשון ירושה וצ"ל דכאן מיירי ג"כ בהכי שחילק כל נכסיו ואמר שנותן לראובן ר' זהובים בירושתו והמו' יירשו היורשים וקמל"ן דלא אמרינן דהר' זהובים הן מתנה יותר על חלק ירושתו והמותר יחלקו כל היורשים רק דתלינן שכוונתו שהר' זהובים הן בעד חלק ירושתו והמותר

שייך לשאר היורשים משא"כ בבכור שאינו יכול לגרוע חלק ירושתו ע"י מה שנתן בלשון ירושה לאחרים עד כאן: ודבריו תמוהין מאד דמאי קאמר וקמל"ן דלא וכו' דהר' הן מתנה יותר על חלק ירושתו.

והלא דבריו הן על דברי מור"ם שהכריע כסברא רשונה שהיא סברת רשב"ם דאפי' באומר תנו ר' זוז לפלוני בני סתמא לא אמרינן מתנה נתן לו אלא ידו עה"ע וא"כ מהי תיתי דתיסק אדעתן דאם אמר בירושתו דמגרעות נתן. ועוד בה שחילק שיטול הר' עודף על ירושתו דבר זה א"א לאומרו ולא יעלה על השכל.

ואפי' לדברי הטור דודאי ס"ל כהרא"ש אביו דמתנה נתן לו יותר על הראוי לו אין נראה דאתא לאשמועינן כמ"ש הרב דא"כ יותר טוב הו"ל לאשמועינן האי דינא בדלא אמר בירושתו וחילק נכסיו דלא אמרינן מתנה נתן לו עודפת על חלקו בירושה כיון שחילק שאר נכסיו ולמה הוצרך לאשמועינן האי דינא בדאמר בירושתו.

וע"ע מ"ש הרב הנז' בסימן רפ"א סק"ה ולטעמיה אזיל: ונחזור לעניינינו שכתבנו דמ"ש המצווה זוהרא בת יצחק בני תטול מנכסי ת' צ'ורו דלהרא"ש מתנה נתן לה יתר על חלקה בירושה ולרשב"ם ידה על העליונה: ומצאנו למור"ם במפה שכ' וכ"ז דלא אמר דנותן במתנה אבל אם אמר בפ' אני נותן במתנ' ר' זוז לפלוני בע"ח או לאשתי נוטלין מלבד מה שחייב להן.

ודברי מור"ם הללו הם לקוחין מהב"י שכ' וז"ל וכו' הריב"ש ז"ל בסימן ת"פ שהסכימו הרמב"ן והרשב"א דדוקא באומר תנו מנה לפלוני בע"ח או לאשתי הוא דאמרינן רצה נוטלן רצה נוטל חובו אבל אם אמר בפ' אני נותן במתנה לאשתי מנה או לפ' בע"ח נוטלן ונוטל חובו ועיע"ש ע"כ: והנה פשטן של דברים לכאורה נראה שצריך שיאמר בפ' אני נותן במתנה אבל אם אמר אני נותן לבד או יטול או יחזיק או יזכה או יקנה הגם שכולם ל' מתנה הם כמ"ש סי' רנ"ג ס"ב לא הוי אלא כאומר תנו ורצה נוטלן וכו' ולא אמרינן דנוטלן ונוטל חובו אלא באומר בפ' אני נותן במתנה.

אבל לאו מילתא היא אלא אף באומר יטול או יזכה וכו' שהם לשון מתנה וכ"ש אני נותן דהוי כאומר אני נותן במתנה להדיא דדוקא באומר תנו וכו' הוא דאמרינן ידו עה"ע: ומנא אמינא לא מההיא תשו' דהריב"ש עצמו שנשאל על שכ"מ שכ' בצוואתו בזה"ל אני מניח שתהי' אשתי נוזונית כל ימי מיגר אלמנותה.

והשיב שלשון אני מניח בשכ"מ כת' הרא"ש שהוא לשון מתנה כמו יטול ויזכה יחזיק ויקנה ודמיה למאי דתניא בפ' י"ן שכ"מ שאמר תנו וכו' בנדון זה ג"כ כיון שנתן לה מזונות במת' ויש לה מזונות בתנאי ב"ד ידה על העליונה רצתה משום תנאי ב"ד אוכלת רצתה משום מתנה אוכלת וכו' ואם ישאל השואל הרי הרמב"ן והרשב"א הסכימו דדוקא באומר תנו מנה וכו' וא"כ בנד"ד ג"כ כיון שאנו דנין לשון צוואה זו שהיא מתנה נאמר יהיו לה מזונות משני צדדים אחד משום כתו' וא' משום מתנה.

י"ל דהתם הוא במי שחייב מעות ונותן מעות די"ל כיון שפ' שבמתנה נותן אין הראשונים בכלל. אבל בנד"ז שהוא חייב כבר במזונותיה והמתנה היא המזונות ההם הרי הכל הוא על ענין א' וי"ל שגם החיוב הרא' נכלל במתנה זו וכו' ועי"ל שבלשון

צוואה זו לא אמר בפ' אני נותן לאשתי במתנה מזונות עד זמן פ' שיהיה משמעות דבריו שכל מזונות הזמן ההוא יהיה מתנה אבל אמר שהוא נותן שתהיה ניוזנית כל הזמן ההוא ואפשר שנכלל בזה החיוב הרא' עכ"ל בק"י מבוא' להדייא בדבריו דמדמי האומר אני מניח או יטול וכולהו לישני דהו לשון מתנה לאומר בפ' אני נותן במתנה שהסכימו בו הרמב"ן והרשב"א דבכולהו נוטלן ונוטל את חובו ודוקא באומר תנו וכו' הוא דאמר' ידו עה"ע.

אלא דיצא הרב לידון בדבר חדש בחילוקים דשייכי לנדון דידיה כאשר עיניך תחזינה: ומעתה בין תבין מ"ש מור"ם אח"כ וז"ל מי שאמר בתו תטול בנכסיו כו"כ ולא הזכיר לצורך נישואיה נוטלת המתנה מלבד עישור נכסים שלה. ב"י סי' ר"ן בשם הרשב"א ע"כ והט' דכיון שאמר לשון תטול דהוי לשון מתנה הוי כאומר אני נותן במתנה בפ' שכתבנו לעיל דלשון תטול לא הוי כאומר תנו.

והרב משה"א סק"ו הבין דברים כפשטן דדוקא באומר אני נותן במתנה בפ' אבל לשון תטול ותחזיק וכיוצא לא הוי אלא כאומר תנו ולפיכך הקשה דמ"ש מאומם סתם לאשתי דאינו רק ידה עה"ע וכו' ע"ש. וליתא לע"ד דשאני התם באומר תנו אבל הכא דאמר תטול הוי כאומר אני נותן במתנה וכמ"ש: ובזה יערב לך ותבין דברים כפשטן בשתי תשובות דהרשב"א דלכאורה פלגן בהדייהו חזא הא דכתבינן לעיל שכתב הב"י בסי' רנ"ג וסי' רפ"א שכתב מסתברא שאין לזה אלא או ר' זוז או חלק ירושתו שאם רצה האב ליתנה לו יותר על חלקו למה כתב לו מחמת ירושה.

מפשטן של דברים נראה דכוונת הרשב"א היא שאם כ' שהוא נותן לגדול ר' זוז ושתק ולא כ' מחמת ירושה הוה אמינא דנוטלה יותר על חלקו ולפ"ז ס"ל להרשב"א כהרא"ש דבאומר לבני סתמא מתנה נתן לו יותר מן הראוי לו. ואלו הה"מ הביא משמיה דהרשב"א להפך והביא לשונו הרב"י סמוך ונראה וז"ל הרשב"א כ' וכו' ואפי' בבע"ח אם אמר תנו ר' זוז לפלוני וכו' וכן נמי אין אומרים דנוטלן ונוטל את חובו אלא נוטל את חובו מתוך המתנה ונוטל המותר משום מתנה עכ"ל וכ"כ ר"ש דכל היכא דלא אמר בראוי לו ולא אמר בבכור ידו עה"ע ועיקר עכ"ל הה"מ.

הרי להדייא בדברי הה"מ שהרשב"א ס"ל כרשב"ם ולפ"ז דברי הרשב"א סתראי נינהו. וה' גד"ת בסוף שער נ"ט הקשה דברי הרשב"א אהדדי ולא בא לכלל ישוב.

ולדברינו ניחא דההיא דהרשב"א באומר אני נותן. וההיא דהה"מ משם הרשב"א באומר תנו.

ומן התימה על ה' גד"ת שסמוך ונראה זכר ש"ר את תשו' הריב"ש דסי' ת"פ ולא בא לכלל ישוב כמ"ש: וראיתי להרב ד"ן סי' מ"א שכ' משם חכם אחד שהקשה דברי הרשב"א אהדדי ותירץ שמ"ש הרשב"א שאם רצה האב ליתנה לו יותר על חלקו למה כ' מחמת ירושה. אין הכוונה שכ' מחמת ירושה ולא כ' סתם אלא פירושו למה כתב לו מחמת ירושה ולא כתב לו בתורת מתנה להדייא.

והביא לזה כעין ראייה ממ"ש הריב"ש בס' ת"פ וז"ל הרי הרמב"ן והרשב"א הסכימו דדוקא באומר וכו' עד נוטלן ונוטל את חובו. וקלסיה ה' ד"ן משום דחובה עלינו לפרש

אפי' יהיה בפ' דחוק דלא תיקשי מדידיה אדידיה כ"ש שאינו דחוק כ"כ ושוב הקשה לפי זה דאמאי מסיק הרשב"א למילתיה שאם רצה וכו' למה כ' לו מחמת ירושה.

הול"ל שאם רצה היה כותב בפ' בתורת מתנה וכו' והמתיק דברי החכם הנז' ע"פ דרכו. ומן התימה על הרבנים הנז' דנחתי לישב דברי הרשב"א בדברי הריב"ש ואפ"ה הוצרכו לידחק שאין הכוונה שכ' מחמת ירושה ולא כ' סתם.

וכמדומה לי שלא ראו דברי הריב"ש במקומם אלא בב"י ולכן סברי מרנן דדברים כפשטן. אבל על הרב גד"ת א"א לומר כן שהרי הביא משם תשו' הריב"ש דברים אשר לא זכר שר מר"ן בב"י ועי' להכנה"ג סי' רנ"ג בהגב"י אות כ"ז שהאריך ע"ש.

ואין הזמן מסכים להאריך בזה. וכשאפנה אשנה פרק זה בע"ה: אלא דלפ"ז קשייא לן טובא.

דלמה הוצרכו הרמב"ן והרשב"א ומור"ם לומר אני נותן במתנה והלה באני נותן לבד סגי. אך באה"ע סי' ק"ט כ' מור"ם וז"ל ואם אמר בפ' תנו לה במתנה נוטלתן לכ"ע לבד מקו' ריב"ש סי' ת"פ ע"כ.

עוד קשה דמ"ש יטול וכולהו לישני דהווי לשון מלשון תנו דהא אף תנו הווי לשון מתנה כמ"ש בפוסקים לך נא ראה. ואם נאמר דאף דהווי לשון מתנה הוא גרוע מיטול וכו' ניחא קצת: שוב מצאתי שכיוונתי בדברי הריב"ש לדעת חכם א' הובאו דבריו בחוט המשולש בטור הב' סי' ל"ד אך ה' חלק עליו וס"ל דלשון יטול וכולהו לישני דהווי לשון מתנה לא עדיף מתנו ובכולהו צריך שיאמר במתנה כפשט דברי הרמב"ן והרשב"א ופי' דמ"ש הריב"ש ואם ישאל השואל וכו' לא אמר דברים אלו אלא כנגד מי שאינו יודע לשאול אך הריב"ש אינו מקשה שום קושייא שהוא ידע והבין שאין שום שייכות לדברי הרמב"ן עם הנדון שנשאל עליו.

ואחר המח"ר פי' זה דחיק ורחיק ואם קבלה וכו'. והיה בדעתי לשאת ולתת בדברי ה' וכעת אין פנאי: אך את זה חזיתי בעוברי בדברי ה' שכ' וז"ל וגם הרשב"א נראה מדבריו בתשו' דס"ל הכי שהרי בתשו' שכת' משמו נראה דס"ל כהרא"ש שהרי כתב שתטול הר' יותר על עישור נכסי ושם לא אמר אביה אלא תטול בתי ר' סתם ולא אמר שום מלה יתירה וכ' ה' שתטול הסך ההוא יותר על עישור נכסי וה"ז כמו שאמר תטול אשתי מנה ולא אמר בכתו' דס"ל להרא"ש והרמ"א דתטול את שתיהן ע"כ: ואחר המח"ר שהרי תשו' שממנה הוכיח דרשב"א ס"ל כהרא"ש הביאה מור"ם סוס"ח ולפי דברי ה' דברי מור"ם סתרי נינהו וקשייא רישא אסיפא דאיך בתחילת דבריו הכריע כס' רא' שהיא ס' רשב"ם ואחר סמוך כ' תשו' רשב"א דלדברי ה' אזיל בשיטת הרא"ש: ועי"ע מ"ש וז"ל ולכן נראה לי הדרך הישר והנכון שממנו נבוא לזכות את הבת בחצי הבית יותר על חלק ירושתה.

ממה שאמר אביה בשביל שתנשא בו שזה לישנא יתירה וכו' והרי זה כאומר בראוי לו וכו' וכן פסק מוהר"י אדרבי בתשו' על נדון כיוצא בזה בראובן שהיו יורשיו שמעון ולוי ב' בני אחיו ויהודה אחיו וטה בשעת מיתה שיטול יהודה סך לכלכל את שיבתו ופסק ה'

שיטול יהודה הסך ההוא יותר על חלק ירושתו בנכסו ראובן מאחר שהוסיף ואמר לכלכל את שיבתו דלישנא יתיר' לטפויי אתא.

ע"כ: ולדברי ה' מ"ש בצוואה ויטייחדו מנכסי ארבע מאות צ'ורו וכו' ואם זכתה בתי הבתולה מרים תזכה בהם לנדונייתה וכו' האי לנדונייתה הוי לישנא יתירה כמו בשביל שתנשא בו שבנדון ה' שכ' שזה לישנא יתירה הוא ובודאי לשם מתנה נתנו לה שאם כוונתו לחלק ירושתה למה אמר בשביל שתנשא בו וכו' ע"ש וא"כ דכוותה הכא בנ"ד: ויש להעיר ע"ז שהרי הרשב"א בתשו' סי' ע"ר נשאל באיזה ענין ראוי להשתמש במימרא דכל דלא צריך לטפויי מלתא.

והשיב וז"ל בזה אין כח בדינו לדון בו בדמיונות אלא מקום שאמרו אמרו במקום שלא אמרו לא ידענו מה ואין כח בדינו לדון בו ולבסוף מסיק וז"ל הילכך אנן לא בקיאינן במלתא שפיר ולא עבדינן עובדא אלא בהנך דאתפרשו בגמרא דאינון ההיא דחוץ מאלו' דבמשנת המוכר את הבית וההיא דבראוי לו דבריתא דפ' י"ן וכו' ע"ש ואם הכי לא שנאה רח' מנין לו.

ועי' בתשו' הרשב"א שהביא הב"י סי' שט"ו ובש"ע סי' שט"ז ס"ג ועי' כנה"ג ח"מ סי' ס"א בהגב"י מאות מ"ט והלאה. ועיעו"ש בדברי הרב הנז' בד"ה עוד כ' באומר תנו וכו' ועי' מ"ש ה' מחנה אפרים הלכות מתנה סי' ל"ח: אך כ"ז הוא להתלמד למקום אחר.

אכן בצוואה זו שחילק כל נכסיו ונתן לכל א' מבנותיו מקצת מנכסיו ואח"כ צוה ואמר ושאר כל נכסי וכו' אני נותן אותם ליהודה ויזכה בהם וכו' הא ודאי דאין דעתו שיטולו הבנות כ"א הסך ההוא דוקא דאי אפשר לומר דדעתו שיטולו הסך ההוא יותר על חלקם להרא"ש או ידם עה"ע לרשב"ם דלפ"ז נתן ליהודה פחות מחלק ירושתו ולמה הוצרך לתת לו בלשון מתנה.

וכעין ראייה לזה מצינו בתשו' הריב"ש הנז' שכ' וז"ל וא"א לומר שדעתו היא שתוכל בתנאי ב"ד דא"כ איך אמר לשון מתנה הרי לא נתן לה כלום. או' כיון שזיכה לה בלשון מתנה הרי היא ניוזנית מכח המתנה ע"כ: גם א"א לידחק ולומר דלעולם דעתו שתהיה ידם עה"ע ואסיק אדעתיה שמפני שהרשות בידם שיטולו הסך ההוא אף אם יהיה פחות מחלק ירושתן מאיזה סיבה אמטו להכי נתן השאר ליהודה אם יהיה כך אבל לעולם ידם עה"ע.

דבר זה אי אפשר לאומרו ואין השכל מקבלו. דהא ודאי דלא תיסק אדעתיה שהוא יתן ידם עה"ע שיבחרו ביותר גדול והם יבחרו בקטון.

או' דלא נתן להם כי אם הסך ההוא דוקא: ואע"פ שאין צריך ראייה מ"מ מצינו ראייה לזה מההיא דהרשב"א שכתבנו למעלה שכתב ומ"מ כיון שלא נתן שאר הנכסים לבן הקטן לא איבד זה זכותו וכו'. הרי לך להדיא דכשלא נתן שאר הנכסים לבן האחר הוי ידו עה"ע ואם נתן אותם אין ידו עה"ע אלא אין לו אלא מה שכתוב.

גם ראייה מההיא דמהרא"ש דסי' קמ"ו שכתבנו לך נא ראה. והראד"ב סי' ר"ה בנדון כזה תחילה הביא דפ' י"ן ואח"ך כ' מ"מ למדנו דהוי פלוגתא דרבנותא היכא דאמר דנותן לאשתו סתמא או לבנו כו"ך מעות אם הוא עודף על כתו' והירושה וא"כ נראה

לכאורה דנ"ד דמי לההיא והיתו' היורשים שנתן להם אלף לבנים לכל א' סתמא לרשב"ם
ידם עה"ע ולהרא"ש נוטלין ונוטלין הירושה.

אבל הא ודאי לאו מילתא ודברים פשוטים אני רואה כאן דכיון שזאת האשה צותה
שיתנו לכל יתום אלף לבנים מהשני יתומים והשאר לבני אחות אביה. אי איתא דכוונתיה
שיחלקו ג"כ עם היתו' היורשים הנז' היה לה לומר והשאר יהיה להם ולבני אחות אביה
כיון דבדידהו קא עסיק.

או מדפתח בהו ושביק להו וכו' א"כ משמע דאין כוונתה אלא לתת לבד אלף לבנים.
את"ד: אתה הראת דלכאורה עלה בדעת הרב לדמות נדונו לההיא דהרשב"ם והרא"ש
ושוב חזר בו דכיון דנתנה השאר לבני אחות אביה תו לא שייך לומר בזה פלוגתא
דרשב"ם והרא"ש ומינה לנדון דידן שהוא כנדון הרב שהרי לכולם נתן סך מה והשאר
נתן אותו ליהודה דלא שייך פלוגתא דרשב"ם והרא"ש ואין להם אלא הסך הכתו' ותו
לא: איברא דהרב מוהרש"ך ח"ב סי' קס"ד וחכם אחר עמו פליגי אהראד"ב בההוא נדון
עצמו וס"ל שיזכו היתומים במתנות שהניחה להם נוסף על החלק המגיע להם בתו'
ירושה.

אך מהרש"ך כ' לאותו חכם שיראה לו לעשות הטוב והישר. והכנה"ג הביא דברי
הראד"ב ז"ל ומהרש"ך סי' רנ"ג בהגה"ט אות נ"ג וסי' רפ"א הגה"ט אות יו"ד: ואולם
בנדון דידן גם הרש"ך יודה ופוק חזי מ"ש מתשובתו הרמתה ומדבריו אתה למד דע"כ
לא פליגי אהראד"ב אלא התם משום דסבר לה מר דלא ידעה שהם יורשים דאפליג
דרתא מדלא הזכירה בשם יורשים כ"א לבני אחות אביה ולא להם שהם בני בני אחות
אביה וגם מדנתנה להם בלשון מתנה שאם היתה יודעת שהם יורשים היתה נותנת להם
בלשון ירושה דהא קי"ל כריב"ב דריבה לא' ומיעט לא' אם אמר על מי שראוי ליורשו
דבריו קיימים וגם כן לא היתה כוונתה לרבות חלק היורשים שהזכירה שהרי צוותה
שאם ימצא איזה יורש אחר שיחלקו ביניהם.

או' לא ידעה שהם יורשים ובטעות הורשה לאותם יורשים שהזכירה. א"כ בנ"ד דליכא
למימר שטעה שהרי הטענית שמהם טען א' לכשתדוק כולם ליכא בנ"ד.

ואדרבא זיל לאידך גיסא דאיש נבון כזה ודאי ידע. ועוד הרי כ' בצוואה והוכחנו ע"ד
אעבורי אחסנתא וכו' ואי איהו לא הוה ידע הרי הודיעו הרב המוכיח.

ועי' אהע"ז סי' ק"ט ס"ג: גם אין לפקפק בהאי צוואה ממאי דנקיט בה לישנא דנכסי
דלשון זה יורה דאינו נותן כ"א בעודם שלו ולא לאחר מיתה שאינם שלו וכדאמרינן
במתניתין בכתובות ד' פ"ג הכותב לאשתו דו"ד אין לי בנכסייך ה"ז אוכל פ' בחייה ואם
מתה יורשה א"כ למה כ' לה דו"ד אין לי בנכסייך שאם מכרה ונתנה קיים.

ומקשה הש"ס ותימה ליה מכל מילי סליקת נפשך ומשני רב אשי אמר בנכסייך ולא
בפ' בנכסייך ולא לאחר מיתה ופ' רש"י ר"א אמר אין לך אלא דקדוק הלשון מנכסייך
אמר לה אבל לא בפ' ובעודה שלה קאמר לה דהא בנכסייך קאמר ולא לאחר מיתה
שבטל שמה מעליהן ע"כ. ודון מינה ואוקי באתרין דאמר בנכסי דאמרינן שאינו נותן כי
אם בחיים בעודן שלו וקי"ל דמתנת שכיב מרע אינה קונה אלא לאחר מיתה ולפ"ז נמצאו

דבריו בטלים: וחזיתיה להרב הגדול אחרון חביב שער אשר ח"מ סי' כ"ב שכ' וז"ל אלא דלכאורה היה נר' לפקפק בזה במאי דאמר השכ"מ בלישנא וכו' דאיכא למימר שלא היו דבריו אלא כ"ז שעודנו בחיים שהוא ממונו וכיון דמת נפל הממון לפני היורשים ואין לו ליתן כלום.

וכמש"ר בת' עדות ביעקב סי' ע' דקפ"ג שכתב כן ומייתי בידיה תשו' הרשב"א ח"ב סימן קכ"ח דמוכח מדבריו דלענין מתנת בריא מודה ליה מיהא לסברת ה' השואל דמדמי האי מילתא לההיא דנדרים דקונם לביתך שאני נכנס. מת או מכרו לאחר מותר.

משום דתו לא מיקרי ביתו והרב עדות ביעקב מניר' החזיק הדבר בפשיטות מההיא דפ' הכותב דאמר רב אשי בנכסיך ולא לאחר מיתה. והגם דמדברי הריטב"א בחי' שם והריב"ש סי' ר"ז ומהריק"ו ס"ז מפורש יוצא מדבריהם דבשאר מתנות דעלמא לא דייקנן אלישנייהו ואסתמא דמילתא אזלי' שהיו דבריהם גם לאחר מיתה מכל מקום שפיר מצו מימר היורשין שהם מוחזקים קי"ל כסברת הרשב"א והרב השואל ומהריק"ו דשינה את טעמו בסי' י"ג ואף דהרשב"א בש"מ לא קאמר דבריו תמוהים כיון דהא קי"ל כל מילתא דליתיה בבריא ליתיה בש"מ כו' את"ד.

וכן ראיתי שנמשכו אחריו בתשו' דב"מ ח"ב סי' ע"א מר ניהו הרב מהרמ"א ומהר"א גאטינו שם ובתשו' מלך שלום סי' ל"ח ועד אחרן בתשו' אהל יצחק ז"ל הנד"מ סי' כ"ו דשפיר מצו למימר היורשין קי"ל כשיע"ש. והגם דבתו' הרב"ד סי' ק"ל התמרמר מאד ע"ז ומר ניהו הרבה להשיב אפו על ה' מהריד"ב ועמד ואמר לא ישתקע הדבר ולא יאמר.

וכ"כ בתשו' ירך אברהם ח"ב ח"מ סי' ע"ב ובתשו' שבט בנימין הנד"מ סי' רע"ד. ומ"מ מאן ספין ומאן רקיע ובפרט אנן יתמי דיתמי לאפקועי ממונא מיד היורשים שהם מוחזקים מדין תורה ע"כ: ושוב חזר בו הוא מוטיב לה והוא מפרק לה נפק דק ואשכח לרבא בש"מ שכ' משם רש"י ורשב"א וריטב"א מפורש יוציא מפומייהו דארייותא סרכין תלתא אינון דס"ל דבשאר מתנות דעלמא לא דייקנן בלישנייהו ואזלינן בתר סתמייהו דאינשי דכי קאמרי נכסי אכולהו מילי נחתי ולחלק יצאו בההיא דסילוק הבעל מתרי טעמי הנאמרים באמת ושגם מהריד"ב דהחזיק כ"כ בפשי' לו' הפך זה אינו אלא משום שלא יצאו לאור עדיין באותו זמן שיטתן של ראשונים ולא הגיעו לידו כ"א חידושי הריטב"א כ"י אמטו"ל מר הוא דאמר דהגם דהריטב"א והריב"ש סוברים דלא דייקנן מ"מ לא פלטינן מדעת הרב השואל והרשב"א וגם מהריק"ו בשו' י"ג הסוברים דדייקנן בלישנייהו ושפיר מצי היורש שהוא המוחזק לו' קי"ל כוותייהו.

ברם השתא דחזינן להרשב"א גופיה דגם איהו קאי בשיטת הריטב"א ממילא נתאמת הדבר דגם בתשו' הרשב"א שהשיב לשואל קושטא קאי בכוונת דבריו כדברי מהרי"ד וגם רש"י מגדולי הרא' קאי בשיטתייהו ולא חזינן כעת מי שיאמר הפך זה פשיטא ודאי דגם מהריד"ב אי הוה חזי הכי הוה משוי אנפשיה דהרנא וממילא ודאי דגם מגדולי האחרונים כמו מהרמ"א ומהרא"ג שתפסו בזה דגל הקי"ל אינו אלא מפני שנמשכו אחרי מהריד"ב ולא ראו דברי הרא' והרשב"א גופיה מכללם שבפי' איתמר בדבריהם להפך.

אכן אנן בדידן דזכינן ובא לידינו תורתן של ראשונים פשיטא ודאי דתחת כפות רגליהם נלך ומאי דכתב מהריד"ב דמהריק"ו בס"י "ג שינה את טעמו אנא נפשאי לא חזינא וכו' ושגם הרב השואל דהרשב"א לא היו דבריו אלא גבי האפו' וכו' את"ד. והסכימו עמו תרי רבנן מרבני שאלוניקי כמ"ש: אתה הראת דכולהו תלתא סברי מרנן דהגם דמהריד"ב החזיק הדבר בפשיטות ותרי רבנן מגדולי האחרונים מהרמ"א ומהרא"ג תפסו בזה רגל הקי"ל אין זה אלא בימיהם דלא נראה בעליל שיטות הרא' אכן לדידן דזכינן לאורם ומצאנו שהרשב"א אזיל בשיטת הריטב"א אין לתפוש בזה דגל הקי"ל: ואף דהדוחה יכול לדחות את דבריהם דרבנן דאף דאנן זכינן לשיטת הרא' ומצאנו שהרשב"א ס"ל כהריטב"א מ"מ אכתי יש תרי רבוותא דסברי דדייקינן בלישנייהו ה"ה ה' השואל דהרשב"א ומהריק"ו דשינה את טעמו בס"י י"ג ואף דהרב שער אשר פ"י דברי מהריק"ו בדלא שינה את טעמו וגם הרב השואל לא אמרה אלא באפוט' מ"מ הרי דבר זה אינו תלוי במה שלא ראה דברי הרא' אלא בהבנת הלשון וא"כ לראשונים אנו שומעים ויש לתפוש בזה דגל הקי"ל: וקשיא לי על ה' מהריד"ב שהחזיק הדבר בפשי' דהלה שס' ערוך בפ' מ"ש דמקשה הש"ס אדרב נחמן דאמר שכ"מ שכ"מ כל נכסיו לאחרים ועמד אינו חוזר חיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת ומקשה הש"ס ואלא מתני' דקתני לא שייך קרקע כ"ש אין מתנתו קיימת היכי משכחת לה ומשני אמר רבי חמאי באומר כל נכסי ופסקוה הפוסקים.

ואין לומר דכוונת הש"ס והפוסקים שיאמר כל הנכסים שיש לי דזה מועיל כמ"ש הרשב"א בתשו' הנז' שהאומר הנכסים שלי כמפרש בעודם שלי אבל האומר הנכסים שיש לי כמפרש הנכסים שיש לי עכשיו ואע"פ שיצאו מתחת ידי למשר. ע"כ דזה דוחק גדול הוא לומר דלשון כל נכסי דנקטי' הש"ס והפוסקים הוא ל"ד.

ואין סברת מהריד"ב אתי לעמוד על שרשן של דברים: אך חזיתיה להרשב"א בתשו' הנז' שכ' וז"ל ועוד כי אפי' תמצוי לומר כי לשון כל מה הוא כולל ושיש לי הוא פורט אין אנו תופסים את הפורט אלא את הכולל ולענין ההיא בנדריים וכו' ואף אנו נאמר ע"כ מה שיש לי ע"ש. מבואר מדבריו דאף דנימא דנכסי לא הוי אחר מיתה בכלל אם אמר כל נכסי כולל אף לאחר מיתה.

ולפ"ז לא קשה מההיא דפ' מ"ש אמהריד"ב. וא"כ בנדון דידן שכ' בצוואה ושאר כל נכסי וכו' אני נותן ליהודה מלת כל אגוני מגנא מהדין פקפוקא.

וכן מצאתי לה' משאת משה סי' י"ח בנדונו שהיה כ' ושאר כל נכסי נתונים לפלוני כ' וז"ל הרי קראן נכסי עצמו ויש לבע"ד לגמגם עלה דמאחר דמתנת שכ"מ אינה אלא לאחר מיתה מכי מיית הא נפקי ליהו נכסי מיניה דידיה ונפול קמי יתמי כדאמרינן התם בפ' השותפין קונם לביתך וכו' הכא נמי מכי מיית נותן והלא בא לזכות בנכסיו תו לא קרינן בהו נכסוהי דאיניש אך הרואה יוכל לראות דהרבה תשו' בדבר חזא דכל האומר נכסי נתונים בשגם אלאחר מיתה קאמר מ"מ קרי כאן נכסי אמאי דהו בההיא שעתא מקמי נפילה ודוגמא לזו ההיא דפ' השולח מאי עבדי שהיה כבר אלמא משתעו אינשי הכי ועדיין זו שלפנינו עדיפא טפי.

ותו דאשכחן ליה להרשב"א דהגם הלום הודה לדברי השואל במאי דאגמרא בדדמי אומר נכסי לפ' בהדי מתני' דנזיר הנז' מ"מ הדר דחאה לנ"ד משום דבנדונו כתיב בה כ"מ שיש לי או כל ממוני ומאמר כל כללא הוא אע"ג דאח"ך פרטם וכו' מ"מ כך היא דעת הרשב"א נוטה דבאומר כל נכסי מרבה רבי ואין דומה לההיא לביתך שאיני נכנס וכו' ולדבריו דאיכא בנ"ד זכות תולה שהרי אמר כל נכסי נתונים דמוציאנו מהדין ערעורא לדעתיה ע"כ יעו"ש: ואנא נפשאי לדידי חזי לי דכ"ז הוא לדידהו דתפסי לעולם דגל הקי"ל אבל אנן דקיימו וקבלו רבותינו עליהם ועל זרעם הוראת מר"ן בב"י ובש"ע וסברת מור"ם במפה היכא דלא פלגא אמרן ולעולם לא אמרינן קי"ל נגד סברתם לא חיישינן להאי פקפוקא אפי' בלא מלת כל דמצינו למר"ן הש"ע סי' רנ"ג ש"כ וז"ל שכ"מ שצוה ואמר יטול פלוני כל נכסי או מקצת נכסי וכו' לשון מתנה הם ע"כ והוא לשון הרמב"ם וכן הוא לשון רשב"ם בגמרא והכי הוא כמבואר: וגדולה מזה כ' בב"י וז"ל ומיהו בההיא עובדא דמהרי"ק מטעמא אחריןא נראה שיש לגמגם בה לומר דלא מהני ההיא מתנה לפי שהיתה כתו' בלשון הזה צוותה להניח ה' דוקאטי לר' מנחם ואלו היה כתוב אמרה אני מנחת ה' דוקאטי לר"מ ודאי היה מועיל כמ"ש בדברי הרשב"א והרא"ש ז"ל אבל צוותה להניח משמע צוותה לאחר להניח ה"ן דוקאטי ואפי' אם ברור לנו שאמרה היא באותו לשון ממש שכתוב בצוואה כיון דקי"ל דאין אדם מוציא דבריו לבטלה סתמא דמילתא שהיא המנחת אלא שלא דקדקה בלשונה ע"כ ועי' חוט המשולש טור הר"א סי' ל"ג וסי' נ"א אף אתה אמור דבאומר נכסי מסתמא הכל בכלל כי היכי דלא ליהוי מוציא דבריו לבטלה ותל"מ: גם אין מקום לערער בהאי תפקידתא ממאי דכתיב בה ביום הנז' נכנסנו לבקרו וכו' ואמ"ל שאם זכתה בתו הבתולה מרים לחופה יעניק לה יודא בנו בנדונייתה נוסף על הדבר האמור לעיל הבית הקטנה וכו' ונמצא שחזר במקצת וקי"ל דחזרה במקצת הוייא חזרה בכולה כמ"ש בש"ע סי' ר"ן סי"ב ועיין כנה"ג בהגה"ט אות ס"ז שגם במצוה מ"מ הדין כן.

שהרי כתב מור"ם בהגה מיהו אם פי' בהדייא דאינו חוזר רק במקצתן קנה הראשון הנשאר. ובצוואה זו הרי כתוב בזה"ל ובירר שלא חזר בו משום דבר שנתן בצוואה הראשונה הנז' זולתי פרטים הנז' ע"כ ואין לטעות ולומר דמ"ש מור"ם מיהו אם פי' בהדייא וכו' דלא קאי אלישנא דמר"ן כ"א אתחילת דבריו שכ' ואפי' נתן לב' בשטר א' וכו' דהא ודאי גם אדברי מר"ן קאי דהא היכא דלא פירש בהדייא שאינו חוזר דקי"ל דחזרה במקצת הוייא חזרה בכולה הוא דהוייא רבותא טפי בההיא דמור"ם מההיא דמר"ן אבל היכא דפירש להדייא שלא חזר רק במקצתן מאי שנא ההיא מההיא.

וכן משמע גם מדברי מר"ן שכתב מסתמא חזר בכל דוק מינה דאם פירש שלא חזר כ"א במקצת מהני. ועוד שהרי דברי מור"ם הם לקוחים מהנ"י והביא דבריו הב"י שכ' הא דפסק תלמודא דהוייא חזרה בכולהו ודאי לא משמע היכא דאמר בפ"א איני חוזר בי אלא ממקצתן דהא ודאי נשאר מקצתן לראשון וכו' ושוב כ' ואפילו נתן נכסיו לב' בני אדם וכו' ע"כ הרי מבואר להדיא כמ"ש מעתה צריכין אנו לברר מאי דלכאורה מקום יש בראש להסתפק דכיון דקי"ל דייתיקי מבטל' דייתיקי א"כ כ"ז שאין העדים מעידים שלא זזה ידם מתוך ידו עד שמת ולא חזר בו ליחוש דילמא חזר בו ועל המקבל להביא ראיה שלא חזר בו דהמע"ה.

אכן נראה דלאו מילתא היא דמסתמא אמרינן דלא ביה שאין דרך ב"א לחזור מדבורם ומעין דוגמא מצינו לטור סי' קכ"ב והביאו הש"ך שם סק"ז שכ' שחזקת בע"ה עומד בדבורו ולכך לספיקא לא חיישינן דאין זה מקרי ספיקא כיון דאורחיהו דאינשי דקיימי בדבוריהו: איברא דמצאתי להרב משכנות הרועים מע' צ' אות ז' בצוואה א' שטענו היורשים דדילמא הדר ביה הנותן ועמד הרב ותלאה בפלוגתא דרבוותא קמאי דהה"מ בפ' ח' מהלכות זכיה כ' ומ"מ נראה שאף בלא קנין אם מת זכה ואין היור' יכולין להוציא מידם שיאמרו הרי זו מתנת שכ"מ במקצת וכיון שאין בה קנין אינה מתנה עד שיבררו בראיה ברורה שיש לו בנכסים במקו' אחר שלא אמרו חיישינן אלא לתועלת המקבלים ע"כ.

והביא כת החולקים על הה"מ וכת' אמור מעתה בנ"ד בחששא זו שטוענים היורשים שמא חזר במתנה זו לדעת הה"מ דלא אמרינן חיישינן אלא לתועלת המקבלים הכא אי חיישינן הוי פסידא דמקבלים ולדעת הנך רבוותא דחיישינן דאוקי ממונא בחזקת הנותן א"כ שפיר חיישינן שמא חזר בו את"ד: ואחר המח"ר לדידי חזי לי דלגבי החזרה כ"ז שלא יש ראייה ברורה לא חיישינן שחזקת אדם עומד בדיבורו ולא משוי נפשיה הדרנא וסתמיה דשכ"מ מידק דייק והדר יהיב: ואפ"ל לדברי הרב דספיקא הוי לא דמייא להיאי דהה"מ דמדי הוא טעמא דהה"מ שכ' דלא חיישינן אלא לתועלת המקבלים הוא משום דס"ל בתי' ק"ו הראב"ד כתי' הרא' שהביא רב תנא הוא מש"ל משם תשו' הרשב"א דטעמא דחיישינן להוציא מיד הנותן משום דכיון דקנו מידו מיירי הרי לא נהג במתנתו כדין מתנת שכ"מ שקונה בדיבור בעלמא משמע שי"ל נכסים אחרים ומקנה במתנת בריא ע"כ.

ומ"ש הה"מ שלא אמרו חיישינן אלא לתועלת המקבלים כוונתו לומר משום שקנו מידו. ומזה למד להיכא שלא קנו דלא חיישינן מדנתן במתנת שכ"מ ולא נתן במתנת בריא דכמו שהקנין יגיד לנו שי"ל נכסים אחרים כך העדר הקנין יגיד לנו שאל' נכסים אחרים ולפיכך כ' הה"מ דאם לא קנו לא חיישינן.

והמש"ל אחר שהביא דברי הרשב"א הנז' כ' ולפי טעם זה שכ' הרשב"א בשם הראב"ד משם הה"מ ז"ל דבלא קנין לא חיישינן שמא י"ל נכסים אחרים ולא קנו דלא אמרו כן אלא לתועלת המקבלים לדעת הרשב"א שכתבתי הכי הוי כיון דלית קנין ודו"ק ע"כ. ודוק בדבריו ותמצא כמ"ש.

וא"כ לדעת ה' משה"ר דלגבי החזרה ספיקא הוי אף הה"מ יודה דחיישינן דשאני התם דלא חיישינן הט" דמדלא קנו מיניה ונתן במתנת שכ"מ ולא במתנת בריא משמע שאין לו נכסים אחרים ואין הטעם הוא משום דהוי פסידא דמקבלים דאי ספיקא הוי וטעמא דלא חיישינן משום פסידא דמקבלים אדרבא ניחוש לה דהנכסים בחזקת נותן קיימי.

איך שיהיה כל לגבי דידי לא חיישינן לחזרה עד שיהיה בראיה ברורה ומה גם דלא אשתמיט שום אחד מהפוסקים ראשונים ואחרונים לומר לנו דחיישינן לשמא חזר. א"ו ליתא.

: וגם המשה"ר כ' דלדידן דבתריה דמר"ן גרירנא לא חיישינן לספיקא דהיא מטעמא אחרנא. והוא דמצינו בנותן מתנה לחבירו מהיום ולאח"מ ולאח"ז מת הנותן וטענו היורשים כי נכסים הללו קנאם אחר שכ' לך המתנה ואין לך זכות בהם והמקבל אומר כי כבר היו לו בשעת המתנה כ' הבעה"ת שהורו הגאונים שהכל בחזקת מקבל המתנה וכן כ' הרשב"א משם הגאונים אבל הטור בסי' קי"ב פסק דבחזקת יורשים נכסי קיימי עד שיביאו ראיה ומר"ן בש"ע סס"י ר"ן פסק כדעת הגאונים ובסי' קי"ב הביא דעת הגאונים בי"א בתרא דס"ל כותיה ע"פ הכלל המסור בדינו ואע"ג דהרשב"א פסק דבכל ספק שבשטר מתנה יד בעל השט' עה"ת כיון דבא להוציא מיד המוחזק וכ' מר"ן הב"י בסי' רמ"ו עלה וזה פשוט וכתבה בש"ע שם ס"ה.

הא לא דמיא דהתם עיקר הספק אם נתכוון למתנה או לעשות אפוט' ואין כאן מתנה כלל משום הכי פסק הרשב"א דאין להוציא מיד המוחזק. משא"ך באידך דהמתנה קיימת אלא שטוענים שמא אח"ך קנאם בזה יפה כח המקבל וכיוצא בזה כ' ה' מהרלנ"ח בראשונות סי' ע"ה וז"ל ונראה דיד המקב' המתנה עה"ע דבשלמא אם היה הספק נופל על זכות המתנה מעיקרא י"ל דנכסים בחזקת יורשים קיימי.

אבל כיון שהמתנה מפו' שהוא זוכה ומספק אתה בה לבטלה מצד התנאי עליו להביא ראיה ע"כ. ובנ"ד שהיורשים מודים בצוואה ועכשיו הם באים מכח ספק שמא חזר בו עליהם להביא ראיה דאנן בתריה דמר"ן גרירנא וכבר נתבאר דעתו לזכות למקבל והיינו ע"פ החילוק הנז' וגם הכנה"ג חילק כן ונסתייע מתשו' מהרלנ"ח הנז' עכ"ל בקי"ק: ומ"ש ובסי' קי"ב הביא דעת הגאונים בי"א בתרא דס"ל כוותיה וכו'.

אני שמעתי מגאון עוזינו פאר הרבנים הרב הגדול אי"ש האלד'ים כמוהר"ר אבנר ישראל הצרפתי זלה"ה דהגם דקי"ל יש ויש הלכה כבתרא היכא דהכריע מור"ם כי"א קמא פסקינן כוותיה ושכן קבלה ביזו מהר"א נ"ן זיע"א. ושוב מצאתי משתמש בכלל זה ה' ויאמר יצחק ז"ל בתשו' לך נא ראה.

ובכאן הרי מור"ם הכריע וכ' והסברא הא' עיקר ע"כ. אכן בכאן פשוט וברור הוא דלא אזלינן כהכרעת מור"ם דמאחר דבסוף סי' ר"ן נקט מר"ן ל'ס' הגאונים כסתם ודאי דהכי נקטינן: עוד צ"ד אם יש לפקפק בצוואה זו ממאי דקי"ל הכותב כל נכסיו לא' מבניו לא עשאו אלא אפוט' דהנה מצינו להרשב"א בתשו' שהביא הב"י סי' רמ"ו מחו"ד וז"ל שכ"מ שאמר אני נותן לבני כו"ך ושאר כל נכסי לאשתי כיון שנתן מקצת נכסיו לבנו ואין לו אלא אותו הבן זה ודאי מוכיח מצד עצמו שלא נתכוון בנתינת האשה לעשות אפוט' בשאר נכסים עליו שאם כן מ"ש אותו מקצת שלא עשאה אפוט' עליו כמו שעשאה על השאר וכו' ע"כ.

מדכתב ואין לו אלא אותו הבן מוכח דאם יש לו בן אחר ולא נתן לו אמרינן דלא עשאה אלא אפוט': אך תשו' הגאונים שהביא הב"י מחו"ה חולקת ע"ז וכ"כ הכנה"ג בהגב"י אות ע"ו וז"ל ואין לו אלא אותו הבן נ"ב מלשון זה נראה דאם יש לו בן אחר כיון דלגביה לא שייר כלום לא עשאה אלא אפוט' וכו' ולפ"ז אפילו היו לו בנים רבים כל שנתן להם מתנה ולא שייר לא' מהם שלא נתן לו מתנה הוי כמי שאין לו אלא בן אחד ונתן לו מתנה אבל מתשו' הגאונים שמביא רבינו המחבר נראה דאפי' יש לו בן אחר

ולא נתן לו כלום לא עשאה אפוט' וכן ראיתי למהרש"ך ח"ב סי' קס"ח והראד"ב בסי' קצ"ז דקדקו מדברים אלו של הרשב"א דדוקא כשאין לו בן אחר ושתשו' הגאונים סוברים דאפי' יש לו בן אחר ולא הניח לו כלום לא עשאה אלא אפוט' עכ"ל בקי'.

מעשה בצוואה זו שנתן לב' יורשיו האחרים סך מה לכל א' מהם ושאר כל נכסיו נתן ליהודה ודאי למתנה גמורה איכוון ולא לאפוט' ואף הרשב"א יודה: ואולם מצאנו למהרש"ג סי' ל"ד שכ' וז"ל"ה כיון שכן בנ"ד שנתן לבתו הגדולה ב' אלפים לבנים ולבתו הקטנה כל מה שצריך לצורך נישואיה א"כ אין לך שיור גדול מזה ואמרינן דלמתנה נתכוון.

אמנם נראה דאפ"ה אפשר לומר דלא עשאה אלא אפוט' והט' הוא דכיון דבעת פטירתו לא הניח כלום לבתו הקטנה עד שעת נישואיה והיורש מסור בידה עד שעת נישואיה א"כ ודאי י"ל דלכבדה נתכוון שיכבדו לה ולא עשאה אלא אפוט'. ויש להביא ראיה ע"ז ממ"ש בהגהות מרדכי בב"ב סי' תרס"ז על א' שנתן נכסיו לאשתו ואמ"ל ואחריך לילדי בנותי וז"ל ועוד נראה לי דאפי' הוה קי"ל כרבי דב' מוציא מיד הלקוחות אין לחושבו כשיור לבטל האפוט' מאשתו הואיל וכל ימי חייה היורשים בידה דהא טעמא דהכותב כל נכסיו לא עשאה אלא אפוט' הט' משום דאיכא למימר דלכבדה נתכוון והואיל וכל ימי חייה היור' בידה היינו אפוט' והמתנה בטלה הואיל והיורשים בידה כל ימי חייה וכו' א"כ ה"נ בנ"ד הואיל דעת שעת נישואיה היורש בידה א"כ ודאי די"ל דלכבדה נתכוון דאין לחלק ולומר דשאני התם הואיל וכל ימי חייה היורש בידה והכא בנ"ד אין היורש בידה אלא עד שעת נישואיה.

דודאי דאין זה חילוק. אלא כיון שיש זמן מה שהיורש בידה ודאי דאין לחלק בדבר אלא דכמו שהתם כ' המרדכי"י הואיל וכל ימי חייה היורש בידה שלא עשאה אלא אפוט' ה"ן בנ"ד כיון שהיורש בידה עד שעת נישואיה ודאי דלה עשאה אלא אפוט' ע"כ: וא"כ בנ"ד נמי שכתוב בצוואה ויתייחדו מנכסי ת' צ'ורוס וכו' ואם זכתה בתי הבתו' מרים לחופה תזכה בהם לנדונייתה וכו' כיון שעד שעת נישואיה לא שייר לה מידי אם כן לגבי מרים לא הוי שיור.

והגם דלזוהרא בת יצחק שייר לה כבר כתבנו משמיה דהרשב"א דאם יש לו בן אחר ולא שייר לו לא הוי אלא אפוט': אכן מצאנו להרמב"ם ז"ל בהל' זכיייה ה"ג שכ' וז"ל בד"א שכ' לבן בן הבנים אבל אם כ' כל נכסיו לבן בן הבנות או לבת בין הבנות או לא' מן היורשים בין שאר היורשים אע"פ שלא שייר כלום מתנתו קיימת וכ' הה"מ חילוק זה מבואר בהלכות מהכריח השמועות לפי שיטת הגאונים ז"ל ושאלו מה טעם לחילוק זה ואמרו הא מילתא כהלכתא בלא טעמא היא כדאיתא במי שמת ולית בה אלא מאי דאמרי רבנן ע"כ ופסקו הש"ע ס"ו וא"כ בנ"ד אף דנימא לגבי מרים לא הוי שיור וכמ"ש מהרש"ג הא קי"ל דבן בין הבנות אע"פ שכישראל שייר הוי מתנה.

ואין לחלק ולומר דע"כ לא אמרי רבנן דבן בין הבנות הוי מתנה אלא לדידהו שאין להם הבת יורשת דאוקמוה אדאורייתא. אבל לדידן בני מערבא שהבת יורשת מתקנת אבותינו ורבנותינו המוגרשים זיע"א א"כ נימא דדין בן בין הבנות כבן בין הבנים הא ליתא שהרי כתבנו משם הה"מ דטעם חילוק זה הוא משום דהוי הלכתא בלא טעמא ולית בה אלא

מאי דאמרי רבנן א"כ אף לדידן שהבת יורשת הוי כמו שאינה יורשת ואין לך בו אלא חידושו: אלא דראיתי לה' לחם משנה שכ' וז"ל עוד הקשה הרי"ף ז"ל דמה טעם לחילוק זה בן בין הבנים לשאר היורשים ות' דהוי הלכתא בלא טעמא ואין לך אלא מאי דאמר רבנן.

וקשה א"כ הרי רבנן הזכירו הכותב לבנו דעשאו אפוט' א"כ נימא ביהא דכל מקום אפוט' אפי' בין הבנות כיון דהזכירו בנו סתם ולא פירשו לגבי מי. וי"ל דסברא הוא דבן בין הבנות לא עשאו אפוט' דאין צריך לו שיכבדוהו כיון שהוא הבן היורש והם הבנות ודאי שיכבדוהו ע"כ.

וא"כ לפי דבריו דטעמא דבן בין הבנות אינו משום דאין לך אלא מאי דאמרו רבנן. דרבנן אמרו סתם הכותב לבנו ולא פ' לגבי מי וא"כ אפי' בן בין הבנות אלא דמסברא חילקו חילוק זה דבן הבנות לא הוי אפוט' דאין צריך שיעשהו אפוט' כדי שיכבדוהו דבלא"ה יכבדוהו משום שהבן יורש ואין הבת יורשת.

וטעם זה אינו אלא לדידהו שאין הבת יורשת. אבל לדידן שהבת יורשת נימא דלא עשאו אלא אפוט' כדי שיכבדוהו: אמנם כד דייקנן שפיר נראה דלאו מילתא היא דהא דאמור רבנן הכותב נכסיו לאשתו או לבנו לא עשאו אלא אפוט' תקנתא דרבנן היא וכדפי' רש"י בפ' מ"ש בההיא דאמר מר זוטרא הני תלת מילי שוינהו רבנן כהלכתא בלא טעמא וחדא מנייהו ההיא דאמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו וכו' ופי' רש"י שיונהו רבנן הם תקנו את הדברים כך אע"פ שאינו ד"ת ע"כ וכיון דבימי תקנתם לא היתה הבת יורשת שהרי אינה יורשת אלא מתקנת האחרונים א"כ לא תקון עלה ואף דאח"ך בימי האחרונים חזרה להיות יורשת לא תחול עלה תקנת הרא' דלא תקון אלא על מי שהיה יורש בימיהם: וראיה ממ"ש רבינו מוהריב"ץ ז"ל בענין החזקות שכ' דאף דהוי טלטל לא שייך בה תק"ה ושייך בה דין טירפא וז"ל עוד כתבתי טעם אחר דקי"ל דבר שאינו מפורש בתקנה נעמדהו על ד"ת וכ"ש דבר שלא היה בעולם כלל בשעת התקנה והנה כשתקנו תק"ה עדיין לא היו החזקות מצויות בעולם שהרי תק"ה מייתי לה הרא"ש וקאמר בה לישנא דנהגו בארץ הזאת דמשמע שקודם ממנו נהגו והחזקות לא נזכרו בדברי הרא"ש כלל ואיתא במהרשד"ם ז"ל שבימי מהרי"ן חביב הוא שנתקנו החזקות ולפיכך אף אם נעמיד דטלטל הן היאך יוכללו בתק' שנעשית בדורות שלפניהם וכשתקנו תק"ה לא תקנוה אלא על דבר שהיה מצוי אז ונק' טלטל לא על דבר שלא היה מצוי כלל ועתיד לימצא ויקרא טלטל ולפיכך יעמדו החזקות על ד"ת ויהיו נטרפין עכ"ל: ומטעמא אחרנא נמי בנ"ד לא אמרינן דלא עשאו אלא אפוט'.

שהרי כשנתן ליהודה כ' ויזכה בהם זכייה גמורה ימכור ויתן וכו' ומצינו למר"ן סי' הנז' ס"ד שכ' ואם פ' בשטר שמקנה לו הקנאה וכו' או שפי' בשטר שיהיה רשאי למכור ולתת לאחרים וכו' או שהקנה לו בקנין וכן כל שכתוב בשטר המתנה לשון שאפשר להוכיח ממנו דלמתנה גמו' נתכוון קנה ע"כ ואע"ג דלגבי קנין חזר מר"ן ושנאה בפלוגתא בס"ז בלישנא דיש ויש ויש בתרא ס"ל שאעפ"כ לא קנה.

לישנא דהוכחה עדיפא ליה למר"ן מקנין. וכן היא דעת הטו"ר דבקנין לא קנה ובלישנא דהוכחה קנה.

וכ"כ הכנה"ג סי' הנז' בהגב"י אות כ"ה וז"ל ב'ק'י בבא שנית היכא דיש הוכחה בשטר דמקנה הקנאה גמו' שדעת רבינו בעה"ט והרא"ש והה"מ בשם הרב ן' מיגש והרב הנמק"י שסוברים דכל שהשטר מוכח דלמתנה נתכוון לא אמרינן דלא עשאה אלא אפוט' ויראה ברור שכל אותם דסוברים דבקנין קנה וכ"ש דסוברים דבלישנא דהוכחה קנה שהרי הטו"ר והנמק"י ס"ל דבקנין לא קנה וס"ל דבהוכחה קנה וכן נראה בקצר לרבינו המחבר שכ' בסתם דכל שכתוב בשטר המתנה לשון שאפשר להוכיח ממנו דלמתנה גמו' נתכוון קנה ובהקנה בקנין כ' מחלוקת בדבר ובחלוקה זו כ"ע מודו חוץ מן החולק אפי' בבירר והוא יחיד בכותב כל נכסיו לבנו וכן נראה ברור מדברי מהרש"ך ח"א סי' ק"ח ומהרש"ח בס"ל ל"א ע"כ: ואע"ג שכ' הכנה"ג שם וז"ל אבל מהר"ש יונה כ' דכל שלא בירר אלא אנו באים לומר דלמתנה גמו' איכווין מכח הוכחה אין להוציא מהיורשים בטעם זה לבד מכיון שאיפשר לומר שגם מהר"י ן' מיגש לא אמרה אלא כשבירר דבריו אבל מכח הוכחה אינה אלא אפוט' וכך מוכחים דברי מהר"א מוטל ומוהר"ש גאון עיין שם שחלק עליהם.

מ"מ אנו בתריה דמר"ן גרירנא ותל"מ: פש גבן לברורי אם יש לערער על צוואה זו ממאי דכתוב בה זמן דאנו קי"ל כר"י דאמר זש"ש מוכיח עליו דהוי כאומר מהיום וכ' הב"י סי' ר"ן וז"ל וכ' עוד הרמב"ן נקיטינן מתנת שכ"מ שכתוב בה מהיום צריכה קנין כמתנת בריא ולא קניא אלא בקנין ואפי' כתוב בה מהיום ולאחר מיתה ע"כ.

וכ' הכנה"ג בהגב"י אות ע"א כדברי הרמב"ן כ' מהריב"ל ז"ל בס"א סי' נ"א וס"ג והוכיח כן מדברי הרמב"ם וכ"כ הרשד"ם סי' שי"ו ומהרש"ך ח"א סי' ק"ח וח"ב סי' ז' וז"ל וכ"כ הרבנים הגדולים רבני המערב ומוהר"ח טולייטאנו ומוהר"ד טולידאנו ומוהר"ס אבן דנאן ומוהר"י עוזיאל.

והכנה"ג בהגה"ט אות ס' כ' משם מהריב"ל ה"ה מצווה מחמת מיתה אם כ' כל נכסיו ומפרש שנתן הכל מעכשיו שדין מתנת בריא יש לה. וכן נראה מדברי הנמק"י בפ' מ"ש גבי עובדא דאחתייה דרב דימי בר יוסף וכו' ע"כ וכ"כ מהרש"ך ח"ב סי' ז' וז"ל כי הנה הפסק המחזור הוא דאפי' במצוה מ"מ שכתב לשון מעכשיו הוי לשון מתנת בריא ואינו זוכה המקבל עד שיקנו מידו של נותן ע"כ וכ"כ מהרי"א סי' תי"ד וכ"כ הרשד"ם סי' שי"ו ומהר"ם אלמושנינו הובאו דבריו בתשו' רשד"ם הנז'.

גם נדון רבני מערב הנז' היה בנוטה למות: והרב שער אשר האריך הרחיב בענין זה והעלה דדבר זה מוסכם בין בשכ"מ בין במצווה מח"מ אי אמר מהיום לא סגי ליה בלא קנין וה' ב"ד ח"מ סי' קכ"ג וקכ"ח שיצא לידון בדבר חדש דדוקא היכא דכתב הכל מעכשיו וגם הקנה מחיים ב"ב לשונות הללו יחד דשמעת מינה דבעי קנין.

אבל אי אמר מהיום והוא באחד לא בעי קנין כיון דהוי שכ"מ. וע"פ יסוד זה ייחס סברא זו גם להטור והש"ע סי' ר"ן ס"ט ובזה מצא מקום לפרש הגהת מור"ם על הש"ע בס' הנז' כי פ"ה הסמ"ע לא ערב אל לבו.

אחד הרואה בתשו' דסי' קכ"ח מכלל דבריו מוכח למבין דהדר ביה מפני שלא ראה לשום אחד מהפוסקים שיכתוב כן לדעת הרמב"ם: ובעיניך תראה בתשו' סי' קל"ב איך תפס

להביא ראיה מדברי הרמב"ם באחת ועלתא לו במושלם דבעי קנין וממילא דהדר הוא שכן ראוי להיות חוזר. וממוצא דבר הרי הוא כמבואר ד"ה הגיד מרדכי סי' יו"ד דתפס סברת הב"ד דסי' קכ"ג וקכ"ח במושלם דהרמב"ם והטו"ר והש"ע סברי דבשכ"מ דאמר מהיום או מעכשיו לבד דלא בעי קנין.

זוהי סיבה מפני שלא עיין יפה בתשו' דסי' קכ"ח וגם ראה ההיא דסי' קל"ב וכו' את"ד. ועי' מחנה אפרים ה"ל זכו"מ סי' מ"ו.

ודון מינה ואוקי באתרין שהזמן גרמא דהוי כמהיום דלא סגי בלא קנין: והן אמת שמצאתי להרבנים מהרמ"ע ומהרש"א ומוהריב"ם הובאו דבריהם בבאר מים חיים לרב אד"א ז"ל דף ל"א. וד' מלכים הללו בהסכמה עלו לדברי מהרש"ך שכתבו משמו שאם כתב לבסוף כל הדברים הנז' צוה המצוה מ"מ לשון זה מהני לבטל לשון מעכשיו והכל הולך אחר התחתון ולא נחלק אדם בדבר זה מעולם יעו"ש.

ולפ"ז בנ"ד הגם דנימא דאף בכה"ג הוי הזמן כמהיום הרי הזמן נקיט ברישא ואחריו כתוב ב' פעמים לשון מצוה מ"מ: אלא דאכתי לא פלטינן מפלוגתא דרבנותא דההיא דרשד"ם ומהר"ם אלמושנינו דסי' שי"ו מיירי בכותב לבסוף כל הנז' צוה מ"מ. והכנה"ג סי' רנ"א בהגה"ט אות ו' כ' מתנה שכתוב בה בתחילה מעכשיו ולבסוף כל הנז' צויתה מ"מ קיימוה מהריב"ל ס"א וס"ג ומהרש"ח ח"מ סי' ק"ח אבל הרשד"ם בטלה והראד"ב סי' ר"א ומהרש"ח בסי' ל"ד כתבו שדברי הרשד"ם נכוחים למבין ע"כ.

ומן התימה על הרבנים הנזכר' שכתבו דדבר זה מוסכם ולא נחלק אדם וכו'. ובעיניך תראה החולקים על מהרשי"ך: איברא דחזיתיה להנמק"י בפ"י מ"ש שכ' זל"ה אבל אם לא כ' בו מהיום בפ' אע"ג דכתב לו שטר ויש בו זמן ואע"ג דקי"ל כר"י דאמר זש"ש מוכיח עליו דהו"ל כאלו כתוב בו מהיום אע"ג דבעלמא אמרינן הכי.

משום דהכא איכא למימר דזמן לא כתבו כדי להקנות לו מהיום אלא אדרבא כדי לגרוע כחו דאי כ' לאחר בתרא לקני והוא לא לקני ומשו"ה כ' בו זמן כדי שנדע שזה היה ראשון דהא קי"ל דייתיקי מבטלת דייתיקי הלכך אם לא כתב לאחר ואין בו קנין קונה לאחר"מ ואם יש בו קנין לא קנה ע"כ.

והביאו הב"י בק"י סי' ר"ן: ונראה דאתיא ההיא דהנמק"י כההיא דהרמ"א שהביא הטור בסי' רנ"ח דדוקא בכותב נכסיו לאחר מותו כיון דהמיתה מבוררת הזמן מה צריך לכתוב שום זמן בשטר ע"כ להקנות לו מאותו זמן אבל בכותב נכסיו לבנו לאחר ל' יום דצריך לברר הזמן השטר לברר הני ל"י מאימתי מתחילין אין לומר זש"ש מוכיח עליו ע"ש ופסקו מור"ם בהגה"ש: ואם כנים הדברים הרי מר"ן בתשו' הישנות סי' י"א כ' שלא נמצא מי שסובר כאן אלא הרמ"א שהרי הרמב"ם חולק עליו וגם הרא"ש בתשו' וכן דעת כל הפוסקים שסתמו דבריהם ולא חילקו בכך.

את"ד ע"ש.

אכן משמעות דברי מר"ן בב"י הם סותרים לדבריו בתו' שהרי כ' על דברי הרמ"א וז"ל נ"ל שאין זו טענה חדא דהא גם בכותב נכסיו לפלוני לאחר ל"י איכא למימר מה צריך

לכתוב שום זמן בשטר דהו"מ לכתוב הכי נכסי נתונים לך ליום פ' והיה זמן הנתינה
מבורר בלא כתי' זמן השטר ע"כ.

משמע מדבריו דלא פליג אהרמ"א בעיקר החילוק דהיינו היכא שצריך לכתוב הזמן
בהכרח לאיזה סיבה דלא אמרינן זש"ש וכו' ולא פליג עליו אלא במאי דקאמר הרמ"א
בההיא דלאחר ל"י שהוא צריך כדי לברר הל"י ע"ז כתב מר"ן דגם בזה אינו צריך
שהרי יכול לומר ליום פ': ופוק חזי מ"ש הש"א סי' כ"ט וזל"ה ואתה תחזה למר"ן הכ"מ
בפ"ח מהג' הא' כתב לחלק בהאי דינא בין דינא דהוי יתר להיכא דאצטריך לגופיה וכן
מוכח דהכי ס"ל גם ממ"ש בב"י סי' רנ"ח במה שדחה דברי הה"מ וכמ"ש ה' בית דינו
של שלמה ח"מ סי' ג' וכן מוכח גם מטענתו על דברי הרמ"א בב"י דהוא מודה בעיקר
חילוק הרמ"א.

ומ"ש הסמ"ע והכנה"ג אות י"א דמפני קושיית מר"ן בב"י השמיט בש"ע סברא זו היינו
לומר סברת הרמ"א בההיא דלאחר ל"י דאהא הוא דקשיתה. אבל עיקר החילוק הרי
כבר אמור בש"ע במה שהעתיק דברי הרמב"ם דמשם ראייה דליכא למימר זש"ש מ"ע
אלא כי הוי יתר וכמ"ש בכ"מ ובב"י וכו'.

את"ד: ודבריו אמו"ץ דממ"ן אין כוונתם לומר דמר"ן השמיט עיקר החילוק אלא כוונתם
אמאי דאמר הרמ"א בההיא דלאחר ל' יום שאם שלטה עיניהם דרבנן הסמ"ע והכנה"ג
בתשו' מר"ן הנז' למה לא כתבו דלהכי השמיטה בש"ע משום דס"ל למר"ן בההיא תשו'
דדעת הרמ"א יחידאה היא ואין כאן דעת כל הפוסקים ואם נעלמה מהם ולכך כתבו
משום דקשיתה בב"י השמיטה בש"ע.

הרי מב"י מוכח דאעיקר הדין לא קשיא ליה ולא מידי. ובפרט שהכנה"ג הזכיר תשו' זו
באות ח' ואפ"ה לא כ' דמשום תשו' זו השמיטה.

א"ו דכוונתם דלא השמיט אלא ההיא דלאחר ל"י אבל עיקר החילוק הרי הוא כמבואר
בדברי הרמב"ם שהביא בש"ע וכמו שהוכיח כן מדברי הרמב"ם מהר"י צייאח הובאו
דבריו בתשו' מר"ן הנז'. ולפ"ז הכי נקיטינן דקבלת הקדמונים לא היתה כ"א על הכרעתו
בב"י ובש"ע לבד כמש"ר לרבתינו מוהריב"ע ומוהריב"ץ ז"ל.
שכ"כ.

ובפרט דמור"ם דקבלנו הוראותיו היכא דלא פליג אמר"ן בב"י ובש"ע פסקה לההיא
דהרמ"א. וא"כ בנ"ד דאיכא למימר דאצטריך לגופיה לידע אם חזר מהו דייתיקי קמא
ומהו דייתיקי בתרא וכמ"ש הנמק"י ולא סגי בלא"ה לא אמרינן זש"ש מע': עוד לכה נא
אתי אל מקום אחר דהנה כ' הב"י.

סי' רנ"ח מחו' א' כ' הרשב"א שלא אמר ר"י זש"ש וכו' עד וכן כתוב בתשו' להרמב"ן
סי' ו' עי' במוהרי"ק שו' צד' ע"כ. והביאו מור"ם וז"ל והא דאמרינן זש"ש מ"ע היינו
שצוה הנותן לכתוב זמן או שצוה לעדים לעשות שטר מעלייא.

אבל צוואה שלא נכתב בה זמן רק לזכרון בעלמא א"א זש"ש מ"ע ע"כ. וכ"כ הנמק"י בפ' י"ן ושכן היא דעת הרא"ה בשם אחיו ורבו וכן אמר בשם ר"י וכן דעת הרשב"א וכו' ע"ש.

ורבינו בצלאל בתשו' סי' ט"ו הביא דברי מהריק"ו שוצ"ד ודברי הרשב"א ואח"כ כ' שכן משמע מדברי הרמב"ם שהביא הש"ע בס' רנ"ח וז"ל הא קמן דתלי ה' טעמא דמילתא משום שאלו היה בדעתו להקנות לו בשט"ז לאח"מ לא היה כותב בו זמן וכו' אלמא משום דאיהו כתב הזמן א"נ שצווה בפ' לכתוב הזמן הוא דמוכח הזמן משום יתורא דלמה ליה לכתוב אבל אם העדים כתבו הזמן מעצמם היאך דרשינן יתורא ודלמא דעתו היה להקנות לאח"מ בשט"ז ולא היה רוצה לכתוב בו זמן אלא שהעדים כתבו מעצמם עכ"ל"ה.

וגם מהר"י צייאח הובאו דבריו בתשו' מר"ן הנז' אזיל בשיטה זו: איברא דגם בזה ראינו למר"ן בתשו' הנז' דפליג על מהר"י צייאח וכו' עליו שהרי הרשב"א הביא מהרי"ק בלשון אפשר אמרה ואע"פ שכך קבלה מרבו מאחר שהוא ז"ל כתבה בלשון אפשר משמע ודאי דאיהו ספוקי מספקא ליה וא"כ לא הו"ל להשמיט תיבת אפשר כי היכי דלשתמע דמפשט פשיטא ליה ואין הדבר כן אלא ספוקי מספקא ליה וכו' ועוד שהרמב"ם והרא"ש ושאר הפוסקים סתמו דבריהם ופסקו כר"י דאמר זש"ש מ"ע ולא חילקו בדבר חילוק זה.

את"ד.

ע"ש.

והכנה"ג אות ח' כ' ורבינו המחבר בס' הקצר השמיט ס' הרשב"א ויראה דלטעמיה אזיל שכ' בתשו' וכו' ע"כ: ואי לא מסתפינא הו"א דמר"ן בב"י הדר ביה מההיא. דתיוהא קא חזינא דאיך מר"ן הרעיש אח העולם על מהר"י צייאח שהשמיט תיבת אפשר.

ואיהו גופיה בב"י השמיט תי' אפשר מדברי הרשב"א ועוד כשהזכיר דברי הרשב"א בב"י למה לא גילה לנו רז זה שאין כן דעת הרמב"ם והרא"ש ושאר הפוסקים שסתמו דבריהם ולא חילקו חילוק זה כמ"ש בתשובתו. אשר מזה נראה דהדר הוא.

והא דלא העלה אותה על שלחנו משום דהכי משמע מדברי הרמב"ם שהזכיר וכמ"ש רבינו בצלאל כמש"ל. והא דהשמיט תי' אפשר.

לזאת אגיד דזה ימים ראיתי לה' פרמ"א סי' ק"ו והביא דבריו קהלת יעקב לשון חכמים אות א' סי' נ"ט וז"ל כשכותבים הראשונים בדבריהם אפשר אין לחוש ולומר שמא ספוקי מספקא ליהו אלא דרך ענוה כותבין כן ע"כ. ואני העירותי עליהם מתשו' מר"ן הלזו.

והשתא אם נאמר דגם מר"ן בב"י הכי ס"ל דדרך ענוה כותבין כן אתי שפיר שהשמיט תי' אפשר. ובזה ניחא לי נמי מ"ש הנמק"י וכן דעת הרשב"א ומהריק"ו כ' וכ"כ הרשב"א.

והלא הרשב"א בדרך אפשר אמרה. ולצד שנאמר כהפרמ"א ניחא: ואף לדעת הכנה"ג שמר"ן השמיט ההיא דהרשב"א משום דספוקי מספקא ליה וכו' וכמ"ש בתשו'.

הנה מסגנון דברי הרשב"א נראה דמאי דמספיקא ליה הוא אם באמת הוא כאשר קבל מרבו שצריך שיצוה להם לכתוב זמן או אפי' אם יכתבו הם מעצמם ואח"ך כ' ואפ' את"ל וכו' ור"ל אפי' את"ל כאידך צד שאין צריך שיצוה להם לכתוב זמן מודה אני דדוקא בשטר אבל צוואה שאינה אלא מזכרת לא.

ובמאי דפשיטא ליה להרשב"א לא פליג מר"ן בתשו' וכ"כ ה' שע"א סי' הנז' וזל"ה ואף דמר"ן בתשו' כ' דהרשב"א בלשון אפשר אמרה וכו' וכ' הכנה"ג דמטעם זה השמיטה בש"ע היינו דוקא להך דהרשב"א בשם רבו דמצריך לכתוב הזמן הוא בעצמו או שיצוה לאחרים בהא הוא דאמר לה בלשון אפשר.

אכן לגבי הצוואה שאינה אלא מזכרת בעלמא דלא אמרינן זש"ש מ"ע הא פשיטא ליה וכמתבאר שם בלשון הרשב"א גופיה ובתשו' מר"ן ע"ש. והדבר.

פשוט.

ע"כ: ותא חזי מ"ש ה' מהרימ"ט חו"מ סי' צ"ו וז"ל ומה שפקפקו עוד בצוואה זו לפי שכתוב בה זמן והי"ז וכו' וקי"ל זש"ש מ"ע דמהיום קאמר כמ"ש הרשב"א הובא בח"מ סי' ר"ז שטר שיש בו זמן אין צריך לתנאי כפול שהרי הוא כמעכשיו וכל מעכשיו לא צריך כפולה. הא ליתא שזמנו ש"ש מוכיח לפרש את הסתום אבל לא לסתום את המפורש שכתוב בו מצוה מח"מ דמשמע דלא קני אלא לאח"מ.

ועוד לא אמרו שהזמן מוכיח אלא לקים את השטר ולא לבטלו. ואלו היה כתוב בו מעכשיו היה השטר בטל דלא גמר להקנותו אלא מעכשיו ואין מתנת שכ"מ קונה אלא לאח"מ.

אבל הזמן מוכיח שאם נתן לאחר קודם זה מבטל את הראשון ואף לאחר מכאן נתן יתבטל זה מפני האחרון שהרי אמרו דייתיקי מבטל דייתיקי כ"ש שלא אמרו דזש"ש מוכיח אלא בצוה לכתוב את השטר שכתוב ואמ"ל בו"ח וכו' אז תולין שגם צוה לכתוב את הזמן להוכיח. אבל צוואה שאין כתוב בה אלא ספור דברים מפי העדים מה ששמעו מה שכתוב והי"ז ביום פ' מוכיח על זמן שאמר השכ"מ את דבריו כדי שיבטלו דבריו האחרונים את הרא' ע"כ.

גם בס' אבקת רוכל ובס' התקנות הלא היא כתו' צוואה שיש בה זמן ולא פקפקו בה כלל. וגם בספרי האחרונים איכא טובא אם תבקשן ימצאון לך ומעולם עוף לא צוח צפור לא צפצף: כלל העולה כי חזרתי ע"כ הצדדין וצדי צדדין עד מקום שידי מגעת ולא מצאתי שום דבר סותר הצוואה הנז'.

ומעתה זכה יהודה בכל מתנתו ליכול וליחדי. ואל אלד'ים צבאות.

יצילינו משגיאות. ויראנו מתורתו נפלאות.

כ"ד החו"פ פאס יע"א בס' שמוע בין אחיכם ושפטתם צדק מש' לראו'ת טו'ב ליצירה וקיים: ע"ה שלמה אבן דנאן הי"ו סי' יו"ד. בדורות הראשונים מימי קדם התקינו

רבותינו הראשונים זיע"א תקנת החלוקה הלא היא כתובה בס' הקדוש ס' התקנות ותקנה זו נוהגים בה רוב ערי המערב פאס וטיטואן וכו'.

ובזמן החולף שנת ובחר'ת אתו רבנן בתראי ב"ד שלפנינו וחדשו והתקינו פה פאס יע"א שתהיה הבחירה ביד הבעל או זרעו או לחלוק כתקנת קדמונינו זיע"א או לפרוע כתובה אחר ניכוי שלישי ושתות. ויהי בימים ההם ובזמן התקנה החדשה הנז' כאן נמצאו וכאן היו ראובן ואשתו דרים פה מחז"ק והם מתושבי טיטואן יע"א ושם נישאו. והנה.

בע'תה נלב"ע אשת ראובן הנז' ונשאלנו משני הצדדים אם גם עליהם תעבור כוס התקנה החדשה אם לאו ולהשיב לשואלינו דבר צריך ידיעה בתחילה זו היא שימת עין בספרי הפוס' ולישא וליתן בהלכה מעט מזער כפי קוצר השג יד עומק המושג וקוצר המשיג ולפי העת והזמן שהזמן גרמא. טרדין עלי אדמה.

מאלפות מרובבות. רבו משערות.

וזה החלי וה' יעזור לי: ואען ואומר שהדין הוא בהולך לארץ אחרת לדור שם שהוא כבני העיר שהלך לשם.

ועי' חומ"ש סי' קס"ג ס"ב ומוהריק"ש בתשובה סי' ס"א דאיכא דיני דתלו בזמן שבתו בעיר ואיכא דתלו בדעתו לחזור דמילי דאיסורה תלו בדעתו לחזור ומילי דממונא שהם מעולי העיר תלו בזמן ומילי דממונא שאינם מעולי העיר כגון הקנסות וכיוצא תלו בדעתו לחזור כמילי דאיסורא. ושכ"כ מהרש"ך ע"ש בארוכה: איברא דלגבי מנהגי הכתובה לא הוי כבני העיר שהלך לשם ובתר מקום נישואיהם אזלינן דאזלינן בתר שעבודה שכ"כ מור"ם באה"ע ס"ס קי"ח וז"ל ואפי' הלך למקום שאין נוהגים מנהג הקהלות הולכין אחר מקום שנשאה שם ע"כ.

והיא מתשו' הריב"ש ז"ל סי' ק"ה. וכ"כ הכנה"ג סי' הנז' בהגה"ט אות חית וז"ל הנושא אשה במקום שנוהגים לדון כתקנת טוליטולא יש לדון במקום הנישואין שיצא משם כן העלתי בתשו' וכן יש ללמוד מתשו' הרשב"א ז"ל הביאה הרב"י בס' זה ובסי' ע"ה.

ומתשו' הר"מ מטראני ס"א סי' ק"ד. והרשד"ם חא"ה סי' מ"ז ע"כ.

ותשו' הרמ"ה הלא היא כתובה ב"ח חו"מ סי' קפ"ד ושם כתב משם מהרש"ך וז"ל מי שנשא אשה במקום שנוהגים בכתב ידו שהוא בשטר גמור שאינו יכול לומר פרעתי ולא היו עדים חתומים בכתובה אלא הבעל חתום בכתב ידו אינו נאמן לומר פרעתי אפי' במקום שנאמן לטעון פרעתי ע"ך. ולא ידענא מדוע לא זכר שר תנא דמסייע לה הריב"ש ז"ל ופסקו מור"ם כמ"ש.

איך שיהיה נמצינו למדים שההולך לארץ אחרת לגור שם הרי הוא כבני העיר שהלך לשם בין למילי דאיסורא בין למילי דממונא שהם מעולי העיר וגם למילי דממונא שאינם מעולי העיר כגון קנסות וכיוצא אלא דלמילי דכתובה אזלינן בתר מקום הנישואין דלא פקעה זכותם שיש להם מקודם במה שקבעו דירתם במקום אחר דתנאי שיש בין אדם לחבירו לא פקע זכותו בקביעות דירה במקום שאין דנים כפי אותו תנאי ולא דמי להנך

ונמצא דלפרט זה לא הוי כבני העיר שהלך לשם: מעתה נכנסנו לבית הספק בנדון דידן שראובן ואשתו הנז' מתושבי טיטוואן יע"א ושם נשאו ובאו וקבעו דירתם פה מחז"ק וכאן נמצאו וכאן היו בזמן התק' החדשה הנז' והתק' הנז' היא בענייני הכתובה ונימא כיון דבאיזה פרטים שאין אנחנו אלא פה מתא פאס יע"א שוין עם טיטוואן יע"א אכתי הם נגררים בתר טיטוואן שהוא מקום נישואיהם וכמש"ל דבמנהגי הכתובה אזלינן בתר מקום הנישואין א"ך נימא דחכמי התק' לא תקנו עליהם אחר דהתקנה הנז' היא מענייני הכתו' ואכתי בעניינים שמנהגי המקומות חלוקים אזלינן בתר מקום הנישואין.

ועל פרטי כתובה זו עצמה אנו דנין אותם כפי מנהג מקום נישואיהם. וא"ך נימא דלא תקנו עליהם התק' החדשה הנז' אחרי שבכתובה זו עצמה אכתי הם נגררין אל עירם ואל שער מקומם.

ולא תקנו התק' הנז' כ"א למי שהוא בן עיר לכל מילי דאסורא וכו' הרי הם כבני העיר א"ך גם עליהם היתה דעת חכמי התקנה והדבר צריך הכרע ולהלן בע"ה נבאר מהו הדין באשר איננו מוכרע: והנה חזינא להו לרבנן חכמי התק' שכתבו שהבחירה בידם לפרוע הכתובה אחר ניכוי שלישי ושתות.

ולשון זה לא יצדק כי אם למנכין בגירושין שלישי ושתות כמנהגנו פה מתא פאס יע"א שכותבין בכתובה עיקר ותוספת ומתנה ונדונייא על רביעים ולכך במגרש מנכין שו"ש. ולזה חכמי התקנה התקינו הבחירה במיתת איש או אשה או יחלוקו כפי תקנת רבותינו הראשונים זיע"א או לפרוע הכתובה אחר ניכוי שו"ש כי כן הוא המנהג במגרש אבל אלו שכותבין בכתובותיהם סך מסויים.

ואת רבע לא זכרו. וכן אלו הבאים מטיטוואן שמנהגם לכתוב בכתובה סך מסויים ח"י מאות וכו' דלא שייך בהם במגרש ניכוי שו"ש א"כ לא יצדק שיאמר עליהם במיתת אחד מהם לפרוע כתובה בניכוי שו"ש.

דליכא למימר דבתקנה זו הוסיפו תת כח לבעל או זרעו שבמיתת א' מהם האיש או האשה לפרוע הכתובה בניכוי שו"ש גם לאלו שכותבין סך מסויים דלא שייך בהו במגרש ניכוי שו"ש. דהמצעת דבריהם נראה וניכר החושה אל העין דלא באו אלא לתקן שתהיה הבחירה ביד הבעל או זרעו לפרוע הכתובה כמו במגרש וזה פשוט.

באופן כי מלשון התקנה מוכח להדייא דלא דברו חכמי התקנה באלו שכותבין בכתובותיהם סך מסויים ולא תקנו כי אם לאלו שכותבין בכתובה עיקר ותוס' ומתו"ן על רביעים. ולפ"ז בנדון דידן שראובן ואשתו הנז' שהם מתושבי טיטוואן יע"א שמנהגם לכתוב סך מסויים ח"י מאות וכו' הגם שיהיו דרים פה מחז"ק בזמן התקנה החדשה לא חלה עליהם התקנה:.

וכל זה הוא לצד שנאמר דבתקנות והסכמות אין אנו הולכים כי אם אחר משמעות הלשון ולא אחר הכוונה והאומדנא אבל לצד שנאמר דבתקנות והסכמות אזלינן בתר הכוונה והאומדנא. א"כ גם על אלו שכותבין סך מסויים תחול עליהם התקנה דמכדי שקולין הם והני מילי דאמור רבנן בטעמא הני בהני שייכי ומה נשתנו אלו מאלו ואומדנא דמוכחא היא דגם עליהם היתה כוונתם.

והגם דלא משמע כן מהלשון נוכל להוסיף על הלשון מכח האומדנא: והנה דבר זה אם אנו הולכים אחר האומדנא ונוסיף על הלשון אם לאו. הוא פלוגתא דרבוותא מהרדב"ץ ז"ל חדר ל"ב על הסכמת שאלוניקי שכל מי שישכור בית שלא יהיה רשאי שום יהודי אחר ליכנס באותו בית האריך בראיות וסבר דהגם דבלשון בני אדם משכנתא לא מיקרייא שכירות.

מ"מ אחר דאיכא אומדנא דמוכח ודאי מתקני התקנה לטובת ישראל נתכוונו. לא אזלינן בתר לשון בני אדם.

ולבסוף מסיק וכתב כללא דמילתא דבהסכמות ובתקנות אמדינן דעת מתקני התקנה בין להוציא ממשמעות ההסכמה והתקנה מה שיראה לנו. בין להכניס ולהוסיף בכלל התקנה מה שלא פורש בה והרי הוא כמותנה ועומד שם.

עוד כתב כי רב אחד [מהר"י טיטאיצאק ז"ל] חולק וסבירא ליה היכא דהלשון כולל אזלינן בתר הכוונה להוציא כהיא דפ' הנודר דבלשון בני אדם בין טעינה בין לבישה משמע. אמנם כשהלשון קצר ופרטי אין להכניס שום דבר שאינו נכלל בלשון משום אומדנא וכוונה.

דמה לנו ולכוונה אחר שלא הוציא מפיו דהא בעינן פיו ולבו שוין ואי אזלינן בתר אומדנא בדברים שאינם במשמעות. לכו איכא.

פיו ליכא.

ע"ש: ומוהריב"ל ז"ל ח"ב סי' פ' כתב וז"ל ראיתי בס' הפסקים של הרב המובהק"ק כמהר"ר דוד הכהן זלה"ה כתב בנדון דומה לזה ונשא ונתן ופלפל בשלשה תשובות. חדא דמהר"ם ז"ל.

וחדא דהרא"ש ז"ל. וחדא במ"ש תלמידו של הר"ם ז"ל.

ועם היות דברי הרב המובהק הנז' הם טובים ונכוחים כי חכם גדול ורב מובהק היה ויוכל המעיין לעיין בפסקיו. מ"מ אחוה דעי אף אני ממה שעיינתי באלו התשובות וכו' ולבסוף כתב והרב הנז' סבירא ליה דמהר"ם והרא"ש ותלמידו של הר"ם ז"ל כולם שוים לומר דמהנייא האומדנות להוסיף על התקנה מאי דלא משמע כלל מהלשון.

ולפי מה שכתבתי הם סברות חלוקות. עיין שם שהאריך ולא הכריע: גם מהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' רכ"ח הביא סברת מהרדב"ץ ז"ל ומהר"י טיטאיצאק ז"ל.

וכתב שהרשב"ץ ז"ל בהיא תשובה שהביא הב"י ביו"ד סי' רי"ח על מי שנשבע שלא יעשה יין וכו' ס"ל כהרד"ך ז"ל ושהר"י רבינו ישראל ז"ל בעל תרומת הדשן והרב הגדול מוהר"י בי רב ז"ל ס"ל כמוהרי"ט ז"ל ומי יכניס ראשו להכריע בין גדולי עולם ע"ש: ומהר"י הלוי ז"ל סי' כ"ח כתב וז"ל ונחזור לנדון דידן דכיון דאיכא אומדנא רבה ועצומה שכל זאת התק' לא נתקנה אלא בעבור תיקון וקיום הבית הכנסת.

א"כ הכל בכלל ואפי' שלא בא מפורש בהסכמה וכו' והר"ש בר צמח כתב בתשו' והביאה מוהר"י קארו בטור יו"ד סי' רי"ח וז"ל כתב הר"ש בר צמח על מי שנשבע שלא יעשה

יין למכור לא ליהודי ולא לארמאי מפני שהעלילו עליו שמכר לעכו"ם ויש לו עכשיו קצת יין שהתחיל להקרים ועשאו קודם שישבע.

נראה שאסור למוכרו אע"פ שלא נשבע אלא שלא יעשה יין למכור וזה היה עשוי. משום דאזלינן בתר דעת הנודר שנדר מחמת העלילה.

וכאותה ששנינו קונם צמר עולה עלי וכו' ר' יהודה אומר וכו'. ע"כ.

דמשמע דאזלינן בתר הכוונה מהנודר ואפי' בענין שהוא נגד הבנת הלשון שהרי הבנת הלשון שנשבע הוא שלא יעשה יין דמשמע מכאן והלאה ואפ"ה כתב שיש להוסיף אפי' במה שהיה עשוי כבר דאזלינן בתר דעת הנודר. והרב הגדול מוהר"ר דוד הכהן ז"ל האריך בבית לב' בראיות להוכיח נגד רב אחד שהיה חולק עליו בזה והעלה בסוף התשובה וז"ל כללא דמילתא דבהסכמות וכו' [העתקתיו למעלה] עכ"ל ואע"ג שמתוך דברי הרב ז"ל יראה שרב א' גדול חולק בזה דדוקא היכא שהלשון הוא כולל ומשמע הכי ומשמע הכי אז יש לנו ללכת בתר הכוונה והאומדנא.

אמנם מה שהוא נגד הלשון אין להוסיף מכח האומדנא. מ"מ תשו' הר"ש בר צמח מוכח בהדיא כדברי הרב הרד"ך דאמדינן דעת הנודר ואף בדבר שהוא נגד הלשון וכן דברי תלמידו של הר"ם ז"ל שהביא שם הרב ז"ל מוכיחים להדיא כדבריו ז"ל שאע"ג שהתק' היא בעד הבנות מ"מ מכח האומדנא הוסיף אף נדוניית הבנים אע"פ שלא הוזכר בתקנה.

גם דברי הריב"ש ז"ל משמע קצת כדברי הרד"ך ז"ל. עכ"ל מהר"י הלוי ז"ל: ותשובת הר"ש בר צמח ז"ל הנז' היא העולה על שלחן מלכים מר"ן ומור"ם סי' הנז' ס"ב.

ולפ"ז מוכח להדיא דס"ל דמוסיפין מכח האומדנא מאי דלא משמע מן הלשון וכמו שהוכיחו מהרשד"ם ומוהר"י הלוי ז"ל מתשובת הרשב"ץ הנז': אלא דקשייא לן טובא על ההיא תשו' דהרשב"ץ שהביא הב"י. מ"מ ש' הרשב"ץ עצמו בתשב"ץ ח"ב סי' ס"א וז"ל הדין עם המקילין לפי שלא נזכר בהסכמה שלא יהיה רשות ביד אחד מבני הקהל לשכור מקום חבירו שהוא שכור לאחר אלא שלא יוסיף על חבירו בשכירות.

וזה לא הוסיף. והבא לחייבו צריך להביא ראיה לטענתו מלשון ההסכמה ואין בלשון ההסכמה רמז בזה ומ"ש המערערים כי אע"פ שלשון ההסכמה אינו אומר אלא שלא להוסיף.

אפ"ה כוונת הענין אינו אלא שלא יוכל איש מהקהל לגרש חבירו מדירתו אפי' שלא ע"י תוספת או בנתינה או באיזה צד שיהיה בעולם ואע"פ שלא נכתב ולא נתבאר ככה בהסכמה הרי הוא כאלו נכתב. זאת היא טענתם ואינה כלום.

דע"כ לא אמרינן דהכל לפי הנודר. אלא באומדנא דמוכח שכן הוא דעתו דנודר.

אבל באומדנא דלא מוכח לא אמרינן ביה הכל לפי הנודר. ואומדנא דמוכח הוי כגון ההיא דפ' הנודר מן הירק דתנן התם אמר קונם צמר וכו' ר' יהודה אומר הכל לפי הנודר וכו'.

היו מסרבינן בו לישא בת אחותו וכו' היה מסרב בחבירו שיאכל אצלו וכל הני אומדנא דמוכח נינהו. אבל בהסכמה זו אינה אומדנא דמוכח יש בה שעל השכי' בלי תוספת

נתכווננו שאם ע"י מעשה שהוציא אדם אחד לחבירו מדירתו בלי תוספת שכירות היתה הסכמתן היה בזה אומדנא דמוכח דומה לכל אלו שהם בגמרא אבל בכאן אין שם אומדנא כלל שנוסיף על ההסכמה מה שלא נזכר בה וכו' ולבסוף מסיק וז"ל ואני אומר עוד דלא אמרינן הכל לפי הנודר אלא לגרוע מדבריו ולהקל עליו.

והכי איתנהו לכל הני דלעיל. אבל להוסיף על דבריו מטעם הכל לפי הנודר לא מצינו דהא קי"ל בפ' שבועות שתיים בתרא דבעינן שיהיו פיו ולבו שוין וכו' ומזה כתב הרא"ש ז"ל בההיא דטיפת צונן שאני טועם לך שאפ"י באכילה מותר אע"פ שהיה לבו באכילה מפני שלא הוציא בשפתיו.

וכו'.

בנדון הזה שהוציא בשפתיו שלא יוסיף שכירות על חבירו. אפ"י היה בלבו שלא ישכור בלי תוספת.

לא אזלינן בזה לפי הנודר להוסיף על מה שהוציא בשפתיו מה שגמר בלבו דאנן פיו ולבו בעינן. ויצא לנו מכל זה שאין השוכר עובר על הסכמת הקהל.

עכ"ל בקיצור: אתה תחזה דלבסוף מסיק ותני דאין כח באומדנא להוסיף מאי דלא משמע מהלשון. שהרי לבו איכא.

פיו ליכא.

אלא להוציא וכההיא דפ' הנודר דבין טעינה בין לבישה משמע ובכח האומדנא אנו מוציאין א' מהם דפיו איכא. לבו ליכא.

והיה הנשאר פיו ולבו שוין. והביא ראיה עוד ממ"ש הרא"ש ז"ל בההיא דטיפת צונן שאפ"י באכילה מותר אע"פ שהיה לבו באכילה מפני שלא הוציא בשפתיו.

הרי דס"ל בההיא תשו' דאין מוסיפין מכח האומדנא. ואלו מתשו' הרשב"ץ שהביא הב"י מוכח להדייא דס"ל דמוסיפין וכמ"ש מהרשד"ם ומוהר"י הלוי ז"ל.

ונמצאו תשובות הרשב"ץ פלגן בהדייהו: ולכאורה היה נראה לתרץ דהרשב"ץ ז"ל לא פשיטא ליה כ"ך דאין מוסיפין. אלא עדיין היה חושש דלמא מוסיפין מכח האומדנא.

וכשיש בהסכמה חרם או שבועה ואיכא אומדנא יש להחמיר ולחוש דלמא מוסיפין מכח האומדנא. ובההיא דח"ב הגם שיש בהסכמה חרם אפ"י הקי"ל על השוכר ועיקר סמיכתו על מ"ש בתחילה כיון דליכא אומדנא אין מוסיפין.

והוסיף נופך לחזק את הדין שדעתו נטויה שאין כח באומדנא להוסיף אבל על סברא זו לבד לא היה סומך אחר שהוזכר חרם בהסכמה. ולכך בההיא תשו' שהביא הב"י דאיכא שבועה ואיכא אומדנא דמוכח חשש להחמיר להוסיף מכח האומדנא.

והגם דמהרשד"ם ומוהר"י הלוי כתבו בפשוט דכך היא סברת הרשב"ץ. המה לא ראו ספר התשב"ץ.

כי בימיהם עדיין לא נראה בעליל ס' התשב"ץ וגם מר"ן ז"ל לא הגיעו לידו מתשובותיו כ"א מעט מזער שהעתיק הרב הגדול מוהר"י בי רב ז"ל כאשר נסע מפאס יע"א והלך

אל עיר אלג'יר וליקק ממנו קצת תשובות נפרדים ומסרם לתלמידו מר"ן ז"ל כאשר עיניך תחזינה בהסכמת רבני אלג'יר שבספר התשב"ץ.

ואנחנו תלי"ת לאורו זכינו ומוכרחים אנו לישב כמ"ש כי הכי דלא ליהו תשובות הרשב"ץ סתראי נינהו. ועיין בכללי הפוס' להרב כנה"ג אות נ"ח: והאמת יורה דרכו כי מ"ש הב"י כתב הר"ש בר צמח.

אין כוונתו על הרשב"ץ בעל התשב"ץ שהוא רב שמעון בן הרב צמח. אלא כוונתו על תשובת הרשב"ש בשי"ן שהוא הרב שלמה בן הרב שמעון והרב שלמה הנז' הוא בן לאותו צדיק הרשב"ץ בצד"י בעל תשובות התשב"ץ.

וגם להרב שלמה קרי ליה הב"י בר צמח. ובהסכמות שבספר הרשב"ץ בן התשב"ץ איכא דקרו ליה הרב שלמה צמח.

ואיכא דקרו ליה הרב שלמה בר צמח. גם הרב מוהרימ"ט ז"ל ח"א סי' ז' הביא תשובה הלזו וכתב השיב הרב שלמה בר צמח.

[אכתבנא לקמן בע"ה] וא"כ גם הב"י להכי נתכוון והכרח לא יגונה. שהרי בדקנו בנרות החיפוש ולא מצאנו תשו' זו בס' התשב"ץ כ"א בתשובות הרשב"ש הלא היא כתובה בתשובות הנז' ס' ק"ע.

ובתשובות מהרשד"ם הנז' שכתב להדיא משם הב"י הרב שמעון בר צמח הוא ט"ס: ותימא איך לא זכר שר את תשובת הרב אביו ז"ל דסבר לה איפכא. ומה יעשה הבן בחכמה בראיות והוכחות אשר הוכיח הרב אביו וסבר לה מר דאין מוסיפין על הלשון מכח האומדנא: גם הרב מוהרימ"ט ז"ל ח"א סי' ז' הביא תשו' הר"ש בר צמח הנז' וסיים עלה ודבריו תמוהים כי מה הוכחה יש מהא דקונם צמר וכו' והיו מסרבין בו וכו' דודאי בעינן שיכוון בלבו מה שמוציא בשפתיו והכי נמי בעינן שיוציא בשפתיו מה שמכוון בלבו דלבטא בשפתים אמר רחמנא.

ובעינן שיהיו פיו ולבו שוין וכל שחסר א' מהם או פיו או לבו לאו כלום הוא וזה שנשבע שלא יעשה. גם כי בלבו היה גס על העשוי כבר אין בדבר כלום.

שהרי לא הוציא בשפתיו ודמייא לנתכוון להוציא פת חטים והוציא פת שעורים. ואדרבא משם ראייה מההיא דהיו מסרבין וכו' דתני סיפא קונם ביתך שאני נכנס טיפת צונן שאוכל לך נכנס לביתו ואוכל טיפת צונן.

וכתב הרא"ש ז"ל שהוא מותר גם באכילה ושתיה שהרי לא הוציא אכילה בשפתיו וכו' ע"ש. אתה הראת כי דבר ה' בפיהו אמת ונתכוון בכל דבריו לדברי התשב"ץ ז"ל:: ואפשר לישב ולומר דהנה מצינו לרבותינו בעלי התוספות שבועות ד' כו' ע"ב דמקשו על מאי דאמרינן התם גמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת סתם מנין ת"ל לכל אשר יבטא.

מהא דאמרינן בפ' ד' נדרים ד' כז' ע"ב תנן נודרין להרגין וכו' שהן תרומה וכו'. ומפרש בגמרא דאמר יאסרו כל פירות שבעולם עלי אם אינן של בית המלך.

ומסיק שאומר בלבו היום ומוציא בשפתיו סתם. ואע"ג דס"ל דברים שבלב אינם דברים לגבי אונסים אפשר.

משמע דלא שרי אלא במקום אונס ואע"פ שאומר בלבו היום. והכא נמי ליתסר אע"פ שאומר בלבו חטים.

ותירצו לחד תירוצא וז"ל ועוד נראה דהכא דסתם פת הוי דחטים להכי שרי אפי' שלא במקום אונס. ע"ך.

ומדבריהם למדנו דס"ל להאי תירוצא דאם גמר בלבו שעורים והוציא פת סתם דאסור בכל מיני הפת וכן לגבי מוכס דאמר יאסרו כל פירות שבעולם. אי לא אונסא היה אסור לעולם דדוקא בגמר בלבו פת חטים והוציא פת סתם הוא דאינו אסור אלא בפת חטים. ושרי בשאר מינים. משום דסתם פת הוי דחטים.

וקשיא לן טובא דהא בעינן פיו ולבו שוין. ומהאי טעמא אמרינן דאם גמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת שעורים אינו אסור לא בפת חטים ולא בפת שעורים.

אינו אסור בחטים שהרי לא הוציא בשפתיו ואינו אסור בשעורים שהרי לא נתכוון לומר שעורים דתנן בפ' ג' דתרומות המתכוון לומר עולה ואמר שלמים וכו' שאיני נכנס לבית זה ואמר לזה לא אמר כלום עד שיהיו פיו ולבו שוין וא"כ הכא נמי בגמר להוציא פת שעורים והוציא פת סתם וכמ"ש הרי"ף ז"ל וסיעתו יעו"ש: ואחר החיפוש זאת מצאנו להרב מהריב"ל ח"ב סי' קי"ז שהקשה קושיא הנז' ותירץ וז"ל ואפשר לתרץ ולמימר להך תירוצא דדוקא היכא דמכחישין הפה והלב לגמרי כההיא דנתכוון לפת חטים והוציא פת שעורים הוא דאמרינן דפטור בשניהם.

אבל היכא דנתכוון להוציא פת שעורים והוציא פת סתם. וכן באומר יאסרו כל פירות שבעולם עלי וכו' אי לאו אונסא כיון דהלב אינו מכחיש למה שהוציא בפה לגמרי דהרי בכלל פת סתם איכא פת שעורים.

אזלינן בתר פומא. והרי הוא אסור בכל מיני הפת וא"ת אדרבא הוה לן למימר דאינו אסור אלא בפת שעורים לבד דהרי שוין בו הפה והלב תריץ דפומא עיקר כיון דהלב אינו מכחש מה שהוציא בפיו לגמרי דהרי בפת שעורים הם שוין אזלינן בתר פומא לגמרי ואף במה שהלב מכחיש את פיו.

וזאת הסברא אע"פ שהיא דחוקה ע"כ אין לן למימר דהכי ס"ל להך תירוצא ע"כ ע"ש. וכיון דאנהירינהו לעיינין רבותינו התוספות וס"ל להאי תירוצא דדוקא היכא דמכחישין הפה והלב לגמרי כההיא דגמר להוציא פת חטים והוציא פת שעורים הוא דבעינן פיו ולבו שוין.

אבל היכא דהפה והלב אינם מכחישין לגמרי אלא שוין במקצת לא בעינן פיו ולבו שוין ואף במה שהם מכחישין זא"ז אסור. אדברה וירוח לי ותאורנה עינינו בדעת הרשב"ש וסיעתו ז"ל דכי היכי דנתכוון להוציא פת שעורים והוציא בפיו פת סתם.

וכן באומר יאסרו כל פירות שבעולם וגמר בלבו היום. דאין אנו עושים מהכללי חלקי ואסור אף במה שאינן שוין הפה והלב אחר שאינן מכחישין לגמרי ושוין במקצת.

הכא נמי להפך היכא דגמר בלבו סתם שבועה שלא אוכל והוציא בפיו מין אחד וכיוצא דאזלינן בתר לבא ואסור בכל המינים. ולא נעשה מן הסתמי הכולל חלקי.

אחר דאינם מכחישינן לגמרי ושוינן במקצת במין אחד לא בעינן פיו ולבו שוינן שהרי הפה והלב שקולין הם וכל אחד מצי מיעכב אאידיך היכא דמכחישינן לגמרי ואין לאחד יתרון על חברו. א"כ כמו שאין אנו עושים מהכללי שבמוצאות הפה חלקי.

כך לא נעשה מהכללי שבלב חלקי אחר שאינם מכחישינן לגמרי דלא בעינן פיו ולבו שוינן. ודין הוא טעמא להרשב"ש ז"ל דפסיק ותני דגם העשוי כבר אסור למוכרו משום דאזלינן בתר דעת הנודר אע"פ שלא הוציא בפיו אלא שלא יעשה יין למכור.

וא"כ הו"ל למימר דאינו אסור אלא שלא יעשה למכור משעת השבועה ואילך שבזה פיו ולבו שוינן. אבל בעשוי כבר שאין פיו ולבו שוינן הו"ל לומר דשרי.

אפ"ה ס"ל דאסור דכיון דאין הפה והלב מכחישינן לגמרי כההיא דגמר בלבו פת חטים והוציא פת שעורים. שהרי שוינן בעתיד לא בעינן פיו ולבו שוינן.

ולכך אזלינן בתר לבא. ואין אנו עושים מהכללי שבלב חלקי: גם מההיא דטיפת צונן שהתיר הרא"ש ז"ל גם באכילה לא קשה ולא מידי להרשב"ש דשאני ההיא דטיפת צונן דלא אמרינן שלא נתכוון זה אלא לשום אכילה ושתייה.

וכתב הרא"ש ז"ל בפסקיו וגם באכילה ושתייה מותר שהרי לא הוציא בפיו. ולא דמי לרישא.

דאישות בכלל הנאה היא ע"כ. ולפ"ז.

אכילה לאו בכלל טעימא היא ולא אסר בפיו אלא טעימא. ואלו בלבו לא נתכוון לאסור אלא אכילה מרובה.

ולא טעימא. ומה שאסר הלב התיר הפה.

ומה שהתיר הלב אסר הפה. ונמצא שהם מכחישינן לגמרי וכההיא דנתכוון לפת חטים והוציא פת שעורים.

ולכך התיר הרא"ש ז"ל בשתייהן משום דבעינן פיו ולבו שוינן היכא דמכחישינן לגמרי. ושאני ההיא דהרשב"ש ז"ל שאינם מכחישינן לגמרי: ובהכי ניחא לן דברי התוס' שבועות ד' כ"ג ע"א בד"ה דלמא למפטר נפשיה.

שכתבו דאפילו אמר שבועה שלא אוכל סתם כיון שאין בלבו לאסור עצמו אלא באלו המינים לא מיתסר באחריני אע"ג דבעלמא דברים שבלב אינם דברים. היינו היכא דבלב סותר מה שמוציא בפיו.

אבל היכא דאין סותר הויין דברים. ומשטחות דבריהם נראה דהיכא דהלב סותר מה שמוציא בפיו אמרינן דברים שבלב אינם דברים גם לגבי שבועה כמו בעלמא.

שהרי לא חילקו בין שבועה לבעלמא. אלא בין הלב סותר לשאינו סותר.

אלמא מדמינן דין השבועה לבעלמא. דאלת"ה בקיצור הו"ל למימר דאע"ג דבעלמא דברים שבלב אינם דברים שבועה שאני דבעינן פיו ולבו שוין.

אלא ודאי דהתוס' מדמינן השבועה לבעלמא. וכשהלב סותר מה שמוציא בפיו אמרינן גם לגבי שבועה דברים שבלב אינם דברים.

וא"כ היכא דגמר בלבו חטים והוציא שעורים שהלב סותר מה שמוציא בפיו אמרינן דברים שבלב אינם דברים ואסור בשעורים. וממתניתין דתרומות מוכח דלא אמר כלום דבעינן פיו ולבו שוין וכמ"ש הרי"ף והפוסקים ז"ל אלא ודאי ס"ל להתוספות דהיכא דהלב סותר מה שמוציא בפיו.

הוא דבעינן פיו ולבו שוין דבזה מיירי מתניתין דתרומות. ודין השבועה בזה לא דמי לבעלמא דאע"ג דבעלמא דברים שבלב אינם דברים.

שבועה שאני דבעינן פיו ולבו שוין. אבל היכא דאינו סותר דבזה מיירי סוגיין שהרי שוין במקצת באותו המין שגמר בלבו לא בעינן פיו ולבו שוין.

וא"כ דין השבועה בזה שוה לבעלמא ולפיכך כתבו אע"ג דבעלמא דברים שבלב אינם דברים וא"כ גם בשבועה נימא הכי ובעי למיפטר מאחריניתא. ולזה חילקו בין היכא דהלב סותר לשאינו סותר.

וכשאינו סותר הויין דברים ולא בעי למיפטר נפשיה: וכן בדף כו' בד"ה גמר שכתבו הא דלא מיתסר אלא בפת חטים דאזלינן בתר דברים שבלב בשאין הפה מכחיש ולא כתבו משום דבעינן פיו ולבו שוין וכמ"ש הרי"ף והר"ן ז"ל אזלי לטעמ' דס"ל דהיכא דאינו מכחיש לא בעינן פיו ולבו שוין.

וזהו מה שכתבו בד"ה דילמא וכן משמע קצת לקמן: ודע כי דבריהם הללו לא אתו כתירוץ שלישי לקושייתם מההיא דנדרים שבד"ה גמר שתירצו דסתם פת הוי דחטים. גם לא כתירוץ ראשון.

אלא כתירוץ שני. וכן כתב הרב משמרות כהונא בחידושיו על הש"ס בד"ה גמר.

ואפשר שיצדקו דבריהם גם לתירוץ ראשון. דאיכא למידק דמאי מקשו התוספות הא לא בעי למיפטר נפשיה וכו'.

דאין זה קושייא. דאיכא למימר דהא דמקשי הש"ס ודילמא למיפטר נפשיה מאחריניתא לא משום שהדין כך הוא.

אלא דילמא טעה. ועי' הר"ן ובמפרשים.

לכן נראה דהתוס' ס"ל דלא חיישינן לטעות אלא בעם הארץ. אבל בתלמיד חכם לא.

ודוחק לומר דהש"ס מיירי דוקא בע"ה ולפיכך מקשי דילמא למיפטר משום דילמא טעה. ובפרט לתירוץ ראשון דסוגיין דשבועות מיירי בת"ח.

וא"כ קושיית הש"ס הוא משום שהדין כך הוא: ונמצינו למדים דלכל התירוצים ס"ל להתוספות דהיכא דהלב אינו סותר לא בעינן פיו ולבו שוין אלא דלשני התירוצים

הראשונים אזלינן בתר דברים שבלב ושרי בשאר מינים. אבל לתירוץ שלישי לא אזלינן בתר דברים שבלב ואסור בשאר מינים.

ודוקא בגמר בלבו חטים והוציא פת סתם הוא דשרי משום דסתם פת הוי חטים: והרא"ש ז"ל כתב וז"ל ותירץ הרמב"ן דשני התם שאין טעות בדבריו שכיון בלבו לומר בפיו לעולם. אלא שמחשב בלבו היום הילכך פיו עדיף דדברים שבלב אינם דברים.

אבל הכא דהוצאות פיו הוא טעות דבלבו היה לומר פת חטים הילכך הוצאת פיו אינה כלום. ע"כ.

וכן תירץ הר"ן והמרדכי" בשם ראבי"ה ולתירוץ זה בעינן פיו ולבו שוין אף היכא דאינו סותר: והטור"ר יו"ד סי' ר"י כתב וז"ל אבל אם היה בלבו פת חטים והוציא בשפתיו פת סתם אסור בשל חטים לבד שהוא נקרא פת סתם. וי"א דהיינו דוקא ת"ח אבל ע"ה אסור בכל וא"א הרא"ש ז"ל לא כתב כן ע"כ.

ומדכתב שהוא נקרא פת סתם נראה דס"ל כתירוץ ג' של התוס' וכן כתב מוהריב"ל ח"ג סי' קי"ז. ולפ"ז צ"ל דמ"ש הטור וא"א לא כתב כן קאי גם עמ"ש שהוא נקרא פת סתם.

והט"ז סק"ג לא הבין כן: ומדברי מר"ן בב"י מוכח דלא ס"ל לא כתירוץ ג' של התוס' ולא כתירוץ הרמב"ן שהרי כתב אבל לא משמע הכי מדברי הרמב"ם והרא"ש ז"ל שהרי לא נתנו טעם משום דסתם פת דחטים הוא אלא משום דפת חטים פת שמיה. גם על דברי ראבי"ה שהוא כתירוץ הרמב"ן ז"ל כתב ואינו נראה כן מפשטה דגמרא: גם מור"ם בהגה שכתב דאם נתכוון לפת שעורים והוציא בפיו פת סתם אסור בשל שעורים לבד לא ס"ל כתירוץ ג' של התוס'.

וגם לדידהו לא קשה מאי דפסקו בסי' רי"ח כדברי הרשב"ץ. דאפשר דס"ל כמ"ש התוס' בד"ה דילמא דלא בעינן פיו ולבו שוין היכא דאינו סותר אלא דשרי בשאר מינים משום דאזלינן בתר דברים שבלב וס"ל דכמו דאזלינן בתר דברים שבלב להוציא כך אזלינן בתר דברים שבלב להוסיף דאזלינן בכל אתר כוונת הנודר דהא לא בעינן פיו ולבו שוין בשאינו סותר: ועוד אפשר לומר דס"ל להרשב"ש ז"ל דאחר דמצינו דס"ל להתוס' להאי תירוץ דהיכא דאינו סותר לגמרי לא בעינן פיו ולבו שוין אף הפוסקים דפליגי אהאי סברא יודו היכא דאיכא אומדנא דדוקא היכא דליכא אומדנא הוא דבעינן פיו ולבו שוין.

אבל היכא דאיכא אומדנא דיינינן ליה כאלו הוציא מפיו אחר דמינכרא מילתא. שהרי גם לסברת התוס' בהאי תי' מוכרח לחלק כן.

דאלת"ה קשה מההיא דפ' הנודר מן הירק דאר"י הכל לפי הנודר היה לבוש וכו'. וכן ההיא דסוף פ' קונם יין היה מסרב בו לישא בת אחותו וכו' דאנו עושים מהכללי חלקי.

ואמאי והא אין הפה והלב מכחישינן לגמרי דהא שוין בחד צד דבההיא דפ' הנודר דאמר קונם עולה בין טעינה בין לבישה משמע וכמ"ש הרמב"ם ז"ל ועי' האומדנא אמרינן דלא נתכוון אלא לא' מהם ושרי באידך ובמאי דנתכוון שוין בו הפה והלב. וכן ההיא דפ' קונם יין דאמר קונם אשתי נהנית לי לעולם דאמרינן הרי אלו מותרות ליהנות ממנו שאר הנאה שלא נתכוון זה אלא לשום אישות דבהנאת האישות שוין הפה והלב וכיון

שאינן הלב סותר לגמרי אזלינן בתר פומא ולא נעשה מן הסתמי הכוללי חלקי דבכגון זה לא בעינן פיו ולבו שוין.

דבשלמא למ"ש הרי"ף ז"ל אבל אם גמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת סתם אסור בפת חטים דפת חטים פת שמה והנה פיו ולבו שוין. ע"כ.

ור"ל אבל בשאר מיני הפת אע"פ שמשמעות דבריו שיהא אסור בכולן. מ"מ לא נתכוון בלבו אלא לפת חטים ואנן בעינן פיו ולבו שוין.

וא"כ ה"ה בההיא דפ' הנודר וההיא דפ' קונם הגם דמשמעות לשונו דאסור בכולן מ"מ אינו אסור אלא במאי דנתכוון דפיו ולבו שוין אבל במה שלא נתכוון שרי דפיו איכא לבו ליכא. אבל לס' התוס' דס"ל להאי תי' דהיכא דאינו סותר לגמרי לא בעינן פיו ולבו שוין קשיא.

אלא ודאי דס"ל להתוס' דשאני לגבי אומדנא דמינכרא מילתא כ"כ דיינינן ליה כאלו הוציא בפיו ואנו עושים מהסתמי הכולל חלקי מכח האומדנא. ולדידהו ה"ה וצד כ"ש הוא היכא דהאומדנא באה להוסיף על הלשון כההיא דהרשב"ש ז"ל דדיינינן ליה כאלו הוציא בפיו ואנו עושים מהחלקי כולל דלדידהו ליכא למיפרך דדוקא להוציא אבל להוסיף לא משום דבעינן פיו ולבו שוין דהא לית ליהו האי סברא כשאינו סותר לגמרי וא"כ לקרב הדיעות והסברות קצת דאפושוי פלוגתא לא מפשינן נימא דהרי"ף וסיעתו הגם דפליגי על סברת התוס' וס"ל דאע"פ שאינו סותר לגמרי בעינן פיו ולבו שוין.

יודו בהיכא דאיכא אומדנא דמינכרא מילתא דלא בעינן פיו ולבו שוין ודיינינן ליה כאלו הוציא בפיו מה שנתכוון: והילך מ"ש הרב מוהריב"ל ז"ל ח"ב סי' פ' וז"ל ואיכרא דלא מצינו דבר זה מפורש בשום מקום שנוכל להוסיף על ההסכמה מחמת האומדנא מאי דלא משמע כלל מהלשון דאם מצינו דאזלינן בתר הכוונה היינו לעשות מהלשון הכללי פרטי כההיא דאר"י בפ' הנודר וכו' וכן נמי הא דאמרינן בשבועות וכו' גמר בלבו וכו' התם נמי לא מהני הכוונה אלא למעוטי הלשון הכללי.

אבל גמר בלבו להוציא פת סתם ולאסור עצמו בכל מיני הפת לא מהני הכוונה וכו' ומכל הני הוה משמע דכי היכי דלא מהנייא כוונת הלב להוסיף על מה שהוציא בשפתיו דבעינן בשפתים ולא שגמר בלבו הכי נמי לא מהנייא האומדנא בעין דנ"ד דאומדנא דמוכחא דלש' שכ"י ל"ש קנייה. ומסתברא דלא דמי דאע"ג דלא מהנייא מאי דגמר בלבו להוסיף על מה שהוציא בשפתיו מאי דלא משמע כלל מהלשון היינו משום דבעינן לבטא בשפתים.

אבל בנ"ד אע"ג שלא כתבו מתקני ההסכמה אלא שכירות הו"ל כאלו הוציאו מפיהם קנייה נמי כיון דשקולים נינהו וטעמא דשייך בשכי' שייך נמי בקנייה ואין חילוק ביניהם לא הוי גמר בלבו ולא הוציא בשפתיו דממעטינן מן לבטא בשפתים אלא הוציא מפיו קרינן ליה דהשומע מבין דחדא מינייהו נקט.

אבל כשגמר בלבו פת סתם לאסור עצמו בכל מיני הפת והוציא פת חטים אין במשמעות פת חטים כל מיני הפת. אבל במאי דתקנו וכתבו ששום יהודי לא ישכור בית שמחזיק בו יהודי.

יש במשמע קנייה נמי דחד טעמא אית ליהו ושקולים הם וכדכתיבנא. ע"כ.

הרי לך להדייא דלא מדמינן האומדנא לכוונה לבד. ועי' מהרד"ך בית לב' שכתב כן: והט"ז יו"ד סי' רי"ח סק"ג כתב וז"ל דברים אלו הם דברי הרשב"ץ הביאן ב"י.

ולא די שקשה עליו מדברי התלמוד דהא קי"ל דבעינן פיו ולבו שוין. אלא שקשה עליו שסותר דברי עצמו שבסוף סי' ר"ח מביא ב"י דברי רשב"ץ באומר שלא ישא אשה תוך ג' שנים אם אמר לשון שמשמעותו שלא יעשה נישואין עמה והוא עבר ונשאה הו"ל כנשבע על הפת ואכלו דנשאל ומתירין לו אבל אם אמר לשון שמשמעותו שלא תהיה לו לאשה תוך ג' שנים.

אין מתירין לו. ופסקו בש"ע שם.

הרי לפנינו דבחר משמעות הלשון אזלינן ולא אמרינן דמה שאמר שלא יעשה נישואין ר"ל שלא תהיה לו לאשה. ה"ן כן הוא באומרו לא יעשה יין אינו מכוון שלא יהיה לו יין דחד מילתא היא וכו' ע"ש: והנה מאי דקשה מן התלמוד כבר כתבנו הנלע"ד בזה.

ומאי דקשה עליו מדברי עצמו. הגם כי נניח דחד מילתא היא כדברי הט"ז לא קשה להרשב"ץ כי ההיא דס' רי"ח היא להרשב"ש בשין כמש"ל וההיא דסי' ר"ח היא להרשב"ץ בצדי בעל התשב"ץ והיא בתשובתו ח"א סי' קנ"ה.

ואפשר לדחוק דכוונת הט"ז במ"ש סותר דברי עצמו הוא על מר"ן הש"ע. אלא דנראה דגם על מר"ן לא קשה ולא מידי ופוק חזי מאי דכתב התשב"ץ ח"ב סי' ס"א בתחילת התשובה שרצה להוסיף על הלשון מכח האומדנה כתב וז"ל אבל בהסכמה זו איזה אומדנה דמוכח יש בה שעל השכירות בלי תוספת נתכוונו.

שאם עי' מעשה שהוציא אדם אחד לחבירו מדירתו בלי תוספת שכירות היתה הסכמתו. היה בזה אומדנא דמוכח דומה לכל אלו שהם בגמרה.

אבל בכאן אין שם אומדנה כלל שנוסיף על ההסכמה מה שלא נזכר בה וכו' ע"ש. וה"ן ההיא דסי' רי"ח שנדר ע"י מעשה שהעלילו עליו אומדנה דמוכח יש שנשבע גם על העשוי כבר ויפסיד גם הקרן כי כל אשר לאיש יתן בעד נפשו.

ולא כמ"ש הט"ז דבשביל מורה הסכנה לא נתכוון להפסיד הקרן כ"א מניעת הריוח. אבל ההיא דסי' ר"י איזה אומדנא דמוכח יש בה דמ"ש שלא יעשה נישואין ר"ל שלא תהיה לו לאשה: שוב מצאנו למהרשד"ם עצמו ז"ל חיו"ד סי' צ"א שכתב שלא להוסיף על הלשון מכח האומדנה.

והביא ההיא דהרשב"ץ שהביא הב"י סי' רי"ח ותמה על ראיותיו ובא לכלל ישוב וז"ל. אלא שאני אומר שגם בכאן הלשון סובל הכוונה שלא למכור וההוכחה גדולה עד מאד עד שמוכרח לפרש כי כן נשבע שלא יעשה יין למוכרו כו' ולשון עצמו מושך עצמו ואחר עמו כמו לא לנצח ישכח אביון וכו' וכן הכא שלא לעשות ולא למוכרו ליין אלא שקצר ואע"פ שאין דרך ב"א לדבר כן כיון שמוכרח מכמה צדדים יש לנו לפרש כן.

וא"ת א"כ שפירוש דבריו שלא לעשות יין ולא למוכרו ליין א"כ היה אסור לעשות יין אפ"ל לשתות. לזה מספיק הוכחה שכיון שלא נשבע אלא מחמת העלילה והעלילה לא

היתה אלא לפי שהיה מוכר אמרינן שלא כיון שלא לעשות יין למכור ושלא למכור שום יין אפי' שלא עשהו וכו'.

יע"ש: גם הרב ש"ך בנקודות הכסף השיג על הט"ז וז"ל הקשה על הרשב"ץ והמחב"ר ולא קשה מידי דלא קי"ל כשמואל דבעינן פיו ולבו שוין אלא בגמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת שעורים. אבל הכא הא קאמר שלא יעשה למכור א"כ קא חזינן דאפי' בדיבור קפיד אמכירה וא"כ אזלינן בתר הכוונה.

ויעשה הוא לאו דוקא. ע"ך: מעתה דעת מר"ן לא מיכריעה אי ס"ל דמוסיפין על הלשון מכח האומדנה דאע"ג דפסקיה לדיניה של הרשב"ץ ומצאנו לרשד"ם חו"מ ומהר"י הלוי שכתבו בפשוט דדעת הרשב"ץ דמוסיפין על הלשון מכח האומדנא וכמש"ל משמם.

לעומת זה מצאנו רשד"ם עצמו יו"ד ונקודות הכסף שכתבו דשאני ההיא דהרשב"ץ דהלשון סובל על צד הדוחק ולכך מכח האומדנא אנו דוחקים את הלשון: ואם כנים אנחנו בנ"ד שחכמי התק' שפתותיהם דובבות ניכוי שו"ש וכבר כתבנו דלשון זה יורה דלא דברו חו"ר התק' כ"א על מי שכותבין עיקר ותוס' ומתון על רביעים ולא ע' מי שכותבין סך מסויים.

אם כן נדון דידן שראובן ואשתו שהם מתושבי טיטואן שכותבין ח"י מאות סך מסויים הוי פלוגתא דרבוותא דלמ"ד דמוסיפין על הלשון מכח האומדנא א"כ גם על אלו שכותבין סך מסויים תקנו הגם דלא משמע מהלשון ונכנסו ראובן ואשתו הנז' תחת כנפי התקנה החדשה הנז' יען שכאן נמצאו וכאן היו דרים פה בזמן התק' הנז'.

והבחירה ביד ראובן או לחלוק או לפרוע הכתובה לצד שצדדנו כיון דלמילי דאיסורא וכו' וכמש"ל בתח' דבריננו] ולמ"ד אין מוסיפין הרי ראובן הנז' אחוז בחבלי תקנת רבותינו הראשונים זיע"א: וכד דייקנן נראה דחכמי התקנה לא תקנו על אלו שכותבין סך מסויים. ואף הסוברים דמוסיפין על הלשון מכח האומדנא.

בנ"ד יודו. והיינו טעמא.

דכתובות שהם כהאי גוונא הם לא שכיחי כ"כ פה מחז"ק דמעט מזער הם הכותבין סך מסויים. שהרי בבחור ובתולה ולא אחד בהם שכותב סך מסויים.

ובאלמון וגרוש ואלמנה וגרושה יש ויש ורובם על רביעים וכבר מילתייהו אמורי בכולי תלמודא מילתא דשכיחא גזרו בה רבנן. מילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן: והגם שהרד"ך כתב דלא מיקרי מילתא דלא שכיחא אלא שיהיה הדבר פלא ולא יכול להעלות על לב לשערו.

הרי מהר"י טאיטאצאק ומהר"י בי רב ז"ל חולקים עליו וכמ"ש מהרשד"ם חו"מ סי' רכ"ח שמהריט"ט כתב למוהר"י בי רב והסכים לדעתו. גם הכנה"ג ח"מ סי' רכ"ה בהגה"ט אות ט"ל כתב וז"ל דמהר"י אשכנזי בתשו' כ"י כתב דמהר"י קולון בשורש ז' חולק עליו וסובר דאע"פ שלא יהיה הדבר פלא אלא דלא שכיח טובא אמרינן מילתא דלא שכיח לא אתנו עלה ואין דברי הרד"ך עומדות בפני מהריק"ו ע"כ.

ונראין דבריו עכ"ל. גם הרב שער אפרים סי' ס"ח כתב וז"ל והנה פליאה בעיני דבר זה הפלא אשר כתב הרב מהרד"ך כי במח"י מקדושת תורתו לא זו הדרך כי לפי דבריו בעצמו קשה שכתב דלא נקרא מילתא דלא שכיחא אלא דבר הפלא שלא יוכל להעלות על הלב לשערו וכו' א"כ לפ"ז קשה הגמרא שמביא לפני מהא דמצא בתוך התרנגולת בצים גמורות דמיקרי מילתא דלא שכיחא לא גזרו וכו'.

ושם אינו דבר פלא שלא יוכל להעלות על לב ואדרבא זהו כמעט מצוי אף שבודאי אינו מצוי כ"כ דעכ"פ מיקרי מילתא דלא שכיחא. אבל מ"מ אינו שם דבר הפלא ופלא כלל אלא ודאי שיש חילוק בין מילתא דלא שכיחא לאונסא דלא שכיח.

כי מילתא דלא שכיח מיקרי אף שאינו דבר פלא ואפ"ה לא גזרו וכו' וה"ה משכנתא וכו' ומשא"כ אונסא דלא שכיח הוא דבר פלא דוקא שלא יוכל להעלות על הלב כי בעצמו הוא לא שכיח וזהו גבי שומרים דחייבים בפשיעה ובגניבה ואבידה שיכול לשמור עצמו. ומשא"כ באונס דלא שכיח.

וא"כ מ"ש בגמרא גבי עובדא דשומשמי דרבה פטרי קשה למה הלא קבל עליו כל אונסא דמתייליד מאי אמרת לפי דלא שכיח קשה הלא כל אונס לא שכיח לכן מפרש הרמב"ם שזה האונס הוא דבר פלא ולא יוכל להעלות על הלב לשערו דבר זה הפלא וזהו מיקרי אונס דלא שכיח. ומשא"כ מילתא דלא שכיחא הוא לענין אחר וזהו ברור לענ"ד.

ועי' במהרשד"ם חו"מ סי' ש"ן שכ' גבי שטרי ערכאות שפסולים מן התורה ולא הוכשרו אלא מתק' דרבנן ואיכא מאן דאמר דלא תקנו אלא בשטר מכר אבל בשטר צוואה והודאה ומחילה וכיוצא לא תקנו בהם דאפ"ג דנראה שאין חילוק בין שטר מכר לשטר אחר כיון דזה וזה אינו אלא לראיה. אפ"ה י"ל ששטר מכר מצוי מאד וצריך ראייה ביד הלוקח לעולם ומפני תיקון העולם תיקנו שיועיל שטר מכר העשוי בערכאותיהם.

אמנם בשאר שטרות דלא שכיחי כולי האי לא תיקון ויש כיוצא בזה הרבה. ע"כ.

ועי' מהרשד"ם חו"מ סי' רכ"ח: הרי לפניך חבל נביאים כולם מתנבאים בסגנון אחד דלא כהרד"ך ז"ל דאונסא דלא שכיח לחוד. ומילתא דלא שכיח לחוד ולא ראי זה כראי זה.

כי טעם אונסא דלא שכיח הוא משום דאמרינן דאונס כזה לא אסיק אדעתיה ולהכי צריך שיהיה הדבר פלא ולא יוכל להעלותו על לב לשערו. אבל מילתא דלא שכיח לאו היינו טעמא משום דלא אסיק אדעתיהו דרבנן.

אלא דדרך החכמים היא שלא לחוש לתקן במילתא דלא שכיחא הגם דאסיקו אדעתיהו האי מילתא ולא מתקני כ"א במילתא דשכיחא טובא. וא"כ למ"ש דכתובות שיש בהם סך מסויים ואת רבע לא זכרו לא שכיחי טובא פה מחז"ק.

א"כ נימא דלא תקנו עליהם ובפרט דמשמעות הלשון הכי מוכח: ולפ"ז נוכל לומר ולחזק הצד הא' שכתבנו בתחילת דברינו שחכמי התק'. לא התקינו על הנשואות במקום אחר שהיו דרים פה בזמן התק יען כי במילי דכתובה אוחזים מעשה אבותיהם בידיהם ואכתי הם נגררים בעקבות מנהג עירם אשר שם נישאו ותקנה זו היא במילי דכתובה.

בדברינו אלה יתחזק יותר והוא כי לענ"ד נראה דזה הוי מילתא דלא שכיח טובא שהנשואות בעירם יעקרו דירתם למתא אחריתי וקצת יש להסתייע ממ"ש הרב מחנה אפרים ז"ל סי' א' ביעקב שהשביע את בניו לקיים את כל הנמצא כתוב בספר מבלי שידעו מה היה כתוב שם וימצא כתוב ששלשת בניו לא ידורו בעיר הזאת אלא כל א' ילך וידור בעיר אחרת.

והשיב הרב דהאי מילתא לא אסיקו אדעתיהו דלא עביד איניש דטב ליה בארץ מולדתו למיעקר דירתיה משם ולמיזל באתרא אחריתי. אי משום יקרא דנפשיה.

אי משום בני חיי ומזוני דתליין במזלא. ואי משום סכנת דרכים.

והוי אונס דלא שכיח. ע"ש.

והסכים עמו רב תנא הוא המש"ל ז"ל. והגם דהרב לא מיירי כ"א במאן דטב ליה בארץ מולדתו הוא משום דמדמי ליה לאונסא דלא שכיח שהוא פלא דטעמא דידיה הוא משום דלא אסיק אדעתיה.

ואנן מיירי במילתא דלא שכיחא דלא היינו טעמא משום דלא אסיקו אדעתיהו. אלא משום שאין דרך חכמים לחוש לתקן במילתא דלא שכיחא ואע"ג דאסיק אדעתיהו.

ולפ"ז נוכל לומר דגם בכאן דביש ליה בארץ מולדתו שהוא מן הצועקים ואינם נענים אי לא אזיל למתא אחריתי. מ"מ הרי ריחיים בצווארו.

זוהי אשתו והוא מושבע ועומד שלא יוציאנה ממדינה זו למדינה אחריתי ככתוב בשטר הכתובה וכן מקום על יושביו ואף אם היא נשמעת לו קרוביה מעכבים ודעת נשים קלה נשמעת להם עד שכמעט תתגרש ולא תלך עמו ויש שהבעל מצד עצמו אינו רוצה לעקור דירתו מארץ מולדתו הגם כי ביש ליה במתיה ואל קשה.

ואלה קשה מאל. באופן דמדברי הרמ"א למדנו דמאן דטב ליה במתיה הוי פלא ולא יוכל להעלות על לב לשערו.

ולענ"ד דמאן דביש ליה במתיה הגם שאיננו פלא מ"מ הוי מילתא דלא שכיחא טובא אחרי שהוא מושבע ועומד שלא יוציאנה וכו' וכל אחד מצי מיעכב אאידיך וצא ולמד מאהלי קדר שהם לחורב ביום ולקרח בלילה שאינם הולכים לדור במדינות מכמה סיבות ומיעוטא דמיעוטא הם העוזבים ארץ מולדתם והולכים אל ארץ אחרת לגור שם: הדרן למ"ש לעיל דבנ"ד גם רבנן דס"ל דמוסיפין על הלשון מכח האומדנא יודו דאדרבה זיל לאידיך גיסא דאיכא אומדנא להפך.

דהלא אורחיהו דרבנן דלא מתקני במילתא דלא שכיחא. וא"כ לא תקנו אלא בכתובות המרובעות דשכיחי ולא בכתובות המסוימות דלא שכיחי: וכן מצינו להרב הגדול מהר"י טיטאיצאק ז"ל הביא דבריו מהרדכ"ץ ז"ל בית לב' וז"ל בנ"ד אין להכניס משכנתא בכלל השכי' משום אומדנא כיון שבלשון שכירות לא שייך משכנתא כלל כ"ש שהאומדנא היא בהפך בשכירות דשכיחא גזרו.

במשכנתא דלא שכיחא לא גזרו ולא תקנו כדאמרין בכולי תלמודא מילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן. ע"כ.

ומינה לנ"ד דכמו דהתם בתקנת החזקה פסק הרב דאין מוסיפין על הלשון מכח האומדנא והוסיף לומר דכ"ש הוא שהאומדנא היא להפך דבמשכנתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן אף אנן נמי נימא בנ"ד בתקנת הבחירה שהאומדנא היא להפך דבכתובות שיש בהם סך מסויים דלא שכיחי טובא לא תקון ולא גרע ממשכנתא: ומהר"א ששון סי' קמ"ז כתב וז"ל ה"ה הטעם השני הוא שהרי המאורע הזה אינו כתוב בפירוש בהסכמה רק אנו רוצים לדמות מה שאירע עתה בנדון זה שנטל המלך הקרקעות בסיבת המרד למה שכתוב בהסכמה שכל איש ישראל שימכור קרקעו לעכו"ם שישאר לו החזקה וכו'.

ע"ש שהביא דברי מהרשד"ם סי' רכ"ח שנפל מחלוקת בזה והרבני דורו מהר"י בי רב ומהרימ"ט ז"ל עם מהרד"ך ז"ל ושפליגי בפלוגתא דא ג"כ הרב בעל תרומת הדשן ורשב"ץ ז"ל ולא הכריע אלא דמסיק וז"ל הנה יש לומר דמאי דקאמרי הרב ז"ל וגם הרד"ך ז"ל וגם הרשב"ץ ז"ל שדעתו בפירוש להוסיף אפי' בדבר שהלשון מורה הפך ממה שאנו רוצים לאסור הנה מאי דקאמרי כל הנך רבוותא היינו משום שהאומדנא ההיה היא טובה וחזקה.

אבל בנ"ד אדרבא האומדנא היא שמעולם לא תקנו בעלי התקנה למי שדינו דין מורד במלכות דאדרבא אומדנא דמוכח הוא שהיו מתקנים שלא ישאר לו שום זכות וכח וזה אצלי ברור. עכ"ל: גם הרב דברי יוסף אירגאם ז"ל סי' מ"ג הביא פלוגתא דרבנותא הנז'.

ודברי מהר"א ששון ז"ל הנז' וכתב וז"ל הרי דאפי' מאן דאזיל בתר האומדנא להוסיף בהסכמה. אין זה אלא כשהאומדנא היא טובה וחזקה וא"כ אפילו תימא דכוונת תקנה זו היתה משום שלא יחסרו מזונות האשה הא'.

מ"מ אין כאן אומדנא דמוכח להוסיף בתקנה זו מי שנשתטית אשתו דאע"ג דהפקחת והשוטה שוות הן לחשש זה שמא יחסרו מזונותיהן מ"מ אין להם ערך ויחס ולא ראי זה כראי זה. דבשלמא באשה פקחת שהיא ראויה לו וכו' ראוי לחוש לתיקונה וכו' אבל באשה שוטה שאינה ראויה לו וכו' אין סברא שיתקנו וכו' ע"ש.

ועי' התשב"ץ ח"ב סי' ס"א. והכא נמי בנ"ד דאיכא אומדנא להפך כמ"ש נימא דלא תקון משום דהוי מילתא דלא שכיחא איברא דמצינו שהרב מהרדכ"ץ ז"ל חלק על הרב מהר"י טיטאיצאק ז"ל וז"ל ובמחילה לענ"ד נראה דאין הנדון דומה לראיה שהרי כל היכא דאמרינן מילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן לא משתמע אלא בדבר חומרא וגדר שהחמירו וגדרו על התורה ולפיכך אמרינן כשגדרו והחמירו לא גדרו אלא על מילתא דשכיחא ודי לנו להחמיר ולגזור בזה דשכיח וכו' אבל בנ"ד אינו גזירה שאין הענין לגזור גדר לתורה ולא היינו חומרא אלא מילתא באנפי נפשה שראו לזכות את ישראל ואיש על מקומו יבוא בשל"ם פשיטא שעל כל צד זכייה ותועלת תקנו ע"כ: ואנן בעניותין קשיא לן טובא על הרב מהרדכ"ץ ז"ל מש"ס ערוך פ' הזהב ד' מ"ו דאמרינן התם יש דמים שהן כחליפין כיצד החליף דמי שור בפרה או דמי חמור בשור מאי טעמה דרב נחמן סבר לה כר"י דאמר דבר תורה מעות קונות ומפני מה אמרו משיכה קונה גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעלייה ומילתא דשכיחא גזרו בה רבנן ומילתא דלא שכיחא

לא גזרו בה רבנן ובדף מ"ו אמרינן דרב הונא דאמר מכור לי באלו קנה סבר לה כר"י דאמר דבר תורה וכו' ומילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן.

וכן פסקו רבנן. ועי' ס' קצ"ט ס' א' ב' והרי כל הני אינם גדר וחומרא אלא תקנה בעלמא ודמיא לתקנה דמהרדכ"ץ ז"ל ואפ"ה אמרי' מילתא דלא שכיחא לא גזרו ולא תקנו.

וצע"ג: וזאת מצאנו להרב כנה"ג חומ"ש סי' רכ"ה בהגה"ט אות מ' שכתב וז"ל לא אמרינן מילתא דלא שכיחא לא אתנו עלה אלא בדבר חומרא וגדר אבל בדבר שאינו חומרא וגדר לא. הרד"ך בית לב'.

ומוהר"י אשכנזי בתשו' הקשה עליו מדברי הגמרא ומדברי מהריק"ו והסכים דאפילו בדבר דלא הוי חומרא וגדר אמרינן מילתא דלא שכיחא לא אתנו עלה ע"כ. ואולי שקושיית מוהר"י אשכנזי היא קושייתנו כי הספרים הנז' אינם מצויים אצלנו: שוב אחר החיפוש מצאנו להרב שער אפרים סי' ס"ח שהביא דברי הרד"ך ז"ל וכתב עליו ואני שמעתי ולא אבן לפי דבריו מה יענה בסוגיית דהזהב ובקידושין דאין מטבע נעשה חליפין ומקשה שם בגמרא הניחה וכו' אלא לרב נחמן מאי איכא למימר.

ומשני סבר כר"י דאמר ד"ת מעות קונות וכו' ומילתא דלא שכיחא וכו'. והתם מאי חומרא וגדר איכא רק מפני תיקון העולם וא"כ ה"ה במשכנתא ושכירות כמו בנדון של מהרד"ך אינו אלא מפני תיקון העולם וג"כ שייך מילתא דלא שכיחא וכו' ע"כ: גם הרב חכם צבי סי' ס"א הקשה על מהרד"ך מסוגיית דהזהב ומסוגיית דשבועות יעו"ש וסיים וז"ל וכבר הר' ז"ל בסוף דבריו תבריה לגזיזיה כנראה מתשובה זו דלא בעא למשכונני נפשיה בהחליט למימר דבממונא אף במילי דלא שכיח גזרו ביה וכו' ע"ש שהאריך ושכן מצא להרב הגדול מוהריב"ל ח"א סי' ע"ו שכתב בפ' שאף בתקנת חכמים אמרינן מילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן והביא ההיא דהזהב ע"כ: והמש"ל ה"ל מלוה ולוה פ"ד ה' י"ד דה' כתב מהריב"ל הביא פלוגתא דרבוותא הנז' ותמה על מהרדכ"ץ ז"ל ממ"ש הרשב"א ז"ל דהא דאמרנן ולמכור בנכסי אביו עד שיהיה בן עשרים שנה היינו דוקא בנכסי אביו אבל בנכסי שאר מורישם לא ואע"ג דטעמא דנכסי אביו שייך בנכסי שאר מורישם מ"מ כיון דהיא מילתא דלא שכיחא לא תקינו לה רבנן.

והא התם לא הוי משום גדר אלא משום דבאו לו בירושה דלא טרח ביהו וממילא אתי ליה לא קפיד עלייהו ומזבין ליהו לכולהו משום דתינוק מיקרבא דעתיה לגבי זוזי וטעם זה שייך ג"כ בנכסי שאר מורישם וכת' וכו' אלא ודאי מדלא כתב כן משמע דלא ס"ל חילוק זה וא"כ הדרא קושיין לדוכתה מדברי הרשב"א וצ"ע: עוד כתב וז"ל והא דאמרינן בנזיר פ' כהן גדול דהנכנס לארץ העמים בשידה תיבה ומגדל טהור משום דהוי מילתא דלא שכיחא ולא גזרו בה רבנן אע"פ דלטעמא דמשום אורא גזירה הוי גדר ולא יצא מהארץ לחו"ל.

והאי טעמא שייך ג"כ בנכנס בשידה תיבה ומגדל. הא לא קשיא משום דרכי דטעמא דסבר דאע"ג דלא שכיחא גזרו בה רבנן הוי מטעמא דהרדב"ץ דהכא לא שייך לחלק בין שכיחא ללא שכיחא כיון דטעמא שוה בתרווייהו ואדרבא מהכא הוי סיעתא משום דלא מצינו מחלוקת במילתא דלא שכיחא אי גזרו בה רבנן או לאו אלא ודאי דשאני ההיא

דארץ העמים דדמי לתקנה דהרדב"ץ ופליגי רבי ורבי יוסי בר יהודה בפלוגתא דמהרי"ט ומהרדכ"ץ ועי' בפסקים וכתבים סי' רס"ו שכתב דבתקנות רבינו תם אין לחלק בין מילתא דשכיח ללא שכיח והיינו משום דהתקנה היתה משום ותם לריק וכל היכא דשייך האי טעמא תיקנו ואפי' בדבר דלא שכיח וכמ"ש מהרדכ"ץ.

עכ"ל: ומהתימה על הרב תנא דכולי תלמודא כמאן דמניח בכיסתיה דמי ושקיל וטרי בדברי מהרידכ"ץ איך לא הרגיש בקושיין: עוד יש לתמוה על הרב שכתב ואדרבא מהכא הוי סיעתא משום דלא מצינו מחלוקת וכו'. דהא אמרינן בפ' הדר על מאי דתנן במתניתין הדר עם העכו"ם בחצר הרי זה אוסר עליו.

ראב"י אומר לעולם אינו אוסר עד שיהיו שני ישראלים אוסרים זה על זה. ואמרינן בגמרא בגזירה שמא ילמוד ממעשיו קמפלגי.

ראב"י סבר כיון דעכו"ם חשודי אשפיכות דמים. תרי דשכיחי דדיירי גזרו ביהו.

חד דלא שכיח לא גזרו ביה רבנן. ורבי אמר סבר זמנין דמקרי ודייר.

והרי גזרה זו היא חומרא וגדר על התורה שמא ילמוד ממעשיו ופליגי בה ראב"י ור"מ והיאך כתב הרב דלא מצינו מחלוקת בזה. ושמא י"ל דהרב לא חשיב לפלוגתא דרבי מאיר פלוגתא דכיון דר"מ הוא דס"ל דאע"ג דחד לא שכיח גזרו דזמנין דמקרי ודייר.

דר"מ לטעמיה דבעלמא חייש למיעוטא. והא דכתב הרב דלא מצינו מחלוקת בזה.

הוא למאן דלא חייש למיעוטא: והרב מה"רא ששון ז"ל סי' קמ"ז הביא פלוגתא דהרד"ך ומהרי"ט ז"ל. וכתב הנה המעיין שם יראה שלא.

כתב הרב הרד"ך ז"ל שם בפישטות באופן שאין לנו לדחות דברי הרב הגדול מהרי"ט שהם ודאות אצלו ובעיני הרב הגדול מהר"י בי רב ג"כ מפני ספיקו של הרד"ך וכ"ש שמהרשד"ם ז"ל שם בתשובה הנז' שכתבתי למעלה יראה המעיין שם שעושה עיקר מהך טעמא דמילתא דלא שכיח וכו'. גם הרב מהריב"ל ז"ל בא בראש כלל ז' סמך בתקנת החזקות על זאת הטענה וכו' ע"ש.

גם הרב דברי יוסף אירגאס ז"ל סי' מ"ג הביא דברי הרבנים הנז' ומסיק וז"ל ונמצינו למדין בפישטות דכל מילתא דלא שכיח אינו נכנס בכלל הסכמה או השבועה או התנאי זולת כי היכא שפירשו שהם כוללין אותו אף דלא שכיח אבל אם כתבו סתם ולא פירשוהו צריכין אנו לדון שלא עלא על לבם לתקן על דבר דלא שכיח ואינו נכנס בכלל ההסכמה ולפיכך גם בנדון דידן שהתקנה היא סתמית צריכין אנו לדון שלא נתכוונו לתקן שישלם הכתובה היכא שנשתטית אשתו מאחר שהוא דבר דלא שכיח.

עכ"ל: ועיין טור חומ"ש סי' ס' ס"ז וסוס"י קי"א ומר"ן הש"ע סי' ס' ס"א וז"ל ועכשיו אע"פ שנהגו לכתוב בכל השטרות שהוא משעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי נהגו שאינו טורף מהמטלטלים שמכר או נתן או משכן מפני תקנת השוק ואפי' למנהג זה אם היה ללוה שט"ח על אחר ומכרו בע"ח גובה ממנו דלא שייך בשטרות תק"ה דלא שכיח ע"ך.

ולא ראינו מי שחולק בזה. אלא דמצינו להכנה"ג סי' ס' בהגה"ט אות כ"ג שכ' וז"ל.

רבינו ב"י לא הביא בזה שום חולק גם בספרו הקצר פסק כן ולא הגיה עליו בעל המפה ז"ל כלום גם לגדולי האחרונים ז"ל בספריהם ראיתי כותבין כן בפשוט. ואנוכי הרואה שהרשב"א ז"ל בתשובה סי' תתקי"ד הביאה רב"י סי' ק"ד מחו' ד' סובר דאף בשטרות שייך תקנת השוק שכתב ואפי' עשאן אפותיקי ומכרן אין בע"ח חוזר וגובה מהם כ"ש כשגבה אותם ב"ח מאוחר ע"ך ויראה דהכי קאמר ועוד דאפי' נאמר דהשטרות גופן ממון ועשאן אפותי' ומכרן אין ב"ח חוזר וגובה מהם מפני תק"ה ולענין הלכה כיון דכל הבאים אחרי הרא"ש ז"ל החזיקו בסברתו הכי נקטינן.

ע"ך: ואנן בעניותין אחר המחילה מרבנותיה דרבינו הכנה"ג ז"ל דלענ"ד נראה דכוונת הרשב"א ז"ל במ"ש ואפי' עשאן אפותיקי וכו' הוא משום דס"ל דהשטרות אינם אלא שעבוד ואין גופם ממון ושעבוד לא משתע' באגב דבזה מיירי באותה תשובה ואינם אלא גמר דבריו למ"ש קודם וטעם א' הוא ולא יצא הרשב"א ז"ל לידון בדבר חדש שהרי העיקר חסר מן הספר ונמצא דלא פליגי הרשב"א והרא"ש ז"ל אלא אי משתעבדי שטרי באגב אם לאו דהרשב"א ז"ל ס"ל דלא משתעבדי ואם מכרן אין בע"ח גובה מהם מדינא ולהרא"ש ז"ל משתעבדי ובע"ח גובה מהם.

אבל לענין תק"ה אי שייכי בשטרות או לאו לא פליגי. ועיין ש"כ סי' ס' סק"ט שתמה על הב"י שלא הביא מחלוקת בההיא דהרא"ש דס"ל דשטרי משתעבדי באגב שהרי הרשב"א בתשו' תתקי"ד הנז' חולק וס"ל שאין הב"ח יכול לגבות מן השט"ח שמכר אף לפי דינא דש"ס ושיש אף להרשב"א נ"מ בזה שכ' הרא"ש ז"ל דבשטרות לא שייך תק"ה לענין אם מכר מתחילה השט"ח בקנין המועיל וחזר ומכרו לאחר הלוקח הראשון מוציא מיד הלוקח הב' בחנם דלא שייך בשטרות תק"ה דלא שכיח.

ע"כ.

ומפשט דבריו נראה דס"ל להש"ך דגם הרשב"א יסבור כהרא"ש דלא שייך בשטרות תק"ה מדכתב הנ"מ במ"ש הרא"ש להרשב"א שלוקח א' מוציא מיד לוקח ב'. ואלו לדעת הכנה"ג בדברי הרשב"א לוקח אחד אינו מוציא מיד לוקח ב' שהרי שייך בהם תק"ה: שוב מצאנו להכנה"ג עצמו סי' ק"ד בהגב"י אות כ"ג אההיא תשובה דהרשב"א הנז' שכ' ז"ל עשאן אפותיקי וכו'.

נ"ב אמר המאסף משום דס"ל דשטרות אין גופן ממון אלא שעבוד ושעבוד אינו נקנה אגב קרקע אבל להרא"ש וכו' אם מכרן ב"ח גובה מהם וכו' ע"כ. הרי שהכנה"ג עצמו מפרש שמ"ש הרשב"א ואפי' עשאן אפותיקי וכו' הוא כמ"ש אנן בעניותין דטעמא הוי משום דשטרי לא משתעבדי באגב ולא כמ"ש הכנה"ג בסי' ס' הטעם דשייך בשטרו' תק"ה.

והוא פלא איך לא זכר שר מ"ש הוא בעצמו: איך שיהיה נלמוד מכאן דאף בתקנה דאינה גדר וחומרא לא תיקנו במילתא דלא שכיח. דהא תק"ה תקנה בעלמא היא לטובת ישראל שאין בה צד חומרא ואפ"ה בשטרות לא תיקנו משום דלא שכיח ואין לומר דשאני תק"ה דלא תיקון בשטרות הוא משום דאין השוק מתקלקל אם בע"ח גובה משטרות

שמכר דדבר דלא שכיח לא ימשך ממנו קלקול והכי דייק לישנא דלא שייך בשטרות תק"ה וכו' שכתבו הרא"ש והטור והש"ע ולא כתבו דלא עשו בשטרות וכו'.

דליתא דאם אינו נמשך הקלקול לשאר מטלטלי יהיה נמשך לגבי שטרות מיהא דאין לך אדם שיקנה שטר מחבירו ושבקה ללישנא דלא שייך דנקטי הרא"ש והטור והש"ע דאיהו דחיק ומוקי אנפשיה ור"ל דלא שייך שיעשו תק"ה בשטרות וכו'. והרב הלבוש כתב שלא עשו בשטרות וכו' ור"ל שלא עשו בשטרות תק"ה הגם שיתקלקל השוק דאין לך אדם שקונה שטר מחבירו.

גם מ"ש הסמ"ע סי' קי"א ס"ק ל"ו אבל בנתינת שט"ח לא שייך האי טעמא דמילתא דלא שכיח הוא. ע"כ צריך לידחק ולפרש דלא שייך האי טעמא דלא יקנה וכו' שהגם שיהיה כן ולא יקנה שום אדם שטר וכו' לא חיישינן דמילתא דלא שכיחא לא עשו בה רבנן תק"ה.

וההכרח לא יגונה דמהיכא תיתי שלא יהיה נמשך קלקול דמ"ש משאר מטלטלין דנמשך מהם קלקול. וכת' משום דלא שכיחי בא' לא ירגישו.

והא חברך חברא אית ליה ורוב שנים יודיעו שכרוב השנים ודאי שיארע כן פעמים רבות ויודע הדבר. אלא ודאי דלא חששו לקלקול השוק שיהיה בשטרות משום דלא שכיחי: ובפרק השולח ד' ל"ז אמרינן אין כותבין פרוזבול אלא על הקרקע.

ופרש"י אם יש קרקע ללוה דלא תיקנו אלא בזמן שהחוב כשאר רוב שטרות שאין נגבין מן הקרקע דהוי מילתא דשכיחא כדאמרי' בכמה דוכתי דבמילתא דלא שכיח לא עבוד רבנן תקנתא ע"כ. וכן כתבו התוס' משום דמילתא דשכיחא היא שמלוה למי שיש לו קרקע לפי שאין יכול לכלותו.

ע"כ.

ועי' בב"י ובסמ"ע סימן ס"ז ס"ק מ"א: גם בסי' קכ"ג ס"א כתב מר"ן אבל הגאונים תקנו שכותבין הרשאה אף על המלוה בין בשטר בין בעידי קנין אע"פ שכפר בה בב"ד כדי שלא יטול כל אחד ממון חברו וילך לו למדינה אחרת אבל על מלוה ע"פ שכפר לא תיקנו שיכתבו הרשאה ע"כ. וכתב הסמ"ע סק"ה אבל על מלוה ע"פ וכו' משום דלא שכיח שילוה אדם לחבירו בלא שטר מש"ה לא חששו בכה"ג שילוה לו ע"פ וילך למדינת הים דבדבר דלא שכיח לא תקנו וכמ"ש הטו"ר והמחב"ר בסי' ס"ז בתקנת פרוזבול דלא תקנוהו בלוה שאין קרקע.

ע"כ ועי' פרישה וב"ח וש"ך. אלא דמר"ן בב"י תמה אמאי לא תקנו גם במלוה ע"פ ולא בא לכלל ישוב: ומדברי סמ"ע הללו יש לתמוה על מ"ש הסמ"ע עצמו סי' סז' ס"ק ט"ל שתמה על מור"ם שכ' וה"ה שיוכל למסור בב"ד חובותיו שבע"פ.

דלא הו"ל למור"ם לכתוב כן דמהיכא תיתי לחלק כיון דלא כתב המחב"ר דבשט"ח איירי. והלא לפי דבריו דבסי' קכ"ג דמלוה ע"פ לא שכיח ולא תיקון בה הגאונים ולפ"ז גם לגבי פרוזבול נימא דלא תיקון פרוזבול במלוה ע"פ דלא שכיח וא"כ טובא אתא

לאשמוענין מור"ם ז"ל דאפ"ה תיקון: והנה מוכרחין אנו לומר דמ"ש מור"ם וה"ה במלוה ע"פ לאו משום דס"ל דבמונא אף במילתא דלא שכיחא תקון וכהרד"ך.

אלא דס"ל דהכי תקון בפ"י דהא דאמרינן מילתא דלא שכיחא לא תקון היינו היכא דהתקנה היתה בסתם אמרינן דמילתא דל"ש לא תקון אבל לפעמים היו מתקנים אף במילתא דל"ש ואין למידין תקנות רז"ל זה מזה כמ"ש בפוס': אלא דקשיא לן ממ"ש הטור סי' קז' גבי תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי שכתב וי"א שתק' הגאונים לא היתה אלא במלוה בשטר אבל במלוה ע"פ לא תקנו שאין בה משום נעילת דלת דלא שכיח וכו' ולא נהגו כן אלא אף במלוה ע"פ גובין מהם.

ע"כ.

וכן פסק מר"ן בסי' קז' ס"א וז"ל. אבל הגאונים תקנו שיהא בע"ח גובה מהיורשים מטלטלים שהניח אביהם הילכך האידנא כופין אותם לפרוע חובות אביהם אפי' היא מע"פ ע"כ.

והיא סברת הרי"פ ז"ל שכתב בפ' הגוזל ומאכיל והשתא דמטל' משתעבדי לבע"ח חייבין לשלם וכו' וקיי"ל השתא דמע"פ גובה מן היורשים בין מקרקע בין ממט' ע"כ. וכן כתב הרא"ש ז"ל שם.

גם הרב הנמקי הביא דברי הרי"פ ז"ל. וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ' ה' מה"ל גזילה הלכה ה' וז"ל כבר תקנו הגאונים לגבות ב"ח מן המלטלים ואפי' במלוה ע"פ.

ע"כ.

וכן כתב הרא"ש ז"ל סי' שצ"ב ושגם הרשב"א בחידושיו הביא דברי הרב אלפסי ז"ל ושכן נראה דעת כל האחרונים ומלשון הרא"ה בשם רבו הרמב"ן ז"ל נראה כן וגם מלשון בעל העיטור נראה שכן דעתו עי"ש בריב"ש. וסברת י"א שהביא הטור כתבה בעל התרומות בשער ס"א וז"ל ואיכא מאן דאמר דוקא במלוה בשטר תקון לכופ' יתמי למפרע ממטלטלי אבל מלוה ע"פ ליכא משום נעילת דלת בפני לוין דהא לא שכיח ולא תקון למיגבא ממטלטלי דשבק להון אבוהון ואוקמוה אדאורייתא וזה דעת ר"ת ורבינו אפרים ע"ש שהביא סמך וראיה לדבריהם מהש"ס ע"ש.

והריב"ש ז"ל דקרי לה סברא יחידאה לא ראה כ"א בעל העיטור שהביאה משם ר"ת לב"ד וכמ"ש ה' גידולי תרומה: וצל"ד מאי טעמייהו דרבנן שלשה עמודי הוראה וסיעתם דסברי מרנן דתקנת הגאונים היא אפי' במלוה ע"פ. והלא מלוה ע"פ היא מילתא דלא שכיחא ובמילתא דלא שכיחא לא תקון רבנן כדקי"ל בכולי תלמודא ודין הוא טעמא לר"ת ורבינו אפרים דלא ס"ל הכי.

והכא אי אפשר לישב כמו שישבנו לדעת מור"ם הנ"ז דהכא א"א לומר דבהכי פליגי אם תקנו על מלוה ע"פ בפירוש דהאיך תהיה מחלוקית בזאת בין הפוסקים ובפרט בין הרי"פ ורבינו אפרים תלמידו דהאיך רבינו אפרים יחלוק על רבו בדברי קבלה. ובשלמא אי פליגי בסברא ניהא.

וכי תימא דפליגי רבנן בפלוגתא דמהרד"ך ומהריט"ט. קשה מההיא דפ' המקבל וכמש"ל.

עוד קשה על מהרד"ך איך לא נשען על עמודי הוראה וסיעתם. ועל מהריט"ט ומוהר"י בי רב ומהרשד"ם ודעמייהו דדחו סברת הרד"ך כמביא למעלה.

איך לא הרגישו מסברת רוב הפוס' ועוד בה דמ"ש הריב"ש שהרשב"א בחידושו הביא דברי הרי"ף יראה דס"ל כהרי"ף. והיה בהנ"ח דהרי"ף ס"ל כהרד"ך א"כ גם הרשב"א ס"ל כהרד"ך.

ואלו גבי קטן המוכר בנכסי שאר מורישים מצינו דס"ל כהרד"ך וכמש"ל משם המש"ל ונמצאו דברי הרשב"א ז"ל סתראי נינהו. גם דברי הרא"ש ז"ל קשיין אהדדי דכאן ס"ל כהרד"ך דס"ל כהרד"ך ואלו בפ' א' דמס' קמא ד' י"ד כתב וז"ל כתב רב אלפס ז"ל והשתא דתקינו רבנן לבע"ח לגבות מן המטלטלי גובה מיתמי בין מקרקעי בין ממטלטלי וכן הלכה וכתב עליו רבינו אפרים תלמידו ז"ל ליתא להאי סברא דניזקין מילתא דלא שכיחא היא וכי תקון רבנן לבע"ח משום נעילת דלת בפני לוי' אי נמי לאשה משום פו"ר.

אבל לניזקין לא תקון מידי. ונראה לי דבדורות הללו מטלטלי כמקרקעי לכל מילי שעבוד מדינה דגמרא אפי' בלא תקנה דהוי כגמלייא דערבייא ואשלי דקמחונייא דאמרינן בכתובות ד' ס"ז אשה גובא פורנא מהם ע"כ.

והביאו הטור חו"מ סי' תי"ט. הרי דלא חלק הרא"ש ז"ל על רבינו אפרים אלא משום דבדורות הללו משתעבדי מדינא ולא מהתק'.

אבל אי הוה ס"ל דלא משתעבדי מדינה כ"א מן התק' הוה אמרינן דבניזקין דלא שכיחי לא תקון וכרבינו אפרים. ולפ"ז הרי"ף ז"ל ורבינו אפרים תלמידו אזלו לטעמייהו דפליגי אי תקון במלוה ע"פ דלא שכיחא אם לאו.

דהרי"ף סבר לה כהרד"ך ורבינו אפרים סבר לה כמהרי"ט. אלא להרא"ש קשייא דהתם במלוה ע"פ סבר לה כהרד"ך וסבירא ליה דהגאונים תקנו אף במלוה ע"פ דלא שכיחא.

ואלו בניזקין ס"ל כרבינו אפרים דס"ל כמהרי"ט: ולכאורה מקום יש בראש לישב ולומר והוא דיש לדקדק בל' הרא"ש במ"ש וכי תקון רבנן לבע"ח. משום נעילת דלת וכו' אי נמי לאשה משום פו"ר דלאו רישיה סיפיה דמתחילה בא בנותן טעם לרבינו אפרים דבניזקין מילתא דלא שכיחא ולפ"ז אף אם היה טעמם בתקנת בע"ח או אשה שייך בניזקין לא היו מתקנים משום דלא שכיחי.

ואח"כ כתב וכי תקון רבנן לבע"ח משום נעילת דלת בפני לוי' אי נמי לאשה משום פו"ר דלשון זה יורה יורה דטעם רבינו אפרים הוא משום דלא שייך טעם בע"ח ואשה בניזקין ואפי' מאי דמסיים אבל לניזקין לא תיקון מידי הוא משום דלא שייך בהם הני תרי טעמי דבע"ח ואשה. ורבא' בש"מ לקמא כתב וז"ל כתב הרב המאר"י ז"ל מת המזיק קודם שישלם אין ב"ד נזקין למטלטלים דיתומים והאידינא דתקון גאונים ז"ל לגבות ממטלטלי דיתמי גובה אף ממטלטלי דיתמי להרי"ף ולהרמב"ם ז"ל ורבינו אפרים

תלמיד הריא"ף ז"ל חולק לומר שאין אומרים כן אלא בבע"ח משום נעילת דלת ולכתובת אשה משום חינה אבל לניזקי' אין כאן תקנה.

ואין דבריו נראין דאף לזה יש תקנה שלא להרבות בניזקין. ע"כ.

ומלשון זה נראה שהרב המאיר"י ז"ל ס"ל דטעמו דרבינו אפרים הוא משום דלא שייך בניזקין טעם בע"ח ואשה ולא משום דניזקין מילתא דלא שכיחא. גם בספרי הרי"ף שבידינו איתא להאי סברא בדברי הרי"ף ז"ל ולא כתב דניזקין מילתא דל"ש וז"ל ואיכא מאן דפריך דכי תקינו רבנן לבע"ח משום שלא תנעול דלת בפני לוי' אבל לניזקין לא תיקון מידי ע"כ.

ונמצא דלפי דברי הרב המאיר"י ז"ל גם רבינו אפרים ז"ל ס"ל דאי הוה שייך טעמא דבע"ח ואשה בניזקין הו' מתקני ביהו אף דלא שכיח. אלא דלהרא"ש ז"ל א"א לומר הכי שהרי כתב בפ' דניזקין מילתא דלא שכיחא.

ואפשר לומר דמ"ש הרא"ש ז"ל וכי תיקון רבנן וכו' הוא כמו ועוד וכי וכו' ותרי טעמי קמ"ל ולפ"ז יתישבו דברי הרא"ש ז"ל ההיא דמלוה ע"פ עם ההיא דניזקין דלעולם ס"ל להרא"ש ז"ל דהיכא דשייך טעמא אף שהיא מילתא דלא שכיחא תקון בה רבנן ולכך כתב דבמלוה ע"פ תקינו הגאונים אף שהיא מילתא דלא שכיחא ומה שהוצרך לחלוק על רבינו אפרים בניזקין מטעמא דהאידינא משתעבדי מדינה והלא אף אם לא משתעבדי כ"א מהתק' היה חולק שהרי ס"ל אף בדלא שכיח תקנו.

הוא משום טעם ב' שכתב הרא"ש לרבינו אפרים דטעם בע"ח ואשה לא שייך בניזקין דמ"ש הרב המאירי שלא להרבות בניזקין לא ס"ל לרבינו אפרים ולהרא"ש ז"ל וא"כ אם האידינא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי כ"א מהתקנה דוקא לא הו' מתקני בניזקין דלא שייך בהו טעם תקנתם ולכך כתב הרא"ש דהאידינא משתעבדי מדינא וא"כ אף בניזקין משתע' מדינא דאין זה מהתק' כדי שנאמר כיון דלא שייך בהו טעם התקנה אינו גובה: אלא בדברי הטור א"א לפרש כן שהרי כתב וז"ל והר' אפרים כתב דלא תקנו זה אלא לבע"ח משום נעילת דלת ולשון זה הנמשך ממנו הוא.

אבל לניזקין דלא שייך נעילת דלת וכו' והטור סיים בדבריו אבל לניזקין דלא שכיח לא תקנו ולמאי דסיים צריך שיהיה פתח דבריו דלא תקנו אלא בבע"ח דשכיח ופתח בנד וכו' וא"א לישבו כמ"ל בל' הרא"ש וה' שלטי הגבורים כתב וז"ל ורבינו אפרים כתב והביא דבריו הרא"ש והטור ר' חו"מ ס' תי"ט דניזקין אינו גובה ממטלטלי דיתמי דכי תקון רבנן לגבות ממטלטלי דיתמי היינו דוקא לבע"ח משום נעילת דלת בפני לוי' אי נמי לאשה משום פו"ר אבל לניזקין דמילתא דלא שכיחא היא לא תיקון מידי.

ע"כ.

והוא כלשון הטור. ולפ"ז צריך לישב דמ"ש הטור ר' דלא תקנו אלא לבע"ח משום נעילת דלת אי נמי לאשה משום פו"ר אין זה מעיקר החילוק.

אלא עיקר החילוק הוא משום דבע"ח שכיח. ואגב אורחיה קמ"ל טעם התקנה.

ושיעור דבריו כך הוא. דלא תקנו אלא בבע"ח דשכיח משום נעילת דלת.

אבל לניזקין דלא שכיחי לא תקנו וכו'. וכי תימא אמאי הוצרך להאי טעמא דניזקין מילתא דלא שכיחא.

ת"ל דלא שייך בהו לא נעילת דלת ולא פו"ר. י"ל דלא שייך בהו טעמא דשלא להרבות בניזקין וכדכתב הרב המאיר"י ז"ל ולכך הוצרך לומר דניזקין לא שכיחי.

ונמצא לפ"ז דס"ל להרא"ש דמילתא דלא שכיחא לא תקון בה רבנן ולא חלק על רבינו אפרים אלא משום דהאידידא משתעבדי מדינא אבל אם לא היו משתעבדי כ"א מהתק' הוה אמרינן דבניזקין לא תקנו משום דלא שכיחי. וכן כתב בפרישה סי' תי"ט בפירוש דברי הרא"ש ז"ל וז"ל ונ"מ דאם היה גובה מכח א"כ בדבר דלא שכיח לא היה גובה משא"כ מדינה דגמרא.

ע"כ.

וכן כתב המש"ל ז"ל פ' כ"א מה"ל מלוה ולוה הל' א' עמ"ש מהר"ם מלובלין ז"ל דדמי קא"ן פאס"י לא שייך בהו תקנת הגאונים כלל. כתב וז"ל ויש להביא קצת סמך לסברא זו מההיא דכתב הרא"ש ז"ל סוף פ' קמא דקמא בשם רבינו אפרים דבניזקין לא תקנו הגאונים דמטלטלי משתעבדי לניזקין משום דניזקין לא שכיחי.

אף אנו נאמר דלא תקנו הגאונים אלא במטלטלי דשכיחי אבל קא"ן פאס"י לא שכיחו ולא תקנו. ואף הרא"ש שנחלק על רבינו אפרים הוא מטעם דבדורות אלו מטלטלי כמקרקעי דעלייהו סמכי דומיאי דגמליי דערביי וכו' ע"ש.

ומהר"י כולי ז"ל הרב המגיה כתב על דברי המש"ל ז"ל א"ה עי' מש"ל פ' ד' מהלכות אלו דין י"ד בשם מהרד"ך ע"כ. ונמצא דס"ל להרא"ש דבתק' מילתא דל"ש לא תקון וכמהרי"ט.

וא"כ הדרא קושייא לדוכתה דהתם במלוה ע"פ ס"ל להרא"ש דתקון בה הגאונים אע"ג דלא שכיח אלמא ס"ל כהרד"ך. ובניזקין ס"ל כמהרי"ט: זאת ועוד לפי הנאה זו דאמרינן דפליגי הרי"ף וסיעתו עם רבינו אפרים ור"ת בפלוגתא דהרד"ך ומהרי"ט יקשה על הפרישה והב"ח והסמ"ע והש"ך דמתרצי מאי דתמה הב"י סי' קכ"ג על הרמב"ם שכתב אבל על מלוה ע"פ שכתב לא תקנו שיכתבו הרשאה.

שמאחר שתקנת הגאונים לכתוב הרשאה על מלוה לא היתה אלא מפני שלא יטול כל אחד ממון חבירו וילך לו אף במלוה ע"פ היה להם לתקן כן והניח הדבר בקושיא. ותירצו הם דכיון דמלוה ע"פ לא שכיח לא תקון בה הגאונים.

ולפי הנחה זו דין הוא טעמא להב"י שלא תירץ הכי שהרי הרמב"ם הוא מן הסוברים דתק' הגאונים לגבי מטלטלי דיתמי איכא אף במלוה ע"פ דל"ש וכסברת הרד"ך דכל תקנה דהוי לתועלת ולא גדר וחומרא תקנו אף בדלא שכיח. אלא להפרישה והסמ"ע והב"ח והש"ך קשה אחר דהרמב"ם ס"ל דבמלוה ע"פ עצמה תקנו לגבי מטלטלי דיתמי הגם דלא שכיח דס"ל כהרד"ך גם בהרשאה הו"ל לתקן גם במלוה ע"פ הגם דלא שכיח: ולמ"ש הרשב"א ז"ל בחידושיו לקמא ד' י"ד וז"ל וגם זה אינו מתישב בעיני דמטלטלי

דיתמי לא משתעב' אינה תורה ולמ"ד שעבודא דאורייתא אף הניזקין ובע"ח ד"ת גובין אף ממטלטלי דיתמי דמינא תיתי דלא.

ולמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אף מן הקרקעות אינם נגבים לא בעל חוב ולא הניזקין אלא מן התק'. ע"כ.

והיה בהניח דהרי"ף ודעמיה ז"ל ס"ל כהרשב"א ז"ל ומצינו להרי"ף והרמב"ם ז"ל דס"ל דשעבודא דאורייתא ואפ' מן התורה מטלטלי דיתמי משתעבדי אלא דחכמים תקנו דלא משתעבדי ושוב הגאונים תקנו דמשתעבדי ונמצא שתקנת הגאונים באה לקיים דבר תורה. ולפ"ז היה אפשר לומר דבזה פליגי דהרי"ף ודעמיה ס"ל דהא דאמרינן בפ' המקבל דמילתא דלא שכיחא לא תקנו היינו דוקא היכא דהתק' באה לעקור דבר תורה כההיא דהתם דפ' המקבל דד"ת מעות קונות וחכמים תקנו דמשיכה קונה ולכך דיינו לעקור ד"ת במילתא דשכיחא לתועלתן של ישראל ולהניח דבר תורה מיהא במילתא דלא שכיחא שאין בה היזק כ"כ.

אבל היכא דהתק' היא לקיים דבר תורה כההיא דתקנו הגאונים מטלטלי דיתמי משתעבדי לבע"ח דחזר הדין לסיני וכמ"ש הרשב"א. הלא טוב הוא שיתקנו אף במילתא דלא שכיח אחר דשייך בהו התועלת וגם התק' היא לקיים ד"ת.

ובזה אתי שפיר מ"ש המש"ל משם הרשב"א ז"ל גבי קטן שיכול למכור בנכסי שאר מורישים דכיון דלא שכיח לא תקון בה רבנן. דהא דפחות מבן עשרים אינו יכול למכור קרקע שירש אינה תורה כ"א מהתק' ולכך במילתא דלא שכיחא אוקמוה אדאורייתא.

אבל ר"ת ורבינו אפרים ז"ל ס"ל דהא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי דבר תורה ולא מן התק'. והכי דייק לישנא דבעל התרומות ז"ל שכתב בדעת ר"ת ורבינו אפרים אבל מלוה ע"פ וכו' לא שכיח וכו' ואוקמוה אדאורייתא ע"כ.

ומדכתב ואוקמוה אדאורייתא אלמא ס"ל דכך הוא הדין מן התורה ולא מן התק' ולכך ס"ל דלא תקון במילתא דלא שכיח דדמיא לההיא דפ' המקבל דהיינו לעקור ד"ת במילתא דשכיחא ולהניח ד"ת במילתא דל"ש. ובזה אתי שפיר ג"כ דלא תיקשי למוהרי"ט ודעמיה מסברת רוב הפוס' דס"ל דבמלוה ע"פ תקנו הגם דלא שכיח.

דשאני התם התק' היא לקיים דבר תורה. אבל תקנת החזקות התק' היא לעקור ד"ת ולכך במילתא דלא שכיחא לא תקון ואוקמוה אדאורייתא.

ואפי' להאי תירוצה אכתי קשיין דברי הרא"ש אהדדי: וכ"ז לא יגהה מזור שהרי מצינו להרמב"ם ז"ל בפ' י"א מהל' מלוה ולוה הלכה ז' וז"ל אבל הבא ליפרע מן היורש וכו' לא יפרע מן המטלטלין וכו' שהמטלטלין אינם תחת שעבוד בע"ח מן התורה ע"כ. וכן כתב הטור בריש סי' ק"ז דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי מן התורה.

ע"כ ומן הטור נשמע להרא"ש דהכי ס"ל. ולפ"ז מאי דתקון הגאונים דמשתעבדי הוא לעקור ד"ת וא"כ דמייא לההיא דפ' המקבל והדרא קושיין לדוכתה.

ועי' קהלת יעקב בתוספת דרבנן אות שי"ן ש"ג. ובלא"ה למ"ש הש"ך סי' ט"ל דהרא"ש ס"ל שעבוד לאו דאורייתא לא אתי האי תירוצה: עוד יש מקום לומר דהא דפליגי

הפוסקים בתק' הגאונים שתקנו מטלטלי דיתמי משתעבדי אי גם במלוה ע"פ ובניזקין תקנו אם לאו.

הוא משום דפליגי אי הם שכיחי אם לאו דהרי"פ והרמב"ם ז"ל ס"ל דשכיח. ואידך ס"ל דלא שכיח.

ולהנחה זו ניחא מאי דקשה מפ' המקבל. וניחא דברי רשב"א אהדדי וגם דברי הרא"ש ז"ל.

ולפ"ז ס"ל לכל הפוס' הנז' כמהרי"ט. אלא דעדיין קשה על הפרישא והסמ"ע והב"ח והש"ך ז"ל דסי' קכ"ג שהרי הרמב"ם ס"ל דמלוה ע"פ שכיחא.

ולב"י ניחא זאת ועוד שהדבר בעצמו קשה לאומרו שהיאך תהיה מחלוקת כזאת בין הפוסקים דהוי כמחלוקת במציאות: והנלע"ד לישב הוא במ"ש הריב"ש סי' שצ"ב וז"ל ועוד זיל בתר טעמא אף בלא תקנת הגאונים קי"ל מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם אפי' ממטלטלי וכו' אלא שנחלקו המפרשים אין כופין אותם וכו' מ"מ לכ"ע מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם אפי' ממטלטלי בין במלוה בשטר בין במלוה ע"פ כל היכא דליכא למיחש לפירעון דבכולהו איכא משום כבוד אביהם וא"כ הגאונים שתקנו לגבות מהן ממטלטלי נראה שעשו כך אם מפני שראו מפני תיקון העולם שראוי לכופין במצוה זו אפי' בגביית מטלטלי בב"ד ואף בשאר יורשים שאינם בנים לא פלוג כיון שרוב היורשים הם בנים וכו' או מפני שראו שעתה נכסי רוב העולם אינם קרקעות אלא מטלטלין וסחורה והלוה סומך עליהם כמו בקרקעות דומיא דמאי דאמרינן בגמרא גמלים של ערבייא אשה גובה פורנא מהם.

ואם מפני טעמים אלו מלוה ע"פ ומלוה בשטר שוין. ע"כ.

וא"כ אנן נמי נימא דטעמייהו דרבנן הרי"ף ודעמיה דס"ל דתקון רבנן אף במלוה ע"פ וכן בניזקין אע"ג דלא שכיחא ואמרינן בפ' המקבל דבמילתא דלא שכיחא לא תקון רבנן אף שהתק' היא לתועלת ולא גדר וחומרא. דשאני הכא דבלא"ה מצוה על היתומים לפרוע אף ממטלטלין ויען הדבר דבר מצוה להכי תקנו אף במילתא דלא שכיחא אע"ג דהריב"ש ז"ל לא האיר עינינו בזה לומר דאע"ג דלא שכיחא תקון בה רבנן מהאי טעמא.

שהרי לא זכר כ"א דברי בעל העיטור בשם ר"ת שלא נתן טעם לדבריו ואדרבא ממ"ש קודם לזה ועוד שכל הפוסקים פסקו דשעבודא דאורייתא וכו' ואפי' ראוי שתהיה תקנת הגאונים שוה בשניהם ע"כ. משמע דס"ל דהוי שכיחא דלאלת"ה מאי האי דקאמר ראוי שתהיה תקנת הגאונים שוה בשניהם.

הא מלוה ע"פ לא שכיחא וא"כ אף דשעבודא דאורייתא ראוי לומר דלא תקון בה הגאונים. מ"מ נראה דטעם זה מספיק אף למ"ש דמלוה ע"פ לא שכיחא.

ועוד נראה דאף הריב"ש ז"ל ס"ל דמלוה ע"פ לא שכיחא שהרי באמצע התשובה הביא דברי הטור שכתב מילתא בטעמא אבל מלוה ע"פ לא תקנו שאין בו משום נעילת דלת דלא שכיח. ואלו היה טעמו של הריב"ש משום דהוי שכיח לא הוה שתיק מינה.

וא"כ מה שכתב ראוי שתהיה וכו' סמך על מ"ש אח"ך אחר סמוך ועוד זיל בטר טעמא וכו' וכמ"ש אנן בעניותין. אבל ר"ת ורבינו אפרים לא ס"ל לחלק בין היכא דאיכא מצוה לדליכא מצוה דבכולם אמרינן מילתא דלא שכיחא לא תקון.

וגם לדרך זה ניחא בכל מאי דתמהנו לעיל זולתי דברי הרא"ש אם לא שנאמר דמה שהוצרך הרא"ש לומר דהוי שעבודא מדינה הוא לדברי רבינו אפרים. אבל לדידיה אף אי הוי מהתק' הוו מתקני בניזקין.

וכמו שצ"ל במלוה ע"פ. ולמ"ש הרב מש"ל הנז' צריך לידחק דטעמו של הרא"ש במלוה ע"פ או משום דהוי שכיחא.

או דקים ליה שכך היתה התק' בפירושו. וכן יש לדקדק קצת מדברי הריב"ש בס"י הנז' שכתב תקנת הגאונים ז"ל שיגבה בע"ח ממטלטלי דיתמי בכל ענין היא בין במלוה בשטר בין במלוה ע"פ.

ומי לנו יודע ובקי בתקנת הגאונים גדול מן הרב אלפאסי ז"ל והוא כתב וכו' ע"כ. ולשון זה שכתב הריב"ש הכי משמע שהרי"ף ז"ל יודע ובקי שכך היתה התקנה בפירושו: עולה מן המדב'ר דאף בממונה מילתא דלא שכיחא לא תקון וכמ"ש"ל משם כל הנך רבוותא ואף מהרדכ"ץ ז"ל לא אמרה בהחליט וכמ"ש מהר"א ששון ז"ל והרב חכם צבי כמביא למעלה.

וא"כ כ"ש בנדון דידן דהלשון מוכיח דלא היתה התק' כ"א לכתובות שיש בהם עיקר ותוספת ומו"ן על רבעים דשייך ביהו ניכוי שו"ש ולא לכתובות שיש בהם סך מסויים דלא שייך ביהו ניכוי שו"ש. אפי' למ"ד דאזלינן בטר האומדנא להוסיף על הלשון.

בנ"ד יודו דאין מוסיפין ואדרבא זיל לאידך גיסא. דהא איכא אומדנא אחיריתי דלא תקנו אלא לכתובות המרובעות הנז' דשכיחי ולא לכתו' המסויימות דלא שכיחי.

ומש"ל דלא שכיחי טובא שהנשואות יעקרו דירתם למתא אחריתי. יצטרף דבר זה עם הצד הא' שכתבנו בתחיל' דברינו: איברא דמצינו להרב קהלת יעקב ח"ב רמ"ט שכתב וז"ל אע"ג דבעלמא בכל תקנות אמרינן מילתא דל"ש לא תקון בתקנת הכתובה גם מילתא דל"ש נכלל בכלל התק'.

הראנ"ח ח"א סי' פ"ו. ע"כ.

וספר הראנ"ח ז"ל אינו מצוי אצלינו לראות הדברים בשרשן אם הדברים כפשטן אם לאו. אלא דמ"מ מצינו לרב תנא ה"ל מלוה ולוה כשהביא מחלוקת מהרדכ"ץ ומהרי"ט סיים וז"ל ועיינן בפסקים וכתבים סי' רס"ו שכתב דבתק' ר"ת אין לחלק בין מילתא דשכיחא ללא שכיחא והיינו משום דהתק' היתה משום ותם לריק וכל היכא דשייך האי טעמא תקנו אפי' בדבר דלא שכיחא וכמ"ש מהרדכ"ץ ע"כ.

ומדסיים הרב מש"ל על הפסקים וכתבים דמיירי בכתובה וכמ"ש מהרדכ"ץ אלמא לא שאני ליה להמש"ל בין כתובה לבעלמא ומש"ה כתב וכמ"ש מהרדכ"ץ דאלו למוהרי"ט וסיעתו אף בכתובה מילתא דל"ש לא תקון. גם הרב באר מיים חיים לרב אדא ז"ל סי'

א' כתב וז"ל ותו מי איכא דמתקן כהאי גוונא והא מילתא דלא שכיחא היא ומילתא דל"ש לא מתקני בה רבנן מידי אפי' במידי דאיסורא כ"ש בממון הקל. ע"כ.

והרב מיירי שם בתקנת החלוקה שתקנו רבותינו המגורשים זיע"א ואפ"ה כתב דמילתא דל"ש לא תקון רבנן אלמא לא שמיע ליה להא דהראנ"ח ז"ל: ותבט עיני להרב פסקים וכתבים ז"ל ומדבריו מוכח דס"ל כהרב מוהרדכ"ץ מדאייתי ראייה מתוס' כתו' דלא איירי בכתובה. ולפ"ז לפום ריהטא יש לדחות מש"ל לדעת רב תנא.

אלא דלענד"ן דאינו דיחוי דלמהראנ"ח ז"ל ממ"ש הרב פסקים וכתבים על תקנת ר"ת אין להכריע דס"ל כמהרדכ"ץ אלא מדאייתי ראייה מהתוס' כתובות והמש"ל הכריע דדעת הרב פסקים וכתבים כמהרדכ"ץ מדבריו על תקנת ר"ת: גם הרב חכם צבי בתשו' הנז' כתב על הרב פסקים וכתבים וז"ל ומ"ש עוד הרב ז"ל ואף מטעם זה יש לחלק אם נתפשטה בארץ גזירת ר"ת שתיקן להחזיר תוך שנה ראשונה א"כ היה צריך להחזיר אפי' באונסא דלא שכיח כדמוכח מתשו' הרא"ש שדחה סברא דאומדנא מטעם דלא שכיח.

ותקנת ר"ת נזקק לס' אחרת. ע"כ.

הרואה יראה דיש לדחות ראייה זו דאיכא למימר הרא"ש רבותא אשמועינן דאפי' במתה כדרכה א"ץ להחזיר נכסי מלוג לאפוקי מדעת השואל דאתי עליה מדין ק"ו. ע"כ.

הרי להדייא דס"ל להרב דאף בתק' ר"ת תק' כתובה מילתא דלא שכיח לא תקון: גם הרב דברי יוסף אירגאס ז"ל בתשו' הנז' מיירי בתק' הכתו' ואפ"ה כתב מאחר שהתקנה היא סתמית צריכין אנו לדון שלא נתכוונו שישליש הכתובה היכא שנשתטית אשתו מאחר שהוא דבר דלא שכיח. ואולי דמהראנ"ח ז"ל מיירי כאשר יהיה אופן התקנה על מנה מאתים: מעתה נדעה נרדפה לדעת כאשר יהיה האופן ספיקא דדינא או פלוגתא דרבוותא מהו הדין.

והנה מציינו דיד בעל התק' על התחתונה אפי' כשהוא מוחזק. שהרי כתב הרא"ש ז"ל בכלל נ"ה והביאה הטור בנו בא"ה סי' קי"ח בענין התקנה שהאלמנה והיורשים חולקים כל עזבון המת ויצא על המת שט"ח דיד התק' על התחתונה ומחלק היורשים יפרעו החוב ע"ש ופסקה מר"ן ס"ו הרי שאע"פ שהנכסים בחזקת היורשים מוציאינן מהם דלא אתי ספק דתק' ומוציא ודאי דדינא.

גם בתחילת כלל ס"ח בענין שתקנו שיחתמו על כל שטר שלשה עדים לכתחילה ואם בדיעבד חתמו שני עדים מקצת אומרים שנהגו שלא לגבות בו. וי"א בדעבד לא נהגו שלא לגבות בו.

והשיב דאין למנוע לגבות בשביל ספק תקנה ע"ש. הרי מבואר כמ"ש: ומהרימ"ט ז"ל חיו"ד סי' מ' כ' וז"ל הדין דין אמת דלא אתי ספק דרבנן ומפקיע חיוב ודאי מן התורה וכיוצא בזה כתב הרא"ש ז"ל בענין תקנת ירושת האשה שכל ספק שיארע בו יד התק' על התחתונה שהיא באה להוציא מיד ירושה של תורה ומסתמא שאפי' תפסו היורשים

מוציאין מידם ואפ"י אם היורשים היו חייבים לה מעות הבעל מוציאין מידם דיד התק' על התחתונה וכן בתק' שיחתמו ג' עדים בשטר כתב כיון שיש ספק אם נהגו לגבות כדיעבד בשנים אין למנוע לגבות מפני ספק תקנתכם.

ע"כ: והרב פני משה ח"א סי' נ"ד בענין מי שנתן עיניו באשתו לגרשה דאיכא מאן דאמר דאין הבעל יורשה מהתק'. ופסק הרב דכיון דהבעל יורש מן התורה ויש מחלוקת בתק' אם אינו יורשה אחר שנתן עיניו לגרשה לא אתי ספק תקנה ומוציא מידי ודאי דאורייתא ואף דיורשי האשה היו תפוסים וכתב דדוגמא לזה כתב מהרשד"ם חו"מ סי' רמ"ג.

והביא עוד ראייה מההיא דכתב מר"ן מוהריק"א בתשו' באשה שהיה לה כתובה ר"ן פרחים והתנה עמה שאם תתאלמן ולא יהיו לה בנים תקח מאתים פרחים לבד ונתאלמנה ונשארה לה בת אחת לבד וצדד שם הרב אם הוי בכלל התנאי כיון שלא נשאר לה בנים זכרים. וסיים דאפ"י הוי ספק אם בת בכלל בנים לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה דכל תנאי או תקנה שבא להוציא מד"ת יד בעל התנאי על התחתונה כמו שיעו"ש.

הא התם שהבעל הוא תפוס והיה ספק בדבר ועל הכל דן הרב בספיקו שאם להוציא מיד הבעל מטעמא כיון שמן הדין הוא כך לא אתי ספק תקנה ומפיק מדינה. וא"כ ה"ה בנדון דידן וכנז' ע"כ.

הביאה המבי"ט ח"א סי' ק"ב: גם הרב מחנה אפרים ז"ל הלכות גביית חוב סי' ב' כתב וזל"ה הרי מבואר שהקילו כח התקנה דכל דבר שיש ספק בה חזר הדבר לד"ת אפ"י להוציא מיד המחזק בנכסים. ואף דמהריב"ל ח"א סי' מ"ו נראה דפליג עליה וגם הרב פרמ"א ח"א סי' י"א האריך בפרט זה והעלה דהמחזיק בנכסים מצי למימר קי"ל אפ"י היכא דיש ספק בתקנה.

הנה הדבר ברור דלא נאמרו דבריהם אלא גבי תקנת חז"ל דאלימא טובה וחמירי דברי סופרי אשר כח בם להפקיע ממונא ואף בספק שיהיה בתקנתם ראוי שלא להוציא מיד המוחזק. אבל תקנת בני העיר וכו' בכה"ג ודאי דאין כח ביד שום אדם לבטל ד"ת מפני ס' תקנתם ע"ש: גם המש"ל בפ' כ"א מהל' מלוה ולוה האריך בענין זה וכתב דבעיקר הדין דכל ספק בתקנה דאפ"י תפס מוציאין ממנו נראה שהוא מוסכם מהכל. ע"ש.

ועי' מקריק"ש בתשו' סי' ס"ח: ובפתחי תשובה סי' י"ח סק"ח כתב ועי' בתשו' נאות דשא סי' צ"א שכתב דהיכא דע"פ הדין זולת התקנה חייב הנתבע לשלם והוא בא לפטור עצמו מכח התקנה ויש ספק בלשון התקנה בכה"ג לא אמרינן המע"ה רק אמרינן אוקמא אדינא וחייב לשלם וכן מבואר מדברי הרשב"א שהובא בב"י ס"י י"ג וכו' ע"ש: ועמ"ש מר"ן הש"ע סי' קצ"ח ס"ו דשכירות המטלטלין נקנה בכסף.

כתב הרב פתחי תשובה סק"ח משם האחרונים שהוא תמוה דאיך סתם כדברי הנמק"י דפ' הזהב אף להוציא מן המשכיר בדבר שרש"י ותוספות והרשב"א ז"ל והסכמת האחרונים ז"ל היו להפך. ובא לכלל ישוב משם הרב שער משפט ע"פ מ"ש שה"מ פ"ד מהל' גזילה וכו' ולפ"ז ה"ן כיון דד"ת מעות קונות אלא שחז"ל תקנו דלבעי משיכה וא"כ כיון דאיכא ספיקא דפלוגתא דרבוותא אי תקנת חז"ל היתה ג"כ בשכירות מטלטלין.

מוקמי' לה אדינא דאורייתא דמעוה קונות ומוציאין מיד המשכיר דלא אתי ספק תקנה ומוציא מידי ודאי דאורייתא וכו' ע"ש: אתה הראת חבל נביאים מתנבאים בסגנון אחד דאם בא הנתבע להחזיק במה שבידו מחמת ספק התקנה לאו כל כמיניה ומוציאין ממנו. וא"כ בנ"ד שהבעל רוצה ליתן כתובה ע"פ התקנה של שנת ובחר'ט וטוען שאחרי שכן נמצאו וכאן היו בזמן התקנה גם עליהם תעבור כוס התקנה וכבר הוכחנו לעיל דלענד"ן דלדידהו עדיין התק' הראשונה של רבותינו הראשונים זיע"א ככחה אז כחה עתה.

ואף שלא נאמר דבר זה בהחליט ונניח הדבר בספיקא דדינא. מ"מ הבעל שרוצה לפרוע כתובה ולא לחלוק ורוצה להחזיק במה שבידו בעודף שבין החצי לכתובה.

אין לו זכייה כ"א מספק תקנה אם גם הם נכנסו תחת כנפי התקנה אם לאו. ויורשי האשה באים להוציא ורוצים לחלוק כפי התקנה הקדומה דרבותינו ראשונים כמלאכים זיע"א דליכא בה שום ספיקא.

וא"כ לאו כל כמיניה אף להחזיק במה שבידו מכח ספק תקנה. דלא אתי ספק תקנה ומוציא מידי ודאי דדינא וכמ"ש משם כל הנך רבוותא: וכי תימא אכתי יש לפקפק דלא אמרו הנך רבוותא אלא דלא אתי ספק תקנה ומוציא מידי דאורייתא אבל בנ"ד יורשי האשה אינם זוכים בחצי כ"א מן התק'.

והבעל יורש אשתו ד"ת למאן דאמר. ואף להרמב"ם ז"ל דס"ל דלא הוי אלא מד"ס אין זה אלא בשיעור הכתובה אבל העודף על הכתובה עד החצי הוי דבעל לכ"ע ואינם זוכים בו יורשי האשה כ"א מן התקנה.

וא"כ הבעל שרוצה לפרוע כתובה ולהחזיק בעודף דהוי זידיה מן התורה נימא דאף מכח ספק תקנה יכול להחזיק ואוקמה אדין תורה ולא אדין התקנה. זה אינו דאחר שקבלו עליהם התקנה הרי זכותן מבוררת ולא איכפת לן במה שאין הדין כך: והראיה לזה ממ"ש המש"ל שם וז"ל והנראה אצלי דע"כ לא אמרינן דכל היכא דאיכא ספק בתקנה מוקמינן ליה אדינא ואפי' תפס מוציאין מידו וכו' כגון תקנת ההשבון דמדינא הבעל יורש ואין ליורשי האשה שום זכות כלל בנכסים כ"א מכח התק' וכיון שיש ספק בתק' מוקמינן ליה אדינא.

ע"כ.

ואי אמרת דדוקא היכא דמוקמינן אדינא דאורייתא הוא דאמרינן לא אתי ספק דרבנן ומוציא מידי ודאי דינה דאורייתא אבל היכא דהאי ספק תקנתא אינו מוציא כ"א מדינא דרבנן כנ"ד יכול להחזיק במה שבידו מכח ספק תקנתא דרבנן ואדרבא ממון העודף הוי שלו מדינא דאורייתא. א"כ קשה על המש"ל שכתב דבתקנת ההשבון לא אתי ספק תקנה ומפיק מדינא.

דהתינח למ"ד ירושת הבעל דאורייתא ויורשי האשה אין להם זכייה מדאורייתא כ"א דוקא מהתק' ובאים להחזיק התפוס בידם מכח ספק תקנה מוציאין מידם ונותנין לבעל לאוקומי דינא דאורייתא. אלא למ"ד ירושת הבעל דרבנן ולדבריהם יורשי האשה הם היורשים מדאורייתא והיכי קאמר המש"ל ז"ל דמוציאין ונותנין לבעל לאוקומי אדינא.

והלא יורשי האשה הבאים מכח ספק תקנה הם היורשים מדאורייתא והבעל אינו יורש כ"א מדרבנן. ואין לומר דהמש"ל מיירי למ"ד ירושת הבעל דאורייתא.

דהו"ל לפרש דבריו ולא לסתום. ועוד שהרי סמוך ונראה על דברי הרב פני משה הוא מותיב דהתינח למ"ד ירושת הבעל מן התורה אך הן רבים הסוברים דירושת הבעל דרבנן וכו' ע"ש.

ואיך תוך כדי דיבור יסתום דבריו גם הוא למ"ד ירושת הבעל דאורייתא. והרי במאי דגמגם הוא על הרב פני משה.

יש לגמגם עליו. אלא ודאי דס"ל להמש"ל דאף למ"ד ירושת הבעל דרבנן נמי הוי דינא הכי דמאחר דרבנן תקנו שהבעל יורש ולא איכפת לן במאי דלא הוי דינא דאורייתא הכי.

שכיון שתקנו רבנן שהבעל יורש הרי זכותו מבוררת ואינם יכולים יורשי האשה להחזיק מכח ספק תקנה. וה"ה נמי בנ"ד: ועוד יש לדקדק כן ממ"ש שם המש"ל וז"ל ועוד יש לחקור וכו' עד וכיון שיש ספק בתקנה הוה לן למיזל בתר דינא ואפי' תפס לא מהני. ע"כ.

וכבר כתבנו למעלה דדעת הרשב"א היא דהא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי אינה תורה כ"א מדרבנן. ואם נאמר דלא אזלינן בתר דינא היכא הבא להחזיק מס' תקנה אלא בתר דינא דאורייתא ולא בתר דינא דרבנן.

א"כ לא תצדק חקירת המש"ל כ"א לרבנן דפליגי עליה דהרשב"א וס"ל דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי מן התורה ולכך היכא דיש ספק בתקנה מוקמינן ליה אדינא דאורייתא. אבל להרשב"א דס"ל מן התורה משתעבדי א"כ אף היכא דיש ספק בתקנה לא אזלינן בתר דינא דרבנן דאמרי לא משתעבדי דהא מן התורה משתעבדי ומסתמיות דבריו דחקירתו לכ"ע ובפרט לרגיל בדבריו ומכל זה מוכח דהיכא דאיכא ספק תקנה אזלינן אף בתר דינא דרבנן ואף להוציא.

וה"ה נמי בנ"ד: ותו בנ"ד אין אנו צריכין למ"ש כיון דבכל שטרי כתובות כתוב לאמר שמקבלים בקוש"ח כל ענייני התק' וכל תנאי שבממון קיים וא"כ חזרה החלוקה דבר תורה. וכן מצינו לרב אדא ז"ל בס' באר מיים חיים ד' ק"ז וז"ל ועוד אפי' לפי דעתם הרי בכאן מתנה הבעל עם האשה שיתנהגו ע"פ התקנה וא"כ הוי מן הדין דכל תנאי שמתנה קודם התנאי קיים ואפי' במתנה שלא יירשנה וכו' ואכ' בכתובה זו שמתחייב להתנהג ע"פ תקנות הקהלות א"כ הרי כתובה זו כחוב דעלמא בין אם מת הוא תחילה בין אם מתה היא תחילה הרי נתחייב ליורשים החצי בעד כתובה זו ואע"ג דהבעל יורש את אשתו הרי יכול להתנות קודם הנישואין כדאיתא בא"ה סי' צ"ב ס"ז.

ע"כ: עוד מצינו להרב הנז' ד' ל"ב ע"ד שקיים מתנה אחת שנתן אחד במצוה מחמת מיתה לאשתו קו"ט וכמד"ן ושייר לבניו ולבנותיו מתקאל לכל א' וראה למי שערער על מתנה זו שלא נעשית בחבר עיר וכו' וכתב דאי מספיקא לן אם פשטה תקנה זו אם לאו

מוקמינן לה אדין תורה דדמי למ"ש הרב בש"ע בא"ה סי' קי"ח דכל ס' שיהיה בתק' נעמדינו על ד"ת.

ע"כ.

ואנהרינהו לעיינין בשני דברים. חדא דהבא מכח ספק תקנה ידו על התחתונה אף כשהוא מוחזק ובא להחזיק במה שבידו מכח ס' תקנה.

שהרי בנדון הרב היורשים מוחזקים בקרקעות וכו' ופסק הרב דאם באים מכח ס' תקנה ידם על התחתונה. ואידך הא דאמרן דספק התקנה אוקמוה אף אדינא דרבנן.

שהגם דד"ת מסייע להבא מכח ס' תקנה אפ"ה אמרינן דידו על התחתונה ואוקמוה אדינא דרבנן ולא איכפת לן במה שאין דין תורה כך. דמאחר שקבלו עליהם תקנת חז"ל נסתלק אותו דין תורה והוי כאלו אינו.

וא"כ זה הבא מודאי תקנה זכותו הוי מבוררת מיהא. וזה הבא מכח ספק תקנה אין זכותו מבוררת ולכך ידו על התחתונה.

דמאחר דצד הזכות שיש לו הוא מספק תקנה אחשבוהו רבנן כאלו אין לו ולא דמי לספיקא דדינא. ודבר זה הוא להדיא בדברי הרב שהרי מדין תורה צריך כל דבר לפי קניינו אלא שחכמים התקינו שאינו צריך קנין ודברי ש"מ ככתובים וכמסורים דמו כדי שלא תטרף דעתו ונמצא לפי ד"ת לא הויא מתנה.

ולתקנת חכמים הויא מתנה. ושוב רבותינו רבני פאס הרא' התקינו דבעי תוכחת ובמקום דיש להסתפק אי פשטה תקנתם פסק הרב דיד היורשים על התחתונה הגם דכפי ד"ת מתנה זו בטילה אפ"ה אוקמוה אדינא דתק' חז"ל שהתקינו דדברי ש"מ ככתובים וכמסורים דמו ולא הצריכו תוכחת: ומסתברא לן דכמו דאמרינן דזה הכא מכח ספק תקנה דידו על התחתונה ומוקמינן ליה אדינא דרבנן חכמי התלמוד.

כך אמרינן דהבא מכח ס' תקנה ידו על התחתונה ומוקמינן ליה אדינא דתקנ' דרבנן בתראי. דגם זה הבא מכח ודאי דתקנתא דרבנן בתראי הרי זכותו מבוררת.

וזה הבא מכח ס' תקנתא שאחריה אין זכותו מבוררת. ומאחר שאין לו צד זכות כ"א מספק תקנה הוי כאלו אין לו שום צד זכות כלל.

ואפי' למ"ש הרב מחנה אפרים דמהריב"ל ופרמ"א ז"ל מחלקים בין תקנת חכמי התלמוד לתק' טובי העיר וכמ"ל. היינו לזה הבא מכח ספק תקנה.

דהבא מכח ספק תקנת חז"ל הוי זכות אלימא כספיקא דדינא. אבל הבא מכח ס' תקנת טובי העיר הלא היא זעירא וחלשה וקלישא טובא זכותיה.

לא כן הבא מכח ודאי תקנה מל' תקנת התלמוד או תקנת טובי העיר דמאחר שקבלו עליהם אותה תקנה הרי זכותו מבוררת. ובפרט בנ"ד דזה רוצה להחזיק מכח ס' תקנתא דב"ד שלפנינו דלכאורה נראה דכל הני טעמי שכתבו בתקנתם לא יספיקו לבטל תקנת אבותינו ורבתינו ראשונים כמלאכים זיע"א.

ואפשר דטעמייהו ג"כ לא יספיקו לנ"ד וכיוצא בו אחר שאינם מכירים בטבעם ובמהותם וענייניהם אפשר שלא יכשלו באותם הדברים שחששו להם חכמי התק'. וכבר כתב הרב פסקים וכתבים דבתקנות בחילוק כל דהו אמרינן הבו דלא לוסיף עלה.

א"כ אף אנן נמי נימא דאין לך בו אלא חידושו ותו לא מידי דודאי ידו על התחתונה ומוקמינן ליהו אתקנתא דרבנן הראשונים זיע"א שהצריכו חלוקה: ויצטרף למ"ש דבנ"ד אין הבעל זוכה כ"א ע"י תלתא קי"ל. זה יצא ראשונה קי"ל כהצד השני כיון דלמילי דאיסורא וכו' הרי הם כבני העיר א"כ גם עליהם היתה דעת חכמי התק' וכמ"ש בתחילת דברינו.

ועל השנות משום דאין זה מספיק דאינו נכלל נ"ד במשמעות הלשון והלשון מורה להפך וכמ"ש"ל. בעי קי"ל שנית כמאן דאמר דמוסיפין על הלשון מכח האומדנא.

ואל השלשה משום דאכתי אינו מספיק דנ"ד הוא מילתא דלא שכיח וקי"ל בכולי תלמודא דמילתא דלא שכיח לא גזור. אפי' בעי קי"ל שלישיית במ"ד דבמילתא דלא הוי חומרא וגדר תקון אף במילתא דלא שכיח.

ונמצא דאין הבעל זוכה כ"א ע"י תלת קי"ל. ואלו יורשי האשה בחדא מנייהו סגי ליהו. או כהצד הרא'. או דאין מוסיפין על הלשון.

או דבמילתא דלא שכיח לא תקון. ועי' כנה"ג בכללי הקי"ל אות פ"א מ"ש משם מהריב"ל והראנ"ח דבג' ספיקות מפקינן מיד המוחזק.

ועיין תוספות בכתובו' ד' ט' ע"ב ד"ה אי למיתב לה כתו'. וכו' ולמ"ש מהר"א ששון וחכם צבי ז"ל דמהרד"ך לא אמרה בהחלט ולפ"ז לא נמצאת סברא זאת בהחלט דכדבר שאינו חומרא וגדר אף במילתא דלא שכיח תקון כ"א להרב פסקים וכתבים כמ"ש המש"ל ופליגי עליה כולהו רבוותא הרשב"א ז"ל שהביא המש"ל ז"ל ומהריט"ט ומוהר"י בי רב ומוהריב"ל.

ומהרשד"ם ומהר"א ששון ומוהר"י אשכנזי שהביא הכנה"ג ושער אפרים וחכם צבי ודברי יוסף וכו' ז"ל וכבר כתב הכנה"ג בכללי הקי"ל אות ט"ו דלא אמרינן קי"ל כפלוגי היחיד היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו ובפרט למש"ל אנן בעניויתין שכן היא דעת מר"ן ז"ל: ואף למ"ש הראנ"ח דבתקנת הכתובה גם מילתא דלא שכיח נכלל בכלל התק'.

כבר כתבנו דברי רבנים אחרים דמיירי בכתובה ואפ"ה כתבו דמילתא דלא שכיח לא תקון. וצדדנו דאפשר דהראנ"ח איירי במנה ובמאתים.

והגם שנאמר דפליגי הרי כתב הכנה"ג אות הנז' דלא אמרינן קי"ל אפי' כחד לגבי תרי ושהכי אזלא סוגייתא דעלמא. ואף למ"ש הרב חשק שלמה בכללי הקי"ל אות י"ט דיכול לומר קי"ל אפי' כחד לגבי תלת מ"מ תועיל תת כח סברת האחרונים שהביא הכנה"ג וסהדותיה להיות סניף למה שכתב לעיל: והילך מ"ש הרב ויאמר יצחק ז"ל משם מהר"י חזאן ז"ל בס' חק"ל וז"ל נתתי לבי וכו' הרי כבר ידוע דכל ספק או מחלוקת פוסקים בתק' יד בעל התק' על התחתונה אפ' שהוא מוחזק דמספק אוקמיה אד"ת כמ"ש הרא"ש כלל נ"ה סי' ז' הביאה הטא"ה סי' קי"ח וכ"כ הריב"ל ח"א סי' מ"ה ומ"ו.

והריק"ש בתשו' סי' ס"ח. ובתשו' גו"ר ח"מ כלל ו' ס' ה' והרב מש"ל בפ' כ"א מהל' מלוה ולוה ושאר פוסקים דאף אם ימצא חולק ע"ז שגם בתק' מצי למימר קי"ל.

מ"מ בצירוף דהוי ספק בתפיסה יש לצדד דלא מצי למימר קי"ל ומפקינן מיניה. עכ"ל: קנצי למילין כי חיובה רמייא על ראובן הנז' לחלוק עם יורשי האשה כפי תקנת רבותינו הראשוני' זיע"א.

ותו לא מידי. זהו הנלע"ד בזה.

הכ"ד הח"פ פאס יע"א שתא טבתא התרמ"ד ליצירה: ע"ה ב"ה שלמה אבן דנאן הי"ו סימן י"א. שאלה מעשה שהיה שיש רחבה ברחוב היהודים בתוך האלמלאח שבדובדו יע"א.

והיא מוחזקת להם להניח שם המוכרים תבואה וקטנית ומיני ירקות ומיני פרקמטייא וסחורות למי שאין לו חנות קבועה ודרך כבושה לרבים מזה וכמה דורות דור אחר דור. והן היום עמד יהודי אחד מבני מצר הרחבה ותלה את עצמו בחברת עכו"ם אשר פיהם דיבר שוא שהרחבה היא כתובה בערכאות לבית הת'פלה שלהם.

וקנה הוא מהם חלק מה והוסיף אותו בבנין חצרו שמצד רה"ר הנז'. ע"ז יורו המורים יושבי כסאות למשפט אם מחוייב הוא לסתור בניינו ולהשיב את הגזילה אשר גזל להחזיר הרחבה לכמות שהיתה או לא.

ויבא שכמ"ה: ע"ה אברהם אבן סוסאן הי"ו תשובה הנה בפרק המוכר פירות ד' ק' אמר רב יהודה מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ופירש רשב"ם. החזיקו בו רבים.

שהשווהו ותקנוהו להילוך והבעלים ידעו ושתקו אסור לקלקלו דודאי לרבים מחל. וכ"ש מתני' שנתן להם ההוא דרך בידיים הילכך מה שנתן נתן וכגון שהחזיקו.

ע"כ.

ולכאורה משמע דלא החזיקו אלא בהשווהו ותקנוהו להילוך אבל בהילוך לחוד לא החזיקו דתיקון המקום עדיף מהילוך. שכן מבואר ברשב"ם ז"ל במאי דפריש שם אדברי חכמים דפליגי ארבי אליעזר וסבירא להו דאין הילוך מועיל כלום עד שיחזיקו.

כתב וז"ל עד שיחזיק להשוות קרקע לחרישה או נעל גדר ופרץ והא דאמרינן בפק' דב"ק אימת הוייא חזקה מכי דייש אמצרי. לאו בהילוך מיירי אלא בהגבהת המצר ודש הקרקע לתקן את המצר ולחזיקו דהיינו נעל גדר וכו' והט' דפירש במלתיה דרב יהודה שהשווהו ותקנוהו להילוך דבהילוך לחוד לא הוייא חזקה וכדעת חכמים: ואולם חזיתיה לרב"א בש"מ בההיא סוגייתא שכתב וז"ל הרשב"א ז"ל ורבי אליעזר רבים במאי קנו ליה בהילוכה.

מסתברא דלרבי אליעזר דוקא קא פריך ומשום דאותו דרך שביררו להם לא מדעת הבעלים ביררו ולא נעשו להילוך. אבל בדרב יהודה ומתני' לא מבעיית ליה דכיון שהבעלים מדעת עצמן נתנו להילוכן של רבים הרי הוא כשביל של כרמים דמודו ליה רבנן לרבי אליעזר דנקנה בהילוך.

ומהדרינן דלרבי אליעזר אפילו בכל קרקע נקנה בכל שהוא שכן זכה אברהם אבינו בהילוכו בארץ. ע"כ: מבואר להדיא דלמתני' ולרב יהודה דאיירי בדהחזיקו מדעת הבעלים בהילוך לחוד היא חזקה.

ואף דרבנן ס"ל דאין הילוך מועיל כלום. הרי אמרינן אמר רבי יוסי ברבי חנינא מודים חכמים לר"א בשביל של כרמים הואיל ונעשה להילוך נקנה בהילוך.

והטעם דמקשה הש"ס לר"א ולא מקשי אמתני' ורב יהודה משום דלמתני' ורב יהודה דהוי ברשות הבעלים ומדעתם הוי כנעשה להילוך והוי כשביל של כרמים. אבל לר"א דאיירי התם ברבים שביררו דרך לעצמם דהוי שלא מדעת הבעלים לא נעשה להילוך.

וע"ז מתרץ הש"ס דאליבא דר"א אפילו לא נעשה להילוך נקנה בהילוך דהילוך לר"א כנעל גדר ופרץ: וכן כתב הרשב"א ז"ל בתשו' אלף קנ"ב שנשאל אהא דאמרינן מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו בכמה הויא חזקתם. והשיב לכאורה משמע משעה שהלכו בו רבים.

והביא ההיא סוגיא דפ' המוכר פירות עד ור"א במאי קנו ליה. וכ"ז משמע שהחזיקו בו בהילוך.

ושוב כ' אלא דבשלהי חזקת הבתים משמע דאפי' קודם הילוך מכיון שפלו המבוי לעבור בו הרבים ואי נמי שהרחיבו להם דרך לעבור בו קנו והחזיקו במעשה זה. והביא ההיא סוגיא דשלהי פ' חזקת ד' ס'.

וכ' ע"ז אלמא משעה שכנסו שוב אינו מחזיר הכותלים למקומן. דאי לא לימא להחזיר כותלים לאחר שהחזיקו בו רבים.

ושוב כ' ומשום דסתמא דמילתא הכי הוא דאין הרבים נמנעים מעבור בו מיד נקטי ליה סתמא. ודכוותה תנן סתמא נמי בעירובין וכו'.

וסיים עלה אלמא דאע"ג דההיא דר"א דוקא כשביררו והחזיקו בו בהילוך לא נמנעו. מלשנות סתם חצר שנפרצה לר"ה ולא קתני והחזיקו בהילוך רבים.

ע"כ: וכתבתי סדר סגנון דברי הרשב"א דמצאתי לרבינו הכנה"ג ח"מ סי' תנ"ז בהגה"ט אות יו"ד דברים תמוהים שכ' וז"ל כ' הרשב"א ז"ל בתשו' סי' אלף קנ"ב דמצר שהחזיקו בו רבים שאסור לקלקלו לאו דוקא החזיקו בו בהילוך אלא כיון שפלו המבוי לעבור בו רבים ואי נמי שהרחיבו להם דרך לעבור בו קנו גם מדברי רשב"ם ז"ל פ' המוכר פירות בפירושה דהאי מימרא מוכח דכל שתקנוהו להילוך אע"פ שלא הלכו אסור לקלקלו.

ע"כ: ואחרי נשיקת הרצפה. בעניותי לא הבינותי.

דאיך כ' בפשוט לדעת הרשב"א. והלא מה שהעתיק הכנה"ג מדברי הרשב"א ז"ל.

הם ממ"ש הרשב"א אלא דבשלהי חזקת הבתים משמע וכו'. ושם פירש הרשב"א דמשמע ליה כן מדלא אמרו להחזיר כותלים לאחר שהחזיקו בו רבים.

ומשמעות זה הדר דחאה הרשב"א גופיה. דמשום דסתמא דמילתא הכי הוא דאין הרבים
נמנעין מעבור בו מיד נקטי ליה סתמא ושכן תנן דכוותה בעירובין.

באופן דמריהטת לשון הרשב"א וסגנון דבריו מורים דלא סגי ליה בלא הילוך: ועוד לא
ידענא מ"ש דמדברי רשב"ם מוכח דכל שתקנוהו להילוך אע"פ שלא הלכו. והא מדברי
רשב"ם מוכח דהשווהו ותקנוהו להילוך הוא דמהני אבל הילוך לחוד לא מהני.

וכמ"ש רשב"ם לדעת חכמים דס"ל דהילוך לא מהני. והשוו קרקע לחרישה מהני והיינו
דאמרו מכי דיש אמצרי דהוי כנעל וכו'.

אבל הרשב"א ז"ל לא איירי בהשוו הקרקע ותקנוהו כלל. אלא במה שהרחיבו את הדרך
דלא תקון בגוף הקרקע מידי דזה ודאי גרע אף מן ההילוך.

באופן דדברי רבינו הכנה"ג תמוהים הם בעיני. וצ"ע: וחזיתיה להפרמ"א ח"א סי' פ"ד
שכ' וז"ל ויש מי שרצה לומר דהא דאמרין מצר שהחזיקו בו רבים וכו' לא מהני חזקה
לרבים בהילוך בלבד אלא צריך שיחזיקו בקרקע וכיון שכן בנ"ד דלא היה שם כ"א
הילוך בלבד לא מהני וראיתו ממ"ש רשב"ם בפ' המוכר פירות ד' ק' על מ"ש שם מצר
שהחזיקו בו רבים פ"י רשב"ם החזיקו בו רבים שהשווהו ותקנוהו להילוך והבעלים ידעו
ושתקו אסור לקלקלו בודאי לרבים מחל וכ"ש מתני' שנתן להם דרך בידיהם הילוך מה
שנתן נתן וכגון שהחזיקו ע"כ והכי אמר התם לקמיה בברייתא דתניא הלך בה לאורכה
ולרוחבה קנה מקום הילוכו דר"א וחכמים אומרים אין הילוך מועיל כלום וכו' עד
שיחזיק וכו' הרי דלדברי חכמים אין הילוך מועיל כלום ובודאי דהלכה כחכמים וא"כ
בנ"ד לא מהני חזקתם כיון שלא היה שם אלא הילוך בלבד.

ע"כ.

והפרמ"א ז"ל דחה ראיתם לענין כונס בתוך שלו דבזה מהני ההילוך אף לדעת חכמים
דלא אמרו חכמים דלא מהני אלא בדין קונה קרקע בחזקה אבל בכונס בתוך שלו דהרי
זה כמפקיר רשותו זכו הרבים בהילוך לבד והט' דלא פירש רשב"ם התם בשלהי חזקת
הבתים כדפי' בפ' המוכר דדוקא בההיא דהמוכר הוא דצריך השווהו ותקנוהו ולא מהני
בהילוך משום דמוקמינן השתא טעמא דמתני' משום מצר שהחזיקו וכו' ואלו הוי בהילוך
לבד לא מתוקמא שפיר מתני' דהא מתני' מיירי שהיתה דרך רבים עוברת דרך שדהו
ונטלה ונתן להם מן הצד ואלו הוי החזקה באותו השדה בהילוך לבד לא מוכחא מילתא
דהוי לקנין כיון שיש להם דרך שם באיזה מקום שירצו הולכים אבל כל שתקנוהו
והשווהו לדרך שנתן להם מוכחא מילתא שהרבים רוצים לקנות אותו דרך ולהכי לא מצי
למימר שקולו דיכחו והבו לי דידי ע"כ תוכן דבריו בקיצור: ואמה"ר דבריו דחוקים.

דהגם דטעמא דמתניתין הוא מההיא דרב יהודה דמצר שהחזיקו וכו'. מ"מ רב יהודה
איירי בכל אופן שיהיה.

בין כאשר יהיה האופן כההיא דמתני' דהתם. או כההיא דכונס בתוך שלו דשלהי פ' חזקת
וכיוצא בזה בכל אופן.

וכבר העתקנו לשונו. שמתחילה כתב החזיקו בו רבים שהשווהו ותקנוהו להילוך וכו' ואח"כ כ' וכ"ש מתניתין וכו' שהחזיקו.

ולדברי הפרמ"א לא היה לרשב"ם לכתוב שהשווהו וכו' בתחילת הדיבור דאכתי לא איירי בטעמא דמתני'. אלא בסוף דבריו אחר שכ' וכ"ש מתני' וכו' וכגון שהחזיקו.

כאן היה לו לכתוב שהשווהו וכו'. כי היכי דלא נטעי דאיירי בכל מילי דאיירי בהו רב יהודה.

גם מה שחילק דבכונס לתוך שלו יודו חכמים משום דהוי כמפקיר רשות וזכו הרבים בהילוך. אינו מוכרח דמאחר דס"ל לחכמים דאין ההילוך מועיל כלום בקונה קרקע בחזקה א"כ גם בהפקר לא יועיל דאין הפקרו של זה מוסיף כח בקניינו של זה.

אלא מדאפקריה נסתלק זה וכל הרוצה ליטול יבוא ויטול אך צריך קנין המועיל: וכבר כתבנו תשובת הרשב"א דאלף קנ"ב דס"ל להדיא דהילוך מהני אף בהוא גוונא דמתני' דפ' המוכר. שהרי משם הביא ראייה כמש"ל.

ושכ"כ גם בחידושיו וכמ"ש בשמו רב"א בש"מ ז"ל כמש"ל דלא כהפרמ"א ז"ל. וזו תשו' ג"כ להיש מי שכתב שהביא הפרמ"א ז"ל שהביאו ראייה מדברי חכמים דאין ההילוך מועיל.

דאין זו ראייה. דזה הוא כשביל של כרמים דמודים בו חכמים וכמ"ש הרשב"א.

ואולם מה שהביאו מדברי רשב"ם נראה לכאורה דראיה מוכרחת היא. ולפ"ז הוייא פלוגתא דרבוותא רשב"ם ז"ל והרשב"א ז"ל: אכן בתר ההשקפה פורתא נראה דל"פ וכחזא שריין.

דכבר השרישונו רבותינו דאופשי פלוגתא לא מפשינן. דהנה הש"ס הקשה וטעמא מאי. ומשני משום דרב יהודה מצר וכו'. והדר הקשה ורבי אליעזר רבים במאי קנו ליה ומשני בהילוכא דתניא וכו'.

ופ' רשב"ם הג' ולרבא בר רב הונא מתני' טעמא מאי וכו' החזיקו בו רבים שהשווהו וכו'. ולר"א אליבא דרבא בר רב הונא דאמר אין הלכה ומוקי וכו' ואפ"ה קאמר רבי אליעזר מה שביררו בבירור בעלמא בלא חזקה במאי קנו ליה וכו' בדיבורא קנו ליה.

ומשני בהילוכא דהאי שביררו הוא ההילוך ובענין זה ביררו אותם שהלכו לשם. ע"כ.

וקא קשיא ליה לרשב"ם ז"ל דמאי טעמא לא קשייא ליה לתלמודא לרבא בר רב הונא על מילתיה דרב יהודה ואמתני' דמוקמינן לה מטעמא דרב יהודה וקושיא זו קשיתיה להרשב"א בחידושיו כמש"ל. אלא דלפי תירוצו של הרשב"א לא פלטינן מדוחקא.

דלהרשב"א ז"ל הט' דלא קשיא ליה ארב יהודה ואמתניתין. משום דאינהו איירי מדעת הבעלים והוי נעשה להילוך והרי הוא כשביל של כרמים דמודו ביה חכמים.

וכדקאמר ריב"ח. ואולם לר"א דאיירי בביררו להם מעצמן שלא מדעת הבעלים ולא נעשה להילוך קא קשיא ליה במאי קנו דהילוך אינו מועיל ומהדרין דלר"א אפי' בכל קרקע מהני הילוך דתניא וכו'.

ולתירוץ זה מוכרחים אנו לידחק ולומר דהמקשה הוה ידע מילתא דריב"ח דהוא אמורא ולכך לא הקשה לרב יהודה. אבל הברייתא לא הוה ידע ולכך הקשה לר"א.

וע"ז פ"י רשב"ם בדרך אחרת דנוכל לומר דאף דהמקשה ידע לברייתא אפ"ה קשיא ליה לר"א דאמר מה שביררו ביררו בבירור בעלמא בלא חזקה. אבל לרב יהודה דנקט במילתיה האי לישנא דשהחזיקו לא קשיא ליה ואף דנאמר דהמק' לא ידע האי דינא דשביל של כרמים דאמר ריב"ח דמודו בו חכמים אפ"ה כיון דנקט לשון שהחזיקו אנו מפרשים האי שהחזיקו היינו שהשווהו ותקנוהו וכו' דהוי כנעל גדר ופרץ.

ואולם אחר דהביא תלמודא מילתיה דריב"ח דמודו חכמים בשביל של כרמים. גם לשון שהחזיקו דנקט רב יהודה אנו מפרשים כן דהיינו דהחזיקו בהילוכו דהוה ליה כשביל של כרמים וכמ"ש הרשב"א כיון דרב יהודה איירי מדעת הבעלים: וחזינא ליה למהרשד"ם ז"ל חז"מ סי' רל"ח שכתב וז"ל עוד כ' בפ"י משנה שדרך הרבים דמתני' היינו מעמד שמתקבצים שם להספד ע"כ א"כ נראה שצריך תנאי שני ודוקא לענין כזה יש חזקה לרבים אבל במה שעוברים דרך שם לא איכפת ליה דלא הוי חזקה משום דלא הוו חזקה אלא היכא דאיכא חסרון לבעל הקרקע ולא מיחה דאז איכא למימר כיון שלא מיחה הוי ראייה שנתן או מחל ושוב א"י לחזור בו וכיוצא בזה מצאתי שאלה מהרשב"א ז"ל יציאה וביאה אם צריך חזקה ג"ש.

תשובה דבר ברור הוא שצריך חזקה ג"ש שהרי יש בזה חסור קרקע שהרי משתמש בחצרו ממש ונכנס ויוצא בו ואם בא זה לבנות ולסתום חצרו בפניו הרי זה מוחה בידו כדי שלא יאבד דרך ביאתו ע"כ והיא בב"י ח"מ סי' קנ"ג וכו' למדנו מתשו' זו דהיכא דאיכא חסור קרקע אי הוה ג"ש מהני למהוי חזקה הלא"ה אלא דליכא חסרון קרקע אין ראייה משני חזקה משום דלא איכפת ליה משו"ה לא מיחה ועוד אני אומר שצריך טעם שיאמרו הרבים שנתנה להם הלא"ה לא זכו הרבים בדרך זה וכו' שלפי דעתי שאם המקום ההוא לא היה בו חסרון לבעל המצר במה שהיו עוברים ושבים באותו דרך אין חזקת הרבים כיון שלא היה יכול למחות בעל המצר וכל היכא דליכא מחאה ליכא חזקה וגם אפ"י היה שם חסרון קרקע היה צריך ראייה שנתנה להם הלא"ה יכול לסתום כל עוד שחצר א' מב' אלו הדברים חסרון קרקע ונתנה בידיהם עכ"ל: ובעניוטי אחר נשיקת הרצפה לא יכולתי להלום את דברי הרב ז"ל.

והילך פירוש המשנה דהרמב"ם ז"ל. מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו וכו' מעמד מקום שמתקבצים שם להספד וכבר ביארנו במה שקדם משיחת בית קב וטעם שמה שלו הגיעו ולא יוכל להסיר הדרך ממנו לפי שיש בידינו עיקר מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ע"כ.

וכוונת הרמב"ם ז"ל היא פשוטה. כי ברישא דמתני' קתני מי שהיתה דרך הרבים עוברת וכו' ואח"ך קתני שיעור כל הדרכים דרך היחיד ודרך הרבים ודרך הקבר לענין מקח וממכר ואח"ך קתני המעמד דייני צפורי אמרו בית ארבעה קבין.

ובא הרמב"ם ז"ל לפרש פ"י המעמד דקתני מתני'. ע"י בש"ס ד' ק' ע"ב.

וכדומה דעינא פקיא דמהרשד"ם ז"ל לא שלטא בההיא שעתא בלישנא דמתני'. כ"א
בפ"י הרמב"ם ז"ל ולא זכר שר לשון מעמד דתנן בסיפא דמתני'.

ואפ"ה לא ידעתי איך לא נרגש הרב ז"ל במה דהפסיק הענין לפירושו במ"ש וכבר
ביארנו וכו' בית קב. ועוד בה כי דברי הרשב"א בתשו' דאלף קנ"ב הנז' המה תיובתיה.

ויען כי לתמיהה זו קדמני הרב מוהר"ר ליב סרוואל ז"ל הוב"ד בתשו' מהר"י הלוי ז"ל
סי' נ"ז. אציגה נא דבריו כדי שלא להאריך וז"ל ביותר יש לתמוה על הרב הלא תשו'
אחרת מן הרשב"א סי' אלף קנ"ב על הא דאמר רב יהודה אמר רב מצר שהחזיקו בו
רבים אסור לקלקלו בכמה הוי חזקתיה ומשיב דלכאורה משמע משעה שהלכו בו וכו'
עד אלא דבשלהי ח"ה משמע דאפי' קודם הילוך מכיון שפלוש המבוי לעבור בו רבים.

הא קמן דלכל הפחות מכיון שהלכו בו החזיקו וא"כ דבריו אלו סותרים מה שכ' בתשו'
שהביא מוהרי"ק משמו סי' קנ"ג אלא דיש לחלק בין יחיד לרבים דרבים החזיקו משעה
שהלכו ויחיד צריך ג"ש וכו' ע"כ עוד ראיתי למהרשד"ם שם שכתב וז"ל עוד ראיתי
שכ' הרמב"ם הלכות נזקי ממון שלהי פי"ג וז"ל מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך
שדהו נטלה ונתנה להם מן הצד מה שנתן נתן וזכו בו וזה שנטל לא זכה בו וכמה רחב
דרך הרבים אין פחות משעה עשר אמה ע"כ ואם דרך הרבים דאמרינן שאם החזיקו בו
באיזה דרך שהיה שייך דין זה למה הוצרך הרמב"ם למימר בכמה וכו' יהיה מה שיהיה
במה שהחזיקו החזיקו אלא שנראה מתוך דבריו דהאי דאמרינן מצר שהחזיקו בו רבים
וכו' לא מיירי אלא כשהוא רחב י"ו אמה.

הלא"ה לא הוי חזקה. ע"כ: ובעניוטי אפשר לומר ולפרש בכוונת הרמב"ם ז"ל כמ"ש
התוס' בפ' לא יחפור ד' כ"ו ע"ב בד"ה עד דאמרי ליה וז"ל כי קאמר רב יהודה מצר
שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ה"מ תוך י"ו אמה אבל חוץ לי"ו אמה מותר לקלקלו
כיון שמניח י"ו אמה כדין ר"ה.

ע"כ.

וכ"כ הכנה"ג סי' תי"ז בהגה"ט אות י"ז בשם תשו' הרי"ף דכל שהניח י"ו אמה אין
יכולין לעכב עליו. וכ"כ רבינו בצלאל במקובצת בפסק הלכה אמתני' דהיתה דרך הרבים
עוברת בתוך שדהו וכו'.

והיינו דאמר הרמב"ם וכמה דרך הרבים וכו' ר"ל כמה הוא שיעור דרך הרבים שצריך
שיניח להם ואינו רשאי לקלקל אין פחות מי"ו אמה ר"ל אינו מניח להם פחות מי"ו
אמה. אבל היותר מי"ו אמה מותר לקלקל: באופן דמדברי הרשב"א ז"ל מבואר דמצר
שהחזיקו בו רבים בהילוך לחוד קנו מיד ואינו צריך ג"ש.

ואולם בעינן דהחזיקו מדעתו וכמ"ש רשב"ם והבעלים ידעו ושתקו. והתוס' פ"ק דבתרא
כתבו מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו היינו כשהחזיקו ברשות אבל אם באים
להחזיק שלא ברשות יש למחות בידם ולנקוט פיזרא וליתבי ע"כ.

וכ"פ מור"ם ח"מ סי' שע"ז וז"ל מצר שהחזיקו בו רבים ברשות אסור לקלקלו. ע"כ:
וזאת מצאתי באהלות פ' י"ח משנה ד' אהא דתנן התם שדה בוכין לא נטעת ולא נזרעת.

פ"י הרא"ש ז"ל וז"ל שדה בוכין מפרש בפ"ק דמ"ק שדה רחוק מבית הקברות ומושיבין שם המטה ובוכין ומספידים לא נטעת ולא נזרעת. מפרש התם מפני שכבר נתיאשו הבעלים והו"ל מצר שהחזיקו בו רבים ואסור לקלקלו ודוקא נתיאשו אז הוי חזקה אבל לא נתיאשו אפ"י החזיקו לא הוי חזקה ע"כ.

וכ"כ ר"ש ז"ל ורבינו עובדיה ז"ל. ונראה דליכא מאן דפליג בזה דאי לא נתיאשו הוי שלא ברשות.

ולכא מאן דאמר דאף שלא ברשות החזיקו אלא רבי אליעזר אליבא דרבא בר רב הונא וקאמר אין הלכה כר"א. ע"י ד' ק': וכי תימא איך קאמר הרשב"א בתשו' הנז' דמשעה שהלכו בו רבים קנו.

