

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 שהרי אמרינן ב"ק (דף ק"ה) הכופר בפקדון פסול לעדות מטעם גזלן ולא בעינן שכבר שלח בו יד ומה שכתב רש"י לקמן (ע"ב) ד"ה ונקרב וזה טוענו ששלח יד בפקדונו דהיינו גזילות עכ"ל זה איירי בשומר חנם שפוטר עצמו במה שנגנב ממנו והאמת כן אבל מ"מ חייב לשלם כיון ששלח בו יד נעשה גזלן עליו וחייב 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 חבירו וכו' הן שחטף איזה חפץ או שלח יד או כפר בפקדון עכ"ל וזה כדברינו ולכן נלע"ד גם ברש"י יש להגיה כן 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 דמיאון הוי דומיא דגט ושדעת רש"י דגט צריך ג"כ ב"ד של שלשה והקשה עליו דמגמרא לא משמע כן.

אמנם לא ראה שכבר קדמו בזה המהר"ם שיף שהקשה כן ולכן מפרש דברי רש"י דכעין דאורייתא הוי דומיא דחליצה שהיא באמירה לא חפצתי לקחתה וכל מיאון הוא באמירה אי אפשרי בפלוני אבל גט ל"צ ב"ד: שם ד"ה ואין דנין. רובו של שבט: המהרש"ל תימה על זה דזה לא כמקשן ולא כתרצן לקמן (דף ט"ו): והמהרש"א תירץ דמה שכתב רש"י רובו היינו כולו דרובו ככולו ע"ש ולענ"ד זה דוחק אבל לענ"ד דרש"י בדיוק כתב כן רובו של שבט דלקמן (שם) אמרינן 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 נדונים כיחידים ולא כאנשי עיר הנידחת 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 כפחות 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 כמותו כמו שפסק גם הרמב"ם ומה שכתב רובו של שבט הוא בדיוק ולאפוקי יותר מרובו דנדונין כיחידים: 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 לכבש 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 לרווחה דתרוייהו הוי לכבש ולהרחיב גבול הארץ אבל הלשון לבד ממלחמת יהושע ודאי צ"ע. ואולי דעת רש"י דלמלחמת עמלק אין צריך הסכמת ב"ד של ע"א כיון דהציוי מפורש בפסוק לכל עת אבל מלחמת א"י לא היה בכל עת דהא כתיב מעט מעט אגרשנו מלפניך והיה צריך הסכמת פי סנהדרין

מתי יעשו מלחמה: שם דף ג' ע"א בתוס' ד"ה אלא מעתה אינו מתישב: לענ"ד יש לומר דהכי קאמר אם אתה חושש לנעילת דלת כשמצריך מומחים כל שכן שיש לחוש לזה כשלא יצרכו לשלם בשטעו דלזה ודאי המלוה חושש יותר אבל כפירש התוס' לא רצה רש"י לפרש דקשיא ליה מה שהקשו הא לא מחייב רק כשנשא ונתן ביד ותירוצו היה נראה לו דוחק דאיך יקשה לר' אבוה מהך מ"ד דמחייב בלא נתן ביד דלמא ר' אבוה לא ס"ל כוותיה כיון דפלוגתא דאמוראי היא: שם ד"ה ומדאורייתא.

עירוב פרשיות קאמר: לענ"ד הוצרך רש"י לפרש דלית ליה עירוב פרשיות דאם אית ליה עירוב פרשיות בעינן מומחים כדמוכח בסוגין וא"כ אף דגלי קרא בצדק תשפוט דבחד סגי אכתי יצטרך להיות חד מומחה והרי מה דקאמר אי אפשר דליכא חד דגמיר משמע האשה. האה שאינו מומחה: שם ע"ב בגמרא אלא ה"ט דרבי: בהגהות ר"ע הקשה ל"ל טעמא דילפינן למעלה מלמטה תיפוק ליה דירשיעון משמע שנים ואין ב"ד שקול הרי ג' וכי כתיב שוב אלהים הוי ד' ואין ב"ד שקול הוי ה' והניח בקושיא.

ולענ"ד י"ל דבאמת אם היה כתיב ירשיעון למעלה ואלהים למטה היה אפשר לומר כן אבל השתא דכתיב אלהים ברישא דמשמע אחד ושוב כתיב ירשיעון לא הוי מרבינן מירשיעון רק שנים דהוי עם אלהים דרישא ג' ולא הוי ב"ד שקול וממילא לא ידענו רק ג' ולא ה' ולכן צריך לומר דטעם דרבי דילפינן למעלה מלמטה: שם דף ד' ע"א בגמרא לאחר שיצאו יצא ומחזיר אחריהן: י"ל וכי לא ידע ר' יהודה בן רועץ מתחלה שיש אם למקרא ולמה לא השיב להם מיד כן ושהה עד אחר שיצאו.

ויש לומר דהתוס' בזבחים (דף ל"ח) העירו למה לא השיב ר' יהודה בן רועץ כדאמרין שם כנדתה כתיב. ולענ"ד י"ל דרק התם דפריך שנדרוש מקרא ומסורת שייך למילף מכנדתה דלא אמרינן כן שתהא טמאה חצי שבעים שאין זה כנדתה אבל הכא שהקשו דלא נדרוש רק המסורת דתהא טמאה שבעים זה לא ממועט מכנדתה דיש לפרש שתהא טמאה שבעים פעמים כנדתה דהיינו שבעים שבועות ולכן הוצרך ריב"ר להשיב דילפינן מהיקש דזכר וחשב אולי ישאלו דאכתי נדרוש תרוייהו מקרא ומסורת כהקושיא בזבחים ואז היה משיב מכנדתה אבל כשראה שיצאו ולא הקשו כן אז החזיר אותם ואמר אם קושיתכם שנדרוש רק ממסורה לזה אין צריך דרשה דודאי יש אם למקרא יותר מלמסורה: שם בתוס' ד"ה ורבנן נפשת כתיב.

ל"ל תרי קראי: לענ"ד אולי י"ל דר' ישמעאל באמת ס"ל ג"כ כר"ע דמשני מתים מטמא באהל רק שר"ע יליף כן מדס"ל יש אם למקרא ור' ישמעאל יליף כן מאין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות דכיון דס"ל יש אם למסורת א"כ נפשת ממעט מב' מתים והנוגע במת בנפש ג"כ ממעט ולכן מרבינן דמשני מתים ג"כ מטמא ומה דאמרין בחולין (דף ע"ב) ר"ע לטעמיה כו' היינו דאזיל לטעמיה דיליף דמשני מתים מטמא מיש אם למקרא ולא צריך לזה קרא דבמת בנפש: שם ע"ב בתוספת ד"ה כדרך.

דשכינה תמיד בבית המקדש: לענ"ד אין זה קושיא על פירש רש"י דממה דאמרין סוכה (דף נ"ב) שאמר הלל בשמחת בית השואבה אם אתה תבא אל ביתי וכו' שנאמר בכל מקום אשר אזכיר שמי אבא אליך וברכתיך משמעשהשכינה היה בא בעת עליית

השבטים בהשפעה יותר לבית המקדש ועיין מה שפירשתי שם בספרי ע"ל: שם דף ה' ע"א בגמרא וכן אמר ר' חייא.

קשה דקחשיב רב נחמן קודם ר' חייא דקשיש מיניה טובא ולכאורה היה אפשר לומר דמה דאמר וכן אמר ר' חייא הוא מדברי רב נחמן גופא שהביא ראייה מר' חייא דאמר ג"כ הכי אבל מדברי התוס' דכתבו דלא מדברי רב נחמן אלא מדברי ר' חייא קאי משמע דמימרות חלוקות הם. ולכן נלע"ד דהך ר' חייא דהכא אינו ר' חייא הגדול תלמיד רבי אלא מאמוראים שהיו בימיו או אחר רב נחמן ואולי הוא ר' חייא בר אבא.

ובזה יתיישב מה שהקשה המהר"ם שיף למה לא פשיט מה דמבעי ליה אליבא דר' חייא אי דלא נקיט רשותא דינא דינא אי לא מדברי ר' חייא גופא דאמר לקמן לרבה בר חנא זיל שלים דמהכא להתם לא מהני רשותא אלמא דדינא דינא דאי הדר דינא למה ישלם אבל לפ"ז דזה ר' חייא אחר הוי לק"מ: שם ע"ב בגמרא והאמר רב י"ח חדשים: ק"ק דלמא היה זה אחר שנסמך מרבי וכיון דלא נתן לו רבי רשות להתיר בכורות מדלא בקיאי במומי הלך אצל הרועה.

וי"ל דמדקאמר גדלתי אצל הרועה ולא אמר ישבתי או שהיתי משמע שאז עדיין קטן היה שעליו שייך לשון גידול: שם וטעו נמי בהא: ק"ק למה צריך לזה וכי לא מיושב טעותם במה שאמר התלמיד ועוד דזה סתירה למה דקאמר דלכך תקנו דצריך ליטול רשות להורות למען ידקדק בלשונו משום מעשה שהיה שהרי לא משום דקדוק הלשון לבד טעו.

ויש לומר דבזה רצה הגמרא לתרץ מה שהקשו התוס' תימה היאך טעו בין ביצים לבצעים לכן אמר שטעו נמי בהא. פרוש דבאמת אם לא שטעו נמי מכח דברי המשנה לא היו טועים ע"י דברי התלמיד אעפ"י שלא דייק בלשונו כ"כ דמהיכי תיתי לומר דמי בצעים לא יכשירו אבל אחר שהתלמיד לא דייק לומר בבירור לשון ביצים סברו דודאי בצעים רצה לומר כיון דמצאנו גם במשנה דלא נחשבו כמים אבל לתירוץ ר"ת קשה שאם טעו בין ביצים לבצעים היאך שייך שטעו נמי בהא שהרי במתניתן מי בצעים כתיב ומה ענין ביצים לבצעים: שם ברש"י ד"ה כנגד מחנה ישראל.

אע"ג דהמחנה ג' פרסאות הוי: א"ל הרי משה חנה במחנה לוייה שהיה באמצע מחנה ישראל וא"כ מכל צד לא היה רק פרסה וחצי אל משה ולמה צריך לומר רבותא דמשה שאני די"ל שהרי הפסוק והיה כל מבקש ה' כתיב כשנטה משה אהלו הרחק מן המחנה. אבל אכתי צ"ע שהרי הרחק מן המחנה לא היה רק אלפים אמה כמש"כ רש"י בחומש שהוא שיעור מיל וא"כ כל מחנה ישראל היה תוך ג' פרסאות לאוהל משה חוץ מאשר חנו במיל האחרון והיו צריכים לבא למשה ומה קושיא ממשה ואולי דלרש"י הוקשה מדכתיב והיה כל מבקש ה' כל דייקא דמשמע כל מבקש מכל ישראל וגם הדרים במיל האחרון בכלל: שם דף ו' ע"א בגמרא דיינת לן דין תורה: המהר"ם פירוש דאמרו ליה וכי דיינת לן ד"ת בלשון בתמיה דהיינו לאחר שפסקו דין אומרים להם כן ובאמת משמע כן מלשון דיינת לשון עבר דאם מקמיה 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 דיינת לן הל"ל

דאמר ליה דיינת לי והנה מדברי רש"י לעיל (דף ה' ע"א) ד"ה ואי לא נראה דמפרש דיינת לן ד"ת שקודם שפסקו אמרו כן.

אבל ברא"ש הביאו המהרש"ל נראה דמפרש כמהר"ם ע"ש. שוב ראיתי בירושלמי מפורש דאיירי שאמרו לו כן קודם פסק דין וכפירש רש"י ויש נפקותא לדינא דאם לא אמרו לו קודם פסק דין אם צריך לשלם דעפ"י פירוש הרא"ש ומהר"ם צריך לשלם דאומרים לו כוונתינו היה כן שתדון לנו דין תורה אף שלא אמרנו לך בפירוש כן.

אבל לפירש רש"י וכפי הנראה מירושלמי לא צריך לשלם רק בשאמרו ליה קודם פס"ד: שם אמר לו רב ספרא לרבי אבא. ק"ק היאך שייך קושיא.

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

וי"ל כיון דרבי אבא הקשה לר' אבהו ממתניתן זו ותירץ לו דאיירי בקבלו עלויה ואעפ"כ חייב לשלם דאמרו ליה דיינת לן דין תורה ומשמע דרבי אבא קבל תירוץ זה מדלא השיב וע"ז הקשה לו רב ספרא תירוץ זה מי ניחא דאי טעו בדבר משנה הרי חוזר ולא צריכים לומר שלא דין תורה ואי טעה בשיקול הדעת היאך יכולים לומר לו שלא דין תורה כיון דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר הרי יכול להשיב שדן דין תורה וזהו כוונת 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 לדכשיימי בי תלתא: שם ע"ב בגמרא שנאמר פוטר מים: ק"ק שהרי זה יש לדרוש מסיפא דקרא דלפני התגלע לחוד או מפוטר מים לחוד ותרתי ל"ל וכבר העיר גם המהרש"א ע"ז. ולענ"ד י"ל דלכך נקט ר"ש בן מנסיא תרתי עד שלא תשמע דבריהם או משתשמע דבריהם כו' והיה די לומר עד שאי אינו יודע להיכן הדין נוטה כו'.

אבל י"ל דרצה לפרש בזה הפסוק פוטר מים וגו' דרצה לומר דמן המובחר 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 בן לקיש דדרש על הדיין 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 עצמך מן הדין ואם לא עשית כן יהיה עכ"פ לפני התגלע הריב דהיינו קודם שתדע להיכן הדין נוטה דאח"כ לא תוכל לומר כן דכתיב לא תגורו מפני איש ולכן נקט גם הך תנא תרתי עד שלא תשמע דבריהם או משתשמע דבריהם ואי אתה יודע כו' ובזה מתורץ מה שהקשה בתורת חיים היאך משמע מלא תגורו דוקא קודם שתדע להיכן הדין נוטה דזה לא מלא תגורו יליף אלא מקרא דפוטר מים: שם זכות לעני וחובה לעשיר: ודאי גם ברואה חובה לעני וזכות לעשיר לא ישתוק והא דנקט זכות לעני משום דרצה לדרוש קרא דלא תגורו דע"כ לא כתיב אלא בהא דרואה חוב לעשיר שלא יתירא מפני העשיר אבל ברואה חוב לעני לא צריך הכתוב להזהיר דמפני העני בלאו הכי לא יתירא: שם בתוספת ד"ה נגמר: לענ"ד י"ל עפ"י מה שכתבו התוס' ב"ק (דף ס"ט) ד"ה חייב דבאמירה איש פלוני אתה חייב עדיין אינו חייב לשלם עד שיאמרו לו ב"ד צא ותן לו

ולכן אכתי שייך פשרה דמתירא הזוכה שמאלא יאמרו לו הב"ד תן לו: שם דף ו' ע"ב בגמרא אם ברור לך הדבר כאחותך: מה דנקט כאחותך דוקא יש לבאר עפ"י מה דאמרינן במכות (דף ה' ע"ב) אין לי אלא אחותו בת אביו שלא בת אמו וכו' עד שלא יאמר יש לי מן הדין כו' הא למדת שאין מזהירין מן הדין ע"ש והטעם שאין מזהירין ואין עונשין מן הדין כתב הר"ש בספר כריתות דלמא טעה בשכלו והק"ו אית ליה פירכא הרי שגילה הכתוב ע"י שכתב אחותך יתירה לבת אביו ובת אמו שלא נסמוך על שכלנו וזהו שאמר אם ברור לך הדבר כאחותך שנסמוך על הפסוק ולא על השכל אמרהו ואם לאו אל תאמרהו ולא תסמוך על שכלך: שם קולר תלוי בצואר כולן פשיטא: ק"ק דאדרבה יקשה מה יעשה המיעוט שדן כראוי אם הרוב לא דנו כן ויצא הפסק אחר הרוב.

וי"ל דזה פשיטא דבזה אין קולר תלוי בצוארם דמה להם לעשות וע"כ איירי שכולם הסכימו בהטיה ולכן פריך פשיטא דהי מינייהו מפקת: שם כאלו נוטע אשרה בישראל: הדמיון הזה דאיסור נטיעת אשרה הוא אפילו קודם שעבדה כמו שפירש רש"י בחומש ע"פ לא תטע לך עפ"י הספרי וכן המעמיד דיין על הציבור אפילו אם עדיין לא דן שלא כראוי מ"מ הוי החטא משעת מינוי: שם בשבתא דריגלא: רש"י פירש שבת ששואלין בו בהלכות הרגל והיינו שלשים יום קודם הרגל עכ"ל וצ"ע בסוכה (דף כ"ו ע"א) מוכח דשבתא דריגלא נקרא השבת שבתוך הרגל דמייטא התם על מה דגנו חוץ לסוכה: שם דף ח' ע"א בתוספת ד"ה פסילנא.

צנא דפירא: מה דפשיטא להתוס' כן הוא ממה דאמרינן מכות (דף כ"ד ע"א) ושוחד על נקי לא לקח כגון ר' ישמעאל בר' יוסי וכן פירש הריב"ן שם אפילו שוחד שהיה רשאי ליקח: שם ד"ה מפיקנא. אינו מנודה לרב: לא הבנתי מאי קשיא להו דהא לפי המבואר במ"ק שם דוקא לרב אינו מנודה אבל לכ"ע מנודה וא"כ אפילו אינו מנודה לרב מ"מ יענש במה שמנודה לכ"ע וא"ל שאז היה בוטח שרבו יתיר לו לו הנידוי דז"א דא"כ אפילו מנודה לרב ואפילו גדול אחר שאינו רבו ג"כ יכול להתיר הנידוי ועוד דעל זה לא שייך תירוץ התוס' דאפילו מנודה מתלמיד לשם שמים ג"כ יכול הרב להתיר: שם ד"ה מוציא. דמוכחי מלתא דאסהדי שיקרא מהדר הבעל: כן כתבו התוס' גם לקמן ד"ה והביא. דאם הביא הבעל עדים והוזמו לא מקבלינן עוד עדים כיון שראינו שמהדר אסהדי שיקרא וכן כתב גם רש"י לקמן ד"ה ובמקום ע"ש.

ולענ"ד צ"ע ממה דאמרינן במכות (דף ה' ע"ב) ההיא אתתא וכו' כל ישראל מי הוחזקו ע"ש הרי דלר' יוחנן דהלכה כוותיה לגבי ר"ל ס"ל דמקבלין עדות אחר הזמה ולא זו בלבד אלא דמשמע התם דגם לר"ל רק אחר שהביאה האשה ב' כתות והוזמו לא רצה לקבל כת שלישי דס"ל דבתרי זימני הוי חזקה אבל אחר שהוזמו כת אחת גם לר"ל מקבלין שניה שהרי שם קיבל ר"ל כת שניה וא"כ למה לא שייך כאן לעז אחר הזמה: שם דף ט' ע"ב בתוס' ד"ה לרצונו לא דנו ולא מעידו: הנה לפי תירוץ אי נמי התם כשר, וכו' ס"ל התוספות דחשוד על העריות הוא יותר לתיאבון מאוכל נבילות וכשר מטעם אונס אבל נרבע לרצונו דומה לאוכל לתיאבון ולתירוץ אי נמי ה"נ יצרו תקפו וכו' גם נרבע לרצונו הוא אנוס יותר מאוכל נבילות לתיאבון ואעפ"כ אינו נאמן על רביעה מטעם חשוד על הדבר וא"כ כש"כ באוכל נבילות לתיאבון מקרי חשוד ואינו נאמן

להעיד על אותו דבר שחשוד עליו ולכן ק"ל על מה שפסק הרמ"א ב"ד (סימן קי"ט ס' ב') דעובר עבירה לתיאבון לא מקרי חשוד ע"ש שכתב בשם הרשב"א והט"ז הקשה עליו שאין ראיה מהרשב"א.

ולענ"ד ביותר קשה מהתוס' דהכא דמוכח דעובר עבירה לתיאבון מקרי חשוד לאותו דבר. והנה לכאורה מוכח מהתוס' שמי שאנסו נכרי לאכול נבילות נקרא חשוד ולא נאמן עוד על אותו דבר שאכל באונס.

אכן יש לחלק שאף שס"ל שיצרו תוקפו מקרי אונס מ"מ לא מקרי כ"כ כאונס גמור שהרי בא על הערוה ונרבע ברצון חייב מיתה ואם נאנס לזה פטור אלא ודאי שהתוס' לא דמו אותן לאונס רק נגד אוכל נבילות לתיאבון שאין זה אונס כ"כ ולכן שפיר יש לומר דאונס ממש לא מקרי חשוד לאותו דבר אבל ודאי מוכח מדבריהם דעובר במזיד לתיאבון מקרי חשוד לאותו דבר ולכן פסק רמ"א צ"ע: שם דף י' ע"א בגמרא פלוני בא על נערה המאורסה: נקט נערה המאורסה ולא על אשת איש דא"כ לא הוי שייך בסיפא בהעידו על בתו של פלוני דמשלמין ממון דכיון דנשואה כתובתה שלה הוי מיתה וממון בשבילה דלא מחייבי אבל כשהיא נערה המאורסה כתובתה של אביה כמו שכתב רש"י ואע"ג דאם נגמר דין בועל תחלה והוזמו העדים חייבים מיתה בשבילו ולא בשבילה מכל מקום כיון שנגמר גם דינה אח"כ על עדותם מקרי מיתה ותשלומין בשבילה ולכן נקט נערה המאורסה.

אבל יש להסתפק אם העידו פלוני בא על אשת איש פלונית והיא בת כהן והוזמו דאמרינן לקמן (דף צ') שחייבים מיתת הבועל חנק ולא מיתתה שרפה אם נימא גם בזה דהוי מיתה וממון לחד ולא משלמין או נימא כיון דהכא חיובם מיתה רק בשביל הבועל ולא בשבילה הוי גם באשת איש מיתה לזה וממון לזה ולפ"ז לא הוי לרבא למינקט דינו בנערה המאורסה דלא שייך רק למ"ד ארוסה יש לה כתובה אלא בבת כהן דשייך לכ"ע ולכאורה יהיה קצת ראיה מזה דגם בכה"ג מקרי ממון לזה ומיתה לזה וצ"ע: שם בתוספת ד"ה וכל לאו.

ואי לאו והיה אם בין: הקשה בחידושי ר' עקיבא איגר דמכל מקום גם אם לא כתיב והצדיקו והרשיעו מכל מקום מוהיה אם בין הכות ילפינן בין מבין דמיירי במלקות וילפינן מוציא שם רע מן ויסרו דהוי במלקות וידעינן דלאו שאין בו מעשה לוקין עליו ושפיר ילפינן ממוציא ש"ר דלוקין על טענה והניח בצ"ע ולא הבנתי דהרי במכות (דף ד') מסקינן דמן מש"ר לחוד ליכא למילף דיש לפרוך שכן לוקה ומשלם ועל זה השיב עדים זוממין יוכיח ואי לאו הוי כתיב והצדיקו והרשיעו דמיניה ילפינן דאיירי קרא בעדים זוממים הוי אמינא דאיירי במוציא שם רע ואשמעינן קרא איך וכמה מלקין אותו ואכתי לא הוי ידעינן 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 דהחמישים דריש כן 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 עלמספר רואי פני המלך כיון דניסן ר"ה למלכים כדאמרינן ריש ר"ה לכן עיבור שנה הוא דבר שנוגע

למלכות דאם אין מעברין אז החודש שאחר אדר הוא למלך שנה אחרת אבל אם מעברין הוא לו שנה זו שעומד בה. שם בתוספת ד"ה חישוב.

משמע דחד תנא תני תרווייהו: לענ"ד י"ל דממה דקתני במתניתן עיבור החדש בשלשה ובברייתא קתני קידוש החדש ועיבור השנה בשלשה דברי ר"מ משמע דר"מ לא חייש למיתני עיבור החודש איידי עיבור השנה וא"כ מה דקאמר איידי דקבעי למיתני עיבור שנה כו' לא על ר"מ קאי אלא על ת"ק דמתניתן או על רבי שסידר המשנה דנקט לשון עיבור החדש איידי דבעי למיתני אחר זה עיבור שנה ומה דכתיב במתניתן דברי ר"מ לא קאי רק על עיבור שנה דר"מ לא ס"ל כר"א אלא ס"ל דמקדשין החדש: שם דף י"א ע"א בגמרא אני הוא שעליתי שלא ברשות: הקשה המהרש"א בח"א איך אמר שמואל הקטן כן ורצה לירד הלא עי"ז ימנה העולה באמת שלא ברשות עם השבעה ויתעבר השנה שלא במזומנים ולענ"ד י"ל דשמואל הקטן ידע שאם יאמר כן גם העולה באמת שלא ברשות אלא ללמוד הלכה ג"כ יאמר אני עליתי שלא ברשות שלא לבייש שמואל הקטן או שכולם יאמרו כן וכמעשה של ר"מ לקמן ועי"ז יבטל הזימון של אותו יום.

שוב ראיתי בירושלמי שכתוב כן ואפילו כן לא עברוה בהאי יומא ואפלגינהו במילי דאורייתא ועברוה ביומא דבתרא עכ"ל ולא מפרש למה לא עברוה ומסתמא היה מטעם זה מפני שלא ידעו מי נזמן או י"ל דר"ג בעצמו לא רצה לעבר כי לא האמין לשמואל הקטן שלא היה מן המזומנים וא"כ יש כאן שאינו מזומן ומה שלא שאל לשלוחו שזימן את הז' את מי זימן היה שלא לבייש את מי שעלה שלא ברשות ולא ירד כששאל מי הוא שעלה שלא ברשות שאם ענה מיד כמו שענה שמואל הקטן ללמוד תורה באתי אין זה ביוש אבל כשלא ענה כן ולא ירד ורצה להחזיק כאלו הוא מן המזומנים יהיה נתפס על דבר שקר ולא רצה ר"ג לביישו ולכן ביטל העיבור באותו יום והזמין ז' ליום אחר.

וביותר י"ל כן לפי דעת הי"מ שהביא הר"ן שר"ג בעצמו זימנם וידע מי שעלה שלא ברשות ורק שלא לביישו אמר כן שירד מעצמו ע"ש ולכן כיון שלא ירד בעל כרחו היה צריך לבטל עיבור של אותו יום ומתורץ קושית המהרש"א: שם אתה הוא שצערת את אבא. המהרש"א הקשה היאך חשדו ר"ש בכך מאחר שיצאו כולם.

ולענ"ד י"ל דלעולם סבר דר"ח היה באמת מדיצא תחלה ומה שיצאו האחרים סבר שעשו כן מפני כבודו של ר"ח שלא יחשדוהו שהוא היה ממה שיצא לבדו: שם ור"ח היכי גמיר לה מר"מ. עיין במהרש"ל ומהרש"א ולענ"ד י"ל דלכאורה יש סברא שלא להעיר חשד אחרים שיכשול אותם להיות חושד בכשרים ולזה קאמר דר"ח עשה כן דגמר מר"מ דאע"ג דהיה יכול לברר מי הוא שריחו נודף ע"י שיריחו בפיו עכ"ז יצא שהיה מובטח שע"ז יצאו גם הבלתי נחשדים ולא יבויש אדם שהרי ר"מ ג"כ לא היה בכלל החשד שהרי אמרה אחד מכם קדשני בביאה ולא אמרה אתה ואעפ"כ הכניס ר"מ עצמו בחשד ע"י שכתב גט אכן גם מר"מ לא היה ברור כ"כ שלא נחשד כיון דעכ"פ אמרה אחד מכם אבל למד משמואל הקטן שזה ודאי לא היה בכלל חשד לר"ג לא בלבד לפירש הי"מ שר"ג עצמו זימנם הרי ידע שזימן לשמואל הקטן ואפילו לפירוש הר"ן שהשליח זימנם הרי ידע שיש להתברר ע"י שליח ואעפ"כ ירד וגם משמואל הקטן אין ראיה כ"כ דעכ"פ היה נחשד לשאר המזומנים אבל ביותר ראיה מיהושע שודאי בא לידי

בירור ע"י גורל אעפ"כ לא רצה הקב"ה לגלות: שם שמעון וישמעאל לחרבא: מזה מוכח דר"ג דלעיל שהיה המעשה דשמואל הקטן בימיו אין זה ר"ג דיבנה כמו במעשים דר"ג שמביא לקמן כמ"ש הר"ן אלא ר"ג זה היה ר"ג הזקן שהרי שמואל הקטן שהיה בימיו ניבא בשעת מיתתו על רשב"ג שיהרג וזה היה אביו של ר"ג דיבנה והיה נשיא לפניו ואיך אפשר שר"ג בנו עיבר השנה בימיו והוא היה הנשיא אע"כ ר"ג זה הוא ר"ג הזקן אביו של רשב"ג הנהרג ומזה ראייה למה שפירש הרשב"ם נדה (דף ו' ע"ב) במעשה בשפחתו של ר"ג שהוא ר"ג הזקן והתוס' השיגו עליו שהיכא שנזכר סתם ר"ג הוא ר"ג דיבנה והרי הכא מוכח דגם סתם ר"ג לפעמים הוא ר"ג הזקן: שם כמה עיבור השנה ל' יום רשב"ג אמר חודש לכאורה יש לדקדק דעיקר פלוגתא חסר מן הספר דה"ל לומר כ"ט יום דהא גם לת"ק הוי חדש.

ומה גם שהקשו התוס' דחדש משמע ל' יום. ועוד י"ל הא אמרינן בר"ה (דף י"ט) אדר הסמוך לניסן לעולם חסר.

ודוחק לומר דהת"ק יפלוג על זה. ונ"ל דחדא מתורץ בחבירו דודאי גם ת"ק סבר דאין עושין את חדש עבור רק כ"ט יום כיון דהוא סמוך לניסן.

ומ"מ סבר דמעברין ל' יום דמשום דמוסיפין גם אדר ראשון עוד יום א' דאי אין מעברין הוי אדר ראשון סמוך לניסן ולא יהיה רק כ"ט יום והשתא ה"ל ל' יום. אבל השתא עכ"פ חדש העבור אינו רק כ"ט יום.

ואפ"ה פליג רשב"ג וסבר דאין מעברין אלא חדש דהיינו חדש אדר שני ולא ג"כ עוד יום א' בתוך אדר ראשון וכיון דאדר הסמוך לניסן לעולם חסר ממילא הוי חדש זה רק כ"ט יום. אבל לא שיהיה במשמעות חדש כ"ט יום דוקא דזה לא רצה רשב"ג למימר.

ומתורץ קושית התוס' גם שאר קושית הנ"ל: שם ע"ב בגמרא דזמן ביעורא מטא: המהרש"א ח"א הקשה וכי לא ידע ר"ג וז' לשמיטה היה ותירץ בדוחק. ולא הבנתי מאי הקושיא הרי היינו הך דתנן (בפ' בתרא) דמ"ש בתחלה היו שולחין אצל בעה"ב וכו' כמו שהביאו התוס' דאע"ג שהיו יודעים איזה שנה בשמיטה היה מ"מ לא נזכרו שצריכים לבער: שם ברש"י ד"ה על האביב.

וקשה לי דאמרינן לקמן: לענ"ד י"ל דמה דאמרינן על שתים מעברין היינו אם פירות האילן לא נתבשלו בשתים מהם אף שביהודה נתבשלו או אם האביב לא בא ביהודה ובגליל אף שבעבר הירדן נתבשל אבל אם האביב בא ביהודה לבד אפשר שבאמת מעברין. שוב ראיתי ברמב"ם (ה' קידוש החדש פ"ד) שפ"י על האביב מפני העומר כפי" הי"מ ובשלש ארצות או שתים מהן מעברין דייק בלשונו הטהור אם פירות האילן לא באו והיינו לתרץ קושית רש"י: שם בתוס' ד"ה או דלמא.

וקשה דאביב נמי דאורייתא: לענ"ד י"ל דחג האסיף תקופת השנה דדרשינן מניה שתהא התקופה בחג זה כתיב בפ"י אבל שיהיה התבואה מתבשלת בתחלת ניסן זה לא כתוב בפירוש דגם אם בסוף החדש בא האביב נקרא ניסן חודש האביב ומה דדרשינן לקמן (דף י"ג) שמור את חודש האביב שיהיה אביב של תקופה בחודש ניסן דהיינו בחצי חודש הראשון זה באמת בכלל תקופה שזה כולל שניהם תקופת ניסן ותקופת תשרי ומה



שהקשו התוס' דגם פירות האילן הוא דאורייתא מדכתיב וחג הקציר בכורי מעשיך לא הבנתי דהרי בזה לא גילה קרא רק שיהיה שתי הלחם מבכורים אבל שיבכרו גם פירות האילן לא מרומז בזה ומה שמעברין משום פירות האילן היינו שלא יצטרכו לעלות פעם שנית להביא בכורי האילן וזה ודאי לאו דאורייתא: שם ד"ה אין מעברין.

וקשה קצת דבברכות: לענ"ד י"ל דיש להבין דמקשה מ"ט דחנניא איש אונו ומתרץ מלשכנו תדרשו והרי הפלוגתא שבין ת"ק וחנניא אינה רק אם בדיעבד אם עברה בגליל מעובר או לא אבל לכתחלה גם ת"ק ס"ל דאין מעברין רק ביהודה וא"כ היאך מייתי טעם לחנניא מלשכנו תדרשו שהרי זה ע"כ גם ת"ק ס"ל דאל"כ מנ"ל דלכתחלה אין מעברין אלא ביהודה אכן י"ל דודאי אם אתי הדרשה מלשכנו תדרשו מעכב דכל מה שצוה הכתוב מעכב דרק בקדשים בעינן שינה עליו הכתוב לעכב ולכן שפיר מייתי מקרא זה טעם לעכב לחנניא אבל ת"ק י"ל דלא דרש לשכנו לדרשה זו אלא לדרשה דספרי שהביא רש"י בחומש ומה שלכתחלה אין מעברין אלא ביהודה יליף מציון תצא תורה דמזה ליכא למילף עיכוב כיון דלא כתוב בתורה ולכן בברכות אזיל אליבא דת"ק ומייתי קרא דמציון תצא תורה אבל צ"ע על הרמב"ם דפסק ה' קה"ח פ"ד כת"ק ומייתי קרא דלשכנו תדרשו: דף י"ב ע"א בגמרא ומפני מה לא עברה אלישע ששנת בצורת היתה: הקשה מהרש"א דלמא שביעית או מוצאי שביעית היתה שאין מעברין בו והנה לענין מו"ש י"ל דסבר רבי כבית ר"ג שהיו מעברין במו"ש.

אבל לענין שביעית לכאורה קשה וי"ל ע"פ מה דאמרינן בכתובות (דף ק"ה ע"ב) וכי אלישע אוכל בכורים היה אלא כל המביא דורן לת"ח כו' ע"ש דמתיבת בכורים דריש כן. ולפ"ז ע"כ מוכח דלא שביעית היה דאי היה שביעית לא שייך מביא דורן כיון דהפקר הוא.

ועוד לפי מה דאמרינן במסכת שביעית דאין אוכלין פירות שביעית בטובה ולר' יהודה שם אפילו ב"ה סובר כן. וא"כ איך מחזיקין טובה להמביא כאלו הקריב בכורים אע"כ דלאו שביעית היה ולענין קושיתו ממוצאי שביעית י"ל עוד דהא מ"ד אין מעברין ה"ט דלא יוכל להביא מחוץ לארץ מפני הגושים וע"ז ודאי באותו פעם עדיין לא גזרו דגזירה דרבנן הוא: שם ששנת בצורת היתה: הרמב"ם ה' קה"ח (פ"ד) כתב יראה לי שזה שאמרו חכמים אין מעברין בשנת רעבון כו' מפני תקופה ומפני האביב ופירות האילן מעברין לעולם ע"ש והרמ"ה השיג עליו מסוגיא זו שהרי באלישע היה ראוי להתעבר מפני האביב ופירות האילן ואעפ"כ לא עבר ולענ"ד לא קשה על הרמב"ם שהרי מה דתניא דעל האביב מעברין פירש הרמב"ם שם (פ"ג) כדי שיהא האביב מצוי להקריב ממנו עומר התנופה וכפי' אית דמפרשי שהביא רש"י לעיל והלא באלישע הקריבו העומר כדאמר בגמרא וא"כ לא היו צריך לעבר מפני האביב: שם ברש"י ד"ה לא בשביעית.

איסור עבודת קרקע: הרמב"ם (פ"ד מה' קה"ח) כתב הטעם שע"י שמאריכין חודש אחד יאכלו הספיחים ולא יהיה להם להקריב עומר ושתי הלחם ע"ש. ולענ"ד קשה שהרי תנן בשקלים שומרי ספיחים בשביעית היו נוטלין שכרן מתרומת הלשכה וא"כ הרי לא היה להם לירא על זה שלא ימצאו עוד כיון שאפשר לשמור ע"י שומרים: שם ד"ה שעובר.

שנטמאו בימי אחז מע"ז שלא חששו לתורה: הלשון קשה דפשיטא אם עבדו ע"ז שלא חששו לתורה ועוד קשה אם מטומאת ע"ז למה צריך לפרש שנטמאו בימי אחז תיפוק ליה דהיה הע"ז במקדש ולא יכלו להוציאם עד יום ט"ז בניסן כדכתיב בפסוק בד"ה. ולכן לענ"ד התיבה מע"ז הוא ט"ס ומה שהיו טמאים היינו שבימי אחז נטמאו שלא חששו לתורה לטהר עצמם מטומאת מת וגם הר"ן הביא לשון רש"י כן שנטמאו בימי אחז שלא חששו לתורה ולא הזכיר מע"ז וכן נראה מדברי רש"י בפסחים (דף נ"ו ע"א) ד"ה עובר שכתב לא הוטהרו עדיין מטומאות שהחזיקו בהן בימי אביו אחז הרשע עכ"ל ולא הזכיר שם מטומאת ע"ז וא"כ י"ל דגם רש"י ס"ל דטומאת ע"ז לא נהג אז דעדיין לא גזרו ומתורץ קושית התוס' על רש"י.

והר"ן שהביא בשם ר"נ גאון שהיה שם טומאת ע"ז באמת לא כתב שנטמאו בימי אחז אלא שהיה ע"ז במקדש ולא יכלו לטהר קודם הפסח ולכן גם התוס' לא הקשו קושיתם שהרי בט"ו יום היו יכולים לטהר רק על הירושלמי שהטומאה היתה טומאת מת דגלגולת ארונה. אבל לפירושם הראשון שהיה מפני טומאת ע"ז ושכבר גזרו אז לא קשה שיכולים לטהר שהרי העיד הכתוב שלא כלו עד יום ט"ז בניסן ואפשר לומר ג"כ שחסר ברש"י תיבת או וצריך להיות שנטמאו בימי אחז אביו מע"ז או שלא חששו לתורה ולפ"ז שניהם אמת מה שכתבו התוס' בשם רש"י ומה שכתב הר"ן בשמו אבל ביותר נראה שתיבת מע"ז מיותר: שם בתוספת ד"ה ולא שלש.

ולפי זה לא יתכן: המהרש"א הקשה הרי לפירושם דאין מחשבין משנה לחברתה לסמוך על אותו חשבון לת"ק גם פירוש רש"י הראשון לא יתכן שהרי השיבו רבנן דהיינו ת"ק ב"ד ישבו וקבעו כל אחד בזמנו משמע שסמכו על אותו חשבון אפילו לג' שנים. ולענ"ד י"ל דמה שסמכו על החשבון של ר"ע היינו מפני שחכם גדול היה ושעת הדחק היה כמ"ש רש"י דבשעת הדחק חשובי מחשבין ומה דאמרינן ולא משנה לחברתה היינו שלא בשעת הדחק: שם ד"ה שעובר.

ובירושלמי אמר: כן 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 הגורן זו בחייו ממנו והקים שם מזבח ומאז לא פסקה הקדושה משם ששם נבנה המקדש ובודאי נשמרו מכל טומאה ואפילו נדחוק שאין זה גולגולת של ארונה שקנה דוד ממנו הגורן אלא של ארונה אחד מאבותיו של זה מ"מ קשה לומר שמאז נבנה בהמ"ק הקריבו בטומאה עד חזקיהו ונלע"ד שבימי אחז שסגר בית ה' ולא השגיחו עליו אז יורשי ארונה קברו גלגלתו 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) אמרינן בפירוש דר"ש ס"ל טומאה דחויא הוא בצבור. אכן לענ"ד מלבד מה שי"ל בישוב קושיתו 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 אכתי 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 דקרבת צבור הם: מה שקראו התוס' לחגיגה קרבן צבור הוא עפ"י הגמרא פסחים (דף ע') וכבר העירו התוס' שם על הסתירה דבחגיגה (דף ו') קרו ליה קרבן יחיד ואין להקשות הרי מה דקרי לחגיגה קרבן צבור היינו משום דאתי בכינופאי כמ"ש התוס' שם וא"כ איך כתבו דפסח קרבן יחיד הוא הרי ג"כ אתי בכינופאי די"ל דכוונתם על פסח שני דלא אתי בכינופאי כדאמרין ביומא (דף נ"א) אבל ק"ק איך כתבו דדוחין שבת וטומאה הרי פסח שני לא דחה טומאה וצ"ל דהך וטומאה לא קאי רק אפר וחביתין: שם ד"ה ונשים.

וה"מ לשנויי: דבריהם צריכים ביאור דאם היה 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 היה 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 והיה לו לצרפם על המיעוט טמאים והיה להם לעשות פסח ראשון בטומאה ובזה לכל האוקימתות אתי שפיר.

אבל לפ"ז לא מובן מה שכתבו התוס' בפסחים (דף ע"ט ע"ב) בישוב קושיא זו דניחא ליה לאוקמא שגם מה שלא עשו הראשון היה שלא כדין ע"ש והרי לפי אוקימתא זו ג"כ מה שלא עשו הראשון היה שלא כדין שהרי עם הנשים היו רובן טמאים והיה להם לעשות הראשון עם רוב הנשים בטומאה ועיין מה שכתבתי בזה בשו"ת בנין ציון (סי' קפ"ד): שם בתוספת ד"ה מכדי.

הוי מצי לאקשוויי: ונלע"ד לתרץ דודאי אמתניתן דשם לא היה יכול להקשות דלמה לא יאמינו הגולה לשלוחים הא גם הם יודעים שמדינא מעברין עד כ"ט אדר ואף שכבר התחילו לדרוש בה' פסח מה בכך כשהתחילו 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 דאמרין דלא עלה לב"ד החשבון עד יום ל' ולכך הוצרכו לעבר גם ביום ל' דזה הוי כדיעבד.

ולכן רבא לר"נ רק אמירא דעולא פריך ולא אמתניתן דעדיות: שם דף י"ג ע"א בגמרא רבי יוסי אומר אחד ועשרים יום: לא ראיתי להרמב"ם שהביא דמעברין מפני תקופת תשרי ולא הזכיר אם פוסק כר' יהודה או כרבי יוסי ומה שמצויין 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 כאחרים 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 ששה חדשים כסידרן אחד מלא ואחד חסר הם קע"ז יום ולפ"ז אם חל תקופת ניסן ביום ט"ו של חודש חל תקופת תשרי בעשרים לחודש וכיון דקיימא לן ר' יהודה ור' יוסי הלכה כר' יוסי כדאמרינן בערובין ועוד דאחר דסליק שמואל בקשיא גם ר' יהודה ס"ל כן.

ממילא לא משכחת כלל דצריך 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 בך' ולא צריך לעבר וכל שכן אם תחול קודם ט"ו ור' יוסי דהוצרך להשמיענו דאם תחול תקופת תשרי בכ"ד מעברין היינו משום דלא ס"ל דרשה דאחרים דבעינן תקופת ניסן בחודש חודש ניסן כדמוכח ממה דקאמר לקמן ט"ז לפני הפסח מעברין אבל ט"ו לא אבל הרמב"ם דפסק כאחרים לא הוצרך להביא רק דמעברין מפני תקופת ניסן וממילא ליכא נפקותא בתקופת תשרי כיון דפסק כר' יוסי ור"י דרק מקצת חג בעינן בתקופה חדשה וזה הוי לעולם כשחל 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 היה 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 צריך לחסר יום א' שיחול ביום ג' אבל אי יחול ר"ה בלא יעבור בימי גה"ז גם לאחר עבור לא מצרכינן לחסר חד חודש כיון דקביעות ר"ח ניסן יאוחר 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 דחודש העיבור כ"ט יום דלא צריכין לחסורי דגם אי נדחה הא לא נדחה רק יום א' ונדחה מיום ב' על יום ג' ושפיר יכול לחול בו.

וצ"ל דהתוס' לצדדין קאמרי למ"ד כ"ט יום בחל ר"ה בימי גה"ז צריכים למלאותם יום א' ובחל ביום ב' לא צריכים לכלום ולמ"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 בחגיגה (דף י"ח ע"א) אלא חג הבא בזמן אסיפה כו' ע"ש ובתוס' הרי דמוכח דהשתא דכתיב באספך ליכא למימר עוד חג הבא בזמן אסיפה והאי באספך ע"כ דרשה גמורה היא אליבא דכ"ע דאל"כ גם התוס' לא מקשו שם מידי כמובן.

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 והרי כבר נאמר כו' ע"ש.

והאי אמרו לו הם ר' יהודה דתנינא שם במתניתן הרי דר' יהודה סבר דעל הוא על ממש ולא בסמוך וכן כתבו התוס' בפ' 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' וסמכו מיותר גם בלא גז"ש אי לאו דאמרינן על בסמוך וכיון דר' יהודה בכ"מ סובר דעל ממש שפיר מיותר וסמכו לדרשה גם בלא גז"ש. דא"ל דלמא מהכא יליף ר' יהודה דעל ממש מדדרשינן גז"ש דראש.

דל"ל דרשה לזה והא ודאי גם למ"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 דוסמכו מעל המזבח דדוקא מעל דוסמכו נילף דבעלמא ג"כ על ממש. ולא נילף כן מעל המזבח וצ"ע: שם בתוספת בד"ה ולעברי' לאדר.

ותימה מאי קושיא: דוקא לפי ר"ת הקשו כן אבל לרש"י אף דלדידיה קושית הגמרא ג"כ אליבא דאחרים קאי מ"מ לא קשה כן כיון דפי' דמעברינן בקייטא חד ירחא א"כ לא נשארם רק ד' ימים בין ר"ה לר"ה אבל 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 ולעברי' לאדר גם אליבי' דאחרים לכן שפיר הקשו אחרים אהדדי דאחרים בכל הש"ס הם אחד.

דר"מ הוא כדאמרינן בהוריות (דף י"ג ע"ב) ע"ש כן נלענ"ד כוונת התוס' והמשך דבריהם: שם דף י"ד ע"א בגמרא אין סמיכה בח"ל והא דאמרינן לעיל (דף ה' ע"א) מהכא להתם נמי מהני היינו כשסמכו 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 זקנך ושופטיך ולא שכתוב המצוה בלשון רבים הלא על דרשה דלעיל וסמכו שנים הל"ל להקשות כן ואיך שייך הכא אלא מעתה: שם אלא מעתה ויצאו שנים ומדדו שנים.

קשה ממאי פריך אי מעיקר קרא דויצאו ומדדו אלו ודאי לא מיותרין דמצרכינן אלגופא. וכדאמרינן לעיל לענין וסמכו זקני העדה ואי פריך מיתורא דוי"ו קמא דומדדו ומצאו דהמ"ל בלא ו' כמו דדריש ו' דושופטיך.

אכתי מאי פריך לר"ש שבעה. הא אמרינן דר"ש וי"ו לא דריש ואי חשיב וי"ו בתרא ליתורא דהמ"ל ויצא ומדד בלא וי"ו וסבר דוי"ו זו גם ר"ש דריש א"כ גם לעיל גבי וסמכו האי וי"ו מיותר דהמ"ל וסמך ואכתי יקשה לר"ש למה לא דריש עוד שנים וצ"ע: שם הן ולא שלוחן.

עיינן מש"כ התוס' בזה ר"פ מצות חליצה (דף ק"א ע"ב) ומה שכתבתי בספרי ע"ל שם בשיטת הרמב"ם: שם בתוספת ד"ה ור"ש. לאו משום דלא דרשי לי' כלל: לכאורה יש להעיר דא"כ מי הכריח התוס' לעיל (דף ד' ע"ב) בד"ה לטטפת לומר וז"ל ואע"ג דר"ש לא דריש וי"ו כו' י"ל דריש הא בפשטות ס"ל דלענין טטפת דריש אכן בלא"ה דעת

התוס' שם צ"ע דאי כוונתם להקשות דלפר"ת דר"ש לא דריש ו' מנ"ל ד' פרשיות הא י"ל דסבר כר"ע דפליג אל ישמעאל ודרש מדרשה אחרינא שם.

ואי כוונתם כיון דר"ש לא דריש וי"ו איך י"ל דר' ישמעאל דריש וי"ו. גם זה אינו דלא זו בלבד דכבר מצינו פלוגתא בזה אשר ע"כ י"ל דר' ישמעאל סבר כמ"ד דדריש וי"ו אלא אפילו הגמרא לקמן (דף נ"א ע"ב) קאמרה בפירוש דר' ישמעאל דריש וי"ו וצ"ע: שם ולא שלוחן.

אין לומר דא"כ גם וסמכו צריך להן ולא שלוחן די"ל דממה דכתיב ידיהם ג"כ ממועט שלוחן כדדרשינן במנחות (דף צ"ג) ידו ולא יד שלוחו: שם ע"ב בגמרא אלימא מקצתן דלמא הנך דאיכא גוואי קיימי כוותי': לכאורה יש להבין דאימא שיצאו רוב סנהדרין לדבר הרשות באופן שנשארו עוד כ"ג במקומו.

וכיון דהם הורו לו כן מה מהני לו אם האחרים שנשארו בלשכ' יסכימו עמו הא מכ"מ הוא זקן ממרא כיון דהולכין אחר רבים. וא"ל דמכ"מ לא מקרי זקן ממרא כל זמן שלא המרה על הב"ד כשהם כולם ביחד.

א"כ מי דחיק הגמרא לומר דלמא הנך דאיכא גוואי קיימי כוותיה וצ"ל עפמש"כ התוס' בד"ה אלימא דלא מתרמי שימצאו כולן ביחד א"כ ה"ה י"ל ג"כ דלא מתרמי שימצאו הרוב ביחד: שם בתוספת ד"ה מתניתן. למיתני בהדיי': לענ"ד תירוץ זה אינו מספיק דגם בעריפה י"ל דמתניתן לא איירי רק מדיינים ולא מה שצריך לעריפה ולולא דבריהם היה נלענ"ד לתרץ קושיהם דעכ"פ מתניתן דלא כראב"י מדלא חשיב ליה הכא ולא בסוטה מלך וכה"ג אבל דמוסיפין הרי חשיב שם בשבועות וכן מוציאין למלחמת הרשות דנפקי דבעי מלך וכה"ג וסנהדרין ממה דכתיב באורים ותומים ולפני אלעזר הכהן יעמוד כדאמרינן לקמן (דף ט"ז) והרי זה נשנה במתניתן סוף פ"ז דיומא אבל לענין מדידה לא נשנה בשום מקום ולכן מוכח דמתניתן לא ס"ל כראב"י: שם ד"ה בשלשה.

יש מפרשים: הר"ן מסכים עם פי' זה אכן לענ"ד קשה מאי אפילו עכו"ם אפילו בעלים מאי אפילו שייך זה דמה לי אם עכו"ם או בעלים או ישראל הוא הנותן וביותר קשה מה דקאמר ואפילו בעלים אדרבה הבעלים יותר סברא דהא אמרינן בערכין דבפדיי' שדה מקנה פותחין בבעלים תחלה דרוצה אדם בקב שלו: שם בא"ד.

ופי' הקונטרס עיקר דאיש וב' נשיו: והר"ן הביא ראייה לפי' הי"מ משלשה מטילין לתוך כיס א'. דלפי' הקונטרס מ"ש שותפין משאינו שותפין.

אכן גם לפי' הי"מ צ"ע. דמה השיב דלמא כגון רב פפא ובית אבא סוראה דמה בכך הא מ"מ נפשטה האיבעי' דאי איש ואשתו פודין כל אחד משלו ולא חיישינן שיעשו טובה זו לזו כש"כ שותפין דהא לפי פי' הי"מ ג' ומטילין לתוך כיס 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 לדידי' צריך לסרס דברי המתניתן מטלטלין של ערכין וגם להוסיף של ולתירץ רב דברי המתניתן כדקיימי 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 כרבנן ולכן שפיר מייתי רב חסדא בתירוצו לאוקמא מתניתן כדברי הכל: שם הנך 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 אמרינן רק בב' מיעוטים. אבל בג' מיעוטים אמרינן כולהו למיעוטו.

א"כ היאך אמרינן הכא דהוי מיעוט אחר מיעוט ואף אם תאמר דרש"י לא מיירי התם אלא היכי דכתיבי ג' מיעוטים בחד קרא אכתי לחשבי' ג' הכהן דכתיבי גבי ערכין למיעוט דתלתא בחד קרא כתיבי וצ"ע וא"ע ראיתי שבתוס' בהוריות שם הקשו כן: שם דאפילו תשעה ישראל ואחד כהן: לכאורה קשה לפי מה דאמרינן בחולין (דף קל"ב ע"א) תנא כהן ואפילו כהנת הוי מיעוט אחר מיעוט ואין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות וא"כ מ"ש התם דמרבין כהנת ומ"ש הכא דמרבין ישראל נימא גם שם ואפילו ישראל או גם הכא כהנת דוקא.

ונלענ"ד דודאי מכהן ממעטינן תרווייהו כהנת וישראל וכי כתיב מיעוט אחר לרבות מרבין ג"כ תרווייהו. ולכן א"ש דאמרינן הכא ואפילו ישראל.

אבל התם ודאי ליכא למימר דמרבין ג"כ ישראל דא"כ לא לכתוב כהנים כלל באותה פרשה אבל הכא ליכא למימר כן דהא ע"כ צריך למכתב חז כהן אלגופא. ולכן הוצרך לכתוב באחריתי ג"כ כהן למהוי מיעוט אחר מיעוט כי היכי דלא נימא אי הוי כתיב איש תחת כהן דכולהו אכהן קמא קאי ועשרה כהנים בעינן: שם תשעה ישראל ואחד כהן: 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 אמרינן דמעשר שני פודין אותו בג' לקוחות. והקשה הר"ן דבשלמא בערכין והקדשות ג' כתיבי בפרשה אבל במעשר שני ג' מנלן ותירץ דמעשר שני כתיב בפ' דהקדש וילפינן מהקדש.

ולפ"ז כיון דמ"ש מהקדש ילפינן. ואמרינן 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 בהם נכללו הג' דהקדש ואי התם פירושו לקוחות א"כ ה"ה ג"כ גבי קרקעות.

וכיון דבלקוחות פירשו הי"מ לעיל בתוס' ד"ה בג' לקוחות דיקח מי שיתן יותר א"כ לא שייך בזה שיקול הדעת וא"ש דלא בעינן י"א. ולכאורה ראייה מזה לפי הי"מ: שם בשערו העומד לגזוז פליגי: לכאורה לרשב"ג גם לענין שבת לא לחייב אם גזז שערות העומדות לגזוז וזה תימא דלא מצינו פלוגתא בזה בשום מקום אכן זה א"ש עפמ"ש התוס' בשבועות (דף מ"ב ע"א) ע"ש אבל אכתי לענין גלוח נזיר צ"ע בזה ואין להאריך: שם ע"ב בגמרא קטל איהו בסייף ממונו בסקילה: לכאורה קשה לפי מה דאמרינן 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 בחנק הא בלא"ה ע"כ מוכח כן דאל"כ ל"ל הכא קרא דרוצח הוא דאינו נהרג על רציחת שורו הא בלא"ה ע"כ מוכח כן דאל"כ לכתוב וגם בעליו ולא בעי יומת דלאפוקי מסייף לחנק ליכא למימר מהיכי תיתי סייף אי כל רוצח בחנק אע"כ מדאצטריך

רוצח הוא דאינו נהרג ע"כ מוכח דמאצטריך יומת לא הוי מצי למידק דאינו במיתה דה"א דקרא אתי לאפוקי מסייף לחנק 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 דחנק קל ע"כ דריש אלגופא (ועיין בר"ן) והרי למ"ד חנק חמור באמת לא ממעטינן כאן מרוצח הוא דלא מצרכינן כן רק למ"ד חנק קל כמבואר בסוגיא.

אכן אכתי יש להעיר ל"ל לקמן ק"ו קטל עבדא בסייף בר חורין בחנק וכיון דזה לא קאי רק למ"ד חנק קל ולדידי' בלא"ה מוכח דרוצח בסייף מדאצטריך רוצח הוא. וא"ל דמזה לא ה' יכול להוכיח דלעולם ה"א דבעלים במיתה והא דכתיב יומת להוציא מסייף לחנק ואעפ"כ לא היה מוכח דרוצח בסייף דה"א דאתי לאפוקי היכי דקטיל השור עבד דבזה הבעלים בסייף דזה אינו דהא קרא לא איירי כלל בעבד דלאחר כן כתיב דין עבד אם עבד יגח השור או אמה וגו' וי"ל דלעולם שפיר מצרכינן ק"ו להורות דרוצח בסייף דאי מדאצטריך 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 תרווייהו לא הוי כתיבי הוי טעינן איפכא דהוי דייקינן מדאצטריך יומת דרוצח בסייף וקרא אתי לאפוקי מסייף לחנק אבל לעולם ה"א דהבעלים במיתה ולכן אצטריך רוצח הוא דאינו במיתה וכיון דע"כ מצרכינן רוצח הוא שפיר יש לטעות איפכא דרוצח בחנק 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 נילף מסיני אע"כ דלא ילפינן שעה מדורות ולא דורות משעה ובזה מובן כוונת התוס' במנחות (דף י"ט ע"ב) דכתבו דלמ"ד ילפינן דורות משעה דרשה דהכא אסמכתא בעלמא הוא והשתא א"ש דכוונתם 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 והרגת או היכי דמיותר קרא כמו גבי שור הנסקל דיומת מיותר הוא וא"כ הכא דכתיב ברישא בהמה ואח"כ איש וגם לא מיותר קרא איך דריש הקישא מיניה וי"ל דשפיר גם הכא מיותר קרא דלגבי מיתת אדם כבר כתיב ברישא דקרא סקול יסקל דקאי אתרווייהו ואם כן לא יחיה מיותר הוא להקישא ואין להקשות דא"כ מאן דיליף שעה מדורות קרא דלא יחיה מאי עביד ליה דלא מצריך 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) אמנם שם עוד שאר תנאי איכא דילפי כן ממקום אחר ולכן י"ל דרמי בר יחזקאל כאן 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 ואילך: ק"ק הרי כשנצטוו 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 קודם מ"ת בא לא נתמנו סנהדרין אלא לאחר שירד משה מן ההר כדכתיב ויהי ממחרת יוה"כ כדאיתא במכילתא הובאה ברש"י: שם בתוספת ד"ה אימא לקטלא.



וכ"ת משום דחדא מיתה כתיב אתרווייהו: לא הבנתי איך יתורץ בזה קושיתם דאכתי לפ"ז מה מתרץ בש"ס לכתוב וגם בעליו ולשתוק דכש"כ דיקשה כן. דאי הוי כתיב כן הוי דרשינן מיתה והיקש כמו גבי והרגת לכן כתיב מיתה בכל חד באפי נפשא להורות דרק לקטלא הוא ולא להיקש: שם בא"ד.

וי"ל דהתם בהמה כתיב בתריה: לכאורה בשבועות (דף כ"א ע"ב) ובשאר מקומות בש"ס כתבו התוס' איפכא מזה דכתבו דסברא הוא למדרש קרא מסיפא לרישא וי"ל דהחילוק הוא בין דרכי הדרשה דההיקש דודאי אי דרשינן ההיקש מה שיש בזה יש בזה כמו כאן בזה ודאי סברא דהראשון עיקר ומהשני נקיש לו.

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

מאי נפקא מיניה מאי דהוי הוי: הר"ן בחידושיו תירץ על קושית התוס' דנפקא מיניה לענין נודר בנוזיר אם יהיה בכך אך 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 תמיהת התוס' במנחות (דף נ"ב ע"ב) ד"ה הלכה דעכ"פ לענין נודר אם הלכה כן.

והנה בחגיגה שם תירצו התוס' עוד תירוץ אחר דלכך לא פריך הכא כן משום דבעי לאלופי דורות משעה וכוונתם נראה כיון דהאיבעי הוא אי ילפינן שעה מדורות וא"כ ה"ה ג"כ איפכא אי ילפינן דורות משעה ובזה שפיר יש נפקא מיניה 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 שגרס ר"א לשיטתו אזיל דלא ס"ל לחלק בין כל הקודם להרגו ולענין נזקי שלם דהא מתרץ גם אקושיא שני' תירוץ אחר ולכן א"ש ג"כ למה דלא תירצו התוס' אקושייתם הראשונה דתרבות דהתם איירי בקשורים בשלשלאות והכא שגדלם בביתו דכיון שהתוס' אזלו אליבא דר"ת וא"כ ע"כ ליכא לתרוצי אקושיא קמא כן 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 כיון 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 כדאמרינן נחש מועד לעולם דברי הכל וכיון דלא אמרינן בפירוש שם בב"ק דדברי הכל היא רק כתוב שם סתם במתניתן 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 שנרבעה מכה"ג דהא גם נרבעת ילפינן דהיא בכ"ג מהקישא דואיש אשר יתן שכבתו כו' ואת הבהמה תהרוגו כדאמרינן 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 כיון דלא כתיב בפירוש דאתקשה לרובעה לא קא מבעיא ליה כלל דודאי לאיש אחר מדמה לה ולא לרובעה דגם לענין שוה"נ לא קא מבעיא ליה אלא מדכתיב בעליו: שם ע"ב בגמרא כל הכלים שעשה משה משיחתן מקדשן: לכאורה יש לדקדק למה קא חשיב דוקא משיחה ולא ג"כ מלך וכה"ג ונביא ואו"ת כמו במשכן דבעי כל הני ועל זה לא שייכי תירוצי הגמרא ואי נימא דמשיחתן 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 כלים שעשה משה לא שייך דיחשבם מתניתן 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' קושות. 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 במתניתן ותירץ בדוחק. ונראה דחזא קשיא מתורצת בחברתה דהתוס' בשבועות (דף ט"ו) כתבו דלכך לא תני במתניתן דהכא לענין מוסיפין על העיר ולענין יוצאין למלחמת הרשות רק דיני דסנהדרין ולא ג"כ דבעי מלך וכה"ג משום דמסכתא דהכא לא איירי רק בדיני דסנהדרין.

ולפ"ז א"ש דודאי אכה"ג לא היו התוס' יכולים להקשות די"ל דבאמת בעי והא דלא תנא ליה במתניתן משום דלא איירי רק בדיני דסנהדרין אבל אי בסנהדרין בעי שפיר הוי צריך למיתני כיון דמתניתן 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 במשכן עדיין לא היה כהן ולא אורים ותומים דלא נתחנכו עדיין. אכן נראה עפמ"ש התוס' בע"ז (דף ל"ד

ע"א) דמשה שימש בימי המלוואים בלא בגדי כהונה כיון שהיה מעמיד המשכן ומפרקו לא היה לו עדיין דין משכן רק דין במה.

ועוד דעדיין היה טעון הזיה כל ז' הימים וא"כ לא נתחנך המשכן בקדושתו עד יום ח' למלוואים שעבד אהרן בבגדי כהונה גדולה וא"כ שפיר הו' כה"ג ואורים ותומים. עוד הקשו שם התוס' דליבעי משכן ג"כ משיחה מכן תעשו ע"ש.

אכן לפי מה דאמרינן בשבועות (דף י"ז) אם נאמר משכן ולא מקדש ה"א משכן שנמצא בשמן המשחה חייב מקדש שאינו נמשח בשמן המשחה לא חייב לכך נאמר מקדש ע"ש. וא"כ מדאצטריך 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' שבטים 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 כן דבב' בתי דינין דוקא הא כתיב סתם עריך. י"ל דאתיא כן מדכתיב אחת דמיותר הוא אלא ע"כ דאתי לאשמועינן דאחת דוקא בב"ד אחד ושנים דאתיא מעריך בב' בתי דינין.

ובזה מתורץ קושית התוס' בד"ה אחת ולא שלש: שם דף י"ז ע"א בגמרא עמך משום שכינה: כאן פירש רש"י ז"ל ב' פירושים ובהוריות (דף ד' ע"ב) פירש עוד פירש ג' וז"ל עמך 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 סיימו קמיה: לכאורה צריך ביאור דהא ודאי האי משה מת לא הוי ניחא ליה יותר מיהושע מכניס את ישראל לארץ ומה בכך דלא סיימו קמיה דהא ההתחלה קשה יותר מן הסוף.

ונ"ל על פי מה דאמר בסוטה פ"א למה נתאוה משה ליכנס לארץ ישראל וכי מפריה היה מתאוה לאכול אלא לקיים מצות התלויים בארץ ע"ש. והשתא א"ש דודאי כאשר נתנבאו משה מת לא חרה לו כי ודאי משה לא חפץ בחיים כהמון העם שמתיראים מן המיתה וכמו דמקשה גם הגמרא שם למה נתאוה משה ליכנס לא"י ולא מתרץ שרצה לחיות עוד זמן מה עד שיהיה בא"י וינחלו אותו ולכן חשב משה דכל נבואתם הוא שתשלוט בו מיתה ולא יעלה חי לשמים כאליהו וריב"ל וכדומה ולכן לא חרה לו אבל אי הוי סיימי קמיה דיהושע מכניס את ישראל לארץ והיה ידוע לו דאין מלכות נוגעת בחברתה אפילו כמלא נימא וכדאמרינן בסוטה לענין משה ויהושע וא"כ ע"כ דימות קודם שיכנסו לארץ ולא יוכל לקיים מצות התלויות בארץ זה ודאי היטב חרה לו ולכן משני דלא סיימו קמיה לומר גם הנבואה דיהושע מכניס את העם לארץ: שם ברש"י ד"ה בדומין לך.

מיוחסין ומנוקין ממום: י"ל דהא בהוריות (דף ד') יליף מבדומין לך שצריכים שיהיו בעלי הוראה כמשה ואיך כתב רש"י פירוש אחר דהיינו מיוחסים ומנוקין ממום. וי"ל דרש"י ז"ל כאן פירש עפ"י גמרא דסנהדרין (דף ל"ו) דילפינן שם כן הכי.

אכן בעלי הוראה ממילא מוכח ג"כ מניה דהא בעינן שידמו לו בכולו. אכן אכתי י"ל איך כתב מיוחסין ומנוקין ממום הא בגמרא (שם) משמע דדוקא מנוקין מכל מום אתיא מניה ומיוחסין אתיא ממום אין כך.

ונ"ל דבלא"ה י"ל שם בדברי רש"י דפירש בד"ה מכל 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 אכתי פגם משפחה וע"ז תירץ ראב"י דמום אתיא מעמך בדומה לך וכי מקשה דלמא התם משום שכינה פירש רש"י דלמא משום שכינה בעינן מיוחסים.

וזה צ"ב לכאורה דהא לפי פירושו פגם משפחה מדתני ר' יוסף ורק מום ממש רצה לילף מעמך ואי נימא דהפירוש הוא דראב"י חזר בו מתירוץ אמימר וסבר דמום אין כך באמת אתיא למום ממש ופגם משפחה אתיא מעמך. אכתי קשה הא ביבמות (דף ק"א) מייתי הא דתני ר"י לענין לפסול סומא לדון הרי לענין מום ממש.

ובקדושין (דף ע"ו) מייתי ליה לענין ממזר דהיינו פגם משפחה הרי דתיתי אתיא מניה ומדברי התוספות ביבמות באמת נראה שהם פירשו כנ"ל ואעפ"י שראב"י לא אמר אלא מכ"מ חזר מתירוץ אמימר. אכן דעת רש"י נלענ"ד שפירש מדאמר מנוקים מכל מום היינו בין מום ממש ובין פגם משפחה ולכן פירש אמכל מום פגם משפחה ופשיטא ג"כ מום ממש דהא אין דבר יוצא מידי פשוטו ואמימר רצה להביא סמך לזה ממום אין כך וע"ז הקשה כיון דלא כתיב כל מום אין כך דלמא דוקא מום ממש קאמר וע"ז תירץ ראב"י דע"כ מוכח דמנוקים מתרתי בעינן מדכתיב עמך בדומין לך הרי דבכולו בעינן שידמו לו לכן שפיר מסמכינן גם תרתי אקרא דמום אין כך אכן על זה הקשה אכתי גם מקרא זה מנ"ל פגם משפחה דלמא דוקא התם משום שכינה ומתרץ דמונשאו אתך נפקא וא"כ באמת דתיתי אתיא ממום אין כך לענין אסמכתא ומבדומין לך לענין דרשה גמורה. ובוזה מתורץ מה שהקשו התוס' שם בד"ה אתך בדומין לך ולכן א"ש למה דפירש רש"י כאן דמאתך מיוחסים ומנוקים ממום אתיא. ועיין עוד מש"כ בספרי ע"ל ביבמות (שם): שם ד"ה על עסקי שליו.

צורך שעה היתה: נ"ל די"ל דכיון דבגמרא יהיב טעמא למ"ד על עסקי גוג מנ"ל כן וגם למ"ד דמשה מת כדאמר בשלמא למ"ד משה מת היינו דכתיב אדוני משה כלאם ולא יהיב טעמא למ"ד על עסקי שליו ולכן פירש רש"י טעמו פשוט דצורך שעה היה נבואה זאת דהא תיכף אח"כ הוזכרו עניני שליו לכן לא הוצרכה הגמרא לפרש טעם מ"ד זה: שם בתוספת ד"ה שיודע לטהר: וקשה לר"ת דמה לנו בחריפות של הבל לטהר שרץ שהתורה טמאתו: ובערובין פרק קמא (דף י"ג) הקשו התוספות גם כן קושיא זו וביארו יותר דעתם בהוספות תיבת טמאתו בהדיא ועיין בכל דברי התוס' דלאחר שדחו פירוש ר"ת א"כ נשארה קושייתו בתימה.

ולענד"נ לתרץ דודאי לא לטהר שרץ שהתורה טמאתו בהדיא אתי למילף בק"ו אלא דבר אחר ע"פ מה שי"ל דהא הק"ו מנחש פריכא הוא דבהמה תוכיח שאינה ממיתה ומרבה טומאה ואעפ"כ טמאה משום נבלה. אכן נראה דלכאורה יש להבין אהא דקאמר

ומה נחש כו' טהור דהא גם נחש טמא הוא משום נבלה לשיטת התוס' אפילו במשא מטמא ולר"ת עכ"פ במגע ואיך רצה לילף לענין שרצים שמטהרו לגמרי.

אבל נראה דודאי לא לטהר לגמרי רצה לילף שרץ מנחש אלא לענין שיעורא דהא שרץ מטמא בכעדשה כדאמרינן בנזיר בפרק כה"ג ובכמה דוכתי ונבילה אינה מטמאה אלא בכזית והיינו דרצה לילף מנחש דטהר בשיעור כעדשה וכש"כ שרץ שיטהר בשיעור כזה ולכן לא שייך למימר בהמה תוכיח דהא גם נבלת בהמה אינו מטמא בכעדשה רק בכזית וכמו כן יטמא באמת ג"כ שרץ.

והנה בחגיגה (דף י"א ע"א) אמרינן טמאות מכתב כתיבן לא נצרכה אלא לכעדשה מן השרץ דלא כתיבן ע"ש ובהכי נלענ"ד דא"ש מה שי"ל לכאורה עוד בגמרא דקאמר אין מושיבין בסנהדרין אלא מי שיודע לטהר שרץ מן התורה ויליף לה רב בק"ו וזה לכאורה תמוה מה רצה לדייק בזה לימא בקיצור מי שיודע לדון בק"ו ועוד וכי מפני זה שיודע לדון ק"ו חכם גדול יקרא וראוי להשיבו בסנהדרין הא אדם דן ק"ו מעצמו וגם מה רצה לדייק בזה שיודע לטהר שרץ מן התורה לימא בקיצור שיודע לטהר שרץ.

ונלענ"ד ע"פ גמרא דחגיגה שם הא דשרץ מטמא בכעדשה לא כתיבא ולא אתי רק מסמך דמהם ובהם וא"כ אם יש לנו ק"ו לטהר כעדשה יש לבעל הדין לחלוק ולומר דמי עדיפא סמך זה מק"ו שהוא עקרו של תורה וכמו דכתיבא בהדיא דמי דכל דבר הנלמד בי"ג מדות נחשב כמו דכתוב בפירוש בהתורה כמבואר באריכות בספר המצות שרש"א' והיינו דקאמר אם יודע לטהר שרץ מן התורה דייקי פירוש ע"י ק"ו דנחשב מן התורה וגם לטהר שרץ דהיינו כעדשה ממנו דלא כתיבא בהדיא ואעפ"כ אינו סומך על דעתו נגד קבלת החכמים זהו ראוי להושיבו בסנהדרין ונקט לטהר שרץ דוקא דהוא הוא מה דאמרה הגמרא בחגיגה שם דהם גופי תורה ואין להם רק סמך ובזה מתורצים כל הקושיות וברור הוא לפענ"ד: פרק שני שם דף י"ח ע"ב בגמרא אימא לא ליגלי קמ"ל: לכאורה יש להבין לפי מה דאמרינן בברכות (דף כ"ב) דכהן שהרג את הנפש לא ישא את כפיו דכתיב ידיכם דמים מלאו והיינו אפילו בשוגג כמבואר בש"ע א"ח (סי' קכ"ח) וכש"כ דפסול לעבודה דמי ס"ד דכה"ג יעמוד ביה"כ לפני ולפנים ולא יוכשר לישא כפיו וכיון דכן ע"כ צריך למנות כה"ג אחר במקומו של זה ואיך ס"ד דלא ליגלי הא אם אחר כך נתמנה כה"ג אחר במקומו יהא ראוי ליצא במיתתו ויהיה לו תקנה בחזרה אע"כ יהיה מוכח כדעת הריטב"א במכות שם דפליג אשיטת התוספת דכאן בד"ה אינו יוצא ואשיטת רש"י שם וסובר דגם אם מינו אחר קודם שנגמר דינו אינו יוצא במיתתו.

וי"ל דה"א דב"ד יתנו וישאו בדינו תיכף וכיון 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 יפטר מגלות כיון שכבר יצא זכאי מב"ד לכך קמ"ל דגם באין לו תקנה בחזרה גולה. ועיין במ"ל סוף ה' ביאת מקדש אי כהן שהרג כשר לעבודה: שם אם עבר על עשה ול"ת: האי עשה לכאורה קשה דמה עונש ב"ד שייך לענין עשה ואף אם תאמר לענין שמכין אותו עד שתצא נפשו היינו לענין שיקיים אותה בעוד שיש בידו לקיים אבל בברייתא דקתני אם עבר לא שייך עונש גבי עשה וצ"ל דאגב ל"ת נקט נמי עשה: שם כהדיוט לכל דבריו פשיטא: לכאורה הוי מצי למימר דאצטריך לר' ישמעאל דיליף

לעיל (דף י' ע"א) מלקות מדיני נפשות דליהוי בכ"ג וא"כ ה"א דבכה"ג דדיני נפשות שלו בע"א גם במלקות ע"א בעינן לכן קמ"ל בברייתא דאינו רק בכ"ג כבהדיט והא דלא קאמר כן משום דרצה לאוקמא ברייתא אפילו כרבנן.

או אפשר דלר' ישמעאל באמת ע"א בעינן לענין מלקות כיון דיליף לעיל בגז"ש מלקות מדנ"פ: שם מעיד למלך: הרמב"ם ה' כלי מקדש פסק כן דמעיד למלך 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 תירוצו זה והתנן לא דן ולא דנין אותו הקשו התוס' דלמא מיירי במלכי ב"ד דדן ודנין אותו ותרצו דמתניתן איירי במלכי ישראל והרי ידוע דהרמב"ם לא מביא דינים רק שיתנהגו לעתיד כשיבוא משיח צדקנו ולעתיד ניבא הנביא שלא יהיו עוד ב' ממלכות כ"א מלכים מבית דוד וכיון שדן ודנין אותם שפיר כתב הרמב"ם דמעיד למלך.

ומה שכתב הרמב"ם מעיד למלך ישראל כוונתו ע"כ המלך שימלוך על ישראל שהרי לע"ל לא יהיה רק מלך מבית דוד: שם חולץ וחולצין קא פסיק ותני כו': מה שי"ל בסוגיא זו ובפרט בדברי הר"ן כתבתי 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 מלך א"כ זה לא שייך רק כשמעיד נגדו דבזה פוגם כבודו וכן משמע לשון מעידין אותו אבל שפיר היה יכול לומר דמעיד דמתניתן מיירי שמעיד לטובת המלך 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 צריך: שם בתוס' ד"ה מעיד.

ה"מ ממונא אבל במידי דאיסורא לא: הכי אמרינן שם בברכות (דף י"ט) דליכא למילף כלאים מוהתעלמות דאיסורא מממונא לא ילפינן. אכן קשה לכאורה דהא שם מקשה ג"כ דנילף מולאחותו ומתרץ 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 שכתבו התוס' בב"מ (דף ל' ע"ב) דכבוד הבריות דמת מצוה גדול מהא דוהתעלמת ורק הא דכלאים שוה לו ע"ש א"כ דוקא לענין כלאים מקשה התם ולגמר מיניה אבל לענין מעיד ליכא למילף ממת מצוה ורק מוהתעלמת יש ללמוד כן דלא שוה בענין כבוד הבריות וע"ז שפיר הקשו התוספת דאיסורא מממונא לא ילפינן ואפשר דלזה כוונת התוספת בתיבת כדפריש': שם ד"ה והא אין מושיבין מלך.

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

וי"ל עפ"מ שכתב רש"י וכן סברו גם התוס' דגם לפי מה שמתרץ אלא מעיד בפני מלך איירי ג"כ בבן מלך וטעמם נראה כיון דבגמרא קאמר דהמלך בא משום יקרא דכה"ג

לדון שיעיד כה"ג בפניו אבל אי לאו משום יקרא דמלך גם כה"ג אינו צריך להעיד א"כ למה בא מלך כלל לא יבא הוא ולא יוצרך הכה"ג לבא לכן פירשו דאיירי בבן מלך והמלך רצה להוציא משפט בנו לאור לכן בא בשביל כבוד הכה"ג שיבא גם הוא להעיד ולכן צריך הגמרא ג"כ לומר דקאי הוא ואזיל דהא ל אין לו לדון בדין בנו: שם בא"ד.

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

ועוד היכי קאמר ור"י אגב מרריה דלמא מקרי ואתי ונגע הא לר"י יש טעם פשוט כיון דסבר דמקדש ממש הוא וכי בגמרא טעמא דקרא אתי לפרושי ועוד הקשה הר"ן הביאו הרמב"ן דאיך יליף ר"י מקרא זה דמן המקדש לא יצא הא מצרכינן קרא זה לענין שמקריב אונן. ונלענ"ד דודאי 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 מצרכינן לענין שמקריב אונן דהיינו ג"כ דרשה דמקדושתו לא יצא כדמוכח מדברי הרמב"ן דלא כתב דהוי אסמכתא רק לר' יהודה ולא לר"מ ע"ש והא דקאמר ר' יהודה במתניתן דאינו יוצא מן המקדש אינו מדאורייתא רק מדרבנן משום דלמא מקרי ואתי ונגע והא דקאמר טעמא דכתיב ומן המקדש לא יצא ה"פ דכתיב מן המקדש לא יצא מקדושתו לא יצא כר"מ ואי יצא מן המקדש אגב מרריה אתי לנגוע אפילו היכי דאית ליה הכירא לכן לא יצא מן המקדש כלל ללכת אחרי המטה אבל לביתו ודאי יכול לילך 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 כן דודאי בתחלת הגמרא ה"א דטעמא דר"י כן מדקאמר אמר לך 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 פרק טרף בקלפי ומשוח שעבר הוא שכבר שימש תחתיו כמו שפרש"י וכשימות כה"ג יכנס זה תחתיו לשמש בכה"ג כמו שכתב הרמב"ם (פ"א מהל' עבודת יה"כ) וא"כ הכהן משוח שעבר הוא בעצמו הסגן לכה"ג דהא אם אירע עוד פעם אחר פסול משמש עוד תחתיו ואיך משכחת שיהיו סגן ומשוח שעבר וא"ל דהסגן הוא אותו שהיה סגן לכהן משוח שעבר בשעה שעבד א"כ השתא כששב 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 כיון דמשוח שעבר כל מצות כה"ג עליו א"כ גנאי הוא לו לשמש שמוש הסגן כגון להטיל פייסות בכל יום במקדש כדאמרינן פ"ב דיומא דממונה הוא הסגן כדאמרינן בשמעתין לכן גם כה"ג זה צריך לסגן אחר והיינו הסגן דתני כאן: שם שיהיו נשים מספרות בבית הכסא 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 אמרינן בפרק שלשה שאכלו דאשת ינאי המלך היתה אחות שמעון בן שטח ואיך אמר ונדוננו הא בעל אחותו הוא מן הקרובים

דקתני לקמן (דף כ"ז) במתניתן. ולפירוש התוס' לעיל (דף ט"ז ע"ב) בד"ה אחד ממונה דאחד ממונה הוא מופלא שבב"ד והוא לא היה מחשבון הסנהדרין א"כ י"ל דשמעון בן שטח שהיה ראש ב"ד כדאמרינן 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 שעה שדנו לינאי המלך אכתי 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 ובמתניתן לא קתני משוח שעבר. אבל י"ל כיון דמשוח שעבר אינו בכל עת רק אם אירע פסול בכה"ג לכן לא קתני במתניתן רק סגן דהוא בכל עת דמוכרח להיות סגן ולא מוכרח להיות משוח שעבר אבל בברייתא קתני אם יש כאן ג"כ משוח שעבר אז הוא ג"כ מימין הכה"ג אכן זה שייך דוקא אם ממונה דמתניתן הוא סגן אבל אם הוא משוח שעבר ודאי דה"ל למיתני גם סגן דהוא בכל גוונא ולכן שפיר מוכיח בש"ס דהיינו סגן דהיינו ממונה: והא דלא קתני במתניתן ג"כ ראש בית אב משום דלא דייק במתניתן סדר הליכתן רק שהכה"ג הוא באמצע בין סגן והעם אבל אי גם משוח שעבר הוי בהדייהו ודאי דה"ל למיתני ג"כ: שם ד"ה ושמע מינה.

פירוש דתנן ממצעו בינו לבין העם: הא דלא פירשו כפירוש רש"י דהראיה היא מדקאי האבל לשמאלו של כה"ג שהוא מן המנחמים די"ל דהיינו משום כבודו של כה"ג שיהיו האבלים וכל העם לשמאל דהא גם השתא דאמרינן לשמאל המנחמים הם עומדים אכתי צ"ל כן דכשהוא מתנחם מאחרים קתני שכל העם משמאלו אף שהוא האבל וראוי להיות לשמאל העם אע"כ דמשום כבודו הוא בימין וה"נ צ"ל לענין כשהוא 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 שכתב הר"ן לעיל אהא דאמרינן 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 כגון מלכי בית דוד ודאי הוא יודע שבדיני נפשות מתחילין מן הצד והוא לא מגלה דעתו עד שיאמרו כולן וזהו כבודו כי כך הוא הדין אבל כשאינו מן המנין פעמים ירצה לחלוק עם אחד מן הסנהדרין ואיכא משום לא תענה על ריב עכ"ל.

ובודאי שכן מוכרח דאל"כ מ"ש מלך דלא דן בסנהדרין ומ"ש שאם מופלא שבב"ד דדן ואומר דעתו באחרונה כמו כן מלך ידון אע"כ דלא איירי הכא אלא לענין שלא ידון עמהם ובזה מתורץ קושית התוס' כאן דודאי מלכי בית דוד דנין שפיר בסנהדרין וגם דוד דן שפיר כיון דדן 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 ושייר ליכא למימר דהא עשרה קתני וכדאמרינן בקדושין (דף ט"ז) והא ארבעה קתני. וי"ל דהא אמרינן שם דאין הכל כשרים ועשרים ושלשה חזא היא משום דחזא 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 במתניתן התם לא חשיב הא דאין מושיבין מלך בסנהדרין: שם ע"ב בגמרא באותו שעה אמרו: י"ל בשלמא לא דן א"ש דגזרו מטעם זה כיון דלא דנין אותו ג"כ אינו דן משום התקושו וקושו והא דאין מעידין אותו הוא ג"כ מטעם זה כיון 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 דודאי בדבר מצוה היה לו למלך להעיד דאין חכמה לנגד ה' והיכי דנוגע לכבוד ה' אין כבוד המלך נחשב לכלום וכמו שכתבו התוס' לעיל בד"ה ינאי.

ועיין בר"ן שביאר זה ביותר וגם הריטב"א בשבועות רק כיון שהוצרכו לגזור משום מעשה שהיה שלא לדון את המלך ממילא הוצרכו ג"כ לגזור דאין מעיד וכיון דאם הוזם לא נוכל לקיים בו דין הזמה 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 ותירץ דדוקא כבודו יכול למחול גבי מצוה לרבנן ולא בזיון וחליצה בזיון הוא אבל לעמוד ולקחת אינו בזיון ועוד כיון דהוא עצמו נוהג בזיון זה בעצמו ואין אחר מבזה אותו זה מותר במקום מצוה לרבנן אבל לא חליצה ע"ש.

אך דלכאורה קשה אכתי למה פליגי רבנן לקמן במתניתן לר' יהודה וסברו דאין המלך רשאי לצאת אחר המטה הא גם הלויית המת מצוה היא ואינו רק מחילת כבוד ולא בזיון. אכן לענ"ד י"ל ביישוב קושיות האלה דשאני מצוה דהכא שאינה מצוה 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 במתניתן 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 ז"ל בפירושיהם בנדרים דכולם ענו כאחד אהא דכשמברין אותו גבי כה"ג תניא והרי בפירוש דגבי מלך תני כן וגבי כה"ג תני במתניתן קמייטא ספסל ולא תני דרגש וזה ודאי ג"כ א"ל שגרסו גם גבי כה"ג דרגש ופירשו כן הסוגיא אכה"ג דהא במ"ק שם אמרינן בפירוש והא תנן גבי מלך וכשמברין אותו כו' לכן דעתם צ"ע: שם בגמרא ערסא דגדא: לפי מה שפירש הר"ן שהוא סימן עשירות למי שיש לו מטה שאין צריך לה וזה אינו שייך לכאורה גבי מלך שאינו מדרכו להראות עשירות במטה מוצעת וא"כ האי מטה דגדא דגבי מלך יהיה הפירוש כמו מטה דגדא דיש לאנשי דעלמא כגון על זה ישב המלך כשמברין אותו.

אך דלפ"ז לא יקשה הגמרא מידי מי איכא מידי דעד האידנא לא מותבינן כו' דהא לפ"ז שפיר הוא מושב המלך גם מלפנים. וצ"ל דהגמרא סברה מדקרי ליה הגמרא ערסא דגדא גבי מלך ע"כ גם לגביה הוא ערסא דגדא אכן זה יהיה ראייה לפירוש רש"י דלפירוש הר"ן זה דחוק כאשר ביארנו: שם ערסא דגדא קרביטין מי אית ליה: הא דפשיטא ליה כל כך דלית ליה קרביטין פירש רש"י בנדרים דהכי קים להו דלית ליה קרביטין והר"ן פירש כאן דמדקאמר מתיר את הקרביטין משמע דלא סגי בלאו הכי וליתא דבכל מיני מטה עושין עד"ג כפי רצון הבעה"ב ומש"ה מקשה מי אית ליה קרביטין דוקא עכ"ל.

אכן דעת רש"י דכאן נראה שפירש בדרך יותר פשוט דהגמרא מקשה דע"כ דרגש צורה מיוחדת אית ליה דאי הוא מטה כשאר המטות א"כ מ"ש דקאמר מתיר את הקרביטין הלא הוא מטה כשאר מטות ולימא דרגש צריך כפיה ואי רצה לאשמעינן דמטה של קרביטין מתיר את החבלים לימא זה באנפי נפשא בכל המטות מ"ש דוקא גבי דרגש דנקט כן אלא ע"כ דלא שייך זה רק גבי דרגש וכדמתרין רבנן דדרגש הוא ערסא דצלא: שם ברש"י ד"ה מכדי מחויי.

כאדם חשוב: זה מחוסר פירוש ולכן מגיה הב"ח דצ"ל כאדם שאינו חשוב והמהרש"א מגיה באופן אחר שתיבת אלא מיותר עיין שם. ולענ"ד יש להגיה בפשטות שאין כאן רק עירוב אותיות חשוב צ"ל חבוש ור"ל שרש"י מפרש ידיך לא אסורות ורגליך לא לנחושתיים הוגשו שלא נהגת עצמך כאדם חבוש בידיו וברגליו אלא בכל כחך גלית דעתך: שם ע"ב בגמרא תנינא חדא זימנא: ודאי הא דמלך מוציא למלחמת הרשות אכתי לא תנינא ולכן פירש הר"ן דכל הקושיא היא דעל פי ב"ד של ע"א לא ליתני אך דלפי זה צ"ב מאי מתרין בש"ס אידי דתני כל מילי דמלך: שם תניא ר"א אמר זקנים שבדור כהוגן שאלו: צ"ב דהא הם אמרו ככל הגוים ודבריהם נרעו בעיני שמואל וגם דבר ה' היה לו לא אותך מאסו כי אם אותי כמבואר בכתוב ואיך אמר ר"א ששאלו כהוגן: שם בתוס' ד"ה מלך מותר.

ועוד דבפרק הכונס קאמר דוד שאל: אי כוונת קושית התוספות דלמה הוצרך דוד לשאול כיון דמדיני מלכות הוא על זה יקשה הא ודאי ליכא מדיני מלכות רק לקחת שדות וכרמים ולא הגדישים דמזה לא הוזכר בפרשת מלך ואדרבה כתיב זרעכם וכרמיכם יעשור אבל לא ליקח כל הגדיש ועוד דזה לא יתורץ בכל תירוצי התוס' דתירוצ' הראשון לא שייך דהא לא רצה להדליקם להנאתו רק להציל את ישראל מיד פלשתים הנחבאים שם ואין לך צורך צבור גדול מזה.

גם תירוצ' השני לא שייך אף שהיה דוד רצה לשלם מגרנות פלשתים ודאכתי יקשה קושית התוס' ללישנא קמא דב"ק דדוד רצה להדליקם ולא לשלמם ושאר תירוצי התוס' פשיטא דלא שייכי כמוכן ועוד מה יקשה מדוד הא הסנהדרין באמת השיבו לו דמותר לו לעשות כן דמלך פורץ גדר ואין מוחזין בידו.

ולכן נראה דכוונת קושית התוס' היא להקשות גם מהא דשאל דוד שם ותשובת סנהדרין אאחאב דנענש על נבות הא גם מהתם מוכח דלמלך יש רשות להפסיד שדה חבירו ואין מוחזין בידו ואם כן היה נבות מורד במלכות ולמה נענש אחאב על הריגתו: שם בא"ד. אי נמי דפרשת המלך לא נאמרה רק על מלך שנמלך כו': עיין בר"ן שחולק על זה.

וכוונת התוס' ודאי אינו דכיון דלא מלך מאת המקום על יהודה לא היה לו דין מלך דהא אליהו שרץ לפני אחאב אמרינן במכילתא שחלק כבוד למלכות ומייתי ראיה ממשה שחלק כבוד לפרעה ע"פ הדבור הרי דהיה לו דין מלך. ועוד אמרינן בהוריות (דף י"א ע"ב) דמלכי ישראל ומלכי בית דוד אלו מביאין לעצמן כו' ואמרינן שם (דף י') במתניתן דאיזהו נשיא זה מלך הרי דגם למלכי ישראל בעת מלוך מלכי בית דוד היה להם דין מלך.

וע"כ צ"ל דכוונת התוס' היא דדוקא דינא דפרשת המלך לא שייכי רק במי שנמלך על כל ישראל ומאת המקום אבל לא שלא יהיה לו דין מלך בלא כן. ובעיקר קושית התוס' עיין בזוהר סוף פרשה וישב שכתב שם יישוב לזה: שם דף כ"א ע"א בגמרא וצדוק גופיה מנלן: ביומא (דף י"ז) פליגי רבנן עלי' דרבי ומדסבר סתם מתניתן דהכא דהמלך נוטל חלק בראש והיינו המחצה כמו שמפרש בברייתא וזה אתיא מדרבי ע"כ דהלכה כרבי וזה ראייה לפסק הרמב"ם (ספ"ד מה' תמידין) שפסק כרבי נגד רבנן וע"ש בלח"מ: שם במתניתן לא ירבה לו נשים אלא שמונה עשרה: אי הת"ק הוא דעה ג' היא פלוגתא בין הראשונים הביאם הר"ן ודעת הרמב"ם נראה שהיא דעה שלישית אכן לא כן דעת התוס' בפסחים ובערובין כאשר כבר הארכתי במקום אחר: שם בגמרא כהנה שית: אף דהיה לו באותה שעה ג"כ בת שבע מ"מ לא חשיב אותה כיון דעליה הוכיח אותו הנביא למה לקח אשת אורי' הלא היה ביד ה' להוסיף עוד לו נשים כהנה וכהנה וא"כ ודאי א"א למנות ג"כ בת שבע ומהרש"א בח"א לא תירץ כן: שם דהו להו תמני סרי: לכאורה קשה לר' יהודה דסבר אינן מסירות מותר להוסיף על י"ח א"כ למה דוקא כהנה וכהנה הא נשי דוד ודאי צדקניות היו וא"כ מותר להוסיף רבות כהנה.

וצ"ל דקרא זה רק אסמכתא הוא להוציא ממנו מנין י"ח: שם ד' מאות ילדים היו לו לדוד כו': לכאורה תמוה דאיך אפשר שיהיו לו מח"י נשים אשר לא היו כולם אשת יפת תואר שיהיו לו מנשיו יפ"ת ד' מאות ילדים וראיתי ברש"י בקדושין (דף ע"ו) שנשמר מזה וכתב דלאו בני דוד אלא בני שאר אנשי ישראל היו ע"ש.

אכן התוס' רי"ד בקדושין (דף כ"ב) הביא בשם א' מגדולי הראשונים פ"א אחר דודאי בני דוד היו מאותן יפ"ת שבא עליהן במלחמה ולא לקחם לנשים והם לא היו בכלל י"ח והותרו לו ע"ש: שם ועשאתו כרות שפכה: צריך טעם תמר ודאי שבת דוד וצדקת היתה כדאמרינן גדר גדול גדרה תמר מה ראתה לעשותו כרות שפכה וכי לנקום ממנו עשתה כן והא אדרבה רצתה להיות אצלו כנראה מהכתובים שהתחננה ממנו לבל ישלחנה.

ונלענ"ד דכל מגמת תמר היה להיות תחתיו דהיינו שיקיים מצות ולו תהיה לאשה כדין אנוסה אך יראה שלא ירצה לקיים בה מצוה זו ולקחתה לאשה משום דהוי בן מלך ובודאי לא ירצה ליקח גיורת אלא אשה ממשפחה מיוחסת מישראל כאשר כבר הראה דעתו שלא הטא אזנו אל אשר בקשה ממנו לדבר אודותה אל המלך ולא אבה ולכן התחכמה ועשאתו כרות שפכה ולא יהיה מותר עוד בבת ישראל כמצות הכתוב אבל בה יהיה מותר דגיורת היא וקהל גרים לא אקרי קהל כדאמרינן ריש פרק עשרה יוחסין וביבמות (דף ע"ו ע"א).

ובזה יובן פ"א הכתוב כשאמר לה אמנון קומי לכי כתיב ותאמר לו על אודות הרעה הגדולה הזאת מאחרת אשר עשית עמי לשלחני דלכאורה אין לו מובן כלל וכל המפרשים נדחקו בפירושו דהא דתמר הותרה לאמנון משום דנתעברה אמה בנכריותה אך זה לא היה ידוע לכל אם קודם גיורתה או לאח"כ והנה אם לא ישלחה אלא תהיה אצלו כמשפט הכתוב ודוד לא יקח אותה ממנו אז יהיה ידוע לכל דבת נכרית היא ולא אחות אמנון דאל"כ דוד ודאי לא הניח אחות אצל אחיה אבל אם ישלחה אז ודאי ישפטו

השומעים כי לא משום כרות שפכה שלחה דלא אסורה לו דקהל גרים לא אקרי קהל רק דלא השהה אותה מפני שהיא אחותו דכשכבר נתגיירה נתעברה.

וא"כ העמיס עליו האשמה רבה שבא על אחותו וזה אשר דברה לו בחכמתה ותאמר לו על אודות הרעה הגדולה הזאת אשר יצמח לו מאחרת אשר יעשה עמה לשלחה כי אז ישפטו העם שאחותו היא ושאחותו עינה ואודות הרעה הגדולה הזאת שיעמוס עליו בעיני העם איסור כרת דאחותו נא אל ישלחה והרעה הגדולה הזאת היה אודות דהיינו תוכן דברי' אשר אמרה לו: שם ע"ב במתניתן לא ירבה לו סוסים אלא כדי מרכבתו: לכאורה לר' יהודה דסבר לעיל מדכתיב טעמא דקרא היכי דלא שייך הטעם גם הלאו אינו וכיון דלא ירבה לו סוסים הטעם הוא שלא ישיב העם מצרימה וא"כ כשלא יביאם מצרים יהיה מותר להרבות וכמו שאמר שלמה לקמן בסוגין אני ארבה ולא אשיב וא"כ לכאורה י"ל דפליג ר' יהודה גם אסוסים כמו דפליג אנשים: שם יושב בדין היא עמו: הקשה הר"ן הא אמרינן לעיל דמלך לא דן ולא דנין אותו ותירץ דאיירי בדיני ממונות.

ותירץ זה צ"ב לכאורה דהא כל החילוק שבין מלכי בית דוד ומלכי ישראל אינו רק בד"מ דבדיני נפשות אף מלכי ב"ד לא דן דאין מושיבין מלך בסנהדרין כדאמרינן לעיל. וא"כ הא דאמרינן המלך לא דן רק בדיני ממונות הוא וצ"ל דכוונתו דדן עם אחרים בד"מ דכה"ג מותר גם למלך ישראל כמ"ש התוס' לעיל (דף י"ח ע"ב) אכן לפי מה שכתבנו לעיל לתרץ קושית התוס' (דף י"ט ע"א) במה שכתב הר"ן דאין מושיבין מלך בסנהדרין לא שייך אלא דלא דן בהדייהו וזה מוכרח לכאורה דלתירוץ התוס' לעיל דכיון דנבל מורד במלכות היה שפיר דייניה דוד ואכתי יקשה איך דייניה שלמה ליואב על רציחת עמשא ואבנר אף דלקמן (דף מ"ט ע"א) מסיק דמשום מורד במלכות דייניה מ"מ התחלת דינו היה על רציחות האלו כדאמרינן שם אע"כ דעם הסנהדרין שפיר מלך דן ושלמה שדן עם הסנהדרין כנראה שם שפיר דן.

וכיון שכן אין איסור רק למלך ישראל לדין דיני ממונות יחידי אבל עם אחרים דן בין מלך ישראל בין מלך יהודה בין דיני ממונות בין דיני נפשות והשתא א"ש דקתני כשיושב בדין היא כנגדו ולא אצטריך לאוקמא במלך ב"ד או בד"מ דוקא: שם בגמרא טעמא דכתב רחמנא לו: י"ל למה דייק מסיפא דברייתא ולא מקשה מרישא דברייתא דכתיב בפירוש יכול אפילו כדי מרכבתו ופרשיו וי"ל דכבר כתבנו לעיל דלר' יהודה דדריש טעמא דקרא היכי דכתיב וא"כ גבי סוסים דכתיב ולא ישיב העם מצרימה א"כ אם לוקח סוסים משארי ארצות זה יהיה מותר ולכן לא יקשה איך אפשר דאפילו כדי מרכבתו ופרשיו לא ירבה מלכות בלא רכב ופרשים מי חשיבא דז"א דהא יכול להרבות כדי מרכבתו משארי ארצות מבלי שישביב את העם מצרימה ולכן מלשון הברייתא לא היה יכול להקשות די"ל דברייתא ר"י היא ולכן מקשה מלו דזה לת"ק דלא דריש טעמא דקרא או לר"ש דלדידיה מיותר טעמא א"כ קרא דלו מיותר הוא דאין אפשר דאפילו כדי מרכבתו לא ירבה דאי לא דריש טעמא דקרא אפילו משאר ארצות לא ירבה וכן י"ל גבי כסף וזהב לא ירבה דמקשה בגמרא ג"כ מדיוקא דלו ולא מרישא דברייתא דכתיב בפ"י יכול אפילו כדי ליתן אספניא דהא י"ל דברייתא ר"ש היא דדריש טעמא דקרא אפילו דלא כתיב וא"כ הטעם דלא ירבה הוא משום רום לבב וכמו שכתב הרמב"ם וגם

הר"ן בשמעתין וזה לא שייך באספניא שצריך למלחמתו רק באותן שהם שלא לצורך ורק משום גדולה ובהם שפיר ה"א שלא ירבה ליתן להם ולכן מקשה מלו דמיותר הוא למאן דלא דריש טעמא דקרא מה"ת דלא ירבה אפילו כדי ליתן אספניא: שם יכול אפילו כדי ליתן אספניא: עיין בר"ן שכתב דלאו דלא ירבה הוא דוקא לגבות מס מהעם זה אסור אבל להרבות בשלו זה מותר למלך כמו לכל א' מישראל וא"כ מוכח משמעתין דהכא דאספניא משלם המלך ממס שגובה מהעם ולא משלו ולפ"ז איך אמרינן לעיל (דף י"ח ע"ב) לא מלך בעיבור השנים משום אספניא וכי מה איכפת ליה למלך הלא הוא אינו מרויח בזה כלום אלא העם שגובה ממנו המס דאם יבצר חדש העבור צריך לגבות מס מועט לבל יעבור אלאו דלא ירבה.

וי"ל דבר"ן גופא הם ב' שיטות אי שייך לא ירבה רק במה שגובה מן העם או לא וא"כ י"ל דאותן השיטות דסברו דדוקא במס שייך סוברים לעיל דלא כפי' רש"י רק כפי' הרמב"ם (פ"ד מה' קה"ח) דכתב דהמלך בשביל מלחמותיו וחילותיו פעם ירצה לעבר ופעם שלא לעבר ורש"י י"ל דסובר כשיטה האחרת של הר"ן דגם בכספו וזהבו שייך לא ירבה וא"כ לא מוכח מהכא דהמלך פורע חילותיו מהמס.

והרמב"ם י"ל דסובר כשיטה אחרת מהר"ן ולכן הוכיח לעיל נגד פי' רש"י היותר פשוט. או י"ל דשיטה זו של הר"ן ס"ל כפי' הערוך לעיל דמלך לא רוצה שיתעבר דחדש העבור צריך לשלם משלו אם לא יספוק המס: שם למעוטי הדיוטות: עיין בר"ן שהקשה למה לא מצרכינן גם גבי אחרינא למעוטי הדיוטות.

ונלענ"ד דלכאורה י"ל למה לי למעוטי וכי מה"ת דציווי דכתיב גבי מלך יהיה קאי ג"כ אהדיוטות דא"כ גבי מצות כהנים ג"כ נצרך מיעוט אהדיוטות. אכן התירוץ פשוט דבשלמא גבי מצות כהנים כגון שלא לטמא ושלא לישא פסולות הטעם משום קדושה יתירא דנהוג בהו יותר מבישראל ולכן לא מצרכינן מיעוט למעט ישראל אבל בריבוי נשים דהטעם הוא משום הסרת לבב וטעם זה שייך ג"כ גבי ישראל שפיר ה"א דהלאו קאי ג"כ אישראל ולכן אצטריך מיעוטא והשתא כיון דכבר ממעטינן הדיוטות מנשים ממילא אמרינן דגם לאוין דלא ירבה סוסים וכסף וזהב אינם רק גבי מלך אף דהטעמים שייכים גם גבי ישראל דשאני מלך דריבה בו הכתוב כבר מצות יתירות דנשים וכעין מה דאמרינן במכות (דף כ') ואין לי אלא בכהנים שריבה בהן הכתוב מצות יתירות ע"ש.

ובזה י"ל מה שי"ל בשמעתין למה שינה התנא סדר הקרא והקדים לאו דנשים ללאו דסוסים ולפי דברינו י"ל דסדר הדרשה נקט דאי נקיט ברישא לא ירבה לו סוסים אלא כפי מרכבתו יקשה מנ"ל דכדי מרכבתו מותר. דא"ל מלו דיקשה דלמא אצטריך לו למעוטי הדיוטות אבל לאחר שכבר הביא לאו דלא ירבה לו נשים לענין מלך דוקא והיינו ע"כ דממעטינן הדיוטות מלו ממילא מיותר לו גבי סוסים לדרשה דכדי מרכבתו מותר ולכן שפיר קאמר אלא כדי מרכבתו: שם ואמר שלמה אני ארבה ולא אשיב: י"ל דבשלמא גבי נשים שייך לומר אני ארבה ולא אסור דבשעת לקיחה אכתי לא הסירו לבבו רק אחרי כן אבל גבי סוסים איך שייך לומר ולא אשיב הא הוא שלחם למצרים לקנות סוסים ולא 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 תוסיפון לשוב בדרך הזה עוד אינו רק בשיושב שם אבל אם הולך שם לסחורה ולפרקמטיא זה מותר ע"ש ולפ"ז לכאורה קשה איך קאמר קרא דלא ירבה לו סוסים ולא ישיב את העם מצרימה הא בכה"ג שמשיב אותם לקנות סוסים ליכא 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 מקוה סוחרים והיינו דקאמר שלמה אני ארבה ולא אשיב דהיינו לא אשיב אותן להיותן שם תמיד רק שיחזרו הנה אחרי קנותן ואעפ"כ נכשל: שם איתביה אביי וכותב לו: יש לדקדק אביי דאכתי לא ס"ד דמלך צריך ב' תורות אם כן קרא דוכתב לו גבי מלך למאי אתא הא כבר כתיבא מצוה זו אכל ישראל ועוד מאי ס"ד דמלך אם הדיוט לא מ"ש וכתב לו את משנה כו' מועתה כתבו לכם וארבא גופא קשה איך דריש מקרא זה שמצוה לכתוב משלו מ"ש גבי מזוזה דכתיב ג"כ וכתבתם על מזוזות ולא מצרכינן שיכתבו לשמו.

אכן זה פשוט דדרשת רבא הוא כמו דדרשינן גבי גט וכתב לה לשמה ולא לשם אשה אחרת ה"נ דריש הכא ועתה כתבו לכם לשמכם מה שלא שייך במזוזה דלא כתיב שם לכם. אכן לכאורה י"ל לפי מה שהקשו התוס' בסוכה (דף כ"ז ע"ב) בד"ה כל האזרח נימא דולקחתם לכם דאתרוג אתי להכשיר אתרוג דשותפין ותירצו דלכם צריך 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 שותפין דהיינו אם ב' בנים ירשו ספר תורה מאביהם ששניהם קיימו בזה המצוה דועתה כתבו ולהכי כתיב לכם ולא שיכתוב לשמו הא גם גבי בגדיכם ועריסותיכם לא בעינן שיהיה עשוין לשמו רק שעתה יהיה שלו עם שותף אחר.

אכן י"ל ע"פ מה דאמרינן נדרים (דף ל"ח ע"א) ועתה כתבו לכם השירה הזאת כו' אלא פלפולא בעלמא ע"ש. וא"כ צריך עכ"פ כתבו לשון רבים להורות דנתנה תורה גם לישראל וממילא צריך לכתוב ג"כ לכם לשון רבים ולא נוכל לרבות שותפים מלכם ולכן אי לא נדרוש לשמכם האי לכם מיותר הוא ולכן דריש ליה רבא כן והיינו משום דרבא דריש דרשה דריב"ח שם בנדרים אכן אביי הקשה לו מהאי ברייתא דמשמע מלך אין הדיוט לא והיינו דע"כ דוקא האי לו דגבי מלך דדרשינן אלשמו ולא האי לכם דאתי לשותפין או לדרשה אחרת ולכן כתבה התורה מצוה זו גבי מלך לחודא להורות דבעינן לשמו משא"כ בישראל ולכן א"ש קושית אביי: עוד י"ל אמה שהקשינו דלאביי דלא ס"ד ב' תורות למלך ציווי המלך למאי אתי הא הוא בכלל כל ישראל ע"פ מה שיש לתמוה לכאורה על הרמב"ם (ר"פ ג' מה' מלכים) דהמלך 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 שצריך כל איש מישראל אינו יוצא בשהניחו לו אבותיו כמימרא 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 אמרינן בברייתא כותב 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 בשכבר יש לו ס"ת דישראל והא איירי בעוד שאין לו אותו ס"ת שצריך כ"א מישראל אך כיון דבברייתא זו דריש שתיים מלשון משנה א"כ למה אמרינן 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 כרבי דדריש לשון משנה עשוי להשתנות ולא שתיים א"כ שפיר לישראל דקרא נקטי והנפ"מ בין ב' הברייתות הוא זה דאי משנה לשון ב' א"כ לכאורה זה מיותר הוא דמה"ת לא יחוייב מלך 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 כלל כשמלך דתסגי לו בא' לשמו ובא' שלא לשמו אף דבשל ישראל כתיב דרשה לשמו ובשל מלך ג"כ ה"א דזה דוקא אם כותב כל אחת לחודא אבל אם כותב שניהם ביחד דהיינו כשמלך הא' חד לשמו תסגי לתרווייהו לכן כתיב וכתב לו את משנה התורה להורות דאפילו כשהיא משנה ג"כ בעינן לו דהיינו לשמו אכן הברייתא ראשונה דלא דרשה משנה לשון ב' סברה באמת דלא בעינן רק חדא לשמו אכן אביי רצה לדייק דשל הדיוט לא בעינן לשמו כלל מדקתני בברייתא גבי מלך דוקא לשמו וע"ז מתרץ לא נצרכה אלא לב' תורות.

פ"א דהברייתא לא אתי למעט של הדיוט אלא האחרת של מלך דלא בעינן דהיינו אם יצטרך לכתוב שתיהן ביחד לא בעינן רק חדא לשמו ולאפוקי מברייתא האחרת דקתני בה דבעינן ב' ס"ת לשמו והשתא א"ש דגם אביי ידע שפיר דמלך בעי ס"ת של ישראל ג"כ ודלא כפ"א רש"י והשתא כיון דהרמב"ם פסק כמר זוטרא דהכתב נשתנה דהתורה נתנה בכתב ליבונאי כאשר 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 מושפך וכסה כדאמרינן בשבת (דף כ"ב) ומטעם בזוי מצוה אסור להכניס תפילין לביה"כ וא"כ ה"ה ספר תורה.

וי"ל כיון 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 דסמיך ליה טפי וצ"ל כיון 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 הזכרת יציאת מצרים דאתיא מכל ימי חייו בפ"א דברכות ולא מצרכינן שיזכיר אותו בכל עת רק פעם א' ביום ופעם אחת בלילה והיינו ג"כ משום דאי אפשר וע"כ כוונת הכתוב כך 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 הזכרת יצי"מ דכיון דהאי כל ימי חייו לענין והיתה עמו דוקא הוא וע"כ לא קאי כלל אוקרא בו דלענין קריאה א"א

אך לפ"ז למה הקדים קרא וקרא בו קודם כל ימי חייו כיון דלא עליו קאי וזה מתרץ הברייתא כיון דכתיב והיתה עמו כל ימי חייו ה"א דמצות הכתוב דאפילו בבה"כ יהיה עמו ולא יחוש לביזוי מצוה דגזירת הכתוב הוא כן וע"ז מתרץ לכך סמיך וקרא בו לווהיתה, עמו להורות דמצות והיתה עמו אינו אלא בזמן שראוי לקרות בו וזה שייך בכל עת חוץ משעת ביה"כ וביה"מ מדשינה קרא להקדים וקרא בו לימי חייו דריש כן: שם בתוספת ד"ה כתב ליבונאה.

ועוד אמאי לא כהלן כתבא למקרא: וכן הקשה הר"ן בשם הראשונים לפי רש"י ולענ"ד אינה קושיא כ"כ דהא פרכינן לקמן לר"ש כן ומתרצינן בגימטריא אכתיב והכי י"ל ג"כ למר זוטרא ואי קושייתם מדפריך לר"ש הכי ולא למר זוטרא זה ודאי לאו קושיא היא דר"ש אמר בפי' כך דכתיב זה לא נשתנה אבל למר זוטרא אינו כתוב בפי' כן רק למאי דפריש רב חסדא ולכן יותר רצה להקשות על תנא דאמר בפי' כן מלהקשות אמירא דמר זוטרא לבתר דפריש ר"ח: שם דף כ"ב ע"א בגמרא ואומר ואל היהודים: בכ"מ דייקנין מאי ואומר והכא לא דייקנין כן משום דמקרא דווי העמודים ודאי לאו ראייה ברורה היא דהא שמות האותיות לא נתנו בסיני וא"כ י"ל דלכך אנו קוראין אותו עתה וי"ו מפני שעשוי כצורת ווי העמודים ולכן מייתי ואומר: שם ואידך האי שויתי מאי דריש ביה: עיין במהרש"א שכ' על פשט המהרש"ל בקושיא זו דדחוק הוא.

אך לפענ"ד פי' המהרש"א עוד יותר דחוק דלפי פירושו אליבא דהאי תנא מצות כתיבת ס"ת לישראל ליכא מצוה כלל ולא מצינו פלוגתא בזה אכן לפענ"ד לפי פירש"י הפי' פשוט בקושיית הגמרא דודאי אליבא דכ"ע מלך בעי ס"ת חוץ מישראל דהיינו שצריך שיהיה לו ב' ס"ת מדכפל אצלו המצוה והאי ואידך אמירא דלעיל קאי דאמר מר זוטרא בתחלה נתנה תורה לישראל 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 כיון 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 היה תלוי בזרועו וע"ז קאמר דוד שויתי ה' לנגדי תמיד דכמין קמיע הוא קטנה בכתב דק כמו שפי' רש"י.

וזה א"א דהא לא היה אז רק כתב ליבונאה דהם אותיות גדולות לפי פי' 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 כמין קמיע והניח בצ"ע ע"ש אכן לפי הנ"ל א"ש כיון דלמר זוטרא ע"כ לא ס"ל הא דעושה אותה כמין קמיע ולכן מדבתראי הוא וגם מדשקיל וטרי בש"ס אליביה פסק הרמב"ם כוותיה וממילא לא יכול לפסוק הא דעושה אותה כמין קמיע: שם כאילו שכינה כנגדו: המהרש"א הקשה בזה דדרשה דתולה בזרועו אתיא מימיני בל אמוט ודרשה דשכינה כנגדו משויתי ה' לנגדי תמיד וא"כ אכתי קושיית הגמרא דואידך לא מתורצת.

אכן י"ל דלכאורה י"ל למה יחשוב דהשכינה כנגדו ולא לפניו דהא וראית את אחורי כתיב. אכן י"ל דזה מתרץ סיפא דקרא כי ידוע דבימין מכונה מדת הטוב ובשמאל מדת הרע והחטאת כמ"ד לב חכם לימינו ולב כסיל לשמאלו וא"כ אם תהיה השכינה לפניו



אז יהיה ימינו לימין השכינה ושמאלו כנגד שמאלה אבל אם היא כנגדו אז יהיה ימין השכינה הנאדרי בכח נגד שמאלו דצריך חזוק יותר לבל ימוט ויפול ברע והיינו דקאמר שויתי ה' לנגדי דוקא ולא לפני כי מימיני בל אמוט ולכן ימיני אינו צריך חיזוק כ"כ ולכן גם סיפא דקרא שייכא לדרשה זו: שם אמרה ליה חסרא לגנבא: י"ל מה ראתה אבישג לקנטר המלך דוד בדברים ומה היה מבוקשה בזה.

ונ"ל דלכאורה י"ל כיון דאבישג היתה אסורה לדוד ולא לקחה אלא להיות לו סוכנת ולחממו א"כ מה ראה לבקש נערה יפה בכל גבול ישראל ולגרות יצה"ר בנפשו הא בבתולה כל דהו סגי ליה אף אם אינה יפה כ"כ. אכן זה א"ש עפ"י מה דאמרינן בירושלמי פרק זה הביאו ג"כ הפרשת דרכים דאותן י' פילגשים שבא אליהן אבשלום העביר דוד בכל יום מקושטות לפניו ואמר ליצרו הרע תאבת דבר האסור לך חייך שאני מתעבך דבר המותר.

הרי דכל מגמת דוד היה לשוב על חטא דבת שבע באותו דבר עצמו. וכעין מה דאמרינן באותו מקום ובאותה אשה ולכן ג"כ הואיל בדבר לבקש נערה יפה דוקא להגדיל תשובתו בכך אך 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 אך אם תמנע שמושה ממנו שלא ברצונו תהיה מורדת במלכות ובהא רשות המלך הוא ליקח בנות ישראל לשפחותיו כמו שכתוב בפ' המלך ובכולם המלך מותר כמו דאמרינן לעיל ולכן התחכמה בדבריה ואמרה דלענין תשובה לא אהני לך מידי דכבר זקנת ותשש כחך ולכן דמית לגנב שחסר ונפשיה בשלמא נקיט וכיון דיפיותי לא מהני לך מידי א"כ שלחני וקח לך אחרת תחתי וזה היה מכוון דבריה.

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

וי"ל עפ"מ"ש התוספת שם בד"ה ב"ש לפי פי' רשב"ם דגם לב"ה מצריך 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 מצריך חדש ולכן בת שבע נהגה כצנועה.

אכן גם לפי פי' רש"י שם יש לפרש ע"פ מה דאמרינן שם אמר ר"ז מדברי כולם נלמוד בעל נפש לא יבעול וישנה וא"כ דוד דודאי בעל נפש היה הצריכה כן ואפילו לרבא דאמר כי תניא ההיא לטהרות ג"כ א"ש דמשום טהרות הצריכה י"ג מפות דודאי עסקה בטהרות בכל עת כי כל מאכלם היה חולין בטהרה או קדשים: שם אפילו מזבח מוריד עליו דמעות: 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 להתירה לבעלה דבלא

קרבת ג"כ מותרת והקרבת הוא להתירה 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) אמרינן בפ"י מקרא זה דבעון נדרים אשתו של אדם מתה והא דאמרינן בך ולא באשתך לענין ב"ת דוקא איירי.

ולפע"ד אדרבה מזה ראייה 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 כוותיה דר"י (ואין זה מדרך הש"ס שיאמר אמורא מה שכבר אמר התנא בשינוי לשון קצת) ועוד היה קשה לרש"י קושית התוס' דכיון דאמרינן דבעון נדרים אשתו מתה איך אמרינן בך ולא באשתך ועוד למה מייתי 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 בך ולא באשתך.

אך גם אליבא דר"י ה"א כמו דאשתו מתה אם מבקשים ממנו ממון שגזל כמו כן ה"א ג"כ אם מבקשין ממון שנדר ולכן כתיב קרא בך ולא באשתך: שם קשה לזווגם כקריעת ים סוף: יש לפרש עפ"י מה דאמרינן פ"ב דנדה ואלו צדיק ורשע לא קאמר משום דהכל בידי שמים חוץ מיראת שמים. הרי אף דהקב"ה יודע עתידות לא רצה לגלות מחשבתו בזה והנה בים סוף אמרינן בגמרא דסוטה דקטרג מד"ה הללו עובדין ע"ז כו' והציל אותן הקב"ה משום שידע שסופן לחזור למוטב ויקבלו התורה והצריך בזה לגלות דעתו לענין צדיק ורשע וכמו כן הוא לענין זיוג לפי מעשיו דאם היום צדיק ולמחר נעשה רשע א"כ צריך זיווג רשעת לפי מעשיו וכן איפכא אם עכשיו רשע ולבסוף נעשה צדיק צריך צדקת לפי מעשיו וא"כ גם בזה צריך הקב"ה לגלות עתידות מענין רשע וצדיק ולכן קשה כקריעת ים סוף: שם בתוספת ד"ה ארבעים יום.

ומ"מ מועיל תפלה להופכו: הא דמהפכי בזה תפלה אף שגם אז לא יקויים 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 לנקבה או היא לזכר הרי לא נשא אשה כלל וגם היא לא נשאת כלל לאיש ואין בזה ביטול ב"ק. וכן מוכח מהא דאמרינן במ"ק (דף ח') דאין נושאים נשים במועד שמא יקדמנו אחר ברחמים כי הא דרבא כו' עיין שם ופי' רש"י דשמא יקדמנו אחר ברחמים הוא שתמות היא והיינו משום דעל תפלתו שהתפלל בראשונה א"ל רבא דזה לא אהני ליה ועל תפלתו השניה שימות הוא או היא לא אמר כן ש"מ דלזה תפלה שפיר מהני אך דלפ"ז מ"ש תפלה ראשונה לא מהני כיון דכבר הכריז הב"ק אותה לפלוני ובודאי 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 יבוטל הב"ק וא"כ ה"ה ג"כ גבי נהפך לזכר או לנקבה לא מהני ביטול ב"ק: שם ע"ב בגמרא הואיל ומשמרות מתחדשות ופי' רש"י שיראנו ביופי: אף שאין צריך כה"ג בחילוף המשמרות וא"כ אפשר שלא יראו אותו כלל מ"מ זה א"ש עפמ"ש התוס' בחגיגה

(דף יז ע"א) גבי אין כה"ג מתלבש בכליו בשם הירושלמי דכה"ג היה רגיל לעבוד בשבת ויו"ט ולכן שפיר שייך שיראו אותו ביופיו כשיעבוד בשבת: שם ויליף פרע פרע מנזיר: לכאורה קשה ל"ל למילף פרע דיחזקאל מנזיר הא במ"ק (דף י"ט ע"ב) יליף גז"ש זו לענין כהנים גופא דיליף מקרא דראשיכם אל תפרעו בגז"ש דפרע דאבל נוהג אבלותו ל' יום וא"כ מהאי קרא גופא מוכח דכהנים לא ישלחו פרע למ"ד יום.

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

אכן אכתי קשה לפי מה שכ' התוס' בנזיר (דף ה' ע"א) בד"ה מ"ט גבי כהנים דלא מסתבר ללמוד קדושת עולם מקדושת שעה ולפיכך יליף מכהנים אע"ג דלמד מן הלמד עיין שם א"כ הכא למה ילפינן כהנים מנזיר נילף כהנים דיחזקאל מכהנים דראשיכם אל תפרעו בגז"ש דפרע אף דהם גופא לא ילפינן רק בגז"ש דפרע במ"ק כנ"ל מ"מ יותר טוב למילף למד מן הלמד מלמילף דבר הנוהג לעולם ממה שאינו נוהג לעולם דהיינו כהן 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 כן.

אך בתירוצו לא מתורץ זה לפענ"ד ונ"ל קושיתו ע"פ מה שי"ל לכאורה אהא דאמרינן בנזיר (דף ה') מ"ט גבי כהנים משום דאיכא כובד עיין שם. הא לפי מה דאמרינן הכא לאו משום כובד אלא דמקרא ילפינן ל' יום וכי טעמא דקרא דרשינן.

ונ"ל דלפי מה דמתרץ הכא פרע ליהוי שלוחי לא לישלחי א"כ פי' הקרא כך הוא דראשם לא יגלחו ופרע דהיינו שלא יגלחו הפרע תוך ל' יום אכן ג"כ לא ישלחו וכן משמע פי' רש"י כאן דכתב וז"ל משמע פרע דל' יום ליהוי עכ"ל. אכן התוס' לא כתבו כן רק משמע טפי מפרע לא ישלחו עכ"ל.

והיינו משום דאזלי לשיטתם דכתבו בתענית (דף י"ז) דאין הפי' שבתוך ל' לא יגלח. רק שלא ישלח טפי מל' יום עיין שם.

אכן דעת רש"י לא נראה כן כדכתבנו. וא"כ לפי שיטת רש"י דציווי הוא לגדל פרע למד יום מנ"ל דלא ישלחו תיכף לאחר ל' הוא ולא יגדל שער דלמא מכאן ואילך רשות ולמה אמרה הברייתא דמגלח ללמ"ד יום דמשמע מצוה לגלח כמו לענין כה"ג.

אך לענין זה מפרש בגמרא דנזיר שם הטעם משום דאיכא כובד דהיינו ניוול כמו שפי' רש"י ודמי לטעם של כה"ג והשתא מתורץ דזה לא אתיא מקרא רק שלא יגלח תוך למ"ד אבל לא שיגלח ביום ל' דוקא כיון דלענין לא יגלח לא נתנה התורה שיעור וזה ודאי דטעם דניוול לא שייך רק בזמן המקדש שעובד הכהן וכמ"ש ג"כ הר"ן והשתא א"ש דפריך אי הכי דבשלמא לפי מה דס"ד מעיקרא דל' יום אתיא מפרע לא ישלחו דהיינו שלא ישלח ל' יום וכמו שהבין רב פפא לא יקשה אי הכי האידנא נמי די"ל כיון

דהציווי הוא שלא יגדל שער א"כ הטעם הוא משום ניוול וזה לא שייך רק בזמן המקדש כשעובד עבודה אבל לא בזמן הזה.

אבל לאחר שתירץ שהציווי הוא פרע ליהוי דהיינו שלא יגלח פחות מל' יום א"כ לא שייך זה משום ניוול דעבודה דאדרבה איפכא הוא וע"כ זה א' כמו שאר מצות הכהנים דנוהגים גם בזמן הזה ולכן שפיר פריך האידנא נמי וע"ז מתרץ דומיא דדין מה יין דהיינו שלא לשתות יין רק בזמן ביאה אסור אף פרוע ראש דהיינו שלא לגלח הפרע דוקא בזמן ביאה הוא דאסור והציווי האחר שלא לגדל יותר מל' יום פשיטא דלא שייך האידנא כיון דאינו רק משום ניוול כמבואר בנזיר וכנ"ל: שם מכלל דרבנן אסרי: הקשה רש"י בתענית דף י"ז וכן הקשה הר"ן בשמעתין ל"ל להקשות מסיפא מדיוקא ליקשי מרישא דפליגי רבנן בפ"י ועיין בתירוציהם והוא תמוה מאוד לכאורה.

עוד יש להבין דאביי גופא מה קמ"ל בזה דפשיטא דכהני כרבי ס"ל ולא היה לו לומר רק הלכה כרבי או נהגי כהני כרבי. עוד קשה המקשן דאכתי לא ס"ד הטעם משום מהרה יבנה בהמ"ק רק סבר דמדאורייתא שלא בזמן ביאה אסור תקשי לדידיה ברייתא גופא דאם מכיר משמרתו ובית אב שלו אינו אסור אלא באותו יום ובאינו מכיר בית אב שלו אסור כל אותו שבת ורק באם אינו מכיר משמרתו לעולם אסור ואי אפילו שלא בזמן ביאה אסור למה מותר במכיר משמרתו בשאר הימים וא"כ אדרבה איפכא הוי ליה לדייק מהברייתא דשלא בזמן ביאה שרי.

ועוד י"ל דאיך ס"ד דשלא בזמן ביאה ג"כ יהא אסור דהא בפירוש כתיב בקרא גבי יין כבואם דמשמע שלא בשעת ביאה שרי וכמו שכתב רש"י בד"ה דומיא. עוד י"ל דבברייתא שם בתענית קתני כל כהן שמכיר משמרתו ויודע שבתי אבותיו קבועין שם דהאי קבועין שם צ"ב דהא בזמן הזה קמיירי ולא קבועין כהנים כלל.

ורש"י נדחק בפירושו כנראה שם ועיין ברמב"ם (פ"א מ"ה ביאת מקדש ה"ז) שכ' כל כהן שיודע מאיזה משמר ומאיזה בית אב הוא ויודע שבתי אבותיו קבועים בעבודה היום אסור לו לשתות יין כל אותו היום וכו' ע"ש. שהראב"ד השיג עליו בב' השגות ומלבד השגותיו עוד דברי הרמב"ם סתומין דלא פירש כלל בדבריו דלענין זמן הזה קמיירי רק כתב אותו שם בתוך הדינים דכולם הם בזמן המקדש.

לכן נלענ"ד דהכא בקרא דכבואם יש לפרש ב' פרושים או דכבואם אתי למעט דשלא בשעת ביאה מותר לגמרי או דבזמן ביאה דוקא בשעת ביאה אסור שלא בשעת ביאה שרי אבל שלא בזמן ביאה לעולם אסור כיון דאיתקש לפרועי ראש דיהיה נוהג האידנא אי לאו משום דאיתקוש ליינ. והיינו דפריך המקשן ויין שלא בזמן ביאה שרי והתניא כו' וא"כ ע"כ כבואם לא אתי 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 לשתות דהא זה ע"כ ממעטינן מבבואם. והנה רש"י בד"ה רבי אומר כתב וז"ל אסור ביין כל אותו היום אף בזמן הזה.

אכן האי אף בזמן הזה אינו מלשון הברייתא שם רק כך פירש רש"י דברי הברייתא עיין שם. ולכן נלע"ד לומר דהרמב"ם לא פי' כן רק פי' דכל הברייתא אבזמן המקדש קאי וה"פ אם מכיר משמרתו ובית אב שלו ויודע שבית אב שלו קבוע שם דהיינו שעובד היום במקדש אינו אסור רק אותו יום אבל אם אינו מכיר בית אב שלו ומכיר 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 מכיר בית אב שלו דהא אפשר שיתברר הדבר היום שהוא מבית האב שעובד היום ועוד כיון דאינו מכיר 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 מכיר משמרתו לעולם אסור אכן רבי פליג כיון דאתה צריך לאוסרו לעולם מותר לעולם דתקנתו קלקלתו אך דטעם זה לא שייך רק היכי דאינו מכיר גם משמרתו אבל היכי דמכיר משמרתו לא שייך טעם זה כיון דיוכל לשתות יין לעולם חוץ מבשבוע הזאת ולכן לא פליג רבי באמת לפי פירוש זה רק אינו מכיר משמרתו וכיון דאמר אביי דנהגי כהני כרבי א"כ הלכה כרבי ולכן פסק הרמב"ם כוותיה וכפי' זה פי' הרמב"ם והן הן דבריו הבאים על נכון ומתורצים בזה השגות הראב"ד 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 שייך ג"כ במכיר משמרתו.

אכן לפי פירוש הרמב"ם דכל הברייתא איירי בזמן המקדש וע"כ האי קלקלתו ע"כ הפי' כיון דאינו מכיר משמרתו אסור ביין לעולם וזה תקנתו דלכך מותר לעולם דלא רצו להחמיר עליו כ"כ ולכן ברישא דאינו מקולקל בכך דאין חילוק בינו לשאר אנשי המשמר דהא כולם אסורים לשתות יין באותה שבוע כדקתני ברישא דברייתא ולכן שפיר מודה רבי ברישא ולא פליג רק אסיפא וזה הוא דעת הרמב"ם ובזה מתורצים כל הקושיות הנ"ל דהשתא שפיר אביי חידש דבר.

כיון דרב לא איירי רק מאותן שלא ידעו משמרתן בזמן המקדש ואתי אביי וחידש דגם בזמן הזה הא דשתי כהני חמרא כרבי דוקא דאם אין אתה מתיר להם אסורים לעולם כיון דאינם מכירין משמרתן וא"כ תקנתן קלקלתן והשתא אתי שפיר דפריך מדיוקא דוקא דמרישא דברייתא לא היה יכול להקשות הא ע"כ שלא בזמן ביאה אסרי רבנן דזה אינו דהא הברייתא בזמן ביאה לפי פי' הרמב"ם אבל מדאביי פריך שפיר כיון דאמר דנהגי כרבי דוקא ומנ"ל כן דלמא רבנן מודו ג"כ בהא כיון דבזמן הזה הוא ולא אסרי רבנן רק בזמן ביאה אע"כ דפסיקא ליה לאביי דשלא בזמן ביאה ג"כ אסרי רבנן משום דבבואם לא ממעט רק בזמן ביאה ושלא בשעת ביאה וא"כ קשה דאביי אדאביי דלעיל תירץ פרע להוי שלוחי לא לישלחי ולדידיה פריך בש"ס אי הכי האידנא נמי וצריך לתרץ דאיתקש ליין והשתא פריך דהא ע"כ אביי גופא סבר דשלא בזמן ביאה אסור מדלא מותר לכהני האידנא רק משום דכרבי ס"ל.

ובזה מתורץ ג"כ מה שהקשה הר"ן מאי קא מקשה מכלל דרבנן אסרי לימא דאין ה"נ דרבנן אסרי אבל אנן סמכינן ארבי והשתא מתורץ דאלישנא דאביי פריך דקאמר דיין שלא בזמן ביאה מותר והא הוא ע"כ ס"ל דלכ"ע אסור רק דלרבי משום תקנתו קלקלתו שרינן ליה דאל"כ אפשר דגם רבנן מודו בזמן הזה ולא אסרו רק בזמן ביאה וע"ז קאי בבואם: שם ובענין כהן הראוי לעבודה: אף דבלא"ה אינם ראויים לעבודה דכולם טמאי מתים הם מ"מ הרי אמרינן לענין פסח הרי שהיו הכהנים טמאים יעשו בטומאה א"כ ה"ה גם כן תמיד דבא ג"כ בטומאה כמו שפסק הרמב"ם פ"ד מה' ביאת מקדש וא"כ משום טומאה אפשר להו לעבוד אבל כשהם שתויי יין או פרועי ראש לא אבל קשה כיון דלא הותר בצבור רק טומאת מת אבל לא טומאת נדה ושרץ ונבלה וכדומה א"כ כמו דגזור רבנן שלא לשתות יין משום מהרה יבנה בהמ"ק כמו כן לגזור ג"כ שלא יטמא הכהן עצמו במגע שרץ ונבלה ונדה וכדומה.

דאין לתירוץ קמא דהטעם דגזרינן ביין יותר מבפרועי ראש משום דלא אפשר ביין לתקן את עצמו במהרה כמו בפרועי ראש דהא גם בטומאת שרץ לא יוכל נתקן במהרה דהא בעי טבילה והערב שמש ולא יוכל עוד להקריב קרבן דאין קרבן בלילה ובין לתירוץ רב אשי דבפרוע ראש לא גזור משום דלא מיחל עבודה דהא גם טומאה מיחל עבודה.

וצ"ע: שם כהן הראוי לעבודה: אכתי קשה למה קאמרי רבנן דבאינו מכיר משמרתו אסור לשתות יין לעולם. בלילה עכ"פ לישתרי וכמו דתנן שם בתענית (דף ט"ו) לענין אנשי משמר שמוותרין 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 דברייתא לענין זמן הבית איירי ולכן לא מקשה רק מדאביי א"ש דלענין זמן הבית ודאי דשייך טעמא דמתניתן דהקטרת אמורין ובזמן הזה אפשר דבאמת רק ביום אסרי רבנן והא דאמר אביי דכהני דשתו חמרא כרבי משום דשתי גם ביום אבל לפי פ"י רש"י וראב"ד דברייתא איירי לענין בזמן הזה קשה כן למה אסור גם בלילה וא"ל דהחשש הוא שמא ישתה סמוך לבקר וישתכר ואי יבנה בהמ"ק בבקר עדיין לא יסיר יינו מעליו ולא יוכל להקריב תמיד של שחר דא"כ ל"ל לרש"י כלל טעם זה באנשי בית אב שלא ישתו יין בלילות משום הקטרת אמורין לימא משום שמא יהיה עוד שכור בבוקר.

וי"ל דלענין בית אב ליכא למימר טעם זה וכיון דבתי אבות היו מתחלפות בכל 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 מתחדשות בין תמיד של שחר לשל בין הערבים משמע הא בחול מתחדשות 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 לענין יבנה ביהמ"ק שייך שפיר טעם זה שמא עדיין יהיו שכורים ולא יוכלו לעבוד בבוקר.

אך דלפ"ז קשה על הרמב"ם (פ"א מה' ביאת מקדש הלכה ו') דהטעם דאנשי בית אב אסורים לשתות יין בלילות שמא ישכים לעבודתו ונמצא עדיין לא סר יינו מעליו דהרי למחר לא יעבוד עוד כדהוכחנו דבשלמא הא לא קשה לשיטתו מהא דאמרינן בברייתא בתענית (דף ט"ז ע"א) דלכך 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 כיון דביום גם אנשי משמר אסורים שמא יצטרכו לסייע לאנשי בית אב וגם בלילה אנשי בית אב אסורים משום שמא ישכים שכור לעבודתו א"כ מה"ט אסרו גם אנשי משמר בלילה שמא יצטרכו לסייע לאותן העובדים בבוקר ויהיו שכורין וע"ז מתרץ הברייתא דלכך דוקא באנשי בית אב חיישינן שמא ישכימו שכורים כיון דעסוקים בעבודה תמיד בין אם יהיה עבודה רב או מעט אבל אנשי משמר דאינן עסוקים בעבודה תמיד רק אם רבה עבודה אף שאסורים לשתות ביום שמא יצטרכו לסייע לאנשי בית אב מ"מ לא מחמרינן בהו כ"כ לגזור שאפילו בלילה לא ישתו שמא 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 איך אפשר לומר דהטעם משום הקטרת אמורין הא במתניתן סתמא קתני דאנשי ב"א אינן שותין לא ביום ולא בלילה ולמה יאסרו אותן שעובדים בליל שבת בין הא בהם לא שייך טעם דהקטרת אמורין דאין הקטרת אמורין בשבת דחלבי חול לכ"ע אינן קרבים בשבת כדאמרינן בשבת (דף קי"ד).

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

וי"ל דרש"י וראב"ד ס"ל כוותיהו אבל הרמב"ם דכתב (בפ"א מה' תמידין) סתמא דאברי תמיד של חול אינן קרבין בשבת ולא חילק בין משלה בהן האור או לא לשיטתו לא שייך טעם דהקטרת אמורין בשבת ולכן צריך ליתן טעם אחר. עוד יש לתרץ זה לשיטת רש"י וראב"ד דודאי גם הם ס"ל כדעת הרמב"ם כדהוכחנו לעיל דאל"כ למה יהיו הכהנים בזמן הזה אסורים בלילה לרבנן והא דהוצרכו לטעם דהקטרת אמורין משום דלענין ב"א לא שייך טעם זה של הרמב"ם דהא למחר אינו עובד עוד כאשר כתבנו אך זה לא שייך רק לענין ימי חול אבל לא לענין שבת כאשר נפרש דרש"י בתענית (דף ט"ו ע"ב) בד"ה אנשי בית אב כתב וז"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 היה מעות נדבה אכן רש"י כתב שם משום דבשבת כולן שוין וזה צ"ע דסתר מ"ש כאן (ועי' ו

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 שכתבתי בספרי ע"ל ביבמות (דף ק"א). ולכאורה קשה דהא ע"כ שמונה בתי אבות בעינן לפי מה דאמרינן (סוף סוכה) 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 כן דאל"כ למה לא היו שותין כליל 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 ישכימו למחרת כשהם שכורים ויעבדו דהא גם לרש"י ס"ל לטעם זה כאשר הוכחו.

אבל הרמב"ם ז"ל דסובר דאותו בית אב שעבד בשבת זה בתמיד של בה"ע עבד בשבת האחרת כשיצא בתמיד של שחרית להשלים עבודת יומו וא"כ לא שייך לענין שבת לא טעם דהקטרת אמורים ולא טעם דישכים כשהוא שכור דהא ליל ב"א זה היה במוצאי שבת ולא עבד למחר. ולכן פירש הרמב"ם דלילה ויום דאמרינן בבתי אבות פירושו הלילה שהוא קודם יומו שעובד בו ובזה שייך שפיר טעם שמא ישכים כשהוא שכור לעבודתו גם כליל שבת ולכן פירש הרמב"ם כן ולא משום הקטרת אמורין ומיושבת השגת הראב"ד: פרק שלישי שם דף כ"ג ע"א בגמרא ואפילו לזה מצי מעכב: לכאורה קשה איך קאי הקושיא דוקא הכא בלא"ה אמתניתן יכול להקשות כן אר"מ דאמר זה פוסל דיינו של זה דמשמע ג"כ אפילו לזה.

ועוד תקשה דרבנן אדרבנן דברי שא מודו לפי תירוץ הגמרא דיכול לפסול ב"ד של חבירו ובסיפא פליגי. אכן ע"ז י"ל (וא"ע מצאתי ג"כ בר"ן) דסיפא איירי היכי שרצה לפסול את הדיינים מכח פסול ובזה סברי רבנן דאינו נאמן אבל רישא איירי שאינו רוצה לדון לפנייהם ולא שיפסלם בפסול דבזה גם רבנן מודו ולכן א"ש ג"כ דאמתניתן לא היה יכול להקשות דהיינו אדברי ר"מ דהא ר"מ איירי בפסול ממש ובזה ודאי גם הלוח מצי מעכב ולכן מקשה אתירוץ הגמרא דע"כ איירי ג"כ שאינו רוצה לדון לפנייהם ולא שפוסלם בפסול ממש דאל"כ תקשי רבנן אדרבנן כמ"ש הר"ן ובזה אין הלוח מצי מעכב לפי מימרא דר"א ובזה מתורץ ג"כ מה שהקשו המהרש"א לפי תירוץ הגמרא דבערכאות שבסוריא שנו מאי קמ"ל בסיפא הא מרישא שמעינן לה ע"ש דהשתא ודאי לאו מרישא שמעינן דברי שא דאיירי בשאינו רוצה לדון לפנייהם 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 כן ולא בפסול ממש לפי האמת פירש כן אבל לפי הס"ד דבגמרא כאן דזה בורר איירי בב"ד וע"כ סיפא בפסול ממש איירי וכמ"ש הר"ן: שם בערכאות שבסוריא שנו: לפי מ"ש הר"ן ריש פירקן דמתניתן זו אתיא לפרש האי דיני ממונות בשלשה דתני בריש מסכתין א"כ קשיא לר' אבהו דאוקי לעיל (דף ב' ע"ב) האי דיני ממונות בג' בגזילות וחבלות דבעי ג' מומחין א"כ איך אפשר לאוקמי מתניתן בערכאות שבסוריא הא גבי גזילות וחבלות מומחין בעינן וצ"ל דלענין מתניתן זו גם ר' אבהו מודה



דאיירי גם בהודאות והלואות ולא בגזילות וחבלות ומה שחסר במתניתן דלעיל גלה כאן ורק אליבא דשאר מ"ד במתניתן דלעיל גם בהודאות והלואות איירי הוצרך הר"ן לפרש דלפרושי מתניתן דלעיל אתי: שם בתוספות ד"ה זה בורר לו.

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

ולפ"ז י"ל דגם רש"י מפרש כפירוש התוס' ויתיישבו כל הקושיות שהקשו התוס' וגם הר"ן על פירוש רש"י: שם ע"ב בגמרא וסיפא עדין אלמא דוקא הוא: פירוש דבלא"ה הייתי יכול לומר דעדין דקתני היינו עדים דעלמא אבל לעולם בחדא איירי אבל לאחר שתני גם דיינו דוקא ולא קתני דיינים למימר דיינים דעלמא וא"כ גם עדין לא הל"ל אי הפירוש עדו: שם כגון שקרא עליו ערעור: הא דצ"ל בבא 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 היה לו חזקת כשרות גם אחד נאמן מכ"מ ביותר רצה לפרש האי זה פוסל דמתניתן עם אחר מלפרוש דעד מיירי בלא היה להם חזקת כשרות או דרצה לאוקמי גם לפי תירוץ הראשון שם בקדושין: שם סוף סוף נוגע בעדותו הוא: הקשה אחד מן התלמידים הא בכתובות (דף כ"ב ע"א) קאמרינן דפגם משפחה גילוי מלתא בעלמא הוא ולא מקרי נוגע בעדות ודוחק לומר דגמרא שם אזלא לפי תירוץ רב דימי אמר"י לקמן דמנ"ל דפליג בזה וי"ל דהטעם דפגם גלוי מלתא הוא פירוש"י שם משום דצריך לברר בב"ד.

אכן זה לא שייך רק אם יכול לברר דבריו בב"ד כגון אם הוא היה עבד וזה יכול לברר אבל אם אומר עליו שידוע בו שהוא ממשפחת עבד באופן שאינו יכול לברר דבריו ע"י ראייה כי איך יביא עתה ראייה על אבות אבותיו שהיו עבדים ואין מעיד רק ע"פ ידיעתו זה ודאי 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 כיון דכבר פריך מקודם אי ערעור דגזלנותא אוקי תרי להדי תרי וא"כ מקשה ממנ"פ אי איירי בערעור משפחה שאינו יכול לברר בב"ד א"כ היינו כמו ערעור דגזלנותא ואוקי תל"ת ואי איירי בערעור שמברר בב"ד א"כ גילוי מלתא הוא ולכן א"ש דקאמרינן הכא לרבנן דנוגע בעדות הוא דודאי איכא גם ערעור שנוגע בעדות דהיינו כשאינו יכול לברר בב"ד ורק אעדוהו סמכינן ובכה"ג אוקי למתניתן דהכא והיינו דדייק רש"י בלישנא דהכא פירש בד"ה פגם משפחה עבד הוא ממשפחת עבדים כו' והתם פירש סתם דעבד הוא משום דאי אומרים עליו שהוא עבד זה מן הסתם יכול לברר בב"ד אבל ממשפחת עבד מסתמא אינו יכול לברר כנ"ל: שם בתוספות ד"ה ואמר רב דימי.

וי"ל דאי לאו דרב דימי: לכאורה קשה אכתי הא דרב דימי ל"ל דע"כ ליכא למימר דדוקא בתרתי לריעותא סבר ר"מ דיכול לחזור דהא במתניתן קאמרי רבנן אימתי בזמן שהביא ראייה שהן קרובין או פסולין אבל אם היו כשרים אינו יכול לפוסלן וכיון דלפי מה דקיימינן השתא איירי מתניתן בדקבל עלייהו א"כ מה בין קרובין ופסולין לכשרים.

וע"כ צ"ל דה"ט דבקרובין דאיכא תרתי לריעותא גם רבנן מודו ורק בכשרין פליגי באיכא חדא לריעותא וא"כ ע"כ מוכח דר"מ גם בחדא לריעותא פליגי ואכתי הא דרב דימי ל"ל. אכן זה אינו דהא לפי מה דקיימינן השתא בתירוץ התוס' לא ליתני מתניתן דהכא כלל וא"כ ודאי בלא רב דימי שפיר ה"א דר"מ דוקא בתרתי לריעותא פליגי כיון דלפי קושית הגמרא מתניתן דהכא לא ליתני.

אכן אכתי קשה דליקשי לעולם בלא רב דימי וליקשי איפכא דמתניתן דלקמן לא ליתני ובמתניתן דהכא ליכא לטעות כלל. 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 אמר רב דימי כתבו דרבנן מודו לר"מ בתרתי לריעותא א"כ קשיא כנ"ל מ"ט דרבנן במתניתן דחלקו בין הביא ראייה שהן קרובים לשהן כשרים.

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 נותן אמתלא לדבריו אבל אם נותן אמתלא לדבריו דהיינו שאמר כשקבל העד כבי תרי סבר דכשר הוא ועתה שמע שקרוב ופסול הוא אז כשמביא ראייה 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 אנן כרבנן פסקינן דפליגי אר"מ ולית להו מגו וכן קשה איפכא למ"ד אמרינן מגו ולולי פירוש רש"י היה נלענ"ד לפרש איפכא דרבנן סברי לא אמרינן מגו ולכן מוקי לרבנן כן דפסקינן כוותיהו אבל רב דימי סבר אמרינן מגו ולכן לא יוכל לתרץ כתירוץ רבין: שם איבעי' להו באתן לך מחלוקת: לכאורה קשה לפי מה דאוקי ריש לקיש לעיל (דף כ"ג) מתניתן דלעיל בדקבל עליו כבי 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 דהמלוה והלוה שניהם יכולים לחזור בדקבלו עלייהו וכמו דמוכח בגמרא דלעיל ואפילו לזה מצי מעכב הרי בפירוש דאחד קאי אמלוה ואחד קאי אלוה וא"כ ע"כ מוכח דבין בזו ובין בזו מחלוקת.

אכן זה לק"מ דהא אליבא דר' יוחנן מבעיא ליה בגמרא הכי ור' יוחנן בפירוש לא מתרץ לעיל כדר"ל דרב דימי אמר ר' יוחנן מתרץ בב' כתי עדים ורבין אמר ר' יוחנן מתרץ בד"א כמבואר לעיל ולכן אליבא דר' יוחנן שפיר קמבעיא ליה. אכן זה קשיא לכאורה כיון דלפי המבואר בסוגיא אין במתניתן דנאמן עלי אבא הכרע אי במחול לך אי באתן לך או בתרווייהו פליגי דהא פליגי בזה שמואל ור"י ורבא ובודאי אין לאחד מהם ראייה מדלא מקשה בגמרא כן ולפי אוקימתא דר"ל דלעיל ע"כ מוכח דבתרווייהו פליגי דהא פליגי במלוה ובלוה וא"כ מאי פריך בש"ס אליביה מקמ"ל דמצי הדר ביה תנינא אמר לו נאמן עלי אבא וכו' דהקושיא היא בודאי ל"ל למתני מתניתן דלעיל וכמו שמוכח ממה

שכתבו התוס' לעיל בד"ה ואמר רב דימי והשתא מה פריך 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 כן: 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 ואביך כו' דלמא לא חזי אימא מודו להו לר"מ ואיך אפשר לומר כן והא מסיפא דמתניתן מוכח דבדעלמא לא חזי' ג"כ פליגי דהא דור לי בחיי ראשך ג"כ לעלמא לא חזי' ואעפ"כ פליגי אבל לפי מה דעבדינן הכא צריכותא א"ש דאכתי מצרכינן מתניתן דלעיל לאשמעינן דהיכי דהוי תרווייהו גבי הדדי דהיינו לעלמא לא חזי' וגם תולה בדעת אחרים ג"כ פליגי רבנן דמאבא ואביך לא הוי ידעינן רק תולה בדעת אחרים דפליגי רבנן אבל אכתי לא הוי ידעינן אי פליגי ג"כ בדהוי ג"כ לעלמא לא חזי' ומדור לי לא הוה ידעינן רק בדלעלמא לא חזי' אבל לא בתולה ג"כ בדעת אחרים ולכן אשמעינן מתניתן דזה פוסל עדיו של זה דהוי ג"כ תולה בדעת אחרים ולעלמא לא חזי' ואעפ"כ פליגי רבנן, אך דזה אכתי קשה לפי מה שכתבו התוס' לעיל בד"ה ואמר רב דימי וי"ל דאי לאו דרב דימי כו' עיין שם.

ואכתי בלא רב דימי ג"כ קשה דמתניתן דלעיל ל"ל דא"ל דהוי אמינא דבחדא לריעותא מודה ר"מ דהא דור לי בחיי ראשך ג"כ לא הוי אלא חדא לריעותא ואעפ"כ פליגי ואין לומר דאכתי הוי טעינן לרבנן אי לא תני מתניתן לעיל וה"א דוקא בדור לי בתולה בדעת עצמו בהא סברי רבנן בחדא לריעותא דאינו יכול לחזור בו אבל אכתי לא הוי ידעינן דגם בתולה בדעת אחרים סברי כן דזה אינו כיון דכבר אשמעינן ברישא דנאמן עלי אבא בתולה בדעת אחרים דאפילו בתרתי לריעותא לא יכול לחזור בו כש"כ בחדא לריעותא.

וי"ל דלפי מ"ש המהרש"א לעיל דלכך 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 כמובן. אכן אכתי קשה כן לפי דברי הר"ן שהקשה ג"כ קושית המהרש"א ותירץ בדרך אחר דהיינו דג' רועי בקר הוי ג"כ תרתי לריעותא הרי דלא סבר כסברת המהרש"א וא"כ קושיתנו במקומה עומדת ונ"ל דלהר"ן לשיטתו בלא"ה לק"מ דלכאורה יש לתרץ בפשטות דמדור לו בחיי ראשך לא הוי מוכח מידי דגם בחדא לריעותא פליגי ר"מ דהוי מציינו לאוקמא ג"כ בתרתי לריעותא וכגון שהלוח שהיה דינו לישבע ולא לשלם אמר למלוה שידור 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 ולכך פליגי ר"מ ואכתי ה"א דבחדא לריעותא לא פליגי ר"מ.

וא"ל דאיך אפשר לפרש כך 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 כשיטת התוס' רק כרש"י מדסבר דג' רועי בקר הוי תרתי לריעותא ואעפ"כ פליגי רבנן וכמו שכתב ג"כ בפ"י בחידושיו דסובר כשיטת 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 תירוץ זה גם לפי שיטת התוס' אתי שפיר: שם מאי בינייהו: ודאי דנפקא מנה טובא איכא בין ב' הטעמים כגון דמשחק בקוביא ומעות שניהם ע"פ הדף דמשום אסמכתא ליכא כמ"ש התוספת בד"ה כל כי ומשום ישוב פשיטא דאיכא.

ועוד איכא נפ"מ כשמשחק בחנם דמשום אסמכתא ליכא ומשום ישוב איכא. ואפילו להך שיטה דגם משום ישוב ליכא באינו מתפרנס מן השחוק רק שיש לו פרנסה ממקום אחר דזה הוא פלוגתא בין הרמב"ם והטור (עיין פ"י מה' עדות) מ"מ נפ"מ טובא איכא בכה"ג גופא כשמשחק במעות ויש לו פרנסה ממקום אחר דמשום אסמכתא איכא ומשום ישוב ליכא אלא בגמרא חדא מנייהו נקט: שם ברש"י ד"ה רבא דאמר כמאן.

ולא שייך למימר הכא: וכן כתבו גם התוס' ולפענ"ד בלא"ה ליכא למימר דרבא ס"ל דבתרתי פליגי כיון דהוא תירץ לעיל לרב אחא בר תחליפא שהקשה לו ממתניתן דדור לי בחיי ראשך דמתניתן איירי באתן וע"ז הקשה בגמרא והא תני ליה רישא ועביד צריכותא דאי תנא תולה בדעת אחרים ה"א בהא קאמר ר"מ דמי יימר דמזכי ליה.

ופי' רש"י ואי הוי ידע דמזכי לי' לא הוי אמר הלכך הדר ולכאורה קשה איך אפשר לומר כן והא חוזר קודם גמר דין דאז לא ידע דמזכי ליה הרי ע"כ דלא הוי הטעם דמצי הדר משום דמזכה נגד דעתו דהא אכתי לא זכה. אכן זה לק"מ דרבא לשיטתו שפיר תירץ כן דהא אוקי פלוגתייהו לאחר גמר דין וכדמסקינן בשמעתין.

ולכן ע"כ מוכח דדוקא לאחר גמר דין פליגי לרבא דאי ג"כ לפני גמר דין א"כ לא שייך צריכותא דלעיל דלא שייך הטעם דמי יימר בלפני גמר דין. וא"כ מלפני גמר דין מוכח תולה בדעת עצמו ואכתי יקשה לרבא לעיל תולה בדעת עצמו ל"ל אע"כ דלרבא לאחר גמר דין דוקא פליגי: שם בתוספת ד"ה שלח ליה.

תימא דהכא משמע דלאחר גמר דין לכאורה יש להבין מאי קושיא דלמא הא דשלחו ליה התם ס"ל להו כר"ל דהכא דדוקא בלפני גמר דין מחלוקת. וצ"ל דדוחק להו להתוס' למימר דמפלגו אמוראי בתראי אליבא דהלכתא בזה.

ועוד י"ל כיון דלפי מאי דמתרץ שם דאתן לאשמעינן דבאתן לך מחלוקת א"כ קשה קושית הגמרא דלעיל תרתי אתן לך ל"ל וע"כ צ"ל הצריכותא דלעיל דבתולה בדעת אחרים ה"א בהא קאמר ר"מ משום דאמר מי יימר דמזכי ליה וא"כ ע"כ מוכח דלאחר גמר דין מחלוקת דזה לא שייך רק בלאחר גמר דין כנ"ל.

אך דלפ"ז לא היל"ל להקשות אשלח ליה. אכן באמת זה אינו ראיה כלל דהא אפשר דס"ל כר' יוחנן דסבר בין בזו בין בזו מחלוקת.

ולא אצרכינן להאי צריכותא דלעיל כלל די"ל חדא איירי באתן לך וחדא במחול לך ומ"מ צריך לאשמעינן שם באתן לך מחלוקת דלא נימא כשמואל דדוקא במחול לך מחלוקת וע"כ צ"ל דקושית התוס' מהלכתא היא כנ"ל: שם בא"ד. להכי גרס ר"ת ונשבע: לכאורה קשה לפ"ז מאי פריך בש"ס שם בב"ב מאי קמ"ל תנינא נאמן עלי אבא כו'.

הא טובא קמ"ל דדוקא משום דנשבע דלהוי כלאחר גמר דין אינו יכול לחזור בו הא בלא"ה יכול לחזור בו דבמתניתן דנאמן עלי אבא אין הכרע אי בקודם גמר דין אי לאחר גמר דין איירי מדפליגי ר"י ור"ל בהכי וצ"ל דבלא"ה משני התם שפיר. או אי רק הא אתי לאשמעינן לימא רק אמתניתן דנאמן עלי אבא והוא שגמרו הדין וכן אמתניתן דדור לי והוא שנשבע אע"כ דגם דבר אחר אתי לאשמעינן וע"ז מתרץ דאתי לאשמעינן ג"כ דבאתן לך מחלוקת וכיון דתרתית אתי לאשמעינן מה שלא הוזכר במשנה נקט זה במעשה בפני עצמו: שם ד"ה ואלו מן הפסולין.

וכל פסולי דמתניתן פסולים דרבנן נינהו: ע"ש שהתוס' האריכו ליתן טעם בכל א' וא' אכן לפי מ"ש רש"י בשבועות (דף ל"ד) לענין משחק בקוביא דלא מקרי גזלן מדאורייתא רק היכי דגזול מידו בחזקה כמו ויגזול את החנית מיד המצרי וכן כתב ג"כ ריש פ' יוה"כ בלא"ה א"ש דכלהו דרבנן נינהו: שם בא"ד.

מדאורייתא נינהו ק"ו מאשה: האי ק"ו בב"ק(דף פ"ח) פריכא הוא ולפי המסקנא יליף שם דלא יומתו אבות על בנים ע"ש: שם ד"ה כל כי. ומיהו קשה על פי' ר"ת: הא דהקשו התוספת מהא דמסיק אליבא דר"י דהיינו משום דקאמרין דטעמא דר' יוסי משום דאסמכתא קניא מכלל דטעמא דר' יהודה משום דסבר לא קניא ולא הקשו בקיצור מדאמרין דטעמא דר' יוסי משום אסמכתא מכלל דכה"ג מקרי אסמכתא די"ל דהגמרא קושטא נקיט דהא באמת ר' יוסי סבר דאסמכתא קניא ולכן הקשו מדר' יהודה דוקא.

אכן לפע"ד י"ל כיון דמסקינן הכא ההיא ר' יהודה משום ר"ט אמרה וכפי הנראה מפי' רש"י מה דאמר ר' יהודה במתניתן אינו אלא לפרוש דברי חכמים אבל מה שאמר משום ר"ט הוא סברת עצמו וא"כ לדדידה ודאי שפיר מקרי אסמכתא גם בששניהם מקנין זה לזה וכסברת רמי בר חמא אבל ר"ת קאמר אליביה דר"ש ולדידיה בכה"ג לא מקרי אסמכתא ומתורץ בזה קושית התוס': שם דף כה ע"א בגמרא בר ביניתוס אסהידו בי: הר"ן הוכיח מזה דמלוה ברבית קצוצה ע"כ פסול מן התורה דאי לא פסיל אלא מדרבנן מאי מקשה והא רבא הוא דאמר כו' הא כל מה דלא אכריז עליה כשר הוא עיין שם.

אך דלפ"ז אכתי קשה מאי מקשה בש"ס דלמא איירי באבק רבית דרבנן ואכתי לא אכריז עליה. והנה המ"ל (פ"ד מה' מלוה ולוה) הביא פלוגתא בין הראשונים אי באבק רבית גם הלוח עובר או לא.

וכתב שם דלהך שיטה דאין הלוח עובר ע"כ צ"ל דמ"מ בלאו דלפני עור עובר. דאל"כ לא מקשה בש"ס הכא מידי עיין שם אך דאכתי קשה כנ"ל וצ"ע: שם אי תקדמיה יונך ליון: עיין בר"ן שהוכיח דמ"ד כן ע"כ סבר כרמי ב"ח לעיל ורב ששת ע"כ סבר כמ"ד ארא.

אכן לכאורה קשה לפי מה שנראה מדברי הרמב"ם (פ' יו"ד מה' עדות) וכמ"ש הכ"מ שם דאימתי דר' יהודה אכל הני דמתני במתניתן קאי א"כ לר"ש דסבר לעיל דאימתי לפרושי מלתא דרבנן אתי איך אפשר לומר דטעמא משום ארא דא"כ למה כשר אם יש לו אומנות שלא הוא ואי סובר דארא גופא הוא משום שאינו עוסק בישובו של עולם

וא"כ גם לדידיה קושית הגמרא במקומה עומדת והיינו משחק בקוביא ולא שייך תירוץ הגמרא כמש"כ הר"ן.

וי"ל דקושית הגמרא לא שייך אלא אם הוא ג"כ מין ממני השחוק אבל אם הוא ארא מכ"מ תני שפיר גם משחק בקוביא אף דחדא טעמא הוא כמו דתני גם אחרני במתניתן אף דבכולן הטעם דאין עוסקים בישובו של עולם מדחילק ר' יהודה בין יש להם אומנות לאין להם לדעת הרמב"ם שאימתי קאי אכל הני דתני במתניתן.

והלח"מ רצה לפרש שם דברי הרמב"ם בדרך אחר אבל לא משמע כן מלשונו: שם ארא משום דרכי שלום בעלמא. ומ"ד ארא סבר דגם משום דרכי שלום מקרי גזלן ופסול אבל ליכא למימר דסבר דארא גזל גמור הוא דהא בברייתא התם קתני גזל משום דרכי שלום הוא והראיה דאל"כ לא מקשו התוס' מידי לקמן בד"ה אי נמי: שם בתוספת ד"ה ההיא ר' יהודה.

והיינו דקאמר ההיא ר' יהודה היא: וא"ל דאכתי מאי מוכיח דלמא לעולם בעלמא סבר ר' יהודה דלא הוי אסמכתא והא דדריש הכא למעט דאין אחד מהם נזיר כיון דקרא ע"כ אתי למעט ספק די"ל דאי אסמכתא קניא בעלמא א"כ הוי כאן כמו ודאי והוי ליה לאוקמא קרא למעט ספק אחר. אכן לפ"ז קשה מאי פריך בנזיר (דף ס"ב) אלא לרבנן דפליגי אר"ט וסברו דכולן נזירים האי כי יפליא מאי עביד ליה דלמא אוקמא ליה ג"כ כר"ט והא דסברו דכולם נזירים משום דסברו הכא דכהאי גוונא לאו אסמכתא הוא דהא גם ר"ט הוי מוקי ליה הכי אי לאו דסבר דאסמכתא היא וכדמוכח בגמרא וא"כ דלמא אכתי קרא דיפליא למעוטי ספק אתי.

וצ"ל דקושית הגמרא שם אליביה דרמי בר חמא אתיא דסבר דלרבנן שפיר הוי אסמכתא ולכן ע"כ לא דרשי יפליא לענין שלא נתנה נזירות אלא להפלאה דא"כ למה אמרו דמספק הם נזירים: שם ע"ב בגמרא סתם רועה פסול: אף דכבר שמעינן כן מהא דחילק רבא בין מגדל דקה לגסה דאי דוקא בדידעינן שרועה בהמות בשדות אחרות מה לי דקה ומה לי גסה מ"מ אשמעינן רב יהודה שפיר דהוא היה תלמיד רב ושמואל וא"כ היה קודם רבא וארבא ודאי לא קשה מה אתי לאשמעינן כיון דכבר אמר ר' יהודה דהא הוא לא להכי נחית רק דזה משתמע ממילא מדבריו: שם בתוס' ד"ה מעיקרא סבר.

דכן הוא האמת: בב"מ שם הקשו על זה והא איכא לאו דלא תגזול ותירצו לעבור עליו בשני לאוין. אכן לכאורה קשה לפי מש"כ בריש פרק איזהו נשך דלכך מוקמינן לאו דלא תגזול באם אינו ענין אעושה שכר שכיר לעבור עליו בב' לאוין ולא אלא תגזול גופא משום דאלא תגזול אין לוקין דניתק לעשה.

פ"י וליכא נפ"מ בב' לאוין ואיך כתבו כאן לעבור עליו בב' לאוין וי"ל דדוקא לענין לא תגזול כתבו שפיר דליכא לאוקמא לענין לאו יתירה דאין לוקין עליו אבל אלא תחמוד שפיר לוקין ושפיר הוי נפ"מ בהאי לאו דלא תחמוד דלא תחמוד ודאי דלא מנותק בוהשיב את הגזילה וגם אי מנותק בו הא אין עשה מנתק ב' לאוין ונשאר הלאו האחד כדאמרין בתמורה (דף ד') ועיין ברמב"ם ריש ה' תמורה.

אכן לכאורה קשה דאכתי אין לוקין אלא תחמוד כדאמרין במכות (דף ט"ז ע"א) דאין לוקין אגזילה כיון דגברא בר תשלומין הוא אין לוקין ומשלמין ובשלמא לפי פ"ה התוס' שם דפרשו דלענין בטלו קאי אתי שפיר דזה לא שייך רק לענין גזילה אבל אלא תחמוד דלא מנותק לוקין שפיר. אכן לפי פ"ה הר"מ הלוי שהביא הריטב"א שם שפ"ה דאין לוקין אגזילה כיון שצריך לשלם א"כ גם משום לא תחמוד אין לוקין מה"ט.

וא"כ אף שי"ל שהתוס' לשיטתם כתבו שפיר לעבור עליו בב' לאוין מ"מ לשיטת ר"מ הלוי קושית התוס' במקומה עומדת. וי"ל דר"מ סובר כתירוץ השני של התוס' דכאן דלפ"ז לא צריך כלל להך תירוצא דלעבור עליו בב' לאוין וזהו שיטת הראב"ד בפ"א מה' גזילה ע"ש דכתב דאין לוקין אלא תחמוד כיון דמשלם ממון ומ"מ ל"ק לדידיה 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 תירוצי התוס' כמובן. ועוד קשה דבב"ק (דף ס"ב ע"א) אמרין בפ"ה דחמסן לא מקרי אלא בלא אמר רוצה אני ובאומר אפילו חמסן לא הוי דמוכח בפ"ה כשיטת הראב"ד ועוד קשה דהרמב"ם (פ"ה מה' עדות) כתב דחמסן דיהיב דמי לא הוי אלא מדרבנן וא"כ סתר 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 מבחוץ לארץ כשרים וזה אפילו בתירוץ התוס' לא מתורץ. ונלענ"ד דודאי 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 מיותר דמדיוקא דרישא שמעינן דסדר התנא הוא כך לומר גם דנשמע מדיוקא דרישא כמו כן תני גם רבא בחוץ לארץ כשרים.

אבל אהא דרועי בהמה גסה מקשו התוס' שפיר כמו דלא תני ליה במתניתן שם כיון דכבר תני הפוך דרישא בהא דאבל מגדלין בסוריא כמו כן גם רבא לא הוי ליה למיתני כיון דאין חדוש בדבר ומשום הפוך דרישא כבר תני בחוץ לארץ כשרין שם דף כ"ו ע"א בגמרא דתנן סאה תרומה: נראה דגרסינן דתניא כי אין זה משנה בשום מקום: שם נחשדו כהנים לשביעית: הא דעובר על עשה דלאכלה ולא להפסד כדאמרין ספ"א דבכורות מקמי האי עשה גופא דשמא יעבור הכהן עלי' וכי ספק זה מוציא מידי ודאי צ"ל דעשה דולא להפסד לא שייך רק אם מפסיד אותן בידים ולא בשמניחו לירקב וליפסד: שם ואי קרו לכו רועי צאן: פ"ה 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 כשרים הם לעדות כמימרא דרבא דלעיל דרועי בהמה גסה כשרים 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 דמיירי בשביעית בזמן הזה: הראב"ד פ"א מה' שמיטה כתב דמיירי במקומות דלא אסור רק מדרבנן ובזה ג"כ מתורץ קושית התוס' אכן דעת הרמב"ם שם נראה דסובר כתירוץ השני של התוס' דכאן ובזה מיושב השגת הראב"ד שם ולכן פירש ארנונא על

חילות המלך שבזה שייך סכנת נפשות כי יהרגוהו אם לא יתן להם די חקם אבל במס לא שייך סכנת נפשות אם לא כמו שנדחקו התוס' לומר דימות בתפיסת המלך אבל הראב"ד שפירש אותו על מס דבזה ליכא פקוח נפשות פירש דאירי בחו"ל: שם ע"ב בגמרא אר"א אר"א הלכה כר' יהודה: מהא דהצריך לפסוק כר' יהודה כיון דליכא מאן דפליג דהא אימתי לפרש בא כדאמרין לעיל מכ"מ הוצרך להשמיענו דלא נימא אימתי לחלוק בא וכמו שסבר רמי בר חמא לעיל: שם דבסתמא מכרזינן ליה: לכאורה קשה לפ"ז מה פריך בב"מ (דף ה' ע"ב) ותיפוק ליה דסתם רועה פסול.

דלמא לכך לא פריך אביי אר"ז הכי דדלמא ידע ר' זירא דאכתי לא אכרזו עלוהי וסובר כמ"ד דצריך הכרזה ולכך לא מקשו אלא מהא דגזלן הוא. וי"ל דהגמרא סובר מדאמרין הכא דבסתמא מכרזינן ליה א"כ למה אמר ר' זירא אם איתא לדרכי חייא הא הדין הוא שצריך 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 כך הוא דאי פנויה היא יכול לבוא אל ביתה בפרהסיא אבל אי מחזיק אותה לאשת איש משום לזות שפתים צריך 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 ניהא ליה: שם בתוס' ד"ה הלכה כר' יהודה.

ודוקא כשמעות שניהם על הדף: דבריהם צל"ע דהא רמי בר חמא ורב 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 דוקא ומשום ישובו של עולם לוקמי כמו רב"ח דטעמא משום אסמכתא ומתניתן איירי בשאינו על הדף אלא על כרחך 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 איכא בינייהו דהכא לאו אסמכתא היא משום דמונח על השלחן ושם לא איירי כן וגם מאי פריך לעיל מברייתא בין שיש לו אומנות לוקמי בשאינו מונח על השולחן אלא ע"כ דגם באינו מונח על השולחן 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 הזמה לענין פסול עדות דין עדים זוממים יש להם שפסולים גם לעדות אחרות ולא דין עדי הכחשה שכשרים לעדות אחרות והכ"מ לא הראה מקומו.

ונ"ל מסוגיא זו ראייה לשיטת הרמב"ם לפי מה דאמרין במכות (דף ג' ע"א) אין עדים זוממים משלמין ממון עד שיזומו שניהם א"כ איך אמרין הכא היכי דאם העידו תרי בחד מיפסל משום עד זומם הא ודאי לא נוכל לקיים בו דין הזמה אף שגם האחר הזומם מכתה אחרת דהא בשעה שהזומם הראשון ה"ל עדות שאין אתה יכול להזימה דאם יזומו המזומים יכולים לומר לא רצינו לחייב העד שהזמנו דהא אין חיוב כשהזומם רק אחד ואנחנו רק אותו הזמנו וכשהזומם העד האחר ג"כ פטור כיון דאין מקיימין בראשון דין



הזמה ובעד אחד אין עושין דין הזמה וא"כ איך קרי ליה עד זומם לענין דין הזמה אלא ע"כ דגם באין מקיימין דין הזמה פסול לעדות משום עד זומם.

וכן מוכח ממה דאמרינן לקמן עד זומם פסול לכל התורה כולה דר"מ רי"א בד"א שהוזם בדיני נפשות וכו' והשתא איך משכחת בהוזם בדיני נפשות שיפסל לשאר עדיות הא מיקטל ובעוד שלא נקטל פשיטא דפסול כיון דעומד למיתה ה"ל עדות שאי אתה יכול להזימו דהא ע"כ כבר נגמר דינו מדקרי ליה עד זומם אלא ע"כ דגם באין עושין דין הזמה מיפסל לעדות כמו עד זומם דעלמא וכמ"ש הרמב"ם: שם ומאי שבועות שבועות דעלמא: י"ל למה לא קאמר דשבועות הוא שבועת העדות ושבעת הפקדון דהא גם שבועת העדות מקרי כפירת ממון כדמוכח מהא דאמרינן בשבועות (דף מ"ד ע"א) ולא מבעיא הני דאית בהו כפירת ממון אלא אפילו שבועת שוא כו' והרי גם שבועת העדות קתני התם אלא 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 שוא.

על העמוד של אבן: לכאורה קשה הא בשבועות (דף כ"ט ע"א) אמרינן דשבועת שוא הוא הרי שנשבע 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 גווני שבועות שוא איכא לשנות את הידוע ולקיים 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 ניכר לג' ב"א עובר משום שבועת שקר וא"כ איירי רש"י הכא בלא ניכר. אכן לא ידעתי מי דחקו לפרש כן: שם בתוספת ד"ה אין לך בו.

היינו ללישנא דפסידא דלקוחות: לכאורה קשה דלפ"ז קושית התוס' לעיל בד"ה רבא במקומו עומד לפי המקשן שהקשה שם לימא רבא דאמר כרב הונא דהא לדידיה ליכא לתרץ דאותן ב' עדות הוי כמו עדות אחת דהא זהו תירוץ התרצן שם. והמקשן אכתי לא הוי ס"ד הכי ובשלמא בלא דברי התוס' דכאן י"ל דהמקשן סבר כהאי לישנא דחדוש הוא ולהאי לישנא בלא"ה לא קשה קושית התוס' דלעיל כמ"ש המהרש"א לעיל בשם התוספת דב"ב אבל לפי מה שתירץ התוס' דהמקשן ע"כ סבר כהאי לישנא דפסידא דלקוחות קשה.

וי"ל דודאי גם המקשן שם כבר אסיק אדעתיה דאותן ב' עדיות הם כמו עדות אחת רק דזה לא אסיק דבאותו עדות מודה רב הונא דפסולין וכמו דמשמע לישנא דגמרא שם דזהו מה שחידש לן בתירוץ: שם בא"ד. משום דאיכא בו חדוש בהתירא: לכאורה זה סותר למה שכתבו במועד קטן (דף ח' ע"א) בד"ה נפקא ליה וזה לשונו וקשה קצת אליבא דר' יהודה כו' ע"ש הרי דכתבו משמע כשהאיסור חדוש אין ללמוד הימנו קולא דמשמע מניה דהאיסור הוא החדוש והכא כתבו דהיתר הוא החדוש.

ועוד קשה דסתרי דברי עצמם שם דכתבו ברישא והחדוש אינו מן האיסור והדר סיימו משמע כשהאיסור חדוש כו' ועוד קשה קושית המהרש"א שם דכתבו אין ללמוד הימנו קולא דהא לאו קולא רצינו למילף אלא חומרא דטעם כעיקר. ולכן נ"ל דפירוש דבריהם

כך הוא דבתחלה הקשו מדרבי יהודה דלמה לא נלמוד קולא משום דהחומרא חדוש ואח"כ כתבו אלא דבאמת מצינו כה"ג גבי בב"ח פירוש דשם לא נלמד חומרא משום דהקולא חדוש וא"כ ה"ה איפכא כשהאיסור חדוש אין ללמוד הימנו קולא ולפ"ז האי משמע שכתבו התוס' לאו אבב"ח דסיימו מניה קאי אלא כללא הוא ודיוקא לעצמו דכמו דאמרינן גבי בב"ח כשההיתר חדוש אין ללמוד איסור הוא הדין ג"כ כשהאיסור חדוש אין ללמוד קולא ולכן א"ש הא דרבי יהודה וגם מה שפירש ריב"א גבי עדים זוממים.

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

ועכשיו שכופר ממון הו"ל נמי רע לבריות: והא דאמרינן התם לא מבעי קאמר הרי דמחלקינן בין שבועת הפקדון לשבועת שוא והרי לפי דברי התוס' אין חילוק דתרווייהו רשע דחמס ורע לשמים ולבריות הוי מ"מ שפיר איכא חדוש טפי בשבועת שוא כיון דאכתי לא עשה מעשה שהוא רע לשמים ורע לבריות ביחד כמו שיהיה אם ישבע לשקר ואעפ"כ לא מהמנינן 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 בפ' משנה זו למה נקט דוקא דודו וכן דודו.

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

א"כ לכתוב קרא כו' הרי דבקרא לא כתיב בפ' רק אבות לבנים שהוא דודו ובנים להדדי שהוא בן דודו ובנים לאבות שהוא אחיו לא כתיב בפ' רק אתי מכח כ"ש ולכן נקטה משנה ראשונה דודו ובן דודו פי' לאותו דודו ובן דודו דכתיב בפ' בקרא מרבינן עוד אותן הראוין ליורשו ולא נקט ג"כ בן אחיו אף דכתיב ג"כ בפ' משום דאתי מכללא דודו כמו דלא חשיב גם במשנה אחרונה חתנו משום דאתי מכלל חמיו וכמו שכתב 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 בעינן ולכן ת"ק ור' יהודה בהא פליגי דר"י סבר דלאחר מיתת אשתו עדיין קרוב הוא ולכן כשיש לו בנים שראוי עדיין ליורשו פסול לו ות"ק סבר דלאו קרוב הוא ולכן אפילו כשראו ליורשו כשר וכן נראה ממש"כ הרמב"ם רפי"ד מה' עדות: שם בגמרא ובנים בעון אבות לא: י"ל בלא האי ברייתא דמייתי ג"כ קשה קראי אהדדי וצריך לתרץ כתירוץ 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 ככתוב וגו' ועיין בר"ן וקרא דפוקד עון אבות איירי בידי שמים.

אבל לאחר דמייתי 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. ובוה אתי שפיר ג"כ הא דמקשה לקמן ולא והכתיב וכשלו איש באחיו איך שייך זה דוקא למה שתירץ כשאוחזין מעשה אבותיהן כו' ליקשי בקיצור קרא דוכשלו אקרא דאיש בחטאו ימותו ועוד למה צריך למייתי הדרשה דכולן ערבים זה בזה לקושיתו כמה דמפרש הקרא איש בעון אחיו ג"כ קשה כן ועוד לתרץ ג"כ כשאוחז מעשה אחיו בידו.

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

דילפינן בעל כאשתו: א"ל למה לו קרא להכי כיון דילפינן דבעל כאשתו א"כ קרובי האם ממילא הם כקרובי האב דהא האם היא כאב די"ל דהא דאמרין דאשה כבעלה אין זה רק לגבי זידה כדאמרין לקמן דאשת חורגו היא כחורגו אבל לא שנאמר שגם קרוביה יחשבו כקרוביו אי לאו דדרשינן לרבות קרובי האם כקרובי האב: שם בד"ה לבדו.

משכחת להו בהדיא בר מבן 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 משכחת להו בהדיא רק מכללא דמתניתן כדאמרין לקמן. וי"ל: שם לא נחשדו.