וניחוש דילמא לא נתיאשו. דהא ודאי מסתמא אמרינן דנתיאשו דמכי ידע הו"ל למחות ומדלא מיחה הו"ל נתיאשו ומחל לרבים: ורב"א בשם בפסק הלכה כ' דקי"ל כרב יהודה דאמר מצר שהחזיקו כו' וכגון שהחזיקו להלוך ברשות בעל השדה כעין משנתינו שנתן להם דרך מן הצד וכגון מי שסותר כותל שיש לו ברה"ר והרחיב להם את הדרך כיון שהחזיקו להלוך בה אינו מחזיר כותלים למקומן כבראשונה.

ע"כ: ולכאורה נראה דכ"ז יצדק במצר דישראל דהחזיקו בו רבים דקנו אותו בחזקה. אבל כאשר יהיה האופן דהמצר ההוא היה של עכו"ם נימא דלא קנו אותו דבמאי קנו ליה.

וכדפריך הש"ס התם ד' ק'. ומאי דמשני התם דקנו ליה בהילוך הוא דוקא במצר דישראל.

אבל במצר דגוי לא. שהרי כ' מר"ן ח"מ סי' קצ"ד ס"א וז"ל הגוי אינו קונה בחזקה ולא בכסף אלא בשטר הוא שקונה עם נתינת הכסף וישראל הקונה מגוי הרי הוא כגוי ואינו קונה אלא בשטר ע"כ.

מבואר דדעת מר"ן דגוי אינו מקנה לישראל בחזקה. ואם כן אי הוה המצר דגוי נימא דלא קנו ליה רבים דבמאי קנו ליה דאי בחזקה הא לא קניא בגוי: ואולם כד דייקנין פורתא נראה דלאו מילתא היא.

דהא אף במצר דישראל צריכין אנו לומר דטעמא דקנו ליה רבים בחזקה הוא דאמרינן דמשעה שכנס לתוך רשותו הרי זה שמפקיר רשותו אף דלא הפקיר בפירוש לגבי רבים חשבינן ליה כמפקירו וזכו הרבים בחזקה מן ההפקר. וכמ"ש הפרמ"א ח"א סי' פ"ד.

העתקתי קצת מדבריו למעלה. וא"כ כ"ש לגבי מצר של גוי נימא הכי דמשעה שכנס לתוך רשותו ה"ז כמפקיר רשותו וזכו הרבים בחזקה מן ההפקר.

וכההיא דכ' מר"ן שם ס"ב וז"ל מאחר שהגוי אינו קונה קרקע מישראל ולא מקנהו לישראל אלא בשטר. ישראל שלקח שדה מהגוי ונתן דמים וקודם שיחזיק בה בא ישראל אחר והחזיק בה כדרך שמחזיקים בנכסי הגר זכה אחרון ונותן לראשון את הדמים מפני שהגוי מעת שלקח הדמים סילק רשותו וישראל לא קנה עד שיגיע השטר לידו ונמצאו נכסים אלו כנכסי מדבר שכל המחזיק בהם זכה ואחריותו על הגוי המוכר.

ע"כ: הרי מבואר דכשסלק העכו"ם רשותו הוה ליה כהפקר והמחזיק בהן זכה. ועדיפא מינה כ' מר"ן בב"י ובכ"מ דאף אם לא נתכוון לזכות מן ההפקר עלתה לו חזקה.

שהרי עמ"ש הה"מ ז"ל דמשמע מדברי הרמב"ם שאם החזיק הראשון תחילה זכה. כתב וז"ל וא"ת הרי הרמב"ם כתב בפ"א מהל' מכירה שהעכו"ם אינו קונה בחזקה וישראל הבא מחמת העכו"ם הרי הוא כעכו"ם ומשמע דהיינו לומר שישראל הקונה מן העכו"ם אינו קונה בחזקה ובפ"א מהל' זכיה כ' שהעכו"ם אינו קונה קרקע מישראל אלא בשטר ואינו מקנה קרקע לישראל אלא בשטר.

וא"כ היאך דקדק הה"מ בדבריו שאם נתן דמים והחזיר זכה. וי"ל כיון שהעכו"ם קבל הכסף נסתלק ולא הוי קרקע דעכו"ם אלא הפקר ואע"ג שזה אינו מתכוין לזכות מן ההפקר מ"מ כיון שהחזיק לשם קנין עלתה לו חזקה.

ע"כ.

ואין להאריך בענין זה. ועי' שם בס' קצ"ד בטור וב"י: ומעתה נבוא לנ"ד שהרחבה ההיא מוחזקת להם למכור שם תבואה וכו' ודרך כבושה לרבים כמה וכמה דור אחר דור כמבואר בשאלה.

דזכו בה הרבים מדרב יהודה דאמר מצר שהחזיקו בו וכו'. ואף לצד שיתברר דשל עכו"ם היתה.

מ"מ מכי ידעי ושתקי נסתלקה רשות העכו"ם והו"ל הפקר וזכו בו הרבים בחזקתם וכמש"ל דכיון דבישראל אמרינן דהו"ל כמפקיר רשותו כ"ש דאמרינן הכי בעכו"ם. ועיין בסמ"ע ס' שע"ז סק"ב שכתב דכל שרבים מוחזקים בו עתה לפנינו טוענין להם ואמרינן דבודאי ברשות החזיקו בו: ועדיפא מינה מצינו אף ביחיד המוחזק בנכסי העכו"ם.

כאשר נבאר להלן בס"ד. ותחילה נבאר.

הנה הרמב"ם ז"ל בפ' י"ג מהל' טוען הלכה א' וז"ל ואלו שאין מעמידין הקרקע בידן אע"פ שאכלם ג"ש וכו'. ובהלכה ב' כ' וכן ראשי גליות של אותו זמן והגזלן והעכו"ם אין אכילתן ראייה מפני שהן בעל זרוע וכו' וכן המחזיק בנכסיהן אין אכילתו ראייה ע"כ.

והטור ח"מ ס' קמ"ט סט"ז כ' עכו"ם אין לו חזקה בשל ישראל אלא בשטר מפני זה הטעם בעצמו שהוא אלם ע"כ. ולא ידעתי אמאי לא פירש נמי דאין מחזיקין בנכסיו מהאי טעמא כמו שפי' בס' י"ב וז"ל דבי ריש גלותא אין מחזיקין בנכסי אחרים מפני שיריאתן למחות בהן ואין אחרים מחזיקין בנכסיהן מפני שבוטחים בחילם ואינן חוששין למחות ע"כ.

ובס' י"ד כ' הגזלן אין לו חזקה מפני שיריאתן למחות בו וגם אין מחזיקין בנכסיו מפני שאינו חושש למחות ע"כ. וכן נמי יש לתמוה על מר"ן דבס' י"ג גבי גזלן העתיק דברי הרמב"ם דסוף פ' י"ג הל' י"א והוסיף וכן המחזיק בנכסיו אינה ראייה.

ובס' י"ד גבי עכו"ם לא פירש דהמחזיק בנכסיו אינה ראייה. ויכולין אנו לומר דסמכי אמאי דפירשו בגזלן.

דתרווייהו מחד טעמא נינהו. וכמ"ש הטור עצמו גבי עכו"ם מפני זה הטעם בעצמו שהוא אלם: אלא דיש לדחות דאפשר דס"ל לרבינו הטור ומר"ן ז"ל דאנן מחזיקינן בנכסי העכו"ם.

דהנה מצינו להרא"ש בתשו' כלל י"ח סי' ט"ו שכתב וז"ל ושאלת ראובן שי"ל בית אצל שכנו ע"א ופתח ראובן חלון מביתו על גגו של עכו"ם והחזיק בו כמה שנים לאחר זמן מכר העכו"ם ביתו לישראל ובא ישראל הקונה להגביה ביתו ולבנות בפני החלון של ראובן ובא ראובן וערער אתה מאפיל על אורות חלוני שהחזקת בו יותר משני חזקה.

תשובה טענת ראובן אינה טענה דאמרינן בפ' חזקת הבתים הבא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם ואלו בעוד שהיה הבית של העכו"ם אם העכו"ם רוצה לבנות בפני חלונות של ראובן לא היה ראובן יכול למחות עליו כדיני העכו"ם כי אין חזקה לאורה אלא כך דיניהם שכל אחד פותח לרשות חבירו וכשחבירו רוצה סותם את אורו בבנין ואפי' החזיק בו כמה שנים ואפי' לקחו מאחר כך נהגו העכו"ם בארצנו ואני סבור שכך מנהגם בכל המקומות שאין דין חזקת אורה בין העכו"ם וכל כח וזכות שהיה לעכו"ם קנה הישראל מן העכו"ם ואין ראובן יכול למחות עליו.

ע"כ.

הבי"ד הטור סי' קנ"ד ס' כ"ט. ומדהוצרך להאי טעמא דהבא מכח העכו"ם ולא כתב בפשוט מטעמא דאין מחזיקין בנכסי העכו"ם שאינו חושש למחות.

נוכל לומר דס"ל להרא"ש ז"ל דמחזיקין בנכסי עכו"ם. ובמרדכי פ' חזקת הבתים משם מהר"ם כ' טעם זה להדייא וז"ל וגדולה מזו נ"ל דאם נודע הדבר בעדים שלא היה לראובן מתחילה חזקת אורה על העכו"ם ואחר זמן פתח חלונותיו לחצר העכו"ם והחזיק ג"ש ועתה טוען לקחתי מן העכו"ם אינה חזקה מדי דהוה אהני דבי ריש גלותא דלא מחזיקי בהו ולא מחזיקי להו לפי שהם עשירים ויש להם בתים ושדות הרבה ועוד שסומכין על זה שכל שעה שירצו יטלו בזרוע ובאלמות ואין חוששין למחות כ"ש הכא דלא חשש העכו"ם למחות שבדיניהם לא הוי חזקה וא"כ הו"ל לאיזדהורי בשטרו לעולם.

ע"כ.

ועי' בב"י שם מח"ו י"א. גם מתשו' הגאון שהביא שם הטור דפליגא אההיא בהרא"ש.

משמע כן.

שכן כתב וז"ל וראיתי תשובה לגאון שאסור לו לקונה לסתום שאין לו לעשות אלא ד"ת ולא אשכחן דקאי ישראל במקום עכו"ם אלא לגריעותא מה עכו"ם אין לו חזקה אלא בשטר אף ישראל אין לו חזקה אלא בשטר. ע"כ.

ואי ס"ל לגאון דאין מחזיקין בנכסי עכו"ם א"כ מאי קאמר שאין לו לעשות אלא דין תורה והא ד"ת נמי הכי הוא. וכן יש להוכיח ג"כ מתשו' רב צמח גאון שהביא המרדכי שם ע"ש ומר"ן שם ס' י"ח פסק כדברי הגאון: ואם כנים הדברים.

א"כ הט' דהטור ומר"ן דלא כתבו דאין מחזיקין בנכסיהן. דהטור סבר כהרא"ש אביו ז"ל.

ומר"ן משום דפסק כהגאון: איברא דגם זה יש לדחות דהא אפי' אם נאמר דסברי הגאון והרא"ש ז"ל דמחזיקין בנכסי עכו"ם. אכתי איכא לאקשוי.

כאשר הקשה הדרישה שם בשם י"מ והמט"ש שם הגה"ט אות ח"ן וז"ל מאחר דקי"ל חזקה מכח מחאה קא אתי וכל היכא דלא מצי למחות לא עלתא לו חזקה אם כן למה נתן טעם הרא"ש דהבא מכח עכו"ם כו' הא כיון דעכו"ם לא מצי למחות לא עלתא לו חזקה ול"ל בכחו אז וגם לדברי הגאון ק' שכתב שאין לו לעשות אלא ד"ת הא מד"ת הוי הכי דמצי לסתום כיון דלא עלתה לו חזקה: והדרישה תירץ וז"ל ולענ"ד לא ק"מ דלא אמרו הרא"ש וסייעתו כל היכא דאין בו משום מחאה אין בו משום חזקה אלא היכא דבא להחזיק ישראל מישראל דבעינן חזקה שיש בה טענת קנייה או מתנה בפירוש דאמרינן כיון דלא מצי מחי הו"ל לאחזוקי בשטרא משא"כ כאן דמיירי דישראל זה לא טען שקנה החלון מהעכו"ם ולא היה בידו שטר קנין מעולם אלא טען שזכיתי בו כזוכה מההפקר כיון שהחזקתי בו לפני העכו"ם כמה שנים ואין הישראל הלוקח מעכו"ם יכול להאפל בדבר שכבר זכיתי בו וע"ז השיב הרא"ש דזכיייתו לפני העכו"ם לא הוי זכיייה גמורה שהרי עכו"ם היה לו כח לסתמו ולוקח ישראל זה יש לו כח כמוהו לסתום אותו בבניינו ומטעם זה כתב ג"כ הגאון דאין לו לעשות אלא בד"ת שג"כ מיירי שהישראל לא טען שקנהו מעכו"ם אלא שזכה בחלונו זה שהחזיק בו לפני העכו"ם כמה שנים וס"ל להגאון דאף דהעכו"ם היה בו כח להאפיל עליו מ"מ ישראל שקנה ממנו נקרא מזיק כשבא להאפיל באור שהיה לזה כמה שנים וכו' ע"כ: ולפי דבריו אין להוכיח מדברי הגאון והרא"ש ז"ל דלעולם ס"ל דלא מחזיקין בנכסי עכו"ם.

והכא שאני דלא בא בטענה. אלא דהחזיק בזכות זה כמה שנים כזוכה מן ההפקר.

דהרא"ש ז"ל ס"ל כיון דהעכו"ם יכול לבנות ולסתום גם לוקח זה יש לו רשות כמותו. והגאון ז"ל ס"ל דאף דהעכו"ם היה יכול לסתום בבניינו מ"מ ישראל שקנה ממנו אינו יכול.

ועי' בפרישה: ומ"מ נלמד. דאם לגבי יחיד עשו שאינו זוכה כזוכה דאף דכפי האמת אין כאן הפקר אפי"ה סבר הגאון ז"ל דחשבינן ליה מוחזק כזוכה מן ההפקר.

וא"כ כ"ש דנד"ד דרבים הם המוחזקים דאם בדישראל חשבינן להו כזוכה מן ההפקר כמש"ל בשם הפרמ"א. כ"ש דבדעכו"ם דחשבינן ליה כהפקר וזכו בו רבים.

ואף הרא"ש דפליג על הגאון. בנד"ד יודה.

דע"כ לא פליג אלא התם לגבי יחיד אבל לגבי רבים דמצינו דחשו חכמים להפסידה דרבים דהא אמרו מצר שהחזיקו וכו' כמ"ש במרדכי סוף פרק לא יחפור: איברא דהמט"ש ז"ל שם כתב וז"ל. והרואה יראה דאין בישובו מספיק להכרח הרא"ש מטעם דבא מכח עכו"ם וגם מ"ש לדברי הגאון דמדין תורה אינו יכול זה להאפיל הא סוף סוף כיון דזה אין לו חזקה אמאי לא יאפיל זה כיון דהוא ניזוק בראיה וכו' באופן דלא נתקררה דעתי בהבנת דברי הרא"ש והגאון ז"ל.

ע"כ: ולדידי חזי לי פירוש דברי הגאון ע"פ דברי הרב בעל העיטור הוב"ד בהגהות מיימוניות פ' י"ג מהל' טוען ונטען וז"ל וכתב ר"ח אי טעין ואמר יהיב לי ההוא עכו"ם שטרא דזבנא מינך ואזדהרי ביה תלת שנין ואירכס מהימן דכמאן דאמר קמי דידי זבניה דמי הילכך ישראל דזבין ארעא מעכו"ם איבעי ליה למחויי דילמא טעין הכי ומפרש הרי הוא כעכו"ם דקאמר בכל דוכתא כאילו אותו העכו"ם בא מישראל.

דתניא פ' הגוזל בתרא ישראל ועכו"ם שבאו לפניך אם אתה יכול לזכותו בדין ישראל זכהו בדין עכו"ם וכו' וא"ל באין עליו בעקיפין וש"מ ישראל שיש לו חלון בחצר עכו"ם ובא ישראל וקנה החצר מן העכו"ם אע"פ שבדיני העכו"ם היה יכול לסותמו כיון דישראל עם ישראל הוא וישראל הבא מחמת עכו"ם הרי הוא כאילו אותו העכו"ם בא עם ישראל שמזכין אותו בדין ישראל ואין לו לעכו"ם לסותמו כך ישראל הבא מכחו אין לו לסותמו דכי אתא לידיה אותו חלון בהיתר אתא לידיה דקי"ל גזל העכו"ם שרי ואפי' לרבי עקיבא דוקא גזל ממש אבל הפקעת הלואתו כיון דליכא חילול ה' שרי וכ"ש דדינא דאין לסתום לאו גזל הוא ואין לו להאפיל.

ע"כ: והרמב"ן ז"ל בתשו' סי' ט"ז הרבה להשיב על הרב בה"ע ובכלל דבריו כ' וז"ל ועוד שלא אמרו אלא לזכותו בדיני ישראל אם הדין מזכהו שלא בדיניהם אבל כאן הדין אחד בין בדינינו בין בדיניהם שכל החזקות מכח המחאה הם באים וכל שאין בה מחאה כגון המחזיק בנכסי קטן ואי נמי בדאיתיה בשכוניה גואי וכיוצא בו וכן נמי כשאין חושש למחות או שמתירא למחות לא עלתה לו חזקה ואפי' בדינינו וכדאמרו בי ריש גלותא לא מחזיקי ולא מיחזקי בהו וכן גזלן אין לו חזקה דלא למטניהו לחמריה לשחזור וכן כל כיוצא באלו וכיון שכן הדין נותן בכל מקום שאין חוששין למחות שלא תעלה לו חזקה וכל שאינו נזהר בשטרו במקומו כאלו לא עלתה לו חזקה וכל שאין נזהר בשטרו ברמאה מחזיקינן ליה וכאותה שאמרו בעובדא דרבא בר שרשום לקוחה בידי לא מצית אמרת דהא נפיק עלה קלא דארעא דיתמי וכענין דאמר נמי פרק המקבל מלוה אומר חמשה ולוה אומר שלשה שטרא כיון דלגוביינא קאי מיזהר זהיר ביה וכיון שהדין כן אף בדיני ישראל בכל מי שאינו חושש למחות והעכו"ם אינו חושש למחות או מפני שהוא אלם כדינא דריש גלותא או מפני שבדיניהם אין לאיש חזקה שורת הדין נותן אפ' בדינינו שלא תהא לו חזקה ולמה נזכה זה ונחייב זה ואם ממדת העקיפין אין באין בעקיפין על ישראל בשביל ישראל.

ע"כ: ומהר"ש נ' חסון ז"ל במשפטים ישרים סי' כ"א כתב שצריכין אנו לומר שלא נעלמו מהרב בעה"ע כל אלו הקושיות שהקשה עליו הרמב"ן ז"ל והאריך הרב שם בפירוquen. ועל אותה קושיא שהעתקנו כ' וז"ל עוד הקשה עליו שהרי לא אמרו אלא לזכותו בדיני ישראל אם הדין מזכהו שלא בדיניהם אבל כאן הדין אחד בין בדינינו בין בדיניהם שכל החזקות מחמת מחאה הם באים וכו'.

ונראה דגם לזה יש לתרץ דודאי אחר דקי"ל דהפקעת הלואתו מותרת היכא דליכא חילול ה' וא"כ בכאן שכבר זכה זה בחלון וגם בדיני ישראל אם שני ישראלים היה הדין דיש לו חזקה דודאי דליכא חילול כלל אם נאמר לו שכבר זכה הישראל בחלון ואנו דנין אותו כדין שני ישראלים דודאי עדיף מהפקעת הלואתו וכמ"ש הרב הנ"ז בלשונו ז"ל

וכ"ש דבדינינו אין לסתום דלאו גזל הוא וכו' הכוונה אפי' היה גזל ממ"ש היינו אומרים
דהוא שלו כל היכא דליכא חילול ה' כ"ש זה שמדעתו פתח דאינו גזל ממש שודאי
אמרין שקנה שעבודו בחצר העכו"ם שלא יאפיל עליו.

ע"כ: ודבריו מדוקדקים בדברי הרב בעה"ע. ובזה הוסרה קושיית הדרישה והמט"ש
מעל הגאון והרא"ש ז"ל דהגם דהיכא דלא מצי מחי ליכא חזקה והכא העכו"ם לא מצי
מחי אי משום דאינו חושש למחות מפני שהוא אלם כדינא דבי ריש גלותא או מפני
שבדיניהם אינו יכול למחות וא"כ ליכא חזקה.

אפ"ה סבר הגאון כיון דבדינינו בין שני ישראלים היא חזקה. ליכא חילול ה' אי דיינינו
לעכו"ם עם ישראל הכי.

ועדיף מהפקעת הלואתו דשרי היכא דליכא חילול ה' אפי' גזל עכו"ם אסור. וזה הישראל
הבא מכח העכו"ם הרי הוא כעכו"ם הבא עם ישראל לדין.

אבל הרא"ש ז"ל ס"ל הבא מכח העכו"ם הרי הוא כעכו"ם ויש לו כל כח העכו"ם וכיון
דהעכו"ם בדיניהם יכול לסותמו בבניינו גם ישראל הבא מכחו כן. והטעם דהוצרך לטעם
זה.

דלולי האי טעמא הוה אמרין דאינו יכול לסתום אף היכא דליכא חזקה מחמת דלא מצי
מחי. מטעמא דעדיף מהפקעת הלואתו: והרב חוט המשולש בטור הראשון סי' ז"ן הביא
דברי הרב בעה"ע וכתב דבעה"ע כ' כן משם רב שרירא גאון בתשו' ושכן כתבו תלמידי
רבינו יונה משמו והעיד דהרשב"ץ והרשב"ש ז"ל קיימו דברי הגאון ובעה"ע הלכה
למעשה אף שהרא"ש חולק עליו.

ועוד כתב וז"ל אבל הרשב"א ז"ל בתשו' עם היותו חלוק על ראיית הרב בעה"ע ודחה
ראיותיו מ"מ הוא מודה בדינו שכך אמר בסוף אותה תשובה זה אני אומר לענין הלכה
אבל מה אעשה והנה הרב בולם את פינו עם דברי הגאון ע"כ וכבר כתבנו דדעת מר"ן
כפסק הגאון וכ"כ הב"ח דהב"י פסק בש"ע כדעת הגאון: והכנה"ג הגה"ט אות ס"ו כ'
וז"ל מדברי רבינו בהעה"ט ז"ל מוכח שתופס בדברי הגאון ז"ל נגד אביו הרא"ש וכן
סתם רבינו ב"י בספרו הקצר וכ"כ מהר"ם מטראני בח"ב סי' צ"ו.

ובח"ג סי' נ"ג ובמהר"י הלוי סי' נ"ח גם מהר"ר בצלאל בתשובותיו סי' ל"ד כ' שדעת
הראב"ד והרשב"א והגאונים וה' המאירי והרמב"ם והעיטור והרשב"ץ כדעת הגאון
ואין לזוז מדבריהם ע"כ: והמט"ש הגה"ט אות נ"ט כ' וז"ל לענין הלכה מדברי מר"ן
ז"ל נראה דס"ל כהגאון והסכים להרשב"א דקאי כוותיה וכן פסק בס' הקצר סי"ח הגם
שבסי"ט נראה דס"ל להיפך וסותר אדידיה וכמ"ש מהריק"ש והסמ"ע והכנה"ג בס"ק
ס"ו מיהו נראה דלדעת מר"ן תרווייהו הויין הלכתא אחר דאיהו מסכים לס' הרשב"א
עם הגאון ודין זה דסי"ט הוא תשו' הרשב"א א"כ ע"כ לא פליגי אדברי הגאון או כחילוק
הסמ"ע או מטעם חילוק אחר דשניא ליה דא מן דא אחר דכבר גילה לנו דהרשב"א קאי
בשיטת הגאון הגם דזה אינו כמ"ש בהגב"י מ"מ מדהביא דין הרשב"א לפסק הלכה סמוך
ונראה לדין הקודם הא ודאי דצ"ל דיש חילוק ביניהם.

ע"כ: ומינה לנדון דיין. והט' דהא אם חורבה זו היתה מעיקרא דישראל והחזיקו בו רבים.

הוא חזקה וקנו אותה אף מדינא. דמאחר שהחזיקו דור אחר דור מאן חשיב לאורועי חזקתם והלכה רווחת הבא מחמת ירושה אינו צריך טענה.

וא"כ אנן נמי טענינן לדור אחרון כי אבותיהם דור הראשון קנאוה מהבעלים באו"ה כפ"ה. דאם ליחיד טענינן כ"ש דטענינן לרבים.

ועי' מהרשד"ם ח"מ סי' רס"ב שכ' וז"ל כלל הדברים שכפי הדין איני רואה טענה בה יוכל להסמך בן ראובן הטוען ותובע מן הקהל ואם כי הקהל לא טענו טענה אחרת כ"א שאינם יודעים דבר ושמעולם לא ידעו שר' יעקב השמש מכר לשום אדם טוענין ליורשים כי המוכרים הנז' בשטר המכירה הלכו לב"ע וכל מה שהם היו יכולים לטעון טענינן לבניהם ולדור אשר קמו אחריהם.

ע"כ: ואף דהתם מיירי בשאר טענות ולא בטענה שעם החזקה. מ"מ נילף מינה לנד"ד.

שהרי הא מילתא דאמור רבנן הבא מחמת ירושה אין צריך טענה היא בנין אב למאי דאמרינן בכל דוכתא טענינן ליורשים עי' במס' בתרא ד' כ"ג. וכן הוא להדיא בתשו' הרא"ש ריש כלל פ"ו שאחר שהביא משנה דפ' חזקת דקתני הבא מחמת ירושה אינו צריך טענה תני עלה ומהכא ילפינן בכל דוכתא דטענינן ליורש כל מידי דמצי אבוהון למיטען: ולפ"ז ילפינן חדא מחדא.

והכא נמי טענינן להו. ואם כן אף אם יתברר דשל עכו"ם היתה ונימא דלא מחזיקינן בהו משום דהעכו"ם לא מחי משום דאינו חושש וכדינא דריש גלותא.

אפ"ה דנין לעכו"ם כדין ישראל עם ישראל דכיון דליכא חילול ה' לא גרע מהפקעת הלואתו דשרי: ואפשר דבנד"ד אף הרמב"ן ז"ל יודה. שהרי בתשובתו הנז' כ' וז"ל עוד חזק בעה"ע את דבריו משום דכי אתא לידיה החלון בדין אתא לידיה.

דקי"ל גזלן לא הוחזק בגזילותיו שיוכל בגזילותיו לגזול אותו כל זמן וכל עת שירצה וישראל זה כשפתח חלונותיו על חצרו של עכו"ם מה גזלו לא גזלו אלא שמכניס יום יום אויר חצירו של עכו"ם בחלונותיו ומה שנהנה נהנה אבל לומר לו כמה שנהנתי עד היום מאויר חצירך החזקתי ליהנות לעולם זו אינה תורה דבשלמא הפותח בחצר חבירו ובא בטענת מכר או מתנה יש לו חזקה ומדין מחאה דכל שלא מיחא ראייה שמכר או נתן לחבירו שעבוד הרחקת ד' אמות אבל בטוען טענת גזילה ואומר כבר באה גזילה לידי וזכיתי מכח גזילתי מה שכבר לקח ונהנה נהנה.

אבל מכאן ולהבא כשבא לגזול דבר יום ביומו אין שומעין לו ע"כ: ומהר"ש נ' חסון ז"ל בתשו' הנז' כ' על זה וז"ל ונראה לע"ד שודאי שההכרח שהביא הרב ז"ל בדבריו לומר שודאי שבעל החצר הוא מוחזק באויר חצרו ובעל החלון הוא מוציא ממנו דודאי הרב באה"ע אינו חולק עליו אלא שסובר שבעת שפתח החלון ונהנה כבר קנה שעבוד ד' אמות בתוך החצר העכו"ם שהרי אם היה העכו"ם בא לפנינו היינו אומרים לו כן שלא עדיף מישראל אחר וא"כ ישראל הבא מכחו לא עדיף ממנו ועל כרחנו לומר שאותו

פתיחת החלון חשוב כמשיכה במטלטלין או נעל וגדר בקרקע כן גם כן פתיחת החלון אחר שהוא נהנה מן הד' אמות חשוב חזקה בהם כאכילת הקרקע.

דאי לא תימא הכי כשבא בטענת שנתן לו הזכות שהוא במה קנאו שלא יוכל לחזור בו אחר שלא עשה שום קנין בו ראוי הוא שיוכל לחזור דהכי קי"ל בכל ענייני ממון אלא ודאי פתיחת החלון והנאתו הוי כחזקה בקרקע וא"כ אחר שזה פתח החלון ונהנה כבר זכה בשעבוד ד' אמות בחצר העכו"ם.

ע"כ: ונראה דעד כאן לא פליג הרמב"ן ז"ל אלא התם משום דס"ל דהגזילה דפתיחת החלון כל יום מוסיף לגזול מחדש מה שלא גזל אתמול דהיינו שמכניס יום יום מאויר חצירו של עכו"ם. ומאחר דליכא טענת מכר או מתנה לא נקנה לו שעבוד ד' אמות.

וא"כ מה שנהנה נהנה. אבל לגזול מחדש דבר יום ביומו אין שומעין לו.

ואף ע"ז פליג הגאון וס"ל דפתיחת החלון והנאתו הו"ל כחזקה בקרקע וזכה בשעבוד ד' אמות בחצר העכו"ם ואין כאן גזילה מחדש דמאי גזול גזל דכל הד' אמות שנכנס ממנה האויר מדי יום יום זכה בשעבודם מעיקרא כשפתח ונהנה. וא"כ בנד"ד דגזילה חדא היא.

אפשר דכ"ע יודו דמשעה ראשונה לקחו מה שלקחו: באופן דאם נאמר דדעת הגאון וכולהו רבוותא ומר"ן דסברי כוותיה ס"ל דאנן מחזיקינן בנכסי עכו"ם כאשר צדדנו מעיקרא. א"כ זכו הרבים בנד"ד מטעמא דאית להו חזקה דור הולך ודור בא וטענינן להו אנן.

דטענינן ליורשים: ואם נאמר דדעת הגאון היא כמ"ש הדרישה. וא"כ נוכל לומר דדעת הגאון והנך רבוותא ס"ל דאין מחזיקין בנכסי עכו"ם.

דאפושי פלוגתא לא מפשינן. מ"מ מדברי הגאון נלמד לנד"ד במכ"ש דאם לגבי יחיד עשו שאינו זוכה כזוכה.

כ"ש לגבי רבים: ואם נאמר דאין תירוצו של ה' הדרישה מספיק וכמש"ל משם המט"ש ז"ל וא"כ צריכין למ"ש אנן בעניותין לפרש דברי הגאון ע"פ דברי הרב בעה"ע וכמאי דמפרש ליה מהר"ש חסון ז"ל א"כ זכו בנד"ד לדעת הגאון והנך רבוותא ומר"ן דסברי כוותיה. ואפשר דגם הרמב"ן ז"ל יודה וכמש"ל ובפרט בהצמדם עם טעמא קמא דמצר שהחזיקו בו רבים.

דכל הני מילי דכתבינן יוסיפו תת כח בהך טעמא כאשר יראה הרואה: וכ"ז הוא אף אם יתברר להם ע"פ שטר הכשר בדינינו דמימי קדם היתה הרחבה ההיא של העכו"ם ההם המוכרים לאותו יהודי הנז' בשאלה. אבל אם לא נתברר או אם נתברר ע"פ שטר הכתוב בערכאותיהם.

הוי כאלו לא נתברר. ועי' מר"ן סי' ס"ח ס"א ועי' כנה"ג שם.

וה' בית אברהם בקונטרס מאמר המלך קונט' א' שכתב וזל"ה אבל במלכות עכו"ם אע"ג שהמלכות מקפדת שלא יכתבו שטרות כ"א בערכאותיהם מ"מ סתם ערכאותיהם מקבלי שוחדא לאצלויי דינא ועדיהם המה כזבים לכל דבריהם בסעיף סלע ואין מקפידים

כלל דליכא עלייהו אימתה דמלכותא כנודע לבקי בהם וכמה פעמים נראה בעליל שהעדים העידו בפני הערכאות עדות שקר ע"י שוחד בחיק וגם שופט אחד חתם בצוואה אחת מזוייפת ע"י שהשחיד לשופט ואח"ך נתברר הזיוף וכ"כ מוהרש"ך ח"ג סי' קי"א דערכאות שבעכו"ם כולהו מקבלי שוחדא וכ"כ ה' מהר"א ששון ז"ל סי' ק"ה וכו' ע"כ.

יעו"ש ובשאר ספרן של צדיקים דאין להאריך בזה כי למפורסמות אין צריך ראייה ומעשים בכל יום דמקבלי שוחדא נינהו: וכתב מהרשד"ם חח"מ סי' רכ"ג וזל"ה אם טענה זו טענה להוציא המערער החזקה מיד המחזיק עאכ"ו שתועיל להחזיק הקרקע במה שהוא בידו זה כמה שנים שאין הוא צריך טענה כלל וזה ברור אחר שאין זה המערער טוען שלקחה מאדם שאנו יודעים שהיה לו זכות בחזקה הנז' וכהא דאמרינן בגמרא ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מפלניא זבינתא דאמר לי דזבנא מינך אמר לו את לאו קא מודית דהאי ארעא דידי היא ואת לא זבינתא מינאי זיל לאו בעל דברים דידי את אמר רבא דינא קאמר ליה ופירש רשב"ם וז"ל.

ומסקנא דמילתא דמוקמי' ליה ביד המערער והיינו טעמא דכיון דמודה דשלו היה הקרקע מתחילה כו' עד זיל מקרקע שלי לאו בעל דברים דידי את ואני מוחזק יותר ממך שאתה לא החזקת שלש שנים ואפי' החזיק בה שלש שנים וכן הלכה. הרי שהספיק למערער להוציא למחזיק מן הקרקע לפי שהמחזיק לא היה טוען שלקחו ממי שברור לנו שהיה שלו אלא שטען שלקח הקרקע ממי שאין ידוע לנו שהיה שלו כ"ש וק"ו שלא נוציא לרבי שבתי מקרקע שידוע לנו שהחזיק בו כמה שנים בטענת מערער הטוען שלקח ממי שאין ידוע שהיה לו זכות מעולם וכו' ע"כ: ומינה לנדון דידן.

ולאפס הפנאי לא יכולתי להאריך בכל פרט כמצטרך כאשר היה עם לבבי ללקט אורות מספרן ש"ץ ולהשתעשע באמרי נעם דב"ק. ודברי הפ"ת דסי' שע"ז וסי' תי"ז לא זכרנום כי לא ראיתם עד אחרי כותבי את אשר השיגה ידי כפי קוצר השג יד.

ואיידי דטרדנא לא מצינא לחזות בנועם שיח דב"ק: מעתה אותו היהודי שתלה עצמו בחברת עכו"ם הארץ וקנה מהם חלק מה מהרחבה והוסיף אותו בבנין חצירו כמ"ש כ"ז בשאלה. איהו דאפסיד אנפשיה.

כי נתן עיניו בו משום ריוח ביתא. עד אשר נטע שם אהלו בגזלנותא.

אנא דאמרי שוא עמלו בוניו בו. שהצבור צריכים לו.

ועליה רמי לנתוש ולנתוץ ולא יקום חילו. הכ"ד הח"פ פאס יע"א בשבט דהאי שתא וז'ר ל'א יקר'ב אליכ'ם לפ"ק.

וצויי"מ.

וימ"ן זעירא דרבנן. ע"ה ב"ה שלמה אבן דנאן הי"ו סימן י"ב.

זה נוסח שטר צוואה. באחד עשר יום לח' אב הרחמן שלח אחרינו הי' אברהם בה"י יעקב ה"ן אמסלם ומצאנו אותו מוטל על ערש דוי אכן הוא מיושב בדעתו משיב על הן הן ועל לאו לאו כמשפט הבריאיים וציוה לפנינו מחמת מיתה שהר' אברהם בהר' יעקב ה"ן מרעילי יהיה אפוטרופוס לפקח בנכסיו בכל מאמצי כחו ותחיל' ורא"ש יקנה לו

תכריכין וצורכי קבורה ובנין וכו' ורטלאיין שמן למאור לעילוי נשמתו ויתן להי' יעקב
ן' שלמה מוייל ן' אחותו סך עשרה מתק' ולאחותו שעדיין בחיים סך עשרים מתקאלים
ז"ש פריחא שבכפר למלאח מכפרי תאפילאלת סך עשרים מתקאלים ועוד ציוה מחמת
מיתה שיעשה לו למנוחתו האפוט' הנז' ספר תורה כפי רצונו וכפי ראות עיניו.

יעדיף או יחסיר ומה שיותר אחר כל אלה מנכסיו לבד כו"ח וזכות שי"ל בהחצר הנ"ק
צ'אר ן' תורא שבשכונת הנוואייל יתן לבניה של מסעודא אחותו שבכפר הנ"ז והחלקים
שי"ל בהחצר הנ"ז אין רשות לשום א' לא האפוט' הנ"ז ולא היורשים למכור ולא
למשכין כו"ע זולת ההנאה של השכי' הנ"ז ינתן למוהר הבתולות העניות או אם יהיה
עני שי"ל סעודת מילה מה שימצא מונח משכי' החלקים של החצר הנ"ז הרי זה בכי יותן
לשני מצות הנ"ל ולא לשום ענין אחר לד"ע וכשמענו דבריו אלה הוכחנוהו בתוכחת
מגולה ע"פ החכם המורה הי"ו ב' פעמים על עון אעבורי אחסנתא דלא ניחא קמי שמייא
בהכי ולא קבל התוכ' לטעם הכמוס אצלו והאמין להאפוט' הנ"ז נא"ג ומפו"ך בלי
להזדק שו"ש ק"ו וחס"ל והדר"ה וידענו נאמנה שלא ניתק מחולי זה לחולי אחר
ולראיה שכך צוה מחמת מיתה ח"פ בח' הנ"ז בש' וברית'ך ינצורו לפ"ק.
והשו"ק.

עד כאן נמצא כתוב וחתו' סופר ועד: נדרשתי מהרב כמהור"ר מסעוד אביחצירא הי"ו
מו"ץ בעיר תאפילאלת יע"א מ'ר בריה דרב החסיד המפורסם כמהור"ר יעקב אביחצירא
זלה"ה. לחוות דעתי קלה כמות שהיא.

בהאי תפקידתא. אי היא קיימה אליבא דהלכתא.

ואם כי שמעתתא בעיא צילותא. והאי דנא לא צילא דעתא.

שהזמן גרמא. טרדין עלי אדמה.

מ"מ לעשות רצון צדיק חפצתי. הנה כי כן עתה באתי.

ואולם בדרך קצרה בענין הנוגע לדינא כפי קוצר השג יד: ואחזה אנכי דהרב הנז' במכתב
אשר שלח דן את הדין ומילתא אגב אורחיה קמ"ל. וזל"ה מועתק מלשון ערבי.

מפאת הצוואה אין בה ממש כלל ועיקר ולגבי העניינים בטילה מכל וכל לפי שלא נתן
להם כי אם פירות ושכי' קרקע ודבר זה פשוט אצל החכמים דבר שלא בא לעולם אין
בו זכייה ושום הקדש ושום נדר לעניינים לא צוה בו כי לשון הקדש ידוע ולשון נדר ידוע
ובזאת אין כאן הקדש ואין כאן נדר כלל ועיקר.

עד כאן: ומשתמען מלוהי דהרב הנז' הי"ו. דהאומר ינתן לעניינים בהאי גוונא דידן שכתוב
בצוואה השכי' ינתן למוהר הבתולות העניות וכו' לא הוי לשון נדר.

ותו מדבריו הנז' משמע דאי הוה חשיב ליה להאי לישנא דינתן לשון נדר. הוא היה אומר
ד הצוואה קיימת.

ולא כן אנכי עמדי דלדידי חזי לי דהאומר ינתן לעניינים כמ"ש בצוואה זו הוי לשון נדר
לדעת מר"ן ז"ל שאנו נגררין אחריו. שהרי מצינו לרבינו בעה"ט חו"מ סי' רי"ב ס"ח

שהב"ד הרמב"ם דף כ"ב מהל' מכי' וז"ל וכו' עוד דין העניים והנדרים אינו כדין ההדיוט וכו' לפי שאין אדם מקדש דבשלב"ל וכו' לך נא ראה.

ורבינו הב"י כ' אדברי הרמב"ם ז"ל הללו וז"ל וכוונתו היא לומר שכשם שאין ההדיוט זוכה בדשב"ל כך אין העניים זוכים בדשב"ל ולפיכך האומר פירות דקל זה לעניים והפירות לא באו לעולם לא זכו בהם עניים אבל כשאומר פירות דקל זה אתן לעניים נדר הוא שנדר וחייב לקיימו מטעם נדר לא מטעם שזכו בו העניים דהא ודאי אינם זוכים בדבר שלא בא לעולם וכו' עי"ש: ובש"ע ס"ז כ' דין הקדש ודין העניים וכו' והואיל והדבר כן אם צוה אדם כשהוא שכ"מ ואמר כל מה שיוצא אילן זה לעניים או כל שכר בית זה לעניים זכו בהם העניים.

ע"כ.

ועי' שם בס"ט ובמה שהקשה מור"ם ז"ל במפה שם שכ' דדברי מר"ן סתראי נינהו. והרב הדרישה ז"ל האריך.

בכוונת מר"ן הב"י וכו' דדעת מר"ן היא דבפירות בהמה והאילן ושכר הבית דהם כבר שלו וההולדות והוצאות הפירות והשכ"י הוא בא מאיליו ואומר יהיה הקדש או יהיה אסורים עלי מהני מתורת נדר אף שלענין ההקנאות איש לרעהו מחשיב דשב"ל ולא חל עליהם הקנין וכן כשאומר לבניו בשעה שהוא שכ"מ שינתן לעניים דזכו העניים משא"כ האומר חוב שיש לי על פ' יהיה הקדש או בית זה לכשאקחנו יהיה הקדש כיון דדברים הללו אינם באים ממילא אלא מחוסרים גבייה וקנייה וה"ה האומר מה שתוציא שדה זו יהיה לעניים שאינו דבר הנעשה ממי' אלא אחר החרישה והזריעה וכמה מלאכות משום הכי לא חל עליו הנדר אלא א"כ אמר לכשיבוא לידי אקדשנו או אתננו להקדש שאז חל הנדר על גופו שמחוייב לקיימו ובזה אתו שפיר דברי מר"ן ז"ל ולא פלגן בהדייהו.

עש"ב.

וע' בהסמ"ע סקכ"ב: והכנה"ג ס' הנז' הגה"ט אות מ"ד תמה ג"כ על מר"ן הש"ע שבס"ז פסק כהרמב"ם ז"ל ובס"ט פסק כהרא"ש ז"ל. והביא דברי הסמ"ע במ"ש לחלק.

וכ' ולי נראה לחלק דבשלמא כשתלד בהמתי שהבהמה שלו אבל תולדות אע"פ שהם עדיין לא באו לעולם כח ההקדש לעשות זה כאילו הקנה הבהמה לולדותיה דודאי מהני דומיא דדקל לפירותיו אבל בשדה זו לכשאקחנו יהיה הקדש לא שייך לומר הכי ולא קנה. ע"כ: והמט"ש ז"ל ס' הנז' הגה"ט אות ל"ו הב"ד הכנה"ג ז"ל הנז' ותמה עליו וז"ל ולענ"ד לא ידעתי מה בא לחדש הרב על דברי הסמ"ע דהוא הוא מ"ש הסמ"ע דהנך הם דברים הבאים ממילא אבל מיהא הם באים על עיקר שבידו משא"ך גבי בית דהוא דבר שאינו בידו.

ע"כ: ואהמ"ר נוראות נפלאתי. הלא לחילוק הסמ"ע ז"ל האומר מה שתוציא שדה זו יהיה לעניים לא מהני אע"ג שהשדה היא שלו.

כיון דהוצאת השדה אינו דבר הנעשה ממילא אלא אחר החרישה והזריעה וכמה מלאכות וכמפורש בהדרישה וכמש"ל. ואולם לחילוקו של רבינו הכנה"ג אף בזה מהני.

דכיון דהשדה היא שלו. אלים כח ההקדש לעשות כאלו הקנה השדה לפירותיה.
דלדידיה דמי האומר מה שתוציא שדה זו שהשדה שלו. לאומר מה שתלד בהמתי
שהבהמה היא שלו.

משא"ך להסמ"ע ז"ל דזה בא ממילא. וזה אינו בא ממילא: והנה מ"ש מר"ן ז"ל אם צוה
אדם כשהוא שכ"מ וכו' שכר בית זה לעניים זכו בהם העניים.

איירי באומר ינתן לעניים וכן הוא בלשון הטור להדיא. וכן פירש הב"י גופיה שכ' וז"ל
אבל אי איכא למידק על דברי הרמב"ם ז"ל אינו אלא במה שאמר שאם צוה שכ"מ ואמר
כל מה שיוציא אילן זה לעניים זכו בהם העניים ואף אם נאמר שכוונתו לומר שאמר כל
מה שיוציא אילן זה ינתן לעניים וכלשון רבינו מ"מ מי מחוייב לתתו לעניים השכ"מ
ליתיה בעולם והיורשים לא נדרו ולא חל עליהם נדר מורישים וזוהי השגת הראב"ד
שכתב רבינו ונראה לי שהרמב"ם סובר דכיון שאומר מורישים כל מה שיוציא אילן זה
לעניים והם שמעו ושתקו סבור וקביל והו"ל כאלו נדרו הם בעצמם וחייבים לקיים
נדרם.

ע"כ.

והרב הדרישה בפירושו על דברי הב"י כ' וז"ל דדוקה כשלא הזכיר לשון יתן ולא לשון
יהיה אלא סתם פירות דקל זה לעניים לא חל עליו הנדר הא אם אמר יהיה לעניים הו"ל
כאלו אמר אתן לעניים והא דסיים וכ' אבל אם אמר אתן לעניים ולא כ' לשון יהיה משום
דס"ל דשויים הם ומטעמא דכתיבנה ומשו"ה מסיק הב"י וכ' דאיכא למידק על הרמב"ם
במ"ש שאם צוה שכ"מ ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים זכו העניים וה"ל דמשמע
מזה דס"ל אף שלא אמר לא לשון אתן ולא לשון יהיה וכו' ע"ש.

ונמצא לפ"ז דהכי סגנון דברי מר"ן במ"ש איכא למידק בדברי הרמב"ם. דמעיקרא קא
דייק דכיון דלא קאמר לא לשון יהיה וכו' אלא לעניים סתם היאך קאמר זכו העניים.

וניחא ליה במאי דפירש כפי' הטור דאיירי באומר ינתן לעניים אלא דשוב קשיא ליה
מי מחוייב לתתו וכו': באופן דכל שהוא בא ממילא כגון פירות בהמה ואילן ושכר בית
אף לשון יהיה הקדש או ינתן מהני: והרב מהר"ם רבקה ז"ל חו"מ סי' רי"ב אות ת' כ'
וז"ל ולענ"ד נראה שדין זה הוא נמשך למש"ל ויש מי שאומר כי כל זה מ"ש ע"ס הסימן
הם דברי הרא"ש בתשו' שם וחלוקת הסעיף שרשמו ט' אינו מחלוקת המחבר והא דלא
הביא דעת הרא"ש לעיל כי נראה לו דעת הרמב"ם עיקר אך כשהביא דין קנה קרקע
וכו' שהיא משאלות ששאלו להרא"ש והביא דעת היש מי שאומר דאע"ג וכו' והם דברי
הרא"ש סיים ג"כ כל דברי הרא"ש שם בתשו' אע"ג דלא ס"ל הכי כיון שהוא נכלל
בתוך מ"ש ויש מי שאומר לא מנעו מלכותבו: ואהמ"ר לא ידעתי מה יענה הרב במ"ש
מר"ן ביו"ד סי' רנ"ח ס"ח וז"ל אם יש לו חוב על אחר ואומר יהיה להקדש או לצדקה
אינו כלום אבל אם אמר חוב שי"ל על פ' כשיבוא לידי אקדשנו או אתננו לצדקה חייב
להשלים דבריו וכו' ע"כ.

והן הן דברי הרא"ש שהביא רבינו הטור בחו"מ סי' רי"ב. והתם לא שייך לתרץ כדברי
הרב.

ואולם לדברי הסמ"ע אתי שפיר. דשאני ההיא דלא בא ממילא ומחוסר גבייה וכמבואר בפרישה: וחזיתיה להרב עין משפט חיו"ד סי' ז' שפירש בדברי מר"ן דלא כהסמ"ע וז"ל ולפ"ז צ"ל דהכי פירש הב"י והכ"מ דברי הרמב"ם דיהיה הקדש פירושו דעכשיו מקדישו לכשיבוא בעולם שיהיה הקדש ואסר חפצה אנפשיה מעכשיו ובזה אין שייך חייב לקיים דברו דלא הטיל עליו שום חיוב בדברו לקיימו אלא הטיל שם הקדש על החפץ וכיון שאינו מוקדש ממילא לא אמר כלום ואין שייך חייב לקיים דברו אלא במאי דשייך בדדיבורו רמי עליו לקיימו וכדכתיבנה דהיינו במא דאמר אתנהו לצדקה וא"כ הכי כוונת הרמב"ם לדעת הכ"מ והב"י אע"פ שאינו מתקדש וכיון שכן כשאמר יהיה לא אמר כלום ה"ז חייב לקיים דברו כלומר במאי דרמי עליו חיובא לקיים דברו דהיינו במאי דאמר אתנהו לצדקה דנתחייב הוא גופיה בדדיבורו ובמה שסיים הש"ע דאם אמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים דזכו בהם העניים כבר פירש הא גופיה בכ"מ דכוונתו לומר יתן לעניים כלומר האי לעניים דהכא אין פירושו דעכשיו מקדישו לעניים אלא צוה לבניו מה שיוציא אילן זה יתן לעניים ומלשון צוה נדייק הכי דאי כוונתו דעכשיו מקדישו לעניים אין שייך לשון צוה דצוה משמעותו דצוה להם לעשות וכשמוקדש מעכשיו אין על היורשים לצוותו להם דכבר הדבר עשוי ועומד אלא הודעה בלבד הוא דצריך להודועי שכבר הקדישו לעניים והו"ל למימר אם אמר וכו' ע"כ: אתה הראת דהגם דהרב פליג אהנך רבוותא מור"ם והסמ"ע והכנה"ג דס"ל דדעת מר"ן דיהיה לעניים הוי לשון נדר.

ואיהו ס"ל דיהיה הוי פירושו דמקדישו עכשיו ולא הוי נדר. מ"מ מודה בלשון ינתן לעניים דהוי נדר ופירש דבזה איירי מר"ן כמ"ש אם צוה השכיב מרע וכו' זכו בהם העניים: קושטא הוא.

דאהמ"ר דוחק הוא בעיני. דאיך נוכל לומר דהאומר ינתן לעניים הוי לשון נדר והאומר יהיה לעניים לא הוי נדר.

דאם בלשון ינתן לעניים דהוי משמעותו ע"י אחרים קאמר הרב דהוי נדר. כ"ש לשון יהיה לעניים דהוי נדר.

והגם דאינו מתקדש משום דהוי דשב"ל מ"מ חייב משום נדר. דלעולם לא גרע לשון יהיה לעניים מלשון ינתן לעניים.

והילך מ"ש הכנה"ג חו"מ סי' רי"ב הגה"ט אות ל"ג וז"ל ומדברי מהריב"ל בח"א סי' נ"ט מוכח דחלוקת יהיה קדש עדיף מתנתן או לפחות יש ספק בדבר שהרי הוא ז"ל הכריח דהרמב"ם סובר דנתן חייב לקיים משום נדר מפני שכך הביא הנוסחה רבינו בעה"ט ז"ל והוצרך להכריח שהיא הנוסחה האמתית ואם חלוקת יהיה קדש לא עדיף מתנתן או לפחות יש ספק בדבר אפי' לנוסחת הה"מ מוכרח לומר דהרמב"ם סובר דנתן חייב לקיים דברו משום נדר דכיון דס"ל דיהיה קדש דהוי דומה בדומה לתנתן חייב לקיים דבריו.

ע"כ: עוד כ' שם וז"ל ומפני שראיתי אני רבים לוחמים על הרמב"ם ועל רבינו בעה"ט ועל רבינו ב"י אציגה נא הנלע"ד בדבריהם ז"ל המובן מפשט דברי הרמב"ם ז"ל שאע"פ

שהאומר מה שתלד בהמתי קדש מה שתעלה מצודתי קדש מה שתוציא שדה מן הפירות קדש לא אמר כלום דאין אדם מקדיש דשב"ל ומשום נדר ליכא כיון שלא נדר לעשות כן אבל האומר יהיה קדש או יהיה אסור עלי או אתננו לצדקה אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם ה"ז חייב לקיים דברו משום דכתיב ככל היוצא מפיו יעשה וכל כך הוא האומר יהיה קדש או יהיה אסור או אתננו לצדקה כמו הרי עלי להקדישו הרי עלי ליתן לעניים וע"פ זה סיים רמב"ם ז"ל את דבריו וכו' הואיל והדבר כן אם צוה אדם כשהוא שכ"מ ואומר כל מה שיוציא אילן זה ינתן לעניים זכו העניים כלומר כיון דבבריא אתן חייב משום נדר בשכ"מ שאמר ינתן חייב דכל כך הוא ינתן בשכ"מ כמו אתן דבבריא דבבריא צ"ל אתן ואם לא אמר אתן אלא תנתן דמשמע ע"י אחרים לא אמר כלום כי הוא אינו מחייב את עצמו ולאחרים אין להם בנכסיו כלום אבל בשכ"מ ינתן הוי כמו אתן כי הוא מצוה את בניו אחריו שיתנוהו לעניים וכו' עש"ב: באופן דממה שכתנו נתבאר דמ"ש מר"ן בס"ז אם צוה אדם וכו' או שכר בית זה לעניים היינו באומר ינתן לעניים.

וכדפירשה רבינו בעה"ט והב"י ושאר רבוותא הנ"ז: והנה מ"ש מר"ן זכו בהם העניים. הא ודאי דאין כאן זכייה גמורה.

אלא שחייב לקיים. דברו שכ"ב רבינו הב"י להדייא וז"ל אבל כשאמר פירות דקל זה אתן לעניים נדר הוא שנדר וחייב לקיימו מטעם נדר לא מטעם שזכו בו העניים.

דהא ודאי אינם זוכים בדשב"ל. עכ"ד הב"ד למעלה: וחזיתיה להרב מחנה אפרים ז"ל הלכות צדקה סי' ב' שכ' דמכאן משמע דבדבר שבא לעולם זכו עניים זכייה ממש אלמא ס"ל למר"ן דגם בהקדש עניים אמרינן אמ"ל כמס"ל ואלו בסי' קכ"ה כ' הב"י עמ"ש הטור דאם אמר הולך מנה זה לפ' עני דאינו יכול לחזור משום דאמ"ל כמס"ל דאשגרת לישן הוא דנקיט דלא אמרו הכי אלא בהקדש בד"ה אבל בהקדש עניים דין הדיוט יש לו ע"ש.

ולדברי הרב. דברי הב"י פלגן בהדייהו: ואהמ"ר לדידי חזי לי.

דדברי מר"ן דסי' רי"ב סובבים אל מ"ש בסי' קכ"ה דלא מיקרי גבוה אלא ענייני ההקדש אבל הכא לגבי עניים לא שייך לומר אלא נעשה נדר. ואשמועינן הכא דלא נימא דמדברי הרמב"ם ז"ל הללו שכ' זכו בהם העניים נשמע איפכא ונימא דגם בהקדש עניים גבוה מקרי ולזה קאמר זכו העניים והט' משום דאמ"ל כמש"ל.

לזה מר הוא דקאמר דאין כאן אלא חיוב מטעם נדר ולא מטעם שזכו בו העניים. והאי זכו עניים דנקט הרמב"ם לאו דוקא הוא.

והראיה לזה דאמרינן דהאי זכו לאו דוקא. דהא ודאי אינם זוכים בדשב"ל.

וא"כ מוכרח הוא לומר דהאי זכו ל"ד. וא"כ אין לך ללמוד מהאי לישנא דזכו דגם בעניים אמרינן אמ"ל כמס"ל.

שהרי בלא"ה מוכרחין אנו לומר דאין כאן זכייה גמול'. ובזה אתו שפיר דברי מר"ן אהדדי ולא סתראי נינהו.

וכ"כ הב"י גם בסי' רמ"ג וז"ל ומ"ש ואם המקבל עני אינו יכול לחזור בו דאמ"ל כמס"ל אין דברי רבינו מכוונים דלא אמרינן אמ"ל כמס"ל אלא לגבי הקדש וכו'. ע"כ מעתה במאי דאנן קיימין דכתוב בצוואה הנז' והחלקים שי"ל בהחצר הנז' אין רשות לשו"א וכו' זולת ההנאה של השכי' הנז' ינתן למוהר הבתולות וכו'.

ולא קא יהיב כ"א שכר הבית דהוי דשב"ל אע"ג דאינו מתקדש מטעם דשב"ל מ"מ הא איכא חיובא משום נדר. משום בפ"ך זו צדקה.

דלשון ינתן הוי לשון נדר לדעת כולהו רבוותא דלעיל ומר"ן דגרירנא בתריה בהדייהו: ואולם צריכים אנו לדעת כאשר יהיה האופן כה"ג דידן שמת הנודר אי חייבים היורשים לקיים או לא. ומצינו למרן בתשו' באבקר"ר סי' פ"ג ע"ע מי שהקדיש סך מה לעניי א"י דאין בטענת היורשים ממש ומ"ר הוא דקאמר התם דאפי' אם תהיה מתנת בריא ממש אע"פ דלית בה קנין היא קיימת משום דצדקה היא ואין ליורשים שום טענה בדבר. ע"כ ע"ש.

ומור"ם בתשו' סי' מ"ז הביא כל דברי תשו' מר"ן הנז' ופליג עליה כמו שיעו"ש וכו' אין היורשים צריכין לקיים נדרו כ"ז שלא זכו העניים מכח קנין וכמו שפסק הריב"ש סי' שכ"ח ושל"ה דאם נשבע לקיים קנין שלב"ל אע"ג דהוא חייב לקיומיה מצד שבועתו מ"מ אם מת אין היורשים צריכין לקיומיה וה"ה בנד"ד מאחר דהוא אינו חייב לקיומיה אלא מכח נדר אין לכופ ליתומים לקיים נדרו ע"ש.

ע"כ: וחזיתיה להרב שע"א ח"מ סי' כ"ו דף ס"ה ע"ד שכ' שהרב בני יעקב ז"ל ד' פ"ו ע"ג תמה על תשו' מר"ן הלזו דאחר דאיהו סובר דלא אמרינן קים לי בהקדש עניים ואין לו חיובא רק מתורת נדר א"כ כשמת הנותן אמאי חייב היורש הלא הרב ב"י גופיה בסי' רי"ב תמה כזאת על הרמב"ם ולא מצא מענה לדבריו כ"א באומרו דקאי בשמעו היורשים ושתקו דהו"ל כאלו נדרו הם בעצמם והרי ה'ן נסתר מחמתו והצ"ע. ע"ש.

ולדברי הרב מח"א הל' צדקה סי' ב' שהב"ד למעלה דמשמע ליה מדברי הב"י דסי' רי"ב דס"ל אף בהקדש עניים אמרינן אמ"ל כמש"ל היכא דהוי דבר שבא לעולם וזכו עניים זכייה גמו' ודוקא באומר פירות דקל זה אתן לעניים דהוי דשב"ל הוא דלא זכו בו עניים ואינו חייב אלא מטעם נדר.

אתו שפיר דברי מר"ן אהדדי. דההיא דתשו' איירי בישנו בעולם ולכך זכו עניים משום דאמ"ל כמס"ל והתם בסי' רי"ב איירי בדשב"ל.

ומ"ר הוא דס"ל התם דאף בהקדש עניים אמרינן אמ"ל כמס"ל. ואולם למ"ש אנן בעניותין בפ"י דברי הב"י דלא ליהו דבריו פלגן בהדיהו דלעולם ס"ל דבהקדש עניים לא אמרינן אמ"ל כמס"ל וכן ראיתי להרב שע"א שם שכ' שכן היא דעת מר"ן ושכ"כ ה' בני יעקב דף פ"ג ע"ג בדעת מר"ן ושכ"כ ה' משאת משה ח"ב ח"מ סי' פ"ד דאנן בתר מר"ן וסיעתו גררינן דלא אמרינן אמ"ל כמס"ל בהקדש עניים ע"ש.

הדרא קושיית ה' בני יעקב לדוכתה. ומני"ר השע"א ז"ל יצא לחלק דשאני ההיא דמר"ן בב"י דסי' רי"ב דאיירי בדשב"ל ואין כאן שעבוד נכסי כלל כדי שיתחייבו יורשיו משא"כ ההיא דתשובה דאיירי שיתנו מנכסיו לעניי א"י כו"ך ובו בפרק הא אית ליה נכסי אשתעבדו נכסי לאותו נדר מההיא שעתא וכי נמי מת יורשיו חייבים לשלם נדרו את שחל להיות בחשבונו בחייו כיון דהא איתא בעינא וברשותו הוא באותו פרק וחל הנדר על הנכסים בעצמם וכן ראה בתשו' משאת משה ח"א יו"ד סי' י"ט דמ'ר ניהו חילק ידע כן לתשו' מהר"מ אלשיך דקשיין אהדדי כמו שיעו"ש.

ושוב ראה למהר"מ גאלנטי ז"ל בתשו' ד"ן ח"מ סי' ז"ך ד' רכ"ו ע"ב דאתא ואייתי בידיה מה שהשיג מור"ם בתשו' סי' מ"ח על מר"ן דלא יש מי שחייב ליורשים אלא הרמב"ם אבל הרי"ף והתוס' והרא"ש והראב"ד חולקים ע"ז מ'ר הוא דקאמר דכולהו רבוותא מודו באותו נדון דמר"ן שהיה הדבר הנקדש בעין דחייבים היורשים ליתנם משום דחייב גמור חייב הנודר ומשתעבדי הנכסים לפירעון הקדש עניים כיון שהיו בעין אע"פ ששרשו דין נדר היינו לשמא בעלמא שאינו כהקדש גמור דאסיר לאשתמושי אבל לענין פירעון וחייב היורשים חייבים לפרוע פרעות ולא פליגי אהרמב"ם אלא כשההקדש הוא דבר שלא בא לעולם וכשבא לעולם כבר היה מת וכו' וא"כ דברי מר"ן צדקה וכו' כמשיע"ש.

וסיים הרי הדבר מפורש כמ"ש בעניוטי וממילא לא יש שום סתירה וניגוד על מר"ן מניה וביה. ע"כ: ואולם תמה אנכי על רבינו מור"ם ז"ל בתשו' הנז'.

דמעיקרא הקשה על מר"ן דאף אם הרמב"ם חולק יחיד הוא בדבר נגד כל הנך רבוותא. ושוב כ' אלא דהה"ם הכריח ספכ"ב דהל' מכי' דאף דעת הרמב"ם כן הוא דלא זכו העניים בזה שכ' ומ"ש דאם צוה וכו' היינו טעמא דמלד"ה ולא מטעם דזכו בו העניים ובנד"ד ליכא למימר דזכו מטעם מלד"ה דלא אמרינן כן אלא בהושלש מתחילה לכך ואע"ג דהר"ן בפק' דגיטין כ' דהרמב"ן חולק וס"ל דבכל ענין מלד"ה ולדברי הה"מ גם הרמב"ם חולק בזה מ"מ נראה דלפ' אלא כמו שפירש הריטב"א דברי הרמ"א הביאו הב"י סוס"י רנ"ב וז"ל אפי' לא הושלש מתחילה לכך ואפי' לא הוציא ממון מתחת ידו כל שצוה ליורשים או למי שספק בידו לעשות וקבל עליו או שתק יש בו משום מלד"ה אבל אם צוה על היורשים שלא בפניהם אין בו משום מלד"ה ע"כ וא"כ בנד"ד דלא צריכין לקיים משום מלד"ה אלא היה יורש אצל הצוואה וכו' ע"ש.

ולא ידעתי אמאי לא קמתמה עליה דה'ן נסת'ר מחמתו ממ"ש בב"י סי' רי"ב שכ' להדייא שכוונת הרמב"ם ז"ל שחייב לקיימו מטעם נדר לא מטעם שזכו בו העניים והקשה מי מחוייב לתתו שהיורשים לא נדרו ולא חל עליהם נדר מורישים וניחא ליה למר"ן דכששמעו ושתקו סבור וקביל. וכ' הכנה"ג בסי' זה הגב"י אות כט' וז"ל לפי תירוצן זה אם היורשים לא היו באותו מעמד לא קנה ההקדש וכו' ע"ש.

וכ"כ ה' מהרמ"ג בתשו' הנז' דדעת מר"ן בב"י היא היינו דוקא אם היו שם היורשים כשצוה ושמעו ושתקו ע"ש. ולקמן בע"ה יתבאר ענין זה.

וא"כ בנדון תשו' מר"ן שלא היה היורש אצל הצוואה וכמ"ש מור"ם ז"ל בהשגתו א"כ אין על היורשים כלום. דהא מור"ם לא שמיע ליה לחלק כחילוקו של מהרמ"ג מדקמקשה עליה דהרמב"ם יחיד הוא בדבר.

וא"כ עדיפא מינה הו"ל להקשות מדידיה אדידיה ומתוך דבריו מוכח שספר הב"י היה לפניו. מדכתב שם שהב"י בסימן רנ"ב הב"ד הריטב"א: והכנה"ג הגה"ט אות לג' הביא ההוא תירוץ דמר"ן בב"י דאוקי דברי הרמב"ם כששמעו ושתקו דסבור וקביל וגם כתי' הה"מ דאמר דטעמיה דהרמב"ם משום מלד"ה.

ותמה דלדברי מר"ן הי"ל להרמב"ם ז"ל לסיים דאם היורשי' אינם נותנים. עוברים משום כל היוצא מפיו.

אבל לפ"ד הה"מ שאינם מחוייבי' ליתן אלא משום מלד"ה. לכן לא כ' הרמב"ם ז"ל שצריך לקיים דבורם אלא כ' זכו בהם העניים כלומר מטעם מלד"ה.

ע"כ: ולכאורה יש לתמוה. דהרמב"ם בתחילת הלכה זו כ' והואיל והדבר כן וכו' וקאי אמ"ש בסוף הלכה שלפניה שכ' אע"פ שאינו וכו' ה"ז חייב לקיים דברו שנאמר ככל היוצא מפיו יעשה.

וע"ז קאמר והואל והדבר כן וכו'. ומסגנון לשון זה משמע דטעמא דמילתא הוא הואיל והדבר כן שחייב לקיים דברו.

ולתירוץ הה"מ לא אתי שפיר לשון זה. וראיתי להרב קצה"ח סי' רי"ב סק"ג שכ' אדברי הה"מ וז"ל והיינו דאע"ג דהיכא דלא הושלש מתחילה לכך לא אמרינן מלד"ה אבל הכא שהיה מחוייב בדבר אם היה קיים עדיפא ולא גרע מהושלש מתחילה לכך. ע"כ.

וכן מצאתי להרב מהרימ"ט ח"א סי' ט"ל שכ' ע"ד הרמב"ם הנז' וז"ל אי נמי יש לפרש דבריו ז"ל מטעם דמלד"ה כדאמרינן בס"פ מציאת האשה דכופין את היורשים עליה ואע"ג דלר"ת ז"ל לא אמרינן הכי אלא כשהשלישו מחיים ביד אחר כהיא דהמשליש מעות לבתו דס"פ מציאת האשה והיא דהולך מנה לפ' דספק' דגיטין הכא עדיף טפי שהקנהו מחיים בלשון נדר וצוה היורשים עליה מצוה עליהם לקיים דבריו זהו מה שנלע"ד בדעתו של הרב ז"ל ולא שאמר שכשאדם מקנה דשב"ל יהיה חייב לקיים מטעם נדר ואם מת חייבים יורשים ליתן.

ע"כ.

ולא ידעתי למה לא כ' הרב שכ"כ הה"מ ז"ל: והשתא אתי שפיר האי לישנא דבהואיל וכו'. שהרי לא אמרינן בכה"ג דלא הושלש מתחילה לשם כך מלד"ה אלא משום שהואיל והדבר כן שחייב לקיים וכו'.

ולא כמ"ש מור"ם בתשו' הנז' דלדברי המ"מ גם הרמב"ן חולק בזה וס"ל כמו שפי' הריטב"א דברי הרמ"א דבעי צוה ליורשים. דלדידיה קשה מאי והואיל והא בלא"ה אפי' בלא נדר כן הדין נותן דמלד"ה.

ובודאי דגם הכנה"ג הכי שמיע ליה. והט' דניחא ליה לשון הרמב"ם לתירוץ הה"מ ובסי' רנ"ב הגב"י אות כ"ז הביא דברי מהרימ"ט הנז' ובזה ניחא לן מאי דחזינן ליה להכנה"ג בהגהות בית יוסף אות כ"ט דקמתמה על תירוץ מר"ן ז"ל וז"ל לפי תירוץ זה אם לא היו היורשים באותו מעמד לא קנה ההקדש וזה תימה דדברי הרמב"ם ז"ל בסתם נאמרו. ולמ"ש מור"ם ז"ל גם על תי' הה"מ יש תימה זו. שהרי ס"ל דלא אמרינן מלד"ה אפי' לדעת הה"מ אלא כשהיה היורש אצל הצוואה.

אלא ודאי דלא שמיע ליה ההיא דמור"ם. וניחא ליה בדברי מהרימ"ט רבו.

ועי' בכנה"ג סי' רנ"ב הגב"י אות ל"ב שהביא פלוגתא באם צוה בדשב"ל אי אמרינן מלד"ה ולא זכר שר את דברי הה"מ ומוהרימ"ט רבו דאיירי בדשב"ל וקא יהבי טעמא משום מלד"ה וס"ל שכן דעת הרמב"ם. והיינו טעמא דשאני הכא דאיכא לשון נדר ופלוגתא דרבוותא הנז' בדליכא לשון נדר: נחזור למאי דאנן קיימין ביה.

שצוה ששכי' הבית ינתן לעניים. דהן הן דברי הרמב"ם ומר"ן הנז' ולדברי הה"מ הט' משום מלד"ה.

ואע"ג דלדברי מור"ם בתשו' הה"מ ס"ל דלא בעי הושלש ואנן קי"ל דבעי הושלש וכמ"ש מר"ן להדיא ס"ב שכ' מלד"ה אפי' בריא שצוה ומת והוא שנותנו עכשיו לשליש לשם כך. ע"כ.

ולפ"ז ההוא תירוצא דהה"מ לדידן לאו אליבא דהלכתא הוא. מ"מ הרי כתבנו דמהרימ"ט והכנה"ג והקצה"ח כולהו רבוותא ס"ל דלעולם בעינן הושלש אלא דהכא גבי נדר לא בעינן הושלש.

ואע"ג שכ' הב"י בסוס"י רנ"ב משם הריטב"א אבל אם צוה על היורשים שלא בפניהם אין בו משום מלד"ה ע"ש. ובנד"ד לא היו היורשים אצל הצוואה.

ומור"ם בתשו' כ' דנ"ל דלפ' הה"מ בזה. ומהט' כ' בנדון דידיה דלא צריכין לקיים דברי המת שלא היה יורש אצל הצוואה.

מ"מ כ"ז הוא לדידיה דס"ל דלשון נדר לא הוסיף תת כח כלל ולזה מר הוא דקאמר דהה"מ ז"ל חולק על ר"ת ז"ל וס"ל דלא בעי הושלש אלא דמסתברא ליה דלא פליג אההיא דהריטב"א דמצריך שיהיה היורש אצל הצוואה. ואולם לדעת הנך רבוותא מהרימ"ט והכנה"ג והקצה"ח דס"ל דה"ה לא פליג אר"ת אלא דלשון נדר שחייב לקיימו לא גרע מהושלש.

א"כ אינו צריך שיהיה היורש אצל הצוואה. וע"כ לא קאמר הריטב"א הכי אלא לרבוותא החולקים אר"ת דס"ל לא בעי הושלש לכך צריך שיהיה היורש אצל הצוואה.

ואולם לר"ת וסיעתיה דבעי הושלש. לא צריך.

כאשר יראה הרואה במשמעות דבריו שהביא הב"י. וכיון דנדר הוי כהושלש אינו צריך שיהיה היורש בעת הצוואה: ומור"ם ז"ל סי' רנ"ב כ' וז"ל מי שנשבע או נדר ליתן לפ' כו"כ ומת ולא נתן יורשיו פיטורים ואין בזה משום מלד"ה.

ב"י בשם הריטב"א. ע"כ.

וכ' הסמ"ע יורשיו פטורים. שם סיים בטעמו וכ' כיון שלא נתן גם לא צוה להיורשים ליתן.

ע"כ.

דוק מיניה. דאם צוה להיורשים הרי הם חייבים לקיים דברי המת.

וזה תימא.

איך כ' כן אדברי מור"ם. דהגם דהריטבא כ"כ כמ"ש בב"י.

מ"מ הריטב"א לטעמיה דפליג אר"ת וס"ל דלא בעי הושלש אלא העיקר הוא כשצוה היורשים. ומור"ם אזיל בזה כדעת מר"ן דפסיק ותני כר"ת דבעי הושלש.

וא"כ מאי אהני אם צוה היורשים כשלא הושלש. גם על הש"ך שם יש לתמוה.

שבסק"ז הביא דברי הסמ"ע וכ' עליו משמע דאף דלא הושלש לשם כך כיון דצוה ליורשיו ליתן אמרינן ביה מלד"ה וכ"כ ריטב"א ובב"י הביאו. ע"כ.

ולא ידעתי איך לא ערער על הסמ"ע שהביא סיום דברי הריטב"א אדברי מור"ם דהלא הריטב"א לטעמיה אזיל דלא בעי הושלש. אבל מור"ם ס"ל כמר"ן דפסק כדיעה א' שהביא הריטב"א שכתב להדיא אבל כל שלא הוציא מעות מתחת ידו אע"פ שצוה את היורשים לעשות אין בו משום מלד"ה ע"ש.

וא"כ לדיעה זו צריך לסיים בטעמא דמילתא כיון שלא הושלש: והנלע"ד דהסמ"ע והש"ך ז"ל אין כוונתם לומר טעם זה לדעת מור"ם. דהא ודאי מור"ם לא ס"ל כן.

ולכך השמיט סיום דברי הריטב"א. אלא משום דדעת זו דהריטב"א לא נזכרה בש"ע כלל לא בדברי מר"ן ולא בדברי מור"ם במפה.

לכן בדברי הריטב"א הללו שהביא מור"ם כ' הסמ"ע שם סיים בטעמו ולא קאמר בטעמא. ור"ל דהאי טעמא לדידיה לא לדעת מור"ם.

וכוונתו לזכור דעת הריטב"א שחולק עליהם. ולפי שהסמ"ע לא ביאר דעת הריטב"א להדיא.

לכן כ' הש"ך אדברי הסמ"ע משמע דאף וכו'. וע"ז סיים וכ"כ הריטב"א ובב"י הביאו.

והיינו תשו' הריטב"א הא' שהביא הב"י שם שכ' הריטב"א פלוגתא דרבוותא ואיהו ס"ל דכשצוה להיורשים מהני: איך שיהיה דעת הריטב"א היא. דאי אין כאן אלא לשון נדר או שבועה אין חייבים היורשים ואין בו מלד"ה ומדהביאו מרן בב"י ולא ערער אלמא ס"ל כוותיה.

וכמ"ש במ"א משם הכנה"ג בתשו' בכמה מקומות. וגם מור"ם הביאו במפה להלכה.

וכ"כ בסי' רט' גבי נשבע בדשב"ל וז"ל ולכן אם לא נוכל לכופ אותו לקיים שבועתו כגון שמת אין הקנין כלום. והוא מתשו' ריב"ש סי' של"ה אשר מתשו' זו השיג מור"ם

בתשו' סי' מח' על תשובת מר"ן שהביא בסי' מז' כמביא למעלה: ואחזה אנכי דדברי מר"ן סתראי נינהו.

דכאן בסי' רנ"ב הביא בב"י דברי הריטב"א להלכה דלשון נדר אינו מועיל לחייב היורשים. ובתשו' הנ"ז פסק דזכו העניים.

ואיך שייך כאן לתרץ ולחלק כחילוק השע"א ומהרמ"ג הנ"ז. שהרי הריטב"א איירי בסתם בין בדשב"ל בין בישנו בעולם.

ויש לתמוה ג"כ אמור"ם ז"ל שלא השיגו גם מדברי הריטב"א הללו שהביאם בב"י: וחזיתיה להרב כמהור"ר חסדאי הכהן ז"ל בתשו' הובאה בספר פרמ"א ח"א ד' כ"ה שכ' וזל"ה ובהרב הגדול מוהר"א נ' חיים ראיתי שכ' בסי' קג' דאפשר דגבי נודר ונשבע להקדיש או ליתן לעניים שהוא דבר מצוה חייבים היורשים לשלם אבל אם נשבע בדבר הרשות אין היורשים מחוייבים וכו' ובזה נראה להסכים דעת הרמב"ם ז"ל עם מ"ש הריטב"א והריב"ש דאין היורשים מחוייבים לסלק מה שנתחייב אביהם בשבועה בדבר הרשות ושאני הכא לדבר מצוה ע"כ: מעתה אתו שפיר דברי מר"ן כחזא נפקין וכחזא שריין.

ולאו סתראי נינהו. דבתשובה איירי בנודר צדקה לעניים.

ולכך קאמר זכו העניים. ואלו בב"י סי' רנ"ב שהביא דברי הריטב"א שכ' שבשבועה אין חייבים היורשים היינו בנשבע לדבר הרשות.

וממילא רווחא להשגת מור"ם בתשו' על מר"ן מההיא דהריב"ש דדבר מצוה שאני וכמ"ש מהראנ"ח ז"ל: ואולם כ"ז לא יגהה מזור למאי דאנן קיימין.

בתר דאשכחן למר"ן בב"י סי' רי"ב דהוצרך לתרץ דבמה ששמעו ושתקו סבור וקביל. קושטא קאי.

דרבים לוחמים על מר"ן בתירוץ זה. והרב מהרמ"ג בתשו' שהובאה בד"ן סי' כ"ז כ' ואע"פ שמימיו אנו שותים וכל בית ישראל חבירים בזה דברי הרמב"ם ז"ל אינם סובלים פירושו שהיא אוקמתא בדברי הרמב"ם ז"ל דאיירי בשעמדו שם היורשים ושתקו מה שאין נשמע כן מדברי הרמב"ם ז"ל והרב מהרימ"ט בחלק א' וב' דחה פירוש זה בכבוד ובמורא גדול ע"ש: גם רבינו הכנה"ג בסי' רי"ב הגה"ט אות ל"ג כ' איברא שדבריו תמוהים וכו' ע"ש.

ובהגב"י אות כ"ט כ' דזה תימה דדברי הרמב"ם ז"ל בסתם נאמרו ומצאתי בתשו' כ"י למהרמ"י ז"ל כ' והיותר נראה להרמב"ם ז"ל דבנודר עליו לצדקה חל הנדר וב"ד יורדין לנכסיו כשיבוא לעולם בע"כ וכיון שכן כשמת המקדיש נכסים היו משועבדים לזה ההקדש ונפרעים מהיורשים ע"כ. ופירוש מהרמ"י ז"ל הנז' הוא כפי מהרמ"ג הנז' ז"ל.

כל מאי דמחלק מהרמ"ג ז"ל הוא לדעת הפוס' דכ' מורם בתשו' דפליגי על הרמב"ם ז"ל דלדידהו ס"ל לחלק בין דבר שבא לעולם לדשב"ל. ואלו להרמב"ם לא ס"ל לחלק כן אלא אפי' בדשב"ל זכו עניים ונשתעבדו הנכסים כמו שיעו"ש.

והסמ"ע סי' הנז' אחר שהביא תירוץ הב"י כ' ובפרישה כתבתי דנ"ל דטעם הרמב"ם הוא דכל שאומר כן הו"ל כאלו הקנה הבית לעניים עד שקבלו השכי' וכן האילן לפירות ואין בניו יורשים אותו הדבר עד שיקיימו תחילה לנדר ע"כ. והב"ח אחר שהביא תירוץ הב"י כ' ואין ספק שזה דוחק ויותר נראה דכיון דדברי שכ"מ ככתובים וכמסורים דמו כדי שלא תטרף דעתו כ"ש במה שנדר לעניים חיישינן לטירוף דעתו ואע"ג דנדר במה שלא בא לעולם אפ"ה חל השעבוד על נכסיו ע"כ: אתה הראת חבל נביאים מתנבאים דהאי תירוץ דהרב"י דחיק ורחיק הוא ועי' להרב אורח משפט ח"מ סי' כ"ה בכללי הקי"ל אות יט': מ"מ אנן מה נענה.

הלא אבותינו ורבותינו זיע"א קיימו וקבלו עליהם ועל זרעם כל דברי מר"ן הקדוש ז"ל בין בב"י ובין בש"ע כמפורש בפסקי הא' זיע"א. וכיון שמר"ן הקדוש ס"ל כן אנו אין בדינו להחליט להפך.

והגם דרבים לוחמים עליו מ"מ הדבר יצא מפי המלך אין להשיב. וכבר אמרו כ' כל אשר יעשה כפסק מר"ן עביד כמאתן רבנן וכמ"ש הברכ"י ז"ל ח"מ סי' כ"ה.

ובפרט שכן היא דעת מור"ם ז"ל בסי' רי"ב שכ' וז"ל ודווקא אם הנודר קיים אבל אם כבר מת אינו כלום שהרי אינו כאן שיקיים נדרו. ע"כ: אלא דאכתי בעי חיקור דין בהבנת דברי מר"ן הב"י שכ' שהרמב"ם סובר דכיון שאומר מורישם כל מה שיוצא אילן זה לעניים והם שמעו ושתקו סבור וקביל וכו' דמשמעות לשון זה נוכל לפרש ולומר דלא שאני ליה למר"ן בין היו היורשים באותו מעמד ושמעו מפיו ובין לא היו באותו מעמד אלא שאח"ך שמעו שכן צוה מורישם ובאותה שעה שתקו ושוב צווחו.

שבכל גוונא אמרינן כיון ששמעו ושתקו סבור וקביל. אכן הסמ"ע סקי"ט כ' וז"ל הב"י דהיינו כשבניו היו באותו מעמד.

כשצוה וכו' ע"כ והכנה"ג הגב"י אות כט' כ' וז"ל לפי תירוץ זה אם היורשים לא היו באותו מעמד לא קנה ההקדש וכו' גם מהרמ"ג ז"ל בתשו' הנז' כשהביא לשון מר"ן כ' דהי' דוקא אם היו שם היורשים כשצוה ושמעו ושתקו ע"כ. ומדבריהם דרבנן ז"ל נראה דלא מהני שמעו ושתקו כ"א דווקא אם היו באותו מעמד.

דאם באנו לו' דכולהו רבוותא הנז' לא לכך נחתי אלא סתמא ואורחא דמילתא נקטי ולעולם דלדעת הב"י כל היכא ששמעו ושתקו מהני. זה נראה לי דוחק.

ואם כן צריכין אנו לדעת טעמא דמילתא. דהלא מלשון מר"ן אין הכרח: והנלע"ד הוא.

משום דיש להקשות אדברי מר"ן ז"ל דמה יועיל כששמעו ושתקו דאמרינן הרי סבור וקביל. והרי אין כאן כי אם מחשבה בלב.

ואנן בעינן שיוציא בשפתיו. דאע"ג דכתיב כל נדיב לב.

הא אמרינן דחולין מקדשים לא ילפינן וכמ"ש רבינו בעה"ט ח"מ סי' רי"ב סי"ב משם תשו' הרא"ש ז"ל. והב"ד מר"ן בש"ע שם ס"ח בסברא שנית בשם ויש מי שאומר.

לכן ס"ל לרבנן דצריך שיהיו היורשים באותו מעמד. דאז אמרינן דכששמעו הדבר מפי המוריש ושתקו הו"ל כאלו הוציאו מפיהם.

אך כאשר לא היו באותו מעמד אף ששמעו ושתקו לא הוי אלא דברים שבלב ולא מהני ליהו הוצאת פ"ה דידיה וכיון שלא חלה עליהם בשעה ראשונה שלא היו שם לא תחול אח"ך. וכה"ג כ' הר"ן ז"ל בפק' דקדושין הב"ד מור"ם ז"ל בד"מ יו"ד סי' רנ"ח וז"ל המוכר דבר לצדקה ואומר בכך אתננו ואין כאן נדר משום אמירה לגבוה ואין נקנה אלא בדמים אפ"י איתיקר אח"ך והוי אח"ך רווחא להקדש מ"מ כיון שאין הדבור חל בשעתו אי אפשר לו לחול אחר זמן.

ומינה למאי דאנן קיימין ביה דכיון דהדבור לא חל עליהם בשעתו שלא היו שם היוורשים שוב לא יחול אחר זמן כששמעו ושתקו ואין כאן כ"א דברים שבלב. וא"כ בנד"ד שלא היו היוורשים באותו מעמד אף אם יתברר שאח"ך שמעו ושתקו לא מהני והגם כי כתבנו במ"א כי הרב הגדול מוהר"ר אי"ש הצרפתי זלה"ה הוא היה אומר דאע"ג דאנן קי"ל דיש ויש הלכה כבתרא מ"מ היכא דהכריע מור"ם כי"א קמא אנן הכי נקטינן.

ומשתמש בכלל זה הרב הגדול כמוהר"י נ' וואליד ז"ל בספרו ויאמר יצחק בכמה מקומות לך נא ראה. וכאן הכריע כי"א קמא שכ' ויש להחמיר כס' א'.

ואין לומר דאין זו הכרעה רק חומרא בעלמא. שהרי ביו"ד סי' רמ"ח סי"ג הביא מור"ם ב' הסברות וכ' והעיקר כס' א' וציינן לח"מ סי' זה: מ"מ בזה נראה דלא אזלינן בתר הכרעת מור"ם.

והט' שהרי מר"ן בב"י יו"ד סי' רנ"ח הביא תשו' הרא"ש הנז' וכ' עלה בבד"ה וכן פסק הרב אלפס והתוס' והרא"ש דפ' שור שנגח והרמב"ם בפ"ח ממתנות עניים ע"כ. וכיון דאנהרנהו לעיינין שכן היא ס' ג' עמודי הוראה אשר הב"י נשען עליהם תמיד כאשר השרישנו כידוע ואפ"י תרי מגו תלתא.

א"כ הא ודאי דאנן הכי נקטינן. שבודאי שכן הוא דעת מר"ן דהא איכא כולהו תלתא עמודי הוראה.

וכ"ש דגם התוס' אית ליהו הכי: מעתה אשכחנא פתרא למה דיש לתמוה על רבינו הטור שהביא תשו' הרא"ש הנז' להלכה בח"מ סי' רי"ב. אחרי שהרא"ש בפסקיו בפק' דתענית כתב דגבי צדקה מועיל גמר ללבו וכמ"ש מהריק"ו שורש קס"א כאשר הב"ד מר"ן בב"י יו"ד סי' רנ"ח.

וכ' הב"י ח"מ סי' ק"י משם הר' יהודה בן הרא"ש דכשהפסקים עם התשו' סותרים. העיקר הם הפסקים.

ועי' בטור ח"מ סי' ע"ב סל"ד במ"ש והאחרונה היא. וכ"כ מהרימ"ט ח"מ סי' כ"ג וז"ל וכבר אמרו שלעולם אנו סומכין על דבריו שבהלכות יותר מדבריו שבתשו' כמ"ש הטור מפני שהיא באחרונה ע"כ.

וא"כ היאך סמך רבינו הטור על דבריו שבתשו' הפך דבריו בפסקים אכן אנהרנהו לעיינין מר"ן בבד"ה שכ' שכן היא דעת הרא"ש בהלכות פ' שור שנגח. ואמטו להכי פסק הטור כהך תשובה.

והט' משום שכן היא דעתו בהלכות וגם בתשו'. ותרתי טב מחדא.

ועי' כנה"ג ח"מ סי' רי"ב הגה"ט אות מ"ב. ואמנם רבינו הב"י ביו"ד סי' ר"א כ' דהא דמשמע מדברי הטור ח"מ סי' ע"ב דכדברי הרא"ש בפסקים נקטינן נגד דבריו בתשו' אפשר לומר דלאו כללא כייל לכל מקום אלא בההיא תשו' דוקא קאמר שהיה ידוע לו דבריו בפסקים היו אחרונים לו ע"ש.

ועי' כנה"ג ח"מ סי' ע"ב הגה"ט אות ס"ט דמר"ן גופיה בתשו' אה"ע סי' ב' כ' שכלל זה לעולם. ע"ש: וחזיתיה להפרמ"א ח"א סוס"י ז' שתמה על תירוץ מר"ן התימא הנ"ל וז"ל ודבריו אלו הם תמוהים כיון דקי"ל דברים שבלב אינם דברים וכדאמר שמואל בפ"ג דשבועות גמר בלבו צריך שיוציא בשפתיו וכדכתב הרא"ש ריש כלל יג' יעו"ש וא"ך איך יתחייבו היורשים לתת פירות האילן וכדומה לעניים כאלו נדרו הם עצמם והרי אין נדרם נדר מה שלא הוציאו בשפתם ע"כ: ואהמ"ר תמיה אני על תמיהת הרב.

דמאי קמקשה מ"ש הרא"ש ז"ל אחר דכמה רבוותא פליגי עליה והביאם הב"י יו"ד סי' רנ"ח דהמרדכי כ' דהגאון בתשו' ורש"י בתשו' ס"ל דגמר בלבו ליתן צדקה כאלו הוציא בפיו ומהרי"ק שורש קס"א כ' שהרא"ש בתשו' הנ"ז תופס כר"י ושר"ת חולק וכן דעת רבינו פרץ ז"ל והרא"ש גופיה בפ"ק דתענית ושכן הסכים מהרי"ק ע"ש.

ומר"ן גופיה בח"מ סי' רי"ב הביא ב' הסברות. וכן דעת מור"ם ביו"ד סי' רנ"ח.

ואי קשיא הא הו"ל להקשות ממ"ש מר"ן בבד"ה על דעת הרא"ש שבתשו' הנ"ז שכן היא דעת ג' עמודי הוראה וגם התוספות. דמר"ן גופיה אזיל בתרייהו.

ויותר היה לו להקשות בכח ממ"ש שכן היא דעת הרמב"ם בפ"ח ממתנות עניים כהרא"ש בתשו' הנ"ז וא"כ איך קאמר לדעת הרמב"ם להפך. וכמדומה כי כעת לא זכר שר את כל הנ"ל.

ולעיקר קושיית הרב לדידי חזי לי דלא קשה כלל. וכמש"ל: עוד נראה לענ"ד לומר.

דהא דבעי שיהיו היורשים באותו. מעמד.

הט' דמצינו להכנה"ג הגה"ט אות ט"ל דתמה על תי' הב"י וז"ל איברא שדבריו תמוהים דלמה נאמר דשתיקותם הו"ל כאלו הם נדרו. ע"כ.

ומשתמען מלוהי דאין כוונתו להקשות דאף דנימא דסבור וקביל הרי ליכא הוצאת פה וכקושית הפרמ"א ז"ל. אלא דקשיא ליה אעיקרא דדינא.

דמי יימר דמדשתקו סבור וקביל. דדילמא הא דשתקו משום דלא חשו לדבריו כלל.

ואנן בעניותין יש לנו ראייה לדברי מר"ן ז"ל שהרי המרדכי פ' ז"ב והבי"ד לפסק הלכה מור"ם ז"ל במפה ח"מ סי' פ"א ס"ז וז"ל מי שהתנה עם בחור ללמוד עם בן חבירו בפני אבי הבן ואבי הבן שתק שתיקה כהודאה דמיא ואע"פ שלא דבר האב כלום דהו"ל לאסוקי אדעתיה ולמחות. ע"כ.

ומינה לההיא דמר"ן ז"ל. דכיון דהיורשים שומעים השכיב מרע מורישים נודר הו"ל לגלות דעתם דלא ניחא ליהו ולא מקבלי עלייהו ומדלא מיחו אלמא סבור וקביל.

וכיון שכן הא ודאי דלא אמרינן כן אלא כשהיו באותו מעמד. דומיא דההיא דהמרדכי ומור"ם ז"ל שכל בפני אבי הבן.

דמשמע הא שלא בפני אבי הבן הגם דשמע אח"ך ושתק ולא נימא בהכי הא שתיקה כהודאה הכא נמי לא אמרינן כששתקו סבור וקביל אלא כשהיו היורשים באותו מעמד בפני היורש: ומעתה במאי דאנן קיימין דלא הוו היורשים באותו מעמד. שהיו בעיר אחרת שדרים בה.

אין היורשים חייבים לקיים נדר מורישם. והגם דנימא דאפשר דלבתר כן שמעו כל מה שאמר המוריש ושתקו אלא ששוב אח"כ צווחו.

אפ"ה לא אמרינן בכה"ג סבור וקביל. ומה גם דאין כאן אלא ספיקא.

דמי יימר ששמעו שלא נתן כי אם השכי' דהוי דבר שלא בא לעולם דאז הדין הוא דבלא סבור וקביל לא מהני. דדילמא היו סוברים שהיתה הצוואה באו"ה שהקנה דקל לפירותיו שאינם יכולים למחות.

וא"כ מידי ספיקא לא נפקא. והיורשים הם המוחזקים דלא אמרינן בצדקה לעניים ספיקא לחומרא.

דדין ספק צדקה לעניים כדין ספק דהדיוט וכמ"ש מור"ם בתשו' סי' מ"ח וכו"כ מהרימ"ט ח"א סי' ט"ל דספק שבין אדם לעניים כשאר ספיקות ואזלינן בהו לקולא ובחז"מ סי' ה' כ' דלגבי צדקה לעניים כל היכא דאיכא פלוגתא דרבנותא לא מפקינן ממונא. ועי' מחנה אפרים הל' צדקה ס' ב' והכנה"ג ח"מ סי' רי"ב הגב"י אות כ"ה והמט"ש הגב"י אות כ"ג וכו"ה.

ועי' בש"ע יו"ד סי' רנ"ט ס"ה ומ"ש הש"ך שם. והכנה"ג ח"מ סי' ר"ן הגב"י אות ט"ו שהאריך בזה והשיג גם על הש"ך וכו' דמ"ש שם דחייב ליתן לצדקה הוא במעות של צדקה דליכא למימר העמד ממון על חזקתו וכדאוקמה מוה"ר ז"ל ח"מ סי' ט"ל לתשו' מהר"י אדרב"י ז"ל או בממון דאיהו לא קיים ליה בנפשיה והדבר ספק אצלו דאזלינן לחומרא אבל היכא דאיהו קים ליה בנפשיה או שהממון בחזקתו אפילו לגבי עצמו נקטינן לקולא וכו' ע"ש.

ובאות י"ו כ' אפי' למאן דפוסק לחומרא היינו דוקא כשההקדש הקדש אלא שאנו מסופקים אם יכול לחזור או לא אבל היכא דהספק הוא אם חל ההקדש או לא נקטינן לקולא הרשב"א בתשו' ח"א סי' תרנ"ו הראנ"ח ח"א סי' כ"ה ע"כ. וכו"כ ה' עין משפט חיו"ד סי' ז' וזל"ה לא חייל נדרא מספיקא והם מוחזקים והמע"ה כדפסק מר"ן בש"ע סי' ר"ן דאם הקדיש כל נכסיו ועמד חוזר אף דהוי ספיקא בגמרא.

נקטינן לקולא כמבואר בב"י וגם הפוס' דפסקו לחומרא הא כבר כ' הרשב"א והראנ"ח הביאם הכנה"ג דהיינו דוקא כשהוא הקדש אלא דאנו מסופקים אם עמד חוזר אם לא אבל היכא דהספק אם חל ההקדש על דבר שאינו בעולם א"ל לא. ע"כ: אחרי כותבי.

ראיתי להרה"ג כמוהר"י ה' וואליד ז"ל בספרו ויאמר יצחק חיו"ד סי' ס"ו שנשאל במי שכתב בכתב יד שהוא מתנדב כו"כ ונלב"ע אם חייבים היורשים לפרוע חוב אביהם

מפני אמ"ל כמס"ל ומני"ר כ' שם על דברי הפוס' הנז' שם שחייבו היורשים לקיים מה שנדר אביהם דעדיין יש לחקור חקירה א' דאפשר שלא הוציא בפיו הנדר.

וע"ז אסף וקבץ דברים הנאמרים בספקא ואסופא דמילתא הב"ד מר"ן ח"מ סי' רי"ב שכ' ב' הסברות ומור"ם הכריע כדעה א' ואנן קי"ל כהכרעתו כשמביא מר"ן י"א וי"א ומ"מ ה"ד לגבי הנודר אם צריך לקיים נדרו ולחוש לעצמו או לא אבל לכ"ע אין כופין אותו בכך וכמ"ש בהגהת יו"ד הנז' יעו"ש וא"כ אין בידנו לחייב ליורשים כיון שלא הוציא בפיו ולא יהיה אלא ספק אם הוציא הדבר בפיו א"ל מספיקא לא מפקינן ממונא מיד היורשים המוחזקים והמע"ה דגם לגבי הקדש אמרינן נמי.

עכת"ד: המבואר מדברי הרב דאי הוה ברור ליה שיצאו הדברים מפי המוריש לא היה נשאר לו מה לחקור עוד ולית דין ולית דיינן ופשוט הוא דחייבים היורשים ומסגנון דבריו משמע דהט' מפני אמ"ל כמס"ל יען כי הוא הטעם האמור בשאלה שם: ואהמ"ר ממני"ר כל דברי התשו' ההיא נפלאו ממני.

דהא דאמ"ל כמס"ל אי אמרינן בהקדש עניים פלוגתא דרבוותא היא. ועי' מ"ש מר"ן בבד"ה יו"ד סי' רנ"ח משם תשו' הרשב"א דלא אמרינן כן בהקדש עניים ועי' מהרימ"ט ח"א סי' כ"ב מ"ש בזה.

והמחנה אפרים בהל' צדקה סי' ב'. והגם דמור"ם ביו"ד סי' רנ"ח סי"ב כ' גבי צדקה אמ"ל כמס"ל.

מ"מ הרי דעת מר"ן בב"י להפך וכמ"ש בב"י ח"מ סי' קכ"ה וסי' רמ"ג אדברי הטור אין דברי רבינו מכוונים שלא אמרו אמ"ל כמס"ל אלא לגבי הקדש וכו' ע"ש. ואנן בעניותין כתבנו למעלה משם הרב שע"א ז"ל ח"מ דף ס"ה ע"ד שהרב בני יעקב ד' פ"ג ע"ג והרב משאת משה ח"ב ח"מ סי' כ"ד וכ' דאנן בתר מר"ן וסיעתו גררינן דלא אמרינן אמ"ל כמס"ל בהקדש עניים.

הן אמת.

דמצינו למר"ן ז"ל בתשו' אבק"ר סי' פ"ג שחייב את היורש לקיים את נדרו ואע"ג דמ'ר הוא דס"ל דלא אמרינן אמ"ל כמס"ל בהקדש עניים והט' משום דכיון דהדבר ישנו בעולם חל השעבוד על הנכסים וכמ"ש למעלה משם מהרמ"ג והשע"א ז"ל. וא"כ גם בנדון הרב היה ראוי לומר כן אי איירי בישנו בעולם מטעם זה.

ולא מטעם המלך: אלא דגם זה לא יגהה מזור שהרי מור"ם ז"ל תשובתו בצדו בסי' מ"ח ופליג עליה דמר"ן ועי' בשע"א ד' ס"ה ע"ג שכ' פלוגתא דרבוותא בזה. וכבר ידוע דקבלת הקדמונים זיע"א דברי מר"ן לא היתה כ"א על הב"י והש"ע דוקא וכמ"ש בסי' ה' וי"ץ גופיה בדינים נפרדים שבסוף חח"מ אות ב' משם מוהריב"ע ומוהריב"ץ ז"ל.

ושם נאמר שאם נמצא חולק עליו אז המורה יכריע ע"פ הרוב או ע"פ ראיותיו ע"ש וא"כ היורשים המוחזקים יכולים לומר קי"ל כמ"ד דאין היורשים חייבים לקיים נדר מורישם דגם בהקדש אמרינן הכי וכמ"ש"ל וכמ"ש ה' וי"ץ גופיה. גם מ"ש הרב אבל לכ"ע אין כופין אותו בכך כשלא הוציא בפיו וכמ"ש בהגהות יו"ד ע"כ.

הנה למד הרב כן ממ"ש מור"ם שם בדעה א' וז"ל אם חשב בלבו ליתן איזה דבר לצדקה חייב לקיים מחשבתו וא"ץ אמירה אלא דאם אמר כופין אותו לקיים ע"כ. ומשמע ליה להרב דאם לא אמר רק חשב אין כופין אותו אפ"ל לדעה זו: ואהמ"ר לא שלטו עיני מאורי אור קדשו במקור הדברים בהמרדכ"י בפ"ק דקידושין שכ' וז"ל כיצד אמ"ל כמס"ל האומר שור זה עולה וכו' וה"ה נמי במחשבה בלא אמירה כדכתיב כל נדיב לב כדילפינן בפ"ג דשבועות אלא משום דהכא מיירי שכופין אותו ב"ד לתת ואין אנו יודעין מחשבתו עד שיאמר אבל ירא שמים חייב משיחשב ע"כ: הרי מבואר דהא דאין כופין ע"י מחשבה היינו משום דאין אנו יודעין מחשבתו.

וא"כ כאשר יהיה האופן כנדון הרב שכתב בכתב יד שהוא מתנדב כו"כ דמחשבה ודאי מיהא איכא וליכא ספיקא קמי הרב אלא אם הוציא בפיו. הא ודאי דלדיעה זו כופין: קנצצי למילין דהאי גוונא דאנן קיימין ביה דהוי דשב"ל.

היינו הך דמר"ן בב"י סי' רי"ב שהב"ד למעלה דמצריך שיהיו היורשים באותו מעמד ושמעו ושתקו. וכיון דבנד"ד לא היו היורשים באותו מעמד כשצוה השכ"מ מורישם לא חל עליהם נדר המוריש כלל לדעת מר"ן בב"י דגררינן בתריה.

ולא צרכינן בזה תו לדגל הקי"ל ועי' המט"ש ח"מ סי' רי"ב הגב"י אות זך שכ' אם הבנים החזיקו כמה שנים בצדקת אבותם לא מקרי לגבי דידהו נדר מים רבים יו"ד סי' ס"ג ד' ס' ע"ב. ע"כ.

וכ"ש בנד"ד ששמעתי באומרים כי לפי דעתם היתה באו"ה שאינם יכולים למחות. וגם מצד מלד"ה נמי ליכא.

דאנן בעינן הושלש לשם כך כמש"ל וליכא. ומ"מ מצד הטוב והישר נכון הוא לקיים מה שצוה מורישם.

ואולם אם לא אבו שמוע. הדין יקוב את ההר.

זהו הנלע"ד בזה וליה עינינו יצילנו מכל שגיאה. ויאיר עינינו במאור תורתו הנפלאה נאם החו"פ פאס יע"א בטבת דהאי שתא צדיק כתמ"ר יפרח לפ"ק וקיים.

זעירא דרבנן עבד ה' שלמה אבן דנאן הי"ו ראיתי מ"ש הרב עליון למעלה האריך הרחוב ברוח מבינתו וזו הלכה העלה דכיון שלא היו היורשים באותו מעמד לא חל עליהם נדר המוריש לדעת מר"ן. וגם מצד מלד"ה ליכא כיון שלא הושלש לשם כך.

גם אני מסכים הולך עמו והדד"א ולראיה ח"פ ר"ח אדר הסמוך לניסן שנה הנ"ז וקיים. איש צעיר יוסף סירירו ס"ט פעולת צדיק עליון למעלה קריתי ושניתי ופעולתו אמת ודבריו נכונים וטעמם ונימוקם עמם וסוף דבריו ערבו לי מצוף דבש ומצוה לקיים דברי חכמים לעשות הישר והטוב ואלו הדין וכו' ולראיה ע"ד אמת ח"פ: ע"ה יהודה בנימין סירירו י"ץ סימן י"ג.

זה נוסח מה שצריך להעתיק משטר א' כדי לכתוב עליו פס"ד: אחרי מות האשה לונא בת כהה"ר נחמיה הלוי ז"ל. זכתה בעזבונה בתה מסעודא בת כר' יצחק ה"ן דוד וחיון

וידוי"ן דיב נ"ע אשת הי' אברהם אזולאי ועלה בסכי הירושה הנז' סך אלף צ'ורוס וחמשה צ'ורוס ספאניול מוב"ה.

והן היום נתרצו ביניהם איש וביתו הנז'. שהסך הנז' יהיה ביד כמוהר"ר יוסף סירירו הי"ו בכמה"ר רפאל יהושע ציון הי"ו.

לתתו בהכשר והקרן ישאר קיים. עד דור שלישי של האשה מסעודא הנז' יובן עד שיגדל הזרע ההוא ויהיה ראוי לקבל מעותיו ואז יזכה בקרן הנז' ורשאי לקחתו מיד האפו"ט הנ"ז.

ולא יכנס הקרן הנז' לכלל חלוקה בין איש וביתו הנז' במיתת א' משניהם. וכן בין זרע האשה הנז' וזוגיהם עד דור שלישי כנז'.

ולא יהנו האשה ובעלה הנז' וזרעה וזרע זרעה כ"א בריוחים שיסגלו המעות הנז'. בכך הע"ע בקש"מ בדל"ב ובשח"ך כ"א למ"ש איש וביתו הנז' והוה"ג שניהם יחד וחי"ע חו"ג וקבלו על עצמם ועל זרעם ועל זרע זרעם כנז' את כל הרשום בכתב מראש ועד סוף.

ובכהקוש"ח הוה"ג ונחו"ג ומינו לכמוהרי"ס הנז' הי"ו אפו"ט על הסך הנז' ולבאי כחו או למי שיראה בעיניו למנות במקומו. מהיום וכל ימי משך הזמן הנז' ויטול בשט"ו וכו'.

ומעתה האמינו וכו' והוע"ה שט"ז מובח"ו סובדי"ץ. וכתחז"ל דלא כאס' וכטו"ד.

ומינו אותנו איש וביתו הנז' שלוחים גמורים לכתוב ולחתום סט"ז בכל לשון של זכות ויפוי כח המועילים לקיומו ולא תגמר שליחותינו אפ"י אחרי צאתו מתחת ידינו אלף פעמים כי בידינו לחזור ולתקן כל פרט המצטרך ולהעלותו על ספר. בשבט סופר.

עד אשר יצא כנגה צדקו ולא יורע כח שט"ז מחמת חסרות ויתרות או לישנא דמשתמע לתרי אנפי שהכל יהיה נדרש לתועלתו וקיומו לכל פרטיו. ונ"ה בקושח"ך עכמדו"ל מרו"ס מיד איש וביתו הנז'.

והי"ז וכו'. ע"ך נמ"ך וחתומים שני סובדי"ץ ה"ה כהה"ר יוסף הלוי וכהה"ר שלמה ששון יש"ץ: איש ואשה הנז' דחיקא ליהו שעתא.

ואין ידם משגת לכלכל את עולליהם. ואגב דוחקה עמדו והתירו את שבועתם.

והמה בקשו לשלוח יד גם בהקרן הנז'. וידידינו הרב הו"ד יוסף הפקיד נר"ו.

מעכב על ידם ולא רצה ליתן להם מן הקרן כ"א ע"פ בדי"ץ. ובכך נדרשנו מהם לחוות דעתנו מה הוא הדין.

ואם כי הייתי דוחה אותם מיום ליום ימים כבירים. כי היתה נסיבה.

מ"מ למרבית ההפצרות לא יכולתי להתאפק. אז אמרתי חובה היא עלי לחוות דעתי כפי מה שיורוני מה"ש.

וזה החלי.

וה' אלד'ים יעזור לי: הנה לכאורה לא ידענא מה אדון בהאי שטרא. אי חשבינן ליה ש' מתנתא ונימא דבאומרם ואז יזכה וכו'.

כוונתם היא ליתן סכי הקרן לדור שלישי. והא דהוצרכו להתנות שלא יכנס לכלל חלוקה וכו'.

אפשר לו' סרס השטר ודרשהו. דבשביל שרצו שיהיה הקרן קיים וגם לא יכנס לכלל חלוקה.

אמטו להכי נתנוהו לדור ג' או אפשר דהא דהוצרכו להתנות כן. הוא בשביל אם ב"מ חדל להיות להם או לבניהם דור שני זרע.

דמוכרח הוא שהקרן ההוא להדור ההוא. דאלת"ה מאן אכלינהו: או נימא דאין כאן מתנה כלל.

אלא הנחלה ממשמשת ובאה מדור לדור. אכן בכח הקוש"ח קבלו עליהם ועל זרעם וכו' שלא יהנו מן הקרן עד אשר יגדל זרעם דור ג' ואז הוחלט השבועה לדור ההוא.

ולצד זה כיון דעבדי התרה מהני כאשר יתבאר להלן בע"ה: או נימא דאין כאן כ"א ריצוי שנתרצו לעשות. וכל דברי השטר הנז' נמשכים אמלת נתרצו ביניהם הכתו' בהצעת השטר.

ואין הריצוי מתנה. אלא שלא יוכלו למחות זב"ז מלעשות כן.

והשתא שחזרו שניהם. אין כאן אפ"י איסור שבועה כמ"ש להלן בע"ה: והנה אי קושטא הוא כהצד הא' דמתנה הוי.

בעי חיקור דין בכמה ריעותות דאשתכחו בהאי שטרא. הא' דכתיב ביה ואם יזכו בקרן דהוי קנין דברים.

הב' דקי"ל דמטבע אינו נקנה בחליפין. הג' דקי"ל אין אדם מקנה למי שלב"ל. והן קדם.

אובין ואדון בריעותא הא'. דהנה מציינו למר"ן ז"ל סי' רנ"ג ס"א שכתב יטול יחזיק יזכה יקנה כולם לשון מתנה הם.

ובסכ' כתב לשונות אלו של מתנה וכו' י"א שמועילים בבריא וי"א שאינם מועילים. ואנן קי"ל דיש ויש הלכה כבתרא: איברא דנראה דדעת מר"ן ז"ל היא דבאומר מעכשיו מועילין אף בבריא.

דטעמא מאי אמור רבנן דאינם מועילים. הוא לפי שהם לשון עתיד והוי קנין דברים.

ומציינו למר"ן ז"ל סי' רמ"ה ס"ד שכ' יש מי שאומר שאם אמר אתננו לו מעכשיו בין בשטר בין בקנין קנה לאלתר ע"כ. ומבואר הט' בטור שם דכיון שאמר מעכשיו אין זה לשון הבטחה אלא בהאי שטרא ובהאי קנין מקני ליה גופא דארעא ע"כ.

ומינה ללשונות הללו. וכ"כ הרב מהר"י אירגאס ז"ל סי' כ"ט וז"ל אבל כד מעיינן בה נראה דאין כאן מחלוקת דבנד"ד כ"ע מודים שהמתנות נקנו מה"ד שהרי ע"כ לא נחלקו

בהני לישני דיטול יזכה ויחלוק אם הם לשון הקנאה או לא אלא כשאמר סתם יטול בנכסי או יחלוק בנכסי ואינו מפרש שהמתנה יחול מעכשיו אבל כשמפרש שנותן מעכשיו הכל מודים דקנה תדע שהרי אפי' בלשון אתן דמודו הרמב"ן והטו"ר דק"ד הוא אם אמר מעכשיו קנה וכמ"ש הטור בסי' רמ"ה גם המבי"ט בח"ב סי' כ"ו ורי"ח וכו' וה' משפט צדק ח"ב סי' ל"ו כתבו דבמחלוקת הפוס' אם לשון עתיד הוי קנין דברים במעכשיו קנה לכ"ע ולא הוי ק"ד יעו"ש ע"כ.

וא"כ בנ"ד הרי כתוב מעכשיו שהרי כתוב בשטר בכך הע"ע בקש"מ וכו'. וכתב הרב מוהר"ש אב"ץ ז"ל כתי' וז"ל תיבת מעכשיו שאנו כותבין בתחלת השטר ובסופו דהיינו שבתחילה אנו כותבין הע"ע בקש"מ וכו' ובסוף אנו כותבין ונ"ה בקנין שלם מעכשיו וכו' תועיל גם לאיזה פרטים ואיזה חלוקות שבאמצע השטר שלא נתבאר בהכי תי' מעכשיו דאכולהו פרטים קאי האי מעכשיו שבתחילה ושבסוף וכך היו דנים מוהרמ"ס ומוהר"ר רוי"ה ומוהריב"ע ז"ל.

שו"ת מוהריב"ץ ז"ל. ודלא ממ"ש הרב מוהר"ר ר"ב ז"ל בספרו משם הסמ"ע סי' ר"ז סקל"ח ע"כ: ואהמ"ר אין כוונת ה' מוהר"ר ז"ל כן ודבריו הלא הם כתובים בספרו הנד"מ ח"א סי' א' וז"ל במקום דצריך לכתוב מעכשיו אף שכתב השטר בקש"מ לא מהני.

סמ"ע סי' ר"ז סקל"ח. ע"ש ע"כ.

וזה ימים העירותי על דברי הרב. דהיכן מצא דין זה בסמ"ע שם.

דהתם לא איירי בהכי. שהרי עמ"ש מר"ן שם לגבי אסמכתא אם באתי וכו' קני בית זה מעכשיו וקנו מידו על כך ה"ז קנה.

כ' הסמ"ע וקנו מידו ה"ה שאר קניינים נמי אלא קמ"ל דאפי' קנו מידו דהוא קנין סודר אפ"ה לא אמרינן דמסתמא הוא כמעכשיו דאל"כ איך יקנה אחר דהדר סודרא למריה אלא צ"ל בפ' מעכשיו ועי' פרישה. ע"כ: אתה הראת דהסמ"ע לא איירי בהיכא דכתוב בשטר בקש"מ ולא אתא אלא לאשמועינן דלא אמרינן סתם קנין כמעכשיו.

דמי.

ולכאורה בהשקפה א' היה נראה להגיה בדברי ה' מוהר"ר רב ז"ל ולמחוק אות מ' מתיבת בקש"מ ולהניח תי' בק"ש דר"ל קנין שלים. ובזה אתו שפיר דברי הרב דבהכי איירי הסמ"ע.

ואולם היכא דכתוב בשטר בקש"מ הא ודאי דמהני ולא פליג מוהר"ר רב עלייהו דרבנן ראשונים כמלאכים מוהרמ"ס ומוהר"ר רוי"ה ומוהריב"ע ז"ל. שהיו דנים כן: ואולם בתר ההשקפה פורתא אפשר לי עוד לומר דס"ל למוהר"ר רב דע"כ ל"ק רבנן דקאי האי מעכשיו אכולהו פרטי.

אלא משום דכותבין בסוף ונ"ה בקש"מ עכמדו"ל. דתיבות אלו ה'כל כל'.

פירושם הוא דקאי האי קנין והאי מעכשיו ע"כ פרט ופרט. וכאלו כתב מעכשיו בשטר במקום שכתוב הפרט ההוא.

אבל היכא דאין כתוב רק בקש"מ בין בתחילה בין בסוף ולא כ' ונ"ה בקש"מ עכמדו"ל.
אז אמרינן דלא קאי האי מעכשיו אדבר שהוא עיקר השטר.

ולא על הפרטים הנזכרים בו שאינם מעיקרי השטר. וכה"ג מצינו להרב המב"ט ז"ל
ח"א סי' קכ"ט שכ' וז"ל ונראה לי דהאי דקי"ל כרבי יוסי דזמנו של שטר מוכיח עליו
וא"ץ מעכשיו היינו כשהוזכר הזמן על תנאי זה אבל הכא שעיקר השטר היה על תנאי
השטר לא אמרינן דזמנו של שטר מוכיח עליו דלא נכתב השטר ע"ז.
ע"כ.

ושמע מינה דיש דברים הכתו' בשטר ואפ"ה אינם נקראים מעיקרי השטר. ולא אמרינן
בהי זשש"ט מוכיח עליו.

דלא נכתב אלא בשביל עיקר השטר. ה"ן נימא.

דהאי מעכשיו דכתו' בשטר בתחילה או בסוף. דלא נכתב אלא אדבר שהוא עיקר השטר:
וראה זה מצאתי להרב מוהר"ר יצחק ברכה ז"ל הוב"ד בס' ב"ד של שלמה ס' ב' שהביא
דברי המב"ט הנז' וע"ז הב"ד מוהרש"ך ז"ל בח"ג סי' ז' שכ' וז"ל ועתה אומר אי מהני
המעכשיו הכתו' בסוף השטר איני רואה מקום להסתפק דכיון שכתו' בשטר וקנינא
מעכשיו וכו' ואם באנו לפקפק יען כי בתחילת השטר בא החיוב בלא מעכשיו באופן
שבאו דבריו בל' אסמכתא גם בזה אין לפקפק דמילתא דפשיטא דאע"פ שלא נכתב
למעלה בתחילת החיוב לשון מעכשיו כיון שהזכירו למטה גבי וקנינא סגי לסלק
האסמכתא דהלכה רווחת הכל הולך אחר התחתון אפ"ל בשתי לשונות סותרות כ"ש בנ"ד
שאין כאן סתירה רק שבא לחזק ולקיים כל מה שכתוב למעלה שאין אנו צריכין לומר
תחתון עיקר דכה"ג עליון ותחתון כהדדי נינהו ולא בא התחתון כ"א לפרש מ"ש בעליון
לקיימו ולחזקו וכל מה שאני כותב הוא אפ"ל אם לא היה כתוב בשטר דלמטה רק וקנינא
מעכשיו אפ"ה אין לפקפק כ"ש דבנד"ד בזה השטר שנכתב כתו' למטה ולקיים כל הנז"ל
נטל ראובן קנין גמור מעכשיו וכו' באופן שנכתב מעכשיו אצל קיום החיוב ואין מקום
לחלק בין למטה ולמעלה.

עכ"ל: וע"ז כ' הרב מהר"י ברכה ז"ל הרי שכתב הדבר בפשיטות דמ"ש למטה לקיים
כל הכתוב לעיל חשיב שפיר כמזכיר תחילת החיוב ממש ומהני ביה בסיפא ל' מעכשיו
וגם לענין זמנו ש"ש מהני לדידיה כמ"ש למעלה בפשיטות אלא שעתה בא להשיב
לשואל שנסתפק על מעכשיו הכתוב בסוף וא"כ נימא בפשיטות דע"כ לא קאמר ה'
המב"ט ז"ל אלא כשאין חוזר למטה לקיים את כל הכתוב לעיל אבל בנ"ד יודה למ"ש
ה' מהרש"ך וליכא מאן דפליג בהא וכמ"ש וכל אלו הם דברים פשוטים א"ץ לכותבם.

ומזה יצא ללמוד וז"ל דבנ"ד שבשטר היה חזר כל עניינו של שטר וכו' כדרך שכותבין
בשטרי דידן כ"ז גמרו ונתחיי' השות' הנז' ככל הכתוב לעיל שהדברים חוזרים על תנאי
הזה של חיוב העלילה ועוד כתוב למטה וקנינא וכו' על כל הכתוב לעיל גם נשבעו וכו'
לאשר ולקיים את כל הכתוב ומפורש עליהם לעיל ותכף אומר והי"ז ביום ובחדש ובשנה
דהיינו זמן ש"ש הרי שהזמן סמוך ונראה על כל הכתוב ומפורש עליהם לעיל וזו א'
מהם.

ע"כ: ונמצינו למידין מדברי הרב דהיכא דאין כתב כל כנז"ל. פליגי בה ה' המבי"ט ומהרש"ך ז"ל.

דלהמבי"ט לא קאי הזמן כ"א אעיקר השטר ולא על דבר שאינו מעיקר השטר. וה"ה למעכשיו.

ומהרש"ך ס"ל דקאי אכולהו. ואולם היכא דכתוב בשטר והכל כנז"ל אף המבי"ט מודה. וא"כ אפשר דהרב מוהר"ר רב ז"ל ס"ל כהמבי"ט. וס"ל שכן היא דעת רבותינו הא' זיע"א דלא אמרינן דקאי האי מעכשיו אכולה פרטי אלא משום מאי דכתבינן בסוף השטר ונ"ה בקש"מ עכמדו"ל.

ואלשון זה קא סמכי רבנן דחשיב לשוןזה כאלו נכתב המעכשיו במקומו. אבל כשלא יש בשטר כ"א בקש"מ בין בתחילה בין בסוף לא מהני מידי.

דלא קאי אלא אעיקר השטר. ובכה"ג איירי מוהר"ר ר"ב.

ומשום דאיכא למימר דהגם דהמעכשיו שבתי' בקש"מ אין בה מועיל לדבר שאינו מעיקר השטר ת"ל מטעם הק"ס שיש בתי' בקש"מ דסתם קנין הוי כמעכשיו דאלת"ה לא מקני משום דהדר סודרא למריה. לזאת הביא מהסמ"ע דלא אמרינן כן.

ומעתה א"ץ להגיה בדברי הרב. דלא בא אלא לרמוז על ק"ש שבקש"מ ולא על המם שבה: ומהר"ש לאניידו ז"ל שם בסי' ג' ד' קמ"ז ע"א כ' עליו וז"ל אכתי לא פלטינן מהריעותא של האסמכתא בנ"ד וזמנו ש"ש לא אהני לן כלל כפי מה שלמדנו מדברי ה' המבי"ט כי מי לא ידע בכל אלה שהזמן הולך וחוזר על כל מה שכתוב לעיל וגם על תנאי עלילה אלא דאנא הכי קאמינא שהזמן עיקרו לא נכתב בשביל זה התנאי לפי שאינו מעיקרו של שטר אלא הזמן אעיקרא קאי על עיקרו של שטר ואגב אהדורי קמהדר גם על זה התנאי ובכגון דא לא אמרינן זש"ש מוכיח עליו שהרי לא נכתב הזמן בשביל זה אלא מכללא אתמר בכלל שאר הדברים שהן עיקרו של שטר ואין למידין מן הכללות למה שנכתב באגב והן הנה דברי ה' המבי"ט שכ' אבל הכא שעיקר השטר היה על תנאי השטר לא אמרינן דזמנו ש"ש מוכיח עליו דלא נכתב השטר ע"ז ע"כ הרי שלא כתב שאין הזמן חוזר על זה אלא דלא אמרינן זש"ש מוכיח עליו.

מוכח דכוונתו לומר דאף דאית ביה זמן וחוזר הוא על הכל מ"מ זש"ש מוכיח עליו ליכא למימר על זה כיון דלא נכתב השטר ע"ז ואינו מעיקרו של שטר מסוף דבריו ניכר שראש דבריו אמת הוא שמ"ש שם דהא דקי"ל זש"ש מוכיח עליו היינו כשהוזכר הזמן על תנאי זה ר"ל כשהוזכר עיקר הזמן בשביל זה וזה פשוט לענ"ד והסברא נותנת שכן הדין נותן ומסתיימא מילתא ממ"ש מר"ן הב"י בסי' רנ"ח ע"ד ה' המגיד וז"ל ואין דבריו נוחים לי דהא טעמא דרבי יוסי שאמר זש"ש מוכיח עליו הוי משום דאל"כ זמן שכתב בשטר למה וכו' יעו"ש ע"כ.

וכו'.

וטובא איכא לפלוגי בהא בין מעכשיו דודאי אכולה מילתא מהני לזמנו ש"ש דלא מהני למילתא שאינה מעיקרי השטר וכו' עש"ב: באופן דהמבואר מדבריו הוא דלאו היינו

טעמא דהמבי"ט משום דהזמן אינו חוזר אלא אעיקר השטר ולא אשאר. דהא ודאי דהזמן הכתו' בשטר אכולהו ענייני דשטר קאי.

אלא טעמא דידיה הוא. דעיקר הזמן נכתב על עיקר השטר והשאר אתיא מכללא ואין לומר זש"ש מוכיח והוי כמעכשיו אלא על הדבר העיקרי שנכתב בשבילו ולא על דבר שאינו מעיקר השטר הגם שהזמן חוזר גם עליו אפ"ה לא אמרינן זש"ש מוכיח כיון שלא נכתב בשבילו.

אבל לגבי מעכשיו אין לחלק בין דבר שהוא עיקר השטר לשאינו עיקר. דהא ודאי גם גבי מעכשיו אמרינן דקאי אכולהו וא"כ הרי כתו' בכולהו דדוקא גבי זמן אמרינן דאשאר לא הוי זמן כמעכשיו כיון דעיקרו לא נכתב בשביל זה לא דרשינן ליה כמעכשיו אבל לגבי מעכשיו הא איכא מעכשיו להדיא: ולפ"ז המעכשיו שבתו' בקש"מ מהני לכולהו פרטי בתח' בין בסוף ובחדא מנייהו סגי וכדאשכחן גבי זמן דקי"ל זש"ש מוכיח עליו דהוי כמעכשיו וכ' הסמ"ע סי' רנ"ח סק"א וז"ל ומדסתמו הפוסקים משמע דס"ל דאין חילוק בין נכתב הזמן בתחילת השטר בין בסופו ע"כ.

וכ"כ הכנה"ג משם מהר"מ די בוטון ס' מ': באופן דלדברי הרב מהר"י ברכה ז"ל האי בקש"מ לבד דכתו' בשטר בין בתחילה בין בסוף הוי פלוגתא דרבוותא. לדעת המבי"ט האי מעכשיו אינו חוזר כ"א אעיקר השטר.

ולדעת מהרש"ך קאי אכולהו. ולדברי מהר"ש לאניידו ז"ל לכ"ע אכולהו קאי אפי' על דבר שאינו מעיקר השטר ובין למ'ר ובין למ'ר האי מעכשיו קאי אעיקר השטר לכ"ע. ול"פ אלא בדבר שאינו מעיקר השטר. וא"כ במאי דאנן קיימין.

הגם שלא נכתב בשטר ונ"ה בקש"מ עכמדו"ל. וליכא בשטר אלא הע"ע בקש"מ לחוד אחר שכל מגמת פניהם בשט"ז הוא שיהיה הקרן קיים בדור שלישי.

א"כ המתנה שנתנו לדור שלישי הוא עיקרו של שטר. וא"כ האי מעכשיו קאי אמ"ש בשטר ואז יזכה וכו' וכאלו אמר ואז מעכשיו יזכה וכו': מעתה נחזור לדברי הסמ"ע שרמז לו מוהר"ר ר"ב ז"ל שלא החליט דין זה לכל מקום כדמשמע מסתמיות לשונו דמוהר"ר ר"ב ז"ל.

שהרי בסמ"ע ציין להפרישה. ושם נאמר דהיינו היכא דאומר בלשון דאי והוא דעת הר"ן כמ"ש בב"י ובדרישה ע"ש.

ועי' בב"י סי' קצ"ה מחויב פלוגתא דרבוותא דפליגי אמרינן סתם קנין כמעכשיו. ובמח"ו כ"ג הביא דברי מהר"ר איסרלן דהיכא דמקני סתמא ולא פירש לאחר זמן דהוי ממילה מעכשיו דמסתמא לא הקנה מילי דכדי. ע"ש.

ומור"ם במפה שם פסק דברי מהרא"י להלכה וז"ל ובסתם אמרינן דהוי מעכשיו באו"ה דודאי בכדי לא הוי עביד. ע"כ.

ואין לתמוה דכאן פסק הרב דסתם קנין כמעכשיו. ולקמן בס' רמ"ה גבי אתננו כ' וז"ל ואפי' קנו מידו דהוי קנין דברים.

ע"כ ואמאי והלא לדידיה ס"ל דסתם קנין הוי כמעכשיו. ובס"ד מבואר דמעכשיו מהני בלשון אתננו.

דדוקא באומר לשון שאין משמעותו להבא בזה הוא דס"ל דאף דלא פירש שהוא מקנה לו מעכשיו אין צריך דסתם קנין הוי כמעכשיו אבל באומר לשון דמשמעותו להבא כגון אתננו וכיוצא דהוי ק"ד לא אמרינן בזה דסתם קנין הוי כמעכשיו אלא עד שיפרש מעכשיו להדיא: וכן מצאתי לרבינו הכנה"ג סי' ר"ג הגה"ט אות י"ג שהביא ההיא דמהרא"י ז"ל וכו' וז"ל וכתבתי בתשו' שלא אמר הרב ז"ל כך אלא דוקא בנדון שלו שאין בלשון הקנין לשון גרוע אלא שחסר משם הפירוש ולכן כדי שלא נאמר דהקנה מילי דכדי אמרינן סתמו כפירושו וכאלו אמר מעכשיו ולשון הקנין אינו זו ממקומו אלא שצריך להוסיף עליו אבל היכא שהלשון בעצמו גרוע ולא חל הקנין מפני דהוי ק"ד אין לנו לומר שכוונתו כך כדי שלא יהיה מילי דכדי.

ע"כ: ואולם מצאתי לרבינו הב"י באה"ע סי' נ"ב שכ' וז"ל כ' הר"ש בן הרשב"ץ בתשו' מי שנדר לתת לבת אחותו בשעת נישואין בראש כל הקהל מתנה מרובה לכאורה נדר כזה אינו כלום שאומר אתן אינו כלום אפי' קנו מידו לפי שהוא ק"ד ולא תועיל המתנה אלא במעכשיו או במתנת ש"מ וכו'.

וע"ז כ' מר"ן הב"י יש לתמוה דכיון דקי"ל דכל קנין כמעכשיו הוא כשקנו מידו לתת מתנה אמאי לא קנה כמו כשאומר מעכשיו. ע"כ מבואר מדברי מר"ן הב"י דגם גבי ק"ד אמרינן סתם קנין כמעכשיו: ולעומת זה מצאתי להרב המגיד בפ"ח מהל' זכייה ומתנה הלכה ו' דקמתמה לאידך גיסא דהתם הביא הרב את דברי הרשב"א ז"ל שכ' דאם קנו מידו באתן מהני.

וכ' על דבריו וצ"ע באתן לך היאך יקנה שהרי נתבאר בפ"ד דהכותב בשטר אתננו לא קנה כדאיתא בגיטין ואפשר לדעתם דטפי עדיף קנין משטר. ע"כ: עין רואה בדבריהם דרבנן ה' המגיד ומר"ן שהם מן הקצה אל הקצה.
דמר"ן קמתמה אמ"ד לא קנה. והה"מ אמ"ד קנה.

ועוד בה.

דלא בא לכלל ישוב מטעמיה דמר"ן משום דסתם קנין הוי כמעכשיו אלא מטעמא אחריןא דקנין עדיף. ונראה דהט' דהה"מ כמ"ש הרשב"א בתשו' שהביא מר"ן הב"י בחו"מ סי' קצ"ה מחו' כתב וז"ל על מי שיצא עליו שטר שכתו' בו אתן לך כו"כ וכל אתן ואעשה אינו כלום.

והשיב דכל שקנו מידו אע"פ שלא אמר בלשון חיוב חייב דקנין מילתא אלימתא היא ומתקן הענין וכאלו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן וכדאסיקנא בריש הכותב דמגופה של קרקע קנו מידו וכו' ע"ש: הרי דלא אתי עלה הרשב"א מטעמא דסתם קנין הוי כמעכשיו. אלא מטעמא דקנין מתקן הענין וכאלו מחייב עצמו.

אלא שהה"מ הקשה שהרי בקנין שטר לא אמרינן כן. ומתוך דקנין עדיף.

אלא דצריכים אנו לדעת אמאי הרשב"א גופיה לא בא בנותן טעם משום דסתם קנין כמעכשיו. ולמ"ש לחלק לדעת מור"ם אתי שפיר.

דלא אמרינן גבי ק"ד סתם קנין כמעכשיו אי נמי אפשר לומר דס"ל להרשב"א דיש קנין בלא מעכשיו וכמ"ש הה"מ בפ"א מהלכות מכירה ה"ל י"ג וי"ח שכן היא דעת הרמב"ם ועיין בכ"מ. ובב"י סי' ר"ז באופן דדעת מר"ן בב"י אה"ע דמהני קנין בלשון אתן.

מטעם דסתם קנין כמעכשיו ולא ס"ל לחלק כמו שחילקנו לדעת מור"ם. וא"כ אפשר לומר דמ"ש מר"ן בחומ"ש סי' רמ"ה ס"ב וז"ל שאם קנו מידו מהני לשון אתן ע"כ.

להלכה כ' כן. ואע"ג דכ' וי"א בואו דמשמע דפליגי אדעה קמייתא וכדמשמע מהגהת מור"ם שהגיה בדיעא קמייתא שסתם מר"ן וז"ל ואפי' קנו מידו דהוי ק"ד.

טור בשם הרמ"א ע"כ. אפ"ה כיון דמר"ן השמיטה ובב"י אה"ע מבואר שכן דעתו.

אמרינן דדעת מר"ן היא לפסוק כוהי"א שס"ב. וכה"ג אשכחנא להש"ך סי' מ"ב סק"ב שכ"כ אדברי מור"ם שכותב וי"א בואו ולא פליגא.

ומור"ם שהגיה כן הוא לפי דלפום ריהטא כן הוא ממשמעות לשון וי"א בואו. דאלת"ה קשיין דברי מר"ן אהדדי דאנן קי"ל סתם ויש.

הלכה כסתם. ושם בא"ה כ' להפך: ואפשר לומר דחזר בו מר"ן.

שהרי אדברי הרמ"א שהביא הטור חו"מ סי' רמ"ה כ' הב"י כ"כ הרשב"ץ שכ"כ הרמב"ן בשם תשו' הרי"ף וכן נראה דעת הרא"ש ע"כ. ולא השיג ע"ז כאשר השיג בב"י אה"ע.

והש"ך סי' רמ"ה סק"ב כ' דמר"ן בב"י אה"ע נעלם ממנו דין זה דהרמ"א ובחנם השיג אהרשב"ץ וציי"ן להב"י דסי' רמ"ה ונראה דכוונתו לומר דכאן עינא דשפיר חזי לדין זה ולכך לא השיג כלום. ולפ"ז חזרה הוי.

וא"כ לא בריר לן מה היא דעת מר"ן. ועי' מ"ש המט"ש סי' רמ"ה הגב"י אות ז' שהביא להקת פוסקים אחרונים ואסופא דמילתא כ' ומדברי הפוס' הללו רובא ס"ל דמילתא כדנא מידי פלוגתא לא נפקא ע"כ.

וא"כ יכול הנותן לו' קי"ל דהוי ק"ד ולא מהני קנין. ונראה דלדין לא צריכנא דקי"ל.

דאנן אזילנא בתריה דמור"ם היכא דלא פליג על מר"ן להדיא. והרי מור"ם פסק דלא מהני קנין בלשון אתן: וחזיתיה למהרא"ש ז"ל סי' קל"ג שכ' וז"ל אבל עדיין נשאר מקום למגמגם לגמגם ולומר שהיאך יועיל לשון מעכשיו לעקור משמעות אתננו שהוא לשון להבא ולהפיס דעתו נראה לי לדבר על לבו עוד במ"ש רש"י ז"ל בפ' השולח שהוא עיקר דין זה דתניא התם ת"ר האומר נתתי שדה פ' לפ' וכו' אתננה לפ' ר' מאיר אומר קנה וחכמים אומרים לא קנה ופי' רש"י ז"ל ר' מאיר סובר דבאומר אתננו משמע בשטר זה שאני מוסר לו עכשיו וחכמים אומרים לא קנה שאין זה אלא שמבטיח שיתננה לו לאח"ז ובשטר אחר ועדיין לא עשה עכ"ל א"כ מעתה נאמר דכיון שאפי' בלשון אתננו ס"ל לרבי מאיר שהוא בשט"ז שהוא מוסר לו עכשיו א"ך הרי לנו שלשון אתננו אינו

מוכרח שהוא להבא דוקא אלא אדרבא חזינן שהוא בהווה לדעת ר' מאיר כמו אם אמר הריני נותן לך וכו' וא"כ מינה לדעת רבנן נימא שאינו אלא לשון מסופק ולהכי התם לא קנה כיון דאיכא ספק בכוונתו אבל כשהוא אומר מעכשיו הרי גילה שדעתו הוא מעכשיו ולהכי מהני בלשון הוא אבל כשלא אמר מעכשיו לא מהני כן נ"ל לישיב דבריו הטור ז"ל.

ע"כ.

והסכים לדעתו הרב שיו"ט ז"ל סי' ט"ל עי"ש. ובסוף תשובתו כ' איך שיהיה למאן דאתן עלה איכא למימר כס' הרב מהרא"ש דאפי' לרבנן לשון אתן דלא קנה מטעם ספיקא הוא דיד בעל השטר על התחתונה.

ע"כ: וקשיא לי דהא בכה"ג שנתבטל השטר לגמרי לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה וכמ"ש בסי' מ"ב ס"ט וז"ל לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה אלא בכל כי הני גוונים דלעיל שאין השטר בטל לגמרי אבל בדבר שהשטר בטל בו לא וכו': ולמ"ש מור"ם וי"א היינו דוקא בדבר דליכא למיתלי בטעות אבל בדבר שאפשר שטעה בו הנותן כגון דאמר לשון דלא מהני במתנה ודאי נתבטל השטר ע"כ אתי שפיר.

דהכא נמי אמרינן דדילמא כוונתו באתננו להבא וטעה וסבור דמהני. ועי' בש"ך שם סק"ך שכ' גם הדעה הא' מודה בזה ומ"ש הר' בלשון וי"א וכו' היינו משום דבדיעה הא' לא הוזכר חילוק זה בפירוש וכן דרכו בכמה מקומות.

ע"כ.

ולפ"ז אנו למידין דתלינן בטעות אפי' היכא דליכא מ"ד דמהני כה"ג דאתננו דאמרינן אף הוא היה מתכוון דמהני הגם דליכא מ"ד דמהני לשון להבא. ונראה שכן הוא דעת הסמ"ע שכ' שם סקכ"ו וז"ל שאפשר שטעה בו הנותן וכו' נראה דמיירי בלשונות שמקנה לו בו המתנות כגון שדה זו אתננו לו וכמ"ש בריש ס' רמ"ה ומשום דכה"ג לא שייך למימר אין כוונת אדם על דבר שעל ידו יתבטל השטר דאמרינן הוא לא נתכוון לבטלו אלא שטעה וסבר דלשון זה יועיל ובאמת אינו מועיל ע"כ.

וכוונתו היא כמ"ש דאיירי בשטר שכתוב בו שדה זו אתננו לו ולשון זה ספיקא הוי כדעת מהרא"ש ז"ל ואמרינן שטעה סבר דלשון זה יועיל אף כשהוא מתכוון להבא ובאמת אינו מועיל. זהו כוונת דבריו.

כאשר להרב שיו"ט ז"ל סי' הנז' שאחר שהביא דברי מהרא"ש ז"ל כ' וכן מדברי הסמ"ע בחו"מ סי' מ"ב סקכ"ו דטעמא דאתננו הוא משום דיד בעל השטר על התחתונה יעו"ש ע"כ: והש"ך סקכ"ב לא אסיק אדעתיה דברי מהרא"ש ז"ל דס"ל דאתננו הוי ספיקא. ולכך נקט בדבריו כאשר יהיה האופן שאין כתוב בשטר אתננו להדיא.

רק אפשר לפרשו בלשון אתננו ואפשר לפרשו בלשון אחר. והשיג על הסמ"ע דבלישנא דאתננו דליכא מ"ד דמהני אין לומר שהנותן טעה.

עוד הקשה עליו וכ' ולא ידענא מאי נראה דקאמר ולמה המציא ענין אחר הו"ל לאתווי אני מניח וכו' דמהרי"ק ע"ש: ולמאי דכתבין לק"מ. דדעת הסמ"ע כמהרא"ש דאתננו גופיה ספיקא הוי.

וזהו שכ' הסמ"ע נראה דמיירי וכו' שדה זו אתננו וכו' דהיינו שכן כתב להדיא ולא כדמשמע מהש"ך דכוונת הסמ"ע היא שנוכל לפרש בו כן. ויען דלפ"ז נמצא מקור דין זה דמור"ם נובע ממקור מים חיים מההיא ברייתא דשטר שכתוב בו אתננו דלדעת חכמים לא קנה משום דלשון אתננו ספיקא הוי ואמרינן יד בעל השטר על התחתונה הגם דבטל השטר לגמרי.

והט' משום דתלינן בטעות. אמטו להכי לא אייתי בידיה הסמ"ע הך דאני מניח דמהרי"ק והמציא ההיא דאתננו להוסיף תת כח לסי' זו ולומר דשורשה דהאי מילתא תלמוד ערוך הוא.

ולפי שלא נמצא כתו' כן להדיא לרבנים הראשונים שקדמוהו וכל הפוס' סתמו את דבריהם ולא כתבו דאתננו ספיקא הוי. לזה כ' הסמ"ע נראה ומימלא אתה למד דאף היכא דליכא מ"ד דמהני אפ"ה קא אמרינן דילמא הנותן טעה שהרי באתננו קא אמרי חכמים דלא קנה.

והט' משום דאמרינן דדילמא מתכוון להבא וטעה וסבר דמהני הגם דליכא מ"ד דמהני. דאפי' לר"מ דס"ל דקנה היינו משום דפשיטא ליה שהוא לשון הווה.

ולמאי דאמרינן דאתננו ספיקא הוי. א"כ ה"ה הני לישני דאינם מועילים בבריא כגון יטול יזכה.

למ"ד דקי"ל כוותיה. משום דס"ל דמשמעותם להבא והווי כמו אתן.

דלדידיה שוין. וכולהו איתן מושבם.

מידי ספיקא לא נפקי. וטעמא דאינם מועילים הוא משום דיד בעל השטר על התחתונה א"כ בשטרי דידן דכתבין דלא כאס' וטו"ד.

אמרינן דידו עה"ע וכדפ' מר"ן סי' מ"ב ס"י וז"ל הרבה מהפרשי' כתבו שעכשיו שנהגו לכתו' דלא כאס' ודלא כטו"ד אמרי' בכל לשון מסופק יד בעה"ש עה"ע. ע"כ: ואמנם הא ודאי ההיא דמהרא"ש ז"ל לאו אליבא דכ"ע היא.

שהרי כ' הרב"ח ז"ל סי' מ"ב וז"ל ומהרי"ק בשורש צ"ד חלק ואמר דדוקא כשהספק נופל בכוונת הנותן וכו' וע"ש ולא משמע הכי בדברי הה"מ פכ"ג ממלוה וג' פ' גפ' גבי שטר שזמנו שבת ע"ש וכו'. ע"כ.

ואי ס"ל כמהרא"ש איך יחלוקו על ההיא דמהרי"ק. והלא תלמוד ערוך הוא.

אלא ודאי ס"ל להה"מ והני' לדעת הב"ח דלשון אתננו לא הוי ספיקא. וכדמוכח ג"כ מדברי הש"ך הנז'.

ולדעת הב"ח אפשר לומר דכוונת מור"ם במ"ש וי"א בוא'ו הוא לחלוק. וא"כ יוכל הנותן לומר קי"ל כמ"ד דאתננו משמעותה בפשוט הוא להבא ולא טעמא הוא משום דספיקא

הוי ויד בעהשה"ת כי היכי דלועיל האי לישנא דלא כאס' וכו': קנצי למילין מהני מילי מעלייתא דכתבינן.

כי ההיא ריעותא קמייתא דלשון יזכה דהוי ק"ד. לא הורע כחה רק מצד מה שכתוב בשטר תיבת מעכשיו.

אבל לא הורע כחה מטעם דסתם קנין הוי כמעכשיו וגם לא מצד מ"ש בשטר דלא כאס' וכו'. וכמבואר הכל לעיל: עוד איכא טעמא אחרינא לאלומי כח מתנה זו ולאורועי כח ריעותא זו דק"ד.

ממ"ש בשטר וחי"ע חו"ג וקבלו וכו'. ובלשון חיוב הוי אתן ק"ד.

כדמשמע מדברי הרשב"א שהביא הב"י סי' קצ"ה מחו' כ' שכ' דכל שקנו מידו אע"פ שלא אמר בל' חיוב דקנין מילתא אלימתא היא ומתקן הענין וכאלו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן. ובסו"ד כ' שהקנין מחזק הענין כאלו מחייב עצמו ליתן ע"ש.

אלמא פשיטא ליה דחיוב ודאי מהני באתן ולא אתא אלא לאשמועי' דגם ק"ס הוי כחיוב. וכן מוכח ג"כ ממ"ש הב"י שם מחו' יב' שכ' וז"ל יש מהגאונים שאמרו דכל לשון עתיד שאעשה כך או שאתן כך הוי ק"ד ויש מי שאומר דכל האומר אתן כו"ך לאו ק"ד הוא אלא הרי הוא כאלו קנו מידו בחיוב אותו סך ע"כ.

משמע דבלשון חיוב ודאי דמהני. וכ"כ הסמ"ע סי' ס' ס"ק י"ח וז"ל ואפי' לדעת האומרים דאם קנו מידו ליתן או אתן לא קנה דהו"ל ק"ד וכמ"ש מור"ם בשמו לקמן סי' רמ"ה ס"א מ"מ בזה שחייב נפשו ליתן לזה הכל מודים דקנה וכ"מ מהגהת מורם שכ' בסמוך על שטר שכתוב בו מחמת שנתתי וכו' וז"ל אבל לא שעבד עצמו להתחייב עכ"ל דמשמע הא שעבד עצמו להתחייב הא חייב אפי' בלשון נתתי אף שלמ"ד זה נתתי הוי כמו אתן וק"ל.

ע"כ.

והעתיק דבריו הש"ך סקכ"ד ולא חלק עליו: ואחר נשיקת הרצפה נוראות נפלאתי מה דמות יערוך ה' הסמ"ע ז"ל נתתי לאתן. והלא בפ"י השולח ד' מ' אמרינן ת"ר האומר נתתי שדה פ' לפ'.

נתתיה לפ'. הרי היא שלו.

אתננה לפ' ר"מ אמר קנה וחכ"א לא קנה. והביאו הב"י ריש סי' רמ"ה.

הרי דלא פליגי ר"מ וחכמים אלא באתננה. אבל בנתתי מודים חכמים לר"מ דלא הוי ק"ד.

אלא שדברו חכמים בהווה. ובבא להקנות השדה בלשונות הללו עסקינן.

ולא בדרך הודאה. ולכך אמרו בגמ' האי האומר דקתני כותב הוא.

וכדפי' הר"ן הביאו הב"י שם אלא דפליגי שם הרמ"א והרשב"א ז"ל. דהרשב"א ס"ל דע"כ לק' רבנן דאתננה הוי להבא אלא בקנין שטר.

אבל בק"ס דעדיף טפי ומתקן הענין מודו דמהני וכמש"ל משם הה"מ והרשב"א. וההמ"ה ס"ל דק"ס לא עדיף מקנין שטר.

וכמו דבקנין שטר לדעת חכמים לא מהני דלהבא הוי. הן בק"ס.

והן הן דעת האומרים שהביא הסמ"ע. אבל בנתתי אף בקנין שטר.

כשהוא בא להקנות הוא לשון הווה. ובסי' ס' לא איירי מר"ן הש"ע בהאי ריעותא דק"ד כלל ולא הוזכר בדברי מר"ן שם כ"א מה שטען שמעון שלא היו בידו הק' זהובים ואין אדם מקנה דבר שלב"ל.

ומר"ן הוסיף עוד לומר שאם הזהובים הם מטבע שנושאים ונותנים בהם אין מטבע נקנה בחליפין. וע"ז הגיה מור"ם אבל לא שעבד עצמו להתחייב.

אבל האי ריעותא דק"ד לא נזכרה שם כלל אפי' ברמז דלא שייכא שם כלל. דלכ"ע נתתי הוי הווה ואפי' בקנין שטר.

וכעת צ"ע: איך שיהיה מדברי הסמ"ע מבואר דבלשון חיוב לא הוי אתן ק"ד: גם הרב מהר"י אירגאס ז"ל סי' כ"ט כ' וז"ל עוד מטעם אחר אין בזה ק"ד והוא משום דשעבד גופו ונכסיו והקנין על שעבוד גופו חל מיד ולא ק"ד הוא וכמ"ש מהרא"ש בסי' קלג' ובעל לחם רב בסי' קמ"ז ק"ץ ור"ח ורי"ח ע"כ.

וכ"כ הכנה"ג חו"מ סי' ר"ג הגה"ט אות ל"ג משם סיעת האח'. והגם דבסו"ד כ' וז"ל אבל מהרש"ך ח"א סי' ק"א נראה כחולק בזה ובביאור הוכיח הרב ז"ל בח"ג סי' ע"ד מתשובת הרשב"א שהביא רבינו ב"י סי' ר"ו שאפי' נשתעבד ונתחייב למכור וקנו מידו לא מהני דהוי קד' ועי' במהר"ש הלוי ח"מ סי' ד' ע"כ: הרי הכנה"ג אה"ע סי' נ"א כ' דמהר"ש הנ"ז רצה להכריח מתשו' רשב"ץ דהאומר אני מתחייב שאתן לפ' כו"ך לא מהני.

והכנה"ג שם דחה דבריו. ועי' מהרא"ש סי' קל"ג שהכריח מתשו' הרשב"א שהביא הב"י סי' ס' דמתחייב עצמו בקנין לא הוי ק"ד.

וכ' שכן היא דעת הרמ"א שהביא הטור סי' קנ"ז ושכך היא דעת שאר כל הפוס' כולם כמעט אין בהם שום א' שיסבור שהקנין על השעבוד לא יועיל כמו אם קנו מידו מגופה של קרקע וכן ג"כ כמתחייב למכור או מתחייב ליתן. ופירש גם ההיא תשו' דהרשב"א שהביא הב"י בסי' ר"ו הנז' עד"ז.

וכ' שהדבר מוכרח כן מדברי הרשב"א עצמו בתשו' הנז' ע"ש: באופן דכיון דדעת מהר"מ מטראני ומהרא"ש והראד"ב והסמ"ע ומהרע"י בתשו' כת"י ומהרש"ח כולו רבוותא ס"ל דבלשון חיוב לא הוי ק"ד כמ"ש משמם הכנה"ג סי' כ"ג אות ל"ג וכן דעת הש"ך ומהר"י אירגאס כמש"ל וכ"כ המט"ש סי' רמ"ה הגה"ט אות י"ט ז"ל בלשון חיוב שמתחייב לתת ודאי דמהני עדות ביעקב סי' ק"ן ד' ר"ס ע"ב הרב אנג'יל סי' מ"ה אדרת אליהו סי' י"ט קרית מלך רב סי' ג' ד'.

הא ודאי דהכי נקיטינן. ואין המוחזק יכול לומר קי"ל כמהרש"ך ומהר"ש הלוי.

דלק' כן מהרש"ך אלא משום שהוכיח כן מתשו' הרשב"א שהביא הב"י בסי' ר"ו. וכבר מהרא"ש הוכיח שאין כן דעת הרשב"א מתשו' אחרות ידיה ושהדבר מוכרח ג"כ גם מההיא תשו' גופה וגם מהר"ש הלוי שרצה להוכיח מתשו' רשב"ץ פליג עליה רבינו הכנה"ג וכ' עליו וליתא ע"ש.

וכ"כ ה' אורח משפט סי' כ"ה אות נ"ז וז"ל היכא שפוסק א' הבין ס' אחת כדעת פוסק אחר ומכח זה דן את הדין ובא רעהו וחקר וראה והכריח בראיות ברורות שמה שהבין אותו פוסק האחרון בדעת הפוסק הא' אינו אמת אין לצרפו אפי' לפוסק הב' לומר קי"ל כ"כ הכנה"ג סי' ע"א הגב"י אות ג"ל ע"ש: ומהאי טעמא.

אין לערער ג"כ אהאי שטרא מהריעותא הב' דקי"ל אין מטבע נקנה בחליפין כמ"ש סי' ר"ג. דהיינו דוקא כשאין כאן לשון חיוב.

אבל אם יש לשון חיוב מהני: והגם דמצינו להכנה"ג בתשו' סי' קס"ד שכ' וז"ל ואפי' תימא דאף בזה נתחייב בלשון חיוב. הא דמטבע נקנה בלשון חיוב במחלוקת היא שנויה ומחלוקתם תלוי בהיא דר"פ הנושא חייב אני לך מנה בשטר הביאה הרב בעה"ט בחו"מ סי' מ' ומהר"מ איסרלס ז"ל בסי' צ"ב הסכים דלכ"ע מהני וכן מוכיחין דברי הסמ"ע בסי' י"ב אות י"ט וכ"כ מהרש"ח ז"ל בתשו' סי' ס"ו ומהרש"ש בתשו' הובאה בס' משפט צדק ח"א סי' ב' אבל בסי' הנז' ד' נ' ע"ב מחב' ובסי' יו"ד ויז' כ' דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא המע"ה ועי"ש בסי' ל' ול"ו ובס"א סי' אב"ג ובמהרשד"ם חז"מ סי' כ"ט ושל"ג ע"כ.

וכ"כ בתשו' סי' קס"ה וכ"כ בכנה"ג סי' ר"ג הגה"ט אות מ"ד: מ"מ הרי מצינו לרבינו ב"י בסי' ס' סט"ו דס"ל דבלשון חיוב נקנין שכ' שם וזל"ה שהרי"ף מודה בהיא דהרא"ש שאדם יכול להתחייב בדבר שאינו חייב אע"פ שאין לו נכסים לפי שגופו ועצמו הוא מחייב ומש"ע וכו' וכן מצאתי להרא"ש שכ' בתשו' סוף כלל ל"ו צריך לדקדק בלשון שרגילין לכתוב אם כותבין אני נותן לפ' כו"כ מעות אגב קרקע קונה ואם בקנין חליפין בלא אגב אין מטבע נקנה בחליפין ואם כותבין חייב אני מנה לך בשטר חייב כדאיתא בר"פ הנושא וכו' ע"כ הרי שחלק בין מחייב לנותן.

עכ"ל הרב"י: ומלשון זה משמע ומוכח דהכי ס"ל. וכמו שיתב' להלן.

וכן היא דעת מור"ם. שעמ"ש מר"ן שם בסי' ו' ראובן שהוציא שטר וכו' שנתתי לו ק' זהובים ושעבדתי וכו' אם הזהובים שבשטר הוא מטבע שנושאים ונותנים בו אין מטבע נקנה בחליפין ואם אין וכו' נקנים בחליפין אלא שצריך שיהיו ברשותו.

ועמ"ש מר"ן ושעבדתי וכו'. הגיה מור"ם משם הב"י וז"ל אבל לא שעבד עצמו להתחייב ע"כ.

דמשמע הא ש"ע עצמו להתחייב אף שאין מטבע נקנין וא"ץ שיהיו ברשותו. וכדמשמע ליה להסמ"ע סקי"ח מדברי מור"ם הללו הב"ד לעיל.

ומאחר דמר"ן בב"י ומור"ם במפה הכי ס"ל הכי נקטינן. דאנן בתריה דמרן בב"י.

או בש"ע אזלינן. שכ"כ בפסקי הראשו' זלה"ה שהרב הרשב"א ז"ל שאל להרב מוהריב"ע זלה"ה ע"ז והשיבו לכו אל יוסף אף בהכרעתו בב"י לבד.

והוב"ד אלו בדינים נפרדים שב"ס וי"ץ חח"מ אות כ'. ואזלינן ג"כ בתריה דמור"ם היכא דלא פליג אמר"ן כמפורש בפסקי הראשו' זיע"א ובחד מנייהו מלכי סגי.

והכא הא איכא דעת שניהם וגם דעת רובא דרבוותא: וחזיתיה להגאון החק"ל ז"ל חו"מ ח"א סי' לב' דכ' דבחיוב וקנין מהני כמ"ש הב"י בשם תשו' הרא"ש בסי' ס' וכן נקיט בפשוט מור"ם בתשו' סי' צ"ב ומר"ן ב"י בתשו' בדיני נישואין ובתשו' מהר"ש חיון סי' ט"ו ומהר"ש הובא בתשו' משפט צדק ח"א סי' ב' ומהרשד"ם כ' דאין המתחייב יוכל לו' קי"ל.

וכ' עוד החק"ל וכת' הרי לרש"י וריא"ז ור"ח שהביא הטור בסי' מ' שפירשו דהא דחייב אני לך מנה בשטר שחייב הוא מטעם הודאה מינה דבבא להתחייב מעכשיו אינו מועיל. גם זה אינו שכבר הכריע ה' משפט צדק דבחיוב וקנין כנ"ד כ"ע מודו.

עוד כ' באמצע הסימן וז"ל אב"ל אבל כעין נ"ד דבחיוב גרידא הא איכא ס' רש"י וריא"ז ור"ח דס"ל דאינו מועיל כ"א בהודאה והרי המתחייב מצי אמר קי"ל כרש"י וריא"ז ור"ח. אך בחיו' וקנין כ"ע מודו דמהני ע"כ.

מבואר מדבריו שרש"י וריא"ז ור"ח שפירשו ההיא דפ' הנושא דחייב אני לך מנה בשטר דבהודאה איירי ולאבבא להתחייב ומינה דס"ל דחיוב לא מהני במטבע. ה"ד בחיוב גרידא בלא קנין.

אך בחיוב וקנין כ"ע מודו דמהני. ואולם מדברי רבינו הכנה"ג בתשו' סי' קס"ד שהבאנו למעלה מבואר דלא כהרב.

שהרי כתב שם בדף קצ"ז ע"א וזל"ה וכת' תינח שטרות אבל מעות במה קנאם בקנין לא קנאם דאין מטבע נקנה בחליפין ואי משום לשון חיוב הא דמטבע נקנה בלשון חיוב במחלוקת היא שנויה מחלוקתם תלוי בהיא דר"פ הנושא חייב אני לך מנה בשטר הביאה הבעה"ט ז"ל חו"מ סי' מ' וכו' ע"ש.

הרי דהרב איירי בחיוב וקנין ואפ"ה כ' דמדי פלוגתא לא נפקא דלהנהו רבוותא דמפרשי ההיא דפ' הנושא מטעם הודאה ולא בבא להתחייב וס"ל דאין חיוב מועיל במטבע היינו אפילו בחיוב וקנין דבהכי איירי הרב. וכתב עלה דלא נפקא מידי פלוגתא: ומצאתי לה' אורח משפט סי' ס' הגב"י אות ט' שכ' וז"ל חיוב בקנין אי מהני לקנות מטבע מדי פלוגתא לא נפיק ומצי המוחזק לומר קי"ל מורי הגאון מ"א בחק"ל מ"ב חו"מ סי' ג' סי"א ע"כ.

ודברי הרב הללו הם כמ"ש הכנה"ג. אכן הם הפך דברי הרב גופיה שהבאנו למעלה.

ואנן אין בידינו חלק החק"ל ההוא שהביא ה' אורח משפט. כדי לראות הדברים בשרשן: וכ"ז הוא באתרא דתפסי דגל הקי"ל.

ולא סמכי אתכא דמר"ן. אבל אנן בתריה דמר"ן גרירנא.

וכבר כתבנו דדעת מר"ן בב"י היא דחיוב מהני במטבע: ואולם זאת מצאתי לרב אחרון פני יצחק. ח"מ סי' י"ט שחקר לדעת מה היא דעת מר"ן אי ס"ל דמהני לשון חיוב במטבע א"ל.

ומתחילה הביא מכמה מקומות ואתיא מכללא דסי' ס' ס"ו ומ"ש מר"ן בב"י שם דמודה הרי"ף בלשון חיוב שהבאנו למעלה. דדעת מר"ן היא שחיוב מהני במטבע ושוב כ' דאין מכל זה ראייה חותכת.

דמנה דקאמר מר"ן שוה מנה קאמר וכמ"ש איהו גופיה בב"י סי' רנ"ג בההיא דאם תלד אשתי וכו' באופן דאכתי אין בידינו אות ומופת חותך לומר ולהכריח בדעת מר"ן דס"ל דמהני חיוב למטבע וכו' עוד דבתשו' החק"ל חו"מ ח"ג סי' ג' וד' מבואר דאפליגו בדעת מר"ן תרי אשלי רברבי גדול הדור שלפנינו הגאון ה' החק"ל והגאון ה' מהר"מ סוזין.

דהרב מהרמ"ש ס"ל דלא מהני ל' חיוב במטבע כלל וכ"מ שתמצא בדברי מר"ן לשון חיוב מנה צ"ל דשוה מנה קאמר. והרב החק"ל דחה דבריו וס"ל דדעת מר"ן דמהני והכריע כן מכמה מקומות.

וזה הלכה העלה הרב פני יצחק. דיכול המתחייב לומר קי"ל כרבוותא דסברי דלא מהני לשון חיוב למטבע כלל וקי"ל כהרב מהרמ"ס ז"ל דס"ל הכי גם בדעת מר"ן עי"ש.

וכבר כתבנו דאנו אין בידינו החלק ההוא של הרב החק"ל שכתוב בו פלוגתא דרבנן הנז'. ומ"מ האמת יורה דרכו דדעת מר"ן היא דמהני חיוב.

וילפינן לה מההיא דסי' ס' שהבאנו למעלה. דהתם פליג הב"י ארבינו הטור וס"ל דהרי"ף לא איירי בלשון חיוב.

וע"ז כ' וכן מצאתי להרא"ש וכו' ואם בקנין חליפין בלא אגב אין מטבע נקנה בחליפין ואם כותבין חייב אני לך מנה בשטר חייב כדאיתא בר"פ הנושא ע"כ. הרי שחילק בין מחייב לנותן.

ע"כ דברי מר"ן הב"י. ומדכתב מר"ן אדברי הרא"ש הרי שחילק בין מחייב לנותן. אלמא ס"ל דהר"אש לאו בשוה מנה איירי אלא במטבע ממש ויש חילוק בין חיוב לנותן. וכן הוא האמת בפשט לשון הרא"ש ז"ל.

דעמ"ש בתחילה אין מטבע נקנה בחליפין ולא איירי בשוה מנה אלא במטבע ממש. ע"ז כ' ואם כותבין חייב אני וכו' אלמא ס"ל דבמטבע מהני לשון חיוב.

וכבר כ' הכנה"ג בתשו' ח"ב סי' מ"ו ובסי' פ"א דכשמביא בב"י איזה סברא ולא ערער עליה ולא כ' עליה חולקים כן הוא דעתו. ובפרט הכא דעל מה שחילק בדעת הרי"ף בין לשון חיוב.

ע"ז מביא מהרא"ש שחילק כן. ונמצא לפ"ז שכן היא דעת שני עמודי הוראה לדעת מר"ן וכבר ידוע דאתכא דידהו קא סמיך.

וכן מוכח מדברי מור"ם שם בסי' ו' שכ' מר"ן אם הזהובים שבשטר מטבע וכו' אין מטבע נקנה בחליפין. ומורם הגיה שם משם רבינו הב"י אבל לא שעבד עצמו להתחייב ע"כ.

דמשמע דדעתו היא ושכן היא דעת הב"י דאם שעבד עצמו נקנה המטבע. וכן משמע ליה להסמ"ע שם סקי"ח.

ומאחר שכן הוא. הא ודאי דל"מ למימר קי"ל כה' מהרמ"ס ז"ל.

ובפרט לדידן דגרירנא בתריה דמור"ם היכא דל"פ אמר"ן. א"כ הגם דנאמר דדעת מר"ן לא בריר לן ומדי פלוגתא לא נפקא.

אפ"ה סמי מכאן דעת מר"ן. הא איכה דעת מור"ם וכ"ש הכא דמבואר מדברי מור"ם שכן היא דעת מר"ן בב"י וכן הם מעשים בכל יום דמקנין המטבעות בלשון חיוב ועוף לא צווח.

צפור לא צפצף. וכן מצאתי פס"ד א' כת"י לחו"ר טיטוואן יע"א ב"ד של ארבע הלא הוא כמוס עמדי.

הרב כמוהר"ר יצחק נהון זלה"ה ובית דינו שכתבו בפשוט שכן היא דעת מר"ן. וחו"ר עה"ק חברון תו' ב"ד של שלש כתבו ע"ד וזל"ה אולם הדרך הב' אשר כתבו כן כיון שהקניית הזכות לה כלשון חיוב מהני הוא הדרך הנכון והאמת והגם דרבה המבוכה בזה אי מהני לשון חיוב להקנות במטבע ויכול המוחזק לומר קי"ל כידוע כבר כתבו הרבנים הנז' היו דזו אינה משלנו אחר דאנן בדידן קבלנו עלינו הוראת מר"ן ז"ל והוא ז"ל פ' סי' מ' כרוב הפוס' וכמעט כולם דס"ל דההיא דפ' הנושא חייב אני לך מנה בשטר הוא אף בבא להתחייב ודלא כרש"י וסיעתו דס"ל דמיירי בדרך הודאה את"ד והנה אמת כי במ"ש הרבנים הנז' בדעת מר"ן ז"ל דמהני חיוב למטבע עינינו הרואות להרב הגדול ראש"ל כמוהר"מ סוזין ז"ל דס"ל בדעת מר"ן ז"ל דלא מהני חיוב למטבע וכל מקום שתמצא בדברי מר"ן לשון חיוב מנה צ"ל דשוה מנה קאמר כמ"ש בתשו' הוב"ד בס' חק"ל מ"ב חח"מ סי' ג' והגם דהרה"ג מע' הרב החק"ל ז"ל סתר דבריו והוכיח בראיות ברורות דמהני חיוב למטבע לדעת מר"ן ז"ל ולפי הנראה כי חזר בו הרב מס' המלך ז"ל כמו שיראה הרואה שם בס"ד דביטל דעתו נגד מי שגדול הגאון החק"ל ז"ל מ"מ כל חכם לב עיניו יחזו בס' חקי חיים למע' הרה"ג רבין חסידא גדול ירושלים סי' ט"ל וסי' מ"ה שחזר להורות כן בדעת מר"ן שאין מטבע נקנה בחליפין אפי' בל' חיוב ושני תשובות אלו המה מאוחרות הרבה לתשו' שבס' חק"ל ז"ל ועי' בס' מים קדושים ס' ג' שתמה על הרב החסיד ז"ל שלא פקפק בזה עי"ש ועי' בס' פני יצחק לרב חביבא כמוהר"י אבולעפייא הי"ו חח"מ סי' י"ט ובאה"ע סי' י"ז שהאריך בזה וזו הלכה העלה דדבר זה במחלוקת הוא שינוי בדעת מר"ן ז"ל ויכול המוחזק לומר קי"ל כרבוותא דסברי דלא מהני חיוב למטבע כלל וקי"ל כהרה"ג מס' המלך ז"ל דס"ל הכי גם בדעת מר"ן ז"ל עש"ב אמנם במעט התבוננות הא ודאי בורכא היא כי הנה ידוע ומפורסם שהוראת הרה"ג מ"ע מוהרמ"ס ז"ל תמוהא היא מאוד כי בכמה מקומות בב"י ובתשו' אבק"ר ובתשו' אה"ע מבואר בהדיא דעת מר"ן ז"ל דמהני חיוב למטבע כאשר אסף וקבץ אותם

הגאון החק"ל ז"ל שם גם הרה"ג בס' חקי חיים ז"ל שם תמה ע"ד ע"ש ובודאי דאין לומר קי"ל כוותיה ועל מ"ש רב חביבא כמוהר"י אבולעפייא הי"ו שסמך עצמו אחר דגל הקי"ל בזה כבר הכו על קדקדו שני צנתרות הזהב הרבנים כמוהר"ב פינטו הי"ו וכמוהר"ר שמח גגין הי"ו הוב"ד בס' ישמח לב עש"ב ועי' להרב משנת דר"א ז"ל סי' ק"ה הוב"ד בס' ישמח לב הנז' דסוגיין דעלמא הכי אזלא דכל השטרות המה עולים בחיוב ושעבוד להקנאת המטבעות ומפקי ממונא בשופי ע"ש וזה ברור וא"ץ לפנים. עכ"ד.

ועי' להרב וי"ץ ז"ל חח"מ ד' קע"ד שאחר שהביא דברי מר"ן בב"י סי' ס' ולהקת הפוס' דסברי דמהני חיוב במטבע. שוב כ' דאכתי לא פלטי מפלוגתא והביא תשו' הכנה"ג דסי' קס"ד וסי' קס"ה ודברי מהרשד"ם חו"מ סי' של"ג וה' משפט צדק סי' יו"ד ד' כ"ב ע"ש והיינו משום דתשובתו היתה לאתרא דתפסי דגל הקי"ל כמבואר שם בשאלה.

ואולם לדידן דגרירנא בתר מר"ן ומור"ם כבר כתבנו דלדידהו ס"ל דמהני חיוב במטבע. וההיא דהגאון מהר"מ סוזין ז"ל דעת יחידאה היא: ולחזק הדבר אערכה לפניך מ"ש הרב ישרי לב משם מהראנ"ח ח"א סי' ס"ז ומהר"י הלוי כלל ב' סי' י"א דפוסק שיש ס' בדבריו מסתמא יש לומר דס"ל כדעת המרובים.

אף אתה אמור דהכא נמי דהגם דנימא דדעת מר"ן מידי ספיקא לא נפקא אי שוה מנה קאמר וכדעת ה' מהר"מ ס' הנז' או מטבע ממש וכדעת ה' החק"ל וסיעתיה. אפ"ה כיון דדעת רובא דרבוותא ס"ל דחיוב מהני במטבע.

מסתמא דעתו כדעת המרובים: אך מ"ש ה' וי"ץ וז"ל גם ה' מהרשד"ם חו"מ סי' של"ג כ' וז"ל ועוד אני אומר אע"פ שקנו מידו שאין מעות נקנים בחליפין אע"פ שהיה אפשר לומר שבדרך חיוב אדם מתחייב ומשתעבד אפ"ל לדבר שלב"ל מי יודע איך היה החיוב ע"כ ומדכתב דין בדרך אפשר מ"ש דלא פסיקא ליה מילתא ע"כ: עיין בהרב החק"ל ח"א סי' ל"ב שכתב דמהרשד"ם בס"ל כ"ח נקיט בפשוט דחיוב מועיל במטבע ובדבר שלב"ל ובסי' רפ"ח כתב דהטור בס"ל ס' כ' בדעת הרי"ף דחיוב ל"מ במטבע.

וע"ז כ' החק"ל. הנה מלבד דאין הכרח כדברי הטור שהבין כן בדעת הרי"ף וכמ"ש הב"י הרי גם לדבריו יחיד הוא בדבר זה ובסי' של"ג כ' דאע"פ שהיה אפשר לומר דבדרך חיוב מתחייב אדם במטבע ואפ"ל לדבר שלב"ל מי יודע איך היה החיוב הנה מ"ש בדרך אפשר כיון דלדעתו הרי"ף חולק לזה מ"מ כבר כ' בס"ל שע"ג דמ"מ אין המתחייב יוכל לו קי"ל וכת' הרי לרש"י וריא"ז ור"ח וכו' העתקנוה למעלה] ע"כ: הרי דדעת מהרשד"ם היא שאין המוחזק יכול לו' קי"ל.

דלהיא פלוגתא דרש"י וריא"ז ור"ח שפירשו בהיא דפ' הנושא חייב אני לך מנה מטעם הודאה ולא בבא להתחייב דלדידהו לא מהני חיוב במטבע. דהרשד"ם ס"ל דלפ' אלא בחיוב גרידא.

אבל בחיוב בקנין כ"ע מודו. וכהכרעת ה' משפט צדק בס"ל יו"ד ויו' כאשר כ' החק"ל משמו.

הב"ד למעלה. אלא משום דאכתי לא פלטינן מדעת הרי"ף לדעת הטור בסי' ס' וכמ"ש מהרשד"ם בסי' רפ"ח.

לזה כ' בסי' של"ג היה אפשר. ויען שהיא דעת יחיד וגם אין הכרח לפ' הטור כדפליג עליה הרב"י שם.

לכן פסק בסי' שע"ג דאין יוכל לומר קי"ל ובסי' כח נקט בפשוט דמטבע נקנה בחיוב: גם מ"ש ה' וי"ץ וז"ל וה' משפט צדק סי' יו"ד ד' כ"ב ע"א כ' וא"כ בנ"ד נמי אע"פ שמטבע אינו נקנה בחליפין הרי היה יכול הסופר לכתוב לשון חיוב וכו' והוא אמר שיכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וכו' א"כ הטעות בא מן הסופר וכו' וא"ת ניחא לדעת הנהו רבוותא דסברי דההיא דפ' הנושא דחייב לך מנה בשטר דבבא להתחייב מיירי משמע דמטבע נקנה בל' חיוב אכן לדעת התו' ור"ח דסברי דבהודאה מיירי דאם לחיוב במה נקנים משמע דבלשון חיוב אינם נקנים המטבעות וכו' לזה נאמר דאחר דיש קנין ג"כ יודו דנקנין גם אלין רבוותא ואפי' דנאמר דיחלקו ג"כ מ"מ אחר שכתו' בשטר חמישית מנכסיו נקנים המטבעות וכו' ע"כ.

מבואר מדבריו דאפי' בקנין דוקא כשכתב מנכסיו אמרינן דשוה קאמר אבל כשמקנה לו זהובים מספקא ליה לשון חיוב לדעת התו' ור"ח. ע"כ: ואהמ"ר לא ידעתי היכן מבואר כן בדברי ה' מש"ץ דספוקי מספקא ליה לדעת התו' ור"ח.

שהרי משתמע מלוהי דהיכא דאיכא חיוב בקנין כ"ע מודו. וכמ"ש הגאון החק"ל בח"א סי' ל"ב להדייא שכן הכריע הרב משפט צדק. וכמ"ש"ל.

ומ"ש הרב משפט צדק ואפילו דנאמר דיחלקו וכו' אינו אלא לרווחא דמילתא: מעתה נדעה נרדפה לאותה ריעותא ג' שהקנו לזרעם אחריהם דור ג' וקי"ל אין אד"מ למי שלב"ל. דהא ודאי ההיא ריעותא אלים כחה לנתוש ולנתוץ. כח מתנה זו. והגם דאיכא לשון חיוב.

מידי פלוגתא לא נפקא. כדאשכחן בתשו' רבינו בצלאל סי' י"א ד' מ"ז ע"ד שאחר שהביא דברי מהריב"ל דח"ב סי' כ"ד שכ' דאלת"ה היכי מצוי לחייב עצמו להחזיר ליורשים שאינם בעולם וכדאמר בגיטין בפ' קמא גבי מעמד שלשתן וכו'.

כ' אשתמטתיה לרב ז"ל הא דכ' הרב בעה"ט בחוה"מ סי' ס' וז"ל והמחייב את עצמו בדבר שלב"ל או בא לעולם ה"מ כשהקנה לו בל' מכר או בל' מתנה אבל בלשון חיוב חייב לפיכך וכו' ע"כ וזהו מוסכם מכל בעלי הוראה ז"ל וכו' ע"ש: והרב משה"ר מע' אות ח' תמה על רבינו בצלאל וכו' דאין הדמיון וזיווגם עולה יפה דבשלמא המחייב עצמו בדבר שלב"ל איכא למימר אע"ג שהדבר לא בא לעולם הא מיהא גופו ישנו בעולם להתחייב אבל לכשיתחייב לדבר שלב"ל מה יושיעינו זה שהמתחייב ישנו בעולם.

וכ' עוד שגם ה' בני יעקב ד' פט' ע"א וד' צ' תמה ע"ד רבינו בצלאל והכריע כדעת ה' מהריב"ל ושכן דעת ה' ב"ד חו"מ סי' י"ב ואולם ה' גו"ר ז"ל כלל ד' סי' ד' דף ס"ז ע"ג כ' בפשוט כדברי רב"ץ יע"ש: והרב וי"ץ ח"ב ד' קע"ב ע"ד כ' וז"ל ומה שיש להסתפק

הוא אם יזכו אחריו זרעו או נימא כיון שלא היו בעולם בשעת המתנה לא זכו ותחזור המתנה ליורשי הנותן והגם שכתו' בשטר איך אני מחייב עצמי ונכסי וכו' לקיים כל פו"פ וכו' א"כ אחר שמצינו במקנה דבר שלב"ל שאם כ' בלשון חיוב קנה נימא דה"ה נמי למי שלב"ל וכן מצינו להרב מהריב"ל ח"ב סי' כד' וכ"כ ה' גו"ר ח' אה"ע כלל ד' סי' ה' מ"מ כנגד זה מצינו להרב מהרימ"ט ח"א סי' ל"ח דמקנה למי שלב"ל גרע ממקנה דבר שלב"ל ואף בל' חיוב ל"מ וכ"כ בח"ב חו"מ סי' פ"א הב"ד ה' בעל ערך השלחן סי' ס' אות ל' וכן הביא שם מפוס' אחרים יעו"ש באופן דלשון חיוב הכתו' בשטר לא יגהה מזור לפרט זה.

ע"כ: הנה מ"ש ה' דס' מהריב"ל כ"ד היא דשוין מקנה למי שלב"ל למקנה דבר שלב"ל. הוא מן התימא.

והרי לפניך תשו' רב"ץ שהבאנו למעלה דהרב מהריב"ל בסי' הנז' לא ס"ל כן. ואולי שט"ס יש.

ועוד תמיה אני על ה' משה"ר ז"ל וה' וי"ץ ז"ל איך נעלם מנייהו מלכי שכן היא דעת מר"ן ז"ל בסי' ס"א ס"ד שכתב וז"ל ואפי' כתוב בו שנתחייב לכל מוציא בין יהודי בין עכו"ם ודוקא שהמוציא היה ילוד בשעת הלואה אבל אם נולד לאחר מכאן לא דלא היה יכול להשתעבד למי שלב"ל.

ע"כ והיא דעת הרשב"א סי' תתקנא הביאה רבי' הב"י שם. וכ"כ בסי' ס"ו סכ"ו וז"ל י"א שאם כ' לזה למלוה משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך ומכרו למי שהיה נולד בשעת הלואה שוב אינו יכול למחול.

וכ"כ הכנה"ג בסי' ס"ו הגה"ט אות ג' וז"ל אם כתוב בשטר ששעבד הלוח למלוה עצמו ולכל מי שיבוא עליו בשטר זה יכול לגבות ממנו כל מי שיבוא עליו בש' זה ריא"ז הוב"ד בשה"ג. ובאות ד' כ' וז"ל אם הבא עליו בשט"ז לא היה בעולם בשעת השעבוד אינו יכול לגבות ממנו כלום ריא"ז שם: והמט"ש סי' ס"ו הגה"ט אות ז' כ' וז"ל אם הבא עליו בשט"ז לא היה בעולם בשעת השעבוד אינו יכול לגבות ממנו כלום.

ריא"ז הביאה הכנה"ג ולא זכר שר שדין זה הביאו מר"ן ז"ל לעיל סי' ס"א ס"ו בשם הרשב"א ז"ל ופסקו בס' הקצר שם ס"ד ונישנית כאן סכ"ו. ע"כ.

ואין שכחה לפני כסא כבודו. כי דברי מר"ן הרי שלחן ערוך לפניך ולא נצרכה אלא להביא מן החדש ללקט אורות המפוזרים.

איך שיהיה. דעת הרשב"א וריא"ז ומר"ן ומהריב"ל ומהרימ"ט והרב"ד וה' בני יעקב והמשה"ר דלא מהני לשון חיוב במקנה למי שלב"ל והכי נקטינן.

ודלא כמ"ש רב"ץ וה' גו"ר וכ"כ הרב שער אשר ח"ב סי' כ"ו ד' נ"ה ע"ב משם רבני עה"ק ירושלם דרבו האומרים דלא קנה אף בלשון חיוב ושכן היא דעת מר"ן בש"ע סימן ס"א: ויען דבהאי שטרא איכא כמה לישני שפירי. שכ"כ והוע"ה וכו' וכתחז"ל וכו' ומינו אותנו איש וביתו הנ"ל ש"ג לכתו' ולחתו' שט"ז בכל לשון ש"ז ויפוי כח המועילים

לקיומו וכו': הנה כי כן צריכין אנחנו לברר אם יש כח בהני לישני לחזוקי ולקיומי כח מתנתא דא ולהחליש כח הנהו תלתא ריעותי דאית בה.

דרבה המבוכה בין הפוס' אי הני לישני שפירי מהני לתקוני כל ריעותי דאשתכחו בשטרא אם לאו: והנה רבינו הב"י בסי' ע"א כ' וז"ל והריטב"א כ' בתשו' דבר התלוי בתנאי וכו' ואינו נכלל בלשון כחומר כל שטרי אלה דברים שאין הסופר בקי בדקדוקן ודברים שהם תחת הכלל וכו' וכ"כ רבינו הא"י בתשו' האי מאן דמקבל עליה למכתב שטרא בכל לישנא דזכותא אע"ג דלא ידע ספרא לאחזוקי כראוי כיון דכתיב ביה ואחריות שטרא דנא קבלית עלי כחומר כל שטרות דנהיגי בישראל קיים לכל כללי דתחות ענייניה וכו' ע"כ.

ומור"ם במפה סי' ס"א ס"ד הביא דברי רבינו הא"י להלכה. ומהרשד"ם ז"ל חח"מ סי' כ"ח על שטר דאית ביה תנאי דאית ביה אסמכתא כ' וז"ל עוד טעם ג' וגדול הוא שהרי כתוב בתחילת השטר הו' עלי עדים וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וכו' וכ' הריטב"א בתשו' הביאה הב"י סי' ע"א וז"ל דבר וכו' וכ"כ רבינו הא"י וכו' ע"כ וכ"כ רבינו ירוחם נתיב ד' ח"א התשו' של רבינו הא"י ז"ל ובשטר זה שאנו עומדים עליו כתב שצוה ואמר כתבו בכל לשון ש"ז ויפוי כח והנה כ' הרמב"ם ז"ל בסוף פי"א מ"ה מכ"י סדר נכון וישר לסלק כל ערעור מאסמכתא והוא כשיכתוב הודה פ' איך הוא חייב לפ' וכו' יעויין במקומו ומעתה אני אומר וכו' ואם לשון שטר זה כמו שהוא אינו מחוייב לראובן נמצא שבא הטעות מן הסופר שהרי הוא צוה שיכתוב בכל לשון ש"ז ויפוי כח וא"כ אחר שאפשר לכתוב על אופן של זכות שלא יהיה בו גרעון כלל מאסמכתא וע"ז נטל ק"ג וש"ח נלע"ד שזכה שמעון בדינו וחייב ראובן לשלם וכו'.

ע"כ: ומור"ם בד"מ סי' רי"ב כ' וז"ל וכ' המרדכי פ' מ"ש ששאל רבינו שמחה את רבינו ברוך על שטר שלא היה כתוב בו קנין הפירות כראוי שלא הקנה לו קרקע לפירותיו אלא נתנו לו כח ליקח הפירות של קרקע והשיב אחרי שכ' בשטר המתנה שנתנו לו כח בפירות של קרקע בק"ג מעכשיו אג"ק וקבלו עליהם ככל שטרי פירות העשויים כתיקון חכמים נמצא שהעדים מעידים שהשטר נעשה כתיקון חכמים ותיקון חכמים הוא להקנות קרקע לפירותיה.

ע"כ.

ופסקו במפה שם ס"א וז"ל ש' שלא היה כתוב בו קנין פירות כראוי רק כתוב בו שנתן לו כח ליקח הפירות כתיקון חכמים הרי הודה שהקנה לו כתיקון חכמים ויש לפרש שנתן לו בלשון המועיל ע"כ: ורבינו הטור בסי' רמ"א ס"יז גבי תנאי כפול כ' משם הרא"ש ז"ל וז"ל יש לדקדק אם יש בשטר תנאי כפול או בסוף השטר וקנינא מניה כחומר כל תנאים וקניינים העשויים כתיקון חכמים וכו' ע"כ.

ופסקו מר"ן שם סי"ב וז"ל בד"א כשהיה תנאי זה כדין וכו' או שכתוב בסוף השטר וקנינא מניה כחומר וכו': וחזיתיה לה' מעשה חייא ס' ט' שכ' וז"ל דמאי דכ' הרא"ש דמהני אין הפירוש דאף שלא נעשה הדבר בפועל כתחז"ל אחר שהקונה נטל קנין שיהיה חומר וחוזקו כדבר הנעשה כהוגן וכתחז"ל הרי הוא כמוהו וכפ"ז הם דברי העדים אל

נוטל הקנין אשר יתחייב ויטביע מכח קניינו החומר שהוא אף שבפועל לא נעשה כי זה הוא ק"ד ותו לא מהני כי לא נעשה אינו ישנו אמנם פי' דברי הרא"ש דמהני הוא כי יודה שנעשה הדבר כהוגן ואף שבלשון השטר בסיפור והודעת העדים הדברים שעברו לא הזכירו דרך פרט מ"מ הודעו דנעשה הדבר בפועל בסוף השטר דרך כללואחר שהעדים הם מעידים שנעשה בפועל כסדר וכתיקון חז"ל מפייהם אנו חיים וניתן להם האמנה וכו' וא"כ בנ"ד בנושא אשר כזה אשר אין דרך לחז"ל להקנות מתנה כזו מהטעם הנ"ל דהוי דשב"ל אף שהאריכו למעניתם וקנינא כחומר וכו' לא הועילו כי אם כוונתם שנעשה הדבר בפועל כתיקון דקני שגו ברואה שאין דרך להעשות ואם כוונתם שרצו להתפיס ולהטביע חומר הדבר הנעשה כתיקון בנושא הזה אף שאין בטבעו צודק אותו התיקון פקו פליליה כנז' כי אין ההתלות וההתפסה מועילים לעשות אינו ישנו והוא ק"ד וכו' ע"כ: ומהרשד"ם חז"מ סי' רס"ב כ' וז"ל עוד שנית אומר שהרי כתוב ורצו הממונים הנז' שיסודר לקונה שטר מכירה מוח' בכל חיזוקי סופרי ב"ד ובכל תוקף בארוכה לעצת ולראית ת"ח גם לבסוף כ' מכי' גמו' שו"ק חתו' וחלו' עם התנאים הנז' ומלת התנאים הנז' חוזר לכל הנז' בתנאים הידו' לת"ח וכ"כ הרא"ש בתשו' אחר שהכריח דבממון נמי בעינן תנאי כפול וכל משפטי התנאים וז"ל הילכך יש לדקדק בשט"ז וכו' או כתוב השטר וקנינא מניה כחומר וכו' ע"כ א"כ אף אנו נאמר בנ"ד נמי כיון שמעיקרא כ' ולראית ת"ח היודע לעשותם בכל משפטם ובכל תקותם ע"כ: והכנה"ג סי' רמ"א הגה"ט אות ע"ה כ' דמהרשד"ם בההיא תשו' דסי' רס"ב והרב מעשה חייא פליגי אהדדי.

ופשוט הוא. ונמצינו למידין דלדעת ה' מעשה חייא אם לא נזכר הקנין בפועל בפרט אלא שקבל עליו כחומר וכו' בדרך כלל לא מהני.

ולמהרשד"ם מהני. ואחזה אנכי דלדעת ה' מעשה חייא ז"ל בפ' דברי הרא"ש ז"ל.

א"כ הרא"ש פליג אההיא דרבינו האי ז"ל והריטב"א ורבינו ירוחם ומר"ן שהביא דבריהם להלכה בב"י סי' ע"א ומור"ם שפסק כן במפה. וגם מהרשד"ם בההיא תשו' דסי' כ"ח שלמד מדבריהם לנז' דאיירי באומר כתבו בכל לשון ש"ז וכו'.

דלדברי ה' מעשה חייא הא ודאי דלא מהני לשון זה כיון שלא נזכר הקנין בפועל כאשר יראה הרואה בדבריו כפשוט. וכ"כ ה' בית דינו של שלמה ח"מ סי' א' דלדעת הרב מעשה חייא לא מהני האי לישנא דנותן דאומר כתבו בכל לשון וכו' ע"ש.

ואולם לדבריהם דרבנן רבינו האי והריטב"א וסיעתם הא ודאי דמהני לשון זה. וכדיליף לה מהרשד"ם בסי' כ"ח.

מדבריהם.

וכן נראה בפשוט ממשמעות דברים. שהרי הריטב"א כתב ואינו נכנס בלשון כחומר כל שטרי.

אלא דברים שאין הסופר בקי בדקדוקן וכו'. וכן רבינו האי כ' האי מאן דמקבל וכו' אע"ג דלא ידע ספרא וכו' ומאחר דלא ידע ספרא הוי אומר דלא נזכרו.

ואם נזכרו בטעו' הוי כלא הוזכרו. ואפ"ה ס"ל דמהני לשון זה שהוא קנין דרך כלל: ומאחר דמר"ן ז"ל הביא דבריהם בב"י.

הגם דלא העלה דין זה על שלחנו. אנן אתכא דידיה קא סמיכנא אף על מ"ש בב"י לחוד. והגם דמצינו לאיזה מהאחרונים דערערו ע"ז כאשר יעויין בספרתם אנו אין בידינו אלא המקובל מאבותינו ורבותינו הראשו' זיע"א דהלכתא כוותיה דמר"ן בין בב"י בין בש"ע ולא איכפת לן אם לא העלה על שלחנו כידוע. וכבר כתבנו לעיל משם הכנה"ג דאם הזכיר מר"ן בב"י איזה סברא ולא הביא חולק עליה ולא קרא עליה ערער שכן היא דעתו.

ובפרט דמור"ם במפה פסקה להלכה ואנן נגררין בתריה היכא דאינו חולק על מר"ן. והכא הא איכא דעת שניהם: ומעתה נתברר לנו דלית הלכתא כהרב מעשה חייא במ"ש דכשלא נזכר הקנין בפרט הגם שנכנס בלשון כלל כגון שהקנו ממנו שקבל עליו כחומר וכו' או כתחז"ל וכו' לא מהני: אלא דאכתי בעי חיקור דין מה היא דעת מר"ן גם במאי דפשיטא ליה להרב מעשה חייא דכשהעדים מעידים שנעשה כתחז"ל מהימנן להו הגם שלא העידו בדרך פרט.

אי גם מר"ן ס"ל דמהימנן להו או לא. דממ"ש בס' רמ"א וקנינא מניה כחומר וכו'. הגם דפשוט משמעות לשון זה הוא דהוי לישנא דסהדי שמעידים שהקנו ממנו כחומר וכו' ור"ל שהקנין היה בפרט ומעידים בדרך כלל. וכדפי' ה' מעשה חייא.

מ"מ הא איכא דעת ה' מהרשד"ם בסי' רס"ב דיליף מניה לנד"ד שקנו לעצת ולראיה ת"ח שהמכר יהיה קיים עם התנאים ושיהיו התנאים נעשים כמו שמתנה אותם ת"ח היודע לעשותם בכל משפטם ובכל חוקותם. והגם שלא נזכרו משפטיהם וחוקותיהם בפרט.

דמוכח דס"ל לפרש דמ"ש וקנינא מניה כחומר וכו' היינו דקנו מניה בדרך כלל ולעולם לא נזכר הקנין בפרט. וכ"כ ה' בית דינו של שלמה ח"מ סי' א' ד' קל"ג ע"ג דאחר שהביא דברי הרא"ש שהביא רבינו הטור סי' רמ"א כ' וז"ל לכאורה יש פתחון פה ללמוד מזה דכשהעדים מדברים בשם עצמן מהני כתחז"ל ולדידי מהא נמי לא איריאי דאם איתא להא הכי הו"ל למיכתב שנעשה הדבר הזה כחומר כל תנאים וכו' מדכתב וקנינא מניה כחומר וכו' מוכח דהכי קאמר שקנו מידו שקבל עליו כחומר וכו' והדברים ממשמשין ובאים בשם הנותן שקבל עליו לשון זה דכחומר וכו' וכן מתבאר מדברי מהרשד"ם בתשו' סי' רס"ב על נ"ד שכתב ורצו הממונים הנז' שיסודר וכו' לעצת וראית ת"ח וכו' ע"כ הרי מתבאר מדבריו שהדברים ממשמשין ובאין משם המקנים דאלו הוה בלשון העדים צריכין אנו לומר שהעדים ביארו בפירוש מה הם משפטי התנאים והרב ז"ל כ' שסמכו על ת"ח היודע ולא בחנו דבריהם הא אין עליך לומר אלא שהדברים בשם הנותן וכיון שקבל עליו לראית ת"ח דיו וא"ץ לפרש משפטי התנאים בפירוש כמש"ל.

עכ"ל: ואם כן לא איתפרש לן דעת מר"ן בזה דאשכחנא דפליגי בה רבוותא בלישנא דסהדי היכא שמעידים שנעשה כתחז"ל ולא העידו שהקנין היה בפרט אי מהני אי לא שכן מצינו בס' פ"מ ח"ב סי' י"ד שהרבנים מהרד"א ומהרש"ג ז"ל בתשו' דברי הרשד"ם

ז"ל אהדדי דבסי' כ"ח תקן המתנה כטופסי דשטרי ואלו בסי' רמ"א דחה תשו' רבינו ברוך בשתי ידים וס"ל דלשון זה אינו מועיל וה' מהרד"א ז"ל כתב לחלק בין כשהעדים מדברים משם הנותן לכשמדברים משם עצמם.

והעדיף כשהעדים מדברים משם הנותן שאמר להם כתבו בכל לשון של זכות אז גזר ואמר דהאי לישנא מספיק לתקוני תברי דשטרא כיון שהנותן רצה שיסודר בלשון המועיל והעדים הם שטעו שלא כתבו התיקונים המועילים ובכי הא הוא דכ' מהרשד"ם סי' כ"ח דהך לישנא דכתבי בכל לשון של זכות מתקן אך כשהעדים הם המדברים מצד עצמם שנעשה כתיקון המועיל אז לא תוסיף תת כחה דמי יודע אם העדים כווננו לכך ובכי הא הוא דכתב מהרשד"ם בסי' רע"א וש"ט.

ע"כ תורף כוונתו באופן ראשון: ומהרש"ג ז"ל מיחליפא שיטתיה ואזיל לאידך גיסא דאדרבא מעדיף כשהעדים הם המדברים בשם עצמם שמעידים שהשטר נעשה כתיקון חכמים יש לומר שבכלל עדותם הוא שמעידים שאף אם לא נכתבו בשטר בפרטות כל פרטי ההקנאות מ"מ כך היו שהנותן פרט אותם בעת שהקנה מתנתו להמקבל אלא שלא חשו לכותבם בפרטות תוך השטר והיא היא דרבינו ברוך שהביא המרדכי פ' מ"ש שהביאה מהרשד"ם בתשו' הנז' אך כשהם מעידים משם הנותן שאמר להם לשון זה דכתבו כל לשון של זכות אין בכלל עדותם שהנותן פרט דרכי ההקנאות רק שאמר להם לשון זה דכתבו כל לשון זכות בכלל וכיון שהנותן לא פרט בפרטות אופני ההקנאות לא מהני ולא מידי.

ע"כ.

והסכים עמו ה' כ"מ שם. והוכרחו לתרץ בהנהו תשו' דמהרשד"ם ז"ל כפי האופן הב' דמהרד"א שחילק דשנה ושנה כשהריעותא הוא מחמת הלשון כגון ההיא דמהרשד"ם דסי' כ"ח שלא היה ריעותא בקנין מצד עצמו רק מטעם אסמכתא והאסמכתא הוא מחמת לשון כל דאי אז לשון זה דכתבו לשון של זכות מהני דלחיסור לשון מהני הך לישנא לתקוני אך הנהו דסי' רע"א ודסי' ש"ט שהקנין מצד עצמו לא היה קנין המועיל דאתיליד ביה ריעותא אז אין כח בהני לישני לתקן הענין ע"כ ת"ד.

ועי' בפ"מ ח"א סי' ס"ו המבואר מדבריהם דרבנן. דמהרד"א ס"ל דעדיף לישנא דנותן מלישנא דסהדי.

ובזה אתו שפיר תשו' הרשד"ם אהדדי. דההיא דסי' כ"ח איירי שהמתחייב אומר כתבו בכל לשון של זכות.

ולזה אף דלא נכתב האופן של זכות אין קפידא בכך. שהרי בעל דבר גמר ומשעבד נפשיה לכל צד ואופן של זכות דתקון רבנן הגם דאיהו והעדים לא ידעי מאי תקון רבנן. משא"ך בההיא דסי' רע"א שהוא לישנא דסהדי דלס' רבינו ברוך מהני. בזה קאמר מהרשד"ם דליתא להא דרב ולא מהני.

והט' משום דאנו צריכין לומר שבשעת הקנין פירשו להדיא תקנת חכמים. ומאן לימא לן דבההיא שעתא כווננו לכך.

ואולם לדעת הרב מהרש"ג והפ"מ ס"ל דטפי עדיף לישנא דסהדי מלישנא דנותן תגדל התימא על מהרשד"ם דבסי' רע"א דאיירי בלישנא דסהדי דטפי עדיף אפ"ה פליג וס"ל דההיא דר"ב לאו אליבא דהלכתא היא. וא"כ אמאי בסי' כ"ח דאיירי בלישנא דנותן שהוא גרע טפי כ' דמהני.

לזה הוכרחו לתרץ כפי האופן הב' דמהרד"א ז"ל דההיא דסי' כ"ח לא היה ריעותא בקנין מצד עצמו. אבל כשהריעותא באה מחמת גוף הקנין אין כל הלשונות הללו מעלים ומורידים: וכי תימא לפ"ז צריכין אנו לומר ג"כ דאי אפשר לברר דדעת מר"ן ומור"ם היא דלישנא דכתבו ותנו מהני מדהביאו דרבינו האי להלכה כמש"ל.

שהרי לדעת מהרש"ג והפ"מ דס"ל דלישנא דסהדי עדיף ס"ל דע"כ לא קאמר מהרשד"ם בסי' כ"ח דכתבו ותנו מהני ומילף יליף לה מההיא דרבינו האי אלא היכא דליכא ריעותא בקנין וליכא אלא חיסור לשון כההיא דאסמכתא. ולדברי הפ"מ שם דוקא באסמכתא כאשר יראה הרואה שם.

וא"כ מוכרחין אנו לומר לדרך זו. דס"ל למהרשד"ם דבזה איירי רבינו האי והריטב"א ורבינו ירוחם.

דא"א לומר דפליג עלייהו. וא"כ הוא.

מי יוציאנו מספק זה דגם מר"ן הכי ס"ל: הא לאו מילתא היא. שהרי מצינו להרב מהר"ש לאניידו ז"ל סי' א' שאסף וקבץ להקת נביאים ראשונים ואחרונים דפליגי על הפ"מ ז"ל וסיעתו וכו' שם דהרא"ה בס' גו"ר ח"ב כלל ה' סי' ה' שכתב דאשתמיט מנייהו דהרבנים הנז' תשו' מהרשד"ם סי' ש"א ובס' זרע אברהם ח"ב ח"מ סי' ר' תשו' למהר"ר חיים עשאל ז"ל הרבה להקשות על הפ"מ בחילוקו ועל מהרש"ג והנאהו חילוק מוהרד"א ז"ל.

וכ' עוד ואנן בדידן שמהרשד"ם גופיה שכתבו מה שכתבו לדעתו חולק עליהם ממ"ש בסי' ש"א וכמש"ל וגם ה' בעל לחם רב והרב בעל בני אהרן ומוהר"י הלוי וה' בעל משפט צדק וה' רבנים שעמו מהרש"ל ומהרא"ש ומהר"ח ש' ומהרשי"ץ ומהרש"ח ובודאי דאלו חזו ליהו הפ"מ וסיעתו הוו הדרי. וכ"כ ה' כרם שלמה דאלו שמעי הוו הדרי.

ולדעתי מהראנ"ח וגם הרמב"ן ז"ל ור"ח פליגי עלייהו דהפ"מ וסיעתו. עוד כתב ולדעתי כי אין לומר בזה.

דבמחלוקת היא שנויה כיון שהפ"מ וסיעתו לא הביאו דברי הראשו' שכתבנו וחלקו עליהם וא"כ יש לנו לומר דאשתמיט מנייהו ואי הוו חזו להו הוו הדרי בהו. ע"כ ת"ד: וכן מוכח גם מההיא דמהרשד"ם דסי' רס"ב דפ' הכנה"ג דתשו' זו פליגא אההיא תשו' של ה' מעשה חייא וכמש"ל.

וכיון שכן הוא. הא ודאי דמסתמא אנו אומרים שכן היא דעת מר"ן.

ועי' מ"ש לעיל משם הרב ישרי לב: ואפילו נאמר דסוף סוף מיד' ספיקא לא יצאנו שהרי רבוותא האומרים כן רבים וגדולים הם ולא קטלי קני באגמא הוו חו'. וא"כ נימא דניחוש דדילמא גם מר"ן הכי ס"ל ולא פלטינן מידי ספיקא.

מ"מ הרי מצינו למור"ם שכ' בסי' רי"ב וז"ל שטר וכו' הרי הודה שהקנה לו כתיקון חכמים וכו' כמביא למעלה. ומשתמען מלוהי בפשוט דאיירי בלישנא דנותן ואנן בתריה דמור"ם גרירנא היכא דלפ' אמר"ן להדיא.

וכ"ש הכא דרובא דרבוותא הכי ס"ל וכמש"ל: ואין לתמוה על מור"ם ז"ל דמאחר דקא יליף ליה להאי דינא מההיא דר"ב שהביא המרדכי. א"כ אמאי כתב האי דינא בלישנא דנותן שקבל וכו' והלא ר"ב איירי בלישנא דסהדי שכן מבואר בדברי הפ"מ ז"ל בין בחילוקו של מהרד"א בין בחילוקו של מהרש"ג כאשר יראה הרוואה שם.

דלדידי חזי דמשתמען מלוהי דר"ב דאיירי בלישנא דנותן שקבל וכו'. שהרי בלשון ר"ב שהעתיק הד"מ הבאנו דבריו למעלה.

כתוב שכ' בשטר המתנה שנתנו לו וכו' וקבלו עליהם וכו' כתק' חכמים. נמצא שהעדים מעידים שהשטר נעשה כתיקון חכמים וכן הוא הלשון במרדכי גופיה.

ור"ל שהעדים מעידים שהנותנים קבלו עליהם כתק' חכמים. שאין הכוונה לומר שהם מעידים שהם עשו להם תקנת חכמים שהוא לישנא דסהדי דלשון וקבלו וכו' לאו הכי משמע.

וא"כ אי קשיא על הרבנים הנז' ז"ל הוא דקשיא. דלשון וקבלו לא אתי שפיר לפירושם. וכ"כ ה' בית דינו של שלמה בסי' א' ד' קל"ה ע"א משם ה' תורת חסד למהר"ר חסדאי הכהן ז"ל רבו של הפמ"א ז"ל שכ' וזל"ה דיש מי שרצה להליץ עליו. שמהרשד"ם הבין לההיא דרבינו ברוך שאין הדברים באים משם הנותן שקבל עליו חומר שטר זה כתחז"ל לאלא העדים הם מעידים בלשון עצמן שנעשה כראוי ומשו"ה דחאה לההיא דר"ב ובזה אין לתמוה על מהרשד"ם וכו' שפירוש זה דחוק בדברי ר"ב מצד הלשון שכתו' וקבלו עליהם כחומר וכו'.

וכן הסכים ה' בית דינו של שלמה שם בפירוש דברי ר"ב מדקדוק לשון וקבלו וכו' וז"ל בדף קל"ב ע"א דהכי פירושו דמאחר שהעדים מעידים שנעשה כתחז"ל והיינו ע"י שקבלו עליהם המקנים ככל שטרי העשויים כתחז"ל וכו' וסעד לזה מצאתי בה' המפה בסי' רי"ב שהביא דברי רב בזה"ל שטר וכו' הרי הודה שהקנה לו וכו' הרי שמפני הודאתו של בעל דבר היינו דאהניא ואף שכתב וי"ל שנתן לו באו"ה לאו למימרא שפירש במתנתו מהו או"ה אלא לומר באיזה אופן שיהיה המועיל גמר ומשעבד נפשיה ואע"ג דלא ידע מה הוא ע"כ: והמשה"ר מע' א' סוף אות ו' הביא ההיא דר"ב והשמיט בהעתקה לשון וקבלו וכו' ותמה וכו' וז"ל אלא שאני רואה שינוי מדברי ר"ב לדברי מור"ם דר"ב תלה זייניה בהעדאת העדים שהעידו שעשו כהוגן אמנם מור"ם תלה כיפי במה שהודה שהקנה לו כתיקון חכמים ולא כהעדאת העדים ובשטר שכתוב בו שראובן נתן לדוד בביתו וקנו ממנו ע"ז כ' מור"ם שם.

שיש לפרש שקנה ממנו בענין המועיל עכ"ל מלשון זה מוכח דקאי אהעדאת העדים משמע מזה דדעת מור"ם דלא שאני לן בין אם אמר הנותן שנתן לו באו"ה ובין אם אמרו העדים המעידים שעשו באו"ה דבתרווייהו מוקמינן המתנה ביד המקבל ולא מרעינן לשטרא ובסי' רמ"א סי"ב פ' מר"ן שאם כתוב בסוף השטר וקנינא מניה כחומר וכו' מהני לקיים התנאים ע"ש הנה מדברי מר"ן הש"ע למדנו דכשהעידים מעידים שקנו ממנו כתי' חכמים ומדברי מור"ם למדנו בהודאת הנותן והעדאת העדים שוים לטובה להעמיד השטר בחזקתו וכו' ע"ש: ואחד הרואה בדברי הרב ז"ל במע' הלזו.

עיניו יחזו. מסגנון ושטחיות דבריו כי המציא לנו דרך אחרת בפ"י דברי מור"ם.

דהכוונה במ"ש הרי הודה וכו'. אין הכוונה שהודה שקבל כמו שכתב לעיל.

אלא ר"ל שהוא מודה דרך כלל שהקנה לו כתי' חכמים ונכנס בהודאתו שהקנה לו בפרטיות. באו"ה.

והיינו דכ' מור"ם ויש לפרש שנתן לו באו"ה. ומפרש ג"כ דברי ר"ב דאיירי בלישנא דסהדי שמעידים שהנותן נתן לו כתק' חכמים בדרך כלל ונכנס בעדותן שפרטו דרך ההקנאה.

וכמ"ש מהרד"א לדעת מהרשד"ם וכן היא דעת הפ"מ כאשר יראה הרואה שם בדבריהם. וכן מפרש ג"כ בדברי הרא"ש שהביא מר"ן בסי' רמ"א סי"ב דהכוונה היא שהעדים מעידים דקנו מינה כחומר וכו': ועפ"ז דין הרב בנד"ד שהיה כתו' בשטר והכל היה בקש"מ בכל אופן תי' רז"ל.

וכתב הרב והלשון הזה נראה שהעדים מעידים שהכל נעשה בכל אופן תי' רז"ל וכו' ודומה למ"ש ר"ב וכו' ע"ש: ואנן בעניותין כבר כתבנו דמידי פלוגתא לא נפקא דמהרשד"ם בסי' רס"ב מפרש לדברי הרא"ש דהיינו שהעדים מעידים שקבל עליו הנותן כחומר וכו'. ולהרב מעשה חייא איירי שהעדים מעידים שנעשה כחומר גם כתבנו דגם בפ"י ר"ב פליגי רבוותא דאיכא דמפ"ל בלשון העדים וכמ"ש הפ"מ.

וכמו שכן היא דעת המשה"ר במע' הלזו. ולעומת זה האיכא רבוותא דדחיקא להו לפרש כן ממאי דכ' וקבלו וכו' ומפרשי דהכוונה היא שהעדים מעידים שקבלו כתחז"ל.

וכמ"ש ל' משם ה' תורת חסד וה' ב"ד ש"ש. וכן מוכח ג"כ מדברי מהרש"ח בסי' י"ג שהביא ההיא דרב"י על נד"ד שכתו' בשטר שאמר הנותן כתבו בכל לשון ש"ז.

וכבר כתבנו דאיכא פלוגתא בין רבוותא. דאיכא מ"ד דלא מהני לישנא דסהדי משום דאנו צריכין לאמר שפרטו הקנין ומי יאמר דידעי ובחנו בכך אבל לישנא דנותן שקבל וכיוצא מהני דגמר ומשעבד נפשיה לכל מילי.

ואיכא מ"ד דאדרבא לישנא דסהדי עדיף דודאי פרטי ליה לקנין ומהימנן להו. אבל לישנא דנותן שקבל ל"מ כיון דלא נפרט הקנין וכיון שכן איך החליט הרב לומר דדעת מר"ן ומור"ם דלישנא דסהדי מהני.

ורבים לוחמים בפירוש דבריהם ורובא דרובא סברי לאיך גיסא: גם מה שהוכיח מדברי מור"ם שכ' ש' שכתוב וכו'. אהמ"ר לא זכיתי להבין דבריו דמה ענין זל"ז.

דשאני ההיא דלישנא דסהדי כיון שמעידים בדרך כלל אפשר לומר דס"ל דלא מהני דדילמא לא ידעי ולא בחנו דרך תח"זל וכמ"ש"ל. אבל בההיא דקנין באחרונה דיש חילוק בין האומר קנו ממני שאני נותן לו לדור בביתי דאז הקנין קאי אדסמ"ך ליה שהוא הדירה ול"מ.

ובין האומר אני נותן לו לדור בביתי וקנו ממנו דאז הקנין אדס"ל שהוא הבית לדירה ומגופה של קרקע קנו מידו. ולזה ש' שכתו' בו שראובן נתן לדור בביתו וקנו ממנו.

הרי מעידים שהקנין היה באחרונא ובודאי דמהימנן להו שכר היה כשאר כל העדויות: איך שיהיה לכאורה אפ"ל דנקוט מיהא. דמאחר דהמשה"ר ז"ל אזיל ומפרש בדברי מור"ם דאיירי בהודאה הנותן שהודה שנתן לן באו"ה ונכנס בהודאתו שפרט ההקנאה וס"ל למור"ם דר"ב איירי בהעדאת העדים אלא שהוא תלה כיפי במה שהודה משום דס"ל דהודאת הנותן והעדאת העדים שוים הם.

א"כ לצד דבאנו לחוש להנך רבוותא דס"ל דלישנא דסהדי עדיף. א"כ גם דעת מור"ם מידי ספיקא לא נפקא דאפשר דכוונתו כהמשה"ר ודלא כמו שהוכחנו למעלה: ואולם בתר ההשקפה פורתא.

הא ודאי לאו מילתא היא והט' דאף דלשון מור"ם סובל ב' הפירושים ולפי פ"ה ב"ד ש"ש הוו דברי מור"ם כדברי ר"ב שממנו חוצבו ואין שינוי ביניהם. משא"כ לפי המשה"ר וכמ"ש איהו גופיה שכ' אלא שאני רואה שינוי לא אסיק אדעתיה האי פירושא ואי אסיק אדעתיה הדר.

דאין מדרך הפוס' להעתיק דברי הפוסק ולשנותו מאופן לאופן: ולדידי חזי לי. כי המשה"ר גופיה הדר הוא במע' ל' אות ג' דשם האריך ה' למעניתו בענין זה והביא לנו דברי רבינו האי ז"ל ורבוותא דעמיה.

ואח"ך הביא דברי ר"ב וכ' עליו מדבריו למדנו דאזיל ומודה לדעת הגאון דהאי לישנא דקביל עליה לכתוב כשטרי דנהיגי בישראל וכתחז"ל היינו תקנתייהו לתקוני ההקנאה לפי מאי דסליק בדינא. וע"ז הביא דברי הרא"ש שהביא הטור סי' רמ"א.

ושוב הקשה תשו' רשד"ם אהדדי ומתרץ ליה כחילוקו של מהרד"א דעדיף לישנא דנותן מלישנא דסהדי. והקשה שם על מר"ן בש"ע שהשמיט ההיא דרבינו האי וכ' וז"ל והנכון אצלי דמר"ן ז"ל כבר יצא י"ח מדין זה במ"ש בסי' רמ"א גבי משפטי התנאים דהיכא דכתיב בשטר כחומר וכחוזק וכתחז"ל התנאי קיים ומשום דאורחיה דמר"ן ז"ל סירכיה דהטור ז"ל נקיט ואזיל והטור ז"ל כ' לתשו' הלזו שם לכך התם רהוטי רהוט מר"ן ז"ל אבתריה וקבעה להלכה שם והגאון והרא"ש ז"ל אמרו דבר א' לענין דינא ע"כ ע"ש.

באופן דהמבואר בדבריו שם דרבינו האי והרא"ש ור"ב כולם אמרו דבר א' וכולהו איירי בנותן שקבל כחומר וכ' או כתחז"ל. ועי' רואה בדברי הרב שם.

שעל דברי ר"ב כ' שפסקו מור"ם. וע"ד הרא"ש כ' שפסקו מר"ן ולא כ' שם שיש שינוי בין דברי מור"ם לדברי ר"ב.

ואם הכא נמע' א' שאין ביניהם כ"א שינוי בעלמא אבל לענין הדין שוין הם יען דהודאת הנותן כהעדאת עדים. אפ"ה נדחק מזה וכו' אלא שאני רואה שינוי וכו'.

הכא במע' ל' דמצינו לו דפי' דר"ב איירי בנותן שקבל וכשיטת רבינו האי וגם כ' דעדיף לישנא דנותן מלישנא דסהדי א"כ אפ"ל דר"ב ס"ל דל"מ העדאת עדים או הודאת נותן. ואי ס"ל דמור"ם מיירי בהודאת נותן הי"ל להקשות בכח ע"ד מור"ם.

אלא ודאי מדשתק ולא ערער הא ודאי דס"ל דדברי מור"ם בהודה שקבל וכדברי ר"ב ממש וכפי' ה' ב"ד ש"ש: כלל העולה דכשהדברים ממשמשין ובאין משם הנותן כגון שאמר כתבו ותנו בכל ש"ז וכו' או שהעדים מעידים שהנותן קבל עליו כחומר וכו' או כתחז"ל. לשון זה מהני לרובא דרבוותא.

ומר"ן ומור"ם בהדייהו וכמש"ל. ואע"ג דהנותן והעדים לא ידעו מה היא תחז"ל אפ"ה איהו גמר ומשעבד נפשיה לכל מאי דתיקון רבנן.

ומועיל לשון זה לתקן כל ריעותי דשטרא הגם שלא נכתב בשטר קנין המועיל. ועי' כנה"ג סי' ר"ג הגה"ט אות ל"ח שכ' וז"ל אפי' אין כתוב מעכשיו כל שכתוב ואמר כתבו בכל לשון זכות ויפות כח לכ"ע לא הוי ק"ד וקנה.

משפט צדק ח"ב סי' יו"ד. הראד"ב סי' קצ"ג.

ובאות מ"ח כ' כתוב בשטר וצוה ואמר כתבו בכ"ל זכות ויפוי כח אפי' מטבע נקנה בחליפין. ע"כ.

ואע"ג דהכנה"ג שם בסו"ד כ' וז"ל ובתשו' כתי' למהר"ר עזריה יהושע ז"ל כ' כיון דאיכא פלוגתא אי מהני לישנא דכהוגן וכת' חז"ל להשלים ההקנאה הצריכה המע"ה וכ"ש אם אין כתוב כהוגן וכת' חז"ל אלא שכתוב כתבו בכל לשון זכות ויפוי כח. ע"כ.

אנן אבתריה דמר"ן ומור"ם גרירנא. וכבר ביררנו מספרן ש"ץ דהכי ס"ל: מעתה בשט"ז שכתו' ומינה אותנו איש וביתו הנ"ל ש"ג לכתוב ולחתום שט"ז בכל לשון ש"ז ויפוי כח המועילים לקיומו וכו'.

לשון זה אלים חיליה להחליש הנך תרי ריעותי. ההיא דק"ד וההיא דמטבע: ואולם ההיא ריעותא ג' דקי"ל אין אדם מקנה למי שלב"ל אכתי אלימתא היא ואין כח בהני לישני להתיש כחה וטעם הדבר הוא.

דאין הני לישני יכולים לתקן אלא במידי דתיקון ביהו רבנן קנין באיזה אופן המועיל אלא שלא נזכר האופן המועיל ההוא בשטר ההוא אז אמרינן כיון דאיכא הני לישני הרי גמר ומשעבד נפשיה לאותו או"ה וככתו' בשטר בדרך פרט דמי. ואולם כאשר יהיה האופן כה"ג דאנן קיימין ביה דהקנו למי שלב"ל דלית תקנתה להקנאה זו מדרבנן דאף בלשון חיוב לא מהני כמש"ל.

א"כ מה יועילו הני לישני. דלא קמשעבד נפשיה אלא לתקנתא דרבנן.

ועי' במהרשד"ם סי' כ"ח שהב"ד למעלה שמבואר כן בדבריו שכ' והנה כ' הרמב"ם וכו' וא"כ אחר שאפשר ליכתב על אופן של זכות וכו' ע"ש. וגם ה' מש"ץ סי' יו"ד העתקנו

דבריו למעלה משם ה' וי"ץ כ' וז"ל וא"כ בנד"ד נמי אע"פ שמטבע אינו נקנה בחליפין הרי יכול הסופר לכתוב לשון חיוב והוא אמר שיכתבו בכ"ל ש"ז וכו' ע"כ.

וה' פ"מ ח"ב סי' י"ד ד' כ"ז ע"ב כ' וז"ל ולא עוד אלא דבנ"ד אף מהרש"ח יודה דהאי לישנא אינו מעלה ומוריד לגבי ההקנאה שהקנה בדשב"ל שהוא במה שעתיד לקנות עד עת פטירתו דלגבי הך מילתא אין תקנה דאף דנתקון לישניה ונימא דבלשון חיוב נתן הנותן מכח הך לישנא אכתי אפי' בלשון חיוב אינו מועיל כיון דהוי דבר שאין לו קצבה וכו'.

ע"ש.

וה' ב"ד ש"ש בסוס"י א' כ' וז"ל ועוד דכל האי מילתא דנד"ד לית לה תקנתא בדרבנן בשום אופן שהרי עיקר התק' הוא בלשון חיוב והכא לא מהני כיון שמת קודם שבא לעולם וכג"ד לית לה תקנתא כלל וא"כ מאי אהני לן דכתחז"ל דהא לית לה תקנתא דרבנן ע"כ. וה' וי"ץ ח"ב ד' קע"ד ע"ג כ' וז"ל אלא דעם כל זאת לא יצאנו ידי חובתינו בזה דתינח לגבי מלוה בשטר דאמרינן שהקנה אותם בכתו"מ כדינו וגם לגבי הממון שהוא ברשותו אמרינן שהקנה אותו אג"ק וכ"כ פקדונות שביד אחרים אבל לגבי מע"פ שחייבים לו שאין להם שום הקנאה כ"א במע"ג מה יועיל מ"ש בשטר כל הני לישני שפירי ע"כ.

באופן דדבר זה פשוט הוא בספרן ש"ץ אין צריך להאריך בו: מעתה נשאר לנו לברר מהו הדין מחמת חומר השבועה הכתו' בשטר. ואי מהני התרה דעבוד אי לאו: והנה ידוע דשלש מחלוקות בדבר.

דאיכא מ"ד דשבועה משוה קנין. ואיכא מ"ד דלא משוה קנין אך חייב לאשלומי מכח השבועה.

דאיכא מ"ד דקנין אין כאן שבועה אין כאן. ודעה א' היא דעת ה' השואל מהריב"ש סי' של"ה.

ודעה ב' היא דעת הריב"ש. והב"ד הסמ"ע סי' ר"ז סקנ"ג.

ודעה ג' הביאה הכנה"ג סי' ר"ז הגב"י אות ר"ח. ועי"ש אות ר"ט.

ועי' בסי' ס' הגב"י מאות נ"א ואילך: ומור"ם במפה סי' ר"ט כ' וז"ל ואם נשבע לקיים המקח אע"פ שלב"ל צריך לקיים שבועתו כדלעיל סי' ר"ז סי"ט וסי' ע"ג ס"ח ומיהו אינו נקנה בקנין ולכן אם לא נוכל לכופף אותו לקיים שבועתו כגון שמת אין הקנין כלום וכן אם שאל על שבועתו.

ריב"ש סי' של"ה. ע"כ.

ולדעת הסמ"ע בסי' ר"ז סקנ"ג דבאסמכתא וכל דבר שהקנין מועיל. השבועה עושה קנין.

אבל בדשב"ל ודכוותיה דאין הקנין מועיל אין השבועה עושה קנין ולא השווה מור"ם והיא דאסמכתא למ"ש בסי' ר"ט אלא היכא דליכא באסמכתא קנין כ"א שבועה. וחלק

עליו הב"ח והש"ך סקכ"ז שהריב"ש לא השיב כן אלא לדעת השואל אבל ליה לא ס"ל ע"ש: וממ"ש הריב"ש סי' של"ה וז"ל ומ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' במי שהקנה לתת לחבירו מחצית מה שירויה דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלב"ל אם נשבע להשלים חייב וחבירו קנה דינו אמת שחייב להשלים מכח שבועתו כדי לקיימה וכו' אבל לומר שקנה מן הדין ושהשבועה תקיים הקנין ותעשה מה שלב"ל כאלו בא אין זה נכון ואין ראוי להבין זה מכוונתו.

ע"כ.

ובסי' שמ"א כ' וז"ל ומה תאמר בהיא שכ' הרא"ש ז"ל במי שהקנה לחבירו מחצית מה שירויה וכו' ואם כדבריך שהשבו' מקיימת הקנין לא היה לר"ב ז"ל להאריך בלשונו ולומר שחייב להשלים וחבירו קנה אלא לומר אם נשבע להשלים קנה והייתי יודע דכיון שקנה חייב להשלים מן הדין וגם כדי לקיים שבועתו אבל נראה שכוונתו ז"ל היא דאע"ג דאין הקנין מועיל מה"ד חייב להשלים כדי לקיים שבועתו וכופין אותו להשלים וחבירו קנה מכיון שהשלים.

ע"כ: מדברי הרב הללו מבואר דדעת ה' השואל היא דאף בדשב"ל וכיוצא דאין הקנין מועיל. השבועה משוה קנין.

ובסי' שמ"ד כ' שאלת להודיעך דעתי בראובן הקנה קנקן של יין משמעון בכו"כ המדה ולא משך זולתי שטוען שמעון כי נשבע לו ראובן לפרוע לו כל מה שיעלה לזמן פ' וראובן משיב איני נזכר משבועה זו והרני חוזר בי כי לא היה בינינו לא קנין ולא מעות ושמעון אומר ישבע שאינו נזכר וכו'.

וע"ז השיב הרב כבר כתבתי לך דעתי פעם אחרת דאין השבועה מקיימת הקנין אלא שחייב להשלים מכח שבועתו כדי שלא יעבור עליה וכו' אבל במה שאין בו חיוב ממון כלל בשום מקום אע"פ שב"ד מנדין אותו עד שיקיים שבועתו אין זה חיוב ממון וכשכופר אין משביעין אותו אבל לפי דעתך שהשבועה שנשבע להשלים מקיימת הקנין כמו שכתבת בדין האסמכתא וגם בכאן כתבת שהרי כשיודה ישלם אם כן לפ"ז הרי כאן תבי' חיוב ממון וכו' ע"כ: מובאר מדברי הרב.

דדעת ה' השואל היא דאף דליכא קנין כ"א שבועה לחוד אפ"ה נקיט ואזיל דהשבו' משוה קנין. וא"כ מוכרחין אנו לומר.

דע"כ לא קאמר הסמ"ע אלא לדעת הריב"ש ומור"ם לפום מאי דס"ל להסמ"ע דהריב"ש אזיל ומודה לדידיה דהרב השואל דאזיל כדעת ר"ת. וה' ב"ד ש"ש ז"ל ח"מ סי' א' הב"ד הסמ"ע הנז' וכו' וז"ל אלא שבב"ח הרבה להקשות עליו והעלה דאף לענין אסמכתא אף אי קנו מניה בקנין ונשבע אין השבועה עושה קנין ואפי' אם תפס מפקינן מניה וכן הסכים הש"ך וכו' שכן נ"ל עיקר והא ודאי דכוותיהו נקטינן דבתראי נינהו והלכתא כבתראי.

ע"כ: ולפ"ז הוברר לנו דעת מור"ם דאזיל ונקיט כהריב"ש. דס"ל דאין השבו' משוה קנין אף באסמכתא וכל דבר שהקנין מועיל.

ואף בדאיכא קנין ושבועה. ועי' כנה"ג סי' כ"ז הגב"י אות ר"ו דפליגי רבוותא בדעת הר"מ שהביא מר"ן שם סי"ט אי ס"ל כהרב השואל אי כהריב"ש.

וה' ב"ד ש"ש בסי' הנז' האריך למעניתו בענין זה ואסופה דמילתא כ' וז"ל וא"כ רבים אשר אתנו דס"ל דהשבועה אינה עושה קנין לדעת הר"מ ולא נשאר לנו אלא דברי מהרשד"ם דסי' כ"ח וקע"ה אבל בסי' רע"ד כ' בהפך כמש"ל וא"כ ודאי דמר"ן ז"ל ס"ל כרבים בדעת הר"מ ומה גם דסגי לן בתרי גברי רברבי למימר קי"ל וכמ"ש הכנה"ג בסי' כ"ה בכללי הקי"ל דפוסק שסובלים דבריו ב' פירושים יכול המו"ח ל' קי"ל כהאי פוסק כפי זה הפי' יעו"ש באות י"ט ע"כ: וכתב ה' המט"ש סי' ס' הגב"י אות מ' גבי פלוגתא דרבוותא דפליגי אי קנין אין כאן שבועה אין כאן וז"ל ולענין הלכה לכאורה נראה דכיון דמידי פלוגתא לא נפקא הו"ל כשאר מחלוקת דבעלמא דכל דיש ב' מסייעים למוחזק מצי למימר קי"ל ואף דהכא הוי המחלוקת אי מצי לומר קי"ל או לא הא קי"ל דאפילו הכי מצי למימר קי"ל כמבואר בכללי הקי"ל והגם דאיכא חומר שבועה וכה"ג ס"ל לרבוותא דאם כשאומר קי"ל עובר על שבועתו לא מצי למימר קי"ל כמ"ש בכללי הקי"ל סק"ס כבר מבואר דבמידי דאיכא דררא דממונא מצי למימר קי"ל וכמ"ש ג"כ הרב לב שמח ז"ל בדף ע"א מ"מ יד עניי אנן ואין בנו כח להכריע אחר דכבר עמד ע"ז הרב כנה"ג ז"ל בתשו' ח"א סי' ע"ג וסגר לנו המדבר דאעפ"כ סוגיין דעלמא אזלא הכי ע"כ: והרה"ג מוריב"אע זלה"ה הוב"ד בסי' מוצ"ב הנד"מ ח"א ס"פ ע"ח אחר שהביא פלוגתא דרבוותא בזה כ' וז"ל האמנם לא אשתמיט שום פוסק דלימא שהשבועה גומרת הקנין לעשותו קנין גמור וכמ"ש הריב"ש שמ"א ושאר דוכתי וא"כ מאי דנהוג השתא ספרי דווקני לכתוב קנין למ"ש ושבו' למ"ש היינו כדי לאפוקי נפשין מפלוגתא לבל נאמר שהשבו' היא לזרז הפירעון וקנין אין כאן וכו' אבל לומר דבמ"ש למ"ש נעלה אותה גם עלה שתועיל לעשותו ק"ג זו לא אמרה אדם מעולם.

ע"כ.

וכ"כ הרה"ג מוהריב"ן זלה"ה שם ד' ע"ט ע"ב וזל"ה דלשון זה מועיל שלא נאמר שהשבו' באה לזרז הקנין לבד ותלויה היא בו ואם הקנין אינו מועיל גם השבו' לא תועיל לכך כ' קנין למ"ש ושבועה למ"ש. ע"כ.

וכן מבואר בדברי הרב מוהריב"ם ז"ל המובא שם: העולה ממ"ש דאין השבו' משוה קנין. ואולם בעי' לאשלומי מכח חומר השבועה ולא אמרינן קנין א"כ שבו' א"כ דהכי אזלא סוגיין דעלמא.

ובפרט בשטרי דידן דכתבינן כ"א למ"ש. ואם נשאל על שבועתו מהני לדעת ר"ת דס"ל דנדר שהוא להנאתו של חבירו אע"פ שאין מתירין אותו אלא מדעתו וב"ד דמזדקיק ליה לאו שפיר עביד מ"מ אם התירוהו בדיעבד מותר לו וכמ"ש הריב"ש סי' של"ה והב"ד הסמ"ע סי' כ"ז סקנ"ג ופסקו מור"ם סי' ר"ט ס"ד.

ועי' מ"ש מר"ן בש"ע יו"ד סי' רכ"ח שכ' דסתם שם כדעת ר"ת ז"ל. וא"כ בנ"ד כיון דנשאלו על שבועתם והתירוה מהני ואף לדעת הסמ"ע אחר דהו' הקנין למי שלב"ל: וכל מה שכתבנו בהנך תלת ריעותי דק"ד ודמטבע וקנין למי שלב"ל.

הוא לפי הדרך הא' שדרכנו בה בפ' לשון השטר שכתבנו דבאומרם ואז יזכו וכו' כוונתם היא ליתן הקרן לדור ג'. ואולם ספרי דווקני דהאי שטרא המה בחרו להם הדרך הב' דאין כאן מתנה כלל אלא הנחלה ממשמשת ובאה מדור לדור אכן בכח הקוש"ח קבלו עליהם וע"ז וכו' שלא יהנו מן הקרן עד אשר יגדל דור ג' ואז הוחלה השבו'.

ויען כי יראת ה' על פניהם מחומר העדות לא החליטו להעיד בדבר להדיא אף כי קרוב להם הדבר מאד מאד שמעשה שהיה כך היה. ולדרך זה אריה דשבו' הוא דרביע עלייהו.

וכיון דנשאלו על שבועתם והתירוה מותרת וכמש"ל והדרך הג' שכתבנו דאין כאן כ"א ריצוי שנתרצו לעשות וכל דברי הש' הנז' נמשכים אמלת נתרצו ביניהם הכתו' בהצעת השטר ואין הריצוי מתנה אלא שלא יוכלו למחות זב"ז מלעשות כן והשתא שחזרו שניהם אין כאן אפ' איסור שבועה. הדרך הזו מצאנוהו שגיא כח בתשו' ה' מעשה חייא ז"ל סי' ט' שדן ה' שם בתנאי כתו' שהתנו איש ואשתו וז"ל התנאי עוד התנו ביניהם החתן והכלה ונתרצו שכ"א מהם שישאר בחיים ישלוט בכל הנכסים שימצאו כנ"ל ובתנאי שלא יוכל שו"א מהם להורישם לשום איש בעולם אע"פ שיהיה יורש גמור אבל מעו"מ כ"א מהם היינו החתן והכל"ה מניחים ליורשיהם רביע סק'ודו ובזה עוקרים הירושה מהם ורוצים בכוונה מוחלטת שמכל הנכסים שימצאו להם אחרי מות א' יקנו קרקעות ומפירותיהם שירויהו היינו כל הפירות שירויהו יחלקום בין ישיבות צפת ובין חברת קברים וקופה של צדקה וכו' ככל התנאים האלו נתרצו החתן והכל"ה כבגו"ר וכו' וכחומר כל שטרי וכו' וקנינא אנן סהדי מן החתן והכלה וכו'.

וע"ז כ' הרב וז"ל גם יראה מטעמא אחרינא דתנאי הכתו' לזכות העניים והישיבות אין בו ממש כי לא הוזכר שום מתנה כי אלו נאמר והנכסים אשר ישארו אחרי מות א' מהם יקנו מהם קרקעות וכל פירותיהם יחלקו לישיבות וכו' הוי לשון מתנה אמנם הוסיפו והאריכו לגרוע באמור ורוצים בכוונה מוחלטת שהנכסים וכו' ומלת יקנו ויחלקו מוסבות אל הריצוי דקודם שיתרצו במי שיעשה כן אמנם אינם מצויים שיעשה כן והמתרצה בדבר לא יקרא נותן או מצוה ול"מ להרמב"ן ודעמיה דס"ל גבי קידושין דהאומר ע"מ שירצא אבא היינו שלא ימחה ויהיה פי' בנד"ד מילת ריצוי שלא ימחו בעושה מתנה זו וכו' ובודאי דלא עדיף האי לישנא מהכותב אתננו שדה זו לפ' דלא קנה כדכ' הרמב"ם פ"ד מה' זכיה והטור סי' רמ"א אבל אמר אתננו אפ' אם קנו מידו לא קנה דק"ד הוא ולא מחייב לקיומיה וגרע ודאי דאם אמר אתננו מעכשיו קנה וכדכתב הטור בתר הכי ובנ"ד אפ' אמר מעכשיו איננו מועיל דגריעות לשון אתננו הוא כי יראה הבטחה שיתן לאחר זמן לא עתה ובאומר מעכשיו הורה כי לא הוי הבטחה כ"א מתנה אחר שהוא מעכשיו אמנם בנ"ד דגריעות לשון ריצוי הוא כי המתרצה במתנה לאו נותן מיקרי אין למעכשיו שייכות לאשוויי לשון ריצוי לשון מתנה.

ע"כ: והכנה"ג סי' רמ"ה הגה"ט אות ח' עמ"ש הטור ומיהו אם אמר לו אתננו מעכשיו כ' וז"ל נב' אמנם אם אמר אני רוצה שמכל הנכסים יקנו וכו' אין זה מתנה ואפ' מעכשיו לא קנה. ע"כ: ומינה לנדון דאנן קיימין ביה דאין כאן כ"א ריצוי ולא מתנה.

ואולם שטר החוב שנתחייבו בו לידידינו הרב כמוהר"ר הו"ד יוסף עינינו הי"ו לעת שיחזרו בהם שריר וקיים הוא חזק כראי מוצק ואם נתפייסו ביניהם מה טוב ומה נעים. זה מה שנלע"ד בזה.

וצור ישראל יצילנו מכל שגיאה. ויאיר עינינו במאור תורתו הנפלאה.
אכ"ר.

נאם החו"פ פאס יע"א בח' מנחם מ"ש על מי מנו"חת ינהלנ"י וכו היא שנת תרנ"ט לפ"ק. וקיים.

זעירא דרבנן: ע"ה ב"ה שלמה אבן דנאן הי"ו סימן י"ד. ראובן אומן מתקן כלים של בעלי בתים ושמעון נתן לו כלי שלו לתקנו והלך ראובן האומן ולוה מלוי ונתן לו את כלי שמעון למשכון בעד הלואתו וכשנודע הדבר לשמעון בעל הכלי רצה להוציאו מלוי בחנם ולוי אינו רוצה ליתנו לו עד שיתן לו מה שהלוהו עליו דעליו קא סמיך ונדרשתי לחוות דעתי בזה: הנה בטו"ר סי' שנ"ו מבואר דבגנב מפורסם פלוגתא דרבנותא דהרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל סברי דלא עשו בו ת"ה ור"י ז"ל והרא"ש ז"ל ס"ל דגם בגנב מפורסם עשו ת"ה אלא אם ידע הלוקח ודאי שהוא גנוב אז צריך להחזירו בחנם.

ומר"ן בש"ע פסק דלא עשו בו ת"ה ואנן בתריה דמר"ן גרירנא. וכ' המש"ה"ר מ"ע ג' אות ל"א וז"ל ראובן נתן בגד לחייט לתופרו ומסר לו חפצים הצריכים לתפירת אותו הבגד ומכללם אלקיאי"ץ והוא משי שזהו המעמיד את הבגד ועמד החייט ומשכנו אצל שמעון והחייט לית ליה מגרמיה כלום לשלומי אי חשיב החייט כגנב מפורסם דהכל יודעים שאין דרכו למכור הקאיטא"ן או לא ובס"י שנ"ח פסק מר"ן בש"ע דבאומן שמכר דבר מהדברים שאינו שלו אסור ליקח ממנו ע"ש שזה נראה דאהא מילתא חשיבא כגנב מפורסם וברס"י זה כתב שחזקתו שהוא גנוב ע"ש ועי' להתה"ד סי' ש"ט מה שהאריך ופסקו מור"ם סי' שנ"ו ס"ו ע"ש ומצאתי לה' מוהר"א ששון סי' ק"ט שנשאל מזה ובדף קצ"ז ע"ב כ' דאומן דמי לגנב מפורסם ע"ש ואחז"ר עוד נעשה מעשה בא' הקושר ומתקן ספרים ומשכן ומכר ועמדו בעלי הספרים ליטול את ספריהם חנם אין כסף דכ"ע ידעי דלאו בעל ספרים הוא אלא תופר ומתקן וכך עלתה להם וכעת מצאתי לה' בית דוד סי' קע"ו מהספר דאיתישיל קמיה כי האי ואייתי לדברי התה"ד וה' מהרא"ש והר"ש אלגאזי ז"ל תלי"ת שמו עכ"ל.

מבואר מדבריו דאומן שמכר או משכן לו עשו בו ת"ה משום דדמי לגנב מפורסם: והנה קיצר הרב במקום שהיה לו להאריך שדברי הרב הפך ממה שפסק התה"ד סי' ש"ט דפסק מור"ם כוותיה וז"ל וכן אומן שנותנין לו כלים לתקן ומשכינם צריכין הבעלים ליתן לו מעותיו ע"כ. ומהתימא איך ציין לדבריהם כאשר יראה הרואה בדבריו ולא בא לכלל ישוב כאלו כחזא נפקין וכחזא שריין.

וגם המרדכי בריש פ' הגוזל בתרא כ' וז"ל אבל ודאי אם הכובסת משכנה הסדין לאותו יהודי עשו תק"ה במשכנתא וצריך להחזיר לבעלים כפי אשר קנהו ע"כ. באופן דדברי המש"ה"ר ז"ל הם דלא כהמרדכי והתה"ד ומור"ם ז"ל.

ותגדל התימא שהרי מבואר בכמה מקומות בדבריו ובמע' קופ' אות ל"א דבאתרא זידהו אזלי כמור"ם ז"ל כשאינו חולק על מר"ן ז"ל. ואפשר לישב ולומר דמפסק מור"ם לא הוי תיובתיה.

דנוכל לומר דמור"ם ז"ל אזיל לטעמיה דפסק בס"ב כר"י והרא"ש ז"ל דאף בגנב מפורסם עשו ת"ה ולזה ס"ל דבאומן שמשכין צריכין הבעלים ליתן לו מעותיו. דאף דאמרינן דהאומן לא גרע מגנב מפורסם.

מ"מ הרי אף בגנב מפורסם עשו ת"ה. ונראה דגם המרדכי הכי ס"ל שהרי בפ' הגזול בתרא הביא ב' הסברות וסברא זו הביא באחרונה.

וכבר השרישונו דס' המביאים באחרונה היא העיקר לדעתם ומההיא דהמרדכי משם ראב"ן ז"ל פסקה מור"ם בסוף הסי' סי' יו"ד אין להוכיח להפך דאליבא דמ"ד קאמר כמו שאנו צריכין לומר כן לס' מור"ם ז"ל. עי' סמ"ע ס"ק כ"ג.

גם התה"ד מסתמא הכי ס"ל שהרי הרב אזל בתר דגל הקי"ל כאשר יראה הרואה בדבריו שם סי' הנז' בפלוגתא דאומן קונה בשבח כלי ומינה לההיא פלוגתא דהרי"ף והרמב"ם ז"ל ור"י והרא"ש ז"ל דיכול המוחזק לו' קי"ל דגם בגנב מפורסם עשו ת"ה. וכ"כ הכנה"ג בתשו' ח"מ ח"א סי' קל"ח וז"ל ונראה לכאורה דכיון דאיכא פלוגתא דרבנותא יכול המוחזק לו' קי"ל כהרא"ש והכא"ג כ"כ שלוי הוא מוחזק יכול לו' קי"ל כר"י והרא"ש ז"ל דאף בגנב מפורסם עשו בו ת"ה אלא שמצאתי למורי הרב ז"ל בחז"מ סי' י"ב כ' והדבר צריך הכרח אם לא מפקינן מן הלוקח בלא דמים כסברות ר"י והרא"ש או כיון דהני מטלטלי למהדר קיימי ה"ל בחזקת בעליהם ואי משום דמים שנתן אייתי ראיה דעשו ת"ה ויטול.

איברא דכיון דמורינן הרב מסתפק בדבר חזרנו למקום הספק דמי יוציא מיד המוחזק ע"כ ולפ"ז נתיישבו דברי המסה"ר דלא ליהו הפך מדברי המרדכי והתה"ד ומור"ם. דאפשר דכולהו אזלו לטעמייהו דגם בגנב מפורסם עשו ת"ה.

ואולם להולכים בעקיבות מר"ן דפסק דגנב מפורסם לא עשו ת"ה. גם באומן דלא גרע מגנב מפורסם יחזיר בחנם: אלא דחזיתיה להכנה"ג סי' שנ"ו בהגה"ט אות ח' שהביא דברי תה"ד דסי' ש"ט וכ' ע"ז וז"ל והביאה בסי' המפה ונראה דהיינו דוקא באומן הממשכן אבל באומן המוכר כלי של בעל הבית לא גרע מגנב מפורסם וכן מצאתי למהרא"ש סי' ק"ט דלא גרע אומן המוכר מגנב מפורסם עכ"ל וכ"כ בתשו' סי' קל"ח הנז' והגם כי הכנה"ג לא פי' להדייא מאי איכא לחלק בין משכון למכר.

מ"מ החילוק פשוט הוא ומבואר בתשו' ה' משאת משה חז"מ סי' ט' וז"ל דהא רב המרחק בין קונה מן האומן לממשכן את האומן דבשלמא בקונה מן האומן אמרינן דלא עשו תק"ה משום דאיהו אפסיד אנפשיה דסתמא מאי דאית ליה לאומן דאחריני הוא שנתנו לו לתקן ולא הי"ל ללוקחו ממנו. ברם היכא דהאומן ממשכן איזה חפץ עשו בו ת"ה וכמ"ש הפוסקים דכיון שלא הלוהו אא"כ הביא משכון אמרינן שלא על אמונתו הלוהו אלא משום דידע בנפשיה שלא יניח המשכון ויפדהו ושייך בו ת"ה כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין ועי' בסמ"ע סי' שנ"ו ומשו"ה חייבים הבעלים ליתן לו מעותיו משא"כ בקונה

מן האומן דודאי לא עשו בו ת"ה ואיהו דאפסיד אנפשיה וזה ברור לע"ד עכ"ל ע"ש וכ"כ המט"ש סי' קל"ו הגה"ט אות ה' וזל"ה ואחר ההשקפה לית תברא על מוהר"ש ז"ל מדברי התה"ד ז"ל דשאני ממשכן ממוכר וכמ"ש הכנה"ג ז"ל סי' שנ"ו הגה"ט סק"ח ע"כ.

באופן דסרכין תלתא הכנה"ג והמשאת משה והמט"ש ז"ל כולהו תלתא סברי דשאני ממשכן ממוכר דלא כהמשה"ר ז"ל דלא שאני ליה: והנה לכאורה דברי הכנה"ג ז"ל תמוהים דיצא לחלק אדברי תה"ד ומור"ם ז"ל דבאומן הממשכן הוא דצריך ליתן דמים מהך טעמא דכתבנו לעיל משם המשאת משה ז"ל.

אבל באומן המוכר א"צ ליתן דמים דלא גרע מגנב מפורסם. והלא אף אי חשבינן ליה לאומן כגנב מפורסם.

הלא גם בגנב מפורסם פסק להדייא מור"ם ז"ל דעשו ת"ה ואף דהתה"ד לא מצינו כן דעתו להדייא. מ"מ לאחר דתופס דגל הקי"ל ודאי דהכי דעתיה.

ובפרט שכן פסק להדייא הכנה"ג בתשו' דסי' קל"ח דיכול הלוקח המוחזק לומר קי"ל וכמש"ל. ואמנם בתר ההשקפה נראה דמשמע ליה להכנה"ג דמדכ' מור"ם בסתם אדברי מר"ן.

וכן אומן וכו' משמע דאיירי גם לדעת מר"ן דס"ל דלא עשו ת"ה בגנב מפורסם. ולזה היה מקום לומר דסבר לה מורם דאומן לא הוי כגנב מפורסם אלא כגנב סתם.

ולכן אומן הממשכן צריכין הבעלים ליתן לא מעותיו אפילו לדעת מר"ן ולפ"ז ה"ה אומן המוכר דכיון דלא חשבינן ליה לאומן גנב מפורסם א"כ אפי' למר"ן עשו בו ת"ה. לכן כ' הכנה"ג דאין זה דעת מור"ם אלא דס"ל דהאומן הוי כגנב מפורסם.

ואתא מור"ם לאשמועינן דבהיכא דהאומן משכן יודה מר"ן דעשו בה ת"ה מטעמא דכתיבנא. אבל לא באומן המוכר משום דלא גרע מגנב מפורסם דלס' מר"ן לא עשו בו ת"ה.

אבל לס' מור"ם ז"ל או לתופסי דגל הקי"ל בין אומן הממשכן בין אומן המוכר צריכין ליתן דמים ובזה ניחא נימא מאי דאיכא לאקשווי על דברי הכנה"ג מדברי המרדכי בריש הגוזל בתרא וז"ל ומכאן הבאתי ראיה על מעשה שבא לידי על כובסת כותית שהיתה רוחצת בגדים לכמה יהודים ואבדה סדין אחת והכותית נטלה סדין אחר מן היהודים אחרים ונתנה לו תמורת סדין שלו אשר אבדה וצויתי להחזיר לו שהרי אותם יהודים אחרים לא נתייאשו מסדין שלהם אלא היו מרדפין אחר הכובסת מפני סדין שלהם וגם קי"ל בפרקין גנב ופרע בחובו גנב ופרע בהקיפו דלא עשו בו ת"ה וצריך להחזיר לבעלים בחנם ע"כ.

אבל וכו' העתקנו סיום דבריו למעלה. והא נדון המרדכי הוי כאומן המוכר דלא שייך ביה הך טעמא דהכנה"ג והמשאת משה.

דהרי אינו עומד לפדיום ואפ"ה הוצרך המרדכי לומר דהט' דלא עשו בו ת"ה הוא משום דגנב ופרע בחובו וכו'. אלמא דאי לאו האי טעמא הוא אמרינן דעשו בו ת"ה.

וזה נראה לכאורה הפך ממש הכנה"ג דבאומן המוכר לא עשו תק"ה. ולמ"ש ניהא דכל כוונת הכנה"ג הוא לומר דהא דמשמע מסתמיות דברי מור"ם דגם מר"ן יודה הוא דוקא במשכון אבל לא במוכר דלא עשו בו ת"ה בגנב מפורסם וה"ה באומן דלא גרע.

אבל לדבריהם דרבנן דסברי דגם בגנב מפורסם עשו תק"ה גם באומן ל"ש מכר ל"ש משכן. וכבר כתבנו דהכי ס"ל להמרדכי"י מדהביא ס' זו באחרונה כאשר השרשונו חז"ל.

ולכן הוצרך להאי טעמא דגנב ופרע בחובו וכן אנו צריכים לומר בדברי הפרישא ח"מ סי' קל"ו דעמ"ש הטור ואם יבוא בעל הטלית ויאמר לא צויתי לאומן למכור טליתי ולא לקחתי ממנו שום דמים נאמן ויקח טליתו מיד זה ע"כ כ' הפרישא ואין זה יכול לו' תן לי תחילה את שלי כי זה יאמר לו את שלי מצאתי בידך החזירם לי וחזור אתה אחר האומן ולא שייך בזה תק"ה אלא היכא שהוציא מעות וקנה שום חפץ אבל זה הו"ל כמו נפרע בו בחובו ובהקיפו דלא תקנו בו וכמ"ש רבינו בסי' שנ"ו עכ"ל.

דהא הוצרך לעקור תק"ה משום דהו"ל כמו נפרע בחובו ובהקיפו הט' משום דקאי אדברי הטור דסבר לה כהרא"ש אביו ז"ל דגם בגנב מפורסם עשו תק"ה: איברא דמוכרחין אנו לומר דעינא פקיחא דהכנה"ג דשפיר חזי לא שלטא בדברי המרדכי מטעם אחר. והוא דמהמרדכי מוכח דבמשכן ובחובו ובהקיפו עשו בו תק"ה.

דדוקא במוכר הוא דאמרינן גנב ופרע בחובו ובהקיפו לא עשו בו ת"ה. שהרי אחרי שכ' אנדון דידיה דאין בו משום תק"ה משום דהוי כגנב ופרע בחובו ובהקיפו סיים וכ' אבל ודאי אם הכובסת משכנא הסדין לאותו יהודי עשו ת"ה במשכנתא וכו' ומדכ' לאותו יהודי משמע לאותו יהודי דאבד לו הסדין דביה איירי דהוי משכן בחובו ואפ"ה כ' דעשו בו ת"ה.

ואלו הכנה"ג שם בהגב"י אות י"ג ובתשו' סי' קל"ח הנז' כ' מסברא דנפשיה דגם במשכן בחובו לא עשו ת"ה. ושכן מצא להדייא בתשו' להרשב"א הביאה רבינו הב"י ז"ל סי' ע"ב מחו' כ"ז יע"ש.

ולא זכר שר את דברי המרדכי"י ז"ל דנראה דחולק על הרשב"א ז"ל. והמוחזק יכול לומר קי"ל.

הן אמת דלדידן דקבלו אבותינו ורבותינו דברי מר"ן בב"י ובש"ע כידוע. ודאי דכהרשב"א קי"ל אחר שהביא דבריו מר"ן בב"י ככתוב אצלי כן במקום אחר משם מהרימ"ט ז"ל: קנצי למילין לדידן דקי"ל כמר"ן דבגנב מפורסם לא עשו ת"ה.

אומן דמכר לא גרע מגנב מפורסם וכמ"ש מהרא"ש ז"ל סי' ק"ט. אבל אומן דמשכן עשו בו ת"ה.

וכמ"ש המרדכי והתה"ד ומור"ם ז"ל וכמ"ש הכנה"ג והמשאת משה והמט"ש ז"ל דרב המרחק בין אומן הממשכן לאומן המוכר. והגם דהרב מהר"ם קרישפין ז"ל הוב"ד בתשו' משאת משה סי' ר"ו דחה דברי מהרא"ש ז"ל גם במכר מההיא דהמרדכי והתה"ד כבר דחה דבריו ה' משאת משה שם בסי' ט' משום דרב המרחק בין מכר האומן למשכן.

וזה פשוט.

ודלא כה' משה"ר שהם דברי יחיד. ובפרט דגם אם היו רבים עמו.

היה המוחזק יכול לומר קי"ל כהכנה"ג והמשאת משה והמט"ש דס"ל דבאומן שמשכן עשו ת"ה. ותל"מ.

וצוי"מ וימ"ן אכי"ר. הכ"ד הח"פ פאס יע"א טבת דהאי שתא והגידו לך את דבר המשפט לפ"ק.

וקיים זעירא דרבנן: ע"ה ב"ה שלמא אבן דנאן הי"ו סימן ט"ו. בתלת כחדא הוינא ואסהד קדמנא כה"ר יהודה הרוס החתום בפנים אין פוסט אצוואה די יונה הנ"ב קאל לר' אליהו הרוס הנ"ב סחאל נעמל דליזארא לר' אליהו אלבאז.

וואזבו ר' אליהו הרוס הנז' וקאללו יזארתו יעמלוהאלו לחכמים. זא ר' אליהו אלבאז הנז' וקאללו פאס נקבד האד ליזארא.

וואזבו יונה הנז' וקאללו כלסי יכון פידך. ועאווד קאלהום יונה הנז' לבניתא דייאלי מא נעטיהא גיר לשלמה ן' כאי דוקא.

ועאווד קאלהום יונה הנז' ותלמוד די ווצית יסריוו יכון פייד ר' אליהו אלבאז הנז'. עכס"ע, וקבלנוה כדחזי מן דינא וחת' הכא תמ"ת וקיים וחתו' אני ע"ה החותם כאן ראשון והר' מכלוף אדהאן.

וס"ל נמ"כ וז"ן אב"א תב"ת בלי תו"מ. על פי העדאת העד הנז' שהוא א' מעידי הצוואה שהעיד כי שאול שאל האיש המנוח הזה כמה יקצוב לר' אליהו אלבאז בשט"ו ותשו' א' חכם כי שכר טרחו לפי ראות עיני בדי"א.

ואח"ך אמר המצוה כלסי יכון פידך. מוכח להדייא שהוא ממנה לר' אליהו אלבאז הנז' להיות אפוט' על נכסיו ויהיה הוא המוציא והמביא פקיד ומשגיח ככל האפוט' ואין דובר אליו דבר.

ואף ידינו תכון עמו ומסכימים אנחנו על מינוי החכם הנז' כי הוא גברא דשפיר חזי. ויראת ה' על פניו.

וראוי הוא לשמור נכסי יתומים ולפקח בעדם ולרחק הנזק ולקרוב התועלת. ולראיה בידו ח"פ בחדש סיון ש"ש ואתה אל תירא לפ"ק וקיים.

וחתומים חו"ר העיר כמוהר"ר רחמים יוסף יש"ץ ה"ן אג"ייני. וכמהר"ר רפאל משה יש"ץ ה"ן אלבאז.

ונתקיימו כל החתי' בא' מדרכי הקיום. וחת' הכא תמ"ת ולראיה ח"פ וקיים.

וחתומים כהה"ר ישועה אג"ייני. וכהה"ר מסעוד עובדיה הי"ו: עינינו ל'ו ראו בקב"ע הנז' ובמאי דאמור עלה רבני צפרו יע"א.

והן אמת כי לא היה ברצוני לעמוד על ענין זה כי אין בלשוני מלה. ותבט עיני בשו'רי שורות לוכסן.

כבד פה וכבד לשון. לא כתב ולא לשון.

גם זו שהזמן גרמא. טרדין עלי.

אדמה.

אידי דטריד רבו משערות. ושמעתתא בעיא צלותא להבין ולהורות.

אבל מה אעשה ההכרח נצחני. לא ישובח ולא יגונה.

להיותי נכוח בפוצרין. לא נתנו דבריהם לשיעורין זאת היתה לי לעמוד ע"פ נגמר הדין כפי ערך השג יד כהה ואלקטה באומ'רים בקציר'ת האו'מר.

והנה בעתה אגידה ואדברה כי המנוח הנז' הניח אחריו שתי בנות האחת קטנה והאחת גדולה נשואה להר"פ זכרי הי"ו ועד א' העיד שהמנוח הנז' צוה ואמר בזה"ל לידידינו הח' הש' והותיק כהה"ר אליהו אלבאז הי"ו כולסי יכון פידך. וחזינן לרבנן קשישי שכתבו דלשון זה מוכח דמינהו אפוט' על נכסיו וגם הם סמכו את ידיהם עליו.

ומאהבת הקיצור באו דבריהם סתומים וחתומים כחזיון הסתום. וכמשי"ת בע"ה.

וזה החלי.

וה' אלד'ים יעזור לי: קדמה אל אר"ש נדעה נרדפה לדעת כוונת המצוה במ"ש: כלסי יכון פידך.

דלכאורה נראה דכוונתו על כל נכסיו וגם על חלק הבת הגדולה. אלא שאין הסכל והסברא מורים כן כי אין האב שם אל לבו למנות אפוט' לגדולים שהם בני דעת וא"כ הוא הא ודאי שאין כוונתו כ"א על חלק הקטנה.

ולשון כלסי וכו' יסבול זה דר"ל כל חלק הקטנה הצריך לאפוט' יהיה בידו. ועי' הרשב"ש ז"ל סי' שמ"ד וזל"ה.

ועוד שדברי המצוה שאמר בני בל' רבים יכולים להתפרש שלא אמרן אלא על הקטן שצריך לאפוט' שעשוי אדם לקרות בן אחד בלשון רבים כדאמרינן בפ' מי שמת שהוא דאמר להו נכסי לבני וכו'. וכשם דבמקום שיש בן ובת ואמר בלשו' רבים אמרינן שאין דבריו אמורים אלא על הבן הראוי ליורשו ואפ"ה הזכירו בלשון רבים אע"פ שהוא אחד.

ה"ה נמי היכא שיש בן ראוי לאפוט' ובן שאינו ראוי לאפוט' ואמר האב שיהיה פלוני אפוט' על בני שלא אמר אלא על הראוי אע"פ שהזכירו בלשון רבים והוא אחד. ע"כ: גם מהרשד"ם ח"מ סי' תל"ב כ' וזל"ה ומ"ש ואמו תהיה אפוט' כל ימי חייה יש לפרש שכל זמן שיהיה הנער צריך לאפוט' לא יוכל שום ב"ד ולא אדם אחר לומר אין אנו רוצים שתהיה את אפוט' דפשיטא דלא מסתבר כלל לומר שאפי' יהיה הנער גדול ונשוי אשה ויהיה לו בנים שתהיה האם אפוט' דהא ודאי אפוט' לדקנני לא מוקמינן.

וכן האב ג"כ לא היה משים לבנו בהיותו גדול כ"כ כנז' אפוט' וא"כ יש לך לומר שהכוונה היא מה שאמרנו שכל זמן שנצטרך הנער אפוט' תהיה היא כל ימי חייה אבל אם תמות אז ב"ד יראו הטוב והישר איש אחר שיהיה אפוט' שלא רצה הוא לפרש ולומר שאם תמות היא יהיה פ' אלא הניח הדבר סתם כי אז יפקחו לראות הב"ד הטוב בעיניהם ועם

שזה מוכח מכח הסברא ואין הלשון מכחישו מ"מ אפי' לא היה מוכח כ"כ יש לדון כן משום דכל היכא דאיכא ספקא כל דהוא איכא לאוקומי ממונא בחזקתו וממון בחזקת היורשים קאי.

ע"כ: מדבריהם יש ללמוד לנ"ד דאחר דלא מסתבר כלל לומר שהאב ימנה אפוט' על הגדולים א"כ נימא דמ"ש כלסי וכו' דלא היתה כוונתו כ"א על כל הנכסים הראויים לבת הקטנה שהיא צריכה אפוט': ועוד דהגם שנאמר דכוונת המצוה גם על חלק הבת הגדולה אפ"ה יכולה הבת הנשואה לומר אי אפשי באפוט'.

שהרי כ' מר"ן הב"י סי' ר"ץ וז"ל כתוב במישרים בנתיב כ"ו ח"א וז"ל כתבו הפוסקים דאם מינה האב אפוט' לגדולים שיכולים לומר אין אנו צריכים לאפוט' ומוציאין מתחת ידו זולתי אם השליש בידו ממון על דעת לעשות כך וכך משום דמלד"ה כדאמרינן גבי המשליש מעות לבתו בפ' מציאת האשה ד' ס"ט עכ"ל.

ופסקה מור"ם בהגה סי' הנז' סכ"ו. והנה לכאורה דברי רי"ו ז"ל קשים להולמם עם מ"ש הרמב"ם ז"ל ופסקו מר"ן סי' הנז' וז"ל קטן שהגדיל אפי' היה אוכל ושותה יותר מדאי ומפסיד והולך בדרך רעה אין ב"ד מונעין ממנו ממון ואין מעמידין לו אפוט' אא"כ צוה מורישו שלא יתנו אלא אם יהיה כשר ומצליח או שלא יתנו עד זמן מרובה ע"כ.

הרי להדיא דהאב יכול לעשות אפוט' לבניו הגדולים וכן מצאתי לה' המבי"ט ח"א סי' של"ה וז"ל"ה ואע"ג דב"ד אפוטר' לדקנני לא מוקמינן ואבי יתומים נמי אינו צריך למנות אפוט' אלא על בניו הקטנים. אפ"ה אם נראה לו למנות אפי' על הגדולים ג"כ לזמן ידוע מפני שנראה לו שלא היו ראויים עדיין בממון או לסיבה אחרת שנראה לו רשאי הוא ומצוה עליהם לקיים דברו וכמו שנראה מדברי הרמב"ם שכ' קטן שהגדיל וכו' עד זמן מרובה ע"כ.

ולשונו זה הביא בח"מ סי' ר"ץ ובסמ"ג וכן בצרור הכסף משמע דאב או מוריש רשאי למנות אפוט' על היורש הגדול ומונעין אותו ב"ד מלהחזיק בממונו עד זמן שצוה המוריש מדכ' קודם אין ב"ד מונעין ממנו ממון ע"כ. ובסוף התשו' כ' ומה שנמצא במישרים נתיב כו' שכ' כתבו הפוס' דאם מינה האב אפוט' לגדולים וכו' לא נמצא זה כתוב בשום פוסק המצוי אצלינו והרי הרמב"ם וסמ"ג וח"מ וצרור הכסף שמשמע מדבריהם הפך זה כמו שהבאתי למעלה.

ע"כ.

יעוש"ב: ולפ"ז יש לתמוה על מר"ן הב"י שלא העיר על דברי רי"ו שהרמב"ם ז"ל חולק. ויותר תימא על מור"ם שקירב את הרחוקים וכתב על דברי הרמב"ם ז"ל דברי רי"ו כאלו כחדא שריין.

וגבה טורא בינן: וע"כ צריכין למשכונני נפשין כדי שיהיה זיווגן עולה יפה בג' פנים. הפך הא' דהרמב"ם ז"ל מיירי היכא דיש בו משום מצוה לד"ה.

והפן הב' דרי"ו ז"ל מיירי בשאינו הולך בדרך רעה. ואל השלשה לו בא דע"כ לא ס"ל להרמב"ם שהאב יכול למנות אפוט' לגדולים אלא דוקא כשמינה להם אפוט' בעודם קטנים.

אז יכול להרחיב זמן מרובה אף לאחר שיגדילו דמגו דחיילא זמן הקטנות חיילא נמי זמן הגדלות אבל אם מינה להם אפוט' בהיותם גדולים יכולים למחות ובהכי מיירי רי"ו ז"ל: שוב מצאנו להכנה"ג סי' הנז' בהגב"י אות קס"ז וז"ל ממ"ש הרמב"ם ז"ל ורבינו בעה"ט ז"ל אא"כ צוה המוריש וכו' הוכיח מהר"מ מטראני ז"ל בח"א סי' של"ה דס"ל דיש כח ביד האב למנות אפוט' אפי' לבנו גדול וכו' ומהרי"ל ז"ל הביא דברי רי"ו ז"ל בסי' זה סכ"ו ולא ביאר שהפוסקים חולקים עליו נראה דס"ל דדברי הרמב"ם ורי"ו ז"ל יש להם ישיבה אחת בעולם.

וכן נראה מספר המפה שעל מ"ש הרב ז"ל לשון הרמב"ם ז"ל הגיה וכתב עליו לשון רי"ו ז"ל. ונראה שהם ז"ל סוברים שהרמב"ם ז"ל מיירי כשהליש המעות בידו לעשות כו"ך דבהא אפי' רי"ו ז"ל מודה מלד"ה.

ועוד אפשר לומר דהרמב"ם מיירי כשיודע שהוא אוכל יותר מדאי ומפסי' ממונו בדרך רעה. שאז ביד האב למנות אפוט' עליו שלא יפסיד ממונו דהוי כקטן.

אבל רי"ו מיירי בגדולים בני דעת שיכולים לומר אין אנו צריכין לאפוט'. א"נ דהרמב"ם מיירי כשמינהו המוריש כשהוא קטן וצוה שלא יתנו לו עד זמן פ' או עד שיהא כשר ומצליח.

אבל רי"ו מיירי בממנה אפוט' לבניו והם גדולים בעת המינוי ע"כ: גם בתשובתו ח"מ סי' רי"ו כתב וזל"ה אבל ממה שהרב בב"י הביא דברי רי"ו ולא ביאר שהפוסקים חולקים עליו נראה דס"ל דהרמב"ם ז"ל ורי"ו ז"ל יש להם ישיבה אחת בעולם. וכן נראה מהרב בעל המפה שעל מ"ש הרב דברי הרמב"ם ז"ל בספר הקצר הגיה עליו לשון רי"ו.

ע"כ.

ע"ש.

ותלי"ת שנתכוונו לדעתו דעת עליון: הן אמת דיש לתמוה מההיא דכ' מר"ן סי' ר"מ ס"ד הכותב כל נכסיו מתנה לא' מבניו וכו' אפי' הוא קטן המוטל בעריסה לא עשאו אלא אפוט'. וכתב הב"י ז"ל וז"ל וכתב הר"ן אהא דמסקי' בבנו אפילו קטן ומוטל בעריסה אפוט' שווייה כתב הרז"ה דדוקא בצריכין אפוט' כגון קטן בין הבנים הקטנים או דליתנהו הכא.

הא בגדולים ואיתנהו הכא מתנה גמורה היא והרשב"א ז"ל מסתפק בדבר עכ"ל ואני מצאתי להרשב"א שכתב בתשובה שאין דברי הרז"ה מחוורים והביא ראיה לדבר לסתור דברי הרז"ה. וה"ה בפו' מהלכות זכייה כ' על סברת הרז"ה וליתא וכן הסכימו ז"ל דבכל גווני לא קנה.

עכ"ל.

והסמ"ע בסק"ו כ' וז"ל אפילו היה בן קטן המוטל בעריסה ואפי' אם שאר אחיו הם גדולים והם כאן דאיכא תרתי לריעותא הבן גדול א"ץ לאפוט' וגם זה הקטן אינו ראוי לאפוט' ואפ"ה לא חלקו רז"ל. כ"כ ב"י וד"מ בשם הפוסקים ודלא כהרז"ה ע"כ והכנה"ג סי' הנז' בהגב"י אות י"ב כ' וז"ל נ"ב וכן כתב הריטב"א ז"ל מורה צדק וכן הלכה וכמו שנראה מדברי רבינו המחב"ר בספר הקצר וכמ"ש הסמ"ע עכל"ה.

וא"כ מ"ש מר"ן הכותב וכו' לא עשאה אלא אפוט' מיירי אף אם שאר אחיו גדולים וכמ"ש הסמ"ע והכנה"ג ושכן מוכח מהב"י וע"ז פסיק ותני לא עשאה אלא אפוט'. ומשמעות לשון זה יורה יורה דאפוט' מיהא הוי אלמא יש כח ביד האב למנות אפוט' ופוט' גם על בניו הגדולים: אכן יש להשיב ולומר דלעולם אם שאר האחים גדולים אף אפוט' לא הוי אלא שהוא נתכוון לאפוט' ולא למתנה.

ומשום דלא מיירי בסי' רמ"ו כ"א בדיני המתנה ולא בדיני האפוט' לכך לא ביאר מר"ן ז"ל דין האפוט' אי הוי באחים גדולים א"ל. וכי תימא הרי בס"ח כ' וז"ל אם אמר וכו' ולא ייפה כחו וכו' אפי' אפוט' לא עשאו ע"כ.

ואי ס"ל דבאחים גדולים לא הוי אפוט'. מ"ט לא ביאר הדבר להדיא כיון דבגדולים נמי מיירי כמו שביאר בס"ח ההיא דלא ייפה כחו אלא סתם וכתב לא עשאו אלא אפוט' דמשמעותו אפוט' מיהא הוי.

אפשר לתרץ דהא דשאר אחים גדולים לא שנאה מר"ן להדיא לשלול דעת הרז"ה לענין מתנה אלא מכללא אתמר ולכך לא השמיענו דין זה דגם אפוט' לא הוי אחר שעיקר הדין לא בא בכתוב להדיא אבל ההיא דלא ייפה כחו דס"ח קאי אכולא מילתא דלא עשאו אלא אפוט': אי נמי אפשר לומר אחר דדין זה שהאב אינו יכול למנות אפוט' על בניו הגדולים לא זכר שר' מר"ן הש"ע גם בסי' ר"ץ דמיירי בהל' אפוט' ואדרבא כתב לשון הרמב"ם דמשתמע לאידך גיסא וכמ"ש המבי"ט ז"ל אלא דמצינו לרבי הרמ"ה במפ"ה הגיה על דברי הרמב"ם את דברי רי"ו אלמא ס"ל דלא פליגי.

גם הרב"י הביא לשון רי"ו בסתמא ולא כתב שהפוס' חולקים עליו אלמא ס"ל דלא פליגי וכמ"ש ל' משם הרב החבי"ב בכנסת ותשובה. ולכאורה היה ראוי שיפרש הענין כדי שלא נאמר בדעת הרמב"ם כמ"ש המבי"ט.

אלא ודאי לפי רוב פשיטותו לא הוצרך לבארו. ואם בסי' ר"ץ לא הוצרך לבארו לרוב הפשיטות כ"ש בס' רמ"ו דלא מיירי בהכי בדין האפוט' כ"א בדין המתנה ושאינה היא דס"ח שחידוש גדול הוא שהרי אפוט' אינו צריך יפוי כח כמ"ש מור"ם בסי' ר"ן סי"ז בהג"ה.

ועי' נתיבות המשפט סי' רמ"ו סק"ב. ועי' מש"ל פ"ו מהל' זכייה הל' ד': וכשאני לעצמי אומר אני דשנייא אפוט' דא דאפקה בלשון מתנה נימא דאלימא טפי ובלשון מתנה יכול האב למנות אפוט' על בניו הגדולים לא כן מינוי אפוט' שהוא בלשון אפוט' אין כח ביד האב למנות על הגדולים ובזה ניחא לן טפי הא דלא הביא המבי"ט שדחה דברי רי"ו ז"ל ראייה מההיא דהכותב כל נכסיו וכו' לשיטת הרשב"א וסיעתו דמיירי אף בגדולים.

והדבר צריך תלמוד: והרב חלקת מחוקק א"ה סי' ק"ז סק"ב כתב וז"ל לא עשאה אלא אפוט'. אם יש יורשים קטנים או שאין יורשים כאן ניהא דמינה אותם לאפוט'. אבל אם היורשים גדולים יכולין לומר אין צריכין לאפוט' כמב' בח"מ סי' ר"ץ סכ"ו בהגה. דאפשר דמ"מ כל זמן שלא חלקו צריכין לקבל אותה לאפוט'. ודוחק לומר דאם הרשו' בידם לחלוק. הרשות ג"כ בידם שלא לקבל אותה אפי' לאפוט'. ע"כ.

והביא דבריו הב"ש: נראה דקשיתיה לשון חכמים לא עשאה אלא אפוט' דמשמעותו אפוט' מיהא הוי ולכך תירץ דקודם חלוקה צריכין לקבל אותה לאפוט': איך שיהיה הדרן לקמייתא אנן בדידן בתרייהו דמין ומור"ם גרירנא וגברא רבא קא מסהיד עלה הרב החביב ז"ל דסברי מרנן מר"ן ומור"ם ז"ל דהרמב"ם ורי"ו לא פליגי ופסקה מור"ם להדיא הכי נקטינן.

וא"כ בנ"ד אשר שמענו מפי המגיד שהבת הנשואה היא גדולה בעת המינוי ואינה הולכת בדרך רעה וגם לא השליש המעות בידו לשם כך. גם הרמב"ם יודה דאין האב יכול למנות אפוט': זאת ע' שע"א ח"מ סי' כ"ג] ועוד בנ"ד גם המבי"ט יודה דאין כאן אפוט' דהנה מצינו להרשב"ש ז"ל סי' שמ"ד בראובן שהניח ג' בנים הא' קטן והא' נשוי.

והא' בחור בן י"ח ובשעת פטירתו אמר שהוא מניח בניו ביד אחיו האח הגדול ובא הבן הבחור לב"ד ותבע נכסיו והבן הגדול מעכב על ידו שאביו מינהו אפוט' עליו. ותשובתו הרמתה.

אלא ציוה אביו שישארו נכסיו ביד אחיו הגדול ממנו עד זמן קצוב מצוה לקיים דבריו אבל האב לא קצב לא זמן ולהשאר ביד האפוט' לעולם זה לא עלתה על לב דעת האמת וכשם שאי אפשר לומר עשרים שנה או שלשים שנה כך אי אפשר לומר לא שנה ולא שנתים לא יום ולא יומים יעו"ש. והכא נמי בנ"ד שאמר המצוה כולסי יכון פידך ולא קצב זמן דלא הוי אפוט' על בת הגדולה וכמ"ש הרשב"ש ז"ל: וצריכין אנו למודעי אם הב"ד יכולין למנות אפוט' על הגדולים א"ל.

והנה מצינו שכ' הרמב"ם בפ' יוד מהלכות נחלות ופסקו מר"ן בסי' ר"ץ סכ"ו וז"ל קטן שהגדיל. וכו' אין ב"ד מונעין ממנו ממנו ואין מעמידין לא אפוט' אא"כ צוה וכו' ע"כ.

הרי בהדיא דאין ב"ד ממנין אפוט' לגדולים: אלא דעדיין יש לפקפק שהרי מאור דין זה הוא גבי נכסי שבוי בפ' המפקיד וכמ"ש הד"מ וז"ל קטן שהגדיל וכו' מבואר בהמפקיד דף ט"ל אפוט' לדקנני לא מוקמינן ע"כ. ושם נאמר שבוי שנשבה והניח קמא וכו' ב"ד יורדין לנכסיו ומעמידין אפוט' וקוצר וכו' ואח"כ מורידין קרוב לנכסיו.

ולוקים אפוט' לעולם. אפוט' לדקנני לא מוקמינן.

ופירש"י אין ב"ד טורחין לבקש אפוט' לאנשים גדולים שנתמלא זקנם לפי שלא ימצאוהו דבשלמא ליתמי איכא דשמע להו והוי אפוט' לדבר מצוה אבל לדקנני לא שמעי להו. ע"כ.

משמע דאם רצו לטרוח או בא מעצמו בלא טירחא רשאין. והרמב"ם פ"ז מהל' הנז' הלכה ה' כ' ולמה לא יעמידו ב"ד אפוט' לעולם וכו' לפי שאין ב"ד חייבים להעמיד אפוט' לגדולים שהם בני דעת.

ע"כ.

ופסקו מר"ן סי' רפ"ה ס"ב. וכתב הה"מ זוהי הקושיא שהקשו בגמרא ולוקי אפוט' וכו' הרי שהרמב"ם מפרש מאי דאמור רבנן בגמרא אפוט' לדקנני לא מוקמינן.

ה"ל אינם חייבים וכמ"ש רש"י. דוק מינה דאם רצו רשאין.

וא"כ מ"ש הרמב"ם בפ' יוד ואין מעמידין לו אפוט' וכו' הה"מ מבואר בהמפקיד אפוט' לדקנני לא מוקמינן. מוכרחין אנו לומר דלישנא דגמרא נקט וכבר הרמב"ם עצמו פירש כלישנא דשם אין ב"ד חייבים.

וא"כ גם מ"ש הרמב"ם בפ' אין מעמידין וכו' שהוא לישנא דש"ס הכי פירושו שאין ב"ד חייבין אבל לעולם רשאין הם. והרדב"ז ז"ל בס' קע"ג כ' וז"ל שאלת על הא דאמרין אפוט' לדקנני לא מוקמינן.

הרי שהעמידוהו אי מצי למימר לא ניחא לי במאי דעבוד או לא תשובה זו מחלוקת בין הראשונים. כי לדעת הרא"ה ז"ל אם העמידוהו לאו כלום הוא.

והרשב"א ז"ל כ' דנהי דאין ב"ד חייבים להעמיד לדקנני אפוט' אבל אם העמידוהו ונתרצה כל מה שעשה עשוי. והר"ן ז"ל כ' שתי הסברות ולא הכריע בהם.

אבל מדברי רש"י ז"ל נ"ל שהוא סובר כדעת הרשב"א ז"ל שכתב בפ' המפקיד עלה דהא דפרכינן ולוקים אפוט' לעולם ומתרצי אפוט' לדקנני לא מוקמינן. כ' אין ב"ד טורחין לבקש אפוט' לאנשים גדולים שנתמלה זקנם לפי שלא ימצאו דבשלמא דיתמי איכא דשמע להו והוי אפוט' לדבר מצוה אבל לדקנני לא שמעי להו.

ע"כ.

וטעמא דלא טרחו ב"ד אבל אם טרחו ומצאו מי שרצה לשמוע להם להיות אפוט' אפי' על הגדולים הרי הוא עשוי ודין אפוט' יש לו. וכן דקדקתי מל' הרמב"ם ז"ל פ"ז מהל' נחלות שאין ב"ד חייבים להעמיד אפוט' לגדולים שהם בני דעת ע"כ משמע דחיובא ליכא אבל אם עשו מה שעשה עשוי.

וכן דעת בעל מ"מ בפ' הנז' ע"כ: ולפ"ז בנ"ד אי נימא דכוונת הבית דין למנותו אפוטרופוס גם על חלק הבת הגדולה רשאים הם: אלא דאכתי נראה דלא עשו ולא כלום. שהרי באם היורש מוחזק כ' הטור סי' הנז' וז"ל אם יש מי שרוצה להיות אפוט' וכו' אבל דבר זה אינו מצוי שלא ימצאו מי שיעשה זה וכו' לפיכך אין ב"ד מצווין על זה כי לא ימצאו.

ומיהו היה אומר א"א הרא"ש ז"ל אפי' אם יתרצה א' להיות אפוט' כיון שאינו מצוי ואין לב"ד לבקש עליו אפי' כשימצא יכול היורש למחות שלא למנותו ע"כ. ומ"ש הטור אבל דבר זה וכו' הם כדברי רש"י והרמב"ם.

גם הרב"י הביא דברי רש"י והרמב"ם על דברי הטור. גם הרא"ש בפרק המפקיד כתב אפוט' דדקנא לא מוקמינן לפי שלא ימצאו ב"ד מי שירצה להשתדל ע"כ.

והן הן דברי רש"י והרמב"ם ואפ"ה היה אומר כשימצא יכול היורש למחות. אלמא ס"ל דהא דדייקינן דרשאינן.

דוקא כשאין היורש מוחה. אבל כשהיורש מוחה אינן רשאין.

ולפ"ז אפשר לומר דגם רש"י והרמב"ם ומר"ן ז"ל ס"ל כהרא"ש: אלא דאינו מוכרח דאפשר דס"ל כדעת הרשב"א שהביא הה"מ והביאו הב"י דס"ל דגם דהיורש מוחה אם נמצא אפוט' מעמידין אותו יעו"ש וב"ב. גם משמעות לשון הרדב"ז הנז"ל מורה כן.

מ"מ הרי מור"ם בסי' רפ"ה ס"ב הגיה על דברי מר"ן שהם דברי הרמב"ם מיהו אם היה כאן מי שרוצה להיות אפטר' וכו' מיהו היורש יכול למחות שלא למנות אפוט' וי"א דאין היורש יכול למחות. ע"כ.

וסברא הרא' שכ' בסתם היא סברת הרא"ש שהביא הטור. וסברא ב' שכתב בשם י"א היא סברת הרשב"א.

ואחר דמור"ם דגרינא בתריה במקום דלא גילה דעתו מר"ן סתמא לס' הרא"ש ומה גם דמדסתמה על מר"ן שהם דברי הרמב"ם נראה דסבר לה מר דהרמב"ם ומר"ן ז"ל סברי כהרא"ש ז"ל. הכי נקטינן: והגם שהבת הנשואה תרצה במינוי האפוט'.

מ"מ הבעל יכול לעכב דאינו רוצה ליתן שכר האפוט' וניכ'ה האיש מפירותיו. וגדולה מזו מצינו להכנה"ג א"ה סי' פ"ה בהגה"ט אות ז' עמ"ש הטור ואם אינו מקבל עליו באחריות אז נקראים נ"מ.

כ' וז"ל נ"ב אם הם מעות עומדים ביד אחד להסתחר והבעל הגון וירא שמים ומקבל אחריותם יכול הוא עצמו לישא וליתן בהם ויאכל פירות. הר"מ גאלנטי ז"ל סי' ק"ג ע"כ: ואתה תחזה מכתב עדות יעידון יגידון כי הגון הוא הלא הוא כמוס בידו: כלל העולה דלגבי חלק הבת הנשואה אין כאן אפוט' מכמה טעמי.

חזא דאין כאן אלא עד א'. ואף לפי עדותו יכילנא למימר דלא נתכוון על הגדולה.

ואף דנימא דנתכוון גם עליה לא מהני. והגם דסמכו הב"ד נמי את ידיהם עליו אינו מועיל וכמש"ל.

ולאפס הפנאי הלכנו בדרך קצרה כי עדיין צריך להרחיב הדברים בכל פרט ופרט מהפרטים הנז' ולדעתינו פשוט דגם רבני עירם הי"ו לא נתכוונו כ"א על הבת הקטנה. ותל"מ.

זהו הנלע"ד בזה. וצויי"מ וימ"ן הכ"ד הח"פ פאס יע"א בחדש אב הרחמן יה"ל דהאי שתא להבין ולהורות ליצירה.

וקיים.

זעירא דרבנן: ע"ה ב"ה שלמה אבן דנאן הי"ו ראינו מ"ש עליו למעלה והגיננו בכל פעולם. ודעתינו כדעתם.

והסכמתנו כהסכמתם. ומעתה יחזיק הבעל הנז' בנכסי אשתו וישא ויתן בהם ואין מוחה בידו.

ולראיה ח"פ בזמן הנז'. ע"ה מתתיה סירירו הי"ו ע"ה יוסף סירירו הי"ו סימן ט"ז ע"ע הנז'.

הנה הבעל הנז' כבר הביא בידו פס"ד מקצת מחו"ר פאס יע"א על רזא דנא. והוא שהמציא לפניהם קב"ע שהוא ירא שמים ונושא ונותן באמונה.

וע"פ העדות ההיא כו"ח בידו שינתנו המעות בידו והוא ישא ויתן בהם. וחילייהו מההיא דמהר"מ גאלנטי סי' ק"ג שהביא הכנה"ג באה"ע סי' פ"ה הגה"ט אות ז' שכתב וז"ל ועומדים ביד אחר להסתחר בהם והבעל הגון וירא שמים ומקבל אחריותם יכול הוא עצמו לישא וליתן בהם.

ויאכל פירות. עכ"ל.

והנה תחילה האריכו למענייתם לתור ולחפש אם האב המצוה יכול למנות אפוט' על בתו הגדולה הנשואה או לא. והעולה מדבריהם שאינו יכול ואף אם הסכימו ב"ד על מינוי האפוט' דבריהם מהבל ימעטו.

והיורש יכול למחות וכמ"ש מור"ם בסי' רפ"ה ס"ב בסברא קמייתא שהביא בסתם שהיורש יכול למחות שלא למנות אפוט' עי"ש. וכתבו שאף שהבת תרצה במינוי האפוט' מ"מ הבעל יכול לעכב שאינו רוצה שיתן שכר האפוט' ונכ"ה לו ינכ"ה מפירותיו.

עכת"ד בקצר אמיץ: קושטא קאי כי יש להשיב חבילות תשובות על כל דבריהם החל וגמור. ובפרט מה שלמדו מדברי מור"ם שכתב שהיורש יכול למחות.

וכתבו שאף הבעל יכול לעכב. יוד קרת קא חזינן הכא מי שם לבעל יורש עד שיהיה יכול למחות כיון שאין לו בקרן שנפל לאשתו בירושה אפי' נעי' יתו"מ זולת הפירות בניים אשר יולדו להם מהקרן הוא שלו והבת יורשת נחלה אף אם נניח שכדבריהם כן הוא שאף אחר מינוי האב והסכמת ב"ד יכולה היא למחות.

אדרבא היא המעכבת שלא ינתנו ביד בעלה הנז' וחפצה ורצונה שינתנו ביד שלישי. ודו"ק.

מ"מ ראינו כי האריכות בענין מינוי האפוט' הוא יגיעת בשר כי אין ממנו תועלת לנ"ד לכן נמנענו מלהשיב מה שראוי להשיב כי לדעתנו הדבר פשוט שהטוב והישר הוא שינתנו ביד האפוט' הגון שיהיה אחריות הקרן עליו ויהיו לו נכסים שיש להם אחריות. כי אנו בקיאים בענייני הבעל והאשה הנז' שיבתם וקימתם וכל הנהגתם.

ובי דינא בתר בי דינא לא דייקי כי חו"ר העיר אשר לפניהם נגלו תעלומותיהם עמהם בדבר המשפט: איברא כי מה שנוגע לעיקר הדין נזקקנו להרחיב הביאור בו. והוא לענין אשה שנפלו לה נכסי מלוג מעות בעין מה דינם.

אם ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות. או שינתנו ביד שלישי והקרן קיים והפירות לבעל.

או ינתנו ביד הבעל והוא ישא ויתן בהם ויאכל פירותיהם: והנה דין זה שרשו פתוח בגמרא כתובות ד' פ' ע"ב וז"ל והלכתא בעל שמכר קרקע לפירות לא עשה ולא כלום. מ"ט אביי אמר שמא תכסיף.

רבא אמר משום ריוח ביתא. מאי בנייהו איכא בנייהו ארעא דמקרבא למתא.

א"נ בעל אריס הוא. א"נ זוזי וקא עביד בהו עיס'.

ע"כ.

ופירש"י וז"ל א"נ זוזי וקא עביד ביהו עיס' שהבעל עושה סחורה במעות שקבל מן הלוקח ומשתכר בהם ואיכא ריוח ביתא. ע"כ.

ופסק הרמב"ם כרבא. וכן פסק מר"ן באה"ע סי' פ"ה סי"ז וז"ל וכן אם ימכור הפירות לשנים מרובות ועושה סחורה במעות שפיר דמי.

ע"כ.

וכ' הרב ח"מ ס"ק מ"ב וז"ל ועושה סחורה וכו' אבל אם נפלו לה כספים והוא רוצה לעשות סחורה בהם ולא ליקח הקרקע אין שומעין לו דהקרון צריך להיות קיים לאשה כ"כ הרשב"א עכ"ל. וכ"כ ג"ך ה' ב"ש שם ס"ק ל"ב וז"ל ומעות מזומנים אין מניחין לו להרויח בהם אלא לוקחין בהם ג"כ דבר שפירותיו מרובים והפירות מהם יכול למכור ולהרויח עם המעות.

תשו' הרשב"א ועי' הש"ך ח"ג סי' מ"ז עכ"ל. כוונת דבריהם הוא שלא התירו לו חז"ל בגמ' כי אם למכור הפירות לשנים מרובות ויעשה סחורה במעות אבל לעשות סחורה במעות הקרון לא דבעינן שיהיה הקרון קיים לאשה גם שמענו מדברי הרב ב"ש דלאו דוקא ילקח בהם קרקע אלא לוקחים בו דבר שפירותיו מרובים.

ואין הכי נמי אם ינתנו ביד שלישי גברא דאמיד בנכסי בקבלת אחריות כיון שפירותיו מרובים מקרקע הכי שפיר דמי. ותשו' הרשב"א זו הביאה הרב ב"י בס' פ"ה וז"ל כתב הרשב"א בתשו' נפלו לה כספים ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות ואם אמר הבעל עבידנא עיס' ומרוחנא טפי ואיכא ריוח ביתא אין שומעין לו.

ודברי רבא שאמר בזוזי ועביד בהו עיס' דשומעין לו משום ריוח ביתא לא על דרך זו נאמרו אלא על מוכר פירות נכסי מלוג. אבל קרן זוזי דנפלו לה בנכסי מלוג אין שומעין לו וזה פשוט מאד עכ"ל.

הרי שהרשב"א ז"ל כי היכי דלא תטעי לומר מה לי מוכר קרקע לפירותיו ומסתחר בפירות מה לי אם יסתחר במעות הקרון כיון דאיכא ריוח ביתא. לכן פי' שאין דברי רבא אמורים אלא בזוזי שלקח במכירת פירות אבל בזוזי של הקרון אין שומעין לו.

והטעם כמ"ש הרב ח"מ הנ"ל שאין שומעין לו דהקרון צריך להיות קיים לאשה ודו"ק. ואם איתא שאם הבעל הגון וירא שמים ויקבל אחריות יכול להסתחר בהם ליפלו וליתני בדידה בד"א באדם דעלמא אבל אם הבעל הגון ויקבל אחריות שומעין לו.

אלא ודאי דעת הרשב"א ז"ל היא דבכל אופן אין שומעין לו: והנה הרב באה"ט הביא דברי הרבנים ב"ש וח"מ הנז' בשם הרשב"א בסי' פ"ה ס"ק כ"ב וסיים ועי"ל סק"ג בשם הרב גאלאנטי ע"כ. ובסק"ג הביא דברי מהר"ם גאלאנטי שהביא הרב כנה"ג הנ"ל.

ועם היות שיש למשמעות ציון זה שציינן על תשובת הרשב"א דברי מהר"ם גאלאנטי ב' פנים או נאמר שבא לרמוז שיש לחלק בדברי הרשב"א בן הגון לשאינו הגון כמ"ש מהר"ם גאלאנטי או נאמר שבא לרמוז עי' מהר"ם גאלאנטי שחולק. אבל הרשב"א ס"ל דבכל אופן אין שומעין לו.

מ"מ נראה דעד כאן לא קאמר מהר"ם גאלאנטי שאם הבעל הוא הגון וירא שמים ומקבל אחריותם יכול הוא עצמו לישא וליתן בהם ויאכל פירות אלא בנדון דידיה שהיו הנכסים עומדים ביד אחר ומסתחר בהם והוא באופן ששקולים הם האחר עם הבעל. או אמיתי בנכסי.

או תרווייהו לא אמיתי בנכסי ושניהם מקבלים אחריות בזה יפה כח הבעל והוא קודם לכל אדם. אבל אם הבעל לא אמיד בנכסים שיש להם אחריות והאחר אמיד בנכסי בזה לא דבר הרב דמוטב שינתנו ביד אחר ויהיה הקרן קיים לאשה ולא ינתנו ביד הבעל ויהיה הקרן עומד בספק שמא יכלו ולא תמצא ממה לגבות וריוח ביתא חלף הלך לו ככלות הקרן וראינו לרבותינו שהקפידו על הקרן לבל יאבד הם אמרו ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות.

וה"ה נמי לעשות בהם דבר הדומה לקרקע שישאר הקרן קיים: גם ראה תראה לה' שיטה מקובצת כתובות ד' ע"ט ע"א על מתני' דקתני נפלו לה נכסים משנשאת ילקח בהם קרקע וכו' שהביא דברי מהרימ"ט דחייש לספיקא דשמא יכלו. וז"ל הר"י מטראני אם נפלו לה נכסים לא יאמר הבעל אשתכר בהם והשכר יהיה שלי והקרן קיים לאשה שמא יכלו.

עכ"ל.

הרי דהרב חייש לשמא ובודאי אף כשקבל עליו אחריות עסקינן. דאי בלא קבל עליו אחריות כ"ע מודו ואף מהר"ם גאלאנטי דאין שומעין לו אלא ודאי בשקבל עליו אחריות ואפ"ה אי איכא למיחש לשמא יכלו ובנד"ד שאין לבעל נכסים שיש להם אחריות אין שומעין לו.

ודו"ק: באופן שנראה פשוט שכפי הדין כיון שהבעל לא אמיד בנכסי כ"ע מודו שינתנו ביד שלישי גברא דאמיד ובטוח הקרן שלא יכלה. ובפרט שכבר כתבנו שלפנינו נגלו תעלומותיהם שכן הוא הטוב והישר בעיני אלד"ים ואדם ולראיה וזכות ביד האשה הנז' ח"פ בחדש אב יה"ל משנת אעלה בתמר לפ"ק.

וקיים: רחמים אגייני רפאל משה אלבאז רפאל אביטבול ישצ"ו סימן י"ז ע"ע הנז'. הגם כי בתחילה העלמנו עין עלי באר' פרשן' דתא שיח שפתותינו כי סמכנו על המעיין להביא את ספר וימצא כתוב דבר הנראה וניכר החושה אל העין ופרסומם יספקיסק.

מ"מ אחרי רואי מ"ש חו"ר צפרו יע"א אז אמרתי הרי זה עלי חובה להרחיב הדיבור קצת: תחילת הכל אציגה נא, משנה ערוכה הלא היא כתובה בפ' האשה שנפלו ד' ע"ט נפלו לה כספים ולקח בהם קרקע והוא אוכל פירות ע"כ. כך היא הנוסחא בש"ס שלנו ובהרא"ש ז"ל.

אבל במשנה שבהרי"ף איתא נפלו לה נכסים. ופסקה הרמב"ם הל' אישות פ' כ"ב וז"ל היו לאשה כספים מנצ"ב הרי זה נושא ונותן בהם ואם נכסי מלוג הם וכו' הרי אלו ימכרו וילקח בהם קרקע והוא אוכל פירותיהן ע"כ.

וכ' הה"מ כשהן מנצ"ב מפורש בירושלמי פ' מציאת האשה שנושא ונותן בהם וכו' וכשהן בנכסי מלוג מבואר במשנה פ' האשה כספים ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות ע"כ. הרי מבואר שהרמב"ם מפרש מאי דאמור רבנן במשנה נפלו לה כספים ילקח בהם קרקע הוא אפי' בטוען שישא ויתן בהם שאין שומעין לו.

וכ"כ הרשב"א בתשו' הביאה הרב"י בסי' פ"ה וז"ל נפלו לה כספים ילקח בהם קרקע וכו' ואם אמר הבעל עבידנא עיס' בזוזי ומרווחנא טובא ואיכא ריוח ביתא אין שומעין לו ודברי רבא שאמר בזוזי ועביד ביה עיס' דשומעין לו משום ריוח ביתא לא על דרך זו נאמרו אלא על מוכר פירות נכסי מלוג אבל קרן זוזי דנפלו לה בנ"מ אין שומעין לו ע"כ: ואף דנראה שהם גרסי' כספים.

מ"מ אף למאן דגריס נפלו לה נכסים הרי במשמע ג"כ נפלו לה כספים מדקתני סתמא. ובמק"ו גריס נפלו לה נכסים וכתב עלה דברי הר"י מטראני וז"ל אם נפלו לה נכסים לא יאמר הבעל אשתכר בהם והשכר יהיה שלי והקרן קיים לאשה שמא יכלו אלא ימכרו וילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות הקרקע ע"כ.

גם הר"י מטראני ז"ל ממשמעותו דגריס נכסים. וכ"כ הרב נתיבות משפט נכ"ג ח"ז וז"ל ומשמע מפשטא דמתני' דקתני סתמא נפלו לה נכסים דאף בנפלו לה מעות אין הבעל יכול לומר אשתכר בהם והריוח שלי אלא ילקח בהם קרקע וכו' וכן כתבו הרמב"ם והטור.

וכן כתוב בחי' הר"י מטראני ז"ל וכו' וכ"כ הרשב"א בתשו' הביאה הב"י בסי' פ"ה וה' ואיכא למידק דכי היכא דבקרן אין שומעין לו שמא יפסיד הקרן. ה"נ במוכר פירות נ"מ בזוזי ועביד בהו עיס' היכי קאמר רבא דהא איכא ריוח ביתא במעות ושמא יפסיד המעות בעסי' וליכא ריוח ביתא מש"כ בפירות הקרקע דאיכא בהו ריוח ביתא בודאי.

וצ"ל דגבי פירות לא חיישינן כולי האי וכל דאיכא ריוח ביתא לפי ההראות בעיס' לא חיישינן להפסיד המעות. ע"כ: והגאון הרב פני יהושע ז"ל בחידושיו על כתובות כ' וז"ל נפלו לה כספים וכו' כן הנוסחא בכל הספרים שלפנינו ובלשון הרא"ש.

אבל בנוסחת המשנה בלשון הרי"ף מצאנו נפלו לה נכסים. וכן נר' מלשון רבינו ירוחם במשנה נכ"ג ועי"ש בס' נתיבות המשפט והתמיהא קיימת עליו שלא שת לבו לנוסחת הספרים שלנו.

ולענ"ד דנראה כן מלשון רש"י ז"ל שכ' והוא אוכל פירות והקרן קיימת לה שלא תקנו לה חכמים כו' ולכאורה לשון מיותר הוא אמנם למאי דגרסינן נפלו לה כספים כוונתו מבואר משום דלכאורה טובת הבעל בנפלו לה כספים שיעשה בהם עיס' כדאמרינן בעלמא הפוכי בעיס' טב מינה ממה שיקח הקרקע לכך כ' רש"י דאפ"ה קונין בהם קרקע כדי שיתקיים הקרן שלה אע"ג דפירות הבעל אינן כ"כ כמו הפוכי בעיס' ומשום שלא תקנו לו בקרן כלום וכן נראה להדיא מלשון רש"י בסמוך בשמעתין דשניהם מעכבין דהיכא שקרן מתמעט קצת יכולה לעכב אע"פ שהפירות מרובים וכן נראה קצת מלשון התוספות בד"ה דיקלי ובד"ה אילני.

אלא דמלשון הרא"ש ז"ל מבואר להדיא דכל היכא דלא כלייא קרנא לגמרי יפה כח הבעל לקנות דבר העושה פירות יותר. וכ"כ הרמב"ם ז"ל וכן הוא בטוא"ע ובש"ע בפשיטות בלי שום חולק.

ע"כ: ומ"ש אמנם למאי דגרסינן נפלו לה כספים כוונתו מבואר וכו'. ר"ל דכוונת רש"י ליתן טעם למה אין שומעין לו בכספים לישא ויתן בהם כיון דהפוכי בעיס' טב מיניה וכו' ואי גריס נכסים למה לא ביאר רש"י בדבריו דמייר' על הכספים הגם דמשמעות המשנה גם על הכספים מ"מ הרי אף מטלטלין במשמע וא"כ היה לו לרש"י לבאר שדבריו הם על הכספים דוקא ומדסתם דבריו משמע דקאי אכולה מלתא על כל מאי דמתן וא"כ לא יצדק פ' זה בדבריו והוי לשון זה מיותר אבל אי אמרינן דרש"י גריס כספים יצדק פי' זה בדבריו ואינו צריך רש"י לפרש כספים דהא עלה קאי אבל אינו ר"ל דלמאי דגרסי נכסי' לא הוי במשמע כספים ולכך לא יצדק פי' זה בדבריו דהא בכספים יכול לומר שישא ויתן בהם.

הדבר זה אי אפשר לאומרו שהרי בודאי שיש במשמע ג"כ כספים. דכספים איקרו נכסי וכמ"ש לעיל: ובקונטרס אחרון כ' וז"ל נפלו לה כספים וכתבתי דמלשון רש"י משמע דהיכא דהקרן מתמעט קצת לעולם יכולה לעכב אע"פ שהפירות מרובין יותר והיינו טעמא דכספים הכא דאע"ג דהפוכי בעיס' טב מינה אפ"ה לוקחין קרקע ושכן נר' מל' התוספות אלא דלהרא"ש והרמב"ם ז"ל היכא דלא כלייא קרנא לגמרי לעולם יפה כח הבעל ליקח דבר שפירותיו מרובין וכן הוא בטור ובש"ע וכו'.

ולפ"ז צ"ל דהא דלוקחין בכספים קרקע אע"ג דהפוכי בעיס' טב מיניה אפ"ה אפשר דכלייא קרנא לגמרי ע"כ: נמצינו למידן דאי טעין הבעל שישא ויתן בכספים דהפוכי בעיס' טב והוי פירות מרובים והאשה מעכבת ורוצה שיקח בהם קרקע משום שמא יפסיד והארץ לעולם עומדת דשומעין לה והיא משנה ערוכה ופסקו הפוסקים להאי דינא מהמשנה הנז'.

ולרש"י וסיעתו הגם דנימא דלא חיישינן בעיס' להפסיד דכלייא קרנא אלא שהקרן מתמעט קצת. האשה יכולה לעכב.

ולהרמב"ם וסיעתו דוקא משום דחיישינן דכלייא קרנא לגמרי. ולא מצינו בדבר זה חולק ומשנה שלימה שנינו: ולענין אם האשה אינה חפצה בקרקע אלא חוששת שמא הבעל

יאכלם או יאבדם ולכך רוצה שתתנם ביד שלישי והבעל מעכב שלא יתנם ביד שלישי ונכ'ה לו ינכ'ה מה שהקנו וזיכו לו מן השמים בזה לא מיירי המשנה והפוס' הנז'.

אבל דין זה פשוט הוא שכה יעשו האיש והאשה שניהם יחד יתנו הנכסי' בעיס' לזולת והקרן אדביני ביני שינתן לזולת גם השטרות יהיו מונחים ביד האשה ובזה לא יש פסידא לשום מהם. או יעשו באופן אחר שיהיה במציאות דליכא פסידא לשום א' מהם מילתא דשוויא לתרווייהו.

ולא יהיו ביד שלישי שיש פסידא לבעל שמתנכה לו מפירותיו שכר השלישי. וכ"ש כשהיו לה מנכסי' מלוג קרקעות דאין שומעין לה אם תרצה למנות עליהם אפטרופוס דבקרקעו' ליכא למיחש למידי.

והשכל והסברא מורין כן: וגדולה מזאת מצינו להכנה"ג משם הרב המג"ן שכ' וז"ל אם הם מעות ועומדים ביד אחר להסתחר והבעל הגון וירא שמים ומקבל אחריותם יכול הוא עצמו לישא וליתן בהם ויאכל פירות. ע"כ.

דקדק וכתב ועומדים ביד אחר להסתחר דר"ל שאין האשה חפצה בקרקע ואינה חוששת לשמא יפסיד אלא חוששת שמא יאכלם או יאבדם דבהכי לא מיירי המשנה והפוס' ולזה פסיק בסכינא חריפא ותני שאם הבעל הגון וירא שמים ומקבל אחריותם שיכול הוא עצמו לישא וליתן בהם. וכיון דאנהרנהו לעיינין הרב המג"ן ז"ל שיכול הוא עצמו לישא וליתן בהם בעומדים ביד אחר להסתחר אם הוא הגון וירא שמים ומקבל אחריותם ולא מצינו חולק ע"ז גם הרב הכנה"ג לא הביא שום חולק ע"ז אלא שאחר שכ' דברי הרב המג"ן סיים וכתב ועי' בס' נ"מ ד' ק"ך ע"ב.

והנראה בכוונת דבריו הוא משום דנראה מדברי הרב המג"ן דדוקא בעומדים ביד אחר להסתחר שאינה חפצה בקרקע הוא דיכול לישא וליתן בהם אבל אם האשה חפצה בקרקע שומעין לו. לזה ציין הכנה"ג להרב נ"מ שכ' דהכי דייקנין מלשון המשנה ושכ"כ הרמב"ם והטור והר"י מטראני והרשב"א ז"ל שאם האשה מעכבת שומעין לה וכמש"ל. וכיון שלא מצינו חולק על הרב המג"ן וגברא רבא דרב גובריה ורב חיליה אמר מילתא. הכי נקטינן.

ומדכתב כל הני ראוי והגון וכו' ולא כ' ג"כ אמיד שם דאינו צריך דכולי האי לא חיישינן לגרוע כח הבעל שבכמה מקומות מצינו דידו עדיף מידה יעויין בס' הפוסקים: אתאן לנ"ד אחר שכבר העלינו להלכה ותצא דינא שהיורש יכול למחות שלא למנות אפוט' בין מינהו האב או מינוהו ב"ד וכמש"ל א"כ אף אם רצה וקבל היורש את האפוט' בשמחה רבה הבעל יכול לעכב עליה שלא תרצה אחרי שהדבר תלוי בבחירתה הוי כאלו לא היה שום מינוי לא מן האב ולא מן הב"ד אלא היא מעצמה רצתה למנות אפוט' שיכול הבעל לעכב עליה.

ודו"ק בדברינו אלא ותמצאם מאלמים אלומים למ"ש אנן בעניותין למעלה. ומודע לבינה דהא דקרו להר"י מטראני שבמקובצת מהרימ"ט ולא דייקי בשמא לאו שפיר עבוד דקרו ליה הכי דמהרימ"ט הידוע הוא בן פורת להרב המבי"ט.

והר"י מטראני המובא במקובצת הוא רבינו ישעיה מטראני הוא רבינו ישעיה הראשון שמביאים הרא"ש והפוס' וקדמון הוא וכמ"ש הרב שם הגדולים ונ"מ לענין קי"ל. ולמירמא דידיה אדידיה כדאמרינן בש"ס קידושין ד' מ"ד ע"א.

הכ"ד הח"פ פאס יע"א בס' ובא בכל אות נפשו בח' אלול דהאי שתא על עמך ברכתך סלה. והכל שריר ובריר וקיים: איש צעיר שלמה אבן דנאן סליט"א סימן י"ח.

אם החנות שמסתחרים בה היא בחזקת שניהם כגון ששניהם היו מתעסקים בה או אפי' אם אחד בלבד הוא שמתעסק אם החנות לקחזה או סכרוה שניהם הרי היא בחזקת שניהם והסחורות שהיו בחנות בשעת מיתת שלמה הרי הם בחזקת שניהם ועי' ה' ויאמר יצחק סי' נ"ד ואינו נאמן בשום טענה להוציא מחזקת היורשים וכן כ' ה' ויאמר יצחק סי' ז"ן וז"ל בשעה שנלב"ע שלמה קרוב לודאי שהיו סחורות בעין בבית הסחורה הידוע לשניהם ולגבי סחורות אלו ה"ה בחזקת שניהם וכו' ע"ש.

והסחורות שבאו מטאנכיר אחר פטירת שלמה אם באו לידי הקומפ' גם הם בחזקת שניהם ודינם כנז'. אבל הסחורות שגבה ימין כשהיה אחיו מוטל על וכו' ובשעת מיתת אחיו היו ברשות ימין ה"ה בחזקתו וע"פ שהיו מונחים תחלה בחנות.

וכ"כ ה' דבר משה משם המבי"ט הביאו ה' ויאמר יצחק סי' נ"ח וז"ל והכא בנ"ד אע"פ שיש עדים שהיו שותפים וכו' דאפי' שיש לא' מהם בחנות איזה דבר שהוא שלו לבד וכו' ואם אח"כ הוציאו מהחנות והניחו בביתו וטען שהוא שלו אע"פ ששותפו מכחישו י"ל חזקה כיון שאין ידוע לעדים דבר שהחזיק א' מהשותפים אם היה בכלל נכסי השותפים כי מה שהיה קודם בחנות אינה ראייה וכו' אפי' שהיו עדים שראום קודם בחנות וכו' עכ"ל ע"ש.

ודוקא מה שהוציא מן החנות בחיי שלמה אחיו כשהיה מוטל וכו'. אבל מה שהוציא מן החנות אחר פטירת שלמה לאו כל כמיניה לטעון שהם שלו כיון שבשעת מיתת שלמה שהיא שעת העמדה בדין כאן היו וכאן נמצאו בחנות.

ולא דמי למה שהוציא בחייו שאלו ה"ה בחזקתו ויכול לטעון שהם שלו דחזקה כל מה וכו'. ואע"ג דקי"ל בסי' קע"ט השותפין אין להם וכו': הרי מבואר שם בב"י ובקצור דדוקא בדאיכא עדים שאותם הסחורות הם מממון השותפות ועידי ראייה השתא דעדיין ההיא סחורה ברשות השותף ואיכא סהדי שלא חלקו השותפות.

ובנ"ד הגם שהם שותפים רחוק למצוא עדים על כל סחורה שהיא מממון השותפות ואפי' אם המצא ימצא הא בעינן עדי ראה בשעת מיתת ימין וליכא כיון שמכר הסחורות דמטבע אין בו סימן וגם ליכא עדים שלא חלקו כ"א ע"פ הודאתם. ולפ"ז יכול ימין לטעון שהם שלו.

ואף אנן נמי טענינן כן ליורשיו להחזיק מה שבידם אף שהוא נגד יורשים אחרים כמבואר בפוסקים: אכן משטר צואותיהם נלמוד דליכא לימין שום טענה. דאם יטעון חלקנו וכ"ז הוא שלי ושלמה נטל חלקו הרי שלמה צוה שלא חלקו וימין היה מסכים לדבריו כמבואר בדברי הח' הפו' נר"ו.

גם מצואת ימין שצוה שכל מה שכתוב בפנקס שתחת ידו וכו' מענייני הגביות שהיה גובה מאת הזולת מדין דלקומפ' שבינו ובן הר"ש אחיו הכל אמיץ. גם בצואתו ע"ע המזונות שהיה זן יורשי אחיו צוה אם כשיגמר טהרת החשבון של הקומפ' שבינו ובין הר"ש אחיו ימצא שעדיין יש בידו משל הית' וכו' אך אם לא נמצא בידו משלהם וכו'. מבואר דלא חלקו. ואם אמר יאמר דאח"פ שלמה דקדק חשבונו ומצא ששלמה אחיו נטל חלקו ומה שנשאר מהסחו' וכו' הכל שלו.

הרי מבואר מצואת ימין שכל הגביות שגבו עדיין הם בשיתוף שניהם ומסופק אם ימצא בידו משל הית'. ואם יטעון שאח"פ אחיו נתן חלק היורשים לאפוט'.

הרי מדצוה על הפנקס של הדין דלקומפ' שבינו ובין אחיו שהוא אמו"ץ. מובן שלא נתן לאפוט' דאם איתא שכבר נתן לאפוט'.

למה הטריח את עצמו והוא מוטל וכו' לצוות על הפנקס שהוא אמת והוא פרוע. ועוד מתי דקדק חשבונו והלא גם בשעת מיתתו היה מסופק כמבואר בצוואתו ע"ע המזונות.

ובפרט שהיה צריך בדקדוק הח' הברורים שברר אחיו על טהרת החשבון ואין לומר שמא אחר שנתן מה שנתן לאפוט' עדיין הוא מסופק אם ימצא בידו משל היתום אם לאו. שהרי מצינו לה' כנה"ג סי' ע"ח בהגה"ט אות י"ב שכ' וז"ל חוב שאינו מבורר חזקה דלא פרע ואינו נאמן לומר פרעתי ונפרעים מהיורשים.

הרדב"ץ ח"א סי' צ' עכ"ל. והרב מטה שמעון סי' הנז' אות ה' הביאו ה' ויאמר יצחק.

הביא דברי הכנה"ג ותמה עליו דלמא הביא דין זה מהרדב"ז והלא היא גמרא ערוכה בפ' השות' דבכה"ג. אף אביי ורבא דס"ל דעביד איניש וכו' היינו כשהחוב ברור אבל כשעדיין אינו חוב ברור עליו דמי יימר דמחייבי ליה רבנן לכ"ע לא אמרינן דיכול לומר פרעתי.

ותירץ ה' וז"ל ושמא יש לחלק ושאיני ההיא דהש"ס דהיינו היכא שאינו ברור שיהיה צד חיוב עליו ולכך אינו נאמן לומר פרעתי. משא"כ הך דהרדב"ז ז"ל דאף דחיובא רביע עליה והוא אמינא דאזיל ופרעיה עד דפייסיה קמ"ל דכיון שאין סכום החיוב ברור לא אמרינן דפרע ונמצא דהוי רבותא ומיהו היכא דלא בריר ליה שחייב הוי דינא דגמרא והביאו גם כן הרי"ף בהלכותיו וכו'.

ע"כ: אלמא כיון שאין סכום החוב ברור אינו נאמן לומר פרעתי ונפרעין מן היורשים. ואף למה שנסתפק ה' ויאמר יצחק שם סי' נז' דע"כ לא אמרינן דכשהחוב אינו מבורר אינו נאמן וכו' אלא כשאינו מבורר מצד הדין וכו' והט' דכל עוד שלא עמד בדין וחייבו הדיין ליכא למיחש ליפרעון דמי יימר דמחייבי וכו' אבל כשאינו מבורר מצד החשבון יכול לומר דקדקתי חשבוני וכו'.

בנ"ד יצאנו מבית הספק שהרי בשעת מיתתו ג"כ היה מסופק ומתי דקדק החשבון ואפי' אינו נאמן לומר פרעתי ואנן נמי לא טענינן כן ליורשיו ועוד אם פרע לאפוט' הו"ל לצוות ע"ז ומלתא כדנא לא הוה שתיק מינה ומדלא צוה ש"מ לא נתן לאפוט': עוד מצאתי להכנה"ג סי' ק"ח בהגה"ט אות ל"ז שכ' וז"ל מי שיש לו בידו נכסי יתומים ומת לא

טענינגן ליורשים שמא פרע אביהם שקרוב הדבר לומר שאפי' אם היה הוא בחיים והיה טוען כן שמא לא היה נאמן בלא ראייה דלד' לפי' שבין אדם לחבירו דעביד דפרע ליה בינו לבין דיליה.

אבל פ' נכסי יתומי' לא שייך אלא בב"ד וצריך שיושיב ב"ד על כך שיתן חשבון ביניהם. ואפי' תימא דהוא עצמו אם היה טוען כך נאמן מ"מ לא טענינגן להו ליורשים.

מורי הרב ז"ל בתשו' ח"א סי' ס' עכ"ל. ואף דל"ד לנ"ד מאחר שיש להם אפוט'.

אפ"ה מאחר שצריך בדקדוק החשבון הח' הברורים כמו שצוה שלמה הנז' וגם היו מונחים אצלו ע"פ א' מבדי"ץ נראה פשוט דאינגן יכול לטעון פרעתי. ואפי' תימא דהוא יכול לטעון אנן לא טענינגן ליורשיו וכמ"ש הכנה"ג.

וא"כ אם לפי הגביות שנתבררו לב"ד שבעירם נשאר ימין חייב ליורשי אחיו. חייבים הם יורשי ימין לתת להם חלקם.

ולפי שהדברים פשוטים לא הוצרכנו להרחיב הדברים ולהאריך. זה מה שנלע"ד בזה.

וליה עינינו יצילינו מכל שגיאה. ויאיר עינינו בתורתו הנפלאה.

הכ"ד החו"פ פאס יע"א בשנת הארבעים לפמ"ה בעי"א לחדש חשון והכל שריד ובריר וקיים. זעירא דרבנן: ע"ה ב"ה שלמה אבן דנאן היו אכ"ר סימן י"ט.

שאלה רבני אלפין הרבנים המובהקים חו"ר מתא מחסיא פאס יע"א הי"ו. כאן הבן שואל בראובן שיש לו בית קרו"ח ושמעון שכר בית מהוזלת סמוך לו מר"ח ניסן ש"ש זו ע"ת חמש שנים רצופות וגדלה צעקת ריבה' עד שמייא גם בלילה לא שכב לבם ונשותיהם יותר מהם.

והנה בעתה תבע ראובן לשמעון הנז' לדינא דגוא"א על שנה א' דוקא ושמעון משיב כיון ששכור בידי לה' שנים צריך אתה להורידני לגוא"א למשך ה' שנים ואנן בדי"ץ לא הסכמנו על דעת א' שמוהר"ר רפאל משה אלבאז הי"ו יזי"א אמר שהדין עם שמעון. שצריך לסלקו מכל הזכות שיש לו בבית הנז' וטעמו דאע"ג דבעלי הקרקע מורידין לדינא דגוא"א בשכי' על שנה א' שאני התם שאינו יכול לסלקו בשכירות לעולם ועד.

אבל הכא הא יכול לסלקו מכל וכל מזכות שיש בידו. ולא כן אנכי עמדי ודעתי היא שהדין עם ראובן שיכול לסלקו לשנה א' דאלת"ה א"כ גם בבעלי הק"ר נימא שצריך לסלק זא"ז לשבע שנים דוקא מפני שאינו יכול לחזור לביתו עד משך ז' שנים שכן צוה רבינו יהודה החסיד וצוואתו אישרוהא וקיימוהא אנשי העיר הזאת מחומר הסכנה וה' חיד"א ז"ל תמה על מה שסומכין בא' שמניחין מסמר או טלטל בבית שיצאו ממנה כדי לחזור לביתו בתוך ז' שנים וכ' דפרק המניח לא נזכר בדברי ה' החסיד וחמירא סכנתא ואפ"ה הא קחזינגן דמסלקי אהדדי כפי תביעת התובע אם מעט ואם הרבה.

והלכה כדברי המכריע. וצווי"מ וימ"ן כ"ד הח"פ צפרו יע"א בח' אדר השני שנת שלם על ישראל לפ"ק וקיים: ע"ה רחמים אגיני הי"ו תשובה ממ"ש מר"ן סי' קע"ה סי' י"ג וז"ל וכן אם יש להם שדה וקרם וכו' ואפי' יאמר לו גוא"א בשניהם כאחד אין שומעין לו וכו' ושני דברים שתשמישן שוה הא ודאי שיכול לומר כ"א מהם לחבירו גוא"א וכו'

מור"ם דהיינו שחולקין אחד נגד חבירו ואחד נוטל אחד והב' ב' והסמ"ע ס"ק ל"א כ' אין שומעין לו הטור מסיק בטעמו וכ' ז"ל שיאמר בא' מספיק לי שהרי כל א' תשמישו בפני עצמו ע"כ פ"י שאין הא' צריך להב' לסייעו במלאכתו וכו' ע"כ ובס"ק ל"ב כ' אבל פשיטא דאינו יכול גוד שניהם או אגוד שניהם דיאמר בא' סגי ע"כ.

ומזה נראה ללמוד בשני בעלי קרקע שרצה א' מהם לעשות גוא"א בשכירות בשתי שנים או יותר שיכול הב' לומר בשנה א' יספיק כההיא דמר"ן וכעת לא יש חילוק ביניהם ולפ"ז יכול לומר גוא"א בזה אחר זה. אכן לענד"ן דגם בזא"ז אינו יכול וחילי מתשו' הרשב"ש סי' פ"א וזל"ה ודנתי ביניהם שכיון שיעקב הנז' שכר שלישו של יודא א"י לתבוע ממנו גוא"א שעיקר דינו של גוא"א הוא משום היזק ראייה ובחצר שאין בה דין חלוקה והחצר הנז' אע"פ שאין בה דין חלוקה ויש בה דין גוא"א כיון שיעקב הנז' שכר חלקו של יודא הנז' נתבטלה טענת היזק ראייה תוך זמן השכ"י אך אחר עבור זמן השכירות הנז' יש להם דין גוא"א עכ"ל ומינה לנ"ד מאחר שעשו גוא"א על שנה ראשונה נתבטלה טענת היזק ראייה בשנה ההיא וא"י לומר גוא"א על שנה ב'.

ואם כנים הדברים א"כ כמו שיאמר הנתבע שנה א' יספיק כן התובע ג"כ יכול לומר שנה א' יספיק וכ"ש הוא וא"כ אתאן לנדון שנחלקו בו חו"ר צפרו הא ודאי שאין הנתבע יכול לכופו לגוד על ה' שנים מטעמא דכתיבנא. ואפ"י אם המצא ימצא משפט כתוב מפורש לו מנהג להפך בבעלי קרקע ממש והוא שיכול לגוד בשתי שנים או יותר מ"מ הא ודאי שאם ירצה לגוד על שנה אחת דוקא שאין בעל הקרקע הנתבע יכול לכופו לגוד לשתי שנים וכן מעשים בכל יום וכיון שכן הוא גם בנדון ההוא שנחלקו בו חו"ר צפרו לא יפסיד דינו ועדיין הבחירה בידו לומר גוא"א לשוכר כפי רצונו כמו שהיתה הבחירה בידו עם בעל הקרקע וראיה לזה מההיא דהרשב"א סי' תקי"ג הביאה הב"י סי' הנז' וזל"ה ואפ"י לפי הסברא הזו אם לקח אחד מן השוק חלק אחד מהיורשים מסתברא דאית דינא דגוא"א שהרי בודאי היורש הב' שעמד עדיין בחלקו לא הפסיד דינו מפני קנייתו של לוקח זה ע"כ וא"כ גם בנ"ד לא יפסיד בעל הקרקע את דינו ובחירתו שהיתה לו עם בעל הקרקע שכנגדו מפני שכירותו של זה.

זאת ועוד מצאנו להרשב"א הביאה הב"י סי' הנז' וז"ל אמר התובע גוא"א בא' מן הבתים טען הנתבע אית לי פסידא וכו' אלא אם תרצה גוא"א בכל הבתים. תשובה הדין עם התובע עכ"ל ה"נ הגם שטען הנתבע שיגוד אותו לה' שנים הלא"ה אית לי פסידא אפ"י הדין עם התובע ויכול לומר גוא"א לשנה א' דוקא.

ולאפס הפנאי באנו בדרך קצרה איידי דטריד כי בא מועד פ' ערבי פסחים. זהו מה שנלע"ד בזה הכ"ד הח"פ פאס יע"א אדר ב' דהאי שתא טבתא משפטי ה' אמת צדקו לפר"ק והכל שריר ובריר ואמת וקיים: ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט וחתמו עמי כמוהר"ר יהושע מונסונייגו וכמוהר"ר יצחק אבן דנאן ז"ל סימן כ'.

השקפנו בשטר הצואה הנז' ובמ"ש רבני פאס יע"א ורבני מקנאס יע"א ועלתה הסכמתם שהצוואה הנז' בטילה אחר שאין בה תוכחת כפי תקנת אבותינו ורבותינו זיע"א. ולכאורה אכתי מקום יש בראש לפקפק דהנה בצואה הנז' שייר המצוה הנז' ליורשיו.

ומצינו להרב קצות החושן ח"מ סי' רפ"ב סק"ג כתב וז"ל התשב"ץ ח"ג סי' קמ"ז כתב וז"ל ובטופסי שטרות ראשונים יש שיור ד' זוזי וכו' גאון ז"ל דמשום כדי שתהא רוח חכמים נוחא הימנו כמ"ש בספר עיטור סופרים דמתנת ש"מ וכו' ע"כ. והרב פני משה ח"א סי' ע' כ' וז"ל"ה ע"פ סברת הרב בעל העיטור ואשר אתו דלא מיקרי אעא"ח היכא דשייר מידי ליורשיו מהנכסים.

וע' ה' ט"ז אה"ע סי' קי"ג סק"א. ועי' ה' ברכ"י יו"ד סי' רמ"ט אות ט"ו שכתב דמדברי תלמידי רבינו יונה שהביא רב"א בש"מ כתובות מוכח דבהניח קצת ליורשיו תו ליכא משום אין רוח חנ"ה וכן משמע קצת מדברי ריב"ש ע"ש.

אתה הראת דסברי מרנן דהיכא דאיכא שיור לא הוי בכלל אין רוח חנ"ה. ולפ"ז היכא דאיכא שיור בזה לא תקנו רבותינו בעלי התקנות דבעי תוכחת.

הוא משום אעא"ח. למה לי תוכחת.

וסותר הקודם יוליד סותר הנמשך: איברא דלעומת זה מצינו להר"ן ז"ל פ' מציאת האשה שכ' וז"ל ואני תמיה וכו' ומשמע ודאי דהכי קאמר עד כמה מחייב ושרי דליכא משום אעא"ח. ומהדרינן עד עישור נכסי אבל טפי מהכי לא.

ובעובדא דרב פפא דאיעסק ליה לבריה בי אבא סוראה משמע להדיא דלרבות בפרנסה אסור. ע"כ ע"ש.

והביאו מור"ם א"ה סי' קי"ג שכ' וז"ל י"א דאף האב בחיים אין לו להוסיף לכתו יותר מעישור נכסים ע"כ. וכ' ה' ח"מ סק"ה הטעם דהוי כאעא"ח מבניו ובמרדכי וברא"ש הביאו תשובת גאון שראוי לנדות למי שמרבה ליתן לנדן בתו.

ע"כ הרי היא לפניך מערכה לקראת מערכה: והנה מההיא דאבא סוראה דאייתי הר"ן מיניה ראייה וכ' דמיניה נשמע להדיא דלרבות בפרנסה אסור יש להקשות לבעל העיטור שהרי התם שייר ואפ"ה אמרינן דאסור. ואפשר לומר במ"ש הכנה"ג ח"מ סי' רפ"ב בהגה"ט אות ט' וז"ל אמר המאסף שלא אמרו אין רוח חנ"ה אלא דוקא בכותב נכסי' לאחרים והניח לבניו אבל בנותן נכסיו לא' מבניו כגון שריבה לא' ומיעיט לא' אע"ג דאמר שמואל לרב שילה לא תהוי באעא"ח אפי' מברא בישא לברא טבא.

אינו בכלל דאין רוח חנ"ה אע"ג שאין ראוי לאדם להיות עד או דיין לאעא"ח אפי' מברא בישא וכו' ע"כ. ולפ"ז נוכל לומר דדיעה זו ס"ל כמ"ש הכנה"ג דהא דשמואל לא משום רוח חנ"ה אלא משום אעא"ח אין ראוי להיות עד או דיין.

ומינה להיכא דשייר דהגם דאין בה משום אין רוח חנ"ה. מ"מ אין ראוי להיות עד או דיין והוי דומייה לההיא דשמואל ולכך לא רצה יהודה בר מרימור אלא דאכתי יש להעיר על מ"ש הכנה"ג אחר סמוך אות יו"ד וז"ל עוד אני אומר דאפי' אעא"ח מברא בישא לברא טבא היינו דוקא בלשון ירושה ובשעת מיתה.

אבל בלשון מתנה ובהיותו בריא אין שום קפידא. ע"כ.

והרי בעובדא דאבא סוראה הוה בלשון מתנה ובהיותו בריא ואפ"ה לא רצה יהודה בר מרימור ליכנס עמו. והנלע"ד הוא דדיעה זו גם הכנה"ג סברי דדעת יהודה בר מרימור

הוא משום חומרא וחסידות וכמ"ש הט"ז אה"ע סי' קי"ג ע"ע: ומההיא דאמרינן בכתובות דס"ו מר עוקבא כי הוה נח נפשיה קם בזבזיה לפלגא דממוניה ומותיב הש"ס מההיא דאר"א באושא התקיננו המבזבוז וכו' ומשני ה"מ מחיים שמא ירד מנכסיו אבל לאחר מיתה לית לן בה.

יש להקשות להר"ן ודעימיה אמאי לא מותיב הש"ס ממשנה שלימה הכותב נכסיו לאחרים אין רוח חנ"ה. וכבר הוכיחו מההיא דיוסי נ' יועזר דלא שאני לן בין כותב לאחרים למקדיש.

ובפרט למ"ש הכנה"ג סי' הנז' אות ג' משם הרנ"ח אין רוח חנ"ה נ"ב ואיסורא נמי איכא ויש לב"ד למנוע הדבר הזה ולקרותו עברינא ע"כ. ואף לפירוקא דש"ס קושייתינו במקומה עומדת.

ובשלמא לבעל העיטור וסיעתו לא קשה מהאי משנה שהרי מר עוקבא בזבוז פלגא ושייר פלגא ותו ליכא משום אין רוח חנ"ה. אלא להר"ן וסיעתו הגם דשייר פלגא הוי בכלל אין רוח חנ"ה.

קושייא: והרב זרע אמת חיו"ד סי' ק"י סבר לה מ"ר דלדיעה זו צריכים אנו לומר דמר עוקבא לגרמיה הוא דעבד ואין למידין ממנו לכ"ע דדוקא מר עוקבא שהיה עשיר גדול דפלגא שהניח לבניו הניחם עשירים שלא יצטרכו לבריות הוא דשרי ואין בו משום רוח חנ"ה. ע"ש שהוכרח לזה מכח קושיין.

וכתב עוד דמטעם זה השמיט הרמב"ם חילוק זה בין מחיים לאחר מיתה וגם מר"ן הב"י הגם שכ' בב"י י"ד סי' רמ"ט וז"ל אבל לאחר מיתה יכול לבזבוז כל מה שירצה כדיעב' מר עוקבא שבשעת מיתתו בזבזיה לפלגא דממוניה. ע"כ.

מ"מ השמיטו בש"ע והוא מטעם הנז' משום דס"ל דאף דשייר אין רוח חנ"ה ושאני מר עוקבא לגרמיה הוא דיעבד משום דעשיר גדול היה ולזה השמיטו כדין שלא יתן דבריו לשיעורין. ע"כ.

ועי' להרב יד מלאכי כלל הש"ע אות ד' שכ' וז"ל דרכו של מוהריק"א בספר הקצור להשמיט כמה דינים שהביאם בב"י מפני שלא מצאם בשאר הפוסקים ומ"מ בב"י הביאם כי הוא מאסוף לכל המחנות שזה משפטו ומעשהו. כנה"ג יו"ד סי' ל"א הגב"י אות ע"ד.

והרב יד אליהו סי' קמ"ו והרב זרע אברהם חז"מ סי' י"ג כתבו דכיון דהשמיטו מהלכה נראה שחזר בו מפני שראה חולקים בדבר ע"ש ד' קכ"ה ב' וכן מצאתי להרב מנחת כהן בס' התערובות ח"א ספ"י. אך שם בח"ג פ"ז כתב דכמה דברים שהביא בב"י השמיט בש"ע אף שהם אליבא דהלכתא ע"ש ובדף קל"ח ב' ע"כ.

ומסתברא דבהשמטה זו כ"ע יודו דכיון דחילוק זה הוא שנוי להדייא בגמרא לא הוה ליה למר"ן להשמיטו. ונמצא לפ"ז דדעת מר"ן היא אף היכא דשייר אין רוח חנ"ה.

אכן מור"ם בהגה שם כתב וז"ל ודוקא כל ימי חייו אבל בשעת מותו אדם יכול ליתן לצדקה כל מה שירצה. ע"כ.

ולפ"ז דעתו כס' בעל העיטור ודעימיה דע"י שיור לא הוי בכלל אין רוח חנ"ה. דאי ס"ל כהר"ן ודעימיה דאף ע"י שיור הוי בכלל אין רוח חנ"ה.

הא לדידהו דין זה לא קאי לכ"ע דשאני מר עקבא דעשיר גדול היה ואין למדין ממנו לאדם אחר ומדפסקה בהגה משמע דלמדין דין זה אף לשאר ב"א. אלא ודאי דס"ל כבעל העיטור ודעימיה.

ולפ"ז קשיא לן שהרי מור"ם גופיה באה"ע סי' קי"ג שכתבנו למעלה כתבה להיא דהר"ן דאוסר להוסיף לבתו יותר מעישור נכסי משום אעא"ח ואף למאי דמסיים מור"ם באה"ע ואין נוהגים כן וא"כ נוכל לומר דטעם המנהג הוא כיון דיש שיור לא הוי אעא"ח ולכך ביו"ד פסק כס' בעה"ט והוא ע"פ המנהג שכ' באה"ע.

מ"מ לא הו"ל למור"ם לכתוב בסתם והו"ל לכתוב דעת החולקים כמ"ש בא"ה. ולולא דמסתפינא היינו צריכים לידחק הרבה ולומר דמ"ש מור"ם ביו"ד לאו למיגמר מיניה לכ"ע קאמר אלא לעשירים גדולים כמו מ"ר עוקבא דוקא.

ולפ"ז צריכים אנו לומר דמ"ש בא"ה ואין נוהגים כן הוא מטעם דס"ל דבבריא ובלשון מתנה אין בו משום אעא"ח. עוד אפשר לומר בדוחק דמור"ם ביו"ד לא נחית לדין זה דאין רוח חנ"ה אלא לענין תקנת המבזבז אבל לעולם אסור משום אין רוח חנ"ה.

וכיוצא בזה מצינו להרב ט"ז יו"ד סי' צ"ה סק"ג שכ' וז"ל ואין להקשות דמשמע כאן דדוקא עם חלב אסור הדג אבל בפ"ע שרי הא יש בו איסור משום סכנה כמ"ש סי' קנ"ו שיש סכנה אם נתבשל דג עם בשר. דכאן לא נחית לדין זה אלא לענין מה שנוגע לענין נ"ט בר נ"ט.

ואע"ג דלא דמי ממש מ"מ על צד מדוחק יש לדמות קצת ואם כנים הדברים נמצא דגם מור"ם ס"ל דאפילו ע"י שיור אין רוח חנ"ה: ועיין להרב פתחי תשובה ח"מ סי' רפ"ב מ"ש בשם הרב חתם סופר. וכ' עליו וז"ל ומשמע מדבריו דדוקא מי שאין לו בנים אבל אם יש לו דל"ש טעם והעברתם איכא קפידא אפי' במקדיש מקצת נכסיו.

ולענ"ד איני יודע מנ"ל הא. ולכאורה מ"ש הגאון ז"ל דמבואר בסוגיא דב"ב דה"ה מקדיש לשמים הוא נכון.

וכן מ"ש דמוכח בכתובות יג' דה"ה מקצת נכסיו ג"כ הוא נכון. אבל זהו כל חדא באפי נפשה.

דהיינו במקדיש דוקא כל נכסיו. ובמקצת נכסיו הוא דוקא להדיוט.

אבל שניהם כ"א דהיינו מקדיש ורק מקצת נכסיו. זה לא מוכח בשום מקום.

כי בב"ב הוה עובדא שהקדיש כל נכסיו. ובכתובות הוה עובדא שרצה ליתן נדונייא לבתו.

י"ל דבכה"ג דוקא הוי קפידא. אבל במקדיש רק מקצת נכסים י"ל דאין קפידא וכדמשמע נמי בכתובות ס"ז ע"ב גבי מ"ר עוקבא.

ע"כ: ועיין מרדכי פ' מי שמת סי' תרכ"ד שכ' נשאל לרבינו מאיר וכו' ומה שצוותה לר' יצחק על מה שהיה לו בידו לעשות בו המוטב י"ל היינו שיש לו ליתן כל הממון שבידו ליורשים שלה ולא לצדקה כדמוכח פ' י"ן גבי יוסי נ' יועיזר ומוכח התם דלאו שפיר עביד ואין לחלק בין בניו לשאר יורשים דאידי ואידי דאורייתא ע"כ.

ע"ש דמבואר התם דלא היו ביד ר' יצחק הנז' כ"א שמנה זקוקים והיו לה נכסים אחרים בחדרה ולא היו לה בנים ואפ"ה כ' המרדכי בשם מהר"ם דיש בה משום אעא"ח וכההיא דיוסי נ' יועיזר דהקדיש כל נכסיו. ומתשו' זו הוכיח הרב זרע אמת דס"ל להמרדכי דאף בהניח קצת נכסים ליורשים הוי בכלל אעא"ח.

וזה מב' להדיא דלא כהרב פתחי תשובה: גם מה שישב המנהג הרב חתם סופר דמעשים בכל יום דמי שאין לו בנים מצווה לעשות מנכסיו קרן קיימת ודברים טובים הם משום דאמרינן פ"ן והעברתם מי שאין לו. הקב"ה מתמלא עליו עברה ואין עברה אלא גהנם וא"כ רצה להציל עצמו מגהנם בצדקה זו והוא קודם לעצמו מיורשיו.

ע"כ אינו מתישב לדברי המרדכי שהרי התם מיירי באין לו בנים ואפ"ה כ' ינתנו ליורשים ולא לצדקה. ותשובה זו ג"כ היא תיובתיה דהרב ב"ד דכתב בשאר יורשים ואף בבת אין בו משום אעא"ח.

שהרי המרדכי כ' בהדיא ואין לחלק בין בניו לשאר יורשים. דאידי ואידי דאורייתא. גם הרב חתם סופר שהביא הרב פתחי תשובה ס"ל בהדיא דלא כהרב"ד וס"ל ואע"ג דבש"ס איתא והניח את בניו לאו דוקא בניו אלא יורשיו וכ"כ רמב"ם וש"ע יורשיו דזיל בתר טעמא דילמא נפיק מיניה בנין דמעלו וזה שייך בכל יורשיו וכן מבואר בסמ"ע שכ' דמ"ש שאין נוהגים בו כשורה פ"א אע"ג דנוהג כשורה במילי דשמיא וכו' ואי ס"ד דבנו ממש הוא ולא נהג באביו כשורה למרוד בו א"כ מה טוב נשאר לו כו' מבואר מכל זה שאפילו להקדיש רק קצת נכסיו אפי' לא הניח יוצאי חלציו אין לתח' להזדקק לזה.

ע"כ: ונחזור למש"ל דמדהשמיט מר"ן ז"ל האי חילוקה דש"ס דבין מחיים לאחר מיתה ואינו עולה על שלחן מלכים. ס"ל דאף היכא דשייר הוי בכלל אין רוח חנ"ה.

ושגם מור"ם ז"ל יש לצדד דהכי ס"ל. ולפ"ז צוואה הנז'.

הגם שיש בה שיור יש בה משום אעא"ח ומאחר שלא הוכיחוהו על עון אעא"ח הרי היא בטילה כפי תקנת רבותינו ז"ע"א. ואין לפקפק בה מההיא דהרב"ד וכמ"ש הרבנים הי"ו למעלה ראש ואנן בעניותין חבל נביאים כולם מתנבאים בסגנון אחד דלא כהרב"ד ז"ל כמביא למעלה: וכן מצינו להרב מוהריב"ץ ז"ל שביטל צוואה אחת משום שלא היה בה תוכחת הגם שהיה בה שיור וז"ל"ה ראובן שצוה מחמת מיתה שלא יטלו בנותיו מנכסיו כ"א ה' אוקיות לכל א' והשאר קו"ט וכמד"ן תטלנו אשתו ואחרי מותו הלכה והיתה לאיש אחר וכו' אך ראיתי שהמתנה בטילה בין מין הדין בין מן התק'.

הא' מצד התק' שתקנו ז"ל שכל צוואה של אעא"ח צריך שיהיה בה חכם מדייני העיר או מחכמי המעמד וא"ל לא תועיל. ובתק' האחרונה הוסיפו שאף אם לא יהיה מצוי

בפועל אלא שהסופרים ילכו וימליכו עם הח' ויבואו ויוכיחו את המצוה תוכחת מגולה בשם החכם סגי.

והכא לא עשו כן אלא שעדי הצוואה מעידים שהיה ת"ח אחד עמהם והוכיחוהו כולם ובלי ספק אין אדם מתפעל מתוכחת הת"ח והסופרים כשמוכיחין אוחו מעצמן כמו שמוכיחין אותו בשם חכם ודיין שהתוכחת משמו עושה רושם גדול ואפ"א יהיה הת"ח רשום ורישומו ניכר לעיני חכמי הדור הגדולים אין תוכחתו עושה רושם כתוכחת אחד מבדי"א וכבר ת"ל היינו רשומים ואפ"ה היינו צריכים למלך עם אחד מב"ד אשר היו בימים ההם והיינו מוכיחין משמו ולא מעצמינו ופוק חזי מעשה רב ואף שבתק' כתוב דייני העיר וחכמי המעמד בזמן הזה אין לנו חכמי המעמד ואין לנו אלא בדי"א.

ע"כ.

ואנהרינהו לעיינין הרב בתשו' זו ואשמועינן טובא. חדא דליתא להא דהרב"ד דבנדון דידיה לא היו כ"א בנות ואפ"ה כ' דיש בה משום אעא"ח.

ותו שמעינן מינה דהגם דאיכא שיור איכא משום אעא"ח שהרי בנדון הרב שייר הנותן לכל א' מבנותיו ה' אוקיות וזה ודאי הוי שיור. ואע"ג דהרב זרע אמת בס"ל הנ"ל כ' שיעור השיור הוי פלגא מ"מ הרי אסיק דשיעור השיור הוי שוה דינר ולמדה מכתובת בנין דכרין דלא תקנוהו אלא היכא דיש שם מותר דינר וכדאמרינן כתובות ד' נ"ב והביא ראיה לזה ממהרימ"ט ח"מ ח"ב סי' ו' דלמד הרב ז"ל איסור אעא"ח מדין כתובת בנין דכרין וממילא נראה דכי הכי דהתם סגי דתתקיים הירושה במותר דינר הכא נמי נימא לענין איסור אעא"ח.

ע"ש.

ואנן בעניותין זכינן לדברי התשב"ץ משם גאון דבשיור ד' זוזי שהם ד' דינרים רוח חנ"ה כמביא למעלה. ובודאי דהגאון מכתובת בנין דכרין יליף לה דסגי במותר דינר אלא לרווחא היו מוסיפין עוד שלש.

וא"כ בנדון הרב מוהריב"ץ דשייר ה' אוקיות לכל א' מבנותיו הוי שיור שהרי הדינר יש בו ששה מעין והמעצה היא משקל י"ו שעורות ומשקלה פחות מהאלמוזונא עד"ה שמשקלה י"ו חטים ובימי הרב שהיה הכסף בזול למרבה היתה שוה האלמוזונא עד"ה יו"ד פרוטות שלנו של נחשת דוק ותשכח ותמצא שה' אוקיות הם שני דינרין ויותר מעט ההפרש שבין משקל החטים לשיעורים ואפ"א תימא דברי התשב"ץ הם בדוקא וצריך ד' דינרים אפ"ה הרי בנדון הרב שייר לכל א' מבנותיו ה' אוקיות ומיעוט רבים שנים וא"כ הווי יותר מד' דינרים ואפ"ה כ' הרב מוהריב"ץ ז"ל דמתנה בטילה כיון שאין בה תוכחת.

ומי לנו גדול יודע ובקי בתקנות אבותינו ורבותינו הנסתרות והנגלות בפרטי פרטים ואפ"א בחדרי חדרים כהרב מוהריב"ץ ז"ל אשר נתן לנו את תורתו תורת אמת ומינה לא ניזוע: גם הרב באר מים חיים לרב אד"א ז"ל ד' לב' ע"ד כ' וז"ל גם ראיתי למי שערער על מתנה זו שלא נעשית בחבר עיר ונמצא בתקנות דצוואה או מתנה שלא תהיה במעמד חבר עיר המתנה בטילה.

והנה אם פשטה אותה תקנה באותם המקומות הרי טוב ואם לא פשטה חזר הדין לסיני וכו' ע"ש. ובנדון הרב היה שיור שהרי בדף הקודם באמצעי התשובה כ' נוסח הצוואה וז"ל לבני ולבנותי אני נותן מהיום ומעכשיו לכל א' עשרה אוקיות מתנה גמורה והנשאר הן קרקע הן טלטל הן כמד"ן אני נותן במתנה גמורה לפלונית אשתי שתזכה בו זכייה גמורה ככל המתנות הכשירות והנהוגות דנהיגי בישראל ע"כ.

מבואר להדייא דבמקום שפשטה תקנת רבותינו היכא דאיכא צוואה בלי תוכחת אף דאיכא שיור הצוואה בטילה. גם הרב ויאמר יצחק חח"מ סי' פ"ו בצוואה שהיה בה שיור ולא היה בה תוכחת ורצה לבטלה אלא דמספקא ליה אם נתפשטה תקנה זו בכל ערי המערב.

ע"ש ובסי' פ"ט וקצ"א: מעתה עליונים למעלה הטיבו אשר דברו שכן מעשים בכל יום. גם הרב מ'ר גאון עוזינו מאריה דאתרין א'ב בחכמה נ'ר ישראל ודעמיה רב הו'ד יוסף נר"ו מופלא הסמוך לאי"ש כתבו ולא חילק ידענא.

ולא חשו להא דשייר ולא לס' הרב"ד והכל הבליעו בנעימה מועט מחזיק את המרובה ולהפצרת החכם השואל הי"ו הניפו את ידם להביא להקת הפוסקים דלא שמיע להו להא דהרב"ד: והילך מ"ש מוהריב"ץ בענין אחר וז"ל ושמא יהיה לב האדם נוקפו לומר שכל הפרטים הללו לא באו מפורשים להדייא בלשון התק' וכו' לכן אומר אני דלפי האמת הכל בא בכתב מפרש כגלוף דעזקא אלא שהסופרים שהיו כותבים התקנות היו כותבים בלשון קצרה ונותנים לב"ד ז"ל לחתום וכשהיו ב"ד קובעין המנהג ע"פ התקנה היו קובעין המנהג ע"פ כל הפרטים שהיו בדעתם בשעת התקנה.

ע"כ: אמור מעתה הצוואה הנז' שלא היה בה תוכחת הרי היא בטילה ומבוטלת נפלה לא תוסיף קום והרי היא כחרס הנשבר וכדבר שאין בו ממש. וצויי"מ וימ"ן הכ"ד הח"פ פאס יע"א דהאי שתא טבתא והשיב לב אבות על בנים לפר"ק.

וקיים.

זעירא דרבנן: ע"ה שלמה אבן דנאן יצ"ו אכ"ר סימן כ"א. הע"ע בקש"מ בדל"ב ובש"ח הר' חיים פינטו יצ"ו בה"ר יעקב נ"ע ובכח הקוש"ח הנז' ההו"ג ונתחו"ג וגמר בר"ן והש"ד בלי שום זכר אונס וכפייה והכרח בעולם וגמר וחלק נכסיו עזה"ד ליורשיו בחייו כפי מה שנראה לו.

והוא שמכל הנכסים הנמצאים לו במצב פטי' הן קרקע הן טלטל הן סחורה הן מעות בעין הן שט"ח הן פנקס הן פתקה הן כתיבת יד עד"ז. והוא שיורשי הר' יעקב פינטו בנו יטלו חמשה אוקיו' ויורשי הר' יוסף בנו יטלו סך חמשה אוקיות והבחור יצחק בנו יצ"ו יטול חמשה אוקיות והבחור שלמה בנו יצ"ו יטול חמשה אוקיות זהו מה שיטלו כ"א מהארבעה יורשים בתורת ירושה גמו' ובזה הם מסולקים כל היורשים הנז' מעתה ומעכשיו מכל המגיע להם בירושת מורישים הרב חיים פינטו הנז'.

הן מה שנוגע להם מה"ד הן מה שנוגע להם מן התקנה. ס"ג בין מהחלק הנוגע ליורשים הנז' בקרקעות הידועים להר' חיים פינטו מורישים יצ"ו הנז' ובין מהחלק הנוגע להם

מכל הנכסים והמטלטלים וכו' הנמצאים להר' חיים פינטו מורישים יצ"ו במצב פטירתו כאמור.

בענין שאין ליורשים הנז' של הר' חיים פינטו הנז' בכל הנכסי קרקע וכו' הנמצאים להר' חיים פינטו מורישים הנז' במצב פטירתו כ"א חמשה אוקיות דוקא לכל א' מהם עה"ד הנז' דהיינו שיורשי הר' יעקב פינטו נ"ע בנו יטלו חמשה אוקיות ויורשי הר' יוסף בנו נ"ע יטלו חמשה אוקיות והבחור יצחק בנו יטול חמשה אוקיות והבחור שלמה בנו יטול חמשה אוקיות זהו מה שיטלו היורש' הנז' מהנכסים הנמצאים למורישים הנז' במצב פטירתו ותול"מ.

ובעד הסך הנז' שיטלו כ"א מהיורשים הנז' שהוא סך חמשה אוקיות לכל א' מהם הם מסולקים מירושת אביהם הר"ח פינטו הנז' הן קרקע הן טלטל וכו' כנז' ס"ג מעתה ומעכשיו כנז' והנשאר מכל הנכסים קו"ט וכו' שיהיו נמצאים להר' חיים פינטו הנז' כסף וש"ך וכל מאי דמתקרי נכסי במצב פטי' הכ"ל תזכה בו מעו"מ ושעה א' קודם פטי' של הר' חיים פינטו הנז' תזכה בו אסתר של הר' חיים פינטו הנז' בהקנאה גמורה וז"ג כדו"ך לעצמה ולזכותה ולעצם כב"ך בהקנאה וז"ג כדו"ך דלית נגר ובר נגר דיפרקיניה בכל חוזק ותוקף הקנאות וזכיות הנעשות בכל יש' בכל אופן הנאות וצד המועיל כפה"ד וכתחז"ל.

בענין שרשאית וזכאית האשה אסתר הנז' בת הר' חיים פינטו הנז' לעשות מכל הנכסים הנמצאים במצב פטי' אביה הנז' קו"ט כסף וש"ך וכל דמת"ן אחר שיטלו שאר היורשים הנז' סך חמשה אוקיות לכל א' מהם כנז' כל חפצה ורצונה למכור ולמשכן ולמסור ולהחליף ולתת במת"ג לכ"מ שתרצה קואג"ט כסף וש"ך וכל דמת"ן בכ"ל ולית דימחא בידה ויימר לה מה עבדת כאדם העושה בשלו וכו' הקנאה וז"ג כדו"ך חתוכה וחלוטה לחלוטין ולצמתות הקנאה וז"ג דלא למהדר בה ודלא להשנאה ולהעדאה מינה לעלמין ולדרי דרין הקנאה וז"ג כדו"ך גלויה ומפו' לעין כל הקנאה וז"ג מוחזקת ומקויימת בכל חיזוקין וקיומין ויפוי כח שבעו' עפה"ד וכתחז"ל והגם שיהיה מתנת בריא עכ"ז הוכחנו אותו להר' חיים פינטו הנז' על אעבורי אחסנתא לגבי שאר יורשיו ונתן לנו כמה וכמה טעמי לשבח על הענין הנז' שעשה ואמר לנו שכך נאה לו וכך נאה לעשות כל מה שעשה מהטעם שגלה לנו.

ומה גם שכבר גלה כל מצפוניו לפני משי חן ושפך שיחו לפנינו והסכים עמו על כל מה שזמם לעשות. ומו"מ שטר הקנאה וזכיה זה מו"מ בכחז"ו סבדי"ץ וכו' דלית נגר ובר נגר דיפרקניה אליבא דכל הפוס' קמאי ומציעאי ובתראי ולא יורע כחו מחמת הלשון אי חסיר אי יתיר אי חליף אי דמשתמע לתרי אנפי אלא הכ"ל יהיה נדרש לתועלתו ולקיומו והועה"ך שט"ז מו"מ"ע ועי"א ועכ"ן וכו' דלא כאס' ודלא כטו"ד ונג"ה בקוש"ח וכו' כנז' מיד הר"ח פינטו הנז' והי"ז בחמישי בשבת שמנה עשר יום לח' שבט משנת תרכ"ה לפ"ק פה טאנג'אר יע"א והכל שו"ב וקיים.

ע"כ נמ"ך וחתומים כהה"ר ראובן בן ג'ו. וכה"ר דניאל טולידאנו: הגם שנוסח שטר מתנה הנז' מבולבל ומטורף כפול ומכ' ברוב דברים שאין בהם ממש ודברים הצריכים שנתמלטו במרוצת הדברים לא נכתבו על נכון.

מ"מ לענין דינא נראה שאין זה מעכב והכל הולך אחר הכוונה. דומה למ"ש מר"ן ז"ל בחומ"ש ס"ס ס"א יעו"ש.

לכן מהצורך להעתיק תורף המכוון משטר המתנה ועליו נחקור אם יש קיום והעמדה למתנה זו או לאו. זהו מכוון שטר המתנה.

הרח"פ נטל קנין כראוי ונתחו"ג שמכל הנכסים שימצאו לו במצב פטי' לא יטלו היורשים ליורשיו כ"א חמשה אוקיות לכ"א דוקא ובזה יסתלקו מירושתו מכל וכל והיה הנשאר קו"ט ומב"ע ושטרות וכו' ומע"פ הכל תזכה בו אסתר בתו מעו"מ ושעה א' קודם מיתה [ירצה גוף מהיום ופי' שעה א' קודם מיתה] הקנאה גמו' וזכייה גמו' כדו"כ בכל חזו"ת הקנאות וזכיות הנעשות בישראל בכל אופן הנאות וצד המועיל כפה"ד וכתחז"ל הקנאה וזכייה גלויה ומפ' לעין כל והועה"כ שטר מוח' ומקום עוי"א בכחז"ו סבדי"ץ ובאח"ג עוי"א ועי"א ועכ"ן וכו' ונג"ה בקוש"ח מיד הרח"פ הנז' זהו תורף שטר המתנה ושאר דברים הבל ואין בהם מועיל: והנה לכאורה היה נראה לסתור ולבטל מתנה זו מכמה טעמים א' דלשון תזכה אינו מועיל בבריא כמ"ש מר"ן בחומ"ש סי' רנ"ג ס"ג לדעת י"א בתרא דנקטינן כוותייהו כפי הכלל המסור בדינו: ועוד שלא הקנה הנותן כל דבר כדינו וכמשפטו.

דמב"ע קי"ל דאין נקנין בק"ס דאין מטבע נקנה בחליפין. ושטרות וכו' אין ניקנין אלא בכומ"מ או בקנין אגב ומלוה ע"פ אינה ניקנית אלא במע"ג וכמו שמפורש כל זה בדברי הפוס': ועוד דהלכה רווחת ביש' דאין אדם יכול להקנות דבר שאינו מצוי אצלו ברשותו וכיון שכן על מקבלת המתנה רמי להביא ראיה על כל הנמצא לאביה במצב פטי' שכבר היה מצוי ברשותו בשעת המתנה.

וא"ל הרי כל הנכסים בחזקת היורשים הראוים לירש מהת'. ואף שלדעת מר"ן בענין זה לא מכרעא שהרי בסי' ס' ס"ו ובסי' רי"א ס"ו פסק שעל התובע להביא ראיה.

ובסוס"י ר"ן פסק שעל היורשים להביא ראיה. מ"מ מאחר שמצינו למור"ם ז"ל בס' קי"ב ס"ג שהכריע דעל התובע להביא ראיה ודאי דכוותיה נקטי'.

וכן העלה להלכה ויאמר יצחק זלה"ה בח"מ סי' פ"ז וקצ"ד יעו"ש: ועוד היה נראה לבטל מתנה זו ממ"ש מור"ם ז"ל בחומ"ש סי' ר"ג סיו"ד וז"ל החליף מעות ומט' או מעות וקרקע ביחד. י"א הואל וחליפין אינם קונים במעות נתבטל כל הקנין.

וי"א דכל הקנין קיים. וי"א דקיים אצל הקרקע והמטלטלין ובטל אצל המעות.

ע"כ.

וא"כ בנד"ד נמי לדעה קמייתה נתבטל כל הקנין שהרי בקנין א' הקנה מה שהקנה כבר ומה שעתידי לקנות ואין הקנין מועיל למה שעתידי לקנות וכמ"ש לעיל: הן אמת דאי מיהא לחוד לא אירייה שהרי מצינו לה' נו"ב במה"ק חח"מ סי' כ"ו שהוכיח בראיה ברורה דבזה לא שייך פלוגתא הנ"ל וכ"ע מודו דזכה במה שקנה מיהא יעו"ש ואף שהגאון חתנו ז"ל פקפק בראיתו בסי' כ"ז הלא חזר הרב בסי' כ"ח וחזק ואמץ דבריו כאשר יראה המעיין לשם.

והנה אנחנו מצאנו און לדברי ה' נו"ב הנז' בב"י סי' ר"ט ס"ו הביא בשם בעהע"י ז"ל תשו' לרב פלטוי ז"ל כדברי ה' נו"ב ממ"ש יעו"ש: אלא שאין זה מספיק לנד"ד שהקנה בקנין א' קו"ט ושטרות וכו' ומב"ע ומע"פ וכלם אינן ניקנין בק"ס זולת קו"ט. וא"כ באנו לפלוגתא הנז' והיורשים שהם מוחזקים בכל הנכסים מהתם יכולים לו' קי"ל כדעה קמייתה דכיון שנתבטל מקצת הקנין נתבטל כלו: אמנם אחר ההתבוננות בדברי שטר מתנה הנז' נר' דיש בה לשונות המועילים לחזק בדקי רוב חלקיה שהרי כ' מר"ן בחומ"ש סי' ס' ס"ו דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלב"ל או שאינו מצוי ברשותו אם הקנה בל' חיוב מהני יעו"ש.

וזה מוסכם מרוב הפוסקים ראשונים ואחרונים. כמו שתראה לה' כנה"ג ז"ל בסי' הנז' הגה"ט אות כ"ט וכ"ש דאנן בדין כבר קבלנו עלינו דעת מר"ן ז"ל אף שיהיה נגד אלף פוסקים וא"כ בנד"ד שהיה הקנין בל' חיוב כמ"ש בשטר המתנה ונתחו"ג לשון זה מועיל אף למה שעתידי לקנות.

וכ"כ הסמ"ע להדייא בסי' ס' סקי"ח יעו"ש: וכן ראינו לה' משפט צדק ח"ב סי' יו"ד ולהרב בעי חיי בחח"מ סי' קס"ד קס"ה שגם הם ז"ל נשאלו בכיוצא בנד"ד במי שנתן במתנת בריא מה שקנה ומה שעתידי לקנות. ומכח ל' חיוב שהיה בשטר המתנה זיכו למקבל אף במה שעתידי הנותן לקנות כמו שיר' המעיין בדבריהם שם.

והרב בעי חיי ז"ל יליף לה מתשו' הרשב"א ז"ל שהביא מר"ן ז"ל בסי' ר"ן והעתיקה מור"ם ז"ל בסוס"י הנז'. ואף שמדברי מור"ם שם משמע דלא מהני אלא דרך הודאה שמודה שהוא חייב למקבל המתנה כו"כ כמו שיר' המעיין לשם.

הא ודאי דלא נעלם מהרב ז"ל דברי מור"ם הנז' אלא דסבר לה מר דלא כ"כ מורם ז"ל לעיכובא לרוחא דמילתא. דבדרך הודאה אפי' קנין לא בעי.

אבל אם ירצה לחיי"ע בקנין כראוי ודאי דמהני אף שאינו בדרך הודאה: ואף דמדברי מהרימ"ט בח"ג סי' פ"א נר' דאף אם יהיה הקנין בל' חיוב אם לא קבל עליו אחריות מה שנתן שיהיה באחריותו עד שיגיע ליד המקבל לא מהני ולא מידי ואינו אלא ק"ד בעלמא. כמו שיראה המעיין בדבריו לשם וכבר העתיק דבריו הרב קצה"ח בסי' ר"ג סק"ב וה' משה"א שם סק"ג וה' פ"ת הביאם בסי' ס' ס"ק יו"ד וז"ל בנש"מ דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב וז"ל ודוקא שמחייב עצמו ליתן הפי' דק"ל ומקבל אחריות באם ישתדפו קודם שיתנם לו שמחייב ליתן לו דמים אבל במתחייב ליתן פ' דקל ומתנה שלא יתחייב באחריותם לא חל כלל ההתחייבות.

מהרי"ט בתשו' סי' פ"א ע"כ. הרי גם בנד"ד קב"ע אחריות בפ"י כמ"ש בשטר המתנה ובאח"ג וכו': ונראה דאף לא קב"ע הנותן בפ"י אחריות מה שנתן ש"ד.

דסתם משמעות לשון חיוב כך הוא שמקבל אחריות מה שנתחייב ליתן עד שיגיע ליד המקבל והכי דייק לישנא דהגאון רעק"א שהעתיק הרב פ"ת ולא מיעט ה' מהרימ"ט ז"ל. אלא אם מתנה בפירוש שאינו מתחייב באחריותו.

וכפ"ז אין סתירה גם להוראת הרבנים הנ"ל מדברי מהרימ"ט הנ"ל. דאף שבנדון דידהו לא קבל הנותן אחריות מה שנתן בפ"י לית לן בה דסתמו כפירושו עד שיתנה בפ"י שאינו

מקבל אחריות עליו: ומעתה גם לשון תזכה הכתוב בשטר המתנה מועיל שפיר לכ"ע אף בבריא דלא אמרו שאין לשון זה מועיל בבריא אלא משום דמשמע תזכה להבא והוי קנין דברים כמו שיר' המעיין בדברי הטור וב"י לשם.

וא"כ הכא בנד"ד כיון שהקנה בלשון חיוב הרי הקנין חל על גופו מיד. וכ"כ הסמ"ע בסי' ס' סקי"ח והש"ך לשם סקכ"ד.

ובר מן דין הרי כתוב בשטר המתנה תזכה בו מעו"מ. ובמעכשיו ליכא מאן דפליג וכבר כתב כל זה הרב ויאמר יצחק זלה"ה בחח"מ סי' קצ"ו יעו"ש: ומטעם זה נראה דהקנין מועיל גם למע"ב הנמצאים לנותן בשעת פטי'.

דאע"ג דאין מטבע נקנה בחליפין. מ"מ בלשון חיוב נקנה.

כמו שתראה להרב ויאמר יצחק בתשובה הנז': וגם בשטרות וכו' הנמצאים לנותן בשעת פטי' היה נר' דזכתה בהם מקבלת המתנה שהרי כ' מור"ם ז"ל בסי' ס"א וז"ל והאי מאן דמקבל למכתב שטרא בכל לישני דזכוותא אע"ג דלא ידע ספרא לאחזוקי כראוי כיון דכ' ביה ואחריות שטרא דנן קבלית עלי ככל שטרות דנהיגי ביש' דלא כאס' ודלא כטו"ד קאי לכל כללי דתחי' עניינא.

אבל תנאים כגון נאמנות בהלוואה או ביטול מודעה לא חשבינן עד דמפרשי עכ"ל. והם דברי רי"ו בשם רבי האי ז"ל והעתיקם מר"ן ז"ל בב"י בלי שום חולק.

ובנד"ד נמי הרי כתוב בשטר המתנה בהקנאה גמו' וכו' ככל חזו"ת הקנאות וכו' בכל אופן הנאות וצד המועיל כפה"ד וכתחז"ל, ובסוף השטר ג"כ כתוב לאמר והועה"ך שטר מוח' וכו' בכל חזו"ת סבדי"א. וא"כ אע"ג דספרא לא ידע להקנות כל דבר כדינו.

לא משום זה יורע כח המקבלת אלא חשבינן כאלו הנותן הקנה לו בפועל כל דבר כדינו וכמשפטו והוי כאלו הקנה השטרות בהכ"י בקנין אגב וכאלו אמ"ל בע"פ קני לך אינהו וכל שעבודייהו. וכ"כ רוב האחרונים להדיא כמו שתראה לה' ויאמר יצחק ז"ל בתשו' סי' קצ"ד קצ"ו וכן העלה ה' משה"ר מע' ל' או"ג וכו' שכן הוא דעת מר"ן ומור"ם ז"ל יעו"ש: איברא שאין זה מועיל רק לשטרות וכו' שזמנם קודם לזמן שטר המתנה דוקא.

אבל שטרות וכו' שנעשה אחרי כן ודאי שאינם ניקנין אפי' בקנין אגב. וכמ"ש מור"ם ז"ל.

להדיא בסי' ס"ו ס"י יעו"ש: אלא דגם לשטרות וכו' הקודמים למתנה עמדו לנגדינו דברי ה' פרמ"א ח"ב סי' ס' שכתב דאף לדברי רבי האי ז"ל צריך ב' דברים שיצוה לסופר שיכתוב בכל לשון של זכות וגם שיעידו העדים שכך עשו. יעו"ש שהעמיס זה בדברי רבינו האי ז"ל.

וכן ראינו לה' מעשה חייא סי' ט' שכ' דלא מהני אלא כשהעדים מעידים שכן עשו בפועל יעו"ש. ואף שה' גו"ר בחח"מ סי' ה' כלל ד' סתר דברי האומרים כן והעלה להלכה דבמה שיצוה לסופר סגי אף שהסופר לא עשה כן בפועל וכדמשמע מפשט דברי רבי האי ז"ל.

מ"מ אנן בדידן לא עצרנו כח להורות להלכה נגד החולקים ואם מעטים הם ובפרט בנד"ד שהיורשים מוחזקים מן התורה הא ודאי דיכיל למימר קי"ל כדעת החולקים הן אמת

דלגבי הקפת החנות שהוא הפנקס המוזכר בשטר המתנה. כיון דקי"ל דמע"פ אינה נקנית אלא במע"ג.

ודאי דלא מהני לכ"ע מה שמצוה לעדים לכתוב בכל לשון של זכות. דלאו בדידיה לחוד תליא מילתא וכמו שתראה לה' ויאמר יצחק ז"ל בסי' קצ"ו שכ' דאף דה' בעי חיי בתשו' סי' קצ"ד צדד לומר דהאי לישנא מועיל גם למע"פ.

מ"מ לא אמרה הרב ז"ל אלא בנדון דידיה שהוזכר בש' המתנה קנין אגב להדיא אבל אם לא הוזכר בפירוש אלא דחשבינן ליה כישנו מכח האי לישנא דבכל לשון של זכות זה לא שמענו: וגם לשון חיוב נראה דלא מהני למע"פ שהרי אין לנותן על הלויים רק חוב בעלמא והוא דבר שאין בו ממש.

ואף למאן דס"ל דלשון חיוב מהני אף לדבר שאין בו ממש כגון דירה ואויר כמו שתראה לה' פרמ"א ח"א סי' ח' ט' נראה דמע"פ גרע טפי דבשלמא בהנהו כיון שהבית והאויר שלו וברשותו הם. מצינן למימר שחיי"ע להחזיק ביד הנותן הבית לדור בו והאויר ליהנות ממנו ועל זה נופל לשון חיוב.

אבל מע"פ שאינה בידו ואין לו על הלויים רק חוב בעלמא והוא דבר שאין בו ממש איך יצדק עליה לשון חיוב דבמה חיי"ע: ואף שהיה אפשר לומר דגם במלוה ע"פ נופל לשון חיוב על מה שיגבה מן הלויים דהוי דבר שיש בו ממש. ונראה שזוהי דעת מהרח"ש ז"ל שהביא ה' ויאמר יצחק בסי' קצ"ו כמו שיראה המעיין לשם.

מ"מ בנד"ד א"א לומר כן שהרי לא זיכה הנותן אלא מה שימצא לו מכל הנ"ל במצב פטירתו ועל אותה שעה א"א לומר שיתכוון למה שיגבה מההקפות משם ואילך דבאותה שעה כבר מת ועבר ובטל מן העולם הא ודאי לא נתכוון אלא על עצמות החוב והוא דבר שאין בו ממש ואיך יצדק עליו לשון חיוב: צא ולמד מדברי הרבנים הנ"ל ה"ה ה' מ"ץ ח"ב סי' יו"ד וה' בעי חיי בחז"מ סי' קס"ד וה' ויאמר יצחק בסי' קצ"ו שכולם נשאלו בכיוצא בזה"ד ומכח ל' חיוב זיכו למקבל מתנה בדבר שלא היה מצוי ברשות הנותן בשעת המתנה וכן במעות בעין אף שאינן נקנין בק"ס.

ואלו השטרות לא מצאו להם זכות אלא ממ"ש בש' המתנה כו"ח בכל ל' של זכות וכו'. ואמאי לא ניחא ליהו ז"ל לזכות מכח ל' חיוב המוזכר בשטר המתנה.

אלא ודאי הט' דאין ל' חיוב מועיל אלא לדבר שיש בו ממש וגופו ממון. אבל הני שטרי כיון שאין גופם ממון מה יועיל מה שחיי"ע ליתנם לו וכי מקבל המתנה לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך.

ומינה נמי להקפת החנות ושטרות שנעשו אחר המתנה כנד"ד כיון שאין גופן ממון ואין לו על הלויים רק חוב בעלמא ודאי דלא מהני בהו ל' חיוב: ולפי זה הדר דינא דכיון שנתבטל הקנין למקצת מצו היורשים לו' קי"ל כדעה קמייתא שכתב מור"ם ז"ל וכדכתבינן לעיל ונתבטל הכל: אמנם נראה דאין כאן מקום לו' קי"ל לא מבעיא לדעת מאן דתלי להדיא דמור"ם בפלוגתא דתלמודא בקני את וחמור דודאי לא מצו היורשים לומר קי"ל כדעה קמייתא נגד דעת מר"ן שפסק בסי' ר"ט [דהוא אתריה דהאי דינא]

להדייא דקנה מחצה אלא אפי' לדברי האומרים דההיא דמור"ם ז"ל שנייא היא כמו שיראה המעיין בספרי הקדש לרבני האחרונים ז"ל.

מ"מ מאחר שראינו למור"ם ז"ל בסי' ר"ט שהוא אתריה דהאי דינא טפי לא הביא אלא סברת האומרים דקנה מחצה כמ"ש בס"ד נראה שכן הכריע מס' דנפשיה וכ"כ הסמ"ע בסי' ר"ג סקי"ט וא"כ לא מצו היורשים לו' קי"ל כנגד הכרעת מור"ם ז"ל לדידן דקי"ל כוותיה דמר במקום שאינו חולק ע"ד מר"ן ז"ל: ובר מן דין ראה תראה לה' בעי חיי ז"ל בח"ב סי' נ"ז שהביא מחלוקת האחרונים ז"ל בענין זה די"א דאין המוחזק יכול להשען על דברי האומר דלא קנה כלום דס' יחיד היא.

וי"א דיכול לו' קי"ל והוא ז"ל העלה להלכה דבקרקות לא מצי למימר קי"ל ובמש"ל מצי למימר קי"ל. ע"ש: גם אין לגרוע כח מתנה זו משום דהוי דבר שאינו קצוב שהרי אין הנותן והמקבל יודעים מה שיניח אחריו אם מעט ואם הרבה.

שכבר כתב מר"ן בסי' ס' ס"ב דלא קי"ל בזה כדעת החולקים עליו. ועי' מש"ץ תשו' הנ"ל: גם אין לגרוע כחה משום דהוי דבר שאינו מסויים שכ' מר"ן בסי' רמ"ה ס"ד שאינו נקנה לא במכר ולא במתנה.

דאף אי חשבינן לנד"ד דבר שאינו מסויים כהתם מ"מ גם בזה לא קי"ל כדעת הרמב"ם ז"ל אלא כדעת היש חולקים שהביא מר"ן שם כפי הכלל המסור בידינו דנקטינן כ"א בתרא שמביא מר"ן ז"ל וכ"כ הרמ"ע ז"ל הביא דבריו הרב פ"ת בסי' הנז' סק"ה וגם הרב ט"ז כ' דהכי נקטינן: והא פשיטא דלא דמי נד"ד לדבר שאינו מסויים שכ' מר"ן בסי' ר"ט ס"ב דלא מהני ביה קנין לכ"ע מדלא כ' עליו מר"ן ז"ל דיש חולקים כמ"ש בסי' רמ"א וכ"כ הסמ"ע בסי' רמ"א סקי"ג דשאני התם שאין מינו ידוע וכמ"ש התם בטעמו דלא סמכא דעת הלוקח שהרי אינו יודע מה שיש בו אם תבן אם זהב ואין זה אלא כמשחק בקובי"א.

אבל בנד"ד כיון שפרט קו"ט וכו' הרי מינו ידוע ולדברי הגהות מהרי"ש שם בסימן רמ"א הך דינא דסי' ר"ט לא שייך אלא במכר ולא במתנה וכמ"ש מילתא בטעמא. ועי' להרב מש"ץ בתש' הנ"ל ולה' בעי חיי בחח"מ סי' קס"ד קס"ה: שוב ראינו דנד"ד לא נכנס בסוג דבר שאינו קצוב ולא בסוג דבר שאינו מסויים דאי לא תימא הכי תימא על עצמך שהרי מוסכם מכל הפוס' שהאומר נכסי לך ואחר כך לפ' זוכה הב' במה ששייר הרא' והוא ממש כנד"ד שהרי אין המקנה והקונה יודעים מה ששייר הראשון אם מעט ואם הרבה ואפ"ה לית מאן דחש לה להדייא לא משום דבר שאינו קצוב ולא משום דבר שאינו מסויים.

וטעמא דמילתא נר' דלא מיקרי אינו קצוב אלא כההיא שכ' הרמב"ם ז"ל שמתחייב לזון חבירו או לכסותו ה' שנים שהרי אין למזונות או לכסות קצבה למעלה דשמא יתייקרו המזונות או הכסות הרבה הלכך לא סמכא דעת המקנה ואינו גומר בדעתו להתחייב בכך אבל המקנה לחבירו מה שישתייר מנכסיו אחרי מותו או אחרי מות מקבל המתנה הא' הרי נתן קצבה לדבר והוא מה שישתייר אם מעט ואם הרבה ומה טעם לומר שאינו גומר ליתן הפך כוונתו.

והא לא דמייא אלא למ"ש הרב"י ז"ל בסי' ס' בשם הרשב"א ז"ל שהמתחייב לתת לחבירו מעשר תבואתו היוצא השדה שנה שנה אם מעט ואם הרבה דלא מקרי דבר שאינו קצוב ודבר שאינו מסויים נמי לא הוי אלא כההיא דסי' ר"ט שאין מינו ידוע ולכך לא סמכא דעת הקונה ולא הוי אלא כמשחק בקובי'א.

א"נ כההיא דסי' רמ"א דאע"פ שמינו ידוע מ"מ כיון שלא סיים איזה הקנה לו מאותו המין הרי המקנה יכול לדחותו מכל מה שירצה ליטול אף מאותו המין ולומר לו לא זהו מה שהקנתי לך. אבל הכא הרי מינו ידוע וכיון שפירש לו מה שישתייר ממין פ' אחרי מותו או אחרי מות המקבל הא' הרי סיים מה שהקנה לו ושוב אינו יכול לדחותו הא לא דמייא אלא למקנה לחבירו חלק כו"כ בשדה פ' שאף לדעת הרמב"ם מקרי דבר מסויים וכמ"ש שם.

ודידן עדיפא דהתם עדיין המקנה יכול לדחות הקונה ממקום למקום באותה שדה ולכך דינא הוא דנוטל אותו חלק מהפחות שבאותה שדה כמ"ש שם ואפ"ה חשיב ליה ז"ל דבר מסויים. וכ"ש הכא שאין כאן מקום לדחותו כלל: העולה מהמקובץ דבקרקות הנמצאים לנותן במצב פטי' פשיטא דזכתה בהם מקבלת המתנה ולא מצו היורשים לו' קי"ל וכמ"ש הרב בעי חיי ז"ל וגם במט"ל ומע"ב נראה דזכתה לדידן דקי"ל כהכרעת מור"ם ז"ל.

ואולם בשטרות וכו' שזמנם קודם לזמן המתנה אף דלדעת רוב האחרונים ז"ל כיון שכתוב בשטר המתנה כל הנהו לישני שפירי זכתה בהם ג"כ מ"מ כיון שהיורשים מוחזקים יכולין לו' קי"ל כדעת מיעוט החולקים. ובהקפת החנות שהוא הפנקס המוזכר בשטר המתנה וכן השטרות וכו' שזמנם אחר זמן המתנה נראה דלא זכתה בהם לכ"ע.

זה מה שנלע"ד להלכה דוקא ולמעשה עד שיסכימו עמנו יושבי כסאות למשפט אנשי אמת. ואם תסכים דעתם לפשר בכי טוב גם אנחנו נענה אחריהם אמן וצו"מ וימ"ן נאם החו"פ צפרו יע"א בחדש אלול המרוצה שנת הדרכתך במעגלי יושר לפ"ג וקיים: רפאל משה אלבאז סי"ט שלום אזולאי סי"ט חיים אברהם אליהו שטרית סי"ט אבא אלבאז סי"ט סימן כ"ב ע"ע הנז'.

הדין דין אמת כמ"ש הרבנים עליונים למעלה. והם ברוח מבינתם האריכו למעניתם. במלתא דלא שכיחא שטרות וכת' ומטבע וכו'. כי הנה כעת לא נמצא מט"ל ולא שטרות וכו' רק קרקעות ותל"מ.

כי היורשים והמחזיקים בקרקעות מכח המתנה והמכר הלא המה דור שלישי להר"ח הזקן הנותן ולכן לא ידעו אם היו או לא היו. לא נשאר לפנינו לדון רק על הקרקעות אם המתנה קיימת.

ועל הקרקעות הדבר פשוט כמ"ש הרבנים הנז' בראיות נכוחות שזכתה הבת. וטעמם ונימוקם עמם הע"י כ"ר.

וסבה היתה כי לא גליתי דעתי דעת הדיוט בזה בתחלה: האמנם מה שהיה נראה לכאורה לדון במתנה זו. אם יהיה האופן ויתברר שנלב"ע הבת מקבלת המתנה בחיי הנותן הרח"ף הזקן ואח"כ מת הנותן אם זכו יורשי הבת בהאי מתנה.

אם נאמר דלא נתן לה המתנה אלא לה ליהנות ממנה אם יפטר הוא בחייה. אבל אם תפטר היא בחיי הנותן כי לא באו לידה ולא נהנת ממנה אדעתא דהכי לא נתן לה.

והגם שכ' בשטר המתנה תזכה בו אסתר לעצמה וכו' ולעצם כב"ך. הנה הזכייה מן האב לבת לא היה כ"א לה דוקא וכשתזכה היא יהיה לה ולעצם ב"ך.

וכיון שמתה בחיי האב לא זכתה היא לשיזכה ב"ך אחריה. ועוד בלאו אומדן דעתיה דנותן אית לן למימר דכיון דלא זכתה היא שלא באה לידה המתנה לא יזכו יורשיה.

או נאמר דכיון דנתן לה גופה מהיום כבר זכתה בו מאותו יום שכ' והקנה לה. ואף אם מתה בחיי הנותן ואח"ך מת הנותן כבר זכו יורשיה בגוף ויזכו אחר מיתת הנותן בהפירות ממילא האמנם נראה דאין מקום לספק זה ודינו פשוט בפוס'.
דאף אם מת המקבל בחיי הנותן ואח"ך מת הנותן יזכו יורשי המקבל. הרשב"ם ז"ל בפ' יש נוחלין ד' קל"ו על מ"ש במשנה שם הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו האב אינו יכול למכור וכו' והבן אינו יכול וכו' שהם ברשות האב מכר האב מכורין עד שימות וכו'.

וכ' רשב"ם שם אבל לכשימות האב יטול הבן גם הגוף גם הפי' או הוא או הבא מכחו. לש' מת האב בחיי הבן לש' מת הבן בחיי האב.

שהפי' מכר האב אבל הגוף קנוי לגמרי לבן וכו'. ע"כ.

וכ"כ רבי הטור ז"ל בסו' נז"ר ומר"ן ז"ל בב"י ובש"ע שם. עוד שם בגמ' מכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב פלוגתא דר"י ור"ל לר"י לא קנה לוקח דקנין פי' כקנין הגוף ולר"ל קנה לוקח קנין פי' לאו כקנין הגוף דמי.

וכתב שם רשב"ם ז"ל על מ"ש ר"י דלא קנה לוקח ז"ל אפי' לכשימות האב אח"ך שמעולם לא היו ראויים לבא ליד הבן אלא יחזרו לשאר יורשי האב [אבל התו' ז"ל כ' שם דיחזרו ליורשי הבן וטעמם ז"ל דבמיתת הבן נפלו הנכסים לפני בניו וכשמת זקנו קנאם הבן בקבר ממילא ואח"ך ירשם בן הבן וכו' יעו"ש] ומיהו היכא דלא מכרם הבן בחיי האב היה מודה ר"י שאע"פ שמת הבן ואח"ך מת האב אפ"ה יורשי הבן יורשים את מתנתו יעו"ש טעמא דמלתא.

ואפסיקא הלכתא כר"ל דקנין פי' לאו כקנין הגוף דמי וקנה לוקח וכן פסקו הפוס' ז"ל והרמב"ם בפ"ב מהל' זכייה ומתנה ורבינו הטור ז"ל שם ומר"ן ז"ל שם ובסו' רי"א יעו"ש. המורם מן האמור דאף אם מת הבן בחיי האב ואח"כ מת האב דזכו יורשי הבן ואף לר"י דפליג אר"ל במכר הבן ומת בחיי אביו דלא קנה לוקח וכו' מודה בהא דאם לא מכר הבן ומת בחיי האב דזכו יורשים.

ובמכר הבן בחיי אביו הרי קי"ל כר"ל דקנה לוקח וכמ"ש הפוסקים ז"ל: ואולם לכאורה יש להבין דאף לס' ר"ל דקנין פי' לאו כקנין הגוף וקונה לוקח כשימות האב הנותן דזה ניחא לגבי הגוף שקנאו הבן בחייו ואף דנשאר לאב הפי' קנין פי' לאו כקנין הגוף דמי.

אבל לגבי הפי' דלא זכה בהם הבן בחייו רק אחר מיתת האב אף אם נאמר דהבן יורש אותם בקבר.

בשלמא היכא דלא מכר הבן אית לן למימר דהוא ירשם בקבר והורישם לבן. אבל במכר הבן לית לן למימר שהורישם ללוקח דהלוקח לאו בר ירושה הוא.

ומ"ש התו' ז"ל במכר הבן וכו' שירשם בקבר והורישם לבנו היינו לס' ר"י דלא קנה לוקח דכשמת הבן חוזר הגוף ליורשיו וכשמת האב יורש הבן הפי' בקבר ומורישם לבן וזה פשוט. אבל לס' ר"ל קשה: שוב מצינו לה' מהר"ם אלשיך ז"ל בס' ח"י שדקדק כן.

ובא לכלל ישוב. והן קדם הביא מחלוקת הרמב"ן ז"ל ורבינו אפרים ז"ל בכותב נכסיו לבתו מהיום ולאח"מ ומתה הבת בחיי האב אי הוי ראוי לגבי הבעל.

דהרמב"ן ס"ל דלא הוי ראוי וירית לה בעל. ולרבינו אפרים ז"ל הוי ראוי ולא ירית לה בעל.

והאריך ה' בראיות לס' הרמב"ן ז"ל. ושוב כ' דיש לדקדק לס' הרמב"ן דאה"נ דהוי מוחזק מעכשיו בגוף אבל פירי לא ירית ליה אלא לאחר מיתה.

וכד מיית ברישה עדיין לא הוריש לה אביה הפי' והוי ראוי וכו'. וסיים ה' וכ' דק"ו זו קשה נמי לר"ל דקנה לוקח.

דהא אין הבן שמת קודם לאב יורש הפי' אלא בקבר ואין מוריש את הלוקח. דלא שייכה ירושה בקבר אלא לראוי ליורשו.

לא ללוקח כלל. ותירץ ז"ל בקיצור דהמקנה קרקע מהיום ופי' לאח"מ משייר לנפשיה כח מהקרקע ליניקת הפי' מידי דהוה למוכר קרקע ומשייר אילנות וכו' ומ"ה קאמר ר"י דכקנין הגוף דמי וכו'.

ומ"ה קאמר דלא קנה לוקח משום דאינו יורש הבן אותו שיור מהאב אלא בקבר ואז אינו יכול לזכות ללוקח וכו'. אבל לר"ל לאו כקנין הגוף דמי וכאלו לא נשאר לאב שום כח בגוף.

וא"כ לא נשאר לו מה שיצטרך להוריש במותו כדי לומר שיורשו בקבר וכו' ומ"ה בהסתלק האב ממילא אוכל פי' הלוקח וכו'. והביא עוד מ"ש רשב"ם ז"ל שכ' שאם מת הבן בחיי האב שכן הבן יורשו.

וקאמר בפ' הטעם שמשנתן האב הגוף מהיום קנה הבן לגמרי משעה שכ' והוריש לבנו כל כחו. הרי בפירוש שלא משום לתא שמוריש את בנו בקבר כשמת האב קאמר.

אלא משום דמע' זכה הבן לגמרי וכו'. וכן התו' שלא הוצרכו לדחוק ולו' שכן הבן יורש את אביו בקבר אלא לדעת ר"י דאמר דלא קנה לוקח וכו' ע"כ.

יעו"ש שהאריך וישב בזה סוגיית הש"ס: והנה שם בפ' יש נוחלין דקל"ה ב' ובמציעה די"ט איתא. איזוהי מתנת בריא שהיא כמש"מ דלא קני אלא לאח"מ כל שכ' בה מהיום ולאח"מ ע"כ.

ופי' רשב"ם ז"ל דלא קני פי' אלא לאח"מ דומיא דמש"מ שאינו קונה אלא לאח"מ. ומיהו בהכי עדיפא מש"מ דמש"מ יכול לחזור בו אבל מ"ב מהיום ולאח"מ אינו יכול למכור הגוף כל ימי חייו אלא פי' ע"כ.

והרמב"ם ז"ל דין י"ב כ' מ"ב שכתוב בו מהיום ולאח"מ הרי היא כמש"מ שאינו קונה אלא לאח"מ. שמשמע דברים אלו שאע"פ שקונה הגוף מהיום אינו זוכה בו ואוכל פי' אלא לאח"מ.

וכ' שם הה"מ ז"ל ברייתא בפ' יש נוחלין. ופירש"י והרמב"ן בדברי רב"י לו' שאינו כמש"מ שיכול לחזור בו וכו' אלא שדומה לה שאינו אוכל פי' מעתה וכו'.
ע"כ.

ונר' פשוט דמ"ש הרמב"ם ז"ל שאינו זוכה בו. פי' שאינו זוכה בגוף להיותו נהנה בפי' אלא לאח"מ.

אבל הגוף קנוי לו לגמרי לכל מילי. ואם מת הבן בחיי יורשיו יורשים מתנתו.

וכן אם מכר הבן בחיי האב ואח"כ מת האב קנה לוקח. וכדר"ל וכמש"ל מדברי הפוסקים ז"ל והרמב"ם עצמו בדין י"ג.

ומ"ש הרמב"ם ז"ל דבהא עדיפא מ"ב מהיום ולאח"מ דאינו יכול לחזור בו וכו' וכ"כ ה"ה ז"ל. לאו דוקא דאינו יכול לחזור בו אלא דלכל מילי עדיפא: איברא דמצי להרשב"ש ז"ל בתשו' סי' קל"ד באשה שנתנה חצי נדונייתה שימצא לה אחר מותה לבתה מהיום ולאח"מ וכו' ומתה הבת והניחה בן וכו'.

והשיב הרב ז"ל הבן הזה אין לו זכות בנכסי הזקנה מג' טעמי. הא' מפני שכתב בו מהיום ולאח"מ ובפ"ק דמציעה אמרי' איזו היא מ"ב שהיא כמש"מ וכו' וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ב מהל' זו"מ ובנדון זה כבר מתה הבת קודם הזקנה ולא זכתה כלל.
עכ"ל"ה.

ובסי' ק"ץ דקדק כן מל' הרמב"ם ז"ל שכ' ואינו זוכה בו ואוכל פי' עד לאח"מ ולא כ' ולא זיכה בפי' עד אח"מ או שלא זכה בו לאכול פי' [כן העתיק רב"י הדור ז"ל ל' הרמב"ם ז"ל] שהיה במשמע מל' אלו שקנה הגוף מעכשיו קנין גמור. לא כ' אלא בל' זה וכו'.

דמשמע שאף הגוף לא זכה בו עד לאח"מ א"כ הרי הוא כמש"מ ממש ולא כמ"ב וכו' יעו"ש: והנה אמת כי לפי מיעוט דעתינו וחולשת שכלנו לא זכינו להשיג עומק שכלו ודעתו הרמה בזה כי נראה שדבריו אלו ז"ל הם הפך ס' כל הפוס' ז"ל שכ' דאף אם מת קודם זכו יורשיו שהגוף קנוי לו לגמרי וכו'.

וכמ"ש רשב"ם ז"ל. ולא נשאר לאב רק אכ"י פי' ולא הוי אלא כאלו התנה ע"ד שאין לו שייכות בקרקע וכו'.

וכמ"ש ה' מהר"ם אלשיך כתבנו דבריו לעיל. ובהכי תריץ יתיב סי' ר"ל וסוגיית הגמ' וכמש"ל.

ובלא"ה היכי מצינן למי' דלהרמב"ם ז"ל מתנה כזו היא ממ"ש כמ"ש ונמצא דאם מת
הבן בחיי אביו הנותן דלא זכו יורשיו דא"כ כשמת הבן בטלה המתנה וחזרה לאב. וא"כ
היכי אמר ר"ל דמכר הבן ומת בחיי האב בקנה לוקח דקניין פ"י לאו כקנין הגוף דמי
והפסיקא הלכתא הכי ופסקוה הפוסקים והרמב"ם ז"ל.

דזה ניחה היכא דנשאר הגוף לבן. אבל היכא דמת הבן דהדרא ארעא למאריה האב
הנותן.

אי הוי כמ"ש ממש מהיכן יזכה הלוקח. וכל כחו הוי מכח הבן והשתא דמת הבן והופקע
זכותו שהי"ל באותו קרקע לא יש לו שום זכות ללוקח דלא עדיף מגברא דאתי מחמתיה.

וכן מצינו לה' מהר"ם אלשיך ז"ל בסי' ח"ן להכריח דמ"ש בברייתא איזו היא מ"ב שהיא
כמ"ש דפ"י הוי לענין שלא יזכה בפ"י עד אח"מ הנותן אבל לגבי הקרקע מ"ב אלימתא
היא יעו"ש: וכבר מצי' לה' מט"ש ז"ל בסי' נז"ר אות י"ג שהביא תשו' הרשב"ש ז"ל
הנז' וכתב עליו ולא הבנתי ד"ק.

דהא דלא זכי עד לאח"מ היינו לגבי פ"י. אבל הגוף קנוי לו מעכשיו ע"כ.

וחזר ושנאה באות ח"י עמ"ש רב"י הטור דאינו זוכה בו לאכול הפ"י עד לאח"מ הביא
דברי הרשב"ש וכו' עליו דזה ליתא אלא לגבי פ"י וכו' ע"כ. הנה ה' מט"ש ז"ל כ' דבריו
בקצר אמיץ דהא דלא זכי היינו לגבי פ"י אבל הגוף קנוי לו מעכשיו.

דזה שהגוף קנוי לו מעכשיו גם הרשב"ש ז"ל ס"ל כן שהגוף קנוי לו מעכשיו והיינו
לענין שאינו יכול לחזור בו או ליתנו או למוכרו לאחר וכמ"ש הוא עצמו בסי' קל"ב
יעו"ש. אלא דזה הוא בחיי המקבל אבל אם מת המקבל בחיי הנותן ס"ל להרשב"ש ז"ל
דלא זכו יורשיו ואתי עלה מדקדוק לשון הרמב"ם ז"ל וכמ"ש"ל: ואפשר לומר דכוונת
ה' מט"ש ז"ל.

הוא כמ"ש אנן בעניותין מדברי הפוס' ז"ל דהגוף קנוי לבן קנין גמור ובכך אם מת בחיי
האב יורשיו עומדים במקומו לזכות במתנה ומ"ש הרמב"ם הרי היא כמ"ש מ היינו דוקא
הפ"י דלא זכה בהם עד אח"מ הנותן. אבל למילי אחרוני הוייא כמ"ב לגמרי.

וזהו מ"ש ה' מט"ש ז"ל אבל הגוף קנוי לו מעכשיו ר"ל קנוי לגמרי לדידיה הוי ואם מת
יורשיו יורשים אותו וזהו נמי מ"ש באות י"ח דזה ליתא אלא לגבי פ"י ר"ל דלא דמיא
למש"מ אלא לגבי פ"י שלא יזכה בהם עד לאח"מ הנותן ותל"מ: שוב מצינו להגאון מופת
דורינו בסה"ק שער אשר ז"ל בחח"מ סי' כ"ו דל"ב שהביא תשו' הרשב"ש הנז' ומאי
דה"ק עליו ה' מט"ש.

וכ' על דברי ה' מט"ש ז"ל ולא ידעתי מאי קאמר דודאי הגוף קנוי לו מעכשיו וכמו שבא
מפורש בדברי הרשב"ש ז"ל בסי' קל"ג. אך אינו אלא לענין שלא יוכל לחזור וליתנה
לאחרים וכו' אבל זכות החלטית אפ"י בגופו של קרקע אין לו כ"א לאח"מ.

דלענין הזכייה דין מש"מ ממש יהבינן ליה וכו'. וכמו שדקדק מדברי הרמב"ם ז"ל בסי'
ק"ץ.

ולכן מ'ר הוא דאמר בסי' קל"ה דמה"ט אין לבן כלום כיון דמעיל לא זכתה הבת ע"כ: והנה אמת שדברי ה' מט"ש ז"ל באו בקיצור ואפשר שכוונתו כמ"ש. האמנם אחר בקשת המחילה מקדושת עצמותיו ז"ל אמינה דלא ריוה צמאוננו בזה להבין דברי הרשב"ש ז"ל דנראין הפך דעת כל הפוס' ז"ל דמוכח מנייהו דהזכייה היא זכייה החלטית ואין לאב רק אכיל' פיל' כל ימי חייו.

והם אמרו שאם מת הבן בחיי האב יורשיו זוכים במתנתו וכמש"ל וצל"ע: עוד כ' ה' ש"א שם וז"ל. ושוב ראיתי בס' מהריט"ץ ז"ל סי' נ"א שדקדק מדברי הרמב"ם ז"ל כמ"ש הרשב"ש ז"ל ושני נביאים נתנבאו בסגנון א' רק ההפרש ביניהם דלמהריט"ץ בנותן מתנה לאיש זר הוא שאינו זוכה זכייה גמול' גם בגוף הקרקע כ"א לאח"מ.

משא"כ בנותן מתנה לבנו. ולהרשב"ש גם בנותן לבנו דינא הכי.

וכ' שם שה' חק"ל ז"ל ח"מ מ"ב סי' ד' הרעיש הרעשה גדולה שדברי מהריט"ץ ז"ל הם הפך תורה שלימה חבל ראשונים ואחרונים שאמרו גופא קני מהיום וכו'. וה' ש"א ז"ל תמה על החק"ל ז"ל דמה ראה על ככה ומה הגיע על עוצם שכלו ועיונו הזך שלא עלה על לבו לחלק ולומר שלא אמרו הפוס' דגופא קני מהיום אלא דוקא לענין חזרה וכו' וכן מפורש בהרמב"ם עצמו דקאמר אע"פ שקנה הגוף מהיום.

ומפרש מהריט"ץ ז"ל דהיינו דליתיה בחזרה. אך לענין הזכייה עצמית אינו אלא לאח"מ כדין מש"מ ממש ונ"מ לענין מזונות האלמ' שקודמת וכו'.

וכן דאמרין ירושה אין לה הפסק כדברי הרשב"ש סי' ק"ץ. וגם שאם מת המקבל בחיי הנותן אינו יכול בנו של המקבל מתנה לאחר מיתתו של הנותן לבא ולזכות במתנתו של אביו באידיך של הרשב"ש ז"ל בסי' קל"ה וכו' עכל"ה.

וסי' חק"ל לא. נמצא אצלינו לראות דבריו הקדושים זלה"ה: והאמנם הגם דדברי מהריט"ץ זלה"ה אינם צריכים סעד דמי כמוהו מורה וראויין הדברים למי שאמרן זיע"א.

אולם הרואה יראה דהאי דינא דחדית לן ה' ז"ל מדקדוק דברי הרמב"ם ז"ל לחלק בין מתנה לאחר למתנה לבנו. דבמתנה לאחר אף בגוף לית ביה קנייא עצמית ולא אהני ליה רק לענין דאין יכול לחזור בו כמ"ש בדבריו ז"ל.

לא נמצא בשום פוסק אחר. ואדרבא עין רואה לרשב"ם ז"ל שם שעל מ"ש במשנה הכותב נכסיו לבנו וכו' כ' הוא ז"ל דה"ה לאחר יעו"ש.

ועלה קאי פלוגתא דר"י ור"ל אי קנה לוקח. ואפסיקא הלכתא כר"ל וכו' דקנין פיל' של האב לא הוי כקנין הגוף וקנין הגוף של הבן הוי קנין גמור לגמרי וכמ"ש הפוס' ז"ל כתבנו דבריהם לעיל.

וא"כ נראה דה"ה לאחר: וכן מצינו הדבר מפורש לה' פמ"א ז"ל ח"ב סי' א' שנשאל על הנותן מתנה גוף מהיום וכו' אם מת בחיי הנותן אם זכו יורשיו. ואחר שהביא ה' ז"ל דברי רשב"ם ושאר פוס' דהגוף קנוי לגמרי לבן ואם מת הבן יורשיו יורשים את כחו.

כ' וז"ל ואין לחלק ולומר דדוקא בנותן האב וכו' דדעתו של אדם קרובה אצל בניו אבל הנותן מתנה לאחר אין הגוף קנוי לו שירש אותו יורש המקבל וכו'. כי לא מצינו חילוק זה כ"א לענין פ"ה המחזברים לקרקע וכדפי' רשב"ם ז"ל דקל"ט וכו' וכיון שלא מצינו חלוק כ"א לענין הפ"ה איך נחלק לענין הקרקע.

ועם שהוא פשוט וכו' יש להביא ראיה מאותה שאמרו מכר הבן וכו' ואפסקא הלכתא כר"ל. והא לוקח דומיית דאחר הוי דלא שייך לומר דעתו של אדם ואעפ"כ זכה הלוקח מכח הבן.

כ"ש בן המקבל אע"פ שהוא אחר דזוכה בנכסים וכו' ע"כ יעו"ש: ועיין עוד לה' מ"ץ ז"ל בח"ב סי' י"א שקיל וטרי עם ה' מהרח"ש ז"ל הביא דברי הרמב"ם ז"ל וה"ה ז"ל הנז' וכו' ז"ל והנה מה שלא כתב ה"ה שהיא כמ"ב רק לענין החזרה ולא כתב שהיא כמ"ב שלא תזון האלמ' ממנה. נאמר דה"ה אלא משום דבחזרה יש חולקין כמ"ש ה"ה הזכיר החלוקה דהיא וכו' יעו"ש.

מבואר יוצא דמפרש דברי הרמב"ם כפשטן שהיא כמ"ב לגמרי ואין האלמנה ניזונית ממנה: הן אמת דאנן יד עניי אנן להכריע בין הפוס' ז"ל לענין דינא. ואולם נראה דמר"ן ז"ל דאתכא דידיה סמכינן ס"ל דדברי הרמב"ם הם כפשטן.

דלא דמיית האי מתנתא דגוף מהיום וכו' למש"מ כ"א דוקא לענין הפ"ה דלא זכי בהו עד לאח"מ אבל לכל מילי הרי היא כמש"מ ואין האלמנה ניזונית ממנה. שכ' בב"י אה"ע סי' קי"א ז"ל כ' הרמב"ם ז"ל בפ"ט שאם נתן כל נכסיו לאחרים במש"מ הואיל ומש"מ אינו קונה אלא לאח"מ הרי המתנה וחיוב התנאים באים כ"א ולפיכך בנים יורשין כתו' אמן שמתה בחיי בעלה.

וסיים וכו' בכד"ה וז"ל ואם נתנה במ"ב מהיום ולאח"מ אע"פ שכ' הרמב"ם בפ"ב מהלכות זכייה שהיא כמש"מ היינו לענין הפ"ה אבל לענין הגוף דין מ"ב יש לה וכן מפו' בדברי הרמב"ם שם וכ"כ המרדכי בפ' יש נוחלין בשם תשו' הר"מ ע"כ. וכ"כ בש"ע שם.

ואע"ג דבסי' צ"ג בענין מזונות האלמנה לא כ' מר"ן מזה. נראה דה"ה דכחדא הויין וכחדא שריין דטעם א' להם.

וכבר בב"י ח"מ סי' רנ"ב הביא סי' הר"י בן הרא"ש ז"ל דמ"ב מהיום ולאח"מ הוי כמש"מ וכו' ואלמ' ניזונית ממנה. וסיים מר"ן ז"ל דרבים לוחמים לו וסברי דדינא כמ"ב ואינה ניזונית מהם והאריכו בראיות וכו' ע"כ. יעו"ש.

נמצא דמר"ן ס"ל דהיא כמ"ב ואין אלמנה ניזונית ממנה: ונלע"ד ואם דל הוא לומר דלענין דינא אף ה' מהריט"ץ ז"ל לא פסיקא ליה דאלמ' תזון ממנה כאשר יראה המעיין בתשו' הרמ"ה. וכל עצמו לא בא רק לאלומי כחה של מתנת האב לבן שהיא מתנה לגמרי כמ"ב ולא תזון האל' ממנה ושגם הרי בן הרא"ש יודה בה.

וכן נראה מלשונו ז"ל שאחר שדקדק מדברי הרמב"ם ז"ל שמתנתו לאחר הוי ממש כמש"מ וכו' ולא יפה כחו כ"א לענין חזרה כ' בדרך אפשר שגם מזונות האלמ' יקדמו לו כס' הר"י בן הרא"ש ז"ל יעו"ש. ואפ"ל דהגם דמדקדוק לשון הרמב"ם יש להוכיח כן דשנייא מתנה לאחר ודינה כמש"מ לגמרי.

עכ"ז למעבד עובדא לא פסיקא ליה: וכל זה אינו ענין לנד"ד רק בא בדרך אגב. דנד"ד הוי מתנה לבת וכו' ובזה כולם שוין לטובה דירשי הבת המקבלת זכו בהאי מתנה וכאמור.

זולתי דברי הרשב"ש ז"ל כי מעומק מושגם לא זכינו להבינם. ואולם לענין דינא ודאי דעבדינן הלכתא ככל הפוס' ז"ל דזכו היורשים ובכך המתנה דנד"ד זכו בה יורשי הבת. והמכיל שמכרו היורשים להרי"ף נ"ע קיימת ע"פ הדין הגמור. ובניו הי"ו ליחדו וליכלו ירושת אביהם.

ואנו ליה עינינו. מכל שגיאה יצילנו.

ובמאור תורתו יאיר עינינו. להבין ולהשכיל עומק הדין ומצוי ההלכה כ"ר.

הכ"ד איש צעיר חרגא דיומא לא שמיה הח"פ טאנכיר יע"א בע"א לטבת דהאי שתא טבתא ששון ושמחה ישיגו לפ"ק: אחרי כותבי נתתי אל לבי וראיתי בעין שכלי. כי אף אם ימצא שום פקפוק בשטר המתנה מאיזה צד שיהיה מה שאינו.

כי נלע"ד ואם דל הוא שהמתנה קיימת אין בה שום פקפוק וכמ"ש. בלא"ה אית להו להני יורשים המחזיקים זכייה דאורייתא מכח החזקה שהחזיקו בקרקעות המה ואביהם וכבר יש בידם שטר קב"ע מב' עדים כשרים ה"ה כהר"י נהון וכהר"י איזאנקוט י"ץ אשר העידו בגודלן על חזקתם בקרקעות הנז'.

הא' העיד שמיום שנלב"ע הרח"ף הזקן [הנה הוא נותן המתנה לבת] היה הרי"ף דר בחצר אשר בהא לכראזין [הנה הוא דקור"ח אשר אנו דנים עליה] והיה משכירה לאחרים. והב' העיד ג"כ כמ"ש דמיום שנלב"ע הרח"ף הנז' היה הרי"ף דר בחצר הנז' כאדם העושה בשלו ומעולם לא מיחא בו שום אדם.

והנה אמת כי לדבר הזה אין אנו צריכים לשטרי עדויות כי הוא דבר ידוע ומפורסם לכל באי שער עירינו מקטנם ועד גדולם שהקרו"ח הנז' הוא ידוע להרי"ף וליורשיו אחריו. גם אנא זעירא נער הייתי גם זקנתי ולדעתי שהקרו"ח הוא להרי"ף וכו' שהיו תמיד דרים ומשתמשים בו בונים וסותרים כאדם העושה בשלו.

גם החנות הידו' להם אית להו שטרי קב"ע מעד א' המעיד שהיתה שכורה בידו מאת הרי"ף כמה שנים. והיה פורע השכיל להרי"ף או לבניו.

ובלא"ה כולי עלמא ידעי לה להאי מילתא שהחנות הנז' הנה היא של הרי"ף וליורשיו אחריו. והנה כי כן הקרקעות הנז' בחזקתייהו קיימי.

וכדקי"ל דמי שהחזיק ג' שנים ולא מיחא בו שום אדם זכה בחזקתו. והגם דקי"ל ג"כ דחזקה שאין עמה טענה לא הויה חזקה היינו לגבי דידיה אבל לגבי יורשים לא בעי שום טענה וכמ"ש בסי' קמ"ו וזה פשוט: והוא"ל כי יורשי הרח"פ הזקן אשר הניח אחריו.

היו ד' בנים שלמה ויצחק נלב"ע בלי זרע. ושנים יעקב ויוסף נשאו נשים והניחו זרע. יעקב הניח אחריו חיים ומשה. משה היה במתא דנא כל ימי היותו על האדמה הוא וכל ב"ב.

חיים היה במחז"ק עד שנת תרכ"ב כאשר נתברר לנו בראיה ברורה ובש' תרכ"ב הלך לו לערי בראזיל והניח את בניו וב"ב בעירום ובחוסר כל. והי"ל חלק בחצר אחרת שמשכנה בהיותו במחז"ק והיו בניו וב"ב ממשכנים אותו כפעם בפעם ותוס' על המש' בהסכמתינו.

ומכלל בני חיים הנז' היה יעקב הבא לערער. יוסף הניח אחריו חיים ויאודא ובת אחת. חיים הלך לו לערי בראזיל בש' תרכ"א יאודא ואחותו הלכו להם לערי אפרי"ק והנה הנם עד היום: והנה מה שהוכרחתי לבאר זה הוא כי הגם שפסקו ז"ל דאף אם החזיק שלא בפני המערער והוא במדינה אחרת חזקתו חזקה. היינו אם שיירות מציות ממקום שהחזיק בו למקום המערער וכמ"ש מר"ן ז"ל בסי' קמ"ג וקמ"ו.

ובנד"ד שהיו בערי בראזיל יש להסתפק אם מהכא להתם מקרי שיירות מצויות. הגם כי לפעמים איכא עובר ושכ מהתם להכא וכו' אינו אלא מזמן לזמן.

ומה גם בימים החולפים כידוע. ועי' תוס' פ' חזקת דקל"ח ע"ב ד"ה דסתם יאודה וכו' שכתבו דלענין מחאה בעינן דשכיחא טובא יעו"ש.

אך ע"פ האמור נתברר שהרי"ף החזיק בפני אביהם של המערערים יותר מג' שנים שהרח"ף הזקן נלב"ע בש' תר"י או תרי"א והם הלכו לערי בראזיל בש' תרכ"א או תרכ"ב. נמצא דמפטירת הרח"ף עד שהלכו לערי בראזיל הוי יותר מיו"ד שנים ועל הרוב שהיו עמו במדינה כל אותו זמן וכמ"ש המחזיקים וכו'.

ואנן בדידן נתברר לנו בירור גמור כי חיים אבי יעקב המערער היה במתא דנא מש' תרי"ח עד ש' תרכ"ב דהוי יותר מג' שנים. ולגבי יאודא והבת ליכא לספוקי שהיו בערי אפרי"ק ואיכא שיירות מצויות כידוע: והנה אמת כי רוב מה שבא כתוב בזה שנתברר וכו' הוא ע"פ המחזיקים.

ואולם הם גם הם אין החיוב לברר וכו'. רק לרוחא דמלתא טרחו לברר וכו' אבל לדינא על המערערים להביא ראיה וכמ"ש מר"ן ז"ל בסי' קמ"ג שאם אינו ידוע שלא היה המערער במדינה אין שומעין לו במה שאומר וכו'.

והוא מדברי הרא"ש ז"ל. וטעמא טעים דכיון שזה החזיק בשופי ג' שנים.

והחזקה נשמעת במדינה אחרת עליו להביא ראיה שהיה במקום שלא היתה מחאתו נשמעת וכו' יעו"ש: ואין לדחות ולומר דזה ניחא אם היה המוריש קיים ובידו לברר אם

לא היה במקום שאין מחאתו נשמעת. אבל לגבי הני יורשי המערערים דלא ידעי במלי דאבוהון אפשר שעל המחזיקים להביא ראיה.

ודמי למאי דקי"ל בסי" ס"ב באחד מן האחין שהיה נושא ונותן בתוך הבית ושטרות עשויות על שמו וכו' דעליו להביא ראיה ואם מת על האחים להביא ראיה וכו' יעו"ש. זה אינו.

דשאני התם כיון שהיו השטרות עשויות ע"ש סברא הוא דהוי ממונו אלא דבחיב אמרינן אם איתא דהוי שלו א"א דלא יוכל להביא ראיה וכו'. משא"כ לאחר מותו הבן לא ידע וכו' וכמ"ש הסמ"ע שם.

אכן בנד"ד הסברא להפך שקרו"ח הוי של המוחזקים שהחזיקו בה יותר מג' שנים על המערער להביא ראיה אף שהוא יורש ולא אמרינן דלא ידע וכו' ועל המחזיק להביא ראיה. דלא אתמר הכי רק בהך דהתם שהסברא היא שהיא ממונו: ונלע"ד ג"כ דאין לטעון בעד המערערים דאף שכבר אביהם מחה בזמן שהחזיק המחזיק וכתב לו שטר מחאתו כפי הדין והני יורשים לא ידעי במילי דאבוהון ושטר הי"ל ונאבד.

דאנן לא טענינן ליורשים אלא דוקא להחזיק מה שבידם ולא להוציא מאחרים. וכמ"ש הרש"כ ז"ל בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב יעו"ש.

וה' דברי גאונים ז"ל כ' דהרש"ך ז"ל כ"כ מדעתו כמבואר בל' וכו'. ולא זכר שר כי הדבר מבואר בתשו' מהר"ם וכו' וכ"כ הרשב"א ז"ל בתשו' ח"ב סי' מ"ב ומהר"י נ' מיגש בתשו' סי' קכ"א וכ"כ מהרשד"ם ז"ל סי' רצ"א ורצ"ג ורצ"ד וכו' יעו"ש איברא דנר' דמידי פלוגתא לא נפקא.

הנה מדברי ה' בח' ז"ל שרמז הש"ך ז"ל בההיא דסי' ע"ב מוכח דס"ל דאף להוציא טענינן ליורשים יעו"ש. גם ה' כנה"ג ז"ל בסי' ק"ח הגה"ט אות מ"ב הביא מ"ש ה' מהרשד"ם ז"ל דלא טענינן ליורש אלא להחזיק וכו'.

וסיים שה' מהרי"א ז"ל בסי' שכ"ח כ' דאף להוציא טענינן להו ושכ"כ הריב"ש ז"ל בסי' רי"א וכו' יעו"ש. ואולם בנד"ד דהוי יורש נגד יורש נראה דלכ"ע לא טענינן להו להוציא.

ואדרבא מצינן דביורש נגד יורש אף להחזיק לא טענינן להו. וכמ"ש רב"י הטור ז"ל בסי' ק"ח דין י"ז ז"ל.

וכן הדין שיש ליורשי המלוה עם הלוח וכו' כך יש להם עם יורשי הלוח וכו'. אלא שזה יש ביניהם שכשהטוענים עם הלוח וכו'.

אבל כשטוענים עם יורשי הלוח צריכים גם הם לישבע שלא נפרעו הם עצמם מאביהם שאם היה אביהם קיים וכו'. וזהו לדעת הראב"ד ז"ל אבל בעה"ע"י ז"ל כ' שאין צריכים לישבע שלא נפרעו וכו'.

שאינן טוענין ליורש במקום שיש חוב ליורש אחר. ומסתבר כדברי הראב"ד ז"ל שלעולם טוענין להחזיק הממון במקומו עכ"ל"ה: והנה דרך אגב מצי' לה' כנה"ג בסי' קנ"ג הגה ב"י אות ל"ב שתפס על ה' מהרש"ג ז"ל שכתב דלא טענינן ללוקח נגד לוקח.

וחיליה ממ"ש הטור ז"ל סי' ק"ח דין ד'. ותמה עליו ה' כנה"ג ז"ל שרבינו הטור ז"ל הביא מחלוקתו בצדו בשם הרמ"א ז"ל וכו' וגם בסי"ז הביא מחלוקת זה בשם הראב"ד ז"ל ובעה"י ז"ל.

וסיים הרב כנה"ג ז"ל דאף דרבי' המחבר שם בסי' הקצר סתם כדעת בעל העי' שאין טוענין ליורש במקום שיש יורש אחר. מן הנגלה במקום דאיכא פלוגתא דרבנותא המע"ה וכו'.

עכ"ל יעו"ש: והנה מחמת קוצר המשיג לא זכיתי להבין דב"ק במ"ש כי מר"ן ז"ל בס' הקצר סתם כדעת בעה"י ז"ל דנראה דאף כי לא באו דבריו בפ' דטענין להו וכו' סתמו כפירושו דטענין וכו'. שהרי בס"א במע"פ כ' בפ' דאפי' יורשי הלוה אינן טוענין כלל אנו טענין להו שמא פרע אביהם והיא ס' הרמ"א ז"ל שהביא רבי' הטור ז"ל בס"ד ודלא כס' בעה"י ז"ל.

והיא הס' הראשונה שהביא הטור שם וכמ"ש מר"ן ז"ל שם בבד"ה זל"ה. ולקמן בסי' זה כ' רבינו הס' הא' כי היא ס' ה' בעה"י ושהראב"ד והרמ"א פליגי עליה יעו"ש.

וכ"כ הגאון מהר"ר ל"ב בהגהותיו דכוונת מר"ן ז"ל בבד"ה לציין דהס' הא' היא של בעה"י ז"ל יעו"ש. והוא ז"ל פסק שם כס' הרמ"א ז"ל והיא כס' הראב"ד ז"ל בסי"ז ודלא כס' בעה"י ומוכח בפשי' דלא שאני ליה בין מע"פ למלוה בשטר.

וא"כ אף דלא פי' בס"ט על מלוה בשטר סתמו כפירושו דטענין להו וכסברת הראב"ד ז"ל: ואין לדחות ולומר דהגם דהאי דינא דמע"פ ומלוה בשטר ממקום אחד הוא פלוגתא דרבנן הרמ"א והראב"ד ז"ל עם בעה"י ז"ל. עכ"ז מר"ן ז"ל בקצר נ"ל לפסק הלכה כהרמ"א והראב"ד ז"ל במע"פ וכ"ה בעה"י במלוה בשטר.

וטעמיה ז"ל דשאני מלוה ע"פ ממלוה בשטר דשבועה של המלוה קילא היא דאין פותחין בה אם לא ישאל הלוה וכו'. ודומה לזה מצ' לרבינו הטור בסי' פ"ב שהביא פלוגתא דרבנותא היכא שמת המלוה ויורשיו מוציאין השטר והלא טוען פרוע די"א כיון ששבועה זו קילא שהרי אין פותחין בה וכו' נוטלין היורשים בלא שבועה.

וה' שר שלם כ' כיון שאין המלוה כאן לישיבע נשבע הלוה ונפטר. ורב אלפס כ' שיוורשים נשבעים ונוטלים יעו"ש.

נקוט מיהא דמטעמא דשבועה זו קילא ס"ל להי"א דהיורשין נוטלין מהלוה בלי שבועה: עוד זאת מצ' לה' כנה"ג ז"ל שם בסי' פ"ב אות כ"ד שכ' לישב מה שה"ק ה' מהרש"ך ז"ל לס' ה' שר שלם מהא דאמרי' לא שאנו אלא כשמת מלוה בחיי לוח ואח"ך מת לוח וכו'. ולפי דבריו אמאי יגבו יורשי מלוה בשבועה.

נטעון ליורשי לוח מאי דהוה מצ' אבוהון למיטען פרוע הוא וכו' ונשבעין ונפטרין. וה' כנה"ג בא לכלל ישוב דה' שר שלם ס"ל דלפרוע אדם חובו ולהניח השטר ביד המלוה הוי מילתא דלא שכיחא.

ואי טוען לה הלוה מהימן אבל לא טענין להו ליתמי וכו'. דומיא דנאנסו דאי טעין לה הלוה גופיה בעצמו נאמן ונשבע ונפטר.

ולא טענינן להו ליורשים משום דלא שכיח. כדכתבו התו' וכו' ע"כ יעו"ש.

והגם דאנן לא קי"ל כהי"א הנז' ולא כס' ה' שר שלם ז"ל ואם טען הלוח ישבעו לי נשבעין ונוטלין וכמ"ש מר"ן ז"ל ס"ה עכ"ז נקוט מיהא פלגא דיש סברא לחלק בין מלוה ע"פ לבשטר דאע"ג דבמלוה ע"פ טענינן להו שמא פרע אביהם ופטור. במלוה בשטר לא טענינן להו לחייב יורשי המלוה לישבע מהני טעמי אי משום דקילא שבו' מלוה בשטר וכמ"ש הי"א הנז' אי משום מלתא דלא שכיחא וכמ"ש הכנה"ג ז"ל.

ותהני לן האי סב' לו' דאע"ג דצריכין יורשי המלוה הבאים בשטר לישבע ה"ד אם טענו כן היורשים אבל אנן לא טענינן להו. והנה כי כן אפשר לומר דאף שפסק מר"ן ז"ל בס"א כדין מלוה ע"פ כס' הרמ"א דטעני' להו וכו' ודלא כס' ה' בעהע"י.

בדין ט' דהוי מלוה בשטר סתם לן כדעת בעהע"י דאנן לא טענינן להו וכו': אלא דזה הוא ניחא אם היה מבואר בפ"י בס"ט דלא טעני' להו וכו' אזי הוה לן למשכונני נפשין לחלק מע"פ למלוה בש'. וכמ"ש.

אמנם כיון שבאו דבריו בסתם אית לן למימר דילמד סתום מן המפורש בס"א כדין מע"פ. ועוד כי נראה פשוט מדבריו ז"ל בס"ט דפסק כס' הראב"ד ז"ל דסיים וכ' שאם טענו יתמי הלוח אמר לנו אבא פרעתי לאביהם אין להם שבועה שלא נפרעו הם בעצמם ע"כ.

והוא ממ"ש הב"י זל"ה ונר' מדברי בעל התרו' ז"ל דהא דמצריך הראב"ד ליורשי מלוה לישבע שלא נפרעו במ עצמם היינו בדשתקו יתמי לוח הלכך טעני' להו כל מאי דאפשר למטען אבל כי טעני' יתמי לוח וכו' אין עליהם שבו' שלא נפרעו הם בעצמם ע"כ. מבואר יוצא דלא הוצרך לזה רק לס' הראב"ד ז"ל.

והאמת כן הוא דלס' בעהע"י אף אם שתקו יתמי הלוח אנן לא טעני' להו. ויורשי המלוה נוטלין בלי שבו'.

כ"ש היכא דטענו יורשי הלוח אמר לנו אבא פרעתי לאביהם שאין על יורשי המלוה שבועה שלא נפרעו הם. מוכח מזה דפשי' דמר"ן ז"ל סתם לן כס' הראב"ד גם במלוה בש' דטעני' להו ליורשי הלוח וע"ז הוצרך לסיים בהאי דינא שאם טענו היורשים אמר לנו אבא וכו' אין עליהם שבועה.

ודברי הרב כנה"ג צל"ע: איך שיהיה נקטינן דלס' בעהע"י ז"ל אפי' להחזיק ביד היורשים לא טענינן להו במקום שיש חוב ליורש אחיו. ולס' הראב"ד ז"ל וכן פסקו הטור ומר"ן ז"ל וכמ"ש להחזיק הממון בידם טענינן להו אף נגד יורש אחר.

אבל להוציא כ"ע לא פליגי דלא טעני' להו נגד יורשים אחרים. ובכך בנד"ד דהני יורשים הם מוחזקים דאית להו חזקה גלויה ומפו' בידם מכמה שנים בחזקתייהו קיימי.

ולא טעני' ליורשים המערערים הבאים להוציא שאביהם היה בידו שטר מחאה וכו'. או שהיה במקום רחוק שלא היתה נשמעת מחאתו וכו': האמנם לכאורה היה נראה דכל מ"ש ניחא אם היו באים היורשים המחזקים בטענת ירושה מכח החזקה דוקא ולא היה

בידם שטרי זכיות אשר סמכו עליהם שטר המתנה מן האב אל הבת ושטר קנייה מאביהם וכו'.

אזי הדבר פשוט שהיו זוכים מכח חזקתם וכו' משא"כ הכא שבא לדון בשטרי זכיות המתנה והקנייה אם יש לפקפק בהני שטרי ולבטלם. נראה דאין לדון עוד על החזקה דמוכח דחזקתם היתה מכח שטר המתנה וכו'.

וכשיתבטל השטר נתבטלה החזקה. דשטר אין כאן.

חזקה אין כאן. וכדקי"ל בסי' ק"ם ס"ד דהבא לידון בשטר ובחזקה נדון בשטר.

ואם טען אח"ך שנאבד השטר אינו נאמן. וכן אם הביא השטר ונמצא בטל נתבטלה החזקה.

וכ' הסמ"ע ז"ל שם כגון שהיו העדים קרובים או פסולים וכו' יעו"ש. ונראה דה"ה אם נתבטל השטר מאיזה טעם שיהיה דנתבטלה החזקה דהחזקה מכח שטרא קאתייה.

ושטרא אין כאן. חזקה אין כאן וכמ"ש.

זה היה נראה לכאורה: ואולם מצינו ראינו להפוס' ז"ל דסברי מרנן דלא אתמר האי מלתא דהבא לידון בשטר ובחזקה נדון בשטר. אלא דוקא לגבי המחזיק הא' אשר קנה או נתן לו במתנה וכו' דבידו לברר וכו' וכשאינו מברר איגלאי מלתא דחזקתו באה לו מכח האי שטרא ריעא ואבד חזקתו.

משא"כ לגבי יורשים כנד"ד דלא ידעי במילי דאבוהון ואין בידם לברר. נדונים בחזקה דאית להו.

ואית לן למימר ולטעון בעדם כי אביהם המחזיק הא' היה בידו שטר מכר מהר"ח הזקן הנותן המתנה לבת מוקדם למתנה הנז' או נאמר כי אחר שנבל"ע הר"ח הנז' וזכתה הבת וקנה הר"ף המחזיק הנז' מיורשיה חשש לאיזה פקפוק וטרח עם יורשי הר"ח במתן דמים והסכימו וקיימו המתנה או עשו לו שטר מכר להרי"ף ונאבד אותו שטר אחר שעברו שני חזקה.

ואיך שיהיה כיון שחזקתם מבוררת יש לנו לטעון כ"מ דאפשר לטעון להעמידם על חזקתם: וכן מצי' לה' מוהרימ"ט ז"ל ח"ג סי' כ"ח. בראובן שקנה מלוי ולוי מיהודה ויורש יעקב אשר לו היו ידועים חזקת הבתים בא לערער בטענה שהיה קטן בזמן פטירת אביו ולא היה יודע למחות.

והשיב ה' ז"ל מאחר דראובן הוציא כל שטרותיו וכו' ונראה איך קנה משמעון וכו'. אם יתברר שחזקת יהודה היה בזמן שהיה המערער קטן נתבטלו כל החזקות הבאים מכחו.

נהי דאם לא היה מוציא השטרות וכו' עכשיו שהוציא השטרות צריך לידון בהם כדאמרי' וכו' אלא דנראה דאע"ג דאמרי' וכו' ה"ד כשהיה בעצמו בעל השטר ונעשה ע"י בהא אמרינן צריך לברר ולקיים חזקתו מתוך שטרותיו וכו' אבל בכגון לוקח זה שהחזיק שני חזקה וכו' אע"פ שמתוכן ניכר שתחי' חזקתו של יהודה הלוקח הא' היתה בהיות המערער

קטן עדיין אפשר לו' שהיה ביד הלוקח הא' שטרות וראויות שקנה מאביו בחיים וכו' ולא תימא וכו' טוענין ללוקח מדי דהמוכר הבא מכחו לא מצי למטען וכו'.

הא ליתא דכיון דהוא מוחזק בחזקתו קיימי. וטעמא דאמרי' הבא לידון בשטר ובחזקה נדון בשטר היינו משום דקי"ל כר' יוסי דצריך לברר טענתו.

והיכא דלא מצי לברר דלאו עליה רמי לברור פטור מלברר וכו'. עכל"ה יעו"ש: וכן מצי' ג"כ לה' פמ"א בח"א סי' ע"ג.

בראובן שירש קרקע מיעקב אביו שהחזיק בו כמה שנים והראה שטר שקנה אביו מ"ש וש' מאל' לוי ולוי מיהודה. ויורשי לוי טוענין לראובן הביא ראיה דאל' לוי גבתה כתו' קרקע זה וכו'.

והשיב ה' ז"ל כמ"ש דלא אמרי' הבא לידון בשטר וכו'. אלא בלוקח עצמו וכו'.

ואפשר שהיה ביד ש"מ שטר גוביינא זה ולא ידע יעקב וכו'. והביא ראיה לזה דהא אפי' בלוקח עצמו מהמערער כ' הרי"ף והתו' ושאר פוס' דאף רבי דאמר דצריך לברר אם א"א לו לברר כגון שמתו עדיו וכו' נדון בחזקה.

ה"נ כיון שאין ביד זה היורש לברר זכותו כי האלמנה גבתה הקרקע בכתו' וכו'. והביא נמי ההיא דמהרימ"ט ז"ל שכתבנו לעיל יעו"ש: ולכאורה היה נראה דכמו זר נחשב לומר בכגון נד"ד אם יש לפקפק מדינא בשטרות אשר המציא והנם בטלים וכו' שהיה בידו שטרות אחרים ונאבדו ממנו אחר עבור שני חזקה וכו' וכמש"ל.

דהא חזינן דהני שטרי ריעי נזהר בהם לשומרם וכו'. ואיך ולמה השטר העיקרי אשר בו סמך חזקתו לא נזהר בו.

אתמהה.

ואולם הא לאו מילתא היא. דאנן כיוורשים קיימינן וכו' דלא ידעי במילי דאבוהון ויש לנו לומר שהאמת כן הוא דבהני שטרי ריעי לא נזהר בהם לשומרם ובדרך מקרה נמצאו אצל היורשים וחזקת אביהם היה על סמך השטר האחר שנאבד ממנו אחר עבור שני חזקה: ונלע"ד דאף אם היה המוריש חי ובא לב"ד ובידו הני שטרי ריעי וטען ואמר שהיה בידו שטר מכר אחר כראוי אלא דלאחר עבור שני חזקה לא נזהר בו לשומר ונאבד ממנו ואלו נמצאו לו בדרך מקרה די"ל שהוא נאמן וחזקתו חזקה.

דאף דקי"ל הבא לדון בשטר וכו' ואינו נאמן וכו' ונתבטלה החזקה וכו'. ה"ד היכא דראינו ריעותא בפנינו דבתחי' אמר דאית ליה שטר וכשאמרו לו להביאו חזר ואמר שנאבד חזינן ריעותא בדבריו שאם האמת אתו שהיה לו שטר באותו פרק שאמר שי"ל שטר היה זהיר ביה או היה מביאו מתחילה.

אבל היכא דלא חזינן ריעותא ואפשר לומר כי האמת כן הוא וכו' וחזקתו קיימת. ודומה לזה מצי' להאורות ז"ל שכ' לישב מאי דק"ל לה' ב"ח ז"ל דמה יעשה זה שאבד שטרו.

רמז דבריו הש"ך ז"ל יעו"ש. וכ' האורות ז"ל דלק"מ דפשיטא אם מתחי' בא לב"ד ואמר שאבד שטרו דמהימן וזה עיקר טעמא של החזקה.

דאחר ג"ש לא מזדהר אינש וכו' משא"כ זה שבא ואמר ששטרו בידו ואח"כ כשאמרו לו הב"ד להביא השטר אמר שנאבד. בזה ריעותא לפנינו ולא שייך עוד ג"ש נזהר דהא הודה שהיה נזהר עד בואו לב"ד.

וכיון שבא לב"ד הי"ל להזהר יותר דהא רואה שי"ל מעררין וכו' עכל"ה יעו"ש. ונראה דה"ה בהא דהביא השטר ריע בידו וטען שהיה בידו שטר כשר וכו' דליכא שום ריעותא לפנינו כי לפי דבריו דרך מקרה נמצא זה השטר ואפשר לו' שהאמת כן הוא.

וזה פשוט דלא דמי למ"ש הפוס' ז"ל דאם נמצא בטל שהיו העדים קרובים או פסולים ומכ"ש אם היה מזויף דנתבטלה החזקה. דהתם ודאי סמך חזקתו על האי שטרא הוי ושטרא אין כאן חזקה אין כאן.

משא"כ כשבא ואמר דחזקתו היתה על סמך השטר כשר שהי"ל ונאבד ואלו בדרך מקרה נמצאו וכו'. וכמ"ש: עוד טעמא אחרינא איכא להאמינו במה שאמר שהי"ל שטר כשר וכו' מכח מגו שאם היה רוצה היה בא בחזקתו חזקת ג"ש שי"ל ולא היה ממציא שום שטר רי"ע לפני ב"ד.

ודומה למ"ש מר"ן ז"ל בס"ס קמ"ו. הביא המערער עדים וכו' וזה טוען לקחתיה ממך וכו' והרי שטרי מקויים.

טען המערער שהוא מזויף והודה לו וכו'. אבל שטר כשר הי"ל ונאבד וכו' הואיל ואלו רצה היה עומד בשטרו שהרי מקויים הוא ה"ז נאמן וכו'.

וכ' ה' הסמ"ע שם דמיירי שלא החזיק ג"ש ושכ"כ הטור בשם רשב"ם והרא"ש ז"ל לאפוקי רי"ב ז"ל שם שפי' דמיירי בהחזיק וכן מסיק הש"ך ז"ל דלא כהב"ח ז"ל שפסק כדעת רי"ב ז"ל יעו"ש. הרי התם מטעם מגו שהיה עומד בשטרו וכו' הוא נאמן לומר ששטר אחר הי"ל ואבד אף שלא הי"ל חזקת שנים אף אנן נמי נימא היכא דאית ליה חזקה דנאמן לומר שטר אחר כשר הי"ל וכו' במגו דאם היה רוצה לא היה ממציא זה בפני ב"ד והיה זוכה בחזקתו דוקא: וכ"ז להתלמד במקום אחר.

דבנד"ד דביורשים עסקי' טענינן להו שהאמת כן הוא שאביהם לא היה נזהר בהני שטרי ריעי רק בשטר העיקרי ואחר עבור ג"ש שוב לא נזהר בו ונאבד ממנו והני בדרך מקרה נמצאו אצל היורשים וכמ"ל. ואע"פ דהני יורשים אין בידם רק שטרי ריעי אמרינן כי אביהם היה בידו שטר אחר כשר וכו'.

דומה למ"ש ה' מהרימ"ץ ז"ל דאע"פ שמתוכן ניכר שתחי' חזקתו של יהודה הלוקח הא' בהיות זה המערער קטן וכו'. מ"מ עדיין אפשר שהיה ביד הלוקח הא' שטרות וראיות מאביו בחיים וכו' יעו"ש.

וסיים ה' זל"ה דאע"פ שיש עדים שכשמת אביו היה דר בבתיים ההם אכתי אפשר לו' שמכרם לו בתנאי שיהיה דר בבתיים או בשכ"ל היה דר וכו' יעו"ש. והרואה יראה כמה מהדוחק י"ל כן ועכ"ז זיכה ה' ללוקח בזה.

וכללא דמלתא הוי דכיון שהחזיק כדינו הן אמת שאם היה הא' דבידו לברר נדון בשטר. אבל לגבי יורש או לוקח דאין בידם לברר טעני' להו כ"מ דאפשר למטען ולהעמידם על

חזקתם: וכן מציל לגאון ה' מהר"י נ' מיגש ז"ל בתשו' כי באה בתשו' הרמב"ם ז"ל סי' רי"ד רמז דבריו ה' מטה שמעון ז"ל זל"ה.

ועוד כי לא אמרו בזה הבא לידון בשטר ובחזקה כי זה נאמר על מי שבא לערער מחמת עצמו. אמנם הבא מחמת מורישו אף שיש בשטר איזה חסרון לית לן בה.

ונאמר שיש צד אחר בביאת בית זה לשמעון. כי לזה אמרו טוענין ליורש וליתו' וכו' ע"כ יעו"ש: ועד אחרין ה' משה"ר ז"ל מע' יו"ד אות וי"ו זל"ה.

אע"ג דקי"ל הבא לדון בשטר ובחזקה וכו' ואם נמצא השטר בטל בטלה החזקה. היינו דוקא במחזיק עצמו אבל לא ביורש ונדון בחזקה.

ועי' בתשו' פמ"א סי' ע"ג שנשאל וכו' וזכהו ה' ז"ל ע"כ. היא התשו' אשר כתבנו לעיל: קנצ' למילין דלכל הדברות תורה יוצאה בהינמא דיורשי הרי"ף נ"ע אית להו זכייא דאורייתא ע"פ הדין הגמור.

אי מכח השטרות אשר בידם. ואי מכח החזקה שהוחזקו האב ויורשיו וכאמור.

וצי"מ וימ"ן כ"ד הצבי החו"פ טאנכיר יע"א בסיון דהאי שתא וששון לפ"ג וקיים: ע"ה מרדכי בן ג'ו סי"ט סימן כ"ג ע"ע הנז'. בשגם דברי או"ע מע' הרב הפוסק כי גדול מרדכי הי"ו אינם צריכים חזוק שמאירים את דבריהם ונוגה כאור קרנים.

ומה גם מאיש שוגה ולשונו תהגה היזמי והיגי גם בלא דעת לבטא בשפתים. ויולד את חסרון חכמה מפוארה ועלמות אין מספר מלמעלה מנה ומלמטה מאתים.

גם חסו"ר נלוה ספרים הרבה וכל בעלי אסופות כל כניסי"ה שהיא לשם שמים. ואת אחרונים אל"ף למט"ה שמעון אשר יבטה והנה מציב לו יד אהרן אשר בחר בו ה' על אר"ח במשפ"ט הרובץ בתוך יאוריו בין המשפטי'ם.

ושאר בנותהון כי ברבים היו במקום תורה למקוצעות המשכן בירכתים. ונוסף גם כי הקיפו עלי יחד טרדי'ן עלי אדמה מלבד תמידין כסדרן ומוספים עלות עלי.

אכן לעשות רצון המלאך הדובר בי עתה באתי כיאודה ועוד לקרא לחוות דעתי קלא כמות שהיה להלכה דוקא ע"פ דברי מע' הרב הפוסק הי"ו. אע"פ שלא נשאלתי משני הצדדים וכ"ש ממע' הרב הדין הפוסק הי"ו.

בכל זאת כיון שהדבר ידוע כי אין אני מקובל פה לדון ד"מ. גם באתי לגלות דעתי כנז' דוקא.

וכאן אין חשש עורכי הדיינים דהא קי"ל טוענין ליורש. ומה גם כי איני מחדש טענה מחודשת.

ובכן אין חשש מאזהרת רמ"א ז"ל בח"מ סי' טו"ב ס"ז ועי' בהרב משכנות הרועים ז"ל מערכת המם אות ר"י עש"ב: ואבא היום בקצ'ר של קיימא. הנה בשאלה לא פורש בביאור דעת המערער וטענתו.

גם לא פורש בביאור אם שטר המקנה עשוי כהלכתו. אכן ממרוצת הדברים נראה כי הלא מראש נסתפקו אם המתנה קיימת וממילא יתקיים גם שטר המקנה כי מצד עצמו אין שום חשש פסול רק להיותו תלוי במתנה.

ומע' הרב הפוסק הי"ו האריך למענייתו בקיום המתנה וממילא נתקיימו שניהם. ולבסוף ברוח מבינתו חדש בטובו פסק שני שאף אלו יונח מה שאינו כי המקנה בטלה וממילה גם המקנה בטילם ח"ו.

כי לפי דעתו דעת עליון הי"ו הם חזקים מצד עצמם. בכל זאת משום יגדיל תורה ויאדיר האריך הרחיב לקיים מצד הירושה בלבד: וכשאני לעצמי אף אני אבחר דרכו האחרון בלבד כי איני מופנה לעיין בכל מ"ש הרב הי"ו גם בכל מה שפלפל בחכמה הפלה ופלה.

כי לדעתי דרכו האחרון הוא הנחוץ לענין זה והוא הוא המוביל אל המטרה בנקל עד מהרה [ואם שניהם כאחד טובים]. אך למיעוט הפנאי כד חסריה וכו' וכמו צער בנפשי כי לא יכול משה להתעלס באהבים ולהשתעשע בדב"ק טוב ראשונים ואת אחרונים כי חביבים עלי דברי דודים.

רק בדבר הנחוץ: אפרין נמטיה למע' הרב הפוסק הי"ו שנטפל לברר עדות החזקה לפני משה"ד. והרחיב הדברים בתוס' נופך שפיר.

באופן כי אין לחוש אולי כי בעת שנלב"ע הזקן המוריש אז היורש אבי המערער היה קטן דקי"ל אין מחזיקין בנכסי קטן אפי' הגדיל. כיון שבשנת תרכ"ב היה לו אשה ובנים א"כ הרי החזיקו בפניו לפחות ג"ש אחר שהגדיל ודי בזה לדעת מר"ן הש"ע ז"ל סי' רמ"ט סי"ט.

גם אין לחוש אולי היה המערער אז קטן מאחר שכבר נגמרו שני החזקה בחיי אביו כנז' שם. ובלא"ה צא וחשוב מאז ועד אתה כמה שני גדלות למערער עצמו.

באופן כי הוחזקה בפני אבי המערער שהוא היורש הא' ובפני המערער עצמו. גם אין לחוש אם נתקבלה העדות שלא בפני בע"ד עי' ח"מ סימן כ"ח ט"ו וסי' ק"מ סי' יו"ד.

כיון שהדבר מפורסם לכל בני העיר וזה זמן רב יותר מ"מ שנים. ואף המערער עצמו לא יוכל להכחיש.

גם מה שהיו המחזיקים סותרים ובונים וכו'. גם מה שהניח אבי המערער אשתו ובניו סובלים דוחק הפרנסה והיו מוכרחים למשכן מקום אחר כנז'.

ואורך הזמן הנז' מאמץ כח החזקה. כי מה זו שתיקה.

כי לענ"ד נראה כי אע"פ שאמרו בפ' חזקת דאפי' יאודה וגליל אע"ג דסמיכי אהדדי ושלא בשעת חירום כבשעת חירום דמי מפני שאין השיירות מצויות וכתבו התוס' ז"ל וכו' וכמ"ש ה' הפו' הי"ו: מ"מ בזה"ז אפי' מסוף העולם וע"ס חשיבי שיירות מצויות ע"י הפוסטאס הקבועים בכ"מ קטון וגדול.

וכל העולם כותבים עתה. דברי דודים.

ומסחר.

ובשורות והודעות. חדשות ונצורות.

ובפרט מאן דכאיב ליה כאבא. דוחק פרנסה.

או זרים אוכלים נחלתו. או לפקוד אשתו ובניו ושלוש משפחתו וגם בזמן מלחמה לא ישנו את תפקידם.

וכל הכותבים כנז' מודיעים גם חדשות זולתם. טענות ותואנות חזקות ומחאות.

ומה גם אם אדם מיחה בפניהם בקום עשה בכדי שלא תועיל החזקה לפו"ד. ומה גם אם יש שם קרובים הנוגעים בנחלה.

כי הם יכולים להודיע למערער [והם עצמם יכולים למחות מצד עצמם] והוא יודיע או ישלח הרשאה למחות. או ימחה שם בפני עדים והם יודיעו: ואע"פ שכתב רמ"א ז"ל בסי' קמ"ו ס"ה דל"מ מפי כתבם.

היינו לגבי העדים שמוחה בפניהם שהם כותבים שטר המחאה. אכן שאר המודיעים א"נ העדים עצמם אם יפרסמו גם מפי כתבם נלע"ד דשפיר דמי.

ובכן הדר דינא דעל המערער היה מוטל להביא ראיה: גם מה שצדד הרב הפוסק הי"ו. דאולי אחר שמת אבי המערער הדר דינא דעל המחזיקים להביא ראיה ותלי זייניה בהיא דריש סי' ס"ב בח"מ.

ותירץ יתיב בטוב טעם. אין ספק כי הרב הי"ו איידי דחביבא ליה דקב"ה חדי בפלפולא אכפל תנא להכי.

דבלא"ה לא יעלה על לב לומר כן דא"כ לא שבקת חיי ומה כח חזקה יפה. ועוד אטו טענינן ליתמי מאי דלא מצי אביהם למטען שהיורשים יביאו ראיה.

והך דינא דסי' ס"ב שבקיה דדחיק ומוקי אנפשיה דהא אותביה רפ' מהך קושיא גופא וסליק בקשיא ע"ש ב"ב דנ"ב ע"א ובכ"ז פסקוהו הפוסקים ז"ל. משום דמסתבר טעמא דשמואל אפי' בחייו אלא משום דתניא כוותיה דרב ומודה רב לשמואל במת.

ואפי' בחייו נמי היכא דלא אפשר לברר ע"ש. והוצרכו הראשונים ז"ל להסביר טעם הדין וכמ"ש הסמ"ע ועי' הריב"ש ז"ל סי' קס"ט.

ומלבד שאין להעלות על לב סתירה לנדון דידן אלא שמשם ראיה לנדון דידן דבשאין יכולים היורשים המחזיקים להביא ראיה מוקמינן להו אחזקתייהו כי התם וכמו שהביא ראיה זו מהרי"מ ט"ז ז"ל בנ"ד [אין הס' הנז' אתנו] שרמזו הרב הפוסק הי"ו והבי"ד הרב פמ"א ז"ל ח"א סי' ע"ג בסוף התשובה והיא התשובה שציין מע' ה' הפוסק הי"ו ג"כ: וגם מה שצדד הרב הפוסק הי"ו כי אולי אבי המערערים כבר וכו' וכתב לו שטר מחאתו כדינו אלא דהני וכו' וע"ז העמיק הרחיב בעומק שכלו כרוב גדלו באו"ב.

ולבסוף אסיק דלא טענינן להו לא טענה זו ולא הקודמת. אנא דאמרי אין זה כ"א רוח'ב לב משום יגדיל תורה ולהתלמד במקום אחר כרמוז בדברי ה' הפוסק הי"ו באיזה מקומות.

וע"כ לא זכיתי לעיין בדב"ק כי טובים דודיו ולהתלמד אף אני כמוהו לחסרון הפנאי מאחר שלנדון שלנו אין ספק כי אין אנחנו יכולים לטעון כנז' מה דלא מצי אבוהון למטען ודוקא בפרוזבול אמרינן פרוזבול היה לי ואבד ועי' הרמב"ם ז"ל פ"ט מהל' שמטה ויובל מ"ה כ"ד עד ה' כ"ח או דאית ליה מגו וכההיא דסוס"י קמ"ו.

או אחר שני חזקה. הא לא"ה לא דא"כ כל אדם יאמר שט"ח היה לי וכיוצא ואבד להוציא מיד המוחזק.

ואף אם יצוייר שטוען אמת שכן היה איהו דאפסיד אנפשיה שהיה לו לשמרו לעולם. ואם אבד אבד זכותו.

ודוקא אחר שהחזיק ג"ש במקנתו ושום אדם לא מחה בו שאז נחה דעתו אינו נזהר עוד לשמור שטרו. אבל שטרי תביעות צריך לשמרם לעולם ולהודיע לבניו ולפרסם הדבר. ואם לא עשה כן יפסידו זכותם. משא"כ במחזיק והוא עומד בתוך שלו ואין אומר אליו השב.

ועי' הריב"ש ז"ל סי' קס"ט עמ"ש שנשבעה בב"ד ואבדה שטר הכתו' מפני אונס הגזרה וכו' ע"ש. [עי' בתו' ר"פ ז"ב דר"ג ע"ב דה' ורבנן: ואולם זו היא שקשה לענ"ד להבין כוונת הרב הפוסק הי"ו.

דאף אלו יוכח שיש להסתפק בזה ויותר מזה שאף אם אמת היה הדבר שאבי המערער עשה שטר מחאה כפי הדין ולא אבד והביאוהו המערערים לפניו ומקויים. והמחזיקים מודים בו שנכתב כפי הדין.

מה יועיל להפסיד טענת חזקה או טענת ירושה. כיון שלא עשה כן בסוף כל "ש כ"ז שהיה חי.

ואף כי לאחרי מותו היה למערערים לעשות כן ועי' סי' קמ"ו ס"ה ומלבד הטעם שכתב סמ"ע יכול לטעון שפייס אותם בדמים בן מחאה למחאה וקיימו בידם שטר המקנה. כ"ש וק"ו כשאין שם אפי' מחאה א' וכ"ש שכבר נתקיימה החזקה מדי היותו בעיר עד שנסע בשנת תרכ"ב כמתבאר מדברי הרב הפוסק הי"ו ששום אדם לא מחה בו.

עם היותם סובלים דוחק הפרנסה. והמה רואים עם שאר היורשים את המחזיקים סותרים ובונים למעלה מ"מ שנים בקרקע מורישים ושותקים.

א"כ מה מקום למחאה. וז"פ ואין ספק כי עיקר כוונת הרב הפוסק הי"ו משום יגדיל וכו' ולהתלמד וכו' ע"כ הכניס פרט זה ולתוס' נופך אע"פ שאין צורך: אתאן לעיקר הדין מה שהכריע הרב הפוסק הי"ו וזכה את המחזיקים מכח טענת ירושה אף אלו יונח מה שאינו דהנך שטרי חספא בעלמא נינהו.

מ"מ טענינן ליורש ככל הבא כתוב בפסק הרב הי"ו וחילק ידע מההיא דקי"ל בסי' ק"מ ס"ד דנדון בשטר דהיינו דוקא לגבי המחזיק עצמו דיכול לברר. לא כן למי שבא מחמת ירושה והביא ראיות מתשובת רבינו מהר"י הלוי נ' מיגש ז"ל לא זכינו לאורו] בתשובות הרמב"ם ז"ל עם היות כי הלשון מגומגם עכ"פ כוונתו מבוארת כמ"ש ה' הפוסק הי"ו.

וכן הביא גם משו"ת מהרימ"ט ופמ"א ז"ל ועד אחרון הרב משה"ר ז"ל שרמזו דברי ה' פמ"א ז"ל הנז' בה' פסוקא: אומר אני כי עם היות דברי הרב הפוסק הי"ו נאמנו מאד וראיותיו מכריעות מצד עצמן. ומה מני יהלוך דבר מסייע אין בו ממ"ש.

מ"מ כדי שלא תהיה ביאה ריקנית הנני בא להרחיב דבר הרבנים הגאונים ז"ל הנז' דממקומו הוא מוכרע ומכרח חילוקה דרבנן זיע"א. שהרי עיקרא דדינא דהבא לדון בשטר ובחזקה דנדון בשטר במחלוקת הוא שנוי בב"ב קס"ט ע"ב ולרשב"ג נדון בחזקה ומסקינן בדף ק"ע ע"א דבלברר הוא דפליגי ולר' יצחק נפחא הלכתא כרבי דצריך לברר.

ורב גדל א"ר פסק הלכתא בהדיא. אלא דיש חלופי גרסאות אי פסק כרבי או כרשב"ג ע"י רשב"ם והרי"ף שלפנינו וע"י בחדושי אנש"ש ובני' ז"ל ובתו' ז"ל והסברא נותנת דפ' כרשב"ג דאי כרבי ל"ל למפסק הלכתא בהדיא ע"י רשב"ם וני' ז"ל ובפירוש דעת רבי דצריך לברר פליגי דלרש"י ז"ל בר"פ ז"ב וכן דעת רשב"ם בפרק ג"פ שם דאם לא בירר הפסיד.

ולדעת ר"ת ז"ל דוקא לכתחילה ואם לא בירר לא הפסיד ובשבעות דמ"א בד"ה כל מלתא הביאו ראייה לפי ר"ת מהירושלמי [עד שאני תמה מה ראו על ככה החולקים לעשות מחלוקת בין התלמודים וי"ל] ורשב"ם ודעמיה פסקו כרשב"ג. והרמב"ם ז"ל [ולדעת הה"מ ז"ל וחי'דושי אנשי שם כן הוא דעת הרי"ף ז"ל וע"י בב"י סי' ע' ס"ג] והרא"ש ז"ל והטור ז"ל והש"ע יחד כולם פסקו כרבי דצריך לברר ומ"מ אם אי אפשר לברר כגון שמתו העדים או הלכו למד"ה לא הפסיד ונדון בחזקה גם לרבי.

וכתב הרא"ש ז"ל בפ' ג"פ בסי' כ"ז וז"ל משמע ודוקה וכו' אבל ישנן לעדים צריך לברר וכ"כ ר"ח שאם טען ואמר אבד שטרי אינו נאמן לדברי רבי ובס' המקח נמי כתב שאם לא הביא השטר או שהביא ונמצא בטל נתבטלה נמי החזקה והכי משמע בפ' ז"ב שאם נמצאו קרובים או פסולים לא ברר ע"ש שרמז לגירסא אחרת שגורס רשב"ם ז"ל וכתב שהגאונים ז"ל כתבו כמו כמ"ש הוא ז"ל.

וכן הוא פסק הש"ע אלמא דוקא לרבי הוא דאמרין שאם לא הביא או הביא ונמצא בטל שנתבטלה החזקה מכלל דלרשב"ג דאין צריך לברר אפי' אם נמצא השטר בטל לא נתבטלה החזקה אפי' כל לגבי המחזיק עצמו. ואפי' אמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והביאם ואמרו להד"מ כתבו התוס' דלרשב"ג לא הפסיד לפי רשב"ם.

ואפי' לרבי נמי בכה"ג לא הפסיד לפי ר"ת ז"ל ע"ש בתוס' ז"ל בפ"י ג"פ דק"ע ע"ב ד"ה אלא. וכ"כ התוס' ז"ל בשבעות דמ"א ע"ב בד"ה כל מלתא ובתוס' ר"פ ז"ב דכ"ג ד"ה ורבנן: והוצרכתי לכל זה שלא תאמר דלרשב"ג נהי דאין צריך להביא השטר אבל אם עבר והביא ונמצא בטל דבטלה נמי חזקה וכמ"ס התוס' ז"ל שם בב"ב בסוף הדיבור הנז' למ"ד הוחזק כפרן ע"ש.

דלא כתבו זה אלא לישיב כי היכי דלא תהוי מלתא דסבר רב ששת למימר כתנאי ע"כ נדחקו לומר דלא פליגי רשב"ג אלא לכתחילה. אבל לפום מאי דקי"ל כרבא דלא הפסיד פליגי גם בדיעבד וכמ"ש הם ז"ל בין לרשב"ם בין לר"ת ז"ל וכדמוכח מדברי הרא"ש ז"ל הנז' בהדיא ודו"ק.

ועי' הרב הנמק"י ז"ל שם בפ' ג"פ דפריש מלתיה דרשב"ג בעבר והביא דאומרים לו קיים שטרך וכו' ע"ש ודו"ק: איכו השתא נהדר אנפין לנדון דידן דל"מ לרשב"ם ז"ל ודעימיה דפסקו כרשב"ג דאפי' במחזיק עצמו הבא בשטר ובחזקה. ונמצא השטר בטל.

אפ"ה נדון בחזקה ולא הפסיד. ול"מ נמי לפי ר"ת ז"ל אליבא דנפשיה וכ"ש אליבא דרבא דאפי' לרבי אם לא ברר לא הפסיד ואפי' אם באו עדים ואמרו להד"מ לא הפסיד אלא אפי' להרא"ש ז"ל ודעמיה דס"ל דאם נתבטל השטר נתבטלה החזקה: מ"מ הרי כתבו דאם טען המערער טענת מזוייף.

וא"א לברר כגון שמתו העדים או הלכו למד"ה וכו' נדון בחזקה גם לרבי גם לגבי המחזיק הראשון עצמו אע"פ שבטענת מזוייף קי"ל דהשטר פסול כ"ז שלא נתקיים ומוציאין מידו כמ"ש בסי' ק"מ ס"ג. ולא אמרינן דכיון דה"ש פסול א"כ נתבטלה החזקה כיון דחזקה מכח שטר קאטייא וכדמסקינן בר"פ ז"ב דכ"ג ע"ב אלא מוקמינן ליה אחזקתיה ומהימן בשבועה שקנאה אע"ג דאיפסיל שטרא.

משום דהשתא אי אפשר לברורי וממילא דלאו דוקא כי טוען מזוייף ומתו וכו' דיינין ליה בחזקה. אלא ה"ה נמי כל טענות במשמע דלא אפשר לברורי דינא הכי מעין מ"ש הרב פמ"א ז"ל שם בנדונו: ואפשר דבנ"ד גם אלו היה המחזיק הראשון הקונה מיורשי הבת ממציא השטרות בב"ד אחר שהחזיק ונמצא בשטר המתנה גמגום וכיוצא איהו גופיה היה יכול לידון בחזקה גרידא דטענינן ללוקח כי אולי מקבלת המתנה היה לה שטר אחר יותר מתוקן ויורשיה נתנו לי זה ואנכי לא ידעתי כי יש זולתו וכ"ש כי לא הבנתי כי יש בו גמגום זה דלאו כ"ע דינא גמירי וכמ"ס הפמ"א ז"ל שם דלא אמרו לברר אלא בקונה עצמו מן המערער לא בקונה מאמצעי שהרי אין בידו לברר.

ואפי' אם יאמרו יורשי הבת כי לא היה להם אחר אינם נאמנים וכמ"ש שם ופשוט: וממילא הרי אתה דן במלתא דאתיא בקל וחומר בנדון שלפנינו דביורשים עסקינן: ובלא זה הדבר מבואר מאליו דנ"ד לא נכנס מעולם במחלוקת רבי ורבנן. שהרי הם נחלקו בשטר ובחזקה ובנ"ד איננו כן וקורא לו שם חדש בשטר ובירושה.

ואי אפשר לומר דאידי ואידי חד שיעורא דדוקא הבא בחזקה צריך טענא והיינו שקנאה ויש לו שטר וחזקה מכח שטר קאטייא כדמסיק בפ' ז"ב לרבנן דקי"ל כוותיהו. וכיון שנתבטל השטר בטלה החזקה הבאה מכחו אמטו להכי סבר רבי דנדון בשטר נ"מ לבטול הא מקמי הא לפי רשב"ם ז"ל בדעת רבי: ברם טענת ירושה אינה צריכה טענה וכיון שכן לאו מכח שטרא קא אתיא ואף אי בטלה שטר לא בטלה טענת ירושה.

משא"ך בחזקה גרידתא לא קני אלא מכח שטרא. אלא דכי ליתיה אמרינן דטפי מתלת שנין וכו' וסמכינן עלה בסתמא כי ליתיה מהט'.

הלכך כי איתיה סבר רבי דצריך לאתויי ולברורי מילתיה דאי לא חזי בטלה לה חזקה ופשוט: משא"ך בשטר וירושה ואין ספק כי רבי אזיל ומודה לרשב"ג בה דאין צריך לברר כלל וכי היכי דלרשב"ג בשטר ובחזקה אפי' נמצא השטר בטל לא בטלה חזקה. הכא נמי דכוותה לרבי בירושה והא דידן עדיפא דאלו התם בשטר ובחזקה נהי דנדון בחזקה לרשב"ג אף כי מפסיל שטרא.

מ"מ רמי שבועה עליה שלקחה לחזק הטענה שלקחה ממנו וכמ"ש הנמק"י ז"ל כיון דחזקה גרידתה מגן שויא והשטר נפסל. מוקמינן ליה אדיניה כשלא הביא השטר וכמ"ש בס"י ק"מ ס"א: אכן בנדון שלפנינו שא"ץ טענה כלל.

אף אם יפסיל השטר ונדון בירושה בלבד די בזה ואין צריך שבועה כלל. כיון דגם לרבי נדון בטענות ירושה גרידתה: ואע"פ שמא שכתבנו דבכה"ג גם רבי מודה הוא סברה ברורה ואינה צריך ראייה.

בכל זאת שפר קדמי להביא ראייה ממאי דקי"ל דהמלוה את חברו בעדים א"צ וכו' דנאמן לומר פרעתי. ואפ"ה כי קאמר פרעתיך בפני פ' ופ' צריך להביאם לדעת ר' יצחק נפחא אליבא דרבי.

ואם לא הביאם הפסיד לדעת רשב"ם ורוב הראשונים זולת ר"ת ז"ל וכ"ש אם באו אותם עדים ואמרו להד"מ דתו לא מהימן לדעת רבי דקי"ל כוותיה ואפ"ה קי"ל בח"מ סי' ע' ס"ב דאפילו באו העדים ואמרו להד"מ דנאמן. והטעם כ' שם בב"י בשם הרשב"א והר"ן והה"מ ז"ל וז"ל דדוקא הבא לידון בשטר ובחזקה אמר רבי צריך לברר משום דאסיקנא ר"פ ז"ב דחזקה מכח שטר קא אתיא שאם נמצא השטר פסול גם חזקתו בטלה אבל בטוען פרעתי וכו' טענת הפירעון אינה באה מכח העדים אלא מילתא יתרתא הוא.

דאמר ולכך אפי' באו עדים ואמרו להד"מ נאמן ואפי' רבי מודה בהא. ור' יצחק נפחא ס"ל וכו' דאפי' בהכי פליגי וכיון דאסיקנא דלא כוותיה בפ' ז"ב [דחזקה מכח שטר קאתיא] וכו' הדין דרבי יצחק נפחא אדחיא לה וכו' יע"ש אף אנו נאמר ככל החזיון הלז כל לגבי טענת ירושה דלאו מכח שטר קאתיא וכנז"ל: ואע"ג דבהך דאומר פרעתיך בפני וכו' ובאו ואמרו להד"מ דנאמן היינו בשבועה וכמ"ש שם בב"י ובש"ע.

היינו משום דמעיקרא נמי כי לא אמר רק פרעתי ולא אמר בפני פ' ופ' לא מהימן אלא בשבו'. לא כן בנ"ד וכמוחש ופ"ב: וכ"ת מה נענה לדעת רש"י דלא מחלק וס"ל דגם באמר בפני פ' ופ' גם באמר יש לי כתי עדים צריך לברר כמו הבא לידון בשטר ובחזקה ואם לא ברר הפסיד אפי' בהנך דלש' בהו הך טעמא דמכח שטר קא אתיא וכמ"ש בהג"א בפ' ז"ב אליבא דרש"י ז"ל.

וא"כ אפשר דגם בשטר וירושה יסבור כן אע"ג דלאו מכח ש' קאתיא: לזאת אשיב דמלבד דאנן אתכא דמר"ן ז"ל בש"ע סמכינן. ומר"ן ז"ל חלק משטר וחזקה כחילוק הרשב"א ז"ל ודעמיה והוא דעת הרי"ף והרא"ש ז"ל שהשמיטו הך דרבי יצחק נפחא גם הה"מ ז"ל כתב שכן הוא דעת הרמב"ם ז"ל ומצינו למר"ן ז"ל חלק ביניהם כמתבאר בס"י ק"מ ס"ב למ"ש בש"ע סי' ע' ס"ב: בר מן דין ומן דין אומר אני דגם רש"י ז"ל מודה בנ"ד דדוקא באומר יש לי שתי כתי עדים ובאומר בפני פ' ופ' נהי דאם אמר פרעתי לא היה צריך כלום.

מ"מ השתא דאמר הא שעביד נפשיה כיון דבידו לברר אחר שהוא הפורע הוא היודע ועד ע"כ דין הוא שאם לא הביאם שיפסיד וכ"ש אם אמרו להד"מ. משא"כ בנ"ד שהוא מחמת ירושה וא"א לו לברר.

אע"פ שאמר יש לי שטרות. אף אם תאמר צריך לברר ולאמת דבריו.

דיו להביאם לב"ד. אבל אינו חייב לברר אם כשרים הם או פסולים דאטו הוא הקונה מיד המערער שבידו לברר.

הוא חשב כי הם אלו השטרות הכשרים. ואם אין בהם מועיל הרי אמת דבריו.

ודי בזה: וכיוצא בזה כתב רש"י ז"ל גופיה בר"פ ז"ב דאפ"י באומר יש לו שתי כתי עדים שהוא עצמו האומר ובכ"ז כל שהביא השתי כתי עדים אע"פ שנפסלה הראשונה לא הפסיד ללישנא קמא שכתב רש"י ז"ל לפי הגרסא שהיתה לפניו וז"ל בד"ה מחלוקת ואם בקש ומצא כת אחרת אע"פ שהראשונה נפסלה הרי ברר דבריו שאמר להביאם והביא והוא לא דק דסבור דכשרים היו.

ע"כ: ואפ"י להגרסא השנית שהגיה רש"י ז"ל וקרי ליה התם לישנא בתרא [הרי"ף גריס בגרסא ראשונה וכן הרשב"א ז"ל ודעמיה הנז"ל ודוק היטב] ומר סבר דלרבי אם אמר יש לי שתי כתי עדים צריך להיותם כלם כשרים ואם נפסלה כת א' הפסיד. היינו משום דהוא הוא הממציא העדים להעיד על ההלואה.

והגיד בב"ד שיש לו שתי כתי עדים במאמר א' נעשה כאומר שלא יתחייב הלואה כ"א ע"פ שני כתות כשרים לרבי: והה"ן כי אמר בפני פ' ופ' הוי כאלו אמר שלא יפטר רק בעדות הנז' לרש"י אליבא דרבי.

וכן הדין בשטר ובחזקה לדעת רש"י ז"ל אליבא דרבי ורבנן. ולא משום דחזקה מכח שטרא קא אתיא דלא מסיק הכי אלא לר"מ דהתם להך לישנא בתרא ע"ש.

מש"ה אי לא אייתי השתי כתות. או הך פ' ופ'.

או השטר.

הפסיד יען הוא המעיד העדים נגד הלואה והוא הפורע בפניהם והוא הקונה בשטר וחייב עצמו להביאם דבלא"ה לא יהיה נדון ויפסיד. ע"כ אם לא הביאם או הביאם ונמצאו פסולים יפסיד דעליו היה לברור את כלם שיהיו כשרים ולא יוכל לישמט ולומר דמייתי שהם כשרים דעליו היה מוטל לדקדק ולבררם.

משא"כ בנ"ד שלא היה מוטל עליו כתיבת השטר. ומצי אמר דמייתי שהוא כשר ודי אם יביאנו או יהיה נאמן באומרו שאבד וז"ב ומוכרח: דאלת"ה אדמפלגי רבי ורשב"ג בשטר ובחזקה.

ליפליגו בשטר וירושה להודיעך כחו דרבי דהלכתא כוותיה דאפ"ה אם לא ברר הפסיד. וכ"ש בשטר ובחזקה דאיכא למימר חזקה מכח שטר קא אתיא.

ואפ"י ללישנא בתרא דרש"י ז"ל דס"ל דכי אמרינן הכי הוא לר"מ לדעת רבי. אבל לרבנן דקי"ל כוותיהו אפ"י באומר יש לי שתי כתי עדים צריך שיברר שיהיו כלם כשרים אע"ג דלא תלו עדים בעדים וכנז"ל: מ"מ איכא רבוותא אי הוו פליגי בשטר וירושה דאע"ג דאין בידו לברר אפ"ה אם לא ברר הפסיד.

ועוד אי הוו פליגי בשטר וירושה לא הוה מצי מוקים תלמודא מלתיה דר"מ כרבי דהרי גם בשטר וירושה דלאו מכח שטר קאתיא אפ"ה צריך לברר ודו"ק. ומדלא פליגי בשטר

וירושה וכנז' מוכח מלתא דלכ"ע נדון בחזקת הירושה בלבד: הכלל העולה הוא דבנ"ד אפ"י לדעת הפוסקים ז"ל בשטר ובחזקה כרבי ודלא כרשב"ג ומפרשים דכל דלא ברר הפסיד היינו במלתא דאפשר לברורי ולאפוקי במתו העדים או הלכו להם למד"ה וה"ה כל מלתא דאי אפשר לברר וכנז"ל דלא הפסיד: ואפ"י לדעת המחמירים ז"ל הנז' לומר דאם לא ברר הפסיד היינו אם נמצא הפסול בשטר המקנה עצמו שמכחו באה החזקה דעליה קיימא פלוגתא דרבי ורשב"ג.

דעל הקונה היה מוטל לברר מקנתו אם השטר עשוי כדין. אבל אם הפסול נפל בשטר זכות המוכר דעל המוכר היה מוטל הבריור.