דכיון דסני ליה: מדברי רש"י כאן ולקמן (דף כ"ט ע"א) בד"ה חד בדיין משמע דדוקא שונא פסול לדון לרבנן ולא אוהב אכן לא כן דעת הרמב"ם (פט"ז מה' עדות) וגם מהתוספות (נדה (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 אמרין במכות (דף ו' סוף ע"ב) מה שנים נמצא א' מהן קרוב או פסול עדותן בטלה אף שלשה כו' ולמה נפסל העדות כשהן ג' הא שם אין עד זומם נהרג בעדות אחיו רק בעדות אחד מן השוק שמעיד עמו ואדרבה אותו עד קרוב לא יכול להועיל רק לפטור שאם לא הוזם עמם כולם אין נהרגין אבל שיועיל לחיוב זה לא משכחת.

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 פריך ממתניתן דב"ב הקודמת: שם אי נמי הם על האבות: לפי מה דדריש רב ור"א לקמן ובנים לרבות דור אחר לא הוי שייך למדריש כן אי הוי כתיב

הם על אבות וצ"ל דא"נ קאי להך שיטה דג' בראשון כשר ולמ"ד פסול קאי התירוץ הראשון דלכתוב וכן על אבות: שם תנהו ענין לקרובי האם: לפי שיטת רש"י במתניתין דלפי משנה ראשונה קרובי האם כשר א"כ ל"ל.

ועיין שם בר"ן. וצ"ל דלדידיה לא חשיב יתורא א"נ משום פסול דהבנים לאחי אמם דראוים ליורשם: שם הני תלתין ותרתין הויין: לפי מה שכתבו התוס' בד"ה מאי חתנו דלפי האי תירוץ חורגו לאו למעוטי בן חורגו וא"כ לימא תלתין וחמשא הויין דהא איכא גם חורגו ובנו וחתנו ובלא"ה י"ל דלא חשיב חורגו כדאמרינן לקמן כיון דהוא לבדו ואין לו בנו וחתנו אבל לפי מה שכתבו התוס' קשה וי"ל כיון דלפי האי שיטה פריך דליתני גם בן בנו א"כ א"ש דלא יכול ליתני חורגו כיון דאין לו בני בנים כמו דלא תני לפי האמת משום דאין לו בנים: שם ברש"י ד"ה ה"ג אלא רב.

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

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

אכן הר"ת שם פ"י 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) דפ"י רש"י וגם התוס' דדוקא הוא וברגל איירי דמוזהר לטהר עצמו. וע' מש"כ בספרי ע"ל ובישוב פסקי הרמב"ם שם: שם דף כ"ט ע"א בגמרא ולא מבקש רעתו ידיננו: צ"ע למה מצרכינן הכא תרי קראי לעדות ולדון ולענין קרוב לית לן אלא חד קרא וילפינן 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 יבושו העדים להודות שבאו להעיד עדות שקר וזה לא שייך במלוה ולוה דהא הם יודעים בלא"ה אם אמת מעידים או לא.

ועוד דלקמן (דף ל' ע"א) תניא בברייתא דר"נ כך היה 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 אתי שפיר מאי דפריך 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 כן דהא מסקינן בחגיגה (דף ד' ע"ב) יש נספה בלא משפט ע"ש.

וכן אמרינן 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 שהודה לו אבל לשון בפנינו הודה משמע שהיה נגד פנינו וידע ממנו אכן מה דאמר ר"י שצריך שיאמר אתם עדי והיינו משום דבלא"ה יכול לומר משטה אני כך זה לכאורה לא נרמז בהאי בפנינו הודה וי"ל דמוכח כן מדלא סגי בשמיעת האדם אלא שיאמר בפניהם והיינו ע"כ למען לא יכול לומר משטה אני כך ולכן ע"כ איירי דאמר אתם עדי דאל"כ אכתי יכול לומר משטה אני כך: שם ע"ב בגמרא לא היו דברים מעולם הוחזק כפרן: לכאורה קשה לפי מה דאמרינן בשבועות (דף מ' ע"ב) אשתמוטי הוא דקא משתמיט ליה ומטעם זה משבעינן ליה לכופר הכל וגם הכופר במלוה כשר לעדות אף שבאו עדים וא"כ מ"ש דהאי דהכא הוחזק כפרן ולא נאמן אפילו בשבועה הא שייך ג"כ האי טעמא דמתירא להודות בפני עדים או ב"ד מה שהודה לו בינו לבין עצמו דאין לו עתה לשלם ואשתמוטי קא משתמיט.

ונ"ל עפ"י מה דאמרינן בב"מ (דף ו' ע"א) אביי אמר חיישינן שמא מלוה ישנה כו' ע"ש בפ"י רש"י הרי דאביי אית ליה דאמרינן מגו דחשוד אממונא חשוד נמי אשבועתא. וא"כ ע"כ פליג אהא דר"נ דמשביעין אותו שבועת היסת כמבואר שם וגם אשתמוטי לא שייך לפי פ"י רש"י שם בד"ה נימא מגו רק במודה במקצת ולא בכופר הכל ולכן אביי לשיטתו סבר שפיר הכא הוחזק כפרן ולא נאמן עוד בשבועה.

אכן דלפ"ז עדיין יקשה דא"כ למה אמרינן ריש פרק כל הנשבעים וכשכנגדו חשוד על השבועה אפילו שבועת הפקדון כו' ול"ל שנשבע לשקר אפקדון גם בלא שבועה יפסל לאביי לשבועה דמגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועה לפי מה דאמר הכא הוחזק כפרן. ולכן נלענ"ד עפ"מ"כ התוס' בשבועות (דף ל"ד ע"ב) בד"ה אתי סהדי וי"ל דהכא דאמר לא עברתי כו' ע"ש.

ועפ"ז גם הכא א"ש דכיון שכפר שהודה לו נעשה כמו שאומר לו אם הייתי מודה לך אני חייב ולכך הוחזק כפרן ומחויב לשלם אבל זה שייך דוקא לענין אותה תביעה אבל לשבועה אחרת כשר 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 ניזל ונהדר ממנ"פ אי ידעו בודאי שהי' חייב להם למה רצו להחזיר ואי ידעו בודאי שלא היה חייב להם מ"ש דברישא לקחו החצי שלא כדין ואחרי שדן ר"ח שלא צריכים היורשין 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 כותבין: לפ"ז הא דדייק רב אשי לעיל (דף ז' ע"א) ש"מ פשרה צריכה קנין כו' ע"ש.

ע"כ כרב אמי כאן ס"ל דלרב אסי גם בג' צריך קנין דהא סבר הכא אין כותבין וא"כ אכתי ליכא חילוק בין ב' לג' וכיון דפסקינן הכא כרב אסי משום דרב עביד כוותיה לכן א"ש הא דלא משגחינן לעיל בראיות רב אשי ופסקינן שם הלכתא דפשרה צריכה קנין: שם בתוספת ד"ה הודה בפני ב'.

וי"ל דלא ניחא ליה דליפשו שטרי: פ"י ולעולם דשטר מתנה הוא דאי שטר מכר הוא מה שייך לומר כסבורים שהם שטרי חוב דהא באמת הוא כן. והכי איכא בפ"י בתוספת בחזקת הבתים שם וא"ל דאכתי 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 בזה 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 מלוה ע"פ בעדים לית ליה קלא ולכן אתי שפיר דהא הכא במלוה איירי דלית לה קלא בעדים בלא שטר: שם דף ל' ע"א בגמרא א"ב לשלומי איהו מנתא בהדיהו: 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 תרווייהו קמסהדי: יש להסתפק אי חייב שבועה על מנה השני משום עדות עד א' דהא ודאי גם לר' יהושע בן קרחה תרווייהו לאו אחד מנה קמסהדי וכדאמרינן בפירוש 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 כשנשבע להכחיש העד אין על מנה אחרת אלא עד אחד וישבע ולא ישלם: שם זה בנה אב כל מקום שנאמר 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' בנין 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 לבנין אב: שם עד דחזו תרווייהו לחד: י"ל למה לא דרשינן הכא דוקא שיראו העדים את המעשה כאחת ולא שיראו זה את זה ושם (במכות דף ו') דרשינן מעד אחד שאפילו העדים צריכים שיראו זה את זה.

וי"ל כיון דקרא דהכא בשבועות העדות כתיב דלא הוי רק גבי תביעת ממון כדאמרינן בשבועות א"כ אכתי לית לן קרא שיראו העדים את המעשה כא' ואוקמינן קרא להכי אבל התם דקרא דלא ימות גבי ד"נ כתיב וא"כ לא מצרכינן שיראו 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 כרבנן דא"כ יקשה רב אדרב דדרש התם עדות מיוחדת ולקמן בשמעתין סבר דהלכה כריב"ק.

וי"ל כיון דלקמן פליגי אמוראי אליביה דרב א"כ י"ל דמר זוטרא ב"ט שם במכות סבר כמ"ד לקמן דרב סובר כרבנן: שם בתוספת ד"ה דלמא רבנן. כדאמר לעיל הודה בפני

שנים: לכאורה קשה מאי ראייה דהא אפילו הודה בפני ג' ולא כנפינהו איהו אמרינן לעיל דלכ"ע לא כתבינן דלא כב"ד חשיבי אלא כעדים כ"ש היכי דלא ישבו כלל לשם ב"ד התם דלא חשיבי כב"ד אבל היכי שהודה בפני ב' וקבלם עליו לב"ד אימא ה"נ דלשמואל כותבין דהא לכל מילי דיניהם דין וי"ל עפמ"ש התוס' לעיל (ד"ה ע"א) ד"ה דן אפילו יחידי דהא דשמואל איירי שדנין בע"כ דאי בדקביל עלייהו אמאי הוי ב"ד חצוף ע"ש.

וכיון שכן שפיר הוכיחו התוס' דע"כ לענין הודאה ליכא הלכה כמותו דאל"כ למה אין כותבין בדלא קנו כיון דגם בדלא קביל נחשבו כב"ד אלא דלפ"ז יקשה אכתי 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 שבא לפנייהם אבל היכי שהכל תלוי בהודאתו יכול לומר לא הודיתי לפניכם אלא לשם עדים ולא לשם ב"ד וכמו שביאר רש"י בד"ה כניפי ויתבי וא"כ גם דעת התוס' צ"ע לפענ"ד דלא הוכיחו מידי מהא דלעיל דהודה בפני שנים: שם ד"ה כל שאין בידו ליכא למימר: פי' לדבריהם דבעדותו מעיד ב' דברים הא' להוציא הממון 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 איכא מגו אבל להכניסו לרשות פלוני לא שייך מגו: שם בד"ה ואם כמוסר.

אין שייך כאן: פי' כיון דלא היה שם אדם נכרי ורק לבניו אומר כן ואף דגם בבניו שייך שלא להשביע את עצמו בפניהם כדאמרינן בסיפא דאם כמערים לא אמר כלום הרי פירש רש"י שהוא מתירא שלא ירבו יציאותיו או שיקחו בחייו וזה לא שייך כמוסר דמסתמא אז הוא שכיב מרע נוטה למות ואינו מתירא אז מזה.

אבל ליכא לפרש כוונת התוס' דלכך אין שייך כאן שלא להשביע כיון דשכיב מרע היה ואמר כמוסר דהא לעיל אמרינן כי קא שכיב אמר פלניא ופלניא מסקי בי זוזי דהוי ודאי ג"כ כמוסר כיון דבשעת מיתה אמר כן ואעפ"כ פטר ר"ח ליורשים מהאי טעמא דאדם עשוי שלא להשביע בניו ואם לא נחלק כיון שלא פירש שם כמה חייב להם לא מקרי כמוסר: שם בד"ה משום דמחזי כשיקרא.

ומשום לא תלך רכיל אין כאן: עיין במהרש"א שהגיה דברי התוס' ודבריו דחוקים לפענ"ד אכן נראה כונת התוס' עפמ"ש הר"ן בשם הירושלמי וזה לשונו וא"ת והיאך אמרו דר"ל לית ליה לא תלך רכיל והא מתניתן היא וא"א ליה לאפלוגי עלה. וי"ל שלא אמרו במשנתנו אלא שלא יחזיק הדין טובה לעצמו בפני הבעל דין שזהו ודאי ענין רכילות אבל כאן שכותבין את הדין לפי תומם אפשר שאין בזה משום לא תלך רכיל דחששא דמחזי כשיקרא עדיפא ליה וכן אמרו בירושלמי עכ"ל.

הרי דכתב ג"כ ממש כלשון התוס' שאין בזה משום לא תלך רכיל וזהו ג"כ כוונת התוס' רק שקיצרו: שם ע"ב בגמרא באקושי הגדה לראיה קמיפלגי: הא דלא קאמר דכ"ע מקשינן הגדה לראיה וקא מיפלגי בפלוגתת ריב"ק ורבנן דא"כ ליפלגי בראיה כמו 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 אבל אי פליגי בקרא וטעמייהו

דרבנן מוהוא עד מנ"ל לחלק בין מטלטלים לקרקע ואפשר דב' תירוציהם 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 דאמרינן אב"א קרא ואב"א סברא ג"כ קשה כקושית התוס' וצ"ל ג"כ כתירוצם שם דאתי קרא להשמיענו הסברא וא"כ לא מוקמינן 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 לאו היינו הודאה אחר הלואה: המהרש"ל ומהרש"א הקשו למה לא קשה כן אמירא דרב בלא רב הונא והמהרש"א השיג על תירוץ מהרש"ל. אכן לפענ"ד גם בתירוצו לא מיושב שפיר כיראה למעיין מתוך דברינו דלקמן ולכן לענ"ד פירוש הגמ' כך דלכאורה קשה אמירא דרב דהודאה אחר הודאה מכ"ש הוא מהודאה אחר הלואה וכיון דזה אפילו עדות אחת איכא וכן איפכא בסיפא הלואה אחר הודאה הוא מכ"ש מהלואה אחר הלואה כיון דאפילו ב' עדות הם וא"כ תרתי בבי דמכ"ש הם לא ליתני כלל.

וזה לפי תירוץ המהרש"א ג"כ במקומו עומד. אכן י"ל איידי דתני ברישא הודאה אחר הלואה תני ג"כ בסיפא הלואה אחר הודאה דדמי ליה דשניהם ב' עדות הם וכן איפכא איידי דצריך למיתני בסיפא הלואה אחר הלואה לאשמעינן 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 שהוזיף בפניו הודאה קמי פלניא וא"כ אותו שמעיד על הלואה מעיד ג"כ על הודאה וא"כ הוי איפכא 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 כלל 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 כן 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 כינוי לרגלים: שם דף ל"א ע"א בגמרא גברא אגברא קא רמית: לפי מאי דאמרינן לקמן (דף מ"א ע"א) דר"ח ע"כ כרבנן דפליגי אר"י בן זכאי וא"כ רבא דסבר אליבי דרב יהודה הכא דבארנקי שחור וארנקי לבן בד"מ דוקא מצטרף אבל לא בדנ"פ ע"כ סבר כריב"ז וא"כ י"ל דה"ל להגמרא למימר לימא כתנאי או כתנאי וע'



לעיל (דף ט' ע"ב) דהובא בגמ' ג"כ פלוגתא דריב"ז ורבנן: שם וא' אומר מנה לבן מצטרפים: ולפ"ז אין בודקין בדיני ממונות בבדיקות כלל אפילו מדאורייתא דלמאי נפ"מ בבדיקות כיון דאפילו הכחשה לא פסיל בהו ולפ"ז הא דקאמר ר' אבהו לקמן (דף נ"ו ע"ב) י' דברים יש בין ד"מ לד"נ ולא חשיב ג"כ הא דאין צריך בדיקה.

י"ל דכרבא ס"ל ולא כנהרדעי אכן לפי מה דמתרץ שם הא איכא אחריתי הא דתניא הוי מצי למימר ג"כ דסבר כנהרדעי ואיכא הך דבדיקה אלא דעדיפא מינה משני: שם במתניתין ראה שמתחייב בדין: פ"ל שב"ד גמרו דינו לחוב. וכן הוא ברמב"ם אכן י"ל ל"ל דגמרו דינו דוקא גם בלא גמרו דינו לא יהיה נאמן כשכבר אמר שאין לו עדים וראיה דהא טעמא דרשב"ג הוא דאמרינן שלא ה"י יודע שיש לו ראיה והרי אין זה שייך בהביא מיד לאחר שאמר אין לו ואפשר דאורחא דמלתא נקיט דמסתמא מביא עדים שכבר ראה שנתחייב: שם ברש"י ד"ה וצירף עדותן כריב"ק: לכאורה צ"ע דהא ריב"ק לא איירי כלל היכי דמכחשי אהדדי ואפשר דבזה גם רבנן דריב"ק מודו דהא לא בעו אלא דחזי תרווייהו כחד מוהוא עד והרי הכא חזו תרווייהו כחד רק דמכחשי אהדדי ומכשירינן לר' יהודה משום דאמרינן דלא דייקו שפיר ובזה אפשר דגם רבנן מודו: שם בתוספת ד"ה שב"ש אומרים.

וי"ל דהיינו דוקא כשהפסול ידוע: וכתירוץ התוס' זה נראה ג"כ שיטת רש"י ורי"ף ורמב"ם דפירשו הא דקאמר רב הונא בשבועות (דף מ"ד) גבי ב' כתי עדים המכחישים זא"ז דזו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמו ומעידה דאתי למעוטי א' מכת זו וא' מכת זו בעדות א' ולא פירשו דאתי למעוטי אפילו להעיד כולם כא' בעדות א' משום דשנים ודאי פסולים הם ולכן משמע דבכה"ג לא מיפסל כיון דאין הפסול ידוע: שם ד"ה ממילא ידעינן.

והכא ליכא למימר: עיין בר"ן שתירץ קושיא זו. ולפענ"ד עוד י"ל דזה ודאי דאי ברישא כשלא הביא בתוך הזמן שקבע לו ב"ד הלכה כחכמים דלא אמרינן שמצא ראיה לאחר זמן אף שלא גלה דעתו בפ"י שאין לו ראיה אלא אמרינן שזייף או שכר עדי שקר כש"כ דבסיפא דאמר בפ"י אין לי דהלכה כחכמים דהרי גלה בפ"י שאין לו ושאפילו ספק אין אצלו וכש"כ דלא חיישינן שמא לא ידע אז ואח"כ נתיידע לו אלא אמרינן דראיתו ועדותו שקר ולפ"ז שפיר הקשה בגמרא דלא לימא רבה בר רב הונא דאין הלכה כרשב"ג דל"ל ג"כ דאי לא הוי אמר אלא חד דהיינו דהלכה כחכמים ה"א דוקא לכתחלה אבל אי עבד כרשב"ג עבד דאל"כ קושית הגמרא דלעיל במקומה עומדת דלא לימא רבה בר רב הונא ברישא רק הלכה כרשב"ג וידענא ממילא דאפילו בדיעבד דאין לומר רק לכתחלה דא"כ לא לימא כלל הלכה כרשב"ג דלכתחלה כבר שמעינן מדאמר בסיפא הלכה כחכמים ולא אמר כן ארישא דיהיה הסיפא כש"כ.

אלא ע"כ הוי ידעינן מדאמר דוקא בסיפא הכי דברישא הלכה כרשב"ג לכתחלה ולמה צריך להשמיענו דהלכה כרשב"ג אלא ע"כ הוי ידעינן דהלכה כרשב"ג אפילו בדיעבד וזה לא הוי ידעינן מדאמר דוקא בסיפא הלכה כחכמים דהוי אמרינן דוקא בסיפא לכתחלה הלכה כחכמים אבל ברישא לכתחילה הלכה כרשב"ג אבל אכתי לא הוי ידעינן דגם בדיעבד הלכה כמותו לכן צ"ל הלכה כרשב"ג ולפ"ז כבר שמעינן מהלכה כרשב"ג

לחוד דאפילו דייעבד א"כ קושית הגמרא דלעיל במקומה עומדת דאין הלכה כחכמים ל"ל אע"כ יהיה מוכח דהאי הלכה כחכמים דסיפא פירושו אפילו בדיעבד ולכן שפיר צריך למיתני תרתי דאי לא הוי תני אלא חד ה"א דוקא לכתחלה הלכה כרשב"ג וכתירוץ הגמרא דהשתא ל"ל דזה כבר שמעינן מהא דאמר אסיפא דהלכה כחכמים מכלל דברי שא אין הלכה כמותם דשפיר ה"א דדוקא בסיפא הלכה כמותם בין לכתחלה בין דייעבד אבל ברישא דוקא לכתחלה אבל דעבד כרשב"ג עבד לכן צריך לומר ברישא דהלכה כרשב"ג לכתחלה ואכתי ה"א דבדיעבד הלכה כחכמים לכן שפיר צ"ל ג"כ דאין הלכה כחכמים הרי עכ"פ מוכח מדאמר ארישא תרתי דהלכה כחכמים דאמר אסיפא פירושו אפילו בדיעבד ולכן פריך שפיר אין הלכה כרשב"ג אסיפא ל"ל.

כן י"ל בדרך חדוד קושית רש"י: שם בתוס' ד"ה הוא דאמר כי האי תנא. ותימא דבחזקת הבתים ולפענ"ד י"ל דנהרדעי ג"כ אליבא דר' יהודה מפרש מילתא דר' יהודה אפילו במנה שחור ומנה לבן.

וכן משמע מדפריך 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 לבן לאשמעינן דאפילו בכהאי גוונא דאיכא חלוק עדות והוי דומיא דהודאה אחר הלואה מצטרפין אלא דע"כ דהגמרא סברה כיון 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 כדרב יהודה ומנ"ל דסבר כרב יהודה דלמא רק כנהרדעי דהא האי בדיוטא עליונה ודאי יותר בגוף העדות הוא ממנה שחור ומנה לבן 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 איך קאמר אליבא דרב יהודה דבמנה שחור ומנה לבן אין מצטרפין הא סבר כר"ש בן אלעזר דלרבא י"ל דלא אמר רב יהודה כן מעולם ונהרדעי דוקא אתנו אליבא דר"י הכי אף דתני שם סתמא אליבא דר"י כן דטובא איכא הכי כדאמרינן לעיל דרב חייא בר אבין ור"א אמר רב הונא פליגי אליבא דרב אי הלכה כריב"ק אי לא ותרוייהו ע"כ פליגי אהא דתני שם סתמא בשם רב דהודאה א"ה והלואה מצטרפי כמובן וכן פליג שם ר' יוסף אליבא דעולא אהא דתני שם סתמא בשם עולא דהלכה כריב"ק בקרקעות דוקא אכן אכתי אנו צריכים לתירוץ התוספת דבלא תירוצם ע"כ סבר רבא כת"ק דרשב"א דבב' כתי עדים פליג וכיון דנהרדעי כרשב"א סברי א"כ הו"ל להש"ס לומר כתנאי: שם ע"ב בגמרא והא אמר רבב"ח אר"י כל 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 כי אתי רב שמואל אר"י דאכתי קשה ארב דימי אלא דקושית הגמרא היה דלפ"ז הוי צריך למימר לרבה בב"ח דלא אמר ר' יוחנן מימרא דרב דימי מעולם וזה היה דחוק להגמרא דבשלמא בזה אפשר דפליגי אמוראי אליבא דחד אמורא אי אמר הכי או הכי אבל שיפלגו אי אמר דבר א' כלל או

לא כזה לא מצינו ולכן מתרץ שפיר דרב שמואל באמת פליג ארב דימי בעיקר מימרא דר"י דלא אמר הכי אלא הכי ולכן רבה בב"ח כרב שמואל ס"ל: שם שלחו ליה למ"ע: פ"א ששלחו מטבריא שהוא בא"י למ"ע שהיה בחו"ל שעוקבן הבבלי קבל בפניהם על ירמיה אחיו שהוא ג"כ בחו"ל ולכן אמרו לו להתפייס עם עוקבן שם בחו"ל דהיינו לדון בפניכם והשיאוהו ויראה פנינו בטבריא דהיינו שעוד בקשנו מכם שתכיפו 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 מייתי לקמן ראייה לר' אלעזר מהא דאמר רב ספרא שנים שנתעצמו בדין דלמא דוקא בשהמלוה איש אלים כדאמר התוקף את חברו בזה קאמר ר' יוחנן דצייתנן 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 וצייתנן למלוה לדון בעירו ומזה ראייה לכאורה לפ"א מהרש"ל: שם ד"ה עוקבן הבבלי.

אבד ממנו דרך בני אדם שסירסו: לכאורה קשה דא"כ איך אמרינן ה"ק אמרו ליה דינו אתון הא אין דנין גזילות וחבלות בח"ל וכיון שסירסו 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 (דף 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 וחבלות קרי ליה נמי קנסות. אך דאכתי קשה אהא דאמר ר"א דיני קנסות הוי דהא גם סתם גמרא סברה כן רק דסברה דיכול לדון בחו"ל עפ"מ"ש לפ"א התוס' הנ"ל וא"כ העיקר מה דפליג ר"א חסר מן הספר ודוחק לומר דרב אשי חידש זה דהפ"א היה שסירסו וסתם גמרא לא סברה כן ולכן פירש"י האחרון יותר מחזור לפענ"ד: שם בתוספת ד"ה אין עליו עדים.

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

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

וכש"כ שאר דיני ממונות: הר"ן הקשה דאיך אפשר לאוקמא כלל בד"מ דהא לא משכחת לעולם הטיה לשנים דאי דג' מסכימין לדעת א' או דמטין עפ"י אחד כיון דג' דיינים מן התורה הוא. ולפענ"ד לא זכיתי להבין קושיתו דא"כ גם לגבי דנ"פ לא משכחת כלל שיהיה הטיה ע"פ שנים דהא כ"ג בעינן.

אכן באמת כבר הקשה כן בגמרא לעיל (דף י"ז ע"א) ותירץ ר' אבהו אי אתה מוצא אלא במוסיפין ודברי הכל כו' עיין שם וזה שייך ג"כ לענין ד"מ דהא גם גבי מוסיפין כדאמרינן לעיל (דף כ"ט ע"א) ולכן שפיר הוצרך רש"י לטעמא דשפיר הוי מצינן לאוקמא לא תהיה אחרי רבים גם לענין ד"מ.

והמהרש"א הקשה על תירוץ רש"י תיפוק ליה דבד"מ לא משכחת זכות וחובה כלל דזכות לזה הוא חוב לזה. וכמ"ש התוס' לעיל בפ"ק ובזה י"ל כיון דודאי דלענין שוה"נ שפיר מצרכינן קרא דלא תטה דשם הוא רק חוב ולא זכות ולכן כיון דבלא"ה מצרכינן קרא דלא תטה כתב רש"י אשאר דיני ממונות הטעם היותר פשוט דאטעם דמה שהוא חוב לזה הוא זכות לזה אכתי הייתי יכול להשיב ע"פ מש"כ הר"ן בסוגין ובשלמא נמי בד"מ דהכל מלמדין זכות כו' ואעפ"י שזכותו של נתבע יותר חשוב שהוא המחזיק והמוציא מחברו עליו הראיה מ"מ לא עדיף כולי האי שלא יוכלו ללמוד זכות וחובה לאיזו שירצה עכ"ל.

הרי שיש סברא לחלק גם בד"מ לענין זכות וחובה וא"כ שפיר הייתי יכול לאוקמא קרא דלרעות אד"מ שלא לחייב הנתבע ע"פ הטיית א' וקרא דאחרי רבים להטות לבטל תביעת התובע ולפטור הנתבע ע"פ א' ולכן כתב רש"י הטעם היותר מבואר דכ"ש הוא משוה"נ שם ד"ה חיישינן שמא אחרוהו. וההיא עצמה טובה קמ"ל: עיין במהרש"א שפי' לידי חשש הזמה דהא הזמה ליכא שמא אחרוהו וכתבוהו.

ולענד"נ לפרש דודאי הזמה ממש משכחת ע"פ מש"כ הרמב"ם (פ"ט מה' עדות) שהיכי שאמרו העדים בפ' לא אחרנו וכתבוהו והוזמו דין עדים זוממין יש להם א"כ שפיר שייך חשש שמא ישאלום אם אחרוהו וכתבוהו במקום א' או אחר זמן הכתוב בשטר והם לא ירעו לדבורם קמא ויאמרו לא ואח"כ יזומו.

וא"ל א"כ מאי פריך בש"ס ואי ס"ד בעינן דו"ח כו' דהא איכא נפ"מ היכא דאמרו עדים שלא אחרוהו דמ"מ אי חיישינן להכחשה דבדיקה גם בלא טענו העדים שלא אחרוהו לא הוי לן ליחוש לזה ואדרבה מזה ראייה לדעת הרמב"ם מדפריך בגמרא ואי ס"ד כו' היכי חיישינן ולא פריך בקיצור למאי נפ"מ כלל בדו"ח דגם אי הוכחשו או הוזמו יש לנו לומר שמא אחרוהו אלא ע"כ היכי דאמרי העדים בפ' לא חיישינן שמא אחרוהו ולכן שפיר נפקא מינה היכי דהעידו על פה ולא ע"י שטר או שאמרו בפ' לא אחרו לכתוב השטר: שם בא"ד.

שלא יביאוהו לידי הזמה: לפי מה שפי' התוס' בגיטין (דף פ') שם דמהיני לשילי יכולים לבוא ביום א' לא שייך בזה חשש הזמה וצ"ל דעצה טובה הוא שלא ישקרו: שם ד"ה דלא שכיחי אינשי. דלא מרעי לשטרייהו שהכל מרננין אחריו: לכאורה צ"ב דלמה לא ניחוש דלמא המלוה היתה באמת בשנת השמטה וא"כ למה לא נאמר שמא אחרוהו דמה

היה להם לעשות דגם אי יכתבו יום ההלואה באמת ג"כ הוא בשנת השמטה וג"כ איכא רנון ואי יכתבו יום שקודם שנת השמטה מתיראים שמא ישמע בב"ד דשטר מוקדם הוא ויפסידו אותו ממנו ולכן נראה דהפי' הוא דלא מרעי לשטרייהו לכתוב מאוחר כיון דבלא"ה איכא רינון על שטר זה משום הלואה דשמטה לכן אין מוסיפין עוד ריעותא שלא לכתוב יום ההלואה באמת: שם בתוספת ד"ה אחד דיני ממונות.

אע"ג דשוין בחקירה: ועיין לעיל (דף ב' ע"ב) דהניחו התוס' (שם בד"ה דברי הכל) קושיא זו בצ"ע. ונלענ"ד לתרץ דלכאורה קשה דלפי מה שהוכיחו שם דלר"א ור"י אתי 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 כתיב דרישה וחקירה גבי עדים זוממין דממון כמש"כ התוס' לעיל (דף ג' סע"א) בד"ה שנאמר וכיון דידעינן כן בחד דין ממון ילפינן כולהו 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' דהוקשו כל דיני נפשות להדדי. ונלענ"ד דודאי דמשפט א' אתי ג"כ להשוות דינים גופייהו והיינו אי מצינו דין א' גבי א' מדיני ממונות ודין זה נוהג בכל דיני נפשות בזה אמרינן שפיר משפט א' יהיה לכם דכמו דלא חלקת בדין זה בין א' מדיני נפשות לאחרינא אלא נוהג בכולהו כמו כן לא תחלוק בין א' מדיני ממונות לאחרינא ונוהג ג"כ בכולהו וזהו הדמיון שכתבו התוס' לעיל לר' אבהו ור"י לענין דבעינן ג' מומחין דכמו דלא חלקת בדיני נפשות דכולהו בעינן לפחות כ"ג מומחין כמו כן לא תחלוק בד"מ וכמו דגלה התורה דבעינן ג' מומחין גבי גזילות וחבלות כמו כן בעינן בכולהו וזהו הדמיון ג"כ לענין דרישה וחקירה כמו דבעינן דו"ח בכל דנ"פ ולא תחלוק בין אותן דכתיב בהו לאותן דלא כתיב בהו כמו כן לא תחלוק בד"מ וא"כ לא אתיא משפט א' אלא להורות דכמו דכל דנ"פ יש להם דין א' כן כל ד"מ אבל לא שילפינן דנ"פ או ד"מ מהדדי וגם לא שילפינן אחד מאידך לענין דבר שלא הוזכר אצלו כלל ובזה מתורצים קושיות הנ"ל גם מה שהקשו התוס' עוד לעיל בד"ה דברי הכל דלר"א ור"י גז"ש דהיטב ל"ל.

עיינן שם: שם בא"ד. לענין מילי דתלו בזכות וחובה: עיין בר"ן שהקשה על זה דאכתי נילף 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 עליה 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 איריא משום דאחרוהו: ופי' מהרש"א דקושיתם היא דע"כ הבריייתא דקאמר שמא אחרוהו לא כוונה לזה דא"כ מאי רבותא משמיטה ע"ש. אך דלפ"ז אכתי יקשה דלמא לכך לא קאמר הבריייתא הכי לאשמעינן דאפילו בשמיטה חיישינן שמא אחרוהו ואי הוי נקיט בכה"ג שהקשו התוס' לא הוי שביעית רבותא כלל אכן י"ל דזה באמת

קושית התוס' כיון דג"כ ס"ל דהוי בכה"ג והשטר כשר א"כ מאי רבותא דשביעית דגם אי לא הוי חיישינן לשמא אחרוהו מ"מ הוי כשר דשמא נעשה בכה"ג שהקשו התוס'.

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

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 וחקירה כלל י"ל דהא לא חיישינן ואמרינן בכ"מ דטעו ישלמו ולא מחלקינן בין טעות שאפשר שיבורר ע"י דו"ח לאשר לא יבורר.

גם מה שהקשה עוד איך שייך קושיא זו דוקא אתירוץ ר"ח בלא ר"ח יקשו ליה אמתניתן וברייתא כן דמכשירין שטר מאוחר גם בזה י"ל שתירץ רש"י במתק לשונו במה שכתב דדלמא אי שבקת להו כו' דהיינו דאמתניתן וברייתא ודאי לא מצינן לכתוב לכתחלה מאוחרין רק אי אירע כן כשר ולכן י"ל דהב"ד היה להם לבדוק בד"וח אם נסתפקו בדבר ולכן אתי שפיר דישלמו אם טעו אבל לבתר דתירץ ר"ח משום נעילת דלת א"כ תקנתא הוא שלא לבדוק כלל וכיון דאנן לא שבקינן לבדוק בד"וח שפיר פריך אלא מעתה 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 היה 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 ללשכת הגזית: צ"ע למה תני בסוף לשכת הגזית הא זה היה קודם לכל התנאים כאשר עוד הי' סנהדרי גדולה במקומה וגם למה צריך לילף זה מצדק צדק הא קרא כתיב וקמת ועלית אל המקום ודוחק לומר דאתי למצוה לדון אצל סנהדרי גדולה אפילו כשיש 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 כי אם אז נראה להם שמסופקים אנחנו באמתת עדותם בזה שייך חשש חסימה אבל לא כשעדיין לא העידו כי אין זה חשד רק התראה בעלמא ולכן לקמן דאיירי שמאיימין קודם שהעידו לא שייך חסימה אבל הכא דאיירי לאחר שהעידו שפיר שייך דא"כ מאי פריך מהא דרשב"א דמסיעין את העדים דמיירי ג"כ קודם שהעידו כמו שפירש רש"י ובשלמא לפי מה שפירש רש"י בסוטה דרשב"א איירי בשכבר העידו ובאין לחקור אותן בד"וח פריך שפיר אבל לפירושו כאן קשה.

וי"ל דהש"ס סברה דאף דלענין חשש דחסימה ע"י חשד מחלקינן בין קודם שהעידו לאחר שהעידו לענין חשש דחסימה ע"י יגיעה שמייגעין העדים אין לחלק בזה: שם ברש"י ד"ה והא קא חמסינן. ויחזרו בהן בתוך כדי דיבור: מדכתב הכי אלמא ס"ל דבעינן שתהא פתיחה זו מועלת ודלא כהתוס' וא"כ לכאורה קשה איך מאמינן להו אם יחזרו בעדותן והא עושין עצמן רשעים באמרם שהעידו שקר ואין אדם משים עצמו רשע

ובמכות (דף ג' ע"א) אהא דאמרינן שם העדנו והוזמנו כתב רש"י גופא דאין זה מרשיע את עצמו כיון דאינן אומרים רק דהרשיעום ב"ד וזה לא שייך הכא.

גם מש"כ הריטב"א שם אהא דאומר עדות שקר העדתי דלא מקרי זה אין אדם משים עצמו רשע דפלגינן דבורא ומאמינים לו לענין ממון לא שייך כאן דהא הכא לענין עדות נפשות איירי ואיך שייך בזה פלגינן דבורא. וי"ל כיון דמבטלים עדותם תוך כדי דיבור לא מקרי רשעות כלל מה שהעידו תחלה עדות שקר דלא נקרא עליו שם עדות כלל מאחר שמבטלים אותו: שם בתוספת ד"ה הכי אמר להו.

הא מי יימר כדאמריתו טפי מתוך כדי דיבור: היינו לפי מ"ד בב"ק (דף צ"ג ע"ב) ובשאר דוכתי דשאלת שלום דרב לתלמיד הוא שיעור של כדי דיבור דלמ"ד שם כדי שאילת תלמיד לרב דהיינו שיאמר שלום עליך רבי ומורי מי יימר לא הוי יותר כדי דיבור או אפשר דהתוס' סברי דמי יימר לחוד לא סגי אלא צריכין למימר להו מהו החשד דהיינו שמא בעצה באתם וכמ"ש רש"י וזה הוי יותר מכדי דיבור: שם דף ל"ג ע"א בגמרא ר"ח אמר כאן שנטל ונתן: א"ל לפי מש"כ התוס' בד"ה השתא דר"ט ע"כ לא האכילו בידים לכלבים וכן כתב רש"י א"כ למה מקשה דוקא לר"ש ממתניתין דבכורות גם לר"ח יקשה כן כיון דלדידיה בלא נשא ונתן ביד הדין חוזר וא"כ לימא ר"ע לר"ט טועה אתה והדין חוזר כיון דלא נתת ביד וכמו שהוכיח הרא"ש בשמעתין מכח קושיא זו נגד פירוש הרי"ף מדלא מקשה בגמרא אר"י ור"נ כן.

וי"ל דבשלמא הרא"ש הוכיח שפיר דלמה נטר המקשן להקשות עד תירוץ ר"ש ולא מקשה אתירוץ ר"נ ור"י המוקדמין אבל השתא שתירץ חזא ועוד קאמר א"ש דלא מקשה אר"ח דגם עליו שייך תירוץ זה. ועוד י"ל דאר"ח לא היה יכול להקשות כן דהוי קשה כקושית הגמרא הרי האכילה לכלבים וליתא דתיהדר דבזה לא שייך כתירוץ הגמרא דזה שייך דוקא לענין טעה בדבר משנה ותירוץ ראשון נראה עיקר: שם כאן שלא נטל ונשא ביד: לכאורה קשה לפ"ז איך בעי לאוקמא שם בבכורות (דף כ"ח) מתניתין דדן את הדין כר"מ דאיירי בלא נטל ונתן ביד דא"כ קושית הגמרא דכאן במקומה עומדת דקשה מתניתין דשם אמתניתין דהכא דהא לפי אוקימתא זו מתניתין דשם איירי בלא נטל ונתן ביד.

ואי לפי האוקימתא שם סבר המקשן אחד משאר תירוצי הגמרא דכאן גם לפי האמת נימא כן ולמה מתרץ ר"ח תירוץ 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 בפרק עד כמה: ובכורות שם הקשו התוספת דאכתי תנן סתמא דבכור שנשחט ע"פ חכם כר"מ דלענין זה לא שייך תירוץ הגמרא דנתן ונשא ביד ע"ש שהניחו בתימה ולפ"ז י"ל דחזא קושיא מתורצת בחברתה.

דלכאורה י"ל למה דחק הגמרא לאוקמא סתם מתניתין דשם דלא כר"מ עד דמקשה לימא תנן סתמא הא אמרינן לקמן (דף כ"ג) דסתם מתניתין ר"מ וגם כבר אשכחינן סתמא כר"מ כמבואר בב"ק שם. אבל י"ל דקושית הגמרא שם היא באמת קושית התוס' דכאן דאיך אפשר לאוקמא כר"מ הא לר"מ לא משכחת כלל דטיהר את הטמא מה שעשה עשוי והיינו דמקשה שם לימא תנן סתמא כר"מ לענין דינא דגרמי והרי מתניתין ע"כ לא

אתיא כוותיה ולכן לא מקשה ארישא דמתניתן אבכור דבזה באמת י"ל דאתיא כר"מ: ] שם בא"ד.

וי"ל כיון דעל פי חכם: הט"ז בי"ד (ס"א צ"ט) כתב להביא ראייה מהתוס' דבכורות (דף כ"ג) דאפילו למ"ד קנסינן שוגג אטו מזיד מודה באומר שמותר לבטל שזה עדיף משוגג ומותר ע"ש. אכן לפי הנראה מהתוס' שם לא כתבו רק דדינו כשוגג ולא דעדיף מיניה וצריכים לאשמעינן כן משום דאיכא מ"ד דאומר מותר קרוב למזיד הוא (בפרק ב' דמכות) אבל לא דעדיף מיניה.

אכן מדברי תוס' דכאן לכאורה יש ראייה לדבריו דהיכי דהתיר לו חכם ועשה ג"כ ע"פ חכם דמי קצת לאומר מותר: שם ד"ה כאן במומחה. אמאי לא הוי חוזר: פ"א אמאי לא הוי חוזר ויפטר מלשלם ולמה חייבו ר"י לשלם בלא קבל דמדלא חוזר לחוד לא יקשה דהא אפשר לאוקמא באין שם גדול ממנו שמחזיר דבריו דמה שחייבו ר"י לשלם זה לא מקרי מחזיר דבריו דאל"כ יקשה גם לר"נ ור"י מה שהקשה בש"ס לקמן לר"ש ממתניתן דהלכה חמורך טרפון וכמו שהקשה המהרש"א אלא ע"כ דיש שם גדול שמחזיר דבריו לא איירי רק היכי שביטל הדין אבל אי הורה לו רק שטעה ולא ביטל הדין בפני בעלי דינים לא: שם השתא נמי.

נימא כיון דאלו לא ערבן הוי הדר: לכאורה קשה הא לא אמרינן דהוי הדר אלא משום דטועה בדבר משנה חוזר דהא מדלא אמר ר"ע הכי רצתה הגמרא להוכיח דטועה בדבר משנה אינו חוזר והרי מתניתן דשם אוקי ר"ש בטעה בשיקול הדעת ובזה לא הוי הדר ומה שייך להקשות כן. אכן לק"מ דודאי בש"ס קאמרינן שפיר באסר את המותר בטעה בשקול הדעת לא חזר דינא רק נשאר באיסורו אבל שם בטיהר את הטמא ודאי גם בטעה בשיקול הדעת חזר הדין דודאי לא נטהר את הטמא מפני שטיהר זה בטעות והרי מטעם זה צריכים התוס' לעיל לאוקמא בעירב עם פירותיו הטהורים ואהא מקשו שפיר כיון דאלו עדיין לא עירב לא אפסדה מידי דהדר הדין ונשארו הפירות בטומאתן א"כ השתא שעירבם לו לאו מידי חסרם: שם בא"ד.

וי"ל דסוגיא דהכא כרבנן: לכאורה קשה לפ"ז מאי פריך בש"ס אר"ש למה לא אמר ר"ע לר"ט טועה בדבר משנה אתה ודלמא סבר ר"ע כר"מ דזן דינא דגרמי וא"כ כיון דליכא דליהדר חייב לשלם כיון דגרם לו היזק ע"י שאסרו ועיין במהרי"ט שפירש דברי התוס' היטב. אכן זה גם לפי פירושו לא אתיא שפיר ומזה ראייה לכאורה לשיטת הרי"ף הביאה גם הר"ן בשמעתן דדיין דטעה לא דיינינן גביה דינא דגרמי אפילו לר"מ כיון דגמיר וסביר א"כ מה שטעה לביה אנסי' עיין שם.

דלפ"ז א"ש הא דפריך לר"ש דבהאי גוונא גם ר"מ מודה דלא דיינינן דינא דגרמי: שם ע"ב בגמרא משום חובתא דגואל הדם קטלינן ליה להאי: אין לפרש דלכך לא אמרינן הכי כיון דחיובא דגואל הדם קילא טובא מחיובא דידיה דהכא ע"כ צ"ל כיון דכולהו י' דברים דחשיב במתניתן שבין דיני ממונות לדיני נפשות הטעם משום דבדנ"פ תליא בזכות וחובה מה שלא שייך בד"מ וכמ"ש התוס' ריש פירקן א"כ ע"כ חובה דגואל הדם לא דמי לחוב של רוצח דאל"כ ישוה דין רוצח לד"מ אבל מ"מ הכא בגמרא ע"כ הפירוש דמאי חזית לחייב זה שלא כדין כדי שלא לחייב הגואל הדם כדין דהא אם רצו להחזיר



ע"כ דידעו דטעו ולמה לא יחזירו לזכות את הזכאי ולחייב את החייב דאל"כ אכתי יקשה דלוקמא כגון שעדים העידו על אחד או ב' שעברו עבירה שחייבים עליה מיתה והוזמו ונגמר דינן למיתה ועתה ראו ב"ד שטעו בדין כגון 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 שייך קושית הגמרא דמשום חובתא דהאי קטלינן להאי דבהא בכה"ג דין חיובם שוה אלא ודאי כדאמרין דהקושיא היא דלא נחייב את הזכאי שלא לחייב את החייב וזה שייך גם בכה"ג: שם טימא את הטהור דאגעי ביה שרץ: לכאורה קשה דאיך שייך זה לפי תירוץ רבינא גם לפי מאי דס"ד מעיקרא אליבא דר"ח דהיינו כמו שסובר סתם גמרא אליביה דזיכה את החייב מקרי נשא ונתן ביד כיון דא"ל פטור אתה ג"כ ע"כ צריך לאוקמא טימא את הטהור וטיהר את הטמא בכה"ג דמוקמא ליה רבינא וא"כ איך שייך זה דוקא לתירץ רבינא ובשלמא לענין טימא את הטהור שפיר י"ל דלפי אוקימתא דגמרא לא צריכא לאוקמיה בנגע ביה שרץ כיון דבטעה בשיקול הדעת איירי דאין הדין חוזר.

וא"כ האי טעמא גופא דאמרין לענין זיכה את החייב דמקרי נשא ונתן ביד כיון דמה שהפסידו היה ע"י דבורו שפסק הדין משא"כ לענין חייב את הזכאי דההפסד בא ע"י הנתבע ששילם שלא כדין האי טעמא גופא שייך ג"כ לענין 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 דישראלם מביתו כמו שנטל ונתן ביד ולכן דוקא רבינא דרצה לתרץ לענין זיכה החייב דהפסד שבא ע"י דבורו לא מקרי נטל ונתן ביד ואוקי בנטל המשכון גם לענין טימא את הטהור צריך לאוקמא באגע ביה שרץ שהוא ג"כ ע"י מעשה ממש.

אבל אכתי קשה לענין טיהר את הטמא איך שייך זה לפי תירוץ רבינא דע"כ גם לפי אוקימתא קמייתא דר"ח צריך לאוקמא בעירבן הדיין עם פירותיו דאי בעירבן 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 כיון דע"י דבורו לא בא ההפרש 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 הדיין לשלם אלא ע"כ דאסירי גם לפי אוקימתא דסתם גמרא אליבא דר"ח בעירבן הדיין עם פירותיו ואיך שייך זה דוקא לתירוץ רבינא ואפשר לומר דבאמת לא שייך זה לתירוץ רבינא רק הגמרא בתחלה מפרש האי דזיכה את החייב דתני במתניתן דבכורות ברישא עד דסלקי ליה בקושיא ורבינא מתרץ לה דאיירי בנטל משכון ואח"כ מסיים ג"כ פירושא דאחריןא 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 דאיך שייך זה לגבי טיהר את הטמא ועוד אמאי משלם עיין שם. כיון דזה ברור מדלא הקשו התוס' ג"כ מטימא את הטהור דבזה אעפ"י שידעין בבירור שטעה מ"מ כיון שטעותו בשיקול הדעת הוא אזלינן להחמיר ונשאר בטומאתו כדין חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר וכן מוכח ג"כ מהא דאמרין בגמרא לעיל דאי

טעה בדבר משנה אינו חוזר אף אי הפרה שטירף ר"ט בטעות לפנינו לא היתה מותרת עוד רק שהתוס' הקשו דזה ודאי שלא יועיל טעותו להקל לטהר את הטמא ידוע.

אכן לפ"ז אם ע"י שטיהר את הטמא יצא לנו חומרא מצד אחר ודאי דצריכין להחמיר כיון שהחכם החמיר אף שהיה בטעות וכמו בטימא את הטהור וצריכים לשמור בו חומרת הטהור וחומרת הטמא וכמו שהדין בכמה ספקים דמספק נחמיר חומרת ב' הצדדים וידוע מה דאמרינן בכמה מקומות בש"ס דתרומה טהורה נתנה לאכילה שתיה וסיכה שהם הנאת הגוף דוקא 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 טמאה ודאית ותשרף ע"ש.

ולפ"ז זה שטהר את התרומה טמאה שהיתה ראוי מקודם לכן להסיקה תחת תבשילו או אם היה שמן להדליק בו את הנר ע"י שטהר אותה אסר תשמישים אלו דאסורין בתרומה טהורה כיון שאינם הנאות גופניים כאכילה וסיכה וא"כ השתא שנודע שטעה לא יותר עוד לשריפה כיון שכבר אסר וכמו באסר את המותר כנ"ל וגם לאכילה אינו מותר כיון דבאמת טמא הוא וא"כ ע"כ צריך להניח אותה עד שתפסיד וכמו בנטמא מספק אם לא תטמא טמאה אחרת מעצמה וא"כ הפסיד לבעלים במה שטהר מה שהיתה שוה התרומה להדלקת הנר או להיסק וזה מה דקאמר במתניתן מה שעשה עשוי היינו דנשארה בטהרתה לחומרא ומאי דאפסיד ישלם מביתו כן היה הפירוש דמתניתן מקמי דאסיק דאיירי בנטו"נ ביד ומתורצים קושיות התוס' וא"כ לא צריכא לתירוצם דהוי ס"ד דאיירי בעירבן בעה"ב ומתורצים בזה הג' קושיות שהקשו על תירוצם בזה בשמעתיך 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 אוקימתא דסתם גמרא אליבא דר"ח בלא"ה א"ש דכמו בזיכה את החייב כיון דע"י דיבורו גרים ההפסד דינו כמו בנטו"נ ביד וחייב לשלם כמו כן ג"כ לענין טימא את הטהור וטיהר את הטמא דבשניהם הוא גרים ההפסד ע"י טעותו ולא ע"י הבעלים ולכן חייב לשלם כמו בנטו"נ ביד אבל לפי אוקימתא דרבינא דדיבור לא מקרי נטו"נ ביד אף שע"י נעשה ההפסד גם הא דטיהר את הטמא וטימא את הטהור צריך לאוקמא ע"י מעשה ממש ואתי שפיר: שם ת"ל צדיק אל תהרוג: לכאורה קשה כיון דע"כ מן הדין בלא שום קרא אמרינן דמחזירין בין לזכות בין לחובה.

דהא אמרינן הכא בד"מ בלא שום דרשה א"כ ל"ל קרא דנקי אל תהרוג שמחזירין לזכות מה"ת דלא יחזיר כיון 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 כתיב רק צדיק אל תהרוג לא הוי מוקמינן לנצטדק בדין אלא אשלא חטא דהיינו נגמר דינו לחובה שמחזירין זכות אבל אכתי לא הוי ידעינן שאין מחזירין לחובה כיון דבלא קרא מחזירין כמו בד"מ דזה אינו דע"כ לא מוקמינן להכי דא"כ לא לכתוב גם צדיק אל תהרוג דהא בלא קרא ג"כ ידעינן שמחזירין וי"ל דאי לא הוי כתיב רק צדיק אל תהרוג באמת הוי מוקמינן למחזירין לזכות וה"א באמת דבלא

קרא אין מחזירין כיון שכבר נפסק הדין וגם בד"מ אין מחזירין ולכן מצרכינן קרא דמחזירין לזכות.

ולכן כתיב נקי ג"כ וא"כ צדיק ע"כ אתי להורות שאין מחזירין לחובה וכיון דמצרכינן קרא להכי ע"כ מוכח דבלא קרא ה"א דמחזירין וכיון דאפילו לחובה מחזירין בדנ"פ בלא קרא כש"כ דמחזירין בד"מ וא"ש דמצרכינן ב' קראי: שם מכי הרג תהרגנו: לרב כהנא קרא דלא תחמול לא מיותר הוא דנדרוש עוד לענין שמסית אין צריך התראה לקמן (דף ס"ד ע"א) ולענין דברים אחרים ולרב שימי ב"א הרוג תהרגנו לא מיותר דסבר כמ"ד דברה תורה כלשון בני"א.

ועיין מש"כ התוס' במנחות (דף י"ז ע"ב): שם אתיא רוצח רוצח אתיא רשע רשע: קשה כיון דאין גז"ש למחצה א"כ למה ילפינן מגז"ש דוקא הך דינא דמחזירין לזכות ולא לחובה ולא ג"כ לענין שאר דברים שבין ד"מ לדנ"פ שהוזכרו במתניתן והרי בגמרא לא הוזכר זה רק לענין הך דינא. ונלע"ד דגז"ש דרוצח ורשע לא שייך אלא לאחר גמר דין דגלות ודמלקות או לענין גמר דין כי קודם שנגמר דינו לגלות או למלקות לא איקרי רוצח ולא רשע ולא נכלל זה כלל בהגז"ש.

ולכן לענין שסותרין מחובה לזכות דהיינו אחר שכבר נעשה רוצח ורשע או שאין סותרין מזכות לחובה דהיינו לגמור דינו לחובה ולעשותו רוצח ורשע זה שפיר ילפינן בגז"ש דכמו שלא נעשה רשע לענין ד"נ אלא היכי דנגמר דינו מתחלה לחוב כמו כן לענין מלקות אבל בכל הני דמתניתן שהם קודם גמר דין ולא שייכי כלל לענין רשע ורוצח ואף דגומרין ביום וגומרים ביום של אחריו הוא ג"כ לענין גמר דין מכ"מ לא שייך בהו גז"ש דרשע ורוצח דלענין גומרין ביום לא שייך כן דהא אכתי לא ידעינן אם יהיה זכאי או חייב וכיון דלא איירינן מגמר דין דרוצח ודרשע לא שייך למילף כן בגז"ש.

ולענין גומרים ביום שלאחריו לחובה ג"כ ליכא למילף בגז"ש דהא עיקר דרשה גבי דנ"פ גופא לא אתיא אלא מקרא דישעיה ואיך שייך למילף זה בגז"ש ולכן א"ש דכל הנהו דמתניתן לא ילפינן בגז"ש רק האי דמחזירין לזכות ולא לחובה. ובזה א"ש ויתורצו 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 אליביה קיימי אבל אביי דיליף לעיל (דף י') דמלקות בכ"ג מגז"ש דרשע ע"כ דסובר דל"ד בעינן שיהיה רשע אלא כיון דאשכחן דחייב מלקות מקרי רשע א"כ דין מלקות מקרי דין דרשע ולכן מה שקודם גמר דין ג"כ ילפינן בגז"ש אליביה ולכן פליג רבא לעיל ויליף מלקות בכ"ג ממלקות תחת מיתה עומדת דלענין מה שקודם גמ"ד לא יליף בגז"ש אבל לענין לאחר גמ"ד ג"כ יליף גז"ש ולכן לא קשיא אליביה מברייתא דכאן וגם א"ש אליביה הא דילפינן שדין עדים זוממין אינו רק אחר שנגמר הדין מגז"ש זו במכות (דף ה') דבה"ג מודה וגם הא דדרשינן בב"ק (דף פ"ו ע"ב) מגז"ש זו דסומא אינו נלקה ואינו נהרג אתי ג"כ שפיר אליביה דהוא לאחר גמר דין.

אבל במכות (דף ה' ע"א) לענין אין משלשין במכות שהוא קודם גמ"ד דהיינו אם נגמר דינו ואכתי לאו רשע הוא זה לא שייך למילף מגז"ש לרבא ולכן פליג שם ויליף מכאשר זמם וכיון דלאביי ילפינן מרשע כל דיני מלקות ולרבא דוקא מה שהוא לאחר גמר דין שאז נקרא רשע באמת א"כ א"ש ג"כ מה דפליגי לענין חייבי מלקות שוגגין דלאביי הוי בכלל גז"ש ולרבא לא הוי בכלל כיון דלא נקרא רשע באמת דשוגג הוא אבל לאביי עכ"פ דין מלקות הוי ולכן שפיר מצריך רבא שם בכתובות גז"ש דמכה מכה וגם ר"י סבא בעינן גז"ש דרשע ורוצח כרבא וגם א"ש הא דמצרכינן כדי רשעתו ולא ילפינן בגז"ש דרשע דאליבא דרבא ור' יוחנן אזלא הש"ס שם וכמו שהוא ג"כ לפי תירוץ התוס': שם בא' מן התלמידי' ודברי הכל: קשה אם הוי ד"ה מאן לימא לן דלר' יוסי בר"י תלמיד אינו מלמד חובה כיון דלדידיה קרא דלא יענה למות גבי עדים כתיב דהא גם לרבנן שני לן בין עדים לתלמידים.

וי"ל דהסברא דמחלקי רבנן הוא משום נוגע בעדות ובזה ודאי יש חילוק בין עדים לתלמידים אבל לר"י בר"י כיון דסובר דעדים מלמדין זכות א"כ לית ליה האי סברא דנוגע וא"כ הא דאין מלמדין חובה ע"כ משום והצילו העדים דמהדרינן אזכותא ובזה ליכא לחלק בין עד לתלמיד דכיון דעד אין מלמד ה"ה תלמיד: שם בתוספת ד"ה שעירבן.

וגבי חכם בעל הוראה אין לפטור מטעם: עיין בגיטין (דף נ"ג) שכתבו התוס' טעם אחר בזה דמסתמא אחרים הודיעו לו טעותו ולא שייך בזה כדי שיודיעוהו: שם ד"ה אתיא רשע. וי"ל דרבא אית ליה גז"ש: עיין במהר"ם ובמכ"ה נעלמו ממנו דברי התוס' בב"ק (דף פ"ו ע"ב) דשם הקשו הם גופא קושייתו ולא תירצו כתירוצו: שם בד"ה טעה בנואף.

או שיתיר עצמו למיתה: צ"ע דאיך שייך חזרה לחוב בזה דהא באמת בענין שיתיר עצמו למיתה לקמן (דף מ"א) וליכא מאן דפליג ואפשר דבחבר קמיירי דלא בעי שיתיר עצמו למיתה כמ"ש התוס' שם: שם בא"ד. וי"ל דמבעי ליה: לפי זה הא דקאמר בגמרא ה"ד אין חוזרין ומפרש בשלא כדרכה ה"ה דהוי מצוי לפרש ג"כ בכה"ג שהקשו התוספת אלא דרצה לפרש טעות שהוא משום גוף הדבר שחטא בה ולא מה ששייך לענין עונש דוקא.

ובזה אתי שפיר מה שקשה לכאורה אתירוץ הר"ן שתירץ על קושית התוס' לקמן בד"ה שטעו דדוקא לענין שלא כדרכה בא"א לא מודו הצדוקים מדכתיב לא תתן שכבתך לזרע ע"ש. ולפ"ז אכתי יקשה קושית הגמרא ה"ד שלא כדרכה לענין שאר עריות דהא אין מחזירין לחובה סתמא קתני במתניתן וכולי עריות נמי במשמע.

אכן לפי הנ"ל א"ש דהא משכחת בכה"ג שכתבו התוס': שם ד"ה אחד מן התלמודים. תימה כו' והדר אמר טעמא: ביישוב קושית התוס' י"ל ע"פ מה שפירש רש"י לעיל (דף י"ז) כי לפענ"ד לא פירש כפירוש התוס' דכאן דכתיב שם בד"ה ואי אמר טעמא דמראה פנים לזכות וחובה ומשום הכי מספקא ליה עכ"ל.

והרי לפי פירוש התוס' בהאי אי אמר טעמא הפירוש דחזר מספקי ורצה להחליט לזכות או לחובה. ולכן נראה דרש"י סבר כך פירוש הגמ' דזה מבואר משמעתיך דלקמן דהמזכין וכן המחייבין צריכין ליתן טעם לדבריהם דשנים שאין להם אלא טעם אחד לא יחשבו אלא לאחד למנין הדיינים והנה אינו יודע שייך 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 שמעינן מיניה כמו טעם המזכין והמחייבים וא"כ הוא דיין כשאר הדיינים ולא הוי בתחלת הדין ב"ד שקול רק בגמר דין קמ"ל ר"א דאי אמר טעמא למה אמר א"י לא שמעינן מניה דנחשב כמאן דליתא ולכן תחלת 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 שמעינן מהתם אלא שאין שואלין לטעם מי שאמר איני יודע אבל אם רצה לחזור ולהחליט לזכות או לחיוב זה ודאי יכול כמו תלמיד דהכא. ולכן לפי פירוש רש"י שם מתורץ קושית 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 שמעינן 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 שמעינן ליה נמצא שאחר שהוסיפו אינן 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 כפירוש התוס' דהפירוש אי אמר טעמא לא שמעינן 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 דאיך יחשב עוד למנין הדיינים וגם איך יכול לחזור מדבריו עוד.

אבל הרמב"ם נראה שסובר כפירוש"י דכן מוכח ממה שכתב שם (פ"ט ה"ג) כל מי שאמר א"י אינו צריך לתת טעם לדבריו כו' כדרך שמראה המזכה כו' והמחייב כו' עיין שם. והכס"מ לא הראה מקומו שם מניין לו זה ולכן נראה דמפרש כפירוש 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 כן פירוש הגמרא נגד פירוש הראב"ד הרי בפירוש שהרמב"ם פירש כפירוש 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 וחלט 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 הוצרכו לתירוצם.

אכן אכתי קושיתם לשיטת הראב"ד במקומה עומדת כיון דהוא פירש ג"כ שאינו יכול לחזור עוד כפירוש התוס' כנ"ל א"כ לא שייך מה שתירצנו לפירוש רש"י ורמב"ם. וגם תירוץ התוס' לא שייך כיון דהוא 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 והרי אחד מן התלמידים יוכל לענות בד"מ.

ונראה שהראב"ד סובר כפירוש היש סוברים שהביא הר"ן בשמעתין דהכל מלמדים זכות וחובה דקתני במתניתן 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 קאמרינן רק שלא נחשב דעתו עוד לענין מנין אם יחזור ולא שמשתקין אותו.

אבל דעת הרמב"ם בפ"י מהל' סנהדרין היא דלענין מנין קאמרינן. 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 שתירצנו 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 אכתי 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 שנאמר דלענין זה לא נחשב לדיין רק לתלמיד שיכול ג"כ לענות לזכות ולא לחובה ולכן הוכיחו הרמב"ם ורש"י כפירושם וממילא ל"ק קושית התוס' וכנ"ל.

ועיין עוד מה שכתבתי לקמן בזה: שם דף ל"ד ע"א בגמרא ולטעמיך למחרת משא ומתן מי ליכא: האי ולטעמיך צ"ב דאינו כשאר ולטעמיך שבש"ס שפירשו שאף לפי שיטתך קשה קושיא א' והרי הכא לק"מ וגם למה פשוט לו כ"כ דלמא באמת משא ומתן ליכא. ונ"ל עפ"מ ש"כ הר"ן דמאן דפליג ארב דהיינו המקשן 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 לכך היו כותבים דברי המזכים כדי לידע אם טעה בדבר שהצדוקים מודים בו והשתא א"ש דשפיר מוכח דהיה למחרת משא ומתן כיון דהלנת לילה היה לאותן שחייבו שמא ימצאו טעם לזכות כדלקמן במתניתן וכיון דכן ע"כ היו צריכים ביום שני לשמוע טעם אותן שחזרו ולכתוב טעמם לראות שלא טעו בדבר שהצדוקים מודים בו וזה דקאמר ולטעמיך דאת סבר שלא היה ביום שני רק גמר דין דהיינו למנות דעות המזכים והמחייבים ולא לישא וליתן עוד בדיני' למחרת מו"מ מי ליכא פירוש הא ע"כ איכא דאל"כ הלנה ל"ל וכיון דע"כ מו"מ איכא א"כ כי קתני בשעת מו"מ: שם ונימא אלו הוי קיים הוי הדר ביה: מסוגיא זו הוכיחו הרמב"ן והר"ן לעיל דהא דאמרינן דאחד מן התלמידים מלמד זכות ואין מלמד חובה פירוש שהוא נמנה עם שאר הדיינים לענין מנין וכמו שכתב גם רש"י בד"ה רואין אותו לענין מנין 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 ואליבא דר"י הא שפיר משכחת עוד אליבא דד"ה בלא מוסיפין כגון שאחד מן התלמידים זיכה ונמנה עם הדיינים שהיו כ"ג ונעשו כ"ד ועכשיו איכא י"ג מחייבין וי"א מזכין ואיכא הטיה ע"פ ב'.

והיה נלענ"ד דהא דאמרינן דאותו תלמיד אינו יורד משם לעולם ודאי אין הפירוש שיאמר בכל דין שיבא לפני ב"ד דעתו כאחד מן הדיינים דהא ב"ד של כ"ג בעינן ובלא הוא כבר הם כ"ג אלא ודאי הפירוש דוקא שיושב בשורת הדיינים ולא שיענה עמהם בשאר דינים שיבא לפניהם רק בדין זה כיון שכבר ענה נחשב דעתו ג"כ לענין מנין ולכן הדין נותן שלא יחשב עם מנין הדיינים אלא אם דעתו הכריע או לזכות כגון שי"א מזכין וי"א מחייבין ואחד אמר איני יודע והועילה דעתו להכריע לזכות או שלא לחייב כגון שי"ב מחייבין וי' מזכין ואחד אמר א"י והוסיפו ב' כדינו ועתה נחלקו השנים שהוסיפו ואמר אחד לזכות ואחד לחוב והוי י"ג מחייבים וי"א מזכים ואי לאו דעת התלמיד היה נגמר הדין לחוב ע"פ ב' היתירים דלאחר שהוסיפו הולכים אחר הרוב לכ"ע ועתה שגם התלמיד אמר לזכות אינו הכרעה לחוב אלא עפ"י אחד וצריכים להוסיף (וכדרך הראשון דהיינו שהכריע לזכות כתב ג"כ הר"ן ע"ש) והרי עכ"פ שפיר משכחת שהכריע דעת התלמיד אבל אם דעתו לא הכריע כלום אין הדין נותן שיחשב מכלל הב"ד ולכן בהא דלעיל שהכריעו ב' לחובה לא משכחת אלא בי"ג מסנהדרין מחייבים וי' מזכין וגם התלמיד זיכה דהוי י"א וכיון דדעת התלמיד לא הכריע כלום דבלא"ה חייב כמו עתה א"כ לא נחשב מכלל הדיינים והוי הכרעה ע"פ ג' ולא עפ"י ב'.

אכן אכתי יקשה כיון דרב ס"ל דבגמר דין יכול ללמד חובה וזה ע"כ גם התלמיד יכול מדמקשה ארב מהא דאחד מן התלמידים שזיכה ומת וא"כ שפיר משכחת 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 באחד מן הדיינים שזיכה 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 כדאמרינן לעיל א"כ איך שייך למימר כלל שבשעת גמר דין יחזור 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 דחוזר ומלמד חובה ע"כ לענין דיין ולא לענין תלמיד ומאי מקשה הש"ס מאחד מן התלמידים.

ולכן נלפענ"ד דבאמת גם אליבא דרב אין דעת התלמיד מכריע לחובה כמו דעת אחד מהדיינים. ומ"מ מקשה שפיר מאחד מן התלמידים כיון דזה ודאי מוכח מהא דרב דתלמיד בשעת גמר דין יכול לחזור מהא שזיכה אם נראה לו שטעה כמו אחד מהדיינים דהא לענין חזרה מזכות ליכא לחלק בין דיין לתלמיד דבמה שצותה התורה שלא ידון לחובה

לא נכללה האזהרה שלא יחזור ממה שזיכה לומר נסתפקתי במה שהחלטתי לזכות וא"כ דעתו לא נחשב לכלום ואיך רואין אותו כאלו הוא חי ומזכין 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 משכחינן 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 כאלו עומד במקומו וכ"ש א' מן הדיינים דנקבע במקומו ונכלל כבר עם הב"ד דרואים אותו כאלו עדיין עומד במקומו: שם והא שלחו מתם לדברי ר"י ב"ח מוצא מכלל רבינו: לכאורה צ"ע המקשן מתחלה מאי קסבר ולבסוף מאי קסבר כיון דידע האי שלחו מתם א"כ כבר 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 ממתניתן דממחרת ואח"כ ממתניתן דדנין היינו כסדר המתניתן דפ' היו בודקים ולבתר דסיים ממתניתן מקשה מממרא דריב"ח זהו ג"כ כסדר אבל האי דמקשה באחרונה ממתניתן דשני סופרי הדיינים צ"ב דבתחלה ה"ל למנות דמתניתן היא סוף פירקן ומוקדמת להנך דמתניתן דפ' היו בודקין וכש"כ למימרא 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 שכתב רש"י ותוס' לקמן בד"ה אלא דברי המזכין וא"כ קשה מאי מקשה דוקא אדרב מהא דא' מן התלמידים הא גם לדידן יקשה כן דלמא אי הוי קיים הוי הדר ביה דלמא טעה בדבר שהצדוקים מודים בו.

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

אכן באמת לק"מ כיון דכבר תירץ השתא מיהא לא הדר ביה ופי' דלא חיישינן 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 הכא כיון דבעת שזיכה הדיין שמת ודאי לא ידע דטעה בדבר שהצדוקים מודים בו ולא הדר ביה מה לנו לחוש לזה ואין לנו לדון אלא על מה שזיכה ולכן מקשה שפיר: אכן זה שייך דוקא אחר שתירץ הסברא דהשתא מיהא לא הדר ולכן אתי שפיר דקודם שהקשה מהא דריב"ח לא היה יכול להקשות ממתניתן דב' סופרי הדיינים די"ל כתירוצנו 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 כאלו הוא חי ועומד במקומו דאל"כ לא שייך טעם הנ"ל למה כותבין טעם המזכים וקשה קושית הגמרא ממתניתן דב' סופרי הדיינים ולכן א"ש ג"כ דודאי 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 דאכתי מה הועיל לן זה דלמא הוי הדר ביה ואחר שתירץ 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 דרב הדין דריב"ח אית ליה וגם הסברא דהשתא ולכן מקשה שפיר ממתניתן דב' סופרי הדיינים: שם אין מונין להם אלא א': לכאורה קשה דלפ"ז שפיר משכחת הכרעה לחיוב ע"פ שנים כגון שי' מזכין וי"ב מחייבין וא' אומר טעם של א' מהמזכין מפסוק אחר דדעתו לא נחשבה ולמה אמר ר' אבהו לעיל (דף י"ז) דלא משכחת אלא במוסיפין או בסנהדרין גדולה ואליבא דר' יהודה וא"ל דכה"ג כיון דלא הוי אז כ"ג ג"כ צריכין להוסיף אכתי קשה דמשכחת בכה"ג כשל"ד מסנהדרין גדולה מזכין ול"ו מחייבין וא' אמר טעם א' מהמזכין מפסוק אחר דלא נחשב כלל דבב"ד של ע"א לכ"ע אין מוסיפין עוד כמש"כ הרמב"ם (פ"ט מה' סנהדרין ה' ג') וכן קשה דמשכחת בסנהדרי גדולה כשא' אמר איני יודע ולא אצטריך לאוקמא במוסיפין או אליבא 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 שיוורו כולן דהיכי משכחת 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 דכוונת ר"י דאם עברו וישבו דא"כ היכי יליף הך מילתא מקרא עיין שם שהניח בצ"ע.

אכן זה נלענ"ד לישב דשפיר משכחת אפילו בלא הוספה דהא זה פשוט דא' מן התלמידים שלמד זכות נמנה עם הדיינים גם אם כבר נשלמה מנין הדיינים ובודאי דגם תלמידים רבים יוכלו לענות ואם יש ממש בדבריהם נמנו עם הדיינים וכמש"כ הר"ן בשמעתין דרק אם כל הדיינים הסכימו לדבר א' והתלמידים שהם רבים מהם חולקין עליהם בהא לא אמרינן שיבוטלו דעות הדיינים מפני התלמידים אבל היכי דנחלקו הדיינים אזלינן בתר הרוב עם מנין הדיינים ע"ש וגם זה פשוט דהיכי דענו התלמידים בדיני טומאות וטהרות או שאר הוראות שעולין ג"כ עם מנין הב"ד וכדאמרינן 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 משכחת 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 התם 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 כל אחד קרא דאיך ל"ל וא"כ ע"כ חדא מנייהו טעי והוי שפיר דמי לטעם א' מב' מקראות וכן קשה ממה דפריך אפלוגתא דריה"ג ורע"ק לקמן כן 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 הטייה ע"פ שנים: לאו דוקא ע"פ שנים דהא ע"פ שלשה איכא וכן כ' רש"י גופא לקמן ריש פ' היו בודקין ולא כתב ע"פ שנים אלא לומר דאז איכא אותה הטייה ע"פ ב' דבעינן לענין חובה: שם ד"ה אלא דברי המזכין. ונימא ליה שמא בדבר שהצדוקים מודים בו הייתי טועה האי שמא צ"ע למה לא פ' בקיצור שיאמר בודאי שטעמו טעות היה בדבר שהצדוקים מודים בו וכמו שכתבו גם התוס' וא"ל דרש"י רצה לפרש דודאי לאו בדיין שופטני עסקינן שישקר במזיד להרוג נפש ולפיכך פ' שמא גם ממנו ישכח טעמו ויטעון באמת שמא 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 כי היכי דלא לשכח טעמא מניה ויחוש שמא טעה בדבר שהצדוקים מודים בו אלא ע"כ דהגמרא סובר דחיישינן במזיד שמא ישקר ויאמר שטעה בדבר שצדוקים מ"ב לחזור ולכן מקשה שפיר לרב לא הועיל זו כלום דאכתי יכול לחזור אף שלא נראה לו טעם לחוב כיון דע"כ בשופטני עסקינן וא"כ ע"כ לא חיישינן לשמא אלא לודאי.

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

ושמא טעות סופר הוא דהרי התוס' לא הביאו כן 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 מנייהו 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 כשרה לא אצטריך: פ' דאי אצטריך אכשרה א"כ אין למילף פסולים דאם עלו לא ירדו די"ל דאתיא להורות דשאר כשרות חוץ מעולה ג"כ יוקדו כל 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' בזבחים (דף פג סע"ב) שפיר אתי לרבות פסולין: שם בתוספת ד"ה מה פטיש זה.

היינו הא דכתיב וכפטיש יפוצץ סלע: ולפ"ז הפ' הוא וכפטיש יפוצץ אותו סלע וסלע הוא הפועל ופטיש הפועל ואף דקדים במקרא דכן מצינו בכתוב עוד פעמים בתנ"ך והוא מים תבעה אש דפירושו ג"כ תבעה אותן וכן אבנים שחקו מים דפירושו שחקו אותן וכמ"ש הראב"ע במאזנים וכן כקש תאכל לשון אש ודלא כמהר"ם שכ' דסרס המקרא ודרשהו דלאו סרוס הוא אלא מדרך הלשון לכתוב כן: שם ע"ב בגמרא הא אתמר עלה אמר אביי.

לכאורה קשה דאכתי איכא בינייהו טובא לפי מה דמסיק בזבחים (דף כ"ז ע"א) דלר"ע ע"כ מוקטרי פנים שחסרו והעלו בחוץ חייב ולר' ישמעאל פטור וכן איכא 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 בסוגית אלו.

וי"ל דלא חשיב איכא 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 איכא בינייהו מיהו בתירוץ הגמ' מתורץ גם זה ולפי דבריו גם זורק ומעלה לכ"ע אין חייב אלא א'.

ותמהני דהא אדרבה אביי 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 הכא גבי ריבים מומחין בעינן דבכ"מ שהוזכר בתורה דין ריב דהיינו גזילות וחבלות מומחין כתיב 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 דודאי שלמה לא חידש זה או דאתיא כן מקרא או דהלכה למשה מסיני הוא וא"כ דלמא באמת מהכא אתיא דבעלי מומין פסולין לדין מדפסלינן הכא סומין דאיך יש לילף כן דלמא דוקא סומין כמו גבי נגעים ועוד דע"כ לאו מהכא אתיא דא"כ מנ"ל לרבנן כן דהא לית להו הקישא לנגעים וצ"ע.

ואפשר לומר דלא ממעטינן ב"מ רק לענין סנהדרין ולא לענין ב"ד של ג' וכן הוא ברמב"ם אכן לענין חליצה אי הוי בעינן מומחין סנהדרין נבעי. ועיין עוד מה שכתבתי בזה בספרי ע"ל לנדה (דף ו'): שם ומה ענין ריבים אצל נגעים: ע' מה שכתבתי בשיטה זו בספרי ע"ל לנדה (דף נ) וביבמות (דף ק"ד): שם לאתויי יום המעונן.

הא דנקט דוקא יום המעונן ולא ג"כ שחרית ובין הערביים וצהריים בשלמא לענין לא בתוך הבית י"ל דלא מצרכינן רבויא דפסול זידיה לאו משום עת היא רק דאינו ראוי לראית נגע ולדון דין שפיר ראוי ועכ"פ הרי ליכא לרבויי מבכל עת אבל לענין שחרית וביה"ע דלא חשוב יום לענין ראית נגע שפיר בעינן רבויא דבכל עת לרבות עתים הללו לדין וא"כ למה נקט בגמרא דוקא יום המעונן.

די"ל דלענין עתים הללו לא צריך קרא לרבות דכבר ידעינן כן מדכתיב וישב משה לשפוט את העם מן הבקר עד הערב הרי דדן בבקר ובערב וגם בצהריים ולכן לא מצרכינן בכל עת רק לרבות יום המעונן: שם והוקע אותם לה' נגד השמש: ק"ל לר"מ הך קרא ל"ל דודאי 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

לענין דנ"פ לא הוי ידעינן רק דפסק סנהדרין צ"ל ביום ולא שידונו הדין מיתה ביום דוקא ולכן מצרכינן גם לר"מ קרא דוהוקע.

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 כיון דדין מיתה צ"ל ביום א"כ ע"כ גם גמ"ד דאין מענין את הדין.

דאף דודאי מקרי בזמן קצר ג"כ עינוי הדין כדמוכח ממאי דאמרינן בערכין (דף ז' ע"א) דאין ממתנין לו עד שישחט חטאתו ואשמו משום ע"ד מכ"מ לא נ"ל דאיסור 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 הך קרא דוהוקע אלא להורות דשייך בזה עה"ד דמדאמר אביגיל לדוד כן כדאמרינן במגלה (די"ד) משמע דמדאורייתא הוא.

גם י"ל כיון דמנגד השמש אתיא א"כ ליבעי ג"כ זריחת השמש דוקא דהיינו מנץ החמה עד שקיעת החמה והרי 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 דלכך אינו חייב אלא א' כיון 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 דאיך כתב דליכא אלא אזהרה אחת כיון דאתיא מהקישא דמעלה הא בכריתות (דף ג' ע"ב) חשיב ליה להך דשוחט ומעלה לב' אזהרות דדבר דאתיא בהקישא כמו דכתיב בגופא דמיא ע"ש וא"כ גם זורק דאתיא משוחט לר"ע ומעלה ב' אזהרות וב' כריתות הם אלא ע"כ דפי' הגמרא הוא דלענין כרת פליג רחמנא עליה לחודא ואחרינא לחודא ולכן שוחט וזורק לכ"ע אינו חייב אלא א' ומעלה עם חד מהנך לכ"ע חייב ב' כן הוא לאביי וכמו שפירש רש"י גופא שם ולכן פירושו כאן צ"ב: שם ד"ה בלילה.

דומיא דסומא עכ"ל: קשה הרי לפי מה דאמרינן חולין (דף י"ג ע"ב) לא אמרינן דלילה הוי דומיא דסומא אלא כשהוא בחושך ואין אבוקה כנגדו אבל באבוקה כנגדו הוי דומיא דיום ע"ש וא"כ מה פריך הכא ממה דתנן וגומרים בלילה דלמא זה איירי באבוקה כנגדו דלא הוי דומיא דסומא אבל מ"מ תחלת דין אין בלילה אפילו לאור הנר דבכל מקום דמעט קרא ביום בעינן יום ממש.

וי"ל כיון דסתמא קתני וגומרים בלילה משמע אפילו אין אבוקה כנגדו. ובזה מתורץ מה שהקשה התורת חיים ל"ל קרא וביום הראות בו דאין רואין נגעים בלילה תיפוק ליה ממה דמעטינן סומא מלכל מראה עיני הכהן ולילה דומיא דסומא והניח בקושיא.

ולפי דברינו א"ש דאצטריך מיעוט וביום למעט אפילו לילה באבוקה כנגדו דלא הוי דומיא דסומא ועיין בראשונים שהאריכו בזה אי הוי לילה דומיא דסומא דרי"ף ס"ל כרש"י דהוי דומיא והראב"ד והרז"ה חולקין עליו ותימה שלא הזכירו מסוגיא דחולין:

שם ד"ה בלילה דומיא דסומא: ע' בר"ן שכן ג"כ שיטת הרי"ף וביאר יותר דכש"כ הוא אי לילה כשר 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 מדממעטינן 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 ינאי המלך כתבו דהוי שעת גמר דין. אכן נראה דב' שיטות הם אי מקרי תחלת דין או גמר דין ופליגי בזה הב' תירוצים דשם ודהכא דשבועות (דף ל' ע"א) כתבו הם גופא אהך קשיא דהוי כתחלת דין וכן כתב ג"כ הר"ן לעיל (דף י"ט ע"ש): שם ד"ה דכתיב וביום הראות בו.

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

ובתירוצי הר"ן אלו מתורצת קושית התוס' שם כמובן. 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 כתיב לא הוי מוקמינן ושפטו ליום המעונן כר"מ אלא לרבות לילה לגמ"ד ומהקישא הוי מרבינן תחלת דין שצריך להיות ביום אבל השתא דכתיב והיה ביום הנחילו ע"כ דאתי לרבות גמ"ד שצריך ג"כ להיות ביום וא"כ ע"כ אתי ושפטו ליום המעונן וא"כ שפיר מצריך ר"מ והיה ביום הנחילו ובשלמא לפי תירוץ ראשון של הר"ן י"ל כיון דלענין נגעים כתיבי ב' קראי א' לתחלת דין ואחד לסופו וא"כ כיון דר"מ יליף הקישא ואין היקש למחצה לא הוי אמרינן דושפטו אתי לרבות לילה לגמר דין נגד ההיקש אלא שפיר הוי מוקמינן לרבות יום המעונן אבל לפי תירוץ ב' של הר"ן דלכך לא מצרכינן קרא לחודא אתחלת דין בנגעים משום דליכא מיעוט למעט סוף דין א"כ אי מוקמינן ושפטו לגמר דין לא אשמעינן קרא נגד ההיקש 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.

תימה דלמא טעמא דמתניתן: נ"ל די"ל דאם איתא דרבנן אית להו היקשא רק דושפטו אתי לגמ"ד א"כ יקשה דלשתוק קרא מניה כיון דלרבנן אתי והיה ביום הנחילו לתחלת דין ולא לדרשה דביום אתה מפיל נחלות א"כ ע"כ מוכח דרבנן לא אית להו הקישא דאל"כ לשתוק מושפטו דמדכתיב והיה ביום הנחילו לתחלת דין ע"כ מוכח דגמ"ד כשר בלילה דאל"כ דוהיה ביום הנחילו אתי בין לתחלת דין בין לגמ"ד לשתוק קרא מניה ונילף הכל מהקישא אלא ע"כ מדאצטריך והיה ביום הנחילו לתחילת דין להורות דגמ"ד לא בעינן ביום וא"כ ל"ל ושפטו.

דא"ל דאי רבנן דרשי הקישא באמת לא אוקמינן עוד והיה ביום הנחילו לתחלת דין אלא לדרשה דביום אתה מפיל נחלות כר"מ דאם י"ל כן דרבנן בענין 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 דאמרינן 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 מדהיו מגולין אכתי אין זה ראיה שהיו תלויין על העץ.

ולולא פירש"י הייתי מפרש דדייק כן מדכתיב בהאי קרא שלא נתנו לקבורה כל ימי הקיץ ואף דכתיב לא תלין והיינו ע"כ כדי שיתקדש שם שמים בפרהסיא כדאמרינן ביבמות שם ופרסום לא הוי רק בתליה וכדאמרינן 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 אכתי למה צריך קרא לזה הא בב"ק (דף מ"ו) יליף כן ממי בעל דברים יגש אליהם: שם ולקטליה לאורתא נגד השמש בעינן: ק"ל דלמא ג"כ משום עינוי, הדין כדאמרינן לקמן דודאי שייך בזמן כזה עה"ד דהא אפילו לשחוט קרבנותיו העומדים ליקרב אמרינן בערכין (דף ז') דאין ממתין ליה משום עה"ד.

וצ"ל דמשום עה"ד לא הוי מצי למימר דאכתי מצינן לגמור דין סמוך ללילה ולקטליה בלילה דבזמן כזה לא שייך עה"ד: שם לבא דאינשי אינשי. לכאורה לא שייך נפקותא בשכחת טעמו אלא לענין שמא יחזור למחר ויראה טעם א' מהמחייבים מפני שלא ידע טעם זכותו עוד והרי בגמ"ד יכול לחזור אפילו לחובה כמימרא דרב לעיל (דף ל"ד) וא"ל דלפ"ז אכתי 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 כיון אלא לדעת המקשן דהקשה ארב או.

לפי מאי דס"ד דמוצא מכלל רבינו אתמר: שם ומה עבודה שדוחה שבת קבורת מ"מ דוחה אותה: י"ל באמת מנ"ל דקבורת מ"מ דוחה אותה דלמא באמת כיון דאין עבודה נדחית משום שבת כש"כ שאינה נדחית מפני מ"מ ואי משום קרא דואחותו דלמא קאי דוקא אלמול את בנו ולברייתא גופא מנ"ל. וי"ל לפי מש"כ רש"י בזבחים (דף ק') ובנזיר (דף מ"ח) דהאי למול את בנו הוא ג"כ משום פסח דמעכבתו מלאכול בפסח א"ש דלמול את בנו גופא עבודה היא ובזה א"ש הא דאמרינן בנזיר שם דאצטריך קרא אפסח ומילה דלא ידעינן מדמטמא כ"ג ונזיר דה"א דחמירי שיש בו כרת הא במילה ליכא לכ"ע כרת עד שיהיה בן י"ג שנה עיין ברמב"ם (ריש ה' מילה) אבל בזה א"ש דשפיר איכא כרת דפסח ג"כ גבי מילה ולכן ע"כ לא אתיא קרא למילה גופא בלא פסח כיון דליכא כרת 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 יבורר הספק דהם ודאי ידעו על כמה שנים העידו בשטר דהא לעדות זו נחתי מתחלה משא"כ הכא דאף אם יבואו עדים אכתי יש ספק אם ידעו עדות של המשכון

דהא לא נזכר מזה כלום בשטר ודברי מהר"ם בזה לא מבוררין לפענ"ד: שם ד"ה לגמרי לדינא בשבתא.

אבל דנ"פ אין לאסור מטעם זה: ק"ל דגם ביום ב' שייך גזירה שמא יכתוב כדאמרינן לעיל דלכך כותבין דברי המחייבין שמא יחזור למחר ביום ב' ויאמר טעם לחוב ואותו הטעם מבעי ג"כ הלנת דין א"כ שפיר שייך גזירה שמא יכתוב אם יחזור א' מהמחייבין לתת טעם אחר וזה צריך ג"כ לכתוב שמא יחזור למחר ביום ג' לתת טעם ג' וצריך הלנת דין מחדש וכ"ת דלא גזרינן שמא יכתוב אלא לענין ודאי אבל בספק שמא לא יצטרך לכתוב כלל ואם יצטרך שמא 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 כתירוצו הא גבי ד"מ ג"כ הוי ודאי אע"כ דהוי ספק וא"כ קשה כנ"ל.

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

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

דיש בה חלול שבת משום פתילה: א"ל דבבישול לכ"ע מקלקל פטור מכ"מ א"ש דלא הוי מקלקל רק לענין הבערה דהיינו במה שחומר את בני מעיו דזה הוי מקלקל אבל לא בבישול פתילה דזה הוי מתקן אכן י"ל למה הוצרכו להך טעמא דהוי מבשל תיפוק ליה דבלא"ה הוי אב מלאכה דנטילת נשמה וודאי שייך 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 כפרה באמת גם קושיתם מהבערה מתורצת אבל לפ"ז קשה כן אגמרא דיבמות (דף ו' ע"ב) למה לן שם הך טעמא דבשול פתילה תיפוק 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 כפרה לפמ"ש התוס' כאן.

וי"ל עפמ"ש התוס' בשבת (דף ק"ו ע"א) בד"ה מדאצטריך דלכך חשיב הבערה קלקול אף דמתקן לבסוף משום דמקלקל בתחלתו ועוד כתבו שם בד"ה מה לי לבשל דהפי' הוא דבישול פתילה גופא לא חשיב תיקון רק מה שהוא לצורך שריפה. ולפ"ז דברי התוס' אתיא שפיר דבתחלה כתבו דאף דהבערה מקלקל הוא וא"כ אף דבאמת מתקן הוא לבסוף בעת נטילת נשמה וחייב משום נטילת נשמה מ"מ איך אסרה תורה הבערת ב"כ משום

הבערה כדכתיב לא תבערו אש בכל מושבותיכם הא מקלקל הוא ואהא תירצו דחשיב מתקן בבישול הפתילה כיון דמתקן לבסוף וכדקאמר בגמרא דשבת שם אליבא דר"י אכן אגמרא דיבמות אכתי קושיתנו במקומה עומדת דהא בישול פתילה דקאמר התם ע"כ ג"כ לאו בכלל לא תבערו הוא דאל"כ ג"כ ללאו יצאת וא"כ לימא בקיצור משום נטילת נשמה דלכ"ע חייב דחשיב תיקון לפי מש"כ התוס' ואפשר משום בבלא"ה הוצרך ר"א לבאר סברא זו שם אליבא דר"י נקטה ג"כ לענין דהבערה ל"ל.

אך 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 כרת משום נט"ש: שם ד"ה לאביו ולאמו.

ועוד כהן הדיוט עדיף: א"ל הא אכתי אצרכינן להך טעמא דאיכא תרתי דאל"כ למה אצרכינן לאחיו לכה"ג ונזיר כיון דכבר ידעינן קדושת עולם דמיטמא מכהן הדיוט. עוי"ל דלאו משום דאיכא תרתי לאוין אצרכינן קרא להכי דבזה י"ל מה לי חד לאו מה לי תרי לאוין כדאמרינן בנזיר (דף מ"ח) שם ולא אצטריך 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 שתירצו התוס' דסוגיא דכאן אתיא למאן דס"ל דהיכי דמיפריך 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 כיון שאינו יכול לקבור בו ביום משום שבת והתורה אמרה כי קבור תקברנו ביום ההוא דהא רציחה לא דחי שבת אפילו היכי דיכול להקבר ע"י נכרי ועוד להך שיטה דגמרינן רציחה בק"ו וא"כ ליכא יוכיח מרציחה וקיימי ק"ו ג"כ לענין קבורת מ"מ דדחי שבת והרי הנרצח מת מצוה הוא דאין לו קוברים בשבת.

וכן צ"ל ע"כ דאל"כ לימא . אק"ו דרציחה קבורת מ"מ יוכיח: שם אי לר' יוסי ללאו יצאת: א"ל דלמא סבר בהא כר' יוסי דיליף לחלק מאחת מהנה אבל בהא דללאו יצאת לא סבר כוותיה וא"כ שפיר מיותר 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 כתרוייהו 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 מכדי שבת חובת הגוף הוא: א"ל הא בקדושין (דף ל"ז) אמרינן דאצטריך מושבות דה"א משום דבעניני דמועדות כתיב ליבעי קידוש כמועדות מ"מ זה אתיא ממושבותיכם דכתיב בפ' מועדות ואכתי הך דגבי לא תבערו מיותר הוא וכמ"ש התוס' בשבת (דף ד') וביבמות (דף ו') אכן לכאורה קשה אכתי למה מצריך 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 צריך 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 ובודאי לא יגרע משאר חובת הגוף והרי הכא לפרש 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 דודאי בכיון כתב כן דכן כתב ג"כ ביבמות (דף ו') שם נראה שרצה לתרץ קושית התוס' דדלמא גזירת הכתוב 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 שנאמר מעם מזבחי: שם ד"ה לחלק יצאת.

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

ועוד דלפי מה שנראה משם אי יש לאוקמא אמזיד לא מוקמינן אשווג וא"כ אכתי לחלק לענין שווג מנ"ל וכן הקשה במהרש"ל שם. ובספרי ע"ל שם כתבתי ישוב לשיטת רש"י: שם בתוספת ד"ה שנאמר מעם מזבחי.

אלא משום דגברא לא חזי: אף דלאו דאורייתא היא דאתיא מקרא דישעיה' מ"מ ודאי לא דישעיה' חידש זה דאין נביא רשאי לחדש דבר אלא הלכתא היא ואתא ישעיה' ואסמכא אקרא וכדאמרינן לעיל ס"פ כה"ג (דכ"ב ע"ב) ודלמא מהכא אתיא דזה הטעם דמעם מזבחי תקחנו למות כיון 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 קפידא מ"מ אין הידים סניגור אלא העבודה שנעשית בהם אבל בנ"כ הידים הם סניגור דנ"כ הוא משום השראת שכינה כדאמרינן בחגיגה פ"ב דלכך המסתכל בהם עיניו כהות ואין השכינה שורה אידים שרצחו דאהא מייתי התוס' ראייה מקרא דובפרשכם כפיכם אעלים עיני מכם דהיינו שלא אשרה שכינתי עליהם: שם ד"ה אמר אביי.

וא"ת ולאביי נילף: לכאורה יש לתרץ קושית התוס' דע"כ לא אמרינן השתא הק"ו שקבורת מ"מ ידחה שבת דא"כ קיל קרבן צבור מקרבן יחיד דהא לענין קרבן יחיד לא שייך הק"ו דהא עבודת קרבן יחיד לא דחי שבת ובכל מקום קרבן צבור חמיר מקרבן יחיד לכן ע"כ לא אמרינן ק"ו. אכן אכתי אנו צריכים לתירוץ התוס' דאביי לא בא רק לחזק קושית ר"ל ולא שיאמר לפי האמת דאין רציחה דוחה עבודת קרבן צבור דאל"כ תקשה לדידיה מימרא דר"ע (ביומא דפ"ה) דיליף שם דפקוח נפש דוחה שבת מדאמרה תורה מעם מזבחי ולא מעל מזבחי ודוקא למות אבל להחיות אפילו מעל מזבחי והרי עבודה דוחה שבת כש"כ שספק פקוח נפש דוחה שבת והשתא לאביי מאי מייתי ראייה הא קרא לא איירי רק מקרבן יחיד ודלמא קרבן צבור באמת אפילו להחיות מעל מזבחי לא והרי רק עבודת קרבן צבור דוחה שבת אלא ע"כ מוכח כתירוץ התוס' דלא לפי האמת אמר אביי כן רק רצה להוכיח דאכתי קושית ר"ל במקומה עומדת.

באמת לפ"ז גם דברי ר"ע לא אתיין שפיר רק דעדיפא מניה פריך: שם דף ל"ו ע"א בגמרא הניחא למ"ד אין נדרים ונדבות קרבים ביו"ט: קשה לפי מה שכתבו התוס' בחגיגה (דף ז' ע"ב) דלכ"ע עולת נדבה אינה קריבה ביו"ט והרי זה ודאי ג"כ מבואר דבשלמי חובה לכ"ע קריבין ביו"ט וכמבואר בביצה (דף י"ט) וא"כ ממ"נ אי צריך לאוקמא קרא בכל קרבן יחיד א"כ תקשי גם למ"ד דנדרים ונדבות א"ק ביו"ט הא איכא שלמי חובה דקרבן יחיד הן ודחו יו"ט וא"כ תהא רציחה דוחה אותן ואי לא צריך לאוקמא קרא בכל קרבן יחיד מאי פריך למ"ד דנדרים ונדבות קרבים ביו"ט קרא דמעם מזבחי למאי אוקמא הא יכול לאוקמא בעולת נדבה דלכ"ע אינה דוחה יו"ט.

וי"ל דבאמת אי קרא בקרבן יחיד איירי ע"כ בכל קרבן יחיד צריך לאוקי אותו ולא קשה משלמי חגיגה ושמחה דהם קרבן צבור מקרי משום דאתי בכנופיא כדאמרינן ביומא (דף נ"א ע"א) ועיין בתוס' חגיגה (דף ו' ע"א): שם מזבחי המיוחד לוי: ק"ל לפי מה דאמרינן פסחים (דף סג ע"א) השוחט פסח על החמץ עובר בל"ת ר' יהודה אמר אף התמיד ומפרש שם טעמא דר"י משום דדריש זבחי המיוחד לוי ומאי ניהו תמיד וא"כ לת"ק דלא דריש שם זבחי כר' יהודה קושית הגמרא דכאן במקומה עומדת וצ"ע: שם מימות משה ועד רבי: לכאורה קשה אהא דמקשה והא הוי שאול לתרץ הוה דוד דהיה גדול בתורה דאסוקי ליה שמעתא אליביה דהלכתא משא"כ בשאול כדיליף לקמן (דף צ"ג ע"ב) ובזה לא קשה קושית הגמרא והא נח נפשיה ולא מצרכינן לשנויא דחיקא דכולהו שני קאמרינן.

וכן קשה אהא דמקשה והא הוה דוד לישני הוה שמעי כמו דמשני לגבי שלמה ואף דגדולתו בתורה לא שייך רק לגבי שלמה שהיה רבו כדאמרינן בגמרא דברכות (דף ח') ולא לגבי דוד מ"מ הרי גם גדול בגדולה היה שירד לקראת דוד באלף איש כמו שפירש"י וזה שייך גם לגבי דוד. ונ"ל ויתורץ בזה ג"כ מה שהקשו התוס' דלמה לא משני אדוד הוה אחיתופל או הוה מפבושת ומה שהקשו עוד דלישני איהושע הוה עתניאל בן קנז שהניחו בקושיא דהנה רש"י פי' בד"ה עירא היאירי שהיה בו תרתי שהיה מתני לרבנן כדאמרינן במ"ק וא"כ היה גדול בתורה וגם שדוד היה מנהיגו לראש והיה גדול בגדולה וכן פי' אשמעי שהיה גדול בגדולה וגדול בתורה ודאי היה שהיה רבו של שלמה ולכאורה קשה מי דחקו לפרש כן שצריך שיהיה בו תרתי הא אי אית ביה חז או תורה או גדולה לא שייך עוד שיהיה בהאחר תורה וגדולה במקום אחד.

ונלענ"ד דהתוס' בד"ה כולהו שני קאמרינן כתבו והשתא לא קשה לספרים דגרסי כו' ע"ש. ופי' דבריהם דלכאורה קשה אהך גירסא מאי מקשה והא הוה אלעזר הא היה כבר גדול בתורה וגם בגדולה שהיה כה"ג בימי יהושע וא"כ לאו כולהו שני הוה דהא הוה יהושע בימיו ואהא תירצו דבאלעזר הותחלה גדולתו אחר יהושע דהיינו שגדולתו לא היתה נחשבת בימי יהושע וזהו ע"כ לענין גדולת כהונה גדולה שלו שלא היתה נחשבת נגד גדולת יהושע אבל בגדולת תורתו ליכא לפרש דהא חבירו היה כפי' רש"י.

אך דלפ"ז לכאורה קשיא איך משני הוה אלעזר והא אלעזר לאו גדול היה בימי יהושע וע"כ צ"ל דלמעט גדולת האחר סגי בדבר אחד והרי בתורה היה שוה ליהושע אבל ליחשב לגדול בפני עצמו לזה בעי תרתי ולכן תירצו התוס' שפיר והיינו אי גרסינן

כגירסת התוס' אבל לפי מה דלא גרסינן בסוגיא דכאן הכי ע"כ מוכח איפכא מדלא מקשה בגמ' הכי דתרתיה בעינן גם למעט הגדולה ולכן פי' רש"י לפי סוגיא דכאן דגבי עירא ושמעי תרתיה הווי ובכולהו אחרינא דחשיב בגמ' בלא"ה תרתיה הווי ולפ"ז מתורצים כל הקושיות הנ"ל דלא מצי לתרץ לגבי שאול הוה דוד דהא לאו בגדולה שוה לו וגם לא יכול לתרץ אדוד הוה אחיתופל או מפבושת דלאו בגדולה שוין לו וגם לא הוה שמעי דלאו בתורה שוה לו וגם לא איהושע הוה עתניאל דלאו בגדולה שוה לו דבימי יהושע עדיין לא היה שופט עד ימי פנחס ולכן רק התוס' לשיטתם דקיימו גרסת הספרים הקשו שפיר קושייתם וזה ג"כ המשך דבריהם שהקשו קושיא זו מעתניאל בד"ה כולהו שני ולא מקודם אהא דמקשה בגמרא והא הוה יהושע.

ובזה מיושב סתירה בפ"י רש"י דכאן פי' בעירא ושמעי דהווי תרתיה ושם בגיטין לא פי' כן ולפי דברינו א"ש דכאן לא מקשה בגמרא והא הוה אלעזר ולכן פי' כאן דתרתיה בעינן למעט הגדולה אבל בגיטין דמקשה בגמ' והא הווי אלעזר כגירסת התוס' והיינו ע"כ כפירושם וא"כ ע"כ מוכח דלמעט גדולה לא בעינן שיהיה שוה לו אלא בדבר אחד ולכן לא פירש"י שם דתרתיה הווי בעירא ושמעי: שם רבה בב"ח אמר ר"י מהכא ויאמר דוד: מזה משמע דרבב"ח אר"י לית ליה דרשה דלא תענה על רב וא"כ קשה לדידיה ברייתא דלעיל (דף י"ח ע"ב) דאין מושיבין מלך בסנהדרין ומפרש בגמ' הטעם משום לא תענה על רב והרי רבב"ח אר"י לית ליה הך דרשה ובשלמא לפי מה שמשמע ממה שכתבו התוס' שם (דף י"ט) בד"ה אבל מלכי בית דוד דהפי' הוא כיון דצריך לומר באחרונה משום לא תענה על רב א"כ גנאי הוא לו א"ש דזה שייך ג"כ אי ילפינן כן מויחגור גם דוד חרבו.

אבל לפי מש"כ הר"ן לעיל דהחשש הוא שמא יאמר המלך בראשונה דעתו והאחרים לא ירצו לחלוק עליו משום לא תענה על רב זה לא שייך לכאורה לפי תירוץ רבב"ח: שם ברש"י ד"ה מן הצד הווי מתחלי. מפני ענוה יתירה שהיתה בו: ובגיטין (דף נ"ט) פי' משום דסברי דלא תענה על רב שייך גם בד"מ והתוס' הקשו שם עליו ופירשו כפירושו כאן.

ולענ"ד י"ל הא דרש"י פי' ב' פירושים דזה תליא בהשני פירושים שהביא רש"י שם בגיטין אי רב מן הבינונים היה או הקטן שבכולם ע"ש דאי חוששין ללא תענה על רב דהיינו שהקטן מתיירא לומר דעתו נגד דעת הגדול חשש זה שייך בכל קטן שיש גדול ממנו וכמו שכ' מהרש"ל לקמן ברש"י ד"ה לא תענה וא"כ אכתי קשה איך התחילו ברב שהיה בינוני היה להם להתחיל מן הקטן שבכולם דבבינוני אכתי שייך החשש שיתיראו הקטנים ממנו לחלוק עליו לכן ע"כ צריך רש"י לפרש כאן דמשום ענוה התחיל רבי מן הצד אבל חשש שיתירא הקטן לומר דעתו נגד הגדול באמת לא שייך גבי ד"מ רק גבי דנ"פ אבל בגיטין שם פי' רש"י לפי הפי' ששמע דרב קטן שבכולם היה ולכן ליכא לפרש שם דמשום ענוה הנהיג רבי כן דמשום ענוה היה רבי יכול למחול על כבודו אבל איך מחל על כבוד הבינונים להקדים להם הקטן שבכולם לכן פי' 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 בביאור 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 היה לנו לתקן שיאמר באחרונה אחר כולם וזה אינו במשמעות מתחילין מן הצד רק שלא יאמר דעתו בראשונה וע"ז תירץ רש"י דלזה אין חשש כיון דכבר התחילו מן הצד שמא ישמע דברי אחד מן המזכים ויסכים עמו הגדול דהיינו שהמופלא ישמע דברי א' מהמזכים ויסכים 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 חיישינן מפני הרואים שיאמרו קרובים כשרים לדנ"פ או רב ותלמיד לזה קאמר רש"י דהא באמת זה אסור כמבואר 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 שביארתי במ"א טעמו דפי' (בפסחים דף ה' ע"ב) דהא דאמר רבא ש"מ מר"ע הבערה לחלק יצאת משום דקרי לי' אב מלאכה ולא פי' כפירוש ריב"א דאי ללא לא יאסר הבערה בי"ט כלל כיון דקרא דלא תעשה כל מלאכה לא קאי על יו"ט משום דסובר דלא כרבינו שמואל בשבת (דף קי"ז ע"ב) בתוס' ד"ה והתני דבי ר' ישמעאל אלא כרשב"א דלא תעשה כל מלאכה דגבי שבת מוכח דגם ביו"ט אסור דמדאמרה תורה לא תעשה כל מלאכה אך אשר יאכל לכל נפש הרי הורה לנו דאין בין י"ט לשבת אלא אוכל נפש ומה"ט גם הבערה אסורה ביו"ט כמו בשבת דהרי רק אוכל נפש התירה התורה ולא דבר אחר וזהו ממש דבריו בכאן ג"כ למה דאסורה רציחה ביו"ט.

אכן התוס' שם בפסחים סברי כרבינו שמואל בשבת ולכן פי' הריב"א שם כפירושו ולשיטתם גם כאן 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 כלל מותר מכח מתוך א"כ עדיין קשה דלישתרי רציחה בי"ט מכח מתוך שהותר נטילת נשמה לצורך שחיטה הותר נמי שלא לצורך ולשיטת התוס' שם א"ש דהא אין כאן צורך י"ט כלל אבל לשיטת רש"י קשה לכאורה וצ"ע: שם ד"ה והא הוה חזקיה.

שכבר גלו עשרת השבטים: המהרש"א וגם המהר"ם הקשו דא"כ גם ברבי ורב אשי לא היה תורה וגדולה במקום אחד ע"ש שתירצו בדוחק. ולפענ"ד נ"ל ע"פ מה דאמרינן ערכין (דף ל"ג ע"א) דעשרת השבטים ירמיה החזירן ויאשיהו בן אמון מלך עליהם ולכך נהגו שמטות ויובלות דשפיר מקרי כל 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 שיחידים נשארו עדיין מ"מ מקרי כל יושביה עליה דהגע עצמך דכי אם ישבו יחידים מישראל בחו"ל לא יהיו יובלות נוהג והרי עכ"פ מוכח דלאחר יאשיהו מקרי כל יושביה עליה וא"כ שפיר מלך רבי ור"א על כל ישראל אבל חזקיה 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 שמחק 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 וכתירוץ הר"ן.

ובתירוץ זה מיושב ג"כ מה שהקשו התוס' לעיל (דף י"ט) דאיך 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 דתנן בפרקין: גם לגמור דינו רק בפניו ע"כ לא בעינן דהא נבל לא היה שם כשדנו אותו ועיין לקמן (דף מ"ט ע"א) כשדנו את יואב משום מורד במלכות אייתוהו ודיינוהו: שם ד"ה אין מונין להם. משום ק"ה ועה"ש אצטריך: הא דלא כתבו דמשום הרב ותלמידו אצטריך דאכתי צריך לזה דמשום ק"ה ועה"ש אצטריך דאל"כ אב ובנו לא ליתני כלל אבל השתא דכתבו דמשום ק"ה ועה"ש אצטריך לא קשה ד"מ ודנ"פ ומכות לא ליתני דשפיר צריך למיתני כן משום הרב ותלמידו: שם ע"ב בגמרא כי קאמר רב כגון רב כהנא ור"א: לכאורה קשה מאי קמ"ל רב בזה פשיטא דאל"כ לא משכחת סנהדרין לעולם דהא כולם ממשה קבלו.

וי"ל דקמ"ל כגון 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 הבעלים דבזה לא שייך הטיי' רק גזה"כ הוא מוהוקע אותם וא"כ מכח כמיתת הבעלים כך 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 לפנייהם 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 כחצי גורן דהא קרא דשררך אגן הסהר דאתיא מניה לא כתיב רק גבי ב"ד הגדול שהיו יושבים במקדש.

אכן באמת לא ק"מ דבלא"ה י"ל מאי פריך בגמ' מה"מ דבעינן כחצי גורן הא במתניתן מפרש טעמא כדי שיהיו רואין זא"ז. אך דז"א דקושית הגמרא באמת אינה מה"מ דבעינן עגולה רק הקושיא הוא מדקאמר במתניתן דסנהדרין היתה כחצי גורן עגולה ע"ז פריך מנ"ל דהיתה כן וע"ז מתרץ מקרא דשלמה דמוכח מניה דבאמת היה כן וכיון 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 חדא לאתויי גר.

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

דבני גרים כיון שהורתן ולידתן בקדושה: ולהורתן שלא בקדושה ל"צ דהני לאו בני חליצה ויבום נינהו דאין להם אחוה כדאמרינן ביבמות (דף צ"ז ע"ב): שם ד"ה אתך בדומין לך אע"ג דמאתך נמי הוי שייך למעוטי ב"מ: עיין מש"כ לעיל (דף י"ז) בישוב 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 כיון דהיה ממנין הסנהדרין כדאמרינן לעיל שם והסנהדרין צריכים להיות מנוקים ממום כדיליף ממום אין בך ולכן אי לא הוי ילפינן דבע"מ פסול לסנהדרין ממום אין בך גם מאתך לא הוי מוכח מידי ולכן השתא דכתיב מום אין בך באמת מאתך ממעטינן בע"מ ג"כ.

ובזה מיושב ג"כ מ"ש רש"י לעיל דמאתך 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 בך נפקא ומקשה הרשב"א שם הא התורה ודאי לא סמכה אמה דאמר שלמה ולפ"ז א"ש דרב יוסף גלה דמאתך נפקא: שם דף ל"ז ע"א במתניתן שמא אי אתם יודעים שסופנו לבדוק אתכם בדו"ח: פ"א 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"א אחר בשם י"מ אכן לפ"ז זה ק"ק דא"כ לר"י דסובר דסנהדרין גדולה היתה של שבעים לא ליבעי דלישתייר רק כ"א והרי לא מצינו דפליג ר' יהודה אהך דינא דבעינן כ"ג: שם בד"ה לצאת לעסקיו. חוץ ללשכה עכ"ל: דקדק לפרש כן דאי לדבר מצוה מותר אפילו לא נשתיירו 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 כיון דבעל דא"כ דמחלקינן בנדה בין בעל ללא בעל גם בשאר עריות היה לנו לחלק כן וא"כ אם כבר בא על אחד מהעריות כשעדיין לא היתה לו ערוה ע"י אונס ופיתוי ואח"כ נעשה לו ערוה תהיה מותר להתייחד עמו וזה ודאי אסור לכן ע"כ הוצרכו התוס' לטעם שסופו להטהר ולכן לא נלע"ד פ"א מהר"ם שפ"א דהאי ומיהו שכ' התוס' הוא כמו תירוץ לחוד: שם ע"ב במתניתן והלא כבר נאמר והוא עד: אף דפשטות דקרא דוקא גבי שבועה איירי כדכתיב ושמעה קול אלה מ"מ כבר כתבו התוס' בב"ק ריש פרק הכונס דגם בלא שבועה איכא חוב להגיד.

ע"ש: שם והלא כבר נאמר ובאבוד רשעים רנה: הא דלא קאמרי כתיב ובערת הרע מקרבך י"ל דהך מצוה לב"ד הוא ולא לעדים. אכן לפמ"ש הרא"ש פ"א דמכות דמי שרואה דבר ערוה בחבירו חייב להגיד משום ובערת הרע א"כ קשה לכאורה לימא להו קרא דתורה תחת קרא דמשלי.

וי"ל דהא שיתיראו להעיד היינו שיסברו כמו שאמר נבזראדן ונירון קיסר בעי לכפורי ידיה בהאי גברא דהיינו אף שיעידו כמוטל עליהם מ"מ יענשו כיון שנהרג נפש מישראל

על ידם ולכן אמרינן להו מהך קרא דבאבוד רשעים רנה להורות להם דאין כאן עונש וכפ"י רש"י: שם ברש"י ד"ה נופל מן הגג.

וקומה שלו הרי כאן ג': ר"ל דלכך נקט נפל מן הגג דוקא כיון דמצות סקילה היתה להפילו ג' קומות וסתם בית שבש"ס הוא בית ועליה על גביו וזהו ב' קומות וא"כ אם נופל מן הגג כשהוא יושב ולא עומד הרי כאן ג"כ ב' קומות: שם ד"ה הוא אמר לנו. אבל לא בפני התובע: קשה דמה לנו שלא אמר בפני התובע כן מכ"מ הוי חשיב הודאה אי לאו דלא אמר אתם עדי כדמוכח מהא דמייתי לעיל (דף כ"ט ע"א) ממשנה זו ראייה לרב יהודה א"ר דצריך לומר אתם עדי ולפי פ"י רש"י מאי מייתי ראייה דלמא לכך לא היה הודאה דלא היה בפני התובע וא"ל דהא דצריך שיאמר אתם עדי הוא מפני ב' טעמים הא' שלא יאמר משטה אני כך והב' שלא יאמר אמרתי כן שלא להשביע את עצמי ולפי המבואר בתוס' לעיל (דף כ"ט ע"ב) בד"ה כך אדם טעם דמשטה אני בכך שייך דוקא באם תובעו התובע וטעם דאדם עשוי שלא להשביע את עצמו דוקא בשאינו תובעו וביותר מבואר זה בדברי הר"ן ולכן פירש"י לפי טעם הא' דאדם עשוי שלא להשביע דבפני התובע גם כשלא אמר אתם עדי לא יוכל לומר אמרתי כן שלא להשביע א"ע דא"כ מאי מייתי לעיל סיוע לר"י א"ר.

וצ"ע: שם בתוספת ד"ה שאין דמך. ואחריני הוי עם ר"ש ב"ש: אכן הריטב"א בשבועות (דף ל"ד) פ"י דחדא ועוד קאמר חדא דאומדנא הוא ועוד ליכא אלא עד א' והתורה אמרה ע"פ ב' עדים: שם בד"ה מיום שחרב.

וא' הרג במזיד הקב"ה מזמינן לפונדק: אף דבה"ג גופא לא נתקיים בו דין חנק אלא דין סקילה שנהרג ע"י אותו שנפל עליו עיין מה שתירצו התוס' ע"ז בסוטה (דף ח' ע"ב): שם בא"ד. כי האי עובדא וכיוצא בו: אין הפ"י דאז חזרו ללשכה אף שכבר בטל דנ"פ דהא האי עובדא ע"כ קודם מ' שנה היה דהא בימי ר"ש ב"ש היה והרי ר' שמעון בן שטח ע"כ יותר מק' שנה קודם חורבן הבית היה דקא חשיב ליה בפ"ב דחגיגה קודם שמעיה ואבטליון שנהגו נשיאות קודם הלל והרי הלל ויוצאי חלציו נהגו נשיאות בק' שנים האחרונים שלפני חורבן הבית כדאמרינן בשבת (דף ט"ו ע"א) ע"ש וא"כ ע"כ ר"ש ב"ש קדם טובא לכן הפ"י הוא דאם היה מתרמי באותן מ' שנה צורך שעה כגון האי עובדא היו חוזרין אבל ודאי הך עובדא קדים טובא: שם בא"ד.

וי"מ דנקט משחרב בהמ"ק: זה שייך דוקא לפי פ"י התוס' (בערכין דף ט"ז ע"א) דבגדי כהונה גם על הרוצח מכפרין אבל לפי פ"י רש"י שם דדוקא על כל העולם מכפרים ולא על הרוצח לא שייך תירוץ זה: שם בא"ד. מיהו ה"מ כשעושין תשובה: פ"י דבזה רצו לתרץ מה שהקשו על פ"י זה בכתובות (דף ל') דהא עובדא דר"ש ב"ש דכאן וגם מזמינן לפונדק א' ג"כ בזמן בהמ"ק היה והניחו שם בקושיא.

אכן בזה מתורץ דבגדי כהונה מכפרין דוקא עם התשובה ובהני עובדא לא היה תשובה אבל מ"מ מתורץ מה שהקשו למה נקט דוקא מיום שחרב בהמ"ק דאז לעולם שייך כן בין עשו תשובה בין לא עשו תשובה כיון דאין כאן בגדי כהונה לכפר: שם ד"ה כמאן כר' אלעזר. וי"ל למסקנא דהכא דמשני מתניתן: כן תירצו ג"כ בשבועות (דף ל"ד) וכן תירץ הריטב"א שם והר"ן כאן.

אכן לכאורה צ"ב לפי מש"כ לעיל בד"ה שאין דהטעם דפסלינן אומדנא משום דכתיב עפ"י שנים עדים דמשמע שראו את המעשה והרי גם גבי ד"מ ע"פ שנים עדים יקום דבר וא"כ איך אפשר לחלק בין ד"מ לדנ"פ. ולולא דבריהם היה נלענ"ד איפכא מתירוצם 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 ראייה 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 יכשר אומדנא גם גבי דנ"פ לר"א אבל גמרא דהכא לפי המסקנא אזלא 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 היה יכול להרוג אותו גם בלא עדים דאומדנא והרי לפי מה שסברו התוס' לעיל בד"ה שאין ע"כ לא היה עכוב אחר שלא להרגו רק טעם דאומדנא והיינו כמ"ש הריטב"א בשבועות דרץ ומתרה והולך אחריו היה אלא דמ"מ כתבו שפיר דבדוחק דוקא יש למצוא כן.

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 שיהיה ההתראה כהגון שידעו שהרגו תוך כדי דבור אבל גבי ד"מ לא הוצרכו לשאול דשם א"צ התראה אבל אין במשמע לשון התוס' שכווננו לתרץ בזה קושיתם הנ"ל שם ד"ה לטובה לא פתחה.

וא"ת והא כתיב תבלעמו ארץ: א"ל דלמא האי כנף הארץ הא דלא כתיב בי' פי הארץ כמו גבי קרח די"ל דכל בליעה הוא בפני 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 אשה נאה אם כל ב"א דומין זל"ז דבלא"ה צריך לבאר מאי פריך ומפני מה אין פרצופיהם דומין דהא כבר אמר להגיד גדולתו של הקב"ה אכן קושיתו הוא כך דודאי ההבדל בגופי ב"א הוא להגיד גדולתו של הקב"ה אכן אכתי צריך טעם למה ההבדל זה הוא דוקא בפרצוף ולא באחד משאר האברים וע"ז תירץ שלא יראה אדם אשה נאה דשפיר שייך נאה בשאר האברים גם אם הפרצוף דומה והוא לא יהיה ניכר רק ע"י הפרצוף ולכן אין אדם מכחישו דזה דומה לזה: שם בקול ומראה משום ערוה: בקול לחוד ג"כ סגי להכיר ליום ולילה ומטעם זה נראה דמפרש הירושלמי הובא בח"א מראה ודעת מפני הגזלנים: שם כדי שיכנוס לסעודה מיד: ק"ק דלפ"ז היה יכול להבראות ביום ג' אחר בריאת האילנות וירקות דב"ח שנבראו ביום ה' ו' לא הותרו לו לאכול כדאמרין לקמן (דף נ"ט ע"ב): שם ע"ב בגמרא אידי ואידי חזא מדה היא: היינו כחכמים בתמיד (דף ל"ב) ועיין מ"ש התוס' ריש פ"ב דחגיגה: שם בלשון ארמי סיפר שנאמר ולי מה יקרו רעיד: נלענ"ד שיקרו מפרש לשון נכבדו וכל יקר שהוא לשון כבוד הוא לשון ארמי שבכ"מ תרגום אונקלוס אכבוד יקר וכן אמרינן ג"כ במגלה (דף ט' ע"א) רנב"י



אמר וכל הנשים יתנו יקר לבעליהן ע"ש: שם מושך כו' קרי לי' עבר ברית: אף שלא נצטוו עדיין על המיל' דמ"מ דבר מכווער הוא וכה"ג כתבו התוס' לקמן (דף נ"ז ע"ב) לענין אותו היום עבר אותו רשע ה' עבירות ע"ש.

ועוד דהאי דרשה דאת בריתי הפר בלא"ה לאו דאורייתא היא דמשוך הוא רק דרבנן ועיין מה שכתבו התוס' ביבמות (דף ע"א ע"א): שם אחד לו ואחד לדוד: הא דלא קאמר אחד לו ואחד למטטרון דלו לבדו יש ישיבה למעלה במלאכי מרום כשכותב זכותן של ישראל דאחר מצאו יושב וטעה כדאמרין בפ"ב דחגיגה ע"ש.

דא"כ קשה סיפא דקרא דהא רק עתיק יומין יתיב לכן קאמר א' לו ואחד לדוד שהוא למלך המשיח שישב לעתיד לימין הקב"ה כשידין עמים וכמו שפי' המהרש"א בחגיגה שם ולכן שפיר קאמר דעתה רק עתיק יומין יתיב וכסא דוד הוא רק מוכן לעתיד לבא: שם אמר לו ר' יוסי עקיבא. הך ר' יוסי ע"כ לאו סתם ר"י הוא דהוא היה תלמיד ר"ע כדאמרין בפ"ק ואיך יקרא לרבו בשמו.

לכן ע"כ גרסינן ר"י הגלילי וכן הוא בחגיגה: שם מאתו מבעי ליה: הא דל"ק דמטטר' המטיר מאת ה' דהך וה' ע"כ ליכא לפרושי אמטטר' דדרשינן מניה בגמרא הוא ובית דינו: שם ברש"י ד"ה כדר' יוחנן. שהכל בעצת פמלי' שלו: לענ"ד י"ל דר"ל דאכתי לא מתורץ הכל לכאורה דה"ק דר"י דנגלה אליו האלהים וכן דאשר לו אלהים קרובים אליו ולא שייך הך תירוץ דנמלך לזה מפרש רש"י כיון דבהכל נמלך בפמליא שלו א"כ הכל נעשה על פי עצתם ושפיר נקרא גם המעשה על שמם: שם דף ל"ט ע"ב בגמרא ומי חדי קב"ה במפלתן של רשעים: אף דהוא לא קאמר רק שרינה הוא בעולם ולא לפני הקב"ה מ"מ מקשה שפיר כיון שהקב"ה אינו שמח גם לאדם אין לו לשמוח וידבק במדותיו של הקב"ה כמו בכ"מ וע"ז מתרץ דרק הוא לא שש אבל אחרים משיש וא"כ מרצון הקב"ה הוא לשמוח במפלתן של רשעים: שם מפני מה זכה עובדיהו לנביאות: עיין פירש"י וכבר הקשה המהרש"א הא לר' יצחק לשיטתו לא מוכח דגר אדומי היה.

ולולא פי' רש"י היה נלע"ד לפרש דהקושיא היא כיון דע"כ לא היה מבני נביאים אשר הכינו עצמם מעת ילדותם לנביאות כסדר הנביאים דהא איזבל שהרגה כל הנביאים ואותו לא הרגה וא"כ מפני מה זכה לנביאות שלא כסדר שאר נביאים. א"נ י"ל ע"פ מה דאיתא במדרש תנחומא דאשה א' מנשי בני הנביאים שצעקה אל אלישע עבדך אישי מת היתה אשת עובדיהו א"כ קרי ליה בן נביא שפירושו תלמיד כמ"ש רש"י גם לאחר שמת וא"כ כשניבא ע"כ עדיין היה תלמיד וזהו דקאמר מפני מה זכה לנביאות כשהוא בן נביא עדיין משא"כ בשאר נביאים דבשום מקום לא קרי לנביא שניבא בן נביא: שם מ"ש עובדיהו לאדום: פי' דלא מצינו בשום נביא שלא העיד רק נבואה אחת לאומה אחת רק עובדיהו דגם יונה בן אמת' אף שלא העיד רק על נינוה מ"מ כבר נזכר נבואה אחרת ממנו במלכים וע"ז מתרץ דדוקא לנבואה זו היה מוכן: פרק חמישי שם דף מ' ע"א במתניתן היו בודקין אותן בז' חקירות: עיין ברבינו נסים שהביא דעת הרבינו זכריה הלוי דחקירות אלו לא מצרכינן אלא קודם שהעידו העדים ולאיים עליהם והקשה על זה מסוגיא דלקמן (ע"ב) דמוכח דגם מי שבא ואמר אמש הרגו ג"כ מצרכינן ז' חקירות לרבנן.

ולפענ"ד אין משם ראייה נגד דעת הרב בעה"מ דהא טעמא דז' חקירות קודם שיעידו הוא משום הא דר"ש בן אלעזר דלקמן וא"כ היינו דקאמר ר"י לחכמים הרי מי שבא ואמר אמש הרגו למה לן לבדוק באיזו שבוע וכקושית הר"ז הלוי וא"כ למה לן לבדוק קודם שיעידו הא אמש הרגו שכיח ברוב עדיות וא"כ יעידו העדים תיכף עדותן ולא מצרכינן להנך ג' חקירות כלל וע"ז השיבו רבנן דמצרכינן כן משום הא דרשב"א וכתירוץ הר"ז הלוי ולכן שפיר הוציא מסוגיא זו אם כבר העידו העדים מעצמם דלא שייך מעתה איום דרשב"א דאז באמת לא מצרכינן לרבנן הנך ג' חקירות כלל: שם שזה יודע בעבורו של חדש: עיין בתוס' פסחים (דף י"א ע"ב) שכתבו דה"ה דהוי מצי למימר שזה יודע בחסרונו של חדש וא"כ באמת צריך טעם למה לא קאמר שזה יודע בקביעות החדש שכולל לתרווייהו ולענ"ד י"ל דבהא דעבורו של חדש רבותא קמ"ל ע"פ מה דאמרינן לקמן (דף מ"א ע"ב) ובשפורה ידע ופי' 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 היה האזין כל יום ל' ולא שמע קול שופר שתקעו ב"ד ולכן ה' סובר ע"כ דחדש שעבר מלא היה דממילא היה 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 היה הא הוא ע"כ לא שמע קול תקיעת ב"ד ביום ל' ומאין יבוא לו הטעות שחדש העבר חסר היה ואף דלא שמע התקיעה גם לא ביום ל"א עכ"פ היה לו לומר אחקירות יום החדש אינו יודע ולכן ה"א דלא תלינן טעות בעבורו של חדש דודאי עדות שקר הוא קמ"ל מתניתן דאפילו בכה"ג תלינן בטעות: שם בגמרא מנא הני מילי: קשה דהא בעינן הנך ז' חקירות דבלא"ה הוי עדות שאי אתה יכול להזימה דהא מהך טעמא אם אמר א' איני יודע בטל העדות משום דהנך חקירות מביאות לידי הזמה וכמו שפי' רש"י במתניתן וכמו דאמרינן לקמן (דף מ"א ע"ב) ועוד קשה לפי מה דאמרינן לקמן (ע"ב) אלא אע"ג דלא צריך רמינן עליה כדרכי שמעון בן אלעזר א"כ לימא דז' חקירות דמתניתן מהך טעמא הם וכן קשה איפכא אגמרא דלקמן איך קאמר דרמינן עליה כדרשב"א הא ז' חקירות דאורייתא הם.

וי"ל ע"פ מש"כ רש"י בפסחים (דף י"ב ע"א) בד"ה דהוי ליה עדות וז"ל וא"ת אתה יכול להזימם ע"י היום כו' מיהו בצרי לה חקירות השעה ורחמנא רבי ז' חקירות בגז"ש דהיטב עכ"ל ע"ש. ולפ"ז שפיר פריך בש"ס מנה"מ דכיון דמוכח ממתניתן דבכל א' מהחקירות שאמר א"י העדות בטל אף שאמר א"י על השבוע ואמר אתמול הרגו וא"כ ודאי יכול להזימו הוא אלא ע"כ דז' חקירות דוקא בעינן למצוה ולכן פריך מנה"מ דא"ל משום אינו יכול להזימו דהא שפיר משכחת אתה יכול להזימו וכקושית רש"י שם וזה שייך בכל ז' חקירות דהא מזימין יכולין לומר דכל השמיטה הייתם עמנו במדי ואיך אתם מעידים שהרג בא"י וגם אי הוי דוקא משום רשב"א להסיע את העדים ג"כ לא הוי שייך פסול אי אמר א"י ולכן הוצרך לומר דז' קראי כתיבי אכן אהא דמקשו רבנן לקמן אי אמר אמש הרגו לא היה יכול לומר דבעינן ז' חקירות דדאורייתא הם דהא אי אמר אמש הרגו כבר עבדינן חקירות דאיזו שבוע ושנה וחדש ויום דהא לא צותה התורה שנשאול אותן ז' שאלות רק שנחקור 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 כאן יותר מבאחריני דקתני הכא משום דרצה לתרץ דלכאורה הך דבכמה בחדש לא דמי לאחריני דקתני דבכלהו טעות חד הוי טעות דאפילו באיזה שעה שייך טעות שעה אחת דלהוי טעות כגון בתחלת או באמצע או בסוף היום ולענין חדש אחד לא הוי טעות כדאמרינן לקמן במתניתן אחד אומר בב' ואחד אומר בג' עדותן קיימת לכן פירש כגון בך' בחדש או בכ"ה פירוש כל שהוא ביותר מאמצע החדש דלאחר רובו של חדש טעות חד יום גם לענין חדש הוי טעות כדאמרינן 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 איכא בשאלת יום באחד אומר בב' ואחד אומר בג' דמשום חדש עדותן קיימת ואי סתרו גם ביום עדותן בטלה דא"כ לא יחקרו באיזו יום כשכיוונו בימי החדש והרי לכל העדים ז' חקירות בעינן.

ועיין מש"כ התוס' פסחים (דף י"ב): שם בד"ה ובמה עבד. למרקוליס בשחיטה או בהשתחואה: ק"ק למה לעיל לענין מכירים אתם אותו פירש"י שמא נכרי היה ושמא לא חייב כלל ולענין במה עבד נקט בשחיטה או בהשתחואה דבתרווייהו חייב אפילו שאינן דרך עבודתו בכך כדאמרינן לקמן (דף ס' ע"ב) למה לא נקט בשחיטה או בפעירה למרקוליס או בשחיטה או זריקת אבן לפעור שהוא חד לחיוב וחד לפטור כמו שפירש גבי רוצח.

וכן קשה גם אבריייתא (לקמן ע"ב). וי"ל דבשלמא לגבי רוצח שייך שפיר לשאול את מי הרג אף שהעדים כבר אמרו פלוני הרג את הנפש דגם אי נכרי הרג אין זה סותר למה שהעידו ולכן אכתי לא נכלל בעדותן שישראל הרג אבל כשאמרו פלוני עבד ע"א הרי כבר נכלל בעדותן שדרך עבודה עבד דאל"כ לא מקרי עבד.

ובזה א"ש ג"כ למה דפירש רש"י אמכירין אתם אותו את ההרוג דזה לא שייך רק גבי רוצח וא"כ הוי ליה למתניתן למנקט בפירוש ההורג את הנפש מכירין אתם בו כמו דנקטה לענין העובד ע"א ועוד דלא הוי דומיא דהתרתם בו דקאי ארוצח. וביותר היה נראה לפרש דקאי מכירין אתם אותו ג"כ אעובר עבירה פירש מכירין אתם אותו שזה הוא העובר עבירה שמא נדמה לכם זה האיש שאתם מעידים עליו כאותו שעבר ואינו הוא אכן רש"י לא רצה לפרש כן כיון דכבר העידו על זה שעבר העבירה א"כ אם יחזרו עתה ויאמרו שאין מכירין אותו זה סותר למה שהעידו וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד: שם ד"ה כל הלילה.

איש איש לעצמו עכ"ל: נראה דהוכיח כן מדלא עריב ותני ומזדווגין זוגות זוגות ונותנין ונושאיין כל היום וכל הלילה. והרמב"ם כתב ב' פירושים או זוגות זוגות או כל איש לעצמו ע"ש: שם בתוספת ד"ה שבחמשה.

וי"ל דהא דקאמר דשית יומא: ובפסחים (דף י"ב ע"ב) תירצו התוס' עוד תירוץ אחר דאביי לית ליה הך דשית יומא בי קרנתא קאי ע"ש. וא"ל דלפי תירוץ זה אכתי יקשה

לרבא דס"ל הך סברא שם ואית ליה נמי שם דלר"י אדם טועה ב' שעות ואם כן כש"כ שטועה חצי שעה ונימא ג"כ דהאי דקאמר ה' סוף ה' והאי דקאמר ז' תחלת ז' ומעשה הוי בפלגא דשית וכקושית התוס' דרבא לית ליה כלל דתלינן טעות בשני עדים וכמו שהוכיחו התוס' שם ולקמן (דף מ"א ע"ב) בד"ה אחד אמר ע"ש ובאחד ליכא למתלי טעות דמסוף ה' לתחלת ז' לא טעי אינשי דיש היכר בשמש ולכן א"ש ג"כ הא דלא מקשו התוס' רק ללישנא קמא דאביי שם.

ועוד לרבא בלא"ה א"ש דלא מפרשינן דברי העדים לקיים עדותן כדאמר שם אלו דייקנן בהני סהדי כו' ע"ש: שם ע"ב בגמרא דא"כ לכתבינהו רחמנא בחדא: הא דהצריך להך טעמא דא"כ ולא פריך בקצור ואימא חדא חדא כדכתיבא כיון דלא יכול למילף מהדדי דכל אחד אית לי' פירכא כדלקמן. י"ל עפמ"ש התוס' לעיל (דף ב' ע"ב) בד"ה דברי הכל וז"ל ומיהו ע"כ אין ראייה משם דא"כ תקשי לרמי בר חמא כו' אלא אצטריך היטב מטעם דלקמן דלכתבינהו רחמנא בחדא עכ"ל.

ולפ"ז א"ש דאימא כל חדא כדכתיב לא הוה קושיא לחודא אליבא דר"א ור"י דהא ילפינן כל דיני נפשות מהדדי בהקישא דמשפט אחד יהיה לכם ולכן העיקר קושיא דסמיך עליה הוא דלכתבינהו רחמנא בחדא וכמ"ש התוס' לעיל אך דקשיא לי דלפ"ז לאחר שתירץ כמאן דכתיב בחדא דמי מאי פריך תו עיר הנדחת להנך תרתי לא דמי כו' הא השתא שפיר ילפינן כולהו מהדדי בהקישא דמשפט אחד יהיה לכם ואין משיבין על ההיקש.

וי"ל דקושייתו הוא כיון דבלא הקישא אית לן פירכא ולא יכולים למילף מהדדי א"כ לא כמאן דכתיב בגופא דמי וא"כ ע"כ גם ממשפט אחד אין למדין דא"כ נכתבינהו רחמנא בחדא וכקושיא קמא: שם עיר הנדחת להנך תרתי לא דמי שכן ממונם פלט: ק"ל מה בכך הא ע"כ גלי קרא דמשום זה לא יבצר עה"נ בחקירות דהא גם אי לא ילפינן מהדדי טפי ליה חקירות עה"נ מאחרינא דהא באחרינא לא בעינן בכל אחד רק תרי ובעה"נ תלתא.

וכן קשה לענין מה דפריך מעדים זוממין לענין עע"ז ומעע"ז לענין עד"ז דהא ע"כ לא קחשיב בא' קולא דהא בכל א' ב' כתיבי בתורה. וי"ל דשפיר פרכינן כאן כמו דפרכינן אכל ק"ו מה להך שכן קיל בהא אף שבכל עניניו חמיר טפי כיון דבהא קיל דלמא לכן נוהג ג"כ קולא זו גביה.

וכן פרכינן ג"כ הכא דלמא לכך בעינן בעה"נ תלתא כיון דבעי התראה והוא בסייף אבל מ"מ אין להביא עוד השנים דעע"ז או דעד"ז כיון דחמיר דמונו אבד משא"כ באחרינא וכן בכל אחד פרכינן דלמא אותן דכתיבי גביה הם מפני הקולות שנוהגות בו אבל אין להביא אחרינא אליו כיון דחמיר בדבר אחר: שם אלא עיר הנדחת מאי הוי ליה למכתב: ק"ל מאי קושיא הא לת"ק דר"א ביבמות (דף ק"ד ע"א) בלא"ה א"ש דהא סובר דמופנה מצד אחד למדין ואין משיבין ואי מקשה לר"א דוקא וכמו דפריך בש"ס יבמות (דף ע' ודף ע"ד) ובשבת (דף קל"א) וא"כ דלמא ר' אלעזר באמת סובר כר' יוסי דסובר דלא בעינן רק ג' חקירות ולדידיה שפיר מיותר ג' היטב לגז"ש וכמ"ש הר"ן.

ועיין נדה (דף ל"ב) דשם סברו רבנן דר' ישמעאל כר"א וז"ל ולפי מה דמתרץ לקמן דלרבנן מלתא דאתיא בק"ו טרז וכתב לה קרא בלא"ה מתורץ קושית הגמרא דכאן דשפיר מיותר תלתא לגז"ש: שם מדהוי ליה למכתב דרוש תדרוש: א"ל לפי מה דפליגי לקמן (דף ס"ד ע"ב) אי אמרינן דברה התורה כלשון ב"א ופלוגתא זו משכחינן בכמה דוכתי.

וא"כ אכתי למ"ד דברה התורה כלשון ב"א לא היה יכול לכתוב כן דלא הוי משמע רק חדא דרישה דכבר כתבו התוס' במנחות (דף י"ד ע"ב) דלא אמרינן כן דדברה התורה כלשון ב"א אלא היכא דמוכח קרא והרי כאן ליכא הוכחה שנדרוש דברה התורה כלשון ב"א: שם ואתו נחננין בק"ו מנסקלין: בזה לכאורה קושיתנו הנ"ל במקומה עומדת כיון דהשתא שפיר ילפינן מהדדי א"כ כמאן דכתיב בחדא דמיא ולא קשיא עוד לכתבינהו רחמנא כחדא וקיימי שפיר היקשא דמשפט אחד יהיה לכם וא"כ ל"ל למילף בק"ו וגם לר"ש קרא ל"ל הא אין משיבין על ההיקש: שם אלא לר"ש דאמר שרפה חמורה מא"ל: ק"ק לפי מה שכתב הר"ן לקמן דר' יוסי לא דריש אמת נכון ולכן אוקי ג' לגז"ש וג' לג' חקירות וא' לנשרפין וא"כ מאי קושיא לר"ש דלמא ר"ש סבר כר' יוסי ושפיר מיותר חד לגז"ש: שם ואתו נשרפין בק"ו מנסקלין.

הקשה הר"ן תיפוק ליה דבעדים זוממין הוו ג"כ נשרפים אם העידו על חייבי שריפה והוזמו וגם לר"ש קרא ל"ל. ותירץ דעדים זוממין קילי שלא נעשה מחשבתן לכן י"ל דהקיל הכתוב גביהן להצריך ז' חקירות גם לחייבי שריפה.

אכן אכתי ק"ל דמ"מ נילף מעדים זוממין וחד מהנך במה הצד גם לחייבי שריפה דכי פרכת מה לעדים זוממין שכן לא חטאו במעשה ע"ז יוכיח מה לע"ז שכן עונש סקילה דקיל משריפה עדים זוממין דבשריפה יוכיח ואכתי לר"ש קרא ל"ל ומזה לכאורה ראייה לפירוש קמא דרש"י דעיקר קרא דעדים זוממין גבי עדי רציחה כתיב: שם מלתא דאתיא בק"ו טרז וכתב לה קרא: עיין במהרש"ל שהקשה מאי כתב לה קרא שייך בזה כיון דאכתי לא כתיב בפירוש מאי עדיף זה מק"ו והניח בקושיא.

והנה אף דאמרינן מלתא דאתיא בק"ו טרז וכתב לה קרא ריש פרק איזהו נשך וכן מלתא דאתיא בהיקשא כמש"כ הר"ן נדרים (דף ג' ע"א) ד"ה לנדור וכן מלתא דאתיא במה מציינו כמ"ש התוס' שבת (דף קל"א ע"ב) מכ"מ כבר כתבו התוס' שם דיותר מסתבר למימר כן בק"ו משום שאינו פשוט כ"כ והיינו שאפשר יש לו פרכא אף שאין אנו יודעים אותה וכמש"כ השיטה מקובצת ריש איזהו נשך לענין גז"ש וע"ש וא"כ ודאי דיתור פשוט טפי מק"ו ושפיר שייך למימר מלתא דאתיא בק"ו טרז וכתב לה קרא: שם ברש"י ד"ה שכן בסייף.

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 שנאמר. ע"ש: שם ד"ה שכן צריך 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 כבר עברו נ' שנה ואין העדים ממתנין כ"כ אבל אם יהיה המעשה בסוף יובל א' ודאי שאין זה חזקה שלא ימתינו העדים להעיד ביובל הנכנס והיינו דקאמרינן בגמרא כיון דאמר באיזה שבוע לא בעי באיזה יובל: שם בד"ה קבלו עליו התראה.

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

כדי שאילת שלום: אף שצריך לקבל התראה ולהתיר עצמו למיתה ובזה שוהה יותר מכדי שאילת שלום רב לתלמיד או תלמיד לרב אפשר שאומר כן בשעה שכבר התחיל לעבור עבירה ואין קפידא רק שלא ישהה בין התראה להתחלת עבירה שיעור שאילת שלום א"נ מתוך כדי דבור לקבלת התראה והתרת עצמו למיתה חשבינן כיון דהטעם תוך כדי דבור הוא שלא נאמר שכח התראה והרי 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 תחת או חקור.

ולכן כתבו דל"ד הוא וסיימו דאפילו אי האי תחקור טעות הוא וצ"ל דרוש תדרוש וחקור ג"כ הוי משמע ד'. אכן בזה ק"ל מה שהביאו ראייה מהא דמרוכה דה"ל לכתוב דרוש דרוש דאף דמוכח משם דהיכי דמצינו למדרש דרשינן 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 דילפינן מנייהו התראה דברוב מקומות בש"ס לא פרכינן 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 דבעינן המית תוך כדי דבור אף שזה ג"כ מכח סברא ידעינן שלא נחוש שכח התראה כמ"ש רש"י.

אכן זה ודאי 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) דפריך ר"פ ומי אית ליה לר' יוסי הך סברא והתנן כו' ע"ש.

דלכאורה מחוסר פירוש דאדרבה מדקאמר ששונא הוא כמועד ומותרה הרי דבעינן התראה גבי מי שאינו שונא. אכן לפ"ז מובן כיון דר' יוסי במתניתן יליף מקרא דע"פ

שנים עדים דבעינן פי שני עדיו מתרין בו א"כ ע"כ התראה דאורייתא הוא והשתא פריך שפיר מי אית ליה לר' יוסי הך סברא דהתראה דאורייתא היא הא קאמר דשונא אין צריך התראה מפני שהוא כמועד ומה בכך אי גזירת הכתוב הוא דבעינן התראה ואהא מתרין דהך ר"י בר"י היא דסבר ג"כ דחבר אין צריך התראה והוא ודאי סבר דלאו דאורייתא היא אבל ר' יוסי סבר דאורייתא היא כעולא ושאר תנאי ואמוראי 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 בעינן לכרת דהא קמי שמיא גליא אי יחייבו אותן מן השמים כרת 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"נ מלתא דאתיא בק"ו טרח וכתב לה קרא: ק"ל דא"כ היאך משכחת לכאורה ב' כתובים שבאים 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 הבאים כא' דנשים אתיין בק"ו מטפלים ע"ש בתוס' ואי נימא כיון דאמרינן בקדושין (דף ד') דהיכי דאיכא למדרש דרשינן ולא אמרינן דטרח קרא בכדי א"כ לא נחשוב אותו לב' כתובים הבאים כאחד זה ג"כ דרשה מקרי א"כ פשיטא דקשיא אסוגיא דכאן למה ילפינן שאר חייבי מיתות מהני נימא דהוי מחלל שבת ובא על נערה מאורסה ורוצח ג' כתובים הבאים כאחד דלכ"ע א"מ משום הך קושיא דנכתוב בסקילה ונגמר אחרנא מניה.

וראיתי בס' הליכות עולם דטעם דמ"ד דב' כתובים הבאים כאחד מלמדין משום הך טעמא דמלתא דאתיא בבנין אב טרח וכתב לה קרא אבל ג' כתובים אין מלמדין דכולי האי ודאי לא טרח קרא והרי הכא אמרינן אפילו לגבי ג' כתובים כן וצ"ע. ואולי י"ל עפ"י הנ"ל כיון דאיכא היקש דמשפט אחד לכן יותר סברא לומר דטרח קרא אפילו בג' כתובים מלומר דהתורה רצתה שלא נילף בהיקש: שם אלא באשה חבירה דק"ל דמקטלא: א"ל דלמא באמת לא מקטלא דהא ר"י בר"י לא איירי רק מחבר ולענין שאר עבירות.

די"ל דפריך לפי מה שתירץ רב פפא לעיל (דף ח' ע"ב) הכא באשה חבירה עסקינן כו' ע"ש דמוכח דשפיר מקטלא: שם אליביה דר"י בר"י היכי משכחת לה: א"ל דמשכחת באשת כהן דלא יכולים לומר לאוסרה על בעלה באנו דא"כ ה"ל לומר באונס נבעלה גם באונס אסורה לבעלה כהן דאכתי יכולים לומר לאוסרה על בועלה באנו.

ובזה מתורץ ג"כ מה שהקשה המהרש"א דלוקמי שמת הבעל או שיכולים לומר להפסידה כתובתה באנו וכתירוץ המהרש"א: שם שזינתה וחזרה וזינתה: ק"ל לפ"ז ל"ל לרבי לעיל על דבר אשר ענה גבי נערה המאורסה להורות התראה הא בלא"ה מוכח

דבעינן התראה לרבי לשיטתו דאל"כ איך משכחת כלל דין נערה מאורסה דמקטלא הא יכולים העדים לומר לאוסרה על בעלה באנו כשהוזמו וא"כ ה"ל עדות שאי אתה יכול להזימו וגם איהי לא מקטלא כמבואר בשמעתינן וא"ל כתירוץ הגמרא שזינתה וחזרה וזינתה דא"כ הו"ל בעולה בבעילה שניה שהעידו עתה ואינה בסקילה רק בחנק כדלקמן (דף ס"ו ע"ב) וא"ל דמשכחת שזינתה פעם ראשון שלא כדרכה דלא נעשית בעולה הא רבי לשיטתו סובר בקדושין (דף ט' ע"ב) דבעולה שלא כדרכה היא בחנק אלא ע"כ מוכח דבעי התראה וא"כ אין יכולים לומר לאוסרה לבעלה באנו כיון דאתרו בה וא"כ ע"כ מוכח דבעי נערה מאורסה התראה וממילא ידעינן כל הנסקלין במה מצינו ומקושש אתיא לנשרפין וא"כ לרבי לשיטתו קרא דעל דבר מיותר הוא.

אכן לפי תירוץ ב' של התוס' לעיל בד"ה מניין להתראה א"ש: שם תרגמה ר"ח בסודר שחנקו בו: ה"ה דהמ"ל דהברייתא בן זכאי הוא דסובר דהכחשה מקרי כדלקמן אלא דרצה לאוקמא אליבא דכ"ע: שם כגון ששפדו ביחור של תאנה: פירוש באחד היחורים המחוברין לאילן תאנה שפדו ולכן א"ש הך דא"ל תחת תאנה הרגו וכיון דשאלתו היה באיזה אילן שפדו ולכן א"ש דנקט יחור של תאנה ולא סתם הרגו בעץ תאנה דרצה למצוא שהרגו בתאנה עצמו דהיינו באילן כשהוא במחובר כדי ליישב ברייתא דתחת תאנה הרגו: שם שאני בן זכאי דבדיקות כחקירות משוי ליה: ורב חסדא דאמר כרבנן דפליגי אבן זכאי וכמ"ש הר"ן.

אכן ק"ל דא"כ איך מתרץ רב חסדא גופא לקמן (דף פ"א ע"ב) בהך דמכניסין אותו לכיפה כגון דאתכחש בבדיקות כו' בעוקצי תאנים ע"ש הא הך לדידיה בר קטלא הוא ואיך מתרץ מתניתן שלא אליביה לתרץ כגון דאתכחש בבדיקות דבסייף הרגו ובארירין הרגו דגם לדידיה לאו בר קטלא הוא ודוחק לומר דמשום אבימי ק"ל וליה לא ס"ל ואבימי סבר כרב יהודה לעיל (דף ל' ע"ב) דפליג ארב חסדא ופסק כר"י בן זכאי וכמ"ש לעיל: שם ברש"י ד"ה תאנות שחורות.

דע"כ בתאנים עצמן א"א להרוג: אף דבמכות (דף ח' ע"א) מוכח דשייך מיתה בתמרים אפשר דקים ליה להש"ס דתאנים קטנים או רכים יותר מתמרים וא"א להרוג בהן: שם בד"ה אלא בדנ"פ. שנאמר ועלית אל המקום: עיין בתוס' שבת (דף ט"ו ע"א) שתמהו בזה והניחו בקושיא דהא הך קרא גבי זקן ממרא כתיב ומנ"ל שאר דיני נפשות ואפשר דילפינן כן ממשפט אחד יהיה לכם דהוקשו דנ"פ להדדי וכמ"ש התוס' לעיל (דף ב' ע"ב).

אכן התוס' הקשו עוד יותר דאפילו בזקן ממרא לא כתיב המקום רק בהמראתו ולא במיתתו וזה לא מתורץ בדברינו. ועיין בע"ז (דף ח') ששם יישבו התוס' קושיא זו אבל אין שייך תירוצם אליבא דרש"י שכתב דאתי מהמקום גורם.

ועיין בפ"י בשבת שם שלא ראה דברי רש"י פה: שם בא"ד. וכיון דחזו דנפשי רוצחים: א"ל דא"כ דמשום הך טעמא ישבו בחנות א"כ איך אמרינן סוף סוטה משרבו רצחנים בטלה עגלה ערופה ומפרש הטעם בברייתא שם דאין עגלה באה רק על הספק תיפוק ליה כיון כשרבו רצחנים ישבו ב"ד בחנות א"כ לא יכולים להביא עוד עגלה כיון דבעינן ב"ד הגדול למדידה וכדאמרינן בפ"ק לעיל ובסוטה ר"פ עגלה ערופה והרי המקום גורם.



די"ל דלא אמרינן רק לענין לדון דנ"פ אבל לענין למדוד יכולים גם כשיושבים בחנות דהא זה אתיא מזקניך או מהמיוחדים בשופטיך ועכ"פ המיוחדים הם: שם בתוספת ד"ה ואי כתיב. ולעיל משמע דבעי התראה: לקמן (דף קי"א ע"ב) אמרינן בפירוש וצריכים ב' עדים והתראה לכל או"א: שם בד"ה אבל סקילה דחמירא.

ותימא מנ"ל דנסקלין: ונלענ"ד ליישב קושיא זו גם קושיתם בד"ה תניהו דנילף בגז"ש דרשע גם קושיתם בד"ה ואי כתיב ע"פ מה שכבר הבאנו לעיל מש"כ התוס' ריש מסכתין דמהיקשא דמשפט אחד יהיה לכם ילפינן גם דיני נפשות מהדדי והכי אמרינן ג"כ בכתובות (דף ל"ג ע"א) ע"ש והא דלא ילפינן לעיל ואצטריך היטב היינו משום הך קושיא דלכתבינהו רחמנא בחדא.

ועוד י"ל עפמ"ש הר"ן בנדרים (דף ג' ע"א) כנ"ל דמלתא דאתיא בהיקש טרח וכתב לה קרא א"כ בלא"ה ל"ק למה כתבה התורה היטב אף דאתיא מהיקשא דמשפט אחד יהיה לכם. וכן צ"ל ע"כ מגמרא דלפנינו דלענין התראה לא שייך תירוץ התוס' הנ"ל מה שתירצו אהך דהיטב ואעפ"כ לא ילפינן ממשפט אחד.

וע"כ צ"ל דמלתא דאתיא בהיקשא טרח וכתב לה קרא. ולכן ל"ק מנ"ל פטור מן התשלומין גבי נסקלין ונשרפים דשפיר ילפינן כן ממשפט אחד ורק הכא גבי התראה טרח וכתב קרא אף דנוכל לילף מהיקשא.

וגם ל"ק מנ"ל התראה גבי עיר הנדחת דשפיר אתיא מהיקשא דמשפט אחד ובזה לא שייך פרכא דאין משיבין על ההיקש. ומה שהקשו למה דלא ילפינן חייבי מיתות בגז"ש דרשע מחייבי מלקות בלא"ה א"ש ע"פ גמרא דאיזהו נשך הנ"ל דמלתא דאתיא בגז"ש טרח וכתב לה קרא: שם ד"ה באשה חבירה.

ולא בעי ר"י שיתיר עצמו למיתה: פירוש דאף דשייך התיר עצמו למיתה בלא התראה כגון שאומר מעצמו כן מ"מ כיון שצריכים העדים לומר שהתירה עצמה למיתה א"כ הרי ידעו שחייבת מיתה ע"פ עדותן ולא יכולין שוב לומר לאוסרה על בעלה באנו ולא ידענו כלל שחייבת מיתה ע"פ עדותנו ולכן מקשו התוס' אתני גמרא דבאשה חבירה כן ולא אדברי ר"י בר"י ודלא כפירוש מהר"ם: שם בד"ה לאוסרה על בעלה שני באנו.

הוי מ"ל דאיירי שזינתה ולא ידעי מי הוא עכ"ל: וה"ה ג"כ המ"ל שמת הבועל דבזה לא שייך להפסידה כתובתה כתירוץ המהרש"א כמובן: שם ד"ה א"נ שזינתה מקרוביה. וא"ת אכתי מנ"ל: המ"ל דאיירי דהבועל בלא"ה פסול לעדות אלא דבלא"ה משני שפיר ובזה א"ש דלא תקשי דאכתי קושיתם במקומה עומדת לריב"י איך משכחת דחבר נהרג בלא התראה הא יכולים לומר לפוסלו בעדות באנו ולפ"ז א"ש דמשכחת בשכבר הוא פסול.

א"נ י"ל דא"כ למה להם לשקר בדבר שעונשו מיתה ה"ל להעיד שאכל נבילות או שיחק בקוביא או אחד משאר דברים שפוסלים לעדות וגם התוס' היו יכולים לתרץ כן אלא דבלא"ה משני שפיר. ובזה א"ש ג"כ מה שק"ל לכאורה לפי דברי התוס' איך משכחת שום עדות בעולם הא כל עדות אי אתה יכול להזימה כיון דעד זומם פסול לעדות א"כ כשבאו עדים והזימו לעדי נפשות ובאו אחרים והצדיקו לעדים הראשונים וזממו

להמזימים אין יכולים לקיים בהמזימים דין הזמה דהא יכולים לומר לא נתכוונו כלל להמית להעדים רק לפוסלם לעדות כדין עדים זוממין ובהא לא שייך והא אתרו ביה דהא עדים זוממין א"צ התראה וכיון דהמזימים אין לקיים בהם דין הזמה גם העדים לא נהרגין על פיהם כשלא הוזמו וממילא גם אותו שהעידו העדים עליו אינו נהרג משום עדות שאי אתה יכול להזימה וא"כ איך משכחת דין מיתה לעולם אע"כ מוכח כתירוצנו הנ"ל דלא יכולים לומר לפוסלם בעדות באנו דא"כ ה"ל לפוסלם ע"י דבר אחר ולא ע"י הזמה שתליא ביה מיתה.

ועוד י"ל על זה לפי מה שכתבו התוס' לעיל (דף ט' ע"ב) בד"ה עדי האב ע"ש דבתירוצם שם מתורץ גם זה. ובזה א"ש ג"כ מה שקשה עוד לפי מה דאמרינן לקמן (דף פ"ח ע"ב) דמסית לא בעי התראה א"כ איך משכחת כלל מיתה גביה הא העדים כשהודו יכולים לומר לפוסלו בעדות באנו וא"כ ה"ל עדות שאי אתה יכול להזימה דודאי מסית לא גרע מאוכל נבילות דפסול לעדות ויכולים לומר העדים לא ידענו דנהרג בלא התראה וכמו לענין חבר דיכולים לומר לא ידענו שחבר א"צ התראה וכמ"ש התוס' לעיל (דף ט').

אבל לפי דברינו אתי שפיר דא"כ היה להם להעיד שאכל נבילות ולא בדבר דתליא ביה מיתה: שם ע"ב בגמרא א"ר והא עדותן קיימת קתני: הא ל"ק ליה דהא שנים אומרים אין אנו יודעים קתני דדרך התנא שחסר תיבה ע"י שכחה וכמ"ש רש"י לעיל (דף י' ע"ב) בד"ה והא עבור קתני וא"כ ה"ה ג"כ להוסיף תיבה אחת במקום שאינו נוגע לעיקר הדין אבל להחליף עדותן בטלה בעדותן קיימת שהוא עיקר הדין בזה ודאי אין שייך טעות דכש"כ הוא ממה שכתב רש"י דלא מיחלף ליה בין קדוש לעבור כ"ש דלא מיחלף ליה הא: שם אמרי ליה ומאי אמרינן בה בסנהדרין גרידתא: ק"ל מאי בעי בזה וכי ח"ו הגדולים הללו רצו להתפאר בתורתם שאינם צריכים לשמיעת רבן.

תו י"ל כשאמר 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 היה להם להשיב אמרנו בה לשון רבים אכן הם לא השיבו רק לשון יחיד נסתר אמר בה. ונלענ"ד עפ"י מה דאמרינן בגמרא שתלמיד כשאומר שמועה מפי רבו בתחלה יאמר בשם עצמו עד שידע אם ישר בעיני שומעיו ואח"כ יאמר שרבו אמר כן למען שלא יגרום זילותא לרבו ופירשו המפרשים כן פירוש המימרא דכל האומר דבר בשם אומר דהיינו שבתחלה יאמר הדבר ואם תישר אז יאמר בשם אומריו 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 דשמא רק לקנטר בא ולבזות את דברי רבן ולכן קאמרי ליה ומאי אמרינן בה בסנהדרין גרידתא כו' כלומר לא נשיב לך אלא משלנו ולא משל רבה.

אכן אחרי שיש 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 בשם זה שהשיבו לו מטיבותא דמר אמר בה טובא פירוש כיון

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 היה מתריס כנגדנו אז לא היה רבה לא אמר בה ולא חדא דהיינו אומרים הכל בשמנו שלא ליתן כבוד רבינו לבוז: 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 תלינן טעות.

אכן אכתי ק"ל דלפלוג בקודם רובו גופא בין באו להעיד כשעדיין הוא קודם רובו של חדש לבאו להעיד על מעשה שהיה קודם רובו לאחר רובו דאז לא תלינן עוד בטעות כיון שכבר שמעו מתי קדשו ב"ד החדש ובזה לא שייך טעות דע"כ מוכח דבב' ימים אין תולין טעות דא"כ לאשמעינן רבותא טפי בבאו להעיד קודם רובו דאפילו בב' ימים עדותן קיימת: שם ברש"י ד"ה הא דאורייתא.

כדתניא לעיל נכון שיהיה 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 כמאן כר"ע. וי"ל דהא דקאמר: אכן מ"מ צ"ל ג"כ דר"ע לא פליג רק מוסיף אדברי ר"ש כמו לפירוש רש"י דאל"כ איך אפשר דיקרא קרוב או פסול כיון דאינו יכול להזימו ואי הוזמו הב' אחרים יקויים בהו דין הזמה מאי פסול שייך לפ"ז הא אכתי הוי עדות שאתה יכול להזימו: שם בד"ה שזה יודע.

קשה ומה אלו דייקינן: ואף דלקמן (דף ס"ט) מבואר דלכך מיקטל ולא חיישינן להכי דאזלינן בתר רובא מכ"מ הרי נוכל לברר ע"י בדיקה. וכן כתבו בפירוש בפסחים שם: שם בא"ד.

מידי דהוי אאחד אומר בג' וא' אומר בה': ק"ק מאי ראייה משם דהתם ודאי כיון דרובא לא טעי בב' עבורים א"כ מעת שהוכחשו וזה אומר בב' וזה אומר בה' כבר הוי עדות מוכחשת ומה יועיל מה שכוונו לעדות באיזה יום כיון דמ"מ הוי הכחשה בימי החדש דע"כ לא טועין בב' עבורים אבל לענין טעות יום א' כיון דרובא טועין בכך א"כ גם אי לא אזלינן בתר רובא עכ"פ לא גרע משאר ספק דעלמא אי טועין בכך וא"כ לא הוי הכחשה או לא טועין דהוי הכחשה בזה שפיר י"ל מדכוונו בעדות היום אזלינן בתר חזקה ואגלי מילתא דלא הכחשה הוי אבל בב' עבורין הוי כבר הכחשה דודאי בתר מיעוט לא אזלינן גם אי לא אזלינן בתר רובא: שם ד"ה א' אומר.

וי"ל דודאי כי דייקינן בהנץ: א"ל דא"כ איך אמרינן במתניתן דא' אומר בה' וא' אומר בז' לכ"ע לא טעי אנשי בכך מפני היכר השמש ועדותן בטלה דלמא לא ידעי באיזו שעה חמה במזרח ובאיזו שעה במערב די"ל דחצות היום מידע ידיע לכ"ע ואין טועין בכך כמו שטועין בשעות הנץ: שם ד"ה א' אומר בג'.

נימא עובדא כי הוי בד' הוי: ק"ק הא כל קושיות רבא היה שם דלמה נתלה בדבר שאם לא היה כן טעות הוי ונקטול אותו מספקא ולכן מתרץ שם דלא תלינן בטעות אלא

בידעין ע"כ דטעי אינשי הכי וא"כ למה נאמר מספיקא דעובדא בד' הוי להחמיר עליו דלמא לא הוי בד' והוי הכחשה: שם בא"ד.

דאין לתלות טעות בב' עדים: צ"ע דלפ"ז אם היו כאן ד' עדים שבאו כא' להעיד וב' אמרו בג' וב' אמרו בד' שעות יפסל העדות לרבא דאל"כ ע"כ נתלה הטעות בב' עדים וכיון דב' ודאי מוכחשים הם א"כ ה"ל כנמצא א' מהן קרוב או פסול ובטל כל העדות: שם דף מ"ב ע"א בגמרא א' אומר קודם הנץ וא' אומר לאחר הנץ.

א"ל דלמא יום המעונן היה ואין היכר בשמש דמדדייקי בהנץ ודאי לא טעי אינשי וכמ"ש התוס' לעיל בד"ה א' אומר בב' שעות ע"ש א"כ אהא דמתניתן דא' אומר בה' וא' אומר בז' לכאורה קשה. אכן הא כבר הקשו גליון תוספות הביאם המהרש"ל פסחים (דף י"ב) ותירצו כיון דרוב ימים אינם מעונין לא תלינן במיעוט לקיים עדותן ולהרוג נפש ע"ש.

אכן לפ"ז אם ידוע לנו דאותו יום מעונן היה באמת תולין בטעות לפ"ז: שם דתניא ר"י אומר כשם שאין מוסיפין: א"ל דלר' יוסי לפ"ז קושית הגמ' דלעיל (דף י"ז ע"א) במקומה עומדת איך משכחת הטייה לרעה ע"פ ב' דבמוסיפין לא משכחת דלית ליה מוסיפין וכו' יהודה ג"כ ע"כ לא ס"ל מדקאמר כשם שאין מוסיפין על ב"ד של שבעים ואחד די"ל דלעיל לא פרכינן כן רק אמתניתן דקתני בה הטייה ע"פ ב' ולר' יוסי באמת לא משכחת רק ע"פ ג' ועוד גם לר' יוסי משכחת בי' מזכינן וי"ב מחייבין וא' אומר איני יודע: שם אילימא קש דינא איפכא מבעיא ליה.

עיינן בר"ן שכ' שהרמב"ם ע"כ סובר כפירוש רש"י אכן לכאורה קשהדהא מפסק הרמב"ם (פ"ט מה' סנהדרין) נראה שהוא מפרש דהאי נזדקן הדין קאי אפוטרינן אותו וכמו שפ"י גם הר"ן ולפי' רש"י לכאורה א"א לפרש כך דכתב קש דינא וצריך להמתין בו ואיך שייך זה בשכבר פטרו אותו. אכן בזה י"ל שהרמב"ם מפרש כפי' התוס' דאין יכול לעמוד עליו אבל ממה שפ"י רש"י אחכם דינא דלכך אין אומרים בדנ"פ כן שאף אם גמרוהו מחזירין לזכות זה לא שייך לכאורה אי אפוטרינן אותו קאי דהא כבר זכאי הוא וזה ק' לכל הפירושים ודוחק לומר דחכם דינא גם לפי' הר"ן קאי אכל דנ"פ.

וי"ל דשפיר איכא נפקותא במה שמחזירין לזכות דהא הטעם דאין מחזירין לחוב בדנ"פ הוא משום וצדיק אל תהרוג דפירושו בשכבר נצטדק וזה לא שייך לכאורה בשפטרו אותו מפני שלא היה רוב לחובה דבזה לא מקרי עדיין צדיק כיון שגם לזה לא היה רוב ולא נגמר דינו לזכות כלל ולכן י"ל דבפטור כזה שפיר מחזירין לחובה ולכן שפיר איכא במה שילמדו עוד זכות עליו ויגמרו דינו לזכות דאז אין מחזירין עוד לחובה ונשאר זכאי לעולם: שם ברש"י ד"ה ולפטריה מבי דינא קמא.

ידונו אלו כנגד אלו: ק"ק דהא לפי' הך איכא דאמרי ע"כ לא אמרינן הסברא דשלא יצאו מב"ד מעורבים דאל"כ לא מקשה מידי והא דלא מקשה ולפטריה מעיקרא היינו משום דעדיפא מקשה דלא יוסיפו כלל וממילא לא נבוא כלל לדון אלו כנגד אלו ובתירוצו דר"י קאי כוותך מתורץ ג"כ קושיא קמייתא וא"כ דלית ליה הך סברא ע"כ לא אתי ג"כ שפיר לדון אלו כנגד אלו דלמה לן הך לפטרי' מעיקרא וכקושית לישנא קמייתא וא"כ איך פי' רש"י בהך קושיא שידונו אלו כנגד אלו וי"ל עפמ"ש התוס' לעיל (דף ח' ע"א)

בד"ה מוציא שם רע וז"ל ואין לדמות ליוסיפו הדיינים דלקמן דלא חיישינן ללעז הדיינין עכ"ל.

והפירוש כמש"כ המהר"ם משום דבהא א"א בענין אחר'. והשתא א"ש די"ל דבאמת גם לפי איכא דאמרי אמרינן הסברא דלא יצאו מב"ד מעורבין ומ"מ מקשה שפיר דלא יוסיפו כיון דגם במוסיפין איכא גנאי לב"ד ומאי עדיף הך גנאי מהך גנאי אבל לדון אלו כנגד אלו שפיר מצרכינן משום גנאי ב"ד ולכן פירש"י א"ש: שם בתוספות ד"ה פועלי אמת.

ואית דגרס פועל אמת: ופי' זה יותר מיושב ע"פ הלשון דלפי' רש"י פועלים אמת הול"ל שאין זה מדרך הלשון להסמיך המתואר על התואר: שם ד"ה העוסקים ברומו ש"ע. והא דאמר שתי רביעית יין: י"ל מאי קושיא דלמא באמת הכי הוי ואעפ"כ צריך להך טעמא דהעוסקים ברומו ש"ע וגם יש חילוק בין דנ"פ לד"מ דבדנ"פ אין רשאים לשתות כל עיקר אפילו בפחות מרביעית מדלא קתני במתניתן ממעטין ביין ובמאכל וחילק בין מאכל ליין משמע דיין אינו שותה כל עיקר וגם מדמקשה איין דוקא מ"ט ולא ג"כ למה ממעטין במאכל אע"כ דה"ט דהא דממעטין במאכל הוא שיהיה דעתם צלולה אבל זה אכתי אין טעם למה לא ישתו יין כל עיקר ולכן קאמר מלרוזנים אי שכר והא דקאמר אל ישתכרו ע"כ ל"ד ישתכרו אלא לא ישתו מידי דמשכר כדאמרינן.

אכן התוס' קושטא קאמרי דבד"מ אפילו רביעית ישתה: פרק ששי שם דף מב ע"ב בגמרא והא דקתני הכי נפ"מ דאי נפיק: ק"ק דלימא נפ"מ בב"ד שיושב בעיר שאינה מוקפת חומה דמקרי ג"כ עיר כדמוכח מת"כ שהביא הר"ש פ"א דכלים א"נ בעיר שמוקפת עתה רק לא מימות יהושע דאין לה דין מחנה ישראל דאין לה דין קדושת ערי חומה שהביאו התוס' בשמעתין כמ"ש הר"ש שם ע"ש.

וכן איכא נפקותא בב"ד שבח"ל דסנהדרין נוהגת בארץ ובח"ל (ספ"א דמכות) או בעיר שרובה עכו"ם שכל אלו אין להם דין מחנה ישראל והנהו לכאורה עדיפי מהך נפקותא דב"ד שיושב חוץ לחומה דלא שכיח: שם דלא מתחזי ב"ד רוצחים: א"ל א"כ היכי קאמרינן במתניתן הטעם משום דכתיב הוצא את המקלל דודאי מתניתן איירי מהך דינא דמוציאין אותו לחוץ מג' מחנות היכי דיתבי ב"ד בפנים וע"ז מייתי הדרשה דהוצא את המקלל המבוארת בגמרא ולא מתרץ רק דלכך נקטה מתניתן הך לישנא דמוציאין אותו חוץ לב"ד להשמיענו אגב אורחיה דעכ"פ צריך להיות חוץ לב"ד אפילו היכי דהוי חוץ לג' מחנות מהך טעמא דלא נתחזי ב"ד רוצחים והיינו דדייק בגמרא והא דקתני הכי נפ"מ כו'.

משמע דלא רצה לתרץ רק למה דנקטה מתניתן הך לישנא. אך דלפ"ז לא הבנתי תירוץ התוס' בד"ה כי היכי וז"ל ועוד הא כתיב הוצא כדתנן במתניתן עכ"ל.

הא כל קושיתם היה דנילף בשאר נסקלין דנבעי שעריך דהיינו שער ב"ד דמהא סלקא בדבורם והא על זה לא כתיב הוצא ואי נאמר דקושיתם לא היה רק דנילף דנבעי שעריך בעיר שרובה ישראל ולא יהיה חוץ לג' מחנות דהא שעריך שמחוץ לשער העיר ג"כ חוץ לג' מחנות הוא ועוד דא"כ אכתי קשה לפי תירוץ דנילף דניבעי שעריך דהיינו

שער ב"ד בעיר שרובה עכו"ם או שישבו ב"ד לחוץ: שם ולילף משחוטי חוץ: א"ל דיותר נלמוד מג' דהיינו פר משיח פר העדה ודשן משנילף מא'.

וכה"ג אמרינן דיותר גמרינן מדבר שהוקש לו ב' פעמים משלא הוקש רק פעם א' בקדושין (דף ל"ד) דאפשר לענין גז"ש לא אמרינן הכי א"נ הני ג' כחד חשיבי כיון דמהדדי ילפינן: שם רפ"א משה היכי הוי יתיב במחנה לוי: הא דצריך להכי דהא ודאי לא דברה עמו שכינה רק באוהל מועד כמבואר בכתובים וא"כ כשנאמר לו הוצא ודאי במחנה שכינה היה ואעפ"כ ליכא לפרש הוצא רק ממחנה לוי דהא המקלל ודאי לאו במחנה שכינה היה עמו כמ"ש הר"ן ועוד הא כתיב ויניחהו במשמר ובאוהל מועד ודאי לאו משמר היה וא"כ ע"כ הוצא מחוץ למחנה לוי קאמר ולמה לן הך דמשה במחנה לוי הוי יתיב.

די"ל דרצה לפרש למה לן עוד מחוץ למחנה שניה דמחד ג"כ הוי ילפינן חוץ לג' מחנות כיון שנאמר לו הוצא אל מחוץ למחנה וכיון דאין לפרש על אוהל מועד מסתמא על מחנה שיושב בה קאמר ולכן קאמר שמשה במחנה לוי הוי יתיב וא"כ כי קאמר לו הוצא מסתמא ממחנהו קאמר ששם הביאו אותו אליו והניחוהו במשמר וכן כתב רש"י לקמן בד"ה הוצא גרידא משמע הוציאו ממקומך עכ"ל.

ולכן מצרכינן עוד מחוץ למחנה לחוץ ממחנה ישראל: שם האי מבעי לעשיה: פירוש ואכתי מנ"ל חוץ למחנה לג' וא"ל דא"כ דבמחנה ג' קטלי ליה ל"ל דכתיב גבי ויוציאו אל מחוץ למחנה ביוציאו לחודא ג"כ סגי דעכ"פ משמע דהוציאו אותו ממחנה שניה שהביאו אותו שם אל משה וא"כ ממילא ידעינן עשייה די"ל דיוציאו אותו פירוש מהמשמר ולא מהמחנה ולכן צריך לכתוב ג"כ אל מחוץ למחנה להורות עשית הציווי: שם בתוספות ד"ה ונאמר בפריים.

תימה והא בקדשים: עיין בר"ן שתירץ על זה דמטעם זה באמת חזרו רב פפא ורב אשי וסברי דברייתא אם לא נאמר קאמר עיין שם אכן צ"ע דהא למ"ד בתר למד אזלינן לק"מ כמה שכתב הוא בעצמו וא"כ למה חזר ר"פ הא הוא סבר בזבחים שם דבתר למד אזלינן: שם בא"ד. תימא בפר העדה מנ"ל כיון: עיין מש"כ התוס' ביומא (דף ס"ח) לתרץ זה.

ולולא דבריהם היה נלענ"ד לומר דאפשר שאין נדון דלפנינו דומה לשאר דבר הלמד בהיקש או בגז"ש דלא נוכל לילף מדבר דבר שלא נאמר בגופו רק בא לו ע"י היקש או גז"ש ממקום אחר אבל הכא לא ילפינן מהיקש או מגז"ש רק שהאי מחוץ למחנה שנאמר בו פירוש חוץ לג' מחנות וכי ילפינן מיניה לדבר אחר מדבר דכתיב בגופיה ילפינן ולא מדבר שבא לו ממקום אחר בהיקש או גז"ש.

ובזה יתורצו ב' קושיות התוס' אלו וגם שאר קושיות שהקשו ביומא שם: שם ד"ה פגול. מיהו קשה דלא חשיב פסול יוצא: פירוש אם הוציא הדם זריקה אל מחוץ למחנה אבל אין לפרש אבשר פרים דבהני אין פוסל יוצא דזריקה מועיל להם כיון שסופם לצאת דלא גרעו מקדשים קלים ובאימורים בלא"ה לא פוסל יציאה כמש"כ הרמב"ם (פ"א מה' פסולי המוקדשין).

ובעיקר קושיתם י"ל כיון דמחנה א' גם בשחוטי חוץ יש וא"כ כי ילפינן מפרים לא ילפינן רק לחוץ מחנה ב' וג' ולדעת הר"ן רק חוץ למחנה ג' ולכן א"ש דבשלמא לענין פסול פגול קאמרינן בגמרא שפיר דיותר דומה לשחוטי חוץ דבשניהם אין המחנה שנאמר בו פוסלו בפגול משא"כ בפרים שראוים להתפגל על ידי אותו מחוץ למחנה שנאמר בו דאם חשב לזרוק דמו או להקטיר אימוריו מחוץ למחנה ב' או ג' נעשה פסול ע"י אותו מחוץ למחנה אבל איך נאמר כן לענין פסול יוצא הא חוץ למחנה א' דהיינו חוץ למחנה שכינה כבר כתיב בגופיה ולא נצרך לילף מפרים וחוץ למחנה ב' וג' גם בפרים לעולם אינו פוסל ביוצא דכבר נפסל משיצא חוץ למחנה א' דהיינו חוץ למחנה שכינה ולכן לענין ילפות מחנה ב' וג' מפרים לא שייך הך פירכא דפסול יוצא: שם דף מ"ג ע"א בגמרא שאם מת באבן א' יוצא: א"ל דאכתי ל"ל הך קרא לזה הא כבר כתיב גבי מולך עם הארץ ירגמוהו באבן וכן גבי אוב וידעוני והם מוקדמין בקרא להך דמקלל שמא אין מוקדם ומאוחר בזה והך דמקלל נאמר בראשון וכיון דכבר כתיב במקלל לדרשה הדר כתיב גם באלו אף שאין נדרש בזה כלום וכן צ"ל ג"כ לענין אבנים שנכפל ג"כ בתורה גבי ע"ז ונערה המאורסה שלא לצורך והכי אשכחינן כמה פעמים בגמ' וגם א דלא לכתוב לא אבן ולא אבנים וממילא ידעינן מפשטות דורגמו בין אבן א' בין ב' אבנים דמהיכי תיתי למעוטי חדא מהני די"ל דה"א מדכתיב יד העדים כו' דדוקא ב' אבנים בעינן דלא הוי מוקמינן קרא באותו אבן עצמו כתירוץ התוס' דדוחק הוא לכן צריך לכתוב אבן וממילא צריך לכתוב גם כן אבנים: שם לא אמרינן ליה זיל וליתיה וליקטיל נפשיה: יש להסתפק אם גם חרב שהורגים בו אנשי עיר הנדחת בא משל ציבור דהא התם לא שייך הך טעמא דבלא"ה ממונם אבדו ואם נאמר כיון דבשעה שנהרגין כבר נגמר דין העיר להיות כל שללה כליל וא"כ יכלו להנות בדבר ממנה ולקברו כיון דדינו בשרפה אכתי שייך ספק זה גבי הרוגי מלכות דאמרינן (לקמן דף מ"ח) דנכסיהן למלך אם בא משל ציבור כיון דלאו מדידיה מייתנין אלא משל מלך כיון דבשעה שנגמר דינו למיתה כבר נעשה כל רכושו של מלך.