תו לא איכפת ליה ללוקח דטענינן ללוקח דכיון דהמוכר דר בה אפ"י יום אחד ואח"ך מכר לזה בשטר יש לו קול והו"ל למערער למחות וטוענין להם שודאי אותו מוכר קנאה כדין וכהלכה מהמערער. ומפני זה מכרה לזה כמבואר כ"ז בפוסקים ז"ל ע"י סי' קמ"ד בבאה"ט סק"ב בשם סמ"ע מהטור ז"ל: ואע"פ שהמוכר נתן ללוקח שטר הזכות שבידו וזה המציאו לפני ב"ד ונמצא פסול לא איכפת ליה ללוקח לברר מה שהי"ל לברר המוכר.

ושטר זה מעולם לא נכנס במחלוקת רבי ורשב"ג דאין חזקת הלוקח באה אלא מכח שטר המקנה שבידו שקנה ממי שדר יום א' באותו קרקע ועל אותו שטר הוא שנחלקו וכיון שאותו שטר נמצא כשר. אף אם שטר המוכר נפסל למה יפסיד חזקתו.

יכול לומר בשופי דל מהכא שטר זכות המוכר. ואדון בחזקה ושטר מקנתי עם דירת המוכר יום א'.

כי אני בראותי אותו דר קנתי ממנו כפי הדין ולא חששתי לראות זכותו. ואולי נתן לי זכות אחר ואבד.

או הוא לא חשש לתת לי העיקרי. שכתב המורי"ש.

או שקנה מהמערער עצמו. וכאלה טענות כי נתן גם את הכל בידי וברוב הימים אבדו ונשכחו ממני.

והרי המצאתי מה שמוטל עלי שטר מקנתי ועדי חזקתי כאשר אמרתי: וכל זה היה יכול לומר גם המחזיק הראשון הבא לידון בשטר ובחזקה ממש. כ"ש יורשיו הבאים לדון בשטר ובירושה.

כי אז אפ"י נמצא פסול גמור ברור גם בשטר המקנה וגם אלו אביהם לא החזיק אלא דר יום א' מאחר שהם החזיקו אחריו כדין. ידונו בחזקת הירושה בלבד לכ"ע.

גם לדעת רש"י בלב' וכנז"ל. כ"ש היכא דגם הקונה החזיק כדין דאז אפ"י הם לא דרו כלל דטענינן ללוקח וליורש.

גם יחד.

כ"ש בהחזיקו שניהם ועוד רבות בשנים למעלה מ"מ וכו' וכו'. וכבר נתבאר שגם אם ימציא המערער שטר מחאה שעשה אביהם בזמנו כדינו לאו כלום הוא וכנז"ל.

וזכו היורשים במה שירשו מאביהם בלי חיוב שבועה וכנז"ל והדין דין אמת כמ"ש הרב הפוסק הי"ו בראיותיו המעריכות אף אלו יצוייר כי שטר המתנה בטל ומבוטל כאפס וכאין. כ"ש לפי מסקנת הרב הפוסק הי"ו בפסק שטר המתנה כי הוא עשוי באמת ויושר אליבא דהלכתה ומי כמוהו מורה אמת לאמתו: ועם היות בראש אמיר אמרתי אני שלא לעיין באותו פסק וגם בכל משא ומתן טובים השנים מחסרון הפנאי והעדר הצורך למבוקש: בכ"ז יען חביבים עלי דברי פי ח"ח ושלא להניח הנייר חלק לגמרי.

ע"כ אמרתי ויהי מה ארוצה אעברה נא ואראה בדרך העברה בעיקר מה שנסתפק ותבט עיני בשור'י דמספ"ל למ'ר אם הבת מתה בחיי הנותן וכו' משום אומדנא וכו' והדר פשטה כיון דלרוב ככל הפוס' ז"ל גופא קנתה מהיום לגמרי. זולתי הרשב"ש ז"ל העומד מנגד והרב מוה"ר שער אשר ז"ל שקיים דבריו וסו"ד החליט הרב דלא כהרשב"ש ז"ל וכו' ובפרט דדעת הש"ע נראה דסבר דלאו כוותיה זת"ד קדשו הי"ו ומשם בארה: וכשאני לעצמי לא ידעתי נפשי מה ראה על ככה להסתפק בזה אעיקרא דדינא.

דאי משום אומדנא. אין ספק בדבר דבכגו"ד אין שום אומדנא דמוכח כלל.

דבלא"ה אפי' במתנה דקי"ל אומדין דעת הנותן היינו דוקא באומדנא דמוכח מעין ההיא דר"ש נ' מנסיא וכיוצא כנודע. ועוד דאם איתא א"כ מה הועיל ידידינו הרב הפוסק הי"ו במה שהוכח הוכיח דגופא קני מהיום לגמרי דס"ס הרי לא זכתה ליהנות היא אסתר מהפירות שהוא התכלית העיקרי.

כי מה יתן ומה יוסיף לה כ"ז שלא זכתה בפירות. ואם נפשיך לומר שהיתה יכולה למכור הקרן וליהנות בדמים.

יש להשיב חדא שהרי לא מכרה ולא נהנית. ועוד א"כ מאי קשיתיה מהרשב"ש ז"ל.

דאטו להרשב"ש ז"ל מי לא היתה יכולה למכור הקרן וליהנות בטובת הנאה כדרך מכירת כתובת אשה ודו"ק. דאטו הרשב"ש ז"ל יחלוק אמאי דאפסיקא הלכתא כר"ל וממילא דאם מכרה על הספק אם ימות וכו' כמו כתובה דממכרה קיים שהרי גם להרשב"ש ז"ל עכ"ל שהוא מודה למאי דקי"ל דגופא קני מהיום דהיינו לומר לפחות דאין האב יכול לחזור בו.

וא"כ למה לא יהיה ממכרה קיים וכנז' ככתובה מיהא. שאם מת האב יזכה לוקח ואם מתה היא קודם יפסיד.

וס"ס גם להרשב"ש ז"ל איכא מציאות הנאה ואין לחלק בין רב למעט ודו"ק: ואם כוונת האומדנא היא שתהיה היא נהנית בפועל ממש שתוכל הפירות היא תחילה הרי מתה ולא זכתה לזה ומה הנאה היה לה בקניית הגוף לגמרי. ואם מפני שהיא צהלה ושמחה על התקוה שהיתה מיחלת ליהנות.

גם לרשב"ם ז"ל כיון שאינו יכול לחזור בה היתה לו שמחה ותקוה ממש כי אז בעת המתנה בודאי לא עלה על לבה שהיא תמות בחיי אביה. ועוד שאם אתה אומר דהנאה כזו חשיבא להאב הנותן ובהכי מקיים אומדן דעתיה אף שלא נהנית בפועל.

כיון שנהנית היא בתקוה לבד. ומפני כן נתרצה להחליט גופא מהיום לגמרי.
לדעת הסוברים כן. כ"ש שיתרצה להחליט המתנה גם ליורשיה שהרי הדבר ידוע שזו
הנאה לה יותר מהנאת עצמה.

באופן כי איני רואה שום אומדנא לומר דלא כיון להקנות לה רק אם היא תזכה ותהנה
היא בעצמה וז"ב לכל מי שיעמיק מעט בדבר. דמאחר שאנו רואים דעת האב להעביר
הנחלה מבניו הזכרים ולתתם לבתו בודאי דדעתיה קריבא גבה טובא ונפשו אותה למעבד
ניחא לה.

והוא היודע אהבתה לבניה ודניחא לה בהם יותר מעצמה ושמחה שלימה היא לה בודאי
כיון לעשות לה רצונה בכל אופן שיהיה ומכוין מסתמא להקנות גם ליורשיה גרידא
וז"פ: קושטא קאי דקי"ל דכי כתב בשטר סתמא לה ולא הזכיר יורשי' ולא ב"כ. דאמרינן
לו ולא ליורשיו לו ולא לב"כ.

היינו משום דכיון דדרשינן לשון הדיוט והוא כתב לה ולא זכר שם יורשים וב"כ אמרינן
דגלי דעתיה דדוקא קאמר ולא משום אומדנא כלל. שהרי קי"ל דאע"ג דקי"ל הכי דלו
ולא ליורשיו.

היינו דוקא אי אכתי לא מטא ליד מקבל. אבל אם זכה אפי' שעה א' המקבל זכו יורשיו
נמי ופשוט: וע"כ כותבים לו ולב"כ לצאת מחששא זו דהיינו לו אם יהיה חי או לב"כ
אם ימות הוא.

דאי אפשר לומר דלשניהם ביחד קאמר שהוא נותן לו ולב"כ ביחד שיזכו בו בבת אחת.
גם אי אפשר לומר שיזכה בו הוא תחלה ואח"ך באי כחו.

דאם זכה בו הוא תחילה והרי הוא שלו מה מקום לומר שיזכו בו ב"כ. דמלתא דפשי'
היא דרשאי האדם לעשות כרצונו בשלו למכור וכו'.

וכ"ש אם מת דיזכו יורשיו. דאל"כ אמאן תרמיה אטו חלק ובלק אכלי להו.

א"ו דמאי דכתבינן הכי. הוא לומר או לו או לב"כ וכנז' וברור.

וכיון שכן אף אלו יונח דהכא בנ"ד איכא אומדנא. הרי כשכתב בשטר המתנה לעצמה
ולעצם כב"כ ע"ש א"כ הרי בטל האומדנא ואמר שתזכה היא או לעצם כב"כ וכמו
שפירשנו.

וראיתי שגם הרב הפוסק הי"ו נרגש מזה שכ' גם ב"כ ע"ש. אלא שבכ"ז כתב לדחות זה
והחזיק בספקו ע"ש.

ולא ירדתי לסוף כוונת דב"ק אולי השמיט בה הסופר איזה דברים איך שיהיה איני רואה
מקום להסתפק. ואם מפני שהקדים בשטר וכ' תזכה בו אסתר וכו' לעצמה וכו'.

מה בכך והרי מוכח להקדימה כי מצד אהבתה הוא שנתעורר לעשות זה ואי לאו לא היה
מעביר הנחלה ואחר שהחליט לתת לה החליט שגם כל הבאים מכחה יזכו אם תמות היא
קודם מכחה לשמחה שלימה. וע"כ כתב ולכל עצם ב"כ ואו או קאמר ומוכרח כנז': ואם
מפני שהאריך הסופר לכתוב לעצמה ולזכותה.

דריש הרב הפוסק הי"ו הך לישנא יתירה לומר דודאי הסופר ידע דהנותן לא רצה לזכות ליורשים רק אחר שתזכה היא. הרי אין משם ראייה דמלבד דאין יתרון הדברים הנ"ז מוכיח זה כלל.

ואולי כן מנהג סופרי המערב לכתוב. ואם איתא דהאב קפיד להכי היה לו לסופר לכתוב לשון מבואר כלשון הש"ס ואחר כך לפלוני וכיוצא.

לא ברמז ובפרט אחר שעתיד להזכיר ב"כ בהדייא שמורה ההפך ודו"ק: ואעיקרא דדינא אולי אין שום יתרון כי כן נהגו לכתוב וכנ"ז. ואף אם אינו כן שבקיה דדחיק ומוקי אנפשיה.

דאל"כ צא ופרוס לי כל אותם כפלים ויתרון דברים הכתובים באותו שטר. כי אנכי הרואה למוד אותו השבט עט סופר עם היותו חכם לארוך שלחן במדבר ועוד שגם בב"כ כתב ולעצם כב"כ.

לאפוקי מאי כתב עצם. ולא תויי מאי כתב כל לרבות: ובלא"ה אין בלשון הנ"ז שום משמעות רק שב"כ יזכו מחמתה בין בחייה אם תמכור אחר שתזכה בין אם תמות קודם יזכו יורשיה וב"כ מחמתה ופשוט ועי' משה"ר מע' הב' אות ב' וג' ע"ש.

וכיון שאין כאן בנדון דידן שום אומדנא ואפי' אם היתה הרי נתבטלה באומרו לה עצמה ולעצם כל ב"כ שכוונתו לומר לה לעצמה אם תחיה. או לעצם כב"כ אם תמות קודם א"כ כשקנה האב גופא מהיום ופירי לאח"מ לא לה לבדה הקנה.

כ"א גם לכל ב"כ הקנה. ונ"מ שאם מכרה או נתנה קודם ואח"כ מתה אע"פ שמתה בחיי אביה הנותן ולא אתה לידה הרי נכנס הקונה תחתיה לקנות גם הפירות דהא או או קאמר וכ"ש שיורשיה זוכים בכל וכנ"ז שהרי הם בכלל ב"כ כנודע ולכלם כיון להקנות רצוני למי שיהיה שייך לו מב"כ בעת שיפטר הנותן.

או היא או הקונה ממנה או יורשיה ופשוט וברור: וא"ך בנ"ד אף אם נאמר דלדעת הרשב"ש ז"ל בסי' קל"ה דאסתר לא קנתה גם הגוף כיון שמתה קודם אביה. מ"מ הרי יורשיה שהיו חיים וקיימים אז קנו הכל ביחד הגוף מיום שמתה אמם שאז חל קנינם שהקנה להם עצמם הנותן מכי אמר לעצמה או לעצם כב"ך.

והפירות קנו אחר מות הנותן: ומ"ש הרשב"ש ז"ל ש' בין אינו זוכה בנכסי הזקנה מפני שאמו מתה בחיי הזקנה הנותנת שהוא כנד"ד היינו משום שהזקנה לא נתנה רק לבתה. וע"כ דוקא אלו זכתה הבת היה זוכה הבן אחריה מדין ירושה.

אבל כיון שמתה והיא לא זכתה כלל לדעת הרב ז"ל שם א"כ מאין יזכה בנה לא כן בנד"ד שכך יזכה הנותן ליורשיה באמירת ב"כ כמו שזיכה לאמם. ואם אמם לא זכתה הרי היורשים זכו מצד עצמם.

ופשוט דגם הרשב"ש ז"ל אינו מנגד לנדון כלל. וגם הוא מודה דאחר מות הזקן זכו היורשים במתנת אמם אף שהיא לא זכתה: וגם בנדון הרשב"ש ז"ל אלו כתבה הזקנה שתזכה בתה וב"כ או יורשיה מהיום ולאח"מ.

אין ספק שהיה מודה הרב ז"ל בה דזכה בנה מצד עצמה: וכ"ת הרי הרשב"ש ז"ל כתב דמשלשה טעמים אין זכות לבן. הא' מפני שאמו לא זכתה.

והב' משום שהיא לא נתנה אלא לה ולא לבנה וכו' ולפי דברינו אין כאן שני טעמים שהרי אלו נתנה לה ולב"כ דהיינו בנה היתה זוכה לבנה לגמרי מצד וכנז'. וא"כ אין כאן אלא טעם א' והיכי פלגינהו בתרתי: הא ודאי בורכא היא כי אין ספק כי הם שני טעמים נפרדים.

הא' הוא דאף אי לא הוה דרשינן לה ולא לבנה. דהך לישנא משמע דאתא לאפוקי בנה. אלא דהוה אמרינן דחשיב כאלו אמר לה ואחריה לבנה או שכתב כן בהדיא לבתה ואחריה לבנה אפ"ה לטעם הראשון לא זכה בנה דהא אין הבן זוכה אלא לאחר שתזכה היא וכיון שהיא לא זכתה ממילא דהוא נמי לא זכה וכדקי"ל בח"מ סי' רמ"ח ס"ג דמת ב' בחיי א' לא זכה ג' ויחזרו ליורשי א'.

וזה לפי דעת הרב ז"ל דהבת לא זכתה בגוף לגמרי. לא כן לדעת רוב בכל הפוס' ז"ל דזכתה בחייה בגוף לגמרי ופשוט דזכו היורשים אע"ג דלא אתא ליד אמם: ברם לטעם השני שכתב הרשב"ש ז"ל דדרשינן לה ולא לבנה דקפידא הוי.

א"כ אפי' אלו האם זכתה זכייה גמורה כדת וכהלכה וכדעת החולקים עליו הנז'. עכ"ז אם לא הספיקא לזכות וליהנות מהפירות אפי' שעה שהרי מתה קודם אביה.

אזי לא יזכה בנה שהרי הזקנה הקפידה לה ולא לבנה. עד שתגיע לידה ותהנה היא תחלה ואז יירשנה בנה.

וכ"ז הוא בכתב. ל"ה.

סתמא.

או.

לה ולאחריה וכנז"ל. אבל אם כ' לה ולב"ך.

כנז"ד זו היא חלוקה שלישית שהרי הקנה מאז בפירוש גם לב"כ. שאף אם היא לא תזכה.

יזכו יורשיה שנשארו אחרי מות הזקן בגוף ובפירות גם לדעת הרשב"ש ז"ל וק"ל. ואחר ששערתי כן בכוננת הרב ז"ל מצאתי ראיתי תשובת הרשב"ש ז"ל עצמו בסי' רע"ו בתוך התשו' ע"ש ממ"ש וז"ל ואף במה שכ' שיתן לבנה לא נכתב כראוי וכו' ואפי' נכתב כראוי וכו' עד שבמתנה אומדים וכו' ע"ש ותמצא נחת: איברא דעיקר דברי מהריט"ץ ז"ל וכ"ש דברי הרשב"ש ז"ל קשים מאד שסמכו עצמם על דקדוק קטן מלשון הרמב"ם ז"ל והניחו פשטי הסוגיות והפוס' ז"ל והרמב"ם ז"ל עצמו וכדברי החק"ל ז"ל [בקשתיה הרבה בישיבה האחרת ולא מצאתיהו רק שו"ת הרשב"ש ז"ל מצאתי שם] וכדברי הרב הפוסק הי"ו.

גם ודאי המט"ש ז"ל [איננו פה עמנו] כיון למ"ש הפוסק הי"ו. גם דברי הגאון ז"ל שם קשים וכמ"ש הרי"ף הי"ו.

ולפום ריהטא נראה דברי הרשב"ש ז"ל דלא כמאן ודלא כר' יוחנן נמי דהרי אף לרי"ן נמי דקנין פ"י כקנין הגוף דמי אפ"ה אם מת הבן בחיי האב נהי דלא קנה לוקח אבל יורשי הבן יורשים וכ"ש לר"ל וזה דלא כהרשב"ש ז"ל. ע"י ב"ב ד' קל"ו ריש ע"ב לא קנה לוקח ע"ש בדברי רשב"ם ז"ל בד"ה לא קנה לוקח וע"ש בתוס' וצע"ג: איך שיהיה לענ"ד המתנה קיימת אליבא דכ"ע ואפי' לדעת הרשב"ש ז"ל ואכמ"ל יותר.

וא"כ חזר הדין דהמחזיקים זכו זכייה מעליא בכל מכל הצדדים הן מצד השטרות הן מצד החזקה הן מצד הירושה וכדברי הרב הפוסק הי"ו. דברי החו"פ כיבראלטאר היום חמישי לחדש תמוז יה"ל דהאי שתא תרנ"ז הישר בעיני ה' לפ"ק וצור ישראל יצילינו משגיאות ויאיר לנו לעינים: ע"ה רפאל חיים משה ה' נאיים סי"ט וזאת תשובתי ע"ע הנז' סימן כ"ד.

נדרשתי לחוות דעתי בהאי מתנתא. אי קיימא אליבא דהלכתא.

או ריעא ולית בה מששא ואוקמוה אנחלה דאורייתא. הן קדם אחור נסוגותי ותמנ'ע היתה.

אידי דטריד טרד'ין עלי אדמה דין גרמ'א דעציר'אה משום דבעיא צילותא. ואתיא מכללא מ'ר לא עביד פרישא.

אין ערוך אמרים בעי דרישא. את בצ'ר במד'בר כי שיח וכי שיג העמק שאלה והיה העלמ'ה.

ואיכא שינויי טובא מינים ממינים. כמראה האופ'נים.

לא ראי זה כראי זה הצד השווה ענני כבוד הקיפוני. ולבלתי סור מן המצוה ימין ושמאל. מסרבין לקטן ולא לגדול. ולמען אהבתו הנפלאה ית'ר חוב'ב לא מהיום גם מתמול הרהבתי בנפשי עז אז אמרתי אגלה דעתי.

מה שתעלה מצודתי. יואל אל לאמיץ את כחי אשפוך שיחי. וזה החלי.

וה' יעזור לי: הנה רב אח'אי ורב רח'ומאי ר"מ ור"מ. הרב המופלא וכבוד ה' מלא.

כמוהר"ר מרדכי ה' ג'ו הי"ו אשר עמדו לפניו למשפט ולפניו נגלו תעלומותיהם וסדרו טענותיהם. לא גילה לנו את דבריהם ואולם מתוך הפס"ד נודע לנו כי מעשה שהיה כך היה.

כי הרח"פ הזקן נתן הקרקעות ההם אשר נידונים עליהם לבתו כמבואר בשטר המתנה. ויורשי הבת היא מכרוהו להרי"ף נ"ע.

וידוע הוא להם כי מיום שמת הרח"פ החזיקו בו הרי"ף ויורשיו אחריו. ועתה בא אחד מיורשי הרח"פ לערער.

ויורשי הרי"ף המוחזקים בו הוציאו שטרי זכיותיהם את שטר המתנה ואת שטר המכירה. ומרוב עונותיה דמ'ר הגיש משפטם לפני מורי הוראה.

אך את שטר המתנה לבד. ובזמן החולף לא כביר סדרו חו"ר צפרו יע"א פס"ד ע"ע המתנה לבד.

וגם הרב הפוסק הי"ו ש'ר המס'כים על הענין הנז'. והאריך הרחיב בתשובתו הרמתה בענין המתנה ותו לא.

אכן אחרי מופלג יצא לידון בדבר חדש וסדר פס"ד אחר ואתא לאשמועינן דאף דנימא דמתנה זו ריעא. הרי אית להו זכייה מצד החזקה וקי"ל דהבא מחמת ירושה וכו' כמ"ש בסי' קמ"ו.

ואחד הרואה ולבבו יבין דלא באו יורשי הרי"ף לידון כ"א בשטרי זכיות המתנה והמכירה. וכן הוא להדיא ג"כ בדברי הרה"פ לך נא ראה שכתב בזה"ל משא"כ הכא שבא לידון בשטר זכיות המתנה והקנייה.

ואפ"ה סבר לה מ'ר דאית ליהו זכייה מכח החזקה אף דנניח דשטר מתנה מפסיל ובטיל. וע"ז שרטיט וכתב וז"ל: האמנם לכאורה היה נראה דכל מ"ש ניחא אם היו באים היורשים המחזיקים בטענת ירושה מכח החזקה דוקא ולא היה בידם שטרי זכיות אשר סמכו עליהם שטר המתנה מן האב אל הבת ושטר קנייה מאביהם וכו'.

אזי הדבר פשוט שהיו זוכים מכח חזקתם וכו' משא"כ הכא שבא לידון בשטרי זכיות המתנה והקנייה אם יש לפקפק בהני שטרי ולבטלם. נראה דאין לדון עוד על החזקה דמוכח דחזקתם היתה מכח שטר המתנה וכו' וכשיתבטל השטר נתבטלה החזקה.

דשטר אין כאן חזקה אין כאן. וכדקי"ל בסי' ק"ם ס"ד דהבא לידון בשטר ובחזקה נדון בשטר.

ואם טען אח"כ שנאכד השטר אינו נאמן. וכן אם הביא השטר ונמצא בטל נתבטלה החזקה.

וכ' הסמ"ע ז"ל שם כגון שהיו העדים קרובים או פסולים וכו' יעו"ש. ונראה דה"ה אם נתבטל השטר מאיזה טעם שיהיה דנתבטלה החזקה דהחזקה מכח שטרא קאטייא ושטרא אין כאן.

חזקה אין כאן. וכמ"ש.

זה היה נראה לכאורה. ואולם מצינו ראינו להפוס' ז"ל דסברי מרנן דלא אתמר האי מלתא דהבא לידון בשטר ובחזקה נדון בשטר.

אלא דוקא לגבי המחזיק הא' אשר קנה או נתן לו במתנה וכו' דבידו לברר וכו' וכשאינו מברר איגלאי מלתא דחזקתו באה לו מכח האי שטרא ריעא ואבד חזקתו משא"כ לגבי יורשים כנ"ד דלא ידעי במילי דאבוהון ואין בידם לברר. נדונים בחזקה דאית להו ואית לן למימר ולטעון בעדם כי אביהם המחזיק הא' היה בידו שטר מכר מהר"ח הזקן הנותן המתנה לבת מוקדם למתנה הנז'.

או נאמר כי אחר שנלב"ע הר"ח הנז' וזכתה הבת וקנה הרי"ף המחזיק הנז' מיורשי'. חשש לאיזה פקפוק וטרח עם יורשי הר"ח במתן דמים והסכימו וקיימו המת' או עשו לו שטר מכר להרי"ף ונאבד אותו שטר אחר שעברו שני חזקה.

ואיך שיהיה כיון שחזקתם מבוררת יש לנו לטעון כ"מ דאפשר לטעון להעמידם על חזקתם. וכן מצינו לה' מוהרימ"ט ז"ל ח"ג סי' כ"ח בראובן שקנה מלוי ולוי מיאודה ויורש יעקב אשר לו היו ידועים חזקת הבתים בא לערער בטענה שהיה קטן בזמן פטירת אביו ולא היה יודע למחות.

והשיב ה' ז"ל מאחר דראובן הוציא כל שטרותיו וכו' ונראה איך קנה משמעון וכו' אם יתברר שחזקת יאודה היה בזמן שהיה המערער קטן נתבטלו כל החזקות הבאים מכחו. נהי דאם לא היה מוציא השטרות וכו'.

עכשיו שהוציא השטרות צריך לידון בהם כדאמרינן וכו'. אלא דנראה דאע"ג דאמרי' וכו' ה"ד כשהיה בעצמו בעל השטר ונעשה ע"י בהא אמרינן צריך לברר ולקיים חזקתו מתוך שטרותיו וכו'.

אבל בכגון לוקח זה שהחזיק שני חזקה וכו' אע"פ שמתוכן ניכר שתחי' חזקתו של יאודה הלוקח הא' היתה בהיות המערער קטן עדיין אפשר לומר שהיה ביד הלוקח הא' שטרות וראיות שקנה מאביו בחיים וכו' ולא תימא וכו' טוענין ללוקח מדי דהמוכר הבא מכחו לא מצי למיטען וכו'. הא ליתא דכיון דהוא מוחזק בחזקתו קיימי.

וטעמא דאמרי' הבא לידון בשטר ובחזקה נדון בשטר היינו משום דקי"ל כרבי יוסי דצריך לברר טענתו. והיכא דלא מצי לברר דלאו עליה רמי לברור פטור מלברר וכו' עכל"ה יעו"ש.

וכן מצי' ג"כ לה' פמ"א בח"א סי' ע"ג בראובן שירש קרקע מיעקב אביו שהחזיק בו כמה שנים והראה שטר שקנה אביו מ"ש וש' מאל' לוי ולוי מיאודה. ויורשי לוי טוענין לראובן הבא ראייה דאל' לוי גבתה כתו' קרקע זה וכו' והשיב הרב ז"ל כמ"ש דלא אמרינן הבא לידון בשטר וכו' אלא בלוקח עצמו וכו' ואפשר שהיה ביד ש"מ שטר גוביי' זה ולא ידע יעקב וכו' והביא ראייה לזה דהא אפי' בלוקח עצמו מהמערער כ' הרי"ף והתו' ושאר פוס' דאף רבי דאמר דצריך לברר אם א"א לו לברר כגון שמתו עדיו וכו' נדון בחזקה.

ה"נ כיון שאין ביד זה היורש לברר זכותו כי האל' גבתה הקרקע בכתו' וכו'. והביא נמי ההיא דמהרימ"ט ז"ל שכתבנו לעיל יעו"ש.

עכ"ל הרה"פ הי"ו: וכתב עליה הנפק מעלת ידידינו הרב המופלא מוהר"ר משה נ' נאיים הי"ו. ולדעתו דעת עליון דרך זו נחוץ כי הוא המוביל אל המטרה כאשר יראה הרואה בדב"ק והאריך הרחיב ברוח מבינתו ואייתי בידיה פלוגתא דרשב"ג ורבי וגם פלוגתא דרביותא הנאמרים באמת בהאי עניינא וזו הלכה העלה וז"ל.

הכלל העולה הוא דבנ"ד אפי' לדעת הפוסקים ז"ל בשטר ובחזקה כרבי ודלא כרשב"ג ומפרשים דכל דלא ברר הפסיד היינו במילתא דאפשר לברורי ולאפוקי במתו העדים או הלכו למד"ה וה"ה כל מילתא דאי אפשר לברר וכו' ז"ל דלא הפסיד. ואפי' לדעת

המחמירים ז"ל הנז' לומר דאם לא ברר הפסיד היינו אם נמצא הפסול בשטר המקנה עצמו שמכחו באה החזקה דעליה קיימא פלוגתא דרבי ורשב"ג.

דעל הקונה היה מוטל לברר מקנתו אם השטר עשוי כדין. אבל אם הפיסול נפל בשטר זכות המוכר דעל המוכר היה מוטל הברור.

תו לא איכפת ליה ללוקח דטענינן ללוקח דכיון דהמוכר דר בה אפי' יום א' ואח"ך מכר לזה בשטר יש לו קול והו"ל למערער למחות וטוענין להם שודאי אותו מוכר קנאה כדין וכהלכה מהמערער. ומפני זה מכרה לזה כמבואר כ"ז בפוס' ז"ל עי' ס' קמ"ד בבאה"ט סק"ב בשם סמ"ע מהטו"ר ז"ל.

ואע"פ שהמוכר נתן ללוקח שטר הזכות שבידו וזה המציאו לפני בית דין ונמצא פסול לא איכפת ליה ללוקח לברר מה שהי"ל לברר המוכר. ושטר זה מעולם לא נכנס במחלוקת רבי ורשב"ג דאין חזקת הלוקח באה אלא מכח שטר המקנה שבידו שקנה ממי שדר יום אחד באותו קרקע ועל אותו שטר הוא שנחלקו.

וכיון שאותו שטר נמצא כשר. אף אם שטר המוכר נפסל.

למה יפסיד חזקתו. יכול לומר בשופי דל מהכא שטר זכות המוכר.

ואדון בחזקה ושטר מקנתי עם דירת המוכר יום א'. כי אני בראותי אותו דר קנתי ממנו כפי הדין ולא חששתי לראות זכותו.

ואולי נתן לי זכות אחר ואבד. או הוא לא חשש לתת לי העיקרי.

שכתב המורי"ש. או שקנה מהמערער עצמו.

וכאלה טענות כי נתן גם את הכל בידי וברוב הימים אבדו ונשכחו ממני. והרי המצאתי מה שמוטל עלי שטר מקנתי ועדי חזקתי כאשר אמרתי.

עכ"ל: ואשר אני אחזה לי. דכפי הנחה זו דשטרא ריעא הוא וכפי המשוער המובן מהפס"ד.

דהיורש לא בא לידון מעיקרא כ"א במתנה. כל מאי דפשיטא ליהו מילתא למילף למאי דאנן קיימי' ביה.

ממאי דכתבו הרבנים מהרי"מ"ט ז"ל והפרמ"א ז"ל וכו'. לא שמיע לי.

דהא ודאי האי מילתא דקאמרי רבנן מהרי"מ"ט והפרמ"א ז"ל דהיורש כיון שאי אפשר לו לברר א"ץ לברר. דברים של טעם הם ונאים למי שאמרן.

וכבר הביאו ראיה לדבריהם. דהא אפי' בלוקח ראשון מן המערער.

כתבו הרי"פ והתוס' ושאר פוסקים גבי ההיא דנידון בשטר. ואף רבי לא אמר אלא לברר.

דאם א"א לו לברר כגון שמתו עדיו או הלכו למד"ה נידון בחזקה. ה"ן כיון שאין היורש יכול לברר א"ץ לברר דהא ודאי לא גרע היורש מהלוקח המערער: ואולם ע"כ לא קאמרי רבנן אלא היכא דלא מיפסיל ובטיל השטר לגמרי.

אלא דנשאר איזה דבר שצריך להתברר. דבזה הוא דאמרינן כיון דלא הוה רמי עליה דיוורש לברר לא ידע לברורי.

ולכך נידון בחזקה. דדוקא בלוקח מהמערער דעליה דידיה רמי לברורי.

אמרינן ליה דאם האמת אתו היה יכול לברר. ואם לא ברר הפסיד ובטלה גם החזקה. זולת במתו עדיו או הלכו למד"ה דאז גם בלוקח הוי א"א לברר. אבל היכא דאשתכח שטרא בטלה כה"ג לדידן.

כפי הנחת הרה"פ הי"ו. דאז הוי כנמצא השטר מזוייף.

אז הוי דין היורש כדין הלוקח מהמערער. דכיון דבטל השטר בטלה גם החזקה.

דבכה"ג לא מיירי מהרימ"ט והפרמ"א ז"ל. שהרי בנדון מהרימ"ט ראובן הוציא שטרי זכיות שהוא קנה משמעון ושמעון מלוי ולוי מיהודה ולפי מספר השנים היתה חזקת יהודה מהקטן.

ואולם אינו מתברר מתוך השטרות ממי זכה יהודה דלא הוציא ראובן שטר זכותו של יהודה. הן אמת שאם היה מתברר שחזקתו של יהודה היתה מהקטן.

היתה בטילה. ונתבטלו גם כל החזקות הבאות מכחו.

אלא שאין לנו בירור בזה. דאפשר שיהודה קנהו מאבי הקטן.

ואולם כאשר יהיה האופן דשטרא ריעא ובטל לגמרי ובטילה החזקה גם לגבי היורשים אמרינן כן. והיינו טעמא דבנמצא השטר מזוייף או בטל.

בטלה החזקה מדינא ולא מצד החומרא. ולכך אין חילוק בין היורש ללוקח מהמערער.

אבל היכא דלא נמצא בטל ואינו צריך אלא בירור. מהדין לא בטלה חזקה ואינו צריך לברר אלא מצד החומרא.

בזה הוא דקאמרי רבנן דביורש שאינו יכול לברר אינו צריך לברר: וזה נלמד מדברי הה"מ ז"ל בפט"ו מהט"ו שכ' על דברי הרי"ף ז"ל וז"ל ומכלל דבריהם שאם נמצא השטר מזוייף הרי חזקתו בטילה ולכך אנו מצריכין אותו לברר. ע"כ.

ולפ"ז צריכין אנו לומר דבנמצא השטר מזוייף או בטל דגם חזקתו בטילה. שהוא מן הדין ולא חומרא בעלמא.

דאלת"ה היאך אנו מצריכין אותו לברר משום שמא ימצא מזוייף. והלא אפ"א אם ימצא מזוייף.

מהדין חזקתו קיימת ואינה אלא חומרא בעלמא. וא"כ הבו דלא להוסיף עלה ולהחמיר כ"כ.

אלא ודאי דבנמצא מזוייף דינא הוא ולא חומרא: ומוהרימ"ט ז"ל גופיה באותה תשובה שהביא ממנה ראייה הרה"פ הי"ו. כ' על חילוקה דידיה וז"ל ולא תימא וכי טוענין ללוקח מידי דלא מצי מוכר הבא מכחו לטעון שאלו היה הקרקע ביד הלוקח הא'.

אם לא היה מביא ראיה בעדים או בשטר היה מפסיל וזה הבא מכחו נטעון לו בלא שום ראיה. הא ליתא דכיון דהוא מוחזק בחזקתו קיימא וכו'.

וראיה מהא דאמרינן בפ' חזקת א' מן האחין שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושט' יוצאים על שמו וכו' א"ר עליו להביא ראיה וכו' אמר שמואל ומודה לי אבא שאם מת. על האחין להביא ראיה.

מתקיף לה ר"פ כלום טענינן ליתמי מידי דלא מצי אבוהון למיטען וכו' וכתבו התוס' והרא"ש ז"ל דאע"ג דבעלמא לא טענינן ליתמי מאי דלא מצי אבוהון הכא שאני משום דכיון שיוצאים על שמו מסתברא לאוקומי בחזקתיה אלא דבחייו מחמיר רב להזקיקו להביא ראיה לפי שבידו להביא ראיה אבל אחר מותו שאין ביד היתומים להביא ראיה סמכינן אהא דנכתבו על שמו ומוקמינן להו בחזקתייהו וכו' במילתא שהלוקח מוחזק ואין מתבקש ממנו אלא בירור בעלמא לפי שאם האמת אתו יכול הוא לברר בזמן שאין יכול לברר לא הפסיד שהרי אמרו מתו עדין או הלכו למ"ה נדון בחזקה.

והא נמי כיוצא בו הוא ע"כ: המבואר מדבריו. דכמו שהיא דא' מן האחין כיון שיוצאים השטרות על שמו הווי בחזקתיה.

אלא דבחייו מחמיר רב להזקיקו להביא ראיה משום שהוא יכול להביא ראיה. אבל כשמת שאין בידם להביא ראיה מוקמינן להו אחזקתייהו ולא מחמירינן ליה דמוקמינן להו אדינא.

ה"ן בלוקח שהוא מוחזק ולא אמרו צריך לברר אלא משום חומרא משום שהוא יכול לברר שהרי במתו עדין או הלכו למ"ה שאינו יכול לברר אמרינן דלא הפסיד ונידון בחזקה. וא"כ ביורשין שאינם יכולים לברר לא מחמירי' להו דהא דאמרינן לא טענינן ליתמי מאי דלא הוה מצי אבוהון למיטען והיה צריך ראיה.

היינו בדאין כאן חזקה דמן הדין היה צריך להביא ראיה. אבל היכא דאיכא חזקה אלא דבאבוהון דבידו להביא ראיה מחמירין.

ביורשים שאין בידם להביא ראיה לא מחמירינן כההיא דא' מן האחין ובהצטרף דברי מהרימ"ט ז"ל הללו עם מה שהוכחנו מדברי הה"מ ז"ל דבנמצא השטר מזוייף או בטל דמדינא אינה חזקה ואינה משום חומרא. א"כ גם ביורשים נמי אינה חזקה מהאי טעמא דקי"ל בעלמא דלא טענינן ליתמי מאי דלא הוה מצי אבוהון למיטען בלא ראיה.

ולא דמי לההיא דא' מן האחין דאיכא חזקה. וחומרא בעלמא הוא דהחמיר רב על אבוהון דיכול ולא על היורשים שאינם יכולים לברר: ובזה אתי שפיר דלא בא מהרימ"ט ז"ל כ"א בטענה זו דאפשר יהודה שהוא המוחזק הא' קנאה מאבי הקטן.

ולא בא באותם טענות דהוה נקיט מעיקרא קודם דאשמועינן ההיא דיורש א"ץ לברר שכתב דאם לא היה מוציא השטרות טענינן לראובן ששמעון קנאה מהמערער בגדול אבל עכשיו שהוציא השטר הרי קי"ל הבא לידון בשטר ובחזקה נידון בשטר וכאן הרי מתוך שטרותיו שהוציא הוברר הדבר שעיקר חזקתו של ראשון היתה בהיות המערער קטן ואין להם חזקה וכו'.

ולפי דברי הרה"פ דסבר לה מ'ר בדעת מהרימ"ט ז"ל דהאי דינא דהבא לידון בש' ובחזקה נידון בשטר אינו אלא בלוקח מהמערער ולא ביורש שאינו יכול לברר נידון בחזקה אף דנמצא השטר בטל לגמרי א"כ מאחר דאם לא הוציא ראובן שטרי זכיות הוה טענינן ליה דאפשר ראובן קנאו מהמערער בגדול.

א"כ גם עתה שהוציא שטרי זכיות טענינן ליה דאפי' אם נניח דיהודה לא קנאה מאבי הקטן ולא החזיק אלא בהיות המערער קטן והמכירה בטלה ובטל השטר לגמרי. אפ"ה לא איכפת לדברי הרה"פ הי"ו דס"ל דכל לגבי יורש או לוקח לא אזלינן בתר שטרא אלא בתר חזקה: ולמ"ש אנן בעניותין את' שפיר.

דכל דנמצא השטר מזוייף או המכיל בטילה דאיתרע שטרא לגמרי. נידון בשטר בין יורש בין לוקח מהמערער.

ולזה לא בא הרב כ"א בטענת יהודה דאין זה צריך אלא בירור בעלמא ולא איתרע שטרא לגמרי. דע"י טענה זו נעשו כל השטרי זכיות חזקים.

ואולם אידך טענה דראובן קנאו מהמערער בהיותו גדול דבטלו כל שטרי זכיות לא טענינן. וכמש"ל: גם ההיא דהפרמ"א ז"ל איירי בראובן שהוציא שטרי זכיותיו שיעקב אביו קנאה משמעון ושמעון מאל' לוי.

ולא ידעינן אם האלמנה גבתה בכתו' א"ל. ולפי שאין צריך כאן אלא בירור.

לזה כתב הרב דזה דבר ברור דהיוריש א"ץ לברר. [ולקמן יש הכרח לזה מתשו' אחרים של הפרמ"א גופיה]: באופן דלא אמרו מהרימ"ט והפרמ"א ז"ל דהיורש א"ץ לברר.

אלא היכא דלא בטל השטר לגמרי ולא היה צריך אלא בירור לאיזה חסרון שיש בדבר. דדוקא על אבוהון החמירו משום שיוכל לברר אם האמת אתו.

אבל על היורשים שאינם יכולים לברר לא החמירו. אך אם נמצא השטר בטל לגמרי כגון שנמצאת המכיל בטילה דהוי כנמצא מזוייף.

גם ביורש' אמרינן כיון דבטל השטר בטלה החזקה: ואשכחנא להראד"ב ז"ל שכ"כ להדיא בס' רי"ט דאתשיל בראובן שהוא נשוי עם לאה והיו לו ב' חצרות א' ישן וא' חדש. ואח"כ נשא אשה אחרת עליה בחייה.

ונתן לשנייה חצר החדש במת"ג ולאה לא נתרצית לחתום לו. ואח"כ מת ראובן.

ולאה רצתה לגבות כתובתה. ובאו ב"ד מומחים וגבו לה החצר הישן עם קצת זכות מהחצר החדש הנז' כדי להשלים סך כתובת לאה וכתבו לה שטר גובייאנא ואחר זמן מכרה השנייה לשמעון חצר החדש הנז' כפי מה שהיה כתוב בשטר המתנה הנז'.

ואח"ז מכרה לאה ג"כ ללוי החצר הישן עם אותו זכות שגבו לה ב"ד מקצת החצר החדש. עתה שמעון ולוי מערערים זע"ז.

וע"ז השיב הרב דברים פשוטים אני רואה כאן. דודאי החצר נשתעבד לכתובת האשה הא'.

ומה שמכר או נתן הבעל בלא רשות האשה לא מהני אלא עד שעת טירפא וכו'. וא"כ מה שקנה שמעון מהחצר החדש מן השנייה מן החלק שהגבו לראשונה לא קנה כלום.

אבל אם החזיק שמעון שני חזקה. היה נראה לכאורה דיש מקום עיון משום דקי"ל דטוענין ללוקח וכיון שהחזיקה השנייה בחצר החדש שעה אחת אחר שהגבו ב"ד לראשונה.

והחזיק בה שמעון הקונה ג' שנים אחריה. נאמר דקנתה אותו החלק השנייה מן הראשונה אחר שהגבו לה ב"ד ואח"כ מכרתו לשמעון.

דטוענין ללוקח כדכתיבנא. וכד מעיינינן אשכיחינן דלאו מילתא היא כלל.

חדא שהוא בא מכח שטר המתנה שנתנו לשנייה. וכיון דחזקה מכח שטר קא אתי דכבר הוא מודה דלא לקח אלא מחמת שטר זה.

בטל השטר בטלה החזקה. ודמיא למאי דכתב הה"מ בפט"ו מהט"ו דהיכא דהוציא שטר והחזיק ונמצא השטר.

מזוייף הרי חזקתו בטלה והטעם דחזקה מכח שטר קאתי. ה"ה והוא הטעם בנ"ד דכיון שזה מודה דלא מכרה לו האשה אלא מכח שטר מתנה.

כיון דהמתנה נתבטלה בטל החזקה ע"כ: מעתה צא ולמד למאי דאנן קיימין ביה. דאם באנו לדון ולהניח דמתנה זו ריעא ובטלה.

גם החזקות הבאות מכחה בטלות הן. ואף דקי"ל טוענין ליורשים וללקוחות.

מ"מ אחר שלא באו לידון אלא מכח שטר המתנה. אנן לא טענינן להו.

וגם ממילא אתה למד דפלוגתא דרשב"ג ורבי איירי אף בשטר זכות דמוכר. ודלא כמ"ש הרה"פ מוהרמ"ן ה"יו מסברא דנפשיה דשטר זה לא נכנס במחלוקת רשב"ג ורבי.

שהרי ההיא דהראד"ב ז"ל בשטר זכות דמוכר איירי וקא יליף לה מההיא דהה"מ ז"ל וזה פשוט: תו מצינו להתו' בפ' חזקת ד' ל"א ע"א גבי זה אומר של אבותי וזה אומר שלא אבותי האי אייתי סהדי דאבהתיה היא והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמר אביי מה לו לשקר במקום עדים לא אמרינן.

והקשו התוס' אמאי הוא במקום עדים. נימא של אבותי היתה יום א' ונאמר שלקחיה מאבותיו דהא טוענין ליורש וכו'.

ותירץ ר"י דשל אבותי משמע שהיתה מעולם של אבותי ולא שלקחיה עד שיפרש בדבריו. ע"כ.

וכ"כ רבינו בצלאל ז"ל במקובצת משם הרשב"א ז"ל וזל"ה וע"כ נראה יותר מה שאמרו רבותי ע"י שאין טוענין לא ליורש ולא ללוקח כ"ז שהו' טוען בעצמו טענת ברי. אלא כ"ז שהוא טוען בספק דכל טענת יורש ולוקח בשמא היא.

וזה שטען של אבותי ברי טען. שלא היל"ל אלא מאבותי ירשתיה ועוד אני מוסיף על דברי רז"ל שאין טוענין ליורש וללוקח עד שנשאל אותם מה טענתם כי שמא יטענו

טענת ברי ועליה אנו דנים וכן יש להוכיח מעובדא דההוא דעשאה סימן לאחר דפ' שני דייני גזירות.

ע"כ: גם רבינו בעה"ט ז"ל סי' קמ"ו כ' וז"ל אבל עתה שטען של אבותי שמשמע שר"ל ולא של אבותיך והודה שלא לקחיה מאבותיו של זה. לפיכך אין מפרשין דבריו לומר שאבותיו לקחיה מאבותיו של זה אא"כ יפרש הוא בעצמו ע"כ.

ורבינו הב"י ז"ל הביא ע"ז דברי הה"מ ז"ל שכ' וז"ל ויש מקשים והלא כל טענת יורש היא בשמא וטוענין ליורש וכו' ויש אומרים שכל זמן שהיורש טוען ברי באיזה דבר שיהיה אין אנו טוענין לו שום דבר וגם זה עיקר ע"כ. עוד כ' רבינו הב"י ז"ל בחו"מ סי' י"ז מחו"ב וז"ל כ' רבינו ירוחם בני"א ח"ב הא דאמרינן טוענין ללוקח או ליורש דוקא בטענת ספק שאינו טוען הוא.

אבל בטענה שהוא עצמו טוען אין טוענין לו לבטל טענתו ולפיכך אין טוענין לו עד שנשאל את פיו מהו טענתו שמא יטעון ברי ועליה דנין כך כתבו המפרשים בפ' חזקת וכ"כ הרשב"א בתשו' עכ"ל: גם הנמ"י ז"ל כ' בפ' חזקת וז"ל ואלה ואף אנן לא מצינן למטען שמא אבותיו לקחיהו מאבותיו של זה כיון דסהדי לא מסהדי שלא מכרוה לעולם.

דכיון דאיהו טעין של אבותי כלומר לעולם כדפירשנו הא מודה דלא קנו והודאת בע"ד כמאה עדים דמי. כ"כ הרנב"ר בחידושו.

ע"כ: אתה הראת. חבל נביאים ואמבוכה דרבנן ומר"ן מלכא בהדייהו דסברי מרנן דלא טענינן ליורשי' או ללקוחות אלא היכא שהם לא באו בטענה וכמו שהצגנו לפניך לשון הרב"י משם רי"ו ז"ל שכ' דוקא בטענת ס' שאינו טוען הוא או בטוען מאבותי ירשתי כמ"ש הרשב"א ורבינו בעה"ט כמביא למעלה.

אבל בבא בטענת עצמו אנן לא טענינן ליה הפך מטענתו והט' דהודאת בע"ד כק' עדים דמי כמבואר בדברי הנ"י ז"ל הנ"ל. ואפ' נגד משמעות דבריו לא טענינן.

כהיא דזה אומר של אבותי דמשמעות דבריו של אבותיו מעולם ולא לקחיה מאבותיו של זה. ואיהו גופיה יכול לפרש דבריו ולומר של אבותי שלקחיה מאבותיך.

ומהימן דאינו עוקר דבריו הראשונים אלא מוסיף עליהם. אפ"ה אנן לא טענינן ליה נגד משמעות פשט דבריו [כמ"ש בש"ס ובפוס'] ומינה למאי דאנן קיימין ביה דיורשים אלו לא באו לידון אלא מכח שטר המתנה.

דודאי כאשר יהיה האופן דמתנה זו ריעא מצד הדין. הנה כפי הנחה זו אנן לא טענינן להו מצד אחר שהוא הפך טענתם שלא החזיקו אלא מכח המתנה.

וצד כ"ש הוא. שהרי מתברר מתוך שטרי זכויות דחזקתם באה מכח המתנה.

וא"כ ודאי דלא טענינן ליהו הפך מהעדאת עדים דחתימי בשטרא. דאם אמרו דלא טענינן ליהו בדטען יורש משום הודאת בע"ד.

כ"ש דלא טענינן להו הפך מהעדאת עדים. כ"ש הכא דאיכא טענת היורש שלא בא אלא מכח המתנה והעדאת עדי השטר: וכן מצינו למהרש"ג ז"ל סי' מ"א שכ' וזל"ה ובנ"ד

הוא כמו נמצא השטר מזוייף כי שכבר כתבתי דלא מהני לה הוצאה ולא החוג'יט וכיון שכן גם החזקה הבא מחמתן לא מהני וכו' ואין לומר דכיון דבנ"ד שאחר כ"כ זמן אין הבנות בעולם אלא הנתבעים הם יורשי הבנות א"כ טענינן ליתמי דשמא הבנות לא ירדו לבתים ולחננויות מחמת הצואה אלא שראו שאין הצואה קיימת ולקחו מהבן ומתורת מקח וממכר ירדו לבתים דהא קי"ל דטוענין ליתמי וא"כ יש להם חזקה עם טענה וכו' יעו"ש דאסיק דאין טוענין מתרי טעמי.

ובטעם הב' כ' וז"ל ועוד מטעמא אחריןא ולע"ד שאין טוענין להם כיון שהם טוענין ברי ובאים בטענה שמכח הצואה והחוג'יט החזיקו בבתים והחננויות וכיון שהם טוענים טענת בריא לא טענינן להו אלא דיינינן להו כפי טענתם ועי' במ"ש ה' מוהרי"ק ח"מ סי' י"ז מחו"ב וסי' קמ"ו דין ט"ל ודין מ"א וסי' ר"ץ דין י"ו ותשו' רשב"א סי' תתקס"א וסי' אלף וב'.

וה' מוהרי"ק בסוס"י קנ"ג הביאה יותר באורך דמכל המקומות הנ"ל נראה דכל היכא דטען היתום או הלוקח לא טענינן להו וכיון שכן בנ"ד שכת הבנות טוענין דמחמת הצואה והחוג'יט ירדו להחזיק בקרקעות אין חזקתן חזקה ואין טוענין להם שום טענה ע"כ: והרשב"ץ ז"ל בח"א סי' נ"ב אתשיל בראובן שמשכן קרקעו לעכו"ם א' ונתן בידו רשות למוכרו ומת ראובן והעכו"ם מכרו לשמעון בכח ההרשאה ומת שמעון אם יוכל יורש ראובן לטרוף מיורש שמעון.

וע"ז השיב הרב דמכירה זו בטילה מכמה טעמים ואח"כ כ' וז"ל ואע"ג דאחזיק האי לוקח בקרקע זו שני חזקה אין חזקתו כלום לפי שחזק' זו מכח מכירה זו באה וכיון שאינה כלום אף החזקה אינה כלום והכי תניא בתוספתא המחזיק בשדה מחמת אוננו ונמצאת אוננו פסולה אינה חזקה וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ד מ"ה טוען האוכל שני חזקה מחמת שטר שיש בידו ונמצא השטר בטל בטלה החזקה ותחזור השדה עם כל פירותיה לבעלים ואע"ג שקרקע זה נפל ביד יורש הרי דינו כאלו אביו היה קיים דלא אמרינן בכל כה"ג טוענין ליורש דאיך נטעון עליהם טענות שקר במה שאנו יודעים שהוא אינו מחזיק בקרקע זו אלא מחמת מכר זה שהוא בטל ויתמי דאכלי דלאו דיידהו ליזלו בתר שבקייהו.

דאע"ג דקי"ל טוענין ליורש לאו בכל מיילי טענינן ליהו אלא במילי דשכיחי אבל במילי דלא שכיחי אע"ג דאבוהון אי הוה קיים הוה טען הכי אנן לא טענינן אלא במידי דשכיח והכי מוכח בפ' המוכר את הבית גבי שטר כיס דטענינן להו החזרתו ולא טענינן ליהו נאנסו עכ"ל"ה: ומתורתו של הרב נלמד לנ"ד דאף אם היה בענין דלא בא היורש לידון מכח שטר המתנה אלא דאתרמי ובא לדינו וראינו דמתוכו מתברר ע"פ עדי השטר דחזקה זו באה להם מכח המתנה.

כיון דמתנה זו בטילה בטלה החזקה ולא טענינן ליה הפך ממה שהוברר לנו מעדי השטר משום דהוי כמילתא דלא שכיחא. דהא דאיתשיל הרב בהוא עובדא דידיה.

לא קאמר הרב דהיורש בא מכח השטר. ומשתמען מלוהי שהיה ידוע להם ע"פ עדים.

שמעשה שהיה כך היה. וקאמר הרב דכיון דהמכירה בטילה בחזקה ולא טענינן להו הפך ממה שאנו יודעים שהוא אינו מחזיק בקרקע זו אלא מחמת מכר זה שהוא בטל.

וא"כ כ"ש בנד"ד דהיורש בא מכח השטר דבא בטענת עצמו דלכולהו רבוותא הנ"ל לא טענינן ליה: איברא דמצינו להרשב"א ז"ל בת"א ח"ב סי' רכ"ו דאתשיל בלאה שקנתה קרקע מרחל ורחל מיעקב ושמעון ומתה לאה והניחה בן קטן בן שש שנים ועמד ראובן אחי יעקב ושמעון הנז' וערער שהקרקע הוא שלו שנתנה לו שרה אמו בשטר וכו'.

וע"ז כתב הרב ואפי' הביא ראובן שאותו המקום נפל לאמו שרה בירושה מבית אביה וכו' דעו שאם החזיקו יעקב ושמעון או רחל או בין כולם שני חזקה קודם שמיחה ראובן. כיון שלקחתו רחל בשטר אין במחאתו ולא כלום.

שאני אומר אולי קנאוהו יעקב ושמעון מראובן זה. או שמא רחל קנאתו ממנו דטוענינן ליתום הזה לפי שאמו לקחתו וטוענינן ללוקח.

ואפי' מיחה ביעקב וברחל בסוף כל שלש ושלוש ואח"כ החזיקה בו לאה יום אחד ואח"כ ירשו התנוק הזה מלאה אמו והחזיק בו תשלום שני חזקה טוענינן לו שמא אמו קנתה אותו מראובן זה דטוענינן ליורש ואע"פ שמיחה בראשונים היה לו למחות כדי שלא יטענו שהם לקחוהו ממנו. שאע"פ שיצא שטר שלאה אמו של זה קנאתו מרחל וכבר מיחה זה ברחל כדינו בסוף כל שלש ושלוש.

שמא לאחר מכאן מכרו ללאה. ולאה גם היא קנתה אותו מרחל.

משום דעביד איניש דזבין דיניה כדאמרי' בפ' ח"ה ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא. א"ל מפלניא זבנתה ואכלתיה שני חזקה.

א"ל פלניא גזלנא הוא. א"ל והא אית לי סהדי דאתית לאורתא גבאי ואמרת לי זיל זבנה ניהליה.

א"ל אמינא אזבין דיני. א"ר דינא קאמר ליה עביד איניש דזבין דיניה.

ע"כ: ומתורתו של רבינו הרשב"א ז"ל למדנו דאע"ג דנמצא שטר שלאה קנתה מרחל ושטרא ריעא הוא דהא קרקע זה של ראובן הוא של אמו שנפל לה בירושה מבית אביה והיא נתתו לו וכבר ראובן מיחה ברחל. אפ"ה טענינן ליורש דאפשר לאה מעיקרא קנאתו מראובן ושוב קנאתו מרחל דעביד איניש דזבין דיניה אלא דשטר מכירה מראובן נאכד דטפי מתלת שנין לא מזדהר איניש בשטריה.

וא"כ לכאורה נראה דאף אנן נמי נימא בנד"ד דהרי"ף מתחיל קנה קרקע זה מיורשי הרח"פ ואח"כ קנהו ג"כ מיורשי הבת משום דעביד איניש דזבין דיניה: ואולם כד דייקנין פורתא אין נראה לומר כן. והט' משום דהרשב"א ז"ל איירי ביורש שלא בא לידון מכח שטרי זכיות.

דהא ביורש בן שש שנים איירי שאינו יודע לטעון וא"כ אין כאן טענת ברי דיורש והודאת בע"ד דכמאה עדים דמי. אלא שכאן היו וכאן נמצאו להם שטרות שמתוכם מתברר שלא קנתה מרחל.

ומשום דאף בזה איכא למימר דלא טענינן להו אחר שמה שטוענין הוא הפך מהידוע לנו ע"פ עדי השטר דהוי מילתא דלא שכיחא. וכמש"ל משם הרשב"ץ ז"ל.

לזה אשמועינן דאין לחוש לזה וטענינן להו. והט' משום דעביד איניש דזבין דיניה.

ואולם כאשר יהיה האופן כה"ג דידן דהיורש בא לידון מכח שטרא והיה בהני'ח דשטרא בטילה הוא. אנו לא טענינן ליה.

יען שהיורש הודה שלא החזיק בקרקע אלא מכח שטר זה והודאת בע"ד כק' עדים דמי. ואנו לא נוכל לטעון לו להחזיקו מצד אחר שהוא הפך מהודאתו: אלא דקשה לי קצת דאמאי הרשב"א ז"ל אזיל להאי טעמא דעביד איניש דזבין דיניה.

והלא הרשב"א ז"ל הוא מכת הסוברים דטענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא. וכמ"ש מהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' קצ"ח.

ואפשר לומר דלרווחא דמילתא בא בנותן טעם אליבא דכ"ע: וחזיתיה להפרמ"א ז"ל ח"א סי' ק"ה שכ' וז"ל ראיתי למהרשד"ם דברים ראוי להפליא עליהם בח"מ סי' רכ"ז על ראובן שקנה משמעון חזקה ומוקטעא מחנות ובית. ואח"כ נשרפה העיר והחנות.

ובנה משלו וממונו גרוטא וחנות ועליה על גביו והלך מן העיר ונשרפה החנות ועליה ונשרפה הגרוטא לבדה. ובא לוי ובנה חנות ועליה ודר בו ומכרה ליהודה.

ומת יהודה ונשארה ביד יורשיו. ובא ראובן לתבוע מאת היורשים.

וכ' בתוך התשובה אלא שאפשר שאם לוי המוכר ליהודה קיים ויתברר שהוא מכר החזקה הנז' ליהודה המוריש אז ראובן יבוא ללוי לדין וכו' כלל הדברים אני אומר שהדין שיש לו לראובן אינו עם היורשים אלא עם לוי שמכר ליהודה ע"כ. ופליאה דעת ממני כיון שנתברר בעדים שלא בא הגרוטא ביד יהודה המוריש אלא ע"י לוי וללוי אין לו זכות שהרי חייב להחזירו לראובן.

היכי בעי לזכות ליורשי יהודה כיון שלא זכו בה הבעלים הרא'. ודומה לזה כ' הרשב"א וכו' ה"ן אין יורשי יהודה באים בטענה שלקחיה מראובן אלא שירשוה מיהודה וכבר נתברר בעדים שלוי מכר החזקה ליהודה וכיון שאין ללוי זכות באותו קרקע היכי קאמר שיש זכות ליורשים.

וכ"ת שאני הכא דאיכא טענין ליתמי. אי משום הא לא אירייה דהא כ' הה"מ פט"ו מהל' טוען דכ"ז שהיורש טוען ברי באיזה דבר שיהיה אין אנו טוענין לו שום דבר כ"ש הכא שנתברר בעדים שיהודה קנה מלוי.

אין טוענין שום טענה אחרת. וי"ל דאכתי איכא למימר דטענינן ליורשי יהודה דאולי קנה יהודה מראובן ואע"פ שיש עדים שקנה מלוי עביד איניש דזבין דיניה דטענה זו כתבה הרשב"א בח"ב סי' רכ"ו בענין ממש דומה לזה וכו' עכת"ד: ואחר נשיקת הרצפה לא ידענא מאי קא קשיא ליה להפרמ"א ז"ל מההיא דהה"מ ז"ל.

דהלא ההיא דהה"מ ז"ל איירי ביורש הבא בטענת ברי דלא טענינן ליה מטעמא דהודאת בע"ד כמש"ל בשם הנמק"י. ואלו ההיא דמהרשד"ם ז"ל לא איירי ביורש הבא בטענת ברי אלא שירשה מיהודה כאשר יראה הרואה בדבריו.

ומה שיש לכאורה להקשות על מהרשד"ם הוא מההיא דהרשב"ץ ז"ל דכיון שנתברר בעדים שיהודה קנה מלוי אין טוענין לו שום טענה אחרת דכל שהוא נגד הידוע לנו הוי מילתא דלא שכיחא כמ"ש הרשב"ץ ז"ל כמש"ל. אלא דהא נמי לא קשיא כלל דמדי הוא טעמא להרשב"ץ ז"ל הוא משום דהוי מילתא דלא שכיחא.

הרי מצינו למהרשד"ם בתשו' ח"מ סי' קצ"ח דס"ל דטענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא: והמט"ש סי' קמ"ו בהגב"י אות ב' כ' וז"ל ה"ה נמי היכא דבאים בטענה שירשוה מיהודה וכבר נתברר בעדים דיהודה לקחה מלוי כיון דאין ללוי זכות באותו קרקער אף ליורשים הבאים מכח יהודה אין להם חזקה עי' פרמ"א ח"א סי' ק"ה ד' קפ"ה ע"ג ע"כ: ואהמח"ר דברים תמוהים הם.

דהלא הפרמ"א גופיה הדר ביה ממאי דקא מתמה מעיקרא על מהרשד"ם ז"ל. ובא בנותן טעם משום דעביד איניש וכו'.

ואפשר לידחק ולומר דמיעקרא כ' ה' דעת עצמו אלא שלבסוף ציין להפרמ"א ז"ל לומר שהוא חולק: תו איכא טעמא אחרינא מצאנוהו שגי'א כח למהרש"ג ז"ל בתשו' הנז' [ראשית דבריו כבר הצגנו לפניך למעלה קחנו משם] וז"ל ואין לומר דכיון דבנ"ד וכו' די"ל דודאי גם התובע הוא יורש וכבר ידוע מ"ש הטו"ר בסי' ק"ח שהוא פלוגתא דרבוותא אי טענינן ליתמי נגד יתמי וכיון שהוא פלוגתא דרבוות' כבר כתבתי שיורשי הבן המוחזקים והבתים והחנויות בחזקתן הן עומדים עכ"ל: והש"ך סי' ק"ח סקי"ז אמ"ש מר"ן וז"ל אלא כשטוענין עם יורשי הלוח צריכים ג"כ לישבע שלא נפרעו הם עצמם מאביהם ע"כ.

כ' וז"ל כ' הריטב"א פרק הכותב הא דתנן וכן היתומים מן היתומי' לא יפרעו אלא בשבועה. כ' בע"ה ז"ל דדוקא דטענו אידך אמר לנו פרעתי כדאמרי' בסמוך הלא"ה לא טענינן ליהו שאין טוענין ליורש לחובתו של יורש זה ע"כ.

ומשתמעין מלוהי. דהש"ך שהביא דברי הריטב"א הללו אדברי מר"ן שכן היא דעת מר"ן.

וכ"כ הכנה"ג בסי' קנ"ג הגב"י אות לב' וז"ל ה' ורבינו המחב"ר ז"ל בספרו הקצר סתם כדעת בעה"ע שאין טוענין ליורש במקום שיש יורש אחר ע"כ. ומהר"י באורים ז"ל הב"ד הש"ך ז"ל וכו' עליו ולא הבנתי איך העתיק הדברים סתם כאלו הם נאמרים להלכה ומורים כן.

וגם מה צורך שהריטב"א הביאו בשם העיטור. הא אמורים בסי' זה בטו"ר דלא טענינן ליתומים מול יתומים רק בדטוענים אמר לנו אבינו והרב"ד חולק והטו"ר הסכים להראב"ד וכו' דכן מסתבר ולכך השמיטו דעתו המחב"ר ורמ"א ולכן דברי הש"ך תמוהים.

ע"כ: גם הרה"ף ה"ו הניח דברי הכנה"ג בצ"ע כמ"ש דמר"ן בקצר סתם כדעת בעה"ע ז"ל. דמאחר בס"א במע"פ פ' להדייא דאנן טענינן להו.

א"כ אף דלא פי' בס"ט גבי מלוה בשטר אפ"ה אית לן למימר ילמד סתום מן המפורש יעו"ש בדב"ק: והנלע"ד במה שיש להקשות על רבינו בעה"ט ז"ל הוא. דמאחר דבס"ד אשמועינן פלוגתא דרבוות' במע"פ דלדעה קמייתא לא טענינן.

ולהרמ"א ז"ל טענינן. אמאי איכפל תו לאשמועינן גבי מלוה בשטר בס' יז' דלבה"ע לא טענינן ולהראב"ד ז"ל טענינן: ותו אמאי בס"ד כ"כ משם הרמ"א.

ובסי' י"ז כתבה משם הראב"ד: ותו אמאי הוצרך להכריע ולומר דמסתברא כהראב"ד ז"ל. והלא די במה שהכריע בס"ד במע"פ כהרמ"א ותו אמאי האריך בלשונו בס"ד לומר ומסתברא כדברי הראב"ד שלעולם טוענין להחזיק הממון במקומו ע"כ.

ואלו בס"ד כ' אדברי הרמ"א וה"ן מסתברא ותו לא: וכדי לישב כ"ז אציג לפניך את דברי הב"ח ז"ל בס' י"ז שכ' משם מהרש"ל ז"ל. וצ"ע הלא פלוגתא זו כתבה רבינו לעיל בשם הרמ"א ומפני מה תלה עכשיו יותר בדברי הראב"ד מדברי הרמ"א ע"כ.

ולפע"ד יראה דהרמ"א לא איירי אלא במע"פ. ולכן הביא דבריו למעלה דמדבר במע"פ. ואיכא למימר דהתם הוא דטענינן ליורשי לזה לפוטרו אפי' כנגד יורשי מלוה כיון דלא באו בשטר. אבל בבאו בשטר מקויים דאיכא הוכחה מן השטר לא אמר ביה הרמ"א מידי.

ולכן הביא ס' הראב"ד כאן דמיירי בשטר דאפ"ה טענינן ליורש. והיינו דקאמר רבינו ומסתבר כדברי הראב"ד ז"ל שלעולם טוענין להחזיק הממון במקומו.

כלומר לעולם טוענין אע"פ דיורשי מלוה נקטי שטרא בדייהו. והיה צריך לכתוב גם למעלה הפלוגתא דרבוותא דאפי' במע"פ נמי איכא מ"ד דאי שתק אין ב"ד טוענין ליורש לחוב לשאר היורשין.

ע"כ לשון הב"ח: הנה בדברי הרב. הוסרו כל התמיהות.

וא"ש הכל א"ץ לכפול הדברים. ועיניך תחזינה בהאי צריכותא דעביד הרב בהני תרי פלוגתא דרבוותא דפליגי במע"פ ובמלוה בשטר.

והיינו דבמלוה בשטר בא להודיעך כחה דהראב"ד דהגם דאיכא ליורשי מלוה הוכחה בשטר מקויים אפ"ה טענינן ליורשי לזה. ובמע"פ בא להודיעך כחה דאיך מ"ד דלא טענינן אף דליכא ליורשי מלוה שום הוכחה.

וא"כ לפי דעתו. מר"ן דפ' בס"א גבי מע"פ דטענינן ובס"ט גבי מלוה בשטר סתם לן דבריו.

הא ודאי דלא נוכל לומר דילמד סתום מן המפורש. כיון שהמפורש איירי במע"פ דליכא הוכחה.

א"כ התם הוא דטענינן. אבל במלוה בשטר דאיכא הוכחה.

אימא דלא טענינן. ומעתה אף אתה אמור.

גם הכנה"ג והש"ך הכי ס"ל. ומה שלא הביא הש"ך כ"א דברי הריטב"א ולא דברי רבינו בעה"ט.

הוא משום דדברי הטור עיני כל אדם חזו בו. ולא הוצרך כ"א להביא מן החדש לאפוש גברי לאלומי כח סברא זו.

ונמצינו למדים דלדעת הב"ח והש"ך והכנה"ג ז"ל. דדעת מר"ן היא דכל היכא דאיכא הוכחה.

לא טענינן ליתמי נגד יתמי. ומינה לנד"ד דיוורש זה בא לערער מחמת שהיא של אבותיו ואין מי שיכחיש דבר זה.

דזה ודאי הוכחה גדולה היא. ולא טענינן ליורשים המחזיקים כדי לחוב ליורשים.

ואפי' תימא דגם דעת מר"ן מידי פלוגתא לא נפקא. וכדס"ל להרב האורים מ"מ.

הכי כתבנו משם מהרש"ג ז"ל שכ' אנדון דידיה דיורשי הבן הם המוחזקים. והט' דארעא בחזקת מרה קמא קיימא.

ומינה למאי דאנן קיימין ביה אנן נמי נימא דיורשי הרח"פ הם המוחזקים: ואולם חזי הוית. דהא דמהרש"ג ז"ל.

מידי פלוגתא לא נפקא. דדבר זה נפתח בגדולים בפ' חזקת ד' ל"ב גבי ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא.

א"ל מינך זבינתא והא שטרא וכו'. ופליגי בה רבה ורב יוסף.

ואמר רב אידי בר אבין הלכתא כוותיה דרבה בארעה דהיכא דקיימא ארעא תיקום והלכתא כוותיה דרב יוסף בזווי דהיכא דקיימי זווי לוקמי. ופי' רשב"ם ז"ל דמספקא ליה לרב אידי כמאן הלכתא הילכך בארעא פסק כרבה דהיכא דקיימא ארעא תיקום.

דהמע"ה ובזווי כרב יוסף שהלוה מוחזק והתוס' ז"ל בד"ה והלכתא. הקשו עליו מההיא דכתובות ד' פ' דאמרינן אוקי תרי בהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת בר שטיא.

וחילקו בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא וכתבו דדוחק הוא תו הקשו [דהלכתא בארעא כרבה וכרב יוסף בזווי] דהלכתא משמע דלגמרי פוסק כרבה ולא מספק. וכתבו משם ר"י דהט' דהלכתא בארעא כרבה וכרב יוסף בזווי משום דאמרינן מיגו לאוקומי ממונא ואית לן לאוקומי ארעא בחזקת מרה דקיימא השתא.

ע"כ.

ונמצינו למדים. דלשיטת ר"י ז"ל דוקא הכא דאיכא מיגו הוא דאמרינן היכא דקיימא ארעא תיקום.

ואין למידין מזה למקום אחר דאיכא פלוגתא דרבוותא וליכא מיגו. ואולם לשיטת רשב"ם כל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אמרינן ארעא היכא דקיימא השתא תיקום.

ועי' מהרימ"ט ח"מ סי' ע"ה: והמש"ל פ"ז מהל' שכי' הביא להקת הפוס' דאזלי בשיטת רשב"ם ז"ל. ואסופא דמילתא כ' כללו של דבר דכל הני רבוותא קיימי כשיטת רשב"ם ז"ל ולא מצינו מי שיחלוק עליו בפ"י כי אם ר"י בעל התוס' ויחידאה הוא.

ע"כ: והמט"ש ז"ל סי' ק"מ בהגה"ט אות י"ז ב' ולענין הלכה בפלוגתא דרבוותא לא אמרינן קרקע בחזקת מרה קיימא קאי אלא היכא דקיימא תיקום וכס' רשב"ם והכי אזלא סוגיין. ע"כ: וגדולה מזאת מצינו למהרימ"ט ז"ל בח"א סי' קי"ד שכ' דהט' דפסק מר"ן ז"ל כמ"ד יש חזקה להיזק ראייה.

לפי שראה הרב ז"ל במחלוקת היא שנויה תפס סברה זו לסייע את המוחזק כאותה שאמרו הלכתא כוותיה דרבה בארעא היכא דקיימא ארעא תיקום ע"כ. והב"ד המש"ל ז"ל שם: גם הרב שע"א ז"ל ח"מ סי' כ"ו ד' מ"ג ע"ד הב"ד מהרימ"ט ז"ל וכתב דכן נמשך אחריו בתשובה מהר"י כולי בס"ס עזרת נשים דנ"ט ע"א דמר"ן קאי בשיטת רשב"ם ורבים דעמיה והוסיף נופך משלו לומר דכן ג"כ נראה ממה שפסק מר"ן בר"ס ק"ן בפלוגתא דיורד ברשות כמ"ד דיש לה חזקה כמו שיוע"ש.

וכן נמשך אחריהם גם הרב מהרח"פ נר"ו בס' חקקי לב חו"מ סי' טו"ב דמר"ן בדרך זו הלך כדעת רשב"ם ודעמיה ע"כ: ומאחר עלות חבל נביאים ומר"ן ז"ל דגרירנא אבתריה בהדיהו לדעת ארבעה מלכים מהרימ"ט ז"ל והמש"ל ז"ל ומהרי"ך ז"ל ומהרח"פ ז"ל ודאי דהכי נקיטינן דלא כמהרש"ג ז"ל.

והגם דהרב שע"א ז"ל שם דחה דבריהם וכ' וז"ל אמנם אחד הרואה יראה דלא מיכריעה מידי מההיא דפסק מר"ן בס' קנ"ד דקאי בדעת רשב"ם. משום דאיכא למימר דההיא לאו מתורת ספק הוא דפסק מר"ן כמ"ד דיש חזקה להיזק ראייה אלא מתורת ודאי.

דהכי פסיקא ליה מילתא לפי מאי דכייל לן מר דהיכא דקיימי שנים מעמודי הוראה בדעת אחד הכי נקיטינן. וכיון דהרמב"ם והרא"ש סברי הכי וכדעת ר"י נ' מיגאש מהט' הוא דפסק הלכתא כוותייהו.

וכמש"ר הדבר מפורש בתשו' אבקת רוכל סי' ק"ך דמר ניהו גופיה מפרש ואזיל דמהט' הוא דפסיק ותני הכי כמו שיעו"ש ע"כ. מ"מ לא שבקינן דברי מהרימ"ט והמש"ל ומהרי"ך ומהרח"פ ז"ל דכולהו סברי שכן היא דעת מר"ן.

מקמי הרב שע"א דדחה את דבריהם: וזאת אגיד כי לכאורה נפלאתי איך הכריעו מההיא דס' קנ"ד שכן היא דעת מר"ן. והדבר ידוע דדרכו של מר"ן ז"ל לילך אחר שלשה עמודי הוראה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל או אחר רובם ומי הגיד להם דמר"ן מספיקא פסק כן ולא מדינה ובדדחה דבריהם הרב שע"א: ואולם כד דייקנא אשכחנא דקושטא הוא כמ"ש הרבנים הנז' וכל הכרעתם הוא ממאי דפס' ז"ל דיש חזקה להיזק ראייה לאלתר ולא בעי ג"ש.

דהרא"ש ז"ל ס"ל כדעת ר"ת ז"ל דבעי ג"ש. והרי"ף ז"ל ס"ל דאין חזקה להיזק ראייה כלל דבקוטרא וב"ה הוא.

ולהרמב"ם ז"ל לדעת הטור"ר ז"ל ס"ל דאין חזקה להיזק ראייה. אלא דהב"י ז"ל פליג עליה וס"ל דלהרמב"ם ז"ל יש חזקה להיזק ראייה כהרא"ש ולא כהרי"ף ז"ל אלא דבזה פליגי דלהרמב"ם ז"ל החזיק לאלתר ולהרא"ש ז"ל עד דאיכא ג"ש כמבואר כ"ז בס"י קנ"ד בטור ובב"י ז"ל.

וא"כ מאי דפסק מר"ן דהחזיק לאלתר הוא לדעת הרמב"ם לבד. דאלו להרי"ף ז"ל אין לו חזקה כלל ולהרא"ש עד דאיכא ג"ש.

וא"כ בתוך הג"ש לדעת תרווייהו אין לו חזקה. וא"כ מוכרחין אנו לומר דהאי דפסק מר"ן דהויא חזקה לאלתר.

לאו מההוא כללא דכ"ל לן כמ"ש השע"א ז"ל. דנהפוך הוא דלשני עמודי הוראה לית ליה חזקה בתוך שלש.

א"ו דהט' משום דס"ל כרשב"ם ז"ל וכמ"ש מהרי"מ ט"ז ורבוותא דעמיה. והכי דייקי דברי מהרי"מ ט"ז בתשובתו שם שמתחילה הב"ד האומרים דאין לו חזקה כלל ושיש אומרים שיש לו חזקה ולא עוד אלא אפי' לאלתר כמ"ש הרמב"ם.

ושוב כתב וכן תפס הרב מהרי"ק ז"ל לעיקר בפסקיו דמדשתק הוי חזקה לאלתר ולפי שראה הרב שבמחלוקת היא שנויה וכו' ע"כ. ואחד הרואה דמשתמען מלוהי דעיקר הכרעתו בדעת מר"ן היא ממאי דפסק מדשתק הוי חזקה לאלתר ודלא כמאי דסבר השע"א ז"ל דהכרעתם היא ממאי דפסק יש חזקה.

וכן מוכרח לומר לדעת המש"ל דס"ל דבחזקה ג"ש אף ר"י יודה וכמ"ש להלן: ובר מן דין הרי מצינו לרבינו הב"י בסוס"י קנ"ה שכו' וז"ל וז"ל הרשב"א ח"ג סי' קס"ב כבר ראית שדעת נוטה לדעת רבינו יעקב דכל נזקים אלו וכו' ומ"מ רוב חכמי ישראל וגם רבותינו נ"ע לא הסכימו לכך ולפיכך למעשה אני אומר שאם כבר פתח לו חלונותיו.

אין מחייבין אותו לסותמם ולא לסלק דומה למ"ש ארעא היכא דקיימא תיקום ע"כ. ע"ש.

ומצינו למהרי"מ ט"ז ז"ל חלק חו"מ סי' ע"ה שכ' על תשו' זו. דהרשב"א תפס שיטת רשב"ם ז"ל ע"ש: גם המש"ל בפ"ז מהל' שכ"י כ' דמוכרח דהרשב"א אזיל בשיטתיה דרשב"ם דאי הוה ס"ל כפי' ר"י דטעמא משום מיגו.

מה דמיון הביא לנדון שלו ע"כ. וכבר השרישנו רבינו הכנה"ג ז"ל בתשו' ח"ב סי' מ"ו ובסי' פ"א ובכמה מקומות דכשמביא בב"י איזה סברא ולא ערער עליה ולא כ' עליה חולקים שכן היא דעתו ע"ש.

וכן ראיתי ג"כ להדייא במהרי"מ ט"ז ז"ל ואיני זוכר כעת איה מקום כבודו. וא"כ אפי' למאי דסבר השע"א ז"ל דאין להכריע דעת מר"ן מההיא דסי' קנ"ד.

הרי יש להכריע שכן היא דעתו בב"י מההיא דסי' קנ"ה. ואנן גרירנא בתריה דמר"ן ז"ל במ"ש בב"י או בש"ע כי כן קיימו וקבלו עליהם אבותינו ורבותינו הא' נ"ן זיע"א כמ"ש בפסקי הא': והן אמת כי ראיתי להרב שע"א ז"ל שהביא דברי א' מרבני דורו שכ' דאנן אתכא דמר"ן סמכי' דאיהו ס"ל כר"י דהט' משום מיגו דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא

כמ"ש בש"ע חו"מ סי' קמ"ו וא"כ בדליכא מיגו הוי דינו כתרי ותרי דאמרינן אוקי ארעא בחזקת מרה קמא.

ומני"ר השע"א ז"ל דחה דבריו ושרטט וכתב וז"ל ואין דמיונו עולא יפה משום דודאי היכא שמכחישינן זל"ז בטענותיהם ליכא מאן דפליג ואף רשב"ם יודה דאי לית ליה מיגו אוקמינן ארעא בחזקת מרא קמא וכההיא דאמרינן בפ' מי שמת במתנה שלא נתפרש אם היה ש"מ או בריא והרי הם מכחישים זא"ז דקי"ל אוקי ארעא בחזקת מרה קמא ופסקו הרמב"ם ספ"ט מ"ה זכייה וטוש"ע בסי' רנ"א וכן בספיקא דתרי ותרי הו"ל כמו הכחשה בטענות.

משא"כ בספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא דחדית לן רשב"ם דלא הוי כמו ס' דתרי ותרי ודינא הוא דאוקמינן ארעא בחזקת מאן דקאי השתא גם כי לית ליה מיגו ונמשכו אחריו כמה מן הפוס' ראשונים ואחרונים מאן לימא לן דגם מר"ן לא משיך ואזיל אבתרייהו וכו'. ע"כ: וקושטא הוא דמההיא דסי' קמ"ו לא מכרעא לומר דדעת מר"ן כדעת ר"י ולא כדעת רשב"ם ז"ל דבהאי דינא בין למ' ובין למ'ר בעינן מיגו.

שהרי דין זה היינו ההוא עובדא דפ' חזקת דאייתנין לעיל דאפליגו בה רבה ורב יוסף. ולכ"ע בעי מיגו אלא דפליגי אי מהני האי מיגו דמה לו לשקר אם לא.

דלרבה מהני ולרב יוסף לא מהני. ובמאי דפסק רב אידי כרבה בארעא וכרב יוסי בזווי הוא דפליגי רשב"ם ור"י בטעם דבריו כמש"ל.

והאי דנקט מר"ן ז"ל הואיל ואלו רצה וכו' הם דברי רבה דאמר מה לו לשקר דפסק רב אידי כוותיה. וא"כ היאך נוכל להכריח מדברי מר"ן הללו שהם כדברי רבה.

דאזיל מ'ר לשיטת ר"י. והלא מידי הוא טעמא לרבה הוא משום דחשיב ליה מיגו.

והשע"א ז"ל לא פירש דבריו וקצר כמובן מעצמו. ומוכרח לומר דכוונתו במה שדוחה הוא כמ"ש.

אלא דבא בנותן טעם אעיקרא דדינא דהוצרך מר"ן להאי טעמא דמיגו משום דכשמכחישינן זל"ז בטענות צריך מגו. ולזה הביא ראייה מההיא דפ' מ"ש וכו'.

ואולם לא ידענא אמאי הוצרך הרב להביא ראייה ממקומות אחרים. אחר שבמקור הדין שממנו נובעים דברי מר"ן מצינו דלכ"ע צריך מיגו: באופן דלדעת רשב"ם ורבים דעמיה וגם מר"ן מלכא בהדייהו לדעת ארבעה מלכים אדירים מצוקי ארץ מהרימ"ט והמש"ל ומהרי"ך ומהרח"פ ז"ל ושכן נלע"ד קלה כמות שהיא וכמש"ל דבפלוגתא דרבוותא מאן דקאי השתא בארעא הוא המוחזק.

וא"כ לא מהני לדידן דגרירנא בתר מר"ן הך טעמא קמא דקא יהיב מהרש"ג ז"ל. וזה דוקא לדעת התוס' דס"ל לחלק לשיטת רשב"ם בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא דפלוגתא דרבוותא כי היכי דלא תיקשי לרשב"ם ז"ל מההיא דכתובות גבי דבר שטיא דאמרינן אוקי תרי להדי תרי ואוקי ארעא בחזקת מרה קמא: ואולם חזיתיה לרבינו מוהרימ"ט ז"ל ח"מ סי' ע"ה דלא ניחא ליה למ'ר לחלק כן דדחיק ורחיק וכמ"ש התוס' גופייהו.

ואיהו מפרק לה לקושית התוס' וזה תוכן דבריו אחר ההתבוננות כפי קוצר השג יד. והוא דשאני ההיא דפ' חזקת דע"י השטר שהוציא קודם דגחין ולחיש.

הוציא הקרקע מחזקת מרה קמא והועמד בחזקתו והיה זוכה בדין. ואף דאח"כ גחין ולחיש לא הורע חזקתו בזה דאכתי קא טעין שטרא מעליא הו"ל ואירכס.

ואף דאיכא מ"ד דלא מהימן בטענה זו ומידי פלוגתא לא נפקא דפליגי בה רבה ורב יוסף. אפ"ה לא איתרע חזקתיה בזה.

דהא לא פליגי אלא אי מהימן ליה במיגו כי האי. ואפ"י רב יוסף לא קאמר אלא דלא מהימן ליה במיגו כי האי.

אבל אינו מכחיש לומר דודאי לא קנה. וכיון דאין כאן מי שיכחישו לא איתרע חזקתו שהחזיקו ע"י השטר שהוציא קודם שילחוש.

אכן ההיא דבר שטיא דאיכא חד צד מצדדי הספק דמכחיש דאיכא תרי סהדי אחרוני דקאמרי כשהוא שוטה זבין דלפי דבריהם אין כאן מכר כלל ולכן אף דאפיק שטרא הרי איתרע ואמרי' אוקי תרי להדי תרי. ואוקי ארעא בחזקת מרה קמא ע"כ וע"פ תורתו של רבינו מהרימ"ט ז"ל אפשר לומר דגם מהרש"ג ז"ל הכי ס"ל.

ונאמר דמ"ש בפלוגתא דרבוותא יורשי הבן הם המוחזקים. הוא אפ"י לדעת רשב"ם.

דע"כ לא קאמר רשב"ם אלא התם דקודם דלחיש היה זוכה בדין להחזיק ע"י השטר. ואף אחר דלחיש לא איתרע חזקתיה דהיה זוכה בדין קודם שילחוש דהרי הוא טוען שטר כשר היה לו.

וגם המ"ד דפליג ומחייב לא מכחיש ליה אלא דאינו מאמינו בטענה זו במיגו כהאי. ואולם בההיא דמהרש"ג דשטר הצואה שהוציאו יורשי הבת הוא בטל מן הדין ואכתי ברשות מרה קמא קאי.

אלא שרצה הרב להעמידה בידם משום דאפשר לקחו מהבן ומתורת מקח וממכר ולא מצד הצוואה ולזה כ' כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אי טעני' ליתמי נגד יתמי לא טענינן להו. והגם דפלוגתא דרבוותא דהכא הוי כפלוגתא דרבה ורב יוסף דהכא נמי ליכא הכחשה שהרי אף להנך רבוותא דפליגי וס"ל דלא טענינן.

לא נוכל להכחיש ולומר דודאי לא קנו. אפ"ה לא טענינן להו דארעא בחזקת מרה קמא קאי.

שהרי מעולם לא הועמדה בחזקת יורשי הבת דקיימי בה השתא אפ"י בשהוציאו שטר הצוואה כדי שנאמר השתא דאיכא פלוגתא העמידנה ברשות מאן דקאי השתא. דלא מקרי יצאה מרשות מרה קמא והועמדה ברשותו אלא דוקא אם היה הדין באותה שעה להעמידה בחזקתו.

ולזה אף דנתגלגל הדבר ובא לידי ספק אמרי' דארעא היכא דקיימא תיקום כה"ג דפ' חזקת דע"י השטר שהוציא היה הדין נותן להעמידה בחזקתו קודם דלחיש: וכן מצאתי לרב"א בש"מ בפ' חזקת שכ' אההוא עובדא וזל"ה. ה"ז נאמן שהרי מכיון שאמר שיש

שטר מכר בידו כבר היה זוכה בדין בשדה זו ולא היה צריך להוציא אחר מתוכה שהרי היה מחזיק ובא בשדה זו וכשחזר וטען שהוא שטר אמנה אלא ששטר המכר היה בידו ואבד אין השדה יוצאה מחזקתו וכו'.

ומינה לנ"ד דכאשר נניח דמתנה זו בטלה מן הדין הרי לא יצא הקרקע מחזקת מרה קמא. וכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא טענינן אפי' לדעת רשב"ם לדעת מהרימ"ט ז"ל: אכן ממהרימ"ט גופיה.

יש לדון איפכא. דאשכחנא ליה דהוצרך לשיטתיה לבא לכלל ישוב אהרשב"א ז"ל דתפיס שיטת רשב"ם.

כדאשכחן ליה בההיא תשו' שהביא הב"י בסוס"י קנ"ה וכמש"ל. משום דקשיא ליה דבשלמא לדברי התוספות דהחילוק הוא בין ספיקא דתרי ותרי לפלוגתא דרבוותא.

ניחא הא דיליף הרשב"א מינה לההיא פלוגתא דר"ת ושאר רבוותא דפליגי אי מועיל שטרא גבי היזק ראייה וקוטרא וב"ה דאם בא לסתום אינו רשאי דומיא דמ"ש ארעא היכא דקיימא תיקום. אך לדעת מהרימ"ט ז"ל לאו בכל פלוגתא דרבוותא אמרינן כן.

אלא כההיא דפ' חזקת דע"י השטר שהוציא היה מחזיק מהדין. ואף אחר דלחיש נתגלגל הדבר ובא לידי פלוגתא דרבוותא.

מ"מ אין נמשך מההיא פלוגתא להכחיש דבריו ולומר דודאי לא קנה בשטר כשר. אלא דלא מהימנן ליה.

אך בנדון הרשב"א אף אם הוציא השטר לא היה יכול להחזיק בדין לדעת רבוותא דסברי דאף שטרא אינו מועיל בהיזק ראייה וקוטרא וכו' ולדידהו הוי כאומר אין כאן מכר. ולא דמיא לההיא דרבה דפ' חזקת: והנה לא העתקנו לשון מהרימ"ט ז"ל אלא הבנת דבריו כפי עניות דעתו.

יען ראיתי להפרמ"א ז"ל ח"א סי' כ"ו שהקשא על מ"ש מהרימ"ט בסוף התשובה אדברי הרשב"א וזל"ה מ"מ לא דמיא לההיא דארעא היכא דקיימה תיקום דהתם ע"י השטר הועמדה בידו כי היכי דלא תקשי לה מההיא דבר שטיא כ"ש לדברי התוס' אין ממנה ראייה ע"כ. וע"ז כ' הפרמ"א ז"ל שנדו ממנו ושותא דמר לא ידענא דהא לפי דבריו של לוקח ע"י שטר הועמדה בידו לההיא זכותא אלא שיש ספק אי מהימן ע"פ חזקתו דומה לההיא דרבה דע"י שטר כשר הועמדה בידו אלא שיש ספק אי מהימן ע"י מיגו ומה לי מיגו מסופק ומה לי חזקה מסופקת ע"כ: ואהמ"ר ונשיקת הרצפה לא יכולתי להלום דבריו ולא ידענא מא קא קשיא ליה על רבינו מהרימ"ט כי כפי מה שפירשנו אנן בעניותין בכוונת דבריו.

הא ודאי דלשטתיה לא דמיא ההיא דהרשב"א לההיא דרבה. וכבר ביארנו כל הצורך אין צורך לכפול הדברים: איך שיהיה.

הדרן למאי דאתן עלה. דמהרימ"ט ז"ל תריץ אהרשב"א ז"ל וז"ל.

ונ"ל שאף הרשב"א לא למד הימנא אלא לענין שבא מחמת טענת מכר דנקט שטרא בידיה לומר דמאחר שבאמת מכר בשטר הרי עמד הקרקע בחזקתו. ולא נפל לנו ספק במחלוקת של חכמים אלא אם יכול לחזור ולומר סבור הייתי שאני יכול לקבל.

ועכשיו איני יכול לקבל אמרינן ארעא דקיימא עד השתא תיקום ומספיקא לא מבטלינן זכותו שהחזיק עד עתה ברשותו. דאפי' תימא שהקרקע מעיקרו בחזקת בעליו עומד.

מ"מ הו"ל השתא כמאן דתפיס במטלטלי שכ' הרא"ש שם בכתובות דמהני דלא דמי לתקפו כהן. משום שתפס קודם שנולד הספק א"כ לפי שטוען בריא.

וכאן איכא תרתי שתפיסתו ברשות בעלים קודם שנולד הספק שחזר בו בעל החצר. והו"ל תפוס בטענת בריא.

אבל היכא דבא שלא מחמת טענה אלא מכח סבלנות בעלמא ובזה נחלקו שלא עלתה לו חזקה וכו' אף כאן החצר ידוע ובעל החלון אינו טוען בריא שמחל לו בפירוש ומפני הסבלנות אינו יכול להתחזק בה וכו' ע"ש: מעתה נובין ונדון למאי דאנן קיימין ביה. דאף למאי דכתבינן לעיל דלא דמי האי גוונא דידן לההיא דרבה.

כפי חילוקו דמוהרימ"ט ז"ל. מ"מ הא דמיא לההיא דהרשב"א למאי דפריש מהרימ"ט גופיה.

שהרי נכנסו בקרקע ברשות מכח שטר המתנה. וא"כ היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אמרינן דהו"ל כמאן דתפיס במטלטלי שהרי תפס ברשות הבעלים קודם שנולד הספק שבא המערער.

וכההיא דהרשב"א לדעת מהרימ"ט ז"ל. וגם בנדון מהרש"ג ז"ל יכולים אנו לומר כן: ובפרט לדידן דגירינא בתר מר"ן ז"ל דודאי לא ס"ל כהאי חילוקא דמהרימ"ט ז"ל ומ"ר ניהו גופיה יודה בזה.

דהא כתבינן לעיל. דאיהו גופיה כתב דדעת מר"ן דפסק יש חזקה להיזק ראייה.

הוא משום דס"ל כרשב"ם ז"ל. ומהרימ"ט בתשו' זו דסי' ע"ה כ' דכה"ג דפלוגתא זו דהיזק ראייה.

מרה קמא הוא המוחזק אף לדעת רשב"ם ז"ל דלא דמיא לדרבה אלא לדבר שטיא. ואף להרשב"א דוקא בבא מחמת מכר.

אבל לא בבא מחמת סבלנות שראה ושתק. דבפלוגתא זו לא החזיק.

ואלו מר"ן ז"ל פסק בהיזק ראייה חזקה אף בבא מחמת סבלנות וכמ"ש בסי' קנ"ד ס"ז או שראה הניזק ולא ערער. א"ו דמר"ן ס"ל כדעת התוס' דהחילוק הוא לשיטת רשב"ם בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דפלוגתא דרבוותא.

ומ'ר ניהו אזיל ופסיק כדעת רשב"ם ז"ל דבפלוגתא דרבוותא ארעא בחזקת מאן דקיימא השתא תיקום: אחר כותבי חזי הוית לה' עין משפט ז"ל סי' ד' דפ"ח ע"ג שכ' וזל"ה. התוס' ס"ל דלא מחלקינן בין ספיקא דעלמא להיכא דהוי ספיקא דדינא כמאן הלכה וכן נראה דס"ל להב"י סי' פ"ג ס"ה דפירש הסוג' דבתרא דעובדא דרבה ורב יוסף דאמר

רב אידי ארעא היכא דקיימא תיקום לענין דינא דמיגו להוציא לא אמרינן וכיון דפירש
ההיא סוגיית הכי ולא לענין ספיקא שוב לא משכחנא בשום מקום לחלק בין ספיקא
דדינא לשאר ספיקי דעלמא וכו'.

ע"ש: ואהמ"ר ונשיקת הרצפה לא זכיתי להלום דב"ק. דלא יצדקו דברי הרב.

אלא אם היה מר"ן הב"י איירי בנותן טעם אמאי דפסיק רב אידי הלכתא כרב יוסף בזווי
וקא יהיב טעמא משום מיגו. אבל מר"ן לא איירי בטעמא דרב אידי.

אלא קא יהיב טעמא אעיקרא דדינא אמאי פליג רב יוסף ארבה. ואציג לפניך את דברי
מר"ן הב"י ז"ל דכתב אדברי רבינו בעה"ט ס"ה דאיירי בהאי דינא דזווי דפ' חזקת וז"ל.

מעשה ואפליגו בה רבה ורב יוסף ואסיקנא דבשטר הלואה הלכתא כרב יוסף דאמר
אמאי סמכת אהאי שטרא חספא בעלמא הוא וכ' התוס' שי"א שהטעם שאין אנו אומרים
מגו דאי בעי אמר אינו מזוייף נאמן לומר שטרא הוה לי ואירכס משום דמיגו לאפוקי
ממונא לא אמרינן ור"י אומר דהיינו טעמא דלא אמרינן מיגו כי האי כיון דליכא מיגו
אם לא שישקר תחילה כי הכא שהוצרך לשקר תחילה ולומר שטרא מעליא הוא והיינו
דאמר רב יוסף אמאי קא סמכת אהאי שטרא כלומר במה אתה רוצה לזכות בשטר זה
האי שטרא זייפא בעלמא הוא והואיל וכן הוא אין לנו להאמינו במה שהיה יכול לשקר
יותר ממה שהוא משקר שהוציא שטר מזויף בב"ד ע"כ.

והנה מ"ש הב"י. וכתבו התוס'.

לא קאי אמ"ש ואסיקנא דבשטר הלואה הלכתא כרב יוסף. אלא קאי אמאי דקאמר רב
יוסף אמאי סמכת וכו'.

שהרי דברי הב"י הללו הם לקוחים מהתוס' שם בד"ה אמאי קא סמכת וכו'. דהתם קא
מקשי ארב יוסף אמאי פליג ארבה בההוא עובדא דארעא וליהמניה במגו דאי בעי אמר
שטרא מעליא הוא ותירץ ריב"ם דלא אמרינן מגו להוציא ור"י חולק משום דאין לשון
רב יוסף מורה על פירוש זה ותירץ משום דלית הכא מגו אא"כ שקר א"נ משום דהוי
חוזר וטוען.

ע"ש ובהרא"ש. וכל דבריהם בדיבור זה הם בנותן טעם לרב יוסף דאמר אמאי קא סמכת
וכו' ולא מהימנן ליה במיגו.

וגם רשב"ם בד"ה אמאי קא סמכת בא לכלל ישוב כי היכי דלא תקשי לרב יוסף. לך נא
ראה.

אלא דהתוס' לא ניחא להו בטעמא דידיה כמבואר כ"ז בהרא"ש ודברי התוס' הללו הן
הן הדברים הנאמרים בב"י שם. וכל פלוגתייהו דר"י ורשב"ם.

הם בטעמא דרב אידי כמבואר שם בד"ה והלכתא. וא"כ מהיכן הוכיח הרב דמר"ן אזיל
בשיטת ר"י.

ונהפוך הוא מדברי מר"ן הללו יש להוכיח דאזיל בשיטת רשב"ם. משום דיש להקשות דלדעת ר"י דטעמא דרב יוסף דלא המניה במיגו הוא מהני תרי טעמי הנז' ונמצא דלרבה דקא סבר מהימנן ליה במיגו לא חייש להנך טעמי וס"ל דמיגו טוב הוא.

ורב אידי דפסק הלכתא כרבה בארעא. לאו מספק.

אלא לגמרי. אכן בזווי הלכתא כרב יוסף משום דהוי מיגו להוציא ולא מהנך טעמי דרב יוסף דלא מתוקמי אליבא דרבה.

ואי הב"י ס"ל כשיטת ר"י לא הו"ל להביא גבי האי דינא דזווי הני טעמי דקא יהיב ר"י אליבא דרב יוסף. דלדידיה לא מתוקמי אליבא דרבה.

אלא הך טעמא דמיגו להוציא וכו'. אך אי נימא דמר"ן אזיל בשיטת רשב"ם ניהא.

דלדידיה לאו לגמרי פסק רב אידי כרבה. אלא משום דמספקא ליה.

ובארעא לא חיישינן להנך טעמי כרבה. ובזווי חיישינן להו כרב יוסף.

וכ"ז פשוט הוא. ודברי הרב עין משפט תמוהים וצ"ע: ועיין להש"ך סי' פ"ג שכ' אדברי התוס' הנז' וזל"ה.

והיינו לפי פירושם שכ' דלא מספיקא פסק רב אידי הכי. אבל אין פירושם מוכרח.

דנהי דבקרקע לא מהני תפיסא בספיקא דדינא ומוקמינן לה בחזקת מרה קמא וכמ"ש בספרי תקפו כהן באריכות. י"ל דהכא היה נראה לרב אידי סברתו של רבה יותר אלא שלא היה בידו להכריע לכך פסק בקרקע כרבה ולא רצה לעשות מעשה להוציא מהלוקח נגד סברתו של רבה וזה דעת רשב"ם שכ' דמספקא ליה לרב אידי הלכתא כמאן וכו'.

ע"ש.

ולפי דבריו אין למדים מההיא לשאר פלוגתא דרבוותא אפי' לדעת רשב"ם. דדוקא הכא הוא דאמרינן כיון דאיכא פלוגתא ארעא היכא דקיימא תיקום משום דדעת רב אידי היתה נוטה יותר לדעת רבה.

וא"כ אף אנן נמי נימא דאפשר דגם מר"ן יסבור כן. ולפ"ז אין להוכיח מדברי הב"י הנז' דס"ל דבפלוגתא דרבוותא אמרי' ארעא היכא דקיימא תיקום.

דהגם דנימא דמדבריו מוכח דאזיל בשיטת רשב"ם דסבר האי דפסק רב אידי הלכתא כרבה הוא מספיקא וכמש"ל. מ"מ אין ללמוד ממנה למקום אחר: ואולם מההיא דפסק מר"ן יש חזקה להיזק ראייה דמינה הכריעו מהרימ"ט ז"ל ודעמיה דדעת מר"ן כרשב"ם וכמש"ל.

יש להוכיח דדעת מר"ן בפירוש רשב"ם דלא כהש"ך ז"ל. דהא חזינא ליה דקאמר לה אף בשאר פלוגתא דרבוותא.

וכן מוכח נמי גם מההיא תשובת הרשב"א שהביא הב"י סוס"י קנ"ד גבי שטר אי מועיל בקוטר א וב"ה דפליגי ר"ת ורבוותא כמש"ל: אכן ראיתי לה' עין משפט ס' ד' דפ"ח ע"ג שנטה לפרש כפי' הש"ך והב"ד ונסתייע ממנו. ומתוך דבריו כ' וכן הרשב"א מפני דחייש

לדברי רבותיו ורוב חכמי ישראל סמך על דבריהם להניח הדבר כמות שהוא ולעולם דס"ל דבעלמא היכא דהספק שקול אף בפלוגתא דרבוותא מוקמינן לה בחזקת מרה קמא.

ואף דמסגנון דבריו משתמען מלוהי דהדר ביה דכ' הן אמת דלפי דברי התוס' ליכא למימר הכי וכדמשמע מדברי הש"ך אלא ס"ל דכל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא מוקמינן בה מי שהוא השתא וכן משמע דס"ל להרא"ש ז"ל בההיא שהיה שם דבר הניזק כ' הר' יונה דהוי חזקה אם בא בטענה שמכר לו או שנתן לו רשות לעשות והוא הולך לשיטתו שהוא פסק כרב אלפס שאין המזיק רשאי לסמוך אע"פ שאין שם דבר הניזוק וכיון שהיה יכול למחות ולא מיחא הוי חזקה.

אבל א"א הרא"ש ז"ל כ' שאין להם חזקה לפי שלא היה יכול הניזק למחות כדברי ר"ת שכל דבר רשאי לסמוך כשאין שם דבר הניזוק וכיון שלא היה יכול למחות בו אין לזה חזקה ע"כ: הרי דלהר' יונה דס"ל כהר"ף דאינו רשאי לסמוך אף כשאין שם דבר הניזוק ולדידהו יכול למחות כיון דלא מיחא הוי חזקה.

אף דאיכא ר"ת ורבוותא דפליגי וס"ל דאינו יכול למחות. ואף דהרא"ש ז"ל לא פליג אלא משום דאיהו גופיה ס"ל כר"ת כמ"ש בטור שם סי' מ"ח.

ואמאי והא יכול הניזק לומר סבור הייתי כר"ת שאיני יכול למחות ולזה לא אסיק דעתי למחות. וכההיא דהפ"מ דכ' דכיון דאיכא מ"ד שהמכירה מכירה אפשר שרחל סברה שכך הוא הדין במוחלט.

ועי' קידושין יג' פריך רב אחאי. ובהר"ן שם ובש"ך ח"מ ס"ו סקנ"ו: מעתה נדעה נרדפה לחוות דעתינו בהאי מתנתא.

דאשכחנא בה דהנותן נתן כל נכסיו קו"ט וכו' ולא הקנה כל דבר לפי קניינו. אלא בחדא מחתא מחתינהו הכל כאשר לכל בקנין סודר.

והגם שמעלת ידידינו הרה"ף כמוהר"ם ן' ג'ו הי"ו שרטט וכתב כי הנה כעת לא נמצא מטלטלין ולא שטרות וכו' רק קרקעות ותול"מ. מ"מ כיון דבשעת המתנה נתן הנותן הכ"ל בק"ס לחוד.

הא איכא למ"ד דבהתבטל מקצת המתנה. יתבטל הכל כאשר יתבאר להלן בע"ה.

ועוד בה דקא זכי לה בלשון תזכה דקי"ל דאין לשון זה מועיל בבריא כמ"ש בסי' רנ"ג לס' שניה. וכבר פקחו עיניהם ע"ז חו"ר צפרו יע"א וזת"ד.

והנה לכאורה היה נראה לסתור ולבטל מתנה זו מכמה טעמים. א' דלשון תזכה אינו מועיל בבריא וכמ"ש מר"ן בחומ"ש סי' רנ"ג ס"ג לדעת י"א בתרא דנקטינן כוותייהו כפי הכלל המסור בידינו.

ועוד מ"ש מור"ם סי' ר"ג סיו"ד וז"ל החליף מעות או מ"ט או מעות וקרקע ביחד. י"א הואיל וחליפין אינם קונים במעות נתבטל כל הקנין.

וי"א דכל הקנין קיים וי"א דקיים אצל הקרקע והמט"ל ובטל אצל המעות ע"כ וא"כ
בנ"ד נמי לדעה קמייתא נתבטל כל הקנין שהרי בקנין הקנה מה שקנה כבר ומה שעתיד
לקנות ואין הקנין מועיל למה שעתיד לקנות והיורשים שהם מוחזקים בכל הנכסים מהת'
יכולים לומר קי"ל כדעה קמייתא דכיון שנתבטל מקצת הקנין נתבטל כולו.

ומסקנת מילתייהו דלשון תזכה הכתוב בשטר המתנה מועיל שפיר לכ"ע אף בבריא דלא
אמרו שאין לשון זה מועיל בבריא אלא משום דמשמע להבא והוי קנין דברים כמו
שיראה המעיין בהטור וב"י לשם. וא"כ הכא בנ"ד כיון שהקנה בלשון חיוב הרי הקנין
חל על גופו מיד וכ"כ הסמ"ע בסי' ס' והש"ך לשם סקכ"ד.

ובר מן דין הרי כתוב בשטר המתנה תזכה מעו"מ. ובמעכשיו ליכא מאן דפליג וכבר כ'
כ"ז ה' ויאמר יצחק ז"ל ח"מ סי' קצ"ה יעו"ש.

ובאידיך טעמא כתבו דאין כאן מקום לומר קי"ל לא מבעיא למאן דתלי ההיא דמור"ם
בפלוגתא דתלמודא בקני את וחמור דודאי לא מצו היורשים לומר קי"ל כדעה קמייתא
נגד דעת מר"ן שפסק בסי' ר"ט להדיא דקנה מחצה. אלא אפי' לדברי האומרים דהיא
דמור"ם ז"ל שנייא היא כמו שיראה המעיין בסי' ק' לרבני האחרונים ז"ל.

מ"מ מאחר שראינו למור"ם ז"ל בסי' ר"ט דהוא אתריה דהאי דינא טפי לא הביא אלא
ס' האומרים דקנה מחצה כמ"ש בס"ד. נראה שכן הכרע מסברא דנפשיה.

וכ"כ הסמ"ע בסי' ר"ג סקי"ט. וא"כ לא מצו היורשים לומר קי"ל כנגד הכרעת מור"ם
ז"ל לדידן דקי"ל כוותיה דמ'ר במקום שאינו חולק ע"ד מר"ן ז"ל.

ובר מן דין הלא תראה לה' בעי חיי ז"ל בח"ב סי' נ"ז שהביא מחלוקת האח' ז"ל בענין
זה די"א דאין המוחזק יכול להשען על דברי האומר דלא קנה כלום דס' יחיד היא וי"א
דיכול לומר קי"ל והוא ז"ל העלה להלכה דבקרקות לא מצי למימר קי"ל ובמט"ל מצי
למימר קי"ל ע"ש. עכת"ד: הנה ההיא דהמרדכי ז"ל הביאה גם מר"ן ז"ל בב"י סי' ר"ג.

אלא דלדידן אין אנו צריכין לכ"ז. דהכלל המסור בדינו דיש ויש הלכה כבתרא.

הוא בין בדברי מר"ן בין בדברי מור"ם שאנו נגררין אחריהם. שהי"א שהביאו באחרונה
הכי נקטינן אפי' היא שלישת.

ואם לדידהו לא ס"ל הכי הו"ל לפרש לדבריהם שאין המערב נגרר אחריהם: אלא דכ"ז
לא יגהה מזור למאי דאנן קיימין ביה. דאף דנימא דסמי מכאן ההיא פלוגתא דרבוותא
שהביאו המרדכי ומור"ם ז"ל מהטעמים הנז'.

מ"מ אכתי לא איפרק וריעא מתנתא דא לדעת מר"ן. ונציע הדברים בקצרה.

דבפ' מ"ש ד' קמ"ג ע"א פליגי אמוראי באומר קני את וחמור דרב נחמן אמר קנה מחצה
ורב הממונא אמר לא קנה כלום ורב ששת אמר קנה הכל. והרמב"ם בפ' כ"ב מהל' מכי'
פסק כרב נחמן משום דקי"ל כוותיה בדיני.

וכ"פ מר"ן בח"מ סי' ר"י ס"ג. ובפ' האיש מקדש ד' נ"א פליגי אביי ורבא בקידושין
שאין מסורין לביאה.

ואב"י סבר דהווי קידושין. ופריך רבא לאב"י ממתניתין דהתם דקתני מעשה בחמש נשים ובהם שתי אחיות ואמר להם הרי כולכם מקודשות לי בכלכלה זו ואמרו חכמים אין אחיות מקודשות.

אחיות הוא דאינם מקודשות הא נכריות מקודשות היכי דמי אי דאמר להו כולכם. קני את וחמור הוא.

וקני את וחמור לא קנה. אלא דאמר להו אחת מכם וקתני דאין אחיות מקודשות.

ומשני אב"י בדאמר הראויה לביאה תתקדש לי דהשתא ודאי אין אחיות מקודשות. וכו' הר"ן ז"ל בפ' האיש מקדש וז"ל והרי"ף ז"ל לא הביא מזה וכו' משנתינו כצורתה ולא העמידה באומר הראויה מכם לביאה תתקדש לי וטעמו ז"ל משום דלא אצטריכנא לאוקמה בהכי אלא משום פירכא דאת וחמור הוא כלומר ותקשי למ"ד לא קנה ואע"ג דקי"ל קנה אשכחן דכוותה פירכא אליבא דלאו כהלכתא ומיהו לדידן דקי"ל דאת וחמור קנה מחצה מתוקמא לן מתני' אליבא דקי"ל כוותיה כפשטה בדאמר כולכם ולא קשיא לן מידי אבל בעל הלכות והרמב"ם ז"ל בפט' מה' אישות העמידו משנתינו דוקא באומר הראויה מכם לביאה מקודשת לי הלא"ה אין אחת מהם מקודשית ויש לתמוה למה.

ונ"ל שהם סוברים דהכא אליבא דהלכתא מקשינן דאפי' לדידן דקי"ל קנה מחצה הכא לא מקדשא חדא מנייהו משום דבשלמא איכא למימר שדעתו הוא שיקנה מי שיוכל לקנות שאין טעם לומר שמפני שזה אין לו יד לקנות שלא יקנה מי שיש לו יד. אבל מקדש זה קונה הוא אותם נשים בכלכלה של תאנים ולא נתנה להם אלא כדי שיזכה בכולם שכן דרך הלוקח ליקח רע ויפה כאחת משום יפה ומוכרין יעשו פשרה בניהם וכשם שלוקח ממוכר אחד יכול לומר כל מקחי אני רוצה ולא חציו בחצי דמיו כדמוכח בפ' בית כור וכו' כך ראוי שיהיה הדין בלוקח אחד משני מוכרין ע"כ: ובהרא"ש פ' האיש מקדש כ' ויש מחלקין דהתם דמפיק להו בתרי ואמר את וחמור קאמר רב נחמן דקנה מחצה אבל הכא דבחדא לישנא מפיק להו דאמר כולכם מודה רב נחמן דלא קנה.

ע"כ: ורבינו בעה"ט אה"ע סי' מ"א כ' היו עמהם נכריות ואמר כולכם מקודשות לי וקבלה אחת מהן בשביל כולם להרי"ף אחיות אינן מקודשות ונכריות כולן מקודשות ולבעל הלכות אף נכריות אינן מקודשות וכו': ורבינו הב"י ז"ל הביא דברי הר"ן והרא"ש ז"ל הנז' ואח"ך כ' ומ"ש להרי"ף וכו' ולבעל הלכות וכו' כבר נתבאר טעם מחלוקתם בסמוך: ובש"ע כתב ואם אמר כולכם מקודשות לי נכריות מקודשות.

ואחיות אינן מקודשות. וי"א שאף נכריות אינן מקודשות.

הלכך נכריות מקודשות מספק. ע"כ.

וס' א' היא ס' הרי"ף ז"ל דס"ל דבכל גוונא סבר רב נחמן קנה מחצה וההיא סוגיית דפרק האיש מקדש לאו אליבא דהלכתא היא. וס' ב' היא דעת הרמב"ם ז"ל דס"ל דבההיא מודה רב נחמן או מטעם הר"ן ז"ל או מטעם הי"מ שכתב הרא"ש ז"ל.

ומאחר דמר"ן ז"ל ס"ל גבי קידושין דנכריות מקודשות מספק. ממילא אתה למד דלענין ממונא ס"ל דאין להוציא מיד המוחזק: ולכאורה יש לתמוה.

שהרי מר"ן ז"ל בב"י כ' וז"ל. ומ"ש רבינו שהרא"ש כ' כרב אלפס אינו נראה בעיני
שהרי הרא"ש לא הכריע בין ב' הסברות ע"כ.

והנה מוכרחין אנו לומר דדעת מר"ן היא. דהרא"ש ס"ל כבעל הלכות והרמב"ם ז"ל.
והגם דמשתמע מלוהי בב"י דלא מכרעא ליה מילתא כמאן פסק הרא"ש ז"ל. מ"מ א"א
לפרש כן.

שהרי כ' בב"י ח"מ סי' ה' אמ"ש הטור וכן היא מסקנת א"א הרא"ש ז"ל הוא ממ"ש
דעת ר"ת ור"י בתחילה ואח"ך דעת רב אלפס ומאחר שהביא דעת רב אלפס לבסוף
משמע ליה שכך הוא מסקנתו. ע"כ וכ"כ בכמה מקומות כידוע.

ומדברי מר"ן הללו היה אומר הרה"ג הרשב"א ז"ל יש סמך לכלל המסור בידינו בדעת
מר"ן עצמו בפסקיו שבכל מקום שכותב י"א וי"א הלכה כי"א בתרא כאשר ראיתי שכתב
כן הרב עדות ביהוסיף סאמון ז"ל ס' נ"ט ד' ס"ב ע"ד וא"כ הו"ל למרן להקשות דאדרבה
דעת הרא"ש ז"ל כבעל הלכות שהרי בפ' האיש מקדש הביא בתחילה דעת הרי"ף ושוב
כ' סברת בעל הלכות ור"י והיש מחלקין דכולהו לא ס"ל כהרי"ף ז"ל.

וכמו שכן הקשה הב"ח ז"ל על הטור ז"ל דבפסקיו משמע דמסקנתו כבעל הלכות ע"כ.
אלא ודאי צ"ל דכוונת מרן היא.

דכיון דלא הכריע הרא"ש ז"ל להדיא כהרי"ף ז"ל. א"כ הדרינן לכללין דדעתו כס'
בתרא.

אלא דלפום ריהטא לא כ"כ להדיא. אבל אין כוונתו לומר דכיון דלא הכריע להדיא
כהרי"ף נשאר הדבר בספק ולא מכרעא דעת הרא"ש ז"ל.

דא"א לומר כן אחר שכ' ס' ההלכות באחרונה ונמצא לפ"ז דדעת מר"ן ז"ל. ודעת
הרא"ש ז"ל כדעת הרמב"ם ז"ל שהיא כדעת בעל הלכות ז"ל.

וא"כ הו"ל ליהו תרי מיגו תלתא עמודי הוראה. וא"כ אמאי פסק בש"ע דנכריות מקודשות
מספק דחייש לדעת הרי"ף ז"ל.

והלא כללא כייל לן מ' דכל היכא דאיכא תרי מגו תלתא עמודי הוראה הכי נקטי' ואפי'
להוציא. ועי' באה"ע ס' כ"ח סט"ו גבי התקדשי לי בשכר מלאכה זו שכ' בסתם דאינה
מקודשת שהיא ס' הרי"ף והרמב"ם ז"ל.

ושוב כ' וי"א שהיא מקודשת שהיא דעת הרא"ש ז"ל ולא הכריע לומר שהיא מקודשת
מספק. ואפשר דמר"ן ז"ל חייש ליק' סהדותא דרבינו הטור שכ' וא"א הרא"ש כ'
כהרי"ף.

דאפשר עינא דשפיר חזי באיזה תשו' הרא"ש ז"ל כ"י אשר עינינו לא ראו. והגם דדחיק
ורחיק לומר כן.

דלפחות הו"ל להעיר עמ"ש הרא"ש ז"ל דברי בעל הלכות באחרונה. מ"מ ההכרח לא
יגונה ולכך כ' מר"ן דנכריות מקודשות מספק: ולדידי חזי לי דאפשר לישב דברי הטור
ז"ל כי היכי דלא תקשי עליה קושית הרב"י והב"ח ז"ל.

והוא ע"פ מה שהשרישנו ה' יד מלאכי ז"ל בכללי הרא"ש ז"ל אות כ"ח שהרא"ש ז"ל ברוב דבריו נמשך אחר הרי"ף אם לא שחולק עליו בפירוש. ע"ש שכ"כ משם רבוותא מהאחרונים ז"ל.

וא"כ נאמר דדעת הטור כן היא. דמאחר שכ' הרא"ש ז"ל דעת הרי"ף ז"ל ולא חלק עליו להדיא.

הרי כאלו הכריע להדיא כדעת הרי"ף. ולכך לא איכפת ליה במה שהביא ס' ההלכות לבסוף: וחזיתיה לה' קרבן נתנאל ז"ל בפ' האיש מקדש שכ' ורבינו שם בפ' מ"ש סי' ו' לא נחית לחלק בזה ש"מ דהסכים עם רב אלפס וכמ"ש הטו"ר אה"ע סוס"י מ"א ובזה נסתלק תמיהת הרב"י והב"ח ז"ל.

ע"כ: ואינו מוכרח. שהרי גם הרמב"ם ז"ל בהל' מכירה פכ"ב פסק בהחלט דקנה מחצה ולא חילק כלום.

ואפ"ה אמרינן דדעתו דיש לחלק מדכתב בפ"ט דאישות דוקא באומר הראויה וכו'. א"כ גם בהרא"ש ז"ל נאמר כן דאע"ג דב"פ מ"ש כ' כלשון הש"ס ממ"ש וכ' והלכתא כרב נחמן בדיני ולא נחית לחלק מידי.

מ"מ הרי בפ' האיש מקדש שהוא מקור לחלק. ביאר כל הצורך.

ואין ראייה מדסתם. ולא חילק בפ' מ"ש.

דס"ל כהרי"ף. אחר שביאר כאן בפ' האיש מקדש והביא ס' ההלכות באחרונה.

ולדברי ה' קרבן נתנאל ז"ל. קשיין דברי הרא"ש אהדדי.

דבפ' האיש מקדש ס"ל כההלכות מדהביא דבריו באחרונה. ובפ' מ"ש ס"ל כהרי"ף ז"ל.

ועוד אמאי הטור חשיב משמעות דברי הרא"ש ז"ל דב"פ מ"ש לעיקר יותר מדבריו דפ' האיש מקדש שהביא דברי ההלכות באחרונה דמשתמען מלוהי שכן היא דעתו להלכה כס' האחרונה. וכי תימא דזו אינה קושיא.

דכיון דסדר נשים קדים לס' נזיקין. אמרינן דמסתמא הרא"ש ז"ל למד מס' קידושין תחילה.

ולזה מ'ר קא חשיב דמשמעות דבריו דפ' מ"ש לעיקר. יען כי הם דבריו האח' מ"מ הרי כ' ה' יד מלאכי בכללי הרא"ש אות ל"ד דאפשר דהרא"ש למד ס' נזיקין קודם לס' מועד דאין סדר למשנה מזמן התנאים מכ"ש בפוסקים.

ע"ש שכ"כ משם ה' חוט השני סי' צ"ו והכנה"ג בכללי הפוס' אות פ"ה בשם תשו' מוהריק"א. ואולם למ"ש הרב שם בשם הרב שדה יהושע ארש"י ז"ל דמסתמא פירשה באחרונה.

מיתרצה הא: והנה מההיא סוגיא דפ' האיש מקדש. קשיא לי על רבינו הכנה"ג בח"מ סי' ר"י הגה"ט אות זין דקשיא ליה על רבינו הטור שבחו"מ סתם כהרמ"א ז"ל דאפי' הוכר העובר חשיב דשלב"ל ואלו באה"ע סי' מ' גבי קידושין הביא פלוגתא בזה דלהרמב"ם ז"ל מקודשת ולהרמ"א אינה מקודשת.

ואסיק אדעתיה לחלק בין קידושין לקנין. וחזר בו משום דבתשו' הרא"ש ז"ל כלל ק"ב סי' יו"ד כ' שמהר"ר יחיאל היה רוצה לומר דאם הוכר עוברה הוי דבר שבא לעולם מדאמרי' בקידושין אליבא דראב"י דהלכתא כוותיה ל"ש אלא דאין אשתו מעוברת אבל אשתו מעוברת מקודשת והרא"ש ז"ל דחה דבריו וכ' דלא קי"ל הכי אלא כרב נחמן דלדידיה אפי' כשהוכר עוברה הוי דשלב"ל ומדברי שניהם נלמד שאין דעתם לחלק בין לקנין לקידושין דאם איתא דמחלקין בין קנין לקידושין מה ראייה מביא רבינו יחיאל מקידושין לקנין גם הרא"ש הוצרך לדחות משום דלא קי"ל הכי.

אפי' דקי"ל הכי. קידושין שאני.

ומזה חזר לקושיתו על הטור: ואהמח"ר לא ידענא אמאי הוצרך הרב להביא ראייה מרבינו יחיאל והרא"ש ז"ל. והלא תלמוד ערוך הוא דלא מחלקינן בין קנין לקידושין.

מדקא פריך ליה רבא לאביי ממתני' דחמש נשים וכו' ואמרו חכמים אין אחריות מקודשות הא נכריות מקודשות היכי דמי אי דאמר להו כולכם קני את וחמור הוא וקני את וחמור לא קנה ומשני אביי בדאמר הראויה לביאה תתקדש לי. ואי.

ס"ד דמחלקין בין קנין לקידושין. מאי קושיא.

שאני קני את וחמור דלענין קנין אתמר בפ' מ"ש ולכך לא קנה ולא ילפינן מינה לענין קידושין. דלגבי קידושין נימא דכ"ע מודו דקנה מחצה ולכך נכריות מקודשות.

ואף אביי אמאי הוצרך לשנויי בדאמר הראויה וכו'. הו"ל לאוקומי מתני' כפשטה בדאמר כולכם ואפ"ה נכריות מקודשות ול"ד לקני את וחמור דלא קנה דקידושין שאני.

ואפי' להרי"ף ז"ל ורבוותא דעמיה דס"ל דהאי שינוייה דאביי לאו אליבא דהלכתא הוא. היינו מטעמא דקי"ל כרב נחמן דקנה מחצה.

ולכ"ע לא מחלקינן בין קנין לקידושין. וצ"ע: איך שיהיה מר"ן בב"י פליג על הטור וס"ל דדעת הרא"ש ז"ל כדעת בעל הלכות והרמב"ם ז"ל דלאו בכל גוונא אמר רב נחמן דקי"ל הלכתא כוותיה דקני את וחמור קנה מחצה.

אלא דיש לחלק או כחילוקו דהר"ן או כהיש מחלקין שהביא הרא"ש ז"ל שהביא דבריהם רבינו הב"י ז"ל. וא"כ הכי נקטינן כיון דתרי מגו תלתא עמודי הוראה ס"ל הכי.

ואע"ג דגבי קידושין חייש מר"ן בש"ע לדעת הרי"ף ז"ל. אפשר לומר דהיינו דוקא התם דמשום חומרא דקידושין לא רצה לסמוך על דעת עצמו שהרא"ש ז"ל ס"ל כהרמב"ם ז"ל כיון דרבינו הטור מ'ר בריה כ' להדיא שהרא"ש ז"ל כ' כהרי"ף ז"ל.

אבל לגבי קנין לא כיון דדברי הרא"ש דפ' האיש מקדש מוכחים דלא כוותיה שהרי הביא דברי בעל הלכות באחרונה. וכמו שכן היא דעת הטור גופיה בכמה מקומות.

ואשנויי דחיקי לא ניקום ונסמוך: ואף אם יד הדוחה נטויה לדחות. מ"מ נקוט מיהא דמאחר דמר"ן ס"ל בש"ע גבי קידושין דנכריות מקודשות מספק.

ממילא אתה למד דלענין ממונא אין להוציא מיד המוחזק דכבר כתבנו דלא מחלקינן בין קנין לקידושין כדמוכח מהש"ס ומהפוס' הנז' ורבינו יחיאל והרא"ש והכנה"ג ז"ל דכל

היכא דאמרינן בקנין קנה ה"ן בקידושין וכל היכא דבקנין לא קנה ה"ן לגבי קידושין. וכי היכי דבקידושין הוי קידושין מספק.

ה"ן לגבי קנין אין להוציא מיד המוחזק; ומעתה בין תבין במאי דאנן קיימין דכתוב בשטר והנשאר מכל הנכסים קו"ט וכו' כסף וש"ך וכמד"ן הכל כאשר לכל תזכה בו מעו"מ וכו' תזכה בו אסתר וכו'. הרי כלל כל נכסיו במאי דאמר הכ"ל תזכה בו וכו'.

וכיון דאפיק להו בחד מלה במאי דאמר הכ"ל. ה"ז דומה לאומר כולכם מקודשות לי לדעת הי"מ שהביא הרא"ש ז"ל והב"י ז"ל.

ואולם לתירוץ הר"ן דס"ל לחלק בין קונה למקנה. לכאורה נראה לפי פשטן של דברים. דבנד"ד דבנותן איירי. אף להרמב"ם קנה מחצה.

ומ"מ מידי ספיקא לא נפקא. דמאחר דמר"ן ז"ל בב"י בא בנותן טעם לדברי הרמב"ם ז"ל וע"ז הביא דברי הי"מ שכ' הרא"ש ז"ל ודברי הר"ן ז"ל.

וא"כ מה שלמדנו מדבריו בש"ע דאזיל מר לחומרא דגם לענין ממונא לא מפקינן מיד המוחזק. לא מכרעא לן מאיזה טעם סובר כן.

אחר שהביא דברי שניהם בב"י. אי מטעם הי"מ שהביא הרא"ש ז"ל משום דאפיק להו בחד מלה וא"כ בנד"ד דכ"ל ליהו דאמר הכ"ל.

נימא לדעת הרמב"ם לא קנה הכ"ל. או מאידך טעמא דהר"ן דמחלק בין קונה למקנה.

וא"כ בנד"ד דבמקנה עסקינן. קנה מחצה אף לדעת הרמב"ם.

ומידי ספיקא בדעת מר"ן לא נפקא: ואולם כד דייקנא אשכחנה דגם לטעמיה דהר"ן. בנד"ד לא קנה כלום לדעת הרמב"ם ז"ל דמצינו למוהרי"מ ט"ז ז"ל ח"מ סי' נ"ב שהקשה על הר"ן וז"ל ולכאורה אין חילוקו ברור דמה בין מקנה לקונה שאם הקונה מקפיד ואינו רוצה לקנות זה בלא זה כדמוכח בההיא דכור וכו' גם המקנה יש לו להקפיד שאינו רוצה להקנות ולמכור אלא רע ויפה ביחד וכו' ונראה דהא דמפליג בין מקנה לקונה היינו בין מקנה לב' קונים לקונה מב' מוכרים שהקונה מב' מוכרים חשיב כקונה מא' מהטעם שכ' לפי שהלוקח לוקח כא' רע ויפה והמוכרים עושים פשרה ביניהם לפיכך נעשים כמוכר א' והלוקח אומר כל מקחי אני צריך אבל במוכר לב' בידוע שהקונים כל א' נוטל את שלו ואין ביטול קנין חבירו מעכב עליו לפיכך קנה מחצה ע"כ הרי מבואר דס"ל להר"ן דבמקנה לא' כה"ג דידן הו"ל כקונה דלא קנה כלום.

דדוקא במקנה לב' כההיא דאת וחמור דקנה מחצה. וא"כ בנד"ד לכולהו טעמי לא קנה כלום לדעת הרמב"ם ז"ל.

ומר"ן חייש לה להך סברא שלא להוציא מיד המוחזק. וכבר כתבו חו"ר צפרו יע"א פעמים שלש בפס"ד דידהו דירשי הנותן הם המוחזקים: איברא דה' מהרי"מ ט"ז ז"ל שם כתב וזל"ה למדנו שאין להקנאה מקום שתתבטל כולה בהתבטל מקצתה אם לא כ"א מ"ב דרכים או שנאמר הואל וכלל בה דבר הברור וידוע שאינו נתפס בקניינו משטר היה בו כדברי הראב"ד ז"ל או שנאמר שיש קפידה למקנה שתהא כל הקנאתו קיימת

ולא מקצתה והר"ן ז"ל ושאר רבוותא שחילקו בין מפיך להו בחד כלל למפיך בתרי פרטים אינם יוצאים מב' טעמים אלו או מטעם דקפדהאו מטעם השטאה בדבר הברור.

גם כ' שם וז"ל אין מקום לקפידא שתנוח אלא בהקנאה של מקח וממכר שהקונה רוצה שיהיה כל מקחו בידו כדכ' הר"ן ז"ל וגם המקנה אינו מקנה אלא ע"ד למכור הכל וליקח הדמים ביחד אבל בנותן מתנה בין לא' בין לב' אין סברא שיקפיד ויתלה של זה בזה כ"ש בנותן לא' נכסיו והיו בהם דברים שאין נקנין לא מצי למימר כסבור שהייתי קונה כולם נתתי וכי מתנה מרובה רוצה ליתן לו עכשיו אפי' מועטת לא יהיב ע"כ.

עוד כ' שם ואחר דביררנו דגבי מתנה לא שייך אלא טעמא דהשטאה הכא בנ"ד נראה עוד דלא יוכל לומר שכוון להשטות דהשטאה לא אמרי' אלא באומר דברים בע"פ אבל בכת' חשיב טפי מאתם עדי וכו' כ"ש בנ"ד שקרא סופר ועדים וצוה לכתו' ולחתום ועוד שכתוב בשטר הוו עלי עדים וכתבו וחתמו בכל לשון של זכות וכו' גלי דעתיה דללשון של זכות נתכוון ולא ללשון של חובה וכו' ע"כ.

והסכים עמו ה' מהר"י באסן ז"ל הוב"ד שם: ומדברי ה' נלמוד לנ"ד דלא אמרינן בהתבטל מקצתה תתבטל כולה. והט' כיון דמתנה היא לא שייך טעמא דהקפדה.

דאם מתנה מרובה רוצה כ"ש במועט ממנה. וגם איך טעמא דהשטאה לא שייך.

דאם בכת' קאמר הרב. כ"ש בנ"ד דאיכא שטר גמור וגם כתוב בו בהקנאה וז"ג כדו"ך דלית נגר ובר נגר דיפרקיניה בכל חוזק ותוקף וכו' בכל אופן הנאות וצד המועיל כפה"ד וכתחז"ל.

דכל משמעות לשון זה יורה יורה דלא נתכוון להשטות. כ"א לזכות נתכוון דומיא לההיא דמהרימ"ט ז"ל: אכן חזיתיה לה' שע"א ז"ל ח"מ סי' כ"ו ד' נ"ה ע"ג שהביא דעת מהרימ"ט והסכמת מהר"י באסן ז"ל ושכן הסכים ה' אדמ"ק ז"ל.

וכ' דגם בזה רבו החולקים וכמו שהוב"ד בתשו' חק"ל ח"מ מ"ב סי' י"ב ע"כ: ומאחר דמידי פלוגתא לא נפקא ואיכא מ"ד דאף במתנה נמי לא קנה כלום. הדר דינא דאין מוציאין מיד המוחזק.

וע"ע בשע"א שם ד' נ"ה ע"ב שכ' וז"ל. תו חזינן למעלת הרבנים הי"ו דאשכחו ריעותא אחריתי והם יוצאין בגרעון דאיכא בהאי שטרא מטעם דהקנה לנולדים ושאינם נולדים ורבו האומרים דמי שאינם נולדים ל"ק אפי' בלשון חיוב ושעבוד ויכולים היורשים לומר קי"ל ובפרט דכן הוא דעת מר"ן בש"ע סי' ס"א וכיון שאינם נולדים ל"ק גם הנולדים ל"ק משום דכל שזיכה לכולם בקנין אחד כשם שלא זכו שאינם נולדים גם הנולדים לא זכו וכמו שביטל מהרש"ח סי' טו"ב הוואקו"פ דנ"ד מהאי טעמא והגם דפסק מר"ן סס"י ר"י כמ"ד דקנה מחצה אינו אלא באפיך להו בתרי מילי הוא וחמור אבל בחד מלה חזינן למר"ן באה"ע סי' מ"א דאזיל מ'ר לחומרא להצריכה גט משום ספק איסור וא"כ לפי דעתו ג"כ בדיני ממונות לא מפקינן מיד המוחזק ע"כ.

והשע"א ז"ל שם פליג עלייהו וכ' וזל"ה דאף היכא שכללם במלה אחת דעת רוב הפוס' דקנה מחצה וכמ"ש מהרימ"ט ח"מ סי' ה' ו' וב"ן וכמתבאר ג"כ מדברי הפוס' סי' ר"י

וגם מר"ן דאזיל לחומרא באה"ע סי' מ"א וחייש מ'ר למ"ד דלא קנה כלום אין בידינו להכריע שהוא מטעם דכללם במלה אחת כדברי הי"מ שהביא הרא"ש ויתכן שהוא מאידך טעמא שהביא הר"ן שיש חילוק בין קונים למקנים וכמו שהביא שתי סברות אלו בב"י שם וא"כ עדיין יכולים אנו לומר דקאי מרן בשיטת רוב הפוס' הסוברים דגם במלה א' קנה מחצה וסו"ס כיון שאין בידנו מופת חותך בדעת מר"ן מאי דעתו היכא שכללם במלה אחת אזלינן אחר הרוב וקנו הנולדים ע"כ: ואסופא דמילתא כ' וז"ל ושוב ראיתי שכן פסק מר"ן להדיא בש"ע סי' ס"א ס"ד ויו"ד דגם היכא שכתוב בשטר לכל המוציאו סתם וכללם במלה אחת לנולדים ובלתי נולדים דשפיר קנו הנולדים וכמו שבא מפורש בדברי ה' תומים שם סק"ב ע"כ: איברא שכ"כ ה' תומים וז"ל.

ומזה ראייה דקני את וחמור אע"ג דחמור לא קנה הוא קני דאל"כ כיון דאמר סתם לכל המוציאו אף הנולדים אח"כ בכלל. וא"כ נימא מיגו דלא חל עליהם אף על הנולדים כבר לא יחול דהו"ל דקני את וחמור אלא שמע מינה דקני ע"כ: ואהמח"ר לדידי חזי לי דמהא אין הכרע כלל.

דהא אף מ"ד היכא דאפיק להו בחד מלה לא קנה. ה"ד היכא דידיעין בודאי דנתכוון להם דהיינו שפרט אותם תחילה ואח"כ כיילינהו דודאי בההוא כללא נתכוון לכל הפרט או כההיא דחמש נשים דהיו יושבות לפניו ואמר כולכם דודאי לכולם נתכוון.

אבל בההיא דלכל המוציאו נוכל לומר דלכל המוציאו בנולדים קאמר. וחילוק זה מצאתיהו מבואר להדיא בתשו' ה' מהר"י הלוי ז"ל סי' ס"ו דאתשיל בנותן לאשתו הבית וכל נכסיו שבתוכה.

וע"ז כ' הרב דדוקא היכא שהמקנה הזכיר בפ"י בשעת הקנין מטלטלין ומעות אז לא קנה כלל דהוי ממש כאת וחמור אבל היכא שלא הזכיר כלל בלשונו מעות ושטרות וחובות רק כל נכסיו נוכל לומר מאי כל נכסי דקאמר אותם הנכסים הנקנין בקנין סודר וההיא דהי"מ שהביא הרא"ש בפ' האיש מקדש התם היו כולם לפניו ועמהן היה מדבר ורואה הוא אותם עכת"ד עש"ב.

ודון מינה במכ"ש. דאם בנדון הרב דאמר הנותן הבית וכל נכסיו שבתוכה ואפ"ה קאמר הרב דנוכל לומר אותם הנכסים הנקנין בק"ס קאמר.

וכ"ש בההיא דלכל המוציאו דקרוב הדבר לומר דל"ק אלא על הנולדים: והרב משפט צדק ח"ב סוס"י יו"ד כ' וז"ל ואין לומר דמאחר דלא קנה השטרות לא קנה השאר ויאמר היורש קי"ל כמ"ש המרדכי באותו מעשה שכתבנו למעלה די"א דלא קנה כלום דדמי לאת וחמור וכו'. דיש לומר דבנד"ד יודו דשאני התם דפירשו מעות בפירוש אבל הכא לא קאמר רק נכסי סתם ואע"ג דבשטרות בכלל נכסי הוא לא קאמר רק בדברים שיועיל ולא בשטרות דלא יועיל ע"כ: גם הרב שמחת יו"ט ז"ל סי' י"ז כ' וזל"ה כיון דאי אמרינן דכוון לבניו דאחר מיתה הרי כלל בדיבור א' הנולדים ושאני נולדים ולא קנו מסתמא אמרינן דלא כוון כ"א לבנים דשעת חיוב ע"ש דאייתי ראייה לדבריו מהיא דה' משפט צדק הנז'.

ועי' גם במשה"א סי' ס"א ס"ק דדחה דברי התומים דההיא דמיא לאת או חמור ולא לאת
וחמור ע"ש: ואף לדבריהם דרבנן דמדמין ההיא דלכל המוציאו לאת וחמור וקא סברי
דדעת מר"ן היא דאף דאפיקלהו בחד מלה אפ"ה קנה מי שיש לו יד לקנות ואפי' להוציא.
וא"כ מוכרח לומר דמר"ן באה"ע דנכריות אינן מקודשת אלא מספק.

היינו מאידך טעמא דהר"ן דמחלק בין קונה למקנה. ולמאי דפריש מהרימ"ט ז"ל בדברי
הר"ן דבמקנה לא' הו"ל כקונה דלא קנה כמש"ל.

צריכים לומר דההיא דלכל המציאו הוי כמקנה לשנים הנולדים ושאינם נולדים. וא"כ
היכא דמקנה לא' לדעת מר"ן אין להוציא מיד המוחזק.

דע"כ לא הכריעו מההיא דסי' ס"א. אלא דלא ס"ל כהנך י"מ שהביא הרא"ש ז"ל.

אבל שנאמר דלא ס"ל כפי' הר"ן ז"ל לא. דאלת"ה קשה ההיא דאה"ע אמאי לא הו
קידושין אלא מספק.

ובלא"ה אין להכריע מזה הפך חילוק הר"ן. דההיא דלכל המוציאו במקנה היא.

באופן דאף לדברי ה' התומים והשע"א ז"ל. בנד"ד דעסקינן בנותן לא'.

לדעת מר"ן לפירוש מהרימ"ט בדברי הר"ן אין להוציא מיד המוחזק. ואף דבמתנה לא
פלטין מידי פלוגתא מ"מ יכול המוחזק לומר קי"ל.

ולס' חו"ר צפרו בפשוט. יורשי הנותן הוא המוחזק: וחזיתיה להמשה"ר מ"ע ק' אות
מ"א שכ' וז"ל קני את וחמור קי"ל דקנה מחצה כמ"ש בטוש"ע סוס"י ר"י ע"ש כ'
הרמב"ם ז"ל בפ"ט מהל' אישות דה"מ כשאמר בשני ענינים חלוקים את וחמור אבל
כלל שתיהן בב"א לא קנה ע"ש ועע"י בהר"ן והרא"ש ז"ל מיהו אנן בדידן דגרירי
בתריה דמר"ן הש"ע וכבר נתבאר בחלק אה"ע סי' מ"א דלא ס"ל הכי וס"ל כמ"ד
דסוגיית קידושין אדחייא מהלכתא ע"ש לא שאני לן ע"כ: ואהמ"ר דברי תימא הם.

שהרי מר"ן שם כתב נכריות מקודשות מספק. אלמא לא מכרעא ליה מילתא.

ולכך אינן מקודשות אלא מספק: והט"ז שם סק"ד כ' הלכך נכריות מקודשות מספק
פירוש שכיון שיש כאן ב' עדות יש לנו להחמיר ע"כ. וצ"ע: גם מ"ש חו"ר צפרו גבי
לשון תזכה דהוי קנין דברים דבמעכשיו ליכא מאן דפליג וכן בלשון חיוב נמי דכיון
שהקנה בלשון חיוב הרי הקנין חל על גופו מיד ובנד"ד הרי הקנה בלשון חיוב וכתוב
בשטר המתנה תזכה בו מעו"מ וא"כ גם לשון תזכה הכתוב בשטר המתנה מועיל שפיר
אף בבריא וכמ"ש כ"ז ה' ויאמר יצחק חח"מ סי' קצ"ו יעו"ש עכת"ד.

עי' להכנה"ג ז"ל ח"מ סי' ר"ג בהגה"ט אות ל"ב שהביא פלוגתא בזה דלדעת מהרא"ש
ז"ל סי' קל"ג והראד"ב ז"ל סי' קצ"ג ורי"ח דאפי' במעכשיו הוי קנין דברים. ושם באות
ל"ג כ' דגם בהקנה בלשון חיוב מידי פלוגתא לא נפקא דלדעת מהרש"ך ח"א סי' ק"א
ובח"ג סי' פ"ד ומהר"ש הלוי ח"מ סי' ה' דאפילו נשתעבד ונתחייב למכור וקנו מידו לא
מהני דהוי ק"ד ועי' בכנה"ג אה"ע סי' נ"א אות ט' שדחה ראית מהרא"ש הלוי ז"ל.

באופן דכל מה שכתבו חו"ר צפרו לקיים המתנה. אחד הרואה ולבבו יבין דכ"ז מידי פלוגתא לא נפקא.

ולדבריהם דכתבו בפשוט דירש הנותן הוא המוחזק. א"כ ריעא מתנה זו וזה דבר השמט'ה מינייהו מלכי כל מאי דכתיבנא.

ואולם קושטא הוא. דבנד"ד אין יורשי הנותן קרוים מוחזקים דלא נוכל לומר בפשוט דהיורש הוא המוחזק ולא מקבל המתנה.

אלא היכא דהקרקעות לאו ברשותיה דמקבל קיימי, אבל היכא דהקרקעות ברשותיה דמקבל ואית בדבר ספיקא דדינא דפלוגתא דרבוותא כה"ג דאנן קיימין ביה. באנו לפלוגתא דר"י ורשב"ם ז"ל.

דר"י ס"ל אוקי ארעא בחזקת מ"ק. ורשב"ם ס"ל דארעא היכא דקיימא תיקום.

כמבואר כ"ז למעלה עיין עליהם. וכבר כתבנו דלדעת ארבעה מלכים מהרימ"ט והמש"ל ומהרי"ך ומהר"פ ז"ל דדעת מר"ן בש"ע כדעת רשב"ם וגם אנן בעניותין הכי מרעא לן כמש"ל: ואף אם באנו לחוש לס' הרב שהביא דבריו השע"א ז"ל והעין משפט ז"ל דס"ל דמר"ן אזיל בשיטת ר"י וכמש"ל ונימא דהשתא דמידי פלוגתא לא נפקא דאיכא מ"ד דדעת מר"ן ז"ל כדעת ר"י ז"ל ואיכא מ"ד דס"ל כדעת רשב"ם ז"ל א"כ לא מרעא מילתא מי מיקרי מוחזק לדעת מר"ן ושכן היא דעת השע"א ז"ל דדעת מר"ן לא מרעא.

ועוד נחוש נמי לדברי קצת מן רבוותא דשקלי וטרי במחלוקת ר"י ורשב"ם ז"ל ואסופא דמלתייהו הם אמרו דכיון דפליגי מי נקרא מוחזק אזלינן אחר הרוב דעיקר הדין הגם שהוא נגד רוב מהחזקה כמש"ר להשע"א שם: הנה בפלוגתא דק"ד אי מהני ביה לשון מעכשיו או לשון חיוב. הרואה יראה בהכנה"ג שם דרובא דרבוותא ס"ל דמהני.

ובהיא פלוגתא דקני את וחמור. הגם דמצינו לריא"ז ז"ל הבי"ד השה"ג ומהר"י אסרלן סי' קע"ג דפסקו כרב המנונא דלא קנה כלום כמ"ש הפ"מ ח"ב סי' י"ד והמט"ש סי' ר"ג הגב"י אות ד' מ"מ רובא דרבוותא ומר"ן בהדייהו פסקי כרב נחמן דקנה מחצה דקי"ל כר"ן בדיני כמ"ש מהר"י הלוי סי' ס"ו.

ובפרט לדידן דגרירנא בתריה דמר"ן ובהיא פלוגתא דהמרדכי שהביא מור"ם במפה. נבוכו בה רבני האחרו' בעיקר טעמא במאי פליגי הני רבוותא כאשר עיניך תחזינה מישרים בספרן ש"ץ.

וחזיתיה לרבי' הכנה"ג בתשו' ח"ב סי' נ"ז שכ' זל"ה והכא רוב הפוס' סוברים דקנה הקרקעות והמטלטלים אע"פ שלא קנה המעות. שהרי הסוברים דקנה ג"כ מעות סוברים דקנה הקרקעות והמטלטלים והו"ל רבים לגבי הסוברים דלא קנה אף הקרקעות והמטלטלים ע"כ: ואהמ"ר לא זכיתי להבין איך הוכיח יוכיח מזה דהרוב הוא הסוברים דקו"ט קנה.

דדילמא הסוברים דלא קנה כלום חל להיות בחשבונם יותר מכל בעלי שני הסברות האחרות. והכרח הרב לא יצדק אלא אם היינו מונים רוב הסברות ולא רוב הסוברים.

אבל אנו אין אנו מונים אלא רוב הסוברים ולא רוב הסברות. והגם דכ' מהר"י הלוי סי' ס"ו דאין המוחזק יכול לומר קי"ל כמ"ד לא קנה כלום משום דהוי סברא יחידאה ואע"ג דאתמר בלשון יש אומרים לא מקרי אלא חד סברא דאע"ג שהוא בלשון רבים אינו אלא ס' יחיד וכדאמרינן בגמרא אחרים אומרים רבי מאיר וי"א רבי נתן וכן ג"כ בלשון הכתוב ובני דן חוששים ובני פלוא אליאב.

מ"מ אפשר דמרובים הם אלא שהר' אתא לאשמועינן דנאמר גם על היחיד ולכך לא יוכל המוחזק לומר קי"ל כוונתייהו דדילמא יחידאה היא, ונראה דלא שלטו מאורי אור עיני קדשו בדברי ריא"ז ומהר"י אסרלן ז"ל הנז"ל. ולפי הכלל המסור בידינו די"א וי"א הלכה כבתרא אין אנו צריכין לחקור אחר הרוב בפלוגתא זו אחר שהי"א בתרא ס"ל דקו"ט קנה: ובהיא פלוגתא דהרי"ף והתוס' ורבוותא דאזלי בשיטתייהו עם בעל הלכות והרמב"ם ורבוותא דעמייהו דפליגי במלתא דרב נחמן דאמר קנה מחצה אי בכל ענין אמרה רב נחמן למילתיה והיא סוגיית דפ' האיש מקדש לאו אליבא דהלכתא היא. או לא.

מצינו להגאון מוהר"ר אליהו מוילנא ז"ל בהגהותיו על שו"ע אה"ע סי' מ"א סק"ד על דיעה ראשונה שהיא דעת הרי" וסיעתו. ציין עי' תוס' ב"ב קע"ג ע"א ד"ה ר"ן וכן היא דעת רוב הפוס' ע"כ.

ולפום יקר סהדותא דהגאון רווחא שמעתתא. ובפרט בהצטרף דעת מהרימ"ט ומהר"י באסן ואדמ"ק כולהו תלתא ס"ל דאף להני רבוותא דס"ל דלאו בכל גוונא קאמר רב נחמן ומוקמי ההיא סוגיית דפ' האיש מקדש אליבא דהלכתא.

דוקא במקח וממכר אבל לא במתנה. דהני חילוקי לא שייכי במתנה וכמש"ל: ונמצא לפ"ז דאף לדעת מר"ן ז"ל דס"ל דהנכריות מקודשות מספק וממילא גם לגבי קנין אין להוציא מיד המוחזק דקנין וקידושין שוין הן וכמש"ל.

מתנה זו שרירא וקיימא. ולא מבעיא למאי דכתבינן לעיל דהעיקר הוא כדעת מהרימ"ט והמש"ל ומהרי"ך ומהר"ח"ף ז"ל דס"ל דדעת מר"ן היא כדעת רשב"ם ז"ל דס"ל דכל היכא דאיכא ספיקא דדינא דפלוגתא דרבוותא אמרי' ארעא היכא דקיימא תיקום.

וא"כ בנד"ד אלו הבאים מכח מקבלת המתנה אחר שהקרקעות ברשותם מיקרו מוחזקים ואין להוציא מידם: אלא אפי' לצד שנאמר דדעת מר"ן מידי ספיקא לא נפקא דהא איכא מ"ד דמר"ן אזיל בשיטת ר"י דארעא בחזקת מ"ק קאי וא"כ דעת מר"ן לא מכרעא ושכן היא דעת הרב שע"א ז"ל. מ"מ הרי רובה דרבוותא ס"ל כדעת רשב"ם ז"ל.

ואפי' למ"ד דלא אזלינן בזה בתר רוב החזקה אלא אחר רוב דעיקר הדין. הרי כ' הגר"א ז"ל דרוב הפוס' ס"ל דאין לחלק במילתיה דרב נחמן ובכל גוונא קאמר דקנה מחצה: זהו הנלע"ד כפי קוצר השג יד כהה מבלתי יכולת לישא וליתן בדבר הלכה.

וללקט אור'ות קדשים בהדי קבצ"י סדר המערכה. שהזמן גרמא בעכ'בות משי'חא. תלאות הזמן הבוגד הקיפוננו סבבוננו כתרוננו הילד'. ואל אלהים צבאות יצילנו משגיאות. ויראנו מתורתו נפלאות. החו"פ פאס יע"א.

בשבט דהאי שתא והרכבתיך על במותי ארץ ליצירה. וקיים: זעירא דרבנן שלמה אבן דנאן ס"ט אחר החיתום אנה ה' לידי תשובה לרבתינו הא' שכתבו להדיא דאף לגבי יורש אם נמצא השטר בטל איתרע חזקה ואף דקי"ל טוענין ליורש וללוקח אפ"ה הכא לא טענינן להו והביאו ראיה לדבריהם מההיא דהה"מ דפט"ו מטוען דאייתנין לעיל דכל היכא שהיורש טוען בריא וכו'.

והוסיפו עוד לומר וז"ל ועוד שכיון שיצא השטר בב"ד אין אנו צריכים לטענת הר"ש כלל דע"כ לא אמרו דטוענין ליורש אלא היכא דלא ידעינן באיזה אופן בא קרקע זה לידו של מוריש אז יש לנו ללמד עליו זכות כל מאי דאפשר. אבל היכא דיצא השטר וידענו שבדרך זה נכנסה לידו היאך נניח ודאי ונרדוף אחר ההבל טענות שקר ומשאות שוא ומדוחים ועי' בכנה"ג סי' הנז' סל"א ומ"ו.

ולפיכך כיון שיצא השטר ונודע הדבר שבמסירה זו באה לידו החזקה אפ"ל לא טענו כלום לא יורש רש"ט ולא יורשי הח' ז"ל הרי נתגלה האמת והרי זה דומה למי שירד בתורת משכונה דאיתא ריש סי' ק"ן דאם ידוע שבתורת משכונה ירד לא מצי טעין אח"ך קנייתה. וכ"ש דלא טענינן ליורשים שמא אח"ך קנאה כיון שנודע האמת.

וכ"ש הכא דשטרא קאי קמן ע"כ. וחתו' הרה"ג מוהריב"ץ ז"ל והמשכ"ר ומהר"ם אדהאן ז"ל והרה"ג מוהריב"ע זלה"ה סמך ידו עליהם וכן הסכימו מהר"ש אדרעי ז"ל וחו"ר צפרו מהר"ש נ' חותא ז"ל (ומהר"י נ' חמו ומהר"י עטייא ז"ל וכן דעת מהר"ש אזאווי ז"ל הוב"ד בס' משפט וצדקה ביעקב הנד"מ ח"ב סי' קנ"א.

מש"ב: ראינו מ"ש הרב הפוסק המלך שלמה בחכמתו לאשר ולחזק ולקיים שטר המתנה שנתן הר"ח פינטו נ"ע לאסתר בתו והאריך ברוח מבינתו כמדתו לכל רוח ופלפל בחכמה וזו הלכה העלה והעמיד הקרקע בחזקת יורשי הרי"ף נ"ע המוחזקים בו וכל אמת תפסיה מלמד שהלכה כמותו כוותיה ומטעמיה ולראית האמו"ץ ח"פ בזמן הנז' וקיים: איש צעיר יוסף סירירו הי"ו וידאל הצרפתי חי"ו סימן כ"ה.

ראובן קנה משמעון חצרו. וכאשר ירא מדינא דב"מ השיאוהו עצה שיקנה שטר משכו' על קרקע שמעון מאת לוי שנושא בשמעון.

וכ"ז היה בשעת התיווך והמקח של החצר הנז' וטענו המצרנים שמאחר שראובן לא קנה שטר זה לפי תומו אלא דאערומי קא מערים לדחות בן המצר. לא מהנייא ליה הערמה זו.

וראובן הלוקח איננו מכחיזה תחת לשונו. כי הכל היה בפומבי בעצת אנשים שהשיאוהו לדחות המצרן.

אכן טוען שאעפ"ך יכול לסלק המצרן שהרי לקח זכותו של לוי בעל השטר שהיה יכול להיות מצרן. ונדרשנו לחוות דעתינו היאך הדין בזה ולכתוב להם מה שהדין נותן כפי מה שהורונו מ"ה: הנה מי שעושה הערמה להפקיע כח וזכות המצרן שלא תועיל ערמתו ויכול המצרן לסלקו.

דבר זה מפורש בש"ס ובפוס'. ומר"ן בב"י ז"ל סס"י קע"ה כתב וז"ל כתו' בתשו' הגאונים מי שעשה הערמה לדחות דינא דב"מ כגון שכתב שטר מתנה לקונה והכל יודעים שקנה ממנו או קנה קטינה דארעא במצעי נכסי והדבר ידוע שלא ירד אלא להחזיק בשאר שדות וכן בשאר הערמות אם נגלה הדבר בראיה ברורה שעשה המרמה אין חוששין להערמתו ומסלק ללוקח משום דב"מ ונהגו בתי דינין בעסקי דבר זה שמחרמין סתם על מי שעשה קנוניא בדבר זה לדחות דב"מ עכ"ל.

ודין קנה קטינא דארעא שכתבו הגאונים הוא ש"ס ערוך בפ' המקבל ד' ק"ח זבין ליה גריוא דארעא במצעי נכסיה. חזינן אי עידיית או זבורית היא זביניה זבני.

ואי לא ערומי קא מערים. ופסקו הרמב"ם הל' שכנים פ' י"ג והטור בש"ע סי' קמ"ה סכ"ח וז"ל מכר לו קרקע מעט באמצע שדהו.

ואח"כ מכר לו קרקע בצד אותה שבאמצע רואים אם אותה המעט שמכר לו תחילה היא עדיית או זבורית לגבי זאת הקרקע שמכר לו באחרונה זכה הלוקח ואין בן המצר יכול לסלקו שהרי הוא עצמו בן המצר הוא מפני אותו מעט שקנה באמצע. ואם אותו מעט שקנה באמצע כמו זאת שמכר לו בסוף שדהו הרי זה מערים ובן המצר מסלק אותו מהשדה שקנה בסוף.

ע"כ.

ומור"ם סיים בו וכן אם נתן לו מעט הקרקע במתנה רואים אם מכר לו אח"כ כל כך ביוקר עד שהבליע המתנה הרי הערים ויוכל בן המצר לסלקו. ואם יש חשש ערמה בדבר מחרמין על ככה.

וכן בכל דבר שיש לחוש לערמה לדחות בן המצר מחרמין על כך ע"כ: גם בדין היה בן המצר במדינה אחרת וכו' כ' הב"י ואי איכא חשש ערמה יחרים. ובב"ה כ' ואם בעל הקרקע הוא במדינה אחרת ומכרו שם נראה דה"ה והוא הטעם שאין בן המצר שבמקום הקרקע יכול לערער שא"כ לא ימצא זה במדינה אחרת מי שירצה לקנות קרקעו והוא שלא יהיה חשש ערמה בדבר.

ואם יש חשש הערמה יחרים ע"כ. והכי דייק לישנא דהיה בן המצר ולא נקט הלך.

עי' מהריק"ש בתשו' סי' ע"ז. גם הכנה"ג בהגה"ט אות נ"ה כ' וז"ל דבר פשוט ומבואר דלא נחלקו הני רבוותא אלא כשאירע כן לפי תומם אבל אם בכוונה מכוונת הלך המוכר והקונה לעיר אחרת כדי לבטל דין בן המצר זו הערמה.

ואפי' לדברי האומרים שאין דין בן המצר כשהמוכר בעיר אחרת בנדון כזה מוציאה המצרן מיד הקונה. ויראה דאפי' בנראה לעין שאירע כן לפי תומם ב"ד מחרמין על המוכר ועל הקונה שלא עשו ערמה ללכת לעיר אחרת למכור ולקנות כדי לסלק מעליהם דב"מ ע"כ.

גם הרב הגדול מוהריב"ע זלה"ה זיע"א בתשו' לבן אחיו כהה"ר יעקב נ' עטר לתאזא כ' וז"ל וששאלת ע"ע אם היה המוכר במדינה אחרת ורצה למכור וכו' דודאי הוא דיכול למכור וכן מעשים בכל יום דאטו אי אצטרכו ליה זוזי למוכר ומצא לוקח לקנותו ממנו

יקויים בו שורך טבוח וכו' והלא דב"מ אינו אלא משום ועשית הישר והטוב ואין זה ישר וטוב.

אך אם הוא דרך הערמה לא. וטעמא חדא הוא כמו שאמרת ע"כ.

גם בדין המשכנתא הנז' בסי' נ"ז כ' מור"ם ז"ל והוא שנראה לב"ד שלא היה ערמה בדבר שהלוה למוכר כדי שיסלק המצרן: והרב חוט המשולש ח"ד סי' ט"ו כ' וזל"ה וגם לאחר שמשכנה לאחר אם מכרה לו אח"ך אם נר' לב"ד שהיתה הערמה בדבר ואפי' היה המכר אחר שנתים שלש למשכונה כל שהדבר מוכיח שיש שם הערמה מזבין הקרקע לבן המצר ודבר זה מסור לדיינים כל שנראה לדיינים צד ערמה בדבר בודקין עד מקום שיד שכלם מגעת להפיר מחשבות ערומים ולא יחרוך רמיה צידו ע"כ: כלל העולה כי כל העושה ערמה הנכרית לב"ד כדי שיסלק בין המצר אינה מועלת לא כלום.

ואם אינה נכרת לב"ד יחרים וחובה על הב"ד להפיר מחשבות ערומים ודבר זה פשוט וברור לכל יודעי ספר. וספרי הפוס' ראשונים ואחרונים כולם כאחד יעידון יגידון על ככה ואין צורך להעלותם על ספר.

הלא בספרתם זיל קרי דוק ותשכח: מעתה בנ"ד שראובן הלוקח שלקח שטר משכו' להפקיע המצרן כאשר השיאוהו עצה למצוא עילה ותחבולה שיהיה הוא בין המצר כאשר דימו ויסתלקו המצרנים האחרים. הא ודאי שלא תועיל ערמתו.

דמ"ש הערמה זו משאר ערמות. ולא מצינו בספרי הפוס' איזה הערמה דמהנייא ללוקח שנאמר דגם הערמה זו מהנייא ודבר זה פשוט וברור לכל מודה על האמת ואין בו שום פקפוק וגמגום למקבל האמת ממי שאמרו בלי דחיות קורי עכביש.

דלא עדיף לוקח שטר משכנתא ממלוה למוכר בשטר משכנתא. דכמו שהמלוה למוכר בהערמה לא מהנייא ליה כן הלוקח שטר משכנתא בהערמה לא מהנייא ליה.

דכל שאינו נעשה מצרן אלא מחמת הערמה לא תועיל לו מצרנותו. דמ"ש נעשה מצרן מכח המוכר או מכח בן המצר בכולם לא תועיל לו הערמתו דסוף סוף המצרנות באה לו בהערמה איברא דאם היה הדין נותן שבן המצר יכול למכור זכותו ללוקח.

מקום יש בראש לומר דשאני לוקח שטר משכנתא ממלוה למוכר במשכנתא. דדוקא מלוה למוכר במשכנתא בהערמה הוא דלא מהנייא ליה.

אבל לוקח שטר משכנתא ממלוה נימא דיכול לסלק המצרן. והיינו טעמא דזה המלוה שמכר לו המשכונה היה מצרן וכשמכר לו השטר מכר לו ג"כ זכות המצרנות שהיתה בידו ונמצא ביד הלוקח השטר שני זכיות של מצרנות האחד מצד עצמו שגם הוא חזר להיות מלוה אחר שלקח שטר המשכנתא.

והב' מצד הזכות שמכר לו המלו' הא' מוכר השטר. וא"כ אף כי מצד עצמו אינו יכול לסלק בן המצר כיון שהיא בהערמה.

הרי עדיין יש לו זכות הא' שמצד המוכר שמכר לו זכותו: אכן מצינו שאין בן המצר יכול למכור זכותו וכמ"ש הרא"ש והטו' וש"ע סי' ל"ה וז"ל היו המצרנים רבים ומכר א' מהם זכותו ללוקח אפי' בקנין יכולים האחרים לסלקו. ע"כ.

ופי' הב"י ופי' הרא"ש הטעם וכו'. ועוד אני אומר דקנין המצרן אינו אלא סילוק ומחילה שמוחל ללוקח זכות שתקנו להם חכמים משום ועשית הישר והטוב ולא מהני הך קנין לגבי מצרן אחריו.

ע"כ: אתה הראת לדעת דאין בן המצר יכול למכור זכותו ללוקח אפי' בקנין והיינו טעמא דאין הקנין הוא מכירה שמוכר לא זכותו כדי שיכול לסלק שאר המצרנים דאינה מכירה אלא מחילה שמוחל בזכות אשר זיכו לו חכמים דאזהירו ללוקח לעשות טובה למצרנים ואף זה המצרן מחל בזכותו לא מהנייא ליה מחילתו לגבי מצרן אחריו.

וא"כ הלוקח שטר משכנתא לא יש לא ב' זכיו' אלא זכות א' שמצד עצמו שחזר להיות בן המצר. אבל הזכות שאמרנו מצד המלוה מוכר השטר אינה בעולם.

דלא הוייא מכירה כדי שנאמר שלקחה זה הלוקח ויהיה כחו ככח המוכר שיכול לסלק שאר המצרנים. אלא מחילה וסילוק בזכות שלו.

שצריך לעשות לו הלוקח מהטוב והישר. ועדיין זכות המצרנים במקומה עומדת.

כי מתחילה שהיה השטר שלו היה בן המצר והלוקח מצווה ועומד לעשות לו הטוב והישר. וכשמכר השטר נסתלקה זכותו.

ולא נשאר הלוקח מוזהר עליו אלא על לוקח השטר שחזר להיות מצרן. וכיון שנלקחו בערמה אין לו דין מצרן.

אלא אדרבא הוא מוזהר לעשות הטוב והישר עם שאר מצרנים: ועוד אי אפשר לומר דכשמכר השטר מכר לו גם זכות המצרנות שהיתה בידו. שהרי מצינו להטו"ר וש"ע סי' ט"ו וז"ל המצרן שבא לסלק את הלוקח וקודם שסלקו מכר השדה שיש לו על המצר איבד זכותו וגם הלוקח שקנה ממנו אין לא דין מצרן לסלק הלוקח שקנה סמוך למצר ע"כ.

וכ' הסמ"ע סקכ"ד וגם הלוקח שקנה וכו' שהרי הלוקח הרא' זכה בהשדה קודם שבא זה לקנות שדה זו הסמוכה לה ע"ך. ואי איתא למה לא יזכה בה הלוקח והרי כשמכר לו השדה מכר לו גם זכות המצרנות והמוכר לא מחל על מצרנותו שהרי בא לסלק.

ואם הוא לא יזכה בה מחמת שלא נשארו לו השדות סמוכות וכמ"ש הב"ח. הרי הלוקח זכה במצרנות עם השדה ויזכה הוא באותה תביעה שהיתה למצרן.

אלא ודאי לא: זאת ועוד מי שם פה לאדם לומר שזה מכר לו זכות המצרנות אפי' לא נטל קנין על זה להדיא. שהקנין שהיה, לא היה כ"א על מכירת השטר דוקא ואם מכר לו גם זכות המצרנות היה צריך להקנות גם על זה בפירוש: באופן שהלוקח שטר משכונא לא עדיף ממלוה למוכר בשטר משכו'.

וכמו שמצינו שהמלוה למוכר אם הוא בהערמה לא מהנייא ליה. גם לוקח השטר אם הוא בהערמה לא מהנייא ליה: גם לא עדיף זה הלוקח שטר משכו' מההוא דזבין גריוא דארעא שכתבו הפוס' ומר"ן סכ"ח כאשר כתבנו דבריהם למעלה שאם אותו המעט שקנה באמצע כמו זאת שמכר לו בסוף בצדו הרי זה מערים ובן המצר מסלק אותו מהשדה שקנה בסוף.

הרי דכשאנו יודעים שלכך קנה אותו המעט תחילה משום שיהיה מצרן לשדות המוקפות הנמכרות בסוף אמרינן דבן המצר מסלקו מן השדות שקנה בסוף. אף שמקחו קיים בהמעט שקנה תחילה וכמ"ש הב"י משם הרמב"ם והרא"ש ושכן פסק בקצר ע"י סמ"ע והיינו טעמא דאערומי קא מערים.

ה"נ בלוקח שטר משכונא דידיעין ליה שקנה כדי להיות גם הוא בן המצר דשאם קדם וקנה נדחים המצרנים האחרים. לא מהנייא ליה הערמתו.

דמ"ש מההיא דזבין ליה גריוא. דלא שאני לן בין בעל הקרקע מכר לו כדי שיהיה מצרן או בן המצר מכר לו כדי שיהיה מצרן.

שהרי העיקר הוא שהלוקח המוזהר בועשית הישר והטוב לא יהיה מערים והרי הוא מערים. ומטעם זה נראה לע"ד פשוט דאם ההוא גריוא של אחד אחד ושדות המוקפות לה הם של איש אחר ובעל הגריוא מכרה לראובן שהשיאו עצה כדי שיהיה מצרן לשדות המוקפות שבזה נכרת לנו הערמתן דלא מהנייא ליה הערמתו, ויסלקוהו המצרנים משדות המוקפות שקנה בסוף דמ"ש מכולם של מוכר סוף סוף הרי הלוקח מערים שהוא הוא המוזהר ולא המוכר, והא דלא נקטי הש"ס והפוס' האי דינא בגריוא של אחר משום דאשמועינן תרתי חדא דאי מערים המצרן מסלקו, ואידך היאך אנחנו נדע אם עשו הערמה כשאין אנו רואים כ"א הקנייא לחוד, דאי עדית או זבורית אינה הערמה, ואי לא אערומי קא מערים, אבל אם הגריוא הוא של איש אחר אינה נכרת לנו הערמה בשלא נודע לנו כ"א הקניין לבד דהגם דאינה לא עדית ולא זבורית אלא שוה היא לשדות המוקפות מאחר שהיא מיוחדת לאדם אחד דרכה לימכר בפ"ע: אבל לעולם לענין אם היתה הערמה נכרת לנו כגון שהשיאוהו עצה כנ"ד מה לי הגריוא של המוכר או של אחר אחר שהלוקח קנאה כדי שיהיה מצרן הרי זה מערים ולא איכפת לן במוכר אחר שאינו מוזהר וכן הדין נמי בלוקח שטר משכונה כיון שהוא מערים בין המצר מסלקו: ובפרט למ"ש הרא"ש ז"ל בטעם הראשון דילמא אין בין המצר יכול למכור זכותו והביאו הב"י.

ופי' בדרישה שכוונת הרא"ש ז"ל בהאי טעמא. שאין זה הזכות שהיה למצרן בקרקע זו עדיף מקרקע שהיתה שלו מעולם.

שאם מכרה לאחר במכירה גמורה המסרן מסלקו ע"כ. כוונתו מבוארת שזה בין המצר יש לו זכות בשדהו יותר מזכות שיש לו בשדה הסמוכה לה שאין לו בה כ"א זכות המצרנות.

וכיון שבשדה שהיתה שלו מעולם לא יוכל למוכרה לחלוטין והמצרן מסלקו. גם הזכות שיש לו בשדה הסמוכה לה לא יוכל למוכרה ללוקח והמצרן מסלקו: וכמו שלמד הרא"ש ז"ל לוקח זכות מכן המצר מלוקח זכות מבעל השדה דלא מהני.

אנן נמי לענין הערמה נלמוד לוקח מכן המצר מעט קרקע בהערמה. מלוקח קרקע מבעל השדה בהערמה דלא מהני.

וכן נמי לענין לוקח שטר משכונה בהערמה. ממלוה למוכר במשכו' דלא מהני: קנצי למילין דראובן שלקח שטר משכונה מהמלוה בהערמה ונכרת לנו הערמתם במה שידענו

שהשיאוהו עצה להפקיע זכות בן המצר שדימו בדעתם שע"י זה יהיה גם הוא מצרן ויסתלקו שאר המצרנים דלא מהנייא ליה הערמתו והרי הוא מוזהר לעשות הטוב והישר.

ולא לעשות תחבולות לבטל תקנת חז"ל ולא עדיף ממי שהלוה למוכר במשכונה בהערמה. ומהוא דזבין גרוא דארעא דאמרינן כיון דבערמה עשו כן כדי שיהיו ג"כ מצרנים וידחו שאר המצרנים.

דלא מהנייא להו הערמתם הכ"ן נד"ד שקנה שטר משכו' לסלק שאר המצרנים. הרי זה מערים ולא אהני ליה.

וזכות בן המצר אינה נמכרת לשנאמר שתהיה מועלת לו גם לגבי שאר המצרנים. שאינה אלא סילוק ומחילה שאינה מועלת אלא לגבי דידיה ולא לשאר המצרנים.

ואין לו ללוקח שטר זה כ"א כח המשכונה כאלו הוא הלוה למוכר והרי היא בהערמה. זהו מה שנלע"ד.

וצו"מ וימ"ן. כ"ד החו"ף.

פאס יע"א בחדש אדר ראשון שנת בברכת ישרים תרום קרת לפ"ק. וקיים: איש צעיר שלמה אבן דנאן יצ"ו סימן כ"ו ע"ע הנז'.

עתה באנו לפרש שיחתינו כבוצר על סלסלות. אפס קצהו לבל נהיה משא לעיפה ותן לחכם ויחכם.

והוא כי בפס"ד כתבנו שהלוקח שטר משכנתא בהערמה לא תועיל ערמתו. וכתבנו שאם היה הדין נותן שכן המצר יכול למכור זכותו ללוקח.

מקום יש בראש לומר הגם כי מצד עצמו אינו יכול לסלק בן המצר כיון שבא בהערמה. הרי עדיין יש לו זכות שמצד המוכר שמכר לו זכותו.

ודבר זה אינו מוכרח שהרי ההכרח הנראה לכאורה בזה הוא מההיא דהרא"ש שכתב מר"ן סי' לה' שלכאורה קשה תיפוק ליה מטעמא דהערמה. ולזה שתי תשובות בדבר.

חדא דאפשר לומר דאף שהיה בהערמה כל שאינו בא לסלק מצד עצמו אלא מצד המוכר תועיל לו הערמתו אחר שלקח זכות המוכר שהיה יכול לזכות אחר שאינה בהערמה וזהו הדרך שדרכנו בה בפנים בפס"ד. אלא דעדיין אפשר לומר דגם בהלוקח זכות בן המצר לא תועיל לו הערמתו.

דהא דהוצרך הרא"ש לטעמא שאין זכות בן המצר נמכרת. הוא שהרי גם בהיא דזבין גרוא דארעא שהוא בנין אב לדין ההערמה דאמרינן דבן המצר מסלקו מהשדות שקנה בסוף ומקחו קיים בהמעט שקנה תחילה.

אם חזר הבן המצר שסלקו ומכר אותן השדות. דבר פשוט הוא דהוא דזבין גרוא הוי מצרן.

דלא אמרינן דלא תועיל לו ערמתו אלא על המכירה הא' שהיתה עליה ההערמה ולא על שאר מכירות. ומינה להיא דהרא"ש שכן המצר מכר זכותו ללוקח דאמרינן שהמצרנים האחרים יכולים לסלקו.

אם אחר שסלקו א' מן המצרנים וזכה בה חזר ומכרה לו. אלו היתה זכות בן המצר נמכרת מטעם ההערמה לחוד היה זוכה בה ואין שאר המצרנים יכולים לסלקו.

ולכך הוצרך הרא"ש לומר שאין זכות בן המצר נמכרת ללמדנו דלעולם שאר המצרנים יכולים לסלקו. ולפ"ז לצד שנאמר דזכות בן המצר נמכרת.

לדעתינו הוי ספיקא דדינא אם תועיל לו ההערמה כתי' הא'. או לא תועיל לו כתי' הב'.

וא"כ אלו היתה זכות בן המצר נמכרת. היה יכול הלוקח שטר משכנתה לזכות אחר שהלוקח הוא המוחזק אלא שמצינו שאין זכות בן המצר נמכרת וכמ"ש הרא"ש והש"ע סי' לה' כמ"ש בפנים בפס"ד.

ולא נשאר לו לזכות אלא מצד עצמו והרי היא בהערמה: ומשום דיש לחלק דדילמה זכות בן המצר לבדה אינה נמכרת. אבל נמכרת עם השדה.

וא"כ בנ"ד שמכר לו השטר יכול למכור לו גם הזכות. ולפ"ז אף דאינו יכול לסלק מצד עצמו.

יכול לזכות מצד המוכר. לזאת הביאנו ראיה מההיא דסי' ט"ו דמיירי שמכר לו השדה.

וכמ"ש בפס"ד. ומשום דאכתי אפשר לדחות דדילמא ההיא דסי' ט"ו איירי בדמכר לו בסתם ולא פירש להדיא שמכר לו גם הזכות, אבל לעולם כשמכר לו השדה ומכר לו גם הזכות להדיא נימא דמהני, לזאת כתבנו בפנים בפס"ד זאת ועוד מי שם פה וכו' לומר דבנ"ד לא מכר לו זכות המצרנות להדיא: ודע כי הראשונים מקשו ההיא דהרמ"א שכ' מר"ן בסי' כ"ב דמצרן לא יכיל אינש אחריני בדוכתיה לסלוקי ללוקח בדיני דב"מ אלא היכא דאקני ליה בארעא קמייטא דקא תבע מחמתו, עם ההיא דסי' ט"ו, והב"ח פירש וז"ל נראה דהכי קאמר שאינו יכול להוריד לאיש אחר במקומו שיסלק את הלוקח בדינא דב"מ ושיקח האחר השדה לרשותו, דלא עשו תקנתא אלא משום ועשית הישר והטוב שלא יהיו שדותיו של מצרן חלוקין, וכשיקח האחר לרשותו ליכא האי טעמא, הילכך לא מצי עביד.

ולפיכך אם הקנה המצרן לאחר חלק בשדה שלו שאצל שדה הנמכרת אפי' חלק קטן דהשתא המצרן והאחר הו"ל שותפין בשדה זו, שותף מצי לסלוקי ללוקח ואע"ג דלעיל וסי' כ"ט כתב דכשמכר המצרן השדה קודם שסלקו ללוקח לא יוכל לסלקו לא הוא ולא זה שקנה ממנו. שאני התם דמכר כל השדה לאחר אבל הכא מיירי דלא מכר לו אלא מקצתו כדכתב להדיא אלא היכא דאקני ליה בארעא קמייטא דקא תבע מחמתיה ולא מכר לו דבר מסויים אלא כגון וכו'.

ומ"ש הא לאו הכי לא מצי לאורוכי פי' לא מצי להרשות לאחר שיסלק ללוקח ושיעמוד במקומו וליקח השדה לרשותו וכו' ע"כ. והסמ"ע ס"ק ל"א מכח קושייא זו פי' בע"א וז"ל אבל אין לפרש דברי המחבר דר"ל דאם בא להעמיד אחר במקומו שיסלק הלוקח ויקחנו האחר לנפשו בזה צריך להיות לו חלק בגוף השדה של המצרן אבל אם אינו מעמידו במקומו ליקחנו לנפשו אלא שיעמוד השדה ביד המצרן.

יוכל להעמיד במקומו כל הקנאה בגוף השדה. דהא כתב הטור והמחבר"ר בסי' ט"ו דאם קודם שסלקו המצרן מכר השדה העומדת על המצר דאין ללוקח דין מצרן.

ועי' בפרישה ודרישה וכו' ע"כ. והסכים עמו הש"ך ס"ק י"ט.

וכן הסכים ה' משה"ך ס"ק כ"א וז"ל אבל אין לפרש שיעמיד אחר במקומו שיקחנו האחר לנפשו. דהא מבואר בסי' ט"ו דאם מכרה המצרן לאחר דאין המצרן יכול לסלקו ע"כ.

והט"ז סי' כ"ב כתב וז"ל קשה ממה נפשך אי כבר הקנה לו קודם קניית הלוקח שדה שלו. פשיטא שיכול לסלקו.

ואי אח"כ הא פסק בסי' ט"ו דהלוקח שקנה שדה של המצרן אינו יכול לסלקו. ונר"ל דכל שבא הלוקח ממצרן לסלק המקח מצד עצמו אינו יכול כי כבר קדם הלוקח מבעל השדה.

וכאן המצרן מקני לו בפירוש אדעתא דהכי שיהיה הוא במקומו לענין בר מצרא. ואע"ג דאין המצרן יכול למכור זכותו.

היינו כשמכר דבר זה לחוד דאין הקנין חל על שום דבר. ומזה מיירי רבינו (בסי' נ"ג כצ"ל והש"ע סי' ל"ה) אבל כי מכר לו גוף השדה ואמר לו אני מוכר לך שדה שלי ואעמידך במקומי לענין המצרנות של זה מהני.

וזה מבואר בלשון הרמ"א דכתב אלא היכא דאקני ליה וכו' מלשון אלא משמע דקאי אדסמוך לומר דהיינו מכירת זכות. ע"כ: ונמצינו למידין מי שאינו יכול לסלק מצד עצמו ובא לסלק מצד זכות המוכר.

שלש מחלוקות בדבר. היכא שמכר לו השדה ומכר לו הזכות להדיא.

לסברת הט"ז מהני דבזה מיירי הרמ"א שהביא מר"ן סי' כ"ב שכן מבואר בלשון הרמ"א כמ"ש הט"ז ודקדוק נכון הוא. וההיא דסי' ט"ו איירי בדאקני ליה השדה סתמא ולא מכר לו הזכות להדיא.

ולס' הב"ח אף במכר לו השדה (ומכר לו הזכות להדיא) לא מהני אם מכר לו כל השדה. אבל אם מכר לו מקצת השדה (ומכר לו הזכות להדיא) מהני במיגו.

ובזה מיירי ההיא דסי' כ"ב. וההיא דסי' ט"ו איירי במכר לו כל השדה דלא מהני (אף במכר לו הזכות להדיא) דלית ליה מיגו.

ולס' הסמ"ע והש"ך ומשה"ך אף במוכר לו מקצת השדה (ומכר לו הזכות להדיא) לא מהני ולכך פירשו ההיא דהרמ"א בע"א: והיכא דמכר לו כל השדה בסתמא ולא אקני ליה להדיא שיעמוד במקומו לענין המצרנות. לכ"ע אם אינו יכול להיות מצרן מצד עצמו כגון זה שבא באחרונה שקדמו הלוקח אינו יכול להיות ג"כ מצרן מצד זכות המוכר: ומינה לנ"ד שמכר לו שטר משכנתא כולו דלית ליה מיגו ולא אקנו מיניה כ"א על מכירת השטר ולא אקנו מיניה להדיא על מכו' הזכות של המצרנות שיעמוד במקומו.

לכ"ע לא מהני ליה להיות מצרן מכח זכות המוכר. לס' הב"ח כיון שמכר השטר כולו הרי לית ליה מיגו.

ולס' הט"ז הרי לא אקני ליה להדיא על זכות המצרנות. וכ"ש לס' הסמ"ע והנלוים אליו דס"ל דאפי' במוכר לו מקצת לא מהני וא"כ מצד עצמו אינו יכול.

כיון שהיא בהערמה. ומצד זכות המוכר אינו יכול כמ"ש: והנה אם היה מוכר לו מקצת השטר ואקני ליה להדיא על מכירת הזכות.

הא פשיטא דמהני כיון שהוא מוחזק. דלס' הט"ז הא אקני ליה להדיא.

ולס' הב"ח הא אית ליה מיגו. ואע"ג דהסמ"ע וסיעתו חולקים הלוקח המוחזק יכול לומר קי"ל כהב"ח וט"ז: ואע"ג דשאני נ"ד מההיא דהרמ"א דמיירי בה הב"ח והט"ז משום דשאני ההיא דהרמ"א לית לן למיחש בה להערמה שהרי הלוקח דוקא הוא המוזהר בועשית הישר והטוב וכמ"ש רש"י בפ' המקבל גבי ההיא דזבנא לעכו"ם.

והסמ"ע וכל המפרשים ואין בזה שום חולק. באופן דנדון הרמ"א לית לן למיחש בו להערמה שהרי לוקח השדה שבאו עליה המצרנים המוזהר בועשית הישר והטוב אינו מערים להפקיע תקנת חז"ל אלא שאחרים הם הבאים עליו מכח זכות המוכר ואע"ג דלדידהו לא סגי בלא הערמה לית לן בה.

שהרי אינן מוזהרים ע"ז. ולכך סברי הב"ח והט"ז דהגם שאינו יכול להיות מצרן מצד עצמו אפ"ה יכול להיות מצרן מצד זכות המוכר.

אבל בנ"ד שהלוקח המוזהר איהו גופיה דקא מערים וכבר כתבנו לתירוצא בתרא דגם בלוקח זכות בן המצר לא תועיל ערמתו. וא"כ בנ"ד אינו יכול לזכות לא מצד עצמו ולא מצד זכות המוכר אחר שהיא בהערמה: מ"מ הרי העלינו שבלוקח זכות בן המצר הוי ספיקא דדינא והלוקח מוחזק.

וא"כ אם מכר לו מקצת השטר ואקני ליה להדיא זכות המצרנות. מהנייא ליה לס' הב"ח והט"ז מצד זכות המוכר דהוי ספיקא דדינא הגם שאינו יכול לזכות מצד עצמו שהיא בהערמה: והיכא דמכר לו מקצת השטר ולא אקני ליה בפ"ה על זכות המצרנות.

הא פשיטא דלא מהני ולא מבעייתא לס' הט"ז דס"ל להדיא דעיקר החילוק הוא להקנות בהדיא על זכות המצרנות אלא אפי' לס' הב"ח שחילק בין מוכר מקצת למוכר כולו. מלבד דשטחיות לשונם נראה החוש"ה אלא העין דלא מיירי אלא במקנה ליה להדיא מכירת הזכות כאשר עיני המעיין תחזינה מישרים ואפ"ה ס"ל דלא מהני כי אם במוכר לו מקצת השדה.

הרי הט"ז כתב דזה מבואר בלשון הרמ"א וכו'. ודקדוק נכון הוא בלשון הרמ"א ובודאי שגם הב"ח ס"ל דקדוק זה וא"כ למה לא תירץ כהט"ז.

אלא ודאי ס"ל דגם ההיא דסי' ט"ו מיירי בדאקני ליה להדיא. ולכך הוצרך לחלק בין מכר לו מקצת למוכר לו כולו.

אלמא דס"ל דגם במוכר לו מקצת צריך להקנות לו להדיא על מכי' הזכות. ובמכר לו השטר כולו ואקני ליה להדיא על מכי' הזכות.

לס' הב"ח לא מהני. דלדידיה בין ההיא דסי' ט"ו ובין ההיא דסי' כ"ב מיירי גם במקנה ליה להדיא מכי' הזכות כמ"ש ואפ"ה לא מהני ליה כי אם במוכר מקצת דאית ליה מיגו.

וכ"ש לס' הסמ"ע וסיעתו דס"ל דאפ"ה במקצת לא מהני: אלא דלס' הט"ז מהני אלא דאין המוחזק יכול לומר קי"ל כס' הט"ז שכעת לא נגלית לנו ס' שום אחד מהפרשים דסבר לה כהט"ז. והגם דמצינו לה' פחד יצחק אות ב"ר בר מצרא ודיניו שנשאל מהרב כמוה"ר אבי עד שר שלום ז"ל וז"ל עוד נר"ל שאם המצרן עומד בדין ואח"ך הקנה בפ' לאחד הקרקע עם זכות תקנתא דרבנן שבאה לו מכח הפסד שיצא זכאי בדינו יכול הקונה השני ליכנס במקומו של ראשון כפשט דברי הרמ"א בש"ע סי' כ"ד ודלא כסמ"ע וש"ך אלא כב"ח.

ומ"ש בסי' ט"ו היינו שמכר השדה שיש לו על המצר בסתם. שאז מחל שעבודו.

ואפ"ה לדברי שפסקתי כדברי המרדכי כיון שהקנה הקרקע והזכות של תקנתא דרבנן וזכות הפס"ד. וק"ו לדברי הסמ"ע שאינו קנין דברים.

אלא שיש לעין קצת בזה. ע"כ: והנה דברי הרב ז"ל הנה הנם דברי הט"ז.

ומ"ש דלא כהסמ"ע אלא כהב"ח הוא בעיקר פי' דברי הרמ"א ס"ל כהב"ח שהקונה נכנס במקומו של ראשון. ולא כהסמ"ע דמפרש ליה לענין הרשאה ולא ליכנס במקומו של ראשון.

אבל בת"ה הקושיא דסי' ט"ו עם סי' כ"ב הוא תי' של הט"ז בדקדוק. וא"כ לפ"ז יכול המוחזק לומר קי"ל כהט"ז וכמוה"ר אבי עד שר שלום ז"ל: מ"מ הרי מצינו לה' פחד יצחק שם בתשו' אליו כתב וז"ל ועל הדין השלישי לבי מהסם בפרט אם מכר כל הקרקע לחלוטין ולא חלק ממנו כדכתב הסמ"ע.

ואף גם זאת דדייקינן לשון הש"ע סי' ט"ו המצר"ן שבא לסלק את הלוקח וקודם שסלק מכר וכו' דמשמע שעמד בדין ויצא זכאי ואח"ך קודם שסלקו מכר לאחר וכו' ודו"ק. ע"כ: וא"כ יכול להיות שה' אבי עד שר שלום ז"ל הדר קבלה מיניה.

זאת ועוד שגם ה' ז"ל סיים אלא שיש לעיין קצת בזה. וכיון דלדידיה לא פשיטא ליה היאך יכול המוחזק לומר קי"ל כוותיה: והנה אמת שמענו שרבותינו רבנן דפקיע שמייחו ב"ד שלפנינו זיע"א דנו הל"מ בלוקח שטר משכנתא שאין השותף יכול לסלקו.

מ"מ הרי הלכה רווחת אין למדין הלכה מפני מעשה ופוק חזי מ"ש הריב"ש סי' ש"א וז"ל ומה שאמרת שפעם אחת באתא אשה אחת לגבות כתובתה לפני מורינו הרב רבינו נסים ז"ל ודן לשום לה בגדי שבת ולא בגדי חול. אין למידין הלכה מפני מעשה ואולי היו שם תנאים אחרים ודברים בגו.

או אולי גרושה היתה. או שעשאה דרך פשרה ועצה טובה מפני המוסר וכו' ועי' לה' פחד יצחק אות הל' הלכה אין למידין מפי תלמוד וכו'.

וא"כ בנ"ד נמי אין למידין מפי מעשה. כי אולי לא היתה הערמה בדבר כי לא כל הנושאים שוים.

כי לפעמים יקרה שיקח שטר משכנתא בת'ם לבב ואחר סמוך יזדמן להם מכירת הקרקע ההוא הממושכן בלי שום ערמה. ומציאות לא שקלת מעלמא.

ואפשר דמציאות כזה היתה בפני רבנן ב"ד שלפנינו נ"ן או אפשר שלא נכרת להם ההערמה בודאי ולא היה כ"א חשש ערמה. ולא דנו אותם בקבלת חרם כי אפשר שסמכו על הפוסקים שפוטרים מקבלת חרם כאשר יהיה האופן בחשש ערמה דוקא.

כאשר תראה בב"י ובכנה"ג קחנו משם ובואה. או אולי דברים בגו היו.

או אפשר שמעשה היה שמכר לו מקצת השטר ומכר לו הזכות להדיא שכתבנו למעלה דמהני. ובפרט למ"ש חו"ר מק'נאס יע"א שיש חילוק בין אם השותף מסלקו ללוקח שטר משכנתא לבעל המשכונה הרא' כנ"ד.

באופן דהלכה רווחת דאין למדין הלכה מפי מעשה ולא נהיה כפתי מאמין לכל דבר. והילך מ"ש ה' מהירט"ן סי' ק"ט וז"ל תקנה שתקנו גדולי הדור אין לדון עליה אע"פ שהיו דנין על פיה אא"ך היו מתקבצים כל חכמי הדור ומתקנים התקנה וכותבים בס' התקנות למען יעמדו ימים רבים.

אבל מנהג שנהגו כן אע"פ ששמענו שהיו דנים עליו אינה אלא הוראת שעה. לא שתקנו כך לדורות אלא א"כ כתוב בספר.

ומי שאינו דן כן לא הגיע אפי' לחצי הוראה עכ"ל. והביאוהו האחרונים להלכה ואין להאריך כעת בפרט זה והמשכיל יבין.

ולראיה ח"פ באדר הסמוך לניסן שנה הנ"ל וקיים: ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט סימן כ"ז. ראובן שקנה קרקע מיתמי שמעון בהסכמת אפוטרופוס שלהם.

ושותפם בקרקע הנז' רוצה לזכות במקח ההוא מכח דינא דבר מצרא מהו הדין: הנה במוכר לאשה וליתמי לכ"ע אין בו דינא דב"מ ומוסכם מן הש"ס ומן הפוס'. ופסקו מר"ן סי' קע"ה ס' מ"ז וז"ל המוכר לאשה או ליתומים קטנים אין בו משום דינא דב"מ.

ע"כ: אכן בקונה מן האשה אי איכא דינא דב"מ או לא. שנוי במחלוקת.

והב"י כתב משם תלמידי הרשב"א וז"ל וכתבו עוד דה"ה ללוקח מאשה דלית בה דינא דב"מ. דלפי שאין לה מי שיפקח במעשיה רצו חכמים שיהיה ממכרה קיים כדי שיקפצו ב"א לקנות את שלה ע"כ.

וכ"פ מור"ם וז"ל הקונה מן האשה י"א דלית בו משום דינא דב"מ. והכנה"ג בהגב"י אות פ"ט כת' שכן כתב מהר"מ אלשיך ז"ל בסי' פ"ד וכן הוא סברת מורה אחד הובאו דבריו בתשו' מהר"י וי"ל סי' צ"ט.

וסיים הכנה"ג שיכול המוחזק לומר קי"ל כדעת הנך רבוותא דקיימי כס' תלמידי הרשב"א: ולדידן אין אנו צריכין לטענת הקי"ל. שכבר קיימו וקבלו אבותינו ורבותינו

הראשונים זיע"א עליהם ועל זרעם דעת מר"ן בב"י ובש"ע ודעת מור"ם במקום שלא גילה דעתו מר"ן במקומות הנז' ומאחר שמורם פסק הכי נקטינן.

גם נראה שכן היא דעת מרן בב"י מדהביא ס' תלמידי הרשב"א בלי שום חולק שכן מצינו להכנה"ג בסי' הנז' בהגהות הנז' אות צ"ה שלמד כן בענין אחר שכן היא דעת הב"י מדהביאה בלי חולק: אכן צריכין אנו לברר. אם הקונה מן היתומים דינו שוה לקונה מן האשה או לא.

והש"כ ס"ק מ"ה כת' וז"ל והקונה מן היתומים. עי' בתשו' ר"א נ' חיים סי' קי"ב שכ' דינו כקונה מן האשה ודלא כריב"ש עי"ש ע"כ.

והכנה"ג בהגה"ט אות צ"ב כת' וז"ל לא מצאתי מפורש אם ה"ה ליתומים המוכרים. ולפי הטעמים שנתנו הפוס' במוכר ליתו'.

הדבר במחלוקת וכיון שהדבר מחלוקת בין הפוס' יד הלוקח עה"ע. הראנ"ח ז"ל ח"א סי' קי"ט ומהר"מ אלשיך ז"ל בסי' פ"ד כ' בפשוט דיתומים המוכרים לית ביהו דינא דב"מ ע"כ.

מעשה קם דינא דגם הקונה מן האשה או הקונה מן היתומים אין בו משום דינא דב"מ: ולענין אם יש בהם דינא דשותפי כ' הב"י וז"ל מצאתי כתוב בתשו' מהרי"ל שפסק מהר"מ דאע"ג דאשה לית לה דב"מ. דינא דשני שותפים אית לה דעדיף דשותף בגוף הקרק' היא.

ע"כ.

וכן פסק מור"ם בסוף סי' מ"ז וז"ל ודוקא מצרן אינו יכול לסלק האשה אבל שותף יכול לסלקה דשותף עדיף ממצרן. והכנה"ג בהגב"י אות צ"ה כ' שמהרי"ל סובר כמהר"ם.

וגם דעת המחבר כן מדהביא דעת מוהר"מ ז"ל בלי שום חולק. וכן דעת מהרש"ך ומהר"א ששון ז"ל.

ואמנם מהר"א נ' ששון ומהר"ם אלשקר ומהר"ם ליב שרואל ומהר"ש יונה ומהר"א נ' חיים כתבו שבכל מקום דאמרינן לית ביהו דב"מ. לא דוקא אלא ה"ה דינא דאחי ושותפי לית להו: עין רואה דענין זה הוא פלוגתא דרבוותא.

ולפ"ז יכול הלוקח שהוא המוחזק לומר קי"ל כהנך רבוותא דס"ל דאף דינא דשותפי לית להו. אלא דלדידן דגרירין בתר מר"ן ומור"ם והכנה"ג כ' דדעת המחבר"ר הב"י כדעת מהר"ם וגם מור"ם פסק כן.

הכי נקטינן. ויכול השותף לסלקו: ולפ"ז לכאורה נראה בנ"ד.

שיכול השותף של היתו' להיות מצרן. והגם דמריהטת לשון מור"ם נראה דלא איירי כ"א במוכר לאשה שכ' ודוקא מצרן אינו יכול לסלק אשה אבל שותף יכול לסלקה.

דלשון זה יורה יורה דבמוכר לאשה איירי ולא בקונה מן האשה. מ"מ לכאורה נראה דכ"ש הוא.

דאם במוכר לאשה דליכא שום חולק אמרינן דשותף יכול לסלקה. כ"ש בקונה ממנה דאיכא מרבנותא דסברי דאף מצרן יכול לסלקו דאמרינן דאף החולקים יודו דשותף יכול לסלקו.

ושהכי משמע נמי מסדר דברי מור"ם שקבע דבריו אלא בסוף ההגה אחרי כותבו דין הקונה מן האשה ולא כתבם בחילת ההגה אחר דברי מר"ן דאיירי במוכר לאשה לרמוז לנו דדין זה שייך גם בקונה מן האשה: וכן מצאנו פס"ד א' לה' מוהר"ר ברוך טולידאנו ז"ל הובא בפסקי מוהר"ר אליהו הצרפתי ז"ל וז"ל ושמעתי שיש מי שפירש בדברי מור"ם ז"ל דכ' בסי' קע"ה סי' מ"ז וז"ל ודוקא מצרן אינו יכול לסלק האשה אבל שותף יכול לסלקה.

דלא קאי אלא ארישה דדברי מר"ן דהמוכר לאשה. אבל לא אסיפא שכ' מור"ם הקונה מן האשה לית בה דדב"מ וס"ל דהקונה מן האשה אף אם הוא שותף אינו יכול לסלק לקונה ממנה.

וזה אינו דק"ו הוא שהרי בקונה מן האשה י"א דאפ' מצרן מסלקו. אבל במוכר לאשה לכ"ע אין המצרן מסלקו ואפ"ה בשותף יכול לסלקו ודברים פשוטים הם.

וכ"מ כתוב בגיליון הש"ע של א"א זלה"ה רשם על ודוקא מצרן וכו' אבל שותף יכול לסלק. ונ"ב ארישא דהמוכר לאשה קאי וכ"ש אסיפא דקונה מן האשה שהרי י"א בקונה דאפי' מצרן מסלקו ע"כ.

והרב מוהררא"ץ ז"ל כ' עליו ומ"ש דיש מי שפירש וכו' דקאי ארישא דוקא במוכר לאשה דוקא הוא דשותף מסלקה אבל בקונה מן האשה אף שותף אינו יכול לסלקה. מלבד דסברא הפוכה היא דאם ברישא דמוסכמת לכ"ע דלית בה דדב"מ.

אמרינן שותף יכול לסלקה. בקונה מן האשה שפסק מהרי"ו דמצי המצרן לסלקו. פשיטא דמצי שותף דעדיף ממצרן דיכול לסלקו. ואיך יאמר דלא מצי שותף לסלק הקונה מן האשה.

אין זה אלא פסקי ראשו' וכו' ע"כ: אכן כד דייקנן פורתא נראה כהיש מי שפירש. שהרי כ' הכנה"ג סי' הנז' אות צ"ה ומהר"ש יונה ז"ל הובאו דבריו בס' משפט צדק ח"א סי' י"ג כ' דלא אמרו דאע"ג דלית בהו דדב"מ דינא דאחי ושותפי אית להו אלא כשהוא צורך הלוקח כגון המוכר לאשה וליתמי.

אבל כשהוא צורך המוכר לא חלקו בזה בין מצרן לשותף. ולפי דבריו הקונה מן האשה למ"ד לית ליה דדב"מ אף דינא דאחי ושותפי לית ביה ע"כ: והן אמת כי הכנה"ג תמה על חילוק זה וס"ל כי לדעת מהר"ם דינא דאחי ושותפי אית ביהו אע"פ שהוא תקנה למוכר וכן ראה בס' מורה צדק כ' בשם מהרש"ף ז"ל דהא דמהר"ם ז"ל כללא הוא: מ"מ הרי מצינו בח' בתשו' סי' י"ג שכ' וז"ל ואין לו' דמה שאמרו לכרגא ולמזוני ולקבורה לית ביהו דדב"מ דוקא מצרן אבל שותף עדיף כמו שפי' מהר"ם אבל הני דקאמר בגמרא לית בה משום דינא דב"מ.

בהא פשיטא דלא אמר מהר"ם אלא דוקא היכא דאמרו לית בה דינא דב"מ מטעם דאין לעשות הטוב והישר למצרן היכא דאיכא הטוב והישר וגמילות חסדים ללוקח בהא קאמר מהר"ם דוקא לגבי מצרן קאמרי הכי אבל לא לגבי שותף כיון דאית ליה חלק בגוף הקרקע בהא ודאי מסתברא דיותר יש לעשות לשותף מללוקח.

אבל היכא דתקנו להעמידה ביד הלוקח משום פסידא דמוכר אין סברא לחלק בין שותף למצרן דכל היכא דאיכא פסידא למוכר דלית ביה משום הישר והטוב אפי' לגבי שותף וזה אין צריך לפנים עכ"ל. גם מהריק"ש בהגהו' בס' מ"ז כ' השותף בקרקע מסלק את האשה דדוקא דב"מ לית בה אבל השותף בקרקע דין הוא שלא יכניס אחרים לתוך שלו ע"כ.

ובס' מ"ד על מ"ש מר"ן טען הלוקח ואמר מפני המס וכו' על בעל המצר להביא ראיה כ' וז"ל ונ"ל דה"ה לשותף דחשיב מוציא מיניה דלוקח דזיל בתר טעמא שהלוקח קנה מד"ת. ובן המצר והשותף אין בהם אלא תקנת חז"ל ומשום הכי הוי הלוקח מוחזק לעולם כנ"ל.

עכ"ל: הרי דבמוכר לאשה שהוא צורך הלוקח כ' שהשותף מוציא ואלו במוכר מפני המס שהוא צורך המוכר כ' שגם השותף שוה למצרן. ולא בא אלא לחדש שהלוקח מוחזק גם לגבי השותף ועל השותף להביא ראיה שלא מכר מפני המס הלא"ה לא יהיה מצרן: אתה הראת תרי אריותא מוהריק"ש וב"ח דסברי מרנן כס' מהר"ש יונה.

ונעלמו מעיני הכנה"ג סברת תרי רבנן הנז'. ומעיני הרב מוהר"ב טולידאנו והרב מ"ר.

אביו ומוהרא"ץ ז"ל כולהו תלתא: גם ה' תקפו של יוסף ח"ב סי' י"א כ' וז"ל אין חילוק בין שותף למצרן כיון דאפשר שיגיע הפסד למוכר וכמ"ש האחרונים. וז"ל מהריק"ש על מ"ש מר"ן טען הלוקח וכו' ונ"ל דה"ה שותף וכו' הרי דפשיטא ליה לה' דמוכר מפני המס ואינך דאית ביהו פסידא למוכר אין חילוק בין מצרן לשותף ולא הוצרך הרב לחדש אלא שגם אם היו חלוקים הלוקח והמצרן דאמרינן שהלוקח מוחזק והמצרן מוציא ועליו הראיה גם בזה אין חילוק בין מצרן לשותף דלעולם הלוקח מוחזק גם לגבי השותף כיון שאינו קונה אלא מתחז"ל ע"כ: גם ה' ויאמר יצחק ח"ב סי' קפ"ו בתשו' למוהר"ר אלעזר הלוי נ' טובו נר"ו כ' וז"ל ועל שבעתה באתי להשיב לכת"ר על מה שעלה ונסתפק אי בכל מיילי דלית ביהו דדב"מ אי אמרינן ניהו שותף עדיף ממצרן.

עי' שו"ת ב"ח סי' י"ג ומשפט צדק ח"א דס"ב ע"ג דכללא כייילי לן שכל שהוא צורך הלוקח אמרינן שותף עדיף ממצרן. וכל שהוא צורך המוכר אין לחלק בין שותף למצרן ע"כ: עין רואה חבל נביאים ה' מהר"ש יונה ומהריק"ש והב"ח ותקפו של יוסף וה' ויאמר יצחק כולם מתנבאים בסגנון אחד דהא דאמרינן שותף עדיף ממצרן דוקא כשהוא צורך הלוקח כגון המוכר לאשה וליתמי.

אבל כשהוא צורך המוכר כגון הקונה מן האשה ומן היתו'. אין חילוק בין מצרן לשותף ואפי' שותף אינו יכול לסלקו.

וא"כ מ"ש הרבנים הנז' דמ"ש מור"ם ודוקא מצרן אינו יכול לסלק אשה אבל שותף יכול לסלק דקאי ארישה דמוכר לאשה וכ"ש אסיפא דקונה מן האשה מק"ו. קו' פריכא הוא דשאני רישא דמוכר לאשה שהוא צורך הלוקח לכך שותף יכול לסלקה.

אבל סיפא דקונה מן האשה שהוא צורך המוכר אפי' שותף אינו יכול לסלק ולא יצדקו דבריהם דרבנן כ"א לס' הכנה"ג ומהרש"פ דפליגי וס"ל דהא דמהר"ם כללא הוא בין כשהוא צורך המוכר בין כשהוא צורך הלוקח: וא"כ הלוקח המוחזק יכול לומר קי"ל כהנך רבוותא דס"ל דכשהוא צורך המוכר אף השותף אינו יכול לסלק.

ומור"ם לא קאי אלא ארישא דמוכר לאשה שהרי כ' מהריק"ש ז"ל כמביא למעלה שהלוקח מוחזק אף נגד השותף. וכ"כ הכנה"ג אות צ"ח וז"ל כמו שהלוקח הוי מוחזק לגבי מצרן ה"ה לגבי אחי ושותפי משפט צדק ח"א סי' י"א.

וכן מתבאר בביאור מדברי הראד"ב ז"ל סי' קס"ו ע"כ. וכ"כ הש"ך ס"ק מ"ז.

גם ה' מוהר"ר ידידיה מונסונייגו ז"ל בפסקיו כ"י צדד בדברי מור"ם הללו אי קאי ארישא דוקא או קאי גם אסיפא. ומסיק דהדרן לכללין דזכה הלוקח שהוא המוחזק דבר תורה: איברא דצריכין אנו לדעת אי גם ביתומים שיש להם אפוט'.

הוי דינא הכי או לא. והבי' כ' לגבי מוכר ליתומים.

וכ' העיטור וליתמי לא בריר לן אי על האפוט' שקנה ליתו' קאמר או שקנו הן לעצמן ע"כ והש"ך כ' בס"ק מ"ג וז"ל לאשה או ליתו' אפי' יש להם אפוט'. ר"א ה' חיים סי' קי"ד ופשוט ע"כ: וא"ל דמאי שנא מקטנים שיש להם אב שכ' הב"י משם הה"מ שאפי' לקטנים אם אינם יתו' דין המצר יש להם.

דאב עדיף מאפוט'. וכ"כ ה' נתיבות משפט עי"ש: ומאחר דמצינו דבמוכר ליתו' אפי' יש להם אפוט' לית בהו דדב"מ.

ה"ה נמי למאן דס"ל דבקו' מן היתו' לית בהו דדב"מ. אפי' יש להם אפוט' נמי.

דלדידהו טעם אחד להם. בין במוכר להם בין בקונה מהם משום דלאו אורחיהו למיטרח. וכיון דבמוכר להם אין חילוק בין יש להם אפוט' או לאו. גם בקונה מהם אין לחלק דזיל בתר טעמא: שוב מצאנו הדבר מפורש להדיא בס' נתיבות משפט ד"ן וז"ל ולענין יתו' שמכרו כפי סברת הרשב"א שכ' בענין האשה דה"ה למוכרת וכמ"ש למעלה.

ה"ה ליתו' המוכרים. לפי דברי הרמב"ם והטור שסוברים דטעם יתמי הקונים דלית בהו דדב"מ היינו משום דלאו אורחיהו למיטרח וכו' דגם גבי יתו' מוכרים רצו חכמים שיהיו מעשיהם קיימים כדי שיקפצו לקנות שלהם וכו' מ"מ יש להסתפק ביתומי' המוכרים ע"י אפוט' שלהם וכגון שמכרו.

להאכיל או שנטלו רשות מב"ד וכמו שהאריך בזה מהראנ"ח וכו' והעלה בסוף דבריו שאע"פ שלא נמצא מפורש בדברי הפוס' מכח הסברא נראה דאפי' בקנו ע"י אפוט' שייך טעמא דלאו אורחיהו למיטרח שאינו דומה מה שטורח האדם לעצמו למה שטורח האפוט' בעדם ומינה ליתומים המוכרים לפי טעם זה אף בשמכרו על יד אפוט' ע"כ:

קנצי למילין שהלוקח הנז' יזכה במקחו סמוך לבו לא ירא לא ממצרן ולא משותף שיכול לומר קי"ל כמ"ד שאף בקונה מן היתומים ליכא דב"מ ולא דינא דשותפי כיון שהוא צורך המוכר ומור"ם לא קאי אלא ארישא.

ואפ"י יש להם אפוט' וכמו שנתבאר למעלה. זהו מה שנלע"ד וצויי"מ וימ"ן כ"ד החו"פ פאס יע"א בעישור אמצעי לחדש אדר ראשון משנת בברכת ישרים תרום קרת לפ"ק: זעירא דרבנן שלמה אבן דנאן הי"ו סימן כח קושטא קאי דקי"ל דבגנב מפורסם לא עשו תק"ה כמ"ש סי' שנ"ו וכ' הב"י וז"ל וכ' הגהות מימוניות דבגנב מפורסם אם אומר הלוקח לטובה נתכוונתי להשיב אבידה נאמן לד"ה ע"כ וכ' ע"ז בבד"ה ואין דברים אלו מוכרחים אלא שמצאתי קצת סמך בדברי התוס' וכו' ולפחות צריך להטיל ח"ס והכל לפי מה שהוא אדם והכל תלוי באומד דעת הדיינים ע"כ וכדברי הגה"מ כ' המרדכי בפ' הגוזל ומאכיל סי' קס"ו וז"ל ואם היה אומר לטובה נתכוונתי להשיב אבידה נאמן לד"ה ע"כ ומהתימא על מרן ז"ל שהעתיק דברי המרדכי דסי' קס"ה בסוף הסי' ולא שלטו עיני קדשו בההיא דסי' קס"ו שהיא סמוך ונראה ואין ביניהם שנים מן השיטין וכ"כ ג"כ שליטי הגבורים בפ' הנז' וז"ל ועוד כ' הסמ"ג שאם אומר הלוקח מגנב מפורסם לטובה נתכוונתי להשיב אבידה נאמן לד"ה ע"כ הרי חבל נביאים מתנבאים בסגנון אחד ולא שלטו מאורי אור עיני מר"ן בדברות קדשם: וחזיתיה לה' שע"א בהגהותיו לסי' רס"ו שכ' וז"ל עכו"ם שגזל מישראל או ישראל מישראל ומוכרו לישראל אחר בפחות משווי עמ דאסור לקנות מהגנב כדלקמן דסי' שנ"ו מ"מ רשאי לקנות כיון שדעתו להחזירו מצוה קא עביד דהשבת אבידה ע"י חוות יאיר סי' נ"ט ובת' אדני פ"ז סי' ז' עכ"ל: ולענין דינא נראה דפטור אפ"י מח"ס דהוי כמשיב אבידה דקי"ל דפטור כמ"ש בסי' רס"ז ס' כ"ז וכדכתבו כל הנך רבוותא ואמינא דאיפשר אי הוה שמע מר"ן הוא הדר ביה ובפרט דאנן לא קבלנו הוראותיו בבד"ה וכמ"ש מוהריב"ע ומוהריב"ץ והוב"ד בס' ויאמר יצחק בדינים נפרדים אות ב' ואם נראה לב"ד שלא לטובה נתכוון אינו נאמן אפילו בשבועה וכדכתב מרן ז"ל: איש צעיר שלמה אבן דנאן סיט"א סימן כ"ח.

ראובן שמינהו אביו להיות אפוט' על נכסיו והוא השליט על כל נכסי אביו אף הן בעודנו חי ואביו ראובן היה לו חלק בחצר הידועה לשמעון וכל חלק שמעון היה ממושכן אצל לוי ומכר שמעון חלקו לראובן ובא לוי להיות מצרן מכח המשכונה וענהו ראובן שהקנין היה לאביו שהוא שותף וטען לוי דכיון ששטר המקנה כתוב לזכות ראובן ולא לזכות אביו לא מהימן במאי דטעין שהקנין לזכות אביו.

וראובן השיבו אמת שבשטר המקנה כתבתי המכר לזכותי אך האמת הוא שהקנין הוא לזכות אביו והא דלא כתבו לזכות אביו משום דלית קפידא בזה לאביו שיודע בבנו שהוא נאמן. וע"ז נתעצמו בדין ובאו לפני להורות להם את דבר המשפט ונומיתי להם דלאו כל כמיניה דראובן לומר שהוא קנה לאביו כיון שהשטר כתוב על שמו אם לא שהעידו העדים שבשעת המקח היה אומר להם שהקנין הוא לאביו הא לאו הכי לא מהימן לאפקועי כחא דמצרן אף שיביא עדים דמקודם לכן היה אומר שרוצה לקנות קרקע זה לאביו דדילמא הדר ביה וקנהו לעצמו וכיוצא בזה מצאתי לה' המבי"ט ח"א סי' פ"ו שכ' וז"ל וכן מה שטוען שהוא אפוט' ושקנה בעד היתו' נראה שאינו נאמן אם אינו כתוב

בפי' בשטר שקנה ליתו' או אין עדים בדבר שהרי כ' ה' וז"ל המוכר ליתו' קטנים כו' ובגמ' אומר ליתמי לית ביהו משום דינא דבר מצרא דמשמע שהוא דבר ידוע וניכ' שמכר ליתומים ממ"ש או לאפוט' בעד היתו' ובנדון זה לא הזכיר בשעת המכר שהיה קונה ליתו' ולכן יכול בעל המצר לסלקו ע"כ גם ה' הכנה"ג בתשו' ח"א סי' קצ"ט כ' וז"ל אבל מטעם אחר זכתה לאה בדינה נחלה בלא מצרים דכיון דבשטר המכירה לא נזכר בפי' שקנה לצורך היתומים או שיש עדים ברורים בדבר שקנה החז"ק הזאת ליתו' אינו נאמן לו' שלצורך יתו' קנה ויכול לסלקו בעל המצר כמ"ש רבינו הגדול מהר"מ מטראני ז"ל בח"א סי' פ"ו וקס"ח ונ"ד אין כאן שני עדים מעידים שבשעת המכירה היה קונה ליתו' ע"כ וע"ע שם שכ' וז"ל ועוד אפי' יהיו כאן שנים עדים שאמר כן בשעת המכירה איני רואה בעדות זה דבר שיחוייב ממנו שקנאה לצורך היתו' דאפש' שהוא קנאה לעצמו להניח שם היתו' הסמוכים אצלו ודומה למ"ש בשאלת הראנ"ח וכו' יע"ש ודון מינה ואוקי באתרין והוצרכתי לכתוב דין זה לפי שבתחילה חלקו עלי מן החכמים אלא שבסוף עלו בהסכמה ותל"מ וקיים: ע"ה שלמה אבן דנאן יצ"ו אכי"ר סימן כ"ט.

צעקתה של ריבה הבתולה יאקות בת הר' מנשה הכהן נ"ע באה אלי שמיאנה בקידושין שקדשה פלוני אלמוני. ונדרשתי לחוות דעתי אי כופין אותו ליתן גט. א"ל.

והשבתי כי לדעתי המעט היא הדבר פשוט דכופין ואפי' החולקים על הרמב"ם ז"ל בנ"ד יודו מאחר שקידושי היתומה אינם כ"א מדרבנן. והם אמרו דע"י מיאון אינה צריכה גט. ואינה צריכה גט כ"א מתקנת האחרונים אבותינו ורבותינו נ"ן זיע"א רבני העיר הזאת נעמ"י. לכך לא חיישינן לגט מעושה שאין כאן חומרא דאשת איש ומלבד שהשכל והסברא מורין כן זאת מצאנו להכנה"ג סי' ע"ז בהגב"י אות ט"ז וז"ל אפי' לדעת הרא"ש ז"ל דאין כופין.

מי שאמר לאשה קדשתיך והיא אומרת לא קדשתי ומחמת הקול צריכה גט והיא אינה רוצה בו כופין אותו לגרש. רש"ל ז"ל סי' ק"ט. וגדולה מזו כת' מהר"ר בצלאל ז"ל בסי"א וסי"ך דדוקא בנישואה או ארוסה גמורה. אבל בקידושי ספק כופין אותו לגרש.

ולכאורה נראה דבעיר הזאת קושטא דמקדשי ע"י סבלונות דאפי' קידושי ספק לא הוו אלא חששא דרבנן לרובא דרבוותא וכו' ע"כ. וכ"ש נדון דידן וכמש"ל: עוד יש להביא ראיה שהרי מצינו לרבותינו בספר התקנות בתק' הקידושין שצריך שתהיה במעמד חכם מחכמי המעמד ותקנו שהמקדש שלא כפי התקנה ישאר בבית האסורין עד שיתן גט כשר.

ונראה דטעמם בתקנה זו הוא כמ"ש הריב"ש ז"ל סי' שצ"ט כיעו"ש. ועי' תשב"ץ ח"ב סי' ה' דבר משה ח"ג סי' י"ז ועי' ב"י א"ה סוס"י כ"ח ומור"ם סי' הנז' סי' כ"א.

וא"כ המקדש כנגד תקנתם אין קידושיו קידושין ואינה צריכה גט כמ"ש הריב"ש ז"ל אלא דלחומר הענין הצריכה גט וכמו שמצינו להריב"ש עצמו שלא רצה לסמוך על

עצמו אם לא בהסכמת כל חכמי הגללות. והיינו טעמא דרבותי' בעלי התקנות שהצריכוה גט לחומר הענין.

ובזה אתי שפיר מאי דתקנו שישאר בבית האסורין עד שיתן גט. ומינה לנדון דידן ותייתי חדא מחדא דהא דתקון גט במיאון אינו אלא חומרא בעלמא ועי' בד"מ ובמור"ם סוס"י קנ"ה ובמהרשד"ם א"ה ר"ג.

זהו מה שנלע"ד בזה. וצווי"מ וימ"ן: זעירא דרבנן שלמה אבן דנאן סליט"א וחתמו עמי כמה"ר יהושע מונסוניגו.

וכמה"ר יהודה בנימין סירירו הי"ו. וכמה"ר יוסף סירירו הי"ו: לפי חומר הנושא לבי אומר לי הלכה למעשה.

דאפי' צ"ט אומרים לכנוס ואחד אומר לפטור לזה שומעים שאמר כהלכה. ולפי שאני חוץ למקומי לשאוף אויר ורוח צח ואור עיני הן הנה ספרי אין אתי סמכתי על רוח מבינתם ואשר יעלה במצודת שכלם הזך והטהור הנני עונה אחריהם אמן בכל כחי ופי כפיהם ודעתי כדעתם.

ומי שחותמו אמת ינחנו בדרך אמת ולאהבת האמת ח"פ: ע"ה אבנר ישראל הצרפתי הי"ו אכ"ר סימן ל'. בדין מי שמשכן נדוניית אשתו.

עי' א"ה סי' צ' סי"ד שכ' הש"ע אין האיש רשאי למכור מטלטלין של נצ"ב ולא למשכין ואם מכרן או משכנן מה שעשה עשוי ע"כ. וגם דמור"ם פליג שכ' וז"ל וי"א דמכרו בטל וכו' ע"ש.

אנן בתריה דמר"ן גרירנא. ומ"ש מור"ם אח"כ וי"א דאם אמר שברשותה עשה מה שעשה נאמן בשבועה וכו'.

לשיטתיה אזיל דס"ל דהמכר בטל. או מיירי בנ"מ דלכ"ע המכר בטל.

דאלו בנצ"ב לדעת מר"ן בכל אופן שיהיה מה שעשה עשוי. ואף דדברים פשוטים הן ולא ניתנו ליכתב.

הוצרכתי לכותבם לפי שראיתי לה' בית יהודה חא"ה סי' ז' שכ' וז"ל נראה לענ"ד באם הבעל מכר או משכן בשעת הלואה דקי"ל כפסק הש"ע סי' צ' בטור א"ה סי"ד וז"ל אין האיש וכו' עד מה שעשה עשוי ע"כ. וא"כ אפי' נודע שעשה שלא מידיעתה מ"מ משום תקנת השוק מה שעשה עשוי אלא דצריכין לידיעתה במשכן שלא בשעת הלואה דדמי לגנב ופרע בחובו דלא עשו בו תק"ה.

ואם נודע בודאי דמשכן שלא מדעתה מוציאין מיד בע"ח. ואם לא נודע וכו' ע"ש: והנה משטחיות דבריו נראה דמשמע ליה דמ"ש מר"ן מה שעשה עשוי הוא משום תק"ה ומור"ם דפליג ס"ל דלא עשו תק"ה בנדונייא.

וכן נראה מדבריו ג"כ ממ"ש אמ"ש הרשב"א וז"ל וכ"ש בנדון שלפנינו דמאן לימא וכו'. ועוד דשפיר קאמרת שאף בזה יש משום תק"ה ע"כ.

כתב וז"ל ונראה מה שהוצרך הרב לטעם תק"ה מיירי בכסות אשתו שקנה לה הבעל דאיתא בטח"מ סי' צ"ז דאין בע"ח גובה מכסות אשתו ובניו שקנה לה הוא ואעפ"כ נראה דאם כבר מכרן או משכנן לכ"ע מה שעשה עשוי דאלו בבגדים שהכניסה לו בנדונייתה לדעת הרשב"א ז"ל אין בהם משום תק"ה ע"כ.

והרשב"א הוא מכת הסוברים דהמכר בטל. וכתב ה' דהרשב"א ס"ל דלא עשו בנדונייא תק"ה אלמא ס"ל דבהכי פליגי דהסוברים מה שעשה עשוי ס"ל דעשו בנדונייא תק"ה. ומאן דפליג ס"ל דלא עשו תק"ה. וכן משמע ג"כ ממ"ש אח"כ וז"ל לפ"ז דעת הרשב"א ור"י וכן נראה מן הסתם דעת מר"ן דהאשה אינה נאמנת לומר דמשכן שלא ברשותה ע"כ.

וכוונתו מבוארת ממ"ש מר"ן סי' ע"ג ס"ט וז"ל מי שמשכן כסות אשתו אינה יכולה להוציאה מידו בלא כלום ע"כ. והיא סברת הרשב"א שכ' בה תרי טעמי מאן לימא לן דלא אפקי מדעתיה וכו' ומשום תק"ה.

ופסקה מרן בסתם אלמא ס"ל גם כטעם הרא' דאינה נאמנת לו' שמשכן שלא ברשותה. והוצרך ה' לו' כן לפי סברתו דסבר דטעמו של מר"ן דסבר מה שעשה עשוי הוא משום תק"ה.

ולפ"ז היכא דמשכן שלא בשעת הלואה כנדון דידיה דליכא. תק"ה גם מר"ן יודה דהמכר בטל ולכן הוצרך לומר דהיכא דנפלה הכחשה אינה נאמנת גם לדעת מר"ן.

באופן דמדבריו מוכח דס"ל דבהכי פליגי. הסוברים מה שעשה עשוי ס"ל יש בנדונייא תק"ה.

והחולקים ס"ל דלא עשו בה תק"ה. ולפ"ז היכא דמשכן שלא בשעת הלואה וכיוצא בזה דליכא תק"ה כמ"ש ח"מ סי' שנ"ו לכ"ע המכר בטל: ואהמ"ר תמהני איך פה קדוש יאמר כן דלפי דבריו דטעמו של מר"ן הוא משום תק"ה.

אפ' כשמחזיר המעות המקוח בטל. ואין זה במשמעות מר"ן שכ' מה שעשה עשוי דמשמע דאפ' בנתינת המעות אינו מוציא.

גם משמעות דברי הרמב"ם שהוא בעל סברא זו הכי הוא שכ' בהל' אישות פ' כ"ב הל' ט"ז מכר מטלטלין של נצ"ב אע"פ שאינו רשאי. ממכרו ממכר ע"כ.

ובהל' מכירה פ' ל' מבואר יותר שכ' וז"ל בעל שמכר מטלטלין של נצ"ב וכו' אם עבר ומכר או נתן קנו הלקוחות ואין האשה יכולה להוציא מידם ע"כ. ודברי הרמב"ם הללו מוכיחים להדייא שאפ' בחזרת המעות אינה יכולה להוציא.

שהרי כ' קנו הלקוחות ואין האשה יכולה להוציא מידם. ולדברי ה' בית יהודה כך הו"ל למימר אם עבר ומכר אין האשה יכולה להוציא מידם בלא כלום.

וטעמייהו דרבנן מפורש בדברי הה"מ וז"ל מ"ש אם עבר ומכר קנו הלקוחות נחלקו עליו. וכ' עליו הרשב"א ז"ל לא נראו לי דבריו ובירושלמי גרסי' שמין דעתה של אשה שהיא רוצה לבלות כליה ולפחות אותן חומש.

ואם איתא דבדיעבד ממכרו ממכר משום דלכתחיל לא ימכור לא תקנו חכמים לפחות חומש עכ"ל ודעת המחבר ז"ל שלא אמרו אלא לכתחיל אבל בדיעבד מקחו קיים ואינן דומין לקרקע שאיננו יכול לכלותו ולהפסידו לגמרי. ודעתה סומכת עליו וכיון שכן מקחו בטל אבל מטלט' שהרי הוא יכול לכלותו לגמרי ודאי ממכרו ממכר וזהו דעת הגאון בשער ד' אבל אם עמד ומכר מעצמו ממכרו קיים כדגרסינן לא ניתנה כתובה לגבות מחיים וה"מ במטלט' הוא דאמרינן ממכרו ממכר אבל מקרקעי לא ע"כ.

עכ"ל הרב המגיד ז"ל. גם הריב"ש ז"ל סי' ק"ן כת' וז"ל ודעת הרמב"ן והרשב"א דאפי' במטלט' אם מכרן אינן מכורין משום שבח בית אביה שיכולה לומר בעת גביית הכתו' כילי אני נוטלת כמו בקרקעות ע"כ ע"ש.

וכ"כ הטעם ה' ח"מ ס"ק מ"ה וה' ב"ש ס"ק מ"ח: מהני מילי מעליותא דאמור רבנן הניתנים למעלה מבואר דטעמייהו דרבנן רבינו האי והרמב"ם ז"ל דס"ל דבדיעבד מקחו קיים הוא משום דלא ניתנה כתו' לגבות מחיים והנהו נצ"ב כבר קבל אחריותו ואם פיחתו פיחתו לו ואם הותירו הותירו לו.

אבל לכתחילה לא משום דשמו דעתה של אשה שרוצה לכלות כליה ולפחות אותן חומש. אבל הרמב"ן והרשב"א וסיע' דס"ל דאף בדיעבד המכר בטל משום שבח בית אביה שיכולה לומר בעת גביית הכתו' כילי אני נוטלת ומשום דלכתחיל לא ימכור לא הו"ל לרבנן לתקון לפחות חומש: אתה הראת דאין ענין טעם פלוגתייהו דרבנן לענין תק"ה.

ואדרבה יש להוכיח בהפך מדבריו מדברי הגאון ז"ל שכ' הה"מ שהעתקנו וז"ל אבל אם עמד ומכר מעצמו ממכרו כדגרסינן לא ניתנה כתו' לגבות מחיים ע"כ. דמשמע דאם ניתנה כתו' לגבות מחיים המכר בטל.

ולדברי הרב בית יהודה דסבר לה מר דמאי דאמור רבנן מה שעשה עשוי הוא משום תק"ה ובאופן שעשו תק"ה כגון בשעת הלואה. מה ענין לטעמא דלא ניתנה כתו' לגבות מחיים.

הא אף אם ניתנה לגבות מחיים וגבתה אותה אפ"ה משום תק"ה מה שעשה עשוי דתק"ה שעשו בגונב ממון אחרים היא. או' דלרבינו האי וסיעתו דס"ל דהמכר קיים הוא אף באופן דליכא תק"ה.

וכאשר יהיה האופן דאיכא תק"ה כ"ע יודו אף הרשב"א וסיעתו דאין יכול להוציא מידו בלא כלום. והילך דברי הגאון בס' המקח.

אשה שהביאה לבעלה מטלטלין וכתבן בכתו' וכן הוא שהכניס לה שום משלו וכתבן בכתובתה ובא לימלך למכור מטלט' עלינו לו' לו אל תמכור וכו' אבל אם עמד ומכר מעצמו ממכרו קיים כד"א לא ניתנה כתובה לגבות מחיים עכ"ל שהביא הרב פמ"א ח"א סי' ק"ג. ועיין באה"ט סימן הנ"ל ס"ק ל"ו: ובתשובת ה' הנז' מצאתי הפך מדברי ה' ב"י ממ"ש שכתב על תשו' הרשב"א ז"ל גם מ"ש שם בתשו' הנז' דאיכא בזה משום תק"ה בנ"ד לא שייך האי טעמא דכבר נתברר ע"פ העד דלמלוה עצמו שהוא אבי הבעל התנו והזהירו שלא ילוה לבעל כלום על הצמידים והיו תובעים ממנו על הצמידים א"כ לא שייך תק"ה כלל ע"כ.

ואח"כ כ' וז"ל כל היוצא מכל האמור בנדון שלפני' שלדעת רוב הפו' והם שמנה נסיכי אדם המאירים לארץ ולדרים וכמש"ל המכר בטל. ולדעת הרמב"ם ורבינו האי גאון המכר קיים וכו' עש"ב.

הרי דבנדון הרב לא שייכה תק"ה ואפ"ה כתב דלהרמב"ם ז"ל המכר קיים וזה בפ"י דלא כ"א ב"י. וכן מצאתי בכ"י כמוהר"ש אב"ץ ז"ל וז"ל בעל שמכר או משכן או פרע לבע"ח מנצ"ב של אשתו או שתפס המלוה מנצ"ב בעד מה שחייב לו הבעל בחיי הבעל בלא ידיעת הבעל והאשה אין מוציאים מידו בכל גווני שיהיו בין בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה בין בדברים העשויים לבלות בין בדברים שאינם עשויים לבלות ואפי' ידע הקונה והממשכן והבע"ח שהוא מנצ"ב ושלא מרצונה ואפי' אם ירצו ליתן לו המעות לקונה אין לו חיוב להחזירם.