וצ"ע: שם אמר תיבעי לך: לפי הנראה מהסוגין בעיא זו לא אפשריטא ומדין ספק נפשות להקל היה לנו לפוטרו ולא הבנתי דעת הרמב"ם שפסק דאין משגיחין בזה (פ"י מה' סנהדרין) ע"ש: שם ע"ב במתניתן ומניין שכיפר לו וידויו: א"ל דמנ"ל אש דהוידוי מכפרת דלמא המיתה דוקא היתה מכפרת והא דביקש ממנו לא היה אלא שלא להוציא לעז על הגורלות כדאמרינן בגמרא די"ל כיון דעכ"פ בעכ"פ היה מיתה עם וידוי א"כ אין לנו למילף אלא שיכפר מיתה עם וידוי: שם בגמרא שנאמר אנכי חטאתי וכזאת עשיתי: פי' כל א' מהני תיבות משמע א' דאנכי לחוד ג"כ הודאה הוא כיון דהגורל לא היה 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' כזאת א' הרי ב' וכזאת ב' הרי ד' זה למ"ד הראשון דג' חרמים היו ולמ"ד דה' היו נרבי ט' כה"ג ואהא תירצו לפי שלא היו כ"כ מלחמות במדבר אבל ב' היו לר' חנינא וד' לר' יוחנן כמש"כ הר"ן כן נלע"ד פי' 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 שתירץ ועוד י"ל דמוכח כן מהך דעכן דאל"כ למה לא נענש עד השתא ועוד אתי שפיר לפי סברת רש"י דדוקא משעה שנעשו ערבים זה לזה שייך לענשן על הנסותרות דלמה יענשו על דבר שלא היה 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 היה סמוך לירדן כנראה מהכתובים והר גריזים רחוק ששים מיל כדאמרינן לקמן (דף מ"ד) אבל זה א"ל דלא נענשו רק על אותן הנסותרות שנעשו אחר שנעשו ערבים זל"ז בהר גריזים דא"כ גם אמעשה דיריחו לא ליענשו דהיה ג"כ קודם הר גריזים כדכתבנו.

ובזה א"ש מה דאמרינן לקמן (שם) דרש ר' שילא אמר לו הקב"ה שלך קשה משלהם אני אמרתי והיה בעברכם כו' דאיך שייך 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 דעכן ג"כ ידע דמשעברו את הירדן נענשים על הנגלות והנסותרות ולכן מן הדין היה לו ליראות למעול בחרם כיון שידע שבודאי יודע הדבר ויגרום רעה לעצמו אכן טעה כי הוא סבר שלא יענשו רק על עבירות שלאחר הר גריזים ולכן לא יודע לפי דעתו מעל יריחו שהיה קודם לזה אבל באמת אינו תלוי בשעת עבירת הדבר ולכן נענשו.

והנה התוס' כתבו לקמן בד"ה ואתם רחקתם כי היה לו להקים האבנים בהר גריזים ועיבל שסמוכים לירדן והשתא אם עשה כן לא היה שייך עוד טעות כיון שאז בשעת כבישת יריחו כבר קבלו עונש על הנסותרות והיה יכול לידע כי בודאי יודע הדבר והיינו דקאמר ליה הקב"ה ליהושע שלך קשה משלהם שאתה גרמת מעילת חרם זה כי 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 הכא כופר בעיקר היה מהך דגם עברו את בריתי כמו דאמרינן לעיל גבי אדם הראשון (דף ל"ח ע"ב) דע"ז יקשה פשיטא כקושית הגמ' ותירוץ הגמ' לא שייך על זה: שם רבינא אמר דיניה כנערה 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 צוה לשרוף את הנלכד ויהושע סקלו.

והנה במדרש איתא דסקלו משום חלול שבת. אך דלפ"ז אכתי יקשה לר"ש דסבר שרפה חמורה ידין אותו בשרפה החמורה כדין מי שנתחייב ב' מיתות דנידון בחמורה ולכן קאמר רבינא דבאמת כן הציווי היה לסקלו דכתיב נבלה כמו בנה"מ והא דכתיב שריפה היה דוקא על אשר לו: שם ותניא 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 הך מנינא דוקא.

אכן י"ל כיון דהך עונש בא על ישראל אודות העבירות הנסותרות של עכן שקבלו ערבות בהר גריזים כמ"ש רש"י לעיל ואמרינן בסוטה (דף לז ע"ב) די"ג פעמים קבלו ישראל ברית עליהם בסיני וערבות מואב והר גריזים וגם אמרינן שם שנכרתו בריתות של תר"ג אלפים וה' מאות ונזון שהוא מספר ישראל בלא שבט לוי דלא נכלל בכלל זה כמבואר



בכתובים 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 מכל שבט ג' אנשים נגד ג' בריתות שעברו והנה המהרש"א כ', בסוטה שם דמ"ד דג' בריתות היו וקחשיב הני דסיני וערבות מואב בהדייהו ע"כ סובר כמ"ד הכא דנענשו על הנגלות קודם שעברו דאז שייך ערבות אף בסיני וערבות מואב לענין נגלות אבל למ"ד דגם על הנגלות לא נענשו לית ליה דחשבינן 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 דהיה ל"ו ממש דמתו מכל 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 כמש"כ 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: פ"א ואיך תלה עדות זה דוקא בעשיר שהוא יהושע שכבש את הארץ הא גם פנחס ענה כן שהיה רש: שם בתוספת ד"ה חיישינן שמא שד הוא.

דוקא בשדות ובהרים: פ"א והך דיהושע ג"כ בשדה היה אף דכתיב ביריחו פ"א בגבול יריחו דהא עדיין במצור היה ואפילו רחוק ממחנה ישראל היה יהושע באותו זמן כמש"כ רש"י (לקמן ע"ב בד"ה ועכשיו בטלתם) והא דהוצרך רש"י לפרש דבלילה היה הא בשדה גם ביום אין עונין כמו שהוכיח התוס' היינו משום דאם לא היה בלילה היה סימן כבואה דכבואה.

כמ"ש התוס': שם בגמרא לא צריכי דאע"ג דיהבי טעמא למילתייהו: א"ל דלפ"ז דלא משכחת בשום גוונא דהעדים יכולים לחזור אחר שהעידו איך כתבו התוס' לקמן (דף ס"ה ע"ב) בד"ה יצאו עדים א"נ כגון שחזרו בהן מעצמן ואמרו מבודין אנחנו עכ"ל ומה בכך הא מ"מ נהרגין די"ל דאיירי כשחזרו תוך כדי דיבור דאז אין נהרגין א"נ כשחזרו קודם שנחקר עדותן בב"ד דאז מהני ג"כ חזרה כמ"ש התוספת לעיל (דף ל"ב ע"ב) בד"ה היכי אמר ושייך בהו הזמה ואעפ"כ אין נהרגין כשחזרו אפילו לאחר שהוזמו אם היתה ההזמה קודם שנחקרה עדותן בב"ד: שם ברש"י ד"ה אביך האמורי.

תרח ואבותיו מכנען באו עכ"ל: צ"ע דהא משם באו ולא מחם אבי כנען כדכתיבי קראי. ולולא פירושו היה נלענ"ד לפרש אביך הבא מאותן שעשו מעשה האמורי כדדרשינן במ"א והיינו שעבדו ע"ז כאמורי: שם ד"ה וכי כל כמינה.

וכי נאמן הוא דחשדינן לסהדי: ממה דפריך בש"ס פשיטא וכן מכל הסוגיא משמע לכאורה דהקושיא היא מה צריך להשמיענו דיהרג ודלא כפ"א רש"י ולענ"ד דרש"י הוצרך לזה דקושיא פשיטא לחודא לא תקשה לכאורה די"ל דאתי לאשמועינן הך דקולר תלוי בצואר העדים ולכן מקשה אהך גופא ג"כ כל כמינה וכפ"א רש"י ובזה יובן הסוגיא לפי פירושו שם דף מ"ה ע"א בגמרא למימרא דרבנן חיישי להרהורא: קשה מאי פריך דר' יהודה אדר' יהודה דלמא לעולם חייש להרהורא והא דאשה נסקלת ערומה משום דגזירת הכתוב היא אותה ולא כסותה וא"ל דהא גם בסוטה הוי גזירת הכתוב ופרע את ראש האשה ואעפ"כ סובר ר"י דאין מגלין משום הרהורא הא כבר הקשו התוס' שם בסוטה (דף ל"ח) הכי ותירצו דבשב ואל תעשה יש לחכמים כח לעקור דבר מן התורה

וה"ז לא שייך לגבי סקילה דאם יאמרו חכמים דסנקלין אותה בכסותה והרי מן התורה אסור לסוקלה כן ועוקרין דבר מן התורה בקום ועשה.

ועוד י"ל אקושית התוס' שם למה דאין מגלים לר' יהודה ע"פ מה שהקשו התוספת עוד שם לר' יהודה למה לא פורסים סדין של בויץ ויגלם כדאיתא בספרי ותירצו דלא שייך בזה ונוסרו כל הנשים ע"ש. אך דזה תמוה לכאורה דאטו משום דאין יכולים לקיים בה מצות יסור דרבנן לא יקיימו בה ג"כ מצות פריעה דאורייתא.

ועוד קשה לכאורה דא"כ ברייתא דספרי כמאן אתיא דכר' יהודה לא אתיא לפי תירוץ התוס' ורבנן נמי ע"כ לא אתיא דא"כ דאחרי סדין של בויץ פרעו וגלו מאי פריך דרבנן אדרבנן הא התם לא שייך הרהורא כלל ולכן נלענ"ד דהך דרשת הספרי אליבא דר' יהודה היא והיינו דמצוה של תורה ודאי מקיים גם אחורי הפרגוד רק משום ונוסרו תקנו רבנן שיגלו בפרהסיא ולכן כשהיה שיערה נאה או לבה סבר ר"י דלא מגלין או סותרים היינו בפרהסיא אבל אחורי הפרגוד באמת מגלין ורבנן סברי דאפילו בפרהסיא מגלים ולכן א"ש מה שהקשו התוס' דלר' יהודה באמת גלו אחורי הגדר וגם א"ש מה שהקשו איך עקר ר"י גזירת הכתוב דבאמת לא עקר אך דלפ"ז פשיטא דקשה מאי דפריך ר"י אדר"י דהא אי יסקלו אותה בכסותה יעקור דין תורה בזה: שם אמר קרא ונוסרו כל הנשים: לכאורה י"ל כיון דלפי תירוץ זה ע"כ צ"ל דרבנן לא חיישי להרהורא וכמש"כ רש"י א"כ למה צריך בסוטה הך טעם דונוסרו כל הנשים תיפוק ליה כיון דטעם דהרהורא לית להו א"כ מאיזה טעם נעקור מצות גילוי ופריעת ראשה.

וא"ל דבאמת גם רבנן הוי ס"ל הך דהרהורא אי לאו משום ונוסרו דלפ"ז מאי פריך וכ"ת ליעבד בהו תרתי דל"ל ליעביד כך כיון דמצות יסור כבר איכא ע"י מיתה וא"כ צריכין לחוש להרהורא. וי"ל דבאמת אי לאו הך טעמא דיסור גם רבנן הוו חיישי להרהורא דלמה לא יחושו לזה ומ"מ פריך שפיר ליעבד בה תרתי כיון שכבר תירץ דר"י אדר"י דהכא כיון דמקטלא לא שייך הרהורא: ובזה א"ש ג"כ מה שי"ל עוד כיון דע"כ צריך לתרץ דרבנן ס"ל הא דר"נ דברור לו מיתה יפה א"כ ל"ל כלל הך תירוץא דבסוטה הטעם משום יסור וכאן אין לך יסור גדול מזהיתרץ בקיצור דרבנן אדרבנן דלא חיישי להרהורא ולכן הך דסוטה א"ש אבל הכא סברי דנסקלת ערומה כיון דכל הטעם שלא תהיה נסקלת כן הוא כדי שתמות מהר וכמו שפירש רש"י והרי בזיוני עדיף ליה מנייחי דגופא אבל לפי דברינו א"ש כיון דרבנן חיישי ג"כ להרהורא אי לאו הך טעמא דיסור א"כ ע"כ צריך טעמא דיסור גבי סוטה וכיון דבסוט' לא קפדי אפ"ל אהרהור משום יסור כש"כ דלא היה לנו לחוש אברור מיתה יפה משום יסור לכן צריך ג"כ הך טעמא דהכא אין לך יסור גדול מזה: שם לימא דרב נחמן תנאי היא.

פי' דר' יהודה לית ליה דר"נ: ק"ק איך אפשר לומר כן 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 חייש 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 כתיב ואם מת ע"י דחיפה הרי לא הי' בו רק יד העד הא' ועיין לקמן: שם בגמרא אי הכי ליגבהי' טפי: א"ל כמה שיעור יש לדבר זה כיון דגם ע"י גובה ב' קומות מת מהר די"ל כיון דקתני

בברייתא וקומה שלו הרי כאן ג' משמע דג' קומות דוקא בעינן וא"כ למה נוקטין שיעור מצומצם כ"כ אבל ק"ק דאי יגביהו יותר מזה באופן שבודאי ימות ע"י דחיפה זה ע"כ נגד כוונת הכתוב דאל"כ לא משכחת סקילה כלל כיון דלעולם מת ע"י דחיפה ולא יזיה ענין כתב סקילה כלל: שם ומניין שאם מת בדחיה יצא: ק"ק אכתי ל"ל או הא ע"כ מוכח דלא בעינן לאחר מיתה שניהם דאל"כ לא לכתוב רק יסקל ויירה ולא יסקול ויירה דמזה ג"כ ידעינן דשניהם בעינן אע"כ דמדכתיב סקול יסקל ויירה רצה הכתוב להורות לנו דדוקא מחיים ניבעי תרתי ולא לאחר מיתה ואכתי 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 דכתיב סקול ויירה לרבות שניהם יחדיו וה"א דגם לאחר מיתה כן לכן בעי או לחלק והשתא אי לא הוי כתיב רק יסקל ויירה ה"א ג"כ או יסקל או יירה ולכן ע"כ צריך סקול ויירה לרבות שניהם אבל לר' יאשיה דסבר דלא משמע או עד שכתוב בפ"ל כן לכאורה קשה: שם ברש"י ד"ה נפרמו קרע משונה לכאן ולכאן: אכן במכות (דף כב ע"ב) פירש הרמב"ן נפרמו קריעה של תפירה ובספרי ערוך לנר שם הארכתי בפירוש ד' הראשונים בזה: שם ד"ה הפכו על מתניו.

כשהוא מושכב פרקדן: נלענ"ד שאין הפ"ל לפי דברי רש"י נהפך על לבו ששוכב פרקדן שאדרבה על לבו משמע פניו כלפי קרקע אלא שר"ל למה הפכו על מתניו שהוא על צדו ה"ל להפכו על גבו שיהיה לבו למעלה שעליו צריך ליתן את האבן ולכן מתרץ רש"י דגנאי הוא כששוכב כן פרקדן ועיין ברמב"ם (פ"ט"ו מה' סנהדרין) שיש לו פ"ל אחר במשנה זו: שם בתוס' ד"ה הא.

לאו מקרא דריש דהא ליכא מיעוט להכי: בסוטה (דף כ"ב ע"ב) פ"ל רש"י נגד פירוש התוס' דתרתי שמעית מינה מדכתיב מיעוט דכסות בלשון זכר ידעינן ג"כ דאין גבי אשה הך מיעוטא ע"ש ומה שהצריך להתוס' עוד לפירושם דאל"כ מאי פריך דרבנן אדרבנן הא קרא קאמר דאין אותה בלא כסות וכמ"ש בסוטה (דף ח' ע"א) בד"ה האיש נסקל כבר תירץ רש"י לפי דרכו בסוגין בד"ה להרהורא וז"ל נהי דלרבנן דלא אצרכה קרא להפשטה כו'.

פ"ל דודאי לאו מצוה היא מן התורה לסקלה בכסותה אלא דאיסורא דאיש לא קאי עליה וא"כ נעביד לן אנן: שם ד"ה ברור לו מיתה יפה. י"מ משום דלרעך כמוך: לא הבנתי למה דמצרכינן להך הא ודאי דבכלל ואהבת לרעך כמוך הוי ג"כ מיתה יפה דהא אם הוא הוי חייב מיתה והיה בידו לברור באיזה מיתה שיהרג ג"כ היה ברור לו מיתה יפה גם מה שכתבו דמחיים לא שייך כן דהא חייך קודמין ק"ל דהא אין הציווי שיאהב אותו יותר מגופו וא"כ במקום ששייך חייך קודמין לא שייך כלל ואהבת לרעך כמוך: שם ד"ה מה בור שיש בו כדי להמית.

ותרווייהו צריכי כו' אי כתב רחמנא בור: בב"ק (דף ג' ע"א) כתבו התוספת צריכותא אחרת ע"ז דאי כתב רחמנא בור ה"א בור דוקא אבל שיח ומערה פטור וזה ודאי דהמת יהיה לו לאו מיותר הוא דמצרכינן לשור פסולי המוקדשין כדאמרינן שם (ב"ק דנ"א) ולא עבדי צריכותא רק משום דילפינן מתרתי קראי הללו שיהיה כדי להמית: שם בד"ה מניין שאף לדורות.

והא דאמרינן בפ' טבול יום: אף דשם קאמרינן טעמא למה לא נילף לדורות משעה משום דאיכא ק"ו ממעשר הקל מ"מ כיון דק"ו זה שייך ג"כ בקדשי שעה ואעפ"כ לא אמרינן אותו כיון דבפ' הציווי היה נגד הק"ו א"כ אי ילפינן בעלמא דורות משעה גם לענין דורות יחשב כמו שכתוב בפ"י כן ולא נימא ק"ו: שם ע"ב בגמרא ושדי לה איהו.

הא דנתן טעם למה לא הוי הסקילה בב' עדים ולא למה לא הוי הדחיה כן דהא לענין דחיה לא שייך טעם דתיתי מרזיא י"ל כיון דמצות הכתוב הוא יד העדים תהיה בו בראשונה א"כ יהיה ע"י א' הדחיה וע"י א' הסקילה ואי ידחפו אותו שנים דלמא יהיה הדחיפה ע"י כח הא' דוקא ושמא אותו העד גופא ישליך ג"כ האבן עליו דהא א"א ע"י ב' כי היכי דתיתי מרזיא ולא יעשה ע"י השני כלום לכן נעשה הדחיה ע"י הא' והסקילה ע"י האחר א"נ לא רצה לפרש רק כיון דע"כ צריכים ב' להגביה את האבן למה לא ישליכו ג"כ: שם א"ש נקטעה יד העדים פטור: יש להסתפק אם לאחר שהוזמו העדים נקטעה ידם אם נאמר כיון דהשתא לא היה נהרג ע"פ עדותם גם הם לא יהרגו או נימא כיון דבשעה שנגמר דינו ע"פ עדותן זממו להרגו ועשיתם לו כאשר זמם קרינן בהו ויש לפשוט ממה שכתב הרמב"ם (פ"כ מה' עדות) שאם לאחר שנגמר דינו נמצא א' מהן קרוב או פסול אינן נעשין זוממין.

ע"ש: שם תרגמה שמואל בהן הן עדיו: לכאורה זה קשה מאוד דאיך אפשר לפרש ופלוני עדיו כן דהול"ל ואנחנו עדיו וי"ל דלכאורה י"ל מאי פריך מהך דכל מקום שיעידהו ב'. לפי מה שפסק הרמב"ם (פי"ד מה' סנהדרין) דברוצח לא נפטר בנקטעה יד העדים כיון דכתיב מות יומת הרי ריבה דלא בעינן קרא כדכתיב וא"כ ה"ה ג"כ גבי עיר הנדחת וכל הנסקלין לפי מ"ש התוספת בד"ה משום א"כ דלמא איירי מתניתן בהך חייבי מיתות דלא מעכב יד העדים וצ"ל דפריך כן 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"י דבכה"ג משכחת בכל חייבי מיתות ואתי דינא דמתניתן שפיר בכל חייבי מיתות ומ"מ א"ש דנקט ופלוני ופלוני עדיו לענין נסקלין ונהרגין דלא בעינן בהו יד העדים דוקא: שם ומי לא בעינן קרא כדכתיב והתנן: עיין במהרש"ל שחתר ליישב פ"י קושיא זו להיכי קאי ולפי דעת הרמב"ם הנ"ל כיון דכתיב ברוצח מות יומת בכל מיתה שאתה יכול להמיתו ולא בעינן קרא כדכתיב גם לענין יד העדים יש לפרש פ"י קושיא זו דפריך אמאי דסליק בתירוצו דלכך לא בעינן גבי רוצח קרא כדכתיב כיון דכתיב מות יומת וא"כ ה"ה ג"כ בנסקלין וכמ"ש התוס' דהא כתיב ג"כ בהם מות יומת ולכן פריך ומי לא בעינן קרא כדכתיב היכי דכתיב מות יומת הא גבי בן סורר ומורה שהוא מן הנסקלין וכן גבי עיר הנדחת דכתיב בהו מות יומת ואעפ"כ מצרכינן קרא כדכתיב ולכן א"ש דלא פריך רק מבן סורר ומורה ועיר הנדחת וע"ז מתרץ תנאי היא פ"י דפליגי תנאי אי בעינן קרא כדכתיב או לא ובאמת לא דרשינן לענין סורר ומורה ועיר הנדחת מות יומת לרבויה למאן דבעי קרא כדכתיב ולכן בעינן רחוב ושלא יהיו אביו ואמו גזמין ומות יומת לא דרשי דברה תורה כלשון ב"א וכדאמרינן בכמה דוכתי אבל לענין רוצח וגואל הדם שפיר דרשי ועיין מ"ש התוס' רפ"ב דמנחות ורק לענין נסקלין ועיר הנדחת יש איזה טעם להני תנאי דלא דרשי ליה ולכן סברי דלענין סורר ומורה ועיר הנדחת דוקא בעינן מה שכ' בהם.

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

ולפי דברינו א"ש כיון שהוא פסק לענין סורר ומורה ועיר הנדחת כסתם מתניתן דלקמן דלא סברי ע"כ לענין עיר הנדחת ונסקלין כן לכן לא יכול להביא כן והא דדרשינן בגמרא דלקמן לענין נסקלים ובב"מ לענין עיר הנדחת כן היינו אליבא דר' יהודה שהוא ע"כ דריש כן דאל"כ הוי ב' כתובים הב"כ וכמו שכתבו התוס': שם שאני התם דכולה קרא יתירא: א"ל דלמא כתב כן אלכתחלה דוקא דיהיה כן למצוה בעלמא וכמ"ש רש"י בד"ה הרי זה יהרג די"ל דהא לענין ותפסו אותו אביו ואמו והוציאו אותו לא שייך לכתחלה דמאי דהוי הוי ואף דלענין ואמרו בננו זה וגומר שייך כן למצוה בעלמא שיאמרו כלשון הזה דוקא מ"מ קאמרינן שפיר דכולי קרא דותפשו יתירא הוא וכיון דהוא לדרשה אתיא לענין עכוב גם לענין פסוק שני דואמרו אל זקני עירו אמרינן כן אף דלענין קרא זה לא הוי הוכחה למדרש לענין דיעבד: שם אבל דכ"ע בעינן קרא כדכתיב: א"ל מנ"ל דר"ע סובר כן דהא כיון דסבר דרחוב דהשתא נמי כדמעיקרא דמי א"כ נוכל לעשות לה רחוב וכלכתחלה דמי דכ"ע מודו דבעינן כנ"ל די"ל דלכתחלה לא מקרי אלא כשהיה לה רחוב אבל כשאין לה אף שנוכל לעשות מ"מ מקרי דיעבד: שם תנאי היא.

ק"ק דלמ"ד לא בעינן קרא כדכתיב א"כ ל"ל מות יומת גבי רוצח וגואל הדם הא בלא"ה ג"כ ידעינן דאתה ממיתו בכל המיתות כיון דלא בעינן קרא כדכתיב ועוד דכי ס"ד דלמ"ד הכי 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 הנשרפים במקומה עומדת דלא שייך תירוצם דדייק מדקתני כל חייבי מיתות דאכתי מנ"ל לדייק כן דלמא אתיא מתניתן כמ"ד דלא בעינן קרא כדכתיב ובאמת בכל חייבי מיתות הדין כן אכן י"ל דחדא מתורץ באידך דלכך באמת בין ברוצח בין בגואל הדם כתיב בקרא כן שלא לצורך להורות לנו דדוקא באלו כן ולא בשאר חייבי מיתות.

ובזה מתורץ מה שהעירו התוס' דלמ"ד ב' כתובים הב"כ מלמדין מנ"ל למעט שאר חייבי מיתות ולפ"ז א"ש דהא ג' כתובים גם הוא סבר דאין מלמדין והיינו משום דב' פעמים ודאי לא כתב קרא בכדי וא"כ י"ל דסובר דלא בעינן קרא כדכתיב והוי לדידיה הך ב' כתובים כמו ג' כתובים בעלמא כיון דתרתו מיותרין הן.

עוד י"ל בזה דהנה התוס' בד"ה אין לו בוהן הקשו ויש תימא היכי דייק כו' ואפשר י"ל ע"פ מה דאמרינן במנחות (דף ה' ע"א) דתהיה לא קאי אשחיטה משום דלאו עבודה היא ע"ש אלמא דלא קאי אלא אתורת טהרה שיעשה הכהן א"כ אם אין לו בוהן ואוזן אין העכוב אצל הכהן אלא אצלו דהרי הכהן עשה לטהרתו כל מה שיוכל לעשות וי"ל דתהיה לא קאי על זה כמו שלא קאי על שחיטה כן י"ל לכאורה.

אכן הא קשיא מאי פריך אשמואל ממות יומת המכה דלמא טעמא דשמואל לאו משום דבעינן קרא כדכתיב לחוד אלא משום דכתיב יד העדים תהיה בו בראשונה ותהיה משמע

עכובא דהרי בכ"מ דרשינן תהיה לעכובא אכן י"ל דמ"מ פריך שפיר דהא גבי רוצח כתיב ג"כ רוצח הוא והוא משמע ג"כ עכובא כדדרשינן בזבחים (דף ז' ע"ב) ובשאר דוכתי וע"ז מביא ג"כ מגואל הדם דשם כתיב ג"כ גואל הדם הוא ימית דמשמע ג"כ עכובא.

וא"ל דא"כ לא לכתוב הוא ולא בעינן מות יומת ואנו יודעים ג"כ דמיתתן בכל דבר כיון דלא כתיב עכובא לא בעינן קרא כדכתיב דזה אינו דא"כ ה"א בכל חייבי מיתות הדין כן לכן כתיב הוא ברוצח וגואל הדם ומות יומת כי היכי דלהוי ב' כתובים הב"כ אבל לפ"ז מוכח דהיכא דלא כתיב עכובא לא בעינן קרא כדכתיב דאל"כ אכתי יקשה לא לכתוב הוא ולא בעי מות יומת וע"ז מקשה ומי לא בעינן קרא כדכתיב פ"א גם בלא עכובא והא בבן סורר ומורה ועיר הנדחת מעכב אף דלא כתיב עכובא וע"ז מתרץ תנאי היא היינו היכא דלא כתיב עכובא אבל היכא דכתיב עכובא ודאי לכ"ע מעכב ולכן א"ש דבעינן מות יומת גם למ"ד דלא בעינן קרא כדכתיב כיון דכתיב הוא וגם א"ש מה שקשה עוד כיון דלפי תירוץ הגמרא לכאורה שמואל כתנאי אמרה למילתיה א"כ מי דחיק ליה לתרץ אקושיא ממתניתן דפלוני ופלוני עדיו דבהן הן עדיו איירי לימא דמתניתן אתיא כמ"ד דלא בעינן קרא ואנא דאמרי כסתם מתניתן דלקמן דבעינן קרא כדכתיב אכן לפי דברינן א"ש דבהא דשמואל כ"ע מודו כיון דכתיב תהיה לעכובא: שם במתניתן א"ל ר"א והא שמעון בן שטח תלה: ק"ק למה לא פריך לרבנן כן אדין קמייתא דאמרו דאין נתלה אלא מגדף וע"ז דהא הני נשים משום מכשפות דנו אותן כמ"ש רש"י לעיל ולקמן בשמעתינן ואעפ"כ תלו אותן וכ"ת דבאמת על שניהם השיב רק נטר להו לרבנן עד לבסוף להשיב על שניהם אין משמעות הלשון כך דאל"כ הו"ל לומר והלא שב"ש תלה נשים מכשפות באשקלון וי"ל דמזה לא היה יכול להקשות דהי' אפשר לומר דתרתיה הוי בהו כישוף 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 שסקלן כדינם ואח"כ תלאן.

והנה אף שבכ"מ לא כתוב רק תלאן במתניתן כאן 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 אך דיש להשיב ע"ז דכיון דלא היו יכולים להורידן לארץ משום שלא יעשו כישוף ויברחו דלכך היו הבחורים צריכים להגביה כולן כא' כמו שמשמע מדברי רש"י לעיל א"נ אין זה הוראת שעה דבכל חייבי מיתות הדין כן דאם אין אתה יכול להמיתו במיתה הכתובה בו דממיתו בכל מיתה שאתה יכול ע"י עדים כמ"ש"כ הרמב"ם (פי"ד מה' סנהדרין) והכא ע"כ היו עדים והתראה דאל"כ אין לך הוראת שעה גדול מזה ועוד דא"כ למה היה שמעון ב"ש נידון בגיהנם אם לא היה דונן כמ"ש רש"י לעיל הא לא היה להם דין מיתה אבל כפי הנראה מרמב"ם (ה' סנהדרין פ' כ"ד) לא הו"ל בהנשים עדים והתראה כראוי ע"ש אכן לפ"ז קשה מלשון אין דנין שנים ביום א' ועיין בירושלמי ששם משמע שע"י תלי' הרגו אותן וזה כאשר אמרנו שלא היה אפשר לדונם בסקילה: שם ברש"י ד"ה יד העדים.

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

ודן את כולן ביום א' מפני קרוביהם שלא יתקשרו להצילן עכ"ל: אי משום הך טעמא תלאן לכולן ביום א' אינו מביא לכאורה ראייה דהי' תלייתן משום פרסום ולא הבנתי למה לא פירש רש"י בקיצור דתלאן לכולן ביום שיהיה יותר פרסום כשתולין כולן כאחד משיתלו אותן א' א' ולכן שפיר מייתי רבנן ראייה דכל תלייתן היתה משום פרסום מדתלאום כולם כא' דהוי ג"כ משום פרסום: שם בתוספת ד"ה משום דהוי.

וי"ל דדייק מדקתני כל חייבי מיתות: לפי מה שכתבו 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 שאתה יכול גם בשאר חייבי מיתות קושייתם שם בלאו תירוצם מתורץ שפיר וא"כ יש לומר דראיית הרמב"ם לפסוק כן הוא מן התוספתא שהביאו שם: שם דף מ"ו ע"א בגמרא אהני לרביא שאר נסקלין: ק"ק דאם כן לא לכתוב לר' אליעזר ריבויא כלל ונילף שאר נסקלין במה מצינו ממגדף דא"ל דא"כ הוי ילפינן גם שאר חייבי מיתות דז"א דהא איכא למיפרך מה למגדף שכן חמיר דבסקילה וכדפרכינן ריש פ' היו בודקין.

וי"ל דאי ממגדף איכא למיפרך מה למגדף שכן כפר בעיקר או פירכא כיוצא בזה אבל קשה דנילף ממגדף ובן סורר ומורה דאית ליה לר' אליעזר דקרא לקמן ג"כ דנתלה ואי ילפינן מתרווייהו ליכא למיפרך מידי ועוד קשה אי פרכינן אמגדף שכן כפר בעיקר א"כ ל"ל כלל דוהומת לא לכתוב רק מגדף ומרבינן ג"כ ע"ז כיון דדמי ליה שכפר בעיקר כמותו וכדאמרינן לעיל דהשתא אין לומר כמ"ש הר"ן דאי לא הוי כתיב כלל לרבנן הוי ילפינן במה מצינו ממגדף כל חייבי סקילות דז"א דהא איכא למיפרך מה למגדף שכן כפר בעיקר וא"כ קשה ממנ"פ אי יש פירכא שלא נלמוד אחרים ממגדף קשה לרבנן והומת ותלית ל"ל ואי אין פירכא קשה לר' אליעזר כן ולכאורה י"ל דבאמת אין פירכא שלא נילף שאר חייבי סקילות ממגדף ואעפ"כ הוצרך לרבויה לרבות שאר נסקלין דאל"כ ה"א דבן סורר ומורה ומגדף הווי ב' כתובים הבאים כא' כיון דכולם היינו יכולים לילף ממגדף וא"כ ג"כ בן סורר ומורה אך 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 תלייה משום דלא חייב מיתה כלל ונהרג על שם סופו או שאר פירכא א"כ קושיתנו הנ"ל במקומה עומדת דלא הווי ב' כתובים דהא צריכים למכתב תרווייהו וא"ל דמ"מ הוי ב' כתובים הב"כ דלא לכתוב מגדף ונילף אותו עם שאר חייבי סקילה מבן סורר ומורה דא"כ אכתי יקשה כקושיתנו הנ"ל דלא לכתוב לא רבויא ולא מגדף ונילף כולהו מבן סורר ומורה אי ליכא פירכא ואי איכא פירכא א"כ לא הוי ב' כתובים ה"כ וג"כ קשה לא לכתוב רבויא לר"א ואי איכא פירכא לנסקלין שלא נילף ממגדף א"כ קשה לרבנן רבויא ל"ל וגם א"ל דדלמא איכא פירכא לרבנן שלא נילף אפילו ע"ז ממגדף אי לאו כלל דא"כ מנ"ל להגמרא דלרבנן כלל ופרט המרוחקים אין דנין בכו"פ דלמא סברי כבן

עזאי בב"ק (דף פ"ה) דדנין והכא ע"כ מרבינן ע"ז דאל"כ קשה כלל דוהומת ל"ל ואם כן ממנ"פ קשה: שם מי שעל חטאו נהרג יצא בן סורר ומורה: ק"ק לרבנן הך מיעוטא דחטאו ל"ל דמהיכי תיתי לרבות בן סורר ומורה כיון דלא מרבו כל חייבי מיתת סקילה: שם בבת כהן ובוועלה: הא דלא קאמר בנערה המאורסה ובוועלה שני דהיא בסקילה משעת בעילה ראשונה שהיתה עדיין בתולה והוא בחנק דבביאה שניה כבר היתה בעולה משום דמסתבר ליה דנואף ונואפת הוי ע"י חדא עבירה שהוא נעשה ע"ז נואף והיא נואפת: שם או בבת כהן וזוממי זוממין: ואעפ"כ שייך שפיר ואפילו נואף ונואפת כיון דמיתת הזוממין בא ע"י מיתת הבועל ולזה כיון רש"י במה שסיים ד"ה או בבת כהן והיינו מיתת הבועל.

ועיין בתוס' ריש מכות ששם נסתפק הר"י אי זוממי בת כהן נידונין במיתתו גם כשהוא לא היה נהרג ע"פ עדותן והוכיח מסוגיא זו דהא הכא ע"כ לא היה נהרג הבועל מדלא קאמר רק זוממי זוממין ואעפ"כ הן נדונין במיתתו ע"ש ובריטב"א שם כתב שדעת רש"י כדעת ר"י הזקן שפליג על זה וסובר דדוקא כשהבועל היה נהרג ע"פ עדותן הן נהרגין במיתתו וליישב ראי' התוס' לשיטת רש"י י"ל דאיירי שע"י עדותן היה הבועל נהרג ואעפ"כ השתא אינו נהרג כגון שהעדים הראשונים אמרו שהתרו בו ובשעה שהוזמו ונגמר דינם היה הבועל עדיין קיים ובתוך הזמן מת או ברח או באמת כבר נהרג בימים שעברו.

ומה שהביאו התוס' עוד לראי' שם דאל"כ היא ולא זוממי' ל"ל י"ל דאי מלאחיו דוקא ה"א דדוקא כשהבועל עדיין קיים אבל בשכבר נהרג ה"א בכה"ג נידונין במיתתה כיון שלא קרינן בה כאשר זמם לעשות לאחיו והרי אחיו קיים וכדאמרינן במכות (דף י"ד) קמ"ל היא ולא זוממיה דגם בכה"ג נידונין במיתת הבועל ובה"ג גם רש"י מודה כיון דהשתא הבועל נהרג ועיין בחידושי למכות שם: שם במתניתן ואם לן עובר עליו בל"ת: ק"ל למה לא קאמר בעשה ול"ת דהא איכא ג"כ עשה דקבור תקברנו וכמ"ש הרמב"ם (פט"ו מה סנהדרין) דאיכא מצות עשה לקבור הרוגי ב"ד ביום הריגתן מקבור תקברנו.

ולענ"ד י"ל ע"פ מה דאמרינן 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 לילה 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 אמרינן לקמן ע"ב דתולין אותו סמוך לשקיעת החמה שלא יתעצלו ויאמרו עדיין יש שהות להורידו ובתוך כך יעבור הזמן הא אכתי שייך חשש זה גם כשתולים אותו סמוך לשקיעת החמה דהא יש עדיין שהות להורידו כל הלילה כיון דאין 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 כתיב ובכ"מ יום הולך אחר הלילה חוץ מבקדשים כדאמרינן 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 בהדה 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 רחמנא 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' שהוא ודאי 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 היה יכול להקשות די"ל דכשוף דהנך נשים היה שהיו מקטרות לשד ודן אותן שב"ש משום עע"ז וע"ז גם לרבנן נתלין. אכן לפ"ז מדתלה לכולן ע"כ בכולן היה 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 כישוף זה ג"כ משום הוראת שעה היתה: שם בתוספת ד"ה השתא דמרחקי לאו דאין דנין כלל: ובמנחות כתבו דהך דהתם ודאי אין דנין כלל כיון דהוי בב' פרשיות וכדאמרין בפסחים (ד"ז) אבל היכי דמרחקי מהדדי בחדא פרשה בזה פליגי רבי וכן עזאי בב"ק (דף פ"ה) ורבא ואביי בנדה (דף ל"ג) ובב"ק שם כתבו דסוגיא דהכא אתיא כמ"ד אין דנין וא"ל דלפ"ז לכן עזאי דסבר דדנין מנ"ל עע"ז וכי יפלוג אר"א וחכמים די"ל דדריש ברבוי ומיעוט דהוי כלל ופרט וכלל וכמו לרבנן כלל ופרט המרוחקין דא"ל דא"כ למה לא מרבה שם בב"ק ג"כ כעין הפרט דהתם ליכא לרבויי מידי דאל"כ לא פריך שם מידי לרבי כו' ל"ל.

ע"ש: שם בד"ה אותו בלא כסותו. ואע"ג דמשעת סקילה: הא דלא קאמרי כיון דהשתא לר' אליעזר לא ממעטינן מאותו אותה א"כ צריך בלא כסותו משום דידה דהיא אינה נסקלת ערומה לרבנן במתניתן דלעיל משום דלפ"ז יקשה לרבנן דילפי דהיא אינה נתלית מאיש א"כ אותו למעט כסותו ל"ל לא משום דידה מצרכינן כיון דנסקל ערום ולא משום דידה דאינה נתלית כלל ולכן ע"כ הוצרכו התוס' לתירוצם: שם ע"ב בגמרא אלו נאמר חטא ותלית ה"א תולין אותו: אף דוהומת צריך 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 ואח"כ תולין או איפכא.

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

ונ"ל דפי' הברייתא כך הוא דאי לא הוי כתיב והומת ה"א דמצות הכתוב אינה רק שיתלו אותו ולא קפיד קרא אי תולין אותו קודם סקילתו או אח"כ ולכן שפיר כתיב קרא לא תלין כשתלו אותו אחר סקילה אבל מ"מ ה"א כיון שיכולים לתלותו גם לפני סקילה תולין אותו כן 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 כי קבור.

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

אכן מהרמב"ם (פ"ט"ו מה' סנהדרין) משמע דבאמת הך דרשה דטעון העיץ קבורה לאו מקבור אתיא אלא מסברא שלא יאמרו זה הוא העיץ שנתלה עליו פלוני אך דלפ"ז צריך לדחוק בפ"י הברייתא: שם תניא אומר ר' מאיר משלו משל: מדמייתי הך דר"מ הכא משמע דמלשון קללת אלהים תלוי דריש כן וכן כתב רש"י בפ"י בפירושו לפ' כי תצא וקשה דהא ר"מ גופא דריש לקמן מקללת מגדף וקיל לי עלמא וא"כ לאו מיותר הוא וצ"ל דתנאי אליביה דר"מ דמאן דאמר דר"מ יליף להך דקיל לי עלמא מקללת באמת לא יליף הך דמשל לב' אחים וכן איפכא אבל מגדף ודאי ידעינן גם להך דרשה דמשלו משל מדכתיב לשון קללה ולא לשון בזוי ש"מ תרתו ולכן לא חש בגמרא להקשות אהך דר"מ האי מבעי לי' לגופיה כדפריך אאידיך דר"מ: שם מכאן למלין את מתו שעובר בל"ת: ק"ק והא מקבור תקברנו לא ידעינן אלא עשה ואכתי ל"ת מנ"ל ועוד דלאיכא דאמרי דדריש מיתורא קבורה מנ"ל ל"ת למלין את מתו וי"ל דודאי מיתורא דתקברנו דרשינן קבורה לשאר מתים ג"כ והא דרשינן מני' ל"ת היינו כמו דדרשינן בפסחים (דף ה' ע"א) מהקישא כל שישנו בב"ת חמץ ישנו בקום אכול מצה ע"ש וה"נ דרשינן הכא מהקישא כל שישנו בקבור תקברנו ישנו בלא תלין וכיון דכל המתים הם בעשה דקבור הם ג"כ בלא תעשה דלא תלין והא דאמרינן בב"ק סוף פרק מרובה בי' דברים שנאמרו 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 כן: שם תקברנו לא משמע ליה: רש"י כתב לגוי לא משמע ריבוי לדרשה ומדברי הר"ן נראה דפי' דלמ"ל ארב חמא קאי אכן ק"ק דאי לא משמע ליה רבויא לדרשה א"כ בלא הך דליעבד לי' ארון לא היה יכול להביא קרא דקבור דכתיב גבי מומת ע"י ב"ד והרי שבור מלכא אסתם קבורה שאל שהיא בשאר מתים.

ולפי דברינו הנ"ל י"ל דודאי דריש יתורא לרבות שאר מתים רק דנדרוש מתקברנו ב' דרשות דהיינו ריבוי שאר מתים וקבורת קרקע מדהוי מצי למכתב קבור קבור זה לא משמע לי'. וכש"כ שי"ל כן 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 כדאמרינן 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 כיון דלא שלטה בי' רמה כדאמרינן שם והרי בזיון אינו אלא כשיראוהו מת ונרקב ונבקע כמ"ש רש"י וגם א"ל דא"כ לידוק איפכא דמשום בזיונא הוא דאי משום כפרה וכי יבעט הצדיק בכפרה די"ל דעשה כן שלא יענשו החכמים עליו על שלא קברוהו לפי כבודו כנראה שם: שם דאמר לא בעינא דיקברוה.

לכאורה קשה למאי נפ"מ בזה הא מ"מ צריך קבורה דהא כל המלין את מתו עובר בל"ת דקבור תקברנו וי"ל לפי מה דאמרינן לקמן דלא תלין 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 תלין וצריכין לקברו מן התורה או הוי רק משום כפרה וא"כ אין צריך לקברו ובזה א"ש מה שכתב הרמב"ם (רפי"ב מה' אבל) דצריך לקברו משום דכתיב קבור תקברנו והקשה הלח"מ שם דלכתוב טעמא דש"ס דמשום בזיונא הוא.

אכן לפ"ד י"ל כיון דהטעם דצריך קבורה הוא משום דלא איפשטה האיבעי' וספק אסורא לחומרא וכמ"ש הכס"מ שם בשם הרמב"ן אך דזה שייך דוקא אי הוי הספק בדבר דאורייתא אבל אי הוי בדרבנן ספיקא לקולא ולכן הרמב"ם שרצה ליתן טעם למה צריך קבורה מספק שפיר כתב הטעם משום דדאורייתא 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 כפרה: פי' וא"כ אינו מכפר כמ"ש רש"י א"ל דהתינח לאביי דסבר בכריתות (דף ז' ע"א) דהאומר לא תכפר לי חטאתי אינה מכפרת אבל לרבא דסבר שם דכפרה ממילא קאתי והא דבעינן שירצה בהקרבתה היינו דוקא גבי חטאת משום דבלא"ה לאו חטאת היא אבל הכא מכפרת קבורה גם כשמבעט בה די"ל הא אמרינן התם דהדר בי' רבא וא"כ האבעי' אליבא דכ"ע אזלא: 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 יספדו י"ל דפריך שפיר כיון דכתיב לדומן על פני האדמה משמע דקבורה היה 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 כבודם: שם א"נ לאפוקי מיורשים: פי' 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 לצדיקייא לספוד הרשעים די"ל דאי משום ניהא לחוד אין עושין יקרא לרשעים:  
שם בתוספת ד"ה חליצה לאו כלום.

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 לענין גט לפמ"ש"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 כשהי' מושלך ממלכותו היה הדיוט וחד אמר  
ששב למלכותו ונעשה מלך וצדקי' גלה לבבל והי' שם בבית האסורים עד שמת  
נבוכדנצר וביום שאחריו מת כמבואר בכתוב ובסדר עולם וא"כ כשמת לא היה מלך רק  
הדיוט דכבר עבר ממלכותו וְ ולכן פריך שפיר: שם דף מ"ז ע"א בגמרא וכל כך למה  
לפי שאין קוברין רשע אצל צדיק: ק"ק מאי מקשה כ"כ למה הא גמרא גמירי ליה דב'  
קברות לב"ד כדאמרינן בסמוך וי"ל דהמקשן סבר דע"כ לאו משום האי הל"מ הוא  
דא"כ למה קוברין אותו בקברות אבותיו אחר שנתעכל הבשר והיינו דדייק וכל כך למה  
ולא מקשה בפשיטות מ"ש משום דקושיתו הוא למה דוקא כ"כ דהיינו עד שנתעכל  
הבשר ולא יותר וע"ז מתרץ משום דאין קוברין רשע אצל צדיק והיינו הטעם של הל"מ  
ולכן כשנתעכל הבשר שנגמרה כפרתו קוברין אותו בקברות אבותיו: שם מניין שאין  
קוברין רשע אצל צדיק שנאמר: ובחולין (ד"ז) יליף מזה דגדולים צדיקים במיתתן  
מבחייהן ע"ש וא"ל איך יליף שם כן דלמא מה שהחיהו בנגיעתו משום דאין קוברין  
רשע אצל צדיק כדאמרינן הכא דא"כ היה לו להשליכו מקברו כשהוא מת ולא להחיהו  
אי לאו משום דגדולים צדיקים: שם מת מתוך רשעו לא ה"ל כפרה: ק"ק דאיך אפשר  
לומר כן דא"כ תקשי מתניתן דלמה קוברין אותו אחר שנתעכל הבשר בקברות אבותיו  
אע"כ דעכ"פ אחר עכול יש לו כפרה וא"כ למה ימותו קדשי עיר הנדחת נמתין עד אחר  
עכול.

אע"כ דהואיל ונדחה ידחה וא"כ מה השיב אביי וי"ל דאביי סבר דדוקא בשאר מומתי  
ב"ד אמרינן דנגמרה כפרתן לאחר עכול אבל לא במומתין על עבירות חמורות כגון  
מומרין ועע"ז ולכן בעיר הנדחת שהם עע"ז סבר דלא נגמרה כפרתן גם לאחר עכול  
ולהא מייתי ראייה מהא דר"ש דפירשו אבותיו מדרכי צבור שהם מומרין כמש"כ רש"י  
ובזה א"ש ג"כ למה שהקשו התוס' בד"ה ואמאי דוקא ארב יוסף הא גם בלא ר"י מוכח  
כתירוץ דאל"כ תקשי מתניתן אהדדי דבמתניתן דהכא קתני דבנתעכל הבשר יש להם  
כפרה וא"כ למה עיר הנדחת אין להם חלק לעוה"ב אע"כ דצריך לחלק בין עיה"נ לשאר  
מומתי ב"ד: שם בעושה מעשה עמו: ק"ק מאי ראייה מהתם הא כל זמן שלא נתעכל  
הבשר בכל המתים הוי הדין הכי דלא נגמר כפרתן ומאי מייתי ראייה על זה לגבי עיה"נ  
דמוכח דנקראו רשעים גם לאחר שנתעכל הבשר.

והנה הרמב"ם (פ"ב מה' אבל) פסק דאין הכהן מטמא לעצמות אביו והראב"ד שם השיג  
דאין כן דעת הר"י ע"ש דהרי"ף והראב"ד פסקו דמטמא והרמב"ם והרמב"ן והרא"ש  
פסקו דאינו מטמא והשתא לשיטת הר"י ע"ל כיון דקרא דעושה מעשה עמו סתמא בכל

הענינים שמטמא לאביו אינו מטמא לפרוש מדרכי צבור והרי בכלל זה ג"כ שאינו מטמא לעצמות אביו אעפ"י שכבר נתעכל הבשר והיינו ע"כ שמומר ועע"ז חמיר משאר עבירות ולכן מייתי אביי שפיר ראייה: שם ברש"י ד"ה נבזה.

כתיב מי יעלה בהר ה': ט"ס יש וצ"ל ה' מי יגור באהלהך: שם בד"ה על מטה של חבלים. דנשיא בעמך כתיב בעושה מעשה עמך: פי' ומזה דרשינן ג"כ כבוד אב כדרשינן לקמן (דף ס"ו ע"א): שם ד"ה היו בה קדשים.

ואפילו עולות ושלמי נדבה ימותו: הך נדבה לכאורה מיותר דמה לנו בעולות ושלמים בין חובה לנדבה הא גם עולת חובה מקריבין לאחר מיתה: שם בתוספת ד"ה אכל חלב. ועוד דגבי נשתטה א"א לומר: ק"ק דהא אי הוי נקיט דהפריש קרבן אחר שהמיר דת באופן דהוי נדחה מעיקרא לא הוי צריך למינקט כלל הך דנשתטה כיון דאז גם גבי המיר דת לא דחה בידים דכל דחיותו הוא מה שלא שב עדיין אף שלא חטא מכאן ואילך וא"כ לא שייך צריכותא דהגמ' וכן י"ל אתירוץ קמא דהתוס' דהא אפשר דאינו מומר עוד ואעפ"כ נקרא דיחוי מעיקרא מה שלא שב עדיין דהיינו שלא באה עדיין העבירה פעם אחר לידו שיוכל להזהר ממנה ולעשות תשובה ע"י זה דבכה"ג צריכה תשובתו להיות כדאמרינן בטבח שהוציא טרפה מתח"י לעיל פרק זה בורר: שם בד"ה אימא כישן דמי.

לאו לגמרי כישן: לכאורה יש ליישב קושיתם גם מה שכתב רש"י בד"ה כישן דמי ככל אדם הישנים בלילה כו' דלכאורה צ"ב דאיך יחשב מה שישן בלילה דיחוי הא בלא"ה אינו ראוי להקריב בלילה דביום צוותו כתיב ועוד י"ל מה טעם יחשב הך דנשתטה דיחוי הא כשהפריש אותו היה לרצונו ואף דעתה אין לו רצון מה בכך דמי יגרע זה מהשולח חטאתו ממדינת הים דמקריבין אותו ולא חיישינן שמא חרט ואין הקרבתו לרצון משום דאמרינן דאוקמינן אדעתו ראשונה וה"נ גבי שוטה נימא כך ועדיף משולח חטאתו ממדה"י כיון דאין לו דעת כלל לבטל דעתו הראשונה ולכן לענ"ד י"ל כיון דאמרינן בערכין (דף כ"א ע"ב) מלמד שכופין אותו יכול יקריבנו בע"כ ת"ל לרצונו ע"ש אלמא דגם לאחר שכבר הפריש הקרבן עדיין בעינן דעתו להקריבה וכיון דהך דנשתטה עדיין לא מסר לנו הקרבן להקריבה א"כ כשנקריב אותו אין זה לרצונו ומזה מייתי הש"ס שפיר דה"א דכישן דמי דהיינו כיון דאם הפריש קרבנו וישן בלילה הרי באותה שעה שישן ג"כ אין לו רצון שימסור לנו הקרבן להקריבו לרצונו ודומה להך דנשתטה ולכן מתורץ ג"כ מה שהעירו התוס' דודאי בכה"ג חשיב ישן דיחוי כיון דעדיין לא מסר להקריבו משא"כ התם שכבר שלח קרבנו להקריב בזה ודאי לא איכפת לן אם ישן בשעת הקרבה או לא כיון דנקרב ע"פ רצונו ששלח אותו והא דבאמת לא דמי לישן היינו משום טעמא אחרינא דקאמר הש"ס דבידו לחזור דהיינו שיכולים להקיצו ולפ"ז יצא לנו דאם לאחר שמסר להקריבה נשתטה אפילו כשהוא שוטה מקריבין אותו כיון דנקרב ע"פ רצונו הראשון: שם ד"ה הואיל דאי כר"ל דמוקי לה בק"ק: ק"ק לפ"ז אדמפריך בש"ס לקמן פרק חלק אלא ר"ל מ"ט לא אמר כר' יוחנן ליתרץ דכרב ס"ל דבעלי חיים אינן נדחין ולכן ע"כ לא יוכל לסבור כר' יוחנן דאל"כ יקשה אמאי ימותו הא כיון דאיקטל הו"ל כפרה: שם בא"ד.

וקצת תימא גבי המיר דתו או נשתטה: ק"ל מאי קושיא מנשתטה הא בעיר הנדחת אין הטעם אלא משום זבח רשעים תועבה והא זה לא שייך גבי נשתטה ומ"ט לא יועיל בו רעיה וא"ל דקושיתם היא לפי מה שסבר ר' יוחנן דיש דחוי בדמים כדאמרינן בקדושין (דף ז') וא"כ גבי נשתטה כיון דהקרבת נדחה גם דמיו נדחה דז"א דהא פירש"י שם האי יש דחוי בדמים דנדחה דבר שאינו קדוש רק קדושת דמים אבל לא שנאמר כמו שהוא נדחה גם דמיו נדחה וע"כ צ"ל כן דאל"כ למה צריך ר' יוחנן לקמן פ' חלק לתרץ דזבח רשעים תועבה שייך גם בדמים גם בל"ז ל"ק ירעו כיון דיש דחוי בדמים ומה בין הקרבן גופא לדמיו ולר"ל אפילו לפי האמת יקשה אע"כ דאין זה מקרי יש דחוי בדמים וא"כ מה הקשו התוס' מנשתטה.

שוב ראיתי שהריטב"א בקדושין שם הביא בשם התוס' (שאינו לפנינו) דיש דחוי בדמים בכה"ג דנדחה הדמים של קדושת גוף הנדחה והוא הקשה עליהם ע"ש וא"כ י"ל דהתוס' לשיטתם שפיר הקשה מנשתטה אך דלפ"ז קשה עליהם כנ"ל מגמרא דלקמן פרק חלק: שם ע"ב בגמרא משום דלא אפשר: א"ל דא"כ מאי מייתי ראב"א ראייה דבעינן נמי נתעכל הברש משום דקתני במתניתן נתעכל הברש כדאמר דיקא נמי דקתני כו' דלמא ה"ט משום דלא אפשר דודאי לא יפלגו ראב"א ור' אשי בהך סברא אי אפשר או לא די"ל דראב"א ה' סובר דאי קבורה לבד מכפר ה"ט משום שמורידים ומשפילים אותו בתחתיות כמ"ש רש"י לעיל (דף מ"ו ע"ב) בד"ה או ולכן מייתי שפיר דיקא נמי מדלא מוציאין אותו מיד דהא לפי זה לא שייך משום דלא אפשר דהא מיד כשהורידו אותו יכולים להוציאו לפי הטעם שמשפילין אותו בתחתיות משא"כ לפי טעם דרב אשי דכפרת קבורה הוי מכי חזו צערא דקבר פורתא שהוא צער חבוט הקבר וזה אין לו שיעור ועכ"פ צריכים להניחו שם כל שבעת הימים ובתוך כך יסריח ולכן שפיר משני 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 מע"א וא"כ נילף נמי הא דאין גזרה שוה למחצה וא"ל דשמואל סבר כאביי דיליף גז"ש מעגלה ערופה דהא גם מעגלה שייך למעט מחובר דאין עגלה במחובר: 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 חשיבא הזמנה וגם לאביי אינה נאסרת וא"כ מאי ראי' מהא דע"א דהזמנה אינה אוסרת הא באמירה בעלמא לא הוי הזמנה כלל ויש לומר דשפיר מוכח דבתשמישי ע"ז אפילו מעשה אינו אוסר מדאמרינן בע"ז (דף נ"א ע"ב) אשר עבדו שם הגוים בכלים שנשתמשו 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 כתיב 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.

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

ולא אתי למעוטי אלא כלים הנוגעים במת: ונלענ"ד דהר"ת דלא קאמר כן לשיטתו אזיל דסבר בנזיר שם בתוס' ד"ה ומשני כי קתני דאכלי מתכות הנזיר מגלח ור' חיים כהן פליג עליו ע"ש ולכן לר"ת לשיטתו ליכא לפרש כן שעל אותו השם הנזיר מגלח הכהן מוזהר דהא גם שם טומאת כלים שייך בנזיר חוץ מבכלי שטף ולכן סבר דמשבשתא היא אבל התוס' לשיטתם פירשו שפיר לפי פירושם שם בנזיר דליכא טומאת כלים בנזיר כלל: שם ד"ה מ"ט לא גמר.

ורבא פסק כר' יוחנן בר משלש: צ"ע ל"ל להקשות מדסבר ר"י כן ורבא בכ"מ פסק כוותי' 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"א הקונטרס דעבדו שם: פ"א 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 כיון דלפי התוס' דהקושיא היא דאביי לילף דהזמנה מלתא היא מע"ז גופא אינה רק אי יסבור כר"ע דאי יסבור כר' ישמעאל ע"ז גופא אינה אסורה עד שיעבוד ולר"ע לא איירי קרא דאשר עבדו שם בע"ז כלל רק בתשמישי ע"ז: שם דף מ"ח ע"א בגמרא לאפוקי עגלה ערופה דהיא גופא קדושה: י"ל מה קדושה שייך גבי עגלה וי"ל דהא דעגלה אסורה בהנאה אתיא משום דכפרה כתיב בה כקדשים כדאמרינן בקדושין (דף נ"ז) והתוס' הקשו שם הא משם תהא קבורתו אתיא ותירצו דמשם ידעינן לאחר עריפה ומכפרה ידעינן מחיים דהוי כקדשים שמועלים בה מחיים וא"כ הכא דאיירינן מאיסור הנאה לענין הזמנה דהוי קודם עריפה דאז הוי משום דכפרה כתיב בה דאסור כקדשים לכן נקיט בש"ס שפיר דהיא גופא קדושה דקודם עריפה האיסור משום קדושה דמכפרה אתיא: שם ואביי מ"ט לא גמר מע"א: ק"ק כיון דיכול לילף ג"כ מעגלה ערופה לחומרא א"כ לקולא ולחומרא לחומרא מקשינן וי"ל דפריך מ"ט לא גמר מע"א דדמי ליה טפי דהוי משמשין ממשמשין כדמתרץ אליבא דרבא: שם אם ה"ל מכירו חולצו ומותר: ק"ק גם אם אינו מכירו למה לא יהיו מותרין ליבטל הדמוס ברוב כיון שאינו מכירו ונעשה היתר ויחשב זה כאלו חלצו וי"ל כיון שנאסר הדבר ע"י מעשה שהוסיף בו הדמוס אין לו היתר ג"כ רק מעשה כשחלצו 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 לתרץ דרמי ב"ר אבהו ופנהו כדמתרץ אקושיא קמייתא אלא דעדיפא מיני' משני כדקאמר ה"נ מסתברא א"נ לישנא דהלך וקברו בקבר אחר לא משמע שקבר אותו בו לפי שעה: שם ולאפוקי מדרבן שמעון בן גמליאל: פ"א דאל"כ ל"ל למיתני הטיל בו נפל ליתני רבותא טפי דאפילו הזמין למת אסור כיון דקבר חדש איירי בלא הזמין וא"ל דאכתי 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 ובודאי כל זמן שנקבר הנפל בו אסור הקבר בהנאה גם לרשב"ג ולכן לא הוי מוכח מזה מחזה לאפוקי מדרשב"ג: שם ת"ש קבר חדש מותר בהנאה: פ"א וקשיא לאביי והוי מצי לשנויי דברייתא אתיא

כמ"ד דעגלה ערופה עריפה אוסרתה דאז לא מצינו למילף מיניה דהזמנה מלתא היא ואביי סבר כמ"ד ירידתה לנחל איתן אוסרתה כמ"ש רש"י לעיל דהא פלוגתא דתנאי היא בכריתות (דף כ"ה) אלא דבלא"ה משני שפיר וכן ג"כ אליביה דרבא דהא לפי דמסקינן לקמן פליגי תנאי בהזמנה וא"כ כל קושית הש"ס בין לרבא בין לאביי דשמעתין יכול לתרץ בזה ואעפ"כ פסק הרמב"ם ככל תירוצי הש"ס דלפנינו: שם הא לא תני הכי דתניא מותר המתים: ק"ק ל"ל תו להביא הברייתא שהביא לעיל דאין זה מדרך הש"ס ולימא בקיצור הא תני עלה ונלענ"ד משום דמאי דמקשה מינה בקמייתא אינו ברייתא רק מתניתן פ"ב דשקלים רק דשם לא תני הך כיצד לכן הוצרך להביא הך ברייתא דגם שם קתני הך דמתניתן ושם תני עלה כיצד ולכן א"ש דכשמקשה ת"ש לא קאמר דתניא והכא מוסיף דתניא להורות דאין זה המשנה שהביא בקמייתא רק ברייתא היא: שם אחולי מחיל זילותא לגבי יורשים.

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

וברייתא 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 משמשי' מיהו מת מצוה גופא ילפינן מעגלה: א"ל דלרבא דלא יליף שם מעגלה רק מע"ז מנ"ל האי די"ל תרי שם כתיבי 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 דנילף 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.

אך לפי מה שכתבו בקדושין דאיה"ל לאחר עריפה משם תהא קבורתו אתיא ולכאורה נסתר תירוץ זה דהא ודאי גם עור עגלה ערופה צריך קבורה עמו וא"כ שפיר נילף מינה לעור אדם גם קושיתם דכאן דודאי לא יגרע עור מתכריכין לא מתורץ בתירוצם שם ולכן ע"כ צ"ל כתירוצם הראשון. אך דעל תי' הזה ק"ק דמ"ש דוקא עור אביו ואמו דנקט דמשמע דהוא ביזוי לאבותיו שיעשה מעורם שטיח לחמור הא עור אדם שייך גזירה שיהנה ממנה והרי 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 כן ותי' דבאמת גם בשאר מתים שייך גזירה אלא דנקט אביו ואמו דבהם יש איסור כפול איה"ל דמת ואיסור ביזוי אבותיו דחייב לכבדם בחייהם ובמותם אכן הרמב"ם פי' כמש"כ דמשום חיבתם ישאיר עורם אצלו ומתוך כך יעבור על בל תלין או שיטעה ויעשה מהן שטחין בהחשבו שעור בהמה



הוא ע"ש: שם ד"ה נתנו לספר וכן מדנקט כיס שעשאו להניח בו תפילין: ק"ק לפ"ז מנ"ל להש"ס דרב חסדא כרבא ס"ל דמדקאמר ולאביי דאמר הזמנה מילתא היא אזמנה אע"ג דלאצר ביה דלמא איירי ר"ח היכי דאזמני' בדבור בלא שום מעשה ובהא גם אביי מודה דבעינן צר ביה בהדי': שם בא"ד.

הנך נמי בדאיתא שינוי מעשה: ולרבא צ"ל דכופה שיחדו לישיבה בשכבר ישב עליו כי היכי דלא להוי הזמנה לחוד והך דסדין שעשאו וילון ג"כ שכבר תלאו להוילון על הפתח וכמ"ש רש"י שם. אכן לאביי צריך 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 לעכו"ם וי"ל דאסור שמא יחזור וימכרו לישראל וכדאמרינן בפ' גיה"נ גבי שולח אדם ירך לנכרי ובשאר דוכתי אכן הא קשיא הא יכול למכרו לישראל לצורך מת אחר דבזה אין הנאה לישראל הקונה כיון שגם מן השוק הי' יכול לקנות באותן הדמים ומשום מת לא שייך איה"נ דנעשה חפשי מן המצות כמ"ש הנימוקי יוסף בשם ר"י גיאות: שם ע"ב בגמרא תרגמא עולא.

עיינן בר"ן שהקשה על הרי"ף למה הביא הך תרגמא עולא דלא מצרכינן רק אליבא דאביי. ונלע"ד דמתוך משמעות הברייתא משמע דרשב"ג פליג את"ק דכל לשון במה דברים אמורים דמצינו הוא כן אליבא דר' יהודה או לחלוק או לפרש וא"כ לת"ק אפילו נגעו במטה ג"כ מותר ומ"ט הא נגעו במטה לרבא ע"כ הטעם דאסור דהוי כאלו כרכו בו וכמש"כ הר"ן וא"כ מ"ט דת"ק אכן לפי תי' עולא א"ש כיון דכל הטעם דאסור לרשב"ג משום גזירה דמחלפי בתכריכין ולכן י"ל דת"ק לית ליה הך גזירה וא"כ מצרכינן תי' עולא גם אליבא דרבא ולכן א"ש ג"כ דהביא הרי"ף רק תירוץ עולא ולא ג"כ תירוץ דהתם משום מררייהו דבזה אין נפקותא לרבא אבל תירוץ עולא שפיר מצרכינן גם לרבא: שם אמר להן בן אחי אביו היה: ק"ק דא"כ איך אמר נבות חלילה לי מתתי את נחלת אבותי לך והא גם נחלת אבות אחאב היה דמדקאמר אבותי ולא אבי ע"כ בא לאביו מאבי אביו שהי' גם אבי אב אחאב.

ובסוגין א"ש ג"כ מה שי"ל בפסוק שהזכיר שאחאב היה סר וזעף על אשר דבר אליו נבות לאמר לא אתן לך את נחלת אבותי דהאי לאמר לא אתן לך לכאורה מיותר הוא דהא לא על אשר אמר לו כן היה זעף רק על דבר אשר לא רצה נבות ליתן לו את כרמו. ונראה דלפי מה שמבואר בשמעתין ממנ"פ היה אחאב יורש נבות או שהיה בן אחי אביו או מטעם הרוגי מלכות נכסיהן למלך והנה לעיל (דף ק' ע"ב) הקשו התוס' למה נענש אחאב על נבות הא מורד במלכות היה שלא רצה למכור לו את כרמו ותירצו ועוי"ל דדוקא בשדה מקנה אבל שדה אחוזה שירש מאבותיו כו' ע"ש.

ולפ"ז י"ל שחשב אחאב ממנ"פ לקחת כרם נבות שאם ימכור לו הרי טוב ואם לאו א"כ מורד במלכות הוא וימיתו ויירשנו ממנ"פ או משום מלך או משום בן אחי אביו אבל נבות נשמר מזה ואמר הטעם שלא רצה ליתן לו כיון שנחלת אבותיו היא ואף שגם נחלת אבות אחאב היה כנ"ל מ"מ נתן טעם זה למיאונו שלא יכלול זה בשדיכם וכרמיכם יקח ולא יחשב ע"ז מורד במלכות והיינו דקאמר קרא דעל זה היה אחאב סר וזעף על אשר אמר לו נבות חלילה מתתי את נחלת אבותי לך כי זה גורם שלא יהי' לו הנחלה כיון

שלא יכול לחייבו ע"פ דין: שם בשלמא למ"ד נכסיהן למלך היינו דכתיב וינס יואב: ק"ק כיון שגם לפי רצון יואב ימות כמו שאמר כי פה אמות א"כ אכתי נכסיו למלך אם פה ימות או במקום אחר.

וכן קשה אמאי דמתרץ לחיי שעה ופירש"י דחויא בעלמא והרי לפי דעת יואב לא ימות כלל דהא טעה וסבר דהמזבח קולט כדאמרינן בגמ' דמכות שהביאו התוס' וא"ל דהך מ"ד דנכסיהן ליורשים סבר באמת כאידך מ"ד בירושלמי שלא סבר יואב שהמזבח קולט רק רצה לדון בסנהדרין ז"א דהא להך מ"ד אין חילוק בין הרוגי ב"ד להרוגי מלכות וא"כ אין טעם למה בחר דוקא מיתה ע"י סנהדרין.

ונ"ל לפי מה שכתבו התוס' דודאי ידע יואב שלא יוכל להמלט דימות ברעב ולא נתכוין אלא להוריש נכסיו לבנו והיינו דקאמר בש"ס בשלמא למ"ד כו' והיינו דכתיב פה פירש לכך בחר יואב למות פה היינו למות ברעב מלמות ע"י מלך כדי להוריש נכסיו לבניו אלא למ"ד כו' לחיי שעה פירש לחיות אותו הזמן עד ימות ברעב מלמות תיכף ע"י מלך והיינו דכתיב ויאמר לו המלך עשה כאשר דבר ופגע בו דהאי ופגע בו לכאורה מיותר הוא אלא דה"ק עשה כאשר דבר שימות שם אך לא כמו שחשב הוא למות ברעב אלא אתה פגע בו.

ועיין מש"כ בזה בספרי ע"ל מכות (דף י"ב): שם מצורע מעוזהו דכתיב ובחזקתו כו' וכתיב והצרעת זרחה במצחו: לכאורה קשה דהך קרא קמא מייתי שלא לצורך. ונ"ל דהמהרש"ל מקשה מאי ראייה שהיה בשביל קללת דוד הא בחטאם היה והנה מה שהקשה מאסא ומיאשיהו לא קשה כ"כ כיון שלא נזכר חטאם בכתוב.

אכן חטא עוזהו 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 לכן הצרעת שהיה ראוי לזרוח באחד מזרע דוד זרחה בו ובמצחו להורות שחטא במה שרצה להיות כ"ג שנשא ציץ על מצחו. ולכן עיקר הצרעת היה מקללת דוד.

אבל מה שזרחה במצחו דוקא במקום גלוי ומפורסם זה היה על ששמש בכהונה מדה כנגד 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) ילפינן 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 כן הכא 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 ודאי לא שייך שתשוב אל ראש המקלל כיון 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 כן היה באחיתופל דהא מקודם שקלל דוד לא אמר אבל הכא 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 ניזל אבנר: לא שהודו לו בזה שאבנר רוצח היה על שיכול להציל באחד מאבריו ולא הציל דא"כ איך אמרינן לקמן בור וסירה גרמו לו לאבנר שיהרג וכן אמרינן לעיל (דף כ' ע"ב) שנענש על ששהה מלכות ב"ד ב' שנים ומחצה הא לפ"ז היה בדין חייב מיתה אלא ודאי לא יכול להצילו וכמו שאמר אבנר גופא לקמן לא יכילי ליה אלא שלא היו יכולים להרוג יואב על זה שיכול לומר שבדעתו היה יכול להצילו ולא הציל: שם אמר ר"י שדנו דין סנהדרין: א"ל הא גם לפי דעתו של יואב שרוצח הוא שלא כדין המיתו שהיה לו לדון אותו בסייף כדין רוצח די"ל כיון שגואל הדם היה וגואל הדם שלא יכול להמיתו במיתה הכתובה בו יכול להמית בכל מיתה שיכול כדאמרינן לעיל (דף מ"ה ע"ב) והוא לא יכול להמיתו רק במיתת ערמה זו ששאל לו גזמת האיך חולצת כי ירא פן יעמוד 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 והאיך נתחייב יואב: אאבנר ל"ק להו כן כיון שבאמת פטרו אותו ע"י טענתו שחשב שהיה יכול להצילו באחד מאבריו כמו שאמרו לו ניזל אבנר אבל על עמשא שלא אמרו לו כן ואדרבה על מה שטען שמורד במלכות הוי השיבו לו שאכין ורקין דריש סברו התוס' כקושייתם 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: פרק שביעי שם ע"ב בגמרא ואידך האי חומרא בעלמא.

א"ל דאכתי לר"ה ברד"ר יהושע דחשיב סדר תמיד דהוא 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 די"ל דלכ"ע מצוה לא קחשיב וסדר תמיד לר"ה ברד"ר באמת מעכב אך דאכתי קשה כיון דסדר תמיד ג"כ משום חומרא דוקא הוא כדמוכח ממה שכתבו רש"י בד"ה ואידך א"כ ניחשב נמי סדר יומא וי"ל דהאי אף לאו 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 לאו דינא אגמרה דכל הדינים שיוצאים מכלל זה כבר שנויים במשניות וברייתות דמייתי לקמן ולא יהיב ליה רק סימנא בעלמא ובשביל כך ודאי עדיין לא יקרא רבו. אכן התוס' שהקשו סמכו אמה שכתבו בריש דבורם דבכמה מקומות איכא הכי: שם מעבירין על הכתם.

לבדקו אם דם נדה היא: עיין מה שכתבתי בשיטת 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"ק מאי קושיא הא שם במתניתן פליגי ר"ע ור"י בן נורי בסדר מלכיות אי קדים לקדושת היום או לא והרי אמרינן לעיל דבפלוגתא לא קמיירי. וי"ל לפי מה דאמרינן לעיל שכל אחד מהנך אמוראים מוסיף אדחבריה וא"כ ר"ה ברד"ר חשיב סדר תמיד חשיב ג"כ הך דד' מיתות ואיירי בפלוגתא 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 כן לפי פירוש רש"י דכבר תירץ כן לעיל אהא דסקילה חמיר משריפה: שם נאמר אביה בסקילה: ק"ק דלפ"ז דלרבנן גז"ש גמיר מאי פריך לעיל אימא שריפה חמיר מסקילה א"כ גז"ש דאביה ל"ל דלהורות דחמיר שריפה מסייף לא צריך דכש"כ הוא מדחמור מסקילה וסקילה מסייף וגם לא מצרכינן להא דדריש ר"ע לקמן (דף נ"א סוף ע"ב) מינה דארוסה בת כהן 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"ק לפי מה שפירש רש"י דהאי מחללת את אביה הוא שאם היו נוהגין בו קודש נוהגין בו חול והרי לקמן (דף נ"ב ריש ע"א) פריך בש"ס ר' ישמעאל דלא דריש אביה לגז"ש אביה מאי עביד ליה ומתרץ דאפיק ליה להך דרשה שאם היו נוהגין בו קודש נוהגין בו חול וא"כ רבנן דאפיק להו אביה לגז"ש לא מצי לסבור דרשת ר' ישמעאל וא"כ איך קאמר ומאי חומרא כדאמרן ובשלמא הא דקאמר לעיל הכי משום דאכתי לא אסיק דרבנן אית להו גז"ש אבל כאן קשה וי"ל.

ועיין לקמן ע"ב בתוספות ד"ה כשהוא: שם שריפה חמורה מחנק. אף דהכא אליבא דר"ש קיימינן דיליף חומרא רובן מק"ו וא"כ ה"נ הוי מצי למילף מק"ו מדחמיר מסקילה דחמיר מחנק מ"מ גם אליבא דר"ש היכי דאתיא מגופא נחא ליה להביא מגופא: שם שכן הוקש כבודם לכבוד המקום: אף דבבת כהן שמחללת את אביה איכא ג"כ כבוד אב מ"מ פריך שפיר דאימא שוין הן וכת' התוס' א"נ מכה חמיר טפי שמזיק לאביו משא"כ במחללת וכת' הר"ן הנ"ל: שם מדאפקרי' רחמנא לנשואה בת כהן: ק"ק כיון דמסברא קרא איירי בין בארוסה בין בנשואה כמו שפירש"י אלא דרבנן מפקי ארוסה כיון שסברי סקילה חמיר משרפה והיינו מכח סברא כופר בעיקר עדיף הא איכא ג"כ סברא דחנק חמיר משרפה א"כ נוקמא קרא בארוסה דוקא כדי לקיים הסברא דחנק חמיר ומאי אולמא הך סברא דכופר בעיקר מהך סברא דפריך דהוקש כבודם לכבוד המקום.

ויש לומר כיון דכבר ילפינן לעיל דסקילה חמיר מחנק א"כ א"ל דחנק חמיר משרפה וקרא דוקא בארוסה איירי דשרפה חמיר מסקילה דאם חנק חמיר משריפה וסקילה חמיר מחנק כש"כ דחמיר משריפה: שם ברש"י ד"ה מדאפקרי' לנשואה בת כהן. ואע"ג דמצי לאתויי בגז"ש: לפי מה שתירץ המהרש"ל על קושית התוס' בד"ה נאמר אביה מתורץ גם זה דהכא לא הוי מצי למייתי הגז"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 ממכה שלא עשה בו שלא בעמך כבעמך דלקמן ריש פרק הנחנקין עביד מזה ק"ו מכל מקום הרי נגד זה איכא גם חומרא במקלל שנוהג לאחר מיתה: שם בא"ד. ק"ו לשכינה י"ד יום: אף דשם אמרינן דיו לבא מן הדין להיות כנדון וסגי בז' יום כמו לאביי מ"מ הרי עכ"פ לא עדיף אביה משכינה והכא פריך שיהיה עדיף.

ולכן במה שתירצו התוס' שהקושיא היא שיהיו שוין מתורץ גם זה וכמ"ש המהרש"א: שם בא"ד. וי"ל דלא קאמר: בזה מתורץ ג"כ מה שהקשו הר"ן לעיל אהא דפריך אדרבה שריפה חמורה מסקילה שכן ניתן לב"כ שמחללת את אביה מהיכי תיתי שתחמיר זה מפושט יד בעיקר.

ולפ"ז י"ל דגם שם פריך שיהיו שקולין. וכן במה שתירץ הר"ן שם מתורצים ג' קושיות אלו דגם במקלל אינו מזיק לאביו ע"ש: שם ע"ב בגמרא מאי קמ"ל לרבנן נשואה יצאת לשריפה ולא ארוסה.

ק"ק אכתי 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 איכא לרבנן נשואה יצאת ולא ארוסה ולר"ש אף ארוסה.

עוד קשה מה שהקשה המהרש"א מאי קמ"ל בזה דנידון בחמורה הא ממשנתנו מוכח כן דאל"כ מאי נפ"מ איזה מהמיתות חמורה. אכן בלא קושיתו מאוד ק"ל במקום שלא שייך כלל תירוץ המהרש"א דהא בפירוש מתניתן היא לקמן (דף פ"א ע"א) מי שנתחייב ב' מיתות ב"ד נידון בחמורה ותמהני עליו שלא הרגיש בזה ונלענ"ד דלקמן במתניתן פליגי בעבר עבירה שיש בה ב' מיתות אי נדון בחמורה או בזיקה ראשונה שבא עליו משום דאין איסור חל על איסור ע"ש.

והנה לגבי בת כהן לא שייך 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 כך הוא דאפלוגתא דב"כ קאמר מקמ"ל דלרבנן נשואה יצאת לשריפה ולא ארוסה דבהא ליכא למימר דקמ"ל דמי שנתחייב ב' מיתות דבכה"ג דבאין הב' זיקות כאחד 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 שכולל את עלמא דמשום בתו היתה שרי לעלמא וקמ"ל דהלכה כרבנן 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 בחמורה 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 דבנתחייב ב' מיתות נדון בקלה. ולכן הביא פלוגתא קמייתא וקאמר מקמ"ל דלרבנן נשואה יצאת וא"כ לרבנן סקילה חמורה ולכן שפיר מוכח מהאי דזינתה דנתחייב ב' מיתות נידון בחמורה כן נ"ל לפרש המשך דברי הגמרא.

ובזה מתורץ ג"כ קושית המהרש"א דמתניתן דכאן לא מוכח דנידון בחמורה ולא בזיקה ראשונה די"ל דאיכא 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 שהקשו התוס'

בשבועות (דף כ' ע"ב) בד"ה כל שישנו דאימא איפכא דהני נשי הואיל וליתנהו בזכירה ליתנהו בשמירה ועל מה שתירצו דלחומרא מקשינן כבר 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 כהן הא לא שייך אצלה חלול כלל הרי דגלתה התורה דנדרוש איפכא אלא דק"ל לפי מה דאמרין לקמן חללה שבת בת סקילה היא. ומתריך הא מני וא"כ לרבנן דסברי סקילה חמור משריפה לזנות ל"ל דא"ל דאצטריך למעט שאר דברים דכתיב בהו חלול כגון שבועת שקר דכתיב ולא תשבעו בשמי לשקר וחללת.

וכן גבי טומאת כהן דכתיב לא יחללו וגם גבי תרומה כתיב ולא יחללו את קדשי ב"י וגבי מולך כתיב ולא יחללו את שם קדשי אלא דשם איכא ג"כ סקילה וכהנה רבות דזה בלא"ה קשה מ"ש דוקא חלול שבת דנקט ברייתא מכל הני חלולים. אכן זה א"ש לפי מה דאמרין לקמן מ"ש מני' דידיה ומתריך 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 כיון דדריש גז"ש א"כ ע"כ קבלה מרביתו הלכה למשה מסיני ואיך נאמר דנדרש אביה להוציא כל אדם ולא לגז"ש.

אכן קשה מהיכי 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 כן ותריך אך דמאביה קשה עדיין גם לפי תירוצו: שם נאמר כאן אביה ונאמר להלן אביה: ק"ק כיון דברייתא ר"ש היא כדאמרין לקמן וכמו שדייקו התוס' א"כ ל"ל לר"ש לעיל דרשה דב' כללות נאמרו בבת כהן להורות דאחת ארוסה ואחת נשואה במשמע משום דקרא סתמא כתיב וכמו שפירש"י תיפוק ליה מגז"ש דאביה ובת כהן דמרבין מיניה ארוסה ונשואה.

וי"ל הא דפשיטא ליה לר"ש דאיירי בארוסה ונשואה הוא באמת מכח גז"ש ובת כהן ולא יליף מב' כללות רק דעונש ארוסה ב"כ שהוא שריפה חמור מעונש ב"י כמו דחמיר ג"כ עונש נשואה. אבל מדקרא סתמא כתיב זה לא היה מספיק לר"ש כמו לרבנן לסתור סברא דכופר בעיקר עדיף דמוכח סקילה חמיר משריפה.

כן י"ל לשיטת התוס' בשמעתין דברייתא ר"ש היא וכמו שמשמע ג"כ לישנא דהש"ס לקמן דקאמר הא מני ר"ש היא ולא סבר לה כר"ש. אבל רש"י סובר לקמן דברייתא ר"ע הוא כדמוכח מהא שכתב לקמן בד"ה כותי נתין וממזר ואע"ג דהאי מתניתן ר"ע היא דדריש וי"ו ושמעינן לר"ע כו' ע"ש וכיון שכך דברייתא לאו ר"ש הוא לשיטתו כתב שפיר אליבא דר"ש דיליף כן מדקרא סתמא כתיב: שם נערה והיא נשואה: ה"ה דהמ"ל ג"כ נערה והיא בעולה מניין דהא גבי נערה המאורסה דילפינן מניה בתולה בעינן וא"ל דהוי בכלל נשואה דקאמר דז"א דהא נשואה שהיא בתולה כגון נכנסה לחופה ולא נבעלה ג"כ בחזק כמ"ש התוס' בכתובות (דף מ"ד ע"א): שם בתוספת ד"ה ת"ל ובת כהן.

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 כשהיא אחת מן העריות כגון אחותו דלכ"ע הוי זונה ואתיא ככ"ע: שם דף נ"א ע"א בגמרא אעפ"י שאינה כהנת: ק"ק דא"כ לר' ישמעאל דדוקא נערה המאורסה בעינן כדאמר לקמן (ע"ב) ל"ל איש למעט ניסת לחלל ולממזר דהא אינה נפסלת רק ביאה כדאמרינן לקמן והרי כשהיא בעולה באמת אינה בשריפה.

וי"ל דאצטריך קרא לניסת ללוי ולישראל דבאירוסין ג"כ שייך דלא אכלה בתרומה כדאמרינן סוף פרק אלמנה לכה"ג האירוסין פסול ואינו מאכיל ע"ש ולהכי מצרכינן ג"כ אליבא דר"מ דסובר לקמן דנפסלה בחנק. ועיין מה שהקשו התוס' לקמן (דף ע"ו ע"א): שם דרבי בהו 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 הכהן שרפה אי משום חומר האיסור הוא אע"כ דלא שייך פגימת כבוד רק בנבעלת: שם דאשתרי להו שבת לגבי עבודה: א"ל דאכתי בעל מום כהן ליחייב שריפה דרבי בהו מצות יתירות שייך גביה כמו גבי בת כהן דכל הנוהג בנשים משום כהונה נוהג בו.

די"ל שלא רצתה התורה לחלק בין אנשים רק בין נשים לאנשים: שם כדר"א דאמר פנוי הבא על הפנויה. הא דקאמר דברייתא 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 פרק אלו נערות כתבו דלמ"ד כותים גרי אריות נכרים גמורים הם וא"כ לא תפסי בהו קדושין ור' אלעזר סובר דגרי אריות הן כדאמרינן בקדושין (דף ע"ה) לכן ע"כ צ"ל דר"ש היא וסבר כר"א. אכן בקצת נוסחאות כתיב 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 כמותו הא גם לרבנן שם דסברי דנבעלה לפסול לה דוקא היא זונה ג"כ שייך יכול אפילו פנויה כשנבעלה לנתין ולממזר ושייך שפיר ביה לזנות: שם או אינו אומר אביה אלא להוציא כל אדם: א"ל דכאן משמע דמדכתיב היא מחללת דמשמע היא מחללת אותה ולא הוא מחללה מוכח דע"כ לא איירי בבא עליה אביה והרי לקמן (דף ע"ו ע"א) יליף מקרא דבת איש כהן דבתו מאנוסתו בשריפה הרי דשפיר איירי קרא בבא עליה אביה ואביה בהך דרשה גופא דלא הוא מחללה מתרץ הך דרשא שם די"ל דודאי הכא קאמרינן שפיר דהיא מחללת ממעט אביה מדרצה לאוקמי קרא דוקא באביה אבל התם דקאמר דעיקר קרא ודאי בבת כהן איירי רק מיתורא דאיש מרבינן אנוסה בזה לא שייך למעט מהיא מחללת דקאי אבת כהן רק אהא דרצה למעט

שם האב משריפה מהיא ולא בועלה אהא קאמר שפיר מחללת לא איירי רק בבת כהן  
דהיא מחללת אותה ולא באביה שהוא מחללה: שם מאי איריא ב"כ אפילו ב"י נמי: ק"ק  
מאי פריך דילמא סבר ר"א כרבנן דסקילה חמורה וסבר ג"כ כר' יוסי דסבר לקמן (דף  
פ"א) דנידון בזיקה ראשונה שבא עליה והשתא שפיר קאי את"ק דברייתא דסבר דב"כ  
אחת ארוסה ואחת נשואה בשריפה ואהא קאמר דבא עליה אביה בשריפה אף שהיא  
ארוסה וסקילה חמורה לדידיה מ"מ כיון דאיסור אביה קדים נדונה בזיקה ראשונה אבל  
בא עליה חמיה בסקילה דאיסור ב"כ ואיסור כלתו באים כאחד ולכן נידון 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 כדמוכח מהא  
דנקט חמיה וזה צריך למינקט בבת כהן דוקא: שם מדגלי רחמנא בב"כ ולא בב"י קמ"ל.  
הקשה המהרש"א דאכתי נימא דאת אביה אתי למעט דדוקא אביה בב"כ חייב שריפה  
ולא בב"י ולאפוקי מדרבא עיין מה שתירץ.

ולפענ"ד י"ל בדרך פשוט כיון דמרבין מהיא מחללת כל אדם דהיינו ע"י שדרשינן 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 בשיטה זו בספרי ע"ל ליבמות (דף ס"ח):  
שם ע"ב בגמרא ה"מ אינהו אבל בנותיהן לא: פירוש אינהו מה שנוגע לקדושתן לענין  
טומאת מתים אבל מ"מ בנותיהן לא כיון שאין להם קדושה לעבוד דאי נאמר דאינהו  
אתרבו לקדושה מוהיה קודש להיות שוין לענין קדושה לשאר הכהנים אין סברא לחלק  
בנותיהן כיון שקדושת הבנות היא מצד אביהם הכהנים דוקא: שם ברש"י ד"ה הא אידי.

אי אית ליה בנין אב: צריך לפרש כן כי היכי דלא יקשה אכתי 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 כתיב: 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 כמבואר שם ונפקותא טובא איכא.

א"נ י"ל דלא פרכינן הכי אלא היכי דקבלו התלמידים הלכה מרבם ואמרו משמיה כגון  
הכא ובזבחים דבזה קשה למאי הלכתא קבלו התלמידים הלכה זו ואמרו משמיה דאף  
דהוא פסיק הלכתא לעצמו משום דרוש וקבל שכר 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 בנין 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"ק מאי קושיא דלמא רצה מבני אהרן המוקדמים בקרא לילף.

וי"ל דפריך דה"ל למילף מתרווייהו גם מעדת קרח ואיכא נפקותא בזה דלא נצטרך לדחוק לקמן למה דלא יליף מפרים הנשרפים משום דהנך נפישין דיותר ילפינן משנים מן האחד כדאמרין בקדושין (דף ל"ד ע") לענין היקש ע"ש: שם דאתחיל בהו מגוואי: פירוש גם למ"ד לאו שרפה ממש היה סבר כן דכמין ב' חוטין נכנסו בחוטמיהן ושרפו נשמתן רק לא יותר ולמ"ד שריפה ממש היה תחלת שריפתן שעל ידה מתו דהיינו שריפת נשמה אלא שאח"כ היה ג"כ שריפת הגוף.

ובזה דברי רש"י בחומש אתיין כהוגן ומתורץ מה שהקשה המהרש"א בשמעתי: 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 שיצא מבית ק"ק הא אש של מעלה אינו מכלה.

ועיין בספרי מנחת עני (דף נ' ע"א) ושם פירשתי ג"כ מה דאמרין לקמן וכבר היו משה ואהרן מהלכין בדרך וכו' ע"ש: שם ונילף מפרים הנשרפים: הא דפריך מדרשה חדשה ולא פריך בקיצור שנילף שריפה ממש או מעדת קרח לחד מ"ד או מב"א לאידך מ"ד כמו שפריך באמת לבסוף. די"ל דניחא ליה להקשות כן דנילף מפרים הנשרפים כיון דאז הוי תרתי שיש בהם שריפה ממש וביותר ילפינן משנים משילפינן מן האחד וכמו שכתבנו לעיל.

ובזה י"ל מה שהעירו התוס' למה דלא מתרץ גם אהך קושיא מואהבת לרעך כמוך די"ל דתירוץ זה לא שייך רק לקמן שאין סברא יותר לילף ממקום שיש בו שריפה ממש מלילף ממקום שהוא שריפת נשמה דוקא. ובזה אמרין מסברא שילפינן ששריפת הנשמה דוקא הוא משום ברור לו מיתה יפה.

אבל הכא דפריך דנילף מפרים הנשרפים עם חזא מהנך וכיון דבכ"מ טובים הב' מן האחד א"כ משום ברור לו מיתה יפה לא הוי אמרין נגד כלל זה למילף מן האחד ולשבוק הב' כיון דנמסר כן בכ"מ: שם שכן אדם חוטא נשמה פגול: ק"ק לפי מה שהקשו התוס' לעיל ריש פרק נגמר הדין למה דלא חשיב גם נותר וטמא ותירצו 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 ליחשב נמי נותר וטמא ואף דאין נפקותא בזה כיון דבלא"ה נפישין הא גם התוס' הקשו דליחשב מכפר אף דזה ג"כ אינו מסייע דאכתי 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 דודאי הך חילוק דפיגול אין לו שייכות להכא כיון שאינו שייך לנפקותא דשריפה ומטעם זה לא קחשיב ג"כ נותר וטמא והא דנקט פיגול הוא משום דשיגרא דלשון דלעיל ריש פרק נגמר הדין נקט וכיון דכן אי חשיב מכפר לא נפישין דפיגול 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 אמרינן דאפילו ושב הכהן ובא הכהן הוי גז"ש מ"מ הרי אמרינן ג"כ דהיכי דאיכא דדמי ל"י לדדמי ליה מדמינן ואפילו היכי דדמי ליה באות אחד יותר ילפינן מניה כדאמרינן ריש פרק אלו הן הלוקין וא"כ פשיטא דיותר נילף מפרים הנשרפים מע"ק וב"א דהא יותר דמי באש תשרף דבת כהן או באש ישרפו אותו ואתהן דאשה ובתה לעל שפך הדשן ישרף דפר מדדמי ליבכו את השריפה דב"א או אשר הקריבו השרופים דע"ק ועכ"פ הוי ליה ליחשב לדמיון אחד יותר בפרים הנשרפים כי היכי דלא ליהוי נפישין: שם בתוספת ד"ה ההיא שריפה ממש הוי.

וא"ת דהא אמרן 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 אך כיון דע"י האפר לא נטמאו לכן הקשו שפיר.

אכן לפי מה שהביא הר"ש ריש מס' אהלות פלוגתת הר"ת והר"י מפונטייה דלר"ת אין מטמאין כלים הנוגעים במת אדם אלא כלי מתכות דוקא ולר"י אף כלי שטף ובגדים כמו שהביא ראייה מוכבסתם בגדיכם. ולכן בלא"ה מתורץ קושית התוס' לשיטת הר"י כיון דבגדיהן לא נשרפו והם נגעו בהם כאשר מתו בתחלה קודם שנשרפו כולן א"כ נטמאו בבגדיהן כדין אדם שנוגע בכלים שנגע במת דטמא טומאת ז' כמבואר שם ריש אהלות: שם ע"ב בגמרא אמר רב יוסף טעה בתרתי: עיין במהרש"ל שהקשה דלמא להוראת שעה הרג אותו.

אכן זה א"ש לפי מה שכתב הר"ן לעיל (דף מ"ו ע"א) דהא דאמרן שב"ד ממיתין ועונשין שלא מן התורה היינו דוקא ב"ד מומחים וסמוכים ודלמא ידע רב יוסף דרב חמא לאו ב"ד מומחים וסמוכים הוי: שם ואהכי אהדרו ליה והתניא: הכא לא הוי מצי לשנויי כדמשני במגילה (דף כ' ע"א) חדא ועוד קאמרו ליה חדא דאין מביאים ראייה מן הקטן ועוד כו' ע"ש ומאי דשייר במתניתן קתני בברייתא משום דבמתניתן משמע שלא היה קטן בשעת המעשה כמו שפירש רש"י בד"ה הכי קאמר והיינו דדייק הגמרא להקשות גם מהכי אמר להו: שם ורבנן כיון דכתיב סייף באורייתא.

ור' יהודה סבר כיון דלא כתיב בתורה איך תהיה מיתת סייף מנייהו גמרינן כן כתבו התוס' בע"ז (דף י"א) ע"ש: שם כיון דכתיב שריפה באורייתא: הא דקרי ליה באורייתא היינו משום דאין נביא רשאי לחדש דבר א"כ ע"כ הלכתא היא ואסמכוה אקרא וכמו דאמרינן לעיל ס"פ כה"ג. ולכן א"ש ג"כ הא דמביא קרא דירמיה ולא קרא דוישרפו אותם שם דעצמות שאול ויהונתן דשם הוי ג"כ הפירוש ששרפו עליהן כדרך המלכים כמו שפירש רש"י בשם התרגום אלא כיון דשם אינו רק ספור מעשה ולא ציווי נביא אין שייך לקרותו כתוב באורייתא: שם ואימא דבריז ליה מברז לפי חרב כתיב.

אף דלפי חרב דוקא גבי עיר הנדחת כתיב מ"מ כיון דכבר מייתנין מיתת סייף גם לרוצח מסתמא לא מחלקינן בין מיתה זו לזו: שם מדתני' ואתה תבער הדם הנקי: ק"ק א"כ לרבנן ואתה תבער הדם הנקי ל"ל אכן בזה כבר הרגישו התוס' בכתובות (דף ל"ז ע"ב) וכתבו שם בשם רש"י דלרבנן קרא דואתה תבער להיכי שנמצא ההורג אחר עריפת

העגלה דוהרגין וקרא דלארץ לא יכופר אתיא לעגלה שעבר עליה יוה"כ שעורפין אותה והסוגיא דכתובות אליבא דר"ש אזלא ע"ש.

וא"ל דא"כ לר"ש הך דרשה מנ"ל דעגלה שעבר עליה יוה"כ שעורפין אותה די"ל דנפקא ליה מדרשה דאביי או דרב פפא בכריתות שם דודאי גם לרבא טעם אביי דמכיר ההורג אתיא שפיר רק דהוא סובר דעכ"פ טרח הקרא וכתב כדאשכחינן בכמה מקומות דלפעמים אין הסברא פשוטה כ"כ ואתי קרא להשמיענו הסברא ולכן לר"ש י"ל דנפקא ליה מסברא דמכיר ההורג גם אליבא דרבא.

ובזה א"ש ג"כ מה דקשיא לכאורה עוד לפי הסוגיא דכאן דאית ליה לר"ן קרא דרוצח בסייף דא"כ מאי פריך לקמן (ריש פרק הנחנקין) למ"ד חנק חמור דילמא עד דקטיל ליה מקטל ע"ש הא אי אפשר לומר כן דא"כ דבאביו אינו חייב עד דקטיל ליה ע"כ מוכח מדחלק הכתוב דין אביו מדין רוצח דעלמא דרוצח דעלמא בסייף שהוא קיל מחנק א"כ ל"ל ואתה תבער הדם הנקי אע"כ מוכח דאיכא למיטעי דבחנק הוא וא"כ ע"כ מכה אביו לא עד דקטיל ליה מיקטל.

אכן לפי הנ"ל י"ל דמדאצטריך 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 בסייף 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 בסייף: שם רבי אומר נאמר מיתה בידי שמים: ק"ק לפי מה דאמרינן לקמן (ס"פ הנשרפים) ר"ש אומר מה להלן בחנק אף כאן בחנק וא"כ בהך גז"ש גופא נילף ג"כ כאן ולמה מצריך רבי הכא אליבא דר"ש גז"ש דנאמר מיתה בידי שמים וי"ל דכיון דילפינן הך גז"ש לקמן מנביא השקר דהוא בחנק לר"ש וזה גופא לא אתיא לר"ש רק משום דמיתה סתם אינו אלא חנק כדאמרינן לקמן (דף פ"ט סע"ב) לכן ע"כ צריך להך גז"ש דהכא וכן לא קשה לר"ש ע"ד דיליף לקמן והזר הקרב יומת ממדיחי עיר הנדחת דבסקילה נילף גם מות יומת דא"א משם כיון דלא נמסרו רק התיבות לגז"ש ולא מאין ילפינן דהא אמרינן לקמן דהכא ע"כ ליכא למימר בסקילה מדהוציא הכתוב ארוסה מכלל נשואה.

אך דאליביה דר' ישמעאל קשה לכאורה דיליף לקמן דבמיתה בידי שמים יומת מיומת וא"כ גם הכא נאמר כן ומנ"ל כלל דא"א בחנק דלמא רק במיתה בידי שמים והרי אפילו ר"ע דפליג שם אר' ישמעאל אינו אלא משום דילפינן יומת מיומת ולא יומת מימות אם כן הכא אפילו ר"ע יודה דהא בתרווייהו כתיב יומת והרי ר' ישמעאל ע"כ מדרבי יליף וכמש"כ התוספות לקמן בד"ה קמפלגי ואין לומר דהכא היינו טעמא דלא אמרינן מיתה בידי שמים כיון דכתיב מות יומת דמשמע בכל מיתה שאתה יכול להמיתו דהיינו בידי אדם דמכ"מ תקשי דנביא שקר וזקן ממרא דלא כתיב מות יומת מנ"ל דבסקילה דלמא רק במיתה בידי שמים וי"ל כיון 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 אך הנביא וגומ' וכן גבי מתנבא בשם ע"ז כתיב ובערת אכן גבי מכה אביו ואמו וגונב נפש מישראל דלא כתיב בהו ובערת י"ל דה"ט דמיתתן בידי אדם מדכתיב מות יומת וכנ"ל: שם ברש"י ד"ה פרט לאשת קטן.

אשמעינן דקטן אין לו קדושין: ק"ק דזה סותר למה שכ' בקדושין (דף י"ט) דיבם קטן שיבם מדאורייתא קדושיו קדושין ורק ממיתה מעטי' קרא והאי קרא דפרט לאשת קטן לא אצטריך רק בכה"ג כמבואר שם בקדושין וכן קשה אמה שכתבו התוס' דאצטריך 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 כסדרן גמרא גמירי לה: צ"ע דלא אמרינן לקמן כן דכסדרן גמירי לה ועוד דא"כ ל"ל כל השקלא וטריא לעיל לילף איזה מהד' מיתות חמיר מחבירו כיון דגמירי לה והרי רבנן כר' יאשיה ס"ל דחנק קיל מכולן: שם בתוספות ד"ה פרט לאשת אחרים. איסורא מיהא איכא: בקדושין (דף כ' ע"ב) כתבו דאיכא עשה דודבק באשתו ע"ש שביארו יותר דבריהם דהכא: שם דף נג ע"א בגמרא בשלמא לר' יונתן כדמפרש רבי טעמא: א"ל הא ע"כ גם לרבי גמרי חנק דאי רק משום מיתה שאין בו אכתי לא ידעינן דבסודר על צוארו דוקא דלמא בטביעת מים וכדומה דנין אותו דהוי ג"כ מיתה שאין בו רושם די"ל דמשום ברור לו מיתה יפה דאין לך מיתה יפה ושימות מהר כמו חנק: שם אלא לר' יאשיה ממאי דאיכא חנק בעולם: ק"ק דאיך אפשר לומר דהבא על א"א בסייף דא"כ ל"ל לעיל (דף נ') גז"ש דאביה להורות דשריפה חמורה מסייף הא כבר מוכח כן מדהוציא הכתוב נשואה ב"כ מכלל נשואה בת ישראל והרי לר' יאשיה דרבנן סברי כוותיה לית לן לאוקמא גז"ש דאביה רק להכי דלדרוש מה התם ארוסה אף כאן ארוסה אי אפשר דהא לרבנן דסקילה חמור משריפה לית לן לאוקמי קרא דב"כ רק בנשואה ולא בארוסה וא"כ ע"כ מוכח מדאצטריך אבי דא"א במיתה דקילא טפי מסייף וא"כ ממילא נשמע מיתת חנק משום ברור לו מיתה יפה וכמו לר' יונתן: שם במאי גמרי במות ימותו גמרי.

א"ל כיון דידע דגמרינן שאר נסקלין מאוב וידעוני וא"כ ע"כ קים ליה הנך ברייתות דלקמן (דף נ"ד ע"א) ומאי קבעי ליה הא קתני בפירוש בברייתות נאמר כאן דמיהם במ ונאמר להלן דמיהם במ וקרא דמות ימותו לא הוזכר כלל די"ל דאעפ"כ י"ל דהברייתא ארישא דקרא סמיך. אכן הא קשיא לכאורה מאי מספקא ליה במאי גמרי וכן מאי קאמר לקמן ואי במות ימותו גמיר מאי הא קשי' לי' הא שפיר דא"כ ל"ל לקמן (דף נ"ד ע"ב) גז"ש דנאמר כאן תהרגו ונאמר להלן כי הרג תהרגנו מה להלן בסקילה אף כאן בסקילה תיפוק ליה בגז"ש דמות ימותו מבעל אוב דילפינן מיניה שאר נסקלין אע"כ דהגז"ש מדמיהם במ ולכן בבא על הבהמה דלא כתיב דמיהם במ צריך גז"ש דתהרגו: שם מות ימותו ל"ל כדתניא: ה"ה דהמ"ל ג"כ מות ימות דגבי נחנקין ל"ל וצ"ל דאתיא ג"כ להך דרשה אכן התוספות לעיל (דף מ"ה ע"ב) לא כתבו כן רק לענין עיה"נ ונסקלין כן ע"ש: שם במתניתן חייב משום אשת אב ומשום א"א: לקמן בהא דכלתו הקשה הר"ן איך שייך א"א לאחר מיתת בנו ואי בנשאת לאחר מקמ"ל פשיטא ותירץ דקמ"ל דלא פקע שם כלתו גם בנשאת לאחר א"נ קמ"ל דאיסור א"א חל על איסור כלתו ע"ש.

אכן לכאורה ארישא דמתניתן בהא דאשת אב וא"א ה"ל להקשות ולתרץ כן ועוד אי גם  
בהא דאשת אב מצרכינן לתרץ כן א"כ הרי כבר השמיענו דלא פקע שם אשת אב גם  
בנשאת לאחר א"נ דאיסור חל על איסור ולא יזה צורך הוצרך להשמיענו זה גם בסיפא.  
וי"ל דודאי בהא דאשת אב דרישא לא קאי האי בין לאחר מיתת אביו דקתני גם דאיסור  
א"א אלא רק אשת אב וכמו שפי' רש"י והא דנקט גם א"א להשמיענו דבחי אביו איכא  
גם א"א בהדי אשת אב ולא פוקי מדר' יהודה דפליג לקמן (דף נ"ד ע"א) בכרייתא ופוטרי  
משום א"א וא"כ לא משתמע מהכא איסור חל על איסור ע"י כולל דבחי אביו איסור  
א"א ואשת אב איסור בת אחת היא דלכ"ע חייל אבל בסיפא בהך דכלתו לא צריך  
להשמיענו כלל דחייב משום א"א בחיי בנו דמה"ת שלא יחייב וע"כ אתי להשמיענו  
דחייב לאחר מיתה ובנשאת לאחר וכתירוץ הר"ן: שם בגמרא ור' יהודה סבר לה כר"ע:  
ק"ק דבכתובות (דף כ"ט ע"ב) משמע דאינה ראויה לא שייך לר"ע דאמר אין קדושין  
תופסין בח"ל אלא אשה שאין בה הויה ואיך אוקי האי אין ראויה לו למ"ד אין קדושין  
תופסין בח"ל ואפשר לחלק בין אין ראויה לו ובין אינה ראויה לקיימה א"נ י"ל דלכאורה  
יש להבין עוד לתירוץ הגמרא דעיקר פלוגתא ר' יהודה ורבנן חסר מן הספר דהא גם  
רבנן מודו באינה ראויה לו כגון חייבי כריתות שאין בזה איסור אשת אב ורק בחייבי  
לאוין סברי דחייב משום דלדידהו קדושין תופסין בח"ל אכן בזה י"ל כיון דלישנא אינה  
ראויה משמע בח"ל דתפסו קדושין וא"כ ר' יהודה לדבריהם דרבנן קאמר להו וכדלקמן  
דהיינו מה שלשיטתכם אינה ראויה היא ג"כ אינו חייב דלדידי אין קדושין תופסין בהו:  
שם ברש"י ד"ה שאר הנסקלין.

וכוליהו שאר נסקלין לא כתיב בהו סקילה: צ"ע איך כתב וכוליהו שאר נסקלין דהא איכא  
מלבד אותן דקא חשיב גם נותן מזרעו למולך ומסית ומדיח ובן סורר ומורה דכתיב בהו  
סקילה בהדיא: שם ד"ה אלו הן הנסקלין. ודלא כתיב בהו סקילה: לאו כללא הוא דהא  
בבא על הבהמה לא כתיב סקילה ולא דמיהם במ ואתיא בגז"ש דתהרגו ממסית וכדלקמן  
(דף נ"ד ע"ב) וכן גבי מכשף לא כתיב חז מינייהו ואתיא מדסמכי' לע"ז וכדלקמן (דף  
ס"ז): שם בד"ה משום אשת אב.

אם נתקדשה לאביו: פירוש משום דסתמא כתיב ובכל גוונא איירי ובזה א"ש מה דקשה  
לכאורה אהא דשקיל וטרי לקמן בשמעתין מ"ט דר' יהודה דאינו חייב אלא משום אם  
בלבד דלמא סבר דאין אחע"א ע"י כולל ופליג את"ק דסבר דלעולם חייב משום אשת  
אב גם בילדתו בזנות אף דאז איסור אשת אב לא מצי למיחל על איסור אמו בשלא  
נשאת לאביו עד אחר שהיה בן י"ג שנה ויום א' מכ"מ חייב משום אשת אב דאיסור  
כולל הוא דכולל גם שאר בניו ואחי אביו וכ"ע באיסור אשת איש אבל ר' יהודה לא  
סובר כולל ולכן לא חייב רק משום איסור אם דקדים והא דלא פליג גם בכלתו וא"א  
דבהא כ"ע מודו דאיסור בת אחת היא וכנ"ל אבל לפ"ז א"ש כיון דת"ק סתמא איירי בין  
נתקדשה לאביו קודם לבתו או אחרי כן ודאי דגם ר' יהודה דפליג עליו איירי כך ולכן  
ליכא לפרש טעמא דר' כן: שם ד"ה אלא בחייבי לאוין.

או אלמנה לכה"ג: הך דאלמנה אליבא דר' ישבב הוא בקדושין (דף ס"ט ע"א) ע"ש: שם בתוספות ד"ה קמיפלגי. מסתמא מדסבר כר"ש דשריפה חמורה: אף דלאו חד טעמא הוא מ"מ אין סברא לעשות פלוגתא ג' שלא מצאנו אותה.

אכן לכאורה ע"כ מוכח דר' ישמעאל בהא כרבנן ס"ל דסייף חמור מחנק כיון דהטעם דר"ש דחנק חמור הוא מדסבר דמדיחי עיה"נ בחנק כמבואר לעיל (דף ל' ע"ב) והא דמדיחי עיה"נ בחנק יליף ר"ש לקמן (דף פ"ט ע"ב) מנביא ופריך בש"ס ליגמר ממסית ומשני דנין מסית רבים ממסית רבים ולא רבים מיחיד ופריך אדרבה דנין הדיוט מהדיוט ולא הדיוט מנביא ור"ש כיון שהדיח אין לך הדיוט גדול מזה ע"ש הרי אי לאו הך סברא דאין לך הדיוט גדול מזה יותר הוי גמרינן ממסית דבסקילה כרבנן ולקמן (דף פ"ד ע"א) יליף ר' ישמעאל זר ששמש דבמיתה בידי שמים מכל הקרב ור"ע יליף דבמיתה חנק מנביא שהדיח וקאמר בש"ס במאי קמיפלגי ר"ע סבר דנין יומת מיומת ור' ישמעאל דנין הדיוט מהדיוט ולא הדיוט מנביא ור"ע כיון שהדיח אין לך הדיוט גדול מזה ע"ש הרי דר"י ל"ל הך סברא דאין לך הדיוט גדול מזה ואם כן ע"כ כרבנן ס"ל דמדיחי עיה"נ בסקילה דגמרינן ממסית וא"כ ע"כ גם בהא כרבנן ס"ל דסייף חמור מחנק מדניתן לאנשי עיה"נ וכדאמרינן לעיל וכיון דכן מתורץ קושית התוספת ד"ל שפיר דטעמא דר' ישמעאל כר' יאשיה ודעתם שכתבו בפשיטות דמסתמא ר' ישמעאל גם בהא כר"ש ס"ל צל"ע: ועיין מש"כ לקמן (דף פ"ט) ישוב לזה: שם בא"ד דדילמא ה"מ ארוסה: עיין מה שהקשה המהרש"א ויש ליישב בפשטות קושיתו דהא הבנין אב אינו מקובל מסיני וא"כ הקשו התוס' שפיר דאימא ה"מ ארוסה ובאמת לא נימא הבנין אב.

אך דלכאורה הא קשיא עדיין כיון דאי אמרי' דנשואה ב"י בשריפה לא שייך הבנין אב דנשואה כלל א"כ מאי מקשו התוס' לר' ישמעאל אימא ה"מ ארוסה הא לפי הך ס"ד לא שייך הבנין אב ומהיכי תיתי לאוקמא קרא בארוסה דוקא הא קרא סתמא כתיב וא"ל דגם בלא בנין אב ממילא נוכיח כן אי ב"י בשריפה כיון דנשואה לא מצרכינן דלא גרע מב"י א"כ איך תליא זה לר' ישמעאל גם ארבי הו"ל להתוס' להקשות כן אהא דמתרץ מדאמר רחמנא בת כהן בשריפה וי"ל דאליבא דר' לא היה קשה כן די"ל דסובר כר"ש וצ"ע לעיל (דף נ' סע"ב) דדרשו מו"ו דובת לרבות בוגרת ונשואה וא"כ מוכח ע"כ שפיר דנשואה ב"י אינה בשריפה דאל"כ ל"ל לרבות נשואה או בוגרת ב"כ הא ודאי לא גרעו מנשואה ב"י אבל לר' ישמעאל הקשו התוס' שפיר כיון דלדידיה ו' דובת לא לרבות נשואה אתיא רק לרבות בנות בעלי מומין כמבואר לעיל (דף נ"א ע"ב) אכן בעיקר קושיתם י"ל דיותר סברא הוא לאוקמא קרא כפשטא דבין ארוסה בין נשואה במשמע אי לית לן דרשה דבארוסה דוקא איירי ולרבות מגז"ש דמיתה שאין בו רושם לאשת איש חנק ולא שריפה מלהוציא קרא מפשטי' ולאוקמא בארוסה דוקא כדי שנוכל לומר דאשת איש בשריפה מה שאינו לא משמעות ולא הכרח ולכן גם בלא וי"ו דובת מתרץ בגמרא אליביה דרבי שפיר וממילא שייך תירוץ זה גם לר' ישמעאל כיון דאי א"א בשריפה לא שייך הבנין אב וא"כ קרא דב"כ איירי בין בארוסה בין בנשואה וא"כ מזה גופא מוכח מדבת כהן בשריפה דא"א ב"י אינה בשריפה.

ובזה מתורץ ג"כ מה שהקשו התוס' להך מ"ד דרבי כר' ישמעאל ס"ל דהא טעמא דרבי דבארוסה דוקא מיירי הוא ג"כ מומת אשר שכב עמה לבדו דכי תחל לזנות שייך גם בנשואה שהיא בתולה ע"ש ודרשה זו ג"כ לא שייך אי א"א ב"י בשריפה דהא לא שייך למימר מה בב"י ארוסה דוקא יוצאת לסקילה אף בב"כ ארוסה דוקא יוצאת דהא אי ב"י נשואה בשריפה לא יצאת ב"כ ארוסה מכלל נשואה כלל: שם בא"ד.

והך שינוי לא מצי לשנויי: פ"י דלכך לא משני הכא אקושיא דואימא שריפה דא"כ קיל ארוסה מנשואה די"ל דאתיא הש"ס כאן אליביה דאידיך מ"ד דרבי כר"מ ס"ל וא"כ מסתמא גם כרבנן ס"ל דסקילה חמורה משריפה ולכן רק הך תירוצא מדאמר רחמנא שייך שפיר דל"ל דלמא ה"מ ארוסה דהא ע"כ לא בארוסה איירי דא"כ קיל ב"כ מב"י אבל הך תירוץ דא"כ קיל ארוסה מנשואה לא שייך להך מ"ד דהא אי סקילה חמורה לא קיל ארוסה מנשואה אבל להך מ"ד דרבי כר' ישמעאל הוי איפכא דלא שייך רק תירוץ התוספות ולא תירוץ הגמרא והיינו דכתבו והך שנוי פ"י הך שנויי דש"ס דכאן לא שייך אי רבי כר' ישמעאל ולכן ע"כ הגמרא אזלא אליבא דאידיך מ"ד: שם ד"ה דאי במות ימותו.

תימא א"כ גז"ש מאי אהני: א"ל דהא להך דסתם מיתה בחנק גופא הוצרכה להמסר גז"ש דמיתה מיתה כדאמר רבי לעיל נאמר מיתה בידי שמים די"ל דהא הגמרא דהכא ע"כ אליביה דר' יאשיה אזלא מדקאמר דאי אתה רשאי למושכה להחמיר שהיא סברת ר' יאשיה לעיל אכן אהא גופא קשיא מאי מתרץ מהא דאי אתה רשאי למושכה דהא אכתי קאמר ר"ז שפיר דאי במות ימותו יקשה לר"י אימא מכה אביו בסקילה ולכאורה יהיה מוכח מזה דר' יונתן ג"כ אית ליה הך סברא דאי אתה רשאי למושכה וא"כ מתורץ קושית התוספות דשפיר פריך 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' בחנק מצרכינן הגז"ש וכנ"ל: שם ע"ב בתוספות ד"ה וחיבי כריתות.

תימה מנ"ל לדמויי ש כן הקשו ג"כ ביבמות (ד"ט ע"א) ונשאר בתימא ולענ"ד אפשר לומר כיון דכתיב קרא ולקחה לו לאשה ויבמה ודרשינן שם (דף כ' ע"א) כיון שלקחה הרי היא כאשתו 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 כיון דבמקום יבום התירה התורה אשת אחיו א"כ אין כאן איסור זה כלל והראיה דהא גם ביאה שניה מותרת וממילא נעשה שפיר אשתו ע"י יבום אבל בח"ל אי אין קדושין תופסין בהם כיון 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 כיון דלא נעשה אשתו ע"י ביאה זו כיון דח"ל היא ואין קדושין תופסין בהן א"כ אין לקיים ולקחה לו לאשה ולכן אין כאן מצות יבום כלל ולא שייך שיהיה מותר מטעם עשה דוחה ל"ת: שם ד"ה לדבריו דת"ק.

המ"ל דסבר כדתניא: אכן י"ל דלא רצה לתרץ כן דבלא"ה מוכח דר' יהודה ס"ל דישי ממזר מחייבי לאוין גרידא כמו שתירצו התוס' אליבי' ביבמות (דף מ"ה ע"א) ע"ש: שם

דף נ"ד ע"א בגמרא מה להלן באישות הכתוב מדבר: עיין מה שהקשה המהרש"א בזה על הרא"ם (ומה שציין על אמו שאינה אשת אביו מניין הוא טעות המדפיס כנראה).

ותירץ עלה ב' תירוצים ע"ש אכן לפענ"ד הא' סותר השני דשפיר מופנה ערות אביך לגז"ש דמיעוט אשת איש מהיא אתיא. וא"כ שפיר הוי מצי לילף מערות אביך היא.

ולכן נ"ל קושית הרא"ם דהא דיליף מה להלן באישות הכתוב מדבר אין הפי' משום דרישא דקרא באישות איירי וכפי' רש"י אלא משום דשם ע"כ ליכא לפרושי ערות אביך ממש דחייב כבר משום זכור וכקושית הגמרא לקמן וע"ז לא שייך למימר לחייב שתיים דהא התם לענין עונש מיתה כתיב קרא ולכן שם ע"כ באישות הכתוב מדבר א"כ ה"נ באישות איירי אבל מערות אביך היא דגבי אזהרה לא הוי מצי לילף כן דמי עדיף זה מערות אביך דרישא דאי יש שם לפרושי ערוה ממש ה"נ גבי ערות אביך דסיפא אכן גם לפי פירש"י י"ל קושיתו דודאי הך גז"ש דמה להלן באישות הכתוב מדבר והגז"ש דלקמן דילפינן מינה עונש לאמו שאינה אשת אביו ע"כ חדא גז"ש הוא דאין גז"ש למחצ' וילפינן הכל דאל"כ איך ילפינן מערות אביו גלה תרתי 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 דערות אביו פירושו ע"י אישות אבל אי הוי יליף מערות אביך היא זה יהיה דרשה שאינה צריכה כיון דבלא"ה כבר יליף גז"ש מערות אביו גלה דכתיב גבי עונש: שם אמך היא משום אמו אתה מחייבו: א"ל מנ"ל דמאמך היא ממעטינן אשת אב ומערות אביך היא ממעטינן אשת איש כדלקמן לר' יהודה דלמא איפכא די"ל דיותר סברא למעט מאמך היא אשת אב דאיירי ביה קרא מלמעט מערות אביך 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 תירוץ קמא דמכות (דף י"ג ע"ב) דכ"ע אית להו לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד לוקין עליו אכן רבא לשיטתו דמתרץ שם דלר"ע דהלכתא כוותיה מחברו אין לוקין עליו לדידיה לא שייך הך דינא רק לענין חטאת והיינו דקאמר מסתברא מילתא דר"י: שם וקמיפלגי בפלוגתא דאביי ורבא: א"ל הא אביי גופא לא סבר כן רק לענין בתו מאנוסתו דהק"ו רק גילוי מלתא בעלמא הוא כדאמר לקמן (דף ע"ו ע"א) מ"מ יליף כאן ג"כ שפיר מק"ו דגם הכא רק גילוי מילתא היא כיון דקורבת אחי אביו אינו בא רק מכח אביו ולכן א"ש דנקיט פלוגתת אביי ורבא ולא פלוגתת ר' יצחק ורבנן (דכריתות דף ג' ע"א) המוקדמת משום דאין ראייה דסובר הך איכא דאמרי כר' יצחק דבכ"מ עונשין מן הדין דדלמא רק הכא 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) דקרבת עונשין מן הדין והרי הכא רק לענין קרבן ילפינן ואעפ"כ אמרינן דאין עונשין מן הדין ובשלמא אהא דמקשה שם במכות אר' יצחק הא מצרכינן אחותו לבת אביו ובת אמו שאין עונשין מ"ה.

ל"ק מאי פריך הא לר' יצחק דחייבי כריתות אין דנין רק בכרת ולא במלקות אין צריכים להך ילפותא רק לענין קרבן וקרבת עונשין דזה גופא קשיא מנ"ל למפיק מאחותו כך לדונו בכרת ולא במלקות דלמא מצרכינן לבת אביו ובת אמו לומר שאין עונשין אבל



מגמרא דכאן קשה לכאורה אכללא דריטב"א הנ"ל וצ"ע: ואולי י"ל דמה שאמר אין עונשין מ"ה היינו לענין מיתה ובאתרו ביה משום לאו דערות אחי אביך ולא משום לאו דזכור וע' מה שכתבתי בזה עוד בספרי ע"ל במכות שם משיטת הריטב"א על סוגיא דהכא.

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 כרת דקמי שמיא גליא ומאי נפקותא לנו בזה וגם לא לענין מלקות דחייבי כריתות 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 קרבן: שם לאזהרה לאשת אביו לאחר מיתה: הכא משמע דמצרכינן רבוי דנוהג דין ערוה לאחר מיתה וכן לענין כלתו כדאמרינן לקמן וק"ל דלפ"ז ל"ל גבי אחות אשה בחייה להורות דאינו נוהג לאחר מיתה תיפוק ליה מדלא כתיב רבוי דנוהג וא"ל דה"א דנילף מאשת אב דא"כ ל"ל גבי כלתו ריבוי נילף ג"כ מא"א ועוד י"ל דלקמן (דף ע"ו ע"ב) פליגי ר"י ור"ע בפ"י דקרא דאת שתייהן אי נוהג חמותו לאחר 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 הכתוב לאמו שאינה אשת אביו: ק"ל הא לרבנן מצרכינן אמך היא להא דדרשינן לקמן (דף ע"ה ע"ב) א"ק אמך היא משום אמו אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום אם אמו והתוס' כתבו שם דאף דדרשינן כבר 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' כיון 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 כאלו אין סברא כלל לומר דתרתי שמעית מיניה וא"ל דרב שישא בריה דרב אידי כרבא לקמן ס"ל דלא ס"ל הך דרשה דאביי מ"מ לאביי הך דר"ש בריה דר"א אליבא דרבנן מנ"ל: שם לומר לך זו היא כלתו זו היא אשת בנו: עיין מה שהקשה המהרש"א ולא זכיתי להבין דעתו בזה דודאי אי ממעטינן ערותה דרק משום ערוה זו מחייב ממעטינן הכל כל שאין אותה ערוה וכמ"ש התוס' לקמן (שם) לענין אמך היא וכנ"ל.

ומה שהביא ראיה מהכא דמצרכינן מיעוטא לאשת אב לחוד ואשת איש לחוד לא ידעתי כוונתו דהא לא בדרך א' כתיבי הב' מיעוטים דמיעוט לאשת אב באמו כתיב ומיעוט לאשת איש באשת אב כתיב והרי 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 דפריך אי כותי הבא על הבהמה נהרגת וכן ישראל שבא שוגג וכן בקטן בן תשע וק"ל מנ"ל להוציא מסברא טעם למצות התורה ולילף מזה דין והא אנן 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 כגון גבי אלמנה לעיל דמשמעות הקרא בין עניה בין עשירה דהא אלמנה סתמא כתיב ואי נדרוש הטעם משום שם רע זה לא שייך רק בעניה וא"כ ע"י הטעם נוציא הכתוב ממשמעו בזה לא דרש ר' יהודה טעמא דקרא אבל הכא דקרא לא איירי רק במזיד וישראל וגדול דהא מיתה כתיב א"כ מה שיהיה הטעם לא

נוציא הכתוב ממשמעו רק דאיכא עדיין נפקותא לענין דינים שאינם במשמעות הכתוב בזה כ"ע מודו דבכה"ג דרשינן טעמא דקרא: שם משכבי אשה מגיד לך הכתוב: לפי רש"י אתיא כן מלשון משכבי אשה לשון רבים וא"כ פ"ה הכתוב הוא בא' מב' משכבות האשה אבל לפי פ"ה הר"ן אתיא כן מדקרא הכתוב ביאת זכר שהיא שלא כדרכה משכב אשה אך דלפ"ז ק"ק לשון רבים דמשכבי למאי אתי ועוד מנ"ל כלל דאיכא חיוב בביאה כדרכה דלמא גזירת הכתוב היא דרק בביאה שלא כדרכה חייבת כזכר ולכן פרש"י כפי פירושו.

ועוד נלענ"ד להביא ראיה לדעת רש"י דמלשון רבים דמשכבי קדריש מהא דאמרין ביבמות (דף פ"ג ע"ב) באשה שלא כדרכה מנ"ל מואשה ע"ש ולפי' הר"ן דשלא כדרכה יליף מדקרא הכתוב לביאה שלא כדרכה משכב אשה מאי פריך שלא כדרכה מנ"ל הא אנדרוגינוס אתיא ממשכבי ושלא כדרכה מדקרא הכתוב משכב אשה אלא ע"כ מוכח לכאורה כפי' רש"י אכן לפי המבואר מסוגיא דשם הכא ובכל דוכתי דיליף בגמ' שלא כדרכה ממשכבי אשה אזלא אליבא דמ"ד דלא מחייב בבא על אנדרוגינוס ולא כלום דאפילו למ"ד דחייבים על זכרותו לבד ג"כ ממשכבי אתיא וכמבואר בסוגיא שם ובפי' רש"י בד"ה שלא כדרכה מנ"ל ע"ש ולפ"ז דעת הרמב"ם צ"ע שפסק (בפ"א מה' איסורי ביאה ה' ט"ו) דחייבים על זכרותו דאנדרוגינוס ושם (פ"ג ה' ט"ו) הביא אחיוב דשלא כדרכה קרא דמשכבי אשה: ם ברש"י ד"ה לשוגג ולקרבו.

לחלק כרת למפטם וסך: לפי הסוגיא דמכות זה אליבא דר' יצחק הוא דלרבנן אתיא חלוק בכל העריות מאחותו דרישא ולא משום דרשינן אחותו דסיפא למפטם וסך אבל בסוגיא דכריתות (ד"ג ע"א) משמע כפי' רש"י דהכא ע"ש: שם בד"ה מאחי אביו. דהאי ודאי משמע ליה ממש: הא דמצריך רש"י להך טעמא ולא פי' בקיצור כיון דבאחי אביו לית לן גז"ש כמו באביו מ"מ הוי ילפינן דלאו אחי אביו ממש בק"ו מאביו אפכא מהק"ו דהש"ס אבל השתא דכתיב אל אשתו לא תקרב א"כ אי גם באישות איירי ע"כ מוקמינן קרא בלאוי יתירי וא"כ מוקמינן יותר באחי אביו ממש שלא להוציא קרא ממשמעותו ולכן א"ש ג"כ מה דקשה לכאורה מה בכך דכתיב אל אשתו לא תקרב הא גם כתיב כבר לאו אזכור וע"כ מוקמינן בלאו יתירא ומ"ש הך מהך ולפי הנ"ל ניחא: שם ד"ה אשר ישכב את זכר.

ואשמעינן דלא בעינן תרוייהו בני עונשין: ואף דלקמן (דף ס"ו ע"ב) איכא למ"ד דדריש ומתו גם שניהם דגבי א"א עד שיהיו שניהם שוין ולפי פ"ה רש"י שם בני עונשין וא"כ הכא דכתיב ג"כ תועבה עשו שניהם מות יומתו דמיהם במ נדרוש ג"כ משניהם עד שיהיו שניהם בני עונשין י"ל דלא דרשינן כן רק לגבי א"א דכתיב שניהם במ ומתו אבל הכא דקאי אתועבה עשו לא דרשינן כן: שם בתוספות ד"ה הבא על אביו.

תימה דלא תני כו' ובירושלמי פריך: דבריהם צ"ב מה לשון תימה שייך בזה כיון דבירושלמי פריך לה ומשני לה והו"ל להביא בסתם דברי הירושלמי כמו בשאר מקומות. ונ"ל דלכאורה קשה אתי' הירושלמי מאי מתרץ דשם זכור א' הוא הא לפי מה דמתרץ ר' יוחנן בכריתות (דף ג' ע"א) תני במתניתן הבא על הזכר והביא זכר עליו

אלמא בתרתי חשיב שם זכור משום דמב' לאוין קא אתיא א"כ כש"כ דהל"ל למיחשב במתניתן הבא על אביו דכתיב האיסור בב' שמות משום זכור ומשום אביו.

אכן י"ל דהירושלמי סובר כתירוץ ר"א אליבא דרב שם דלא חשיב זכור רק לשם א' ואף דסבר רב דתני ג' כריתות לסימוניהו לכריתות מ"מ לא קחשיב גם לסימוניהו רק שמות מחולקין ובזה מתורץ מה שתמהו התוס' שם בד"ה לסימוניהו לכריתות תימא א"כ ליחשב נמי הביא זכר עליו והביא בהמה עליו עכ"ל די"ל דרב סובר כתירוץ הירושלמי דכאן דשם זכור ושם בהמה א' הוא אבל תמיהת התוס' דכאן היא לר' יוחנן דחשיב שם זכור בתרתי אלמא דלא סובר כתירוץ הירושלמי וא"כ לדידיה קושית הירושלמי במקומה עומדת: שם ד"ה לומר לך.

וי"ל דנ"ל מגז"ש דדמיהם במ: עיין בר"ן שכתב ג"כ כתי' התוס' דאתיא מא"א רק דכתב עוד דהא דמצרכינן אזהרה משום דאי לאו הכי אין עונשין מן הדין אבל השתא גילוי מילתא בעלמא הוא וצ"ע דק"ו מאן דכר שמי' דהא בגז"ש אתיא ואגז"ש ודאי עונשין וצ"ל דכוונת הר"ן איננה כתירוץ התוספות שנילף בגז"ש מאשת אב אלא בק"ו דמצינו דקיל אשת אב מכלתו דאין לו קרבות למעלה דאם אביו איננה רק שני' מד"ס ואיסור בנו יש לו קרבות למטה דבת בנו ערוה היא.

אכן לפ"ז לפי תי' התוס' דמגז"ש אתיא קשה כקושית הר"ן דאזהרה גם כן נילף וי"ל דמלתא דאתיא בגז"ש טרח וכתב לה קרא ועמ"ש התוס' לקמן (ע"ב) בד"ה עונש: שם ע"ב בגמרא אזהרה לנשכב מניין: הקשה המהרש"א דנילף בקיצור בגז"ש דתועבה תועבה. ולפענ"ד לק"מ דהא ודאי לא שייך למילף גז"ש מקרא דוגם קדש היה בארץ דנביאים אלא ע"כ אין זה רק גילוי מלתא דלשון לא יהי' קדש פירושו נשכב זכר וכעין מה דילפינן בפ"ק דפסחים בדיקת חמץ ע"י נר חפוש מחפוש ונר חפוש מנר וא"כ לא נמסרה הגזירה שוה כלל לא הך דתועבה ולא הך דקדש ומשמעות הכתוב אין למילף דהאי לא תשכב פירושו ג"כ הנשכב כמו תועבה עשו שניהם דהא אין במשמעות דלא תשכב נשכב כלל לר' ישמעאל אכן מ"מ אכתי יקשה כיון דילפינן מוגם קדש היה בארץ דמשמעות דלא יהיה קדש קאי בין אשוכב בין אנשכב כמו שפירש"י דאף נשכב במשמע א"כ ל"ל אזהרה דלא תשכב אשוכב כלל נילף ג"כ מלא יהיה קדש אכן בזה י"ל כתירוץ המהרש"א דאצטריך לחייב ב' בבא על הזכר והביא זכר עליו לר' ישמעאל: שם בבהמה בין גדולה בין קטנה: לכאורה יש להבין איך שייך בבהמה חילוק כלל בין גדולה וקטנה אכן לפי מה שפי' הר"ן לעיל בהא דאיש פרט לקטן דגבי זכר דלא אצטריך למעט קטן שהוא פחות מבן י"ג דלא ליחייב דזה פשיטא כיון דאינו ב"ע ולא אצטריך אלא למעט קטן פחות מבן תשע דאין הנשכב חייב על ידו דאין ביאתו ביאה וא"כ גם גבי בהמה הוי הפי' כן דאם הוא פחות מבן ט' שאינו ראוי לביאה אין הבהמה נסקלת על ידו וכדאמרינן 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 הך בין גדולה בין קטנה דבהמה דומיא דפרט לקטן דקתני ברישא: שם לא תתן שכבתך: עיין בר"ן שדבריו מגומגמין מחמת טעות שנפל בהם וכוונתו נראה שפי' דמה דקאמר קרי בי' לא תתן שכבתך פי' שלא תפרש האי שכבתך לשון שכבתך

זרע כמו שכבת הטל דזה לא יהיה שייך רק בשוכב להכי קאמר דהפי' הוא לא תתן שכבתך שהוא לשון שכיבה וזה שייך בין בשוכב בין בנשכב: שם לדברי ר' ישמעאל חייב שתיים: עיין מה שכתבתי בזה בספרי ע"ל על כריתות (דף ד' ע"א) בתוס' ד"ה ר"י: שם הבא על הבהמה והביא בהמה עליו: א"ל לדברי ר' אבהו איך אוקמי לתירוץ 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 כיון דמסקינן הכא 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 כיון דחשיב כבר ב' משום בא על הזכר והביא זכר עליו אין כאן משום בהמה רק א' והא דנקט אביי משום דבתרא הוא וכמ"ש בחידושי לכריתות ומהרב בעל באר שבע שם במכ"ה נעלם זה.

אכן אכתי 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 אזלא אליבי' דהא חלוקין הן לענין מיתה א"כ לר"ל בבא על הזכר ובהמה והביא זכר ובהמה עליו חייב ד' וא"כ קשה קושית הגמרא דשם דניתני ג"כ הבא על הבהמה והביא בהמה עליו וצ"ל דר"ל מתרץ כר"א משמי' דרב בכריתות שם: שם ושמאל סבר משכבי אשה: ק"ק כיון דמצרכינן משכבי אשה להכי איך ילפינן לעיל מיני' ביאה שלא כדרכה ובשלמא לפי' רש"י דילפינן שלא כדרכה מדכתיב לשון רבים דמשמע ב' משכבות א"ש דמוכח גם הא מדכתיב הך דרשה גבי זכור דוקא אבל לפי' הר"ן דאתיא כן מדקרא למשכב שלא כדרכה משכב אשה א"כ ע"כ צריך לכתוב כן גבי זכר א"כ הא מנ"ל וי"ל דתרת' שמעינן מינה א"נ תרי משכבי אשה כתיבי 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 נשכב משוכב אתי: לפ"ז לר' ישמעאל דלא יליף אזהרת נשכב משוכב גם אליבא דרב חייב בנשכב אפילו בפחות מבן ט' א"כ י"ל מה שהקשה הר"ן לעיל בברייתא דקתני אשר ישכב 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: מפ' רש"י נראה דגריס הכא זכור בן ט' שנים ויום א' והיינו לפי מה שכתב לעיל בד"ה חייב ב' דאין נקרא זכור אלא נקב המשכב אבל מפ' הרמב"ם נראה איפכא וכמ"ש התוס' יו"ט ולפי פי' הרמב"ם היא הגירסא בברייתא זכר בן ט' שנים ויום א' וכמו דגרסינן בגירסא שלפנינו: שם בתוספות ד"ה עשו כתועבות.

א"כ כל עריות נמי ליחייב ב': עיין מהרש"א שנדחק בפ' קושיא זו ולפענ"ד קושייתם אינה דליחייב ב' חטאות אלא לענין מלקות דבכל חייבי כריתות שלוקין כדקתני במכות (ר"פ אלו הן הלוקין) 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 כתיב: עיין במהרש"א וק"ק דאכתי גבי שוכב ליחייב ב' גם משום לא יהי' קדש דהא ע"כ הכי ילפינן נשכב דלא יהיה קדש ילפינן מוגם קדש היה בארץ מה להלן תועבה אף כאן תועבה וא"כ נחשב כאלו כתיב תועבה בגופי' והדר ילפינן

תועבה מתועבה מה תועבה האמור גבי בהמה בבא על הבהמה איירי אף תועבה האמור בלא יהיה קדש כן ואם אינו ענין לשוכב כיון דכבר כתיב לאו בגופי' תנהו ענין לנשכב וא"כ נילף עכ"פ גם שוכב מיני'.

אכן באמת י"ל בדעת רש"י כיון דאמרינן בפסחים (דף כ"ד ע"א) כל היכא דאיכא למדרש דרשינן ולא מוקמינן בלאוי יתירי א"כ כיון דהכא ע"כ אמרינן ג"כ הכי דאל"כ מנ"ל נשכב כלל דלמא רק אשוכב קאי דבי' כתיב תועבה וע"כ צ"ל דהיכא דאיכא למידרש לא מוקמינן בלאוי יתירי ולכן לא מוקמינן רק אנשכב ולא אשאר עריות דאי הוי שייך למילף גם שאר עריות מיני' יקשה מנ"ל לאוקמא אנשכב כלל כיון דלא נזכר בהך פ' אחרי מות דכתיב בה תועבה: שם בד"ה הבא על הזכר.

אע"ג דברישי כריתות בעי קרא: עיין במהרש"א ותירוצו תמוה שכתב בהך דאחותו שהיא אחות אביו ואחות אמו מקרי שם א' ושם בכריתות (דף ב' סוף ע"ב) מבואר דמקרי שמות מחולקין וביותר מבואר כן 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 דחייבים בגוף א' ושמות מחולקים למה לא נילף גם בשאר עריות מינה דהא כל דין לחלק אתיא מהיקשא דעריות לאחותו כמבואר בכריתות (שם) ופירכא לא שייך על זה דאין משיבין על ההיקש וכדמוכח מאותה סוגיא דכריתות גופא והנראה בזה כיון דהך היקשא דר' יונה הוא דבסוף פ' עריות כתיב כי כל אשר יעשה מכל התועבות האלה ובזה הוקשו כל העריות וכמבואר בגמ' (שם דף ב' ע"ב) וא"כ לא הוקשו לאחותו רק מה דכתיב באותה פרשה וכיון דנשכב דזכר לא כתיב בפ' עריות דהא מלא יהיה קדש נפקא לכן שפיר הקשו התוס' מנ"ל לחלק בזה דמאחותו ליכא למילף כיון דאינו בכלל היקשא.

[ובמה מציינו ליכא למילף מאחותו דמה לאחותו שכן איסור בת אחת היא משא"כ בבא על הזכר והביא זכר עליו דמשכחת דאיסור שוכב קדים לאיסור נשכב כגון שהשוכב כבר הי' בן י"ג שנה ויום א' בעוד שהנשכב הי' פחות מבן ט' אבל בהיקשא שפיר ילפינן מאחותו דאין משיבין על ההיקש ובזה י"ל מה שהקשו התוס' (שם דף ט"ו ע"א) בד"ה ליחייב ע"ש ודוק].

אבל מערות אביו וזכור לק"מ דהם כתיבי בפ' עריות וא"כ הם בכלל היקשא וילפינן שפיר מאחותו: שם בא"ד. א"נ סוגיא דהכא כר"א: תירוץ זה לא שייך לפי מה שכתבו התוס' במכות (דף י"ד ע"א) בד"ה הכי גריס רש"י עוד יש מפרשים דשפיר אצטריך 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 דאכתי נילף בהיקשא דרבי יונה מואשה דחייב על כל אחד ואחד דהא כל דין חילוק משם ילפינן די"ל דלא שייך 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 לחייב על כל 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 כרת ובשפחה חייבין על השוגג כמזיד וא"כ לא הוי נדה ושפחה ב' כתובים הבאים כא' דצריכין לכתוב תרווייהו אבל השתא דכתיבי תרווייהו ילפינן שבת ואותו ואת בנו במה הצד מהן ובזה מתורץ קושית התוס' דשם.

אך דלפ"ז קושית התוס' דהכא במקומה עומדת דא"ל כתירוץ דשאני התם דכתיב ואשה ובשפחה והיא שפחה דאכתי נילף במה הצד מתרווייהו כמו בשאר דוכתי וצ"ע: שם דף נ"ה ע"א בגמרא המערה בזכור מהו: התוס' ביבמות (דף נ"ד ע"ב) כתבו הא דלא ילפינן מהיקשא דר"י דילפינן מיני' שאר עריות דמולך הפסיק הענין א"נ דמקורה הערה לא שייך בזכר ובהמה א"נ דביאה דלאו אורח' היא ע"ש.

אך דלכאורה אכתי אין זה מספיק דהשתא דידיעין בזכר ממשכבי אשה נילף בהמה מניה ומאי פריך 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 ליכא למילף ובזה א"ש הא דהצריך הרשב"א לתירוץ כיון דע"כ אינו מספיק בלא תירוץ התוספות דאכתי יקשה אזכור אי לאו דאמרינן כתירוץ התוס' אבל השתא א"ש דגם תירוץ התוספות לחוד לא מספיק: שם לכתבי' גבי חייבי מיתות ב"ד: הא דלא פריך בקיצור דלכתבי' בגופי' דהא עדיף ליה להקשות לכתוב בא' משאר חייבי מיתות כי היכי דנוכל לילף גם שאר חייבי מיתות מיניה ולא נצטרך ללמוד מחייבי כריתות משא"כ אי הוי כתיב בבהמה דלא הוי נוכל למילף מיני' כמו דלא ילפינן בהמה מהם מהטעם שכתבו התוס' הנ"ל ביבמות.

אכן אי הוי כתיב בא' משאר חייבי מיתות מ"מ הוי ידעין בהמה שפיר באם אינו ענין דאשאר חייבי מיתות לחוד לא הוי מצרכינן כיון דשפיר איכא למילף מח"כ דהא גם לענין שלא כדרכה ילפינן איפכא ח"כ מח"מ: שם אלא מעתה כותי המשתחוה לבהמתו: ק"ק מאי פריך אלא מעתה בל"ז נמי קשה מ"ש אילן הנעבד טעון שריפה מבהמה שהשתחוה לה דמותרת וי"ל דבפשיטות לא היה יכול להקשות כן דהייתי יכול לחלק בין בעלי חיים לאילן וכמו שסובר אביי באמת לקמן דדוקא אילן טעון שריפה אבל אבעלי חיים חס רחמנא אבל השתא דהביא ראיא מאילן הנעבד מדטעון שריפה דגם נרבעת לנכרי טעונה סקילה אלמא דאין חילוק בין ב"ח לאינם ב"ח לכן פריך שפיר אלא מעתה גם בהמה הנעבדת תהרג.

ובזה מתורץ ג"כ מה שהקשה המהרש"א ל"ל לר"ש להביא ראיא מהברייתא לוכיח בקיצור מקרא מדטעונה אשרה שריפה. ולפ"ז י"ל דמאשרה לא היה יכול להביא ראיא דהייתי יכול לומר דב"ח שאני אבל מברייתא מייתי שפיר מדיליף המתעה את חבירו מק"ו דאשרה ומאי ראיא דלמא ב"ח שאני אע"כ דאין לחלק בכך לכן שפיר מוכח דגם נרבעת לכותי תהרג: שם מי איכא מידי דלישראל לא אסר ולכותי אסר: ק"ק מאי מי איכא מידי שייך בכאן הא נעבדת לישראל שריא לנכרי כמו לישראל ונעבדת מנכרי תיאסר לישראל כמו לנכרי והעבודה גופה אסורה לישראל ולנכרי ואין זה דומה לשאר

מי איכא מידי שבש"ס דהתם בכ"מ אותו דבר עצמו הנאסר לנכרי תישרי לישראל ובזה שייך שפיר מי איכא מידי אבל לא בנדון דכאן.

ונ"ל דמפני זה פירשו הרמב"ן והר"ן דבאמת לאו מכח מי איכא מידי פריך אלא דה"ק כיון דבישראל מותר דאיכא תקלה וקלון כש"כ דשריא בנכרי דליכא אלא תקלה לחוד והא דקאמר מי איכא מידי שגרא דלישנא דעלמא נקט וכמ"ש הרמב"ן בלקוטים בס' חמשה שיטות ע"ש: שם אמרה תורה בהמה נהנית מעבירה תהרג.

ק"ק דהא תניא לעיל דהבא על הבהמה בין כדרכה בין שלא כדרכה חייב והרי בשלא כדרכה אין הנאה לנשכבת ואעפ"כ חייב וה"ה ג"כ הבהמה ובודאי א"ל דהנאה קצת איכא עכ"פ גם בשלא כדרכה והא דאמרינן לעיל אשה דאורחא אמשכב מיחייב היינו לגבי ביאה כדרכה מיקרי שלא כדרכה אינה נהנה דא"כ מאי פריך רש"י לקמן (דף ס"ו ע"ב) מ"ש מעשה חדודים משלא כדרכה הא י"ל דמעשה חדודים אין הנאה כלל אבל בשלא כדרכה יש הנאה קצת אע"כ דגם בשל"כ אין הנאה כלל וא"כ קשה כנ"ל: שם ת"ש ד"א שלא תהא: לפי הנראה מהסוגיא נפשטה האיבעי' דתקלה בלא קלון סגי דהא ר"ש פשיט כן ורבא ואביי מתרצי אליבי' ולפ"ז הך ת"ש אינו רק לפשוט האיבעי' בדרך אחר אכן מדברי הר"ן בסוגיא נראה שסובר דהאיבעי' לא נפשטה וכן משמע מהרמב"ם וי"ל דהם סוברים כלישנא קמא דרש"י דר"ש פליג אהא דאביי וא"כ רבא דסבר כר"ש ע"כ פליג אאביי וכיון דפליגי אביי ורבא בזה שפיר אמרינן דלא נפשטה האיבעי': שם ברש"י ד"ה מתקיף לה ר"פ.

דאין הנאתה מרובה: הא דהצריך להך טעמא דאין הנאתה מרובה כמ"ש הר"ן דאל"כ מה בין איש הבא על הבהמה שלא כדרכה לאשה אכן גם הך טעמא דאין הנאתה מרובה לחוד לא סגי דהא בכל ביאה שלא כדרכה אין הנאתה מרובה ואעפ"כ חייבת כיון דאתרבי לחיובא ממשכבי אשה וכמ"ש רש"י לקמן (דף ס"ו ע"ב) לכן בעינן ג"כ להך טעמא דאין אורחא ואולי מש"כ רש"י דאין הנאתה מרובה צ"ל ואין דאז הך טעמא בפ"ע הוא ודבריו אתיין כהוגן: שם בד"ה משכב אשה כתיב ביה בזכר: לפירושו דהא דמרבינן ממשכבי אשה ביאה שלא כדרכה מלשון רבים דריש כן א"ש דפשיטא ליה ממשכב אשה לחיובא כיון דפשיטא ליה במשכב דכדרכו דחייב בהעראה גם אותה דשלא כדרכה ילפינן מינה דאתקשו ב' משכבות להדדי אבל לפי הר"ן דאתיא כן מדקרא הכתוב לביאה דשלא כדרכה משכב אשה א"כ מאי מתרץ משכב אשה כתיב היא גופא קשיא מנ"ל בכ"מ דחייבים אהערה שלא כדרכה כיון דכל של"כ לא ילפינן 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 לדידן מנ"ל ולכן לכאורה גם מזה ראי' לפי רש"י: שם ד"ה קלון ליכא.

דרכן בכך ואין מתביישין: לפי הנראה ממתניתן הקלון הוא ע"י שנהרג פלוני ע"י ויש עי"ז זכרון למיתתו בחטאו דהכי קאמר ויאמרו זו היא שנהרג פלוני ע"י ולא קאמר שחטא ע"י אכן מכאן ומכל 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.

כגון 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 הבעלים וי"ל דשם רצה לומר מדאסור לגבוה אסור נמי להדיוט דילפינן 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 כתיב בהדיוט ג"כ הוי מוקמינן סתמא לע"פ ע"א ג"כ כמו דמוקמינן השתא דכתיב בגבוה סתמא בין ע"פ ע"א בין ע"פ ב' עדים אבל הכא דפריך דלאסור להדיוט מדחייב מיתה בזה שפיר תירץ רש"י דאין להקשות דא"כ קרא בגבוה ל"ל דשפיר אצטריך לע"פ ע"א כיון דהשתא הטעם בהדיוט דוקא משום דחייב מיתה ואי הוה ילפינן 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 אצטריך קרא לגבוה לע"פ ע"א דלא שייך למילף מהדיוט השתא דלא כתיב קרא בהדיוט ורק בתמורה שם לא שייך לתרץ כן כדכתבנו ולכן פירש"י כן דהקושיא היא דליתסר באמת ומ"מ קרא לא מיותר דצריך לנעבד ע"פ ע"א: שם בא"ד.

וקשיא לן לל"ק ממשקה ישראל כתיב: לפי הנראה מסוגיא דתמורה (דף כ"ח ע"א) אין הקושיא דמשקה ישראל נילף כן אלא מק"ו מבעלי מומין וי"ל דרש"י פ"י כמו שכתבו 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 כיון שנהרגת וא"כ אסורה בהנאה להדיוט והיינו מכח ממשקה ישראל שכ' רש"י: שם בתוספות ד"ה זה קלונו מרובה.

ומשני זה קלונו מרובה: ואהא פריך והרי אילנות דאין קלונו מרובה פ"י וא"כ אכתי נילף נעבד מאילנות כמו דאילן הנעבד מישראל דאיכא תקלה וקלון מועט טעון שריפה כמו כן בהמה הנעבדת ומשני בב"ח קאמרינן כו' ולכן לא שייך למילף דחס רחמנא עלייהו: 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 לחודא ג"כ מחייבין והא דקתני תקלה וקלון ולא קלון לחודא משום דאז ה"א דתרתני בעינן תקלה וקלון כחדא ולכן כתיב תקלה וקלון דנילף מיתורא קלון דאף דבלא"ה הדבר דחוק מצד עצמו שיתנה תקלה וקלון להורות דחייבין על קלון לחודא גם מוכח עוד מסוגיא דלקמן דליתא דקאמר ת"ש דבר אחר שלא תהא בהמה כו' רישא קלון בלא תקלה והיכי דמי ישראל שבא על הבהמה בשוגג לא סיפא תקלה וקלון רישא תקלה בלא קלון כו' והשתא אי ס"ד כנ"ל מאי קאמר לא סיפא תקלה וקלון הא גם אי אמרינן 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 כיון דהא שר"ל דמוקמינן רישא בקלון ומוציאם מפשטא היינו כדי לאוקמא רישא וסיפא תרוייהו בישראל וכמ"ש רש"י כאן.

ולכן ע"כ צריך לכתוב הסיפא דאל"כ מהיכי תיתי לאוקמא רישא בקלון ותני סיפא לגלויי ארישא אבל כאן קשה וי"ל דאי לא הוי תני סיפא ה"א באמת דרישא בתקלה לחוד איירי אכן ה"א כמו דסגי בתקלה לחוד כמו כן בקלון לחוד וישראל הבא על הבהמה



בשוגג נהרג לכן תני רישא תקלה לחוד ובסיפא תקלה וקלון להורות דרק בתקלה לחוד סגי ולא בקלון לחוד ואהא תירץ דדלמ' אמרינן דרישא בקלון לחוד וסיפא אתי לאשמעינן דבתקלה לחוד לא סגי: שם ברש"י ד"ה סיפא.

כגון ישראל שוגג כסבור מותר: זה סותר לכאורה למה שכתב ריש כריתות (דף ב' סוף ע"א) דאומר מותר לא מקרי שוגג אלא אנוס ושוגג גבי בהמה שסבור לבא על אשתו שלא כדרכה ע"ש. אכן בלא"ה דעתו שם צ"ע דמלבד זה דאמרינן לקמן בפירקין דאומר מותר שוגג מקרי וחייבין עליו חטאת אלא דגם לא שייך שוגג אחריתי רק אומר מותר בהא דחשיב ר' יוחנן שם (דף ג' ע"א) במנין הכריתות הביא זכר עליו ע"ש ושם הארכתי: שם בד"ה ואם בא עלי יבם.

ומתגרשת ממנו בגט: כאן מוכח דעת רש"י דנשואה קטנה אביה מקבל את גיטה ובקדושין (דף י' ע"א) הוכיחו התוס' מתוך הירושלמי דאין מקבל ע"ש: שם ד"ה אוכלת בתרומה. הואיל ואין ביאתה ביאה: לפ"ז לא היה צריך רבא ביבמות (דף נ"ז ע"ב) להביא ראיה מסיפא דמתניתן ורק מכח סברא דאמרינן הואיל ואין לה ביאה אין לה חופה כדקאמר שם בת ג' שנים וי"א הוא דמיפסלה בביאה מיפסלה בחופה כו' דהא גם מרישא מוכח כן 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 כדעולא וב' טעמים אלו לכאורה לא שייכי גבי קטנה שנשאת: שם בתוספות ד"ה וחייבין עליה משום א"א.

כמו וחייבים 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 כיון 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 דכולהו אקדושי ביאה דרישא קאי: פירוש אקדושי ביאה דיבם וקרי להו קדושי ביאה סתם נגד זה מה שכתבו בהקושיא 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 וחייבין משום א"א דלא נימא דפטורין עליה כמו שפטורין על אשת קטן לא הבנתי דמהיכי תיתי לומר כן 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 וכקושית התוס': שם בד"ה ואינו מאכיל דאינו מאכיל ביבמתו קאמר: התוס' בזה לשיטתם אזלי דסברי בקדושין (דף י"ט ע"א) דיבמה לקטן בן ט' אינה קנויה רק מדרבנן ואינו יורשה ומטמא לה ולכן אינה אוכלת ג"כ בתרומה.

אבל רש"י לשיטתו לא היה יכול לפרש כפירושה כיון שהוא 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: 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 כן לה' אלהיכם לאזהרה בעלמא למוחק את השם ולא לאזהרת מיתה: שם בעינן שם בשם וליכא: ק"ק הא לקמן מצריך ר"מ קרא דאיש כי יקלל אלהיו לרבות כל הכינויים דמנוקב שם ה' לא ידענו רק שם המיוחד וא"כ אי נוקב היינו מברז ליכא לרבות כינויים מאיש כי יקלל ומצרכינן בנקבו שם לזה דפירושו כל הכינויים כיון דלא כתיב ביה שם ה' כדכתיב ברישא דקרא.

ומטעם זה פסק הרמב"ם בפ"ב מהל' עכו"ם דאם מגדף שם המיוחד באחד מן הכינויים חייב ע"ש וא"כ מאי מתרין בענין שם בשם וליכא השתא מנ"ל כלל דדרשינן מבנקבו שם לרבות שם בשם דלמא אצטריך לרבות כינויים. וכן קשה לרבנן אפילו לפי האמת כיון דלית להו דרשה דר"מ לרבות כינויים מאיש כי יקלל א"כ מנ"ל לילף מבנקבו שם לשם בשם דלמא אתי לרבות כינויים.

ומזה היה נלענ"ד לכאורה ראייה לדעת הרמ"ה שהביא הכ"מ בהרמב"ם (שם) וכן נראה גם דעת רש"י בחומש דאינו חייב עד שיקלל שם המיוחד בשם המיוחד משום דבנקבו שם ג"כ שם המיוחד דוקא משמע דלפ"ז קושיות האלו אתיין שפיר: שם ודלמא עד דעביד תרוייהו: פירוש משום דנוקב משמע פירושו ומקלל משמע מאיש כי יקלל ואזהרתו מאלהים לא תקלל וא"ל איך אפשר לומר כן הא גבי נוקב כתיב דבעינן שם בשם וליכא דהא הך תירוצא לא סבר הך דשם בשם דא"כ ל"ל לתירוצא הא בתירוצא קמא סגי אע"כ דסבר דמשום הך סברא לחוד לית לן למידחי הך דמברזי או דפריש.

ולכן א"ש ג"כ דלא תקשי איך אפשר לומר עד דעביד תרוייהו הא לא כתיב רק נוקב ואי משום דילפינן הך נוקב מויקב ויקלל מה להלן קללה עמו אף כאן. א"כ מאי מתרין מדלא כתיב הוצא את הנוקב והמקלל הא אחד בכלל חבירו הוא אכן לפ"ז א"ש דהקושיא הוא דמקלל כתיב ג"כ בפירוש דאיש כי יקלל אלהיו: שם גר ואזרח הוא דבעינן שם בשם.

א"ל דר"מ הא מנ"ל כיון דמצריך גר ואזרח למעט כותי מסקילה. די"ל דתרתו שמעית מיניה דהכא דרשינן הנך דינים דכתיבי גבי ישראל לא נהגו רק בישראל.

וכן צ"ל ע"כ דלר"מ אתי גר ואזרח ג"כ להכי דלכאורה קשה ל"ל לר"מ איש לרבות נכרים שחייבים על כנוי הא גם במה מצינו היינו למדין כן נכרי מישראל דהא מפני הך טעמא מצרכינן מיעוטא לרבנן למעט דין שיקלל שם בשם גבי נכרי אף דנכרי לא כתיב כלל בהאי פרשה לרבנן מ"מ הוי ילפינן במ"מ כן אי לאו מיעוטא ורק לענין מיעוט מסקילה לא מצרכינן קרא לרבנן כיון דלא אתרבי נכרים בהאי פרשה אוקמוה אדם דעלמא שנכרי בסיף אבל הא דשם בשם הוי ילפינן אי לאו מיעוטא וא"כ כמו כן נילף לר"מ כינוי בנכרי מישראל ול"ל רבוי דאיש איש וא"ל כיון דלדידה צריך למיכתב גר

ואזרח למעט נכרי מסקילה וא"כ הוי ממעטינן ג"כ כינוי גבי נכרי מיניה אי לאו ריבויא דאיש דז"א דאי לא כתיב איש לרבות נכרי גם מיעוט לסקילה לא הוה מצרכינן לר"מ כמו לרבנן כיון דאז לא אתרבי נכרי בהך פרשה אע"כ מוכח לכאורה דלר"מ אתי גר ואזרח ג"כ למעט שם בשם גבי ב"נ.

ולכן אי לא הוי כתיב איש הוי ממעטינן מהך דגר ואזרח דצריך לכתוב למעט שם בשם גם כינוי לכן ע"כ כתיב גם איש וממילא מצרכינן מאזרח למעט ג"כ סקילה גבי ב"נ: שם אבל כותים לא בעינן שם בשם: א"ל מי איכא מידי דלישראל שרי ולנכרי אסור דודאי גם ישראל מוזהר אפילו בלא שם בשם דהא באזהרה דאלהים לא תקלל סתמא כתיב וגם לענין עונש מיעט קרא בלא שם בשם: שם ברש"י ד"ה וגלוי עריות.

כולן חוץ מנערה המאורסה: ואף דאמרינן לקמן (דף נ"ח ע"ב) כותי 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 דאכתי כרת גבי שם המיוחד מנ"ל למ"ד מגדף היינו עע"ז דונשא חטאו גבי כינויים כתיב. די"ל דהא שם המיוחד איכא ג"כ בכלל אלהיו כמו שהוא בכלל אזהרה דאלהים לא תקלל וכמ"ש רש"י.

אלא דהא קשה לכאורה אהא דאמרינן בפסחים שם דלמ"ד מגדף היינו מברך א"ה מיותר ונשא חטאו לילף מיני' כרת בפ"ש הא אכתי מצרכינן לגופיה לילף מיניה כרת לכינויים דהא גבי מגדף כתיב את ה' הוא מגדף דהוא ג"כ שם המיוחד דוקא וא"ל כיון דכבר ידעינן כרת במגדף בשם המיוחד ה"ה ג"כ בכינויים כיון דגם באזהרה דאנהים לא תקלל נכללו תרוייהו דא"כ מאי מקשו התוס' למ"ד מגדף עע"ז הא אצטריך כי יקלל לגופיה דלמא סבר הך מ"ד שם כרבנן דהכא דכינויים באזהרה.

ולכן אף דאתיא לגופיה לחייב כרת במברך שם המיוחד מ"מ ידעינן כרת גם בכינויים כיון דכבר מוזהר עליהן בלאו דאלהים לא תקלל דהכל בכלל ור"מ י"ל דסובר כמ"ד מגדף היינו מברך השם וסובר באמת דבפסח שני אין כרת וצ"ע: שם בד"ה ועל הכינויים באזהרה. וכי יקלל אתי לכרת: פירוש לאזהרת ל"ת אבל מלקות ליכא דהא לאו שאין בו מעשה הוא ואפילו למ"ד לוקין הכא אין לוקין דה"ל ג"כ לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד דהא אתי ג"כ לאזהרת 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 ילפינן ע"ז מויצאו ודינים מאלהים או איפכא והוכיח מזה דין חדש ע"ש. ולפענ"ד י"ל דאפלוגתא קמייתא ל"ק מאי בינייהו די"ל משמעות דורשין איכא בינייהו דזה דריש לישנא דקרא הכי וזה הכי כדאשכחן כה"ג בכמה דוכתי בש"ס אבל אהא דרב חסדא ור' יצחק פריך דע"כ צ"ל דאיכא נפקותא לדינא בין ב' הדרשות דאל"כ למה מיייתי החזק 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 דפריך מאי בינייהו.

וכן נלענ"ד דלפי תירוץ רמ"א בתשובה אכתי יקשה דעכ"פ ה"ל להש"ס להזכיר גם נפקותא בפלוגתא דר"י ורבי יצחק כמו דמזכיר בפלוגתת רב חסדא ור"י: שם אלא למעוטי שלא כדרכה: 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 כיון דאמרינן דאין ב"נ מוזהר עליה מנ"ל איסורא גבי ונושאי כליו לא הביאו מראה מקום לדין זה. גם יש לדקדק שהרמב"ם שינה מלשון הברייתא דבברייתא קאמרינן דאין ב"נ מוזהר עליה והוא כתב שאינו נהרג עלי'.

והנראה לפי ענ"ד דלפי העולה מסוגיין דלפנינו למ"ד כותי שעשה ע"ז ולא השתחוה לה חייב וא"כ ע"כ מה דקתני בברייתא אין ב"נ מוזהר עליה היינו בעבודה שלא כדרכה וכיון שאינו מוזהר עליה ליכא גבי איסורא כלל דהא ליכא גבי' לאו לחודא כמו גבי ישראל אבל למ"ד כי הואיל הלך לא מיחייב בעשיה א"כ י"ל דהברייתא ממעט עשיה דוקא גבי ב"נ אבל שלא כדרכה מיחייב וכיון דלא איפסק הלכתא בש"ס אי מיחייב אעשיה או לא וגם לית לן למיפסק הלכתא כלל כיון שלא הוזכר 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 כדרכה דמספק לא קטלינן ליה כמו לישראל אבל לענין איסור אזלינן 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 כיון דלא ידעינן אהי מינייהו מוזהר: שם ואמר ר"י כאשר צוך במרה: רש"י בפירושו על התורה פירש אקרא דכאשר צוך אף על כבוד או"א נצטוו במרה שנאמר שם שם לו חוק ומשפט עכ"ל.

ואף דהכא משמע דמכאשר צוך אתיא ולא משם שם לו י"ל דרש"י סובר דמצרכינן גם הך דשם שם לו דאף דמוכח מכאשר צוך דנצטוו קודם מתן תורה מ"מ עדיין מנ"ל דבמרה נצטוו לכן מייתי קרא דשם שם לו חוק ומשפט דמשפט הם דינים וחוק הם שבת וכבוד אב ואם וכן משמע ג"כ מפירושו 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 אינן רק ע"פ נמוסי' שלהם ומזה רצה להוכיח דב"נ מצווין לדון בדין ישראל.

ולפענ"ד י"ל קושיתו ע"פ מה דאמרינן במכילתא הביאה רש"י בחומש והתוס' בשבת (דף מ"ג ע"ב) ואלה המשפטים רי"א ואלה מוסיף על הראשונים מה הראשונים מסיני אף אלו מסיני ולכן פריך שפיר דא"ל דבמרה נתנו להם הדינים איך ידונו דהא זה בסיני ניתן להם ואף דרבי יהודה פליג שם במכילתא וסובר דדינים דאלה המשפטים במרה נצטוו מ"מ פריך בגמרא הכא שפיר דע"כ הברייתא די' מצות נצטוו במרה לאו כר' יהודה דא"כ ליחשב נמי גיד הנשה כיון דהוא המ"ד בפרק גיה"נ דלבני יעקב נאסר וכקושית התוס' בד"ה עשר מצות ובשלמא מה שהקשו התוס' עוד דליחשב מילה י"ל דלא חשיב רק אותן המצות שנצטוו במרה כדיליף מקרא דשם שם לו חוק ומשפט אבל מילה י"ל דלא נצטוו במרה כלל דלאיזה צורך יהיו נצטוו כן כיון דכבר נשנית הציווי להם במצרים וכולם מלו שם והנולדים בדרך לא הוצרכו למול אותם משום חולשא

דאורחא וגם שלא נשב רוח צפונית וכדאמרינן 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 אגיד הנשה אע"כ דברייתא לא אתיא כרבי יהודה ולכן פריך 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 דכגור וכאזרח למאי אתי וכדפריך לעיל לר' יצחק נפחא אליבא דרבנן ובזה לא ש שייך תירוץ הגמרא דלעיל: שם ברש"י ד"ה כאשר צוך. וכל מה שכתוב בדברות האחרונות היה כתוב בלוחות: ק"ק הא אמרינן בב"ק (דף נ"ה ע"א) מפני מה לא נאמר בדברות הראשונות למען ייטב מפני שסופן להשתבר והרי ע"כ בסיני נאמר א"כ משמע שלא היה הכל מה שנאמר בסיני כתוב בלוחות א"כ כמו שלמען ייטב לא היה כתוב בלוחות הראשונות דלמא כאשר צוה לא היה כתוב ג"כ בלוחות האחרונות.

וי"ל כיון דמה שנאמר בב' הדברות בדבור אחד נאמר כדאמרינן זכור ושמור בדב"א נאמרו א"כ כיון שנכתב פעם אחת באחת מהלוחות סגי אבל כאשר צוה כיון שנכתב פעם אחת בהלוחות ע"כ בסיני נאמר: שם בתוספות ד"ה לא נצטוה. דב"נ נצטוו אחר המבול: אין לפרש דאכולהו אחר המבול נצטוו דא"כ יקשה כיון דלא דריש ויצו ע"ז וג"ע מנ"ל וכדפריך בש"ס אתנא דבי מנשה דלא שייך למילף מותשחת הארץ דכתיב קודם המבול אלא דכוונת התוס' היא מהם אחר המבול נצטוו ולא כולם כגון שופך דם ואבר מן החי אלא דק"ק דלפ"ז מי דחק לר' יצחק נפחא לאוקמא ברייתא דלעיל דמרבה מאיש נכרים שמוזהרים על ברכת השם כישראל כר"מ ולענין כינויים לאוקמי כר' יהודה דהא בלא"ה סתם ספרא אליבי' אזלא ובעיקר ברכת השם דלא קשה קושית הגמרא דלעיל דהא ברכת השם מה' אתיא דהא ר"י לית ליה דרשה זו ובשלמא כתנא דבי מנשה לא אתיא כיון דאמר דב"נ לא מצווין רק על ז' מצות ואי מרבינן נכרים לענין ב"ה מאיש הרי איכא ח' אבל לר' יהודה דלית ליה ג"כ דרשה דויצו ואפ"ה אית ליה דב"נ נצטוו על איזה מצות אחר המבול דלמא גם על ב"ה נצטוו מריבויא דאיש איש דהא גם ר"ש אמרי בי רב יליף לקמן ברכת השם לב"נ מאיש איש: שם דף נ"ז ע"א בגמרא דבר ערוה שנאמר כי השחית כל בשר: א"ל למה לא יליף בקיצור גילוי עריות מקרא זה ול"ל למילף מותשחת הארץ והדר ותשחת מקרא זה דכי השחית די"ל דבקרא דכי השחית לא הוזכר רק דהשחתה היא גילוי עריות אבל אכתי לא מוכח דהשחתה זו היא רע בעיני המקום לכן הביא קרא דותשחת דכתיב בי' לפני אלהים: שם גזל דכתיב כירק עשב: ק"ק לילף ג"כ מדכתיב כי מלאה הארץ חמס מפניהם שהוא גזל כדאמרינן לקמן (דף ק"ח ע"א) וי"ל דניחא ליה להביא מקרא זה דכתיב בי' בלשון ציווי כי 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 דפריך והרי פריה ורביה כו' ע"ש.

ועיין מ"ש המהרש"א שם: שם ע"א נמי איתרביא מאיש איש: עיין 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 מרבה מכגר כאזרח ב"נ לכינויי דאיך יש לרבות מיתה לב"נ מאיש איש הא איש גבי כינויי כתיב ובישראל גופא אין מיתה גבי כינוי לרבנן אכן ק"ק כיון דלפ"ז רב ע"כ אליבא דר"מ קאמר א"כ מאי פריך והתניא בע"א דברים שב"ד ש"י ממתין כו' דלמא ההיא כרבנן אתיא דלית להו איש איש ולכן אין מיתה בע"א אבל רב כר"מ ולכן שפיר יליף מיתה מאיש איש דהא מאן דדריש איש איש דריש ליה לכל מיילי וכמו שכתבו התוספות לקמן (ע"ב): שם ברש"י ד"ה בע"א נמי.

כתיב 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 כיון דבב"נ ליכא אזהרה עליו לא מהני האי איש דגבי מולך לענין ע"א וא"כ מאי פריך אליבא דרב הא הוא אליבא דר"מ קאמר ודלמא סבר ר"מ כהך מ"ד דלאו ע"א הוא וא"כ לא כתיב איש איש בע"א.

וי"ל כיון דר"מ דריש איש איש לרבות נכרים ומאן דדריש חזא דריש לכולהו וכמ"ש התוס' א"כ כי כתיב איש איש גבי מולך ע"כ אתי לרבות נכרים וא"כ או דסבר כמ"ד דע"א הוא והרי הוא בכלל אזהרת ע"א או דסבר כמ"ד בברייתא דלעיל דכל מה דאמור בפ' כישוף ב"נ מוזהר עליו ובכלל זה ג"כ אאזהרת מולך דל"י בך מעביר בנו ובתו באש ולכן פריך שפיר דממנ"פ ליחשב עוד חזא 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 דפריך בש"ס אאיש איש דגבי מברך א"ה ודגבי עריות ולענין זה לא שייכי תירוצי הגמרא ואפשר לומר כיון דאמרינן לענין ע"ז דכל שאין ישראל נהרג עליו אין ב"נ מוזהר עליו ולענין עריות לא אמרינן הכי לקמן דסברי חכמים הרבה עריות יש שאין ב"ד ש"י ממתין עליהן וב"נ מוזהר והיינו משום דרבנן דרשי איש איש לעריות דידן ולאמר לעריות דידהו כמבואר לקמן.

אכן זה שייך דוקא לענין עריות אבל לענין ע"ז ליכא למימר כן דהא גם מויצו או מאלהים דילפינן לעיל ע"ז מינה לית לן לרבויה אלא כמו בישראל דהא אתיא מן הדרך אשר צויתים או מהלך אחר צו ולר"י מאלהים אחרים ע"פ דכתיב גבי ישראל ולכן אתיא איש איש להורות דדוקא בכדרכו שישראל נהרג איהו נמי נהרג דשוה כולו לישראל דה"א דכמו דבישראל איכא לאו בשלא כדרכו ה"ה ג"כ בב"נ וממילא אזהרתן זו היא מיתתן אתי איש איש להורות דרק בדברים שישראל נהרג עליהם איהו נמי נהרג: שם ד"ה על הגזל.

וכן יפת תאר דהוי נמי גזל: דקדק לפרש את אשתו אף דיפת תאר שייך ג"כ בפנויה דבפנוי' לא שייך גזילה דלמא גוזל אותה דהא אפילו קטנה או נערה שיש לאביה רשות עליה לא שייך גזילה לגבי אביה דרק בישראל גלי קרא כן דמוכרה כשהיא קטנה או שאר זכויות שזיכה לו רחמנא בה אבל בב"נ דלא גלי קרא לא אכן ק"ק כיון דלא שייך איסור גזילה ביפת תאר רק כשהיא א"א שקנויה לבעל וזה דוקא בשכבר בא עלי' לשם נשואים א"כ ל"ל משום גזל תיפוק דחייב משום א"א כיון דלב"נ לא שריא רחמנא יפת תאר א"כ איסור א"א בדוכתיה קאי וי"ל דלענין יפ"ת התירה התורה ב' דברים הא' איסור גזל וראית בשביה ולקחת והב' כשבא עלי' אח"כ איסור א"א והך יפ"ת דאיירינן

בה הכא היינו כשלקחה והביאה ברשותו אפילו שלא בא עליה איכא משום גזילה גבי ב"נ: שם בד"ה משום דקבעי למיתני סיפא.

ומשמע פטור מן המיתה: א"ל דאיך אפשר למיטעי כן דא"כ מ"ש ישראל בכותי דוקא דנקט ליתני חידוש טפי דאפילו ישראל בישראל נמי דינא הכי וכמו דפריך לקמן די"ל דאי הוי תני ישראל בישראל ה"א דישאל בכותי מותר לגמרי לכך תני פטור לאשמעינן דעכ"פ לאו איכא וגם א"ל דא"כ לפי האמת דישאל בכותי מותר לגמרי ליתני באמת ישראל בישראל וליתני לשון חיוב ופטור די"ל דאכתי ה"א דישאל בכותי מותר מדאורייתא אבל אי גם מדרבנן מותר זה לא הוי ידעינן לכך 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 ראייה לזה דלמא באמת גם ישראל בישראל מותר והא דלא קתני רבותא טפי משום דגם דהך כותי בכותי כו' גם אגזל ויפ"ת קאי ובזה לא שייך למימר דישאל בישראל מותר. ועו"ק לפי מה דאמרינן בב"מ (דף ע"א) דהיה עושה בתאנים וגרוגרות שנגמרה מלאכתן למעשר אינו אוכל וא"כ דלמא לכך לא נקט ישראל בישראל משום דבכל ענין איירי אפילו בדבר שנגמרה מלאכתן למעשר ובזה דוקא ישראל בכותי מותר דכותי אינו חייב במעשר אבל ישראל בישראל לא כיון שנגמרה מלאכתן למעשר אבל מ"מ גזל לא הוי.

עו"ק דכי דייק מסיפא מדלא קתני דאפילו ישראל בישראל מותר דאסור אדרבה לידוק מרישא איפכא מדקתני דוקא כותי בישראל אסור משמע הא ישראל בישראל מותר דאל"כ ליתני רבותא טפי. ומזה לכאורה ראייה לפי' בתרא דרש"י דמכח מי איכא מידי פריך דבזה הכל א"ש אך דגם על פי' זה י"ל מ"ש דדוקא מדהתירא הוא ישראל בישראל פריך לפרוך בקיצור כיון דישאל בכותי מותר וכותי בכותי אסור מי איכא 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 דחציה שפחה וחציה ב"ח היא שפחה חרופה מ"מ איכא 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 כיוצא בו.

דאלו שופך דם בשוגג: רש"י בזה לשיטתו אזיל דסבר במכות (דף ט' ע"א) דב"נ נהרג על השוגג ולכן שפיר הוי משכחת לכאורה כיוצא בו ע"י שוגג דכותי בכותי וכותי בישראל חייב וישאל בכותי פטור וישאל בישראל פטור אבל אסור וא"כ לא שייך מי איכא 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 לתירוצו גם אליבא שיטת הרמב"ם כי היכי דלא יקשה דמשכחת 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 שריפת נשמה וגוף קיים מכ"מ ל"ק דלמא שריפה הוא דהוא אינו מת ע"י שפיכת דמים בפנים כ"א ע"י שריפת הבני מעים אבל בחנק המיתה היא ע"י שפיכת דמים מבפנים: שם והיו לבשר אחד הדר ערבינהו קרא: ק"ק דאיש דגבי על כן יעזב לא לכתוב וממילא לא אצטריך גם והיו לבשר אחד להך דרשה דערבינהו ובשלמא גבי מיד איש ל"ק ל"ל דהא אצטריך לפסול אשה לעדות ולדון רק אי לאו ריבוי' דשופך דם האדם הוי מוקמינן ליה למעט אשה ממיתה אבל הך דגבי לא יעזב דלא אצטריך לדרשה בזה קשה ל"ל: שם איש איש לרבות את הנכרים.

הרמב"ם בס' המצות (ל"ת ש"ג) וכן בחיבורו חשיב ע"פ הספרי ל"ת דאיש איש לא יקרב לגלות ערוה ללאו אחיבוק ונשוק דעריות ושלוקין ע"ז והרמב"ן שם השיגו וכו' דלאו זה כולל כל העריות אבל אחבוק ונשוק לא קאי עיין שם. ולפ"ז יש לתמוה על הרמב"ם לפי מה דאמרינן לעיל (דף נ"ו) דהא דמרבין מאיש איש כינויים ע"כ כר"מ אתיא דסובר דגם בישראל איכא מיתה דלרבנן דאף דאיכא אזהרה וכתת כמ"ש התוס' שם מכ"מ כיון דליכא מיתה לא שייך לרבות אזהרה לב"נ כיון דב"נ אזהרתן זו היא מיתתן ובישראל גופא ליכא מיתה ע"ש ואם כן איך מרבין מהכא נכרים הא הך איש איש גבי חבוק ונשוק כתיב ובישראל גופא ליכא מיתה ע"ז והרי להרמב"ם על כרחך לא קאי רק אחבוק ונשוק דאי קאי גם לאזהרה אשאר עריות הו"ל לאו שניתן לאזהרת מיתה ב"ד ולא ילקו אחו"נ ובשלמא אמה דק' לכאורה ג"כ אהא דכתב רש"י לקמן בד"ה הרבה עריות יש דלרבנן אכל חייבי כריתות ב"נ מוזהר דאתרבי מאיש איש ואיך אפשר לומר כן כיון דבישראל גופא ליכא מיתה ומ"ש מכינויים לרבנן לעיל דאיכא ג"כ כרת ואעפ"כ לא מרבין מאיש איש על זה י"ל כיון דהך איש איש כתיב גבי לאו דקאי על כל עריות בין חייבי כריתות בין חייבי מיתות ב"ד א"כ כי מרבין אזהרה לב"נ מרבין מיתה גם להנך דגבי ישראל בכרת דמרבין כישראל כאותן שחייבים ישראל מיתה עליהם משא"כ גבי איש איש דב"ה דלא קאי רק אכינויים ודוחק אבל אשיטת הרמב"ם ודאי ק' איך שייך לרבות ב"נ בדבר שבישראל גופא ליכא רק מלקות וצ"ע: שם נידון בדיני ישראל למאי הלכתא: המהרש"א הקשה למה לא קאמר לדון בחנק ולא בסייף וי"ל דלא רצה לתרץ הכי כיון דקתני בדיני ישראל ואי משום חנק בדין ישראל הו"ל למינקט ובשלמא אהא דקאמר עריות לשון רבים ל"ק אף דלפי ס"ד ליכא רק א"א משום די"ל עריות דעלמא אבל אדין חנק שפיר הו"ל בדין ישראל ולכן הוצרך לתרץ משום עדה ועדים והתראה שהם דינים רבים וגם לפי המסקנא א"ש, דמתרץ ר"י ל"נ אלא לנערה המאורסה דלפי' תירוץ זה איכא עריות ודינים שנים דהיינו נערה המאורסה ונכנסה לחופה ולא נבעלה ומיתתם סקילה וחנק דאף דר"י לא נקט רק נערה המאורסה מ"מ ע"כ מודה בנכנסה לחופה ולא נבעלה דאל"כ אכתי לא מתרץ ר"נ בר יצחק מידי במאי דקאמר מאי אשת איש דקתני אלא ודאי ר"י נערה המאורסה לדוגמא נקט דהיינו נ"ה והדומה לה דלדידהו לית להו ולא אתי לאפוקי רק א"א דלדידהו אית להו ג"כ ולכן א"ש הא דנקט רש"י בד"ה תניא כוותיה דר"י תרווייהו נכנסה לחופה ונערה המאורסה אף דר"י לא נקט רק נ"ה לחוד שם אלא לעדה ועדים והתראה: וזהו בדיני ישראל ואף



דאכתי לא הוי בד"י דהא עדות שא"א יכול להזימה בישראל אינו עדות וזה הוי עדות שאאי"ל דהא אם יזימו העדים אין עושין דין הזמה דכאשר זמם לעשות לאחיו כתיב ה"ט כיון דלא נאמר כאשר זמם לעשות לאחיו בב"נ לא בעינן עדות שא"י להזימה כלל: שם כל ערוה שב"ד ש"י ממיתין עליה: ק"ק דהא איכא נשכב לזכור ונשכב לבהמה דאתיא אזהרתו בישראל מולא יהיה קדש כמבואר לעיל (דף נ"ד ע"ב) ומזה ודאי לא שייך למילף ב"נ דהא בבני ישראל כתיב ולא הוי בכלל איש איש וגם בכלל ודבק ולא בזכר לא הוי כמו דלא הוי בישראל בכלל ואת זכר לא תשכב וא"כ הך בב"נ מנ"ל וכ"ת דבאמת לא מיחייב איך קאמר כל ערוה שב"ד כו' וי"ל דהא הך ר"מ אליבא דר"ע אמר כמבואר לקמן בשמעתיך ולר"ע לשיטתו דיליף שם נשכב מלא תשכב ומלא תתן שכבתך שפיר מרבינן ליה בכלל איש איש גבי ב"נ: שם אידי ואידי חנק הוא: ק"ק לפ"ז מאי מקשה בש"ס לעיל אר' יוחנן אבל א"א כדינא דידהו דיינינן לה והתניא דלמא באמת גם א"א כדינא דילן דיינינן לה.

והא דנקט נערה המאורסה דוקא משום דרצה לתרץ ברייתא גם אליבא דתנא דבי מנשה וכמו שמוכח מהא דלא תירץ נדון בדיני ישראל חנק וכמ"ש המהרש"א ולתנא דבי מנשה לא שייך נדון בדיני ישראל לענין א"א דאידי ואידי חנק הוא וכדמתרץ הכא ואפשר שלזה כיוונו התוספות במ"ש בד"ה ואי כדינא דהול"ל דתנא דבי מנשה הוא דהיינו הך ברייתא נדון בדיני ישראל ולא כמו שמוכח לכאורה דבריהם וכמו שהבין ג"כ בת"ח דקאי אברייתא דעל א"א נידון בחנק דע"ז יקשה שפיר כנ"ל הא לפ"ז אין חילוק בין א"א לשאר עריות ומ"ש א"א דוקא דנקט אבל בזה שפיר המ"ל דרצה לאוקמא ברייתא דלעיל גם כתנא דבי מנשה: שם ברש"י ד"ה נהרג עליו אבל רבנן פליגי עליה: ממה דפליגי רבנן אר"י בן שאול לכאורה לא הוי מוכח רק דאינו חייב אבל שיהיה מותר לכתחלה להרגו היכי שיכול להצילו בלא מיתה זה לא שמעינן מפלוגתתם אכן מהכא שפיר מוכח כן דאל"כ לוקמא כרבנן אכן זה דוקא לפירוש שני של רש"י לעיל דמכח מי איכא מידי פריך דאז מוכח שפיר דלרבנן היתר גמור הוא דאל"כ גם לרבנן ליכא מידי אבל לפי' קמא דמדתני ישראל בכותי משמע ישראל בישראל חייב פריך גם אי לרבנן פטור אבל אסור ג"כ ליכא לאוקמא כרבנן דאכתי לישני ישראל בישראל וכבר כתבנו לעיל דפי' דמכח מי איכא מידי פריך יותר מכוון לפענ"ד דלפי' קמא קשה אדרבה לידוק איפכא מדתני ברישא כותי בישראל חייב משמע הא ישראל פטור אכן גם לפי' מי איכא מידי למה קאמר דלא משכחת רק לריב"ש הא גם לר' ישמעאל דפסקינן כוותיה משכחת כן לענין עוברין דישראל בכותי פטור וישראל בישראל פטור אבל אסור וא"כ ליכא מידי וכן ק' ממה שפסק הרמב"ם (פ"ט מה' מלכים) דב"נ נהרג על טריפה ועל כפתו והמיתו ברעב משא"כ בישראל כמבואר (פ"א מה' רוצח) א"כ שפיר משכחת כיוצא בו בכה"ג ובכולהו לא שייך מי איכא מידי דעכ"פ איסורא איכא גם בישראל ודוחק לומר דהנהו הוו יותר בכלל שפיכת דמים מרוצח שיכול להצילו בא' מאבריו.

ומזה לכאורה ראייה לפי' קמא דרש"י דהקושיא היא מדתני ישראל בכותי פטור משמע הא ישראל בישראל חייב דלפ"ז לא שייכי כל הני כיוצא בו והנה ממה שכתב רש"י דחכמים סברי דהיתר גמור הוא משמע דדוקא גבי ישראל פליגי וסברי כן דהא ריב"ש יליף מקרא דכי ינצו אנשים דכתיב גבי ישראל ואהא פליגי רבנן אבל לגבי ב"נ אפשר

דסברי רבנן ג"כ דב"נ חייב ובזה אתי שפיר מה שפסק הרמב"ם (פ"ט מה' מלכים) דב"נ שיכול להציל בא' מאבריו והרגו נהרג עליו משא"כ בישראל דפסק כרבנן ועיין מה שהקשו הכ"מ והלח"מ ובזה אתי שפיר: שם ד"ה אין ב"ד ישראל.

כגון חייבי כריתות אחרות: מכל ח"כ שייר רש"י נדה משמע דהיא לכ"ע אינה בב"נ ולא ידעתי למה כיון דלרש"י מאיש איש אתיא ונדה ג"כ כתיב בהך פרשה אכן לפי דעת התוס' א"ש דאתיא עריות דידהו מדכתיב לאמר וזה לא איירי רק בעריות דשאר או שאר קורבה דהא ממחזיר גרושתו יליף לה ובאמת לא מצינו בשום מקום דב"נ נהרג בבא על אשתו נדה: שם בתוספות ד"ה לנערה.

דקחשיב נמי ושט את הבכורה: ה"ה דהוי מ"ל ג"כ וכפר בתחה"מ דגם ע"ז לא הוזהרו: שם בא"ד. ופושעים יכשלו במ: ק"ק דלמא אזלא הגמרא שם אליבא דאיכא דאמרי דר"ה לקמן דסבר כותי אסור בבתו וצ"ל דלא מסתברא להו להתוס' כן משום דקתני אטעמא דא"ד ולא היא: שם בד"ה ואי בדינא דידהו סיף.

הל"ל דתד"מ היא: הא דלא קאמר כן היינו דא"כ מאי קמ"ל בא"א טפי מבשאר עריות דב"נ וכמו שכתב הת"ח. ואין להקשות ג"כ דדילמא ר"ש היא דסבר חנק חמור מסיף ולכן לענין א"א דישראל אוקמא לב"נ אדין ישראל דחנק החמור דז"א דלקמן (דף ע"א ע"ב) מבואר דר"ש ע"כ כתנא דבי מנשה ס"ל וא"כ מאי קמ"ל בא"א יותר מבשאר עריות והא למ"ד חנק חמור כל עריות דב"נ בחנק הם: שם ד"ה וחכמים אומרים.

והכא ר"מ אליבא דר"ע: וא"ל דהא גם רבנן אדרבנן קשיא דלעיל גבי מברך ה' לא דרשי איש איש והכא דרשי וכן מקשינן גם לעיל (דף מ"ה ע"א) רבנן דר' יהודה אדרבנן דר"מ ובפסחים (דף י"א ע"א) מקשה דר"מ ארבנן דר"י ור"י ארבנן דר"מ משום דבכ"מ סתם בר פלוגתא דר"מ הוא ר"י וכן איפכא די"ל כיון דהכא ר"מ אליבא דר"ע אמרה וליה לא סבירא ליה כמש"כ התוס' א"כ חכמים דקתני הכא הם בר פלוגתא דר"ע ולא דר"מ דל"ל דאליבא דר"ע פליגי דהא ר"ע ע"כ כדעת ר"מ ס"ל כדמוכח לקמן.

ולכן גם לפי תירוץ התוס' דאיש איש קאי על עריות דידן ולאמר אעריות דידהו ג"כ צריך עכ"פ להך סברא דהכא ר"מ אליבא דר"ע קאמר כי היכי דלא תקשי דרבנן אדרבנן: שם בד"ה הורתו. וי"ל איפכא: והא דרש"י לא פירש כן י"ל דרצה לפרש גם אליבא דהך מ"ד ביבמות (דף צ"ז ע"ב) דאחים מן האם אסירי ולדידיה ליכא לפרש כפי התוספות דהא לדידיה אשמעין מתניתן שם דאע"ג דהורתו ולידתו בקדושה דכשתי אמהות דמי אפ"ה אסירי משום דאתי לאחלופי ולהך לישנא פי' רש"י טעם דאסירי דאתי לאחלופי אפילו בשאר האב וע' בתוס' שם שכתבו עוד תירוץ אחרים אקושית רש"י: שם דף נ"ח ע"א בגמרא אחרות מן האב יקיים.

לכאורה קשה דיוקא דרישא לסיפא דקאמר מן האם יוציא משמע הא מן האב ומן האם יקיים והדר תני מן האב יקיים משמע הא מן האב ומן האם לא וביבמות שם פליגי אמוראי במן האב ומן האם ע"ש: שם אימא אשת אביו היינו באשתו: ק"ק לפי מה דאמרינן לקמן ב"נ שבא על אשת חבירו שלא כדרכה פטור.

ומדקתני אשת חבירו דוקא ולא סתם על עריות משמע דוקא על אשת חבירו פטור משום דודבק גבי אשתו דוקא כתיב אבל על שאר עריות חייב גם בשלא כדרכה כישראל וכן משמע גם מהרמב"ם (פ"ט מה' מלכים) וכמו שהחליט הרב בכ"מ שם ולפ"ז מאי מתרץ כאן היינו אשת חבירו וכן מתרץ ג"כ לקמן אהא דפריך אימא אמו ממש הא שפיר מצרכינן לחייב גם אביאה שלא כדרכה: שם אי הכי אשת אביו נמי: ק"ק מה לשון אי הכי גם בל"ז קשה כן וי"ל דאי לאו דתירוץ היינו ודבק י"ל דאף דבב"נ לא שייך נפקותא לענין ב' חטאות כמו בישראל 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 שתירץ היינו ודבק ולא מסתבר לי' לומר כן פריך שפיר אי הכי א"א נמי: שם ברש"י ד"ה ומותר באשת אחיו.

דכיון דלשמא יאמרו ליכא למיחש: ולדלמא אתי לאחלופי 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 משכחת כלתו שמוותרת לו ע"י גרות כגון שבא על הנכרית והוליד ממנה בן והולד כמותה ונתגייר הבן ונשא ב"י והיא מותרת לחמיה כיון שאין זה בנו מ"מ לא שייך זה לענין גרות דגם בישראל משכחת הכי ומ"ש דוקא 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 בישראל גמור מ"מ יש לחלק דהתם דין באפי נפשי' הוא ויש לפרש שפיר אישראל אבל הכא האי וכל העריות מותרות לו אגר דסליק מיניה קאי: שם בא"ד.

וה"ה לב' אחיות: לחד תירוצא של התוספות ביבמות (דף צ"ו ע"ב) דלכך גזרינן טפי באשה ובתה מבאשת אח משום דהתם קרי ליה חמותא דפלניא 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 דפריך דר"מ אדר"מ ועיין במהרש"א שהניח בצ"ע שדברי התוס' סותרים זא"ז וי"ל דהתוספות לא באו כאן רק לפ' גירסת הספרים דמקשה רק מרישא דכל ערוה שב"ד ש"י ממיתין עלי' ולא ג"כ מסיפא ומזה מוכח דמאחות אביו לא רצה להקשות אף דאתי לאחלופי לא שייך מ"מ שייך טעם לאיסור כמו שפי' רש"י גזירה משום אחותו מן האם אבל משום אחלופי 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.

וזה לא מוכח רק לפי גירסת רש"י שהגיה הר"ן דמרישא ומסיפא פריך דהשתא מדפריך מסיפא דהיינו מאחות האב להוכיח דאסור לב"נ ומתרץ דר"א היא משמע דטעמא משום שמא יאמרו אבל לפי הך גירסא דלא פריך רק מרישא גם התוס' קיימו סברת רש"י דה"ט דלא פריך מאחות האב משום דהתם הטעם משום גזירה דאחותו מן האם דהא לא סתרו 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 צריך לבטל היחוד ע"י פריעת ראשה: שם שנאמר ודבק ולא שלא כדרכה. ואף דלעיל דרשינן מודבק ולא בזכר י"ל דתרת' שמעת מינה כל

שאינו דרך דביקות דהא גם זכר ממעטינן מאותו טעם שממעטינן שלא כדרכה כיון שאינו נהנה אין כאן דביקות: שם כותי שהכה את ישראל חייב מיתה.

הא דלא קחשיב ליה בהדי ז' מצות וכדפריך לקמן גבי גוי ששבת 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 שהכה את ישראל אין החיוב מחמת שהוא ב"נ דהא אם הכה ב"נ אחר אינו חייב ולא חייב רק משום שהכה את ישראל ולא הוי דומיא דאינך לכן לא קחשיב ועוד כיון דנכרי שהכה את ישראל מדין גזל חייב וכמ"ש הר"ן א"כ הוא בכלל גזל: שם ואמר ר"ל כותי ששבת חייב מיתה: ק"ק (דבפ' ב' דמכשירין) אמרינן מצא בה תינוק מושלך אם רוב נכרים נכרי רוב ישראל ישראל מחצה על מחצה ישראל והביא הר"ש שם בשם התוספתא דמחצה על מחצה נותנין עליו ב' החומרות ופי' בחומרא דנכרי שלא יעסוק בתורה ע"ש וצריך לפרש דאף דזה הוא קולא גבי ישראל דישראל מצווה לעסוק בתורה מ"מ הרי יכול לעסוק בז' מצות דידהו דמצות ל"ת קיים בזה אם ישראל הוא ולא עבר איסור לעסוק בתורה אם נכרי הוא דמצות דידהו מותר כדאמרינן לקמן אכן בזה ק' איך יעשה בשמירת שבת איך שייך בזה לתפוס חומרת 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 כישראל 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 אכתי ק"ק איך יעשה ביוה"כ שחל להיות סמוך לשבת בין מלפניו בין מלאחריו הא אז ע"כ צריך לשבות יום ולילה שאחריו ואולי תנא דתוספתא לא סבר כאחרים אלא כרבנן בסוכה (דף נ"ד ע"ב) דא"א ליוה"כ למקלע סמוך לשבת אפילו בזמן שקדשו ע"פ ראייה ע"ש ולכאורה יש תקנה שיעשה מלאכה פחות מכשיעור דלישראל שיעורין נאמרו ולא לב"נ וא"כ על איסור יוה"כ לא עבר ומשום נכרי לא שבת אכן התיינח 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 שכתבתי בזה בשו"ת בנין ציון (סי' קכ"ו).

שם וליחשבה גבי ז' מצות: עיין בר"ן שהקשה לדעת הרמב"ם שאין ממייתם אותו רק מודיעים אותו שחייב מיתה א"כ מאי פריך דליחשב בהדי ז' מצות הא לא הוי דומיא דז' מצות דהתם חייב מיתה ממש וי"ל דפריך 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 כי פריך דליחשביה הוי סובר דחייב מיתה ממש כיון דאזהרה גמורה היא אכן כי מתרץ דקום עשה לא קחשיב דלא הוי דומיא דאינך א"כ לא שייך ג"כ למילף מיתה ממש מהיכא דילפינן לאחרינא משופך דם כיון דלא דמי ליה דהתם שוא"ת והכא קום ועשה ולכן סבר הרמב"ם דאין ממייתין.

וכן י"ל לקמן גבי כותי שעוסק בתורה דבאמת כי פריך וליחשביה גבי ז' מצות הוי סובר דחייב מיתה ממש קאמר ובאמת הוי מצי לתרץ דלא הוי דומיא דאינך וכתירוץ הר"ן רק דקושטא קאמר ליה דהוי בכלל אינך 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 ראויה למות מיד: פ"י קודם שאכל גם אדם וכמו שפ"י המהרש"א דאל"כ גם אדם ה"י ראוי למות. ובזה א"ש ג"כ דלא יקשה למה לא מתה והא אדם יכול לישא תאומת הבל דבזה לא שייך עולם חסד יבנה כיון שלא הוליד ועוד דאיכא מ"ד בב"ר דתאומה יתירה נולדת עם הבל אבל בזה א"ש דהבל עדיין לא היה נולד בעת שחטאה חוה כמ"ש התוס' לעיל (דף ל"ח ע"ב) ע"ש: שם ד"ה מי איכא מידי.

וי"ל דלא אסיר אלא כשעושה כך תדיר: פ"י 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 שמצווה על פרי' ורבי' מצווה ג"כ על השחתת זרע וא"כ ב"נ דלא מצווה על פריה ורביה גם על השחתת זרע אינו מוזהר ומ"ט מתו ער ואונן די"ל דהא דב"נ אינו מצווה על פריה ורביה היינו דוקא משעת מ"ת ואילך כשנצטוו ישראל אבל ודאי קודם מתן תורה היו מצווים דהא פרו ורבו לנח נאמר: שם בד"ה קץ ידא.

גבי יד לאמה תקצץ: ובשיטת רש"י י"ל דודאי הא דר"ה קץ ידא ה"י מטעם קנסא דמן הדין א"ל דאנה הוזכר 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 מעתה מכ"ש בזה דלא הוי רק רמז בעלמא כדמוכח מהא דאמר ר"א אין לו תקנה אלא קבורה והרי הכא ודאי כ"ע מודו שאין ממיתין 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 בנדה הא דאמר דינא תנן היינו דלא הוי רק קללה אלא דבאמת דנין כן ולא אתי משום דינא רק לאפוקי דלא הוי רק קללה אבל באמת הא דדנין כן היינו מטעם קנסא ולא משום דין גמור: שם דף נ"ט ע"א בגמרא כהנים לויים וישראלים לא נאמר: פ"י וקרא בת"ת כתיב דברישא כתיב ושמרתם את חקותי ואת משפטי ועיין מה שהקשו בתוס' דבשאר דוכתי ממעטינן כותי מאדם והכא מרבינן ונדחקו בישוב קושיא זו.

ואולי י"ל דהאדם לכאורה בקרא זה מיותר הוא דאי לא כתיב רק אשר יעשה וחי בהם ג"כ הוי ממעטינן נכרי לענין ת"ת מרישא דקרא דכתיב ושמרתם את חקותי דמשמע אתם ולא נכרים וכי הדר כתיב האדם למעט ג"כ נכרים הו"ל מיעוט אחר מיעוט ואין מא"מ א"ל ולכן מרבינן הכא נכרים והא דקאמר כהנים לויים וישראלים לא נאמר הוא ל"ד אלא נקט כאן משום דהוא לישנא דת"כ בשאר דוכתי וכמ"ש התוס' גופא בב"ק (דף ל"ח ע"א) ע"ש: שם זה אבר מן החי.

אבל דם מן החי לא ומזה ראייה למסקנת התוס' לעיל (ד"ד ע"א) דדם אינו בכלל בשר דאל"כ ל"ל קרא על דם הרי הוא בכלל אבר ובשר מן החי: שם ולמה לי למישני בסיני:

ק"ק הא אבר מן החי ג"כ למילתי' נשנית להורות דנוהג אף בטמאים לר' אלעזר או רק בטהורים לרבנן בחולין (דף ק"ב ע"א) דנפקא להן כן מלא תאכל הנפש עם הבשר לרבנן או מדסמכי לדם לר"א וא"ל דאין סברא שיכתוב כל הלאו דאמ"ה להורות היתר בטהורים דהא כל הלאו דאך בשר בנפשו לא מצרכינן לרבנן אלא להיתר שרצים כמבואר לעיל.

וי"ל דקושית הגמרא היא לר"א דלדידי' לא מצרכינן לרבנות טמאים דמהיכי תיתי שלא ינהוג בטמאים כיון דלבנ"י נאסר אבר מן החי ועדיין בהמה טמאה מותרת וכדקאמר להו ר' יהודה לרבנן לענין גיה"נ שם (דף ק' ע"ב) והא דמצרכינן קרא לר' אלעזר דנוהג בטמאים היינו או משום דכתיב קרא אישראל לחודא או משום דלא נדרוש כרבנן מי שבשרו מותר אבל אי לא הוי כתיב גבי ישראל קרא דלא תאכל הנפש ודאי מסברא לא היינו מחלקים בין טהורים לטמאים כיון דקרא גבי ב"נ כתיב ובב"נ ג"כ אין חילוק בכך ולכן פריך שפיר: שם אדרבה מדנשנית בסניי לישראל נאמרה: א"ל דא"כ למה נכתב בישראל כלל הא גם אי לא הוי כתיב רק בב"נ הוי אמרינן ג"כ לישראל נאמר ולא לב"נ כמו גיה"נ.

ועוד דליכא למימר דלב"נ נאמר ולא לישראל דליכא מידי די"ל דאי הוי כתיב הכי ה"א באמת דלזה ולזה נאמר דהא גם גיה"נ שנאמר לתחלה לבני יעקב שהיו אז ב"נ עדיין אסור להם ומיניה הוי גמרינן גם אמ"ה ולכן צריך לכתוב גם בישראל להורות דמאז שנאסר לישראל להם לבד נאסר ולא לב"נ וזהו לשון אדרבה דקאמר דמהך גופא שאתה אומר שנאסר לזה ולזה דא"כ למה נשנית מזה אני לומד דרק לישראל נאמר: שם לב"נ נאמרה ולא לישראל: ק"ק איך אפשר לומר כן דגיה"נ דוקא לב"נ נאמר הא בחולין (דף צ') יליף רבי מקרא דוהקטיר הכל המזבחה מחוברין דאסירא דהיינו גיה"נ במחובר דלמחוברין דהתירא לא צריך קרא מידי דהוי אראשה של עולה וא"כ ע"כ מוכח דגיה"נ אסור לישראל וא"ל דאכתי לרבנן דפליגי ארבי ולא מוקמי קרא להכי לא מוכח כן דאכתי מאי פריך הכא לר' יהודה דלמא ר"י סובר בהא כרבי וא"כ מוכח כן מדכתיב קרא להתיר הקטרת מחוברין דאסירא והרי קושית הגמ' דכאן רק לר' יהודה קשה דלרבנן לא נאמר גיה"נ לב"נ כלל וי"ל אי לאו דידעינן מעלמא דלישראל נאסר גיה"נ ע"כ גם לרבי הוי דרשינן לקרא כרבנן: שם ליכא מידי דלישראל שרי: לפי פ' רש"י הנ"ל דגם מתחלה לא נאסר גיה"נ רק לבני יעקב אינו מדוקדק לכאורה מאי דמתרץ מי איכא מידי דאיך שייך בזה לומר כן הא לאותן שנאסר מתחלה עדיין אסור.

ומזה לכאורה ג"כ ראייה למה שרצו התוס' לפרש דנאסר מתחלה לכל ב"נ וא"כ כי פריך אימא לב"נ נאמר ולא לישראל ג"כ הפי' לכל ב"נ ולישראל כלל לא ולכן מתרץ שפיר מי איכא מידי: שם ולא והרי יפ"ת. מה שהקשה המהרש"א בזה והניח בצ"ע כבר הקשה הר"ן לעיל (דף נ"ז) ותירץ דהא דמותר גזל של ישראל בנכרי היינו משום עמד והתיר ממונם אבל לא שלא יהיה דין גזל בהם ולכן לא שייך כאן איך יצאו מקדושתן להקל דלא יצאו להקל אלא מכח הפקר לישראל זכו בהם ע"ש גם יש טעות כאן במהרש"א וחסר תיבת ואפשר דאזלא סוגיא דהכא כמ"ד גזל נכרי אסור ע"ש: שם והרי פחות מש"פ.

עיינן מה שהקשה הלח"מ בזה על הרמב"ם (ריש ה' גזילה) דפסק דגם בפחות מש"פ יש איסור מן התורה לגזול א"כ מאי פריך הרי גם בישראל לא הותר ע"ש. וי"ל דמ"מ פריך שפיר בכאן מי איכא מידי דהיינו איך אפשר שיצאו מכלל ב"נ להקל כיון דבפחות מש"פ משום לא תגזול ליכא דהא אין נלקה והא דאסור היינו משום דעכ"פ צערא בשעתה אית ליה וכדאמרין לעיל (דף נ"ז) אלא דאח"כ מוחל וא"כ ליכא בזה משום לא תגזול ובב"נ איכא משום ל"ת וא"כ יצא מקדושה חמורה לקדושה קלה ואין זה דומה להא שב"נ נהרג על דברים שישראל נלקה עליהם זה לאו משום קילת קדושה הוא אלא שחסה התורה בעונשים על ישראל יותר מעל ב"נ אבל עכ"פ בציוויים ואזהרות שוין הן אבל לענין גזילה דישראל אינו מוזהר בלא תגזול היכי שמוחל לבסוף וב"נ מוזהר א"כ הרי הקילה התורה בדינים גבי ישראל ואהא מתרץ דב"נ ה"ט שאינו מוחל כלל ואי הוי שייך כה"ג גבי ישראל ג"כ יהיה מוזהר בל"ת ועוד יש נפקותא אפ"ל לכתחלה דקיל ישראל מנכרי דגזל פחות מש"פ אינו בתורת השבון גבי ישראל וכמו שפסק הרמב"ם (שם ה"ו) וב"נ צריך להשיב כדמוכח מהא דאמרין בע"ז (דף ע"ב ע"א) אלא ש"מ משיכה בנכרי קונה ופ"י רש"י שם ולא ניתן להשבון דרישא דוקא פחות מש"פ דישראל מחיל ולא מחייב נכרי לאהדורי עכ"ל אלמא דבנכרי דלאו בר מחילה הוא מחייב לאהדורי: שם ברש"י ד"ה למה לי למכתב.

בשלמא ע"א וג"ע בסיני: ק"ק מה הכריחו לפרש כך דלא פריך אכולהו ואי משום דידיע דלמלתייהו נשנית מאן לימא לן דלא ידע ג"כ מה דפריך לקמן אזהרה מהדר ומיתני בה ל"ל וי"ל: שם בד"ה לזה ולזה. ובגלל התועבות האלה: דא"ל דהיו חייבים על מה שחטאו כן קודם מ"ת די"ל דהא נאמר לאברהם ודור רביעי ישובו הנה כי לא שלם עון האמורי עד הנה ואף דהיו ראויין לבא לארץ בשנה השנית ליציאתם ממצרים אי לא דחטאו במרגלים כדמוכח בכתובים מכ"מ כיון דהתורה נתנה בתחלת שנה ראשונה והם לא היו ראויים לבא עד השנה השנית ש"מ שלא שלם עון האמורי עד אז: שם בד"ה ואליבא 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 כיון דבשעה שכתב משה את התורה ונכתב קרא זה לא היה אסור רק לישראל ולא הוצרכה האזהרה לכתוב רק לישראל אבל מ"מ מדכתיב קרא זה גבי יעקב משמע שנאסר אז לכל ב"נ וגם לשון הש"ס דייק כן דנאסר לכל האומות דקאמר נאמר לב"נ ולא נשנית בסיני לישראל נאמר ולא לב"נ והיינו גיה"נ ואי לא נאסר רק לב"י שלהם עדיין אסור איך שייך לומר לישראל נאמר ולא לב"נ: שם בתוס' ד"ה אלא האדם.

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 הכא מרבינן נכרי מהאדם אלמא דגם גבי כותי כתיבא.

ולפי תירוצים הללו י"ל כיון דר"מ ור"ש לא סברי הכי א"כ יפלגו תנאי בזה ועוד דלפי העולה מהסוגיא שם לפסק הלכה אינו מצווה על קדוש השם ופסקינן כר"ש דאין כותי מטמא באוהל: שם בא"ד. וי"ל דגרסינן הכא ר' ירמיה: ק"ק דלפ"ז מאי פריך מר' ירמיה

אר' יוחנן דלמא ר' יוחנן פליג אדר"י וי"ל דאין זה האמורא אלא תנא ר' ירמי' 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 אך בשר בנפשו אלא להתיר אבמ"ה בשרצים והא דקאמרי זה אבר מ"ה לא אתי אלא לאפוקי מדר' חנינא בן גמליאל דאוקי קרא גם בדם ולהם לא איירי רק באבר מ"ה אבל באבר ע"כ מיירי דאל"כ איך שייך למעט שרצים רק הא דכתיב קרא לאבר מ"ה הוא למעט שרצים דלאסור אבר מ"ה ל"צ דמאכול תאכל נפקא ולכן א"ש ג"כ דלעיל מוקי כולה קרא דאך בשר בנפשו דמו ל"ת למעט שרצים והכא לא ילפינן כן אלא מדמו ולפ"ז א"ש דבאמת גם הכא מוקמינן כולה קרא להכי: שם בד"ה ורבנן.

כמ"ד התם אינו נוהג: ה"ה דהוי מצי למימר ג"כ דאתיא להתיר אבר מ"ה בהנאה כדאמרינן בפסחים (דף כ"ב ע"ב) ובודאי איכא חד מ"ד דסובר כר' אבהו כדמוכח מסוגית הש"ס שם (דף כ"ג) אלא דרצה לתרץ גם אליבא דחזקיה ובאמת הכל שמעית מיניה דאין היקש למחצה וגם לרחב"ג ילפינן דם הקזה דלא מצינו פלוגתא בזה אבל אהא דמתרץ בש"ס אליבא דרבנן דדמו אתי למשרי שרצים ק"ק לרחב"ג הא מנ"ל דא"ל דבאמת פליג ומחייב גם בשרצים דא"כ אך שהוא מעוט בכ"מ ל"ל דדרשינן ליה לקמן (ע"ב) למעט שרצים וגם א"ל דמאך ממעט באמת שרצים דהא מאך לחודי' ליכא למידרש מידי בלא דמו דאימא ממעטינן בהמה וחיה 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 כיון דאזהרה סתמא כתיב וסתמא ליכא לקיים גבי ישראל לא מסתבר לאוקמא גבי ישראל כלל וא"ל הא גם לענין שבת יש לקיים לא ישבותו לפמ"ש לעיל דלא ישבותו הוא 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 דאכתי כשחל יוה"כ סמוך לשבת מלפניו או מלאחריו ע"כ אין לקיים לא ישבותו גבי ישראל ולכן מוקמינן רק לב"נ: שם ד"ה ליכא מידעם.

הכותי ששבת חייב: מהא דכותי שעוסק בתורה לא שייך להקשות מי איכא מידי דה"ט כיון שהתורה נתנה לישראל א"כ שלהם היא ובזה ודאי לא שייך לומר מי איכא מידי כמו שלא שייך לומר כן במידי דישראל שיכול ליהנות בשלו ובאותו דבר הנכרי אסור דהא ודאי לאו משום מי איכא מידי הוא 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 מכח כותי ששבת אכן התוס' הוצרכו לדחוק בזה לענין ב' בשבת דאין בזה מצוה לישראל ובאמת לפי התוס' לשיטתם בלא"ה ל"ק קושיתם הכא דבחולין (דף ל"ג ע"א) בד"ה אחד נכרי כתבו דלר"ל דסובר דח"ש מותר מן התורה צ"ל דלית ליה הך סברא מי איכא מידי ע"ש והרי ר"ל הוא מ"ד הכא דכותי ששבת חייב מיתה ולכן לר"ל לשיטתו בלא"ה ל"ק קושית התוס'.



ובזה א"ש ג"כ מה דפסק הרמב"ם (פ"ט מה' מלכים) דבהמה מפרכסת שריא לישראל ואסירא לב"נ וכבר תמה עליו הרשב"א הביאו הכ"מ שם למה דפסק כרב אחא בר יעקב בחולין (שם) דמזמנין ישראל ואין מזמנים נכרי על בני מעים הא קאמרינן שם תניא דלא כראב"י והניח בצ"ע ע"ש גם בכ"מ לא תירץ כלום.

ולפי הנ"ל י"ל דבלא"ה קשה כיון דלפי מש"כ התוס' בחולין (שם) דר"ל לית ליה מי איכא מידי א"כ לדידי' הגמ' הכא במקומה עומדת דלא שייך כתי' הגמ' אכן י"ל כיון דרק לר' יהודה הוצרך בש"ס לתרץ הכי אבל לרבנן לא מוכח כן א"כ גם ר"ל מודה דלר"י אמרינן מי איכא מידי אבל ר"ל לעצמו לית ליה הכי דאנן פסקינן כרבנן ולרבנן לא מוכח כן.

עכ"פ מוכח דר"ל דס"ל דכותי ששבת חייב מיתה לית ליה מי איכא מידי גם י"ל דהוכיח כן ממתניתין דאהלות דקודם שיצא ראשו חותכין העובר במעיה וכקושית התוס' לקמן ולא אמרינן כתירוץ התוס' אלא דהך משנה לית ליה מי איכא מידי ואתיא כרבנן וכיון דהרמב"ם פסק כסתם מתניתין דאהלות וגם כר"ל לעיל דכותי ששבת דשקיל וטרי בש"ס אליבי' לכן שפיר פסק כראב"י דהטעם דתניא דלא כראב"י הוא משום דליכא מידי דלישראל שרי ולכותי אסור כמ"ש התוס' והרי לדידן ליתא הך כללא כדמוכח ממתניתין דאהלות ומר"ל והברייתא שם אתיא כר' יהודה דלדידי' ע"כ מצרכינן למימר מי איכא מידי ולכן שפיר פסק הרמב"ם דלא כהך ברייתא ולפ"ז מוכח כפי' קמא דרש"י לעיל (דף נ"ז ע"א) בד"ה התירא הוא דלא מכח מי איכא מידי פריך גם מה דקאמר בש"ס לעיל (דף נ"ה ע"א) מי איכא מידי דלישראל לא אסר כבר כתב הרמב"ן והר"ן שם דהך מי איכא מידי ל"ד הוא ורק שיגרא דלישנא נקט וכאשר כתבנו לעיל שם: שם ע"ב בגמרא ההוא למשרי שבת הוא דאתי: 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 פריך שם מהא דתניא מניין לפקוח נפש הא שפיר שייך למילף כן או ממילה גופא או ממכשירין דאתי מביום אע"כ דהם לא דרשו ביום כלל וא"כ קושית 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 כן מאשה כי תזריע וסמך ליה וביום השמיני ימול וא"כ לדבר זה נשנית ורש"י דהכא לא רצה לתרץ כן דלאו אליבא דכ"ע שייך תירוץ זה דפליגי תנאי בהך דינא כדמסקינן שם: שם והרי פריה ורביה שנאמרה לב"נ: מה שהקשה המהרש"א בזה לרב יוסף ביבמות י"ל דמהך פרו ורבו דגבי ב"נ שנאמר למצוה אין ראייה דאשה מצווה מדכתיב פרו ורבו לשון רבים די"ל דאתם פרו ורבו לו ולבניו נאמר כן 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 כגון עשה דכתיבת ס"ת שנאמרה לו ביום מיתתו: שם צריך מנין אחר להתירו הוא דאתא: עיין ביצה (דף ה' ע"ב) דקאמר וכ"ת האי למצות עונה הוא דאתא ולפי סוגיא דהכא איך אפשר לומר כן דא"כ למה נשנה כלל מפרו ורבו לחוד ג"כ ידעינן כן והמהרש"א שם הקשה כן ותירץ דהקושיא היא דלמא למצות עונה הוא דאתא שיהא נשנית ובאמת לזה ולזה נאמר ע"ש ודבריו תמוהים דאי הוי שייך לומר כן גם הכא לא מקשה מידי והרי פריה ורביה דלמא באמת לזה ולזה נאמר וכקושית התוס' וע"כ צ"ל כתירוצם דא"כ ליחשבי' בהדי ז' מצות וא"כ שפיר דייק שם דע"כ שובו לכם לאהליכם לדבר שבמנין צריך מנין אחר להתירו הוא דאתא דאי למצות עונה א"כ ליחשבי' בהדי ז' מצות.

אכן לפי מה שכתבנו לעיל דדוקא אליבא דר' יהודה אמרינן דליכא מידי דלישראל שרי ולכותי אסור אבל לא לר"ל דפסקינן כוותי' בלא"ה ל"ק כקושיתו דשפיר קאמר דלמא למצות עונה הוא דאתא דאי לא הוי כתיב רק פרו ורבו ה"א לב"נ נאמר ולא לישראל דליכא למימר מי איכא מידי וכתירוץ הגמ' דלעיל לענין גיה"נ דהא אליבא דידן לא אמרינן הכי ואפשר לומר ג"כ דלא שייך מי איכא מידי רק בדבר שהוא איסור 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 לענין השחתת זרע מ"מ עיקר קרא לא כתיב להכי.

ועוד איכא נפקותא בזה לדעת הרשב"א רפ"ב דנדה) דאף מי שאינו מצווה אפו"ר מצווה על השחתת זרע א"כ לא תליא זה בזה כלל. אכן לפי הסברא דמי איכא מידי שכתב 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 כשיש לו זכר ונקבה או ב' זכרים או ב' נקבות ולכן הוצרך לכתוב קרא דשובו לכם לאהליכם שיחוייב לקיים גם אז כשאין עוד עליו מצות פרו ורבו מצות עונה והיינו דדייק בלישנא למצות עונה הוא דאתא ולא קאמר למצות פו"ר הוא דאתא וא"ל דא"כ גם הכא ליתרץ הכי דלמצות עונה הוא דאתא ותרווייהו בישראל ומי דחק לתרץ להאי דבר שבמנין הוא דאתא 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 כמו דכתיב ג"כ איסור בשר לאדם הראשון אף דאין נפקותא לדידן ועוד דעדיין גם בישראל איכא נפקותא כשאין לו אשה דמשום מצות עונה ליכא ומשום פו"ר איכא דע"ז י"ל דשם לא תירצנו כן אלא לפי הך ס"ד דדבר שבמנין אין צריך מנין אחר להתירו אבל לפי מה דיליף שם דצריך במשוך היובל ע"כ להתיר דבר שבמנין הוא דאתא ולא למצות עונה דאיך שייך להם מצות עונה כיון שנאסר להם תשמיש ולא הותר להם עוד.

ובזה יתורץ ג"כ קושית התוס' בד"ה והא פרי' ורבי' לפי מה שביאר אותה המ"ל בה' מלכים דהקושיא היא על התרצן דמתרץ דלדבר שבמנין צריך מנין אחר להתירו הוא דאתא דמנ"ל דין מחודש כזה דלמא אתי להיות נאמר ונשנית ושיצוה גם ב"נ אפו"ר. ולפי הנ"ל א"א לומר כן דיליף מבמשוך היובל דצריך מנין אחר להתירו איך אפשר לומר שנאמר ונשנית להיות מצווין ישראל וב"נ הא לישראל לא הותר תשמיש כלל ועוד דכמה מצות התורה א"א לבאר כלל אי לא אתי להתיר תשמיש הנאסר ואי יאסר

תשמיש מסיני לעולם ולכן לפי מה דילפינן מבמשוך היובל דצריך מנין אחר להתירו ע"כ שובו לכם לאהליכם להתיר דבר שבמנין אתי: שם אזהרה מהדר ומיתני בה ל"ל: קשה הא ודאי צריך לכתוב אזהרה גבי ישראל דמויצו ה' אלהים על האדם דמניה אתיא מצות דב"נ ודאי אין עונשין לישראל מיתה אי לא כתיב אזהרה בלאו מפורש דהא אפילו אזהרת עשה לאו אזהרה היא כדאמרינן (דף נ"ו ע"א) לעיל.

וי"ל דהקושיא היא דלכתוב אזהרה גבי ב"נ ותיפק גם לישראל ולא אצטריך ויצו ודוחק. א"נ י"ל לפי מה דפירש המהרש"א דקושית הגמ' סובבת לקושיא קמייתא 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 שאמרתי לעיל דלמה נשנית אבמ"ה בסיני אי לאו משום דמצוה שנאמרה ולא נשנית לישראל נאמר ולא לב"נ זה לא שייך רק היכי דכפל קרא אזהרה כמו באמ"ה אבל לא במילה ופול"ר דאינם רק עשה ולא צריך להך תירוץ דהכא למלתייהו נשנית אלא דמה שנשנו 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 אמ"ה קאי וגם קושית המהרש"א מתורצת בזה שהקשה דלא לכתוב לא וי"ו ולא ה"א לא אזהרה באבר מ"ה ולא אזהרה בע"ז וג"ע ולפי דברינו א"ש דבע"ז וג"ע צריך לכתוב אזהרה כיון דלא נכתב אזהרה גבי ב"נ משא"כ לענין אמ"ה דכתיב אך בשר בנפשו דמו לא תאכלו דאזהרה מעליא היא: שם ביצחק ולא כל יצחק: המהרש"א הביא קושיא בשם רא"מ הא לענין חליצה אדרבה ילפינן 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 דרשינן מבישראל דבהורתו ולידתו בקדושה בישראל קרינן ביה ותירצו דלענין חליצה מיתורא דבישראל קדריש דאמו מישראל כבר ידעינן ממקרב אחיך ע"ש א"כ גם קושיא זו מתורץ דהכא דריש מב' דביצחק וזה באמת משמע מיעוטא.

אכן לענין חליצה דריש מיתורא דבישראל דתרתו בעינן דלא שייך למעוטי דא"כ מיותר הוא. וראיתי ברמב"ם (פ"י מה' מלכים) שהביא תירוץ אחר אהך קושיא דבני עשו לחייב דכיון שבירך יצחק את יעקב ויתן לך את ברכת אברהם לך ולזרעך אתך מזה ידעינן דיעקב הוא עיקר זרע אברהם המחזיק בדתו ע"ש.

ולכאורה דבר תימה הוא למה לא הספיק לו תירוץ הגמרא דביצחק עד שהוצרך לתי' חדש כזה ולא מצאתי בא' מנושאי כליו שהרגיש בזה. ונ"ל דלכאורה בתי' הגמ' לחוד אכתי לא מתורץ דאי רק מביצחק ממעטינן א"כ מנ"ל למעט עשו דלמא יעקב ממעטינן ואף דישראל נצטוו על המילה בשעת מ"ת דלמא עד מ"ת לא היה הציווי רק לעשו ולכן הוצרך הרמב"ם להך טעמא דויתן לך את ברכת אברהם דמזה ראינו דיעקב עיקר זרע אברהם הוא וא"כ ודאי עשו נתמעט מביצחק.

אכן בטעם הרמב"ם לחוד לא סגי דאי משום דיעקב מקרי עיקר זרע אברהם מנ"ל דעשו לא מקרי ג"כ מקצת זרע להתחייב במילה ולכן צריך ג"כ מיעוטא דביצחק והרמב"ם לא רצה רק לבאר הדרשה דביצחק דמנא ידעינן דעשו ממעטינן ולא יעקב: שם אלא מעתה ב"ק לא ליחייבו: הא דלא פריך ישמעאל גופא לא ליחייב א"ש לפי מה שכ' הר"ן דודאי

דאבני קטורה ל"ק דהא הוצרך אברהם למול אותם משום יליד בית ולכן לא פריך רק אזרע דב"ק א"כ גם אישמעאל ל"ק מידי דבכלל יליד בית הוא.

אך גם לפי פ"י רש"י דאבני קטורה גופא פריך יש לבאר למה דלא פריך מישמעאל דהא כי ביצחק יקרא לך זרע לא נאמר עד זמן רב אחר ציווי המילה דהא באותו העת עדיין לא נולד יצחק ולכן הוצרך אברהם למול לישמעאל דמהיכי תיתי שלא יהי בכלל זרעך אבל אב"ק פריך שפיר דהא הם לא נולדו עד אחר מיתת שרה ואז כבר נאמר כי ביצחק יקרא לך זרע דכבר נאמר כן בחיי אמו שאמרה גרש האמה הזאת ואת בנה כנראה מהכתובים: שם ולא חית הארץ לכם: בפסוק זה לא הוזכר רק חי' ועוף ורמש אבל לא דגים אכן ממה דמקשה בש"ס מורדו 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 לצורך אכילה דהכי משמע קרא לכם יהי לאכלה ולא חית הארץ לכם אבל להרוג אותם לשאר צורך כגון ליהנות מבשרם ומעורם משמע דלא היה איסור דהא אדה"ר הקריב שור לקרבן כדאמרינן בע"ז (דף ח' ע"א) וגם בהבל כתיב והבל הביא גם הוא מבכורות צאנו וגם נח הקריב מכל הבהמה 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 לצורך אכילה לא נאסר להם וא"כ מאי פריך מורדו בדגת הים דלמא לענין שאר צורך ולא הוצרך לדחוק דבר מלאכה הוא וכש"כ שקשה כן אהא דפריך מבעוף 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 יכירו אותו והרי לפי דעתו שירד דבר איסור מן השמים עדיין יש להסתפק דלמא נבילה היא ולא נשחט כראוי ומי יכיר 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 בן פקועה היא ונכשרה בשחיטת אמה דהא עדיין שייך הספק בבהמה גדולה שנראה לעין שאינה בן פקועה ונראה לי דזה באמת לאו איבעי' היא דהך ודאי לא ירד כיון 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 לכך אינו יורד דבר טמא שלא להכשיל ב"א אבל בהך שנראה לעין שדבר טמא הוא ירד דעי"ז לא יבוא מכשול או דלמא דבר טהור הוא ואף שיש לו דמות חמור הא אמרינן 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 כיון שגם בדבר טמא יש להסתפק שמא טהור הוא שנולד מן הכשרה א"כ ודאי לא ירד שלא יצא מכשול שיאכלוהו ב"א ובהא א"ש מה שהשיב לו דאם ישנו טהור הוא כמו שפ"י רש"י והא אנו רואים דחמור הוא אלא דגם בחמור שייך הכשר כשנולד מן הכשרה: שם דף ס' ע"א בגמרא כל שישנו בכלל כל שוכב: א"ל דא"כ נימא ג"כ כל שישנו בכלל מכשפה ל"ת ישנו ג"כ בכלל כי יפתה איש נערה בתולה דסמיך לי' כמו דדרשינן סמוכים לענין כל שוכב עם בהמה ואף דזה בחדא פרשה וזה בב' פרשיות הא ביבמות (דף ד' ע"א) דרשינן סמוכים לענין גדילים תעשה לך ולא תלבש שעטנז ולענין לא יגלה כנף אביו דהוא ג"כ

בב' פרשיות די"ל דלא מרבינן מסמוכים לב"נ אלא כישוף דהוא חיוב מיתה דכיוצא בהם יש בהם אבל דיני קנסות דאין בהם כיוצא בו לא: שם אף על הכלאים מנה"מ: אהא דאמר ר' חזקא בברייתא לעיל (דף נ"ו ע"ב) אף על הסירוס לא פריך מנה"מ דכבר פי' לעיל (דף נ"ז ע"א) אליבא דתנא דבי מנשה דאתיא כן מדכתיב שרצו בארץ.

אך לפ"ז קשה מאי פריך על הכלאים מנה"מ הא גם זה כבר פי' שם דאתיא מהעוף למינהו וי"ל דבשלמא אתנא דבי מנשה דאמר סתם על הכלאים ויש לפרש אכלאים דהרבעה דוקא מייתי שפיר מהעוף למינהו דנח דכתיב בב"ח אבל ר' אלעזר דאמר בברייתא לעיל מותרים ב"נ ללבוש כלאים ולזרוע כלאים ואין אסורים אלא בהרבעת בהמה והרכבת אילן פריך שפיר מה"מ דבזה אין לפרש דאתיא מלמינהו דהא זה לא כתיב רק בבהמה ואכתי הרכבת אילן מנ"ל ואהא מתרץ שמואל מאת חקותי תשמרו ובזה א"ש הא דהוצרך שמואל גם לפרש כאן סיפא דקרא דמה בהמתך בהרבעה דבזה אתי לתרץ למה דחייבים אהרכבת אילן ולא אזריעת כלאים: שם שם בן ד' אותיות: מזה משמע דכש"כ דשם של מ"ב שם הוא וא"כ קשה על הרמב"ם דפסק (בפ"ב מהל' עכו"ם) דאין חייבים אלא על שם יו"ד ה"א או אל"ף ד'.

ונלע"ד דשם של מ"ב ושל י"ב הוא ג"כ שם המיוחד דיו"ד ה"א אלא דנקרא לפי אותיותיו. וכן מוכח מהא דאמרינן ריש פרק עשרה יוחסין דכהנים היו מברכים את העם בשם בן י"ב אף דכתיב כה תברכו את בני ישראל אמור להם יברכך ה' אלא ודאי דשם בן מ"ב הוא ג"כ השם של יו"ד ה"א: שם עומדים מנלן: ק"ק מאי פריך דלמא לכך היו צריכים לעמוד משום דצריכין לקרוע ואין קריעה אלא מעומד כדאמרינן במ"ק (דף כ' ע"א) וזה יותר מדוייק בלישנא דמתניתין משום דקתני הך והדיינים עומדים לאחר שהזכירו את השם וקודם הקריעה ואי העמידה משום הזכרת שם הא קודם ההזכרה היה להם לעמוד.

וי"ל דלא אמרינן דאין קריעה אלא מעומד אלא דוקא גבי קריעה דעל מיתת קרובים דהתם כתיבא גבי איוב ודוד אבל דברכת השם דלא כתיבא לא ואף דילפינן לקמן קריעה קריעה הא ע"כ מהך דויקרא דגבי איוב לא ילפינן דאל"כ נילף ג"כ איפכא הך דאיוב מהך דברכת השם דלא מאחזין וכמו שהקשו התוספות באמת בשמעתין.

אכן ממה שכתב מהרש"ל בשמעתין משמע דסובר דגם קריעה דמברך השם צ"ל מעומד. ומה שהכריחו לזה לפרש דעת התוס' למה דמייתי הך דאיוב נלע"ד ליישב בפשטות דהא דאבל חייב לקרוע יליף במ"ק שם מדכתיב ובגדיכם לא תפרומו משמע הא אחר יפרום וא"כ לא כתיב לשון קריעה כלל ואיך שייך למילף קריעה קריעה לכן הוצרכו התוס' להביא הך קרא דאיוב דילפינן מיניה דקריעה מעומד ומזה מוכח דקריעה זו היא משום אבלות וא"כ כתיב לשון קריעה גבי אבלות ושייך שפיר למילף קריעה קריעה: שם השומע אזכרה מפי נכרי: א"ל הא זה ע"כ לא איירי אלא בכינויי דאי בשם המיוחד מי גמירי כדאמרינן לקמן וא"כ מאי איירי נכרי אפילו ישראל דהא סבר אידך דר"י אמר שמואל דאין קורעין על הכינויי די"ל דלא אמרינן לקמן דלא גמירי אלא דלא רגילי ביה כ"כ ששייך למימר נתמלא הבגד כולו קרעים וכמו שפירש רש"י אבל מ"מ אפשר דאיכא חד בהו דגמיר ולעולם בשם המיוחד איירי: שם ופליגא דר"ח בתרוייהו: א"ל לפי מה

דסבר ר' מיישא לעיל (דף נ"ו ע"א) אליבא דרבנן דב"נ חייב גם על הכינוי אבל לא ישראל וכמו שפירש גם הרמב"ם א"כ מנ"ל דפליג ר"ח אתרווייהו דלמא מודה ג"כ להא דאין קורעין על הכינוי כיון דריא"ש ע"כ בישראל איירי דהא על הנכרי אין קורעין כלל ובישראל אין קורעין רק על השם המיוחד דחייבין עליו מיתה אבל על כינוי דאין חייבים עליו מיתה לא אבל ר"ח דע"כ איירי בנכרי כדדייק בגמרא דחייב מיתה גם אכינוי לכן אמר שפיר דקורעין גם אכינוי אבל לעולם לענין ישראל מודה לריא"ש דאין קורעין על הכינוי די"ל כיון דהא דנכרי חייב מיתה יותר מישראל אין זה משום חומרא דכינוי גבי נכרי יותר מישראל אלא משום דבנכרים אזהרה שלהם 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 מתייראין מב"ד וא"כ ע"כ מוכח דסובר דב"נ נהרג על הכינוי דאי פטור א"כ מ"ש בזמן הזה דוקא הא בזמן דידנו תקיפא ג"כ אין להם לירא. ומזה ראה לפסק הרמב"ם (פ"ט מהל' מלכים ה"ג) שפסק הרמב"ם כן וע"ש בכ"מ ולחם משנה שנדחקו ליישב למה דפסק הרמב"ם כר' מיישא לעיל (דף נ"ו) ולפ"ז א"ש דע"כ ר' חייא קאי כוותיה ובפרט כיון דהרמב"ם פסק בהא כר' חייא דחייבין קריעה גם על הכינוי: שם סתמא כר"ע דמקיש ב' לג'.

כר"ש לא בעי למימר דמקיש ג"כ ב' לג' במתניתן דמכות (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 כיוצא באלו דמסתמא אזכות קמהדרין ולא בודקים את השלישי לחובה אלא לזכות: שם בתוספות ד"ה חוקים שחקקתי לך.

ומפרש ר"ת דאי לאו את חקותי: והשתא מתורץ מה שהקשו מהמרביע ב' מינים דאי לאו דילפינן מלמינהו דיבשה דקאי חוקים שחקקתי לך עליו מלמינהו לחוד לא הוי מצינן למילף וגם מה שהקשו מפרק אלו טריפות דגם שם הפירוש הוא דאי הוה כתיב בגופיה הוי ילפינן בגז"ש מיבשה: שם בד"ה חקותי דהשתא.

דב"נ נצטוו על העריות: ואף דבאותה פרשה כתיבי ג"כ עריות דחייבי כריתות ועליהן ב"נ אינן מוזהרים לר"מ לעיל (דף נ"ז ע"ב) והרי ע"כ קאי חקותי אכל מה דכתיב שם כדהקשו התוס' לעיל לענין שעטנז צ"ל דר"מ לית ליה דר"א דדריש חקותי אלא כרבנן דלא דרשי כן: שם ד"ה המלך קרע.

תימה האיך אמרו למלך: עיין במהרש"א וא"ל דאכתי מאי פריך בתוס' דלמא באמת לא אמרו והא דקרע מפני שמועה רעה ואעפ"כ דייק שפיר כמו דמשום שמועה רעה אין חייבין לקרוע פעמים ה"ה ג"כ משום ברכת השם דע"כ מוכח דלא שייך בזה שמועה רעה כלל והיינו כדאמרינן במ"ק דלא שייך זה אלא ברוב ציבור וכמעשה שהיה דאל"כ מנ"ל כלל דברכת דשם צריך קריעה דאי משום דכתיב קרועי בגדים דלמא היה זה מפני שמועה רעה אע"כ דלא שייך בזה שמועה רעה כלל.

וראיתי בתשובות מהרי"ק הביא הכ"מ בהל' עכו"ם שהביא בשם שיטה אחת ישוב לקושיא זו דהתוס' דבאותו פעם גמרו דינו כל שימצאוהו ולכן הוצרכו לומר מה ששמעו בפירוש ומה שרצה לדייק מזה דרבשקה ישראל מומר היה לא זכיתי להבין כלל דגם אי עכו"ם היה ג"כ צריך גמר דין בעדים כדאמרינן לעיל דב"נ צריכים עדה ועדים והתראה אכן בעיקר הדבר ג"כ יש לעיין איך שייך שגמרו דינו הא אמרינן בב"ק אין גומרין דינו של אדם אלא בפניו והכי הלכתא.

וגם קשה איך שייך למימר דמשום גמר דין אמרו כן לפני חזקיה הא אין מושיבין מלך בסנהדרין לדון דיני נפשות ואפילו ממלכי ב"ד וכמו שכתבו התוס' לעיל (דף י"ט ע"א) בד"ה אבל ע"ש: שם ע"ב במתניתין והאומר לו אלי אתה: א"ל הא לאו שאין בו מעשה הוא די"ל דאף דאמרינן דאין לוקין על לאו שאין בו מעשה זה דוקא לענין מלקות דגמרינן במכות (ריש פ"ג) מלעשות אבל מיתה חייב אפילו אלאו שאין בו מעשה.

וכן מוכח מהא דאמרינן לקמן (דף ס"ה ע"א) ר"ל אמר ידעוני לפי שאין בו מעשה ואעפ"כ חשיב במתניתין לענין מיתה: שם בגמרא וליחשב נמי זורק: עיין בר"ן שמסופק בזה אילפי האמת לא מיחייב אמקבל ומוליך דדלמא רק המקשן לא רצה להקשות מזה כמו שכתב רש"י משום דלא כתיב בפסוק בפירוש אבל לפי האמת מיחייב.

ולפענ"ד מוכח דלא מיחייב מהא דאמרינן בחולין (דף ל"ט ע"ב) חולין שאין מחשבין אלא בב' עבודות אינו דין כו' ע"ש ואי לפי האמת יחייב גם אעובד בקבלה והולך מנ"ל היא גופא דאין מחשבה פוסלת בהן דמ"ש מחשבה בהן מחיוב דתרוייהו חד טעמא הוא משום דלא כתיבא בפירוש בקרא ואי חייבין עליהן הרי כתיבא בכלל בלתי לד' לבדו ומהיכי תיתי דלא יפסול מחשבה בהן אלא ע"כ דגם לפי האמת לא פסול וכן ג"כ דעת הרמב"ם בפ"ג מה' עכו"ם: שם הייתי אומר בזובח קדשים בחוץ: ק"ק דא"כ בלתי לה' לבדו ל"ל.

ועוד מהיכי תיתי לאוקמא דוקא בקדשים בחוץ דלמא אשוחט אותו ואת בנו או קדשים בעלי מומין וכדומה משאר לאוין שכתבה התורה לענין שחיטת איסור. וי"ל דבקדשים בחוץ כתיב והביאום לה' אל פתח אוהל מועד אלמא דשחיטת קדשים בחוץ מתנגד לזה ומקרי שחיטה שלא לה' והשתא א"ש דה"א דבלתי לה' לבדו אתי להורות דבקדשים בחוץ איירי דהיינו מי שזובח בלתי לה' וכדכתיב והביאום לה' יחרם: שם יכול שאני מרבה המגפף והמנשק והמנעיל: ק"ק דא"כ לא תשתחוה ל"ל תיפוק ליה מלא תעבדם כקושית התוס' דהשתא לא שייך כתירוצם דאי גם במגפף ומנשק יש מיתה אין חילוק בין השתחוה להם ומהיכי תיתי השתחוואה דוקא.

וי"ל דבדברי הר"ן הנ"ל א"ש דהוי מוקמינן לא תשתחוה להשתחוואה דרך בזיון: שם יצתה השתחוואה לידון בעצמה: א"ל דאימא יצתה ללמד על הכלל כולה דאין חייבים אפילו בכדרכה אלא דרך כבוד כמו השתחוואה ולמעוטי פוער לפעור או זורק אבן למרקוליס דלא די"ל דא"כ דבהשתחוואה כדרכה איירי וילך ויעבוד ל"ל הא נוכל לילף במה מצינו מהשתחוואה: שם בתוספות ד"ה זובח לאלהים.

לא מיחייב אלא בעבודת פנים: ק"ק דא"כ וילך ויעבוד ל"ל. וא"ל דאי לאו וילך ויעבוד  
הוי אמרינן דמזביחה גמרינן כל העבודות ולכן כתיב כלל דוילך ויעבוד ויצא זביחה מן  
הכלל להורות דרק אזביחה ועבודת פנים הא בלא"ה ע"כ ליכא למימר כן דגמרינן  
מזביחה כמה מצינו כל העבודות דא"כ בלתי לה' לבדו ל"ל ובשלמא מהשתחואה ל"ק  
דא"כ ל"ל די"ל דאצטריך להשתחואה דרך בזיון דמיחייב וכמ"ש הר"ן בישוב 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 להשתחואה ת"ל מדאיתקיש  
לזביחה דלא שייך כתירוצם דהא באמת גם אזביחה לא מחייבים אלא כדרכה וי"ל דאז  
ה"א דכתיב השתחואה לחייב עליה אפילו בשלא כדרכה ובאמת הוי מצינו למילף זביחה  
איפכא מהשתחואה דאפילו שלא כדרכה מיחייב אבל לעולם זובח לאלהים לא הוי  
מוקמינן רק לכדרכה: שם ד"ה אזהרה מניין.

וא"ת ות"ל מהיכי דנ"ל אזהרה: אין להקשות הא אמרינן לקמן (דף ס"ג ע"א) דאין לוקין  
אלא תעבדם משום דלאו שבכללות וא"כ אי אתיא השתחואה מפסוק זה אין עונשין אלא  
מיתה די"ל דאף דאין לוקין אלאו שבכללות משום דלא דמי ללאו שבחסימה כמו  
שמפרש ריש פרק אלו הן הלוקין זה דוקא לענין מלקות אבל מיתה חייבים אפילו אלאו  
שבכללות כדמוכח מהך ברייתא גופא דלקמן דיליף בן סורר ומורה מלא תאכלו על הדם  
וחשיב ליה לאו שבכללות אלמא דעונשין מיתה אאזהרה בלאו שבכללות ואי משום  
דבבן סורר ומורה גלי קרא בפירוש מיתה גם הכא גבי השתחואה גלי קרא ולכן מקשו  
התוס' שפיר: שם בא"ד.

וי"ל דאי אתיא לאזהרה דהשתחואה: א"ל איך אפשר לומר דלא תעבדם אהשתחואה  
קאי והא כבר כתיבא ברישא דקרא לא תשתחוה להם די"ל כיון דהשתא אכתי לא ידעינן  
מכי לא תשתחוה שפיר ה"א דאתי חזד לכדרכה ושלא כדרכה וחד לשלא כדרכה  
כדאמרינן לקמן (דף ס"ג ע"א): שם דף ס"א ע"א בגמרא שלא כדרכה מהשתחואה  
נפקא: עיין מה שכתב המהרש"א בזה בשם התוס' דזבחים ואין כוונתם 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 דהשתחואה יצאה ללמד על הכלל כולה ולא  
יזבחו למאי אתי דליכא 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 כדרכה: ומהכא נפקא אזהרה לשלא כדרכה בזביחה וא"ל  
אכתי אזהרה בשאר עבודות פנים מנ"ל די"ל כיון דהשוה הכתוב דבלתי לה' לבדו שאר  
עבודות פנים לזביחה לענין עונש ה"ה ג"כ לענין אזהרה ודע שאין להקשות איך ילפינן  
מבלתי לה' עבודת פנים הא אצטריך ליה לכדדרשינן בע"ז (דף נ"א ע"א) דשוחט בע"מ  
לע"ז פטור כיון שאינו ראוי לפנים ע"ש.

די"ל דתיתי שמעת מניה דמריבין מבלתי לה' כל מה שנעשה לשם וממילא ממעט ג"כ  
כל 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 הכלל כולו בלתי לה' לרבות שאר עבודות פנים ל"ל



ולפי הנ"ל אינו מיותר דאצטריך למעט בעל מום: שם והאנן תנן האומר אעבוד: מכאן קשה על מה שכתב המהרש"ל במתניתן דהמקבלו עליו לאלוה איירי באומר אלך ואעבוד א"כ מאי מקשה הא שפיר קתני גם אומר במתניתן וא"ל דא"כ אכתי קשה במתניתן גופא מרישא לסיפא דרישא קתני עובד דוקא ובסיפא קתני גם אומר דז"א דאף דהמקשן אכתי 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 ודאי דאמרינן הכי כדמוכח מהך מתניתן גופא דתני אעבוד אלך ואעבוד נלך ונעבוד וניתני נלך ונעבוד לחוד וכ"ש אעבוד אלך ואעבוד אלא ע"כ דלא זו אף זו קתני.

וכן קשה דלתירוץ רב יוסף ואביי ורבא לקמן אכתי קשה ממתניתן דהכא דהא באמת סברא דאלך ואעבוד חייב. וי"ל דהמהרש"ל לא כתב כן אלא לפי תירוץ קמא דהש"ס באומר אינו מקבלו לאלוה אלא בעבודה דלפי תירוץ זה אמרינן דכשאומר אלך ואעבוד מקבלו לאלוה כמו שפירש רש"י ולכן שפיר יש לפרש במתניתן דמקבלו עליו לאלוה איירי באומר אלך ואעבוד אבל לפי סברת המקשן ושאר תירוצי הש"ס באמת לא אמרינן הכי דמהיכא תיתי לפרש המקבלו לאלוה באלך ואעבוד: שם דכתיב לא תעשה לך פסל: לא מפורש איך דרש מקרא זה ודוחק לומר דדריש לך לשון אותך דאין זה במשמעות הלשון ועוד דהרי לענין המסית איירי השתא ואיך מרומז בזה דפלחו ליה דוקא.

ולכן נראה דאסיפא דקרא סמיך דהיינו לא תעבדם דדרשינן מיניה לקמן דנעבד כהמן חייבים על השתחואתו ובהכי קאמר דהיכי דפלחו ליה ודאי מסית הוא דהא המשתחויים הם עע"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 בחולין (דף ד' ע"ב) דמומר לע"ז מותר לאכול משחיטתו מ"מ לא מסתבר להתוס' למימר דר"ל קאי כוונתיה משום דאסיק ליה הש"ס התם בתיובתא: שם בד"ה איכה יעבדו.

דמזביחה נפקא דוקא עבודת פנים: פירוש מדפרט הכתוב בהני שחייבים שלא כדרכה ע"כ באחרינא אין חייבין אלא כדרכו ולכן איכה יעבדו ל"ל ומה שהקשה המהרש"א בזה לא נתברר לי לפ"ד: שם בא"ד. אע"ג דעבודתה דרך בזיון: פירוש דהא דגרע דרך בזיון אף שדרך אותה ע"ז לעבדה בכך היינו דאף דהגויים עובדים אותה בכך מ"מ לגבי ישראל העובד אותה אין זה דרך עבודה ולכן יש סברא שלא ליחייב אבל אי ילפינן מהשתחואה דבכל עבודות חייבים ושלא כדרכה הרי דחייבים על עבודה שעובדים בה אחרים דאף דע"ז זו אינה נעבדת בכך מ"מ כיון שאחרים נעבדים בכך שם עבודה על מעשה זה שעשה לע"ז וחייב עליה.

ולכן סברא ג"כ שיחייב על עבודה דרך בזיון דאף אם לגביה לא יקרא זה דרך עבודה מ"מ כיון ששם עבודה עליה לגבי אחרים חייבים עלי' והיינו מה דדייקו בתוס' כיון שעובדים אותו בכך ועיין במהר"ם שנדחק 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 דאכתי לא ס"ד הך טעמא: וי"ל לשיטת רש"י לפי מה שמשמע מדברי הר"ן לקמן וכן פירש המהר"ם בפירוש דרב יוסף מיייתי ראייה מלא תאבה דיחיד הניסת חייב באמירה דלא תאבה לשון יחיד משמע ולכן שפיר י"ל דבאמת כבר ס"ד דרשה דלא תאבה והא דמיייתי ליה רב יוסף היינו רק להביא ראייה למה שתי' כאן ביחיד הניסת וכמו שהביא גם אביי בתירוץ ראייה מהך דלא תאבה אף דהוא 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 כשרואה שרוצים לעבדו היה לו לחזור ומדלא חזר מיחייב אבל כשאמרו אין גם לאחר שאמרו כן 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 כלאו 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 דמתניתן דאעבוד ליכא לאוקמי ביחיד משום דתני בסיפא נלך ונעבוד ע"ש אכן לשיטת רש"י ג"כ יש לפרש דנלך ונעבוד אניסת ואמסית קאי ולעולם ביחיד הניסת איירי: שם וא' רבים הניסתים: דהיינו עיה"נ כדמשמע בסיפא דהך ברייתא אכן קשה לר"ש דסבר לקמן (דף פ"ט ע"ב) דקרא דמסית דוקא במסית יחיד איירי אבל מדיחי עיה"נ הם בחנק הרי דברבים הניסתים אין לו דין מסית וא"ל דהך ברייתא באמת לא אתיא כר"ש אלא כרבנן דסברי (שם) דמדיחי עיה"נ בסקילה א"כ מאי פריך מהך ברייתא אתירוץ ר' יוסף דלמא מתניתן דא' העובד אתיא ככ"ע וגם כר"ש ולכן לא נקט אמירה דאינה ברבים הניסתים דלר"ש שפיר יש לחלק בין רבים הניסתים ליחיד הניסת וברייתא דלא חילקה אתיא כרבנן אכן לפי מש"כ הר"ן דברבים הניסתים דברייתא לאו דוקא עיה"נ קאמר אלא שאר יחידים הניסתים ע"ש אתי שפיר: שם לא זו אף זו קתני: לכאורה היה לנו לפסוק כרבינא דבתרא הוא וא"כ בין בניסת בין בעובד דהיינו ניסת מפי עצמו יתחייב באומר אלך 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 כמתניתן דלעיל ולא הביא דגם באלך ואעבוד מיחייב וזהו אינו לכל תירוץ הש"ס דכאן רק לתירוץ אביי דלכל תירוצים אחרים היה לו לחלק או גבי מסית או גבי עובד ולא לכתוב במסית סתמא ובעובד כלל וכלל לא וצ"ע למה בחר דוקא בתירוץ אביי ודוחק לומר שמה שכתב בפ"ג אחר שכ' האומר לו אלי אתה וכן כל כיוצא בזה עכ"ל שכוון להך דאלך ואעבוד שאין זה כיוצא דהאומר לו אלי אתה: שם אי קבליה עליה אין: א"ל איך שייך שקבלו לאלוה לגבי שוגג ומפיל' רש"י נראה דגם לגבי שוגג פליגי דמשכחת לה באומר מותר שאין ע"ז בתורה ועבדו בקבלת אלוה וכמבואר לקמן בשמעטן: 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 אביי מנא אמינא לה הא כל הנך ג' ראיות יש לפרש דאיירי באמר אלי אתה מאהבה

ויראה בהדי עבודה דבהא גם רבא מודה דמיחשב עע"ז גמור: שם מאי לאו א' העובד מאהבה ומיראה: עיין מה שהקשה מהרש"א בזה והנה ודאי מהא דמקשה עובד אין אומר לא ליכא קושיא דהאי מצי סבר כרבא אלא קושייתו היא מדהוצרך אביי לתרץ ובזה י"ל דמ"מ הוצרך אביי לתרץ דגם אי מהא דקתני עובד ליכא קושיא מ"מ קשה מא' הזובח דאיירי לדידיה 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 אלך ואעבוד לא גם ל"ק לאביי אי האי זובח ומקטיר איירי בכדרכו א"כ מנ"ל דחייבין בד' עבודות שלא כדרכה וכי ס"ד דיפלוג אהך דינא די"ל דודאי מודה דמיחייב כדדריש בברייתא מקרא רק דקאמר דמתניתן לא איירי בכה"ג ולכן א"ש הא דנקט במתניתן אבל המגפף והמנשק כו' ולא בסתם אבל שלא כדרכה דבאה להוציא עבודת פנים דחייבין אפילו בשל"כ אכן ק"ק כיון דלאביי א' הזובח כו' דמתניתן איירי בכדרכה וא"כ לא נקט הני אלא לדוגמא וה"ה כל עבודה כדרכה א"כ למה הוצרך אביי לתרץ אהא דמקשה לעיל וליחשב נמי זורק דזורק היינו מנסך הא ל"ק רק לפי תירוץ ר' ירמיה דמתניתן איירי בעבודת פנים א"כ ליחשב נמי הך עבודת פנים אבל אי איירי בכדרכה אטו תנא כי רוכלא ליחשב וליזיל כל עבודות כדרכה וי"ל: שם והא המן מיראה הוי נעבד: א"ל דדלמא אזהרה איכא אבל מיתה ליכא דכבר תירץ המהרש"א דאי איכא אזהרה א"כ בכלל עע"ז ומיתה נמי איכא אכן קשה לפי מש"כ הר"ן בשם הרמב"ן דהא דאביי סבר חייב אף דנהי חייב למסור את עצמו לכתחלה מכל מקום היכי דלא מסר את עצמו לא מיחייב מיתה משום דמיראה דקאמר לאו היינו מחמת מיתה אלא מחמת ממון א"כ מאי מייתי אביי ראייה מהא דנעבד כהמן תקשי איהי לנפשיה דהא התם יראת מות היה דהא עבירת ציווי המלך היה וכאשר באמת רצה המן להמית את מרדכי והרי ביראת מות לכ"ע לא מיחשב עע"ז לחייב מיתה אם עבר: שם ברש"י ד"ה נעבד כהמן.

דאי לאו הכי לא הוה מרדכי מתגרה בו: ק"ק לפי מה שכתבו התוס' בשם המדרש שהיו צלמים על לבו מאי ראייה היא זו דהמן גופיה ג"כ היה נעבד וא"ל דברייתא לא סברה כהמדרש מ"מ לפי מה שתירצו התוס' דרבא ע"כ סובר דלכך לא השתחוה מרדכי להמן שהיו צלמים על לבו א"כ מנ"ל כלל להברייתא דהמן הי' נעבד הא לרבא ע"כ היו צלמים על לבו ומזה לכאורה ראייה לתירוץ בתרא דהתוס': שם בד"ה ושויין שבשעירה.

והיחיד מביא כשבה: כאן לא הוצרך רש"י לפרש אם נאכל או נשרף דקרבת כשבה או שעירה שהוא נקבה לעולם אינו נשרף רק נאכל דנקבה אינה אלא חטאת או שלמים ותרוייהו נאכלין אבל בשעיר דאיכא ג"כ שעירי עולה או שעירים הנשרפים שאינם נאכלים בו הוצרך לפרש דנאכל וכן גבי פר איכא שאינו נשרף כגון פר שלמים שנאכל לכן הוצרך לפרש בו שזה נשרף: שם בד"ה ושויין שאינו שגגתו שגגתו תרי זימני: ק"ק הנך ב' זימני לרבנן למאי אתו ועיין בהוריות: שם בתוספות ד"ה רבא אומר.

היכי דלא מסר עצמו לא מיחייב מיתה: א"ל דא"כ מ"ט דאביי 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 שימות בהן: ק"ק דאכתי תקשי הא בפרהסיא מודה התם דיהרג ואל יעבור ואכתי תקשי לרבא אמאי יהרג הא לא עביד מידי כיון דלא קבל' לאלוה וכמ"ש

התוס' דהיה לו למרדכי להשתחות להמן אי לאו שהיה צלמים על לבו ובשלמא לתירוץ בתרא דמשום קדוש הי' ניחא אבל לתירוץ קמא קשה ועוד קשה אמאי שתירצו התוס' דא"כ מכל 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 דאמרינן הכי דגם למ"ד דיעבור ואל יהרג עכ"פ קשה מבפרהסיא דאל"כ אלא רבא לטעמיה אזיל תקשי מאי פריך מכל 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 כתירוצנו קמא ע"כ צריך לפרש בשבת (דף ע"ב ע"ב) שלאחר שהביאו שם ג"כ מש"כ הכא דל"ל דרבא לטעמיה דא"כ לא מקשה מידי מכל הנך ברייתות דמייתו הביאו שם עוד קושיא בשם הרשב"א ואי הפי' בדבריהם הוא שרצו להוכיח מדאקשי מהנך 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 אמרינן דבפרהסיא בכל המצות יהרג ואל יעבור די"ל דהכא גרע משאר מצות דליכא איסור כלל לרבא ועוד הא השתחואה שמנע מרדכי מהמן היתה בשער המלך ושם לא היה יושב שום א' מהיהודים רק מרדכי לבדו כנראה מהכתובים ובפרהסיא לא הוי רק לפני עשרה מישראל כדאמרינן לקמן: שם דף ס"ב ע"א בגמרא באומר מותר לגמרי: מה שק' מסוגיא זו אמה שכתב רש"י ריש כריתות כתבתי בספרי ע"ל שם: שם השתחואה נמי ללאו 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 השתחואה דלחלק אתי מללאו ורק השתא דכתיב לא תעבדם ע"כ מוקמינן ללאו אכן ק"ק דא"כ אכתי מנ"ל דללאו יצאת דלמא לחלק אהשתחואה 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' כהן משוח כתיב דלא מיחייב רק בהעלם דבר ובזה לא שייך אחת שהיא הנה י"ל כיון דכתיב קודם כל החטאות לאו אכהן משוח אלא אכל החטאות דכתיב אח"כ ושייך בהו הנה שהיא אחת קאי ולכן אמרינן לקמן דאלו הכא כתיב במשיח פר כו' דאכולהו קאי שם דכ"ע השתחואה לחלק יצאת: ק"ק הרי בכריתות (דף ב' ע"ב) מצרכינן 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 בכך או כל העבודות פנים ולהכי אתי השתחואה לחלק דחייבים גם על א' בפ"ע כמו מכל התועבות גבי עריות אבל אכתי לית לן קרא דאם עשאן כולן בהעלם א' דחייבים על כל א' וא' גם מ"ט דר"י דאמר פוק תני לברא וכן קשה ג"כ אמה דפריך בש"ס לקמן (דף ס"ג ע"א) ומי אמר אביי הכי והאמר אביי שלש השתחואות כו' דג"כ י"ל כן דבאמת אתי השתחואה 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 שייך קושיא זו לרבי אבא דוקא אמתניתן דהוריות (דף ג' ע"ב) הו"ל לאקשווי דאמרינן שם הורו ב"ד שיש ע"א בתורה אבל המשתחוה פטור הרי אלו חייבים והרי ב"ד אין חייבים עד שיורו בדבר שזדונו כרת ושגגתו חטאת כדאמרינן שם (דף ח' ע"א) ואי אתיא חילוק מאחת מהנה ע"כ השתחוואה ללאו יצאת ואין כאן חטאת די"ל דהמ"ל דמתניתן כרבי נתן אתיא דלית ליה דרשה דמאחת מהנה וע"כ צריך השתחוואה לחלק אבל לרבי אבא דסבר למימר דרבי זכאי סבר כרבי יוסי פריך שפיר גם לר"י אכתי לא אתי שפיר: שם ברש"י ד"ה העלם דבר.

אבל המשתחוה מותר: ק"ק הא בכה"ג לא מקרי העלם דבר להתחייב עליו כיון דהשתחוואה כתיבא באורייתא ה"ל דבר שהצדוקים מודים בו וכדאמרינן בהוריות (דף ד' ע"א) ורק השתחוואה שלא כדרכה חשיב בש"ס שם העלם דבר וכה"ג הקשו התוספות לעיל (דף ל"ג ע"ב) לענין העראה ע"ש ואפשר לומר דרש"י לא רצה לפרש כאן אלא החילוק שבין העלם כל הגוף להעלם מקצתו אבל לא שיתחייב בכה"ג: שם בד"ה אינו חייב אלא אחת.

באזהרה א' הן לא תעבדם: א"ל דא"כ דטעמא דרבי זכאי מכח לא תעבדם איך תליא רבי אבא זה בלחלק או ללאו יצאת הא הכא ע"כ לא אתי לחלק כיון 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 והשתחוואה ואעפ"כ פריך מהא דאביי אדר' אמי דדריש לא תעבדם ע"ש אכן לפירוש התוספות שם בלא"ה א"ש דלא דריש ר' זכאי לא תעבדם: שם בד"ה השתחוואה נמי.

ואע"פ שחייבים עליה מיתה: עיין בר"ן שהביא דעה א' שאין חייבין מיתה בהשתחוואה למ"ד ללאו יצאת אך דקשה לפי מה דאמרינן לקמן ג' השתחוואות ל"ל אחד לכדרכו וא' לשלא כדרכו ואי אין בהשתחוואה אלא ל"ת לחוד שלא כדרכו שלו הוא בכלל לא תעבדם דאתיא מיניה גיפוף ונישוק וכדומה וא"כ לא תשתחוה 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 ממות יומת ואמרינן שם דמאחת מהנה לא משמע ליה וכבר כתבו התוס' שם (דף ק"ו ע"א) דר"ש כוותיה ס"ל וא"כ מאי קושיא ארבי אבא דלמא לעולם סבר ללאו יצאת ומ"מ ל"ק מאחת מהנה דלמא לא ס"ל כשמואל ור"ש וי"ל דודאי אי איכא למיזרש לחלק או ללאו ביותר דרשינן לחלק דלחומרא מקשינן וכמ"ש הר"ן ורק אליבא דר' יוסי רצה ר' אבא לומר מדדריש התם ללאו אף שיש לדרוש לחלק ג"כ רצה ר' אבא לתרץ דעת ר' זכאי אבל אליבא דכ"ע ודאי יותר סברא לאוקמי לחלק מללאו ולכן אף דשם לא דריש ליה ר"ש ושמואל לחלק היינו משום דכבר כתיב מות יומת אבל הכא דלית לן קרא ודאי יותר סברא לאוקמי לחלק מללאו דרק אליבא דר' יוסי רצה ר"א לומר דאוקמי יותר ללאו מלחלק ולכן פריך שפיר: שם בא"ד כגון שוחט סימן א' לע"ז: הכי אמרינן בחולין (דף כ"ט ע"ב) לענין שוחט בחוץ ומניה גמרינן 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 דאכתי מאי פריך לר' אבא דלמא סבר כרבא אליבא דר"ל וא"כ ע"כ ליכא לפרש דמאחת מהנה

לענין ע"ז וכדפריך לקמן אלא לרבא מאי איכא למימר פירוש ודלמא סבר ר"א כרבא די"ל דאכתי גם לרבא אליבא דר"ל שייך למידרש שפיר מאחת בשחט סימן ראשון סתם וסימן שני לע"ז דחייב גם לר"ל דסבר אין לשחיטה אלא לבסוף אבל הא ליכא למימר דאף דמאחת ליכא למידרש בע"ז מ"מ כיון דאחת שהיא הנה שייך למידרש גבי ע"ז שפיר נדרוש אותו דא"כ יקשה ל"ל קרא בכריתות (דף ב' ע"ב) בעריות לחלק ת"ל מאחת מהנה וכדפריך בכאן לענין ע"ז ולא שייך בכאן תירוץ הש"ס אע"כ דבעריות לא שייך למידרש כן כיון דמאחת ומהנה לא שייך פמ למדרש כן לענין עריות: שם ע"ב בגמרא דכוותי גבי שאר מצות דאכל חלב ודם: א"ל איך שייך בזה דכוותי 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 דאמרינן בכריתות (דף ד' ע"א) דחלב שור וכשב 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 שתיים כגון בקצירה וטחינה ובחלב בב' שמות כגון חלב שור וחלב כשב אינו חייב אלא א' וי"ל כיון דזה לא שייך רק לענין חלב א"כ לא שייך לשון הברייתא דקאמרה מה שא"כ בשאר מצות ומצוה הל"ל ואף דבאמת אוקי לענין 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 מצוה: שם אלא מאהבה מיראה הניחא לאביי: התוספות בשבת אדך ע"ב ע"ב) הקשו הא ודאי גם בשבת מאהבה ויראה חייב ע"ש ואפשר לומר דלפרש שוגג בלא מתכוין לענין אהבה ויראה זה לא שייך רק לגבי ע"ז דבעינן עם המעשה שעושה גם הכוונה שיקבלה לאלוה דמהאי טעמא פוטר רבא באהבה ויראה כמבואר לעיל לכן שפיר שייך לקרות מאהבה ומיראה שלא במתכוין אבל בשבת דלא בעינן כוונה 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 והתם פריך אברייתא גופא איך יש לפרש הברייתא לרבא ולכן שייך בלשון קושיא אבל הכא דקאי הקושיא לר' יוחנן למה אמר פוק תני לברא אדרבה לאביי קשה ולרבא א"ש אכן ק"ל דודאי מה דמקשה ארבא מהך ברייתא דר' זכאי אין הקושיא אברייתא דר' זכאי די"ל דסברה כאביי אלא ע"כ הקושיא היא ארבא איך מיתוקם הך ברייתא אליביה וא"כ איך קאמר הניחא לאביי הא גם לאביי לא אתיא הך ברייתא שפיר דגם אי סיפא שפיר מיתוקם אליביי אכתי קשה מרישא דברייתא דאוקימנא בע"ז וכדרכי אמי והא אביי ע"כ לאו כר' אמי ס"ל כדאמרינן לקמן בשמעתינן ועוד למה הוצרך להקשות כאן אלא לרבא מא"ל תיכף

לעיל כדמתרץ אתאן לע"ז כדר"א הול"ל הניחא לר' אמי אלא לאביי מא"ל: שם בתוס' ד"ה מ"ט דר"י.

ולשון מ"ט לא משמע כן: י"ל דגם רש"י מפרש כהתוס' דהקושיא היא האיך משמע מהאי קרא הא אצטריך לשם משמעון ולאבות ותולדות אך כדי שלא תקשה דלמא באמת לא דריש ר"י קרא להכי אלא לא' שהיא הנה בזה חיזק רש"י הקושיא במה שפי' דאכתי מ"ם דמאחת למאי אתיא פי' דמזה ע"כ מוכח דדריש להני דרשות וא"כ הנה שהיא א' מנ"ל ומתרץ 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 שנשבה: עיין במהרש"א שהקשה דבכריתות שם משמע דתינוק שנשבה לא מקרי שכח לגמרי ולא ידענא מאי קשיא ליה דאף אם רצה לאוקמא בתינוק שלא שכח לגמרי מ"מ הרי יש ג"כ תינוק ששכח לגמרי דהרי בשבת (דף ס"ח ע"א) מוקי רב ושמואל מתניתן דשוכח עיקר שבת בתינוק שנשבה לבין הנכרים ובשבועות (דף ד' ע"א) חשיב תינוק שנשבה לביה"נ שלא ידע מעולם שלא היה 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 גבי שבת שייך להקשות כן למה נקט שבת דוקא הא גם לענין מלאכה דגבי יוה"כ הוי הדין כן ובודאי אי אתיא חילוק מלאכות מאחת מהנה דזה שייך גם גבי יוה"כ אלא אפילו אי אתיא מהבערה דלחלק יצאת אף דזה לא שייך רק גבי שבת דהא מהאי טעמא אמרינן במכות (דף כ"א ע"ב) דאין חילוק מלאכות ביו"ט מ"מ ודאי ילפינן יוה"כ מניה כמו דילפינן גם לענין איסור הבערה למ"ד דללאו יצאת וכן ודאי ילפינן ג"כ לענין פטור מתעסק ביוה"כ ממלאכת מחשבת וא"כ כל מה דתני גבי שבת שייך גם גבי יוה"כ מ"מ א"ש דנקט שבת דוקא כיון דבשבת כתיבי קראי ויוה"כ ילפינן מניה ועוד דגם ליוה"כ קרי שבת סתמא בברייתא כדמוכח 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 דאצטריך שמואל ב' טעמים לענין חיוב דחלבים ועריות שכן נהנה ולענין פטור דשבת ממלאכת מחשבת דלכאורה בחד סגי דאם אין טעם לחיוב פשיטא דפטור וכן איפכא ובהכי א"ש דטעם דכן נהנה שייך גם בשבת ושפיר ה"א דחייב ולכן אצטריך מלאכת מחשבת ומ"מ אצטריך ג"כ טעם שכן נהנה דלא לפטור מטעם אשר חטא בה ולהכי הוצרך רש"י לכתוב גם הטעם דאשר חטא בה: שם בא"ד.

אבל מתעסק דשמואל דפטר: פי' לאביי הוצרך לומר כן. אבל לרבא בפשטות יש לפרש דמתעסק דפטור מטעם מלאכת מחשבת הוא בנתכוין להגביה את התלוש וחתך את המחובר דלחתוך את התלוש וחתך את המחובר מבה ממעטינן ולכן א"ש הא דלא הקשו התוספות מסוגיא דהכא דמשמע להגביה את התלוש וחתך את המחובר משמואל נפקא דהא הכא לרבא קיימינן דהא קאי אאלא לרבא דאמר פטור מא"ל ולרבא שפיר אתי להגביה את התלוש וחתך את המחובר ממלאכת מחשבת משא"כ בכריתות שם דמפרש הש"ס כן בין לרבא בין לאביי לכן הקשו התוס' משם שפיר אכן גם משם לא קשה רק

אי גרסינן אלא מתעסק בשבת אבל לגרסא שלפנינו דואי מתעסק דשבת דמלשון הקושיא הוא גם משם ל"ק מידי ואדרבה קושית התוספות דכאן הוא כקושית הש"ס שם ותירוצם הוא תירוץ הגמ' ועיין בבה"ז שם ולכן מתורץ קושית המהרש"א גם מה שהקשה המהר"ם בזה יש לפרש על דרך זה כיון דמה שכתבו התוס' דממלאכת מחשבת ממעטינן נתכוין לחתוך מחובר זה וחתך מחובר אחר זה לא הוי רק לאביי וכיון דלאביי ממעטינן נתכוין להגביה את התלוש וחתך את המחובר מבה ודאי דנתכוין לחתוך מחובר זה וחתך מחובר אחר לא כש"כ הוא דהא עכ"פ נתכוין לשם חתיכה ולכן א"ש ג"כ הא דכ' רש"י לעיל דנתכוין להגביה את התלוש וחתך את המחובר מבה אתיא אף דבש"ס משמע דממלאכת מחשבת ממעטינן דלעיל פ"י רש"י אליבא דכ"ע בין לאביי בין לרבא ולכן הוצרך לומר מבה דאי ממלאכת מחשבת לא הוי א"ש לאביי דלדידה אתיא מבה ולכן פ"י דמבה אתיא וכפי סוגיא דכריתות אבל הש"ס דהכא דקאי רק לרבא כדאמר דאתיא למתעסק קאמרה שפיר דממלאכת מחשבת אתיא: שם דף ס"ג ע"א בגמרא לר"ע פשיטא: דא"ל דאתי לאשמעינן דפסק כוותיה דא"כ הל"ל סתם הלכתא כר"ע אלא ודאי דלא קאמר רק דהכא הדין כר"ע וליה לא ס"ל ומש"ה לא פסק הרמב"ם כר"ע דאי רק כוותיה ס"ל ודאי דהו"ל לפסוק כוותיה: שם קמ"ל דאתקושי איתקש עיין לקמן (דף ס"ה ע"א) בתוס' ד"ה מאן תנא שהקשו דבהשתחואה לפטור מקרבן גם לר"ע ולפי סוגיא דלפנינו ניחא דהא איתקוש השתחואה ג"כ לזביחה אלא דאכתי צריכין אנחנו לתירוץ התוספות משום ידעונו שהקשו התוס' ג"כ התם.

וא"ל לפי מה שתירצו התוס' כיון דגלי קרא במגדף ילפינן מניה בכל דוכתי דמיחייב אין בו מעשה וא"כ במגדף גופא ל"ל דכתב רחמנא כרת במקום קרבן הא כבר ילפינן אומר אלי אתה בהקישא דמיחייב וא"כ הרי כבר גילה קרא באלי אתה דחייב אין בו מעשה ונילף כולהו מניה דיש לומר דהא דכתיב כרת במקום קרבן לא נחשב יתורא: שם אלמלא ו' שבהעלוך: עיין מה שכתבתי בזה בספרי ע"ל סוכה (דף מ"ה): שם ההוא כר"י.

א"ל למה לא קאמר דסבר כר' יוחנן דס"ל לקמן דעקימת שפתיו הוי מעשה דהא כבר כתבו התוס' לקמן (דף ס"ה ע"ב) בד"ה הואיל וישנו דגם ר"י לא קאמר אלא היכי דבדיבורא אתעביד מעשה וע' בתוס' לעיל ד"ה כי קאמר רב דלכאורה לא משמע כן וי"ל: ברש"י ד"ה ה"ג אמר רב אמי. ול"ג והשתחואה: א"ל דלמא לעולם סבר השתחואה ללאו יצאת ואף על פי כן חייב חטאת אהשתחואה מדאתקיש לזביחה בקרא דוישתחוו לו ויזבחו לו וכדאמרינן לקמן די"ל דא"כ לענין מאי יצאת השתחואה ללאו אי לאו לענין שלא ליחייב חטאת דהא מיתה גם למ"ד דללאו יצאת איכא כמ"ש רש"י לעיל (דף ס"ב ע"א) ולכן רש"י לשיטתו א"ש דלא גריס ליה אבל דעת הגורסים י"ל דס"ל כדעת הי"מ שהביא הר"ן שם דלמ"ד ללאו יצאת ליכא מיתה במזיד ולכן שפיר אשמעינן דגם משום השתחואה אינו חייב אלא א' דהא דנילף מהקישא לחייב חטאת אף דללאו יצאת דלא ליחייב מיתה במזיד: שם ד"ה אבל המגפף.

לא תלכו: ע' במהרש"א ומה שתירץ דבמתניתן פ"י רש"י אליבא דאביי לא משמע כן ממש"כ לעיל בד"ה לדבריו דאביי מוקי קרא ללאוי יתירי ואפשר לומר בדעת רש"י לפי



מה דמצרכינן לעיל גבי השתחואה קרא למכובדים ולמבוזים א"כ כמו כן מצרכינן גם לענין מגפף ומנשק דלא תעבדם קאי למכובדים כיון דעכ"פ הוי דרכו לעבדו בדרך כבוד מקרי זה שפיר גביה כבודה ושייך לא תעבדם אף דעבודה זו הוי לגבי' שלא כדרכה ובזה מיושב מה שהקשה הר"ן לפי' רש"י אבל לא תלכו קאי אשלא כדרכה דמבזין והיינו דכתב רש"י הכא וכגון שאין דרכו בכך פ' שאין דרכו לעבדו בדרך כבוד ולכן במתניתן דאכתי לא אסיק אדעתיה הך חילוק דמבוזים ומכובדים כ' רש"י בפשטות מלא תעבדם אבל לאחר שחילק בכך הוצרך להביא כאן עוד קרא גם לענין מבוזים: שם בתוספות ד"ה אמר ר"א.

וקשה אמאי א"ל פוק: פי' דבשלמא אי גרסינן לעיל בדרכי זכאי השתחואה ממנ"פ א"ש דאמר פוק דאי השתחואה לחלק יצאת ליחייב אכל אחת ואחת ואי ללאו יצאת א"כ מ"ש דנקט בכלל עבודות ומדנקט ע"כ דס"ל דלחלק יצאת ולכן אמר שפיר פוק אבל לפי מש"כ רש"י דלא גרסינן השתחואה בדרכי זכאי קשה שפיר כקושייתם א"כ י"ל הא דנקטו קושיא זו הכא דוקא אחר שהביאו גירסת רש"י הוא משום דלתירוץ ר"ת תרוייהו יתורצו: שם בד"ה אלא על כל.

לעושה בשגגה יצא מגדף: מה שי"ל בזה כתבתי בחידושי לכריתות (דף ז') ע"ש: שם בד"ה כי קאמר רב. מיתוקמא דרב אפילו כרבנן: והא דפטרי רבנן במגדף היינו משום שישנו בלב כדאמרינן לקמן (דף ס"ה) ואף דע"ז תליא ג"כ בכוונת הלב כבר כתבו התוספות שם דלפי מה שפירשו דבסתם ע"ז אפי' מאהבה ומיראה חייב א"ש אכן לענין אלי אתה יש לעיין אי שייך בזה דליחייב בלא כוונה ואי לא חייב א"כ א"ש הא דהוצרך לומר דרב דוקא כר"ע קאמר ולא כר"י ואפילו כרבנן ועמ"ש הר"ן לעיל גבי פלוגתא דמאהבה ומיראה בשם הרבינו דוד: שם ד"ה משום דהוי.

דהוי אזהרה לבן סורר ומורה: בישוב קושיא זו אפשר לומר כיון דבמכות (ריש פ' אלו הן הלוקין) פליגי ר"י ור"ע אי לוקין אלאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד דר"י סבר לוקין ולתירוץ אביי שם אפילו לר"ע לוקין היכי דאתרו ביה למלקות ע"ש ולכן ניחא ליה לומר הך טעמא דלאו שבכללות דליכא מאן דפליג דאי משום שניתן לאזהרת ב"ד זה תליא בפלוגתא דתנאי או אפשר דסובר כתירוץ אביי שם דלכ"ע לוקין הכא כיון דודאי לא אתרו בי' בכל הני רק למלקות דהא מיתה לא שייך בהו: שם בא"ד היכא.

דלא יכול לבוא לידי מיתה: מזה משמע דלא קשיא להו רק לענין אזהרת מיתת ב"ד וק"ק למה לא קשיא להו ג"כ לענין לאו שבכללות דליגמר מהכא דלקי דהא גם לענין לאו שאין בו מעשה הוי ילפינן במכות (דף ד' ע"ב) מלקות לעדים זוממים ומש"ר אי לאו דפרכינן צד חמור ור"י דלא פריך באמת יליף וכמו כן נילף גם לענין לאו שבכללות מבן סורר: שם בד"ה על כולם.

אפילו למ"ד בפ' כל שעה: הרמב"ם (בספר המצות שורש ט') כתב דאביי שם פליג באמת אהך דהכא ולפ"ז הוי מצי לתרץ אמאי דמקשה הני נמי לאו שבכללות הוא דרבי אלעזר כאביי ס"ל דלוקין אלשב"כ: שם בא"ד. דמשמע כל מלאכה שהיא עבודה: ואף דבשבת לא כתיב רק לא תעשה כל מלאכה ולא כתיב עבודה מ"מ ל"ק איך מחייבין מיתה אלאו דשבת דדוקא אין לוקין אלאו שבכללות קאמרינן משום דלא דמיא ללאו

דחסימה אבל מיתה עונשין וכמש"כ לעיל לענין לאו שאין בו מעשה אכן ק"ק אמה דקאמר ר"י בשבת (דף קנ"ד ע"א) דאין לוקין אלאו דמחמר דלאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד הוא ואפילו למ"ד לוקין כו' ע"ש ולמה ליה הך טעמא תיפוק ליה דלאו שבכללות הוא וליכא מאן דפליג על זה דאין לוקין ולכאורה יש ראייה מזה למה שתירץ הר"ן על קושית התוס' בשם הרמב"ן ע"ש: שם ע"ב בגמרא ולא יגרום לאחרים: פי' דגם זה משמע מלא ישמע על פיך דהפי' דעל הוא ע"י פיך שאתה גרמת לזה וכן לפי מש"כ התוס' דלפי האמת אתיא כן מלא תזכירו ודאי דלא תזכירו משמע ג"כ לא תעשו שיהא נזכר אכן הר"ן כ' דזה אינו רק מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא הוא ולכן נ"ל דגם הרמב"ם פסק דאין לוקין על גרם זה אף דאנודר ומקיים פוסק דלוקה והלח"מ בפ"ט מה' סנהדרין הקשה זה עליו ולפ"ז א"ש: שם ואי לא כתיבא לא מתיב רב משרשי: ק"ק דה"ל להקשות ממתניתין דע"ז (דף מ"ד ע"ב) שאמר ר"ג אין אומרים נעשה מרחץ נוי לאפרודיטי והאיך הזכיר שמה הא שם ע"ז דלא כתיבא היא ומדהזכיר גם המין שמה כן משמע דזה היה שמה ממש ודוחק לומר שלא היתה ע"ז זו בשום מקום רק במרחץ ואותה לא דן ר"ג לע"ז דא"כ דלא היתה נעבדת כלל אין כאן ע"ז ואי היתה נעבדת שם במרחץ איך קאמר ר"ג את שנוהג משום אלוה הא אפילו אעבודה דרך גנאי חייב.

וי"ל: שם בתר דאביקו ביה: ה"ה דהוי מצוי למיפרך ג"כ מהא דאמרינן לקמן (דף ק"ב) דאמר מגשה לר"א בחלמא אי הות התם הות נקיטנא בשיפולי גלימא ורהטת אבתראי ולתריץ ג"כ בתר דאביקו ביה אלא דמקשה מתינוק גם אחר שתירץ בתר דאביקו דבתינוק לא הוי ס"ד דשייך אביקו בי' וכן לענין מאי דמקשה ממה דבעי רחמי שיבא בידם יצרא דע"ז כיון דבאותה שעה לא היה לע"ז לא הוי ס"ד דשייך אביקו ביה ולכן מקשה מהני גם אחר שכבר תירץ בתר דאביקו בי' אבל מהך דמנשה לא הוצרך להקשות דפשיטא דהוי שייך לתריץ הכי: שם בתוספות ד"ה שלא ידור הוי מוקמינן ליה לנודר ומקיים: אכן לפ"ז קרא דלא תזכירו ה"ל לדרוש לנודר ומקיים שהוא הפסוק הראשון ולפי תירוץ א"נ דהתוספות אתי זה שפיר: שם בא"ד.

וי"ל דמשום הכי קאמר ד"א: וכן נראה גם דעת רש"י ובהכי א"ש למה דהביא במתניתין אנודר ומקיים קרא דלא תזכירו ומה שהקשה המהרש"א בזה עיין בלח"מ בפ"י מה' סנהדרין: שם בד"ה אסור לאדם ואע"ג דהתם ספק והכא ודאי: ק"ק דהא גם הכא ספק הוא דהא אם שייך להציל מידו כשיטול עליו שבועה היינו דדלמא ימנע הנכרי מלישבוע לשקר ויחייב לשלם וא"כ הרי ספק הוא שמא לא ישבע דאם ישבע ודאי אין כאן הצלה מידו: שם בא"ד דב"נ לא הוזהרו ע"כ: המפרשים פירשו דעל שיתוף לא הוזהרו ומטעם זה הוקשה למהר"ם ל"ל לשמואל למימר והתורה אמרה לא ישמע על פיך תיפוק ליה מלפני עור אכן אפשר לפרש דעת התוס' דלישבע בשם ע"ז לא הוזהרו ב"נ דקרא דלא תזכירו רק גבי ישראל כתיב: שם דף ס"ד ע"א בגמרא הזורק אבן במרקוליס תנן.

אכן הרמב"ם הביא הזורק אבן למרקוליס והרי לאוקימתא דש"ס אינו חייב עד שיזרוק בו ולא לפניו: שם במתניתין אינו חייב עד שימסור למולך: הא דכפיל ליה אף דכבר תני ברישא י"ל דאתי לאשמעינן דבעינן 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 בעינן התראה קודם שימסור למולך ואז התראת ספק הוא שמא אח"כ לא יעבירונו ודמי זה למה דאמרינן בשבועות (דף כ"ח) דאכלי' לאיסורא והדר אכליה לתנאי' התראת ספק הוא ובשלמא לפי דעת רש"י דהכומרים 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 כיון דאין עושה במסירה זה איסורא דליחייב עליו רק אחר שהעביר אותו וי"ל: שם בגמרא כל שהמליכוהו עליהם: לפי מש"כ הרמב"ן דלמ"ד מולך היינו ע"ז כל ע"ז שמה מולך מדהמליכוהו עליהם כנ"ל א"כ לכאורה קשיא מנ"ל דר"ח בן אנטיגנוס כרשב"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 כדרכה.

ואגב אזכיר פה עוד שלפי דברינו הנ"ל א"ש מה שכ' הרמב"ם אחר שהביא דעבודה זו דהבערה באש היתה עבודת מולך כתב 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 כיון דלמ"ד מולך הוא ע"ז ע"כ עבודה דהעברה למולך שלא כדרכה הוא דאי כדרכה הוא ע"כ מולך לאו ע"ז הוא וא"כ שלא למולך פטור וזהו מה שכתב הרמב"ם לפיכך כיון דכ' דהעברה היתה עבודת המולך א"כ ע"כ מולך לאו ע"ז הוא ולפיכך פטור אע"ז אחרותם שם ברש"י ד"ה איבעו ביעתא.

דאפילו אותן שהיו גמורות: ק"ק מנ"ל לרש"י הא דהא כבר ביום הג' היה ולא היה כאן ביצה גמורה וי"ל דאמרינן בביצה דכל ביצה דמתילדא האידינא מאתמול גמרה לה וא"כ ודאי שנתעברה בו עכ"פ ביום שלפני גמרו וא"כ ביום שחבשוהו היו יכולים תרנגולות להתעבר והביצים יגמרו ביום הב' וביום ג' יולדו ולמה לא מצאו ביצה בשום מקום אע"כ דגם אותן שכבר נתעברו וגמרו פסקו מלצאת: שם ד"ה אחד למולך.

שאם עשה שלא כדרכה חייב: ולפ"ז צ"ל דמולך לאו שם ע"ז מיוחד אלא כל ע"ז בשם מולך יכונה שהוא מלשון מלכות א"נ דמולך היה ע"ז מיוחד ובה היה עבודת העברת זרעו שלא כדרכה וב' פירושים אלו כ' הרמב"ן בפירושו על התורה והנה פ"ה הראשון לכאורה לא יתכן לפי מה שכתבו התוס' לקמן בד"ה למעביר בנו ע"ש דמוכח דלמ"ד מולך ע"א הוא ע"ז מיוחד בשם זה יכונה וגם על הפ"ה השני ק"ל דמהנראה בפסוק (מלכים כ"ג) דרך מולך היה לעבדו בהעברת בנו ובתו באש דכן כתוב שם דיאשיה המלך החריב את המקום אשר היו מעבירים בניהם באש למולך הרי דה"ל זה רגיל וא"כ עבודה זו כדרכה היא אצלו.

וכן נראה מירמיהו (ל"ב) שהוכיחם על ששורפים בניהם למולך גם כבר הקשו הראשונים ממה דאמרינן לקמן דרך העברה היכי דמי במצעי נורא וגבי חזקיה אמרינן שסכתו אמו סלמנדרא אלמא שריפה ממש הוא עיין ברש"י ור"ן והנלע"ד דתרי גווני העברה איכא העברה באש שהיא שריפה ממש שמעבירו בתוך האש וזאת היתה עבודה כדרכה למולך והעברה ביני נורא שדומה לזה קצת שהוא ג"כ העברה בין האש וזה הוי

במולך שלא כדרכה ולכן מה שהזהירה התורה גבי מולך ע"כ היינו ביני נורא שהוא העברה שלא כדרכה אבל עכ"פ דרך העברה בעינינו וזהו מה דאמרינן לקמן דהעברה למולך שבמקרא היינו ביני נורא אבל העברה דמלכים ודירמיה ודאי שהוא שריפה ממש שהוא עבודה כדרכה 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 כיון דאין ע"א זה בעולם או אם אסור להזכיר שם ע"א שהיתה כבר דלפ"ז מה שכתב ר"ת דקילוס שמה הוא כתיב ולא קרי: שם בד"ה אף ע"ג. דהא אפילו עובד מאהבה: לפי תירוץ א"נ בתוס' לעיל (ד' ס"א ע"ב) בד"ה רבא דאביי ורבא לא פליגי אלא בע"א שהכל עובדים מאהבה ומיראה ל"ק הכא מידי ולא צריך לאוקמא לעובדה בביזוי 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 במתכוין לבזוי לחוד כדמוכח מהך דרב מנשה אכן לפ"ז אכתי יקשה מהך דמאהבה ומיראה דהא רבא אפילו בשוגג פטור מחטאת כמו שפי' רש"י לעיל וכן מוכח מהא דמייתי אביי מהא דתניא כהן משיח בע"א דאי לענין שוגג מודה רבא דחייב לא מייתי רביה מהתם ועל הרמב"ם ודאי ק' כקושית התוס' דמאהבה ומיראה פסק כרבא (בפ"ג מה' עכו"ם) ובמתכוין 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 דודאי במתניתן דלעיל המ"ל דאתיא כמ"ד דמולך היינו ע"ז וקתני העובד ע"ז דהיינו כדרכו וקתני והנותן מזרעו למולך שהוא שלא כדרכו וקתני מולך דוקא משום דבי' כתיב סקילה בפ' בקרא אבל לאחר דקתני במתניתן דלעיל אחד העובד ואחד המזבח ואחד המקטר שהוא כדרכה ושלא כדרכה ולא קתני מולך בהדה משמע דמולך הוא דבר לעצמו ושלא כדרכה 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: הר"ן הקשה לפי פי' רש"י מאי מייתי תניא נמי הכי הא גם במתניתן כתוב כל מה שכתוב בברייתא גם הקשה למה לא קאמר ויעבירוהו באש גם הקשה בת"ח איך ס"ד דאם מסר ולא העבירוהו יהא פטור והעברת הכומרים יביא לו החיוב ואפשר לפרש דר' ינאי הכי קאמר דהא דאמרינן במתניתן אינו חייב עד שיהיו שניהם מסירה והעברה וע"ז קאמר דאינו חייב פי' דאמסירה לחוד אינו חייב אלא כשנותנו לכומרים כיון שהם יעבירוהו שייך בזה לא תתן להעביר למולך לאפוקי אם מסר למולך לחוד ולא העביר פטור כי מתניתן אבל באמת כשמסר למולך בעצמו והעבירו באש חייב כיון דעכ"פ היו שניהם אבל כשלא העביר בעצמו אלא שמסרו כדי להעביר זה לא שייך רק במסירה לכומרים ועל זה מייתי תנ"ה יכול העביר ולא מסר ולא קתני למולך דבזה אין חילוק אי מסר למולך או לכומרים אבל בסיפא קתני מסר למולך ולא העביר יכול יהא חייב הכא קתני למולך דוקא דבזה פטור אם לא העביר כיון דכתיב להעביר למולך וכשמסרו למולך אין זה מסירה כדי להעביר דהרי המולך בעצמו לא יעבירוהו אבל אם מסרו לכומרים מאז שמסרו חייב אף שלא העבירוהו אח"כ כיון דנתניה לצורך העברה עבד ועבר על לא תתן להעביר ולפ"ז יהיה הדין דבמסר למולך

והעבירו וכן במסרו לכומרים אף שלא העבירוהו יתחייב אבל במסרו למולך ולא העבירו פטור אכן דעת הרמב"ם אינה כן: שם סומא מהו ישן מהו: ה"ה דהוי מצי למבעי ג"כ חגר וקטן שאינו יכול לילך ברגליו ולקפוץ מהו ולפ"ז הרמב"ם דפסק בסומא וישן דפטור כיון דלא נפשטה איבעי' וספק נפשות להקל גם בחגר וקטן פטור: שם ת"ל בתתו מזרעו: א"ל דא"כ בנו ובתו ל"ל דכיון דרצה התורה לכתוב לא ימצא ללאו לחוד א"כ ע"כ צריך לכתוב התם או מעביר מזרעו באש או כדכתיב באמת מעביר בנו ובתו באש כתי' חזא מינייהו אבל הכא פריך שפיר דכי מזרעו ובתתו מזרעו מיותר לגמרי דכבר כתיב ברישא דקרא כמו שפי' רש"י גם א"ל דהכא מצרכינן מזרעו לרבות בן בנו ובן בתו ובקדושין (דף ד' ע"א) אמרינן דלא מצרכינן קרא להכי דבני בנים הרי הן כבנים כבר תירץ הריטב"א שם בשם התוס' דדוקא היכי דכתיב זרעו אמרינן אבל בכלל בן ובת לא הוי בני בנים בכלל.

אך דלפ"ז ק"ק ל"ל דכתיב בן ובת ומצרכינן ב"ב לרבות מזרעו לכתוב הך מזרעו גבי לא ימצא ולא לכתוב ב בן ובת כלל וממילא ידעינן ב"ב גם כן ואפשר לומר דאם כן לא הוי ממעטינן ממ"ם דמזרעו מקצת זרעו ולא כל זרעו אלא הוי ממעטינן או זכרים או נקבות ולכן כתיב בן ובת דאתרווייהו מיחייב: שם זרע פסול מניין: פי' זרע זרעו פסול מניין דבני בנים לא אתו רק מזרעו ובכלל זרעו לא הוי רק זרע אשר אבל לבניו ובנותיו לא אצטריך ריבוי לזרע פסול דבכלל בן הוי ג"כ זרע פסול כמו שהוכיחו התוס' ביבמות (דף כ"ב ע"ב) ע"ש: שם בך בעצמך: ק"ק דאכתי עונש מנ"ל גבי מעביר עצמו וא"ל כיון דשוה לו לענין אזהרה שוה לו נמי לענין עונש דאימא מזרעו יתירא לא אתא לרבות זרעו פסול אלא למעט מעביר עצמו מעונש דדוקא אזרעו חייב אבל אעצמו לא: שם למעביר בנו שלא כדרכה: א"ל דא"כ מאי מקשה לעיל (דף ס' ע"ב) יכול שאני מרבה המגפף והמנשק דא"כ דילפינן מהשתחואה דאכל שלא כדרכו חייב קרא גבי מולך לשלא כדרכו ל"ל די"ל דברייתא אתיא כמ"ד מולך לאו ע"א הוא: שם בתוספות ד"ה העביר כל זרעו.

וא"ת מקמא מיחייב ליה: ולא ניחא להו למימר דבאמת כשהעביר הראשון מתחייב ורק אם עבר גם האחרים יפטור מחיוב זה כשלא דנו אותו עדיין וכמ"ש הכ"מ בה' ע"ז דא"כ התראת ספק היא שמא יעביר גם האחרים אכן לא ידעתי למה לא ניחא להתוס' לפרושי דאצטריך קרא היכי דלא אתרו ביה בראשון דלא מחייב ובשני דאתרו ביה גם כן פטור כיון שהעביר כל זרעו: שם בא"ד.

או שהעבירם בבת אחת: כיון שודאי יש שיעור לחיוב העברה או בתחלת האש או בסופו א"כ לכאורה לא שייך בבת אחת אלא לריה"ג דסבר אפשר לצמצם אבל לרבנן דסברי אי אפשר לצמצם לא וע' בבכורות (דף י"ז): שם ד"ה שלש כריתות. מוקי כי דבר ה' בזה לפורק: ק"ל מאי קושיא בזה אשיטת רש"י הא הוא פי' שם דכי דבר ה' בזה הוא דבור ראשון שנאמר בסיני דהיינו אנכי ה' אלהיך כמו שפי' גם כאן וא"כ ודאי דע"ז הוא ג"כ בכלל כופר בעיקר וממילא ידעינן כדרכו בע"ז ואיתר ב' כריתות חד לשלא כדרכה וחד למולך: שם בד"ה למעביר בנו.

כיון דגבי מולך כתיב ק"ק אכתי למה לא הוי ילפינן שאר ע"ז במ"מ ממולך כדהוי בעינן למילף לעיל כל שלא כדרכו מהשתחואה ובישוב עיקר קושיתם י"ל דלכך כתיב מולך לחוד כי היכי דלא נחייב שלא כדרכו בכל העבודות כגון חיבוק ונישוק וכמ"ש מהר"ם באמת ולהכי כתיב מולך לחוד ומיני' מוכח דלא נילף כל שלא כדרכו מהך קרא דע"ז אלא רק ד' עבודות דהוי כמו ב' כתובים הבאים כאחד: שם בד"ה וכי ג' עולמות.

וי"ל דר"י: עיין מש"כ המהרש"א בזה אכן לכאורה נסתר תירוצו עפמ"כ התוס' (ריש פ"ב דזבחים) דהיכי דאיכא למידרש מידי לא סבר ר' ישמעאל דברה תורה כלשון ב"א: שם דף ס"ה ע"א במתניתן והנשאל בהם: עיין במהר"ם שהקשה למה לא קאמר השואל בהם ואפשר דהנשאל בהם לא אשואל קאי אלא אהדבר הנשאל בהם שזה מוזהר באזהרה: שם בגמרא ואפילו לרבנן והתניא: בלא הך סוגיא דהכא הוי מצי למיפרך אמירא דר"ל דמאן תנא השתחואה ר"ע היא כיון דעיקר קושיתו הוא דליתני יצא מגדף ובעל אוב: שם אלא אמר עולא במקטר לשד: יש לפרש דעולא חזר גם מהא דתירץ לעיל דלכך ר"י לא אמר כר"ל משום דמתניתן ר"ע היא אלא ה"ט כיון דאיכא גם מקטר לשד דמעשה הוא להכי שפיר הוי מצי למיתני ידעוני במקטר לשד אי לאו דהואיל ושניהם בלאו א' נאמרו ולפ"ז גם לר"י בידעוני מקטר לשד חייב ובהכי א"ש פסק הרמב"ם (פ"ו מה' עכו"ם) ע"ש ובלח"מ: שם אע"ג דבמכוין דלא ליזקי: בכריתות לא גרסינן כן ושם פי' רש"י דהחידוש הוא אע"ג דלא חשיבי וזהו נגד סוגיא דהכא גם גרסינן שם דאי אזלא אבתרה שרי והתוס' הקשו שם דאם יש פקוח נפש מאי רבותא ואי אין פקוח נפש למה מותר ולפי גירסא דהכא לק"מ וא"ל אמה שפי' רש"י וכגון שאין רצין אחריו דליכא פקוח נפש דהא בברכות (דף ל"ג ע"א) משמע דאפילו כשאין רץ אחריו איכא סכנה בעקרב דאמרינן שם ל"ש אלא נחש אבל עקרב פוסק ובנחש ג"כ מותר להפסיק כשרץ כנגדו כמ"ש התוס' בשם הירושלמי א"כ ע"כ בעקרב אפילו כשאין רץ כנגדו איכא סכנה ויש לחלק בין רץ כנגדו בכעס לרץ אחריו: שם ברש"י ד"ה ר"ל אמר.

דכתיב ועשה אחת: גם כאן קשה כמו שהקשו התוס' לעיל (דף ס"ג ע"א) דלא מועשה א' אלא מלעושה בשגגה אתיא: שם בתוספות ד"ה והנשאל בהן. וי"ל איפכא: ואל תפנו אל האובות הוא אזהרה לאוב וידעוני וכן דעת רש"י לקמן ובחומש וכן דעת הרמב"ם.

ולפ"ז צריך לפרש אל תפנו אל האובות פי' להדמות להם במעשיהם: שם בא"ד. וי"ל איפכא דאזהרה לנשאל: וכן פסק גם הרמב"ם דאזהרה לבעל אוב מאל תפנו אל האובות וכן הוא ג"כ בירושלמי.

אכן לכאורה מגמ' ספ"ק דעירובין לא משמע הכי דפריך שם אלא מעתה אל תפנו אל האובות ה"נ דלא לקי ואי לשיטת הרמב"ם והתוס' 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 כיון דאיכא נפקותא לדינא מאיזה לאו 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' שמוקדם 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.

דלכך כתובים ב' לאוין: ק"ק הא ע"כ צריך לכתוב הכי דלא תעשו ולא יוסך לא שייך להכניס בחד לאו גם למה לא אמרינן הכי ג"כ לענין חילוק מיתה מדכתיב אוב או ידעוני ולא כתיב וידעוני דבהכי גלי קרא לחייבו ב' חטאות וא"ל דאו ידעוני צריך לכתוב דאל"כ ה"א דאינו חייב עד שיעשה שניהם אוב וידעוני דהתיינה לר' יאשי' לקמן (דף ס"ו) דמצריך קרא לחלק אלא לר' יונתן מא"ל: שם בתוספות ד"ה הואיל וישנו.

וק' השתא השתחואה: עיין בר"ן שלפי מה שפ"י הואיל וישנו בלב מיושב הקושיא זו: שם ע"ב בגמרא וקול לר"י לאו מעשה הוא: בפשטות לא הוי מצי להקשות מהך ברייתא אר"י שם בב"מ בלא סוגיא דהכא די"ל כמו שמתרץ באמת שאני עדים זוממין שישנם בראי' אבל לפי מה שתירץ הואיל וישנו בקול ולא ס"ל הך דישנו בראי' פריך שפיר ולכן הוצרך לתרץ רבא באמת הכי: שם עונה כדרכו ועונה בשבת: יש ליתן טעם למה דגלגולת עונה בשבת ומעלה בזכורו אינו עולה בשבת כיון דהא דיש כח 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 צריך 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 ואינן בכלל מעונן: שם ברש"י ד"ה מתיב ר' זירא.

ת"ל ועשה: אף דבריש כריתות משמע דמלעושה בשגגה ממעטינן 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 דועשה ובד"ה אי הכי קרא דלעושה בשגגה ולפ"ז א"ש דבד"ה ר"ל שרצה למעט בעל אוב הביא קרא דת"כ דועשה ובד"ה אי הכי דאתי למעט מגדף הביא קרא דלעושה כמתניתן דכריתות אכן מ"מ לא מתורץ בזה מה שהקשו התוס' לעיל (דף ס"ג ע"א) כיון דשם לענין ע"ז איירי וקרא דלעושה בשגגה גם גבי ע"ז כתיב: 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 דממעטינן כל הני מחטאת משום דלא כתיב בהו כרת ובעינן דומיא דע"ז דכתיב בי' כרת: שם ד"ה ידוע.

שם חיה: והרמב"ם בפ"י המשניות ובחיבורו כתב שהוא שם עוף אכן כשיטת רש"י הביא הר"ש (בפ"ח דכלאים) בשם הר"י בן קלונימוס ע"ש: שם ד"ה אי בעי צדיקי. להיות נקיים מכל פשע: ולפ"ז ק"ק למה כינה להם בשם צדיקים אי בעו אינשי להיות צדיקים הל"ל ועוד הד' שמתו בעטיו של נחש כדאמרינן 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 כדכתיב כי עונותיכם היו מבדילים ובצדיקים אין הבדלה ואהא מייתי מעשה מרבא ורבי חנינא ור"א דבאמת ברו להם בריות בראשית: שם בתוספות ד"ה יצאו עדים.

וי"ל דמשכחת א"נ כגון: אכן ק"ק דלפ"ז לא הוי שייך לרבות הני משום חייבי מיתת ב"ד הא בכה"ג לא הוי שייך כלל מיתת ב"ד וכמו כן הוי מצי לתרץ כגון שהעדים הם טריפה דאין נהרגין משום דהוי 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 מכל הני: שיטת רש"י נ"ל כמו שתירצו 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' ראייה ממה דאמר ר"י לתנא לא תיתני מימר דוקא דבנשבע ומקלל חבירו בשם לא חשיב הדבור מעשה דתרווייהו ישנו בלב דבשבעה בעינן פיו ולבו שוין כדאמרינן 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 והרי בעדים זוממים לא שייך זה דהרגו אין נהרגין ואי לא בעינן רק שיכוונו לעשות מעשה על ידיהם א"כ מ"ש מעד"ז דפריך דוקא גם אמסית ומדיח הוי שייך להקשות כן דהא גם הוא כיון שיעשה מעשה ע"י ואפשר לומר דהוי מצי לאוקמא הך מסית ומדיח במדיחו ומסיתו לומר אלי אתה דאין כאן מעשה ואותו מסית דאתעביד מעשה ע"י ממועט 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 הוי 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 הכא קאמר לוקין למ"ד לאו שאב"מ לוקין.

אכן כוונת התוס' היא פשוטה שרצה לתרץ כי היכי דלא תיקשי ר"ל אר"ל כמו שנראה מהא שהקשו התוס' בב"מ שם קושיא זו ושם ודאי לא שייך כפירוש המהרש"א כאן: 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 כדרכו אלא יושב בין הפרקים ואיך אפשר שיושב על זכורו של מכשף ובין פרקיו אלא ודאי דמ"ש רש"י על זכורו אמת קאי וזה מה שתמהה ב"א דשאול שהיא רצתה להעלות שמואל בזכורו והוא עלה כדרכו ולכן אמרה ראיתי אלהים עולים כמבואר במדרש: שם דף ס"ו ע"א בגמרא לא תנחשו ולא תעוננו וכו' ובדגים: ובר"ן היה גורס ובכוכבים והקשה עליו ע"ש.

אכן לפענ"ד גירסא זו נכונה היא דלכאורה קשה מה חידש לנו ברייתא זו יותר מברייתא דלעיל דמפרש מעונן ומנחש אכן זה א"ש ע"פ מה שיש להבין למה אין לוקין ב' מלקות אמעונן או מנחש דהא תרי לאוי כתיבי ב'י' חד לא ימצא בך וגו' מעונן ומנחש דמשנה תורה ואידך לא תנחשו ולא תעוננו דת"כ והרמב"ם לא כתב רק חד מלקות וזה ודאי



דאלאו דת"כ ואלאו דמ"ת לוקין ב' אף שהם באותו דבר עצמו וכדאמרינן במכות (דף ט"ז ע"ב) לענין אכל פוטיתא ע"ש ובשאר דוכתי אכן זה א"ש דתרי גווני מנחש איכא הא' שמאמין בסימנים הבאים לו מעצמו כגון פתו נפלה מפיו צבי הפסיקו בדרך וכברייטא דלעיל ואידך שעושה לו סימנים לשאול בהם דבר העתיד או ההווה כגון נחש ינחש בו איש אשר כמוני דיוסף שהי' מכה בגביעו והגיד להם נסתרות ובכלל זה הוא ג"כ מי שרוצה לידע עתידות ע"י גורלות וכמבואר (בי"ד סי' קע"ט) וכן הוא ג"כ לענין מעונן דאיכא ג"כ תרי גווני הא' המחשב עתים ושעות דלעיל והב' מי שמנחש בכוכבים וחוברי שמים והן הנה התרי גווני דכתיב בקרא וזהו מש"כ הרמב"ם (פי"א מה' עכו"ם הל' ח') איזהו מעונן כו' אסור לעונן אעפ"י שלא עשה מעשה שנאמר לא תעוננו וע"ש בכ"מ שכתב דהרמב"ם סובר דהאומר זה היום יפה היינו ע"פ איצטגנינות מפני שלא מצא מראה מקום להלכה שניה דהרמב"ם.

ולפ"ד א"ש דהרמב"ם בה' ח' כ' איזהו מעונן והיינו מעונן דמ"ת ובה' ט' כתב דלוקה משום לא תעוננו והיינו פסוק דת"כ והוא ע"פ הב' ברייתות דסוגיין דלפנינו ולפ"ז מתורץ מה שהקשה הר"ן דהכא משמע דאיצטגנינות הוא בכלל מנחש ומעונן ובפסחים אמרינן מניין שאין שואלים בכלדיים ת"ל תמים תהיה דאיצטגנינות דהכא איירי באותו שמעונן בכוכבים וחוברי שמים וזה הוא בכלל לא תעונן אבל במי ששואל מהמעונן זה אינו רק בכלל עשה דתמים תהי': שם בתחומין ואליבא דר"ע: עיין מה שהקשה הר"ן בזה דלשיטת הרי"ף לימא תחומין די"ב מיל ואליבא דכ"ע אכן כבר תירץ ע"ז הרמב"ן בספר המלחמות (ספ"ק דערובין) דלא רצה למינקט הכי כיון דלא הוזכרה שיטת רבנן בפירוש כשיטת ר"ע: שם איש איש לרבות בת טומטום: המהרש"א הקשה ארש"י על התורה דכתב דבת טומטום ואנדרוגינוס מומקלל אביו ואמו נפקא ולא ידענא מאי קמ"ל דפשוט הוא דרש"י כתב כן אליבא דרבי יונתן דס"ל הכי כמבואר לקמן (דף פ"ה ע"ב) וכן הדין נותן לפסוק כרבי יונתן כיון דרבא ואביי פליגי בפלוגתא דר"י ור"י בב"מ (דף צ"ו ע"ב) דרבא ס"ל כרבי יונתן ומבואר בכ"מ דאביי ורבא הלכה כרבא וגם לענין שאר פלוגתות שבש"ס פסק הרמב"ם כר' יונתן נגד ר' יאשי': שם ר"י אומר משמע שניהם כא': מה שי"ל בזה כבר הארכתי במ"א: שם נאמר כאן דמיו בו: ק"ק לר' יאשי' דיליף לקמן (דף פ"ה) מקלל לאחר מיתה מומקלל אביו ואמו מנ"ל דלאחר מיתה בסקילה הא התם כתיב מות יומת סתם ובודאי קיל לאחר מיתה מבחיים דהא מקלל חבירו לאחר מיתה וכן מכה או"א לא"מ פטור מכלום וא"כ דלמא גם לענין מקלל או"א קיל דבחנק דוקא ובפרט למ"ד לקמן (שם) דמקשינן הכאה לקללה והא ר' יאשי' גופא ס"ל לעיל (דף נ"א ע"ב) כ"מ שנאמר מיתה סתם אי אתה רשאי להחמיר אלא להקל: שם הצד השווה שבהן שהן בעמך: ק"ק בעמך לענין מקלל חרש מנ"ל הא התם לא כתיב בעמך ומנשיא ודיין לא שייך למילף דשאני הני דגדולתן גרמה להם ולכן צריכין להיות בעמך דוקא דאי לא"ה אין ראוי להם גדולה אבל לענין חרש דחרשתו גרמה לי' מנ"ל ועיין לקמן (דף פ"ה ע"א): שם אם אינו ענין לגופו תנהו ענין לאביו: הכא לא שייך למימר כדאמרינן בעלמא מדכתב רחמנא אף דהוי מצינו למילף הוי ב' כתובים הבאים כאחד ואין מלמדין דהא גם אי לא הוי כתיב נשיא או דיין לא הוי שייך למילף אביו או שום דבר דשאני הני שכן משונין ולכן ע"כ אתיא באא"ע לאביו: שם הניחא למ"ד אלהים

חול: ק"ק ממנ"פ אי ס"ד למילף חול וקדש מהדדי מאי פריך למ"ד קדש ואי לא הוי ס"ד למימר הכי א"כ למ"ד חול מי ניחא הא לדידי יקשה אזהרה למברך השם מנ"ל ומה עדיף למ"ד זה יותר מלזה וי"ל דודאי הוי ס"ד למילף קודש מחול אבל חול מקודש לא דדלמא אקודש אזהר אחול לא אזהר וכמו דפריך באמת לקמן וכן נראה ממה דמתרץ למ"ד אלהים חול גמר קודש מחול דלכאורה מיותר הוא דהא למ"ד חול לא הוי פריך מידי.

אכן זה א"ש לפי פי' רש"י דקאמר לי' כמו דאתה מודה לי ודאי למ"ד חול דגמרינן קודש מחול דאל"כ לית לי' אזהרה למברך השם כמו כן גם למ"ד קודש גמרינן חול מקודש אלמא דגם לפי המקשן ודאי דילפינן אזהרה למברך השם מאלהים לא תקלל גם למ"ד חול אכן לפ"ז קשה מאי פריך מהא דראב"י הא ודאי בהא כ"ע מודו גם למ"ד דאזהרה במברך השם מאלהים אתיא וי"ל דלישנא דראב"י קדייק דקאמר ת"ל אלהים לא תקלל ולא קאמר סתמא אזהרה מניין מאלהים ל"ת וכלישנא דהש"ס לעיל (דף נ"ו ע"א) ומדקאמר ת"ל משמע דלהכי כתיב קרא וא"כ ע"כ סובר דאלהים קדש: שם דלמא אקדש אזהר: א"ל דנימא חרש יוכיח ואכתי נילף נשיא מקדש וחרש במה הצד השוה שבהן שכן משנין אף אני אביא נשיא ולכן שפיר מיותר נשיא בא"ע לאביו די"ל דהך דלמא אקדש אזהר חשיב טפי כמו פירכא ולא שייך למימר ע"ז חרש יוכיח: שם א"כ לכתוב קרא לא תקל: עיין בכ"מ שהקשה על הרמב"ם שכתב דאזהרה דמקלל אביו מלא תקלל חרש היא ומה שתירץ דמה דקאמר בש"ס כאן דלכתוב קרא לא תקל אלא תקלל חרש קאי לשון א"כ לא משמע הכי וגם הקשה בלח"מ שם דא"כ לפי האמת נשיא ל"ל נילף מדיין וחרש גם הקשה עוד שם על הרמב"ם בה' סנהדרין דכתב דבן נשיא שקלל אביו חייב משום ד' שמות והרי ליכא כאן רק ג' לאוין דחרש ואביו חד הוא גם הקשה שם איך לוקין אחרש הא לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד הוא דניתן לאזהרת מקלל או"א גם הקשה אמה שכתב הרמב"ם למה פרט לאו בדיין ונשיא בפ"ע כדי שילקה עליו בפ"ע וזה נגד ש"ס דילן ע"ש שהאריך.

והנלפע"ד בישוב דברים אלו הוא דודאי לא תקל דש"ס דילן הוא לענין אלהים ל"ת. אך מפני שאין לוקין על לאו זה דניתן לאזהרת מיתה דמברך השם.

וכמו שהקשה המהרש"א כאן לכן כתב הרמב"ם דאביו מל"ת חרש נפקא והיינו דגבי מקלל חרש ג"כ דרשינן הכי דלכתוב לא תקל ובזה ל"ק דהוי ניתן לאמב"ד כיון דעיקר קרא לענין מקלל חרש כתיב ורק מריבויא דל' מרבינן או"א א"כ עיקר לאו לא ניתן לאמב"ד ולכן לוקין ג"כ אמקלל דיין ואף דאלהים קדש מ"מ כיון דיין ג"כ אלהים מקרי ומרבויה דל' מרבינן דיין א"כ חשבינן אותו כמו אי הוי כתיב אלהים ל"ת אדיין בפ"ע ולא נכלל כלל בכלל חרש דמברך השם אבל אי הוי אתיא או"א מניה כיון דזה בכלל משמעות אלהים ודאי דהוי לאו שניתן לאמב"ד אכן כיון דלפ"ז דדרשינן לא תקל גבי תרווייהו ממנ"פ חז מיותר או דיין או נשיא דהוי מצינו למילף במה הצד וכקושית הגמ' ולא"א לא מצרכינן דמל"ת חרש נפקא לכן הקשה הרמב"ם שפיר למה נכתב האזהרה גבי דיין ונשיא הא בממנ"פ חז מיותר הוא ותירץ לכפול האזהרות לענין מלקות אך כפילת המלקות לא שייך רק גבי דיין ונשיא אבל גבי או"א לא כיון דמחד לאו נפקא עם

חרש וזה מה דדייק הרמב"ם בלישני' בפכ"ו מה' סנהדרין דלענין מקלל חבירו כ' דלוקה א' ולענין דיין דלוקה ב' ולענין נשיא דלוקה ג' ולענין הי' אביו נשיא שינה וכ' חייב משום ד' שמות ולא כ' ג"כ דלוקה ד' דודאי אין כאן ד' מלקיות כיון דליכא רק ג' לאוין אבל מ"מ ד' שמות איכא כאן דמקלל אביו איכא שם איסור בפ"ע ולכן כ' חייב משום ד' שמות פי' דד' שמות אלו מביאין עליו חיוב אבל מ"מ אין כאן רק ג' מלקיות דאינו לוקה אלא או משום חבירו או משום אביו דתרווייהו מחד לאו נפקא ובוזה דעת הרמב"ם א"ש: שם ברש"י ד"ה שחייבים על זדונו.

כגון דבר שיש בו מעשה: פירוש דאיכא חלול שבת גם בלא שעושה מעשה כגון שמניח לבהמתו או עבדו ואמתו לעבוד בשבת ועובר אשכיתת בהמתו ועבדו אך בזה אין חייבים על זדונו כרת דכרת וחטאת אינו בשבת רק בדבר שיש בו מעשה והוצרך רש"י לפרש כן כי היכי דלא תקשה ל"ל להש"ס למימר בתחומין והבערה דאינם רק ליחידאי לוקמא בשביתת עבדו ובהמתו שהוא אליבא דכ"ע ולכן כתב כגון דבר שיש בו מעשה דבי' איירי מתניתן דוקא דקתני המחלל 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 כגון שדי צבאות משמע דאקללת אב לא מיחייב כמו בקללת השם אלא השם המיוחד כיון דשדי צבאות לא חשיב אלא כינוי וכן שם אלהים כמ"ש רש"י לעיל (דף נ"ו ע"א) בד"ה ואליבא דר"מ וא"כ לכאורה י"ל איך כתב בשמות הגמורים הא ליכא רק שם הוי"ה לחוד.

ומזה יש להוכיח דדעת רש"י כמו דעת הרמב"ם שכתב בפ"ג מהל' עכו"ם דבין שם הוי"ה בין שם אדני תרווייהו שם המיוחד מקרי ע"ש וכשיטה זו נראה ג"כ ממתניתן (ס"פ שבועת העדות דף ל"ה ע"א) בא' ד' בי' ה' בשדי בצבאות כו' ובכל הכינויים הרי אלו חייבים הרי דהפסיק ביו"ד ה"א בין א' ד' לשאר כינויים ומזה משמע דא' ד' שם המיוחד הוא כמו י"ה ורש"י נקט הכא כשגרא דלישנא דמתניתן דלענין שיקללם בשם נקט שמות הגמורים היינו א' ד' וי' ה'.

ולענין כינויים נקט שדי צבאות חנון ורחום כסדר השנויים במתניתן שם. אלא דאכתי ק"ל לפי שיטת הרמב"ם שכתב לענין שיקלל שם בשם בפ"ג מהל' עכו"ם דאף דבעינן שיקלל שם המיוחד דוקא מ"מ אם קללו 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 דבעינן שיקלל ג"כ בשם המיוחד דוקא הרי דלדעת הרמב"ם האי בנקבו שם דאתיא מניה דבעינן שיקלל בשם לא בעינן שם המיוחד דוקא א"כ מקלל אביו דאתיא מקרא זה גופא ג"כ לא ניבעי שם המיוחד דוקא.

ואפשר לומר לדעת הרמב"ם דכפ' כ"ו מה' סנהדרין גבי מקלל עצמו וחבירו כתב דאינו לוקה עד שיקלל בשם מן השמות כגון י"ה ואלהים ושדי או בכינוי מן הכינויים כגון חנון וקנא וכיוצא בהן עכ"ל. הרי שחילק בין שמות הנמחקים לשאינם נמחקים דלא לו קרי שם מן השמות ולא לו כנויים ובפרק ה' מהל' ממרים לענין מקלל אביו כתב סתמא

אינו חייב סקילה עד שיקלל בשם מן השמות המיוחדים אבל אם קללם בכינוי פטור מן הסקילה עכ"ל.

ומדסתם כאן ולא פירש ג"כ מה הוא שם המיוחד ומה הוא כינוי נראה שסמך אחילוק לענין מקלל עצמו וחבירו וא"כ חייב באמת לענין מקלל אביו ג"כ אשמות שאינם נמחקים כמו לענין מקלל שם בשם ולפ"ז יחלוק הרמב"ם אדעת רש"י שכתב דאשדי צבאות פטור לרבנן דכינויים מקרי ולהרמב"ם חייב כנ"ל.

אכן מלשון המכילתא פרשת משפטים משמע דדוקא אשם המפורש חייבו: שם בד"ה בנקבו יומת. ור' מנחם לא ס"ל: עיין בכ"מ (פ"ג מהל' עכו"ם) שהקשה על הרמב"ם שפסק כתרומיהו.

וי"ל דודאי מעיקר קרא יש למשמע ב' דרשות אלו דאי לשיקלל שם בשם לא ה"ל למיכתב רק בנקבו שם ויומת מיותר הוא ואי למקלל אביו לחוד גבי מקלל אביו ה"ל לכתוב אלא ודאי דעיקר קרא למקלל שם בשם אתי ומריבוי דיומת מרבינן מיתה אחרת שהיא כזו שהוא מקלל אביו דבעינן ג"כ בשם דוקא ולכן פסק הרמב"ם שפיר ב' דינים אלו גם י"ל דהרמב"ם פסק כן משום דבמכילתא איכא למ"ד דיליף הא דיקלל בשם מדרשה אחרת ע"ש: שם ד"ה בנין אב משניהם.

וחייב מיתה על הוראתו: הוצרך לפרש הא דחייב מיתה אף דבגמרא לא הוזכר שכן אתה מצווה על הוראתו והמראתו כיון דבזה לא הוי שייך פירכא לגבי אביו דהא ודאי גם באביו מצווה על המראתו והוראתו משום מצות כבוד ומורא שלא יסתור את דבריו ולכן הוצרך לפרש דחייב מיתה שיש בהם גבי דיין ונשיא הוא דפרכינן מהם דליכא גבי אביו: שם בתוספות ד"ה המחלל שבת.

אלא אתיא למימר שכל שאין: עיין בשבת (דף קנ"ד ע"א) ושם (דף ז' ע"ב) בתוס': שם ד"ה לרבות בת. דאין מא"מ אלא לרבות: א"ל דלא לכתוב שום מיעוט וממילא ידעינן לרבות נשים דכבר תירץ במהר"ם דאצטריך חד מיעוט למעט קטן וא"ל דא"כ מנ"ל דאתי מיעוט ב' לרבות נשים כיון דמצרכינן מיעוטא קמא למעט קטן דילמא אתיא מיעוט בתרא למעט נשים דז"א דודאי מאיש קמא ממעטינן בין קטן בין אשה ומ"מ ליכא למימר דאתיא מיעוט בתרא לרבות שניהם דא"כ לא לכתוב מיעוטא כלל וממילא מרבינן שניהם אלא ע"כ דחד אתי לרבות וחד למעט ומסתברא לרבות אשה ששוה לאיש בשאר עונשים ולמעט קטן שאינו בכלל עונשים בשום מקום ובהכי א"ש ג"כ מה שקשה לכאורה אמה שכתב הר"ן למה לא דרשינן איש איש דגבי מקלל השם ג"כ לרבות אשה ותירץ דהתם מרבינן אשה מהאזרח ולכן ע"כ מוקמינן לרבות נכרים אבל גבי מקלל אביו דאיכא לאוקמא גבי ישראל לא מוקמינן לגבי נכרים.

ולכאורה אכתי קשה למה לא מוקמינן גבי מקלל השם ג"כ גבי ישראל ולרבות קטן מכח אמאמא"ל ולפי הנ"ל ניחא דא"כ לא לכתוב מיעוטא כלל וממילא מרבינן קטן כיון דאצטריך קרא למעט קטן. אלא דאכתי ק"ל אתירוץ הר"ן דא"כ לר' יונתן דלא דריש איש איש דהכא וסבר דברה תורה כלשון בני אדם והיינו משום דלית ליה למידרש מניה

מידי וכמו שכתבו התוס' בסוטה (דף כ"ד ע"א) למה לא דריש מניה לרבות נכרים וכמו גבי מברך השם.

ולולא תירוץ הר"ן היה נלענ"ד דלא מרבינן מאיש איש נכרים אלא היכא דכבר אשכחינן איסור דבר זה גבי נכרים כגון לעיל גבי מברך השם דשם המיוחד כבר אתיא מקרא דויצו ה' אלהים ולא מצרכינן קרא רק למברך בכינוי וזה שייך לרבות מאיש איש אבל לחדש איסור חדש דמקלל אביו ואמו גביהם זה לא אמרינן.

גם בעיקר הדבר שכתב מהר"ם בזה דאצטריך קרא למעט קטן צ"ע דבפסחים (דף צ"א ע"ב) הקשו התוס' למאי אצטריך קרא למעט קטן מפסח שני כיון שאינו חייב במצות ותירצו דאצטריך להיכא שנתגדל בין ב' פסחים וזה לא שייך כאן ואף שהקשו שם מהא דמצרכינן 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 דאצטריך לרבות הנבעל והנבעלת דחייבין ע"ש במהרש"א.

גם במה שכתב הר"ן לעיל וכל זה לא שייך כאן וביותר היה נ"ל דלכך לא שייך להקשות כאן דלא לכתבו תרווייהו כיון דעכ"פ הוי צריך לכתוב חד איש דכי יקלל אלהיו לחוד אינו לישנא דקרא ומניה הוי ממעטינן נשים ולכן מצרכינן איש בתרא לרבות ואף דהוי מצי למיכתב תחת איש איש אדם כי יקלל או נפש כי יקלל דיש במשמעו ג"כ נשים אין זה קושיא על הכתוב שיכתוב תחת לשון זה לשון אחר.

שם בא"ד.

וי"ל משום דדרשינן: ורש"י כתב שם דהוי ממעטינן אשה מדכתיב בעל השור וגם שם לא שייך להקשות דלא לכתוב בעל השור או שור איש ולא מצרכינן ג"כ רבוי לרבות אשה כיון דעכ"פ היה צריך למיכתב חד לישנא דשור לחוד אינו לישנא דקרא: שם בד"ה עד שיפרוט לך. כדרך שפרט בכלאים ותימה: ולפענ"ד גם רש"י לא כיון לכך דנילף 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 צריך למכתב ו' דלא לשתמע עד שיקלל אביו אמו ע"ש.

ולפ"ז אכתי יקשה לר' יונתן יחדיו ל"ל דהא גבי שור וחמור שפיר ידעינן דיחדו משמע מדכתיב ו' אלא דאעיקר פירוש רש"י שם ק"ל מגמרא דיומא (דף נ"ז ע"ב) דקאמר תסתיים דר' יאשי' הוא דאמר מערבין ולפי פירוש רש"י גם ר' יונתן מודה הכא דיחדיו משמע א"ו ו' דומדם מיותר הוא וצ"ע: שם ד"ה גמר קדש.

דאי מק"ו למ"ד קדש נמי: ה"ה נמי דהוי מ"ל דע"כ לאו מכח ק"ו יליף דהא אין מזהירין מן הדין כדיליף במכות (דף ה' ע"ב) מקרא: שם ע"ב בגמרא פרט לשמסר האב לשלוחי הבעל: בכתובות (דף מ"ט ע"ב) פריך אימא דאתי לנכנסה לחופה ולא נבעלה ומתריך דההיא ממאורסה ולא נשואה אתיא דע"כ איירי בנשואה שלא נבעלה דאי בנבעלה תיפוק ליה דה"ל בעולה ואינה בסקילה ובתוס' הקשו שם דאימא דלעולם איירי בנבעלה

ובנבעלה שלא כדרכה דאינה נעשית בעולה ותירצו דכ"ע מודו דבעל עושה אותה בעולה בשל"כ ע"ש.

אכן אכתי 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) ילפינן מקרא דאשה לבעלה נקנית בהעראה וא"כ אכתי קושית הש"ס בכתובות במקומה עומדת דדילמא אתיא בבית אביה לנכנסה לחופה ולא נבעלה ומאורסה לנכנסה לחופה ונבעלה ואכתי לא הוי בעולה כגון דנבעלה בהעראה שהיא נשיקה שנקנית ע"י לבעלה ובעולה לא הוי ואכתי למ"ד העראה זו נשיקה מנ"ל דמסרה האב לשלוחי הבעל ג"כ בחנק 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 במהווה עצמה הכתוב מדבר וא"כ איך קאמר הכא זו דברי ר"מ כבר הקשו התוס' שם (דף מ"ד ע"ב) כן ותירצו דאי רק לאונס ומפתה אתי קרא דולו תהיה לאשה לכתוב בהו נערה מלא כמו במש"ר ומדכתיב לו תהיה לאשה בא ללמד דכ"מ שנאמר נער לא הוי קטנה במשמע ע"ש.

אכן דבריהם צריכין ביאור דהא קרא דולו תהיה לאשה לא מיותר כלל דמצרכינן לכדדרשינן שם (דף כ"ט ע"ב) למר אשה שיש בה הויה ולמר אשה הראויה לקיימה גם למה שכתבו התוס' שם בד"ה וחד למדרש ולו תהיה לאשה מדעתה וזה הכל מלשון תהיה אתיא דעיקר קרא ולו תהיה לאשה פשיטא דלא מיותר דאצטריך לעשה שישאנה וכן מוכח ג"כ שתהיה לא חשיב יתורא 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 אכתי מנ"ל לאוקמא כר"מ דלמא לעולם אתיא כרבנן 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 כן כיון דמומתו גם שניהם לא פטרינן אלא גבי נשואה ולא גבי ארוסה גם לר' יאשיה וגם לפי תירוץ ר"ת לק"מ כיון דגם כאן אי יהיה חייב יהי' בסקילה א"כ שפיר מיקרי שוין במיתה אחד אלא דגם לפי תירוץ ב' של התוס' ג"כ א"ש כיון 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 כרבנן לכן ניחא ליה לאוקמא כר"מ.

א"נ י"ל דניחא ליה לריא"ר לאוקמא מתניתן כר"מ משום דבלא"ה מתניתן דספ"ק דחולין ודריש פרק אלו נערו ע"כ אתיא כוותיה ע"ש: שם אלא על נערה בתולה מאורסה מב"ל: א"ל דאכתי איך שייך עד לענין בתולה דקתני עד שתהא נערה בתולה די"ל דלא בעינן שייכות לשון עד אלא לענין נערה דקתני ברישא א"נ גם לענין בתולה שייך לשון עד דקודם ג' שנים אינו חייב עליה כדאמרינן לעיל (דף נ"ה ע"ב) והיינו משום דביאתה לאו ביאה היא דבתוליה חוזרים כמו שפירש רש"י שם וא"כ איך שייך לשון בתולה רק כשתהיה ראוי' להיות בעולה והיינו מג' שנים ואילך: שם ואידך האי לבדו מאי: מזה מוכח דעיקר דרשת ר' יונתן מכח לבדו וכמו שפירש"י.

אכן מירושלמי נראה דמולנערה לא תעשה דבר יליף ר"י ע"ש דפריך שם מנ"ל דלרבנן הבא על הקטנה בסקילה ופשיט ליה מדצריך לכתוב ולנערה לא תעשה דבר אף דכבר כתיב ומת האיש 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 כיון דלא מצרכי לדרשה דרבי וגם לרבות דבא על הקטנה חייב לא מצרכי כיון דהם פליגי אר"מ וסברי דבא על הקטנה בסקילה ולזה לא מצרכינן לבדו כיון דלא שייך למעט לרבנן מומתו גם שניהם כמש"כ התוס' ואף אם נאמר דרבנן דרבי ס"ל כר"מ דלעיל ורבנן דר"מ כרבי ולכן לכל חד מצרכינן לבדו אכתי לדידן דפסקינן כרבנן בתרתי קושית הש"ס במקומה עומדת האי לבדו מאי דרשינן ביה.

אכן לפי דעת הירושלמי ניחא דלרבנן מצרכינן לבדו למעט הנערה דלא מיחייבה באונס ולנערה לא תעשה דבר לחייב בא על הקטנה בסקילה: שם רבי כר"י ס"ל דאמר: אף דמלשון כי 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 כדי שלא לעשות פלוגתא חדשה בזה דלרבי יתלה הכל 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 אמרינן דרבי כר"י ס"ל ומה דקאמר כי תחל בתחלת ביאה היינו לענין ארוסה דוקא: שם רבי כר"מ ס"ל: א"ל דלרבנן דפליגי אר"מ כי תחל ל"ל די"ל דאתיא לכדר"י דארוסה יצאת לשריפה דהאי ע"כ לא צריך לדרשה דר"מ דאי ארוסה דוקא יצאה לא משכחת כלל הך דין דנשאת לאחד מן הפסולים דבלא כי תחל אינה בסקילה כיון 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 לדידן דפסקינן כרבנן דר"מ ורבנן דר' ישמעאל ק"ק כי תחל למאי אתיא: שם ברש"י ד"ה והשני בחנק.

והא סתמא רבי היא: אבל הרמב"ם פירש דאתיא כרבנן ובבא עליה הראשון כדרכה 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 כדרכה פטור לגמרי כיון שהיא בסקילה מחמת הראשון שבא עליה כדרכה והשני יהיה בחנק א"כ אין זה שוה במיתה אחד ויפטר לגמרי קמ"ל דלא כר' יונתן דלא בעי שניהם שוין ומזה הטעם אפשר דפסק הרמב"ם כוותיה נגד ר' יאשי' א"נ הכא אפילו ר' יאשי' מודה דמה שאינם שוין הכא הוא מפני שנתחייבת בד' מיתות ונדונית בחמורה אבל לעולם בעיקר החטא עונשם שוה דבראשונה שניהם בסקילה ובשניה שניהם בחנק: שם בד"ה ת"ר נערה.

עד שירבה שחור על הלבן ואין בין נערות: אין זה סתירה במה שהזכיר ב' שיעורים בזה די"ל דעכ"פ קאמר דלעולם אין בין נערות לבגרות רק ו' חדשים גם בלא הביאה סימן בגרות אבל כשהביאה סימן בגרות דהיינו כשירבה השחור על הלבן היא בוגרת אפילו קודם ו' חדשים וכן צ"ל ע"כ ג"כ לענין סימני בגרות השנוים בנדה (ס"פ יוצא דופן) שאין זה סותר למה דקאמר שמואל בכמה דוכתי דאין בין נערות לבגרות אלא ו' חדשים בלבד אלא מה דכתב רש"י בזה דעד שירבה השחור על הלבן מקרי נערה טפי לא לא

ידעתי מניין לו זה כי לא שנוי בנדה (שם) בהדי סימני בגרות ולא הוזכר משיעור זה רק לענין מיאון לר' יהודה (שם דף נ"ב ע"א) והיינו דלר' יהודה עד זמן ההוא נחשבה כקטנה לענין מיאון ולדידן משתביא ב' שערות נחשבה כגדולה וגם ר' יהודה לא קאמר רק לענין מיאון ולא לענין שאר דברים דמודה דמשתביא ב' שערות נחשבה כגדולה לכל מילי כמו שהוכיח המ"ל (בפ"ב מה' אישות) וגם רש"י לא גרס שם רק משירבה השחור ולא על הלבן אבל שתחשב בוגרת משירבה השחור על הלבן לא מצאתי מוצא דין זה וצ"ע.

ועיין מש"כ עוד בשיטת הרמב"ם והפוסקים ובישוב גירסת רש"י בספרי ע"ל על נדה (דף מ"ז ע"א ודף נ"ב): שם ד"ה ונימא ליה ומת. ואע"ג דפטור דידה לאו משום אונס פירוש דאי הוי משום אונס אכתי לא הוי מצרכינן לבדו להורות דבא על הקטנה חייב כיון דכבר ידעינן מומת האיש אשר שכב עמה דבאונס אע"ג דהיא פטורה הוא מיחייב אבל קרא דלבדו אתי לאשמועינן לענין קטנה דאע"ג דפטור דידה לאו משום אונס רק משום שאינה ב"ע מ"מ מיחייב הבא עליה והיינו מקרא דלבדו.

אכן לכאורה ק"ל לפי מה דאמרינן ביבמות (דף ל"ג ע"ב) פיתוי קטנה אונס הוא ע"ש. ועיין גם בראב"ד (פ"ב מה' סוטה) שכתב שם ליישב למה לא אמרינן מהך טעמא שהמפתה את הקטנה ישלם לה את הצער כשאר אונס וא"כ איכא בקטנה ג"כ משום אונס וכיון דכבר גלי קרא דבאונס הוא לחוד חייב אכתי לבדו לענין בא על הקטנה ל"ל וגם מ"ט דמ"ד דיליף מומתו גם שניהם דבעינן שניהם שוין.

ולכאורה ראייה מזה לדעת הרמב"ם (שם ובפ"ג מה' א"ב) שדחה הך פיתוי קטנה אונס הוא מהלכה ע"ש במ"מ. אכן י"ל דבלא"ה יש להבין לפי מה שכתבו התוס' דלכך ניחא לרבנן ולא קשיא לדידהו מומתו גם שניהם דבנשואה כתיב ולרבנן מיחייב סקילה כשאר נערה המאורסה א"כ לכאורה קשה איפכא מאי קאמר דלימא לי' מקרא דומת האיש אשר שכב עמה לבדו הא השתא לר"מ קיימינן אי דינו בחנק או פטור לגמרי ומה שייך בזה קרא דלבדו דכתיב בנערה המאורסה.

אכן באמת לק"מ דבשלמא התוס' כתבו שפיר דלענין נשואה דלא מוקמינן קרא לנערה המאורסה כיון דנוכל לאוקמא בנשואה דכתיב ביה ולפטור בבא על הקטנה נשואה אבל לר"מ ליכא למימר דאתי קרא דלבדו לנערה המאורסה דכתיב ביה ולפטור הבא על הקטנה מאורסה מסקילה דהא לדידיה קטנה אינה בכלל נ"ה כלל וע"כ באם אינו ענין צריך לאוקמא לענין א"א דגם משום א"א פטור ולכן א"ש הא דאצטריך לבדו דמשום פיתוי קטנה אונס הוא לא הוי מיחייב כשאר אונס דחייבה רחמנא דזה לא גלי קרא רק לענין חיוב סקילה דבא על נערה המאורסה אבל לא לענין חנק דא"א ולפ"ז מתורץ ג"כ קושית התוס' שהקשו תקשי לרבנן דמחייבי אפילו סקילה ולפ"ד א"ש דגם אי הוי דרשי ומתו גם שניהם גם לענין נערה המאורסה ולבדו לא דרשי מ"מ א"ש הא דמיחייב סקילה בבא על הקטנה מאורסה דלא גרע משאר אונס ובאונס גלי קרא דמיחייב סקילה ולכן רק לר"מ דלא מחייב סקילה רק חנק מקשה שפיר ובספרי ע"ל יבמות (דף ס"ב ע"ב) הבאתי ראייה לשיטת הרמב"ם ע"ש: שם בתוספות ד"ה מאי ל"ת.



משמע דמחרש לחודא גמר לה: עיין מש"כ המהרש"א בשם הרמב"ן שהשיג אמה שכתב רש"י דמקלל חבירו מבעמך לא תאור אתיא שזהו כת"כ ונגד ש"ס דילן. ולפענ"ד י"ל כיון דמקלל חבירו אתיא מאב וחרש במה הצד והתם בשבועות נקט חד מהנך תרתי דאתיא מניה א"כ כמו"כ י"ל דגם בת"כ נקט חדא מנייהו שהוא אביו וכיון דלפי מסקנא דסוגיא דהכא אתיא אביו מקרא דנשיא באא"ע לכן א"ש הא דנקט בת"כ למקלל חבירו קרא דבממך לא תאור ואין זה סותר לש"ס דילן דדא ודא אחת היא: שם ד"ה עד.

דלא ק"ל מומתו גם שניהם דבנשואה כתיב: אף דבנערה המאורסה כתיב ג"כ והוצאתם את שניהם מ"מ לא שייך למידרש ביה שיהיו שניהם שוין דהתם לאו מיותר הוא דוהוצאתם לחוד לא הוי מצי למכתב כיון דלא פרט בכתוב אח"כ את מי יוציאו אבל לענין קרא ומתו גם שניהם דרשינן שפיר כיון דהדר כתיב האיש השוכב עם האשה והאשה הרי פרט אח"כ מי ימות ולכן גם שניהם שפיר מיותר לדרשה דהמ"ל ומתו האיש השוכב וגו' ולא אצטריך גם שניהם כן י"ל דעת התוס' והר"ן הביא בשם הרמב"ן שבלא דיוקא נקטה הש"ס קרא דומתו דכתיב בא"א ולא קרא דוהוצאתם דכתיב בנ"ה גופא או שטעות נפל בספרים ולפ"ד א"ש וכן מוכח בפירוש מסוגיא דערכין (דף ז' ע"א) ע"ש דליכא למילף רק מקרא דומתו גם שניהם דאל"כ לא מקשה שם מידי: שם בא"ד.

וחייבים עליה משום א"א: ודאי משום הך וחיובים לחוד לא הוי מצרכינן למימר דלא אתיא כוותייהו דהיינו נוכל לפרש דהך וחיובים לא מיתה אלא חטאת קאמר וכמו שרצה הש"ס לפרש לקמן (דף ס"ט ריש ע"ב) אבל עכ"פ כתבו התוס' שפיר דלא אתיא כוותייהו משום סיפא דקתני דכל עריות שבתורה מומתין על ידה וא"א ודאי ג"כ בכלל כמו בהמה.

אכן לפמ"ש התוס' לעיל (דף נ"ה ע"ב) בד"ה וחיובים בשם ריב"א דמכלל וחיובים עליה משום א"א ידעינן גם כל העריות ולכן ע"כ לא אתיא סיפא דאחד מכל העריות רק לבהמה והיינו דקאמר בש"ס שם ואפילו בהמה ע"ש וא"כ אי וחיובים לענין חטאת קאמר מצרכינן סיפא לשאר עריות ושפיר י"ל דשאר עריות חוץ מא"א קאמר דראית התוס' מדקאמר ואפילו בהמה וא"כ כש"כ נשואה ולפ"ז לאו ראייה דלא קאמרינן ואפילו בהמה אלא משום דע"כ לא אתי רק לבהמה דלכולהו לא מצרכינן אבל אי וחיובים חטאת קאמר שפיר מצרכינן לכולהו חוץ מא"א: שם בא"ד.

אלא כר' יונתן אתיא: הנה לפי פירוש רש"י באיבעיא דר"י בר אדא היה ספיקו מכח ומתו גם שניהם וכן מוכח דאל"כ למה היה מסופק רק בקטנה ואליבא דר"מ ולא בבוגרת או בבעולה ואליבא דכ"ע וכיון דכן ע"כ דידע מהך דרשה דומתו גם שניהם. וא"כ י"ל דכבר ידע גם להך דרשה דלבדו ואבעיתו היתה הלכה כדברי מי ובזה 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 היה יכול להקשות דכבר ידע די"ל מדרשה דלבדו אבל הכא דקאמר רב מסתברא מסקילה ממעט ליה הרי דקאמר מסברא דוקא ולא מקרא דלבדו דע"כ לא דריש ליה. ולכן מקשה בפשיטות אהך גופא דקאמר ליה אליבא דר"מ הרי כתיב ומתו גם שניהם.

א"נ י"ל לפי מה שהקשו התוס' לקמן בד"ה והאי לבדו איך קאמר שמואל מ"ט שתיק רב לימא מלבדו הא ר"מ צריך הך לאידך דרשה ותירצו דתרתו שמעת מניה אבל רב מדשתיק י"ל דלית ליה דתרתו שמעת מניה ולכן א"ש דאדרבנן לא היה יכול להקשות והכתיב ומתו גם שניהם דכבר ידע די"ל דהם דרשו לבדו אבל לר"מ דצריך לבדו לאידך דרשה וא"כ ע"כ לא דריש להך דרשה פריך שפיר דלית ליה דתרתו שמעת 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 כרבנן דדרשי לבדו ורק הכא לא הוי מצי לתרץ הכי אליבא דר"מ: שם בא"ד. דבנשואה דרשינן גם שניהם: עיין במהרש"א ולפענ"ד י"ל בפשטות מה שהקשה דהא אי דיינינן חנק להבועל ע"כ משום בא על א"א דיינינן וכבא על הנשואה וכמש"כ כבר התוס' לעיל ולכך שפיר מקשה מומתו גם שניהם לפטור לגמרי וכמ"ש התוס' גם בתירוץ קמא רק דזה מייתרינן 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 כשיטת התירוץ הראשון דומתו גם שניהם בנשואה דוקא כתיב והוצרך לתירוץ כי 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 כהן דז"א דמשמע לישון ר"ת לא משמע דסבר ומתו גם שניהם בנשואה דוקא כתיב דא"כ לא היה צריך לתרץ בא על הקטנה אליבא דרבנן דזה מקרי שוין דבלא"ה לא בעינן שוין כיון דדינן בסקילה כנ"ה.

ועוד גם אי נצרף ב' תירוצים אלו אכתי יקשה לר' יאשי' כיון דסבר לעיל (דף נ"ב סוף ע"ב) דחנק קיל מסייף וא"כ מסתמא סובר גם בהא כרבנן דר"ש דסקילה חמורה וא"כ ע"כ נשואה יצאה לשריפה אליבי' וכה"ג הקשו התוס' לר' ישמעאל שם (דף נ"ג ע"א) ועוד אכתי יקשה לר"מ דסבר דנשואה יצאה לשריפה כדמוכח ממאי דקאמר בשמעתין דניסת לאחד מן הפסולים מיתתה בחנק והרי אליבי' רצה הש"ס לומר כאן דנדרוש ומתו גם שניהם שיהיו שניהם שוין: שם בא"ד.

לאחיו ולא לאחותו: מזה לכאורה אין כ"כ ראייה דהא הוי נוכל למדרש לאחיו ולא לאחותו ג"כ לענין שיפטור לגמרי כשהעידו על האשה בכל העדיות והוזמו רק כיון דמצינו דין חלוק באותו מעשה לענין איש ואשה דהיינו בבת כהן מוקמינן להכי אבל אי לא הוי משכחנא ע"כ הוי מוקמינן להכי ולכן אין מזה ראייה כ"כ שנחייב הבועל חנק נגד דין תורה שיהיו שניהם שוים במיתה אחת אכן באמת בלא"ה אין סברא כלל לומר דיפטור הבועל דכי משום דבא על א"א בת כהן ועשה איסור חמור אתגורי אתגור לפטור לגמרי וכה"ג פריך לקמן (דף פ"א ע"א) ע"ש: שם בד"ה מעשה חדודים.

פריצות קאסר רחמנא: עיין מש"כ התוס' ביבמות שם. אכן אפשר לתרץ כיון דלשיטת הרמב"ם על כל קריבה דקירוב בשר לוקין מלא תקרבו לגלות ערוה א"כ לכאורה איך קאמרינן שם פשיטא פריצותא קאסר רחמנא הא ודאי קאסר משום לא תקרבו.

אכן זה א"ש דהקושיא 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 דלענין מיעוטא ממיתה שפיר מצרכינן קרא דלא ליחייב כיון דאזהרה שמענו מלא תקרבו: שם בא"ד.

פרט למשמש מתה: גם בזה אפשר לומר כיון דלא מוקמינן שכבת זרע למשמש מתה רק למ"ד משמש מת בעריות חייב דלמ"ד פטור מצרכינן לפרט משמש מת וא"כ י"ל דמאן דדריש פרט למשמש מתה מומתו גם שניהם סבר כמ"ד דמשמש מת בעריות פטור ומצריך שכבת זרע למשמש מת ואף דבמשמש מת פליגי אמוראי אביי 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 לאביי שם דסבר משמש מת בעריות חייב דגם אביי לא קאמר שם רק דמתניתן דהוכיח רבא פטור ליכא למשמע מינה אבל מר' יונתן באמת יש להוכיח דסבר פטור ועוד דלמא אביי באמת מתרץ לר' יונתן דאצטריך קרא למידי אחרינא כגון למעשה חידודין דהרי רבא הוא דמתרץ הכא אצטריך למעשה הורדוס ורבא לשיטתו ודאי מתרץ שפיר דהא הוא סובר שם משמש מת בעריות פטור ולזה אתיא קרא דשכבת זרע ועיין שם בשבועות שהקשו התוס' ג"כ דאתתי לא מצרכינן קרא להכי דנילף כן מדאמרה תורה לא תקרב ודרשינן לא תפרוש גם הקשו שם דכל מה שמוכיח רבא ממתניתן היה יכול להוכיח מן המקרא.

ולפענ"ד אפשר לומר כיון דאביי סבר שם דלעולם י"ל דמ"מ בעריות חייב ואפ"ה חייב בפורש באבר חי שהיה לו לפרוש בהנאה מועטת ופריש בהנאה מרובה ודאי דעל מציאות זה לא פליג רבא רק דהוא סובר דמשום מעט הנאה שיש יותר בפורש באבר חי מבאבר מת לא הוי מחייב אי מ"מ בעריות פטור דקרא לא חייב חטאת אלא בביאה גמורה באיסור שיש בזה הנאה גמורה כן צריך לפרש ע"כ שיטת הש"ס ולפ"ז לא היה צריך רבא להוכיח מהפסוק שמשמש מת פטור דה"א דלעולם חייב ואפ"ה אסר רחמנא בל"ת לפרוש באבר חי שהוא הנאה גמורה אלא יפרוש באבר מת שיש בזה הנאה מועטת אבל מ"מ אין בזה חטאת כיון דגם במ"מ ליכא חיוב חטאת רק לאו בעלמא כמו לענין קירוב וחיבוק ונישוק דעריות לשיטת הרמב"ם אבל ממתניתן דחייבה חטאת אפרישה באבר חי מוכיח שפיר ולכן א"ש ג"כ דאצטריך קרא דשכבת זרע דמאסרה תורה לפרוש באבר חי אכתי לא הוי מוכח דמ"מ פטור מחטאת: שם ד"ה והאי לבדו.

וי"ל דתרתן שמעת מניה: פירוש דהוי מ"ל ומת אשר שכב עמה לבדו ולא האיש ולכן דרשינן האיש לבדו ולא הנערה והיינו לרבות בא על הקטנה דאף דהיא אינה במיתה מ"מ הוא מיחייב וכן המ"ל ומת האיש לבדו ולא אשר שכב עמה ומדכתיב ג"כ אשר שכב עמה דייקנין אשר שכב עמה לבדו והיינו עמה מהנערה בתולה דאיירי בה קרא משא"כ כשבא עליה אחד בתחלה אפילו שלא כדרכה דלא הוי עוד בתולה ולכן שפיר דייקנין תרתן מלבדו אף דלענין קטנה פירשו בחנק מות לבדו ולענין בא עליה שלא כדרכה פירשו בסקילה: שם דף ס"ז ע"א במתניתן אמר יש יראה במקום פלוני: מכח זה לכאורה אכתי לא הוי מסית עד שיסית אותו ושיעבוד אותה ע"ז וא"כ צ"ל דמה דקאמרינן בסיפא אלך ואעבוד שייך ג"כ לזה למה שאמר המסית ונטר ליה עד לבסוף כיון דאשמעינן ביה דין לעצמו דגם בנלך ונעבוד חייב וכמו שפי' רש"י לעיל (דף ס"א

ע"ב) אכן לפי מה שביאר המהרש"א כאן האי אלך ואעבוד הניסת אומר א"כ אין זה ענין לכאן אבל הרמב"ם לא כתב כן אלא דהמסית אומר אותו אכן לפ"ז הסוגיא הנ"ל צ"ע לדעתו וע' מש"כ המהר"ם שם: שם אמר לשנים הן עדיו: מכאן ק"ל אמה שכתב הרמב"ם (פי"ח מה' עדות) דאם הוזמו העדים בעמנו הייתם עם ההורג או ההרוג אין זה הזמה אלא הכחשה ועיין שם בלח"מ דכ' דדעת הטור לא משמע כן והשתא לדעת הרמב"ם איך אמרינן הכא דאמר לשנים הן עדיו וסוקלים אותו הא ודאי לא שייך עדות שהסית בלא ניסת ואם הוזמו העדים בעמנו הייתם א"כ יש בכלל עדות הזמה זה דגם הניסתים עמנו היו ואין זה הזמה אלא הכחשה א"כ הו"ל עדות זה אי אתה יכול להזימה ול"ש עדות וכמו כן הוקשה לי ג"כ אמירא דרב יוסף לעיל (דף ט' ע"ב) גבי פלוני רבעו לאונסו אכן לאחר עיון מצאתי קושיא זו באורים ותומים (סי' ל"ח) ע"ש שהאריך ליישב וכל מה שיישב שם לא שייך אקושיא ממתניתן דכאן וצ"ע: שם והוא אומר לו האיך נניח: הא דצריך לזה אף דאמרינן לקמן (דף פ' ע"ב) דמסית א"צ התראה מ"מ צריך לומר כן כי היכי דלהוי התראה קצת וכמש"כ התוס' לעיל (דף ח' סע"ב ע"ש) א"נ י"ל כיון דאמרינן לעיל (דף ס"ג ע"א) אלמלא ו' שבהעלוך כו' ע"ש שמוכח דשתוף לא מקרי עע"ז וגם רשב"י דפליג לא קאמר רק דנעקר מן העולם ולא שיהיה חייב מיתה כשאר עע"ז רק דבכל עע"ז חייב מיתה ולא אמרינן שמא לשתוף נתכוין כיון שהתרו בו וקבל עליו התראה וכמו דלא חיישינן שמא היה לבו לשמים אבל במסית שאין מתרים בו א"כ למה יהיה חייב דלמא הסיתו דוקא לעבוד ע"ז בשתוף ולא שיכפור לגמרי באלהי ישראל ולכן צריך לומר לו בלשון זה האיך נניח את אלהינו שבשמים לידע אם כוונתו להניח את אלהי השמים לגמרי: אכן ק"ק האיך ימות המסית בלא התראה שמא שוגג היה שסבר שמותר לעבוד ע"ז דהא בכה"ג העע"ז גופא מקרי שוגג ומביא חטאת כדאמרינן לעיל (דף ס"ב ע"א) ואפילו כי אמרינן ליה האיך נניח אכתי לא ברור לנו דלאו אומר מותר הוא ועיין מש"כ התוס' לעיל (דף מ"ב סע"ב) דהא דצריך קרא דבעינן התראה היינו למ"ד חבר צריך התראה דלא משום להבחין בין שוגג למזיד הוא ולפ"ז אפשר לומר דגם הכא לא קאמרינן אלא דלא צריך התראה שהצריכה התורה גם במקום דלא שייך להבחין בין שוגג למזיד אבל עכ"פ צריך שיהיה ברור לנו דלאו שוגג הוא: שם במתניתן האוחז את העינים פטור: וכן קאמר אביי לקמן ומדמי ליה לפטורי שבת דפטור אבל אסור ומזה משמע דפטור לגמרי ולית ביה אפילו מלקות אכן לעיל (דף ס"ה ע"ב) קאמרינן לרבנן דהאוחז את העינים חייב מלקות משום מעונן ומה"ט כ' הרמב"ם בפ"א המשניות דפטור ממיתה דוקא אבל חייב מלקות.

והנה הכ"מ (פי"א מה' עכו"ם) רצה לבאר דעת הרמב"ם דבאוחז עינים דמכשף ליכא 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. ואשמעינן סיפא דמדיח ש"ב דרישא: פי' דאי לאו דסיפא פירושא דרישא הוא לא הוי קשה כ"כ דכמה פעמים משכחינן בש"ס דרישא אתיא כחז תנא וסיפא כאידך תנא כדאמרינן במגילה (דף ט' ע"ב) ובשאר דוכתי אבל כיון דלפרושי דרישא אתיא ושם תנא המסית והמדיח גבי הדדי ע"כ ליכא למימר דתרי תנאי היא ובהכי א"ש ג"כ למה דמקדים תירוצ' רבינא קודם לר"פ לפי פי' רש"י דרבינא מתרץ הקושיא מהסיפא ורב פפא מהרישא ולפ"ז י"ל

דודאי אי לאו תירוץ ר"פ הוי סגי גם בתירוץ רבינא לחוד כיון דממדיחי עיה"נ גופא ל"ק אהדדי רק מנביא אמדיחין א"כ י"ל דרבי היא ונסב לה אליבא דתנאי כדאמרין (שם) רק כיון דיש לנו תירוץ ר"פ לא נצריך להכי אבל ודאי בתירוץ ר"פ לחוד לא סגי כיון דממדיחין גופא קשיא אהדדי: שם ד"ה מכשפה א' האיש.

דכתיב איש או אשה: א"ל דא"כ מאי פריך לר' יהודה לקמן ליהוי אוב וידעוני ב' כתובים הכ"א דאכתי מנ"ל דלכך כתיב תרוייהו 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 בתרוייהו כיון דלא ידעינן אי כתיבי תרוייהו משום סקילה או משום השוואת איש לאשה לכן נימא דבשאר מכשפים איש פטור וגם אשה אינה בסקילה כיון דספק הוא לענין מאי הוי ב"כ ובדנ"פ הולכים להקל גבי ספק וא"ל ג"כ למה הוצרך רש"י להך דרשה ולא פי' בקיצור דאתיא הכי מאיש או אשה כי יעשו מכל חטאת האדם דילפינן מניה בקדושין (דף ל"ה ע"א) דהשוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשים שבתורה די"ל דה"א דמכשפה כתיב להורות דבזה לא ישוה איש לאשה לכן צריך קרא דכתיב גבי מכשף גופא והשוה הכתוב בו אשה לאיש והיינו לר' יהודה אבל לרבנן אתיא מלא תחיה או מכל שוכב או מלא יחיה דהשוה בו הכתוב שניהם וכמו שכתב המהרש"א וא"ל לרבנן ל"ל איש ואשה גבי אוב וידעוני די"ל ג"כ דהוי מצריך למיכתב אשה כיון דאורחיה הוא וכמו דכתיב מכשפה וא"כ הוי ממעטינן איש לכן צריך לכתוב גם איש אכן הא קשיא לרבנן עיקר קרא דאיש או אשה כי יהיה בהם ל"ל וכקושית ר' יהודה למה יצאת דהא לא צריכים להורות סקילה וי"ל כמו דלריה"ג ע"כ בעל אוב ליכא 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 ובן 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 תני אפגול וחד תני אנותר ולפענ"ד לא דמי להתם דהתם עכ"פ כל א' מתרץ קושיא בפ"ע דמה דמקשה הש"ס מ"ט היא קושיא כוללת לפגול ונותר ולכן כל תירוץ בפ"ע קאי אבל הכא דמקשה מרישא וסיפא דמתניתן דאתיא כר"ש אמתניתן דמדיחין דאתיא כרבנן א"כ כל תירוץ בפ"ע לא מתרץ מידי דאף אי מרישא לא מוכח דאתיא כר"ש מ"מ מסיפא מוכח וכן איפכא ואכתי 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 ולדייק הכי ולכן גם אי הוי ס"ד דהמקשן לומר לא זו אף זו קתני כדאמרין בשאר דוכתי מ"מ לא הוי ס"ד לתרץ כתי' רבינא דאכתי היה 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 כלל דהא צריך לכתוב באבן ירגמו אותם דמיהם במ דמניה ילפינן לעיל (דף נ"ג ע"א) דבכ"מ

שנאמר דמיהם במ היינו סקילה וע"כ הפי' הוא דירגמו אותם דמיהם יכתוב במקום אחר וא"כ איך מתרץ להקיש עליהם דאכתי קשה כיון דבלא"ה ע"כ צריך למיכתב באבן ירגמו אותם דמיהם במ א"נ לכתוב זה גבי מכשפים ואכתי אוב וידעוני למה יצאת וי"ל דאי לא אתי להורות סקילה גבי מכשף הוי מצי למיכתב באבן ירגמו במקום דכבר נאמר דמיהם במ אבל כיון דאתי להורות סקילה גבי מכשף א"כ ע"כ הוי צריך למיכתב דמיהם במ ג"כ גבי מכשף למילף מניה דמיהם במ דעלמא דפירושו סקילה וגם איש או אשה הוי צריך למיכתב להורות דשוה איש לאשה וכמו שפי' רש"י לעיל וכיון דבלא"ה הוי צריך למיכתב ממש כולי קרא גבי מכשף אין זה יתורא כ"כ הא דכ' ליה בלשון אוב וידעוני: שם לר' יהודה נמי ליהוי אוב וידעוני: ק"ק לר"ל דאמר לעיל (דף ס"ה ע"א) דלכך מיחייב באוב וידעוני תרתי אף דשניהם בלאו א' נאמרו משום דחלוקין הם במיתה א"כ ע"כ צריך למיכתב תרתי אוב וידעוני לחלקן במיתה כי היכי דליחייב ב' חטאות ואף דלר"ל ג"כ פטור אידעוני משום דלית ביה מעשה מ"מ איכא נפקותא גבי ידעוני דאית ב' 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' ודוחק לומר דקושית הש"ס הכא הוא לר"י דוקא דא"כ לר"ל לית לן תנא דסובר ב"כ הבאים כא' מלמדין והש"ס פריך סתמא בכמה דוכתי למ"ד מלמדין וי"ל דגם לר"ל לא הוי צריך למיכתב קרא תרוייהו גבי עונש והוי מצי למיכתב אוב או ידעוני גבי אזהרה לחלק: שם שאני ר"ח דנפיש זכותיה: ק"ק איך סמך ר"ח עצמו על הנס ובפרט לתלות בזכותו מה שאין דרך הגדולים כדאמרינן בש"ס חזקיה שתלה בזכות עצמו תלו לו בזכות אחרים אלמא שלא כדין עשה ורש"י נראה שרצה לתרץ זה ולכן פי' דר"ח לא החליט לגמרי שינצל אלא שאם תוכל לו ידע שמה' יצא הדבר ויקבלו אכן פי' זה לא שייך לפי מה דאתמר סוגיא זו בחולין (דף ז' ע"ב) דקאמר לה בפ"א לא מסתייע לך אין עוד מלבדו כתיב 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 ושביק ליה עד דנקיט ליה למעשה דר"ח והדר מקשה ולכן היה נ"ל שאפשר לפרש דבאמת לאו ממימרא דר"ח פריך אר"י דבזה י"ל דפליגי אלא מגוף המעשה פריך 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 משכחת ליה דמיחייב דהאי מכניף ליה אינו רק חובר חבר שהוא בלאו כדאמרינן לעיל (דף ס"ה ע"א) די"ל דלא קאמר רק דברים שיש לה חיות אין יכול לבראות אבל שאר שינוי טבע כהך דלקמן אשקי' הואי חמרא זה יכול ולכן אמרינן במתניתן דמלקט קשוואין חייב דאין זה הכנפה אלא בריאה ממש ואפילו הוי הכנפה י"ל דלא פטור הכנפה ממיתה רק בדברים שיש להם חיות אבל בשאר דברים אפילו אהכנפה מיחייב מיתה: שם ברש"י בד"ה סמכו ענין לו.