ברם אם תפס מנצ"ב אחר מיתת הבעל אין בה מועיל וכ"ז בנצ"ב אבל בנ"מ אם מכר או משכן או פרע לבע"ח הבעל עצמו לא עשה ולא כלום וצריך להחזירו לאשה כל שעשה שלא ברשות. ה' זכ"ל חא"ה בספרו חסד לאברהם סי' נ'.

ועי' להרב ידיו של שלמה ח"מ סי' נ"ט. עכ"ל.

הרי מבואר להדיא דאף בגווני דליכא תק"ה המכר קיים דלא כהרב ב"י: וחשבתי דרכי דגם ה' ב"י לא אמרה לשיטת הש"ע אלא מפני שהוא רוצה לפסוק כמור"ם לכן כתב דהיכא דאיכא תק"ה לא אזלינן בתר מור"ם אלא כמר"ן מפני שסובר דלדעת מור"ם לא עשו תק"ה בנדוניא וכמו שהעתקתי דבריו לעיל שכ' וז"ל דאלו בבגדים שהכניסה בנדונייתה לדעת הרשב"א אין בהם משום תק"ה ע"כ.

אבל לעולם דעת מר"ן אף בגווני דליכא תק"ה המכר קיים. ולא נחה דעתי בזה דמרוצת דברות קדשו הוכיח תוכיח דאין כונתו כן.

ואין להאריך: איך שיהיה עלה מן האר"ש דלדעת מר"ן בכל גווני שיהיו אף באופן דלא שייך תק"ה אפ"ה המכר קיים: איש צעיר שלמה אבן דנאן יצ"ו אכ"ר אחז"ר אינה ה' לידי תשו' רבי' מוהריב"ץ במועתקים ד' קפ"ז שכ' כן להדיא וז"ל וכי תימא עדיין יש מקום פתחון פה לבעל דין לחלוק ולומר דעד כאן לא מיירי כל הפוסקים הנז"ל אלא היכא דהבעל מכר או משכן בפועל חפצי אשתו דהיינו שקבל דמים מעיקרא עלייהו ואדעתא דהנך חפצים נתן הדמים הלוקח או בעל המשכונה.

אבל בנ"ד דההלואה נעשית מעיקרא ואח"כ הביא שמעון חפצי אשתו לראובן למשכון לאו כל כמיניה דהא הו"ל כגנב ופרע בחובו גנב ופרע בהקיפו כדאיתא בסי' שנ"ו. הא בורכא היא שהרי בתשו' הרשב"א הנז"ל שהביא מר"ן בב"י א"ה סוס"י ע"ג נזכרו שלשה טעמים.

הא' דמאן לימא לן שאין הבעל יכול למכור ולמשכן כסות אשתו וכו'. הב' דמאן לימא לן דלא אפקיה מדעתה למשכונה.

הג' משום תקנת השוק. וכ' בית שמואל סוף סי' ע"ג דנ"מ מהני טעמים אם כבר לזה ואח"כ נתן בגדים למשכון דאז לא שייך תק"ה כמ"ש בח"מ סי' שנ"ו ועוד כ' בסי' צ' ס"ק מ"ט דנ"מ דלמן דיהיב טעמא משום תק"ה א"כ כשמחזיר המעות המקח בטל.

ולהנך טעמי אחריני אין צריך להחזיר הבגדים. הרי ברור מדברי בית שמואל דאפי' היכא דליכא טעמא דתק"ה זכה הלוקח או בעל המשכונה מהנך אחריני כ"ש שאם באנו לדקדק לשון הרשב"א לא סמיך כלל אטעמה דתק"ה.

כי השואל ששאל להרשב"א הוא דיהיב טעמא דתק"ה אבל הרשב"א כשזיכה את הלוקח או בעל המשכונ' לא שקיל וטרי אלא בהנך טעמי אחריני. אלא דאסוף דינא סיים בה ועוד דשפיר קאמרת שאף בזה יש משום תק"ה וכמועתק לעיל.

הרי שלא נשתמש הרשב"א בטעם זה אלא לתוס' טובה ולהעמיד דברי השואל שלא לדחותו בשתי ידים וקאמר ליה שגם דבריו יש להם מקום. אבל לעיקרא דינא לא נשתמש בטעם זה כלל אלא מטעם שאין מוציאין מיד המוחזק שלא בראיה ברורה ואם כך הם הדברים לדעת הרשב"א דס"ל כהרא"ש כ"ש להרמב"ם דהכריע מר"ן כמותו.

עכ"ל ה' מוהריב"ץ והסכים עמו ה' המשבי"ר ומוהרימ"ט ז"ל: סימן ל"א לפני עמדו למשפט ה' יוסף בה' ימין הכהן נר"ו תובע. וכה"ר בנימין בהר' משה ה"ן סמחון נ"ע נתבע.

אודות החצר שבהאלסאבא שהיא היום בחזקת כה"ר בנימין הנז' הי"ו שהוא דר בה ואוכל פירותיה זה למעלה מעשרים שנה. וטען יוסף הנז' לבנימין אמר איך אתה אוכל פירות החצר הנז' בכללותה ואני יודע כי אבי ואחיו דוד להם חלק בחצר הנז' ובניהם הם יאכלו את חקם כי להם משפט הירושה.

והמציא לפנינו קב"ע כו"ח לחזק את דבריו. ובנימין השיב שבזמן החולף שנת ר"ב להושי"ע הורידו ב"ד שלפנינו לבע"ח שלהם ה' משה נ' שמול וידי"ן ברירו בכל חו"ז שהיה להם בהחצר הנז' שהרחיקו נדוד ופשטו לו את הרגל והלכו למדינת הים שנים מרובות ושוב ה' משה הנז' מכר לו חלק ההוא.

והן היום הראה והמציא לפנינו כה"ר בנימין הנז' שטר הורדה בכח ב"ד יפה כו"ח כראוי באו"ה כפה"ד הברור אין דבר נגרע. והבאים על החיתום הם הרבנים כמוהר"ר ידידיה מונסונייגו זלה"ה.

וכמוהר"ר מתתיה סירירו נר"ו. וכמוהר"ר אבנר ישראל הצרפתי זלה"ה.

וכמוהר"ר שלמה אליהו אבן צור זלה"ה. עוד הוציא לפנינו שטר מכירה כו"ח מה' משה נ' שמול הנז' כדבר האמור.

והשקפתי על השטרות הנז' והנם חזקים כראי מוצק כפה"ד הברור. ונומייתי להם שדברי יוסף מהבל ימעטו ולא יעשו שום רושם כלל.

וכה"ר בנימין הנז' ליכול וליחדי סמוך לבו לא ירא שלו ושקט ושאנן ואין מחריד: והגם דקי"ל שומא הדרא לעולם וכמ"ש בש"ס ובפוס' ועולה על שלחן מלכים סי' ק"ג ס"ט. הרי שוברת בצדה זבנה וכו' לא הדרא.

כמ"ש בש"ס ובפוסקים ובש"ע אין צריך להעלותו על ספר כל אדם חזו בו: ואפי' אי לא זבנה. בנ"ד לא הדרא.

שהרי הורידוהו ב"ד בעד חובו ובעד מה שיפרע לבע"ח אחרים וכבר הורה זקן בתראה שלם ה' שלחנו של אברהם חח"מ סי' ק"ג דין ט' דלא הדרא בחלק הבע"ח האחר דאדעתא דארעא נחית וכיון דלא מצינו שומא הדרא לחצאין. גם בחלקו לא הדרא.

ואציג לפניך כל לשונו הזהב אולי לא יהיה ספרו מצוי אצלך וז"ל: אם החליטו ב"ד למלוה קרקע בעד חובו ובעד מה שיפרע עוד לב"ח אחר שיש על הקרקע. נראה דלא הדרא בחלק מה שפרע לב"ח אחר דבהוא חלק אדעתא דארעא נחית דדוקא החליטו לו בחובו דמעיקרא כשהלוהו לאו אדעתא דארעא יהיב זוזי דזהו הטעם דשומא הדרא כמ"ש הסמ"ע סי' קכ"ג וכיון דלא הדרא בחלק הב"ח האחר לא הדרא גם בחלקו דלא מצינו שומא הדרא לחצאין כמו שנראה מדברי הרא"ש ופ' בהגה במת והניח ב' בנים לא הדרא דלקוחות נינהו.

והשתא אמאי לא הדרא בחלק הירושה. אלא ע"כ לא הדרא לחצאין.

מיהו מדברי הריטב"א שכ' גבי השביחה דנוטל מגוף הקרקע כנגד השבח ע"ש. נראה דהדרא לחצאין.

וכ"כ בתומים סקי"א. ומ"מ מידי פלוגתא לא נפקא.

וכה"ג דהספק הוא אי הדרא או לא. המלוה שבידו הקרקע הוא המוחזק.

איברא דק"ל מגמרא פ"ק דמציעא ד' י"ו מאי פריך משומא הדרא נוקמא בשמוה לאדם אחר ובשטרי חלטתא ולא בהדרכתא ואמאי נייד רבא מהך אוקמתא עכ"ל: שוב טען יוסף הנז' שיתן לו בנימין הנז' טופס משטר הורדא ומשטר מכירה לתור ולחפש בכל מדינה ומדינה לפני כל יודעי דת ודין אולי ימצא שום זכות.

ולא רצה בנימין הנז' ליתן לו טופס באומרו לא בעינא דתהוי זכותי גבך. ופסקתי להם שהדין עם בנימין שלא יתן לו הטופס.

שהרי כ' ב"י סוף סי' ס' משם הנ"י והרשב"א והריטב"א ז"ל שהטוען לחבירו שיתן לו טופס משטרו שמוציא עליו כ"ע מודו שיכול לו' בעל השטר אתה רוצה לבקש עקיפין של שקר על שטר שלי כדי שתפסדיני וזו טענה גדולה היא אבל מראהו לו בב"ד לקרותו ולראותו ע"כ. והגם שהב"י שם כ' משם הרמב"ם והרא"ש ז"ל דנותנין טופס וכתב דלענין הלכה נקטינן כהרמב"ם והרא"ש ז"ל.

הרי סיים על דבריהם וז"ל ונראה מדברי הרא"ש דדוקא כשזה טוען מזוייף הוא נותנין לו הטפסת השטר. אבל בטענה אחרת כיון שהשטר אינו מזוייף נראה שאין נותנין הטפסת השטר שאינו נוטל אותו אלא להתחכם לשנות את הידוע ולבטל דברי אמת הכתובים בשטר ולהטעים דברי שקרו דומיין דלא בעינא דתהוי טענתי גבי טענתך וכך מטין דברי הרמב"ם והרא"ש ז"ל.

ע"כ: וכן פסק בקצור סי' י"ו ס"ה וז"ל המוציא שטר על חבירו והלה טוען שיש בו זיוף ושאל שיתנו לו הטפסת השטר כדי לדקדק בו נותנין לו וכו'. ע"כ.

והגם שהסמ"ע ס"ק ט"ו פליג וס"ל דהרא"ש ס"ל דאף בשאר טענות נותנין לו טופס. אנו אין לנו אלא דברי מר"ן ז"ל שהרי קדמונינו אבותינו ורבותי ז"ל קיימו וקבלו עליהם ועל זרעם דברי מר"ן ז"ל בב"י ובש"ע בין להוציא ובין להחזיק.

ובפרט שגם מור"ם ז"ל מסכים לדברי הב"י וכמ"ש בסמ"ע בס"ק הנז'. וגם הב"ח כ' על הב"י וכן עיקר.

וכמעט שהסמ"ע הוא יחיד בדבר זה. וא"כ בנ"ד שאין לו טענת מזוייף אין נותנין לו טופס: איברא דמצינו לה' החביב ז"ל בכנסת מ"ב סי' ס' אות י"ד ובבעי חיי עץ הדר סי' כ"ט וסי' רמ"ט וז"ל ועוד אני אומר שלא נחלקו הרשב"א וסיעתו עם הרמב"ם והרא"ש וסיע' ז"ל אלא דוקא בשטר מלוה שכל שאינו טוען מזוייף הרי הוא כמודה במלוה ומה שתובע הטופס אינו אלא לבקש תחבולות אבל בשטר מתנה וכיוצא בו שהדין תלוי בכמה פרטים לבטל המתנה.

אף הרשב"א וסיעתו מודים שיתן לו הטפסת השטר אולי ימצא מקום לבטל המתנה כי מי יחוש חוץ ממנו ואם לאו בר הכי הוא יראהו למי שירצה אולי ימצא לו שום זכות. דאפוסי במחלוקת לא מפשינן לומר דאף בשאר שטרות שאינן שטרי מלוה חולק הרשב"א ז"ל.

ע"כ.

והביא דבריו ה' משכנות הרועים מע' ט' אות ו' ע"ש. הרי דס"ל להכנה"ג דבשאר שטרות שאינן של מלוה לכ"ע נותנין טופס אף דליכא טענת מזוייף: אכן נראה דלא דמו שטר מכירה ושטר הורדה לשטר מתנה.

דדוקא שטר מתנה וכיוצא בו שיש בהם פרטי דינים הרבה ועל הרוב יארע בהם ביטול כידוע הוא דלא בעינן טענת מזוייף. אבל שטר מכר והורדה מה פרטי דינים יש בהם מעולם לא שמענו איזה שטר מכר או הורדה שאירע בהם שום ביטול בשום ב"ד וכולם עשויים הכל בחוזק כמטיל ברזל.

אבל במתנה דבר המצוי הוא: עוד נראה כיון שההורדה היא מעשה ב"ד ונעשית בב"ד יפה כב"ד הגדול שבירושלים לכ"ע לא יתן הטופס דמה ביטול ימצא בה אין זה כ"א דברים בטלים ושטר מכירה אם ירצה לעשות טופס ילך אצל א' מהסופרים ויכתוב לו נוסח הרגילים לכתוב: ותו דאף אם יש בכח המדמה לדמות שטרי מכר והורדה לשטר מתנה שכ' הכנה"ג ולומר דבכולהו ס"ל לא בעינן טענת מזוייף.

הרי ה' ערך השלחן סי' י"ו אחר שהביא דברי הכנה"ג הנ' כתב ובתשו' הרשב"א ח"ב סי' רי"א מבואר דגם בשטר מתנה אין נותנין לו טופס. ע"כ: והילך תשובת הרשב"א ז"ל שבח"ב הנז' וז"ל ומה שטען בנימין שנתן לו יעקב בשטר מתנה וראובן טוען שיתן לו טופס שטר המתנה.

והשיבו בנימין שאין לי ליתן טופס. בדין זה שמעתי משם קצת הגדולים שהדין עם התובע וצריך ליתן לו טופס.

אלא שאין דעתי נוטה בכך משום דמצי א"ל דמית עלי כאריא ארבא וכדתנן בפ' גט פשוט אין כותבין שטרי בירורין וכל מעשה ב"ד אלא מדעת שניהם ושניהם נותנים שכר. רשב"ג אומר לשניהם כותבין לזה בפני עצמו ולזה בפני עצמו.

ופי' בגמרא מאי שטרי בירורין שטרי טענתא. וטעמא דרשב"ג משום דא"ל לא ניחא לי דתהוי זכותי גבי זכותך דדמית עלי כאריא ארבא.

ואע"ג דפליגי רבנן עליה דרשב"ג בשטרי טענתא מסתברא לי דבשטרי זכייה ממש לכ"ע מצי א"ל הכי שהטענה הזו מקובלת. אבל מ"מ צריך הוא להוציא שטרו בפני ב"ד לראובן בעל דינו ולקיים שטרו.

ע"כ: אתה הראת דדברי הרשב"א ברור מללו דלא כמ"ש הכנה"ג לדעת הרשב"א. וכמ"ש הרב ערך השלחן.

א"כ אמור מעתה זיל לאידך גיסא דמאחר דמצינו להדייא דהרשב"א לא ס"ל לחלק בין שטר מלוה לשטר מתנה. אנן נמי נימא דגם הרמב"ם והרא"ש נמי אין להם חילוק ובכולהו ס"ל דנותנין טופס אבל בטענת מזוייף דוקא וכמ"ש הב"י.

דדין הוא טעמא להכנה"ג לשיטתיה משום דאפושי פלוגתא לא מפשינן. א"כ מתורתו נלמוד לדידן אנן דאנהרינהו עיינין ה' ערך השלחן דאשכח מרגניתא ההיא תשו' דהרשב"א דח"ב דס"ל להדייא דלא כהכנה"ג.

א"כ לקרב הדיעות והסברות צריך שנאמר איפכא מהכנה"ג וכמ"ש כי היכי דלא להוי אפושי פלוגתא. ודו"ק: עוד מצינו בפס"ד להרב הגדול מוהריב"ם ז"ל הובא בס' באר מיים חיים לרב אד"א ז"ל דנ"ו ע"ג וז"ל עוד פסקתי שמא ששאל הנתבע שיתנו לו טופס מהשטר [שטר זכיית קרקע].

להראותו למי שיעיין בו וללמדו טענות כמו שאומר בפיו שהוא עם הארץ ולא יניח זווית שלא יתשטח בה. אין נותנין לו טופס דדוקא בטען מזוייף ורואין ב"ד שיש ממש בדבריו הוא שנותנין לו טופס וכדאיתא בסוף סי' י"ו יעו"ש.

וסיים בו הריק"ש בס' ערך לחם וז"ל הודה שהשטר כשר אלא שרוצה לטעון טענה אחרת ושואל טופס השטר לעיין בו אין נותנין לו אפי' כתוב בו בלי טפיסת שטר עכ"ל: מעתה בנ"ד דליכא טענת מזוייף ואף אם היה טוען טענת מזוייף ניכר לנו שאין ממש בדבריו אין נותנין לו טופס וכמ"ש ה' מוהריב"ם ז"ל: ועוד לו יהא נ"ד אלא פלוגתא דרבוותא וספיקא דדינא לא יתן לו טופס.

שהרי מצינו להרב ב"ח בסס"י י"ו שכ' וז"ל ותו דלא יהא אלא ספיקא דדינא דכולה הרשב"א פוסק שלא יתנו לו הטופס. ודברי הרמב"ם והרא"ש אפי' את"ל דהלכתא כוותיהו איכא לפרש דוקא בטוען טענת מזוייף הילכך מספיקא אין לכופו ליתן לו הטפסה היכא דלא טען מזוייף ולא כתב בו תנאי שלא יתן לו טופס נ"ל ע"כ: הרי מבואר להדייא דמספיקא אין נותנין לו טופס.

והגם שהכנה"ג בסי' ס' בהגהב"י אות ק' כ' עליו וז"ל ואין דבריו נראין לי דאע"ג דלכאורה נראה שבעל השטר הוא מוחזק. לא היא שהלוה שהמענות בידו הוא המוחזק

ולא בעל השטר דקי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ולכן הלוח שהוא המוחזק י"ל קי"ל כהרמב"ם והרא"ש ז"ל שסוברין שכופין את המלוה ליתן את הטופס וא"ל אינו פורע.

ע"כ: מ"מ בנ"ד יודה שהרי בנימין הוא המוחזק. שהרי משעת ההורדה יצא מרשות ימין ודוד הנז' בלתי ספק ונכנס ברשות משה הנז'.

ומשה הנז' מכרו לבנימין הנז' וזה למעלה מעשרים שנה והוא אוכל פירותיו וא"כ קרקע זה היא בחזקת בנימין בודאי וזה הערעור אינו כ"א ערעור שוטים ודברי הבאי הבלים ורוחות ואינו בחזקת היורשים הנז' כלל כי ההורדה נעשית בב"ד יפה רבנן דפקיע שמייהו והכל נעשה כהלכתו באו"ה כפה"ד הברור.

וא"כ בנימין המוחזק יכול לומר קי"ל כמאן דאמר דאף במתנה וכו' אין נותנין הטופס כ"א בטענת מזוייף. ועי' במה שסיים הכנה"ג באות הנז' ומטעם זה וכו' ע"ש.

ולענין היורש עי' בברכ"י סוף סי' י"ו. ועי' במשה"ר מע' ט' אות ו' דמדברי הכנה"ג ומהרלנ"ח מוכח דגם הוא תלוי בפלוגתא דהרשב"א וסיעתיה עם הרא"ש וסיעתו.

וכ"כ הרב ערך השלחן סוס"י י"ו שכן מוכח מהכנה"ג וסיים אבל אנן קי"ל כהרמב"ם והרא"ש דחייב ליתן לו טופס וכמו שפסק מרן שקבלנו עלינו לדון ע"פ הרב אפי' להוציא ממון וכ"ש להחזיק ע"כ. ור"ל בבא בטענת מזוייף כמבואר בדברי מר"ן להדייא וכמש"ל.

עי' במשפטים ישרים למוהר"ר ר"ב ח"ב סי' רנ"ז: באופן דבהא סלקינן ובהא נחתינן דזכאי כה"ר בנימין הנז' בדינו ואינו צריך ליתן לו טופס דדמי עליה כאריא ארבא ומקחו מקח ויצוק כפלח תחתית. ודברי המערער הנז' כלא היו רוח תשאים וסערה תפיץ אותם.

וצי"מ וימ"ן כ"ד החו"פ פאס יע"א תמוז דהאי שתא בפר"ק בא סימן ולפועלי אתן צדק ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט סימן ל"ב. האלפונדק שמתקבצים בו הבהמות.

הסמוך לבית הקברות בכללותו הוא מוחזק ביד עניי עירינו מקדם קדמתא ובשנת תאיר קרא ערער על חלקה קטנה ממנו הר"ש ש' עובד נ"ע. והמציא לפני הב"ד שלפנינו נ"ן קב"ע כו"ח בשנה הנ"ל שבפונדק ההוא קודם הבנותו היתה בו בית א' והיתה בה האלמעצרא ושהיא בחזקתו.

ואין אתנו יודע מה נעשה בדינם לפני הב"ד זיע"א. רק את זה ידענו שהפונדק ההוא בכללותו הוא בחזקת עניי עירינו ואוכלים פירותיו בין קודם הערעור בין אחר הערעור עד עצם היום הזה ועד בכלל.

וכעת בא יוסף זאזון ופיתה יורשי ר"ש עובד הנז' שיתנו לו קב"ע שעשה מורישם. והוא יכנס לריב ומדון עם החכמים הי"ו הממונים על קרקעות העניים.

ובעד שכתו יטול הרביע מאשר תמצא ידו. ולכסות עינים עשו לו שטר מכירה כמשו"ח בידו.

והנה בעת'ה המציא לפנינו קב"ע הנז'. עוד המציא לפנינו פס"ד א' מהרב כמוהר"ר ידידיה מונסונייגו ז"ל כתוב בשנה הנז' ואיננו חתום.

ושם נאמר כי הגזבר שהיה בזמן הנז' הודה לפניו שהוא לא לקח מאת הר"ש הנז'. ומזה פסק הדין שהבית הנז' היא של הר"ש.

גם המציא לפנינו קב"ע אחרת שעשה הר"ש הנז' בשנת תרט"ו שבית הנז' היא שלו. ונדרשנו לחוות דעתינו מאת החכמים הממונים יצ"ו.

ומאת יוסף זאזון הנז'. ונומינו להם שהדין נותן עם החכמים הי"ו.

ומאן חשיב לאורועי החזקה אשר החזיקו דור הולך ודור בא בעד עניי העיר. לא מבעיא אם נאמר שיצא הר"ש חייב בדינו בעומדו לפני הב"ד הצדק שלפנינו זיע"א.

והיינו טעמא שנשאר הפונדק כולו בכללות בחזקת העניים. ומשו"ה גם הרב מוהרימו"ן ז"ל לא חתם על פסק דינו.

כי חזר והסכים עם שאר הרבנים אשר היו בדורו. אלא אפי' אם היה הפס"ד של מוהרימו"ן ז"ל כו"ח ונאמר דכל הב"ד ז"ל הסכימו עמו דזכאי הר"ש בדינו.

מ"מ אחר שברור לנו שהפונדק נשאר אחר הערעור בחזקת העניים בחיי הר"ש כמה שנים ועד עצם היום הזה אוכלים את פירותיו בשופי בלי ערעור. הדין עם החכמים הגזברים הי"ו.

והגם שהר"ש הנז' עשה קב"ע אחרת בשנת תרט"ו לא הוי ערעור אחר שלא ערער בב"ד. ועוד הרי יש יותר משני חזקה אחר הערעור הראשון שהיה בשנת תאי"ר עד שנת תרט"ו בימי הגזברים הראשונים שהיו בזמן הנז' אשר כולם חליש זיע"א.

והלכה רוחת משנה ערוכה בפ' חזקת ופסקוה הפוסקים וגם הטוש"ע. סי' קמ"ו סע"י.

הבא מחמת ירושה אינו צריך טענה. ומאחר שהגזברים שהיו משנת תרי"א עד ש' תרט"ו הם היו יכולים לטעון אנו לקחנו ממך אחר הערעור גם הגזברים הבאים אחריהם יכולים לטעון שמא הראשו' אשר היו לפניהם לקחו מאת הר"ש כדין הבא מחמת ירושה.

ודבר זה הדעת נותנתו והסברה מקבלתו: שוב מצאנוהו מבואר במהרשד"ם חח"מ סי' רכ"ו וז"ל לאמצע התשובה ועוד היה אפשר לו' שאפי' היה מביא עדים חנינא שהחזקה היא מכל בעל חנות ובעל הבית ושרבי יוסף אלבאגלי לא מכר לק"ק כי אם הקנארא אפ"ה טענת גביית השכירות אשר הוכחנו שהיא ראייה גמורה על שהחזקה שלהם [לזכות ההקדש] היו נאמנים לומר שאחר זה קנו כל זכות החצר מכל א' מהבעלי בתים והחנויות.

ואפי' אי לא טענו טענה זו אלו הנמצאים בזמן הזה. אנן ב"ד טענינן כי היכי דטענינן ליורשים וללקוחות.

כי אנחנו הנמצאים בזה. כיורשי נ"ע אנחנו וכו' עי"ש: אתה הראת דסבר לה מר הרב מהרשד"ם ז"ל דגם בחזקת הקהל לזכות ההקדש כאשר יהיה האופן כי האי גוונא דאמרינן ביורש דאינו צריך טענה.

גם אינהו אינם צריכים טענה. והב"ד טעני להו כדין היורש.

והיינו ממ"ש נד"ד: וכ"ת הרי הרב עצמו לא כ' דבריו בפשוט. אלא היה אפשר לומר נקט בלשניה.

לאו מילתא היא. כי לא בשביל דמסתפקא ליה להרב אם חזקת הקהל צריכה טענה שלא כדין היורש נקט לשון אפשר.

דהא ודאי פשיטא דאינה צריכה טענה ודינם כדין היורש. [כמש"ל בע"ה] והא דנקט לשון אפשר הוא משום דנסתפק הרב אם תועיל חזקת הקהל בנכסי היחיד.

דמצינו למר"ן הב"י סי' קמ"ט שכת' וז"ל מ"כ בשם ס' אגודה דבי ריש גלותא לא מחזיקין בהו. יש שרוצים להוכיח דדבר שהוא של הקהל לא מחזיקין ולא מחזיקינן בהו.

והביא דבריו מורם במפה סי' הנז' סעי' ל"ה וז"ל המחזיק בשל קהל יש אומרים דלא הוי חזקה. וכן אם החזיקו בשל אחרים ע"כ.

ואמטו להכי נקט לשון אפשר. משום דמספקא ליה שמא ההלכה כדעת האגודה דחזקת הקהל בנכסי יחיד לא הוי חזקה כדין בי ריש גלותא האמור בש"ס.

אבל אנן לא קי"ל כס' האגודה. שהרי מר"ן הב"י ז"ל כ' על דבריו ולא נהירא.

וכת' הב"ח וז"ל וב"י שכתב על דברי האגודה ולא נהירא. לא נחלק אלא על מ"ש שאין לקהל חזקה במה שהיה של יחיד.

כי למה לא יועיל כיון שלא מיחא היחיד במנהיגי הקהל. כי אינו דומה לדבי ריש גלותא שהיה להם אימת מלכות.

ע"כ.

גם מורם ז"ל אחרי הביאו דברי האגודה כתב ולי נראה דדינו כמו בשל הקדש. וכת' הש"ך סי' קל"ב ולי נראה וכו' ואם החזיקו בשל אחרים מהני ע"כ.

ומאחר דמר"ן ומור"ם לא ס"ל כסברת האגודה הכי נקטינן. וחזקת מנהיגי הקהל שהחזיקו במה שהיה של יחיד הוי חזקה ואינם צריכים טענה.

דדינם בזה כדין היורש: תדע דחזקת מנהיגי הקהל לזכות ההקדש דינה כדין היורש ואינה צריכה טענה. ודלאו משום הכי נקט הרב מהרשד"ם ז"ל לשון אפשר.

שהרי בס' רס"ב כת' הרב איהו גופיה באמצע התשובה. וז"ל כלל הדברים שכפי הדין איני רואה טענה בה יוכל להסמך בן ראובן הטוען ותובע מן הקהל ואם כי הקהל לא טענו טענה אחרת כי אם שאינם יודעים דבר ושמעולם לא ידעו שרבי יעקב השמש מכר לשום אדם.

טוענים ליורשים כי המוכרים הנז' בשטר מכי' הלכו לב"ע. וכל מה שהיו הם יכולים לטעון טענינן לבניהם ולדור אשר קמו אחריהם ע"כ.

עין רואה דס"ל למהרשד"ם דטענינן להו כדין היורשי' ואף דהתם מיירי בשאר טענות ולא בטענה שעם החזקה כנד"ד. מ"מ דא ודא אחת היא.

דמדי הוא טעמא דאומר רבנן הבא מחמת ירושה דאינו צריך טענה הוא משום דטענינן ליורשים כל מאי דמצי אבוהון למיטען ומצינו להרא"ש ז"ל בתשו' ריש כלל פ"ו שאחר שהביא משנה זו דפרק חזקת דקתני הבא מחמת ירושה אינו צריך טענה. תני עלה ומהכא לפינן בכל דוכתא דטענינן ליורש כל מידי דמצי אבוהון למיטען ע"כ ומאחר דהא מילתא דאמור רבנן הבא מחמת ירושה אינו צריך טענה היא בנין אב למאי דאמרינן בכל דוכתא טענינן ליורשים.

הא ודאי דלמדין דבר מדבר וא"כ כיון דמצינו למהרשד"ם ז"ל בס"ב רס"ב שכת' בנדון דגם בקהל טענינן ליורשים א"כ גם חזקת הקהל דינה כדין היורש ואינה צריכה טענה. וממילה אתה למד דמאי דנקט הרב בס"ב רכ"ו לשון אפשר הוא מטעם האמור למעלה: נמצינו למידין דהדין הוא עם החכמים הגזברים הי"ו וטענינן להו שמא הגזברים הראשונים נ"ן אשר היו לפנייהם קנו מאת הר"ש הנז'.

והגם דהחכמים הגזברים י"ץ אינם טוענים שאמרו להם הגזברים אשר היו לפנייהם שהם קנו מאת הר"ש. והרא"ש ז"ל בתשו' ריש כלל צ"ט כת' דאינו צריך להביא ראיה ברורה שיודע בבירור שאביו לקחה רק אבי אמר לי קרקע זו קנאה ממך. והביאו דבריו האחרונים ע"ע. ע"י כנה"ג בהגה"ט אות כ"א.

הנה כבר דחו האחרונים דבריו כמ"ש הכנה"ג שם. והרב משכנות הרועים מע' ח' אות ג' אחר שהביא תשו' הרא"ש ז"ל הלזו כת' וז"ל הנה תשו' הלזו כבר עמדו עליה גדולי ישראל נ"ן.

ומהרש"ך בח"ב סי' רל"ב דחאה מהלכה. ומוהרש"ח בתשו' סי' כ"ח ובפרישתו לטור סי' קמ"ו.

והכריחו כן מתשו' אחרת להרא"ש ז"ל וכן דקדקו מדברי הטור דלא ס"ל כהך תשובה וכו'. ואנן בדידן לעולם כך דנין ב"ד הצדק של כת הקודמין זיע"א.

ושהיו לפנינו ז"ל ואנן יתמי דיתמי בתרייהו גרירי דלעולם אין צריך טענה עי"ש ובאות ל"ז וגם אנו אין לנו אלא סתם דברי מר"ן שכת' הבא מחמת ירושה שטוען אני ירשתי ממורישי אינו צריך טענה אחרת ע"ך. אשר סתם לשונו יורה דלעולם אינו צריך שום טענה אחרת ותו לא מידי.

ולראיה וזכות ביד החכמים הגזברים הי"ו ח"פ פאס יע"א בעי"א למרחשון בפר"ק בא סי' דהאי שתא טבתא אמרות ה' אמרות טהורות וצ"י יצי"מ ויבה"ן אכ"ר וש"ק: איש צעיר שלמה אבן דנאן הי"ו סימן ל"ג. הנה מצינו בפסקי הא' שאינו נוטל חלק בשררת בה"ך רק הראוי.

אבל מי שאינו ראוי לא יטול כ"א שכירות מקום והגם דכל הכנסת ב"ך היא באה מנדריים ונדבות ומכירת המצות וכיוצא שכולם ענייני השררה אפ"ה נוטל שאינו ראוי כדי שכי' מכל הנכנסות והשאר היתר על השכי' נוטלו בעל השררה. והיינו טעמא שהרי הקהל מחויבים לשכור מקום להתפלל בו.

וכשהזמן מוכשר הם נותנים בויתור. וא"כ הסר שיעור השכי' מהכנסת בה"ך שהוא דמי פירעון השכי' שהם חייבים בו דלא סגי בלאו הכי דלא ימצאו מקום להתפלל בו בחנם.

והיתר על שיעור דמי השכי' שאין חייבים בו מן הדין. הוא בא מכח השררה.

ולכן לא יטול בו מי שאינו ראוי כלום: ולפ"ז בזמנינו זה דאתייקור קרקע ושכי' מקום שוה להכנסת בה"ך או יותר. בדין הוא שיטלו שוה בשוה ראוי ושאינו ראוי.

דלגבי שיעור שכירות המקום שהוא תולדת גוף הקרקע אין חילוק בין קרקע בה"ך לקרקע אחר. ודוקא לגבי השררה חילקו הרא' בין ראוי לשאינו ראוי.

ולא מיקרי שררה אלא אם יש בהנאת בה"ך יותר ממה שראוי לשכור מקום להתפלל בו כמו שהיה בזמן הרא'. אבל שיעור השכירות שחייבין בו מן הדין כפי המקום וכפי הזמן המעט הוא אם רב לא מקרי שררה אלא שכירות הגוף שיד כולם שוה בו.

ולכך אפילו תהיה השכי' ביוקר ע"כ שיעור הכנסת בה"ך או יותר יחלקוהו ראוי ושאינו ראוי שוה בשוה. והגם דלפ"ז לא לא יש יתר שאת לראוי על שאינו ראוי.

לא עלינו תלונותיו שהזמן גרמא ונסתחפה שדהו שנתמעטה הנאת בה"ך והוקרו הקרקעות. ודבר זה פשוט וברור הוא לדעתינו: ולענין היאך ישומו שכי' בה"ך.

ה' זכות אבות כת' משם מוהריב"ץ ז"ל וזל"ה דאין להם אלא שכי' מקום כאלו הוא בית דירה וכו' ע"כ. ומוהריב"ע זלה"ה השיבו לא כמו שטען שכי' מקום בית דירה אלא שכי' בה"ך כי ידוע כי מקום בה"ך הנאתו מרובה יותר מהנאת מקום בית דירה ואין ספק שיגדל שכירותו.

עכל"ה.

ומוהר"ר יעקב נ' סמחון ז"ל כת' וז"ל שישומו הב"ד כבית דירה וכו' שכן כת' מהריב"ץ בתשו' כ"י ובמקום אחר מצאתי שהסכים עמו מוהריב"ע זלה"ה ובמ"א מצאתי שישומו הבה"ך כאלו היא מקום מוכן בספסלים ועששיות וס"ת והיכל ותיבה כמה יכול לשכור מקום מוכן כזה להתפלל בו: ובפס"ד א' כתוב וחתום מב"ד של ד' מוהר"ש אבן דנאן ומהר"ר רפאל עובד אבן צור ומהרא"ה ומהרמ"ט זלה"ה כתבו שישומו אותה כאוצר לעשות בו סחורה שאין בה בזיון למקום ולא תזיק לכותלים אם הם סמוכות לחצרות אחרים.

וכן הסכימו ב"ד שבזמנינו זה ה"ה כמה"ר רא"ם וכמהרי"ם וכמהריב"ן ומהר"ח עכ"ל. ונראה פשוט דלא פליגי הני רבוותא דלכ"ע שמין אותה כאלו היא בית דירה אם היא ראויה לדירה.

ומר אמר חזא ומאמ"ח ול"פ. ומוהריב"ע הוסיף ליפות כח מי שאינו ראוי שישומו אותה כדי שכי' מקום כזה להתפלל בו.

ולא אמרו הרבנים מהר"ש אב"ד וב"ד ז"ל כדי שכי' אוצר אלא בשביל שאין בה"ך ראויה לדירה מפני שמחוסרות באר מ"ח ובהכ"ס וכיוצא. ותלי"ת זכינו לחזות בנועם פס"ד הנז' כתו' וחתום בחותמם הטהור.

וכ"כ בו להדייא. וזל"ה אך מה שנסתפקת היאך ישומו השמאים ליורש הנז' שכי' חלקו
בבה"ך הנז' כיון שעתה אין בה בתים ומזוזות ופתחים.

אם נאמר רואין כאלו יש בה בתים בנויות במזוזות ופתחים וראויה לדירה וישומו אותה
כאלו יש בית דירה. או לא.

לזה נשיב שאין כאן ספק כלל דמהי תיתי לומר כן שהיא אין בה בתים ואינה ראויה
לדירה ונחשוב אותה כאלו יש בה בתים כדי לעלות שכרה. והלא אם אפי' היו בה בתים
כמו שהיתה מקדם לא מקרייא ראויה לדירה כדי להעלות שכרה כשכר בתים הראוים
לדירה שהרי מחוסרת הצבת דלתות ושאר טכסיסין הנעשים לבתים ולעליות ועוד היא
מחוסרת באמ"ח ובהכ"ס ומדרגות שעולים בהם לגגות לשטוח בהם בגדים וכיוצא
מתשמישים אלו.

ומאין הרגלים לספק זה. ובודאי דאין שמין כ"א אוהלים כאשר המה עתה וכו'.

וכן הוא בנד"ד שלא נוסף לומר רואין כאלו היא בנויה בתים משוכללים והבו דלא
להוסיף עלה כי היכי דלא ליקו בבל תוסיף. כלל העולה שאין שמין בה"ך כ"א כפי מה
שהיא עתה וכו' ושמין אותה כאלו אוצר.

ולא יטול היורש שכי' חלקו כ"א כשכר אוצר. והיינו כאוצר של סחורות שאינו מזיק
לכותלים ולקרקע.

ולא לאוצר של חטים ותבואה שהם מזיקים את הכותלים בהבל וחום שלהם וכו' עכל"ה.
וחתומים ע"ז רבני תיטוואן מוהר"ר יעקב נ' מלכא זלה"ה וכמוהר"ר אפרים מונסונייגו
זלה"ה וכמוהר"ר יהודה קרייאט זלה"ה.

וס"ל נמ"ך דברי חכמים אינם צריכים חיזוק והאמת עד לעצמו ופשוט הוא ולראיה ח"פ
וחתומים ע"ז מוהר"ר ש"ש אב"ד ז"ל וכמוהר"ר רפאל עובד אבן צור ז"ל וכמוהר"ר
אליהו הצרפתי זלה"ה וכמוהר"מ"ס זלה"ה. וס"ל נמ"ך הדבר פשוט דאין שמין הבה"ך
כאלו היא בית דירה ולומר דרואין אותה כאלו היא משוכללת במזוזות ופתחים.

וכן נמצא בפסקי קדמונים נ"ן ואין שמין אותה אלא כמות שהיא ולראיה ח"פ וחתו'
מוהר"ר יקותיאל בירדוגו זלה"ה. וס"ל נמ"ך עליונים למעלה בהסכמה עלו שאין שמין
הב"ה אלא כמות שהיא.

אף אנן נמי מודינה ביהא מכל טעמי הנז"ל ולאפושי גברי קא אתינא וחתום הרב הקדוש
עמרם דיוואן הוא החסיד הקבור בוואד זאן זיע"א: עין רואה דמ"ש הרבנים דשמין אותה
כאוצר אינו אלא משום דמחוסרת ענייני הדירה כגון באמ"ח וכו' וכמות שהיא אינה
ראויה לדירה אלא לאוצר ולכך שמין אותה כאוצר.

מעשה מה שנמ"ך בפס' א' להרב מוהרא"ה זצ"ל וז"ל ושיערו הרא' זלה"ה שאינו
כשכירות בית דירה אלא כשכי' אוצר ששוכרין אותו לעשות בו סחורה נקייה וקלה
שאינו מכביד על הכותלים ואין בה תשמיש של בזוי ולפי ערך שכי' זו יטול חלקו המעט
הוא אם רב עכל"ה. הוא מטעם שאינה ראויה לדירה וילמד סתום מן המפורש וא"כ
היכא דיכולים להשכירה לדירה כמות שהיא.

ובפרט בעיר צפרו שאין להם בחצירותיהם לא באר מ"ח ולא בהכ"ס ולא מדרגות לגג והוייא לה בהכנ"ס כחצר להבדיל בין הקדש ובין החול. דשמין אותה כמות שהיא לדירה.

וידו על העליונה לשום לו בדבר ששכירותו מרובה או לדירה או לאוצר. וראיה מההיא דמוהריב"ע זלה"ה שהביא הז"א כמביא למעלה.

וכן מובן מכל דברי הרבנים הנז"ל. והרב מוהר"ר ידידיה מונסונייגו זלה"ה כתב וז"ל אמר הכותב זכינו לפס"ד שחתום בו הרב הגדול כמוהריב"ע שכת' ששמין בה"ך כבית דירה.

ומוסיפין בשביל התיבה והספסלים והעששיות וכו' והסכים ע"ז עוד כמוהריב"ץ זלה"ה ולא נשאר שום ספק כלל וכו' איכו השתא אל ה' ויאיר לנו שנגלה לפנינו פס"ד של הרבנים זלה"ה שרוב הוראותינו אנחנו נגררים בעקבותיהם ומהם אנחנו חיים וכן אנחנו נוהגים ואין פוצה פה כלל. יקובל האמת מפום רבנן תקיפי זצוק"ל וכבר נדפס קצת מהפסק הזה בס' זכות אבות שים עיניך עליו ודי בזה עכל"ה: קנצי למילין דשמין אותה כמות שהיא לדירה אם שכירותיה מרובה משכי' האוצר וכן להפך.

ומוסיפין בשביל התיבה וספסלים וכו' ואם תהיה שומת השכי' שוה להנאת בה"ך נסתחפה שדהו של בעל השררה דאין לו בשררה כ"א היתר על השכי' אם יהיה יתרון ותו לא מידי וכמש"ל והכי דייק ג"כ לשון ה' מוהרא"ה ז"ל שכת' ולפי שכי' זו יטול חלקו המעט הוא אם רב ע"כ. ולראיה ח"פ בח' כסלו דהאי שתא חלק ונחלה בבית אבינו ליצירה.

וצויי"מ וימ"ן אכ"ר: שלמה אבן דנאן סליט"א סימן ל"ד. צפרו יע"א היום כ"א לח' מנחם דהאי שתא צדיק כתמ"ר יפרח לפר"ק: לקדוש ה' מכובד.

הרב המופלא. וכבוד ה' מלא כמוה"ר שלמה אבן דנאן הי"ו נר"ו יאיר כצאת השמש בגבורתו.

ותרב גדולתו אכ"ר: אחר עתרת החיים והשלום לראש צדיק ולפריו קדש הלולים. נטעי נעמנים.

ה' עליהם יחיו. דשנים ורעננים יהיו.

ויתענגו על רוב שלום. אכ"ר.

אבקשה מרו"ם כת"ר יודיעני מה לעשות באיש הנשוי עם אשתו זה יותר מעשר שנים וכבר יש לו ממנה שני זכרים והיא עדיין ילדה אשר אין בה כל מום המונע לידה. והבעל רוצה לקחת לו אשה אחרת עליה בטענה שעדיין לא קיים מצות פו"ר כי אין לו בת.

אם מתירין לו לישא עליה א"א א"ל. וביען שראינו לראשונים זלה"ה דברים שונים בענין זה לכן יעצוני רעיוני לשאול את פה רו"מ כת"ר אם יש אתו דבר ברור בענין זה הלכה למעשה.

ממ"ש בלשון התק' זרע זכר מוכח להדייא שאם יש לו זרע זכר אף שאין לו בת אין מתירין לו לישא א"א וכן מוכח להדייא מדברי ה' מוהר"ר ר"ב זלה"ה בספרו משפטים ישרים ח"א סי' קמ"ב קמ"ג קמ"ד יעו"ש. ולעומת זה ראינו בס' משפט וצב"י ח"א סי' ר"ד שנשאלו חו"ר עירכם זלה"ה מחכמי עירינו בענין זה והשיבו בפשוט שרשאי לישא א"א כיון שעדיין לא קיים מצות פו"ר יעו"ש.

ובס' כ"י מצאנו תשו' לה' הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה בענין זה והשיב שאם האשה עדיין היא ראויה לילד ויש תקוה לאחריתה. כיון שכבר יש לו ממנה זרע זכר שוב אינו רשאי לישא א"א עליה אף שעדיין לא קיים המצוה.

אמנם אם האשה אינה ראויה עוד לילד וכבר אבדה תקותה כגון שהוחזקה לנפלים או למשכלת ח"ו או שחדל להיות לה אורח כנשים אז רשאי לישא א"א כדי לקיים מצות פו"ר וההיא דספר משפט וצב"י לא מכרעא כ"כ ובקל יש לכוונה עם תשובת הרב יעב"ץ זלה"ה דהתם נמי היתה האשה משכלת כמו שיראה המעיין שם בשאלה ולפיכך חתם הרב ז"ל אף עמהם עמהם.

ותשובתו הרמ"ת מהרה תצמח לדעת מה יעשה ישראל ויבא שכמ"ה. ולרו"ם כת"ר החיים והשל"ם כיש את נפשו החכמה גם חסיד'ה בשמים ונפש מתכבד באהבתו.

דורש שלומו וטובתו כל הימים: והוא הצעיר חיים אברהם אליהו שטרית ס"ט רב אחאי הרב המובהק כמה"ר חיים אב"א שטרית נר"ו יאיר והוי זהיר אכ"ר: אחר שים של"ם טובה. כצמח השדה רבבה.

מאהבה רבה. עתה באתי להשיב מפני הכבוד במאי דנסתפק כת"ר האם יכול האיש לקחת לו א"א בטענה שאין לו בת ואכתי לא קיים מצות פו"ר ומ'ר ניהו הוא דקאמר כי ראה לראשונים זיע"א דברים שונים וכו' וכ"ע וז"ל ממ"ש בלשון התק' זרע זכר מוכח להדייא שאם יש לו זרע זכר אף שאין לו בת מתירין לו לישא אשה אחרת ע"כ: איברא כי בתק' ש"ש גש"ן וש' שנ"ט לא חששו אבותינו ורבותינו בעלי התקנות לתקן בשביל מצות קיום פו"ר.

וכל עיקר תקנתם ומגמת פניהם אינו אלא בשביל שמצאו כמה משפחות שנעקר שרשם מן העולם. כאשר יראה הרוואה בדב"ק אמטו"ל תקון רבנן בתק' האחרונה דבהיות לו זרע זכר אינו רשאי לישא א"א הגם דלא קיים מצות פו"ר.

ולא מצינו היתר לנישואין בשביל הבת אלא מתק' שכ"מ ולהלן שכתבו וז"ל לכן ראינו וכו' שכל איש שיהיה נשוי וירצה לקחת לו א"א על אשתו בהיות לו ממנה זרע זכר ויראה לב"ד אשר יהיו בימים ההם אונס ניכר לב"ד אליהם אזי הרשות וכו'. וכ' ה' יעב"ץ ז"ל משם הרה"ג מוהר"ר יעקב אבן דנאן זלה"ה היכא דאיכא חולי המונע הלידה או חולי המונע התשמיש וכיוצא מחמת האשה שיש לו ע"כ.

ודקדקו לכתוב בהיות לו ממנה זרע זכר אבל בת אין לו. ולזה התיירו לו כדי לקיים מצות פו"ר שהיא בהיות לו בן ובת.

כמ"ש מר"ן אה"ע ס"א ס"ה. ולא באו לעקור תקנה ראשונה.

אלא דבתקנה זו מקום הניחו ג"כ לתק' ראשונה. והוא היכא שהאשה יש לא תקוה ולא אבד שברה.

ולכך לא שרינן ליה לישא א"א בהיות לו ממנה זרע זכר אף דעדיין לא קיים מצות פו"ר. שהרי עדיין יש תקוה להוליד ולקיימה מאשתו זאת.

כיון דלא אבד שברה. ומה לי זאת מה לי אחרת.

אך בההיא דתק' שכ"מ מיירי באשה שאבדה תקותה. ואבד שברה דא"א לקיים מצות פו"ר ממנה.

אמטו"ל תקון לישא א"א לקיים מצוה דאורייתא. ודין הוא טעמא לרבינו מוהריב"ץ בתשו' כ"י שמצא כת"ר הי"ו.

וכן כתוב אצלי זה כמו עשרים שנה על גליון ס' כרם חמד חאה"ע ס' י' מועתק מכת' ה' כמוהרי"ד מונסוניגו ז"ל וזה מש"ש. וז"ל הרב מהריב"ץ ז"ל ואם יש לו בן זכר חי או בנים הרבה ואין לו בת אע"פ שעדיין לא קיים מצות פו"ר שהרי צריך בן ובת אפ"ה אינו רשאי לקחת אשה אחרת שהרי עדיין יש תקוה להוליד בת ולפיכך עודנו בכלל השבועה זולת אי איכא יאוש כגון שהוחזקה אשתו לנפלים ג"פ או יותר או שהוחזקה לשיכול בנים ג"פ או יותר או שעמדה מלדת שאירעה חולי המעכב הלידה וכ"ש אם פסק וסתה וחזל ממנה אורח כנשים או שהזקינה וכדומה באופן שאבדה תקותה ונכזבה תוחלתה אז אפ' יש לו הרבה בנים רשאי לקחת לו אשה אחרת אולי יוליד בת להשלים מצות פו"ר.

יעו"ש בדב"ק וע"י שו"ת מוהרפ"ב סי' פ"א ע"כ: והנה לא הוצרכו להכי אלא בשביל אונס המונע הלידה דאלו באונס המונע התשמיש שרי אפ' יש לו בנים ובנות הרבה: קושטא דחזיתיה להרב תשי' סי' קט"ו שהביא לשון תקנת שכ"מ ודברי הרה"ג מוהרי"ע אבן דנאן זלה"ה. וכ"ע.

ובפסקי מוהרב"ץ זלה"ה כ' שאם פסקו דמיה אין לך אונס ניכר גדול מזה שפסקו דמיה ואבד שברה כמה שנים ולכך ב"ד צריכין ליתן לו רשות לישא כשיתאמת הענין ע"י נשים כי לא קבעו יו"ד שנים אלא היכא דיש תקוה וכו' וכ' שכך היו דנים רבותיו מהר"ר וידאל הצרפתי ומהר"ר מנחם סירירו ומוהריב"ע זלה"ה.

וכ' ע"ז הרב הנז' מבואר מזה. שאם אינה ראויה ללידה או לתשמיש מקלינן בה תרי קולות דאפ' בתוך יו"ד שנים יכול לישא א"א כיון שאבד שברה וגם אפ' יש לו בנים יכול לישא א"א ע"פ ב"ד משום בבקר זרע זרעך ולערב אל תנח ידך שזו עדיפא משהתה יו"ד שנים ולא ילדה שלא אבד שברה אבל זו שעמדה מלדת מחמת זקנה שאבד שברה ותוחלתה נכזבה אפ' יש לו בנים ואפ' בתוך יו"ד שנים לנישואין רשאי לישא א"א.

ע"כ: והנה במאי דהתיר הרב בתוך יו"ד שנים הא ודאי דאנן נמי מודינא ליה. אך במ"ש הרב דטעמייהו דרבנן בתקנה זו משום בבקר וכו'.

אהמ"ר מכת"ר אנן לא שמיע לן. דלדבריו כל מי שהזקינה אשתו וכיוצא אפי' יש לו בנים ובנות רשאי לישא א"א ומעולם לא ראינו ולא שמענו מי שדן כן ופוק חזי מאי עמא דבר.

ותשו' רבינו מוהריב"ץ ז"ל הנז' תוכיח דלא היתר באונסים כאלו אלא במי שאין לו בת כדי לקיים מצות פו"ר. כאשר יראה הרואה ולבבו יבין במאי דסיים הרב במילתיה אולי יוליד בת להשלים מצות פו"ר.

והא ודאי דטעמא דידיה כמש"ל: באופן דאין רשאי לישא א"א בטענה שאין לו בת אלא באשה שאבד שברה כגון אם היא משכלת או מפלת ג"פ או יש לה חולי המונע הלידה או פסק וסתה או הזקינה שאבד שברה דא"א לו להשלים ממנה מצות פו"ר אבל באשה שהיא ילדה ועדיין יש לה תקוה להוליד.

בהיות לו זרע זכר אינו רשאי מהך תקנה ש"ש שנ"ט. וכן אנו דנים והולכים ואין מי שיחלוק בזה.

ודברי הראשו' זלה"ה שבאו בס' מוצ"ב גם הם מוסבים על דרך זו. וכמ"ש כת"ר דבקל יש לכוונם.

והגם דמאשגרת לישן דמר נראה דאין כוונתו לכוון אלא תשו' מוהריב"ץ ז"ל אהדדי. מ"מ אנא דאמרי לענ"ד נראה שכן היא דעת כולהו רבוותא הנז'.

אלא שלאהבת הקיצור השיבו על נדון השאלה דאיירי בהכי. וההכרח וכו'.

זהו הנלע"ד בזה וצויי"מ וימ"ן נאם החו"פ פאס יע"א באלול התר"ס ליצירה: זעירא דרבנן שלמה אבן דנאן סליט"א סימן ל"ה. נדרשתי מעיר טאנכ"ר יע"א לחיות דעתי בראובן שהקדש בהכנ"ס לעניי העיר גוף ופ' הקרן יהיה קיים לעולם ואין להם רשות למוכרו והפ' יתחלקו לעניים מידי שנה בשנה ומינה את שמעון שהוא גזבר על איזה ממון העניים מקודם והכל היה בקש"מ ובשח"ך ואחרי מופלג עלה ברצון המקדיש לשנות ולתת מחצית ההקדש לעניי ירושלם תוב"ב האם יכול לשנות א"ל: תשובה תחילה צל"ד האם יכולין ליתן לעניים הבאים אחרי כן הגם שלא היו בשעת ההקדש ועוד אם יכולים להרבות לאחד ולמעט לאחד דבתשו' הרשב"א שהביא מר"ן בב"י יו"ד סי' רנ"ח מבואר שהמקדש לעניי העיר סתם ששורת הדין הוא שנותנין לכל עניי העיר חלק כחלק אלא שאין המנהג כן ומחלקים כרצונם בין למקצתם בין לכולם בין לעניי עירם בין לעניי עיר אחרת וכל המקדש לא שיחלקו בשורת הדין הקדיש אלא כפי הנהוג בשכבר ראה שהקדישו המקדישין שלפניו שנהגו כן הגזברים עכת"ד.

ועי' בתשו' שהביא מר"ן שם סי' רנ"ט. וכ' מהריק"ו שו' ה' על דבר המעות אשר התנדבו המתנדבים לעניי ירושלם והושמו אותם המעות ביד הגזברים שיהיה הקרן קיים תמיד.

ומהריוח יתנו לעניים פעם א' בשנה. וכ' ה' וז"ל ולא התנדבו לצורך עניים מיוחדים כדי ליתן להם מיד ולא לזולתם כי ההיא דשקל"א אלא הפקידו ביד הגזברים להיות פקידים ליתן כאשר יראה בעיניהם לפי ריבוי העניים אשר ימצאו בשעת המתנה או לפי מעוטן.

וגם כי לפ"ד יש כח בידם להרבות לעני זה ולמעט לעני זה כאשר ייטב בעיניהם בההיא ודאי לא שייך למימר דכיון שנגבו לשמים דלהם לבדם יותן ולא יוכלו הגבאים לשנות דאנו סהדי שהמתנדבים כשהתנדבו לא עלה על דעתם כלל שיזכו אותם העניים מיד. רוצה לומר אותם העניים שהיו בירושלים בשעת שהתנדבו דא"כ לא היו יכולים ליתן שוב לעניים אחרים הבאים אח"ך אלא מסרו המעות לגבאים למען יעשו מהם הטוב והישר כפי ראות עיניהם לפי העת ולפי הזמן ולפי רוב העניים או המיעוט ע"כ.

וה' מהרימ"ט ח"א סי' ס"ג הב"ד מהריק"ו הנז' וכ' וז"ל וכן הדין בנדון שלפנינו ודאי שאין שום זכייה במעות אלו לאותם תלמידי חכמים הלומדים באותם הישיבות מדין זכייה שלא היתה כונת המקדיש לזכות לאלו מיד כי בודאי אין יד כולם שוה בהם. שהדבר ידוע שההספקה יוסיפו לאחד וימעטו לאחר הכל לפי מה שהוא האדם.

ואם למחר ילכו אלו יבואו אחרים במקומם כי לא היתה כוונת הנותן לאלו שהיו באותה שעה ע"כ. המבואר מדבריהם דרבנן דכל היכא דאיכא למימר דכוונתו שיזכו העניים תכף ומיד משעת ההקדש ולא תתעכב הזכייה עד שעת הגבייה שיגיעו לידם המעות צריך שהחלוקה תהיה כפי שורת הדין שיזכו כולם ויד כולם שוה והו"ל כאלו בא הממון בידם דאין יכול להוציאו מידם וליתן לאחר ולכך כאשר יהיה האופן דיש יכולת ביד הגזבר ליתן לזולתם ולהרבות לזה ולמעט לזה הא ודאי דהט' משום דאמרינן דלא עלה על דעתו לזכות להם תכף ומיד משעת ההקדש כ"א עד שתגיע לידם ולכך מצא להרבות לזה ולמעט לזה וגם ליתן לזולתם כיון דאכתי עדיין לא זכו וא"כ בנ"ד דהא חזינן ליה דקא גמר ומקני בקש"מ ובשח"ך ליכא למימר דלא עלה על דעתו לזכות להם מיד שהרי הקנה להם בק"ס מעכשיו וכיון דאית ליהו זכייה תכף ומיד א"כ צריך שיחלוקו כפי שורת הדין ולא ע"פ המנהג וא"כ צריכין אנו לומר דמ"ש הרשב"א דכל המקדיש אדעתה שיחלוק כפי המנהג הוא מקדיש ה"ד היכא דליכא ק"ס דאז נוכל לומר דאנו סהדי דלא עלה על דעתו לזכות להם מיד וכמ"ש מהרי"ק אבל היכא דאיכא ק"ס דא"א לומר כן הא ודאי דדעתיה הוא לחלוק כפי שורת הדין דכיון דמשעת ההקדש קא זכו הו"ל כאלו בא לידם: ונמצא לפ"ז אפשר לו' דזכו בו הנמצאים בעיר בעת ההקדש לדורות עולם הם ובניהם אף אם יעשירו.

ואולם דבר זה הוא נגד הסברא דמסתמא הוא דדעת המקדיש שיתחלק מידי שנה בשנה לעניים הנמצאים בעיר באותו מצב של החלוקה. בין אלו הנמצאים בשעת ההקדש.

בין זולתם ואין כוונתו לעניים הנמצאים בשעת ההקדש בלבד ולא לזולתם אלא לנמצאים שיהיו בשעת גבייה. והקנה להם בקנין כדי לזכות להם מיד ולא עד שעת גבייה וא"כ צריך שיחלוק להם לכל העניים שיהיו בשעת גבייה חלק כחלק: ומ"ש מהריק"ו ז"ל דאנו סהדי שהמתנדבים כשהתנדבו לא עלה על דעתם כלל שיזכו אותם העניים מיד רוצה לו' אותם העניים שהיו בירושלים בשעה שהתנדבו.

דא"כ לא היו יכולים ליתן שוב לעניים אחרים הבאים אח"ך וכו'. ע"כ.

הנה לפום מאי דהכריח ממה שיכולים לתת לזולת' לא נוכל להכריח כ"א דכוונת המתנדבים לא היתה על העניינים הנמצאים בשעת הנדבה בלבד. אלא על כל הנמצאים בשעת הגביה.

ואכתי נוכל לומר דכוונתם היתה לזכות לאלו העניינים שיהיו בשעת גבייה תכף ומיד משעת הנדבה. וא"כ הא ודאי דאין יכולין לשנות כיון דזכיה אית להו בנכסים אלא דסמך הרב עמ"ש קודם לזה וז"ל וגם כי לפ"ד יש כח בידם להרבות לעני זה ולמעט לזה.

וכיון שכן הא ודאי דאנן סהדי דלא זיכה להם מיד. ולא יזכו אלא עד שתבוא לידם.

ואמטו להכי פסק ה' דיכולין לשנות כיון דלית להו זכיה ואינו אלא פקדון ביד הגזבר ליתן כאשר יראה בעיניו: ובמאי דאנן קיימין דאיכא ק"ס במעכשיו דאנו מוכרחים לומר דזיכה להם מיד. איכא למיתמה היאך מהנייא הקנאה זו אחר דהקדש זה הוא לד"ע ודור הולך ודור בא והיאך מקנה למי שלב"ל ואיכא מאן דאמר דאף המי שבא לעולם לא קנה.

דהו"ל קני את וחמור. ועוד כיון שאין הקנאה זו לנמצאים בשעת ההקדש שהם ידועים אלא לעניינים שיהיו בשעת גבייה.

הו"ל מקני נמי למי שאינו מבורר דלא מהני. וכמ"ש מהרימ"ט בתשו' ח"א סי' פ"ב.

אלא דראיתי לה' מהריט"ץ ז"ל סי' פ"ו כאשר הוב"ד בה' שע"א ח"ב סי' כ"ו ד' נח ע"ב שכ' דהמקדש ומצוה שיתנו לעניינים הרי הם זוכים גם עניי' הנולדים אחריו מטעם דשם עניינים א' הוא. וכיון שהתחיל ההקדש לחול באותה שעה אין לו הפסיק ע"ש ומינה למד ה' לנ"ד ע"ס אף אנן נמי נימא כיון שהתחיל ההקדש לחול על הנולדים ועל העניינים שהיו בשעת ההקדש שהם מבוררים שם הקדש א' הוא וחל נמי גם על שאינם נולדים ושאין מבוררים: ואולם נראה דאכתי לא אפרק ההיא דשאינם מבוררים מההיא דמהריט"ץ ז"ל דכיון דאין הזכיה חלה כ"א עד שעת גביית הממון לידם א"כ אין כאן מבורר כלל שיחול עליו דדילמא כל העניינים הנמצאים בשעת ההקדש כולם ילכו נדוד או ימותו או יעשירו או איזה מהם כך ואיזה מהם כך ופנים אחרים הם אשר יהיו בשעת הגבייה וא"כ אין כאן מבורר שיחול עליו כדי שיחול גם על שאינו מבורר: קושטא קאי דההיא דמהרימ"ט ז"ל דאין אד"מ למי שאינו מבורר לאו אליבא דכ"ע היא.

שהכנה"ג חו"מ סי' ר"י הגה"ט אות ד' כ' אין אד"מ למי שא"מ למ"ד אין ברירא כגון האומר ק' וזו ליתומות שיראה בעיני פו"פ מורי הרב ז"ל ח"א סי' כ"ב חח"מ סי' כ"ג והוסיף לומר דאף בשעבוד לא מהני ועי' בתשו' הרא"ש כלל י"ג סי' ר"א שכ' דלמ"ד יש ברירא קנה ועי' במהרשד"ם חח"מ סי' ק' ובפליטת ב"י סי' י"ט ע"כ.

ומבואר במהרשד"ם שם שנתחדשה לו הלכה ממה שהראו לו תשו' הרא"ש כלל ס"ח סי' ט' שכ' וכן מצינו בשאול על מעשה דגולית הפלשתי ששעבד עצמו ונכסיו למי שיכה הפלשתי ובא דוד והכה ונתחייב שאול לדוד באותו ממון וכו' עד הרי לך ראייה ברורה שאדם יכול לשעבד נכסיו אף למי שאינו מכיר ויודע בשעת השעבוד מי הוא וכ"ש בנז' שבא המלוה ושעבד עצמו ונכסיו לכל מוציא שטר זה דהוי שטר מעלייא.

ע"כ ע"ש: ומהרי"ט ז"ל חח"מ סי' כ"ג הב"ד מהרשד"ם הנז' ותמה עליו דמאי מעליותא דתלייא באשלי רברבי דאיכא רבוותא דפסקו אין ברירא והיכא מפקינן ממונא ע"פ תשו' זו שנראה דסמך על דברי ר"י דסבירא ליה דיש ברירא והרא"ש בה' נדרים אחר שהביא דברי ר"ת ודברי ר"י שנחלק עליו כ' מצאתי כתוב בשם רשב"א הצרפתי ונראה דמסקנת דבריו כדברי הרשב"א וא"כ יש לומר שאע"פ שכאן בתשו' נראה לו דברי ר"י בהלכות העלה כדברי רשב"א דאין ברירא וכבר אמרו שלעולם אנו סומכים על דבריו שבהלכות יותר מדבריו שבתשו' כמ"ש הטור מפני שהיו באחרונה ובין כך ובין כך מידי פלוגתא לא נפקא ולא מפקינן ממונה עכת"ד: והמח"א הלכות צדקה סי' יו"ד המציא לנו פלוגתא אחריתי והוא דלדעת הרמב"ם בפ"ה המשנה דשקלים דקתני מותר העניים לעניים איירי בעניים שאינם ידועים ואפ"ה אינם יכולים לשנותו למצוה אחריתי דגבאי שאני דידו כיד העניים ומכי מטי לידיה זכו העניים ושכן נראה מתשו' הריב"ש סי' תס"ה דאפי' בעניים שאינם ידועים זכה הגבאי בעד העניים ושכן נראה מתוך דברי מהר"מ שהביא המרדכ"י בפ"ק דבתרא על ראובן שנתן ממונו כדי לשכור רב וכו' דכי אמרינן משבאו לידי גבאי אי אתה רשאי לשנותן אפילו בשאין הזוכין ידועים ואפ"ה לא מצי לשנותן למצוה אחריתי משום פסידא דעניים וחשיב כגזול את העניים אפי' בכה"ג כדמוכח מדברי הרשב"א שהביא הב"י סי' רנ"ח וכן מוכח מהירושלמי.

ואולם לדעת הרא"ש ומהריק"ו בשורש ה' אפילו ע"י גבאי לית להו זכייה ע"ש ובסי' ב' ובסי' י"א דדעתו דע"י גבאי אית להו זכייה: באופן דהאי מילתא מידי פלוגתא לא נפקא ושתי מחלוקות בדבר דאיכא דפליגי בעיקרא דדינא וסבירה להו דאד"מ למי שאינו מבורר וגם הך פלוגתא דפליגי בגבאי לדעת המח"א ז"ל.

אכן אנן בתריה דמר"ן ז"ל גררינא ובסי' ס"א ס"ד הביא ההיא דתשו' הרא"ש ז"ל דכלל ס"ח סי' ט' דעלה קא סמיך מהרשד"ם ז"ל ודן את הדין דאד"מ למי שאינו מבורר וא"כ דעת מר"ן ז"ל כהרא"ש ז"ל דאד"מ למי שאינו מבורר. והגם דהרב מהרי"ט ז"ל שם כ' ומה שהביא הרא"ש מההיא דשאל לא הביא ראייה שיכול אדם להשתעבד או להקנות עכשיו למי שאינו מבורר וכו' אלא מייתי דלא תימא כיון שאין מזכיר שם המלוה אין השטר כלום ע"ש.

ולפ"ז אפשר לומר דגם מר"ן ז"ל בהכי איירי שאינו מבורר בשטר אבל מיהא מכירו. כבר המט"ש ז"ל סי' ס"א הב"ד ותמה עליו וז"ל וכו' עוד דהרא"ש מיירי היכא דיודע ומכיר למלוה ונמצא דהחיוב הראשון מבורר הוא ויש עליו שעבוד הגוף ושעבוד ממון ומתוך שמשעבד לו משעבד נמי למאן דאתי מחמתיה ומאי דשקיל וטרי הרא"ש שאינו מבורר שם המלוה היינו שאינו מבורר בשטר אבל מיהא מכירו ובהכי הוא דסבר דמשעבד וכו' יע"ש ולבד שדבריו שם לא זכיתי לע"ד להבינם מצד עצמן במ"ש בס"ו החילוק אם גם זאת החילוק תמוה אצלי אם דברי הרא"ש ז"ל יכילנו אחר דבהדיא כתב וכ"ש בנדון זה שהכיר את המלוה וכו' ותו תמהני דאשתמיט מיניה תשו' הרא"ש דבכלל י"ג סי' כ"ה דהתם מיירי שנתחייבו הקהל למי שיתפוס האלמעונ"ה ולא היה שם החוכר ברור באותה שעה עד שמי שהיה תופס נמי היה חתום יחד עם אנשי הקהל ואין לך דבר שאינו ברור כזה וכו' הרא"ש דאפי' דאינו מבורר קנה ומייתי ראייה מההיא דאם

תלד אשתי זכר וכו' ומענין שאול הרי בהדייא דאף היכא שלא הוברר ולא היה מכיר המתחייב מי הוא המלוה אפ"ה קונה ושפיר מצי מתחייב וא"כ איך כתב מהרימ"ט דדברי הרא"ש הם היכא דמכיר ויודע למלוה וצ"ע ע"כ: וא"כ אי אפשר לומר דמר"ן ז"ל איירי במכירו אלא שלא הוזכר בשטר דאם היה מפורש כן להדייא במאור הדברים הרא"ש ז"ל היה מקום לומר אפשר דאף מר"ן בהכי איירי והא דלא פירש כן בדבריו משום דקא סמיך שהמעייין עיניו יחזו בשורשן של דברים שלא חבר מר"ן ספרו הקציר הש"ע לפסוק הדין מתוכה אם לא יעיין הפוסק תחילה בב"י ובמקור הדין כידוע.

ואולם כאשר יהיה האופן כה"ג דאדרבא דברי הרא"ש מוכיחים בהיפך וס"ל שכן הוא הדין אף בשאינו מכירו וכמ"ש להדייא וז"ל וכ"ש בנד"ז שהכיר את המלוה וכמו שהוכיח כן הרב המט"ש ז"ל אם מר"ן לא ס"ל כן לא הו"ל לסתום אלא לפרש דעל מה קא סמיך מ"ר דקא סתים לה סתומי דאיך נאמר דסמך על המעיין אחר דפשט דברי הרא"ש ז"ל מוכחי להיפך בפשוט: וכן חזיתיה להרה"ג ראש על ארץ.

ראשון לציון כמוהר"ר אברהם אשכנזי ז"ל הוב"ד בס' ישמח לב ח"מ סי' ב' וז"ל עכ"פ מהרימ"ט ז"ל תלה לדינו בפלוגתא דהרמב"ן עם הרא"ש ולדין דקבלנו הוראות מר"ן ז"ל כבר פסק בחו"מ סי' ס"א כהרא"ש דיכול להשתעבד אף למי שאינו מבורר ושכן ראה להרב חקי חיים סי' מ"ה דהכי מסיק דלדעת מר"ן יכול להשתעבד אפי' למי שאינו מבורר וכ' דכן סבירא ליה להרב פרי הארץ ח"א סי' ו' ע"ש וכן פסק הרב ישמח לב: ואחזה אנכי להרה"ג ראשון לציון כמוהר"ר יש"א ברכה הי"ו בספר בני בנימין סי' מ"ה ד' קט"ו ע"ג הב"ד הרב חקי חיים ז"ל ושאר הרבנים הנז' ודחה דבריהם וכ' דאין מדברי מר"ן ראייה וזל"ה דהרי דין זה דפסק מר"ן ז"ל היא תשו' הרא"ש ז"ל כלל ס"ח סי' ט' ובסוף דבריו כתב דנדון שלו איירי במי שהכיר את המלוה ושעבד עצמו ונכסיו לכל מי שמוציא שט"ז יע"ש.

וא"כ ליכא למשמע מינה ולא אכחד דהרא"ש ז"ל הביא ראייה מההיא דשאול דאמר והי' האיש אשר יכנו וכו' הרי שנתחייב שאול אף למי שלא היה מכיר וכו' יעו"ש מ"מ לנדון שלו אפקיה במכ"ש והכי כתב בסו"ד וז"ל וכ"ש בנדון זה שהכיר את המלוה וכו'. יע"ש נמצא דדין זה דפסק מר"ן ז"ל שהוא תשובת הרא"ש ז"ל שנשאל עליה והשיב דגובה בשטר זה מיירי בהכיר את המלוה וא"כ מה ראי' מייתי גדול אדונינו הרב חו"ח ז"ל ממ"ש מר"ן ז"ל דס"ל דלא כמהרימ"ט ז"ל באמת אתמהה.

והיותר תימה שהוא ז"ל שם הביא כמה תמה ה' מט"ש ז"ל על ה' מהרימ"ט ז"ל דרצה לומר בעד הרא"ש דס"ל דדוקא בדהכיר הוא שמתחייב וכו' ותמה עליו מדברי הרא"ש הללו שכתב וכ"ש בנדון זה שהכיר וכו' יעו"ש ואיך לא נרגש מדברי הרא"ש ז"ל דנקט וכ"ש בנדון זה שהכיר את המלוה וכו' דבהכי איירי מר"ן ז"ל וליכא שום סתירה לדברי מהרימ"ט ז"ל.

ע"כ: ואהמ"ר מרבנותיה דמ'ר דבריו נפלאו ממני ולא יכולתי להלום דב"ק דמה יועיל לנו אם נדון הרא"ש ז"ל איירי בדהכיר את המלוה כיון דברור לנו שדעת הרא"ש היא שהדין נותן אף בדאינו מכירו וכמ"ש המט"ש ז"ל בפשוט. אטו משום דנדון הרא"ש הכי

הוא אנן נימא דאמטו להכי סתם מר"ן דבריו וסמך על המורה המעיין שיפרש בדבריו כנדון הרא"ש ולא כדעת הרא"ש.

והלא מר"ן דנא קמ"ל ולא עובדא כי היכי דנימא מעשה שהיה כך היה וכיון שכן הא ודאי דדעת מר"ן כדעת הרא"ש. ומה שתמה הרב הי"ו ביותר על הרב חקי חיים ז"ל שאחר שהביא דברי המט"ש איך לא נרגש וכו' אין כאן מקום תימא כלל דאדרבא משם טוב טעם לקיום דבריו דאחד הרואה ולבבו יבין שכן היא דעת הרא"ש בפשוט שהדין נותן כן אף בשאינו מכירו וכדמוכח לה המט"ש ז"ל ממ"ש הרא"ש וכ"ש בנד"ז שהכיר וכו'.

ואין כאן שום פנים לומר דכוונתיה דמר"ן לפסוק כוותיה דהרא"ש הכ"ש דוקא ולא במה שאינו מכירו שאינו במכ"ש דלא הו"ל למר"ן לסתום וליתן מקום לכל אדם לטעות טעות הניכר וכ"ר לה' ישמח לב סי' כ"ג שהשיג על הרב ראש"ל הי"ו ע"ש וזה פשוט: תו חזיתיה להרב ראש"ל הי"ו בסי' הנז' שכ' דדעת מוהריק"ו בשו' ה' כדעת הרב מוהרימ"ט ושכן היא דעת מר"ן ביו"ד סי' רנ"ג יעוש"ב והשיגו הרב ישמח לב סי' כ"ג ד' פ"ד ע"ב וז"ל ובמ"ש עוד דמוהריק"ו ז"ל קאי כסברת מוהרימ"ט ז"ל אחמה"ר לא קרב זה אל זה ובפרט במ"ש מר"ן ז"ל ביו"ד סי' רנ"ב דפסק המשנה דפ"ב דשקלים דוקא ותול"מ וכ"ז יראה הרואה בקל העיון ומי שירצה להרוות צמאנונו יעיין במ"ש הגאון קצה"ח ז"ל סי' ס"א סק"ג וימצא נחת ע"כ: ואהמ"ר מנייהו מלכי אשתימיטתייהו דברי הרב מח"א הל' צדקה סיו"ד שהב"ד למעלה שכ' בפשוט שכן היא דעת הרא"ש ומוהריק"ו בשו' ה'.

ואולם מה שנראה מדברי הרב ראש"ל הי"ו דמ"ש מוהריק"ו אנדון דידיה דלית להו זכות לעניים קודם גבייה היינו משום דכשהוא לחלק בכל שנה מהריוח לא הוו עניים ידועים ולא מהני משום דאין אדם מקנה למי שאינו מבורר. אהמ"ר לא שמיע לי דלדידיה דמ"ר ההיא דמוהריק"ו מידי פלוגתא לא נפקא ולא אתייה אלא למ"ד לא מהני הקנאה למי שאינו מבורר ואפי' ע"י גבאי אבל למ"ד מהני או למ"ד דבגבאי מהני וכמ"ש המח"א לא.

ומצינו להכנה"ג בתשו' חיו"ד סי' ר"ך שכ' דכ"ע מודו למוהריק"ו ז"ל ואין חולק עליו ושכ"כ ה' מוהרש"ח בתשו' סי' ל"ה. וא"כ מוכרחים אנו לומר דדעתיהו דרבנן היא דטעמא דמוהריק"ו הוא דכל שאין החלוקה כדין כל זכיה שתהיה יד כולם שוה אלא שיכולים להרבות לזה ולמעט לזה וכיוצא אנו אומרים דלא עלה על דעתו לזכות להם מיד אלא עד שתגיע לידם.

ואמטו להכי קא אמרי רבנן מהרש"ח והכנה"ג ז"ל דההיא דמוהריק"ו אתייה לכ"ע. דלאו טעמא דידיה משום דלא מהני הקנאה לשאינו מבורר.

אלא משום דלא עלה על דעתו לזכות להם תכף ומיד: ומ"ש המח"א ז"ל שכן היא דעת מוהריק"ו והרא"ש ז"ל היינו ממה שפירשו במשנה דשקלים שכ"כ וז"ל כ"ז כתבתי לפי שיטת הרא"ש ומוהריק"ו שפירשו במתניתין דשקלים דמותר עניים לעניים איירי בשגבו לעניים ידועים ומכי מטא הגבייה ליד גבאי זכו עניים בה דשליחותיהו דידיהו

קא עביד אבל אי גבו לעניינים סתם שאינם ידועים דעדיין לא זכו בה העניינים כיון שלא הובררו יכולים לשנותה למצוה אחריתי אבל לע"ד עם שאיני כדאי לחלוק עליהם לדידי חזי לי מתוך דברי הרמב"ם בפי' דמתני' דמיירי בשגבו לעניינים שאינם ידועים ומאי דקתני מותר עניינים לעניינים ר"ל שלא ישנו צדקת עניינים ליתנה למתים דלא כמו שפירש מהריק"ו דר"ל שלא יתנו לעניינים אחרים ע"ך: ולדברי המח"א ז"ל יש לתמוה אמאי מוהרימ"ט ז"ל בח"א סי' כ"ב ובחח"מ סי' כ"ג לא נסתייע מזה ובפרט במה שהוצרך שם להביא ראיה דהרא"ש בהלכות חזר בו מההיא דתשו' כלל ס"ח ס' ט' שהביא מהרשד"ם ז"ל ואמאי לא הביא ההיא דהרא"ש דפ"ק דבתרא ומאי דכתב עלה מוהריק"ו ז"ל לדעת המח"א ז"ל ואפ"ל דדעת מהרימ"ט ז"ל דאפשר דס"ל להרא"ש ומהריק"ו ז"ל דגם אי גבו לעניינים שאינם מיוחדים אם נתכוונו המתנדבים לזכות להם זכו העניינים ולא מצו לשנות אם לא דליכא פסידא והגם שלא הובררו העניינים אפ"ה אית ליהו זכיייה דאד"מ למי שאינו מבורר והכי קאמר דכשהם עניינים ידועים לתת להם מיד א"כ המתנדבים לא נתנו לו כח לגבאי כלל ואינו אלא שליח לקבל המעות בעדם ולשמם גבה.

וא"כ מסתמא אמרינן דכוונת המתנדבים לזכות להם מיד ולכן לא מצוי לשנות אי אית ליהו פסידא דממונם הוא. לא כן בנדון דידיה שהתנדבו שיהי' הקרן קיים ביד הגבאי שיתעסקו בו מהריוח יחלק לעניינים אשר יזדמנו שנה בשנה וגם יש יכולת בידו להרבות לזה ולמעט לזה הא ודאי דאנן סהדי דלא נתכוונו לזכות להם.

דאם נתכוונו לזכות להם לא היה יכול ליתן לזולתם ולא להרבות לזה ולמעט לזה. ומ"ש מוהריק"ו ז"ל ה"מ כשגבו לצורך עניינים כדי ליתן להם מיד כדתנן התם וכו' עד בעדם.

אין הכוונה לומר לאפוקי שאינם ידועים אלא הוא הדין שאינם ידועים אם נתנו להם שיתנו להם מיד זכו ואינם רשאים לשנותם למצוה אחריתי. אלא משום דבמותר שבויים ובמותר המת איירי בידועים אמטו להכי מ'ר הוא דקאמר דגם מותר עניינים בידועים.

ולעולם כאשר יהיה כה"ג בשאינם ידועים שאינם יכולים לשנותם למצוה אחריתי. וממ"ש מוהריק"ו ז"ל ותדע לך שכן הוא שיש לחלק בין כשגובין לפי שעה לתת לעניינים מיד ובין כשגובין כדי לשים ביד הגבאין לחלק לעניינים לכשיזדמן לפי העת והזמן וכדפרשנו לעיל ע"כ.

משמע דכל כוונתו היא לומר דההיא דהרא"ש איירי בשגובין לחלק מיד וא"כ אנן סהדי דכוונתם לזכות להם מיד ואין קפידא בין ידועים לאין ידועים דכל היכא דכוונתם לזכות להם זכו: גם מ"ש המח"א ז"ל דהרמב"ם בפי' המשנה ומהר"מ שהביא המרדכי פ"ק דבתרא ס"ל דע"י גבאי שאני משום דהגבאי הוא מבורר אינו מוכרח דאפשר דס"ל כמ"ד דאד"מ למי שאינו מבורר וכמש"ל דאיכא לרבותא דס"ל הכי ומכללם מר"ן ז"ל: ויש לתמוה דמדברי מוהריק"ו ז"ל מבואר שדעתו היא ושכן היא דעת הרא"ש ז"ל דכל היכא דאיכא זכיייה לעניינים אין לשנות אלא היכא דליכא פסידא לעניינים אבל היכא דליכא פסידא ל"מ לשנות ואלו הטו' ביו"ד סי' רנ"ט ס"ב כ' משם הרא"ש ז"ל דאפי' בא ליד גבאי.

יכולין לשנותו מהדבר שנדר אותו לצורכו לצורך מצוה אחרת אפילו לא יפרעו אחרת תחתיה ע"ש. ואמאי והא כיון שבא ליד גבאי הרי זכו עניים דיד גבאי כיד עניים ואין לך פסידא גדולה מזה שלא יפרעו אחרת תחתיה: והמח"א סי' הנז' הב"ד הרא"ש דר"פ שור שנגח ד' וה' דנראה מדבריו דטעמא דקתני משבאת ליד גבאי אי אתה רשאי לשנותה היינו משום דכבר זכו בו עניים וע"ז הקשה דבערכין אהיהא דהאומר סלע זו לצדקה דמשבאת ליד גבאי אי אתה רשאי לשנותה ופ"י הרא"ש דלדבר מצוה יכול לשנותה אפ"י לא יפרענה עוד וכיון שכבר זכו בו עניים היאך מצי לשנותה ותירץ וז"ל דמ"ש הרא"ש דמצי הגבאי לשנותו למצוה אחרת אפ"י לא יפרענה עוד מיירי בשכבר קבוע לעניים לכל א' וא' כמה יטול בשבוע ואינם מוסיפים על קצבתה אפ"י אם יותר בכיס ולהכי מצי הגבאי לשנותה שאם יחסר בכיס ישיבו הגבאים ויגבו להם כדי ספוקם וכיון דליכא רווחא לעניים.

ע"י נדבתו של זה דבלאו הכי לא יותירו ולא ימעטו מצי הגבאי לשנותו למצוה אחרת ואע"פ שכבר הוקצה לצדקה אבל בזמן שאין הצבור מספקין צורכי העניים ועמד היחיד והקדיש לעניים להוסיף על קצבתם אינם יכולים לשנותם ואף בהסכמת הצבור משום דהוה גוזלים את העניים ע"כ. והשתא א"ש דברי רבינו הטור ז"ל: ובזה ניהא מ"ש הש"ך יו"ד סי' רנ"ט סק"ח שכ' וז"ל אבל לדבר מצוה יכול הגבאי לשנות כן דעת הרא"ש והטור וכו"כ התוס' ונראה מדברי מהרי"ק שו"ה שכן עיקר ע"כ.

והנה מריהטת דבריו וסתמיות לשונו משמע שהדין נותן כן אפ"י זכו העניים ואיכא פסידא בדבר מדכתב כן דעת הרא"ש והטור. ובהרא"ש והטור מבואר אפ"י לא יפרעו אחרת תחתיה.

ושוב כ' שנראה מדברי מהרי"ק ושו"ה שכן עיקר ובמהרי"ק מבואר שדקדק מלשון הרא"ש ז"ל דפ"ק דבתרא שכ' ולכשירצו מעות לעניי עירם יגבו פעם אחרת משמע דלית להו פסידא הא פסדי עניים לא. ולכאורה הוא תמוה ואולם אם נאמר דדעת הש"ך כמ"ש המח"א אתי שפיר: או אפשר לומר דאיירי בשאינם ידועים וס"ל אין אד"מ למי שאינו מבורר והא דלא מצי ללוותם אע"ג דלא זכו היינו כמ"ש המח"א שם דחיישינן שמא יזדמנו עניים לשם וזה לא יוכל לפורעם מיד ע"ש: כלל העולה ממש"ל דלדין דבתרי דמר"ן גרירנא דס"ל אד"מ למי שאינו מבורר כמ"ש הרב חקי חיים ז"ל וה' פרי הארץ והר' ראש"ל כמהר"א אשכנזי ז"ל וה' ישמח לב ז"ל ושכן היא דעתי בפשוט כמש"ל א"כ במאי דאנן קיימין ביה דאיכא קנין סודר ושח"ך דודאי כוונתו להקנות דאל"כ אמאי הקנה בקנין סודר.

הא ודאי דזכו עניים. והגם שהקנה גם למי שאינו בא לעולם וגם למי שאינו מבורר. מ"מ מהני.

דאי משום אין אד"מ למי שלא בא לעולם שם עניים אחד הוא וכמש"ל משם מוהרי"ט ז"ל. ואי משום דאין אד"מ למי שאינו מבורר הרי כתבינן דדעת מר"ן ז"ל דבתריה גרירנא היא דאד"מ למי שאינו מבורר.

וכיון שכן דהקנאה זו מהני וזכו עניים הא ודאי דלא מצו לשנות דהוי גוזל עניים ול"ד למאי דקאי ביה מוהריק"ו ז"ל דלא היה קנין סודר. אלא שהמתנדבים התנדבו שהקרן יהיה קיים ביד הגבאים.

ומהריוח יחלקו לעניים אשר יזדמנו לפי העת ולפי הזמן מידי שנה בשנה. וגם יכולים להרבות לזה ולמעט לזה.

דהא ודאי דאנן סהדי שהמתנדבים לא אסיק אדעתייהו לזכות להם מיד אם לא עד שיגיע בידם. ואין הגבאים הללו זוכים בעד העניים שאינו אלא פקדון בידם.

וקושטא הוא דכאשר יהיה האופן כה"ג הא ודאי דהכי נקטינן. שכבר כתבנו משם רבינו הכנה"ג בתשו' חיו"ד סי' ר"ך ומהרש"ח בס' בני שמואל סי' ל"ה דליכא מאן דפליג עליה דמוהריק"ו.

וגם מהרימ"ט ח"א סי' ס"ג הב"ד להלכה ע"ש. וגם להקת האחרו' פסקו כדבריו. ואולם בנ"ד דאיכא ק"ס דודאי נתכוון להקנות להם הרי זכו עניים ולא מצו לשנות משום גזל עניים. זהו הנלע"ד בקציר אמיץ ועם כי הדברים עתיקים.

בספרן של צדיקים והיה מקום לישא וליתן בדבריהם דרבנן מ"מ הזמן גרמא. טרדין עלי אדמה.

וצווי"מ וימ"ן הכ"ד החו"ף פאס יע"א דהאי שתא התר"ס ליצירה: איש צעיר שלמה אבן דנאן הי"ו סימן ל"ו. ז"ן שטר הורדה שהוזקקנו להעתיקו כדי לכתוב ע"ג פס"ד וז"ן אב"א תב"ת נלב"ע הי' יוסף נ' עטר בר עיוש נ"ע ויצאו עליו בע"ח רבים ומכללם הוציא כ"ר יעקב אזראד בר משה ג' שטרות שהיו לזכות הזולת ונמסרו לו בכתי' ומסי' כראוי וזה פרטן.

א' עיס' מסך ל"ח דורוס פראנסיס שעולה בהם לערך ריאל בסך. לי.
טי.

לכל א' סך. א"י.

תי.

פי.

בי.

ובנא"ג וכו' ובא"ח וכו' וזמנו בעשרה בשבט ש' תרכ"ו לפ"ק. ב.
חוב נשאר בו סך א'.

קקס.

חי.

ת.י.

ובנא"ג וכו' ובאח' וכו' וזמנו בשמנה עשר יום לטבת ש' תרכ"ח לפ"ק. ג'.
חוב הוא נגד משה דאנינו בכר' שלם ונכנס עק"ב בו יוסף הנז' מסך ב". קי.

ני.

ובנא"ג וכו' ובאח' וכו' וזמנו בששה ועשרים לסיון תרכ"ח לפ"ק. סך כל השטרות הנז'
סך ה".

ולא נמצא ממה ליפרע בסך הנז' זולת מהקרקעות שהניח יוסף הנז'. הנה כי כן בקש
ממנו יעקב הנז' להורידו לאיזה.

קרקע מהקרקעות הנז' והותווכנו עמו להורידו לחלק וחצי מחמשה בחזקת החצר הנק'
ע"ש מסעוד ן' לילו בהאלנמר המושך לחורבות העיר בשגם יעקב הנז' יש לו בחזקה
הנז' חלק וחצי מחמשה ויהיה לו עכשיו בחזקת החצר ב"ה שלשה חלקים מה'. ואחר
ששמנו חלקי הנפטר בסך ה' שהיא שומא מעולה לפ"ה והזמן וגם הוכרזו כראוי ע"י
סרסור ולא הוסיף שום אדם על השומא הנז' כלל שוב גמרנו אנו ב"ד ח"מ והורדנו
ליעקב הנז' לחלק וחצי מחמשה שיש ליוסף הנז' בחזקת החצר הנז' בתים ועליות בעד
הסך חמש מאות מתקאלים מכ"ט שעלה בשטרותיו הנז' כנז'.

ומעתה יזכה ויחזיק יעקב הנז' בחלקים הנז' ז"ג וח"ג לדור ולהשכיר ולמכור ולמשכן
וכו' וכך א"ל זיל חזק וקני והאחריות על שאר נכסי יוסף הנז' ליהדר קרנא ופירי ושבחא.
ונ"ה בכח ב"ד יפה וכבר כתבנו ע"ג ה"ג הנז' שנפרעו בהורדה הנז' ולא נשארו קיימים
ביד יעקב הנז' כ"א לענין קדימה ולגבי משה דאנינו הנ"ל שיחזור יעקב הנז' ויפרע ממנו
בשטר שמסך ב'.

קקי.

ני.

הנ"ל שהגם שהיתום של יוסף הוא שראוי לפרע ממנו. מ"מ היו איזה עניינים בין יוסף
ויעקב הנז' מפאת השות' שהיתה ביניהם ופשרנו עתה שיצא יעקב בשטר הנז'.

באופן שיעקב הוא הזוכה בשטר הנז' לגבותו לעצמו ממשה הנז' כמשו"ח ע"ג השטר הנז' ולראיה ח"פ באדר תרל"א לפ"ק והשו"ב וקיים. ע"כ נמ"ך וחתו' ב"ד של ארבע. ה"ה החכם כמוה"ר אברהם עמאר זלה"ה. והחכם כמוה"ר רפאל אבן צור.

והחכם כמוה"ר יעקב בירדוגו. והחכם כמוה"ר של'ם משאש ישצ"ו כיר"א: הן עתה גדל היתום דוד בנו של הלוה הנ"ל ורצה לגאול מיד יעקב הנז' הקרקע הנ"ל מדין שומא הדרא.

אלא שנפל הפרש ביניהם בענין פירעון דמי ההורדה באיזה אופן יהיה. שהיתום אומר שלא יפרע לו הסך ה' הנ"ל כ"א לערך הזול שהוזלו המעות הרבה שהאלמתקאל עובר בשמינית מטבע הדורו.

ויעקב לא רצה להחזיר לו כ"א עד שיפרע לו האלמתקאל לערך מה שהיה שוה בזמן ההורדה שהיה עובר ברביע צ'ורו מ"מ. וע"ז נתעצמו בדין ושאלו ממנו את דבר המשפט כפי מ"ש מה"ש.

ואחרי שמוע דברי שניהם נלענ"ד שצדק יעקב בכל דבריו. אם על השטר שכתוב בו דורוס הא ודאי שהדין עמו.

וכן אנו דנים והולכים מעשים בכל יום בכל שטר שכתו' בו צ'ורוס שצריך לפרוע צ'ורוס. ויש סמוכות לזה מרוב בנין ורוב מנין מדברי הפוסקים כידוע אצלנו בפשיטות. ולא נהגנו אפי' כדעת הפוס' דסוברים לפשר. והגם שבשטר ההורדה כשצרפו הב"ד סכום כל השטרות הנ"ל עשו סכום הדורוס לחשבון מתק' כנ"ב.

מ"מ לא הפסיד הרי"ע זכותו בזה. שא' הרואה וא' השומע לשון ההורדה הנ"ב.

יראה בעיניו ולבבו יבין שאין זה אלא דברי הב"ד שתפסו סכום החשבון בלשון מתקאלים. וא"כ הוא אינו מן הדין להפסיד זכותו שיש לו בדורוס ולחשוב כאלו הרי"ע בעצמו קבל עליו חשבון דורוס בלמתקאל.

דמי הכינו הביאו לזה עד שנאמר כן הלא כל עיקר לא בא לבדי"ץ אלא לדרוש זכותו ולא לחוב בעצמו. וכיון שכן הוא אפי' לכי מיהדר הקרקע מדין שומא הדרא אכתי זכותו בדורוס כדקאי קאי.

וזה פשוט: ואם על הטענה הב' שטען שאפי' השטרות שכתוב בהם מתקאלים לא יפרע לו כ"א לערך מה שהיו עוברים האלמתקאל בזמן ההורדה שהוא סך. .

לי טי.

לדורו כמ"ש בשטר ההורדה הנ"ב: הגם שהיה נראה לכאורה שלא יפרע לו כ"א לערך מה שעוברים עתה שהוא סך. פי.

לדורו וכן הוא בפסקי הראשונים זלה"ה עי' בס' ויאמר יצחק סי' קנ"ד ובשאר מקומות מהספר: מ"מ כד דייקנן שפיר נראה בעינינו פשוט דאין הדברים אמורים אלא בשטרות דעלמא משא"ך בשטר הורדא דחשיבא כמכירה גמורה. ולא הדרא אלא משום ועשית הישר והטוב.

עי' בטור סי' ק"ג ס' כ' ובבד"ה שם. וא"כ הוא אם באנו לומר שאין לו לפרוע רק המתקאלים לפי מה שהם עוברים עתה.

נמצא שהמלוה מפסיד כל העודף שהי"ל במעותיו בזמן ההורדה ואין זה ישר וטוב שיקבל פחות ממה שנתן. דהישר והטוב הוא שכל א' יעמוד בשלו שזה יטול קרקעו וזה יטול מעותיו מושלם שבזה אין שום פסידא למלוה דאף אם הוא חפץ בקרקע הרי קבל מעותיו כדמעיקרא ובהם יכול להשיג קרקע כמותו במ"א: ועם שהשכל והסברא מחייבין כן.

מ"מ לבל ישאר מקום לבע"ד לחלוק חפשונו ומצאנו כיוצא בזה להגאון מוהר"א ששון ז"ל בתשו' סי' קנ"ג בא' שמכר קרקע בהטבה בעד י"ב אלפים לבנים שבזמן המכר היה שיוויים מאה פרחי זהב. ובזמן חזרת המכר הוזלו הלבנים הלואי שיעלה בשיווי י"ב אלפים לבנים ששים פרחי זהב.

וע"ז נפל הפרש בין המוכר והלוקח. המוכר רוצה לפרוע הלבנים לערך מה שהם עוברים עתה שהוא זמן חלות ההטבה.

והלוקח אינו רוצה להחזיר כ"א עד שיפרע לו כ"ב לבנים שיספיקו למאה פרחי זהב כמו שהיה בזמן המכר. והאריך הרב בתשו' הרמתה ובסוף התשו' כתב את שאהבה נפשונו. ושייך לנדונינו. וזל"ה.

תו מסתברא לי טעמא רבתא לפטור את הנתבע הזה מחיובו אם לא יתנו לו מה שהיה שוה באותו זמן. משום דנ"ד דמי לההיא דקי"ל שומא הדרא לעולם.

ומצאנו להרא"ש ז"ל דס"ל דהיינו דוקא כשלא השביחה המלוה או שלא נתייקרו הקרקעות. לא מסתבר כלל וכו'.

א"כ גם בנ"ד מכח הסברא יש לנו לומר לא מסתברא שעשה הנתבע הזה החיוב הזה להחזירו היכא שיש לו פסידא דאין ספק שבזה יש לו פסידא גדולה אם יתן לו עתה הי"ב אלפים של זה הזמן שהרי מה שהיה לוקח אז בי"ב אלפים לבנים לא יקחהו עתה בעשרים אלף. וכיון שכן אף שיש חולקים על הרא"ש וסוברים דבנתייקרו אין לו אלא מה ששוה מעיקרא.

היינו משום שלא יהיה כנוטל שכר מעותיו משום חשש רבית [א"ה עי' מ"ש מר"ן בבד"ה ורמזתיו לעיל] אבל בנד"ד דליכא למימר הכי שהרי אינו נוטל שכר מעותיו רק שיווי המעות של אותו הזמן ודאי דכ"ע יודו בזה ואע"ג דהוא טעמא דכ' הרא"ש דמשום דאיכא נעילת דלת וכו' וכי יצפה הלוה כל ימיו.

ל"ל הכא דהא איכא זמן קצוב וכו'. מ"מ אפשר דשייכה וכו' ותו דההוא טעמא דכ' הרא"ש אצטריך להיכא דנקט טפי דהיינו שנתייקרו אבל כשאינו לוקח רק שיעור הלואתו וכו' לית דינא ולית דיינא שיחלוק ע"ז.

דודאי כ"ע יודו שיטול כפי מה שנתן: וגדולה מזו מצאתי שהה"מ ז"ל סוף פ' כ"ב מהל' מלוה ולוה שכ' וז"ל ודין שומא שחוזרת וכו' וכן אני אומר שאם הוזלה אין כופין להחזירה אא"כ נותן לו כשיעור חובו. עכ"ל.

והשתא נראה דכ"ש בנ"ד דלא הוזלה דאדרבה אין ספק שכל הקרקעות נתייקרו עכשיו דודאי אין כופין אותו להחזירה פחות משיעור חובו. ואף אם נאמר דנ"ד לא עדיף מההיא דהה"מ דנאמר דחסרון המעות האלו כמו ההיא דאם הוזלה שכ' הה"מ ז"ל.

הנה מ"מ לפחות שוים הם. וא"כ אין כופין אותו להחזירה אא"כ נותן לו כשיעור חובו וכו' דודאי ל"ל דעדיף התנאי והחויב הזה מההיא דשומא הדרא לעולם דתקנו לה רבנן וכו'.

עכל"ה יעוש"ב. והביא דב"ק אלא בקיצור נמרץ הרב המאסף חח"מ סי' ק"ג הגה"ט אות י"ט וב"ח יו"ד סי' קס"ב הגב"י אות י"ב יעו"ש.

גם הש"ך סק"ג רמז לתשו' זו ע"ש. ועי' להרב זל"א אות מ' ערך מטבעות הביאו הרב קפ"ע ע"ש.

וע"ע להרב משה"ר מערכת שין אות כ"ג: מעתה יצא לנו הדין בפשיטות דצדק יעקב הנז' בטענו' שאם היתום הנז' רוצה לגאול מידו הקרקע הנז' מדין שומא הדרא חייב הוא מה"ד לגדל פר'ע דמי ההורדה הנ"ל במתקאלם לערך מה שהיו שוים באותו זמן כפסק הרב מהרא"ש ז"ל והאחרונים שהביאוהו להלכה.

זהו הנלע"ד בדין זה בקצרה לאפס הפנאי. וצויי"מ וימ"ן אכ"ר.

ולראיה ח"פ בח' כסלו בסדר מכרה כיום שנת כב"כ' א' אלהיך אשר נתן לך לפ"ק והשו"ב ונכון וקיים: ע"ה של"ם משאש הי"ו ע"ה שמואל עמאר הי"ו וזאת תשובתי ע"ע הנז' סימן ל"ז. ראה ראיתי מ"ש חו"ר מק'נאס יע"א שיש חילוק בשטר שכתוב בו מתקאלים בין שטר הורדה לשטרות דעלמא דע"ג דבשטרות דעלמא קי"ל דלא אזלינן בתר זמן השטר בהורדה אזלינן בתר זמן השטר.

וטעמייהו כיון דלא הדרא אלא משום ועשית הישר והטוב וכ"כ פשיטא ליהו מילתא בשכל וסברא אלא לבל ישאר מקום לבע"ד לחלוק הביאו ראיה לדבריהם מתשו' מוהרא"ש ז"ל סי' קנ"ג שהביאוהו האחרונים להלכה ה"ה ה' הכנה"ג חח"מ סי' ק"ג הגה"ט אות י"ט וכו' זת"ד הי"ו: הנה עיינינו הרואות כי הרב מהרא"ש ז"ל בתשו' הרמתה ס"ל כי גם בשטרי דעלמא הכי הוי דינא גם מוסיף בה דברים וטעמים אחרים לחזק את הדין בנדון דידיה מלישנא דשטרא ומההיא דשומא הדרא כמש"ש באורך וברוחב וידידות נפשנו חו"ר מק'נאס הבינו דברים כפשטן דמ"ש ה' הנז' תו מסתברא לי טעמא רבתא וכו' דכוונת הרב דיש לסמוך על האי טעמא לחוד גם אי לא אמרינן בעלמא הכי והן הן דברים דברי חו"ר מק'נאס הי"ו: ואני עני לדידי חזי לי מקום הניחו שיש בו כדי

חלוקה והוא דהנה לא זכיתי להבין אמרות טהורות דברות קדשו כפשטן אשר נתן לנו את תורתו ואת תורת אמת.

דמאי קמדמי ה' ז"ל יוקר המטבעות ליוקר הקרקע בין בהטבה שהוא נדון דידיה בין בהורדה. והלא להרא"ש ז"ל דלא חייש למיחזי כרבית ע"כ ס"ל דהוי כמכר גמור וחזר להיות הקרקע של המלוה והמעוה של הלוה.

אשע"כ דין הוא טעמא דחזינן להרא"ש ז"ל דסובר דצריך ליתן לו מה שנתקיר הקרקע שהרי מעת ההורדה נעשה שלו משום דהוי כמכר גמור. אבל יוקר הממון שמעת ההורדה נעשה של לוח נימא דלא הפקיע הרא"ש ז"ל כחו של לוח בדבר שהוא שלו עכשיו.

ודוקא נתייקר הקרקע שהוא של מלוה בזה הוא דהפקיע כחו של לוח מכח סברא כי היכי דלא נימא כד אמור רבנן שומא הדרא הכי אמור דכל א' יעמוד בשלו אפ"ל נתייקר הקרקע קמ"ל הרא"ש ז"ל דליכא למימר הכי. ובהטבה תמיהא קיימת ממ"ן שהרי תרוייהו אדעתא דהכי נחיתו וכמ"ש ה' עצמו בסוף התשו'.

ואף למה שישב וכ' מ"מ הרי עינינו הרואות שאחר המכ"ה הגמורה וכו'. אכתי יש לתמוה כמ"ל: גם מה שהביא ה' ז"ל מההיא דהה"מ שכ' שאם הוזלה אין כופין להחזירה וכו'.

לא זכיתי להבין שיח קדשו. אי נימא דס"ל דיש לסמוך על הט' הגם דלא הוי בשטרות דעלמא הכי דשאני התם דבזמן ההורדה הורד ביוקר וזכה בסך ההוא אף כי אח"ך הוזל לא הופקעה זכותו.

ל"כ ביוקר המטבעות דבזמן ההורדה לא היתה לו זכיייה זו שהרי קודם לכן לא היה לו עליו כ"א שטר בעלמא דהוי דינו דאזלינן בחר זמן הפירעון א"כ גם כשירד אזלינן בחר השתא שהוא זמן הפי'. וכן בהטבה נמי נימא הכי.

עוד יש לתמוה ועי' לקמן: והכנה"ג בכללי הפוס' אות נ"ח כ' משם הרדב"ז ז"ל וז"ל כשהפוס' כותבים ב' או ג' טעמים בדין א' יש מי שסומך על טעם א' לבדו לעשות מעשה ואני לא סמכתי על טעם האחד לבדו דשמא בעל התשובה לא כ' אותו לעיקר אלא לסניף בעלמא ע"כ. ועי' מהרשד"ם ז"ל ח"ד סי' קע"ו בנדון כנדון מהר"ש ז"ל אלא שבנדון מהרשד"ם ז"ל היו גרוסס ולא לבנים.

וכ' דהגם דבעלמא אינו חייב ליתן גרוסס ממש אלא שוה גרוסס שאני התם משום דאיכא צד רבית. אבל בנד"ד אין כאן צד רבית אחר שאין כאן אלא מקח וממכר והיה בידו של שמעון שלא לחזור למוכרה לראובן צריך ליתן לו גרוסס ממש משום דיד בעל השטר על התחתונה ויש בלשון השטר ב' משמעויות דראובן אומר דגרוסס שישו כ"ב מעות שהיו שוים בשעת המקח משמע.

ושמעון משיב משו"ה פרשתי לך גרוסס משקלם ומנינם ע"ש: ואי ס"ל לה' מהרשד"ם ז"ל דדמי יוקר המטבעות ליוקר הקרקע לא היה צריך להט' דיד בעל השטר על התחתונה והביא דברי מהרשד"ם הנז' הכנה"ג ח"מ סי' ע"ד הגה"ט אות ב' וכ' עליו ומהר"א ששון ז"ל סי' קנ"ג כ' דאפ"י כתוב בשטר לבנים וכו'.

ומשמעות לשונו דפליגי מהרשד"ם ומהרא"ש ז"ל בלבנים שכן כ' הכנה"ג בכללי הפוס' אות ע"ד וז"ל מדברי ה' הב"י ז"ל בספרו הקצר במקומות רבים יש ללמוד דאף בפוס' כשאומר ר' פ' אומר הוא לחלוק וכשאומר אומר ר' פ' לא בא לחלוק אלא לפרש או להוסיף. וכ"כ הרא"ש ז"ל בתשו' השייכות לא"ה סי' ל"ח ע"כ.

ועי' יד מלאכי כללי שאר הפוס' אות כ"ה. ועי' מהרשד"ם חי"ד סי' רכ"ד.

ודוחק לומר דהא דהוצרך מהרשד"ם להאי טעמא משום דס"ל דל"ד נדון דידיה לשומא הדרא. דאדרבא נדון דידיה עדיף שהרי כ' שבידו של שמעון שלא למוכרה לראובן א"כ מה שחזר ומכרה לו אינה מצד הטוב והישר אף שאינו מצוה כמו שומא הדרא.

אלא דאכתי יש לדחות. דדילמא הא דהוצרך מהרשד"ם להאי טעמא משום דבנדון דידיה לא שייכי הנהו תרי טעמי שכ' הרא"ש ז"ל וכמ"ש מהרא"ש בנדון דידיה.

והגם שמהרא"ש כ' דהנהו אצטריכו להיכא דנקט טפי דהיינו דנתייקרו הקרקעות. אבל כשאינו לוקח רק שיעור הלוואתו לא צריכנן להנהו טעמי.

דילמא מהרשד"ם לא שמיע ליה ולא ס"ל האי תירוץ. ובפרט לדידיה דס"ל דבעלמא אינו חייב רק שוה גרוס.

(עי' מה שרמזנו לעיל מהתם להכא): גם אם נניח הבנת דברי ה' מהרא"ש ז"ל כפשטן וכמ"ש חו"ר מקנאס ישצ"ו אפ"ה פטור הלוה. שהרי בטעם החולקים על הרא"ש ז"ל מידי פלוגתא לא נפקא שהרי כ' הטו"ר סי' ק"ג ס' כ' וז"ל ואם השביח הקרקע מאלו כגון דאייקור ושוה כפלים כיון דשומא חוזרת לעולם הרי המעות אצל הלוה עדיין במלוה ואם יטול המלוה אותו שבח דממילא הו"ל כנוטל שכר המתנת המעות והו"ל כרבית.

וכ"כ הה"מ ז"ל פכ"ב מהל' מלוה ולוה הלכה י"ז והביאו הרב"י שם. ובבד"ה כ' וז"ל ובהקרה אין טעמו נכון בעיני דאי מטעם דמיחזי כנוטל שכר מעותיו האיך אוכל פי'.

אע"כ מכר גמור הוא וליכא משום חשש מיחזי כנוטל שכר מעותיו כלל. אלא אי איתיה להאי דינא מטעמא אחרינא הוא דכיון דמשום ועשית הישר והטוב הוא די שיתן לו כדי חובו ולא שיצטרך לפדותה יותר מכדי חובו דאין זה טוב לו עכ"ל.

וכ"כ בכ"מ בהל' הנז'. וכ"כ הב"ח בסי' הנז'.

וא"כ הגם שמהרא"ש ז"ל כתב דגם החולקים יודו וממילא משמע דגם בשטר הורדה יודו. לא כ"כ אלא לטעמיה דס"ל בטעם החולקים כהטור והה"מ וכמ"ש ה' בעצמו להדיא.

אבל לשיטת הבד"ה והב"ח נראה פשוט דלא ישלם כ"א מתקאלים לערך שיווי הצו'רו בימים ההם ובזמן הזה זמן הפי' דזיל בתר טעמא דטעמא מאי אמור רבנן דאם השביח מאלו כגון שנתייקר אינו נותן לו אלא דמי חובו בלבד ולא דמי היוקר. משום דהמלוה מצווה ועומד להחזיר לו קרקעו לעת גאולתו משום ועשית הישר והטוב ואם יעכב מלהחזיר עד שיתן לו דמי היוקר אין זה ישר וטוב.

ה"נ בנ"ד אם מאן ימאן מלהחזיר עד שיפרע לערך שיווי הצ'ורו כמאז ומקדם בזמן ההורדה אין זה טוב. וליכא למימר דשאני התם דאינו מפסיד מן הקרן ולכך די שיתן לו כדי חובו ולא שיצטרך לפדותו ביותר דאין זה טוב.

אבל בנ"ד דמפסיד מן הקרן נימא הלא טוב דלא יחזיר עד שלא יפסיד מן הקרן דאינו מצווה להרע לעצמו ולהטיב לזולתו. דזה ההפסד לא נמשך מעשיית הישר והטוב.

רק מאותו זמן שנתן לו מעות וכתב בשטר מתקאלים באותה שעה אירע ההפסד ונתרוקנה זכותו לפום מנהגא אלא שע"י ההורדה מבקש למצוא זכות שלא היתה לו מקדמת דנא הא ודאי דאין זה טוב וישר שיעכב מלהחזיר עד שתהיה לו זכות שלא היתה לו שכבר אבדה משעה שזקפן עליו בשטר בלשון מתקאלים אטו בשביל שבהורדה מצווה לעשות טוב יבקש לזכות במה שלא היה יכול לזכות כשלא היה מצווה אלא ודאי לא.

ודמי להשביח הקרקע מאליו. וצד כ"ש הוא.

דאחר דס"ל דהוי מכר גמור מדאקכיל פ"א א"כ מה שנתייקר שלו נתייקר ואפ"ה לא גבי ליה מהטוב והישר. וכ"ש יוקר המטבעות שהם של הלוח: נמצא דדין זה תלוי בפלוגתא דאשלי רברבי.

לדעת הטור והה"מ בדעת החולקים יודו בהורדה כמ"ש מהרא"ש אבל לטעמייהו דהבד"ה והב"ח. החולקים שם גם בהורדה יחלוקו.

ואנן קי"ל בהאי דינא כדעת החולקים כמ"ש מר"ן בש"ע סי' ק"ג ס"ט. והגם דקבלת אבותינו ורבותינו זיע"א לא היתה אלא כשגילה דעתו בב"י או הש"ע.

אבל לא על הבד"ה והכ"מ. מ"מ מצי המוחזק לומר קי"ל ומצינו להסמ"ע סי' הנז' סקט"ו שכ' דס"ל למר"ן בב"י ובש"ע דהלוח שהיה הקרקע שלו ובידו לסלק להמלוה מיקרי מוחזק בקרקע.

והמלוה נקרא מוציא ותובע. והלוח הנתבע יעו"ש.

ואחר שכן היא דעת מר"ן בב"י ובש"ע שהלוח נקרא מוחזק יכול לומר קי"ל כטעמייהו דהב"ה והב"ח ולא ישלם אלא לערך שיור הצ'ורו בזמן הפירעון כמש"ל דלא כמהרא"ש ז"ל. ותול"מ וצווי"מ וימ"ן כ"ר: הצעיר שלמה אבן דנאן סיט"א סימן ל"ח.

שאלה ראובן קנה שני שלישים בגן אחד מאת שמעון ונשאר בידו שלישי. ובשטר המכירה כתוב לאמר שהתנו זה על זה.

שאין אחד רשאי לכוף את חברו לירד עמו לדינא דגוא"א. והן היום רצה ראובן שיחלקו את הגן ההוא בימים זה מיטפל בו ואוכל פירותיו שתי שנים וזה שנה אחת ע"פ הגורל מי הוא המתחיל.

יען שהגן הוא דבר שצריך לטירחא יתירה ועבודה רבה והוצאות וכיוצא. וקדירה דבי תרי וכו'.

ועוד יהיה ביניהם הפרישים בענין האריסים זה רוצה בזה וזה באחר. דמהני טעמי נראה
דהו"ל אינם יכולים להשתמש כאחד ע"ז יורה המורה לצדקה הדין עם מי.

ויבוא שכמ"ה. נאום החו"פ דבדו יע"א בחו' חשון שנת תרמ"ז לפרק וקיים: ע"ה אברהם
ן' סוסאן שליט"א תשובה הא ודאי דשדה.

יכולים להשתמש בו כאחד ואין בו חלוקת זמנים ועדיף הוא ממרחץ דאין בו חלוקת זמן
כיון שראוי להשתמש בו ביחד כדקי"ל סי' קע"א ס"ח. שכן מצינו להרא"ש ספ"ק
דבתרא והבי"ד רבי' הטור סי' הנז' סל"ד שכ' משם מהר"י הלוי וז"ל וכ"כ דדינא דגוא"א
אינו בשדה.

וזו היא סברתו דדוקא בדבר שמשמשין בו ביחד בשות' כמו בית דירה ומרחץ וטלית
ושוכך ואין נח לאחד להשתמש עם חבירו בשות' שייך ביה דינא דגוא"א אבל בשדה
אפשר לעובדה בשות' או למסרה לאריס ואין דבריו נראין לו בזה ע"כ. וכ' הפרישה
וז"ל כמו בית דירה ומרחץ וכו' והוא דכ' רבינו לעיל בסח' ו"י דמרחץ הוא דבר שיכולין
להשתמש בו ביחד היינו כשאין שום א' מהן ר"ל גוא"א דבזה אומר דא"ץ לחלק לזמנים
אלא רוחצים בו ביחד דלית ביה משום דחד מפסיד לחיותא דחבריה וכמ"ש שם ע"ש
ע"כ.

הילך להדייא דאע"ג דבמרחץ לית ביה חלוקת זמנים כיון שראוי להשתמש ביחד אפ"ה
לגבי דינא דגוא"א חשיב ליה מהר"י הלוי ז"ל אין נח להשתמש יחד ואלו בשדה ס"ל
דהוי נח להשתמש ביחד שאפשר לעבדה בשות' או למסרה לאריס. ולכך ס"ל דלית ביה
דינא דגוא"א.

משום דס"ל דבכה"ג לא תקון רבנן גוא"א וא"כ כ"ש דלית ביה חלוקת זמנים שהרי
שדה נח להשתמש יחד טפי ממרחץ ולכך ס"ל דשדה לית ביה דינא דגוא"א ובמרחץ
איתה. וא"כ אם במרחץ לית חלוקת זמנים כ"ש בשדה.

ואע"ג דהרא"ש פליג עליה. היינו משום דס"ל דבכל גוונא אית דינא דגוא"א.

וא"כ ילפינן מיהא דשדה הוי נח להשתמש יחד טפי ממרחץ. דהא ודאי דבמציאות לא
פליגי.

ותל"מ.

וצוי"מ וימ"ן וקיים: איש צעיר שלמה אבן דנאן ישצ"ו סימן ט"ל. הע"ע בקשמ בדל"ב
ובש"ח בש"ת הגו"ן סי' יצחק מתתיה י"ץ ברכ"ה שמואל נ"ע וכו' מאיר אחיו י"ץ
והאשה אסטירלייא אל' המו"ן כר' מסעוד מתתיה אחיהם נ"ע ובהקוש"ח הנז' הוה"ג
כולם כאחד בר"ן ובהש"ד בלי זכר שום אונס וכפייה כלל שקבל כל א' מהם חלקו
המגיעו כפה"ד בירושת כהר"ש מורישים הנז' בכל שט"ח וש"ע כסף וש"ך שהניח להם
הר"ש אביהם נ"ע במצב פטירתו עספ"א ולא נשאר עתה ביניהם לאמצע זולת ש"ע א'
נגד כר' משה לכראט י"ץ ברכ"ה יצחק נ"ע וכ"י דהיינו ריסיבו על החצר שדר בה כעת
לקונסו לינגליז סי' פיפי.

וג"כ הקרקעות והחזקות שיש להם במחז"ק מתא לאראג'י יע"א והחזקות והקרקעות שיש"ל ג"כ במתא אלקצאר וטאנג'אר יע"א אלו דוקא נשאר בניהם לאמצע וזולת זה הכ"ל חלקו אותו וכ"א מהם נטל חלקו המגיעו כפה"ד כספ"א שכך הודו לפנינו בהו"ג בהקוש"ח הנז' ומעתה לא נשאר להם זע"ז שום תבי' וטו"א ודו"ד מפאת עזבון הר"ש מורישם הנז' הן תבי' ממון כסף ושו"כ הן עסק שבו' קו"ח וגש"ל ולע"ע ולד"ד וחר"ס והדר"ה וקונסי וכו' ובהקוש"ח הנז' הוה"ג וחי"ע שאפי' יתברר בירור גמור בראיה ועדים מהיום הזה והלאה ע"ס כל הדורות או ע"פ ד"ת שת"ת שיש לאיזה א' מהם נגד חבירו כסף ושו"כ מפאת עזבון הר"ש אביהם אפ"ה ידעו ומחלו זל"ז וזל"ז מחי"ג מח"ש ומחה"ב מחי' בלב שלם וכו' גם האשה אסטיריליית אל' כר' מסעוד אחיהם הנז' קע"ע אחריות בנותיה הקטנים שאם ערערו על חלוקה זו או חזרו בהם באיזה טענה אפי' שתועי' בדין שחייבת לרצותם ברצי' כסף מכיסה וממונה באוד"ך וכו': הן היום האיר וזרח אל עבר פנינו.

גברא רבה דאתי ממערבא. ממשפחת ר'ם משפחה המיוחסת.

יצא שמה בעיר מקודשת. כמוהר"ר יוסף שמואל אבולעפייא נר"ו.

ויהי מדי עברו מתא לאראג'י יע"א שאול נשאל ותורה יבקשו מפיהו כדת מה לעשות במשפט הבנות אשר הניח כהר"ע הנז' אשר הגיעו לפ' נערה וערערו על החלוקה הנז' ותובעים מהרי"ץ דודם שיתן להם חלקם המגיע להם בירושת כהר"ש הנז' כי הוא אסף וקבץ כל נכסי כהר"ש הנז' אחרי מות אביהם.

ועוד בה שישבע הרי"ץ הנז' שב"ב אחרי שכל הנכסים נכנסו תחת כנפיו והוא המוציא והוא המביא. ויען שידידות נפשנו הרב הנז' עושה שליחותו שליחות מצוה כידוע לא אסתייעה ליה מילתא לעמוד ע"פ נגמר הדין לכן חילה פנינו לחוות דעתינו.

ובאשר דבר מלך שלטון מצותו עלינו חובה. אקומה נא ואסובבה ואלקטה באומר'ים אמרי נועם ראשונים כמלאכים היכי לדיינו דייני להאי דינא כפי ערך השג יד בקצירת האומר שהזמן גרמא.

טרדין עלי אדמה. וזה החלי.

וה' אלד'ים יעזור לי: הלא מראש נדעה נרדפה לדעת אם יש להאש'ה דין אפוט' אתר שבנותיה סמוכות אצלה. א"ל והנה מר"ן בש"ע סי' ר"ץ סכ"ד כ' וז"ל יתומים קטנים שסמכו אצל בע"ה הם מעצמם ונשתדל בשלהם יש לו דין אפוט' לכל דבר ואפי' סמכו אצל אשה.

ע"כ.

והכנה"ג בהגה"ט אות קנ"ה כ' וז"ל נ"ב אפי' היא אמו. הריב"ש ז"ל סי' תצ"ה.

מהר"ם מטרנאני ז"ל. ח"א סי' קכ"ב.

הרשד"ם ז"ל הא"ה סי' קפ"ו. מהר"י אדרבי ז"ל סי' קפ"ו ושט"ו.

מהרש"ך ז"ל ח"ב סי' נ"א. הרשב"א ז"ל ח"ב סי' מ"ט מתבאר מדבריו שם שאפי' ניזונית בתנאי מדין אלמנה דינה כבע"ה.
ע"ך.

וכ"כ בתשו' סי' ר"ז. עוד כ' הכנה"ג שם אות ק"ן וז"ל הבת שהדין הוא שתשב אצל האם הוי כיתומים שסמכו אצל בע"ה.

הרשד"ם חא"ה סי' קפ"ו ע"כ. וכ"כ ה' פ"מ ח"א סי' ס"ט וז"ל דלא מבעיא אם היתומים נסמכו בבית אחר אלא אף אם נסמכו אצל אמם דהא משמע לפום ריהטא דהא לא מיקרי יתומים שסמכו וכו' כיון דקודם לכן ג"כ היו אצלה מ"מ הרואה תשו' הריב"ש בס"י תצ"ה יראה דאף בסמוך אצל אמו כעין נ"ד דיתומים שסמכו אצל בע"ה הו"ו ע"כ.

וכ"כ ה' מוהר"ם אלשיך בתשו' סי' ק"ל דמה לי אמן מה לי אחר וכו' וכיון דאצל אשה הוייא כאפוט' כ"ש אצל אמן דבמקום אב קיימה ע"כ: מעתה בנ"ד שהבנות סמוכות הם אצלה יש לה דין אפוט': והגם דמהרשד"ם חח"מ סי' מ"ו כ' וז"ל נראה מלשון רש"י בפ"י המשנה דאין בטענה זו דסמיכה ממש שכ' וז"ל שסמכו אצל בע"ה.

לעשות על פיו. וכ' הטור וז"ל יתומים שסמכו אצל בע"ה פ"י הן מעצמם נתחברו אלו ונשתדל בשלהם אז הוא דאמרינן דיש לו דין אפוט' ע"כ.

והכנה"ג בתשו' סי' ר"ז כתב וז"ל ואע"פ שכ' מהרשד"ם דמדברי רש"י משמע דבסמיכה לבדה אין לו דין אפוט' אלא צריך שישתדל בנכסיהם וכן מצאתי בתשו' כ"י למהר"ש יפה ז"ל וז"ל דוקא שסמכו עליו לכל עסקיהם וצרכיהם אבל אם בדבר א' סמכו אצלו אין לו דין יתומים שסמכו אצל בע"ה.

מלשון השאלה מוכח דהאם היתה משתדלת בנכסי בתה ע"כ: אתה הראת לדעת דסברי מרנן דבעי' סמכו לכל עסקיהם וצרכיהם. ולפ"ז צריך ידיעה בתחילה אם הבנות סמכו אצל אמם לכל עסקיהם וצרכיהם או לא היו סמוכות אצלה לגבי הנכסים כ"א בדירה ומזונות וכיוצא באופן שלא סמכו אצלה לכל ענין.

ועוד בה חיקור דין אם בשעת חלוקה שחלקו הנכסים הנז' כבר נשתדלה בנכסיהם שהיו להם אז א"ל שהרי מדברי הטוש"ע ז"ל שכתבו ונשתדל בשלהם משמע דאין לו דין יתומים שסמכו כ"א דוקא בשכבר נשתדל לא כן אם עדיין לא נשתדל הגם שסמכו עליו בכל עניניהם וצרכיהם אין לו דין יתומים שסמכו ומבואר הדבר יותר בדברי הרב ע"ש וז"ל יתומים שסמכו וכו' ואפי' אצל אשה כיון שנתעסקה וטרחה עמהם הרי היא כאפוט' שלהם ע"כ: אכן מצינו להכנה"ג בתשו' הנז' כ' וז"ל ועוד אני אומר דלא הצריך הרשד"ם ז"ל שישתדל בנכסי היתום אלא ביתום אצל אחר ואפי' אם יהיה קרוב ליתום.

אבל בבת אצל אמה שמפני שהדין נותן שהבת אצל האם יש לה דין יתומים שסמכו אין צורך שתשתדל בנכסי היתום ע"כ. ובכנה"ג אות קנ"ג כ' וז"ל ממ"ש רבי' בעה"ט ונשתדל בשלהם משמע שנסמכו אליו בנכסיהן אבל סמיכה לבד שמשתדל בהם אין לו דין אפוט'.

וכן נראה מדברי רש"י ז"ל. הרשד"ם ז"ל חח"מ סי' מ"ו.

וכתבתי בתשו' דבבת אצל האם דהוי אפוט' כמ"ש הרשד"ם חא"ה סי' קפ"ו אין צורך שתשתדל בנכסי היתום. וכן מצאתי בס' פ"מ סי' ס"ט ע"כ: ומ"ש הכנה"ג וכן מצאתי בס' פ"מ אינו מדוקדק וז"ל ה' פ"מ הצריך נלע"ד דע"כ לא אמרה הרשד"ם אלא כשנסמך היתום אצל אחר אז הטיל תנאי דצריך שיסמוך עצמו ונכסיו שם אצל בע"ה לעשות על פיו.

אבל כשהיתום הוא סמוך אצל אמו ואין שם אפוט' אחר מסתמא לעשות כל מה שאמו חפצה נסמך שם ומסתמא כל אשר לו בבית אמו הוא וא"כ הוי ממש יתומים שסמכו אצל בע"ה אפי' לדברי הרשד"ם ע"כ: והנה להכנה"ג ע"כ לא אמרינן דאין צורך שתשתדל אלא בבת אצל אמה משום דהוי אפוט' כמ"ש הרשד"ם חא"ה סי' קפ"ו ולא בבן אצל אמו.

אבל ה' פ"מ מיירי בנ"ד בבן ובת כיעו"ש ואפ"ה ס"ל דאין צורך שתשתדל דהגם שלא נסמך עליה לעשות על פיה מ"מ מסתמא הוא נסמך אצלה לעשות כל מה שתרצה דבר שהיא חפצה בו ולא יקפיד. ועי' להריב"ש סי' קמ"א שמבואר להדייא דלא כה' פ"מ וז"ל"ה שאלת האם שמכרה בנכסי בנה והוא לא צוה עליה שום ציווי האם מכרה קיים א"ל.

תשובה לא בארת הבן אם הוא גדול או קטן ובן כמה שנים הוא וכו' וכן אם היה הבן סמוך על אמו ודר עמה והיא מפקחת בנכסי בנה וכו'. עוד כתב אבל אם הבן לא היה גדול בשעת מכירת האם אם הוא סמוך על אמו והיא מפקחת בנכסיו ברצונו הרי הוא כמו אפוט' על נכסיו דיתומים שסמכו וכו'.

הרי דגם בבן אצל אמו הצריך ג"כ שתהא מפקחת בנכסיו. איך שיהיה הרי חילוקו של הכנה"ג לגבי הבת כעת לא נמצא חולק עליו.

ואם כן בנדון דידן שלא יש כ"א הבנות כמשפט הבנות יעשה לה. ואין אנו צריכים לחקור אם סמכו עליה בנכסים אם לאו: אלא דאכתי בעי חיקור דין אם בשעת החלוקא היו הבנות בני ט' א"ל.

דהנה מצינו פלוגתא בזה שהרי כ' הטור ז"ל וז"ל וכו' הרמ"ה ז"ל הא דיש לו דין אפוט' דוקא שהקטן בן ט' אבל פחות מבן ט' לא ואפי' בבן ט' אין רשות לבע"ה למכור אלא מטלטלי כי היכי דקטן גופה מצי לזבוני אבל מקרקעי לא. וא"א הרא"ש ז"ל כ' דאין חילוק אלא הרי הוא כאפוט' ממש ואפי' בקטן ממש.

והרב"י כ' דמ"ש הטור ואפי' בקטן ממש אינו מבואר מבדברי הרא"ש ע"כ. וכן מצאתי להרשב"ש סי' תצ"ז שכ' וז"ל ואודיעכם שאם היתומים הם מבני ט' ומעלה וכו' וזו היא ששנינו בפ' הנזיקין יתומים שסמכו אצל בע"ה וכ"כ הרמ"ה ז"ל והרא"ש הביא דבריו ולא חלק עליהם ואע"פ שבנו הר' יעקב ז"ל כ' כי הרא"ש ז"ל חלק עליו ואמר שאפי' פחות מבן ט' וכו' לא נראה כן מלשונו ז"ל בפסקים ולא חלק על הרב ז"ל אלא במכירת קרקעות בלבד וז"ל בפסקיו כ' הרמ"ה ז"ל וכו' והדבר ברור מזה הלשון שלא חלק אלא על הלשון האחרון בלבד לא על הראשון.

ע"כ: וראה זאת מצאנו תשו' אחרת להרשב"ש ז"ל סי' שע"ג שכ' וז"ל ויתומים
סומכים אצל בע"ה דינו כאפו' כדאיתא בפ' הנזיקין ואפי' הם פחותים מבני ט' שנים
סמיכתן סמיכה שהרמ"א ז"ל כתב בני ט' שנים והרא"ש ז"ל לחץ ודחה דבריו ע"כ. עין
רואה דשתי תשובות הללו של הרשב"ש ז"ל דפלגן בהדיהו וצ"ע.

ועי' מוהרימ"ט ז"ל חח"מ סי' ל"ז שחיזק וקיים דברי הטור ותלה ליה כפי יעו"ש ועי'
ה' מש"ל בסוף הל' נחלות וז"ל עוד כ' ה' מוהרימ"ט וז"ל מצורף לזה שיתו' שסמכו
צריך שיהיו בני ט' כמ"ש הטו"ר בשם הרמ"א וכל הפוס' אין מי שיחלוק ע"ז זולת
הרא"ש שכ' הטור כן משמו ע"כ. והרשב"א חולק על ס' הרמ"א כן מתבאר ממ"ש בח"ב
סי' מ"ט וכן מתבאר ממ"ש בסימן קכ"ט הביאה מר"ן בסי' ר"ן.

מחו' יו"ד וכן מתבאר מתשו' הרמב"ן סי' פ"ז ודו"ק עכ"ל. והנה מ"ש הרב שמתבאר
מתשו' הרשב"א סי' מ"ט שחולק בפחות מבן ט' על הרמ"ה לא נזכר דבר זה בתשו' הנז'
להדייא כלל.

ונראה דלמדה המש"ל ז"ל ממ"ש הרשב"א ז"ל שם וז"ל ונראה דה"ה לאם ע"כ. ומצורף
לזה מ"ש מוהרימ"ט בסוף התשו' ועוד דלדברי הרמ"א דבעי שיהיו בני השכלה הרי
דבעי נמי שיסמכו הם מרצונם אבל אם מעצמם נשארו בבית אביהם אין לאלמ' דין
יתומים שסמכו אצל בע"ה שהרי לא עשו שום מעשה מוכיח דמה שהיו ניזונים והולכים
בבית אביהם מה זו סמיכה והנה הרא"ש בתשו' כ' באלמנה שמכרה מהנכסים וכו' ואמר
כיון שהיתומים סמוכים אצלה הוייא כאלו נתמנית אפוט' כדאמרינן בהיא סבתא.

אלמא משמע דלא ס"ל שצריך שהם בבחירתם ודעתם יסמכו אצלה ולכך לא חקר
הרא"ש אם היתומים קטנים פחותים מט' א"ל דבכל ענין מעשיה קיימים עכ"ל. וה'
מש"ל קאי על דברי מוהרימ"ט ולהכי דייק הכי אי ס"ל להרשב"א כהרמ"ה מה זו סמיכה
להבנים אצל אמם והא בעינן מדעתם ומרצונם וליכא שום מעשה מוכיח שעשו מדעתם
ומרצונם.

אלא ודאי דס"ל כהרא"ש ואין אנו צריכים לדעתם ורצונם: אלא דגמ בזה אין צורך
לחקור. דהרי המוחזק יכול לומר קי"ל.

ועי' בכנה"ג ובתשו' סי' קנ"ה וד"ז דיכול המוחזק לומר קי"ל לענין זה. ובפתחי תשובה
כ' דמסתמיות לשון הש"ע שכתב יתומים קטנים שסמכו וכו' משמע כדעת הרא"ש.

וא"כ הוא הרי פסק מור"ם בסי' ר"ץ ס"ט וז"ל אבל אפוט' עושה בלא ב"ד כל מה
שנראה בעיניו טובת היתומים. וכ' מוהריק"ש בהגהותיו סי' הנז' וז"ל ואפוט' יכולים
להתפשר כפי מה שיראה בעיניהם עם הנפקדים ובע"ח בין כפי הפשרה שנתפשרו עמהם
שאר האחים או ביותר ואין צריכים לב"ד ע"כ: גם בנ"ד אחר שהאם שהיא כאפוט'
נראה בעיניה שהחלוקה היא תועלת ליתום יכולה לחלוק בלא ב"ד: אלא דאכתי יש
לפקפק מההיא שכ' הריטב"א בס' פ' הניזקין וז"ל ואומר רבינו נר"ו דאינו אפוט' אלא
במה שהוא מוחזק בידו.

אבל להוסיף עליו ולתת בידו מנכסי היתום לא וגם אין להם להוציא מיד אחרים ע"כ. והביא דבריו מוהרי"ש בנבנשתי ז"ל בתשו' הובאה בתשובות מוהרי"מ ט"ז ל"ח ח"מ סי' ל"ז והוזכרה שם ס' הריטב"א בלי שום חולק.

והכנה"ג אות קנ"ד כ' וז"ל מדקאמר רבינו בעה"ט ז"ל יש לו כל דין אפוט' גמור לקנות לכל דבר. נראה דס"ל שהוא כאפוט' גמור לתת בידו נכסי יתומים וגם להוציא מיד אחרים שלא כדברי הרשב"א ז"ל שכ' בפ' הניזקין דאינו אפוט' אלא במה שהוא מחזיק בידו אבל להוסיף עליו ולתת לו מנכסי יתו' וגם להוציא מיד אחרים לא.

וכן מצאתי בשם הריטב"א ז"ל. אבל בתשו' לאח"י ורא"ש להחכם השלם כמהר"י בנבנשתי נר"ו הובאה בתשו' מורי הרב חז"מ סי' ל"ז נראה ברור שס' הריטב"א היא מוסכמת מהכל וכן נראה מדברי מורי הרב שם אלא שכ' שאם נתנו לו אין לחייבו למי שנתן בידו.

והרשד"ם ז"ל בחז"מ סי' מ"ו כ' שיכול להוציאם ממי שהם בידו עכ"ל. ועי' להמש"ל בסוף הל' נחלות שכ' וז"ל כ' מהרי"מ ט"ז ח"מ סי' ל"ז בשם הריטב"א שכ' בשם רבו דיתו' שסמכו אצל בע"ה אינו אפוט' אלא במה שהוא מחזיק בידו אבל להוסיף עליו ולתת בידו מנכסי היתו' לא וגם אין להם להוציא מיד אחרים ע"כ.

וסברא זו הוזכרה שם מבלי שום חולק ועי' בהרשב"א ח"ב סי' מ"ט שחולק בזה ודו"ק. עי' ה' פ"מ ח"א סי' ס"ט שכ' בפשיטות דיש לו דין אפוט' אף להוציא מיד אחרים ע"כ והילך תשו' הרשב"א ח"ב סי' מ"ט שאלת ביתומים שסמכו אצל בע"ה אם דינו כאפוט' לכל דבר ואם יכול לפקח על נכסיו אע"פ שאינן בידו כגון להוציאם מיד אחרים לויים או נפקדים ולמכור קרקעותיהם אם צריכים למזונת ושאר דיני אפוט' שלא נטל רשות מב"ד וכו'.

תשובה בע"ה שסמכו אצלו יתומים הרי הוא כאפוט' שמינהו אבי יתומים וכו' ויכול למכור ולפקח על נכסיהם ע"ש. מבואר להדיא שדעתו דלא כהריטב"א.

ומן התימה על הכנה"ג שזכר תשו' זו באות שאחר זה לענין אחר ולא הזכירה פה לומר שהרשב"א חולק על הריטב"א ולתמוה על מוהרי"מ ט"ז והרב אחיו שראה מדבריהם שס' הריטב"א מוסכמת ואדרבא כ' שהרשב"א בפ' הניזקין כ' כדברי הריטב"א. ואני בקשתיו ולא מצאתיו.

ואולי ט"ס נפל בדברי הכנה"ג. וא"כ אחר שזכינו לס' הרשב"א ואתו עמו הרשד"ם וה' פ"מ א"כ הא ודאי דיש לדקדק בדברי הטור כמ"ש הכנה"ג והוא דקדוק אמיתי.

וגם מדברי מר"ן שכ' יש לו דין אפוט' לכל דבר יש לדקדק כן. ואפי' תימא דאין לדקדק כן ולא מיכרעא מילתא בדעת מרן הרי הדבר שנוי בפלוגתא ויכול המוחזק לומר קי"ל כהרשב"א וסיעתו: אלא דכל זה לא יגהה מזור לנ"ד שהרי כ' הר"ן בתשו' סי' ח' וז"ל שאלת ראובן שמת והניח בנים גדולים וקטנים ומינה אפוט' על הקטנים והקרובים והקטנים רוצים לשדך א' מן הנערים הקטנים עם בת זוגו ואותם שהם מתחתנים רוצים שיהיה חלקו של אותו קטן מיוחד מעכשיו אם האפוט' רשאי ליחד לו חלקו ולחלוק בנכסי אביו בלא ב"ד א"ל.

תשובה לא מצינו לאפוט' יהא רשאי לחלוק בנכסי קטנים אלא ברשות ב"ד וכו' עד אלא ודאי ב"ד הוא שחולקים הנכסים אלא שמעמידין אפוט' לקטנים להפך בזכותם יעו"ש. ומבואר שם להדייא בין מינוהו ב"ד בין מינהו אבי יתו' בין סמכו אצל בע"ה הדין כן.

וזכר תשו' זו הרב"י בסי' רפ"ט ופסקה מורם סי' הנז' וז"ל אבל אפוט' אפי' מינהו אבי יתומים אינו יכול לחלוק בלא ב"ד אלא א"כ נתמנה בפי' לכך ע"כ. ועי' בטוש"ע שם: וא"כ בנ"ד שהמעשה הוא במתא לאראגי' וב"ד שלהם הם ב"ד הגדול שבמתא טיטוואן יע"א ולא נזכר בשטר החלוקה שהיתה במעמד ב"ד או לפחות ברשות ב"ד הנז' הי"ו א"כ החלוקה הנז' בטילה ולא עשו ולא כלום.

ומסתברא דאין לחלק בין קרקע לטלטל דאין לומר דדוקא בקרקע אין יכולין לחלוק בלא ב"ד. אבל במטלטלי יכול האפוט' לחלוק בלא ב"ד.

דהא חלוקה לא הוי כמכר וכמ"ש הרב"י בסי' רי"ו ופסקה מור"ם וז"ל וכל שהגיעו הקטנים ל"ג שנה יכולים לחלוק בעצמם דחלוקה לא הוי כמכר ע"כ. וא"כ הוא מה לי קרקע מה לי טלטל.

ועוד הי"ל להר"ן לפרש ולא לסתום. אלא ודאי לענין זה אין חילוק בין קרקע לטלטל. ועי' בפרמ"א ח"ב סי' י"א וס"ח: נמצינו למדים דהגם דהאפוט' יכול לעשות בלא ב"ד לתועלת היתומים וכמ"ש מור"ם ומוהריק"ש ז"ל. מ"מ החלוקה אין האפוט' יכול לעשותה בלא ב"ד: ולענין שבועת ב"ב שרצו היתו' להשביע להרי"ף דודם שהיה מכניס ומוציא בנכסים אחרי מות אביהם הא ודאי מאחר שכל הנכנסות והיוצאות היו ע"י צריך לישבע שב"ב וכמ"ש הטור סי' ס"ג וז"ל ובן הבית פי' א' מן האחין שמתע' בבית אחרי מות אביהם ע"כ.

וכ' הב"י על דברי הטור כך פי' רש"י ובגמרא שם תנא ב"ב שאמרו לא שנכנס ויצא ברגלו כלומר ואינו נושא ונותן בנכסי בע"ה אלא מכניס לו פועלים ומוציא לו פועלים מכניס פי' ומוציא פירות ע"כ. והרמב"ם כ' איזהו בן הבית שיש לו להשבע בטענת ספק זה שמכניס פועלים ומוציא פועלים מכניס לו פירות ומוציא פי' אבל בן הבית שאינו נושא ונותן אלא נכנס ברגלו ויוצא בלבד אינו יכול להשביעו מספק ע"כ.

ומר"ן הש"ע כ' ובין הבית שהוא נושא ונותן בענייני בע"ה ע"כ. והא דלא נקטי הרמב"ם ומר"ן ז"ל א' מן האחיים כמ"ש רש"י והטור הט' כמ"ש הרב"י וז"ל וכתבו התוס' פסק ר"ת דבמלוה למחצית שכר אינו יכול להשביעו דכיון שלוקח שכר עמלו לא מורה התירה ואפשר דמשום הכי פי' רש"י א' מן האחין וכו' לפי שדרך א' מן האחין שמתע' בנכסי אביו שלא ליטול שכר הילכך מורה היתרה אבל איניש דעלמא אין דרך להתעס' שלא בשכר וכיון דמתע' בשכר לא מורה היתירה ואינו צריך לישבע.

אבל מדברי הרמב"ם שכ' בפ' ט' מהל' שלוחין ושותפין המשלח ביד חברו חפץ למוכרו נראה דל"ש בין נושא שכר לשאינו נושא לעולם נשבע וטעמא דאע"פ שנושא שכר מורה היתירה ואמר שלא נתנו לו כראוי לפי טרחו ע"כ. וההיא דהמשלח ביד חברו וכו' פסקה מר"ן ס"ד וא"כ הט' דלא נקטי א' מן האחין וכתבו בסתמא ב"ב שהוא נושא ונותן בענייני בע"ה דמשמעו אדם אחר שאין סתמו בחנם אלא בשכר להורות דאפי' בשכר

מורה היתירה: אלא דקשה על הרב"י דאי טעמו של רש"י הוא להורות דדוקא בחנם א"כ גם הטור שפ"י כרש"י ז"ל נימא דטעמא דידיה הכי הוא.

והלא הטור כ' בס' ח' המשלח ביד חבירו וכו' שהם דברי הרמב"ם ז"ל בסתמא לא חלק עליו אלמא ס"ל כהרמב"ם דאפי' בשכר מורה היתירה וקשיא דידיה אדידיה. שוב מצאתי בפרישה שהקשה כן על הרב"י ע"ש: ועיין מוהר"א ששון ז"ל סי' קי"ד בלוי שהיה קטן וכשגדל רצה להשביע לשמעון אחיו שהיה גדול שב"ב ושיתן לו חשבון ושמעון טוען שאביו הניח לו חובות ופרעם הוא משלו ואין אתו מאומה מנכסי אביו ושאין רצונו לתת חשבון כלל.

והשיב וז"ל שאין שום ממש בדברי שמפון כלל שהרי הוא ב"ב וכו' אלא שבקשתי כל חלקי הסותר להסביר דבריו ואומר שאפשר ששמעון יטעון שאינו נקרא ב"ב דהא אמרינן בגמ' תנא ב"ב שאמרו וכו' וא"כ יאמר שהוא לא הכניס ולא הוציא ואם זאת טענתו נראה ודאי שאינה טענה שמלשון השאלה נראה שהוא נתעס' בממון והכניס והוציא.

ולבסוף מסיק וז"ל באופן שודאי שמעון זה חייב לישיבע ללוי אחיו ועלה בדעתי עוד לומר דשמא שמעון זה אינו מונע עצמו מן השבועה הנז' רק מנתינת חשבון ששואל ממנו אחיו שאינו יודע הדברים על בוריין וכו' הרי גלוי וידוע לפני כל יודעי דת ודין שצריך לברר דבריו ע"כ: מעתה בנ"ד שהרי"ץ אסף וקבץ הנכסים והוציא שחייב לישיבע שב"ב אף אם שכר הוא בא בשכרו לדעת מר"ן ז"ל ואף לדעת החולקים כיון שהוא א' מן האחין הרי סתמו שהיה בחנם.

והגם שנאמר שאמם שהיא אפוט' מחלה להם בכל מין שבועה כמ"ש בש' החלוקה אפ"ה מחילתה אינה מועלת אחר שאינה יכולה לחלוק וכמ"ש"ל. ונוסף עוד שאינו מבואר בש' החלוקה הנז' שמחלה להם בשבועה לגבי היתום שהרי לא נזכר בשטר ענין היתום כלל כ"א לבסוף לגבי האחיות אם ערערו על החלוקה ותו לא.

באופן שהרי"ץ הנז' חייב לישיבע שב"ב. זהו הנלע"ד בזה ולאפס הפנאי והענין נחוץ קצרנו במקום שאמרו להאריך: שוב ראיתי שכ"כ להדייא ה' שער אשר חו"מ סי' כ"ג וז"ל וכשאני לעצמי אנא דאמרי דגם לפי שיטת' דדין אפוט' גמור היה לו לאחרי'.

עכ"ז אכתי אין מקום פטור להחר' אבא' מעיקר חיוב שבו' השותפין משום דהגם שהיה כאן מחילת השבועה מפורשת שמחל החר' להחר' אבא' פשיטא ודאי דלאו כל כמיניה לחוב ליתומים ולא הועילו מעשיו והרי הוא כמו אפוט' שנתן מתנה מממון היתו' דפסקו הרמב"ם והטור ומר"ן בש"ע בסס"י רל"ה שאין במתנתו כלום.

וכן המבי"ט בח"א סי' ר"ך כ' דגם מחי' האפוט' שמחל בממון היתו' לאו כלום הוא וא"כ הכ"ן לענין מחילת השבועה שאין בידו למחול כיון דגם השבועה באה לכלל ממון. עכ"ל: שו"ר להרשב"ש ז"ל סי' שכ"ח שאפי' הב"ד אין בידם למחול השבועה שנשאל על מה שהב"ד גם האפוט' נתפשרו עם האלמנה ולא השביעה.

והשיב וז"ל והדרך השנית מחמת שלא השביעה שלא היה להם להגבות לה דבר אלא שהבא לפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה וכו' והפשרה ההיא שעשו עמה

שתותר ב' דינרים ותטול בלא שבועה אינה כלום אלא שבזה אם יש נאמנות בכתו' עליו ועל יורשיו והשבועה שמשביעין אותה היום אינה אלא מחמת מנהג וותירה מה שויתרה לפוטרה מאותה שבועה יראה שמעשה הב"ד בזה קיים.

ע"כ.

וצווי"מ וימ"ן: זעירא דרבנן שלמה אבן דנאן סליט"א סימן מ'. בא לפנינו כה"ר יעקב נר"ו בכמה"ר שלמה ן' הרוס ז"ל מתושבי מק'נאס יע"א שהוא אמר שהאלברז שבמק'נאס יע"א שבו מוכרים טאבא וכו' יש להם בו הוא ואחיו חזקת ישוב שירשוה ממורישם ועכשיו באו זרים הנה הנם הלוקחים הקוטרדא של מק'נאס והשיג את גבולם ושכרו האלברז הנז' מאת העכו"ם בסך עשרים מתקאלם בכ"ח שלא ברצונם ושאל אותנו לאמר לו מה שהדין נותן כמה יטול בשכירות החזקה ושאלנוהו אם האלברז הנז' איננו שוה כ"א הסך הנז' או יותר מעט או שוה הרבה יותר מהמה וישב אותנו דבר שוה מאה מתקאלים והשבנוהו שאם יברר שהוא שוה הרבה יותר אזי יטול כל היתר למעלה מעשרים עד כדי שוויו כי השוכרים הנ"ל שהשיגו את גבולו שלוחי ידידיה נינהו והוי כאלו הוא בעצמו שכרו מן העכו"ם בסך הנז' שנמצא האלברז הנ"ל גו"ח הוא שלו ובאים השוכרים הנז' לשכור אם ירצה לשכור להם שצריך שיפסקו עמו לרצונו עד כדי שוויו ולא אמרו שיטול בעל החזקה רביע כ"א דוקא בשוכר מן העכו"ם בשוויו או פחות מעט כי כן סברי מרגנ רבותינו הראשונים נ"ן הביא דבריהם מוהר"ש אבן צור ז"ל כ"י וז"ל מי שיש לו חזקה בבית או בחצר והלך ישראל אחר ושכר הבית או החצר מן העכו"ם לא מצי השו' לומר לבעל החזקה לא אפרע בעד החזקה אלא רביע מה שאני מעלה לעכו"ם אלא יפסק עמו לרצונו דהיינו אם הבית שוה עשרה אוקיות והעכו"ם אינו נוטל אלא ג' אוקיות בעל החזקה יטול ז' אוקיות כי השוכר מן העכו"ם אינו אלא שלוחו ואם שכר מן העכו"ם בשוויו או קרוב לו כגון אם שכרה מן העכו"ם בעשרה אוקיות או בתשעה אוקיות בזה הוא שאמרו שיטול בעל החזקה רביע זהו מה שדנים רבותינו בית דין הגדול שלפנינו ז"ל כפי מה שקבלנו מב"ד שקדמונו וכן אנו דנים אחריהם מוהריב"ץ ז"ל ומוהר"מ בירדוגו ז"ל ומוהר"מ אדהאן ז"ל הובאו, דבריהם בפסקי מוהר"ר רפאל אבן צור כ"י עכ"ל.

ולפי שבקש ממנו לכתוב ולחתום ולתת בידו ולראית האמת והצדק ח"פ פאס יע"א בפר"ק בא סי' דהאי שתא טבתא אמת וצדק והשו"ב וקיים: ע"ה ב"ה שלמה אבן דנאן ישצ"ו סימן מ"א. זה נוסח שט"ח.

הע"ע בקש"מ בדל"ב ובשח"ך כ"א למ"ש האשה ג'והרא אלמנת כר' יעקב הלוי נ"ע והו"ג ונחו"ג לתו"ל לחורגה כר' דוד הלוי הי"ו סך ארבע מאות צ'ורוס ספאניול מוב"ה בעין הוקרו או הוזלו ופירעונם שעה אחת קודם מותה בלי איוע"ך וכו' והוע"ה שט"ז מובח"ו סובדי"ץ. והיתה לבאר שהסך הנז' ישאר מיוחד ביד הר"ד הנז' לעשות בו פרטים שיתבארו.

והוא תחילה יעשה לה מהסך הנז' תכריכין וכל צורכי קבורתה ובנין גולל ודופק ובנין המצבה ונר לעילוי נשמתה בבהכנ"ס מובחרים. ועוד יקנה מהנשאר תלמוד מובחר.

והיה הנשאר אחר זה לחילוק צדקות כפי ראות עיני דוד הנ' ובנאמ"ג ומפו' כשע"ך להר"ד הנ' ולב"ך עוב"ך עכ"ע שזו"פ גם על הנכנסות בידו והיוצאות מכל האמור בלח"י אחרס"ל בהש"ח. ובאח"ג עוי"א וכו' כתחז"ל דלא כאס' וטו"ד.

ונ"ה בקוש"חך עכמדו"ל לבאר באנו שבעצם היום הזה נזקפו על האשה הנז' איזה שטרי חובות וזה פרטן. א' לזכות אחותה חנה מסך מאה צ'ורוס.

וא' לזכות הבחור משה בן אחותה הנז' מסך חמשים צ'ורוס. וא' לזכות אחיה כר' אהרן חזוט מסך חמשים צ'ורוס וא' לזכות כר' אברהם בן אחיה הנז' מסך חמשים צ'ורוס.

וא' לזכות האשה שמחה בכר' דוד הנז' מסך מאה צ'ורוס. וא' לזכות האשה שמחה אשת הי' ישראל לכסלאסי מסך חמשה ועשרים צ'ורוס.

ועדי השטרות הנז' אנחנו שנינו הבאים בחיתום לכן באנו לבאר שכל השט"ח הנז' יש להם דין קדימה על שט"ח הלזה הנה כי כן אתמר בפירוש. והי"ז בשלשה ימים לחדש חשון ש' ששון לפ"ק פאס יע"א והשו"ב וקיים.

לפי שהאשה הנז'ל כעת מוטלת על ערש דוי לכן שבנו לבאר שהיתה מיושבת בדעתה כמשפט הבריאים משיבה על הן וכו' ובפירוש ביארה דבריה האשה הנז'ל שאפי' תעמוד מחוליה ישאר החוב הנז' קיים מבלי לנטות ממנו ימין ושמאל ולא יחטיא השערה. והשו"ב וקיים.

עכ"ן כתוב וחתומים כמוהר"ר רפאל אבן צור. וכהה"ר יוסף הלוי ישצ"ו: הנה זה ימים לא כביר.

נדרשנו לחוות דעתינו מאת יורשי האשה הנז' מהו הדין בהני שטרי אי ריעי נינהו לאוקומי נחלה דאורייתא אם לאו. ונומינו להם דשטרי חזקי נינהו ככל השטר' הנהוגות בקרב ישראל.

והמה בקשו ממנו לכתוב ולחתום ולתת בידם. ולהיות כי הדבר פשוט בעינינו לא רצינו לכתוב להם.

והן היום.

הביא לנו פס"ד מחו"ר מק'נאס יע"א דכתבו דהני שטרי ריעי נינהו שאין כאן שום חוב כלל אלא כדי להבדיל השומעים קראו להם שם חובות אבל כפי האמת אין זה כ"א מתנת בריא בהיותו ש"מ וצריכה היא תוכחת מן התקנה שכ"כ רבני מק'נאס כמוהר"ר ר"ב וכמוהרמ"ב ז"ל וכיון שהיא בלי תוכחת בטילה היא תבטל.

עכת"ד: וחז"ר צפרו יע"א כתבו על דבריהם וז"ל. הן היום נראה בעליל כתב א' כוח"ך מיד עידי הצוואה הנז' הלא הוא כמוס תחת יד הר"ד הנז' שבו הוא לבאר שעל כל דברי הצוואה הוכיחה תוכחת מגולה ע"ד אעבורי אחסנתא וביארו לה הדברים פעמים שלש באיום גדול לא חזרה ברוחה ועמדה בדבריה.

וע"ז כ' הנה כי כן קמו עמדו כל דברי צוואתה שצוואה זאת נעשית כתקנת חז"ל על צד היותר טוב ונאות. עכת"ד: באופן דכולהו ס"ל דאף כאשר יהיה האופן כה"ג בש"מ שנתן מתנת בריא אי ליכא תוכחת המתנה בטלה מתקנת חז"ל.

ואולם אשתמיט להו דדבר זה הוא פלוגתא דרבנותא קמאי. והילך מ"ש הרב מוהרי"ע ן' סמחון ז"ל כת"י וז"ל נמ"ך מב"ד של שלש מחו"ר מק'נאס וזל"ה כ' רבותינו ב"ד שלפנינו ז"ל שמתנת ש"מ שאמרו צריך מציאות חכם היינו אפי' תהיה בקנין במהיום ולאח"מ כיון שהנותן הוא ש"מ וגם המתנה אינה אלא כמתנת ש"מ כמ"ש בס"י רנ"ו דין מתנת ש"מ יש לה לענין מציאות חכם ואם לא יהיה שם חכם א' מב"ד אז המתנה בטלה וכן היה מעשה בימי רבותינו והסכימו בכאן ובפאס שהמתנה בטלה אפי' תהיה בקנין עכל"ה וכן ראיתי בכ"י הצניף הטהור כמהר"ש אב"ץ ז"ל שכן מצא כתוב להרמ"ז מהר"ר ששאב"ץ ז"ל שכ"כ הרבנים מוהר"ש סירירו ומוהר"י אבן דנאן ז"ל למהר"ח ארובא"ש ז"ל דאפי' כמתנת בריא בעי תוכחת וכ"ש בש"מ אפילו תהיה בקוש"ח ע"ע אלא שאח"כ מצא כתוב בכ"י הרב מ"ר אביו כמוהר"ר רב"ץ ז"ל וז"ל בהדיא פסקו הרבנים מוהריב"ע ומוהריב"ץ ז"ל שלא הצריכו חכמי התק' מציאות חכם אלא בנותן מתנת שכ"מ או מצווה מחמת מיתה אבל מתנת בריא מתנתו קיימת בכל גוונא ולא דברו בו חכמי התקנה עכ"ל עי"ע.

עכ"ל ה' מוהריב"ס הנ"ל ז"ל: עיניך תחזינה. דמדי פלוגתא לא נפקא.

וא"כ הדריןן למאי דפסק מר"ן אה"ע סי' קי"ח דכל ספק שיהיה בתקנה. נעמידנו על ד"ת: וכה"ג כ' מוהר"ר אד"א ז"ל בס' באר מים חיים ד' ל"ב ע"ג באחד שצוה ואמר לבני ולבנותי אני נותן מהיום ומעכשיו לכ"א עשרה אוקיות מתנה גמורה והשאר הן קרקע הן טלטל הן כל דבר דמתקרי נכסי אני נותן במתנה גמורה לפ' אשתי שתזכה בו זכייה גמורה ככל המתנות הכשרות והנהוגות דנהיגי בישראל ע"כ.

ובע"ד כ' גם ראיתי למי שערער על מתנה זו שלא נעשית בחבר עיר ונמצא בתקנות דצוואה או מתנה שלא תהיה במעמד חבר עיר המתנה בטלה וכו' ועוד נראה דאי מספקא לן אי פשטא או לאו מוקמינן אד"ת ונראה קצת דדמי למ"ש הרב בש"ע באה"ע סי' קי"ח דכל ספק שיהיה בתקנה נעמידנו על ד"ת ע"כ: וש"מ דכל ס' בתקנה נעמידנו על ד"ת אפי' להוציא הנחלה מחזקת היורשים.

שהרי הרב העמיד המתנה לאשה והוציאה מחזקת היורשים דאורייתא שהם בניו מכח ס' התק'. ובמקום אחר הארכנו בזה וזו הלכה העלינו כדברי הרב בראיות מספרן של צדיקים.

ומינה לנד"ד דאיכא פלוגתא דרבנותא הא ודאי דהמתנה קיימת והנך שטרי חוב חזקים הם כראי מוצק אף אם לא היתה תוכחת. וכ"ש אחר דאיכא תוכחת מגולה.

ועי' ויאמר יצחק ח"מ סי' פ"ו: וחזיתיה להח' הפוסק כמוהר"א ן' חסין הי"ו שכ' וז"ל איברא דכ"ז הוא לגבי המתנות שנתנה בדרך חוב דדבר פשוט שיתברר הדבר ע"פ עידי הצוואה הנ"ב אם היה בה תוכחת זכה וא"ל לא. אבל לגבי שיירי הסך ד' מאות דורוס שציותה שיקנה לה תלמוד מובחר והיה הנשאר לחילוק צדקות.

נראה פשוט דאף אם יבררו העדים שהיתה בתוכחת ב"ד. מ"מ לגבי שיירי הסך הנז' זכוכו בו יורשי הנותנת מה"ד דקי"ל דדין ההקדשות והצדקות בזה"ז כדין הדיוט. ול' זה בהדיוט פשוט וברור דלא מהני. שאין כאן אחד מלשונות המועלים בהדיוט דהיינו יטול יזכה וכיוצא.

וגם לשון המועיל בהקדש כגון יהיה הקדש יהיה לצדקה אין כאן. וכיון שכן פשיטא דמה שנשאר מהסך ד' מאות צ'ורוס הנ"ב עדיין הוא בחזקת הנותנת וזכו יורשיה מה"ד אחריה.

ול"ד למ"ש מור"ם בר"ס ר"ן וז"ל ואין חילוק וכו' ואם לא ציוה לתת דבר רק מינה אפוט' ונתן להם רשות לחלק נכסיו כפי מה שירצו ועשייתם יהיה כעשייתו יש אומרים דאין בדבריו כלום. דמיד שמת נפלו נכסיו קמי יורשיו ובטלה מתנתו.

וי"א דדבריו קיימים ע"כ. ועי' במרדכי טעם פלוגתייהו דר"ג ורשב"ם דלס' רשב"ם והיא הי"א קמא ה"ט דכיון שלא נתן מחיים כלום אלא שיסכים לאותו מעשה שיעשה שמעון אח"מ ראובן ומשעת יציאת נשמתו נפלו הנכסים לפני הבן ויצאו מרשות ראובן.

ואין לו לאפוט' שלו כלום אלא לנהוג בנכסי היורש כשאר האפוט' וכו'. ודעת הי"א בתרא והיא דעת רשב"ם הטעם דדבריו קיימים דכיון שמינהו לאפוט' מחיים בכל נכסיו מקרקעי וכו' לרבות ולמעט, ואמר בעידים פיו כפיו ועשייתו כעשייתו נר' שיכול האפוט' לרבות ולמעט דמצוה לקיים דברי המת ודברי השכ"מ ככתובין וכמסורין דמו והרי השליטו מחיים בכל נכסיו לטובת היתו' ואע"פ שלא פי' לו כמה יתן לכל א' לא אמרינן קפצה נחלה כבר משעת מיתתו ובאה ליד היורש אלא מה שעשה עשוי ויתן לבנות כמו שנראה לו וכו' ע"ך.

הרי לך דלא מבעיית להי"א קמא דפשיטא בנ"ד דזכו יורשיה מה"ד בסך הנשאר שהרי לא נתנה מחיים כלום אלא שהסכימה למעשה שיעשה הר"ד הנז' אח"מ ומשעת יציאתה מן העולם כבר יצאו הנכסים מרשות הנותנת וזכו יורשיה. אלא אפי' לס' הי"א בתרא דוקא בנדון שלו שאמר בעדים פיו וכו'.

ובנ"ד הרי אין כאן לשון זה. וגם משום מצוה לקיים דברי המת.

הרי כ' מר"ן הנ"ב והוא שנתנו לשליש לשם כך ע"כ. וסיים מור"ם אבל היו בידו קודם ולא לשם כך וכו' אין בזה משום מלד"ה.

ובנ"ד נר' שלא ניתנו בשעת צוואתה לשם שליטות וגם משום דדברי שכ"מ וכו' הרי בנ"ד כל מתנותיה בדרך חוב שדינו כדין מתנת בריא בקנין ולא שייך בה האי טעמא. וע"ש עוד בדברי רשב"ם שכ' ע"ד ר"ג וז"ל וגם ר"ג שאמר וכתב דלא תנינן דין זה בהדיא וכו' אבל ראיותיו יש לדחות שאין כאן עקירת נחלה ע"י אפוט' ולא ע"י פיו אלא דברי האפוט' הו"ל כמו דברי פיו וכו' ע"כ.

מבואר מזה דדוקא גבי נדון ר"ג שהמוריש מינה לאפוט' על בניו לרבות ולמעט לזה והרי אין כאן עקירת ירושה. דלרבות ולמעט רשאי.

וכמ"ש בסי' רפ"ב. ולכן כיון שאין כאן עקירת ירושה אלא לרבות וכו' ה"ן דדברי פי' האפוט' כמו דברי פיו.

וכי היכי דהמורי"ש יכול לרבות ולמעט ואין בזה משום עקירת ירושה. ה"ן דברי האפוט' שכתב לו דפיו כפיו רשאי לרבות ולמעט.

ומינה בנד"ד שיש כאן עקירת ירושה אפי' רשב"ם יודה דזכו היורשים כיון שלא נתן להם כלום בעודו בחיים אלא הסכים למעשה שיעשה האפוטרופוסים. עכ"ל הח' הפוסק הנז' הי"ו: ודברי תימא הם.

דמה דמות יערוך האי גוונא דאנן קיימין ביה לההיא דהמרדכי שהביא מור"ם ז"ל. ויוד קרת קא חזינא הכא.

שאינ דמיונם וזווגם עולה יפה. דשאני התם דאיירי בדלא צוה לתת דבר רק מינה אפוט' ונתן לו רשות לחלק כפי רצונו ופיו וכו'.

כאשר יראה הרואה. ולכך אמרינן דהאפוט' אינו רשאי דמשעת מיתה נפלו הנכסים לפני היורש ואין לו לאפוט' אלא לנהוג בנכסי היורש כשאר האפוט' אבל בנד"ד דחייבה עצמה בחו"ג בהסך הנז' לתתו להר"ד שעה אחת קודם מותה לחלקם כפי ראות עיניו וקי"ל דהמחייב עצמו בממון לאחר אע"פ שאין חייב לו כלום ה"ז חייב כמ"ש בסי' מ'.

הא ודאי דלא גרע חיוב זה מלשון מתנה. ומבואר הדבר בהרמב"ם ז"ל הל' מכירה פי"א הל' ט"ו וז"ל המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל אע"פ שלא היה חייב לו כלום ה"ז חייב שדבר זה מתנה היא ואין זה אסמכתא כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אע"פ שאין שם עדים או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר אע"פ שלא אמר אתם עדי הוואיל ואמר בשטר ה"ז כמי שאמר וכו' אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום וכו' ע"כ: הרי לך להדיא דקרי הרמב"ם מתנה למחייב עצמו לאחר כשלא היה חייב לו ואע"ג דלא אמר בפ' לשון מתנה.

ומכאן יליף המבי"ט ח"א סי' שכ"ב למאי דאתשיל באומר יש לו בנכסי כו"כ והאפוט' טען דכיון שלא היה אפשר שיהיה דרך חוב אלא שהיה מתחייב דרך מתנה במה שלא היה חייב שהיה צריך לומר בפ' שהיה זה דרך מתנה וכו'. וע"ז כתב הרב אפי' שנאמר שהיה דרך מתנה אע"פ שלא אמר בפירושו לשון מתנה דיינינן ליה כלשון מתנה דלא גרע לשון יש לו בנכסי מלשון יטול או יחזיק וכו' ואע"פ שאומר לשון שנראה שהוא חייב לו שאמר יש לו בנכסי כשהוא ידוע שאינו חייב דיינינן ליה כלשון מתנה וכדתנן וכו' עוד יש ראייה ללשון זה שיהיה נדון בלשון מתנה מדאמרינן פ' הנושא בכתובות האומר לחבירו חייב אני לך מנה רבי יוחנן אמר חייב ור"ל אמר פטור ואסיקנא הב"ע כגון דאמר אני חייב בשטר וכתב הרמב"ם ז"ל פי"א מהל' מכי' אע"פ שלא אמר לו אתם עדי הוואיל ואמר בשטר הוי כמי שאמר הוו עלי עדים וחייב לשלם אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום שהרי חייב עצמו וכו' הרי שאנו דנים לשון הריני חייב לך מנה בלשון מתנה אע"פ שמשמעותו היה שהיה חייב לו דרך הלואה או חוב דבש"מ אינו צריך לומר בשטר דדבריו ככתובין דמו וכ"ש בנד"ד שאמר יש לו

בנכסי: והנה יש להעיר על ה' המבי"ט ז"ל מההיא דמהרי"ק ז"ל שורש צ"ד שהביא מור"ם ז"ל סי' רנ"ג ס"א וז"ל אם אמר כו"כ לפלוני בנכסי לאו כלום הוא ע"כ: גם יש לתמוה קצת.

דמאי ראייה מייתי מההיא דחייב אני לך מנה. דדילמה שאני התם משום דאמר ליה בלשון חיוב: והמט"ש ז"ל סי' רנ"ג הגה"ט אות ח' כ' וז"ל ש"מ שאמר יש לפלוני בנכסי כך מעות א"עפ שידענו שאין לפ' חוב עליו או פקדון דיינינן בלשון מתנה דלא גרע מיטול פי' מהר"ם מטראני ח"א סי' שכ"ב כנה"ג ז"ל ס"ק י"ב ואין הס' אצלי דלכאורה הוי משנה שאינה צריכה דכל כה"ג דהודה ילפי' לה מאיסור גיורא דאע"פ דידעינן דלית עליו כלום הויא הודאה וכבר השמיענו אותה ר' הטור לעיל סי' ר"ן ס"ג וסי' רנ"ב ולמאי אצטריך למילף מיטול פלוני.

ע"כ: ולפי דבריו יותר היה לו לתמוה על מהרי"ק ומור"ם ז"ל דקאמרי לאו כלום הוא. ועי' אבקת רוכל סי' צ"ג: איברא דההיא דאודיתא.

שרשה במס' בתרא ד' קמ"ט ע"א דאמרינן התם איבעייתא להו שכ"מ שהודה מהו. ת"ש דאיסור גיורא וכו'.

יעו"ש בפ' רשב"ם ז"ל והתוס' ז"ל כתבו וז"ל ונראה לר"י לפרש כן שכ"מ שהודה מהו. מי שהודה שיש לפלוני מנה בידו אע"פ דאנו מוחזקין בו שאין לו מי אמרינן דקני במתנת שכ"מ ואם עמד חוזר.

א"ד קני לגמרי ואם עמד אינו חוזר. ופשיט מההיא דאיסור גיורא דקני לגמרי במתנת בריא ע"י הודאתו דאי במתנת שכ"מ היאך קנה והא אמרינן כל מאן דאיתיה בירושה איתיה במתנת ש"מ וכו' א"כ במתנת בריא הוא ואם עמד אינו חוזר וכן משמע מתוך פ' ר"ח דפי' לודי איסור דהנהו דמים דרב מרי בריה וקני להו באודיתא דאבוה ע"כ: והנה משמעות דבריהם הוא דס"ל דאודיתא הקנאה היא אפי' בבריא.

וכ"פ להדייא ה' פני משה ז"ל ח"א סי' ס"ד וזל"ה. ואב"א דזכתה לאה בבית זה בחוגי"ט זה מדין מתנת בריא כיון שהודאתו היה בפני עדים מישראל והוא כי כל בריא בדעת עיניו יחזו הודאה זו שהודה ראובן שקבל ה' אלפים גסים מאשתו אינם דברים כפשוטן שאנו מוחזקים שלא קבל מאומה מיד אשתו כמ"ש לעיל אלא שענינו הרואות דהוה מהדר לאקנויי הבתים הנז' לאשתו וכמ"ש בשאלה דכל טצדקי דהוה מצוי למעבד ראובן להקנות נכסיו לאשתו ולהעבירם מבתו הוה עביד וכו' וכיון שכן אפשר דהאי אודיתא מהנייא מדין מתנת בריא כאלו הקנה אותם לה בק"ס כדינה וכה"ג כ' התוס' בפ' ח"ה ובפ' מי שמת בא' מן הפירושים עלה דההיא אודיתא דאיסור גיורא.

ע"כ: גם הרב מוהר"ר צבי ז"ל בתשו' סי' ט"ז כ' וז"ל אם יש צד להקנות מעות שיש לו לאדם אחד בוינצי'אה בציק"ה דהיינו מקום שמדפיסים המטבעות או במלח וכדומה ובמעשה הבא לידי הוא שאיש א' רוצה לצוות על נכסיו בבריא ושאלני דרך ההקנאה לתת הקרן מהיום למקבלי המתנה והפירות לאחר מותו.

ומעלת אדוני שכל הספרים נפתחים לפניו ידע טובא שמעות שאינן בעין אינם נקנות אפילו באגב וידע מה שכתבו הפוסקים בענין אמנות של עכו"ם וכל הצדדים שיש לצדד

על זה לפניו גלויים וידועים לכן נא לשון בקשה יודיעני דעתו בזה כדת מה לעשות. תשובה ארי בן ארי נעשה שואל בענין גדול בחכמה וסתירתו בנין.

כריע כאח לי החכם השלם הדיין המצויין בנן של קדושים רב ועצום כמוהר"ר משה נר"ו. הנראה בעיני נכון בלי פקפוק וערעור הוא שיודה המקנה שסך ידוע שכתוב על שמו בציקה הוא של פלוני הזוכה והזוכה יחייב עצמו בכל חיזוקי סופר ובשבועה חמורה שכל ימי חייו לא יגע בקרן ולא בריווחים אלא המקנה יאכל הפירות בחייו.

והיינו אודיתא דאיסור גיורא בפ' מי שמת ד' קמ"ט דבבריא קנייא. ובש"מ אם עמד אינו חוזר.

וכתבו התוספות בפ' חזקת הבתים דף מ"ד ע"ב דאף דידיענן בודאי שהיה איסור משקר קנה. ואם רוצה המקנה להתחייב בשטר חוב להקונה ע"מ שלא יפרע אלא שעה אחת קודם מותו ומן הציקה דוקא ולא ממקום אחר הרשות בידו ודבריו קיימים בלי פקפוק. ע"כ.

ועי' לה' ארח משפט סי' ר"ן הגה"ט אות זיין שכ' שהרב השואל הנז' הוא מהר"מ חאג'יס ככתוב בספרו שתי הלחם סי' מ"ה. וכ' שם שהוא הסכים בזה עם הגאון מהר"ר צבי ז"ל וכן נקיט בפשוט הרדב"ז ח"ה הנ"מ סי' אלפים ש"ב יע"ש ובחדשות סי' שכ"ה יעו"ש: והרב מוהר"ר חיד"א ז"ל בברכ"י ח"מ סי' מ' כ' שכן פירש ה' נחלה ליהושע סי' י"ב ד' ט"ז ע"א ומהר"ש הלוי בתשו' ח"מ סי' י"ט גם בס' מורה צדק ז"ל.

וע"ע שם שכ' כי הרב בני אהרן בתשו' סי' ע"ז כ' דסבר ר"י דהודאה זו לאו הקנאה היא אלא מטעם הודאת בע"ד ופירושו כפי' הרא"ש בפסקיו שם פ' מי שמת ע"ש והכי מפרשה הרב בני יעקב ד' צ"ח ע"א. עש"ב וכ' שכ"כ הרב פרישה וה' ב"ח ז"ל: והרב מהר"ד אישטרושה ז"ל בתשו' סי' ס"ב האריך בענין זה וכ' וז"ל וה' בעל התרומות ז"ל שער מ"ב ח"ד משמע שפי' כדברי התוס' שכתב איבעיא להו ש"מ שהודה וכו' ואסיק שאם עמד אינו חוזר ופשיט לה מעובדא דאיסור גיורא וכו' אלמא הודאה אע"פ שאנו מוחזקין בו שאין לו ממנו כלום ובמתנה רצה להקנותם לו כיון שדרך הודאה אקנה הו"ל כהודאת בריא לגמרי ואם עמד אינו חוזר כההיא דאיסור גיורא דקנה לגמרי במתנת בריא ע"י הודאתו דאי כמתנת ש"מ היאך קנה והא אמרינן מאן דליתיה בירושה ליתיה במתנת ש"מ הלכך כמתנת בריא היא ואם עמד אינו חוזר וכן פסקו בעלי התוס' ומכאן למדו הראשונים דמאן דאודי בפני שנים באתם עדים ל"ש דאודי במידי דמתחייב ביה ל"ש דאודי במידי דלא דמתחייב ביה אלא דיהיב ליה במתנה קנה האחר דהו"ל כמאן דאמר נתתי שדה פלוני לפ' וכן ההיא דהנושא חייב אני לך מנה בשטר דאמר רבי יוחנן קנה וכן הא דאיסור וכן הורו הגאונים שכתבו הודאה בחבוריהם באחד מדרכי ההקנאות.

ע"כ: עוד כ' הרב הנז' בתשו' הנז' וז"ל הנה כל דברי הפוסקים לפנינו והיוצא מכלל דבריהם דרך קצרה הוא דלדעת התוס' אם הקנה נכסיו בלשון הודאה ל"ש בריא ל"ש ש"מ קנה כשאר דרכי ההקנאות וכן דעת הגאון שהביא הרב בעל התרומות וכן נראה שהוא דעתו אבל לדעת הראב"ד לפי הנראה לע"ד כמו שכתבנו בבריא לא קנה לשון הודאה אם פירש שרוצה ליתן מדין קנין אבל בש"מ קנה אפי' אם פירש שנותן מדין

הקנאה אלא שאם עמד חוזר אבל אם לא פירש שהוא מדין הקנאה אלא שהודה סתם אם עמד אינו חוזר דאמרינן כיון דבלשון הודאה נתן הוא יודע שחייב לו וכן נראה שהוא דעת הרא"ש והטור.

ולדעת הרב בעה"ט בבריא אם פ"י שנותן הודאה לא קנה אלא בשטר לפי שאין הודאה כשאר דרכי ההקנאות אבל בש"מ שדבריו ככתובין דמו קנה בלשון הודאה ואפ"י אם עמד אינו חוזר ובזה חולק בעה"ט על הראב"ד דלהראב"ד חוזר אם עמד ולבעה"ט אינו חוזר ובבריא שניהם שוה שאינו קונה ודעת הרמב"ם ג"כ דבש"מ קונה לשון הודאה הכלל העולה דלדעת כל אלה הגדולים ז"ל דבש"מ קנה בלשון הודאה אפ"י אם פירש לשם קנין ומתנה מחדש הן אמת דלדעת הראב"ד אם עמד חוזר.

אמנם לדעת רשב"ם והרב הנמק"י ז"ל אם מגלה דעתו שרוצה לתת במתנה ולא שמודה שנכסים אלו הם של פ' אלא שרוצה להקנותם עתה ונתנם בלשון הודאה לא קנה אפ"י בש"מ וכן נר' שהוא דעת המרדכי [אבל אם לא פירש שהקנא עתה מחדש אלא שהודה סתם על נכסיו שהם של פ' ולא אמר אתם עדי אם הוא פקדון מהני] וכו' יעו"ש ע"כ: והמט"ש ז"ל סי' ר"ן הגה"ט אות כ"ד כ' וז"ל ס"ג בד"א בנותן מתנה אבל אם הודה על נכסיו כו' מפ"י רשב"ם דפ"י בסוגיא דטעמא דל"א טענת אשבעה היינו דע"כ לא נאמר שלא להשביע את בניו אלא כשמודה בהלוואה ועושה עבד את עצמו ודאי להחזיק את עצמו לעני היה עושה אבל היכא שהממון בעין והוא מודה של פ' הוא י"ל שהפקידו אצלו מקודם או הקנה לו הש"מ ע"י אחר ע"כ שמעינן מדבריו תרתי דלא מהני הודאה אלא בפקדון דוקא א"נ דלאו הודאה זו עושה קנין אלא אמרינן דהקנה לו ע"י אחה מיהו התוס' חלקו עליו וס"ל דהאי הודאה עושה קנין למקנה לגמרי והכי מוכח מהש"ס מדמתקיף ליה רב איקא ולודי איסור דאלין זווי דרב מרי נינהו וליקנינהו באודיתא כו' משמע דבהאי הודאה נקנה לו ולא קנין מתנה דאי הוי מתנה לא קני כיון דליתא בירושה כמבואר שם אלא דבהודאה זו מקנה קני דמתנת בריא דאפ"י עמד אינו חוזר וכן פ"י לה רמ"ה בסוגיא דהודאה זו עושה קנין יע"ש והכי דייקי דברי רבינו הטור ז"ל שכתב וקנאם זה שהודה כו' יע"ש ע"כ: והכנה"ג ז"ל סי' רנ"ו הגה"ט אות ה' כתב ז"ל הודאה מהניא בבריא כמו בש"מ לכולהו רבוותא זולת להגהות אשירי בפ' מי שמת וי"א שהביא בסה"ת השער הא' ואין להניח כולהו רבוותא ולהלך אחריהם ואפילו לפי דבריהם בהודאה שאמר אתם עדי מהני אפ"י בבריא.

הרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סי' ס"ד ע"כ: וכן מצאנו תשובה למרן ז"ל באבקת רוכל סי' ק"ה וז"ל ילמדנו רבינו דין ראובן שהיו לו בני בנים ובני בנות והבני בנים יש להם אפו' שמינוהו ב"ד על עזבון אביהם בנו של ראובן. וראובן הנז' נתן מעותיו בתורת עיס' ביד האפוטרופוס של בני בנו ועתה ראובן רוצה לחלק בנכסיו ורוצה לתת חלק גם לבני בתו אע"פ שאינם יורשים בתורת מתנה ואין רצונו להודיע לאפוט' אשר מעותיו בידו כבר כיצד יקנו החלק שלהם בני בתו של ראובן בתורת מתנת בריא בלא ידיעת האפוט' והמעות הם עדיין ביד האפוט' אם יש איזה תקון או איזה ענין לקיים המתנה הזו ביד המקבלים יודיעני וכו'.

תשובה זה נלמד מהדין הרא' שיודה בפני עדים שאותם המעות שהם ביד אותו האפוט' בתורת עיס' כולם או כך וכך מהם הם של בני בתו ומתנה טמירתא אינו ענין לכאן שזה הודאה הוא ולא מתנה ע"כ: והמט"ש ז"ל סי' ר"ן הגה"ט אות כ"ז כ' וז"ל דוקא בש"מ מהנייא הודאה ולא בבריא. הג"א בשם א"ז פ' מי שמת וכ"כ הרשב"ץ בח"א סי' קנ"ב דדוקא בש"מ שדבריו ככתובין וכמסורין אבל בבריא לא דאם איתא להא אמאי לא תני לה גבי שאר הקנאות ושכן דעת הרמב"ם והעיטור יע"ש וע"ע שם ח"ג סי' שי"ט ושכ"ה ועי' בתשו' הרשב"א ח"ד סי' נ' דכתב בפשיטות דהודאה לא הוי הקנאה כו' יעו"ש.

וה' מגן גבורים סי' ס"ב ד' ק"ה כתב דלדעת התוס' אם הקנה נכסיו בלשון הודאה ל"ש בריא ל"ש ש"מ קנה כשאר דרכי הקנאות וכן דעת הגאון שהביא הבעה"ת וכ"ן שהוא דעתו אבל לדעת הראב"ד בבריא לא קנה ובש"מ קנה כו' יע"ש. ותמהני ממ"ש בתשו' מר"ן ז"ל באבקת רוכל סי' ק"ה כ' בפשיטות דבמתנת בריא נותן לו דרך הודאה ולפי האמור רובה ס"ל דלא מהני בהכי וכעת צ"ע.

ומהרשד"ם בח"מ סי' ס"ד הביא דעת הא"ז דלא חילק בין בריא לש"מ בשגם היכא דאמר אתם עדי אפי' הא"ז מודה והב"ד אלא הרב כנה"ג ז"ל סי' רנ"ו הגה"ט סק"ה ולא נרגש הרב ז"ל דהא איכא עוד רבוותא חולקין ע"כ: ואחשבה לדעת דמר"ן ז"ל בתשו' לטעמיה אזיל שכ' בכסף משנה פי"א מהל' מכי' הל' ט"ו וז"ל המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל וכו' כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה וכו'.

זה נלמד מדאמרינן פ' מי שמת עלה קמט' ולודי איסור דהני זוזי דרב מרי נינהו וליקנינהו באודיתא ע"כ. ודבר ה' בפיהו אמת שכן משמע מדברי בעה"ת שכתבנו למעלה דה"ט דחייב אני לך מנה בשטר קנה משום דההודאה הוי הקנאה אף בבריא ולפ"ז סבר מר"ן דדעת הרמב"ם ז"ל כדעת הגאונים ובעה"ת שכתבו ההודאה כאחד מדרכי ההקנאות.

והט' דכ"כ בתשו' בפשוט: ומצאתי און לי מהרב קצות החושן סי' מ' ס"ק א' שכ' וזל"ה וכבר נתקשו בדברי הרמב"ם כל האחרונים דאיך מתחייב בדיבור בעלמא בלא קנין ובלא שטר וכו' ונראה לע"ד דודאי בדברים בעלמא לא נתחייב וכדמוכח מהני ראיות שהביא הר"ן אבל טעמא דהרמב"ם משום אודיתא הוי דאפי' חפץ יוכל להקנות באודיתא וכמ"ש תוס' בפ' מ"ש גבי אודיתא דאיסור גיורא דהוי קנין בין בבריא בין בשכ"מ והוא קנין מעליא אע"פ ששניהם יודעים והעדים יודעין שזה החפץ או הקרקע אינו של פ' קונה הוא אותו באודיתא של הנותן כמו שקונה במשיכה וכסף וקנין אודיתא מבואר אצלינו באורך בסי' קס"ה ע"ש ולהכי נמי בזה שמודה שחייב לפ' מנה אע"פ שאינו חייב זכה בו חבירו משום אודיתא כאלו נעשה בקנין ובשטר ונחזיק טובה לרבינו הגדול בעל כ"מ שירד לאמיתו של דבר וז"ל כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפ' מנה וכו' זה נלמד מדאמרינן פ' מ"ש ד' קמ"ט ולודי איסור דהני זוזי דרב מרי נינהו וליקנינהו באודיתא עכ"ל וכן מצאתי כתוב בני' פ' מ"ש ז"ל אמר המחבר מהא דלודי איסור כתבו חכמי פרובנצי' והריטב"א בשם רבו ז"ל דכל שמחייב עצמו בל' הודאה אע"ג דידעין דלא הוי מחייב ליה מעיקרא הוא מחייב כ"כ בפ' הנושא הריטב"א ז"ל עכ"ל וא"כ דעת הרמב"ם נמי אינו אלא משום קנין אודיתא וכמ"ש בכ"מ שם פי"א מהל' מכי'.

ובזה יאיר לך נתיבות הש"ע דכאן העלה כדעת הרמב"ם ובסי' ס' כ' בסעיף ו' ז"ל המחייב עצמו בדשלב"ע חייב אע"ג דאין אדם מקנה דשלב"ע כו' אבל בלשון חיוב כגון שאמר הוו עלי עדים שאני מתחיל לפ' בכו"כ חייב והוא שקנו מידו ע"כ והוא לכאורה תמוה דהיא דעת הרמב"ם דבחוב אין צריך קנין דמתיל' בדיבור בעלמה וכבר הניח בש"ך דבר זה שם בצ"ע.

ולפי מ"ש דודאי חיוב בעי קנין כמו כל המשאות והמתנות דבעי קנין כל חד כפי קניינו אלא משום דאודיתא הוי קנין בכל הדברים הנקנין בין בקרקעות בין במטלטלין ולהכי מהני גם בחיוב משום אודיתא וא"כ דוקא כשאומר הוו לי עדים שאני חייב לפ' מנה הרי הודה שהוא חייב ושפיר מתחייב אע"פ ששניהם יודעין שאינו חייב ומשום קנין אודיתא אבל בסי' ס' דאמר הוי לי עדים שאני מתחייב בזה ליכא לשון הודאה א"כ ודאי אינו מתחייב בלא קנין וכה"ג בחפץ נמי אי אמר הוו עלי עדים שזה החפץ של פ' נקנה הוא לו באודיתא ואם אמר הוו עלי עדים שאני נותן חפץ זה לפ' ודאי לא קנה בלא קנין כיון דאין בזה קנין אודיתא עכ"ל"ה: עוד כ' בסי' קצ"ה סק"ז וז"ל"ה ומשום דאודיתא הוי קנין אע"פ ששניהם יודעין שאינו כן ולפי שלא ביארו בו האחרונים ביאור רחב בקנין אודיתא ולכן צריך אני להאריך קצת.

ולענ"ד קנין שלם הוא ולא נופל הוא מכל הקניינים וכו' ובשות' רשב"ץ ח"א סי' קנ"ג ז"ל ועוד שאין פקדון ולא מלוה נקנה בהודאה אלא בשכ"מ משום דדברי שכ"מ ככתובין ומסורין אבל בבריא לא שאם כל אדם היה יכול להקנות בהודאה אמאי לא תני לה גבי שאר הקנאות וכ"כ ה' בעה"ט ז"ל וכן דעת הרמב"ם שהוא פסק בהלכות האי דאיסור בפט' מזכיה ואלו בהלכות מכל' פי' כ' שהמטבע אין לו דרך שיזכה בו מי שאינו ברשותו אלא אג"ק וכ' עוד שם שהחוב אינו נקנה אלא במעמ"ש ואלו היה שהודאה תועיל בבריא אמאי לא תני תקנתא דאודיתא דלהכתא בטעמא הוא אלא ודאי הרי הוא מסכים למה שהסכים בו ה' בעה"ט ז"ל דלא אמרינן אלא בשכ"מ ולא בבריא עכ"ל וע"ש עוד מזה בח"ג סי' שכ"ה והוסיף וז"ל והאי דפ' הנושא חייב אני לך מנה דמשמע דמהני הודאה לא מוכחה דבחייב אני לך מנה ליכא הקנאה וכן הודאה דהקנאה לא מהני עד שיאמר בשטר שדה קנויה לך עכ"ל.

והן אמת דכבר נחלקו רבוותא בקנין אודיתא אי מהנייא בבריא או אינו אלא בשכ"מ אלא שכבר הכריע הש"ך בסי' ס' דמ"ש החולקין דהך דאיסור גיורא איירי דוקא בשכ"מ ולא בבריא ליתיה וכל הפוס' חולקין בזה ע"ש ולפי מ"ש רוב דברי הרשב"ץ שכתב להוכיח דאודיתא לא מהני בבריא נתיישב מתוך דברינו דמ"ש להקשות מדברי הרמב"ם פ"ו ממכירה שכ' דחוב אינו נקנה אלא במעמ"ש כו' לפי מ"ש דחוב לכ"ע אינו נקנה באודיתא א"כ אין דרך בו אלא מעמ"ש ומ"ש רשב"ץ בהאי דחייב אני לך מנה לא מוכחא דליכא הקנא' הגם דודאי אית דמפרשי לה בהקנאה וכמ"ש תוס' שם רפ' הנושא דמיירי בשטר ומחייב עצמו בחיוב חדש.

אבל הרמב"ם שכ' להדייה בפ"א מהל' מכל' ההיא דפ' הנושא בלא הקנאה וכפ' בש"ע סי' מ' א"כ מוכח דהרמב"ם ש"ל דאודיתא הוי קנין אפ"ל בבריא וכו' ע"ש ע"כ: איברא דמר"ן הב"י בסי' ר"ן אחר שהביא פירוש ר"י דפ' מי שמת. כ' עליו וכן פי' הרא"ש ז"ל.

ומוכח מדבריו דס"ל בפירוש דברי ר"י דההודאה לאו מדין הקנאה היא אלא מטעם הודאת בע"ד. ולכאורה משמע דה"ט דפירש הכי בדברי ר"י.

היינו משום דכיון דדברי התוס' שקולים הם ודבריהם סובלים את שני הפירושים. וכדאשכחן להנך רבוותא ה' בני אהרן ודעמיה וה' פ"מ ודעמיה דמר מפרש הכי ומ'ר מפרש הכי.

לזה רצה מר"ן ז"ל לפרש בדבריהם כפי מה שהדין נותן לדעתו ולפ"ז הדין נותן לדעת מר"ן דהודאה אינה אלא מטעם הודאת בע"ד ולא הוייא הקנאה. וא"כ הווי דברי מר"ן דבכ"מ ובתשו' וההיא דבב"י סי' ר"ן סתראי נינהו ופלגן בהדייהו: וחזיתיה להברכ"י ז"ל שתמה על מר"ן ז"ל וז"ל איברא דעל מר"ן הקדוש ודעמיה ק"ק דמנ"ל לפרש הכי בדעת ר"י ולמלך ה"ן שוה לפירוש הרא"ש והלא שפיר מצינן לפרושי בדעת ר"י דמדין הקנאה מפרשה וכו' והנני יוסיף לדקדק על מר"ן דהן לו יהי דדברי התוס' בשם ר"י שקולים הם ומצי לפרושינהו כפי הרא"ש הו"ל להכריע דדעת התוס' הוי דהודאה הקנאה היא ממ"ש התוס' בסתם בפ' הזהב דמדבריהם מוכח דס"ל דלא כפי הרא"ש אלא דהודאה הקנאה היא ולא מטעם הודאת בע"ד נגעו בה והיינו דק"ל דלודי דהמעוה הם שלו וליקנינהו ולפדם וילמד סתום שבדברי ר"י דפ' מי שמת מן המפורש בסתם תוס' דהזהב דעל הרוב הם דברי ר"י בעל התוס' ותו דמדבריו בכסף משנה פי"א דמכירה שהבאתי לעילה מכל דכתב בפשיטות דמ"ש הרמב"ם דהאומר אתם עדי שאני חייב לפ' מנה חייב נלמד מהא דאודיתא משמע דפשיטא ליה דהא דאודיתא הוי בידוע בודאי שעתה רוצה להקנות לו וקנה מדין הודאה דהוי הקנאה ואמטו"ל הכי כ' דדין זה נלמד מהאיך דאודיתא ולפי דעתו הו"ל לפרש דברי התוספות בשם ר"י הכי ע"כ: ולדידי חזי לי ע"פ מה שהשרישנו ה' הדרישה ז"ל ח"מ סי' ש"ט וז"ל ובכ"מ שנוכל להשוות ולפרש דברי התוס' כדברי הרא"ש מפרשינן להו בשוה כי הרא"ש ביאורו מוסכם לדברי התוס' הן ברוב המקומות ע"כ.

והב"ד יד מלאכי בכללי הרא"ש ס' ל' ע"ש מ"ש משם ה' חוות יאיר וה' משפטי שמואל ז"ל דכל דברי הרא"ש אינם רק קיצור מדברי התוס' וכו' ע"ש. וא"כ הט' דמר"ן ז"ל דפי' דברי התוס' כדעת הרא"ש ז"ל.

דכיון דדברי התוס' מפרשן הכי והכי. וכדברי הרא"ש מבואר הדבר אז ודאי כוונתם כמבואר בהרא"ש והוי כאלו כ' הרא"ש דהכי פירשו התוס'.

ולכך אין לחוש נמי אם יהיו הפך דברי התוס' דפ' הזהב. כיון דאלו בסתם.

ואלו דברי ר"י להדיא ולעולם דדעת מר"ן ז"ל היא דאודיתא הוי קנין כמ"ש בכ"מ ובתשו' וכמ"ש הקצה"ח ז"ל: והרב ארח משפט ז"ל בסי' ר"ן אות זין אחר שהאריך בענין זה. כ' וז"ל הכלל העולה דג' סברות בדבר דלדעת מהר"י נ' מיגאש והרמ"ה והנ"י והריטב"א והראב"ד ועי' בש"מ לב"ב והרשב"א ומוהר"ם שהביא המרדכי בפ' מ"ש וכ"ן שהוא דעת הרמב"ם.

הוא דאפלי בש"מ לא מצי מקנה בהודאה מדין קניה כי אם דוקא בתורת עדות. ולדעת התוס' דהודאה מדין קניה נהגו בה בין בבריא בין בש"מ וכ"ן שהוא דעת מוהרי"ח בהג"א בפ' מ"ש.

ולדעת בעה"ט והא"ז הוא דבש"מ דוקא מצי מקני בהודאה בדרך קנין אבל בבריא דוקא בדרך עדות מהני אבל קנין לא וזהו דעת התשב"ץ ז"ל כדכתיבנא ע"כ: שוב כתב וז"ל ומעתה הרדב"ז ומר"ן בתשו' אבק"ר סי' ק"ה שכתבו בפשוט דיקנה בהודאה לאו למימרא שיקנה לו עתה מחדש מדין קנין כי אם בתורת עדות דבזה אין חולק דגם בבריא מהני וזוכה האחר וזה נעלם מהרב מט"ש ז"ל שתמה על מרן ז"ל בזה דלא ידעתי מה הבין מ'ר בדברי מר"ן ז"ל ודברי מר"ן ברור מללו דלאו מדין הקנאה אתי עלה כי אם בדרך הודאה דוקא כאמור גם ראיתי עוד לה' מט"ש שם בהגה"ט אות כ"ד שכ' דלדעת הרמ"ה הודאה הוי מדין הקנאה ואחרי המחילה אין דבריו נכונים דהרמ"ה ז"ל פירש את דבריו להפך וכו' ע"כ: ואהמח"ר דמ"ש דהרמב"ם ז"ל דאפלי בש"מ לא מצי מקני בהודאה מדין קניה כ"א מתורת עדות עיניך תחזינה בתשב"ץ ח"א סי' קנ"ג והב"ד ה' קצות החושן כמביא למעלה דדעת הרמב"ם ז"ל כדעת בעה"ט ז"ל דהודאה לא קניא אלא בשכ"מ ולא בבריא.

וה' קצה"ח חלק עליו ודחה דבריו והוכיח דדעת הר"מ במז"ל דאודיתא הוי קנין אפלי בבריא וכן היא דעת הכסף משנה כמש"ל: גם מ"ש שכן היא דעת הרמ"ה והריטב"א והראב"ד והרשב"א ותמה על המט"ש שכתב דדעת הרמ"ה הודאה הוי מדין הקנאה. עי' בקצה"ח שכ' דדעת הרמ"א ז"ל והרשב"א ז"ל דהודאה הוי קנין אף בבריא.

והביא ראייה מדברי הרמ"ה שהביא הטור יו"ד סי' רס"ז ומדברי הרשב"א בחי' לקידושין ד' ב' ושכן היא דעת הריטב"א בשם רבו וחכמי פרוכינציא שהביא הנ"י בפ' מ"ש: ולך נא ראה בדברי מהר"ד אישטרושה ז"ל בספר מגן גבורים שכתבנו לעיל דדעת הראב"ד ז"ל בבריא לא קנה לשון הודאה אם פירש שנותן מדין הקנאה אבל בש"מ קנה אפלי אם פלי שנותן מדין הק' וכו' ודקדק מדברי הראב"ד שהביא בעה"ת וזל"ה אבל גם לדעת הראב"ד שכ"מ הודאה קנה אלא שיכול לחזור בו אם עמד שהרי פירוש הסוגיא שכ"מ שהודה מהו אי אמרינן דלהודאה נתכוון ואין חוזר בו אם עמד או למתנה איכוון ואם עמד חוזר.

ופשיט דלהודאה איכוון ואינו חוזר ולעולם דס"ל שגם אם נתכוון למתנה קנה אלא שיש לו דין מתנת ש"מ שאם עמד חוזר דאי לאו כן נימה מתנה היא ולא קנה כלל או הודאה היא וקנה לגמרי אלא ודאי נראה דגם מטעם מתנה קנה אלא שיש לו דין מתנת ש"מ וכו'. יעו"ש שכן היא דעת הרא"ש והטור ז"ל: גם מה שתמה על המט"ש במאי דתמה על מר"ן בתשו' וכ' דלא ידע מה הבין מ'ר בדברי מר"ן ז"ל ודברי מר"ן ברור מללו דלאו מדין הקנאה אתי עלה כ"א בדרך הודאה דוקא.

ונראה דהאי דמשמע ליה להרב שכן היא דעת מר"ן ז"ל בבירור. הוא ממאי דכתב ומתנה טמירתא אינו ענין לכאן שזה הודאה היא ולא מתנה.

אבל דעת המט"ש ז"ל היא. דמאי דכ' שזה הודאה היא ולא מתנה.

ר"ל דזו הודאה היא דהויא קנין ולא בלשון מתנה. ומתנה טמירתא אינה ענין למקנה בהודאה.

ואינה אלא כנותן בלשון מתנה. וסבר המט"ש דאי אפשר לפרש בדברי מר"ן ז"ל כמ"ש הארח משפט דבדרך הודאה קאמר ולא מדין הקנאה.

דהא למד דהודאה לא קניא ואינה כ"א מדין הודאת בע"ד. אם זה המודה מבאר דלשם קנין נותן ולא מדין הודאה.

לא קנה.

וכמ"ש מהר"ד אישטרושה ז"ל שם וז"ל ונ"מ בין דברי התוס' והראב"ד והרא"ש ז"ל. שאם רוצה לתת מתנה בלשון הודאה ומבאר שלשם קנין נותן ולא מדין הודאה דלא קנה לדעת הראב"ד והרא"ש ז"ל שאין הודאה בכלל דרכי ההקנאות כמו שנראה מדברי הראב"ד שכתבנו והן הם דברי הרא"ש ע"כ.

וא"כ בנדון מר"ן ז"ל שהשואל בקש ממנו לדעת מה יעשה לתת לבני בתו אע"פ שאינם יורשים במתנת בריא ומר"ן השיב שהתיקון הוא שיודה וכו'. א"כ הרי המודה ביאר דעתו שאין כאן הודאה אלא רוצה ליתן הן אמת דכשלא באר דעתו המודה.

הגם דאנן ידעינן דאיהו משקר ושמעון הזוכה ג"כ מודה. אפ"ה אמרינן הודאת בע"ד.

והטעם כמ"ש בעה"ת משם הראב"ד ז"ל הב"ד מהר"ד אישטרושה ז"ל וזל"ה ש"מ הודאה גמורה היא הלכך אע"ג דלא הלוח לו כלום ולא הפקיד אצלו כלום ושמעון הזוכה עצמו מודה בכך חייב ראובן ליתנם לו כההיא דאמרינן באיזהו נשך אמור אחרינא גזליה ואמר ליה להאיך אבלע ליה בחשבון א"נ איניש אחרינא יהבינהו לשמעון דהא ראובן אודי דזוזי אלין דשמעון נינהו ואפשר דאיהו ידע מאי אודי ושמעון לא ידע כדאמרינן בגיטין שמא זיכו לו ע"י אחר ודכותה פ' הנושא ע"כ.

וא"כ בנדון דמר"ן דראובן עצמו גילה דעתו שאין כאן הודאה אלא רוצה ליתן. אי סבר לה מר"ן דהודאה אינה כ"א מדין הודאת בע"ד.

הרי אין כאן הודאה. או דדעת מר"ן היא דהודאה קניא.

דלמ"ד הודאה קניא אפילו בששניהן יודעין ואנו יודעין שאינו כן אפ"ה קניא. ובפרט דכל תשו' מר"ן היא לדעת מה יעשה הרוצה ליתן.

א"כ אפי' אם היה האופן כנדון מר"ן דלא באר דעתו ראובן. אפ"ה מר"ן ז"ל המלמד לאדם דעת היה צריך לבאר שלא יודה לשם קנין דאל"ה לא קנה וכמ"ש מהר"ד אישטרושה ז"ל אלא מדבא ללמד וסתם דבריו.

הא ודאי דס"ל דאודיתא קניא: באופן דדעת הגאונים ובעה"ת ז"ל כמ"ש"ל בשמו. והרמב"ם ז"ל לדעת הכ"מ והקצה"ח ז"ל.

והרמ"ה והרשב"א ז"ל. ור"י ז"ל לדעת הפ"מ ז"ל ודעמיה והרדב"ז ומר"ן ונחלה ליהושע ומהר"ש הלוי ומוהר"ר צבי ומהר"מ חאג'יס והקצה"ח ז"ל.

כולהו סברי דאודיתא קניא אפי' בבריא. ועי' משה"ר מע' ה' אות ח'.

ולדעת הראב"ד ז"ל. והרמב"ם ז"ל לדעת הרשב"ץ והמגן גבורים ז"ל והרא"ש והטור ובעה"ט ז"ל ודעמייהו.

אף דבבריא לא קניא הודאה. בשכ"מ קניא.

ולפ"ז בנד"ד שכתוב בשטר והודית הודאה גמורה וכו' ובסוף השטר כתוב לפי שהאשה הנ"ל מוטלת ע"ע דוי וכו'. א"כ בהודאה זו לחוד היה מספיק.

לא מבעיא למ"ד דהודאה קניא אף בבריא ואע"פ שהכל יודעים שאינו כן וגם שניהם יודעים אפ"ה קניא דלא נופל קנין דאודיתא מכל הקניינים. אלא אפ"ה למ"ד דאינו מועיל כ"א בשכ"מ.

הרי בנדון דאנן קיימין ביה שכ"מ הות: והגם דמידי פלוגתא לא נפקא. וכבר כתבנו משם מהר"ד אישטרושה ז"ל דלדעת הרשב"ם והנמק"י ז"ל אם מגלה דעתו שרוצה לתת במתנה ולא שמודה שנכסים אלו הם של פ' אלא שרוצה להקנותם עתה מחדש ונתנם בלשון הודאה לא קנה אפ"ה בש"מ.

וע"ע שם שכתב וז"ל צוואה זו מידי פלוגתא לא נפיק שמלשון המצוה ומדבריו למדנו בפ"י שרוצה להקנותם עתה מחדש בלשון הודאה לאמו שאחר שהודה ואמר טודו לוקי טינגו איש די ממאדרי. אמרה לו אמו בני ולאחיך והשיב לאחי גרוש א' לכל א' שנראה מזה שהוא ואמו רצה לקיים ירושה דאורייתא לחוש לסברת הגאון שצריך לתת שום דבר ליורש כדי שתועיל מתנתו כמו שנוהגים רוב הנותנים כל נכסיהם ואם איתא שלא נתן מתנה והקנאה מחדש אלא שהודה שכל נכסיו הם של אמו ואין לו נכסים מעצמו מה שייך בזה לקיים ירושה כיון שאין לו.

אלא ודאי שרוצה לתת מתנה ולא הודאה ממש אלא הקנה בלשון הודאה וכבר כתבנו סברות הפוסקים והיוצא מכללם דלדעת רשב"ם והרב הנמק"י ז"ל אם מגלה הש"מ דעתו שרוצה לתת בתורת מתנה ומקנה אותם בלשון הודאה אינו מועיל שאין לשון הודאה הקנאה וכן נראה שהוא דעת המרדכי וג"כ נראה שהוא דעת הר' יונה וא"כ יכולים היורשים לומר קי"ל ככל הני רבוותא דס"ל דכיון שמפרש שנותן מתנה מחדש ומקנה אותה בלשון הודאה אינה הקנאה ולא קנה.

ע"כ: ובנד"ד ג"כ מדבריה אנו למדים שאינה רוצה אלא לתת מתנה. שהרי כתוב בשטר ובפירוש ביארה האשה הנ"ל שאפ"ה תעמוד מחוליה ישאר החוב הנז' קיים וכו'.

ואם אינה מתנה אלא הודאה. פשיטא שלא תוכל לחזור.

וא"כ יוכלו היורשים לומר קי"ל כהני רבוותא דסברי דכיון שמפרש שנותן מתנה מחדש ומקנה אותה בלשון הודאה אינה הקנאה ולא קנה וכמ"ש מהר"ד אישטרושה ז"ל: מ"מ הרי כבר כתבנו דדעת מר"ן היא דאודיתא קניא אפ"ה בבריא כמ"ש בכסף משנה ובתשו' ואע"ג דקבלת הראשונים זיע"א לא היתה כ"א על הב"י והש"ע כמ"ש בדינים נפרדים שבסוף ס' ויאמר יצחק ס"ב משם מוהריב"ץ ז"ל.

ועי' ישרי לב אות קוף סכ"ד מזה. מ"מ הרי כתבנו משם קצה"ח ז"ל שכן היא דעתו גם בש"ע.

שכתב ובזה יאיר לך נתיבות הש"ע דכאן העלה כדעת הרמב"ם ובסי' ס' כ' בס"ו וכו' יעו"ש. וכעת לא ראיתי חולק להדייא שאין כן דעת מר"ן: ואפ' אם המצא ימצא איזה חולק ע"ז.

מ"מ הרי כ' הטור בסי' ס' ס"י וז"ל והמחייב עצמו בדשב"ל וכו' אבל בלשון חוב חייב לפיכך לא מבעיא כתב לו מודה אני לך שאני חייב לך כו"כ מדות של פירות שהוא חייב לו שהרי הודה לו בהם אלא אפ"י אם אמר הווי עלי עדים שאני מתחייב עתה לפלוני כו"כ מדות של פירות שהוא חייב.

ע"כ.

וכ' הרב"י ומ"ש ל"מ כתב לו מודה אני לך וכו' למד כן מדאמרינן בהשולח ד' מ' ע"ב האומר נתתי שדה פ' לפ' והוא אומר לא כתב ולא נתן הודאת בע"ד כק' עדים דמי. ומ"ש אלא אפ"י אמר הווי עלי עדים וכו'.

כ"כ משום דלא גרע מערב דלא מקבל מידי ומשעבד נפשיה בקנין אפ"י לאחר מתן מעות. ע"כ.

וכן פסק בש"ע ס"ו וז"ל אבל בלשון חיוב כגון שאמר הווי עלי עדים שאני מתחייב לפלוני בכו"כ חייב והוא שקנו מידו. ע"כ: ומינה נלמוד לנד"ד שכתוב ונחו"ג לתו"ל וכו'.

דשוין הן.

אלא דהאי לישנא דסהדי והאי לישנא דמתחייב. ועי' מש"ל משם מהר"ץ שכ' ואם רוצה המקנה להתחיל בשט"ח וכו' הביאה המט"ש סי' ר"ג הגה"ט אות מ': אחר שכתבנו כ"ז. זאת מצאנו לה' שע"א ז"ל סי' כ"ה דקא עסיק מ'ר בענין האודיתא. ואשכחנא ליה דכ' וז"ל.

וכן ראיתי בתשו' אבקת רוכל סי' ק"ה שנשאל במי שרוצה ליתן מתנה ממעות שיש לו ביד אחרים כיצד יעשה. והשיב בפשיטות שיוודה בפני עדים שאותם המעות שהם ביד אותו אפוט' סך מהם הם של בני בתו ע"כ.

וכבר ראיתי במט"ש סי' ר"ן הגה"ט"ו ס"ק זך שתמה עליו שהוא הפך רוב הפוסקים הסוברים דהודאה לאו הקנאה היא. והוא תימה על תמיהתו משום דגם למאן דלא חשיב להודאה הקנאה מ"מ שפיר מהני ע"פ הודאתו מטעמא דהודאת בע"ד כמאה וכו' ואפשר דאיהו ידע אמאי אודי ואנן לא ידעינן ליה כיון דליכא גילוי מילתא דלאקנויי עכשיו נתכוון וכ"כ בפשוט בתשו' הר"ץ אשכנזי סי' ט"ז דהנראה נכון בלי פקפוק וערעור שיוודה המקנה שסך מה הוא של פ' והיינו אודיתא דאיסור גיורא כו' כמו שיעו"ש.

ע"כ: ואהמ"ר לדידי חזי לי דדברי תימה הם. וכדכתיבנא לעיל.

דמידי הוא טעמא דמהני הודאת בע"ד הגם דאנן והזוכה ידעינן שאינו כן. היינו משום דאמרינן דהמודה יודע ואפשר דזיכו לו מקודם באו"ה כדינה של תורה וכיוצא והכי דייק

לשון הראב"ד שכתב בעה"ת שכתבנו למעלה שכ' ואפשר דאיהו ידע מאי אודה ושמעון לא ידע.

ושכן מבואר בדברי מהר"ד אישטרושה ז"ל כמביא למעלה. אבל היכא דנתברר לנו מפיו דאין בידו כלום אלא שרוצה לתת לו מתנה בלשון הודאה.

הא ודאי דלא מהני למ"ד דאודיתא לא קניא ולא מהייתא אלא מטעם הודאת בע"ד. ובנדון מר"ן הרי באר דעתו ראובן דיען שאין בני בתו יורשים רוצה לתת להם חלק ונחלה במתנה ואין כאן הודאה כלל.

וא"כ פשיטא דלא מהנייא מטעם הודאת בע"ד. וא"כ היאך השיב מר"ן לשואלו שיוודה וכו'.

והלא ודאי לדידיה דנגלו לו תעלומות המודה. הרי הוא יודע שאין בה מועיל.

ונמצא אלו נוטלין ממון שלא כדין. ועוד נמשך טעות לדייני ישראל שלא נתבאר להם דעתו.

דחשבי לה כהודאה מעלייא. א"ו ס"ל למרן דאודיתא קניא: עוד ראיתי להמט"ש ז"ל סי' ר"ג הגה"ט אות ט"ל שכ' וז"ל בהודאה שמודה שהמעות שי"ל במקום פ' הם ש"ל פ' כה"ג זכה הקונה בלי פקפוק והיינו אודיתא דאיסור גיורא בפ' מ"ש דקמ"ט דבבריא קניא ובש"מ אם עמד אינו חוזר וכ' התוס' בפ' ח"ה ד' מ"ד ע"ב דאף דידעינן בודאי שהיה איסור משקר קנה.

מהר"ץ סי' ט"ז. ולכאורה יש להקשות עליו ממ"ש הכנה"ג ס"ק ס"ט בשם הראב"ד והרטב"א ז"ל דבהודאה אינו יכול להקנות וכן ראיתי בתשו' הרשב"א ח"ג סי' ס"ז כ' הכי מיהו יצא לחלק בין כשהלשון מוכח לשון הקנאה וכגון דאמר רוצה אני שיהיו מטל' אלו ל"פ דאין זה לשון הודאה אלא לשון הקנאה וכה"ג לכ"ע לא קנה ונראה דיש להגיה בתחילת דבריו שכ' ע"ז לכ"ע קנה צ"ל לא קנה אבל כשהוא דרך הודאה אע"פ דידעינן ביה דאין לו בידו כלום הוא שלו מכיון דהודאה הוי יותר מק' עדים יע"ש וא"כ י"ל שגם דברי הרב מהר"ץ מיירי בכה"ג עכ"ל: המבואר מדבריו שרצה לפרש בדברי מהר"ץ ז"ל דלאו מטעם אודיתא קניא אלא מטעם הודאת בע"ד.

וזה הפך ממ"ש סי' ר"ן דתמה על תשו' מר"ן. דלענד"ן דאין לחלק ביניהם: ולפי מ"ש אנן בעניותין גם בדברי מהר"ץ א"א לפרש כן ויעיד ע"ז מ'ר בריה הרב שאלת יעב"ץ ח"ב סי' כ"ב כאשר ראיתי דבריו בארח משפט סי' ר"ן הגה"ט אות זין שכ' שהוא ג"כ בימי חורפו הסכים לדברי הגאון מ'ר אביו אמנם לעת זקנותו ראתה עינינו שטעו בהוראה זו והכריח דאין הודאה קניא בבריא כ"א בשכ"מ.

ע"כ דברי ה' ארח משפט. וכן הבין בדבריו בפשוט הברכ"י ח"מ סי' מ' סוף ס"ב עי"ש:

מעתה נחזור לדברי הח' הפוסק כמהר"א נ' חסין הי"ו שכ' ועי' עוד בדברי רשב"ם וכו'.

כמביא למעלה. המובן מדבריו.

דרגמ"א ז"ל איירי בדליכא עקירת ירושה ואפ"ה ס' דלא אמרינן פי האפוט' כפיו. וע"ז פליג רשב"ם וס"ל כיון שאין כאן עקירת נחלה א"כ נוכל לומר דדברי האפוט' הוי כמו

דברי פיו והיינו דכ' רשב"ם על ר"ג וז"ל וכל ראיותיו יש לדחות שאין כאן עקירת נחלה וכו' ור"ל שאין כאן עקירת נחלה כלל לא ע"י האפוט' ולא ע"י פיו וא"כ הוי דברי האפוט' כמו דברי פיו.

וא"כ בנד"ד שיש כאן עקירת נחלה אפ"י רשב"ם ז"ל יודה. זה המובן מדברי החכם הפוסק הנז' הי"ו: ואם כן הוא כוונת דבריו.

דברים זרים הם בדברי המרדכי ז"ל. שהרי תחילת דברי ר"ג כ' תן לבני כו"כ ולבנותי כו"כ וכו'.

וע"ז כ' אבל אם אמר ידך כידי וכו'. ובסו"ד כ' מכל הני טעמי שמעינן דאי יהיב האפוט' לבנות טפי מעישור נכסי וכו'.

וע"ז כ' המרדכי ז"ל ורשב"ם מפקפק וכו' ויתן לבנות כמו שנראה לו. גם בהוא לישנא שהעתיק הח' הפוסק כ' להדיא לתת לבת כראות עיניו.

מכל הני מוכח ומבואר להדיא דפלוגתייהו דרגמ"א ורשב"ם ז"ל בנותן האפוט' לבת במקום בנים יותר מעישור נכסי דאיכא עקירת נחלה. והכי פירוש דברי רשב"ם ז"ל שכ' וכל ראיותיו וכו' שאין כאן עקירת וכו'.

דר"ל כי יען שהרגמ"א ז"ל כ' בתחילת התשו' דדייק כן מדיוקא דקרא ומדיוקא דמתני'. מדיוקא דקרא דכתיב ביום הנחילו את בניו וכו' והעברתם את נחלתו וכו' האב מנחיל מחיים ולא האפוט' וכו' ומדיוקא דמתני' המחלק נכסיו על פיו וכו' ולא ע"פ האפוט' וע"ז כתב רשב"ם ז"ל וכל ראיותיו יש לדחות שאין כאן עקירת נחלה ע"י האפוט' בלבד ולא ע"י פיו אלא דברי האפוט' הוי כמו דברי פיו.

וא"כ ע"י פיו נעשית עקירת נחלה ופשוט הוא: איך שיהיה. בהא סליקנא.

ובהא נחיתנא. דמכל הני מילי דכתיבנא.

מדברי הפוס' ומספרן של צדיקים שמעינן דכל הני שטרי לית ביהו ריעותא. וחזקים הם אליבא דהלכתא ודתקנתא.

אי מצד האודיתא. ואם יד הדוחה נטויה לדחות.

הרי איכא לישנא דחוב דמהני אליבא דכולהו רבוותא. ובאופן בתרא דהגאון חכם צבי ז"ל וכמש"ל.

עי' קהלת יעקב מענה לשון ח"ג לשון כ"א אות ל' סוס"י רפ"ד. ומעתה כהר"ד הלוי הנ"ל הי"ו.

יעשה כחפצו ורצונו ככל אשר צויתה עליו האשה גו'הרא הנ"ל ולית מאן דימחא בידיה ווימר ליה מה עבדת ותל"מ. זהו הנלע"ד בזה.

וצווי"מ וימ"ן החו"ף פאס יע"א באב הרחמן יה"ל מ"ש והגידו לך את דבר המשפט לפ"ק וקיים: ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט סימן מ"ב שאלה ראובן שיש לו חצר או בית ומשכן חציה ביד שמעון ואח"ז מכרה ללוי ועמד שמעון בעל המשכונה לסלק הלוקח מדינא דב"מ. מהו הדין אם יכול לסלקו מכולה או מחציה.

או אינו יכול לסלקו כלל: תשובה הנה מכולה ודאי דלא מצי לסלקו. שהרי כ' הב"י סי' קע"ה וז"ל ומדברי הרמב"ם בפ"ב מה"ש שכ' הרי שטען הלוקח וכו' אם טען הלוקח ואמר גזלן אתה לשדה זה וכו' או שוכר או ממשכן צריך בעל המצר להביא ראיה וכו' משמע בהדיא שהשוכר קרקע או שהוא ממושכן בידו ונמכר קרקע הסמוך לו אין לשוכר או למי שהוא ממושכן בידו דין בן המצר להוציאו מיד הלוקח ומשמע לי דה"ה נמי אפי' קדם וקנה בן המצר מוציא מידו שאם היה לו דין בן המצר לענין זה ג"כ היה לו דין בן המצר להוציאה מיד הלוקח שאינו בן המצר ע"כ ובבד"ה כ' ולענין הלכה נקטינן כהרמב"ם.

ע"כ וכן פסק בשולחנו הטהור סנ"ח אם השדה הסמוכה למשכונה נמכרת וכו' ואם אין הלוח חפץ לקנותו וקנאו אחר אפי' אינו בן המצר אין המלוה יכול להוציאו מידו ואם קדם המלוה וקנה בן המצר מוציאו מידו ע"כ: מבואר מזה להדיא דדעת מר"ן ז"ל דגבי שדה שאצל המשכונה הא בהא תליא דכשאינו יכול המלוה לסלק הלוקח גם אם קדם וקנה המצרן מסלקו.

ואע"ג דבשדה המשכונה עצמה מצינו דס"ל למר"ן דלאו הא בהא תליא וכמ"ש בס' נז' וז"ל הממשכן שדהו ואח"כ מכרו לזה שהוא ממושכן בידו אין המצרן יכול לסלקו אבל אם מכרה הממשכן לאחר אפי' אינו בן המצר אין המלוה יכול להוציא מידו ע"כ עי' להכנה"ג הגב"י אות קמ"ג ובתשו' ח"א ד' קל"ה ע"ד וד' קל"ח ע"ד וד' קמ"ג ע"ג שתמה ע"ז.

ומדברי הנמ"י שהביא רבי' ב"י נראה דס"ל דהא בהא תליא כהב"י ז"ל שהרי בס' פ"ח כ' משם הנמ"י דמילתא דפסיקתא קתני דלית במשכנתא משום דינא דב"מ כלל שאם מכרה למי שממושכנת אצלו אין בעל המצר יכול לסלקו ובעל משכונה נמי לא מצי אם בא בעל השדה למכרה לאחר ע"כ ובס' צ"א כ' וז"ל וכו' בעל נמ"י גבי ארעא דחד ובת"י דחד שמי ששכן בבתיים מפני שממושכנת בידו או מושכרת לזמן ידוע ובאותם בתיים יש בית אחר שאינו ממושכן ואפי' אם הוא תחת העליה שהיא ממושכנת בידו אינו יכול לעכב על בעליו למכרו למי שירצה הילכך אם מכרו הבעלים אותו בית לבעל המשכונה המצרן מעכב עליו ע"כ: ואולם ה' דרכי משה סעיף ט"ז כ' וז"ל וכו' המ"מ פ"ב מה"ש בשם הרשב"א וב"י דקדק מדברי רמב"ם דלא ס"ל הכי וכו' נב"י דף קכ"ו ע"א דס"ל דלדעת האומרים שיש למלוה דין מצרן לענין שאם קדם וקנה זכה ה"ה אם קנה אותה לוקח אחר המלוה מסלקו ואין זה מוכרח דהא כבר כתבתי לעיל דכמה רבנותא ס"ל לענין משכונה דאין לו דין מצרנות רק אם קדם וקנה אבל הוא לא יכול לסלק לאחר ואע"ג שכתבתי לעיל דיכול הוא לסלק לאחר לענין הלכתא היינו דוקא במשכונה עצמה דהוא מוחזק בה אבל בקרקעי שאצלה אינו נאמן ע"כ: וגם בדרישה השיג על מר"ן ז"ל ואני תמיה על משמעותו מנין לו ה"ה זה ואף שנראה שהנמ"י ס"ל האי סברא.

וכמ"ש ב"י אח"ך מ"מ הלא הרשב"א ס"ל שאם קנה המלוה שדה שאצל המשכונה אין המצרן מסלקו כמ"ש המ"מ שהביא הוא עצמו וכשקדם אחר וקנה ס"ל דאפי' קנה שדה הממושכן עצמו אין המלוה מסלקו ואפ' באים כל א' לקנות יכול הלוח למוכרו למי שירצה שמע מינה דלא תליא זה בזה ע"כ: ולפ"ז מה שהגיה הרמ"א ז"ל במפה וי"א

דלמלוה דין מצרן היינו דאם קדם וקנה זכה אבל לא לסלק הלוקח וקאי אלפניו ולא אלפני פניו שהרי גילה דעתו בד"מ בהשגתו על הב"י והנמ"י ז"ל באומרו דאין זה מוכרח ומסיק דבקרקע שאצלה אינו נאמן וכן נראה ממהר"מ רבקש ז"ל שכ' על דברי מור"ם וז"ל פ"י שאם קנאו אין א' מבני המצר מסלקו ע"כ אשר מזה אני תמיה על הסמ"ע ז"ל ס"ק ק"י שכ' וז"ל וי"א דלמלוה דין מצרן ע"י ב"י שעשוה דין סילוק המלוה לאחר לדין קדם המלוה וקנאו שאין בעל המצרן יכול לסלקו ולפ"ז האי יש אומרים גם אשלפני זה קאי דס"ל דאם אין הלוח חפץ לקנותה וקנאה אחר שהמלוה מוציאה מידו בדין מצרן ואף שהטור כ' וז"ל ואם קדם המלוה וקנה זכה דמשמע דוקא שקדם וקנה היינו טעמא משום דהטור לא איירי שם לפני זה בקניית אחר וס"ל פשוט דהמלוה עדיף כחו מאחר ע"ך ומ"ש אבל בדרישה וכו' כ"כ לדעת עצמו וכ"כ הכנה"ג הגב"י אות קמ"ט וז"ל אבל בס' המפה כ' וי"א דיש למלוה דין מצרן וכן נ"ל עיקר ופ"י הסמ"ע דאם קנאה אחר המלוה מוציאה מידו קנאה המלוה אין בן המצר מוציאה מידו וכן פסק הב"ח אבל הסמ"ע סברא דנפשיה כ' דס"ל לרבינו בעה"ט ז"ל כהרמב"ם ז"ל דאם קדם אחר וקנאו אין המלוה מוציאה מידו ע"כ: גם הב"ח בתשו' סי' ש"ח כ' וז"ל וה"ל פ"ז מה שכ' הרב בהגהותיו ש"ע וי"א דלמלוה דין מצרן וכן עיקר ע"כ היינו לומר דלכל דבר יש לו דין מצרן דאם קנאו אחר המלוה מוציא מידו ואם קדם המלוה וקנה אין המצרן מוציא מידו ע"כ: עין רואה שני נביאים מתנבאים בסגנון א' בהבנת מור"ם ז"ל וה' גופיה גילה דעתו בספרו ד"מ להפך ודוחק לומר דאשתימיטייהו לכולהו רבוותא הב"ח והסמ"ע והכנה"ג שהבי"ד הסמ"ע ולא קרא ערער את דברי הד"מ ז"ל: אשע"ך נראה ליישב דטעמייהו דרבנן הוא דהנה נרש"ם על הגה זו טור בשם הר"י ברצילוני והמגיד בשם הרשב"א והיה בהני"ח שהמרשם הוא הרמ"א גופיה א"כ משמע דס"ל דהני רבוותא פליגי אהרמב"ם ז"ל והיינו כס' הב"י ז"ל דהא בהא תליא ופליגן בהדייהו דמ"ש הטור והר"י ברצילוני ז"ל ואם קדם וקנה זכה ה"ה דיכול לסלק הלוקח ומאי דמשמע מהרמב"ם ז"ל שכ' או ממשכן דאינו יכול לסלק הלוקח ה"ה דאם קדם וקנה בן המצר מוציא מידו דהא בהא תליא ולכך רשם הרמ"א להני רבוותא דוקא אבל למ"ש בד"מ דלאו הא בהא תליא א"כ הר"י ברצילוני ודעמיה לא פליגי אהרמב"ם ז"ל דמ"ש ואם קדם וכו' בדוקא נקט ולעולם דס"ל דאינו יכול לסלק הלוקח וכדמשמע מדברי הרמב"ם ז"ל ומ"ש בהגה דיש לו דין מצרן הוא לענין אם קדם דוקא וקאי אמ"ש מר"ן באחרונה ואם קדם וכו' ולא קאי אמ"ש לפני זה אין המלוה יכול להוציאו וא"כ היה לו לרשום גם הרמב"ם ז"ל: וכתב דהט' דלא זכר כ"א הני רבוותא הוא משום דהדין מבואר בדבריהם להדיא דאם קדם וקנו זכה לא כן בהרמב"ם יש לצדד אי ס"ל כהב"י דהא בהא תליא אם לאו אפ"ה לא היה לו לכתוב דבריו בחזון הסתום ולהניח למעיין מקום לטעות שהרי פשטן של דברים דקאי אכל דברי מר"ן ז"ל אלפניו ולפני פניו וגם משמעות לשונו שכ' דלמלוה דין מצרן היינו אפ"י לסלק הלוקח וא"כ אם כוונת מור"ם הוא כמ"ש בד"מ ושאינו לו דין מצרן כ"א לענין אם קדם וקנה דוקא א"כ קשה איך בא לפסוק הדין וכותב דברים דמשמעותן ופשטן הפך ממה שכוונתו לפסוק והיה לו לבאר וי"א דאם קדם וקנה זכה ואין בזה אריכות דברים כלל או לפחות היה לו להעיר לב המעיין בהרשימה דנר' שגם הרמב"ם יודה ובזה לא יטעה המעיין אלא ודאי דהדר ביה הרמ"א ז"ל ממ"ש בד"מ

ואזיל בסברת הב"י דהא בהא תליא ונמצא דהרמב"ם והטור והר"י ברצילוני פליגי ופסק דהטור והר"י ברצילוני ז"ל: ואנו אין לנו אלא דברי מר"ן שפסק דבשדה הסמוכה למשכונה אינו יכול לסלק הלוקח ואם קדם וקנה המצרן מוציא מידו ואע"ג דבשדה המשכונה עצמה נהגו אבותינו ורבתינו הר"א זיע"א לדון כס' הרא"ש ז"ל שהביא רבי בעה"ט ז"ל ס' פ"ח ופסקו מור"ם בהגה סנ"ז וז"ל וי"א דאפי' קדם המצרן וקנאה יכול המלוה לסלק ע"כ: ולכאורה מקום יש בראש לומר דלדיעה זו דחשבינן לבעל המשכונה כמי שיש לו בגוף הקרקע דמי א"כ יחוייב מזה לומר דלקרקע הסמוכה לא הוי מצרן גמור לסלק הלוקח ואין המצרן מסלקו בדקדם וקנה דכבעל גוף הקרקע דמי: הא לאו מילתא היא דע"כ דמחשיבינן ליה כבעל גוף הקרקע אלא בגוף הקרקע הממושכן עצמו אבל בקרקע הסמוך לו אינו אלא כאיניש דעלמא שהרי אינו נושא בו אלא דמים ואין לו בגוף הקרקע כלל ואין לך בו אלא חידושו ואינו מוכרח לומר דלהרא"ש ז"ל דסבר בשדה המשכונה דיכול לסלק המצרן דסבור דבסמוכה לא הוי מצרן גמור לכל מילי דא"נ תיקשי לרבי בעה"ט שכ' בס' צ' האי דינא דשדה הסמוכה שכן נ"ל ושכ"כ הר"י ברצילוני ז"ל והיה לו לומר שכן היא דעת הרא"ש ז"ל מהאי הכריח לס' הב"י דסבר דהא בהא תליא וסברת הטור היא דהוי מצרן לכל מילי ולסברת הדרישה ודעמיה דס"ל דלאו הא בהא תליא וסברת הטור היא דאינו יכול לסלק הלוקח קשה יותר דאיך הטור פליג על הרא"ש אביו אלא ודאי דאין זה הכריח וכ"נ להדיא מלשון הד"מ שכתבנו לעיל כמ"ש ואע"ג שכתבתי לעיל וכו' קחנו משם: באופן שאין לנו הכריח לדעת דעת הרא"ש ז"ל בשדה הסמוכה למשכונה שהרי הטור מסברא דנפשיה סבר כהר"י ברצילוני ז"ל ולא גילה לנו סברת הרא"ש אביו מה היא ואם היה איזה הכרח לדעת סברתו לא היה מעלים עין מלזוכרו אלא ודאי דאין כאן הכריח כלל ולא מכרעא ס' הרא"ש ז"ל בשדה הסמוכה אי סבר לה דהוי מצרן לכל מילי או דוקא בדקדם וקנה או דאינו אלא כאיניש דעלמא וכדעת מר"ן וא"כ אנן דגירינא בתר מר"ן ז"ל ואתכא דידיה קא סמיכנא מקבלת אבותינו ורבתינו זיע"א אין לנו לזוז מדבריו וא"כ בנ"ד פשוט וברור דלה מצי לסלקו מכולה: אכן מחציה שממושכן בידו מקום יש בראש לצדד לכאן ולכאן דמצינו למרן בשלחנו הטהור ס' י"ג שכ' וז"ל אחד שלקח משנים שדה אחת ובא המצרן לסלקו מחציה שלקח מן הא' אינו יכול לסלקו אא"כ מסלקו מכולה או מניחו בכולה ע"כ ופשוט הוא דכ"ש אם לקח מא' דלרבותא כ' ב' וכמ"ש הש"ך סקי"ב ובמקום אחר כתבתי דודאי דכל החצר דמיא לשדה א' שהרי מעשים בכל יום אנו דנים דינא דב"מ במכירת החצר שיש בה ב' בתים או יותר ואי אמרינן דכל בית דמיא לשדה א' א"כ הו"ל מכר כל נכסיו דלית בה דינא דב"מ אפי' אי הוי מצרן לכולהו ושם הארכתי קצת ועוד העלינו לעיל דלא מצי לסלקו מהחלק שאינו ממושכן ולפ"ז אינו יכול לסלקו אף מחלק הממושכן שהרי הלוקח יכול לעכב עליו ולומר לו לא מצית לסלקני אפי' מחציה כיון דלא מצית לסלקני מכולה ונימא דנ"ד דמי להיא מר"ן ז"ל.