הא ילפינן לה בהאי פרקין: קשה הא גבי שוכב לא כתיב כלל דמיהם במ וביבמות (דף ד' ע"א) פי' דגבי אשה הנשכבת מבהמה כתיב וכי מה ענין זה לשוכב ועוד מה ש'כ

דילפינן לה בהאי פרקין מדמיהם במ 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) כגירסת הסמ"ג הביאה המהרש"א שם דמתהרוגו ומדמיהם במ יליף ולכן הביא רש"י כאן חד קרא ובברכות אידך קרא: שם ד"ה ינאי איקלע. ולא גרסינן ר' ינאי: ולגירסות הישנות דגרסי ר' ינאי י"ל דהוא לא ע"י כישוף עשה שהוא 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 דבסייף: פ"י דלמא ר"י אית ליה ג"כ הגז"ש והא דצריך לילף מדהוציא מן הכלל היינו דאיכא סברא לילף מלא תחיה כסברת ריה"ג וג"כ מלא יחיה כסברת ר"ע ואי לאו קרא ה"א דנילף מלא תחיה לקולא ולכן גם מסמוכים לא הוי מצי למילף אכן ק"ק דאיך אפשר לומר כן דא"כ גז"ש מאי אהני ולענין מה נמסר.

וביותר קשה אמה שכתבו 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 דאיכא 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 כישוף הא ר"ש יליף ליה שם (דף ס' רע"א) מהך סמוכים דבן עזאי ע"ש: שם דף ס"ח ע"א בגמרא א"ל שלך קשה משלהן: ק"ק הרי אין זה תשובה על שאלתו ששאל באיזה מיתה יהיה נידון וכי מה יודע עדיין בזה אם גם יודע לו ששלו קשה משלהן גם י"ל מעיקרא מאי בעי ר"ע בזה לידע באיזה מיתה ימות גם מאי כולי האי ששלו קשה משלהם ורש"י פ"י מפני שלבו פתוח כאולם אכן לפי הידוע א' המרבה וא' הממעט ובלבד שיכוון את לבו לשמים וא"כ מה בין לבו פתוח או לא גם למה שאל ר"ע דוקא כן 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 מיתתך אלמא דמשום כך היה ואותו מעשה ודאי היה קודם לזה דסמוך למיתתו דהא באותו הפעם עדיין למד לפניו אכן גם שם שייך להקשות דא"ל בשחיטה תהא מיתתך והרי בגמרא אמרינן שסרקו בשרו במסרקות של ברזל ובזה המיתוהו.

אכן נ"ל דבזה הכל א"ש דבאמת מכח אותה מעשה הי' לו לידון בשחיטה כדקאמר לו אכן כאשר נוסף עליו גם זה שפירש מר"א ור"א קאמר להו תמה אני אם ימותו מיתת עצמו בזה שאל ר"ע שלו מהו פ"י אם עי"ז נשתנה גם מיתתו משחיטה שהיא סייף לחמורה ממנה וע"ז השיב לו ר"א דשלו קשה משלהן מפני שניתוסף עליו גם עון זה ולכן באמת לא היתה מיתתו בסייף רק בחמורה ממנה: שם אמרו לו הכדור 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 בטהרה וכן נראה מאבות דרבי נתן (פ' כ"ה) דשנוי ג"כ מעשה זה וקאמר שם והיה משיב על טמא טמא ועל טהור טהור עד שיצאה נשמתו בטהרה מיד קרע ראב"ע את בגדיו ובכה ויצא ואמר לחכמים רבותי באו וראו בר' אליעזר שטהור הוא לע"ה לפי שיצאה נשמתו בטהרה ע"כ: שם ואמר הותר הנדר: מזה

נראה שהיה בנדויו עד שמת וכן נראה ממה שישבו לפניו בריחוק ד' אמות וא"כ ממה שהניח תפילין ע"כ מוכח דמנודה מותר וכבר הקשה בת"י בנדה (דף ז' ע"ב) דבמ"ק מבעיא ליה הך אי מנודה 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 כתב בש"ס שם ולפ"ז י"ל דמר"א לא הוי מצי למיפשט דלמא ר"א גופא ספוקי מספקא ליה ולכן הניח מספק ולא הוי דומיא דכולי אחריני דפשיט במ"ק שם מקרא ולפ"ז ע"כ מוכח כדעת הרי"ף דלדעת ה"א דמספק לא יניח שפיר קשה כקושית התוס' דהוי מצי למיפשט מהך דר"א שהניח א"כ ע"כ פשיטא ליה דמותר ובספרי ע"ל בנדה שם כתבתי עוד ישוב בקושית התוס' ע"ש.

שם ד"ה איסור סקילה: ואפילו יצא לר"ה הוצרך לפרש כן דאל"כ למה קרי ליה להטמנת חמין יותר איסור סקילה דהא גם בהטמנה ליכא איסור סקילה אלא משום שמא יחתה או שמא יגיס בקדרה וכה"ג איכא גם בתפילין שמא 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 בפ"י הכי משום דלא קאי רק אדברי ר' נתן וכיון דר' נתן לא הזכיר בתקיעה ד' מה היתה משמשת גם רבי לא מפרש אבל בתקיעה ג' דקאמר ר' נתן דלהדליק היתה בהא פליג רבי ואמר דמשום תפילין היתה אך דאכתי 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 כלל מחליצת תפילין אכן י"ל כיון דר"מ ור"י ס"ל בעירובין (דף צ"ו ע"ב) דשבת זמן תפילין הוא א"כ י"ל דגם ר' נתן כוותיהו ס"ל וא"כ לא חלצו תפילין כלל בע"ש ובהכי מתורץ מה שהקשה במהר"ם אקושית התוס' דלמא ר"א כר"נ ס"ל ולפ"ד א"ש כיון דר"נ לא הזכיר כלל מחליצת תפילין א"כ משמע דלית ליה חליצת תפילין בע"ש כלל: שם ד"ה וטהרתן.

אלמא מדלא חייץ בטבילה: ראיתי מקשים ממתניתין דפ"י דמקוואות דקאמרינן בפ"י שם דמהני טבילה כמו שהן ודוחק לומר דאתיא כר"א אכן י"ל דגם רבנן מודו בזה דלא פליגי אלא כשנקרעו דאז לא חשיב מה שבתוכו חיבור לו כיון שנקרע וא"כ חוצץ אבל מתניתין דמקוואות יש לאוקמי כשהן שלמים דאז חשיב כל מה שבתוכו כאלו 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 הכאה לא ור"ע רק הכאה 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 משיביא 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 לענין חיובו בשאר מצות מ"מ עדיין יש להסתפק עד אימתיכיון שהשיעור דעד שיקיף לא שייך גביה.



שוב ראיתי דברייתא שלימה שנינו ביבמות (דף פ' ע"א) דסריס אינו נעשה בן סו"מ מפני שאינו בכלל עד שיקיף אכן תמהתי על הרמב"ם (פ"ז מה' ממרים) שהשמיט דין זה ועיין בספרי ע"ל שם שכתבתי ישוב לדעת הרמב"ם: שם בגמרא ועוד בן ולא איש קטן במשמע: והכי דרשינן ג"כ בב"ק (דף מ"ד ע"א) ע"ש והקשה בכאן ב' קושיות כנגד הב' תשובות שהשיבו דכנגד מה שאמר כדקתני 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 בפ"י ולכן בלא דאיכא טעמא לחייבו לא הוי שייך להקשות מבן ולא איש דאכתי 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 ליכתוב קרא כי יהיה בן לאיש וא"ל דהא ודאי רבה ג"כ מודה בדורות הראשונים היו מולידים בני ח' וכדאמרינן בש"ס לקמן רק דלענין גר קטן קאמר דאי אתה צריך לחזור אחריו כיון דמילתא דלא שכיחא הוא וכמו שכ' הר"ן וא"כ צריך קרא דבן לאיש גם אליבא דרבה לדרשה דר"ח היכא דהי' מהמיעוט והוליד כשהוא קטן דא"כ מנ"ל להש"ס דר"ח פליג ארבה דלמא סבר ג"כ כוותיה דקטן אינו מוליד בסתמא וקרא איירי כמו לרבה היכי דאיכא ויהויליד אך דזה ודאי אינו דכבר כ' הר"ן דהיכי דהולידו בני ח' אין להם עוד דין קטנים אלא דין גדולים דבנים הרי הן כסמינים ולכן כיון דקאמר ר"ח דקטן שהוליד אין בנבסו"מ ויליף מלאיש בן ולא לבן בן ע"כ ס"ל דאפשר שיהי' לו בן כשהוא בן ולא איש וא"כ ע"כ ס"ל דקטן מוליד פי' דהיכי דהוליד לא נעשה גדול עי"ז דאל"כ שפיר קרינן 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 כי יהיה בן לאיש אכן נ"ל דבלא"ה קשה אהא דדייק דלכתוב קרא כי יהיה בן לאיש אי פירושו סמוך דוקא הא גבי מופלא סמוך לאיש דאתיא מדכתיב איש כי יפליא ומניה דרשינן כי יפליא סמוך לאיש ולמה לא כתיב שם כי יפליא איש או אשה לנדור נדר כדדייקינן הכא אכן י"ל דודאי 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 לישנא דאיכא למיטעי ולדרוש מניה דרשה דר"ח ביותר הל"ל כי יהיה בן לאיש דמשמע רק דרשה דריא"ר אלא ודאי מדכתיב הכי באמת כוונת הכתוב דנדרוש גם דרשת ר"ח וזה שייך כאן אבל באיש כי יפליא דליכא למיטעי ולדרוש דרשה אחריתי בזה אין קפידא איזה כתיב קודם ולכן גם לרבה דיליף מקרא דקטן אינו מוליד ליכא למיטעי ולדרוש כדרשת ר"ח ולכן אין קפידא אי כתיב לאיש קודם או בן: שם בתוספות ד"ה בן.

במופלא סמוך לאיש לענין נדרים: פי' למאן דס"ל התם מופלא סמוך לאיש דאורייתא ואין לתרץ דליכא למימר הכי דהא פשיטא דקטן פטור שלא בא לכלל מצות דז"א דהא השיב בש"ס על זה דיש לנו ג"כ טעם לחייב קטן כיון דנהרג על שם סופו ולזה הוצרך לילף מוכי יהיה לאיש בן אכן השתא מקשים התוס' דאכתי מקרא זה לא מוכח מידי דתוקמי סמוך מבן י"ב שנה וי"א עד בן י"ג שהביא ב' שערות ולא נימא בן הסמוך לגבורתו של איש דמשמע עד שיקיף זקן התחתון דזה משמע גבורתו של איש אלא בן

הסמוך לאיש ואהא תירצו התוס' דלאיש משמע לשון גבורה של איש דהיינו היקף זקן התחתון אכן ע"ז הקשו דא"כ ל"ל טעמא דמתניתן דשלא בא לכלל מצות דבשלמא בל"ז לא יקשה תיכף אתירוץ דר"י א"ר הכי די"ל דאצטריך להך טעמא כי היכי דלא נחייב קטן מטעמא דנהרג על שם סופו ונוקי קרא דכי יהיה למופלא סמוך לאיש אכן לאחר שהקשו התוס' דבאמת נימא הכי דמאי אולמא הך טעמא דמתניתן מהך טעמא דנהרג על שם סופו ותירצו דלאיש משמע לשון גבורה הקשו שפיר א"כ טעמא דמתניתן ל"ל ואהא תירצו דאף דמלאיש משמע שחייב עד זמן גבורה של איש ולא עד שיביא ב' שערות דוקא מ"מ ה"א דכבר התחיל זמן חיובו קודם שהביא ב' שערות מעת שיקרא מופלא סמוך לאיש ואהא קאמרו דאף דהוי יותר מג' חדשים וא"כ לא שייך למדרש בן ולא אב מ"מ שייך למדרש כן בזמן גדלות.

והנה ודאי שהיו יכולים לתרץ ג"כ דהא הך קרא לאו יתורא הוא דדרשינן מניה בן ולא אב אלא ממשמעוּתא דרשינן הכי אלא דעדיפא מזה משני דגם אי הוה דרשינן סמוך לגבורתו של איש הכי ג"כ הוי מצינן למידרש בן ולא אב וכן צ"ל ע"כ מדלא כתבו התוס' תיכף הכי מקושיא קמייתא שהקשו אימא שנה שלפני גדלות איך אפשר לומר כן דא"כ בן ולא אב ל"ל ובזה לא שייך מה שתירצו לבסוף כיון דלפי קושיא זו לא יתחייב רק בקטנותו וע"כ צ"ל כמ"ש וע' במהרש"א שהאריך בביאור דעת התוס' והנראה לפע"ד כתבתי: שם בתוספות ד"ה קטן אי אתה.

מההיא דמערימין על מעשר שני: פ"י דאי רק מדרבנן אבל מדאורייתא לא א"כ מדאורייתא אין מעשר זה פדוי ונאכל בלא פדיון חוץ לירושלים אכן בזה אפשר לומר דלא רצה למיבעי למ"ד זה די"ל דסובר כמ"ד ביבמות (דף פ"ט ע"ב) דיש כח לחכמים לעקור דבר מן התורה אפילו בקום ועשה ולכן אף דמדאורייתא אין לו זכי' מ"מ יש כח ביד חכמים לומר דיש לו זכייה ושבעעשר פדוי הוא ולכן ניחא ליה להקשות למ"ד דגם מדרבנן אין לו זכייה לאחרים וכה"ג תירצו גם התוס' בכתובות (דף י"א ע"א) דר"ה סובר כמ"ד הנ"ל ע"ש: שם בא"ד.

א"נ במעשה ידיו: ק"ק כיון דהשתא לפי הך שיטה קיימינן דקטן אין לו זכייה מן התורה כלל דאי יש לו לא נצרך לאוקמא במעשה ידיו דוקא ואי אין לו א"כ שכר מלאכתו מאן מזכי ליה: שם בא"ד. ואין נתינת קטן כלום: אף דתנן בשבועות (דף מ"ב ע"א) דנשבעין לקטן ומוקמינן ליה התם בטוענו משום אביו זה דוקא למאן דאית ליה שם דהוי כמשיב אבדה ופטור ולא לרבנן דפסקינן כוותייהו וכן החליט גם הרמב"ם בפ"ה מה' טוען דלעולם אין נשבעין על טענת קטן אכן הרב המגיד בפ"ב מה' שכירות הביא בשם הרב ר"י מיגש דשבועת 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 בהעדאת עד א' אין נשבעין לקטן ולכאורה מוכח כדבריו מדמקשינן בשבועות (דף מ"ב) שם מהך דאין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן אהך דאבל נשבעין לקטן ומאי קושיא לוקמא הך דאבל נשבעין בהעדאת ע"א ואף דגם לשיטת הר"י מיגש הנ"ל יש להקשות כן דלוקמי בשבועת שומרים בזה י"ל דדחיק ליה לאוקמא רישא במלוה וסיפא בשומרים

דוקא אבל אי נוקמי סיפא גבי העדאת ע"א שפיר איירי במלוה ג"כ דומיא דרישא אע"כ דגם בהעדאת ע"א אין נשבעין וע' בר"ן במה שכ' 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 כיון דזכייתו וידו באין כא' שאני דאכתי קשה איך זכין לו ע"י מילה הא אז עדיין אין לו יד דאינו גר עד שימול ויטבול ולא שייך לענין מילה באין כא' אך דז"א דהא הזכייה היא דוקא שזוכה בדין יהודי וזכייה זו לא באה לו רק בטבילה שהיא לבסוף ואז באה לו ג"כ היד והתוס' נקטו טבילה מפני שהיא לבסוף וכה"ג כ' בשיטה מקובצת 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 מהך טעמא ותירץ דנקט טבילה שהיא לבסוף ובה הוי הזכייה אכן קשה דלפ"ז מאי תירצו התוס' דגם אי קטן לית ליה זכייה מ"מ משכחת דהוי גר מן התורה כשנתגיירה אמו כשהיא מעוברת דמה בכך דהא אכתי לא הוי גר עד שימול אף שטבל כבר אגב אמו וכן מוכח ממה שכתבו התוס' גופייהו ביבמות (דף מ"ז רע"ב) בד"ה מטבילין ע"ש וא"כ אין לו זכייה עד שימול ואכתי 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 משכחת לעולם דעקרו רבנן דבר מן התורה בקום ועשה דהא כשהוא קטן אכתי 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 ודאי עד שיגדל ולא מיחה ומה שאמר ר"ש דגירות פחות מבת ג' כשרה לכהונה היינו לכי גדלה וכדאמרינן בכתובות (דף י"א ע"א) לענין כתובת מאתים: שם דף ס"ט ע"א בגמרא ואמר רחמנא איש: ולא כתיב 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 מבעי' ליה שם אי נדרוש להכי ופשיט ליה דאצטריך לדרשה דרבה וכיון דלר"ח לא מצרכינן להכי שפיר י"ל דדריש לי' למעט אשה או דסבר דאורחא דקרא הוא: שם איש אתה צריך לחזור: אף דהתוס' כתבו לעיל דלאיש משמע לשון גבורה דהיינו משיקיף זקן התחתון והכא כתיב לאיש וא"כ ע"כ נמעט מני' גם איש שהביא ב' שערות ולא הקיף זקן וזה ודאי מוליד ואיך שייך למדרש דרשה זו כלל די"ל דהתוס' לא כתבו כן אלא גבי בן סורר ומורה דהוי מצי למיכתב איש כדאמרינן בגמרא והביאו ראיה מוהאי איש לאיש דהוי מצי למיכתב ג"כ איש וכתב לאיש דמשמע מזה דלאיש דוקא משמע לשון גבורה אבל הכא דע"כ צריך לכתוב לאיש דהלמ"ד הוא היחס לא שייך למידרש לאיש לשון גבורה: שם ת"ל ואיש: ק"ק שבשלמא לדעת הרמב"ם (בפ"ג מה' איסורי ביאה) דקטן מביא קרבן י"ל דאצטריך קרא דחייב בקרבן אבל לדעת הראב"ד שם דאינו מביא וגם היא אינה לוקה א"כ קרא ואיש לרבות קטן למאי אתי וצ"ע: שם בן ולא אב היכי דמי: א"ל דהא משכחת לה כשהפילה אשתו לאחר מ' יום ואף שהולד אינו בן קיימא אז מה בכך הא גם כשמתרץ דלאחר ג'

חדשים מקרי ראוי להיות אב אף שגם אז עדיין אינו ב"ק דז"א דודאי לא מקרי אב אלא כשהולד ב"ק רק לפי ס"ד השתא דבעינן שיהי' עתה אב לא משכחת אלא לאחר ט' חדשים ולפי מה דמתרץ שראוי להיות אב היינו שרואין עתה שראוי להיות אב לאחר ט' חדשים שיהיה לו ב"ק אז אבל עתה באמת אינו אב עדיין ולכן א"ש הא דלפי האמת יליף ר' כרוספדאי מבן ולא אב דכל ימיו של בסו"מ אינם רק ג' חדשים ולמה לא יליף מ' יום דוקא דהא לאחר מ' יום כבר ראוי להיות ניכר שיהי' אב כגון אם הפילה אבל לפ"ד א"ש דאם הפילה לא מקרי עוד ראוי להיות אב: שם זיל בתר רובא: א"ל אהא דאמרינן ביבמות (דף ק' ע"ב) מי שלא שהתה אחר בעלה ג' חדשים ונשאה וילדה כו' ע"ש דלכל מילי דיינינן ליה כספק ולמה לא אזלינן שם בתר רובא די"ל לפי מה דאמרינן שם (דף ל"ז ע"א) רוב היולדת לט' עוברת ניכר לשליש ימים והאי מדלא הוכר לשליש ימי' איתרע לה רובא גם כאן א"ש דהכא מסתמא אמרינן דאזלינן בתר רובא ויולדת לט' הוי אבל התם דלא הוכר עוברת הוי ספק דאיתרע לה רובא: שם ובדיני נפשות מי אזלינן בתר רובא: קשה דמי ס"ד דלא אזלינן גבי בן סורר ומורה בתר רובא דא"כ כי מייתי ב' שערות בן י"ג שנה למה נעשה בן סורר ומורה ניחוש שמא כבר הביא קודם לכן ונשרו דהא בדורות הראשונים הביאו סימנים והולידו בח' וא"כ כבר עבר הזמן הראוי לקרותו אב אע"כ דאזלינן בתר רובא והמולידים בח' הם מיעוטא כמ"ש הר"ן וא"כ ע"כ דאזלינן בבן סורר ומורה בתר רובא וא"ל דבכה"ג היכי דליכא למישכח דין תורה בענין אחר ודאי אזלינן בתר רובא והכא לא קמבעי אלא היכי דמשכחת דין תורה בלא דאזלינן בתר רובא וכמ"ש הר"ן דהא גם הכא משכחת דין תורה שיעשה בן סורר ומורה ודאי כגון שהביא סימנים בח' דודאי נעשה אז ג' חדשים בן סורר ומורה דקודם לכן ודאי לא נעשה גדול דאין ראוי להוליד ואכתי מנ"ל דגם בן י"ג שהביא ב' שערות נעשה בסו"מ אי לאו דאזלינן בתר רובא וי"ל דודאי בכה"ג אזלינן בתר רובא ולא מוקמינן דין תורה דבן סו"מ במיעוטא דב"ח אלא ברוב דבי"ג אבל הכא דמצינו לאוקמא ברובא ומיעוטא דהיינו דבין בשעת רובא בין בשעת מיעוטא לא נעשה בן סו"מ בכה"ג שפיר מסתבר שלא נלך בתר רובא דוקא אלא גם בתר מיעוטא: שם ואי ס"ד לא אמרינן זיל בתר רובא: ק"ק דהא ר"מ הוא דאית לי' לעיל (דף מ' ע"א) דעדותן קיימת דרק אסיפא דא' אומר בג' וא' אומר בה' פליג ואומר דעדותן בטלה דהיינו לענין שעות ומדכתיב דין זה בסיפא דהך דשנים בחודש משמע דבהכי מודה וכן אמרינן ביבמות (דף ק"א ע"ב) והך עדותן בטלה היא ר"מ כנראה בפסחים (דף י"א ע"ב) וא"כ לר"מ דסבר דחיישינן למיעוטא היכי דאפשר כדאמרינן בחולין (דף י"א ע"ב) לדידי' קשה אימא דאכחושי אכחושי אהדדי ולמה עדותן קיימת ובשלמא מהך דר' כרוספדאי ל"ק אליבי' די"ל דר"כ אליבא דידן קאמר דפסקינן כרבנן ולר"מ באמת אינו נעשה בסו"מ עד ב' חדשים ושליש וכן מהך מתניתן דבת ג' שנים ל"ק אליבי' דהא לפי האמת דמוקמינן בקבלה עלויה בלא"ה א"ש.

ולפי הס"ד דש"ס באמת י"ל דלא אתיא כר"מ דבלא"ה כבר כתבו התוס' לעיל (דף ס"ו ע"ב) דלא אתיא אליבי' אבל מהכא קשה וי"ל דיש כאן ב' מיעוטים המיעוט אינם טועים בקביעה דירחא והמיעוט עדים שבאים לב"ד הם עדי שקר דודאי מחזקינן אותן בחזקת כשרים שלא ישקרו ובמיעוטא דמיעוטא מודה ר"מ כדאמרינן ביבמות (ריש פ' האשה שהלך) ומ"מ מייתי שפיר ראייה דאזלינן בתר רובא כיון דלדידן בכ"מ לא חיישינן

למיעוטא ואי משום והצילו העדה ניחוש גם במיעוטא דמיעוטא ניחוש דהא שייך ג"כ  
הך טעמא דוהצילו העדה גם א"ל מאי מייתי ראייה משם דלמא התם דאיכא חזקה בהדה  
דוקא דמוקמינן העדים אחזקת כשרות דהא נגד זה גם אותו שהעידו עליו יש לו חזקה  
זו: שם ברש"י ד"ה וכי יזידון.

ולא כתיב וכי ירשיע: ואף דתנא דבי חזקיה גופא יליף מהך וכי יזיד לעיל (דף מ"א  
רע"א) דבעינן התראה מ"מ גם אי הוה כתיב וכי ירשיע ג"כ הוי משמע הכי לפי ב'  
פירושי רש"י שם אכן בלא"ה הוי מצוי רש"י לפרש דדריש דרשה דהכא דאיש מיותר  
דס"ד ברציחה איש ולא אשה וגם למעוטי קטן ל"צ דאינו ב"ע בכ"מ ולכן ע"כ אתיא  
להך דרשה לכתוב גם לשון יזיד ולדרוש איש מזיד אך דלפ"ז ק' לר"ח דסבר קטן מוליד  
הך איש מאי עביד לי' דבשלמא הא דלא כתיב ירשיע י"ל דלא דייק הכי דמאי נפ"מ בזה  
אבל הך יתורא דאיש קשה אליבי': שם בד"ה הקיף.

ונפקא לן מדתנא דר"י בן: א"ל דאכתי למ"ד בנדה (דף ל"ח ע"א) דשפורה גרים א"כ  
אפשר להיות שלישי ימי' לב' חדשים ושליש אפילו ביולדת לט' ועכ"פ ליכא כאן ט'  
חדשים דאפילו כשנתעברה בר"ח ניסן כשהגיע ר"ח כסליו כלו הט' חדשים ואין כאן  
רק ב' חדשים ושני שלישים וכש"כ כשנתעברה סוף ניסן די"ל דר' כרוספדאי לא ס"ל  
כהך תנא אלא כשמואל שם דסובר כחסידים הראשונים דיולדת לט' אינה יולדת  
למקוטעין ולמ"ד דשיפורה גרים אי סבר ג"כ הך דרשה בן ולא הראוי לקרותו אב באמת  
אינו בן סו"מ אלא בב' חדשים ושליש או שני שלישים: שם ע"ב בגמרא ואמאי אימא  
אילונית היא: ה"ה דהוי מצוי להוכיח ג"כ הכי מהא דתניא לעיל (דף ס"ו ע"ב) ומתו גם  
שניהם עד שיהיו שניהם שוים פי' בני עונשים לפי פי' רש"י ול"ל קרא להכי פשיטא  
דפטור דלמא אילונית היא ובזה לא שייך כתירוץ הש"ס לענין קרבן דהא ומתו גם  
שניהם בא"א לגבי מיתה כתיב אכן ניחא לי' להביא ראייה ממתניתין ולפי האמת דקבלה  
עלוי' גם כאן א"ש: שם בבא עליה אבי': נקט אבי' דוקא דכל קורבות דמצי למשכח  
בקטנה בלא אישות הם בתו בתו בתו בנו בת אשתו בת בנה בת בתה וכולהו לתא  
דשם אב הם: שם דקבלה עלוי': לפ"ז הא דקמבעי' ליה לעיל (דף ס"ו ע"ב) הבא על  
הקטנה מאורסה לר"מ מהו לגמרי ממעט לה או מסקילה כו' צריך לפרש דמבעי' לי'  
הכי דקבלה עלה דאי לא"ה לר"מ פטור לגמרי דחייש דלמא אילונית היא כיון דחייש  
למיעוטא א"כ אין כאן חיובא דא"א כלל: שם כי אולדה הרן לשרה בתמני אולידה:  
הקשה מהרש"א דא"כ לידוק מני' דבז' וד' חדשים אולידו דהא איכא ח' דעיבורא דשרה  
גם הקשה המהרש"א למה נקט אברהם גדול מנחור שנה וכן נחור מהרן ולא ח' חדשים  
כזמן העבור ומה שתירץ שאין דרך להתעבר ולילד בפחות משנה הוא דוחק 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 כשהוליד הרן לשרה כשהי'  
אברהם בן ט' וד' חדשים הי' הרן אז בן ח' וכשנולדה שרה הי' אברהם בן י': שם אלא  
מהכא ובצלאל: הא דלא מייתי קרא דבצלאל ברישא היינו משום דדרך הש"ס הכי  
דבתחלה מייתי אותן שיש להשיב עליהם ואח"כ אותן שאין להשיב אכן לעיל צ"ב למה  
הקדים הך דבת שבע לקרא דאברהם הכתוב בתורה וי"ל דהוי ניחא לי' למייתי מבת

שבע דהתם הוי ג' שילדו בזא"ז לח' שנים ומהרן אינה ראייה כ"כ דלא הוי אלא א' אבל מב"ש דהוי ג' וג' פעמים בכ"מ הוי חזקה: שם ברש"י ד"ה פסלה מן הכהונה.

מיהו מיתה לא מיחייבו כגון שלא התרו בהן: הא דלא פי' בקיצור כגון שהיא היתה שוגגת או אנוסה וכן הוי משמע לכאורה מדנקט פסלה מן הכהונה ואי ברצון למה אשמעינן דוקא לענין כהונה לשמענין אפילו גבי ישראל ולאוסרה על בעלה משום דהמסוללת בבנה לרצון משמע אך מה שכתבו לא מיחייבו כגון שלא התרו בהן 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 לתמוה אפירוש זה דכ' מימי נדות וטהרה דימי טהרה מאן דכר שמי' הא אז מותרת לשמש ורק ז' ימים טמאה לזכר והם כמו נדת דותה ודוחק 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 כלום מימי זיבה גם ק' לפי פי' זה דהא לקמן גבי בצלאל קאמר ג"כ הכי דל תרתי שני דתלתא עבורא והרי אז עדיין לא נתנה התורה ולא היה דין נדות כלל ולכן נלע"ד דכוונת רש"י הוא כיון דאמרינן 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 ראויה להתעבר רק מל' יום לל' יום וזה ודאי דוחק לומר דבכל פעם שנעשה א' בן ח' אשתו היתה סמוך לוסתה שהיתה ראויה להתעבר מיד ולכן צריכין אנחנו חדש לתלות דהיינו אם גם היתה אשתו בתחלת נדה אז שלא היתה ראויה להתעבר עד כלות חדש שלם דהיינו ימי נדה וטהרה עד סמוך לנדה אחרת מ"מ שפיר משכחת שהי' נולד לו וולד עכ"פ ח' חדשים אחר כלות 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 בפ' כוונתו כזה ע"ש והוא נלע"ד הנכון בישוב קושית התוס' ומתורצים קושית התוס' כנ"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 מנדתה 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 כיון דלעיל אמרינן דרוב נשים לט' יולדות ואלימא טעם זה שאפילו להחמיר ולדון דנ"פ אמרינן כן א"כ בודאי הי' לנו לומר הכא דהני ג"כ לט' ילדו והיו מולידים בני ח' פחות חודש ולכן נ"ל דבאמת סבר הכי רק כדי להמציא החשבון רצה לומר כמ"ד שיפורה גרים בנדה (דף ל"ח ע"א) ולדידיה משכחת יולדת לט' בז' חדשים ושני ימים כגון נתעברה סוף אדר וילדה תחלת מרחשוון או לח' חדשים כגון נתעברה באמצע אדר וילדה באמצע מרחשוון או לט' חדשים כגון נתעברה תחלת אדר וילדה סוף מרחשוון ולכן נקטינן מסתמא הממוצע בין שניהם כי זה ודאי שכיח יותר מתחלה וסוף ובאמת נקטינן אליבא דמ"ד דיוולדת לט': שם בד"ה אלא דרך חכמתן.

וקרא קחשיב שם וחם ויפת: וא"ל דלמא חם הי' גדול מיפת וחשיב חם ויפת דרך גדולתן כיון דליכא הפרש כולי האי בחכמתן דהא קאמרינן לקמן יפת הגדול שבאחיו היה ואכתי קשה אליבא דהך מ"ד ולכן הנכון מה שפי' הרמב"ן בפ' נח דבאמת יפת הגדול ושם השני

וחם הקטן כדכתיב בקרא ולכן כדחשיב שם ברישא מפני חכמתן חשיב חם 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 דתנן לקמן במתניתן אינו חייב עד שיגנוב משל אביו והני לאו של אביו הם דמ"ש ממון גבוה הוא כדאמרינן 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) תנן 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 ניחא ליה למינקט אכל שהוא לישנא דרישא: שם בגמרא ויין עד ארבעים יום: היינו משום דעד ארבעים יום לא מקרי יין כמו שפירש רש"י בברכות (דף כ"ז ע"א) והראב"ד ריש פ"ו דעדיות פי' משום דמאז משתכר וא"כ הכא מאז ממשיך בתריה והרמב"ם פ"ז מה' ממרים כ' סתמא דמיינ מגתו פטור ולא ידעתי למה השמיט ד"מ יום דיהיב בש"ס דהכא וביותר יש לתמוה דלפי הנראה מהש"ס דכאן פטור אאכל בשר מליח אפילו בפחות מג' ימים דהא אמרינן 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 כדין כל שאר ספיקות בדיני נפשות והוא פסק להחמיר וצ"ע: שם וחד אמר רבועו: א"ל דא"כ למה לא הרג נח לחם כדין בא על הזכור דנהרג בן נח עליו כדאמרינן לעיל (דף נ"ח ע"א) דהא מהפסוק נראה דידע נח שעשה לו חם כן כדכתיב וידע נח את אשר עשה לו בנו הקטן והרי ב"נ נהרג בעד א' ובדיין א' ואפילו קרוב כדאמרינן שם (דף 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 ליהרג: שם ברש"י ד"ה יין האיטלקי.

אינו חייב בחצי לוג: לפ"ז אין שיעור לדבר בכמה מתחייב מיינ אחר אכן הרמב"ם לא ס"ל חילוק זה כלל 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 ברכת המזון צריך מזיגה כדרך שתייתו לפי' ר"ת מזיגה זו כראוי לא היתה עד ברכת הארץ אבל בתחלת ברכת המזון היתה חי דהיינו מזוג ולא מזוג וכן כתבו התוס' בשבת שם: שם ד"ה י"ג ווין.

לא קחשיב ויפת: לא ניחא להו למימר דבכולהו הוי לשון וי בפתח הוי"ו משא"כ בויפת דהוי"ו בקמץ ואין זה לשון וי דבקריאת הספרדים גם הוי"ו קמוצה כמו פתוחה נקראת וכן היתה קריאת התוס': שם ע"ב בגמרא ואיהו אסיק בשר ויין: ק"ק לפי מה שמבואר בטוש"ע א"ח (סי' תי"ט) ע"פ הירושלמי דמצוה להרבות בסעודת ר"ח א"כ איך ס"ד דלא יחשב סעודת מצוה במה דאסיק בשר ויין דמה בכך שלא אכל סעודת עבור מ"מ הרי אכל סעודת מצוה דר"ח דהא בר"ח היו עושין הסעודה שהוא ביום ל"א וגם למה השמיענו המשנה דוקא אכל בחבורת עבור החדש דהוא סעודת מצוה כפולה להשמיענו רבותא טפי דאפילו בסעודת מצוה דר"ח גרידא פטור ואפשר לומר דסעודת ר"ח לא

קיים רק כשעשאה ביום כמו סעודת פורים דהא גם החדש אין מקדשין אלא ביום וכיון דסעודה זו עושין בלילה לא יצאו בה ידי סעודת ר"ח ואף דהרמב"ם סבר דעשאו אותה ביום כנ"ל י"ל דמ"מ ל"ק לדידי' די"ל דס"ל דהך סעודת ר"ח שהוזכר בירושלמי היינו סעודת עיבור דכאן וכמו שפי' הר"ן אבל בסעודת ר"ח ליכא מצוה כלל נגד דעת שאר הפוסקים וכן נראה מדהשמיט דין זה דסעודת ר"ח וגם מדכתב בפ"ג מה' ק"ה כאשר הביא שם סעודת העבור וזהו סעודת עבור החדש שהוזכרה בכל מקום ובאמת לא מצינו אותה אלא הכא ואי לא כלל גם הך דהירושלמי בהדי' לא שייך לשון בכ"מ ולשיטת רש"י י"ל דבלילה לא יצא בסעודת ר"ח ולפ"ז לא יקשה מידי אכן לפי מה שכתב המג"א בס' הנ"ל נראה דס"ל דיצא בלילה בסעודת ר"ח ולדידי' קשה כנ"ל וצ"ל דאיירי שכבר אכל סעודת ר"ח בלילה או שיאכל אח"כ ביום ולכן מה דמסיק סעודת עיבור בבשר ויין ליכא מצוה: שם כי תנן נמי מתניתן להשלים: רש"י פ"א לשיעור כזית והרמב"ם כתב מתניתן סתמא ולא כתב דלהשלים הוא ולא ידעתי למה גם גבי עוף לא הזכיר השלמה ועד כמה יוכל להשלים ויהי' חייב עליו ונראה עד רובו אכן גם דעת רש"י צ"ע קצת דכ' דבכזית פטור אם השלים משקצים ורמשים ומשמע בפחות מכן חייב דלא קרינן ביה אינו שומע בקולו של מקום ומ"ט האיכא השלמה ע"י בריה דחייב אפילו בפחות מכזית ועוד דהא אנן קיי"ל דחצי שיעור אסור מן התורה כר"י וא"כ גם בהשלים בפחות מכזית פטור משום אינו שומע בקולו של מקום.

אכן י"ל דרש"י רצה לפרש סתמא גם בלא דהוי בריה וגם לר"ל דס"ל ח"ש מותר מן התורה ובזה הוי השלמה לפטור בכזית דוקא ואף דגם ר"ל מודה דאסור מדרבנן כמבואר רפ"ח דיומא והרי אפילו באיסור מדרבנן מקרי אינו שומע בקולו של מקום כדאמרינן לקמן דבר עבירה ת"צ מכ"מ ע"כ הרישא באיסור מדאורייתא איירי דאל"כ סיפא מאי קמ"ל: שם דף ע"א ע"א בגמרא אלימא חייבי כריתות ומיתת ב"ד: אף דבכתובות (דף כ"ט ע"ב) משמע דאינה ראויה לקיימה הוא חייבי לאוין ולא חייבי כריתות שאני אינה ראויה לו מאינה ראויה לקיימה והא דלא נקט באמת ג"כ חייבי לאוין בהדי' דהא אליבא דר' יהודה ור"י ס"ל כר"ע דאין קדושין תופסין בחייבי לאוין ושוה בזה לח"כ ולמיתות ב"ד כדאמרינן לעיל (דף נ"ג ע"ב) די"ל דרצה למינקט גם אליבא דרבי יצחק דתני כדתנן ולדידיה לא מוכח דס"ל לרבי יהודה הכי גם א"ל דילמא אינה ראויה דקאמר ר"י היינו שפחה ונכרית דלא תפסי בה קידושין ובזה ליכא למימר סוף סוף אבו' אבו' נינהו דהא בספ"ג דקידושין קאמרינן דולד הבא מן השפחה אין קרוי בנך אלא בנה וא"כ יש לו דין גר ואינו אביו די"ל דבהכי ע"כ לא איירי ר' יהודה דא"כ מ"ט דת"ק דמחייב: שם בקולנו מדקול בעינן שוין: א"ל דהתינח למ"ד יש אם למסורת אבל למ"ד יש אם למקרא הרי נעשה כאלו כתיב יו"ד אחר הלמ"ד דהא הציר"י מושכת אותה וכמש"כ רש"י בקידושין (דף י"ח ע"ב) גבי חיר"ק דבבגדו בה וגבי קמץ דונשל במכות (פ"ב) וא"כ ודאי דה"ה ג"כ בציר"י די"ל דר' יהודה לשיטתו דסבר יש אם למסורת בפסחים (דף פ"ו ע"ב) ובזה א"ש מה דקשה לכאורה מ"ט דפליג אר"י ולא דריש דרשא דקולנו ולפ"ז י"ל דאיהו ס"ל יש אם למקרא ועיין לעיל (דף ד' ע"ב): שם במתניתן איננו שומע בקולנו ולא חרשים: הא דלא ממעטינן מזה היכי שהבן סורר ומורה חרש דלא שייך ג"כ איננו שומע בקולנו משום דהוא בלא"ה פטור כיון דאין יכולים להתרות בו ולא נשתנה בזה



משאר חייבי מיתות והא דלא ממעטינן כשהוא אלם דאז אינו ראוי לומר ושאינו מקבל התראתם דגם זה פטור בלא"ה כדין שאר חייבי מיתות כיון שאינו יכול לקבל התראה ובעינן בחייבי מיתות שיקבל עליו התראה כדאמרינן לעיל (דף מ"א ע"א) ואף דאיכא נפקותא גבי מלקות דבן סורר ומורה דהא דבעינן שיקבל עליו התראה לא הוזכר רק גבי חיוב מיתה ובאורים ותומים סי' ל"ח החליט דגבי מלקות לא בעינן שיקבל עליו התראה כבר כתבו התוס' בתמורה (דף ז' ע"א) דגם גבי מלקות בעינן וכן ג"כ דעת הרמב"ם בפרק י"ב מהלכות סנהדרין וכן מוכח בפ"י לקמן (דף פ"א ע"ב) ע"ש וצע"ג על בעל אורים ותומים: שם ברש"י ד"ה משל אחרים.

ואפילו לא אכלן ברשות הבעלים עצמן: החידוש הוא דאף דבזה לא מבעית ולפ"ז אם ברשות הבעלים עצמן אכל מוכח דס"ל לרש"י דבעית וא"כ הא דאמרינן דברשות אביו בעית היינו ג"כ הך בעית שלא יבין שהוא גנב לו ולפ"ז אם גנב משל אביו ואכל בשל אמו יתחייב דהא לא בעית כיון שלא אכל ברשות הבעלים שגנב משלהם אכן ממה דאמרינן בגמ' וכש"כ משל אחרים ואכל ברשות אביו דלא שכיח ליה ובעית מוכח דשייך בעית גבי אביו גם בלא גנב משלו והיינו משום מורא דאביו וטעם זה שייך ג"כ גבי אמו ולפ"ז תרי גווני בעית איכא: שם בד"ה מדמי סעודה דאיהי נמי שייכא בהם מדינא: זה ק"ק דמאי שייכות יש לה בה דכיון דחייב לזונה א"כ אם גנבו אלו המעות מכ"מ חייב לזון אותה וא"כ לא פסדה מידי וביותר הל"ל שכבר נתן לה הבעל דמי מזונות שתזון את עצמה ובלא דמי המזונות יש לאשה ג"כ מעות שצריך ליתן לה בכל שבת מעה כסף לצרכה כדאמרינן בכתובות סוף פרק אעפ"י: שם ד"ה מתרין בו.

דהא התראת עדים ועוד זו ספק התראה: הרמב"ם (סוף ה' ממרים) לא הזכיר רק סתם התראה והרי לפי מש"כ רש"י בעינן ב' התראות התראה דאב ואם והתראה דעדים דלא גרע משאר חייבי מיתות דבעו התראה. אכן זה א"ש דב' הטעמים שכתב רש"י דלא סגי בהתראת אב לא שייכי לדעת הרמב"ם דטעם דהתראת עדים לא שייך אלא לר' יוסי דסובר במכות (דף ו' ע"ב) אבל לפי מה שאמר רבא שם דמתרה שאמרו אפי' מפי עצמו ואפילו מפי שד וכוותיה פסק הרמב"ם בהלכות סנהדרין (פי"ב) סגי בהתראת אב לחייבו מיתה וגם טעם ב' דרש"י לא שייך אלא למ"ד התראת ספק לא שמה התראה אבל למ"ד במכות (דף ט"ז ע"א) דשמה התראה וכוותיה 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 ומתרינן 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 ומתרינן אותו קאי אמתרה סתם ולא אתי לאשמועינן אלא דבעי התראה בפני שנים כשאר חייבי מיתות ולכן לא כתב רק סתם התראה ולא הזכיר כלום 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 דמשכחת שיש ממון לאשה שאין הבעל אוכל פירות מהם וא"כ אין לו בהם רשות כגון שחבל הבעל לאשתו שצריך

לשלם לה נזק וצער ובושת והן 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 בנכסיך ובפירותיהן שאין לבעל אז בהן כלום 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 בבן סורר ומורה הבא מן הפנויה או שגרש לה בעלה שאין עוד לו בנכסי כלום וק"ק שלא הזכיר בש"ס מכל הני גווני דהא נחית לתירוצי למינקט איבעית אימא: שם ע"ב בגמרא ש"מ תרתי: ק"ק דאימא דוקא לולא סומין הוא דאתי וי"ל דודאי כשהוא אומר בננו זה יש במשמעתו תרתי דהיינו שיאמר זה הוא אותו שלקה בפניכם דאל"כ מה לשון זה שייך כאן לענין מאי מיחדין אותו ועוד שמעת מניה שצריכין שיורו עליו באצבע דאל"כ לא שייך לומר זה רק דהמקשן הכי קא קשיא דלעיל פריך ש"מ בעינן קרא כדכתיב פ"א דאל"כ דלמא רק למצוה הוא דאתי ולא לעכב ומתרץ שאני הכא דכולה קרא יתירה הוא ואהכי פריך 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 ואהכי מתרץ דודאי קרא יתירא הוא דהוי מצי למכתב בננו הוא ולכן שמעת מניה תרתי: שם ת"ש אם משנגמר דינו ברח: א"ל כיון 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 אך זה קשה מאי פריך ת"ש אר' חנינא בלא ר' חנינא תקשי מתניתן רישא וסיפא אהדדי וי"ל דבלא"ה א"ל דבכ"מ מניחין דינו כמו שהיה ולכן בהקיף זקן עד שלא נגמר דינו כיון דקודם לכן היה פטור גם עתה פטור משא"כ בנגמר דינו שהיה חייב מקודם ונשאר בחיובו אם מדקאמר ר' חנינא הטעם דהואיל ונשתנה דינו נשתנה מיתתו ולא קאמר ג"כ שנשאר בפטורו של קודם לכן כיון דעדיין לא נגמר דינו אלמא דס"ל דאי משום הא לא אירי' אלא טעם פטורו הואיל ואשתני א"כ גם בנגמר דינו ליפטר ומתרץ דשאני בנגמר דינו דלא שייך אשתני דינו דנעשה כמי שנידון כבר: שם ואמאי נימא הואיל ואשתני אשתני: ולא ניחא לי' למימר הא דאמר ר"ח ב"נ שבירך את השם איירי שבירך ע"י כינוי וס"ל כר' מיישא אליבא דרבנן לעיל (דף נ"ו ע"א) דב"נ חייב וישראל פטור ולכך פטור דאלו עביד השתא לאו בר קטלא הוא משא"כ בעשה כן בישראל דא"כ ל"ל למימר הואיל ואשתני דינו אשתני מיתתו תיפוק ליה מטעם דאלו עביד השתא לאו בר קטלא הוא: שם דינו ומיתתו בעינן: א"ל דא"כ כי פריך לעיל מאם משנגמר דינו ברח ליתרץ ג"כ הכי דתרתי בעינן והתם ליכא אלא חד די"ל דע"כ צריך 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 צריך לחלק בהכי דנגמר דינו גברא קטילא הוא: שם ברש"י ד"ה ואם משנגמר דינו.

ושוב אין לנו לחפש בזכותו ולהצילו: ואף דבספ"ק דמכות אמרינן דבברח 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 דהקיף זקן התחתון עד שלא

נגמר דינו פטור דאלו עביד השתא לאו בר קטלא הוא לאו מכח קרא או הלכה אלא רק מכח 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 דסרחה ואח"כ בגרה תידון בסקילה משום דשינוי גוף בלי שינוי דין ומיתה לא מקרי שינוי לשנות דין מיתתו מ"ש מהקיף זקן עד שלא נגמר דינו דפטור ועיין במהרש"א שפי' בדברי התוס' בד"ה קלה שזה 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 בסרחה ואח"כ בגרה דלא שייך לפטרה לגמרי דעכ"פ איכא חנק א"כ לא שייך משום והצילו העדה ולכן לא אמרינן סברא זו כלל כמו בנגמר דינו: שם ברש"י ד"ה יין ושינה לרשעים.

כל זמן ששותין וישנין אינן חוטאים: הא דקאמר לצדיקים רע להם היינו ודאי לע"ה שממעט מזכויותיהם וא"כ הא דקאמר לרשעים הנאה להם הוא ג"כ לע"ה והא דאמרינן לעיל (דף ע' ע"א) אל תרא יין כי יתאדם אל תרא יין שמאדים פני רשעים בעוה"ז ומלכין פניהם לעוה"ב היינו שע"י היין בא להם הלבנת פנים שעל ידו קבלו שכרם בעוה"ז ולא שהיין בעצמו מלכין אדרבא הוא גורם שלא יחטאו: שם בתוספות ד"ה ב"נ שבירך.

וע"ק דסוגיא דהכא דלא כחד: ולא ניחא להו למימר דהברייתא באמת אתיא דלא כר"י אלא כרחב"ג שם דא"כ מאי פריך מניה לר"ח כיון שהוא ע"כ לא סבר אלא כר"י. אכן אפשר לומר בישוב קושיות התוס' כיון דר"ח ג"כ ס"ל דקלה בחמורה מישך 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 ממיתת ישראל וכן בא"א מיתת חנק הקל הוא בכלל סייף החמור ולכן שפיר שייך עונש לב"נ ארוב ז' מצות שעבר גם לאחר שנתגייר אפילו לר"ח ושפיר יכול ר"ח לסבור כרחב"ג אך לר"י ע"כ גם בקלה בחמורה פטור דכקטן שנולד דמי ולכן המקשה שהקשה מעשה כן בישראל ונתגייר ואכתי לא ס"ד הא דקלה בחמורה מישך שייך א"כ לפי ס"ד זו ע"כ ר"ח לא סבר כרחב"ג אלא כר"י לכן פריך שפיר מהברייתא עשה כן בישראל ונתגייר דליכא למימר דהברייתא אתיא כרחב"ג דא"כ אכתי ר"ח דלא כרחב"ג מצי סבר מדפטר ב"נ שבירך השם ואכתי כתנאי אמר למילתי ולכן פריך שפיר: שם ד"ה קלה בחמורה.

והא דאמר ר"י לתנא: עיין בפ"ה מההרש"א ולענ"ד י"ל דדעת התוס' להקשות מדר"ח אדר"י דודאי מודה ר"ח להא דר"י דנידון בסקילה דאל"כ אכתי קשה לימא מסייע ליה ומה מתרץ הש"ס וכן מוכח דעת הרמב"ם שפסק להא דר"ח וגם פסק דסרחה ואח"כ בגרה תידון בסקילה כר"י וע"כ דלא פליגי והשתא הקשו התוס' מ"ש דהתם תידון בסקילה והכא דינא דר"ח לא דיינינן במלתא קמייתא ותירצו דבאמת נגד שינוי הגוף בסרחה ואח"כ בגרה איכא ג"כ שינוי מיתה גבי ב"נ שבירך את השם אבל איכא ג"כ התם אישתני דינא דליכא הכא ולכן התם דוקא אשתני ולא הכא אכן ממה שכתב רש"י

בד"ה תידון בסקילה נראה שסובר דר"י פליג אדר"ח וא"כ קשה ממנ"פ או דמסייע ליה ברייתא לר"ה אי תני תידון בחנק או דקשיא עליו מינה אי תני תידון בסקילה וי"ל דבאמת תני תידון בחנק ואעפ"כ לא קשיא תו לימא מסייע ליה די"ל דהיא גופא אתי לאשמעינן שלא נטעה לתנות תידון בסקילה כר"י דאז גם הכא נידייני' במיתה קלה וקמ"ל דלא: שם בא"ד.

מדקאמר כ"ש הכא: פי' דבשלמא אי איירי בשינוי מיתה שייך שפיר כש"כ דהתם איכא ג"כ שינוי הדין בהדייהו אבל אי איירי בשינוי הגוף מאי כש"כ שייך כאן דלמא שינוי הגוף עדיף משינוי מיתה ודין: שם בא"ד. דמכ"מ קטלא אשתני: א"ל דא"כ דאיכא ג"כ שינוי מיתה אכתי איך קאמר כש"כ הכא דאשתני לגמרי מאי לגמרי איכא הכא הא התם ג"כ תרי אשתני איכא שינוי הגוף ושינוי מיתה די"ל דפשיטא ליה דשינוי הדין עדיף משינוי הגוף וכן מוכח דהא ר"י סבירא ליה תידון בסקילה ולפמש"כ לעיל גם ר"ח סובר הכי אלמא דלא אשתני ובב"נ שבירך את השם פטור לגמרי אלמא דגם לפי האמת עדיף שינוי הדין משינוי הגוף גם א"ל דא"כ דקלה בחמורה מישך שייכא מקרי ג"כ אשתני קטלא איך מתרץ לעיל אעשה כן בישראל ונתגייר דהאי דינו אשתני מיתתו לא אשתני הא לא משכחת אלא ע"י קלה בחמורה מישך שייך כדאמרינן בש"ס והאי מקרי אשתני מיתתו די"ל דכדמתרץ אלא קלה בחמורה מישך שייך באמת חזר ממה שתירץ מיתתו לא אשתני ואף דרש"י לא פי' כן לשיטתו אזל דגם כאן לא פי' כפי' התוס' אלא דהאי אשתני שינוי הגוף קאמר גם א"ל דא"כ דשינוי הדין דוקא מקרי אשתני ולא שינוי הגוף מאי מקשה לעיל מאם משנגמר דינו ברח הא התם ליכא רק שינוי הגוף משא"כ בדר"ח דהוי שינוי דין ומיתה י"ל דבאמת הוי מצי לתרץ הכי אלא דבלא"ה משני שפיר: שם דף ע"כ ע"א בגמרא ומלסטם את הבריות: ק"ק למה קרי ליה זכאי בתחלתו כשגנב מאביו ולבסוף כשגזל את הבריות מקרי חייב מ"ש לאו דגניבה מלאו דגזילה י"ל דבאמת משום איסור לאו מקרי זכאי לגבי דין מיתה והא דקאמר ומלסטם את הבריות היינו שיהרגם דאיכא חיוב מיתה וכן פי' הרמב"ם בפ"ה המשניות והא דדיינינן ליה בסקילה אף דרוצח גופא אינו אלא בסייף היינו משום שיבא גם לידי איסור סקילה כגון שיגזול את הבריות או יהרגם בשבת והא דאמרינן לעיל (דף ע' רע"א) שהכל מצויין אצלה בעבירה ופי' רש"י ומרגלת לבריות לעבירה בשביל אתנן התם ג"כ תבא לידי איסור סקילה כשתרגיל את הבריות לעבירה כשתהיה נערה המאורסה: שם הגונב כיס בשבת: ק"ק מאי קשיא ליה דלמא באמת הכיס גופא צריך להחזיר שאין זה תשלומין אלא חזרה כדין פקדון והתשלומין דאיירי ביה בברייתא היינו הכפל שזה תשלומין מעליא הוא ופטור גם לרבא כמו בשיבר וכן משמע ג"כ מדנקטה הברייתא גונב דוקא ולא גוזל: שם קשיא סתמא אסתמא: א"ל כיון דהברייתא ראשונה ע"כ דרשה סמוכים כמו שפי' רש"י וביבמות (דף ד' ע"א) אמרינן דר"י לא דריש סמוכים רק במשנה תורה א"כ מאי מקשה דלמא ברייתא ראשונה כרבנן ושנ' כר"י די"ל דמ"מ פריך שפיר לרבנן כיון דדרשי אין לו דמים לאם זרחה השמש כש"כ דצריכין למדרש גם דמים לו לאם זרחה דכתיב בהאי קרא גופא וא"כ סתרי אהדדי: 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: ודאי ארב ל"ק מאי קמ"ל דהא קמ"ל טובא דאפילו נטל פטור דלא שמעינן ממתניתן אלא הקושיא היא ארבא למה ליה למימר דבשיבר סובר כרב פשיטא מתניתן היא ולפ"ז מה שתירצו התוס' קמ"ל רב אפילו שיבר אח"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 ליה להתוס' ולפענ"ד י"ל דוודאי אקרא לא קשיא ליה איך משכחת דין כפל לרב די"ל דמשכחת בבן שגנב מאביו אבל אהתם מקשה שפיר דגם אי בגנב שני ליכא מיתה כגון שהוא בן אצל אביו מכ"מ אביו גופא קננהו בדמים וזה דוחק ליה לאוקמי מתניתן 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 משכחת דין כפל גם לרבא דאף דקרן בעי לאשתלומי כשהוא בעין מטעם פקדון הא הכפל תשלומין הוא וקננהו בדמים אבל לפ"ז ניחא ג"כ דמשכחת בבן אצל אביו: שם בא"ד.

דמיתתו זו היא התראתו כדלקמן: עיין במהרש"א שנדחק איך יתרץ רב לאידך ברייתא דסברה דמחותרת ג"כ בעי התראה. ולפענ"ד לק"מ דהתוס' לא נקטו רק חד מהנך דינים שאין בהם מיתה אבל ודאי משכחת טובא כגון בגנב מן השדה ודייר וסוהר דליכא דין מיתה כמו שכתב הרמב"ם (פ"ט מה' גניבה) וכן בשהיו עדים שם וכן ביום ליכא דין מיתה להראב"ד שם וי"ל דבהכי איירי: שם ד"ה לא קבלינהו.

כדאמר בפרק הפועלים: פירוש דרבא גופא אמר שם הכי ולא ניחא ליה למימר דרבא רצה להחמיר על עצמו לצאת גם ידי דעת אביי דמשמע שם דלא סבר הכי מדאוקי לברייתא כיחידאי כר"מ ושלא אליבא דהלכתא ולא אוקי באוקימתא דרבא דרק ידי רב שייך לומר שרצה לצאת שהיה רבו וכן משמע מדקאמר הואיל ונפיק מפומיה דרב משמע שמפני כבודו של רב נהג כן: שם ע"ב בגמרא ס"ד אמינא מידי דהוה אהרוגי ב"ד: הא דלא קאמר בקיצור דמסברא לא הוי מוקמינן רק לחול דליכא רק איסור רציחה ולא גבי שבת דאיכא איסור שבת ג"כ היינו משום דביומא (דף פ"ה ע"א) יליף ר"ע דפקוח נפש דוחה שבת כיון דדוחה עבודה דלהחיות אפילו מעל מזבחי ועבודה דוחה שבת דכש"כ דלהחיות דהיינו פקוח נפש דוחה שבת ומה"ט ילפינן ג"כ לעיל (דף ל"ה ע"ב) דרציחה דוחה שבת אי לאו קרא דלא תבערו והנה בכלל להחיות איכא ג"כ להציל את הנרדף בנפשו של רודף א"כ שפיר נילף בק"ו דדוחה מיתת הרודף שבת מדדחי עבודה שדוחה שבת ולכן קאמר דסד"א דאינו דוחה מ"ד אהרוגי ב"ד דאיכא ג"כ הך ק"ו ואעפ"כ לא דחי א"כ ה"א דגם לגבי רודף לא נימא הך ק"ו.

וק"ק דא"כ ל"ל לא תבערו לעיל הא מדאצטריך אין לו דמים דדחי שבת מכלל דמיתת ב"ד אינו דוחה וע"ק לר"א בר"ש דאית ליה לקמן (דף ע"ג ע"ב) דאף מחלל שבת ניתן להצילו בנפשו הא האי גנב שנמצא במחותרת בשבת שדיינינן ליה כרודף של בעה"ב הוא רודף לחלל שבת ג"כ דרציחה אב מלאכה היא ומהיכי תיתי שלא יהיה נידון להצילו בנפשו ול"ל אין לו דמים לשון רבים: שם השתא בחול לא קטלינן ליה: ק"ל הא אי לא הוי כתיב אלא דם לו הוי מוקמינן למסתבר טפי דהיינו לשבת דווקא ובהא הוי מחלקינן

בין זרחה השמש ללא זרחה אבל אכתי בחול לא הוי ידעינן דהכא ע"כ צ"ל ג"כ באין לו דמים דמוקמינן בין בחול בין בשבת ג"כ והשתא בשבת קטלינן בחול מבעיא ול"ל דמים אע"כ דאי לא הוי כתיב רק דם הוי מוקמינן לחול דווקא וא"כ ה"ה כאן אפכא.

וי"ל דבשלמא באין לו דם שפיר הוי מוקמינן לחול דווקא אבל שבת ה"א דלא מחללין לכן כתיב אין לו דמים אבל השתא דגלי קרא דהיכי דזרחה השמש עליו שרוצח הוא ניתן להצילו בנפשו אפילו בשבת מקשה שפיר השתא בחול לא קטלינן בשבת מבעיא דא"ל דילמא לא הוי מוקמינן רק לשבת דמכ"מ הוי מוכח דגם בחול לא קטלינן דאי ס"ד דבחול קטלינן דיש לו דין רודף א"כ גם בשבת ליקטל כמו באין לו דמים.

עוד י"ל דהכי קא פריך השתא בחול לא קטלינן בשבת מבעיא דע"כ עיקר קרא לחול קדריש דאי ס"ד לשבת לכתוב איפכא בברייתא בין בשבת בין בחול דהא עיקר קרא מסברא לשבת מוקמינן ורק מיתורא דמים מרבינן חול ולכן מתרין דלא נצרכה אלא לפקח עליו את הגל ובזה הוי שבת חדוש טפי ולכן נקט חול ברישא אך דזה לא מוכח אלא מדדריש דמים לו ברישא אבל אי הוי דריש אין לו דמים ברישא לא הוי מוכח דלפקח עליו את הגל אתי דאי מדנקט בין בחול ברישא ה"א אידי דברייתא דברייתא נקט חול ברישא דהתם לענין אין לו דמים צריך למינקט הכי דחול פשיטא טפי נקט ג"כ הכי בסיפא גבי דמים לו אבל השתא דנקט דמים לו ברישא ואעפ"כ קתני בין בחול בין בשבת שפיר מוכח דלענין מפקח את הגל איירי דבכ"מ סיפא בתר רישא ולא רישא בתר סיפא גרידא.

ובהכי א"ש מה שי"ל בברייתא למה דדרשה קרא המאוחר דמים לו ברישא והדר קרא דאין לו דמים המוקדם ולפ"ז ניחא דרצתה לאשמועינן דלענין מפקח את הגל איירי: שם והוכה בכ"א ומת בכל מיתה שאתה יכול להמיתו: ק"ק לכתוב והומת דשמעינן תרווייהו. ונ"ל דהרמב"ם בפ"ט מהל' גניבה כתב כסוגיין דיכול להמיתו בכל מיתה שאתה יכול להמיתו ומשמע דלכתחילה יכול להמיתו כן אכן לא כן ד' הר"ן ריש שמעתין שכתב דלכתחילה ימיתו בסייף ואם אין יכול להמיתו בסייף ימיתו בכ"מ.

ונ"ל דלהר"ן יצא זה מדכתיב והוכה והדר ומת ולא כתיב והומת כי קושיין אע"כ דגלי קרא דלכתחילה והוכה דהיינו מיתה שיש בה הכאה שהוא סייף כשאר רוצח והדר ומת בכ"מ שאי"ל ולכן לא כללם קרא יחד: שם אבל אחר לא קמ"ל: ק"ק כיון דרודף הוא מהיכי תיתי שלא ימיתו אחר הא לקמן ילפינן מאין מושיע לה דרודף כל אדם מותר להורגו.

וי"ל דלכאורה אין זה רודף גמור דהא אינו הורג בעה"ב אלא מפני שידוע שהבעה"ב יהרוג אותו אם ירצה לילך עם הגניבה א"כ הלא נרדף הוא ולא רודף ולמה מותר להורגו רק דכבר כתב הר"ן דהכתוב דנו כרודף כיון דהוא הוא המתחיל במחלוקת של עסקי נפשות ולכן אכתי לא הוה ידעינן אלא דהוא מותר להורגו דבו גלתה התורה ואין לך בו אלא חדושו אבל אחר לא להכי קמ"ל קרא דדנינן ליה כרודף גמור ואפילו אחר.

ובהכי א"ש מאי דקשה לכאורה דהתוס' הקשו לקמן ל"ל קרא דרוצח ניתן להצילו בנפשו תיפוק ליה מוהוכה בכל אדם ותירצו ע"ש. אכן לכאורה אכתי קשה אפכא ל"ל

קרא דאין לו דמים תיפוק ליה מרוצח ולפ"ז ניחא דמהתם לא ידעינן אלא מי שהוא רודף גמור ולהכי אשמועינן קרא באין לו דמים דגם זה רודף מקרי וכמו שפ"ה הר"ן: שם וכל ב' כתובים הבכ"א אין מלמדין: ולמ"ד מלמדין כבר כתבו התוס' לעיל (דף מ"ה ע"ב) דאיכא ג"כ עיר הנדחת ונסקלין וה"ה דהוה מצי להביא שם ג"כ קרא דוהוכה דהכא: שם מחתרתו זו היא התראתו: מדקאמרינן לקמן אמר לך רב הונא כו' כתנא דמחותרת משמע דלפי ברייתא קמייתא כולהו בעי התראה דאל"כ לא הוי צריך למימר דכתנא דמחותרת ס"ל דכש"כ דלאידך תנא א"ש אכן לא כן דעת הרמב"ם שפסק כתנא דברייתא קמא ולא הזכיר שום התראה משמע דס"ל דלא צריך וכן מוכח ממה שכתב המהרש"א לעיל בתוס' ד"ה אפילו נטל.

אכן מה שכתב שם דברייתא קמייתא דלא כרב אינו מן הצורך די"ל דרב סובר דהך ברייתא סברה כברייתא דלקמן דרודף שהיה רודף דסברה לפי תירוץ האיבעית אימא דרודף בעי התראה וא"כ ע"כ דין דבא במחותרת איירי עם התראה ובלא"ה א"ש מה דקאמר רב התם ל"ש אלא לפני יאוש דהתם איירי בלא התראה: שם אר"ה קטן הרודף ניתן להצילו בנפשו: ק"ק כיון דהא דרוצח ניתן להצילו בנפשו ילפינן לקמן מכאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש א"כ היה לנו למעט מאיש קטן כמו בכ"מ: שם שאני התם דמשמיא 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 ניתן להצילו בנפשו ולקמן לא משכח לילף כן אלא מכאשר יקום איש על רעהו ועוד הא קרא זה דשופך דם האדם נדרש לעיל (דף נ"ז ע"ב) לב"נ נהרג על העוברים ולענין דמיתתו בחנק ועוד אי מקרא זה אתיא ינהוג דין רודף גם בבני נח וצ"ל דלא מייתי קרא זה הכא אלא לאסמכתא בעלמא אבל באמת עיקר קרא לדרשות דלעיל אתיא: שם ההיא ריבר"י היא: א"ל דבזכר איירי דא"כ ל"ל לומר והתורה אמרה שופך דם האדם הא לא ניתן זה אלא להבחין בין שוגג למזיד וגבי חבר ל"צ לזה אע"כ בע"ה איירי וכמו שפירש רש"י וא"כ מוכח דר"י בר"י לא מצריך שיתיר עצמו למיתה אפילו בע"ה ומזה קשה על התוס' לעיל (דף מ"א ע"א) דמשמע שמסופקים בזה אי בעי ר"י שיתיר עצמו למיתה ע"ש: שם ברש"י ד"ה יצא ראשו.

וא"ת מעשה דשבע בן בכרי: עיין מה שכתב הר"ש בזה ספ"ח דתרומות: שם דף ע"ג ע"א במתניתן ואלו הן שמצילין אותן בנפשן: הא דחשיב הני דווקא ולא ג"כ שאר עריות ותני ושייר ליכא למימר כיון דואלו קתני וכדאמרינן בקידושין (דף ט"ז ע"ב) י"ל דואלו לאו דווקא וכמש"כ רש"י במכות ריש פרק אלו הן הלוקין ע"ש.

א"נ י"ל דהכא ליכא למיטעי דלא תני ושייר כיון דקתני בסיפא אבל הרודף אחר בהמה כו' מכלל דבשאר עריות מצילין: שם בגמרא אין ה"נ ואלא ניתן להצילו מנ"ל אתיא מק"ו: לכאורה לא מתרץ בזה ברייתא קמייתא דהא בפירוש קתני דמלא תעמוד על דם רעך נפקא ולא רצה לתרץ כאן רק לפי הך ברייתא דילפינן מל"ת על דם רעך רואה את חברו טובע בנהר מנ"ל דין רודף אך דלפ"ז ק"ק מאי פריך לקמן וכי עונשין מן הדין דילמא הך ברייתא אתיא כר"ש דס"ל לקמן (דף ע"ד ע"א) דעונשין מן הדין אלא ע"כ

אליבא דידי' פריך ולכן נ"ל דבאמת מל"ת על דם רעך נפקא והך ק"ו הוא רק גילוי מלתא בעלמא דנכלול גם רודף בקרא דלא תעמוד דאי לא"ה ה"א דרק לרואה א"ח טובע בנהר אתיא וא"ל דאכתי מאי פריך וכי עונשין מן הדין הא היכי דלא הוי רק גילוי מילתא עונשין מן הדין כדאמר אביי לקמן (דף ע"ו ע"א) די"ל דפריך לרבא דפליג על זה ובלא"ה יש לחלק בין גילוי מילתא דהכא להתם: שם וכי עונשין מן הדין: ק"ק הא ע"כ לאו משום עונש נגענו בזה אלא מטעם דהקפידה התורה להציל את הנרדף דאל"כ איך אמרינן לעיל דקטן הרודף ניתן להצילו בנפשו אף דרודף לא בעי התראה הרי מ"מ קטן בכ"מ לאו בר עונשין הוא: שם והא מהכא נפקא מהתם נפקא: ק"ק לפי מה שכתב הב"י בח"מ (סי' תכ"ו) בשם הירושלמי דאפילו בספק נפשות צריך להכניס את עצמו כדי להציל את חבירו א"כ מאי פריך הא ודאי צריך לזה לא תעמוד על דם רעך דמוהשבותו לו לא הוי ידעינן למימר הכי ולפי שיטת הפוסקים שהשמיטו דין זה א"ש די"ל דסברו דהש"ס דילן באמת פליג על הירושלמי אבל לדעת הב"י קשה וי"ל דהקושיא היא דבאמת והשבותו לו ל"ל אבל לא תעמוד על דם רעך לכתוב וכמו שפירש גם המהרש"א בתוס'.

אך דלפ"ז קשה לפי מה ששמע מפירוש רש"י בהא דמתרץ אבל מיטרח ומיגר אגורי אימא לא קמ"ל דממשמעות דל"ת על דם רעך דריש כן א"כ אכתי והשבותו ל"ל ובפשטות י"ל דאי מל"ת לא ידעינן אלא דמחוייב להציל נפש אבל להשיב תועה בדרך שאינו פקוח נפש לא ולהכי מצרכינן והשבותו אך דלפ"ז הקושיא הנ"ל על הב"י במקומה עומדת דהא שפיר מצרכינן והשבותו וי"ל דלהב"י מפרשינן פירוש הגמרא כמו שפירש הר"ן דמיתורא דל"ת דרשינן מיגר אגורי ולא ממשמעות ולכן שפיר מצרכינן לפי התירוץ והשבותו ובאמת הקושיא היה והשבותו ל"ל ורש"י דלא פירש הכי י"ל דסובר באמת כדעת הרי"ף והרמב"ם ושאר פוסקים שלא הביאו הך דין דב"י: שם נעבדה בה עבירה: מפירוש רש"י נראה שמפרש הכי שנבעלה קודם לכן אכן דעת הרמב"ם לא נראה כן אלא דקאמר דהיכא דנעבדה בה עבירה דהיינו שהערה בה כבר אע"פ שלא גמר ביאתו לא ניתן עוד להצילו בנפשו כיון שכבר עבר אלא מביאין אותו לב"ד דכן כתב בפ"א מהל' רוצח ולפי הנראה מכאן יצא לו כן ולפ"ז אפשר לדעת הרמב"ם אפילו היכי שנבעלה מקודם לכן בעילת זנות לא מקרי ע"י כן פגומה: שם אבל נער דלא קא פגים ליה: פירוש דפגם הוא שנעשה זונה בבעילתו והולד ממזר וכמו שפירש רש"י לקמן (ע"ב) ותרואייהו לא שייכי גבי זכר ואף שכאן פירש רש"י הפגם גבי נערה המאורסה דפגים לה בבתולי' ומגנה על בעלה לא בא רק לפרש לענין מאי קרי לנ"ה נפיש פגמה טפי משאר עריות: שם ברש"י ד"ה אבל הרודף.

ושבת נמי תיתי בגז"ש: א"ל דאכתי לא ליתני רק ע"ז דכיון דע"ז אין מצילין א"כ מהיכי תיתי שיצילו מחלל שבת הא ליכא למילף חיובו מגז"ש די"ל דתני בכל הני דחשיב סדרא דקרא נקיט דרוצח דחשיב כתיב בפרשת משפטים מכה איש ומת מות יומת וזכור כתיב מיתתו בפרשת קדושים ואיש כי ישכב את זכר וגו' ונערה המאורסה כתיב בפרשת כי תצא והוצאתם את שניהם וכן רודף אחר בהמה כתיב בפרשת משפטים כל שוכב עם בהמה מות יומת והמחלל את השבת בפרשת שלח לך רגום ירגמו וע"ז בפרשת שופטים והוצאת את האיש ההוא וגו' ואף דכתיב ע"ז ג"כ בפרשת משפטים זובח לאלהים יחרם



הך לא איירי רק בד' עבודות שלא כדרכה ולא בע"ז סתם כמבואר לעיל וגם לא כתיב שם מיתה בפירוש כמו בפרשת שופטים ולכן שפיר נקיט מחלל שבת ג"כ כיון דבדרך סדורו לפי המקראות קדים לע"ז: שם ד"ה היקש הוא.

וכל היקש וגז"ש כו' לפי שלא נתנה למידרש מעצמו: עיין במ"ל (פ"ב מהל' קרבן פסח) שהוכיח שם דעת רש"י דהיקש אדם דן מעצמו ואין להקשות מדברי רש"י דהכא דכתב לפי שלא נתנה למידרש מעצמו ומשמע דהיקש וגז"ש קאי דודאי לענין הא הוי כמפורש בקרא דאי לאו דכתבם התורה ב' הדברים שהוקשו סמוכים זה לזה לא הוי נוכל להקישם אבל השתא דכתיבי שפיר נקיש אותן מעצמנו ולכן לענין היקש ל"צ רש"י לפרש כלום ורק לענין גז"ש ולכן כתב שלא נתנה למידרש דמשמע דאגז"ש לחוד קאי אכן בסוכה (דף ל"א ע"א) כתב רש"י בפירוש דאין אדם דן היקש מעצמו והתוס' כתבו עליו דתימא גדולה היא ע"ש ובספרי ע"ל שם שהארכתי ליישב שיטת רש"י: שם בתוספות ד"ה הרי זה.

וכן בההיא דלעיל פרק ד' מיתות: לפי מה שכתבתי לעיל שם מזה אפשר אין ראיה כ"כ ע"ש: שם בא"ד. דללמד אפסולי המוקדשין נמי קאתי לפטור מן המתנות: עיין בבכורות (דף ל"ג ע"א) דדריש שם ג' דרשות מצבי ואיל ולא ידעתי למה מסופקים התוס' בזה גם למה נקטו הך דרשא דווקא: שם בד"ה להצילו בנפשו.

ל"ל קרא בטובע בנהר: ק"ק הא איצטריך קרא למיטרח ומיגר אגורי כדאמרינן לקמן וזה לא מוכח רק מיתורא דלא תעמוד דמוהשבותו לו נפקא וכמו שפירש הר"ן וא"ל דאכתי והשבותו לו ל"ל דא"כ דזה קושית התוס' מאי מתרצי דאי מהכא ה"א עשה הא לענין והשבותו לו לא שייך זה דג"כ לא הוי רק עשה אכן לפי מה שכתב המהרש"א דבוהשבותו הוי לאו ג"כ דלא תוכל להתעלם קאי עליו א"ש.

א"נ י"ל דקושית התוס' כפשטי' דלא תעמוד על דם רעך ל"צ כיון דידעינן הצלת חבירו מק"ו מדניתן להצילו בנפשו א"כ מיתורא דוהשבותו לו ג"כ ידעינן 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 דהוי ק"ו בהדי עשה יחשב זה כמו לאו אכן בזה יש לחלק כיון דהך הוי ק"ו מכח עשה לא מיחשב כמו ק"ו ועשה ובלא"ה כבר הוכחתי במ"א מהא דאמרינן מנחות (דף ה' ע"ב) מן הבהמה להוציא את הטרפיפה והלא דין הוא גם דעת הרמב"ם אינו כן דאמרינן בעלמא הכי רק התם גבי סימני טהרה.

ועיין מש"כ בספרי ע"ל מכות (דף י"ד ע"ב) בביאור שיטת הרמב"ם: שם ד"ה חייבי כריתות. וא"ת תיפוק ליה מדאיתקוש כל העריות: ק"ק הא אי מהיקש אתיא צריך נערה אלגופא דממנה נלמד ההיקש וגם נער צריך לזכר אלגופא דזכר אינו בכלל ההיקש וכמו שהוכיחו התוס' ביבמות (דף נ"ד ע"ב) וא"כ מנ"ל למעט ע"ז ובהמה ושבת דאתיא מנער ונערה כדאמרינן בש"ס.

ועוד קשה אמה שהקשו התוס' אבל קשה הא בהמה לא איתקש כו' פירוש דא"כ אין ראיה מבהמה ועדיפא ה"ל להקשות כיון דבהמה אינו בכלל ההיקש בלאו הכי לא מתרצי מידי דהא אי מהיקש אתיא שאר עריות באמת לא צריך מיעוט לבהמה. והנראה דקושית

התוס' אינה דחטא ומות לא לכתוב דבאמת מות צריך לכנ"ל אבל חטא דאתיא לחייבי כריתות לא לכתוב כיון דכתיב מות דהיינו עריות דחייבי מב"ד נילף שאר עריות מהיקשא ואכתי מיותר נער ונערה לדרשה דכולהו הוי בכלל מות וכן בהמה הוי בכלל ולכן שפיר צריך מיעוט לבהמה כן נלענ"ד ברור בכוונת התוס': שם בד"ה נער ונערה.

ומיהו בסמוך משמע דמחד דריש דקאמר: אכתי שייך תירוצם דבאמת זכר ונערה המאורסה מחד קרא נפקא אכן הא דאפילו קטנה במשמע זה אתי מנער אחריןא דכתיב בפרשה: 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 צריך קרא למעט ע"ז דמהיכי תיתי לרבוויי וא"כ באמת מנ"ל דקרא למעט ע"ז אתי דילמא באמת חד למעוטי בהמה וחד למעוטי שבת וע"ז מרבינן מק"ו וכמו לר"ש: שם סד"א תיתי שבת מחלול וחלול מע"ז: פירוש כיון דגמרינן הך גז"ש דחלול חלול לענין שאר מילי לקמן (דף פ"ג) ה"א דגם לענין הא גמרינן לכן איצטריך מיעוטא וא"ל דאכתי השתא דכתיב מיעוטא גבי שבת נילף אפכא ע"ז משבת דלא ניתן להצילו בנפשו ואף דאיכא ק"ו לחיוב דהא ר"ש גופא סבר דג"ש עדיף מק"ו וכמו שכתבו התוס' בחולין (דף קט"ז ע"א) ע"ש די"ל דשאני הכא דלא נמסרה הגז"ש בפירוש להכי לא דחינן 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 צריך דבכלל שאר עריות הוא ולמעט בהמה אכתי לא לכתוב רק נערה ולא נער דמדרבי רחמנא נערה המאורסה ג"כ ממעטינן בהמה וכמו לת"ק ולר"ש ונ"ל דוודאי לא שייך למעוטי מנער ונערה אלא כל מה שדומה להם וכיון דבנערה שייך פגם ולא בזכר וכמבואר לעיל וכן גבי ע"ז שייך פגם וכמו דאמרינן לקמן פגם גבוה לא כש"כ ובבהמה ושבת לא שייך פגם כלל לכן ממעטינן מנערה ע"ז דהיינו בהך פגם דווקא ניתן להצילו ולא בפגם אחר דהיינו ע"ז וכן מנער דאין בו פגם נמי אין למעט אלא מה שלא שייך בו פגם ג"כ דהיינו בהמה ושבת ולכן הכא דרצונו למעט בהמה ע"כ צריך לכתוב נער דמזכר דווקא ממעטינן בהמה.

ובזה מתורץ מה שהקשו התוס' בד"ה חד ותימא דבהמה ושבת היכי ממעט מחד וטפי ה"ל למעט ע"ז ושבת ולפ"ז א"ש דבהמה ושבת דתרווייהו אין בהם פגם שפיר ממעטינן מנער אבל לא ע"ז ושבת דבא' יש פגם ובאחד לא: שם משום דמסרה נפשה לקטלא: א"ל דאכתי ל"ל קרא למעט ע"ז ושבת מהיכי תיתי לרבוויי כיון דהך טעמא לא שייך בהם די"ל דמהא יליף ר"י הך טעמא ואי לאו קרא באמת ה"א דהטעם הוא משום פגם והוה מרבינן ע"ז מק"ו ושבת מגז"ש א"נ י"ל דר"י סבר בהא כר"א בר"ש דלעיל דלא דריש הני מיעוטי לע"ז ושבת רק חד למעוטי בהמה והאי גם לר' יהודא מצריך צריכי כיון דדמי לעריות: שם ממונא לא משלם עד גמר ביאה: ק"ק דא"כ מאי פריך בכתובות (דף ל"ה ע"ב) אי כר' נחוניא בן הקנה קשיא אחותו אי כר' יצחק קשיא ממזרת הא כרת וכן מלקות ותשלומין לאו אחדא מילתא הם דכרת ומלקות חייב מתחילת ביאה דהיינו משעת העראה וקנס לא הוי רק אגמר ביאה וכ"ת כיון דעכ"פ אמקצת ביאה חייב כרת ומלקות א"כ אין לחייב עוד אביאה זו ממון א"כ ה"נ נימא הכי כיון דבמקצת ביאה היה דין מיתה דניתן להצילו בנפשו לא יתחייב עוד אסוף ביאה זו ממון וכן קשה אהא

דאמרינן שם (דף ל"ו ע"ב) דבא על חייבי מב"ד פטור מקנס דלמה יפטר דהא מיתה ותשלומין אינו אדבר אחד וכיון שהם אב' דברים מיחייב בתשלומין אף שכבר נתחייב מקודם כדאמרינן ערכין (דף ו' ע"ב) דהיוצא ליהרג אם הזיק חייב והת"ק לא פליג שם רק דאינו גובה מן היורשים אבל משום קים ליה בדרכה לא מיפטר אף שחיוב התשלומין בא לבסוף וי"ל דסמיך אקושיא הניחא למ"ד זו נשיקה אלא למ"ד העראה מא"ל ומה שתירץ רב חסדא כגון שבא עליה שלא כדרכה לא שייך שם דאכתי יקשה דלמ"ד העראה זו נשיקה למה חייבי מב"ד פטורין מקנס: שם אלא למ"ד העראה זו הכנסת עטרה מא"ל: ק"ק דמאן שמעת ליה דאית ליה הכי ביבמות (דף נ"ה ע"ב) רב דימי אמר ר' יוחנן והרי הוא ס"ל בחולין (דף פ"א ע"ב) דחייבי מיתות שוגגין ודבר אחר חייבין וא"כ לדידיה בלא"ה לק"מ ממתניתן דאלו נערות כיון דלא מיקטל שפיר משלם ממון.

וי"ל דקושית הש"ס הכא הוא לרבין אמר ר' יוחנן דס"ל ג"כ ביבמות שם דהעראה זו הכנסת עטרה והוא גופא ס"ל בכתובות (דף ל"ה ע"א) דחייבי מיתות שוגגין גם לר' יוחנן פטור מתשלומין ולדידיה מקשה שפיר: שם ברש"י ד"ה במקפדת על פגמה. משום עבירה דלא חמיר מע"ז ושבת: ק"ק הא גם משום פגם לא חמיר מע"ז דהא קאמרינן לקמן פגם גבוה לא כש"כ.

וי"ל דוודאי כל כמה דלא גלי לן קרא דאין מצילין מסברא איכא פגם טובא בע"ז אבל לבתר דכתיב מיעוטא א"כ אין כאן פגם דרחמנא מחל על פגמו אבל מכ"מ עבירה איכא ובהכי א"ש ג"כ מאי דכפיל רש"י למילתיה בד"ה אפגמא קפיד רחמנא מדלא כתיב בהאי קרא אלא מידי דפגמה עכ"ל ומאי בעי עוד בזה הא כבר כתב דמשום עבירה לא חמיר מע"ז ושבת.

ולפ"ז י"ל דבאמת הא דקפיד רחמנא אפגמא אתי שפיר מדלא כתיב בהאי קרא אלא מידי דפגמה אך הא דבעינן מקפדת על פגמה אכתי לא אתי מזה דאימא גם כשאינה מקפדת מכ"מ התורה הקפידה על פגמה כיון דעכ"פ פגם איכא וכעובדא דהאשה שגלתה ראשה בשוק וחייב ר"ע לאשר גילה לה ד' מאות זוז אף שלא הקפידה על פגמה וקלונה מפני שהיא בת אברהם יצחק ויעקב (ב"ק פרק החובל) וה"נ י"ל כאן אך דזה מוכח מע"ז דאף דרחמנא מחל על פגמו מכ"מ הרי פגם איכא והיה לנו להצילו בנפשו אע"כ הכל בהקפדה על הפגם תלוי ולזה שפיר הביא רש"י ראייה מע"ז: שם בד"ה אפגמא רבה.

שהולד ממזר ונעשה זונה: זונה לחוד לא מהני דגם מחייבי לאוין נעשה זונה כדאמרינן ביבמות (דף ס"א ע"ב) ואף דממזר הבא על בת ישראל הולד ממזר וא"כ משכחת חייבי לאוין ג"כ דהולד ממזר ונעשה זונה מכ"מ האי לאו מכח איסור הוא שנעשה הולד ממזר אלא מפני שהולד הולך אחר הפגום.

אכן לפ"ז צ"ל דר' יהושע דסבר ביבמות ס"פ החולץ דאין ממזר רק מחייבי מב"ד ולא מח"כ וכן ר"ע דסבר שם דאפילו מחייבי לאוין הוי ממזר הם ע"כ לא ס"ל טעם דפגם כרבנן אלא טעם דמסרה נפשה לקטלא דזה לא שייך רק גבי עריות דיהרג ואל יעבור ולא גבי חייבי לאוין: שם בתוספות ד"ה חד למעוטי.

אי לאו כתיב: צ"ב מה בעו התוס' בזה ונ"ל דרצו לתרץ מה דבעי לאתויי שבת הא כיון דממעטין ע"ז שבת ממילא ממועטת ורש"י כתב דכדי נסבה אכן התוס' רצו לפרש דהכי קאמר דחד למעוטי שבת ובהמה דהיינו אי לא הוי כתיב רק חד הוי מוקמינן להכי והוי מרבינן ע"ז וממילא שפיר צריך מיעוטא לשבת ואהא הקשו דא"כ האיך ס"ד למיגמר בהמה ושבת מחד קרא ובשלמא לשיטת רש"י דפי' דכדי נסבה ואגב גררא איידי דתנן במתניתן א"ש הא דנקט שבת אחר בהמה ולא אחר ע"ז דלישנא דמתניתן נקט דקתני בה ג"כ שבת אחר בהמה כסדר הכתובים במקרא וכנ"ל ולכן רק לשיטתו דלא רצו לומר דכדי נסבה הקשו שפיר ובהמה א"ש מאי דקשה לכאורה אמה שהקשו עוד דאיך יחלל שבת להציל חבירו מחלול שבת דאין זה מקלקל דאיכא תיקונא גברא דלכאורה לת"ק ל"ק מידי דהא באמת לא צריך מיעוט לשבת ורק כדי נסבה לפי לישנא דמתניתן ולר"ש ל"ל הך טעמא דאיכא תיקונא גברא דהא ר"ש אית ליה מקלקל בחבורה חייב בשבת (דף ק"ו ע"א) ולפ"ז ניחא דבאמת גם לת"ק הקשו לפי מאי דס"ל דמיעוט גמור הוא לענין שבת ולא כדי נסבה: שם בא"ד.

ואיך יחלל שבת להציל חבירו מחלול שבת: א"ל דגם ארוצח ליקשו הכי די"ל דברוצח איכא הצלת הנרדף בהדי עבירה דרציחה ולכן שפיר דחינן 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 איכא הצלת הנרדף ג"כ.

ולכן ל"ק גם כן איך מצילין אותו מאיסור א"א דקיל בחנק והורגין אותו שהיא עבירת סייף דהתם ג"כ איכא הצלת הנרדפת ג"כ אבל א"ל דשאני גבי רוצח דהתורה גלתה בפירוש דא"כ אכתי לא מקשו מידי דנילף גם שבת מניה ועוד הרי גבי א"א לא גלתה התורה בפירוש: שם ד"ה ממונא לא משלם.

הא לאו פרכא היא דאהכי חייב רחמנא: עיין ביבמות שהקשו התוס' על זה דא"כ מאי פריך הניחא למ"ד כו' הא גם למ"ד העראה זו הכנסת עטרה א"ש. והמהרש"א הקשה למה דלא מקשו התוס' כן גם אתי' קמא ותירץ דזה ודאי אין סברא דמשום קים ליה בדרכה מניה ישלם קנס אגמר ביאה שכבר היא בעולה ע"ש.

אכן לפי מה שהוכיחו התוס' מנערה המאורסה דבהכי חייב רחמנא ושפיר מקרי בתולה לכאורה נסתר תירוץ זה: שם בא"ד. תדע מדלא ילפינן העראה מנ"ה: א"ל דא"כ היאך אמרינן בקידושין (דף י' ע"א) ואי נמי לכה"ג דקא קני בתולה בביאה מאי ופירש רש"י דאי סוף ביאה קונה נמצאת בעולה משעת העראה שלא לשם קידושין ואסירא ליה דכתיב בתולה מעמיו יקח עכ"ל.

ומאי קמבעי' ליה הא כיון דע"י אותה בעילה נעשית בעולה שפיר קרינן בה בתולה וכמו שהוכיחו התוס' כאן די"ל דזה שייך דוקא לענין חיוב דקנס ונ"ה דהתם לא בעי הכתוב רק שיבא עליה בעודה בתולה והרי בא עליה אף שבגמר ביאה כבר היא בעולה אהכי לא קפיד רחמנא רק שיבא תחלת ביאה אבתולה ואז יחוייב אגמר ביאה אבל התם לענין קידושין דכתיב בתולה מעמיו יקח דמשמע בשעת לקיחה דהיינו בשעת קידושין תהיה בתולה והרי כאן בשעת קידושין שהיא בגמר ביאה כבר בעולה היא: שם בד"ה במפותה.

שאינה מוחלת הקנס: ק"ק דא"כ מאי פריך ריש פרק נערה שנתפתתה פשיטא דלאביה דאי לעצמה הרי מחלה ע"ש דילמא לעולם ה"א דלעצמה ובהתנה בפירוש שאינה מוחלת הקנס ושאר דברים וצ"ע: שם בא"ד. כגון שלא הספיקה לעמוד בדין עד שמת האב: ק"ק כיון דע"כ איירי במפותה לרב פפא גם הך סיפא דבתו דאי באנוסה בלא שמתחייב בנפשו תיפוק ליה דניתן להצילו בנפשו וא"כ מ"ש בתו דנקט אפילו באחותו ג"כ פטור בכה"ג שלא הספיקה לעמוד בדין עד שמת האב ובמפותה כיון דלעצמה והרי מחלה ואפילו בנערה שנתגרשה מן הארוסין דעלמא נמי ואיך תליא זה במתחייב בנפשו דבתו דוקא ואי הך דבתו איירי באנוסה דוקא א"כ גם באחותו פטור כה"ג דניתן להצילו בנפשו ועכ"פ יקשה מ"ש בתו דנקט: שם בא"ד.

דהא רב פפא אית ליה חידוש הוא: ק"ק הא רב פפא לא אמר אלא כרבה שם בכתובות (דף ל"ב ע"ב) ורבה גופיה לא אמר הכי אלא לר"מ כמו שכתבו התוס' שם ומאי קשיא לרב פפא ממתניתן דהא מתניתן ע"כ לית ליה דמיקטל ומשלם קנס מדפטרה מקנס בא על חייבי מיתות ב"ד: שם דף ע"ד ע"א בגמרא אביי אמר ביכול להצילו באחד מאבריו: הרמב"ם (פ"א מהל' נערה בתולה) כתב דהבא על אחת מחייבי כריתות בין ע"י אונס בין ע"י פיתוי ולא התרו בהם שאינם נלקים משלמין קנס ע"ש ולפי סוגיא דלפנינו ק"ל כיון דפסק שם דחייבי מיתות שוגגין פטורין מן התשלומין ופסק ג"כ בפ"א מה' רוצח דחייבי כריתות ניתן להצילו בנפשו א"כ לדידיה קשה ג"כ קושית הגמרא דכאן ותירוצ קמא דהגמרא לא שייך דהוא פסק בפ"א מה' איסורי ביאה דהעראה זו הכנסת עטרה וגם תירוצ רב פפא לא שייך דכתב בפירוש בין באונס בין במפתה ולא משכחת במתניתן שלא יהרגנה כתי' רבא דהרמב"ם לא פסק כר' יהודה וא"כ לא משכחת אלא בבא עליה שלא כדרכה מקודם כתי' רב חסדא או ביכול להצילו באחד מאבריו כתי' אביי ולפ"ז ה"ל להרמב"ם לפרש זה בפירוש כיון דמבואר בגמרא הכי ולא לסתום בסתמא שמשלם קנס דמשמע בכל גווני: שם ור' יונתן בן שאול היא: מלשון זה משמע דרבנן פליגי אר"י בן שאול ומטעם זה הקשה הלח"מ בפ"ט מה' מלכים על הרמב"ם דפסק כוותיה ע"ש.

ולפענ"ד אדרבה מוכח מכאן דאדרבה כ"ע ס"ל הכי דלכאורה קשה מי דחק לאוקמי ביכול להצילו באחד מאבריו דווקא הא לעיל קאמרינן בברייתא דיש לה מושיע אין מצילין אותו בנפשו א"כ לוקמיה ביש לה מושיע אע"כ דכ"ע אית להו הך דריב"ש וא"כ הך יש לה מושיע גופא יש לפרש הכי דיכול להושיע בהצלת אחד מאבריו ועכ"פ ליכא נפקותא בין ב' אוקימתות הללו כיון דתרווייהו כ"ע ס"ל.

אלא דקשה מאי מוכיח ריב"ש מהך דלא יהיה 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"א דהא רוצח מנערה המאורסה אתיא: שם קסבר עונשין מן הדין: א"ל דאכתי אזהרה מנ"ל דאזהרה ליכא למילף מק"ו דהא במכות (דף י"ז ע"ב) קאמרינן לר"ש דאין מזהירין מן הדין די"ל דאזהרה לא מצרכינן לרודף לחוד דבכלל אזהרה דע"ז הוא ולא מצרכינן ילפותא אלא לענין עונש דבזה לא שייך דהוא בכלל עונש דע"ז דאינו עד לאחר שעבר: שם חוץ מע"ז וג"ע ושפ"ד: עיין בר"ן שמסופק בבא על הבהמה אי ניתן להצילו בנפשו ודעתו לפי המסקנא דניתן אכן לכאורה

צ"ע כיון דהא דכל העריות ילפינן מנערה המאורסה ע"כ לאו משום דח"כ הן כמוה דא"כ נרבה גם משאר ח"כ 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 יהרג: שם והא תניא אמר ר' ישמעאל: ק"ק לפי מש"כ התוס' לעיל (דף ס"א ע"ב) בשם י"מ דהא דאמר יהרג ואל יעבור היינו בסתם ע"ז וע"ז דהתם איירי בע"ז שהכל עובדים מאהבה ומיראה דומיא דהתם ע"ש ובה אמרינן יעבור ואל יהרג א"כ מאי פריך 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 כאן דמי עדיפא לעשות פלוגתא חדשה בין התנאים: שם ת"ל וחי בהם.

א"ל כיון דבג"ע ושפ"ד ע"כ גם ר"י מודה דיהרג ואל יעבור מהני טעמי דאמרינן לקמן דהרי ר"י באמת לא קאמר רק ע"ז א"כ מאי קאמר מוחי בהם אכתי נילף 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 לדידן כיון דע"ז לא ניתן להצילו בנפשו ועריות ורוצח נתנו א"כ הרי בלא"ה קיל ע"ז מהם: שם לכך נאמר בכל מאדך: ק"ק למה מצרכינן בכל מאודך מהיכי תיתי שלא יתן כל ממונו דהא גם בכל נפשך לא בעינן אלא מדכתיב וחי בהם וזה לא שייך לענין ממון ואי משום דיש לך אדם שממונו חביב עליו מגופו והוי בכלל וחי בהם א"כ בשאר מצות דלא קאי עליהם בכל מאודך 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 כוותיה הרמ"א ביו"ד (סי' קנ"ז) ע"ש: שם הרי זה בא ללמד ונמצא למד: ק"ק הרי בא ללמד ג"כ לענין 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 דרשה דיהרג ואל יעבור לבסוף משמע דלאו עיקר דרשה הוא.

והנראה בזה דודאי היכי דהוקשו ב' דברים להדדי מבלי דפרט הכתוב לענין מה הוקשו ומי הוקש למי בזה אמרינן אין היקש למחצה והוקשו בכל דרכי ההיקש ולכל הצדדים אבל היכא דפרט הכתוב מה נקיש ולענין מה נקיש כגון הכא דכאשר יקום איש ע"כ לענין הך דינא דאיירי ביה קרא הוקש וזה לא שייך לענין אונס דלא ידעינן 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 דמקשינן נערה המאורסה ג"כ לרוצח לענין יהרג ואל יעבור היינו משום דאין היקש למחצה אבל ע"כ עיקר היקש דקרא לאו היינו הך כיון דלא איירי בקרא שם מהך דיהרג ואל יעבור וכן הוא ג"כ בהך דמשכבי אשה דהביאו התוס' לעיל דודאי עיקר ההיקש לאו לענין העראה איירי דהא מזה לא איירי קרא שם אלא מביאה גמורה ואיך יאמר על זה משכבי אשה אע"כ אתי לחייב אשה בשלא כדרכה ובזה נמצא למד וכן גם כן בהיקש דצבי ואיל דגם שם עיקר ההיקש ודאי לאו לענין מתנות אתי דביה לא איירי קרא שם רק לענין זביחה ובזה ג"כ נמצא למד: שם ברש"י ד"ה ויכול.

הנרדף או דרואהו להציל בא' מאבריו: ע' במ"ל (סוף ה' חובל) שכ' בשם הרא"ם  
דהנרדף עצמו א"צ להצילו בא' מאבריו וזה דלא כדעת רש"י דכאן אכן הסוגיא דהכא  
מוכח כדעת רש"י דאל"כ אכתי יקשה למה בלא יהיה אסון ענוש יענש הא ניתן להצילו  
בנפשו ע"י הנרדף: שם ד"ה סבר לה. ומזרעך לא תתן להעביר למולך: לפי מש"כ התוס'  
לעיל דלכך לא ילפינן ג"כ הני דפ' הנשרפין לקמן משום דהכא חלול במקום מיתה  
עומדת א"כ ע"כ לאו מהך קרא דמזרעך לא תתן יליף דהתם לא כתיב מיתה אלא מקרא  
דאם העלם יעלימו דפ' קדושים דשם כתיב חלול במקום מיתה אכן גם לשיטת רש"י יש  
ליישב מה שהקשו התוס' דא"כ נילף גם הני דפ' הנשרפים מגז"ש זו די"ל ע"כ לא  
מרבין כיון דכולהו הם חייבי כריתות ומיתה בידי שמים א"כ אי ס"ד דמרבין הני ל"ל  
חטא לחייבי כריתות דערויות נילף מהני דליכא בהו פגם ואעפ"כ נתנו להצילם בנפשם  
ח"כ דערויות דאית בהו פגם לכ"ש דהא הך תנא סבר עונשין מן הדין אבל השתא דלא  
מרבין אלא שבת לא שייך להקשות דא"כ מות לחייבי מיתות ב"ד ל"ל נילף בק"ו  
משבת דהא אצטריך למיתות ב"ד דקילי מסקילה א"נ אי לאו מות הוי מרבין אפילו  
חייבי לאוין ג"כ כמבואר לעיל: שם בד"ה סברא הוא.

דאיכא תרתי איבוד נשמה ועבירה: הא דבעינן הך טעמא דאיכא עבירה ג"כ היינו דאי  
רק משום דמאי חזית דדמך סומק טפי אין לנו לחייבו שיהרג דהוא יאמר שמקפיד על  
אבוד נשמתו טפי ולכן בעינן דאיכא עבירה ג"כ והיינו דבכה"ג לא התירה התורה משום  
וחי בהם כלל כיון דממנ"פ איכא איבוד נשמה ונשארה עבירה דרציחה: שם ע"ב בגמרא  
תשעה ישראל וכו' מהו: פי' דקס"ד דטעמא דעשרה בעינן משום דסברא הוא דבהני  
מקרי פרהסיא ואף דפשיטא ליה ג"כ דישאל בעינן לגבי קדוש השם מ"מ אפשר  
דכותים משלימים מנין העשרה כיון דאיכא פרהסיא ואיכא ישראל ופשיט ליה דמגז"ש  
דתוך תוך ילפינן דעשרה בעינן ולכן דוקא בעינן ישראל וזה שכ' רש"י אתיא תוך  
דעשרה בעינן וכולהו ישראל דזה חידש לו דמתוך ילפינן דעשרה בעינן: שם ברש"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 אזהרת ע"ז היא כיון דהטעם  
דק"ה הוא לפרסם יחוד השם וכמו שכתב הרמב"ם בחבורו וביותר ביאר כן בס' המצות  
וזה היפך ע"ז לכן שפיר שייך חילול השם לגבי ע"ז ובהכי א"ש מאי דפריך מז' מצות  
נצטוו ב"נ ואם איתא תמני הוויין 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 ביזרייהו 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 לבן ופי'  
הרמב"ם דבאתריה דר' יהודה לא היו רגילים לנעול מנעל לבן וכיון דת"ק לא קחשיב  
הך משמע דבאתריה היו רגילין ללבוש לבנים וא"כ מאי קשיא להו להתוס' מכל הני  
דלמא התם נמי איירי באתריה דלבשו לבנים: שם ד"ה והא אסתר.

ושוב נתגייר עמה לקיימה ביהדות: א"ל תיפוק ליה דלא שייך גבי איסור לבועל כלל דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי ד"ל דמה שאסור לבועל נקרא דיני אדם ולא שייך בזה גר שנתגייר כקטן שנולד דמי וע' בתוס' לעיל (דף ע"א ע"ב) וא"ע ראיתי שכבר 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 ראייה לשיטת ר"ת דאי ס"ד דשייך ונטמאה לגבי בועל אחר שנתגייר 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 נתגייר אח"כ אלא ע"כ דאי נתגייר לא אסירא ליה והיינו משום דביאתו ביאת בהמה והא דאסורה לבעל היינו משום דגבי בעל בהקפדה דידיה תליא מילתא והרי מקפיד ומה"ט בעינן מיעוט דשכבת זרע בסוטה (דף כ"ו ע"ב) דלא תיתסר בשקינא לה דרך אברים אבל בבהמה דאין דרכו להקפיד ולקנאות דלא נחשדו ישראל על הרביעה כדאמרינן (ר"פ אין מעמידין) בע"א לא נאסרה גם לבעל והא דנאסרה לתרומה ע"י ביאת נכרי היינו משום דילפינן בסוטה (שם) מקרא דבת כהן כי תהיה אלמנה אבל לעולם בעיקר הדבר י"ל דאין ביאת נכרי חשובה ביאה: שם בא"ד.

משום דהנאה חשיב כמעשה כדדריש בפ' המניח: לכאורה איפכא שמעינן מהתם דאמרינן בפ' דהנאה יש לשניהם אבל מעשה איהו דוקא הוא דקעביד וצ"ל דהתוס' כוונו למה שכתבו שם דלכך חייבת מלקות וחטאת אף דאינה עושה מעשה משום דהנאה חשובה כמעשה אך דלפ"ז יקשה לפי האמת איך קאמר הכא אסתר קרקע עולם היתה הא ההנאה חשובה כמעשה וי"ל דלא שייך לומר הנאה היא כמעשה אלא הנאה הבאה לה ברצונה היינו שנבעלה ברצון אבל כשנבעלה באונס הנאה זו באה לה בעל כרחה ואיך יחשב זה לה כמעשה כיון שאינה רוצה בה ולכן הכא גבי אסתר שהיתה אנוסה לא שייך דהנאה יחשב מעשה אבל לענין מלקות וחטאת שהיא מזידה או שוגגת שפיר מיחשב ההנאה מעשה כיון שרוצה היא בהך הנאה דכיון דברצונה באה לה מיחשב כאילו עשתה מעשה להביא הנאה זו עליה.

ולפ"ז גבי יעל שלא היתה אנוסה כמו שהוכיחו התוס' שפיר י"ל דהקושיא היא דלא מיחשב 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 הך 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 כשנתרצית 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 דמצינו לפעמים דפליגי תנאי אאנשי כנה"ג ואפילו אדברי נביאים אחרונים כדאמרינן בקדושין (דף מ"ב ע"ב) שמאי אומר משום חגי הנביא שולחיו חייב ולית הלכתא כוותיה וביבמות (ס"פ הבא על יבמתו) פליגי תנאי אי אשה מצווה על פריה ורביה או לא וא"כ י"ל דמרדכי ואסתר כהך מ"ד דחייבת ס"ל ולכן ע"כ היתה צריכה להנשא למרדכי משום



פריה ורביה ולכן עומדת מחיקו של אחשוורוש וטובלת ויושבת בחיקו של מרדכי כדאמרינן (פ"א דמגילה) וע"ש בתוס' אבל השתא שנכנסה 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 בן נח.

אי לא דכתיב וחי בהם: אפשר לומר דודאי לא מסתבר לומר דיהיה חייב למות ולא לעבור אמצות הכתוב 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 מאודך 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 נילף שאר מצות מרוצח ונערה המאורסה: ברוצח דהוי הטעם דיהרג ואל יעבור משום מאי חזית דדמא דידך סומק טפי ודאי מסתבר דגם בב"נ יהרג ואל יעבור דהא טעם זה שייך ג"כ גביה ולכן ע"כ אין כוונת התוס' דמרוצח ילפינן דא"כ גם גבי ב"נ נילף ואפילו בצניעה ואכתי מאי קמיבעיא ליה אלא ודאי 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 דשייך ק"ה גם בצניעה י"ל דזה שייך דוקא אי בלאו ק"ה המצוה ליהרג א"כ כשעובר מחלל את השם אבל הכא גבי ב"נ דאין דינו ליהרג רק מכח ק"ה וק"ה לא שייך לענין זה רק בפרהסיא דאי בצניעה מאי ק"ה איכא דלענין שלא לעבור עבירה לא שייך דאין כאן עבירה כיון דאונס הוא: שם ימות ולא תספר עמו מאחורי הגדר: הנימוקי יוסף כתב הטעם בזה דמיקרי ביזרייהו דערייות והוצרך לחלק בין הך דהכא לקוואקי ודימוניקי דלעיל דלא מקרי ביזרייהו דע"ז ולפענ"ד אפשר לומר דלענין 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 שייך זה לענין תספור מאחורי הגדר דאיזה פגם משפחה שייך בזה אלא ע"כ לא קאי רק אבא עליה דמעיקרא: שם משום פגם משפחה: הא דלא קאמר משום פגמה דאיהי יכולה למחול אבל במשפחה לא שייך מחילה דדלמא איכא 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 שייך כן ולא גבי פנויה די"ל דאף דגבי פנויה שייך ג"כ מים גנובים מ"מ כשהיא א"א ניחא ליה טפי כיון דגדלה העבירה ולפי גודל העבירה רבתה הנאתו: שם ברש"י ד"ה ואם איתא.

ולא גר תושב: פ' ונעמן גר תושב היה כדאמרין לקמן (דף צ"ו ע"ב). פרק תשיעי שם ברש"י ד"ה ובת כהן.

אבל בועלה לאו בשריפה: פ' דרצה לתרץ למה נקט בתרי לישני ולא כלל ותני הבא על אשה ובתה ובת כהן רק דאי הוי מתני הכי הוי משמע דגם הבועל בשריפה כמו בבא על אשה ובתה ולכן פרט ותני ב"כ לחוד: שם בד"ה הבא על האשה. אלא בחמותו דשרפה כתיב בה: פ' דזה ודאי פשיטא ליה להגמרא דלא איירי באשה ובתה רק דהא צריך להסביר דלמא איירי באשה ובנשא בתה ואהא קאמר דא"כ הי"ל לפרש בפ' הכי אע"כ דאיירי באופן דתרוייהו לאיסורא דהיינו בחמותו ואם חמותו ואהא פריך הניחא אבל לא דמלשון המשנה מוכח דמיירי בתרוייהו לאיסורא ואי אפשר לפרש בענין אחר וע' במהרש"ל ומהרש"א שנדחקו בביאור דעת רש"י והנראה לפענ"ד כתבתי: שם ע"ב בגמרא אתיא הנה הנה אתיא זמה זמה: עיין במהרש"א שהקשה ל"ל למילף מכח זמה זמה נילף בקיצור מהנה הנה מה להלן בשריפה אף כאן בשריפה ולכאורה א"ל עפ"י מה שפ' המהרש"א גופא בתוס' ד"ה מניין אמה שכתבו דכיון דיליף מאי דכתיב בהדיא לא שייך למיפוך דהיינו משום דכתיב זמה כמו דכתיב שריפה בפירוש גביה דמי וזה לא שייך אי הוי אתי דין שריפה מכח הגז"ש דהנה הנה וא"כ הוי מצינו למיפוך כקושית התוס' אכן ז"א דבלא"ה קושית התוספות צ"ב הא הגז"ש מופנה מב' צדדים ולמדין ואין משיבין לכ"ע כדאמרין בנדה פ' ג' אכן כבר כתבו התוס' גופא לקמן דאין הגז"ש מופנה מב' צדדים אך דזה לא שייך רק לענין הגז"ש דזמה דהיא אינה מופנה כיון דנדרשת הכא גם לשאר מילי אבל לא לענין הג"ש דהנה הנה דלא נדרשת רק להך מילתא דהא לאביי קיימינן דיליף בתו מאנוסתו מק"ו לקמן וא"כ אי הוי אתיא שריפה מהנה כקושית המהרש"א ממילא לא יקשה כקושית התוס' אכן י"ל הא דלא ילפינן כן היינו כיון דשריפה גופא לא מייתינן מחמותו לבת אשתו בגז"ש דזמה אלא בת אשתו מייתינן בגז"ש זו לחמותו דכתיב בה דין שריפה דהכי אמרינן בברייתא מה להלן בתה ובת בתה וב"ב אף כאן כו' ולא אמרינן אפכא מה כאן שריפה אף להלן שריפה והיינו כיון דאין להכניס שריפה במשמעות לשון דזמה אבל עריות שפיר יש במשמעות לשון זה ולכן אמרינן דזימה דחמותו אתיא לרבות עריות הללו דכתיב בהו ג"כ זימה וא"כ כתיב בהו שריפה בפ' ולכן כדמייתינן שאר דידיה לשריפה דה"נ מייתינן מזימה דכתיב גבי חמותו דהא דין שריפה דבת אשה גופה רק התם כתיבי א"נ י"ל בקושית המהרש"א דלא ניחא ליה למילף מבת אשתו דא"כ ה"ל למד מלמד דלא אלים כ"כ דהא בקדשים אין למדין כלל ולכן יליף מגז"ש דזמה מחמותו גופא דלא ה"ל רק חד למד: שם ומה בעונש עשה למטה כלמעלה אף באזהרה נמי למעלה כלמטה כך היא גירסת רש"י: אכן גירסא הישנה שהביאה המהרש"א היתה כמו בברייתא לעיל ומה בעונש למעלה כלמטה וכן הוא גירסת הר"ן ג"כ וכן נראה מדלא הוזכר בש"ס דמהפכינן לישנא דברייתא כמו שמזכיר ברישא תני למעלה כלמטה.

והמהרש"א כ' דגירסא זו אין ליישבה בין לאביי בין לרב אשי ולא ידעתי למה לא פירש שפיר מה בעונש עשה למעלה דהיינו אם חמותו ואם חמי' כלמטה דהיינו בתה ובתה וב"ב דילפינן מגז"ש דזמה זמה ומכח זה ילפינן גם עונש דלמעלה אף לענין אזהרה נמי למעלה כלמטה. ולרב אשי כבר יישב הר"ן גירסא זו: שם אי מה היא אם אמה אסורה:

הא דלא מקשה הך קושיא תיכף לעיל אהא דמפרש מניין לעשות שאר הבא ממנו כשאר הבא ממנה היינו משום דמהא לחוד לא קשיא דהתם דורות שוות הן משא"כ הכא ולא מצינו שהשוה הכתוב זכרים לנקבות אלא בדורות שלמטה אבל אחר דמפרש סיפא דהך ברייתא דילפינן למעלה מלמטה שפיר פריך דבצירוף ב' הסברות דהשוה הכתוב זכרים לנקבות ולמעלה ללמטה נימא דאף אם אמו אסורה ואף דהקושיא מכלתה דמקשה לקמן היא ג"כ מדורות שלמטה מכ"מ לא שייך להקשות אותה ברישא לעיל כיון דלא שוה לגמרי להא דלעיל דרק השוה הכתוב זכרים לנקבות אמרינן לעיל ולא כהך דכלתה דנשוה נקבות לזכרים ולכן גם התוס' לא הקשו קושיתם בד"ה אמר קרא רק אהא דמקשה מכלתה ולא אקושיא קמייתא דמקשה מאם אמו משום דהך לא דמי לדודתה: שם ולמ"ד סקילה חמורה מהך קושיא לא נידונה: ק"ק דהא סקילה לא שייך למילף להך מ"ד די"ל מה לאם אמה שנידונית בשריפה משום דהיא מיתה קלה לכן שוותה לאמה משא"כ באמו שהיא בסקילה לא שוותה לה אם אמה אבל לדונה בשריפה ודאי נוכל למילף מכח ק"ו דמה אמה דקיל שהיא בשריפה אפ"ה אם אמה ג"כ בשריפה אמו שחמור דבסקילה אינו דין שאם אמו בשריפה וכיון ששריפה נוכל לילף ולא סקילה א"כ לא שייך קושית הש"ס ושפיר קשה דנילף שריפה להך מ"ד דסקילה חמורה: שם בתוספות ד"ה אמך היא.

ותרתי ש"מ: ע"כ לא שייך תרתי ש"מ אלא אי ב' הדרשות מיעוטי נינהו דהיינו לר' יהודה אבל לרבנן דילפי לעיל מאמך היא להשוות אמו שאינה אשת אביו לאמו שהיא א"א א"כ אמך היא ריבויא ואיך שייך לומר תרתי ש"מ ולולא פי' רש"י דאמך היא בהווייתה תהא הייתי אומר דבין לר' יהודה בין לרבנן דרשא דלעיל מיתורא דאמך אתיא דהיינו משום אמו אתה מחייבו וכן להשוות אמו שאינה א"א לשהיא א"א דבתרוייהו לא שייך לדרוש מהיא רק מאמך משא"כ דרשא דהכא דרק מהיא אתיא דהיינו היא אמך דבה איכא שם איסור אם ולא באמה דהיינו אם אמו.

ובהכי א"ש מה דקדריש לקמן מאשת בנך היא למעוטי כלתה ולעיל (דף נ"ד) דריש מניה זו היא כלתו זו היא אשת בנו ולפ"ז א"ש דדרשא דלקמן מאשת בנך נדרשת דהיינו דמעטינן מבנך בנה ודרשא דלעיל מהיא אתיא כמו שפי' רש"י שם: שם בד"ה איכא למיפרך. ולכן למדין ומשיבין: א"ל דאכתי 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 איירי כאן אי הך גז"ש אינה מופנה כלל ל"צ להנך פירכות דהא אין למדין כלל ובלא"ה ל"ק כקושית הש"ס ואי מופנה מצד א' הרי למדין ואין משיבין לר' ישמעאל ואיך יתרץ רבא אליבא דר' ישמעאל די"ל דבאמת אינה מופנה כלל דהא מצרכינן אותה להנך דרשות וכמו שכתב הר"ן ואעפ"כ ל"ק למה צריך להנך פירכות הא בלא"ה אין למדין די"ל דרבא כרב אחא בריה דרבא משמיה דר' אלעזר ס"ל דאית ליה שם דגז"ש שאינה מופנה כלל למדין ומשיבין וכן אביי ע"כ כוותיה ס"ל מדצריך למיעוטא דאמך היא: שם דף ע"ו ע"א בגמרא אי מה היא כלתו אסורה: לכאורה אין דומה דרשא זו להנך דלעיל דשם מרבינן מגז"ש דהנה הנה וזמה זמה זכרים לענין דינים דכתיב גבי נקבות זמה בהדייהו דהיינו שאר הבא ממנו מהבא ממנה דבהבא ממנה דהיינו בת בתה ובת בנה כתיב זמה וכן לענין אם אמו דבאם אמו כתיב זמה אבל איך

שייך זה לענין כלתו דלא כתיב זמה לגביה וגם לא הנה לאייתי זמה לגביה ואפשר לומר דאין גז"ש למחצה והכל ילפינן מניה א"נ י"ל כיון דכלתו כתיב בפ' אחרי בין הנה דבת אשתו ובת בנה להנה דבת בנו כמאן דכתיב הנה בהדי כלתו דמיא ובהכי א"ש מה דיקשה לכאורה דאכתי מה הוא אשת אביו אסור אף היא אשת אבי' אסורה לו דהיינו אשת חמיו ובאמת אפילו שניה מדרבנן ליכא כמבואר ביבמות (דף כ"א ע"ב) וכמו שהקשו התוס' לענין דודתו ובזה לא שייך תירוצם דהא בא"א איכא מיתה ולפ"ז ניחא דאשת אב כתיב קודם בת בנו ובת בתו וא"כ לא קאי הנה עליו.

א"נ י"ל הא דלא קשיא ליה מאשת אב היינו משום דכתיב ערות אביך היא גביה וזה משמע ודאי מיעוטא בין לאביי בין לרבא ולא קשיא ליה מאם אמה וכלתו משום דאמך היא ואשת בנך היא דכתיב גביהו נדרש לעיל (דף נ"ד ע"א) לדרשא אחריתי ולא מסתבר ליה להמקשן וגם לרבא לומר דתרתיה שמעת מניה כאשר נאמר ע"כ לאביי וכנ"ל אבל לענין אשת אב שפיר ידע דערות אביך היא מיעוטא משמע ולכן א"ש דלא תקשה מאחות אביו ואחות אמו דנימא גם באחות אביה ואמה הכי דבתרווייהו כתיב אחות אביך היא אחות אמך היא ולא מצרכינן לתירוץ התוס' לא לגבי הני ולא לגבי דודתו דבה כתיב ג"כ דודתך היא.

ולא ידעתי למה לא הקשו התוספות מאחות אביו ואחות אמו דכתיב בקרא קודם דודתו ואתי הכל שפיר אך דלענין אשת אב לא שייך זה רק למ"ד דלעיל (דף נ"ד ע"א) דערות אביך ערות אביך ממש קאמר אבל למ"ד שם דערות אביך זו אשת אביך וערות אשת אביך לאחר מיתה קאמר א"כ גבי ערות אביך דלא כתיב מיעוטא דהיא נימא דנאסר גם באשת אביה מחיים: שם ועוד מה הוא חלקת בו בין בתו לכלתו: פ"י כיון דכלתה רצינו למילף ממה שענש הכתוב אמה ובתה ואאמו ובתו וכיון דענש אכלתו ה"ה ג"כ אכלתה וא"כ אי נחשב לדון מנה ומנה מה שילפינן כלתה מכלתו ומה כלתו בסקילה אף כלתה בסקילה א"כ נחשב אוקי באתרה אי נוקי כלתה כדין כקרובי' דהיינו אמה ובתה דבשריפה אבל אי נחשב לדון מנה ומנה דכלתה ילפינן מדענש הכתוב אמה ובתה ומה הם בשריפה ה"ה נמי כלתה דהיינו לאידך גיסא דהש"ס דלעיל דקאמר אלא מה הוא לא חלקת בו בין אמו וכלתו א"כ נגד זה חשיב אוקי באתרה אי ילפינן מקרובי' ומחלקינן בין דין קרובי' דהיינו בין בתו לכלתה ומוקמינן באתרה דהיינו בדין כלתו וזהו דקאמר מה הוא חלקת בו בין בתו לכלתו ומפי' רש"י לא משמע כן ולכן הוצרך 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 איכא אזהרה בבא על בתו פנויה דלא גרעה משאר פנויה די"ל דא"כ יהיה 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 ליכא משום לא תהיה קדשה: שם ברש"י ד"ה ועוד מה היא לא חלקת.

והא לא אפשר כיון דס"ל: עיין במהרש"ל ובמהרש"א אכן אחר כל דבריהם אכתי ק"ל כיון דלענין שריפה שייך למיפרך אמו בסקילה ואם אמו בשריפה א"כ לא פריך מידי במאי דקאמר ועוד מה היא לא חלקת דע"כ אוקי באתרה לענין סקילה קאמרינן דהא

לענין שריפה ל"ל משום הך פרכא דאמו בסקילה א"א בשריפה ובשלמא אהא דפריך הכי לעיל למ"ד דון מנה ומנה ל"ק דהא שריפה לא נוכל לילף משום הך פרכא דקאמר מה להיא שכן אמה בשריפה וא"כ נילף סקילה דז"א דהא הך פרכא שייך ג"כ לענין סקילה וא"כ פריך ממנ"פ שפיר אי נאמר הך פרכא לא שייך למילף מידי ואי לא נאמר אותה א"כ שפיר לילף מתרווייהו ומאי חזית דנילף מהך אדרבה נילף מהך ולכן לא ילפינן מידי אבל הכא דהך פירכא דאמו בסקילה אאב"ש לא שייך רק אי נידון בשריפה א"כ שפיר נימא דאדרבה מטעם זה נוקי באתרה לענין סקילה דווקא.

ולולא פי' רש"י היה אפשר לפרש דקושית הש"ס דועוד מה היא לא חלקת אינה אדילפת מהך נילף מהך אלא אמאי דקאמר לעיל קאי דקאמר דלענין שריפה לא נוכל לילף משום דמה היא לא חלקת בין אמה לא"א אף הוא לא תחלק וא"כ יהיה דינו בסקילה והשתא דקאמר דגם לענין סקילה לא נילף דמה היא לא חלקת בין א"א לבתה אף הוא לא תחלק וא"כ יהיה דינו בשריפה ולכן בכל צד איכא פירכא ולא נילף כלום אכן רש"י לא פי' הכי וגם לישנא דהש"ס לא משמע דועוד מה היא לא חלקת פירכא 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 משכחת אחותו בת אביו או בת אמו בלא אחותו בת אביו ובת אמו א"כ לא שייך למימר דמכחה אתיא אבל בת בתה לא משכחת לעולם בלא בתו: שם ד"ה ואוקמי אדינא. השתא 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 ששייך לפטור גם אותה כשאינם שוין אבל הכא בב"כ דאיהי פשיטא דמיחייבא מגזירת הכתוב אי איהו יפטר לגמרי יקשה השתא איהי דלא עבדה מידי מיקטלא איהו מיפטר: שם בתוספות ד"ה אמר אביי ק"ו.

ומיהו קשה מפ"ק דכריתות: לפע"ד י"ל דבאמת אביי יליף אזהרה לבתו מבת בתו ומיחשב עי"ז כאלו כתיב בתו בפ"י רק דאכתי עונש לא שמענו בין בבתו בין בבת בתו אלא ע"י גז"ש דזמה זמה והיינו דקאמר אביי שם שהרי בתו מאנוסתו א' מגופי תורה ולא למדו אותה אלא בגז"ש ופי' רש"י שם לשריפה נראה שכיון לזה לפרש כן דרק לענין עונש קאמר אביי 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 כאלו כתיב זמה גבי בתו ובת בתו ולכן נקט אביי הך גז"ש דבתו דווקא משום דרבנותא הוא דאפילו גז"ש כזה שהיא גז"ש קאמרינן ונקט ג"כ בתו ולא בתו משום דלדידיה גם בתו מיחשב כאלו כתיב 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 והרי אליבא דאביי מייתי בש"ס שם הך מילתא והוא אית ליה הכא דגילוי מילתא בעלמא הוא ולפ"ז ניחא דהך לאיסורא דמייתי שם באמת לא קאי לאביי רק לרבא דלית ליה הך סברא מדאצטריך קרא לאיסורא ולכן שינה רש"י לכתוב אין מזהירין מן הדין ולא אין עונשין מן הדין כמו בש"ס דהכא משום דהכא קאי אמה דאמר אביי אבת בתו ענש אבתו לא כש"כ וס"ד דעונש מדין ק"ו אתיא ליה לכן

פריך וכי עונשין מן הדין אבל התם דאזלא לפי מה דאמר בפ' דעונש אתיא בגז"ש ולא פריך רק לענין איסורא ל"ל קרא נילף בק"ו והיינו לרבא דווקא דיליף איסורא מגז"ש דהנה דלאביי באמת לית לן קרא ע"ז אלא מכח גילוי מילתא מיחשב כאלו כתיב בפ' ולרבא מתרץ רש"י שפיר דאין מזהירין מן הדין ועיין בספרי ע"ל כריתות (דף ה' ע"א) מש"כ שם: שם בד"ה תני אבוה דר' אבין.

ותימא א"כ ב"ב וב"ב מנ"ל דבשריפה: לפענ"ד י"ל ע"פ מה שיש להקשות עוד אהא דאבוה דר' אבין אכתי בתו מאנוסתו גבי ישראל מנ"ל דהא קרא רק גבי ב"כ כתיב ומה"ט רצתה הגמרא לעיל (דף נ"א ע"א) לדחות הך דרשא דאבוה 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 כתיב דקאמר סד"א קרא לאפוקי מדרבא וא"כ מנ"ל לאבוה דר"א אכתי בת ישראל ולכן נלע"ד לפי מה שהקשו התוס' לעיל בד"ה מנין לעשות וא"ת מה לשאר הבא ממנה כו' וי"ל כיון דיליף מאי דכתיב בהדיא כו' ע"ש.

והנה קושית התוספות שייך להקשות ג"כ אבתו מאנוסתו דיליף רבא מהך גז"ש ושם לא שייך לכאורה תירוץ התוס' דאיך שייך לומר דלא שייך לאקשווי כיון דהגז"ש אתיא להורות דמאי דכתיב גבי האי מיחשב כאלו כתיב גבי האי ג"כ הא האי גופא דהיינו בתו מאנוסתו לא כתיבי כלל ולא אתיא רק בגז"ש אפילו אזהרה דידיה וצ"ל דלענין זה גם רבא מודה לאביי דמיחשב בתו מאנוסתו כאלו כתיב בפ' אכן אבוה דר"א י"ל דלית ליה הך סברא ולכן מצריך דרשא דבת איש כהן דהיינו דאית ליה הגז"ש ג"כ לענין בת בנו ובת בתו דלא שייך להקשות מה לשאר הבא ממנו כקושית התוס' די"ל כתירוץ אבל לענין בתו דלא שייך כן לכן יליף כהן מבת איש כהן וממילא ילפינן בת ישראל מגז"ש דליכא למיפרך מה לבתה שכן אם אמו אסורה תאמר בבתו דהשתא י"ל בת איש כהן יוכיח דאם אמו מותרת ואעפ"כ בתו מאנוסתו ואי משום חומרא דכהנים שאר הבא ממנה יוכיח ולכן שפיר ילפינן מבנייהו לפי האמת גם בת ישראל ומכ"מ פריך לעיל שפיר מאי אריא ב"כ אפילו ב"י נמי משום דהתם אליבא דרבא אזלא דלית ליה הך סברא דבת איש כהן ויליף מגז"ש לחוד בתו מאנוסתו אבל מכ"מ לאבוה דר"א י"ל כן דס"ל הך גז"ש ואעפ"כ צריך לדרשא דבת איש כהן: שם בא"ד.

ועוד קשה דהאי איש אצטריך: גם בזה י"ל לפע"ד כיון דלפי מה שמבואר לעיל (שם) ע"כ פליג ברייתא דאבוה דר"א אהך ברייתא דלעיל דממעטינן שם מהך דאת אביה היא מחללת פרט לזו שאביה מחללה דלא איירי קרא בבתו מאנוסתו ואף דלפי תי' אביי כאן אליב' דאבוה דר"א אית ליה הך דרשא ג"כ היינו דוקא לענין סיפא דקרא דהיינו בת כהן נשואה דדרשינן היכי אמרינן היא באש תשרף ולא הוא היכא שהיא מחללת אותה ולא כשהוא מחללה ותנא דברייתא דלעיל דריש הך דהיא מחללת אכל מה דכתיב בקרא וכיון דכן ע"כ פליג אבוה דר"א ארישא דהך ברייתא דלעיל (דדרשתו היא אליבא דר' ישמעאל כמבואר בירושלמי ונתני שם בשם תני חזקיה) ולעיל אמרינן דהך איש דמעטינן מניה כשנבעלה לפסול לה אתיא כרבנן דפליגי אר"מ א"כ י"ל דהך דאבוה דר"א גם אסיפא דברייתא פליג וסבר כר"מ ולכן לא מצריך איש אבל רבנן באמת לא

לפי 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 אדברינו הנ"ל הא גם לר"מ מצרכינן דרשא דהאיש לענין נשאת ללוי וישראל דהא גם הך חשיב בברייתא דלעיל למעט מכי תחל לזנות אי לאו דרשא דאיש דז"א דלכאורה יקשה לר"מ ממנ"פ כיון דסבר דנבעלה לפסול לה בחנק א"כ ע"כ דריש כי תחל אי תחלת אתחלתא בזנות בסקילה אידך בחנק א"כ מ"ט נשאת ללוי וישראל מחייבת אכן נראה דזה תלוי אי נדרוש הך כי תחל לשון חלול או לשון תחלה דאי לשון חלול א"כ קאמר קרא כי נתחללה בזנות זה בסקילה אידך בחנק וא"כ גם נשאת ללוי ולישראל ממועט אבל אי נדרוש לשון תחלה א"כ קאמר קרא אי תתחיל בזה לזנות היא בשריפה אבל אי כבר התחילה בזנות אחר היא בחנק ומזה לא שייך למעוטי רק נבעלה לפסול לה דנעשית זונה בבעילתו וא"כ איכא זנות אבל לא נשאת ללוי וישראל ולכן הש"ס דרצה למעט גם נשאת ללוי וישראל דריש כי תחל לשון חלול אבל ר"מ י"ל דדריש כרבי (דף ס"ו ע"ב) כי תחל לשון תחלה ולא שייך למעט רק נבעלה לפסול לה ולכן לרבי ור"מ לא מצרכינן דרשא דאיש כלל: שם ע"ב בגמרא ה"ק איזהו עני רשע ערום זה המשהה ק"ק מה ערמה יש כאן דאין חכמה ותחבולה בזה שאינו רוצה להשיאה כדי שיהי' לו שפחה לשמשו ועוד איך שייך שהוא משהה אותה בוגרת תקדש איהי לנפשה דהא בוגרת אין לאביה רשות לקדשה ולעיל ע"א בד"ה זה המשהה פי' רש"י שמתאוה להפקירא ומזנה ונראה שרצה לתרץ זה דהיינו מתוך שאינו משיאה גם היא לא תנשא דבהפקירא ניחא לה אכן לפי האמת דמתרץ איזהו עני רשע ערום ל"צ עוד לזה אלא משום דאביה נותן לה עצה לפי דרכו כשרוצה 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 היועצך לפי דרכו דמי להך מימרא קמיייתא: שם מיתבי האוהב את אשתו כגופו: א"ל כיון דטעמא דריא"ר לעיל הוא משום למען ספות הרוה את הצמאה וזה לא שייך רק בגדולה וקטן וכמו שפי' רש"י וא"כ מאי פריך דלמא והמשיאן סמוך לפרקן איירי בקטנה לקטן דלא שייך למען ספות הרוה וגם ריא"ר לעיל למה קאמר והמשיא אשה לבנו קטן דוקא ולא ג"כ המשיא קטנה לגדול די"ל דהא ל"צ למימר דכבר אמר הכי בריש פ"ב דקידושין אסור לאדם לקדש את בתו כשהיא קטנה עד שתגדל ולכן א"ש ג"כ דע"כ לא איירי בקטנה לקטן דא"כ תקשה אמירא דריא"ר בקידושין ולכן פשיטא ליה ג"כ דהאי סמוך לפרקן אבנו קאי וכמו שכתבו התוס' דאבתו ליכא למימר דאסור לקדשה כשהיא קטנה ולפ"ז מה שכתבו התוס' משמע הכא 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 דוקא ולא ג"כ בעץ דכתיב ג"כ בקרא משום דבכלל אבן הוא ג"כ עץ דשיעורן שוה ולא נקט ברזל אלא משום דממית בכל שהוא ולא בעי שיעורא א"נ י"ל לפי מה שכתבו התוס' במכות (דף ב' ע"ב) בשם ר"ת ומה הסוקל אינו נסקל פי' 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 דליכא למימר הכי דבפי' רבתה תורה או השליך עליו בצדי' וימות דהוא סקילה וכן באבן יד הכהו לדין

רוצה 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 כדאמרינן 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 אפ"י רש"י בחומש שפי' דמפני שלא נאמר בברזל אשר ימות בו כדכתיב באבן ובעץ מזה יליף דברזל לא בעי שיעור והכא משמע ממה שלא נאמר יד בברזל אתיא והן אמת דבירושלמי בסוגיא זו דריש ג"כ ממה שלא נאמר אשר ימות בה אך היא גופא תקשה למה נקיט 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 כלל גבייהו לכן נ"ל דבאמת עיקר דרשא מדלא כתיב ביה אשר ימות בה אתיא והיינו דקאמר רבי לפיכך לא נתנה תורה בו שיעור פי' שיעור דאשר ימות בה אלא דא"כ אפשר למיטעי דמיחייב אהכאת ברזל אפילו לא היתה ההכאה כדי להמית כגון שהכהו בחתיכת ברזל קטנה שלא הי' בה כדי להמית להכי כתיב כלי ברזל ולא כתיב בי' יד לומר לך דמכ"מ לא מיחייב בכל שהוא אלא כשהרגו ע"י כלי ברזל וכלי שמפני קטנותו אין לו בית יד דהיינו ע"י מחט שנקרא כלי וטבילה בעי כשנטמא ובהכי גלי רחמנא דעכ"פ בעינן הכאה כדי מיתה דהיינו ע"י מחט דברזי' מברז וא"כ שמואל דיליף מדלא נאמר יד והירושלמי דיליף מדלא כתיב אשר ימות תרווייהו חדא דרשא הוא ולא פליגי.

ובזה מתורץ ג"כ מה שהקשו התוס' אפ"י רש"י דא"כ אפ"י קוץ נמי דז"א דקוץ בלא בית יד לא מקרי כלי עץ כמו מחט דמקרי כלי 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 כתיב אשר ימות דרש מוכח ג"כ מלשון הרמב"ם (פרק ג' מה' רוצח) ע"ש: שם ברש"י ד"ה ולר"ע.

כגון לקח את אשה: נראה דאין כוונתו לומר דאשה דקרא היא אשתו אלא קרא איירי באמה ואם אמה אחר שנשא בתם לאשה וכן פי' ביבמות (דצ"ד) ובפירושו על התורה ועיין במהרש"א: שם בד"ה ר"ע סבר. אלא אסור ארור שוכב עם חותנתו: מזה נראה דכוונתו דליכא לאו וכרת רק הך 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 כלל לאחר מיתה ואכתי קושיית הגמ' שם ביבמות במקומה עומדת דליתני לר"ע אם חמותו ואם חמיו אלא ע"כ מוכח לכאורה כדעת התוס' דנשאר לאו וכרת וזה שייך גם לענין א"ח וא"ח.

והנה א"ע ראיתי ברמב"ן ורשב"א פרק 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 הך איסורא בעלמא דקאמר הכא היינו לאו וכרת אף שדחוק בלשון קצת כדי שלא נצטרך 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 דבבחה וכת בתה וכת בנה ג"כ ליכא שריפה כיון דלא אתיא אלא מחמותו א"כ לא עדיף מניה אבל הוא סבר דאיכא שריפה ע"ש ולפי דעתו שפי' כפי' רש"י דבחותו ליכא רק איסורא בעלמא וא"ח וא"ח הוי בכלל חותנתו הוצרך לזה כיון דבתה וב"ב וב"ב ודאי ליכא בכלל חותנתו א"כ אי ליכא שריפה ליכא איסורא כלל ויקשה קושית הש"ס ביבמות דליתני בתה וכת בתה וב"ב לר"ע אבל להרמב"ם לשיטתו דסובר כשיטת התוס' דבחותו ג"כ כרת 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 ראייה 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 לחברי' פי' שהוא הביאו שם א"כ גם אי הוי תני דבלא אדליק שרגא מחייב אכתי ה"א דבכפה עליו גיגית פטור כיון שכפתו 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 כי האי כ"ע מודו אבל לא משום אשו משום חציו דלית לי' וזה מדוייק בלישנא דנקט האי מאן דעיילי לחבריה דוקא ולא ג"כ האי מאן דכפית לחברי' אלא לאשמועינן דאעפ"כ לא מחייב רק משום מצמצם אבל אי הוי נקיט בלא אדליק שרגא ה"א דמשום מצמצם סבר כרבא דפוטר והא דמחייב היינו משום אשו משום חציו לכך נקט אדליק שרגא דבזה ודאי 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 כיון דההבל פיו שממיתו עדיין אינו בעולם וכמו שכתבו התוס' לענין ארס נחש דאף אי נדמה הך דהבל פיו לארס מכ"מ המ"ד תסתיים 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 כאן א"נ דהתם עדיין לא מתחיל הבלא משא"כ הכא וכמו שמתרץ באמת אע"כ המ"ד תסתיים לא ס"ד לחלק בכך וא"כ מאי מיייתי ראייה מדנקט ר' זירא אדליק שרגא דוקא ולכאורה ראייה מזה לשיטת א"נ של התוס' דגם למ"ד אשו משום חציו פטור בכח כחו מן המיתה ורק ממון מיחייב: שם ברש"י ד"ה רב אחא.

דגרמא בעלמא הוא: אף דבגמרא מפקינן כן ממייעוטא דהוא מ"מ מצרכינן גם להך טעמא דגרמא בעלמא דמהוא לחוד אכתי 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 נילף בק"ו מרוצח לכן מצרכינן גם מיעוטא: שם בתוספות ד"ה רוצח שלא.

היא בעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון: הא דלא מייתי ראי' ממתניתן הקודמת דשני קדרים או מרישא דהך מתניתן דהיא בעל קורה ראשון משום דבכל הני לא המזיק גרם הנזק אלא הניזק ובזה ודאי פטור המזיק דאין לך אונס גדול מזה ולכן אין ראייה גם כן 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 דפוטרי בש"ח וש"ש דלר"מ ודאי י"ל דבאונס דדמי לגניבה ואבידה חייב והא דפטור התם משום דהתם אונס גמור הוא דנתקל אונס הוא וכמו שמוכיח הש"ס מדפוטרי ש"ש אבל לר' יהודה הקשו משום קושיא בתרייתא דכיון דלדידי' ע"כ צ"ל דפוטרי 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 דמיחייב 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 תיתי לחייבו בנזקים כיון דמרוצח לא אתיא ולכן גם למ"ד מצמצם חייב בנזקים פטור הכא מטעם זה.

עיינן במהרש"א: שם בא"ד. ותדע דתנן שם וכו' ומיהו יש לדחות: ודאי זה לא עלה על דעת התוס' לפרש מתניתן דלסטים חייבין אאבידה דבהמה דאין זה במשמעות דמתניתן כלל וגם קאמרינן בש"ס שם משעה שהוציאוהו ברשותיהו קיימי ע"ש דזה לא שייך רק לענין נזקים.

וביותר יקשה על רש"י דהביא באמת שם ראית התוס' ולא דחי מטעם המיהו יש לדחות שכתבו התוס' אלא דהכי קדייקי כיון דבלאו הכשה לא מחייבי בהזיקם א"כ ע"כ לאו ברשותיהו קיימי א"כ מהיכי תיתי שיתחייבו אאבידת בהמה כיון שלא ברשות הלסטים קיימי ועל זה דחו התוס' ומיהו יש לדחות דמתניתן להתחייב בנזקים איירי ובהא לא מיחייב בפרצוהו לחוד משום דליכא רק גרמא דגרמא דגורם לצאת והיציאה גורמת להזיק אבל לענין בהמה דהוי גרמא אחד לצאת דמי לכפתוה לסטים עד שיצאה דהוי ג"כ גרמא אחד למיחייב: שם בד"ה סוף חמה.

וצריך לומר דהיינו למ"ד אשו משום ממונו: אכן קשה אכתי מאי דקאמר ואי לאו כחו הוא תזיל לתחת דלפ"ז לימא בקיצור דאי לאו כחו הוא לא ליחייב למ"ד אשו משום ממונו וצריך לומר דרצה לומר השתא אפילו למ"ד אשו משום חציו. אכן ק"ל איך נסתפקו התוס' בזה שכתבו וצ"ל דסבר כמ"ד אשו משום ממונו הא רב פפא הוא מרא דשמעתא דלקמן והוא ע"כ סבר דלא מיחייב בלא כחו דאפילו בכח כחו לא מיחייב גלות דדמיא למיתה כדמוכח ממה דאמרינן במכות (ד"ח ע"א) ועוד אמר ר"פ מאן דשדיא פיסא ע"ש: שם בא"ד.

דאתיא ההיא סוגיא כמ"ד אשו משום ממונו: ולמ"ד אשו משום חציו צ"ל דלא דייק ממתניתן הא הפילה כשרה כמאן כר' נתן אלא סבר דטעמא דמתניתן משום שלא הוי כוונה ונקט נפלה דהפילה בלא כוונה הוי ג"כ כמו נפלה וכן משמע בפ"י רש"י ותוס' שם

דרק רבא הוא דדייק ממתניתן אכן תמוה לפענ"ד דהא שם ע"ב מקשינן ומי אמר ר' יוחנן הכי והאמר ר"י הלכה כסתם משנה כו' ע"ש והרי הוא מ"ד אשו משום חציו בב"ק (דף כ"ב ע"א) ולדעת התוס' דכאן ע"כ לא דייק הא הפילה כשירה ומאי מקשה לר' יוחנן לשיטתו.

וצל"ע: שם בא"ד. והשתא תיפוק ליה דלאו כחו הוא: א"ל דדלמא אצטריך הך טעמא היכי דנפל לצדדים דהוי כח כחוש ומיחייב אי לאו דלא דרך ירידה הוא די"ל דלצדדים דכח כחוש הוא לא שייך אלא היכי דזרק למעלה דאי אפשר שהלך למעלה ביושר בלא נטיית צדדים וא"כ מכח הלך לצדדים אבל לא בנפל מעצמו מלמעלה למטה דאז נפל ביושר ולכן הוצרכו התוס' לתרץ דגם כאן ע"י המשכה למעלה נופל למרחוק ולא ביושר וזה מכחו הוא: שם בא"ד.

ולא דמי לחצי נזק צרורות: ק"ק חנ"צ איך שייך לכאן דהא באמת הוי מיחייב גם שם נזק שלם אי לאו דהלכתא גמירי לה דח"נ ותו לא כדאמרינן בב"ק (ר"פ כיצד) ובכתובות ס"פ אלו נערות וכיון דהכא לאו הלכתא גמירי נשאר בדין נזק שלם ואפשר דבאמת כוונת התוס' לזה דלכך לא דמי לחנ"צ.

ועיין במהרש"א: שם בד"ה כפה עליו גיגית. וא"ת מ"ש פרע: ק"ק אי קושית התוס' לרבא הא באמת פוטר גם בפרע ואי קושיתם לרבי זירא דלמא באמת מיחייב גם בתריס ובדקא דמיא ואי קושיתם דא"כ יפלוג בפ"א א"כ לקשו בקיצור כפתו ומת ברעב שהביא הגמרא לרא"י דפוטר רבא וגם למה פרטו התוס' כאן דוקא פרע מעזיבה להקשות מינה ולא ג"כ מכפה עליו גיגית דאיירי ביה.

והנלפענ"ד לפי מה שכתבו בראש הדיבור ולא דמי לסוף חמה לבא ולכאורה מה בעו בזה וי"ל דרצו לתרץ דלמה צריך להביא הש"ס ראייה דרבא פוטר מהא דכפתו ברעב משום דדמי להא דכפה ופרע לית ראייה 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 דאכתי לייתי מהא דתריס דהא זה דמי לגמרי לפרע המעזיבה כמו ששם סילק המחיצה שחצצה בינו לבין המזיק ה"ה כאן ודמי יותר למת ברעב ונקטו ג"כ בידקא דמיא בהדי"א אף דהך רב פפא אמר ולא רבא אפשר שגרסו גם שם רבא א"נ משום דלפי תירוצם חילקו גם בין הכא לבידקא דמיא באופן דגם ר' זירא דמחייב כאן אפשר דפוטר בבידקא דמיא ולמה שכתבנו דאפשר דהתוס' גרסו רבא יש ראייה קצת ממה שהקשינו לעיל איך נסתפקו התוס' אי ר"פ סובר כמ"ד אשו 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 דדיינינן ליה ואי כבר יצא זכאי ודאי דאין מחזירין לחוב אלא הכי קאמר כיון דאי בשעת שהיו מצויין סמנין לרפאותו הוי דנינן ליה הוי פטרינן ליה כיון דלא היה כאן כדי להמית דאפשר לרפאותו ולכן גם עתה מיפטר ונ"ל שיצא קרינן 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 אחרנא דכפתו ומת ברעב וסוף חמה לבא הוא וזה 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 התראה בפסחים (דף ס"ו ע"ב) תקשה מהך ברייתא די"ל כיון דפליגי תנאי בהתראת ספק כדאמרין במכות (דף ט"ו ע"א) א"כ מוקי לברייתא כמ"ד דלאו שמה התראה והוא סבר כמ"ד שמה התראה אי נמי י"ל דאפילו מאן דאמר דשמה התראה מודה כאן דלאו שמה התראה כיון דעדיין ספק הוא אם יוכל לבא לידי איסור וכמו שכתבו התוס' בכתובות (סוף פרק קמא).

ובהכי א"ש מה שנ"ל ביישוב קושית המהרש"א שהקשה מאי פריך מאי קמ"ל דלמא אתי לאשמועינן דהוי כחו ולא כח כחו. אכן נ"ל לפמש"כ התוס' לעיל דלמ"ד אשו משום חציו אפילו בכח כחו מיחייב א"כ לכאורה קשה מאי פריך לקמן למימרא דכי האי גוונא כחו הוא דלמא לעולם לאו כחו הוא והא דמיחייב היינו משום דאשו משום חציו וצ"ל דקושית הש"ס היא למ"ד אשו משום ממונו ולפ"ז י"ל דהכא פריך איפכא למ"ד אשו משום חציו דלדידי' ליכא למימר דאתי לאשמועינן דלאו כח כחו הוא דאיך אשמעינן זאת מכאן דהא גם אי כח כחו הוא מחייב וא"ל דהא ר' יוחנן הוא דסבר אשו משום חציו וא"כ אי הקושיא אליבי' אזלא מאי מתרץ מ"ד התראת ספק היא הא הוא סובר התראת ספק שמה התראה דלפי מה שכתבנו גם לר' יוחנן י"ל כן.

אכן ק"ל למ"ד אשו משום חציו קשה למה מיצה מן החרס עליו הזאתו פסולה וכמו שהקשו התוס' לעיל מ"ש נפלה סכין מן הפילה וכן קשה מהמקדש ונפל קידוש על ידו ולכאורה גם מזה ראייה לשיטת עוד יש לפרש של התוספות דלעיל דגם למ"ד אשו משום חציו שאני כחו מכח כחו. עוד י"ל ביישוב קושיית המהרש"א דלכאורה קשה דאכתי בשוגג גולין ל"ל למיתני דממזיד נהרגין שמעינן וכדי שלא נצטרך לדחוק דנקטי איידי מזיד נ"ל לומר כיון דלקמן מחלקינן בשוגג בין נפל לתוך ד' אמות לחוץ ד' אמות ולכאורה זה נגד משמעות הברייתא דקתני סתמא בשוגג גולין.

אכן י"ל כיון דקתני גבי במזיד נהרגין א"כ הוי דומיא דבמזיד וכיון דמיתה ע"כ ליכא רק היכי דנתכוין שיפול עליו והיינו ע"כ במקום הראוי ליפול כן בשוגג אין גולין ג"כ רק היכא דנפל במקום הראוי ליפול ולכן נקטי ג"כ בשוגג גולין להשמיענו דדוקא דומיא דבמזיד נהרגין בשוגג גולין ולכן פריך שפיר בשוגג גולין ל"ל דליכא למימר דאתי להשמיענו דנחשב כחו דזה הוי ידעינן גם אי הוי במזיד נהרגין לחוד או בשוגג גולין לחוד ואהא מתרץ דבמזיד נהרגין אצטריכא לי' דכן נקט ג"כ בשוגג גולין בהדי' לאשמועינן דדוקא בכה"ג שנפל במקום הראוי ליפול בשוגג גולין: שם מצא איתמר: מכאן ק"ל על מה שכתב הרמב"ם פי"ב מה' פרה דבספק אם מהחרס נמצה עליו הזאתו פסולה והיינו מלשון ונמצה דמו וכמו שכתב בפירושו המשניות למסכת פרה וכיון דפסק הך דרבא דזרק צרור בכותל וחזרה לאחור'י דחייב א"כ לדידיה קושית הש"ס דכאן במקומה עומדת ואפשר דכוונתו נמצא עליו אך אין זה במשמעות לשונו: שם ברש"י ד"ה סתם משחקין בכדור.

ומקרבי לכותל בשעה שזורקין: ק"ק דמשמע מקריבתו לכותל הדבר תלוי אם יפול רחוק או קרוב א"כ איך נתן שיעור סתמא בין רחוק ד"א לקרוב ד"א לכותל מבלי שיעיד ג"כ כמה יהיה קריבת הזורק לכותל גם לעיל בד"ה כגון אלו המשחקין סיפר רש"י ז"ל סדר

השחוק שהאחר מקבלו ומכה בו את הזורק אם יוכל לכוונו והוא ללא צורך לכאורה מה שאינו מדרך 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 כאן שהרג את חברו ששחק עמו וכיון שהשחוק הוא אם יכול לכונן את המכה בכדור א"כ מסתמא שניהם עומדים במקום אחד בשעת זריקה ובתוך שיפול הכדור לאחוריו ויגביהו האחר ינוס הזורק למען לא ישיגו עוד חברו המכהו בכדורו ממקום שהגביהו שם ולכן כל כמה דמקרבי לכותל שניהם מינח ניחאי להזורק כי היכי דתפול הכדור הרבה לאחוריו ויצטרך לשהות יותר להגביהו ובתוך כך יברח יותר ולכן גירסת הש"ס דאזלי מינ' וגירסת רש"י דעיילי טפי לא פליגי רק דלפי גירסת רש"י מבאר הטעם למה ניחא ליה טפי אי אזלא מניה טפי ועיין במהרש"ל: שם ד"ה ואחר כך נפל לשוקת.

דרך נקב שפופרת: מלשון זה נראה דבעינן שיבאו דרך המשכה ממעין לכלי ואז מיקרי מים חיים אך זה לא יתכן מכח כמה משניות דפרה דקתני בכולן הממלא בכלי וגם מה שכתב רש"י דרך נקב שפופרת ק"ל דמאי מעליותא איכא בהך נקב אדרבה ריעותא היא דמטבלו מתורת כלי ואין לקדש רק למטה מהנקב: שם בתוספות ד"ה סתם.

אלא נראה כלשון ראשון שפירש בקונטרס: וללשון שני אפשר ליישב קושית התוס' דאף דנתכוין לזרקו ולהמיתו וקבל עליו התראה מ"מ אם יש ספק אם יגיע הכדור אליו מ"מ פטור מטעם התראת ספק כדמוכח ממאי דקאמרינן מהו דתימא התראת ספק היא מי ימר דהדרה אף שקבל עליו התראה אלא ודאי דלענין התראת ספק לא מהני מה שקבל עליו התראה וא"נ ה"ק כיון שזרק כגון אלו המשחקין בכדור וסתם המשחקין בכדור ניחא להו שיפול למרחוק א"כ לענין חוץ לד' אמות הוי התראת ודאי אבל לענין תוך ד' אמות הוי התראת ספק כיון ששחק כגון אלו המשחקין בכדור והם זורקין שיפול למרחוק ולכן מפטר כן נלענ"ד לפרש דעת היש מפרשים שהביא רש"י: שם בא"ד.

כגון נתכוין לצד זה: וליישב קושיא זו לפירוש הקונטרס י"ל דהן אמת אי מחד טעמא פטורין תרווייהו יותר סברא לפטור נתכוין לצד זה והלך לצד אחר מלפטור נתכוין לזרוק ב' זורק ד' אבל לפי מש"כ הרמב"ם (פ"ו מה' רוצח) מפטר נתכוין לזרוק ב' זורק ד' מטעם דקרוב למזיד הוא ונתכוין לזרוק לצד זה והלך 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 דנתכוין לצד זה והלך לצד אחר יש יותר סברא לפטור מנתכוין לזרוק ב' זורק 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 כתיב דאשר לא צדה באמת הוי ממעטינן תרווייהו מבלא צדיה ולא הוי מחלקינן ביניהם דסברא זו דהלך לצד אחד יש יותר לפטור כיון שלא זרק לצד הנרצח אינה פשוטה כ"כ וכבר כתבו התוס' בשבועות (דף כ"ב ע"ב) דפעמים שאין הסברא פשוטה כ"כ וצריך קרא להשמיענו הסברא: שם בא"ד.

והתנא רצה להזכיר הפשוט יותר תחלה: עיין בתוס' במ"ק (דף ח' ע"א) שהביאו הרבה ראיות שכן דרך הש"ס: שם בא"ד. ואם תאמר ואמאי אצטריך בפרק אלו הן הגולין מבשגגה לפטור: וכלשון הזה נקטו ג"כ בב"ק ע"ש.

וקשה דהא במכות לא מבשגגה אלא מבלי דעת יליף פרט למתכוין ומבשגגה יליף פרט לאומר מותר ואפשר לומר לפי מה שהביא הריטב"א שם פ"א אחר דאומר מותר היינו ג"כ נתכוין להרוג בהמה והרג אדם רק דהקשה ע"ז א"כ היינו פרט למתכוין ותירץ דהא מיירי שנתכוין לגוף זה רק שסבור שהוא בהמה ונמצא שהוא אדם והא מיירי שלא נתכוין לגוף זה כלל אלא לזרוק לצד הבהמה וזרק לצד האדם והנה התוס' לפי תירוץ השני ע"כ לא סברו כפירוש זה דא"כ לא משני מידי א"נ כסבור בהמה ונמצא אדם הא ע"כ חד מינייהו בנתכוון לצד זה והלך לצד אחר איירי אבל בהקושיא הקשו התוס' לפירוש הריטב"א דלפ"ז גם בשגגה איירי בנתכוון לבהמה והרג אדם לפי פ"ז ע"כ או מבשגגה או מבלי דעת ממעטינן היכי דנתכוון 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 בהך דאומר מותר דלא איירי בנתכוון לבהמה והרג אדם וא"כ שפיר י"ל דמבלי דעת דאיירי בי' מיירי בכסבור בהמה ונמצא אדם: שם בא"ד.

ומיהו תימא הא דפליגי: זה פשוט שמה שהקשו בזה וגם בקושיא הקודמת מנתכוון לזרוק ב' וזרק ד' ל"ק רק להך פירוש דפטור מן הגלות ובעיקר הקושיא י"ל לפי מה שכתבנו לעיל דטעם נתכוון לזרוק ב' וזרק ד' דפטור היינו משום דקרוב למזיד הוא אך דזה לא שייך רק בידע שהנרצח עומד שם בקרוב דה"ל לאסוקי דעתיה שמא יפול ממקום זריקתו והלאה ולא ה"ל לזרוק משא"כ כאן שעוסק במלאכתו כדרכו ואפשר שלא ידע כלל שיש אדם שם בזה מיקרי שוגג ולא קרוב למזיד ומחייב גלות וא"ע ראיתי בשיטה מקובצת בשם הרשב"א שתירץ קושית התוס' קרוב לזה.

ושמחתי שכוונתי לדעתו ז"ל: שם דף ע"ח ע"א בגמרא כל נפש כל דהו נפש: עי' בר"ן שכתב דריב"ב ורבנן פליגי במשמעות לשון כל אי פירושו מקצת הדבר או כל הדבר דווקא משום דיש כל דמשמע הכי ומשמע הכי כגון כל צפור טהורה תאכלו דמשמע כל הדבר וכן כל המצוה אשר אנכי מצוה אתכם וכן יש כל דמשמע מקצת הדבר כגון לא תחיה כל נשמה החייתם כל נקבה לא תאכלו כל תועבה.

ולפענ"ד אין במשמעות דכל בכל הני שהביא הר"ן הפרש דכולן הוא הפירוש דכל כל אחד ואחד מפרטי המין רק שנתהווה ההפרש במשמעות הלשון בין משפט המחייב ובין משפט השולל דכשומר הכתוב כל צפור טהורה תאכלו הפירוש כל פרט ופרט מהכלל תאכלו וכן כשומר לא תחיה כל נשמה הפירוש כל פרט ופרט מהכלל לא תחיה וכן בהחייבתם כל נקבה פירושו החייבתם אפילו פרט אחד מהכלל וא"כ הכא דכתיב כי יכה כל נפש אדם ג"כ הפירוש אהכאה של כל פרט ופרט מהכלל דנפש מחייב והיינו כריב"ב דסבר אפילו מקצת נפש ולכן ודאי יקשה לרבנן דסברי דבעינן כל נפש דהיינו כל פרטי נפש ביחד דאין משמעות הלשון דכל כן בכל הני שהביא הר"ן ז"ל.

ולכן נלע"ד עיקר כתירוץ התוס' שהביא הר"ן דפליגי במשמעות דלשון נפש אי פירושו מקצתו או כלו בלא לשון כל. ובזה א"ש מה דיקשה לכאורה איך דרשינן כל נפש אדם

להך דרשא דהכא הא איצטריך להך דדרשינן בת"כ הביאו גם רש"י בחומש מדכתיב מכה איש ומת אין לי אלא מכה איש אשה או קטן מנין ת"ל כל נפש אדם והכי אמרינן גם בנדה (דף מ"ד ע"ב) ולפ"ז אתי שפיר דדרשה דת"כ מריבויא דכל אתיא ודרשא דהכא ממשמעות דנפש: שם דה"ל עדות שא"א יכול להזימה: ש"מ דב"ד שדנים על ראייתם לא בעינן שיכולים לקיים גביהם ועשיתם לו כאשר זמם דזה לא כתיב רק גבי עדים שדנים על פיהם כדכתיב שם על פי שנים עדים או שלשה עדים יקום דבר ועל זה קאי ועשיתם לו.

אך דלפ"ז לא יפסול ג"כ לר' יוסי במכות (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 כשהם קרובים פריך דיציל וכ"ת ה"נ ה"כ מכה אביו ואמו כו' ע"ש ומאי קושיא הא שפיר משכחת שיהרג מכה אביו ובא על אביו בראוהו ב"ד דבזה לא פסיל ראיית קרובים.

עוד ק"ל דלפ"ז דבראוהו ב"ד לא בעינן יכול להזימו מאי פריך לעיל (דף מ"א ע"א) אלא אשה חבירה דמקללה לריב"ם היכי משכחת לה הא שפיר משכחת בראוהו ב"ד דלא בעינן אתה יכול להזימו. ואף לפי מה שכתבנו לעיל שם דהא דפשיטא ליה דע"כ משכחת דמקטלא היינו דפריך לרב פפא דמתרץ לעיל (דף ח' ע"ב) דקמפלגי בפלוגתא דריב"י ורבנן שפיר משכחת גם שם בלא עדים כגון שב"ד של כ"ג בעצמם ראוהו רק לא התרו בה וקמפלגי אי מקטלא וצריכין כל הכ"ג לדונה או לא מיקטלא וליכא רק ד"מ וסגי בג'.

ואקושיא ראשונה י"ל לפי מה דאמרינן במכות (דף י"ב ע"א) לכדתנא ר"ע אומר מנין לסנהדרין שראו אחד שהרג 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 ראייתם דקמפרש פלוגתא דר"ע ור"ט בראוהו בלילה דוקא וכן משמע דעת הראב"ד שם הביאו בשיטה מקובצת דקמפרש הא דמקשה לר"ע מהא דתניא והכה איש את רעהו דהאי ע"כ גם בראוהו בלילה דומיא דעדים איירי ע"ש דמשמע אי בראוהו ביום איירי לק"מ לר"ע דמודה בו ר"ע מכ"מ כבר כתב הבעל המאור בר"ה (דף כ"ה ע"א) דגם בראוהו ביום ס"ל לר"ע דאין הב"ד יכולין לדון ע"פ ראייתם וכן כ' גם הרשב"א שם וא"כ ע"כ דהכא דמחייב בראיית 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 לדידיה 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 יהרגו בב"ד תיכף בשעת ראייתם עד שידונו כדין חייבי מיתות אלא כיון דר"ע סבר דאין הב"ד הזה יכולים לדונו לעולם דאין עד נעשה דיין ע"כ צריך לומר עד שיעמוד בב"ד אחר אבל לעולם גם לר"ט איכא לאוקמי קרא דעד עמדו שלא יהרגוהו 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 משכחת כלל הך דין דרבא שב"ד ידיינוהו ורבי יוסי ורבי במכות שם בהך דנמצא אחד מהם קרוב ופסול אליבא דר"ע פליגי ולכן פריך שפיר לר' יוסי אלא מעתה הרוג יציל דליכא לאוקמי קרא דמכה אביו בראוהו ב"ד.

ואף דלהתוס' לעיל (דף ט' ע"א) בד"ה בזמן לא ניחא להו שיהיה מוכח מהא דר"י שיסבור דסנהדרין שראו את הנפש אין יכולים להרגו והרי לפ"ז ר' יוסי רק אליבא דר"ע אמר והוא בלא"ה סבר הכי מכ"מ י"ל דזה דוחק בעיניהם שנאמר דר' יוסי רק אליבא דר"ע קאמר וליה לא סבירא ליה אבל מכ"מ פריך הכא שפיר אלא מעתה הרוג יציל דע"כ גם אליבא דר"ע קאמר דהא פליגי אליבא דר"ע כדאמרינן בפירוש לעיל (שם) וקמפלגי בפלוגתא דר"י ורבי אליבא דר"ע כן י"ל לדעת הרמב"ם דפסק כר"ט אף דהלכה כר"ע מחבירו והיינו ע"כ משום דסבר דרבא פליג אר"ע.

אכן א"ע ראיתי שדעת הריטב"א במכות (דף י"ב) דרבא מצי לסבור 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 דקטלינן ליה דאי משום דצותה התורה שימיתו אותו הא מצוה זו א"א לקיומי בו דמת ועומד הוא כבר ולהכי קאמר דאכתי איכא מצוה לסלק המזיק מן העולם משום ובערת הרע מקרבך.

אכן ק"ל דהא גבי רוצח וכן גבי רובע לא כתיב כלל ובערת הרע מקרבך עיין לקמן: שם עדים שהעידו בטריפה והוזמו: א"ל איך משכחת כלל שהוזמו דהא אין נעשים עדים זוממין עד שיגמר הדין על פיהם כדאמרינן במכות (ד"ה ע"ב) והרי ע"פ עדים אין גומרינן דין של טריפה כלל כדאמר רבא לעיל דטריפה שהרג וטריפה שרבע שלא בפני ב"ד פטור די"ל דמשכחת לה שלא ידעו הב"ד שהוא טריפה וגמרו דינו על פיהם: שם עדי טריפה שהוזמו נהרגין: דלא בעי רבא בעדים זוממים עדות שאתה יכול להזימה ובזה נ"ל ליישב מה שהקשו התוס' (לקמן דף פ"א) בד"ה ונגמר דינו דאיך משכחת שיגמור דינו לעבירה חמורה אחר שכבר נגמר לעבירה קלה הא עדות שניה הוי עדות שאי אתה יכול להזימה דגברא קטילא בעו למיקטל די"ל דהא רבא הוא דמתרץ שם הכי ולשיטתו שפיר משכחת כגון שנגמר דינו על א"א וכדומה ואח"כ נעשה זומם על עדות שהעיד כבר קודם שהוחזק לרשע על עבירה זו או אפילו אח"כ לשיטת הרי"ף ושאר ראשונים לעיל (דף כ"ו ע"ב) דבא על עריות כשר לעדות ובזה נגמר דינו לעבירה חמורה שהעיד עליו והרי לענין עדות זוממים לא בעינן אתה 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 אתגר א"נ משום דשם יליף מקרא דיחזקאל הך דנידון בחמורה ושם כתיבי 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 וכוונתו כיון דכל הטעם לפטור הוא משום דהבעלים פטורים כהאי 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 יפטור השור.



ובזה נדחה מש"כ הכסף משנה ליישב דעת הרמב"ם דבשור לא שייך משום ובערת הרע וגם הראב"ד לא נתכוין לזה אלא משום דהבעלים מתחייבין בכה"ג. והנלפענ"ד בישוב דעת הרמב"ם הוא ע"פ מה שכתבנו לעיל דלכך אצטריך להביא קרא דובערת הרע לחייבו דמן הדין יהיה פטור דהתורה צותה להמיתו וזה א"א לקיים גבי טריפה דכבר כמת חשיב ורק משום ובערת הרע יש מצוה להמיתו.

ואף דהקשינו על זה הא גבי רוצח ורובע לא כתיב כלל ובערת הרע מכ"מ י"ל על פי מה שכתבו התוס' לעיל (דף ב' ע"ב) לחד שיטה דילפינן גם דנ"פ מהדדי בהיקשא דמשפט אחד יהיה לכם ולעיל (דף מ"א ע"ב) הוכחנו דשיטה זו עיקר. לכן י"ל גם בזה כיון דמסית ומדיח שהוא טריפה וכדומה חייב משום ובערת הרע דכתיב גבי ילפינן כל שאר חייבי מיתות מני' אכן זה שייך דוקא לענין חייבי מיתות אבל לענין שוה"נ אף דאיתקש למיתת הבעלים בהיקשא וגם בעליו יומת הא לא איתקש רק למיתת הבעלים היכי ששייך בהם דהיינו אם אינם טריפה דבהכי שייך גם בעליו יומת ולא לענין ובערת הרע היכי שמתו כבר דהיינו כשהם טריפה ולכן לא שייך גבי שוה"נ כלל משום ובערת הרע ומש"כ רש"י לעיל (דף ל"ו ע"ב) והתוספות לקמן (דף פ' ע"א) ובערת הרע מקרבך לענין שוה"נ שם י"ל דלאו דוקא משום ובערת הרע אלא משום והשור יסקל קאמר מה שלא שייך כאן ולכן דעת הרמב"ם א"ש: שם א"ק השור יסקל וגם בעליו יומת: מזה ילפינן ג"כ לעיל (דף ב' ע"א) דשוה"נ כ"ג בעי וכן בב"ק (דף מ"ד) דבעינן מתכוין בשור כמו בבעלים וקשה הא קרא זה רק גבי שור המועד כתיב ומנ"ל כל הני דינים גם גבי שור תם דמחייב ג"כ מיתה כדאמרינן שם (דף מ"א ע"א) וי"ל כיון דכל הני דינים קולות נינהו דמקילינן גבי שוה"נ אין סברא להקל בשור המועד יותר מבתם אי נמי י"ל דילפינן תם ממועד בגז"ש דנגיחה נגיחה כדאמרינן שם (דף מ"ה ע"ב) ע"ש: שם במתניתן ר"נ אמר פטור שרגלים לדבר: הרמב"ם בפ"ד מה' רוצח פסק כת"ק שחייב וכתב הטעם שרגלים לדבר וכבר הקשה בכ"מ שם הא במתניתן נאמר הך טעם לר' נחמיה ולא לת"ק.

והנה אמת שכבר איתא בירושלמי שהך טעם שרגלים לדבר ת"ק אמר אכן אכתי י"ל למה שבק הרמב"ם פשיטת מתניתן דלפנינו ופסק כירושלמי ונ"ל דהרמב"ם לשיטתו הוצרך לכתוב כן דלכאורה י"ל למה לי לר"נ הך טעמא שרגלים לדבר הא בגמרא יליף מקרא אכן י"ל כיון דלרבנן מצרכינן קרא זה לחבישה ולא ילפי ממגדף דהוראת שעה היתה כדאמרינן בגמרא א"כ אי לאו הך טעמא שרגלים לדבר גם לרב נחמן הוי אמרינן הכי דלא ילפינן ממגדף דהוראת שעה היא אכן כיון דסברא הוא לפטור שרגלים לדבר לכן ע"כ אתי קרא לפטור וילפינן חבישה ממגדף ולא אמרינן שהוראת שעה היתה.

והנה הך דהוראת שעה הוא לא מכח טעמא אמרינן וכנראה מפ"י רש"י לקמן אלא כללא בעלמאא ילפינן דינא מהוראה שנהגה לשעה במדבר דוגמת מה דאמרינן לעיל (דף מ"ה ע"א) ובתוספות שם וא"כ אי לא ילפינן ממגדף דהוראת שעה היתה גם ממקושש לא ילפינן מהך טעמא והא דלא מתרץ לקמן גבי הא דלא יליף ממקושש ג"כ הוראת שעה היתה וכמו שהזכירו בתוס' י"ל דעדיפא מניה קאמר דאפילו טעמא איכא שלא לילף ממקושש.

אכן לפ"ז קשה דרבנן אדרבנן דהכא לא ילפי ממגדף דהוראת שעה היתה ולקמן (דף פ' ע"ב) הך סברת ר' יהודה היא לענין ילפותא דהתראה במיתה סתם ולרבנן ילפינן ממקושש ולא אמרינן דהוראת שעה היתה ואף אם נאמר דרבנן דהכא כר' יהודה לקמן ס"ל מכ"מ יקשה להרמב"ם אליבא דהילכתא דפסק הכא ולקמן כרבנן ולכן הוכיח הרמב"ם לשיטתו כהירושלמי דלת"ק הטעם דרגלים לדבר ולכן רק הכא אמרינן דלא ילפינן ממגדף דאי ילפינן א"כ לא אצטריך קרא לחבישה וע"כ אתיא לפטור היקל והכביד כר"נ נגד הסברא דרגלים לדבר ולכן סברו רבנן דלא ילפינן ממגדף ואמרינן דהוראת שעה היתה אבל לקמן דליכא טעמא שלא לילף ממקושש לא אמרינן דהור"ש היתה ושפיר ילפינן מניה ולכן אדרבה לר' יהודה הוצרך רש"י שם לפרש למה לא ילף ממקושש ע"ש ורבנן לא סברי הך טעמא.

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 אכתי לא הוי אליבא דכולי עלמא דהא לפי מה דמתרץ מקושש בר קטלא הוא ע"כ לא סברי רבנן דהכא רק כרבנן דלקמן ולא כר' יהודה וכמו שכ' רש"י ועוד הקשה המהרש"א דלר' נחמיה כמו דילף ממגדף אף דהוראת שעה היתה כ"כ נימא לר' נחמיה דסבר מקושש הוראת שעה היתה ואעפ"כ ילף מניה.

גם י"ל לפי מה דקאמר ור"נ ילף ממגדף הל"ל אלא ילף ממגדף כיון דחזר מהך דמקושש וגם כבר הקשינו לעיל מ"ט דר"נ דילף ממגדף הא ודאי הוראת שעה היתה אכן י"ל כל זה דלכאורה י"ל אהא דקאמר ורבנן ממגדף הוראת שעה היתה פי' כיון דמשום ספק חבשו ליכא למילף מניה אכתי נילף מבינייהו דמקושש ומגדף דכי פרכת מה למגדף שכן חדוש שחבשו משום ספק מקושש יוכיח וכי פרכת מה למקושש שכן בר קטלא הוא מגדף יוכיח ונילף חבישה לרוצח במה הצד משניהם אכן לרבנן ל"ק די"ל דסברי דמקושש נמי הוראת שעה היתה שמן הדין לא היתה מיתה ולכן איכא למיפרך מה להצד השוה שבהם שכן חדוש אבל לר"נ י"ל דסבר כרבנן דלקמן דמקושש לאו הוראת שעה היתה ולכן שפיר ילף מבינייהו ולא חזר ממה דקאמר דילף 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 להך טעמא דילף ממגדף דהיינו מתרווייהו.

אכן לכאורה אכתי יקשה להרמב"ם דפסק הכא כרבנן ולקמן כמ"ד דמקושש לאו הש"ה וא"כ אכתי קרא לחבישה ל"ל נילף מתרווייהו במה הצד אכן כבר כתבו התוס' בשבת (דף קל"א ע"ב) דמילתא דאתיא במה הצד טרח וכ' לה קרא כמו לענין ק"ו וכיון דלענין ק"ו אמרינן בקידושין (דף ד' ע"ב) דהיכי דאיכא למידרש דרשינן ולא אמרינן דטרח וכתב לה קרא ה"ה ג"כ לענין במה הצד וא"כ אכתי יקשה כיון דהכא איכא למידרש קרא לדר' נחמיה למה נימא דאתיא לחבישה ומילתא דאתיא במה הצד טרח וכתב לה קרא לכן הוצרך הרמב"ם לכתוב טעם דרגלים לדבר לחייב כשיטת הירושלמי וא"כ ליכא למידרש לדר' נחמיה וע"כ אתיא לחבישה אף דנוכל לילף במה הצד: שם ברש"י ד"ה כל דהו נפש.

דאישי כי יכה אמר רחמנא: לא ידעתי אנה מציינו דממעטינן מאיש שנים ועוד דא"כ נצטרך 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 שכתבו התוספות שם. ולולא פ"י רש"י היה נלפע"ד לומר כיון דלפי מאי דמסקינן בבכורות (דף י"ח ע"ב) ס"ל לרבנן דאי אפשר לצמצם אפילו בידי אדם ופסקינן כוותייהו 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' הכה ראשון והוא דפטור וא' אחרון והוא החייב אך כיון דלא ידעינן מי הכה 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 בטריפה דאפילו בו מחייב ריב"ב דקולא גדולה היא שהורגים נפש אכן ק"ק דלפ"ז מנ"ל לרבא דבגוסס בידי שמים הכל מודים שהוא חייב דלמא רבנן ג"כ פטרי והא דלא אפליגו בה משום דאתי לאשמועינן דאפילו בגוסס בידי אדם מחייב ריב"ב וי"ל דס"ל לרבא דאין סברא כלל לפטור בגוסס בידי שמים דהא מטריפה לא שייך למילף דשאני טריפה דאתעביד ביה מעשה ורק אעיקר דבר דמיפטר טריפה לכ"ע ולא מקרי מקצת נפש עדיין לזה הוצרך רש"י להראיה מדלא אפליגו בה: שם ד"ה לפיכך נחש.

דכל בהמה וחיה כשור הן: פ"י ובב"ק (ס"פ שור שנגח את הפרה) ילפינן לענין כל מילי שור שור משבת לחייב גם אשאר בהמה וחיה ועוף ע"ש ומזה מוכח דנחש מין חיה דאי מין שרץ הא גם לענין שבת ושאר מילי דקחשיב שם לא אתרבי שרץ וכן כתבו התוספות בפ"י לעיל (דף י"ז ע"א) דמין חיה הוא אכן מלשון רש"י שכתב דלאו בכלל שמונה שרצים הוא משמע הא בכלל שאר שרצים איכא: שם בתוס' ד"ה מר מדמי לה.

אצטריך ליה להני טעמי: פ"י דהא מצרכינן לחלק בין גוסס בידי שמים לגוסס בידי אדם לרבנן ומכח קרא דכל נפש יפטרו תרווייהו לרבנן אי לאו מטעמא דלא אתעביד ביה מעשה ולריב"ב מצריך לחלק שלא נילף גוסס בידי שמים לפטור מטריפה אף דאיכא מקצת נפש: שם ד"ה ההורג את הטריפה.

ומיהו נראה דהתם גרסינן רבה: ואף דמימרא דרבא בנדה (דף כ"ג ע"ב) מוכח ג"כ דרבא סבר טריפה חיה וכמש"כ רש"י ותוס' שם מכ"מ לא מצרכינן למימר דגם שם גרסינן רבה דכבר כתב הר"ן בחידושיו בשם הרמב"ן שם דאין ראייה משם דסבר רבא דטריפה חיה וזה מכח הקושיא דמקשה שם דאי סבר רבא דבתרא הוא טריפה חיה למה פסקינן בש"ס חולין (דף נ"ח ע"א) הלכתא דסימן לטריפה י"ב חודש ומכח קושיא זו גופא ג"כ ראי' לדעת התוס' דכאן דבתמורה רבה גרסינן.

וקושיא זו נלפע"ד שהיא ג"כ קושית התוס' בתמורה (דף י"א ע"ב) בד"ה ר"ח שכתבו ומיהו צ"ע כו' דבפ' החולץ אמר רבא גבי ספק טרפה כו' ע"ש. ובאמת מימרא זו שהוזכר בשם רבא לא נמצאת בשום מקום כמו שהעיר כבר בעל בה"ז שם אלא נ"ל שחסרון יש בדבריהם שם שמה שכתבו מספק טרפה הוא כקושית הר"ן ומה שכתבו דבפ' החולץ אמר רבא כוונתם להביא ראייה דע"כ דשיטה זו דתמורה עיקר דרבא סבר טרפה חיה דהא ר' יוחנן סבר טרפה חיה בנדה (דף כ"ד ע"א) ור"ל סבר טרפה אינה חיה בחולין

(דף מ"ב ע"ב) ורבא אמר בפ' החולץ (דף ל"ו ע"ב) דהלכתא כוותיה דר"ל לגבי ר"י בהני תלת דוקא דקחשיב שם א"כ ע"כ סבר דטרפה חיה דאי סבר אינה חיה עוד איכא אחריתי דהלכה כר"ל ולכן קשה להם למה פסקינן הלכתא דסימן לטרפה י"ב חודש כן נלפע"ד ברור דעתם ז"ל: שם ד"ה שור טריפה.

דהתם הטעם שוה לשניהם: ק"ל דבב"ק (דף מ"ה ע"א) פליגי ר' יעקב ורבנן בגומרין דינו של שור בפניו דרבנן סברי דאין גומרין אלא בפניו מכמיתת הבעלים כך מיתת השור ור"י סבר דלגבי גומרין בפניו לא אמרינן דאדם מ"ט דבר טענה הוא שור לאו בר טענתא הוא ע"ש מכלל דלרבנן אף שלא שייך הטעם מ"מ אמרינן כמיתת הבעלים כך מיתת השור וא"כ מאי מתרצים התוס' אכן קושיתם בלא"ה יש לתרץ דהא רבא גופא מחלק בין שור טרפה לשור אדם טריפה והיינו ע"כ משום דסבר דחד כמיתת הבעלים אמרינן דהיינו בשור אדם טרפה אי הבעלים עשו מעשה כזה שהרגו את רעהו כמו השור פטירי השור נמי פטור אבל בשור טרפה דהוצרכנו לומר תרי כמיתת הבעלים דהיינו אי הבעלים היו טרפה כמו השור יעשו מעשה כמו השור זה לא אמרינן ולכן לענין בלא נתכוין דהוי ג"כ רק חד כמיתת הבעלים דהיינו אי הבעלים כה"ג הרגו בלא מתכוין מפטרי ובזה גם לרבא אמרינן כמיתת הבעלים כך מיתת השור כמו בשור אדם טרפה: שם ע"ב בגמרא אחד אמדוהו למיתה וחיה: ק"ק כיון דע"כ ונקא המכה ל"צ למיתה וחיה דא"כ מנ"ל לרבנן חבישה אע"כ דאתי לר"נ לאמדוהו למיתה והיקל ואח"כ מת א"כ ל"ל ולא ימות אי לא כתיב רק אם יקום כו' ונקא המכה ג"כ ידעינן דהיקל פטור וא"כ כש"כ אמדוהו למיתה וחיה ובשלמא לפי התוס' א"ש דהא מצריך קרא לחייבו ממון אבל לפי רש"י קשה ולפי מש"כ לעיל דגם לר' נחמיה לא מצרכינן קרא לחבישה אלא משום דאתי במה הצד ובזה י"ל דמלתא דאתיא במה הצד טרח וכתב לה קרא א"כ אי לאו קרא לאמדוהו למיתה וחיה הוי מוקמינן קרא דאם יקום להכי ונקא המכה לחבישה כיון דליכא למיזרש דרשינן אף לדבר דאתי במה הצד והוי מחייבינן בהיקל והכביד ולכן ע"כ צריך קרא דולא ימות ג"כ: שם ואמדוהו למיתה וחיה פוטרינן אותו: ק"ק מאי קמ"ל פשיטא דכי ס"ד שזה מהלך בשוק וזה נהרג כדאמרינן לעיל ובשלמא לפי רש"י דלכך מצרכינן קרא למיתה וחיה דה"א הואיל ויצא מב"ד חייב נקטליה א"ש דאצטריך להשמיענו גם בברייתא דפטור לפי התוס' דלא אצטריך קרא רק לחייבו ממון א"כ מאי קמ"ל בברייתא דפוטרינן אותו ממיתה הא זה ודאי פשיטא ולכאורה קצת ראייה מזה לפי רש"י: שם ברש"י ד"ה נותן נזק וצער ליורשים.

וה"ה לרפוי שבת ובושת: ולפענ"ד אפשר לומר דדוקא הני נקט דמשלם גם אם מת לפי אומד ראשון כיון דנזק כבר נתחייב כולו בשעת חבלה דמאז אם ימכרנו לעבד נפחת דמו וכן צער הוא ג"כ בשעת חבלה דוקא אבל ריפוי ושבת שאמדוהו לימי חליו והוא מת בתוך אותן הימים א"כ לא הוצרך לכך ולא צריך לשלם כל מה שאמדוהו מתחלה ליורשים ואף דאמרינן בב"ק (דף צ"א ע"א) דאמדוהו והבריא משלם כל האומד היינו משום דאמרינן דרחמנא חס עלי' משא"כ מ מת וכן בושת המשלם לפי הזמן שילך בשוק כדמוכח מהירושלמי הביאו הרא"ש בפ' החובל דאם הכהו על ראשו במקום שאינו נראה פטור מבושת א"כ גם זה לא משלם לפי האומדנא אם מת ולא הלך בשוק: שם ד"ה נתכוין להרוג.

התראת ספק הוא: ואפילו למ"ד התראת ספק שמה התראה הכא מודה כיון שיש ספק אם יוכל לבוא כלל לידי איסור וכמ"ש התוס' לקמן: שם בד"ה אנפלים לא מיחייב. דכמו דקטיל דמי: ואף דרוב ילדים הנולדים לא הוי נפלים מ"מ לא אזלינן בתר רובא דהמיעוט דנפלים הוי מיעוט דשכיח כמש"כ התוס' בנדה (דף מ"ד ע"ב) ע"ש: שם בתוספות ד"ה לא הוי יודע.

דמחלל שבת בפרהסיא ככופר בעיקר: א"ל א"כ למה לא היה משה רבינו יודע דמגדף במיתה הא מגדף הוא ג"כ שוה לע"ז לענין פושט ידו בעיקר כדאמרין לעיל (דף מ"ט ע"ב) די"ל דמ"מ לא מיקרי כופר בעיקר כמו שבת א"נ דדוקא לענין שבת דכתיב בי' מיתה היה יודע דמיתה חמורה אית ביה דומיא דע"ז אבל לענין מגדף לא נאמר אכתי מיתה כלל לגביה לא: שם ד"ה וחד אמדוהו.

ליהוי כחייבי 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 דאיכא תנאי דפליגי אתנא דבי חזקי' דמניה ילפינן דחייבי מיתות שוגגין פטורין בכתובות (דל"ה ע"א) רק דפריך שם מהך ברייתא דחזקי' לר' יוחנן משום דחשיב עיקר א"כ י"ל דאברייתא לא הוקשה להתוס' די"ל דאתיא כמ"ד חייבי מיתות שוגגין חייבין אבל ארש"י הוקשה להם למה פ"א אליבא דהלכתא כך ולכן גם לפי רש"י לא הקשו רק בלשון קצת קשה משום די"ל דרש"י פירש כן ע"פ ברייתא דלקמן.

וביישוב עיקר קושית התוס' לפי רש"י י"ל כיון דגם התוס' לא הקשו אלא משום דהא דפטור ממיתה לא מן הדין אלא משום דיצא מב"ד זכאי דאי מן הדין פטור א"כ לא המית כלל ולא חשבינן לי' לחייבי מיתות לפוטרו ממון והרי רש"י כתב לקמן בד"ה לחיים אין אומדין אותו למיתה דאמרין מחמת חולי אחר שבא עליו הכבידה המכה א"כ אין לו דין מיתה כלל ולא שייך לפוטרו מכח חייבי מיתות שוגגין: שם דף ע"ט ע"א ברש"י ד"ה הא נתכוין.

דלא תימא ר"ש פוטר אכולהו: עיין במהרש"א שהקשה דאכתי לא לימא אפילו נתכוין 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 שידעינן דמדיוק דרישא מוכח דנתכוין להרוג את זה והרג את זה מיחייב לא הוי מצי לתרץ אי הוי תני ר"ש פוטר ה"א דקאי גם אנתכוין להכות על מתניו דמהיכי תיתי לומר כן כיון 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 כר"ש ואעפ"כ נטר ר"ש לפלוג עד הסיפא והיינו ע"כ משום דרצה למיתני פטור חדא אכולהו קאמר שפיר דה"א אי הוי קתני ר"ש פוטר דגם אנתכוין להכות על מתניו קאי אך דאכתי מנ"ל דר"ש גם אדיוקא דרישא פליג דלמא באמת לא קאי רק אסיפא דקתני בפי' אך דזה מוכח מכח אפי' דקתני ולכן ע"כ נקט אפילו נתכוין דאל"כ הי' קשה כקושית הש"ס דליתני ר"ש פוטר וא"ל דבאמת ליתני הכי דאהא מתרץ רש"י דה"א דגם אנתכוין להכות על מתניו פליג: שם בד"ה לא צריכא.

והא ליכא למילף מני' כרובא דמיא: ק"ק מהיכי תיתי לומר דחד יהיה כרובא משום קבוע הא הרוב שכנגדו גם כן הוא קבוע וי"ל דכיון דמשום קבוע אמרינן דהא' נחשב כה' והט' נחשבים ג"כ כה' הרי שגורעין מהרוב ומוסיפין אהמיעוט משום להקל בדיני נפשות א"כ דלמא מטעם זה אמרינן ג"כ דהמיעוט יש לו דין רוב ונפ"מ לענין איסורא לפי שיטת רש"י בקדושין (דף ע"ג) דספק דאורייתא מן התורה לחומרא א"כ בתשע חנויות מוכרות בשר נבילה וא' שחוטא אמרינן כל קבוע כמחצה על מחצה דמי ואסור אבל אי להקל אמרינן דבקבוע המיעוט יחשב כרוב יהי' מותר: שם בא"ד.

ואמאי פטור הא רובא דישראל נינהו: א"ל דא"כ לעיל (דף ס"ט ע"א) דטרח להביא ראייה דהולכין בדנ"פ אחר הרוב להחמיר תיפוק ליה מדאצטריך קרא דוארב לו לזורק אבן לגו די"ל דודאי ברובא דאיתא קמן הולכין אחר הרוב דכן מוכח מדדנין לחיוב ע"פ רובא דסנהדרין והכא ג"כ הוי רובא דאיתא קמן ולעיל לא איירי רק לענין רובא דליתא קמן וכן חלקו גם התוס' לעיל (דף ג' ע"ב) ע"ש: שם בא"ד.

ורבנן אית להו נתכוין לזה והרג לזה חייב: א"ל דאכתי מנ"ל לרבנן להוכיח דקבוע כמחצה על מחצה דמי מדפטור זורק אבן לגו דלמא הטעם דלא נתכוין לזה שהרג ובאמת יוכיחו מזה דנתכוין לזה והרג לזה פטור די"ל דרבנן סברי דונתת נפש תחת נפש ממש קאמר ודלא כרבי דאמר ממון וא"כ ע"כ מוכח מזה דנתכוין לזה והרג לזה חייב בא וכדאמרינן לקמן: שם בתוספות ד"ה א"נ פלגא ופלגא.

פטרינן לי' מטעמא דלאו שמה התראה: עיין בשט"מ בב"ק ובכתובות שתירץ ע"ז בשם הר"א מגרמיזא דאי לאו דספק נפשות להקל לא הוי חשבינן לי' לספק אלא לודאי כיון דספיקא 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 דאכתי לימא הטעם משום התראת ספק וכמו שהקשו התוס' למ"ד דהתראת ספק לאו שמה התראה די"ל דהכי קאמרי דודאי משום התראת ספק אין חילוק בין יודע בודאי שיכול לבוא לידי איסור ללא יכול דמנ"ל דבכה"ג לא יחשב התראה כיון דלית לי' להך מ"ד דרשה דמכות (דף ט"ו ע"א) לענין 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: בזה אכתי קושיתם לתנא דבי חזקי' לא מתורצת וע"כ צ"ל כמו שהביא בשט"מ בב"ק ובכתובות בשם גדולי ראשונים דתנא דבי חזקי' יליף כן מוקם עליו ומתכוין מוארב לו והם מתרצים גם לר"ש כן והא דלא ניחא להו להתוס' לתרץ גם לר"ש הכי אף דע"כ לתנא דבי חזקי' צ"ל כן.

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 לענין ממון דלענין מיתה ליכא למימר כיון דאית לי' לר"ש מוארב לו דנתכוין 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 דנתכוין לזה פטור וקרא דוארב לו אתיא לקבוע ולכן ע"כ ליכא לתרץ לר"ש דיליף קבוע ונתכוין תרווייהו מקרא דוארב לו דא"כ יקשה גז"ש דנתינה נתינה ל"ל והא בש"ס

מתרץ דסבר לי' כרבי אבל לתנא דבי חזקי' דלית לי' גז"ש דנתינה נתינה דהא ס"ל דפטור ממון שפיר י"ל אליבי' דיליף תרווייהו מוארב לו וכתירוץ הראשונים: שם בד"ה ומפקא מדרבנן.

ומאי קושיא הא איכא תנאי הכא: פ"י דרבא גופא קשה אהדדי דהכא קאמר דמפקא מדרבי ורבנן והתם מקשה הוא גופא ומי איכא למ"ד ואפשר לומר דלא מקשה שם אלא לר' יוחנן דמסתמא לא חולק אחזקי' שהי' רבו כמש"כ הרא"ש בפ' גיה"נ אמתניתן דשולח אדם ירך לנכרי לתרץ דעת הרי"ף אלא דלישנא ומי איכא למ"ד לא משמע כן: שם בא"ד.

אבל לענין דמי נהרג דוקא פליגי: אף דמהיקשא דבי חזקי' יש לפטור גם לענין הנהרג מ"מ הכא גלי קרא ונתת נפש תחת נפש דס"ל לרבי דממון הוא מגז"ש דנתינה נתינה וא"ל דהא בגיטין (דף מ"א ע"ב) בעי למימר לרבי דהיקשא וגז"ש היקשא עדיף וא"כ איך יליף הכא מגז"ש דחייב ממון אדרבא מהיקשא הל"ל דפטור ואפילו לפי דמסיק שם דלכ"ע גז"ש עדיף כבר כתבו התוס' דהיינו דוקא לענין גז"ש דלה לה כיון דעיקר שטר מזה אתיא אבל בעלמא היקשא עדיף כמסקנת הש"ס דפרק איזהו מקומן די"ל דזה שייך דוקא הכא דגז"ש אתיא למילתא אחריתא ג"כ רק דמכח אין גז"ש למחצה נילף ג"כ הך מלתא שסותר לההיקש בהא אמרינן דהיקש עדיף אבל הכא דהגז"ש לא אתיא רק להך מילתא בזה לא שייך למימר דהיקשא עדיף דא"כ גז"ש לענין מאי נמסר ואף דשם לא אתיא ההיקש רק להך מילתא ואעפ"כ דחינן אותו מכח אין גז"ש למחצה היקשא שאני דאדם דן מעצמו ולא נמסר מסיני ובזה אמרינן דגלי לן גז"ש דלא נילף היקשא: שם בא"ד.

לקמן משמע דאיכא 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 חזקי' וסבר חייבי מיתות שוגגין פטורין מ"מ רק לרבנן אליבא דר"י סבר הכי אבל לרב דימי אליבא דר"י ע"כ לית לי' תנא דבי חזקיה והרי סתמא דהש"ס בחולין (דף פ"א ע"ב) הוא ג"כ כרב דימי אר"י דחייבי מיתות שוגגין חייבין: שם בא"ד.

דהיינו תנא דברייטא דרבי חגא מדרומא: אכן בב"ק כתבו התוס' דאית לי' שפיר תנא ד"ח ומה שנקטו הכא הוא שיטת רש"י שם וכפי שיטה זו הוא ג"כ דעת הרמב"ם דפסק כר"ש משום דרב אדא בר אהבה ור' חגא מדרומא דאייתי מתניתא בידיי' סברי כר"ש לפי פ"י רש"י בב"ק שם וכן כתב הרב המגיד בפ"ד מה' חובל ומזיק ובזה מיושבת השגת הראב"ד שם ובפ"ד מה' רוצח והכ"מ נדחק שם בה' רוצח בישוב דעת הרמב"ם ולא הזכיר כלום מהך תירוץ דה"ה שהיא ודאי שיטה היותר מחוורת לדעת הרמב"ם: שם בא"ד.

והא דלא מוטיב מדר' יוחנן גופא: י"ל מדר"י גופא לא הי' יכול להקשות כיון דרב דימי אר"י לא קאמר אלא חייבי מיתות שוגגין ודבר אחר והאי ד"א יש לפרש על מלקות ובהכי מיחייב דמיתא אריכתא היא כדאמרינן בכתובות (דף ל"ח ע"ב) אבל מיתה וממון גם לר"י מיפטר וא"כ ל"ק ממתניתן אבל כיון דתנא דבי חזקי' יליף פטור ממון במיתה בשוגג מהיקשא דמכה בהמה ואין היקש למחצה כמו דלא חלקת בין שוגג למזיד לענין

ממון ה"ה ג"כ לענין פטור ממלקות וכיון דלפי תי' ר"י מוכח ממתניתן דבא על בתו כחזקי' דחייבי מיתות שוגגין פטורין מממון ה"ה ג"כ ממלקות לתנא ד"ח ולכן פריך שפיר מתנא ד"ח וסמך עיקר קושייתו על מתניתן דלקמן ובהכי יש ליישב ג"כ הא דלא מקשה ממתניתן דלעיל (דף ע"ב ע"א) ע"ש: שם ע"ב במתניתן 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 חמורה משריפה מדנתנה למגדף ועע"ז שהם פושטים ידם בעיקר וטעמא דר"ש אף דפושט ידו בעיקר עדיף מ"מ ע"כ גלי קרא דשרפה חמורה מדהוציא הכתוב ארוסה ב"כ מכלל ארוסה בת ישראל אבל לרבנן אין זה ראייה דסברי דנשואה יצאה לשריפה ולא ארוסה וטעמא דרבנן דסייף חמור מחנק מדניתן לאנשי עיה"נ שהם עע"ז וטעמא דר"ש דסבר חנק חמור מדסבר דמדיחי עיה"נ בחנק וכח המדיח עדיף מכח הנידח אבל לרבנן אין זה ראייה דסברי מדיחי עיה"נ בסקילה ולא בחנק ולכן דוקא לענין חומרא דשריפה מסקילה הוצרך ר"ש לפרש טעמי' כיון דטעמא דרבנן טעמא דמסתבר הוא וע"כ גם ר"ש ס"ל רק דלדידי' ע"כ מוכח מב"כ נגד סברא זו לכן קאמר ראיתו מב"כ ורבנן דלא ס"ל כוותי' בב"כ לא הוצרכו להשיב על טעמא דר"ש אלא אמרו טעמם הפשוט אבל לענין חנק והרג דלא יש יתרון לטעם ר"ש וטעם דרבנן זה על זה אלא כל אחד לטעמי' אזיל לפי מה דסבר במדיחי עיה"נ לא הוצרך ר"ש לפרש טעמי' וגם רבנן לא להשיב עליו: שם בגמרא הכא ברוצח שלא נגמר דינו שנתערב ברוצחים אחרים: עיין ברמב"ם (פ"ד מה' רוצח) שכתב ע"ז שכולן פטורין ממיתה ואוסרין את כולן ולכאורה מניין לו זה דאוסרין את כולן והכ"מ כ' שם דאתיא מהא דחובשין את הרוצח ביש ספק אם יקום ויתהלך בחוץ ואין זה ענין לכאן גם כבר העיר הלח"מ בפ' י"ד מה' סנהדרין למה הוצרך הרמב"ם להביא הך דינא דנתערב רוצח באחרים כשרים דכולן פטורין הא בגמ' קאמר דזה פשיטא ונ"ל דבלא"ה קשה עוד לישנא דר' יהודה דקאמר כונסין אותו לכיפה ופירש רש"י דמאכילין אותו לחם צר ומים לחץ ואח"כ שעורים ואין זה במשמעות לשונו דה"ל לפרש כך כמו דמפרש לקמן (דף פ"א ע"ב) ולכן נ"ל דהרמב"ם הי' מפרש הך מכניסין אותה לכיפה כפשוטו שאוסרין אותו שם לעולם כדי להרחיק את הרוצח שלא יוכל להזיק עוד ולכן גם לענין השור כתב בה' נזקי ממון רק דכונסין אותן לכיפה עד שימותו שם ולא שממיתין אותו ע"י לחם צר ומים לחץ.

והנה בירושלמי פרק זה איתא דר' יוחנן סבר דרוצח שנתערב באחרים כשרים איירי ואח"כ הביא גם אוקימתא דשמואל ור"ל והנה לר' יוחנן ע"כ גם הך מכניסין אותו לכיפה לענין שוורים איירי וחסורי מחסרא וכנראה בירושלמי שם ומדפטרי רבנן לר' יוחנן דוקא בנתערב באחרים מעליא ולא אשמעינן חידוש טפי דאפילו באחרים שלא נגמר דינם כולם פטורים דהא ודאי אין ממיתין אותן כיון 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 כוותי' וכרבנן ולכן הביא מעלי' הך דינא דנתערב באחרים כולן פטורין דהיינו דין המתניתן אבל באחרים שלא נגמר דינן אוסרין את כולן כדמוכח מדיוקא הנ"ל: שם ברש"י ד"ה והא דתנא ד"ח.



ורבי מחייב לי' ממון: מזה משמע דרבי בכ"מ אית לי' דנתכוון לזה והרג לזה פטור ממיתה וכן מוכח ממה שכתבו התוס' לעיל דר"ש יליף מזה דפטור דסבר כרבי וא"כ ק"ק מה שכתבו התוס' לקמן (ר"פ הנחנקין) בד"ה ה"א אפילו נפלים תימא א"כ היכי כו' ע"ש דע"כ קושיתם למ"ד נתכוון לזה והרג לזה חייב א"כ מאי מתרצי דה"א דגזה"כ הוא דלישלם ממון ולא ליקטל כמו לרבי הא לרבי לאו גזה"כ הוא אלא מדינא הוי הכי.

וי"ל דהכי קאמרי דלפי מה שכתבו לעיל (ע"א) גם רבי ס"ל היקשא דתנא ד"ח לענין ממון אחר רק דבדמי נהרג מחייב דגזה"כ הוא א"כ כמו דלרבי משלם ממון מגזה"כ היכי דה"ל ליפטר לגמרי כ"כ ה"א דמשלם הכא ממון היכא דמדינא הוי מיחייב מיתה לרבנן או היכא דהוי מיפטר לגמרי לתנא ד"ח: שם בתוספות ד"ה מכה אדם.

מוקי להאי קרא למכה אביו: אף דלתנא ד"ח אתיא מכה אביו מאם אינו ענין דנפש כמבואר לקמן (ר"פ הנחנקין) וא"כ לא מוכח דקרא גבי מכה אביו איירי כמו שכתבו התוס' באמת לקמן בלשון וצ"ל דאע"ג כו' מ"מ לא ס"ד להתוס' לפרש הכי דיתורא דנפש דכתיב בפ' אמור נוקי באא"ע למכה אביו דכתיב בפ' משפטים ולכן סברו התוס' דחזקיה ס"ל ג"כ דקרא דמכה אדם למכה אביו אתיא וא"כ שפיר אתיא נפש באא"ע לקרא דסמיך לי'.

אכן ק"ל דלפ"ז דלחזקי' ג"כ קרא במכה אביו איירי א"כ בלא דרך ירידה שהקשו התוס' קשה מנתכוון לאינו מתכוון דאיך שייך זה במכה אביו דאי לא נתכוון לחבול באביו אלא באחר היינו שוגג כיון דבאחר אין חיוב בחבלה כלל ואי נתכוון להכות אחר מכת מות 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 נתכוון לזה והרג לזה ולא לענין מכה אביו שהוא שם אחר והתראה אחרת דאטו נתכוון לקצות אילן בשבת ממחובר והרג בהכאה זו את האדם מחוייב לרבנן וה"ה גם כאן לא מיחייב ואפשר דהתוס' באמת הוו מצו להקשות גם מזה ולא נקטו דרך עלי' אף דהוי סיפא דמילתא דתנא דבי חזקיה כיון דהקושיא יותר פשוט מזה ובתירוצי התוספות מתורץ גם כן מלא נתכוון: שם בא"ד.

וי"ל דהיקשא לאו מהאי קרא נפקא: לכאורה לישנא דתנא ד"ח מוכח כן דנקט מכה אדם קודם מכה בהמה ולכאורה מכה בהמה ה"ל להקדים כיון דהוא עיקר ומני' ילפינן מכה אדם ועוד דמוקדם בקרא אבל אי מקרא דואיש כי יכה יליף א"ש דשם מכה 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 דמכה אדם ומכה בהמה לתנא ד"ח אתיא מ"מ יש לפרש דהכי קאמר כמו דתנא ד"ח דריש קרא דמכה אדם דרוצח לפטור חייבי מיתות שוגגין דרוצח גם לענין מכה אדם דאביו ס"ל דאתיא להכי דהיינו לפטור ח"מ שוגגין דמכה אביו רק דלישנא דהש"ס יהיה דחוק לפ"ז וגם הוי מצרכינן טעמא למה דצריך ב' קראי גבי אביו וגבי רוצח והיינו דכתבו התוס' דברי' פ' הנחנקין משמע: שם בא"ד.

ומיהו קשה דבמסקנא: עיין במהרש"א שהקשה דהא מסקנא זו שלא אליבא דתנא ד"ח אזלא ולפענ"ד פי' התוס' כך הוא דכיון דתירצו דרק בתחלה דדייק חבורה באביו מדלא

כתיב ומת ולכן מוקי במכה אביו אבל במסקנא דאית ליה קרא דנפש למכה אביו מוקמינן מכה אדם ברוצח אעפ"י דלא כתיב ומת בו.

ועל זה הקשו הא ע"כ גם לפי המסקנא מוקמינן קרא דמכה אדם מסברא למכה אביו כדמוכח להך מ"ד דסבר מותר להקיז דם לאביו ובהכי ודאי לא פליג תנא ד"ח אי לפי המסקנא אמרינן דסתם מכה הוא מיתה או לא: שם בא"ד. וצ"ל דמיירי בין במכה אביו: א"ל דהא השתא אליבא דתנא ד"ח קיימינן ולענין מאי איירי במכה אביו דהא ליכא למימר דאתיא להיתר היקז דם לאביו דהא לקמן משמע דדוקא מאן דפליג אתנא ד"ח סבר כן די"ל דאתיא כי היכי דנוקמי יתורא דנפש דכתיב באותה פרשה עליו דאילא הוי כתיב באותה פרשה מכה אביו ג"כ מהיכי תיתי לאוקמי יתורא אמכה אביו דוקא דלמא איש אחרינא וא"ל ג"כ באמת למה לא דרשינן לתנא ד"ח ג"כ היקשא למקיז דם לאביו כיון דקרא בתרתי איירי די"ל דדוקא לענין משמעות דקרא דאיירי בתרתי איכא הוכחה וכמש"כ התוס' אבל לא לענין היקשא דאי נדרוש היקש לענין רוצח מנ"ל לדרוש ג"כ לענין מכה אביו דב' היקשים שאינם שוין לא שייך למידרשינהו מחד קרא ולכן חזקי' ע"כ יליף היתר הקזה מואהבת לרעך כמוך כאידך תנא דלקמן ר"פ הנחנקין ובהכי א"ש מאי דקשיא לכאורה מ"ט דמ"ד דפליג אתנא ד"ח לענין חייבי מיתות שוגגין הא היקש אדם דן מעצמו דהשתא י"ל דסבר כאידך מ"ד דלא יליף היתר הקזה מואהבת לרעך ולכן צריך היקשא להך דרשא ולא לתנא ד"ח: שם בד"ה בין שוגג למזיד.

אבל באלו נערות מוכחא סוגיא כמו שפירשתי: ולפענ"ד אפשר ליישב שיטת האומרים בהיפך לפי מה שכתבו התוס' גופא בכתובות (דל"ז ע"א) דודאי דרך עלי' קיל מדרך ירידה רק דלענין אי יש לו כפרה בממון בהרג במזיד ה"א דיותר סברא בדרך ירידה כיון דמצינו לו כפרה בשוגג ג"כ ולא בדרך עליה דאין לו כפרה בשוגג ואהא קאמר שם דהך דרשה ג"כ מתנא ד"ח נפקא כמו דלא מחלקינן לענין ממון אחר בהדי מיתה וגלות בין דרך עליה לירידה ה"ה ג"כ לענין פדייה וכמש"כ רש"י שם אבל לענין ממון אחר בהדי מיתה או גלות משום ב' רשעיות ודאי יותר סברא לפטור בדרך ירידה מדרך עליה משום דבדרך ירידה איכא כבר עונש דגלות ודמי לב' רשעיות משא"כ בדרך עליה דליכא 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 לענין פטור ממון אחר ילפינן דרך עליה מדרך ירידה: שם בתוספות ד"ה בשור שלא נגמר דינו.

אמר ימותו כולן: אף שיש לפרש האי ימותו כולן שמניחין אותן למות ולא שימיתו אותן בידיים וכהך 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 למידק: אכן ממה שהבאנו לעיל בשם הירושלמי דר' יוחנן באמת מתרץ כן דבנתערב באחרים כשרים איירי ע"כ אין מלשון פטורים ראייה נגד דעת ריב"ם אכן מהא דרבא לקמן ל"ק על ר"ת דהא שם ג"כ ליכא רק חד בר חיובא ואעפ"כ קתני פטורין דהתם אין לא' צד חיוב יותר מחבירו שייך שפיר לשון פטורים משא"כ הכא דהאחד חייב ודאי והאחרים ודאי פטורין לא שייך רק לשון פטור על האחד: שם בא"ד.

משמע דבהווא ענינא דאוקמי: ולשיטת ריב"ם י"ל בזה דאדרבה מזה ראייה לגירסתו דלשיטת ר"ת דאיירי בבהמה כמו באדם לא הול"ל אלא באדם כ"ע לא פליגי כי פליגי בשור רבנן סברי כו': שם בא"ד. בנגמר דינו הי' אומר ת"ל: פ"י בזה מתרץ ר"ת קושית הריב"ם דלכך התם כולם ימותו דלא שייך נכבשינהו דגזירה שמא יבואו י' כהנים בב"א אבל הכא לא שייך כן ואף דהתם בזבחים מסיק דעיקר טעם שמא יקח מן הקבוע וזה שייך גם כאן מ"מ ר"ל י"ל דלא ס"ל רק טעם ראשון ולא איכפת לי' במאי דפריך שם אלא מעתה במגיסא אסירי ולכן נקטו התוס' לקמן תירוץ דגזירה שמא יבואו עשרה כהנים: שם בא"ד.

אלא ודאי אתי לאיחלופי באדם ועביד היכרא: והא דעבדינן הכנסת כיפה ולא חיישינן דאתי לאיחלופי באדם לעשות גם בו הכנסת כיפה י"ל דודאי בבהמה אין חילוק בין הכנסת כיפה למיתה בקופיץ דכיון דאין כאן דין סקילה דעליה אמרה תורה דכמיתת הבעלים כך מיתת השור ולא ממיתין לשור רק משום ובערת הרע כ"כ מותר להורגו בקופיץ כמו בכיפה וא"כ מה שהורגין בכיפה שפיר הוא היכר דליכא כך דין דובערת הרע באדם ג"כ להרגו בהכנסת כיפה דא"כ בשור ל"ל לצער בע"ח ולטנף חצירו יהרגו אותו בעריפה אלא ע"כ משום דאזו ה"א דאיכא גם דין ובערת באדם להרגו בהכנסת כיפה: שם בא"ד.

אבל במתניתן דזבחים חיישינן לתקלה טפי: בפשטות הוי מצי לחלק לפי מה דאמרינן בכמה דוכתי דאיסור כרת חמור מאיסור לאו וא"כ הכא אם יטעה וישחוט שור הנסקל שנגמר דינו ליכא איסורא ואפילו יאכלנו ליכא רק איסור לאו אבל התם כשישחוט א' מן התערובות והוא מן המוקדשין עובר אלאו דכרת של שחוטי חוץ ולכן גזרינן התם טפי וביותר קשה כיון דמה שכתבו התוס' לקמן דהזיד במעילה במיתה לא שייך רק גבי אכילה כמו שכתבו התוס' בפסחים (דל"ג ע"א) והרי אכילה לא שייך רק אחר שחיטה ומשעת שחיטה כבר עבר אשחוטי חוץ וצ"ע: שם בא"ד.

לפי שאינו כדרך הנאתו: מזה משמע דבמוקדשין מועלין אפילו שלא כדרך הנאתן וצ"ע ממה שכתבו התוס' בפסחים (דכ"ו רע"א) דאין מועלין רק כדרך הנאתן ע"ש: שם בא"ד. כגון רכב על גבי השור: הוצרכו לזה דבא חבירו ורכב דלכאורה שייך יותר תקלה בשוה"נ ממוקדשין דבשוה"נ בכל פעם שנהנה עובר אבל בהקדש הראשון שנהנה מעל ויצא לחולין על ידו ושוב אין בו איסור מעילה כלל לכך הוצרכו התוס' לפרש דגם חבירו מעל דהא דאין מועל אחר מועל הוא דווקא בקדשי בדק הבית ולא בקדשי מזבח וכדאמרינן במעילה (דף י"ט ע"ב) ע"ש: שם בא"ד.

וסמיכה על גבי ראש גדי וטלה: הוצרכו לזה משום דהתם במתניתן דכל הזבחים קתני שוה"נ וחטאת המתה שנתערבו בין הזבחים ובשוה"נ לא שייך תערובות רק בתוך שוורים אחרים כגון שלמים ועולות דשייכי בהו שוורים אבל חטאת דלא שייך רק גבי גדיים וטלאים דמהם נעשה חטאת דפר העלם דבר ופר כהן משיח לא שכיח וגם לא מייתי רק אחד ולא שייך בהו תערובות א' באלף דקתני התם ובגדיים וטלאים לא שייך תקלה דרכיבה דאין שייך רכיבה בהם להכי הוצרכו התוס' למצוא תקלה אחרת בהם דהיינו סמיכה: שם בא"ד.

וחלב מוקדשין על גבי מכתו: עיין במהרש"א שהקשה דהא מחיים לא שייך חלב ולכאורה היה נ"ל דחלב גרסינן ולא חלב דאמרינן במעילה (די"ב ע"ב) דחלב מוקדשין וביצי תורין לא נהנין ולא מועלין וא"כ יש איסור דרבנן כשנהנה ממנה בהקדש ובשוה"נ מותר לגמרי וא"ע מצאתי כן בברכת הזבח בזבחים אכן אי נימא דחשבינן לתקלה גם בשעובר איסור דרבנן בלא"ה י"ל דלעולם כווננו התוס' לחלב ואיכא תקלה בששחטו דבשוה"נ מותר ובמוקדשין אף דאין מועלין אחר שחיטה כיון שנאסרו משום שחוטאי חוץ דיצאו מידי מעילה כדאמרינן במעילה (דף ב' ע"ב) לענין קדשים שמתו או נפסלו בשאר פסול דאם עלו ירדו אז אין בהם מעילה מדאורייתא מ"מ מועלין מדרבנן ואכתי עובר איסורא דרבנן ודמי לחלב המוקדשין: 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 איכא וכוותייהו פסקינן ואיך יתכן דמתניתן דשם סברי הכי ותהיה כרבי ודלא כהלכתא: שם בא"ד. אמאי לא תקינו רבנן בהו מיתה: עיין במהרש"א שהוקשה לו הא כבר כתבו התוס' לעיל דלא ממיתין דלא ליתי לאחלופי באדם ומה שתירץ לא נתברר לי דהא ליכא תירוץ אחר בזה דנימא דלא אליבא דהך תירוצא אזלי התוס' הכא.

אכן דעתם נלפענ"ד דלעיל הקשו התוס' דנכבשינהו דניידי וכוזה שייך דין מיתה גם באדם דין תורה דהא אזלינן בתר רובא בדיני נפשות ורק משום שמא יקח מן הקבוע אין ממיתין לאדם שפירש וכמו שכתב המהרש"א גופי' לעיל או מטעם אחר עכ"פ כיון דמצרכינן 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 וכיון דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי וספק נפשות להקל לא שייך למיגזר דיטעו גם אדם כן דדבר זה פשוט לכל דפטור ורק משום דהם איסורי הנאה מטעם ספק איסורא לחומרא נימא דיהא מוטל על ב"ד להורגם כי היכי דלא ליתי לידי תקלה אף דלא הוי תקלה כ"כ כמו גבי מוקדשין: 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 ותרצו דבשוורים כה"ג דהיינו אם אחד מוחזק בנגיחות ואחד לא כמו הך 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 דשמא יקח מן הקבוע לא שייך נכבשינהו ורק ר"ל סבר לפי דעת ר"ת כתירוץ קמא דזבחים דהטעם שמא יבואו י' כהנים בב"א וזה לא שייך כאן רק דזה שייך דוקא לר"ל אבל לא לרבא דקאמר התם בפירוש הטעם דשמא יקח מן הקבוע והרי הכא רבא הוא דמתרץ 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 כתיב גבי שור רק גבי אדם מ"מ גם לענין שור מייתנין ליה בחולין (דף ק"מ ע"א): שם בא"ד. ונבילה אסורה באכילה מוכחת כן: פירוש כיון דאיה"נ אתיא מלא יאכל את בשרו וזה דרשינן שם דעבדי' כעין בשר דשחטיה אסור א"כ לא אמרינן רק היכא דנסקל או היכא ששחטו ולא בחיים ואף דאי ילפינן איה"נ מבעל השור נקי לכאורה גם מחיים בכלל מ"מ מוכח דלא אמרינן כן דאל"כ מאי פריך שם בעל השור נקי ל"ל כיון דיליף איסור אכילה והנאה מלא יאכל הא איצטריך איסור הנאה מחיים דלא שייך לאסור מלא יאכל אלא ודאי דפשיטא להש"ס דשוה"נ לא נאסר מחיים: שם בא"ד.

דשור הנסקל אינו נאסר מחיים: (בב"ק דף כ"ט ע"ב) אמרינן ב' דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאלו הן ברשותו בור בר"ה וחמץ מו' שעות ולמעלה והקשה שם בשט"מ בשם ר"י מווינא דליחשב נמי שור המועד בהדייהו דאסור בהנאה וא"כ אינו ברשותו של הבעלים ואעפ"כ עשאו הכתוב כאלו הוא ברשותו ע"ש שהניח בצ"ע ולשיטת הר"ת א"ש דכל מה שעשאו הכתוב כאלו הוא ברשותו היינו בשעוד השור בחיים ומחיים לא נאסר לדעת ר"ת ולכאורה מזה ראייה לשיטת הר"ת ז"ל: שם בא"ד.

והרי רובע ונרבע שנאסר מחיים: ביאור דבריהם עיין בקדושין והא דפשיטא ליה דרובע ונרבע נאסר ג"כ אחר שנגמר דינו אף דלא כתיב רק גבי שוה"נ שהמית את האדם דמקרא דולא יאכל את בשרו אתיא איסור דלאחר גמר דין כמבואר בשמעתא דסקול יסקל י"ל דנפקא במה מצינו משוה"נ וכן כתב הריטב"א בקדושין שם.

אכן ק"ק כיון דדין סקילה ברובע ונרבע מהיקשא דבהמה לאשה ודשוכב לנשכב אתיא א"כ לא יאסר רק לאחר סקילה כמו באדם דאמרינן בערכין (דף ד' ע"ב) דזו מיתתה אוסרתה ע"ש דהא אין היקש למחצה ועדיפא היקש ממה מצינו: שם בא"ד. היינו משום דאסור לענות דינו: זהו כדעת הראב"ד אבל לפי דעת הרמב"ם בפ"א מה' נזקי ממון לא שייך גבי שור משום עינוי הדין ע"ש: שם בא"ד שיכול למוכרו לרכוב עליו: ואף דכבר הביאו התוס' לעיל האי דב"ק דמכרו אינו מכור י"ל דהתם לא קאמרינן הכי רק לענין שאר מילי ולא לענין דלא שייך בי' עינוי הדין אבל לפי הך טעמא שמכרו אינו מכור משום דאין לו בעלים ודאי יקשה כקושית התוס' על ר"ל והיינו שכתבו שפירוש זה לא יתכן אכן בכתובות שם כתבו טעם אחר לחלק בין קדשים לחולין ע"ש: שם בא"ד.

מטעם כל דפריש מרובא פריש: אף שכבר כתבו דלא שייך לומר כן משום גזירה שמא יקח מן הקבוע השתא אהא קאי אמה שתירצו ליישב שיטת ר"ת דשאני ב"ח כיון שאפשר ע"י נכבשינהו דניידי וא"כ ע"כ הא דלא שרינן בזבחים ע"י נכבשינהו משום גזירה דשמא יקח מן הקבוע השתא משום דמחלקינן בין חולין לקדשים ואהא הקשו אכתי ירעו עד שיסתאבו וא"כ אין להם עוד דין קדשים ומישתרי מטעם כל דפריש: שם דף פ' ע"א ברש"י ד"ה אי הכי.

דהני אחרים דמתניתן רוצחים נינהו: הא דפירש כן הוא לשמואל אבל לר"ל לא צריך להך פירושא דבפשיטות מקשה שפיר דהא לא שייך כלל הך אפילו כיון דלדידי' בשוורים איירי: שם בד"ה אמר ר"י אפילו. לא מחייבינן לאידך משום הך חזקה: ואף דאמרינן בקדושין (דף פ' ע"א) דסוקלין ושורפינן על החזקות מ"מ לא אלימא הך חזקה

דאבא חלפתא כ"כ ליהרג האחר כיון דגם לו יש חזקת כשרות ומשום עדיפותא דחזקה דאבא חלפתא לא קטלינן ליה לאידך: שם בתוספות ד"ה ואחרים.

דהך ברייתא כרבי יהודה: ואף שר' אלעזר בר"ש הוזכר ג"כ בפלוגתא דהך 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 אאבוה ר"ש דס"ל בזבחים שם דס"ס בכ"מ מותר: שם ע"ב בגמרא ש"מ מותרה לדבר החמור: הטעם דמ"ד דלא הוי מותרה פירשו התוס' בכתובות (דף ל"ג ע"א) דגזה"כ הוא דבעינן שיתיר עצמו לאותה מיתה דוקא ולעיל (דף מ"א ע"א) כתבו התוס' דחבר הוי כאלו התיר עצמו למיתה או דלא בעי היתר כלל לר"י בר"י וא"כ הוה מצוי לאוקמי מתניתן בחבר וכו' יוסי בר"י וי"ל דניחא ליה לאוקמי בהתרו בו סתם אליבא דהילכתא ולא כר"י בר"י דלית הילכתא כוותיה: שם ת"ק יליף ממקושש: ק"ק כיון דבעי לתרץ אליבא דכ"ע הא 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 כיון דמותרה לדבר החמור הוי מותרה לדבר הקל וכיון דאח"כ היה נסקל שפיר ה"ל התראה ומכש"כ ש"ל כן לפי מה שכתבו התוס' לעיל (דף ע"ח ע"ב) דמסתמא סברו שהוא בסקילה כיון ששוה חטאו לעע"ז וי"ל לפי השני שכתב 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 ולילף ממקושש משנילף 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: הא 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 כן בישראל ונתגייר ממיתין אותו אף שלא התרו בו א"כ לכאורה לא מוכיח מידי דלמא הך חייבי מיתות שנתערבו דמתניתן איירי בכה"ג דהיינו נכרי שבא על נערה מאורסה דישראל ונתגייר דנידון בסקילה או שבא על א"א דישראל דנדון בחנק לאחר גירותו או שהרג לישראל ונתגייר דנדון בסייף 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 הא לפי חד תירוצא של התוס' לעיל (דף מ"ה ע"ב) לא דייקנן האי כל דקתני ולכן מכל הני דמתניתן לא הוי מצוי למידק אבל מר"ש דייקנן שפיר כיון דסבר דדנין 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 הכא טעמי' ג"כ משום דמספקא ליה וי"ל לפי מה שכתבו התוס' לעיל בד"ה ואחרים דגרסינן הכא ואחרים באחרים דכיון דר"י הוא דס"ל ס"ס אסור וא"כ אי ס"ד דמשום ספק אסור ר"י הולד ל"ל למיתני ואחרים באחרים לאשמעינן דאפילו ס"ס אסור הא גם מתערבות הראשון שמעינן כן דהא הך נתערב באחרים דקתני ע"כ אהולד קאי דאי אפרה נתערבה הל"ל וא"כ גם בתערובת

הראשון הוי ס"ס כיון דהולד גופא הוי ס' אסור אע"כ דמכח ודאי אסר ר"י הולד ומקשה שפיר אכן כיון דזה לא אתיא שפיר רק לשיטת ר"ת דספק א' בגופו וספק א' בתערובות מקרי ס"ס אבל לשיטת ר"י בביצה (דף ד' ע"ב) דלא מקרי ס"ס לא לכן הוצרכו התוס' גם לתירוץ ועוד יש לחלק: שם בא"ד.

כ"ע מודו דחוששין: ממה שכתבו 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 בחולין (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 כווננו התוספות במה שכתבו לקמן ומיהו בפ' בהמה המקשה איבעי' להו: שם בא"ד.

איכא מאן דשרי לר"א: צ"ע דהוי ראייה להיפך דהא בנרבעו ולבסוף עברו חד איסורא הוי ואולי ט"ס הוא וצ"ל איכא מאן דאסר לר"א וראיתם מרבא דס"ל שם כן: שם בד"ה עובר ירך אמו הוא. ועוד אשכחן בפ"ק דביצה: לפי מה דמבואר בפ' אלו טריפות אית ליה לרב אחא בר יעקב דטריפה יולדת וא"כ י"ל דגם רב כוותיה ס"ל והאי עגל שנולד מן הטרפה איירי דנטרפה ולבסוף עברה והאי דמותר היינו משום דזה וזה גורם מותר כמו דפסקינן וא"כ שפיר י"ל דס"ל לרב עובר ירך אמו ולא קשה כקושית התוס' ואולי לא ניחא להו להתו' לאוקמי ר"כ ור"א ורב בהך דטרפה יולדת שלא אליבא דהלכתא: שם בא"ד כדאשכחן בהניזקין דמסיק תיובתא: ק"ק דגם אם איתא כן דמשכחת סוגיא כה"ג אכתי יקשה באמת למה מסיק בתיובתא כיון דאיכא למימר דאתיא כהאי תנא והוא סבר כאידך תנא אכן באמת לכאורה אין ראייה כלל מהך דהניזקין דהתם פריך שפיר על ר' יוחנן דסבר דהיזק שאינו ניכר שמי' היזק ממתניתן כיון דסבר ר"י הלכה כסתם משנה ולכן אין לתרץ דמתניתן 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 כדאמרינן בעירובין (דף מ"ב) ולכן אסיק ר"י בתיובתא אף דפליגי תנאי בדינו ומהך דפ' השולח ל"ק דכבר הוכיחו התוס' שם דאינו ענין להך היזק שאינו ניכר דר"י אבל בהך דתמורה דמקשה לר"י מבריייתא ואח"כ קאמר דתנאי היא ריה"ג ורבנן ור"י סבר כרבנן בהא ודאי מתורץ הקושיא מהבריייתא די"ל דבריייתא אתיא כריה"ג ור"י סבר דהלכתא כרבנן והא דבאמת אסיק מילתא דר"י בתיובתא י"ל כמו דמתרץ על תירוץ רבא שם כיון דר"א אקשי לר' יוחנן גופא שם ולא תירץ ליה מידי אלמא דלא אליבא דתנאי אמר למילתיה ולכן אסיק בתיובתא אבל לפי האמת קאי דינא דר"י ולא קשה מהבריייתא 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 כדעת התוספות אכן מש"כ בספרי ע"ל ליבמות (דף ע"ז ע"ב) בביאור 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 יולדו ולא אר"י דתמורה דס"ל בפירוש דעובר לאו ירך אמו הוא היינו משום דלרבא לשיטתו מר"י דשם אין ראייה דהא קאמר טעמא אחריתי לר' יוחנן אכן ק"ק מאי בעי רבא בזה לפרש לר' יוחנן טעמא אחרינא כיון דר' יוחנן ע"כ ס"ל דעובר לאו ירך אמו

כדמוכח מהך דיבמות ואכתי סלקא בתיובתא 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 עובר ירך אמו הוא וכמו שהוכיחו התוס' י"ל עפמ"ש התוס' לעיל (דף ס"ח ע"ב) בד"ה קטן וי"ל כגון שנתגיירה אמו כשהיתה מעוברת ע"ש דמוכח כן מהא דאמרינן שם אלא בגזל הגר הכתוב מדבר והוא ברייתא כדמוכח בב"ק (דף ק"ט ע"ב) ע"ש וא"כ ע"כ כ"ע ס"ל הכי ומזה ראייה קצת לתירוצא קמא דהתוספות שם ולא כמו שחלקו שם בין זכיה דגירות לשאר זכיות: שם בא"ד ולא משום דהוי ירך אמו: ק"ק דלפ"ז מי הכריח הש"ס כאן למימר דולדה אסור משום דעובר ירך אמו הוא כיון דגם למ"ד דלאו ירך אמו הוא ולדה אסור ועוד אכתי איך תירץ ר"ת קושית התוס' דלעיל כיון דלדידיה הלכתא דלאו ירך אמו הוא א"כ מאי אולמא הך אוקימתא מאוקימתא קמייתא דתליא בזה וזה גורם וי"ל דהאי עובר ירך אמו הוא דקאמר ולא לענין כל מילי אלא לענין הך ופירושו דנעשה כמי שנגמר דינו עם אמו: שם בא"ד.

ופריך בגמ' פשיטא גופא הוא: אכן אכתי ק' כיון דטעמא דר"ת משום דגמר דין ב"ד היה 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 לענין איסור הוי כזה וזה גורם דמותר ואעפ"כ קתני שם סתמא דאין ממתנין לה עד שתלד והיינו ע"כ מגזה"כ דגם שניהם לרבות את הולד וא"כ אכתי מאי פריך 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 וז"ל מ"ט גופיה היא כיון שכל חיותו ממנה וצריך לה שא"א לו אלא עמה כו' ולא שייכא הא דרבא בההיא דאמרינן בעלמא עובר אי ירך 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 כיון דצריך לאשתרוי"י בהדה בשחיטה כמאן דשייר בגופא דמי ע"ש ובשט"מ שם הביא בשם הרב המאירי ב' שיטות לענין פסק הלכה ונראה דתליא בפלוגתא דהתוס' והר"ת דכאן: שם ד"ה הוי מותרה.

וא"ת ותפשוט מהא דתניא: ק"ק כיון דת"י הש"ס דהתרו בו סתם שייך ג"כ אדיוקא מהברייתא ודאי עדיף להקשות ממתניתן מלהקשות מברייתא אאמוראי די"ל דלא שמיע ליה הך ברייתא: שם בא"ד. ושם פירשתי: כבר העירותי דלדעת הרבינו יוסף שהביאו התוס' במכות (דף ב' ע"א) נסתרו ב' תירוצי התוס' דלעיל (דף מ"ה) וקושית התוס' במקומה עומדת: שם בד"ה הנסקלין בנשרפין.

ותירץ דלא אזלינן בתר רובא: עיין בזבחים ובחולין שתירצו התוס' עוד תירוץ אחר בשם ר"ת כיון דנהרג בלא"ה לא אזלינן בתר 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 בחמורה 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 הפר ודם השעיר ורבנן סברי מכאן לעולם שאין מבטלין זא"ז וסבר הר"ן דטעמייהו דרבנן דלא שייך לומר דמין במינו לא בטיל כשהאחד איסור והא' היתר רק כששניהם היתר כהך דעולין בזה אמרינן דאין מבטלין זא"ז דזה שפיר מיקרי מין במינו ולכן בדבר שיש לו מתירין ששניהם היתר גם רבנן מודו דמין במינו לא בטיל עכ"ד וא"כ י"ל כיון דהך דרוב ילפינן מסנהדרין דמקצתן מחייבין ומקצתן מזכין וצותה 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 לרבנן לא בטיל כמו עולין ששניהם היתר דלא בטיל לרבנן מטעם מין במינו וזה מש"כ הר"ת דלא אזלינן בתר רובא לחייבו במיתה חמורה כיון דבלא"ה נהרג א"כ הוי מין במינו ולא בטיל וא"כ לא שייך זה רק ברוב ע"י ביטול ולא ברוב בעלמא ומתורצים בזה כל הקושיות שהקשו אשיטת ר"ת הנ"ל: שם בא"ד.

והא דפריך בגמ': עיין במהרש"א שכ' דרק אתירוץ א"נ קאי זה ולפענ"ד נראה להוסיף דלא קאי רק אמה שכתבו התוספות דגזירה שמא יקח מן הקבוע דסלקא מיניה דלתירוץ קמא דאי אתה רשאי למושכה להחמיר עליו יש לפרש קושית הגמרא דתיפוק ליה דרובא נסקלין דגם אי שוין אכתי נכבשינהו דניידי כיון דנסקלין רובא: שם דף פ"א ע"א בגמרא האי גברא קטילא הוא קמ"ל: ק"ק דאיך אפשר לומר כן הא בערכין (דף ו' ע"ב) תנן דהויצא ליהרג מדיר ומחרים ומקדיש ואם הזיק חייב אלמא דכחי דיינינן ליה לכל דבריו אכן לפי מה שכתבו 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 כולהו בסקילה: א"ל כיון דע"כ לא ס"ד הך דא"כ מאי קמ"ל יחזקאל א"כ ליקשי בפשיטות דלמא איירי בלא נגמר דינו די"ל דודאי ס"ד הכי אלא אקושיא דלמא תורה קמהדר קפריך וזה לא שייך לענין 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 כרבנן לעיל דפליגי וס"ל דמשמעות כל הוא כולו וכמ"ש הר"ן שם והתוס' בפסחים (דף ס"א ע"ב) וא"כ ר"ע הכי קאמר הא משמעות כל הוא כולו ואעפ"כ באל תטמאו פירושו מקצת משום דמוכח קרא ה"נ בקרא דיחזקאל אף דמשמעותו כולם ביחד כיון דליכא לפרש כן ע"כ פירושו מקצת: אכן במכות (דף כ"ד ע"א) קאמר ג"כ הכי כשהיה ר"ג מגיע למקרא זה כו'.

ולכאורה תמוה דקאמר מי כתיב עושה כל אלה דמשמע אי כתיב הכי משמע הכל ומייתי ע"ז ראייה מאל תטמאו בכל אלה דמשמע דאפי' בכל אלה משמע מקצת ולפי מה שכתבתי לעיל (דף ע"ח ע"א) לחלק בין כל דחיוב לכל דשלילה 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 כאן לקרא זה נתכוין 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 ואסורה משום חמותו וא"ל דאין זה מיקרי מוסיף כיון דאין בזה הוספת איסור חדש אלא איסור חמותו גופא דהא לענין אשת אח נמי אמרינן דמיגו דאיתוסף איסורא לגבי שאר אחים משום אשת אח איתוסף נמי לגבי ידיה משום א"א גם א"ל דאין זה מיקרי מוסיף כיון דבעת שחל האיסור אינו מוסיף רק לאחר מיתה באמת לכאורה מוכח כן דאל"כ יחשב נבילה ביוה"כ איסור מוסיף דנבילה מוסיף איוה"כ לאוסרו אחר יוה"כ וא"כ מ"ט דר"ש דפליג למ"ד ביבמות (דף ל"ג ע"א) דר"ש א"מ אית ליה אלא דלפ"ז קשה אהא דאמרינן בכריתות (דף י"ד) גבי אוכל חלב של נותר ביוה"כ דנותר אחלב א"מ הוא מגו דאיתוסף איסורא לגבי גבוה דלפ"ז אם נעשה נותר ביוה"כ לא יחול האיסור נותר דהא בזה לא הוסיף איסור לגבוה דבלא"ה אסור להקריבו ביוה"כ משום עולת חול ביוה"כ וא"ל דנפ"מ אם עבר והעלהו דאז גם משום נותר ליכא דלן הוא מהפסולים שאם עלו לא ירדו וכמ"ש רש"י ז"ל אהך נותר גופי בכריתות (דף כ"ד ע"א) אע"כ דאמרינן דהא שם נותר חל עליו שאסור לגבוה במוצאי יוה"כ וא"כ חל שם חמותו אאשת איש לאוסרה לאחר מיתת בעלה ומוסיף נמי השתא ויש לחלק ועיין מש"כ בספרי ע"ל בכריתות שם: שם ברש"י ד"ה בסקילה.

דכל דמיהם בסקילה: מזה ק"ק אמה שכתבו התוס' בב"מ (דף ס"א ע"ב) דמדמיו בו דמיותר דריש היקש דמלוה בריבית לשופך דמים והרי מצרכינן להך דרשה דהכא והתוס' כאן כתבו דמדכתיב והוליד בן פריץ קדייק אכן רש"י י"ל דלא נחית לזה כיון דגזילה גזל כתיב ג"כ בהך קרא ובזה ודאי ליכא למימר דאינו חוזר ומה שהקשו התוס' אפי' רש"י י"ל דודאי פשטות דקרא דדמיו בו לסקילה אתיא אכן מדכתיב בו יהיה דמיותר מניה דרשינן תמיד דמי העני בו יהיה וישבו אליו: שם בד"ה אל ההרים לא אכל.

וע"כ משום דלא עבד הני לאו צדיק הוא: פירוש כיון דנקיט עבירות חמורות שבתורה מזה משמע אבל הקלות עשה דא"כ לנקוט קלות דמקרי רשע עליהם וכש"כ חמורות ולכן פי' דבאמת משמעותן עבירות הקלות שבתורה וא"כ כש"כ דחמורות נקרא רשע ובזה מתורץ מה שהקשה מהרש"א בח"א: שם בד"ה שלא נהנה.

שהוא דבר גנאי לאדם הגון: אף דבסוף מס' פאה משמע דאיסור גמור הוא ליהנות מן הקופה כשיש לו מזון י"ד סעודות י"ל דאיירי בשאין לו ואעפ"כ אינו נוטל ואמרינן שם דעל זה נאמר אשרי הגבר אשר יבטח בה' וזה גנאי הוא לאדם הגון שנוטל ואינו בוטח בד': שם בתוספות ד"ה איתגורי איתגר דחס רחמנא אהפסד ממנו של חבירו: ולפ"ז לר' יוחנן דס"ל שם בכתובות דהיכי דאיכא ממון ומלקות מילקי לקי ממנו לא משלם ע"כ צ"ל דממון קיל דאל"כ אכתי תיקשי איתגורי איתגר ועיין בשיטה מקובצת שם שהביא בשם ראשונים תי' אחר על קושית התוספות דכיון דע"כ הקילה התורה לגביה דמשום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעות אמרינן דגם לזה הקילה גביה דהקיל מתרוייהו עבדינן ליה.

אכן ק"ק איך נסתפק הגמרא שם אי ממון קיל אי מלקות הא בשבועות ר"פ שבועות הפקדון מוכח ממתניתן דניחא ליה לאינש דמייתי קרבן ולא לילקי וקרבן ממון הוא הרי

ממון קיל ואפשר לומר דרק ממון מועט כמו קרבן קיל יותר ובכתובות מסופק אי גם ממון מרובה שיש בחבלה קיל ממלקות: שם בד"ה ונגמר דינו.

וי"ל דהכא מיירי כגון: א"ל דאכתי איך קאמר רבא במכות שם דבעידנא דקא מסהדי גברא בר קטלא הוא הא לעולם לא הוי בר קטלא דהא הך עמנו הייתם דכת שניה לא חשיב עדות דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה דאי מיתזמי לא מיקטל דיכולים לומר לא לחייב מיתה באנו לכת הראשונה דהא היתה יכולה לומר הא אכתי הוי מיקטל ע"פ עדותכם וא"כ לא מהני הך עמנו הייתם ולא הוי עדות מוכחשת דהני קאמרי בא' בשבת והני קאמרי בב' בשבת ואיך קאמר דפטירי משום דבלא"ה גברא בר קטלא הוא די"ל דרבא לשיטתו קאי דס"ל לעיל (דף ע"ח) דבזוממי זוממין לא בעינן אתה יכול להזימו: שם בא"ד.

עבר בפני ב"ד: ק"ק למה להו להתוספות לאוקמי הכי הא בפשטות משכחת כגון אותן העדים שהעידו עדות הראשונה העידו ג"כ השנייה ועל אותו יום ועל אותה שעה ואי מיתזמי אשנייה גם הראשון מיתזם עמו ולא בר קטלא הוא מכח עדות ראשונה והוי שפיר עדות שאתה יכול להזימה וי"ל דלשון הגמרא אי אפשר לפרש הכי דקאמר ונגמר דינו וכו' וחזר ועבר וכיון דגמר דין אינו רק ביום שלאחריו ואח"כ עבר ע"כ לא היה באותה שעה אכן כבר כתבתי לעיל (דע"ח ע"א) ליישב קושית התוס' דאיירי דעדות שניה הוא שנעשה עד זומם ובזה לא צריך אתה יכול להזימה רק דכתבתי שם דאכתי תקשה לרב אשי ולמה דיליף לקמן מקרא דיחזקאל ולפי זה גם הך ניחא דהא רק אלישנא דרבא קשה קושית התוס' אבל לר"א שפיר משכחת בכה"ג דשני העדות היה בשעה אחת וכן בקרא דיחזקאל: שם ד"ה נידון בזיקה ראשונה.

איסור מוסיף הוא אי אית ליה אחין: אבל אי לית ליה אחין לא חשיב א"מ אף דשם איסור אשת אב א"מ הוא דלגבי הך מילתא דאיירי ביה בעי שיוסיף וכן דעת הרמב"ם (ספ"ד מה' שגגות) ובהכי א"ש מה דנקט הרמב"ם בפ"ה המשניות בהא דעבר עבירה שיש בה ב' מיתות דהיינו חמותו ונעשית אשת אב ולכאורה יקשה הא ע"כ לא איירי בהכי דא"כ מ"ט דר' יוסי דפליג הא א"מ הוא ולפ"ז י"ל דשפיר משכחת דלא הוי א"מ כגון כשאין לאב קרובים אלא דק"ל בין על הרמב"ם בין אהתוס' הא לעולם הוי א"מ דהא כשנעשית א"א נעשית ג"כ אשת איש וא"כ מוסיף איסורא לגבי כ"ע וא"ל דהא שם איסור אשת אב לא הוי מוסיף בזה רק שם איסור א"א הא כבר הוכיחו התוס' ביבמות (דף ל"ב ע"ב) דאיסור מוסיף אמרינן אפילו בב' שמות וכן כתבו התוס' ישנים בכריתות (דף י"ד ע"ב) אכן לא על הרמב"ם והתוס' לבד קשה כן אלא גם על הגמ' דכריתות שם דקאמר דאית ליה ברא לסבא כו' ע"ש וי"ל הך טעמא תיפוק ליה דגם בדלית ליה ברא ה"ל אשת איש שנעשה ע"י אשת אב איסור מוסיף אכן נ"ל דממה שהביאו התו' ראייה דאמרינן א"מ בשני שמות אדרבה איכא למידק איפכא דראייתם הוא מדאמרינן שם מיגו דאיתוסף איסורא לגבי בני אחים והיינו ב' שמות אשת אב ואשת אחי אביו והנה הך לגבי בני אחים הוא גירסת התוס' וגם גירסת רש"י בלישנא אחרתא אבל בלישנא קמא גרס רש"י מיגו דאיתוסף איסורא לגבי שאר אחים ולפי גירסא זו ודאי מוכח דבשני שמות אמרינן מוסיף דהא השם האחד הוא אשת אח והאחר

אשת אחי אביו אבל לפי גירסת התוס' נראה דהך בני אחים לא קאי אבני אחי אביו שנשאה ומשום אשת אב וכמו שפירש רש"י והתוס' דא"כ בני א"ח הל"ל דהא רק חדא הוא אלא קאי אבני שאר אחי אביו דלגבי דידהו הוי שם אשת אחי אביו כמו לגבי דידהו ולכן נקט בנים דווקא ולא אביהם ומשום אשת אח דלדידהו הוי ב' שמות: שם בד"ה לידון נמי באיסורא.

לענין קרבן קא פריך: אף דלכאורה מוכח דרק לענין מיתה איירי דהא קאי ר' יוסי אמילתא דת"ק דאיירי במיתה מכ"מ י"ל דקס"ד דר"י עכ"פ גם לענין קרבן איירי מדקאמר כיצד אמר ר"י נידון בזיקה ראשונה חמותו ונעשית א"א נידון בחמותו ולכאורה י"ל הא הך לאו משום זיקה ראשונה אלא משום דנידון בחמורה הוא והתוס' ביבמות הרגישו בזה ולכן קס"ד דר"י לענין קרבן איירי ואי לאו משום זיקה ראשונה היה חייב שתיים אבל כאן דאין איסור חע"א אינו חייב אלא אחת וכן לענין לא אתרו ביה אשמועינן שפיר דאי אתרו ביה משום א"א ולא משום חמותו לא מיחייב ורבא מתרץ ליה דר"י רק לענין מיתה איירי וכמש"כ התוס': שם ע"ב בגמרא משום דלקה ושנה ב"ד כונסין: ק"ק לפי מה שכתב רש"י לקמן בד"ה והיכא רמיזא דהלכה למשה מסיני הוא הך דינא דכונסין אותו לכיפה וא"כ מאי קושיא משום דלקה ושנה דילמא כך נמסר וי"ל לפי מש"כ הר"ן דודאי ליכא מיתה מן התורה אם לא דנכתבה בפירוש או ברמז ולכן קבעי לקמן (דף פ"ב ע"ב) אמי איכא מידי דרחמנא פטרי' ואנן ניקו ונקטול מהא דלקה ושנה ומתרץ במלקות ש"כ עסקינן וא"כ האי דמקשה כאן משום דלקה ושנה ולא ידע דבמלקות ש"כ איירי ע"כ הך מיתה לאו מהלכה למשה מסיני היא אלא מדרבנן ולכן שפיר קבעי דלמה התקינו רבנן כן: שם הכא במלקות ש"כ עסקינן: א"ל דא"כ לר' יצחק דס"ל רפ"ג דמכות דמלקות בח"כ ליכא היכי משכחת הך דינא דמי שלקה ושנה ואין סברא דפליג אדבר שהוא הלכה למשה מסיני די"ל דס"ל כמ"ד דלקמן עבירות מחזיקות ולא בעי רק ג' עבירות.

אכן יש להסתפק אם דוקא בג' עבירות של ח"כ הוי הדין דכונסין אותו לכיפה או אם שייך ג"כ בעבירות או מלקיות של חייבי מיתה בידי שמים: שם לימא מתניתן דלא כרשב"ג: הא דפשיטא ליה דבעי מוחזק דוקא דאל"כ תיכף בפעם השני יהיה הדין דכיפה. אכן ק"ק דילמא באמת הוי הפירוש כן דמי שלקה ושנה פירוש באותה עבירה ולא קאי אמלקות כונסין אותו לכיפה והא דבעינן שנה דבפעם ראשון י"ל איסורא הוא דקטעים וי"ל: שם מאי לאו דכ"ע מלקיות מחזיקות: הא דפשיט ליה זה יותר משנאמר דפליגי בעבירות או מלקיות מחזיקות היינו דלפ"ז צ"ל דלת"ק ס"ל עבירות מחזיקות וא"כ למה נקט מלקין אותו לאשמועינן רבותא טפי דבעבירה לחוד בלא מלקו' בפעם ג' כונסין אותו לכיפה ולפי התירוץ צ"ל דנקט התנא דברייתא פלוגתייהו במלקות לאשמועינן רבותא לאבא שאול דס"ל מלקיות דוקא מחזיקות א"נ י"ל דניחא ליה לאוקמי בדבר דכבר פליגי ביה דהיינו בפלוגתא דרשב"ג ורבי מלאוקמי בפלוגתא חדשה אי עבירות או מלקיות מחזיקות: שם והתם מלקיות ליכא: מכאן מוכח דגם במלקות מצרכינן שיתיר עצמו אף דלא כתיב רק במיתה הרי אמרינן לעיל מלקות במקום מיתה עומדת וגם ילפינן במכות (דף ה' ע"א) מלקות ומיתה מהדדי בגז"ש דרשע רשע וכבר העירותי לעיל (דף ע"א ע"א) שמה שכתוב באורים ותומים (סי' ל"ח) דבמלקות ל"צ

שיתיר צ"ע מסוגיא זו: שם והדתניא התרו בו: הא דלא מקשה בל"ז תרי ברייתות אהדדי דבברייתא קמייתא מוכח דס"ל לאבא שאול מלקיות מחזיקות מדנקט במלקיות דוקא ובברייתא שניה ס"ל עבירות מחזיקות די"ל דלעולם סבר עבירות מחזיקות והא דנקט במלקות דוקא משום דת"ק נקט כן ות"ק היה יכול לומר דס"ל מלקיות מחזיקות וסבר ליה כרבי אבל השתא דתירץ דת"ק ס"ל ג"כ כרשב"ג ועבירות מחזיקות וא"כ ע"כ הא דנקט מלקות משום א"ש נקט וא"כ ע"כ א"ש ס"ל דמלקיות מחזיקות פריך שפיר והדתניא ועוד פריך אהך ברייתא גופא במאי קמיפלגי ולכן א"ש הא דנקט קושיא זו הכא אתירוץ רבינא דוקא משום דב' קושיות מקשה בזה והוי הך במאי קמיפלגי כמו ועוד: שם בעדות מיוחדת: הרמב"ם פסק ככולהו משום דסבר דלא פליגי דכל דהוי עדות כשר לענין ד"מ רק לענין דנ"פ הקפידה התורה דליבעי ככל הני דקחשיב בזה אמרינן דלענין כיפה לא צריך ולכן מכל הני לא עדיף חד מחבריה ולכן פסק הרמב"ם ככולהו.

אכן ק"ק למה לא קאמר ג"כ כגון 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 כשהעדים הם טריפה דמיפסל עדותן ג"כ מהך טעמא לרב אשי לעיל (דף ע"ח ע"א) וכיפה פשיטא דהוי דהא עדות כשר 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 מכות יש להוכיח דעדות שאי אתה יכול להזימה לא מקרי עדות כלל אפילו לענין ד"מ וא"כ יש לחלק בין הני דקחשיב ובין עדות שאאי"ל: שם ברש"י ד"ה בעדות מיוחדת.

כגון שנים רואין אותו אחד מחלון זה: והרמב"ם כתב 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 הך דין דכיפה לא הוי רק ברוצח כמש"כ הרמב"ם גופא וא"כ איך שייך בזה דין כיפה 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 דאיירי 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 דוקא דמימריה דר"ח דהבא לימלך אין מורין לו דלקמן אכולהו קאי אכן דעת הרמב"ם ושאר הפוסקים אינו כן אלא דוקא בבוועל ארמית בעינן כן גם לא ידעתי כלל איך שייך באחריןא בשעת מעשה דקודם שהגביה את הקסוה אשר ע"י זה נעשית שלו וקנאה בהגבהה עדיין לא גנב ולאחר שהגביה כבר הוא לאחר מעשה וכן במקלל בקוסם דאי אפשר לכוון אותו רגע דוקא שעובר ולכן דעת רש"י ק"ל: שם בתוספות ד"ה אפילו תימא רשב"ג.

משום דסתם לן תנא כוותיה: ביישוב קושיא זו א"ל כיון דלפי מאי דמתרץ דמתניתן רשב"ג וקסבר עבירות מחזיקות א"כ ע"כ צ"ל דהא דנקט במתניתן מי שלקה ושנה ולא נקט בעבירות בלא מלקות לאשמועינן דגם כרבי אתיא מתניתן ולהכי נקט תרי מלקות משום דלרבי בתרי מלקות סגי ולרשב"ג ג"כ סגי דהא עכ"פ ג' עבירות איכא וא"כ אף דמתניתן אתי ג"כ שפיר כרשב"ג מכ"מ מה דנקט לקה ושנה היינו ע"כ משום רבי וא"כ

קאמר שפיר דהילכתא כוותיה משום דסתם לן תנא כוותיה: שם דף פ"ב ע"א בגמרא לא פגעו בו קנאין מהו: ק"ק כיון דרב כהנא ע"כ עדיין לא ידע מדרשה דהך קרא דבגדה יהודה א"כ מ"ש דדוקא אבועל ארמית דקבעי ליה ולא אאחריני ג"כ ואפשר דבאמת אכולהו קאי ורב השיב לו דרק בבועל 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 כן רק בבועל ארמית דאין בו דין רק בשעת מעשה וא"כ לאחר שפירש אין לעשות בו דין עוד אף דהיה בפרהסיא אבל באחריני דדנין בהם אף לאחר מעשה וכנ"ל לא שייך למיבעי כן דגם לאחר שפירש נוכל לדון בו דין קנאין: שם כי אתי רב דימי אמר: עיין בר"ן ולפמ"ש"כ י"ל דרב דימי ורבין באין לפשוט בעיית ר"כ דלעיל לא פגעו בו קנאין מהו: שם וכתוב וירא פנחס בן אלעזר מה ראה: אף דלכאורה קאי אהך מעשה דוהנה איש מבני ישראל בא ויקרב אל אחיו את המדינית מ"מ מקשה שפיר דע"כ לאו להך ראייה כיון קרא דא"כ למה פרט פנחס דוקא הא כבר קאמר דהיה לעיני משה ולעיני כל עדת ב"י ולכן מפרש דהך ראייה אינה ראייה חושית אלא מפירוש האחר של לשון ראייה דהיינו ראייה שכלית וכן נראה ג"כ במדרש רבות: שם א"ל קריינא דאיגרתא איהו ליהוי פרוונקא: ק"ק למ"ד בזבחים (דף ק"א ע"ב) דנתכהן פנחס קודם מעשה זמרי האיך היה 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 האיך היה יכול לכתחלה לסמוך על זה הא אכתי לא ידע שיעשה לו נס זה ואולי זה באמת היה שאלת פנחס למשה אף שכבר ידע הדין דקנאין פוגעין בו מ"מ היה מסופק אם יפגע הוא בו כיון שהיה כהן ומשה ידע ברוה"ק שיעשה לו נס ולכן השיב לו קריינא דאיגרתא כו'.

ובזה י"ל מה שהקשה הר"ן איך אמר לו משה כן הא לעיל אמרינן דהבא לימלך אין מורין לו. ולפ"ז י"ל דהיינו דוקא אם בא לימלך אם יש כאן דין מיתה אבל פנחס כבר ידע עיקר הדין דקנאין פוגעין בו ולא היה מסופק רק מפני שהוא כהן וזה שפיר היה משה יכול להורות לו ועיין מש"כ בספרי ע"ל ליבמות (דף ס' ע"א): שם אין חולקין כבוד לרב: אף דלפי המבואר בברכות (דף כ' ע"א) מוכח מקרא דולאחותו דלענין שב ואל תעשה כבוד הבריות עדיף מחלול השם והכא אם לא היה הורג היה ג"כ שוא"ת עיין בשבועות (דף ל' ע"ב) בתוס' דב' התירוצים שתירצו שם שייכי ג"כ הכא: שם ברש"י ד"ה זקנו דרב פרידא.

הוא ר"ח ב"א והכי אמרינן בחלק: (דף ק"ד ע"א) ע"ש ברש"י ונראה שרש"י הי' גורס שם דזקנו דר"פ: שם בד"ה כותית. כל המסירות את הלב במשמע: הוצרך לפרש כן 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 תתחתן וכי ס"ד דיפלוג אהך גזירה דבית חשמונאי וצ"ל דלת"ק באמת גזרינן בשאר אומות בלא חיתון אטו ז' אומות בחיתון והא 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 דגזרו בכל האומות משום נשג"ז.

ובזה י"ל הא דהרי"ף והרא"ש לא הביאו רק משום נש"א ולא הביאו כותית די"ל דפסקו ג"כ כת"ק דר"ש ולא ס"ל הך סברא דגזרינן בשאר אומות בלא חיתון אטו ז' אומות בחיתון: שם ד"ה בת יתרו מי התירה. ונכנסו לכלל מצות והיא עמהם: ודאי בלא"ה הבל יפצה פי זמרי דהא קודם מ"ת ודאי לא היה איסור לישא מדינית ומשעת מ"ת ואילך באמת פירש משה ממנה כדאמרינן בשבת (דף פ"ז ע"א) אכן רש"י פירש טעם האמת דהא לא מהך טעמא פירש אלא מפני שדברה השכינה עמו כל שעה: שם בתוספות ד"ה נשג"ז.

זונה אם הוא כהן: 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 כן אבל רש"י והתוס' לא יכלו לפרש הכי דלכאורה קשה איך שייך 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 שייך לגזור ביאת נכרית בלא קידושין אטו בת ישראל בלא קידושין אכן דעת הראב"ד שם דלא הוי זונה אלא מופקרת לזנות וכן דעת רש"י לעיל בד"ה זונה מופקרת ואפילו ישראלית עכ"ל והרי לדעת הראב"ד בפרק י"ב מה' א"ב לא גזרו ב"ד של חשמונאי אלא במיוחדת לו וא"כ לא הוי מופקרת לכן הוצרך לפרש דבכהן איירי די"ל דגם התוס' ס"ל הכי והא דהראב"ד לא 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 מופקרת 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 שהיא מופקרת אין חילוק בין כהן לישראל: שם בד"ה ואידך נשייהו. הקשה הר"מ משה: קושיא זו וגם קושייתם מרבא דפ' כל האסורין גם קושייתם מפרק עשרה יוחסין כולן 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 ליקוחין דהא בח"כ לא תפסי קידושין מכ"מ הרי אמרינן ביבמות ר"פ נושאין על האנוסה דהיכי 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 שייך כתי' התוס' דשפיר מצי קאי גם אכותית ואליבא הך מ"ד ע"כ צ"ל כתירוצם השני. אכן ק"ק לר' יהודה דאמרינן לעיל (דף נ"ג) דסבר כמ"ד דאין קידושין תופסין בחייבי לאוין וא"כ גם אליב' לא שייך תי' התוס' קמא וגם תירוצם השני לא שייך אליבא דהך סברא שכתבו התוס' דמשמע דאיירי קרא בהיא דשריא לישראל ואסירא לכהן הוא ממש סברת ר"ש בחולין (דף ק"א ע"א) על כן לא יאכלו

בני ישראל את גיה"נ מי שגידו אסור ובשרו מותר יצא טמאה שבשרה אסור ולכן פטור  
אגיד של טמאה לר"ש ומדמחייב לר' יהודה שם אלמא לית ליה הך סברא אלא סבר דגם  
היכא דכבר אסרה התורה בלא"ה מטעם אחר מכ"מ אמרינן דניתוסף עליו גם איסור זה  
וא"כ גם לענין כותית י"ל כן ואכתי קשה קושית התוס' לר' יהודה והרי התוס' גופא  
הקשו לקמן לר' יהודה ולכאורה מזה ראייה לדעת הרמב"ם דלדידיה בלא"ה לא קשה  
קושית התוס' וכדכתבינן לעיל: שם בא"ד.

ודוחק הוא לאוקמי שמעתא דהכא: עיין בתמורה שתירצו דרבא סבר כמ"ד נשג"א  
ומשום זונה באמת לוקה מן התורה אכן התוס' דהכא י"ל דלא נחתו לזה דדוחק הוא  
לומר דב"ד של חשמונאי גזרו הך גזירה אדבר דבלא"ה לוקה מן התורה דהיינו לענין  
זונה גבי כהן ודעת התוס' דתמורה יש לפרש דלא פליג כיון דע"כ גבי ישראל הוו צריכים  
להך גזירה גזרו גם גבי כהן: שם בא"ד.

אבל כותית לא וכו' והיא דקידושין: פירוש דהתוס' דהכא אזלי לשיטתם דכתבו ביבמות  
פרק הבא על יבמתו דהא גיורת אסורה לכהן מקרא דיחזקאל היינו מטעם זונה וא"כ  
הכי קמקשו דהא לכ"ע ממעטינן כותית מזרע בית ישראל והיינו ע"כ מטעם זונה דהא  
מדאורייתא כותית לא אסירא רק בפרהסיא ולא בצניעא וכדאמרינן בע"ז פרק אין  
מעמידין ואז אסורה אף לישראל וא"כ ע"כ הא דלא התיר קרא רק מזרע ב"י ולא כותית  
היינו מטעם זונה וא"כ הרי מוכח דכותית הוי זונה מדאורייתא וקשיא למ"ד דלא מיחייב  
מטעם זונה והוי קושיא זו דומיא דקושיא הקודמת שהקשו מרבא ואהא תירצו דודאי  
בלא נבעלה ודאי ליכא משום זונה מדאורייתא והא דלא מותר לכהן רק מזרע ב"י ולא  
כותית לאו מטעם זונה אלא מגזירת הכתוב וכבר פליגי בזה הרמב"ם והראב"ד בפ' י"ח  
מה' א"ב דלהרמב"ם גיורת אסורה מטעם זונה ולהראב"ד מקרא דיחזקאל ע"ש.

ועיין במהרש"א כאן ובפרק אין מעמידין שנדחק לפע"ד בישוב דבורי התוס' הללו  
ולפע"ד א"ש ובספרי ע"ל ליבמות (דף ס"א ע"א) כתבתי ישוב לדעת הראב"ד: שם  
בא"ד. וולד בוגרת כשר: פירוש דהירושלמי ס"ל כמ"ד ביבמות (דף ס' ע"א) דאין חלל  
מחייבי עשה אכן ק"ק דבתוך המ"ד דבירושלמי הוזכר ג"כ רב ורב קאמר ביבמות (שם)  
דהלכה כר' אליעזר בן יעקב ולפי המבואר שם ע"כ ס"ל לראב"י דיש חלל מחייבי עשה  
ע"ש: שם ע"ב בגמרא ואחד שבא מלאך והשחית בעם: א"ל דלפ"ז נס השני נפל לבירא  
דגם אם צעק לבני שבטו מ"מ לא היו עוזרים לו מפני המגפה די"ל דודאי קודם שנעשה  
דין בזמרי לא היה הקב"ה רוצה להביא מגפה משום דאז עדיין היה קצף גדול על ישראל  
וכיון שניתן רשות למשחית לא היה מבחין אבל לאחר שנהרג זמרי ששב חרון אף ה'  
מישראל כדכתיב פנחס בן אלעזר בן אהרן הכהן השיב את חמתי מעל ב"י וגו' אז ניתן  
רשות למלאך להשחית בעם הכ"ד אלף החייבים ולכן אם היה צועק זמרי היה פנחס  
בסכנה כי הקב"ה ברוב חמלתו על ישראל לא היה מביא אז מגפה ולכן שפיר חשיב ב'  
נסים: שם מוציאין אותו חוץ לעזרה: עיין בר"ן שהקשה למה אין מוציאין אותו ג"כ חוץ  
לחיל דהא אין טמא מת נכנס לשם וכש"כ מת עצמו ותירץ 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 כן דא"כ לא פריך מידי בסוטה (דף כ' ע"ב) ע"ש דהא עזרת נשים הוא לפנים מן החיל ואין להקשות דאכתי גם לשיטת הסוברים דחיל הוא מדרבנן מאי פריך שם למה מוציאין כיון דט"מ מותר במחנה לוייה הא עכ"פ מדרבנן אסור בחיל וכש"כ בעזרת נשים די"ל דהכי פריך כיון דהכא 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 יכנוס טמא אבל שלא יטמא בחיל לא ועכ"פ מוכח דבכה"ג אפילו מדרבנן מותר בחיל ולכן פריך שפיר אכן בלא"ה כבר העיר המ"ל והתוס' י"ט שם בסוטה אמאי דמתרץ שמא תפרוס נדה דא"כ למה מוציאין משום עזרה דוקא הא נדה אסורה בכל מחנה לוייה ותירץ התוי"ט דהך בעזרה דקתני הוא הר הבית דקרי ליה לפעמים עזרה והוכיח כן ממתניתן פ"ו דשבת דמכנה ג"כ הר הבית בשם עזרה ולפ"ז י"ל דחוץ לעזרה דהכא הוא ג"כ חוץ להר הבית וא"כ בלא"ה ל"ק קושית הר"ן: שם לישבק 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 הכא לישבק דליקטיל אכתי לא ידע דבהני חייב מיתה בידי שמים דהא הוא מקשה לקמן מהם אמאי דקאמר מי איכא מידי דרחמנא פטרי' ואנן ניקו ונקטול ליה: שם מי איכא מידי דרחמנא פטרי': עיין בר"ן לעיל שהקשה כיון דהך קטלא ע"כ הלכה למשה מסיני הוא וכמ"ש רש"י לעיל א"כ מאי קא קשיא ליה דהא לאו רחמנא פטרי' וכל מה שתירץ 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 אכתי לא תירץ קושיתו דאי מיחייב בידי שמים לישבקה דליקטול דדוחק לומר דפליגי בהך לישבקה דליקטול אי סברא היא או לא ועוד דא"כ לימא ליה בפשיטות דהך סברא אינה ול"ל הך מי איכא מידי ונ"ל דעוד קשה אהא דקאמר ואי ס"ד מיחייב מיתה בידי שמים לישבקה דליקטול כיון דהך מיתה הוא הל"מ וא"כ היא מן התורה והרי טובא יש כיוצא בו דהיינו כל חייבי מיתות ב"ד שהם מכלל ל"ו כריתות כגון מחלל שבת ע"ז עריות וכדומה דיש בהן כרת בלא התראה ובהתראה איכא מיתה ופשיטא דכל היכא דאין ממיתין אותו יש כרת ובמולך בפירוש כתיב בקרא כן ואם העלם יעלימו עם הארץ וגו' והכרתי אותו ואעפ"כ לא מקשינן למה יש מיתה לישבקה דליקטול בידי שמים והיינו ע"כ משום דציווי התורה כך היא וא"כ מאי מקשה הכא כיון דהך פוצעין את מוחו בגזרין הוא ג"כ מן התורה ולכן נ"ל דודאי אי מן התורה היא באמת ל"ק הך קושיא אבל המקשן היה סובר דהוא רק מדרבנן ולכן פריך שפיר כיון דבלא"ה יש עונש מיתה מן התורה למה הוצרכו רבנן לתקן עונש מיתה כלל וע"ז השיב אלא מאי אינו חייב כו' שהוא כמו ולטעמיך פירוש לפי מאי דסברת דרבנן הוא דתיקון מיתה מי איכא מידי דרחמנא פטרי' ואנן ניקו וניקטול ליה אע"כ דהוא הלכה למשה מסיני וא"כ בלא"ה ל"ק כנ"ל לפ"ז מזה מוכח אדרבה כשיטת רש"י דהלמ"ס הוא ומתורץ קושית הר"ן.

ובזה מתורץ ג"כ מה דקשה לכאורה עוד אהא דקאמר ומי איכא מידי דרחמנא פטריה דלפ"ז מאי פריך בשבועות (דף י"ח ע"א) אלא טמא ששמש דבמיתה היכי משכחת לה

פירוש ולענין מאי נמסר כלל הלמ"ס והרי לפ"ז שפיר מצרכינן דאל"כ לא היינו דנין בפוצעים את מוחו אי לאו דבלא"ה איכא מיתה גביה משום שמוש בטומאה שעליו דנין אותו במיתה בידי אדם אבל לפ"ז דהא סברא דמי איכא מידי לא אמרינן רק אי הך דפוצעים את מוחו הוא מדרכנן אבל לא לפי האמת דהוי הלכה למשה מסיני ובזה שאמרנו דלפי האמת דהל"מ הוא לא אמרינן הך סברא דמי איכא מידי א"ש ג"כ דלא תקשה האיך קתני סתמא כהן ששמש בטומאה פוצעין את מוחו הא מיתה בידי שמים לא הוי רק בעבודה תמה כדלקמן וא"כ דין דפוצעין ג"כ לא שייך רק בעבודה תמה משום מי איכא מידי אכן לפי דברינו ניהא: שם ורמיזא לא יבאו לראות: הר"ן לעיל הביא דעת הרמב"ן דחייב מיתה בידי שמים מהך קרא והא דלא חשיב ליה בברייתא בואלו שבמיתה משום דהתם לא קחשיב רק אותן שהן רק במיתה בידי שמים ולא אותן שהן בידי אדם ג"כ והקשו עליו דהא קחשיב טמא ששמש ג"כ דאיכא ג"כ מיתה בידי אדם ולא תירץ כלום.

ולפענ"ד י"ל דדעת הרמב"ן דודאי הברייתא לא הוי צריך למיחשב הני דברים דכתיב בהו מיתה בפירוש וע"כ לא קחשיב אלא להחשיב כל חייבי מיתות בידי שמים ביחוד 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 שביאר הרמב"ן גופא דעתו בספר המצות אכן זה לא שייך רק לענין גונב את הקסוה דבזה לא הוצרכה הברייתא להשמיענו דין מיתה גופא כיון דכתיב בתורה בפירוש ולא יבואו לראות ואפילו רב ששת דמקשה והרי גונב את הקסוה לא נסתפק בזה דאיכא מיתה מולא יבואו לראות רק דלא ידע דבכלי שרת איירי וכמו שכתב הרמב"ן שם אבל לענין כהן ששמש בטומאה דנסתפק בגמרא אי איכא מיתה גביה או לא ולא מצי למיפשט רק מהך ברייתא דקתני ביה בפירוש טמא ששמש בזה לא שייך למימר דלא הוי צריך למיחשבי' כיון דכבר קחשיב במתניתן דהא צריך למיחשבי' לאשמעינן דאיכא דין מיתה דבלא"ה לא הוי ידעינן כלל ואין להקשות דלפי האמת מאי נפקא לן בזה אי הוי מיתה בידי שמים או לא הא קמי שמיא גליא ובשלמא 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 ששת אי חייב מיתה בידי שמים או לא די"ל דנפ"מ לפי מאי דפריך בשבועות (דף י"ח ע"א) אלא טמא ששמש דבמיתה היכי משכחת לה ומתרץ בלא שהה והיפך בצנינורא וכדרב הונא דקרובי עבודה היא ע"ש וא"כ מכח הא דטמא ששמש במיתה מוכח הך דינא דרב הונא וא"כ טובא אשמעינן בהא דטמא ששמש במיתה בברייתא ולענין איבעי' דרב אחא ב"ה מר"ש.

עוד י"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 איכא אזהרה א"כ ע"כ ביוצק ובולל ליכא אזהרה וקרא אסמכתא בעלמא הוא וכדאמרינן לקמן אבל אי במקטיר איכא מיתה א"כ שפיר י"ל דדרשה גמורה היא ואיכא אזהרה ביוצק ובולל וכמו שהוא באמת לדעת הרמב"ם (פ"ט מה' ביאת המקדש) ע"ש: שם ברש"י ד"ה פטור.

וכל הני דיש אחריה עבודה מימעט: אין להקשות דברי רש"י מרישא לסיפא דבתחלה כתב שחיטה וזריקה והעלאה דוקא מרבינן ואח"כ כתב דלא ממעטינן רק הני דיש אחריהן עבודה אבל אעבודה תמה כגון נסוך והקטרת קומץ ומנחת כהנים מרבינן דמיחייב די"ל כיון דכל עבודות תמות הם העלאה ע"ג המזבח בכלל העלאה הם וכן מוכח בזבחים (דף ק"ז ע"א) דפריך תיתי קמיצה וקבלת דם בחוץ דחייב משחיטה וזריקה ומתרץ דא"כ לא לכתוב זריקה ותיתי משחיטה והעלאה אע"כ גלי קרא דלא ילפינן ולכאורה יקשה דלפ"ז נימא דגם אשאר עבודות תמות לא מחייב וממתניתן דפירקין שם מוכח דזה אינו אלא ודאי דשאר עבודות תמות הם בכלל העלאה.

והנה התוס' בזבחים (שם) הקשו דלפ"ז דמדאצטריך קרא לרבות זריקה מוכח למעט שאר עבודות דלא מיחייב א"כ ל"ל להש"ס למילף כן (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 הך דרשה דילף מדאצטריך למיכתב זריקה לא שייך רק אי שני כתובים הבאים כאחד אין מלמדין אבל למ"ד מלמדין והיינו משום דמלתא דאתיא במה הצד או במה מצינו טרח וכתב לה קרא וכמ"ש התוס' בשבת (דף קל"א ע"ב) וכן ביאר טעמא דהך מ"ד בספר הליכות עולם א"כ ודאי לא מוכח מדאצטריך זריקה מידי די"ל דאף דאתיא במה הצד טרח וכתב לה קרא ולכן הך מדאצטריך זריקה סתם גמרא הוא דמתרץ ליה וסתם גמרא מתרץ אליבא דהלכתא דפסקינן כמ"ד ב"כ הבאים כאחד אין מלמדין ולכן מתרץ בפשיטות שפיר דאי אפשר למילף שאר עבודות כלל משום דהוי ב"כ הבכ"א ולא צריך 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 מדאצטריך זריקה מידי וע"כ הוצרך להך דרשה דאשר יעלה ומ"מ קרא דאשר יעלה לא מיותר גם למ"ד ב"כ הבכ"א אין מלמדין דהיה נדרש בברייתא לדרשה אחרת והך 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 הבאים כאחד 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 גמרינן בק"ו משחיטה דליחייב כדאמרין בזבחים 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 איכא חטאות הפנימיות דבהן הוי הולכה עבודה שאי אפשר לבטלה דהא צריך לשחוט בחוץ ולהזות בפנים וכדאמר רשב"ל בזבחים (דף י"ד ע"א) דהא לענין הולכה בחוץ איירינן הכא והולכה בחוץ לעולם הוי אפשר לבטלה דבחוץ לא שייכי חטאות הפנימיות אכן לפי מה שכ' התוס' בקדושין

(דף ל"ז ע"א) דהא דלא חשיב הולכה בכלל עבודות הנוהגות באנשים ולא בנשים משום דבכלל קבלת דם הוא דהא הולכה לא כתיב בקרא בפירוש א"כ גם הכא הוי מצי לתרץ כן: שם בא"ד.

מה"ט דיש אחריהן עבודה: א"ל דהא תיכף אח"כ כתבו דמהדלקה ל"ק משום דלאו עבודה היא אלמא דהדלקה לא חשיב עבודה די"ל דהטעם דהדלקה לא חשיב עבודה כתב רש"י ביומא שם משום דהשלהבת עולה מאליה א"כ דוקא לענין זר העובד לא חשיב עבודה דליחייב עליו דעבודה שנעשה דהיינו שנדלק הנר נעשה ע"י שלהבת דנדבק בו ולא ע"י המדליק אבל לענין עבודה תמה שפיר הוי עבודה דלא מקרי העבודה שלפני הדלקה עבודה דהא אכתי יעשה בהנר עבודה אחרת דהיינו הדלקה ובזה אין קפידא אם יעשה ע"י עצמו או ע"י המדליק: עם ד"ה המולח.

כדתניא הניף והגיש: ברייתא זו לא נמצאת ובמנחות (דף י"ח ע"א) בד"ה לא מלח כתבו התוס' ג"כ תנופה קודמת למליחה כדתניא סוטה (די"ט) והניף והגיש קמץ ומלח ומקטיר עכ"ל ולא זו בלבד דהך והניף והגיש לאו ברייתא היא בסוטה (שם) אלא מתניתן אלא גם שם לא הוזכרה מליחה ולכן נ"ל דהתוס' כווננו להך ברייתא דמייתי בסוטה (דף י"ד ע"ב) סדר מנחות כיצד ומפרש התם הגשה קודם למליחה והתוס' נקטו סדר עבודה בקיצור אך דלפ"ז צ"ל דמה שנקטו והניף שגרא דלישנא דמתניתן דסוטה נקטו דהנפלה לא הוזכרה 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 בגזירין דז"א דממנ"פ פריך שפיר אי אמרינן הסברא מי איכא 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 כיון דבתרווייהו ליכא רק אזהרה ולא מיתה: שם ואלו שבמיתה: עיין בר"ן שהקשה למה לא תני ג"כ טבול יום שאכל תרומה וא"ל דתני ושייר וכן צ"ל ע"כ דהא שייר ג"כ נכנס לקדשי קדשים וחסר מסמני הקטורת ועוד אחרינא 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 הקסוה איכא מיתה למה לא קחשיב אותן בהדי חייבי מיתות ולפ"ז י"ל דשייר ג"כ הא וא"ל איך יש לומר דתני ושייר דהא אלו קתני וכה"ג פריך 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 דשייר ע"ש הרי דסברת התוס' דדוקא היכא דלא הוי צריך למיתני ואלו כגון גבי מעניקים דהוי מצי למיתני עבד עברי וכו' מעניקין להן הוא דאמרינן דע"כ האי ואלו פירושו דליכא רק אלו אבל היכא דואלו יש לו פי' בלא"ה כגון לפרוש ענינים בזה לא אמרינן דלמיעוטי אחריני אתי אלא אמרינן תני ושייר וא"כ הך ואלו שבמיתה דקאי אמתניתן דתני חייבי מיתות ב"ד וכמו שכל הרמב"ן בשרשים כנ"ל ג"כ לאו מיותר דכיון 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 ובזה א"ש מה דקתני במכות (דף י"ג) ואלו הן הלוקין

וכתב רש"י ואלו ל"ד דתני ושייר לוקין טובא ולכאורה יקשה אם יש לומר כן דאלו ל"ד היכי אסיק ר"ל בתיובתא מכח קושיא מואלו אבל לפ"ז א"ש דכיון דאמרינן ריש מכות דתנא אמתניתן דסוף פ' ואלו הן הנחנקין קאי א"כ לאחר דתני בסנהדרין ואלו הן אכל חייבי מיתות ב"ד קתני במכות ואלו הן הגולין ואח"כ ואלו הן הלוקין וקמפריש ואזיל מה שהתחיל בסנהדרין וא"כ לא ממעטינן מהך ואלו מידי ושפיר אמרינן דתני ושייר: שם דכתיב ולא יחללו את קדשי ב"י: א"ל הא מצרכינן הך חלול לדרשת דשמעון אחי עזרי' בזבחים (דף י"ג ע"ב) ע"ש וגם לדידן להא דדרשינן שם (דף ג' ע"ב) דכבר כתבו התוס' שם דהך מקדשי ב"י נפקא אכן לפי דעת המהרש"א בתוס' ד"ה חלול דמהך דולא יחללו את קדשי ב"י דרשינן פסול נותר ופסול טומאה א"כ קשה איך למד גז"ש חלול חלול מתרומה הא לא הוי מופנה כלל לא גבי טבל ולא גבי תרומה דמצרכינן למעט תרומה טמאה כדדרשינן לקמן פרט לזו שמחוללת ועומדת וגז"ש שאינה מופנה כלל אין למדין ממנה כדאמרינן (בפ"ג דנדה) וי"ל כמו דדרשינן מלא יחלל שם ב' חלולים והיינו משום דהוי מצי למיכתב לא תחל וכאמרינן לעיל (דף ע"ו ע"א) כן דרשינן ג"כ בתרומה ומיותר חד חלול בתרומה לגז"ש וגז"ש המופנה מצד א' למדין ממנה: שם ונילף חלול חלול מנותר: ק"ק הא לענין מיתה או כרת ליכא נפקותא לדידן דדין שמים הוא וקמי שמיא גליא וגם לענין מלקות ליכא נפקותא דאתרוייהו לקי ולא הוי נפקותא רק לענין קרבן דאשגגת כרת מייתי קרבן ואשגגת מיתה לא וא"כ מאי מקשה דנילף מנותר הא 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 ולא משום טומאה.

דזרות וטומאה מחד קרא נפקא אזהרה דידהו: ק"ק דהתינח לדרשה דסתם גמרא אבל לדבי ר' ישמעאל דיליף 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 כתיב בו מנ"ל כן ודוחק לי לומר דהם יחלוקו אדין זה ועוד דהא הך מתניתין ע"כ ר' ישמעאל היא דקתני זרות בהדי אחריני דבמיתה בידי שמים ורק ר"י סובר כן לקמן (דף פ"ד) בברייתא דלר"ע ור' יוחנן בן נורי הוא במיתה ב"ד וחכמים דמתניתין דלעיל הם ג"כ ר' ישמעאל וצריך לדחוק עוד דקסבר כוותי' בחדא ופליג עלי' בחדא: שם בא"ד.

וכיון דזרות וטומאה מחד 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 מזר ותירץ דניחא לי' לאתויי בגז"ש כדי ללמד אבעל מום משום דאי אתיא בהיקשא ה"ל דבר הלמד בהיקש שאין חוזר ומלמד בגז"ש ע"ש אכן אכתי ק"ל אהך מקשן הו"ל להוכיח בפשיטות דאיכא מיתה גבי טמא כיון דע"כ ידע מהך היקשא כדמוכח מהך ולא משום טומאה דקתני במתניתין ובזה לא הוי שייך תירוץ הר"ן וי"ל דסמיך אקושיא אחריתא דאם נאמר דיליף מהיקש מזר יקשה בעל מום מנ"ל: שם ד"ה אבל ערל.

שמתו אחיו מחמת מילה: וכן כתב ג"כ לקמן (דף פ"ד) והא דהוצרך לפרש דוקא בכה"ג ולא ג"כ בערל שלא מל במזיד נ"ל דבריש ה' מילה כתב הרמב"ם דאין חייב כרת עד

שימות ודעת הראב"ד שם דבכל יום עומד באיסור כרת ונ"ל דפליגי היכי דמל אחר שכבר נעשה גדול דלהרמב"ם לא מיחייב דאיסור כרת לא חל 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 כרת על אותו פעם שעבר כן יש לבאר פלוגתתם לפענ"ד אף שבכ"מ לא משמע כן וא"כ י"ל דדעת רש"י ג"כ כדעת הראב"ד וא"כ האי ערל ע"כ בכה"ג שלא מל מחמת אונס דאי במזיד לא מל הרי חייב כרת לעולם אף כשמל אח"כ וא"כ למאי נפ"מ האי דקאמר דערל אין בו מיתה הא בלא"ה איכא כרת 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 כולה סוגיין וי"ל דאברייתא לא יקשה די"ל דהך ברייתא אתיא כמ"ד דאין איסור חל על איסור ולכן לא חל איסור טומאת הגוף איסור 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 בחולין (דף ק"א ע"ב) אבל אשמואל פריך 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 ופריך שפיר ובלא"ה מלישנא דשמואל גופא מוכח כן דקאמר מניין לכהן טמא שאכל תרומה טהורה שהוא במיתה שנאמר וכו' וכיון דשמואל לא אתי לאשמעינן הך דין גופא שהוא במיתה רק הדרשה דמיחייב ממנה א"כ ל"ל להשמיענו פרט הדין דתרומה טהורה ורה 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 משכחת לה לפי מה דאמרינן בנזיר (דף נ"ו ע"ב) אמר ר"א משום ר"י כל טומאה מן המת שנזיר מגלח עלי' כהן מוזהר 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 משכחת דטמא ששימש יהי' במיתה היכי דלא מחוייב משום ביאת מקדש כגון שנטמא בטומאה שאין נזיר מגלח עלי'.

ודוחק לומר דקושית הש"ס לר"מ דפליגי שם ואמר דלא תהא זו קלה מן השרץ דאם יש סברא לומר כן 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 ליכא ועכ"פ יקשה אקושית התוס' דהכא ואמה שכתבו הראב"ד והרמב"ם בפ"ד מה' ביאת מקדש לענין טמא וטבול יום ששמשו וצ"ע: שם בא"ד.

כדאמר לעיל מי איכא מידי: לפי מש"כ לעיל דקושיא זו דמי איכא מידי רק לפי מאי דס"ד דהא דממיתין אותו הוא רק דרבנן אבל לפי האמת דהוא מדאורייתא לא שייך להקשות כן א"כ גם כאן א"ש ולא צריך לומר דתוספתא זו פליגא אמאי דמוכח בכ"מ דלא חייבין אביאה ריקנית: שם בא"ד. ושמא ההיא פליגא: כבר העירותי במקום אחר

דבזה י"ל דפליגי ג"כ ר' אליעזר ורבנן בפ"ג דפרה אי עבודת פרה צריך ריחויץ ידים ורגלים: שם ד"ה חלול.

לא היתה גז"ש אלא היקשא: ק"ק הא בזבחים (דמ"ח ע"א) מסקינן דלכ"ע היקש עדיף מגז"ש ואף דבגיטין אמרינן אפכא כבר הקשו התוס' שם ותירצו ולא מיבעי' דקשה לפי תירוץ שני של התוס' שם אלא דגם לפי תירוץ הראשון שם דרק לענין אין גז"ש למחצה אמרינן דהיקש עדיף ג"כ תיקשי דהא גם הכא הגז"ש דתרומה אינה מיותרת דצריך למילי טובא כדלקמן: שם בא"ד.

דלא בעי למילף טמא ששימש מנותר ולפענ"ד י"ל דהגמרא סברה דע"כ מהאי לא יחללו את קדשי בני"י ליכא למילף גז"ש דאיך נאמר מה חילול דהתם בכרת אף כאן בכרת דהא שם איכא ג"כ במשמע טבל שהוא במיתה וא"כ חלול דהתם לאו כרת דוקא הוא וע"כ דיליף ממקדש ה' חלל דכתיב בנותר לחוד וע"ז מתרץ שפיר חלול דרבים מחלול דרבים עדיף וקרוב לזה כתבו התוס' גם רפ"ב דזבחים ע"ש: שם בא"ד.

וצ"ל דאע"ג: בריש פ"ב דזבחים (די"ז ע"א) תירצו התוס' עוד אקושיא זו דלא שייך למילף רק מאותו דכתיב העונש גבי לשון חלול כמו בכל הני דלקמן ולא מלא יחללו דהתם לא כתיב עונש דכרת: שם ע"ב בגמרא מנין לטמא ששימש שהוא במיתה: א"ל דהא קרא דתרומה מצרכינן לגופא ולגז"ש דטבל כנ"ל וגם הך חלול דטמא ששימש מצרכינן לגופא דמחלל עבודה כדאמרינן בזבחים (דט"ו ע"ב) די"ל דאכתי חד חילול מיותר לגז"ש דהוי מצי למיכתב לא יחלו וכתוב לא יחללו אכן אכתי קשה דהא מצרכינן ב' חלולים לדרשא דלוי שהביאו התוס' לעיל אחד פסול טומאה ואחד פסול נותר ובשלמא לגירסת מהרש"א א"ש אבל לגירסת מהרש"ל קשה וכמדומה שזה הוא מה שהקשו התוס' והניחו בתימא שם בזבחים בסוף ד"ה אלא למעוטי ע"ש ואף שכתבו הא אצטריך חלול לשון רבים דמשמע דמקשו דחלול לשון רבים לא מיותר לדרשא מדצריך כאן כדי שנאמר חלול דרבים מחלול דרבים עדיף ולא נילף מנותר ע"כ לא לכך כווננו דהא הך דרשה דלוי אתיא מדכתיב ולא יחללו ולא יחלו והך לשון רבים הוא מדכתיב יחללו ולא יחלל וא"כ לא מקשו מידי אלא ע"כ דכוונתו בחלול לשון רבים דב' חלולים צריך לגז"ש והיינו קושיתנו.

ונלפע"ד ליישב קושיא זו דהנה הר"ן הקשה כאן ל"ל קרא דוהזר הקרב יומת למיתה בזר תיפוק לי' דהא זר אתיא מהך קרא דוינזרו דאתיא טומאה מני' כדאמרינן בזבחים שם וא"כ ולא יחללו אתרווייהו קאי ונילף תרווייהו מתרומה וכן הקשה אפכא דהשתא דאית לן קרא בזה ל"ל גז"ש בטמא ניליף בהיקשא מזר ונ"ל דע"כ הוצרכה הש"ס להביא הני דרשות לקמן פליגי ר"י ור"ע וריב"נ דלר' ישמעאל זר ששימש במיתה בידי שמים ולר"ע בסקילה ולריב"נ בחנק וא"כ הך ברייתא דהכא דקתני זר בהדי הני דבמיתה בידי שמים ע"כ ר"י היא ולכן לר' ישמעאל לשיטתו ע"כ הוצרך הש"ס קרא אזור וטמא למיתה דהא ר' ישמעאל לית לי' דהך וינזרו אזור נמי קאי אלא יליף אזהרה לזר מוזר לא יקרב אליכם כמבואר שם אבל לוי ג"כ לשיטתו קאי דהוא מ"ד דרשא דוינזרו שם וא"כ לא מצריך גז"ש דחלול לטמא ששימש דאתיא מהיקשא מזר ולכן שפיר יליף מב' חלולים חלול טומאה וחלול נותר ומתורץ ג"כ קושית התוס' אכן כ"ז לא שייך רק אי דרשא

דלוי דבב' חלולים הכתוב הדבר מקרא דוינזרו אתיא וכגירסת המהרש"ל שהיא גם גירסת התוס' שם כדמוכח אבל לפי גירסת המהרש"א דדרשה זו מטבל אתיא א"כ מיותר חד חלול דקרא דוינזרו לגז"ש ושפיר קשה כקושית הר"ן ל"ל גז"ש נילף מהיקשא דזר וע"כ צ"ל כתירוצו דצריך הגז"ש כי היכי דנילף 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 ששמש מתרומה וא"כ ע"כ ילפינן בעל מום מטמא ששמש דאי מנותר יקשה כקושית הר"ן דגז"ש ל"ל נילף מהיקש שם אדרבה מנותר ה"ל למילף שכן קדש פנים: ק"ל דהוי לי' למיחשב ג"כ שכן אינן פירות משא"כ בתרומה דהא פירות קחשיב ג"כ לעיל לענין טבל ועוד ה"ל למיחשב חוצה לארץ דטמא ששמש ונותר נהגו במשכן ובבמה משא"כ בתרומה וכדחשיב לעיל וביותר קשה דהא השתא הוי הנך דנותר נפישין מהנך דתרומה וא"כ מאי מתרץ חלול דרבים עדיף דלפי מה שנראה מהתוס' לעיל (דנ"ב ע"א) בד"ה הנך נפישין נגד נפישין לא אמרינן עדיף: שם תנהו ענין לטבול יום ששימש: ק"ק הא מצרכינן למילף עבודות שאינן תמות מהך קרא כדאמרינן לעיל (ע"א) אזהרה ליוצק וכולל מנין ת"ל ולא יחללו וי"ל דהמ"ל ולא יחלו וכתוב ולא יחללו כנ"ל ואף דאכתי מצרכינן חד חלול לגופא דמחלל עבודה וא"כ אכתי איך ילפינן גז"ש מני' הא לא מופנה די"ל דמכ"מ גבי תרומה מיותר חד חלול לגז"ש ולא בעינן מופנה רק מצד אחד ואף דצריך הך דתרומה ג"כ לגז"ש דטבל מכ"מ כיון דמיותר לגז"ש מקרי מופנה וילפינן כל הגז"ש דנוכל למילף מינה: שם ויליף חלול חלול מתרומה: א"ל דנילף מנותר די"ל כנ"ל דחלול דרבים מחלול דרבים עדיף ואף דלעיל כתבנו דתירוץ זה לא שייך רק היכי דשוין אבל היכי דעדיף נותר לא ולענין טבול יום הרי עדיף נותר בחד מתרומה דבציר ליה מקוה דטבול יום אין מקוה מטהרו אלא ביאת שמש מ"מ י"ל כיון דלפי מש"כ התוס' בד"ה ויליף חלול טבול יום הוא ג"כ בכלל טמא לענין תרומה א"כ ילפינן מטבול יום דתרומה דשוה 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 צריך 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 הנך דבמיתה וכן הקשה הר"ן לעיל סוף פ' כה"ג דליחשיב קרועי בגדים בהדי הנך דבמיתה לדעת הרמב"ם דהוא במיתה ולפמש"כ לעיל דע"כ צ"ל תני ושייר גם זה א"ש ומתורץ קושית הכ"מ ג"כ שהקשה אותה כבר הר"ן לעיל שם.

עוד י"ל בישוב קושיא זו דהנה הרמב"ם (בפ"א מה' ביאת מקדש הלכה ח') כתב דפרועי ראש לא מיחייבי רק בשעת ביאה משום דילפינן משתויי יין והראב"ד השיג וסובר דגם שלא בשעת ביאה מיחייב ונ"ל דהרמב"ם מוכיח דדוקא בשעת ביאה דהיינו לשימוש דאביאה ריקנית ודאי לא מיחייב כנראה גם מכס"מ שם מיחייב מדקתני בברייתא ופרועי ראש ובודאי דאשימש דקתני ברישא קאי כמו אחרוני דקתני בהדייהו וא"כ הרי קתני בפ' דדוקא אשמוש מיחייב ולא בלא שמוש והיינו כהרמב"ם אכן דלא תקשה באמת מנ"ל להברייתא כן נ"ל דלזה הוצרך לקרא דיחזקאל דמקרא דתורה סתמא כתיב ולא



פרט ב' עבודה דוקא ולכן מצינו לפרושי כדעת הראב"ד אבל בקרא דיחזקאל כתיב אחר שתויי יין בבואם אל החצר הפנימית הרי בפירוש דלא תלה הכתוב רק בביאה גבי שתויי יין וכן בתורה וא"כ ה"ה גבי פרועי ראש דאיתקש ליה ולכן שפיר צריך לאתויי הכא קרא דיחזקאל לתרין למה דלא מיחייב רק אשמוש דוקא ולכן לא קאמר ר"ח על זה דבר זה מתורת משה רבינו לא למדנו כדקאמר אערל דדבר זה ודאי אתיא מתורת משה רק דמשם הוי מרבין מיתה לכל כהן אפילו אינו עובד וגמירי דדוקא עובד מיחייב ולכן אתי יחזקאל ואסמכיה אקרא כדאמרינן לעיל (דף כ"ב ע"ב): שם איתקש פרועי ראש לשתויי יין: בתוס' זבחים (די"ח ע"א) הקשו ל"ל מיתה גבי שתויי יין נילף 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 כתיבי 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 שיביא כפרה: ואף שרוב הטומאות לא צריכים כפרה דהא רק ד' מח"כ הם זב וזבה יולדת ומצורע מכ"מ מוכיח שפיר דהא קרא בהני איירי דכתיב איש איש מזרע אהרן והוא צרוע או זב. אכן זה לא שייך רק למ"ד ביבמות (דע"ד ע"ב) דזב בעל ג' ראיות ומצורע מוחלט דבר הכתוב אבל למ"ד דבעל ב' ראיות ומצורע מוסגר לא מוכח מהא כלל גם לא ידעתי למה שבק רש"י דרשת הש"ס שם לעשות לו דרשה חדשה דהא שם יליף מאיזהו דבר השוה בזרעו של אהרן דקרא בתרומה איירי: שם ד"ה בן נכר כהן מומר לע"ז: ק"ק למה לא קחשיב גם בן נכר בהדי ערל בכרייתא 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 בזבחים (די"ח ע"ב) וכתב דבסתם ערל איירי לא השיג כאן ולכן א"ש ג"כ דלא קחשיב בן נכר דהוא בלא"ה בכרת מטעם עע"ז ושאינו עובד כבר נשנה במתניתן סוף מנחות ע"ש: שם בתוספות ד"ה פרט לזו.

דמשכחת לה בתרומה שלא הוכשרה: פי' אבל בקדשים לא שייך לומר כן דחיבת הקודש מכשירתן כדאמרינן בחולין (דל"ג ע"א) אכן גם הא צריך לפרש דוקא שתחב לו בבית בליעתו דאל"כ נכשר ברוק שבפיו ועיין סוף פ"ג דמכשירין ואף אם נחשב הכשר זה שלא לרצון מכ"מ כיון שמשקין היוצאים מן הטמא משקים טמאים הם לא בעי רצון דמשקים טמאים מכשירים שלא לרצון כמבואר בכמה מקומות ועוד הוי מצי התוס' ליישב דמשכחת כגון שנטל התרומה באותן דברים שהם לא יד ולא שומר שנשנו בפ"א דעוקצין כגון שרשי קולחי כרוב וכדומה מה ששייך לענין תרומה דאז לא נטמאת התרומה דלא מטמא ולא מיטמא ולענין קדשים לא משכחת בכה"ג אלא דגם לענין קדשים הוי שייך בכגון שתחבו בכוש או בקיסם: שם ד"ה ולטבול יום.

וטהרה לטבול יום: ואף דהך קרא לענין קדשים איירי כדמוכח שם אבל לענין תרומה לא מקרי טבול יום טמא דהא אמרינן וטהר טהר גברא והרי יותר מדמינן בגמרא הכא

טמא ששמש לתרומה מלקדשים י"ל דטעמא דהש"ס משום דחלול דרבים מרבים דרבים עדיף אבל כיון דקושית התוס' דולא יחללו גבי טבול יום לא ליכתוב א"כ ליכא כאן 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 דודאי לענין טומאת הגוף אין סברא לאוקמי לקדשים יותר מלתרומה דהא גם בתרומה טמא אסור וכיון דע"כ התירה התורה לטבול יום או תרומה או קדשים אין סברא להתיר תרומה ולאסור קדשים יותר מלומר אפכא אבל מקרא דטומאת בשר פריך שפיר כיון דהתם כתיב ב כל טמא א"נ ודאי גם טומאת מחוסר כפורים רבתה התורה לטמא הבשר ואיך אפשר לח"כ לאכול קדשים הא נטמא בנגיעתו ולכן ע"כ קרא גבי קדשים אסור מח"כ וגבי תרומה התיר ועיין מש"כ בספרי ע"ל שם: שם בא"ד.

נפקא לן שפיר מח"כ מוטהרה מכלל שהיא טמאה: לפי מש"כ לעיל דלא מרבינן התם דמח"כ יותר טמא לאכול קדש מלאכול תרומה משום דבקדש כתיב 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"כ פ"א דטבול יום אסור ואכילת קדש שאני משום דהתם כתיב בכל טמא ואף דלענין מח"כ ילפינן לקמן דעובד חייב אלמא דילפינן מדגלי רחמנא דאסור באכילת קדש י"ל דהיינו השתא דכתיב קרא לאסור מח"כ במקדש ג"כ אז מוכח שפיר דגם בקודש לא הוי טעמי' מכל קדש אבל בלא"ה לא: שם בא"ד.

ואין לתרץ נמי: עיין במהרש"א ובסוף דבריו הניח בצ"ע דא"כ דמח"כ 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 שייך לאוקמי במח"כ כיון דקאי אלנפש לא יטמא דכתיב ברישא ובטומאת מת לא שייך מח"כ וכמו שכתבו גם התוס' בתירוצם: שם בד"ה רמז לטבול יום.

הוי מצי למילף מבינייהו: ודאי אכתי מצריך קרא למיתה דלא מציינו לילף מיושב דביה גופא ליכא מיתה וקושית התוס' אינה רק דחלול לא הוי צריך למילף ר"ס מניה אכן י"ל דלעיל הקשינו הא קרא לא מיותר דצריך חז לגופא דמחלל וחד לדרשא דלעיל דיוצק וכולל מנין וא"כ אכתי גז"ש מנ"ל.

ולפ"ז י"ל דבאמת ילפינן חילול מיושב ומחז מהנך ומיותר קרא שפיר לגז"ש והא דמצריך ר"ס להביא קרא דולא יחללו היינו משום דנקט הדרשה היותר פשוטה דכה"ג אשכחן טובא בגמ' כמש"כ התוס' במ"ק (ד"ז ע"א) ע"ש אבל לעולם עיקר דרשה דמחלל במה הצד אתיא: שם בד"ה ויליף חלול. משום דטמא וטבול יום מחז קרא נפקא: כן כתב ג"כ רש"י בזבחים (דט"ז ע"א) אכן אדבריו שם ק"ק דהא כתב כן אם אכתי לא ידעינן דקרא דולא יחללו גבי ט"י איירי וא"כ גם בתרומה לא נאסר ט"י דהא לא גמרינן בתרומה רק מט"י שעבד וי"ל דלא כתב כן דאיירי גם בט"י רק לפי האמת דמוכח דקרא דולא יחללו גבי טמא דט"י איירי דפסול בתרומה כמו טמא דאיירי בי' קרא דתרומה והא דכתב גם בט"י היינו לפי האמת שם בא"ד.

כדנפקא לן מוינזרו כל דאקרי טמא: ק"ק דאכתי איך בעי למילף לקמן בעל מום מתרומה בגז"ש דחלול הא בתרומה גופא בעל מום לא פסיל: שם בד"ה אין בגדיהן. לא הוי ילפינן ממכנסים דלא כתיבי 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 דולא ישאו עון ומתו ועוד ק"ל דא"כ דמכנסים לא הוי בכלל אין בגדיהם עליהם אם כן 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 מייתי הכא קרא דולא יחלל דנ"ל דוחק מאי דמתרין דדבר דאתיא מן הכלל אין דנין אותו בגז"ש: שם אלא מטמא שמש: 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 שמש היא גופא קשיא דנימא אפכא ונילף טמא שמש מבעל מום דג"כ בכרת דדמי ליה בה' דהיינו פסול הגוף קודש פנים פיגול נותר ולתרומה לא דמי רק בד' דהיינו גוף טמא מקוה ברבים ובזה אין לומר דאדרבה נילף מתרומה דחלול דרבים מחלול דרבים עדיף כדלעיל דזה לא שייך רק כשהם שוים ולא בזה דנפיש בעל מום מתרומה דהכא איכא ד' והכא ה' ועוד הא כתבו 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 כיון דלא צריך לא למעט בעל מום ולא למעט מעילה: שם אף כאן 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 בחנק ומאן דס"ל הכי ע"כ ס"ל הסברא דאין לך הדיוט גדול מזה כדמוכח 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 כנ"ל איכא היקשא דזר וטמא שמש להדדי והוי מצי הש"ס למילף טמא שמש בהיקשא מזר רק דצריך לכתוב בטמא שמש בפ"י כדי שנלמוד בעל מום מניה והרי רבי הוא דילף בעל מום מטמא שמש ומנ"ל דילפינן טמא שמש 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 אחריןא וכדתנא דבי ר' ישמעאל בזבחים (ד"ז ע"א) אבל דברי הר"ן צ"ע כיון דפריך דנילף טמא שמש מזר בהיקשא ולפי מה שכתבנו פשוט הוא דקושיא זו ל"ק לרבי כיון דלדידי זר בסקילה וע"כ לא קשיא לרבי א"כ מאי מתרין כי היכי דנלמוד גז"ש דבעל מום מניה הא רק רבי יליף בעל מום מטמא שמש ולרבי בלא"ה כקושית הר"ן ל"ק: שם אף כאן בחנק: ק"ק כיון דר' יוחנן בן נורי סבר דנביא שהדיח בחנק וא"כ ע"כ ס"ל הסברא דאמרינן לקמן (ספ"ט) דסתם מיתה שבתורה אינו אלא חנק וא"כ גז"ש מנביא שהדיח ל"ל דבחנק בלא"ה ג"כ ידעינן כן מדכתיב סתם מיתה וי"ל דאי לאו גז"ש ה"א דילפינן זר בגז"ש דחלול חלול מתרומה דבמיתה בידי שמים דהך דלא יחללו קאי אזור כמו אטמא וכקושית

הר"ן דלעיל לכן ע"כ צריך גז"ש דיומת להורות ע"י גז"ש שהוא בחנק: שם ור"י סבר דנין הדיוט מהדיוט: א"ל כיון דרבי ישמעאל ע"כ יליף מדלא דמי א"כ מנ"ל לילף מכל הקרב דוקא לילף ממסית וכדומה דכתיב ג"כ גביה ומת והוא במיתת ב"ד די"ל דודאי היכי דנוכל לילף לקולא ילפינן כן דרק במיתה ביד"ש הוא ולא במב"ד ורק לר"ע מקשה מטעם זה דלילף מכל הקרב וכיון דר"ע נתן טעם דמדדמי ליה ילפינן הוצרך ג"כ טעם לר"י אבל כיון דלר"י שוין הן ודאי ילפינן לקולא: שם ואין דנין הדיוט מנביא: ק"ק דהכא משמע דנביא חמיר מהדיוט ולכך לא ילפינן מניה ולקמן (דף פ"ט ע"ב) בהא דקאמר שם דאין דנין 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 כזר והכס"מ כ' שם דלוקה משום דהוי אזהרה מדברי קבלה ולוקין אקבלה אבל אי אפשר לומר כן דבהדיא אמרינן בבכורות (דט"ו ע"א) דמכח הילכתא איסורא איכא לאו ליכא וכן כתב בפ"י הר"ן בפ' כלל 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 כיון דיחזקאל ע"כ לא חידש איסור זה ובדאורייתא לא כתיב ואעפ"כ קרי ליה אזהרה בברייתא דלעיל ע"כ ההלכתא כזר משוי ליה ויחזקאל אסמכי' אקרא אבל אהלכתא אין לוקין: שם ד"ה ולא לשיבה.

דכיון דלא נבחר ה"ל כזר: כן דעתו ג"כ בזבחים 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 נילף דהא גם בחלול כתיבי קראי טובא. ולפענ"ד עוד יש להקשות דבברייתא שם יליף עכוב מדכתיב העומדים שנה עליו הכתוב לעכב ול"ל כיון דילפינן מזר ולכן י"ל דבאמת עכוב משם אתיא ולא מדהוי זר דזה לא שייך רק היכא דכתיב כהונה וכמו שכתב גם הר"ן בשמעתין והא דמקשה אימא מה זר במיתה אף יושב במיתה היינו במה מצינו נילף כן וכפי נוסחת רש"י ק בפ"י רש"י שם ומה שהקשו התוס' שם דגבי ערל ואונן נמי היה לו להקשות צ"ל לפ"ז דחדא מנייהו נקט ובתירוץ הגמרא מתורצים גם אלו.

ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה הבה"ז בזבחים 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 ולילקי משום לאו דזר ולפ"ז י"ל דדעת הרמב"ם ג"כ הכי דליכא משום זר וכדעת הר"ן: שם בד"ה בו ולא במעילה. גז"ש דחטא חטא מתרומה: הוצרך לזה דע"כ רבנן גמירי לגז"ש דאל"כ ל"ל בו למעוטי וא"כ יקשה גז"ש למאי אתי וע"כ הוצרך לפרש דלאזהרה אתי אכן דעת הרמב"ם (ריש ה' מעילה) דאזהרה למעילה מלא תוכל לאכול בשעריך אתיא ומכ"מ לא מיותר גז"ש דחטא חטא דצריך למילי טובא במעילה (דף י"ב ע"ב) ע"ש: שם בתוספות ד"ה וכל דבר.

דילפינן שתויי יין חוקה חוקה: לזה ודאי לא דמי דהא דאמרינן דדבר הבא מכלל אין דנין בגז"ש היינו משום דלא שייך למילף בגז"ש אלא היכי דהתיבה שנמסר לגז"ש כתיב בפירוש ולא היכי דאתיא מכלל אלא הכא לענין חוקה הגז"ש כתיבא בפ"י רק דדין הנלמד בגז"ש אתיא מכלל אלא איכפת לן דהא שפיר ילפינן בגז"ש דין דלא כתיב

בו רק אתי מעלמא כגון דבר הלמד בגז"ש דחוזר ומלמד בגז"ש רק דלענין הנהו דכתיב בהו ולא יחללו שכתבו התוס' עוד לא שייך חילוק זה ושם יש לחלק דהתם לא מיקרי אתיא מכללא דהא הך ולא יחללו בהדבר גופא כתיב דהיינו בטמא ששמש דילפינן מתרומה בגז"ש אבל לענין אונן דהך חילול דנילף בגז"ש לא כתיב גבי כהן הדיוט כלל רק גבי כה"ג ומכללא אתיא לכהן הדיוט לכן שפיר מקרי אתיא מכללא ולא ילפינן בגז"ש רק דעל זה הקשו עדיין מהא דתורם מרעה על היפה דתרומתו תרומה דילפינן בתמורה (דף ה' ע"א) מלא ישאו עליו חטא דנילף חטא חטא מתרומה דבמיתה ותירצו דהתם הוי ג"כ דבר הבא מן הכלל 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 מכללא כיון דקאמרה התורה דלא יעבדו בטומאה למען לא יחללו א"כ כתיב דאם יעבדו יחללו דהיינו מה שציותה התורה שלא יעבדו כי 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 הכלל: שם בא"ד.

ועל זביחה הראוי דייקנן: הכא גבי ולא יחלל לא שייך לומר כן דנילף ולא יחלל דפירושו מיתה מתרומה והדר נילף מכללא כהן הדיוט דכיון דבכה"ג ליכא מיתה לא שייך למילף מתרומה דולא יחלל פירושו מיתה: שם ד"ה גמר חטא. אבל קדשי בדק הבית דקדושת דמים לא: לכאורה י"ל דזה תליא אי אמרינן דון מינה ומינה או דון מינה ואוקי באתרה דר"י בזבחים י"ל דסבר דון מינה ומינה ולכן בעינן הכל כתרומה אבל רבי הכא י"ל דסבר דון מינה ואוקי באתרה ובלא"ה רבי ס"ל כן במנחות (דף ק"ז ע"א) וכיון דכן לא ילפינן מתרומה רק עיקר הלאו וכיון דידעינן דהזיד במעילה לוקה אוקי באתרה כמו דאיכא מעילה בקדשי בדק הבית בשוגג כמו כן לוקין במזיד וכיון דפליגי תנאי בהכי בכמה דוכתי בש"ס לכאורה לא יקשה כקושית 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 בדק הבית משום מעילה יקשה ממתניתין דשם אתירויז זה וגם מה שהקשו שם (דף כ"ב ע"א) בד"ה אלא הכא ל"ק לפי תירוץ זה ופשוט הוא שקושייתם שם לפי מסקנתם הכא: פרק עשירי שם ע"ב במתניתין ואלו הן הנחנקין: עיין בר"ן שהאריך לבאר קדימת פרק כל ישראל יש להם חלק לעוה"ב לפני הך פירקא ויש ליישב גירסת הספרים דנקדים פרק זה משום דלאחר שסיים לבאר הסוגי' ג' מיתות הקודמים מבאר ג"כ אותן שהם בחנק ולאחר שסיים ד' מיתות מבאר אותן שאין עונשין ע"י מיתה רק ע"י שאין להם חלק לעוה"ב וכמ"ש רש"י ריש פ' חלק ואידי דתני דעיה"נ אין להם חלק לעוה"ב מפרש שאר דיני עיה"נ שלא פי' עוד ואחר כך תני מסכת מכות ואף דמתניתין דכיצד עדים נעשים זוממין קאי אמתניתין דזוממי בת כהן ובוועלה והרי לפ"ז מפסיק עוד מתניתין דפרק חלק אין זה זרות דהא ריש מסכת שבועות קאמרינן דמתניתין דשבועות קאי אמה דסליק במכות חייב על הראש שתים וגם שם מפסיק עוד במשנות רבות ע"ש: שם בגמרא אלא למ"ד חנק חמור מא"ל: ק"ק לפי דעת ר"ת בחולין (דף י"א ע"ב) דמיתה למיתה לא אזלינן בתר רוב א"כ אפשר דמכה אביו איירי בהורגו דא"כ איך מיחייב חנק דלמא לאו אביו הוא ואי משום דאזלינן בתר רובא הא גם אי לא

אזלינן מ"מ חייב סייף משום רוצח והרי ממיתה למיתה לא אזלינן בתר רוב ובמקום אחר הארכת בישוב דעת ר"ת על מכונה: שם חנק חמור מא"ל: ק"ק הא מ"ד דחנק חמור הוא ר"ש ולפי מה דמוכח לעיל (דף ע"ט ע"ב) סבירא ליה לר"ש כרבי ורבי מפקא מתנא דבי חזקיה וכמימרא דרבא שם וא"כ ר"ש ע"כ לא ס"ל לדחזקיה וקשה לדידיה קושית הש"ס דלקמן היקשא ל"ל וע"כ צ"ל דאתיא היקשא למכה אדם לרפואה פטור וא"כ ע"כ מוכח דמכה אביו ואמו לאו היינו הכאת מיתה דא"כ איך שייך דלרפואה פטור ולפי תירוץ קמא דהתוס' לעיל ד"ה ומפקא מדרבנן א"ש אבל לתירוץ בתרא קשה לכאורה: שם וכתוב או באיבה: הוצרך גם לפסוק זה דאי מקרא קמא ה"א דאדרבה הכא גלי קרא דמיתה הוא ומשם ילפינן בכל מקום אבל מדהוצרך הכתוב גם גבי או באיבה לכתוב וימות מוכח דדוקא באותן דגלי קרא מיתה בפ"ה הוא מיתה הא בשאר הכאה בלא מיתה: שם ה"א אפילו נפלים: זה ודאי דבכלל אדם אין נפלים בכלל מדצריך ר' ישמעאל לעיל (דף נ"ז ע"ב) קרא דבאדם לרבות עוברים וא"כ לכאורה קשה ל"ל דכתיב מכה איש ועי"כ הוצרך לכתוב ג"כ כל מכה נפש לרבות קטן לכתוב קרא מכה אדם ולא בעי נפש דבזה הוי קטן בכלל ולא נפלים אכן לפי מה שחילקו התוס' בד"ה הוי אמינא בתירוץ א"נ בין עובר לנפלים א"ש: שם ואימא אע"ג דלא עביד ביה חבורה: ק"ק דא"כ יתחייב מכה או"א גם לאחר מיתה דהא לא ממעטינן לקמן (דף פ"ה ע"ב) אלא משום דלא שייך חבורה לאחר מיתה וא"כ גם במקלל ידעינן לאחר מיתה דהא לא הוי ממעטינן שם רק מדילפינן ממכה ול"ל קרא דאביו ואמו קלל לריבויא אע"כ מוכח דמכה היינו חבורה דוקא שלא שייך לאחר מיתה וי"ל דקושית הש"ס לר' יאשיה דהוא יליף שם מומקלל אביו ואמו ולא מבעיא ליה לטומטום ואנדרוגינוס דנפקא מאיש איש ולא ס"ל דדברה התורה כלשון ב"א ולפי מה שכתבו התוספות רפ"ב דמנחות לכ"ע אית להו דדברה התורה כל' ב"א היכא דליכא למידרש בענין אחר וא"כ שפיר י"ל דאע"ג דלא עביד חבורה וקרא דמקלל מוקמינן אז לטו"א ולא ילפינן מאיש] דאמרינן דברה תורה כלשון ב"א: שם דהא אי נמי הכחישה באבנים חייב: הא דפשיטא ליה בבהמה כ"כ דלא נימא דקרא אתי למעוטי דלא מיחייב בבהמה עד דעביד חבורה ה"ט דכיון דמה שמשלם בבהמה הם תשלומי נזק אין סברא שיחלק הכתוב בין נזק דאית ע"י חבורה לאין בו חבורה דהא עכ"פ הזיק ולכן מסברא מוקי ליה לאדם דהיינו מכה או"א שאין משלם ההיזק: שם אי הכי אחר נמי: א"ל כיון דלפי המבואר ביו"ד (סי' של"ו) איכא מ"ע לרפאות חבירו וא"כ באחר דליכא רק ל"ת לחוד גם אי חובל ע"י רפואתו אתי עשה ודחי ל"ת משא"כ באביו דאיכא לאו דמיתה דאינו נדחה מפני עשה דאפילו ל"ת שיש בה כרת לא נדחית מפני ע' כמבואר ביבמות (ד"ו ע"א) די"ל דלא שייך בזה דחייב דבעידנא דקעבר אלאו דחבלה לא מקיים ע' דהא ע"י החבורה אינו מרפאו: שם והדתנן 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 קמיירי: אבל ארוסה בוועלה בסקילה לא הוצרך לפרש כן רק לר"ש דס"ל דגם ארוסה יצאת לשריפה דשריפה חמור מסקילה אבל לרבנן לא הוי הדין דב"כ רק

בנשואה וכו' בלא"ה לא אתיא מתניתן כיון דסבר לקמן (דף פ"ט ע"ב) דמדיחי עיה"נ ונביא שהדיח בחנק א"כ ה"ל להמתניתן דהכא לחשבינהו אכן ק"ק דהא גם גבי נסקלין לא חשבינהו וממנ"פ ה"ל סקילה כרבנן או חנק כר"ש וא"ל דהוי בכלל מדיח דהא דין דנביא שהדיח עם מיתתו כתיב בפרשה לבדו וכש"כ דהוי ליה לחשבו מדחשיב הכא הבא על א"א ובוועל ב"כ ואולי בפלוגתא לא קמיירי: שם בתוספות ד"ה איש.

י"ס שכתוב בהן אשה לא: נ"ל דהגורסים כן גרסו גם לעיל כל מכה נפש דהשתא א"ש מה שהקשו התוספות לעיל מגמרא דנדה דילפינן קטן מואיש כי יכה גם מה דקשה לכאורה עוד הקרא דכל מכה נפש למאי אתי ולפ"ז אתי שפיר דואיש כי יכה אתיא לקטן וכל מכה נפש לאשה והכא דגרסינן אשה לא גרסינן ג"כ כל מכה נפש ורק גירסת הש"ס דלפנינו דגרס קטן לא וגם כל מכה נפש והך ע"כ אי אפשר לומר כן 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 כן דבאשה אינו במיתה א"כ איך שייך קרא דואם אסון יהיה 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 הכחישה. מידי דהוי אהכהו ע"י וצמתה: עיין בב"ק (דף פ"ו ע"א) דרק לרבא פטור מנזק אבל לאביי מיחייב וא"כ אין ראייה כ"כ דבלא הדרא איירי די"ל דרב ירמיה דהכא כאביי ס"ל: שם ד"ה מאן שמעית.

לשון הקונטרס כתבתי: 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 כיון דבתרוויהו איכא חד טעמא לפטור וע"כ בחד גלי קרא ומאי עדיף הך מהך: שם בא"ד.

וכ"ת לר' אבונה: עיין בב"ק (דף ל"ד ע"ב) שתירצו התוס' על זה דבאמת סוגיא דהכא לא אזלא רק לר' יוחנן אבל לר' אבהו מקלקל חייב גם באצ"ל ותירוץ זה לכאורה מוכח יותר מתירוצם דהכא דעל זה קשה כיון דאיסורי הנאה הם מה מקלקל שייך גבם הא גם קודם חבורו וביעורו לא היה שוה מידי דלא ראוי למידי ואדרבה בהבערה מתקן הוא דכל הנשרפים אפרן מותר ועושהו ראוי ליהנות מאפרו.

ולפי התירוץ דב"ק מתורץ ג"כ מה שהקשו התוס' בפסחים (דף ע"ג ע"א) בד"ה לדברי האומר מיהו אכתי ק' לר"י כו' ע"ש כיון דקושיתם שם לא קאי רק לר' אבהו כנרא' שם: שם בא"ד. דאיירי בטועה אלמא מחייבין מתעסק: עיין בכריתות (דף כ' ע"א) דלחד 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 כתב שם דמתניתן ר"ש היא וזה תמוה ביותר דבפי' כתיב ר"י ואולי

גירסת רש"י הי' ר"ש וא"כ ראית התוס' דהכא אינה ראייה אכן לא ידעתי למה הוצרכו התוס' להביא ראיות ממרחק הא מסוגיא דהכא גופא מוכח דע"כ פשיטא להש"ס דמתניתין דמחט אתיא ככ"ע דאל"כ מאי פריך אלא למ"ד חייב מא"ל דלמא מתניתין באמת לא כוותיה אתיא: שם בא"ד.

אי לאו דס"ל מקלקל בחבורה פטור: ראייה 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 כן והא 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 קפריך לקמן מיתבי ומה מי שמצווה להכותו ומהברייתא דהרוצה להרוג דדלמא היא איירי בדאיכא אחר אע"כ דגם בדאיכא אחר פשיטא ליה להתירא ומה"ט כתב הרמב"ם דהך שיעשה שליח בלשון אם הוא חזן הכנסת שדרכו להלקות דמשמע דשפיר יש אחרים רק הוא המיוחד לכך להלקות כדאמרין במכות (דף כ"ב ע"ב): שם א"ל ואחר מי התירו: ק"ק דלמא באחר ה"ט דאתי עשה דארבעים יכנו 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 לבזות או"א כמש"כ הרמב"ם שם (פ"ה מה' ממרים) אבל ביותר היה נראה לפרש דלקללו הוא קריאת הפרשה דוהפלה ה' את מכותך שקורין הדיינים בשעת מלקות כדאמרין במכות (דף כ"ב ע"ב) וזהו קללה ממש דהיא אלה הכתובה 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 דאף אם לא יוסיף קאי רק אמולקה שלא יוסיפו לו הא איכא פן יוסיף דנחשב פן לאו בפני עצמו כדאמרין ביומא (דף פ"א ע"א) ובכמה דוכתי ושפיר קאי גם אשאר מכה וי"ל דהך פן יוסיף מוקמינן מסברא לאזהרה אמכה אביו דמצינו לו כבר עונש ואכתי לשאר מכה אדם מישראל לא ידענו אבל השתא דאיכא ק"ו איכא גילוי מילתא דקרא דלא יוסיף לא בלבד אמולקה קאי אלא גם אשאר הכאה.

ובזה מתורץ מה שהקשו התוס' בד"ה הא בכנו הא אין מזהירין מן הדין דהשתא לאו מן הדין מזהירים אלא מקרא יתירא דפן יוסיף אלא דאי לאו ק"ו לא הוי מוקמינן קרא לאביו והק"ו לא אתי רק לגלות דקרא גבי אביו מיירי גם מתורץ בזה תמיהת התוס' ד"ה הכהו הכאה דהשתא אביו לאו מקרא דלא יוסיף אלא מפן יוסיף אתיא ומלקות הוא מלא יוסיף דע"י הק"ו ידעינן דקרא גם בשאר מכה איירי: שם אחר גברא קטילא הוא: ק"ק דא"כ אביו נמי ורש"י לקמן סוף הסוגיא פי' דאביו ה"ט דעכ"פ חי הוא ושייך חבלה גביה ולפ"ז גם זה א"ש אכן אכתי הו"ל לפרש כן גם הכא ועוד קשה איך ס"ד דמשום דגברא קטילא הוא לא יתחייב המכהו הא היוצא ליהרג חשבינן ליה כחי לכל דבר כדאמרין (סוף פרק קמא דערכין) דנודר ומעריך ומקדיש ומזין עליו מדם חטאתו ומדם



אשמו וע"ק השתא דאכתי לא ידע מהך דרשה דהמקויים שבעמך גם אי הוה גברא קטילא מנ"ל דלאחר מיתה פטור דהאי קרא דמכה סתמא כתיב ועוד מאי מקשה מהא דרב ששת דביישו ישן ומת דהתם דין הוא שיתחייב מפני שמתביישין בניו אבל מה ענין בזה להתחייב במלקות עליו מדין מכה ונ"ל דכיון דמתרץ דבהכהו הכאה שאין בה ש"פ איירי ע"כ לפי מאי דס"ד השתא הוי איירי בהכאה שיש בה ש"פ דמשלם חמשה דברים ולא לוקה וזה ידוע דנזק שמין כפי מה דשוה למכור בשוק כדאמרינן בב"ק (פ' החובל) ובערכין (ס"פ קמא) אמרינן דהיוצא ליהרג לא נידר מפני שאין לו דמים וא"כ הכי מתרץ דבאחר ה"ט דלא מיחייב מפני דאין כאן ממון דגברא קטילא הוא וא"כ אין כאן נזק ושבת ורפוי בלא"ה אין כאן ולכן אין משלם ואהא מקשה דהא אמר ר"ש דביישו ישן חייב משום דמתביישין בניו וזה שייך ג"כ כאן ואכתי ישלם בושת וגם צער שהוא נכלל בכלל חייב דאמר ר"ש וכמו שכ' הר"ן ולהכי צריך לתרץ דלענין מלקות איירי ולהכי א"ש דלענין לא צריך לפרושי טעמא הא דמיחייב דהך טעמא דגברא קטילא לא שייך רק לענין ממון ובהכי א"ש ג"כ דלא תקשה ממאי דמסקינן הכא דגברא קטילא הוא אמה דאמרינן לעיל (דף פ"א ע"א) מ"ד גברא קטילא הוא קמ"ל: שם אמר רב מרי בעמך במקויים שבעמך.

לכאורה לפי המסקנא לא קאמרינן עוד דדרשה דעושה מעשה עמך וצריך עיון דהא ביבמות (דף כ"ב ע"ב) נקיט בש"ס בפשטות לדרשה קמייתא דעושה מעשה עמך וכן לעיל (פ' ד' מיתות) והרמב"ם נקיט ב' הדרשות יחד בפרק ה' מה' ממרים וגם זה ק"ל איך אפשר לדרוש ב' דרשות מחד קרא גם לכאורה הל"ל אלא אמר רב מרי.

והנלפע"ד דרב מרי לא בא לחזור מהך דרשה דעושה מעשה עמך אלא לפרושי אתי דמדכתיב בעמך דרשינן ג"כ המקויים שבעמך וא"כ לא מיחייב אלא בעושה מעשה מקויים שבעמך אבל כיון דנגמר דינו להריגה לא מקרי עוד עושה מעשה מקויים שבעמך ולא מיחייב אבל מקויים שבעמך לחוד לא בעינן ולכן לא מיפטר ג"כ כשהכה או קלל אדם טרפה דלא הוזכר דינו לפטור בשום מקום ובהכי מתורץ ג"כ מה שהקשו התוס' לקמן (ע"ב) בד"ה שיכול הואיל ע"ש וכן נראה דעת הרמב"ם שהרכיב ב' ביחד: שם בתוספות ד"ה ור"ש האמר כדאיתא שלהי פרק כירה לאו בפ"א אמרינן שם כן 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 בההיא דהמכבד עיין מש"כ התוס' בזה 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 כבר הקשו התוספות בשבת ותירצנו לעיל: שם בא"ד.

והא דשרינן לבעול לכתחלה: פ"א דמזה קשיא לכאורה אהא דכתבו התוס' דבהבערה כיון דמקלקל חייב ולא בעי מלאכת מחשבת ה"ה ג"כ אין מתכוין דא"כ גם בחובל הדין כן ואיך קאמרינן בכתובות (דף ה' ע"ב) דלר"ש מותר לבעול לכתחלה בשבת משום דבר שאין מתכוין דליתחייב עליו מדאורייתא כמו גבי נתכוין לכבות עליונות והבעיר

תחתונות דמיחייב לר"ש אי לאו 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 בהכהו הכאה שאין בה חבורה ואין נראה כן מדעת הרמב"ם (פ"ה מה' ממרים) ואולי י"ל דהשתא דידעינן מק"ו דקרא גבי אביו ג"כ איירי שפיר לוקין ג"כ אכן לדעת הרמב"ם בלא"ה לא מצרכינן לת' התוס' עפמ"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 עפמש"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 ודאישי אמו ואביו תיראו שלא להכותם בהדי ק"ו ורק התוס' לשיטתם הקשו שפיר דלא ס"ל להך כללא כמו שהוכיח המ"ל שם מתוס' ס"פ כל שעה.

ובמה שכתבנו בזה דאיכא ע' שלא להכותם מתורץ ג"כ מה שהקשינו לעיל דליתי ע' ולידחי ל"ת דהשתא איכא ל"ת ועשה בין בהכאה בין בקללה וידוע דאין ע' דוחה ל"ת ועשה דהא גם באחר איכא עשה דואהבת לרעך כמוך שלא להכותו ושלא לקללו: שם בא"ד. ה"מ להלקותו: ק"ל דאיך אפשר לומר כן 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 ופ'י רש"י דהוא ר' יצחק והוא ע"כ ג"כ ס"ל דאין מזהירין מ"ה מדאיכא קרא יתירא גבי אזהרה וכן כתבו התוס' גופא שם (דף י"ד ע"א) דהוא ר' יצחק והרי ר"י ס"ל שם דמלקות בח"כ ליכא ואעפ"כ אמרינן דאין מזהירין מ"ה אלמא דאמרינן כן אפילו לענין אזהרה שאין לוקין עליו ואפילו אי הך מ"ד דקאמר בש"ס שם לאו ר"י הוא אלא ר"ש גופיה תנא דברייתא שם דהוא ג"כ ס"ל דעונשין מ"ה וגם ר"א בנו כדאמרינן לעיל (דף ע"ד ע"א) ג"כ תקשי דכיון דסברי דעונשין מ"ה, ע"כ מיותר 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 לענין אזהרה איכא למימר הכי וע"כ היכא דאיכא למידרש לא אמרינן כן ומיותר להו אחותו ע"כ לדר"י וגם הם כר"י ס"ל דמלקות בח"כ ליכא ולכן עכ"פ קשיא לשיטת התוספות זו גם צ"ל דמודה ר"י דבחיבי מיתות ב"ש לוקין דהא באוכל טבל ס"ל לר"ש דלוקין כדמוכח (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 לבא מה להיות כנדון אף דבבנו לעולם הוי שלא במקום מצוה ובשלמא במקום מצוה גם באחר חייב מ"מ אין סברא דבדבר זה בעצמו דהיינו במסרבין לצאת יתחייב הבן ואחר יפטר דכיון דחיובא דבן לא אתיא רק מאחר נימא דיו: שם ד"ה והאמר ר"ש.

דמה ענין ישן ליצא ליהרג: והנראה לפענ"ד דלפי לישנא קמא בב"ק שם אזלא בעיית הש"ס אי משום כסופא הוא אי משום זילותא לענין ביישו ישן ומת והנה כמו כן שייכי ג"כ טעמים הללו ביישו ישן ולא נודע לו משום כסופא ליכא ומשום זילותא איכא וזה

גופא הוא ג"כ גבי היוצא ליהרג דמשום כסופא ליכא כיון דיוצא ליהרג אין לך כסופא גדולה מזו ומשום זילותא איכא וכיון דס"ל לר"ש דביישו ישן חייב א"כ ע"כ משום זילותא הוא וה"ה היוצא ליהרג וא"כ טובא קמ"ל ר"ש דממתניתן ה"א דלא מיחייב רק בשנודע לו אח"כ דאיכא כסופא וזילותא ולהכי קמ"ל דבכל ענין ביישו ישן חייב אפילו היכא דליכא כסופא ולהכי פריך מר"ש דוקא: שם בא"ד.

ור"ת גריס והאמר ר"ש ביישו חייב: עיין במהרש"א שמקשה לפי פ"א זה המסקנא דמקויים שבעמך למה מיחייב נילף הכאה מקללה. ולא ידעתי איך שייך למילף כלל לענין ממון הכאה מקללה דהא הך דין דבעמך לא כתיב רק גבי מלקות דקללה ומניה ילפינן במה מצינו או בהיקש מלקות דהכאה אבל לגמור ממון דהכאה ממלקות דקללה אין זה לא מ"מ ולא היקש: שם בד"ה הכהו הכאה.

הא פן יוסיף לאו שנלמב"ד הוא: כבר העירותי לעיל מה שנלפע"ד בישוב קושיא זו. עוד נלפע"ד לומר עפ"מ שכתבו התוספות במכות (דף ד' ע"ב) דהיכא דאיכא הוכחה למלקות לוקין גם אלאו שניתן לאמב"ד ע"ש וה"נ מוכח לכאורה דלוקין אלאו זה דפן יוסיף לפי מה דאמרינן בכתובות (דף ל"ב ע"ב) חובל בחבירו נמי מכדי כתיב כאשר עשה כן יעשה לו כן ינתן בו ל"ל דבר שיש בו נתינה ע"ש אלמא דמצרכינן קרא להורות שאין לוקה רק משום ממון וא"כ ע"כ מוכח דלוקין אלאו דפן יוסיף דאל"כ כן ינתן בו ל"ל: שם בא"ד.

כדאיתא בספרי ובירושלמי: פ"א דשם כתיב בפ"א דאזהרה מפן יוסיף אתיא משא"כ בסוגיא דלפנינו: ה"ה שם ע"ב בגמרא לכל 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) כאשר כבר העיר בלחם משנה שם ולכאורה יש להוכיח כדעת הרמב"ם מהא דאמרינן 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"ה לא איירי רק בעשה תשובה ודלמא אידך 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 כדעת הרמב"ם דר"י איירי אפילו בלא עשה תשובה אכן א"ע ראיתי בריטב"א במכות שם שדעתו ג"כ כדעת התוס' שרצה ליישב זה וכתב דהתם עושה מעשה עמך מקרי כיון דבשוגג בא מעשה לידו ע"ש ולכאורה שיטה זו מוכרחת דאל"כ יקשה אכתי למה הוצרכה הגמרא לדחוק ולאוקמי הברייתות שם הא בכנו והא בבן בנו לימא דפליגי בפלוגתא דהנך ברייתות לקמן אי מקשינן הכאה לקללה או לא ושני הברייתות דמכות איירי בלא עשה תשובה ולכן מאן דסבר מקשינן הכאה לקללה פטור משום אינו עושה מעשה עמך ולאידך מ"ד פטור אע"כ מוכח לכאורה כדעת הריטב"א דזה מקרי עושה מעשה עמך.

אכן באמת אין מזה ראיה די"ל דניחא להגמרא לאוקמי הברייתות בתרי טעמי ואליבא דחד תנא מלאוקמי אליבא דתרי תנאי וכן מוכח לכאורה דאל"כ יקשה אכתי לימא דפליגי הנך ברייתות בפלוגתא דר"ש ורבנן כדאמרינן ג"כ במכות (ד"ט) דלר"ש דחנק חמיר אם התירה התורה לגואל הדם לעבור על איסור הרג ולהרוג הרוצח אכתי לא התיר

לעבור על איסור חנק דחמיר ולכן אין הבן נעשה גואל הדם אבל אידך ברייתא אתיא כרבנן דלדידהו הורג אבי בסייף והרי סייף התירה התורה לגואל הדם אלא ע"כ דלא ניחא להש"ס לאוקמי ברייתא אליבא דתנאי וע' מש"כ בספרי ע"ל במכות (די"ב ע"א): שם אלא ש"מ בהיקשא פליגי ש"מ: ולפ"ז חד מהנך ברייתות והך ברייתא דלעיל דהיוצא ליהרג ובא בנו והכהו אליבא דר"ש וכן ברייתא דיבמות (דף ק"א ע"א) סברי דמקשינן הכאה לקללה וכן סבר' גם מתניתן דהכא מדלא תני חומר במכה מבמקלל וכדאמרינן בגמ' אבל אידך ברייתא וברייתא דלעיל ת"ר אביו ואמו קלל וכן ברייתא דמכות (דף ט' ע"א) סברי דלא מקשינן: שם יש דרך עימור בכך או אין דרך עימור בכך: הרמב"ם (פ"ט מה' גניבה) פסק דגנבו והתעמר בו כשהוא ישן ומכרו כשהוא נעור חייב אכן אם היה ישן גם בעת המכירה פטור ובהך דאשה לעוברת לא הביא כלל הך דאוקמה באפי זיקא ומזה נראה דדעתו דודאי אין בעיית הש"ס אי מיחשב עימור בדרך זה דזה פשיטא דחשיב עימור דהא גם לענין עימור שאין בו שוה פרוטה דמיחייב לת"ק דר"י כתב הרמב"ם דמשכחת ליה כגון שנשען עליו אלמא דזה חשיב עימור דהאיבעיא היא לדעת הרמב"ם בישן אי מיקרי זה גניבה ומכניס לרשותו כיון שלא נודע לו עד לאחר מכירה ואז כבר יצא מרשותו וכן באשה לעוברת הוי כה"ג ואהא פריך תיפוק ליה דבלא"ה פטור דליכא עימור ומשני דשפיר משכחת עימור ביה כגון ישן דזגא עליה ואשה דאוקמה בפני זיקא ולא דאיבעיא ליה אי מקרי זה עימור או לא ומה דכתוב בגמ' יש דרך עימור בכך או אין דרך עימור בכך או דהרמב"ם לא גריס ליה כלל 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 זגא עליה או אוקמה באפי זיקא דרך עימור בלא ישן ובלא מעוברת הוי מצוי לאיבעיא הכי: שם ת"ל וגונב איש: א"ל דלא לכתוב איש גבי לא ימצא ולא בעי ריבוי דוגונב י"ל דאצטריך להא דדרשינן בספרי ובמכלתא למעוטי קטן דלא מיחייב ואף דלעיל (דף נ"ב ע"ב) כתבו התוספות לפי פי' המהרש"א וגם הר"ן דלא אצטריך קרא למעט קטן אלא משום דהנשכב חייב ה"א דגם הוא מיחייב וזה לא שייך הכא מכ"מ י"ל דאצטריך הכא קרא למעט קטן לפי מה שכתבו התוס' בפסחים (דף צ"א ע"ב) דאצטריך קרא למעט קטן היכא דנתגדל בין ב' פסחים ה"נ י"ל דצריך קרא היכא דנתגדל בין גניבה למכירה דה"א כיון דהחיוב לא בא רק בעת שמכר ובאותה שעה גדול היה ה"א דליחייב ולכן כתיב כי ימצא איש גונב עד שיהיה איש בשעת גניבה וכן ל"ק אחר דמרבין מנפש אפילו אשה וקטן ל"ל איש דגבי וגונב דכבר נדרש במכילתא למעט בן שמונה והוי דומיא דהא דאמרינן לעיל (דף פ"ד ע"ב) דאצטריך קרא דמכה איש דמכל מכה נפש הוי מרבין אפילו בן שמונה גם א"ל ל"ל וגונב איש לרבות אשה הא כבר מרבין ומת הגנב ההוא אפילו אשה שגנבה אשה די"ל דכיון דצריך לכתוב איש למעט ב"ש כתיב ג"כ וגונב גביה: ברש"י ד"ה מכה שעשה שלא בעמך.

והאי תנא סבר דלא מקשינן: מזה מוכח לכאורה כפי' בתרא דרש"י לעיל דבהיקשא ילפינן הכאה וקללה מהדדי דלפי' קמא דבמה מצינו ילפינן יקשה מ"ט דמ"ד דלא יליף אכן לכאורה קשה דאי תנא דהך ברייתא לא יליף הכאה מקללה א"כ איך קאמר ברישא מה מכה וכו' אף מקלל וכו' אי לא ילפינן מהדדי ואי ילפינן במה מצינו א"כ הך דשלא

בעמך כבעמך נילף כן ואזלא ליה הק"ו ונ"ל דכיון דפליגי תנאי לקמן בהך מילתא אי מקשינן הכאה לקללה או לא רצתה הברייתא לפרש הא דמצרכינן קרא לרבות מקלל לאחר מיתה בין אי מקשינן הכאה לקללה בין אי לא מקשינן ולכן קאמר ברישא דאי מקשינן א"כ ה"א דנילף מהכאה ואי לא מקשינן א"כ במכה עשה בו שלא בעמך כבעמך וה"ל ק"ו ולכן א"ש הא דלא קאמר הואיל וכתוב בעמך כמו שהקשו התוספות דכל כוונת הברייתא לומר דבין אי מקשינן הכאה לקללה בין אי לא מקשינן לעולם מצרכינן קרא דאביו ואמו קלל: שם בד"ה גרי אריות.

והרי הם כנכרים גמורים: מכאן קשה אמה שפי' רש"י ביבמות (דף כ"ד ע"ב) אגרי עריות כגון כותים ע"ש דהא אסיקנא שם הלכה כדברי האומר כולם גרים הם והכא אמרינן דנכרים גמורים הם ועיין בתוס' ר"פ אלו נערו ועיין מש"כ בספרי ע"ל בתוס' שם: שם ד"ה שיכניסנו ברשותו. אין מציאה בכ"מ אלא בעדים: לקמן ילפינן מונמצא בידו פרט למצוי ופי' רש"י שם דהך דבעינן עדים מכי ימצא נפקא ולפע"ד בלא"ה י"ל דודאי אין כוונת 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 דכוונת המכילתא דוקא היכא דכתיב מציאה בכ"מ כזה דהיינו בלשון נפעל ולכן עיקר קרא דונמצא בידו קאי אפרט למצוי אלא מדכתיב בלשון נפעל ולא כתיב ומצא בידו מזה שמעינן ג"כ דבעינן עדים: שם ד"ה הגנב.

וההיא דרשינן ליה בספרי: כצ"ל ולכאורה נראה דרש"י מייתי הך דרשה דספרי הכא כי היכי דלא תקשה האיך מרבינן אשה אדרבה נימא דההוא ולא היא ממעט אשה לכך כתב רש"י דהך מצרכינן בספרי למעט עבדים ולא יתורא הוא למעט מניה אשה אך דעל זה יקשה דהא לפי ש"ס דילן ממעטינן לקמן עבדים למר מאחיו ולמר מבני ישראל וא"כ אכתי נימא דההיא למעט אשה קאתי אלא ע"כ דאין סברא לומר כן דההיא ממעט אשה ולכן נראה דרש"י מייתי ליה הך דרשה דספרי דלכאורה אין הדרשה פשוטה לרבות מהגנב דכתיב גבי גונב אשה הגונבת ואהא הביא רש"י ראייה דגם ההוא נדרש כן למעט עבד הגנב: שם בד"ה ועדיין.

ברשות הגנב עצמו: ועיין בהרב המגיד שהביא שיטות שפירשו ברשות הגנב: שם בתוספות ד"ה ומה מכה. וי"ל דהיא גופא ילפינן השתא: ק"ק דהא י"ל גם ק"ו איפכא דמה מקלל דבסקילה לא עשה בו שלא בעמך כבעמך מכה דבחנק לא כש"כ וכיון דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי לא ילפינן בק"ו כלל כמבואר 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 מכה דלא מיחייב לאחר מיתה כיון דאי אפשר כלל ואין זה מכה עוד וכמו דלא יחשב קולא דמכה לא הוי רק בפניו ומקלל אפילו שלא בפניו ועיין בר"ן: שם בד"ה ושורו כישראל לאו לגמרי כישראל כו': וזה לכאורה קושיא גדולה אפירוש רש"י וכן הקשה גם הר"ן אפירושו ודעת רש"י נ"ל דבתוספתא פ"ד דב"ק כתוב בפ"י כמו שכתב דשורו של ישראל שנגח שור של כותי ושל כותי שנגח של ישראל תם משלם ח"נ ומועד משלם נ"ש ואף דבדברי ר"מ שם דפליג שם כתוב עכו"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 ברייתא דהכא סברה ג"כ כתוספתא מדקתני סתמא ושורו כישראל דמשמע דהוא לגמרי כישראל דלפי' התוס' הוי חציו כישראל וחציו כעכו"ם וכמו כן הוי מצי למינקט ושורו כעכו"ם כמו דנקט ושורו כישראל: שם ד"ה עד שיכניסנו.

מצרכינן תרי קראי לרבוויי: לכאורה י"ל דבאמת בלא קרא ה"א דידו בכ"מ דוקא הוא היכי דאפשר לפרושי כן אבל השתא דגלי קרא בהני תרי דבכלל ידו גם גגו וחצירו איכא ילפינן גם ידו דהכא משם וא"ל דאדרבה מדמצרכינן ב' קראי בגט ובגניבה ה"ל ב' כתובים הבכ"א ואין מלמדין דז"א דהא תרווייהו מצריך צריכי כדאמרינן 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"ל רשותו והיינו משום דכדמרבינן גבי גט וגניבה גם רשותו לא מרבינן דהוי בכלל ידו רק מריבויא דהמצא תמצא ומריבויא דונתן מרבינן רשותו אבל ידו לעולם ידו ממש הוא גם שם ולכן ליכא למילף משם מידי ודלא כמו שנראה מפ"ל 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 הבעלים חייב: אין כוונתם שיתחייב הכא אפילו ברשות בעלים משום דקנאו בהגבהה כמו דחייב גם גבי גניבה מהך טעמא דהא טובא יש לחלק בינייהו דהתם בבהמה קאי ובהמה שפיר נקנית בהגבהה אבל הכא הוי אדם ואי אפשר לקנאו בהגבהה דהא עבד עברי אין נקנה בחזקה דהוי הגבהה בכלל כדאמרינן בקידושין (דף ט"ו ע"א) אלא כוונתם דכיון דהגביהו ברשות הבעלים א"כ כשהוא בידו הוי ברשותו והוי כמו שהכניסו לרשותו ואהא חילקו דכיון דמכרו לקרובים ג"כ ע"כ איירי שהכניסו לרשותו כבר דאל"כ בלאו מכרו לקרובים לא מיחייב ואעפ"כ מכרו לקרובים פטור דבעינן שיוציאו מרשות אחיו לגמרי כש"כ הכא דאף דכשהגביהו הוי ברשותו מכ"מ כשהניחו אח"כ הכניסו לרשות הבעלים דזה לא מהני: שם דף פ"ו ע"א בגמרא אלא מעתה כי ימצא: ק"ק לפי מה דאמרינן במכות (דף ח' ע"א) ומצא דומיא דיער מה יער מידי דאיתא מעיקרא כו' ע"ש ה"נ נימא הכי דמצא דומיא דאשה בעולת בעל דהוי ג"כ מידי דאיתא מעיקרא ועיין שם בריטב"א: שם לאפוקי עבדים לא משמע להו: לשיטת הספרי שהביא רש"י לעיל דמפיק ליה עבדים מההוא ג"כ צ"ל דמאחיו לא דריש כרבנן וב' דרשות דמבני ישראל אתי למיעוט אחר מיעוט לענין חציו עבד וחציו בן חורין כר' יהודה אלא דלכאורה קשה מאחיו לרבנן למאי אתיא וי"ל כיון דדרשינן אחיו במצות א"כ צריך לרבות גר ועבד משוחרר דהוי ממעטינן מבני ישראל וכמו שהקשו התוס' ואהני ריבויא לרבות גר ועבד משוחרר ואהני מיעוטא למעט עבד וחציו עבד ובזה מתורץ קושית התוס' בד"ה בני ישראל: שם אף כאן בנפשות: פירש רש"י דהכתוב מדבר בחייבי מב"ד ולפ"ז הל"ל בדיני נפשות ולא בנפשות סתמא ועוד דלפי מה שכתב רש"י גופא לקמן מוכח דדבר הלמד מענינו היינו מענין דלמעלה ודלמטה והרי ענינו דלמטה דהיינו לא תענה ולא תחמוד ליכא דיני נפשות ועוד לפ"ז גם במה הכתוב מדבר בממון דקאמר לקמן צריך לפרש כן היכי דחייב ממון וזה אינו דהתם אין העונש ממון אלא מלקות דבגזל מתנות עניים דכתיב למעלה מלא תגנבו איכא מלקות היכא

דלא יכול להשיב עוד כדאמרינן במכות (דף מע"ז ע"ב) וכן אלא תכחשו ולא תשקרו דכתיב למטה אין עונשו ממון ועוד דבמכילתא דשנויה ברייתא זו קאמר בראשון הך דדבר הלמד מענינו ואח"כ קאמר ועוד דג' מצות כתיבי ב' מפורשים ואחד אינו מפורש מה המפורשים דהיינו לא תרצח ולא תנאף עונשים מב"ד אף לא תגנוב כן משמע דדרשה ראשונה דמכילתא מדבר הלמד מענינו לאו היינו דבחיביי מב"ד הכתוב מדבר ולכן נלענ"ד דהכי פירושו כיון דיש לפרש לא תגנוב בגונב נפשות או בגונב ממון א"כ קאמר מה להלן בנפשות הכתוב מדבר דלא תרצח ולא תנאף ולא תענה ולא תחמוד בכולם העבירה נעשית באדם ולא בממון אף לא תגנוב כן וכן לא תגנובו למד מענינו דבכולם העבירה נעשית בממון ולא בנפשות דגוזל מתנות עניים העבירה נעשית בממון וכן לא תכחשו ולא תשקרו דהיינו אזהרה לוכחש בה ונשבע על שקר כמבואר בת"כ שם העבירה ג"כ נעשית בממון אף לא תגנובו כן: שם כרבנן דאמרי דבר ואפילו חצי דבר: לפי מה שחילקו התוס' בב"ק (דף ע"א ע"ב) בשם רב אלפס בין שני חזקה דפליגי רבנן אר"ע וס"ל דכולי דבר מקרי ובין אחד אומר בגבה ואחד אומר בכריסה דמודו דאמרינן דבר ולא חצי דבר משום דגבי עדות דשני חזקה הוי עדות כל אחד בפני עצמו לענין תשלומי פירות א"כ ק"ק הכא דלא הועיל עדות דעדי גניבה לעצמם כלום וא"כ מודו רבנן כמו בא"א בגבה וי"ל דגם הכא מהני שצריך להחזיר הנגנב ולא יכול לומר עבדי הוא שקניתי אותו.

אכן ק"ק דלפ"ז הא מסקינן בב"ק שם לר"ע דכיון דעדי גניבה הוי עדות בפ"ע לענין לשלם ולא צריכים לעדי טביחה מקרי כולי דבר ומודה ר"ע וא"כ ה"נ דמהני עדות גניבה לעצמו להחזיר הגנב מ"ט דחזקיה אליבא דר"ע דפוטר וי"ל דבשלמא התם דבעו עדי גניבה לחייבו כפל וזה גופא מחייבין אותו עדי טביחה רק שמוסיפין עוד תשלומי ג' בעדותן א"כ שפיר אמרינן כיון דבאותו דבר שנתכוונו להעיד נגמר עדות גניבה בלא עדי טביחה א"כ כל עדות בפ"ע הוי כולי דבר אבל הכא דע"כ איירי דנתכוונו עדי גניבה להרגו שבאו עם עדי מכירה כאחת ואמרו שהתרו בו דאל"כ איך ס"ד דמקטלי עדי גניבה אי לא נתכוונו למיתה וכיון דלענין עדות מיתה שנתכוונו לא מהני עדות גניבה מידי רק עם עדי מכירה ולא מהני רק לענין דבר אחר שלא נתכוונו לו דהיינו להוציא הנגנב מרשותו בזה הוי לר"ע חצי דבר ומיפטר ולרבנן דבר שלם ומיחייב כמו גבי שני חזקה דגם שם לענין עיקר מלתא שנתכוונו להעיד עליה דהיינו לחזקה הוי חצי דבר ולענין דבר אחר שלא נתכוונו לו דהיינו לשלם פירות הוי כולי דבר: שם ברש"י ד"ה של בית פלוני.

שחשובין היו: זה הטעם צ"ל שהוא ג"כ בנדה (דף י"ז ע"א) גבי כגון של בית פלוני שמשמשין מטותיהן בפני עבדיהן ושפחותיהן ושם לא פי' רש"י כלום: שם בא"ד. ולא שמתחזין: פירוש דאי דמתחזים הרי עברו על לאו שבתורה דיחוד עריות דאורייתא הוא ולא הוי שתיק הש"ס מלפרסם שם.

אכן ק"ק דבסוף מס' עדיות תנן ועוד אחרת היתה שם וקרבה בן ציון בזרוע ופירש הרמב"ם שם וגם הברטנורא דחס התנא על כבוד הבריות שלא להזכיר שם המשפחה הפסולה והרי הך משפחה פסולה דנטמעה בכשרות עברה ג"כ אדאורייתא ואעפ"כ לא

הזכיר התנא שמה וי"ל דהך משפחה לא הרשיעה כ"כ כיון דע"פ בן ציון נתקרבה ומסתמא עשה עצמו כב"ד ורק בן ציון גופא אינש אלמא הוי: שם ד"ה עדי גניבה.

ולא משכחת לה דמיקטל: עיין בר"ן שהביא דעת הרז"ה דיש לפטור גם אותו מטעם דבר ולא חצי דבר אבל לפי דעת הר"ן לא שייך לפטור רק עדות שאי אתה יכול להזימה וכנראה גם דעת רש"י. אכן לפ"ז ק"ק מה שכתב רש"י דלא משכחת רק בכת אחת דגם בלא כת אחת משכחת לפי מה דמבואר לעיל (דף ע"ה ע"א) דבראיית הב"ד לא בעינן עדות שאתה יכול להזימה ולפ"ז שפיר משכחת דמיקטל כגון שעדים העידו על הגניבה והב"ד ראו את המכירה דלענין גניבה לא בעינן אתה יכול להזימו דהא לא מיקטל עליה ובמכירה לא בעינן מפני דהב"ד ראו אותה: שם בתוספות ד"ה מונמצא בידו קאמינא.

כי ימצא חלל פרט למצוי: ממה שפירש הרמב"ם בפירוש המשניות רפ"ט דסוטה וגם הברטנורא שם (וגם מחבורו נראה כן אלא שבמקום שהרגוהו צ"ל שיהרגוהו) נראה שמפרש פרט לממציא את עצמו ע"ש ולפ"ז לק"מ די"ל דהך דרשה שפיר דרשינן אבל לא פרט למצוי: שם בא"ד. וי"ל כדפירש בקונטרס: פירוש דהתוספות סברי דהכא הוי ב' דרשות דונמצא מיותר וגם מידו ולכן ל"ק מכי ימצא חלל דאף דהתם ליכא יתורא מכ"מ ממשמעות דבאדמה קדריש וכן ל"ק מונמצא דערכין דאף דלא כתיב בידו מכ"מ התם קרא יתירא הוא אבל בוכי ימצא איש שוכב עם אשה דהתם לא כתיב בידו וגם כי ימצא לא מיותר לא דרשינן מידי: שם בד"ה יצא עבד: וקשה דא"כ גר ומשחרר נמי: בב"ק פירש רש"י עוד פירוש אחר דאין לו אחוה כיון שאינו מותר לבא בקהל ולפי פירוש זה לא קשה קושיא דהכא.

אכן גם על פירוש זה קשה דא"כ ממזר וכרות שפכה דאין מותרין לבוא בקהל נמי. ולכן נ"ל דודאי כשאמרה תורה הקפידה על תרי גווני אחוה דהיינו שיהא לו אחוה עם אחיו ושיהא מותר לבא בקהל דהא גם לענין ישראל הכי פירושו ולא דבעינן אחיו מאביו דוקא ולכן נקיט רש"י הכא הך פירושא ובב"ק אידך פירושא דתרווייהו כי הדדי הוי ולא קשה לא מגר ולא ממזר: שם ד"ה מתוך.

אין הטעם תלוי באמירתם: נלפענ"ד הא דהוצרך לומר מתוך שיכולי לומר היינו לפמש"כ לעיל דלא מקרי לר"ע עדות שני' כולי דבר אלא כשהועיל עדות הראשונה לדבר שהיתה כוונתם להעיד עליו כגון גבי עדי קידושין ועדי גניבה קודם עדי טביחה והנה לפ"ז הכא דהעידו על בן סורר ומורה שגנב משל אביו ואכל אין הוכחה אצלם כלל אי אמלקות או אמיתה קא מסהדי דאי כבר נלקה מקודם אז באו לחייבו מיתה ואי לא לא באו רק לחייבו מלקות ואף דע"י התראה ניכר 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 כוונת העדים להעיד על מיתה לא מקרי עדות שניה לר"ע כולי דבר אף שהראשונים העידו להלקותו ונלקה על פי עדותם מכ"מ כיון דלא היה כוונתם לכך רק להמיתו לא הוי רק חצי דבר ולכן צ"ל שאומרים העדים גופא דכוונתם היה להלקותו ואז מיחשב עדות השניים להמיתו כולי דבר: שם ע"ב בגמרא ה"ל לאו שניתן לאזהרת מב"ד: א"ל לפי מה דאמרינן במכות (דף י"ג ע"ב) לחד תירוץ דטעמא דאין לוקין אלאו שניתן לאמב"ד משום כדי רשעתו וזה לא הוי רק באתרו ביה לקטלא אבל



באתרו ביה למלקות דליכא מיתה לכ"ע לוקין אלאו שניתן לאמב"ד וא"כ מאי קמוכיה דלמא ר' יוחנן סובר כך ולכן סובר דלוקין אף דס"ל נהרגין דהא הכא ע"כ איירי באתרו ביה למלקות דאל"כ איך לוקין די"ל לפי מה שהוכיחו התוס' שם ע"כ הך דמחמר דחשיב לאו שניתן לאמב"ד דשבת (דף קנ"ד ע"א) אתיא כתירוץ בתרא דרבא דס"ל לר"ע דאפילו באתרו ביה למלקות לא לקי והרי ר"י הוא דאמר כן גבי מחמר ולכן ר"י לשיטתו ע"כ מוכח דס"ל אין לוקין.

גם אין להקשות אכתי מאי מוכיח בב"ק (דף ע"ד ע"ב) לר"א מדסבר עדים שהוכחו לוקין דע"כ סובר אין נהרגין אם הוזמו אח"כ דאל"כ אין לוקין מטעם דה"ל לאו שניתן לאמב"ד ע"ש ואכתי מאי מוכיח דלמא ר"א ס"ל כתירוץ קמא די"ל דהא הטעם דבאתרו ביה למלקות ס"ל לר"ע דלוקין אלאו שניתן 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 כמו אתרו ביה לקטלא דפוטר ר"ע דפסקינן כוותיה: שם אלא אר"פ בעדי מכירה: עיין מה שהקשה מהרש"ל ומה שתירץ המהרש"א דבאמת חזקיה ס"ל ג"כ כרבנן והא בהא תליא דאי לוקין אין נהרגין ואי נהרגין אין לוקין מטעם שניתן לאמב"ד קשה דאכתי מ"ט דחזקי' דס"ל לוקין ואין נהרגין לימא איפכא כמו ר"י וגם אר"י קשה לימא איפכא כחזקיה כיון דאין טעם להאחד אלא משום דס"ל אידך ולפי מש"כ הר"ן דפליגי במשמעות דקרא אי ומת הגנב ההוא קאי גם אגניבה אי רק אמכירה א"ש אבל לפמ"ש"כ המהרש"א קשה ולכן ע"כ צ"ל לשיטת רש"י דהכא אמרינן לחזקיה 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 באו אמיתה ולכך אין לוקין וא"כ ודאי קשה כקושית המהרש"ל כיון דחזקיה ע"כ ס"ל דלוקה כדמוכיה בגמרא דאי איהו לא לקי אינהו היכי לקו אכן לפי מש"כ לעיל דטעמא דלא חשיב לחזקי' לאו דלא תגנוב לאו שניתן לאמב"ד היינו כיון דלדידיה לא משכחת מיתה רק היכי דעדי גניבה גופא מעידין על המכירה והכא דלא העידו רק על הגניבה לא הוי מיתה לכך לא ה"ל לאו שניתן לאמב"ד דלא חיישינן שמא אח"כ יבואו עוד ויעידו ג"כ על המכירה אבל לר"י דס"ל דנהרג גם אם באו עדים אחרים על המכירה שפיר ה"ל לאו שניתן לאמב"ד וא"כ שפיר הוכיח רש"י דע"כ חזקי' ס"ל כר"ע דאל"ל דלמא סבר כרבנן וטעמא דלוקין משום כאשר זמם דאי ס"ל כרבנן א"כ שפיר ה"ל לחזקי' ג"כ לאו שניתן לאמב"ד כיון דגם ע"י עדי מכירה אחרים נהרג כמו לר"י וא"כ באמת אינו לוקה ולא הוי כאשר זמם אע"כ מדסבר חזקי' 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 כחזקי' שהוא רבו של ר"י אכן אי דעת הרמב"ם כדעת רש"י דגם לפי תירוץ רב פפא סובר ר"י כרבנן וחזקי' כר"ע א"ש דפסק כר"י דהלכה כרבנן וגם אי דעתו כדעת הרז"ה והר"ן דלפי האמת כ"ע כרבנן ס"ל מכ"מ אין קושיא עליו למה פסק כר"י נגד חזקיה דגם בפ"ח מה' מאכלות אסורות פסק כר"א דלא תאכל איסור הנאה במשמע אף דלכאורה ה"ל לפסוק כחזקיה נגד ר"א שהוא תלמיד דר"י ומטעם זה פסק באמת הרי"ף והרא"ש כחזקיה כמש"כ הרא"ש בפרק גיה"נ על מתניתן דשולח

אדם ירך לנכרי הרי דגם שם לא חש הרמב"ם להכי לפסוק אפי' כתלמיד דר"י נגד חזקיה אכן הרא"ש כ' שם דהלכה בכ"מ.