אלא דיש לחלק ולומר דהא דאמרינן אינו יכול לסלקו מחציה היינו דוקא במי שבידו לסלקו מכולה מן הדין אלא שהוא אינו רוצה לכן הלוקח יכול לעכב עליו אבל היכא דאין בידו לסלקו מכולה מן הדין אין הלוקח יכול לעכב עליו ולומר לו עד שתסלקני מכולה וכיון דלא מצית לא תסלקני אפי' מחציה דאין זה ביד המצרן ומאי הו"ל למעבד

אחר שאין הדבר תלוי בידו ולמה יפסיד זכותו ושאיני היכא דבידו משום דאיהו דפסיד אנפשיה כיון דבידו לסלקו מכולה: ולכאורה יש להביא ראיה לזה מתוך דברי המט"ש בהגה"ט אות ד"ן שכ' וז"ל מדכתב מר"ן ז"ל וה"ה ללוקח מאשה וכו' הוי הדין שוה וכמו היכא דקנתה אשה לא פלוג רבנן בין קנתה אשה לבדה בין קנתה עם בעלה כמ"ש מור"ם במפה בשם הריב"ש ה"ה גבי הקונה מן האשה לא פלוג בין אם היא מוכרת לבדה בין אם מוכרת עם בעלה ע"כ ויש לתמוה דבמוכרת עם בעלה פשיטא דאינו יכול לסלק הלוקח אף מחלק שקנה מהבעל כיון דאינו יכול לסלקו מחלק שקנה מהאשה דהא אינו יכול לסלקו מחציה אא"כ מסלקו מכולה ואמאי הוצרך ללמוד דין זה מריב"ש ומור"ם ז"ל וכבר למד מקודם דברי הש"ע שהם דברי הרמב"ם ז"ל ופסקו ג"כ הטור ולא נמצא חולק ע"ז ובשלמא קנתה היא ובעלה אנו צריכין לטעמו של הריב"ש ז"ל דהלא"ה היה יכול לסלק הבעל וכמ"ש מר"ן שם באותו סעיף אבל המוכר קרקע לשנים יכול המצרן לסלק לשניהם או לסלק הא' ולהניח הא' ע"כ.

ומדהוצרך ללמוד מהריב"ש ומור"ם נראה דס"ל דאין ללמוד מדברי הרמב"ם דשאני היכא דאינו יכול לסלקו מן הדין וכמ"ש: אכן נראה דאין מזה ראיה דאפשר דהוצרך המט"ש ללמוד את דינו מהריב"ש ז"ל ומור"ם ז"ל ולא למדו ממאי דתני קודם דברי הרמב"ם והטור והש"ע ז"ל הוא משום דמדבריהם אין ללמוד כ"א במוכרת היא ובעלה שדה א' אבל היכא דמכרו שניהם ב' שדות סמוכות אינו יכול ללמוד מדבריהם וכמ"ש מור"ם ז"ל וז"ל ודוקא בשדה א' אבל ב' שדות יכול לסלקו מא' ומניח לו אחת ע"כ ולכך הוצרך ללמוד מהריב"ש ומור"ם ז"ל דמדבריהם יש ללמוד אף בדמכרו שני שדות סמוכות ולכאורה אין לנו הכריע לצד אחד: האמנם מתורתו של הריב"ש ז"ל מוכח להדיא דאין מקום לחול ס' זה והילך תשובתו בסי' שס"ט בדין אשה ובעלה שקנו שניהם קרקע יחד שהדין הוא שהקרקע הקנוי בין שניהם שותפים בו וחציו קנה הבעל לעצמו וחציה קנתה היא הגוף ופירות הבעל ובחלק האשה אין בן המצר יכול לטעון וכיון שאינו יכול לסלק האשה הנה גם הבעל נקרא בן המצר לסלקו מפני חלק האשה שיש לו בו קנין פירות ולא גרע ממשכנתא ואפי' לדעת הסוברים במשכנתא בקרקע הסמוך בן המצר יכול לסלקו כיון שאין לו בזה אלא דמים אפי"ה בעל בנכסי אשתו עדיף מיניה שהרי אפי' בזכות אשתו יש גם לו זכות שהרי כל נכסי אשתו ברשותו ובעל בנכסי אשתו לוקח ראשון הוי וא"כ הוא נקרא בן המצר וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ג מה"ש ז"ל בעל שהיתה אשתו בן המצר הרי זה מסלק את הלוקח שכל נכסי אשתו ברשותו וכל זכות שתבא לה זכות הוא לו ואפי' קנו מיד אשתו שמחלה בזכות זה ללוקח אינו מועיל שהבעל מסלקו וכו' ואע"פ שמתחילה טרם שקנה זה הקרקע לא היה הוא בר מצרא מ"מ עתה בא לו כאחד שקנה חלקו ונעשה בן מצר מפני זכות אשתו דאיך נאמר לו הסתלק מחלקך משום ועשית הישר והטוב והנה זה החלק צריך לו ג"כ כי הוא עת בן המצר מפני חלק אשתו ע"כ ופסקו מור"ם ז"ל במפה סי' מ"ז וז"ל קנתה היא ובעלה ביחד אין יכולין לסלק אפי' הבעל ע"כ: אתה הראת דסברי מרנן הריב"ש ומור"ם ז"ל דאע"ג דלא היה בן מצר טרם הקנין מ"מ בשעת הקנין באו לו כאחד שקנה חלקו ונעשה בן מצר לחלקו שקנה מזכות שיש לו בחלק אשתו מאותה קנייה ואין המצרן האחר שהיה בן מצר מקודם הקנין יכול לסלקו ודון מינה ואוקי באתרין לנ"ד דכיון דאינו יכול לסלקו באותו חלק

שאינו ממושכן הרי עתה באו לו כאחד קנין החלק הממושכן ונעשה שותף ובן מצר מהחלק שאינו ממושכן ואין בעל המשכונה יכול לסלקו כלל דאנן קי"ל דיד הממשכן ויד השותף שוין וכל הקודם בהן זכה: ודע דהרמב"ם והש"ע לא איירי בדאינו יכול לסלקו מכולה מן הדין דזה הוא מטעם אחר משום דנעשה בן מצר בשעת מכירה וכמ"ש הריב"ש אלא איירי בדיכול לסלקו מכולה מן הדין דלא שייך בזה הא דהריב"ש ז"ל דודאי דלא נעשה בן המצר בשעת מכירה אא"כ נחלט איזה חלק בהמכירה ההיא ביד הלוקח בשעת מכירה שאין יכול המצרן לסלקו מאותו החלק בשום אופן מן הדין דאז ודאי מכח החלק ההוא הנחלט בידו נעשה בן מצר אף בשעת קנייה לא כן היכא דבידו לסלקו מכולה דבשעת מכירה לא נחלט ביד הלוקח שום חלק כלל שהרי בידו לסלקו מכולא אלא שאחר המכירה שנודע למצרן לא רצה לסלקו אלא מחציה והשתא הוא דנעשה בן מצר וכיון דאף בשעת מכירה לא היה בן מצר מאחר דבההיא שעתא היה יכול לסלקו אין לו דין מצרן ולכך הוצרך הרמב"ם ז"ל לטעמא אחרנא דיכול לומר לו לא תסלקני מחציה אא"כ תסלקני מכולה ור"ל שאיני חפץ בחצי שדה כ"א בשדה שלימה: וחזיתיה להמשה"א סק"ג אמ"ש מור"ם ז"ל אבל שתי שדות יכול לסלקו וכו' כ' וז"ל ומניח לו א' ונר' אף דאלו הב' שדות סמוכות אינו יכול הלוקח לומר כיון שאתה מניח לי אחת הריני מצרן כמותך כיון דבשעת מכירה לא היה מצרן וזה הוא דוקא כשקנה שניהם כאחד אבל קנה בזו אחר זו אינו יכול לסלקו רק משדה שקנה ראשונה ולא משדה שקנה שנייה כשהן סמוכין דמחמת הראשונה הוא מצרן לשנייה כמותו ע"כ: ואהמ"ר דבריו תמוהים דממאי דמחלק דהיכא דקנה שניהם כאחד יכול לסלקו מאיזה שירצה אבל בזה אחר זה אינו יכול לסלקו כ"א מהראשונה ולא מהשנייה דבשעת מכירה דהשנייה כבר הוא מצרן מקנין הראשונה מוכח דס"ל דאינו נעשה מצרן בשעת מכירה ולפ"ז אישתמטתיה דברי הריב"ש ז"ל ואם כונתו כמ"ש אנן בעניותין משום דבידו לסלקו א"כ אפי' בזה אחר זה מאחר דבידו לסלקו אף מן הראשונה א"כ אינו נעשה בן המצר עד אח"ך וזה אין לו דין מצרן ולדידי חזי לי פשוט דאין חילוק בין קנה שניהם כא' ובין בזה אחר זה כל שלא נודע לו אלא אחר קנין שניהם יכול לסלקו מאחד מהם שירצה: וראיתי להסמ"ע ז"ל סקפ"ו שכ' וז"ל קנתה היא ובעלה ביחד וכו' פ' וידוע שיש לה ממון בפני עצמה שאין יכולין לסלק אותה משום הכי גם לבעלה אין יכולין לסלק כיון שבמקח אחד קנאוהו ביחד ע"כ והנה קצר במקום שהיה לו להאריך: וחזיתיה לה' משד"ר מנימוקי מהרמ"א ח"מ דט"ו שהבי"ד הסמ"ע ודברי הריב"ש ז"ל וכו' דליתא לדברי הסמ"ע שכ' הטעם שבמקח א' קנאוהו אלא הטעם הוא כמ"ש הריב"ש ז"ל וכו' ודע לך שמתעם שכ' הסמ"ע יוצא אם לא היה הקנין בפעם אחד רק בב' פעמים כגון אם היה למוכר ב' בתים ומכר בית א' לאשה ואח"ז מכר הבית הב' לבעל ולא היה לאשה מעות שתקח הבית הב' וקנאה הבעל המצרן מוציאה מהבעל כיון שלא קנאום במקח א' וליתא דכבר כתבתי דטעם הריב"ש ז"ל אינו מטעם שבמקח א' קנאוהו רק מטעם שהבעל נקרא בן המצר מפני חלק אשתו וכל זכות שיבוא לה זכות הוא לו שיש לו קנין פירות וכיון שכן לא שנא קנו במקח א' או כמו ההמצאה שכתבתי שאחר שקנתה האשה בית א' קנה אח"כ הבעל בית שנית דין אחד להם ואין המצרן יכול להוציא מידו שכל א' מהמצרנים שקדם וקנה אין המצרן חבירו יכול להוציא מידו ע"כ: ואהמ"ר אני תמיה

שהרי כ' מר"ן ס' י"ד וז"ל בעל בנכסי אשתו יש לו דין מצרנות שאם יש להם קרקע מנכסי מלוג ובאו למכור קרקע שאצלו יכול הבעל לסלק הלוקח וכו' ע"כ והם דברי הרמב"ם ז"ל בפ"ג מה"ש וכו' ה' המגיד ז"ל זה נראה פשוט ופסקו הטור ס' כ"ז וכו' הבי"ש שכ"כ הנמ"י והריב"ש גופיה מדברי הרמב"ם ז"ל הללו הוכח לדינו וגם הסמ"ע עצמו שם סקכ"ג בא בנותן טעם דבעל בנכסי אשתו חשוב כלוקח ונחשב שלו וא"כ היאך נאמר דסבר לה הסמ"ע הפך כל הני רבוותא ולא נמצא חולק עליהם וגם דפליג דידיה אדידיה ועוד המשד"ר ז"ל אמאי לא דחה דבריו אלא משום דמטעמו של הריב"ש ז"ל נראה דל"ש ולא זכר ש'ר את כל דברי הפוס' הנ"ל: והרב מוהר"ר עוזר ז"ל הבי"ד הבה"ט כ' וז"ל ולא עיין במקור הדין בהריב"ש שכ' הטעם כיון דקי"ל דא"י לסלק אשה והבעל קונה פירות בשדה אשתו א"כ נעשה הבעל מצרן בקנייה זו ע"ש הרי מבואר דדוקא ביש לבעל פירות בשדה אשתו דא"י לסלק את בעלה דנעשה מצרן בקנייה זו ע"ך דמשמע מדבריו דהסמ"ע איירי ביש לה ממון בפ"ע ואין לבעל בהם אפי' אכילת פירות ולפ"ז אין סתירה מס' הפוס' הנ"ל לדברי הסמ"ע ולפי' יש לתמוה דכיון דאיירי בשאין לבעל אכילת פירות לא היה לו למור"ם להעלים עין מלפרש דפשטא דמילתא איירי ביש לו אכילת פירות ועוד למה ליה למינקט היא ובעלה הו"ל לאשמועינן רבותא ולומר קנתה היא ובניה וכיוצא: ולענ"ד נראה דכונת הסמ"ע היא כמ"ש הריב"ש ומ"ש כיון שבמקח א' קנאוהו ר"ל דכיון שלא היה קנין האשה אחר קנין הבעל אלא דבמקח א' קנאוהו הוי כמי שהיה קנין האשה קודם והרי נעשה ב"מ מצד אשתו וכמ"ש בס' י"ד וזה נראה פשוט בפ"י דברי הסמ"ע אלא שקצר בלשונו ולא הוצרך לפרש שהטעם הוא משום שהוא ב"מ דהא מדכ' מור"ם ז"ל היא ובעלה ולא כ' היא ובניה ודאי דהטעם הוא משום שהוא ב"מ וכמ"ש בס' יד' דהבעל הוי בן המצר אך מה שהוצרך לאשמועינן הוא דאע"ג דקרקע זו של אשה שממנו נעשה הבעל בן מצר לא היה לה מקודם קנייה דידיה לזאת כ' כיון שבמקח א' קנאוהו ור"ל דאף בשעה זו מהני והוי כמו שהיה לה מקודם: עולה מן המד'בר דאינו יכול לסלקו אפילו מחלק הממושכן דכיון דאינו יכול לסלקו מחלק שאינו ממושכן הרי נעשה בן מצר ושותף בשעת קנייה דמהני לס' הריב"ש ומור"ם ז"ל וכיון דקדם וקנה זכה ואין בעל המשכונה יכול לסלקו כלל.

ותו לא מידי. וצור ישראל יצילנו משגיאה וימ"ן וקיים: הצעיר שלמה אבן דנאן ס"ט סימן מ"ג.

בענין מצרנות בשכירות עי' סי' קע"ה סס"א שנים ששכרו וכו' ע"ך אך דוקא אם רוצה לסלקו כדי לדור בו אבל אם אינו רוצה לדור בו אלא להשכירו לאחרים אין לו דין בן המצר דטעמא דמצרנות הוא משום ועשית הישר והטוב וזה שהוא רוצה לסלק השוכר ולהשכיר לאחרים הוא הפך הישר והטוב וזה אחד מהטעמים שכ' ר"ת שאין דין מצרנות בבתים דדוקא בשדות אף העשיר צריך הוא לשדות הרבה אבל עשיר שיש לו בית דירה לא יתכן שיסלק הלוקח מבית דירתו והוא קנה בית להשכיר לאחרים אין זה ישר וטוב וכו' הבי"ש דלפי טעם זה אם היה רוצה אותו המצרן לדירתו או להרחיב ביתו יש בו דין דב"מ יעו"ש ואף דאנן לא קי"ל כר"ת וכמ"ש הבי"ש היינו דוקא במכירה משום דאמרינן דיש בה משום הישר והטוב כדי שיהיו קרקעותיו מצויים במקום אחד והאי טעמא לא

שייך אלא במצרנות דמכירה אבל לגבי מצרנות דשכי' שרוצה לסלקו כדי להשכירו לאחר הא ודאי כמ"ש ר"ת דאין זה ישר וטוב וכן אנו נוהגים.

וכ"כ מוהר"ר ר"ב בתשו' ח"ב סי' צ"ט דאין זה ישר וטוב ושכן מדוקדק מס' נ"ט לשכרו לעצמו ר"ל כאלו שלא לעצמו בלא"ה א"כ מצרנות ע"ש: וצל"ד היכא דהשותף רוצה לסלק לשוכר ששכר חלק שותפו. בכל החצר ורוצה לדור בבית א' ולהשכיר לאחרים השאר אם יכול א"ל.

וכן אם יכול לסלקו מחלק הבית ההוא שרוצה לדור בו ולהניח לו השאר ע"י שומא ששמן כמה שוה הבית ההוא וכמה שוה השאר. דהנה מצינו למר"ן הש"ע סי"ג שכ' וז"ל אחד שלקח משנים שדה אחת ובא המצרן לסלקו מחציו שלקח מן הא' אינו יכול לסלקו אלא א"כ מסלקו מכולה או מניחו בכולה ע"כ וכ' מורם במפה ודוקא בשדה א' אבל ב' שדות יכול לסלקו מא' ומניח לו א' ע"כ: נמצינו למדים דבשדה אחת אינו יכול לסלקו מחציה בין לקח מא' ובין לקח מב' ומ"ש מר"ן משנים לרבותא כ"כ דאפ"ה אינו יכול לסלקו מחציו ובשתי שדות יכול לסלקו מא' בין לקח משנים ובין לקח מא' וכמ"ש הש"ך סקי"ב ואף דהסמ"ע סקכ"ב צדד לומר דבשני שדות דוקא כשקנאן מב' אין הטעם משום דס"ל דכשקנאן מא' א"י לסלקו מאחד אלא משום דאינו יכול לסלקו אפי' משניהם יחדו דכיון דמכר ב' שדות הו"ל כמכר כל נכסיו דלית בה דינא דב"מ אבל אי איכא דינא דב"מ יכול לסלקו מא' אף כשקנאן מא': מעתה יש להסתפק בחצר שיש בה שני בתים או יותר אם נדון כל בית לשדה א' ויכול לסלקו מא' או דילמא דכל החצר כולה יש לה דין שדה א' ואינו יכול לסלקו מחציה: והנלע"ד הוא דכל החצר כולה דמיא לשדה א' שהרי אגן קי"ל דגם במוכר ב' שדות אין כאן דינא דב"מ דהו"ל כמכר כל נכסיו ושכן המנהג פשוט.

ומעשים בכל יום שהמצרן מסלק את הלוקח אפילו יש במקח שני בתים ואי חשבינן כל בית לשדה הרי איכא שתי שדות דלית בה דינא דב"מ: ואין לומר דהטעם הוי משום דהוי מצרן לכולהו בתי ולכך יכול לסלקו מכולהו ולא אמרינן דבשני שדות אין בו דין מצרן אלא היכא דלא הוי מצרן לכולהו וזה יצדק לפרש"י ז"ל דס"ל שאם זה רוצה לקנות כל הנכסים או מצרן כל שדה ושדה רוצה לקנות שדה שהוא מצרן לו אית ביה דינא דב"מ ולפי' אף דאינו מצרן אלא לא' אם רוצה לקנות הכל אית ביה דינא דב"מ אבל להרא"ש ז"ל אפי' אם המצרן רוצה לקנות כל הנכסים או אי אתו מצרני כולהו אין בו דינא דב"מ א"כ אפי' יהיה מצרן לכולהו וירצה לקנות כולם אין בו דינא דב"מ דמ"ש וזיל בתר טעמא שכ' הרא"ש ז"ל לפי שאין אדם מצוי שיקנה כל נכסיו ביחד הילכך אין לו להודיע למצרן שמא בתוך כך ימלך הלוקח ולא תקנו לעשות הישר והטוב למצרן שיהיה רע למוכר וכמ"ש כ"ז בב"י ולפי טעם זה אף אי הוי מצרן לכולהו מ"מ הרי המוכר מתירא וחושש להודיעו שמא אדבני בני ימלך הלוקח ולכך ודאי דאין בו דינא דב"מ וכ' הב"י ז"ל דטעמא דמסתבר הוא והכי נקטינן וכן פסק בש"ע סל"ו: הן אמת כי ראיתי לה' אורח משפט ז"ל סי' קע"ה סקט"ל שכ' וז"ל מכר כל נכסיו כו' נ"ב וכן פסק רבינו המחבר בשולחנו הטהור סל"ו וז"ל מכר כל נכסיו אין בעל המצר של שדה א' מסלק את הלוקח שהרי היא והאחרת קנה כאחד עכ"ל ודקדק הט"ז דמשמע מזה דאיירי

דאין לו אלא שנים כו' וכן משמע בסמ"ע סקכ"ב ומתוך זה הקשה למ"ש רב"י המחבר בב"י מחו' ל' וכו' לחלק דהתם איירי לענין קדימה וכו' יע"ש ולענ"ד לא ידעתי כוונתו דהתם איירי ששוכר הבית הוא מצרן גם לחנות כמבואר שם לא כן הכא דאין כאן מצרנות אלא לשדה אחת גם מה שדקדק מלשון הש"ע דאין לו אלא שנים או שאינו רוצה למכור אלא ב' לענ"ד ליתא כמבואר בלשון רבי' בעה"ט ורבי' בב"י שכתבו מצרני כולם וכו' יע"ש ע"ך: ואהמ"ר כוונת הט"ז פשוטה ומבוארת וגם ה' דרכי משה בההוא עובדא הקשה כן על מר"ן ז"ל וז"ל אבל במ"ש דאם קדם א' מהם וקנאו הב' מסלקו זהו צ"ע דהא אמרינן פ' המקבל מכר כל נכסיו לאחר לית ביה משום דינא דב"מ וכו' שם הרא"ש ז"ל ואפי' אם המצרן רוצה לסלקו מכל נכסיו לית ביה משום דינא דב"מ וכבר כתבתי לעיל בשם ב"י דהכי נקטינן וא"כ ה"ה כאן שמכר ביתו וחנותו בבת אחת אין בעל מצרן לא' מהם יכול לסלק הלוקח ע"כ יע"ש: ומה שחילק ה' ארח משפט דהתם איירי ששוכר הבית הוא מצרן גם לחנות לא כן הכא דאין כאן מצרנות אלא לשדה א' בהורמנותיה דמר קאמינא דאין חילוק זה עולה יפה דלס' הרא"ש דנקטינן כוותיה לא יש סברא לחלק בין מצרן לכולהו ובין מצרן לאחד אחר שהטעם הוא מפני שאין מצוי לקנות כל נכסיו ולכך כשיזדמן לו ללוקח מתירא לילך להודיע למצרן שמא בתוך כך ימלך הלוקח ובן אדם ויתנחם וא"כ מה הועיל אם הוא מצרן לכולהו והרי המוכר חושש אדביני ביני שיודעו ימלך הלוקח והמצרן לא ירצה לקנות א' או לא שנא ועוד דבההוא עובדא פסק מר"ן דכל א' מצרן למקום שהוא דר בו דוקא ומ"ש מר"ן בתחילת דבריו וגם שוכר הבית רוצה לקנותם שהבית הוא בתוכו ולחנות הוא מצרן ע"ך הם דברי בע"ל הבית ולא דברי מר"ן וגם לאותם שהיו רוצים לדמותו לארעא דחד ובתי דחד וכו' אבל למר"ן מהיכא תיתי תיסק אדעתין לומר דסבר דשוכר הבית הוא מצרן גם לחנות אי מההיא דארעה דחד הרי כתב להדיא דלא דמי ואי משום שהיא אצל הבית שדר בה בשכירות הרי למעלה מזה סמוך ונראה כ' משם להקת הפוסקים כשבית שאצל בית השכי' נמכר אין שום זכות לשוכר אלא כאינש דעלמא וכ"כ ה' דרכי משה על דברי מר"ן וז"ל האריך בנתינת טעם לדבריו ודבריו נראים במה שכתב שכל א' הוא מצרן לשלו והוא קודם לחבירו הואיל והוא דר בו ואין הב' נקרא מצרן לזה כמ"ש לעיל בשם נימוקי יוסף לענין משכנתא דבית ומרתף תחתיו ואע"ג דגם על זה חולק הרא"ש והרשב"א מ"מ פסק כדברי הרמב"ם ז"ל דס"ל כדברי נמ"י וכמ"ש לעיל גבי אם מכר הקרקע שאצל המשכונה ע"ך: גם מה שדחה דברי הט"ז מלשון רבינו בעה"ט ורבי' בב"י שכ' מצרני כולם אינו מוכרח דלשון זה יאמר גם על ב' שדות ועוד דלא איירי דוקא בשני שדות אלא בשני שדות או יותר וע"ז כ' מצרני כולם: באופן כי דבריו תמוהים ולא זכיתי לידע כוונתו ועוד אני תמיה עליו מאחר שהעיר לבו להקשות על הט"ז איך לא הרגיש להקשות על הט"ז קושיא גדולה הנראית החוש"ה אל העיין בהשקפה ראשונה והוא במ"ש הט"ז וז"ל ואין להקשות ממ"ש ב"י סוס"י זה מחו' ל' מעשה בא לידי וז"ל הלכך אם כל א' רוצה לעמוד בשלו קונים אותו ביחד ושמינ ביניהם כמה דמי הבית כמה הם דמי החנות עכ"ל שמע מינה דלא מועיל להא' שקנה הבית והחנויות להחזיק שניהם אע"פ שאין הב' מצרן אלא לא' מהם התם שני.

דלא קנה עדיין שום א' מהם אלא רוצים עכשיו לקנות משא"כ אם כבר קנה הא' שניהם אין המצרן לא' מהם יכול לסלקו. כן נלע"ד ברור ע"ך.

דמקשה מהמשמעות ומהדיוק ומשני דמעשה דמר"ן איירי בבאים בתחילה שניהם לקנות לכך פסק דקונים שניהם ביחד וכ"א יעמוד בשלו לא כן היכא דכבר מכר שניהם לאחד אין השני יכול ללסקו והנה לכאורה בהבטה ראשונה אמרתי דמוכרחין אנו לומר דאשתמיתטיה להט"ז דברי מר"ן בההוא עובדא תוך כדי דבור אחר סמוך ונראה וז"ל הלכך שוכר החנות קונה החנות ואין יכול שוכר הבית לעכב על ידו ואפי' קנאו שוכר הבית יוצא שוכר החנות מידו מטעם מצרן וכן אם שוכר החנות קנה הבית שוכר הבית מסלקו מטעם מצרן הלכך אם כ"א וכו' ע"ך.

עין רואה דברים ככתבן דאף בדכבר מכר יוציא האחר מידו ואין לדחות ולומר דמ"ש ואפי' קנאו שוכר הבית דר"ל שקנה החנות לבדה וכן איפכא שהרי הנדון היה שהבעל לא רצה למכור אחת לבדה אלא שניהם יחד וכמ"ש בתחילת דבריו ולכך הוצרך לומר בסוף דבריו קונים אותו ביחד ושמן בניהם: ואולם אשכחנא לה פתרי והוא ע"פ מה שראיתי להכנה"ג בהגב"י אות קס"א שכ' משם.

ה' משפט צדק ז"ל שהקשה ההיא תשובה דמחו' ל' עם ההיא דמחו' כח' דאין השוכר יכול לעכב ופסקו בקצר ס' ס"ג וז"ל השכיר ביתו לאחד ואח"כ מכרה לאחר אפי' אינו בן המצרן אין השוכר יכול להוציאו מידו ע"כ. וכן הקשה הש"ך סקס"ה וכו' הכנה"ג ואשר אני אחזה לי שלא כ' ה' ז"ל במעשה שאין השוכר יכול לעכב על המוכר שלא למכור לאחר אלא דוקא כשכבר קנה האחר אבל בבא למכור אומרים למוכר שימכור למצרן כיון דאין הלוקח מוחזק טפי שייך מצרן בההוא ארעא מלוקח וכמ"ש רבי' המחבר בסוף מחודשין ל' וכ"כ מהראד"ב בס' הנז' דלא פסק כאן רבי' המחבר ז"ל כן אלא בשכבר מכר אבל אם בא למכור השוכר מעכב ולכן במעשה הבית וחנות דבאים לקנות בתחילה זוכה לשוכר החנות משום דהוי מצרן טפי ומ"ש רבינו המחבר במעשה הבית וחנות ואפי' קנאו שוכר הבית יוצא שוכר החנות מידו וכו' ענין א' הוא ואינו דומה לאחר שקדם וקנה ואינו לא מצרן ולא שוכר ולא ממשכן דהכא מיירי בשמוכר המוכר החנות לבע"ה בחושבו שהוא קודם לבעל החנות מפני שהיא נסמכת על העמודים או שמכר לבעל החנות בחושבו שהוא קודם לבעל הבית אפי' שמכר כבר השוכר הקודם יוצא מידו דהא לא הקנהו המוכר קרקע זה בשלימות כדי שנאמר הלוקח הוא המוחזק אלא הקנהו אדעתא שהוא קודם ואם הדבר בהפך קנין בטעות הוא וחוזר והו"ל כאלו לא מכר וחזר הדין להיות קודם מי שיש לו קדימה מן הדין אבל בשמכר הקרקע לאחר שאינו לא מצרן ולא שוכר ולא ממשכן הא ודאי כשהקנהו המוכר ומכר הקרקע לו לא מטעם מצרן הקנהו שהרי אינו לא מצרן ולא שוכר ולא ממשכן אלא מטעם לוקח הקנו ונקנה לו שהלוקח הוא מוחזק ע"ך והנה ודאי הוא דאף לדברי הכנה"ג היכא דמכר לשוכר הבית ג"כ או לשוכר החנות וידעינן דמכר בשלימות ולא משום דבחושבו שהוא קודם דהו"ל כמכר לאחר דאינו לא שוכר ולא ממשכן ואין השוכר האחר יכול לעכב על ידו וא"כ אף אנן נמי נימא דגם הט"ז הכי מפרש להו להנהו תשו' דמר"ן כי היכי דלאו להו פלגן בהדייהו דכיון שמכר לא' מאלו השוכרים שוכר הבית או שוכר החנות הוא מטעם

דבחושו שהוא קודם וכיון שאינו כן הו"ל קנין בטעות וחוזר והו"ל כאלו לא מכר ולכן כ' הט"ז התם שאני דלא קנה עדיין שום אחד מהם אלא רוצים עכשיו לקנות דאפי' אם כבר מכר הו"ל כאלו לא מכר משא"כ אם כבר קנה הא' שניהם ר"ל אפי' אחד מהשוכרים ומיירי דידעינן דמכר בשלימות ולא משום דבחושו דהו"ל כמכר לאחר אין המצרן לא' מהם יכול לסלקו אלא דאכתי לא אפרק דלס' הט"ז ז"ל דבשני שדות ליכא דינא דב"מ א"כ בההוא עובדא דבית וחנות אף דמכר לא' מהשוכרים משום דבחושו שהוא קודם ונמצא שהוא טועה בחושו ונתבטל המקח מהאי טעמא תיפוק ליה דנתקיים המקח מאידך טעמא דשני שדות לס' הט"ז ז"ל: ואולם לא על הט"ז לבד איכא לאקושיי אלא גם על הכנה"ג נמי אית לאקשווי שהרי כ' בהגה"ט אות ס"ה וז"ל מכר כל נכסיו וכו' נ"ב יראה מדברי רבי ב"י ז"ל שדין זה אפי' כשאין לו אלא שני שדות והסמ"ע מגמגם בזה ע"כ הרי דסבר לה מ'ר הכנה"ג בדעת רבי ב"י כדעת הט"ז וא"כ הדרא קושיא לדוכתה דהיאך מצינן למימר הכי בכונת הב"י ז"ל דכיון שחל להיות טעות בחושו הו"ל קנין בטעות וחוזר והו"ל כאלו לא מכר ותיפוק ליה שהקנין קיים וחזק מהאי טעמא דשני שדות דס"ל להב"י ז"ל לדעת הכנה"ג ז"ל דלית בה דינא דב"מ: ומוכרחין אנו לומר שגם בהאי דינא דמכר כל נכסיו אף שכ' הרא"ש ז"ל שאין לו להודיע למצרן שמא לא ירצה המצרן וימלך הלוקח ואין מצוי אדם שיקנה כל נכסיו דמוכח מזה שאף לכתחילה יכול למכור ללוקח לאחר היינו דוקא אם לא בא מצרן לקנות מתחילה אבל אם קודם המכר בא המצרן ג"כ הא ודאי דאומרים למוכר שימכור למצרן דהוא עדיף טפי ושייך בההוא ארעא מאיש אחר וכמ"ש הכנה"ג בדין השוכר וא"כ במעשה דבית וחנות שהשוכרים המצרנים רוצים לקנות א"כ מי שיש לו קדימה מן הדין הוא הקודם לקנות ואם טעה בחושו שזה קודם או זה קודם ומן הדין אינו כן הו"ל קנין בטעות וחוזר: איברא דכ"ז לא יגהה מזור לאידך תירוצה דהכנה"ג אהנהו עובדי דמר"ן הב"י ז"ל וזל"ה ואפשר לומר בדרך אחרת שמ"ש רבי המחבר במעשה דבית וחנות דאפי' קנה שוכר הבית החנות שוכר החנות מוציאה מידו לאו למסקנא דמילתא אלא כך היה סבור מעיקרא ואח"כ נתיישב בדעתו וראה שמדין תורה הלוקח הוא המוחזק ופסק דכיון דקי"ל דהלוקח הוא המוחזק על המצרן להביא ראיה ולפי הפסק הזה גם במעשה הבית וחנות אם קדם איזה משניהם וקנה הבית או החנות אין מוציאים מידו מטעם דהלוקח הוי מוחזק ולפי האמור מ"ש ר' המחבר ז"ל ולענין הדין נ"ל דכיון דקי"ל דלוקח הוי מוחזק על המצר להביא ראיה קאי גם המעשה דבית וחנות וסותר מה שפסק שם דאפי' קנה לוקח השוכר מוציאו ע"כ ולפ"ז בין למאי דסלקא דעתיה מעיקרא דהשוכר יכול לסלקו הלוקח ובין למאי דאסיק דאינו יכול לסלקו תקשי ליה דתיפוק ליה דאינו יכול לסלקו מדין מוכר ב' שדות דהו"ל כמוכר כל נכסיו וכמ"ש איהו גופיה שכן נראה דעת הב"י: ואין לומר דהכנה"ג ס"ל דבשני שדות מצוי הוא שיקנה אחד יחד וכמו שצדד הסמ"ע והיכא דיש לו שדות הרבה ומכר שנים איכא דינא דב"מ ובההוא עובדא דבית וחנות אפשר היו נכסים הרבה אבל היכא דאין לו אלא ב' ליכא דינא דב"מ משום דלא פלוג רבנן ושהכי דייק לשון הכנה"ג באות ס"ה דוק ותשכח ופליג אט"ז בצד זה דזה אינו.

דאי קושטא הוא דמצוי הוא שיקנה אחד ב' שדות אלא דהט' באין לו אלא ב' שדות הוא משום דלא פלוג רבנן א"כ אפי' אין לו אלא אחת נמי אלא ודאי דאף בשני שדות הטעם

הוא דאינו מצוי שיקנה אותם אחד וא"כ אין סברא לחלק בין יש לו הרבה ומכר ב' לאין לו אלא שנים: איך שיהיה הדרך למאי דכתבינן לעיל דממכרת החצר שיש בה שני בתים או יותר ודנינן בה דינא דב"מ ואף דקי"ל דבשני שדות אף אם הוא מצרן לכולם ליכא דינא דב"מ וכמש"ל נראה שאין לדון כל בית לשדה אחת ואף דבשכירות מקום יש בראש לחלק שהרי על הרוב כל בית נשכר בפ"ע וא"כ לגבי מצרנות דשכירות יש לדון כל בית לשדה אחת מ"מ אינו מוכרח ולא יהא אלא ספק השוכר הוא מוחזק ועל המצרן להביא ראיה ואינו יכול לסלקו מאחד ולהניח לו השאר: ועוד נראה דאף לסלקו מכולה ולדור הוא במקצת ולהשכיר השאר אינו יכול ומנא אמינא לה מההוא עובדא דבית וחנות שחלק ממנה היה נסמך על העמודים והקרקע שהעמודים תקועים היה מושכר לשוכר הבית ומזה היו רוצים לדמותו לארעא דחד ובתי דחד דמרי ארעא מעכב אמרי בתי והב"י ז"ל דחה דמיונם שגם חלק מהחנות זה היה קרקע עולם וא"כ אפ"י אי הוה דמיא לארעא דחד ובתי דחד כיון שבאותו חלק הוי ארעא נמי דיליה לא מפקינן מיניה ואין לומר אמאי אזלת בתר אותו חלק אדרבא ניזיל בתר החלק האחר דלא אמרי' נעביד הישר והטוב היכא דבחלק א' הוי הפך הישר והטוב ע"כ ומתורתו של רבי' ב"י נלמד לנ"ד שאף דבחלק שהוא רוצה לדור הוא ישר וטוב מאחר דבהחלק שהוא רוצה להשכיר אינו ישר וטוב וכמו שהוכחנו למעלה מסברת ר"ת ז"ל הא ודאי דאינו יכול לסלקו אחר שבחלק א' הוא הפך ישר וטוב ותל"מ: ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט סימן מ"ד.

ראובן שמעון ולוי היו להם איזה קרקעות בשותפות ביניהם ויען אשר משיתוף ההוא היו נמשכין להם מריבות וקטטות תחת אהבתם מקדם לזאת עמד ראובן ושלח לפייס לשמעון ולוי ברצי כסף שישומו הקרקעות כרצונם וירדו עמו לדינא דגוא"א ואת אשר יבחר בו יקריב אליו ויאותו האנשים כדי להשקיט ריב ומדון שהם יוציאו הקרקע בשומא כרצונם וראובן יבחר והזוכה מהם בגוא"א על חבירו רמי חיובא להקנות לו הכל כמנהג המדינה וכתחז"ל ועשו קנס גמור שלא כדין אלף צ'ורו לחזור באיזה פרט והכל עשו בקושח"ך כמנהג המדינה וכן היה שראובן הנז' נתן להם מאה צ'ורו והם שמו הקרקעות כרצונם ונתנו בידו הבחירה בדין גוא"א וראובן הנז' בחר לקחת לו כל הקרקעות הנז' וקנו מיד שמעון ולוי הנז' על המכירה בקש"מ ובשח"ך ככל חזוקי וקיומי סבדי"ץ ושוב נמצא שאחד מן העדים קרוב הנה כי כן שו"ל המוכרים רצו לחזור באומרם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכו' והאיש ראובן צווח ככרוכיא מה לנו ולעדים והלא לא אברו סהדי אלא לשקרי ואתם מודים לי ונדרשנו לחוות דעתינו ונומינו להם שהדין נותן שזכה ראובן במקחו ולית מאן דימחא בידיה ולהיות כי ראובן הנז' בקש ממנו לעשות משפט כתוב להיותו בידו לראית האמת הנה כי כן באנו בקצר אמין שהזמן גרמא.

וזה החלי וה' אלד'ים יעזור לי: הנה הטור סי' קפ"ט כ' וז"ל ולאחר שנגמר כראוי אין שום א' מהם יכול לחזור בו אפ"י נעשה בפניהם לבד ולא היו עדים בדבר דלא איברו סהדי אלא לשקרי וכ"פ מרן הש"ע שם ובסי' קצ"ה ס"א וכו' מור"ם במפה וכן אם קבלו קנין לפני פסולי עדות הוי קנין הואיל ומודים זל"ז שקנו ע"כ והיינו נד"ד ממ"ש ואין לטעות ולומר דמאחר דקי"ל דסתם קנין לכתובה עומד הו"ל כאלו התנו ע"מ שיכתבו את השטר וכיון שאין עדים אלו יכולים לכתוב את השטר נימא דיכולים לחזור וההיא

דמור"ם נימא דאיירי דידיעי בהו מעיקרא שהם פסולים דלאו לכתיבה עומד דלאו מילתא היא דהא כ' הש"ע סי' רמ"ג ס"ו אמר לשנים זכו בשדה זו לפ' וכתבו שטר עליו והחזיקו בשדה יכול הנותן לחזור בו בשטר עד שיגיע ליד בעל המתנה אע"פ שאינו יכול לחזור במתנה עצמה ע"כ ובס"ח כ' דין זה גם במוכר ובס"ו כ' אמר להם זכו לו בשדה זו ע"מ שתכתבו לו את השטר יכול לחזור בו שלא יכתבו לו שטר וכו' עד בטלה המתנה וכו' הסמ"ע סק"י ע"מ שתכתבו את השטר וכו' הטעם כיון דאמר ע"מ הרי תלוי המתנה בהכתיבה וזולת הכתיבה לא יחול המתנה וכיון דמהני מחאתו לענין השטר מתנת השדה התלויה בה ממילא בטל משא"כ בס' שלפני זה דשם מיירי דלא אמר ע"מ ע"כ והנה בההיא דס"ו דקי"ל דחוזר בשטר ואינו חוזר בשדה כ' הטור אע"פ שהקנה לו השדה על ידם בקנין וה"ד הסמ"ע סק"ט וכו' הב"ח זו היא דעת התוספות והרא"ש דאפ"ל בקנין יכול לחזור בו אבל הרשב"א פסק כיון דסוף קנין לכתיבה עומד כותבין בע"כ ואין הפרש בין שטר מכר למתנה ובין שטר מלוה וחיוב ושכן דעת הגאונים ובעה"ע והרמב"ן ז"ל ע"כ וכבר הביא פלוגתא זו מר"ן בש"ע סי' ט"ל ס"ד יעו"ש ובב"י וע"כ לא פליגי אלא אי אמרינן הא דסתם קנין לכתיבה עומד היינו אפ' בע"כ או ה"מ סתמא והיכא דמחי לא כתבינן בע"כ אבל לכ"ע לא אמרינן דמאחר דסתם קנין לכתיבה עומד הו"ל כאלו התנו ע"מ שיכתבו וכן מבואר ג"כ מההיא דכ' מור"ם שם ס"ו וה"ה בשנים שעשו קנין וכו' ואמרו ע"מ שיכתבו השטרות וכו' וכו' הסמ"ע סק"ג ע"ש דוקא באומר על מנת שתלה הקנין בשידוכין וכו' אבל בלא אמר ע"מ לא וכו' יעו"ש מעתה בנ"ד אף דסתם קנין לכתיבה עומד ונימא דמהימנן להו דלא ידעי ביהו מעיקרא דחזד מנייהו קרוב לא הו"ל כאלו התנה המוכר ע"מ שיכתבו את השטר ואף דליכא כתיבה המקח קיים ואין המוכרים יכולים לחזור דאין כתיבת השטר והקנין תלויין זה בזה ודוקא באומר ע"מ שתלאן זה בזה הוא דאמרינן חוזר בשטר וחוזר בשדה ודברי מור"ם דסי' קצ"ה א"ש כפשטן דבכל גוונא איירי אף דלא ידעי ביהו מעיקרא וכן מוכח מהסמ"ע סי' רמ"א שעמ"ש רמ"א ש"ב וז"ל כ"מ דמחילה אינה צריכה קנין אי הקנה לו לפני עדים פסולים אפ"ה מחילתו מחילה ע"כ כ' הסמ"ע סק"ח גם שצריך קנין הוא דינא הכי כל שאין מכחישינן זא"ז וכן הוא בתשו' הרא"ש כתבו הד"מ ומור"ם בהגהות ש"ע ר"ס קצ"ה אלא לרבנותא כ' א"צ קנין דלא תימא כיון דא"צ קנין כלל והוא בא להקנותו הרי גילה דעתו דלא בעי להקנות לו אלא בקנין אלימתא וה"מ דדעתו היא דלא יהיה קנין כ"א בעדים כשרים קמ"ל ע"כ מדכ' דדעתו היא וכו' אלמא איירי בדלא ידעי ביהו ואפ"ה כ' דגם בצריך קנין הוא דינא הכי כמ"ש מור"ם רי"ס קצ"ה אלא לרבנותא כ' א"צ קנין אלמא מפרש דברי מור"ם דסי' קצ"ה דאיירי בדלא ידעי ביהו ועוד אי מור"ם איירי בדידעי ביהו אבל אי לא ידעי ביהו לא הוה קנין למה הוצרך הסמ"ע לדחוק ולתרץ דלרבנותא כ' אצ"ק והלא אין כאן קושיא דאף לפי דבריו ההיא דסי' רמ"א איירי בדלא ידעי ביהו א"כ לכך נקיט מור"ם מילתיה באינה צריכה קנין משום דבצריך קנין אי לא ידעי ביהו לא הוא קנין א"ו כמ"ש וכ"ז פשוט הוא: ולענין אם הלוקח רוצה לחזור אחר שאין כאן כתיבה עי' סי' ט"ל ס"ד וסי' רמ"ג ס"ח ולנ"ד דביטול כתיבת השטר הוא מחמת דנמצא א' מהעדים קרוב דהוי ביטול התנאי מחמת אונס עי' ה' חק"ל חיו"ד סי' פ"א במי שהתנה להביא לו שטר מכירה מאשתו ולא אפייסה יעו"ש ובדף נ"ד ע"ב ש'כ

ע"י בת' הרש"ך ח"א סי' נ' ובתשו' הר"מ אלשיך סי' ל' דמהם תורה יוצאת דאף כי ביטל התנאי ע"י אונס בטל המכר וה' תלאה בפלוגתא דירושלמי שהביא הר"ן בפ"ג דקידושין ואין להאריך בזה כי הלוקח רוצה במקחו: ולענין ק"ס אי מהני באתרא דכתבי שטרא הוי פלוגתא דרבוותא ועי' כנה"ג סי' קצ"ה בהגהב"י אות מי"ם ובמט"ש שם אות כ"ז והפ"ת סי' ק"ץ סק"א וה' משה"ר מע' קו"פ אות נ"ב כ' דבי דינא אשר חלקם בחיים ואשר חיים עדנה לא שוו בדעותיהן פלג מורים כן ופלג מורים כן ונעשית תורה כשתי תורות והבע"ד גופייהו מגרו תגרא ואתו לאנצויי וכ"א אומר לב"ד פ' קאזילנא כי היכי דלשתמען מלוהי ובאר ה' שם דעת האומרים דהמקח קיים [דס"ל שכן היא דעת מר"ן בש"ע סי' קצ"ב פסק דחזקה גרידא מהניא ואינהו בתריה דמר"ן גרירי] ובש' תצמיח הסכימו הסכמה גמורה שב"ד להיות דנים דהמקח קיים ועי' מע' מ"ם אות ק"ה ואין ולא ורפיא בידיהו לדעת סברת מר"ן מה היא ואף דאיכא מרבוותא דידהו דדעתם שכן היא דעת מר"ן אין ראיתם חזקה שהם למדו מדין החזקה שהרי במע' ק' כ' ואע"ג דמוהריב"ל כ' בשם הריטב"א דלא מהני ומצי למהדר ע"ש אי מיהא לא אריא דהריטב"א ס"ל דבחזקה נמי לא מהני אלא דכתבי שטרא ומר"ן בש"ע סי' קצ"ב פסק דחזקה גרידא מהניא ואנן בתר דמר"ן גרירנא ע"ך וכבר הביא ראייה זו הפת סי' ק"צ סק"א וז"ל ולכאורה גם לדעת הטור והרמ"א לקמן סוס"י קצ"ב מבואר דס"ל דמהני קנין סודר אף באתרא דכתבי וכו' שהרי לענין חזקה פסקו שם דמהני וא"כ כ"ש לענין ק"ס דהא דעת הרמב"ן גבי חזקה דלא מהני באתרא דכתבי ובק"ס ס"ל דמהני אלמא דק"ס טפי עדיף ולפ"ז מאחר דהטור והרמ"א פסקו דחזקה מהני כ"ש בק"ס ושוב דחה דאדרבא נראה יותר שדעתם איפכא מדלא כתבו דין זה רק גבי חזקה בסי' קצ"ב מדברי הרא"ש שכ' הטעם דאלין קנין חזקה דעשה מעשה בגוף הדבר וכ"כ בסמ"ע שם ולפ"ז בק"ס שאינו עושה מעשה בגוף הקרקע לא קנה בלא שטר באתרי דכתבי יעו"ש והא דייחס הפ"ת האי דינא דחזקה גרידתא מהניא באתרא דכתבי להטור ורמ"א דוקא ולא למר"ן הש"ע עיניך רואות שה' משה"ר כ' להדיא שכן היא דעת מר"ן בש"ע ואשתמיטתיה להפ"ת דברי ה' החבי"ב ז"ל בת' חח"מ ח"ב סי' מ"ח שכ' דמר"ן בס' בד"ה ובס' הקצר הסכימה דעתו כדעת רשב"ם דחזקה לחודה מהניא אפי' באתרא דכתבי שטרא ועוד כ' והגיה בס' המפה אפי' במקום דכתבי שטרא והוא פשוט בדברי ה' ז"ל במ"ש חזקה לחודה בלא כסף ובלא שטר קניא וכו' ובודאי דבאתרא דכתבי שטרא הוא דאי באתרא דלא כתבי שטרא פשיטא דחזקה קניא ע"כ וכ"כ בכנה"ג סי' קצ"ה הגב"י אות מ"ה איך שיהיה אין ראייה זו דחזקה מכרעת לדעת דעת מר"ן בק"ס וכמ"ש ואחד הרואה ולבבו יבין דהנהו רבוותא דייני דידהו והוו דייני דהמקח קיים לאו משום דפשיטא שכן היא דעת מר"ן אלא משום דס"ל דלא מצי למימר קי"ל שהרי הכנה"ג כ' שתמהו על מהרא"ש שכ' שהמוחזק מ"ל קי"ל באופן דכולהו דייני דידהו לא פשיטא להו דעת מר"ן בק"ס ולכך הוו פלג מורים כן.

ופלג מורים כן. עד שעשו הסכמה והכנה"ג שם אסיק וז"ל ומ"מ מהר"א ששון הסכים דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא המוצא מחבירו עליו הראיה וכן העלה בתשו' ח"מ ח"ב סי' מ"ח וכן העלה המט"ש ז"ל וא"כ לדידן דאתרא דכתבי שטרא אנן ודעת מר"ן דגרירנא אבתריה לא מכרעה דראית החזקה אינה מוכרחת ובמאי דכתבנא אף דדעת

רובא דרבוותא דמהני ק"ס אף באתרא דכתבי יכול המוחזק לומר קי"ל כדעת הריטב"א וכדעת ה' שהובא ברשד"ם הא"ה סי' קס"ד דס"ל דלא מהני וכמ"ש מוהרא"ש והכנה"ג בתשובה והמט"ש ולפ"ז יכולים המוכרים לחזור וכ"ת דמוכר אינו יכול לחזור דמידי הוא טעמא דמ"ד ק"ס באתרא דכתבי שטרא לא מהני היינו משום דלא סמכה דעתיה כל עוד שלא נכתב השטר וא"כ לוקח הוא דיכול לחזור דלא סמכה דעתיה אבל מוכר אינו יכול לחזור דלדידיה אין כאן טענה כבר רבינו הכנה"ג בתשו' חח"מ סי' קל"ו.

נסתפק בזה וזו הלכה העלה דשניהם יכולים לחזור מהא דאמרינן בפ"ק דקידושין לא שאנו אלא במקום שאין כותבין שטר אבל במקום שכותבין שטר לא קנה ואי פריש פריש כי הא דרב אידי בר אבין כי זבין ארעא אמר אי בעינא בכספא איקני ואי בעינא בשטרא איקני אי בעינא בכספא איקני דאי בעיתו למהדר לא מציתו הדירתו אי בעינא בשטרא איקני דאי בעינא למהדר הדרנא ביה ע"כ מוכח דשניהם יכולים לחזור בהם דאי כשקנה בכסף לא מצי מוכר הדר למה לי פריש אי בעינא בכספא איקני בלא פריש נמי אם הלוקח אינו חוזר בו אין המוכר יכול לחזור אלא ודאי בכל החלוקות בין לוקח בין מוכר יכולים לחזור בהם ע"כ ועי' כנה"ג סי' קצ"א הגב"י אות א' ומט"ש סי' ק"ץ הגה"ט אות ב' דראיה זו נכונה ושכ"כ ה' בני אברהם בפשיטות בשם הפוסקים ושכ"כ רשב"ם בפ' חזקת יעו"ש ועי' ה' ישרי לב אות ח' סעיף ל"א והפ"ת סימן ק"ן סק"ה: אלא דכ"ז לא יגהה מזור לדידן דאתכא דמר"ן קסמכינא ואנהירינהו לעיינין ה' החביב בתשו' חח"מ ח"ב סי' מ"ח בראיה מכרעת ומוכרחת דלית נגר ובר נגר דיפריקינה דדעת מר"ן בב"י דק"ס מהני אף באתרא דכתבי שהרי פסק בב"י סי' קצ"ה כמ"ד דק"ס מהני בלא נתינת דמים ומהרי"מ ט"ח ח"מ סי' ס"ה הסכים דק"ס לחודיה מהני אפ"ל באתרא דכתבי שטרא ובק"ס בלא דמים כ' דלא מהני וא"כ הרב שפסק בב"י כמ"ד דק"ס מהני בלא נתינת דמים כ"ש או לפחות דגם ק"ס באתרא דכתבי שטרא מהני יעו"ש שכ"כ בפשוט וה' משה"ר וכולהו רבוותא דייני מתא לא שלטו מאורי אור עיני קדשם בתשו' הכנה"ג הנ"ז ועוד דכמה זמני באתרא דידן אשתהויי קא משתהי שטרא בלא כתיבה עדן ועדנין ולא ראינו ולא שמענו מי שחושש על כתיבת השטר מחשש שמא יחזור המוכר ופעמים רבות אחר המכר קפצי עליו זביני ואייקור קרקע בעוד שלא נכתב השטר ועוף לא צווח צפור לא צפצף ולפעמים בא המצרן ומסלק ללוקח והמוכר אינו חפץ במצרן ומבקש עילה לחזור כאשר היה במעשה שהיה מקרוב ולא עלתה בידו וסוגיין דעלמא במתא דידן הכי אזלא והיינו טעמא דודאי רבותינו הא' זיע"א סברי מרנן שכן היא דעת מר"ן או שלטו מאורי אור עיני קדשם בתשו' ה' החביב או בתשו' מהרי"מ ט"ח דסי' ס"ח הנז' ולרוב מציאות הדבר דור אחר דור נעשה כביעתא בכותחא בעיני כל אדם.

מעתה אחר דסוגיין הכי אזלא וזכינו לתשו' הכנה"ג שכ' בפשוט בראיה שאין עליה תשו' שכן היא דעת מר"ן הדין נותן דזכה הלוקח במקחו ואין המוכרים יכולים לחזור: וחזיתיה לה' משה"ר במע' מ"ם אות ק"ה הנז' שעל מה שטען הלוקח שעיקר הקנייה היא לחמותו ועדי הקניה לא הלכו בשליחות דידה כי היכא דלקנו הסודר דמוכר ואע"ג דלכי שמעה נתרצית הא מיהא בהאי שעתא הדר סודרא למאריה הביא פלוגתא דרבוותא דפליגי בק"ס אי מהני שלא בפני הקונה שהביא הטור סי' קצ"ה ומר"ן פסק בס' ג' דמהני אלא דמור"ם הגיה ע"ז מדברי מהרי"ו דדוקא במתנה דמסתמא ניהא ליה אבל במקח דאפשר

דלא ניחא ליה שניהם חוזרים ע"כ וזו הלכה העלה דאנן דאזלינן בתריה דמרן דפסיק ותני דק"ס מהני שלא בפני הקונה אף במכר טענה זו בטילה היא.

ושוב שדי נרגא בההיא זבינא משום דלא כ' שטרא באתרא דכתבי והביא פלוגתא בזה ואסיק וז"ל וכיון דפלוגתא דרבוותא היא והלוקח אכתי מוחזק במעותיו מאן ספין ומאן רקיע לאפוקי ממונא מניה ורמי ליה מן ידיה קושטא קאי דבשנת תצמי"ח נתועדו שב"ד שבעיר וגמרו להורות מהיום שהוא והלאה לגמור המקח עי' ק"ס לחוד כדברירנא התם הא מיהא בנ"ד דאיכא ריעותא בעיקר הק"ס דלדעת מהרי"ו כל שלא בפני הקונה לא מהני כמש"ל אהני הך ספיקא דדינא היכא דאכתי לא נכתב השטר ע"כ ע"ש אשר מזה הוגד אלי ושמעתי שיש מי שרצה ללמוד לנ"ד ג"כ שלא היה הקנין בפני הקונה וגם לא נכתב השטר דיכולים המוכרים לחזור וכמ"ש המשנה"ר דבצירוף סברת מהרי"ו עם ס' האומר דק"ס באתרא דכתבי לא מהני מצי למהדר.

ואני אומר ישתקע הדבר ולא יאמר ומי שם פה לאדם לומר דבהצטרף שני פסקי מר"ן במקח או במתנה דיכולים לחזור חלילה ועי' לה' אורח משפט סי' כ"ה אות יו"ד ואלו אמרה מאן דהו לא ציינתא ליה משום דהוי כפוגם ח"ו בכבודו של מר"ן וע"כ לא קאמר המשנה"ר הכי אלא לדידהו דלא שלטו מאורי אור עיני קדשם בדברי תשו' הכנה"ג הנז' ולא מכרעא ליהו מילתא בדעת מר"ן וההלכה היתה רופפת בידם עד שנעשית כשתי תורות ורבים לוחמים אלו מורים כן.

ואלו מורים כן. ומכח ההסכמה הוא דגמרו להורות דמהני ק"ס לכך כ' דבצירוף דאיכא ריעותא בעיקר הק"ס דלדעת מהרי"ו לא מהני אין מורין כאותה הסכמה דהבו דלא להוסיף עלה ודוק בדבריו במערכה זו ובמע' ק' הנ"ל ותמצא דהכי דייקי דבריו.

ואולם לדידן דאנהירינהו לעיינין ה' החבי"ב ז"ל דדעת מר"ן בב"י שקבלנו הוראותיו דס"ל דמהני ק"ס אף באתרא דכתבי וגם בס' קצ"ה פסק דלא כמהרי"ו דמהני ק"ס אפי' במקח שלא בפני הקונה דודאי אין יכולין לחזור: ועוד בנ"ד אף מהרי"ו יודה שהרי כ' הסמ"ע סי' קצ"ה סקי"א על דברי מהרי"ו ונראה דלמה שנוהגין שהקונה שולח עדים להמקנה לקנות על ידם ליכא למיחש שמא הדר בו בנתיים כיון דבשליחותו אזלי ע"כ והבי"ד הכנה"ג סקי"א בהגה"ט בלי חולק והמט"ש סק"ו ובנ"ד ג"כ הקונה שלח העדים להמוכרים להקנות על ידם ובפי' אתמר דלא ניחא ליה להראות עמהם פנים בפנים מחמת המחלוקת שיש ביניהם ואמר להם לשאול לא' מבדי"ץ אם לא יש קפידא בזה וכן היה והשיבוהו דליכא קפידא וע"כ שלח להקנות על ידם ושאני ההיא דה' משה"ר דעידי הקניה לא הלכו בשליחות דידה וכמש"ל: אחרי כן ראיתי עוד לה' משה"ר מע' קו"ף אות מ"ח שכ' וזל"ה ראובן נשתדך עם בת שמעון וקראו לסופר מתא ועמדו ב' הצדדים בסך המוהר וכו' וקבלו ק"ס ע"ז וכ' הסופר בפנקסו ראשי פרקים כמנהג.

ועד שלא כ' השטר עמד א' מהצדדים ומיחא בסופר שלא לכתוב השטר יען שב מידיעתו מהשידוך. זה היה מעשה ודן ה' חק נתן ז"ל והסכים עמו מוהרש"א ז"ל דפטיר מהקנס דכל שקראו לסופר מתא לכתוב ענין השידוכין הו"ל כמפרש שע"מ לכתוב השטרות וקרא הסופר וכבר נתבאר בתשו' הרא"ש ז"ל ופסקו מור"ם אה"ע סי' נ' דבאומר ע"מ שתכתוב השטר יכול לחזור בו ולמחות ועי' לה' ב"ש אה"ע סקט"ו עכ"ל בקי' ולפ"ז

בנ"ד דהעדים היו סופרי מתא הוי כמפרש ע"מ לכתוב: אלא דיש לתמוה במ"ש דקריאת סופר מתא הוי כמפרש ע"מ והא בתשו' הרא"ש כלל ל"ד סי' ג' כ' וז"ל יראה לי כיון שהקנין היה ע"מ שיכתבו וכו' בתנאי המפורש וכו' יעו"ש אלמא בעי שיהיה התנאי מפורש ועוד נראה דלא עדיף קריאת הסופר מהאומר זכו בשדה זו לפ' וכתבו שטר עליו דקי"ל דחוזר בשטר ואינו חוזר בשדה כמ"ש סי' רמ"ג וכו' הסמ"ע שם סק"ט ואע"פ שהקנה לו השדה ע"י קנין וקי"ל דסקל"ע וכו' ובתשו' הרא"ש כ' הטעם דיכול לחזור בכתיבה או בנתינת השטר אף דהקנין היה גם על השטר משום דהוה קנין דברים ע"ש וא"כ לא עדיפא קריאת הסופר מתא גרידתא מההיא שהרי דמלבד דסקל"ע נוסף עוד דקנו מניה גם על כתיבת השטר ואפ"ה לא חשבינן כמפרש ע"מ: אכן כד דייקנן פורתא נראה דלק"מ דעמ"ש מור"ם ז"ל תשו' הרא"ש באה"ע סי' נ' כ' הט"ז סקי"ב וזל"ה זהו תשו' הרא"ש וכו' משמע דצריך שיהיה מפורש התנאי הזה דוקא וכמ"ש אח"ך בתנאי מפורש ממילא אם לא פרשו כן אינה יכולה למחות שזכה החתן מצד הקנין נ"ל דהתם לא היה המנהג לכתוב התנאים כמו שהוא בזמן הזה אלא עיקר הקישור היא מה שנעשה בפני עדים וכשיכתוב שטרות ותו לא משא"כ בזמנים אלו שכל הקישור השידוך בכתיבת התנאים ממילא כל שעשו קנין תחילה בפני עדים וכו' ראשי פרקים כנהוג א"כ אף לא אמרו ע"מ שיכתבו תנאים אח"ך כאומר בפ"י ע"מ שיכתבו וא"כ יכולים כ"א לחזור ולמחות בכתיבת התנאים שלא יכתבו כלל וכו'.

ואחר כתיבת התנאים בקיבוץ כנהוג וכותבים שם בקיצור ונותנים לסופר להעתיק בכל הנוסח השייך לתנאים אין א' מהם יכול לחזור ולומר שלא יכתוב הסופר בכבר נגמר כל הכתיבה ע"כ ע"ש: המובן מדבריו דבזמן הרא"ש ז"ל לא היו כותבין התנאים בשידוכין אלא היו עושיין קנין השידוכין בעדים ושיכתבו שטרי קנסות ותו לא.

ולכך כשלא אמר ע"מ בפ"י אינם יכולים לחזור בשידוכין דכבר נגמר משעת הקנין לא כן בזמנם שחזרו לכתוב התנאים דאז לא סמכה דעתם לגמור קשר השידוך כ"א בכתיבת התנאים ואף שקבלו ק"ס לפני עדים וכתבו ראשי פרקים שהיא הזכירה שכותבין העדים לזכרון העדות אכתי סמכה דעתייהו עד שהיו כותבין אח"ך התנאים בקיצור ואז נגמר קשר השידוך וק"ס שעשו אינו אלא תחלת קנין דגמר הקנין הוא כתיבת התנאים ואחר כתיבת התנאים היו הולכים לסופר מתא שיכתוב להם לשון השייך לתנאים וחזותמים העדים שהיו בשעת הקנין כי כן היה בימיהם שני עדים הנמצאים לפניהם עושים להם קנין וכותבין זכירה כדי שלא ישכחו הדברים והולכין אל הסופר לכתוב להם שטר ע"פ דבריהם והעדים ההם חותמין ועי' בזה בתשו' הרא"ש כלל ס"ח סי' ה' הביאה הטח"מ סי' ס"א ס"ג ובריב"ש סי' ר"י ותמצא כמ"ש באופן דהט"ז סבר דכיון דלא סמכה דעתייהו עד כתיבת התנאים א"כ אף דקנו בק"ס וכתבו ראשי פרקים הוי כמפרש ע"מ שיכתבו תנאים אך אחר כתיבת התנאים שוב אינם יכולים לחזור משום בושט דכבר נגמר השידוך אף דאכתי לא כתב הסופר וא"כ כאשר יהיה האופן דבמקום עדים הביאו מעיקרא סופר מתא דאז א"צ לכתוב התנאים בקיצור ואח"ך לכתוב לשון השייך לתנאים שלא להרבות טורח הכתיבה אלא כותב התנאים בתוך השטר בבת אחת וא"כ כ"ז שלא נכתב השטר דהיינו נמי כתיבת התנאים יכולים לחזור לסברת הט"ז ובזה אתו שפיר דברי המשה"ר שכ' דכל שקראו לסופר מתא לכתוב ענין השידוכין הו"ל כמפרש ע"מ

לכתוב להם השטרות דהיינו כתיבת התנאים שבתוך השטרות וכסברת הט"ז ז"ל והיינו דציין המשה"ר לה' ב"ש סקט"ו כי שם הביא הב"ש דברי הט"ז באופן דאין ללמוד מדבריהם לנדון אחר כי שם דוקא נאמרו דבריהם מטעם המנהג שאינו נגמר קשר השידוך כ"א בכתיבת התנאים וכמ"ש ובעיקר דברי הט"ז עי' לה' ב"ש שם שמתחילה הביא דברי הסמ"ע ז"ל ואח"ך כ' ובט"ז כ' וכו' ומדלא כ' וכ' בט"ז וכ' ובט"ז כ' משמע דס"ל דפליגי ולפ"ז נוכל לומר דגם ה' ח"מ סקי"ד פליג אט"ז וגם מסתמיות דברי מור"ם ז"ל משמע דלא ס"ל הכי אם לא שנאמר דגם בזמן מור"ם לא היו כותבין התנאים והט"ז לא גילה לנו אם הוא חולק על מור"ם א"ל שהרי לא כ' האי חלוקה כ"א על דברי הרא"ש ז"ל שהיה רחוק ממנו הרבה בזמן והב"ח בתשו' ס"י נראה דפליג להדיא על הט"ז שכ' וז"ל בחר וראבי הכלה עשו שידוכין ואבי הכלה פסק לו כו"ך והבחור היה עני והרב שבעיר ושאר חשובי העיר היו מקובצים וכו' כ' ראשי פרקים וב' הצדדים תבעו מהסופר שיכתבו התנאים והסופר נתעצל ויהי כמשלש חדשים בא הבחור ומיחא בהסופר ובעדים שלא יכתבו השטרות ולא יחתמום כי התחרט על השידוך ואבי הכלה שואל שיכתבו בע"כ וע"ז הביא ה' ההיא דשני שטרות וכו' ותשו' הרא"ש ז"ל דכלל לד' דכיון דקאמרי ע"מ ושכן פסק בהגה ס' נ' ומשמע לכאורה דבנ"ד דלא קאמרי ע"מ יכול כ"א לחזור בשטר וכו' ובסוף התשו' כ' והשתא זכינו לדין דמאחר דלא מצי החתן לבטל הקנין והקנס כיון דלא אמרו בשעת הקנין ע"מ שיכתבו השטרות ויתנו לכל צד וצד אלא סתמא הקנה בקנס כו"ך והקנין קיים וחזק וכו' ע"כ יעו"ש הרי מבואר דאף דעשו קנין וכ' ראשי פרקים ומיחו בכתיבת התנאים דלא הו"ל כאומר ע"מ והקנין קיים ואנו אין לנו אלא כפשט דברי מור"ם וכפי' הסמ"ע דמשעת הקנין נגמר השידוך אם לא במפרש ע"מ: עולה מן המד'בר מכל הני מילי מעלייתא דכתיבנא דזכה הלוקח במקחו סמוך לבו לא ירא והמערער אחריו הבל יפצה ולראית האמו"ץ ח"פ.

פאס יע"א וצויי"מ וימ"ן: ע"ה שלמה אבן דנאן יצ"ו סימן מ"ה. נדרשתי לחוות דעתי. בראובן שציוה לפני מותו שלא יטלו בנותיו מנכסיו כ"א מאתים צ'ורוס לכל אחת. אי מיקרי עוקר נחלה כיון דמדרבנן מתק' המגורשים מיהא הוי יורשת ולא מצי וכמ"ש בס' רפ"א.

או דילמא כיון שאינה יורשת אלא מדרבנן לא מקרי עוקר נחלה ול"ד לההיא דס' רפ"א. דהתם איירי בנחלה דאורייתא.

גם נדרשתי לחוות דעתי בענין התוכחת שעד א' מעיד שהיתה תוכחת מא' מבדי"צ. וע"א אומר שלא נשאר בזכרונו.

אם יש בזה פקפוק. או לא: תשובה.

הנה בבת בין הבנים. מדינא דש"ס יש לה עישור נכסי.

ואינו תנאי כתובה אלא תקנה שתקנו חכמים. כמ"ש בטוש"ע אה"ע סי' קי"ג יעו"ש.

ואבותינו ורבותינו המגורשים הוסיפו עוד לתקן שתירש כ"א מן הבנים. ולכאורא איכא למימר דנכללה תקנתם במאי דאנן קיימין למיכתב בכתובה והכל כפי המנהג והתקנה שנהגו ושתקנו וכו' שעמ"ך נכנסה הנדוניא וכו'.

וא"כ ירושת הבת לדידן הוי תנאי כתובה: ולפ"ז מ"ש מר"ן שם ס"י וז"ל מי שצויה בשעת מיתה אל תפרנסו לבנותי פרנסת נדונייא מנכסי שומעין לו. ע"כ.

היינו לדידהו דלא הוי תנאי כתובה. אלא תקנה שתק' חכמים שאינו חוב עליו כתנאי כתובה.

אלא חוב על היתומים היכא שלא צויה האב שלא לפרנסם. כמ"ש רש"י ז"ל בפ' מציאת האשה ד' ס"ח.

ועי' בטוש"ע שם. אבל לדידן דהוי תנאי כתובה אין שומעין לו.

דהוי כאומר אל יזונו בנותי דאין שומעין לו. כמ"ש מר"ן סי' קי"ב ס"י וז"ל מי שצויה בשעת מיתתו אל יזונו בנותי מנכסי אין שומעין לו.

ע"כ.

והט' משום דמזונות תנאי כתובה כמ"ש בס"א. ולכך אין שומעין לו דהא אשתעבד בתנאי כתובה.

וע"פ הנחה זו. יש להקשות על מ"ש מוהר"ר ר"ב ז"ל במשפטים ישרים הנד"מ ח"ב סי' קצ"ד וז"ל.

ראובן הניח נכסים רבים והיתה לו בת בין הבנים וצוה שתזון הבת ותתפרנס בכבוד ותסתלק מכל נכסיו. אם מועיל.

א"ל.

תשובה.

הנה באומר לבן בין הבנים יטול כו"כ ויסתלק לא אמר כלום שמתנה עמ"ש בתורה וכמ"ש בסי' רפ"א ס"א. אך הבת שאינה יורשת מן התורה אלא מן התקנה.

י"ל דמהני מה שאמר. וכן י"ל דלא מהני כיון שמן התק' היא יורשת כזכר דינה כזכר ולא מהני עקירת הירושה בלשון לאו.

והיותר נראה כיון שאינה יורשת אלא מן התק' מועיל דבריו. ואע"ג דקי"ל דהאומר אל יזונו בנותיו מנכסיו אין שומעין לו.

היינו במזונות הבנות שהם מתנאי כתובה. אבל בפרנסת הנדונייא איתא בס"ס קי"ג האומר אל יתפרנסו בנותיו מנכסיו שומעין לו ע"ש.

והחלוקה שתקנו חכמי התק' היא במקום פרנסת הנדונייא. ולכך נראה דאם צוה שלא יטלו חלוקה כלל שומעין לו בלשון עקירה.

וכ"ש כיון שנתן לה נדונייא מרובה וסילקה מכל הנכסים שומעין לו. ע"כ.

וכן אנו דנים והולכים כמ"ש הרב הנז' ז"ל: ולמאי דכתבין דירושת הבת נכללה בהווא תנאי דכתבין בכתו' דידן שעמ"ך נכנסה וכו' א"כ לדידן הוי תנאי ואין שומעין לו כאומר אל יזונו דאין שומעין לו משום דהוי תנאי. וא"כ לא דמיא לההיא דפרנסה דקי"ל דשומעין לו.

דשאני התם דלא הוי תנאי אלא תקנה שתקנו חז"ל וכמש"ל: ואולם קושטא קאי דלא נכנסה ירושת הבת במאי דכתבינן שעמ"ך וכו'. שהרי מבואר בסה"ק סהת"ק מ"ש שס"ג ובמודפ' סי' מ"ג שבאותה תקנה תקנו לכתוב תנאי זה שעמ"כ וכו' ומבואר שם הטעם משום שהרבה נשים הפירו ברית האחוה והקורבה שיש להם עם יורשיהם וקרוביהם בעשות ידיהן תושיה למחול ולבטל הכתובה היא לבעל ולחדש אחרת כדי להפקיע יורשיה ממה שראוי להם מכח הכתובה וכו' לכן לבל תעשינה ידיהם תושיה ראינו לתקן מכאן ולהבא שכל מעניק נדונייא מנכסיו לביתו או לקרובתו או לשום בת ישראל בתנאי שיזכה בירושתה וכו' צריך לכתוב בכתובה שעמ"ך וכו'.

ע"ש שלא נזכר באותה תקנה ירושת הבת כלל. וגם משמעות לשון התנאי הכי מוכח דאינו אלא תנאי לטובת המעניקים שיזכו בירושה.

ודברי מוהר"ר ר"ב ז"ל הנז' והמנהג יוכיחו שלא נכנסה ירושת הבת בהוא תנאי כלל. ואינה אלא תקנה: ועדיפא מינה מצאנו להרב תקפו של יוסף ח"ב סי' ז' שכתב משם מוהר"ר ר"ב ז"ל ובית דינו ז"ל וז"ל דכיון דעישור נכסי דפרנסת הבת אינו מתנאי כתובה ואינו תלוי בכתובה בעת הנישואין אלא מתק' חכמים שתקנו לפרנס הבנות לאח"מ והוא חוב על האחין וכמ"ש באה"ע קי"ג שמתחייבים במיתת אביהם וכיון שאינו תלוי בכתובה אין חילוק בין שהיתה כתובת אמם כדת או אם היתה כתובה כתק' חכמי קאשטיליאי שחולקת עם הבנים.

שהכל תלוי במקום המיתה של הבעל שאפ"י היתה כתובת אשתו שהוליד ממנה הבנות. כדין תורה.

אם מת במקום התק' חלה עליו התק' שתקנו חכמי התק' לירש הבת בין הבנים במקום עישור נכסי אע"פ שכתו' אשתו כדת כיון שאין תלוי דין הפרנסה בכתובה וכמ"ש בסי' קי"ג ע"כ: ומאחר דתקנת ירושת הבת אינה תלויה בכתו' קאשטיליאי אלא הכל תלוי במקום המיתה שאף אם היתה כתו' כדת אם מת במקום התק' חלה עליו התקנה.

מזה משמע דלא נתכוונו חכמי התק' לכלול ירושת הבת בתנאי זה שתקנו לכתוב שעמ"ך וכו' בכתו' קאשטיליאי לבד. אחר שתקנתם שייכה גם לכתו' כדת.

הן אמת.

שהרב מהר"י אלמאליח ז"ל השיג ע"ז וכתב ואני אומר דהגם דעיקר הפרנסה שהוא עישור נכסי אינו מתנאי הכתו' ואינו תלוי בעת הנישואין ובכתובה. אבל תקנת חכמי קאשטיליאי שנותן לבת כא' מן הבנים במקום עישור נכסי.

הוא תלוי בכתובה. שאם הכתו' כתק' חכמי קאשטיליאי הוא שחלה ג"כ תקנתם בהא דהבת שאינה נשואה יורשת כא' מן הבנים במקום עישור נכסי.

אבל מי שכתו' כדת שלא נשא ע"פ תקנתם לענין חלוקה לא חלה עליו ג"כ תקנתם בהא שיורשת הבת הכתו' כא' מן הבנים והא בהא תליא. עש"ב: ואנן ודאי דהכי נקיטינן וכמו שהוכיח הרב הנז' ז"ל יעו"ש.

ועוד דמדברי רבינו מוהריב"ע זצ"ל בתשו' לחכמי א"י תוב"ב הוב"ד בסהת"ק ובמודפ' סי' קמ"ב משמע כוותיה. שהרי כ' נדרשתי לכתוב ולחתום איך הוא המנהג בארצות המערב לפי תקנת ק"ק המגורשים מקאסטילייה במי שהיה נשוי עם אשתו בכתו' למנהג הנז' וכו'.

וע"ז השיב משפט החלוקה ומשפט הבנות יעו"ש: גם בתשו' הרבנים מהר"ש סירירו ומהר"ש אבן דנאן ומהר"מ צירירו לחכמי מראכס הוב"ד בסהת"ק סי' קמ"ה שכתבו פרטי התק' הם עזה"ד שאם תפטר האשה לב"ע. שכתו' למנהג הקהלות הנז'.

וביאר שם פרטי התק' ובכללם משפט הבנות הבתולות שיורשות כא' הזכרים יעו"ש מדבריהם דרבנן משמע דליכא תקנת ירושת הבת כ"א לנישואים בכתו' קאסטילייה ולא למי שי"ל כתו' כדת אף אם מת במקום התק'. דתקנת וירושת הבת ותקנת דחלוקת אחים הם ולא יתפרדו והא בהא תלייא: ועוד לא יהיה אלא ספק.

אוקמא אדינא. והואיל ואנהרינהו לעיינין הרב מהר"י אלמאליח ז"ל דשתי תקנות הללו דחלוקה ודבנות הא בהא תליין.

נוכל להבין דברי רבינו מוהריב"ץ ז"ל בס' משפט וצדקה ביעקב הנד"מ סי' קי"ד באיש ואשה שנקוש"ח שלא נשאר ביניהם זע"ז כלום וקרעו ש' הכתו' ושהרי היא כמגורשת וע"ז כתב הרב ז"ל בנותיה של האשה הזאת אין להם חלק ונחלה וירושה לא באביהם ולא באמם שהרי כתו' אמם שמכחה הם זוכות לירש כזכר בין באביהם בין באיזה מהם שמת ראשונה כבר נקרעה.

אמנם עישור נכסי יש להם ליטול באביהם מדין חז"ל. ע"כ.

כל אדם חזו. דבגרושה ממש פשיטא ליה דאינן יורשות.

אלא דהוצרך לאשמועינן דגם בזה דאינה מגורשת בגט כיון שנקרעה הכתו' אינן יורשות. ואת יק'ר סהדות'א מאת ידידינו הרב המובהק כמוהר"ר אברהם ן' סוסאן הי"ו מו"ץ בעיר תאזא יע"א שבזמן החולף הוה עובדא בעיר דובדו יע"א במגורשת בגט ושלחו מהתם לשאול לחו"ר פאס יע"א וזאת היתה תשובתם שאין הבת יורשת דברתא במקום ברא לא תירת והביאו ע"ז דברי רבינו מוהריב"ץ הנז' זלה"ה.

וחתו' הרה"ג מוהר"ר אי"ש הצרפתי זלה"ה וב"ד: ונראה דהיינו טעמא דמוהריב"ץ ז"ל משום דס"ל דשתי תקנות הללו הא בהא תליין ולא בעת הנישואין לבד אלא אף בעת המיתה לא יתפרדו. ולכך אם מת א' מהם בעודם נישואים דאיכא תקנת חלוקה ביניהם איכא נמי תקנה דירושת הבנות.

אבל אם גירשה דבטלה מהם תקנת החלוקה ובשעת המיתה היתה מגורשת. בטלה מהם גם תקנת ירושת הבנות דהא בהא תלייא.

הגם דמדברי מהר"י אלמאליח ז"ל אינו מוכרח לומר כן. אלא העיקר הוא שלא יתפרדו בעת הנישואין דכיון שהכתו' למנהג המגורשים דאיכא תקנת החלוקה חלה ג"כ תקנת ירושת הבנות.

מ"מ בדברי הרב מוהריב"ץ מוכרחין אנו לומר כן: ואף דמדברי הרב מוהר"ר ר"ב ז"ל מוכח הפך מזה. שהרי בקיצור התק' שלו ס"ט כ' ויש להסתפק וכו' גם יש להסתפק בירשה אמה מגורשת מאביה ושוב מת אביה.

הרי דלא נסתפק הרב אלא אם תירש פעמב' אלמא פשיטא ליה דבחדא זימנא אף במגורשת תירש הבת. ונראה דלטעמיה אזיל דס"ל דתק' ירושת הבת לא תלייא בתק' החלוקה דאף בכתו' כדת אם מת במקום התק' יורשת הבת.

וכמדומה דלא שלטו מאורי אור עיני קדשו בדברי רבינו מוהריב"ץ זלה"ה ואי שמע ודאי הוא הדר ביה. ואנו אין לנו לזוז מדברי מוהריב"ץ ז"ל.

ובפרט במילי דתקנתא דנהירין ליה ובקי בהם בפרטי פרטים הנסותרות והנגלות אפי' בחדרי חדרים. ובודאי שכן היה מקובל מרבותיו זלה"ה.

איך שיהיה. אף לדידן דנקטינן דהא בהא תלייא דלא כמוהר"ר ר"ב.

מ"מ הא ודאי דלא נכנסה בכלל התנאי. כאשר הוכחנו.

כמביא למעלה: מעתה בנ"ד דאנן קיימין ביה שצוה האב שלא יטלו בנותיו כ"א מאתים צ'ורוס לכ"א דבריו קיימים דהוי כאומר אל יתפרנסו בנותיו מנכסיו. כמש"ל משם מוהר"ר ר"ב ז"ל: ולענין התוכחת אשר ע"א מעיד שהיתה.

וע"א אומר שלא נשאר בזכרונו. קושטא הוא.

דהא דבעינן תוכחת. הוא מתק' אבותי' ורבתי' המגורשים ואם לא היתה תוכחת הצוואה בטילה.

כמ"ש בפסקי הרא' זיע"א אך אין זה כ"א בפשוט שלא היתה תוכחת. ואולם בכה"ג דאנן קיימין ביה דודאי מדי ספיקא לא יצאנו.

ועי' להרב באמ"ת לרב אדא זלה"ה ד' ל"ב ע"ד שכתב גם ראיתי למי שערער על מתנה זו שלא נעשית בחבר עיר ונמצא בתק' דצוואה או מתנה שלא תהיה במעמד חבר עיר המתנה בטילה והנה אם פשטה אותה תקנה באותם המקומות הרי טוב. ואם לא פשטה חזר הדין לסיני.

ועי"ש דאסיקא דאי מספקא לן אם פשטא א"ל מוקמינן אד"ת ומסתמא לא אמרינן דפשטא. ע"ש.

ועי' להרב ויאמר יצחק חו"מ סי' פ"ו. וא"כ בנ"ד דראובן המצוה הוא מעיר תאזא ואנחנו לא נדע אם פשטה אצלם התק' א"ל.

מדי ספיקא לא יצאנו וחזר הדין לסיני. וכמ"ש רב אד"א ז"ל.

וכ"ש למאי דכתבינן דאף לדידן דודאי פשטה אצלנו דתקנה. היכא דאיכא ספיקא אם היתה א"ל.

לא בטלה.

ונמצאו בנד"ז תרי ספיקי. ובחדא מינייהו הוה סגי.

כ"ש בהצטרף שניהם: באופן דדברי ראובן המצווה שרירין וקיימין ולא יטלו הבנות בנותיו כ"א מאתים צ'ורוס לכ"א. ותל"מ.

וצוי"מ וימ"ן. הכ"ד החו"פ פאס יע"א באלול המרוצה מש' כי שמרו אמרת'ך ליצי' וקיים: ע"ה שלמה אבן דנאן יס"ט סימן מ"ו.

בדין מחאה. קי"ל שאם שהה בין מחאה למחאה ג' שנים לא עלתה לו מחאה כמ"ש מר"ן סי' קמ"ו ס"ה וכו' הרב ויאמר יצחק ז"ל חח"מ סי' ר"ט דע"כ לא אמרינן דצריך למחות בסוף כל ג' שנים אלא דוקא בלשון המחאה שכ' מר"ן ס"ד וז"ל פ' שהוא משתמש בחצרי גזלן הוא ולעתיד אני תובע אותו בדין וכו' ע"כ דכיון שכ' לעתיד אני תובע אותו ולא פי' ואמר שבכל עת וזמן שארצה אני תובע אותו בדין בשעברו ג"ש ולא תבעו וגם לא מיחא אמרינן דיכול המחזיק להתנצל ולומר כשראיתי ששתק ג"ש לא נזהרתי עוד בשטרי ואמרתי דחזר בו ממחאתו הא' כמ"ש שם הסמ"ע סקי"ג אבל הכא בנ"ד שפי' במחאה ומגלה דעתו על כל ימי הארץ וכו' ובכל עת וזמן שיראה בעיני וכו' יען וביען ששתיקתי זאת לאו מחמת מחילה וכו' בכגון דא ודאי דאין צריך למחות בסוף כל ג"ש אחר שפי' במחאתו שכל עת וזמן שיראה בעיניו יטול את שלו מידו וצריך המחזיק ליהרהר בשטרו לעולם ע"כ: ואהמ"ר לא זכיתי להבין דבריו דכל מה שהאריך זה בלשון מחאתו נכלל במלות קצרות שבלשון המחאה שכ' מר"ן דמ"ש ולעתיד אני תובע אותו בדין היינו כ"ז שירצה עוד כל ימי הארץ אלא שזה בא בארוכה ועוד זיל בתר טעמא שהרי הרא"ש כ' הטעם כיון דעברו ג"ש אחר המחאה ולא תבעיה לדינא ומימחא נמי לא מחי מתיאש מתביעתו ולא מזדהר בשטרא ותולה המחאתו בדברי הבאי והיינו מ"ש הסמ"ע בקצרה ומאחר דהטעם הוא משום דכיון דעברו כל ג"ש וזה לא מיחא ולא תבע מתיאש המחזיק ותולה המחאתו בדברי הבאי וטעם זה יצדק אף בנדון הרב דאף אם פי' במחאתו כ"ז שירצה יטול את שלו כל ימי הארץ הא ודאי דמצי לחזור בו דמי מעכב על ידו וכיון דמצי לחזור בו הא ודאי דיכול המחזיק להתיאש וליתלי המחאה בדברי הבאי כיון דעברו כל ג"ש ולא מיחא ולא תבע ודוקא בההיא דמכרה המערער לאחר תוך ג"ש הוא דאין צריך למחות עוד וכמ"ש מר"ן ס"ו והטעם כ' הרא"ש ז"ל בפ' חזקת ד' לא' דאע"ג דאמר לקמן צריך למחות בסוף כל ג' וג' הט' שאם שתיק ג"ש נראה כחוזר בו מן המחאה אבל הכא כיון שמכרה לאחר אי אפשר לחזור מן המחאה שאפי' אם יודה שהיתה מחאתו שלא כדיון והשדה של המחזיק אין בדבריו כלום לחוב ללוקח יע"ש אלמא כל היכא דמצי המערער לחזור ממחאתו מצי המחזיק לומר דסבר דחזר ממחאתו: והראיה לזה דהאי דינא הוא מימרא דריש לקיש משמיה דבר קפרא כמ"ש בפ' חזקת ד' ט"ל ולשון המחאה שכ' מר"ן ס"ד היא מימרא דרב זביד דל"ח ורב זביד לא הוה בימי בר קפרא וא"כ מי שם פה לאדם לומר דהא דאמר בר קפרא צריך למחות בסוף כל ג"ש קאי אלישנא דרב זביד ואיפ' דאכתי עדיין לא נולד רב זביד אלא ודאי דבר קפרא קאמר האי דינא על כל לשון המועיל במחאה ואם בדברי מרן יכול ה' ויאמר יצחק לומר דקאי אמ"ש בס"ד במימרא דבר קפרא דהוא מרה דשמעתא לא מצי למימר הכי ואם יש צד לידחק ולומר הכי אף בבר קפרא קשיא לן טובא שהרי התם אמור בש"ס גידל בר מניומי הויה ליה מחויאתא למחוייו אשכחנהו לרב הונא ולחייא בר רב ולרב חלקיא בר טובי דהוו יתבי ומחא קמייהו.

לשנה הדר אתא למחויי אמרו ליה לא צריכת. הכי אמר רב כיון שמיחא שנה ראשונה שוב א"צ למחות ע"כ ופי' רשב"ם והתוס' בד"ה כיון שמיחא וכו' שוב א"צ למחות ע"ד ג"ש ואין לפרש דא"צ למחות עד עולם דא"כ פליגי אדר"ל והו"ל למימר ר"ל אמר ע"כ.

הביטה וראה כמה דחקו עצמם רשב"ם והתוס' כי היכי דלא נימא דפליגי הני רבנן דאמרו לגידל בר מניומי שוב א"צ למחות אדר"ל משום בר קפרא מדקאמר אמר ר"ל ולא אמר ר"ל אמר ופי' בדוחק דשוב א"צ למחות דאמור רבנן היינו עד ג"ש ולדברי הרב ויאמר יצחק דס"ל דע"ך לא אמר בר קפרא דצריך למחות בסוף כל ג"שאלא בדלא פי' כ"כ אבל בדפירש כל ימי הארץ וכו' במחאה אחת סגי אמאי לא פי' רשב"ם והתוס' מאי דאמרו ליה הני רבנן לגידל בר מניומי כיון שמיחא שנה רא' שוב א"צ למחות היינו דא"צ למחות עד עולם בפשטה דמילתא ונימא דגידל בר מניומי פי' במחאתו לעולם ובזה לא פליגא אדר"ל ואתו דברי הני רבנן כפשטן דהא ודאי גידל בר מניומי לא הוה ידע מימרא דר"ל וגם מדרך המערערים לומר בהמחאתם עד עולם אלא ודאי דבכל גווני המחאה קאמר ר"ל דצריך למחות בסוף כל שלש שנים ולא שני ליה בין מחאה למחאה: והרמב"ן ז"ל במלחמות הביא לנו דברי הירושלמי שהביא היא עובדא דגידל בר מניומי וחייא בר רב אמר לון כיון שמיחא שנה רא' שוב א"צ למחות לעולם שמע שמואל ואמר אם מזו אין אנו מניחין לגדולי א"י כלום.

כלומר שאינן נזהרין בשטרותיהן אל ג"ש אחר מחאה ואם אתה אומר שוב א"צ למחות לעולם לא שבקת חיי לכולהו עתירי יעו"ש מבואר מן הירושלמי דשמואל אזיל בשיטת ר"ל דש"ס דילן וטעמיה דאי אמרינן דבמחאה אחת סגי לעולם לא שבקת חיי לכולהו עתירי שאינן נזהרין בשטרותיהן אלא ג"ש אחר מחאה ולדברי ה' ויאמר יצחק ז"ל דסבר לה מר דאיכא אופן מחאה דסגי באחת וכמש"ל א"כ הא ודאי דכ"ע שבקי ההיא דרב זביד שכ' מר"ן ס"ד ועבדי הכי כדי שלא היו צריכין ליזהר למחות בסוף כל ג"ש דבקל עושין כן ולא יש בה שום טירחא ולא הפסד ממון אלא בדיבורא לחוד סגי ולמה יעשו מחאה כלישנא דרב זביד ויהיו צריכין ליזהר ולטרוח בסוף כל ג"ש לחזור ולמחות ואם שגג באחת לא עלתה לו ואיבד את כל עמלו הא ודאי דשוטים גמורים הן וכיון שכן לא הועילו חכמים בתקנתן ולא שבקת חיי לכולהו עתירי ותיקשי ליה לשמואל גופיה דפליגי מהאי טעמא ולימרו ליה ולדידך מי ניחא וכמש"ל אלא ודאי דלא שני ליה בין מחאה למחאה ועי' עוד להרמב"ן שם במאי דמחלק בין ההיא דר"ל ובין ההיא דמכרה לאחר ומינה נלמוד לאופן המחאה שכ' ה' ויאמר יצחק ז"ל דלא שייך בה ההוא טעמא דצריך למחות בסוף כל ג"ש: וחזיתיה לה' ויאמר יצחק שהביא ראיה לדבריו מתשו' מהרח"ש ח"א סי' ז"ך קחנו משם ובואה וספר מהרח"ש אינו מצוי אצלי לראות הדברים בשרשן.

ואולם מריהטת לשונו נראה דמהרח"ש ז"ל איירי בשטר שקבל המחזיק ע"ע ולא בשטר מחאה שעשה המערער והכי דייק ג"כ לישנא דהרב ויאמר יצחק שכ' על דברי מהרח"ש ז"ל אוף הכא נמי בנ"ד שפי' בשטר המחאה וכו' אלא שה' מדמה מילתא למילתא לפי מאי דס"ל דאף בשטר מחאה אי פי' כל ימי עולם וכו' אינו מתיאש המחזיק: אכן לדידי חזי לי כי רב המרחק בניהם דשאני שטר מחאה אפי' פי' עד עולם וכו' כל היכא דמצי המערער לחזור ממחאתו מצינו למימר דמתיאש המחזיק מחמת שתיקתו ג"ש גמורות

וכמש"ל לא כן היכא דהמחזיק קבל ע"ע ליכא למימר דמחמת שתיקתו מתיאש ותולה בדברי הבאי אחר שקבל ע"ע: באופן כי דברי ה' תמוהים והם הפך סתם הש"ס והפוס' ומדלא אשתמיט שום א' מהפוס' קמאי ובתראי לאשמועינן האי מילתא דשכיחא משמע דכולהו לא ס"ל הכי ואף אנן מעולם לא שמענו מי שאומר כן ואין לנו שום חילוק בלשון המחאה אלא בכל אופן המחאות צריך למחות בסוף כל ג"ש ותל"מ ודו"ק: הצעיר שלמה אבן דנאן ס"ט סימן מ"ז.

בענין החזקות אם צריך חזקה וטענה או לא ואי מהני ביהו מחילה או שתיקה. דבר זה נפתח בגדולים.

הכנה"ג סי' ק"מ הגה"ט אות ק"ו כ' בעל חזקה שעמד שנים הרבה ולא תבע חזקתו אם יש טעם לשתיקה לא איבד חזקתו. הרשד"ם חח"מ סי' רמ"ז.

ונראה ברור מדבריו דאם אין טעם לשתיקה איבד חזקתו. ע"ש שכתב דודאי שתיקה מטעם מחילה היא והקשה דברי רשד"ם אהדדי ויישב.

ובאות קצ"א כ' חזקות שלנו אין מועיל בהם לשון מחילה אם דנין בהם דין קרקע. ואם אין דנין בהם דין קרקע אלא שעבוד בעלמא מועיל בהם לשון מחילה.

מהר"ם מטראני ח"ב סי' קי"ג. ובח"א סי' רל"ט כ' דדין קרקע יש בהם ואין להם אונאה.

והרשד"ם בחח"מ סי' רל"ה כ' ולא מהני ביהו מחילה וכ"כ בסי' רע"ח ונראה שהטעם משום דדין קרקע יש להם ע"כ. ובסי' רמ"ה בהגב"י אות מ"ב כ' שהראד"ב כ' דאפי' אם דנין אותם כמטלטלין לא מהני לשון מחילה.

ובמהדורא בתרא סי' ק"מ אות י"ב כ' שוב נדפסו תשובות הראד"ב וראיתי בס' ק"ס כ' בסתם דאע"פ שעבר חמש שנים ולא תבע לא הפסיד השכירות ומינה דלא הפסיד החזקה. ונראה מדבריו דאפי' אין טעם לשתיקה לא איבד זכותו.

ועי' בס' מקור ברוך סי' כ"ח דמ"ב ע"ב. ועי' משה"ר מע' חית אות ל"א: והפרמ"א ח"א סי' צ"ב מתחילה צדד לומר דאפי' נדון לחזקות שלנו בדין מטלטל לא מהנייא מחילה ממ"ש הרא"ש בתשו' והביאה הריב"ה בטוח"מ סי' ע"ג וז"ל מחילה לא שייך.

בשלמא כשהאדם חייב לחבירו מנה ומוחל לו הוי מחילה במקום פירעון. אבל כשיש לאדם חפץ ביד חבירו ואומר לו אני מוחל לך החפץ לאו כלום הוא אלא צריך שיאמר אני נותנו לך.

ושוב חזר בו משום שענין החזקות פורח באויר ואין להם ע"מ שיסמוכו אם לא היה תוקף התקנות והגדרים שגדרו בהם מתקני ההסכמות וא"כ אין כאן כ"א שעבוד בעלמא ומהנייא מחילה וכ"כ בפירוש מהר"ם מטראני. ומיהו אם מתקני ההסכמות נתנו להם דין קרקע ודאי דלא מהני ליהו מחילה עש"ב.

ועי' מטה שמעון סי' ק"מ אות נ' ואות צ"ה. ובאורח משפט סי' ק"מ אות ט"ז כ' מחילה בשתיקה לא מהני.

בירך יצחק חו"מ סי' ט' ובאות טו"ב כ' וז"ל א"ה לענין חזקה שדר בה השוכר שלש שנים או יותר ולא תבע המחזיק חזקתו ועתה תובע דמי חזקתו ובא טעון השוכר כיון דלא תבעי כ"כ זמן ושתק דהוי מחילה. עי' למורי הגאון מר"ן אבא בחק"ל חו"מ סי' צ"א ולהרב בעי חיי חו"מ סי' ר"ל שהסכימו דמחילה לא מהני בחזקה ולא איבד חזקתו וכמו שהביא רב אחאי גאון מר"ן המחבר לעיל משם הרב בירך יצחק דחזקת המחזיק כראי מוצק ע"ש: והרה"ג א"ז כמוהר"ר סעדיה אבן דנאן זלה"ה כ' בפס"ד א' מ"ש בתהל"ה וזל"ה.

גם נשאלנו ע"ע מי ששתק ולא תבע החזקה ג"ש אם איבד חזקתו או לא. ויראה שחזקות הבתים הנוהג בינינו בזה הזמן דין קרקע יש לו כיון שכל מוכר חצר לגוי תשאר לו חזקה והוא הרביע כפי הנהוג במדינה זו נמצא שאינו מוכר כ"א שלשה רבעים והרביע דין קרקע יש לו שאם יאכל פירות המחזיק לעיני המערער ג"ש ויטעון המחזיק שלקח או ניתן לו במתנה שיהיה נאמן.

אמנם כשלא תהיה בפני המחזיק טענה לא תועיל כלום חזקתו שכל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה ע"כ. וכן מ"כ משם הרה"ג מהריב"ץ זלה"ה והסכים עמו הרה"ג מוהריב"ע זלה"ה: ומצינו להרבנים הגדולים כמוהר"מ"ס ומוהר"ר רוי"ה זלה"ה שכתבו דחזקה דמוכר קרקעותיו לגוי דין קרקע גמור יש לה לפי שתקנה זאת היא בנויה ומיוסדת על דין סיקרירון אך חזקת ישוב שהקרקע של גוי ובא ישראל ושכרו ממנו שיש לו בו חזקה שנתיסדה מדין עני המהפך בחררה זו מחלוקת ישנה בין הפוסקים אם יש לדונה כמקרקעי או כמטלטלי והמע"ה את"ד: וא"כ לפ"ז בחזקת ישוב למ"ד דהוי כקרקע צריך חזקה וטענה.

ולמ"ד דין טלטל יש לה א"ץ חזקה וטענה ומהני בה לשון מחילה כמ"ש המבי"ט והרשד"ם והפרמ"א. ושתיקה הוי כמחילה כמ"ש ל ולהראד"ב אף דהוי כטלטל לא מהני בה לשון מחילה.

ועי' תשי' סי' קל"ג. וא"כ הוי ספיקא דדינא והמע"ה.

ועי' כנה"ג סי' קנ"ו בהגב"י אות ס"ה שכ' בחזקת ישוב לא אמרינן אוקי בחזקת מריה קמא אלא מי שהוא עומד בתוכה הוא המוחזק. מהרי"ק שו' קי"ח ועי' בשו' קפ"ז ובהר"מ מפדאווה סי' ט"ל ע"כ ואולם אין אנו צריכים לזה.

שהרי מצינו בליקוטי הרב מוהר"ר ידידיה מונסונייגו כתב וז"ל ועי' בפסקי חו"ר טיטוואן ה"ה הרבנים הגדולים כמוהר"י הלוי וכמוהר"ר חנניה ארובאס ז"ל שכתבו שב"ב שירד לחצר גוי לדור בה והחזיק בדין ואחר זה ירד אחריו ב"ב אחר לדור באותו חצר ולא מיחא הא' תכף ומיד בדירת הב' שאיבד חזקתו הא' ואין להם שום תרעומת ודו"ד על הב' ואין לנטות מדבריהם ימין ושמאל.

כ"כ הרה"ג מוהר"ח למוסנינו ע"כ. והביא דבריהם דרבנן הרב ויאמר יצחק חו"מ סי' קע"ז להלכה.

גם מצאנו בפ' ה' כמוהר"ר וידאל הצרפתי בתראה שלים מב"ד שלפנינו וז"ל חזקת ישוב אם החזיק הא' בחנות ויצא ובא הב' אחריו ולא מיחא איבד חזקתו וצריך מחאה

בכל ג"ש. כן פסק הרמ"ז בפסקיו וכ' שכן אמר לו כמוהר"ש אבן צור שכן מצא בפסקי כ"י מ'ר זקיננו: ובפס"ד להרב מוהר"ר שאול ישועה אביטבול נמצא בפסקי הרב מוהר"א ז"ל ונאבד תחילתו כתב וזת"ד.

והשתא דשמעינא להא מילתא מדברי קדשו של משי"ח לא זכיתי להבין שהרי חזקת הישוב עשאוה רבותינו כחזקת סקרירון לכל דבריה אלא דמספקא ליהו אם יש לה דין טלטל או דין קרקע ולא מצינו מי שיש לו תביעה ישנה בין קרקע בין טלטל שיאבד זכותו בשתיקה ימים ושנים. וכ"ש בחזקת ישוב ממ"ן אם כקרקע חשיבה לא מהני בה מחילה אפי' בפירוש וכ"ש בשתיקה.

ואי כטלטל לא שייך בה מחילה כדאי' סי' ע"ג ס"ט. והדבר מפורש בשו"ת מטה אהרן שאלה צ"ב אלא שלבסוף כ' בשם מוהרשד"ם דלס' האומרים דין טלטל יש לחזקות מהני ביהו מחילה וטעמא משום שענין החזקות פורח באויר ואין להם ע"מ שיסמוכו אם לא תוקף ההסכמות והגדרים שגדרו בהם מתקני התקנות.

א"כ אין כאן כ"א שעבוד בעלמא ומהנייא ביהו מחילה. עכ"ל.

ומ"מ אין דברי הרב אמורים אלא לס' האומרים דדין טלטל להם ופשיטא ליהו דאין להם דין קרקע. אבל לדין דמספקא לן אי כקרקע אי כטלטל גם המחילה תעמד בספק דדילמא דין קרקע יש להם ולא מהנייא.

ואפי' את"ל דדין טלטל יש להם ושייכא ביהו. מ"מ לא אמרינן שתיקה כמחילה כמו שכך הוא במחילה בשט"ח דשייך ביהו מחילה ואמרנין בסי' צ"ח דשתיקה ושהייה לא הוי מחילה.

ה"נ אפי' נימא דמהניא מחילה בחזקות אין השהייה פוסלתן ומבטלתן אתד"ה. וכתב על דבריו הרב מוהר"א ז"ל וכתבתי אני בגיליון על מ"ש ולא זכיתי להבין שהרי חזקת ישוב עשאוה רבותינו כחזקת סקרירון לכל דבריה וכו'.

אין מביאין ראיה מחזקת קרקע לחזקת ישוב שהיא כמגדל ופורח באויר. ומ"ש עשאוה כחזקת סקרירון אינו כן אלא מדין הפקר נכסי עכו"ם נגעו בה ועיקרה מדין עני המהפך בחררה שכ"כ סבא דמשפטים מוהר"ר וידאל הצרפתי וסבא דמשפטים מוהר"ר מנחם סירירו מדין עני.

ע"כ.

מכללות הדברים בין תבין דסבר לה מ'ר הרה"ג מוהר"א ז"ל דמחילה או שתיקה לחוד מהנייא בחזקת ישוב: עוד זאת מצאנו להרה"ג מוהריב"ץ שכ' זל"ה ופעם אחת בא לפני אדם א' והקשה אלי דאי משום דהאשה ובעלה דרו בחצר הנז' קודם שבאה המומרת לפיכך יזכו בחזקה א"כ יש לנו לדון שאותם שדרו תחילה קודם שבאה בונינא הנז' לדור הם שייזכו בחזקה שהרי הם קדמו לבונינא ודרו בנכסי המומרת והשבתיו וכו' ועוד שכיון שאין זו אלא חזקת ישוב שאינה כדין קרקע גמור אלא כזוכה מן ההפקר כיון שנסתלקו ממנה וע"פ חכם ונכנסה בונינא לדור שם ולא גילו דעתם שעדיין יתבעו זכותם הרי נתיאשו ממנה והוייא לה כמחילת השעבודין שהיא לאלתר.

ע"כ: אתה הראת דרבני מערבא ראשונים כמלאכים סברי מרנן דבחזקת ישוב כיון דדר בה ישראל הב' ולא מיחא הא' תכף ומיד איבד חזקתו דהוייא לה כמחי' השעבודין שהיא לאלתר כמ"ש מוהריב"ץ ז"ל: הן אמת דבדירת עכו"ם לא איבד חזקתו עד ג"ש שכן מוכח מלשון הרב מוהריב"ץ שכ' הרב מוהר"ר יב"ס בספרו כ"י בת רבים מע' ח' אות י"ג וז"ל ועי' בפסקי מוהר"ר יעב"ץ שכ' דדוקא בחזקת ישוב הוא דאם שהה ג"ש איבד חזקתו.

אבל בחזקה הנשארת לישראל המוכר קרקעו לעכו"ם דין קרקע יש לה ואפי' שהתה כמה שנים ביד העכו"ם ולא נהנה ממנה הישראל ולא עשה מחאה אפ"ה לא איבדו הבעלים חזקתן והסכים עמו מוהריב"ע זצוק"ל. ע"כ.

ועי' הרב ויאמר יצחק סי' ס"ח. וכן היא דעת הרב מוהרב"ט הובאו דבריו בספר תשו' סי' קל"ג.

אלא שחלק עליו וכ' ומעשים בכל יום בכל החזקות הנוהגות אצלינו דלא קפדינן אם לא יהנה מפירות החזקה כ"ע שדרו בה העכו"ם אפי' כמה שנים לא שייך בה יאוש. ע"ש.

אך אנו אין לנו אלא דבר רבינו מוהריב"ץ ז"ל דמוכח מדבריו דאם דר בה העכו"ם ג"ש ולא מיחא איבד חזקתו: נמצא לפ"ז דבנ"ד איבד חזקתו הא' מתרי טעמי. אי משום שדרו בה העכו"ם ג"ש ויותר ולא נהנה ממנה ולא עשה מחאה וכמ"ש רבינו מוהריב"ץ ומוהרב"ט.

אי משום שדר בה ישראל אחר שכתבו רבותינו הראשונים דלא לחר איבד חזקתו כיון שלא מיחא דהוייא כמחילת השעבודין ואין לנו לזוז מדבריהם שהם היו קרובים בזמן לרבותינו בעלי התקנות ובפרט רבינו מוהריב"ץ קדמאה שלים ובקי בחזרי תקנות קדמונינו אפי' בחזרי חזרים אין לנטות מדבריו ימין ושמאל.

דאין לנו לחוש לסברות הנמצאות בספרי הפוסקים בענין הזה נגד סברתם. כי משפטי החזקות תקנות רבות שנו כאן וחילוקים רבים יש בהם במנהגי המקומות כאשר ענין תחזינה בספרים ראשונים ואחרונים ונהרא נהרא וכו' באופן דאנו אין לנו אלא דברי מוהריב"ץ ודברי ראשונים כמלאכים רבני מערבא הנ"ל דמדמי לה להאי מילתא כמחילת השעבודין דמהני אף בשתיקה לאלתר: וממוצא דבר בין תבין דאין להסתפק במה שנסתפק הרב הפוסק ידידינו הרב המובהק מוהר"ר רמ"א הי"ו שכ' וז"ל עוד יש להסתפק כיון שהמחזקים הא' באה לידם החזקה ההיא בתורת מקח מן ראובן המחזיק הא'.

אם נאמר שגם בזה כיון שלא תבעו שכי' החזקה איבדו חזקתם. או כיון שהם קונים מהמחזיק לא איבדו זכותם.

והנה לענין אם נסע מהעיר שפסק מור"ם בסי' קנ"ו דלא איבד חזקתו עד ג"ש. כתב הרב מטה שמעון סי' ק"מ אות צ"ג וז"ל אם חזקה זו היא עשויה ממנו דהחזיק במקום ההוא בכה"ג הוא דאם עקר דירתו איבד חזקתו.

אבל אם החזקה היא דקנאה מאחר אפי' עקר דירתו חזקתו במקומה עומדת. ע"כ.

ושוב הביא דברי הכנה"ג בסי' ק"מ הגה"ט אות קנ"ח שחולק ע"ז. דכיון דמדמינן ליה למחילת השעבודין אין מקום לחלק כלל בין אם החזקה עשויה ממנו לאם קנאה מהמחזיק.

דכולהו לית ליהו אלא שעבוד בעלמא. והא פשיטא דלא עדיף מגברא דאתי מחמתיה ואין ביניהם אפי' כמלא נימא.

וחילוקו של הרב מט"ש יצדק לס' הפוס' דסברי דדין קרקע יש לה וא"כ מן הדין צריך חזקת ג"ש וטענה כדין קרקע גמור אלא שהם תקנו שאם עקר דירתו מן העיר ג"ש איבד חזקתו וכמ"ש מור"ם ס"ס קנ"ו נהגו וכו' ואינו צריך טענה אמטו להכי כתב המט"ש דאין זה אלא במחזיק שהחזקה עשויה ממנו שכיון שהיא עשויה ממנו שהחזיק בשוכר א' וכיוצא ולא נתן במחירה כלום לא חייש עלה כ"כ ואמרינן כיון דעקר דירתו ג"ש נתיאש ומחל.

אבל אם החזקה היא דקנאה מאחר כיון שנתן מחיר בעדה אמרינן דחייש עלה ואינו מתיאש ועל דרך אומרם לא שדי איניש זוזי בכדי ולכך אוקמוה אדינא דצריך חזקה וטענה. גם יצדק חילוקו של הרב מטה שמעון גם למ"ד טלטל ולס' הראד"ב דס"ל דאף אי הוי כטלטל לא מהני בה מה"ד לשון מחילה וכ"ש שתיקה אמטו"ל חילק דהיכא דבאה לידו בתורת מקנה אוקמוה אדינא ולא תקנו אלא היכא דהחזיק מעצמו ולא נתן דמים וספר אגורה באהלך שציין הרב מטה שמעון לא זכינו כעת לאורו לראות שרשן של דברים.

אבל לדידן דלמדונו רבותינו דדמיא לפרט זה כמחילת השעבודין דמדינא במחילה או בשתיקה סגי אף דהמחזיק באה לו בתו' מקנה כיון ששתק ולא מיחא איבד חזקתו. זולתי אם יתן אמתלה וטעם אמת מספיק ומועיל כפה"ד למה ששתק. ותול"מ.

וצווי"מ וימ"ן ולראית האמו"ץ ח"פ פאס יע"א בפרק בא סימן דהאי שתא טבתא ואתא מרבבו'ת קדש וקיים: ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט סימן מ"ח. בתלת כחזא הוינא ואסהד קדמנא הישיש וכשר הר' מרדכי דמתק' דוכא ה"ן אסולין והר' שלמה בהר' משה ה"ן יתאח בתוע"ג וברורה באיין הומא כא יערפו ידעה נאמנה באיין הר' שלמה נ"ע בהר' מרדכי ה"ן אסולין נ"ע וידי"ן עמור אזמן די זווז הר' שלמה נ"ע הנז' הב' רבקה בת הר' יעקב ה"ן עילי ידי' לוטאטי כאן הווא בחור ורבקה הנז' בתולה וכא יערפו באיין אזוואז אלולוי דייאלו הווא האדא.

ובררו בעדותם באיין כא יערפו באיין לבכור די הר' שלמה נ"ע הנז' הווא הר' מרדכי בנו די רחל מסא מעא בוה למתא פאס יע"א ומאת פי פאס יע"א וכא יערפו באיין סי ילדא וורדא מא וולד שלמה הנז' קבל מן מרדכי בנו הנז' עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתמנו הכא תמ"ת במא' א' מבדי"ץ והיה זה בשבעה ועשרים יום לחדש טבת משנת חמשת אלפים ושש מאות וחמשים ואחת ליצירה והשו"ב וקיים: אבנר אג"ייני משה אסודרי שוב בתלת כחזא הוינא ואסהד קדמנא הר' דוד בכהה"ר שלמה ז"ל ה"ן חותא והר' דוד בה"ר ישראל הנ' לילתי בתוע"ג וברורה באיין הומא כאנו מתלאקיין בזאף מעא הר'

שלמה נ"ע ה"ן אסולין הנז"ל וכאנו יסמעו מנו בסחאל דנובאת באיין מרדכי בנו הווא לבכור דייאלו וכא יערף ג"כ בבירור באיין מרדכי הנז' הווא די רחל מסא מעא בוה שלמה הנז' למתא פאס יע"א ומאת פי פאס יע"א עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתמנו הכא תמ"ת במאמר א' מבדי"ץ והי"ז בשמנה ועשרים יום לחדש טבת ש"ש הנז"ל והשו"ב וקיים: אבנר אג'ייני ישועה אלישע צירולייא בתלת כחדא הוינא ואסהדו קדמנא כמוה"ר יהושע מונסונייגו הי"ו וכו' אהרן בהר' יצחק אסולין בתו' עדות גמו' וברורא שהר' דוד אסולין דידי' נ' עמור נ"י נכד הר' שלמה הנז' נ"ע.

הוא בנו של הר' מרדכי הנז' בקבלת עדות הנז' עכס"ע ולראיה ח"פ בשבעה עשר יום לאדר א' שנה הנ"ל תמ"ת ושוב וקיים: שלמה הכהן סקלי אליהו עטייא ע"פ העדאת העדים הנ"ב פשוט וברור דזכה הר' דוד בנו של הר' מרדכי הבכור בחלק הבכורה וכמ"ש חו"ר ספרו יע"א. ונדרשתי לחוות דעתי בענין העיסקא אם הבכור נוטל פי שנים או לא: והנה קי"ל דעיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון כמ"ש ביו"ד סי' קע"ז ס"ב.

וקי"ל שאין הבכור נוטל פי שנים במלוה אע"פ שהיא בשטר כמ"ש מר"ן חומ"ש סי' רע"ח ס"ז. וצל"ד אי הוי דינא אף בפלגא מלוה דעיסקא.

והנה מהר"י אדרבי' סי' ע"ח כתב דפלגא מלוה דעיסקא הוי כשאר מלוה דעלמא והוי ראוי לגבי בכור ותתימי עלה חמשה רבנים כאשר יראה הרואה הביא דבריו הכנה"ג סי' הנז' הגה"ט כ"ט. וה' נתיבות המשפט במשה"א סק"ד ג"כ הביאו וסיים ומסתבר טעמיה. והביא דבריו הפ"ת וסיים וכן מבואר מתשו' חוט השני. אכן בס' שער משפט הביא בשם רדב"ז דפלגא פקדון מקרי מוחזק.

אך פלגא מלוה הוי ראוי. והוא ז"ל חולק ודעתו לדינא דהבכור נוטל פי שנים בכל העיס' כמו בשאר פקדון שהוא ביד אחרים יעו"ש.

וכן פסק בתשו' שבו"י ח"א סי' קע"ב דנוטל פי שנים אפי' בהאי פלגא דמלוה והשיג שם על תשו' חוט השני. אולם בתשו' פני יהושע ח"ב פסק כדעת רדב"ז הנ"ל דלא שקיל מפלגא דמלוה.

אבל פלגא דפקדון ברור דשקיל. ע"כ: והרב בית יהודה במנהגי ארג"ל כתב אמר מורי בענין פי שנים דבכור שהעיסקא יטול בה הבכור פ"ש ואפי' בפלגא דמלוה משום דחשיבא מוחזק כדקי"ל דלהכי קרו לה עיס' שלא תעשה מטלטלין אצל בניו. ע"כ.

וה' תקפו של יוסף ח"א סי' י"א כ' ולענין עיסקאות דבר פשוט אצלי דלא חשיבי ראוי אפי' לענין פלגא מלוה וכיון שאינם יכולים להוציאם מוחזקים חשיבי כפקדון ושותפות שביד אחרים אפי' לגבי בכור שהרי קרינן ביה שפיר בכל אשר ימצא לו וכמ"ש החכם השלם הדו"מ כההר"פ נר"ו. ומה גם שהרב מהריק"ש כ"כ להדיא.

ע"כ: והרב מטה אשר סי' רע"ח אות מ"ח כ' האי עיס' שעושין פלגא מלוה ופלגא פקדון אינו נוטל הבכור פ"ש. מהרי"א רמזו הכנה"ג סקכ"ט.

וכ"פ הרב חוט השני סי' א' ועי"ע שבו"י ח"א סי' עק"ב שדחה דבריו והעלה במסקנא דחשיב מוחזק ונוטל פי שנים. וכ"פ מהריק"ש בהגהות ואדמת קדש ח"א אה"ע סוס"י כ"ט.

ובאמת דראיותם אינם מכריעות וכמ"ש מהרי"א ז"ל. ונעלם מנייהו מלכי תשו' מהרי"א. וכן ראיתי להעט"ץ בתשו' ד' קס"ו ע"א שתמה על פסק השבו"י והכריע כס' חוט השני. וכן הסכים הרב בני אברהם חאה"ע סי' מ"ט ותלמידו הפאת נגב חיו"ד סי' ט"ו.

ועי' בתשו' הרדב"ז ח"א סי' רי"ד וח"ג סי' תקס"ד ונחפה בכסף חומ"ש סי' ו' ד' פ"א ע"ד וסי' ה' ד' פ"ד ע"א וברכות המים דרי"ב ע"ד וגו"ר אה"ע כ"ד סוס"י י"ט ושיו"ב אות א' ושביתת יו"ט אה"ע סי' ו'. ע"כ: והרב אורח משפט סי' הנז' בהגה"ט אות י"ב כ' הניח המורי"ש עיסקא ביד אחרים דקי"ל דהוי חצי מלוה וחצי פקדון.

החצי המלוה אי חשיב ראוי. הרב שבו"י סי' עק"ב ומהרי"א סי' ע"ח הביא מתשובת מהר"ם שהביא המרדכי פ' המקבל דחשיב ראוי גמור וכ"פ מר"ן בש"ע סי' ס"ז.

כרם שלמה חומ"ש סי' י"ו. נחפה בכסף חומ"ש סי' ז'.

ואולם הרדב"ז בישנות סי' רי"ד והריק"ש בהגהות סי' זה וגו"ר אה"ע כ"ד סי' י"ט כתבו בפשוט דחשיב מוחזק. באופן דמדי ספק לא נפיק.

מורי הגאון שם ועי"ש. ע"כ: וחזל"א ח"ב חומ"ש אות ר' זכר את דברי מהריק"ש וכ' עליו וכ"כ הגו"ר.

ועוד זכר את דברי מהרי"א וציין להרדב"ז כ"י ושבו"י ח"א ויד אהרן אה"ע סי' ק' הגב"י אות ח"י ובשו"ת דת ודין סי' י"ד: אתה הראת חבל נביאים ואמבוהא דרבנן זה לעומת זה. רבים אומרים דפלגא מלוה דעיס' הוי ראוי ואינו נוטל בו הבכור פ"ש.

ומנייהו מלכי סברי מרנן דאף פלגא מלוה הוי מוחזק ונוטל בו הבכור פ"ש: מעתה נחפשה דרכינו ונחקורה לדעת מהו הדין היכא דהוי פלוגתא דרבוותא כהאי גוונא. והנה כ' מור"ם במפה סוס"י קל"ט דבר שהפוסקים חולקים בו ולא תפיס חז' מנייהו אם הוא דבר דשייך בו חלוקה חולקין.

ע"כ.

והכנה"ג הגה"ט אות ה' כ' ע"ז ויראה דהיינו במחלוקת שקול דאם אינו שקול הולכין אחר הרוב ע"כ. ומינה לנ"ד אם המחלוקת שקול חולקין ונוטל חצי חלק בכורה בפלגא מלוה.

אך אם המחלוקת אינו שקול הולכין אחר הרוב ולא חיישינן למיעוטא. ואולם כ"ז הוא דוקא אי אמרינן דלא מקרי מוחזק שום אחד מהם בין הבכור בין הפשוט.

אבל אי אמרינן דא' מהם מקרי מוחזק בכור או פשוט ה"מ למיטען קי"ל ההוא מוחזק כהני רבוותא דמסייעין לי אף דרוב רבוותא מסייעין לאידך שאינו מוחזק: איברא דדבר זה הוא דוקא אם הוא מיקרי מוחזק אליבא דכולהו רבוותא. אבל בבכור ופשוט מצינו דהוי פלוגתא דרבוותא מי הוא המוחזק וכמ"ש הרב דבר משה ח"ג סי' ח"י וזל"ה וראיתי

בס' דת ודין בתשו' סי' י"ב עמד בזה והביא פלוגתא דרבוותא דיש מהם עושים מוחזק לפשוט והבכור נקרא מוציא.

ויש מהם להפך ע"כ. וא"כ חזר הדין דאזלינן בתר רובא דעיקר הדין וכדאסיק הרב שם בנדון דידיה דכיון דרוב הפוסקים הם אמרו דמשום כתו' אשה ומזונות לא מקרי ראוי לשלא יקח הבכור פ"ש אזלינן בתרייהו אף אי הוו האומרים הפשוט מוחזק יותר מהאומרים שהבכור מקרי מוחזק לא אזלינן אבתרייהו כי היכי דיכיל למימר הפשו' קי"ל כמ"ד דהוי ראוי.

דמ"ש רבוותא דהיכא דבהא פליגי אזלינן בתר רובא. בעיקר הדין אמרוה לא במאי דאפליגי מי הוא המוחזק.

וכ"ש דאין רבים האומרים דהפשוט הוא מוחזק. יעו"ש באורך: גם הרב שער אשר אה"ע סי' ל"ו הביא פלוגתא דרבוותא ומסיק וכיון דהאי מילתא לא נפיק מידי פלוגתא כבר נודע דאזלינן אחר הרוב וכדברי הרב דב"מ לפני אהרן שעלתה הסכמתם דכשאין שום אחד מהם מוחזק אזלינן אחר הרוב דהסכימו דמשום כתו' אשה ומזונות לא מקרי ראוי לשלא יקח הבכור פ"ש.

והגם דהיכא דפליגי מי נקרא מוחזק אזלינן אחר הרוב דעושין לו מוחזק כנודע וא"כ הכא אפשר וכו' אינו אלא היכא דבעיקר הדין המחלוקת שקול. אך היכא דבעיקר הדין הרוב מסייעים לחד מנייהו הגם דלענין החזקה הרוב סוברים דלא חשיב מוחזק שפיר אזלינן בתר רוב דעיקר הדין לכ"ע וכדברי הרב מהר"ם מאיי ז"ל בתשו' מהרח"ש ח"ג סי' ס"ח וגם הוא הסכים עמו שם בס"ט ובתשו' אה"ע סוס"י מ"ו ובתשו' פמ"א ח"א סי' ו' ובתשו' דב"מ שם ובתשו' פאת נגב סי' מ"ז ובחסד לאברהם חומ"ש סי' ה'.

וכ"ש דלעשות לתרוייהו כאינן מוחזקים אפשר דרובם קיימי הכי: ומינה לנ"ד אי קיימינן אחושבנא ומצינן דרובא מסייע לחד מנייהו אזלינן בתר רובא. ואם נמצאו שקולין הוי ממון המוטל בספק וחולקין.

וכמ"ש הרב דבר משה משם הרב דת ודין. יעו"ש בתשו' הנז': ועיין להרב פתחי תשובה סק"ג שהביא לנו מאי דנסתפק הרב שער משפט היכא דהוי פלוגתא דרבוותא אי הוי ראוי.

וממ"ש יתבאר שהעיקר כהצד השני והוא פשוט: ומ"ש הרב שער משפט שהביא ה' פ"ת דהרדב"ז ס"ל דפלגא מלוה הוא ראוי. הנה לעומת זה כתבנו משמיה דהרב אורח משפט דהרדב"ז בישנות סי' רי"ד כ' בפשוט דהוי מוחזק.

גם הרב מטה אשר ציין להרדב"ז ח"א סי' רי"ד. והיינו הך דרמז לה הרב אורח משפט והיא בח"ד שבהרדב"ז שבידינו.

ומ'ר קרי לחלק זה הישנות. ומ'ר קרי ליה ח"א.

דחלק זה יש אחרונים מכנים אותו ס"א. ויש מכנים אותו תשו' הישנים.

ובתשו' ההיא כ' וזל"ה דקושטא דמילתא לאו מלוה היא אלא דרבנן עשאוה פלגא מלוה ופלגא פקדון דטבא לתרוייהו אבל לא לענין דתשמטנו שביעית ולא שתעשה מטלטלין

אצל בניו ואין אשה גובה כתו' מן העיסקא ולא בעל חוב את חובו וכו' הא למדת שאין חלק המלוה של העיס' כשאר מלוה דעלמא דשאר מלוה להוצאה ניתנה אבל זו לא ניתנה להוצאה וכו' ע"ש.

הרי לך בהדייא דלא כמ"ש הרב שער משפט משמו. אלא דאחר החיפוש מצאתי בח"א שבהרדב"ז שבידינו סי' צ"א כ' וזל"ה ומ"מ לא ידעתי באיזה דרך חל זה ההקדש וכו' ואפ' אי אפלגא דפקדון אין זוכין יורשי ראובן ואי אפלגא דמלוה מלוה להוצאה ניתנה ע"ש.

ואם לתשו' זו נתכוון הרב שער משפט. הרי דמלבד דדברי הרדב"ז בתשו' זו תמוהים שנראים הפך הש"ס והפוסקים שפסקו כרבא דאמר דלהכי קרו לה עיס' וכו' וכמו שהניח תשו' זו בצ"ע הרב נחפה בכסף סי' הנז'.

הלא הרדב"ז גופיה פליג אדידיה בתשו' האחרת שהצגתי לפניך דכ' להדייא דפלגא מלוה לאו להוצאה ניתנה. וא"כ ודאי הוא דהדר ביה מההיא דסי' צ"א שנראית הפך הש"ס והפוסקים.

ולפי זה הרדב"ז הוא מכת הסוברים דפלגא מלוה הוי מוחזק: ומ"ש מהרי"א בתשו' הנז' והכי נמי מוכח ממאי דאמרי' בגמרא להכי קרו לה עיס' וכו' דמשמע דלכל מילי הוי כשאר מלוה דעלמא. ועשה סמוכות לדבריו מפסק רבינו מאיר שהביא המרדכי שכ' דהאי עיס' לכל מילי חשיבא פלגא מלוה וכו' יעו"ש.

לעומתם מצינו בתשובות הרמב"ם הנקראים פאר הדור וזל"ה דאע"ג דאמרינן דעיס' פלגיה מלוה ופלגיה פקדון הכין טעמא דמילתא. בתורת מלוה שהוא חייב באחריותה. ובתו' פקדון שיש לבעליו ליטול מה שהוא מרויח ולא זה כמלוה מכל פניו. ולא זה בפקדון לכל פניו.

דהא קאמרי נהרדעי השתא דאמרת פלגא מלוה אי בעי לוח למשתי ביה שכרא שתי דאמר רבא להכי אקרי עיס' וכו' ע"ש. הרי דהרמב"ם למד מההיא דרבא דפלגא מלוה לא הוי כמלוה לכל מילי דלא כמ"ש מהרי"א ז"ל.

ומההיא דרבא למדו כת הסוברים דפלגא מלוה הוי מוחזק משום דלאו להוצאה ניתנה ולא דמיא לשאר מלוה דעלמא דלהוצאה ניתנה: וחזיתיה להרב נחפה בכסף אה"ע ח"ב סי' ק' מתחילה הביא דברי מוהר"ם מזרחי בס' אדמת קודש ס' כ"ט שהעלה להלכה דפלגא מלוה הוי מוחזק והסכים עמו ושוב חזר בו אחר שראה להר"מ והרע"ב בפ' המשנה מסכת כתובות פ' יו"ד מג' היו שם נכסים בראוי אינן כבמוחזק וכו'.

כ' הרע"ב היו שם נכסים בראוי. כגון עיס' ביד אחרים או הלואה עכ"ל.

והר"ם כ' וז"ל וראוי הוא הדבר שעדיין לא הגיעו לידו אבל אפשר הוא קרוב שיגיעו לידו כגון שהניח חובות או סחורה ביד מתעסקים או ממון בעיר אחרת. ע"כ.

וכ' ע"ז דמלשון הרבנים הנז' נראה בהדייא דכל העי' יש לה דין ראוי ולא דין מוחזק לגבי כתו' בנין דכרין והוא הדין לגבי דאינו נוטל בראוי דעיס' כולה חשיב ראוי ואין

לנו לעשות מעשה הפך דברי הר"מ והרע"ב דחשבי ראוי כל העיס'. ע"פ דברי מוהריק"ש ומוהר"ם מזרחי.

ואלו היו רואים דברי הרבנים הנז' הם עצמם היו חוזרים בהם ולא הוו פליגי עלייהו ועוד שהרב דברי ריבות וכו' וזה הפסק הוא מחמשה רבני מצרים. והן אמת כי מתשו' זו נראה דפלגא פקדון דעיס' הוי מוחזק כשאר פקדון דעלמא.

מ"מ כיון שהרבנים הנז' לא ראו דברי הר"מ והרע"ב נראה דאין לסמוך להורות דירית הבעל פלגא פקדון כיון שהרבנים עצמם איפשר שהיו חוזרים ולא הוו פליגי עלייהו דהר"מ והרע"ב ז"ד יעוש"ב: ואהמ"ר בהורמנותיה דמר קאמינא דדבר זה אי אפשר לאומרו. שהרי פי' המשנה של הר"מ והרע"ב הם ספרים מפורסמים ומזמן קדמון יצא טבעם בעולם.

וכבר השרישנו מוהריק"ו ז"ל ועולה על שלחן מלכים במפה סי' כ"ה ס"ב כל מקום שדברי הראשונים כתובים על ספר והם מפורסמים והפוסקים אחרונים חולקים עליהם הולכין אחר אחרונים יעו"ש דמסתמא שמיע ליהו ופליגי בהדייהו: ואף דמהרימ"ט ז"ל חא"ה סי' כ"ב כ' וז"ל ולא תימא מאחר שהובאו בספרים מפורסמים מסתמא שמיע ליהו כדכתב מהריק"ו ז"ל.

דבשלמא בפוסק שכותב הלכות פסוקות איכא למימר דאע"ג דשמיע ליה אפשר דסמך על רבוותא אחרוני וסתם לן כוותייהו. אבל מי שמשיב תשובה בראיות אם איתא דשמיע ליה לא הוה שתיק מינה מלהביאה ולסותרה אלא מסתמא לא שמיע ליה כלל ע"כ: מ"מ הרי מהריק"ש בהגהותיו בערך לחם כותב הלכות פסוקות בלי ראיות וא"כ מסתמא אמרינן דשמיע ליה דברי הר"מ והרע"ב ופליגי בהדייהו דאפשר דסמך על רבוותא אחרוני הנודעים לו ולפיכך סמכו עליו הבאים אחריו.

ועוד אם הרב נחפה בכסף אמרה על מהריק"ש ומוהר"ם מזרחי וחמשה רבני מצרים בלבד. אנן דחזינן רבים לוחמים אלא מפה ואלה מפה למעלה מכ"ה רבנים וע"כ לא פליגי אלא בפלגא מלוה אבל בפלגא פקדון כ"ע מודו דהוי מוחזק.

האם נוכל לומר דכולהו הנך רבוותא דכמה דורות דור הולך ודור בא לא ראו דבריהם דרבנן הר"מ והרע"ב ז"ל: ואנא דאמרי לדידי חזי לי דמהא לא איריאי ואין משם סתירה לדבריהם דרבנן. דאפשר כולהו הנך רבוותא חזו לפ' הר"מ והרע"ב ז"ל.

אלא דס"ל דאין למדין פירוש ראוי דאמור רבנן בהנהו דאין נוטלין בראוי מראוי האמור לגבי כתו' בנין דכרין לפ' הר"מ והרע"ב דסברי מרנן דהר"מ והרע"ב עצמם אינם מפרשים כן כ"א בראוי דכתו' בנין דכרין דוקא. והט' דהא דהצריכו מותר דינר הוא בשביל שלא תעקר נחלה דאורייתא ע"י תקנתם ותתקיים נחלה דאורייתא במותר דינר וכמ"ש בפ' נערה ד' נ"ב ולכך הצריכו ג"כ שיהא המותר דינר מוחזק ולא ראוי כי היכי דודאי לא תעקר נחלה דאורייתא אבל אם הוא ראוי דאפשר שתעקר נחלה דאורייתא לא תקון רבנן כתו' בנין דכרין.

וכיון שכן הוא הטעם שפי' הר"מ והרע"ב דעיס' כולה הוי ראוי ואף בפלגא פקדון אף שהיא בתוך העיר דלא דמייא לפקדון דעלמא שכ' הר"מ דלא מקרי ראוי כ"א כשהוא

חוץ לעיר ובחילוקו של הרב נחפה בכסף יעו"ש. אך כל זה הוא דוקא בראוי האמור לגבי כתובת בנין דכרין דאפ"י ע"י חשש כל דהו שמא תעקר נחלה דאורייתא לא תקון רבנן דאולי לא יגיעו לידו ותעקר נחלה דאורייתא.

ומפני זה פירשו הר"מ והרע"ב לענין מותר דינר דעיס' כולה אף שהיא בתוך העיר ופקדון דעלמא כשהוא חוץ לעיר מיקרי ראוי. ואין למדין מזה להנהו דאין נוטלין בראוי דשניא דא מן דא.

ורב המרחק ביניהם ובזה לא יהיה הרמב"ם הפך מהסכמת מוהריק"ו ושאר האחרונים ז"ל שהעלו אפ"י הוי הפקדון חוץ לעיר לא הוי ראוי ושכן מוכח מדברי הרמב"ם בחיבורו. דע"כ לא אמרי רבנן הרמב"ם והרע"ב אלא לגבי מותר דינר וכמ"ש אנן בעניותין.

ואין אנו צריכין לומר שחזר בחיבורו ממ"ש בפ"י המשנה כמ"ש ה' נחפה בכסף ז"ל יעו"ש: באופן דרבים לוחמים אלה מפה ואלה מפה מערכה לקראת מערכה. דהרדב"ז ז"ל בישנות ומהריק"ש ז"ל בהגהות.

ומהר"ם מזרחי ז"ל באדמת קדש. והרב שער משפט ז"ל.

והרב שבו"י ז"ל. והרב יד אהרן ז"ל.

והרב גו"ר ז"ל. והרב בית יהודה ז"ל משם רבו ומסתמא מסכים עמו.

והרב תש"י ומוהרפ"ב ז"ל. אחד עשר מלכים וחבל נביאים מתנבאים בסגנון אחד דאף פלגא מלוה הוי מוחזק.

לעומתם חמשה רבנים שבתשו' מהרי"א ז"ל. והרב נה"מ במשה"א ז"ל.

והרב חוט השני ז"ל והרב פני יהושע והעט"ץ ז"ל. והרב נחפה בכסף ז"ל.

[עמש"ל] והרב בני אברהם ז"ל. וה' פאת נגב ז"ל.

והרב כרם שלמה ז"ל. והרב שער אשר ז"ל.

י"ד מלכים] כולם כאחד עונים דפלגא מלוה הוי ראוי. ואולם הרב ברכות המים והרב שביתת יו"ט והרב שיו"ב והרב דת ודין ז"ל.

ארבעה מלכים לא נתבאר לנו דעתם להיכן נוטה יען לא זכינו לאורם. והרבנים אשר רמזו להם לא ביארו לנו היאך היא דעתם: ולפי מה שהעלינו למעלה דאזלינן בתר רובא היינו צריכין לדעת דעת הרבנים הנז' להיכן נוטה אי כמ"ר אי כמ"ר.

אלא שלא הוצרכנו לזה. יען שמצד אחר נראה דנ"ד דיינינן ליה כדין ממון המוטל בספק שחולקין.

שהרי כתבנו למעלה דחמשה מלכים החתומים בתשו' מהרי"א ז"ל סמוכות שלהם מפסק מהר"מ שבמרדכי. ואנן בעניותין הצגנו לפניך תשו' הרמב"ם בפאר הדור.

ובודאי דלא ראו אותה הרבנים הנז'. שהרי תשו' פאר הדור לא יצא טבעם בעולם בימי הקדמונים ולא נדפסו כ"א בימי הרב חיד"א ז"ל וכמ"ש בשם הגדולים ואפשר שאם היו רואים אותה היו חוזרים הם וסיעתם דאזלי בשיטתייהו או לפחות הוה מספקא ליהו.

ולפ"ז הוי ספיקא דדינא. ובפלגא דמלוה דהוי פלוגתא דרבוותא נוטל חצי חלק בכורה.

אך בפלגא דפקדון דהוי מוחזק לכ"ע נוטל חלק שלם: וזו הלכה העלה הרב ויאמר יצחק ז"ל חלק חומ"ש סי' ס"א אחר שהביא פלוגתא דרבוותא כ' וז"ל נמצא לפ"ז דהכא בנדון דידן לא פלטי לן מפלוגתא דרבוותא וכיון שהזכר בספק הרי קי"ל דממון המוטל בספק חולקין. וכן כתב מר"ן שם ס"ז גבי היה לאב מלוה ביד הבכור הרי זה ספק אם נוטל בה פי שנים וכו' לפיכך יטול ממנה חצי חלק בכורה וכו' וא"כ הכא נמי בנד"ד דמצינו מחלוקת הפוסקים בזה ואין בידינו להכריע יטול הבכור בפלגא דמלוה חצי חלק בכורה ע"כ: וזאת אגיד כי בימי הרב מאריה דאתרין מ'ר גאון עוזינו הרה"ג כמוהר"ר אי"ש הצרפתי ז"ל הוה עובדא ודן הרב הלכה למעשה כפסק הרב ויאמר יצחק.

וכן נעשה מעשה. וכן מצאתי להרב ישרי לב ז"ל אות ק' סי' נ"ג וז"ל מחלוקת הפוסקים בענין בכורה אם הוא ראוי או מוחזק.

ע"י להרב דת ודין בתשו' סי' י"ב וי"ג דצלל במים אדירים והעלה לפשר ביניהם וכן הסכים מורי הגאון מ"א ז"ל בחק"ל חומ"ש ס"א סי' ע"ג וח"ב סי' ב"ן. וע"י ר"מ חו"מ ח"ג סי' ח"י.

חסד לאברהם חו"מ סי' ח'. וע"י להרב"ח חו"מ ח"א סי' ר"ו שכתב דכשהמחלוקת הוא אם הוא בכור או לא ודאי דהפשוט הוא המוחזק והבכור הבא להוציא עליו הראיה.

ע"ש ע"כ: גם הרב תש"י ח"א סי' י"א כ' וזל"ה ואם אינו מוחזק שום אחד מהם עבדינן עובדא דפסק מהר"ב קלעי במלות הבעל שיחלוקו האב והיבם וכדאמרין במלוה שנושא האב בבכור דמבעיא לן בבכור אי חשיב כמוחזק ונוטל בה בכור פי שנים או לא חשיב מוחזק ואינו נוטל בה פי שנים ע"ש בש"ס ובפוסקים צדדי הבעיא ומחמת דלא איפשיטא בעיא פסקו דיחלוקו חלק בכורה וכמ"ש בש"ס ובפוסקים ובדברי מר"ן סי' רע"ח ס"ז.

וא"כ אנן נמי נימא הכי בחובות הבעל דאיכא פלוגתא דרבוותא וספיקא דדינא שיחלוקו ע"ש: עולה מן המדבר ותצא דינ'א שזכה הר' דוד בנו של הר' מרדכי הבכור ליטול פי שנים בכל נכסי המנוח המוריש הר' שלמה זקינו נ"ע קרקע וטלטל וכמד"ן המוחזקים כדין הבכור. ולגבי שטרי עיסקאות שהניח מורישם.

בחלק הפקדון דהוי מוחזק אליבא דכולהו רבוותא. יטול פי שנים חלק שלם.

ואולם בחלק המלוה דהוי פלוגתא דרבוותא רבים אומרים דהוי מוחזק. ומנייהו מלכי סברי מרנן דהוי ראוי.

דיינינן ליה כדין ממון המוטל בספק דחולקין ונוטל בו חצי חלק בכורה. ולראית האמו"ן ח"פ פאס יע"א שמנה ימים לחדש אדר הסמוך לניסן בפר"ק בא סימן דהאי שיתא טבתא עדתי"ך נאמנ"ו מאד וצויי"מ וימ"ן וקיים: הצעיר שלמה אבן דנאן ס"ט סימן מ"ט.

טופס שטר מתנה. הע"ע בקש"מ בדל"ב ובשח"ך כ"א למ"ש האשה מסעודא בת הר' חנניה אמוזג נ"ע דמתקרי חנון אל' כר' שלם נ' סמחון נ"ע והודית הו"ג בר"ן ובהש"ד בלי שום זכר אונס וכפייה כלל אלא בלב שלם ובנפש חפיצה ונתנה במתנה גמורה לכמה"ר חיים הכהן ישצ"ו בכה"ר יוסף נ"ע כל הקרקע שיש לה תחת כיפ"ה ואגב הקרקע הנז' נתנה לו במתנה גמורה כל המטלטלין והתכשיטין והחפצים ומ"ב ושטרות באמירת קני לך וכו' וכל מד"ן כל דבר כדינו וכתועלתו כפי דתינו הקדושה באו"ה כפ"ה באופן שכל מה שי"ל תכפ"ה נתנה אותו במת"ג להחכם הנז'.

מתנה שו"ק כו"כ באו"ה כפ"ה. הבתים מתהומא עד רו"ר.

ואשר ע"ג עליות עד התקרה. והעליות מקרקעיתן עד רו"ר.

במוצ' ומוב' ותשמ'י וזכיות' והנאו' עם כל שימוש וזכות השייך להם. מתנה מוחזקת ומקויימת בכל מיני חיזוקין וקיומין שבעולם.

מתנה דלא למיהדר מינה לעלם ולדרי דרין. מתנת בריא גלויה ומפורסמת מתנה בלי שום תנאי ובלי שום שיור זכות כלל אפי' נע"י יתו"מ שכבר סלקה עצמה ורשותה וזכו' וכחה ושעבו' ועצם ורשות וכו' ב"ך מעל כל אלה ונתנה הכל במת"ג להחכם הנז'.

ומו"מ ראשי הח' הנ' לעשות במתנה הנז' חו"ר ככל אשר תאוה נפשו ואין דובר אליו. ועל הנותנת הנז' רמי לסלק כל עו"ט דנפשיה ודאתי מחמתה.

מעל המתנה הנז' וכך אמר ליה זיל חזק וקני ואנא בס"ד איקו ואבתרך ואדכי ואשפי ואמרוק מתנה זו מכל ערעור ושטנא שבעולם דנפשי ודאתי מחמתי. וצבי החכם המקבל הנז' ושמח במתנת חלקו והחזיק במתנה זו רובה ככולה חז"ג כאדם המחזיק בדבר הקנוי לו מד"ת שת"ת.

ואמ"ל הנותנת הנז' מתנה זו כתבוה בשוקא וכו' וכו'. וביארנו לה הדברים ביאור רחב באה"ט וקבלה הכל בספ"י.

ומניח אותנו וכו' וכו' והוכחנו אותה וכו' והוע"ה וכו' ובאח"ג דנפשה ודאתי מחמתה דוקה עוי"א וכו' כתחז"ל וכו' וקיים. עכ"ן.

וחתו' א' מבדי"ץ וא' מסופרי בדי"ץ: וס"ל נמ"ך. הע"ע בקש"מ בדל"ב כמה"ר חיים הכהן הנ"ל והו"ג בר"ן ונתן להאשה מסעודא הנ"ל כל המתנה הנ"ל בכללותא כאמור אין דבר נגרע כלל כל דבר כדינו בלי שום אונס כלל.

בתנאי שהאשה הנז' המקבלת לא תתן במתנה מכל האמור לשו"ן כלל. ואחריה יזכו במתנה הנז' זרעה וזרע זרעה ע"ס כל הדורות.

ובתנאי ג"כ שהכל יהיה מונח להיות פקיד עליו כמה"ר חיים הנז' אוכלים פירות הנכסים קו"ט והקרן קיים לעולם. ובתנאי ג"כ שלא ימכרו ולא ישעבדו הנכסים הנז' שום שעבוד כלל ולא יחול עליהם שום שעבוד בע"ח ולא כתובת אשה לעולם ולא יכנסו לכלל חלוקה עם הבעלים.

שאם יהיה מזרע האשה הנותנת או מזרע זרעה זרע זכר לא יכנס ממון המתנה קו"ט וכמד"ן בינו ובין נשותיהם לכלל חלוקה ויזכו בו יורשיו אחריה דוקא וע"מ כן נתן הח' הנז' הכל בחוזק שיתקיים דעתו במתנה הנז' באו"ה כפה"ד הברור. ואם הוצרך זרעה וז"ז ע"ס כל הדורות כנז' למזונות רשאי למכור דבר מועט כדי מחייתם לצורך שעה דוקא ולא יותר.

ואם מת אחד מיורשיה יזכו במתנה הנז' זרע אשר ישאר חי בחלק המת שלא תחזור המתנה משבט לשבט אשר לא מזרעה הוא באופן שאין שום זכיה כלל במתנה הנז' לזרים אשר לא מזרעה הוא. ואם ב"מ נפסק זרעה וז"ז מכל וכל ולא נשאר לה שום זרע בן או בת.

הרי מו"מ כל הנכסים הנ"ל הקדש גמור לעניי עירינו לעילוי נשמת מסעודא הנז'. ונקוש"ח האשה הנז' ומינתה לכמה"ר חיים הכהן הנ"ל להיות פקיד על ההקדש הנז' לעשות בו כרצונו ולחלק ההקדש הנז' כפי ראות עיניו ולמאן די יצבה יתניננה חיים ברצונו ולכל מראה עיני הכהן כתיב ואין דובר אליו דבר.

ואין לשום אדם ליכנס בגבולו לעשות עמו חשבון על הנכנסות ועל היוצאות והאמינה אותו נאמ"ג על כל אשר יאמר כי הוא זה בלי לחי' אפי' חרס"ל בכהש"ח. ובדין הוא שיטול שכרו רביע בריוח הנכסים כנהוג כל זמן שההקדש בידו.

ואדעתא דכל אלה נתן לה ולזרעה וכו' המתנה הנז'. ולפי שחששה האשה מסעודא הנז' פן ואולי אחרי מותה יזקיקו יורשיה זל"ז לשום עסק שבועה לכן נקוש"ח מיד מסעודא הנז' והאמינה להח' הנז' נגד יורשיה נאמ"ג כשע"ך לומר כו"כ הניחה אחריה האשה הנז' בלתי יזדקקו לשו"ש ועל פיו יבואו וכאשר יאמר החכם הנז' כן יקום בלי לנטות ימין ושמאל.

ולראיה שכך נקש"מ הח' הנז' ונקוש"ך מיד האשה על כל האמור מרו"ס גע"ע הנא' מכו"ך והי"ז בזמן הנ"ל ושו"ק. וחתו' העדים הנז': תשובה תחילה צל"ד אם יזכו אחריה זרעה שלא היו בעלים בשעת המתנה.

א"ל.

והנה מר"ן הש"ע פסק בס"י ר"י אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם. וכו' ע"ש.

ורבינו הטור סי' רפ"ב כ' וז"ל שאלה לא"א הרא"ש ילמדנו רבינו אם יש שום צד שאדם יכול להנחיל נכסיו לבנו הגדול ובנו הגדול לבנו הגדול ע"ס הדורות וכו' תשובה וכו' אם לא נולד בן בנו בשעת המתנה אינו יכול להקנות לו כיון שלא בא לעולם ע"ש. ויש לתמוה עמ"ש מור"ם במפה סי' רמ"ח ס"ז וז"ל אמר נכסי לפלוני ואחריו ליורשי והיה לו בשעת הנתינה בת אחת ואח"ך נולדו לו בנים י"א דזכתה בהם הבת דלא היה כוונתו רק על היורשים שהיו לו בשעת המתנה.

ע"כ.

הרי דלא אתי עלה אלא משום דלא היתה כוונתו על היורשים אח"כ ולכאורה תמוה למה הוצרך לטעם זה בלא"ה. הא קי"ל אין אדם מקנה למשלב"ל.

ודוחק לפרש דכוונת מור"ם בטעם זה דלא היה כוונתו וכו' הוא משום דאין אדם מקנה וכו'. דאין זה פשט דברי מור"ם והו"ל לומר דזכתה בהם הבת דאין אדם מקנה וכו'.

ועוד תמה אני על ה' נתיבות המשפט סקי"ג עמ"ש מור"ם קודם זה אמר אחריו ליורשי והיה לו בת ומתה בחיי המקבל והניחה זרע זרעה עומד במקומה. כ' וז"ל ונראה דדוקא אותו הזרע שהיה בשעת אמירה.

אבל אם נולד אח"ך לא קנה דאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם וכמ"ש הרא"ש בתשו' כלל פ"ז וז"ל שלא אמרו ואחריו לפ' רק למי שהיה בעולם אבל למי שאינו בעולם לא ע"ש. ולפי דבריו דברי מור"ם דסמיכי אהדדי סתראי נינהו ולא זכר ש'ר דברי מור"ם האחרונים כדי לישבם עם הראשונים.

ואף אם הוא מפרש כמ"ש שנלע"ד דחוק הו"ל להעלותו על דל שפתיו. ועוד שהרי דברי מור"ם הללו יסודם בד"מ סק"ו שעל מ"ש הרב ס"ו וז"ל האומר נכסי לך ואחריו ליורשי ולא היה לו בשעת המתנה אלא בת ואח"ך נולדו לו בנים מי נוטל הנכסים מכח מה שאמר ואחריו ליורשי עי' במרדכי פ"ן ע"כ.

כ' וז"ל ויגעתי ודקדקתי ולא מצאתי שם ולקמן סי' זה נראה מדברי רבינו שאין כוונתו אלא ליורשים שהיו לו בשעת המתנה וכ"כ לקמן דאם אמר אחריו ליורשי והיתה לו בת וכו' עד אבל אם אין לה זרע אין שאר יורשים וכו' עומדים במקומה עכ"ל ונ"ל הטעם משום דהואיל ובשעת המתנה לא הו"ל לשאר יורשים לירש דודאי לא כיון רק על הבת או זרעה דהווי יורשים בשעת המתנה כנ"ל דעת רבינו ולא כב"י שתמה על רבינו וכתב יש לתמוה למה לא יירשו שאר יורשיו דהא אמר ואחריו ליורשיו והרי אלו הם יורשיו וצ"ע עכ"ל.

ומה שנ"ל כתבתי. עכ"ל ע"ש.

מדבריו אלו מוכרח לומר דהא דכ' דלא היה כוונתו רק וכו' אינו מטעם דאין אדם מקנה למשב"ל דהא דין זה למדו הד"מ מההיא דרבינו הטור שהביא ה' בהגה קודם זה והתם לא הוי הטעם משום דאין אדם מקנה וכו'. ונראה דהאי חילוקה שחילק ה' נתיבות המשפט דהזרע שנולד אח"כ לא קנה יצדק גם להאי טעמא דמור"ם שהרי כתב דלא היה כוונתו רק על היורשים שהיו לו בשעת המתנה.

וא"כ גם מה שנולד לבת אחר שעת המתנה לא היה כוונתו עליהם. איך שיהיה מור"ם שהוצרך לטעם זה דבריו תמוהים.

ובמרדכי מצאתי הטעם משום שאין אדם מקנה וכו' וז"ל קבלתי ממורי ה' יודה ממגנצא דאפי' אם יהיו לו בנים זכרים אחרי כן אחרי שאמר נכסי לסבתא שלא יהיו יורשין כי אם הבת יורשת מאחר דבשעה שאמר נכסי לירתי לא היה שם יורש כי אם אותה בת דאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם וכו' עש"ב.

ואולי בס' הב"י שהיה לו להד"מ היה כתוב ע"י בהגהות מרדכי פ"ן כמ"ש בש"ע הגה זו משם הגהות מרדכי. וע"ז כ' הד"מ ויגעתי וכו' ולא מצאתי שם אבל במרדכי פ"ן ששם מבואר לא חפשי: ומצאתי לה' המבי"ט סי' קמ"ז שנשאל ברחל שצותה ונתנה

במתנת ש"מ לבנה ואח"ך לזרעו ואחריהם לזרעה שהיא בתה ואחריה לזרעה ואחריה לאחיה.

וכן נתנה מתנה לבתה ואחריה לזרעה ואחריהם לבנה ואחריו לזרעו ואחריהם לאחיה. והשיב אני אומר כי אחיה זוכה אחרי זרעה כמו שציותה היא שאם היתה נותנת מתנה למי שלא בא לעולם לא היתה חלה המתנה וכ"ש שלא היה חל מתנה לאחר אחרי מי שלא בא לעולם.

אבל בנ"ד היא נתנה למי שבא לעולם ואחריהם לזרעם וזרעם זוכים אחריהם מכח מה שציותה שבשעה שמתו הבן או הבת כבר הם זרעם בעולם וכן מצד הירושה שזרעם יורש אותם מד"ת וא"כ גם אחיה אע"פ שאינו יורש שלהם כיון שזרעם אחר שבאו לעולם זכו גם אחיה זוכה מהם כיון שזכו הזרע שכבר הוא בעולם ע"כ עש"ב: מבואר מדבריו דהיכא דמקבל א' ישנו בעולם אף דאחריו אינו בעולם בשעת המתנה כיון דישנו בעולם בשעת מיתת המקבל זוכה מכח מתנה: ונראה דהרא"ש ז"ל והמבי"ט ז"ל פלגן בהדייהו.

דבהיה דהרא"ש יש למקבל א' בעולם בשעת המתנה ואפ"ה סבר לה מר דאחריך אינו קונה דאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם. ולפ"ז נאמר דמור"ם במפה הכי ס"ל דמאחר דמקבל א' ישנו בעולם אף שאחריו אינו בעולם קנה אם לא מטעם דלא היה כונתו וכו': ומצאתי להכנה"ג בהגה"ט סי' רמ"ח אות ב' שהביא דברי הרא"ש והמבי"ט הנז' וכו' שדברי המבי"ט היפך תשו' הרא"ש ואף הרדב"ז ומהר"י צייאח שחולקין עליו מטעם אחר ולא מטעם הרא"ש ותמה איך נעלם מעיניהם תשובת הרא"ש ז"ל וסיים בזה וז"ל וצריך לידחק ולומר דלא זיכה הרב ז"ל לאחי רחל אלא מפני שבא מכח יורש רחל המצווה וכיון שבא מכח יורש רחל אע"פ שאין אותו זרע בעולם בשעת המתנה יוריש למורישו דממילא הוא יורש ולא משום תנאי.

אבל בנדון הרא"ש ז"ל אע"פ שאחריך בא מכח יורש מ"מ כיון שלא אמר שירש כל הזרע של המקבל אלא בנו הגדול דוקא אינו בא מכח ירושה דממילא אלא מכח תנאי וכיון שבשעת המתנה ובתנאי לא היה בעולם אם הוא אינו זוכה במה יזכה אחריך. ואע"פ שמדברי מהר"ם מטראני ז"ל נראה דזיכהו מכח מתנה אף בלא טעם ירושה.

צריך לידחק ולומר בסמ"ך הא אהא ע"כ: ומלבד שתירוצו של הכנה"ג דחוק הרבה כמ"ש הכנה"ג בעצמו. לא יצדק תירוצו לדברי מור"ם.

ואם כנים הדברים שכן היא ס' מור"ם ודאי דפליג עם הרא"ש. וא"כ לדידן דקבלנו עלינו הוראות מור"ם היכא דלא גילה דעתו מר"ן הכי נקיטינן.

ובפרט דפשט דברי המבי"ט והרדב"ז ומהר"י צייאח מוכחי הכי דתירוצו של הכנה"ג דחוק הרבה. וא"כ בנדון דידן דמקבל א' ישנו בעולם בשעת המתנה אף שאחריו לא היה בעולם זכה: ולתירוצו של הכנה"ג בנ"ד זכו אחריו אף לדעת הרא"ש.

דמבואר מדבריו דדוקא בהיה דהרא"ש שלא זיכה לכל זרע המקבל כולו דליכא ירושה דממילא אינו זוכה גם מכח מתנה. אבל היכא דזיכה לזרע המקבל כולו זוכה גם מכח מתנה.

ולפ"ז אף דזרע המקבל אינו יורש להנותן כ"א יורש המקבל אפ"ה זכה אלא דדקדוק לשון הכנה"ג אינו מורה כן. שהרי כ' דלא זיכה ה' ז"ל לאחי' רחל אלא מפני שבא מכח יורש רחל המצווה וכיון שבא מכח יורש רחל ע"כ.

ומדנקט יורש רחל המצווה יראה לומר דדוקא בנותן לכל זרע המקבל שהוא יורש לנותן. אלא דיש לדחות ולומר דהא דנקט הרב יורש רחל המצווה הוא משום דמעשה שהיה כך היה.

אבל לעולם כשתהיה המתנה לזרע המקבל כולו הגם שאינו יורש הנותן סגי וזוכה: וכן הבין ה' ויאמר יצחק ד' קע"ב ע"ד שאחר שכ' דברי הכנה"ג הנז' כ' וז"ל מבואר מזה דדוקא בנדון הרא"ש ז"ל שזיכה לבנו הגדול ואחריו לבנו הגדול כיון שלא אמר שירש כל הזרע של מקבל אלא בנו הגדול דוקא א"כ אחר שאותו הבן לא היה בעולם אינו זוכה כיון שאינו בא מכח ירושה שהרי איכא יורשים אחרים עמו ואינו זוכה אלא מכח התנאי של אחריו שאמר הנותן והו"ל מזכה למי שלב"ל דלא קנה.

משא"כ הכא בנ"ד שאמר ואחריו מעכשיו לזרעו הראוי ליורשו וזרעו וז"ז וכעזה"ד עסכ"ה א"כ הרי זיכה לכל היורשים של המקבל וכיון שכל זרע המקבל בא לזכות מכח ירושה ולא מכח התנאי של אחריו אף שאותו הזרע לא היה בעולם בשעת המתנה יזכו במתנתם כיון שהם באים מכח ירושת המקבל כמ"ש.

ע"כ.

וע"ש ד' קפ"ו ע"ב: ולכאורה יש להכריע כפירושו דמאחר דרחל המצווה היה לה בן ובת והבת אינה ראויה לירש במקום הבן וא"כ המתנה שנתנה לבת ואחריה לזרעה ואחר זרעה לבנה שהוא אחי הבת ואחריו לזרעו ואחר זרעו לאחיה של רחל שאמר הרב דזכה זרע הבן והבת וזוכה אחריהם אחיה של רחל.

והלא זרע זה אינו יורש כ"א למקבל ואינו יורש לרחל המצווה דהבת אינה ראויה לירש במקום הבן. בשלמא במתנה שנתנה לבן ואחריו לזרעו ואחריה לבתה אחות הבן ואחריו לזרעו ואחריהם לאחיה של רחל.

בזה זרע הבן והבת הם יורשים להנותן אבל לא במה שנתנה לבת כמ"ש. אלא דאין זה הכריע דבלא"ה הכי יש להקשות.

על הרב המבי"ט אמ"ש וז"ל מה שנתנה לבנה וכו' וכן נתנה לבתה וכו' לא חדשה שום דבר ממה שהוא ד"ת שמא שנתנה לבן וכו' וכן מה שנתנה לבת יהיה לה אחריה לזרעה ואחרי זרעה לאחיה ולזרעו וכן הולכת הנחלה וממשמשת לסוף הדורות ע"ש. דבאמת דבר זה תמוה הוא דהיאך יאמר קדוש דמה שנתנה אחר זרע הבת לאחיה של הבת דלא חדשה שום דבר ממה שהוא ד"ת וכן הולכת הנחלה וכו'.

והלא זרע הבת משפחת בית אביו הם ירשוהו. א"ו דכוונת הרב היא שמה שנתנה רחל לבנה אחרי זרע הבת הכוונה היא שרחל נתנה לבנה אחרי בתה וזרעה והוי כאלו אמרה שאחרי זרע בתה תחזור המתנה לה ומכחה יזכה בנה ואחריו זרעו דלפ"ז לא חידשה ממה שהוא ד"ת.

וכן צריך לפרש במ"ש אח"כ וז"ל אבל עתה שאמרה אחריה לזרעה ואחרי זרעה לבנה שהוא אחי בתה הרי מדין ירושה ג"ך הוא יורש אלא שאינו זוכה אלא במה ששיירה. ע"כ.

דמ"ש שהבן מדין ירושה הוא יורש לא שירש מזרע הבת שאינו יורש שלהם אלא יורש רחל אמו דהיינו שחוזרת המתנה לה וירש אותה הבן וזרעו אחרי מות הבת וזרעה. ומ"ש אח"ך וז"ל אבל מה שאמרה אחרי זרע בתה לאחיה שיהיה לאחיה של רחל אחרי זרע בנה מה שירש מאחותו יהיה לאחיה ע"כ.

נראה ודאי דמ"ש מה שירש מאחותו אינו אלא אשגרת לשן לפי שאינו זוכה בנכסים כ"א אחרי מות זרע בתה. אבל אינו יורש אחותו כשיהיה לה זרע ולא ירש כ"א מרחל אמו כמ"ש: ולפ"ז עדיין מקום לומר דמה שזיכה ה' לאחיה של רחל הוא מפני שבא מכח יורש רחל דאף במתנה שנתנה לבתה שאינה ראויה ליירש במקום הבן אפ"ה בנה של רחל אינו זוכה מכח ירושת אחותו כ"א מכח רחל אמו ואחריה זרעו ואחריה אחיה של רחל.

דנמצא דלא זכה אחיה של רחל אלא מכח זרע הבן שהוא יורש רחל המצווה. אבל לעולם כשלא יהיה זרע המקבל יורש להנותן אינו זוכה אלא דעדיין יש להכריע ממ"ש ה' אח"כ ואפ"ה אני אומר כי אחיה זוכה וכו' אבל בנ"ד היא נתנה למי שבא לעולם ואחריהם לזרעם וזרעם זוכים אחריהם מכח מה שציוותה שבשעה שמתו הבן או הבת כבר הם זרעם בעולם וכן מצד הירושה שזרעם יורש אותם מד"ת וכו' ע"ש.

הרי בפ"י אתמר שזרעה של הבת זוכה גם מכח מתנה הגם שלא היה בעולם בשעת המתנה ואינו יורש לרחל המצווה שהבת אינה יורשת במקום הבן. אלמא דכל שנותן לכל זרע המקבל אף שאינו יורש הנותן זוכה וכפ"י הרב ויאמר יצחק: אלא דקשה ממ"ש הכנה"ג שם אות מ' וז"ל חזקת הוואקף שהמלך זיכה אותם כל זמן שהיה לו בן או בת יורשים אי חשיב כמו נכסי לך וכו' מורי הרב חזו"מ סי' צ"ו וכו' אבל תמהני היכי מצינן למימר דחזקת הוואקף דמי לנכסי לך ואחריך לפ'.

דהא ואחריך לפ' אינו אלא כשאחריך בעולם כמ"ש הרא"ש בתשו' כלל פ"ד הביאה רבינו בעל הטורים בסי' רפ"ב. ולא ידעתי איך לא זכר ש'ר דברות ראשנות אשר דבר דסבר לה מ'ר בדעת המבי"ט מ'ר אביו של מהרימ"ט שהוא רבו של הכנה"ג דהיכא דנותן לכל זרע המקבל אף שהזרע אינו בעולם בשעת המתנה זכה וע"כ לא קאמר הרא"ש ז"ל דלא זכה כ"א דוקא בנ"ד דלא קאמר שירש כל הזרע של מקבל אלא בנו הגדול דוקא.

וניחא ליה להכנה"ג ז"ל בזה לישב דברי המבי"ט עם ההיא דהרא"ש. ולפ"ז גם בחזקת הוואקף שהמלך זיכה אותם לו ולירשיו אחרי יודה הרא"ש דזוכה אף שהזרע אינו בעולם.

ובודאי דגם ה' מוהרימ"ט ז"ל יסבור כהרב המבי"ט אביו שהוא מרה דשמעתא שחידש דין זה לדברי הכנה"ג. ואף לפי פשטן של דברים דנראה דהמבי"ט והרא"ש ז"ל פלגן בהדייהו.

הרב מהרימ"ט פשוט דס"ל כהרב אביו. ובין כך ובין כך אין לתמוה על הרב מוהרימ"ט: ולכאורה בהבטה ראשונה.

היה נראה להביא ראיה היפך ממ"ש הכנה"ג מתשו' מוהר"י עוזיאל הובאה בתשו' מהרשד"ם חא"ה בצואה שנתן ללאה בתו ואחריה לבנים הנולדים מגופה. שנסתפק הרב וז"ל אי מה שצוה הזקן שתלך הירושה לבני לאה הנולדים מגופה הוא מזכה לדבר שלב"ל כי הא דאמרינן נכסי לבנים אשר תלד דלא אמר כלום דדוקא במזכה לעובר שלו אמרינן דקנה וכו' א"כ ה"ן אחר שבזמן הצוואה עדיין לא היה בעולם בן לאה ולא נולד אלא לאחר כמה שנים כנראה מתוך הצוואה א"כ איך זכה מכח הצוואה.

או דילמא דלא זכה מכח הצוואה שמזכה לו רק מכח התנאי שהתנה שלא יורישינו יורש אחר זולת היוצא ממעי בתו שכוונתו היא שלא יזכה בבית ההוא הבעל שהוא יורש קודם לבנים ואינו מיוצאי מעיה ובודאי שבידו היה כח לסלקו כי הא דאמר אביי אחריו מוצא מיד הבעל וא"כ זכות הבן אחר סילוק הבעל בא מאיליו ובמקומה עומדת וקנה.

ע"כ ע"ש: הרי דאף דמקבל א' ישנו בעולם ונתן לכל זרע של מקבל ואפ"ה כ' ה' ז"ל דלא זכה מכח הצוואה אלא דנסתפק דילמא יזכה מתנאי הסילוק שסילק לבעל וזכות הבן בא מאיליו ואפי' סילק לבעל וזיכהו מכח ירושה לא זיכהו מכח הצוואה וזה נראה לכאורה דלא כהכנה"ג: גם ה' קצות החשן סי' רמ"ח סקי"ג כ' וז"ל אמנם נראה לענ"ד בנדון זה שהתנה ואחריה ליורשיה מגופה כיון דהוי לדבר שלב"ל לא זכו יורשיה מגופה וכו' וא"כ כיון דלנולדים לא מהני הקנאה א"כ יורשיה מגופה לא זכו וכיון דאחריו נסתלק ממילא קם לה ביד בעל שהוא כלוקח ואפי' לפי דעת מוהרש"ך דבמה שאמר וליורשים הנולדים מגופה דעתו היה לסלק לבעל וכן אפי' באומר לנשואה ואחריו ליורשיה מגופה דודאי סילק את הבעל אפ"ה כיון דאחריו לא זכה ממילא זכה בעל דלא סילק לבעל אלא מכח אחריו וכמ"ש חכם צבי בתשו' סי' ל' ע"ש דכי היכי דאומר ואחריו לפ' דסילק ליורשי קמה ואפ"ה אם אחריו נסתלק וכגון שמת קודם הראשון קמה לה ביד יורשי ראשון וה"ה באומר לנשואה ואחריו לפ' לא סילק לבעל אלא עבור אחריו והיכא דאחריו כבר נסתלק קמה לה ביד בעל וע"ש.

וא"כ ה"ן אפי' באומר לנשואה ואחריו ליורשיה מגופה כיון דיורשיה מגופה לא זכו הו"ל כמו נסתלק אחריו וזכה הבעל וזה ברור עכ"ל: מבואר מדבריו דאף דישנו למקבל א' בעולם ונתן לכל הזרע של המקבל דלא זכו הנולדים מגופה אף דסילק את הבעל לדעת מוהרש"ך או אפי' בנשואה לכ"ע דאיכא ירושה וכמ"ש מוהר"י עוזיאל אף דבעיקר הדין אם יזכה הבעל א"ל.

פליגי בהא מודו דלא זכו הנולדים מגופה מכח הצוואה: אכן כד דייקנין פורתא אשכחן דלא פליגי דע"כ לא לא קאמר הכנה"ג אלא דוקא היכא דאיכא ירושה דממילא אבל בנדון הרבנים הנז' ליכא ירושה דממילא ולא נמשכה הירושה כ"א מצד דאמר ואחריו לנולדים מגופה דבזה סילק לבעל אף לס' מהר"י עוזיאל שכ' דאחר סילוק הבעל נשארה הירושה לבניה מ"מ אין זה ירושה דממילא דהא אם לא אמר ואחריו וכו' דלא נסתלק הבעל אין ירושה לבנים אלא הבעל יורש את אשתו.

וכ"ש לס' ה' קצות החשן שכ' דגם אחר סילוק הבעל אין יורשין אותה בניה הנולדים מגופה אלא הבעל יורש ודוקא בנדון המבי"ט דאיכא ירושה דממילא אף אם לא אמר ואחריו בזה אמרינן דמאחר דאיכא ירושה דממילא אף בלא אמירת ואחריו וכו' לכן זוכה גם מצד ואחריו: איך שיהיה עלה בידינו דלדעת ה' כנה"ג דס"ל דהיכא דמקבל א' ישנו בעולם ונתן לכל זרע של המקבל דאיכא ירושה דממילא זוכה גם מכח מתנה.

א"כ בנ"ד שאמר ואחריה יזכו במתנה הנז' זרעה וזרע זרעה עסק"ה מאחר דמקבל א' ישנו בעולם ונתן לכל הזרע של המקבל דאיכא ירושה דממילא זוכים גם מכח מתנה אליבא דכ"ע גם לדעת הרא"ש וכמ"ש הכנה"ג: אלא דעדיין יש לפקפק והוא דכתוב בשטר מתנה ולא יכנסו לכלל חלוקה עם הבעלים.

וא"כ נחזי אנן אם לאיזה בת מבנותיה לא יהיה לה כ"א זרע הנולד אחר שעת המתנה אם יזכה בנכסים כולם גם בחלק הבעל דבשלמא במחצית הנכסים הראוי להם שיש בהם ירושה דממילא יזכה גם מכח ואחריו וכמ"ש"ל. אבל במחצית הנכסים הראויים לבעל מצד הירושה שהרי הבעל יורש את אשתו ד"ת אלא שרבותינו בעלי התקנות העמיסו על הבעל לחלוק עם אשתו א"ך בחצי של הבעל אף דהנותן סילק לבעל שלא יבוא לכלל חלוקה.

אין בזה ירושה דממילא כ"א ע"י מעשיו שסילק את הבעל. ודמי נדון זה לנדון ה' מהר"י עוזיאל ז"ל הנז' שכתבתי למעלה דנסתפק דאף דלא זכה מכח הצוואה משום דהוי מזכה למי שלב"ל מ"מ יזכה מחמת הסילוק שסילק לבעל וא"כ זכות הבן אחר סילוק הבעל בא מאיליו אלא דמאי דמספקא ליה למהר"י עוזיאל מפשט פשיטה ליה לה' קצות החשן העתקנו דבריו למעלה שכ' דאפי' לפי דעת מהרש"ך דבמה שאמר ולירשים הנולדים מגופה דעתו היה לסלק הבעל וכן אפי' באומר לנשואה ואחריו ליורשיה הנולדים מגופה דודאי סילק את הבעל אפ"ה כיון דאחריו לא זכה ממילא זכה בעל.

וא"כ לא נניח פשיטתו של הרב קצה"ח מקמי מאי דמספקא למהר"י עוזיאל ולפ"ז בנ"ד כאשר יהיה האופן כן. נראה דלא יזכה הזרע הנולד אחרי כן במחצית הנכסים הראויים לבעל משום דהוי מזכה למי שלב"ל.

ואפי' לפי דעת הכנה"ג דע"כ לא קאמר אלא בדאיכא ירושה דממילא. אבל בנדון כזה ליכא ירושה דממילא שהרי הבעל הוא היורש אלא שנסתלק וכמ"ש למעלה דלא פליגי הכנה"ג והקצה"ח והוי נדון זה כמו הנותן לנשואה ואחריה לנולדים מגופה דודאי סילק את הבעל ואפ"ה כ' הקצה"ח דהבנים לא זכו ולפיכך יזכה הבעל אף דעשה לו סילוק.

גם בנדון זה אף שסילק את הבעל מאחר דהבנים לא יזכו יזכה הבעל וכדפשיטא ליה להקצה"ח. ולפ"ז לא נתקיימה דעת הנותן שהרי הוא התנה בפ"י שע"מ שתקיים דעתו נתן שכן כתוב בשטר מתנה אחרי הדברים האלה וז"ל וע"מ כן נתן החכם הי"ו הכל בחוזק שיתקיים דעתו במתנה הנז' באו"ה כפ"ה הברור ע"כ.

וחזר הדברים אח"כ וז"ל ואדעתא דכל אלה נתן לה ולזרעה וכו' המתנה הנז': עוד יש לפקפק מצד אחר שהרי כתוב בשטר המתנה וז"ל ואם מת א' מיורשיה יזכו במתנה הנז' זרע אשר ישאר חי בחלק המת שלא תחזור המתנה משבט לשבט אשר לא מזרעה הוא

וכו' ויש במציאות דלא יזכה הזרע הנשאר חי אף לדעת הכנה"ג כגון שלא יהיה זרע הנשאר חי בשעת המתנה דליכא צד ירושה כלל דההוא שבטא דכלה ב"מ משפחת בית אביו הם ירשוהו וכיון דליכא ירושה דממילא אינו זוכה מדין ואחריו.

וא"כ לא נתקיימה דעת הח' הנותן שע"מ שתתקיים דעתו נתן. אבל היכא דיהיה במציאות שלא תתקיים דעתו כפ"ה אדעתא דהכי לא נתן.

דמדתלה מתנתו בקיום דעתו מוכח דהיכא שיוודע דיש פעמים שלא תתקיים דעתו מן הדין אדעתא דהכי לא נתן דמדהא ליתא. הא נמי ליתא.

ולא דמי למ"ש מור"ם סי' נ"א וז"ל אם היו כתובים בשטר ב' או ג' דברים ונתבטל השטר לדבר א' השאר לא נתבטל. ע"כ.

ופי' הסמ"ע שנתבטל מכח גוף הענין ולא מכח פיסול העדים משום הכי מתקיימת עדותן לשאר עניינים שבשטר ע"כ. דשאני התם דלא תלאן זה בזה.

אבל בנ"ד שע"מ שתתקיים דעתו ואדעתא דכל אלה נתן. הא בהא תלייא בהבטל צד אחד יתבטל הכל: ויען כי בפרט זה יש מקום להאריך אלא שאין הזמן מסכים לכן אתהלך בדרך קצרה.

דאמור בגמרא בפ' המגרש ד' פ"ד אההיא דהרי זה גטיך ע"מ שתאכלי בשר חזיר. ותיפוק ליה דמתנה ע"מ שכתוב בתורה וכל המתנה ע"מ שכ' תנאו בטל.

ומשני אמר רבינא כי אמרינן מתנה עמש"ב תנאו בטל כגון שאר כסות ועונה דודאי קא עקר. אבל הכא מי קאמר לה לא סגי דלא תיכול ולא תיגרש ע"כ.

וקשה דהא כל תנאי הכי הוא ואף בשאר כסות ועונה מי קאמר לה לא סגי דאין לה עליו שכ"ו לא תתקדש ולא ליעקר שכ"ו. הגע עצמך אם אמר לה הרי את מקודשת ע"מ שתאכלי בשר חזיר ודאי דלא הוי מתנה עמש"ב דלא תיכול ולא תתקדש.

וכן כ' הרמב"ם להדייא. וא"כ מאי שנא משאר כסות ועונה.

ורש"י פי' וז"ל דודאי קא עקר. שהרי מסר לה קידושין והרי היא אשתו להתחייב בכולהו וכי אתני ע"מ שלא יתחייב הוה ליה עקר.

ע"כ.

והנראה בכוונת דבריו דר"ל דמאחר שמסר לה הקידושין ואמר לה הרי את מקודשת. אקדשא.

ואין מועיל תנאי אח"ך שכבר היא אשתו. ובפ' השוכר את הפועלים ד"ה אפי' תימא מפורש יותר וז"ל אבל המקדש את האשה מכי אמר לה הרי את מקודשת לי אתקדשא לה וכי אמר לה ע"מ שאין לך עלי.

מתנה עמש"ב דאין אישות להצאין וכי תפוס קידושין לגמרי תפוס והו"ל מתנה עמש"ב. ע"כ.

ואף לפירושו צ"ל דדוקא בשכ"ו הוא דהתנאי לאו כלום הוא מאחר שכבר היא אשתו ובמסירת הקידושין נתחייב בשכ"ו ד"ת. אבל באומר הרי את מקודשת ע"מ שתאכלי בשר חזיר שאין האיסור תלוי במסירת הקידושין אף שכבר היא אשתו מהני תנאו ולא הוי מתנה עמש"ב מאחר דלא אמר לה לא סגי דלא תיכול.

וכן באומר הרי זה גטיך ע"מ שתאכלי בשר חזיר אף דבנתינת הגט נתגרשה כיון שאין האיסור תלוי במעשיו הוי תנאי ולא הוי מתנה עמש"ב. דלא תיכול ולא תיגרש דדוקא בשכ"ו דהחיוב תלוי בקידושין.

וכי תפוס קידושין לגמרי תפוס להתחייב בכולן דאין אישות לחצאין וכבר היא אשתו. לכך כשחוזר ומתנה הוא מתנה עמש"ב.

אבל בבשר חזיר דאין האיסור תלוי בנישואין וגירושין לא הוי מתנה עמש"ב. נמצא כי עיקר חילוק רבינא בשכ"ו הוא ע"י הצטרפות ב' דברים.

שמסירת הקידושין קודם התנאי. ושהם דברים שחייב בהם ע"י קידושין.

ובהצטרף שניהם הוי מתנה עמש"ב: והתוספות פ' אע"פ הביאו פ"י רש"י דפ' השוכר ודחוהו וז"ל ובקונטרס פ' שם דהכא מקודשת משום דכי יהיב לה קידושיה. אקדשא.

ותנאה ובתר הכי לאו כלום הוא שכבר היא אשתו. אבל שומר חנם מתנה קודם שמשך. ואין נראה דהא כל תנאי לר' מאיר תנאי קודם למעשה הוא. ע"כ.

ולדבריהם צ"ל דעיקר חילוקו של רבינא בשכ"ו הוא מחמת שתלו חיובם בקידושין ולכך הוי מתנה עמש"ב שהתורה אמרה שעיקר הנישואין תלוי בשכ"ו והוא מתנה שלא יהיו בשכ"ו אף דלא אמר לה דלא סגי דלא לחייב בשכ"ו אפ"ה הוי מתנה עמש"ב. אבל בבשר חזיר דאין האיסור תלוי בנישואין כיון דלא אמר לה דלא סגי דלא תיכול לא הוי מתנה עמש"ב: ואף רש"י דפ' המגרש אפשר דהכי כוונתו ולא הוצרך לומר בפ' השוכר שכבר היא אשתו אלא משום דאמר שם בגמרא שאני ש"ח דמעיקרא לא שעבד נפשיה.

וקשיא ליה דהכא נמי ע"מ כן אקדשה ולא שעבד נפשיה ולזה תירץ דשאני ש"ח דמתנה קודם שמשך. אבל המקדש מכי יהיב קידושין אקדשא ותנאה דבתר הכי לא הוי תנאי.

אבל התוספות תירצו בפ' אע"פ לקושייא זו תירוץ אחר ובחידושי קידושין לרב א' קדמון עמ"ש בגמרא ד' כ"ג אמר רב ששת דכולי עלמא אין קנין לעבד בלא רבו ואין קנין לאשה בלא בעלה והכא במאי עסקינן דאקני ליה אחר מנה וא"ל ע"מ שאין לרבו רשות בו רבי מאיר סבר כי א"ל קני. קני עבד וקני רביה.

וכי א"ל ע"מ לאו כלום קאמר. כתב וז"ל ר' מאיר סבר וכו' פירוש משום דהאי תנאי קא עקר ליה למעשה לגמרי דכי א"ל קנה קנה העבד וכיון שקנה העבד קנה רבו וכי הדר מתנה ע"מ שאין לרבו רשות בו סתר ליה למעשה לגמרי והרי תנאי זה כמי שנותן מתנה לחבירו ואומר לו קני זה ע"מ שלא יהיה לך בו כלום ושביק ליה למתנה בידיה דודאי קנה ותנאו דברי הבאי הוא דסתר ליה למעשה.

ה"ן כי אמר ליה קני קנה העבד וקנה רבו והיכי מצי תו לאתנווי ע"מ שאין לרבו רשות בו. והיינו טעמא דאמר ר"מ גבי הרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך עלי שכ"ו ה"ז מקודשת ותנאו בטל כיון דלקדושה קא מיכוין ואי אפשר לקידושין אלא בשכ"ו אמרינן דמקודשת וכשהתנה ע"מ שאין לך עלי וכו' אינו אלא כמפליגה בדברים וכו' דכל תנאי דקא עקר ליה למעשה לגמרי לאו כלום הוא.

ע"כ: והפמ"א ח"ב סי' ט' כ' וזל"ה דעיקר החילוק דאמר בגמרא דבשלמא בקידושין התורה תלתא עיקר הנישואין בשיתחייב בשכ"ו ואין בידה למחול וכיון שהוא תלה שיהיו נישואין בלא זה ה"ה מתנה עמש"ב וחולק עם התורה וע"ז לא מהני התנאי והמעשה קיים. אבל באכילת החזיר אין האיסור תלוי אם היא נשואה או גרושה וכיון שתלה המגרש באכילת החזיר בידה לקיים ואפי' שיתחייב מלקות וכיון דאין זה כאומר לא סגי דלא תיכול אלא תלה הגירושין שאם תרצה להתגרש שתאכל ואין כאן גירושין.

ה"ן כיון שהתנה זה נותן המנה שיזכה העבד ולא יזכה רבו כיון שמן הדין תלוי זה בזה דאין קנין לעבד בלא רבו ה"ה הוא מתנה עמש"ב ולהכי המעשה קיים והתנאי בטל. ע"כ: ומן הדבר האמור נלמוד לנ"ד שהתנה ע"מ שיזכו מי שאינו בעולם דלא הוי מתנה עמש"ב דאינו תלוי זכות המי שבא לעולם במי שלב"ל והוי כמי שמתנה בבשר חזיר דלא הוי מתנה עמש"ב ומאחר דהמי שלב"ל לא מתוקם אליבא דהלכתא גם המתנה בטילה: ומצאתי להרב משכנות הרועים מע' מ' אות ש"ג שהאריך הרחיב בראובן שכתב שטר מתנת בריא לא' מבניו וכ' בתוך השטר והרי הוא מסולק מכל הירושה שאניח אחרי ולא יטול עם אחיו חלק בירושה כלל וכו' ויחזיק בבית הנז' חזקה גמורה על תנאי הנ"ל.

ובאמצע התשובה כתב וז"ל וכשאני לעצמי רואה דמתנה זו תלויה בסילוקו ובלא יירש שכתב דנתבאר דדבריו בטלים הם. ועוד חזר וכתב ויחזיק בבית הנז' על תנאי הנז'.

וכיון שתלה מתנתו בלא יירש אמרינן כיון שבטלה אצל לא יירש בטלה נמי אצל המתנה וכו'. וראיתי לרשב"ם ז"ל שכתב אהא דתנן בפ' י"ן דקל"ג ש"מ שאמר נכסי לך ואחריך לפ' שאם היה הא' ראוי ליורשו אין לשני במקום הא' כלום.

וע"ז פי' וז"ל א' נוטלו משום ירושה וכו' כיון שעשאו יורש וזכה בד"ת כי קאמר תו ואחריך לפ' הוי מתנה עמש"ב וכו' וגם אפי' אם פירש אני מורישך ע"מ שיטול האי ב' אחריך הוי נמי מתנה עמש"ב והוי המעשה מעשה והתנאי בטל עכ"ל. ומינה איכא למימר לנ"ד דאע"פ שתלה המתנה בתנאי שלא יירש והך תנאה הוי מתנה עמש"ב שפיר אמרינן התנאי בטיל והמעשה קיים.

א"כ זכה במתנה הלזו וא"כ יורש עם שאר אחיו בנכסי עזבון אביהם ונלע"ד דלא דמי דשאני התם מכי עשאו יורש וא"ל אני מורישך כבר זכה שפיר מן התורה וכי הדר ואמ"ל ע"מ שיטול האי ב' אחריך הוי הך תנאה קא משדי אדינא דאורייתא ולא מוקים לדניא דאורייתא אלא ע"מ שיקבל האי שאחריו יטול האי ב' אמטו להכי אמרינן ביה שפיר מתנה עמש"ב והתנאי בטל והמעשה קיים דמדאורייתא קא זכי כיון דשויה יורש והוא ראוי ליורשו דזכתה לו תורה כבר.

משא"כ בנ"ד בבריה הנותן מתנה לבניו ושדי בה תנאה יירש שפיר המתנה דלאו שכ"מ הוה ולא בלשון ירושה קאמר אלא מתנה ע"מ ואינו זוכה אלא עד גמר הקנין ובחדא מחתא מחתינהו. וכיון דאשכחן דהך תנאה לא מתוקם אליבא דהלכתא דלא יירש הוי מתנה עמש"ב והמעשה והתנאי בטלים.

אבל התם מכי אמר אני מורישך שפיר זכה דלאו קנין בעי ובגמר שפתיו נתפס והך תנאה דקאמר בתר הכי מגן שוייא דמתנה עמש"ב כנלע"ד ע"כ: ולמש"ל דע"כ לא אמרינן מתנה עמש"ב תנאו בטל אלא כגון שכ"ו שהם תלויים בנישואין ואינם ענין בפ"ע. אבל בבשר חזיר שאין איסורן תלוי בנישואין וגירושיין לא אמרינן דתנאו בטל.

לפ"ז יש חילוק אחר בין ההיא דרשב"ם לנדון הרב. דשאני נדון רשב"ם שהתנאי שהתנה ע"מ שיטול אחריו אינו ענין בפ"ע אלא תלוי במ"ש אני מורישך שיזכה בירושה לו ולזרעו אחריו והוי כמו שכ"ו שתלויים בנישואין וקרינן ביה ודאי קא עקר.

אבל בנדון הרב אין ענין תנאי סילוק הירושה תלוי במתנה שנתן לבנו אלא ענין איסור בפ"ע והוי כמו תנאי בשר חזיר שהוא איסור בפ"ע שאינו תלוי בנישואין דאמרינן לא תיכול ולא תיגרש ה"ן לא יקבל מתנה ולא יסתלק מן הירושה. ואתמאה על הרב שלא חילק חילוק זה המפורש בש"ס.

עוד יותר יש לתמוה על הרב במ"ש אח"כ וז"ל וגבי קידושי דאיפיליגו ר"מ ור"י במקדש את האשה ע"מ שאין לך עלי שכ"ו דר"מ סבר תנאו בטל והמעשה קיים ופירש"י בסוף פ' הפועלים משום דמכיאמר הרי את מקודשת לי אקדשה ליה וכי אמר ע"מ שאין לך עלי שכ"ו הוי מתנה עמש"ב והיינו כדברי רשב"ם ז"ל גבי ש"מ המוריש למי שראוי ליורשו ומטיל תנאה עמש"ב כמדובר אלא שאח"כ ראיתי להתוספות פ' אע"פ שבס"ד הביאו פירש"י ז"ל הלזה ותמהו עליו דלר"מ בעינן תנאי קודם למעשה וכו' ע"ש ובנזיר ד' י"א אהא דתנן הריני נזיר ע"מ שאשתה יין וכו' ה"ז נזיר ואסור וכו' ומפרש טעמא בגמרא משום דהוי מתנה עמש"ב וכתבו התוס' דכי אמר הריני נזיר הוי נזיר לכל מילי וכי מטיל ביה אין התנאי כלום עכ"ל והיינו כדעת רש"י ז"ל גבי קידושיין כמו שנאמר וכו' ולפי האמור מדי פלוגתא לא נפקא דלדעת רש"י ודעמיה ז"ל היכא שנתפס בלשון ראשון כגון ש"מ דדבריו ככתובין וכמסורין דמי וכן גבי נזיר דמכי אמר הריני נזיר חל עליו קדושת נזירות.

אבל בשאר מילי דאינו נתפס בלשון ראשון כיון דתלי מילתיה בתנאה אי לא קיים לתנאיה בטל הדבר מעיקרו. אבל לדעת התוס' כל שהוא מתנה עמש"ב בלא"ה תנאו בטל והמעשה קיים.

א"כ האי מילתא דנ"ד באשלי רברבי תלייא ולעולם היורשים נקראים מוחזקים לגבי מקבלי המתנה וכו' ע"ש. ובסו"ד כתב נמצא דלנ"ד לא נמצא לנו כח לבטל המתנה אלא לדעת רש"י דפ' הפועלים ודברי התוס' דנזיר הניתנים למעלה דמדבריהם למדנו דבשאר מילי אם לא נתקיים תנאו בטלה מתנתו ומצו היורשים לומר קי"ל לכוותיהו דהא איכא תרי אריוותא עכ"ל יעו"ש: ותמהני דהיאך יאמר קדוש דהאי מילתא דנ"ד באשלי רברבי תלייא ולא נמצא כח לבטל המתנה אלא לדעת רש"י דפ' הפועלים והתוס' דנזיר.

שכוונתו לומר לדברי התוס' דפ' אע"פ שתמהו על רש"י דהפועלים וס"ל דאף דלא נתפס בלשון ראשון תנאו בטל והמעשה קיים דלא ילפינן לה מתנאי ב"ג וב"ר. ולמד הרב לנ"ד דאף דלא נתפס בלשון ראשון ואינו זוכה אלא עד גמר הקנין ובחדא מחתא מחתינהו הקנין והתנאי.

אפילו הכי לדעת התוספות התנאי בטל והמעשה קיים: ולענ"ד נראה דבנדון דידיה גם התוס' יודו דאין התנאי בטל דמאחר דבנ"ד אין תנאי הירושה תלוי במתנה אלא הוא איסור בפ"ע והוי דומה לתנאי בשר חזיר שהוא ענין בפ"ע דאמור בגמרא דאין תנאו בטל דלא תיכול ולא תיגרש וה"ן מי קאמר ליה לא סגי דלא לירש.

ושאני שכ"ו דודאי קא עקר וכמש"ל. ולדברי הרב בדעת התוס' הם היפך גמרא ערוכה: ולצד שנאמר דבנדון הרב אם היה מן הדין מהני הסילוק אלא שלא רצה מקבל מתנה להסתלק ולא לקבל המתנה ככל תנאי דעלמא אם נאמר דדבריו בטלים.

דמלשון הכתוב בשטר נלמוד דלא תלה הדבר בבחירתו. שהרי כתוב וז"ל איך נתתי לו מעכשיו חזקת בית א' הידועה וכו' והרי הוא מסולק מכל הירושה וכו' ומשמעות לשון זה יורה דבע"כ יסתלק ואף שכתב בשטר אח"כ ויחזיק בבית הנז' חזקה גמורה על תנאי הנ"ל אין פירוש תנאי זה כתנאי דעלמא שהדבר תלוי ברצונו.

שא"ך דבריו סתראי נינהו. א"ו דהכונה אם מועיל מן הדין א"ל.

ואם כנים הם הדברים לא דמי לתנאי בשר חזיר. דשאני בשר חזיר מי קאמר לה לא סגי דלא תיכול.

אלא תלה הדבר בבחירתה. לא תיכול ולא תגרש.

אבל בנדון הרב דאין הדבר תלוי בבחירתו וקאמר לא סגי דלא ליסתלק. לשיטת התוס' דס"ל דאף דאינו נתפס בלשון א' תנאו בטל.

ה"ן תנאו בטל והמעשה קיים: אלא דאכתי איכא לתמוה מההיא דפ' המגרש ד' פ"ד ע"א ת"ר ה"ז גיטך ע"מ שתעלה לרקיע וכו' כלל אמר ר' יהודה בן תימא כל תנאי שאי אפשר לו לקיימו בסופו והתנה עליו מתחילתו אינו אלא כמפליגה בדברים וכשר וכו'. איבעיאי ליהו ה"ז גיטך ע"מ שתאכלי בשר חזיר מהו.

אמר אביי היא היא. רבא אמר אפשר דאכלה ולקיייה.

מתיבי ה"ז גיטך ע"מ שתבעלי לפ' נתקיים התנאי ה"ז גט וא"ל אינו גט ואלו ע"מ שתבעלי לאבא ולאביך לא קתני. לאביי ניהא לרבא קשייא.

אמר לך רבא בשלמא בשר חזיר אפשר דאכלה ולקיייה. פלוני נמי אפשר דמשחדא ליה בממונה.

אלא אבא ואביך בדידה קיימא נהי דאיהי עבדא איסורא אבא ואביך מי עבדי איסורא ע"כ: הרי מבואר דאביי ס"ל דהיכא דאי אפשר לקיימו מצד הדין הוי כאי אפשר לקיימו מצד המציאות. ואף לרבא דפליג עליה לא פליג אלא בבשר חזיר דאפשר לקיימו דאכלא ולקיייה.

אבל באבא ואביך דאין בידה לקיימו ס"ל דהוי כתנאי המציאות דאין בידה לקיימו. וכן פסק הרמב"ם הל' אישות פ"ו ה' י"א וז"ל התנה על האשה בשעת קידושין או בשעת גירושין שתבעל לאביה ולאחיה או לבנה וכיוצא בזה ה"ז כמי שהתנה עליה שתעלה לרקיע או תרד לתהום ותנאו בטל שאין בידה שיעברו אחרים ויבואו על הערוה ונמצא שהתנה עמה בדבר שאינו בידה לקיימו וכן כל כיוצא בזה ע"כ.

והר"ן פ' האשה נקנית ד' כ"ג כ' וז"ל יש שמתמיהן האיך אפשר דקני עבד וקני רבו והרי הוא מתנה ואמר שאם יהא לרבו רשות בו שאינו רוצה שיקנה כלל. ונהי דס"ל דא"א לתנאי זה שיחול מ"מ הו"ל למימר דלאו האי יקנה ולא האי יקנה.

ולאו קושיא היא שהרי שנינו בפ' המגרש ובסוף פ' הפועלים שהאומר ה"ז גיטך ע"מ שתעלה לרקיע ע"מ שתרדי לתהום שאע"פ שלא נתקיים התנאי ה"ז גט דכלל אמר ר' יהודה בן תימא כל שאי אפשר לקיימו בסופו והתנה עליו בתחילתו אינו אלא כמפליגה בדברים וכשר ופסקו התם הלכה כר' יהודה.

וטעמא דמילתא דמאן דמתני בתנאי שאפשר לקיימו. דעתו שאם יתקיים התנאי יקנה.

ואי לא לא. אבל מי שמתנה בדבר שאי אפשר לקיימו אמרינן ודאי האי גברא דעתו לאקנויי דאי לא לשתוק דהא ידע דהאי דקא מתנה אי אפשר לו להתקיים הילכך ודאי לר"מ תנאה דמילתא אינו אלא לשחרר בו ולא לעיכובא.

וה"ן הרי אי אפשר לקיימו עכ"ל. עי' מור"ם א"ה סי' ל"ח: למדנו דתנאי שאי אפשר לקיימו מצד הדין הוי כאי אפשר לקיימו מצד המציאות והתנאי בטל והמעשה קיים.

וא"כ גם תנאי זה א"א לקיימו שאי אפשר להסתלק מן הדין בל"ז והוי כתנאי המציאות. וא"כ התנאי בטל והמעשה קיים: ונראה דשאני נדון הרב דאף דאי אפשר לקיימו מן הדין לא הוי כתנאי המציאות כמו ע"מ שתעלה לרקיע.

דהתם היינו טעמא דאינו אלא כמפליגה בדברים דגם הוא יודע דאי אפשר לה שתעלה לרקיע וכיוצא ואינו אלא מצערה בדברי הבאי אבל כוונתו לגרשה. אבל בנדון הרב הנותן אינו יודע דסילוק זה אינו מועיל מן הדין ולא שייך טעמא דמפליגה אלא בדבר שהוא יודע שאי אפשר להיות.

ורבא שהוצרך לומר בבשר חזיר דאכלה ולקיה משום שהוא יודע דבשר חזיר אסור ויצדק לומר טעמא דמפליגה. גם ההיא דע"מ שאין לרבו רשות בו ידע שאין תנאי זה מועיל דכל מה שקנה עבד קנה רבו.

והכי דייק לישנא דהר"ן ז"ל במ"ש וטעמא דמילתא משום וכו' אבל מי שמתנה בדבר שא"א לו לקיימו וכו' דעתיה לאקנויי וכו' דהא ידע דמאי דקא מתנה א"א לו להתקיים וכו'. דוק מינה דהיכא דלא ידע לא אמרינן דעתו לאקנויי: שוב מצאתי חילוק זה לה' פרמ"א ח"ב סי' ט' באחד שנתן לבניו כל נכסיו ע"ת שאם יתן לי ה' מן אשה אחרת בנים או בנות שגם אותם הבנים ואותם הבנות יהיה להם חלק שוה עם בני ובנותי אלו בכל המתנות הנז' בין בבתיים ובין במטלטלין.

והאריך בתשו' הרמת'ה וזל"ה וחוזרני ע"ע חילוק שכתבנו לעיל דבנ"ד אע"פ שהתנאי בדבר שלב"ל לא מהני המתנה מפני שאין קיום לתנאי עפה"ד נתבטלה המתנה כיון דלא קאמר ע"ת שתתנו להם חלק שוה עמכם. אלא ע"ת שיהיה להם חלק שוה וכו' דמשמע שיזכו בדין בכל המתנות והרי אינם זוכים בדין ונתבטלה המתנה.

ואין לומר דה"ז דומה לה"ז גיטך ע"מ שתעלה לרקיע דקאמר ר' יהודה בן תימא כזה גט אע"פ שאינו מתקיים התנאי. דהתם שאני דכל שאי אפשר לקיימו בסופו אינו אלא כמפילגה בדברים וכשר ופי' המפרשים שאין בלבו שום תנאי אלא להקניטה בעלמא מרחקה ודוחה אותה בדברים שהרי אנו רואים שאין בידה לקיימו.

אבל הכא בנ"ד כוונתו להתנות אותו תנאי משום שעולה על דעתו שיש לו קיום ע"פ הדין ולא שייך למימר דמפילגה בדברים ע"כ: ומינה נלמוד לנ"ד שהתנה אדעתא שיזכה מי שאינו בעולם דלא הוי כע"מ שתעלה לרקיע. דשאני התם דאינו אלא כמפילגה בדברים שהרי הוא יודע דתנאי זה א"א להתקיים.

אבל בתנאי דנ"ד עולה על דעתו שיש לו קיום ע"פ הדין לא שייך טעמא דמפילגה. ומאחר שהתנאי אין לו קיום עפה"ד כמש"ל גם המתנה בטילה: אפ"ה כ"ז לכאורה לא יגהה מזור לבטל מתנה זו שהרי צדדי ביטול התנאי הם אלו.

אם מתה האשה בחיי הבעל וזרעה לא היה בעולם בשעת המתנה שאינו זוכה במתנה וכמש"ל. גם אם מת א' מיורשיה שחוזרת המתנה לזרע הנשאר חי והזרע ההוא לא היה בשעת המתנה שכתבנו למעלה דאינו זוכה.

וצדדים הללו אינם כעת במציאות וא"כ נאמר דכל זמן שלא יהיו במציאות צדדי הביטול המתנה קיימת שהרי מתנה זו היא במעכשיו ולא באם דקי"ל שהמעשה חל מעכשיו ויתקיים התנאי. דמטעם זה כ' הה"מ ז"ל פ"ו מהל' אישות הל' י"ז אמ"ש הרמב"ם ז"ל כל האומר מעכשיו אינו צריך משפטי התנאים.

כ' וז"ל ונראה מדבריו שהטעם שבמעכשיו ובע"מ אינו צריך לדברים אלו הוא מפני שהמעשה חל מעכשיו ויתקיים התנאי. אבל באם אין המעשה חל עד שהתנאי יתקיים והתנאי בא לבטל המעשה שלא יחול עכשיו ולפיכך צריך חיזוק יותר ע"כ.

ועי' ב"ש סי' ל"ח סק"ד ובאה"ט שם סק"ו וא"כ מאחר דאם לא יהיו במציאות צדדי הביטול המתנה קיימת. השתא דהדבר ספק אם יהיו במציאות א"ל המתנה קיימת כ"ז שלא נולדו צדדי הביטול.

מידי דהוה תנאי דעלמא שקיומו בספק דאמרינן דבמעכשיו המתנה קיימת כל עוד שלא נתבטל התנאי ה"ן המתנה קיימת כ"ז שלא יהיו במציאות צדדי הביטול כמ"ש: אכן נראה דלא דמי תנאי דעלמא במעכשיו שהוא ע"מ שתעשה כך וכך וכיוצא. לנ"ד.

דשאני התם דאדעתא דהכי ועל הספק נתן שיזכה מעכשיו ויתקיים התנאי אח"ך. אבל בנ"ד עולה על דעת הנותן שיש קיום לתנאי עפה"ד ולכן נתן מעכשיו ע"ת זה.

ועכשיו שנולדו צדדי הביטול אף דעדיין אינם בעולם אדעתא דהכי לא נתן שהרי כתוב בשטר מתנה ואם מת א' מיורשיה יזכה במתנה הנז' זרע אשר ישאר חי וכו'. הרי דלא

נתן מעכשיו אפי' אם ימות א' מיורשיה כ"א משום שעולה על דעתו שיזכה זרע אשר ישאר חי.

ולכן נתן מעכשיו לפי שיש שני צדדים לקיום דעתו שמא לא ימות שום א' מיורשיה ואם ימות ב"מ יזכה זרע הנשאר חי. אבל עכשיו שנודע דלא יזכה זרע הנשאר חי ולא נשאר כ"א צד אחד לקיום דעתו שלא תחזור המתנה משבט לשבט דהיינו שמא לא ימות שום א' מיורשיה אדעתא דהכי לא נתן: ובפרט דבנ"ד אין אנו צריכים לכל זה שהרי כ' ה' פרמ"א סי' הנז' וז"ל וחוזרני על עיקר החילוק שכתבנו שיש לחלק בין זו דנ"ד ובין אותה שאמרו שכל שאין בידו לקיימו תנאו בטל.

וחזינן דאיכא למשדי בה נרגא. דהרי רבא כדאתא לחלק בין ההיא דהרי ז"ג ע"מ שתעלי לרקיע ובין ההיא דע"מ שתאכלי בשר חזיר.

אמר אפשר לה דאכלה ולקיא. ובנ"ד א"א למימר כך דאין ביד הבנים לזכותם מן הדין לאותם הבנים דליתנהו.

דמן הדין אינם זוכים די"ל דלא אמר הכי אלא משום דתלה לה באכילתה ואמר ה"ז גיטיך ע"מ שתאכלי והוי דומה לע"מ שתעלה. ודוקא באומר ע"מ שתעשה כך וכך איכא למימר ולחלק בין איכא ספק בידה לעשות ובין ליכא בידה לעשות.

וכל שא"א לה לקיימו לא מהני כר' יהודה ן' תימא. וכל דאפשר בידה לקיימו התנאי קיים ואם יתבטל התנאי תתבטל המתנה.

ולהכי מחלק רבא בין איכא ספק בידה לשאין בידה לעשות. אבל בנ"ד שתלה זכיית הבנים דאיתנהו.

בזכיית הבנים דליתנהו דלפי הדין אינם זוכים. ודאי שכל שאין קיום לתנאי עפה"ד אין המעשה קיים.

דהו"ל כאומר קני את כחמור דלא אמרינן דהוי מתנה בדבר שא"א לקיימו וכמו שנתבאר. ובהכי יתישבו דברי הר"ן דמשה מתנה בדבר שא"א לקיימו מצד המציאות דהיינו ע"מ שתעלי לרקיע.

כמו מתנה בדבר שא"א לקיימו מצד הדין דהיינו ע"מ שאין לרבוך רשות בו. משום דתלה זכיית העבד שזכה באופן שלא יהיה לרבו זכות באותו מנה ואין ביד העבד לזכות באופן זה דאין קנין לעבד בלא רבו והוי כאומר ע"מ שתעלה וכו'.

אבל בנ"ד שהוא מזכה לבנים דאיתנהו ע"מ אם יזכו הבנים דליתנהו היינו כמו קני את כחמור. ע"כ: ולפ"ד הרב דדחה חילוק זה מההיא דרבא דאמר אפשר דאכלה ולקיא.

חזרה תמיהתינו על הרב משה"ר אלא דלענ"ד נראה דאם דברי הפרמ"א מוכרחים. דהא דהוצרך רבא לומר אכלה ולקיא משום שהוא יודע דבשר חזיר אסור.

גם בההיא דעבד ידוע דמה שקנה עבד קנה רבו. וגם לישנא דהר"ן הכי דייק וכמש"ל: איך שיהיה מתורתו של הפרמ"א נלמוד לנ"ד דתלה זכיית מי שבא לעולם אדעתא שיזכו מי שלב"ל דהו"ל קני כחמור דלא קנה.

וצוויי"מ וימ"ן: ע"ה שלמה אבן דנאן סי"טסימן נו"ן. שאלה ראובן ששלח איזה סחורות לשמעון למוכרם בקומוסיון ומזה נשאר חייב לו סך מה וכשתבעו ראובן השיבו שהוא תופס אותם בשביל לוי שותפו שהוא צוהו לתופסם בשביל שראובן חייב לו כנגדם או יותר מהו הדין אי מהניא תפיסת שמעון בשביל לוי כיון שהם שותפין.

א"ל: תשובה הנה קי"ל דמלוה שתפס מעות נשבע היסת ונפטר וכדכ' מור"ם במפה סי' ע"ב סי' י"ז ע"ש ובסי' ע"ה ס"ז כ' מר"ן מנה לי בידך וכו' או שטוען יש לי בידך כנגדן כסות או כלים וכו' ונשבע היסת ע"ש וכ' הש"ך ס"ק כ"ב דאינו נאמן לטעון טענת יש לי בידך כנגדו או מחלתו או נתתו וכו' אלא במיגו דלהד"ם או במיגו דפרעתי ע"ש וא"כ אם היה לוי הוא התופס היה נאמן בשבועת היסת לומר שראובן חייב לו במיגו דלהד"ם או דפרעתי אכן בנ"ד דשמעון השותף הוא התופס לא מהניא תפיסתו ללוי דמיגו של השותף אינו פוטר לשותף האחר וכמ"ש מר"ן סי' ע"ב סי' ט"ל וז"ל ראובן היו בידו משכונות של שמעון ומת שמעון ויורשיו תובעים המשכונות וראובן טוען אותם המשכונות אני תופס מפני שאמר לי לוי שותפי ששמעון חייב לו מדמי השותפות ורוצה לישבע לוי על משכונות אלו אין בדברי לוי כלום מאחר שאינם בידו ע"כ וכ' הסמ"ע ס"ק קי"ג וז"ל הטור מסיק וכ' ע"ז ז"ל ורוצה לישבע על משכונו שבידו כי אומר תפסתי כתפיסתו וידי כידו בכל עסק השותפות ובשליחותו אני תופס אות' ויכול הוא לישבע על תפיסתו כאלו הוא היה תופס בהן.

תשובה יראה לי שאין לוי יכול לישבע על המשכונות שביד ראובן שותפו כי אם הי' ראובן טוען ששמעון חייב לו מעות ואני תופס המשכונות בשביל המעות היה נאמן במגו דלהד"ם או החזרתי לך אבל לגבי לוי אין כאן מגו כי אין מגו אלא על מה שבידו לטעון אבל במה שביד אחר לטעון אין כאן מגו כי שמא חבירו לא היה רוצה לשקר ולומר להד"ם או החזרתי לך עכ"ל: ומינה נלמוד במכ"ש לנ"ד שהרי התם ראובן התופס יש לו חלק בחוב ההוא לפי דברי לוי הטוען ששמעון חייב לו מדמי השותפות ואפ"ה אמרינן אין בדברי לוי כלום שאין כאן מיגו כי אין מיגו אלא על מה שבידו לטעון אבל במה שביד אחר לטעון אין כאן מיגו כי שמא חבירו לא היה רוצה לשקר ולומר להד"ם או החזרתי וכ"ש בנ"ד ששמעון התופס אין לו חלק בחוב של לוי דלא מהימנן ליה ללוי בטענתו שראובן חייב לו לבדו במיגו שיטעון שמעון להד"ם או פרעתי שאין כאן מיגו כי שמא שמעון אינו רוצה לשקר ואין אדם חוטא ולא לו: וכיוצא בזה מצאתי לה' חקרי לב חו"מ ח"א סי' ס"ז שכ' מי שמת ונשאר חייב לבע"ח הרבה והניח ירושה שטר של תק' אריות שחייבים לו ג' שותפים והשט"ח הנז' הנה הוא ביד יורש אחד שנשאר חייב לו המוריש יותר מכדי סכי השט"ח הנז' ושותף א' מאלו הג' שותפים נשאר חייב לו ג"כ סך תר' אריות וע"כ טען השותף החייב בשטר דכיון דקי"ל ב"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה א"כ כיון שהוא תפוס הו"ל בע"ח מאוחר שקדם וגבה ועל זה השיב נראה דממ"ש הרא"ש בתשובה שפסקו הש"ע בסי' ע"ב ס' ל"ט דאין תפיסת לוי השותף מהני בעד שמעון שותפו דאין לו מיגו דלהד"ם או החזרתי דמה שביד אחר לטעון אין כאן מגו ואם כ' כן בדבר של שותפות כ"ש כאן דבחוב זה אין לשני שותפיו חלק בו ומה גם דבמקום שטר קיים אין כאן מיגו דלא מצוי טען להד"ם או החזרתי אכן יש לדחות כ"ז דכי קי"ל בע"ח מאוחר שקדם וגבה לאו מטעם מגו הוא כי אם דאפי' בתפיסה בלי מיגו

מה שגבה גבה ע"כ: הרי דלאו זכהו הרב בדינו אלא משום דלא בעינן בתפיסת בע"ח מאוחר מיגו הלא"ה אמרינן דאין לו מיגו מכ"ש מההיא דהרא"ש שפסק הש"ע ונ"ד עדיף מנדון ה' דבנדון דידיה היו כולם נתבעים שהרי כתוב בשטר רצה מזה גובה כמבואר שם וכ"ש בנ"ד שלוי אינו נתבע שהרי אין לו דין ע"ק כ"א ערב סתם וכמ"ש סימן ע"ז ס"ב: איברא שהב"ח דחה תשו' הרא"ש ופסק הש"ע מדברי מהרא"י בתה"ד סי' של"ה והתוס' בפרק האיש מקדש דס"ל דבשותפין שנפטרו שניהם מממון בטוחים זה בזה שלא יכחישו אהדדי ואמרינן ביהו שפיר מיגו ושכן משמע מעובדא דאבימי דפ' הכותב ע"ש: והנה מקום יש בראש לתמוה על הב"ח דמאי האי דדחה תשו' הרא"ש ופסק הש"ע מהלכה לפי מ"ש המבי"ט ז"ל ומהרימ"ט בשם הרדב"ז ומהר"א ששון ומהר"י הלוי דמיגו במקום מחלוקת לא אמרינן והביא דבריהם הכנה"ג בכללי מיגו אות קמ"ט וא"כ אף שכ' התה"ד והתוס' דאמרינן מיגו בשנים הרי הרא"ש והטו"ר והש"ע ושכן נראה מדברי הר"ם קאשטלין כמ"ש הכנה"ג שם אות ק"ד כולו סברי דלא אמרינן מיגו וכן פסק להלכה הכנה"ג סי' ק"ח ס"ק ס"ה וז"ל עוד יש מקום לזכות ללוי שכפי הנראה היורשים הם שנים ובשנים אין לאמר מיגו אפי' הם שותפים ואית להו דררא דממונא ואע"פ שיש מחלוקת בזה כמו שכתבתי בסי' פ"ב מ"מ כיון שהדבר יוצא מידי מחלוקת חזר הדין למ"ש דמגו במקום מחלוקת לא אמרינן ע"כ: אלא דחזיתיה לה' מטה שמעון אות קי"א שתמה על הכנה"ג דתפס כמ"ד לא אמרינן דלאו מילתא פסיקתא היא שהרי הריב"ש סי' שצ"ב ומהרשד"ם ולהקת הפוסקים דכולהו סברי דאמרינן מיגו ויפה כח המוחזק לומר קי"ל כמ"ד דאמרינן מיגו ושכ"כ ה' פני משה דיכול המוחזק לומר קי"ל יע"ש: אשר מזה אני תמיה על ה' חקרי לב סי' מ"ט ד' נ"ד ע"ג שכ' וזל"ה עכ"פ הו"ל מיגו בשנים והרי דעת הרא"ש דאין אומרים מיגו הפך דעת התה"ד והתוס' והרי מהר"א ששון סי' צ"ו וק"א שאין אומרים מיגו במקום מחלוקת פוס' וצריך לומר קי"ל וכבר כ' הכנה"ג זה בכללי המיגו אלא שיש חולקים ע"ז כמ"ש בס' מט"ש וכ"ש בנד"ד וכו' יע"ש דאחר דשלטו מאורי אור עיני קדשו בדברי ה' מט"ש איך כ' דלא אמרינן מיגו ולא מהני ליה תפיסה: ולכאורה נראה לומר דטעמיה דהרב דבנ"ד הו' כמאן דפליגי אי מהני תפיסה א"ל דלמ"ד אמרינן מיגו דשנים מהני תפיסה ולמ"ד לא אמרינן לא מהני תפיסה וכבר כ' הכנה"ג סי' ד' הגב"י אות כ"ו משם להקת הפוסקים דכל תפיסה שהיא מחלוקת דלמ"ר מהני תפיסה ולמ"ר לא מהני תפיסה אין לומר קי"ל כיון דבהא פליגי אי הוי מוחזק או לא: ואולם אכתי לא אפרק דלאו מילתא היא שהרי כ' הכנה"ג בכללי הקי"ל אות ל"א יש מי שסובר דהיינו דוקא כשהמחלוקת הוא בקרקע אבל מטלטלין חזר הדין לקי"ל והר"י הלוי בסי' כ"ג כ' דלא שנא ובתשו' פקפקתי על דברי הר"י הלוי ז"ל והעליתי בדברי החכם החולק ע"כ ובתשו' ח"ב סי' כ"ד כ' משם הרב מר בריה דמ"ש מהריב"ל ומהרש"ך דהיכא דפליגי אי הוי מוחזק או לא אינו יכול לומר קי"ל וכ' מהרש"ך.

ומהרש"ש ז"ל דאית לן למיזל בתר הרוב היינו בקרקע דלא שייך ביה תפיסה אבל בס"ב סי' נ"ה למהריב"ל ובח"א סי' ק"ז למהרש"ך ז"ל שנראה דיכול לומר קי"ל מיירי במטלטלין דשייכי ביהו תפיסה וכ' שדבריו אמת ויצב ושכן מצא למהר"י הלוי שהביא כן בשם בר פלוגתיה ואע"ג דמהר"י הלוי כ' דלא שנא הוא העלה כדברי בר פלוגתיה

והכריח הדבר וכ' שזה ברור יע"ש וכן כ' בתשו' סי' נ"ח ונ"ט גם ה' מט"ש בכללי הקי"ל אות ח"ן העלה דיכול למימר קי"ל וגם ה' חק"ל גופיה סי' ב' כ' והסכמת רבני האחרונים שגם במחולקת בתפיסה ותופס מטלטלין מצי אמר קי"ל וסוגיין דעלמא ג"כ לומר קי"ל וגם בתשו' מ'ר בריה שהובאה שם בסי' פ"ב כ' ואף שהרב כנה"ג בכללי הקי"ל אות מ' כ' דהיכא דפליגי אי מהני תפיסה או לא דאינו יכול לומר קי"ל הנה שם בהשמטות ה' ובתשו' בעי חיי ח"מ סי' פ"ז וצ"ח כתב משם בנו ה' ז"ל דה"ד בקרקעות אבל במטלטלים יכול לומר קי"ל והסכים עמו הרב מ'ר אביו ז"ל וכ"כ בח"ב סי' נ"ז וכן הסכימו הרב חשק שלמה אות ל"ח ובנו הרב מטה שמעון אות ח"ן ע"כ.

גם ה' ברכי יוסף ח"מ סי' כ"ה ס"ק כ"ג וז"ל אי פליגי הפוסקים אי מצי למימר קי"ל או לא יש מי שכתב דלא מצי למימר קי"ל וכן נראה שתפס ה' מש"ל פ"ד דמלוה סוף דין ו' ע"ש אמנם במטלטלין עלתה הסכמת האחרונים דיכול לומר קי"ל כמ"ש ה' כנה"ג אות ל"א ובסוף הספר בהשמטות וה' עדות ביעקב סי' מ"ו וה' נאמן שמואל סי' ס"ג וה' פני משה ח"א סי' ג"ל וח"ג סי' ס"ח וה' בני משה סי' ט"ו ותורת חסד סי' ע"ז ופ"ח ומהר"י חאנדאלי סי' כ"ח וה' דבר משה א"ה סי' מ"ג גם ה' כהונת עולם ה' רבית דף כ"ד ע"ב כתב דלזה הסכימו הרב נ"מ דף כ"ו ופמ"א ח"א סי' ו' ומהר"ש פרימו בתשובה ומהר"י בן שנג'י בס' דת ודין סי' י"ד כתב שדברי החולק אינן משנה והביא מ"ה פ"מ ח"א סי' נ"א וח"ב סי' ק"ז ע"כ.

וצריך לידחק ולישב דדברי החק"ל הם לסניף בעלמא ועיקר טעמא דמילתיה הוא מ"ש וכ"ש וכו' ועל אותם טעמים סמיך ותני: מעתה זיל לאידך גיסא דהיאך מר"ן פסיק ותני כהרא"ש ז"ל היכא דפליגי עליה התה"ד והתוס' והא הוו תרי לגבי חד וכ"ת דהכא נמי הוו תרי הרא"ש והטור בנו שכ' תשו' הרא"ש אביו ז"ל להלכה והא כ' הב"י בסי' ע"ז וז"ל ולענין הלכה כבר שאל מאתי הר' אהרן מטראני ז"ל דין זה והוריתי לו כדברי הרמב"ן ודלא כהרא"ש וטעמא דמילתא משום דהרמב"ם מסכים לדברי הרמב"ן והוה ליה תרי לגבי הרא"ש וליכא למימר דהרא"ש ורבינו יעקב תרי נינהו דתרווייהו אינם אלא כח א' דלעולם רבינו יעקב אזיל בשיטת הרא"ש וכמ"ש הר"י קולון והודה החכם הנזכר לדברי ע"כ.

אשר מזה אני תמיה על הכנה"ג בתשו' סי' כ"ד הנז' שכ' דלא מצינו מי שיאמר דבר זה כ"א ה' בב"י ח"מ סי' ע"ז הוא לבדו סובר כן אמנם כל שאר גדולי האחרונים עמודי ההוראה כולו ס"ל דתרי פחות נינהו ומזה תמה על בר פלוגתיה כאשר יראה הרואה והוא פלא שהרי אתו עמו מהר"א מטראני ז"ל כאשר הגיד מר"ן ז"ל.

ועוד אני תמיה היאך מר"ן ז"ל לא זכר את דברי התה"ד והתוס' בב"י אפי' בדרך פלוגתא ואולם כ"ז הוא לדעת הרב"ח דסבר לה מר דפסק דינו של מר"ן הוא דלא כהתה"ד והתוס': אך ה' ש"ך כ' וז"ל וכל דבריו תמוהין דכל ראיותיו שהביא הוא כששניהם יודעים האמת ע"ש ולכן אמרי' בשניהם מיגו משא"כ הכא דראובן אינו יודע אם האמת כדברי לוי וע"כ למה ירצה לשקר ולטעון להד"ם כי שמא לוי משקר הילכך העיקר כמ"ש הרא"ש והטור והמחבר וזה ברור.

ע"כ: והכנה"ג בכללי המיגו אות ק"ו כ' וז"ל מיגו של השותף אינו פוטר לשותף אחר תשו' הרא"ש ז"ל כלל כ"ט סי' ה' הביאה רבינו בעל הטורים בסי' ע"ב סעיף ל"ג וכ"כ הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' קס"ז ומהרש"ך ח"ב סי' ב' וכן פסק רבי' ב"י בספרו הקצר סי' ע"ב סעיף ט"ל וראיתי לב"ח סי' הנז' תפס עליו דלא כמהרא"י ודלא כתוס' בפ' האיש מקדש נראה מדבריו דמאן דסובר דאמרי' מיגו היכא שבאים ליפטר אפי' בשני עדים סובר דשותף זה פוטר לשותף אחר ואני אין דעתי כן דמאן דס"ל דאמרי' מיגו בשנים היכא שבאים ליפטר היינו דוקא כששניהם נתבעים אבל בב' שותפים שהאחד נתבע והב' אינו נתבע כנדון הרא"ש ז"ל בזה הפרט לא אמרינן מיגו שיפטר השותף האחר במיגו של זה ע"כ: והנה לא באר הכנה"ג טעם לחילוקו ובאורו"ת בכללי המיגו סקנ"ה כ' דברי הכנה"ג בין שניהם נתבעים או אחד נתבע אין להם שחר עי"ש.

וצדדתי לכוון בדבריו דברי ה' ש"ך סי' ע"ב ס"ק קנ"ח כי הוא חילוק מוסבר ור"ל דכששניהם נתבעים הם יודעים ומכירים משא"כ כשהאחד נתבע אינו יודע האמת וכנדון הרא"ש ז"ל: הן אמת כי בדברי הרא"ש מבואר אפי' בשנים ויודעים לא אמרינן מיגו שהרי כ' בתשו' הנז' וז"ל ויותר מזה אנו אומרים בכמה מקומות אפי' שנים שיש להם תביעה אחת לא אמרינן ביהו מיגו לפי שאין אדם יודע מה שבלב חבירו כ"ש כשהתביעה היא של א' מהם ואין השני מכיר בה אלא ע"פ חבירו ע"כ מדבריו אלה מבואר דאיירי אף בשנים ויודעים.

מ"מ כבר ה' חקרי לב ח"מ סי' מ"ט כ' וז"ל ועם שראיתי לה' משאת משה ח"ב סי' ה' שתמה להש"ך שרצה לקרב המרוחקים בזרוע שמדברי הרא"ש מבואר דבשנים גם ביודעים בבריא אין אומרים מיגו ולדידי ל"ק דאה"ן דבצד זה ודאי דפליגי הרא"ש להתה"ד והתוס' ותמיהת הש"ך במה שדחה עיקר דינו של הרא"ש ופסק הש"ע דאיירי באינו יודע התופס שחייב לו שבצד זה אין בירור כלל בדברי התה"ד והתוס' דאומרים מיגו וא"כ נתקיים עיקר דינו של הרא"ש ופסק הש"ע ע"כ וגם מדברי הכנה"ג מבואר כן להדיא שהרי באות הנז' ישב פסק הש"ע אפי' למאן דאמר מיגו בשנים ובאות ק"ך כ' דפליגי התה"ד והתוס' עם הרא"ש אי אמרינן מיגו בשנים יעו"ש: אלא שאין לשון כנה"ג סובל פי' זה בפשוט ואשר אני אחזה בכוונת הכנה"ג הוא מה שהייתי רוצה לתרץ לענ"ד והוא דכששניהם נתבעים ובאים להפטר ויש בידם לטעון א"כ יכולים לטעון טענת מיגו וכי תימא הא אין אדם יודע מה שבלב חבירו ומהאי טעמא נאמר דלית ליהו מיגו דכל אחד מהם ירא לומר להד"ם או החזרתי פן יכחישנו חבירו ויתביש וכמ"ש הרא"ש לזה כ' הכנה"ג דתה"ד והתוס' סברי דבזה בטוחים הם זה בזה שלא יכחישו אהדדי כיון דבהכרח דבאחד מהם שלא ירצה לשקר יוכחש חבירו לא כן בא' מהם נתבע כנדון הרא"ש דלוי אין לו מיגו שאין בידו לטעון כ"א דוקא שמעון חייב להם ותו לא מה שביד ראובן לטעון להד"מ או החזרתי אין כאן מיגו כי שמא חבירו אינו רוצה לשקר שהרי אין חבירו בא על ידו לידי הכחשה והכלל הוא דהיכא דלא ישקר יוכחש חבירו נימא דבטוחים הם זה בזה שככל היוצא מפיו יעשה חבירו אך היכא דלא יוכחש חבירו אמרינן דשמא לא ירצה לשקר: וחזיתיה להט"ז שכ' דדברי הרא"ש הם תלמוד ערוך בפ' חזקת ושהם ממ"ש כדברי הרא"ש דכאן שאינו מועיל מיגו כיון שטענה שלו היא גרועה עכשיו לפי דבריו אלא שאומר מחמת דברי לוי יהיה לו זכות ע"כ לא שייך מיגו

ובאמת דהרא"ש לא היה צריך לכתוב דלוי אין יכול לישבע על תפיסת שמעון דשמת שות' וכו' דהל"ל בקיצור דיכול שמעון לומר לראובן אתה לאו בעל דברים דידי את בטענות התלויים בלוי כההיא דחזקת שזכרנו: ואהמ"ר לא ירדתי לסוף דעתו ויוד קרת קא חזינא הכא דמה ענין נדון הרא"ש לההיא דפ' חזקת דהתם ההוא גברא מודה דדידיה הוא והוא לא זבניה מניה ולית ליה מיגו כלל דטענתו גרועה דאף דמהימנן ליה בטענתו אין טענתו מספקת שהרי אינו יודע האמת והוי כהכיר בה שאינה של מוכר וכמבואר ברשב"ם והרא"ש ולכך אמרינן דלאו בע"ד דידיה הוא אבל בנדון הרא"ש דאיירי בשותפין אי הוא אמרינן דבטוחים בו שירצה לשקר הרי איכא מיגו שהרי תפיסתו כתפיסתו וידו כידו ובשליחותו הוא תופס ומה שטוען זה כאלו טוען זה וכאלו כל דברי שניהם יצאו מפה אחד והוי טענותם שוות ונאמן לוי בטענתו הברורה במיגו דראובן וא"כ ודאי דהוי בעל דברים דידיה שהרי החוב מדמי השות' ואית ליהו מיגו לכך אתא הרא"ש לאשמועינן דשמת חבירו אינו רוצה לשקר וא"כ ליכא מיגו.

ולא הוצרך הרא"ש לאשמועינן דטענת ראובן אין לה מיגו מאחר שטענתו גרועה דזה פשיט ליה אלא מאי דאתה לאשמועינן הוא דאפ"ל הם שותפים ומאי דטעין זה כאלו טעין זה אפ"ה אין לטענה זו של לוי מיגו שמא חבירו אינו רוצה לשקר: מעתה מה שהשיג ה' ט"ז על הרב"ח דאפקיה לתשו' הרא"ש מהלכתא מהתוס' והתה"ד דשאני התם שיש עכ"פ טענה ברורה לאותו בעל המיגו גם עכשיו שיש לומר שהמיגו לא יועיל דשמת יכחישנו חבירו בזה ודאי אמרינן מיגו שהוא בטוח שגם חבירו לא יכחישנו משא"כ בתשו' הרא"ש שמעכשיו אין לו טענה ברורה שתועיל לו התפיסה אפ"ל לפי דבריו ג"כ לא יועיל לו המיגו כההיא דפ' חזקת.