כחזקיה נגד ר"י ע"ש: שם ברש"י ד"ה דלא לקי. משום דהוי לאו שניתן לאזהרת מב"ד: עיין מה שהקשה המהרש"א והנראה לפענ"ד ליישב דודאי אי יהרג גם ע"י עדות אחרים בזה חשיב לאו שניתן לאזהרת מב"ד רק דלחזקיה מסופק כיון דע"י עדות אחרים שמעידין 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 כיון 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 ולכך 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 שמא יעידו עדי גניבה על המכירה גופא ולכן פריך שפיר: שם בד"ה אינהו היכי לקי.

לאו שאין בו מעשה הוא: א"ל אכתי מאי קמדייק דלמא קסבר לאו שאין בו מעשה לוקין עליו דז"א דהא אליבא דר"י הוא דדייקינן הכא כן אינהו היכי לקי (לפי פירוש הרז"ה והר"ן) והרי 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 הכתוב גבי נותר ליתן עשה אחר לא תעשה לומר שאין לוקין עליו הא לא"ה ה"א דאין לוקין דגבי מלקות לעשות כתיב כדאמרינן שם רפ"ג והרי בתמורה (דף ד' ע"ב) אתיא הך סמיכת דוהנותר ללא תותירו לחזקיה ליתן בוקר שני לשריפתו וא"כ לא מוכח מזה דלשב"מ לוקין וקיים ליה הכללא דאין לוקין ולכן פריך לחזקיה ג"כ שפיר.

אכן אכתי קשה איך מתרץ רש"י דה"ל לאשב"מ אף דהכי מתרצינן במכות (דף ב' ע"ב) מכ"מ היינו אי לאו והצדיקו אבל השתא דכתיב והצדיקו שפיר לקו מלא תענה כמו שכתבו התוספות שם (דף ד' ע"ב) ואיך כתב רש"י דאין לוקין משום דהוי לאו שאב"מ וי"ל לפי מה דאמרינן בב"ק (דף ע"ד ע"ב) תסתיים דר"א הוא דאמר אין נהרגין כו' ע"ש דאלמא ר' יוחנן דס"ל שם דנהרגין ע"כ ס"ל דאין לוקין והיינו ע"כ משום דס"ל כרבנן דר"מ שם דלא לקי אלא תענה.

אכן אכתי קשה לפ"ז לא ה"ל לרש"י לפרש הטעם משום דלשב"מ הוא אלא משום דצריך לא תענה לאזהרה לעדים זוממים וכדמפרשינן שם טעמא דרבנן ועיין ברמב"ן בספר המלחמות והר"ן בחידושי שתירצו קושית רש"י דאי לא לוקה על עדותן א"כ עדותן לא הועיל כלום וגם משום לא תענה ליכא: שם ד"ה ושנים אומרים בפנינו אכל.

ואין הראשונים יכולים לומר: ק"ק הא אכתי יכולים לומר לחייבו ממון לשלם לאביו באנו שהעידו עליו שגנבו ובשלמא לעיל גבי עדי גניבה ועדי מכירה ל"ק דאף אי לא יכלו עדי גניבה לומר להלקותו באנו כגון לר"י אכתי לימא להוציא את האיש אותו שהעידו עליו שגנבו מיד בעליו באנו דהא כיון דהוזמו כל המעשה שקר היה ואין כאן איש שרצו להוציאו ואף דאיכא נפקותא אם יש לאיש אחד עבד והם אומרים שהוא גנבו מכ"מ לא בהכי איירי וכן כתב כבר הרמב"ן בספר המלחמות אבל הכא קשה דלימא

העדים שלהוציא הממון שגנב באו וצ"ל דגם הראשונים צריכים להתרות בו למיתה ולכן לא יוכלו לומר כן מדאיתרו ביה אבל זה לא שייך לפי מש"כ התוס' לעיל בד"ה גניבה דלחזקיה הראשונים לא בעו התראה כיון דלא מקטלי דהרי הכא לחזקיה קיימינן: שם ד"ה אחד יושב על פתח.

שלפנים מן החיל לפני עזרת נשים: ק"ק דלפ"ז הל"ל פתח עזרת נשים ולא פתח הר הבית ולא ידעתי למה לא פירש רש"י כפשוטו שהוא על פתח שער הבית מזרחי שהוא שער שושן וחוץ לחיל וא"ל כיון דאמרינן לעיל (דף ט"ז ע"ב) דמצאן בבית פאגי והמרה עליהם אף שהוא בירושלים פטור משום דבעינן אל המקום אשר יבחר ה' וכיון דמקום לשכת הגזית שהיו יושבים בה סנהדרי גדולה היה מחנה לוויה דבמחנה שכינה שהוא מעזרת ישראל ולפנים לא היה רשות לישוב אלא למלכי ב"ד בלבד כדאמרינן ביומא (דף ל"ד ע"א) אלמא דלמחנה לוויה קרי המקום אשר יבחר ה' וכיון דהלכה הוא דהולך אל הג' בתי דינים א"כ הכל הם בכלל וקמת ועלית אל המקום וא"כ הכל צריכים להיות במחנה לוויה דוקא והשתא כיון דקאמר דשני היה יושב על פתח העזרה וע"כ היינו מבחוץ דאי מבפנים הא אין ישיבה בעזרה א"נ על פתח הר הבית הוי ג"כ מבחוץ והרי אין זה מחנה לוויה לכן פירש רש"י דפתח הר הבית היינו שער עזרת נשים דהוי ג"כ פתח הבית כמש"כ התוס' יו"ט פ"ג דסוטה דכל מחנה לוויה הר הבית קרי לה: שם בד"ה נמצא חומר.

עד שיהא בן ארבעים: הכי אמרינן בסוטה (דף כ"ב ע"א) וא"ל דא"כ איך ישב בסנהדרין דהא ע"כ ישב עמהם דאל"כ למה עלו עמו לשאול די"ל דעלו לברר הדין א"נ י"ל דזה לא הוי רק בהוראה שמורה ביחידות אבל לישוב עמהם בדין שרי קודם מ' שנה: שם בתוספות ד"ה גניבה אתחלתא. לפוסלו בעדות באנו: א"ל לפי מה שתירצו התוס' לעיל (דף מ"א ע"א) בד"ה א"נ דא"כ הל"ל פלוני בא על נערה המאורסה וא"כ ה"נ נתרץ הכי דא"כ דלפוסלו בעדות באו הל"ל פלוני גנב ממון דמפסיל ג"כ לעדות וליכא מיתה די"ל דהתוס' לא תירצו שם הכי רק משום דממה שמעידין גם על האשה מוכח שפיר דלקטלה באו דאל"כ לשתקו מינה ולא יעידו רק על הבעל אבל הכא דלא הוי מצי למישתק מעיקר העדות רק דהוי מצי למיחלף בעדות דליכא מיתה ובזה לא אמרינן דמינכר מלתא דלמיתה באו וכן מוכח שם גופא דאל"כ יקשה אכתי כי אמרו פלוני בא על נערה המאורסה והוזמו איך פוטרין מטעם דיכולים לומר לפסלו בעדות באנו נימא להו היה לכם לפוסלו בדבר דאיכא לאו ולא מיתה אע"כ היכי דלא הוי הוכחה מדהוי מצי למישתק מעדותן רק מדהוי מצי לשנות בעדותן אין זה הוכחה לענין שלא יוכלו לומר לפוסלו בעדות באנו: שם בא"ד.

א"כ לחזקיה נמי ליקטלו: עיין במהרש"א שהקשה דאמה דאמרינן לעיל וכ"ת דקסבר חזקיה דלא לקי הוי מצי התוס' להקשות כן. ולפענ"ד י"ל דהא דמקשו התוס' דאי איירי בהתראה לחזקיה נמי ליקטלו לא שייך רק אי חזקיה כרבנן ס"ל דאי כר"ע פטור מטעם דבר ולא חצי דבר וכמש"כ המהרש"א גופא דהתוס' סברי דלפי אוקימתא דרב פפא לא מוקמינן עוד חזקיה כר"ע אלא כרבנן אכן זה לא שייך רק לפי האמת אבל לפי מה דס"ד

דטעם דחזקיה כר"ע ע"כ פטור לחזקיה מקטלא גם היכא דאתרו ביה למיתה ולכן לעיל לא היו יכולים התוס' להקשות קושיתם אבל הכא הקשו שפיר: שם בד"ה עבדי מכרתי.

וא"ת אי לאו למקטלי וא"ת אי דלא אתרו ביה וכו': ולפענ"ד י"ל דודאי העדים אתרו ביה ואמרו דלמקטליה אתו דדלמא לא יטעון עבדי מכרתי אבל מכ"מ אנן לא נוכל למקטל אותן כיון דהם לא רצו לחייבו רק מספק דדלמא יטעון עבדי מכרתי 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 דהוזמו א"כ לא היה כאן מכירה כלל ואיך שייך שבאו לקיים המקח אלא ה"ק שיאמרו שכוונת עדותם היה 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 ושעבדו היה 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 אכתי לא הוי ככ"ע דהא פליגי רבנן עליה כנראה לעיל (דף ט' ע"ב) ואפילו ר' יוסי גופא פליג עליה כנראה במכות שם וא"כ שפיר כתבו התוספות כמו דאוקמי כריכר"י ולא כר' יוסי כמו כן הוה מצי לאוקמי כר"י ולא כר"י בר"י: שם בד"ה קמ"ל רמיזא.

אבל הכא ברמיזא גרועה איירי א"נ דיני נפשות שאני: א"ל דאיך אמרינן בכתובות (דף ל"ג ע"א) ונתרו בהו מעיקרא ונרמוז בהו רמוזי דהתם לא שייכי ב' תירוצי התוס' דהתם לא רמיזא רק פעם אחד וגם איירי לענין דנ"פ ג"כ שם כנראה די"ל כבר כתב השיטה מקובצת בב"ק בשם הרשב"א דהתם הוי רמיזא מעליא כיון דכבר אמרו להם מעיקרא מה שרומזים להם לבסוף: שם דף פ"ז ע"א בגמ' בין דם לדם בין דם נדה: בנדה (דף י"ט ע"א) יליף מזה דאיכא דם טהור באשה וק"מ מנ"ל דלענין אשה קאי דלמא איירי לענין טומאה דבחולין (דף ל"ג ול"ד) פליגי תנאי במיני דמים אי מכשירים לקבל טומאה או לא וכן דלמא פליגי לענין דם שבשלו או שמלחו דחייב לשיטת הרמב"ם וזעירי ס"ל במנחות (דף כ"א ע"א) דאינו עובר אלמא דלדעת הרמב"ם יש פלוגתא בזה ודלמא בהא פליגי וי"ל: שם מ"ט דר' מאיר גמר דבר דבר: ק"ק הא גבי צבור גופא דלא מחייבי רק אדבר שזדונו כרת ושגגתו חטאת לא אתיא רק מהיקשא לדידן דמצרכינן עליה לעריות כמבואר בהוריות (דף ח' ע"א) וא"כ ה"ל דבר הלמד בהיקש שאין חוזר ומלמד בגז"ש ואף דהלמד הוא חולין ובחולין למדין למד מלמד הא המלמד קדש הוא ואכתי קשיא למ"ד בזבחים (דף נ"א ע"א) דבתר מלמד אזלינן וכה"ג הקשו התוס' לעיל (דף מ"ב ע"ב) ע"ש דוחק לומר דר"מ ס"ל כרבי שם דמפיק צבור מגז"ש דעלי' וה"ל דבר הלמד בגז"ש שחוזר ומלמד בגז"ש וי"ל לפמש"כ התוס' בזבחים (דף מ"ח ע"א) דבכה"ג לא מקרי דבר הלמד בהיקש שאין חוזר ומלמד כיון דבלא היקש ג"כ ידעינן דחייב על דבר שזדונו כרת ושגגתו חטאת דהא הכלל הוי בכלל כי יפלא ממך דבר וכן גבי צבור הוי הכלל בכלל וההיקש לא בעי רק למעט ע"ש: שם עד דאיכא תורה ויורוד: עיין בר"ן דגם ר"י

מודה דחייב בדבר שזדונו כרת רק דמרבא מתורה ויורוך גם מידי אחריני וק"ק כיון דר"י ע"כ ג"כ ס"ל לגז"ש דדבר דבר גבי זקן ממרא דמצרכינן להא דדרשינן לעיל (דט"ז ע"א) וכן להא דדרשינן בהוריות (דף ד' ע"א) לתירוץ רב אשי שם ובכולהו ודאי לא פליג ר"י א"כ מנ"ל דתורה ויורוך אתי לרבנות גם שאר דברים שאין חייבים על זדונם כרת דלמא גז"ש דדבר דבר גם להך דר"מ אתי ותורה ויורוך לא אתי למעט רק דאבתו מאנוסתו לא מיחייב דהתם אף דהוי זדונו כרת וש"ח מכ"מ תורה ויורוך לא הוי ומה"ט לא הביא גם הרמב"ם בתו מאנוסתו בה' ממרים דהיינו משום דפסק כר"י וכמש"כ הר"ן: שם ואי להאי גיסא קא שרי חמץ בפסח: ק"ק הא אמרינן בר"ה (דף כ"ה ע"א) בין שקדשו ב"ד בזמנו בין שקדשו שלא בזמנו אין לנו מועדות אלא אלו וכן דרשינן אתם אפילו שוגגין אפילו מוטעין אפילו מזידים וא"כ גם לפי דעת הזקן ממרא דהב"ד טעו ע"כ צריך לשמוע לב"ד ואיך שייך להתיר חמץ בפסח ע"י הוראתו וכעין מה שהקשו התוס' וי"ל ע"פ מש"כ התוס' (שם דכ"א ע"א) דלא שייך אתם אפילו שוגגין רק לענין קביעת החדש ולא לענין קביעת שנה אף דלא כתיב גבי חדש רק גבי מועדים והביאו ראיה מחזקיה ע"ש וצ"ע לפי מש"כ שם לשיטת הרמב"ן: שם ברש"י בד"ה דברי ריבות.

ה"ל למיכתב דברי ריב: ק"ק הא בכולהו ע"כ דריש ממשמעות דקרא בלא יתור ולמה פירש רש"י הכא דמכח יתורא קדריש מדהוי מצי למיכתב דבר ריב וי"ל דכיון דכל היכא דכתיב לשון יחיד דריש לשון יחיד כגון ממך זה יועץ דבר זה הלכה למשפט זה הדין ורק גבי דם דין ונגע דריש רבים משום דכתיב ב' פעמים בין דם לדם בין דין לדין בין נגע לנגע וא"כ גבי דברי ריבות דלא כתיב כן לא ה"ל לדרוש רק חד ולמה קדריש מדברי חכמים וערכין והקדשות ומריבות סוטה ועגלה ומצורע ולכן פירש רש"י דהתם ג"כ מכח יתורא קדריש רבים מדהוי מצי למיכתב דבר ריב ומבשעריך דריש רבים משום דבכולהו כתיב כמו שפירש רש"י גופא לקמן: שם בד"ה זה לקט שכחה.

שהן לעניינים שכתוב: היינו לפי מה דדרשינן בפ"ה דמעשר שני מלגר וליתום ולא למנה זה לקט שכחה ופיאה ומ"ע וא"כ הא דכתיב שם ונתת ללוי לגר ליתום ולא למנה ואכלו בשעריך הוי ג"כ לקט שכחה ופיאה בכלל: שם ד"ה וקמת. מבית דין שיושבין במקום הקבוע להם: הכי קאמרינן בשבת (דף י'): שם בד"ה מלמד שבית המקדש.

שאינן ירושלים גבוה ממנה: ק"ק מנ"ל דירושלים גבוה דלמא רק בית המקדש ששם היו יושבין סנהדרין וי"ל דלרש"י הוקשה קושית התוספות לעיל (דף י"ד ע"ב) דאיך דרשינן המקום דהכא אביהמ"ק הא גבי מעשר הוי ירושלים ולכן סובר רש"י דבאמת הוי ירושלים והא דממעטינן מצאן בבית פגאי והמרה עליהן היינו מדכתיב קרא בתרא מן המקום ההוא אשר יבחר ה' וזה מדויק בלישנא דמתניתין דלעיל דקאמר באין לב"ד הגדול שבלשכת הגזית שממנו יצאה תורה לכל ישראל שנאמר מן המקום ההוא אשר יבחר הרי דנקטה מתניתין קרא בתרא משום דקרא קמא איירי בירושלים דקאמר קרא מן שעריך תעלה לשם ומדכתיב עוד קרא יתירא דאל המקום וגו' דרשינן מניה דבתוך המקום דהיינו ירושלים יורוך מן המקום אשר יבחר ה' והיינו בית המקדש ואף דהך מלמד שהמקום גורם דממעטינן 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 ממנ המקום ההוא דאל המקום בירושלים איירי והא דמוכח דבית דמקדש גבוה היינו כיון דכתיב ועלית א"כ ירושלים גבוה משאר א"י וביהמ"ק בירושלים על הר הבית היה וגבוה מכל העיר כדאמרינן פ"ה דסוכה לא היה 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 כוונת רש"י הכא ובזה מובן גם מש"כ בזה בזבחים (דף נ"ד ע"ב) ע"ש: שם ד"ה שהיו אומרים. דתניא שואלין בהלכות הפסח: גם לעיל (דף י"ב ע"ב) אמרינן כן דא"ל רבא לר"נ מכדי מפורים לפסחא תלתין יומין הוי כו' ע"ש וכבר העירו התוס' וגם בר"ה דאמתניתן דעדיות ה"מ לאקשוויי ולפענ"ד י"ל דאמתניתן לא היה אל להקשות די"ל דמתניתן 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 לזלזולי בחמץ אבל אר"נ פריך שפיר דהא אנן כרבנן 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 בנדה (דף ס"ד ע"א) ובשבת (דף ס"ה ע"ב) ע"ש. ובספרי ערוך לנר בנדה שם הארכתי לפרש שיטת רש"י בענין זבה שצריכה מ"ח: שם בד"ה עשירי ר"י אמר.

דהיכא דלא ראתה ג' רצופין: אבל אי ראתה ג' רצופין לא הוי י"ב תחלת נדה עד אחר שספרה ז' נקיים ובזה רש"י לשיטתו אזיל שכן פירש בפ"ב דערכין אבל לדעת הרמב"ם לעולם הוי אחר י"א דזיבה ז' דנדה בין ראתה בין לא ראתה. עיין בטור יו"ד ריש הל' נדה: שם בד"ה ור"ל אמר.

על שומרת יום כנגד יום חייב כרת: הך לא משכחת רק היכי דשמשה בלילה שאחר עשירי דאי ביום י"א הרי עבדה שימור קצת ולא מיחייבה גם לר"י אפילו בתוך י"א יום בלא ראתה לבסוף כמבואר בנדה (דף ע"א ע"א) ואי ראתה אחר שמשה ודאי גם לר"ל חייב כיון דסותר את הטבילה אף דלא בעי שימור וכן מה שכתבו התוס' דנגעה בככר של תרומה ע"כ איירי דנגעה בלילה שאחר עשירי וקדש אשה ביום י"ב דביום י"א הוי מגען ובעילתן תלוין גם לר"ל שמא תראה עוד ותסתור טבילתה כמבואר שם: שם בתוספות ד"ה דאי להאי גיסא.

וכיון דאם עברוהו כ"ע מודו: פ"י דאם הם אמרו שלא לעבר והוא אמר לעבר ע"כ ב"ד הגדול מודים לו דלפי דעתו מעובר א"כ לא קא שרי חמץ בפסח ועיין בת"ח שיישב תמיהת התוס' ולפענ"ד ת"י תמוה שהוא הביא ממה שהקשה רבא והרי ר"נ השיב לו דמידע ידע דבחושבנא תליא מילתא הרי שבדיעבד לא חיישינן משום אתי לזלזולי בחמץ לבטל העבור: שם בד"ה ורשב"ל אמר.

וא"ת ולרשב"ל: ואפשר לומר דרשב"ל באמת לא מוקי לברייתא דלעיל כר"מ דהלכה הוא רק דוקא בדיני נדה דזדונו כרת אלא בשאר מצות דהלכה למשה מסיני הם ובלא"ה

לר' יהודה לא דרשינן הנך דרשות דלעיל כמש"כ התוס' לקמן (דפ"ח ע"ב): שם ע"ב בגמרא ד"מ בפלוגתא דשמואל ורבי אבהו: הא דנקט הך פלוגתא דוקא לאשמועינן דאפי' במנין הדיינים אי פליג אסנהדרין הוי זקן ממרא אכן ק"ק למה צריך למינקט פלוגתא דאמוראי בזה הא בכה"ג הוי ג"כ פלוגתא דתנאי לעיל (ד"ו ע"א) אי פשרה ביחיד או בג' דוקא וי"ל כיון דהנפקותא הוא לענין אם קדש אשה באותן מעות אי מקודשת או לא וא"כ המיקל הוא מאן דאית ליה דבעינן ג' ועי"ז עשה הממון גזל והתיר א"א לעלמא וא"כ בפשרה לא שייך זה דהא אליבא דר"מ קיימינן ור"מ הוא דאית ליה דבצוע בג' אבל בפלוגתא דשמואל ור"א קאמר שפיר דהלכה כשמואל כמש"כ התוס' לעיל (דף ג') בשם בה"ג ולכן הז"מ דהיקל כר"א לשווי' המעות גזל ולהתיר א"א פסק שלא כדין ולא מצרכינן לפ"ז למה שכתב רש"י עוד דנ"מ גם איפכא אי לאחר שקדשה זה קדשה ג"כ אחר דזה נפקותא רחוקה היא ואי משום דאל"כ יקשה דר"א היאך מוקים להך ברייתא דהא י"ל דר"א באמת לא מוקים ברייתא כר"מ וכמו שכתבנו לעיל לר"ל ליישב קושיית התוספות א"נ מוקי מחלקותם בדין אחר מדיני ממונות: שם דתנן ר"א בר"ש אומר לעולם אין הבית טמאה: ק"ק דלמה הביא ראבר"ש דפליג בסיפא ולא רבי ישמעאל דפליג ברישא וס"ל דעל אבן אחד טמא וי"ל לפי מה שכתבתי דהש"ס טרח בכ"מ להמציא דהז"מ פסק שלא כהלכתא א"כ אם פסק כר"ע להקל דעל אבן א' טהור הרי פסק כהלכה ואי כר"י דטמא לאו הורה לעשות הוא אבל אי פסק כר"א בר"ש וטהר ב' אבנים שלא בקרן זוית ופסק להקל ודלא כהלכתא דהלכה כר"ע ומזה ראי' לכאורה לשיטת רש"י והרמב"ם דהכרת הוי משום כניסת מקדש דלשיטת התוס' לענין ככר של תרומה אדרבה ר"י הוי קולא טפי לענין קידושין ראשונים והל"ל רבי ישמעאל ור"ע: שם מ"ט דר"א בר"ש: הא דנקט דוקא בהך פלוגתא מ"ט ואיך שייך טעם דר"א בר"ש לכאן י"ל משום דכל הני פלוגתות דלעיל פליגי בדרשות דקרא וטעם דפלוגתא דר"י ור"ע מפורש בת"כ הביאו הר"ש שם (פי"ב) דנגעים דפליגי ג"כ בקרא וטעם דר"א בר"ש לא מפרש וא"כ לכאורה ה"א דר"א בר"ש לאו מקרא קאמר רק מהלכה למשה מסיני וא"כ יקשה הרי כבר הוי הך פלוגתא דנגעי בתים בכלל דבר זו הלכה דנקט לעיל לכך צריך למינקט טעמא דר"א בר"ש דמקרא הוא ולא הלכה: שם ברש"י ד"ה ולוי אמר.

בשופעת מתוך שבועיים: הכל פי' רש"י אנקבה דוקא ולא ידעתי למה לא פי' ג"כ אזכר ובנדה (דל"ה ע"ב) מייתי 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 כהלכתא דהא ר"א ור"י הלכה כר"י ז"א דהא זה א' מד' דברים דאמרינן בנדה (דף ט' ע"ב) דהלכה כר' אליעזר ולכן א"ש למה דנקט הך פלוגתא דוקא ולא אידך פלוגתא דפליגי במתניתן דנדה כמה הוא קישויי' אי חמשים יום או חדש או ב' שבתות כיון דהתם ר"מ הוא מ"ד דמיקל טפי וברייתא דהכא ר"מ היא ולר"מ לא משכחת דיפסוק זקן ממרא לקולא ודלא כהלכתא: שם ד"ה בפלוגתא דשמואל.

דה"ל קדשה בגזל: ק"ק הא אמרינן בקידושין (דנ"א ע"ב) דקדשה בגזל לאחר יאוש בעלים מקודשת ופסק ג"כ הכי בשו"ע אה"ע והכא דהוציאו ממנו בדין ודאי נתייאש

ולמה מקרי זה גזל דאינה מקודשת בו וכן קשה אמה שכתב 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 אחרינא: גם הכא הוצרך רש"י לפרש דהחיוב הוא ע"י קידושי שניים דאי בקידושי ראשונה והז"מ התיר לאחר לבא עלי' שאין הקידושין כלום כדין הורה דהלכה כרבנן דאינה מקודשת והמהרש"א שכתב לעיל דבפלוגתא דתנאי לא פ"י רש"י דהוי נפקותא גם לאידך גיסא במכ"ת לא עיין בזה: שם בד"ה בעשרים ושלושה.

כשאר חובל בחבירו: ק"ק איך חייבין אהכאת שליח ב"ד אף שלא הי' כדין 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 אכתי קשה לפי מה שכתב הנימוקי 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 אכתי קשה איך הם חייבין אהכאת שליח.

אכן גם בזה י"ל כיון דלפי המבואר בש"ך שם ודאי רש"י סובר כהתוס' לפי פירושו במתניתן 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 אכתי קשה לפי מה שהוכיח הש"ך שם דהשליח ג"כ פטור לשיטת הנ"י כיון שהוא שוגג א"כ קשה איך משכחת הכא נפקותא לענין ממון וי"ל בדוחק לפי מה דאמרינן לקמן דאם עשה ז"מ כהוראתו ג"כ חייב א"כ משכחת דהז"מ גופא נעשה שליח ב"ד והכה אותו.

אכן אכתי קשה דאיך יתחייב הז"מ על זה תשלומין כיון דמיקטל אין אדם מת ומשלם וממנ"פ לר"מ ליכא כאן מיתה כיון דליכא רק היכא דאיכא ממון למיהוי דבר שזדונו כרת ואי איכא מיתה ליכא ממון וצ"ע: שם בתוספות ד"ה דין בתו מאנוסתו. בכולהו משכח פלוגתא: ק"ק הא לעיל (דף ע"ו ע"ב) יליף אביי מק"ו מבת בתו דאבתו ענוש כרת ורבא ס"ל דאין עונשין מן הדין ולכך יליף מגז"ש אבל לעולם הק"ו גם לרבא בדוכתי קאי וא"כ מה בכך שהזקן ממרא לא ס"ל הגז"ש דלא נתקבלה לו מכ"מ איכא איסורא מכח ק"ו דאדם זן ק"ו מעצמו ואכתי איך הורה לעשות ולהתיר בתו מאנוסתו ועוד י"ל למה נקט דוקא בתו מאנוסתו ולא ג"כ אם חמותו ואם חמיו דאתיא ג"כ מהך גז"ש כמבואר לעיל ר"פ הנשרפין ועוד הקשה אאמ"ו נר"ו אהא דכתבו התוס' בהוריות (דף ד' ע"א) בד"ה בדבר שאין הצדוקים מודים דבתו מאנוסתו מקרי כל דבר ולא מחייבי ב"ד דהרי רב אשי יליף שם ב"ד מזקן ממרא והרי בזקן ממרא גופא חייב אהוראת ב"ד מאנוסתו כדמוכח סוגיין דהכא.

ונלפע"ד דהנה ביבמות (דף ז' ע"א) מסיק בש"ס דאצטריך עלי' למתסר ערוה ליבם משום דה"א דאתקשו כל העריות לאשת אח וכמו דאשת אח שרי' במקום יבום ה"נ שאר עריות לכך אצטריך עלי' ורבא קאמר שם דאעריות ל"צ לגופא קרא דאין עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת כי אצטריך קרא להתיר צרה שלא במקום ערוה ע"ש והשתא אי ליכא גז"ש לבתו מאנוסתו ולא אתיא רק מק"ו א"כ כיון דאין עונשין מן הדין ליכא כרת



ולא הוי רק לאו גרידא ולפי תירוץ רבא מתיבמת אי נפלה בתו מאנוסתו ליבום והשתא י"ל דבהא קמיפלגי דב"ד סבר כרבא דאית ליה גז"ש א"כ הוי בתו מאנוסתו ל"ת שיש בה כרת ולא מתיבמת אבל הזקן ממרא לא סבר הגז"ש וא"כ ליכא רק איסור מק"ו וזה נדחה מפני עשה דיבום ולכן התירה להתייבם והתיר אסור כרת ולכן לא קשה הרי הוי כולי דבר דז"א דודאי בעיקר בתו מאנוסתו מודה דאסורה מק"ו ולא התיר רק להתייבם משום דס"ל כרבא והכא ג"כ רב פפא אליבא דרבא מתרץ כן ולכן לא הוי מצי למינקט אם חמותו ואם חמיו דבהכי הוי כולי דבר דהתם לא שייך ק"ו ומכ"מ ל"ק אמה שכתבו התוס' בהוריות דצדוקים לא מודו בבתו מאנוסתו הא ק"ו הוא גם אי לא ס"ל גז"ש די"ל דצדוקים לית להו דרשה בא' מי"ג מדות כמו שפי' רש"י בחולין (דף ד' ע"א) לענין כותים ע"ש: שם בד"ה עקביא בן מהללאל.

ואע"ג דעקביא מחמיר: וכן פי' רש"י עיין במהרש"א שכתב שהכריחו התוס' לזה מאי דפריך לקמן תדע שהרי לא הרגו את עקביא. ופירושו תמוה לפענ"ד דאם כן מאי תירצו התוס' דזימנין דהוי קולא דאכתי מאי מוכיח בפ"ה זה ממה דלא הרגו את עקביא דלמא בכה"ג לא הורה עקביא היכא דהוי לקולא אבל הדבר פשוט דהש"ס מוכיח מר' יהודה דהוזכר שם בעדיות (פ"ה) גבי פלוגתא דעקביא ב"מ ורבנן ולר' יהודה מיחייב גם בדבר שאין זדונו כרת רק שיהיה עיקרו מד"ת ופירושו מד"ס וכמו שכתב הר"ן והרי באותן ד' דברים הוי מה שהיה מתיר שער בכור ולדעת הרמב"ם אפילו איסור דרבנן מיחייב ועוד בכל הני דפליגי שם שייך קולא כגון גבי משקין את הגיורת ומשוחררת הוי קולא כמו לקמן גבי השקאת סוטה לענין אם קדש אשה במעות כתובתה וכן לענין שער פקודה הוי קולא לענין אם נכנס למקדש ונתחייב חטאת וקדש בו את האשה כדלקמן גבי הקדשות וא"כ כיון דבכולהו משכח קולא למה הוצרכו התוס' לתרץ גבי דם הירוק דוקא אבל כוונת רש"י והתוס' נלפע"ד דזה ודאי גם לר"מ הלכה כרבנן דיחיד ורבים הלכה כרבים א"כ ע"כ הזקן ממרא פסק כעב"מ וב"ד כרבנן 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 טרז הש"ס ורש"י לאוקמי ב"ד אליבא דהלכתא וז"מ שלא אליבא דהלכתא וזה דהוקשה להתוס' כאן דז"מ יפסוק כהלכתא אי הורה לעשות.

ובעיקר קושיתם נלפענ"ד דלכאורה י"ל עוד למה נקט הש"ס דפליגי בפלוגתא דעב"מ ורבנן ה"ל לאתויי פלוגתא דב"ש וב"ה במימי תלתן ומימי בשר צלי דמוקדמת שם במשנה קודם פלוגתא דעב"מ ורבנן והרי לקמן גבי לקט שכחה מייתי הש"ס דפליגי בפלוגתא ב"ש וב"ה ונ"ל דבנדה (דל"ג ע"א) אמרינן תניא אר"מ אם הן יושבות על כל דם כו' ע"ש ובתוס'.

הרי לפי המבואר בתוס' שם ס"ל ר"מ בדם ירוק כעב"מ לפי דעת ר"י והרי הכא ר"מ הוא תנא דהך ברייתא וא"כ שפיר מוקי דזקן ממרא סבר כרבנן להקל וב"ד סבר כעב"מ להחמיר דכן הוי הלכה לדעת ר"מ ולא מצרכינן להנפקותא שהביאו התוס' בהשלמה דדם ירוק לדם אדום ולכן א"ש דלא נקט פלוגתא ב"ש וב"ה דא"כ יקשה כקושית התוס' דהרי זקן ממרא כדין פסק כב"ה אם הקיל והורה לעשות: שם ד"ה בפלוגתא דר"י ורבנן.

ולא יתכן דאיירי כי האי גוונא: וליישב דעת רש"י י"ל דהא דכתב דאם נכנס למקדש חייב פי' דהוי נפקותא דמלקין אותו דכל ח"כ מלקין אותן ואי פטור א"כ צריך לשלם כדין חובל ובזה הממון 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 כרת 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 כן: שם בד"ה ר"י אומר כיהה. אין להביא ראיה לת"ק: פי' בזה מתרצים מה שהקשו דאי כהה וטמא היינו לת"ק דלפ"ז דלא כתיב 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 לכך גרסינן קיהה דאל"כ מאי פריך בנזיר דלמא כיהה וטמא הא כל כיהה טהור ועל זה כתבו דמיהו בירושלמי משמע דיש כיהה ובזה לא ידעתי למה כ' המהרש"א דלשון ומיהו מגומגם: שם דף פ"ח ע"א בגמרא מנין לפריחה בבגדים שהיא טהורה: אף דבנדה (דף י"ט ע"א) קאמר דנגע טהור ליכא לפרש בכולו הפך לבן דהאי בוהק מקרי ולא נגע איקרי ואיך מפרש לי' בבגדים בכולו הפך די"ל דבוהק לא שייך רק לענין דמטמא במראה לובן וזה מקרי בוהק כמו שפי' רש"י שם אבל לא בבגדים דמטמאים במראות ירקרק ואדמדם: שם דתנן המעריך פחות מבן חודש: צ"ל דתניא דברייתא היא ולא משנה אכן לא ידעתי למה לא נקט פלוגתא דמתניתין דערכין כגון המעריך נכרי וכדומה שם: שם אר"כ הוא אומר מפי השמועה: ק"ק דא"כ איך משכחת מה דדרשינן לעיל בברייתא דבר זו הלכה ומפרשינן דהלכות אחד עשר הוא ואיך משכחת פלוגתא בהל"מ אם לא במפי השמועה וצ"ל דר"כ ס"ל כרבי יהודה לקמן דלא ס"ל הנך דרשות דברייתא דלעיל כמש"כ התוס' לקמן וכפי מש"כ הר"ן פסק הרמב"ם כרבי יהודה: שם מאי לאו דהוא אמר מפי השמועה: הא דמשמע ליה הכי דוקא ולא דשניהם מפי השמועה או שניהם מדעת עצמם או כפי מה דמתרץ דהם אומרים מפי השמועה י"ל כיון דהך לישנא הוא דנקטה מתניתין דכך לימרי' וא"כ למה יאמר דעתו מקודם קודם דעת ב"ד הל"ל כך דרשו חברי וכך דרשתי ולכן משמע ליה דהוא מפי השמועה קאמר והם מדעתם וכיון דשלו קדום בזמן דנתקבל לו מרביתו לכן מקדים לדידי' ואהכי מתרץ דלעולם י"ל דהם אומרים מפי השמועה והוא מדעתו ואעפ"כ מקדים לדידי' ברישא משום דהכי קאמר כך דרשתי מדעתי כבר ועכשיו שמעתי שחברי לא דרשו כן מפי השמועה: שם בעל שמחל על קינויו: בסוטה (דף כ"ה) פליגי אמוראי אי יכול למחול קודם סתירה או אחר סתירה דוקא ומדברי רש"י משמע כאן דקודם סתירה דוקא והכי קדייק התם דאל"כ משכחת דיש לה היתר ע"ש אכן לפענ"ד קשיא על זה דהא קדייק התם ממתניתין דקתני ומוסרים לו שני תלמידי חכמים דאי אמרת יכול למחול קינויו למחול וליבעל ומתרץ דבעינן ת"ח ולימרו ליה הך דינא וא"כ מאי קדייק מהך דאין לו היתר דהא קאמר התם כן אי אמרת דאין מוסרין לו ת"ח ומהימנינן ליה כמו נדה והרי אז לפי דעתו אין לה היתר דלא יודע הדין דיכול למחול והנה התוס' כתבו כאן

דלאחר שנמחקה המגילה אין יכול למחול וזה לכאורה נגד סוגיא דשם דתליא בסתירה ולא במחיקת המגילה.

אכן מה שכתבו התוס' הוא בירושלמי דשמעתין: שם ברש"י ד"ה אדם שפרחה בכולו. והכניסו למקדש: אף דבעירובין (דף ק"ד ע"ב) קאמר שמואל המכניס שרץ למקדש פטור משום דאין לו טהרה בטבילה וה"נ בגד מנוגע אין לו טהרה מכ"מ הרי מסקינן שם דהך דשמואל תנאי היא והלכה כר"ע מחבירו ולכן גם הרמב"ם לא פסק כוותי' דשמואל ולכן שפיר כתב רש"י לענין הלכה דגם המכניס בגד חייב למ"ד טמא: שם ד"ה ר"מ אומר נותן דמיו.

ובהקדש במזיד קידש: פ"ל לר"מ לשיטתו הוי הכי דהוא ס"ל כן בקידושין (דנ"ב) וכיון דאליבא דר"מ קיימינן א"כ צ"ל דהז"מ פסק כרבנן דקידושיו קידושין ולא הוי לקולא ולא משכחת רק בקדשה שני ולכן כתב רש"י דגם בראשון הוי נפקותא לענין קדשה אחר במזיד א"נ לענין אשם מעילות ולכן הוצרך רש"י להך א"נ אף דלכאורה נראה יותר דוחק מהפ"ל הראשון: שם בד"ה חולין לעזרה הוא: א"ל דאכתי היאך התיר ז"מ לגמרי כיון דעכ"פ אסור מטעם חולין בעזרה והרי הורה לעשות בעינן די"ל דס"ל כמ"ד חולין בעזרה לאו דאורייתא אכן אכתי קשה לפי מה שכתב רש"י בפסחים (דכ"ב ע"א) דאכילת חשב"ע לכ"ע הוי דאורייתא א"כ האיך הורה להיתר ולשיטת התוס' שם דלא ס"ל הכי א"ש: שם בד"ה י' כהנים: כדמפרש בפ' י' כהנים: הך עשרה כהנים קמא נראה דלא גרסינן דהא לא בעינן רק תשעה וכהן כדאמרן לעיל וגם בש"ס לא קאמר רק עשרה בני אדם ולא כהנים: שם בד"ה נותן על מקומו.

וטהור לכנוס למקדש: קשה דהא הכא קושית התוס' לעיל בד"ה בפלוגתא דר"י ורבנן במקומה עומדת דלא שייך כתירוצם בככר של תרומה דהא טהרה זו היא טהרה של מחוסר כפורים ומחוסר כפורים מותר בתרומה כדאמרינן בנגעים (פי"ד) ג' טהרות במצורע וגם א"ל דהנפקותא בנגע בקודש וקדש בו אשה דהא בקודש אפ"ל הוא טהור אינה מקודשת כדאמרינן 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 ואפילו 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 דרך להפקירו: הכא לא נקט רש"י טעם דספרי דקמייתי לקמן דאתיא מולגר ליתום ולא למנה אכן מפ"ל הר"ש והרמב"ם במתניתן שם משמע דגם לקט מדרשה זו אתיא וכן משמע קצת בספרי גופא: שם ע"ב בגמרא כדי שלא ירבו מחלוקת: הא דמדמי הך לדלעיל י"ל דב' טעמים י"ל בז"מ הא דחייב הא' משום כבוד ב"ד וכמש"כ הרמב"ם בפ"י המשניות והב' משום ריבוי מחלוקת בישראל ובב' טעמים אלו תלי' הך דינא דלעיל דאי מטעם כבוד ב"ד א"כ אם הוא אומר מפי השמועה והם ג"כ מפי השמועה או מדעתם אין פוגם בכבודם כיון 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 כבודם 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 כיון דבמתניתן לענין ז"מ לא קתני לי' דמתניתן פליג אברייתא ולכן פסק כמתניתן 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 בחגיגה (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 בר"ן שהביא ב' פירושים בהך דפירושו מד"ס הא' במנין כמה יקח מכל א' מהד' מינים והב' מה הם הד' מינים אכן לפי פי' השני קשה לכאורה א"כ איך שייך בזה יש בו כדי להוסיף דזיל קרי בי' רב הוא דד' מינים אמרה תורה ולא חמש וא"כ לא מיחייב ז"מ על' וי"ל דמשכחת כגון דמספקא לי' בא' מהמינים ומתוך ספק לוקח לשניהם ויש בזה משום בל תוסיף אף כשעושה מכח ספק כדמוכח ממה שכתבו התוס' בר"ה (דכ"ח ע"ב) דלרבי יהושע בספק ז' ספק ח' לא יתבינן בסוכה.

אכן לפי מה שכ' הרשב"א בסוכה (דל"א) דבמה שעושה לצאת ידי ספק לא שייך בל תוסיף ע"כ סבר הכא כפי' קמא דהר"ן דמוסיף במנין המינים וזה שייך אליבי' דהוא ס"ל שם כן דבמוסיף במנין 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 דהר"ן רק פי' בתרא שפיר הוכיחו דבמה שעושה מכח ספק ג"כ שייך בל תוסיף דאל"כ לא משכחת בלולב כאן דפירושו מד"ס ויש בו להוסיף דליחייב ז"מ עלי': שם ברש"י ד"ה ואליבא דר' יהודה.

ולא נהירא לי: ולכאורה פי' האית דאמרי תמוה מאד וי"ל דלפי המבואר במנחות (דל"ד ע"ב) למ"ד אין צריך לדבק אם הדביק עור על ד' בתים של ראש כשר לשל יד ולמ"ד צריך לדבק לא כשר ע"ש וא"כ לכאורה יקשה מאי מקשה לקמן אי הכי תפילין נמי אי עביד ד' בתים הא שפיר משכחת בשל יד כגון שהניח פ' חמישית אצל בית ש"י ולא בתוכו על זרועו וכשהן כך ודאי דלא הוי מוסיף דהאי לחודא קאי והאי לחודא קאי ואח"כ הדביק עור א' על שניהם כשהם בזרועו וה"ל כולו בית ש"י א' כמו שמכשירין שם מה"ט הדביק עור על ד' בתים ש"ר ומתוך כך פסיל להך של יד כיון שנוסף בו פרשה חמישית וא"כ שפיר משכחת גם בשל יד אכן זה לא שייך דוקא רק למ"ד אין צריך לדבק דלמ"ד צריך א"כ גם אחר שהדביק על שתיהן האי לחודא קאי והל"ק כדאמרינן התם דלא מכשר להו עי"כ וא"כ הכא נמי לא פסיל להו עי"כ והנה במתניתן נקט חמשה טוטפת דוקא דקאי אראש כמו שפי' רש"י וע"ז קאי ג"כ הך ואין לנו אלא תפילין כמו שנראה 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 צריך לדבק וא"כ לא משכחת בשל יד וזהו דקאמר לפי פי' הי"מ ואנו אין לנו אלא תפילין פי' הך תפילין דקתני במתניתן דהיינו של ראש ואליבא דר"י דאמר צריך לדבק דאלו אליבא דר' יוסי דס"ל אין צריך לדבק משכחת באמת גם בשל יד ולכן מקשה בסיפא שפיר אי דעביד ד' בתים דהא ע"כ

בשל ראש איירי דאמתניתן קאי וכמו שפי' רש"י אבל פי' קמא דאליבא דר"י דאמר תורה ויורוך בעינן היה נראה דוחק להי"מ דמאי ואנו אין לנו אלא תפילין אליבא דר"י שייך בזה דהא ר' אושע'י גופא קאמר כן דבעינן עיקר מד"ת ופירושו מד"ס וא"כ אליבא דנפשי' ג"כ אין לנו אלא תפילין ומטעם זה הוצרך רש"י להוסיף ו' ולגרוס ואליבא דר"י ולפרש דהש"ס קאמר כן דר"א אליבא דר"י קאמר ולא שזה מדברי ר"א אבל הי"מ גרסי כגרסא דלפנינו אליבא דר"י ופירושו שפיר דמדברי ר"א הוא: שם ד"ה האי לחודא קאי.

דכיון 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 משכחת גבי ציצית שהכניס חמשה חוטין ולא קשרן ואז היתה כשרה ואח"כ כשהיה לבוש בהטלית קשרן ופסיל להו אע"כ מוכח לכאורה דלמ"ד קשר עליון לאו דאורייתא לא מהני קשירה ולא כלום ולא מקרי הוספה לפסול הטלית אף כשקשרן ולפ"ז צ"ל דמש"כ רש"י כיון דלא נקשר לאו דוקא הוא אלא כיון דלא נתחייב לקשרן: שם בתוספות ד"ה ואין לנו אלא תפילין.

מקרא דכי יפלא: לפי מש"כ הר"ן דברי ר"י דס"ל ג"כ כר"מ בכולהו לבר בבתו מאנוסתו לא ס"ל כוותי' א"כ דריש לכולהו לבר ממשפט דדרשינן אבתו מאנוסתו ולפי שיטת הרמב"ם דס"ל כדעת הי"מ שהביא הראב"ד בהשגות דהא דבעי ר"י עיקרו מד"ת ופירושו מד"ס מטעם דבעינן תורה ויורוך לא בעי רק בעשה דלא פרט הכתוב בפי' ולא בהני דחייבין אזדונו כרת דכתיבי בפי' י"ל דאפילו משפט קדריש ר"י שפיר דהא הרמב"ם פסק כרבי יהודה ואעפ"כ הביא דחייב אהוראה בא' מן העריות אם היא ערוה או לא והיינו ע"כ בתו מאנוסתו אכן מה שכתבו התוס' דהנך דרשות דלעיל לא דריש כבר הקשה הר"ן דאיך תליא זה בהדרשות הא בפי' כתיב בין דם לבין דין לדין בין נגע לנגע והרי לר"י לא מיחייב אלא אתפילין ולכן כתב ע"פ התוס' דלר"י רישא דפרשה דכי יפלא לאו בדין ז"מ איירי אלא בדין איך יתנהגו בהוראה להוציא הדין לאמיתו וכהברייתא דלעיל דמתחלה לא היו מרבין מחלוקת דג"כ לא איירי לענין דין ז"מ אך איך יתנהגו כשנפל מחלוקת בין הסנהדרין וכיון דע"כ צ"ל כן א"כ שפיר י"ל דדריש להדרשות דלעיל דלפי הדרשות נכללו כל האזהרות והדינים שבתורה בקרא דכי יפלא ובזה צותה התורה דכי יפלא ממך דבר בכל האזהרות והדינים וקמת ועלית לשאול את פי ב"ד הגדול והתורת חיים והט"א בר"ה באבני שוהם שכתב דתלמיד טועה כתב דברים האלה לא ראו דברי הר"ן: שם בד"ה אי סבירא לן.

והכי נמי אמרינן בריש לולב הגזול: לכאורה אין משם ראייה כ"כ דהתם הכי קאמר כיון דצריך אגד והוא אגדו במין חמישי ה"ל ה' מינים דהא התם לא שייך לומר האי לחודא קאי דא"כ פסול משום דאין כאן אגד כלל וכיון דהתם ע"כ האגד שייך להמצוה ה"ל ה' מינים משא"כ לענין מאי דקאמר התם אי אייתי מינא אחרינא האי לחודא קאי והאי לחודא קאי דלענין הוספה מין אחר שפיר שייך לומר כן אעפ"י שהוא עמו בתוך אגד א' ולפ"ז לא יקשה קושית התוס' אגמרא דסוכה גופא אבל מכ"מ מהכא קשיא: שם בא"ד.

שפוסלו ומבטל מצות שעל ראשו: בלולב לא שייך כן דכבר יצא משהגביהו כמש"כ התוס' אבל בתפילין הוי כל היום מצותו כן כ' הר"ן ואף דבלולב ה"ל כל היום מצותו לפי מנהג אנשי ירושלים מכ"מ התם כולי חדא מצוה היא משא"כ בתפילין דחל המצוה מחדש עליו כל היום תדע דמי שהניח תפילין שחרית מברך עליהן לערב משא"כ בלולב דאין מברך עליו שנית ומציצית ל"ק אף דה"ל ג"כ כמו תפילין דכל היום מצותו מכ"מ גבי ציצית לא משכחת לי' כלל שפוסלו כשהוא לבוש בו בהכשר ע"י הוספה אי קשר עליון דאורייתא דאי קשר חוט חמישי על הד' הקשורים כבר בזה לא מיפסל דהאי לחודא קאי והאי לחודא קאי כיון דלא נקשר עמהם ואי התיר את כולן וקשר עמהם חמישי זה לא מקרי פוסל ע"י הוספה דפסול מעיקרא הוא וכמש"כ הר"ן בשם הראב"ד לענין לולב אבל בלולב שפיר משכחת לדעת התוס' שהכניס מין חמישי תוך האגד ולכן הוצרכו לתירוצם גבי לולב אבל לדעת הראב"ד גם בלולב לא מקרי זה הוספה דלגבי מין חמישי אין כאן אגד דתעשה ולא מן העשוי.

ואין להקשות דהא ע"כ אי אמרינן קשר עליון דאורייתא לא בעינן דוקא שיקשור כל החוטין ביחד אלא גם אי יקשור הד' חוטין כל אחד לעצמו ג"כ הוי קשר דכן מוכח ממה דמוכיח במנחות (דל"ט ע"א) ש"מ קשר עליון דאורייתא דאל"כ ל"ל דהתיר קרא כלאים בציצית וממאי דלמא לעולם קשר עליון לא הוי דאורייתא פי' שיקשור כולם ביחד ומכ"מ צריך קרא להתיר כלאים בציצית שיקשור אותם אחד אחד דהך קשר הוי מדאורייתא אע"כ דאי אמרינן קשר עליון הוי דאורייתא כשר ג"כ כשיקשור אותן א' א' וזה גופא דמוכיח דכשר וא"כ אכתי מאי מקשה מציצית הא שפיר משכחת דקשר ד' חוטין כל א' לעצמו ואח"כ כשהי' לבוש בו קשר עמהן עוד חוט חמישי די"ל דאף דכשר בכה"ג מטעם קשר עליון מכ"מ לא מקרי זה הוספה דאמרינן לענין החוטין האי לחודא קאי והאי לחודא קאי: שם בא"ד.

דמדאגבהי' נפקא בו: הכי אמרינן בסוכה (דמ"ב ע"א) ובס' ע"ל שם (דף ל"ד ע"ב) הבאתי קושיא ששמעתי להקשות אהא דמקשה שם כן הא שפיר משכחת דלא נפק כגון שלא הוציא רק לולב לבדו בלא אתרוג והוציאו להביאו בבית אחר שיש שם אתרוג דרך ר"ה והוי שפיר טרוד במצוה עדיין ולא יצא בו.

ולפענ"ד אפשר ליישב ע"פ מה דקאמרינן שם (דל"ד ע"ב) דבעינן שתהא לקיחה תמה והביאו התוס' שיטת בה"ג דלא בעינן דמגבה להו הד' מינים בהדי הדדי אלא אי מגבה כל חד וחד לחודא שפיר דמי וכן פסקו גם הרי"ף והרמב"ם אלא שהרמב"ם בעי שיהיו כל הד' מינים לפניו עכ"פ ואז יוצא גם כשנוטלם א' א' והרי"ף סתם בזה ולא כתב כן והר"ן הביא דעת הרמב"ן שם דלא בעינן שיהיו לפניו דוקא ולפ"ז י"ל לדעת הרמב"ן דשפיר פריך הא מדאגבהי' נפיק ביה דאף שעדיין לא נטל אתרוג מכ"מ לא טריד עוד במצות נטילת לולב שהוציאו כיון שבו יצא כבר והאתרוג יכול לטול אח"כ לבדו בלא לולב לדעת הרמב"ן ומזה לכאורה ראייה לשיטתו: 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 דבעינן ד' בתים של ראש מעור א' אם תפורים יחד מקרי ג"כ עור א' וכן כתב 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 משכחת לה דאו דגרוע ועומד הוא או דהאי לחודא קאי והאי לחודא קאי הא שפיר משכחת לה כגון שהניח תפילין בד' בתים וכשהיו בראשו הדביק בהן בית חמישי דהא גם בלולב הוי משכחת בכה"ג כפי מש"כ התוס' לעיל אי לאו דמדאגבהי' נפיק ביה משא"כ בתפילין דכל היום מצותו כמש"כ הר"ן וכנ"ל אכן זה אינו כיון דבעינן גבי תפילין של ראש מעור א' ובעור א' לא שייך הוספה בעודן בראשו ואי הדביק חוץ לאותה עור א"כ האי לחודא קאי והאי לחודא קאי דהוי כמי שנותן מין חמישי בלולב חוץ לאגד למ"ד לולב צריך אגד.

אכן אי ס"ד דבתפרן מקרי ג"כ עור א' א"כ שפיר משכחת בתפר בהן בית חמישי בעודן בראשו ול"ל דאייתי הך דר' זירא אע"כ מוכח לכאורה כדעת הפוסקים ובראשם רש"י במנחות שם שפירשו דעור א' דוקא בעינן ותפירה לא מקרי עור אחד וא"ע ראיתי שבשו"ת בגדי כהונה הרגיש גם כן בזה: שם אמר לו ר"י וכי נאמר יראו וייראו: ק"ק למה צריך ב' טעמים הא דלא כתיב יראו וייראו לחוד מספיק לומר שאין ממתנין עד הרגל גם כבר הקשה הרא"מ בפ' שופטים דהלא לר"ע קושית ר"י במקומה עומדת דהלא לא כתיב 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 ל"י 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 ל"י 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 ברגל דומה למה דאמרינן בהגיגה (דכ"ו ע"א) דקרא אותן קרא בשעת אסיפה ברגל חברים ולכן סובר ר"ע דדוקא בז"מ ממתנין עד הרגל והא דכתיב ישמעו משום דצריך הכרזה ג"כ כדאמרינן בברייתא לקמן ד' צריכים הכרזה רק דבז"מ לא בעי רק הכרזה במקום שנדון ובג' אחרים שולחין בכל המקומות רק דר"י סבר דודאי אי הוי כתיב יראו וייראו ע"כ היו ממתנין ומענין את דינו.

אכן כיון דלא כתיב רק ישמעו דאיכא לפרושי כר"ע וגם ששולחין בכל המקומות למה מענין את דינו אכן לר"ע משמע ליה מהעם רגל דוקא לכן ע"כ גלי קרא דמענין את דינו אכן דבעי הכרזה ג"כ מודה וזה דעת הרמב"ם בפ"ג מה' ממרים: שם המסית ובן סורר ומורה: לפי סדר התורה ה"ל לחשב בן סורר ומורה אחר ז"מ וע"ז והא דחשיב אותן לפי סדר זה משום דמסית ובסו"מ תרווייהו בסקילה וז"מ אחריהם דבחנק וע"ז לבסוף או משום דבלישנא דקרא ע"ז אחר ז"מ ועוד דבכלל ע"ז הם ג"כ חייבי מלקות וממון כמש"כ הרמב"ם (פי"ח מה' עדות) שם המתנבא מה שלא שמע לפי מה שנראה מדברי הרמב"ם בפ"ט מה' יסודי התורה נהרג אכל דבר שבא להוסיף או לגרוע או לשנות בא' ממצות התורה וזה ע"כ בכלל מתנבא מה שלא שמע ולא קשה לפי"ז איך נהרג מתנבא מה שלא שמע מי יוכל להתרות בו או להעיד עליו על זה דלמא שמע ולפ"ז א"ש דבמה שנוגע במצות התורה יכולין להתרות בו בודאי אבל לפי מה דאמרינן לקמן דמתנבא מה שלא שמע הוא כגון צדקי' בן כנענה בזה ודאי יקשה מנא ידעינן וכן קשה אמה שלא

נאמר לו דמאן לימא לן דלא נאמר גם לו כמו לחבירו ואי משום דאמרינן לקמן מאן מתרי ביה וקאמר חברי נביאי וא"כ ה"נ י"ל כן דא"כ מאי מקשה לקמן אמירא דרב חסדא דוקא מאן מתרי בו הא בלא"ה מוכח ממתניתין דחברי נביאי מתרי ביה וי"ל דזה ודאי פשיטא לי' דחברי נביאי יכולים להתרות בו בדבר שנאמר להם כי בזה יודעים שלא נאמר לחבריהם דזה י"ל דבכלל נבואתם הוא וכן במה שלא שמע י"ל כן כגון דלא נאמר היפוך הנביא השקר כגון גבי צדקיהו דלמיכיהו נאמר היפך נבואתו אבל שנאמר דנבואת אמת שנאמר לא' נאמר לכולהו כההיא דהכובש את נבואתו זה לא הוי ס"ד עד דמתרץ לי' מכי לא עשה ד' דבר עד אשר אם גלה סודו אבל לעולם לא שייך עדות והתראה בהנך דמתניתין רק ע"י הנביאים ובזה מיושב מה שהקשה המהרש"א למה לא דנו לצדקי' בן כנענה ולחנניה בן עזור במיתה ולפ"ז א"ש דלא היו שם בכל א' רק עד א' דהיינו מיכיהו גבי צדקיהו וירמ' גבי חנניה: שם הוי לי' למידק כדר' יצחק: ק"ק אכתי איך קרי ליה מתנבא מה שלא שמע הא ודאי שמע כן דהא אמרינן דרוח נבות אטעיתי' ועוד איך קאמר דהוי לי' לדייק דאין ב' נביאים מתנבאים בסגנון אחד הא הוא באמת התנבא בסגנון אחר דהנביאים אמרו עלה והצלח ונתן ד' ביד המלך והוא אמר כה אמר ד' באלה תנגח ארם עד כלותם גם בפסוק שם גופא י"ל דלאחר שאמר מיכיהו ג"כ טוב על המלך אמר לו עד מתי אני משביעך כי לא תדבר אלי רק אמת בדבר ד' הא ניבא לו ככל נביאיו ומאן לימא לן דלא אמת דבר לו ונ"ל דהא אמרינן בשמעתיך דיהושפט אמר לאחאב כי כל נביאיו נביאי שקר הם מפני שמתנבאים בסגנון א' והנה אמת דגם לצדקיהו נאמר הנבואה באותו סגנון כמו לשאר הנביאים דהיינו בלשון עלה והצלח.

אכן כיון ששמע דברי יהושפט דהוכיח מזה דשקר הם דוברים שינה לשונו ואמר בלשון שלא שמע באלה תנגח ארם והיינו דאמרינן מתנבא מה שלא שמע כגון צדקי' אכן אם נבואתו היה אמת לא יקרא בשביל זה מתנבא מה שלא שמע מפני ששינה הלשון אבל הי' לי' למידק כדדייק יהושפט דכל נבואתו שקר דאין ב' נביאים מתנבאים בסגנון א' ומדלא דייק ש"מ דשקר הוא דובר ושדע הוא עצמו בו ולכן קרי לי' מתנבא מה שלא שמע וכיון דמיכיהו בתחלה אמר ג"כ הך 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 משביעך אשר לא תדבר אלי רק אמת בשם ד': שם אתא איהו בשוק התחתון: פי' דקדייק כן דהנבואה האחת נעשה ע"י האחרת אף דמרוחקין זה מזה בכתוב משום דשניהם בזמן א' היו דבשניהם כתיב בראשית מלכות צדקיהו ואף דבנבואת חנניא כתיב בשנה הרביעית בחודש כבר פי' הרד"ק דהך בשנה הרביעית לאו היינו למלכות צדקיהו רק שנה הרביעית לשמיטה וכפי פי' זה נראה שסבר דרשה זו ועיין במהרש"א: שם ברש"י ד"ה לא בב"ד שביבנה.

אם נשאלו לב"ד: פי' משום דבעינן שימרה דוקא על הב"ד הגדול כשיושבין בלשכת הגזית כדאמרינן 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 כאן רק ב' קריאות דהיינו ישמע וישמיע ומישמע דריש מוותר ועובר על דברי נביא וכן דעת התוי"ט אכן דעת רש"י אינה כן דמוותר אתיא מישמע וכובש מישמיע ועובר על דברי עצמו מדקרינן ג"כ ישמע לשון נפעל ומהוראת הנפעל פעולה השב אל



עצמו כמו ועמשא לא נשמר מחרב יואב דפירושו לא שמר את עצמו וזה שכתב רש"י קרי ביה לא ישמע שהוא עצמו אינו נשמע לשון נפעל פי' שאינו שומע אל דברי עצמו: ם שם בתוס' ד"ה קשר עליון.

וליתא אלא דמסקינן התם: הנה לא על רש"י לבד קשה כן 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 דמוכיח בגמרא ש"מ קשר עליון דאורי"י דאל"כ כלאים 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 והר"ן הביא כאן שיטת הר"ר דוד דקשר א' בעינן 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 והר"ן הקשה על שיטה זו דהא ה"ל ב' תכיפות התכיפה דציצית בטלית והקשר 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 כיון 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 דהוי 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' כדעת הר"ר דוד ומתכיפות דתוך הטלית לא איירי כלל וכיון דלא מוכח כן רק לר' יהודה א"כ לרבנן שפיר י"ל דקשר עליון ל"ד והיינו דמספקא להש"ס אי ס"ל ק"ע דאורייתא או לא וכיון דתלי זה בפלוגתא דר"י ורבנן שפיר כ' רש"י דפלוגתא שהבהש היא במנחות: שם ד"ה ולא בכ"ד שביבנה.

דא"כ משכחת ליה לריב"ז: לפי מה שכתבו התוס' לעיל (דף ל"ז ע"ב) בד"ה מיום שחרב דלצורך שעה שבו ב"ד ללשכת הגזית גם אחר שישבו בחנות והא דמוכיח מריב"ז משום דהתם רציחה היה וכיון דגלו משום דנפיש רוצחים לא היו חוזרים משום רציחה ע"ש מתורצת קושיא זו: שם בא"ד דאעבירה דקודם שגלתה סנהדרין דנין: אף דלכאורה מוכח דז"א דא"כ משכחת לריב"ז דהיה בסנהדרין כגון דהוא לא קיים לאחר החורבן רק ימים מועטים וא"כ תחלת שנות ארבעים אחרונים שלו התחילו זמן מועט אחר שישבו סנהדרין בחנות ואז היה דן על עבירות שקודם לכן די"ל דלא היה נראה להש"ס לומר דריב"ז מת מיד אחר החורבן וכל עשר תקנות שלו דקחשיב בפ"ג דר"ה התקין בזמן מועט אכן כיון דזה אין ראיה גמורה למידק מניה ולכן כ' התוס' דדוחק הוא לומר כן: שם בא"ד.

ור"ת אומר דמיירי שנגמר דינו: לכאורה מה שהקשו התוס' דמאי איריא ב"ד שביבנה אפילו ב"ד שבחנות נמי אכתי לא מיושב בזה דהא גם בב"ד שבחנות אין ממייתין אותו עד הרגל וי"ל: שם ד"ה הכובש נבואתו. אלא מכין אותו עד שתצא נפשו: בהכי א"ש הא דנקט דוקא הכובש נבואתו ולא ג"כ אחרינא דבמיתה ביד"ש דהיינו המוותר על

דברי נביא ונביא שעבר על דברי עצמו משום דבהם לא הוי קום ועשה כמו בהכובש דאף מוותר על ד' נביא מצינו בשוא"ת כגון שנביא מצוה לו שלא לעשות דבר והוא עושה אותה ובזה ליכא מלקות דרק לקיים מכין עד שתצא נפשו אבל בהכובש הוי לעולם לקיים: שם ע"ב בגמרא והא יונה דהדרי ביה ולא אודעוה: עיין במהרש"א שהקשה מנ"ל שלא אודעוה ונדחק ביישובו ולפענ"ד נראה מהכתובים כן דלאחר שאמר הכתוב שהרע ליונה מאד על שלא נתקיימה נבואתו קאמר שישב יונה מחוץ לעיר לידע מה יהיה בעיר וכי מה רצה לדעת עוד אי כבר נאמר לו שנחם הקב"ה על הרעה אלא ודאי שלא נאמר ליונה דבר רק שהוא ראה שעבר העת המיועדת של מ' יום ולא נעשה דין ומזה הוכיח או שהאריך הקב"ה אף להם או שנחם לגמרי על הרעה ולכן בתפלתו אמר הלא זה דברי בהיותי על אדמתי כי אתה אל חנון ורחום ארך אפים ונחם על הרעה הרי שהזכיר לב' המדות דאריך אפים ודנחם על הרעה משום דהיה מסופק אם אריכת אפים הוא מה שלא נעשה דין בהם או דנחם הקב"ה על הרעה וגם הקב"ה אמר לו אח"כ רק ההיטב חרה לך ולא פ' לו רצונו ולכן ישב יונה מחוץ לעיר לדעת אם עוד יעשה דין בהם ולא היה רק אריכת אפים או לגמרי מחל להם הקב"ה ורק אח"כ הודיעו הקב"ה כי נחם על הרעה כשאמר ואני לא אחוס על נינוה העיר הגדולה ומזה שפיר הוכיח הש"ס כאן דהדרי ביה ולא אודעוה ליונה שם אחרי דברו של שטן: כבר הקשה המהרש"א וגם הת"ח אהנך דרשות הא רש"י כ' כהך מ"ד דאחר סמוך ואחרי מופלג והרי הכא כתיב אחר והיה מופלג דיצחק בן ל"ד שנה היה בשעת עקידה וקטרוג השטן היה ביום הגמלו וכן יש להקשות איפכא דאוייה אחרי הדברים האלה ויגד לאברהם לאמר הנה ילדה מלכה גם היא פ' רש"י שנתבשר שנולדה רבקה בת זווגו והרי זה היה סמוך דרבקה בת ג' שנה היה כשנשאה יצחק בן ארבעים שנה וי"ל דהכלל זה דאחר ואחרי לא שייך רק היכא דכתיב בלא לשון ויהי כגון גבי אחר הדברים האלה היה דבר ה' אל אברם במחזה דשם פ' רש"י דסמוך הוא וכן גבי אחרי דרך מבוא השמש דפ' ראה דפ' שם רש"י דמופלג הוא אבל היכא דכתיב בלשון ויהי אחר או אחרי לא הוי כללא זה והדבר צריך ישוב אם שייך זה בכל המקומות: שם משל למלך בו"ד: לכאורה אין המשל דומה לנמשל כלל דגבי המלך בו"ד הוצרך לתשועת הגבור להציל את נפשו מהמלחמות שעמדו עליו ולכן אמר נא הושיעני מה שלא שייך בהקב"ה גם כשאמר הקב"ה לאברהם שיעמוד לו בנסיון זה תלה הטעם כדי שלא יאמרו הראשונים אין בהם ממש וכי לא די בזיון וקצף אם לא יעמוד בנסיון זה וינצח למה הוצרך 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 דבים סוף נגלה הקב"ה כגבור איש מלחמה היה שהוצרך הקב"ה לעשות נס לאינם ראויין עדיין לכך כטענת השר הים הללו עע"ז והללו עע"ז והוצרך הקב"ה לנצח משפטו אין עול בו להציל את ישראל וכן היה גבי אברהם שאבד הקב"ה את המלכים מפניו ונגף לפרעה ואבימלך בעדו וכהנה מהנסים שנעשו לו וח"ו יהיה זה עול במשפט השם אם לא היה אברהם ראוי לכך 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 היה 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 היה להנסים שנעשו לו ומפני שהנסיון זה היה גדול כ"כ עד שכל צדקת אברהם וגם יושר משפטי ד' היה תלוי בו לכן י"ל שהמתין הקב"ה בנסיון זה עד שהיה יצחק בן ל"ז שנה דוקא דהנה שנות אברהם היו קע"ה כמבואר בכתוב אכן אמרינן במדרש זרע יעבדנו יסופר לאדני לדור מכאן שאין מונין לשנותיו של אדם אלא משעה שנמול ודוגמת זה אמרינן לקמן (דף ק"י סע"ב) וגם אמרינן במדרש לא מאיצטגנינות שלך אברם אין לו בן אברהם יש לו בן הרי שנעשה אברהם אז כשנמול בריה חדשה וגם היה אז גר שנתגייר דכקטן שנולד דמי א"כ התחילו שנות אברהם משנת צ"ט שלו שנמול אז והי' א"כ ע"ו שנה וכשנולד יצחק היה אברהם בן ק' שנה א"כ כשיצחק הי' בן ל"ז שנה נשלמו לאברהם ל"ח שנה שהוא חצי ע"ו ואמרינן בגמרא כיון 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 היה שלא יחטא עוד ולא יסרב בציווי הקב"ה כמו שלא סירב עד רוב שנותיו ולכן המתין הקב"ה לנסותו עד הזמן ההוא להקל מעליו הנסיון הגדול הזה ולחזקו בחסדו לעמוד בנסיונו ועיין במש"כ בההקדמה לשו"ת בנין ציון עוד בביאור המאמר: שם קדמו לשטן בדרך א"ל הנסה דבר אליך תלאה: יש לפרש מה שהזכיר לו שהחי' לכל באי עולם ע"פ מה שיישבתי במ"א הא דאיתא במדרש שכשצוה הקב"ה לאברהם על המילה אמר עד כאן היו באין אלי עוברי דרכים שמא משמלתי יפסקו ממני שאיך נאמר שמפני שלא יבואו אליו ב"א ימנע מלקיים ציווי הקב"ה אכן הענין כך שכל מגמת האבות ובפרט של אאע"ה וכל עסקו היה להכניס בני אדם תחת כנפי השכינה ולהורות להם שיש בורא לעולם יחיד ומיוחד וכאשר העיד עליו הכתוב ויקרא שם בשם ה' אל עולם וכן ואת הנפש אשר עשו בחרן ומטעם זה לא צוה להם הקב"ה עדיין המצות שבין אדם למקום שהיה די להם במצות שבין אדם לחבירו שע"ז נתקרבו לב"א להורות להם מציאות השם ואחדותו ולכן נתירא אברהם שע"י שיקיים מצות מילה ישבת ממנו חברת ב"א הן מפאת שימנעו ע"ז עוד לכנוס תחת כנפי השכינה אם יצטרכו למול והן מפאת שע"י התקיימו המעשה הזה הזר בעיניהם יהיה נבדל מהם וימנעו מלבוא עוד אליו וטעם זה שייך ג"כ גבי עקידה אם ישחוט אברהם את בנו ימנע זה ב"א עוד מלכנוס תחת כנפי השכינה כשיראו שהקב"ה שואל מהם עבודות קשות כזה לשחוט בן יחיד אשר אהב והן מפאת זה הן מפאת שנאתם לאברהם שיחשבוהו לאיש אכזר לא יחפצו עוד ללמוד ממנו דרכי ה' ולעבדו בלבב שלם וגדול הרעה שיצמח ע"ז שגם אשר כבר נדבקו בו יפרשו ממנו וכל מעשה אברהם מעודו עד היום ההוא כאין ותוהו יחשב וזה שקטרג השטן וא"ל הנסה דבר אליך תלאה האם היה לך הקב"ה אם הוא אוהבך כמו שתחשוב לנסותך בדבר הזה כי הנה יסרת רבים וידיים רפות תחזק כושל יקימון מליך ורבות הטובות אשר בהם רצית והחייית לבני אדם להכניסם תחת כנפי השכינה ועתה בא להלאותך ולהרוס את כל אשר טרחת לבנות כל ימי חלדך וע"ז השיב אאע"ה אני בתומי אלך ואקרא שוטה כל ימי ולא לעשות רשע לפני המקום ח"ו א"ל השטן הלא יראתך כסלתך פירוש כסלה לשון מכשול כמו שפירש המהרש"א וא"ל הלא לא להשבית אותך מיראתך אומר לך לחדול מלקיים ציווי הקב"ה אלא אדרבה לחזק אותך בעבודתו כי הלא יראתך כסלתך

ומכשולך ועי"ז יצמח לך הרעה הגדולה ביראתו ועבודת ה' להשכית ב"א מלכנוס עוד תחת כנפי השכינה ולהוציא את אשר כבר נכנסו ועל זה השיב אברהם זכר נא מי הוא נקי אבד איך אובד בצדקי כיון שכל מגמתי נקי מכל חטא ופשע הוא רק לקיים ציווי הקב"ה ודאי הוא בחסדו יטה לטובה עלי ולכן עד אגוע לא אסיר תומתי ממני ובספרי מנחת עני (דף צ"ד ע"א) בארתי בהמאמר ע"ש: שם ור"ש מיתה כתיבא ביה: ק"ק אף דר"ש גז"ש לית ליה מכ"מ ה"ל למילף דנביא שהדיח בסקילה ממסית מכח סמוכין דסמיך דין נביא לדין מסית וכעין מה דילפינן לעיל (דף ס"ז ע"ב) מכשפה דבסקילה משוכב עם בהמה מכח סמוכין ועד כאן לא פליג ר"י התם אלא דלא דריש סמוכין חוץ מבמשנה תורה אבל הכא דבמ"ת הוא לכ"ע דרשינן סמוכין וזה ודאי חשיב סמוכין אף דבשתי פרשיות הוא כמו דחשיב סמוכין ביבמות (דף ד' ע"א) לא תלבש שעטנז גדילים תעשה לך דכתוב ג"כ בב' פרשיות: שם ואין דנין הדיוט מנביא: עיין לעיל (דף נ"ג ע"א) מה שהקשיתי שם אתוספות ד"ה קמיפלגי בפלוגתא מסוגיא דהכא ומעתה נלפע"ד לתרץ ע"פ מה דאמרינן שם כל מיתה שנאמרה בתורה סתם אי אתה רשאי להחמיר אלא להקל עליה וא"כ לכאורה מאי פריך הכא ולגמור ממסית כיון דאיכא ג"כ למיגמר מנביא אי אתה רשאי להחמיר אלא להקל וצ"ל דסמיך אקושיא אחריתא דאין דנין הדיוט מנביא ולפ"ז כי מתרץ דכיון שהדיח אין לך הדיוט גדול מזה לא מצרכינן עוד להך סברא דאין דנין מסית רבים ממסית יחיד אלא דגם כי הדדי הוי מכ"מ ילפינן להקל וכן אי אמרינן הך סברא לא מצרכינן עוד להך תירוץ דאין לך הדיוט גדול מזה אלא כיון דהכא איכא סברא דאין דנין מסית רבים ממסית יחיד והכא איכא סברא דאין דנין הדיוט מנביא שקולין הן ואזלינן להקל והוא דעת ר' ישמעאל הכא וגם לעיל מכח הך סברא דאין דנין הדיוט מנביא ששקול נגד אין דנין יומת מימות אזיל לקולא ומיחייב רק מיתה בידי שמים ולא סקילה והא דקאמר ור"ש כיון שהדיח אין לך הדיוט גדול מזה אף דקושטא הוא דמטעם אי אתה רשאי להחמיר חייב חנק ולא סקילה מכ"מ נקט לר"ש האמת דע"כ הוא ס"ל כך דהא אמרינן (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 הך סברא דאין לך הדיוט גדול מזה ולכן נקט לר"ש האמת דמעיקרא דדינא ליכא למיפריך אדרבה אין דנין הדיוט מנביא דאין זה נביא לר"ש כיון שהדיח אבל לעולם לר' ישמעאל דלית ליה הך סברא כמבואר 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.

והאיך מתרים בו התראת ספק: ק"ק התראת ספק מאן דכר שמיה הא אפילו למ"ד התראת ספק שמה התראה ודאי לא ילקה כאן כיון דעדיין נשאר הדבר בספק דלמא הדרו ביה גם לענין מאי בעי התראה הא המלקות לא הוי רק לקיים המצוה כמו עשה סוכה ואינו עושה ולזה לא בעי התראה וצריך לדחוק דהך התראת ספק באמת הכוונה שהמעשה הוא בספק ועיין חולין (דף פ"ו) ברש"י ד"ה שאינו סופג שכ' רש"י דהתראת ספק היא וע"כ ג"כ כוונתו כן שהרי האיסור ספק: שם בתוספות ד"ה אליהו בהר הכרמל.

לא שאמר לו הקב"ה אלא: לא ידעתי איך נסתפקו התוס' בדבר המפורש בירושלמי פ"ג דתענית דקאמר שם ויהי כעלות המנחה ויגש אליהו ואלהו מקריב בחוץ בשעת איסור הבמות אמר ר' שמלאי הקב"ה אמר ליה שנאמר וכדברך עשיתי עכ"ל הרי בפ"ג שעל

פי הדבור ממש היה 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 כן ה"ז נסקל וכבר הקשה הר"ן בשמעתין כיון דע"כ פסק כרב חסדא מדמחייב חנק בעיקר הגוף דשאר מצות בפ' ט' מה' יסודי התורה א"כ ה"ל לאתווי דגם בעשה ול"ת מיחייב ולמה השוה דין נביא שהדיח למסית דעלמא והלחם משנה יותר תימה עליו דהוא פסק שם דבע"ז אם אמר היום תעבוד ולמחר בטלה מיחייב חנק והרי 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 ותירץ כפי גירסת הספרים דגרסי פטור עד דמתידע ליה פירוש דבע"ז ביטול מקצת חייב אע"ג דלא מתידע 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 כיון דזה מותר לפעמים לשעתו כאליהו בהר הכרמל לכן פטור עד דמתידע ליה.

והנה לפי המבואר בפ' ה' מה' עכו"ם לא מיחייב מסית עד שיאמר בלשון אלך ואעבוד או נלך ונעבוד ומשום מדיח לא מיחייב עד שיאמר לרבים עבדו ע"ז ויעשו כן ולכן י"ל דהרמב"ם סובר דודאי נביא המדיח לא מיחייב אלא או כמסית או כמדיח דעלמא ולכן כתיב קרא גבי' דנלך ונעבוד אלהים אחרים כמו דכתיב גבי מסית ומדיח והשתא בה' ע"ז איירי בכה"ג שהנדחים עשו כמותו ונהרגין על פיו ולכן הוא נביא המדיח דבסקילה לרבנן ומה שכ' בין שניבא בשם העכו"ם כן בין שאמר בשם הקב"ה היינו בין ביטול מקצתו בין עקירת כל הגוף דאם אמר בשם הקב"ה הוא לעקור מצות ע"ז מן התורה וכמו שפי' רש"י אבל בשם העכו"ם לא שייך לומר כן ולכן בשם העכו"ם לעולם הוי ביטול מקצת וקיום מקצת ובשניהם הוי בסקילה כיון שיש לו דין נביא שהדיח אבל בה' יסודי התורה דכתבו דאמר הנביא תעבוד ע"ז היום לבד א"כ אין זה מסית כיון שלא אמר בלשון נלך ונעבוד וגם לא מדיח כיון דאמר רק ליחיד לשון תעבוד וגם כיון דלא עשה על פיו א"כ מצד נביא שהדיח אין כאן מיתת סקילה אבל מכ"מ חנק יש כאן דהא ודאי דבר סרה על ה' כמימרא דר' יוחנן דבע"ז אפילו מעמיד לך חמה באמצע הרקיע אל תשמע לו דודאי לא צוה לו ה' ולכן נביא שקר הוא ויחנק.

והנה לפ"ז דלא מיחייב משום נביא שהדיח רק כשהוא מדיח אכן מה דמתרץ ר"ח ונתצתם אף דזה לא הוי מדיח הכי פירושו כיון דהוא לא מקשה רק כיון דלרב חסדא כולי קרא בע"ז איירי איך משכחת עשה ול"ת ומתרץ דגם בע"ז משכחת עשה ול"ת ולא שיש לו דין ע"ז דבסקילה אלא דין נביא שקר דעלמא דבחנק כמו דכ' הרמב"ם לענין תעבוד ע"ז היום לבד דמקרי דבר סרה על ה' ויחנק אף דקרא זה כתיב גבי נביא המדיח דבסקילה וא"כ ג"כ ה"ה הכא עשה ול"ת דע"ז דמיקרי עקירת הגוף דשאר מצות ויחנק כנביא שקר דמקרי ג"כ דבר סרה על ה' דאע"ג דלא מתידע ודאי כן לא צוה הקב"ה ולכן כ' הרמב"ם דאפילו נתן אות בעקירת הגוף דשאר מצות יחנק אף דלא כתוב בתורה וכן בגמ' בפ' כן אכן זה אתיא ליה ממימרא דר' יוחנן בע"ז דאין שומעין לו אם נתן אות

אפילו לעקור מקצת משום דודאי לא צוה השם כן א"כ ה"ה ג"כ בעקירת הגוף דשאר מצות דודאי ג"כ לא צוה הקב"ה ולכן מקרי דבר סרה על ה' וכיון דלענין דינא אין נפקותא בין ע' ול"ת דע"ז לע' ול"ת דעלמא דבכולהו בעקירת כל הגוף בחנק ובעקירת מקצת פטור ור"ח לא מתרץ ונתצתם רק לפרש כולי קרא דבע"ז איירי לכן שפיר השמיט הרמב"ם דין עשה ול"ת דע"ז וכתב סתמא דבעקירת כל הגוף דשאר מצות חייב ובעקירת מקצת פטור: שם הגיעה התורה לסוף דעתה של ע"ז לפיכך נתנה התורה ממשלה בה: פ"י דידעה התורה שע"י כח טומאת ע"ז יעשה כישוף 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 כי 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 כיון דאינו רק בחנק ובודאי 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 כל הגוף וכן צ"ל ג"כ לרבנן דס"ל דבסקילה ל"ל קרא לנביא שהדיח מהיכי תיתי יגרע משאר מסית ומדיח דבסקילה והכא לא שייך אפילו לומר דאצטריך משום קיום מקצת וביטול מקצת דזה ג"כ במסית מיחייב דהיינו היום עבדוה ומחר בטלוה וצ"ל דכתב רחמנא כן משום ללכת בה לרבות מצות עשה ומצות ל"ת דבזה לא הוי מסית אפילו אי קאי אע"ז כרב חסדא וכש"כ אי קאי אשאר מצות וכדרב המנונא דלא הוי מסית ומשום הך טעמא כתב רחמנא כל הדין דנביא שהדיח: שם בד"ה ד"ה פטור.

אפילו מחנק: עיין במהרש"א שנדחק והגיה בדברי רש"י מפני הקושיות שהוקשו לו דדברי רש"י סותרים זא"ז וי"ל דהכי פירש דברי רש"י דודאי אי הוי אפשר לומר דפרשה דכי יזיד דבר איירי במקצת דבר ה"א דבאמת אפילו אמקצת דבר חייב חנק דהוי אמרינן דבפרשת נביא שהדיח איירי בעוקר כל הגוף דשאר מצות ומקצת דבר הוי בכלל אשר יזיד לדבר דבר ולא הוי אמרינן דאיירי בדברים בעלמא כגון צדקיה בן כנענה דוקא אבל כיון דדרשינן דבר ולא חצי דבר א"כ ליכא לרבות מקצת דבר דשאר מצות ולכולי דבר דשאר מצות לא מצרכינן קרא דכי יזיד דבכלל ללכת בה דפ' נביא שהדיח הוי לכן ע"כ צ"ל דכי יזיד לאו אעוקר ד"ת קאי אלא אדברים בעלמא כן נראה בכוונת דברי רש"י: שם ד"ה ר"ש פוטר וה"ה לרבנן.

הא קמ"ל דרישא דקתני: א"ל דלמה נקט ר"ש פוטר לאשמועינן 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 לרבנן בעוקר כל הגוף דשאר מצות ג"כ בסקילה כרב המנונא לכן נקט ר"ש פוטר לאשמועינן ג"כ דרישא ד"ה הוא: שם ד"ה ובוועלה.

כלומר וכל הבוועלים: פשוט הוא שרש"י רוצה לפרש בזה הא דקאמר חוץ מזוממי בת כהן ובוועלה דאיך שייך בוועלה בזה דהא לא איירי השתא רק מזוממין ולכן פ"י דהך ובוועלה הוי דבר לעצמו ופ"י דין הבוועלים וא"א לפרש דזוממין לא דנין כמיתת הבוועל

רק כשבאו לחייב גם את הבוועל עמה ולהכי נקט ובוועלה דכבר הוכיחו התוס' ריש מכות דגם אי לא בעי רק לחייב אותה לבדה ג"כ הם בחנק וכפי' רש"י בלא"ה צריך לפרש הא דקאמר לפי שכל המזוממין שבתורה זוממיהן ובוועליהן כיוצא בהן דכאן א"א לפרש בענין אחר: פרק אחד עשר לא הארכתי בלימוד הישיבה ולכן לא העליתי מחידושים על הכתב רק מעט מזעיר: 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 מצוה לדורות וכאן נאמר רק לאהרן ולא לבניו ולכן מקשה וכי אהרן לעולם קיים ולמה לא נאמר לבניו ג"כ וכי תימא שמצוה בו יותר מלבניו והלא לא נכנס לא"י ולא קבל כלל: שם אלא מלמד שעתיד 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 דאמרינן ביומא (דף ה' ע"ב) כדבעי שם כיצד ילבישו בגדי כהונה לעתיד לבא דהיינו כשיבוא משיח והשיב כשיבא אהרן ובניו ומשה עמהם וזה נראה כשיבא משיח אף דאז עוד עדיין ליכא תחיית המתים מכ"מ יחיו משה ואהרן ובניו להורות העם הדרך אשר ילכו בה כימי צאתם מארץ מצרים ואז יתנו לו תרומה דאז עולם כמנהגו נוהג כדאמר שמואל אין בין העוה"ז לימות המשיח אלא שעבוד מלכיות 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 שכתבו התוס' חולין (דף ק"ל) אם אין כאן כהן המחזיק יכול ליתן גם לכהן ע"ה אבל רב יהודה פליג ואמר דהוא כאלו כופת לפני ארי שמא 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 כן 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 ויהיה ראוי לו: שם דף צ"א ע"א בגמרא דבי ר"י תנא ק"ו מכלי זכוכית: עיין פירש"י ולענ"ד יש לומר דשייך ק"ו דר"י עוד להא דמייתי מב' יוצרים והכל אחד כיון דתחיית המתים יהיה בגוף ונפש ומהך דב' יוצרים לא יהיה מוכח אלא תחיית הגוף עם רוח חיים שבו להחיותו כנפש הבהמה אבל שתחיה נשמתו ולהעלותו למעלת האדם אכתי לא שמעינן מזה ולהכי מייתי מכלי זכוכית שנעשה ע"י שנופחין בתוכו ברוח בו"ד א"כ כש"כ שיחיה האדם בנשמתו שתהיה 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 שבריאית אדם היה מן המים וכאן אומר שאין מים ולכן מפרש מפני שהיא טיפה קטנה קרא ליה אין מים וכ' אי נמי כל העולם כולו יצר בתוהו שהוא גם כן ליישב סתירה זו דלעיל איירי מבריאית אדם ששם היה מים אבל הכא איירי מבריאית העולם שלא היה מים שנברא בתוהו: שם ע"ב בגמרא הרכיב חיגר ע"ג סומא: ולפ"ז הגוף הוא דוגמת סומא ומא והנשמה בדוגמת חגר ובזה מפורש קרא דגבי תחיית המתים

עור ופסח הרה ויולדת יחדו דהיינו שהתחיה 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 מדוייקים די ש דקדק ג"כ מה שכתב רש"י ד"ה שעתיד לימות המשיח דמאי בעי בזה ולמה לא פירש כפשוטו דקאי על עת תחיית המתים אכן א"ש דא"כ מאי קמ"ל דאין חוזרין לעפרן פשיטא דאל"כ מאי תחיית המתים מהני אם שוב ימותו וגם איך קאמר צדיקים אינן חוזרין לעפרן הרי כל המתים שיחיו נמי לא ימותו עוד שמה תהיה התחיה 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 וכדאמרין לעיל שאז יותן הארץ לאבות הקדושים ותרומה יותן לאהרן וכדכתבנו לעיל וכיון דלימות המשיח יהיה העולם כמנהגו באכילה ושתיה כדאמרין לעיל ועמדו זרים ורעו צאנכם וכו' ע"כ תהיה התחיה אז שיחיו בגוף מבשר ודם ולא תחיה רוחני כמו לעת תחיית המתים שאף שתהיה 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 שתהיה עת התחיה לכל לעתיד לבא ואז גם להם יתחלף הגוף של בשר לגוף רוחני אבל לא יחזרו לעפרן אעפ"י שיחיו שנית בהתחלף 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 דאמרין לעיל ת"ר בשעה שהפיל נבוכדנצר חנניה מו"ע לכבשן האש אמר לו הקב"ה ליחזקאל לך והחיה מתים בבקעת דורא כיון שהחיה אותן באו עצמות וטפחו לו לאותו רשע על פניו אמר מה טיבן של אלו אמרו לו חביריהן של אלו מחיה מתים בבקעת דורא כו' וי"ל למה בעת הזאת דוקא היה הצווי ליחזקאל להחיות מתים ולמה עי"ז דוקא שבח נבוכדנצר אתוהי כמה רברבין ותמהוהי כמה תקיפין וגו' גם מה דקדקו לומר חבירי הן של אלו מחיה מתים.

והנה בפשיטות י"ל שספר, הכתוב שראו בכבשן עוד איש רביעי כדכתיב ענה ואמר האנא חזה גברין ארבעה ורוה דרביעאה דמה לבר אלהין ויש להבין למה עשה הקב"ה הנס בדרך הזה להראות להם המלאך המציל ויש לבאר דהנס בשעת הצלת חמו"ע היה בפרסום להראות הצלתם לכל דלכך צף הכבשן ונפרץ כמבואר שם וידוע דהעע"ז היו רגילים לתלות כל הנסים בכשוף ולכן אם לא ראו בעין עזרת ה' היו תולים בכישוף ולכן הראה להם הקב"ה המלאך המציל בתמונת בר אלהין שיכירו שהקב"ה הוא המציל כמו שאמר נבוכדנצר שלח מלאכי' ושזיב לעבדוהי אכן זה היה פגם כבוד חמו"ע כאלו היה זכות שלשתם לא די עד שהוצרך מלאך להצילם כמו שאמרו צדיקה ואחאב לקמן שבקשו להפיש זכותם שיושלך עוד שלישי עמהם ועוד אמרו אין הקב"ה יכול להציל רק באמצעות השליח לכן צוה הקב"ה ליחזקאל להחיות מתים וא"כ כש"כ שיש בידו כח להחיות חיים וגם אמרו לו חביריהן של אלו שאינו רק יחיד מחיה מתים כש"כ שהם בחיים יכולים להציל עצמם ממות.



וי"ל עוד ע"פ מה דפליגי לעיל ר"א ור"י מתים שהחיה יחזקאל שר"א אמר אמרו שירה ה' ממית בצדק ומחיה ברחמים ור' יהושע אמר אמרו ה' ממית ומחיה מוריד שאול ויעל ויש לבאר דפליגי בהא דרב ושמואל דלרב המתים שהחיה היו בני אפרים שמנו לקץ וטעו ולשמואל היו בני אדם שכפרו בתחיית המתים ולפ"ז לשמואל היו רשעים ולרב לא היו רשעים ולכן י"ל דבזה פליגי הני תנאי דלר"א היו בני אפרים לכן לא אמרו רק ה' ממית ומחיה ממית בדין ומחיה ברחמים אבל לשאול לא ירדו שהרי לא חטאו רק שטעו אבל ר"י סובר שהיו רשעים שכבר ירדו לשאול ולכן הוסיפו מוריד שאול ויעל הרי מזה מוכח שאפילו הרשעים שבישראל יש להם תקנה וזהו פירוש המאמר שבשעה שיצאו חמו"ע מתוך כבשן האש באו כל אומות העולם וטפחו על פניהם שהם ניצולו ועי"ז קטרגו האומות על ישראל שעזבו ברית קדש לכן לבטל דעה הנפסדת שיש ממוצע בינו ובין הברואים אמר הקב"ה ליחזקאל החיה מתים בבקעת דורא שעיי"ז ידעו גם הרשעים שיש להם תקנה כמו שניבא הנביא מיד כשאפתח קברותיכם תדעו כי אני ה' דהיינו שם אלהים אבל לא תדעו עדיין שהכל נעשה על ידי ושגם אתם נתחייתם על ידי אבל אח"כ אתן רוחי בכם וחייתם חיי נפש לעלות בשכל במעלה יותר ואז יוסיף לכם ידיעה שתדע כי אני ה' דברתי כבר ק מקודם שתחיו: שם דף צ"ד ע"ב בגמרא אמרו לו והלא ממון עשרת השבטים מעורב בו: קשה דבתחילה שאלו לבזות או לחלק ואח"כ שאלו והלא ממון עשרת השבטים מעורב בו דשאלה זו היה להם לשאול בתחילה אם מותר להם ליקח השלל וי"ל דידוע הכלל דכל דפריש מרובא פריש ובקבוע כמחצה על מחצה דמי וזה ודאי דרוב שלל סנחרב היה מאומות אחרות הרבות שכבש ושל ישראל היה רק המיעוט ולכן מתחילה לא הוקשו להם איך יקחו והלא ממון עשרת השבטים מעורב בהם שסברו דבטיל ברוב וכל דפריש מרובא פריש אכן זה שייך דוקא אם לחלק שאז יאסוף כל השלל יחד אל מקום אחד ומשם יטול כל אחד חלקו ושייך כל דפריש מרובא פריש אבל אם לבזות שכל אחד נוטל מהגזלנים עצמם שם הוי קבוע וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי.

ועוד יש חילוק שאם לחלק אז הוי לכל אחד חלקו ביאוש ושינוי רשות דהבעלים כבר נתייאשו ושינוי רשות הוא אצל האוסף השלל כדי לחלק ואז כל אחד מקבל חלקו ביאוש ושינוי רשות והותר לו אבל לבזות שהוא נוטל מהגזלן עצמו אז לא הוי רק יאוש כמו באוונכרי בסוכה (דף ל') ועל כן רק כשאמר הנביא להם לבזות שאלו והלא ממון עשרת השבטים מעורב בהם: שם דף צ"ה ע"א בגמרא אותו היום נשתייר מעונה של נוב: לא מבואר למה אותו היום דוקא ולפענ"ד יש ליתן טעם לזה שהרי העון היה על שנהרגו כהני נוב כמו שפירש"י ועיקר החטא היה ביטול העבודה ע"י שנהרגו הכהנים כמש"כ המהרש"א והנה ביטול העבודה היה בפרט בערב פסח כי לקרבנות של שאר ימות השנה הספיקו גם מעט כהנים אבל בע"פ שבזמן איזה שעות בין הערבים הוצרכו הכהנים לזרוק דם ולהקטיר החלבים לכל ישראל לזה ודאי הוצרכו הרבה כהנים ואולי ע"י הריגת כהני נוב נתבטלו ישראל כמה דורות להקריב הפסח ובזה נתגדל עון הריגת כהני נוב עד שנשאר עוד ממנו בימי חזקיה והנה אותו היום ערב פסח היה שהרי בלילה שאחריו נהרגו כל חיילי סנחרב כדכתיב ויהי בלילה ההוא והלילה היה ליל פסח כדאיתא במדרש וכן יסד הפייט ולכן אם באותו יום היה לוחם על ירושלים היה מנצח שאז בע"פ

היה מתעורר ביותר עונה של נוב אבל כשעבר היום נצולו ישראל שאז באה ליל שמורים לישראל ונסתתמו המקטרגים: שם אמר תנן אין רוכבין על סוסו: אם גם מפני מהירותו של אבישי הוצרך לפרד הקל ברגליו יותר מסוס מכ"מ יפלא דלא היה לדוד פרד עד שהוצרך לרכוב על פרדו של מלך ונ"ל ע"פ מה דאמרינן בירושלמי פ"ח דכלאים ואין רוכבין על הפרד מק"ו מכלאי בגדים ופריך מוירכיבו איש על פרדו דבני דוד כשנהרג אמנון ומתריך אין למדין מן המלכות ופריך תו מוהרכבתם את שלמה בני על הפרדה אשר לי ומתריך האי בריה מששת ימי בראשית הוי ע"ש ולכן אבישי דצדיק היה לא רצה לרכוב על שום פרד רק על אותו של דוד דבריה היה מששת ימי בראשית: שם ע"ב בגמרא אר"י אמר רב אלמלא לא נשתייר אביתר לאחימלך בן אחיטוב לא נשתייר מזרעו של דוד שריד ופליט: מזה משמע שנתקיים בדוד כליות זרעו כמו שצוה עליו הקב"ה לכפר על עון נוב כדאמרינן לעיל עד מתי יהיה עון זה טמון בידך וכו' רצונך יכלה זרעך או תמסר ביד אויב.

וא"כ קשה איך אמרינן לעיל עוד היום בנוב לעמוד דמעונה של נוב נשתייר יום זה בימי חזקיה ונ"ל דתרי גווני כפרה הוי צריכי כפרה לדוד ע"י שנענשו אחימלך ושאול ובניו על ידו וכפרה על כל ישראל שלא מיחו ביד שאול בהרגו כהני ה'. והנה מה שאמר הקב"ה לדוד רצונך שיכלה זרעך זה היה לכפר על עון עצמו אבל עדיין היה העון טמון בידי ישראל והוצרך לימרק על ידי צרת סנחריב דהיה זה מדה כנגד מדה כמו שנשאו פני המלך והיתה אימתו עליהם להרע בימי שאול כן היה כאן נשיאת פני המלך והתחזקם בממשלתו גבי חזקיה לטוב דכל מלחמת סנחריב לא היה רק כנגד חזקיה לבדו כמו שאמר אל ישיא לכם חזקיה וגו' אל תשמעו אל חזקיה כי כה אמר מלך אשור עשו אתי ברכה וצאו אלי ואכלו איש גפנו ואיש תאנתו והיה כל צרתם על התחזקם במלך חזקיהו וזה היה כפרה להם על נשיאת פני שאול והתחזקם במלך חזקיהו נוב וזה מה שכתב רש"י על אותו היום נשתייר מעונה של נוב שהיה להם לישראל על שנהרגו כהני נוב ישראל דייקא: שם אמר ר' אבהו אלמלא מקרא כתוב וכו' אתא קודשא בריך הוא ואידמי ליה כגברא סבא: עיין מש"כ בביאור האגדה התמוה בספרי מנחת עני (דף צ"א ע"א): שם דף צ"ו ע"ב בגמרא אימת אתי בר נפלי א"ל מי הוא בר נפלי א"ל משיח ואמאי קרית ליה בר נפלי על שם ביום ההוא אקים את סוכת דוד הנופלת וכו': י"ל אמאי קרי ליה בר נפלי בלשון רמז ולא משיח וגם מה ענין השם של בר נפלי וי"ל דודאי ידע הגדול השואל שאין איש מי שיודע עת ביאת המשיח דהקב"ה ליבא לפומיה לא גלי ורצה להראות שאין כוונת שאלתו על העת אלא לידע איך יהיה ענין שפלות העולם לעת שיבא ולכן היה שאלתו אימת אתי בר נפלי מלשון נפילה שהוא האיש שיבא בעת שהגיע הדור ע"י הצרות שעברו עליהם על מצב השפל והנבזה.

והנה בפסוק ביום ההוא אקים את סוכת דוד הנופלת וגדרתי את פרצותיהן גו' ובניתיה כימי עולם פסוק זה יש לבאר דהנה הטבע נותן שכל דבר טוב כשיעלה ויוסיף על שלימותו לא יהיה כן בעת שלימותו אלא בתחילה ירד למטה ממעלתו ויפסד ואח"כ יעלה למעלה כמו בחטה הנזרעת שהיא מתחילה אוכל ואם ירצו שתוליד עוד כמותה בתחילה תזרע ותפסד וכן ענין האדם בעוה"ז כשיעלה במעלתו לבא לידי חיי עוה"ב שאחר תח"ה בתחילה יפסד ויכלה בארץ ואח"כ יחיה ויוסיף במעלתו.

ובזה יש ליתן טעם למה בתחילה היה נבנה ביהמ"ק ונחרב דודאי עיקר מעלת ביהמ"ק הוא מקדש שלעתיד מקדש ה' כוננו ידיך והוא אחד מז' דברים שנבראו קודם בריאת העולם אבל למען יראה במעלה זו בארץ בתחילה הוצרך להבנות ולהפסד ואח"כ יוסיף במעלה הרבה על מה שהיה כשיצא לע"ל וזה הפי' ביום ההוא אקים את סכת דוד הנופלת פירוש ע"י שהיתה נופלת בתחילה אקים אותה אבל לא יהיה לה קימה בלבד באותה מדריגה כמה שהיתה אלא ובניתיה כימי עולם כמו שהיה נבנה לפני בימי עולם שהוא קודם בריאת העולם.

ובזה יש ליתן טעם למה בעקבות משיחא יהיה שפלות הדור כ"כ גדול ויתמעטו הצדיקים ות"ח ותורה מונחת בקרן זוית שקודם שתבא המעלה העליונה יהיה הפסד מהשלמות שהיתה וכמו שאמרנו שהמקדש רק נחרב בערך לפי חק הטבע להקימו לבנין עולם כן גם משרתי ה' והנושאים עול התורה והמצוות יתמעטו כדי שיקומו לגורלם ונהנים מזיו השכינה ועטרות אור הקב"ה בראשם וזהו שרמז בשאלתו אימתי אתי בר נפלי פירוש מתי יבא משיח שיצא בשלימותו ע"י הנפילה המוקדמת אימתי יבא כמה תהיה נפילת התורה כשיבא ולזה השיב כשימעטו ת"ח וצרות רבות וכו' כשיהיה כן אז מקוימת הנפילה אשר עליה נאמר אקים את סכת דוד הנופלת ובניתיה כימי עולם: שם דף צ"ו ע"ב בגמרא ומי נפיש כולי האי והאמר חזקיה: בלא זה לא היה יכול להקשות אמימרא דרבא ד"ל דרבא איירי באספקלריא שאינה מאירה והך דחזקיה באספקלריא המאירה וכן אמימרא דרבא לא היה יכול להקשות בל"ז ד"ל דאביי איירי באספקלריא שאינה מאירה וחזקיה במאירה ומהא דקאמר אם אלף הן וכו' ל"ק אמה דקאמר אביי לא פחות מל"ו ד"ל דה"ק פחות הוא דליכא הא יותר איכא אבל לאחר דפריך מדאביי אדרבא ותריך פריך שפיר מחזקיה 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 כי 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 ומקויים בהם ונסלח לכל עדת בני ישראל ולגר הגר בתוכם כי לכל העם בשגגה וזה היה כוונת 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 וחטא הוא שוגג ורק המסיתים נידונו כמזידים ונהרגו והתנצלות זה היה ישר בעיני ה' שנתמנה לכה"ג ובזה מיושב מה דאמרינן לעיל (דף צ"ז) אין בן דוד בא עד שמתהפך כל המלכות למינות וסימנך כולו הפך לבן טהור הוא וזהו ג"כ מטעם זה שאם נתהפך הכל 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 בכולו טהור: שם אמר ר"י אם ראית דור שנתמעט והולך חכה לו שנאמר ואת עם עני תושיע ועיניך על רמים תשפיל: בפירוש זה י"ל דכבר אמרינן לעיל א"ר חנינא אין בן דוד בא עד שיכלו גסי הרוח מישראל שנאמר כי אז אסיר מקרבך עליזי גאותך 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 מיושב שהעם עני הם העניים ברוחם ולא העניים בממונם.

ועפ"ז יש לפרש סיפא דקרא דכתיב גאות 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 גאות אדם תשפילנו ע"ד הרודף אחר כבוד כבוד בורח ממנו אבל שפל רוח ע"י עצמו יתמוך כבוד ולכן אם ישפל אדם ע"י גאותו 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 גאותם וזהו סימן שבן דוד בא שהוא בעת שיכלו גסי הרוח מישראל: שם דף צ"ט ע"א בגמרא ואת מצותו הפר זה המפר ברית בשר: וכן בשבועות (דף י"ג) הביא על זה בפסוק הכרת תכרת ויש פלוגתא אם הכרת וכו' מיירי בעשה תשובה או הכרת בעוה"ז תכרת 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 כרת והראב"ד סבר דבכל יום עומד באיסור כרת ומלבד מה שהבאתי לעיל ראייה לשיטת הראב"ד מפירוש רש"י עוד ק"ל על הרמב"ם מסוגיא דהכא 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 כרת כלל והיאך שייך כרת כל זמן שעוונה בה: שם דף ק' ע"ב אשה רעה צרעת לבעלה: דימה האשה רעה לצרעת כי האשה רעה שתים רעות עושה שכמו שהצרעת לא לבד שהוא צער להמנוגע גם מרחיקו מחברת בני אדם כי בדד ישב מחוץ למחנה ע"פ ציווי התורה כן גם האשה רעה מלבד הצער שסובל האיש ממנה גם מבאיש ריחו ומרחיק מביתו חברת אוהביו ולכן לא קאמר יגרשנה מביתו ונרפא מצרעתו אלא יגרשנה מביתו ויתרפא מצרעתו כי גם אחר הגירושין עוד צריך לרפואה להעביר שם רע שהוציאה עליו בקטטה כשהיתה בביתו: שם דף ק"א ע"א בגמרא אמר רבב"ח כשחלה 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 לכך אני משחק אינו תשובה למה שאמרו הם דודאי הם ג"כ ידעו דלא עביד קב"ה דינא בלא דינא ושע"י יסורים ירבה שכרו 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 כלום חסרתי מן התורה כולה לא נמשך לכאורה מתשובת ר"ע ונ"ל ע"פ אידך מעשה דמייתי לקמן ת"ר כשחלה ר"א נכנסו ד' זקנים לבקרו וכו' נענה ר"ט ואמר טוב אתה לישראל וכו' נענה ר"ע ואמר חביבין יסורין וגם שם קשה איך שייך מה שאמר ר"ע לדברי שאר הזקנים.

ונ"ל דלעיל אמרינן כל המחלה אשר שמתי במצרים לא אשים עליך כי אני ה' רופאך וכי מאחר שלא שם רפואה למה וכו' אם תשמע לא אשים ואם לא תשמע אשים ואעפ"כ כי אני ה' רופאך הרי שלצדיק אין חולי כלל וע"כ כשנחלה צדיק הוא לכפר על עונות הדור כדאמרינן בכמה דוכתי דצדיק נתפס בעון הדור ולכן כשחלה ר"א ונכנסו הזקנים לבקרו אמרו טוב אתה לישראל פירוש כיון דצדיק גדול הוא ודאי חליו הוא לכפר על עונות ישראל ולכן אמרו טוב אתה לישראל בעוה"ז ובעולם הבא פירוש בעולם הזה

אתה מגיין עליהם מן הפורעניות וגם לעולם הבא ע"י יסורין שאתה סובל אתה ממרק עונותם שלא יהיה להם עונש לעוה"ב כן היה סברת הזקנים אכן דעת ר"ע היה 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 עליך כמו שפרש"י ומביא ראיה ממנשה וזה ג"כ פי' מאמר הראשון דר"א כשנכנסו לבקרו אמר להם דחמה עזה יש בעולם פירוש שפשפש במעשיו ומצא עצמו נקי מכל פשע ואעפ"כ נחלה ודאי שכעס הקב"ה על עולמו והוא בא לכפר עלי' ע"י יסורין והיינו דקאמר חמה עזה יש בעולם ולכן באו התלמידים ואמרו אפשר ס"ת בצער ולא נבכה פירוש איש שהוא כס"ת מלא מדברי אלהים חיים וזך 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' כדעת הזקנים לקמן אבל ר"ע היה דעתו שבאין לכפר עליו כמו שאמר לקמן ולכן שחק שלטובה גדולה הם לו היסורים למען יהיה שכרו משלם לעוה"ב ועל זה שפיר אמר ר"א כלום חסרתי מן התורה כולה 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 כחוט השערה: שם ע"ב ויאמר להם רב לכם מעלות ירושלים הנה אלהיך ישראל: לכאורה דברים אלו סותרים זה את זה דאם פיתה אותם שלא לעלות לירושלים משום דרב הדרך איך אמר משום דהנה אלהיך ישראל דמשמע שלא יעלו משום דהע"ז שהקים הוא עיקר ונ"ל כיון שכל מגמת ירבעם היה לבטל ישראל מעלות לרגל שלא תשוב המלוכה לרחבעם כדאמרינן כאן בש"ס והיה מתירא שהצדיקים לא שמעו לו ולכן התנכל ואמר לצדיקים רב לכם פירוש הדרך מעלות ירושלים ופטורין אתם מעלות לרגל כמש"כ התוס' בפסחים (דף ג' ע"ב) אבל לרשעים אמר הטעם משום הנה אלהיך ישראל ולפי שאמרינן לקמן שהושיב רשע אצל צדיק לכן קאמר רב לכם מעלות ירושלים פירוש שלשניהם יחד אמר כן ולכן קאמר בלשון רבים אבל לרשע לבדו פירוש הטעם משום הנה אלהיך ישראל ולכן קאמר בלשון יחיד: שם דף ק"ב ע"א מלמד שחדשו דברים שלא שמעה אוזן מעולם: לשון זה צריך ביאור דהל"ל שלא אמרם אדם מעולם ונ"ל ע"פ מה דאיתא בשמות רבה כי כל מה שהחכמים עתידים לחדש הכל קבלו נפשותם ממה ששמעו בהר סיני ולכן הכא דקאמר שמלה חדשה שחדשו דברים אף שהם לא חדשו רק שמעו מסיני ע"ז קאמר דברים שלא שמעה אוזן מעולם פירוש שהיו חכמים גדולים כ"כ עד שחדשו דברים שלא שמעו באזנם מסיני אלא שחדשו בחכמתם באמת: שם מלמד שתפס הקב"ה לירבעם בבגדו: יש לפרש ע"פ מה דאמרינן לעיל והוא מתכסה בשמלה חדשה מה שמלה חדשה אין בו דופי אף תורתו של ירבעם לא היה בו דופי וכן מלמד שחדשו דברים הרי שכינה התורה בלשון שמלה כמש"א שמלה לכה קצין תהיה לנו שנדרש על ת"ח ואמרינן בגמרא אם פגע בך מנוול זה משכהו לביהמ"ד מפני שהתורה מצילתו מחטא והיינו דקאמר אחר הדבר הזה מלמד שתפס הקב"ה לירבעם בבגדו פירוש שדריש דבר מלשון דבור בתורה ואמר אחר שלמד תורה הרבה והיה להקב"ה בקדושתו עוד קצת אחיזה בו להחזירו למוטב מצד בגדו דהיינו תורתו ואעפ"כ לא שב מפני גסות רוח שהיה בו.

ובמה דאמר ומי בראש ג"כ י"ל דהא הקב"ה כבר אמר לו אני ואתה ובן ישי הרי שהקדים אותו לבן ישי וביותר י"ל למה דהקב"ה באמת אמר לו אח"כ בן ישי בראש גם מאי האי ומי בראש דקאמר ירבעם ונ"ל דלעיל (דף צ"ט ע"א) מייתי ב' מימרות האחד מימרא דרחב"א אמר ר"י דכל הנביאים לא נתנבאו רק לבעלי תשובה אבל צדיקים גמורים עין לא ראתה אלהים זולתך והב' מימרא דר"א דבמקום שבעלי תשובה עומדים אין צדיקים גמורים יכולים לעמוד וקאמר בש"ס דפליגי אהדדי.

אכן י"ל קצת דלא פליגי ע"פ מה דמקשה בפרק יוה"כ דחד אמר ב"ת זדונות נעשה להם כשגגות וחד אמר נעשה להם כזכיות ואהא קאמר דל"ק כאן בתשובה מאהבה כאן בתשובה מיראה וה"נ י"ל הך חילוקא לענין הנך מימרות דבתשובה מאהבה כיון שזדונות נעשות להם כזכיות א"כ העונות רבות שעשו כולם נעשו זכיות והמצות שלהם ג"כ קיימין א"כ ודאי עדיפי מצדיקים שיש להם ג"כ עונות ובפרט כי להם נחשבות אפילו שגגות כזדונות דהקב"ה מדקדק עם צדיקיו כחוט השערה אבל בב"ת מיראה שלהם עדיין נשארות שגגות רבות גריעי מצדיקי ולהם נאמרו נביאות הנביאים והיינו דקאמר שתפסו הקב"ה בבגדו וא"ל חזור בך פירוש בלי טעם אהבת השכר ויראת העונש אלא מכח תורתו ואהבת השם ואז יהיה ב"ת מאהבה ועדיף מבן ישי שהוא צדיק גמור ולכן ואתה ובן ישי נטייל בג"ע הוא קודם לבן ישי אבל הוא שאל ומי בראש הרי שלא רצה לשוב מאהבה רק אם יצמח לו שכר שיהיה בראש וא"כ אינו ב"ת מאהבה ולכן קאמר ליה הקב"ה בן ישי בראש ולכן אמר ליה לא בעינא: שם דף ק"ג ע"ב אר"י משום ריב"ק גדולה לגימיה שהרחיקה שתי משפחות מישראל שנאמר על דבר אשר לא קדמו אתכם בלחם ובמים: מה שלא הזכיר סוף הפסוק ואשר שכר עליך את בלעם בן בעור לקללך ועוד שבספרי דריש ממה דאמרינן לקמן שהשיאו להם עצה לחטוא עם בנות מואב.

אכן כל זה יש ליישב אם נדקדק בפסוק על דבר אשר לא קדמו אתכם בלחם ובמים ואשר שכר עליך וכו' דשני טעמים ל"ל גם כבר הקשה האלשיך 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 המאכילך מן במדבר המוציא לך מים לא חסרת דבר וא"כ אולי עו"מ חשבו שלא יהיה להם צורך לזה אכן התינח אם ידעו מזה אבל אם לא ידעו שלא יחסר להם דבר ודאי יש להאשימם ולפ"ז אחר שידעו שישראל חוסים תחת כנפי השכינה איך חשבו שקללת אדם יזיק להם אחרי שה' חפץ בהם וכן אפכא עבור אשר שכרו את בלעם בן בעור לכד אין להאשימם שדלמא רצו לקללם בחשבם שה' שונא אותם אבל א"כ לא ידעו מירידת המן וכו' והיה להם לקדם בלחם ובמים וגם מה שאמר ר' יוחנן גדולה לגימיה שאחרי ששכרו את בלעם בן בעור היה להם לקדם אמנם עיקר אשמת מואב היה שכל כוונתם היה להחטיא את ישראל שאעפ"י שלא קדמו להם עם הצטרכות לחיי נפשם קראו אותם לזבחי אלהיהם וגרמו שנצמדו ישראל לבעל פעור שאחרי שהראו שאינם גומלי חסדים וגם שיראו מפניהם ולפ"ז לא היה להם לאהוב חברת 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 זהו מדה כנגד מדה הם הרחיקו עצמם מישראל ולא קרבו להם אלא למען החטיאם לכן ירחקו מישראל משא"כ במצרים ובאדום כמו שביארתי 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 כריתות שבתורה: רש"י פירש שאיכה בגימטריא ל"ו והא דנקט כריתות דוקא מבואר עם מה דאיתא במדרש שאלו את בן עזאי אמרו לו רבינו דרוש לנו במגילת קינות אמר להם לא גלו ישראל עד שכפרו ביחידו של עולם ובמילה שניתנה לעשרים דורות ובעשרת הדברות ובחמשה חומשי תורה כמנין איכה שהוא ג"כ במספר ל"ו.

והנה זה מובן שכל יסודי ומצות התורה הם מעיקר ושורש אחד והאחד מביא לידי אחר שהאדם שמכיר יחוד הבורא הוא נכנס בבריתו פנימי וחיצון ועושה מצותיו ולהיפוך בכופר המצות ירד ממדריגה למדריגה עד שיכפור גם היחוד אבל בכוונת בן עזאי י"ל ע"פ מה דאמרינן לעיל כד מטא נבוזראדן להיכלא הוי קא זיחא דעת' נפקא בת קול ואמרה עמא קטילא קטיל היכלא קליל קלית קימחא טחינא טחינת שנאמר קחי רחים וטחני קמח פירוש שנאמר לנבוזראדן תדע שלא בגבורתך עשית כך אלא ע"י חטא ישראל נתתי לך רשות להחריב ביתי ועמי שכבר פרחתה הקדושה מישראל ומהיכל ועפ"ז עיקר החורבן לא נעשה ביום מוגבל אלא מעט מעט המשיך מעת שחטא ישראל וזהו שדרש בן עזאי שהם רצו שידרוש להם במגילת קינות מה שנאמר בהם מצרות שנעשו לישראל והוא השיב ראו עיקר נרמז בתיבת הפתיחה של איכה שעברו כל עיקרי ויסודי התורה אחת אחת עד שכפרו באחזות הבורא ועל זה יש לקונן יותר מכל הצרות וזה מה שאמר ר' יוחנן שישראל לקו באיכה שהפתיחה בעצמה הוא תוכן וטעם הצרות שעברו על מצות התורה: שם דף ק"ה ע"ב א"ר שמואל ב"נ אר"י מאי דכתיב נאמנים פצעי אוהב ונעתרות נשיקות שונא טובה קללה שקלל אחיה השילוני את ישראל יותר מברכה שברכם בלעם הרשע אחיה השילוני קלל את ישראל בקנה וכו' אבל בלעם ברכם כארז וכו': בפירוש מאמר זה י"ל שבני אדם חושבים שמי שנתן לו הקב"ה התרוממות בעושר וכבוד הוא המתברך ומי שחי בשפלות והכנעה הוא המקולל אכן הענין בהיפוך שהכנעה בחיי העוה"ז טובה מן התרוממות בארבעה דברים א) בענין לימוד תורה ע"ד שאמרו חז"ל לא בשמים היא לא תמצא תורה במי שמגיס דעתו וכנגד זה אמרו לא תמצא תורה אלא במי שמשפיל עצמו שלכך נמשלה התורה למים שעוזב מקום גבוה ונוזל אל מקום נמוך ב) לענין גידול בנים לתורה ולמצות שהתרוממות של האבות בקל יביא הבנים לבעוט בתורה ובמצות כמו שאמר ישעיה בשם הקב"ה בנים גדלתי ורוממתי והם פשעו בי ע"י שגדלתי ורוממתי אותם תחת שהיה להם ליתן לי הודאה על זה הם פשעו בי משא"כ בבני עניים אשר על זה אמרו חז"ל הזהירו בבני עניים שמהם תצא תורה ג) לענין חיזוק האמונה שעל העושר נאמר וישמן ישורון ויבעט שמנת עבית אבל מי שחי בהכנעה לבו נכנע לעבודת ה' ד) לענין היות האדם שבהכנעה אין עומד כנגדו לשברו כי בכל מאורעות שבאות לעולם ידע להכניע עצמו עד יעברו עליו ושוב מקים עצמו אבל מי שרגיל לחיות בהתרוממות ועושר אם יבואו מאורעות שמאבדים עשרו אינו יכול להרגיל עצמו בהכנעה ונשאר נשבר ונדכה.

וזה ענין המשל לקנה אשר במים שיש לו הד' מעלות אשר פרטנו שעומד במקום מים זה מעלת התורה שנמשלה למים וגזעו מחליף הוא נגד ברכת הבנים שאם נקטף האב מעוה"ז יגדל ע"י הבנים הדומים לו ושרשיו מרובין הוא נגד חיזוק האמונה שיחזק בה כמו הקנה מוחזק בשרשיו בארץ ואפילו כל הרוחות שבעולם נושבות בו אין מזיזות אותו ממקומו הוא כנגד המעלה שלא יהיה נשבר ע"י המאורעות הבאות לעולם כי הוא יכוף ראשו עד יעברו ושוב יזקיף עצמו אמנם הכל בהיפך בארז במי שרוצה לדמות לו בגבהו שאינו עומד במקום מים של תורה שלא ימצא במי שמגיס דעתו ואין גזעו מחליף שבניו מתוך שרירות העושר לא ילכו בדרכיו אחריו ולא יקויים בו מי שמעמיד בן צדיק כאלו לא מת ושרשיו מועטין שהוא בעצמו בעודנו חי לא ישרש באמונה בחזקה והוא בסכנה להעקר ולהפך למינות ע"ד וישמן ישורון ויבעט וגם אם כל הרוחות שבעולם כל זמן שעשירו בידו לא יפילו אותו לארץ כיון שנשב בו רוח דרומית מיד עוקרתו והופכתו על פניו דאמרו רז"ל מקום העושר הוא בצפון כנאמר מצפון זהב יאתה ולכן אם מנשב רוח דרומית הוא מנשב נגד רוח צפונית ומעביר משם העושר וע"כ נשיבת רוח דרומית הוא משל לאבידת העושר וזהו מה שאמר אם גם כל הרוחות שבעולם שהם המאורעות הבאות לעולם אין מזיזות אותו ממקומו שינצח אותם בעשור וישאר שמח וטוב לב אבל כשמנשב רוח דרומית שמנשב נגד הצפון ונאבד עשורו אין לו תקומה שנפל מבלי להוסיף לקום וע"כ טוב להדמות להקנה מהדמות לארז ולכן נאמנים פצעי אוהב מנשיקות שונא טובה קללת אחיה השילוני מברכת בלעם: שם דף ק"ו ע"א א"ר חייא ב"א אמר רב סימאי ג' היו באותה עצה בלעם איוב ויתרו בלעם שיעץ נהרג איוב ששתק נידון ביסורין יתרו שברח זכו בני בניו לישב בלשכת הגזית: למה איוב מפני ששתק נידון ביסורין יש לבאר מדרש תמוה בשעה שהתרעם איוב על היסורין הראה לו סוכה של ג' דפנות ובפירוש י"ל שמי ששותק מלתת עצה טובה הוא מדה כנגד מדה שנידון ביסורים דיסורין מעוררין קול צעקה שלא לרצונו והוא העונש שלא פתח פיו לעמוד לימין חבירו בעצה טובה ולכן גם איוב ששתק מלתת עצה טובה לפרעה שישלח ישראל מפני שתיתקו נידון ביסורין.

ועפ"ז יובן הפסוק אשמרה דרכי וכו' נאלמתי דומיה החשיתי מטוב וכאבי נעכר כלומר שדוד היה רוצה לשתוק לגמרי שלא לחטוא בפיו ועי"ז החשיתי מטוב אבל כאבי נעכר דמי ששותק מטוב נידון ביסורין והנה לאיוב לכאורה היה התנצלות על ששתק שהיה ירא שלא ימית אותו פרעה אם יאמר נגדו עם העצה שהיה 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 כשהם בעוה"ז אכן העוה"ז אין סתום מכל צד שצד אחד פתוח לצאת ממנה ולא יעכבוה 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 שנאמר ויהי 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 שנאמר שרצה לברוח לחוצה לארץ וביערות דבש פירש שרצה להעמיד לאבשלום לדיין דהוי כאילו 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 שכמותך יעבוד ע"ז דמשמע דכל הקפידה אינה רק מה שיאמרו ולא מצד העון עצמו וגם מה זה שאמר מלך שכמותך כאלו אין זה נחשב לעון גדול רק למלך שכמותו 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 הכתוב 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 קדש וא"כ איך אפשר לפרש בא עד הראש על ע"ז כיון שכתוב בצדו אשר ישתחוו שם לאלהים אבל יבואר זה ע"פ מה דאמרינן בכריתות (דף ג') שגגת ע"א היכי דמי אלימא דעמד בבית ע"א וסבר בית הכנסת הוא והשתחוה הרי לבו לשמים וכתב רש"י דאי נמי בבית ע"א השתחוה לשמים לאו איסורא עבד וליכא חטאת עכ"ל וכ' הבאר שבע וקשה לי על פירושו נהי דחטאת ליכא איסורא מיהו ודאי עביד מפני החשד שנראה כמשתחוה לע"א דהא גדולה מזו אמרו בפ"ב דע"א ישב לו קוץ בפני ע"א לא ישחה ויטלנו מפני שנראה כמשתחוה לע"א וכש"כ בבית ע"א עצמה ונראה דרש"י גופא נשמר מזה בפרק כלל גדול שפירש הרי לבו לשמים ואין כאן חיוב עונש ולא פירש דאין כאן איסורא ואפשר לפרש פירוש רש"י דהכא דמה שפירש לאו איסורא עבד ר"ל שיהיה חייב עליו עונש כרת אבל איסורא ודאי איכא וכו' ש"מ בהדיא דיחיד אסור להתפלל בבית ע"א משום חשדא כנ"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 וכתב ויאמר לו לך לשלום ואם איתא לא לימא ליה ע"ש ואי ס"ד דהיכא דלבו לשמים אין כאן משום משתחוה לע"א איך פשיט מנעמן מדהתיר לו אלישע להשתחוות דאין ב"נ מצווה על קידוש השם הרי לבו לשמים אבל באמת אדרבא משם ראייה להיפוך דכבר הקשה שם הר"ן הרי בעושה להנאת עצמו אין צריך למסור נפשו ותירץ וז"ל שנעמן לא היה ידוע לכל שהיה כופר בע"א והרואה אותו שהיה משתחוה עם המלך היה סבור שישתחוה ממש לע"א והיה חלול השם בדבר עכ"ל.

הרי בפירוש שבאמת לא היה שם איסור ע"ז רק חשדא והיוצא מזה להלכה דהמשתחוה 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 יהרגנו בנו יהיה ג"כ חילול השם כמו שפירש"י ד"ה יאמרו מלך שכמותו חסיד שכמותו הרגו 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 כשבא עד הראש במקום שהעמידו שם פלשתים ע"א רצה להשתחוות שם לא ח"ו לשם ע"א דלזה מעיד הכתוב אשר ישתחוה שם לאלהים כי לבו יהיה לשמים הוא ישתחוה להקב"ה ובה אין איסור ע"א כנ"ל רק יש איסור משום חשדא וזה היה מגמתו להעלות חשד זה על עצמו בעיני העם שלא יתרעמו על מדותיו של הקב"ה כן היה כוונת דוד וכשהמתיק סודו עם איש עצתו חושי הארכי רעו והנה לקראתו היה מתנגד לו ויאמר לו ראה שלא הועלת כלום שאתה רוצה להבאיש ריחך בעיני העם שלא יתרעמו על מדותיו של הקב"ה שיחשדו אותך אבל הלא יאמרו מלך שכמותך יעבוד ע"א בתמי' הלא הם מכירים חסידותיך ויבינו האמת שמה שאתה משתחוה אף שהוא במקום ע"א שלא לפני ע"א אתה משתחוה אלא לפני הקב"ה אבל דוד השיב הלא גם לצד אחר יאמרו מלך שכמותו יהרגנו בני אם באמת אני חסיד האיך יהרגנו בני אלא ודאי ישפטו שטעו בי ושבאמת השתחוייתי לע"ז שיותר יתלו החסרון בי מלהאמין שהקב"ה לא יעשה משפט ולכן אעשה המעשה שיהיה להם פתחון פה להאמין שרשע אני למען לא יתחלל ש"ש ואז השיב לו חושי לא תצטרך להראות כרשע ואעפ"כ לא יהרהרו ישראל אחר מדותיו של הקב"ה דלמה לא דרשת סמוכין שאז לא היית לוקח יפ"ת ועכשיו שלקחת ידעו ישראל שמפני שאבשלום הוא בן סורר ומורה הנולד מיפ"ת הוא רודפך ולא מפני שרשע אתה ח"ו.

ומה שדוד באמת לא דרש סמוכין בזה י"ל ע"פ מה שנ"ל לבאר דרך דרוש מה שנאמר (שמואל ב' ט"ז) ויאמר אחיתופל אל אבשלום בוא אל פלגשי אביך אשר הניח לשמור הבית ושמע כל ישראל כי נבאשת את אביך וחזקו ידי כל אשר אתך וגו' ועצת אחיתופל אשר יעץ בימים ההם כאשר ישאל איש בדבר האלהים כן כל עצת אחיתופל גם לדוד גם לאבשלום.

והלא כמו זר יחשב שישראל קדושים ששונאי זימה הם יחזקו עם אבשלום ע"י מעשה מכוער כזה ומה שפירשו הראשונים שע"ז ידעו שלא יתכפר עם אביו לענ"ד אינו מספיק וכי זה יותר מעורר שנאה ממה שכבר עשה שרדף את אביו ומבקש את נפשו ולמה בעצה זו מסיים ודבר אחיתופל אשר יעץ וגו'.

אמנם יש לפרש ע"פ מה דיש להקשות על מה דאמר חושי מ"ט לא דרשת סמוכין הרי פרשת יפ"ת ופרשת בן סורר ומורה לא סמוכין הן דמפסיק פרשת כי תהיין לאיש שתי נשים ואין לומר דגם זה סמוכים כמו שהביא רש"י בפרשת כי תצא דהנושא יפ"ת סופו לשנאתה לכך נסמך כי תהיין דז"א דדרשה זו היא דעת ר"ש בספרי אבל לת"ק שם וכן

הוא בקידושין הך שנואה היינו שנואה בנשואיה וקאי על חייבי לאוין א"כ לא איירי ביפ"ת והיאך קרי ליפ"ת ובן סורר ומורה סמוכים אמנם אם יש לדרוש סמוכים גם ביש הפסק ביניהם תלי בפלוגתא דתנאי דאמרינן יבמות (דף ד') נושא אדם אנוסת אביו ומפותת אביו ר' יהודה אוסר ואמר רב גידל אמר רב מ"ט דר"י דכתיב לא יקח איש את אשת אביו ולא יגלה כנף אביו כנף שראה אביו לא יגלה ממאי דבאנוסה כתיב דמעלו' דקרא כתיב ונתן האיש השוכב עמה לאבי הנערה חמשים כסף וסמך ליה לא יקח איש ורבנן אי הוי סמך ליה כדקאמרת השתא דלא סמך ליה דכתיב לא יקח איש את אשת אביו בינתים בשומרת יבם הכתוב מדבר ע"ש הרי דלר"י דרשינן סמוכים גם ביש הפסק ביניהם ולרבנן לא ובזה תלי אם מפותת אביו מותרת לו או לא והנה אחיתופל ידע שמה שמחזק ישראל להיות ידם עם בן שמורד באביו הצדיק לא יהיה רק המחשבה שיחשדו לדוד שאין תוכו כברו דאל"כ היאך בן רודף אביו כמו שאמר דוד עצמו ע"פ פירושונו הנ"ל אכן נתיירא שמא יורה להם אחד כמו שדן חושי הארכי דמדנשא דוד יפ"ת ולא דרש סמוכין היה לו בן סורר ומורה וזה יבאיש את אבשלום בעיני ישראל לכן נתן לו עצה בוא אל פלגשי אביך לעיני כל ישראל וידוע דפלגשים הם בלא קידושין ודינם כמפותת וכוונתו דבזה יראה הלכה דמפותת אביו מותרת לו וא"כ ע"כ לא דרשינן סמוכים ביש הפסק ביניהם כרבנן וא"כ אין לידון שבן יפ"ת יהיה בן סורר ומורה ומה שנתנו ה' שהבן רדף את אביו מפני שמעשיו אינם מתוקנים וזהו דאמר ושמע כל ישראל כי נבאשת את אביך פירוש שאתה שוה לאביך שאם ידונו מעשיך נבאשים גם מעשיו כן ועי"ז וחזקו ידי כל אשר אתך אכן הלא יש לדון היאך יאמינו לאבשלום דלמא מעשה זה בעצמו הוא שלא כדין וסוררת היא לכן מסיים ועצת אחיתופל כאשר ישאל בדבר אלהים גם לדוד שדוד עצמו היה מחזיק אותו לרבו ולכן אם ישמעו שאחיתופל הורה כן ודאי יאמינו ובזה מתורץ למה לא דרש דוד סמוכים דאמרינן וה' עמו דסלקא ליה שמעתתא אליבא דהלכתא וכיון 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 דשנואה היינו אשת יפ"ת ובשניהם אין הלכה כן ומה שאעפ"כ אירע לדוד כן שבנו רודפו הנה דוד ידע האמת שכבר נתבא לו נתן הנביא כן כה אמר ה' הנני מקים עליך רעה מביתך 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 כאילו עובד ע"ז אבל הקב"ה חשבה לו לטובה ובהפיל שונאו לפניו הוציא כאור צדקו וכשמש בצהרים.

כן 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 וירא ה' כי רבה רעת האדם ברבה נידונו דכתיב נבקעו כל מעינות תהום רבה: וי"ל איך שייך זה דוקא לתיבת רבה ויש לבאר ע"פ מה דאמרינן בסוכה (דף נ"ב) דרש רב עזירא ואיתימא ריב"ל שבע שמות יש לו ליצה"ר הקב"ה קראו רע שנאמר יצר לב האדם רע מנעוריו משה קראו ערל שנאמר ומלתם את ערלת לבבכם דוד קראו טמא שנאמר לב טהור ברא לי אלהים מכלל דאיכא טמא שלמה קראו שונא שנאמר אם רעב שונאך האכילהו לחם ישעיהו קראו מכשול שנאמר ואמר סולו וגו' הרימו מכשול מדרך עמי יחזקאל קראו אבן שנאמר והסירותי לב האבן מבשרכם יואל קראו צפוני שנאמר ואת הצפוני ארחיק מעליכם ולבאר מה

ענין השמות הללו ליצר הרע נאמר שבשבע בחינות קשה היצה"ר שהוא בעצמו מקור כל החטאים והעונשים בני אדם שהוא הרע.

(ב) שהיצה"ר עומד נגד הטוב שלא יכול לשלוט 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 כשפורע אבל הוא כמו השונא שאוהב ורודף לאדם. (ה) וגם מי שנשמר ממנו ועומד כנגדו נעשה לו מכשול בדרך ומתנכל לו עד שאין להנצל ממנו ולזה ישעיה קראו מכשול.

(ו) היצה"ר אין נקל להסירו מהדרך כי כבוד וקשה הוא כמו אבן. (ז) היצה"ר אי אפשר להכירו בכל עת כי לפעמים נראה לאדם כאלו מיעצו טוב ולכן צריך בחינה להכיר הצפון המסית בו וזהו שקראו יואל צפוני.

והנה עונש דור המבול בא בב' בחינות דהיינו שנפתחו ארובות השמים ונבקעו מעינות הארץ דיש ב' מיני יצר הרע יצרא דע"ז שהוא יצה"ר של השכל ויצרא דעריות שהוא יצר הרע דהגוף השכל הוא כח נפש חיים הבא מן השמים והגוף הוא חלק הארץ ודור המבול בשניהם חטאו כמו שאמרו רז"ל שחטאו בע"ז וכפרו בהקב"ה באמרם מה שדי כי נעבדנו ועוד חטאו שהשחיתו את דרכם בגזל ובעריות לכן נענשו מדה כנגד מדה שבא להם העונש מן השמים ומן הארץ אכן יצרא דעריות פוחת והולך כשאדם בא לידי זקנה ושבע התאוות אבל יצרא דע"ז מוסיף והולך דזקני ע"ה כל זמן שמזקינין דעתן מטורפת ומטפשת עליהם וזהו פירוש מאמר דר' יוחנן הם חטאו ברבה פירוש שמוסיף והולך חטאם שהיו כן מפני שיצר 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 כבודי זה עדת קרח: י"ל למה ייחס מרגלים לשמעון ולוי דוקא וגם למה קרי לזה בסודם ולזה קרי בקהלם ויש לבאר דמחלוקת שכל מגמתו הוא להפך השלום והסדר יפעל בב' אופנים או בהסתר ע"י עצת הקושרים או בגלוי ע"י הקהל בפומבי במרגלים התנהגו בחטאם ע"י עצה 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 בכנעני ובפרזי ביוסף חטאו ע"י התנכלות עצה כדכתיב ויתנכלו אותו להמיתו וזהו פירוש בסודם אלו מרגלים שהיה בהתנכלות בקהלם זהו עדת קרח שהיה בפומבי ונותן טעם כי באפם הרגו איש זה נגד מרידה בפומבי וברצונם עקרו שור זה יוסף שנקרא בכור שורו הדר לו ועקרו אותו ע"י עצה רעה: שם דף ק"י ע"א דרש רבא מאי דכתיב שמש ירח עמד זבולה לאור חציך יהלכו מלמד שעלו שמש וירח לזבול אמרו לפניו אם אתה עושה דין לכן עמרם נצא ואם לאו לא נצא עד שזרק בהם חצים אמרו להם לכבודי לא מחיתם לכבוד בו"ד מחיתם: והלא נראה תמוה שמש וירח הנבראים יבקשו להכריע לבוראם ויתרו בהתראה שאם לא יעשה רצונם

לא ישמשו עוד שמושם ומה גם שהקב"ה לא כעס עליהם על זה רק באשר שתלו תלונתם בכבוד משה ולא בכבודו.

אכן ע"פ דברינו בספרי מנחת עני יפורש שהרי קרח ועדתו נתנו טעם למחלקותם על משה במה שאמרו כל העדה כולם קדושים ובתוכם ה' ומדוע תתנשאו 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 וכמו שבחר בהם להיות אמצעים לאור הגשמי המאיר על ידו כן בחר ג"כ באמצעי הרוחני להשפיע אור הקדושה שיוצא ממנו והוא משה ורק על זמן העתיד כשיתוקן העולם עליו נאמר לא יהיה לך עוד השמש לאור יומם ולנגה הירח לא יאיר לך והיה לך ה' לאור עולם וזה מה שטענו השמש והירח אם אתה עושה דין לבן 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 תתנשאו על קהל ה' ועל כן 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 כך 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 בממון כשפדאו חוץ לירושלים ובזה לא שייך הרקבה ולכן קאמר דיגנזו וא"כ בפירות מע"ש באמת הדין דירקבו אכן מהרמב"ם לא נראה כן דכתב בפירוש דמע"ש ומעות מ"ש וכתבי קדש יגנזו הרי דפרט מ"ש וא"ע ראיתי שהתוי"ט ג"כ הקשה זה ותירץ 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 עבודתן והגע עצמך וכי לא גזרינן הגזירות דדלמא אתי למיכל גם גבי כהנים עיין ביומא (דף י"ד ע"א) ובפסחים (דף י"א ע"א) ועוד דאכתי ניחוש שמא יאכל אותה ישראל ומאן לימא לן דביד כהן תרקב הא בעלי' כבר הומתו בתוך אנשי עיה"נ ולכן אכתי אין אצלי לדעת הרמב"ם טעם מבואר להחילוק שבין תרומה למ"ש ואפשר לומר כיון דע"כ גבי מעות מ"ש הוצרך לומר יגנזו לא מחלקינן בדין מ"ש ואמרינן בכ"מ דמ"ש יגנזו: שם בגמרא ת"ר יצאו הן ולא שלוחן: ק"ק ל"ל קרא תיפוק ליה דלא הוי שלוחם כלל דאין שליח לד"ע כדאמרינן 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 אכתי 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 היה לו דין מדיחין רק שלא אמר בשם עצמו אלא שפלוגי אמר לי לומר לכם נלכה ונעבדה ובזה מיעט קרא דלא מהני שליח ולא דלא מהני מטעם שליחות אלא דלא מהני מכח עצמו כיון דאמר בלשון שליחות: שם לאמר שצריכים עדים והתראה: פירוש בין המדיחים

בין הנדחים צריכים עדים והתראה אף דקרא במדיחין כתיב מכ"מ אמרינן דנדחין כמדחין כמו דאמרינן גם לעיל לענין אנשי עיה"נ אין להם חלע"ה דיליף ג"כ מקרא דכתיב גבי מדיחין ואעפ"כ ילפינן גם נדחין מניה וראיתי בלח"מ (פ"ד מה' עכו"ם) שכתב דדעת רש"י דנדחין לא בעי התראה ובמכ"ה אולי נעלמו ממנו דברי רש"י לקמן בד"ה היכי עבדינן דכתב היכי נעשין רובא נדחין הואיל דצריכין עדים והתראה לכל אחד ואחד עכ"ל.

והנה הרמב"ם שם כתב והיאך דין עיה"נ ב"ד הגדול שואלין ודורשין וחוקרין עד שידעו בבירור שהודחה כל העיר או רובה וחזרה 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 היה 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 כאן רק התראה של ת"ח אין מקום להשגת הראב"ד ואכן אכתי קשה לגירסת הספרים ישנים שהיה להראב"ד ובודאי שהיא עיקר בדברי הרמב"ם אלא שהגיהו מכח 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 דמכולהו חייבי מיתות לא נפקא דקילי שכן ממונם פלט והניחו בתימה ולפ"ז י"ל דלהכי מצרכינן באמת הכא קרא להתראה ומהכא נפקא התראה לעיה"נ.

אכן באמת זה אינו מספיק דאכתי למה מצריך קרא דבעינן עדים דמהיכי תיתי שימיתו אותו בלא עדים ומשמע דעיקר קרא דלאמר אעדים קאי שיאמרו העדים כך אמרו נלך ונעבדה ובלא"ה כבר כתבתי לעיל מה שנלפע"ד בישוב קושית התוס' דשפיר ילפינן התראה לעיה"נ משאר ח"מ ב"ד וא"כ אפילו להתראה ל"צ קרא.

והנלפענ"ד דכבר כתב הרמב"ם שם לפני דין הנ"ל דאם עושין בהם דין עיה"נ אזי מתרין בהן וסוקלין אותן כיחידים וא"כ ה"א דאם התרו בהם סקילה כיחידים וראו בהם עדים ואח"כ נמצאו' שהיו רוב העיר עושין בהם דין עיה"נ לזה כתב קרא דלאמר דלעשות בהן דין עיה"נ צריך עדים והתראה וזה שכתב הרמב"ם דלאחר שהתרו בהם ושמעו הב"ד שרוב העיר עבדו ע"ז אזי 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 שללם אבל ודאי הם חייבים מדין יחידים אם באו עדים שהתרו בהם בתחלה ועבדו ע"ז אלא שבהלכה זו לא איירי הרמב"ם רק מדין עיה"נ כמו שמתחיל בלשונו הטהור והאיך 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 ומיושב בזה השגת הראב"ד וגם א"ש למה צריך קרא לעדים והתראה דהיינו גם לאחר שהתרו והעידו עליהם דין יחידים צריכין ג"כ עוד עדים

והתראה 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 והראב"ד השיג עליו כיון שנתחלקו לשבטים שפיר קרינן בהו שעריך והכס"מ יישב דעת הרמב"ם דאף דמתחלה היו של שבטים מ"מ כיון שנתנום לעיר מקלט לא מיקרי תו שעריך.

ונלפענ"ד להביא ראיה לדעת הרמב"ם מסוגיא זו דהרי"ף נסתפק בהא דאמרינן לקמן דלמהוי כבני מתא צריך שיהיה בעיר י"ב חודש אבל להיות מיתבי מתא סגי בל' יום ולכן חמרת וגמלת שלנו בעיר ל' יום מקרי מיושבי עירם ומשלימין לרוב אי חמרת וגמלת יכולין להיות ג"כ מדיחין אי בעינן שיהיו המדיחים בני מתא דוקא והא ליכא או יושבי העיר והא איכא ופשיט מסוגיא דלפנינו דמאי פריך ש"מ חולקין עיר אחת לב' שבטים דלמא אתי ומאותו שבט למעט חמרת וגמלת שלנו בעיר ל' יום דיושבי עירם מקרי אע"כ דהם לא נעשו מדיחין עד שיהיו בעיר י"ב חודש וסיים על זה וזה ראיה ברורה וצריך לפרש דבריו דאכתי למה לא קאמר בחמרת וגמלת שהיו בעיר י"ב חודש אלא דזה לא שכיח שילינו שם כ"כ אם לא שדריים שם וזה אי אפשר אי אין חולקין עיר לב' שבטים.

אכן אכתי קשה הא משכחת ברוצח שהדיח בעיר מקלטו אם אינו מאותו שבט שהעיר בתחומו והוא צריך להיות שם יותר משנה אע"כ מוכח כדעת הרמב"ם דעיר מקלט אינו נעשה עיה"נ אלא דאכתי ק"ק כיון דהרמב"ם לא כתב רק ערי מקלט אינן נעשין עיה"נ פ"א משום דנתנו לעיר מקלט לא קרינן בהו שעריך דהא מה"ט אמרינן ספ"ב דמכות דאין מעלין שכר דירה בערי מקלט דלכם כתיב אבל במ"ב ערי לויים אף שקולטין ג"כ כדאמרינן שם מכ"מ ערי לויים הם ומה"ט מעלין שכר ללויים ולכן ערי לויים שפיר נעשין עיה"נ וא"כ אכתי מאי פריך הש"ס ש"מ חולקין עיר אחת לב' שבטים הא אכתי משכחת ברוצח שגלה לעיר לויים ולקמן (דף קי"ב ע"א) כתבתי תירוץ לזה: שם לא דנפלה ליה בירושה א"נ דיהבה ניהליה במתנה: הא דלא קאמר ג"כ שקנה בית ואחוזתו שם י"ל כיון דמכר חוזר ביובל לא מיחשב ע"י קנין אחוזתו שם כבני העיר כיון שלא יתקיים לו רק עד היובל ואף דבב"ב (פ"ק) אמרינן דקנה בה בית דירה הוא כאנשי העיר מיד י"ל דהיינו בח"ל א"נ בזה"ז שאין יובל נוהג אבל ירושה אינה חוזרת ביובל כדאמרינן בבכורות (דף נ"ב ע"ב) ואף דקיי"ל כרבנן דר"מ שם דס"ל דמתנה כמכר וג"כ חוזרת מכ"מ נקט דיהבה נהליה במתנה כיון דעכ"פ לר"מ משכחת גם בכה"ג אבל מכ"מ כיון דירושה הוא עיקר טפי דשייך גם לרבנן נקיט ליה ברישא ובהכי א"ש ג"כ למה דלא מתרץ אקושיא דבסמוך מקרא דערים ט' מאת ב' השבטים האלה ג"כ דיהבוה להם במתנה א"נ שמכרוהו להם דכיון דמכר ומתנה חוזרים ביובל לא היו יכולים ליתן אותה ללויים כיון שחוזרת ביובל: שם ברש"י ד"ה יצאו אנשים.

שאין להם חלע"ה: מלשון זה משמע דלשון יצאו מקרבך קדריש לאין להם חלק לע"ה אכן הברטנורא פ"א דמלשון בליעל יליף בנים שאינם עולים בתחית המתים והא דרש"י לא רצה לפרש כן י"ל משום דלקמן בכרייתא דריש הך בליעל לדרשא אחריתי: שם בד"ה וידיחו 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 כדאמרינן

בברייתא לקמן ואף דהך מקרבך מצריך להא דדרשינן בברייתא ולא מן הספר נ"ל דברייתא לקמן יש ט"ס וצ"ל בקרבך ולא על הספר ואתי כן 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 ודוחק הוא להגיה בכל המקומות ולכן נ"ל כיון דמתניתן לא הביא הך דינא דמן הספר ובברייתא לא הביא הך דרשא דבעינן מאותו שבט רק שיהיה מאותה עיר דבהכי פליגי מתניתן וברייתא דמתניתן סברה דמקרבך אתיא לאותו שבט וברייתא סברה דאתיא ללא מן הספר ואף דמתניתן לעיל (דף ב' ע"א) קאמר דאין עושין עיה"נ על הספר אי טעמא כדקאמר בש"ס שם (דף ט"ז) מקרבך ולא מן הספר סברה דמתניתן שם כברייתא דהכא ופליגא אמתניתן דהכא.

אכן י"ל ג"כ דלא פליגא אלא דטעמא דמתניתן שם כדמפרש 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 כן כמש"כ התוס' במ"ק (דף ז' ע"א) ובהכי א"ש הא דקאמר שם ותיפוק ליה מקרבך ולא מן הספר ותירץ ההיא ר"ש היא דדריש טעמא דקרא.

ולכאורה אכתי לא מתורץ בזה ותיפוק ליה מקרבך דהא מזה נמי אתיא ול"ל טעמא דנפשיה כיון דכתיב קרא גם יקשה כיון 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 שמא ישמעו עכו"ם ויחריבו והקשה הכס"מ עליו הרי זה טעמא דר"ש ולמה לא הביא טעמא דברייתא דמקרבך ולא מן הספר ולפ"ז א"ש דהרמב"ם פסק הך ולא מן השבט שם כסתם מתניתן דהכא ופסק ג"כ ולא מן הספר כסתם מתניתן דלעיל וברייתא דהכא ולכן ע"כ הוצרך לפסוק כטעם דר"ש שמא יחריבו את א"י: שם בד"ה עד שיוזח רובה.

קרי ביה מרובך: הך דרשה לא שייך רק למ"ד בירושלמי דגורעין ומוסיפין באמצע תיבה ואכתי יקשה לאידך מ"ד שהביאו התוס' לעיל (דף ד' ע"ב) ומזה מוכח לכאורה כפי' קמא דמיושבי העיר קדריש: שם בד"ה היה רחובה חוצה לה. שצריך לעשות לה רחוב בתוכה: זה אתיא מאל תוך רחובה ולהרמב"ם יש פי' אחר בהך דכונסין אותה לתוכה שכתב דבונין חומה סביבה עד שהיא בתוכה: שם ד"ה לא.

ע"י בת יורשת נחלה: אף דבת יורשת נחלה לא הותרה להנשא אלא לבן שבט אביה ע"פ מצות הכתוב הרי מצוה זאת לא היתה רק לאותו דור כדאמרינן סוף תענית ואפילו בדור שהוא משכחת כגון שבשעה שנשאה לא היתה עדיין בת יורשת שהיה לאביה בנים ומתו בלי זרע: שם דף קי"ב ע"א בגמרא קשיא: הבאר שבע הקשה מזה על הרשב"ם בב"ב (דף נ"ב) שכתב דדוקא כשמקשה ממתניתן וברייתא שייך תיובתא אבל כשמקשה מאמורא קאמר קושיא דהרי הכא מקשה מקרא דעדיף ממשנה וברייתא ואעפ"כ קאמר בלשון קשיא ולא תירץ כלום ואני תמה עליו שמעולם לא עלה זה על דעת הרשב"ם כנראה למעין שם דהרשב"ם לא בא רק להשיג על ר"ח שפסק כשמואל משום דלא סליק רק בקושיא ולא בתיובתא ועל זה כתב דחילוק זה בין קושיא בין תיובתא לא שייך רק כשמקשה ממשנה וברייתא דבזה יש להוכיח אי לא קאמר רק בלשון קושיא שאין



הקושיא חמורה כ"כ אבל כשלא מקשה רק מאמורא כמו התם שמקשה מרביא אשמואל לא שייך לומר תיובתא כי אין אמורא אחד איתותב מחברי' אבל מכ"מ קושיא איכא דע"כ מוכח דלא ס"ל כוותי' וכיון דהקושיא היא קושיא חמורה דמוכח דרביא דבתרא הוא פליג אשמואל לכן פסק הרשב"ם שם דלא כשמואל אבל זה ודאי גם רשב"ם מודה דמצינו קושיא היכא דמקשה מבריייתא ג"כ כדמוכח לעיל (דף ע"ב ע"א) דמסיק רב בקושיא אקושיא דמקשה ממתניתין וכמו שפירש רש"י שם כיון שאין הקושיא חמורה כ"כ וכן מסיק ר"פ בקושיא בפסחים (דף י"ח ע"ב) אף דמקשה מבריייתא עליה וכן בכמה מקומות בש"ס וכיון דהכא הקושיא דמקשה מקרא דערים ט' ג"כ אינה קשה כ"כ כמש"כ הר"ן שפיר קאמר לשון קושיא: שם איבעיא להו הודחו מאליהן מהו: הרמב"ם פסק דהודחו מאליהן דנין אותם כיחידים וכבר העירו כל נושאי כליו למה פסק כן ומה שכתבו דפסק לקולא לא ידעתי מה קולא שייך בזה דמטעם ספק היה לנו להורגם בסייף שמא עיה"נ היא ולהציל טפם ונשיהם וממונם שמא יחידים הם אבל לא לדונם בסקילה חמורה מספק.

והנלע"ד דלכאורה יש לדקדק בלשון האיבעיא דכיון דאמר וידיחו ליכא לפרושי הכי אבל נ"ל כיון דלעיל (דף מ"ה ע"ב) שקיל וטרי בש"ס אי בעינן קרא כדכתיב או לא פי' היכא די"ל דכוונת הקרא הוא אם תהיה הדבר כך וכך תעשה כן ואי לא לא אבל מ"מ בעיקר הדין לא ישתנה וא"כ ה"נ י"ל כן דקרא קאמר אם יצאו בני בליעל שמדיחין אותן אז יהיו מאותה העיר ומאותו שבט ושאר הדינים שצוה הכתוב בהם אבל מ"מ אי גם הודחו מאליהן דלא איירי קרא מזה ג"כ נעשו עיה"נ או דלמא בעינן קרא כדכתיב דוקא וידיחו בעינן וא"כ כיון דהרמב"ם פ' כמ"ד דבעינן קרא כדכתיב כדמוכח מהא דפסק דבעינן רחוב ושאין לו בוהן 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 ליעיינו 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 דאף דעינו כל הצורך מכ"מ מינשי טעמייהו לאחר זמן כדאמרינן לעיל (דף ל"ה ע"א): שם אלא מרבין להם בתי דינים ומעיינין בדיניהם הרמב"ם פסק כתירוץ זה וכבר הקשה הרמ"ה הביאו הכס"מ למה דפסק כר"ל ולא כר"י ומתרג' שם דהרמב"ם לא גרס ר"י בכולהו שמעתין.

אכן לפענ"ד י"ל דגריס שפיר ואעפ"כ פסקו א"ש דלכאורה י"ל מ"ש דמקשה אר"ל ממימרא דר"ח בר"י אמר ר' אושע' ליקשיה ממשנה 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 משכחת עיה"נ אפילו כשעבדו כל בני העיר עכו"ם אלא בחצי 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 אושע' דאי אתה מוציא כל העיר כולה לשעריך הא לעולם לא משכחת עיר כולה ואפילו רובה שיעשו עיה"נ וא"כ קשה לר"י מהא דר' אושע' 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 ומעיינין בדיניהם וא"כ פסק הרמב"ם

שפיר כסתם גמרא: שם אם נשתהו שם ל' יום הן בסייף וממונם אבד: מדאמרינן דאפילו לחוב משלימין לרוב אם נשתהו שם ל' יום כש"כ דמשלימין לזכות ולכן לא הוצרכה הברייטא לנקוט דין זכות דמתניתן דחמרת וגמלת מצילין והא דנקטה הברייטא הדין לחוב ולא לזכות י"ל דאתי לאשמועינן דבלא נשתהו שם ל' יום ממונם פלט ולא אמרינן דהוי כנכסי צדיקים שבתוכה ולכן הרמב"ם נקט כולה כלשון הברייטא דבו נכלל גם דין המתניתן ומפרש יותר ולכן א"ש מה שהקשה הכס"מ עליו ע"ש: שם הא למהוי מבני מתא: עיין בר"ן ונ"ל דאף דבעינן מדיחין משבט הנדחין לא בעינן 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 פריך מאותו שבט היכי משכחת לה הא משכחת בחמרת וגמלת שנשתהו שם ל' יום משלימין הרוב דמקרי מיושבי העיר והם אינם מאותו שבט אלא ודאי לא בעינן המדיחין רק משבט רוב הנדחין ויש לעיין אם רוב נשים מעיר אחת הודחו אם עושין העיר לעיה"נ ולכאורה יש להוכיח דלא דא"כ משכחת 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 דאיירי ביה מתניתן ובזה י"ל גם כן מה שהקשינו לעיל דלוקמא בערי לויים: שם אמר ר"ש מפני מה אמרה תורה: רש"י כתב דר"ש לטעמיה דדריש טעמא דקרא ועי' בתוי"ט שהעיר מה שייך בזה ר"ש לטעמיה כיון דליכא נפקותא לדינא לכ"ע דרשינן טעמא דקרא ולענ"ד דשפיר איכא נפקותא דכיון דמאת כל אשר בה מרבינן אפילו נכסי צדיקים שבתוכה א"כ לכאורה צריך טעם למה נכסי חמרת וגמלת שבתוכה פולטין כדאמרינן לעיל אכן לפי טעם דר"ש א"ש דלא קנסה התורה אלא הדרים בתוכה וכשלא נשתהו ל' יום לא מיקרו דרים בתוכה כיון שאינן מיושבי העיר אכן גם לדידן דלא דרשינן טעמא דקרא א"ש הא דלא מרבינן נכסי אנשי עיר אחרת שבתוכה מכל אשר בה דממעטינן 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 ומרבינן שפיר מכל אשר בה והכס"מ הבין דהרמב"ם נקט טעמא דר"ש ולכך הקשה בתוס' חדשים עליו למה דנקיט כר"ש הא לא פסיק כוותיה ולפענ"ד לא כר"ש כתב אלא ליתן טעם למה דמאבדין נכסי צדיקים יותר מנכסי אנשי מדינה אחרת שבתוכה דממעטינן משללה ולא שלל עיר אחרת ואף דשללה צריך לולא שלל שמים י"ל דב' שללה כתיב ואת כל שללה תקבוץ ואת כל שללה כליל: שם כגון דקביל עליה אחריות: א"ל הא בפסחים (דף ה' ע"ב) אמרינן דחמץ של נכרי שקבל ישראל עליו אחריות מקרי שלו וחייב לבערו אפילו אי לא הוי כתיב לא ימצא למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי דפסקינן כוותיה די"ל דרב חסדא ס"ל כאיכא דאמרי שם דס"ל דאי לאו קרא דלא ימצא לא מיחשב כשלו כיון דהדר בעינא לבעלים אפילו למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי ולכן הכא דליכא קרא לא מיחשב כשלו: שם אמר ר"ח בהמה חציה של עיה"נ: לכאורה קשה לפי מה דמסקינן ביצה (דף ל"ח ע"א)

דבדאורייתא אין ברירה א"כ מ"ט דעיסה מותרת אף דכמאן דפליגא דמיא דהא לא אמרינן דהוברר למפרע דהך פלגא לאו של עיה"נ הוי כיון דאיסורא דאורייתא הוא.

גם קשה לפי מה דאמרינן 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 דמיא וכמו שפירש רש"י דבשחיטת סימן דעיה"נ נעשית מתה תיפוק ליה דאי אפשר להפריש חלק דעיה"נ משום דינקי מהדדי גם כבר הקשה הר"ן לפי פירש"י דאי פשיטא ליה דשחיטת בהמת עיה"נ חשיבה כמתה מאל"י א"כ מאי קמבעי' ליה תו לקמן בהמת עיה"נ ששחטה מי מהני לה שחיטה לטהרה מידי נבילה ונ"ל כיון דזה ודאי דאיסור עיה"נ חל על כל אשר בה להיות אסור בהנאה ע"י גמר דין של הב"ד וכמו דאמרינן ספ"ק דערכין לענין שוה"נ זו מיתתה אוסרתה וזו גמר דינה אוסרתה ולכן גבי עיסה דאפשר למפלגה אמרינן 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 כלל 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 מקויים בשחיטה א"כ משעה שמתחיל לשחוט ושחט סימן של עיה"נ הרי כבר קיים 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 ויינק חצי האחרת ממנה בעודה בחייה ונעשית גם היא אסורה בהנאה אף אי שחיטת סימן דעיה"נ מקרי שחיטה לטהר מידי נבילה ולכן לא מוכח עדיין מזה מאי דקמבעי' ליה לקמן אי מקרי שחיטה לטהרה מידי נבילה או לא ועיין ביצה (דף כ"ב ע"א) במאי דקאמר ר"ח שם.

שוב זמן רב אחר שכתבתי זה מצאתי בשו"ת שאגת אריה (סי' פ"ט) שהקשה על הרמב"ם כיון דפסק דבדאורייתא אין ברירה האיך פסק דעיסה מותרת והניח בקושיא ולפי מה שכתבתי אתי שפיר: שם מהו שתהני בה שחיטה לטהרה מידי נבילה: לא ראיתי להרמב"ם ז"ל שהביא דין זה ולא ידעתי למה השמיטו דכיון דספק דאורייתא הוא ה"ל לפסוק להחמיר דנעשית נבילה גם ק"ל אמה שכ' רש"י בזבחים ס"פ חטאת העוף דלא מצאנו שחיטה בבהמה טהורה דלא תהני לטהר מידי נבילה והרי הכא מבעי' ליה בשחיטת בהמה טהורה דעיה"נ וספיקא לחומרא.

גם ק"ל אמה שכתבו התוספות בחולין (דף ק"מ ע"א) וז"ל וצ"ע בבהמת עיה"נ אם עבר והקריבה כו' ע"ש ובמה שכתב המהרש"א ואיך ס"ד דכשרה למזבח כיון דהכא מספקא ליה ולא איפשר אי בהמת עיה"נ שנשחטה לא הוי נבילה וצ"ע. אכן זה יש לתרץ דמה דמסופק הכא היינו בבהמה שהיא חולין אבל ספק התוס' הוא אם עבר והקדישה אחר שכבר נעשית בהמת עיה"נ אי מקרי גם בזה שלל שמים להיות הקרבן כשר: 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 פיאה נכרית ה"ה מכלל שללה ואסורה עכ"ל ומ"ט לא חילק וכ' דפיאה נכרית של נשים צדקניות המחוברת לגופן מותרת

דכגופן דמיא ואי נימא דשל רשעיות אסורה כה"ג דכגופן דמיא כיון דגופן אסורות כש"כ דה"ל לחלק בין צדקניות לרשעיות: שם ברש"י ד"ה למהוי כבני מתא.

כיון ששהה ל' יום נקרא מאנשי העיר: מאנשי נשי העיר נ"ל שט"ס הוא וצ"ל מי ושבי העיר דהא אמרינן כמה יהיה בעיר ויהיה כאנשי העיר י"ב חודש וגם בברייתא הנודר הנאה גרסינן בב"ב (דף ח' ע"א) הנודר הנאה מאנשי העיר אם יש אדם שנשתתה שם י"ב חודש וכו' אלמא דאנשי העיר שוין לבני העיר ולא ליושבי העיר: שם ד"ה אמר רב חסדא ובנקבצין.

דוקא מופקדים ביד אחרים: ונ"ל שהוצרך לזה כיון דבכלל 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 חדא זימנא דלמא אשמועינן דאפילו פקדונות שהיו כבר בתוך העיר מותרין מה דלא אשמועינן בברייתא ולכן פ"י רש"י דודאי גם בכלל נכסי רשעים דברייתא לא הוי רק מה שכבר היה בתוכה דאי לא"ה לא קרינן ביה שללה: שם ד"ה כגופן דמיא.

וכשם שאין שורפין מלבושין שעליהם: מזה נראה דפשיטא ליה לרש"י דמלבושין צדיקים שעליהן אינן אובדין וכדמוכח מהש"ס דכאן ולפי"ז צ"ל דמה דכתב ספ"ק דערכין 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 בדק הבית יפדו: לפי פירוש הרמב"ם שאחר שנפדו שורפין אותן צ"ל דמתקנת ב"ד הוא שיפדו אותן ממעות צבור דאל"כ מי ירצה נפדות אותן כיון דהולכים לאבוד וצריכים שריפה: שם ר"ל אמר ממון בעלים הוא: לכאורה איכא נפקותא בין טעמא דר"ל לדר"י לענין קדשי צדיקים שבתוכה דאי משום זבח רשעים ליכא ומשום ממון בעלים איכא ולפי"ז ק"ק מאי פריך לקמן ר"ל מ"ט לא אמר כר"י דלמא רצה לאוקמי היו בה קדשים דברייתא בין דרשעים בין דצדיקים כדמשמע פשטא דלישנא דהיו בה דקתני וי"ל כיון דלפי"ז צ"ל דר"י ס"ל דיותר סברא לאוקמי ככ"ע מלאוקמי בכל גוונא בין רשעים בין צדיקים ור"ל ס"ל אפכא ואין סברא דפליגי בסברות הפוכות כאלו: שם בק"ק ואלביא דריה"ג: ק"ק דלוקמי בחטאת דלא שייך ירעו דכיון דהומתו הבעלים ה"ל חטאת שמתו בעלי דלמיתה אזלה ואי דוחק הוא לאוקמי קדשי מזבח בחטאת דוקא לוקמי כר"א דס"ל דאשם ג"כ למיתה אזלא בפ"ג דתמורה ואף דאכתי לא הוי עולה דהוי ג"כ בכלל ק"ק הא אכתי כשמוקי לה כריה"ג לא הוי כללא דוקא דהא הוי בכור דהוא ג"כ בכלל קדשים קלים ואעפ"כ ה"ל ממון גבוה גם לריה"ג כדאמרינן בב"ב (דף י"ד ריש ע"א) ע"ש וי"ל דניחא ליה לאוקמי כריה"ג דאוקי גם מתניתן דב"ק כוותי': שם שללה פרט לכסף הקדש וכסף מעשר: עיין בר"ן שהקשה איך שייך זה לדברי ר"ש וי"ל דלת"ק נכסי קדשי מזבח דאינן בכלל שלל עיה"נ מדדרשינן שללה ולא שלל שמים אבל ר"ש דדריש מבהמתה מה שנאכל בתורת בהמתה ומזה יש למעט כל הקדשים בין תמימים בין בעלי מומים דכולן אינן נאכלין בתורת בהמתך כמו בכור ומעשר ולכן לדידיה לא מצרכינן למעוטי ק"מ משללה וא"כ שללה

למאי אתי ואהא קאמר פרט לכסף הקדש וכסף מעשר: שם זבח רשעים תועבה: לכאורה נראה דדרשה זו דאתיא מקרא דמשלי אינה דאורייתא אכן דעת התוס' בחולין (דף ה ע"ב) נראה שאינה כן מדהקשו שם ל"ל קרא לאינו שב מידיעתו שאינו מביא קרבן על שגגתו תיפוק ליה מזבח רשעים תועבה וצ"ל שהם סוברים דהלכתא גמירי לה ואתא שלמה ואסמכה אקרא וכדאמרינן לעיל ס"פ הנשרפים לענין ערל אכן דעת הרמב"ם י"ל שאינה כן אלא דלאו דאורייתא הוא מדהוקשה לו קושית התוס' וכה"ג כתבו התוס' גופא לענין קרא דמרבה הונו בנשך ומרבית (בבא מציעא דף ע' ע"ב) ע"ש.

ובהכי יש ליישב מה שהקשה המ"ל (פי"ד מה' אבל) אהא דאמרינן בירושלמי קדשי עיה"נ ר' יוחנן אמר מועלין בהן ור"ל אמר אין מועלין בהן וכיון דפסק הרמב"ם דקדשי עיה"נ ימותו וגם ס"ל דחטאות המתות לא נהנין ולא מועלין א"כ מ"ט דר"י דאמר מועלין בהן והניח בצ"ע ולפי"ז י"ל דר"י ור"ל לשיטתם אזלי דודאי בחמש חטאות דהלכתא גמירי לה דימותו לא נהנין ולא מועלין כיון דמן התורה לא ראויים עוד להיות ק"מ אבל בקדשי עיה"נ דמדאורייתא ראויים הם להקרבה דלא נאסרו בכלל עיה"נ דממעטינן משללה ורק מזרבנן לא יקרבו מזבח רשעים תועבה לכן מועלין בהן מדאורייתא זהו סברת ר"י דס"ל דהא דלא יקרבו הוא מכח זבח רשעים תועבה אבל ר"ל דס"ל דק"מ דברייתא בקדשים קלים איירי שהם ממון בעלים ואם כן מדאורייתא נאסרו בכלל שלל עיה"נ בהנאה ולא ראויים עוד להקרבה ועל זה קאמר התם בירושלמי שפיר שאין מועלין בהן: שם לא שנו אלא תרומה ביד ישראל: ק"ק לפי מה דאמרינן בפסחים (דף מ"ו ע"ב) דטובת הנאה ממון ועיין ספ"ב דקידושין א"כ איך אמרינן לב' הלשונות דתרומה ביד ישראל לא חשיבא כממוני' כיון דטובת הנאה ממון ובשלמא הא לא קשיא לפי מה דאמרינן בפסחים שם דפליגי תנאי בהואיל אי בעי מיתשיל עליה א"כ ליחשב כממונא תרומה ביד ישראל מטעם הואיל אי בעי מיתשיל עלי' די"ל דרב חסדא לטעמיה דלית ליה התם הואיל גבי האופה מיו"ט לחול והואיל זה תליא בהואיל אי בעי מיתשיל עלי' כמבואר שם (דף מ"ח ע"א) אבל מטובת הנאה ממון קשיא לכאורה.

והנה הרמב"ם לא הביא במעשר שני דעיה"נ אוקימתא דלקמן דאיירי בנפל מחיצות רק כ' סתם דיגנזו וכבר הקשה הלח"מ למה השמיט אוקימתא דהש"ס. ולכאורה היה נ"ל לפי מה שהקשו התוס' בפסחים שם למ"ד הואיל אי בעי מיתשיל עלי' למה אין יוצאין במצה של מ"ש למ"ד ממון גבוה הוא ועוד הקשו מהקדש למה אין עוברין על חמצו מטעם הואיל ותירצו בתי' קמא דלא אמרינן הואיל מטעם דכתיב לה' ועוד תירצו אהקדש דבא ליד גזבר וא"כ בתירוצא בתרא ע"כ לא ס"ל דדרשה דלה' מהני דלא אמרינן וא"כ אכתי קשה ממ"ש וצ"ל לפי תירוץ דרב אסי דאמר למ"ד מ"ש ממון גבוה אין יוצאין במצה של מ"ש סבר כרב חסדא דלא אמרינן הואיל ורב חסדא הכא דתלי המחלוקת בממון גבוה או ממון הדיוט לשיטתו אזיל דלא אמרינן הואיל ולכן לדידיה מקשה שפיר דלמ"ד ממון גבוה הוא לישתרי מ"ש דעיה"נ אפילו באכילה דל"ל דאסור מטעם הואיל אי בעי מיתשיל ולכך נחשב כממונו דהא רב חסדא לית ליה הואיל ואין לומר דאכתי מאי ק"ל לר"ח דילמא מתניתן אתיא כמ"ד דאית לי' הואיל כיון דפלוגתא דתנאי היא בפסחים שם דז"א דא"כ יקשה אר"ח למה לא פסק כסתם משנה ועוד דמ"ד דאית ליה הכי שם הוא ר' אליעזר ומתניתן בלא"ה לא אתיא כר"א כדאמרינן לקמן מתניתן דלא

כר"א אבל להרמב"ם לשיטתו דפסק בפ"א מה' יו"ט כרבה דאית ליה הואיל בלא"ה לא קשה ממ"ש קושית הש"ס ולכן לא הוצרך לאוקימתת הש"ס דנפל מחיצות אלא דאכתי ק"ל על הרמב"ם דפסק גם מימרא דרב חסדא דתרומה ביד ישראל תנתן לכהן שבעיר אחרת ובהא ודאי קשה דנימא הואיל אי בעי מיתשיל וליתסר וצ"ע: שם הא קלטה מחיצות: עיין במכות (דף כ' ע"א) דמבואר שם דלר"י אמרינן דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין ויש לו לכל מילי דאורייתא דין מ"ש חוץ מלענין קליטה דרבנן דאינו קולט וא"כ לכאורה לימא דמתניתן ר"י היא ואיירי בדבר שנגמרה מלאכתו ונכנס לירושלים ונגמר דינו שם דממון הדיוט הוא כיון דכמו שהורם המעשר דמי וראוי לאכילה שם והמחיצות לא קלטהו כיון דעדיין לא הופרש ויש ליישב: שם ברש"י ד"ה לעולם בבעלי מומין.

שאין אומרים בהמת עיה"נ: עיין בתמורה (דף ח' ע"א) דשם נראה דאין נאכל בתורת בהמתך היינו משום דאין נמכר באטליז ולכאורה צ"ע למה לא פ' רש"י גם הכא כן ות' אאמ"ו נר"ו דבבכורות (דף ל"א ע"א) הקשו התוס' אמה דמפרש התם טעמא דאין נמכרין באטליז משום בזיון קדשים והרי מדמפיק הכא מקרא דבהמתה משמע דמדאורייתא הוא ותירצו ע"ש וכן כתבו שם (דכ"א ע"ב) ובזבחים (דף ה' ע"ב).

וי"ל דזה היה קשה גם לרש"י ולכן פ' דהא דאמרינן דאינו נאכל בתורת בהמתה לא היינו שאינו נמכר באטליז דמדרבנן הוא אלא מפני שיש לו שם לווי ונקרא על שם בכור ומעשר אכן לכאורה מנ"ל זה דנקראו עדיין על שם בכור ומעשר כשהם בעלי מומין כיון דחולין גמורים הם ואינם צריכין פדייה ועל זה מייתי בתמורה מתניתן דאין נמכרין באטליז משום בזיון קדשים דמוכח מניה דעדיין נקרא שם קדושה דבכור ומעשר עליו אף כשהוא בעל מום: שם ד"ה אבל בגבולין.

ל"א אבל בגבולין דאין לה היתר אכילה: לכאורה לפי לשון זה לא אמרינן דבגבולין ממון גבוה הוא ואעפ"כ פטור מן החלה כיון דאין ראוי לאכילה לא קרינן ביה עריסותיכם וכן צ"ל שסברו התוס' שכתבו בקידושין (דנ"ג ע"ב) דר' יהודה שהוא רבנן דהכא ס"ל דגם בגבולין ממון הדיוט הוא וכן נראה ג"כ דעת הר"ן בסוכה (דף ל' ע"א) שהניחו התו"ט בצ"ע וכן דעת הרשב"א בחידושיו ע"ש אכן לפ"ז צ"ב מאי מקשה ארב חסדא מעיה"נ וצ"ל כמו דלא מקרי עריסותיכם כיון שאסור באכילה כמו כן לא מיקרי מ"ס בגבולין שללה כיון שאסור באכילה ובהנאה והיינו דפריך מעיה"נ אחלה: שם ד"ה אלא בעיר אחרת.

לישתרו נמי באכילה: פ' ע"י פדיון דאי לאו הכי אי אפשר לאכלו בגבולין אכן לדעת הרמב"ם דס"ל דקדשי בדק הבית צריכין שריפה אחר פדייה צריך לפרש דהקושיא היא שיעלה אותו לירושלים ויאכל אותו שם: שם דף קי"ג ע"א בגמרא ר"א אומר כל עיר שיש בה אפילו מזוזה אחת: לר"א צ"ל דלית ליה דרשה דשללה למעט שלל גבוה ולכן גם מזוזה הוי בכלל שלל עיה"נ ובעי עמה שריפה אבל לדין דדרשינן שללה למעט שלל גבוה לא מעכבא מזוזה שיש בה דין עיה"נ וזה שכ' רש"י ואנן בעינן שללה וליכא דהא שלל שמים הוא עכ"ל וא"כ ודאי דקשה מה שהקשה בת"ח לעיל (ע"א) דמ"ט דאין שורפין מזוזה לר"א ליתי עשה ולידחי ל"ת דלא תעשון כן ולכאורה היה נ"ל דכיון

דכתיב עשה לאבוד ע"ז דכתיב ואבדתם את שמם א"כ דרשינן שמם ולא שם שמים וה"ל עשה דלאו הבא מכלל עשה ולכן אינו דוחה ואפילו לדעת הרשב"א הביאו הש"מ בכתובות (דף מ' ע"א) דלאו הבא מעשה נדחה מפני עשה צ"ל דכשיש לאו אצלו אינו נדחה כדמוכח מהא דאמרינן ביבמות (דף ק' ע"א) בשלמא מן הנשואין לא אתי עשה ודחי ל"ת ועשה ע"ש אכן הא ק"ל מה בכך דלא יכולים לקיים כל שללה כשיש מזוזה אחת שם אי לא בעינן קרא כדכתיב א"כ נימא דקרא דוקא איירי היכא דאיכא לקיים כל שללה כשלא יש שם דבר הקדוש אבל כשיש שם דבר קדוש באמת לא בעינן כל שללה והרי לעיל (דף מ"ה ע"ב) אמרינן דפליגי תנאי אי בעינן קרא כדכתיב ור"א ס"ל שם דלא בעינן קרא כדכתיב דס"ל נתן על מקומו ודיו ע"ש ואף דמסוגיות הפוכות היא ובנזיר ס"ל ר"א אפכא דבעינן קרא כדכתיב מכ"מ קשה מרבי אליעזר דהכא אסוגיא דלעיל איך אפשר לומר דר"א לא ס"ל דבעינן קרא כדכתיב וצ"ע.

שוב נלע"ד שבמה שכ' רש"י ואנן בעינן שללה 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 כיון דבקרא דלא תעשון גלי קרא שאסור לשרוף מזוזה א"כ שלל שמים הוא ור"א דריש רק היכא שיש לקיים כל שללה שאין בה רק שללה אז נעשית עיה"נ אבל כשיש בה גם שלל שמים אין נעשית עיה"נ כלל וממילא מתורץ ג"כ מה שהקשינו לר"א הא לא בעינן קרא כדכתיב די"ל דהא דרש כל שללה דוקא אם הכל שללה וא"כ מיעט קרא בפ"י: שם מר סבר עוד לכמו שהיתה: כן פסק גם הרמב"ם וק"ל כיון דזה פשוט דטעם דרשה זו דעוד לא מצרכינן אלא אי אית לן דרבי אבין דאי לית לן דרבי אבין בלא"ה דרשינן אין בכלל 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 דמכדי זמירה בכלל זריעה וכו' למאי הלכתא כתבינהו רחמנא אלא למ"ד אין לוקין ואי לית ליה דר' אבין והנה הרמב"ם (ריש ה' שמיטה) פסק דאין לוקין וביאר הטעם דמדכתיב זמירה ובצירה וא"כ ע"כ פסק כמסקנת הש"ס דכ"ע לית ליה דר' אבין וא"כ למה מצריך הכא טעמא דעוד הא בלא"ה ממעטינן גנות ופרדסים כיון דלית לי' דר' אבין א"כ אין בכלל אלא מה שבפרט ועוד ק"ל לפמ"ש"כ רש"י שם דר' אבין לא קאמר אלא דכלל בעשה ופרט בל"ת לא דרשינן במדת כלל ופרט וכלל אלא במדת כלל ופרט דאין בכלל אלא מה שבפרט והרי הכא אדרבה אמרינן דמאן דלית לי' דר' אבין ס"ל הכי דאין בכלל אלא מה שבפרט ואף דהתם הוי כלל ופרט וכלל והכא לא הוי רק כלל ופרט כש"כ הוא דאי כלל ופרט וכלל דרשינן במדת כלל ופרט למעט הכל כש"כ בכלל ופרט הוה לן למידרש הכי גם יש להבין במאי פליגי ב' לשונות של רש"י הכא למה אמרינן ללשנא קמא דלריה"ג דאית לי' דר' אבין מרבינן גנות ופרדסים אפילו לל"ת דדרשינן במדת דבר שהיה בכלל ויצא מן הכלל 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 בכלל אלא מה שבפרט אלא דרשינן במדת

דבר שהיה בכלל כן כ' הריטב"א בפ"א לדעתם ומ"ד אינו לוקה הטעם משום דיצא זמירה ובצירה והריטב"א הסכים עם פי' רש"י וגירסתו אכן הרמב"ם י"ל דסבר כפירוש התוס' וגרסתם ושפיר פסק כמ"ד דאית לי' דר' אבין ואעפ"כ מצריך הטעם דיצא זמירה ובצירה הא דאין לוקין ולכן מצריך גם הכא דרשה דעוד ובזה י"ל דפליגי ב' לשונות של רש"י הכא דלישנא קמא סבר כשיטת התוס' במ"ק דלר' אבין אין דנין במדת כלל ופרט לומר אין בכלל אלא מה שבפרט אלא במדת דבר שהיה בכלל ולכן ל"ק מה שהקשינו לעיל עליו אבל לישנא בתרא סבר כשיטת רש"י במ"ק דלר' אבין דנין במדת אין בכלל אלא מה שבפרט ולכן לא מרבינן לל"ת אלא מה שבפרטה אבל העשה ודאי קיימת דלגבי אין פרט לומר אין בכלל אלא מה שבפרט ולפי שיטה זו מתורץ ג"כ מה שהקשה הראב"ד הביאו הר"ן דלריה"ג ל"ל עוד כיון 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 דעוד 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 והא ל"ק לפי שיטה זו כיון דלריה"ג אמרינן בהקושיא דאית לי' דר' אבין ולכן נשאר העשה לחוד לגו"פ והל"ת לבתים וא"כ כי מתרץ דגם ר"ע ס"ל דר"א מה בכך דכתיב ג"כ ל"ת עוד דלכמו שהיתה אינה נבנית הא גבי עשה לא כתיב ואכתי נימא דעוד לא ממעט רק ל"ת בגו"פ אבל לעולם הע' לענין גו"פ כדקאי קאי דז"א דע"כ דעוד דכתיב גבי ל"ת אתי למעט גו"פ מעשה דל"ת לא צריך דמהיכי תיתי לרבות גו"פ בכלל ל"ת כיון דאית לן דר' אבין אכן הראב"ד דהוקשה לו כן צ"ל דס"ל ג"כ כלישנא קמא דרש"י הכא 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 כגירסת רש"י במ"ק רק שגם הכא גרס כגירסת הראב"ד ולכן ג"כ לא קשיא עליו מה שהקשינו לעיל וכמובן אלא שזה אינו נ"ל כיון דלפי מה שהוכחנו שיטת רש"י שם סבר ע"כ כלישנא בתרא דהכא וגרסת הראב"ד לא מצרכינן ללישנא זה א"כ אי יסבור הרמב"ם כשיטת רש"י דמ"ק וגרס הכא כגרסת הראב"ד תפס החבל בשני ראשין לכן ודאי עיקר כמו שכתבנו דהרמב"ם סבר כשיטת התוס' דמ"ק וכלשנא בתרא דהכא.

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 כדרכו בכ"מ והרי הכא קרי לי' הכלל בפ"ע הרי דוהיתה תל עולם עשה הוא ולפ"ז א"ש דדוקא ללישנא בתרא דרש"י אמרינן דהוי והיתה 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 הכלל שנכתב בלשון עשה שלוקין עליו א"כ הוי ל"ת ולא נשאר עשה כלל וכיון דהרמב"ם פסק כלישנא קמא כדהוכחנו 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 כך הוי במדת דבר שהיה בכלל דאל"כ עוד ל"ל והראיה לזה דגם בריש ה' שמיטה לא הביא הרמב"ם רק עשה דושבתה הארץ שבתון ועשה דבחריש ובקציר תשבות והשמיט עשה דשבת שבתון יהיה לארץ דקרי בש"ס לעשה בכלל ולפ"ז א"ש



כיון דאית לי דר"א דדריש דדבר שהיה בכלל ויצא מן הכלל נכללה העשה בל"ת: שם ברש"י ד"ה כלל בעשה.

ולומר בנין בכלל היה ולמה יצא: א"ל הא צריך להוציא ללאו דמוהיתה תל עולם אין לוקין די"ל דלשון בנין לא הל"ל אלא הל"ת ג"כ בלשון כלל כמו העשה כגון לא תוקם עוד וכדומה: מה שאמרתי לסיום המסכתא בק"ק קארלסרוהע יום ד' י' א"ש שנת תקפ"ד לפ"ק: במדרש שה"ש בגבעון נראה ה' אל שלמה בחלום הלילה ויאמר אלהים שאל מה אתן לך אמר שלמה אם אשאל כסף וזהב ואבנים טובות ומרגליות הוא נותן לי אלא הרי אני שואל את החכמה והכל בכלל הה"ד ונתת לעבדך לב שומע א"ל הקב"ה שלמה חכמה שאלת לך ולא שאלת עושר ונכסים ונפש אויבך חייך החכמה והמדע נתון לך ועי"כ עושר ונכסים אתן לך מיד ויקץ שלמה והנה חלום א"ר יצחק חלום היה עומד על כנו חמור נוהק והוא יודע מה נוהק צפור מציץ והוא יודע מה מצוצו מיד ויבא ירושלים ויעמוד לפני ארון ברית ה' וגו' אמר רבי אלעזר מכאן שעושיין סעודה לגמרה של תורה א"ר יודן ללמדך שכל מי שמלמד תורה ברבים זוכה ושורה עליו רוח הקודש שכך 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 הא אמרינן דאין מזל לישראל ותירצו דלפעמים ע"י זכות רב נשתנה המזל אכן ע"ז הקשו מר"א בן פדת שהראו לו בחלום שאם ירצה מזונות יצטרך להפוך הקב"ה עולמו לתוהו ובוהו והוא ודאי צדיק גמור היה ונלענ"ד ליישב קושית התוס' ע"פ מה שהובא בילקוט ראובני כי מן י"ה של שם הוי"ה ב"ה נשפעים בנים ומהו' חיי ומהה' מזוני והנה ענין בנים לי"ה נ"ל הוא ע"פ מה דאמרינן 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 שאמרינן בפרקי ר"א וישם ה' לקין אות שחקק אות ו' על מצחו והמפרשים תמהו למה אות ו' דוקא ולפ"ז א"ש כי הוא הרג להבל ופגם באות ו' של שם הוי' ב"ה אשר ממנו נשפע חיים ולכן כשמחל לו הקב"ה חקק אות ו' על מצחו להודיע שכבר תקן את אשר עוות ומזוני הנתלים בה' כבר כתב הילקוט בעצמו שמרומז בפסוק המאכילך מן במדבר ה' מאכילך וא"כ רק להאומות באים בני חיי ומזוני מכח מזל ולא מצד הקדושה של שם הוי"ה ב"ה אבל ישראל אשר אינם תחת המזל מקבלים השפע מהקב"ה גופא ומשמו הגדול וזה הענין מה דאמרינן 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 קיים וישראל שרויים על אדמתם שאז נשלם ה' במלואו אבל כשאין בהמ"ק קיים ידוע מה דאמרינן בגמרא שאין שמו שלם ואין כסאו שלם ולא נשאר רק י"ה ולכן תמה ר"י כשראה דאיכא סבי בבבל דלמען ירבו ימיכם על האדמה כתיב וגם לענין מזונות אמרינן בגמ' דכשבהמ"ק קיים ישראל נזונים מהעיקר והאומות מתמצית ועכשיו הוי איפכא דעתה גם לישראל לא בא רק מכח 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 יצטרך הקב"ה להחזיר העולם לתוהו ובוהו אולי ישתנה מזלו ומתורץ מה שהקשו התוס'.

ועפ"ז נ"ל לבאר ג"כ גמרא דכתובות (דף ח' ע"ב) ר"ח בר אבא מקרי דדרדקי דרשב"ל הוי שכיב ליה ינוקא כו' דור שהאבות מנאצים להקב"ה כו' הכי קאמינא ליה חשיב את לאתפוסי אדרא ע"ש ולכאורה איך רמז ליה רשב"ל דלא קאמר ליה רק שמתו בעון הדור ולא בעון עצמו ונ"ל דבגמרא דברכות אמרינן דג' דברים מכפרין עונותיו של אדם והא' כשמתו בניו ומייתי ע"ז קרא דמשלם עון אבותם אל חיק בניהם וי"ל למה הכא בכתובות מייתי קרא אחרינא דוירא ה' וינאץ מכעס 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 מכח המזל וזהו מקרא דוירא ה' וינאץ דאיירי בזה כדקאמר ותשכח אל מחוללך 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 דוירא ה' וינאץ דאיירי בעון ע"ז ומה שדומה לה מכפירה השגחה פרטית כי זה עיקר עון ע"ז כמו שביאר הרמב"ם ריש ה' ע"ז וזה ג"כ בזמן שאין בהמ"ק קיים כי אז לא נשאר מהשם הוי' ב"ה רק השפע מי"ה שהם בנים ולכן נענש הדור במיתת בנים אבל בזמן שבהמ"ק קיים שהשם במלואו אז מי שעובד ע"ז או כופר בהשגחת הקב"ה פוגם בכל השם והוי עונשו בבני חיי ומזוני ולכן אחאב וחיאל שושבינו נענשו בזה בחיי דשניהם מתו אחאב במלחמה וחיאל אצל מזבח הבעל בהר הכרמל כדאיתא במדרש ובני חיאל מתו וגם בני אחאב כולם נהרגו ומזוני שהיה רעב בימיהם על הארץ: ובזה נבוא לבאר המשך המאמרים דסוף מסכת סנהדרין דקאמר תניא לא עיר אחרת על שם יריחו כו' תניא באבירם בכורו לא היה לו ללמוד כו' מלמד שהיה מקבר והולך מאבירם ועד שגוב וכבר הוקשה לרש"י המשך המאמרים עוד י"ל דקאמר בשגוב צעירו היה לו ללמוד מה היה לו ללמוד עוד אחר שכבר מת ונ"ל דהנה ידוע דטעות עובדי ע"ז אף שחכמים גדולים היו בהם הי' כמו שביאר הרמב"ם ריש ה' ע"ז שחשבו שרצון הקב"ה הוא ח"ו בעצמו לעבוד את הכחות שהציב למשול בעולם ושהם משגיחים על כל פרטי בני אדם ולא הוא וע"כ חשבו שכל מצות ע"ז שכתב בתורה כתב משה לעצמו ח"ו ולא דבר כן ה'.

והנה יש לבאר עוד מ"ט לא יבנו גם עיר אחרת על שם יריחו ונ"ל דבירושלמי פ"ק דשבת הובא בילקוט קאמר הטעם דוהיתה תל עולם דיריחו דעיה"נ עשאה פי' מפני גודל כח הטומאה דכישוף וע"ז שהיה שם כדקאמר ויריחו סוגרת ומסוגרת ומפרש בש"ס ע"י כישוף עשאוהו כעיר הנדחת וכיון שבעיה"נ הקפידה התורה שלא ישאר ממנה דבר בעולם אשר יקרא שמו עליו כדאמרינן לקמן ולא ידבק בידך מאומה מן החרם למען ישוב ה' מחרון אפו וכאשר נבאר לכן גם שם יריחו לא יקרא עוד אכן חיאל ואחאב שכפרו באזהרת ע"ז א"כ ליכא דין עיה"נ אצלם וא"כ לא האמינו גם בזה שהזהיר הקב"ה שלא לבנות יריחו על שם עיה"נ ולכן תלה חיאל מיתת בניו במזל ולא לעונש

על עברו את מצות ה' והיינו דקאמר תניא לא יריחו על שם עיר אחרת ולא עיר אחרת על שם יריחו והיינו מטעם עיה"נ וא"כ היה לו לאותו רשע להוכיח ע"י מיתת בניו שיש לפרוש מע"ז ועל זה קאתי ברייתא אחריתי באבירם בכורו לא היה לו לאותו רשע ללמוד פי' לפרוש מע"ז דזה היה יכול לתלות בטבע אבל בשגוב צעירו אחר שמת גם זה היה לו ללמוד שמת ע"י קללת יהושע בדבר ה' על שבנה עיר אחרת על שם יריחו ושיש לה דין עיה"נ אשר ע"כ יש ממש באזהרת ע"ז ושפי ה' דבר כן ואעפ"כ לא למד אכן לכאורה עדיין לא היה לו ללמוד דהא גם מיתת שניהם היה יכול לתלות בטבע ע"כ מייתי ברייתא שלישיית דמלמד שהיה מקבר והולך מאבירם עד שגוב פי' בגדול החל ובקטן כלה ולא מת בכל בניו הקטן לפני הגדול ממנו וכולי האי ודאי אין לתלות בטבע אלא ודאי מאת ה' היתה זאת ואעפ"כ נשתרש בחטאו ולא שב: ולבאר זה יותר מייתי מימרא אחריתי אחאב שושביני' הוי כו' א"ל השתא לווטתא דמשה לא מקיימא כו' מיד ויאמר אליהו התשבי.

וגם בזה יש לדקדק דקאמר השתא לווטתא דמשה דאיך תליא זה במה דאקדים ליה דלמא כי מילט יהושע הכי קלייט וכי אי לא מילט יהושע הכי לא הוי קשיא ליה השתא לווטתא דמשה כו' שנית למה נקט דוקא הך קללה דמשה ולא כל הנך קללות שבפרשת בחקותי שלא נתקיימו ג"כ אז והרי הם היו מפי ה'.

ולפי דרכנו י"ל דיש ליתן טעם שתהיה העיר תל עולם ולא תבנה עוד אכן א"ש ע"פ הירושלמי הנ"ל דפליגי תנאי למה דהחרים יהושע את כל רכוש יריחו לחד מ"ד הא דעיה"נ עשאה וכמבואר לעיל ולחד מ"ד עשה כן כיון דנלכדה בשבת והרי מעשה שבת אסור בהנאה ולפי ב' הטעמים שייך ג"כ שלא לבנות עוד דאי עיה"נ עשה הרי מצות עיה"נ היא להיות תל עולם ואי משום דנלכדה בשבת ג"כ יש טעם שלא לבנות עוד דמה שנהרסה ונפלו חומותיה בשבת אין בזה חילול שבת דמקלקל הוא ופטור אכן אמרינן בשבת (פרק במה מדליקין) דהסותר ע"מ לבנות במקומו הוי מתקן וחייב וא"כ אי יבנו במקומו הוי למפרע ההרוס מתקן ונעשה חלול שבת בידי שמים ולכן נאסר לבנות עוד כי היכי דלהוי 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 שכתבנו שלא לבנות אלא בבונה יריחו עצמו מחרבותי' ולא בעיר אחרת על שם יריחו וכיון דחיאל נענש על עיר אחרת על שם יריחו מוכח ע"כ כאותו 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 כל 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' מיירי וכו' ואמת שב"י ומור"ם תמהו על בעל המישרי' הנ"ל עי"ש בב"י שנדחק בישובו ע"ש עד סוף הסעי': הנה לענ"ד שכל דבריו תמוהין מ"ש דאיירי בנותן קרקעות קשה האיך שייך לומר מצוה לקיים דברי המת הא בעינן דווקא שהושלש מתחלה לכך וגבי קרקעות לא שייך זה כדאיתא בר"ן פ"ק דגיטין ומ"ש דבעל המישרים איירי במטלטלין הנה בב"י כ' דברי המישרים דכתובה ומזונות אינם ניגבים ממתנת בריא וכו' הן שנתנו יתומים אחר מיתת אביהן וכו'

ולענ"ד דר"י איירי אפי' במקרקע וכתובה היינו כתוב' בנין דכרין שאינו טורף ממשעבדי ולדבריו דאיירי במטלטלין ואיירי בכתוב' אשה צריך 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 כלל בחוב אלא במתנת ש"מ א"כ הוי כאלו 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 כגזל ולא נתייאשו הבעלים רצה מזה גובה וכו' עכ"ל.

הנה כב"י דאיירי במטלטלין ודלא כמהרי"ך והנה דברי הגהת מרדכי צ"ע דמה ראייה הביא מגזל ולא נתייאשו הבעלים דשם איירי דלא בא ליד השני בתורת מכירה ואדרבה שלא ברצון הגזלן לקחו אבל הכי בתורת מכירה אתי לידי' ואיכא תקנת השוק וצרי' לדחות דאיירי בהמותר מדמי מכירה אי נמי איירי בשהלוקח ידע שנתנו לאחר' וליכא תקנת השוק וא"כ גם דברי מהרמ"א צריך לפרש כך גם מה שמדמה תקנת השוק מסי' ס' לתקנת השוק דנ"ד לענ"ד נראה נ"מ לענין דינא דגבי תקנת השוק דטריפת מלוה אינו טורף כלל אפי' יש שם מותר גם אינו מחויב ליתן למלוה גוף החפץ כלל דהמנהג הוא דאינו טורף כלל כאלו 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 ראייה דהב"י פסק כן 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' נייח נפשי' ומסתמא לא עביד לי' נייח נפשי' בשעת המתנה א"כ הוה כחוב בעלמא וגנב ופרע בחובו ליכא תקנת השוק ואף הרא"ש מודה בזה משא"כ סי' ס' דאף דגבי מלוה מוקדם ומאוחר ליכא תקנת השוק כמ"ש הב"י בסי' ס' מ"מ לענין מתנה ומכירה הושוו מדותיהם דלא מהני למשועבדים הן מתנה הן מכר אף שכת' מטלטלי אגב מקרקע אם לא שיהי' ביד הלוחם אם לא שנאמ' שהרמב"ם בי"ד איירי שהמקבל מתנה ידע שהו' של עסק ידוע וכן צ"ל בטח"מ סי' תכ"ה ס"ב בד"א כשהוציא המקח מיד הלוקח בב"ד של ישראל כגון שהמקח מטלטלין והם גנובים או גזולים צ"ל דאיירי בגנב מפורסם או שידע מזה וכל מה שכתבתי נראה אצלי לענין דינא אם יסכים מעל' אגב זה דרך עיון למדתי בסי' שנ"ד ס"ב בהג"ה ואפי' הגנב אינו צריך להחזיר דודאי נתן לשם מתנה וצ"ע דהא קי"ל גמר ונתן לשם פקדון וכן הוא בסי' שע"ג והיותר תימא על מהרי"ף שכ' שכן כתב 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 דודאי הג"ה זו מיירי אף במטלטלין כדמוכח 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 ואפי' מכרו היתומים דהבו דלא לוסף עלה ולא עדיפא תקנת הגאונים מנכסים מועטין

דהבנות יזונו כו' וקי"ל אם מכרו מכרו אבל מתנת ש"מ הוא דין הש"ס ודאי יש להמוכר כל 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 אך באמת פשיטא דהג"ה זו מיירי אפי' 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 מכר ניחא ליה ובאמת קושיו' הב"י שייך אף במכירה דמכרו שאינו שלהם רק דבמתנה מוציא חנם ובמכיר' נותן דמים ובאמת דברי הב"י תמוהים ודברי המישרים כנים והם בנויים 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 דלכאו' הם סותרים דבח"מ סי' ק"ז כתב ג"כ דתקנת הגאונים דוקא בעוד שהוא בידם אבל אם מכרו ונתנו מוקמינן אדאורייתא משמע דאין לבע"ח דין על הלוקחולא על היתומים ובטור אה"ע גבי כתובה כתב דאם מכרו היתומים גובים מהם.

ע"כ צדקו דברי הש"ע שפסק בסוף דבריו שאין לגבות ממטלטלין שמכרו היתומים כמו שפסק הטור עצמו בח"מ ודא אחרונ' היא. ומ"ש מעלתו דתקנת השוק דסי' ס' לא שייך לנ"ד ודאי כדברי מעל' כן הוא ואתמול דברתי פא"פ ובאמת גם הב"י כבודו במקומו מונח טעה בזה שכ' בסי' ס' שהרשב"א בסי' שנ"ו חולק על הרא"ש ומה ענין סי' ס' לסי' שנ"ו בנותן באיסור ודאי לא שייך תקנת השוק ואפי' במכר אינו נותן לו רק דמים מכ"ש במתנה ודאי דברי מכ"ת ברורים ופשוטים דלא עביד לי' ניחא נפשי' בשעת מתנה דאל"כ לא יקרא מתנה.

ושאר דברים שכ' מעל' בטי"ד המה פשוטים וגם בסי' רכ"ה בח"מ. ומה שהקשה מעל' על הא דפסק סי' שנ"ד דהוה מתנה יפה הקשה אף דהיה אפשר ליישב דלמה כ' המרדכי דווקא אליבא דמ"ד דלא קיי"ל כוותי' ע"כ הי' עולה בדעתו לחלק דלקושטא דדינא כ"כ.

ורציתי לדחות וליישב דברי הרמ"א אך האמת יורה דרכו דכוונת המרדכי מאחר דאיכא מ"ד דאפי' הגנב א"צ להחזיר מכ"ש לדידן דאין הלוקח צריך לשלם אח"ז מצאתי בב"ח שכ' כדברי מעל' ופי' דברי הטור כמו שכתבתי 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 אמרתי למע' וצריך לחלק דגבי כתובה הוא ממש כשלה ולא של היורשי' כלל מאחר שהפרעון חל אחר מותו מיד.

והנה עתה באתי בדבר חדש בח"מ בטור סי' שע"ג בהג"ה ס"ב וי"א הואיל וידע שאינו שלו הפסיד אפי' ההוצאה והוא מדברי הרא"ש פ"ק דמציעא שכ' בשם התו' כן. ובאמת לענ"ד יש לתמוה מנ"ל מדברי התו' דאפי' ההוצאה אינו משלם ואף דאין ראיית הרי"ף ראי' מהא דמכר כל זכות וכו' למה יגרע מיוחד שלא ברשות דמשלם ההוצאה וליכא

למימר דזה נראה כריבית כיון שאינו נוטל מן הגזלן אלא מן הנגזל דלא כמ"ש מהרי"ף סק"ה דהא בסוף סי' שע"ב פסק דהגזלן עצמו נוטל ההוצא' מן הנגזל והלוקח למה לא יטול ההוצאה.

ואפשר שזה ג"כ כוונת הרי"ף דהביא ראי' דמה מכר ראשון לשני כל זכותו וא"כ כשם 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 מיירי 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 כיון דקי"ל דאפי' גזלן עצמו נותן לו הנגזל ההוצאה א"כ ע"כ דלא קנסוהו ועוד ע"כ צ"ל דהגמרא מיירי 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 כדמוכח מגמרא זו דלא שייך לומר מעות פקדון ואף שמדברי התו' נראה דאפי' בסתם שלא קבל אחריות בפ"י הדין כן מ"מ כתב 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 כן דאחריות לא מהני אלא ע"כ צ"ל דסוגיא דשמעתין דב"מ לא משמע כהך סוגיא ולכך לא פסקי כסוגיא זו וא"כ קשה דלמה הלוקח מן הגזלן לא יקח ההוצאה מן הגזלן וכי גרע מגזלן עצמו ובל"ז שכתבתי ע"כ צ"ל דסוגיא דב"ק ליתא דא"כ תיקשי להרי"ף דהכי משמע דאם הכיר בה אינו נוטל ההוצאה מן הגזלן אלא ע"כ כמ"ש הוא עיקר וא"כ ע"כ יש לתמוה למה לא יטול ההוצאה מן הנגזל ואם יסכים מעל' עמי יכתוב לי דעתו כה דברי הטורוד יושע העשיל: תשובה סי' ד' ראיתי מעל' והנה המוכן מדברי מעל' שלא על הרמ"א והטור יצא תלונות מעל' כי המה העתיקו דבריהם מדברי הרא"ש רק על דברי הרא"ש בעצמו תלונות מעל' למה פסק דבהכיר בה אינו נוטל ההוצאה מן הנגזל מה לי הכיר ומה לי לא הכיר בה למה יאכל הנגזל ויחזי ואפי' לגזלן עצמו צריך לשלם ההוצאה ולמה יגרע הלוקח ממנו ובאמת הי' אפשר ליישב דאף בלוקח ההוצא' מן הנגזל מחזי כריבית אע"ג דקי"ל דמותר לומר הילך זוז והלוה מעות לפלוני מכ"ש כאן שאינו נוטל הזוז בחנם רק בשכר ההוצאה עכ"ז מחזי כריבית משא"כ הגזלן גופי' לוקח ההוצאה מן הנגזל כיורד שלא ברשות דאין כאן דררא דריבית אך לע"ד נראה דכבוד הרב בעל הטור במק"מ ולא הבין דברי הרא"ש ז"ל כלל כי מעולם לא עלה על דעת הרא"ש שהנגזל יקח השבח בחנם רק הרא"ש הבין בדברי הרי"ף שמחלק 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 הרווח והנגזל מחוייב לשלם לו שבח היתר 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 כך הוא כוונת הרא"ש והרא"י שכך כוונת הרא"ש דהא מי מייתי בדבריו וכן כתב הרז"ה והרז"ה ז"ל כ' בהדיא וז"ל אבל אם הכיר בה שאינו שלו ולקחו און לו אלא ההוצאה מהנגזל וכן ראיתי לר"י שידוע שכל דבריו בנויים ע"ד

הרא"ש רבו וכו' להדיא בחלק יו"ד וז"ל מ"מ אפי' הכיר בה נוטל מהנגזל שבח דמחמת ההוצאה וכו' כי כשנשבחה מחמת הוצאה אין חילוק בין הכיר בה ללא הכיר 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 כך הוא כגון שלקח שדה באלף וזוהוציאה מאחרים וחזרה ושוה 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 בודאי כוונת הרי"ף הי' דאף שבח מחמת הוצאה נוטל וע"ז השיג הרא"ש דאין לו שום שבח ומן ההוצאה לא מיירי ואפשר שהגירסא שלפנינו בהרי"ף הוא מהדורא בתרא וחזר בו בסוף ימיו והסכים לדברי הרז"ה והרא"ש שאינו משלם רק ההוצא' ומפסיד שבח היתר ההוצאה וכן פ' הרמב"ם וכתב המ"מ שכן הוא בהלכות ויהי' פי' הרי"ף כמו שיהי' כוונת הרא"ש אינו רק כמ"ש ואעידה לי עדים נאמנים הרז"ה והר"י דברי אהו' משה: סימן ה' הנה אני רואה שמעל' הסכים עמי לענין דינא דהדין אינו אמת שלא יטול הוצאה מן הנגזל והנה כבר כתבתי למע' שאין כאן משום ריבית ומעל' הסכים עמי אך שכתב מעל' שמחזי כרביית האי מיחזי כרביית לא ידענא ואדרבא הא אפי' אם אמר הילך זוז והלוה לפלוני שרי והתם אמ' מתחילה שמכח ההלוואה יתן לו זוז מכ"ש הכא דלא נתן לו בשביל ההלוואה.

ומ"ש דפי' הרא"ש הוא שהי' מבין מדברי הרי"ף דנוטל כל השבח מן הנגזל אפי' היתר על ההוצאה ונסתייע מעל' מהרז"ה ור"י הנה אף שהשם יודע שבתחילת העיון הייתי סובר כן ודחיתי אותו בכ' ידים דאין לו שחר דהא הרי"ף כ' בהדיא אבל הכיר בה שאינו שלו אין לו אלא ההוצאה בלבד באמת מצאתי בבעל המאור דס"א ע"א שהבין בדברי הרי"ף כמ"ש מע' וז"ל וההיא דאמ' רבא לענין גזילת מטלטלין איתמר וכו' ע"ש וכבר מחא לי אמוחא הרמב"ן בדף ס"ג דאין כוונת הרי"ף כן אלא כמ"ש וא"כ נלע"ד דידוע למע' שהרא"ש הביא בכ"מ דברי רמב"ן והאיך לא ראה בכאן דבריו אלא ודאי דכוונ' הרא"ש רק דרז"ה כ' ג"כ דההיא דרבא איירי במטלטלין וא"כ אין ראיית הרי"ף ראי' וא"כ אפי' ההוצאה אינו נוטל גם הרמב"ן כ' שזה קשה לדברי הרי"ף ומדברי ר"י אע"פ שלא ראיתי עדיין דבריו הלא ידעינן שאין לנו לבנות על דבריו יסוד גם יש לדקדק בדבריו שכתב דאין חילוק בין הכיר בה ללא הכיר בה הלא אם לא הכיר בה נוטל ההוצאה מן הנגזל והשבח נוטל מן הגזולן וגבי הכיר בה אינו נוטל אלא ההוצאה בלבד מן הנגזל.

וצ"ל דה"פ ששניהם שוים דאינו מפסיד השבח ויהי' מה שיהי' הדין של הטוה"מ אינו אלא נוטל ההוצאה וכמו שהסכים מע' עמי יושע העשיל: סימן ו' עיין מעל' בס' ר"ט ס"ד בהג"ה ואפי' לא תפס אלא כ' לי' שטר ומסר לי' השטר כמאן דתפיס דמי. מקור דין זה הוא מת"ה ס' ש"ך שהביא כן בשם הגהות מיימוני וראיתי שם שכ' כן שהוא מדברי בעל העיטור.

והנה הגאון מהרו"ך כ' וז"ל נראה דאחר שבא לעולם מסר לו השטר אזי מהני השטר דמסר לידו כאלו בא לידו וכ"כ בהגהת מיימוני שם להדיא כו' עכ"ל. והנה אני רואה שלא ראה יפה מקור דין זה שהרי בעל העיטור כ"כ ליישב ההוא דפרק מי שהי' נשוי ההוא גברא דזבין לכתובתה דאימי' בטובת הנאה וא' אי אתי אם ומערערה כו' וכ"כ ג"כ הב"י בשמו סי' רי"א עי"ש שדקדק בלשונו שכ' והאי נמי כיון דזבין וכ' לי' שטר כמאן דתפוס דמי הרי בהדיא דלא מיירי מזה שמסר לו השטר אח"כ דהא הגמרא לא איירי מזה אלא אפי' מסר לו שטר קודם וע"כ צריכין אנו לפרש דבעל העיטור לא בא לתרץ אלא הך גמ' דפ' מי שהי' נשוי ולא לתרץ הקושי' שהקשו מפ' יש נוחלין מהא דאנא מכח אבוא דאימי' קאתינא דאל"ה א"כ ס"ל בכל מקום שנותנין שטר ומוסרין הוא כתפוס תקשי דהא בגמרא פ' מי שמת דקט"ו ע"א בעי שמואל דאקני וקנה מהו וכו' אלא כי תבעי לך אליבא דרבנן דאמרי א"א מקנה דבר שלבל"ע ורש"י פ"י כן להדיא דאיירי דכ' לי' דאקני ודוחק לומר דבהע"ט מפרש דלא כ' דאקני רק מכח אחריות ט"ס.

לכך נראה דבהע"ט אינו מתרץ רק הגמ' דפ' מי שהי' נשוי דהתם זבנה לכתובתה דאימי' בכתובה ומסירה ולכך הוי כתפוס א"כ דין זה דמהרו"ך לא הוזכר כלל ואם נאמר דעכ"פ הדין של מהרו"ך אמת מכח תשובת הרא"ש שהביא בסי' ר"ז ס"ק ל"ב מי שהרויח מחבירו אלף זוז בשחוק ואח"כ הקנה לו בקנין חליפין שחייב לו אלף זוז ופי' דחייב לשלם לו ואין בו אסמכתא אם לא שהוזכר שהקנין בא מהשחוק.

אינו נראה דמהרו"ך קיצר דבתשובת הרא"ש שם שכ' דווקא שאינו יודע שהוא בא מהשחוק אף שלא נזכר בתוך השטר אמרינן מסתמא מכח שחוק הוא מקנה לו ומזה מוכח דלא ס"ל הסברא של מהרו"ך דהוה כנזקף עליו במלוה כדמשמע מלשון מהרו"ך ז"ל וגם אין לומר שהדין אמת מהא דתשובת הריב"ש סי' של"ה דפסק מהא דאמרינן בגמרא ישראל שלוה מעות מן הגוי בריבית זקפן עליו במלוה דהוה כמו פרעון וס"ל דבכל דין אסמכתא הדין כן אם כבר תפס ופרע לו הוי מחיל' בטעות קני וכמ"ש מהרמ"א סי' ר"ז סעיף יו"ד והוכרח כך מתשובת הרא"ש שהביא מהרו"ך שם דאם נתן לו במשכון הוי כפרעון ובאמת הרואה יראה שהריב"ש לא ראה מעולם דברי הרא"ש בתשובה דהרא"ש מיירי שנתן המשכון בפרעון לא בתורת משכון כדאיתא בהדיא בדברי השואל וגם לישנא דהרא"ש ז"ל שכתב וז"ל ונתן ראובן לשמעון משכון בפרעון כו' פי' שנתן בתורת פרעון ממש וק"ל וזה ברור בדברי הרא"ש בתשובה אף שלכאורה יש לתמוה אהריב"ש ותשובת הרא"ש דמשמע מדבריהם דאם כבר פרע לו תו ליכא גזל וא"כ למאי דס"ד בגמרא דמשחק בקוביא פסול משוםדהוה אסמכתא וע"כ משום דהוי גזל א"כ תיקשי הא אם כבר פרע ליכ' גזל ויש ליישב דנראה מתוך תשובת הרא"ש דאנן קי"ל דאסמכתא קניא אלא שאין יכולין להוציא ממנו עד דאיכא ב"ד חשוב והיינו משום דאיתא בגמרא והלכתא אסמכתא קניא והוא דקנו בב"ד חשוב כו' והגמרא דזה בורר איירי למ"ד דלא קניא אסמכתא כלל וא"כ הוה גזל.

ועוד נ"ל דמשחק בקוביא נוטל אפי' בע"כ וא"כ לא הוה מחילה כלל וא"כ נחזור לנ"ד דמשום טעם זה דהוה כאלו פרעו אם זקפו עליו במלוה א"כ דינו של מהרו"ך אינו אמת.



חדא דא"כ תקשה דאמאי קאמר בשטר א"נ שלא בשטר נמי חייב מכח דזקפו עליו במלוה אם נתחייב בפני עדים.

ועוד דכבר השואל של הריב"ש הקשה עליו אף דהשיב הריב"ש שם וגם לדברי הרא"ש שכ' פ' איזהו נשך דאפ"ל הוי ריבית דאורייתא שרי משום דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה פשיטא דאין תשובת השואל כלום מ"מ לענין דינא נראה דהתשובת הרא"ש לא ס"ל כך דהא כ' אפ"ל קבל קנין סתמא לא מהני ואמאי לא נאמר דהוי כזקפו עליו במלוה.

אף די"ל דתשובת הרא"ש ס"ל דסתמא משמע שאין מקבל קנין לחוב רק לפרעון וא"כ אם אינו חייב כלום אינו חייב לפרעו אבל דוחק הוא אחר כתבו זאת ראיתי בב"י סי' ר"ז הקשה ג"כ קושיא זו מהך דמשחק בקוביא פסול ומיישב באופן אחר והנלע"ד כתבתי אם יסכי' עמי מע' דברי הטרו' יושע 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 הנה באמת צדקו דברי מעל' שלא כ"כ בהדיא כי צריך נגר ובר נגר להולמו כי דין זה לקוח מן ספר העיטור ודבריו קשים להבין ומה שפי' בו מכ"ת דכוונתו לתרץ הגמרא דפ' מי שהי' נשוי דהתם זבנה לכתובה בכתובה ומסירה לכך הוי כתפוס באמת מן הגמרא נראה דהכתובה לא היתה יד הבן רק ביד האם דהא אמרו בגמרא אי אתי אם ומערער לא מפצינא ואם איתא שהכתובה היתה ביד הבן ומסרה ללוקח מה ערעור שייך אצל האם ודוחק לומר דהיא תטעון שנאבד' הכתוב' ממנה דהא קי"ל דא"צ עדים לענין הקנאה.

ועוד לא הבנתי עיקר הענין הלא כל התלמוד מלא דאשה מוכרת כתובה 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 מיירי שכבר מת האב ובאמת פרט לשון העיטור הוא דיש לחלק בין מכירה בשטר והשטר ביד שלישי או מכירה בקנין גרידה או כשמכר לו בשטר והשטר הוא בידו של לוקח אחר שיצאו הפירות בעולם דהוה כאלו 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 כך וגם פי' מכ"ת אינו מקובל כמ"ש.

והכלל דבריו של העיטור מגומגמים דמה ראי' מביא מן הרי"ף הא זה גמרא ערוכה דאם שמוט ואכיל לא מפקינן מיני' וקרוב בעיני שיש כאן 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 אעיינן בשאר דברי מעל' רק קמא דמטי אשיב דברי אהו' משה: סימן ח אהובי יעיין מעל' כי אני רואה שמעל' כ' לפום רהיט' ואף לא ראה מעל' הלא פי' מעל' פשיט' דאינו כמו שכתבתי מהך גמ' דב"ב ע"ש ופי' שלי אמת וברור דאיירי שמסר לו הכתו' וא"ל כפי' שהוא לא לקח כתו' מן האם רק שהוא מוכר לו מה שיירש מאמו ומודים זה לזה הלוקח ומוכר רק שאם תבא האם ותבטל המכירה שתהי' בטילה 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 וכ' מע' שמכר השדה המיוחד לה ידעתי שגם מע' מחמת 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 למכור כתו' בטוב"הנ משא"כ ביורש דהוי מה שאירש מאבא א"כ כל אדם ימכור ירושתו 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 כבר 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 כלל 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 שמיט ואכיל לא מפקינן מני' עי' בבע"הע מאמ' קנין דף ה' סוף ע"ב רק שהביא ראי' מהרי"ף הטרוד יושע העשיל: הנה ראיתי בטור אה"ע סי' ק' שכתב ואם מכרו היתומים אחר מותו גובה מהם וכ' בב"י הטעם דהוה כמו שמכרו שאינו שלהם.

ואח"ז כתב שלא נהגו לגבות ממטלטלין שמכרו היתומים מתקנת השוק וצ"ע הטרוד יושע 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 היורשים מתקנת השוק הנה ראיתי בב"שדברים הראשונים מעותקים מדברי הטור שפסק שאם מכרו היורשים גובה דהוה כאלו מכרו שאינו שלהם ממילא שנותן ללוקח הדמים כמו בכל גזילה ודברים האחרונים הם עפ"י דברי התו' פ' נערה ורבינו ירוחם שכתב לא מבעי' נתן הוא אלא אפי' נתנו היתומים וכשם שבנתן הוא אינו מוציא לגמרי אפי' בכתב מטלטלין אגב מקרקע ה"ה בנתנו היתומים וסברא נכונה היא דלא הוי גזל ממש רק שעבוד דעדיין לא גבתה האשה אך מ"ש בהג"ה מ"ה צ"ע דהתם הוי גזל ממש דהא קנה מזרעו ועוד אעיינן ושלנו דברי אהו' משה: סי' יו"ד ד' מכ"ת תמוהין דהא התו' לא איירי כלל מתקנת השוק ובודאי אי נכתוב מטלטלי אגב קרקע גובה כתובתה מהיו' והתו' לא איירי אלא היכא דלא כ' מטלטלי אגב קרקע וכן מוכח ג"כ שהב"י כ' שהטור הוא דלא כדברי התו' והיינו היכא דלא כ' מטלטלי אג"ק וא"כ זה דעת תו' וזו עיקר כוונתם וא"נ מ"ש לבסוף הוא דעת התו' א"כ גם בתחילה לא הי"ל לסתום כדעת הטור וזה פשוט ולדעתי לא עיין מעל' היטיב רק דרך העברה וכדי שלא יהא בה"מ בלא חידוש אמרתי לכתוב למע' מה שלמדתי היום אך אמתין עד אשר ישיבני על דברי הראשונים הטרוד יושע העשיל: סימן י"א א' היה פשוט בעיני מ"ש התו' אבל במטלטלי דמתנת ברי דהוי דאורייתא לא גבי' כתובתה היינו אפי' בכתב לה מטלטלי דאל"כ פשיטא דלא גבי' ממטלטלי.

אך האמת עם מכ"ת דא"נ דכונת התו' לתקנת השוק ג"כ קשה קושיא זו ובאמת הי' פשוט בעיני שר' ירוחם שהיה תלמיד הרא"ש וביחוד גם הר"ז ס"ל תקנת השוק של הרא"ש וא"כ מ"ש ר"י איירי לפי תקנת השוק אבל באמת לא מצאתי בדברי ר"י תקנת

השוק של הרא"ש ז"ל ע"כ פשוט שהטעם של ר"י שהגאוני לא תקנו רק היכא שהי' ביד היורשי' דלא עדיפא תקנת הגאו' מנכסי' מועטי' דק"ל אם קדמו ומכרו מה שעשו עשו ומה שמכ"ת הקשה עלי בפשיטות דדברי התו' איירי בלא כתב מטלטלין אג"ק ומסתייע ממה שהביא הב"י שהטור הוא דלא כדברי התו' והיינו היכא דלא כ' מטלטלין ובאמת דברי הטור מיירי אפי' בכ' מטלטלי אינו גובה ממתנת ברי' דהא כ"כ הטור בזה"מ סי' קי"ג בהדיא בב"ח ומכ"ש בכתו' וא"כ יפה כ' הב"י מאחר דדברי הטו' מיירי אפי' בכ' מטלטלין א"כ חולק הוא על התו' וגם ראיתי בכתב השני מע' בעצמו מוקי להא דר"י או בכתו' בנ"ד וקרקע או בסתם כתו' ובכ' מטלטלי' ואפ"ה פ' ר"י דאין גובה ממטלטלין שמכרו היתומי' משמע דגם בזה שייך תקהש"ו א"כ צדקו דברי הש"ע שמתחילה פ' לדי' כדברי הטו' דלא שייך תק' הש' אבל המנהג כר"י דאף ביתמי שמכרו שייך תק"הש אבל באמת צדקו דברי מע' דהתו' ור"י לא איירי כלל בכת' מטלטלי' ולא מצאתי בשום פוסק דשייך תק' הש' בכ' מט"א ג"ק רק הרא"ש והטור בח"מ וריא"ז וגם הרא"ש לא החליט הדין רק במקום שנהגו אבל כל הפו' הגס מטל"א ג"ק לקרקע א"כ ודאי התו' ור"י מיירי בלא כתב ומש"ה לא כתב בדין דמטל"א ג"ק תק"הש ומה שהקשה מע' פשיטא דאינו טורף הא ל"ק דכשם שתקנו הגאוני' לגבות מן היתומים ה"ה ממקבלי מתנה מאחר שאין להם היזק.

ושלום מנאי אהו' משה: סימן יב יעיין מכ"ת בהלכות גזילה סי' שע"ד בהג"ה שכ' וז"ל וכ"ז לא מיירי אלא בשלא הכיר בה שהיא גזולה וקנאה אבל אם הכיר בה וקנאה לא קנה לוקח והוא מדברי ה' המגיד וכו'. וצ"ע דהא כתבו לפני זה בסי' שע"ג היתה ההוצאה יתירה על השבח כיון שהכיר בה וכו' שהקרן נוטל מהגזול מנכסים משועבדים והוא מדברי הרמב"ם פ"ט דגזילה ומשמע דקאי אהכיר בה נמי גובה מנכסים משועבדים וא"כ קשה דהא בגמרא פרק איזהו נשך דע"ב ע"ב פריך אלא הא דתניא לשבח קרקעות כיצד וכו' ומשני הכי השתא אי למ"ד ניחא לי' דלא ליקרי גזלנא וכו'.

וא"כ אי בהכיר בה גובה ממשועבדים א"כ ע"כ צ"ל דשייך למימר ניחא לי' דליקו בהימנותא או דלא ליקרו גזלנא דאלת"ה לא הי' גובה ממשועבדים וא"כ גם על המ"מ יש לתמוה שכ' סתם על הרמב"ם דהדין הוא דהכיר בה לא קניא וזה דוחק דהרמב"ם לא קאי אלא היכי דלא הכיר בה דלא הוה לי' לסתום אלא לפרש ועוד דבהדיא איתא בדברי בעל התרומות שער מ"ז וז"ל וכן מי שמכר שדה לחבירו והכיר בה שאינו שלו בעת שלקחו וטרפוה ממנו הבעלים ונמצא שדמי המקח חזרו הלואה וטורף אותו מן המוכר אף ממשועבדים דכמלוה בשטר דמי עכ"ל הרי להדיא דס"ל דהכיר בה גובה ממשועבדים ולא הביא שום חולק עליו מיהו אין ראי' מדברי בעל התרומות דבע"הת ס"ל להדיא סוף השער דלעיל מיני' דהכיר בה וחזר ולקחה מבעלים הראשונים דקנאה הלוקח מן הגזולן ועוד נראה להביא ראי' מגמרא דב"ק דצ"ב ע"ב דרצה לאוקמי הך דשבח קרקעות בלוקח ובהדיא איתא בברייתא דלוקח גובה מנכסים משועבדים אף דלא ניתן לכתוב כלל ואף שנדחה לפי האמת דאפי' שבח אינו גובה מן הגזולן אם הכיר בה מ"מ מאיזה טעם ס"ל למאי דס"ד שיגבה אף ממשועבדים ומיהו י"ל דלמאי דכתבו התוס' דכיון דקיבל אחריות גובה אפי' שבח מהגזולן 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 שיירש מאבא שגובה ג"כ מנכסים משועבדים אע"ג דקאמר בגמרא דהא לא סמכי דעתיה 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 דהיכא דקניא באסמכתא ג"כגובה ממשעבדי ולא ניתן לכתוב משום איסור ריבית כיון דלא בתורת הלואה כתבו ולא קץ לי לית בי' שומא משעת כתיבה.

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 משעת כתיבה מ"מ לגבי קרן ניתן לכתוב וא"כ קשה הא מ"מ הוה כשטר שיש בו ריבית שאינו מכר שאינו גובה אפי' הקרן מנכסים משועבדים שמא יגבה בו את הריבית.

אבל אין זה קושיא כלל דהכי הוי כניכר הריבית כיון 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 שיחזירונו לו אם יהיה לו מעות אבל קושיא הראשונה במקומה עומדת.

ועוד יש לי דברים אם יסכים מעל' ולא ישלח לי הכתבים שלי מה ששלחתי למע. 'עד הנה הטרוד יושע העשיל: תשובה סי' י"ג זה לשון המעתיק הראשון שהעתיק כתבי הקודש האלו מגוף הכתב של הגאונים ז"ל תשובה מהרב מהר"מ ז"ל ונראין הדברים מתוך התשובה שנאבד 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' שכתבתי לפום ריהטא מ"מ אין מכל 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' שסברה רחוקה היא לומר שהכיר בה עדיף דניתן לכתוב בעיני סברא טובה היא דהתם אלו ידע לא קנה והשטר נכתב בטעות אבל כאן 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 זווי בכדי וזה ברור ומ"ש דאמרי' שכבר נשתמש במעות גם זה כתבתי והלקוחות יאמרו דלמא לא נשתמש וגם הוא נאמן לומר לא נשתמשתי ודי בזה דרך 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 דודאי גבי פקדון ל"א אחריות ט"ס משא"כ הכא שבתורת מכר 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 דודאי אינו נאמן הכא שלא נשתמש בהן וכן מוכח מדברי הרא"ש דהא טעמא דרב

דשבח אין לו זהו כמו ריבית וא"כ ע"כ הטעם כיון דלאשתמושי יהבי ניהלי' והויא כהלואה וכמ"ש הרא"ש ופשיטא.

דנשתמש בהן וגרע משולחני וכל הגמרא דקאמר דמעוות פקדון כתבו התו' דאיירי בדלא קבל אחריות וכדברי כתבו התו' בהדיא דף י"ד בד"ה שעבוד צריך לאמלוכי דהכי הוה הלואה אח"כ כיון דהמקח נתבטל הוי שטר הלואה על הקרן הרי ברור שדברי כנים ואמיתים ודברי מעל' נראה מהתם שאינם ברורים.

גם נא אהובי יעיין מעל' בבע"הת כמדומה שכ' בהדיא שהמעוות פקדון דקאמר לא פקדון ממש הוא אלא הלואה עי"ש וא"כ פשיטא דעל בע"הת ל"ק כלום אבל האמת יורה שכל התירוצי' דחוקים והדינים סותרים דאי חזר ולקחה בהכיר בה אין הלוקח זכה בה ואינו גובה ממשעבדי הטרוד יושע העשיל: סי' ט"ו עתה ראיתי דברי בע"הת.

והנה בע"הת כ' להדיא דלא כהרא"ש דמעוות פקדון לאו דוקא וכשואל דמי וכלי' דמי וכו' א"כ ודאי אין עליו תפיסה אך אני תמה מאחר שמעל' ראה דברי בע"הת והוא כ' להדיא תחלת השער על לא הכיר בה נתן טעם דגובה ממשעבדי הטעם האמור בגמרא אי למ"ד ניחא וכו' ואח"כ כ' וכך מי שמכר שדה לחבירו והכיר בה שאינו שלו וכו' דכמלוה בשטר דמי הרי שנתן טעם להכיר בה משום מלוה בשטר ולא תלה הטעם משום דאף הוא מצפה שתביא הקרקע לידו כשיקחנה הלה דאכתי לא נתברר לן דין זה עד סוף השער עושה מזה שאלה א"ו בלא זה הטעם פשוט בעיניו מאחר ששניהם יודעים שקרקע אין לו וגמר ונתן הלוח המעוות לשם הלואה ודאי ניתן לכתוב ואין לך מלוה בשטר יותר מזה וזה דעת המ"מ והנ"י והר"ן.

עוד ראיתי בעל תרומות שכתב אף לשמואל דסבר מעוות מתנה היינו אם לבסוף הוציא מידו הקרקע מעוות מתנה למר ומעוות פקדון למר אבל השתא דרך מקח וממכר נינהו ואם יקנה הלה קרקע מן הנגזל יעמיד הלה בשדה אף לשמואל וזה שלא כדברי מעל' שכ' שהתו' בלא הכיר בה איירי משיטת שמואל ולא משיטת רב והרי בע"הת משוה אותן וכך דלדברי המגיד בין לרב בין לשמואל לא שייך למימר ניחא לי' כו' ולדברי בעה"ת בין לרב בין לשמואל שייך למימר ניחא לי' מ"מ בזה שניהם שוים דשטר ניתן לכתוב ומדעת שניהם כתבוהו דתיהוי לפחות מלוה בשטר וכמו שכתב בע"הת בתחילות דבריו.

ומ"ש מעל' שמדברי התו' דף י"ד משמע להדיא כדבריו לא ביאור מעלתו במה נסתייע מדברי התו' דהתו' מיירי בלא הכיר בה וקרא לי' שטר הלואה מטעם דאמרינן בא"נ או אפי' בהכיר בה וס"ל כדעת בע"הת דאינו מעוות פקדון אלא הלואה אבל אני אמרתי לדעת הרא"ש שכתב להדיא אם נגנבה או נאבדה ולא כתב אם נאנסו משמע להדיא דלא הוה רק שומר שכר א"כ אם הלא יטעון הרי לא נשתמשתי מי יוצא מידוממון מכ"ש מן הלקוחות וזה נראה ברור בעיני לדעת הרא"ש אבל באמת שמשמעות שאר הפוסקים כדברי בע"הת בדברי הרי"ף מתי דעת' עדיין לא ראיתי.

אגב באתי לכתוב מ"ש זה כמה שנים על דברי הרא"ש שכ' גם יראה שאם בא לתבוע פקדונו וכו' דכוונת הרא"ש הוא אם יתבע הלה הפקדון ואינו רוצה להחזיר הקרקע

לבעלי' 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 פקדוני והלואתו הא אין הלה יזקוק אותו לעשות עבירה לאכול פירות של קרקע גזולה יודיעני מכ"ת דעתו הנקיה בזה.

דרך אגב ראיתי בדברי בע"הת שגרס בדברי הרי"ף שהוציא בה הוצאות וכו' (עי"ש ודו"ק) וכמו שגירסא לפנינו משמע שגם הוא היה לו גירסת הרז"ה והרא"ש וכמ"ש כבר דברי אהו' משה: סי' ט"ז מה שכתב מעל' דברי בע"הת שכ' הטעם דכמלוה בשטר דמיא במחילה לדעתי אין הפי' כן רק עיקר הדין כ' דכמלוה בשטר דמי דטורף ממשעבדי ולא מלוה ע"פ ולא הוא טעם כלל ומה שכ' מעל' שמזה עשה בע"הת שאלה סוף השער אינו כן דזה דבר פשוט הוא בעיני בע"הת שהרי כ' תדע דהא אם חזר ולקחו כו' והשאלה לא הוי אלא על המעות אי הוי כשואל או לא ומה שכ' מעל' דראיתו מהתו' דף י"ד לא ביארתי היטב במה נסתייע דהתו' מיירי בלא הכיר בה וכו' ע"ש עיל סי' ט"ו עד אבל אני אמרתי לדעת הרא"ש וכו' ידעתי שמע' ישיב זה דאיירי בלא באמת דברי כנים דהוה הלואה דקי"ל אחריות ט"ס דאף לשמואל דס"ל דאחריו' לאו ט"ס הוה הלואה אם קבל אחריות א"כ לדידן סתמא נמי לא הוה פקדון והתו' כתבו דהגמרא איירי בלא קבל אחריות בפ"א א"כ גם הרא"ש דכ' דהוה פקדון היינו ג"כ כשלא קיבל אחריות בפ"א אבל אם קבל אחריות או סתמא פשיטא דהוה הלואה ולא פקדון וכדמוכח מגמ' דב"ק גם מ"ש מע' שאם יטעון לא נשתמשתי מהני לדעתי לא מהני כיון 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 מתחי' 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 וזכה בו הגז' לענין זה ואם רוצה לקדש השם יקדש בשלו ולא יאכל כל הפירות כה דברי הטרוד יושע העשיל סי' י"ז מעשה בא לידי בצורף שקבל כסף משני ב"א לעשות להם כלי' ובאו נכרי' ולקחו כל הכסף באמרם שהוא נגד הקיומים שלהם שיהודי יעשה מלאכה זו ואחר השתדלות הוחזר הכסף אך נחסרו כמה לויט והנה יש לעיין אם ההיזק לאמצע או לכל אחד לפי ערך הכסף שלו או לבעל חלק המרובה לבדו כי נאמר כל דפריש מרובה פריש ואם נאמר דהוה כשותפין או דההיזק נעשה במקו' קביעות וכל קבוע כמחצה וכו' ההפסד ג"כ לאמצע כנ"ל עוד יש מקום לומר דהוה כאלו האנס חייב להם והוה ג"כ ההפסד לאמצע כדין בעלי חובת כידוע 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 שלך נפסד גם אין תולין ברוב אבל היכא דאי' קפידא קצת כמו גבי טלה אז אמרינן סברות אלו והנה בנ"ד איכא קפי' קצת דא"א שיהי' שוה דמסת' יש בא' סוגי' יותר ואם הי' בעין היה נוטל כל א' שלו א"כ אם נאבד אמרינן דממרוכה פריש ואם נגנב או נגזל מהקבוע חולקין בשוה ואם ספק גניבה או אבידה יכול בעל המרו' לומר לבעל המועט אייתי רא' דנאבד אני אומר דנגנב ואף ע"ג דבתשובת מהרי"ל בס"ח וקצ"ט מיייתי תשו' מהא"ז גבי אתרוגי' שנגזלו דאמרינן דהגוי לקח מן הרוב הא מהרי"ל תמה עליו

וכ' דהספק נולד במקום קבוע וכמו שכתב מהר"מ בתשובה: סימן י"ח פסק דין באתי לברר שני שותפין שהטילו לכיס וא' מהן מתעסק במעות אם זה נקרא עסקא וצרי' לשלם שכר טרחה או לא ואם יש חלוק אם הטילו שניהם בשוה או א' יותר מחבירו והנה הרמב"ם פ"ז מהל' שלוחין כ' שכל שהאחד לבדו מתעסק אף שהממון משל שניהם הרי זה נקרא עסקא אף ששניהם הטילו בשוה מ"מ חלקו של בעל המעות הוי פלגא מלוה ופל' פקדון וצריך לתת לו שכר טרחה נמצא המתעס' נוטל ג' חלקי' ובעל המעות חלק א' והא ודאי אם מתרצה המתעסק לחלוק חלק בשוה הרשות בידו מאחר שהמעות של שניהם בשוה אין כאן הלוואה רק שהלה עשה טובה לבעל המעות ונותן לו הריוח מחלק הפקדון שלו ולא אסרו חכמנו ז"ל אלא היכי שיש בו הלוואה וכמבואר כ"ז בדברי בע"הת ובדברי הר"ן בתשובה ודברי הרמב"ם אמורים בסתם וכן בהוא משמעות דברי התו' בהיא עובדא דפ' א"נ דס"ט שכ' בפשיטות על הא דקאמר ר"א השתא שותפי אנן והלא גם עתה היתה חלקו של ר"א פלגא מלוה כו' כדעת הרמב"ם שכ' נותן סתם חלק של בעל המעות נקרא פלגא מלוה ופלגא פקדון ותירץ דמיירי שהי' טורח בחלקו של ר"א בחנם משמע להדיא כמ"ש ומ"מ דוקא כשאין למתעסק שום הנאה בדבר אבל אם בעל המעות נותן יותר כגון עד"מ זה נותן ר' וזה נותן ק' אם יחלקו הרווח בשוה מק"ן של כל אחת נמצא הלוה בעל הר' לבעל הק"ן וא"כ טורח הוא בחלק הפקדון בשביל נו"ן שהלוה לו ומה לי הלוואה (מרובה) או מועטה וכן משמעות לשון חכמי לוניל שהביא בע"הת והר"ן בתשובה שכת' היכן מצינו הלוואה דלית בי' הנאה דלוה כלל וכל דהנאה דמלוה ובעל הממון הא ודאי לאו הלוואה היא הא קמן דכל היכי דאיכא קצת הלוואה למתעסק אסור לטרוח בחלקו של פקדון אבל הסמ"ג דף קס"ז בשם שערי הרי"ף כתב ג' שהטילו לכיס זה ק' וזה ר' וזה ש' אף אם נתעסק האחד בממון השכר או הפחת ביניהם בשוה לפי מנינם ולא לפי המעות נמצא בעל הק' לוקח השליש מן הת"ר והוי ק' אצלו בהלוואה 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 כריבית מה יועיל שנתן לו מחלקו קצת ג"כ סוף סוף נהנה הוא מחבירו ומה לי הלוואה 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 לכאו' 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 הלוואה וא"כ ודאי מחזי כריבית שבשכר הלוואה הוא טורח בעבורו וכ"כ רבינו ירוחם נ' ל"ו שאף אם נעשה בקרן צריך ליתן לו לפחות שכר מועט ולדעתי משנה שלימה היא אין מושיבין תרנגולין למחצה וכדמפורש בברייתא אשה שאמר' לחברתה תרנגולת שלי ובצים שלך דהוה ריבית ובודאי שוה נתינת התרנגולת פרוטה וצריך 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 כאן איסור ריבית רק דלא התנו על החלוקה כיצד תהי' אם לפי המעות או לפי בני אדם ומאיסור ריבית לא קמיירי ובחנם כ' הב"י והרמ"א שיש כאן מחלוקת בין שערי הרי"ף והרמב"ם.

אחר כתבי זה ראיתי תשובת מהרלב"ח סי' ל"ט שהאריך בזה ולפ"ד גם דעתו שיש מחלוקת בין הרמב"ם ושערי הרי"ף ואם שהרגיש בזה וכ' ג"כ שיש לומר ששערי הרי"ף מיירי שנתן לו שכר טרחו דאין כאן איסור ריבית אף שכ' שהוא דוחק מחמת שרש"י ז"ל ס"ל להיפך: סימן יט ע"ד העיפוש ב"א איך 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 שיורני מן השמים ותחלה אכתוב מה שנמצא בדברי פוסקים בדין נפל ונשרף הבית והנה בתשובת מיימוני ב' תשובת דסתר אהדדי בס' כ"ד פי' בשם הרשב"א בעל התו' דמסתברא דבנפל ונשרף הבית צריך 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 כח האומר סתם כיון שחבירו פי' זה. ע"כ האומר סתם ידו על העליונה אבל בנשרף ונפל אמרינן מזל דהשוכר גרם וצריך לשלם הכל.

אבל בס' מ"ז מביא תשובת מור"ם דמדמי לה ממש לספינה זו ויין סתם והי' מהראוי להחזיר אף השכר שכבר נטל רק דשאני הכא דאמר לי' אילו עד הכי בעית למידר לא אגרא בעית למיתיב. והנה למעשה הסכימו 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 כוותי' בנפל ונשרף דדמי לספינה זו ויין סתם הנה במת השוכר הוא להיפך דדמי לספינה סתם ויין זה דהמשכיר שהוא כעין בעל הספינה אומר אנא הא קאימנא והיה מן הדין דצריך לשלם הכל ואף אם לא נתן יתן מיהו במרדכי מביא תשובת מור"ם דיש לחלק בין ספינה לנדון זה דהת' גבי ספינה גם בעל הספינה אבד ספינתו ע"כ יכול לומר אנא הא קאימנא אבל בבית שמת המוכר שאין בעל הב' מפסיד רק בטול שכירתו ודמי לאונס שאירע לב"ה ופועל פסידא דפועל מאחר שאין הפועל מפסיד רק בטול הזמן ה"ה הכא פסידא דמשכיר וכן חלקו התו' פ' האומנין בשם ריב"ן ובתשובת הרשב"א א' כ' בשם הראב"ד סי' אלף כ"ח דהשוכר שמת מחוייב לשלם כל השכירות לבע"ה דשכירות ליומי' 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 כחו של שוכר דאפי' מת תוך הזמן המקום מושכר ליורשים ואין זה ענין לנ"ד דודאי אם ירצו היורשים לשלם כל השכירות ירשו הזכות של אביהם אבל אם אין היורשים רוצים מזה לא איירי התו' כלל. וכל זה באונס שאירע להשוכר או להמשכיר לבד ומן הדין הי' ראוי לומר מזלו גרם כמו בשוכר שדה ואכלה חגב דאמרינן מזלו גרם רק דצריך לחלק דהתם הי' השכירות הן לרווח הן להפסד וכשם שאם יתברך זרע השדה שהוא של השוכר כן אם אכלה חגב אבל אם מת השוכר ואינו דר בבית ה"ל פסידא דמשכיר לדעת מור"ם דמשכיר הוה כמו פועל המשכיר עצמו ומאחר שאין לשניהם היזק מכיסם א"צ לשלם רק מה שעשה אבל במכת מדינה דמשנה שלימה שנינו דמנכה לו מן חכורו אפי'



קבל במעות ואם אירע מכת מדינה להמשכיר כגון שנשרפו כל בתי העיר כבר מבוא' בתשובת מיימוני סי' כ"ז דאפי' למאן דס"ל דנשרף הבית היה פסידא דשוכר וצריך לשלם אף מה שלא דר בה במכת מדינה מודה אם נשרף כל בתי העיר ומכ"ש לדעת מור"ם דאפי' בנשרף ונפל גרידא דהוה פסידא דמשכיר ואצ"ל במכת מדינה דא"צ לשלם רק מה שדר בו אבל במכת מדינה של השוכר כגון אם ברח מחמת עיפוש ב"מ פשוט לדעת מור"ם דס"ל במת השוכר הוא פסידא דמשכיר מכ"ש במכת מדינה דא"צ לשלם רק מה שדר בו אלא אפי' לדעת הראב"ד שהביא הרשב"א בתשובה דבמת השוכר פסידא דשוכר דשכירות ליומי' ממכר הוא מודה הוא דבמכת מדינה דליכא למיתלי במזל השוכר דהא גם המשכיר ברח מן העיר ואם רוב העיר ברחו הוה מכת 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 דהכל תלוי במי שמוחזק.

ולדעת מוהר"ם פ"א ח"ה איש הירא ורך הלבב שברא מאימת העיפוש לדידי' הוה כמו אונס ותלוי בפלוג' הנ"ל אכן יש לדקדק אם אחר שעבר זמן העיפוש שהשוכר הדר לביתו ורוצה לנכות לו משך זמן העיפוש ולדור מכאן ולהבא והמשכיר א"ל אם תשלם במילואו הרי טוב ואם לאו אזי בטל השכירות ואני חוזר מן השכירות ומשכיר לאיש אחר בזה צ"ע הדין עם מי.

והנה דברי מהר"ם פאדווה מלא ממום הנולד להבא אין השוכר יכול לנכות בע"כ של משכיר כי יאמר לו המשכיר אם רע בעיניך השכירות הנח ודבר זה שייך בנ"ד דמהר"ם פאדווה שהחנות עדיין הוי ראוי להלוואה רק שנתקלקלה קצת אבל אם נתקלקלה הדבר לגמרי כגון אם נשרפה כל העיר (לא).

כללו של דבר אין לחלק בין הניכוי לחזרה כי החזרה היא הניכוי כי מיום שנשרף הבתים ופסק מללמוד הנערים השכירות בטל. ודברי הפס"ד מכאן עד סוף הדיבור בלואים לכן לא העתקתי: סימן כ דין בא לפני בא' שהלוה לחבירו עשרה זהובי' על שני משכנות כל א' שוה יו"ד זהובי' והנה יש להסתפק לדעת ר"י ורא"ש דקי"ל כוונתו דהלכה כרבה ואפ"ה כנגד דמי החוב הוי כאלו פירש שמקבלו בתורת פירעון אם הכוונה שכל המשכון דווקא מקבל בפרעון לענין זה שלא יתבע את הלוה אם יאבד כולו אך כ"ז שיש בידו משכון שוה כנגד חובו אף שנאבד ג"כ כדי חובו ואמר מה שנאבד אני ש"ח מה שנשאר אני מקבלו בפרעון או נימא מה שנאבד צריך לקבל בפרעון אף שנשאר בידו הרבה דהא אפי' קתא דמגלא צריך לקבל בת"ק כפו' ה"ה בסתם צריך לקבל מה ששוה האבד' או נימא חלוקה ג' דאם נאבד חצי המשכון אבד חצי החוב דכך היתה ההלואה על הא' ה' זוז ועל הב' ה' זוז א"כ יפסיד ה' זוז כשנאבד חצי המשכון.

והנה דעתי מקור מוציא דין זה צריך לדקדק בדברי התו' והרא"ש ומתוך לשונם נעמוד על כוונתו והנה מדקדוק לשון הרא"ש דפ' שבועות הדיינים וגם מלשון הרמזים שם שכ' דעל המשכון שכנגד החוב הוי ש"ש מדקרי לי' ש"ש ש"מ שדין ש"ש יש לו ומה שנאבד חייב לשלם וכך הוא ריהטא דפשט המשנה הלוהו על המשכון הוה ש"ש ואע"ג דעכ"פ אין המשנה שנוי' בדקדוק דהא מה ששוה יותר א"צ לשלם מביתו צ"ל דמשנה מיירי במשכון ששוה כדי החוב או פחות ובדפירש כמו"ש התו' א"כ אם שוה המשכון כנגד

החוב אין צורך לדברי שמואל ש"מ שדין ש"ש יש לו אע"פ שנאבד חצי המשכון והמלוה רוצה להחזיק חצי המשכון עד שישלם לו כל החוב אז עכ"פ צריך לקבל בפרעון מה שנאבד וכן משמע מדברי התו' ד"ה אבל קתא ונסכא שכ' ז"ל ואי אבד קתא לא אבד פלגא אלא מה ששוה וכו' וקשה אחר שהתו' פסקו כרבה למה לא יהי' ש"ח על הקתא ואפי' מה דשוה לא ישלם ואע"פ שיש לדחות שהמשכון אינו שוה כדי החוב וא"כ המלוה תובע את הלוח וע"כ צריך לקבל הקתא בפרעון דמי לא עסקינן נמי דהנסכא שוה יותר מכדי החוב או שהוא של עכו"ם והלוח מוכרח לפדותו וא"כ יאמר המלוה אקתא שנאבדה אני ש"ח והנסכא אני מחזיק עד שישלם לי חובי אלא ודאי פשוט לבעל התו' אפי' תה' הנסכא שוה אלף כפולות מ"מ כדי שווי הקתא הוי ש"ש כפשט המשנ' וכמ"ש.

ובר מן דין הלא כלל מסור בדינו להשוות דעת הפוסקים ולמעט המחלוקת בכל מה דאפשר ומאחר דדע' הגאונים דכל מה שנאבד הוי ש"ש ולא מצינו מחלוקת מפורש ביניהם רק במה ששוה המשכון יותר על החוב ואנן ניקום ונחלוק את השווי ולעשות ביניהם מחלוקת חדשה אם נאבד חצי המשכון 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 מלוה על המשכון הוי ש"ש משמע מלשונו שאף שר"י פוסק כרבה מ"מ לדינא ס"ל כדעת הגאונים וכסת' מתניתין דהוה ש"ש ואין חילוק ביניהם באבידת המשכון שצריך לקבל בפרעון וכן יש לדק' מהרמ"א שכ' וי"א דמלו' על המשכו' הוי ש"ח וכו' שאין המלוה נותן ללוה היתרון ואם איתא שאף שנאבד מן המשכון כדי חובו אינו מפסיד חובו אם נשאר בידו או אינו מפסיד רק לפי ערך הו"ל לאשמעינן שהלוח צריך לשלם להמלו' כולו או מקצתן וממילא הוה ידעינן שאם נאבד כל המש' דפשיטא דאין המלוה משלם מביתו.

ועוד דהא הכרעת מהרמ"א כדברי ר"י הוא ע"פ המר' שכ' דמספיק' לא מפקינן ממונ' וזה שייך שאינו צריך לשל' מביתו אך להתפיס 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 כהאי פוסק אלא בנדונית חתנים ואף שהמחבר חולק ע"ז מ"מ מהרמ"א לא הכריע ביניהם וגם מסתמ' קי"ל כמהר"י קולן שהי' בתר' וראה דברי המרדכי ופי' דלא כוותי' ובפרט שידוע שמהר"י קולן רוב דבריו בנויים על דבריהמרדכי אע"ג דמהר"י ק לא החליט הדין רק כ' אפשר דס"ל וכו' מ"מ נראה שדעתו' כך הוא.

ועוד דהא כתב הרשב"א בתשובה הביאה מהרמ"א בהג"ה סעיף י"ד דאם המלוה אינו יודע כמה נפרע צריך להחזיר המשכון דהוה כאלו הוא תובע אע"ג דהתם איירי שהלוח טוען ברי מ"מ נראה דה"ה אם הלוח טוען שמא ג"כ דינא הכי לפי הטעם שכ' דהמלוה הוא המוציא ודמי לא' שתבע לחבירו והשיב ידעתי שחייב הייתי אך איני יודע אם פרעתי והשיב התובע גם אני א"י אם פרעת דנראה דפטור הלוח דאל"ה הו"ל למנקט רבותא דא"י אם פרעתיך חייב אפי' בתובע אומר שמא ומסופק בפרעון.

ועוד נראה להוכיח דפטור הלוח בשניהם מסופקים בפרעון 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 שהלוח מסופק גם המלוה 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 בפרעון גובה שטרו שפיר יש לחלק בין שטר למשכון ואין להאריך באשר ידעתי שיש לדחות ולחלק בין ספיקא דדינא לספיקא דפוסקים ואפי' מהרי"ק יודה כאן דתפס בהיתר קודם שנולד הספק ולא כתבתי כ"ז רק לרווחא דמילתא כי האמת יורה דרכו דמהרמ"א לא פסק רק מה שהלואה א"צ לשלם מביתו ולא שיתפוס במשכון וכן נראה מדברי המרדכי שכ' ומשכנו שלא בשעת הלואה נמי לא הוי ש"ש אלא בכדי מעותיו מדכ' נמי ש"מ שדין א' יש להם וכן סיים בסוף דבריו ובמשכון שלא בשעת הלואה יהיב טעמא דיכול לקדש בו האשה וא"כ אף אי נאבד חצי משכון הוי ש"ש על כל מה שנאבד ועוד נראה לדחות סברא זו דלא נימא על משכון א' הלואה ה"ז על השני הלואה ה' זו מאחר דקי"ל דאם הלואה רוצה לפדות חצי המשכון וליתן לו חצי המעות אינו יכול ולא עוד אלא אפי' פי' אוכל משני המשכנו' וכמ"ש הרמב"ן א"כ למה ילקה מדה"ד דיאחז המלוה החבל בב' ראשין אם נאבד המשכון אחד יאמר לא הלויתי על משכון זה רק לפי ערך ולא אפסיד מחובי כל שווי המשכון ואם ירצה הלואה לפדות וליתן לו כפי ערך יאמר על כל משכון בפ"ע הלויתי כל המעות ע"כ נראה ברור ופשוט להלכה ולמעשה דאף לר"י מה שנאבד צריך לקבל בפרעון וצריך להחזיר הנשאר ללוה ובאשר שמעתי דייני ק"ק בריסק לא פסקו כן רק פסקו לפי ערך שיווי המשכון הנאבד גם שיווי הנשאר כך ינכה ד"מ כגון אם הלואה ד' זהובי' על ב' משכנות א' שוה שלשים זהובי' וא' שוה עשרה זהובי' ונאבד המשכון ששוה עשרה זהובי' אינו מנכה לו מן המשכון רק א' זהב כי היתה ההלואה על ערך זה על עשרה זהובי' במשכון הלואה א' זהב ואני הנלע"ד מטעמי הנ"ל כתבתי והאמת יורה דרכו נאום משה: סימן כ"א השגה ממורה אחד ז"ל מקום מנוחתו בק"ק טיקטין יע"א: הנה באתי במגילת ספר כתוב לכ"ת להתווכח עמו ולהשיב על כל דבר על אופני' ומכ"ת יעיין בעיון מ"ש מכ"ת כי נסתפק במשכון שוה יותר על החוב ונאבד קצת מן המשכון ומקצת נשאר ביד המלוה וספיקא דמכ"ת ב"ג חלוקים אם כוונתו של ר"י דסבר המלוה על המשכון ש"ח אפ"ה נגד דמי הרוב הוי כאלו א' בפ' שמקבלו בפרעון ז"ל ר"י ז"ל ונסתפק מכ"ת אם הכוונה כל המשכון מקבל ואם נאבד מקצתו נאבד מקצת החוב או אפשר דנאבד כל החוב כי כנגד דמי החוב הוי ש"ש על כל המשכון וזהו שנאבד ינכה לו מחובו שאף שלא שעבוד עצמו לשלם מביתו לעומת זה קבל עליו שמירתו של כל המשכון כש"ש להפסיד לו מחובו או שמא דדעת ר"י ורא"ש שלזה שיעבד עצמו שאם יאבד כל המשכון לא יתבע חובו והו' כש"ש אך אם יאבד מקצתו הנשאר יחזיק נגד חובו וזו תורף ספיקות מכ"ת: והנני אומר כיון דר"י אית לי' דשמואל דאמר אבד קתא אבד אלפא זווי וכגירסת ר"ת ור"א דאפכי שנוי דגמר' פרק שבועות הדייני' מה דמתרץ שם מתניתין בדפ'י ושמואל בדלא פירש והם גרס שינוי דגמרא דשמואל בדפ'י ומתניתין בדלא פי' כמ"ש התו' שם וכמ"ש הטור כאן והסברא כתבו שם התו' דאין סברא להפסיד למלוה כל חובו בלא פי' וכנגד החוב אף בלא פי' הוי כפיר' שקבלו בפרעון והנה מדשמואל נשמע לר"י כשהמשכון שוה יותר מהחוב דסבר ר"י כשנאבד כולו דהוי ש"ש כנגד חובו משום דהוה כאלו פי' שקבלו בתורת פרעון ואעפ"כ על היתר הוי ש"ח ומדעתו דהכי קבל כל המשכון וא"כ כשנאבד מקצתו ושוה המשכון יתר על החוב אין סברא שיפסיד המלוה כי יאמר המלוה אני קבלתי על המשכון

בפרעון שני כחלק המגיע לחובי וא"כ המשכון קנוי לי להלוואתי דאי לא הוה טעם זה כאלו פרשתי שקבלתי המשכון בתורת פרעון והמשכון קנוי לי להלוואתי לא הייתי מפסיד כלו' מחובי אפי' כשנאבד כל המשכון והי' צריך הלואה לשל' לי מביתו כל חובי דהא לא פרשתי ולא הייתי ש"ש אפי' מה שכנגד חובו אך משום דאנן סהדי אף כשלא פי' הוי כאלו פי' ובאחריותו עומד המשכון מה שכנגד חובו.

והשתא נמי כשנאבד מקצת המשכון יאמר המלוה זה שנשאר קנוי לו בהלוואתי כי כך קבלתי בתורת פרעון ואני מוחזק וע"כ אחריות שלי עליו. ועל דידך שהוא היתרון אני ש"ח דידך ופטור אני מגניבה ואבידה כדין ש"ח מה א"ל שוב למימר הא אין ברירה ולא נרשם על המשכון איזה דידי ואיזה דידך על זה וכיוצא בו כ' מהרמ"א בהג"ה דמספיק' לא מפקינן ממונא מיד המוחזק דהמלוה הוי מוחזק דמאחר דמה שכנגד החוב קנוי לו בהלוואתו וכאלו פי' שקבלו בתורת פרעון דאל"כ לקתה מדה"ד דכשנאבד, והוא כנגד חובו מפסיד המלוה כל החוב מהאי טעמא דאנן סהדי שקבלו בתורת פרעון והמשכון קנוי לו וע"כ מפסיד המלוה כל החוב וכשאבד המקצת ונשאר המקצת ביד המלוה לא יהי' נחשב כאלו קבלו בתורת פרעון ולא יהי' המשכון קנוי לו ולא יהי' נקרא מוחזק לכן נ"ל דהדין עם המלוה ויחזיק הנשאר בידו כנגד חובו זו מ"ש מכת"ר ועל דברי אלה השיב לי כת"ר בזה"ל מעל' כיון דעתו להרב הגדול מהר"י בן לב ז"ל ואני לא ראיתי ספריו וכ' כת"ר שגם הוא כתב בספרו שהדין עם המלוה להיות הוא המוחזק ומה שנשאר יחזיק המלוה נגד חובו אך א' כת' אבל הוא לא כ' שום טעם לדבריו ולא שום רא' 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 שהמלוה הוא מוחזק כו' קשה דאדרבה אם הוא ספק כאשר כ' מעל' הדין עם המלוה דהא כן כ' בש"ע בהג"ה סעיף י"ד דבכל ספק הוה הלואה מוחזק והמלוה המוציא כמ"ש בתשובת הרשב"א כי המשכון תמיד בחזקת הלואה ואין למלוה עליו אלא שעבוד ותוכן דברי מכ"ת דאדרבה משם מוכח דהדין עם הלואה להיות הוא מוחזק והמלוה מחוייב להחזיר המשכון הנשאר כשאבד מקצת להלוה כששוה הנאבד דמי חובו והמלוה אינו יכול לתפסו והאריך מכ"ת בהוכחות עד שנראים לו דבריו להלכה למעשה דהדין עם הלואה להחזיר לו הנשאר ולא כדעת הרב בן לב ולא כדעתי אשר כוונתי לדעתו והנה כפי פרושות השמים בשבח והודי' אשר כוונתי לדבריו ומעי המו עלי ולבי לא רצה להטות מן הדרך אשר דרכתי בו במושכל ראשון להיות הדין עם המלוה אמרתי הרב בן לב לא הי' מרים ראשו לכתוב נגד כל הפוסקים שהיו לפניו בלי רא' והוכחה ואם הוכחתי בעיני מכ"ת דחוי' ובעיני הם ראוי' ונכונ' והנני אומר על מה שסמך מכ"ת על הרשב"א בדיני' שהביא בש"ע סעיף י"ד וסעיף כ"ז שאין למלוה על המשכון רק שעבוד אומר אני דהיינו דוקא מ"ש בסעיף ההוא שהמלוה טוען ספק דלא ידע כמה נפרע או הלואה וכן אם לא ידע כמה הלואה לו בזה ודאי דעת הרשב"א וכל הפוסקים עמו דאין למלוה רק שעבוד על המשכון דהא עכ"פ אין המשכון חלוט לו אלא שאם בא לו לפדותו מחוייב ליתן לו לפדות וא"כ כשהלואה בא לפדו' ודאי מחוייב המלוה לידע כמה הלואה לו או כמה נפרע לו על המשכון ולכן בכל זה אינו יכול להחזיק במשכון ואין לו עליו אלא שעבוד ונקרא המלוה המוציא ואין לו להחזיק בממון חבירו אבל בנ"ד שהמלוה והלואה אינם חלוקי' בעיקר הלואה או בפרעון

רק על המקצת שנאבד והמשכון כבר קנוי לו להלוואתו כאלו פי' שקבלו מה שכנגד החוב בתורת פרעון בנ"ד הוי המלוה מוחזק ואפי' לדברי הרשב"א ואדרבה מדברי הרשב"א יש לדקדק כמותי שהוא בעצמו כ' בסי' תקצ"ח וז"ל ונשאל עוד המלוה את חבירו על המשכון מלוה אומר סלע הלוייתך ולוה אמר לא כי אלא דינר הלוייתני בטענת ברי וסוף דבר והכי אסיקנא דמלוה נשבע ונוטל דלפי שהמשכון קנוי לו להלוואתו עכ"ל.

ומלישנא דקאמר שהמשכון קנוי לו להלוואתו נשמע דמה שכנגד החוב קנוי לו וזהו להלוואתו וקנוי לו להיו' הוא המוחזק כשטוען ברי כך הלוותיך וא"כ המלוה קרוי מוחזק ומה שעכשיו נאבד המקצת ואמר המלוה מה שבידי קנוי לי להלוואתי וקבלתי בפרעון חובי ומה שנאבד דידך הוא דהיינו היתרון ואני ש"ח עליו ואני מחזיק במה שקנוי לי ולפ"ז כתבתי מדשמואל נשמע לר"י דהדין עם המלוה ויחזיק במה שבידו ואפשר הוא סברת בן לב ולכן לא כ' שום הוכחה כי 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 המלוה צריך לשלם מביתו אך להחזיק בגוף המשכון ואין לו עליו אלא שעבוד איך יתפוס בממון 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 ז"ל הכריע כדברי מהרי"ק חזא בסי' קע"ה סעי' מ"ה כ' בהג"ה וז"ל וכן במקום שהפוסקים חולקים אין מוציאין מיד הלוקח הואיל והוא מוחזק הרי הכריע דווקא במוחזק אין מוציאין ויכול לומר קים לי אבל אם תפס ולא הוי מוחזק מוציאין מידו דאינו יכול לומר קים לי כהאי פוסק הרי הכריע להדיא כדברי מהרי"ק דדווקא המוחזק יכול לטעון קים לי ולא התופס ואעפ"כ אין למכ"ת ראייה ממהרי"ק כי אף אם נתבטל דעת המרדכי נגד מהרי"ק דמהרי"ק בתרא הוה צ"ל דמהרי"ק לא קאמר אלא בתופס תפיסה ממקום שלא הי' מקדם מע"ז וע"ע דרך משל שאם היה הלוה תופס ממון המלוה ממקום אחר ואמר קים לי כהגאונים דמלוה על המשכון הוה ש"ש אף על היתרון ודלא כהר"י ובודאי בזה ובכיוצא אין יכול לטעון קי"ל אבל המלוה קודם שנאבד הי' המשכון קנוי לו בתחיל' ההלוואה נגד החוב שלו ועתה לא יצא מידו והוי כאלו פי' שקבלו בתור' פרעון השתא הוי הלוה המוציא וסבר מהרי"ק בשביל שהוא מוחזק אין מוציאין מידו במקום שהפוסקים חלוקים.

לכן נ"ל דאינו יכול להוציא מן המלוה השאר שאומר מה שבידי קבלתי בפרעון ודידך נאבד כנ"ל אף למהרי"ק. ובזה מיושב ג"כ מה שהפליג מכ"ת וז"ל ובר מן דין כלל מסור בידינו להשוות הפוסקים למעט המחלוקת כל מה דאפשר וכו' גם זה אינו הוכחה דמאי מחלוקת חדשה היא זו דבר ממילא נמשך לפי דברי ר"י ולא אנו באים לחלוק רק ר"י קם בשיטת' דפ' זכות למלוה להיות על היתרון ש"ח ומה שנאבד המשכון אנן סהדי כאלו פי' שמקבלו בפרעון וע"כ הוא עליו ש"ש וגם הי' עליו ש"ש עדיין אם נאבד כולו שאין הלוה מחויב לשלם לו חובו אך כיון שנאבד המקצת אומר המלוה המשכון קנוי לי נגד חובי וקבלתי בפרעון והיתרון אני עליו ש"ח אם יאמר הלוה אין ברירה יאמר המלוה אני מוחזק והלוה המוציא ואין מוציאין ממון מספק.

ומ"ש כ"ת וכן יל"ד מלשון מהרמ"א שכ' בהג"ה וי"א דהמלוה על המשכון הוי ש"ח שאין המלוה נותן ללוה היתרון ואם א"י שאף אם נאבד מן המשכון כדי 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 כי בש"ע לא הזכיר כלל הי"א שהם דברי ר"י ולא כתב להלכה אלא מ"ש הגאונים ואין שייך לומר שישמיע לנו רבותא כי הוא בא לגלות דברי ר"י כהווייתן ואדרבה הלכה כמותי דהא אין בין הגאונים לדברי ר"י מחלוקת רק לענין היתרון שלדברי ר"י הוי המלוה עליו ש"ח ולהגאונים ש"ש וא"כ הוצרך לגלות דברי ר"י עצמו שמביא הטור והמחבר השמיט ומנ"ל להזכיר ענין אחר דהכל ממילא נמשך כנ"ל: והנה מכ"ת כתב ז"ל ולדעת מקור דין זה צריכין אנו לעמוד ולדקדק בדברי התו' והרא"ש ומתוך לשונם נבוא אל כוונתם 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 המשכון שנאבד באונס ע"י לסטים מזוין או כיוצא אף שנאבד המשכון מחוייב לשלם למלוה כל חובו כמ"ש הטור ובעל הש"ע להדיא 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 אמרינן פ' אלו מציאו' 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 יתחייב באונסין.

ומ"ש מוכ"ת דעיקר יסודו ובנינו על התו' דפ' שבועות הדיינין בד"ה אבל קתא דמגלא ונסכא לא וכו' וז"ל התו' ואי אבד קתא לא אבד פלגא אלא מה דשוה והקשה מכ"ת מאחר דהם פסקו כרבה למה לא יהי' ש"ח על הקתא ואפי' מה דשוה לא ישלם אלא ודאי פשוט לבעלי התו' אף אם הי' שוה הנסכא אלף כפולות מ"מ כדי שיווי המשכון הוא ש"ש עכ"ל מכ"ת והנה אהובי לא ידעתי מה ראה מעל' לבנות יסודו על קו' זו אשר במושכל הקל יפול כמ"ש מע"ת בעצמו דמיירי שאין הנסכא שוה כדי כל החוב ולכן צריך לשלם הקתא ולקבל בשווי' הא אם הי' הנסכא שוה כדי כל החוב באמת פטור מלשלם הקתא דיכול לומר ש"ח אני על הקתא שהוא היתרון על החוב.

ומכ"ת דחה תי' זה וכתב מי לא עסקינן נמי דהמשכון שוה יותר מכדי החוב כ"ז מסברא דיליה רצה מכ"ת להחזיק קו' בלי הוכחה איזה היכר יש לכ"ת לדחי' זו אדרבה נראה בעיני דמוכח מתוך הסוגיא דמיירי שאין הנסכא שוה כדי כל החוב דהא התו' לא כיוונו לשנות הסוגיא רק לפרש דברי ר"נ האומר אבל קתא ונסכא לא דלא כרש"י וכתב אמאי דקאמר ר"נ אבל קתא ונסכא לא ה"ק שלא אבד כל חד וחד לפי שווי' דאם הנסכא שוה עשר קתא אבד נסכא אבד עשר חלקים אבד קתא אבד חלק א' ור"נ קם בשיטתו דשמואל דהא על מימרא דשמואל קאי דאמר אבל ב' קתא לא ושמואל איירי בלא שוה 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 וכפי' התו' ולמה ידחה מוכ"ת עצמו דנסכא

שוה כדי כל החוב ולעולם אם היה הקתא שוה כדי כל החוב באמת פטור מהנסכא שנאבד דיאמר המלוה ש"ח אני על היתרון ולכן נ"ל שהדין עם המלו' שיכול להחזיק הנשאר בידו אם המשכון שוה יותר ונאבד המקצת והנה אהו' ידוע כל מחלוקת שהיא לש"ש כמחלוקת הלל ושמאי כו' וצריכין אנו לברר הדין כי הלכה היא ואין להקב"ה אלא ד' אמות כו': והשתא לפנינו ג' חלוקות מכ"ת הכריע דהדין עם הלוח ואני בעניי נ"ל דהדין עם המלוה.

ודייני ק"ק בריסק הכריעו הכרעה שלישית לפי ערך וכנ"ל בשמם ומה (נמחק בכאן נכון בעיני דמעל' אין זה כ"א פשר דבר ומדינא יהי' הדין או עם הלוח או עם המלוה וצריכין אנו לברר וע"ז נאמר דרכי' דרכי' נועם ונתיבותיה שלום דברי אהו' דוד נתן הרובץ בין המשפתיים. וכותב בעצלתים: ומה שכ' מכ"ת דא"כ לקתה מדה"ד דהא אם רוצה הלוח לפדות חצי המשכון אינו יכול וכו' י"ל דאין זה לקתה מדה"ד שאם בא הלוח לפדות החצי שפיר יאמר המלוה דלכן הלוותי לך על המשכון ששוה יותר מחובי שאהי' בטוח ביותר ותמהר לפדותו ואם נאבד מקצת המשכון י"ל דעכ"פ דאינו חייב לר"י אלא מה שכנגד חובו ולא יותר לפי שמה שכנגד חובו קנוי לו כאלו אמר בפ' קבלתי אל הפרעון ולא היתרון דאל"כ יקשה בלא זאת על דברי ר"י דקי"ל כוונתי דפטור על היתרון והוה ש"ח יאמר המלוה יאחז ג"כ המלוה החבל בתרי ראשים שאם הי' שני משכונות ששויים כ"א יותר על החוב ואם בא הלוח לפדות א' שהוא היתרון אין צריך המלוה 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 כאשר כתבתי לעיל דאם יחייב המלוה להחזיר המקצת יאחז הלוח החבל בשני ראשון דיאמר המלוה כשנאבד המשכון מכולו הפסדתי חובי לפי דאנן סהדי שקבלת בתורת פרעון.

(בכאן נמחק איזו תיבות) והמשכון קנוי' לו להיות באחריותי והשתא דאבדמקצתו לא יהי' קנוי לי להיות מוחזק במה שנשאר בידי ושלוי' תניינא: סי' כ"ב תשובה דרך כלל. תמה אני איך מעל' לא יישב הראיות שהבאתי מתו' והחילוק שחולק מעל' בין ספק פירעון או הלואה כן הוא אלא הי' מכ"ת מביא ראי' לדבריו וכ"ז דאין לנו ראי' למה נחזיק את המלוה במשכון של א' חנם ונאמר דמסתמא כן הי' כבר כתבתי שלא בדעתו תלי' דג"כ יש סברא להיפך מסתמא דעת הלוח הי' שלא לשלם לו כ"ז שאינו מחזיר לו בשלימות ודי בזה: סימן כ"ג שואב מי ששון.

כנהר פרת ופישון. קנקן חדש מלא ישן.

עולה מן המדבר כתמרות עשן. על פתחי כל מגדים חדש עם ישן.

מאיר כאבני חושן. משוח בשמן שמן ודשן נ"י פ"ה ע"ה כמגדל השן.

כבוד מהורר משה, יצ'. לאיש אשר לו ככה.

מהשם ישא ברכה השקט מנוחה: זכיתי לראות פיתוחי חותם דמר נ"י אשר כתב לאחי היניק וחכים בדין אין מקבלין עדות בפני קטן ואמרתי להשיב מפני הכבוד. בטור סי' כ"ח כ' וקטן אפי' בפניו כשלא בפניו דמי וכו' נלמוד מעובדא דבי חמו' דר' ירמ' פ' הגוזל בתרא ריש הפ' והנה ב"י וב"ח פרשו דברי התו' בזה שלא כדעת ריב"א כמבואר

שם ומכ"ת תמה עליהם על זה והשווה דעת התו' לדעת ריב"א כאשר באמת משמע כך מדברי התו' לכל מעיין וכן פי' הרב מהרי"ך בסמ"ע סק"י סעיף י"ג.

אמנם קצת יש לתמוה על מהרי"ך שכ' שם וז"ל והוכיחו שם התו' דהא דמניחים אותו ביד הקטון כו' היינו דווקא בדאיכא תרתי וכו' ע"ש דמשמע מדבריו דהתו' הוכיחו זה מכח קו' או ראי' ואין זה במשמע כלל דאע"ג דכך נראה לפרש דברי התו' כמש"כ מכ"ת מ"מ אין הוכחה לזה כלל ומי יתן ואכוין דעתו והנה מ"מ בזה דבריו נכוחים דיש לפרש דעת התו' כדעת הרב"י ע"כ אמרתי ליישב דעת הרב"י והב"ח כמו שיבואר למטה בטוב טעם ודעת.

מ"ש מכ"ת שנראה שגם הרב ב"י שמפורש כוונת התו' כדעת ריב"א מדכתב אמנם פ' ריב"א ולא כתב אבל פי' ריב"א תמה אני איך סמך על דקדוק קל כזה דמרגלא בפומ' דהרב ב"י לומר כך ובהדיא משמע מדברי הרב"י שפ' דברי התו' שלא כדעת ריב"א מדכתוב בסוף דבריו ולדעת התו' הא דמשמע וכו' וכמו שאפרש אח"כ כוונת 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 הרב"י וסוף דברי כ"ת וע"כ סיים בהגהת אשר"י ומיהו לפי' רשב"א אתי שפיר כלו' שגם מפ"י רשב"א שהביא לפני זה ג"כ אתי שפיר דהא גם הרשב"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 חורפי' לא עיין שפיר בהג"א דכן כתוב ומיהו לפי' רשב"ם אתי שפיר והיינו רשב"ם בפ' התלמוד ולא פ' רשב"א שהביא לפני זה כלומר 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 היה מוחזק אז פי' בשעה שבא לפני ב"ד ע"כ לא היה מקבלים עדותם אבל אם הי' ר"י אז בשעה שבא לפני ב"ד דר בבית לא כל כמינ' לאפוקי והוא ממש כדעת ריב"א ובהכי יתכן שהיא דרבה בר' שרשום דמשמע דאי הוה טען לקוח הוא בידי 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 כדעת ריב"א ואין חלוק בין ר"ת לריב"א אלא בהבאת עדים וכמ"ש הרב"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 לכך לא הי' מקבלין עדותו.

וע"ז סיים הגהת אשר"י וכו' ומיהו לפי' רשב"ם בפירש התלמוד דפ' על רבה ב"ש דהא אכילתו שני חזקה בחיי אביהן 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 כיון דאית לי' לקטן חזק' אבוה כדעת התו' לפי' פ' הב"י והב"ח דהא דהיה רבא ב"ש מהימן אי הוה טען לקוח בידי אע"ג דהוה קטנים בני ג' שנים דאכיל שני חזקה בחיי אבוהן ולא משום שהיו' מוחזק באותו שעה כדעת ר"ת וזהו כוונת הגהת אשר"י במ"ש ולפ' רשב"ם אתי שפיר ולא כמ"ש מכ"ת דלפ' הרשב"א אתי שפיר: והיניק וחכי' אחי מכ"ת הליץ בעדו לומר שמא כך מצא בספרו שגילה לי שמוכ"ת רוב לימודו הוא מתוך ששה סדרים דפוס באזליא ולא נחתו ולא שקטי עד שהבאתי אל תוך חדרו ומצאתי



הגירסא כך שם והנאני מ"מ האמת יורה דרכו כאשר כתבתי פ' הגהת אשר"י וכדברי  
הם ממש פ' הרב ב"ח ולדעת התו' הא דמשמע פ' חזקת כו' ומסיים וכן פ' רשב"ם כלומר  
דהרי לר"ת ולריב"א שהביא 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 כשבא לפני  
ב"ד ור"י לא הי' מוחזק באותו שעה כשבא לפני ב"ד אמנ' לדעת התו' דפ' אף אי הוה  
ר"י מוחזק באותו שעה בבי' מ"מ הי' מוציאין מידו כיון דהוה לקטן חזקת אבוה 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 אבוהון וע"ז כ' וכן פירש רשב"ם על עובדה דרבה ב"ש ודברי  
הב"י הם ממש דברי הגהת אשר"י במה שמסיים ולפ' רשב"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  
כדפרשו דברי התו' שלא כדעת ריב"א נכונים המה ולא כמ"ש מהרו"ך דברי התו' בזה  
דהרי הרשב"א שהביא כהגהת אשר"י שם פ"ה הם דברי התו' וכ' דאפי' הי' ר"י בתוך  
הבית וכו' ואח"ז הביא דברי ר"ת דר"י לא הי' מוחזק וכתבו שלא כדעת רשב"א ומסיים  
ומיהו לפ' רשב"א אתי שפיר ואי הוה כוונת הרשב"א ותו' לומר דאפי' הי' ר"י בתוך  
הבית היינו מתחלה היה בתוך הבית ועכשיו כשבא לב"ד לא הי' בבית וע"כ לא הי'  
מקבלין עדותו אבל אי הי' ר"י בשעה שבא לב"ד בתוך הבית והקטן בא לב"ד להוציא  
לא הי' מוציאין מידו כדעת הריב"א א"כ למה כ' הגהת אשר"י דלפ' רשב"א אתי שפיר  
הלא גם לפ' ריב"א א"ש הא דרבה ב"ש הי' מהימן לטעון לקוח משום שהי' מוחזק באותו  
שעה אבל ר"י לא הי' מוחזק כאשר באמת כך הביא מוכ"ת דברי הגהת אשר"י לפי  
גירסא המוטעת שנזמנה לכ"ת: ועוד אי הוה דעת התו' ודעת הרשב"א לחלק בין כשהוא  
עכשיו מוחזק כשבא לב"ד ובין כשאינו עכשיו מוחזק א"כ לפי דקדוק לשונו של ר"ת  
שכ' בתחילה לא הי' מוחזק אז בבית ולבסוף דקדוק מכ"ת שרבה ב"ש הי' מוחזק בקרקע  
באותו שעה משמע ג"כ לחלק בין כשהוא עכשיו מוחזק כשבא לפני ב"ד ובין כשאינו  
עכשיו כמו שבארתי למעלה א"כ אין חילוק כלל בין דעת רשב"א לדעת ר"ת ולא כן  
משמע דעת הגהת אשר"י אלא ודאי דעת הרשב"א ודעת התו' הוא לומר דאפי' ר"י  
מוחזק כשבא לפני ב"ד מ"מ לא הי' מקבלין עדותו וכן משמע מלשון הרשב"א שכ'  
דאפי' הי' ר"י בתוך הבית ולכך דקדק בתוך הבית ולא כ' מוחזק בבית דומיא דההוא  
תינוק שבעל השדה עומד בשדה ע"כ והתם הי' מוחזק באותו שעה כשבא לב"ד אע"ג  
דתקף בעבדיו מ"מ גבי שדה דלא שייך בה לומר שעתה יושב בה דלחרישה וזריעה  
עומדת מיקרו עכשיו מוחזק הכא נמי ר"י אע"ג דהי' מוחזק עתה מ"מ לא הי' מקבלין  
עדותו וא"כ חילוק גדול יש בין רשב"א לר"ת ע"כ כ' לפי דברי ר"ת תנן ההוא ד"פ  
חזקת הבתים גבי רבה ב"ש וכו' אבל לפי רשב"א לא יתכן דלדבריו אפי' הי' ר' ירמי'  
מוחזק באותו שדה לא הי' מהני א"כ קשיא דרבה ב"ש ולכך מסיים מיהו לפרש רשב"א  
אתי שפיר דרשב"א ותו' מפרשים כרשב"ם דרבה ב"ש אכל שני חזקה בחיי אבוהון  
לכך הוא מהימן: עוד יש להוכיח מדברי התו' עצמם כמו שפי' הב"י והב"ח דאלו לא הי'  
כוונתו אלא להוכיח דאף אם הי' דר בו מתחילה כיון שעכשיו בא לב"ד ואינו דר בו  
מוציאין מידו אבל באמת אם כשבא לב"ד הי' ר' ירמי' דר בו עדיין והקטן בא לב"ד  
להוציא מידו אין מוציאין כדעת ריב"א א"כ למה הוכיחו תו' זה מדלא מפליג התם בעל

השדה מוחזק בשדה הכא ר' ירמיה לא הי' מוחזק דהא יש לדחות ולומר המ"ל כדאית' הרבה פעמים בש"ס ולא הוכיחו מפשטא דתלמודא מדמתרין התם גבי תקף בעבדיו לא הי' חזקת אבוב משמע אי הוה לי' חזקת אבוב לא הי' מוציאין מידו אע"ג שהמחזיק הי' מחזיק מתחילה כדמשמע מלשון שאמר ותקף בעבדיו וירד לתוך שדה של חבירו דמשמע שהוציא חבירו אפ"ה לא הי' מוציאין מן הקטן כיון שעכשיו הקטן מחזיק בשדה ולא האחר ולמה להתו' להוכיח את זה מדלא מפליג בשנוי' אחרינא א"ו דעת התו' להוכיח דלא תלי' מידי במוחזק ואף אי הי' ר' ירמיה דר בו באותו שעה אפ"ה הי' מוציאין מידו וזה אינו מוכח מפשטא דתלמודא ותקף בעבדיו והוכיחו מדלא מפליג וכו' ע"כ דקדקו בלשונם וכתבו דלא תלי' בהכי מידי כלומר.

וכן נראה להוכיח מלשון התרצן לפי גרסא שלפנינו מי דמי כו' אבל היכא דאית לי' חזקה דאבוב לא, דגרסי אבל היכא דאית לי' וכו' ולא אבל הכא דאית דאי הוה אמר אבל הכא ה"א דדוקא כי הכא דר' ירמיה לא הוה מוחזק באותו שעה ע"כ לא הי' מקבלין עדותו אבל אי הוה דר באותו שעה מקבלין עדותו להכי קאמר אבל היכא ר"ל לאו דוקא בעובדא דר"י אלא כל היכי דאי' לי' חזקת אבוב מוציאין מיד המוחזק בין שהי' דר בו בתחילה ובין כשהוא דר בו עכשיו כשבא לב"ד דלא תלי' מידי במוחזק אלא בחזקת אבוב ומעשה דר"י כך הי' וכן משמע קצת מלשון הב"י שהביא הגירסא ה"מ היכא דלית לי' חזקה כו' אבל היכ' דא"ל מוציאין מיד המוחזק אע"ג די"ל דהוא דברי עצמו ושונה לשון התלמוד מ"מ אית לן למימ' דכך היתה הגרסא לפניו אמנם באשר"י גורס התם לית לי' הכא א"ל וכו' ואפשר לומר דריב"א ור"ת גרסו התם והכא ולכך פי' דווקא בעובדא דר"י שלא דר בו עכשיו והתו' ורשב"א גרסו היכא דא"ל ולכך פי' דלאו דווקא בעובדא דר"י אלא אפי' מוחזק עכשיו אין מקבלין עדותו וכן משמע קצת בפסקי תו' שדעת התו' כמו שפי' הב"י והב"ח ודלא כמהרו"ך וכמעכ"ת עתירת חד מן חבריא.

מנחם מענדיל בהר"ר אברהם זל"הה: ומה שכ' מכ"ת על הב"ח דא"כ לא שבקת חיי לכל ברי' דכל מי שילקח וימות המוכר ויניח בנים קטנים יוציאו מידו השדה לק"מ דרובא דאנשים יש להם שטר מקוים על מה שקנו ואין מוציאין מידו כמבואר סי' ק"י סעי' י"א בשם תשובת הרא"ש: סי' כ"ד תשובה מורה על נכונה.

דין אמת לאמיתו עונה. וכמה עונה.

יום ולילה שונה. מלאך ה' סביב חונה.

ה"ה האלוף בחכמה לקבל אלפא חמר שתי יין ישן המשומר בענווים שדעת זקנים ממנו נוחה כמה' מענדיל נ"י יצ"ו זאת הברכה לרגליך ולרגל השואבים יצ"ו: ראשון לציון אמרי מעלתך עם הספר שגרסא מוטעת נזדמנה לפניו בהגה"ת אשר"י וצ"ל לפי גרסת רשב"ם אתי שפיר לא ידעתי איסליק מע' לעילא שטוען ברי שגרסת רשב"א הוא ט"ס והעיקר הוא גי' רשב"ם ועוד שמוכח שגי' רשב"ם ט"ס דהנה לפי מה שפי' מעלתך דהא דלגירסת הרשב"ם א"ש.

משום דהרשב"ם פי' שאכלה שני חזקה בחיי אבוהון ע"כ היה נאמן והנה לא פי' בדבריך הא גם הכי ר"י הי' טוען שהחזיק בחיי אבוהון היינו ג' שנים כסתם חזקה שבכל הש"ס

ולא כמ"ש הב"י דמיירי דטען שיש לו עידי קנין וא"כ מה בין ר"י לרבה ב"ש ואף אם נאמר הפי' כמ"ש הב"י שר"י הי' רוצה להביא עידי קנין לא עידי חזקה מ"מ מה בכך למה קבלו עידי רבה ב"ש יותר מעידי ר"י ובוודאי צריך לדחוק דחק גדול שרבה ב"ש היה יודע לעולם ואפשר שגם הב"ד עצמם הי' יודעים שרבה ב"ש אסף הפירות ג' שנים הדין חזקה ולא זזה ידם שא"צ לקבלת עדות כמבואר סי' ק"י במוסר דבריו לב"ד א"צ קבלת עדות דאם הב"ד לא היו יודעים אף שהי' ידוע לרוב העולם מ"מ צריך קבלת עדות דתרי כמאה וא"כ זה הי' דוחק גדול לאוקמי רבה ב"ש בהכי שהב"ד היו יודעים ואיך יקצר בעל הגה"א בדברים קצרים ואנחנו לא ידענו מפ'י רשב"ם ואף אם הי' פי' רשב"ם מועתק לפנינו הי' צריך נגר ובר נגר לפרש דבריו והחילוק בין ר"י לרבה ב"ש ששניהם הי' להם עדים ואיך לא ביאר ויותר קשה דאדרבה מפ'י רשב"ם משמע שרבה ב"ש הגיד לאב"י שהיה הדין שאכלה שני חזקה דאל"כ לא היה לרשב"ם לומר אכלתי שני חזקה אלא אכלה שני חזקה וא"כ משמע מדברי רשב"ם שלא הי' ידוע לב"ד אם לא שנאמר שהי' ב"ד אחר בעיר שהי' ידוע להם וכ"ז דוחק גדול ואפשר שאף אי הי' הב"ד עצמם יודעים אין עד נעשה דיין ודווקא גבי צוואה במוסר דבריו לב"ד ביום בשעה שראוי לדין אך 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 מעלתך שרצית לפרש דברי הג"א ולחלק בחלוקים ע"פ אשר אינם לא כדברי הג"ה ולא כדברי רשב"ם רק חילוק חצוני בין עובדא דר"י ועובדא דרבה ב"ש לא היית צריך להגי' רשב"ם רק להניח גירסת רשב"א ולפרש ג"כ החילוק בין עובדא דר"י ורבה ב"ש מאחר דהצד השווה שביניהם לא זה ולא זה יש בהם רמז תי' וחילוק וכבר ידע מעל' כי אפ'י אמורא צריך לפרש דבריו כמבואר ברש"י בגיטין וברשב"ם ערבי פסחים ובחולין ובעירובין ובכל הש"ס מכ"ש פוסק שצריך לפרש כוונתו וכ"ז הייתי סובל אילו הי' חילוק טוב אך לדעתי אין כאן חילוק והתי' דוחק גדול.

ועוד לדברי מעל' מה הוכיחו תו' מדלא משני התם הי' מוחזק הכא לא הי' מוחזק שמ"מ גם כאן הי' מוחזק אכתי תיקשי החילוק שאנו צריכין לחלק בין עובדא דרבה ב"ש לעובדא דר"י דהתם לא הי' צריך קבלת עדות דא"כ הכא נמי הכא דאף דהי' לקטן חזקת אבוהי' כההוא דתקף אפ"ה מוציאין דמיירי דתקף לפנינו וכ"ע יודעים שהי' בחזקת האחר כמה שנים והי' תקף בחזקה ודאי והוציאו אז מוציאין מידו כיון שהכל יודעים שדר בו כמה שנים אלא ודאי במחילת מעל' אין לדברך עיקר ושורש והיותר תימה ראה כמה כתך גדול הנה במעט עיון שרמזו לך לפי' רשב"ם אתי שפיר מיד הבנת וחלקת חילק בין ר"י לרבה ב"ש ורבי' שבכה"ג הרא"ש אף שראה דברי הרשב"ם כמותך 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 כמותך גם ידוע שרוב דברי הרא"ש בנוים על דברי התו' וכאן כ' הרא"ש להדיא דאם האחד מוחזק אין כח ביד הקטן להוציא הפך דברי הרשב"א בעל התו' ור"י בעל התירוץ המוזכר בהגה' מרדכי ולא הזכיר דעת' כלל וכן פסקו הטור בפשיטות סי' קמ"ט סעי' נ"ה ולא הזכיר דעת התו' גם הב"י שם כ' זה פשוט ולא זכר כלל דברו הטוב אשר דיבר בסי'

כ"ח שהתו' חלוקים ע"ז גם הי' צריך לדחוק ולפרש שטרק גלא לאו דווקא ומעשה שהי' כך הי' וגם לדברי התו' הי' לר' אבין לומר אף אם לא הי' התינוק עושה אנו ב"ד אבוהון של יתומים מחוייבין לפקח בעסקיהן וכן בזה"ז לדברי התו' הי' הב"ד מחוייבי' מיד כשימות איש ויניח בנים קטנים ליקח כל הקרקעות שמכר אביהם אף אם היתומים שותקים ואפשר אף במטלטלין כל דאיתא עדים וראה אף שיש לו עדי קנין הי' מוציאין עד שיגדלו חלילה להעלות כזה על הדעת.

והנה אין מהצורך להשיבך על פרטי' שכ' מעל' שרצה להוכיח דלמה כ' הגה"א דלרשב"א אתי שפיר ולא להריב"א הנה תלית הענין בחגורתך ומביא ראי' מדברי עצמו וכבר כתבתי כמה שיש בו די דגירסת הרשב"ם אין לה מקום. ומ"ש מעל' דלפי דקדק לשון ר"ת שכ' לא הי' וכו' משמע שדעתו כדעת הרשב"ם כבר כתבתי שהם מחולקים דלרשב"ם ר"י הי' מוחזק והקטן תוקפו ולר"ת מפרש שהקטן לא תפס כלל והוא לא היה מוחזק לגמרי ואף שסיים גבי רבה ב"ש הי' מוחזק ולפי דבריו הל"ל עדיין מוחזק אין זה דקדוק דידוע ומובן הוא שרבה ב"ש הי' מתחילה מוחזק ועד סוף דהא 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 אבוה דיפה 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 לבך 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.

אך נ"ד דמיירי שהתינוק תפס בעבדיו שלא בידעית ב"ד וכאן 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' דהוה מצי לחלק וע"ז אמרו דלא תלי' בהכא אפי' היה ר"י ג"כ בתוך הבית כמו התם רק שהקטן תקפו כמו התם מהני אי עביד דינא לנפשי' 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' בוודאי איני חייב לך אם נאמר מאחר דא"י לשבע על נ' דאומר לא ידענא אם ישלם גם ה"נ שאומר ברי שאיני חייב לו ובאמ' ה"ז בעיני מילת' דתמי' מהיכי תיתי לומר דישראלם מה שיכול לישבע ורבא לא אמר רק מתוך שאינו יכול לישבע משלם וקרוב בעיני לומר אפי' מה דאמר לא ידענא אם אח"כ אמר נזכרתי וברי לי עתה שאינו חייב נאמן וכמו דגבי שטר פסקו הפוסקים אם בתחלה אמר איני יודע אם הוא פרוע דנאמן לומר אח"כ נזכרתי וכן משמע מהרשב"א בתשובה הביאו ב"י בס' ס' וכן הוא במרדכי הובא דבריו ס' ע"ה ואף דאפשר לחלק בין שטר לנ"ד מ"מ זה פשוט בעיני על מה שאמר נ' ברי שאיני חייב האיך יעלה על הדעת לחייבו.

והנה עלה בדעתי שדין זה א"צ ראי' אך 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 אך משמעות הלשון שכ' לפני זה אין דנין כך על הגלגול דמשמע שעולה על הדע' מאחר דא"י לישבע על גוף השבועה גם הגלגול צריך 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 הרוואה בדבריו שם שנדחק בזה ומה מאוד הדברים תמוהים כאשר סיים שם ואם פשע לוי אזי נשבע שמעון עלי' שלא הי' שוה ג' דינרים ומשלם דינר הג' וא"כ לפ"ז קשה למה ישלם הדינר הג' אף אי לא ידעינן 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 דרך כלל שא"א להעלות על הדעת ולומר דנ' לא ידענא יהי' עדיף מהודא' פיו ושני עדים דא"כ יהי' כח לע"א יותר משני עדים דהא הגמרא מדמה נ' לא ידענא לנסכא דר"א דהא א' רבא כוותי' דר' אבא מסתברא ומייתי ראי' מנ' לא ידענא וא"כ לפי הנ"ל אם חטף ממנו ב' נסכין וע"א מעיד על נסכא א' הוה ג"כ הדין דמתוך שא"י לישבע משלם אף הב' ובעובדא דההוא רעיא מוכח דאף דאיכא 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 שמסר לשומר לא שבקת חיי לכל כו' דהלה ימסור לשומר שוה פרוטה והלה יטעון עליו כל אשר לו ומיהו בזה יש לדחות דכל שטען לא הפקדת ה"ל כטענה אחרת ודווקא בשווי המשכון דהוא גוף א' ועוד למה לא יהפך מה שיכול להפך וישבע מה שיכול לישבע כמבואר סי' צ"ד גם דעת הרמ"ה אפשר לומר שהגלגול לבדו משלם וכן משמע קצת מדברי הסמ"ע דוק שם: סימן כ"ו.

מה שכתב מהר"מ ז"ל בדיני תפיסה ראשון לציון כבר נפסקת הלכה בהלכה בהגהת הרב בטי"ד שט"ו ס"ל דתקפה כהן מוציאין מידו ודלא כהרמב"ם ואף שהרשב"א בתשובה סי' שי"א מראה פנים לדברי' גם במשמרת הבית דף ס"ו בית ג' חלק ג' משמע דס"ל כוותי' מ"מ כבר כתוב מהרי"א בפסקי' ס' קס"ו דק"ל דתקפה מוציאין מידו כן כ' ומפיו אנו חייין כי הוא ראש האחרונים וכן כ' נ"י בריש ב"מ דמסקינן דתקפה כהן מוציאין מידו דשמעינן מני' דכל ספקא דממונא אי תקף התובע בפנינו או בפני עדים כו' והאריך שם.

וכבר כתב מהרי"ק ס' צ"ד קס"א בש' רי' ור"ש משנץ והסמ"ג שפסקו דכל מתחלת דינו המע"ה אפי' תפס מפקינן מני' וכן פ' בפשיטות בעל ת"ה ס' שכ"א וכו' דאנן קיי"ל כשינוי התו' דלא מהני תפיסה לאחר שנולד הספק וכו' שכן הסכים המר' פ' השואל גם הרב מהר"י בן לב חלק א' ס' ס"ז פסק דתפיסה לאחר שנולד הספק לא מהני לפי רוב הפוסקים אפי' שיטעון ברי מכ"ש בנ"ד שא"י לטעון אלא שמא דהלכה כדברי הגאונים או כדברי המאור.

ובנ"ד כל אפי' שוין זולת הרמב"ם וכ"כ עוד הרב הזה ס' ע"ג הכלל אין צריך להאריך בזה זיל קרי ולא רבותא למחשב גברי אך את זה ראיתי להגאון מהרש"ל לקח לו דרך לעצמו ופ' דכל דבר המסופק ביד התלמוד או ביד הפוסקי' יכול התופס לתפוס דבר המסופק ומהני תפיסה עיין שם פרק כיצד הרגל סימן ה' והנה באשר הרב הזה רב מובהק וקבעו התלמידים הלכה לדורות אמרתי לברר הדברים ולהראות כמעט כל הראשוני' והאחרונים ס"ל דלא כוות' ובאשר שהרב הזה בעצמו כ' אם הדין מכריע 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 ערכי נגד ערך הרב ז"ל עכ"ז מאחר שהרב נתן רשות להכריע בין הגדולים אמינא מצוה קא עבידנא והנה שני הדרכי' הם כאן שרבי' חולקי' על הרב גם מסתבר טעמי' דרבינו החולקי' עמו והנה לפי דרך 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 לרבא בברי היאך ושקיל וטרי למפשט הבעיא וכ' הפוסקים דהבעיא נפשטה דאפי' דברי אמר וכפ' רשב"ם אבל הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ורב האי כתבו דהבעיא לא נפשטא ולא עבדינן בה עובדא והנה לפי דרך הרב אם תפס המקבל זוכה מב' טעמים חדא דיאמר דס"ל כהרבה פוסקים דא"ל דנפשטה הבעיא ואפי' לפי דברי הרמב"ם והחולקים קים לי כסברא זו מאחר דלא נאמר תיקו.

ואפ' הכי פסוק הרמב"ם דאין דבריו קיימים משמע להדיא דאין הדברים קיימים כלל וכן משמע מדברי המ"מ וכן פ' בנ"י להדיא דלא מהני תפיסה כלל וא"כ הדברים ק"ו אפי' להרמב"ם דס"ל דאפי' בפניו מהני תפיסה וכאן נכסי בחזקת יורשים קיימי ואיך פ' הרב דיועיל תפיסה בספיקא דדינא ובאיבעיא דלא איפשטה וכאן שניהם יחד ולא יועיל תפיסה וכן גבי כליו של מוכר ברשות לוקח וכן להיפך כ' הרא"ש ובעיין דלא אפשטא ע"כ קנה בתרוויהו ולדעת הרב יאמר הלוקח ס"ל כסברא זו דקנה וכן בס' רמ"ג גבי זרק ארנקי בפתח זה הוא איבעיא דלא אפשטא ופ' הרא"ש וש"ע דלא נפקה מחזקת מרא קמא מוציאין מיד התופס ולדעת הרב יאמר התופס ס"ל כסברא זו דאין חלוק בין מתגלגל לזורק למה לי להאריך הנה הרב מהרמ"א העתיק דעת הרא"ש ור"י דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה ואם איתא כדעת מהרש"ל אין נפקותא הא אנן בכל פלוגתא דרבוותא קי"ל דאין מוציאין מיד התופס ואם חזר הראשון ותפס גם לדעת הרמב"ם מהני וכמ"ש ס' קל"ח: ואשיב ידי על דברי הרב מ"ש בראש לחלוק בין תיקו שאסו' לפשוט הבעיא דשם דברי התו' עיקר ובין היכא דלא נפשט הבעיא הנה אנו רואין להיפך שהרמב"ם והב"י שנמשך אחרי דברי הרמב"ם דפסקו מהני תפיסה ובדין מתגלגל דלא נפשטה האבעיא כן בדין כליו של לוקח.

וכן בדין ברי שצוה בכולם לא נפשטה הבעיא ובכולם פסק דלא יכול לתפוס ומוציאין מיד התופס להזוכה גם מ"ש אף מי שאין בידו להכריע ואפי' טעם וסברא אינו יכול להציע מ"מ מאחר שאם הי' ת"ח מופלג והי' יכול להכריע מ"מ מצי לומר קים לי כהך דיעה לתפוס מספק כמה לא מעליא הא שמעתא מי איכא מידי דאנן לא ידעינן והתופס יאמר ק"ל כהך ומה שפי' בדברי הרא"ש דכל כמה דלא דמי לס' בכור לא מהני תפיסה הנה הרא"ש וכל מפרשי דבריו נקטו בלשונם טענת ברי ומי הוא הנביא שיפרש דטענת

קים לי הוי ברי למי הכריח לחלק על ת"ה בחנם וכבר כתב עליו באו"ה שלו שהוא הגדול שבאחרונים וכן מהרי"ן לב כמ"ש לעיל גם כל הפוסקים כללי דכל שתחלת' דינו המע"ה אין כאן תפיסה וכ"כ הריב"ש ס' ק"ס בש' הרמב"ן דאין תפיסה מועלת רק כשהספק מחמת הכחשה אבל בספק מחמת הדין כגון תיקו בש"ס כיון שדינו קולא לנתבע כו' וידוע בכל פלוגתא דינו קולא לנתבע: עוד כ' הרב תדע דהא מסיק במרדכי בשם ר"ש בר' ברוך וכו' והנה מאוד אני תמה על הרב הזה אם דעת רשב"ב הי' בכל התלמוד בפלוגתא דרבוותא תועיל תפיסה מאי בעי הכא ולמה ישתנה הדין כאן א"ו דווקא פסק כן וכמ"ש מהרי"ק ז"ל די"ל בלא"ה כרש"י רק דלא רצה להכריע נגד ר"ת רק בתפס ואף שמהרי"ק פ' דכן אפשר נראה בעיני שהוא פשוט ובד"מ ראיתי שהשמיט תיבת אפשר והנה הרב רצה להכריח מדברי המרדכי שמחלק בין תיקו לפלוגתא דרבוותא ואדרבה מדברי המר' מוכח להפך דהא גם תרי ותרי ה"ק המר' למה לא תועיל תפיסה והא קי"ל תקפו כהן מוציאין מידו ותירץ לפי שהוא טוען ברי שחייב לי משמע להדיא דווקא ברי הא אם מצא שט' בין שטרותיו לא מהני ולדברי מהרש"ל הי' יכול לחלוק דתרי ותרי הוי כעין פלוג' דרבוותא ויכול לומר קי' לי כתרי ואדרבה תרי ותרי עדיף כמבו' בני"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 בלויא כמה טענות ואמתלאות לטעון טענת ברי רק שמביא דברי רשב"ב לרא' דאפי' בטענה רעוע דקים לי כרש"י יועיל לפרקים תפיסה מכ"ש בטענת ברי ועיקר דבריו סמך 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' כנביאים אנו כאנשים 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 הופשט לראשונים ומכ"ש לבעלי התלמוד ויפה כ' מהרי"ק שיש לחלק בין פלוגתא דקדמאי דודאי 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 מוציאין מיד התופס אפי' תפס בהתר אבל לפרקי' היכא דנסתפק הדבר ביד 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 מיירי דאף אם תפס הלוח בהיתר מפקינן וכן משמע מדברי המרדכי.

ונראה להביא רא' דהא אבק ריבית אינה יוצאה בדיינים ואע"פ שהלוח 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 מוציאין והרמב"ם פסק דף הכהן מלוי לא יחזיר ותמה הר"ן דהא קיי"ל דתקפו כהן מוציאין מידו ומאי קושיא שאני הכא דיכול התופס לומר קים לי כהאי תנא אלא ודאי פשוט לו להר"ן דאין חילוק וכן סתם בלשונו שכך

הדין בתופס ממון שהוא מסופק מצד הדין דמוציאין 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 ראי' ברורה לקמן ס' קט"ו פסק מהרמ"א בתחלת הסי' דהלכתא תקפו כהן מוציאין מידו ומונה והולך כמה ספיקות ספק בכור ואנדרוגינס וכ"ב"י דדין זה הוא פלוגתא דרבנותא ולדברי הרב מהרש"ל הי' לו להרמ"א להג' דבספק זה אין מוציאין מיד התופס דיכול לומר קים לי אלא ודאי דכל שהדין מהסופק לנו גם התופס אינו יכול לומר קים לי וכן משמע מדברי הב"ח שהחלק ג"כ בי"ד גבי מתנות כהונה שאין מוציאין מיד הלוי: סימן כ"ז העתק כלל דיני תפיסה מהרב הגאון מהרו"ך ז"ל אשר נשמט מספרו סמ"ע סימן כ"ה כאשר הורה בעצמו עליו סעיף 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 מוציאין אותו מידו פ"י דתפיסה לא מהני אלא למ"ד שטען ברי אבל ה הכהן הזה אפ"י אחר שתפס אין לו אלא שמא הילכך מפקינן מיני' דמוקמי לי' בחזקת מרא קמא והכי א"ר נחמן גבי חודש העיבור דאוקמי קרקע בחזקת בעלי' ואע"ג דתפס השוכר ולא מהני תפיסה מספיקא וכ'.

כללא דמילתא לטענת ברי מהני תפיסה דכיון שהוא טוען ברי ומוחזק בה אין לנו כח להוציא מידו אבל מי שהוא מספק בדבר אם הוא שלו אם לאו לא מהני תפיסתו לאפוקי מחזקת מרא קמא עכ"ל. ובריש כיצד הרגל כ' וז"ל ומיהו תימא על הרי"ף ז"ל למה לא הביא הך בעיא דרבא יש העדאה לצרורות לרביע נזק וסלקא בתיקו ואפשר דסבר דאין נפקותא בהך בעיא משום דלא מצינו בבבל צרורות דביעוט העדאה לצרורות לרביע נזק וסלקא בתיקו ואפשר דסבר דאין נפקותא בהך בעיא משום דלא מצינו בבבל צרורות דביעוט הוה משונה וקנסא הוא אא"כ תפס וכי תפס לא מפקינן מיני' עד דמשלם חצי נזק כיון דעלתה בתיקו והוא מוחזק הילכך אין נפקותא בבעיא זו דבלא תפיסה לא דיינינן ואי תפס גובה חצי נזק מיהו תימא כיון דספיקא דדינא הוא מאי מהני תפיסה כיון דלא איפשט הבעיא אוקי ממונא בחזקת מרא ושלא כדין תפס ודמי לספק בכור דפ"ק דב"מ דאם תפס מוציאין מידו כיון דאין לו אלא טענת ספק לא מהני תפיסה וכן נוטה דעת בעל התוס' בפ"ב דכתובות הילכך נראה דאם ביעטה והתיזה אפ"י אי תפס לא גבי רביע נזק ואידך מפקינן מיני' עכ"ל.

מבואר מדבריו דכל היכא שאין הספק מחמת טענותיהם כלומר שאין התובע טוען ברי לא מהני תפיסתו ולכן גבי ספק בכור וכל כיוצא בו שהמתפס עצמו מסופק אם הדין עמו אם לאו בזה לא מהני תפיסה וכמ"ש בסמוך ומ"ש בשם התו' הוא שם דף כ' גבי שנים חתומים על השטר ואתו שנים ואמרו ידענו כתב ידם הוא אבל אנוסים הי' כו' וכת"י הראשונים יוצא ממקום אחר ואר"נ אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מרי' ע"ז כתבו ז"ל פ"ה לא מגבי' ולא קרעינן לי' ונ"מ אי תפס לא מפקינן מיני' וק' דאמרי' בפ"ק דב"מ גבי תקפו כהן מוציאין מידו וי"ל דשאני גבי בכור שכהן עצמו טוען ספק אבל הכא שטוען ברי מהני תפיסתו.

ועוד כתב הרא"ש תפיסה מהני והוא שתפס ברשות וכמ"ש הרא"ש פ"ק דבכורות וז"ל אם תקפו כהן מוציאין מידו אלא כשתקפו אבל נתנוהו לו בעלים הדר הוי להו כהן



בעלים ובעלים הוי להו הממע"ה כדתנן וכו' והכי אמרינן בכל ספיקא גבי כור בלמ"ד סאה בסלע אני מוכר לך ראשון ראשון דמספקא לן אי תפס ל' ראשון אי תפס לשון אחרון ומשום דתפס קנה וכן בפ' השוכר את האומנין השוכר ספינה וטבעה בחצי דרך ר' נתן אומר אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן משום דספיקא הוא ולא מפקינן ממונא ממאן דתפס הואיל ותפס ברשות עכ"ל וז' הנימוקי יוסף בפ"ק דב"מ דף ס"ז ע"א בשמעתיא דתקפו כהן דף ו' ע"ב שמעינן מהא דכל ספק ממונא דקי"ל דהוא קולא לנתבע וחומרא לתובע אי תקפו בפנינו או בפני עדים מפקינן מיני' דאוקי ממונא בחזקת מרא קמא ותקיפה לא מהני ומיהו היכא דספיקא דממונא אתי מחמת טענות של בעלי דבר שהם מכחישינן זא"ז ולא נתברר לנו האמת בכה"ג אי תפס שלא בעדים מהני לי' תפיסה במיגו דאי בעי א' להד"ם אבל היכא שהספק מחמת הדין עצמו לא מהני תפיסה אפי' שלא בעדים דהא ליכא למימר מגו והיינו דווקא היכא דאיכא ספיקא דהוי קולא לנתבע וחומרא לתובע אבל ספיקא דממונא שאין אחד מהם מוחזק יותר מחבירו אם תפס אחד מהן אין מוציאין מידו והאריך שם בפרטי דינים ולבסוף מסיק וכו' ז"ל אמר המחבר כללא 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' כשהספק הוא מחמת הדין בעצמו כגון כור בלמ"ד סאה בסלעוספק בכור וכיוצא בהם.

הב' כשהספק מחמת טענותיהם כגון זה אומר שלי הוא וזה אומר שלי הוא. כשהספק הוא מחמת הדין בעצמו ותובע תפס אי מפקינן מיני' תלוי בד' תנאים במילתא דלא עבידא לגלויי ושלא יהא תרי ותרי ושלא יהא ברשות ושיהי' מטלטלים שאם איכא תרי ותרי לא מפקינן מיני' דבכל תרי מינייהו סמכינן בוודאי ואינו בדין שנוציא ממון מרשות התופס כיון שב' עדים מעידי' כדבריו ומוכח בפ' האשה שנתארמלה דאף בענין איסור הדין כן דלא אוקי תרי להדי תרי ואוקי מילתא אחזקתי' וכדמוכח בההוא דינאי המלך בקידושין פ' האומר וכן נמי עבידא לגלויי לא מפקינן מיני' משום אטרוחי בי דינא וכן אם הוא ברשות ובמטלטלי לא מפקינן מיני' כי ההוא דלמ"ד סאה בסלע אבל בקרקע אפי' ברשות מפקינן מיני' ובכל אלה אין חילוק בין אי תפס בעדים לתפס שלא בעדים אבל כשהספק מצד טענותיהם יש חילוק בין אי תפס בעדים לתפס שלא בעדים דשלא בפני עדים איכא מגו וכשאינן א' מוחזק יותר אלא יש לשניהם בשוה כשנים אוחזין בטלית אם קדם א' ותפס מחבירו והלה צווח מעיקרא מפקינן מיני' שתק ולבסוף צווח 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 הנ"ל ובפ"ב דכתובות נראין דברי הר"ן (הנ"י) שלא כדברי התו' והרא"ש ז"ל שהרי מכח קושיא דתרי ותרי הקשו התו' וחלקו בחילוקים אחרים ולא חלקו בין תפיסה דתרי ותרי לתפיסה דגבי שאר ספיקות מיהו בכל הנך שכ' הר"ן (הנ"י) נראין דשווין הן גם כתב הרא"ש זו.

כלל 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 בעדלי יש לו מיגו דהא יכול לומר להד"ם להכי נאמן נמי על מה שטוען ברי לי שזה הוא שלי או שזה חייב לי כך וכך.

וז"ש רבינו בסי' ע"ב גבי משכון זה אומר כך וזה אומר כך הלוויתך עליו וז"א לא כי אלא פקדון הוא בידך 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 אפ"י תפס שלא בעדים ליכא למימר שום מיגו דהא לא טען טענת ברי שהוא אינו יודע מה הוא הדין ולא שייך לומר אי בעי הוה טעון כך ולהכי לא מהני תפיסתו ומעמידין הממון בחזקת מרא קמא והוא מה שכ' הרא"ש ז"ל וכשאין טענתו ברי כלומר בספיקא דדינא ל"מ תפיסתו.

ומעתה נבוא אל הביאור דברי רבינו הטור הנה מ"ש בריש סי' ש"ץ כשכשה באמתה מיבעיא וכו' ור"י פי' כיון דספיקא דדינא הוא לא מהני תפיסה וכן כ' אח"כ גבי ביעטה והתיזה צרורות וכו' ולדעת ר"י שאין מועיל התפיסה כו' אע"פ דלא מצינו בהדיא כתוב גבי כשכשה באמת' בשם ר"י דלא מהני תפיסה מ"מ שפיר כ' רבינו ור"י פי' כו' כיון דאביו הרא"ש הביאו על הני דינים דנזיקין הנ"ל דברי הר"י דפ"ב דכתובות דמוכח מיני' דלא מהני תפיסה בכה"ג וכנ"ל אך מ"ש בסי' שפ"ח גבי זרק כיס לים וטען חבירו שהוא מלא מעות ז"ל וכו' הרמב"ם ואם תפס אח"כ אין מוציאין מידו וא"א ז"ל כתב כיון 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 דרך אינשי ליתן בכיס מעות מ"מ הא זה טוען ברי לי שהי' בכיס מעות והזקתני כך וכך ואמאי לא מהני תפיסתו הא כו' התוס' והרא"ש והר"ן בהדיא דבספיקא דטענות מהני תפיסה כיון שזה טוען ברי וכן ק' מ"ש אח"כ סעיף ד' בדין מסור דלהרמב"ם אי תפיס נשבע ונוטל ולהרא"ש ל"מ תפיסה כיון 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 כך וכך הזקתני וזה מקרי ספיקא דטענה.

ולכן נלענ"ד דע"כ איירי בניזק ומסור דתפוס בעדים דאי לא תפסו בעדים מאי איריא להרמב"ם דמהני תפיסה בניזק ומסור והלא ידוע שהזיקו או מסרו רק שמחולקים בכמה ואפ"י אין ידוע שמסרו או הזיקו כלל מ"מ נאמן במיגו דלהד"ם או החזרתי במה שטען שהזיקו א"ו מיירי דתפסו בעדים ולא הוצרך לפרשו דסתם תפיסה פי' כך כשתפסו ממה שהוא ידוע בעדים שהוא של חבירו וכיון דליכא מגו הממון שתפס ברשות בעליו אלא להרמב"ם ס"ל כיון שזה הזיקו ומסרו בעדים אלא שמחולקים במסור בכמה ובהזיקו אי דרך לאנוחי בסל מעות א"כ נאמן הניזק 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 כיון שאין כאן אלא ספיקא דדינא לא מחשבינן התפיסה לכלום ומ"ש רבינו כן בשם הרא"ש אע"ג דלא מצינו שדבר הרא"ש בו לשון כזה נראה פי' דהכל 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 וחייב המזיק והמסור וליכא מיגו ולכך פשוט לרבינו דלדעת הרא"ש ל"מ תפיסתו בכה"ג ונוכל לומר דבכל מקום שהוזכר תפיסה סתם משמעותו שתפס בעדים ואפ"ה

ס"ל לרמב"ם דמהני תפיסה אפ"ל לית ל"י מגו היכא דאיכא עדים שזה היה שלו או כיוצא בדבר וכמו שנתבאר סי' צ' וסי' קל"ח איך שלהרא"ש ל"מ תפיסה אי תפס בעדים אפ"ל בספיקא דטענת בספיקא דדינא אפ"ל 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 מיני' אע"ג דהיאג"כ ספיקא דדינא ואין התובע טוען ברי ר"ל דס"ל לרבינו כיון שעכ"פ צריך להחזיר לנגזל גזילתו דהא מיירי שם דלא אשתני מחמת שבח וגם מיירי לפני יאוש ואפ"ל שבח שעל"י הכל של נגזל דהא ברשותו אשבח וכמ"ש בסי' שנ"ד אלא שמפני תקנת השבים תקנו שיהי' השבח של גזלן וא"כ כיון 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 דמיא: ונראה דזה ג"כ הטעם לעיל סי' ק"ן סעיף י"ג גבי בקש למכור שדה במאה והי' מוצא למכור במאה ולא טרח והלך ומכר במאתים איבעי' לן כיון דהי' יכול למכור במאה ומכר במאתים לא ניחא לי' קרקע זו והוי כמוכר שדה מפני רעתה והדין דאפ"ל עייל ונפיק אזוזי אין א' מהם יכול לחזור וכו' או דילמא כיון שאין ניכר דעת בעל השדה ל"א דמכ' מפני רעתה ומה דעייל ונפיק אזוזי הוא ועדיין לא גמר ומקנה יכול לחזור בו ולא איפשטא וכ' הרמב"ם דאי תפס המוכר במקח שמכר כנגד המעות שנשארו ביד הלוקח אין מוציאין מידו וכן כ' רבינו סתם דעת הרמב"ם אע"ג דזה נמי ספיקא דדינא וקי"ל לרבינו דלא מהני תפיסה אלא ודאי כמ"ש דכיון דקרקע מוחזקת שהיא של המוכר אך שמכרה ומספקא לן אי כבר גמר ומקנה או לא בכל כה"ג כיון דלא ברור לן שלא מרשותו ודאי מהני תפיסה דהתפיסה מחזקת ומוקמ' לממונ' ברשותו דמר' קמא דומי' דגזלן דהכי: ועוד נראה דהתם לק"מ דהא כ' הרמב"ם ותפס המוכר המקח שמכר וכו' אבל אי תפס מידי אחרנא לא ותפיסה במה שהיתה שלו ודאי מהני לכ"ע כיון דעדיין לא יצא הדבר מרשותו אלא ע"כ שאין זה דקדוק שא"כ קשה לדעת הרמב"ם דס"ל דתפיסה מהני בכל מקום למה כ' דתפוס ממקח שמכר הא אפ"ל מידי אחרנא נמי וצ"ע ומה שכ' רבינו בסי' ד' גבי כור בל' סאה וכו' דמבעיא ולא איפשטא בתר איזה לשון אזלינן ופ' רבינו דמהני תפיסת הלוקח במה שבא לידו אע"ג דהוי אפוקי ממונא מחזקת מרא קמי' כבר כתבתי בשם הר"ן דפשיטא דמהני תפיסה כיון שברשות תפס שהרי המוכר עצמו מודה לו בזה ותפיסה ברשות גבי מטלטלי מהני: ומה שכתב רבינו בסי' ר"ב גבי הקנה קרקעות לאחד ולשני מטלטלין אגבי' דמבעיא ולא אפשטא וכ' בש' הרמב"ם דמהני תפיסה אחר שחזר המקנה אין מוציאין מידו אע"ג דגם שם הוי ספיקא דדינא ותפיסה להוציא קרקע מחזקת בעלי' לק"מ דהא זה המוכר ע"כ הוי דעתו מתחילה שקנה זה קרקע וזה מטלטלין והוציא זה מטלטלין מרשותו ולא רצה בהם כלל אי הי' זה הקונה תפס אותם קודם שחזר המוכר בודאי פשוט הי' ששוב אין המוכר יכול לחזור דקני ל"י זה בתורת משיכה או תפיסה לרשות' להכי השתא נמי נהי שעתה כבר חזר המקנה מ"מ כיון שדעתו מתחילה הי' להקנות לזה אגב קרקע אלא שמספקא לן אי קנה בכה"ג להכי אהני לי' תפיסתו של זה להקנותו בתפיסה זו כדין קנוי' מטלטלין אף שזה כבר חזר בו מ"מ הא אפשר דאף אם רצה לחזור אין יכול לחזור כיון שכבר הקנה לו בתורת אגב: ומה שכתב רבינו בסי'

רמ"ח בדין ש"מ שאמר כל נכסיי לפלוני דקנה כל המטלטלין ומבעי לן אי קנה ס"ת או לא ועלתה בתיקו ואפ"ה פ' רבינו אי תפס לא מפקינן מיני' לק"מ דהכי כיון שזה הש"מ מוציא כל המטלטלין מרשותו שנתנום לזה שזה יתפוס בהם אלא שבאו שאר היורשים אין זה בכלל מהני תפיסתו דהא גם היורשים אינם מוחזקים בממון זה והוי כאלו אין שום אחד מהם מוחזק בדבר וכל א' אומר שלי דאמרינן דכל דקדם ותפס מהני תפיסתו, אפי' תפס בעדי וכנ"ל בשם הר"ן.

אך ז"א דהא דין זה כתבו הטור גם במתנת ברי בקנין והרי הנותן עצמו עומד ואומר עדיין לא הוצאתי מרשותי. וצ"ל דכיון דנתן לו הכל והרשה לו לקחת ויש להסתפק אי ס"ת בכלל והנותן עצמו אינו יכול לטעון ברי שאיננו בכלל נכסיו מש"ה אי קדים ותפס המקבל ה"ל כאילו תפיס ברשותו כנ"ל גבי כור בל' סאה בסלע דמהני תפיסתו.

ומה שכ' רבינו ס"ס שי"ב גבי עלי' ונפחת התחתונה דאבעיא לן אי ירד לדור למטה בבית או ידור בעלי' ולא איפשטא. וכ' שם ואם דר בבית אין מוציאין מידו השכירות של בית היינו משום דהתם לא שייך אוקי ממונא בחזקת מרא קמא שהרי גם המשכיר מודה עכ"פ שיש לזה לדור בביתו אלא שמחולקים אי צריך לעלות לעלי' עליונה לדור או לא לכך מהני התם תפיסה תדע לך שבאותו סי' עצמו כתב רבינו גבי י"ב דינרים לשנה דינר לחודש דמספקא לן אי תפיס לשון ראשון או אחרון ופסק דלא מהני תפיסה וצריך לחלק בכך וכמ"ש שם בפנים ע"ש ודו"ק ועיין בת"ה סי' שכ"א שכ' שם דין תפיסה בספיקא דדינא והאריך להביא שם כמה ענינים ע"ש: סליקסימן 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 הנה 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 סי' מ"א כ' וז"ל.

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 וכו' דלפ"ז דאם נטל זה בית וזה אחר שנטול 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 וז"ל 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 שפ"י 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 שפ"י 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 לרבנותא 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 פ"י 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 אירייתא דאשכחנא להנמק"י בפ' השותפין שאחר שהביא פירש"י ז"ל ופ"י 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 דמרון 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' דמדברי הרא"ש ז"ל נראה דרש"י קאי בשיטה זו דאינם לו לקנין עכ"ל"ה: אלא די' 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 הטו"ר 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 דהו 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 לההיא 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 פקיא 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 דמרן 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 כדכתבנא 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 ויכול 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 פתחכם 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 שטרו מן העכברים ולא אמרו כותבים שובר אלא משום עבד לזה לאיש מלוה ומשום שלא יאכל הלה וחדי הלא"ה לא.

ע"כ: ולדין דגרינא בתר מרן לא צריכנא תו להאי טעמא וכמ"ש"ל. וכ"ש בהצמדם יחד: וראיתי לחו"ר סאלי הי"ו שכתבו וזל"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' לפניו וכחלוק דמי וא"כ יכול כל א' בשלו להעמיד כותל מכאן ומכאן גבול ד"א שלפניו ביתו דבשלו הוא בונה.

ואח"ך הביאו ראיה לדבריהם מתשו' הר' בית יעקב הנז' וכתבו ומשוש 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 פנוים 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 מחל 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 ושתיקו 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 הפירה 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 כדאים 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"י 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.

דבהיה דסי' רל"ח פסק דהיכא דאיכא חסרון קרקע צריך חזקה ג"ש וטענה. ואלו בהיה 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 וכהיה דאמרינן גבי מעמיד בהמה בחצר השותפין דכ' הה"מ בפ' ה' מהל' שכנים הל' ה' דלדעת מהר"י נ' מיגאש ז"ל והרמב"ם דבבב"א דהשתא 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 ואפ"י למי שמפרש הך מתני' דהיה מעמיד בהמה בחצר בחזקה שאין עמה טענה ושאינה 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 בבונה 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 אפ"ל לא טען שחלק ברשות השות' החזיק אע"ג דקי"ל השותפין מחזיקין זה על זה בדאית ביה דין חלוקה ונחית לכולא אבל נחית לפלגא אפ' 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 דומיית דהיא 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 דאפוישי 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 מהגאונים 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 שיכנה 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 לומ' 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 וכמובן מדברי הר"ד יונה ז"ל ש' 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 שנטלת 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 כנרתצה 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 נרתצה לו בחלוקה שגם הוא יטול חליפיו במקום אחר ואע"ג דהחלוקה הוי חיסור קרקע וקי"ל דבחיסור 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 דנרתצה 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 דהשתיקה לא הוי כנרתצה לחלוק ויכול לומר לו סתור בנינך.

כמובא למעלה: ולא שלטו מאורי אור עיני קדשו בדברי הרב מהרי"מ ט"ז 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 הוו 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 דלאלתר הוי חזקה יכול הרי"ב לומר קי"ל כוותיהו 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 כפלוגי היחיד ואפי' לגבי תרי וכמ"ש הכנה"ג בכללי הקי"ל אות ט"ו דהכי אזלא סוגיית 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 כמהרי"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 דמהרי"ט הוה הדר דמדלא הביאה בתשובתו מסתמא אמרינן דלא שמע. שכ"כ מהרי"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 שמשיב 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 מהרי"ט. למה הוצרך לידחק ולפר' דלא כדמשמע ליה איהו גופיה. ואף דנימא דהוא לא ס"ל הא דמהרי"ט.

מ"מ מנא ליה דמהרשד"ם לא ס"ל כמהרי"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 שבניתי. 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 פקיהא במסקנא דמילתא דהדר ביה: וראיתי לחו"ר סאלי יע"א הי"ו שכ' ז"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 שבניתי בגבולך היה בדעתי 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 המשה"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. ואפ"ל 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 הב"י בסי' 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' וז"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 אפ"ל 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 וז"ל הו"א ויש שם אכסדרה לפני הבית אפ"ל 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 לזון כמהרח"ש.

וע"ז כתבו הרי לפניך דלא מלבד דהדבר במחלוקת שנוי וא"כ לוי שכבר בנה יכול לומר קי"ל כמהרח"ש ומהרשד"ם ז"ל דסברי מרנן דהגארדקי 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 וטראה 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 אפ"ל 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 האלנבא 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 הגנה היא הרה וכי ממנו נתעברה [והוא מכחיש כעת ואו' שיש לו ראיות כי מקודם לזה היתה הרה לזוננים] וא"כ צריך לכסות את קלונו וקלונוה 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 שהוא 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 שמיייהו 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 נמוסייהם 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 בתה 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 אנפשין אין חבוש וכו' גם כי ידענא בנפשאי ערכי עלי.

גם כי בלא ספרים מצורף אל רוב טרדותי ועמהם הס"ר ושכמ"ה: תשובה. ראה ראיתי את השאלה הלזו ואת אשר נגזר עליה מאת הרב המופלא.

דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא. כמהר"ר משה ן' 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 צער'ים ואין ביניהם אפי' כמלא נימא. אולם היותי נכוה בפוצר'ין.

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 לישיני 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"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 אפי' בלשון משובש: ועדיפא מינה אני אומר שאפי' אם יבא זה העד עכשיו לפרש דבריו לומר דהדברים ההם הם הלשון המורגל לא מהימנן ליה. ואע"ג שכתב הב"י בסי' 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 ומדשכח 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 ה' 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 החזיקוהו לתשו' מר"ן ואין ראי' 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 להדיא דלאו דמר"ן היא אלא קיצור דברי מהר"א נ' נחמייאש 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 דאפ"ה 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 אפ"י 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 וכדאמרין 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 אפ"י 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 לנד"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 הדיינים מסכימים בעדותן שעשו לפני הדיינים 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 ואפי' 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 אפי' 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 אפי' בדין מרומה אם לא נעשה דו"ח אין עדותן בטלה.

הר"ש חקאן הלוי ז"ל בתשו' כ"י 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' כ"י 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 המחב"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 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 מפני 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' 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'.

גב' 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 בצלאל ז"ל בס' ה' והר"מ אלשיך ז"ל בס' ק"ד דחו כל ראיות רבינו המחבר"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 בס' ק"ד כתב דלכ"ע הוו חוזרים ומגידי.

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 שידוע 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.

ואפ"י 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 להתארוס 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 לאירוסיין 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 אפ"י 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 אפ"י מענין לענין ובאותו ענין ע"כ: ואע"ג דמור"ם במפה סי' כ"ז כתב וז"ל ואפ"י 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 והיא דמהר"ם בסי' כ"ז.

כי היכי דלא ליהו 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 אפ"י 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 בדבר ערוה אם רבו הפוסקים להחמיר יש ביד הדיין להחמיר דלא כמר"ן זולת אם רוב הפוסקים להקל ואיכא בינייהו 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 הגאונים 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 לקידושו.

ע"כ.



אשר מזה מקום יש בראש לומר דלדין 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 זא"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 זא"ז ובטלה עדותם. ואף למ"ד דדין עדות קידושין כדיני ממונות דמיא.

מ"מ בחקירות ובגוף העדות אף כדיני 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 זא"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 אוף 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 ק' 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 לנד"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 אחרני: 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 זז ידו בכל 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' נחמייאש 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 מזור. 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 דידן 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 זוזי 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"א 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 להדייא 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 דייקינן 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 זהו 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 ידיונהו 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"ח ט"ז 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"מ ט"ז 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 קראתי 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' וכנז"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' המנ' 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 המעיין 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' 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' כמלונ'ה במקש'ה וסתם קני'ן 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 בכה"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 בכהה"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 הנז' תוסף 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 דההיא דהביא הרב"י בסי' ר"ן ביתומים קטנים. וההיא 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 משגיח 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 שברכות 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 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 ממנו 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 מורישי רשאי למנות אפוט' על היורש הגדול ומונעין אותו ב"ד מלהחזיק בממונו עד זמן שציוה המורישי מדכתב קודם אין ב"ד מונעין ממנו ממנו 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 המורישי וכו' הוכיח מהר"מ מטראני 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 וז"ל 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 וז"ל 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 מינוהו 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 עליה.

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 אפוט' 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 אפוט' יוכל 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 מבעיית 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 בהדייא 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 מינוייו 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 דמבעיית 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 ופכ"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.

ורשאים 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 דרבנותא 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 דרבנותא.

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 סגי 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 ויוותר 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 צווה. צפור לא צפצף.

ונמצא שכבר פשט המנהג כן ואין לשום אדם לערער על המנהג: והילך מ"ש מוהריב"ן 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 והתקן 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 בס' 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 זכרין 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 ורשאי' 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. ותני' 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 כבוד 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 מודו"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 כתבתים 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 דכפ"ה 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"י 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"י 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"י 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"י 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 עצבונה.

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 עצבון 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 נא 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 זכיה 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:ה: 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 ירושתו 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"ן 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 ניזונית 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 דהו לשון מתנה הו כאומר אני נותן במתנה בפ' שכתבנו לעיל דלשון תטול לא הו כאומר תנו.

והרב משה"א סק"ו הבין דברים כפשטן דדוקא באומר אני נותן במתנה בפ' אבל לשון תטול ותחזיק וכיוצא לא הו אלא באומר 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 הו 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 בידינו לדון בו בדמיונות אלא מקום שאמרו אמרו במקום שלא אמרו לא ידענו מה ואין כח בידינו 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  
ושבו 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 דרנא 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 בסי' 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 ההדוחה 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 בסי' י"ג ואף דהרב שער אשר פי' 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 שייר 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 דהוו 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 ואחריכ לילדי בנותי וז"ל ועוד נראה לי דאפי' הוה קי"ל כרבי דב' מוציא מיד הלוקחות 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 שוינהו 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 פי' 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'קי 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 קיימיה 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' וזל"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 אהיו 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 וכ' עליו שהרי הרשב"א הביא מהרי"ק בלשון אפשר אמרה ואע"פ שכ' 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 מיילי 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 מיילי 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

נתכוונו 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 מוציין 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 דאמרין התם גמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת סתם מנין ת"ל לכל אשר יבטא.

מהא דאמרין 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 לאו 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 דהדין 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' דברינו] 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 למהר"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 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"י 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 מורישים לא ואע"ג דטעמא דנכסי אביו שייך בנכסי שאר מורישים 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 מורישים 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 שכיחא 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 בהיא דהרא"ש ז"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 אהיה 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 ס"ק"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

לאשמועין 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 דממ"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 והאי דנא 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 דבדברי 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 לכופן 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' בפירוש. 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 בפירוש: 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. אפ"ל 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 אפ"ל 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: ומהרי"מ 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 הה"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 ואפ"י 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 אפ"י לפי דעתם הרי בכאן מתנה הבעל עם האשה שיתנהגו ע"פ התקנה וא"כ הוי מן הדין דכל תנאי שמתנה קודם התנאי קיים ואפ"י 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 דאמרין 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' ע"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 דיכדו 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 ונתינה 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 שפלושו 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.

וכהיא 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 אפ"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 בפירוקן. 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 הוא 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 דטענין 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.

ואידי דטרנדנא 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 הבריאים וציוה לפנינו מחמת מיתה שהר' אברהם בהר' יעקב ה"ן מרעילי יהיה אפוטרופוס לפקח בנכסיו בכל מאמצי כחו ותחי' 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  
להזדקק 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 נפלאותי. 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 וזל"ה 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 להדיא 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 בהדיהו: 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 כמ"ש"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 בהדייהו 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 תירוצך 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 תירוצא 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 סיומ 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 סיומ 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 בידינו 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 היורשים שוב לא יחול אחר זמן כששמעו ושתקו ואין כאן כ"א דברים שבלב. וא"כ בנד"ד שלא היו היורשים 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' נ' 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 קיים 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 לאו אבל היכא דהספק אם חל ההקדש על דבר שאינו בעולם א"ל לא. ע"כ: אחרי כותבי.

ראיתי להרה"ג כמוהר"י נ' 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 מפקין 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 דין 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 הרחיב 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

וידיין 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 האפוט' הנז'.

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 אפוט' 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 ומוהריב"ץ 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 המבי"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 המבי"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'  
המבי"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 זז 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 גווני 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 ואפ"ל 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 אפ"ל 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 בס"י 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 בס"י צ"ב הסכים דלכ"ע מהני וכן מוכיחין דברי הסמ"ע בס"י 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 בס"י הנז' ד' נ' ע"ב מחב' ובס"י יו"ד ויז' כ' דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא המע"ה ועי"ש בס"י ל' ול"ו ובס"א סי' אב"ג ובמהרשד"ם חח"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 בס"י 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 בס"י 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 הווי 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"יד 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' וזל"ה 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 מפיהם 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"ד 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 דפשט 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 בס' 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 כוונו 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 כוונו 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' 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' 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 תקנתיהו 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 וכו' 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 שעתידי 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"י 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 ויחלוקו 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' זכייה והטור סי' רמ"א אבל אמר אתננו אפ"י 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"י 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"י 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 דרבוותא 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 ליהוו 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 וכמ"ש"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 לאקשוויי 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.

וראווי 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 על'י.

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 וז"ל 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 עכ"ל"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' כמבו' 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 מוחזה 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"בח. 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.

חדא 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. וצווי"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 בנים 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 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 ליפלוג 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 לספיא 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 מינה אפ"ה אפשר דכלייא קרנא לגמרי ע"כ: נמצינו למידין 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 צוואתיהם 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 ושאני 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 יזיי"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. וכו' 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 וכו' 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 המבזבז 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 בזבז 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 לבזבז 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 לההיא 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 פי' 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 זיע"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 וזל"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 אוהו מעצמן כמו שמוכיחין אותו בשם חכם ודיין שהתוכחת משמו עושה רושם גדול ואפ"אם 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 והמעשה 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 דבדברי 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 בדברי חזירים 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 לאיש 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 ומקוימת 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 בם 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 בכו"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 מור"ם 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' סק"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 וכ' 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 כי"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"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 כמש"ם 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 כמש"ם 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 כמש"ם 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 וכמש"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 כמש"ם 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"ם אלא לגבי פ"י שלא יזכה בהם עד לאח"מ הנותן ותל"מ: שוב מצינו להגאון מופת דורינו בסק"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"ם 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 דמע"י 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 אכ"י פ"י 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 פ"י 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 דמייא 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 נוהלין 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  
אפריק 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' דטענינן להו וכו' סתמו כפירושו דטענינן וכו'. שהרי בס"א במע"פ כ' בפ' דאפי' יורשי הלוה אינן טוענין כלל אנו טענינן 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 לי"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 דטענינן 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 לישבע 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 לווה ואח"ך מת לווה וכו'. ולפי דבריו אמאי יגבו יורשי מלוה בשבועה.

נטעון ליורשי לווה 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 טענינן 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 אפ"י 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. נדוניים 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 בהינומא 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 לפנים 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 המערער 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 דאמרינן 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 קאתייה 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 דבירשיים 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 קאתייה כדמסיק בפ' ז"ב לרבנן דקי"ל כוותייהו. 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 אתייה 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 הלוה 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 הלוה 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 כדן 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 כדונו 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 ומכיון 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 ואחריו לפלוני וכיוצא.

לא ברמז ובפרט אחר שעתיד להזכיר ב"כ בהדיא 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"ך 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 וכו'. 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 וכו' ז"ל. אבל אם כ' לה ולב"ך.

כנד"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 בכוונת 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 אחר 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' 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 דיורש 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 דיוורש 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 לה 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 מיוורש 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 בההוא 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 נאבד 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 דייקינן 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. אנן לא טענינן ליה.

יען שהיורש הודה שלא החזיק בקרקע אלא מכח שטר זה והודאת בע"ד כק' עדים דמי. ואנן 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 שלקחנה 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 שגיא 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 דרבוותא כבר כתבתי שיורשי הבן המוחזקים והבתים והחנויות בחזקתן הן עומדים עכ"ל: והש"ך סי' ק"ח סקי"ז אמ"ש מר"ן ז"ל אלא כשטוענין עם יורשי הלזה צריכים ג"כ ליטבע 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. וענין 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 הטו"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 דכייל 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 מהרימ"ט ז"ל ורבוותא דעמיה. והכי דייקי דברי מהרימ"ט 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 שכ' 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 למהרימ"ט 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 במהרימ"ט 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"מ 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' 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 בקוטרא 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 הניזוק 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 הניזוק 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 הניזוק 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 דהוּו 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 במקנה 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 דמשתמען 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 כ"ל 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 דכייל 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 בידו 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 בידו 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 המוציא 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 המוציא 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 המוציא נוכל לומר דלכל המוציא 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' 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 המוציא 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' וז"ל 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 מכרעא 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 מכרעא מילתא מי מיקרי מוחזק לדעת מר"ן ושכן היא דעת השע"א ז"ל דדעת מר"ן לא מכרעא.

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 והמשב"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 דדב"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 אחרינא.

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 אחרינא.

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 דידעינן 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 גריוא 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.

וצווי"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 שבן 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 גריוא 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 גריוא הוי מצרן.

דלא אמרינן דלא תועיל לו ערמתו אלא על המכירה הא' שהיתה עליה ההערמה ולא על שאר מכירות. ומינה להיא דהרא"ש שבן 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 קמייתא 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 קמייתא 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 קושיא 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 לתירוץ 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 שמייהו ב"ד שלפנינו זיע"א דנו הל"מ בלוקח שטר משכנתא שאין השותף יכול לסלקו.

מ"מ הרי הלכה רווחת אין למדין הלכה מפ"י 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 מפ"י 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 מפ"י 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"ץ 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' דדינו 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 דלדין 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 עי' 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 מונסונייגו.

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 להדיא 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 מוציאין 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. דאפוא 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 שהמעות בידו הוא המוחזק

ולא בעל השטר דקי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ולכן הלוח שהיא 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 שכתרו 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 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 לפניהם קנו מאת הר"ש הנז'.

והגם דהחכמים הגזברים י"ץ אינם טוענים שאמרו להם הגזברים אשר היו לפניהם 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 אכי"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 מנדרים 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 אכי"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 אכי"ר: אחר עתרת החיים והשלום לראש צדיק ולפריו קדש הלולים. נטעי נעמנים.

ה' עליהם יחיו. דשנים ורעננים יהיו.

ויתענגו על רוב שלום. אכי"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 הרואה 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 וחדל 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 ושאינם 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 שמשתעבד לו משתעבד נמי למאן דאתי מחמתיה ומאי דשקיל וטרי הרא"ש שאינו מבורר שם המלוה היינו שאינו מבורר בשטר אבל מיהא מכירו ובהכי הוא דסבר דמשתעבד 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 ולדידן 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 אפ"ל 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 בפ"י 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 בפ"י 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 אפי' 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 ופי' הרא"ש דלדבר מצוה יכול לשנותה אפי' לא יפרענה עוד וכיון שכבר זכו בו עניים היאך מצי לשנותה ותירץ וז"ל דמ"ש הרא"ש דמצי הגבאי לשנותו למצוה אחרת אפי' לא יפרענה עוד מיירי בשכבר קבוע לעניים לכל א' וא' כמה יטול בשבוע ואינם מוסיפים על קצבתה אפי' 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 ניחא 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 אפי' זכו העניים ואיכא פסידא בדבר מדכתב כן דעת הרא"ש והטור. ובהרא"ש והטור מבואר אפי' 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 נשאר 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 שיויים 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 הזרא הכי אמור דכל א' יעמוד בשלו אפי' 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 המכיל 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 חי"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 ומניינם 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' דאפי' 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 הקצור 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 גרוסס.

(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 כאפו"ט כ"ש אצל אמן דבמקום אב קיימה ע"כ: מעתה בנ"ד שהבנות סמוכות הם אצלה יש לה דין אפו"ט: והגם דמהרשד"ם חח"מ סי' מ"ו כ' וז"ל נראה מלשון רש"י בפ"ה 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"ה הן מעצמם נתחברו אלו ונשתדל בשלהם אז הוא דאמרינן דיש לו דין אפו"ט 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 אפו"ט 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 וצורכיהם 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 כאפו"ט 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 אפו"ט.

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 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 בוריינן 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 מרגן 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 אפ"י 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 אפ"י 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 דאפ"י 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 אפ"י 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 דהמוריש 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 הואיל 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 הואיל 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 להדיא 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 דידיענין 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' שנותן הודאה לא קנה אלא בשטר לפי שאין הודאה כשאר דרכי ההקנאות אבל בש"מ שדבריו ככתובין דמו קנה בלשון הודאה ואפי' אם עמד אינו חוזר ובזה חולק בעה"ט על הראב"ד דלהראב"ד חוזר אם עמד ולבהע"י 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 אפי' 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 אפי' בש"מ וכן נר' שהוא דעת המרדכי [אבל אם לא פירש שהקנם 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' רשב"ם דפ' 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 זוזי 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 דאפי' עמד אינו חוזר וכן פ' לה רמ"ה בסוגיין 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 וז"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 אפי' 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' וז"ל וה' 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 דבחייב 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 בחפ"ץ נמי אי אמר הוו עלי עדים שזה החפ"ץ של פ' נקנה הוא לו באודיתא ואם אמר הוו עלי עדים שאני נותן חפ"ץ 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 פרובינציא 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 האג"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 זכאן 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 אפי' 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 אפי' אמר הווי עלי עדים וכו'.

כו"כ משום דלא גרע מערב דלא מקבל מידי ומשעבד נפשיה בקנין אפי' 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 הגהט"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 מהייא 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 שיודה 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 ובתי' דחד שמי ששכן בבתי' מפני שממושכנת בידו או מושכרת לזמן ידוע ובאותם בתי' 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 וכ"נ בנ"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"ה ולפ"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 ושאני 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' 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"י 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"י 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"י 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 לרבנותא 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 דזה 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 ושמן 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 ושמין 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 מוציאה מידו מטעם דהלוקח הוי מוחזק ולפי האמור מ"ש ר' המחבר ז"ל ולענין הדין נ"ל דכיון דקי"ל דלוקח הוי מוחזק על המצרן 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 ניזל 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 דידעי 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 וע"י 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 וע"י 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"ט 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"ט 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 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 וכמ"ש"ל: אחרי כן ראיתי עוד לה' משה"ר מע' קו"ף אות מ"ח שכ' זל"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 ורבי 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 כוונתה. 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 תלייה: 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 תלייה.

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 ס' 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 ח"מ ס' 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 ס' קי"ג. ובח"א ס' רל"ט כ' דדין קרקע יש בהם ואין להם אונאה.

והרשד"ם בח"מ ס' רל"ה כ' ולא מהני ביהו מחילה וכ"כ בס' רע"ח ונראה שהטעם משום דדין קרקע יש להם ע"כ. ובס' רמ"ה בהגב"י אות מ"ב כ' שהראד"ב כ' דאפי' אם דנין אותם כמטלטלין לא מהני לשון מחילה.

ובמהדורא בתרא ס' 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 ס' כ"ח דמ"ב ע"ב. ועי' משה"ר מע' חית אות ל"א: והפרמ"א ח"א ס' צ"ב מתחילה צדד לומר דאפי' נדון לחזקות שלנו בדין מטלטל לא מהנייא מחילה ממ"ש הרא"ש בתשו' והביאה הריב"ה בטוח"מ ס' 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 ס' ק"מ אות נ' ואות צ"ה. ובאורח משפט ס' 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 בפי 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 ואמרנן 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 דלאלתר 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 אלוולי 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 עשאווה 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 זת"ד יעוש"ב: ואהמ"ר בהורמנותיה דמר קאמינא דדבר זה אי אפשר לאומרו. שהרי פ' 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 אירייתא 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 שפ' 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' 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' ר"מ חו"מ ח"ג סי' ח"י.

חסד לאברהם חו"מ סי' ח'. וע' 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' וז"ל"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'י 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 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 דהו"ל 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 ואחריה 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 דאחריהם 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 דאחריהם אינו קונה דאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם. ולפ"ז נאמר דמור"ם במפה הכי ס"ל דמאחר דמקבל א' ישנו בעולם אף שאחריהם 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 שאחריהם 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 אחריהם. 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 שאחריהם לא היה בעולם זכה: ולתירוצו של הכנה"ג בנ"ד זכו אחריהם 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 לדעת 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"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 וליורשים 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 תקדש 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 תקדש.

וכן כ' הרמב"ם להדיא. 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 וגירושין 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. ואתמהא 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 קידושין 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 דאמר' מיגו היכא שבאים ליפטר אפי' בשני עדים סובר דשותף זה פוטר לשותף אחר ואני אין דעתי כן דמאן דס"ל דאמר' 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 הרב"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 הרב"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.

שובמדו 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 הנסותרות  
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 ה"ב"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 ה"ב"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' ש"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 בכלהו 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 הוו שמיעי הוו 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.





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 דייקנן 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' וכ' 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 מפיס 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 לתיקון 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'ידאן 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 ומשם 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 בכמוהר"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 הוידוי 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 בעניותין 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 ה' 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 וכו' שגם בס' הר' אבל פקפק עליו בזה וכו' 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 שמתחיל 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 חז"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 ידידינו 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 דגרירנא 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 בבת בין הבנים דוקא אבל בת בין הבנות אפי' 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 בבת בין הבנים שאינה ראויה לירש אלא דהדר ביה משום דרחוק הוא בעיניו והיינו טעמא משום דמתניתין סתמא קתני וכמו שפי' דבריו הרשב"א גופיה סי' רמ"ט ולדבריו דפרק מי שמת הו"ל לדחות דבריהם ממאי דס"ל דבבת 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 אפי' נתן לה במתנת בריא לא.

נראה דאם באו לה בירושה פשיטא דלא אלא שרצה להוסיף אפי' מתנת בריא אלא דמתני' קשיתיה דסתמא קתני והיינו דוחקה דהרשב"א וכמ"ש איהו גופיה בסי' 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' בבת 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 בבת 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 בבת בין הבנים דוקא.

דאף בבת 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 בבת 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 הה"מ דע"כ לא קאמר הרשב"א אלא בבת 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 דבבת 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 בקיין 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 ממכר 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 שנתפתתה 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 בִּפְּ מִצִּיאַת הָאִשָּׁה ד' ס"ט אֲסִיקְנָא כְּרַב אֲשֵׁי דְבַת  
בְּעִישׁוֹר נְכִסֵּי בַע"ח הוּיָא וְלֹא יוֹרֶשֶׁת דְּאָף אֲמִימֵר הֵדֵר בִּיהּ וְאֵלּוּ בַעוּ לְסְלוּקָה בְּזוּזֵי הוּוּ  
מִצּוּ וְא"כ אָף כִּי דִּינִינֵן לֵה כְּמִקְרַקְעֵי מַהֵהִיא דְּאִמֵּר רַבָּא שֵׁם הִלְכְּתָא מִמִּקְרַקְעֵי וְלֹא  
מִמְטַלְטְלֵי בֵּין לְמִזּוּנֵי בֵּין לְכַתּוּבָה בֵּין לְפִרְנָסָה מ"מ אֵינּוּ אֵלֹא כְּקַרְקַע דְּעֵלְמָא וְלֹא כְּקַרְקַע  
יְרוּשָׁה שֶׁהָרִי אֵינָה אֵלֹא בַע"ח וְלֹא יוֹרֶשֶׁת וּבַע"ח דְּאַחִין כְּמ"ש בְּגִמְרָא וְעֵדִיפָא מִינָה  
דְּאִפִּי נִתְּנוּ לֵה הָאֲחִים בְּפִרְנָסָתָה קַרְקַע אֵינּוּ אֵלֹא כְּקַרְקַע דְּעֵלְמָא וְיִכּוּלָה לְמוֹכְרוּ  
מִשְׁתַּגְדִּיל דְּאֵינּוּ כְּקַרְקַע יְרוּשָׁה אֵלֹא כְּמִי שְׁגַבְּאָתוּ בַּחֻבָּה וְחֻבּ זֶה בָּא לֵה מִתְּק' חֲכָמִים  
שְׁתִּיק' לֵהיּוֹת לֵה חֻבּ עַל הָאֲחִים בְּפִרְנָסָתָה: וְעוֹד אֲפִשֵׁר לּוֹמֵר דְּסַבְּר הִרְשַׁב"א כִּיּוֹן  
דְּמִדִּין תּוֹרָה קִטְּן אֵין הִקְנָאָתוּ כְּלוּם בֵּין בְּמִקְרַקְעֵי בֵּין בְּמִטְלְטְלֵי אֵלֹא שְׁחִז"ל תִּיק' מִשּׁוּם  
כְּדִי חִיּוּ דְּבִמְטַלְטְלֵין הִקְנָאָתוּ הִקְנָאָה אֲבָל בְּקַרְקַע לֹא תִיק' וְאוּקְמוּהּ אֲדֹאֲוֹרֵייתָא אֲבָל  
מִשְׁהַגְדִּיל מִדְּאֹרֵייתָא הִקְנָאָתוּ הִקְנָאָה בְּכָל מִילֵי אֵלֹא שְׁחִז"ל תִּיק' בְּקַרְקַע יְרוּשָׁה דְּאֵין  
הִקְנָאָתוּ הִקְנָאָה מִשּׁוּם שְׁמָא יִמְכּוֹר בְּזוּל כְּמִפּו' בִּש"ס וּבְפּוֹסְקִים וּלְפִיכְךָ ס"ל הִרְשַׁב"א  
ז"ל דְּמִזּוּנוֹת וּפִרְנָסָה דֵּהִלְכְּתָא מִמִּקְרַקְעֵי וְלֹא מִמְטַלְטְלֵי הוּוּ"ל כְּמִקְרַקְעֵי כ"ז שֶׁהִיא קִטְּנָה  
דְּמִדְּאֹרֵייתָא אָף אֵי הוּוּ לִיהוּ כְּמִטְלְטְלֵי אֵינָה יִכּוּלָה לְמַחּוּל אֵלֹא דְּמִדְּרַבְּנָן אֵי הוּוּ  
כְּמִטְלְטְלֵין יִכּוּלָה לְמַחּוּל לְכַךָ ס"ל דֵּהוּוּ כְּמִקְרַקְעֵי כְּדִי לְאוּקְמָה אֲדֹאֲוֹרֵייתָא דַע"כ לֹא  
תִיק' רַבְּנָן אֵלֹא בְּמִטְלְטְלֵין גְּמוּרִים אֲבָל לְכִי גְדִלָה דְּמִדְּאֹרֵייתָא יִכּוּלָה לְמַחּוּל אָף אֵי הוּוּ  
מִקְרַקְעֵי מִמִּשׁ אֵלֹא דְּרַבְּנָן תִּיק' דְּאֵינָה יִכּוּלָה לְמַחּוּל אֵי הוּוּ מִקְרַקְעֵי וּלְפִיכְךָ ס"ל דְּלְכִי  
גְדִלָה יִכּוּלָה לְמַחּוּל וְלְאוּקְמָה אֲדֹאֲוֹרֵייתָא דַע"כ לֹא תִיק' רַבְּנָן אֵלֹא בְּמִקְרַקְעֵי מִמִּשׁ  
וּבּוּדָאֵי דְּאֵלּוּ זְכַר רַבִּי בְּצִלְאֵל אֵת דְּבָרֵי הִרְשַׁב"א לֹא הִיָּה מַחְלִיט לּוֹמֵר דְּאֵין זֶה כּוּוֹנֵת  
רִש"י דּוּדָאֵי מִיָּדֵי סְפִיקָא בְּכוּוֹנֵת רִש"י לֹא יִצְאָנוּ דְּדִילְמָא ס"ל כֵּהִרְשַׁב"א: גַּם מ"ש בְּדֶרֶךְ  
רֵאשׁוֹנָה וְאֲפִשֵׁר דְּרִש"י סוֹבֵר וְכו' מ"מ אֵין מַחְלִיתֵן מַחִי וְכֵן דַּעַת הִרְאֵב"ד בְּהִשְׁגוֹת  
פְּכ"ט מִהִמ"כ אֵיבְרָא שְׁכ"כ הִרְאֵב"ד שֵׁם עִמ"ש הִרְמַב"ם ז"ל קִטְּן הַיּוֹדֵעַ בְּטִיב מִשָּׂא  
וּמִתֵּן שְׁנֵשָׂא וְנִתֵּן בְּמִטְלְטְלֵין וְטַעָה דִּינּוּ כְּדִין הַגְּדוּל.

פְּחוֹת מִשְׁתּוֹת מַחְלִילָה וְע"ז כ' הִרְאֵב"ד אֵנִי אוֹמֵר שֶׁהִקְטֵן אֵין לוֹ מַחְלִילָה כְּדֹאֲמֵרִינָן יִתְּמֵי  
לְאוּ בְּנֵי מַחְלִילָה נִינְהוּ ע"כ וּמִפְּשֵׁטֵן שֶׁל דְּבָרִים נִרְאָה כְּמ"ש רַבִּינוּ בְּצִלְאֵל דֵּהִרְאֵב"ד סַבְּר  
דְּמַחְלִילַת הַפְּעוּטוֹת לֹא הוּיָא כְּמִתְנַתֵּן וְלֹא זְכַר ש"ר אֵת דְּבָרֵי הִרְיב"ש שֶׁהִצְגָנוּ לְפָנֶיךָ  
כְּמִבְּיָא לְמַעְלָה שְׁכ' דְּמַחִי הַפְּעוּטוֹת כְּמִתְנַתֵּן וְאֵע"ג דְּאִמְרֵי בַעֲלָמָא דִּיתְּמֵי לְאוּ בְּנֵי מַחְלִילָה  
נִינְהוּ אֲפִשֵׁר לּוֹמֵר דֵּהִינּוּ בְּדַבְּר שְׁבַשְׂאָר בְּנֵי אָדָם הוּוּ מַחְלִילָה עַל הַסְתָּם דְּבֵיתְמֵי לֹא  
אֲמֵרִינָן הִכִּי דּוּמִיא דְּמֵאֵי דְּכ' הִרְאֵב"ד ז"ל דְּטַעֲנָתוּ שֶׁל קִטְּן אֲפִי בְּפְחוֹת מִשְׁתּוֹת מַחְזִירִין  
לוֹ אוֹנְאָה וְלֹא הוּיָא מַחִי אֲבָל בְּמָה שֶׁהוּוּ מוּחַל לְדַעַת כִּיּוֹן דְּמִתְנַתּוּ מִתְּנָה מַחְלִילָתוּ ג"כ  
מַחְלִילָה ע"כ מִשְׁמַע מִדְּבָרֵי הִרְמַב"ן ז"ל דַע"כ לֹא קִאֲמֵר הִרְאֵב"ד ז"ל שֶׁהִקְטֵן אֵין לוֹ מַחִי  
אֵלֹא כְּגוֹן פְּחוֹת מִשְׁתּוֹת דְּאוֹנְאָה וְכִיּוּצָא דְּבַגְדוֹל אֲמֵרִינָן מִסְתַּמָּא מַחֵל בְּקִטְּן אֲמֵרִינָן דְּלֹא  
הוּיָא מַחְלִילָה וְאוֹלָם בְּמָה שֶׁהִקְטֵן מוּחַל לְהִדְיָא מַחְלִילָתוּ מַחְלִילָה וְנִרְאָה דְּטַעֲמוּ שֶׁל הִרְמַב"ן  
הוּוּ מִשּׁוּם דֵּהֵא דְּאֲמֵרִינָן יִתְּמֵי לֹא בְּנֵי מַחְלִילָה נִינְהוּ אֲתַמֵּר בְּגִמְרָא אֲדַבְּר דֵּהוּי מַחְלִילָה מִן  
הַסְתָּם דֵּהִכִּי אֲמֵרִינָן בִּפ' אֵלּוּ מִצִּיאוֹת ד' כ"ב ע"ב א"ל רַב אַחָאֵי בְּרִיָּה דְּרַבָּא לְרַב אֲשֵׁי  
הִנֵּי תַמְרֵי דְּזִיקָא הִיכִי אַכְלִינֵן לִיהוּ א"ל כִּיּוֹן דְּאֵיכָא 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 ותי' 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 הויא 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 טובינא 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'.



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' 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 להדמות 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 להווי 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 פי' ר"ת שאין לו שיעור ואפי' פחות מטפח וכן נראה שהוא דעת הרמב"ם משמע דאפי' 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 שאפי' 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. ועי' 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 דאפי' 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 ואפי' 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 אפי' 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 אפי' חלון צורי ע"כ.

ונמצא לפי זה דדעת מר"ן בב"י דבחלון העשוי לאורה דס"ל לר"ת והרמב"ם דהוי כ"ש ואפי' 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 ואירי 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 דאירי 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 בקצר 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 דאירי 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  
העמדה 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 משתמען 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 למעיין 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 והזק 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.  
עכל"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 ההוא 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 אתמהא.

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 מצי' להדיא 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'ר 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 מרנן 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 בההיא 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 דיש ב' 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 להדיא בהיה 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 אתמהה 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' להדיא 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 הנסתרות 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 דהיא 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 שציינן 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' מבושלת 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 במבושלת.

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"י"א מה שהביא משום תשובת צ"ץ אלא שבנד"ד היה ניכר להם שודאי מחיים נכנס וא"כ בנד"ד הו' 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 לשיוש 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 תרווייהו 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 דלתרווייהו 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.

ולפענד"ן דגם הב"י יפרש כך דהא היכא דכל המחט נכנס לפנים לסברת הב"י לדעת רש"י כשר אפי' קופה לבר דלא מטריף 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 דאסור 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 דבח"י 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 און ראובן 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 זכיננו 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 א' אשר ומור"ם אלשיך ז"ל שם כתבו בפ"ה 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"ש"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"ש"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 הוה 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 שבית 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 דידע דיכול 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 להדייא 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 לדידי 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 בפ' 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 בפ' 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 בכון 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 ומנדר 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 לישב 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 לישב 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 לגזולו וחייבת להחזיר הגזלה אם יש חשש יחרים דהחרם הוא קללה לגזול 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 לישב 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 הודיעני 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 בס' 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 שתחזירנה 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 שתחזירנה 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 דלמר"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 ממ"ש 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 חליצה 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 שישלם 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 וההיא 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 בסוגיא 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