למ"ש אגן בעניותין אין זו השגה שהרי מדברי הרא"ש מבואר דאי אמרינן דחבירו ירצה לשקר איכא מיגו ואף דטענת ראובן גרועה הרי לוי שותפו מחזק טענתו והוי טענתו ברורה ומאי דטוען זה כאלו טוען זה ומאי דתפיס זה כאלו תפיס זה והווי ליהו תרווייהו כאיש אחד וכל דבריהם כאלו יצאו מפה אחד.

ולפ"ז אף בנדון הרא"ש איכא טענה ברורה אך משום דשמת חבירו לא ירצה לשקר כ' הרא"ש דליכא מיגו ולזה הב"ח השיג מהתה"ד והתוס' דס"ל דהשות' בטוחים הם זה בזה שלא יכחישו אהדדי דס"ל להב"ח דמאן דסובר דאמרינן מיגו בב' הבאים להיפטר סובר דשותף זה פוטר שותף האחר וכמ"ש הכנה"ג שכן דעת הב"ח: ובהורמנותיה דמ'ר אני תמיה עוד ממ"ש הרא"ש פ"ק דמציעא והב"ד ה' ב"י סי' ק"ה וזל"ה אההיא דתופס לבע"ח במקום שאינו חב לאחרים ומקשים היאך יכול לתפוס בלא הרשאה לימא ליה לאו בעל דברים דידי את וכו' הרי"ף דדוקא במקום דאיכא פסידא לבע"ח כגון דמיית לווה וכו' ותקנה הוא שהתקינו והרא"ש כ' דשורת הדין הוא ולא שייך להקשות לימא ליה לאו בע"ד דידי את שהרי אין תבעו לדין להוציא ממנו כלום שיכול לומר אין להשיב לך כיון שאין לך הרשאה אלא הולך ותופס משלו ולא מצי א"ל החזר לי מה שתפסת כיון דאין לך הרשאה דזכין לאדם שלא בפניו והוי כאלו תפס המלוה בעצמו ע"כ וא"כ בנדון תשו' הרא"ש דאיירי דמת שמעון בעל המשכונות לולי דהרא"ש בא בנותן טעם כעיקר דאין כאן מיגו משום שמא חבירו לא ירצה לשקר הוה אמינא דתפיסת ראובן

תפיסה בעד לוי דלא יכול לטעון לאו בע"ד דידי את ולא מבעיא להרא"ש דסבר לה דמדינא הוא משום דזכין לאדם שלא בפניו אלא אפי' להרי"ף דתקנה היא היכא דאיכא פסידא ה"ן איכא פסידה דהרי מת שמעון אמטו להכי הוכרח הרא"ש לטעמיה: איך שיהיה דעת הני רבוותא דפסק הש"ע הוי לכ"ע גם לדעת התה"ד והתוס' ואף לס' הב"ח דס"ל דהוי פלוגתא דרבוותא אנן בתר מר"ן גרירנא ואולם כאשר יהיה האופן דמיגו בשנים דלא גילה דעתו מר"ן בזה חזר הדין למש"ל דמרינן מיגו במקום מחלוקת.

וצויי"מ וימ"ן וקיים: הצעיר שלמה אבן דנאן ס"ט סימן נ"א. שאלה כהר' יוסף אוחנא נ"ע היתה לו שותפות עם כהר' מסעוד אביקציץ שמעיר טאנכ"ר יע"א ושוב נלב"ע כהר"ו אוחנא הנז'.

ועמדו שני בניו ה"ה הבכור כהר' אברהם ומשנהו הי' של'ם וחידשו השות' הנז' עם מסעוד הנז' בשטר. ושוב נלב"ע מסעוד הנז' ובאו יורשיו לגבות נכסי אביהם שביד האחים הנז' מעסק השות' הנז'.

ולא נמצא מזומן ביד האחים הנז' במה לפרוע המעות הנז' ופשטו הרגל להיורשים הנז'. ואחר שגבר הסכסוך ביניהם ונשמע הקול שהיורשים הנז' הם מוכנים לגבות קרקעות אברהם ושל'ם הנז' בחוב אביהם.

שובממזו האחים הנז' והותווכו עם יורשי מסעוד הנז' לפרוע להם עתה סך מה מחוב אביהם הנז' וירחיבו להם זמן בשאר ועמדו ומשכנו כל קרקעותיהם ש"ל תכפ"ה ביד כהר' יודא אזווילוס נר"ו שמעיר פאס יע"א שהיה מצוי באותו זמן במחז"ק בעד סך ששה עשר מאות דורות. ונתנו הסך הנז' להיורשים הנז' מפאת חוב מורישים הנז' והותווכו שילכו אברהם ושל'ם הנז' עם היורשים הנז' לעיר טאנכ"ר להיות נדונים שם עם היורשים הנז' בשיירי חובם הנז' וכאשר יגזרו עליהם כן יקום.

ומאי דבני בני בעוד האחים הנז' במחז"ק עמד א' מהאחים הנז' הוא אברהם הנז' ומכר איזה קרקע מקרקעותיו לבנו כהר' יצחק בעד סך שלש מאות צ'ורוס. שלפי הנראה שהוא שוה מאתים במנה.

וגם נתן לאשתו כל המטל' שי"ל תכפ"ה וגם זיכה לה ידיה למעשיהן. ואח"כ הלכו האחים אברהם ושל'ם הנז' לטאנכ"ר יע"א.

ונתפשרו עם יורשי מסעוד הנז' בשיירי חובם הנז' ע"י ידידינו הרב כמהר"מ ן' ג'ו ישצ"ו ונזקף עליהם שיירי החוב הנז' לזמנים כמשו"ח במ"א ונקרע השטר הא'. ושוב עמד כהר' יעקב אוחנא נר"ו דודם של האחים הנז' וקנה השטר משכונה הנז' מאת יודא הנז' בכת' ומסי' כראוי וגם קנה השט"ח הנז' מאת יורשי הר"מ ן' קציץ הנז' בכת' ומסי' כראוי.

יען שי"ל שות' בקרקעות הנז' ולא תסוב נחלה וכו'. וגם האחים אברהם ושל'ם הנז' הוסיפו תת כחם לכהר"ע הנז' וחידשו לו המשכו' שנמסרה לו כנז' וגם מכרו לו בעש"ג כל קרקעות מורישים הנז' בעד סך ששה עשר מאות דורות הנז' ומאז ועד עתה והוא אוכל פירות הקרקעות הנז' שגובה ע"י המורשה שלו.

וגם השטר מכר הנז' שכתוב בעש"ג הוא תחת ידו ורשותו שנמסר לידו מיום א' ולא הושלש. ובניסן נלב"ע כהר' אברהם הנז' ועמד כהר' יעקב אוחנא הנז' בשלהי ניסן הנז' שהוא זמן שכירות הקרקעות ותבע ליצחק בנו של אברהם הנז' להתחייב לו בשכירות העליה שהיה דר בה מורישו הנז' עם העליה שדר בה יצחק הנז' או לפנות דירתו מהם. ועמדו לדין לפנינו ע"ז ולא הטה שכמו יצחק הנז' לבא לירד עמו לפנינו לדין. והתרינו בו פעם אחר פעם ע"י סובדי"ץ כמשו"ח כ"ז ביד כהר"ע הנז'.

ואח"כ נשמע הקול שיצחק הנז' טוען שאביו מכר לו רביע ושמינית בעליה שהיה דר בה אביו הנז' עם רביע ושמינית הבית הגדולה שתחת העליה הנז' שהיה דר בה כהר"ו אוחנא הנז' בסך שלש מאות דורוס. וע"ז עמד כהר"ע הנזכר והמציא לפנינו קב"ע כו"ח ומקו' כראוי מת"ח א' סופר שהיתה לו שייכות עם אברהם ויצחק בנו הנז' שהעיד בתע"ג וברורה שקודם שמכר אברהם הנז' ליצחק בנו הנז' הקרקע הנז' באו אצלו האב ובנו הנז' ונמלכו עמו שרוצים להבריח איזה קרקע מקרקעות אברהם הנז' מיורשי מסעוד אביקציץ שנושה בהם חובות ושאברהם הנז' הוא מוכן ללכת לעיר טאנכ'יר יע"א להתפשר עם היורשים הנז' בחוב אביהם ומפני כן הוא רוצה לעשות מתנה או מכר מאיזה קרקע מקרקעו' לבנו.

ונמלך עם החכם העד הנז' אם יועיל בזה שטר מכר או מתנה. והשבו החכם הנז' שלא יועיל לא מכר ולא מתנה ושוב הלכו האב ובנו הנז' לימלך עם מי שגדול ממנו.

וחזרו אצל החכם העד הנז' וא"ל האב ובנו הנז' שהלכו אצל חכם א' דיין א' קרוב שלהם ונמלכו עמו על דנא פתגם ואמר להם שהמתנה לא תועיל והמכר יועיל ושעשו שטר מכר וידע נאמנה החכם העד הנז' שהכל נעשה כדי להבריח ג"כ בירר בעדותו הת"ח הנז' שבזמן המכר הנז' לא היה לכן הנז' נכסים במה לקנות הקרקע הנז' ואדרבא אביו הנז' הוא שהיה זן אותו מפתו יאכל וכו'.

כ"ז העיד הת"ח הנז' כמשו"ח במ"א. עתה כתבנו זה ליושבי כסאות במשפט לחוות דעתם בזה כפי מה שיורו אותם מן השמים.

אי המכר שמכר האב הנז' לבנו הנז' והמתנות שנתן לאשתו הנז' קיימים כפה"ד או בטלים ויכולין בע"ח לגבות חובותם מהקרקעות והמטלטלים הנז' ויבא שכמ"ה הלכ"ד צעירי הצאן החו"פ בחשון ש' מגיד דבריו ליעקב לפמ"ה. וקיים: ע"ה שמואל טולידאנו ס"ט ע"ה רפאל דוד בירדוגו ס"ט תשובה הנה דין זה דמבריח נכסיו לאפקועי מבע"ח נפתח בגדולים.

ופליגי ביה רבוותא. ר"ת ז"ל וסיעתו.

והרא"ש ז"ל וסיעתו. הוב"ד בטוח"מ סי' צ"ט.

ומר"ן ז"ל בשה"ט סתם כהרא"ש ז"ל. גם אבותינו ורבותינו המגורשים זיע"א החזיקו במעוזם את דברי הרא"ש כמבואר בסה"ק סהת"ק מש' ש"ה.

אשר מזה הוכיח הרב כמוהר"ר ר"ב ז"ל בס' הנד"מ משפטים ישרים ח"ב סי' רס"ח. שאם היתה כוונתו למתנה גמורה קנה אף שהיה להבריח.

שהרי התקנה ההיא היא בנויה על סברת הרא"ש כמ"ש בסוף התק' אל המקום אשר
יפנה הרא"ש אחריו ילכו. ודברי הרא"ש הוא דברי מר"ן.

וסיים בהגה מיהו אם נראה לב"ד שלא כיוונו לערמה רק למת"ג קנה המקבל אע"ג
שהיתה כוונתו להבריח ע"כ. הרי שאף הרא"ש מודה שהכל תלוי בראיית עיני ב"ד.

ואם הב"ד רואים שלמת"ג איכוין קנה. יעו"ש.

ומדבריו נלמד דס"ל דלא תיקנו רבותי בעלי התק'. אלא בנותן כל נכסיו.

ולא במתנה במקצת והט'. דמצינו למר"ן דס"ל כהרא"ש ז"ל.

איירי במתנה בכל. מדכתב החייב לחבירו ונתן כל אשר לו וכו'.

ע"ש.

ומדמר"ן דס"ל כהרא"ש ז"ל. נשמע לתקנת רבותינו המגורשים דסמכו ידיהם אההיא
דהרא"ש ז"ל.

וכמו שהוכיח כן הרב ז"ל לגבי מתנה גמו' ואולם אנן לא קי"ל הכי. אלא כל היכא דאיכא
אומדנא דמוכח דכוונתו במתנה להפקיע יד בעל חוביו אפי' מתנה במקצת ונתכוון למת"ג
אפ"ה בטילה היא.

ודלא כמוהר"ר ר"ב ז"ל. ואע"ג דאיכא מרבוותא דסברי כוותיה הוב"ד בספרן של
צדיקים ועי' הפ"ת סק"ז.

מ"מ מצינו לרבינו מוהר"ר אליהו הצרפתי זצוק"ל שכתב כן. והעיד בגודלו שכ"כ רבינו
מוהריב"ץ זלה"ה.

ואנו נגררים אחריהם בפרט במילי דתקנתא כי להם נגלו תעלומותיהם הנסתרות
והנגלות: והילך דברי הרב מוהר"א זלה"ה. נשאלתי מהתה"ש כהה"ר יעקב בירדוגו על
דברת מחצית החצר המוחזקת ביד הר' יוסף לעגימי בכהר' מימון שזכה בו בתורת מקנה
כהרר"ע הנז' מאת מסעוד ה' אטובי יובן שכה"ר משה טאווריל היה נושא בכה"ל הנז'
סך מה בשטר ופרע לו מה שפרע והנשאר בו בלי פירעון הרשה להר"מ אטובי לגבותו
ממנו ותבע המורשה להרי"ל באייר תקנ"ד לפרוע לו שארית החוב ואמר שאין לו מעות
ולא טלטל זולת קרקעות ונתרצה עם המורשה לעשות שומה והורדה למחצית החצר
הנז' וכן היה שנעשית השומה והורידוהו בדי"א למורשה הנז' ועמד המורשה ומכר
המחצית הנז' לכהרי"ע הנז' מכח השומה וההורדה הנז' וכשבא הלוקח הנז' ליהנות
בפירות מקנתו המחצית הנז'.

הוציא הרי"ל הנז' שטר מתנה שנתן החצר הנז' ופירותיה לאשתו וזמנו באייר הנז'
ובאייר הנז' היה נדון עם המורשה ונמשך הדין ביניהם כמו חדש ימים. עד שנעשית
ההכרזה עד יום ד' בסיון שנעשית ההורדה.

ורצה הרי"ל לבטל השומה וההורדה בכח השטר מתנה שנתן בו בפרק קודם ההורדה
בקצת ימים. וא"כ השומה וההורדה ההיא כמאן דליתא דהקרקע אינו שלו ונכ"ה לו ינכ"ה
מפירות החצר הנז' מחובו והשאר יפרענו מעות מזומנים.

עד כאן תורף שאלתו. תשובה אחר שהתבוננתי בדברי השאלה.

ראיתי שהמתנה שנתן הרי"ל הנז' לאשתו היא בטילה ומבוטלת. דמוכחה מילתא באומדנא דמוכח דכוונתו במתנה זו להפקיע יד בעל חובו.

שהרי לא נתן המתנה עד שתבעו המורשה ונתרצה לו הרי"ע לפורעו בקרקע הנז' וביני ביני שנתעכב מלעשות הורדה מחמת ערעור הרי"ל שהיה אומר לו לקיים השטר כתב ונתן המתנה הנז' ואין לך אומדנא גדולה מזו דכוונתו להפקיע יד ב"ח. דאם איתא דמשום חבה יתירה נודעת לו עם אשתו.

נתן לה המתנה הנז' היה לו לתת לה מקדמת דנא בעת שנשאת לו או היה לו לתת לה קרקע אחר כמובן מדברי השאלה שיש לו קרקע אחר. חוץ מזה.

והוא לא עשה אחת מהנה ועשה שלא כהוגן להפקיע יד ב"ח. לא תועיל לו ערמתו ומתנתו בטלה וזכה בה המורשה והלוקח ע"פ השומה וההורדה.

שהרי אומדנא דמוכח וניכר לכל שלא היתה כונתו בזה אלא להפקיע ב"ח ולא יחרך רמיא צידו מאחר שלא נתעורר לתת מתנה זו אלא עד שבא המורשה ותבעו בדין. מזה מוכח לכל ויודעים ואומרים בפיהם שלא נתכוון אלא להבריח ולהפקיע ב"ח.

דאלו מסתמא לא אמרינן דנתכוון להערים. אלא א"כ מוכח וניכר לכל במתנתו שנתכוון להבריח.

וכמ"ש הרשב"א בתשובה הביאה מר"ן הב"י בסוס"י קי"א מחו' ב' וז"ל כתב הרשב"א. שאלת ראובן חייב לשמעון וכו' ואין לראובן נכסים אלא קרקע אחד שמכר ללוי או שנתנו לו וטען שמעון כי מכירה זו או נתינה זו לא היתה אלא להבריח וכו' או שישבע לוי של היתה להבריח.

תשו'.

הדין עם לוי דמסתמא אין אומרים ששטר הברחה הוא. ובשביל טענה זו א"ץ לוי לישבע אפילו חר"ס כמ"ש הב"י יעו"ש.

ודברי הסמ"ע בזה הביאם באר הגולה צריכים עיון כעת יעו"ש בס' צ"ט. המורם מתשובת הרשב"א דמסתמא דלא ניכר שום הערמה אלא מצד טענת ב"ח.

לא אמרינן ששטר הברחה הוא. אבל אי איכא אומדנא דמוכח וניכר לכל דכוונתו להבריח ולהפקיע ב"ח כנד"ז.

שאז לכ"ע מודו דהמתנה בטילה. וגם מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה לא אמרה בפסקיו אלא בסתמא דלא ניכר שום הערמה אלא מצד טענת ב"ח אבל היכא דאיכא הוכחה רבתי הניכרת לכל דנתכוון להערים מודה הוא דהמתנה בטלה ומבוטלת כדאמרן.

ומה גם שכבר חזר בו מוהר"ר יעב"ץ וביטל המתנה שנתן א' לאשתו מכח הערמה כמו שנמ"ך בפס"ד א' להרב הנז'. וה"ה במתנה במקצת אזלינן בתר הערמה.

ועם היות שדברי מר"ן בחומ"ש סי' צ"ט איירי במתנה בכל. עכ"ז רבותינו בעלי התק' נ"ן סמכו אסוף דברי הרא"ש ותקנו הגם בנותן מקצת אם יש הוכחה הניכרת דכוונתו

להערים מתנתו בטלה אף במקצת וכמו שדקדקו מדברי הרא"ש ז"ל וכמ"ש בתקנת הש"ה ליצירה נינגונ"א מתנה.

דר"ל שום מתנה אפילו במקצת ואפי' אשתו ואפי' אשה אחרת או אדם אחר כל היכא דידיעין באומדנא הניכרת דכוונתו להבריח מתנתו בטלה. ודקדוקם מדברי הרא"ש הוא ממ"ש בסוף דבריו מההוא דזבין גריוא דארעא במציעה דארעא וכו' ומה התם דתקנת חכמים היא משום דינא דב"מ נתחכמו חכמי התלמוד להפר עצתו וכו' ועוד שדין תורה כמו שכתבתי שראוי שיבטלו כל שטרי הברחות ותחבולות שנעשו עד היום הזה וכו' ע"כ.

ממ"ש שיבטלו כל שטרי הברחות דדייקי כל. מוכח להדיא דאף מתנה במקצת כל שיש הוכחה הניכרת דלהבריח נתכוון אמרינן דמתנתו בטלה ואנו הולכין בעקבותיהם.

גם מדסתם לה סתומי ולא חילק בין בכל למקצת. שמעינן דאף במתנה במקצת אמרינן דהמתנה בטלה ושמעינן מינה נמי דלאו דוקא בכה"ג דהוא גזל דאסור מדאורייתא.

אלא אפי' בתקנות חז"ל נמי אמרינן דאפי' במקצת ואית ביה ערמה מבטלין עצתו. וכי תימא סוף סוף מאחר שבמתנה במקצת יכול הב"ח ליפרע משאר נכסים אמאי המתנה בטלה.

י"ל דלא פלוג רבנן מאחר דאיכא הערמה שנתן ואח"כ משכן וכיוצא בזה. אע"ג דיש לב"ח ממה ליפרע אפ"ה המתנה בטלה דחייבים חכמי ישראל להפר עצתו כל היכא דאיכא הערמה כמ"ש הרא"ש דלא חילק בין בכל בין במקצת וכמו שדקדקו הרבנים ז"ל מסוף דבריו כאמור.

ולכאורה קשיא לן מ"ש מור"ם בסי' צ"ט ס"ו מיהו אם נראה לב"ד שלא כיוונו לערמה רק למתנה גמורה קנה המקבל אע"ג שהיתה כוונתו להבריח. והגיה כן על מ"ש מר"ן החייב לחבירו ונתן כל אשר לו לאחר להפקיע חובו לא תועיל ערמתו וכו' וכפי האמת הם חולקים דאלו למור"ם אם נתן במתנה אפי' כוונתו להבריח מתנתו קיימת.

וא"כ הול"ל יש אומרים מאחר שהם חולקים. אבל הנלע"ד מ"ש מור"ם תי' מיהו הו"ל כאלו כתב יש אומרים.

ור"ל אע"ג שכתב מר"ן דמתנה בטלה. מיהו יש סברא חולקת על זה דאם נראה לב"ד שלא כיוונו לערמה רק למתנה גמורה קנה המקבל אע"ג דנתכוון להבריח.

ומר"ן ס"ל דאע"ג דנתכוון להקנות לו בקנין. מאחר שנעשית המתנה בערמה להפקיע ב"ח בטלה היא.

דטעמא הוא מחמת דנעשית להפקיע ב"ח אמרינן מתנה בטלה היא. הא לא"ה הויא מתנה קיימת.

ובמה תתקיים אם לא שנאמר דנתכוון להקנות. ולהכי אם נעשית להפקיע ב"ח אע"ג דנתכוון להקנות ובק"ס מתנתו בטלה.

דדייקינן מלת להפקיע דמשמע הא לא"ה המתנה קיימת. כן יש להוכיח ממ"ש מר"ן בס"י צ"ט ס"ו וז"ל אבל אין ב"ד מגבין לו מהריוח וכו' משם מוכח דהמתנה היא בקנין.

דאל"כ אמאי אינו נוטל מהריוח דבלא הערמה יכול לומר לו תן לי מעותי שארויח בהם ודמיא לההיא דסי' רצ"א תן לי פקדוני ואני ארויח וכו' דאין אדם עושה סחורה בפרתו של חבירו ומאי אירייה דנקט מטעם הערמה. אף בלא הערמה יכול לומר תן לי הריוח דמאחר שהוא בלא קנין הו"ל כפקדון.

אלא ודאי ע"כ לומר דאירי בקנין ובמה שכתבתי אי תרצה לה תמיהת הש"ך שתמה על מר"ן וז"ל לא ידענא מה ענין זה לזה דהתם המתנה כדין. משא"כ הכא שלא היתא מעיקרא כלל ובטלה למפרע והלכך אם הוא בענין שהריוח או הרבית היה שייך למתנה צריך המקבל מתנה ליתנו לבע"ח ומוציאין ממנו מדר"ן וצ"ע עכ"ל.

ובמה שכתבתי ניחא דיפה כוון מר"ן לדמות האי מתנה למקרקעי המשועבדים. מאחר דהויא מתנה בקנין הפירות מיהא הוי שלו ששעבדה לו לגבי פירות וכו'.

עוד נ"ל לתרץ על מ"ש מור"ם מיהו אם נראה לב"ד וכו' ולא כתב י"א מאחר שהם חולקים. דלאו קושיא היא.

דיש לומר דמור"ם איירי כשאין הערמה ניכרת ומפורס' אלא ע"פ טענת התובע שאומר דהנותן נתן המתנה להבריח וישבע המקבל שלא היתה להבריח. וע"ז כתב הב"י בשם הרשב"א דאין על המקבל אפי' חר"ס דמסתמא אמרינן דלא נתכוון להערים.

ובהא אפי' הרא"ש מודה דהמתנה קיימת מאחר דאין כאן הערמה ניכרת אלא ע"פ טענת התובע. אבל היכא דההערמה ניכרת כ"ע מודו דהמתנה בטלה.

וא"כ היכא דאין ההערמה ניכרת אלא ע"פ טענת התובע. כ"ע מודו דהמתנה קיימת דבהא איירי מור"ם.

ולכן כתב מיהו ולא כתב י"א דאינם חולקים דבכה"ג כ"ע מודו דהמתנה קיימת מאחר דאין ההערמה ניכרת ומפורסמת אלא ע"פ טעות התובע כדאמרן. אבל היכא דההערמה ניכרת ומפורסמת לא איירי ביה הרשב"א אלא בסתמא.

דוק מינה דהיכא דהערמה ניכרת מודה הרשב"א להרא"ש דהמתנה בטלה ואתי שפיר מ"ש מור"ם מיהו וכו' דאינם חולקים כמש"ל ודו"ק. ע"כ לשון הרב מוהרא"ה זלה"ה הצריך לעניינינו.

[הוצרכתי להעתיק רוב דברי הרב באריכות לפי שהספר הלז אינו מצוי]: אתה הראת את דברי הרב מוהרא"ה ז"ל. ואת יקר' סהדות'א שכ"כ רבינו מוהריב"ץ ז"ל ושכן דייק לשון נגיגונ"א מתנה דלא כמוהר"ר רב ז"ל.

וכן אנו דנים והולכים כי אין לנו לזוז מדבריהם. ובזמן החולף לא כביר הוה עובדא ופסקנו כן הלכה למעשה: מעתה בכה"ג דאנן קיימין ביה שנתן אברהם לאשתו כל המטל' שי"ל תכפ"ה אומדנא דמוכח הוא דכוונתו להפקיע יד בעלי חוביו.

שהרי לא נתן לה עד שתבעוהו לפרוע כמפורש בשאלה. והרי הדבר דומה לההיא דמוהרא"ה ז"ל וא"כ לא תועיל ערמתו ומתנתו בטלה.

ובפרט למאי דתקון רבנן במקנאס כאשר כתב רבינו מוהריב"ץ זלה"ה הוב"ד בספרו הנד"מ משפט וצדקה ביעקב סי' ר"פ וז"ל ואם מפני המתנה שנתן הבעל לאשתו הנה כבר מימות החכם השלם דו"מ כה"ר משה טולידאנו ז"ל תקננו תקנה הגונה וביטלנו והפקענו כל המתנה שיודה הבעל לאשתו לגבי בעלי חובות שיש לבעל שלא תנעול דלת בפני לוין ע"כ.

ומדלא זכר הרב תק' המגורשים נראה דמאי דהוסיפו לתקן הוא אפי' היכא דנראה לב"ד דמאי דנתן לאשתו אינו משום להפקיע יד בע"ח אלא מאיזה סיבה אחרת וא"כ מתנתו מתנה לכך תקנו רבנן דלא היא מתנה משום שלא תנעול דלת וכההיא דתקון רבנן בש"ס בע"ח בבינונית אע"ג דדינו בזיבורית מהך טעמא דשלא תנעול דלת: באופן דמתנה זו בטלה היא בין מתקנת רבותינו המגורשים בין מתק' מוהריב"ץ ומהרמ"ט ז"ל במקנאסא.

וכן המכירה שעשה לבנו בטלה. והטעם דמההוכחות המפורשים בשאלה מוכח דאיערומי קא מערים להפקיע יד בע"ח ולא עשו אותם מכירה אלא לפנים למראית העין ומילתא דפשיטא דלא תעשינה ידיו תושיה.

דאערומי קא מערים גם על תקנת חז"ל ולכך עשאה בלשון מכירה. ומדברי הרשב"א שהביא הב"י בסי' קי"א מחו"ב כמביא למעלה בדברי מוהרא"ה ז"ל.

מבואר שגם במכר יש דין מבריה: ואולם כאשר יהיה האופן שיהיה נראה לב"ד דמכירה גמורה היא והלוקח נתן מעותיו. ולא נתכוון להערים להפקיע בע"ח אלא המוכר לבד אבל הלוקח בתומו הולך.

נראה דבכה"ג הלוקח לא יפסיד: איך שיהיה. בכה"ג דאנן קיימין ביה.

אומדנות מוכיחות יש דתחבולות ומרמות ותוך יש בדבר בין במכר בין במתנה כמפורש בשאלה. וכבר חיובונו חז"ל לסכל עצתם ולבטל מחשבותם ולא תועיל ערמתם.

ומעתה הרי הם בטלים ואין בהם ממש. ואפשר דבנ"ד גם מוהר"ר ר"ב ז"ל יודה כפי ההוכחות הנז' בשאלה.

ותול"מ.

וצווי"מ וימ"ן. הכ"ד החו"פ בשלהי חשון שנת כי תעשה הישר בעיני ה' וקיים: ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט סימן נ"ב.

המאור הגדול. מעוז ומגדול העמוד הימני עדינו העצני הפטיש החזק.

מראה הבזק. הדו"מ סוה"ר כמוהר"ר שלמה אבן דנאן נר"ו יאיר אור החמה שבעתיים.

בערי עדיים כי"ר: לשלום אין קץ. ויצא כלו חוצץ.

ואקדמה פני עליון בפר'ישת של'ם וקידה כאשר נכון לעשות מול הדרתו. תרב גדולתו.

ותרום ותנשא הוא ובניו אתו. בקרב ישראל עמו וצאן מרעיתו ויוסיפו לו שנות חיים כרבות הטובה.

וגם עד זקנה ושיבה כ"ר: מעשה בא' שנשא אשה בעיר תלמסאן יע"א ע"י אלמ'ירי וידוע שמכלל תנאי המ'ירי שלא יוכל לישא א"א עליה בשום אופן ובאה עמו לכאן מחז"ק וזה לו חמש שנים עמה ולא נבנה ממנה. ויש לו בן ובת משתי נשים אחרות שקדמוה.

יודיעני אדוני אם יכול לישא א"א שלפי דברי קיצור התקנות שהביא ה' כרם חמר ח"ב דל"ו ע"א אינו יכול. וכ"כ ה' מהרפ"ב ז"ל בפשוט בספרו משפטים ישרים ח"א סי' קמ"ג אך שמעתי שבפאס דנים הפך מזה ובעו דוקא ממנה.

ע"ז יוריני מורי מהו הדין. ואם יש בזה צד לומר דדינא דמלכותא דינא.

ויבא שכמ"ה ולרו"ם החיים והשלם: ע"ה אברהם נ' סוסאן סליט"א תשובה הנה בקיצור התק' לה' מוהר"ר רב ז"ל המועתקים בסה"ק סהת"ק המודפס כ' וז"ל וכן מי שיש לו זרע זכר מאשה אחרת אע"פ שאין לו מאשה זו אינו יכול לישא אחרת כן פסקנו בב"ד ישצ"ו דכיון דיש לו הרי הוא בנוי וכל טעם ההיתר בתקנות משום פו"ר כמו שכתבו שראו כמה משפחות נעקרו מן העולם משום תנאי שלא ישא אשה וכו' ועוד בתקנה השניה שיש כמה בנ"א מתים בלא זרע ומשום דאין להם רשות לישא אשה ליבנות וכו' ומ"ש בתק' ממנה דברו בהווה ע"כ וה' ברית אבות ז"ל בהעתקתו לקי' התק' של מוהר"ר ר"ב ז"ל השמיט כ"ז משמע דלא ס"ל כוותיה בזה וכ"כ להדיא רבינו מוהריב"ץ ז"ל בס' הפסקים ד' קע"ג ע"ב והיא במשפט וצדקה ביעקב ח"ב סי' כ"ח וזל"ה אפי' יש לו כמה בנים זכרים חיים מאשה אחרת רשאי לישא א"א בת בנים ואין זה בכלל שבועת שלא ישא כי כל הנשבע על דעת חכמים ועל דעת ב"ד הוא נשבע וחכמי התק' אחילו לשבועתיה כשלא ימצא לו בן זכר מאותה אשה אחר עשר שנים וכו' ע"כ.

ואנן לא שבקינן דברי ה' מוהריב"ץ ז"ל דקרוב לרבותי בעלי התק' ובקי בכולהו תקנות הנסתרות והנגלות ואפי' בחדרי חדרים ומעיד בגודלו שכן תקון מקמי הרב מוהר"ר ר"ב וב"ד ז"ל דקאמרי לה מסברא. ואפשר דאי הוּו שמיעי הוּו הדרי: ואולם בנ"ד לכאורה נראה דכ"ז לא יגהה מזור למאי דאנן קיימין ביה שהנשואין היו בעיר תלמסאן יע"א שיש להם תנאי האלמ'ירי שלא יוכל לישא א"א עליה בשום אופן כמ"ש ידידינו הרב השואל הי"ו ומשתמען מלוהי דאפי' אין לו בנים כלל.

דלגבי מנהגי הכתובה לא הוי כבני העיר שהלך לשם ובתר מקום נישואיהם אזלי וכמ"ש מור"ם במפה אה"ע סוס"י קי"ח וז"ל ואפי' הלך למקום שאין נוהגים מנהג הקהלות הולכין אחר מקום שנשאה שם ע"כ והיא מתשו' הריב"ש ז"ל סי' ק"ה וכ"כ המבי"ט ח"א סי' ק"ד דשם איתשיל הרב בראובן שהיה נשוי במקום תק' ר"ג שלא ישא אשה על אשתו ונאבדה הכתובה וכתב לה אחרת במקום אחר שאין נוהגין על תקנת ר"ג ולא הזכיר אותו תנאי בכתו' והיה רוצה אחר שנים לישא אחרת עליה וע"ז השיב שאפי' לא היה כתוב בכתובה הא' אותו התנאי כיון שנשא במקום שנוהגין כך על תנאי זה נשאת.

כמו שהוא לענין מנהג המקומות בנדונייא שאם נשא סתם כותב ונוהג כמנהג המדינה וכמו שהביא הר"ם במז"ל בפ' כ"ג מה' אישות. ונראה דאפ"ל הלך למקום אחר וגרשה שם או נתארמלה שגובה שם כתובתה כפי מה שגובין אותה במקום שיצא משם דדוקא בכתובה מנה מאתים הוא דשנינו מקולי כתובה שתטול מפחות שבמטבעות שבמקום הנישואין או במקום הגירושין.

אבל במנהגי הנדונייא אזלינן בתר מקום חיובא כשאר חובות דעלמא. והכא נמי בנד"ז אפ"ל נשא סתם במקום שנוהגין כתק' ר"ג והלך למקום אחר אינו יכול לישא אפ"ל אחר עשר שנים וכו' ע"ש: וכ"כ מהרש"ך ח"ב סי' צ"ז וז"ל דמאי דאמרינן דהיכא דדעתו להשתקע באותו מקום שהלך לשם שאין עליו לנהוג חומרי מקום שיצא משם ה"ד היכא שאינו חב לאחרים בהפקעת המנהג שיצא משם דהיינו כגון מקום שנהגו שלא לעשות מלאכה בע"פ והלך למקום שעושין או כההיא דרבי זירא דאכל מוגרמתא דרב שמואל אבל היכא שחב לאחרים כגוונא דנא שחב לאשתו שנשא באותו מקום על סמך אותו שנוהגין שלא לישא א"א על אשתו אינו רשאי להפקיע עצמו מאותו חיוב בלכתו לעיר אחרת שנוהגים לישא אחרת על אשתו וכו' ע"ש"ב: וכ"כ הכנה"ג בתשו' ח"א סי' קפ"ד וז"ל בתר מקום נישואיהן אזלינן דאע"ג דלענין גביית כתובה אמרינן בסוף כתובות מקולי כתובה שנו כאן.

לענין מנהג ותקנה בענין הגבייה בתר מקום הנישואין אזלינן וכן השיב ג"כ מהר"ם מטראני בח"א סי' ק"ד וכ"כ הר"ן בתשו' הביאה הרב"י יו"ד סי' רכ"ח וכן דעת מהריב"ל ז"ל בח"ג סי' ק"ך ומהרש"ך סי' צ"ז ורש"ל בתשו' סי' י"ד אלא שיש הפרש ביניהם אי מיירי בנשא אשה שם או לא נשא אשה שם כתבתי מחלוקתם במקום אחר וכו' עכ"ל"ה וכ"כ בכנה"ג אה"ע סי' א' בהגב"י אות ב': מעתה בנדון שלנו דנשא אשה בתלמסאן ושם המנהג פשוט ע"פ תנאי האלמ"רי ששום אדם לא ישא א"א על אשתו בשום אופן א"כ לאו כל כמיניה להפקיע זכותה במה שירד להשתקע במקום אשר נוהגין לישא א"א כשלא יש לו ממנה זרע זכר לסוף חמש שנים: אכן מצאנו לרבינו הב"י חו"מ סי' כ"ו מחו"ז שכ' וז"ל"ה כ' הרשב"א שנשאל על א' שמתה בתו ותבע את חתנו בערכאות העכו"ם שיחזיר לו כל הנדונייא בטענה אע"פ שבדיני ישראל הבעל יורש את אשתו כיון שהכל יודעים שהם הולכים בדיני העכו"ם הרי כל הנושא אשה שם כאלו התנה כן וכו' אבל לנהוג כן מפני משפט העכו"ם באמת נ"ל אסור לפי שהוא מחקה את העכו"ם וזה הוא שהזהירה התורה לפנייהם ולא לפני העכו"ם ואע"פ ששניהם רוצים והוא דבר שבממון שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם וכו' ע"ש.

וכפ' מור"ם סי' שס"ט סי' י"א בהגה: והריב"ש סי' נ"ב כ' וז"ל מה שכתבת שאחריך לאשה אחר מיתת הבנות אינה כלום כיון שהראשון ראוי ליורשו דירושה אין לה הפסק זה היה אמת אם היה נעשה בין יהודים במקום שדנין דיניהם בדיני ישראל אבל המצוה הזו היה דר במאיור'קא בחזקת נוצרי וכן האשה הבאה לירש מכח הצואה גם היא שם בחזקת נוצרית וכן הללו הבאים לירש מחמת קורבה גם הם דרים שם בחזקת נוצרים וגם ביהדותם היה להם לדון בדיני העכו"ם כי כן נהגו מעולם קהל מאיורק'א מרצונם וא"כ איך ילך ויסע ממקומו אחד משתי הכתות וילך ארץ מרחקים שידינו לו בדיני

ישראל יבואו במאיר'קא לפני הדיין שלהם שהוא הגזבר ומי שיזכה ויחזיקהו הגזבר
בנכסי המוריש הוא היורש.

ע"כ.

וכ"פ מור"ם סי' רמ"ח ס"א בהגה: ואם מפשט דבריהם דרבנן נראה דחלוקים הם. מ"מ
מדכ' מור"ם את דברי שניהם משמע דס"ל דלא פלגן בהדייהו ועי' בסמ"ע סי' שס"ט
סק"ב ובט"ז שם ובסי' רמ"ח והמשה"א סק"ג ובהגהות הנדפסים סביב הש"ע שם:
והתשב"ץ ח"א סי' ס"ח חולק עם הריב"ש ז"ל בנדון דידיה ע"ש.

והכנה"ג בתשו' ח"א סי' י"ו כ' וז"ל ואני בעניי זר אתי לתפוס כהריב"ש ז"ל במקום
שהרשב"ץ חלוק עליו ולע"ד גם הרשב"א ז"ל בתשו' הרב"י ח"מ סי' נ"ו מחו' אות זיין
מסכים עם הרשב"ץ וחולק עם הריב"ש ז"ל. ע"ש וכבר ידוע למעיין כמה דיו משתפך
וכמה קולמוסים משתברים בתורת המנהגות לרבנן קמאי ובתראי ז"ל בתשובותיהם
והצד השוה שבהם דבמנהג הסותר הדין צריך שיהיה מנהג ע"פ ותיקין שהתנו כן
מתחילה משא"כ בנ"ד אלא שראיתי לס' המפה ח"מ סי' רמ"ח העתיק תשו' הריב"ש
ז"ל ובסי' שס"ט העתיק תשו' הרישב"א ז"ל כנראה דס"ל דלא פליגי אהדדי וכמ"ש
הסמ"ע בסי' שס"ט אבל אינו נראה כן מדברי הרב ז"ל בב"י ז"ל שהבי"ד הרשב"א ז"ל
ולא הביא דברי הריב"ש ז"ל ואפי' לפי דעת בעל המפה מתוך תירוצו של הסמ"ע יראה
המעייין דבנ"ד אין לנו לילך אחר המנהג וכ"ש הרשב"ץ ז"ל חולק בפ' וכמ"ש.

ע"כ: וכ"כ בתשו' חלק הנז' סי' קנ"ח ובכנה"ג ח"מ סי' כ"ו בהגב"י אות כ"ו. ועי' באורח
משפט סי' כ"ו הגב"י אות ה' שכ' דהכנה"ג בתשו' בעי חיי ח"מ ח"ב סי' ע"ז ה"ד ה'
מ"ש ז"ל דשם ביאר דמנהג שנהגו במקום שאין שם ב"ד של ישראל לא מיקרי מנהג
כיון דאעיקרא שנהגו כן הוא מפני הפחד וא"כ כשבאים למקום שיש שם ב"ד ישראל
חייבים לדון בדיני ישראל דוקא ע"ש שהאריך ע"כ: וכיון דאנהירנהו לעיינין רבי'
הכנה"ג ז"ל דדעת מר"ן ז"ל בב"י דהרשב"א והריב"ש ז"ל פליגי.

ותפס להלכה כהרשב"א ודלא כהריב"ש ז"ל ולכך השמיטה. וא"כ הגם דמור"ם ס"ל
דל"פ כמש"ל.

מ"מ אנן בתריה דמר"ן גרירנא כל היכא דגילה דעתו בב"י או בש"ע. ולא אזילנא בתריה
אלא היכא דלא פליג אמר"ן במאי דסבר בב"י או בש"ע.

וא"כ במאי דאנן קיימין שהתנאי הוא מהאלמיר"י הא ודאי דלא מהני ואפי' נתרצו שניהם
ללכת אחר המנהג ההוא אסור. ואפי' שלא ילכו לפני הערכאות להתדיין אלא שרוצים
לדון בדיני ישראל בדיניהם אסור.

וכמ"ש רבינו הכנה"ג בתשו' ח"א סי' קכ"ח על דברי הרשב"א שהביא הב"י סוס"י כ"ו
לך נא ראה כ' הכא תשו' זו קוראה בגרון שאפי' שלא ילכו לפי הערכאות לנהוג להתדיין
כדין עכו"ם אסור גמור הוא. ומקשה על ה' מהרש"ך ח"ב סי' רכ"ט שהוא סובר שכל
שאינו הולך לפניהם אע"פ שהוא נוהג להתדיין כדין הערכאות אין כאן איסור.

ומשני דמהרש"ך ז"ל איירי במשא ומתן דיש מקומות שאם יתנהנו ע"פ ד"ת הגמור לא יהיה להם קיום והעמדה ויתבטל המו"מ ולכך כל שאינם דנים לפני הערכאות. אלא לנהוג שיתנהגו הם בעצמם בנימוסי הגויים כדי שיתקיים המו"מ מנהגם מנהג מפני ישובה של עיר.

אבל בדיני ירושות דלא שייך טעם זה אסור. ונמצאת למד שלש מדות בדין זה. ללכת לדון לפניהם אפי' דמו"ם ואפי' בדין שדנין כדינינו ואפי' שניהם רוצים אסור. להתנהג בנימוסי העכו"ם בלתי עמוד לפניהם במו"ם מותר.

ובשאר דברים שאינם מו"ם כירושות ומתנות והדומה להם אפי' לנהוג כנימוסיהם בלתי עמוד לפניהם אסור וזה לדעת הרשב"א ז"ל אבל הריב"ש ז"ל סי' נ"ב חולק על הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל שסוברים דאפי' שניהם רוצים אסור ובאמת שדברי הרשב"א ז"ל עיקר עכת"ד ע"ש. ועי' בחוט המשולש בטור הא' סי' י"ז ובטור הג' סי' ו' מה שהאריכו בחומר האיסור: והגם דמורם בסוס"י שס"ט סיים אהיה דהרשב"א ז"ל וז"ל דלא אמרינן דד"ד אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה אבל לא שידונו בדיני עכו"ם דא"כ בטלו כל דיני ישראל ע"כ.

ומשתמען מלוהי לכאורה. דכאשר יהיה האופן דאיכא הנאת המלך במה שידונו בדיני עכו"ם אמרינן גם בזה דינא דמלכותא.

ובס' כרם חמר ח"א סי' ק"ט כ' דבתנאי האלמיר"י איכא הנאה משום השטרות החתומים חותם מלכות דלוקח את חוקו וכו' ע"ש: מ"מ כד דייקנין פורתא נראה דא"א לפרש כן. שהרי הרשב"א ס"ל דאין לחלק בין דבר שיש בו הנאה למלך או לא.

דבכולהו אמרינן דד"ד כמ"ש בב"י סי' שס"ט מחו"ד. ובהיה דהרשב"א שהביא הב"י סי' כ"ו כתב שכל הסומך בזה לומר שמותר משום ד"ד טועה וכו' ע"ש.

וא"כ איך אסיק מור"ם אדברי הרשב"א ז"ל דלא אמרי' וכו' אלא בדבר שיש הנאה למלך. והלא הרשב"א ז"ל לא ס"ל לחלק בהכי ובהיה תשו' לא קאמר הרשב"א ז"ל אלא מטעמא דאין לדון בדיניהם שמא תחגור התורה שק עליהם: ועוד דדברי מור"ם הללו הם ממהריק"ו ז"ל כמ"ש המרשים שם בהגה.

ולא מצינו למהרי"ק שכ"כ. וזל"ה ואפי' לאותן דיעות שהביא המרדכי דאפי' בשאר ענייני ממון דד"ד פשיטא דהוא דוקא לענין ארנוניות ומנהגות של משפטי המלכים כמ"ש רשב"ם בפ' חזקת הבתים וז"ל והאמר שמואל דד"ד כל מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי המלכים שרגילים להנהיג וכו' אבל דין שבין אדם לחבירו פשיטא ופשיטא דלא.

דא"כ בטלת כל ד"ת ח"ו ע"ש. והבי"ד בק"י הב"י בס' שס"ט.

ומדמחלק בין מסים וארנוניות ומנהגות משפטי המלוכה הרגילים ובין דין שבין אדם לחבירו. מוכח דדין שבין אדם לחבירו בכל גוונא איירי.

אפי' כאשר יהיה האופן דאיכא הנאה למלך. מדלא חילק בין דאיכא הנאה לדליכא הנאה.

וא"כ מוכרחין אנו לפרש גם דברי מור"ם כן דמ"ש אלא בדבר שיש בו הנאה למלך וכו' היינו כגון מסים וארנוניות ומנהגי משפטי המלוכה אבל לא שידונו בדיני עכו"ם הגם דגזור המלך ע"ז להדייא ואיכא הנאה למלך. דא"כ בטלו כל דיני ישראל: והש"ך ח"מ סי' ע"ג סקט"ל הבי"ד מור"ם הנז' וכו' ומשמע לכאורה מדבריו דבמה שהוא לתקנת בני המדינה אמרינן ביה דד"ד.

והקשה דאנא מצא זה דמי שהוא לתק' בני המדינה אמרינן דד"ד אפ' נגד ד"ת. והרי בתשו' הרשב"א שמשם מקור הדין דהנושא אשה וכו' לא כ' בכל התשו' רק שחלילה לדון בדיני עכו"ם נגד ד"ת.

ועוד דמי מפ'ס א"כ בכל דיניהם נימא לתק' בני המדינה וכו' ויישב דברי מור"ם דהק' דלא אמרינן דד"ד אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתק' בני המדינה מה שאין הדין מפורש אצלנו אבל לא שידונו בדיני עכו"ם נגד תורתנו וכו'. וכן באר ותקן בעיר שושן להדייא לקמן סוס"י שס"ט וז"ל לא אמרינן ד"ד אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקון בני מדינתו בענייני מו"ם שבניהם אבל שאר דינים דיני התורה המפורסמים בינינו כגון שהם מכשירים ע"א אפ' הוא קרוב או פסול וכיוצא בדברים אלו דינים פרטים שבין ישראל לחבירו פשיטא שלא נדון בהם כמותם דאל"כ בטלו כל ד"ת מישראל.

וכן הנושא אשה במקום שדנים דיני עכו"ם ומתה אינם יכולים יורשיה לומר כל הנושא אשה ע"ד המנהג הוא נושא דהא פשוט בינינו דהבעל יורש את אשתו ע"כ. וכן משמע בסמ"ע שם שכן כוונת הרב שם.

עכ"ל הש"ך. הרי מבואר דבדין שבין אדם לחבירו הגם דיש הנאה למלך או תק' בני המדינה אפ"ה חלילה לנו לדון בדיניהם וישתקע הדבר ולא יאמר ולא תהיה כזאת בישראל וח"ו התורה חוגרת שק ואע"פ שאינם עע"א הרי הם מכחישים משפטי תורתנו והמביא דין לפנייהם עושה עילוי לדתם על תורתנו כמ"ש כ"ז ה' חוט המשולש בטור ג סי' ו' ע"ש.

ועי' בית אברהם במאמר המלך קונטרס א': וכ"ז הוא אפ' אם היו עדיין דרים במדינות שתחת הממשלה ההיא שיש להם תנאי האלמיר"י וכ"ש. עכשיו שבאו לדור במקומות שתחת ממשלה אחרת.

הא ודאי שאין לדון אותם מכח דין המלכות שהיו בה מקודם. ועדיפא מזה כ' התשב"ץ ח"א סי' ס"א על דברי הריב"ש ז"ל דסי' נ"ב וזל"ה ומ"ש כי כן נהגו מעולם קהל מאיורק"א גם כי יהיה הדבר כי אין מביאים ראיה ממנהג של איסור ותא חזי מא סלקא בהו.

ועוד שאין ספק שלדון בדיני עכו"ם אינו אלא משום דד"ד ושמא שם היתה המלכות מקפדת שידונו היהודים בדיניהם ולא בדיני ישראל וכיון שמפני טעם זה היה המנהג ההוא יש לנו לומר בנדון הזה שאין למסור ממון זה לדיניהם לפי שאין המלכות מקפדת אלא על נכסים שהם באותה מלכות אבל נכסים שהם במלכות אחרת אינה מקפדת וכ"ש שאם המלכות מקפדות זע"ז דאדרבא יש לנו לומר שלא לדון באותו דין מחמת ד"ד

כדי שלא תקפיד מלכות זה שהנכסים הן במלכותה ויש באותה מלכות תובעין שיש בהם זכות שיהיו מפקיעין זכותן מפני דין מלכות שכנגדה ותובעין שהן באותה מלכות ע"כ: הרי דמשום דהנכסים הם במלכות אחרת.

הגם דאיכא תובעים במלכות מאיורק"א מקום המצוה כ' ה' דליכא בזה דד"ד. וכ"ש בנדון שלנו.

דאיש ואשה שניהם יחד דרים במלכות אחרת. וע"כ לא פליג הריב"ש ז"ל.

אלא בנדון דידיה דאיכא תובעין באותה מלכות אבל בנ"ד כיון שבאו למלכות אחרת יודה: מעתה בהאי גוונא דאנן קיימין יהי שרי ליה למהך להתנסבא ולא מבעיא לה' מוהריב"ץ ז"ל דשרי אף בדאית ליה בני מאתתא אחריתי. אלא אף לס' מוהר"ר ר"ב ז"ל דאסר כמש"ל.

בנ"ד יודה. דע"כ לא קאמר.

מוהר"ר ר"ב ז"ל. אלא לדידן בני מערבא דהמנהג יסודתו בהררי קדש ע"פ ותיקין.

אבל אותם המתגוררים בערי אדום. דהמנהג בא מאדום מתנאי אלמיר"י שהם משפט העכו"ם דאין מנהגם מנהג.

כמ"ש הרשב"א ודעמיה ושכן פסק רבי' הב"י כמ"ש הכנה"ג ז"ל וכמש"ל. וא"כ חזר הדין למאי דקי"ל בש"ע אה"ע סי' א' ס"ט נושא אדם כמה נשים והוא דאפשר למיקם בספוקיהו.

והא דסיים מר"ן שם וכ' ובמקום שנהגו שלא לישא אלא אשה אחת אינו רשאי וכו'. ה"ד בשנהגו הישראל מעצמם שלא ממשפטי העכו"ם.

אבל אלו שנהגו ממשפטי העכו"ם אסור. וכההיא דהרשב"א דהשיב כל דבר שבממון קיים ובאמת אמרו שמתנין בכענין זה אבל לנהוג כן מפני שהוא משפט העכו"ם אסור. ומינה לנד"ד. וצד כ"ש הוא לדברי ה' אורח משפט ז"ל משם הכנה"ג כמש"ל.

והט' כיון דאין מנהגם מנהג. ובאותם מקומות שבהם נשאת אינם נגררים אחר תק' המגורשים.

א"כ מוכרחים הם ללכת אחר הוראות מר"ן. אפ"י ירדו להשתקע במקומות שנגררים אחר תק' המגורשים.

דלא היתה תקנתם על שנישאו במקומות אחרים: וכ"ת זיל לאידך גיסא דהגם דמה שנהגו שלא לישא לא דיינין ליה כדין מקום שנהגו שלא לישא מ"מ נקוט מיהא פלגא דלא יש להם מנהג לישא. ומצינו למר"ן אה"ע סי' ע"ו ס"ז שכ' נושא אדם נשים וכו' ובס"ח כ' בד"א במקום שנוהגים לישא שתיים ושלוש נשים.

ולכאורה משמע דאינו רשאי לישא עד דאיכא מנהג לישא ב' וג' נשים. הא היכא דאיכא עיר חדשה דאין להם מנהג אינו רשאי.

וכן משמע מדברי הב"ש סקי"ב והח"מ סקי"א שכ' ואין אשתו יכולה לעכב אע"ג דממעט עונתה מ"מ כיון דמנהג בעיר כך הוא הוי כאלו התנה עמה ע"כ. וא"כ בנ"ד דאין להם מנהג לישא.

א"כ אסור לישא. ואפי' לדברי מוהריב"ץ ז"ל דע"כ לא איירי ה' אלא לתק' המגורשים ולא להולכים אחר הוראת מר"ן: ולפ"ז קשיא דיוקא דרישא אדיוקא דסיפא.

דבסיפא כ' אבל במקום שנהגו שלא לישא וכו' דמשמע דאינו רשאי עד דאיכא מנהג שלא לישא. אבל בסתם כגון בעיר חדשה רשאי.

ומיהו נראה דדיוקא דסיפא עיקר. דהא ההיא דנושא אדם כמה נשים.

פליגי עלה התם בגמ'. ואי בדאיכא מנהג דוקא איירי.

מ"ט דמאן דאמר דפליגי. ועוד דבסי' א' לא כ' מר"ן אלא ובמקום שנהגו שלא לישא.

ואי דיוקא דרישא עיקר. הו"ל למימר ודוקא במקום שנהגו לישא.

א"ו דיוקא דסיפא עיקר. והא דכ' ברישא מקום שנוהגין לישא לאו לדיוקא נקטה.

אלא כל שאין להם מנהג שלא לישא הוי כיש להם מנהג לישא. זהו הנלע"ד בזה.

וצויי"מ וימ"ן הכ"ד הח"פ פאס יע"א בחדש אלול המרו' לתשובה דהאי שתא ונתנך ה' לראש ולא לזנב לפ"ק: ע"ה שלמה אבן דנאן י"ץ סימן נ"ג. שלחו מתם מעי"ת ווהראן יע"א מעשה שאירע ביעקב עק'ריש שאכל זאלאמי"ט לאבד א"ע ומת באכילת האזאלאמי"ט.

שכן הגיד להם הרופא היהודי. ומאותה שעה לא קם ולא זע עד שמת.

[כ"כ בחזות קשה ד' נ' ע"ב] ונתברר להם שאכל יותר מארבעים כ"כ שם] וגם דלא היה שכור כלל וכ"ש שלא הגיע לשכרותו של לוט [כ"כ שם ד' ל"ב ע"ב] וכל קרוביו היו יודעים שאבד א"ע והערימו סוד וקברוהו אצל כמוהר"י צ'רמון ז"ל שלא ברשות הממונה על כך. ויהי בהתודע הדבר אל חו"ר העיר והפריז'דאן הי"ו.

שלחו אחרי אחיו להוכיחם איך העלימו הדבר. והודו ולא בושו שאכל האזאלאמיט לאבד א"ע.

ושלמה אחיו אמר שכאשר שמע הדבר הרע הזה. תכף הלך אל אחיו ואמ"ל איך עשית חרפה כזאת לכל בני משפחתו.

והשיבו כי מאי דהוה הוה. ועלתה הסכמתם לפנותו ולקוברו במקום הראוי לו.

וכן היה.

[כ"ז כתבו במעב"ד]. ויען רבים לוחמים במלחמתה של תורה עמדו לנגדם.

הנה כי כן המה בקשו ממנו להגיד דעתינו כאשר יורונו מן השמים. וזה החלי: תשובה אהה כמה גדול עון זה.

ומקרא דאך את דמכם נפיק. כדכתב הר"מ במזל'.

וראה זה חדש מצאתי להרב פני יהושע מציעא ד' נ"ט שכ' דמע"ל הוא עון גדול שנאמר בו כל המע"ל אין לו חלק לעה"ב יעו"ש. וה' יד שאול בהגהותיו על הש"ע כ' שגור בפי העולם דהמע"ל אין לו חלק לעוה"ב אבל לא נמצא כן בשום ספר מפורש.

אף שבחובת הלבבות משמע כן. אבל לא נמצא מפורש והביא דברי ה' פני יהושע שכ"כ בפשיטות.

וכ' עליו זה לא נמצא בביאור יעו"ש. ולא ראינו אינה ראייה ופוק חזי גברא רבא קמסהיד עלה: ואיזה נקרא מע"ל.

ע"מ"ר"ן הש"ע סי' שמ"ה והש"ך סק"ג דבעי שיאמר הריני עולה וראוהו עולה מיד דרך כעס או מיציר. אף דליכא ראה בנפילה.

אמרינן חזקה דלדעת עשה. וכ' הפ"ת משם ה' אבן השהם דמ"ש הש"ע אבל אם ראוהו חנוק וכו'.

הכוונה שהוא שנראה בודאי שהוא בעצמו תלה א"ע כגון שנמצא תלוי בחדר והחדר סגור מבפנים וכן מושלך ע"ג שייפו הוא ג"כ שנראה מהענין שהוא שלט בעצמו. אף דודאי איבד עצמו בידו.

מ"מ אמרינן שלא מדעת היה דתלינן רוח רעה בעיתתו וכו' עד שנשמע מפיו מתוך ישוב הדעת שהוא עולה מתוך כעס וכו' יעו"ש: וכן כ' ה' אמרי ברוך בהגהותיו על הש"ע וז"ל יעויין בשו"ת מהרי"ו סי' קי"ד שכ' ודמי למצאוהו תלוי באילן דאין זה בכלל איבד ע"ל אע"ג דמוכחא מילתא שהוא עצמו עשה.

אמרינן דילמא רוח רעה מבעתתו ע"כ. וה' אמרי ברוך חיזק את דברי מהרי"ו מאותם מעשים שבאו לפני ר' טרפון ור' עקיבא שאמרו במס' שמחות פ"ב יעו"ש.

ואהמח"ר דבריו תמוהים. וצ"ע.

דההיא דר"ט ור"ע איירי בקטנים ומשמם למדו הפוס' וכן הש"ע ס"ג דקטן המע"ל חשוב כשלא לדעת ואינם ענין לנדון מהרי"ו דאיירי בגדול. וע"י הרא"ש ז"ל סוף אלו מגלחין סי' קמ"א שהגיה ואם היה קטן וכו' ומעשה וכו'.

וכן גריס במרדכי יעו"ש: גם ה' רוח יעקב שבס' לב שמח סי' כ"ח כ' שרב אחד הראה לו דברי מהרי"ו סי' קי"ד שהטעם שמצאוהו חנוק או מוטל על חרבו. לפי שאנו אומרים מפני רוח רעה שנכנס בו המית עצמו.

וחיזק דבריו מדקדוק לשון הטור שהם ממס' סופרים. שכ' אבל אם מצאוהו הרוג או חנוק ה"ז בחזקת מאבד עצמו שלא מדעת.

הרי שקראוהו מא"ע. אבל הוא שלא מדעת יעו"ש: אתה הראת חבל נביאים כולם מתנבאים בסגנון א' דאף דליכא חששה דאחר ובודאי שהוא איבד עצמו.

כל דליכא קדימת דברים כמש"ל לא מיקרי מע"ל דחיישינן דילמא ר"ר נכנסה בו ונשתטה ואיבד עצמו שלא מדעת. ולדבריהם דרבנן בנ"ד דלא אמר הריני וכו' ולא היו דברים מעולם.

לא הוי מע"ל מחשש ר"ר: ואולם לעומת זה מצינו לה' שבט יהודה שכ' וז"ל ונראה ברור דלא מיירי הברייתא ורבינו אלא באילן שהיה בשדה וכן במושלך ע"ג סייפו נמי מיירי במקום חרב ושמא באתרא דשכיחי לסטים ושוודי לילה. אבל באילן הנטוע בבית ובחצר שהוא מקום ישוב ומסתמא לא שכיחי רוצחים אפי' לא אמר כלום.

מסתברא דהוא בחזקת מע"ל. ולא בעינן אמירה אלא בנפילה מן הגג משום דאיכא ספיקי טובא.

או דחיפת אדם. או דחיפת רוח.

או דנתקל ונפל. ומזה דן את הדין בא' שהיה ישן בבית יחידי ובבקר עקרו הדלתות שהיו נעולות מבפנים ומצאוהו תלוי בקורה בחבל כרוך על צוארו דהוי מע"ל דאומדנא דמוכחא שהוא הוא שפגע בעצמו יעו"ש: וכן כ' ה' זל"א וז"ל ומ"ש הש"ע אבל אם ראוהו חנוק וכו' כ' ע"ז בס' שיו"ב אות א' וז"ל פירוש דיש לתלות דאחרים עשו לו.

אבל אם הוא בחדר סגור והמפתח ביד אחר דודאי הוא חנק עצמו י"ל דין מע"ל. וכ"כ בס' שבט יהודה ע"ך.

: והרב ויאמר יצחק חיו"ד סי' ק"ב הביא דברי ה' שבט יהודה וכ' שה' מהר"ר חיד"א הביא דברי ה' הנז' בס' חיים שאל סי' מ"ו וקבלם בשתיקה. דמוכח מזה דאזיל ומודה לדבריו דהכל תלוי באומדנא.

ומזה העלה להלכה בא' שמצאוהו בבקר תלוי וחנוק באילן שהיה באמצעה של חצר דודאי הוא איבד א"ע והוי מע"ל יעו"ש: עין רואה דהיכא דאיכא אומדנא דמוכחא שהוא בודאי איבד עצמו. קרו ליה רבנן מע"ל.

ולא חששו לשמא ר"ר ביעתתו ולא בעי אמירה תחילה. וא"כ בנ"ד דברור להם שהוא בידו אכלו ולא ע"י אחר לא חיישינן אולי ר"ר ביעתתו.

והוי מע"ל. ולפ"ז הוי נ"ד פלוגתא דרבוותא: אכן כד דייקנן פורתא נראה דבנ"ד כ"ע יודו דהוי מע"ל ולא חיישינן דילמא נכנסה בו ר"ר.

שמסתמיות דברי חו"ר ווהראן נראה דמעולם לא נראה בו שום סימן של שטות ואף אחר אכילה שהיה גוסס כמו ששה ימים מ"מ היתה צילה דעתיה. וא"כ נוכל לומר דע"כ לא חייש מהרי"ו ז"ל וסיעתיה לשמא ר"ר מבעתתו אלא במי שמצאוהו מת דהו"א אי הוה קיים היו נראים בו סימני ר"ר אבל בנ"ד דנשתהא.

אם נכנסה בו ר"ר הלא בודאי היה ניכר להם שאינו מיושב כ"כ בדעתו. וכ"ת ניחוש שמא נכנסה בו עד שאכל ותכף רוח עברה.

אין אלו אלא דברי נביאות ואין השכל מקבלם. כי מעולם לא ראינו מי שנשתטה רגע אחד ועד ארגיעה נשתפה: הן אמת כי ה' שער אשר סי' ט"ז כ' על אשה אחת שאכלה סם המות וקודם מותה אמרה המודעה ושאלה מאתו יתברך שימחול לה כ' וכ"ת דאף דנימא שהיא אכלתו.

דילמא ר"ר ביעתתה כדכ' הרי"ו סי' קי"ד. ודחה ה' דבנ"ד היו קדימת דברים.

ולמ"ש ה"מ לחלק כאשר חילקנו. שהרי גם בנ"ד היתה צילה דעתה עד שמסרה המו'.
אלא דלא הוצרך להאי חילוקה מאחר שהיה בנ"ד קדימת דברים. ומה גם דבנ"ד אומדנא
רבא איכא דלא ביעתתו הרוח.

שהרי כששאל אותו אחיו איך עשית חרפה כזאת לכל בני משפחתו וענה הוא מאי דהוה
הוה. אם האמת הוא דהרוח ביעתתו עד דאכל.

זה היה לו להשיב שנתבלבלה דעתו ולא הרגיש עד שאכל להסיר החרפה הגדולה הזאת
מעליו ומעל משפחתו. וכה"ג הוכיח ה' שער אשר שם בנ"ד וז"ל כשאמר לה אביה למה
עשית כך אמאי שתקה ולא אמרה ליה דמבעלה בא עליה הרעה הזאת.

אינו אלא דהיא אכלתו. והא דלא הוכיח ג"כ דלא אכלתו משום בעתתו דרוחא.

מהאי הוכחה עצמה. מטעם דלא היה צריך לזה שהיה בנדונו קדימת דברים: והרב פחד
יצחק אות מ' א' כ' וזל"ה הפיל עצמו מן חלון ביתו לחצר השכנים דוד בכמוהו"ר ישראל
והיה עתים שפוי ועתים שוטה ושאלו מה היה לו והוא קיים שנפל.

ולא הפיל עצמו וחיה יום א' והתודה כראוי ואמר כל עסקיו כאיש דעת. נמנו וגמרו
בישיבה לדון שבשעה שהפיל עצמו היה שוטה ואח"ך נשתפה.

וגזרו להתאבל עליו ולעשות לו כל הדברים שעושים לשאר מתי ישראל ולקבור אותו
בבית הקברות בשורה כנהוג ואע"ג דאין הודוי מועיל להרוגי ב"ד לדונם כצדיקים
לקבור אותם בקברות אבותיהם מטעם שאין קוברין רשע אצל צדיק. אמרו דהכא שאני.

כיון דאין אנו יודעים בודאי שהפיל עצמו. עכ"ל"ה: ונראה דבנדון ה' כ"ע יודו דע"כ לא
אמרי ה' שבט יהודה וסיעתו דלא חיישינן לרוח ביעתתו אלא במי שכל עתיו שוות ותמיד
הוא שפוי בדעתו.

אבל זה שאין עתיו שוות. ודאי דחיישינן דבשעת נפילה היה שוטה ואח"ך נשתפה.

ומה שיש לדקדק בדברי ה' הוא. דמאי האי דקאמר ואע"ג וכו' והוצרכו לומר דהכא
שאני.

דת"ל מאידך טעמא דבשעת נפילה היה שוטה. ומה דוחק נשאר להם עד שהוצרכו לגבי
קבורה לטעם אחר.

ודוחק לומר דכוונתם במאי דאמור דהכא שאני וכו' שהפיל עצמו. דר"ל שהפיל עצמו
והוא שפוי.

אלא מחמת שנשתטה וכמ"ש בתחילת דבריהם. מלבד דכ"ז הוא לישנא יתירתא ואמור
רבנן בכפילה.

הוה צ"ל שהפיל עצמו לדעת. והעיקר חסר.

שאף שנופל מחמת שטות הוא שהפיל עצמו אלא שהפיל עצמו שלא מדעת. ועוד למה
לא קשיא להו מהרוגי ב"ד כ"א לענין קבורה.

הלא גם לגבי אבילות נמי לא מהני הודוי להרוגי ב"ד: ונראה דלגבי שאר דברים כגון להתאבל עליו וכיוצא שאינו נמשך מהם צער ונזק לאחרים סגי ליהו בטעמא קמה דדילמא בשעת נפילה היה שוטה. אבל לגבי קבורה אצל הצדיקים דיש להם צער גדול לצדיקים וכמ"ש ה' ס"ח סי' רכ"ג וז"ל רשע א' היה קבור בין ההרוגים באו בחלום לאדם חשוב חי שיוציאוהו מביניהם שקשה להם ביותר ע"כ.

ועי' לה' וי"ץ מ"ש מעבר יבק. א"כ אינו דין דמחשש שמא בשעת נפילה היה שוטה נאמר לקוברו אצל הצדיקים אחר שכל היום כולו היה כאיש דעת.

ולכך הוצרכו לגבי קבורה אצל הצדיקים לטעמא אחרינא: וכ"ש בנ"ד דכל עתיו היו שוות ותמיד היה שפוי ואף אחר אכילה היה שפוי. לחששה רחוקה כזאת דדילמא בשעת אכילה נכנסה בו רוח ותכף עברה.

לגבי קבורה מיהא דנמשך הימנה היזק לאחרני לא חיישינן. ובס' ישרי לב חיו"ד אות מ' כ' ה' המגיה המע"ל תנאיו רבים.

א' דצריך שיאמר בפה מלא לעלות וכו' או כיוצא בזה. ב' שיעלה מיד ויפול וכדומה. ג' שתהיה עליה וכיוצא דרך כעס או מיציר. ד' שלא נתברר שלא עשה שום תשובה.

ה' לדעת בשמים ראש שלא היה לו שום צרה וצוקה מנגעי ב"א מאיזה מין שתהיה. ו' שלא נתברר שהיה לשם תשובה ע"כ: ואל השלשה תנאים הראשונים.

עלה זכרונה בדברי מר"ן וכמ"ל. ועי' ה' שבט יהודה וה' וי"ץ.

ואנן בענייתין כבר כתבנו הנלע"ד בנ"ד. והתנאי הד' הוא פלוגתא דרבוותא.

וה' שער אשר כתב דהרב זרע אמת דאין דינא דמע"ל אף כי הדר ביה. וכהרוגי ב"ד.

ושכך נעשה מעשה בהסכמת ה' הזקן מהר"י פדואה. ואיהו גופיה לא שמיע ליה.

ע"ש.

ועי' מש"ל משם ה' פחד יצחק. ומסתמיות דברי מר"ן אין להוכיח דלא אהני ליה התשובה.

יען דאיירי בנפל ומת מיד. אשר מזה כ' ה' שע"א על ה' מירא דכייא שנסתפק באם בקש רפואה למחלתו אי אמרינן נמי דעשה תשובה.

וקאמר דמסתמיות הפוס' משמע דלא שנא. דאנא לא חזינא ליהו שום משמעותא אמטו"ל דדבריהם אמורים להיכא דנפל ומת.

יעו"ש: מ"מ בנ"ד מדברי חו"ר ווהראן נראה שלא נתברר להם שעשה תשובה. ושלא לשם תשובה שהוא התנאי הששי.

אך התנאי החמישי שהוא לדעת בשמים ראש. עי' שם הגדולים וזל"ה ואשמע אחרי קול רעש כי יש בס' זה קצת דברים זרים וכו' ולכן הקורא בס' זה לא יסמוך עליו דאפשר דתלו בוקי סריקי בגדולים.

עד אשר יחקור ויברר הדברים ודברי אמת ניכרים ודי בזה ע"ך. ותשובתו הלז ראשית דבריה באו בפ"ת.

וסוף דבריה באו בדברי הרבנים הפוס' וזל"ה. וענין מע"ל הוא המבזה הבריות ובוטע בטובה ושונא העולם כמקצת הפלוספים שעושים כן להמרות פני עליון המשתבח בעולמו ורואה אותו כי טוב ואומר יהי כן.

ואלו אומרים לא כן ומקצתם אומרים שזה שבח הנשמה שמוציאה מן הגוף העכור הזה שהוא לה כקבר וכיוצא בהבלי רשע ושוא. אבל בצרת נפשו שלא יוכל שאת אין ספק שאין בזה שום איסור.

ע"כ: וה' חתם סופר חיו"ד סי' שכ"ו כ' דמהיא דפ' קמא דע"ז דר"ח נ' תרדיון שלא פתח פיו שיכנס בו האש ואמר מוטב שיטלנה מי שנתנה ואל ישלוט הוא הוא בעצמו. נזדייף ס' בשמים ראש.

הב"ד הפ"ת וכ' שגם בס' הר' אבל פקפק עליו בזה וכ' דלאו גושפנקא דהרא"ש חתם עלה: ואנו אין לנו אלא דברי מר"ן שכבר אבותינו ורבותינו קיימו וקבלו עליהם ועל זרעם את דבריו. ומדבריו מוכח דלא ס"ל כהיא תשובה שהרי כ' שעלה מיד דרך כעס או שהיה מיציר.

ולשון זה יורה יורה. דלא ס"ל כהיא תשובה: ואהמח"ר דברי ה' המגיה על ישרי לב תמוהים הם.

דתנאי ג' וכו' סתראי נינהו דילפי תנאי ה' צריך שיהיה מא"ע מחמת פלוסופיאי ולא כשהוא כועס ומיציר. ולתנאי הג' צריך שיהי' כועס ומיציר.

והיאך אחז החבל בשני ראשים ומאן דתני הא לא תנא אידך גם מההיא דהרא"ש דפ' אין מגלחין שהגיה דאם היה קטן וכו' דלא להוי מעשה לסתור. מוכח דההיא תשובה לאו דהרא"ש היא.

שהרי התם א"ע מחמת שהפחידו אביו. ואפ"ה כ' הרא"ש דהט' משום דהוי קטן.

ולדברי אותה תשובה לא הוי כה"ג מע"ל עד שיא"ע כשהוא בוטע כדעת אותם פלוסופים: ולפק"ד ישתקע הדבר ולא יאמר דהיאך פה קדוש יאמר דבצרת נפשו שלא יוכל שאת אין ספק שאין בזה שום איסור. חלילה.

והאמת יורה דרכו דלאו גושפאנקא דהרא"ש חתים עלה. גם הרגיל בל' הרא"ש יבחין שאין לשון תשובה זו דהרא"ש: קנצי למילין לפי דבריהם הדין דדיינין ליה דין מע"ל.

וכ"ש שאין לקוברו אצל הצדיקים. וכמ"ש מר"ן סי' שס"ב ס"ה.

ודבר זה אמור רבנן בטעמא דמתני' דפ' נגמר הדין. דתנן התם גבי הרוגי ב"ד ולא היו קוברין אותו בקברות אבותיו אלא ב' בתי קברות וכו' והרמב"ם בהל' סנהדרין פי"ד ה"ט כ' וז"ל כל הרוגי ב"ד אין קוברין אותם בקברי אבותיהם בכלל ישראל אלא ב' קברות וכו'.

וכבר השרישנו ה' יד מלאכי בכללי האלף אות מ"א משם להקת הפוס' דכשאומר אין עושין אלא כו"ך. דמשמעות אלא הוי לעיכובא.

ושוב אשכח כן להדייא בסוף פ' איזהו מקומן דדייק תלמודא דמדקאמר אינו נאכל אלא עד חצות ש"מ לעיכובא ושכ"כ ה' חזון נחום דלשון זה בכ"מ לעיכובא. ע"ש שהאריך בזה.

ויש מקום להאריך בפרט זה. אכן אין הזמן מסכים כי בא מועד.

ומינה נלמד לפרש ל' זה דמתני' והרמב"ם אין קוברין וכו' אלא וכו' דהוי לעיכובא ואפי' בדעבד. ולפ"ז מוכרחים אנו לפרש גם במאי דאמור בגמרא בטעמא דמתני' לפי שאין קוברין רשע אצל צדיק דהוי לעיכובא.

דמה שנאכל לפרש במתני' מוכרח לפרש בו: וכן מוכח ג"כ מההוא עובדא שהביא ה' ס"ח כמביא למעלה והב"ד ה' ח"ס חיו"ד סי' של"ג ותני עלה והסירוהו מביניהם. לך נא ראה: והיא דח"ס שהביא הפ"ת סי' שע"ד סק"א דאין לחטוטי שכבי מספיקא.

עיניך תראינה בדברי ה' גופיה ותמצא דספיקי טובא הוי בנ"ד שמתחי' כ' ס' המיר ס' לא המיר. ושמא הרהר תשובה.

ואפ"ה כ' דשלא כדין עשו שקברוהו בקברי ישראל הכשרים. ופגעו בכבוד הצדיקים.

ושוב כ' דאחר שנקבר אין לחטוטי שכבי מספיקא והוסיף ס' אחר דשמא נתכפר יעו"ש ומינה דבנ"ד דליכא כל כל הני ספיקי דודאי מע"ל הוא כמש"ל. ולדברי הרב פני יהושע שהצגנו לפניך ליכא גם ספק נתברר.

נימא דראוי לחטוטי שכבי כאלו: ועיין בתשו' הרמ"ע שהביא ה' וי"ץ ד' צ' ע"ד. ופשט דבריו שכ' והזריז לפנותו ה"ז משובח נראה דקאי אכולה מילתא ולא אצד כ"ש דוקא וה' וי"ץ נראה דהבין דקאי אכ"ש דוקא.

ותימא הוא בעיני ותשו' הרמ"ע אינם מצויים אצלי לראות הדברים בשרשן: מעתה יפה דנו בנדונם. ויפה הורו.

ויפה עשו.

ותל"מ אל אלד'ים צבאות יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות. הכ"ד הח"פ פאס יע"א בין כסא לעשור שנת משפטי צדקך לפ"ק: ע"ה שלמה אבן דנאן יס"ט סימן נ"ד.

שאלה ראובן שמתה אשתו והניחה אחריה בת אחת וב' בנים ואח"ך מת ראובן ולעת נישואי הבת העניקו לה אחיה נדונייא ועשתה להם שטר מכירה שבעד סכי הנדונייא שהעניקו לה וכו' גמרה ומכרה להם חלקה העולה לה בירושת אביה וכתובת אמה ועשתה להם שטר מכירה גמור כל דבר כדינו אין דבר נגרע ובשטר מכירה כתוב וביען שהבתולה הנז' היא פחותה מבת עשרים שנה לכן הודענוה ידיעה נאמנה שאין ממכרה ממכר בקרקע מורישה היותה פחותה מעשרים ועכ"ז נשח"ך באנפי נפשה שלא לחזור ואם חזרה בשום פרט מכל האמור חי"ע חו"ג בכהקוש"א לתו"ל לאחיה הנז' סך עשרת אלפים צ'ורו וכו' ק"ג ש"כ וכו' וקנו גם מיד הארוס בקושח"ך והסכים למעשה ארוסתו

וכו' עוד עשתה להם שטר אחר בקוש"ח שבעד סכי הנדונייא שהעניקו וכו' גמרה וסילקה עצמה מחלקה העולה לה בירושת אביה וכתובת אמה סילוק גמור והקנית וזכית הכל כאשר לכל לאחיה הנז' הקנאה גמורה כפה"ה וכו': תשובה הנה חזיתיה למעלת ידידו הרב הפוסק הי"ו שרטט וכתב על שטר המכירה וז"ל חזו דאתאי כל תיקונים המועילים שלא תתבטל מכירת קרקע היורש פחות מבן עשרים כלם חברו נקבצו באו בשטר מכירה זו לא מבעיא לדעת הרשב"א ז"ל הביאה ה' המגיד בפ' כ"ט מהל' מכירה דלא הפקיעו חז"ל מכירת פחות מבן כ' אלא בבן היורש ולא בבת היורשת את אביה ע"ש ולדעתו ז"ל בכדי טרחו להמצאת תיקונים הללו למכירה זו כי מדידה חזקה היא כפלה תחתית ואינה צריכה סעד לתומכה ולא חרדו כל החרדה הזאת עדי מכירה זו אלא לצאת ידי סברת החולקים דלא פלגן בין בת לבת ויגעו ומצאו המצאות המועילים לפי הדין והשביעו הבת שבועה באנפי נפשה שלא תחזור מהמכר לעולם.

ג"כ נתחייבה בקנס גמור לעת שתערער כמשו"ח כנז"ל גם שעבדה נכסיה לפירעון הקנס שיועיל לכשיערערו יורשיה ח"ו עיניך לנוכח יביטו אלו אלמוה למכיל' הזו לפום דינא עיין לה' זכ"ל ח"מ אות ק' וכו' עכ"ל והנה דברי הרשב"א הללו הביאם גם הר"ן ז"ל בסוף פרק מציאת האשה אמתניתין דהמשליש מעות לבתו וכו' ובפרק התקבל אהיה למכור בנכסי אביו עד שיהא בן עשרים והריב"ש ז"ל סי' שע"א וסי' תס"ח ודחו את דבריו יעו"ש ורבינו הב"י הבי"ד הרשב"א וכו' שהר"ן בפרק התקבל כ' שהרשב"א הביא ראיה לדבריו וכו' הר"ן עליה אין זו ראיה של כלום ודברי הראשונים נראים לי עיקר ע"כ ועוד הביא רבינו הב"י דברי הריב"ש דסי' תס"ח שכ' על דברי הרשב"א ובכל זה לא הודו לו וציין לסי' שע"א ושם נאמר על הרשב"א וז"ל ואני אומר אלו הם דברי יחיד הרשב"א שכ"כ בפ' מי שמת בחידושיו מסברא דנפשיה אבל כל הראשונים ז"ל חלקו בזה והר"ם במז"ל כ' בפ' כ"ט מה"מ קטן שהגדיל והביא הזכר שתי שערות אחר שלש עשרה והבת אחר שתיים עשרה אע"פ שאינו יודע בטיב משא ומתן מקחו וממכרו ממכר ומתנתו מתנה במטלטלין אבל בקרקע אין במעשיו קיימין עד שיהיה יודע בטיב משא ומתן אחר שהגדיל בד"א בקרקע שלו אבל קרקע שירש מאבותיו או משאר מורישיהו אין ממכרו ממכר עד שיהיה בן עשרים שנה וכו' ע"כ הנה שדעתו דל"ש בן ול"ש בת דהאי בד"א אתרוייהו קאי דאי לא הוה ליה לפרושי ע"כ ומתורתו של הריב"ש נלמד שכן היא דעתו של מר"ן בש"ע שהוא כלשון הרמב"ם שכ"כ בסי' רל"ה ס"ח קטן וכו' והבת וכו' ובס"ט כ' בד"א בקרקע וכו' אבל בקרקע שירש וכו' ע"כ ונמצינו למידים דדברי הרשב"א בבת הם דברי יחיד ולא הלכתא נינהו ולא הודו לו חכמים ובפרט לדידן דגרינא בתר מר"ן ובב"י וש"ע מוכח דס"ל דלא כהרשב"א וכמש"ל ולדידי חזי לי דגם הרשב"א גופיה בתשובה לא ס"ל כמ"ש בחידושיו שהרי הר"ן בפ' התקבל כ' וז"ל וסמך דבריו דבת בנכסי ירושת אביה מוכרת אפילו פחותה מבת כ' מדתנן בס"פ מציאת האשה המשליש מעות לבתו וכו' אמר רבי יוסי וכי אינה אלא שדה והיא רוצה למוכרה הרי היא מוכרה מעכשיו בד"א בגדולה וכו' והיא סתמא תנינא לה ל"ש בת בין הבנים ול"ש בת בין הבנות ע"כ והרשב"א בתשו' ח"ב סי' רמ"ז נשאל מרבינו יונה בנותן קרקע מתנה לבנו אם הוא בכלל מה שאמרו ולמכור בנכסי אביו וכו' והביא ע"ז דברי הראב"ד אהך מתניתין דהמשליש וז"ל ולא יהא אלא שדה כלומ' שנתן לה האב שדה אלו רצתה

למכור מכורה ואי ק"ל ולמכור בנכסי אביו וכו' ה"מ בקרקע ירושה אבל הכא אינה אלא כמקבלת מתנה וכ' ע"ז הרשב"א ולא שאני אומר שיהא הדין מוכרח מאותה הלכה שיש לפרשה בענין אחר אלא שהסכמת הגדולים כן ורחוק הוא בעיני לדחות דכל הראוי לירש עכשיו כבן אף מתנתו כירושתו אבל בת במקום בנים שאינה ראויה לירש עכשיו הרי היא אצל האב כאחר והא דפרקין דמציאת האשה בבית בין הבנים דוקא אבל בת בין הבנות אפ"ל נתן לה במתנת בריא לא ע"כ הרי שהרשב"א בקש לדחות דברי הראב"ד וסיעתו דיליף דבמתנת האב בבריא יכול למכור מההיא מתניתין דהמשליש ולוקמה בבית בין הבנים שאינה ראויה לירש אלא דהדר ביה משום דרחוק הוא בעיניו והיינו טעמא משום דמתניתין סתמא קתני וכמו שפ"י דבריו הרשב"א גופיה סי' רמ"ט ולדבריו דפרק מי שמת הו"ל לדחות דבריהם ממאי דס"ל דבבית יורשת יכולה למכור ונימא דמתני' איירי בין שהיא עם הבנות בין שהיא עם הבנים וכדמשמע ממאי דסתמא קתני דעלה קא סמיך וס"ל דבת יורשת מוכרת וכמ"ש הר"ן: גם ממ"ש בסו"ד אבל בת בין הבנות אפ"ל נתן לה במתנת בריא לא.

נראה דאם באו לה בירושה פשיטא דלא אלא שרצה להוסיף אפ"ל מתנת בריא אלא דמתני' קשיתיה דסתמא קתני והיינו דוחקה דהרשב"א וכמ"ש איהו גופיה בס"י רמ"ט יע"ש ובמ"ש וחיי דמר כו' ועוד יש להוכיח ג"כ מדבריו סי' רמ"ט שהרי רבינו יונה השואל השיב להרשב"א ורצה לאוקמי מתני' בבית בין הבנים ומה שהיה רחוק בעיני הרשב"א נעשה קרוב בעיני רבינו יונה והוב"ד שם סי' רמ"ח וע"ז השיב הרשב"א ז"ל הוב"ד סי' רמ"ט דדעתו נוטה דבנכסים הבאין לו בירושה דוקא ולא במה שנתן לו האב במתנת בריא וע"ז כ' ומעתה אף ההיא דמשליש מעות לבתו אין אנו צריכין לדחוק ולהעמידה דוקא בבית בין הבנים דמתני' סתמא קתני בין שהיא בין הבנות בין שהיא בין הבנים ע"כ יעו"ש ומדכ' הרשב"א ומעתה נראה דכוונת דבריו דכוון דדעתו נוטה דמתנת ברי של אב יכול למכור אין אנו צריכין לדחוק ולפרש הך דהמשליש בבית בין הבנים דוקא.

דאף בבית בין הבנות יכולה למכור משום שהיא מתנת בריא ולפ"ז דוק מינה דאם היתה דעתו דאף במתנת בריא אינו יכול למכור דמתנתו כירושתו היינו צריכים לדחוק ולומר דהך מתני' איירי דוקא בבית בין הבנים דאינה ראויה לירש וכמו שפירשה רבינו יונה ולפ"ד דפרק מי שמת דבת יורשת מוכרת אין אנו צריכים להאי דוחקה.

גם ממ"ש ירושת האב מצויה ולא חילק בין בן לבת: באופן דמכל זה משמע לי שהרשב"א הדר ביה בתשובה וכן נראה מהכנה"ג סי' רל"ה הגב"י אות ל"ה יע"ש ואף דיד הדוחה נטויה לדחות מ"מ כבר כתב הריב"ש דדעת יחידאה היא וכל הפוס' חלקו עליו ובפרט לדידן דאזלינן בתר מר"ן. והוי יודע דבנ"ד אין כאן מקום לדברי הרשב"א שהביא ה"מ דע"כ לא קאמר הרשב"א אלא בבית אחר י"ב והביאה שתי שערות ויודעת בטיב משא ומתן דמדינה ממכרה ממכר אף בקרקעות בין שלה בין של ירושה כמבואר בש"ס ובפוסקים אלא שחכמים תקנו דבקרקע ירושה עד עשרים שמא ימכור בזול מפני שדעתו נוטה אחר המעות ולזה כתב הרשב"א ז"ל דבבית יורשת לא תיקנו דלא חששו

אלא למצוי וירושת הבן מצוי וירושת הבת אינו מצוי וכמ"ש הה"מ משם הרשב"א מילתא בטעמא.

הבל בנ"ד שהיא בתוך י"ב כאשר נמ"ך בכתב יד אביה יום הולדה דמדינא אין ממכרה ממכר אלא דחכמים תקנו בפעוטות משום כדי חייו דבמטלטלין מקחן מקח וממכרן ממכר אבל בקרקע אינו מוכר ולא נותן עד שיגדיל וכמ"ש הר"מ במז"ל פכ"ט מה"מ והטוש"ע סי' רל"ה בזה לא איירי הרשב"א ודבר זה פשוט הוא לא ניתן ליכתב וא"כ אף לדעת הרשב"א לאו בכדי טרחו להמצאות התיקונים: ואולם מצד אחר לשוא עמלו בהמצאת התיקונים כי יען כי אבותינו ורבותינו בעלי התק' זיע"א לא תיקנו לבת ירושה בירושת האב עם הזכרים חלק כחלק אלא אם מת האב תחילה אבל אם מתה האם תחילה שזכתה בירושת אמה תחילה חלק כחלק אין לה בירושת האב כ"א עישור נכסי הראוי לה מכח הדין כמבואר בספר הקדוש סהת"ק סי' ל' ובנ"ד מתה האם תחילה וזכתה הבת חלק כחלק עם הזכרים בכתובת אמם כפי התק' שתק' ב"ד שלפנינו שנת ובחר"ת שהבחירה ביד הבעל לחלוק או ליתן כתובה ואח"ך מת אביהם אין לבת כ"א עישור נכסי הראוי לה מן הדין בירושת אביה.

ואמרינן בגמ' פ' מציאת האשה ד' ס"ח אמר שמואל לפרנסה שמין באב ופרש"י הבת יתומה שבאת לינשא נותנים לה נדונייא כפי אומד שאנו בקי אין באביה ותרן או קמצן ע"כ ומסיק הש"ס הא דאמר רב נוטלת עישור נכסי בדלא אמדינא ופרש"י שלא גר בינינו ולא עמדנו על סוף דעתו אם ותרן אם קמצן ע"כ ועי' בטור ובב"י אה"ע סי' קי"ג וכ"פ הש"ע שם ס"א וז"ל מי שמת והניח בת אומדים דעתו כמה היה בלבו ליתן לה לפרנסת נדונייתה ונותנין לה ומניין יהיו יודעים אומדין דעתו מריעיו ומיודעיו ומשאו ומתנו וכבודו וכו' ואם לא ידעו ב"ד אומדן דעתו נותנים לה מנכסיו עישור לפרנסת נדונייתה ע"כ באופן דהדין נותן דאין נותנין לה עישור נכסי קצוב אלא אם אין הב"ד יודעין אומדן דעתו אבל אם יודעין אומדן דעתו נותנין לה לפרנסת נדונייתה כפי האומדנא ועי' בטור פלוגתא דרבוותא הא דאזלינן בתר האומדן הוא דוקא לגרוע או אפי' להוסיף וגם מור"ם שם ס"ב הביא פלוגתא.

ובנ"ד אם באנו לאומדן דעתא הא פשיטא דאחיה העדיפו מטובם עליה ולא נשאר לה עליהם כלום וא"כ בכדי טרחו בהמצאת התיקונים: וכ"ת אכתי אנו צריכים לאותם התיקונים שהרי אפסיקא הלכתא התם ד' ס"ט דלפרנסה ממקרעי ולא ממטלטלי וכו' הטור אפי' לתקנת הגאונים שכתובה ותנאיה נגבית ממטלטלי הפרנסה אינה נגבית אלא ממקרעי וכ"פ מר"ן ס"ב וא"כ בנ"ד שלא נתנו פרנסת נדונייתה מהקרקע לזה הוצרכו לאותם התיקונים כדי להקנות להם חלק העולה לה אף כפי האומדנא לזה הוצרכו לאותם התיקונים לאו מילתא היא שהרי אמרו בש"ס דבת בעישור נכסי בע"ח הויא ולא יורשת ואי בעי לסלוקה בזוזי מצו מסלקי לה וכ"פ הפוסקים ומר"ן שם ס"ב וז"ל ואם רצו האחים ליתן לה מעות כנגד עישור הקרקע נותנים ע"כ וא"כ כיון שנתנו מעות ומטלטלים כפי האומדנא הרי קבלה חלק פרנסת נדונייתה ולא נשאר לה כלום: ואפילו לצד שנאמר דגם לפי האומדנא לא נתנו לה חלקה הראוי לה מ"מ במחילה לחוד הוה סגי להו ובכדי טרחו בהמצאת המכירה והתיקונים שהרי אפי' הבת עדיין היא בתוך שנת

הי"ב ולא יצאת מכלל דין הפעוטות מ"מ הרי מתק' חכמים דבמטלטלין מקחן מקח וממכרן ממכר ומתנת קיימת בין בדבר מרובה בין בדבר מועט וכמ"ש בטוש"ע סי' רל"ה ומדמתנתו מתנה ה"ה דמחילתן מחילה שכן מצינו למר"ן בב"י סי' הנז' מחו"ד שכ' משם הרמב"ן ז"ל וזל"ה וקי"ל דמחילת פעוטות היא מחילה דהא אסיקנא בפ' הניזקין דמתנתו מתנה ומתנה ומחי' כי הדדי נינהו ע"כ וכ"כ הריטב"א הבי"ד מר"ן בב"י שם אדברי הטור סי' י"ז וכ"כ הגהות אשירי והמרדכי בפ' מציאת האשה משם רבינו ברוך וכ"כ הר"ן בפ' נערה שנפתתה משם הרשב"א כאשר יתבאר להלן והילך דברי הריב"ש ז"ל סי' כ' וזל"ה אבל אם רצה לעשות מחילה בזה איפשר לומר שאינה מחילה דיתמי לאו בני מחי' נינהו אלא שהרמב"ן ז"ל כ' בתשובה שמחילתו ג"כ מחי' שהרי המחילה דינה כמתנה ואע"ג דאמרי' בעלמא דיתמי לאו בני מחילה נינהו אפשר לומר דהיינו בדבר שבשאר בני אדם הוא מחילה על הסתם דיתמי לא אמרינן הכי דומיא דמאי דכ' הראב"ד ז"ל דטענתו של קטן אפי' בפחות משתות מחזירין לו אונאה ולא היא מחי' אבל במה שהוא מוחל לדעת כיון דמתנתו מתנה מחילתו ג"כ מחילה ע"כ ע"ש וע"ע הריב"ש סי' ק"ח וסי' תס"ח ועי' תוס' כתובות דפ"ו גבי קריבתיה דרב נחמן זבינתיה לכתובתה בטובת הנאה איגרשה ושכיבה אתו קא תבעי לה לברתה א"ל ר"ן ליכא דליסבא לה עצה תיזל ותיחלה לכתובתה דאמה לגביה אבוא ותירתה מניה וכ' התוס' בד"ה תיזל ויש מפרשים דקטנה היתה כמו הפעוטות מתנתן מתנה.

והכנה"ג סי' רל"ה בהגה"ט אות יו"ד כ' וז"ל ומתנתו נמי מתנה וכו' וה"ה מחילתו מהר"ם מטראני ח"א סי' א' ע"כ וציין להריב"ש הנז' ולא זכר שר את כל הפוסקים הנ"ל והמט"ש שם בהגה"ט אות ט' הבי"ד הכנה"ג וכו' עליו וכ"כ הרמב"ן בתשו' הביאה מר"ן מחו"ד ועי' מגדל עוז מ"ש ע"ד הראב"ד ועי' מהר"י באסאן סי' מ"ה ולא זכר גם הוא את דברי ר"ב והרשב"א הנז'.

אתה הראת חבל נביאים סברי מרנן דמחילת הפעוטות כמתנתן וכיון שכן בעישור נכסי דקי"ל דמצו לסלוקה בזווי הו"ל כמטלטלי ומחילתן מחילה: איברא דבפ' מציאת האשה ד' ס"ח תנן יתומה שהשיאתה אמה או אחיה מדעתו וכתבו לה במאה או בחמשים זוז יכולה היא משתגדיל להוציא מידן מה שראוי להנתן לה ע"כ ופרש"י מדעתה רבותא קמ"ל דאע"פ שנתרצית אין מחילתה מחילה ע"כ נראה מדבריו דמחילת הפעוטות לא הוי כמתנתן ולפ"ז רש"י ז"ל פליג אכלהו רבותא דלעיל דסברי דמחילתו כמתנתו אלא דאפשר לומר דסבר לה רש"י ז"ל כהרשב"א ז"ל כאשר הבי"ד הר"ן בפ' נ"ש וז"ל והרשב"א ז"ל הוסיף לומר שמסתברא דאפי' ארסוה מדעתה לא הפסידה מזונותיה משום דאין מעשה הקטנה כלום וכדתנן בפ' מציאת האשה יתומה שהשיאתה וכו' אע"ג דקי"ל דפעוטות מתנתן מתנה במטלטלין כדאיתא בפ' הניזקין וה"ה למחילתן מזונות ופרנסה שאני דכיון דאינן אלא מן הקרקע כדמסקינן לקמן הלכתא ממקרקעי ולא ממטלטלי בין לכתובה בין למזוני בין לפרנסה הווי להו כמקרקעי וכשם שאין מתנתן מתנה בהן כך אין מחילתן מחילה וכ' הר"ן ז"ל ולפי טעמו ז"ל אפילו מחילה בפ' לא מהני ע"כ ע"ש וא"כ לדעת רש"י בין לפ' ראשון ובין לפ' שני בנ"ד דעדיין היא בתוך שנת הי"ב לדעתו מחילתה לא מהנייא ולדעת הרשב"א נמי לא מהני מחילתה משום דהו"ל כמקרקעי: ואולם מצאתי להמרדכי בפ' מציאת האשה שכתב וז"ל יתומה שהשיאתה אחיה או אמה

מדעתה פרש"י מדעתה לרבותא נקט דאע"פ שנתרצית אין מחילתה מחילה וכו' רבינו ברוך נראה דאפי' אם הגיע לכלל פעוטות דאמרינן בהניזיקין דמקחן מקח וממכרן במטלטלי וה"ה במחילתן דמאי שנא מ"מ יכולה היא להוציא שהרי לא מחלה בהדייא אלא נתרצית ולקחה מה שנתנו לה ושתקה וליכא למימר משום דפרנסה לא גבי אלא ממקרקעי משום הכי לא הויא מחילתה מחילה כדקי"ל למכור בנכסי אביו דהיינו ממקרקעי עד שיהא בן עשרים דא"כ מאי איריא קטנה אפי' בוגרית נמי ע"כ והוב"ד בהגהות אשירי בפרקין נראה מדבריו דמפרש דמ"ש רש"י דאע"פ שנתרצית אין מחילתה מחילה היינו בנתרצית ולקחה מה שנתנו לה ושתקה ולא מחלה בהדיא דאם מחלה בהדיא מחילתה מחילה ורבינו ברוך אינו חולק על רש"י: וחזיתיה לרבינו בצלאל בש"ם שכ' אדברי רש"י ז"ל ולכאורה משמע דהכי קאמר שנתרצית בק' או בחמשים שפסקו לה ומחלה על השאר ולפי שהיא קטנה אין מחילתה מחילה והק' דאטו אם הגיעה לכלל פעוטות דמחילתה מחילה במטלטלין מי נימא דלא איירי בה מתני' והרי בגמרא משמע וכו' וליכא למימר משום דפרנסה לא גביא אלא ממקרקעי משום הכי לא הויא מחילתה מחילה דא"כ מאי איריא קטנה אפילו בוגרית נמי לכך פי' רבינו ברוך ז"ל דלכך נקט מדעתה דאפי' שנתרצית לא מיקרי מחילה כיון שלא מחלה בהדייא ומיירי מתני' אפי' בפעוטות ועי' במרדכי ואפשר דרש"י סובר דאע"ג דהפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין מ"מ אין מחילתן מחילה וכן דעת הראב"ד בהשגות פכ"ט מה"מ ועוד י"ל דרש"י ז"ל הק' דאיברא ודאי אילו מחלה בפ' כיון שהגיעה לכלל הפעוטות הויא מחילתה מחילה דומיא דאמרינן מקחן מקח וממכרן במטלטלין ומיהו היינו מדרבנן דאלו מדאורייתא אין מעשה קטנה כלום ולכך כיון דנתרצית ולא מחלה בפ' אין מחילתה מחילה ואלו היתה גדולה רצויה הויא לה כמחילה אבל מאחר דקטנה ואין מחילתה מחילה מדאורייתא אלא מתק' חכמים כדאיתא בפ' הניזקין וכו' הרמב"ם בפ' כ"ט מה"מ הילכך אי לאו דמחלה בפ' לא הויא רצויה מחילה.

ע"כ: ומקום יש בראש לתמוה על דברי רבינו בצלאל ז"ל דמסגנון דבריו משמע דכוונת רבינו ברוך לחלוק על רש"י ז"ל כאשר יראה הרואה שמתחילה הקשה על רש"י ז"ל וע"ז כתב לכך פי' רבינו ברוך ז"ל ושוב הדר הוא ופי' דברי רש"י בשני דרכים ואפשר דרש"י סובר וכו' ועוד י"ל דרש"י ז"ל וכו' והלא מדברי המרדכי משמע שרבינו ברוך אינו חולק על רש"י מדכ' וכו' רבינו ברוך ולא כ' ורבינו ברוך כ' ועוד הלא דברי רש"י סובלים דברי רבינו ברוך ולמה נאמר דחולקים ועוד הלא דרך שניה של רבי' בצלאל ז"ל בפרש"י הם דברי רבינו ברוך ממש וא"כ למה נאמר דכוונת רבינו ברוך לחלוק על רש"י ז"ל.

ועוד יש לתמוה במ"ש וליכא למימר משום וכו' דא"כ מאי איריא קטנה אפי' בוגרת וכו' דאיברא דרבינו ברוך סבר לה הכי דהו"ל כמטלטלי משום דאי הו"ל כמקרקעי קשה מאי איריא קטנה וכו' וכמ"ש במרדכי ואולם לא ידעתי מה יענה רבי' בצלאל ז"ל בדברי הרשב"א ז"ל שהביא הר"ן בפ' נערה שנתפתה כמביא למעלה דסבר לה דפרנסה הו"ל כמקרקעי ולא חש הרשב"א לקו' רבי' ברוך ז"ל וגם הר"ן שהניח דברי הרשב"א בצ"ע מכח קושיא אחריתי כאשר יראה הרואה שם ולא זכר שר קו' רבי' ברוך ז"ל הנראית החוש"ה אל העין ועיני כל אדם חזו בה ומוכרחין אנו לומר דסבר הרשב"א ז"ל דפרנסה

לא הוּיָא לֵה כְּקַרְקַע יְרוּשָׁה שֶׁהָרִי בַּפ' מְצִיאת הָאִשָּׁה ד' ס"ט אֲסִיקְנָא כְּרַב אֲשֵׁי דְבַת
בְּעִישׁוֹר נִכְסֵי בַע"ח הוּיָא וְלֹא יוֹרֶשֶׁת דְּאָף אֲמִימֵר הִדְר בִּיה וְאֵלּוּ בְּעוּ לְסְלוּקָה בְּזוּזֵי הוּוּ
מְצוּ וְא"כ אָף כִּי דֵינִינֵן לֵה כְּמַקְרָקְעֵי מֵהֵיָא דְאִמֵּר רַבָּא שֵׁם הִלְכְתָּא מִמַּקְרָקְעֵי וְלֹא
מִמְטַלְטְלֵי בֵּין לְמִזוּנֵי בֵּין לְכְתוּבָה בֵּין לְפִרְנָסָה מ"מ אֵינוּ אֵלֹא כְּקַרְקַע דְּעֵלְמָא וְלֹא כְּקַרְקַע
יְרוּשָׁה שֶׁהָרִי אֵינָה אֵלֹא בַע"ח וְלֹא יוֹרֶשֶׁת וּבַע"ח דְּאַחִין כַּמ"ש בְּגַמְרָא וְעַדִּיפָא מִינָה
דְּאַפִּי נִתְנוּ לֵה הָאֲחִים בְּפִרְנָסָתָה קַרְקַע אֵינוּ אֵלֹא כְּקַרְקַע דְּעֵלְמָא וְיִכּוּלָה לְמוֹכְרוּ
מִשְׁתַּגְדִּיל דְּאֵינוּ כְּקַרְקַע יְרוּשָׁה אֵלֹא כְּמִי שְׂגַבְּאָתוּ בַּחֻבָּה וְחֻבּ זֶה בָּא לֵה מִתְק' חֲכָמִים
שְׁתִּיק' לֵהיּוֹת לֵה חֻבּ עַל הָאֲחִים בְּפִרְנָסָתָה: וְעוֹד אֲפִשֵׁר לּוֹמֵר דְּסַבְר הִרְשַׁב"א כִּיּוֹן
דְּמַדִּין תּוֹרָה קֶטֶן אֵין הִקְנָאתוּ כְּלוּם בֵּין בְּמַקְרָקְעֵי בֵּין בְּמִטְלְטְלֵי אֵלֹא שְׁחַז"ל תִּיק' מִשּׁוּם
כְּדִי חֵיּוּ דְּבְּמִטְלְטְלֵין הִקְנָאתוּ הִקְנָאָה אֲבָל בְּקַרְקַע לֹא תִיק' וְאוּקְמוּהּ אֲדַאֲוֹרֵייתָא אֲבָל
מִשְׁהַגְדִּיל מִדְּאֲוֹרֵייתָא הִקְנָאתוּ הִקְנָאָה בְּכָל מִילֵי אֵלֹא שְׁחַז"ל תִּיק' בְּקַרְקַע יְרוּשָׁה דְּאֵין
הִקְנָאתוּ הִקְנָאָה מִשּׁוּם שְׂמָא יִמְכּוֹר בְּזוּל כְּמַפּו' בַּש"ס וּבְפּוֹסְקִים וּלְפִיכֶךְ ס"ל הִרְשַׁב"א
ז"ל דְּמִזוּנוֹת וּפִרְנָסָה דֵּהִלְכְתָּא מִמַּקְרָקְעֵי וְלֹא מִמְטַלְטְלֵי הו"ל כְּמַקְרָקְעֵי כ"ז שֶׁהִיא קֶטְנָה
דְּמִדְּאֲוֹרֵייתָא אָף אֵי הוּוּ לִיְהוּ כְּמִטְלְטְלֵי אֵינָה יִכּוּלָה לְמַחּוּל אֵלֹא דְּמִדְּרַבְּנֵן אֵי הוּוּ
כְּמִטְלְטְלֵין יִכּוּלָה לְמַחּוּל לְכֶךְ ס"ל דֵּהוּוּ כְּמַקְרָקְעֵי כְּדִי לְאוּקְמָה אֲדַאֲוֹרֵייתָא דַּע"כ לֹא
תִיק' רַבְּנֵן אֵלֹא בְּמִטְלְטְלֵין גְּמוּרִים אֲבָל לְכִי גְדֻלָּה דְּמִדְּאֲוֹרֵייתָא יִכּוּלָה לְמַחּוּל אָף אֵי הוּוּ
מַקְרָקְעֵי מִמֶּשׁ אֵלֹא דְּרַבְּנֵן תִּיק' דְּאֵינָה יִכּוּלָה לְמַחּוּל אֵי הוּוּ מַקְרָקְעֵי וּלְפִיכֶךְ ס"ל דְּלְכִי
גְדֻלָּה יִכּוּלָה לְמַחּוּל וְלְאוּקְמָה אֲדַאֲוֹרֵייתָא דַּע"כ לֹא תִיק' רַבְּנֵן אֵלֹא בְּמַקְרָקְעֵי מִמֶּשׁ
וּבּוֹדְאֵי דְּאֵלוּ זָכַר רַבִּי בְּצִלְאֵל אֵת דְּבָרֵי הִרְשַׁב"א לֹא הִיָּה מַחֲלִיט לּוֹמֵר דְּאֵין זֶה כּוּוֹנֵת
רַש"י דוֹדְאֵי מִיִּדֵי סְפִיקָא בְּכוּוֹנֵת רַש"י לֹא יִצְאָנוּ דְּדִילְמָא ס"ל כֵּהִרְשַׁב"א: גַּם מ"ש בְּדֶרֶךְ
רֵאשׁוֹנָה וְאֲפִשֵׁר דְּרַש"י סוֹבֵר וְכו' מ"מ אֵין מַחֲלִיתֵן מַחִי וְכֵן דַּעַת הִרְאֵב"ד בַּהֲשַׁגּוֹת
פַּכ"ט מֵהַמ"כ אֵיבְרָא שְׁכ"כ הִרְאֵב"ד שֵׁם עַמ"ש הִרְמַב"ם ז"ל קֶטֶן הַיּוֹדֵעַ בְּטִיב מִשָּׂא
וּמִתֵּן שְׁנֵשָׂא וּנְתֵן בְּמִטְלְטְלֵין וְטַעָה דֵינּוּ כְּדִין הַגְּדוּל.

פְּחוֹת מִשְׁתּוֹת מַחֲלִיָּה וְע"ז כ' הִרְאֵב"ד אֲנִי אוֹמֵר שֶׁהִקְטֵן אֵין לוֹ מַחֲלִיָּה כְּדַאֲמֵרִינֵן יִתְמִי
לְאוּ בְּנֵי מַחֲלִיָּה נִינְהוּ ע"כ וּמִפְשֵׁטֵן שֶׁל דְּבָרִים נִרְאָה כַּמ"ש רַבִּינוּ בְּצִלְאֵל דֵּהִרְאֵב"ד סַבְר
דְּמַחֲלִית הַפְּעוּטוֹת לֹא הוּיָא כְּמַתְנֵתֵן וְלֹא זָכַר ש"ר אֵת דְּבָרֵי הִרְיב"ש שֶׁהֲצַגְנוּ לְפָנֶיךָ
כְּמִבְּיָא לְמַעְלָה שְׁכ' דְּמַחִי הַפְּעוּטוֹת כְּמַתְנֵתֵן וְאֵע"ג דְּאִמְרֵי בְּעֵלְמָא דִּיתְמִי לְאוּ בְּנֵי מַחֲלִיָּה
נִינְהוּ אֲפִשֵׁר לּוֹמֵר דֵּהֵינּוּ בְּדַבְרֵי שְׁבַשְׂאָר בְּנֵי אָדָם הוּא מַחֲלִיָּה עַל הַסְתָּם דְּבֵיתְמִי לֹא
אֲמֵרִינֵן הַכִּי דוֹמֵיָא דְּמַאי דְּכ' הִרְאֵב"ד ז"ל דְּטַעַנְתּוּ שֶׁל קֶטֶן אֲפִי בְּפְחוֹת מִשְׁתּוֹת מַחֲזִירִין
לוֹ אוֹנָאָה וְלֹא הוּיָא מַחִי אֲבָל בְּמָה שֶׁהוּא מוֹחַל לְדַעַת כִּיּוֹן דְּמַתְנֵתוּ מִתְנָה מַחֲלִיתוּ ג"כ
מַחֲלִיָּה ע"כ מִשְׁמַע מִדְּבָרֵי הִרְמַב"ן ז"ל דַּע"כ לֹא קִאֲמֵר הִרְאֵב"ד ז"ל שֶׁהִקְטֵן אֵין לוֹ מַחִי
אֵלֹא כְּגוֹן פְּחוֹת מִשְׁתּוֹת דְּאוֹנָאָה וְכִיּוּצָא דְּבַגְדוֹל אֲמֵרִינֵן מִסְתַּמָּא מַחֲל בְּקֶטֶן אֲמֵרִינֵן דְּלֹא
הוּיָא מַחֲלִיָּה וְאוּלָּם בְּמָה שֶׁהִקְטֵן מוֹחַל לְהִדְיָא מַחֲלִיתוּ מַחֲלִיָּה וְנִרְאָה דְּטַעַמוּ שֶׁל הִרְמַב"ן
הוּא מִשּׁוּם דֵּהָא דְּאֲמֵרִינֵן יִתְמִי לֹא בְּנֵי מַחֲלִיָּה נִינְהוּ אֲתַמֵּר בְּגַמְרָא אֲדַבֵּר דֵּהוּי מַחֲלִיָּה מִן
הַסְתָּם דֵּהַכִּי אֲמֵרִינֵן בַּפ' אֵלוּ מְצִיאוֹת ד' כ"ב ע"ב א"ל רַב אַחָאֵי בְּרִיָּה דְּרַבָּא לְרַב אֲשֵׁי
הֵנִי תַמְרֵי דְּזִיקָא הֵיכִי אַכְלִינֵן לִיְהוּ א"ל כִּיּוֹן דְּאִיכָא שְׁקִצִים וְרַמְשִׁים דְּקָא אַכְלִי לְהוּ
מַעִיקְרָא יְאוּשֵׁי מִיָּאֵשׁ מִנִּיָּהוּ.

יתמי דלאו בני מחילה נינהו מאי א"ל אסירן ופסקה מר"ן חו"מ סי' ר"ס ס"ו ולעומת זה מצינו אמרו שמתנת הפעוטות היא מתנה ובודאי דה"ה מחילתן דמ"ש וצד כ"ש הוא דאם במה שבידם יכולים ליתנו כ"ש שיכולים למחול מה שאינו בידם ולפיכך חילק הרמב"ן בין מחילה מדעת ובין ההיא דמסתמא היא מחילה דמחי' דילפינן ממתנתן היינו מדעת דומיא דמתנה דהיא מדעת והיא דאמרינן יתמי לאו בני מחילה היינו דאינה מדעת אלא דאמרינן מסתמא היא מחי' כההיא דתמרי דזיקא ולפי' מקשה הראב"ד להרמב"ם ז"ל דס"ל דפחות משתות הוי מחי' אף לקטן והלא אין זה מחי' לדעת אלא דמסתמא אמרי' דפחות משתות הוי מוחל ומ"ש מתמרי דזיקא ות"י הה"מ ז"ל דכיון דחכמים תקנו להם מכי' משום כדי חייהן הם תיק' שיהא טעותן כגדול וגדולה מזו אמרו מתנתם מתנה ואפי' במתנה מרובה ע"כ: וחזיתיה לה' משכנות הרועים מע' מ"ם אות כ"ט שכ' וז"ל אמנם דעת הה"מ נראה דלא ס"ל כדעת הרמב"ן ז"ל ממ"ש וגדולה מזו אמרו מתנתו וכו' דמאי ראייה ממתנה דמדעתיה יהיב להך דטעותא הוי אלא ש"מ דלא ס"ל כדעת הרמב"ן ע"כ נראה מדבריו דמחילה להדיא נילף שפיר ממתנה דלא קא מקשה אלא הך דטעותא הוי ולפ"ז כוונתו במ"ש דהה"מ לא ס"ל כהרמב"ן היינו שנאמר שהה"מ סבר דאף במחילה דמסתמא מחילתו מחילה ולדעתו מ"ש הה"מ וגדולה מזו כו' ר"ל שנלמוד מחילה זו ממתנה דלדעת הרמב"ן אי אפשר למילף כן ולפירוש זה קשה מההיא דתמרי דזיקא שלענ"ד משם מקשה הראב"ד אהרמב"ם ז"ל שמשם יש ללמוד שהקטן אין לו מחי' במאי דאמרינן מסתמא מחל וכ"ש הוא דהא אמרינן בפ' המוכר פירות ד' צ"ה אאונאה מעיקרא שוה בשוה קאמר ליה ופ' רשב"ם ז"ל שוה בשוה א"ל מוכר ללוקח ובכך נתרצה לוקח ואם אינו שוה לא יתרצה והילכך בדין הוא דאפי' פחות משתות יחזיר מיהו לכך אין מחזיר דכיון דלא ידיעה כ"כ וכשוה דמי היא מחילה ע"כ וא"כ אם בתמרי דזיקא דמעיקרא מקודם נפילתם יאושי מיאש דיודע הוא שהרוח מסיר מהן והשקצים מזומנים לאוכלן כמו שפרש"י ז"ל אפ"ה אמרינן דביתמי אסירן דלאו בני מחילה נינהו וכ"ש בפחות משתות דמעיקרא לא נתרצה אלא בשוויו ממ"ש וא"כ הדרא קו' הראב"ד ז"ל לדוכתה.

וכן תמה אנכי על ה' מחנה אפרים הלכות אונאה סי' י"ז שמתחילה רצה להוכיח דהרמב"ם חולק ארשב"ם דפ' המוכר פירות הנז' והביא לשון הרמב"ם דפכ"ט מהל' מכי' הנז' והשגת הראב"ד ז"ל ותירוץ הה"מ ז"ל וכ' וז"ל ואיברא דאי משום תקנה הוא א"ש דהפקר ב"ד הפקר אבל ממה שאמרו מתנתם מתנה ליכא ראייה דהתם מדעתו קא יהיב אבל הכא מי קא ידע ואדרבא לא נתרצו למכור אלא בשיווי ממש ובכה"ג איכא למימר דאין מחילת הקטן מהני אם לא שנאמר שכל הנו"נ אדעתא דהכי נחית מעיקרא ואינו מקפיד על אונאת פחות משתות ע"כ מבואר מדבריו דלצד שנאמר דהר"מ במז"ל חולק ארשב"ם ז"ל וס"ל דמעיקרא אדעתא דהכי נחית אתי שפיר ראית הה"מ שהביא מדאמרו מתנתם מתנה כדי לתרץ קו' הראב"ד ז"ל.

ואהמ"ר לענ"ד אף שנאמר כן לא מתרצה שהרי ההיא דפחות משתות אפילו נאמר דמעיקרא אדעתא דהכי נחית ודלא כרשב"ם מ"מ דמיא ממש לההיא דתמרי דזיקא דמעיק' נמי מיאש וכמש"ל: והנלע"ד בפ' דברי הה"מ דמצינו בש"ס הטעם דמכי' הפעוטות מכי' משום כדי חייו ופרש"י דאי לאו זביניה זביני לא מזביני ליה מיזוניה ולא

זבני מיניה אבל הטעם דמתנתו אינו משום כדי חייו אלא משום דעבדי ליה נייה נפשיה וכן מבואר ברש"י ז"ל בפ' הניזקין ועי' הרא"ש ז"ל מ"ש משם הרמב"ן ז"ל וסבר הה"מ ז"ל דחכמים שתקנו שיהיה ממכרן ממכר משום כדי חייהם וכדאמרן הם תקנו שיהיה טעותן כגדול מהט' דכדי חייו דלא זבני מיניה דחיישי לאונאה פחות משתות דצריכים להחזיר ולזה תיק' דמחילתו מחילה אף דבגדולים אינה אלא מסתמא וכ"כ חששו משום כדי חייו וכן מצינו דחששו כ"כ במאי דתקנו דמתנתם מתנה מטעמא דעבדי ליה נייה נפשיה דתקנו אפי' תהיה מתנה מרובה וגדולה תקנה זו דתקנו במתנה מרובה משום נייה נפשיה ממאי דתקון מחילה בפחות משתות משום כדי חייו דאינה אלא בדבר מועט וזהו שכ' הה"מ וגדולה מזו וכו' ור"ל דכמו דבתקנתא דמתנה חששו כ"כ לטעמא דנייה נפשיה עד שתק' במתנה מרובה הכי נמי בתקנתא דמכירה שהיא משום כדי חייו חששו כ"כ מהאי טעמא גופיה ותיק' דמחי' בפחות משתות מחילה ואינו ר"ל דמתנה ילפינן מחי' פחות משתות דאין ראייה ממתנה דמדעת להך דפחות משתות דאינה אלא טעות ועוד דאין בה משום נייה נפשיה אלא משום כדי חייו והכי דייקי דברי הה"מ שכ' מ"מ חכמים וכו' משום כדי חייהם ולמה הוצרך לומר הכא הטעם והלא מבואר הוא בדברי הרמב"ם ז"ל ועוד כ' וגדולה וכו' במתנה מרובה דלכאורה דאי אפילו במתנה מרובה שפת יתר וכבר ידוע דכל דברי הה"מ הם הם בתכלית הדיוק ולמ"ש אתי שפיר: ולפ"ז אפשר לומר דהה"מ ס"ל כהרמב"ן ז"ל ודלא כהמשה"ר ז"ל דכל אפושי פלוגתא לא מפשינן ואף הר"מ במז"ל אפשר דס"ל כהרמב"ן ז"ל דבדבר שבשאר בני אדם הוא מחילה על הסתם ביתמי אמרינן דלאו בני מחילה נינהו ושאיני ההיא דטעות דמכירה פחות משתות דמהני אף מן הסתם משום שכן תקנו להדיא וכמ"ש הה"מ ז"ל אלא דהראב"ד חולק על הר"מ במז"ל בזה וס"ל דלא תקנו בזה ודינה כדין סתם מחילות דלא אמרינן ביתמי ופליגי הרמב"ם ז"ל והראב"ד ז"ל במ"ש הש"ס בפ' הניזקין ד' נ"ט וטעותן עד כמה אמר רבי יונה אמר רב זירא עד שתות כגדול ועי' פרש"י ז"ל ובהה"מ והבי"ד הב"י סי' רל"ה האמנם מחילה דמדעת אף הראב"ד מודה דמחילתו מחילה דמ"ש ממתנה וכמ"ש"ל: תו חזיתיה להמשה"ר שרצה לומר דהרשב"א לא ס"ל כהרמב"ן ז"ל וז"ל גם ממ"ש במקובצת דמציעא במ"ד ל"ד צ"ב אהא דאמרינן גבי פועל דקוצץ עמו וע"י בניו הגדולים קאמר תלמודא א"ו גדולים נמי ומשני גדולים בני המחילה נינהו ע"ש כ' הרשב"א ז"ל אפי' הודיעם לא מהני משום דלאו בני מחי' נינהו ושלא כדעת הרמב"ן ע"כ מבואר מדבריו דהרשב"א פליג אהרמב"ן ז"ל וס"ל דאפי' מחילה מדעת לא מהנייא וא"כ דברי הרשב"א סתראי נינהו שהרי הר"ן בפ' נערה שנתפתתה כ' משם הרשב"א ז"ל וזל"ה אע"ג דקי"ל דפעוטות מתנתן מתנה במטלטלין כדאיתא בפ' הניזקין וה"ה למחילתן ע"כ הבאתי דבריו לעיל וק' דידיה אדידיה והנלע"ד לתרץ הוא במש"ל דברי רבינו ברוך ז"ל שהביא המרדכי בפ' מציאת האשה דמחלק בין נתרצית ושתקה למוחלת להדיא וכ"כ רבי' בצלאל במקובצת דכתובות לדעת רש"י ז"ל דמחי' בפי' מהני ונתרצית לא מהני הבאתי דבריהם למעלה ובזה עלו כהוגן דברי הרשב"א דמ"ש הר"ן משמו דמחילתן מחי' היינו היכא דמחלי להדיא וההיא דמקובצת דמציעא בשלא מחלו להדיא והכי דייקי דברי הרשב"א ז"ל שכ' אפי' הודיעם ולא כ' אפי' מחלו וכו' לומר דבהודיעם אפי' נתרצו ושתקו לא מהני אבל מחלו להדיא מהני ולפ"ז אפשר לומר דהרשב"א ס"ל

כהרמב"ן ודלא כהמשה"ר ז"ל: וראיתי להמח"א שם שרצה לומר דמה שאמרו ביתמי פחות משתות הוי מחילה הט' דכיון דהגיעו לעונת הפעוטות דינו כדין הגדול שהרי יש בו דעת למחול ומה שאמרו קטנים לאו בני מחילה נינהו איירי בקטנים שלא הגיעו לעונת הפעוטות וכ"ן שהוא דעת הרמב"ן ז"ל בתשו' סי' ב' ע"כ והבי"ד המשה"ר ז"ל שם וכ' דמדברי הריב"ש בסי' נ' לא משמע כן דמיירי בקטן שהוא בן ח' שנים כמו שהובא בשאלה ועלה מייתי דברי הרמב"ן דכ' דנהי דאין מחי' מחי' הא מיהא בידע מהני ע"כ גם הריב"ש סי' ק"ח איירי בבן י"א שנים ומייתי עלה דברי הרמב"ן ז"ל גם בסי' תס"ח הביא דברי הרמב"ן אפעוטות ע"ש ובר מן דין מדברי הרמב"ן עצמו שהביא הריב"ש ז"ל שכתבנו למעלה מוכח להדיא דלא כמ"ש המח"א שהרי מתחילה כ' שהרי המחי' דינה כמתנה דמזה מבואר דאיירי בפעוטות וע"ז מק' מדאמרינן יתמי לאו בני מחילה ומחלק בין מחי' דאמרינן מסתמא למחי' מדעת.

ונראה דלזה נתכוון הרב מר בריה דהמח"א בהגהתו על הרב אביו שכ' וז"ל א"ה עי' בתשו' הריב"ש ז"ל סי' תס"ח: באופן דדעת כל הני רבוותא קמאי ובתראי הי"מ דתוס' כתובות והרמב"ן ז"ל והריטב"א ז"ל והרשב"א ז"ל והר"ן ז"ל כמ"ש להלן ורבי' ברוך ז"ל והמרדכי ז"ל והגהות אשרי שהבי"ד ר"ב ז"ל להלכה והראב"ד ז"ל לדעת הרמב"ן ז"ל והר"מ במז"ל והרב המגיד ז"ל כמ"ש ל והמבי"ט והמח"א ז"ל כולהו סברי דפעוטות מחילתן כמתנתן וכן דעת מר"ן מדהביא דברי הרמב"ן והריטב"א ז"ל בב"י ח"מ סי' רל"ה וסברי הר"ן על הרשב"א בפ' נערה שנתפתה בב"י אה"ע סי' קי"ב וראשית אמריו הצגתיו לפניך כמביא למעלה וזה סו"ד וצ"ע וכו' ומ"מ בתר תקנתא דתקון בתראי ז"ל שיהיו הבנות שונות מן המטלטלין מחלה בפירוש פשיטא דמהני ע"כ ומה שפסק מר"ן בש"ע סי' ר"ס ס"ו וז"ל ואם היו של יתומים שאינם בני מחילה אסורים ע"ך הט' משום דאף בגדולים אינה מחילה מדעת אלא דאמרינן מסתמא מחל ובמחי' כזה אמרינן יתמי לאו בני מחילה נינהו וכמ"ש הרמב"ן ז"ל כמ"ש אבל במחילה דמדעת מחילתן מחילה ומ"ש בסי' רל"ה ס"ג קטן שנו"נ במטלטלין וטעה דינו כדין הגדול פחות משתות מחילה ע"כ ואף דמחי' זו דפחות משתות בשאר בני אדם נמי אינה מחילה מדעת אלא מסתמא ה"ט כמ"ש הה"מ ז"ל שכן תקנו בפ' דחכמים שתק' ממכרו ממכר תקנו טענתו כגדול וכמ"ש: נמצינו למידים דבנ"ד במחילה לחוד הוא סגי ואולם לפרש"י ז"ל ור"ב ז"ל והמרדכי והגהות אשרי צריך מחילה להדיא ולא מהני נתרצית ולקחה ושתקה ואף דהרשב"א סבר דפרנסה ומזוני דנגבים ממקרקעי הו"ל כמקרקעי ואין מעשה קטנה כלום הרי רבים סוברים דלא כוותיה ר"ב והמרדכי ז"ל והג"א וגם הר"ן הניח דבריו בצ"ע ואסיק דבתר תקנתא דתקון בתראי ז"ל שיהיו הבנות ניזונות מן המטלטלין מחלה בפ' פשיטא דמהני והבי"ד הב"י אה"ע סי' קי"ב וכבר אבותינו קבלו הוראותיו בב"י ובש"ע ומאחר שהביא דברי הר"ן ז"ל בביתו אין לנו לזוז מדבריו ואף דפרנסה דליתא מתנאי כתובה אף לתקנת הגאונים אין נותנין לה אלא מקרקעי וכמ"ש הטוש"ע סי' קי"ג ס"ב מ"מ הרי כתב הב"י משם התוס' דפרנסה נמי בזמן הזה ממטלטלי דאנן סהדי שכל בני אדם רגילין להשיא בנותיהן ממטלטלי וחשיב כמו באמידניה דפסק רבא כרבי יהודה ושאפשר שגם הרי"ף ז"ל והר"מ במז"ל והרא"ש ז"ל לא יחלקו על דברי התוס' הנז' ע"ש וכ"פ בש"ע ס"ג אלא דמ"ש הב"י שדברי ספר המצות הם דברי התוס' אינו מדוקדק

דלסה"מ ה"ט מתקנת הגאונים ז"ל ולדברי התוס' ז"ל הוא מדרגילין להשיא בנותיהן ממטלטלי וא"כ כיון דפרנסה בזה"ז נגבית ממטלטלי מחילה בפ"א מהני וכמ"ש הר"ן גבי מזונות והא דכ' מר"ן באה"ע סי' קי"ג ס"ז קטנה יתומה שהשיאתה אמה או אחיה לדעתה ונתנו לה מאה או חמשים וזו יכולה היא משתגדיל להוציא מידם פרנסת נדונייא הראויה לה וכו' מפני שהקטנה אינה בת מחאה ע"כ הרי כ' הח"מ סקי"ט וז"ל היינו דוקא שלא מחלה בהדייא אלא נתרצית ולקחה מה שנתנו לה ושתקה אבל הגיעה לעונת הפעוטות ומחלה בהדייא מחילתה מחילה כמטלטלי ע"כ וכ"כ ה' בית שמואל סקי"ז: וכ"ת איך במחילה סגי והא מחילה לא שייכא לא בקרקע ולא בטלטל ולא במה שהוא בעין וכמ"ש סי' רמ"א ס"ב ואף שהכנה"ג שם בהגב"י אות מ"ג כ' וז"ל הריטב"א ז"ל כתב בפרק חזקת הבתים דמחילה בקרקע בקנין מהני מורה צדק בסי' ע"ג בשם מהרי"ב ז"ל וכ"כ הרשב"א בתשו' שהביא רבינו המחבר ז"ל ובסי' י"ב מחודשין י"ג ועי' בסי' רמ"א ס"י וכמ"ש שם וכ"כ בס' מקור ברוך סס"י כ"ח בפשוט דמחי' בקרקע בקנין מהני ע"כ וכ"כ התש"י סי' ל"ז ע"ש מ"מ הרי מהרשד"ם סי' רע"ח כ' דהרא"ש ז"ל שהביא הטור בסי' ע"ג חולק אהרשב"א דלהרא"ש לא מהני אפי' בקנין ואף דהפרמ"א ח"ב סי' צ"א השיגו ע"ש מ"מ מידי פלוגתא לא נפקא ועי' מט"ש סי' ע"ג הגה"ט אות ע"ח וע"ט וסי' רמ"א בהגב"י אות י"ב וי"ג ועי' משה"ר מע' מס' אות ז' ועי' ב"ח רס"י רמ"א.

והילך דברי רבינו מוהריב"ץ ז"ל איש אחד שנשתדך עם בתולה ונתן לה בעת השידוכין איזה בגדים משלו והתנו שאם יחזור בו שמחל לה בבגדים שנתן לה בכח הקנין והשיב הרב דלא זכתה בהם משום דלא שייך מחילה בדברים דאיתנהו בעינייהו ולא מהני בהו אלא לשון מתנה וכמ"ש מהרי"ק ואפי' היה הדבר בקנין לא מהני כמשמעות דברי הרא"ש ודקדק הוא ז"ל מס' דנפשיה כמ"ש מהרשד"ם בדברי הרא"ש וכ' עוד דדוקא לגבי דו"ד מהני קנין דאל"כ אין לקנין טעם כי מאומרו דו"ד אין לי וכו' הוא כמודה שאין לו זכות בשדה וא"כ מה הוא מקנה לחבירו אלא ודאי לא מדו"ד קנו מידו אלא מגופא של קרקע קנו מידו שהקנה לחבירו חליפי הסודר והא דקאמר דו"ד וכו' הכוונה שאחר שהקנה זכותו לחבירו לא נשאר לו שום דו"ד וכו' ותשובת הרשב"א נראה בעיני דלאו דוקא נקט שמחל לו אותו קרקע ודאי אם היה כותב כך אפי' קנו מידו על כך לאו כלום הוא דאף אי נימא דמגופה ש"ק קנו מידו מ"מ הרי גילה דעתו שהוא מקנה אותה לו בא' מדרכי ההקנאה הבלתי מועילין דהיינו המחילה אלא הכוונה שכ' שמחל לו כל זכות ושעבוד שיש לו על אותו קרקע דאז המחילה שייכא לזכות ולשעבוד וכהיא דאמרינן ליבטלן זכוותיה אבל גוף הקרקע נקנה חליפי הסודר דמגופה ש"ק קנו מידו והרי מחי' זו דומה ממ"ש לאומר דו"ד וכו' וזה עדיף מדו"ד דהתם גבי דו"ד וכו' עניינו הוא שמודה שאין לו זכות בקרקע ההוא ולית הוכחה דמאן ניהו ואפשר שהוא מפקירו לכל ואינו מקנה אותו לאדם מיוחד ברם הכא שכ' לו שמחל לו כל זכות ושעבוד אית ברורא למאן קא מזכה ליה וכ"מ להב"ח בס' רמ"א אתשו' רשב"א ז"ל צ"ל שלא כתב לו באותו לשון אלא שמחל לו כל תביעה שהי"ל על אותו קרקע אבל לשון מחילה ודאי לא מהני בקרקע שהוא בעין כמו בחפץ שהוא בעין וישב ג"כ לשון הגמ' דפ' חזקת עי"ע עכ"ל הרב מוהריב"ץ בקיצור העתקתיו מכ"י ה' כמוהר"ש אבן צור ז"ל ובכ"י כמוהר"ר יעקב ן' סמחון זלה"ה מ"כ משם רבני מקנא"ס יע"א הא' ז"ל כמהרמ"ט ומהרח"ט ז"ל

ורבני פאס מוהריב"ע ומוהריב"ץ ז"ל דאפי' בקנין לא מהני מחילה לא בקרקע ולא בכל דבר שהיה בעין ואחד הרואה בדברי הרבנים הנז' ובספרן ש"ץ שציינו ימצא דדבר זה הוא פלוגתא דרבוותא וע"כ ל"פ אלא עם היתה המחילה בקנין אבל בלא קנין לכ"ע לא מהני במה שהוא בעין: ומצינו למר"ן סי' צ"ו ס"ד שכ' וז"ל אין קנין קטן כלום לפיכך עדים שראו קנין שלו לא יכתבו עליו שטר ע"כ וכ"פ בס"י רל"ה ס"ד אין מקח הקטן וממכרו במטלטלים קיים אלא כשמשך או המשך וכו' וכן אם קנו מיד הקטן וכו' לא קנה לוקח וכו' וכן קטן שקנה מטלטלים וקנו מידו וכו' לא קנה עד שימשוך וכו': איברא דיש חילוק בין קטן לקטנה וכמ"ש מר"ן אבל הקטנה שנתרבת חצרה מידה תקנה המטלטלים מאחרים אם קנו מידה וכו' ע"כ.

ואולם אף בקטנה לא מהני אלא אם לקחה מאחרים בק"ס דבזה יש חילוק בין קטן לקטנה אבל אחרים שלקחו בק"ס מהם אין חילוק בין קטן לקטנה ובכולם לא מהני ק"ס שהרי בס"ג דאיירי בקטן שמכר קא יהיב טעמא שהקנין כשטר ואין העדים חותמין אלא על שטר של גדול וכ"כ הטור בשם הרשב"ם וכ' בב"י נתן טעם למה הוא סובר שאינו מועיל למי שסתם קנין לכתיבה עומד וכל שאינו ראוי לכתיבה אינו קנין אבל בס"ו דאיירי בקטן שקנה קא יהיב טעמא לפי שאין חצר הקטן קונה לו מפני שנתרבה מדין שליחות ואין שליחות לקטן ולא יהיה הקנין וכו' גדולים מחצירו וכ' הב"ח הטעם שאמר הרמב"ם ברישא כשקנו מיד הקטן דאם חזר בו לא קנה הלוקח שהקנין כשטר לא שייך כאן היכא דהקטן קנה מיד האחרים והעדים חותמים על שטר אדם גדול שהקנה כו"כ לפלוני בין שהקונה גדול או קטן הו"ל לקנות אלא דצ"ל הטעם דכיון דחצרו לא קנה לו כ"ש קנין דלא יהיה הקנין גדול מחצרו והשתא ניחא הא דקאמר בקטנה דכיון דנתרבה מידה ויש לה חצר וכו' גם בקנין שקנתה מידן קנתה המטלטלין דהא עיקר הטעם בקטן אינו אלא לפי שאין הקנין גדול מחצרו וא"כ בקטנה דחצרה קונה גם הקנין קונה שהרי העדים חותמים בשטר על אדם גדול שהקנה כך לפלוני בין שהזוכה קטן או גדול קנה בקנין זה ע"כ וא"כ ברישא דאיירי בקטן המוכר שהטעם הוא משום שהקנין כשטר ואין העדים וכו' אין חילוק בין קטן לקטנה דבכולהו שייך האי טעמא וכ"כ הכנה"ג בהגה"ט אות י"ד וכן אם קנו מיד הקטן וכו' נ"ב וקטנה שוה לקטן לענין קנין הר"מ גאלאנטי ז"ל סי' ע"ב ומאחר דלא מהני בקטנה ק"ס הדרן למש"ל דלא מהני לשון מחילה בקרקע וטלטל וכו' ואפילו למ"ד דמחילה בקנין בקטן וקטנה דלא מהני ק"ס יודה דאין מחילתן כלום: ואולם בהשקפה פורתא נראה דלאו מילתא היא דפשוט הוא דבנ"ד דאנן קיימין ביה בפרנסת הבת מהני לשון מחילה דהא אסיקנא דאינה אלא בע"ח ולא יורשת ואי בעו לסלוקה בזוזי מצו ומוכרחין אנו לומר כן שהרי רבינו ברוך והמרדכי והג"א וכל הפוס' שכתבנו לעיל כתבו אמתני' דפ' מציאת האשה יתומה שהשיאתה אמה או אחיה וכו' דמחלה להדיא מהני הרשב"א לא פליג אלא משום דהו"ל כמקרקעי וכשם שאין מתנתן מתנה כך אין מחילתן מחילה אבל מהט' דמחילה בקרקע וטלטל לא מהני לא קאמר והיינו כמ"ש משום דאינה אלא לבע"ח ודוחק לומר דסברי מרנן כהראב"ד דק"ס מהני בקטן וסברי כמ"ד דמחיל בקרקע בקנין מהני דא"כ לא הוו שתקן רבנן דסברי דמחילה בקרקע מהני מלהביא ראייה מלהק' הפוס' הנז' ועוד דהרב משפט צדק ח"א כ' דדברי הראב"ד נדחים לפני הרמב"ם והה"ם ורבינו ירוחם אחר דרבים נינהו ואי כמ"ש הרי

איכא כמה רבוותא דסברי כהראב"ד אלא ודאי ה"ט משום דבת בעישור נכסי אינה אלא בע"ח ולכך מחילתה מחילה ועוד דהתם פריך הש"ס טעמא דקטנה הא גדולה ויתרה ופרש"י מחלה על השאר וליכא למימר דמיירי בקנין דא"כ מאי פריך אשר מזה פי' ר"ב דלא איירי מתני' במחלה להדיא אלא נתרצית ולקחה ושתקה וכמ"ש במרדכי ועוד אי קנו דמידה הרי מחלה להדיא ואפי' בקטנה מחילתה מחילה לדעת הפוסקים הנז' אלא ודאי כמ"ש.

וצווי"מ וימ"ן: ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט סימן נ"ה. ראובן ושמעון שותפין בחצר אך כל א' יש לו בית מיוחד ואינם שותפים כ"א בתורבץ החצר ובבית שער וראובן משכן בית שלו ביד לוי אח"כ מכרה לשמעון ולוי שהיא ממושכנת בידו רוצה לסלק לשמעון הלוקח מדינא דבר מצרא זה היה מעשה ונומינו להם שהדין נותן שיכול לוי בעל המשכונה לסלק לשמעון השותף ואע"ג דכ' מר"ן סי' קע"ה ס' נ"ז הממשכן שדהו ואח"כ מכרו לזה וכו' אבל אם מכרה הממשכן לאחר אפי' אינו בן המצר אין המלוה יכול להוציא מידו ע"כ הרי כ' מור"ם במפה וי"א דאפי' קדם המצרן וקנאה יוכל המלוה לסלקו ע"כ וכבר הנהיגו אבותינו ורבותינו זיע"א לדון כס' זו וכן אנו דנים והולכים אחריהם ואע"ג דשמעון הלוקח הוא שותף ובקיצור התקנות של ה' מוהר"ר ר"ב ומוהר"ר מ"ב בנו זלה"ה כ' דבעל המשכונה והשותף שקולין הן וכל הקודם בהן זכה וכן אנו נוהגים וכן כ' ה' בית יהודה בדיני המצרנות סי' ס"ו דכיון דטעם דקרו לה משכנתא משום דשכונה גביה א"כ דין שותף יש לו בכל ענין יעו"ש אלא דמ"ש היינו דוקא אם היה המלוה עצמו דר בה הוא דמקרייא שכונה גביה ודינו כשותף בכל ענין אבל אם לא היה דר בה אלא אחרים מעלים לו שכר בזה אין לו עדיפות אלא אם קדם וקנאה אין המצרן מסלקו אבל שותף מסלקו אבל אם נמכרה לאחר אין לו עדיפות לסלקה מיד הלוקח ע"כ אנן לא שמיע לן ואין אנו נוהגים כן אלא בכל גוונא בין דר בה בין אינו דר בה דיינינן ליה כשותף בכל ענין והב"י סי' הנז' ס' צ"א כ' משם הר"ם דאין אינו דר בתוכה לא מקרי שכונה גביה וכ' עליו ואין זה מוכרח ובבד"ה כ' וגם אין נראה כן מדברי הפוסקים ע"כ ועי"ע בב"י סי' צ"ב ומ"א משכו' שאינו דר בה וכו' ועי' כנה"ג קכ"ה מ"מ שותף זה דאינו שותף בגוף הבית כ"א בתורבץ החצר ובב"ש גרע טפי וזה שממושכנת בידו גוף הבית עדיף ויכול לסלקו והראיה לזה מתשו' מהרפ"ב ז"ל הבי"ד מוהר"י נ' סמחון ז"ל כ"י בדיני המצרנות אות י"ט וזל"ה בן המצר שהוא שותף בב"ש ואמצעה של חצר שקנה מא' מהשותפים בביתם חלקו שותף א' מהבתים יכול לסלקו דלא חשבינן לשיתוף דבית שער שיתוף אלא בכא לסלק מצרן שאין לו דרך על בית שער של חצר זו שאז אין לו שום שיתוף בחצר או כגון אשה שלקחה וכיוצא דכחה וכח בן המצר שוין בהא הוא דאיכא למימר שותף אפי' בב"ש מצו לסלוקה אבל בשותף בדיורי החצר נראה ברור שאפי' קדם בן המצר וקנה אין להחשיב לבן המצר זה שותף מכח שיתופו בב"ש שאין זה עשיית הטוב והישר ליכנס בתתומו והוא מעיקרא לא היה לו עד מדרס כף רגל בביתו של זה ובכי הא מסתברא למימר דדנבא בתר רישא גריר וכיון שבן המצר זה נעשה שלוחו של שותף במה שקנה חלק השותף האחר בגוף הבתים שאין לו שום נגיעה בהם הוא הדין דנעשה שלוחו לב"ש ולשאר תשמישי החצר הטפלים לגבי הבתים ואע"ג שהוא שותף בב"ש ע"כ ודון מינה ואוקי באתרין למאי דכתיבנא דקי"ל דבעל המשכונה

והשותף שוין דדינו כשותף בכל ענין ותל"מ וד"ק וצויי"מ וימ"ן: הצעיר שלמה אבן דנאן ס"ט סימן נ"ו.

שאלה לשם שבו ואחלמה וכו' כמוהר"ר שלמה אבן דנאן ישמרהו השואל שמירה מעליה. אח"ן פנ"ה פה אל פה את ראשו ואת זקנו ואת גבות עיניו.

וקיד"ה חמש מאות. ומחוינא קיד"א.

קמי רבנן ותלמידיהון. יסגא שלמיהון אכי"ר: עתה באתי ביאה במקצת.

במיעוט דרך אר"ש. הנה שפתי לא אכלה.

מלדפוק על שערי החכמה והבינה. להודיע צערי לרבים.

כי שלשה המה נפלאו ממני. לא ידעתי טעמם בדיני טרפיות ואשאל את פה המורים וטבחי מתא.

ואין בפיהם טעם יכשר. כי אם כך הוא המנהג ישר.

על כן אמרתי אני אל לבי אגלה אזני כת"ר. כי ידעתי גם עשה תעשה וגם יכול תוכל: הלא המה הדין הא' בדין המוח שנמצא בו שלחופית שכ' מר"ן סי' ל"א ס"ב שאם היה המוח מקיפה שלא היתה מגולה לקרום כשירה ואם לאו טריפה.

והמנהג להטריף בכל שלחופית בין מגולה לקרום. בין אינה מגולה: והדין הב' בדין תרי בוועי דסמיכי שכ' מר"ן בסי' ל"ז ס"ג וז"ל אם יש בה אבעבועות סמוכות זו לזו אסורה וכו' ואם היא אחת ונראית כשתים נוקבים אותה בא' מצדיה אם שופכות למקום א' אחת היא וכשירה ואם לאו שתיים הם וטריפה.

והמנהג שלא לחלק בין שתיים לאחת ונראית כשתים אלא בכל ענין נוקבים אם שופכות מכשירים ואם לאו לאו: והדין הג' בדין העברת יד הבודק בבהמה בזריזות בלי רפיון ידים שכ' מר"ן בסי' ט"ל סי"א וז"ל ואם נתפרקה שום סירכא בהעברת ידו מוציא הראיה לחוץ ובודקה אם היא סירכא ימצא ראשה בריאה או בדופן.

ואם לאו ריר הוא וכשרה. והמנהג שלא להוציא הראיה לחוץ לבודקה כמ"ש מר"ן אלא כל שנתפרקו בהעברת היד די בזה ומכשירים.

והאי"ש משתאה מחריש לדעת מילתא בטעמא על מי ועל מה. אדני המנהג הוטבעו.

ואל מי מקדושים אפנה. דדאין בדדמי.

ותשוב'תו הרמת'ה מהרה תצמח. על כל פרט ופרט.

ושכמ"ה מנה אחת אפים. הלא כה דברי אדם להבל דמה.

אני כי אנוש רמה. אני הגבר ראה עוני: הצעיר שמואל אגייני ס"ט ידי"ן ורוחי גם איש שלומי טוביאינא דחכימי אישור' כולל.

חן ערכו מי ימלל. החכם השלם והכולל כמוה"ר שמואל אגייני נר"ו יאיר או'ר בעד או'ר כאור החמה שבעתים אכיר: אחר שים שול"ם טובה וכו'.

הדין הא' בדין שלחופית שכ' כת"ר שהמנהג להטריף בכל שלחופית בין מגולה לקרום בין אינה מגולה אפשר שטעם מנהגים הוא לפי שזה צריך בקיאות גדולה כמ"ש ה' מוהריב"ץ וז"ל ואנו נוהגים שכל עת שימצאו מים או שלחופית הן בתוך המוח הן בין ב' הקרומים הן בין מוח לגולגולת הכל טריפה אף אם המוח שלם ויפה ואין להכשיר אלא היכא שפתחו הראש בחכמה גדולה וניכר הדבר וברור בלי שום ספק וגמגום כלל שהמים או השלחופית היו בתוך המוח והיה המוח מקיפם היקף גמור מכל צד ולא היו מגולים לקרום כלל כשר וכל זולת זה טריפה עכ"ל.

הרי שהצריך ה' מוהריב"ץ חכמה גדולה ושלא יהיה שום ספק וגמגום שלא יהיו מגולים לקרום כלל. ולפי שאין אנו בקיאים בזה לכך אתם אוסרים: הדין הב' בדין תרי בועי דסמיכי וכו' מפשטא דתלמודא משמע דלא תלינן בבדיקותא דסילוא אלא בחדא ומתחזינא כתרתי שהרי אמרו בגמרא ד' מ"ז ע"א ואמר רבא וכו' הרי מבואר דלא אמר רבא בדיקת הסילוא אלא בחדא ומתחזיא כתרתי והוא תימא שהרי הפך ממנהגנו שאין אנו מחלקים אלא כל דשפכי כשירה אפי' בשתים וכבר תמה ה' החביב סי' ל"ז בהגה"ט אות כ"א וז"ל וראיתי בבדיקות כ"י מיוחסות למהר"י סמוט כ' תרי בועי דסמיכי להדדי מנהג שאלוניקי' שאם אין בשר ביניהם כלל נוקבים בצד א' מהם ואי שפכי אהדדי חדא היא וכשירה ואי לא תרתי נינהו וטריפה ע"כ מלשון זה משמע דאפי' בתרי בועי דסמיכי אי שפכי כשירה והוא תימא דבגמרא משמע דשפכי אהדדי לא מהני אלא באחת ונראית כשתים.

ושוב מצאתי בהלכות בדיקות של רגמ"ה שהובאו בס' הרוקח סי' שפ"ג כ' ואם ב' בועות מתאימות ודבוקות זו בזו מביאין סכין או קוץ ונוקב באחת אם שופכות מים לחברתה כשירה ואם לאו טריפה ע"כ וכ"כ בסמ"ק סי' ר"ה וצ"ע עכ"ל הכנה"ג יעוש"ב מ"מ זאת מצאנו סמך וסעד ומשען להשען עליו עמוד של שיש שהוא של זהב ה"ה רבינו גרשום שמאיר עיני גולה הוא והסמ"ק ומנהג שאלוניקי' לדברי ה' מהר"י סמוט דסברי מרנן ורבנן כמנהגנו דאפי' בשתים אי שפכי כשירה.

ונלע"ד לתרוצי סוגיא לשטתייהו דרבנן דמכשרי דס"ל דבין באחת ונראית כשתים ובין בשתים ועלתה השפיכה יפה כולהו חדא נינהו וכשירה. ואינם נקראים תרי בועי כ"א בדלא שפכי אהדדי ובזה קאמר רבא תרתי בועי וכו' לית ליהו בדיותא ור"ל בדיקה דעלמא דהיינו נפיחה.

חדא ומתחזייתא כתרתי וכו' ר"ל ואם אתה מסתפק שמא מבפנים חדא היא אלא שמבחוץ הם שתים מיייתנן סילוא וכו' ואפי' אם נניח בזה כפי' רש"י שכ' וז"ל חדא ומתחזייתא כתרתי. ואם אחת היא ונראית כעין סדק באמצעיתה ודומה לב' לאו לאפוקי אם הם שתים גמורות מבחוץ אפי' שפכי אהדדי טרי' אלא משום דבחדא ומתחזייתא כתרתי שכיח ומצוי דהווי שפכי אהדדי לכך נקט רבא במילתיה חדא ומתחזייתא וכו' ואורחא דמילתא נקט ולא דוקא ועי' בפ"ק דמציעא גבי ראה אותם רצים אחר המציאה אחר צבי שבור וכו' ואמר זכתה לי שדה סבר הרא"ש ז"ל האי דאמר זכתה לי שדה ל"ד והא דקתני ואמר וכו' בשביל למנוע הרצין אחריה אמר כן עכ"ל ועי' לה' פחד יצחק אות א"ו שכ'

וז"ל כ' הר"ן י"א דזכתה לי שדה ל"ד וה"ה אפי' לא אמר דאורחא דמילתא נקט וכך כ' כפ' ד' דעירובין גבי דאמר שביתתי במקומי עכ"ל.

הכא נמי אורחא דמילתא נקט ולא דוקא וה"ה אפי' אם הם ב' מבחוץ ושפכן אהדדי דכשרה. כנלע"ד לישב הגמרא למנהגנו ולס' רבנן דמכשרי.

ולענ"ד יש לדקדק כן מדברי התו' שכתבנו וז"ל ואי לאו טרי' כתוב בהל' טריפה של רבינו גרשום דאפי' יש ביניהם כחוט השערה משמע דאי איכא בניהם כשני חוטיין לא חשיב סמיכי אהדדי וכשרה עכ"ל די"ל דהלא בתחלת מילתיה דרבא שאמר תרתי בועי דסמיכי וכו' שם הו"ל להתו' להביא דברי ר"ג ולמה נטרי עד הכא.

אבל לפי דברינו יתיישב דכוונת התו' לומר אפי' יהיה בניהם פחות מב' חוט' והרי הם מרוחקות הרבה והם שתיים גמורות מבחוץ אפי"ה דוקא בדלא שפכי טרי' אבל אי שפכי כשי' ונראה שכך היא כוונת ס' מח"ב שהביא הש"ך סי' ל"ז סק"ו ואזלא תמיהת הש"ך עליו יעו"ש: הדין הג' בדין ס' שנתפרקה בהעברת יד השוחט שכ' מר"ן סי' י"ג שצריך שיוצא הריאה לחוץ וכו' וכ' כת"ר שהמנהג שלא להוציא הריאה וכו' הנה ס' זו שכ' מר' סי' י"ג היא ס' הר' שמחה מויטרי שהביא הרב"י אבל הר"י הלבן שהביא הרב"י קודם ס' הר"ש מויטרי לא מצינו שחילק בזה וזה סוף לשונו השוחט צריך שיכניס ידו בזריזות בלי רפיון ידים וימשמש בבהמה בכל צדדיה בין לגבי דפנות בין לגבי שומן אז מחמת חמימות הבהמה מתנאקות כל הס' הבאות מחמת ריר בעלמא וכל הס' הבאות מחמת טרפות מתקיימות וכו' יעו"ש בב"י שהביא ג"כ ס' העיטו"ר אחר ס' ר"י הלבן ולא חלק בזה כ"א הר"ש מויטרי והרוקח שכ' ואין מקומן ניכר והביאו הרב"י אחר ס' הר"ש ונלע"ד מאחר שהר"י הלבן והעיטור סתמו דבריהם ולא חלקו כלל א"כ הם חולקים על הר"ש מויטרי והרוקח ומצאתי זה מבואר בהכנה"ג בהגב"י אות קנ"ז וז"ל ואני מצאתי דברי הר"י הנז' בכתיבת יד בגליון הקצור פסקי הרא"ש ז"ל שבכתב יד מסיים בה כך זה אמת ובחון אם לא תעשה כאשר אמרתי דע לך שתטרף כל הבהמות ותכלה ממונם של ישראל שמיד כשתוציא הריאה לחוץ כזאת אפי' סי' שאינן סירכות.

מתקשות ונעשות חזקות. אות ס"ב ולפ"ז מה שכתב הכלבו בשם ר' שמחה שיוצא הריאה לחוץ ויבדוק אותה חולק אר"י הלבן ז"ל עכ"ל הכנה"ג הרי מבואר דהר"י הלבן חולק על הר"ש וס"ל דאינו צריך שיוצא הריאה לחוץ ומדברי הרב"י מוכח שדברי ר"י הלבן והעיטור' והר"ש מויטרי והרוקח הם כשמכניס ידו בחזקה שהרי אחר שכ' ס' הפוס' הנ"ל כתב ומלשון רבינו ירוחם איכא למשמע הפך זה שכ' טבח שהוציא ידו ואמר טריפה ואח"כ הקצב או בודק אחר הכניס ידו ולא מצא טרפו' הראשון נאמן שאולי הבדוק הב' הכניס ידו בחוזק והעביר הסירכא או העבירה הא' בהוצאת ידו ועד א' נאמן לאסור בדבר המסור בידו עכ"ל ואם הרב"י הבין שס' הפוסקים הנ"ל היא כשמכניס ידו בנחת א"כ דברי רי"ו אינם הפך דברי הפוסקים הנ"ל שהרי רי"ו כ' בפ"א אולי הבדוק הא' הכניס ידו בחוזק אלא ודאי שהרב"י הבין שדברי הפוסקים הנ"ל הם כשמכניס ידו בחוזק והן אמת שדברי הרב"י הם תמוהים שהרי איפשר להשוות דברי הפוס' וכמ"ש וכבר תמה ע"ז הכנה"ג בהגב"י אות קנ"ח וז"ל נ"ב וכ"כ רש"ל סי' כ"ה ואיני יודע איך הוא הפך מ"ש למעלה שדברי רי"ו הם כשמכניס ידו בחזקה אבל כל מה שכ' לעיל בשם

ר"י הלבן והעיטור והכלבו והרוקח הוא כשמכניס ידו בנחת ומה שכ' ר"י הלבן ז"ל צריך שיכניס ידו בזריזות בלא רפיון ידים לא בא לומר שיכניס ידו בחזקה אלא שיהיה בנחת ובזריזות בלי רפיון ידים עכ"ל: איך שיהיה נמצא דלפי דברי הרב"י ומהרש"ל שמבינים שס' הפוס' היא כשמכניס ידו בחוזק וכבר כתבנו שהר"י הלבן והעיטור אינם מצריכים שיוציא הריאה לחוץ וה' פרי תואר סי' זה ס"ק י"ח כ' וז"ל הכלבו כתב בשם ראב"ה דכל סי' הניתקת בהכנסת יד בכח אינה סי' המטרפת ובשם רבינו שמחה כ' שהתנה שלא תשאר ראשה בריאה ופסק מר"ן כרבינו שמחה עכ"ל משמע מדבריו שראב"ה אינו מצריך שיבדוק הריאה.

והשתא אם כוונת כת"ר במ"ש והמנהג שלא להוציא הריאה לחוץ לבדוקה אם כוונתו היא שאפי' מכניסים ידים בחזקה אינם מוציאים הריאה לחוץ לבדוקה הרי יש להם על מה שיסמוכו הלא הם הר"י הלבן והעיטור וראב"ה וכמ"ש לעיל לפי הרב"י ומהרש"ל דסברי מרנן דהני פוס' מיירי כשמכניס ידו בחוזק ודייקי לה מלשון בזריזות שכ' הר"י הלבן וכבר אמרנו דמדסתמו דבריהם אלמא ס"ל דאינו צריך שיבדוק הריאה והרי יש להם על מה לסמוך שהבודקים הללו ס"ל בפ' דברי הפוס' הנ"ל כמ"ש.

ואם כוונתו לתמוה אפי' על המכניסים ידים בנחת בזה ודאי יש להם על מי לסמוך שהרי אפילו יבינו כדברי הכנה"ג שמפרש דברי הפוס' הנ"ל כשמכניס ידו בנחת מ"מ בזה סוברים דמדסתמו דבריהם ולא חלקו משמע דס"ל דאינו צריך שיבדוק הריאה: גם הטור אחר שהביא ס' מר יעקב גאון כ' וז"ל וע"ז נוהגים במקצת מקומות להכשיר כל סי' שתנתק כשהטבח מכניס ידו בנחת לבדוק שאומרים שאינו סי' אלא ריר בעלמא שנתפשט מלחות הריאה וכו' עכ"ל והוא לשון הרא"ש ומלשון זה משמע שגם מ'ר יעקב מסכים בהיתר סי' המתפרקות בהכנסת יד הטבח מדכתבו הרא"ש והטור וע"ז נוהגים וכו' והרב"י כתב שאיפשר לומר שגם הרשב"א לא חלק אלא על הממעכין אבל על המנענעים או על המכשרים בסי' הנתקת על ידי הכנסת יד הטבח לא חלק עכ"ל מ"ש.

ומדסתמו דבריהם ולא התנו שצריך שיוציא הריאה לחוץ משמע שס"ל שאינו צריך. וראיתי להב"ח שכ' וז"ל ומה שכ' בכלבו והשוטט צריך שיכניס ידו בבהמה בזריזות בלא רפיון ידים וכו' אין זה סותר לדברי הרא"ש ורבינו שכ' כשהיה הטבח מכניס ידו בנחת וכו' ומ"מ צריך להוציא הריאה לחוץ ולבודקה וכו' עכ"ל עין רואה דהב"ח סובר דאפי' לדברי ר"י הלבן צריך שיוציא הריאה לחוץ וכבר כתבנו דברי הכנה"ג אות קנ"ז אשר לענד"ן פי' שה' כנה"ג הבין בסיום דברי ר"י הלבן שכוונתו לומר שמאחר שנפסקה אפי' באמצע ריר הוא וכמאן דליתא וכנימוח דמי אך כיון שיוצאה הריאה לחוץ היא מתקשית ונראית כמו סי' ולכך כ' שרבינו שמחה חולק אר"י הלבן וחזיתיה להרב הגדול כמוהר"ר חיים דוד חזאן איש ירושלם בס' נדיב לב שלא הבין בדברי הכנה"ג כמ"ש והניח דבריו בצ"ע וז"ל ואחר המח"ר לא זכיתי להבין דבריו מאיזה צד הכריע דר' שמחה חולק על ר"י הלבן דהא גם רבינו שמחה מודה דהבדיקה צריך שיהיה בפני' כדי שלא לאבד ממונם של ישראל והבדיקה שכ' ר' שמחה בחוץ היינו אם נתפרקה שום סי' לראות אם ראשה נשארה בריאה דבהא ליכא שום חשש שיתחזק בהוצאתה לחוץ דפי' ר"י הלבן היינו אם יש שום סי' סרוכה היא מתחזקת כשיוצאה לחוץ אבל סי' שנתפרקה

בפנים ולא נשארה ראשה בריאה מאי איכא למיחש שיתדבק בריאה שום סי' מה שלא נשארה מבפנים וכעת דבריו צ"ע עכ"ל ולענד"ן שכוונת ה' כנה"ג כמ"ש ואתי שפיר: וראיתי לה' זובח תודה שכ' ואנו מנהגנו לעשות נפיחה גם בזה אף אם לא מצא ראשה בריאה עכ"ל וה' כמוהר"ר ר"ב כ' והבודק יכניס וכו' ובמהרי"ל הביאו הט"ז משם רש"ל דהעיקר הוא בריאה וכו' עכ"ל ובאות נ"ד כ' וז"ל כבר אמרנו למעלה שכל הסי' הנפסקתמחמת הגבהה ונענוע סי' בת יומה וכשירה וכן הדין בסי' היוצאת מן הבועה או בסי' ובשר שתחתיה מקמיט כשניתקת בנענועה אינה סי' וכשירה.

וכ' ה' המבי"ן והוא שלא נשאר ראשה בריאה אבל אם נשאר ראשה בריאה צ"ב ובסי' שלא כסידרן או בורדא לריאה נהגו להקל וא"א ה' המחבר מחמיר בכולן עכ"ל בק"י ובס' זבחי רצון לכמוהר"ש אבן צור כ' שאם נשאר ראשה בריאה לדידן צריך נפיחה עכ"ל. ואני לא ראיתי נזהרים בזה ויש בענין זה אריכות דברים ולאפס הפנאי קצרתי כי יש דקדוקים בדברי הטור וב"י ואין להאריך כ"א בשו"ט: הצעיר שלמה אבן דנאן ס"ט סימן נ"ז.

כה"ר שמואל הכהן ואחיו כה"ר חיים משה ישצ"ו. המה עשו צנורות של חרס לירד בהם שופכי בהכ"ס של האלפוקי שבהחצר הידו' להם הסמוכה להאלתברנא הקרובה לרחובה. של עיר.

בקרן זוית שבין כותל אתברנא הנז' להאלמעדא הס"ל. קבועים וכולטים לצד חוץ ומקודם היתה בנויה בקרן זוית הנז' אצטבה שהיו עומדים עליה התנוקות שואבי מים וכל הרוצה ליטול מי רגלים חומ"ה יבא ויטול.

כאשר העידו בפנינו ע"ז כמה עדים. ועכבו עליהם מבעלי אתברנא הנז' באומרם שהאלמעדא הנז' היא של בעלי אתברנא ומכללה האצטבה.

וא"כ אינם רשאים לקבוע הצנורות ההם ברשותם. ועם היות שהאחים הנז' גם הם יש להם חלק בהאלתברנא הנז'.

מ"מ הם אינם מוחלים בחלקם. ובר מן דין צריכים הם להרחיק הצנורות מן הכותלים הנז' ג"ט ולסוד בסיד כמו שהדין.

ועמדו שני הכתות לפנינו להורות להם הדין עם מי. ופסקנו להם שהדין עם האחים הנז' שאפ' אם יבררו בעלי אתברנא שהאלמעדא היא שלהם מ"מ האצטב' אחר שהיא חוץ להאלמעדא.

אינה אלא ר"ה. ורשאים האחים הנז' לקבוע הצנורות במקומה.

וגם בני ר"ה אינם יכולים לעכב עליהם. שכן המנהג פשוט אצלינו שכל בעלי החצרות קובעים הצנורות בכותל חצרם הפונה לר"ה ואין פוצה פה נגדם.

והגם שאינם עושים אותם בולטים כולם לצד חוץ רק שקועים קצתם בתוך הכותל. מ"מ בנד"ז שהם בקרן זוית מקום שאינו מעבר לרבים.

דבר פשוט הוא שרשאים לעשותם בולטים כולם לחוץ. לפי שאינם מזיקים כלום לבני ר"ה.

ואפ"י קצת ההיזק שמגיע לבני ר"ה במה שנוהגים לעשות בולטים קצת לחוץ במקום שהוא מעבר לרבים. בכאן אינו מגיע כלום אפילו הם בולטים כולם לחוץ לפי תכונת המקום הזה.

ולענין הרחקת ג"ט. אינם צריכים להרחיק כלום.

שכן היו דנים ב"ד שלפנינו נ"ן זלה"ה ששני שותפים בכותל רשאי א' מהם לקבוע צנורות של חרס לשופכי בהכ"ס שלו ואין השותף חבירו יכול לעכב על ידו שמאחר שהם של חרס אין הכותל יונק מהם. אך אינו רשאי לסתור מן הכותל מאומה אפ"י מהטיח שלו רק יקלוף קצת מהטיח הנק' בפה האומנים תחרי"ס.

וגם אנחנו הולכים בעקבותיהם וכן דנים והולכים בכל יום הלכה למעשה. וא"כ קם דינא שרשאים האחים הנז' לקבוע הצנורות הנז' בקרן זוית הנז' בלתי הרחקה כמ"ש לעיל מבלתי יכולת לעכב על ידם לא בעלי אתברנא ולא בני ר"ה: שוב אח"ך עכבו עליהם מבעלי אתברנא הנז' ממה שנמצא בכותל אתברנא הנז' השייך להאלמעדא הנז' כעין חור אחד עגול ומתפצלים ממנו ד' פצולים עגולים מד' צדדיו כזה **ציור בספר** משקיף למחבוא אחד הבנוי למעלה ממקוה המים שבהאלתברנא הנז'.

ולפ"ז צריכים הם להרחיק ד"א שלא יאפילו עליו וע"ז השיבו האחים הנז' שהחור הנז' מעולם לא נעשה לשם לחלון. ולא היה רק נקב לנעיצת הקורה העשויה בעת הבנין למעמד רגלי הבונים.

וכדבריהם אלו אמרו כמה ב"א שבודאי כן הוא. גם הביאו ת"ח אחד שהעיד לפנינו שהוא יודע בטיב שלא היה רק כעין נקב שיעור שראוי לתחוב בו ראש האלפרדי והיה בלתי שום צורה.

וכשבנו האחים הנז' הבנין שי"ל על אויר למעדא הנז' והיו מיפים צורת הכותל מבחוץ. הבנאי צייר גם החלון הנז' בצורת עגולים כדי שיהיה כל הכותל נאה לעיני הרואים.

עוד אמרו האחים הנז' שמתכונת המחבוא הנז' שבו פתוח החור הנז'. נדע שבודאי לא נעשה לשם חלון.

ביען שהמחבוא הנז' אינו ראוי לשום תשמיש יען שהוא בנוי למעלה בכותל הפנימי של האלסהריז הנז' אשר תמיד הוא מלא מים. ואין לו דרך ישרה לעבור להשתמש בו כ"א דרך האלסהריז הנז' או יעמוד על כותל החיצוני של האלסהריז ויפסע.

ותמיד שם יקננו זבובים ורמשים על קורי עכביש הארוגים שם למכביר. והמציאו עדים מהעושים מלאכה בהאלתברנא הנז' שהעידו שמעולם לא נשתמשו בו ולא ראו שו"א שנשתמש בו.

וא"כ לאיזה תועלת יצטרך חלון כזה שאין בה מועיל למקום כזה: ופסקנו להם שגם בזה הדין עם האחים הנז'. דאף אם היה חלון ממש בצורת פתח או מלבן.

אפ"ה מאחר שהוא פתוח לר"ה. יכולים האחים הנז' לקבוע צנורותיהם ולהאפיל על החלון הנז'.

ממ"ש הרשב"א ז"ל ופסקו מר"ן סי' קנ"ד סל"א וז"ל כתב הרשב"א שאע"פ שהפותח חלון לר"ה אין חבירו שכנגדו רשאי לפתוח חלון כנגד אותו חלון אם בא להגביה כותלו מגביה ואינו נמנע ואע"פ שאין ביניהם ד"א. ע"כ.

ומינה נמי לנ"ד. דכיון דלפום מנהגא רשאים לקבוע שם צנורותיהם ואין בני רה"ר יכולים לעכב.

א"כ הוי כאלו אותו המקום שבו קובעים הצנורות קנוי בידם ושלהם הוא ויכולים הם לקבוע שם הצנורות ואפ"ל בסמוך ממש. דכיון דאמרו אפ"ל אין ביניהם ד"א.

היינו אפ"ל בסמוך ממש. דאל"ה לא הוו שתקי מלומר איזה שיעור מוגבל.

ולהלן בס"ד יתבאר הכרח לזה מלשון הפוס': איברא דמצאתי למהר"י אדרבי ז"ל בסי' ק"ז שנשאל בראובן שהיה דר בעליה ואחורי העליה היה פונה לדרך ר"ה ושמעון היה דר בבית שתחת העליה הנז' וחנות פתוחה לו לר"ה לאותו הצד שאחורי העליה פונה לשם ובהמשך הזמן רצה שמעון לעשות בנין על חנותו להגין בעדו בחמה מפני החמה.

ובגשמים מפני מפני הגשמים והיה רוצה להגביה בניינו למעלה מתקרת העליה מבחוץ סמוך לכותל העליה וראובן בעל העליה מיחה בידו ועכבו ופתח החלון שם וטען שזה כמה היה רוצה לעשותו כי לאורה הוא צריך באופן שמעכב ביד שמעון שלא יגביה בניינו למעלה מהתק' שהוא זכותו או שיתרחק מהחלון ד"א ושמעון טוען שזהו ר"ה ואינו רשותו והוא רוצה לבנות בניינו בר"ה ואין יכולת ביד ראובן לעכב בידו כי כמו שהוא פתח החלון ג"כ הוא יבנה כרצונו דמאי אולמיה דהאי מהאי בר"ה: וע"ז השיב הרב וז"ל נראה לע"ד שהדין עם ראובן ויכול למחות ביד שמעון שלא יגביה בניינו נגד חלוננו וכו' ואפ"ל את"ל דאזיר ר"ה לא הוי אלא הפקר באופן שהאזיר שכנגד עליית ראובן אינו שלו מ"מ בנד"ד יכול ראובן לעכב ביד שמעון שכבר קדם ופתח חלוננו וזכה באור אותו האזיר כזוכה מן ההפקר וכמ"ש הרשב"א סי' אלף פ"ה מי שקדם ופתח חלון על ר"ה הרי זריז ונשכר וכו' וכיון שכבר זכה הרי הוא שלו ועכשיו כשמגביה שמעון בניינו ומאפיל עליו הו"ל כאלו בונה בתוך רשות ראובן וחייב להתרחק ממנו ואע"ג שכתב הרשב"א סי' אל"פ ק"ל וגם סי' אלף פ"ה שמי שפתח חלון אכותלו לר"ה כנגד אזיר בית חבירו ואח"כ עמד השני ורצה להגביה כותלו ומאפיל עליו וכו' פסק שם שיכול להגביה ואינו נמנע אע"פ שאין ביניהם ד"א שאני התם שחבירו שכנגדו המגביה כותלו בונה בתוך שלו ולכן אין מועיל חזקת החלון להשתמש מאזיר רשות חבירו שלא מדעתו עד שיעכב עליו שלא יגביה כותלו שם ברשותו וכמ"ש שם הרב הנז' וז"ל שזה אומר כל מה שאתה משתמש באזיר רשותי שלא מדעתי אינך רשאי אבל בנ"ד ששמעון בא לבנות בתוך רשות ראובן כיון שכבר זכה באותו האזיר כבר נקרא רשותו ודאי שיכול ראובן למחות בידו ולהיות הענין ברור לענ"ד איני מאריך בראיות וכל החולק ע"ז עליו להביא ראיה ע"כ: ולפי דבריו א"כ אף אנן נמי נימא לכה"ג דאנן קיימין ביה דקרוב הדבר להזמות לנדון הרב דכיון דאזיר ר"ה הוי הפקר.

כאשר יהיה האופן בחלון שי"ל צו"פ או מלבן. א"כ זכה באויר של ר"ה וכבר נקרא רשותו ואין האחים הנז' רשאים לקבוע הצנורות ברשות אחרים: והגם דאשכחנא להנה"מ במשה"א שכ' וז"ל ונלפענ"ד דלהרא"ש והרשב"א אף שבנה אחר מקודם ופתח חלונות לר"ה מ"מ לא זכה באויר שעל פני ר"ה שיהיה שלו לעולם דהא אפי' בקונה אויר חורבה צריך שיקנה חורבה לאויר ואויר לבד א"א להקנות דהוי דבר שאין בו ממש כמבואר בסי' רי"ב ומכ"ש הכא בהפקר דליכא דעת מקנה דאין קנין מועיל שיקנה האויר של הפקר רק עיקר הטעם הוא כיון דהפקר הוא ויכול להשתמש בהאויר דהפקר וכיון שפתח החלון בהיתר שוב אסור חבירו לפתוח כנגדו ולהזיקו כמו שאסור לעשות רפת בקר אוצר וכמו שדימה אותן הרשב"א הביאו הסמ"ע סקל"ח וכו' ע"כ.

וכ"כ במשה"ך סקל"ה. ולפי דבריו דס"ל דלא קנה בעל החלון את האויר ולא זכה בו אלא דשרי ליה לאישתמושי.

א"כ אלו האחים שרוצים לקבוע שם הצנורות ויכולים הם מצד המנהג. הוי כקנו אותו והוי כרשותם: מ"מ הא ודאי דלא שביקנא דברי מהרי"א מקמי הנה"מ שכ"כ מסברא דנפשיה ולא זכר ש'ר את דברי מהרי"א: ובפרט שכן מצינו למהר"ש ן' חסון ז"ל במשפטים ישרים סי' כ"א שכ' וז"ל ועל כרחנו לומר שאותו פתיחת החלון חשוב כמשיכה במטלטלין או נעל וגדר בקרקע כן ג"כ פתיחת החלון אחר שהוא נהנה מן הד' אמות חשוב חזקה בהם כאכילת הקרקע דאלת"ה כשבא בטענת שנתן לו הזכות שהוא במה קנאו שלא יוכל לחזור בו אחר שלא עשה שום קנין בו ראוי הוא שיוכל לחזור דהכי קי"ל בכל ענייני ממון א"ו פתיחת החלון והנאתו הוי כחזקה בקרקע וכו' וכן צריכים אנו לומר לדברי הגאונים ז"ל והרמב"ם שסוברים שהחלונות שעבודם נקנה לאלתר ובשתיקה ובמה קנאו אלא כדאמרינן וכ"כ הרשב"א והרא"ש שהפותח לר"ה קנה מן ההפקר ובאיזה קנין קנה אלא כדאמרן.

ע"כ: הרי מבואר מדבריו דס"ל כמהרי"א ז"ל דהפותח לר"ה דקנה מן ההפקר וזכה ממש. וממילא הוו דברי הנה"מ הנ"ל דברי יחיד: והכנה"ג ז"ל סי' קנ"ה הגב"י אות ג' הקשה דברי הרשב"א אהדדי.

ההיא תשו' דאלף קל"ב ואלף פ"ה דפסק מר"ן בסי' קנ"ה שהבאנו למעלה. עם ההיא תשו' שהביא רב"י הב"י בסי' תי"ז שכ' וז"ל וחבירו שקדם ופתח חלונותיו לר"ה קדם וזכה וזה שבא לבנות כנגדו צריך להרחיק ממנו ד"א כר"י שלא יאפיל ע"כ: ותירץ דההיא דסי' תי"ז מיירי שכשפתח הא' לא היה לחבירו בית או חצר כנגדו כו"ע אלא שעכשיו אחר שפתח הא' בא הוא לבנות שם בית וכיון שכן הוא יכול חבירו לומר לו שכבר זכה הוא מן ההפקר מר"ה אף לענין אפילה שלא יוכל האחר לבנות כנגדו אפי' כותל אם לא ירחיק ד"א: ועוד תירץ.

דההיא דסי' תי"ז איירי במוציא זיזין לר"ה מה שלא היה לו קודם ע"ז כ' דכיון דבבנין הזה מוציא חוץ לר"ה צריך להרחיק ד"א כדי שלא יאפיל כיון דלאו בדידיה קא בני אלא שהוציא זיזין לרשות הרבים ע"כ: ולשני התירוצים אינם יכולים האחים הנז' לקבוע הצנורות שם כיון דלאו בדידהו קא בנו.

דכבר זכה בעל החלון באויר ר"ה מן ההפקר. ועי' בשמ"ע סי' קנ"ד סק"ע: אכן מצינו בימי ב"ד שלפנינו זלה"ה.

בראובן שהוציא בליטת עלייתו לחוץ ופתח בו חלונות נגד כותל שמעון. ושוב בא שמעון והוציא בליטת עלייתו גם הוא והאפיל על חלון ראובן ונדונו לפני הב"ד ז"ל.

ופסקו להם שהדין עם שמעון מההיא דהרשב"א דפסק מר"ן בסי' קנ"ד שהבאנו למעלה. וכן אנו דנים והולכים אחריהם.

וזה הפך ממש"ל. וצריכין לדעת ולתת טעם זה: ונראה שהטעם הוא יען דמצינו להכנה"ג ז"ל בתשו' ח"ב סי' קי"א שהקשה תשו' הרשב"א הנ"ל וחילק החילוקים הנז'.

וכ' וכיוצא בזה חילק מהרי"א ז"ל. ושוב כ' ועכשיו אני רואה שאין צורך לכל החילוקים הללו ודברי הרשב"א בשלשת תשובותיו דברים אחדים הם.

וחילק בין אם יש מחוקי המלך שדרך ר"ה היא שלו אם לאו. דההיא דסי' תי"ז איירי כשאין מחוקי המלך שהדרך שלו אלא שר"ה קנוי לבעלי הבתים ושני הבתים שעל ר"ה זה כנגד זה.

זה זוכה בחצי הרוחב וזה זוכה בחצי האחר ונמצא שחזר דרך ר"ה כפותח חלון על רשות חבירו שאם בא לבנות חבירו צריך להרחיק ד"א. אמנם אם יש חוקי המלך כלומר שהדרך שלו והפותח על ר"ה הוי כזוכה מן ההפקר הולכין אחריו וזה שפתח הראשון זכה מן ההפקר והבא לפתוח אחריו ג"כ זוכה מן ההפקר וכך הוא רצונו של המלך שכל הבא לפתוח על הדרך יפתח אז א"ץ להרחיק ד"א והם דבריו בתשו' בסי' אלף ופ"ה ואלף וקל"ב ע"כ: ומשתמען מלוהי דרבינו הכנה"ג ממ"ש שאין צורך לכל החילוקים הללו.

היינו גם לענין דינא נמי אין אנו צריכין לחלק כן. דלא הוצרכנו לאותם החילוקים אלא כדי לישב תשובות הרשב"א דלא להו פלגן בהדיהו.

והשתא דאשכחנא דתשו' הרשב"א אחדים הם. תו אין לחלק כן.

דאלת"ה ונימא דבלא"ה מוכרח לחלק כן וכדמשמע מדברי מהרי"א שהבאנו למעלה דדייק מדברי הרשב"א גופיה א"כ לא הוה ליה להכנה"ג לשתוק מלהכריח החילוקים הנז' מהרשב"א גופיה. וביותר היה לו לפרש כן בתשו'.

שאחר שכתב שאין צורך לכל החילוקים. היה לו לבאר דמוכרחים הם לדינא.

אלא ודאי לא: והילך מ"ש הכנה"ג גופיה בסי' קנ"ד הגב"י אות שעל מ"ש רבינו הטור בסי' קנ"ד סי"א תשוב' הרא"ש דבליטות דרשאי גם שמעון להוציא בליטתו לפני חלון ראובן ולהאפיל. וכתב עליו רבינו הב"י ולקמן בסי' זה אכתוב שהרשב"א והריב"ש חולקים.

כתב הרב וז"ל נ"ב אמר המאסף לכאורה נראה דה"ק שהרשב"א והריב"ש חולקים על הרא"ש בדין זה וסוברים דיכול ראובן לעכב על שמעון שלא יוציא גם הוא בליטת עלייתו ואם כך הוא יש מן התימה על הרב שהרי הרשב"א בתשו' אלף פ"ה כתב כדברי הרא"ש וראיתי בס' הקצור דברים שמתוכן נראה דהרשב"א מודה להרא"ש בדין זה

ולפ"ז מ"ש כאן ולקמן בסי' זה אכתוב שהרשב"א והריב"ש חולקים עליו אין הכוונה על הדין אלא על הטעם שלפי טעם הרא"ש שלא החזיק ראובן מפני שעד הנה לא היה שמעון מקפיד כי לא היה מזיק לו ולא היה יכול למחות בו נפיק מניה שאפי' דמוציא לרשות חבירו ואינו מזיקו עכשיו כגון בפותח חלון על גג של רעפים אינו יכול למחות בו ומתוך שאינו יכול למחות בו אין לו חזקה דחזקה מכח מחאה קא אתיא אבל לפי טעם הרשב"א בתשו' סי' אלף פ"ה לפי שפתח לר"ה ודרך המלך הוא שכל הבא לפתוח ולהוציא בליטה אין מוחין בידו.

בפותח על גג רעפים אע"פ שאינו מזיקו עכשיו כיון שאם יסיר הרעפים יזיקנו בהיזק ראה יכול למחות בידו ואם לא מחה החזיק ועי' בתשו' להרשב"א חח"מ סי' רנ"ז ותמצא מבואר מדבריו וכן מוכח מדברי מהר"מ מטראני ח"א סי' יו"ד ע"ש: מבואר מדבריו דדעת מר"ן דהרשב"א אזיל ומודה להאי דינא דהרא"ש ז"ל שרשאי שמעון להוציא בליטתו לחוץ ולהאפיל.

ומעיד בגודלו דעינא דשפיר חזי כדברי מר"ן בש"ע כן: וכן ראיתי להרב פ"מ ז"ל ח"ב סי' ס"ד ד' קי"ז ע"ד שכ' וזל"ה ומ"מ אע"פ שכתב מר"ן שהרשב"א חלוק על הך תשו' להרא"ש לע"ד לא כ"כ לומר דפליגי לענין דינא כ"א בטעמא לבד הוא דכ' דפליגי אבל לענין דינא אף הרשב"א יודה להך דינא דהרא"ש דבליטות שהב' ג"כ יוכל להוציא בליטת עלייתו לחוץ ולהאפיל לבליטת הא' ולא מטעם הרא"ש הכתוב בתשובתו הבליטות הלזו אלא מטעם אחר כמו שיעיין המעיין בתשו' הרשב"א שהביא מר"ן בסי' קנ"ד מחו' ס"א אבל לענין דינא שוים הם ע"כ.

וכ"כ בסי' ל"ו ע"ש: וכן כתב המט"ש ז"ל בסי' קנ"ד הגב"י אות כ"ב וז"ל ולקמן בסי' זה אכתוב שהרשב"א והריב"ש חולקים וכו'. מבואר בסי"ז דעיקר מחלוקתם תלוי היכא דאינו מזיקו עכשיו אם יכול למחות או לא דלהרא"ש אינו יכול למחות ולכך אין לו חזקה ואם בא לבנות שכנגדו בונה ואינו מרחיק.

ולהרשב"א וסיעתיה ז"ל אף דאינו מזיקו עכשיו מצי למחות ולעכב בידו כמתבאר כ"ז בס' הקצר סי"ו ומיהו לעיקר הנדון של הרא"ש דאין לזה חזקה כיון דאזיר ר"ה הוי כחצר השותפין מאחר דנהגו להוציא זיזין וכמ"ש מר"ן בס' הקצר בסט"ו ובהכי מודה הרשב"א והיינו מטעם דאינו יכול למחות בהכי מעיקר הדין כיון שהוא הפקר ואינו מטעם הרא"ש דאינו מזיקו עכשיו ועי' בתשו' הרשב"א שהביא מר"ן בסי' קנ"ה מחו' א' וא"כ שוין הם לעיקר הדין ע"כ: אתה הראת אוריין תליתאי הכנה"ג והפ"מ והמט"ש ז"ל כולהו סברי בדעת מר"ן דהרשב"א ס"ל דרשאי שמעון להוציא בליטתו ולבנות באזיר ר"ה ולהאפיל על חלון שפתח ראובן בבליטתו.

ודלא כמ"ש הכנה"ג בישוב תשו' הרשב"א. ומהרי"א ז"ל דהרשב"א איירי כשאינו בונה באזיר ר"ה כ"א מגביה כותלו שהיה לו מקודם אבל במוציא זיז לא דכבר זכה האחר באזיר ר"ה ורשותו מיקרי וא"כ זה לאו בדידיה קא בני: ומדבריהם דרבנן אנו למדין דהרשב"א והרא"ש ז"ל בהכי הוא דפליגי.

דלהרא"ש ז"ל כיון דנהגו להוציא זיזין לא הוי אויר ר"ה הפקר אלא כחצר השותפין והא דלא החזיק הפותח ראשון. היינו משום דס"ל דכיון דאינו מזיקו עכשיו אינו יכול למחות וכיון שאין מחאה אין חזקה.

והרשב"א פליג עליה בהאי טעמא וס"ל דהגם דעכשיו אינו מזיקו יכול למחות ואם לא מיחא החזיק. ומ"מ אזיל ומודה בעיקר הדין דהרא"ש ז"ל.

והט' משום דס"ל דאף דנהוג להוציא זיזין לא הוי כחצר השותפין אלא דרך ר"ה של המלך היא ורצון המלך הוא שכל א' יבנה ויפתח חלונות כרצונו ויזכה בבניינו ובחלונותיו כזוכה מן ההפקר. ואולם דוקא לענין שלא יפתח האחר חלון כנגדו שיכול לומר לו אל תזיקני בראייתך כדרך שבעל העלייה ובעל החצר מונע בע"ה מלעשות רפת בקר או חנות של נחתומים תחת אוצרו שקדם.

אבל אם בא לבנות ולהאפיל רשאי ואפי' ע"י זיז שמוציא לר"ה כיון דאינו בונה בתוך החלון אלא מחוץ לחלון הו"ל כרשותו: והמעייין בתשו' הרשב"א אלף קל"ב שהביא רבינו הב"י סי' קנ"ה מחו' א' ובדברי הב"י סי' קנ"ד מחו' י"ח ובבד"ה שם ובתשו' אבקת רוכל למר' סי' ק"ז ובדברי ריבות סי' ק"ז.

עיניו תחזינה ולבבו יבין דלהרשב"א ז"ל אויר ר"ה אף במקום שנהגו להוציא זיזין לא הוי כחצר השותפין ואינו זוכה אלא מן ההפקר: ומעתה מ"ש מר"ן בסי' קנ"ד סט"ו וה"מ וכו' אבל במקום שרשאי להוציאם לא הוי האויר שלפני עלייתו הפקר אלא הוי כחצר השותפין וכו' ע"כ. היינו לדעת הרא"ש ז"ל.

אבל הרשב"א פליג עליה וס"ל דלא הוי כחצר השותפין אלא הוי כהפקר. ומאי דמשמע מדברי מר"ן בסי' ד וסט"ו דדעת הרא"ש והרשב"א שוין.

היינו משום דבעיקר הדין שוין הם ולא פליגי אלא בטעמא: והנה דעת מר"ן ז"ל בש"ע בכל זה. כהרשב"א ז"ל.

דבמאי דפליגי הרא"ש והרשב"א ז"ל אי יכול למחות במקום שאינו מזיקו עכשיו דלהרשב"א יכול למחות ואם לא מיחה החזיק. הרי מבואר בש"ע סט"ז דהכי נקטינן.

ומ"ש ומיהו כ' הרמב"ן שנ"ל שאינו יכול להחזיק עליו הואיל ואינו מזיקו עדיין. לאו להלכה כתב כן.

אלא לאשמועינן שאינה אלא דעת יחיד. דכולהו הנך רבוותא רבינו יונה וסיעתיה ז"ל דס"ל דיכול למחות.

ס"ל ג"כ דאם לא מיחה החזיק והלכה כוותייהו. וכן מוכח מדברי הכנה"ג בתשו' ח"ב סי' ע"ג שהביא דברי הרא"ש ז"ל דס"ל דבמקום שאינו מזיקו עכשיו אינו יכול למחות וכיון שאינו יכול למחות אין לו חזקה.

וע"ז כתב אבל רבינו יונה וסיעתו סוברים דיכול לעכב ואם פתח יש לו חזקה ופסק כן הרב בס' הקצר והודה לו בס' המפה. ע"כ ע"ש.

הרי מבואר כמ"ש: ולפ"ז מ"ש ה' מהרי"א ז"ל בתשו' הנ"ל אנדון דידיה וזל"ה דאי חשבינן לאויר ר"ה כחצר השות' וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' כלל צ"ט אפי' היה בנוי כבר זה כמה קודם פתיחת החלון ועכשיו פתח ראובן חלונו יהיה דוחה אותו והטעם שכששמעון בנה כנגד האויר של עליית ראובן שלא כדין בנה שלא היה אותו האויר הפקר אלא זכותו של ראובן כיון שראובן יכול לפתוח שם בכל עת חלון ומה שלא עכב ראובן עד עכשיו על הבנין הוא מפני שלא היה מזיק לו ולא היה יכול למחות בו ואין מועיל חזקה אלא במקום מחאה אבל עכשיו שפתח חלונו ועתה מזיק לו יכול למחות בידו ע"כ יעו"ש.

שהביא ראיה מתשו' הרא"ש דבליטות. לדידן לא קי"ל הכי.

שהרי כל דבריו הם אליבא דהרא"ש ז"ל. ואנן לא קי"ל כוותיה אלא כהרשב"א דאף דאינו מזיקו יכול למחות ואם לא מיחה החזיק.

ומה גם דקי"ל דאויר ר"ה אינו אלא כהפקר כהרשב"א וכמו שפסק מר"ן כוותיה בסימן קנ"ד ס' ל"א: ועיין בט"ז שם סקט"ו שכ' וזל"ה ונראה שדעת המחבר לפסוק כדעת הרשב"א בסי"ד שהביא דעתו בסל"א שיכול השני להגביה כותלו אע"פ וכו' שאפי' אין לו חזקה ומשו"ה הביא שם בל' זה כ' הרשב"א וכו' להורות דקי"ל כרשב"א גם בהא דהזכירו בסט"ו ע"כ וכ"כ הכנה"ג בתשו' ח"ב סי' קי"א דמר"ן פסק בסי' קנ"ד סל"א כהרשב"א ז"ל: ומ"ש בדרישה סי' קנ"ט ס"ח וז"ל והא דכ' רבינו בסל"א תשובה לגאון דאין שמעון יכול להגביה כותלו ברשותו ולהאפיל על חלון ראובן שכנגדו שאני התם דמיירי דחלון דראובן היה בנוי קודם שקנה שמעון בית כנגדו ע"כ.

וכ"כ בסמ"ע סק"ע אדברי הרשב"א ז"ל דס' ל"א הנ"ל. אינו מוכרח דבתשו' הגאון כתב ומבוי קטן כשיעור שלש אמות ביניהם.

ואפשר דאותו מבוי לא היה מפולש. וכבר כ' מהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' רנ"ז בענין זה דמבוי מפולש דינו כר"ה אבל לא מבוי שאינו מפולש ע"ש: ונראה דלא גרע זה שלא היה לו בית מעיקרא.

מהך דיש לו בית ומוציא זיו. דכולהו בונין מחדש באויר ר"ה.

ומאחר דמצינו דמהרשד"ם שציין לו הכנה"ג. והכנה"ג והפ"מ והמט"ש ז"ל ס"ל דדעת הרשב"א דיכול לבנות מחדש ולהוציא זיו ולהאפיל.

ומנייהו מלכי דסברי שכן היא דעת מר"ן כמש"ל. א"כ ה"ה הך שלא היה לו בית מעיקרא.

ואם הדוחה יוכל לדחות ולחלק ביניהם. מ"מ נקוט מיהא דלא נוכל להכריח ולומר דגם זיו לא יוכל להוציא לדברי הסמ"ע הנז': ומעתה דין הוא טעמא למה שדנו רבותינו ב"ד שלפנינו נ"ן ונגרירים אנו אחריהם לדון שיכול הלה להוציא זיו ולבנות באויר ר"ה מחדש ולהאפיל לחלון שכנגדו.

והט' משום דמר"ן ז"ל ס"ל דהרשב"א ז"ל דס"ל דאויר ר"ה לא הוי כחצר השות' ופסק כוותיה בסל"א כמש"ל. ס"ל כהרא"ש דיכול להוציא זיו ולהאפיל.

ובפרט למ"ש הכנה"ג דראה בס' הקציר דברים שמתוכן נראה דהרשב"א ס"ל כהרא"ש בדין זה. ופירש דטעם הרשב"א בתשו' דאלף פ"ה.

לפי שפתח לר"ה ודרך המלך הוא שכל הבא לפתוח ולהוציא בליטה לחוץ אין מוחין בידו: אכן צריכים אנו לומר דבמדינות הללו דרך ר"ה היא של המלך לפי מ"ש הכנה"ג בתשו' לחלק כי היכי דלא תקשי תשו' הרשב"א אהדדי כמש"ל דההיא תשו' דאלף פ"ה וקל"ב דפסק מר"ן בסי' קנ"ד סל"א בהכי איירי: ובלא"ה מוכרחין אנו לומר כן.

שהרי מעשים בכל יום הרשות ביד כל אדם לפתוח חלונות בכותלו לצד ר"ה ואפי' בכל הכותל כל שהכותל שכנגדו סתום ואין פוצה פה ומצפצף ושום אדם לא מיחה ע"ז ואפי' מי שימחא לית דמשגח ביה דכ"ע ידעי דרשאי הוא לפתוח בכל כותלו כשאין חלון פתוח כבר כנגדו. ומוכרחין אנו לומר דה"ט משום דחשבינן ר"ה כהפקר וכל הזריז פותח ראשון ולית מאן דימחה בידיה.

דאי חשבינן ליא כחצר השות' א"כ היה יכול למחות. דמידי הוא טעמא להרא"ש ז"ל שכ' דהוי אויר ר"ה כחצר השות' ואינו יכול למחות.

היינו משום דס"ל דבמקום שאינו מזיקו עכשיו א"י למחות. וא"כ לדידן דקי"ל דאף כשאינו מזיקו עכשיו יכול למחות כמבואר בסי' הנז' סט"ז.

הכא נמי יכול למחות. דלצד דחשבינן אויר ר"ה כחצר השות' הו"ל כפותח לרשות חבירו על חרבתו או על גג של רעפים דקי"ל דיכול למחות.

ומה שחילק מור"ם שם בין פותח לרשות חבירו דהיינו חורבת חבירו לפותח לר"ה. היינו משום דאויר ר"ה הוי כהפקר ואינו יכול למחות כלל: וממוצא דבר אתה למד למאי דקמן.

דכיון דלפי המנהג יכולים האחים הנז' לקבוע צנורותיהם שם אלא שבאים בעלי אתברנא לעכב עליהם מצד החלון. אינם יכולים לעכב.

הגם כאשר יהיה האופן דחלון זה הוא בצו"פ או מלבן. כיון דחלון זה פתוח לר"ה.

דלא גרע קביעת הצנורות מהוצאת הזיזין דבונים מחדש באויר ר"ה ורשאים הם וכמש"ל. הכא נמי קביעת הצנורותו פשיטא דיכולים הם לבנות אפי' בסמוך ממש לחלון וכמש"ל.

ואע"פ שאין הדבר צריך ראייה. מ"מ כדי שלא לגמגם נאמר דהרי להרא"ש ז"ל בההיא דבליטות דחשיב לאויר ר"ה כחצר השות'.

כתב דרשאי הלה להוציא בליטתו ולהאפיל משום שאינו יכול למחות כשאין מזיקו עכשיו. וכשאין מחאה אין חזקה.

א"כ פשיטא דרשאי לבנות אפי' בסמוך ממש כיון שאין לו חזקה. וכמ"ש וז"ל ויכול שמעון לבנות לפני חלונו.

ומדהרא"ש ז"ל ושמע להרשב"א ז"ל דחשיב ליה כהפקר. דכבר כתבנו מכמה רבוותא דל"פ אלא בטעמא אבל לענין דינא שוין הם.

ואם באנו לידחק ולומר דהא דשויים הם היינו לענין דאינו צריך להרחיק ד"א אבל מ"מ אליבא דהרשב"א צריך הרחקה קצת. לאו מילתא היא.

דמלבד דדוחק לומר כן דא"כ היו צריכים להודיענו כמה צריך להרחיק וכמש"ל. ועוד הרי מהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' רנ"ז אחר שכתב דלא פליגי אלא בטעמא.

כ' וז"ל וכ"ת מה בינייהו בין הרשב"א והרא"ש ז"ל איכא בינייהו הבא לפתוח חלון על גג חבירו ע"כ. וכ"כ הכנה"ג הצגנו דבריו לעיל.

ולפ"ז היה להם לומר דאיכא בינייהו נמי הרחקה קצת. אלא ודאי לא.

ופשוט הוא. ולא הוצרכתי לכתוב זה אלא כדי שלא לגמגם: וכל זה הוא אם היה בחלון זה צופ' או מלבן.

ואולם בהאי גוונא דאנן קיימין דנמצא חלון זה בצורת עיגול. אף אם נאמין את אשר לא יאמין דבעלי אתברנא הם שחקקוהו בתכונה ההיא שלא כעדות הת"ח הנ"ל.

אפ"ה אין לו חזקה. דאין זה צו"פ או מלבן.

וכתב מר"ן בש"ע סי' קנ"ד סי"א וז"ל וי"א דהא דיש חזקה לחלון דוקא כשיש לה צורת הפתח או מלבן דבלא"ה לא הוי אלא כחור שחררוהו עכברים ע"כ. וכ' בב"י סי' הנז' וז"ל ופירוש מלבן משקוף מלמעלה ומלמטה מימין ומשמאל ופירוש צו"פ משקוף למעלה ומן הצדדים כדאמרינן בעלמא קנה מכאן וקנה מכאן על גביהן ואין לו משקוף למטה ע"כ.

וכיון דאין זה צו"פ ולא מלבן אין לו חזקה. ואפ"י אם נימא דאין דרך לעשות לחלון עגולה צו"פ או מלבן אפ"ה לא הויא חזקה.

כאשר נתבאר להלן בע"ה: איברא דמצינו להפרמ"א ז"ל ח"א סוסי"י קכ"ד שכ' וזת"ד ועל מה שנסתפק השואל שאין לחלונות אלו מלבן ולא צו"פ יראה לכאורה דהיא טענה והיא ממ"ש הנ"י והביאו הרב"י סי' קנ"ד סוף סעיף י"ו וז"ל הסכימו האחרונים דכי אמר יש להם חזקה דוקא כשיש להם צו"פ או מלבן דבלא"ה לא הוי אלא כחור שחררוהו עכברים ואפ"י לאורה אין לו חזקה ע"כ וביאר שם מהו מלבן או צו"פ כו' יעו"ש ואח"כ הביא תשו' הרשב"א שנראה חולק ע"ז שכ' חלון העשוי לאורה אין לו שיעור ובין אין לו פצימין בין יש לו פצימין כל שניכר לב"ד שנפתח לאורה יש לו חזק וכו' יע"ש וכ' ה' מהר"א ששון בסי' קפ"ג דמצי למימר בעל החצר קי"ל כהני והאחרונים ובונה ומאפיל לפני החלון יע"ש ולפי האמת יראה דאין זו טענה ובנ"ד כ"ע מודו דמעיקרא בענין חלונות של טבלה של זכוכית כל החלונות העשויות על דעת כן אין מנהג הבונים לשים מלבן ולא צו"פ ויש להם דין חלונות שי"ל צו"פ או מלבן כיון שכך מנהגם וזה פשוט הדבר בעצמו כמו שמיעדים כל הבונים.

יעו"ש שהביא ראייה ממהרשד"ם וכ' שכן מוכח מדברי מהרש"ך ח"ב סי' קל"ב ושכ"כ הכנה"ג סי' קנ"ד הגב"י אות ל"ב דכל דאין דרך לעשות מלבן וצו"פ דין חלונות יש להם עכת"ד: ולפ"ז כאשר יהיה האופן דבחלון עגולה אינם עושים צו"פ ולא מלבן דין חלון

יש לה ויש לה חזקה אליבא דכ"ע: ואולם כד דייקנא אשכחנא דההיא מילתא דהפרמ"א ז"ל לדעת מר"ן בב"י מידי פלוגתא לא נפקא.

ולדעת הנמק"י ורבוותא דעמיה אף דאין דרך לעשות צו"פ או מלבן אפ"ה אין לה חזקה. שהרי מר"ן בב"י אדברי הנ"י הנז' כתב ואפשר שהרמב"ם והרי"ף והרא"ש ז"ל כתבו כן משום דסתם חלון הוא במלבן או צו"פ.

וכ' ע"ז בבד"ה וז"ל ומ"מ בעשוי לאורה דהוי כ"ש פ"י ר"ת שאין לו שיעור ואפ"י פחות מטפח וכן נראה שהוא דעת הרמב"ם משמע דאפ"י בלא מלבן וצו"פ הויא חזקה דאין דרך לעשות מלבן וצו"פ לחלון פחות מטפח וכך הם דברי הרשב"א שאכתוב בסמוך ע"כ. ושוב כתב וז"ל ונראה מדברי נ"י שאפ"י לאורה אם לא היה לה מלבן או צו"פ לא הויא חזקה ואין נראה כן מדעת הרמב"ם כמ"ש בסמוך ע"כ.

והקשה הכנה"ג שם אות ל"א דבסמוך כ' דהרי"ף והרמב"ם לא כ"כ משום דסתם חלון הוא במלבן או צו"פ יעו"ש שהרבה לתמוה על רבינו הב"י והניח בצ"ע. וע"י בחידושי הגהות שסביב הטור שכ' וז"ל ולענ"ד כפי הגהת הבדק הבית בסמוך נתישב תמיהתו הראשו' דבאמת גם הרמב"ם ס"ל דבעינן מלבן או צו"פ אלא דבעשוי לאורה כיון דס"ל דאפ"י פחות מטפח ובזה אין דרך למלבן או צו"פ ס"ל לדעת הרמב"ם דלא בעינן מלבן או צו"פ ע"כ: והכנה"ג גופיה בתשו' ח"ב סי' קי"א חזר בו ותירץ ע"פ דברי הרב בבד"ה ע"ש שישב כל התמיהות וזל"ה וכיון דהרב ז"ל קא עסיק בחלון העשוי לאורה שפיר קאמר ואין נראה כן מדברי הרמב"ם ז"ל אע"פ שלמעלה רצה להסכים דבריהם לדעת הרב הנמק"י דלמעלה מיירי בסתם חלון ההיא ודאי לא היה צורך להרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל לפרש דדוקא בשיש לה צו"פ או מלבן דסתם חלון הכי הוי אבל כאן דמיירי בחלון קטן העשוי לאורה ואפ"י כ"ש ובחלון כ"ש אין דרך לעשות צו"פ או מלבן אם איתא שדעת הרמב"ם כדעת הרב הנמק"י דאף בזו צריך צו"פ או מלבן היה לו לפרש ולא לסתום ע"כ: עוד כ' וזל"ה דמרהיטת לישנא דהרשב"א שהעתיק הרב בב"י ז"ל משמע דלא כתב דבין אין לו פצימין בין יש לו פצימין יש לו חזקה אלא בחלון העשוי לאורה שהיא קטנה ואין דרך לעשות לה פצימין אבל בחלון צורי שהיא גדולה שדרך לעשות לה צו"פ אפשר דיודה לה' הנמק"י דבעינן צו"פ או מלבן ע"כ: עוד כ' וזל"ה ולפ"ז הרב הנמק"י חולק עם הרשב"ם והרשב"א ז"ל בחלון העשוי לאורה דלהרב הנמק"י אף בזו צריכה צו"פ ומלבן להיות לה חזקה ולהרמב"ם והרשב"א ז"ל אפ"י אין לה צו"פ ומלבן יש לה חזקה אבל בחלון צורי כולהו מודו דאם אין לה צו"פ או מלבן דאין לה חזקה אך אמנם מתוך דברי הרב ז"ל בס' הקצר והרב בעל המפה ז"ל יראה דס"ל דהרשב"א חולק עם הרב הנמק"י בכל חלון אפ"י חלון צורי ע"כ.

ונמצא לפי זה דדעת מר"ן בב"י דבחלון העשוי לאורה דס"ל לר"ת והרמב"ם דהוי כ"ש ואפ"י פחות מטפח דאין דרך לעשות לה צו"פ או מלבן הוא דפליגי. דלהרמב"ם ז"ל והרשב"א ז"ל כיון דאין דרך לעשות לו מלבן או צו"פ הוי דינו כיש לו.

ולהרב הנמק"י ורבוותא דעמיה ס"ל דאף דאין דרך לעשות לו צו"פ או מלבן אפ"ה אין לו דין חלון שיש בו חזקה עד דאיכא צו"פ או מלבן. ודעתו בש"ע היא דהרשב"א

והנמק"י פליגי בכל חלון בין גדול בין קטן אפי' פחות מטפח דהכי משתמען מלוהי דמר"ן.

שהרי בסעיף יו"ד קעסיק בחלון שיש בו חזקה ואיירי בין בגדולה בין בקטנה אפי' פחות מטפח. שהרי אמר בד"א כשפתחה לתשמיש וכו' אבל אם פתחה לאורה אפי' היתה קטנה ביותר.

ולשון זה הוא מדברי הרמב"ם בפ"ו מה' שכינים. וכו' בב"י דמדבריו דפ"ו מה"ש משמע דס"ל כר"ת דלאורה אפי' כ"ש אפי' פחות מטפח.

וא"כ גם מר"ן דנקט לשון הרמב"ם הכי ס"ל. ולפ"ז מ"ש אח"כ בס' י"א דהא דיש חזקה וכו' קאי אכל חלון דיש בו חזקה דאיירי ביה בס' יו"ד בין בחלון גדולה בין בחלון קטנה פחות מטפח דאין דרך לעשות לה צו"פ או מלבן ואתרוויהו כ' דאין לה חזקה.

וכמ"ש הכנה"ג דמדברי הרב בקצרו והרב במפה יראה דהרשב"א והנ"י פליגי אף בחלון צורי והיינו מדכתבו דבריהם בל' י"א וי"א שהוא לשון פלוגתא וקאי דבריהם אסעיף יו"ד דאיירי בתרווייהו. ונמצא לפ"ז דדעת מר"ן בש"ע דאף בחלון קטן פחות מטפח דאין דרך לעשות לו צו"פ או מלבן אפי"ה אין לו חזקה כשאין לו צו"פ או מלבן בהסכמת האחרונים שהביא הנ"י וא"כ למאי דקי"ל דדבריו בש"ע עיקר.

הכי נקטינן: ומעתה הפרמ"א שכ' דהיכא דאין דרך לעשות לו צו"פ או מלבן כ"ע מודו דיש לו דין חלון שיש לו צו"פ או מלבן ואפי' הנ"י מודה והביא ראיה ממ"ש הכנה"ג אות ל"ב ומזה פסק בנדון דידיה דלא שייך לומר קי"ל: אחר נשיקת הרצפה. מידי פלוגתא לא נפקא.

שהרי לדעת מר"ן בין בב"י בין בש"ע ושכן היא דעת מור"ם. דפליגי הנמק"י והאחרונים אף בפחות מטפח דאין דרך לעשות לה צו"פ או מלבן וס"ל דלא הוי חזקה ומר"ן בהדייהו.

וא"כ אף לדידהו דאזלי בתר דגל הקי"ל. יכול המוחזק לומר קי"ל כמר"ן ומור"ם דס"ל דפליגי וקי"ל כהנמק"י והאחרונים ומר"ן דס"ל דלא הוי חזקה.

ויכולים לבנות כנגדו ואפי' בסמוך ממ"ש וכדאייתי איהו גופיה מעיקרא ממהרא"ש ז"ל: ומה שהביא ראיה הפרמ"א ז"ל מהכנה"ג ז"ל דסי' קנ"ד אות ל"ב. הכנה"ג גופיה הדר ביה בתשו' הנז'.

דבכנה"ג סליק אדעתיה לומר דהרשב"א והנ"י לא פליגי ולכן כ' וז"ל ואפשר לי לומר דהרשב"א ונמק"י ל"פ ומה שנראה מדברי הרשב"א דאפי' אין לו פצימין יש לו חזקה מיירי בחלון פחות מטפח דלחלון העשוי לאורה אין לו שיעור כמ"ש הרשב"א בתשו' הנז' ובחלון פחות מטפח אפי' בלא מלבן וצ"פ החזיק אפי' לנמק"י דאין דרך לעשות מלבן וצו"פ לחלון פחות מטפח וכמ"ש רבינו המחב"ר בס' בד"ה. ע"כ.

ובתשובה דייק טפי ואסיק דפליגי וכו' וז"ל ואני בס' הכנה"ג חז"מ מ"א בס' קנ"ד בהגב"י אות ל"ב כתבתי להסכים דעת הרשב"א עם הרב הנמק"י ולפי אותו דרך יוצא דאף הרב

הנמק"י מודה דלא בעינן צו"פ או מלבן בחלון מצרי ועכשיו אני רואה שאין קיום
והעמדה לישוב זה והעיקר כמ"ש כאן.
ע"כ.

ולא זכר ש'ר את כל זה: באופן דבנ"ד הגם דנימא דבעלי אתברנא הם שעשו אוהו בצורת
עיגול. ונימא נמי דחלון זה דרך להיות בו צו"פ או מלבן.

אפ"ה אין לו דין חלון שיש בו חזקה כיון שאין לו צו"פ או מלבן דדמי לחלון העשוי
לאורה שהוא פחות מטפח דאין דרך לעשות לו צו"פ או מלבן וכמ"ש רבי' הב"י בבד"ה.
ואפ"ה פסק מש"ע שאין לו חזקה.

ובפרט לעדות הת"ח הנז' י"ץ דידענא ביה דגברא מהימנא ודייק טפי בסהדותיה. שהעיד
שהבנאי כשהיה בונה ומייפה צורת הכותל מבחוץ הוא שצייר אותה כדי שיהיה כל
הכותל נאה לעיני הרואים ומעיקרא לא היתה רק כעין נקב שבו נכנס ראש האלפרדי
למרמס רגל הבנאי.

דודאי אין כאן חזקה כלל. וגם מתכונת המחבוא אשר בו פתוח החור הנז' ניכר דלא היה
לשם חלון כלל.

כמו שטענו האחים הנז' דברים של טעם. ודברי אמת ניכרים למישרים אורחותם הולכי
נתיבות מעגלי האמת והצדק.

ונכחדים מהולכי אורחות עקלקלות. וה' ינחנו בדרך אמת.

לדון ולהורות משפטי ה' אמת. ויצילנו משגיאות.

ויראנו מתורתו נפלאות. הכ"ד החו"פ פאס יע"א באלול המ' לתשובה מש' לעשות הטוב
והישר בעיני ה' היא שנת התרנ"ח ליצירה וקיים: ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט ראיתי מ"ש
הר"ב הפוסק הי"ו שלמה בחכמתו.

שהלכה כמותו. כי כל דבריו אמת וצדק והנני עונה אחריו אמן בפה מלא ודעתי כדעתו.
ולראית אמו"ץ ח"פ: ע"ה יהודה בנימין סירירו י"ץ סימן נ"ח. תשובת הרמד"ל י"ץ על
דברי ראו ראינו מ"ש הרב הפוסק על"מ יש"ץ.

ותחילה כ' דגם לצד אם החור ההוא היה חלון גמור עשוי כהלכתו בצו"פ או מלבן. עכ"ז
לפום מנהגינו דאין בני ר"ה יכולים לעכב מלקבוע שם צנורות.

הוי מקום קביעות הצנור בר"ה כקנוי לבעל הצנור והוא רשות שלו. ולזה יכולים האחים
הנ"ב הי"ו לקבוע צנורות שופכיהם סמוך לאותו חלון ולהאפיל.

הגם שכבר קדם בעל הכותל ופתח שם חלון לר"ה. וחיליה ממ"ש מר"ן ז"ל סי' קנ"ד
ס' ל"א בשם הרשב"א ז"ל בפותח חלון לר"ה דיכול שכנגדו לבנות ולהאפיל.

והיה טעמו משום שיש חוקי המלך במקום ההוא. שהדרך היא של המלך וכו'.

ובחילוק האחרון להכנה"ג ז"ל אשר חילק בתשו' ח"ב סי' קי"א כדי לישב תשובות הרשב"א ז"ל. ולא שנא בין אם שכנגדו היה לו כבר בית והוא רוצה עתה לבנות בשלם להגביה כותלו בלתי הוצאת זיזין או בהוצאת זיזין.

וכן אם שכנגדו לא היה לו כבר בית ועתה הוא אז בא לזכות ולבנות מחדש. דלא גרע זה שלא היה לו כבר בית מעיקרא מהך שהיה לו כבר בית ועתה הוא מוציא זיז.

דבשניהם הוי הם בונים מחדש. וכי היכי דבמוציא זיז לר"ה.

במקום שיש חוקי המלך שהדרך היא של המלך יכול לבנות ולהאפיל. כמו כן מי שלא היה לו כבר בית והוא עתה בא לזכות ולבנות שיכול הוא לבנות ולהאפיל.

ודלא כמהר"י אדרב"י ז"ל סי' ק"ז. עוד כתב י"ץ.

דכן משתמע מלוהי דהכנה"ג ז"ל שם בתשו' שכתב ז"ל ועכשיו אני רואה שאין צורך לכל החילוקים הללו וכו' דהיינו ר"ל גם לענין דינא. לא לבד רק לענין ישוב תשובת הרשב"א ז"ל דאלת"ה הי"ל לפרש ולא לסתום.

עוד כתב י"ץ דמה שסיים מר"ן ז"ל סי' קנ"ד סו"ס ט"ז ז"ל. ומיהו כתב הרמב"ן ז"ל שנ"ל שאינו יכול להחזיק עליו הואיל ואינו מזיקו עדיין ע"כ.

לא להלכה כתב כן רק לאשמועי' שזו היא סברא יחידא. עוד כתב לדמות קביעות הצנורות להוצאת זיזין.

דשניהם הוי בונים מחדש באויר ר"ה ורשאים הם. זהו תוכן דבריו י"ץ תחילה בקצור בענין זה: ואני שמעתי ולא אבין.

דעם היות דחילוקו השני של הכנה"ג ז"ל בתשו' במוציא זיז לר"ה לדידן אינו קם לדינא. כנראה מכללות דברי מר"ן ז"ל סי' קנ"ד למעיינ בו.

וכמ"ש ה' הפוסק י"ץ משם הכנה"ג ז"ל מ"מ חילוק הראשון ז"ל שם בפותח חלון למקום הפקר. לדידן הוא קם לדינא.

וכמ"ש מר"ן ז"ל שם סכ"א והם דברי הרמב"ם ז"ל ריש פ"ז מהל' שכנים. זל"ה מי שהיתה לו חלון בכותלו.

ובא חבירו ועשה חצר בצדו אינו יכול לומר לבעל החלון זה סתום חלונך זה כדי שלא תביט בי. שהרי החזיק בהיזק זה.

ואם בא חבירו לבנות כותל כנגד החלון כדי שיסיר היזק ראייתו. צריך להרחיק את הכותל מכנגד החלון ד' אמות כדי שלא יאפיל עליו וכו' עכל"ה.

וכתב הסמ"ע ז"ל שם סק"ן זל"ה. קשה מה היה מתחילה.

אם היה מקום הפקר. וקאמר כאן דזה החזיק באור חלונו מההפקר.

שוב אין חבירו שבא לזכות אחריו בצדו ג"כ מהפקר ולבנות חצרו יכול להאפיל עליו או לומר לו סתום וכו'. קשה למה סיים וכתב שהרי החזיק בהיזק זה.

הרי בשעה שפתח חלונו לא היה היזק זה. והול"ל שהרי זכה זה מהפקר.

ועוד דמור"ם מסיק וכתב וכל זה בבונה חלון ע"ג חצר וכו'. הול"ל וכל זה בבונה חלון ע"ג הפקר וכו'.

אלא מיירי נמי כשפתח חלון לחצר חבירו המוקדם לו והחזיק בו וכו'. עכל"ה ע"ש: הרי שהוא ז"ל לא תמה אלא על סיום לשון דברי מר"ן ומור"ם ז"ל.

ולא על עיקר הדין. גם סיים וכתב אלא מיירי נמי כשפתח חלון לחצר חבירו וכו'.

משמע דאיירי בשניהם גם בפותח חלון על מקום הפקר שלא היה שם כבר בית וכו'. ודינא הוי שהוא זכה תחילה.

והבא אחריו לזכות גם הוא מההפקר ולבנות חצר בצדו. צריך להרחיק ד"א כדי שלא יאפיל.

וכמ"ש הרמב"ם ומר"ן ז"ל שם. וכן מצוי להסמ"ע ז"ל ג"כ שם סי' ל"א על מ"ש מר"ן ז"ל שם סי' ל"א בשם הרשב"א בפותח חלון לר"ה שאם שכנגדו בא להגביה כותלו מגביה ואינו נמנע.

ואע"פ שאין ביניהם ד"א ע"כ. וכתב הוא ז"ל שם סק"ע ז"ל והיינו כשפתח חבירו החלון.

היה זה כבר מוחזק בחצרו וכמ"ש לעיל בסו"ס ט"ז ובס' כ"א ודו"ק עכ"ל. מזה מבואר להדיא ג"כ דאם חבירו עדיין לא היה מוחזק כבר בחצרו ואח"ך אז בא לזכות ולבנות.

צריך הוא להרחיק ד"א כדי שלא יאפיל: וטורא גבא בין פותח חלון לר"ה נגד חבירו אשר כבר התחיל ובנה שם בית דמהך שעתא רשאי היה להוסיף להוציא זיזין והוי רשותו לו לבדו ואין לזרים אתו. והוי בזה שפיר בדידיה קא בני או משום חוקי המלך אשר יש שהדרך היא שלו.

לא כן הפותח חלון למקום הפקר. אשר שם לא שייך חוקי המלך.

גם לא היה שם כבר בית לשום אדם. ואור הסמוך לחלונו עודנו הפקר היה בהך שעתא וקדם הוא וזכה בו בפתיחת החלון.

ורשותו לחוד הוי מהך שעתא. לכן השני הבא אחריו ג"כ לזכות מההפקר ולבנות.

צריך להרחיק ד"א. דלאו בדידיה קא בני אלא בדחבריה: וכן משמע ג"כ מדברי מר"ן הב"י ז"ל סי' קנ"ד מחו' י"ח שאחר שהביא תשו' הרשב"א ז"ל סי' אלף פ"ה במי שקדם ופתח חלון לר"ה.

שאם בא השני שכנגדו להגביה כותלו מגביה ואינו נמנע ואע"פ שאין ביניהם ד"א. סיים הוא ז"ל וכתב ז"ל ודבר זה שכתב שהפותח חלון לר"ה שכנגדו יכול להגביה כותלו ואע"פ שאין בין הכותל לחלון ד"א.

זר הוא בעיני. דמתניתין סתמא קתני ומכנגדן ד"א שלא יאפיל.

ולא חילק בין פותח לרה"י לפותח לר"ה. וגם דברי הרמב"ם בסתם הם שנויים.

עוד שם בבד"ה כתב ז"ל וכן יש לדקדק מתשו' הרא"ש שכתב רבי' בסי' זה ראובן הוציא בליטת עלייתו לחוץ וכו'. הילכך אין חזקה לראובן.

ויכול שמעון לבנות לפני חלונותיו ע"כ. והרי שם מיירי בפותח לר"ה.

וטעמו דאין לו חזקה. הא אבל יש לו חזקה אינו רשאי לבנות עכ"ל.

וסיים שם בב"י ז"ל ומיהו מלשון רבינו יש לדייק שסובר כדברי הרשב"א שכתב ראובן שהחזיק בחלונו שפתוח לחצר שמעון. דמשמע דבפתוח לחצר חבירו דוקא מיירי ולא בפתוח לר"ה.

ובתשו' הרשב"א שאכתוב בס' קנ"ה נתבאר טעמו ע"כ. הרי דגם בפותח חלון לר"ה נגד כותל חבירו אשר כבר יש לו בית שם.

הוא ז"ל תחילה תמה וקאמר שהשני צריך להרחיק ד"א. וע"ז הוא שסיים וקאמר ומיהו מלשון רבינו וכו' שסובר כהרשב"א.

ומטעם הכתוב שם בתשו' הרשב"א שהביא הוא ז"ל בסי' קנ"ה מחו' א' דבשלו שהיה לו כבר הוא בונה שאינו רשאי לשעבד רשות חבירו ושלא מדעתו. משמע דבפותח חלון למקום הפקר במקום שלא היה לחבירו שם כבר בית.

שהשני הבא אחריו לזכות. צריך להרחיק ד"א: וכן מצינו ג"כ להריב"ש ז"ל סי' שכ"ב הביאו מר"ן הב"י ז"ל סי' קנ"ה מחו' ח'.

ופסקו בש"ע סי' קנ"ד ס' ל"ב. ז"ל שאלת מי שזכה בהפקר חלקת הקרקע.

ובנה שם בתים ועליות בחלונות ופתחים ותנור של יוצרים ובה"כ וכיוצא בהן מן הדברים שאין להם חזקה. לימים בא אחד וזכה מן ההפקר ובנה אצלו בתים ועליות וחצרות.

ואיך שיהיה. או שמצב בניינו יחייבהו.

או שלימים נפל בניינו. ונשאר השני ניזוק מן הראשון.

הן מהיזק ראייה הן מנזקים אחרים. ותובע השני לראשון שיסיר היזקו דנזקין דגירי על המזיק להרחיק.

והראשון טוען אתה מזיק בעצמך שבנית אצלי. ואיני נקרא מזיק.

אבל אתה בעצמך הוא שבנית באופן שאהיה מזיק לך. ועוד שאני כבר זכיתי בכל זה הקרקע בכמו שיוכל להגיע נזקי הדברים אשר בניתי פה טרם בואך.

ואמרת וכו'. ונראה לך שהדין עם השני וכו'.

וטענת הראשון אינה טענה. שהשני ברשות זכה מן ההפקר.

וכשהראשון מזיקו מתרין בו וכו'. וטענתו השנית ג"כ אינה טענה.

שהרי לא זכה בחלק ממנה ולא בגופה ולא בדבר שיהיה מגופה. ודוקא בדין אפילה אמרו המפרשים ז"ל שזכה באורת הקרקע ההוא.

אבל בכיוצא בזה לא זכה כלום: תשובה נראה לי ברור. שהדין עם הראשון.
דכיון שזכה מן ההפקר וקדם לעשות חלונותיו ופתחיו בשעה שלא היה מזיק לשום אדם.
ולא היה אדם יכול למחות בידו.

אין לו לסתום חלונותיו ולסתור בניינו מפני שבא חבירו אחר כן וזכה מן ההפקר בחורבה
הסמוכה לו ובנה שם בתים בענין שיהיה ניזוק מן האחר בהיזק ראייה או באותן שאר
נזקים. ואע"ג דגירי נינהו שהרי השני הוא המביא הגירי על עצמו.

הא למה זה דומה לזורק חץ במקום שאין בני אדם שם. וראה חבירו והוציא ראשו
בכוונה וקבלו והוזק בו.

וראייה לזה וכו' ומה שנראה מן הסוגייה וכו'. שעל המזיק להרחיק את עצמו בניזקין
דגירי ואע"פ שסמך מתחילה קודם שיהיה הניזק שם.

זהו בסומך וכבר חבירו הוא שם ר"ל שיש לו קרקע שם אלא שאינו מזיקו עתה וכיון
שהיה לחבירו קרקע סמוך לו שהיה יכול עתה ג"כ לעשות בשלו. והאחד היה צריך
להרחיק מלהזיקו עתה.

הנה אע"פ שהאחר קדם לא זכה שלא יצטרך להרחיק כשיהיה שם הנזק אבל כשקדם
וזכה מן ההפקר וסמך ברשות אין הזוכה אחריו יכול לכופו להרחיק אפ"ל בגירי וכו'.
והרמב"ם ז"ל כן כתב בפ"ז מהל' שכנים וז"ל מי שהיתה לו חלון בכותלו ובא חבירו
ועשה חצר בצדו.

אינו יכול לומר לבעל החלון סתום חלון זה כדי שלא תביט בי. שהרי החזיק בהיזק זה.
עכ"ל"ה יעו"ש: הרי שגם על היזק ראייה ושאר ניזקין הבאים מן הראשון אל השני. שדעת
השואל היתה שהדין עם השני.

והראשון צריך לסתום חלונותיו ולהרחק כל נזקו. השיב הוא ז"ל שאינו כן והדין עם
הראשון.

והשני הוא שצריך להרחיק עצמו מהם ולא הראשון. שכבר הוא זכה בקדימתו מן
ההפקר.

אבל על דין אפילה שגם השואל דעתו כן היתה שהשני צריך להרחיק. וכמ"ש בסוף
השאלה הנ"ב ז"ל ודוקא בדין אפילה אמרו וכו' שזכה באורת הקרקע שהוא וכו'.
על זה לא השיב ז"ל וקבלה בשתיקה. דאל"כ לא הו"ל לשתוק וזהו טעמא שלא נזכר
דין אפילה בדבריו להדיא.

יען דתשובתו היתה רק לסתור דעת השואל בחלון נגד חלון ושאר ניזקים הבאים
מהראשון אל השני. וזהו טעמא ג"כ כשהביא אח"ך דברי הרמב"ם לא הביא רק תחילת
דבריו בחלון נגד חלון הצריך לראיה לענין תשובתו.

ולא סיום דבריו דאיירי בדין אפילה. דזה כבר קבלו בשתיקה ולא הוצרך לו לראיה וזהו
טעמא ג"כ למר"ן ז"ל כשהביא דברי הריב"ש שם בב"י ופסקו בש"ע סוס"י קנ"ד לא
הזכיר רק דין היזק חלון נגד חלון הבא מהראשון אל השני המוזכר בדבריו להדיא.

ולא דין אפילה שלא הוזכר להדייא בדבריו. גם משום שכבר בדין אפילה הביא דברי הרמב"ם ז"ל ופסקו שם סי' כ"א וכמש"ל: וכן מצוי להדייא לה' ויאמר יצחק ח"ב סי' קע"ט בראובן אשר בנה חצר בחורבה אשר נתן המלך ליהודים לבנות בה בתים וחנויות. ופתח בה חלונות הרבה בכותל רוח אחד על אויר מבוי רחב שאינו מפולש אשר אחורי הכותל ההוא. וזכה באורת האויר ההוא.

ושוב לאחר זמן בא האלנאדי"ר ובנה חנויות לזכות האלמכז"ן באותו מבוי אחורי הכותל ההוא למטה מהחלונות. ושוב אחר זמן בא שמעון ונטל רשות מהשררה לבנות עליה ע"ג אויר החנויות ההם.

באופן שע"י הבנין ההוא הוא צריך לסתום החלונות של ראובן. והשיב הוא ז"ל ע"ז. שאם שמעון היה זוכה באותו קרקע שאחורי כותל ראובן והיה בונה החצר משלו. לא היה יכול לסתום החלונות של ראובן.

וצריך להרחיק בניינו ד"א כדי שלא יאפיל. אחר שראובן קדם ופתח חלונותיו וזכה מן ההפקר.

וראיתו מהך דהריב"ש ז"ל הנ"ל אשר פסק מר"ן ז"ל סוס"י קנ"ד. אשר סיים וכתב ולא עוד אלא שאם בא השני להזיקו בהיזק ראייה וכו'.

אינו רשאי ע"כ. וכתב הוא ז"ל ולפ"ז ה"ה נמי שאין השני יכול לסתום חלונותיו של ראשון וכו'.

וצריך להרחיק ד"א מכנגד חלונותיו של ראשון וכו' וסיים זל"ה וכן בא מבואר בתשו' הריב"ש ז"ל סי' שכ"ב שממנו מקור דין זה. שכתב וז"ל נ"ל ברור שהדין עם הראשון. שכיון שזכה מן ההפקר וקדם לעשות חלונותיו וכו' בשעה שלא היה מזיק וכו' ולא היה אדם יכול למחות בידו. אין לו לסתום וכו' אלא כיון שגם השני מזיק עליו להרחיק כל ההרחקה.

שהראשון זכה בקדימתו וכו'. עכ"ל ע"כ.

הרי להדייא כמ"ש. דמי שקדם ופתח חלון למקום הפקר אשר לא יש שם כבר בית. שהשני הבא אחריו לזכות גם הוא ולבנות צריך להרחיק ד"א כדי שלא יאפיל על הראשון אלא שנראה שהוא ז"ל מדקדק זה מדברי הריב"ש ז"ל עצמו. וכמבואר להדייא זה בדבריו ז"ל.

עוד שם מביא ראייה לזה מדברי הסמ"ע ז"ל שם סק"ן על מ"ש מר"ן ז"ל שם סי' כ"א וכמ"ש לעיל. עוד שם מביא ראייה לזה מס' חוט המשולש סי' נ"ז ז"ל א"כ לענין הנדון שלפנינו בשתי הטענות של החלונות העשויות לאורה וכו' הדין עם החכם.

ברם וכו' וא"כ החזיק וקנה אותם וקנה כנגדם בקרקע החורבה שאחריהם ד"א. וזה לדעת כל חכמי ישראל בלתי שום חולק כלל ע"כ.

וכ"כ הרב פרמ"א ח"א סי' כ"ו ע"ש. עכ"ל"ה יעו"ש באורך: עוד כתב י"ן.

דכן משתמען מלוהי דהכנה"ג ז"ל בתשו' שם. שאחר ב' החילוקים כתב ועכשיו אני רואה שאין צורך לכל החילוקים הללו וכו'.

דמזה משמע דהיינו גם לענין דינא וכו' דאלת"ה לא הו"ל לשתוק אלא לפרש וכו' ע"כ. משמעות זה לא ידענו מהיכא.

דהלא לא כתב הוא ז"ל ועכשיו אני רואה דליתנהו לכל החילוקים וכו' דהוה משמע דליתנהו כלל גם לענין דינא. רק כתב שאין צורך וכו' ותו לא.

דהיינו ר"ל לענין ישוב תשובות הרשב"א ז"ל לחוד. אין צורך להנהו חילוקים.

דיש לישוב ולחלק באופן אחר בין אם יש חוקי המלך שהדרך היא שלו או לא. ושלתם בר"ה מיירי: גם מ"ש עוד י"ץ.

דמה שסיים מר"ן ז"ל בסי' קנ"ד סו"ס ט"ז ז"ל ומיהו כתב הרמב"ן שאינו יכול להחזיק עליו הואיל ואינו מזיקו עדיין ע"כ. דלאו להלכה כתב כן רק לאשמועינן שזו סברא יחידאה היא ע"כ אתמהה.

אטו כל סברא יחידאה מעלה אותה על שולחנו ולמאי נ"מ בכאן אשמועינן זה מר"ן ז"ל. ועוד משפט לשון זה שכתב מר"ן ז"ל ומיהו כתב הרמב"ן וכו'.

נהר"א נהר"א ופשטיה יורה יורה להדיא שלהלכה העלהו. ועוד אם לא להלכה העלהו מר"ן ז"ל ודינה הוי רק כהרשב"א ודעמיה דכיון דיכול למחות אם לא מיחא החזיק.

וחבירו אינו יכול לבנות ולהאפיל גם השתא בעוד שאינו מזיק ולא לכופו לסתום לאחר שיביא ההיזק כגון לאחר הסרת הרעפים וכיוצא. א"כ אהיכא סמכו מה שרצו הם עצמם יש"ץ לדון בימים החולפים בחלון הפתוח על גג החנות שאין בו תשמיש כגג של רעפים ופסקו לפי הנשמע דאין חזקה לבעל החלון כיון שאינו עשוי לתשמיש.

ובעל גג החנות יכול לבנות ולהאפיל. והלא להרשב"א ודעמיה.

כיון שלא מיחא בעל גג החנות. החזיק בעל החנות.

ואין בעל הגג יכול לבנות ולהאפיל גם בעוד שאין מזיקו ולכופו לסתום לאחר וכו'. אבל כשנאמר דלהלכה העלהו אתי שפיר.

דלהרמב"ן ז"ל הגם שהוא יכול למחות ואם לא מיחא החזיק. היינו בעוד שאינו מזיקו הוי החזיק ואין חבירו יכול לבנות ולהאפיל כגון קודם הסרת הרעפים וכיוצא.

אבל לשלא לכופו לסתום גם לאחר שיבוא ההיזק דהיינו לאחר הסרת הרעפים וכיוצא אינו יכול להחזיק. ויכופנו לסתום.

ושפיר מצי חבירו לאחר שיבוא לו ההיזק לבנות ולהאפיל או לכופו לסתום. ועי' לה' פתחי תשובה שם.

ולזה בהך נדון שבעל גג החנות רוצה היה לבנות שם עליה. וממילא היה ניזוק מהך חלון.

שפיר הוה מצי לבנות וכו' או גם לכופו לסתום. לולא שהיה שם טעמא אחרינא אשר עכבו מלבנות.

כמשו"ח אצלינו במקום אחר: והא דתחילה הוצרך מר"ן ז"ל לפסוק כהרשב"א ודעמיה ולא הוי סגי ליה בקצרה לפסוק כהרמב"ן ז"ל לחוד. וכמו שסיים. הוא משום.

דתחילה בא לומר דרבים הם לוחמים על הרא"ש ז"ל ומכללם גם הרמב"ן ז"ל וס"ל הגם דעכשיו אינו מזיקן יכול למחות וכו'. וכוותייהו נקיטינן.

ושוב ראה לפסוק כהרמב"ן ז"ל בזה דהואיל ואינו מזיקו עדיין. אינו יכול להחזיק עליו לגמרי.

ויכול הוא לבנות וכו' כשיבוא לו ההיזק. או לכופו גם לסתום.

ומ"ש יש"ץ בשם הכנה"ג בתשו' שאחר שהביא דברי רבינו יונה וסיעתו דיכול למחות ויש לו חזקה. כתב שכן פסק בקצרה והודה לו במפה ע"כ.

ר"ל דהכוונה היא רק על דין זה שיכול למחות וכו' ויש לו חזקה בעוד שאינו מזיקו ולאפוקי מסברת הרא"ש ז"ל דאינו יכול למחות ואין לו חזקה. אבל באותו פרט אשר פסק מר"ן כהרמב"ן מזה לא איירי הוא ז"ל: וכן מצוי להדייא לה' ויאמר יצחק ח"ב סי' ר"ג שלהלכה העלה מר"ן ז"ל ס' הרמב"ן ז"ל על שלחנו זל"ה.

וראיה לזה מדין פותח לחורבה שפסק מר"ן כדעת הרמב"ן ז"ל שאינו יכול להחזיק עליו הואיל וכו' ע"כ: גם מ"ש דלא גרע מקום קביעות הצנורות דכקנוי הוא להם לפום מנהגא. מהוצאת זיזין שהם בונים מחדש ורשאים הם וכמש"ל.

הכא נמי קביעות הצנורות ע"כ. לא דמו כעוכלא לדנא.

דשאני הוצאת זיזין לשניהם יש חוקי המלך. לזה לפתוח חלון ולזה להוציא כנגדו זיזין. הוא שרי והוא אסר. אבל קביעות הצנורות אין חוקי המלך בהם רק מנהגא שאין בני ר"ה יכולים לעכב.

ומה לו לבעל החלון לבני ר"ה. אטו משום שהם אינם יכולים לעכב.

יופקע גם הוא מזכותו הקדומה לו מחוקי המלך. וגם לטעמא דבדידיה קא בני.

שאני הוצאת זיזין. אותו האויר הוא לו לבדו לבעל העליה הסמוכה ואין לזרים אתו.

ושפיר הוי בדידיה קא בני. אבל מקום קביעות הצנורות.

לא לבד לבעל הצנורות הוי רשותם לקבוע. שגם לבעל הכותל הוי רשותו לפתיחת חלון וכיוצא וכל הקודם זכה.

וכיון שקדם בעל הכותל ופתח שם חלון זכה והוי רשותו ושוב אין לבעל הצנורות לקובעם. דלא בדידהו קא בנו אלא בדחבריייהו: ועוד אעיקרא דהאי דינא פריכא.

דלא ראינו ולא שמענו שום צנורות נקבעו גם נגד החלון שהיה פתוח וכפו בעליו לסותמו. וכולם הם רק במקום כותל הסתום.

גם הגע עצמך דיכול לקבוע צנורות גם נגד פתח החצר הנפתח מחדש במקום הסתום דמאי שנא. וזה ודאי לא יעלה על דעת שום בר שכל לאומרו.

ויכולים אנו לומר לאידך גיסא. שכן הוא המנהג שלא לקבוע צנורות מקום הפתוח בו חלון וכיוצא.

רק במקום הסתום בכותל: גם מ"ש י"ץ. דמדבריהם דרבנן אנו למדין וכו' והרשב"א פליג עליה בהאי טעמא וכו'.

ומ"מ אזיל ומודה וכו' והט' משום דס"ל דאף דנהגו להוציא וכו' לא הוי כחצר השותפים אלא דרך ר"ה היא של המלך. ורצון המלך הוא שכל א' יבנה ויפתח וכו' ויזכה וכו' כזוכה מן ההפקר.

ואולם דוקא שלא יפתח כנגדו וכו' אבל אם בא לבנות ולהאפיל רשאי ואפילו ע"י זיו וכו' דכיון דאינו בונה וכו' הו"ל כרשותו והמעייין וכו' דלהרשב"א וכו' לא הוי כחצר וכו' אלא כזוכה מן ההפקר ע"כ. לשון זה אינו מדוקדק.

או הוא טעות המעתיק. דמאי ואולם דוקא לענין שלא יפתח כנגדו וכו' אבל אם בא לבנות ולהאפיל רשאי דכיון וכו'.

גם מאי הו"ל כרשותו. דלפי מ"ש תחילה דהרשב"א פליג וכו' והיינו טעמא משום דס"ל דדרך ר"ה היא של המלך ורצון המלך הוא שכל א' יבנה וכו' דהיינו ראשון גם שני הבא אחריו יבנה ויפתח וכו'.

א"כ איפכא הו"ל למימר ואולם זה דוקא לענין שיכול השני לבנות ולהאפיל. אבל לפתוח חלון כנגד חלון אינו רשאי שיאמר לו אל תזיקני וכו' כדרך שבעל וכו': כל זה הגם שאינו ענין לנדונינו.

כתבנו רק להתלמד למקום אחר. אמנה בנד"ד מהנראה פשוט.

שמצד מצב החור ההוא ותכונתו והווייתו מיום הולדו ע"י האחים הנ"ב הי"ו. עד בוא עתו.

הוא כמאן דליתיה וכלבוד דמי ומהנראה שגם לגבי בעלי החור כן הוא בודאי. כאשר אנו רואים סוף מעשה.

במחשבת בעל החור ההוא לא היה תחילה להחשיבו ולהתכוין להחזיק בו. גם לסוף בבואם לערער.

בעומדם לדין תחילה. על דל שפתם לא העלו טענת חור זה.

רק באו בטענות אחרות. ושוב אח"כ בראותם שהם ללא יועיל ע"פ הדין.

אז דחקו ונכנסו בטענת חור זה כנ"ב. וכל זה היא תוכחת מגולה שפיר שגם בעיניהם איננו חשוב החור ההוא מתחילתו ועד סופו מצד איכותו.

באשר לא עמלו בו ולא גדלוהו. ושוא עמלו בוניו בו.
ללא תועלת להם בשום אופן. ורק כחור שחרוהו עכברים הוי.
וכמאן דליתיה דמי. וחזקה אין בו.
וכמ"ש ה' הפוסק על"מ י"ץ. אצל"ה.
והאריכות בזה היא רק יגיעת בשר והלאות אנשים זהו הנלע"ד. וצויי"מ וימ"ן.
ולראיה ח"פ פאס יע"א אור לאחד עשר לכסלו משנת התרנ"ט ליצירה וקיים: ע"ה יצחק
אבן דנאן ס"ט סימן נ"ט. וזאת תשובתי אליו הנה חזיתיה.
לה' מ'ר דודי לי י"ץ. אשר ברוח מבינתו.
עורר חניתו. והשג ישיג.

פעמים בא בקצרה תוכן דברי אפס קצוהו פרט למצטרך. שרטט וכתב וז"ל ואני שמעתי
ולא אבין וכו' מ"מ חילוקו הראשון שם בפותח חלון למקום הפקר לדידן קם לדינא וכ'
מר"ן ס' כ"א וכו' וכ' הסמ"ע סק"ן וכו' וכן מצינו להסמ"ע והב"ד הסמ"ע דסק"ע יעו"ש
בדב"ק: והנה טרם אבואה להשיב על דב"ק.

אערכה לפניך קנצי למילין ממאי דכתבינן אנן בעניותין בפס"ד הראשון עם קצת תוס'
ביאור. כי מעיקרא סמכנו דהמעייין ישית רוחו עליהם.
ובנקל יזכה ויבחין דבר דבור על אופנו. וזה החלי.
וה' אלד'ים יעזור לי. הלא מראש בס'דר דברתי.
תחילה הנה הבאתי. את דברי מהר"י אדרבי ז"ל סי' ק"ז.

וגם דברי הכנה"ג ז"ל דסי' קנ"ה אות ג' דמקשה דברי הרשב"א ז"ל אהדדי ומתרץ בשני
חילוקים פוק חזי א"ץ לכפול הדברים. וציינתי להסמ"ע סי' קנ"ד סק"ע.
הן הם דברי הסמ"ע אשר הביא הרמד"ל י"ץ בהשגה. ולא העיר שכבר הובאו בדברי
הפוסק הראשון איך שיהיה.

מדבריהם דרבנן למדנו דאינו יכול לבנות באויר ר"ה ולהאפיל. ומ"ש הרשב"א שיכול
לבנות ולהאפיל.

היינו במגביה כותלו דבונה בתוך שלו. ודייק לה מהרי"א ז"ל מלשון הרשב"א גופיה
שכ' שזה אומר כל מה שאתה משתמש באויר רשותי שלא מדעתי אינך רשאי ע"כ.

וא"כ היינו דוקא במגביה כותלו דבונה בתוך שלו ולא החזיק בו בעל החלון דאין מועיל
חזקת החלון להשתמש מאויר רשות חבירו שלא מדעתו דלא היה יכול למחות בו כיון
שהחלון פתוחה לר"ה דקאמר ליה אנא מאויר ר"ה קא משתמישנא וכיון שאין מחאה
אין חזקה ואין בעל החלון יכול לעכב עליו מלהגביה את כותלו.

אבל לבנות מחדש ולהוציא זיז לאויר ר"ה ולהאפיל. אינו רשאי.

יען דבעל החלון זכה באויר ר"ה מן ההפקר ונקרא רשותו דבעל החלון: ומזה תמהנו על רבותינו ב"ד שלפנינו זלה"ה שדנו שיכול הלה שכנגד בעל החלון להוציא זיו ולהאפיל ושכן אנו נוהגים אחריהם: וניחא לן במאי דאנהרנהו לעיינין רבינו הכנה"ג ז"ל בתשו' ח"ב סי' קי"א כמביא למעלה.

לך נא ראה. ונמצינו למידין לתירוץ זה דיכול הלה לבנות כנגדו אפי' בית מחדש או להוציא זיו אם כבר יש לו בית.

והט' משום דלא החזיק בעל החלון באויר ר"ה לענין אפילה שכן הוא רצון המלך בעל הדרך שגם זה יבנה ויסתום וא"ץ להרחיק. ולא החזיק בעל החלון שיכול לעכב כ"א שלא יפתח האחר חלון כנגדו.

ונמצא דאין דין חלון הפתוח לר"ה כדין חלון הפתוח למקום שהוא הפקר גמור. דבפתוח למקום הפקר גמור זכה בעל החלון באויר שלפניו ואין הלה יכול לבנות בתוך ד"א.

אבל בפתוח לאויר ר"ה שהוא של המלך. רצון המלך הוא שזה יפתח וזה יכול לבנות בית ולהוציא זיו ויסתום ואין בעל החלון יכול לעכב.

דלא זיכהו המלך באויר ר"ה לענין אפילה. וכיון שכן האחר הרוצה לבנות ולהוציא זיו ולסתום.

רשותו מקרי. כיון שכן הוא רצון המלך.

וא"כ אין כאן הכרח לחילוקו דמהרי"א ז"ל מדברי הרשב"א ז"ל שכ' שזה אומר כל מה שאתה משתמש באויר רשותי שלא מדעתי וכו' ע"כ. דדייק מ'ר דדוקא במגביה על כותלו.

דע"כ לא דייק כן מהרי"א ז"ל. אלא משום דס"ל דאויר ר"ה הוי הפקר גמור וזכה בעל החלון מן ההפקר באויר ר"ה והוי רשותו דבעל החלון ולא רשות הלה הרוצה לבנות מחדש.

אבל לדרך זו דאשמועינן רבינו הכנה"ג ז"ל בתשו' אין אויר ר"ה כהפקר גמור ולא זכה בעל החלון באויר ר"ה לענין אפילה. ורצון המלך שכל הרוצה ליטול יבוא ויטול יבנה בית ולהוציא זיו ורשותו מקרי.

וא"כ גם זה הבונה יכול לומר כל מה שאתה משתמש באויר רשותי שיש לי בו רשיון מאת המלך אינך רשאי כי כן הם חוקי המלך: ומשתמען מלוהי דרבינו הכנה"ג ז"ל בתשו' הנז' דס"ל להלכה כדרך זו ולא כשני החילוקים הראשונים. מדכ' ועכשיו אני רואה שאין צורך לכל החילוקים הללו וכו' ע"כ.

דאין לומר דהכוונה היא דתירוץ זה יספיק כי היכי דלא להוו תשו' הרשב"א ז"ל סתראי נינהו. דאין דרך המחברים היכא דמקשו איזה קושיא ומתרצי לה תירוצי טובא לכתוב על תירוץ בתרא.

שאין צורך להנך תירוצי קמאי. דמילתא דפשיטא היא ודברים יתירים וטפילים הם.

אלא ודאי לענין הלכה כתב כן. והיה טעמו דדרך זו פירשה הכנה"ג ז"ל בכוונת לשון הרשב"א ז"ל בההיא תשו' שהעתיק רבינו הב"י ז"ל סי' תי"ז שכ' זהו שורת הדין זולתי אם יש שם חוקי המלך כמו שיש במקצת מקומות וכו' ע"כ.

ופירש הכנה"ג ז"ל וז"ל ונראה שכוונת הרב ז"ל בדברים הללו לומר דזהו משורת הדין כשאין מחוקי המלך שרשות הרבים הוא למלך וכל הקודם ופתח זכה זכה מן ההפקר. אלא שר"ה קנוי לבעלי הבתים ושני הבתים שעל רשות הרבים זה כנגד זה זה זוכה בחצי הרוחב וזה זוכה בחצי האחר ונמצא שחזר דרך ר"ה כפותח חלון על רשות חבירו שאם בא לבנות חבירו צריך להרחיק ד"א.

אמנם אם יש חוקי המלך כלומר שהדרך שלו והפותח על ר"ה הוי כזוכה מן ההפקר הולכין אחריו וזה שפתח הראשון זכה מן ההפקר והבא לפתוח אחריו ג"כ זוכה מן ההפקר וכך הוא רצונו של המלך שכל הבא לפתוח על הדרך יפתח אז א"ץ להרחיק ד"א והם דבריו בתשובות בסי' אלף ופ"ה ואלף וקל"ב ע"כ: ואם כן.

הא ודאי דדרך זו עיקר. כי פי הרשב"א גופיה ז"ל מרה דשמעתא הוא המדבר.

וכבר אמרו דאין להוציא דין בתוך קושיות כי הוא בנין בלי יסוד ואם יש תירוץ לקושיא נתרועע היסוד ונפל הבנין: והוספתי לחזק דבר זה. ממ"ש הכנה"ג בסי' קנ"ד הגב"י אות ל' דסבר לה בדעת רבינו הב"י ז"ל דדעת הרשב"א כהרא"ש דיכול להוציא ז"ו ולהאפיל וציין למהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' רנ"ז שמבואר כדבריו ושכן מוכרח מדברי מהר"מ מטראני ז"ל ח"א סי' יו"ד ואת יק' סהדות'א אף הוא ראה בס' הקצר דברים שמתוכן נראה שהרשב"א ס"ל כהרא"ש וכ"כ הפ"מ ז"ל ח"ב סי' ס"ד וסי' ל"ו והמט"ש סי' קנ"ה הגב"י אות כ"ב.

באופן דכולהו תלתא סברי מרגנן דדעת מר"ן דהרשב"א ז"ל ס"ל כהרא"ש ז"ל דיכול להוציא ז"ו ולהאפיל: והנך רואה דהכנה"ג גופיה מ'ר ניהו הוא דהקשה תשובות הרשב"א אהדדי בסי' קנ"ה וניחא ליה בשני החילוקים הנז'. וחד מנייהו הוא דאינו יכול להוציא ז"ו.

וסבר לה מ'ר בסי' קנ"ד דדעת הרשב"א כהרא"ש דרשאי להוציא ז"ו. ולא חש לה מ'ר להנהו חילוקי שכ' בסי' קנ"ה.

מהטעם האמור שם לפי שפתח לר"ה ודרך המלך הוא שכל הבא לפתוח ולהוציא בליטה אין מוחין בידו: ויען כי הסמ"ע ז"ל לא אסיק אדעתיה להקשות דברי הרשב"א ז"ל אהדדי. ואפ"ה בסק"ע חילק בין היכא דהיתה לו בית ללא היתה לו.

לזאת הבאתי בפס"ד הראשון את דברי הדרישה דסי' קנ"ד ס"ח. כי ממנה חוצבו דברי הסמ"ע הללו.

ושם נאמר כי כפי דברי מהרשד"ם דמחלק בין מבוי מפולש לשאינו מפולש. אינם מוכרחים ובנפול הישוד יפול הבנין כאשר יראה הרואה שם: ומעתה דין הוא טעמא למה שדנו רבותינו ואנו נגררים אחריהם.

יען כי המה ראו לדון כדעת הכנה"ג ז"ל בתשו'. דלדידיה הם דברי הרשב"א גופיה ואין
אנו צריכים להנך חילוקי.

ושכן היא דעת הכנה"ג בסי' קנ"ד והפ"מ והמט"ש ז"ל בדעת מר"ן. ודברי הסמ"ע ז"ל
אינם מוכרחים.

ודיוקו דמהרי"א ז"ל אינו מוכרח וכמש"ל: ואחרי הודיע אלד"ים לנו את כל זאת. למדנו
למאי דאנן קיימין ביה.

דכיון דאין בעלי אתברנא יכולין לעכב כ"א מצד החלון. הרי כתבנו דאין בעלי החלון
יכולין להחזיק לענין אפילה.

דזיל בתר טעמא דאנו דנין להוציא זיו ולהאפיל הוא משום דלא חשבינן לאויר ר"ה
כהפקר גמור. מטעם המלך שאין מחוקי המלך שיחזיק עד שיכול לעכב על חבירו
מלבנות ולסתום מינה נמי להאי גוונא דידן דאין סברא לומר דלדבר זה החזיק גם לענין
אפילה.

דמאי שנא.

ופשוט הוא ואחרי אשר ביארנו כל זה. אבואה לדברי מהרד"ל י"ץ.

ראשית דבריו כתב וז"ל ואני שמעתי ולא אבין וכו' מ"מ חילוקו הראשון ז"ל שם בפותח
חלון למקום הפקר לדידן הוא קם לדינא. וע"ז הב"ד מר"ן דסי' כ"א ומ"ש הסמ"ע סק"ן.

ע"ש בדב"ק: והנה למ"ש אנן בעניותין. אין כאן דמות ראייה כלל.

דהא בחלון הפתוח למקום הפקר. כ"ע מודו דזכה בעל החלון גם לענין אפילה.

דע"כ לא קאמר רבינו הכנה"ג דלא זכה לענין אפילה אלא בחלון הפתוח לרשות הרבים
דדרך המלך היא ומטעם המלך לא זכה בעל החלון לגבי אפילה כאשר נתבאר לעיל.
וההיא דהסמ"ע איירי בפתוח למקום הפקר שהוא אליבא דכ"ע ואולם הא ודאי מההיא
שהביא מהסמ"ע סק"ע נילף דלא ס"ל כמ"ש הכנה"ג בתשו'.

וכבר אנן בעניותין בפס"ד הראשון עשינו לו ציון בשני מקומות. הראשון.

אחר שהבאנו דברי הכנה"ג דסי' קנ"ה. כתבנו בל' זה ועי' בסמ"ע סי' קנ"ד סק"ע.

גם את השני. כשהבאנו דברי הדרישה דסי' קנ"ד סק"ח הערנו וכתבנו בלשון זה וכ"כ
בסמ"ע סק"ע אדברי הרשב"א ז"ל דס' ל"א הנ"ל ע"כ.

ואין כל חדש. ומ'ר לא הו"ל למימר אלא לדעת הסמ"ע קם לדינא.

ולא לדידן. דהא ודאי מדי פלוגתא לא נפקא.

דלהוא תירוצה דהרב הכנה"ג בתשו'. הרי קאמר להדיא דאין צורך לכל החילוקים
ואפי' חילוק א' דאין לו בית וכו': ולדידי חזי לי.

דגם הנהו רבוותא. הכנה"ג סי' קנ"ד הגב"י אות ל' והפ"מ והמט"ש ז"ל וסיעתם ואיכא
מנייהו מלכי דכתבו שכן היא דעת מר"ן בש"ע שדעת הרשב"א ז"ל כהרא"ש ז"ל
דבחלון הפתוח לר"ה יכול שכנגדו להוציא זיו ולהאפיל.

ה"ה נמי דיכול לבנות בית מחדש. דזיל בתר טעמה דה"ט דיכול להוציא זיז הוא משום דהדרך של המלך ולזה נתן רשות לפתוח ולזה נתן רשות לסתום ומעולם לא זכה בעל החלון לענין אפילה.

דלא הוי אויר ר"ה כהפקר גמור. הכא נמי לענין לבנות בית: וכן נמי להך חילוקא קמא דהכנה"ג דס"ל דהיכא דלא היתה לו בית אינו רשאי לבנות.

ה"ה נמי דאם היתה בית אינו רשאי להוציא זיז. דזיל בתר טעמא דקאמר הרב שם דיכול בעל החלון לומר לו שכבר זכה מההפקר מר"ה אף לענין אפילה שלא יוכל האחר לבנות כנגדו אפי' כותל סתום אם לא ירחיק ד"א.

וא"כ מהאי טעמא נמי נימא דאין יכול להוציא זיז. שהרי כבר זכה בעל החלון באויר ר"ה מההפקר אף לענין אפילה.

ודוקא במגביה על כותל חצר או בית שהיה לו קודם פתיחת החלון הוא דרשאי מטעם האמור שם דהגם דכבר זכה בר"ה מצי אמר ליה נהי שאינו יכול להזיקך בהיזק ראייה אבל להרחיק ד"א כדי שלא יאפיל איני חייב לפי שזה אומר לו כל שאתה משתמש באויר רשותי אינך רשאי. אבל להוציא זיז אינו רשאי.

דאינו אויר רשותו. דכבר זכה בו בעל החלון מההפקר.

וכן הוא מבואר להדייא בהיכא דמהרי"א ז"ל הנז' שכ' ואפי' את"ל דאויר ר"ה לא הוי אלא הפקר באופן שהאויר שכנגד עלית ראובן אינו שלו מ"מ בנ"ד יכול ראובן לעכב ביד שמעון שכבר קדם ופתח חלונו וזכה באור אותו האויר כזוכה מן ההפקר וכו' ע"ש. ודין הוא טעמא לחילוק השני של הכנה"ג ז"ל שכתב אבל בתשו' שהעתיק הרב ז"ל בסי' תי"ז מוציא לר"ה זיזין מה שלא היה לו קודם.

וע"ז כ' דכיון דכבנין זה מוציא לר"ה צריך להרחיק ד"א כדי שלא יאפיל כיון דלאו בדידיה קא בני אלא שמוציא זיזין לר"ה וכיוצא בזה חילק מהרי"א בסי' ק"ז יעו"ש. עכ"ל הרב בתשו'.

והא דלא כיילנהו בחילוק א' לאו משום דאיכא בינייהו נפקותא לדינא אלא משום שהם שני מציאות. וכוונתו לומר ועוד יש מציאות אחרת.

אבל לדינא שוים הם דטעם אחד להם. ועי' הרב יד מלאכי ז"ל כללי התוס' והרא"ש סכ"ג: וכן נראה שכן היא דעת הסמ"ע בסק"ע הנז'.

שהרי סיים הרב שם וכ' וז"ל וכמ"ש בסוף סט"ז ובסכ"א ע"ש ע"כ. ובסכ"א סק"ן איירי בפתוח למקום הפקר.

ומדמי ליהו. אלמא ס"ל דאויר ר"ה הוי הפקר.

וא"כ אף שלא בא מבואר בדבריו שלא להוציא זיז. מ"מ ודאי הכי ס"ל דזיל בתר טעמא: באופן די ש' סברות לדעת הרשב"א דקי"ל כוותיה בפותח חלון לר"ה.

דאיכא מרבוותא מהרי"א וסיעתו דסברי דאויר ר"ה הוי הפקר ממש והפותח ראשון זכה באויר מן ההפקר גם לענין אפילה ואין שכנגדו רשאי אפי' להוציא זיז. ואיכא מרבוותא

הכנה"ג בתשו' ודעמיה דסברי דאזיר ר"ה לא הוי הפקר ממש אלא דרך המלך היא ורצון המלך הוא שזה יוכל לפתוח ולא יזכה לענין אפילה שיוכל לעכב על חבירו שרשאי גם הוא לבנות אפי' בית מחדש.

וא"כ לדידן דקי"ל דיכול להוציא זיז. ה"ה דיכול לבנות בית ואין יכול בעל החלון לעכב. ודברי הסמ"ע ומהרי"א ז"ל לדידן לאו אליבא דהלכתא נינהו: ומעתה מ"ש הרמד"ל י"ץ וטורא גבא וכו'. שותא דמ'ר לא ידענא ולא מתפרשא לי כפי דרך העולה מספרן של צדיקים הנז'.

דמאי האי דקאמר. דמהך שעתא רשאי היה וכו' והוי שפיר בדידיה קא בני. דאי ס"ל דאזיר ר"ה הוי כחצר השותפין ולכך קאמר דהוי שפיר בדידיה קא בני. הרבה תשובות בדבר.

חדא.

דהרשב"א דקי"ל כוותיה. לא ס"ל הכי וכמ"ש בפס"ד הא'. ועוד דאי הוי כחצר השותף. א"כ לדעת הרשב"א דס"ל דאף שאינו מזיקן עכשיו יכול למחות וכל שלא מיחא הוי חזקה.

א"כ זכה בעל החלון כפותח לחצר חבירו. ואי ס"ל דאף דהוי ר"ה הפקר אפ"ה כיון דמהך שעתא זבנה ביתו היה רשאי להוציא זיזין הוי שפיר בדידיה קא בני.

לא ידענא מאי קאמר. דכיון דר"ה הוי הפקר.

אף שהיה רשאי להוסיף ולהוציא זיז. כל עת שלא הוציא זיז.

אכתי לא זכה באזיר ההוא. וכבר קדם בעל החלון וזכה בו מן ההפקר וה"ז זריז ונשאר'. ובפי' קאמר הכנה"ג בחילוק ב' דאין להוציא זיז כיון דלאו בדידיה קא בני ע"ש. וכ"כ מהרי"א בסי' הנז' ע"ש: גם מ"ש והוי רשותו לו לבדו ואין לזרים אתו. הוא תמוה.

דכיון דאזיר ר"ה הפקר. יד כל אדם שוה בו.

אלא דזה הסמוך לו נקל לו לזכות בו יותר מהאחרים ופוק חזי ההיא דמהרי"א ז"ל ששמעון בע"ה רצה להגביה למעלה מתקרת העליה מבחוץ סמוך לכותל העליה וראובן מעכב ביד שמעון שלא להגביה בניינו למעלה מן התקרה שהוא זכותו ולולי שפתח שם ראובן חלון היה דן הרב אליבא דהרשב"א דאזיר ר"ה לא הוי אלא הפקר באופן שהאזיר שכנגד עליית ראובן אינו שלו ע"כ: עוד כ' הרמד"ל י"ץ או משום חוקי המלך אשר יש שהדרך היא שלו וכו' אשר שם לא שייך חוקי המלך וכו' לא ידענא מאן פלג ליה לומר כן דיש בחוקי המלך להוציא זיז ולהאפיל ואין בחוקי המלך לבנות בית ולהאפיל.

דהרי הכנה"ג בתשו' הנז' בטעם זה דחוקי המלך. כ' דאין צורך לכל החילוקים.

והיינו אפי' חילוק ראשון. והט' משום דאמרינן דיש מחוקי המלך גם לבנות בית ולהאפיל דלעולם לא זכה בעל החלון לענין אפילה כדי שיוכל לעכב על שכנגדו מלבנות: גם כ' לא כן הפותח חלון למקום הפקר וכו'.

הנה מלשון זה וממש"ל בתחילת דבריו וז"ל מ"מ חילוקו הא' וכו' למקום הפקר ע"כ. משמע דס"ל דאזכור ר"ה זה הוי הפקר כיון שאין לזה בית כנגדו.

לא כן היכא דיש לו בית כנגדו אלא שרוצה להוציא זיו לא הוי מקום הפקר. ותשו' מהרי"א והכנה"ג יוכיחו דלמהרי"א דסבר דאזכור ר"ה הוי הפקר.

כ"כ אפי' באזכור דבין העליות. והכנה"ג בתשו' דסבר דשל המלך הוא ואינה כהפקר.

כ"כ אפי' במי שאין לו כנגדו בית וכמש"ל. תו איכא תיוהי טובא.

ואין להאריך: עוד כ' וז"ל וכן משמע מדברי מר"ן הב"י סי' קנ"ד מחו' י"ח וכו' ע"ש בדב"ק שהביא דברי הב"י הנז' והבד"ה ועל זה סיים וכתב וז"ל הרי דגם בפותח חלון לר"ה נגד כותל חבירו אשר כבר יש לו בית שם הוא ז"ל תחילה תמה ואמר שהשני צריך להרחיק ד"א וע"ז הוא שסיים ואמר ומיהו מלשון רבינו וכו' שסובר כהרשב"א ומטעם הכתוב שם בתשו' הרשב"א שהביא הוא ז"ל בסי' קנ"ה מחו' א' דבשלו שהיה לו כבר הוא בונה שאינו רשאי לשעבד רשות חבירו שלא מדעתו משמע דבפותח חלון למקום הפקר במקום שלא היה לחבירו שם כבר בית שהשני הבא אחריו לזכות צריך להרחיק ד"א עכ"ל: כבר כתבנו לעיל דטפי משמע ליה למהרי"א ז"ל מלשון זה דהרשב"א דאין להוציא אפי' זיו ודלא כדמשמע ליה למר מזה הלשון דדוקא שלא לבנות בית.

ושם נאמר.

דע"כ לא משמע ליה למהרי"א ז"ל אלא משום דסבר לה מ'ר דר"ה הוי הפקר וכבר קדם בעל החלון וזכה באזכור ר"ה ורשותו הוי. אבל לדעת הכנה"ג בתשו' דאזכור ר"ה הוא של המלך ולא זיכהו לבעל החלון להחזיק כדי לעכב גם לענין אפילה אלא הרשות נתונה ביד הרוצה לבנות.

א"כ הוייא לה כרשותו כיון שכן הוא הרשיון מאת המלך וכמש"ל. וא"כ לא נוכל לומר שכן משמע ליה למר"ן הב"י.

כיון שלדרך הכנה"ג אינו במשמע. ולמ"ש אנן בעניותין לעיל.

כן היא דעת הרב"י. ע"ש: עוד הביא ראייה הרמד"ל י"ץ מהריב"ש סי' שכ"ב וה' ויאמר יצחק ח"ב סי' קע"ט ע"ש בדב"ק.

ואין כאן ראייה כלל. דההיא דהריב"ש איירי בפתוח למקום הפקר.

וכבר כתבנו כמה פעמים דלשיטת הכנה"ג בתשו' וסיעתיה. רב המרחק בין פותח למקום הפקר.

לפותח לר"ה ולא קרב זה אל זה. דשאני ר"ה דהדרך של המלך היא ולית ליה זכייה לבעל החלון מאת המלך לענין אפילה כלל.

לא כן בפתוח למקום הפקר דאית ליה זכייה דזכה מההפקר דלית ליה בעלים: ומה גם. דאני תמיה.

מה יוכיח הוכיח מזה. מאחר דדין זה אינו שוה בכל המקומות וכמ"ש הרשב"א להדייא בההיא תשו' שהעתיק רבינו הב"י סי' תי"ז שכ' זולתי אם יש שם חוקי המלך וכפירוש הכנה"ג בתשובה שם וא"כ אף אם היה נדון הריב"ש בחלון הפתוח לר"ה הוה מצינא לומר דילמא במקום ההוא אין חוקי המלך כן: גם מה שהביא מההיא דהרב ויאמר יצחק אין משם ראייה.

דאפשר דהמלך נתן להם החורבה ההיא לגמרי והפקירה להם. ומה גם דנדון הרב איירי בחלון הפתוח למבוי שאינו מפולש.

וכבר כתבנו בפס"ד הא' משמיה דמהרשד"ם ז"ל חו"מ סי' רנ"ז דס"ל דלענין זה מבוי מפולש דינו כר"ה. אבל לא שאינו מפולש.

וכן היא דעת הכנה"ג בתשו' הנז'. ומ"ש וז"ל עוד כ' י"ץ דכן משתמען מלוהי דהכנה"ג ז"ל בתשו' שם שאחר שני החילוקים כ' ועכשיו אני רואה שאין צורך לכל החילוקים הללו וכו' משמעות זה לא ידענו מהיכא וכו' כבר ביארנו למעלה די הצורך ע"ש.

ומ"ש בסיום דבריו ושלשתן בר"ה מיירי. לא ידענא מאי קאמר דאף לחילוקים הראשונים שלשתן בר"ה מיירי כמבואר בכנה"ג בכל חילוק וחילוק.

ומה בא לחדש: עוד כ' הרמד"ל י"ץ וז"ל גם מ"ש עוד י"ץ דמה שסיים מר"ן ז"ל בסי' קנ"ד סו"ס ט"ז וז"ל ומיהו כ' הרמב"ן שאינו יכול להחזיק עליו הואיל ואינו מזיקו עדיין ע"כ דלאו להלכה כ"כ רק לאשמועינן שזו ס' יחידאה היא ע"כ אתמהא אטו כל ס' יחידאה מעלה אותה על שולחנו ולמאי נ"מ בכאן אשמועינן זה מר"ן ז"ל ועוד משפט לשון זה שכ' מר"ן ז"ל ומיהו כ' הרמב"ן וכו' נה'רא נה'רא ופשטיה יורה יורה להדיא שלהלכה העלהו ועוד אם לא להלכה העלהו וכו'.

לדידי חזי לי אנא דאמרי דהאי דהוצרך מר"ן לכתוב האי ומיהו וכו'. היינו משום דסגנון דבריו חייבו לכתוב כן.

יען דבדעת הרא"ש שכ' בריש ס' זה. כ' להדייא דכיון שאינו יכול לעכב אין לו חזקה.

ואולם כשכתב דעת הרשב"א דס"ל שיכול לעכב אע"פ שאינו מזיקו עכשיו ושכן היא דעת הראב"ד והריב"ש והרבה מהאחרונים ורבינו יונה והרמב"ן לא ביאר מה סברי מרנן הללו בהיכא דלא מיחא. אי ס"ל דהחזיק משום דהיה יכול למחות.

או דילמא סברי לא החזיק אע"ג דיכול למחות משום דיכול להתנצל ולומר לא רציתי למחות כ"ז שאינו מזיקני. לזה כ' ומיהו כ' הרמב"ן שאינו יכול להחזיק.

ואשמועינן בזה תרתי. חדא דכולהו רבוותא הנז' פליגי עליה.

וס"ל דהחזיק. וגם דלית הלכתא כוותיה דרבים פליגי עליה.

ודעת יחידאה היא וה"ט דדקדק מר"ן לכתוב ולומר והכי נקיטינן אדברי רבוותא הנז' קודם שכ' ומיהו כ' הרמב"ן. דאי ס"ד דדעת מר"ן להלכה כהרמב"ן קשיא לן טובא.

דאיך שביק ס' כולהו הנך רבוותא ואזיל בתר סברת הרמב"ן שהוא דעת יחיד ותגדל התימה. דמצינו למר"ן בסעיף זה שדחה ס' הרא"ש שהוא מג' עמודי הוראה מקמי הנך רבוותא.

ואע"ג דכבר השרשנו בהקדמתו דבמקום שלא גילו דעתם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל שפוסק כדעת שאר החכמים המפורסמים. הא אם גילה דעתו א' מהפוס' הנז' והשנים האחרים אינם חולקים עליו ולא גילו דעתם ראוי לפסוק כמותו וכמ"ש הכנה"ג חו"מ סי' רנ"ה הגב"י אות ח' הב"ד הרב יד מלאכי בכללי מוהריק"א: אות ל"ח.

ואפ"ה כאן לא הלך אחר כלל זה לפסוק כהרא"ש לפי שדעתו היה נגד כל חכמי ישראל הנז'. וא"כ אמאי שבקינהו לכולהו ואזיל בתריה דהרמב"ן ז"ל.

ובפרט למ"ש הפ"ת שם סקי"ד משם רבינו עקיבא איגר ז"ל סי' קנ"א וזל"ה עוד האריך שם לבאר דרוב הפוס' חולקים על הרמב"ן בזה וס"ל דהוי חזקה גמורה גם על שעה שיזיקנו דאין צריך לסתום וכן מבואר דעת הרמב"ן עצמו בסוגיית פפאה וכמ"ש ה"ב"י וגם בתשו' הריב"ש סי' שכ"ב ומזה נראה דהרמב"ן בעצמו ספוקי מספקא ליה ולא אתי ספיקא דהרמב"ן ומוציא מידי ודאי של רוב הפוס' ע"ש ע"כ.

ותו לא היה לו לכתוב והכי נקטינן אלא אחר ומיהו כתב הרמב"ן. אלא ודאי כמ"ש.

ומעתה הוסרו שני התמיהות והיו כלא היו: אחרי כותבי. אמרתי אני אל לבי.

אולי הדוחה יוכל לדחות בקש ולומר דהך קושיא ראשונה ליתא, דהא הסמ"ע סקל"ז עמ"ש מור"ם אפי' לדברי מ"ד שי"ל חזקה כ' וז"ל רבינו יונה והריב"ש הם המ"ד דס"ל הכי דכיון דיכול למחות יש לו חזקה. ומריהטת לשונו משמע דהנך רבנן אחריני לא גילו דעתם, לזה באתי כמזכיר דלזה ציין הסמ"ע שם עי' בריב"ש סי' תע"א.

ושם נאמר וז"ל ובנד"ז כיון שחלון זה הוא על תכונה שאם היה פתוח לחצר היתה לו חזקה עתה כשפתוח לגג של רעפים יש לו חזקה ואם בא בעל הגג לבנות כנגדו צריך להרחיק כדינו זהו מה שנראה לי לדין הגמרא לפי דעת הגאונים ז"ל והרמב"ן והרשב"א ז"ל והרבה מן האחרונים ז"ל ע"כ: הרי מבואר דלדעת הגאונים והרמב"ן והרשב"א ז"ל והרבה מן האחרונים דכולהו סברי דהחזיק והן הם הפוס' שזכר מר"ן ז"ל.

אלא.

שהריב"ש לא כ' דעת הראב"ד בזה ובמקום הראב"ד כ' הגאונים. ואיתוספו ספסלי דמיעוט רבים שנים.

וא"כ הסמ"ע דנקט רבינו יונה והריב"ש. לא אתא לאפוקי הנך רבוותא אחריני.

אלא משום דלא ראה סברתם כ"א ברבינו יונה והריב"ש כ"כ משמם: ומהרא"ש ז"ל סי' פ"ח כ' וזל"ה המעיין בתשובות הריב"ש שבדין זה יראה דלמ"ד דיכול למחות בחורבה ובגג של רעפים אם לא מיחא יש לו חזקה. ע"כ.

ועי' הככנה"ג סי' קנ"ד הגב"י אות ל' שכ"כ בפשוט לדעת הרשב"א הב"ד בפס"ד הא' ע"ש: ולדברי רע"ק איגר ז"ל דכ' שהרמב"ן ספוקי מספקא ליה. אפשר לי לומר שכן היא דעת מר"ן ולהכי כ' ומיהו כ' הרמב"ן שנראה לו.

דלשון זה מורה דלאו מיפשט פשיטא ליה להרמב"ן אלא ספוקי מספקא ליה וכיוצא בזה כ' ה' חוט השני סי' ל"ב הב"ד ה' יד מלאכי כללי שאר הפוס' סכ"ז וז"ל פוסק שכותב וכן נראה ס' האחרונים. נראה שהדבר ספק אצלו אם האחרונים סוברים כן או לא שאל"כ הו"ל למימר וכן הוא ס' האחרונים: ומה שתמה הרמז"ל י"ץ שכ' אהיכא סמכו מה שרצו הם עצמם יש"ץ לדון בימים החולפים בחלון הפתוח על גג החנות שאין בו תשמיש כגג של רעפים ופסקו לפי הנשמע דאין חזקה לבעל החלון כיון שאינו עשוי לתשמיש ובעל גג החנות יכול לבנות ולהאפיל והלא לדברי הרשב"א ודעמיה כיון שלא מיחא בעל גג החנות החזיק בעל החלון וכו' ע"ש בדב"ק: הגם כי תימא זו איתא בלשון רבים ולא ידענו על מי תחול התימה.

כי בפס"ד זה אני אני הוא המדבר מ"מ האמת יורה דרכו. כי גם אני הייתי נמנה עם הב"ד הי"ו אל יחסר המזג בדין ההוא.

ולכן לא אחזל מהשיב. כי עם היות לדידי חזי לי בפשוט שכן הוא דעת מר"ן כהרשב"א ודעמיה ולא כהרמב"ן מהנך טעמי דכתיבנא.

מ"מ בההוא עובדא אכתי לא אסיק אדעתאי תשו' הכנה"ג. ובטלתי דעתי בע"כ לפני מי שגדול הוא הסמ"ע ז"ל שכ' בסי' קנ"ד סכ"ה סק"ן וז"ל הא סתם המחבר וכו' בסוסי"ו דהפותח לחורבה אין לו חזקה ע"כ.

הרי מבואר דס"ל דדעת מרן כהרמב"ן ומהתימה על מעכ"ת דהשג ישיג עלי ועשה לו סמוכות מה' וי"ץ ח"ב סי' ר"ג. ולא השיג מדברי הסמ"ע שהוא רב קדמון.

דאיך אשתמיט מניה לשון זה בעוד דהאי שמעתתא דידיה בפומיה ובו פתח פתחא להאי דינא כאשר יראה הרואה דבתחילת דבריו אייתי בידיה דברי הסמ"ע הללו דסק"ן ראש תוך סוף ואשתמטתיה בין שיטה לשיטה כמלא שיטה. איך שיהיה אדבני ביני והאלד'ים אנה לידי את דברי הכנה"ג בתשו' ח"ב סי' ע"ג שכ' דדעת מר"ן ומור"ם כרבינו יונה וסיעתו דיכול למחות ויש לו חזקה כאשר נכריח להלן בפשוט.

וששתי כעל כל הון שנתכוונתי לדעת עליון ואמרתי לסמוך על דבריו מתרי טעמי. חדא דבתראה הוא ודאי דעינא דשפיר חזי נגלו אליו דברי הסמ"ע ובפרט דהסמ"ע ספר מפורסם הוא הלא הוא חקוק בששר על גיליון הש"ע.

ועוד דהכנה"ג ז"ל כל רז לא אניס ליה הנסתר והנגלות. ומאחר שכ' בפשוט שכן היא דעת מר"ן ודאי דלא ס"ל דברי הסמ"ע ותו דלו יהיה דמידי פלוגתא לא נפקא.

א"כ סמי מכאן דעת מר"ן דקבלנו הוראותיו. ומאחר דכולהו רבוותא דסברי דיכול למחות, ס"ל דהחזיק.

והרמב"ן דפליג יחיד בדבר. ובפרט למ"ש משם רע"ק איגר דגם הרמב"ן ספוקי מספקא ליה הא ודאי דלא שבקינן דעת רובא דרבוותא מקמי ההיא דהרמב"ן ז"ל: וכן מצאתי

להט"ז סי' קנ"ד שכ' על דברי מר"ן סכ"א וז"ל נ"ל דברי רמב"ם אלו מיירי שהיה מתחילה חורבה או בקעה וקמ"ל דיש חזקה למחזיק בקעה כמ"ש הריב"ש סי' תע"א וכן לחורבה וס"ל להרמב"ם כהרשב"א דסי"ו דהוי חזקה בפותח לחורבה וע"כ אמר ובא חבירו אח"ך ועשה חצר וע"כ שפיר קאמר רמ"א וכ"ז הוא בבונה נגד החלון שע"ג החצר דהיינו שאחר שעשה זה החלון עשה חבירו חצר ונמצא שהוא ניזוק בראיה וע"כ רוצה לבנות כנגד החלון ואין אנו צריכין לפירוש הסמ"ע בהאי ועשה חצר בצדו שהוא דחוק.

ע"כ.

הרי דס"ל.

דמר"ן פסק כהרשב"א. ומדקאמר וע"כ שפיר קאמר רמ"א.

מוכח דס"ל שגם רמ"א הכי מפרש בדעת מר"ן ושכן ס"ל: ומה מאד נפלאתי במאי דחזיתיה להרמז"ל י"ץ שהשיא דברי הכנה"ג לדברים אשר לא יעלו על לב ופירש דמ"ש הכנה"ג אבל רבינו יונה וסיעתו סוברים דיכול לעכב ואם פתח יש לו חזקה. היינו בעוד שאינו מזיקו ולאפוקי מס' הרא"ש דאינו יכול למחות ואין לו חזקה, אבל באותו פרט אשר פסק מר"ן כהרמב"ן מזה לא איירי הוא ז"ל.

ע"כ.

והוא ע"פ פירוש רע"ק איגר הב"ד הפ"ת סי' הנז' סקי"ד שכ' הא דאין לו חזקה להרמב"ן היינו דוקא לענין דלשעה שיזיקנו יצטרך לסתום אבל מ"מ הוי חזקה לענין דאינו יכול להאפיל עליו כ"ז שאינו מזיקו ע"כ. ואי אפשר להולמו.

דלו יהיה כדבריו ויהיבנא ליה כל דיליה ונאמר דהכנה"ג ס"ל בפ"י רע"ק איגר בדברי הרמב"ן. דלדעתיה הוא דוחק גדול לומר כן מאחר שלא נזכר פירוש זה בדברי הראשו' שקדמוהו.

שא"כ אף אם היה דעתו דהכנה"ג כן לא היה כותב כ"כ בפשוט כאלו פי הרמב"ן הוא המדבר. ואדרבה פשט דבריו אינם כן.

מ"מ מכמה אנפי אי אפשר לפרש בדברי הכנה"ג כן. דהתם אתשיל הרב בשמעון לוי ויהודה שהחזיקו בחלונות לחורבת ראובן כמה שנים וראובן בנה בתים בחורבה וסתם חלונות ביתם.

וע"ז השיב ה' וז"ל גם מה שטענו שסתם חלונותיהם אינה טענה שגלוי וצפוי הוא שדעת הרא"ש וסיעתו ז"ל שהפותח חלון ברשות חבירו במקום שאינו מזיקו עכשיו אינו יכול לעכב עליו שזה נהנה וזה אינו חסר הוא וכיון שאין יכול לעכב עליו אין לו חזקה וכשיבנה הלה יכופנו לסותמו כדי שלא יזיקנו בהיזק ראייה ולבנות כנגד אותו חלון בלא הרחקה ומטעם זה פסקו שראובן שבא לפתוח חלון על חורבת שמעון אינו יכול למחות בו כיון דאינו מזיקו וכיון שאין יכול למחות בו אין לו חזקה אבל רבינו יונה ז"ל וסיעתו סוברים דיכול לעכב ואם פתח יש לו חזקה ופסק כן הרב ז"ל בספר הקצור והודה לו בס' המפה והרשד"ם ומהר"מ גאלנטי ומורי הרב ז"ל ומשאת בנימין סי' ד' מ"מ מהריב"ל

בספר ראשון סי' פ"ג ומהרא"ש סי' ז"ך כתבו דכיון דאיכא פלוגתא יכול המוחזק לומר קי"ל כדעת הרא"ש ז"ל וסיעתו שהפותח חלון לחורבה אין לו חזקה ויכול הבא לבנות לסותמו וכו' ע"כ.

ומאחר דהאי גוונא דקאי ביה הרב איירי בראובן שבנה בתים בחורבה. א"כ הרי איירי הרב בדיוכל להזיקו עכשיו.

דלא אמרינן אינו יכול להזיקו עכשיו אלא בעודה חורבה. וא"כ איך אמר הרמ"ד הי"ו דבאותו פרט אשר פסק מר"ן כהרמב"ן מזה לא איירי הרב ולא איירי אלא בעוד שאינו מזיקו והלא בחורבה שנבנית עסקינן.

ואפ"ה אמר הרב דלדעת מר"ן ומור"ם יש להם חזקה. ואלו לדעת הרמב"ן אין להם חזקה אחר שבנה בה בתים שיכול להזיקו.

אלמא ס"ל דדעת מר"ן כרבינו יונה והרשב"א ז"ל: ועוד איך ס"ד לומר דהכנה"ג איירי בעוד שאינו מזיקו. דא"כ איך קאמר הרב דלדעת הרא"ש ז"ל מה שטענו שסתם חלונותיהם אינה טענה.

והלא אדרבא לדעת הרא"ש כופין על מידת סדום כמ"ש מר"ן בש"ע: ועוד אי איירי בשאינו מזיקו א"כ אליבא דכ"ע אינם יכולים לסתום. דלס' הרא"ש ז"ל כופין על מדת סדום ואינו יכול למחות.

ולס' הרשב"א והר' יונה וסיעתם הוא חזקה אף בשעה שיזיקנו. ולדעת הרמב"ן הוא חזקה השתא מיהא בעוד שאינו מזיקו ועין רואה בדברי הרב דנדון דידיה תלוי בפלוגתא דרבוותא.

אלא דמטעם קי"ל פסק כהרא"ש. ואי איירי בעוד שאינו מזיקו.

הא אדרבא לכ"ע אינו יכול לסתום. ולא אתו דברי הרב לא במאי דהביא פלוגתא בנ"ד ולא במאי דפסק כהרא"ש: גם לא ידעתי מאי דכתב הרמד"ל י"ץ ולאפוקי מס' הרא"ש.

כיון דבנ"ד כ"ע ל"פ. ול"פ אלא בטעמא ועוד איך יצדק לפרש כן.

שהרי הכנה"ג כ' אבל רבינו יונה וסיעתו וכו' ואם פתח יש לו חזקה. וס' רבינו יונה היא דיש לו חזקה אף בשעה שיזיקנו.

וע"ז קאמר ופסק הרב וכו'. וא"כ מי שם פה לאדם לפרש ולומר דעת הרמב"ן בדברי רבינו יונה.

והלא רבינו יונה לא ס"ל כן. בשלמא אם היה כותב הכנה"ג אבל הרמב"ן וכו' במקום שכ' אבל הר' יונה.

היינו יכולים לפרש כמ"ש הוא י"ץ דמ"ש הרמב"ן יש לו חזקה היינו בעוד שאינו מזיקו. כי היכי דלא תקשי ממ"ש מר"ן משם הרמב"ן.

אבל השתא שכ' אבל הר' יונה וכו' יש לו חזקה. אי אפשר לפרש בדבריו כי אם סברתו דהחזיק אפי' בשעה שהוא מזיקו.

וכ"ז פשוט הוא ועיני כל אדם חזו בו. ומה שפירש מעכ"ת פלא הוא בעיני איך לא שת לבו לכל זה: באופן דהאמת יורה דרכו.

דהכנה"ג איירי אחר שבנו בתים בחורבה ויוכל להזיקו עכשיו אם לא יסתום החלונות. ולזה הביא דעת הרא"ש דאין לו חזקה.

ודעת הר' יונה וסיעתו ומר"ן ומור"ם דיש לו חזקה, ומכח קי"ל פסק כהרא"ש. באופן דמבואר מדבריו להדיא דדעת מר"ן ומור"ם כהרשב"א ולא כהרמב"ן והכי נקטינן וכמש"ל עוד כ' הרמד"ל י"ץ וז"ל גם מ"ש דלא גרע מקום קביעת הצנורות וכו' לא דמו כעוכלא לדנא וכו' ע"ש בדב"ק כל זה נתבאר למעלה באר היטב.

ע"ש דאין כאן הפקעת זכות. דלעולם חלון הפתוח לר"ה לית ליה זכייה כלל לענין אפילה כדי שיוכל לעכב מלבנות.

דאין כאן הפקר לשנאמר זכה. אלא דרך המלך היא.

וכך רצונו של המלך שכל א' יזכה כזוכה מן ההפקר זה יפתח וזה יסתום וא"ץ להרחיק וכל הרוצה ליטול יבוא ויטול בין קרוב בין רחוק. וא"כ קביעת הצנורות הוי כמוציא זיו ואין ביניהם אפי' כמלא נימא.

ואולם כ"ז הוא דוקא כשיש מנהג לקבוע צנורות דאין כאן שום עיכוב מצד אחר אלא מצד החלון. אבל כשלא יש מנהג לקבוע הצנורות.

הגם שאינו יכול לעכב מצד החלון שהוא פתוח לר"ה דלית ליה זכייה כלל לענין אפילה. מ"מ יכול לעכב מצד שהוא מזיק לכותלו וכיוצא: ומ"ש עוד הי"ו ועוד אעיקרא דהאי דינא פירכא דלא ראינו ולא שמענו וכו' ע"ז אמרו לא ראינו אינה ראייה.

ומ"ש עוד גם הגע עצמך דיכול לקבוע צנורות נגד פתח החצר וכו' דמאי שנא וכו' ע"כ. לא דמו כעוכלא לדנא.

דכל שהוא פתח פתוח לכניסה ויציאה הא ודאי דהחזיק בו ואין שכנגדו יכול לבנות ולסתום פתחו אע"פ שהפתח פתוח לר"ה והדרך של המלך הוא. דדוקא לגבי חלון שאינו צריך כ"כ כמו הפתח הוא דקאמר הרשב"א דיש מחוקי המלך שזה יוכל לפתוח וזה יוכל לבנות ולסתום.

אבל פתח פתוח לכניסה ויציאה דלא סגי בלא"ה ובלתו אי איפשר. כל היכא שקדם ופתח במקום שלבו חפץ.

ה"ז זריז ונשכר. וכך הוא ודאי רצון המלך: עוד כ' י"ץ וז"ל גם מ"ש י"ץ דמדבריהם דרבנן אנו למדין וכו' לשון זה אינו מדוקדק או הוא טעות המעתיק דמאי ואולם וכו' ע"כ.

אינו טעות המעתיק. ומדוקדק ביותר.

ולישנא מעליה הוא על בא"ר בביאור רחב כפתחו של אולם. והכוונה היא.

כי לפי מה שכתבנו שכל א' יבנה ויזכה כזוכה מההפקר. יהיה נמשך מזה דאית ליה זכייה למי שקדם גם לענין אפילה שיוכל לעכב על שכנגדו מלבנות ולהאפיל.

לכן כתבנו ואולם וכו' ירצה לומר דלא אמרינן דהויא ליה זכייה כזוכה מן ההפקר ויוכל לעכב אלא דוקא לענין שלא יפתח כו'. אבל אם בא לבנות ולהאפיל רשאי ואפי' על ידי זיו וכו': ומ"ש מאי הו"ל כרשותו וכו'.

לא ידענא מאי כוונתיה בדקדוק זה. שהלא כן צריכין לכתוב.

יען שכתבנו לעיל דמהרי"א ז"ל דייק מלשון הרשב"א ז"ל שכ' שזה אומר מאי שאתה משתמש באויר רשותי וכו'. שאינו יכול להוציא זיו דרשות בעל החלון הוא שכבר זכה מן ההפקר.

ושם נאמר דלדעת הכנה"ג אין דיוקו מוכרח כיון שיש רשיון מחוקי המלך. לזה כתבנו הו"ל כרשותו.

והרי הוא כמבואר: איך שיהיה. בהא סלקינן ובהא נחתינן.

דהדין עם האחים הנז' לקבוע שם צנורותיהם. ואין בני ר"ה יכולים לעכב ולא בעלי אתברנא.

מצד המנהג. וגם מצד החלון אינם יכולים לעכב אף אם היה החלון ההוא על תכונה שאם היה פתוח לחצר יש לו חזקה.

מ"מ כיון שהוא פתוח לר"ה. אין בו חזקה.

דאויר ר"ה לא הוי הפקר גמור. אלא דרך המלך היא.

ורצון המלך הוא שלא יזכה בעל החלון גם לענין אפילה וכמש"ל. ובמקומי אני עומד ולא אמרתי דבר וחזרתי לאחורי.

וכ"ש השתא דלית ליה תבונת חלון בצו"פ ומלבן וכמו שביארנו זה בפס"ד הא'. ותו לא.

וליה עינינו יצילנו מכל שגיאה. ויראנו נפלאות במאור תורתו הנפלאה.

הכ"ד החו"פ פאם יע"א. בשלה"י כסלו דהאי שתא טבתא בפר"ק בא סימ'ן אז אמרתי הנה באתי במגלת ספר כתוב עלי וכו': ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט סימן ס'.

מעשה בא לידינו בקצב א' שחט ה' בהמות והוציא מהם מקצת לחנות א' ומקצת לחנות אחרת והתחילו למכור ממה שבחנויות ולא נשאר במקולין כ"א ה' דפנות שלמות. ואח"ך מצאו בכבד מסמר ולא יכלו לברר מאיזה בהמה הוא.

ורצינו לדעת מה יהיה משפטם ודינם: ומה שנראה לכאורה הוא דמה שמכרו ודאי שרי מההיא דש"ע סי' ק"י ס"ה וז"ל מי שלקח בשר ממקולין אפילו חתיכה הראוי' להתכבד ונמצאת טריפה ממקולין ולא נודעו חתיכות הטריפה ואינו יודע מאיזו לקח כל מה שלקחו מהמקולין קודם שנמצאת הטריפה מותר שלא נפל הספק בקבוע אלא לאחר שפירש וכיון שהרוב כשר מותר.

אבל ליקח מכאן ואילך אסור. ואפי' חתיכה שאינה הראויה להתכבד שאין הכל בקיאין בזה ויטעו בין ראויה להתכבד לראויה לאינה ראויה.

ע"ך.

ומטעם זה גם כן יש להתיר מה שהוציאו לחנויות דהוי פירש ולא מיקרי קביעות. וראי' לזה ממ"ש פר"ח בק"א סי' ק"י שהתירו כל מה שהוציא מביתו למקולין.

וה"ה בנד"ד במה שהוציא ממקולין לחנות מותר. דהא חנות כמו מקולין שלהם דהם היו מוכרים במקולין כמו שאנו מוכרים בחנות ועוד דהא אפי' אם הוציאם מחוץ לפתח המקולין וחזר והכניסם למקולין אם הוא מכירן מותר.

וכמ"ש הפר"ח סי' ק"י סקכ"ח וז"ל ואם פרשו מקצת והותרו וחזרו והוקבעו פעם אחרת עם שאר התערובת אם הוא מכירן מותרין דכיון שהותרו שוב אינם חוזרין ליאסר עוד עכ"ל ע"ש. וכ"ש בנד"ד שהוליכן לחנות שהוא מקום אחר דודאי מותר: ומ"ש פר"ח בסי' קי"ד סקכ"ו גבי דברים הכבושים וז"ל לקנות מהם בבתיהם וכו' וה"ה בחנויות שלהם דאע"פ שפירש מן הבית להוליכו לחנות מ"מ חזר והוקבע וכו' יע"ש וכ"כ הש"ך סי' הנז' סקי"ט וז"ל וה"ה אם הנוכרים המוכרים יש להם חנויות הרי נעשה קבוע בחנויות שלהם וכו' ע"כ צ"ל דהתם מיירי דהמוכרים כולם עושים כן דהיינו שעושים הכבשים בביתם ומוליכין אותם לחנויות שלהם למכור אבל אם המיעוט הוא שעושים כן והרוב נשארין בבית למכור ודאי דשרי דכל דפריש וכו' וכ"ך הרב שפתי דעת סי' ק"י סקל"ז וז"ל החקירה הב' במקום שהקצבים שוחטים בביתם ונוטלים הבהמות משם לחנויות אי הוי פירש או לאו שהוקבעו פעם אחרת בחנויות וכו'.

ובחקירה הב' אם נטלו והניחו בחנויות המש"ל בזה עשרה קצבים שחטו כ"א בהמה בבתיהם ולקחו לחנויות עשר ואח"ך ערבו כל הבני מעים ונמצא אחד טריפה ודאי יש כאן חנות אחת בשר טריפה הוקבע בחנויות. ועי' ש"ך סי' קי"ד סקי"ט דהוקבע בחנויות ואי נטלו ב' או ג' מבואר בב"ה במעשה דק"ק ווילנא שהמיעוט שבחנויות מותרים יעו"ש עכ"ל.

והמעשה דק"ק ווילנא הוא שהביא הפר"ח בק"א הנז' שהבאנו ממנו ראייה לנד"ד. ומה שכתב ועי' ש"ך סי' קי"ד וכו' בתחילת דבריו דמיירי בנטלו כולם והניחו בחנויות נראה להדיא דמפרש דברי הש"ך כמ"ש למעלה.

עולה מן המדב'ר דמה שהוציאו לחנויות מותר דקמא קמא שרינן ליה מטעם דכל דפריש וכו' ואיסורה בתוך רובה אשתאר ועי' פר"ח סקכ"ז אבל מה שנשאר במקולין לכאורה נר' דאסור וכמ"ש בסי' הנז' סעיף הנז' וז"ל אבל ליקח מכאן ואילך אסור: וכד דייקנן פורתא נראה להתיר אפי' מה שבמקולין שהרי ההיא דס"ה הנז' היא סברת הרשב"א וז"ל הרשב"א שהביא בב"י אבל אסור ליקח משם מכאן ואילך.

במד"א בחתיכות החשובות הראויות להתכבד שאין להם ביטול מחמת חשיבותם כמ"ש ואע"פ שאין מקומן ניכר אבל שאר החתיכות מותרות דיבש ביבש מתבטל הוא ברוב וראוי להחמיר ולאסור כל החתיכות שנשארו במקולין שאין הכל בקיאי בדברים אלו ואם אתה מתיר בשאינן חשובות קרוב הדבר לטעות וליקח אף מן החשובות עכ"ל.

וכתב הב"י שדבריו נכונים וברורים דכשנתערבו חתיכות הטרי' עם חתיכות הכ"ש במקולין דינם כמו שנתערבו בבית וכאן וכאן בטלים הם ברוב אם אינם ראויות להתכבד כמ"ש בסי' הנז' ואין זה ענין לקבוע כמחצה על מחצה דמי. דהתם כשלקח מאחת החנויות

ולא נודע אם לקח מהמוכרת כשי' או מהמוכרת טרי' דאמרי' דלמה מהמוכרת טרי' לקח ואע"ג דרובן מוכרות כשי' כיון שהאיסור קבוע וניכר במקומו אינו בטל אבל הכא שיודע שלא לקח מהמוכרת טריפה הניכרת אלא שבמקולין נתערבו חתיכות הטרי' עם חתיכות הכשי' והם חתיכות שאינם ראויות להתכבד וידוע שהכשרות מרובות פשוט הוא שהם מתבטלות ברוב הכשי' כדין כל יבש ביבש ומותר לכתחי' ליקח מהמקולין שמוכרין חתיכות אלו שאין כאן דבר אסור כלל עכ"ל הב"י וכ"כ הפר"ח בסי' זה ס"ק י"ג ז"ל הכלל העולה דלא מקרי קבוע דאורייתא.

אח"כ נודע וניכר האיסור וההתר כל א' וא' במקומו. הלא"ה לא מקרי קבוע ואזלינן בתר רובא עכ"ל יעו"ש וכן כתבו האחרונים בסי' זה: מבואר מהני מילי מעלייתא דכתיבנא דההיא דס' ה' לא מדין קבוע אסור אלא מדין דבר חשוב דלא בטל אלא דקרו ליה רבנן קבוע וכמ"ש הב"י וז"ל ובדבר המעורב נמי היכא דחשיב ולא בטיל אמרינן כל הקבוע כמחצה על מחצה דמי כדאמרינן פרק התערובת גבי ב"ח דחשיבי ולא בטלי דפריך ונמשוך וכו' ונימא כל דפריש וכו'.

ומשני משום דהוה ליה קבוע וכתבו התו' על זה ועיקר הטעם אינו מקבוע אלא משום דב"ח לא בטלי עכ"ל הב"י. וכתב הש"ך והט' דנתנו עליו דין קבוע נ"מ דאי לקח מקבוע קודם שנודע התערובת דשרי דאמרינן כל דפריש וכו' עכ"ל.

ודברי ה' באר הגולה הם תמוהים שציין על מותר וכתב והוי כדין תערובת יבש ביבש דחד בתרי בטל וכמ"ש בסי' דלעי' עכ"ל. דהא חתיכה הראויה להתכבד אינה בטילה מדין יבש ביבש אלא הטעם הוא משום כל דפריש וכו'.

וכמ"ש וכבר תמה עליו ה' שו"ג סק"כ יע"ש: ומאחר דמדינה אינו אסור ליקח מכאן ואילך אלא חתיכה הראויה להתכבד דאינה בטלה אבל חתיכה שאינה ראויה להתכבד אינה אלא חומרא בעלמא דשמא יטעו. א"כ יש להסתפק אם לא נשאר במקולין כ"א חתיכה שאינה ראויה להתכבד אי גזרינן אטו פעם אחרת או לאו: ומצאתי לה' הפרישה שכתב על דברי הטור שכתב וז"ל ואם אתה מתיר בשאינן חשובות קרוב הדבר לטעות וליקח אף החשובות.

כתב ה' הפרי' ע"ז וז"ל ר"ל דוקא בהא דבהמה שלימה במקולין שנטרפה ויש ממנה חתיכות חשובות ושאינן חשובות ויש לטעות בין דא לדא משא"כ בחתיכת איסור שנתערבה בין הכשרות והם אינם חשובות דליכא למיטעי בה כיון דאין בהתערובת חתיכות חשובות. עכ"ל.

וכ"כ ה' ש"ד סקל"א משם ה' מנחת יעקב וכתב עליו וכ"נ דזה גופיה חומרא הבו דלא להוסיף עליה. עכ"ל.

אמור מעתה לפי דברי הרבנים עליונים למעלה בנד"ד דהוי כה"ג שבשעה שנולד הספק לא נשארו כ"א ה' דפנות בודאי שרי דהא אינם ראויות להתכבד וכמ"ש בש"ע סי' ק"ה ס"ג וז"ל וכן כבש שלם או חתיכה גדולה יותר מדאי לא חשיבה ראויה להתכבד שאין דרך ליתן לפני האורח כבש שלם או חתיכה גדולה יותר מדאי עכ"ל.

והיא סברת י"א שהביא הרא"ש וסברת הרשב"א והר"ן כמבואר בב"י ואע"ג דכתב אח"ך ויש חולקין בכל זה והיא סברת הרא"ש אפ"ה הלכה כס' קמייטא דכלל גדול יש לנו דסתם ויש הלכה כסתם. וא"כ בנד"ד שלא היו בשעה שנולד הספק כ"א ה' דפנות שלמות שאינם ראויות להתכבד מחמת גודלן פשוט הוא שהם מתבטלות ברוב כדין כל יבש ביבש ולא גזרינן אטו פעם אחרת.

דהבו דלא לוסיף עלה וכמ"ש הרבנים הנזכרים עליונים למעלה: עוד יש צד אחר להתיר ממ"ש הטור בסי' ק"א בשם הרא"ש שכתב י"א שחתיכה חיה אינה ראויה להתכבד ושהרא"ש חולק וכתב בב"י וז"ל ולענין הלכה כיון דחתיכה הראויה להתכבד אינה אלא מדרבנן הלכה כדברי המקילין ע"ך יובן סתם כשולחנו הטהור סי' זה ס"ג.

ועי' לה' שולחן גבוה ס"ז סק"ו שהקשה דין זה עם ההיא דסי' ק"י ס"ה והניח בצ"ע ועי' עוד להרב הנז' סק"ח דנקטינן כההיא סתמה ושכן אמר לו הרה"ג מהר"ר יצחק נר"ו שמנהג בעה"ק ירושת"ו דלא מקרי ראויה להתכבד אלא א"כ היא מבושלת דוקא אע"פ שהפר"ח סי' ק"ה סקט"ו חולק ע"ז והוא היה רבו של הרב הנז' והיה מאריה דאתרא אמר מה שכך נהגו רבנים שקדמוהו אשר בארץ המה וכן עשה מעשה ה' שו"ג יע"ש ובס' זכרון משה סי' ק"א מ"ך וז"ל מדקאמר בש"ע וכן בכל חלוקה כוונתו לומר דאינה נקראת ראוי' להתכבד אלא דוקא באלו התנאים קטנה ומבושלת ובלא נוצא ואם חסר א' מכל אלו התנאים אינה נקראת ראויה להתכבד וכן נהגו במראקיס יע"א ה' מהר"ש עמאר כ"י שיורי ברכה עכ"ל.

וה' נדיב לב סי' ע"ג כתב וז"ל וכ"כ הרא"ה בשם רבותיו דבעינן שיהי' מבושל וכן דעת הנמק"י והריטב"א והרמב"ן הביא דבריהם הרב ערך השולחן שם בסי' ק"א אות ז' עכ"ל. ומאחר שחתיכה הראויה להתכבד אינה אלא מדרבנן יש לסמוך על הרבנים הנז'.

ובפרט דגם מר"ן סתמה וכמ"ש טעמו בב"ה שהוא טעם כעיקר ועי' לה' נדיב לב סי' הנז' שכתב וז"ל וגם מחלוקת הפוסקים שזכרנו לעיל אי חתיכה הראויה להתכבד איתיה בבשר חי או בעינן שיהיה מבושלת דאף דרוב הפוסקים ס"ל דגם בהיות הבשר חי איתא להאי חשיבות דחרה"ל וכמו שמתבאר מדברי הפר"ח והפר"ת וה' ערך השולחן ז"ל.

מ"מ מידי פלוגתא לא נפקא. ומה גם דראינו למר"ן מלכא ה' בתי כהונה ז"ל דהורה גבר בעה"ק תוב"ב דהכי קבלו עליהו בעה"ק הנז' דאין דין חתיכה הראויה להתכבד אא"כ במבושלת וכמ"ש השו"ג בסי' ק"א סק"ח משמו והשתא אפי' בחד ספיקה יש להקל כיון דהוי איסורא דרבנן וכמ"ש מור"ם בשם או"ה בד"מ בסי' ק"י ובהגה בסי' ק"א ומשם הרמב"ם ז"ל דספיקא דרבנן הוא ואזלינן לקולא וכ"כ מר"ן בב"י סי' ק"א דכיון דחתיכה הראויה לתכבד אינה אלא מדרבנן הלכה כדברי המקילין יע"ש.

כ"ש בהיות הדבר דאיכא ס"ס דפלוגתא דרבוותא דכבר נתבאר דחשיב שפיר ס"ס להתיר אפי' איסור דאורייתא דאין ס' דראוי להתיר ולהקיל בתערובת דנד"ד בשופי בס"ס ס' אי הלכה כהרי"ף ורש"י ז"ל דאין דין חתיכה הראויה להתכבד בנבלה וטרי' ואת"ל דהלכה כשאר פוסקים דאף בנבלה איתא להאי דינא דחתיכה הראויה להתכבד ס' אי הלכה כ"א והרא"ה דס"ל דאין דין חתיכה הראויה כ"א במבושל.

והוא ס"ס דמתהפך וס"ס זה נכון להתיר אף לדעת ר"י דס"ל דס' אחד בגוף וס' אחד בתערובת לא מהני להתיר וכמבואר בס"י ק"י בטור וכו' ופר"ח וש"ך דהאי ס"ס הוי תרתי דפלוגתא דרבוותא עכ"ל ה' נדיב לב וז"ל וכ"ש בנד"ד דהוי ספק טרי' עי' פר"ח ס"י מ"א סק"א מה שהביא משום תשובת צ"ץ אלא שבנד"ד היה ניכר להם שודאי מחיים נכנס וא"כ בנד"ד הווי כמה ס"י שמא דרך קנה נכנס מסמר זה ולא ניקב שום אבר מאיברים הפנימיים שנקיבתם במשהו ואת"ל דרך ושט שמא הלכה כהרי"ף ורש"י דנבלה וטרי' לא הוי ראויה להתכבד ובטלה ברוב.

ואת"ל כשאר פוסקים דלמא הלכה כמ"ד דחתיכה חיה אינה ראויה להתכבד. ואת"ל דהלכה כמ"ד דחתיכה חיה מקרי ראויה להתכבד דלמא כהרשב"א והר"ן דחתיכה גדולה לא מקרי ראויה להתכבד וא"כ אין ס' דראוי להתיר ולהקיל: עוד יש להתיר מצד אחר והוא ממ"ש הב"י בס"י נז' מחלוקת ר"י ור"ת בס' אחד בגוף.

וס' אחד בתערובת ואח"כ כתב וז"ל ומצאתי כתוב קשה וכי פליג ר"י על התלמוד בכ"מ דאומר ס"ס בדאורייתא. ועוד קשה למה אין כל העדר מותר מכח ספ"י דרבנן לקולה שהרי אפי' אי ודאי דרס לא היה אסור העדר רק מדרבנן ונ"ל דלא איירי ר"י אלא דוקא היכא שנודע שדרס הזאב קודם שנתערב באחרים וא"כ כיון שנודע מיד שהיא ספק דרוסה והוא ס' דאורייתא ובאותו פעם לא היה עדיין רק ס' אחד שהרי לא נתערב עדיין ונעשה הספק בודאי וכשנתערב בעדה הוי כמו ודאי דאורייתא שנתערב בעדר.

אבל אם לא נודע לנו שדרס הזאב עד אחר שנתערב בעדר מודה מ"ט ס"ס הואיל שכ' הספקות באים יחד מיד כשנולד הס' וכן בכל התלמוד וכן משמע באז"ג ובסמ"ק דלא איירי ר"י אלא שנודע מתחיל שדרס הזאב ואח"כ נתערב וכן משמעות הלשון שכתב הא"ז עכ"ל וא"כ בנד"ד שלא נודע לנו עד אחר שנתערבו אפי' ר"י מודה דשרי מכח ס"ס שמא דרך קנה או דרך ושט.

ואת"ל דרך ושט שמא לא זו היא. ואע"ג דד"מ חולק ע"ז וס"ל דאפי' לא נודע הספק עד אחר התערובת לא הוי ס"ס יעו"ש בס"י נז' בד"מ סקט"ו ופסקה בהגה ס"י ק"י ס"ט וכ"כ הפר"ח ס"י ק"י סקמ"ז בד"מ.

ודלא כהב"י. וכתב שכן הסכימו האחרונים ולאפוקי מתשו' משאת בנימין ס"י ל"ז שהשיב על הד"מ בזה ואין דבריו נכונים בעיקר הדין עכ' אפ"ה אנו דקבלנו הוראות מר"ן כוותיה עבדינן ואין לנו לזוז מהוראתו ועי' זכ"ל אות ת' ערך תערובת שהביא כמה רבוותא דעבדינן ס"ס בכה"ג הלא המה הראשון אדם ה' בית דוד והשו"ג וה' דבר משה ומהר"ס פנסי המובה בס' שמץ צדקה והביאה ג"כ ה' חיים וחסד ס"י מ"ב משם זכ"ל.

ועי' עוד לה' זכ"ל אות הנ"ל שכתב וז"ל והשו"ג חזר להשיב אליו בס' ל' ובא באריכות ותורף דבריו הם לומר דאנן קבלנו הוראותיו של מר"ן וכיון דמר"ן ס"ל דאם לא נודע הספק עד אחר התערובת עבדינן ס"ס להתיר הכי נקטינן ושהרב"ד ג"כ עשה ס"ס בזה עכ"ל. עוד כ' הרב הנז' אות הנז' משם מהרח"א ומה שעשה הלקט ס"ס כזה היינו דוקא בא"י דנוהגין כמר"ן ע"כ.

יעו"ש באורך ועי' בכללי הס"ס בקצרה להש"ך אות אלף שהביא ב' סברות אלו וכתב ויש לסמוך על המתירין במקום הפ"מ ויש צורך סעודות מצוה ועי' פרי אדמה הל' שחי' דף כ' ע"ג ועי' לה' חכמת אדם כלל ס"ג אות ט"ז וז"ל ולכן הכריע הש"ך דבה"מ וגם סעודת מצוה יש להקל בנודע ב' הספיקות ביחד וה' מנחת יעקב מיקל אפי' בהפסד מועט ע"כ ע"ש ועי' עוד לה' חיים וחסד סי' מ"ג וז"ל לע"ד נראה דהיכא דלא נודע עד אחר המליחה כמו בנד"ד יש להקל בהפ"מ או בשבת ויו"ט מה גם דחזינן לכמה מרבנן בתראי דשרו כה"ג אפי' הוי ס' אחד בגוף ואחד בתערובת כמ"ש ה' זכ"ל ועוד דמר"ן ז"ל דקבלנו הוראותיו הכי ס"ל דהיכא דנודע אחר התערובת כ"ע מודו דעבדינן ס"ס חז בגוף וחד בתערובת ועל מילתא דא עשיתי מעשה כמה זימני בהוראת ה' ש"ץ ורבנן דעמיה אלא דאם אינו הפ"מ או ע"ש ויו"ט אני חושש לכתחילה לס' פר"ח עכ"ל ע"ש: הראת לדעת דס"ל הני מרבנן דאם לא נודע עד אחר התערובת דעבדינן ס"ס א' בגוף וחד בתערובת.

וא"כ בנד"ד דלא נודע עד אחר התערובת פשוט דעבדינן ס"ס א' בגוף וא' בתערובת ואף לס' הש"ך וה' חיים וחסד דמצריך הפ"מ וסעודת מצוה גם בנד"ד היה הפ"מ וצורך סעודות מצוה א"כ פשוט דשרי וכן עשינו מעשה במעמד הח' ישצ"ו פה פאס יע"א שנת לשוב עליך לטוב בס' זאת חקת התורה: ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט סימן ס"א ע"ע הנז'.

עיין לעיל בהצד הב' שהראיתי מקום להפר"ח סי' מ"א משם תשובת הצ"ץ וכוונתי בזה לומר דקרי לה' ס' לא ודאי. והנה אנכי מצאתי לה' תבואת שור סי' מ"א שכתב וז"ל הנה מה שכתב הר"ב צ"ץ ס' דרך ושט וכו' יש לתמוה כיון דבשיטתו דרש"י קאי ובאמת רוב הפוסקים הסכימו לשיטתו וכן פסק הטור וש"ע אין זה ספק דהא כ' רש"י דף מ"ח ע"ב דרוב הנכנסים דרך הוושט נכנסים דאין דרך הקנה לבלוע עכ"ד ואנן לא משוינן ס' כ"א היכא דב' הצדדין שקולין כמ"ש סי' נ"ז.

אבל הכא תלינן טפי בוושט מבקנה כמ"ש. ואי אזלא דרך הוושט א"א שלא נקבה ממה שנקובתו במשהו ע"כ יעו"ש.

ולענ"ד לא ידעתי אדקשיא ליה על הצ"ץ אמאי ל"ק ליה על הטור ומר"ן דהרי הטור סי' זה והש"ע סימן זה ס"ט כתבו נמצא מחט בטרפש ס' טריפה ואיברא ד"ק ג"כ על הטור והש"ע שכתבו שהיא ספק כיון דבשיטת רש"י קאי. ולעיקר הקושיא נראה לתרץ דהרי התוס' והרא"ש הם אזלי בשיטת רש"י כפי' קופא לגאו וקופא לבר ודלא כהרמב"ם עי' בב"י שהביא שם ב' הסברות ועי' בגמרא חולין דף מ"ח ע"ב ד"ה דילמא.

ורש"י ד"ה דילמא. ועי' בהרא"ש פ' דבריהם אלא דאכתי יש להסתפק אי אף בקופה לבר לית ליהו חששת רש"י דרוב הנכנסין וכו' רק דחיישינן שמא נקבה בחודה קרומי הריאה וחזרה.

או בקופה לגאו הוא דלית ליהו חששת רש"י אבל בקופה לבר אית ליהו חששת רש"י: ומצאתי להפר"ח סי' ל"ו סק"מ שכתב וז"ל ובחתוכה טריפה בכל גוונא וכו' לרש"י הטעם וכו' ולדעת התוס' וכו' והרא"ש הסכים לזה. והר"ן אע"פ שהעתיק לשון רש"י כמנהגו.

מ"מ סבור כדעת התוס' שהרי שכתב שחוששין שמא נקבה הראיה וחזרה לאחוריה ע"כ יעו"ש. נראה דמפרש כהצד הראשון דאי כהצד הב' למה כתב שהר"ן העתיק לשון רש"י כמנהגו וכו'.

והא בכוונה העתיקו היכא דקופה לבר אלא ודאי כהצד הראשון וה' תבואת שור סי' ל"ו כתב בשמלה חדשה אות ל"ה על קופה לגאו טעם התוס' ועל קופה לבר טעם רש"י שחיישינן שבאה המחט דרך הוושט ועל טעם זה כ' בתב"ש אות פ"ו דרך הוושט לכאן משמע מהתוס' ד"ה דלמא דלא ס"ל האי חששה דרש"י רק דלעולם חיישינן שמא נקבה בחודה קרומה הריאה וחזרה.

אבל הר"ן הביא תרומה ויהו חדא דרש"י והיינו דילמא נכנסה דרך הוושט כדרך כל הנבלעים ונקבה עד שבאה לריאה. וחדא דהתוס' והיינו דלמא נקבה הקרומים וחזרה.

והמעייין בדברי הר"ן יראה פשוט דכוונתו דחששה דרש"י חיישינן היכא דקופה לצד חלל הגוף דהתם אין סברה שנקבה בחודה וחזרה עד שבא החוד נגד הסמפון כמ"ש הוא ז"ל שם בהדיא דלא חיישינן כ"א כשמונחת בחודה סמוך לקרומים דאז חיישינן שמא הוציאה המחט חודה לחוץ מעט וחזרה. אבל אם קופה לצד הסמפון דאז ליכא חששה דרש"י התם חיישינן חששת התוס' דכיון דחודה לצד הקרומים שמא נקבה וחזרה ולא כמ"ש פר"ח סק"מ שהר"ן העתיק לשון רש"י כמנהגו וכוונתו דלא ס"ל כרש"י.

רק פשוט דבכוונה הביאו כמ"ש. וכן משמע להדיא ממ"ש הר"ן בד"ה אבל ע"ש.

ואפשר דגם כוונת התוס' כן דלתרומהו חיישינן כמ"ש ולהכי לא כתבו ופי' בק"ו כו' כדרכם רק כתבו ז"ל לא משום דדרך הוושט וכו' משום דפי' הק"ו ג"כ אמת לענין קופה לבר רק דלא לכל חיישינן הכי ואפי' קופה לגאו נימא דדרך ושט אתא ועברה עד מעבר לחציה כמ"ש הרא"ש דא"כ גבי כבד נמי.

אלא לחששה אחרת חיישינן גבי קופה לגאו עכ"ל. הרי דאף ה' תב"ש כתב דמשמעות התוס' כהצד הראשון אלא שבדרך אפשר כ' בהצד הב' א"כ לפ"ז ס' התוס' טפי הבאים דרך קנה וכו' וב' הצדדים שוים ודוקא בריאה לא חיישינן דבאים דרך ושט משום דקרובה לקנה וכמ"ש התוס' ד"ה אי קופה לגאו אבל בכבד ב' הצדדים שוים ולא הוי אלא ספק ואפשר דמר"ן והצ"צ בפ"י קופה וכו' אזלי בשיטת רש"י שהרי גם התוס' אזלי בשיטתיה אבל בהאי טעמא דרש"י דרוב הנכנסים וכו' אפשר דמפרש כהצד הראשון ואזלי בשיטתם ולכך כתבו דהוי ס' ולא ודאי שהרי אם תחובה כולה בתוך הכבד לס' הב"י שרש"י והתו' חולקים ופסק כהתו' וא"כ אף בזה פסק כהתו': ובינותי בספרים ומצאתי להכנה"ג ביו"ד סי' מ"א ס"ק י"ט וז"ל והוי יודע שה' בעל המאור והרשב"א בת"ה הבינו מפרש"י דהא דמחלק תלמודא בין מחט אלימתא למחט קטינתא הוא לקולא דבמחט קטינתא ל"ש קופה לבר לש' קופה לגאו לכ"ע כשי' עכ"ל.

ולפענ"ד דגם הב"י יפרש כך דהא היכא דכל המחט נכנס לפנים לסברת הב"י לדעת רש"י כשר אפי' קופה לבר דלא מטרף רש"י לס' הב"י אלא במציאות דמוכחא מילתא ודאי דדרך ושט עייל ונקיב ואי לא נפקא קופה לבר מצינן למימר דדרך קנה עיילה ונקבה קצת והדרה פומא דמחטא בתר הכי לפנים וחזרה קופה לבר אבל אי יצאה הקופה

לבר ודאי דרך ושט נקיב ואתי דאי דרך קנה בקופה אינה יכולה לנקוב וא"כ אף בקטינתא יסבור הכי דלא מטריף לרש"י ואדרבה הא עדיפא דב' ראשיה חדים דנוקבת מכאן כמו מכן מהך דכולה תחובה בכבד דחששה רחוקה היא דעיילה דרך קנה דרך חודה ונקבה קצת הכבד וחזרה ונקבה לפנים וחזר קופה לבר.

ועוד שהרי כתב הב"ח בשם הרשב"א ובעל המאור דסברי מרנן ורבנן דלדעת רש"י אין חילוק בין טמונה כולה בכבד למקצתה בכבד ומקצתה חוץ לכבד לעולם בקופה לבר טריפה ע"כ. והביא דברי הרשב"א ה' מזמור לדוד ע"ש.

ועי' פר"ת סי' מ"א סק"ו ואפ"ה בקטינתא ס"ל הני מרנן ורבנן דלדעת רש"י שרי וא"כ כ"ש דלס' הב"י דס"ל דטמונה כולה בכבד דלרש"י שריכ"ש דבקטינתא דשרי ועי' פר"ת שהאריך ואח"כ כתב דהאי פ"י לאו מוכרח הוא בדברי רש"י כיון דלא נרמז מעט בדבריו יע"ש ולא זכר ש"ר דברי המאור כלל כ"א דברי הרשב"א.

והרב המאור בסוף דבריו כ' וז"ל כתבתי פ' שמועות הללו על הדרך שנ"ל מתוך פ' ותוס' שמצאתי משיבתו של רבינו שלמה אע"פ שאין הדברים מבוארים כ"כ בפירושו. וע"ש שהביא גירסא אחרת בגמרה לשיטת הגאונים ותמהני על התב"ש שכ' בנדון של הצ"ץ דלשיטת רש"י ודאי היה ולא ספק דהרי לדברי הרבנים הנז' עליונים למעלה שרי בלי שום ספק.

וה' כנה"ג סי' ל"ו אות ק"ח בהגב"י כ' על מהרש"ט שתירץ קושית התוס' חולין ד' מ"ח ד"ה דילמא דמיירי בקטינתא כתב עליו הכנה"ג יראה לי דאשתמיטתיה דברי הרז"ה והרשב"א שכתבו דדעת רש"י דבקטינתא בין קופה לבר בין קופה לגאו כשירה ע"ך יע"ש: וקשה לי לס' הרב"י דס"ל דלדעת רש"י אם טמונה כולה בתוך הכבד אפ"י קופה לבר שרי וכמ"ש.

ומ"ש ממחטא דאשתכח בחי' דריאה דשדרוה לקמיה דר"א וטרפה וע"כ בטמונה כולה איירי. דאי מקצתה יוצה לחוץ פשיטא דטריפה דהרי הריאה נקובה לפניך והיאך ס"ד מעיקרא לאכשוריה.

ועוד היאך פריך והא רבנן מכשירי והא בהא ליכא מאן דמכשר. אלא ודאי בכולה טמונה בתוך הריאה ואפ"ה אסר ומ"ש מכבדא.

וי"ל דיאמר הרב"י דבלא"ה מי ניחא והא קשה קושית התוס' דהא בריאה אסר אפ"י קופה לגאו מטעם דדרך ושט נכנסים ומאי שנא מכבדא דשרינן בקופה לגאו דודאי סמפונא נקט. אלא דאכתי קשה על הרב"י דהרי קושית התוס' י"ל כמ"ש הכנה"ג סי' ל"ו בהגב"י אות ל"ח וז"ל אבל רי"ו בנט"ו ח"ה אות ו' כתב ונ"ל לפי מה שפסק רש"י דהא דאמרינן כשהריאה כבר חתוכה דטריפה דוקא בקופה לבר אבל בקופה לגאו כשירה דאמרינן דנכנסה דרך הסמפונות כדאמרינן במחט שנמצאת בחיתוכה דכבדה ולפ"ז ל"ק קושית התוס' כדכתיבנא עכ"ל.

ולדברי הרב"י קשה אקופה לבר עצמה מאחר שכולה טמונה בריאה ומ"ש מכבדא. ועוד דק"ו התוס' י"ל כמ"ש הפר"ח וז"ל ובחיתוכה טריפה בכ"ג ואפ"י קופה לגאו לרש"י

הטעם דכיון שאינה שלמה לפנינו אמרינו שנכנסה דרך ושט כדרך רוב כל הנכנסים ולפיכך טריפה ואע"פ שאין דרך קופה לנקוב וכדאמרינו גבי כבדה.

שאני בשר הריאה שהוא רך ומשום הכי חיישינו שנקב אפי' בצד הקופה ע"כ יע"ש. אבל לדברי הרב"י עדיין י"ל דהא בריאה אפי' יכולה לבוא משני צדדין תלינן לחומרא והכא בכבדה תלינן לקולה.

וי"ל דיאמר הרב"י דבלא"ה ק' קושיא זו שהרי כתבו הרז"ה והרשב"א דבקטינתא שרי ותלינן לקולא ולמה בריאה תלינן לחומרא. ואפשר לחלק דשאני ריאה כיון דטרפותא מחמת עצמה תלינן לחומרא אבל בכבדא דאין טרפותו מחמת עצמו אלא מחמת מיחוש הדקין תלינן לקולא.

ועי' להפר"ת ס"ז ל"ו סק"ל ומ"ש עליו ה' מזמור לדוד. ולפ"ז יראה לתרץ מה שקשה לי על הרז"ה והרשב"א שהרי כתב הכנה"ג סי' הנז' אות הנז' וז"ל בינותי בס' המאור ובת"ה להרשב"א ומוכח מדבריהם דאפי' לרש"י דמפליג בין קופה לבר ובין קופה לגאו במחט שנמצאת בריאה היינו להחמיר כשנמצאת הריאה שלימה לפנינו דתלינן להקל היינו דוקא בקופה לגאו.

אבל בקופה לבר אפי' היא שלימה תלינן דדרך הוושט נכנס. אבל להקל לא מפלגינן שהרי חתוכה לפנינו דתלינן להחמיר תלינן הכי בין קופה לבר בין קופה לגאו ובכל ענין טריפה כיון דאינה שלימה לפנינו ע"כ וכ"כ באות ק"ט ונראה דלא ס"ל דנקיב דרך קופה אפי' בבשר הריאה שהוא רך ולכך אסור בקופה לבר אפי' בשלימה דודאי דרך ושט אתאי וקרום הוא שעלה וא"כ צריכין אנו לדעת מאי טעמא בחתוכה דאסר בקופה לגאו הוא ע"כ דרך קנה אתא דאלו דרך ושט לא נקיב בקופה וע"כ צ"ל כמ"ש הרא"ש דאמרינן דרך ושט נכנס המחט ונפל חודה על דופק הריאה ונכנס לתוכה ועבר כל רוחב הריאה עד מעבר לחציה הלכך אפי' קופה לצד סמפון האמצעי טרי' ע"כ יע"ש.

ולא יכילנא למימר כהפר"ח דעייל דרך קופא דהא ס"ל דלא נקיב דרך קופא וא"כ קשיא קו' התו' והרא"ש. ולפמ"ש אפשר לומר דסברי מרנן כיון דהריאה טרפותה מחמת עצמה תלינן דדרך ושט נכנסה ונפל חודה על דופק הריאה ובא עד מעבר לחציה וכמ"ש הרא"ש.

אבל בכבדא דאין טרפותו מחמת עצמו לא תלינן בהכי לאסור ותלינן לקולא ועוד אפשר לומר דס"ל דלקולא לא אמרינן דנקיב דרך קופה אבל לחומרא אמרינן דנקיב דרך קופה כיון דטרפותה מחמת עצמה. ודע שהפר"ת סי' הנז' ס"ק ל' כ' וז"ל והרשב"א בת"ה כ' דלרש"י יחלק ג"כ בריאה ולא נהירא ע"כ יע"ש דקאי אחיתוכה דריאה.

וכ"כ ה' תב"ש סי' הנז' ס"ק פ"ה בשם הרשב"א וז"ל דרש"י מחלק בריאה נמי בין קופה לבר. ובין קופה לגאו וס"ל דבחי' דריאה וקופה לגאו כשירה באלימתא ע"כ והם הפך דברי הכנה"ג הנ"ל: ומצאתי בס' המאור שכ' וז"ל מחט שנמצאת בריאה אי קופה לגאו כשירה והוא שלא יצא ממנה לחוץ כלום והוא דאיתא לריאה שלימה קמן ובדיקנא ולא מינקיבא ואי קופה לבר טרי' ע"כ יע"ש דוק מינה דבחתוכה לכ"ע דאלת"ה מאי בינייהו.

וס' תורת הבית כעת אינו מצוי וצ"ע על ה' הנז' דבחתוכה לא חלק כ"א רי"ו כנז'. ומצאתי לה' שער המים שהביא תירוץ הכנה"ג לס' רי"ו ואח"כ כ' וז"ל ולפי קו"ד יש לדקדק על רי"ו ממ"ש רש"י בד"ה דילמא היא נקובה שרוב הנכנסין דרך הוושט נכנסין ואי בוושט נכנס ודאי נקבה וכו'.

ואם איתא דמאי דמטריף היינו משום דקופה לבר למה ליה לאתויי הא דרובא טפי הלי"ל לפי שנמצאת קופה לבר ובודאי דרך הוושט נכנסה ולמה תלה הדבר ברוב דמורה דאפי' בקופה לגאו דאזלינן בתר רובא. ועוד דכפ"ז מאי פריך לר"א והא רבנן מכשירי ומשני הם הכשירו וכו' היה לו לומר בדברות שתים הכא שאני דקופה לבר ובודאי דרך הוושט נכנסה ע"כ.

ואחרי התאבקות בעפרות זהב לו במטו ובבעו מניה דמר לא ירדתי לסוף דעתו ולא זכיתי להבין דבריו הנעמים שהרי באות ק"ט כ' הכנה"ג וז"ל ולדעת רי"ו לא חלק רש"י בין קופה לבר ובין קופה לגאו אלא דוקא בחתוכה להקל. אבל לא בשלימה להחמיר ע"כ ומוכרח הטעם הוא כמ"ש התו' והרא"ש וז"ל ולא מפליגנן השתא בין קופה לבר ובין קופה לגאו כדמפליג לקמן גבי כבדא לפי שהריאה קרובה לקנה וסמפוני הריאה רחבים ואפי' קופה לבר נכנסת לתוך הספמון ומשם דוחקת ונכנסת לתוך בשר הריאה שהוא רך ע"כ וא"כ ל"ק קו' ה' שע"ה דעל קו' הר"א י"ל דאי לאו טעמא דרובא הא' דמותר דדרך קנה נכנסה ונקבה בבשר הריאה שהוא רך כמ"ש בשלמים.

ועל קו' הב' לק"מ דהא אף בשלימה בקופה לבר נמי מיירי לס' רי"ו ואין כאן שום קו' כלל וזה פשוט ואינו ניתן ליכתב: הדרן למאי דאתן עלה הוא דהדבר אשר דבר התב"ש בנדון הצ"ץ דקרי לה לשיטת רש"י ודאי ולא ספק וכבר כתבנו דמר"ן קרי לה ספק ולשי' רש"י מותר דתלינן לקולא ואע"ג דבריאה אפי' קופה לגאו אסור לשי' הרשב"א שאני התם דטרפותה מחמת עצמה ולכך תלינן לחומרא ועי' הפר"ת סי' מ"ח ס"ק י"ז שכ' אמחט שנמצא בחלל הגוף וטרפות זה לאו ודאי טרי' אלא ספק הוא דהוי ונ"מ אי איכא ספיקא אחרינא פשיטא לי דכשר ע"כ יע"ש ועי' לה' משבצות זהב סי' מ"א ס"ק ד' שמחלק בין מחט שנמצא בחלל הגוף ובין מחט שנמצא בכבד דבכבד הוי ס' ובחלל הגוף הוא ודאי.

וה' כנפי יונה סי' מ"א הביא ההיא דתשו' צ"ץ והשיגו מההיא דס' מחיים ולא השיגו בס' דרך קנה וכו' משמע דבזה מודה להצ"ץ דהוי ס' וה' ש"ד סק"י כ' דאפי' באלימתא וקופה לבר הוא רק ס' ע"כ. והוא לכאורה תמוה שהרי כ' רש"י ד"ה אי קופה לגאו וכו' ואי קופה לבר וכו' ודאי דרך הוושט נכנסה ובטור כ' שאלו נכנסה דרך סמפון לא היה יכול לנקוב בצד העב שלו ועי' ט"ז סק"ה וק"ל.

וצווי"מ וימ"ן: ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט סימן ס"ב. שאלה ראובן לקח אשה לחנוך בנו נערה קטנה זה קרוב לשתי שנים.

ומאז ועד עתה. לא נהג חנוך מנהג אישות עם הנערה לבא עליה כדרך כל הארץ.

והן היום גלה חנוך אביו על ידי אחרים לאמר כי געלה נפשו הנערה הלז יען יש לה חטטין בראשה. ולא יכול עוד לשכב אצלה ולסבול ריחם הרע.

ודי לו מה שסבל זה שנתים ימים מאז היתה לו לאשה. הנה כי כן אם הוא רוצה בתקנתו ימהר יחישה מעשיהו לשלחה מעל פניו בשכבר נקטה נפשו ממנה.

ומרחמי האב על הבן. שם ראובן על לבו להפיק רצון בנו ולהציל לו מרעתו.

ולכן נדרשתי מראובן להגיד לו מה יהיה משפט הנערה. אם יזכה בדין להפסידה כתובתה ע"י מום זה כיון שהבעל טוען בריא שמום זה נולד בה טרם תכנס לרשותו והוא לא ידע ולא שמע ממום זה עד שכנסה.

ועדיין לא בא עליה כדרך כל הארץ: תשובה השקפתי בשאלה הנז' ואת אשר נגזר עליה מאת ידידינו הרב המובהק הפוסק אברהם אוהבי הי"ו אשר האריך הרחיב ברוח מבינתו. שהלכה אתו.

וזו הלכה העלה דחטטין הוי מום. וע"ז הב"ד הרמב"ם ז"ל בפ"ז מה"א שכ' וז"ל ומה המומים הפוסלים בנשים כל המומין הפוסלים בכהנים פוסלים בנשים.

ויותר עליהם בנשים ריח רע וזיעה וריח הפה וכו' ושדבריו ז"ל הם מבוארים בש"ס כתובות דע"ה ע"א תנא הוסיפו עליהן זיעה ושומה וריח הפה יעו"ש. והאריך בזה קצת ואסופה דמילתא כתב וז"ל מפורש יוציא מהאמור דריח רע היוצא משאר מקומות הגוף נמי מום גמור הוא לכ"ע ופוסל באשה כשאר מומין ואדרבא הוא גרע מריח הפה שהזכי כל הפוס' ז"ל וא"כ בנד"ד נמי שהנערה יש לה חטטין בראשה.

הרי הדבר ידוע שבעלי חטטין ריחן רע ונמאס לכל הקרב הקרב אצלם אף במקרי וכ"ש לאיש חיקה הדבק בה ומצוי אצלה תדיר. והיינו ממש ריח רע שהזכירו הרי"ף והרמב"ם ז"ל וליכא מאן דפליג עלייהו וכדאמרן וכ"כ מהראנ"ח ז"ל להדיא הבי"ד הבאה"ט בסי' ט"ל סק"ד והרב המאסף ז"ל בהגה"ט לשם.

ואף שהרב ז"ל לחלק יצא בין רב למעט. נראה שאין דבריו ז"ל רק בדליכא ריע רע.

אבל בדאיכא ריח רע וכנד"ד פשיטא שאין מקום לחלק בין רבו למעט וכמו שביררנו וס' הר"ב ז"ל לא זכינו לאורו לראות הדברים על בוריין ועי' לה' מוהרש"א ז"ל בס' משדר באה"ע סי' קי"ז שגם הוא ז"ל נשאל על מעשה כיוצא בזה והמעייין שם עיניו יחזו דמפשט פשיטא ליה ז"ל דמום גמור הוא ופוסל יעו"ש ע"כ: והנה ממ"ש ידידינו הרה"פ הי"ו דחטטין הוי מום משום ריח רע וע"ז כ' וכ"כ מהראנ"ח ז"ל וכו' משמע דס"ל דמהראנ"ח ז"ל בדאית ביהו ריח רע מיירי דאלא"ה הול"ל וגדולה מזאת כ' מהראנ"ח וכו'.

אך ממ"ש בסו"ד אדברי מהראנ"ח ז"ל נראה שאין דבריו ז"ל רק בדליכא ריח רע וכו' משמע דס"ל דלמהראנ"ח ז"ל כשהן רבים הוי מום אף בדלית ביהו ריח רע: ולכאורה הכי משמעוטייהו דדברי מהראנ"ח ז"ל. והילך דברי הרב ז"ל בס' ק"ב וזל"ה ואם הוא כעין חטטין בראש המעט הוא אם רב כי הן רבים מומין יחשבו מומין באשה אע"פ שאינם מהמומין הפוסלים בכהנים כמו זיעה ודדין גסין וריח הפה וכיוצא בהן המנויים בגמרא ויותר מהמה כל שהן מומין שיש בהן קפיידא ומ"מ בכגון זה שהיו קצת חטטין בראשה מעט מזער לא רבים אפשר שדרך נשים כן ואין כל כך קפיידא בדבר ולא חשיב

מום ע"כ: ומריהטת לשון זה משמע דכל מום שיש בו קפידא אף שאינו בכהנים וגם אינו מהמנויים בגמרא כמו זיעה וריח הפה וכו' אפ"ה הוי מום שהרי כ' אהנך המנויים בגמרא ויותר מהמה כל שהן מומין שיש בהם קפידא.

אלמא ס"ל דלאו דוקא אותם שהוסיפו בש"ס אלא כל שיש קפידא הוי מום: ואולם כד הוינן בה אשכחנא דאי אפשר לומר כן שהרי מצינו למר"ן ז"ל בב"י אה"ע סי' ט"ל שעמ"ש רבינו הטור סי"ג וז"ל ויתר על מומין הפוסלים בכהנים כגון זיעה וריח הפה. וכו' כ' הא"י כגון טעות הוא וצריך למוחקו דכיון דאין מומין באשה יתר על של כהנים אלא אלו לא שייך למימר כגון ע"כ.

מבואר מדבריו דכל מום שאינו מן המומין הפוסלים בכהנים וגם לא מאותם שהוסיפו עליהם בש"ס לא הוי מום אף שאנו רואים שיש בו קפידא כיון שלא נזכר בש"ס. וכן מבואר בתשו' הרשב"ץ ז"ל שהב"ד מר"ן ז"ל שם וזל"ה הטוען על אשתו שיש בה מום שהיא משתנית במטה בשעת השינה אין זה מהמומין הפוסלים בנשים שלא נזכר בגמרא כלל ע"ש: איברא דלכאורה יש לתמוה על מר"ן ז"ל דפליג עליה שם וכו' וז"ל ולענין מ"ש שאין זה מום אין דבריו נראין בעיני דמום גדול זה וכו' ע"ש.

דאיך פליג עליה הרשב"ץ בזה כיון שבא בנותן טעם כיון שלא נזכר בגמרא והלא מ'ר נמי הכי ס"ל דאין מומין באשה יתר על של כהנים אלא אלו המנויים בש"ס ותו לא. גם הט"ז סי' הנז' הקשה אב"י דא"כ היה לו לתנא דברייתא.

דהוסיפו בנשים למחשב גם מום זה: וחזיתיה לה' פ"מ סי' ע"ו שכ' אנדון זידיה כיון שמום זה אינו מהמומין הפוסלים בכהנים שפוסלים בנשים גם אינו מאותם שהוסיפו עליהם שפוסלים בנשים לא מקרי מום. ואייתיה בידיה ראייה מתשו' הרשב"ץ שהב"ד מר"ן הב"י הנז' דס"ל להדיא כיון שלא נזכר מום זה בהדיא בגמרא לא הוי מום ואף מר"ן בב"י דפליג עליה שם וקא חשיב משתנית למום היינו משום ריח רע ולדידיה הוי בכלל זיעה וריח רע כמו שיעו"ש.

הרי דגם ה' פ"מ ז"ל הכי ס"ל. דאין להוסיף על המנויים בש"ס.

וטעמא טעים למר"ן ז"ל דפליג אהרשב"ץ במשתנית. היינו משום דהוי בכלל ריח רע.

אבל אי לא הוי בכלל לא. משום דאין להוסיף על המנויים בש"ס ולפ"ז היה מקום למר"ן ז"ל ליישב תיבת כגון שבדברי רבינו הטור ז"ל ולא למחוק ולומר דכוונתו היא על מומין שהן בכלל אלו המנויים בש"ס כגון משתנית וכיוצא כמ"ש להלן: וע"ע בב"י שכ' דהמרדכי כ' דריח החוטם בנשים אינו מום ומהר"מ דפליג עליה וס"ל דהוי מום הוצרך ליתן טעם למה לא קתני ריח החוטם גבי הוסיפו עליהם והט' כיון דתנא ריח הפה כ"ש ריח החוטם דקשה מריח הפה דאפשר דנקיט פלפלין בפומיה ע"ש.

באופן דמדבריהם דרבנן הנז' מבואר דאין להוסיף על מה שהוסיפו בש"ס אם לו דבר שהוא בכלל דבריהם כגון ריח החוטם למהר"מ ז"ל ומשתנית למר"ן: וא"כ א"א לומר דמהראנ"ח ז"ל פליג אכולהו רבוותא הנז' וס"ל דכל שיש קפידא יש להוסיף. ומוכרחין אנו לומר דגם מהראנ"ח ז"ל נמי בהכי איירי בחטטין שריחן נודף ויש בהם ריח רע והווי בכלל ריח הפה.

ומ"ש ויותר מהמה וכו' היינו מומין שהם בכלל המנויים בש"ס. לא להוסיף מה שאינו בכלל.

וכ"ת אמאי מספיקא ליה במועטין אי איכא בהוא ריח רע מאי שנא מועטין ממרובין ואי לית ביהו ריח רע וכמ"ש הרה"פ הי"ו. א"כ במרובין נמי לא הוי מום והנלע"ד הוא דאפשר דהרב איירי בדאית ביהו ריח רע.

אלא שאינו קצה כ"כ ואפשר שנפשו של איש יכולה לסבול ריח מועט כזה. ולס' הרמב"ם דס"ל שהאיש יכול לסבול ריח החוטם צריכין אנו לומר דאיירי בחטטין שיש בהם ריח יותר.

ולס' מהר"מ דפליג אהמרדכי וס"ל דאינו יכול לסבול איירי במועטין דזוטר ריחיהו מריח החוטם. אמטו להכי מספקא ליה להרב כה"ג אי הוי מום או לא: באופן במאי דאנן קיימין דהאי חטטין אית ביהו ריחא וכמבואר בדברי הרב הפוסק הי"ו.

הא ודאי דהוי מום דכל היכא דאיכא באיזה מקום מהאשה ריח רע הוי מום והוי בכלל ריח הפה. וכ"כ הפ"מ ז"ל סי' ע"ו הנז' באשה שיש לה מכה בשוקה כי כל מכה יש לה ריח רע ולא גרע מריח הפה.

וכמ"ש מהר"מ הובא במרדכי והביאו מר"ן בסי' ט"ל דריח החוטם הוי מום אע"פ שלא נזכר בגמרא במכ"ש דריח הפה וא"כ בנ"ד נמי אין לך מום גדול מזה בודאי יע"ש. ומינה לה"ג דידן: אלא שצריך הבעל להביא ראיה שעד שלא נתארסה היו בה כמ"ש מר"ן ז"ל סי' קי"ז ס' ח' ע"ש.

ובנד"ד שמעתי דאית ליהו סהדי דהיו בה קודם שנתארסה. ואם כנים הדברים על האשה להביא ראיה שראה ושחק ונתפייס הלא"ה אינו חייב בכתובתה.

וכמ"ש רבינו הטור ז"ל בא"ה סי' ט"ל ז"ל נמצאו בה מומין שבודאי היו בה קודם כגון אצבע יתירה וכיוצא בו על האב להביא ראיה שידע בהן הבעל ונתרצה וכו' וכ' הב"י כ"כ הרמב"ם ז"ל בפכ"ה מהל' אישות. וכ"פ מר"ן בש"ע ס"ז ז"ל כיצד היא טענת המומין אם היו המומין שנמצאו בה מומין שודאי הוו בה קודם שתתארס כגון אצבע יתירה וכיוצא בו על האב להביא ראיה שידע הבעל ונתרצה או שחזקתו שידע ואם לא הביא ראיה תצא בלא כתובה כלל ע"כ.

ועי' ס' ט'. וכ' הב"ש סקי"ד כגון אצבע יתירה אז אפ"ל אם היא בבית בעלה צריך האב להביא ראיה שידע הבעל אע"ג דקיימה לן אין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו מ"מ יש חזקה אין אדם מתפייס במומין לכן צריך האב להביא ראיה והיינו כ"ז שלא בעל אע"ג שכבר הכניסה לחופה אבל אחר שבעל אמרינן בודאי ראה ומתפייס כמ"ש בסמוך ע"כ.

ועי' ח"מ סקי"ג: המבואר מדבריו דהך חזקה דאין אדם שותה בכוס וכו' כ"ז שלא בעל לאו אלימתא היא. ואידך חזקה דאין אדם מתפייס וכו' עדיפה מינה.

אך אחר שבעל אלימתא היא הך חזקה דאין אדם שותה וכו' מאידך דאין אדם מתפייס וכו'. וכן מבואר במהרי"ק שו' ק"ה אמ"ש הרמב"ם בה"א פכ"ה ה"ד היו בה מומין שאפשר שנולדו בה אחר האירוסין אם נמצאו בה אחר שנכנסה לבית הבעל על הבעל

להביא ראיה שעד שלא נתארסה וכו' כ' וז"ל"ה ובהא סגי ליה דהא לא אלימתא חזקה דאין אדם שותה בכוס וכו' כיון דעדיין לא בא עליה.

ואדרבה איכא חזקה דאין אדם מתפייס וכו' כנגד אותה חזקה ואוקמי ממונא בחזקת מאריה דבשלמא היכא שלא הביא הבעל עדים שעד שלא נתארסה הווי וכו' הרי חזקת הגוף מסייעת לאשה ואיכא למימר כאן נמצאו כאן היו והוי חדא במקום תרתי כדאיתא פ' המדיר דע"ו ומשום הכי מהימנא אבל היכא דהביא הבעל ראיה דעד שלא נתארסה היו בה ותו ליכא דמסייע לאשה אלא חזקה שאין אדם שותה בכוס וכו' אז איכא למימר אדרבא אין אדם מתפייס וכו' דהא לא אלימתא חזקה דאין אדם שותה בכוס כ"כ כיון דאכתי לא נבעלה אלא שנכנסה לבית הבעל ואדרבא איכא למימר אוקי ממונא בחזקת מאריה ע"כ: וא"כ בנ"ד שהבעל טוען שעדיין לא בעל אם כנים הדברים כגון אם האשה מודית לו.

או כיון דלדבריו אכתי בתולה היא הרי אפשר ע"י בדיקה כמ"ש מר"ן ז"ל אה"ע סי' ס"ח ס' ד' ועי' כנה"ג שם בהגב"י אות ב' אמ"ש מר"ן דל"ד בדיקה של יין אלא ה"ה אחרת כ' משם מהר"ם אלשקאר ז"ל סי' צ"ה כגון שתמעך באצבע לפני הנשים ותראה השמלה לאנשים וכו' ע"ש. ואם יתברר שעדיין בתולה היא שלא בעל הך חזקה דאין אדם שותה בכוס לאו אלימתא היא דאיכא חזקה דאין אדם מתפייס וכו' דעדיפא מינה ואוקי ממונא בחזקת מאריה: איברא דגם בשהה ולא בעל כה"ג דאנן קיימין ביה לפי דבריהם מידי פלוגתא לא נפקא.

שהרי דיני מקח וממכר במומין שוין הן לדין מום באשה כמ"ש הה"מ ז"ל פט"ו מה' מכירה הג' אמ"ש הרמב"ם ז"ל וז"ל וכן המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלין ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח מחזירו אפ"ל לאחר כמה שנים שזה מקח טעות הוא והוא שלא נשתמש במקח אחר שידע במום אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום ה"ז מחל ואינו יכול להחזיר ע"כ.

כ' וז"ל ומ"ש שלא נשתמש וכו' יצא לו ממה שאמרו כן במקדש את האשה ובא עליה ונמצאו בה מומין דאמרי' חזקה אין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו וחייב בכתובתה כמ"ש פכ"ד מה"א וכן הם דיני מקח וממכר שוים לאשה בדינין הללו כדאיתא פ' המדיר דע"ה ע"ב ע"כ וכבר הוב"ד בדברי הרה"פ הי"ו: והנה מצינו דפליגי רבוותא בפ"ל הלכה זו כדאשכחן לרבינו הכנה"ג בתשו' ח"ב סי' פ"ב וז"ל מה זו שאלה שהדברים מוכיחים וגם שמעון והסרסור מודים שראה שמעון שהחריש היו קצרים וכיון שכן לא נשאר שום טענה לשמעון על ראובן שאף שכתבו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והר"ב בעל הטורים דחפץ שנמצא בו מום מחזירו אפ"ל אחר כמה ימים האי מחזירו אחר כמה ימים אשעת המקח קאמר שיחזור המקח כשראה המום אפ"ל אחר כמה ימים לאפוקי כשיש שם אונאה ואין בו מום דכל שעבר זמן בכדי שיראה לתגר שוב אינו יכול לתבוע אונאה וכן מוכח מדברי הרי"ף והרא"ש ז"ל וכן מצאתי בתשובה כ"י למהר"ם אלשיך ומהר"ר אברהם נ' אשר ז"ל הובאו דבריהם בתשובות כ"י להרב המוסמך מהר"א גאליקו ז"ל כתבו דכל שהיה המוכר בעיר ולא חזר לו המקח תכף כשראה המום סבר וקביל ולא מצי לחזור בו ולדידהו ודאי שפירוש דברי הרמב"ם ז"ל כמו שפירשתיים דמחזירו לאחר כמה ימים

קאי אשעת עשיית המקח ולא אשעת ראיית המומין וכן מוכיח מדברי הרדב"ז ז"ל בסי' קל"ה ואפ"ה אם נפרש דמחזירו אחר כמה ימים דקאי אשעת ראיית המום וכמו שמוכרח לומר שכך מפרש גדול א' הובאו דבריו שם במהר"א גאליקו שפסק שאפילו בעיר מחזירו אפילו אחר כמה ימים ע"כ: וכ"כ בכנה"ג ח"מ סי' רל"ב בהגה"ט אות ו' וז"ל מחזירו אחר כמה ימים וכו' נ"ב פשט הלשון משמע אפ"ה בעיר וכן מצתי לגדול אחד הובאו דבריו בתשובות מהר"א גאליקו ז"ל כ"י סי' נ"ח אבל מהר"א ך' אשר ומור"ם אלשיך ז"ל שם כתבו בפ"י דוקא כשאינו עמו במדינה אבל אם ישנו עמו במדינה סבר וקביל ע"כ: הרי לך להדייא דפליגי רבוותא בדעת הרמב"ם דאיכא מינייהו מלכי דסברי מרנן דמ"ש הרמב"ם מחזירו אפ"ה לאחר כמה ימים היינו דברים כפשטן אפ"ה אחר כמה ימים משעת ראייה דאפ"ה שהה כ"כ אחר שראה וידע המום אפ"ה חוזר והן הן פשט דברי הרמב"ם ז"ל דכל שלא נשתמש אינו חוזר.

ולעומתם איכא מרבנותא דס"ל דהאי מחזירו וכו' קאי אשעת מקח ולא אשעת ראייה וס"ל דאם ראה ושתק אינו חוזר אפ"ה לא נשתמש: קושטא הוא דסוף דברי הרמב"ם ז"ל שכ' והוא שלא ישתמש וכו' אבל אם נשתמש וכו' קשה להולמו לדבריהם דרבנן דמאי אירייתא נשתמש אפ"ה לא נשתמש נמי אלא ראה ושתק אינו חוזר.

והנלע"ד ליישב דמ"ש הרמב"ם ז"ל נשתמש לאו למימרא דכשראה וידע ולא נשתמש חוזר וכפשטן של דברים. אלא לרבותא כ' כן דאף אם נשתמש לא אמרינן דאינו חוזר אא"כ נשתמש אחר שידע המום.

אבל בסתמא לא אמרינן חזקה דידע כשנשתמש מהך חזקה דאין אדם שותה בכוס וכו'. דלא קי"ל האי חזקה אלא לגבי אשה וכמ"ש הרמב"ם בה"א פכ"ה דכשבעל חזקתו דידע ומחיל: ואפשר שכן היא כוונת הכנה"ג ז"ל שכ' בסי' הנז' הגה"ט אות כ"ח וז"ל אין דין זה אמוראלא כשנודע לו המום אבל כל שלא נודע המום לא הראנ"ח ז"ל ח"א סי'.

מ' אמר המאסף עדיין איכא לספוקי בדבריו דאפ"ה נשתמש בעינן שנודע לו המום אבל נודע לו המום אפילו לא נשתמש אינו יכול לחזור בו מצאתי לגדול אחד בתשו' הובא' בתשובות כ"י למהר"א גאליקו ז"ל סי' ל"ח כתב דכל שלא נשתמש בו אפ"ה ידע המום חוזר ע"כ: והנה המט"ש סי' הנז' הגה"ט אות מ"א הניח דבריו בצ"ע וז"ל אבל אם נשתמש במקח אחר שידע המום וכו' משמע דכל שלא נשתמש אפ"ה ראה המום ושתק חוזר הרב מש"ל ז"ל פט"ו דמכירה ומח"א ה' אונאה סי' ד' וכ"כ הכנה"ג ז"ל סק"ו כ"ח ובתשו' ח"ב סי' פ"ב בשם גדול א' וכן נראה מדברי מהראנ"ח ח"א סי' מ' שכ' ועל הטענה שטוען ראובן משמעון לבטל מקח הבתים שא"ל שמעון שי"ל מאגאזין תחתיו ונמצא שאין לו ודאי מום גדול הוא בבית ויכול לחזור בו ואע"פ ששהה וגם נשתמש בבית כיון שראובן לא ידע עדיין המאגאזין שתכף השכיר הבית למוכר ולא אמר הרמב"ם דכשנשתמש בו אינו חוזר וכן החולקים על הרי"ף והרמב"ם ז"ל דאפ"ה כשלא נשתמש אלא כשנודע לו המום אבל כל שלא נודע לו לא עכ"ל ומדכתב דלא אמרו החולקים על הרי"ף והרמב"ם דאפ"ה שהה בלא נשתמש אינו חוזר אלא כשנודע לו מכלל דלדידהו אפילו נודע לו ושהה אינו חוזר אם לא נשתמש ודברי הכנה"ג ס"ק כ"ח שכתב ע"ד מהראנ"ח ז"ל הללו עדיין יש להסתפק וכו' צ"ע ע"כ: ולדידי חזי לי דאפ"ל דכוונת

הכנה"ג ז"ל במ"ש איכא לספוקי בדבריו היינו בדברי הרמב"ם ז"ל והיינו כמ"ל
דבנשתמש בעינן נודע לו המום משום דבכה"ג לא אמרינן אין אדם שותה וכו' אבל
כשנודע לו לא בעי נשתמש ואין כוונת הרמב"ם ז"ל אלא לאשמועינן דאף אם נשתמש
בעי נודע.

דדוקא במומי אשה הוא דאמרינן אין אדם שותה וכו'. ולא כאשר פירש המ"ש ז"ל
דמ"ש הכנה"ג ז"ל איכא לספוקי בדבריו היינו דברי מהראנ"ח ז"ל דהא ודאי דגם
הכנה"ג ז"ל יודה דדעת מהראנ"ח ז"ל בפשוט דלהרמב"ם ז"ל אף בנודע לו בעי נשתמש.
מדכ' וכן החולקים על הרי"ף והרמב"ם ז"ל דאפי' כשלא נשתמש אלא כשנודע לו המום
וכו'. ומאחר שכן היא דעת החולקים.

אלמא לדידהו ס"ל דבעי נשתמש. דאל"ה במאי פליגי: אלא דאכתי יש לתמוה דמה
חידוש למד הכנה"ג ז"ל ממהראנ"ח ז"ל עד שהוצרך להביא לנו את דבריו.

והלא הן הן הדברים הנאמרים באמת להדיא בהרמב"ם ז"ל שכ' אבל אם נשתמש וכו'
אחר שידע המום ואין שום חידוש בדברי מהראנ"ח ז"ל כלל. ובשלמא על מהראנ"ח
ז"ל אין לתמוה שכן דרכן של בעלי תשובה לחלק בין נד"ד לדברי הפוסקים בדבריהם
בדברים פשוטים ועי' במ"ש אות מ"ב שהב"ד הכנה"ג הנז' וכו' ומדבריו שהביא הרב
ז"ל נראה דכוונתו דבא ללמד דאף אם נשתמש אם עדיין לו נודע לו המום לא הוי מחילה
וזה ברור בדברי הרמב"ם פט"ו דמכ"י וכו' ע"ש: והנראה ליישב דאין כוונת רבינו
הכנה"ג ז"ל לאשמועינן שום חידוש שאינו מבורר בדברי הרמב"ם ז"ל והראיה לזה
שהרי מהראנ"ח ז"ל כ' כן בין לדעת הרמב"ם ז"ל בין לדעת החולקים עליו ובדבור אחד
נאמרו.

ואמאי השמיט הכנה"ג את דברי מהראנ"ח בדעת החולקים כיון דבהדדי נינהו ובדבור
אחד הם. אלא ודאי אין כוונת הכנה"ג ללמוד מהראנ"ח ז"ל שום חידוש.

דדברים פשוטים הם ועיני כל אדם חזו בהם. ולכך לא כ' דברי מהראנ"ח בדעת החולקים
אלא מ"ש דברי הרמב"ם דבנשתמש בעי נודע המום.

יען דמזה נרגש הרב להסתפק בדברי הרמב"ם ז"ל דדילמא גם הרמב"ם ז"ל ס"ל דלא
בעי נשתמש והאי דנקט נשתמש לאשמועינן דבעי ידע המום וכמ"ל כנ"ל ליישב דברי
הכנה"ג ז"ל: איך שיהיה דעת הרמב"ם ז"ל מידי פלוגתא לא נפקא. דמהר"ם אלשיך
ז"ל ומהר"א ן' אשר ז"ל ושכן נראה מדברי הרדב"ז ז"ל ס"ל דכל ששהה אחר שראה
המום אע"פ שלא נשתמש אינו חוזר וכמ"ש הכנה"ג ולדעת גדול אחד שהביא הכנה"ג
כל שלא נשתמש בו אפי' ידע המום חוזר.

וכן היא דעת מהראנ"ח ז"ל סי' מ' והמ"ש"ל פט"ו דמכ"י והמח"א ה' אונאה ס' ד' וכן
העלה המ"ש שם דלדינא מידי פלוגתא לא נפקא. ועי' בש"ע ס' רל"ב ס' ג' שהב"ד
הרמב"ם ז"ל כאשר הב"ד הרה"פ הי"ו.

וא"כ גם דעת מר"ן ז"ל מידי פלוגתא לא נפקא וכיון שכן יכול הבעל שהוא המוחזק
דאית ליה חזקת ממון לומר קי"ל כהנך רבוותא דס"ל דכל שלא נשתמש אפי' ראה המום

ושתק חוזר. לפום מאי דכליל לן הה"מ דדיני מומי האשה שוין הן לשאר מומי מקח וממכר כמביא למעלה.

וא"כ כל שלא בעל לא מחל ופטור מהכתובה וכמ"ש ידידינו הרה"פ הי"ו אך לא כמ"ש הרה"פ שכן הוא הדין בפשוט שהרי מידי פלוגתא לא נפקא אלא מטעם קי"ל ונפקא מינה שאם תפוסה האשה שאין מוציאין מידה: פש גבן לברר אי נימה דבמאי דאנן קיימין הוי חזקתו דידע. כפי המנהג שנוהגים שמרחצין את הכלה אור ליום רביעי יום החופה במעמד קרובות חתן וכלה.

ונימה דודאי בדק ע"י קרובותיו וא"כ כשכנס לחופה הרי ידע ומחל. הא למה זה דומה למ"ש מר"ן ז"ל באה"ע סי' קי"ז ס' ה' וז"ל אם יש מרחץ בעיר והיו לו קרובים שם אינו יכול לומר לא ידעתי מומין אלו ואפילו מומין שבסתר מפני שהוא בודק ע"י קרובותיו וחזקתו ששמע ונתרצה ע"כ.

כאשר עמד בחקירה זו הרה"פ הי"ו: וחזיתיה דאסיק דלאו מילתא היא שאם אמרו בגדול שאינו מתבייש מקרובותיו יאמרו בנער קטון פחות מכן י"ח שנה שהוא מתבושש לדבר בענין זה אף בפני נשים נכריות וכ"ש בפני קרובותיו ואם אמרו בבית המרחץ בעת שהם שקטות ושננות ולבם פנוי לעין ולבדוק יפה.

יאמרו בבית אביה בעת שהם מהומות וטרודות בצורכי החופה הרבים ולבם בל עמם. ובר מן דין אף אם היה בודק ע"י קרובותיו בעת ובעונה הזאת.

מום זה דנד"ד בל יראה ובל ימצא אף בהיותה עומדת ערומה במרחץ שהשער חוצץ ומגין בעדו ומסתירו מעיני כל רואה ע"כ: ומ"ש שהשער חוצץ אף בהיותה עומדת במרחץ לא שמיע לי כלומר לא ס"ל. שהרי סתם אמרו אפי' מומין שבסתר וכמ"ש מר"ן ז"ל ולא חילקו בזה כלל.

ואדרבא מצינו בסי' קי"ז סי' יו"ד שכ' מר"ן ז"ל וז"ל בא על אשתו ושהה כמה ימים וטען שמום זה לא נראה לו עד עתה אפי' היה בתוך הקמטים וכו' חזקה אין אדם שותה וכו' ע"ש. ופירש בעל ההגה וז"ל פי' כגון תחת בית השחי ותחת הדדים וכדומה ע"כ.

והא ודאי שהדדים חוצצים ומגינים על המום שתחתיהם יותר ממה שחוצץ השער ואפ"ה אמרי' חזקתו דידע ונתרצה. ודון מינה לבדיקת המרחץ.

דאין סברא לחלק בניהם דבדיקות אלו במשמוש היד הם ולא בראיית העין בלבד. ולזה אמרו אפי' מומין שבסתר דבבדיקת היד אין בין סתר לגלוי: וכ"כ מהראנ"ח ז"ל סי' ק"ב להדיא וז"ל"ה ופשיטא שאין לחלק עדיין ולומר דמום שבראש חשיב יותר נסתר מכל מומין שבסתר ובפרט במקום שיש מרחץ: גם הרב משד"ר ז"ל אה"ע סי' קי"ז דאיירי במום החטטין כ' שם וז"ל"ה אך מה שטען על מום שבראש זה ודאי יש לו בדיקה במרחץ וכ"ש בדיקה קודם שיבעול: אך מה שחלק ידידינו הרה"פ הי"ו בין גברא לגברא ובין מקום למקום כאשר עיניך תחזינה בדב"ק כמביא למעלה.

אנן נמי מודינא ליה ודברי טעם הן והשכל והסברא מורים כן. וכיוצא בזה חלק המשד"ר ז"ל ע"ז: גם כפי המונח אשר הנחנו לפניך דלא הוו החטטין הללו מום אא"כ יש בהם ריח רע.

אין להם בדיקה כמ"ש המשד"ר שם וז"ל מיהו הך מום דריח רע שבה שפיר מצי טעין משום שדרך הכלות לעשות ריח טוב בראשם ובגופם שיהיה ריחם נודף וכ"ש אשה כזאת שודאי יעשו לה כהנה וכהנה עד שיהא אותו הריח רע בטיל במיעוטו וכך טען שמעון החתן הנז' שמתוך ריח בשמים שעשו לה לא הרגיש כלל תחילה בריח רע שבה אך אח"ך בפתע פתאום הרגיש בה שלא במתכוין וכן במרחץ אפשר שיעשו לה בשמים ג"כ ולא יורגש כלל הריח רע שבה ע"כ: ואם חטטין אלו שבנ"ד הם הנק' בלשון ערבי לקרועא.

נראה דמטעם אחר אין להם בדיקה שהדבר ידוע שאין ריח רע שלהם מתמיד יען שע"י איזה משיחות משמנים החטטין מתפררים ומתרפאים לפי שעה ולא נשאר בהם ריח כלל. אלא שתכף שלשה ימים או ארבעה חוזרים וצומחים וחוזרים לקדמותם עד אשר יעלה באשם ויהיה ריחם נודף והא ודאי שבאותם הימים מתרפאים אין להם בדיקה במשמוש היד.

ואע"ג שנשאר העור שתחתיהם אדום מ"מ מרבית שער האשה מחפה על גוון העור ההוא והא ודאי שכדי שלא תתגנה שביט אביה עשו לה משיחות משמנים קודם כניסה לחופה. כדי שתתרא אדביני ביני ולא ירגישו בה בשעת הרחיצה שעושים אור ליום רביעי הנז'.

הא למה זה דומה לנכפה לעתים שכ' רבי' הב"י אה"ע סי' ט"ל משם המישרים שאין לו בדיקה במרחץ והביאה מור"ם ש"ם ס"ד ועי' בח"מ ובכ"ש שם וכ"כ הפ"מ סי' ע"ו אנד"ד וזל"ה ואפילו אם מרחץ בעיר לא היתה הולכת בימים ההם לבית המרחץ כיון שהוא לפרקים מחולקים וכו' ע"ש: וגדולה מזו נראה דכיון שחולה זה הוא לפרקים ולא בכל שעתא ושעתא ריחו נודף.

א"כ אפ"י כאשר יהיה האופן דבעיל. לא אמרינן חזקה דיבעי לטעון דבאותה שעה לא היה לה ולכך לא הרגיש בריחה.

שכן מצינו בתשו' הפ"מ ז"ל סי' ע"ו הנז' שכ' וז"ל איברא שאם יטעון ראובן שמום אשתו זאת אינו מום תדירי אלא דמזמן לזמן קא אתי אפשר דלא דמי להך דהרמב"ם דכתבנא דהרמב"ם במום שיש לה תדיר מיירי וע"ז כ' דמסתמא ידע ביה ומחיל דהרי בשעת בעילה אין אדם שותה בכוס וכו' אבל בנ"ד יטעון שבשעת בעילה כשבדק לא היה לה מום זה בעת ההיא דמזמן לזמן קא אתי והשתא הוא דקא אתייהא לה ומכי חזי למום צווח ככרוכייה ע"כ.

וכ"כ ה' דב"מ חאה"ע סי' מ"ט משמו ומשם הרב בני יעקב בתשו' ס"ח: ועוד בה דקא טעין דהאי דשתיק לאו משום דאפייס אלא משום דאסיק אדעתיה דלאו מום קבוע הוא וע"י רפואות יוכל להתרפה. ובפרט בהגיע תור זמן הגדלות כי כן יארע לכמה ילדים

וילדות בקטנותם תהיינה קרחת בראשם ולעת גדלותם הן מתרפאים והכי חזינא ליה להרה"פ הי"ו שכ' וז"ל ועדיין יש לבעל דין לטעון ולומר הן לו יהי כדברי הבעל.

שמום זה היה בה קודם שתכנס לרשותו ולא ידע ולא הרגיש בו עד שכנסה והטעתו. מ"מ הרי ידע והכיר בו זה שנתים ימים והרי ראה ונתפייס.

וכמ"ש מר"ן ז"ל באה"ע סי' קי"ז ס"ט וז"ל הביא הבעל ראייה שעד שלא תתארס היו בה או שהודית לו בכך והביא האב ראייה שראה ושתק ונתפייס או שחזקתו שידע בהן ונתפייס ה"ז חייב בכתובתה. ע"כ.

ובנד"ד הרי הבעל אזיל ומודה שכבר ידע והכיר במום זה ומדשתק ולא ערער תכף ש"מ דאפייס ולא קפיד והשתא הוא דהדר ביה: האמנם נראה דזה לאו כלום הוא. ושתיה תשובות בדבר.

חדא דכיון דקי"ל חזקה אין אדם מתפייס במומין. כל כימה דמצינן מדי למתלי ביה שתיקתו.

תלינן ולא מרעינן לה לחזקה עד דחזינן להדיא דאתרעי. והכא בנד"ד הא קא טעין דהאי דשתק לאו משום דאפייס הוא.

אלא קסבר האי מום עובר הוא בדרך שמתרגש ובא בכמה נשים סמוך לנישואין ע"י כיסוי הרא"ש. וע"י רפואה קלה חיש קל מהרה נרפא הנגע ולעומת שבא כן ילך.

ויהי כראותו שזה כמה השתדלו קרוביו וקרוביה ברפואתה ולא עלתה בידם אז ידע אל נכון כי מום קבוע הוא. ויבוקש הדבר וימצא כי הגידו לו לאמר שכבר נראה בה מום זה בנעוריה בית אביה.

וכבר שקדו יולדיה ודרשו ברופאים היטב אולי יש תקוה להעלות ארוכה למחלתה ולא מצאו ואין זה מן החדש כשאר נשי דאתרע ביהו הכי ע"י קישורי הראש. הנה כי כן געלה נפשו אותה ונראה דהיא טענה נשמעת.

ואף שראינו לה' מוהרש"א ז"ל הנ"ל בהוא עובדא דאתשיל קמיה כנד"ד. צידד לומר דכיון שידע בחולי הזה שהיה לה אף שנתרפאת הו"ל לאתנויי ע"מ שלא יחזור ומדלא התנה כן אחית נפשיה לספיקא יעו"ש.

וה"נ בנד"ד נימא כיון שידע והכיר במום זה הו"ל לגלויי דעתיה דלא מפייס. ולא שתיק רק אי הוי מום עובר כשאר נשים.

לא היא.

דהרואה יראה שאין הנושאים שוים דשאני התם שהיה לה חולי רע וקשה מאד עד שיש אומרים שאין לה רפואה כלל כמו חולי הצרעת כמו שיראה המעיין לשם. אמטול הכי יש צד לומר דכיון שידע שהיה לה חולי קשה אף שעכשיו נתרפאת מ"מ הו"ל לאסוקי אדעתיה ולמיחש שמא יחזור ולא תנויי ע"מ ומדלא אתני אחית נפשיה לספיקא.

לא כן בנד"ד שחולי זה הווה בכמה קטנות דנסבי ומתרפה על נקל הכמ"ש. מהיכא תיסק אדעתיה לחוש למיעוטה דלא שכיח ולהתנות ע"מ שתתרפה עד שנאמר מדלא אתני אחית נפשיה לספיקא.

עכ"ל הרה"פ הי"ו: ואתה תחזה לרבינו מוהריב"ץ זלה"ה בתשו' שכ' על ראובן שטען על אשתו שמשנתנית במטה וכו' וע"ז הביא דברי מר"ן בב"י אה"ע סי' ט"ל שהביא תשו' הרשב"ץ דלא הוי מום ומר"ן דחה דבריו ובמפה סי' קי"ז ס"ה פסק כדברי מר"ן. ושוב כ' ומ"ש הח' נר"ו דאין אדם שותה בכוס אלא א"כ בודקו.

אין זה ענין לנ"ד דלא אמרו כן אלא בטוען מום זה לא ראיתיו עד עכשיו. אבל זה טוען ראיתי וידעתי והייתי סובל ועכשיו איני יכול לסבול עוד.

גם מ"ש שכיון שעברו ח' חדשים והיה שותק ולא ערער סבר וקבל. הן אמת שהרשב"ץ כתב באותה תשו' שאפי' לאותם שהיו דנים שזהו מום כיון שאשה זו גדלה עם אחות בעלה וכו' והיתה ישינה עם השכנות אינו יכול לטעון וכ"ש שעברו ה' חדשים בנישואין וכו' עכ"ל.

והן אמת דמר"ן ז"ל לא דחה דבריו בזה. מיהו עינינו לנוכח יביטו.

ואנן סהדי שאין אדם יכול לסבול לשכב עם אשה שתשתין בבגדיו ותטנפנו ותהי נדתה עליו ויצטרך להחליף בגדיו בכל יום ויהיו כל ימיו שבתות כעולם שכלו שבת ואם לא ימצא להחליף שמלותיו יהא אסור להניח תפילין ולהתפלל ולקרות בתורה. וכן אי אפשר לשום אדם לסבול שלא ישכב עם אשתו בקירוב בשר אלא בשעת תשמיש ויפרוש ממנה כל ימיו ויהא שוכב הוא במטה אחת והיא במטה אחרת גם בימי טהרתה וכמשכב נדתה יהיה לה.

ושתיקתו אנן סהדי דאינה אלא מפני הבושה דכסיפא ליה מילתא וגנאי הוא לו להבזות את הכלה ולהקלותה בעיני כל רואיה שהיא משתנת במיטתה כדרך שעושין ילדים וילדות קטנים וקטני קטנים. וסמכה דעתיה שרוב בני אדם בימי קטנות יארע להם כן מחמת קרירות ואח"כ בימי גדלות מתרפאים מהקרירות ופוסקים מלהשתין.

ובזה היה מקבל תנחומין וסובל עד שמן השמים ירחמו. ויהי כי ארכו לו שם הימים וסירכה נקטא ואזלא פתה את פיהו וערער ואלו היה מום אחר שאין בו גנאי היה מערער מיד ולכן מצד כל הני אומדנא אין לחסמו ולא לחייבו לפרוע הכתובה כמשפט הבנות.

וכ"ש בזמן הזה שהכתובות גדולות אלא יעשו ב"ד פשרה ויאמרו לה טול מה שהבאת מבית אביך ועוד יוסיף לה הבעל סך מה משלו כפי כח הסבל ויפטרנה ואיש על מקומו יבא בשלום עכ"ל. (העתקתי כל לשון הרב יען שאינו נמצא ביד כל אדם): ופשוט הוא דלא בא הרב לחלוק על הרשב"ץ ז"ל ומר"ן ז"ל שלא דחה דבריו בזה וכמ"ש ה' גופיה אלא דיצא לחלק בין מאי דקמיה למאי דקאי ביה הרשב"ץ דבנד"ד איירי בקטנה ורוב בני אדם בימי קטנות יארע להם כן וא"כ הא ודאי דיכול לטעון דהאי דשתיק לאו משום דאפיס אלא משום דסמכה דעתיה דבהגיע תור ימי הגדלות מתרפאת.

ומוקי דנדון הרשב"ץ איירי בגדולה ובאופן דליכא למימר סמכה דעתיה וכו'. והוכרח הרב לחלק כן שכן הדעת נותנת מטעם האומדנא כמבואר בדבריו ודברים של טעם הם: וחזיתיה לרב אחרון מוהר"ר שאב"ץ ז"ל אחד מב"ד שלפנינו שכ' על דבריו וז"ל עי' בס' אדמת קדש ח"ב חאה"ע סי' א' שהאריך בנדון כזה ממש והביא תשו' הרשב"ץ ז"ל ומ"ש עליו מר"ן הב"י ז"ל והאריך בזה וזו הלכה העלה דאף לס' מר"ן ז"ל וסיעתו דס"ל דהוי מום אפ"ה כיון שבא עליה אחר שנודע לו כבר מחל ושוב אינו יכול לטעון ואם רצה חייב לפרוע לה כל כתובתה עספ"א.

יעו"ש בד"ק ועי' בס' בן פורת יוסף חאה"ע דל"א ע"א שכ' בשם ה' בית דוד חאה"ע סכ"ח דהוי מום ויכול להוציאה וצריכה גט אבל חייב ליתן לה כתובה כיון שנשתמש בה אחר שידע בה ועי' בס' יד אהרן אה"ע סי' ט"ל הגב"י אות י"א עכ"ל הרב הנז': וספרן של צדיקים הנז' אינם מצויים בידי כעת.

ומ"מ משתמע מלוהי דהנך רבוותא דאייתי בידיה פליגי אדמוהריב"ץ. ולפ"ד אתו דברי מהריב"ץ דלא כהרשב"ץ ומר"ן ז"ל.

ואהמ"ר לדדי חזי לי דחלילה לחשוב כן על רבינו מוהריב"ץ ז"ל שיחלוק על הרשב"ץ ומר"ן שלא דחה דבריו. וכבר כתבנו בכמה מקומות משם הכנה"ג בתשו' דכשמביא בב"י איזה סברא ולא ערער עליה ולא כ' עליה חולקים שכן היא דעתו.

ואנן אתכא דמר"ן ז"ל קא סמיכנא בין בב"י בין בש"ע וכמ"ש מוהריב"ע ז"ל ומוהריב"ץ ז"ל גופיה הוב"ד בס' ויאמר יצחק בדינים נפרדים או"ב וא"כ מי שם פה לאדם לומר דרבינו מוהריב"ץ פליג עליה דמר"ן ואכולהו רבוותא הנז'. אכן האמת יורה דרכו דהרב לא יצא אלא לחלק מכח הסברא והאומדנא בין האי גוונא דאקי ביה שהיא קטנה אחר שכן יארע כן לרוב בימי קטנות ובימי גדלות מתרפאים ומוקי דההיא דהרשב"ץ בגדולה וגם באופן דליכא למימר סמכה דעתיה שמתרפאת.

וא"כ אם לא בא הדבר מפורש בדברי הנך רבוותא דליכא למימר אף כה"ג דנדון מהריב"ץ ז"ל סמכה דעתיה וכו' אנן נמי נימא דכולהו רבוותא איירי כאשר יהיה האופן דליכא למימר סמכה דעתיה: ומ"ש ה' מוהריב"ץ ז"ל בתחילת דבריו אין זה ענין וכו' אבל זה טוען וכו' ועכשיו אינו יכול לסבול עוד ע"כ.

סמך הרב על סוף דבריו שבא בנותן טעם משום דקא סמכה דעתיה: באופן דאנו אין לנו לזוז מדברי רבי' מוהריב"ץ ז"ל דמאריה דאתרין הוא ודברים של טעם הם. מעתה אף אתה אמור להאי גוונא דידן שכמה ילדים יהיה להם בקטנותם חטטין בראשם.

ובזמן הגדלות הם מתרפאים. וא"כ ודאי נוכל לומר דע"ז סמכה דעתיה.

וכההיא דמהריב"ץ ז"ל. והגם דבעיל לאו משום דאפייס אלא משום דאסיק אדעתיה.

הנה ימים באים ונרפה הנגע. דאנן סהדי דלא אפייס דאין אדם יכול לשכב עם אשה וריחה נודף.

זהו הנלע"ד בזה. וצויי"מ וימ"ן הכ"ד החו"פ פאס יע"א בחשון דהאי שתא טבתא בא סימן שמוע אשמע צעקתו ליצירה וקיים: ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט סימן ס"ג.

שאלה חברה שהסכימו ונתקשרו בני' בקגו"ש להוציא את ביניהם תשב"ר מאת המלמד שהם אצלו ולהושיבם אצל מלמד אחר שיביאו מעיר אחרת. והרשו את ראובן אחד מבני החברה שיביא מלמד מעיר אחרת ונתחיי' לו בקנס שכל החוזר בו יתן לו קנס כו"כ.

כמשוח"ב פי' תו"מ וכן היה שהביא ראובן מלמד מעיר אחרת. והושיבו בני' אצלו כתנאם והנה הילדים האלה אינם במדרגה אחת שיש מהם שהורגלו בתורה שבכתב אצל המלמד הראשון עד גדר שבכל הענינים אינם צריכים שום עיכוב ובהעברה בעלמא בלשון ערבי סגי ליהו.

ובתורה שבע"פ גם כן לומדים בהבנה ובסברא ואם מעט. ויש מדריגה אחרת פתוחה מזו כ"כ דבתורה שבע"פ לא ניסו כלל לא בגירסא ולא בפי' המילות.

וגם בתורה שבכתב צריכים טורח בלשון עברי ובפסוק הטעמים וכ"ש בלשון ערבי שהתחילו מקרוב ויש עוד מדריגות אחרות למטה זו מזו. ובקיץ שעבר סמוך לביאת המלמד הבא הושיב את בן ראובן המורש"ה שהוא מבני המדרגה הב' אצל בני המדריגה הראשו' ללמוד בתנ"ך משלי איוב וכו'.

והם לא יעברו עד שיהא הפסוק שגור בפיו בענין שלא יהא רבו צריך לחזור עמו עוד הפעם. באופן שבני המדריגה הא' הם מוכרחים שיתעכבו ויתבטלו מלימודם בעבור זה הבא אצלם מחדש.

שוב בחג הסוכות שנשלם ששה חדשים זמן הקצבה שקצבו עם המלמד. חזרו וחידשו קצבה אחרת ואין פוצה פה.

ואחר החג שבאו הילדים ללמוד אצל רבם. הושיב בן ראובן אצל בני המדריגה הראשו' גם בלימוד תורה שבע"פ.

וכאשר בא א' מבני המדריגה ההיא אצל אביו בסעודת הצהרים. שאל האיש את בנו בני כמה למדתם היום.

השיבו מאז הבקר ועד עתה לא למדנו כ"א מעט גמרה חק לישראל שאנו רגילים בה מקודם. וגם אותה לא השלמנו בפרטותי' כו'.

לרגל הילד הבא אצלנו מחדש. שהוכרחנו להתנהל לאטו עד אשר למד אותה בגירסה וחזר ושנאו בפי' ומצדו בא העיכוב לנו.

כשמוע שמעון אביו את דברי בנו היטב חרה לו וגמר אומר שלא להושיב את בנו אצל מלמד זה ובכך הגישו עצמותיהם ראובן ושמעון. לדעת אם חייב שמעון לשלם חלקו בשכירות המלמד או יתן קנס.

או דילמא פטור מכל וכל וזהו סדר טענותיהם ראובן טוען שכבר היה בזה מימות הקיץ. וראו כולם ושתקו ולא מיחו.

זה הוכחה שסברו וקבלו. ואם יאמר שמעון שהוא לא ראה ולא ידע מזה יקבל עליו בחר"ח שכן הוא שלא ידע מזה כלל.

השיבו שמעון קושטא קאי שלא ידעתי. ואת"ל שידעתי ושתקתי אינו דומה ההפס' והנזק המגיע מהעכבה שהיו מתעכבים עבורו בתורה שבכתב להנזק המגיע עתה בהתערבו עמהם בתו' שבע"פ שצריך הרבה שובה ונחת בפרט להילדים רכים אשר בגיל בני דכולי האי ואולי יקלוטו מעט הבנה וסברה במיצוי תוכן הענין שיהיה.

לא כן עתה כאשר בנך עמהם שעדיין צריך לימוד בגירסא ופי' המלות וכו' והם צריכים להקשיב ולהאזין אליו שפה ולשון אחר והנהגה אחרת בקל ישתבשו ופסידא דלא הדר הוא. עוד טען ראובן אם אינו בדין שיהיה בני עמהם.

יושיב אותו המלמד בחבורה בפ"ע ויתן לכל א' וא' ולכל חבורה וחבורה חלקו במנין השעות לפי ערך מתן דמי שכי'. וגם ע"ז השי' שמעון כיון שהגיע המלמד למדריגה זו דשבקיה להימנותיה ועיכב והפסיד את הרבים בשביל היחיד לאהבתו אותו.

ולא חשש לעצמו בינו לבין קונו לעשות מלאכת ה' באמת ובתמים ולא ניכר שוע. כדבעי למיעבד לכל המלמדים ללכת בדרכי יושר איני מאמינו עוד שיהא זריז ונזהר לתת לבני חלק ערכו.

ובכגון זה לא הרשינו אותך ולא נתקשרנו עמך להביא לנו מלמד ללמוד עם בנך ואנו נותנים שכר הרבה. ועל כיוצא בזה אמרו חזקה לא שדי אינש זוזי בכדי.

ע"ז יורו המורים הדין עם מי. ויבא שכמ"ה.

נאם הח"פ האזא יע"א שני ימים למרחשון תרנ"ז לפ"ק: ע"ה אברהם בן סוסאן ס"ט תשובה הא ודאי דמקרי דרדקי דפשע בהו בינוקי דבלא התראה מסלקינן ליה שכ"כ מר"ן ז"ל בחו"מ סי' ש"ו ס"ח וז"ל הנוטע אילנות לבני המדינה שהפסיד [ויש אומרים דה"ה ליחיד] וכן טבח של בני העיר שנבל הבהמות והמקיז דם שחבל והסופר שטעה בשטרות ומלמד תינוקות שפשע בתינוקות ולא למד [אפי' רק יום או יומים] או למד בטעות וכל כיוצא באלו והאומנים שאי אפשר שיחזרו ההפסד שהפסידו מסלקין אותם בלא התראה שהם כמותרים ועומדים עד שישתדלו במלאכתם הואיל והעמידו אותם הצבור עליהם ע"כ.

והמה דברי הרמב"ם ז"ל בפ' עשירי מהל' שכירות. וכתב הה"מ וז"ל ומלמד תינוקות כו' רש"י ז"ל פי' דמשום דשבשתא דעל על והויא לה פסידא דלא הדרא.

ובהל' דפשע בינוקי פי' שמתבטל מלמדו. ושני הפירושים כדברי רבינו ופי' לדעת רש"י ז"ל כגון שהמלמד עצמו טועה בדבר ואינו יודעו בכיוון ובזה הוא דמסלקינן ליה.

אבל אם היה יודע הוא הדבר ואינו משגיח על א' מהתינוקות אם אומר הדבר בטעות לא מסלקינן ליה ע"כ. ונראה דלזה כיון ידידינו הרב השואל הי"ו במ"ש בדברי טענת שמעון בקל ישתבשו ופסידא דלא הדרא הוא.

דכוונתו לרמוז להאי דינא: ואולם לדידי לא שמיע לי. משום דמצינו פלוגתא דרבוותא בזה לגבי יחיד.

וגם מר"ן ומור"ם ז"ל ג"כ פליגי בזה. ומבואר טעמייהו בטור וז"ל והרמב"ם נתן טעם בדבר הואיל והעמודו אותם צבור עליהם וכ' ג"כ שתל של כל בני המדינה ונראה שאין

חילוק בין לשל יחיד לשל רבים מההוא עובדא דרונייא שתלה דרבינא הוא וסלקיה בלא התראה ע"כ ובב"י כ' וז"ל ומ"ש רבינו ונראה שאין חילוק בין יחיד לשל רבים כההיא עובדא דרונייא שתלה דרבינא הוא בהשגות ג"כ כתוב וכן נמי אם שתלה דיחיד וכ' ה"ה שיצא לו מעובדא דרונייא שתלה דרבינא הוא ואפשר שדעת רבינו לומר דרונייא שתלה דרבים היה ובכללן היה רבינא ואירע הדבר שהפסיד לרבינא.

ע"כ מבואר להדייא דדעת הרמב"ם ומר"ן דלא אמרינן כן לגבי יחיד. ונראה דכה"ג דנדון דידהו לא מיקרו צבור יען כי החברה ההיא לא יש בה יותר מחמשה ב"א. והתנו ביניהם שלא ילמד המלמד כ"א לבניהם דוקא. ואין לו רשות להוסיף בלתי רשות כולם כמשו"ח בידם.

והגם דמצינו בפ' השולח דמ"ו גבי הא דאמר רבי יהודה כל נדר שידעו בו רבים לא יחזיר קאמר הש"ס וכמה רבים ר"ן אמר ג' ר"י אמר עשרה וכו' ע"ש. ומר"ן ביו"ד סי' רכ"ח סכ"א כ' ואין נקראים רבים בפחות מג' ע"כ ועי' קה"י לשון חכמים אות ריש סי' תע"ו מ"מ מדנקט הרמב"ם בלישנא לישנא דצבורה.

נר' דס"ל דלא הוי האי דינא בפחות מעשרה. דאין צבור בפחות מי' כמשמע בכמה מקומות דמשני הש"ס הא ביחיד הא בצבור.

ובפרט דטעם זה הוצא הר"מ במז"ל מדברי רבא דאמר מקרי דרדקי שתלה טבחא ואומנא וסופר מתא. דמתא אכולהו קאי.

והכא כיון דבחברה זו אין כאן בי עשרה א"י לסלקו בלא התראה: וכ"ז הוא לדברי שמעון דאחשיביה להאי מקרי דרדקי פושע. ואולם לדידי חזי ליה דאין כאן פשיעה.

וה"ט דהגם דהני דרדקי דבני החברה אינם בהדרגה א'. אלא זה למעלה מזה דיש מהם דיכול ללמד אותם מעט מהש"ס.

ויש שאינם יכולים ללמוד כ"א מקרא וכו' ונחלקין לב' כתות. מ"מ כאשר יוסיפו לקח בעלי מקרא אז רמי עליה לחנכם ולהבינם קצת בש"ס וכו'.

עדי בהמשך הימים יתנו לב להבין. והגם דנמשך קצת בטלה לאותם הקודמים שמבינים קצת.

לא יחוש להם. דמאי חזית וכו'.

ואי משום דהי"ל ללמדו בפ"ע באיזה חלק מהיום מזה אין לקרותו פושע. דהרי מצינו ערובין דנ"ד ע"ב דקאמר הש"ס ת"ר כצד סדר משנה משה למד מפי הגבורה נכנס אהרן ושנה לו משה פירקו נסתלק אהרן וישב לשמאל משה נכנסו בניו ושנה להם משה פרקו נסתלקו בניו נכנסו זקנים ושנה להם משה פרקו נסתלקו בניו נכנסו כל העם ושנה להם משה פרקו נמצאו ביד אהרן ד' ביד בניו ג' וביד הזקנים ב' וביד כל העם א' נסתלק משה ושנה להם אהרן פרקו נסתלק אהרן שנו להם בניו פרקו נסתלקו בניו שנו להם זקנים פרקו נמצאו ביד הכל ארבעה מכאן אר"א וכו' ופריך תלמודא ולא גמרו כולהו ממש ומשני כדי לחלוק כבוד אהרן ובניו וכו' ופרש"י כצד סדר משנה כצד למדו ישראל תורה שבע"פ ע"כ.

הרי דלכל העם היו שונין להן פיר' ביחד. הגם דא"א שיהיו כל העם הדרגה א'. וכשנסתלק משה היה הנכנס אחריו מלמד לכולם בב"א. ועוד מדפריך הש"ס ולגמרו כולהו ממשה ופרש"י ולעיילו כולם ברישא ולילפו ממשה ד' זמנים וכו' ע"כ.

ואם היה המלמד צריך ללמד לכל הדרגה בפ"ע. א"כ מאי מקשה הש"ס.

ואמאי הוצרך לתרץ לחלוק כבוד. הא לא מצי למיעבד הכי.

אלא ודאי אין בזה קפידא. גם איפ' דמלמד זה אסיק אדעתיה לפי ראות עיניו דיותר טוב ללמד יחד ממה שילמד לכל הדרגה בפ"ע.

יען דממ"ן אי איפ' בלתי קצת בטלה לאחרים. ובחר לו ללמד יחד כדי שיהיו יושבים לפניו ועיניהם רואות את מורם ותהיה אימתו עליהם ואל יסיחו דעתם לדברי הבאי.

גם לא גרע מההיא דהה"מ דהמלמד יודע הדבר ואינו משגיח על התלמיד האומר בטעות דלא מסלקינן ליה. ובפרט דכ"ז לא היה אלא מחצית היום כמובן מהשאלה ושכן הוגד לי ג"כ מהמביא השאלה: באופן דאין כאן מקום פטור לשמעון מלשלם השכירות או הקנס.

ואין פנאי להאריך. הכ"ד הח"פ פאס יע"א אדר ב' דהאי שתא וזר לא יקרב אליכם לפ"ק.

וצו"מ וימ"ן: ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט סימן ס"ד. שאלה אי מצי למימר גוא"א בפחות משוויה.

א"ל.

תשובה הנה ביותר משוויה מצינו לרבינו בעה"ט סי' קע"א ס"ה ורבינו הב"י שם הביאו פלוגתא דרבנותא איכא דסברי דאין שומעין לו אלא שמין אותו בב"ד ואיכא דאמרי דיכול להעלותו ובש"ע ס"ו העתיק לשון הרמב"ם פ"א מה"ש הב' ובב"י מבואר דהרמב"ם ס"ל כרש"י דיכול להעלותו בדמים א"כ לפ"ז דעת מר"ן דשומעין לו וכ"פ מור"ם במפה שם.

ואולם בפחות משוויו רבי' הב"י מתשו' הרמב"ן סי' מ"ג שכת' וזל"ה מיהו כ' הרמ"ה דדוקא אם בא להעלות על דמיו שומעין לו אבל לפחות מדמיו אין שומעין לו. שאם אתה אומר כן.

עשיר ועני שהניח להם אביהם מידי דלאו בר חלוקה. הרי עשיר אומר לעני תנה לי בפחות מדמיה.

או אני אתנם. והוא יודע דלרש אין כל ונמצא העשיר לוקח על כרחו דעני בפחות מדמיו ולקתה מדת הדין ע"כ ופסקה מור"ם במפה.

ולכאורה נראה דהכי נקטינן כיון שהב"י הביא דברי הרמ"ה בלי שום חולק ובפרט דמור"ם פסקה ואנן קי"ל כוותיה היכא דלא פליג אמר"ן ז"ל. ואולם המנהג הוא להפך דבין ביותר בין בפחות מצי א"ל גוא"א.

ונראה דהט' שהרי הה"מ כ' על דברי הרמב"ם וז"ל ויש שהיו סוברין לומר שאין אומרים כן אלא בשומת ב"ד אבל לא ביתר מכאן. והעיקר כדברי רבינו שכל א' יכול לקצוב הדמים לרצונו ולומר לחבירו או קנה כשיעור זה או מכור הן חסר הן יתר משומת ב"ד ע"כ.

הרי מבואר דהה"מ ס"ל דהרמב"ם ז"ל סבר דאף בפחות שומעין לו. ומאחר דמר"ן הביא לנו את דברי הרמב"ם ז"ל בשולחנו הטהור והה"מ פ"י כן בדבריו ודאי דהכי ס"ל למר"ן.

דאפי' היכא דאיכא פלוגתא בפ"י דברי הר"מ במז"ל כ' הרדב"ז שעל הה"מ הוא סומך שהיה אדם גדול ובקי ורוב שיטתו היא שיטת הרשב"א וגם דקדק בדברי הר"מ במז"ל בכל הצורך. וכ"ש כאן שלא מצינו חולקים על הה"מ בפ"י דברי הרמב"ם ז"ל והחולקים שיש הם אעיקרא דדינא על הרמב"ם ז"ל.

וא"כ אף דמור"ם פסק כהרמ"ה לא נקיטין כוותיה כיון דמר"ן לא ס"ל הכי. אלא דיש לתמוה קצת על מר"ן מ"ט לא העיר ע"ז להדיא אדברי הרמ"ה ז"ל דהרמב"ם ז"ל חולק לדעת הה"מ.

והנראה הוא משום דהב"י לא העתיק דברי הרמ"ה הללו אלא משום דבאו בכלל דברי הרמב"ן ומריהטת דברי הב"י נראה דכל עיקר כוונתו בהעתקת דברי הרמב"ן ז"ל עצמו אינו אלא לאשמועין האי פלוגתא דיותר מדמיו דאיירי בה רבינו הטור יע"ש. ומאחר דלא באו דברי הרמ"ה דאיירי בפחות אלא באגב לכך לא העיר עליהם כיון דלא נחית על זה.

ועי' מט"ש סי' הנז' בהגב"י אות י"ג. וצווי"מ וימ"ן: ע"ה שלמה אבן דנאן הי"ו סימן ס"ה.

כתוב בס' התקנות והוא בנדפס סי' רי"ב צוה מ"מ שהוא מאמין את אשתו בנאמנות גמורה כדת וכהלכה אם יש שום צד לפטור האלמנה מחרם וכו' ויראה האלמנה זו פטורה מחרם ומגדר שעם היות שכתבו הפוסקים שאף כשהאמין הלוח למלוה וכו' התם היינו טעמא שהלוח טוען בריא שלא האמינו לגוזלו אבל בנ"ד וכו' אין היורשים יכולים להחרים על האלמנה כלל וכו' כיון שהאמינה בשעת מיתתו וכו' מהר"ם טולידאנו זלה"ה ומהר"א אלבאז זלה"ה: מדבריהם דרבנן מבואר דהא דאין הנאמנות מועיל שלא להחרים כמ"ש מר"ן סי' ע"א ס"ו דוקא בבא בטעות בריא אבל בטענת ספק בטענת יורש אינו יכול להחרים ובהורמנותייהו דרבנן קאמינא דדבריהם תמוהים בעיני דמלבד דמסתמיות דברי הפוסקים והטוש"ע וממאי דאמור רבנן בטעמא דלא הימניה דלגזול אותו ואם לא גזל לא עליו קאי הקללה וכמ"ש הסמ"ע סקט"ו לא משמע הכי מצאתי הדבר מבואר להדיא בתשו' הרשב"א ח"ב סי' ס"ב וז"ל וכל מה שיטעון עליה היורש והיא משיבה כל שאין היורש בריא בטענתו אינו יכול להשביעה אפי' בהסת כמו שאמרנו ומ"מ אם רצה היורש להחרים חרם סתם שכל מי שנטל מנכסי מורישו בין בחייו בין במותו שלא מדעת מורישו דרך גזלה ודרך גנבה יכול הוא להחרים מתקנת הגאונים ז"ל

והיא אינה יכולה להוציא עצמה מכלל החרם ואפי' פערה משבועה שאם האמינה ופטרה משבועה לא נתן לה רשות לגזול ממנו וכ"כ הרב אלפאסי ז"ל בתשו' ע"כ.

ומצאתי לה' מט"ש סי' הנז' בהגה"ט אות מ"ב וז"ל וכן אין הנאמנות מועיל שלא להחרים חר"ס כו' וכ"כ הרי"ף ז"ל בתשו' סי' קל"ח הרדב"ז ז"ל נ"מ סי' קי"ז בית דוד חו"מ סי' י"ט הרשב"ץ ז"ל ח"ב סי' קנ"ה מיהו בח"ג סי' ש"א משמע דצריך שיהא לו ראייה שגזול כדי להחרים חר"ס יע"ש ע"כ: והנה לכאורה משמע מתשו' רשב"ץ דח"ג דצריך שיהיה לו ראייה וכמ"ש המט"ש ז"ל והוא היפך מאי דמשמע מתשו' דח"ב ואולם כד דייקנן פורתא נראה לי שב ותחילה אציג לפניך את דברי ה' בשתי התשו' וז"ל בתשו' דח"ג ואפי' חר"ס שהוא מתק' הגאונים ז"ל בכל טענת ספק שמחרימין בד' חר"ס כמ"ש הריא"ה ז"ל בפ' כל הנשבעין שב"ד מחרימין על מי שכופר בתביעה זו והחרם חל עליו בין בפניו בין שלא בפניו וא"צ לענות אמן כמו שכ' הרב בעל העיטור ז"ל בשם הגאונים ז"ל גם מזה החרם הוא פוטר אותה וכ"ז הוא אם אין להם ראייה עליה שגזלה אבל אם יש להם ראייה עליה לא פטרה שלא האמינה לגזול וכ"כ בעל העיטור ז"ל בשם הגאונים ז"ל.

ע"כ וז"ל בתשו' דח"ב שכ' רבינו האי גאון ז"ל וז"ל דחר"ס והדרת הראש לא מהני בנאמנות ואין חבירו יכול לעכב חרם סתם ולומר לו הוציאני מן הכלל שלא האמינו לגזול ואם לא גזל אין לו חרם עכ"ל וכיון וכו' שאין כוונת הנאמנות שהוא מוחל לה גזלתו אלא שהאמינה שלא גזלתו ואם הודית לו או יש לו עדים שגזלתו חייבת להחזיר לו ע"כ: והנה המט"ש מפרש דמ"ש בתשו' דח"ג וכ"ז הוא וכו' דאתא לאשמועינן האי דינא דרבינו האי גאון ז"ל דאין הנאמנות מועיל שלא להחרים ומחלק בין אין לו ראייה ליש לו ראייה דהיכא דיש להם ראייה דגזלה לא פטרה מחרם שלא האמינה לגזול ולפיכך כ' דמתשו' זו משמע דצריך שיהיה לו ראייה שגזול כדי להחרים חר"ס ולפי' זה קשה טובה חדא דמשמעות שתי תשו' ה' סתראי נינהו ועוד דהא סתם ראייה היא בעדים וכיון שיש עדים שגזלה בעיא לשלומי ולהחזיר הגזלה ואינו פוטרה החרם וכמ"ש הרב התשב"ץ גופיה בתשו' דח"ב שאם הודית לו או יש עדים שגזלתו חייבת להחזיר לו ועוד דהאי דינא דאין הנאמנות מועיל שלא להחרים מביאים אותו הפוסקים והטור והב"י ז"ל וגם הרשב"ץ עצמו בתשו' דח"ב משם רבינו האי גאון ז"ל ובההיא תשו' דח"ג הביאו משם ה' בעל העיטור משם הגאונים: והנלע"ד לישיב הוא דה' בתשו' דח"ג לא איירי בהאי דינא דרבינו האי גאון ז"ל אלא בפ' שטר כתו' עסיק וכאשר עיניך תחזינה בתחילת התשו' שהעתיק לשון שטר הכתובה שהיו כותבין ואח"ך כ' וזה פי' שטר הכתובה והשתא מפרש מה שהיו כותבין בנאמנות שבשטר כתובה ואח"ס שכוונת הבעל לפוטרה אף מקבלת חרם שתקנו הגאונים על טענת ספק ואח"ך כ' וכ"ז הוא וכו'.

וכוונת ה' בזה הוא דאין כוונת הבעל בנאמ' שהאמינה למחול לה אף אם יהיה ידוע שגזלה שלא האמינה לגזול ואם יש לו ראייה שגזלה לא פטרה אלא צריכה להחזיר. אבל אם אין לו ראייה שגזלה אלא דאכתי צריכה לקבל חרם מתק' הגאונים שתקנו חרם על טענת ספק בזה הוא דרצה לפוטרה והן הן הדברים הנאמרים באמת בתשו' ה' גופיה בח"ב שכ' שאם כוונת הנאמנות שהוא מוחל לה גזלתו כמביא למעלה אבל בדינא דאין

הנאמנות מועיל שלא להחרים לא איירי הכא בההיא תשו' כלל והיינו טעמא שלא הבין דין זה משם רבינו האי גאון ז"ל מארה דשמעתא כמ"ש ה' גופיה בתשו' דח"ב דהכא לא איירי ה' בהאי דינא: הן אמת כי מתוך פ"ה הרב בכוונת הנאמנות נמשך הדין של רבינו האי גאון ז"ל כי מאחר שלא האמינה לגוזלו וחייבת להחזיר הגזלה אם יש חשש יחרים דהחרם הוא קללה לגוזל ואם לא גזלה לא תחול עליה קללה וכמ"ל מ"מ ה' לא איירי אלא בכונת הבעל ולא איירי בדין אם יועיל הפטור אם לאו והראיה לזה שהרי לדידהו אף שהיו כותבין הנאמ' לאשה בכתובתה אפ"ה היו משיעין לאלמנה וכמ"ש ה' גופיה בתשו' דח"ב והכא לא שנאה אלא ודאי הכא לא איירי אלא בפ"ה כוונת הבעל דבפ"ה שטר כתובה עסיק: ולכאורה יש ליישב על הרבנים מהר"ם טולידאנו ומהר"א אלבאז זלה"ה כי היכי דלא תיקשי עלייהו מתשו' הרשב"א כמ"ל דהנה הסמ"ע סי' הנז' סק"ד כ' כוון דאינו מחזרים ומקלל לנוכח לא מצוי המלוה מלעכב מלהחרים ע"כ וכ' עליו הש"ך סק"ז וז"ל ונראה דהיינו דוקא בפטרו בפ"ה מקב"ח אבל אם פטרו משבועה יכול לכופו לקבל חרם בב"ד דלא פטרו אלא מן החמור ולא מן הקל ע"כ.

ומתורתו של הש"ך נלמוד לחלק כדי ליישב דברי הרבנים דע"כ לא קאמר הרשב"א שאם האמינה ופטרה משבועה לא נתן לה רשות לגזול ואם רצה היורש להחרים חר"ס יכול הוא להחרים היינו דוקא בדפטרה משבועה ולא פטרה בפ"ה מקב"ח והרבנים איירי בדפטרה בפ"ה אף מקב"ח ולכן כתבו הא דלא מהני הפיטור מקב"ח דוקא בבא בטענת בריא ולא בבא בטענת שמא בטענת יורש: אלא דלפ"ז אתו דברי הש"ך דלא כהרשב"א דלפ"ז הרשב"א איירי בדלא פטרה בפ"ה מקב"ח ואפ"ה כ' יכול היורש להחרים חר"ס משמע דאינו יכול לכופה לקבל חרם בב"ד ואלו הש"ך כ' דבכה"ג יכול לכופו לקבל חרם בב"ד: ועל כורחין מוכרחין אנו לומר כדי לתרץ על הש"ך דנדון הרשב"א ז"ל הוי כפטרה בפ"ה מקב"ח וכמ"ש הפ"ת סק"ט שאחר שהביא דברי הסמ"ע והש"ך ז"ל כ' ועי' בתשו' חמדת שלמה סוס"י ט' שכ' דאם כ' כל דין תורת נאמנות ולא פ"ה דוקא לשבועה הוי כאלו פטרו גם מקב"ח ואינו יכול להטיל עליו רק חר"ס ע"כ ודברי הרשב"א שהצגנו לפניך הם תשו' למ"ש בסוף השאלה עוד הודיעיני בדין אשה שפטרה בעלה בשעת מיתה משבועה ויתומים רוצים לחרים חר"ס וכו' ולא נזכר לא בדברי ה' השואל ולא בדברי הרשב"א שפטרה משבועה דוקא א"כ הוי כפטרה בפ"ה מקב"ח או אפשר עוד דאיירי דפטרה בפ"ה מקב"ח אלא דהשואל והרשב"א קצרו בדבר פשוט ולכן כ' הרשב"א דיכול היורש להחרים סתם דמשמע דאינו יכול לכופה לקבל חרם בב"ד ולפ"ז הרבנים הנז' אתו דלא כהרשב"א ז"ל: איך שיהיה דברי הרבנים הנז' הם תמוהים והם הפך סתמיות הטוש"ע ושאר הפוסקים ואין להם על מי לסמוך ואנו אין לנו אלא כסתם מר"ן הש"ע שלא חילק בין טענת בריא לטענת שמא והיכא דפטרו בפ"ה מקב"ח לכ"ע אינו מקבלו לנוכח רק חר"ס אף לדעת הש"ך וכמ"ל ואפ"ה לפי מ"ש האורו' והביאו הפ"ת סי' פ"ב סק"ז וז"ל עי' ביתומים דבזמנינו נוהגים בכל מקום שנזכר חר"ס הוא מקבל חרם על עצמו וכן דנין בכל ב"ד שבישראל ע"כ וכן אנו נוהגים בהיתומים אפ"ה היכא דפטרו בפ"ה מקב"ח אינו יכול לכופו לקבל חרם אלא הוא בעצמו יטיל חר"ס וכ"כ ה' נה"מ סי' ע"א ס"ק י"ג וז"ל ואף שמנהגם בכ"מ שחייב חר"ס שמקבל חרם לנוכח כמ"ש ביתומים בס' מ"ט בכאן שפטרו בפ"ה בחרם אין לו רשות לכופו לקבל חרם רק שיכול בעצמו

להטיל חר"ס ע"כ והפ"ת סק"ט כ' דה' חמדת שלמה נסתפק בזה יעו"ש ואולם אנן לא שבקינן מאי דפשיטא ליה לה' נה"מ מקמי מאי דמספיקא ליה לה' חמדת שלמה וצווי"מ וימ"ן: ע"ה שלמה אבן דנאן הי"ו סימן ס"ו.

ראובן שאמר לשמעון תן לי בהמה זו שאלך עליה למקום פ' משך זמן מה ואחזירה לך ונאנסה בדרך או נגנבה ונאבדה ה"ז פטור שכ"כ הרשב"ם ז"ל הב"ד הה"מ ז"ל פ"ג' מהל' זכייה הלכה יו"ד וז"ל וכו' הרשב"ם ז"ל בנותן שור לחבירו ע"מ להחזיר בתוך ל' יום ומת בתוך הזמן דפטור מלשלם דלא הו"ל שואל להתחייב באונסין ואף לא שומר להתחייב בגנבה ואבידה אלא מקבל מתנה הוא ולא יתחייב אלא בפשיעה עכ"ל והב"ד הב"י ז"ל בסי' רמ"א וכ"פ בש"ע ס"ח וע"י בבאה"ג.

והט'.

דלא מקרי שואל אלא בלשון שאלה דאמר השואל השאלני. או דאמר ליה משאיל הריני משאילך.

אבל בלשון מתנה לא מיקרי שואל אלא מתנה ע"מ להחזיר וע"י ברית אבות ד' קכ"א ע"ב. הן אמת דגבי אתרוג בא"ח סי' תרנ"ח ס"ד כ' מר"ן וז"ל נתנו לו ע"מ להחזירו הרי זה יוצא בו י"ח המחזירו שמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה ואם לא החזירו לא יצא אפי' נתן לו את דמיו ואפי' נאנס מידו וכו' ע"כ והמט"ש סי' רמ"א בהגב"י אות נ"ב כ' דהרב עדות ביעקב סי' ס"ז ד' ק' ע"ב וע"ג הקשה היאך פסק מר"ן גבי שור כדעת רשב"ם ז"ל דפטור מאונסים ואלו גבי אתרוג פסק כהרא"ש והטור ז"ל דחייב באונסים.

הרי המט"ש ז"ל תירץ וז"ל ולענד"ן דגבי אתרוג שניא ליה למר"ן לחייבו דבהיה לא סגיא בהחזרת דמים דאתרוג דוקא קאמר ליה לצאת בו י"ח כדכ' בעה"ע ז"ל ושכן ראה לה' בני אהרן ז"ל דקכ"ז קכ"ח שכ' הכי לישב דברי מרן ז"ל ע"ש ש"ב דזה מוכרח כוונת מר"ן ז"ל מדלא הביא שם בסי' תרנ"ח אלא דברי ה' העיטור ואשתמיט להבני דברי הרא"ש ז"ל כוונתו מוכחת דדוקא גבי אתרוג הוי דינא הכי וכטעמיה דהעיטור ע"כ.

ומה גם דאפשר לומר דלגבי פטור אונסין לא ס"ל למר"ן לחלק בין שור לאתרוג ואין אנו מוכרחין לתרץ ק"ו ה' עדות ביעקב ז"ל כמ"ש המט"ש ז"ל וה' בני אהרן ז"ל דהא דהוצרכו הם להאי תירוצה הוא ודאי משום דס"ל דלמ"ד פטור מהאונסים לא נתבטלה מתנתו. ואולם רב תנא הוא המש"ל ז"ל בפ"ג מהל' זכייה נסתפק בזה וז"ל ויש להסתפק היכא דמת בתוך הזמן דאמרינן דפטור מלשלם אם מחזיר הפירות שאכל א"ל דאפשר דחייב להחזיר הפירות שאכל משום דכיון דנאנס ולא החזירו הרי לא קיים תנאי ונתבטלה מתנתו וא"כ חייב להחזיר הפירות ומה שפטר מן התשלומין הוא משום דס"ל דנהי דלא קיים תנאי ונתבטלה מתנתו מ"מ לא ירד לוקח זה להיות כשואל ולא כשומר שכר אלא הרי הוא כשומר בעלמא ואינו חייב כ"א בפשיעה ואפשר לצדד עוד ולומר דכל שנאנס לא נתבטלה מתנתו משום דמה שהתנה ע"מ שתחזירהו לי אינו אלא כשתהיה בעין וה"ק שור זה נתון לך במתנה ותהיה פטור מן האונסין ומגנבה ואבידה כדין כל מקבל מתנה ע"מ שאם תהיה בעין בתשלום הזמן שתחזירהו לי ולפי צד זה כל

שפטור מלשלם אינו מחזיר הפירות שאכל שהרי לא נתבטלה המתנה לפי שלא התנה שיחזרנה אלא כשהיא בעין ע"כ.

יעו"ש דדעת עליון נוטה להצד הא' אי בעית אימא סברא אב"א ראייה מדברי בעה"ע שהביא הרא"ש בפ' לולב הגזול כאשר יראה הרואה שם. וא"כ אף אנן נמי נוכל לומר דהכי מכרעא דעת מר"ן דכיון דנאנס ולא החזירו הגם דפטור מהאונסים מ"מ הרי לא קיים התנאי ונתבטלה מתנתו כהצד הא' דהרב מש"ל ז"ל וא"כ צדקו יחדיו הני תרי דברי מר"ן דשור ודאתרוג וא"ץ לחלק ביניהם כמ"ש המט"ש ז"ל.

ועוד לדידי חזי לי למימר דאפשר שנאמר דמר"ן לא מכרעא ונאמר דמשמע ליה למר"ן כדמשמע ליה להמש"ל ז"ל דדבר זה הוא תלוי בפלוגתא דרבוותא ה"ה רבינו ישעיה והי"א ז"ל שהביא הרא"ש ז"ל בפ' לולב הגזול כמבואר כ"ז בדברי המש"ל שם ובזה נוכל לתרץ דברי מר"ן אהדדי והוא ע"ד מה שראיתי לרבינו מהרימ"ט ח"א סי' קי"ד הבי"ד ה' שער אשר ח"ב דמ"ג ע"ג גבי פלוגתא דרבוותא דפליגי אי יש חזקה להזיק ראייה א"ל כ' ולא שראה הרב מהרי"ק ז"ל שבמחלוקת היא שנויה תפס סברה זו דיש חזקה להזיק ראייה לסייע את המוחזק כאותה שאמרו הילכתא כוותיה דרבא בארעא היכא דקיימא ארעא תיקום ע"ש.

וא"כ אף אנן נמי נימא בנ"ד דמשום דראה מר"ן דפליגי בזה הרשב"ם והרא"ש ז"ל לזה תפס גבי שור כרשב"ם לסייע המוחזק דפטור מלשלם אבל גבי אתרוג דלצאת בו י"ח פסק דאפי' נאנס לא יצא י"ח דחייש לס' הרא"ש ז"ל דס"ל דחייב באונסים. ולדידיה פשוט הוא דכיון שלא נתקיים התנאי נתבטלה המתנה.

ובפרט דאפי' לס' רשב"ם ז"ל דפטר מהאונסים הרי מידי ספיקא לא נפקא דדילמא כהצד הא' דאף למ"ד פטור כיון שלא נתקיים התנאי נתבטלה המתנה והווי תרי ספיקי לחומרא ולכן פסק דלא יצא ועי' מט"ש שם אות נ"ו ומחנה אפרים הלכות זכיה סי' י"ח והפרמ"א ח"א קי"ו: באופן דדעת מר"ן כהרשב"ם דפטר והגם דבש"ע לא כ' אלא ומת בתוך הזמן וכו' ולא כ' גם גניבה ואבידה הרי בב"י הבי"ד הרשב"ם דאיירי גם בגניבה ואבידה וכבר השרישונו רבותינו הא' זיע"א דאנן גריריה בתר מר"ן בין בב"י בין בש"ע ומאחר דבב"י הבי"ד הרשב"ם גם בגניבה ואבידה אף דבש"ע לא הביאו אפשר דס"ל כאשר צדד הרא"ש ז"ל לדעת רבינו ישעיה ז"ל בפ' לולב הגזול דכיון דפטור ליה מהאונסין משום מתנה ה"ה נמי מגניבה ואבידה וכן היא דעת הסמ"ע והבאה"ג ע"ש ואף למ"ש המט"ש ז"ל דהרב עדות ביעקב נרגש על מר"ן דאמאי אשתמיט לכתוב דה"ה גם בגניבה ואבידה וכ' דשמא טעמו ממ"ש הרא"ש ז"ל בפ' לולב הגזול מההיא דנוטל כלי מבית האומן דבחזרה פטור מהאונסין וחייב בגניבה ואבידה דהואיל ונהנה מהני מ"מ מדין פלוגתא וספיקא לא נפקא ומספיקא לא מפקינן ממונא: ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט סימן ס"ז.

שאלה ראובן ושמעון שותפים בבית א' ועמד ראובן א' מהשותפים והשכיר כל הבית ללוי ועמד שמעון לערער בבא מחמת טענה שאינו רוצה לשכור לו חלקו. ולוי משיב כיון ששותפו שכר לו כל הבית מה שעשה א' מהשותפים הוא עשוי.

מה הדין נותן אם יש ממש בדברי שמעון. או לא: תשובה הנה הרב מהר"ש גאון ז"ל במשפטים ישרים סי' ע"א כ' וז"ל השכירות ששכר שמעון החנות לזבולון אין שכירותו שכירות משום שהחנות הזה ירשו אותה ראובן ושמעון ונשותיהן וכפי הנראה שמעון שכר כל החנות לזבולון ואין לו יכולת לשכור כל החנות שהחצר אינה שלו ואף אמנם שדבר זה הוא פשוט וא"צ ראייה עכ"ז מצינו שאמר בגמרא כמ"ש בבא בתרא דקכ"ו אתמר בההוא בכור דאזל וזבין נכסיה וכפשוט וכו' אתו לקמיה דרבא א"ל לא עשה ולא כלום מר סבר לא עשה כלום בפלגא ופי' רשב"ם בפלגא בחלק פשיטותו וכ"ש בחלק פשוט אחיו וכו' הרי דאע"פ שירשו הם אותם נכסים והאחד מכר כל הנכסים שירשו ביניהם שאין המכירה מכר ובעלי התוס' חלקו עפ"י רשב"ם כאשר יראה המעיין ופי' פ"א אחר וכתבו בסוף דבריו אך תימא דלע"ד לא ולא כלום בפלגא היינו בחלק פשיטות אחין מאי קא משמע לן רבא הרי שהוי דבר פשוט דשנים שירשו דבר אחד שאין היורש הא' יכול למכור אותו דבר וכו' וכיון שכן בנ"ד אין יכולת לשמעון לשכור כל החנות כיון שחצי החנות היא של ראובן ע"כ ונראה דע"כ לא קאמר מהרש"ג ז"ל אלא בשאינה עומדת לשכירות ואף שמפ' בשאלה שבחיי המוריש היתה עומדת לשכירות מ"מ אפשר שאחר מיתת המוריש שזכו בה מחמת ירושה לא היתה עומדת לשכירות ומנא אמינא לה מ"מ מהרשד"ם חח"מ סי' תי"א שנשאל באשה אלמנה וכן א' שלה שניהם השכירו בית לדירה לראובן לזמן ששה שנים ובא לוי בן אחר מאלמנה הנ"ל ומערער על השכירות הנ"ל בטענה שיש לו חלק ונחלה בבתים אם יש ממש בדברי המערער אז נאמר כיון שנודע הוא שהמשכירים שהשכירו הבתים הנ"ל גם להם יש להם חלק ונחלה בבתים הנז' ומכח הזכות אשר להם בבתים השכירו אותם לראובן א"כ אע"פ שג"כ יש להמערע זכות בבתים הנז' כשותף אחד והשותף האחר שהשכיר בתחילה שכירותו מקויים והשיב אם הבתים הם בשותפות הדין ברור שהדין עם ראובן וז"ל הריב"ה א' מהשות' שבא לישן פירות ע"ד הזמן הידוע אין חבירו יכול לעכב ואם זמן ידוע חבירו מעכב וכן פי' רש"י כו' ע"ד ואם הגיע הזמן יכול למכור ואם מכר בלא דעת חבירו ואתיקר אח"כ אין לחבירו עליו כלום ע"כ הרי בפ"י ששנים ששות' בסחורה אחת אם הגיע זמן מכירת אותה סחורה יכול א' מהם למכור הסחורה בלא דעת חבירו ואפי' בשיקרה אח"כ אין השותף יכול לערער על המכירה נ"ל שכיון שהבתים להשכירם בכל חדש ונשכרו לזמן הנז' השכי' קיים כי שכי' ממכר ליומיה הוי ע"כ.

והבי"ד הכנה"ג ח"מ סי' קע"ו בהגה"ט אות קי"ג וז"ל אבל משהגיע הזמן למכור יכול למכור וכו' ג"כ וכן ב' שות' בבית אחד יכול א' מהם להשכירה בלי רשות חבירו כיון שהבתים עומדים לשכירות ואם השכירם קנה השוכר הרשד"ם סי' תי"א מוהר"ר בצלאל סי' מ"ג ע"כ וכ"כ בסי' שי"ו בהגה"ט אות י"א וא"כ איך נוכל לומר דמהרש"ג כ"כ פשיטא ליה מילתא עד שכ' שדבר זה הוא פשוט וא"צ ראייה ותרי אריותא מקאמאי רבינו בצלאל ז"ל ומהרשד"ם ז"ל לנגדו בתשו' גמ' ונצחת וראיה חותכת עד שמהרשד"ם כ' כלל הדברים שהאריכות כזה מותר גמור כאשר יראה הרואה שם ותו מה זו ראייה מההיא דב"ב דודאי דבר פשוט דב' שירשו בית אחד שאין היורש האחד יכול למכור חלק היורש האחר כיון שאינה עומדת למכ' אבל יכול להשכירו אם היא עומדת לשכי' דדמיא לההיא דרבינו בעה"ט וכמ"ש רבינו בצלאל ומהרשד"ם וא"כ לא

דמי שכי' דכה"ג למכי' דש"ס דב"ב א"ו דמהרש"ג ז"ל לא איירי אלא בשאינה עומדת לשכי' ומא"ח ול"פ זהו הנלע"ד בזה: ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט סימן ס"ח.

הוה עובדא כאשר נתבשם הרב כמוהר"ר רפאל משה אלבאז ז"ל כ"ב תמוז התרנ"ו בעיר צפרו ובין אין לו נשארה אשתו זקוקה ליבם להחכם כהה"ר אליהו אלבאז ז"ל שהוא הגדול מאחיו כהר' בצלאל הי"ו ואחר סמוך ימים לא כבירים אחר פטירת הרב הנז' נתבשם גם החכם הנז' והניח אחריו זרע של קיימא ולא הניחו לכהר' בצלאל הי"ו הנז' ליבם אשת הרב הנז' אלא חלץ לה וראיתי לה' ישרי לב אות יו"ד שכ' וז"ל יבמה שנשארה זקוקה לב' אחים והגדול נשוי ויש לו בנים ושוב מת הגדול הקטן אינו יכול ליבם אלא חולץ ואינו מיבם משום דהזיקה של גדול הוי כנשא והוי אשת אחיו שיש לו בנים ה' שער המים סי' י"ד ע"כ.

ולא זכר ש'ר כי כן פסק מור"ם ז"ל במפה אה"ע סי' קע"ה ס"ח וז"ל וה"ה אם היה נשוי נכרית ויש לו בנים אסורה לו משום זיקת אשת אחיו שיש לו בנים ע"כ ושרשן של דברים מהרב שלטי הגבורים בפ' ד' אחין ושמה דמרה עלה ריא"ז וז"ל ונראה בעיני שאם היו ג' אחין נשואין ג' נשים נכריות ומת אחד מהן והרי אשתו זקוקה לב' אחיו והיו בנים לאחד מהן ומת הרי זו אסורה להתיבם לאותו האח הנשאר הוואל והיתה זקוקה לאחיו שיש לו בנים הרי היא כאשת אחיו שיש לו בנים ואסורה ע"כ והכנה"ג אה"ע סי' קנ"ו בהגה"ט אות ג' כ' וז"ל ראיתי לריא"ז הוב"ד בשלטי הגבורים פרק ד' אחים דברים זרים בעיני שכ' וז"ל ונראה בעיני שאם היו ג' אחים נשואים ג' נכריות ומת א' מהם והרי אשתו זקוקה לב' אחים והרי בנים לא' מהם ומת ה"ז אסורה להתיבם לאותו האח הנשאר הוואיל והיא זקוקה לאחיו שיש לו בנים ה"ה כאשת אחיו שיש לו בנים ואסור ע"כ והוא דבר חדש ונפלא בעיני ולא עוד אלא שדבריו מוכיחין שהיא מאותן שלא חולצות ולא מתיבמות שכ"כ הרי היא כאשת אחיו שיש לו בנים ואשת אחיו שיש לו בנים לא חולצת ולא מתיבמת ואם כך הוא דעתו הוא דבר תמוה מאד ומעיד אני עלי שמים וארץ שהח' הש' כהר' שמואל נ' ויליסיד נפלה לו יבמה לו ולב' אחיו אחרים ולא מהב' אחים בנים ובנות ומת אותו האח שהיה לו בנים וגם ה' הנז' נלב"ע הצדק והאח הנשאר חלץ ליבמה אמנם אם דעת ריא"ז שלא תתיבם אבל חליצה מיהא בעי אף כי לא ראיתי מעשה כזה מ"מ נ"ל פשוט שלא כדברי הר' ז"ל ועולה ג"כ ליבם וכמדומה לי שבמעשה שזכרתי למעלה אם היה רוצה ליבמה היבם היה מיבמה וצ"ע ע"כ ולא זכר הרב את דברי מור"ם הנז' והרב מוהר"ר ר"ב ז"ל בס' משפטים ישרים הנד"מ הבי"ד מור"ם וחלק עליו מסברא דנפשיה יעו"ש ואנו אין לנו אלא דברי מור"ם דקי"ל כוותיה היכא דלא פליג על מר"ן וכ"ש דריא"ז ושה"ג וגם ה' מוצל מאש למוהרנ"ח אלפאנדרי ז"ל הביא תשו' ממר אביו שקיים סברת ריא"ז כמ"ש שער המים ושכן פסק גם הוא.

ומדבריהם דרבנן ריא"ז ומור"ם ז"ל משמע דלאו דוקא מת גדול אלא כל א' מן האחים שמת ויש לו בנים בין גדול בין קטן אינו יכול האחר ליבם מדילף ליה להאי דינא מההיא דזיקת צרת אחות דלא שאני לן בין גדול בין קטן וכן הוא להדיא במוצל מאש: ודע דאף לסברת ריא"ז מיחלץ מיהא חלצה וכ"כ להדיא ה' שער המים והשיג על

הכנה"ג שכ' על הריא"ז שדבריו מוכיחין שאינה חולצת אלא דברי הריא"ז ברורים שחולצת ע"ש.

גם ה' משד"ר אה"ע סי' קע"ה וז"ל מה שהק' הרב כנה"ג על ריא"ז שכ' הרי היא כאשת אח שיש לו בנים דא"כ אף חליצה אינה חולצת אחר המחיל מכבודו אינה קו' דכה"ג איתא בגמ' דף כ"ז עב' גבי ב' אחיות יבמות כל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עליה ה"ז כאשת אח שיש לו בנים ואסורה והיינו ליבום דוקא אבל לחליצה חולצת ע"ש ע"כ וע"ש סי' קס"ג גם מדברי מור"ם שכ' האי דינא דריא"ז בלשון וה"ה אדברי מר"ן דמיירי בזיקת צרת אחות אשתו דקי"ל מיחלץ חלצה מיבם לא מיבמה יש במשמע כן: ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט סימן ס"ט.

שאלה ראובן קנה חצר מעכו"ם שקנה משמעון שנשארה החזקה לשמעון אם רשאי ראובן לרדת לדינא דגוא"א עם שמעון בעל החזקה. ואת"ל שאינו יכול אם ראובן יש לו בית באותה חצר שאין לשמעון בה חזקה אי מצי למינד ליה מכח אותה בית א"ל ומהו הדין גם בחזקת ישוב: תשובה הנה הצד הא' שבשאלה מפורש בדברי רבותינו הא' זיע"א שהרב מוהריב"ץ ז"ל שאלה זו שאל להרבנים כמוהר"ר וידאל הצרפתי ז"ל וכמוהר"ר מנחם סירירו ז"ל והשיבוהו דאינו רשאי ראובן לרדת לדינא דגוא"א עם בעלי החזקה הב"ד בס' משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' קכ"א וכ"כ ה' מוהר"י נ' סמחון ז"ל משם מהריב"ץ ז"ל וז"ל ישראל הקונה קרקע מהעכו"ם אינו יכול לעשות גוא"א עם ישראל בעל החזקה שהרי כל מגמתם וכוונתם של חז"ל מתקני התקנה לא היתה אלא למען ידבקו בני ישראל איש בנחלתו ולפיכך תקנו החזקה בענין שלא ימצא העכו"ם לא למכור ולא להשכיר אלא לבעלים הרא' וכשיראה העכו"ם צרתו צרה יחזור וימכרנה לבעלים הראשו' בדמים מועטים ולפעמים תיפוק ארעא בלא כסף וא"ת שיכול הקונה מהעכו"ם לעשות דינא דגוא"א הרי בנקל בעל החזקה העני עומד בחוץ ונמצא תק' חז"ל בטילה מאליה ומה הועילו חז"ל בתקנת' אם ינחו הפתח פתוח לקונה למיגד ונמצא יציבא בארעא וגירא בשמי שמיא וכן ראיתי הרבנים מוהר"ם ומוהר"ר רוי"ה דנים והולכים.

ע"כ והנה שני מיני חזקות הם האחת היא בישראל המוכר קרקעו לעכו"ם דנשארה לו חזקת קרקע מדין דסקריקון דסי' רל"ו. והשנית שהיא חזקת ישוב דהיינו דהקרקע הוא של העכו"ם ובא ישראל ושכרו ממנו דיש לו חזקה להיותו שוכר ראשון שמנהג זה נתיסד מדין עני המהפך בחררה וא"כ יש להסתפק במה דאמרו דלא מצי קונה הגוף למיגד לבעל החזקה אם הוא דוקא כמין הראשון ולפ"ז עיקר הטעם הוא כי היכי דיחזור העכו"ם למוכרה לבעלים הראשו' ולא להוי יציבה בארעא וטעם זה לא שייך במין השני א"ד עיקר הטעם הוא כי היכי דלא תהוי תקנת חז"ל בטילה ומה הועילו וכו' וטעם זה שייך בכלהו וחזיתיה להרה"ג מוהרא"ה זלה"ה שכ' משם מוהריב"ץ ז"ל וז"ל ולענין אם רשאי הר"י מוריגון לרדת לגא"א עם הר"ס אנו רשאי שהרי כל כוונת התק' של החזקה היא שלא תסב נחלה וכו' וכאשר לא ימצא העכו"ם למכור לישראל אחר ולא להשכיר אלא לבעליה יחזור וימכרנה להם בדבר מועט ולפעמים בחנם ואם יש לו גא"א בנקל יסתלק בעל החזקה ונתבטלה תק' חז"ל ומה הועילו בתקנתם.

ועוד הר"י הנז' לא עשה רצון חז"ל ונכנס בתחומו של חבירו ונעביד ליה תקנתא ונוסיף לבעל החזקה עלבון ע"כ והטעם השני פשוט דשייך גם במין השני. ונראה דהא דלא מצי למיגד לבעל החזקה ה"ד בכה"ג דקנה או שכר אותו הגוף שיש לזה חזקה בו.

אבל מי שיש לו חלק בשאר גוף החצר מצי למיגד ליה כיון שאין לו בזה הגוף שום חזקה. ואולם מצאתי לה' ויאמר יצחק ז"ל חח"מ סי' כ"ז דאתשיל.

בראובן ושמעון שיש להם בית ועליה קרו"ח ויש להם שות' עם לוי ויהודה בחזקה של הבית והעליה האחרת ומכר לוי חלקו של החזקה לזולת ורוצה ראובן לעשות גא"א עם הלוקח הנז' וע"ז הביא דברי הרב מוהריב"ץ ז"ל וכו' אלא דיש לחלק בין כשכל החזקה הוא של אחד וקרקע הוא של אחר בהיא הוא דאמרינן דאין יכול בעל הקרקע לעשות גא"א עם בעל החזקה מטעם עקירת התקנה ולא תסוב נחלה אבל הכא בנ"ד שבעה"ק משותף עם חבירו בחזקה ג"כ ויד שניהם שוה בה.

אחר שבחזקה שהוא משותף עמו יכול לירד לדינא דגא"א דלא שייך בזה עקירת התקנה שהרי נשארה ביד אחד מהם. מטעם זה יכול לירד עמו בקרקע ג"כ לדינא דגא"א לכ"ע ע"כ המבואר מדבריו דאין ראובן יכול לרדת לגא"א מכח החלק שיש לו בהבית והעליה שאין לזה חזקה בו אם לא מטעם שהוא משותף עמו גם בחזקה ואהמ"ר לענד"ן דכה"ג לא תקון רבנן דלא אמרו דלא מצי בעה"ק למינד לבעל החזקה אלא בקונה או שוכר קרקע מעכו"ם שיש לזה חזקה בו אבל כאשר יהיה האופן דיש לו קרקע אחר דאין לזה חזקה בו כה"ג דנדון הרב הגם דאינו משותף עמו בחזקה מצי למינד ליה.

זהו הנלע"ד בזה: ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט סימן ע שאלה ראובן שכר פועל לזמן שנה ובתוך השנה חלה זמן מה. ולא עשה עבודתו.

מה דינו באותן הימים שבטל מעבודתו. האם ראובן חייב לשלם לו שכירות כל השנה במושלם.

ואף שבטל מעבודתו בזמן חליו. נימא נשתחפה שדהו ומזל דידיה גרם.

אם לאו: תשובה הן קדם אערכה לפניך דברי רב קדמון מ'ר זקינינו הרה"ג כמוהר"ר שמואל אבן דנאן זלה"ה וז"ל מעשה בא לפני רבתי באחד ששכר פועל לזמן שנה והתנה עליו שכל זמן שיעכב מלעשות מלאכתו שישלים חוקו אחר זמנו. וזה נהוג בינינו ונקרא השלמת פ'אלטא"ש.

ובאו לדין. השוכר טוען שיקיים תנאו ככתוב והשכיר טוען שהיה אנוס מחמת חולי שנפל למשכב על ערש דוי.

וכל כה"ג לא אסיק אדעתיה. ואנוס רחמנא פטריה ויתן לו שכרו מושלם.

ודנו רבתי שהדין עם השכיר זולת אם רוב השנה היה שוכב על ערש דוי שאין טענתו טענה. וראיה ממ"ש הרמב"ם בה' עבדים פ"ב וז"ל חלה העבד בין שחלה שנה אחר שנה בין שחלה חולאים מקוטעים אם הכל פחות מארבע שנים עולים למנין שש אבל אם חלה ד' שנים חייב להשלים כל ימי החולי שנאמר כשכיר כתושב ואם פגע בו יובל יוצא.

בד"א שמחשבין ימי החולי כשהיה חוליו כבד שאינו יכול לעשות מלאכה אבל אם לא היה חוליו כבד אלא יכול לעשות מעשה חייט אפי' חלה כל שש עולין לו עכ"ל ומכאן ראייה לדין פועל שזכרנו. עכ"ל הרמ"ז ז"ל.

וכ' ע"ז אבא מארי הרב הכולל כמוהר"ר משה אבן דנאן זלה"ה וז"ל אחר המחי' רבתי ממעכ"ת רבותיו של הרה"ג א"ז זצוק"ל לא זכיתי להבין דבריהם. דלא דמי פועל לע"ע דהתם גופו קנוי בכסף או בשטר או בחזקה א"כ כל היכא דחלה ברשותא דמאריה חלה משא"כ הכא.

ואשתמיטתייהו ש"ס דילן קידושין ד' טו"ב ע"א תוס' ד"ה חלה וכו' וז"ל יש שהיו רוצים לומר שאותן מלמדי תנוקות אם חלו חצי זמן כמו כן לא ישלימו כמו ע"ע וקשה וכו' וא"כ מלמדי נמי אם חלו לא יקחו אלא מה שהרויחו דאין לדמותם כלל לע"ע דע"ע גופו קנוי לאדונו הלכך חלה שלש אינו חייב להשלים דאי' לעשות מלאכה יותר מיכולתו אבל מלמד אין גופו קנוי אלא שכר עצמו ללמד עד הזמן וכשאינו יכול להשלים לא יטול אלא מה שהרויח עכ"ל.

ופסקה מור"ם במפה סי' של"ג ס"ה וז"ל ומיהו א"ץ לשלם להם כל שכרם רק מה שעשו וכו' אבל בלאו הכי מנכה לו כל ימי חוליו או אונסו אע"פ שלא חזר בו הפועל וכו' וכ"ש וק"ו בנ"ד שהתנה עליו המשכיר שכל זמן שיעכב עליו לעשות מלאכתו שישלם חוקו אחר זמנו ועי' להש"ך ס"ק כ"ה ודו"ק.

עכ"ל א"א ז"ל: ואנא חלא בר חמרא דלגבי אבא בתר דמחוינא קידה כדת וכשורה. עד שיתפקקו כל חוליות שבשדרה וגופא בתר רישא תחת כבודו יק"ד יק"ד עד עולם תוק"ד ואחר בקשת המחילה רבה ונשיקת הרצפה.

אציע לפניך אך דרך קצרה מלי מעלייתא דאמור רבנן בהאי דינא. דהרבה סברות ודעות חלוקות נאמרו בדבר זה והוא דמה שהוצרכו התוס' ז"ל לחלק כן.

הוא משום דקשיא ליהו. דאלו בפ' האומנין דע"ז אמרי' היכא דאניש שכיר או קבלן אינו נותן לו אלא שכרו שלפני האונס.

ובפ"ק דקידושין ד' י"ז אמרינן עבד עברי שחלה שלש ועבד שלש אינו צריך להשלים. ולזה חילקו בין שכיר ומלמד לעבד עברי.

דשאני עבד עברי דגופו קנוי לאדונו משא"כ שכיר ומלמד: והרא"ש ז"ל כ' בפ' האומנין וז"ל תירץ רבינו מאיר ז"ל דהתם מיירי כשקבל העבד כל שכרו דאם נתן לו האדון לא ישלים ואם לא נתן ישלים. ול"ן דהתם מיירי כשחלה שלש ועבד שלש דכיון שאחר חוליו קבלו בעה"ב למלאכתו ולא אמר לנכות לו מה שחלה מסתמא מחל לו.

אבל הכא שהחולי היה בסוף זמנו אין הוכחה שמחל לו ע"כ. והריטב"א ז"ל בפ"ק דקידושין כ' כאשר ראיתי דבריו בהש"ך ח"מ סי' של"ג ס"ק כ"ה וז"ל חלה שלש אינו חייב להשלים ואע"ג דאמרינן בפ' האומנין דפועל או קבלן שחלה אין לו אלא שכרו במה שעשה ובטלת חוליו לעצמו לא דמי פועל לע"ע דאלו פועל או קבלן השכירו בעה"ב למלאכה זו על דבר ידוע נוטל שכרו וכיון שלא עשאו אף על פי שחלה או נאנס אין לו

אלא שכר מה שעשה לפי חשבון אבל עבד עברי לא נשתעבד לו לעשות דבר ידוע אלא נשתעבד לו שיכופוהו למלאכתו לומר שכל מלאכתו תהא לרבו ולפיכך אם חלה ולא עשה כלום נסתחפה שדהו של אדון וזה נכון וברור עכ"ל ונראה דבפועל אפי' השכיר עצמו לכל מלאכות מ"מ כיון דאין גופו קנוי לו שהרי לא נקנה לו בכסף ובשטר וחזקה כקנין העבדים אין לו אלא לפי חשבון אלא אורחא דמילתא נקט הריטב"א דמסתמא כשמשכיר עצמו לכל המלאכות מקנה את גופו בכסף או שטר וחזקה.

ע"כ: וחזיתיה להרב מהר"י אלגאזי ז"ל בס' שמע יעקב פרשת נח שהשיג על הש"ך ז"ל וז"ל ודעת הריטב"א שלא כדעת התוס' דס"ל דפועל אין גופו קנוי אלא אף פועל היכא דשכרו סתם לכל מלאכה גופו קנוי וכ"כ בפירוש בפ' האומנים שם בסוגיא דשכיר שנאנס שכ' וז"ל והיינו כששכרו למלאכה ידועה אבל אם שכרו לעשות כל מלאכה דינו כמו ע"ע והש"ך בס' של"ג רצה להשוות דעת הריטב"א עם דעת התוס' דפועל אפי' השכיר עצמו לכל המלאכות אין גופו קנוי והוא לא ראה דברי הריטב"א בשיטתו דדעת שפתיו ברור מללו דפועל נמי גופו קנוי ולא שאני לן בין עבד לפועל כל ששכרו לעשות כל מלאכה והיא דנאנס שכיר דאין לו אלא שכרו איירי כששכרו למלאכה ידועה דמנכין לו.

ע"כ: ועי"ע בפרשת וישב שתמה עוד וז"ל ואני תמה על דברי הש"ך איך רצה להשוות דעת הריטב"א עם דעת התוס' דס"ל דפועל אין גופו קנוי. ולא היא שהרי הריטב"א גופיה בחידושיו פ"ק דבב"מ עלה דאמרין התם ד' יו"ד פועל כיד בעה"ב כ' בהדיא דפועל גופו קנוי לבעה"ב כמו דע"ע וז"ל אמר ליה שאני יד פועל דידי כיד בעה"ב והאמר רב פועל יכול לחזור בו ואם איתא דיד פועל כיד בעה"ב הא קנייה קנייא אלימתא ליומיה כדאמרין גבי עבד כנעני שידו כיד רבו והיאך יכול לחזור בו ופרקינן דמאי דמצי הדר ביה טעמא אחרנא הוא ולא משום דאין קניינו קנין גמור אלא גזרת הכתוב משום כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים הא כל כמה דלא הדר ביה ידו כיד בעה"ב ע"כ ע"ש: עוד כ' דלדידיה ניחא דברי הריטב"א ז"ל שלא יהא נסתר מחמתו דהנה הריטב"א ז"ל גופיה כ' בפ' הזהב ד' נ"ו עלה דההיא דשכירות יש לו אונאה כ' שם וז"ל בעי ר' זירא שכירות יש לו אונאה פי' שכירות מטלטלים קמבעיא ליה דאלו בקבולת מלאכה ושכירות פועל פשיטא דאין בו אונאה דממכר אמר רחמנא והכא ליכא מכירה כלל וכו' וזה הפך ממ"ש בפ"ק דבב"מ ובפ' האומנים דפועל גופו קנוי ולדידיה ניחא דההיא דפ' הזהב איירי כשהיה השכירות לדבר ידוע דאין גופו קנוי.

אבל לשיטת הש"ך דאין חילוק לדעת הריטב"א ז"ל בין פועל לדבר ידוע לפועל שהשכירו לכל מלאכה והריטב"א ארחא דמילתא נקט דברי הריטב"א סתרי אהדדי ע"ש: ובהורמנותיה דמ'ר אנא אמינא לדידי חזי לי לישב מאי דקא מתמה מ'ר על ה' הש"ך ז"ל דאפשר דאף הוא ראה את דברי הריטב"א ז"ל דפ' האומנים שכ' דהיינו דוקא כששכרו למלאכה ידועה.

אבל אם שכרו לעשות כל מלאכה דינו כמו עבד עברי. אלא דמוקי ליה דהתם נמי איירי באורחא דמילתא.

דמסתמא כשהשכיר עצמו לכל מלאכה הקנה עצמו בכסף או שטר וחזקה. ולזה כ' בפשוט שדינו כמו עבד עברי.

אבל היכא שלא הקנה עצמו בכסף וכו' אף דהשכיר עצמו לכל מלאכה לא הוי גופו קנוי ולא הוי כמו עבד עברי: וההיא דפ"ק דבב"מ נמי בהכי מוקי לה. דההיא ברייתא דמקשה מינה ומשני שאני פועל דידו כיד בעה"ב.

מייירי בשהשכיר עצמו לכל מלאכת בעה"ב וכדפרש"י שם. והמקשה ס"ל דאף דנימא דהך ברייתא איירי אף כשהקנה גופו בכסף וכו' משום דהכי אורחא דמילתא שכן עבדי פועלים כשמשכירים עצמם לכל מלאכה.

אפ"ה ס"ל להמקשה דבזמן הזה אין גופו קנוי. וכדעת הרמ"ה ז"ל שהב"ד רבינו בעה"ט יו"ד ה' עבדים סי' רס"ז דס"ל דכיון דקי"ל.

אין עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג לכך בזמן הזה אין גופו קנוי והמתרץ ס"ל דאף בזמן הזה הוי גופו קנוי. והא דקי"ל אין עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג.

ההיא לענין דיני עבד לצאת בשש ובסימנים או להתירו בשפחה. אבל מ"מ גופו קנוי וכדעת הרטב"א גופיה בשם רבו שהב"ד רבינו הב"י שם ע"ש.

וס"ל ג"כ דלא מתוקמא ההיא ברייתא אלא במה שהוא אורחא דמילתא ולכך משני שאני פועל דידו כיד בעה"ב. והמקשה חזר להקשות להכריח סברתו מההיא דאמר רב פועל יכול [לחזור בו.

דאם איתא דיד פועל כיד בעה"ב הא קנייה קנייא אלימתא. כדאמרינן גבי עבד כנעני שידו כיד רבו.

והיאך יכול לחזור בו. ופרקינן דמאי דמצי הדר ביה טעמא אחרינא הוא.

ולאו משום דאין קניינו קנין גמור. באופן דהסוגייה ההיא איירי כפי סתמא דמילתא שהקנה גופו בכסף כשהשכיר עצמו לכל מלאכה.

ולעולם היכא דלא הקנה גופו בכסף או בשטר וחזקה אין גופו קנוי. אף שהשכיר עצמו לכל מלאכה: וההיא דפ' הזהב ד' נ"ו שכ' הריטב"א ז"ל דשכירות פועל אין בו אונאה דממכר אמר רחמנא והכא ליכא מכירה כלל.

איירי בדלא הקנה גופו ולכך לא הוי מכירה: עוד איפשר לי לישב לדעת הש"ך דלא ליהוו דברי הריטב"א ז"ל סתרי אהדדי. ההיא דפ"ק דבב"מ ד' יו"ד וההיא דפ' הזהב ד' נ"ו.

ונימא דכל כוונת הריטב"א במ"ש בפ"ק דאם איתא דיד פועל כיד בעה"ב הא קנייה קנייא אלימתא וכו' היינו למעשה ידיו. אבל גופו אינו קנוי ומאי דמסיים הריטב"א ז"ל בלישניה כדאמרינן גבי עבד כנעני שידו כיד רבו.

היינו למילף דלא אמרינן ידו כיד בעה"ב אלא א"כ הקניה ההיא היא קנייא אלימתא. ולא בא ללמד על קנין גופו כלל.

וקא מקשה כיון דקנהו למעשה ידיו אמאי חוזר. ומשני משום כי לי בני ישראל וכו' ומ"ש בפ' הזהב גבי שכירות פועל דליכא ביה מכירה כלל היינו דאין גופו קנוי.

ולכך אין בו אונאה: והגם דלכאורה קשה אמאי אין אונאה בשכירות פועל הא איכא מיהא קנייה למעשה ידיו. ומ"ש משכירות מטלטלים שיש בהם אונאה אע"ג דליכא ביהו אלא קנין תשמיש.

וכמ"ש הנ"י ז"ל שם בסוגיית דהזהב וז"ל והא דאמרינן דשכירות מכירה ליומי וקנייא היינו לענין שישתמש בו כל ימי שכירותו אבל גוף הדבר אינו קנוי כלל ומשום הכי אסרינן להשכיר בית דירה לכותי דכיון דגוף הבית של ישראל הוא שפיר קרינא ביה ולא תביא תועבה אל ביתך ואמרינן נמי התם כהן ששכר פרה מישראל לא יאכלנה כרשיני תרומה הרנב"ר ז"ל ע"כ: והנה אי קשיא קושיא זו.

קשיא ג"כ גם לדעת הרב מהר"י אלגאזי ז"ל דהגם דנימא דההיא דפ' הזהב איירי בשהיה השכי' לדבר ידוע דאין גופו קנוי מ"מ האיכא קנין לענין מעשה ידיו: אכן בתר ההשקפה נראה דל"ק מידי. והוא דמה שהגיעו להר"ן ז"ל לומר דלא קנהו קנין הגוף אלא קנהו לענין תשמיש בלבד.

היינו משום דקשיא ליה דבפ' הזהב גבי אונאה אסיקנא דשכירות ליומיה ממכר ואלו במס' ע"ז דף ט"ו גבי שכירות בית דירה לכותי וכהן ששכר פרה מישראל לא יאכלנה כרשיני תרומה אסיק תלמודא התם דש"מ שכירות לא קנייא. ולזה בא לתרץ דמאי דאמרינן בפ' הזהב שכי' ליומיה ממכר לאו לקנין גופו דגוף הדבר אינו קנוי.

ולא קני אלא לענין שישתמש בו. והא דאמרינן התם שכירות לא קנייא היינו קנין הגוף: והתוס' בפ' הזהב ובמס' ע"ז הקשו קושיא זו ותירצו וז"ל וי"ל דמאי דממכר קרינא ליה לפי שעה היינו דוקא לגבי אונאה דכתיב ממכר מיותר מיהו בשאר מקומות אמרינן דשכירות הוא לא קנייא.

ע"כ: ומדהוצרכו לחלק בין אונאה לשאר מקומות אלמא ס"ל דהא דאמרינן גבי אונאה שכירות ליומיה ממכר היינו שגוף הדבר קנוי ולכך יש בו אונאה. אבל אי לא קני גוף הדבר אלא תשמיש בלבד אין בו אונאה.

דלא כהר"ן ז"ל דלשטתיה אין חילוק בין אונאה לשאר מקומות דבכולהו שכירות גוף הדבר אינו קנוי ולא קני אלא תשמישו בלבד. וא"כ נימא דהריטב"א ז"ל ס"ל כתירוץ התוס' ז"ל דליכא אונאה אלא היכא דאיכא מכירה בגוף הדבר.

דלגבי אונאה דכתיב ממכר מיותר אמרינן שכירות ליומיה ממכר לגוף הדבר. ולכך גבי שכירות פועלים כ' דליכא אונאה כיון דליכא מכירה בגופו.

לדעת הש"ך ז"ל אף בשכור לכל מלאכת בעה"ב. ולדעת מהר"י אלגאזי ז"ל בשכור למלאכה ידועה: ועיין לה' מח"א ז"ל הלכות שכירות פועלים סי' א' שכ' והנה דעת הריטב"א בחידושו פ"ק דמציעא גבי יד פועל כיד בעה"ב דפועל גופו קנוי לבעה"ב כמו עבד עברי.

ואסופא דמילתא כ' וז"ל ועל מש"ל דפועל גופו קנוי לבעה"ב כמ"ש הריטב"א בחידושיו פ"ק דמציעא דשכירות ליומיה ממכר הוא וכו'. קשה דאיהו גופיה כ' בפ' הזהב גבי שכירות יש לו אונאה דשכירות פועלים לא הוי ממכר יעו"ש.

ונראה שהוא מחלק בין היכא דנשכר אצל בעה"ב לכל מלאכה דאז חשיב גופו קנוי דיכול לשנותו לכל מלאכה שירצה משא"כ בשוכר פועל למלאכה ידועה דאין זה חשיב קנוי אצלו. שהרי אינו יכול לשנותו למלאכה אחרת.

ומטעם זה כ' איהו גופיה בפ' האומנים גבי אם שכיר הוא אינו נותן לו אלא שכרו כיון שנאנס. דהיינו דוקא כששכרו למלאכה ידועה.

אבל אם שכרו לעשות לו כל מלאכה דינו כמו עבד עברי יעו"ש. ע"כ.

ודבריו הם כדברי ה' מהר"י אלגאזי ז"ל בהבנת דברי הריטב"א ז"ל. וקושטא הוא שכן הן פשט דברי הריטב"א ז"ל וכל מ"ש הוא לישב למאי דפירש ה' הש"ך ז"ל בדברי הריטב"א ז"ל: ועי"ע לה' מח"א ז"ל שם שכ' שכ"כ מהר"מ בהדיא בתשו' סי' קכ"ה דפועל גופו קנוי לבעה"ב וזה נראה שהיא דעת הרמב"ם ז"ל שכ' בפ' י"ג מהלכות מכירה דשכירות פועלים אין בהם אונאה מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם אונאה יע"ש והרא"ש בכלל ע"ח כ' שאין מחייבים ללוה שישכיר עצמו כדי לפרוע לבע"ח דנמכר בגנבתו ולא בחובו ושכירות ליומיה ממכר הוא יע"ש.

שכ' דמדבריהם נראה דכל פועל גופו קנוי. ולפי דבריו גם מר"ן הכי ס"ל דפועל גופו קנוי שהרי בסי' רכ"ז ס' ל"ג הב"ד הרמב"ם ז"ל להלכה: ואולם לכאורה יש להקשות דאיך למד הרב ממ"ש הרמב"ם ז"ל בהלכות אונאה דס"ל דפועל גופו קנוי.

והלא אפי' לס' התוס' דס"ל דהא דאסיקו בפ' הזהב דשכירות ליומיה ממכר היינו דגופו קנוי. היינו דוקא באונאה משום דיש ממכר מיותר.

אבל לא בשאר מקומות. וא"כ נראה דדוקא באונאה הוא דכ' הרמב"ם ז"ל שהוא כקונה אותו לזמן וכו'.

אכן בתר ההשקפה פורתא נר' דלא קשה מידי דהאי ממכר מיותר לא אתא לאשמועינן אלא דשכירות ליומיה ממכר להחמיר ולומר שיש בו אונאה משום דהוי גופו קנוי אבל לא להקל ולומר דכה"ג דכ' הרמב"ם ז"ל דמשום דגופו קנוי אין בו אונאה. אלא ודאי אי לאו דס"ל להרמב"ם ז"ל שכן הוא הדין גם בשאר מקומות דפועל גופו קנוי לא הוה ליה למימר דמטעם זה אין בו אונאה: איך שיהיה הדרך לקמייתא לס' היש שהיו רוצין שהביאו התוס' ד' טו"ב בקידושין.

דהגם דמשתמען דברי התוס' דבעלי סברא זו לא עמדו בסברתם מדכתבו שהיו רוצין. מ"מ הרי מצינו רבים וגדולים סבירא ליהו כן שכן כ' המרדכי בפ' האומנים ושהרב רבינו ברוך אבי רבינו מאיר הביא ראיה מספרי ושכן כ' רבינו מאיר בתשובותיו יעו"ש.

הן אמת שמהר"ם חזר בו מפי בעל החלום כמ"ש בתשובו' מימוניות השייכות לס' קנין להלכות עבדים סי' ל"ד. מ"מ הרי כ' שכן דנין בכל צרפת וכן דעת רבותיו ושם בסי' ל"א כ' שכן היא דעת רבינו שמעון בר אברהם ע"ש: ונמצאו לפ"ז ה' סברות בדבר

וארבעה מהם הביאם הכנה"ג בתשו' סי' רי"ט ובכנה"ג חו"מ סי' של"ג בהגה"ט אות י"ו וז"ל נמצאת למד ד' סברות יש בדבר.

הסברא הראשונה היא סברת יש מי שהיו רוצים לומר דמדמינן שכיר לע"ע בכל מכל כל. ומה בע"ע חלה שלש ועבד שלש בכל גוונא בין חלה תחילה ועבד באחרונה בין עבד בתחילה וחלה באחרונה אינו חייב להשלים מטעם דאנוס הוא אף בשכיר הדין כן וזו היתה סברת מהר"ם קודם חזרתו וגדולים אחרים שהובאו במרדכי פ' האומנים ומדקדוק לשון התוס' יש מקום לומר שהיש רוצים לומר כן לא עמדו בסברתם אלא שלבסוף חזרו בהם כמו שחזר מהר"ם ז"ל ואולי תוס' אחרונים הם והיש שהיו רוצים לומר הוא מהר"ם ז"ל.

הסברא השנית היא סברת מהר"ם ז"ל דמדמינן שכיר לע"ע ובין הכא ובין התם היינו כשכבר פרע לו כל שכרו דאז לא ישלים ואם לא נתן ישלים. הסברא השלישית היא סברת הרא"ש ז"ל דמדמינן שכיר לע"ע ובין הכא ובין התם בחלה שלש ועבד שלש אבל בעבד שלש וחלה שלש אף בע"ע חייב להשלים וה"ה ג"כ השכיר.

הסברא הרביעית היא סברת התוספות דלא מדמינן שכיר לע"ע ובכל שכיר בכל גוונא אפי' חלה שלש ועבד שלש חייב להשלים דלא דמי שכיר שאין גופו קנוי. לע"ע דגופו קנוי ע"כ עש"ב.

הסברא החמישית היא סברת הריטב"א ז"ל דשאני ליה בין שכיר למלאכה ידועה לשכיר לכל המלאכות: ויש לתמוה על הרב הכנה"ג איך לא מנה סברת הריטב"א ז"ל עם שאר הסברות. ומה גם שהוצרך הרב בנד"ד שראובן שכר לשמעון להיות סופר שלו ע"פ פנקס שלו כמנהג הסוחרים שיש להם סופרים כותבים כל חשבונוניהם הכניסה והיציאה וכל דבר דמצטרך לכתוב ונדר ראובן לתת לשמעון בעד שכר טרחו סך מה לשנה ונאנס בתוך השנה ודורש דמים מראובן כל שכרו מושלם.

וע"ז השיב הרב אחר שהביא ד' סברות הנז' ששורת הדין נותן שיכול ראובן שהוא מוחזק לומר קי"ל כתוס' ומהר"ם ז"ל שלדעתם בנדון שלו אין חייב ראובן לשלם לשמעון כל שכרו מושלם אלא שיעור שמושו. מטעם דלא ילפינן מע"ע ולמהר"ם ז"ל מטעם דלא נתן לו כל שכרו ואע"פ שהם מחולקים בטעמים מצטרפים להשען המוחזק בסברתם יעו"ש שהביא להקת הפוס' שכתבו כן ע"ש.

ואמאי הוצרך לכל זה והלא היה לו להביא סברת הריטב"א דס"ל בפשוט דכשהוא שכור למלאכה ידועה כנדון דידיה ששמעון היה שכור למלאכה אחת שהיא מלאכת הכתיבה דאין גופו קנוי כדעת התוס' ויכול לומר ראובן המוחזק קי"ל כהתוס' והריטב"א ז"ל דכולהו ס"ל דבנ"ד אין גופו קנוי ולא דמי לע"ע.

ואולי לא זכר שר את דברי הריטב"א ז"ל כעת וישכחהו: מעתה נדעה נרדפה לדעת דעת מור"ם ז"ל בסי' של"ג ס"ה שכ' וז"ל ומיהו אינו צריך לשלם להם כל שכרם רק מה שעשו וידם על העליונה ואם חזר בעה"ב וקבלן לאחר שעבר האונס סתם וחזרו ועשו אח"כ מלאכתן צריך לשלם להם כל מלאכתן ואינו מנכה להם כלום.

אבל בלאו הכי מנכה לו כל ימי חליו או אונסו אע"פ שלא חזר בו הפועל. וה"ה למלמד שחלה שמנכין לו דמי חליו ומיהו אם כבר קבל הפועל או המלמד שכרו י"א דאינו צריך להחזיר ע"כ.

ולפום רהיטא נראה דעירוב פרשיות כתוב כאן שהרי מ"ש ואם חזר בעה"ב וקבלן וכו' היא ס' הרא"ש ז"ל דס"ל דכל שעשה אחר האונס מסתמא בעה"ב מחל ואפי' אכתי לא קבל שכרו צריך הבעה"ב ליתן לו ולדעת מהר"ם דמחלק בין קבל שכרו ללא קבל אינו חייב ליתן לו. ואח"כ כ' אבל בלא"ה וכו' ומיהו אם כבר קבל הפועל וכו' י"א דאינו צריך להחזיר שהיא דעת מהר"ם ז"ל.

ולדעת הרא"ש ז"ל אף דקבל שכרו צריך להחזיר כיון שנאנס לבסוף דליכא הוכחה דמחל. דמהר"ם והרא"ש ז"ל פליגי בין כשנאנס בתחילה וקבלן אח"כ בין כשנאנס בסוף.

וא"כ אמאי מור"ם זכר עשה לס' הרא"ש ז"ל כשנאנס בתחילה וס' מהר"ם כשנאנס בסוף. ועי' הט"ז שם שתמה כן על דברי מור"ם הללו.

וכ' שכמדומה לי שהרב רמ"א לא עיין בדברי הרא"ש פרק האומנין בזה דגם הב"י לא כ' מראה מקום בזה. רק ראה דברי הרא"ש שהביאום רבינו ומדברי רבינו מאיר ראה במרדכי ובתשובות מימון ע"כ לא הרגיש שהם חולקין אהדדי וכו' יע"ש: ואפשר לומר דדעת מור"ם ז"ל דמהר"ם לא פליג אהרא"ש ז"ל.

וגדולה מזאת מצאנו דאיכא דס"ל דכלהו רבוותא היש מי שהיו רוצים והתוס' ומהר"ם מודים להרא"ש ז"ל הב"ד הכנה"ג בס"ג של"ג ובתשו' סי' רי"ט הנ"ל. והגם דכנה"ג דחה דבריהם כאשר יראה הרואה שם.

הרי כ' שם דאפשר דהרא"ש ומהר"ם לא פליגי ע"ש. ובזה צדקו דברי מור"ם ז"ל דכ' ואם חזר בעה"ב וקבלן וכו' צריך לשלם להן כל מלאכתן כס' הרא"ש ז"ל.

דגם מהר"ם לא פליג עליה ושוב כ' אבל בלאו הכי וכו' ומיהו וכו' י"א דאינו צריך להחזיר שהיא סברת מהר"ם ז"ל וכ"ז הוא דוחק דפשטן של דברים נראין דמהר"ם והרא"ש ז"ל פלגן בהדייהו: איך שיהא הרי מבואר דדעת מור"ם ז"ל לפסוק כהרא"ש ז"ל מדסתם כוותיה. וא"כ אם נאנס תחילה וחזר בעה"ב וקבלו מסתמא מחל וצריך לשלם לו כל מלאכתו ולא מנכה לו כלל.

ואפשר שגם המעשה שבא לפני רבותיו של הרה"ג הרמ"ז כמוהרר"ש אבן דנאן זלה"ה שקבלו הבעה"ב להפועל אחר חליו בסתם ולכך פסקו שחייב ליתן לו שכרו מושלם. והגם שבימיהם לא היתה קבלת מר"ן.

ומור"ם דקדמונים נינהו. וא"כ היה להם לפטור הבעה"ב מכח הקי"ל.

מ"מ בימיהם על הרוב היו פוסקים כהרא"ש ז"ל כמפורש בפסקי הרא" זיע"א ולא היו תופסי דגל הקי"ל ועי' בס' התק' הנדפס סי' ק"א. ואפי' תימא דלא כך היה המעשה.

אלא שהחולי היה לבסוף. וא"כ לס' הרא"ש ז"ל מנכין לו מאחר שהאונס היה לבסוף.

וכן הדין נותן לדעת התוס' ומהר"ם ז"ל. להתוס' מטעמא דפועל אין גופו קנוי ולא הוי כמו ע"ע.

ולמהר"ם ז"ל מטעם דלא קבל שכרו. מ"מ הרי רבים וגדולים ס"ל כהיש מי שהיו רוצים שהביאו התוס'.

הלא הם רבני צרפת ורבותיו של מהר"ם ורבינו שמעון בר אברהם ז"ל וסייעתם דמדמין פועל לע"ע בכל מכל כל. ולצד שנאמר שהפועל ההוא היה שכור לכל המלאכות הרי גם הריטב"א ז"ל בהדייהו.

והא ודאי דמאורי אור עיני קדשם חזו בכל דברי הפוסקים הנז' בעינא דשפיר חזי. והמה בחרו שיטת היש מי שהיו רוצים וסיעתם.

והגם דמשמעות לשון התוס' דהיש מי שהיו רוצים לא עמדו בסברתם וכמש"ל משם הכנה"ג מ"מ הרי כמה רבוותא דס"ל הכי ולא מצינו שחזרו מסברתם. וכ"ז לדידהו.

אבל לדידן כבר קיימו וקבלו עליהם אבותינו ורבותינו הוראות מור"ם ז"ל היכא דלא פליג אמר"ן ז"ל בב"י ובש"ע ואין לנו לזוז מדבריו דבתריה גרירנא. ותל"מ וצווי"מ וימ"ן הכ"ד החו"פ פאס יע"א: ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט